UNIVERSITE SIDI MOHAMED BEN ABDELLAH DE FES
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES

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

ⵜⴰⵙⴷⴰⵡⵉⵜ ⵙⵉⴷⵉ ⵎⵓⵃⴰⵎⴻⴷ ⴱⵏ ⵄⴱⴷⵍⵍⴰⵀ ⵏ ⴼⴰⵙ
ⵜⴰⵖⴻⵡⵍⵄ ⵏ ⵜⵣⵔⴼⵜ ⵜⴻⵣⵡⵉⵔⵉⵜ, ⵜⴻⵍⵣⴰⵢⵔⵉⵜ ⴰ ⵜⵉⵣⵔⵉⵜ

الرقم الترتيبي:

مركز دراسات الدكتوراه: العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية والشريعة والتدبير
تكوين الدكتوراه : العلوم القانونية
الحقل المعرفي : القانون الخاص
التخصـــص : المجال المدني
المختبـــــر : القانون، الفلسفة والمجتمع

أطروحة لنيل الدكتوراه

ضوابط تعليل الأحكام المدنية ودورها في حماية حق المساواة والمناصفة

اعداد الطالب الباحث:
إدريس الحيوني

تحت إشراف الأستاذ :
محمد ناصر متيوي مشكوري

تاريخ المناقشة: 2022-06-04

أعضاء لجنة المناقشة:

أعضاء لجنة المناقشـــة	الاطار	مؤسسة الانتماء	الصفة
ذ.محمد ناصر متيوي مشكوري	أستاذ التعليم العالي	كلية الحقوق بفاس	رئيسا و مشرفا
ذة. بهيجة فردوس	أستاذة التعليم العالي	كلية الحقوق بفاس	مقررا
ذ. حميد لحمر	أستاذ التعليم العالي	كلية الآداب فاس سايس	عضوا
ذة. جميلة العماري	أستاذة التعليم العالي	كلية الحقوق بطنجة	مقررا
ذ. عمرو لمزرع	أستاذ التعليم العالي	كلية الحقوق بفاس	عضوا
ذة. سعاد التيالي	أستاذة التعليم العالي	كلية الحقوق بفاس	مقررا

الحمد لله وحده

مقدمـــــــــة

القضاء قبس من نور الله الحق، لأنه القوام على إقامة العدل، به بعث أنبياءه ورسله ليقيموا حجته على خلقه، قال تعالى في محكم تنزيله: "لقد أرسلنا رُسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط"[1]، فالكتاب والميزان قد نزلا من عند الله أعدل الحاكمين، وإنما بعث الأنبياء والرسل واستخلفهم وأتباعهم في الأرض ليقيموا حكمه ويحققوا عدله الذي قامت به الأرض والسماوات، قال تعالى: "كان الناس أمة واحدة فبعث الله النبيئين مبشرين ومنذرين وأنزل معهم الكتاب بالحق ليحكم بين الناس فيما اختلفوا فيه"[2]، وقال تعالى: "فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما"[3].

إن سمو رسالة القاضي لا يشعر بها إلا من ذاق عدلا بعد ظلم، واسترجع حقا بعد جور، والقضاء غاية كل مظلوم سُدت في وجهه الأبواب، لأن القضاء يُمثل الأداة الشرعية التي يصل بها إلى كل من تجرأ على حق غيره، وهي ذات الأداة التي يمثلها القاضي الذي ينطق بالحق مجردا عن الهوى، لذلك اعتبر القضاء في وقتنا المعاصر من عناصر السيادة، لأنه يمثل ضمير الأمة ومعقد رجائها وإرادتها في إعلاء كلمة الحق التي أودعها الله أمانة مقدسة بين أيدي القضاة[4].

والقاضي ملزم لا مخير، فلا يستطيع التحلل من واجبه المتمثل في البت في النوازل المعروضة عليه؛ ولو في غياب النص القانوني أو نقصانه أو غموضه، لأنه والحالة هذه يعد منكرا للعدالة، فيقع في المحظور ويصبح خارقا للقانون بعد إذ كان مؤتمنا على حمايته، وهو ما يُستفاد من مضمون الفصل الثاني من ق.م.م[5]، وأكده

---

[1] سورة الحديد، الآية 25.

[2] سورة البقرة، الآية 213.

[3] سورة النساء الآية 65.

[4] الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، 1996، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الصفحة 12.

[5] ينص الفصل الثاني من قانون المسطرة المدنية: "لا يحق للمحكمة الامتناع عن الحكم أو إصدار قرار، ويجب البت بحكم في كل قضية رفعت إلى المحكمة...".

المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض) عندما علل قراره بالقول: "...إذا كان أمر إثبات المخالفات المتعلقة بقانون التعمير يرجع للسلطة المحلية ولمصالح العمالة، **فإن ذلك لا ينزع عن القضاء اختصاصه الأصلي في حماية الحقوق ومنها رفع الضرر اللاحق بالمتقاضين** إن وجد ما دام لا يوجد بقانون التعمير أي نص ينزع عن القضاء هذا الاختصاص، وما دام أمر رفع الضرر في هذه الحالة ليس فيه أي خرق للفصل 25 من ق.م.م، **فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما نزعت عن القضاء تلك السلطة الحامية لحقوق المتقاضين، تكون قد خرقت الفصل الثاني** من قانون المسطرة المدنية المحتج بخرقه وعرضت قرارها بالتالي للنقض والإبطال"[6].

ولعل إلمام القاضي بتفاصيل النوازل المعروضة عليه والوصول إلى درجة تحديد موقفه من أطراف الدعوى وأيهما أحق بالحق من غيره، لا يستبين للمتقاضي إلا من خلال التعليل الذي ضمنه القاضي في حكمه، لأن ذلك من حقوق الخصوم عليه، فلا يُتصور أن يحكم القاضي بانتزاع حق من شخص ووضعه بين يدي خصمه دون تبرير أسباب هذا الانتزاع، كما لا يمكنه رفض قبول مسألة لطالبها دون بيان الأوجه القانونية والواقعية التي أسس عليها قراره، وهو بذلك يخول للخصوم النظر في مدى وجاهة القرار وعدالته.

ومع ذلك، فلا يستطيع القاضي أن يبرهن بشكل تام عن صواب النتيجة التي خلُص إليها بمجرد بيان العلل التي اعتمد عليها في بناء حُكمه، وإنما لابد له من احترام القواعد الأولية التي تسبق عملية التعليل أو تلك التي تأتي بعده، من هذه القواعد بيانه الأدلة المنتجة في النازلة ثم الرد على الدفوعات الجوهرية للخصوم ثم النص القانوني الذي حكم بموجبه، وسلامة التعبير عن موقفه وتوجهه، وإبراز الحكم لبُعد نظره وحكمته، وهي ما اصطلاحنا عليها ب "الضوابط".

---

[6] قرار المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض) عدد 139 وتاريخ 2006/01/18 في الملف عدد 05/1895 منشور بمجلة الملف عدد 16 الصفحة 247 وما يليها.

إن ضوابط تعليل الحكم القضائي عنوان لا يكاد يثير انتباه المهتم العادي بالثقافة القانونية، فهو يدل في ظاهره على إجراء شكلي يكاد يعتبره الجميع شكلية تحجبها المساطر السابقة لمرحلة المحاكمة[7]، لكن الدراسة المستفيضة والمعمقة للموضوع ستبرز لنا خطورته وأهميته ضمن عناصر الحكم أو القرار القضائي، فإذا كان تحرير الحكم القضائي إجراء روتينيا أصبح يعتمد في غالب الأحيان على ما اصطلح عليه عمليا ب "النموذج"، وذلك يُعزى لظروف متمثلة في التضخم على مستوى الملفات المعروضة على القاضي من جهة، ثم متطلبات السرعة واحترام الآجال المعقولة التي تطوق عنقه عند البت في هذه القضايا من جهة ثانية، وهي إكراهات لا يمكن إغفالها عند مناقشة كل تعليل لا يرقى للمستوى المطلوب من الجودة، إلا أن الحقيقة التي تغيب عن أذهان الكثيرين؛ هو أن تعليل الحكم القضائي يشخص مخاضا عسيرا وعصارة غنية لعوامل ذاتية وموضوعية متعددة، تنطلق أولا من مدلول الحكم القضائي ذاته، وعناصره، ثم تراكم الثقافة القانونية والخبرة المهنية التي توفرت للقاضي ومدى تفاعلها مع شخصيته التي لا يحصنها سوى نبل الضمير ومستوى استقلاله وحياده.

ثم إن التعليل كمحصلة لمجموعة من المراحل المتعددة التي يقطعها الملف القضائي في إطار ما يصطلح عليه عمليا "بتصريف الملف القضائي"- يستطيع خلالها القاضي تكوين فكرة عامة عن النتيجة الختامية التي سيؤول إليها الطلب- لا يكتمل-أي التعليل- إلا باحترام مجموعة أخرى من الضوابط القانونية المؤدية إلى التعليل السليم وذو جودة، ومنها التكييف القانوني للوقائع وصياغتها والتي تتطلب بدورها اطلاعا واسعا وعميقا لحقول العلوم القانونية والمَلَكة والخبرة المكتسبة من أجل الوصول إلى

[7] جاء في حكم المحكمة الإدارية بأكادير: "وحيث إن المقصود بتعليل القرار الإداري هو الإفصاح عن الأسباب القانونية والواقعية الداعية إلى اتخاذه، وهو الشيء الذي يكون متحققا كلما تضمن القرار عللا كافية واضحة ليكون المخاطب بهذا القرار على بينة من أمره ويتخذ موقفه على ضوء ذلك من أجل تهيء الأدلة المفندة للاعتبارات الواقعية والقانونية التي استند إليها القرار؛

وحيث إن المقرر أن التعليل يعتبر شرطا شكليا يقصد به إفراغ الأسباب الواقعية والقانونية في صلب القرار وقت اتخاذه (قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 702 الصادر بتاريخ 2015/12/17 في الملف عدد 2014/7205/733 ضم له الملف عدد 2014/7205/947)".

حكم عدد 1970 بتاريخ 2019/07/18 ملف 2019/7110/0690 عن المحكمة الإدارية بأكادير. غير منشور.

إبراز التطابق بين الواقع والقانون، حتى لا تحيد نتيجة الحكم عن الغاية التي من أجلها قُدمت الدعوى القضائية.

وإذا كان من وظائف القضاء إحقاق الحق ورد المظالم، فينبغي أن يتم ذلك بالطريقة التي ارتضاها القانون، فالقاضي ملزم بأن يعامل بشكل متساو كل الحالات المتماثلة المعروضة عليه طلبا للمساواة والإنصاف، أما إذا نظر في إحداها بمعزل عن الحالات المشابهة لها لسبب غير موضوعي فلن تكون أحكامه عادلة، لأن دون المساواة لن تقام العدالة[8]، لذلك يعتبر التعليل آلية رقابية على كيفية استخلاص القاضي الحل الذي انتهى إليه، فتظهر بموجبه عورة حكمه المبني على أسس تمييزية تخالف مبدأ الإنصاف والمساواة، فيُصبح التعليل ضمانة لحماية قضائية لمبدأ المساواة والمناصفة.

إن معالجة دور التعليل في تحقيق المساواة والمناصفة لم يكن اختيارا يسيرا، لعلمنا المسبق بأن الخوض في مثل هذا الموضوع ليس سهل المنال، ولاقتناعنا بأن قضية المساواة والمناصفة في مُجملها ليست قضية تنصرف إلى فئة دون أخرى، أو كما يُعتقد بأنها قضية نسائية بحثه، لكن لكونها مشكلة التطور الإنساني نحو قيم إنسانية عالية، بل أهم قضايا الوجود الاجتماعي والتاريخي، فلها ارتباط بواقع الأسرة ونمط الإنتاج في المجتمع، والتنشئة الاجتماعية، وتتعدى الجنسيات والحدود والثقافات، وتعد مسألة جوهرية لتعلقها بنصف المجتمع والانسانية، وهو موضوع يجر في أذياله تاريخا مريرا عانت فيه المرأة خاصة من ويلات الانتهاك لأبسط الحقوق والحريات وكان القضاء مساهما بقسط غير يسير في هذا الظلم والحيف والجور.

ولا شك أن مبدأ المساواة من الأفكار المثالية التي تضرب بجذورها في عمق التاريخ البشري، وتهز مشاعر الشعوب بمفاهيمها المطاطية، وإن كان ذلك ليس وليد الدساتير والصكوك الدولية الحديثة، إلا أنها قديما كانت تقوم على أساس التفاضل بين الناس، ففلاسفة الاغريق الذين كان لهم السبق في إثارة مبدأ المساواة خرقوا المبدأ عند

[8] الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 332.

تقسيمهم المجتمع إلى طبقات؛ لذلك يمكن القول أنه إذا كان الاعتراف بحق المساواة يبدو اليوم بديهيا، فإن الأمر لم يكن كذلك بالأمس القريب[9].

ولمحاولة التوفيق بين خروقات الماضي لمبدأ المساواة ومطالب الحاضر؛ توخت مدونات الشرعية الدولية إقرار حقوق الإنسان المشتركة وأضفت عليها طابع العمومية والتجريد، بحيث تنسحب مقتضياتها على كل إنسان ذكرا كان أو أنثى، ومنحت القضاء حرية أكثر في تطبيق بنودها بما يحقق غاياتها ومراميها، وهو ما ساعد لاحقا على صياغة صكوك دولية ذات طابع فئوي، كرسته اتفاقية مناهضة كل أشكال التمييز ضد المرأة (**CEDAW**)، والتي وضعت مجموعة من المبادئ والتدابير المقبولة دوليا لتحقيق المساواة والمناصفة بين الجنسين، ومن توصياتها دعوة الدول المنضمة للاتفاقية تشجيع القضاء الاعتماد على بنود الاتفاقية عند تعليل الأحكام القضائية التي يكون موضوعها البت في مسألة تتعلق بالمساواة والمناصفة بين الرجل والمرأة، باعتبار القضاء الشريك الموثوق لتحقيق أهداف الاتفاقية.[10]

على المستوى الوطني، وفي نطاق التشريع الدستوري لسنة 2011 الذي حرص على ترسيخ مبدأ المساواة والمناصفة من خلال ضمان تمتيع المرأة بكافة الحقوق التي يتمتع بها الرجل؛ مدنيا وسياسيا واقتصاديا واجتماعيا وبيئيا، حيث أكد في ديباجته على حظر ومكافحة كل أشكال التمييز بسبب الجنس أو اللون أو المعتقد أو الثقافة أو الانتماء الاجتماعي أو الجهوي أو اللغة أو الإعاقة أو أي وضع شخصي مهما كان، وهي مقتضيات ترسخ لمبدأ المساواة والمناصفة كمفهوم أصيل لبناء صرح دولة مواطنة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى عمل المشرع الدستوري على الارتقاء بجهاز

---

[9] امبارك بوطلحة، حق المرأة في المساواة بين مدونة الأسرة والتزامات المغرب الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، 2018-2019، الصفحة 1.

[10] يجد مبدأ المساواة والمناصفة مرجعيته الأممية في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي تنص على أنه "لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزا كما تحدده هذه الاتفاقية، ولكنه يجب ألا يستتبع بأي حال، كنتيجة له، الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير عندما تكون أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة قد تحققت".

القضاء واعتبره سلطة من سلطات الدولة إلى جانب السلطتين التنفيذية والتشريعية، وذلك ما كان ليكون لولا الحاجة الملحة لقضاء قوي ومستقل يواكب المستجدات التي جاءت في الوثيقة الدستورية، ويقطع مع ممارسات الماضي التي سُجل عنها بعض التجاوزات، فنص الدستور في فصله 110 على أنه: "لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون، ولا تصدر أحكام القضاء إلا على أساس التطبيق العادل للقانون؛ ويجب على قضاة النيابة العامة تطبيق القانون، كما يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها".

والتطبيق العادل للقانون من طرف القاضي استجابة منه لتنزيل مقتضيات الدستور في باب المساواة والمناصفة، لن يتحقق على الوجه الأكمل إلا بإيلاء الاهتمام الأكبر لطريقة صياغة الأحكام القضائية، ومحاولة الانعتاق من النمطية التي أصبحت تطبع الأحكام القائمة على ما اسميتها ب "النموذج"[11] والانطلاق نحو صياغة أحكام قضائية ذات جودة وأكثر مصداقية، من خلال إبراز عنصر الصنعة القضائية للقاضي في حبك وطرز تعليل حكمه القضائي وإيجاد الترابط المتين بين مقدماته ونتائجه التي يمثلها منطوقه، لأجله تمت دسترة إلزامية تضمين الأحكام والقرارات الأسباب التي تأسست عليها[12]، لأنها هي المقياس لمدى عدالة الحكم ومستوى التزامه بتطبيق القانون.

وفي هذا الصدد أخذ القاضي المغربي –وخاصة قاضي الأسرة والقاضي الاجتماعي-على عاتقهما تعليل أحكامهما بما يتماشى ومهمتهما في صيانة المكاسب الحقوقية والقانونية المتعلقة بالمساواة والمناصفة كل في مجال تخصصه، وهكذا

---

[11] "النموذج" هو مصطلح مقتبس من الواقع العملي القضائي، ومعناه أن يعتمد القاضي عند صياغته لوثيقة الحكم القضائي على نموذج حكم آخر معد سلفا يكون فيه موضوع الدعوى ووقائها متشابهة مع موضوع الدعوى التي يكون القاضي بصدد البت فيها مع اختلاف أطرافها، فيكتفي القاضي بتغيير هوية أطراف الدعوى وبعض البيانات الشكلية الأخرى التي تميز الدعوى المنظور فيها عن الدعوى التي حرر بشأنها الحكم المعتمد عليه (النموذج) مع الإبقاء على نفس التعليل الذي صدَر به الحكم السابق دون بذل مجهود إضافي لإبراز المستوى الذي وصل إليه القاضي في صناعة الحكم القضائي، لأن القاضي تصنعه الأيام كما يُقال، إذ يصبح القاضي رهين للنموذج الذي يعتمد عليه، وبمجرد غياب النموذج يتيه في تفاصيل الحكم القضائي فيجنح إلى صياغته بطريقة مشوهة، مما يؤثر سلبا على جودة الحكم القضائي.

[12] نص الفصل 25 من الدستور: "تكون الأحكام معللة وتصدر في جلسة علنية، وفق الشروط المنصوص عليها في القانون".

نجدهما عند صياغة أحكامهما وتعليلها يوليان أهمية قصوى لتفعيل هذه المبادئ في مفهومها العام مؤصلة في الحرية والكرامة الإنسانية المحمية بموجب القانون، بل إن التطور المتسارع للمفاهيم القانونية الحديثة أصبح يفرض عليهما بلورة تعليل دقيق وسليم للأحكام التي يُصدرونها تراعي سيادة القانون واحترامه.

من جانبه سعى القاضي الدستوري والقاضي الإداري إلى بلورة تعليل واضح في تعاطيهما مع مبدأ المساواة والمناصفة بما يحملانه من حمولة حقوقية تتطلب شجاعة كبيرة لترسيخهما وفاء منهما للاختيار الدستوري وتنزيلا لإرادة المشرع في هذا المجال، سواء عبر تشجيعهما مبدأ تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف العامة في أفق تحقيق المناصفة باعتبارها هدفا تسعى الدولة إلى بلوغه وفقا للفصل 19 من الدستور، مع أخذهما بعين الاعتبار أن تكون هذه التدابير القانونية -التي تمليها دواع مرحلية-مؤقتة ترمي إلى الارتقاء بتمثيلية النساء إلى المستوى الذي يسود فيه الاقتناع الجماعي بترسيخ مبادئ المساواة التامة.

فالالتزام بتعليل الأحكام القضائية إذن له أهميته، حيث يعد أداة للإقناع ووسيلة للاطمئنان الجماعي وترسيخ الثقة في القضاء لبلوغ العدالة المنشودة والتي تُعتبر المساواة والمناصفة وسائل لتحقيقها، ولذلك فإنه يكون واجبا على القاضي تعليل حكمه تعليلا كافيا ومترابطا ومنطقيا ويتحقق ذلك بتمحيص الوقائع والمستندات والأدلة والحجج المدلى بها تمحيصا كافيا، فيكون حكمه والحالة هذه عنوانا للحقيقة القضائية تقترب به إلى درجة كبيرة من الحقيقة الواقعية أو تعادلها.

ومما يزيد من أهمية تعليل الأحكام المدنية ودورها الفعال في الأنظمة القانونية الحديثة، هو أن القاضي الجنائي لا يتقيد في تعليله بأدلة محصورة يؤسس عليها حكمه، لأن التشريع الجنائي ينتصر لحرية المحكمة في تكوين قناعتها[13]، بخلاف القاضي

[13] فإذا كان أساس الأحكام الجنائية هو حرية القاضي الجنائي في تقدير الإثبات القائم في النزاع، فإن هذه الحرية ليست مطلقة؛ إذ يرد عليها بعض القيود، ومنها أن يستدل القاضي الزجري على صحة اقتناعه عند تعليل حكمه بأدلة تؤدي إلى ما رتبه عليها، لا يشوبها خلل في الاستدلال أو نقصان أو تناقض، كما أن التعليل ليس معناه أن يتفلسف القاضي في خلق

المدني الذي لا يتجاوز حدود ما أُدلي له من إثباتات؛ فيكون دوره قائما على تمحيصها وترجيحها والأخذ بما استكان نظره إليها ورد غير الناتج في الدعوى منها، مع تعليلها تعليلا سليما وكافيا ومقنعا.

ومن هذا المنطلق زادت الحاجة إلى التعليل المدني كإجراء يشكل بالنسبة للقضاة سلاحا ذو حدين، فهو إما أن يكون في صالح القاضي عندما يجد فيه المجال الخصب لكي يُدافع من خلاله عن قناعاته وتعليلات حكمه، وإما أن يكون حجة عليه في حالة ما إذا وجد فيه عبئا يفرض عليه ضرورة إيجاد مبرر يفسر هذه النتيجة، فإذا كان عاجزا في عرض هذا المبرر أصبح التعليل حجة عليه لا حجة له، ولذلك فلطالما كان التعليل بمثابة امتحان نفسي للقاضي تختبر من خلاله قوة قناعاته وموضوعيته وخبرته القانونية، بل وتختبر من خلاله حتى نزاهته، فمنذ بداية نظره للدعوى وهمه الوحيد هو تجاوز هذا الامتحان بما يجنب أحكامه كل عيب من عيوب التعليل وبما يجعلها مقنعة للأطراف وللمجتمع.

التحديد المفاهيمي للموضوع[14]

إن المفاهيم والمصطلحات مدخل أساسي للمعرفة، وهو ما يقتضي بعد ما أوردناه أعلاه البحث في التعريف اللغوي والاصطلاحي للمساواة والمناصفة، على أن نبين بشكل من التفصيل والتدقيق مفهوم التعليل في المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من هذا البحث.

الأسباب والمسببات، وإنما فقط فهم الوقائع وربط بعضها البعض، وتأسيس صحتها بناء على الإثبات المتوفر في النازلة، وتطبيق القاعدة القانونية المناسبة لها.

[14] سنكتفي بخصوص الإطار المفاهيمي للموضوع بإيراد المعنى اللغوي والاصطلاحي لمفهومي المساواة والمناصفة، على أن نخصص فرعا مستقلا ضمن متن هذا البحث لمفهوم التعليل ومفهوم الاحكام القضائية نظرا للأهمية التي يكتسيانها وحتى يتبين للقارئ مدى انعكاس مفهوم التعليل على جودة الأحكام القضائية.

فالمساواة في اللغة تعني التماثل والمعادلة،[15] فيقال ساواه أي ماثله وعادله، ويقال ساوى الشيء بالشيء أي جعله يماثله ويعادله،[16] ولهذا ساويت هذا بذاك، إذا رفعته حتى بلغ قدره ومبلغه، وساوى الشيء بالشيء إذا عادله، وساويت بين الشيئين إذا عدلت بينهما[17]، ويقال كذلك فلان وفلان سواء أي متساويان.

وفي اللغة الفرنسية تستعمل كلمة égalité للدلالة على مصطلح المساواة، ويقابلها في اللغة الأنجليزية مصطلح **equality** وهما معا مشتقان من الكلمة اللاتينية **oequelitos**.

أما المساواة اصطلاحا فقد بينها القرآن الكريم في العديد من الآيات الكريمة، منها قوله تعالى: **"أم نجعل الذين آمنوا وعملوا الصالحات كالمفسدين في الأرض أم نجعل المتقين كالفجار"**[18] وقوله تعالى: **" أم حسب الذين اجترحوا السيئات أن نجعلهم كالذين آمنوا وعملوا الصالحات سواء محياهم ومماتهم ساء ما يحكمون"**[19].

فالمساواة بهذا المعنى تعني جعل الأشياء على مستوى واحد مع انعدام الفوارق بين عناصرها، والمساواة لا تكون إلا بين المتماثلين لا بين المختلفين، فيستوي النظير ونظيره، ويأخذ الشيء حكم مثله، لذلك كان عدم المساواة بين المختلفين غاية العدل ومبتغاه، وهي التماثل أمام القانون والتكافؤ أمام الفرص والتساوي في الحظوظ المتاحة للجميع، فلا يستوي العالم والجاهل ولا النشيط والكسلان لأن ذلك يتنافى مع نظرية العدل في الإسلام.

---

[15] مراد دياني، حرية-مساواة-اندماج اجتماعي، نظرية العدالة في النموذج الليبرالي المستدام، نشر المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، قطر، الطبعة الأولى، 2014، الصفحة 44.

[16] عادل محمد صالح، حقوق المرأة وقضاياها في المعاصرة، الصفحة 131

[17] الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، الدار التونسية للنشر، 1977، الصفحة 143.

[18] سورة ص، الأية 28

[19] سورة الجاثية، الآية 20

أما مفهوم المناصفة[20] فيعتبر من المفاهيم الحديثة التي لم يُجمع على تعريف موحد بشأنها، ويرجع هذا الاختلاف بالأساس؛ إلى غياب أي تعريف بشأنها في الصكوك والمواثيق والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان؛ بما في ذلك اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؛ وإنما تذهب جميع تلك المواثيق إلى التعبير عنها بشكل غير مباشر ب"تدابير خاصة" أو تصحيحية للمساواة ومكافحة أشكال التمييز ضد المرأة التي ارتكبت في الماضي وترتكب في الحاضر، لآجل ذلك تبقى التعريفات المعجمية[21] والاجتهادات الفقهية[22] وسياق نشأة هذا المصطلح السبيل الأمثل لاستيعاب أعمق لهذا المفهوم.

وهكذا نجد أحد معاني تعريفات المناصفة في المعاجم اللغوية العربية[23] هو الإنصاف، ومن معانيها أيضا التناصف، ونصف الشيء، فيقال: يملك هذان الشخصان بيتا مناصفة، أي أن لكل واحد منهما نصف في التملك.

ولفهم أكثر تدقيقا للمصطلح، يمكن الاستئناس بالنقاش الذي أُثير في فرنسا حول المناصفة؛ وذلك أثناء مناقشة مشروع مراجعة دستور الجمهورية الخامسة سنة 1999، والذي خرج بتوضيحات نظرية وعملية هامة حول هذا المفهوم، وخلُص إلى تعريف المناصفة على أنها "...التمثيل المتساوي للنساء والرجال على مستوى الكم؛ في

---

[20] سوف يلاحظ القارئ في كثير من فقرات هذا البحث استعمال مصطلح المساواة بدل المناصفة أو استعمالهما معا "المساواة والمناصفة"؛ وهذا راجع إلى كون المواثيق الدولية لا تعطي أهمية للفروق اللغوية والاصطلاحية للمفهومين، فتارة تستعمل مصطلح المساواة للدلالة على تدابير تصحيحية لتنزيل المساواة؛ وهي المناصفة؛ لذلك ارتأينا في كثير من فقرات هذا البحث عدم الخروج عن المصطلحات التي أوردتها المواثيق الدولية للدلالة على المصطلحين.

[21] يعرف المعجم اللغوي الفرنسي Larousse المناصفة بكونها المساواة في التمثيلية السياسية بين الرجال والنساء.

[22] يعرف Eliante Vogel-polsky المناصفة "بكونها ليست 50 في المائة لكل من النساء والرجال، ولكن تُطلب المناصفة باسم المساواة وليس باسم تمثيلية الأقلية؛ أي النساء".

محمد شكراد، مقاربة قانونية وقضائية لمبدأ المناصفة: "دراسة مقارنة ما بين التجربتين الإسبانية والمغربية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 128، ماي-يونيو 2016، ص 302.

[23] يراد بالمناصفة في لسان العرب النصف، وهو أحد شقي الشيء، ونصف الشيءٌ ا
لشيءَ ينصفُه: بلغ نصفه.Aucune source spécifiée dans le document actif.
www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/ تاريخ الزيارة : 2019/03/24 الساعة 14:55.

جميع المجالات؛ وخاصة في الولوج إلى هيئات صنع القرار في القطاع العمومي والمهني والسياسي..."[24].

إلا أن هناك من يأخذ بالمفهوم الواسع لمبدأ المناصفة ليستوعب كل الجهود التي تُبذل من طرف مؤسسات الدولة من أجل دعم وتشجيع البرامج الهادفة إلى تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة، وعلى رأسها المساواة في الولوج إلى مراكز القرار، فضلا على تشجيع إجراءات التمييز الإيجابي[25] لتحقيق هذا الغرض[26].

والثابت لدينا من خلال هذه المفاهيم أن المناصفة تمثل وسيلة من بين مجموعة من الوسائل الهادفة لتحقيق المساواة التامة والواقعية بين الجنسين، وإن كانت هذه الوسيلة تجد لها تطبيقا أكثر في الشق السياسي والتمثيلي؛ أكثر من أي مجال آخر، إلا أنها تبقى وسيلة وليس غاية في حد ذاتها، وهي بخلاف المساواة؛ التي تعتبر أشمل وأكمل؛ لأن الأخيرة تعني احتكام الرجل والمرأة معا لنفس القواعد والضوابط المؤطرة للسلوك المجتمعي؛ كونهما متساوون في القيمة والحقوق، بصرف النظر عن المرجعية المبنية على الدين؛ أو اللغة؛ أو العرق؛ أو اللون؛ أو غيرها من أصناف التمييز المبني على النوع.

---

[24] أمينة لمريني وربيعة الناصري، في أفق إحداث الهيئة المكلفة بالمناصفة ومكافحة جميع أشكال التمييز "دراسة مقارنة حول التجارب الدولية في مجال مأسسة مكافحة التمييز، نونبر 2011، ص10.

[25] هناك عدة عبارات للدلالة على "التمييز الإيجابي: Positive discrimination"، المنصوص عليها في المادة الرابعة من اتفاقية سيداو، مثل "الإجراءات الخاصة المؤقتة: Special measures tomprary"، و"الإجراءات الخاصة: Spicail measures"، و"العمل الإيجابي: Affirmative or Positive active"، و"الإجراءات الإيجابية: Positive measures"، و"التمييز المخالف: Reverse discrimination".

ويراد بالتمييز الإيجابي حسب لجنة القضاء على التمييز ضد النساء، مجموعة عريضة من الأدوات التشريعية والتنفيذية والإدارية، والسياسات والممارسات، مثل برامج الدعم وتوزيع أو إعادة توزيع الموارد، والمعاملة التفضيلية ونظام الحصص، الهادفة إلى الإسراع بالمشاركة المتساوية للنساء في المجالات السياسية، الاقتصادية، الثقافية، والمدنية وغيرها.

[26] فاطمة الزهراء بابا أحمد، هيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز بين السياق المغربي والتجارب الدولية، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، عدد مزدوج 2014/28/27، ص108.

أهمية الموضوع

(من الناحية الفكرية):

إن القضاء في حقيقة الأمر هو تطبيق مباشر للعلوم الإنسانية الذي يعد علم القانون أحدها، وتطبيق القضاء لهذه العلوم إنما يكون بهدف محدد هو إقرار العدالة بين أفراد المجتمعات بغية تحقيق السلم والأمن الاجتماعيين، هذا السلم وذاك الأمن اللذان لا يتحققان إلا إذا شعر كل فرد من أفراد المجتمع بأنه يحظى بحقوقه دون إجحاف أو جور، وبأن في المجتمع من المؤسسات ما يكفل له الحفاظ على حقوقه إذا ما اعتدي عليها[27]، فالهدف الذي وجد من أجله القضاء في الإسلام، هو إقامة العدل، بل ومنتهى العدل- الذي هو المقصد الأول من تشريعات القضاء في الإسلام، بل إنه قوام القضاء وروحه، فإذا ما اختل ميزان العدل في المجتمع فإن أول شيء يفقد هو السلم الاجتماعي- وحماية الحقوق ونشر الأمن، والمحافظة على الأنفس والأموال، ومنع الظلم والعدوان، فهو قاطرة الأمان والنماء على مختلف الأصعدة.

كما تكمن أهمية الدراسة في شقها الثاني ارتباطا بما شهده المغرب في العشرية الأخيرة بفعل الإصلاح الدستوري لسنة 2011 من دينامية جديدة بالغة الأهمية على جميع المستويات، لم يحد عنها المستوى المتصل بالحقوق والحريات وخاصة عبر مأسسة مبدأ المساواة والمناصفة بين الجنسين[28] لأجل النهوض بحقوق المرأة وجعلها متساوية مع الرجل في الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، والحقوق السياسية والمدنية، المنصوص عليها في المواثيق والعهود الدولية.

وانطلاقا من كون قضية المساواة والمناصفة هي قضية المجتمع بأكمله، واقتناعا مني بأهمية النقاشات الفقهية والقانونية وحتى الفلسفية إزاء هذه القضية، فإنني

---

[27] باجيرون ملكيفيك وفهر عبد العظيم، المنطق القضائي دراسة نظرية تطبيقية في ضوء القانون وأحكام المحاكم المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2011، ص 17.

[28] اعتمدت الوثيقة الدستورية مجموعة متنوعة من المفردات والعبارات التي تفيد في مبناها ومعناها الرجل والمرأة، من قبيل "المواطنات والمواطنين"، و"لكل واحد"، و "لكل إنسان"، و "لكل فرد"، و "لكل شخص"، و "لأي شخص"، و "للجميع". وهي كلمات تفيد في معناها بحسب السياق التي جاءت فيه المساواة بين "الرجل والمرأة".

انطلاقا من هذا البحث سوف أحاول دراسة الإجراءات الفعلية التي سارت على نهجها تعليلات الأحكام القضائية المدنية ومدى استجابتها للمتغيرات التي عرفها المستوى التشريعي خاصة في باب تنزيل مبدأ المساواة والمناصفة ومحاربة كل أشكال التمييز ضد المرأة، وهذا لن يتحقق لدي إلا بالاطلاع على مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية لإبراز تعليلاتها واستنطاق مراميها ووضعها بميزان العدالة لقياس مدى تجاوبها مع التطور التشريعي الذي عرفته وتعرفه المنظومة القانونية الوطنية، وذلك حتى نتبين التوجه العام الذي تنحو نحوه مبادئ المساواة المناصفة تطورا أو نكوصا، لقناعتي بأن قياس قيمة كل نص قانوني تُعرف بمستوى توظيفه من طرف قضاة المحاكم عند تعليل أحكامهم وقرارتهم.

ولعل هذه المعادلة (ارتباط قيمة النص القانوني بمستوى أجرأته قضائيا) تُأثر بشكل أو بآخر بحقوق مرتفقي العدالة سواء بالإيجاب أو السلب، فالأولى تتحقق بتفعيل المقتضى القانوني متى كان فيه ضمانة لحقوق المتقاضين[29]، والثانية بإغفال النص القانوني والإعراض عن الآخذ به إما بعدم انتباه القاضي لوجوده أصلا وهو أمر مُتوقع؛ أو لعدم اقتناعه بمضمونه مقارنة بالوقائع المعروضة عليه أو لتعارضه مع ما يعتبره القاضي نظاما عاما لا يجوز مخالفته...

من جهته حرص المشرع الدستوري على تضمين بعض القواعد التي تُعتبر من قبيل حقوق الدفاع بالوثيقة الدستورية لجعلها تسمو على كل القواعد القانونية الأدنى منها درجة، ولفت نظر القاضي لأهميتها وضرورة الآخذ بها؛ بل عمد إلى إقرار بعض الآليات القانونية لتأمينها كالتعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ القضائي[30]، وحق

---

[29] من أهم الفصول التي تناولت هذه الحقوق:

الفصل 117 الذي ينص على أنه: "يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحريتهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون".

الفصل 118 الذ ينص على أن: "حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه ومصالحه التي يحميها القانون، وأن كل قرار اتخذ في المجال الإداري سواء كان تنظيميا أو فرديا يمكن الطعن فيه أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة.

[30] الفصل 122 الذي ينص على أنه: "يحق لكل متضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمله الدولة".

المتقاضي في معرفة أسباب حكمه وعلله[31] وضرورة صدوره طبقا للقانون[32] مهما كانت قيمة النص القانوني المعتمد عليه[33]، فيُثار التساؤل عما إذا كانت هذه المقتضيات وجدت لها أذانا صاغية من قبل من يُشرف على تنزيلها والأخذ بمضمونها، وهو ما سنوضحه في هذه الدراسة.

من الناحية العملية:

يبدو لنا جليا أن ورش المساواة والسعي نحو المناصفة هو ورش حقوقي بامتياز؛ يستهدف النهوض بوضعية المرأة المغربية-قانونيا وحقوقيا وسياسيا واجتماعيا وثقافيا، لكن إذا كان من الواجب التنويه بالتوجه الشجاع للمشرع الدستوري الرامي إلى رفع بعض صنوف الحيف التي تعاني منه المرأة المغربية والمنافية لقيم الإسلام في العدل والمساواة والتي وجدت لها حاضنة اجتماعية بسبب الجهل والأمية والهشاشة الاجتماعية...إلا أن الانتظار طال لتأسيس الهيئات والمؤسسات الدستورية التي أُنيط بها تنزيل مبادئ المساواة والمناصفة وتنصيب أعضائها، ومعرفة آلية عملها والاختصاصات المنوطة بها، والإمكانيات المتوفرة لديها للنهوض بأعمالها، ومنها على الخصوص هيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز.

لكن ذلك لم يكن عائقا يمكنه أن يحول بين جهاز القضاء والنهوض باختصاصاته المتمثلة في حماية الحقوق وضمان الحريات في نطاق أحكام القانون، لأن القضاء بوجه عام بوصفه أهم عنصر من العناصر المتدخلة في إنتاج العدالة ملتزم بتكريس مبادئ المساواة والمناصفة، ومؤتمن على حماية حقوق الرجل والمرأة دون

---

[31] الفصل 125 الذي ينص على أنه: "تكون الأحكام معللة وتصدر في جلسة علنية، وفق الشروط المنصوص عليها في القانون".

[32] الفصل 124 الذي ينص على أن: "تصدر الأحكام وتنفذ باسم الملك وطبقا للقانون".

[33] يقول ذ بركريت M. Bergeret: "إنني لا أخشى القوانين الرديئة إذا طبقها قضاة عدول. يقولون إن القانون جامد، وأقول: لا، لأنه ليس في القانون نص لا يحتمل التأويل، ويقولون إن القانون ميت، وأقول: إن القاضي حي، وتلك ميزة كبيرة للقاضي على القانون".

انظر: ج رانسون، فن القضاء، ترجمة محمد رشدي، طبعة 1912، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى الثاني الحلبي وأولاده بمصر العربية، الصفحة 11.

انتظار صياغة القوانين التنظيمية لتنزيل المبادئ الدستورية، وهو ما سنبينه عند جرد الأحكام القضائية التي سنحت لنا الفرصة الاطلاع عليها.

وإذا كانت جذور تعليل الأحكام القضائية قد امتدت إلى الحضارات القديمة ونمت وتطورت مع الشريعة الإسلامية والأنظمة القانونية الحديثة، فإن ذلك راجع كما قلنا آنفا إلى أهميته العملية لجهاز القضاء من جهة، ووظائفه في إرساء ثقة الناس العدالة من جهة أخرى، لأن القضاء لم يكن قط مطلب اليوم فقط بل هو مطلب كل البشر منذ أن خلق الله آدم عليه السلام.

فلابد للناس من حَكم يفصل بينهم؛ أو كما يُقال؛ إن الناس "في حاجة إلى القضاء ما عاشوا"، فقد قال سيدنا عمر رضي الله عنه في رسالته إلى أبي موسى الأشعري "القضاء فريضة محكمة"، كما جاء في كتاب بدائع الصنائع: "نصب القاضي فرض"، لأنه ينصب لأمر مفروض وهو القضاء[34]، فقد قال الله عز وجل في مُحكم كتابه: "يا داوود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق"[35]، وقال تبارك وتعالى لنبينا الكريم عليه أفضل الصلاة والتسليم: "فاحكم بينهم بما أنزل الله"[36].

لذلك، كان التزام القضاة بضوابط تعليل الأحكام القضائية من الناحية العملية أهمية قصوى وفائدة عظمى؛ إذ هو من جهة ضمان لعدم قيام القضاة بتأسيس أحكامهم بناء على أهواء نفسية أو ميول شخصية وإنما وفق ما يحقق المصلحة العامة ويدرأ المفسدة عنها، ومن جهة ثانية، فإنه وسيلة لحماية القضاة أنفسهم في سمعتهم ومكانتهم الاعتبارية، كما أن التعليل هو الوسيلة التي يباشر من خلالها القاضي حريته في

---

[34] "...ولِمساس الحاجة إليه، لتقيد الأحكام، وإنصاف المظلوم من الظالم، وقطع المنازعات التي هي مادة الفساد، وغير ذلك من المصالح التي لا تقوم إلا بإمام..."
انظر: أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، كتاب آداب القاضي، الجزء 7، الصفحة 2.

[35] سورة ص، الآية 24 برواية ورش عن نافع.

[36] سورة المائدة، الآية 49 برواية ورش عن نافع.

التقدير، وهو كذلك الية لبسط المحكمة الأعلى مراقبتها للمحكمة الأدنى درجة للتحقق من مدى تطبيقها للقانون وفهمها للنوازل المعروضة عليها إحقاقا للعدل[37].

وينصب مجال هذا البحث على مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية التي تبرز كنقط مشرقة وفارقة في الفكر القانوني والحقوقي عن طريق الاجتهاد القضائي المغربي الذي استطاع أن يشكل في كثير من الأحيان محفزا للمشرع في تبني العديد من المبادئ التي كرسها في الميدان العملي، وخاصة في القضايا المتعلقة بحق المساواة بين الرجل والمرأة، والاعتراف للأخيرة بمجموعة من الضمانات التي ترفع الحيف عنها، وتكرس مساواتها مع الرجل، وهو الأمر الذي شكل انعكاسا وترجمة لصيرورة التطورات والتحولات التي عرفها المجتمع المغربي، وكذا المسار الحقوقي والديمقراطي المتميز الذي سلكه، والذي جعل في صلب اهتماماته قضية المساواة والمناصفة باعتبارها قضية مركزية لا يمكن تحقيق التغيير بدونها.

ويجدر التنبيه إلى أن ما شجع على مساهمة القضاة في خلق هذه الثقافة القانونية الجديدة هو اعتماد تكوين خاص للقضاة في المعهد العالي للقضاء بالمغرب يتعلق بحقوق الإنسان وبمقاربة النوع الاجتماعي والاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب، كاتفاقية حقوق الطفل واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وغيرهما...مما يُنمي لديهم مرجعية حقوقية وثقافية تجعلهم قادرين على الاجتهاد المتنور في إطار نوع من المزاوجة بين المرجعية الوطنية التي تراعي بعض الخصوصيات، والانفتاح على مستجدات العصر بالاطلاع على التجارب الرائدة في

---

[37] "...يظن كثير من الناس أنه ليس من الضروري أن يتدرب القاضي على صناعة الحكم القضائي أو فن القضاء، بل يكفيه في نظرهم أن يكون ملما ببعض المعارف القانونية وأن يكون سليم الذوق، وبهذا فقط يستطيع أن يتحمل أعباء تلك السلطة الهائلة التي استمدها من سلطان الأمة، ولعمري مَن مِن الناس يعترف على نفسه بالجهل وعدم المهارة؟...لذلك لا تجد بلدا من البلاد خاليا من جماعة لا يألون جهدا في شغل أوقات فراغهم وساعات سمرهم بالتحدث عن القضاة والحكم على قيمة أحكامهم...ولم تجد الأمة في تاريخ حياتها سلوى نتلهى بها وتكون أشمل للسر وأدعى للتسلية عن النفس من التندر بالقضاة، ولعل السبب في ذلك أن الأمة تشعر بعيوب القضاء وتحس بمواضع الضعف فيه أكثر من شعورها وإحساسها بالصعاب التي يصادفها القضاة، على أنه يجب أن لا تحزننا تلك الحالة الموئسة، لأنها باعث الإصلاح وسبيل النجاح...".

ج. رانسون، فن القضاء، ترجمة محمد رشدي، مرجع سابق، الصفحة 7-8.

الميدان، وهو ما أدى إلى بروز اجتهادات وسوابق قضائية بتعليلات متقدمة في مجال المساواة والمناصفة وحماية حقوق المرأة الإنسانية.

من الناحية الشخصية:

إيمانا مني أن هذه الدراسة ومهما استجمعتُ فيها من معطيات وأفكار وقرارات، فإنها يصعب جمع شتاتها واستيعابها من جميع جوانبها، وإنما يبقى الجهد المتواضع المبذول فيها مجرد توطئة لما قد يأتي بعدها، ومحاولة مني إقحام نفسي وكل طالب باحث بعدي في مجال قد يبدو لأول وهلة متضاربا حينا ومتقاطعا أحيانا أخرى بين مجموعة من التخصصات القضائية[38]، خاصة إذا علمنا أن لكل تخصص منهجه في تصريف ملفات الدعاوى القضائية، أو في اعتماد وسائل الإثبات القانونية، إلا أنه يتيسر فهمه واستيعاب آليات اشتغاله بمجرد الولوج إليه وإلقاء نظره عليه من داخله فالقضاء صنعة وفن وليس بالضرورة علم[39] وهو ما سأحاول بيانه قدر المستطاع في هذا البحث.

حدود العلاقة بين مبدأ المساواة ومبدأ المناصفة

تعززت مكانة المرأة المغربية بعد صدور دستور 2011 الجديد، الذي كرس آليات ومؤسسات دستورية لحمايتها من كافة أشكال التمييز ضدها، وتدعم وصولها إلى مواقع صنع القرار، وتسمو بثقافة المساواة كقيمة في بعدها الإنساني، وحق المناصفة كممارسة واقعية لتجسيد الصورة الإيجابية لمشاركة المرأة على قدم المساواة مع الرجل

---

[38] كالتخصص المدني في عموميته وما يشتمل عليه من شعب، كشعبة القضاء المدني في مفهومه الضيق الذي ينظمه القانون المدني، وشعبة قضاء الأسرة، وشعبة القانون العقاري...والتخصص التجاري والتخصص الجنائي.

[39] "...إن الفصل في الخصومات وقطع المنازعات فنا لا علما، وهناك فرق بين الفن والعلم، ومن دواعي الفخر لقضاة الشرع المسلمين في صدر الإسلام أن أحدهم نظر إلى القضاء هذه النظرة فكان له فضل السبق. ذلك القاضي هو إياس بن معاوية المتوفى سنة 122 هجرية، كان مثالا في الذكاء والفطنة، ذا فراسة صادقة.

جاء في كتاب تاريخ القضاء في الإسلام: "أنه لما ولى القضاء بالبصرة طار صيته في الآفاق حتى جاءه الناس يطلبون منه أن يعلمهم القضاء، وكان يقول لهم: إن القضاء لا يُعلم، إنما القضاء فهم، ولكن قولوا علمنا العلم"، وهل الفن إلا فهم؟

راجع: ج رانسون، فن القضاء، مرجع سابق، الصفحة 4.

داخل المجتمع، بدليل أن النساء يشكلن نسب مهمة جدا في كل القطاعات العمومية، حيث على سبيل المثال؛ يشكلن أكثر من 30% في السلك القضائي.

وإذا كان مبدأ المساواة سابقا من حيث وجوده وتفعيله وورود في التشريعات الدستورية والقوانين العادية على مبدأ المناصفة، إذ ورد النص عليه في أول وثيقة دستورية مغربية لسنة 1962، واعتبر حينذاك اعترافا مبكرا بالحقوق المتساوية للمواطنين والمواطنات، وتم التأكيد عليه في دستور المملكة المغربية لسنة 1972 رغم تركيز بنوده على المساواة السياسية أكثر من غيرها[40]، واعتبر الأمر حينذاك مُتفهم نظرا لحساسية المرحلة التي تلت استقلال البلاد، حيث كان الرهان قائما على تأسيس مؤسسات الدولة بما تفرضه من سن تشريعات تأسيسية لمرحلة سياسية جديدة، ثم أتى دستور 1996 الذي احتفظ بكل الفصول التي تقر المساواة بين الجنسين التي كانت مضمنة بالدستور المعدل، ومنها على سبيل المثال الفصل الخامس الذي ينص على أن كل المغاربة متساوون أمام القانون، والفصل الثامن الذي يضمن المساواة في الحقوق السياسية، والفصل التاسع الذي يضمن للجميع حرية الرأي والتعبير والاجتماع والانخراط في المنظمات النقابية والسياسية والجمعيات، والفصل الثاني عشر الذي يشير إلى المساواة في تقلد الوظائف العمومية، والفصل الثالث عشر الذي ينص على اعتبار التربية والشغل حقا للمواطنين على السواء.

أما دستور 2011 الذي مثل نقلة نوعية في المسار الحقوقي المغربي، سيما على مستوى الالتزام بضمان الحماية اللازمة لمنظومتي "حقوق الانسان والقانون الدولي الانساني والنهوض بهما، والإسهام في تطويرهما، مع مراعاة الطابع الكوني لتلك الحقوق وعدم قابليتها للتجزئة"، إذ إلى جانب حرصه على تكريس التلازم بين كل

[40] مبارك بوطلحة، حق المرأة في المساواة بين مدونة الأسرة والتزامات المغرب الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، 2018-2019، الصفحة 350.

الحقوق، وتعميم التمتع بها للجميع، ومنها مبدأ المساواة، نص لأول مرة على مبدأ المناصفة، وذلك بموجب الفصل 19 منه[41].

ينص الفصل 19 على أنه: "يتمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها.

تسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء.

وتحدث لهذه الغاية، هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز".[42]

والمناصفة حسب استقراءنا لمجموعة من المقتضيات التي تنظمها، وخاصة القوانين التنظيمية[43]، وكذا قرارات المحكمة الدستورية، وبعض قرارات المحاكم الإدارية، هي "آلية مرحلية مهمتها النهوض بأوضاع المرأة؛ على مستوى كل المجالات؛ من أجل بلوغ المساواة التامة بين المرأة والرجل"، فهي وسيلة لبلوغ المساواة التي يُنشدها المشرع الدستوري، وليست غاية في حد ذاتها.

---

[41] اعتمدت الوثيقة الدستورية مجموعة متنوعة من المفردات والعبارات التي تفيد في مبناها ومعناها الرجل والمرأة، من قبيل "المواطنات والمواطنين"، و"لكل واحد"، و "لكل إنسان"، و "لكل فرد"، و "لكل شخص"، و "لأي شخص"، و "للجميع". وهي كلمات تفيد في معناها بحسب السياق التي جاءت فيه المساواة بين "الرجل والمرأة".

[42] جاء في الفصل 164 من الدستور: " تسهر الهيأة المكلفة بالمناصفة ومحاربة جميع أشكال التمييز، المحدثة بموجب الفصل 19 من هذا الدستور، بصفة خاصة، على احترام الحقوق والحريات المنصوص عليها في الفص المذكور، مع مراعاة الاختصاصات المسندة للمجلس الوطني لحقوق الإنسان".

[43] انظر:

1. القانون التنظيمي المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية
2. المادة 23 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب
3. المادة 24 القانون التنظيمي المتعلق بمجلس المستشارين.
4. المادة 26 من القانون المتعلق بالأحزاب السياسية وقانون الجهات والعمالات والأقاليم.
5. المادة 23 القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية.
6. المادة 7 من القانون رقم 105.12 المتعلق بالمجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي
7. المادة 11 من القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي
8. المادة التاسعة من قانون الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري
9. المادة 7 من القانون التنظيمي المتعلق بالهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها

فالمساواة إذن مبدأ مستمر في الزمان، وهو هدف مجتمعي غير مقيد بمدة محددة، فيما المناصفة إجراء مرحلي ينتهي العمل به بمجرد تحقيق الغاية التي سُن من أجلها، فتكون المناصفة وسيلة والمساواة غاية، والمناصفة مبدأ مقيد فيما المساواة مبدأ مطلق.

وإذا كان الدستور المغربي لسنة 2011 ومن بعده القوانين التنظيمية[44] التي جاءت لتنزيل مضامينه قد نصت على مبدأ المناصفة إلى جانب مبدأ المساواة، فإن باقي القوانين العادية لم تتطرق قط إلى مبدأ المناصفة، وهذا مرده إلى التأخر الذي تعرفه مسطرة ملاءمة باقي التشريعات الدنيا مع المقتضيات الدستورية الجديدة، لذلك حسبنا معالجة المبدأين من خلال ما ورد عليه النص في الوثيقة الدستورية، ثم استنباط أحكام المناصفة من خلال بنود القوانين العادية، وخاصة مدونة الأسرة ومدونة الشغل، منهجنا في ذلك، ما تم بيانه من مؤشرات لهذا المبدأ الحديث عبر الاجتهادات القضائية الحديثة.

التطور التشريعي لمبدأي المساواة والمناصفة

لا شك أن الدستور المغربي لفاتح يوليوز 2011 يعد مرجعية لا محيد عنها في أي نقاش يستهدف التأصيل لمبدأ المساواة والمناصفة من جهة، ومدى تفعيل القضاء المغربي لهذه المبادئ من جهة أخرى.

فقد جاء دستور 2011 بمجموعة من المفاهيم والمبادئ التي تكرس المساواة والمناصفة كما هي متعارف عليها عالميا، ونص أيضا على انفتاح المجتمع المغربي على عصره مع تشبثه بثوابته الدينية، وعلى قيم المساواة بين الرجل والمرأة في التمتع

[44] تعد القوانين التنظيمية مكملة للدستور، إذ تعمل على تفصيل أحكام الدستور وتوضيح مراميه، وهكذا وفي سبيل تنزيل مضامين الدستور فيما يتعلق بالمساواة كإطار معياري، اتخذت القوانين التنظيمية رزمة من الإجراءات التطبيقية لصياغة مخرجات واقعية لتجسيد إرادة المشرع الدستوري، ونصت جل القوانين التنظيمية التي تعرض وجوبا على القضاء الدستوري للتصريح بمطابقتها للدستور، على أحكام تراعي قيم المساواة بين الجنسين والسعي إلى تنزيل فعلي لها، من خلال رغبة المشرع في ترسيخ المناصفة بين الرجل والمرأة في شأن تدبير الشأن العام.

بالحقوق وجعل من الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع، ومثال هذه المبادئ الكبرى نذكر ما يلي:

*إرساء دعائم مجتمع متضامن، يتمتع فيه الجميع بالأمن والحرية والكرامة والمساواة، وتكافؤ الفرص، والعدالة الاجتماعية ومقومات العيش الكريم، في نطاق التلازم بين حقوق وواجبات المواطنة.

*التأكيد على أن الهوية المغربية تتميز بتبوء الدين الإسلامي مكانة الصدارة فيها، وذلك في ظل تشبث الشعب المغربي بقيم الانفتاح والاعتدال والتسامح والحوار، والتفاهم المتبادل بين الثقافات والحضارات الإنسانية جمعاء.

*التزام المغرب بحماية منظومتي حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والنهوض بهما، والإسهام في تطويرهما؛ مع مراعاة الطابع الكوني لتلك الحقوق وعدم قابليتها للتجزيء.

*حظر ومكافحة كل أشكال التمييز، بسبب الجنس أو اللون أو المعتقد أو الثقافة أو الانتماء الاجتماعي أو الجهوي أو اللغة أو الإعاقة أو أي وضع شخصي مهما كان.

*تمتع المرأة والرجل على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في الدستور، وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها.

*التزام الدولة بالسعي إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء وإحداث هيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز.

*قيام السلطات العمومية بوضع وتفعيل سياسات يكون الغرض منها معالجة الأوضاع الهشة لفئات من النساء والأمهات، وللأطفال والأشخاص المسنين والوقاية منها...

*الحق في الزواج وتكوين أسرة وحماية الدولة لهذا الكيان وتوفير الحماية القانونية للأطفال، حسب مقتضيات الفصل 32 من الدستور.

*إحداث وتحديد اختصاصات المجلس الاستشاري للأسرة والطفولة.

كما أنه ولضمان حماية أكبر لمبدأ المساواة والمناصفة، كان لزاما اعتماد المشرع المغربي لمقتضيات ذات مرجعية دولية والتي صادق عليها المغرب وجعلها تسمو على ما تعارض منها مع قوانين وطنية، كما أبرم عدة اتفاقيات دولية كاتفاقية نيويورك المؤرخة في 20 يونيو 1958 بشأن استيفاء النفقة بالخارج، والاتفاقية الدولية بشأن الرضا بالزواج والحد الأدنى للزواج وتسجيل عقود الزواج، ثم الميثاق الدولية للحقوق لسنة 1966، واتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، واتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات الحمائية للأطفال.

كما شارك في عدة مؤتمرات دولية للنهوض بوضعية المساواة والمناصفة، منها مؤتمر مكسيكو الذي انتهى بإصدار "إعلان مؤتمر مكسيكو" سنة 1975 الذي حث على احترام الدول التزامها بتفعيل مبدأ المساواة القانونية بين الرجل والمرأة، ومما جاء فيه: "...المساواة بين الجنسين في كرامتهم وقيمتهم كبشر والمساواة في حقوقهم وإمكاناتهم ومسؤولياتهم..."، ثم مؤتمر كوبنهاجن سنة 1980 الذي وسع من مفهوم المساواة ليتجاوز المفهوم التقليدي للمبدأ والذي يحصر نطاقه في ضمان تحقيق المساواة القانونية بين الجنسين، إلى ضرورة شمُوله لمبادئ أخرى من قبيل عدم التمييز بكل أصنافه وصوره والسعي نحو المناصفة، لأن مبدأ المساواة بحسب توصيات مؤتمر

كوبنهاجن له مستويين: الأول مساواة قانونية، والثاني مساواة واقعية؛[45] وهناك فرق شاسع وكبير بين ما هو منصوص عليه قانونا وما هو مُحقق واقعا.

ولتقريب هذا بذاك، انعقد مؤتمر نيروبي سنة 1985 وذلك بعدما صدرت تقارير عن تأخر تنفيذ توصيات مؤتمر كوبنهاجن، وأعقبَه الملتقى الدولي الرابع حول المرأة المنعقد بيجين سنة 1995، حيث اعترفت الحكومات المشاركة فيه بالفجوة الكبيرة بين الجنسين، إذ جاء في النقطة الخامسة من إعلان بيجين: "...نعترف أن أحوال المرأة قد شهدت تحسنا في بعض الجوانب الهامة على مدى العقد الماضي وإن كان هذا التقدم متفاوتا، وما برحت أوجه التفاوت قائمة بين المرأة والرجل، وما زالت هناك عقبات كبيرة مما يؤدي إلى عواقب خطيرة على رفاهية الناس جميعا..."[46].

من أجل ذلك، تم تشجيع الدول المشاركة على إعادة النظر في السياسات والبرامج الحكومية المُوجهة لتحقيق المساواة والمناصفة بين الجنسين، مع الأخذ بعين الاعتبار انعكاساتها الواقعية عليهم، وهو ما أقره المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة[47] سنة 1997، الذي حث على :"دعم آفاق المساواة بين الجنسين كعملية تقييم آثار التدابير المتخذة لصالح النساء والرجال- بما في ذلك التشريع والسياسات والبرامج- في كل الميادين وعلى جميع المستويات، وفق استراتيجية تعطي قضايا النساء والرجال على السواء بعدا كليا وذلك لدراسة وتطبيق ومراقبة وتقييم السياسات والبرامج في كل المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية من أجل وضع حد لعدم المساواة بين الجنسين، فالهدف الأول والأخير هو تحقيق المساواة التامة بحكم الواقع وليس المساواة الشكلية (في القانون) فقط"[48].

---

[45] Jean Roche, Libertés publiques, 5e Edition, Dalloz, Paris, 1978, page 66.

[46] انظر: إعلان مؤتمر بيجين، 1995، الصفحة 5.

[47] يعتبر المجلس الاقتصادي والاجتماعي قلب منظومة الأمم المتحدة لتحقيق الأبعاد الثلاثة للتنمية المستدامة،- الاقتصادية والاجتماعية والبيئية- وهو المنبر الرئيسي لتشجيع النقاش والأفكار المبتكرة، وصياغة التوافق للسير قدما، وتنسيق الجهود لتحقيق الأهداف المتفق عليها دوليا، وهو المسؤول عن متابعة مؤتمرات الأمم المتحدة الرئيسية ومؤتمرات القمة. www.un.org/unispal/ar/data

[48] ECOSOC Agreed conclusions 1997/2, UN document, A/53/3, chapter 4, para 4

وفيما يتعلق بتطور وضعية المساواة والمناصفة بين الجنسين بالمغرب، فإن الأخير حقق تقدما مهما في مجال احترام الحقوق والحريات، وإرساء قواعد لحماية الأفراد والجماعات، وتكريس مبادئ المناصفة والمساواة وذلك باعتراف المنظمات الدولية لحقوق الإنسان، سواء على مستوى احترام التزاماته الدولية بعد مصادقته على مجموعة من الاتفاقيات الأممية ذات الصلة، أو على المستوى الداخلي عبر تحيين ترسانته القانونية لملائمتها مع تلك الاتفاقيات بهدف رفع كل أشكال التمييز عن الفئات الهشة كالمرأة والطفل وذوو الاحتياجات الخاصة، وصيانة حرمة الرجل بغية البلوغ لهدف المساواة التامة بين الموطنين والمواطنات إلى درجة سن تدابير التمييز الإيجابي للنهوض بها، قبل أن يُتوج هذا التطور بتعديل دستوري سنة 2011 اعتبر حينذاك ثورة حقيقية وإنجازا غير مسبوق على المستوى الحقوقي، فتمت بموجبه دسترة مبدأي المناصفة والمساواة[49].

ومن أهم المبادئ القانونية في باب المناصفة والمساواة والتي هي موضوع دراستنا ما تضمنته مدونة الأسرة واعتبرته مرتكزات أساسية، مثالها:

إقرار المسؤولية المشتركة للزوجين على الأسرة طبقا للمادة 4، وهو ما يعكس النظرة الجديدة للمشرع في موضوع المساواة بين الرجل والمرأة.

جعل الولاية حقا للمرأة الرشيدة؛ تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها، مع اعتبارها أهلا لأن تُبرم الزواج بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها.

---

[49] ينص الفصل 19 من الدستور: "يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها.

تسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء.

وتُحدث لهذه الغاية، هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز".

توحيد سن الأهلية للزواج في 18 سنة شمسية كاملة للذكر والأنثى.

جعل الطلاق والتطليق حقا يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه وتحت مراقبة القضاء.

تنظيم أحكام الحضانة في حالة انحلال ميثاق الزوجية انطلاقا من مبدأ المصلحة الفضلى للطفل المحضون ذكرا كان أو انثى.

المساواة في الاستفادة من أحكام الوصية الواجبة بين الأحفاد من جهة الابن والأحفاد من جهة البنت...[50]

وبالموازاة مع التطور الذي لحق مفهوم المساواة والمناصفة على المستوى التشريعي الوطني والدولي، كان لزاما أن يواكبه تطور على مستوى جودة الأحكام القضائية كونها تعكس تطور منسوب الحقوق والحريات في أي بلد.

التطور التاريخي لتعليل الأحكام القضائية

لئن كان القانون الروماني يعتبر من أقدم النظم القانونية في التاريخ فإنه مع ذلك كان في الأساس مبني على العرف المجتمعي[51] مثله مثل القانون الكنسي، فقد تجاهل القانون الروماني مسألة تعليل أحكام القضاة، لأن الأصل في أحكام قضاة الرومان تأسيسها على فرضية ثبوت وجود الحق من قبل الشخص الذي يدعيه دون حاجة منه لبيان حججه، فتشكلت في ضوء هذا النظام القضائي علاقة تعارض بين عنصر التعليل الذي يمثل المنطق القضائي وبين الإجراءات القضائية التقليدية التي تبنى على مجرد الافتراض بثبوت وجود الحق لمدعيه، وهو ما كان يفضي إلى الظلم

[50] وزارة العدل والحريات، القضاء الأسري: الواقع والآفاق-عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة-دراسة تحليلية إحصائية: 2004-2013. ماي 2014، الصفحة 31

[51] R. Robaye, Le droit romain, 3e éd., Bruxelles, Academia, 2005, page.36

والجور طالما أن المدعي دائما مصدق في دعواه، وعلى المدعي عليه إثبات خلاف ما يدعيه[52].

أما في الحضارة الفرعونية القديمة التي عرف نظامها القضائي بعض التطور مقارنة بالحضارة الرومانية، فإنها لم تعطي أهمية كبيرة لعنصر التعليل[53] طالما أن الأحكام تصدر عن الحاكم الذي يفترض فيه أنه يحكم بالعدل ولا يمكن الشك في ما يقرره بين الخصوم[54]، كما رسخت الحضارة البابلية وخاصة في عهد حمورابي (الذي ألف ما بات يعرف بمدونة حمورابي) نظاما قضائيا يقوم على المواجهة بين المدعي وخصمه وتكليف كل واحد للإدلاء بما يؤيد دعواه ودفوعاته مع إلزام القضاة بالإجابة عليها، وقد تم سنة 1950 العثور على لوحة من ألواح مدينة سومر تتضمن حكما يشتمل على مسبباته[55]، ولذلك شكلت مدونة حمورابي استثناء بين القوانين القديمة لأنها أفردت بنودا هامة لتعليل أحكام القضاة، فعلى سبيل المثال ينص أحد قوانينها على أن "الابن الذي يضرب أباه تُقطع يده"، إلا إذا كان هناك شك حول استحقاقه العقوبة الواجبة عليه فيلزم القاضي هنا ببيان أسباب هذا الشك وذلك حتى لا يتم التساهل مع مثل هؤلاء العصاة[56].

كما يعتبر قضاء مدينة "روما" من النظم القضائية الأولى التي ظهر بها نمط لتعليل أحكام القضاة، فقد وضع الرومان مثلهم مثل الأثينيين في زمن صولون، مجموعة من القوانين في وقت مبكر (حوالي عام 450 قبل الميلاد) عُرفت باسم الجداول الاثني عشر، وقد اعتبر الرومان تلك المجموعة مصدرا لقوانينهم، وألزمت

---

[52] Giudicelli-Delage, La motivation des décisions de justice, t. I, th. Poitiers, 1979, p 29. Sauvel, «Histoire du jugement motivé », Revue. de droit public et de science politique, 1955, page 16.

[53] العبودي عباس، تاريخ القانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1998، الصفحة 57.

[54] G. Giudicelli-Delage, La motivation des décisions de justice, t. I, op. cit., p.49. ; Sauvel, «Histoire du jugement motivé », op. cit, page 6.

[55] العبودي عباس، تاريخ القانون، مرجع سابق، الصفحة 115.

[56] توني أووريه، أراء في القانون، ترجمة مصطفى رياض، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، 1071 كورنيش النيل، جاردن سيتي، القاهرة، الطبعة العربية الأولى، 1998، الصفحة 23.

القضاة بالاعتماد عليها لتأسيس أحكامهم بعد تفسيرها من قبل المتخصصين الذين يطلق عليهم الأحبار، فقد جاء في الجداول الاثني عشر أنه "إذا باع الأب ابنه ثلاث مرات (باعه عبدا لسداد ديونه) يكون الابن مستقلا عن سلطة أبيه""، ولم تذكر الجداول الاثني عشر شيئا عن بيع الأب لابنته، غير أن قضاة المدينة وأحبارها اجتهدوا في ذلك وعللو أحكامهم بأن "الابنة التي يبيعها أبوها مرة واحدة تكون حرة"[57]، وهو ما اعتبر حينذاك تطورا في تعليل الأحكام والقرارات استنادا إلى سلطة التفسير والتأويل التي يتمتع بها القاضي أو الأحبار الرومان.

وفي هذا السياق، وفي سبيل تيسير الاطلاع على القوانين ومعرفة مضمونها للحكم بمقتضاها، قام الامبراطور الروماني جستينيان بتلخيص القوانين الرومانية كلها في ثلاثة أجزاء أطلق عليها مجموعة "القانون المدني"،[58] فصار أول من يستعمل السجلات لنسخ أحكام القضاة، فتكونت بذلك قاعدة أساسية من السوابق القضائية المضمنة بالسجلات إلى درجة أن أصبح عدد الأحكام كافيا للرجوع إليها والاستئناس بها عند تعليل الأحكام[59]، حتى صار تطبيق الأعراف القضائية من قبل المحاكم مرهون بالاطلاع أولا على هذه القرارات المعللة والمضمنة بالسجلات، وهو ما اعتبر بمثابة تكوين مستمر بالنسبة لقضاة روما حسب الاصطلاح المعاصر[60].

أما في بريطانيا قديما فقد تميزت أحكام قضاتها بنوع من الجودة والعدالة، لأنها من جهة كانت تولي أهمية بالغة لأسباب الأحكام وعللها[61]، ومن جهة أخرى كانت تصدر عن قضاة مستقلين، ومن صور ذلك؛ رفض "رئيس القضاة" الملك جيمس بعد عام 1607 أن يكون هو نفسه قاضيا ونأى بنفسه عن التدخل في عمل القضاة، لأنه "لم يتلق تعليما قانونيا ولذلك فإنه لا يستطيع أن يفصل في القضايا بنفسه"[62]، وإذا

---

[57] توني أووريه، أراء في القانون، ترجمة مصطفى رياض، المرجع نفسه، الصفحة 25.

[58] توني أووريه، أراء في القانون، ترجمة مصطفى رياض، المرجع نفسه، الصفحة 27.

[59] T. Sauvel, « Histoire du jugement motivé », op. cit., p. 11

[60] G. Giudicelli-Delage, La motivation des décisions de justice, t. I, op. cit., page. 40.

[61] الكيك محمد علي، أصول تصبيب الأحكام الجنائية، الطبعة الأولى، دون ذكر لدار النشر، 1988، الصفحة 13.

[62] توني أووريه، أراء في القانون، ترجمة مصطفى رياض، مرجع سابق، الصفحة 26.

كان الملك لا يستطيع الفصل في القضايا بنفسه لغياب التكوين القانوني لديه، فبالتبعية لا يستطيع أن يسند ممارسة القضاء إلا لمن يتلمس فيه اطلاعا واسعا بأحكام القانون[63]،

لذلك أعلنت وزارة العدل البريطانية وقتذاك وبشكل صريح أن الأحكام القضائية يجب أن تكون معللة، وحدد للقضاة مجموعة من الحالات التي يكون فيها التعليل وجوبيا، ومنها على سبيل المثال: إذا قرر القاضي توقيع عقوبة السجن في حق متهم لم يبلغ عمره 21 سنة وجب عليه أن يبين الأسباب التي دفعته إلى اختيار هذه العقوبة من بين العقوبات الأخرى المقررة لنفس الجريمة، وأن يبين بوضوح تعذر تطبيق جزاء آخر مناسب وفق المعايير التي اشترطها القانون، منها الاسترشاد بظروف القضية وظروف المحكوم عليه الشخصية والنفسية وحالته العقلية[64].

كما نصت المادة 8 من الملحق (أ) من إعلان فرجينيا للحقوق المعمول به الصادر في 12 يونيو 1776على: "أن للمتهم الحق في معرفة طبيعة وسبب اتهامه، وأن يواجه بمن يتهمه والشهود الذين شهدوا ضده، ويكون له الحق في استدعاء شهوده

---

[63] ساد في انجلترا ما يعرف بالقوانين غير المدونة، أو القوانين العرفية تعتمد على التراث المهني في إصدار الأحكام، ومعنى ن يكون القانون غير مدون هو أنه حتى إذا حرر القضاة أراءهم كتابة، كما هو واقع بالفعل أيامنا هذه، فإن(=) (=)القانون لا يكمن في الكلمات ذاتها التي يستخدمها القضاة وإنما في الأفكار التي تعبر عنها هذه الكلمات، وكانت هناك أيضا ولا يزال قوانين مدونة على هيئة تشريعات، غير أن معظم القانون العام قد تطور بصورة منفصلة عن التشريعات، ولا يتألف القانون العام من نصوص مكتوبة.

انظر توني أووريه، أراء في القانون، ترجمة مصطفى رياض، مرجع سابق، الصفحة 32.

[64] فقبل هذا التاريخ لم يكن هناك أي نص في الدستور أو في قوانين الكثير من الدول ذات النظام الانجلوساكسوني يلتزم بموجبه القضاة تعليل الأحكام التي يصدرونها ويُعزى ذلك إلى أن القاضي الانجليزي يُعتبر عونا للملك في أداء مهام وظيفته، ومنها القضاء، ومن ثم فلا يجب إلزامه ببيان الأسباب التي قادته إلى الحكم الذي أصدره، لأن في إلزام القاضي بذكر أسباب حكمه تشكيكا في عدله وتقليلا من القوة الاقناعية للحكم الذي ينتهي إليه.

وعلى عكس هذا الرأي يرى بعض الفقهاء أن هناك التزاما عاما بالتعليل في انجلترا، مصدره القانون الطبيعي والذي بموجبه يكون من حق الخصوم معرفة أسباب الأحكام التي تصدر لصالحهم أو في مواجهتهم.

انظر:

J.Spreutels: La motivation des sentences pénales En Angle – terre- T. C.N.R.L Bruxelles 1978 p.197.

لصالحه، وفي أن تعقد له محاكمة سريعة أمام محلفين محايدين بحيث لا تجوز إدانته إلا بإجماعهم"[65].

وهكذا تشكلت في بريطانيا العظمى على مر عقود سوابق قضائية كان القضاة يلجؤون إليها لمعرفة الحل المناسب للنوازل المعروضة عليهم وطريقة اختيار النصوص القانونية المناسبة في الحالات المشابهة[66]، فكانت هذه السوابق مصدرا تفسيريا يرجع إليه القضاة للاستئناس به عند الفصل في المنازعات.

أما في فرنسا قديما فقد نهجت محكمة فلورنسا نهجا مختلفا عن باقي المحاكم الفرنسية، ودأبت منذ تأسيسها على الالتزام بتعليل أحكامها إذا طلب منها المتقاضين ذلك، وهو ما ساهم في تشجيع رجال القانون للمطالبة بضرورة تعليل الأحكام القضائية الصادرة عن جميع المحاكم دون استثناء[67]، فانعقد سنة 1560 مؤتمر مصغر ب"أورليانز" حضره بعض من هؤلاء وطالبوا من خلاله بالقطيعة مع الأحكام غير المعللة، وتم بهذه المناسبة صياغة دليل تضمن مجموعة من الملاحظات المكتوبة حول طريقة صياغة القضاة لأحكامهم، وطالبوهم فيها بالتوقف عن استخدام الصيغ المُجملة والخالية من أي معنى مع التركيز بشكل كبير على الأحكام الصادرة بمناسبة المحاكمات الجنائية[68]، فكان هذا هو الدافع الذي أدى إلى النص على مبدأ تعليل القرارات الجنائية في المادة 6 من الفصل الثالث من دليل الملاحظات تحت عنوان " نحو إصلاح المحاكم"[69].

---

[65] مشار إليه في كارول مورلاند: النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية، ترجمة محمد لبيب شنب: د ن ع، سنة 1957ص 13.

[66] عبد الحميد فوده وأحمد محمد البغددي، موجز تاريخ القانون المصري، دون ذكر دار النشر ولا سنة النشر، الصفحة 21.

[67] P. Texier, Jalons pour histoire de la motivation des sentences, La motivation, op. cit., p. 11-12

[68] T. Sauvel, « Histoire du jugement motivé », op. cit., p.28

[69] Cahier de doléances, Cahier des demandes et représentations de l'ordre de la noblesse du bailliage de Montargis. 22 mars 1789, [En ligne], disponible sur:

كما كانت للثورة الفرنسية أهمية كبرى في تطور مفهوم تعليل الأحكام والقرارات القضائية حينما تبنت الجمعية التأسيسية المنبثقة عن الثورة في 16 و24 غشت 1790 قرارا طالب بإلغاء كل القرارات القضائية غير المعللة[70]، وتم النص على هذا المبدأ بموجب المادة 15 من الجزء الخامس من البيان[71]، قبل أن تتم دسترته من خلال دستور 4 شتنبر 1797[72].

أما في نطاق القوانين الحديثة، فقد نصت العديد من المواثيق والإعلانات الدولية على إلزامية تعليل أحكام القضاة، منها المادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛ التي نصت على أنه :" لكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة مع الآخرين في أن تنظر قضية أمام محكمة مستقلة ومحايدة نظرا منصفا وعلنيا للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أي تهمة جنائية توجه إليه..."، ونصت المادة الرابعة عشرة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن :"الناس جميعا سواء أمام القضاء، ومن حق كل فرد لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل

(http://www.gatinais.histoire.pagesperso-orange.fr/doleances_noblesse.htm.
تاريخ الزيارة: 2020/03/29.

[70] تطور مفهوم التعليل في اللغة الفرنسية بتطور مدلوله، ففي القرن الثالث عشر كان الأساس اللغوي للتعليل: فعلMouvoir ولذلك كان مدلول التعليل ينصرف إلى مجرد إلزام القاضي بأن يذكر أن الواقعة ثابتة وأن يشير إلى(=) (=)النص القانوني الذي تخضع له. وفي القرن الثامن عشر تطور مفهوم التعليل، فأصبح أساسه فعل Motiver وهو يعني بيان الأسباب الواقعية والقانونية التي تقود القاضي إلى الرأي الذي انتهى إليه وتبرره وتقنع المطلع عليه بصحته وعدالته.
انظر:

Perelman Chaim : Essai de synthèse in la motivation des décisions de justice-Travaux du centre national de recherché ;des logique - études publiées par Perlman et P.forier S - Bruxelles bruylant 1987. p : 415.

[71] Les motifs qui auront détermine Le Jugement doit exprimés. Voir :

(Chaim Perelman, La Motivation de décision de Justice, essai de Synthèse, bibliothèque de philosophie du droit, V. XXIX Paris 1984 p : 114.

[72] تنص المادة 208 من دستور فرنسا لسنة 1797: "يجب أن تكون الأحكام مسببة كما يجب بيان نصوص القانون المطبقة".

«Les Jugements son motives ; et on y énonce les termes de la loi applique».

محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون...وأن يتم إعلامه سريعا وبالتفصيل، وفى لغة يفهمها، بطبيعة التهمة الموجهة إليه وأسبابها ".

كما تم الإعلان عن ميلاد "الإعلان العالمي حول استقلال العدالة" بمناسبة انعقاد مؤتمر مونتريال سنة 1983، أعقبه صدور إعلان "المبادئ الأساسية لاستقلال القضاء" عن مؤتمر الأمم المتحدة السابع بشأن منع الجريمة ومعاملة المذنبين بميلانو؛ خلال الفترة ما بين 26 غشت و6 سبتمبر سنة 1985؛ وأقرته الجمعية العمومية للأمم المتحدة في قرارها رقم 32/40 بتاريخ 29 نونبر 1985؛ والقرار رقم 146/40 وتاريخ 13 دجنبر 1985، والغاية من كل هذا ضمان تعليل الأحكام القضائية التي تصدرها محاكم الدول المُشاركة بما يترتب عنه من ثقة في النظام القضائي للدولة واطمئنان للأحكام الصادرة عن قضاتها، إذ يلعب عنصر التعليل بحسب خلاصات الإعلان (المبادئ الأساسية لاستقلال القضاء) دورا رئيسيا في تحقيق هذه الأهداف (الثقة في النظام القضائي والاطمئنان لأحكام قضاته) وذلك عبر احترامها لمنهجية عرض الحجج الواقعية والمبررات القانونية التي استند عليها القاضي أو هيئة الحكم؛ في إصدار أحكامها في القضايا التي وُكلت للبت فيها، لذلك؛ كان التعليل دليلا وطريقا للحكم الجيد، وحجة على موافقة الحكم القضائي للمقتضيات القانونية وسلامتها الإجرائية[73].

أما المشرع المغربي فإنه جعل من تعليل الأحكام مبدأ دستوريا، حيث نص في فصله 125 على أنه: "تكون الأحكام معللة وتصدر في جلسة علنية وفق الشروط المنصوص عليها في القانون"، وبالتالي يكون تعليل الحكم قاعدة دستورية، وهذا ما عززته محكمة النقض في مجموعة من قراراتها المتعلقة بنقصان التعليل واعتبرت الحكم الغير المعلل أو ناقص التعليل يكون باطلا ومعرضا للنقض، فقد عللت

[73] رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1986، الصفحة 3، بتصرف.

قراراتها[74] بالقول: **"حيث إنه بمقتضى الفقرة 7 من الفصل** 347 **والفقرة** 2 **من الفصل** 352 **من القانون المذكور، يجب أن يكون كل حكم معللا من الناحيتين الواقعية والقانونية ولو في حالة البراءة وإلا كان باطلا، وأن نقصان التعليل يوازي انعدامه"**.

لذلك التزمت المحاكم المغربية بالتعليل منذ مرحلة ما قبل الحماية ونصت على ذلك مختلف القواعد الإجرائية المدنية، كتلك المتعلقة بالقضاء الشرعي أو الخاصة بالقضاء العصري أو المنظمة للقضاء المخزني أو القضاء العبري، وعلى هذا الأساس؛ سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن نقضت أحكاما صادرة عن المحاكم المغربية واعتبرتها مشوبة بالقصور أو النقصان من حيث ذكر الأسباب الواقعية المستخلصة من طرف قاضي الموضوع؛ مما يترتب عنه عدم تمكن جهة الطعن بالنقض من بسط رقابتها على سلامة تطبيق القانون[75].

عنصر التعليل في ضوء الفقه الإسلامي

تعد ولاية القضاء في الإسلام من أجل الولايات، فهو مقام عالي ومنصب نبوي، تحفظ به الضرورات الخمس من الدين والنفس والعقل والنسب والمال، وبه ينصر المظلوم ويقمع الظالم، وتفصل الخصومات، وتوصل الحقوق إلى أصحابها.[76]

لذلك جاءت أحكام القرآن الكريم لتعطي حلولا لجميع المشاكل التي يتخبط فيها الناس حاضرا ومستقبلا، فأحكامه جامعة مانعة ومكتملة لا عوج فيها ولا نقصان، ولذلك تتطلب الشريعة الإسلامية أن يكون القضاء صحيحا وعادلا.

فقد سلك القرآن الكريم مسلكا بديعا محكما في شرعية الأحكام، فلم يكن يسردها سردا، بل كان يبين في مواطن كثيرة عللها المؤثرة وأوصافها المعتد بها، ومن

---

[74] قرار رقم 889 وتاريخ 1983/02/10 في الملف الجنائي عدد 10470 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى، في المادة الجنائية، الجزء الأول، الصفحة 187 وما يليها.

[75] لحبيب بيهي: "الرقابة القضائية على سلامة تقدير الأدلة الجنائية"، م أ، العدد 10، سنة 1994، الصفحة 10.

[76] المغني، لابن قدامة المقدسي 373/11، تحقيق التركي والحلو، طبعة دار هجر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1410 هجرية، تبصرة الحكام لابن فرحون، تحقيق: جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، طبعة خاصة سنة 1423 هجرية، الصفحة 19.

ذلك قولها تعالى: **"ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم"**[77]، وقوله تعالى: **"وصل عليهم، إن صلاتك سكن لهم"**[78].

ومن الأمور المهمة على القاضي التي تعينه على تحقيق هذا المقصد، أن يفهم ما يُعرض عليه من المنازعات والدعاوى فهما يوصلاه إلى الحكم بالحق الذي يراه ويدين لله به، ولذلك فقد أوضح ابن خلدون في مقدمته أن على القاضي فهم الوقائع وذلك بأن يتأنى على المدعي حتى يذكر ما عنده كله، ويتفهمه حتى يعلم قطعا مراده، ثم يسأل المدعى عليه رافقا به متأنيا عليه حتى يذكر جميع ما عنده ويتفهمه، ثم يستجلي الحال منهما، ومن العالم بواقعتها بأحسن استجلاء، وبأشد استيضاح[79]"، ومن أهم ما جاء في هذا الباب، أي ضرورة الفهم الصحيح بهدف الحكم بالحق، رسالة عمر ابن الخطاب رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري في كتابه المشهور **"فافهم إذا أدلي إليك**[80]**"، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم :"إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له بنحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه فلا يأخذه، فإنما أقتطع له قطعة من النار**[81]**"**.

وحيث إن كل قضاء في مسألة ما يحتاج إلى وسيلة تراقب من خلالها صحته من حيث قوته وضعفه، وهو ما لا يتأتى إلا من خلال بيان أسباب الأحكام التي يصدرها القضاة، قال تعالى في محكم كتابه**: "يا داوود إنا جعلناك خليفة في الأرض**

---

[77] سورة الحشر، الآية 6

[78] سورة التوبة، الآية 102.

[79] مزيل الملام عن حكام الأنام، ابن خلدون، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الوطن، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1417 هـ، الصفحة 78.

[80] حديث كتاب عمر إلى أبو موسى الأشعري، عن أبي المليح الهذلي قال: كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري :أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك بحجة وانفذ الحق إذا وضح".

أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رقم (4425)، (4/232) وأخرجه البيهقي في سننه من طريق أبي العوام البصري، كتاب الشهادات، باب (6) لا يُحيل حكم القاضي على المقضي له والمقضي عليه رقم (20537)، (10/252).

[81] متفق عليه من حديث أم سلمة رضي الله عنها، أخرجه البخاري في كتاب الحيل باب 10، رقم 6967، '12/424)، وأخرجه مسلم في كتاب الأقضية باب 3 الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، رقم 4448، (6/231).

فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيُضلك عن سبيل الله، إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسو يوم الحساب"[82]، وقال عز من قائل: **"وأن احكم بينهم بما أنزل الله، ولا تتبع أهوائهم"**[83]، لذلك فالتعليل أمرا لازما في الشريعة الإسلامية لأن في إظهار لحكم الشرع في الواقعة محل النزاع وبيانا لعدل القضاة[84].

فحكم القاضي في التشريع الإسلامي أحيط بضمانات عديدة من أجل أن يصيب الحق في القضية نفسها أو يقترب منه، ومن تلك الضمانات كما أسلفنا القول أن يكون الحكم مبنيا على أدلة وأسباب صحيحة تكون وسيلة للوصول إلى الحق، وإعطاء كل ذي حق حقه، فلا يسوغ ولا يجوز أبدا أن يكون الحكم القضائي مبنيا على هوى مُتبع أو رأي مُبتدع يعارض الكتاب والسنة.

كما جاءت السنة النبوية ناطقة بما نطق به الذكر الحكيم، وشاهدة لمسلكه القويم في تعليل الأحكام، كاشفة لحكمتها، فقد روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: **"إذا صلى أحدكم بالناس فليخفف، فإن منهم الضعيف والسقيم والكبير، وإذا صلى أحدكم لنفسه فليطول ما شاء"**[85]، ففي الحديث بيان لعلة المنع من تطويل الصلاة عند الإمامة بالناس، وهي مراعاة أصحاب الأعذار.[86]

وهكذا، شكلت السنة النبوية مرجعا أساسيا في بيان مكانة أسباب الأقضية والأحكام وعللها في الإسلام، حيث أمر الرسول صلى الله عليه وسلام القاضي بأن يُتحرى الحق ويُحكم به، فقد روي عنه صلى الله عليه وسلم قوله **"القضاة ثلاثة، قاضيان في النار وقاض في الجنة، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به،**

---

[82] سورة ص، الآية 25 برواية ورش عن نافع

[83] سورة المائدة، الآية 48 برواية ورش عن نافع.

[84] عمر نبيل اسماعيل، أصول المرافعات الشرعية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993، الصفحة 457.

[85] متفق عليه، أخرجه البخاري واللفظ له، الجزء الأول الصفحة 248 تحت رقم 703 كتاب الجماعة والإمامة، باب إذا صلى لنفسه فليطول ما شاء" وأخرجه مسلم الجزء الأول الصفحة 341 تحت رقم 467، كتاب الصلاة، باب أمر الأئمة بتخفيف الصلاة في تمام".

[86] عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تسبيب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، 1434 هجرية، دار ابن فرحون للنشر، الصفحة 29.

ورجل عرف الحق وجار في الحكم فهو في النار[87] **ورجل قضى في الناس على جهل فهو في النار"**، والشاهد هنا أن القاضي الناجي من النار بفضل الله هو الذي عرف الحق وحكم به، وهو لا يُحقق هذه الغاية إلا بمعرفته مستند الحكم وعلله، وهذه دعوة صريحة لا غموض فيها إلى التحري عن الأسباب التي على أساسها تُبنى الأحكام القضائية.

ومما لا شك فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان قد جلس للنظر في بعض المظالم، ورُوي أن الإمام علي كرم الله وجهه كان أول من خصص يوما للمظالم، وفيما بعد أخذ قضاء المظالم في التطور فأصبح ولاية بذاتها تنعقد لها محكمة مخصوصة في أيام محددة.[88]

وإذا كان مسلك القرآن والسنة هو الكشف عن علل الأحكام التي تكون فائدتها بيان مأخذ الحكم وإقناع من يأخذ به ويطبقه، فإن القضاة أولى بذلك وأحرى، فعليهم أن يقيموا الدليل على أحكامهم ويكشفوا عن مأخذها، وصفة ثبوت الوقائع لديهم، وصفة تنزيل الحكم الكلي على الواقعة، يقول ابن القيم رحمه الله: "والمقصود أن الشارع مع كون قوله حجة بنفسه يرشد الأمة إلى علل الأحكام ومداركها وحكمها، فورثته من بعده كذلك[89]"، وقوله "فورثته من بعده" يقصد به القضاة[90].

هذا وكان التعليل في الشريعة الإسلامية من الأمور الاجتهادية التي يترك أمرها لتقدير ولاة الأمور، إلى أن صار أمرا واجبا شرعا لأنه من حيث عدْل القاضي أن يعلل أسباب حكمه ما دام لم يقم دليل على المنع، بل على القاضي أن يبين أسباب

---

[87] عَنْ بُرَيْدَة رضي الله عنه قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ □ :الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ: اثْنَانِ فِي النَّارِ، وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ: رَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ، فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ، وَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَلَمْ يَقْضِ بِهِ، وَجَارَ فِي الْحُكْمِ، فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ لَمْ يَعْرِفِ الْحَقَّ، فَقَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ، فَهُوَ فِي النَّارِ .رَوَاهُ الْأَرْبَعَةُ، وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ.

[88] عبد الحميد فوده وأحمد محمد البغدادي، موجز تاريخ القانون المصري، دون ذكر دار النشر وسنة النشر، الباب الثاني، الصفحة 39.

[89] شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المشهور ب ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء الرابع، الصفحة 162.

[90] عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تسبيب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، الصفحة 31.

حكمه إذا كان حكمه ناقضا لحكم آخر،[91] لأن تعليل الأحكام في الإسلام يتأسس على معرفة القاضي بالكتاب والسنة والإجماع ودليل العقل والمعتبر من الكلام وذلك من خلال الرجوع إلى الأحكام الشرعية، فضلا على تحقيق القاضي بالواقعة المعروضة عليه، وهذا يتحقق بما يراه أو يسمعه من كلام الخصوم في الدعوى ثم تطبيق الحكم الشرعي على الواقعة للوصول إلى الحكم الذي انتهى إليه.[92]

إلا أن الفقهاء اختلفوا في مدى إلزام القاضي بالتعليل إذا طلب منه ذلك المحكوم عليه على ثلاث أقوال:

فالقول الأول وهو قول الجمهور من المذاهب الأربعة والذي يقول بوجوب بيان القاضي لوجه حكمه وتعليله إن طُلب منه ذلك[93]، فقد قال ابن فرحون: "المحكوم له إذا سأل القاضي أن يسجل له بما ثبت عنده، لزم الحاكم أن يسجل له ذلك، ويذكر الوجه الذي ثبت به الحق، وأن ذلك بسبب قيام البينة بكذا، أو بسبب نكول، أو لأجل يمين، أو بسبب سقوط بينة جُرحت"[94].

أما القول الثاني، فقد قال بعدم إلزام القاضي تعليل الحكم ولا بيان مستنده وإن طلبه الخصوم بذلك، وهو قول بعض الحنفية، ومرد ذلك إلى اعتبار القاضي محل ثقة ونظر، ولا يمكن أن يولَى إلا وعنده من العدالة والتحري ما يمنعه من الحيف والظلم، فيكفي أن سبب الحكم تحقق عند القاضي وإن لم يصرح به[95].

---

[91] مذكور محمد سليمان، القضاء في الإسلام، الطبعة الرابعة، دار الفرقان، القاهرة، مصر، 1995، الصفحة 7.

[92] أحمد فؤاد عبد المنعم، ابن خلدون ورسالة القضاء، الطبعة الأولى، دار الوطن، مصر، سنة 1417 هجرية، ص 54.

[93] قال الإمام الطحاوي: وينبغي له أن يفسر للخصم إذا آثر أن يقضي عليه ما قد ثبت عنده.
يراجع مختصر الطحاوي، لأبي جعفر الطحاوي الحنفي، دار إحياء العلوم، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 1406 هجرية.

[94] ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تأليف الإمام العلامة برهان الدين أبي الوفاء ابراهيم، الجزء الأول، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، الصفحة 46.

[95] ابن عبد الرفيع التونسي الطرابلسي، معين الحكام على القضايا والأحكام، الجزء الأول، دار الغرب الإسلامي، لبنان، بيروت، 1989، تحقيق محمد بن قاسم بن عياد، الصفحة 34.

فيما القول الثالث يذهب إلى التمييز بين ما إذا كان الحكم القضائي كاشفا لوحده لحق لا يحتاج إلى دليل آخر يعضده، وبين الحكم الذي يحتاج إلى التفصيل الدقيق، وهذا الأخير يلزم القاضي ببيان تعليله إذا طُلب منه ذلك[96] بخلاف الأول الذي لا يلزمه تعليله.

لذلك وكما يظهر من خلال أقوال فقهاء الإسلام، فإن الرأي الراجح يذهب إلى القول بإلزامية التعليل إذا طلب ذلك المدعى عليه، وهو رأي الجمهور من المذاهب الأربعة، الشيء الذي يُبرز أهمية تعليل أحكام القضاة في الشريعة الإسلامية فجاءت أحكامها جامعة مانعة في بيان كل التفاصيل الدقيقة في مسألة التعليل وما يرتبط به.

حصر الموضوع:

وحيث إن الثابت أن القاضي المدني يقوم بالفصل في المنازعات بين الأفراد فيما بينهم أو بينهم وبين السلطة العامة حين تمارس تصرفاتها بصفتها أحد الأشخاص القانون العام، وتقوم فكرة القضاء المدني على أساس المسؤولية المدنية التي يهيمن على الجزاء المترتب عنها فكرة "التعويض المدني"، بينهما يُهيمن على جزاء المسؤولية الجنائية فكرة "العقاب".

ونظرا لما يحتويه القضاء المدني -في شموليته-من تصنيفات متعددة[97] يصعب الإلمام بها وتحديد خصوصيات كل واحدة منها في أطروحة واحدة-وإن توحدت بينها جميعا في الشكليات المطلوبة في صياغة أحكامها- كان لزاما علي حصر الموضوع إلى الحد الذي يمكنني من معالجة الإشكالية المطروحة بنوع من التركيز والكفاية، لهذا اقتضى رأيي المتواضع حصر هذه الدراسة في القضاء الأسري والقضاء الاجتماعي كأصل، مع تعزيزها ببعض الاجتهادات القضائية الحديثة التي تميز بها كل من القضاء الدستوري والقضاء الإداري خلال المرحلة التي تلت صدور دستور

---

[96] الإمام أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري، أدب القاضي، دراسة وتحقيق حسين خلف الجبوري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 1409 هـ/ 1989 م، مكتبة الصحوة، المملكة العربية السعودية، الصفحة 162.

[97] يمكن تصنيف القضاء المدني بالمفهوم التقني للمصطلح، والذي درج استعماله في الواقع العملي للمحاكم المغربية، إلى: القضاء العقاري، والقضاء الاستعجالي، والقضاء الأسري، والقضاء الاجتماعي، ثم القضاء المدني بالمفهوم الضيق؛ والذي يشمل شعبة المدني المتنوع، وشعبة المسؤولية التقصيرية، وشعبة الكراء.

2011، حيث عملا على ترسيخ مبدأ المساواة والمناصفة بمناسبة تعليل الأحكام الصادرة عنهما أثناء البت في القضايا التي تتعلق بتطبيق مقتضيات الفصل 19 منه على وجه التحديد.

صعوبات إنجاز البحث

مما لا شك فيه أن لكل بحث علمي إشكالية يتم معالجتها عبر استقراء مجموعة الآراء والأفكار والكتابات التي تخصصت فيها أو لامستها أو معالجة إحدى الإشكاليات المتفرعة عنها لأجل استخلاص النتائج التي خلصت إليها وتمحيص الاستنتاجات المُقدمة بشأنها لإبداء الرأي بخصوصها، وهذا العمل المتواضع كباقي الأعمال العلمية لا يمكن أن يُكتب له بعض النجاح إلا إذا كان ثمرة الاطلاع على مراجع كثيرة ومقالات عديدة تعالج هذا الموضوع، وهذه من بين أهم المعوقات التي رافقتني خلال مراحل إنجازه.

فالبحث في أي موضوع مستجد على مستوى الساحة القانونية يعتبر مغامرة حقيقية تتطلب بعض الجرأة والشجاعة لاستنفاذ محاوره واستجماع عناصره، وما يزيد من متاعب الباحث إلى جانب عوائق أخرى ندرة المراجع والمؤلفات، لذلك كان موضوع: **"ضوابط تعليل الأحكام المدنية ودوره في حماية حق المساواة والمناصفة"** تحديا حقيقيا بالنسبة لي، ليس باعتباره من المواضيع المركبة والمستجدة على الساحة القانونية فحسب[98]، بل في ندرة الكتابات والمراجع العلمية التي تعالجه وتسبر أغواره، سواء في شقه القضائي أو الحقوقي أو السياسي أو المؤسساتي، وما كان لي أن أتجاوز هذا المانع إلا بفتح باب الاطلاع على الكتابات المقارنة التي انصبت على ذات الموضوع ومحاولة إسقاط نتائجها بنوع من الحذر على موضوعي هذا، دافعي في ذلك

[98] ما يعزز القول بكون الموضوع مستجد على المنظومة القانونية الوطنية، هو أنه إلى تاريخنا هذا؛ لا زالت مجموعة من المبادئ الحقوقية التي قررها الدستور، أو المؤسسات الدستورية التي جاء بها رهينة للقوانين والمراسيم التطبيقية التي عُلق عليها تنزيلها، فقد تأخر إعداد القانون المتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز ما يزيد عن 5 سنوات قبل صدوره بالجريدة الرسمية عدد 6612 بتاريخ 21 محرم 1439 موافق 12 أكتوبر 2017، فيما لم يتم تعيين وتنصيب أعضاء اللجنة إلى يومنا هذا.

كما ينطبق ذات الأمر على المجلس الاستشاري للأسرة والطفولة الذي نص عليه الدستور في فصليه 169 و 170، وتأخر سن القانون المنظم له ما يزيد عن 10 سنوات، فضلا على عدم تنصيب أعضائه إلى تاريخ يومه.

مواكبة الانفتاح الذي تعرفه بلادنا على المواثيق الدولية ذات الصلة بمبدأي المساواة والمناصفة من جهة، ومن جهة أخرى معرفة مستوى انخراط قضاة مملكتنا في إبراز مَلكة تعليل الأحكام القضائية عندما تُعرض عليهم أقضية لها صلة بالمساواة والمناصفة خاصة في ضوء التردد الذي يطبع تنزيل المبادئ الدستورية الجديدة في مراحله الأولية ومنها على الخصوص مبدأ المناصفة الذي لن أزايد إن قلت أنه مفهوم لم يتم بعد استيعاب مضمونه وأبعاده وغاياته من طرف ثلة غير قليلة من القضاة، لذلك ارتأيت الخوض فيه وإبراز مراميه وطريقة تفاعل القضاة معه من خلال اجتهادات قضائية تنم عن وعي القضاة بالمسؤولية الملقاة على عاتقهم.

المنهج المعتمد في الدراسة

لمعالجة هذا الموضوع الذي له راهنيته حسب رأيي المتواضع، كان لزاما علي الاعتماد على المنهج التحليلي والمنهج الوصفي والمنهج الإحصائي والمنهج المقارن في آن واحد، وهذا مرده كما قلت آنفا إلى مقاربة الموضوع من زاوية الفقه والقانون والقضاء إلى جانب المواثيق الدولية والقوانين المقارنة، كما خصصت حيزا من الدراسة للمقتضيات القانونية المتعلقة بالمساواة والمناصفة باعتبارها منفذ القاضي إلى التعبير عن عدالته ونزاهته وحسن قضائه، لأن التعليل دون السند القانوني المبني عليه يُبقيه والعدم سواء.

إشكالية الموضوع:

انطلاقا من كل ما بيناه أعلاه، وارتباطا دائما بعنوان الأطروحة الذي نحن بصدد البحث فيه، وتحقيقا لخاصية الترابط اللازم وجوده في أي بحث عملي أكاديمي بين مقدماته الكبرى والصغرى، ارتأيت معالجة الموضوع وفق الإشكالية الرئيسية التالية:

إلى أي حد يساهم الالتزام بضوابط تعليل الأحكام القضائية في حماية مبدأي المساواة والمناصفة؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية الأساسية فرضيتين فرعيتين في شكل أفكار كبرى للبحث وتتمثلان فيما يلي:

أ: تعليل الحكم القضائي ضامن أساسي لاحترام مبدأي المساواة والمناصفة.

ب: المواثيق الدولية نموذجا مثاليا لترسيخ مبدأي المساواة والمناصفة.

منهجية البحث وخطته

هي مهمة تشمل العديد من المراحل التي تستهدف تجهيز بناء منهجي وأداتي، يصلح لإجراء البحوث العلمية وفقا لقواعد المنهج العلمي المعروفة في منظومة العلوم القانونية، وتشمل هذه العملية أهم الخطوط الكبرى التي من خلالها نستطيع تحقيق الأهداف المراد تحقيقها، لأجله سنقسم البحث إلى بابين هما:

الباب الأول: ضوابط تعليل الأحكام القضائية وتطبيقاتها العملية

الباب الثاني: تجليات الحماية القضائية للمساواة والمناصفة من خلال عنصر التعليل.

الباب الأول: ضوابط تعليل الأحكام القضائية وتطبيقاتها العملية.[99]

من القول المأثور أن القضاء صنعة، وأن أغلب التشريعات إن لم نقل جلها، قد أحاطت العمل القضائي بالضمانات الشكلية والموضوية حتى يصل إلى غايته المنشودة، وهي تحقيق العدل والمساواة والإنصاف، ومن بين هذه الضمانات وجوب تحرير أحكام قضائية تتضمن تعليلات واضحة ومقبولة، وتحمل الدليل على أن القاضي بحث وقائع القضية بحثا دقيقا، وتبين الأدلة والمستندات واستخلص القاعدة القانونية الواجبة التطبيق.

لقد اهتمت جل التشريعات بما يجب أن تشتمل عليه الأحكام والقرارات القضائية من عناصر شكلية بما تفرضه من صياغة فنية ولغة سليمة للرقي بالحكم القضائي إلى مرتبة عالية من المصداقية، ومن أهم العناصر الشكلية المتطلبة؛ "التعليل"، لذلك أولت هذه التشريعات ومنها التشريع المغربي اهتماما خاصا للتعليل واعتبرته روح الحكم القضائي وجوهره، واعتبرت غيابه أو نقصانه أو تناقضه مع باقي أجزاء الحكم يعرض الحكم القضائي للبطلان، لأجله تركت للقاضي حرية نهج الأسلوب الذي يراه مناسبا عند تحريره لأحكامه، إلا أن الاجتهاد القضائي وضع قواعد تبين ما يجب أن يلتزم به القضاة عند تحريرهم لأحكامهم.

إن كل قاض ممارس يستشعر بحق أهمية عنصر التعليل من بين كل العناصر التي يشتمل عليها الحكم القضائي، ولعل هذه الأهمية تُعزى لأمرين اثنين:

---

[99] فالالتزام بالتعليل إما قاعدة إجرائية عامة، أو مبدأ إجرائي عام، والتمييز بين الأمرين ذو أهمية بالغة، فإذا سلمنا بكون الالتزام بالتعليل قاعدة إجرائية عامة، نجُم عن ذلك؛ أن يكون التعليل لازما إذا وجد نص مكتوب يوجبه ويحدد شروطه، وإلا فإن القاضي يُعفى من إتيانه أو إيراده في حُكمه. وإذا قلنا إن التعليل مبدأ إجرائي عام، ترتب عن ذلك أن القاضي يعلل أحكامه دون حاجة إلى نص خاص يُوجب إلزامية التعليل.

أولهما: أن فكر القاضي وروحه وتفاعله وتحليله وبصمته تتجلى في التعليل.

ثانيهما: أن التعليل هو روح الحكم القضائي على رأي الفقه، فمن خلاله تتوافر لهذا الحكم مقوماته وأسسه ووجهته.

إن نظر القاضي في النوازل الجنائية وتعليل أحكامها لا تفرض عليه التقيد بأدلة معينة في الإثبات[100]، بل يُخضع نتيجة الحكم لقناعته الوجدانية، وهذا ما تؤكده المادة 286 من القانون الجنائي المغربي[101] التي لا ترسم للقاضي الجنائي طرقا ووسائل إثبات محددة تقيد نشاطه في التحري عن الحقائق؛ بل تمكنه من كامل حريته في نظر الوقائع المعروضة عليه.

أما تعليل الأحكام في المادة المدنية فمختلف، لأن القاضي محصور بين مجموعة وسائل إثبات محددة[102] يدلي بها الخصوم لإثبات الدعوى أو ردها؛ فيتعين عليه تمحيصها وفرزها وتحديد المُنتج في الدعوى منها ورد غير المؤثر فيها، والترجيح بينها في حالة تساويها، ليخلص إلى النتيجة التي ارتضاها

---

[100] باستثناء إثبات بعض الجرائم وفق أدلة قانونية منصوص عليها في القانون الجنائي على سبيل المثال ما نص عليها المادة 293 من القانون الجنائي المغربي.

[101] تنص المادة 286 من القانون الجنائي المغربي: "يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقتضي القانون فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم، ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي وفقا للبند 8 من المادة 365 الآتية بعده...".

[102] نظم المشرع المغربي وسائل الإثبات في الميدان المدني في قانون الالتزامات والعقود؛ وبالضبط في القسم السابع منه تحت عنوان "إثبات الالتزامات وإثبات البراءة منها"، وقد حدد هذه الوسائل على سبيل الحصر، ويتعين على القاضي المدني أن يتقيد بها بمناسبة تصريفه للقضايا المدنية، وهذه الوسائل هي:

إقرار الخصم. من الفصل 405 من قانون الالتزامات والعقود إلى الفصل 415 منه

الإثبات بالكتابة. من الفصل 416 من قانون الالتزامات والعقود إلى الفصل 442 منه.

الإثبات بشهادة الشهود. من الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود إلى الفصل 448 منه.

القرائن. من الفصل 449 من قانون الالتزامات والعقود إلى الفصل 459 منه.

اليمين. في الفصل 460 من قانون الالتزامات والعقود ويُحيل على مقتضيات قانون المسطرة المدنية.

لحكمه مع إخضاع قناعته للأدلة القانونية التي عُرضت عليه، فلا يخرج عنها.[103]

وسواء تعلق الأمر بتعليل الأحكام في المادة المدنية بكل تصنيفاتها؛ أو الأحكام الجنائية بدرجاتها، فلابد من ضوابط يتعين على القاضي لزومها والعناية بها، حتى يُجنب حُكمه الجزاء المترتب على تخلفها، وهو البطلان والإلغاء.

[103] يكتسي البحث في مجال أدلة الإثبات أهمية كبيرة في الحياة العملية، وذلك لأهميتها في حماية الحقوق وإيصالها إلى أصحابها عند التنازع والجحود، ودورها الكبير في تحقيق العدالة وصيانة المجتمع، حيث لا يمكن الفصل في النزاعات المثارة أمام القضاء بدون وجود هذه الأدلة، فهي التي تحدد مصير الدعوى، وفي غيابها تعتبر ساقطة الاعتبار داخلة في محض الادعاء. انظر: عبد القادر بوعصيبة، القرائن ودورها في الإثبات في مجال الأسرة، مقال منشور بمجلة المنهل الالكترونية، http://www.platform.almanhal.com/files/2/37212

الفصل الأول: الضوابط العامة في صناعة الأحكام القضائية

لم تعد السلطة القضائية تكتفي كما كان الحال قديما بفض النزاعات التي تثار بين الأفراد داخل المجتمع بكيفية عادلة وفي حدود اختصاصها، إنما تعددت أدوارها بتعدد وظائف الدولة ذاتها، وبموازاة مع مختلف التطورات المتلاحقة التي عرفها المجتمع على المستوى الاجتماعي والاقتصادي والمستوى السياسي والأخلاقي، وفي علاقتها بالمادة القانونية وفي إطار تأثير متبادل وعملي، قد نصل إلى مختلف هذه الوظائف بسهولة ويسر باستقرائنا لمختلف الأهداف التي كانت وراء إحداث المحاكم الإدارية والمحاكم التجارية والمحاكم المالية، والمجلس الدستوري، وأقسام قضاء الأسرة.

المبحث الأول: صناعة الحكم القضائي المدني ومتطلبات الجودة

إن القاضي يُمارس مهنة قانونية لا يكفيه للقيام بها على أحسن وجه التحكم في المعارف القانونية، لأن مهنة القضاء بما تفرضه من إصدار أحكام في خصومات متنوعة هي صنعة تحتاج إلى آليات إضافية، وهذه مسألة جد بديهية، وقد سبق للفقه الإسلامي أن قررها؛ حيث جاء مثلا في شرح ميارة الفاسي لتحفة ابن عاصم الغرناطي في مطلع الباب الذي خصصه هذا الأخير للقضاء:

"...قال الجوهري، القضاء الحكم، وعلم القضاء وإن كان أحد أنواع علم الفقه؛ إلا أنه يتميز بأمور زائدة لا يُحسنها كل الفقهاء وقد يُحسنها من لا باع له في الفقه..."[104].

والقضاء صنعة كما يقال، ويرجع السبب في الدلالة عليها بمصطلح "الصنعة" من الناحية الفقهية، لأن الأمر لا بحرفة أو صنعة بمفهومها التجاري أو الاقتصادي بل يتعلق بمهنة سامية لها أصولها وقواعدها.[105]

---

[104] ميارة الفاسي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، الجزء الأول، دار الفكر، (م.ط.غ.م)، الصفحة 09.

[105] حول التمييز بين المهنة والحرفة، راجع في هذا الصدد: (=)

على أن التمكن من الصنعة القضائية بالمفهوم أعلاه، بما تُفضي إليه من جودة على مستوى صياغة الأحكام القضائية، لا يتم إلا عبر الإلمام بقواعد اللغة، باعتبارها أداة أساسية للتواصل مع المشرع والمتقاضين والمحامين، وأداة لتحرير الأوامر والأحكام والقرارات القضائية. فإذا كان مآل الحكم في مفهومه العام إلى التنفيذ، فإن هذا التنفيذ يقتضي أن تكون الصياغة التي صيغ بها لا تُثير أي لُبس أو إبهام، حتى لا تُثار أية صعوبة في التنفيذ.

فما هي دلالات الحكم القضائي (مطلب أول)، وما هي طرق ووسائل صياغته الفنية (مطلب ثاني)؟

المطلب الأول: دلالات صناعة الحكم القضائي في المادة المدنية

يعرف الحكم القضائي بأنه كل ما يصدر عن المحكمة للبت نهائيا في نزاع معروض عليها، أو للأوامر الصادرة عنها الرامية إلى تهيئة البت النهائي[106].

الفقرة الأولى: الصياغة الفنية للحكم القضائي وتجليات الصنعة القضائية

من المعلوم أن الأحكام القضائية تصدر محررة ومكتوبة، إذ لا وجود عمليا لما يُسمى بالحكم الشفوي[107]، ففي إحدى قرارات محكمة فرنسية عللته بكون الحكم "غير المكتوب يعد في حكم العدم"[108]، فما مفهوم الحكم القضائي إذن (أولا)، وما أسلوب صياغته (ثانيا).

(=)محمد الكشبور، الكراء المدني والكراء التجاري، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، سنة 2001، الصفحة 66 وما بعدها.

[106] عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مكتبة المعرفة، الطبعة الثامنة، يوليوز 2016، الصفحة 213.

[107] محمد سعيد عبد الرحمان، الحكم القضائي، مرجع سابق، الصفحة 197 وما بعدها.

[108] L’absence d’un écrit rend le jugement inexitant…douai.

أولا: مفهوم الحكم القضائي

لم يعرف المشرع المغربي الحكم القضائي مثله مثل أغلبية التشريعات المقارنة[109]، فالحكم لغة هو مصدر حكم يحكم أي قضى، وجمعه أحكام، بمعنى منعت ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حَكم؛ لأنه يمنع الظالم من الظلم[110].

وفي الفقه الإسلامي نقل ابن فرحون المالكي في كتابه تبصرة الأحكام عن ابن رشد قوله في تعريف حقيقة القضاء أنه: "لإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"، وقال الشافعية أنه: "قطع الخصومة بين اثنين فأكثر بحكم الله تعالى".

وللحكم القضائي مفهومان في اصطلاح الفقه القانوني، أحدهما ذو معنى واسع (عام) والآخر ذو معنى ضيق (خاص)، فالحكم بتعريفه الواسع هو ذلك القرار الصادر عن المحكمة سواء أكانت محكمة موضوع أم محكمة الأمور المستعجلة أم محكمة قاضي التنفيذ، سواء ما تعلق بالجانب الإجرائي للدعوى (الخصومة) أم بمدى اختصاصها للنظر فيها، أم بمدى صلاحياتها للفصل في الجانب الموضوعي منها[111].

إذن من الناحية الفقهية نقول أن الحكم القضائي هو الحل الذي تعطيه المحكمة لنزاع أو طعن عُرض عليها في الإطار الذي حدده المشرع لهذه الغاية، سواء صدر الحكم أثناء سير الدعوى أو صدر في نهايتها، أي سواء فصل في مسألة إجرائية كالحسم في مسألة الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني، أو الادعاء بتزوير وثيقة ما أو صفة التقاضي، أو فصل في جوهر النزاع كالحكم بصحة عقد أو بطلانه أو فسخه، أو الحكم بتعويض على المدعى

---

[109] راجع الفصول من 42 إلى 54 من قانون المسطرة المدنية التي تضمنها باب عنونه المشرع المغربي كالتالي "الجلسات والأحكام". والمواد من 430 إلى 499 من القانون المدني الفرنسي، المضمنة في باب بعنوان "الحكم-Le jugement-.

[110] ـ أحمد عطية الله، القاموس الإسلامي، المجلد الثاني، مكتبة النهضة المصرية، سنة 1966، الصفحة 12.

[111] سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقا لقانون المرافعات، دار أبو المجد، مصر، 2005، الصفحة 711.

عليه في دعوى المسؤولية المدنية، أو الحكم بتطليق زوجة من زوجها لوجود سبب يُبرر ذلك، أو الحكم بقسمة مال شائع قسمة عينية أو قسمة تصفية، أو الحكم بإصلاح ما ضمن بدفتر الحالة المدنية[112]، فهي إذن كل ما يصدر عن المحكمة للبت نهائيا في النزاع، أو الأمر في اتخاذ إجراء يرمي إلى تهيئة البت النهائي[113].

وهو تعريف يتطابق مع ما ورد عليه النص في كتب الفقه الإسلامي، فالحكم بمعنى القضاء؛ وهو فعل الخصومات وقطع المنازعات بالحكم الشرعي على وجه مخصوص؛ والقول على وجه مخصوص يُفيد الإلزام، ولذلك فإن هذا المفهوم يخرج الإفتاء والمشورة والتحكيم من مفهوم القضاء.[114]

ولذلك فإن الحكم في رأي الفقه الإسلامي هو ما يصدر من القاضي لحسم النزاع وقطع الخصومة، وهو يكون قضاء إلزام أو ترك، ولكي يكون هذا الحكم صحيحا فلا بد أن يحصل القاضي وفق نظره للواقعة علمين:

علمه بالحادثة التي يُراد منه الفصل فيها علما مطابقا للواقع.

علمه بالحكم الشرعي في تلك الحادثة نصا واجتهادا.

وبذلك يتم تطبيق الحكم الشرعي على الواقعة ليصل إلى القرار النهائي الذي يحسم به الدعوى المطروحة أمامه.

---

[112] وقد عرفه البعض: "الحكم القضائي هو القرار الصادر من محكمة في خصومة بالشكل الذي يحدده القانون للأحكام، سواء كان صادرا في أثناء سير الخصومة أو في نهايتها أو في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية".

انظر: محمد سعيد عبد الرحمان، الحكم القضائي، مفهومه، تقسيماته، إصداره، مضمونه، آثاره، دراسة مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 2001، الصفحة 17 وما بعدها.

[113] عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مكتبة المعرفة، الطبعة الثامنة، يوليوز 2016، الصفحة 215.

[114] محمد أنيس عبادة: القضاء في الكتاب والسنة، دار الطباعة المحمدية، سنة 1978، الصفحة 09.

والوصول إلى هذه النتيجة لا يتم دُفعة واحدة، ولكن من خلال استقراء جزئيات الواقعة والظروف المحيطة بها والأدلة التي تُثبتها أو تنفيها ثم تكوين رأي كلي يعتمد على التركيب بعد التحليل والوصول إلى النتيجة عبر المقدمات[115].

والحكم القضائي بالشكل السابق بيانه، قد يكون كاشفا للحق أو للمركز القانوني وقد يكون منشئا له، حسب مقتضيات كل نزاع على حدة[116]، وفي هذا الصدد، لابد من التمييز بين الحكم القضائي والأمر الولائي، لأن الأخير يتعلق أساسا بنزاع يقتضي احترام حقوق الدفاع، وبالتالي فهو لا يغير في مراكز الخصوم[117].

هذا ويمكن تعريف الحكم من الناحية القانونية، بأنه كل مقرر صادر عن هيئة قضائية يتضمن حلا للنزاع المعروض على المحكمة متى تحققت فيه الشروط[118] التي يحددها القانون في مختلف مراحل التقاضي.

وللحكم القضائي معنى ضيق كذلك ويطلق على الحكم الذي تصدره محكمة الدرجة الأولى، وينهي إلى الفصل في موضوعها (سواء كان صادر عن قاضي منفرد أو قضاء جماعي)، أو يحسم مسألة فرعية يكون حسمها

---

[115] جون ديوى، المنطق؛ نظرية البحث، ترجمة زكي نجيب محمود، دار المعارف، طبعة 1960، الصفحة 224.

[116] محمد الكشبور، القسمة القضائية في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1996، الصفحة 239 وما بعدها.

[117] ينص الفصل 148 من ق.م.م على أنه: "يختص رؤساء المحاكم الابتدائية وحدهم بالبت في كل مقال يستهدف الحصول على أمر بإثبات حال أو توجيه إنذار أو أي إجراء مستعجل في أي مادة لم يرد بشأنها نص خاص ولا يضر بحقوق الأطراف، ويصدرون الأمر في غيبة الأطراف دون حضور كاتب الضبط بشرط الرجوع إليهم في حالة وجود صعوبة...

في المقابل؛ نظم المشرع الفرنسي القواعد الخاصة بالأوامر الولائية (Les régles propres a la matiére gracieuse) في المواد من 25 إلى 29 من قانون الإجراءات المدنية، ونظم الأوامر المبنية على طلب (Les ordonnance sur requéte) في المواد 493 إلى 498 من نفس القانون.

[118] ومن هذه الشروط صدور الحكم في جلسة علنية ما لم تنص على ذلك مقتضيات خاصة، وأن ينص هذا الحكم على جميع البيانات المنصوص عليها في الفصل 50من قانون المسطرة المدنية.

لازما للفصل في الموضوع[119]، وعلى هذا الأساس، حاولنا تحديد مفهوم الحكم القضائي، واعتبرناه هو النتيجة التي ينتهي إليها قضاء الحكم بعد تطبيق القانون على النزاع المعروض عليه، وذلك لإثبات موضوع هذا النزاع أو نفيه في إطار اختصاصات المحاكم المختلفة، ومهما كانت طبيعتها المرفقية[120].

يُفهم من هذا التعريف بأن الحكم القضائي يمتاز بخاصيتين أساسيتين، الأولى أنه جزء من عمل المرفق القضائي، ويعتبر كذلك لأنه ليس عملا تشريعيا يصدر في قواعد قانونية ملزمة، وإنما هو مجرد اجتهاد[121] ويمكن الأخذ به في جميع الحالات المشابهة به أو عدم الأخذ به، مادام أنه مجرد حل تستنبطه المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها، لأنه غير ملزم لمحاكم أعلى درجة بتأييده، أو السير على هُداه في حدود ما نص عليه القانون.

والثانية أنه يعتبر الوسيلة الوحيدة في إنهاء النزاع المعروض على المحكمة، ويعتبر كذلك لأن المحكمة المعروض عليها هذا النزاع تستطيع من خلال بيان أو تحديد الحقوق أو الوجبات المتنازع عليها بين أطراف الخصومة ومن ثم إمكانية مواجهة أحدهم الآخر، وذلك دون الأخذ بعين الاعتبار ما إذا كانت قائمة قبل رفع الدعوى أم لا.

---

[119] موسى عبود: المختصر في المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، طبعة 1994، الصفحة 167.

[120] محمد التغدويني: مرجع سابق، الصفحة 08.

[121] عرف الفقه الاجتهاد القضائي فاعتبره مجموعة من الحلول القانونية التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها.

أشار إليه موسى عبود: الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي، بحث منشور بمجلة المحاماة، العدد 03 الصفحة 10.

أما في اللغة الفرنسية فإن عبارة الاجتهاد القضائي jurisprudence " " من أصل لاتيني يتكون من لفظ juris ويعني القانون ثم لفظ prudentia وتعني المعرفة أو العلم، بحيث كان يطلق قديما على الاجتهاد القضائي "العلم التطبيقي للقانون".

أشار إليه محمد عبد النباوي: مقال منشور عبر الموقع الالكتروني www.maroclaw.com تاريخ الزيارة 2016/11/27.

وتتنوع الأحكام بحسب الزاوية التي ننظر إليها منها، فمن حيث صدور الأحكام بحضور أو غياب الأطراف، يميز بين الأحكام الحضورية[122] والأحكام الغيابية[123] والأحكام بمثابة حضورية[124]، ومن حيث قابليتها للطعن، ينبغي التفريق بين الأحكام الابتدائية[125] والأحكام الانتهائية[126]، والأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به[127]، والأحكام الباتة أو النهائية[128]،

---

[122] معنى الأحكام الحضورية: حضور الخصوم حضورا ماديا وشخصيا أو بواسطة وكلائهم أثناء الجلسة، ومتى حضر هؤلاء عند المناداة عليهم في الجلسة وأثناء مناقشة القضية، صدر الحكم حضوريا في مواجهتهم، ويترتب على ذلك أنه بإمكان المتضرر أن يطعن بالاستئناف في الحكم الذي صدر ضده اللهم إذا تعلق الأمر بالأحكام غير القابلة للاستئناف، والتي لم يعد المشرع بعد صدور قانون قضاء القرب يحدد أي نصاب لها بعد تعديل 2011 بموجب القانون رقم 35.10 الصادر في 2011/08/17.

أما في الحالة الثانية؛ فلا يستوجب حضور الأطراف شخصيا إلى الجلسة، وإنما يكفي أن يتقدم المدعى عليه أو نائبه بالجواب الكتابي عما جاء في المقال الذي رفعه المدعي إلى المحكمة. ويرتب الحكم الحضوري حق المحكوم عليه في استئناف الحكم أمام المحكمة الأعلى درجة.

انظر بهذا الشأن، عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مرجع سابق، الصفحة 214 وما بعدها.

[123] في الحكم الغيابي؛ هو ما نصت عليه المادة 47 من ق.م.م: "يحكم غيابيا إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله رغم استدعائه طبقا للقانون ما لم يكن قد توصل بالاستدعاء بنفسه وكان الحكم قابلا للاستئناف، ففي هذه الحالة يُعتبر الحكم بمثابة حضوري تجاه الأطراف المختلفة".

وما أثار الحكم الغيابي أنه يفتح باب التعرض أمام المحكوم عليه، أمام نفس المحكمة المصدرة للحكم داخل أجل عشرة أيام من تاريخ التبليغ.

[124] الحكم بمثابة حضوري هو الذي يصدر عن المحكمة عند تخلف المدعي رغم استدعائه بصفة قانونية بشرط أن تتوفر المحكمة على العناصر الكافية للنظر في النزاع والبت فيه، ويكون الحكم بمثابة حضوري كذلك إذا تخلف المدعى عليه رغم توصله بالاستدعاء بنفسه بشرط أن يكون الحكم قابلا للاستئناف.

انظر، عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مرجع سابق، الصفحة 2019.

[125] الأحكام الابتدائية هي التي تصدر عن المحاكم الابتدائية وتكون قابلة للاستئناف، وهي كل الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية باستثناء الغرامة التهديدية، أو التي يعتبرها المشرع كذلك، وهذا ما يستفاد من الفصل 19 من ق.م.م.

[126] الأحكام الانتهائية هي التي لا تقبل الطعن بالاستئناف، وتكون انتهائية الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية التي اعتبرها المشرع كذلك، كما ينص على ذلك الفصل 18 من ق.م.م؛ والأحكام الصادرة عن المحاكم الاستئنافية ولو كانت قابلة للتعرض.

[127] الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به هي التي لا تقبل طرق الطعن العادية من تعرض واستئناف، وإن كانت تقبل الطعن بالطرق غير العادية كإعادة النظر، وتعرض الغير الخارج عن الخصومة والنقض.

فيما يعتبر أخرون أن الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به هي التي لم تعد تقبل طرق الطعن سواء العادية أو غير عادية، أي أن الأحكام المقصودة هي تلك التي أصبحت باتة أو قطعية أو نهائية، وقد استند مؤيدوا هذا الرأي لتبرير موقفهم على قابلية الحكم للتنفيذ، فمتى كان الحكم قابلا للتنفيذ حاز قوة الأمر المقضي به.

راجع، عبد الكريم الطالب، المرجع نفسه، الصفحة 222.

[128] الأحكام الباتة أو النهائية هي التي لا تقبل أي طريق من طرق الطعن سواء كان عاديا أو غير عادي. ويكون الحكم نهائيا في حالات محددة: (=)

ومن حيث إمكانية الرجوع في المسائل التي فصلت فيها إلى أحكام قطعية[129] وأخرى غير قطعية[130]، أو تمهيدية.

على أن نوع الحكم لا ينبغي أن يؤثر فيما ينبغي توافره من عناصر وبيانات في الأحكام، إذ يستوجب المشرع احترام بعض الشكليات تحت طائلة البطلان، ومن أهم العناصر المذكورة ملخص الوقائع، والتعليل، ومنطوق الحكم، أو ما يُعرف بتطبيق القانون على الواقع[131].

ومن المعلوم أن ترتيب الحكم القضائي لمختلف آثاره القانونية، تتوقف عمليا على تحقق عدة شروط أساسية، أساسها تحريره بلغة سليمة وبسيطة مفهومة للقارئ.

ثانيا: صياغة الحكم القضائي من حيث لغة التحرير والتقاضي

تعتبر لغة بلاد القاضي مسألة دستورية في أغلب الدول المتحضرة، ففي فرنسا مثلا، التي أخذ المغرب عنها الكثير في هذا المجال، تعتبر اللغة الفرنسية لغة البلاد، وهي لغة الأحكام القضائية، اعتمادا على أحكام المادة الثانية من دستور الجمهورية الخامسة التي تقضي: "اللغة الفرنسية هي لغة الجمهورية".

(=)إذا صدر عن المحكمة الابتدائية وأهمل المحكوم عليه الطعن فيه سواء بالاستئناف أو التعرض أو بطرق الطعن العادية، ففي هذه الحالة يصبح الحكم نهائيا وفاصلا في الموضوع لأن سكوت المحكوم عليه عن الطعن يحمل على قبوله ورضاه به.

إذا صدر حكم عن محكمة الاستئناف ولم يطعن فيه المحكوم عليه، سواء بالتعرض إذا كان غيابيا أو بالنقض إذا بلغ الحكم مرحلة التقاضي أمام محكمة النقض، ففي هذه الحالة يُصبح الحكم نهائيا إذا صدر فيع قرار نهائي عن محكمة النقض ما لم يكن قابلا لإعادة النظر، ويستوي أن يكون قرار المحكمة مؤيدا أو ناقضا للحكم المطعون فيه.

عبد الكريم الطالب، المرجع نفسه، الصفحة 224.

[129] الأحكام القطعية هي التي تحسم النزاع المعروض على المحكمة ولو كانت غيابية قابلة للتعرض أو ابتدائية قابلة للاستئناف.

[130] الأحكام غير القطعية هي التي لا تحسم نزاعا ما، وإنما تتعلق بسير الخصومة كقرار تأجيل الدعوى أو بالإثبات كالحكم بانتداب خبير، أو بطلب وقتي كتعيين حارس؛ وغيره من القرارات التمهيدية التي لا تحسم النزاع.

[131] عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مرجع سابق، الصفحة 213.

وعلى المستوى الأوربي فإن الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان قد وضعت العديد من المقتضيات الخاصة بمنع استعمال لغة أمام محكمة لا يفهمها المتقاضي الأجنبي عن البلد الذي يحاكم فيه[132].

أما في المغرب، وكما هو الحال بالنسبة للسائد في فرنسا، هناك نص دستوري وآخر قانوني، فقد جاء في تصدير الدستور المغربي: "...المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة، متشبثة بوحدتها الوطنية والترابية، وبصيانة تلاحم وتنوع مقومات هويتها الوطنية، الموحدة بانصهار كل مكوناته العربية-الإسلامية، والآمازيغية"، وينص الفصل الخامس منه على أنه: "تظل اللغة العربية اللغة الرسمية للدولة؛ وتعمل الدولة على حمايتها وتطهيرها وتنمية استعمالها..."، وينص الفصل الخامس من قانون مغربة القضاء وتعريبه وتوحيده الصادر عن البرلمان المغربي في 1965/01/26 على ما يلي: "اللغة العربية هي وحدها لغة المداولات والمرافعات والأحكام في المحاكم المغربية"[133].

وسبب سن هذا المقتضى أن الأحكام القضائية بالمغرب طيلة عهد الحماية، وإلى حين صدور هذا النص، كانت موزعة بين ثلاث لغات هي العربية والفرنسية والاسبانية، وهو ما كان يمس بسيادة المملكة المغربية في الصميم.

---

[132] انظر حول الموضوع:

Cristophe liévremont, le débat en droit processuel (thése.Leyon.2000), Presse universitaire d'Aix, Marsielle, 2001.

Anne Meanisse, La libre circulation des décisions de justice, Thése. Publication de la faculté de droit de limages, Pulim, 2000.

[133] حول الارهاصات التي صاحبت ميلاد هذا القانون، انظر:

عبد الهادي بوطالب، قانون 1965 حول مغربة وتوحيد وتعريب القضاء (تقييم قانون 26 يناير 1965 حول توحيد القضاء ومغربته وتعريبه) مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 10 (عدد خاص) الصفحة 15 وما بعدها.

ولم تثر هذه المقتضيات، منذ صدورها أي إشكال امام القضاء المغربي، إذ منذ 1966 تاريخ دخول القانون الذي نحن بصدده إلى حيز التنفيذ[134]، لم نسمع أن هناك قاضيا مغربيا سمح لمرافعة امامه بلغة غير اللغة العربية أو أصدر حكما بغير تلك اللغة[135].

غير أن ما أثير في هذا الصدد يتعلق أساسا بالحجج التي ترفق بمقال افتتاح الدعوى أو تقدم للقاضي أثناء جريان المسطرة، ومن ذلك العقود والإنذارات المحررة بلغة أجنبية، وقد استقرت محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) في هذا الصدد أن التمسك بوثيقة حررت بلغة أجنبية أو الإدلاء بها أمام القضاء لا يعيب المسطرة ولا يؤثر في صحة الحكم ما دام أن محكمة الموضوع قد آنست من نفسها التعرف على مضمونها تلقائيا أو بالاستعانة بترجمان".

---

[134] لقد كان توحيد المحاكم ومغربتها وتعريبها من بين أبرز الأحداث التي شهدها تاريخ القضاء المغربي مباشرة بعد نهاية الحماية الفرنسية وحصول المغرب على استقلاله، معتمدا على ثلاث دعائم أساسية لاستكمال السيادة المغربية من بينها اعتماد اللغة العربية في المداولات والمرافعات والأحكام. وقد تلت هذه المبادرة التشريعية مجموعة من القرارات والإجراءات التنظيمية لاستكمال معالم السيادة الوطنية نسوق منها على سبيل المثال:

-قرار وزير العدل رقم 65-414 بتاريخ 1965/6/29 الخاص باستعمال اللغة العربية أمام المحاكم الذي نص في فصله الأول على ما يلي: "يجب أن تحرر باللغة العربية ابتداء من فاتح يوليوز 1965 جميع المقالات والعرائض والمذكرات وبصفة عامة جميع الوثائق المقدمة إلى مختلف المحاكم"

-منشور وزير العدل عدد 1966/278 بتاريخ 1966/02/10 الذي جاء فيه أن على القضاء ألا يقبل أية مذكرة أو وثيقة من لدن المتقاضين متى كانت محررة بلغة أجنبية.

- اتفاقية التنظيم القضائي الموحد بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بنواكشوط بتاريخ 11/11/1992 حيث جاء في مادتها الخامسة ما يلي "لغة المحاكم هي اللغة العربية وتسمع المحكمة أقوال المتقاضين والشهود الذين يجهلونها بواسطة مترجم.".

[135] توحيد المحاكم أقره الفصل الأول من القانون المذكور الذي نص على أن: "جميع المحاكم المغربية باستثناء المحكمة العسكرية والمحكمة العليا للعدل المنصوص عليها في الباب السابع من الدستور أصبحت موحدة بالمملكة المغربية بمقتضى هذا القانون.

والتعريب أقره الفصل الخامس الذي نص على أن: "اللغة العربية هي وحدها لغة المداولات والمرافعات والأحكام في المحاكم المغربية.

والمغربة أقرها الفصل الرابع الذي نص على أنه: "لا يمارس وظيفة قاضي بمحاكم المملكة المغربية من لم يحمل الجنسية المغربية".

إلا أن محكمة الاستئناف بالرباط في قرار حديث لها[136]، كان لها توجه مخالف، ذلك أنها اعتبرت كون الإنذار الموجه من شخص مغربي إلى فرنسية باللغة العربية، غير منتج لأي أثر ما دام موجه الإنذار (المدعي) لم يثبت علم الموجه له (المدعى عليها) باللغة العربية، كان ذلك بمناسبة بتها في طعن بالاستئناف ضد حكم ابتدائي قضى بإفراغ المدعى عليها الأجنبية من المحل الذي تكتريه بعد عدم استجابتها للإنذار بالإفراغ من أجل الهدم وإعادة البناء.

وبعد أن استأنفت المدعى عليها الحكم الابتدائي بعلة "أن القاضي الابتدائي تجاهل الدفع المثار بشأن الاختلاف الوارد في اسمها بين الإنذار والمقال والمحضر الاستجوابي ووصل الكراء المحتج به، إذ أن اسمها هو (...) وهو الاسم الغير المطابق لأي مستند من المستندات المحتج به، ومن جهة أخرى فإن المدعى عليها أمية بالنسبة للغة العربية، مما يكون معه الإنذار غير صحيح، وجواب المحكمة الابتدائية بانتفاء الحجة على جهلها باللغة العربية تعليل مردود...".

وبعدما حجزت القضية للمداولة، صدر الحكم القضائي بإلغاء الحكم الابتدائي، وذلك وفق التعليلات الآتية:

"...وحيث إنه حقا ما نعته المستأنف على الإنذار من جهل اللغة العربية، ذلك أنه من الثابت من بطاقة إقامة المستأنفة أنها فرنسية، ولما كان الأمر كذلك وجب تحرير الإنذار باللغة الفرنسية، وتحريره باللغة العربية يجعله غير منتج لأي أثر في مواجهة الموجه إليها، مما يجعل دفعها بالأمية بخصوص لغة تحرير الإنذار قائم على أساس باعتبار أن الأمي هو الشخص الذي لا يحسن القراءة والكتابة باللغة التي حرر بها الإنذار، والمحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه لما أجابت عن الدفع المذكور بكون المستأنف عليها لم تثبت

[136] قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 78 وتاريخ 2021/04/06، غير منشور.

جهلها باللغة العربية طالما أنها فرنسية الجنسية، والحال أن المستأنف عليه من يجب عليه إثبات علم المستأنفة باللغة العربية، وبذلك يكون الإنذار المذكور غير صحيح منعدم الأثر وكانت بذلك الدعوى المؤسسة عليه غير مقبولة، والمحكمة لما قضت بما فصل أعلاه لم تجعل لقضائها أساسا سليما بإهمالها صحيح القانون والثابت من أمية المستأنفة بخصوص اللغة العربية وعرضت بذلك حكمها للإلغاء".

من المؤاخذات التي يمكن تسجيلها على تعليل القرار المشار إليه أعلاه، أنه أساء التقدير بخصوص تخويل المدعى عليها حق الدفاع ولو باللغة غير اللغة العربية، وهو ما يتناقض مع أحكام القانون لمجموعة من الاعتبارات يمكن إجمالها فيما يلي:

خرق أحكام الدستور وخاصة الفصل 3 الذي ينص على أنه تظل العربية اللغة الرسمية للدولة؛ وتعمل الدولة على حمايتها وتطويرها، وتنمية استعمالها.

ويظهر من خلال هذا الفصل الدستوري الذي يعتبر أسمى تشريع في البلاد، أن اللغة العربية إلى جانب اللغة الأمازيغية هما اللغتان الرسميتان للبلد، وبالتالي فإن عدم الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات هذا الفصل يشكل خرقا جوهريا للقانون، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن اللغة التي تم التعامل بها مع الأجنبية أثناء جميع مراحل الدعوى هي اللغة العربية، وبالتالي لا يمكن استبعاد الإنذار من مسطرة الإفراغ كجزء ممهد للمرحلة القضائية التي تخضع لمقتضيات قانون التوحيد والمغربة.

كما خرق الحكم القضائي أعلاه مقتضيات الفصل 431 من ق.م.م حول مرفقات الطلب الرامي إلى تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية ما يلي:

"يقدم الطلب، إلا إذا نصت مقتضيات مخالفة في الاتفاقيات الدبلوماسية على غير ذلك؛ بمقال يرفق بما يلي:

نسخة من الحكم الأجنبي وشهادة من كتابة الضبط المختصة تشهد بعدم التعرض والاستئناف والطعن بالنقض؛ وترجمة تامة إلى **اللغة العربية** عند الاقتضاء للمستندات المشار إليها أعلاه مصادق على صحتها من طرف ترجمان محلف ".

ففي قرار لمحكمة النقض اعتبرت فيه أن مقتضيات الفصل 431 من ق.م.م الذي يفرض ترجمة الوثائق الأجنبية للغة العربية من النظام العام، وعللت قرارها بالقول: " حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أنه طبقا لمقتضيات الفصل 431 من ق.م.م يرفق مقال طلب تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية بما يلي: نسخة رسمية من الحكم؛ أصل التبليغ أو كل وثيقة أخرى تقوم مقامه؛ شهادة كتابة الضبط المختصة تشهد بعدم التعرض والاستئناف والطعن بالنقض؛ ترجمة تامة إلى اللغة العربية عند الاقتضاء للمستندات المشار إليها أعلاه مصادق على صحتها من طرف ترجمان محلف؛ والمحكمة مصدرة القرار لما قضت بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بتذييل الحكم الأجنبي موضوع الطلب بالصيغة التنفيذية رغم أن المدلى به رفقة مقال الدعوى هو صورة شمسية للحكم وترجمته للغة العربية فقط، ورغم أن الوثائق المحددة في الفصل أعلاه وردت في نص إجرائي وهو بذلك من النظام العام، فإنها لم تجعل لما قضت به أساسا وعرضت قرارها للنقض"[137].

وتعتبر ترجمة الوثائق للغة العربية جزء من النظام العام المغربي، أي بمفهوم المخالفة أن الحالة التي تكون فيها الوثائق المذكورة مدونة بلغة أجنبية، فإن طلب التذييل يكون غير مقبول شكلا لمخالفته للنظام العام المغربي باعتبار

[137] قرار محكمة النقض عدد 315 بتاريخ 2015/06/16 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/18، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 80، قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث.

أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية للدولة بصريح الدستور، فجاء في قرار محكمة النقض: " حيث إنه لئن كان طلب الطاعن المتعلق بسحب النموذج عدد 1403 الموجود بمكاتب البريد وتعويضه بنموذج يتضمن اللغة العربية وحدها ينطوي على إصدار أوامر للإدارة وهو ما يتنافى مع مبدأ فصل السلط فإنه أمام عدم جواب الإدارة عن طلب الإلغاء المتعلق بالرفض الضمني لإدارة البريد فتح تحقيق حول رفضها تسلم حوالة معبأة باللغة العربية والحالة أنها مطالبة بأن تمتثل للطلب المحرر باللغة العربية مراعاة لدستور المملكة ولا يمكنها أن تتذرع بأي عذر تقني كان فلا مبرر لرفضها المذكور"[138].

كما أن الحكم القضائي خالف التوجه القضائي السائد، من خلال مجموعة من الأحكام التي تعرضت لمسألة الدفع بالأمية في الشق المتعلق بعدم العلم بلغة الإنذارات أو الإجراءات الممهدة للدعاوى القضائية[139]، فنجد أن المحاكم المغربية باختلاف اختصاصها النوعي بما فيها المحاكم الإدارية اعتبرت لغة الدستور هي لغة التقاضي وتوجيه الإنذارات، وبالتالي كرست الطابع الحمائي والسيادي للغة العربية أو الأمازيغية حسب الأحوال، وليس فرض لغة أجنبية على مواطن مغربي، وبالتالي إلزامه بعبء لا يطيقه وقد يجهله في جميع الأحوال، فمن خلال الحكم رقم 4550 الصادر بتاريخ 2017/10/20 عن المحكمة الإدارية بالرباط في ملف عدد 846/7110 /2017 نجد أنه قد جاء فيه ما يلي:

[138] جاء في قرار محكمة النقض عدد 708 بتاريخ 2003/10/02 في الملف الإداري عدد 1999/1/4/356، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية، فضاء قرارات محكمة النقض.
https://www.juriscassation.cspj.ma

[139] هشام العبودي، لغة التقاضي في القضاء المغربي، منشور ب 2016/04/08 منشور ب :
https://mahkamaty.com/blog/2016/04/08.

"حيث يهدف الطلب إلى الحكم بإلغاء القرار الإداري الصادر عن وزارة الصحة بتاريخ 2017/08/04 والمبلغ للطاعنة بتاريخ 2017/08/23 الحامل لعنوان ordre de recette année مع ترتيب القانونية على ذلك؛

وحيث إنه تأسيسا على ما ذكر، فإن إصدار وزير الصحة لقرار محرر باللغة الفرنسية مؤثر في المركز القانوني للطاعنة يعد عملا مخالفا لقواعد الدستور، وهو بذلك مشوب بعيب المخالفة الجسيمة للقانون، ذلك أن اللغة الرسمية المقررة بنص دستوري تعد مظهرا من مظاهر سيادة الدولة، في بعدها الثقافي والتاريخي ذي الامتداد الاقتصادي والسياسي والاجتماعي، ولذلك فإن استعمال الإدارة للغة أجنبية بديلة عن اللغة الرسمية في المجالات المذكورة أعاله يشكل تنازلات عن هذه السيادة في أبعادها المشار إليها، وانتهاكا لإرادة المواطنين المجسدة بنص الدستور الذين اختاروا العربية والأمازيغية لغتين لمخاطبتهم من قبل الدولة وجميع المرافق العمومية الأخرى، كما أنه تصرف لا يمكن تبريره بأي مسوغات واقعية أو قانونية جدية، لأن الحاجة للانفتاح على مختلف الثقافات بما تشتمل عليه من لغات، والحرص على تعلمها وتعليمها إلى جانب اللغتين الرسميتين، في إطار "توسيع وتنويع المبادلات الإنسانية والاقتصادية، والعلمية والتقنية، والثقافية مع كل بلدان العالم "حسب ما ورد بديباجة الدستور، لا يتم قطعا عن طريق إحلال هذه اللغات بديلة عن اللغة الرسمية، ومن ثم فإن استعمال اللغة الفرنسية من قبل الإدارات العمومية المغربية يعد عمال مخالفا للدستور، لأن اللغة المذكورة غير منصوص على استعمالها الرسمي بأي نص قانوني، فضلا على أنها لا تمثل أي مظهر من مظاهر الهوية المغربية ماضيا وحاضرا وليس لها أي امتداد تاريخي بالمغرب ذي بعد وطني ومشروع؛

وحيث إنه تأسيسا على ما ذكر يكون القرار المطعون فيه المحرر بغير اللغة الرسمية مشوبا بعيبي مخالفة القانون والشكل، مما يجعله متسما بتجاوز السلطة ويتعين تبعا لذلك الحكم بإلغائه"[140].

وحيث إن الحكم القضائي أغفل كذلك قاعدة أساسية في كيفية التعامل عدم إعمال قواعد المعاملة بالمثل، حيث تعتبر الأخيرة قاعدة من قواعد العرف الدولي تقضي بتعهد دولة ما بمعاملة ممثلي دولة أخرى ورعاياها وتجارتها بشكل مماثل أو معادل للمعاملة التي تتعهد هذه الأخيرة بتقديمها لها[141].

ففي هذا الإطار وعلى سبيل المقارنة فإن الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النقض الفرنسية ذهبا إلى القول بأن اللغة الفرنسية هي لغة الوثائق وجوبا استنادا إلى مقتضيات الأمر الملكي المؤرخ في 1539/08/10 والموقع عليه من طرف الملك فرنسوا الأول، والذي نص على أن جميع المستندات القانونية والموثقة يجب أن تحرر باللغة الفرنسية، وهذا الموقف تدعم بالتعديل الدستوري المؤرخ في 25-06-1992 الذي أصبح بمقتضاه، ينص الفصل الثاني من الدستور على ما يلي: "الفرنسية هي لغة الجمهورية"، إضافة إلى أن القانون المتعلق باستعمال اللغة الفرنسية بتاريخ 1994/08/4 الذي نص على أن الفرنسية هي لغة المرافق العامة، جاء في فصله الأول" اللغة الفرنسية هي لغة التعليم، العمل، المبادلات والمرافق العامة "ويقول المجلس الدستوري الفرنسي في قراره عدد 93-373 بتاريخ 1996/04/9 بأن اللغة الفرنسية يشمل نطاقها "الأشخاص المعنوية للقانون

---

[140] الحكم رقم 4550 الصادر بتاريخ 2017/10/20 عن المحكمة الإدارية بالرباط في ملف عدد 846/7110 /2017، غير منشور.

[141] عبد الرحمن زيدان الحواجري، "المعاملة بالمثل في العلاقات الدولية في الفقه الإسلامي"، رسالة ماجيستير لسنة 2002 بجامعة غزة منشورة ب:
https://library.iugaza.edu.ps/thesis/7379.pdf.

العام وأشخاص القانون الخاص وذلك أثناء ممارسة مهمة تتعلق بمرفق عمومي وكذلك بالنسبة للمرتفقين في علاقاتهم مع الإدارات والمرافق العمومية[142]".

وأظن أنه من باب أولى أن يكرس القضاء المغربي بدوره هذا المبدأ، حماية لهويته وتجسيدا لسيادة الدولة، فإذا افترضنا بمفهوم المخالفة أن الأجنبي كان يكتري العقار من الدولة المغربية سواء في إطار احتلال مؤقت من طرف وزارة التجهيز والنقل واللوجستيك والماء، أو من طرف مديرية أملاط الدولة، أو إحدى الجماعات الترابية، فقد كان من الضروري أن يتلقى الإنذار باللغة العربية استنادا إلى منشور رئيس الحكومة رقم 16/2018 بتاريخ 30 أكتوبر 2018، والذي حث من خلاله رئيس الحكومة الوزراء وكتاب الدولة والمندوبين السامين والمندوب العام، باستعمال اللغتين الرسميتين للدولة، العربية أو الأمازيغية، في جميع المراسلات بين الإدارات ومع المواطنين مادام أن الأمر لا يتعلق بمخاطبة جهات خارجية أو استعمال وثائق تقنية، في هذه الحالة التي يوجه فيها الإنذار من الإدارة بلغة الدستور وتبعا لتعليمات رئيس السلطة التنفيذية، لأجنبي مقيم بالمغرب في إطار تعاقدي، يبقى من غير المقبول أن يفرض القضاء على الدولة تحرير الإنذار باللغة الفرنسية نظرا لخرق مبدأ أساسي وهو فصل السلط، الأمر الذي يتعين أن يسري بالتبعية على المواطنين المغاربة.

إذا ثبت هذا قلنا، أن الأحكام القضائية يجب أن تُصاغ باللغة العربية كما تفرض ذلك المقتضيات الدستورية، وليس هذا فحسب، بل يجب أن تكون هذه اللغة سليمة من حيث مبناها ومن حيث معناها، محترمة للمصطلحات القانونية كما حددها المشرع، لأن الحكم القضائي هو بمثابة نص قانون منظور إليه من الناحية العملية التطبيقية، لذلك فالحكم من المفروض أن يكون بالإضافة

[142] هشام العبودي، لغة التقاضي في القضاء المغربي، مرجع سابق.

إلى تطابقه مع النص، أوضح منه لأنه هو الذي يُفعله حيث ينتقل به من حالة الجمود إلى حالة الحركة.

إلى جانب سلامة اللغة، ينبغي كذلك الاعتناء بحسن صياغة الأحكام القضائية من حيث المستوى اللغوي للقاضي ومدى تمكنه من قواعد الإملاء والنحو والصرف وجودة التركيب، مع العلم أن المستوى اللغوي للقاضي مقدمة أساسية لمستواه العلمي، حتى يكون الحكم القضائي انعكاسا لجودة العدالة، ومرآة لجودة الصنعة القضائية التي يمتاز بها القاضي عن غيره.

إذا ثبت هذا بخصوص مفهوم الحكم وأسلوب صياغته، فماذا عن شكلياته؟

الفقرة الثانية: العناصر الشكلية للحكم القضائي المدني

فمن الناحية الشكلية، يجب أن يصدر الحكم القضائي المدني وفق النموذج الذي تقرره قواعد قانون المسطرة المدنية في الباب المخصص للجلسات والأحكام، وخاصة ما تضمنه الفصل 50 من نفس القانون.

وأهم العناصر الشكلية في الحكم القضائي المدني حسب مقتضيات الفصل 50 من قانون المسطرة المدنية، ديباجته[143] ووقائعه وتعليلاته ومنطوقه.

أولا: استهلال الحكم القضائي

ديباجة الحكم هي مقدمته وفاتحته[144]، بل هي مفتاح للقضية ككل؛ إذ تؤرخ لها برمتها، فهي تتضمن الجانب الإداري والجانب القضائي في الحكم،

[143] الديباجة في اللغة هي الثوب الذي سداه حرير، وهي الوجه، ويقال ديباجة الكتاب، أي فاتحته.

[144] يتعين أن تتضمن ديباجة الحكم إلى جانب عبارة "باسم جلالة الملك وطبقا للقانون" ما يلي:
بيان المحكمة المختصة.
نوعية المحكمة

ويمكن لأي كان أن يأخذ نبذة عن القضية من خلال هذه الديباجة التي تتضمن رقم القضية وتاريخ تسجيلها، ومبلغ المصاريف القضائية، ورقم الحكم وتاريخه، واسم المحكمة المصدرة له، وأطراف الدعوى، وموقعهم في هذه الدعوى.

فهي إذن بمثابة تمهيد للقرار القضائي، وتتضمن مجموعة من البيانات منها ما هو جوهري، ومنها ما هو غير جوهري، ومن البيانات الجوهرية التي يجب النص عليها في الحكم بيان السلطة التي يصدر باسمها القرار، فالفصل 124 من الدستور نص على أنه: "تصدر الأحكام وتنفذ باسم الملك وطبقا للقانون[145]"، والفصل 375 من قانون المسطرة المدنية ينص على أنه: "تصدر محكمة النقض قراراتها في جلسة علنية "باسم جلالة الملك وطبقا للقانون[146]".

وتعبئة الديباجة، وإن كانت في معظمها تتم من طرف القاضي إلا أن كاتب الضبط يتمم بعض البيانات بها؛ كرقم الحكم الذي لا يُعطى إلا بعد النطق به[147].

وتجد الديباجة سندها القانوني في الفصول 50[148]و353 و375[149] من قانون المسطرة المدنية.

بيان مكان المحكمة
تاريخ الحكم(=)
(=)هوية الأطراف
الإشارة لمركز الأطراف
بيانات الدفاع

[145] دستور المملكة المغربية 2011 الصادر بشأنه الظهير الشريف عدد 91.11,1 الصادر بتاريخ 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور، نشر بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ 30 يوليوز 2011.

[146] الظهير الشريف رقم 22.12.1 صادر بتاريخ 13 رمضان 1433 (2 أغسطس 2012) بتنفيذ القانون رقم 12.14 المتمم بمقتضاه الفصلان 50 و375 من قانون المسطرة المدنية، نشر بالجريدة الرسمية عدد 6078 الصادرة بتاريخ 11 شوال 1433 (30 أغسطس 2012).

[147] ويمكن تعريف الديباجة، بأنها المفتاح الإداري والقضائي للقضية، فهي توثقها وتؤرخ لها وتساهم مع باقي مكونات الحكم في البناء القانوني لهذا الأخير.

[148] ينص الفصل 50 من ق.م.م: " تصدر الأحكام في جلسة علنية وتحمل في رأسها العنوان التالي:
المملكة المغربية

وتستهل ديباجة الأحكام بصيغة "باسم الملك وطبقا للقانون"، وهي من أهم العناصر التي ينبغي تضمينها عند استهلال كل حكم أو قرار قضائي، وهذا مرده إلى أن جلالة الملك يعتبر رأس السلطة القضائية، التي هي مظهر الإمامة العظمى المنوطة بأمير المؤمنين، والقضاة بتكليف من الملك ينوبون عنه في

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون(=).

(=)تشتمل على اسم القاضي الذي أصدر الحكم، واسم ممثل النيابة العامة عند حضوره واسم كاتب الضبط وكذا أسماء المستشارين عند الاقتضاء في القضايا الاجتماعية.

تتضمن أسماء الأطراف الشخصية والعائلية وصفتهم أو مهنتهم وموطنهم أو محل إقامتهم وكذا عند الاقتضاء أسماء وصفات وموطن الوكلاء.

توضح حضور الأطراف أو تخلفهم مع الإشارة إلى شهادات التسليم.

تتضمن أيضا الاستماع إلى الأطراف الحاضرين أو إلى وكلائهم وكذا مستنتجات النيابة العامة عند الاقتضاء.

يشار فيها إلى مستنتجات الأطراف مع تحليل موجز لوسائل دفاعهم والتنصيص على المستندات المدلى بها والمقتضيات القانونية المطبقة.

تنص الأحكام على أن المناقشات قد وقعت في جلسة علنية أو سرية وأن الحكم قد صدر في جلسة علنية.

يجب أن تكون الأحكام دائما معللة.

يبلغ كاتب الضبط حالا عند صدور الحكم حضوريا ومعاينة حضور الأطراف أو وكلائهم بالجلسة الحكم الذي صدر ويسلم لهم نسخة من منطوق الحكم ويشار في آخره إلى أن التبليغ والتسليم قد وقعا، ويشعر الرئيس علاوة على ذلك إذا كان الحكم قابلا لاستيناف الأطراف أو وكلائهم بأن لهم أجلا قدره ثلاثون يوما من يوم صدور الحكم للطعن فيه بالاستيناف، ويضمن هذا الإشعار من طرف الكاتب في الحكم بعد التبليغ.

تؤرخ الأحكام وتوقع حسب الحالات من طرف رئيس الجلسة، والقاضي المقرر، وكاتب الضبط، أو من القاضي المكلف بالقضية، وكاتب الضبط.

إذا عاق القاضي مانع أصبح معه غير قادر على توقيع الحكم وجب إمضاؤه من طرف رئيس المحكمة داخل أربع وعشرين ساعة من التحقق من وجود هذا المانع وبعد الإشارة إلى أن منطوق الحكم مطابق للصيغة التي صدر عليها من القاضي الذي لم يتمكن من الإمضاء عليه ومصادق عليه من طرف كاتب الضبط.

إذا حصل المانع لرئيس المحكمة اتخذ نفس الإجراء وتولى التوقيع عن الحكم أقدم القضاة.

إذا حصل المانع لكاتب الضبط ذكر ذلك القاضي عند الإمضاء.

إذا حصل المانع للقاضي وللكاتب في آن واحد أعيدت القضية إلى الجلسة من أجل المناقشة وإصدار الحكم.

[149] تصدر محكمة النقض قراراتها في جلسة علنية باسم جلالة الملك وطبقا للقانون.

تكون هذه القرارات معللة ويشار فيها إلى النصوص المطبقة وتتضمن لزاما البيانات الآتية:

1 -الأسماء العائلية والشخصية للأطراف وصفاتهم ومهنهم وموطنهم الحقيقي؛

2 -المذكرات المدلى بها وكذا الوسائل المثارة ومستنتجات الأطراف؛

3 -أسماء القضاة الذين أصدروا القرار مع التنصيص على اسم المستشار المقرر؛

4 -اسم ممثل النيابة العامة؛

5 -تلاوة التقرير والاستماع إلى النيابة العامة؛

6 -أسماء المدافعين المقبولين أمام محكمة النقض الذين رافعوا في الدعوى مع الإشارة عند الاقتضاء إلى الاستماع إليهم.

إصدار الأحكام[150]، فإذا لم يشتمل الحكم على هذا العنوان ترتب عليه البطلان، والبطلان هنا من النظام العام للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[151].

أ: بالنسبة لعبارة "باسم جلالة الملك"

باطلاعنا على ما توفر لدينا من قرارات لمحكمة النقض، يبدو لنا أن توجه المحكمة استقر على بطلان كل حكم أو قرار قضائي أغفل تصدير ديباجته بعبارة "باسم جلالة الملك"، وهو ما يستبين من خلال تعليل قرارها بالقول: "...حيث صح ما ورد بالوسيلة، ذلك أنه بمقتضى الفصلين 50 و345 من ق.م.. فإنه يجب أن تحمل جميع الأحكام والقرارات في رأسها عبارة "باسم جلالة الملك" وبموجب الفصل 124 من دستور المملكة المغربية الجديد الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1/11/91 بتاريخ 2011/07/29 فإن الأحكام تصدر وتنفذ باسم جلالة الملك وطبقا للقانون، ولذلك فإن القرار المطعون فيه الذي صدر دون أن ترد في طليعته العبارة المزدوجة وهي (باسم جلالة الملك وطبقا للقانون) يعتبر منعدم الآثر وكأن لم يكن باعتبار أن هذه البيانات من النظام العام ومستوجبة بمقتضى الدستور، مما يجعل القرار عرضة للنقض والإبطال"[152].

وهو ما أعادت التأكيد عليه في قرار لها اما اعتبرت أنها غير مختصة للبت في دستورية عبارة "باسم جلالة"، وعللته كالآتي:

"...حيث يعيب الطاعنان القرار فيها بخرق الدستور والقوانين المسطرية والمادة 9 من قانون المسطرة المدنية وقواعد التقاضي، ذلك أن المادة 24 من الدستور المؤرخ في 2011 تنص على أن الأحكام تصدر "باسم

---

[150] عبد العزيز توفيق، شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، الجزء الأول، الصفحة 174.

[151] حسن الفكهاني المحامي، التعليق على قانون المسطرة المدنية المغربي في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، 1995-1996، الدار العربية للموسوعات، الصفحة 321.

[152] قرار محكمة النقض عدد 149 بتاريخ 2015/03/31 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/321 مجلة نشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 22، سنة 2015.

الملك وطبقا للقانون"، أما القرار فقد صدر "باسم جلالة الملك وطبقا للقانون"، كما أنه لم يذكر المقتضيات القانونية، وهي الفصول 149 و150 و152 من قانون المسطرة المدنية خارقا الفقرة 7 من المادة 50 من نفس القانون؛

"...لكن ردا على الوسيلة أعلاه، فإنه طبقا للفصل 345 من قانون المسطرة المدنية، تحمل قرارات محكمة الاستئناف نفس العنوان الذي تحمله أحكام المحاكم الابتدائية، وطبقا للفصل 50 من نفس القانون، كما وقع تتميمه بموجب القانون رقم 14.12 الصادر بتنفيذه الظهير شريف رقم 1.12.22 بتاريخ 13 من رمضان 1433 (2 أغسطس 2012)، تحمل أحكام هذه الأخيرة في رأسها العنوان التالي: المملكة المغربية – باسم جلالة الملك وطبقا للقانون، وبالتالي فإن ما أثير بشأن عدم دستورية العبارة المشار إليها في الوسيلة يخرج عن اختصاص محكمة النقض إذ أنه طبقا للفقرة الثانية من الفصل 25 من قانون المسطرة المدنية لا يجوز للمحاكم أن تبت في دستورية القوانين، وأن عدم إشارة القرار المطعون فيه إلى النصوص القانونية المطبقة لا يشكل عيبا فيه إذا صدر مطابقا للقانون"[153].

ب: بالنسبة لعبارة "وطبقا للقانون"

ففي قرار لمحكمة النقض، بمناسبة البت في الطعن بالنقض ضد قرار صادر عن غرفة الجنايات الاستئنافية ببني ملال بتاريخ 2012/03/20 في الملف عدد 2012/65، الذي أغفل استهلال قرارها بصيغة "وطبقا للقانون"، واعتبرت محكمة النقض أن خلو الحكم من الصيغة أعلاه يعرض الحكم للبطلان، وعللت قرارها كالآتي:

[153] قرار محكمة النقض عدد 8/436 بتاريخ 2015/07/14 في الملف المدني عدد 2015/8/1/1650، غير منشور.

"... في شأن وسيلة النقض الأولى المتخذة من الخرق الجوهري للقانون (خرق الفصل 124 من الدستور)، ذلك أنه بالرجوع إلى طبيعة القرار المطعون فيه يتبين أنه لم يتقيد بالمقتضيات القانونية للفصل 124 من الدستور، والتي تنص على أن الأحكام تصدر وتنفذ باسم جلالة الملك وطبقا للقانون؛ فالقرار المطعون فيه كما هو ظاهر من مستهله؛ صدر باسم جلالة الملك دون عبارة طبقا للقانون؛ مما يجعله مخالفا للمقتضيات المذكورة ومعرضا للنقض والإبطال؛

وحيث يجب بمقتضى البند الأول من المادة 365 من قانون المسطرة الجنائية وفق آخر تعديل أن يستهل كل حكم أو قرار أو أمر بصيغة (المملكة المغربية-باسم جلالة الملك وطبقا للقانون).

وحيث إنه بمقتضى البند الأول من المادة 370 من نفس القانون تبطل الأحكام أو القرارات أو الأوامر إذا لم تكن تحمل الصيغة المنصوص عليها في مستهل المادة 365 من القانون المذكور.

وحيث يتجلى من ديباجة القرار المطعون فيه أنه جاء متضمنا لعبارة "باسم جلال الملك" دون عبارة "وطبقا للقانون" مما يجعله خاليا من البيان المنصوص عليه في البند الأول من المادة 365، ومعرضا للبطلان عملا بالبند الأول من المادة 370"[154].

في حين أصدرت نفس المحكمة قرارا آخر مخالفا لما جاء في قرارها أعلاه، حينما اعتبرت أن خلو ديباجة الحكم من عبارة "وطبقا للقانون" لا تأثير له على صحة الحكم، وعللت قرارها بالقول:

[154] قرار محكمة النقض عدد 453 وتاريخ 20/06/2012، في الملف الجنائي رقم 2012/5/6/6992، غير منشور.

"...لكن حيث إن محكمة الاستئناف ولئن استهلت قرارها بصيغة جلالة الملك دون ذكر كلمة وطبقا للقانون، فإن ذلك لا يقلل من شرعيته أو يمس ذاتيته مع وجود الصيغة المذكورة (جلالة الملك) طالما أن هذا الاستهلال أو هذا الصدور في حد ذاته أمر مفترض بقوة الدستور نفسه، وإيراد كلمة وطبقا للقانون بوثيقة الحكم أو القرار ليس إلا عملا ماديا كاشفا عن ذلك الأمر المفترض وليس منشئا له، الأمر الذي كانت معه الوسيلة غير جديرة بالاعتبار"[155].

والثابت أن محكمة النقض استقرت على هذا التوجه باعتبار أن خلو ديباجة الحكم من عبارة "وطبقا للقانون" لا تأثير له على حجية الحكم أو القرار، وهو ما أعادت التأكيد عليه في قرار حديث لها، حينما عللته بالقول:

"...لكن لئن كان الفصل المحتج به في الوسيلة قد أوجب أن تحمل الأحكام في رأسها عبارة باسم جلالة الملك وطبقا للقانون، وأن كلا العبارتين تشكلان إجراء جوهريا فإن الإشارة ضمن تنصيصات القرار المطعون فيه إلى صدوره بعد المداولة وطبقا للقانون كاف لاعتباره حاملا للعبارة المذكورة ولن يترتب عن عدم ذكر البيان المذكور في طليعة القرار بطلانه ما دام أن قيمته وشرعيته مستمدة أساسا من صدوره حاملا لعبارة المملكة المغربية وباسم جلالة الملك، لذلك يبقى ما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار"[156].

والرأي فيما نعتقد أن خلو ديباجة الحكم من عبارة "وطبقا للقانون" لا يقتضي بأي حال التصريح ببطلانه، لأن العبارة أعلاه هي تحصيل حاصل لما خلص إليه القاضي في منطوق حكمه بعد إعماله المقتضيات القانونية المطبقة على النازلة، لأن القاضي ملزم في جميع الأحوال تطبيق النص القانوني السليم

[155] قرار محكمة النقض عدد 125 بتاريخ 2012/01/26 في الملف الجنحي عدد 15429-2011/8/6/15430، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 75، قرارات الغرفة الجنائية.

[156] قرار محكمة النقض عدد 9/209 بتاريخ 2018/03/22 في الملف عدد 2017/9/1/4755 منشور بمجلة قرارات محكمة النقض بغرفتين وبجميع الغرف، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2018/1638959122.pdf

على الوقائع المعروضة عليه، وهو غير مقيد بتوصيفات الأطراف لطبيعة الدعوى وكذا النصوص القانوني التي اسسوا عليها دعواهم، ولذلك يكون الحكم والحالة هذه قد صدر طبقا للقانون، فتصبح عبارة "وطبقا للقانون" عبارة كاشفة لمختلف الإجراءات التي صاحبت تصريف الدعوى القضائية إلى غاية صدور الحكم فيها، وهي بالتالي غير كاشفة له حتى تكتسب هذه القوة في البطلان عن إغفالها.

ثم إن اتخاذ قرار ببطلان حكم قضائي احترم فيه القاضي كل حقوق الدفاع واستنفذ فيه الجهد والوقت لتجهيزه، وقطع كل المراحل التي اقتضتها طبيعة الدعوى، التي تتطلب أحيانا اللجوء إلى إجراء من إجراءات التحقيق من خبرة ووقوف على عين المكان أو سماع شهود، ثم بعد كل هذه الإجراءات ولمجرد إغفال القاضي عبارة "وطبقا للقانون" تعتبر إجراءات كأن لم تكن ويصار إلى بطلان الحكم، فهذا فيه نوع من التجني على العدالة، وهدر للزمن القضائي، وإجحاف في حق جهد القاضي والمتقاضي على السواء.

ثانيا: في باقي البيانات القانونية.

أ: بيان المحكمة المختصة نوعيا ومكانيا.

من البيانات الأساسية أيضا التي يتعين تضمينها في ديباجة الحكم، بيان المحكمة المختصة، وإن كانت مواد المسطرة المدنية لم تتطرق قط لبيان المحكمة المختصة، رغم أن هذا البيان يعتبر أساسيا وله ارتباط بالاختصاصين النوعي والمكاني، كما يتعين بيان نوعية المحكمة التي تبت في الخصومة، من حيث كونها محكمة عادية أم تجارية أم إدارية، لأن هذا الأمر له ارتباط وثيق بالاختصاص النوعي، حتى يتأتى مراقبته من المحكمة الأعلى درجة[157].

[157] وقد دأبت المحاكم المغربية على استعمال عبارة في ديباجة الحكم تشتمل على البيانين معا: "

ففي قرار لمحكمة النقض اعتبرت أنه يتعين على المحاكم أن تبين من أين استخلصت اختصاصها للبت في النازلة المعروضة عليها تحت طائلة البطلان، وعللته بالقول:

"...حيث صح ما ورد بالنعي أعلاه، ذلك أنه بنص الفصل 430 من ق.م.م فإنه لا تنفذ في المغرب الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه أو لمكان التنفيذ عند عدم وجودهما، والمحكمة لما نظرت في القضية دون أن تبين من أين استخلصت اختصاصها في إطار الفصل المذكور فإنها خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض"[158].

بالإضافة إلى ضرورة بيان نوعية المحكمة ونوعية القضية، فإنه لا بد من الإشارة إلى مكان المحكمة، وهو امر جوهري وأساسي لارتباطه بالاختصاص المحلي أيضا، فمحاكم الاستئناف مثلا تشمل دائرتها أكثر من محكمة ابتدائية، وإذا أثير الدفع بعدم الاختصاص المحلي قبل كل دفع أو دفاع في إحدى هذه المحاكم ولم تستجب له فإن محكمة الاستئناف ستراقبه، لكن انطلاقا من البيان الذي يحدد مكان المحكمة، وإن كانت محكمة الاستئناف تستطيع معرفة هذه المحكمة، لكن بعد عناء وبالرجوع إلى أوراق الملف وأسماء الهيئة القضائية وغيرها[159].

ولأهمية الاختصاص المكاني قضت محكمة النقض ببطلان حكم قضائي أغفل البت في دفع بعدم الاختصاص المكاني، وعللت قرارها بالقول:

---

[158] قرار محكمة النقض عدد 25 بتاريخ 2017/01/17 في الملف الشرعي عدد 2016/1/2/823، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 83، قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2017/1638870547.pdf

[159] صناعة الحكم المدني، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية والدراسات، العدد العاشر، ماي 2010، الصفحة 24.

"...حيث صح ما ورد بالنعي، ذلك أن الطاعن دفع في جميع مراحل الدعوى بعدم اختصاص المحكمة الابتدائية بسيدي بنور التابع لها مركز القاضي المقيم بخميس الزمامرة مكانيا للنظر في القضية وبأن الاختصاص ينعقد إلى المحكمة الابتدائية ببرشيد حيث مكان الزوجية وموطن الطرفين واستشهد على ذلك بشهادة إدارية مؤرخة في 2010/05/10 تفيد بأن المطعون ضدها تقيم بالعنوان رقم 584 بتجزئة وفيق مدينة برشيد، وبنخة من حكم قضائي عدد 113 صدر بتاريخ 2011/06/21 أي خلال سريان الدعوى الحالية في القضية عدد 2011/45 عن الابتدائية بسيدي بنور-مركز القاضي المقيم بخميس الزمامرة- صدر بمناسبة الدعوى التي رفعها الطاعن على زوجته المذكورة بالعنوان الكائن بحي السكرين رقم 10 خميس الزمامرة مطالبا إياها بالرجوع إلى بيت الزوجية الكائن بعنوانه وهو رقم 584 بتجزئة وفيق مدينة برشيد وقضت المحكمة بعدم اختصاصها مكانيا للبت في القضية وبإحالتها على المحكمة صاحبة الاختصاص وهي المحكمة الابتدائية برشيد حيث مكان الزوجية وموطن الزوجين، إلا أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم تناقش هذا الحكم من زاوية أنه تضمن الإقرار القضائي للمطعون ضدها بكون بيت الزوجية كائنا بمدينة برشيد بتجزئة وفيق وهو حجة قاطعة عليها طبقا للفصل 410 من ق.ل.ع ثم تبني عليه الحكم المناسب لقضية الحال وما دام لم تفعل كان قرارها ناقص التعليل وهو بمثابة انعدامه وعرضة للنقض"[160].

ومع ذلك فالملاحظ أن القضاء المغربي في مجمله لا يرتب جزاءات على تخلف هذه البيانات رغم أهميتها إلا في بعض الحالات الاستثنائية، في

[160] قرار عدد 331 بتاريخ 2014/04/29 في الملف الشرعي عدد 2013/1/2/27، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 16، سنة 2014.

حين نجد القضاء المصري مثلا يراقب بيان مكان المحكمة التي أصدرت الحكم، وفي حالة إغفاله فإن بيان اسمها يغني عن ذلك وإلا يرتب البطلان[161].

ب: تاريخ الحكم

من البيانات الهامة التي يتعين أن تتصدر الديباجة، تاريخ الحكم، والمقصود به، تاريخ النطق به، ويعتبر من البيانات الجوهرية الذي يترتب على النقص فيه أو إغفاله البطلان إذا ما أدى ذلك إلى إلحاق ضرر بالخصم[162]، وأول ما يترتب عليه من آثار قد تؤدي إلى إلحاق الضرر بالخصم نتيجة تبليغ الحكم الذي قد يقع للأطراف بالجلسة، بالنسبة لأجل الطعن في الحكم، وذلك أن الفصل 50 من قانون المسطرة المدنية نص على أن كاتب الضبط يبلغ حالا عند صدر الحكم حضوريا ومعاينة حضور الأطراف أو وكلائهم بالجلسة الحكم الذي صدر، وإشعارهم من طرف الرئيس بأن لهم أجلا قدره ثلاثون يوما من صدور الحكم للطعن فيه.

فإغفال ذكر تاريخ صدور الحكم قد يؤدي إلى لبس في تحديد تاريخ وقوع الطعن لمعرفة ما إذا كان قد وقع داخل الأجل أو خارجه، فضلا عن قابلية الحكم الصادر للتنفيذ في الأجل المحدد لذلك قانونا، باعتبار تاريخ اليوم الذي صدر فيه.

ففي قرار لمحكمة النقض، اعتبرت فيه أن: "...المحكمة عندما أيدت الحكم المستأنف الذي قضى بجعل التحجير ساريا **من تاريخ الحكم** بعلة أن الخبرة لم تجزم ما إذا كانت الاضطرابات قد لزمت المعني منذ الحادثة أم أنها

---

[161] ففي قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه: "أن بيان المحكمة التي أصدرت الحكم ليست له أهمية جوهرية فيه بعد بيان اسم المحكمة التي أصدرته، فلا يترتب البطلان على إغفاله ذكر هذا المكان".
نقض مصري؛ جلسة 1969/06/24، منشور بمجموعة القواعد القانونية، السنة 20، الصفحة 1043.

[162] حسن الفكهاني المحامي، التعليق على قانون المسطرة المدنية المغربي في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، الصفحة 321.

جاءت نتيجة تفاقم جروحه وآلامه، تكون قد طبقت مقتضيات المادة 220 من مدونة الأسرة تطبيقا سليما وعللت قضاءها تعليلا كافيا"[163].

فالفصل 428 من قانون المسطرة المدنية ينص على أنه:" تكون الأحكام قابلة للتنفيذ خلال ثلاثين سنة من اليوم الذي صدرت فيه وتسقط بانصرام هذا الأجل". وذهب المجلس الأعلى في قراره، إلى أن "كل حكم يجب أن يتضمن تاريخ صدوره[164]"، ويكون كذلك لإغفال ذكر تاريخ الحكم أثر سلبي في حالة التمسك بالتقادم بالنسبة للحقوق التي اكتسبت مثلا بمقتضى حكم قضائي، فالفصل 380 من قانون الالتزامات والعقود ينص على أنه: "لا يسري التقادم بالنسبة للحقوق إلا من يوم اكتسابها...".

ولأجله عللت محكمة النقض في قرار حديث لها بالقول: "...لكن لما كان التقادم بالنسبة للحقوق لا يسري إلا من يوم اكتسابها طبقا للفصل 380 من ق.ل.ع ولما كان الثابت للمحكمة من الاطلاع على الالتزام المؤرخ في 2001/01/17 أنه تضمن التزام الطاعن بإرجاع المبلغ المسلم له وتسليم المحل فور المطالبة به من طرف المطلوبين في النقض، ولما كان الأمر في النازلة يتعلق بالتزام ارتضى الطاعن تنفيذه بمجرد المطالبة به والمثبت بمقتضى الالتزام المشار إليه والذي يعتبر شريعة المتعاقدين طبقا للفصل 230 من ق.ل.ع اعتبرت عن صواب أن مدة التقادم تحسب من تاريخ إنهاء الاتفاق المبرم بين الطرفين وليس من تاريخ إبرامه كما تمسك بذلك الطاعن على اعتبار أن التزامه المذكور لم يحدد له أجل واجب التنفيذ بمجرد المطالبة به، فيكون تاريخ مطالبة الطاعن بتنفيذ التزامه هو موعد استحقاقه، وبالتالي فإن تقادم المطالبة بالوفاء بهذا الالتزام لا يسري إلا من هذا التاريخ...والمحكمة

---

[163] قرار محكمة النقض عدد 161 بتاريخ 2015/03/31 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/461، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض-غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 22، سنة 2015.

[164] قرار عدد 26 وتاريخ 1958/11/19 في الملف عدد 130، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 17 السنة الثانية، مارس 1959.

بنهجها ذلك تكون قد بنت قرارها على أساس سليم وجاء مطابقا للقانون وما تضمنته الوسيلة غير جدير بالاعتبار"[165].

ج: أسماء الهيئة القضائية

طبقا لمقتضيات الفصول 50 و345 و375 من قانون المسطرة المدنية فإنه يجب يتضمن الحكم أو القرار أو الأمر القضائي، اسم هيئة المحكمة التي شاركت في إصدار الحكم، واسم المحكمة واسم ممثل النيابة العامة عند حضوره، واسم كاتب الضبط وعند الاقتضاء أسماء المستشارين في القضايا الاجتماعية، وإلا فإن الحكم يتعرض للنقض.

لذلك يعتبر تضمين الحكم القضائي أسماء القضاة الذين شاركوا في المداولة بالنسبة للقضاء الجماعي أو اسم القاضي الذي أصدر الحكم بالنسبة للقضاء الفردي من البيانات الجوهرية التي من الواجب الاعتناء بها، ففي قرار لمحكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) اكدت على أن: "...كل حكم يجب أن يحتوي على البيانات اللازمة لإثبات أنه مطابق لمقتضيات القانون وخصوصا أن الهيئة التي أصدرته هي التي وقع أمامها عرض القضية ومناقشتها"[166].

وهو التوجه الذي استقر عليه المجلس الأعلى سابقا أي ضرورة تضمين ديباجة الحكم أسماء هيئة المحكمة مُصدرة الحكم تحت طائلة البطلان، فعللت إحدى قرارها بالقول: "...يجب على كل حكم صادر عن هيئة أن يُعلن عن رئيسها، وأن الحكم الصادر اكتفى بذكر عدد أعضاء الهيئة دون الإفصاح عن الرئيس، مما يعرض الحكم للنقض"[167]. وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض جاء فيه: "...المحكمة غير ملزمة بالتقيد في أن يتولى الحكم في القضايا

[165] قرار محكمة النقض عدد 452 بتاريخ 2019/09/19 في الملف التجاري عدد 2017/2/3/1863 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة التجارية العدد 47.

[166] قرار المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) عدد 116 الصادر بتاريخ 1960/12/25، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 37.

[167] قرار عدد 149 وتاريخ 1968/01/16، غير منشور

الراجعة لاختصاصها؛ العدد المخصص من القضاة المحدد لها بمقتضى القانون، فالتنصيص بالحكم على أن هيئة الاستئناف الحاكمة في القضية متركبة من أربعة أعضاء مخالف للقانون"[168].

واعتبرت في قرار أخر: "...بأن الخطأ المادي الواقع في اسم أحد القضاة يمكن تصحيحه بالبيانات الواردة بمحضر الجلسة الصحيح شكلا باعتباره جزءا من قضائها"[169].

وعللت قرار آخر بالقول: "...حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار المطعون فيه ذلك أن تشكل المحاكم من النظام العام، وأنه طبقا لمقتضيات الظهير المتعلق بالتنظيم القضائي وتشكيل هيئات الحكم المؤرخ في 1974 فإن المحاكم الابتدائية تعقد جلساتها بحضور ثلاثة قضاة بمن فيهم الرئيس في دعاوى الأحوال الشخصية باستثناء النفقة، وإذا تبين للقاضي المنفرد أن أحد الطلبات الأصلية أو المقابلة أو المقاصة يرجع فيه الاختصاص إلى القضاء الجماعي أو له ارتباط بدعوى جارية أمام القضاء الجماعي رفع يده عن القضية، والمحكمة لما عاينت خرق تشكيل هيئة الحكم التي بتت في آن واحد في طلب الطاعنة الرامي إلى النفقة والطلب المقابل للمطلوب والرامي إلى إسقاط الحضانة وذلك من طرف قاض منفرد، كان عليها أن تعيد الأطراف إلى المحكمة الابتدائية للبت في القضية من طرف هيئة جماعية حتى لا يضيع الأطراف في درجة من درجات التقاضي، وإذ هي قضت بإبطال الحكم المستأنف بعلة خرق تشكيل هيئة الحكم وتصدت وحكمت وفق منطوق القرار المطعون فيه تكون قد خرقت القانون مما يعرض قرارها للنقض"[170].

---

[168] قرار عدد 135 وتاريخ 1968/01/09، غير منشور.

[169] قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 139 الصادر بتاريخ 13 يوليو 1970، غير منشور.

[170] قرار محكمة النقض عدد 37 الصادر بتاريخ 2010/01/20 في الملف الشرعي عدد 2008/1/2/583، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.
https://juriscassation.cspj.ma/up

ويكتسي بيان الهيئة القضائية مصدرة الحكم القضائي أهميته في إعطاء الخصوم حق الاطلاع على أسماء القضاة الذين حضروا أمامهم عند مناقشة القضية قبل حجزها للمداولة أو التأمل ومقارنتها بأسماء الهيئة الواردة بوثيقة الحكم، حتى تتكون لديهم القناعة بعدالة الحكم القضائي، إذ لا يستقيم أن يصدر الحكم القضائي عن هيأة مشكلة خلافا للهيئة التي ناقشت القضية وبنت قناعتها على ضوء ذلك ثم حجزتها للمداولة أو التأمل، لأن ذلك من قبيل استسهال حقوق الناس وأعراضهم، لذلك كان المشرع حكيما عندما نص في قانون المسطرة المدنية على ضرورة صدور الأحكام والمقررات بشكل حصري عن القضاة الذين شاركوا في جميع المناقشات، وإذا مت تعذر حضور قاض أو أكثر أثناء النظر في القضية تعاد المناقشات من جديد[171]، وهذه المسألة من النظام العام، يمكن إثارتها تلقائيا من طرف محكمة النقض، وهو ما أكدته في أحدث قرار لها، عندما عللته بالقول:

"...وحيث إنه بالاطلاع على تنصيصات القرار المطعون فيه بالنقض، ومحاضر الجلسات، تبين أن المحكمة ناقشت القضية بجلسة 2015/12/16 من طرف الهيئة القضائية المشكلة من السادة: المختار العمود رئيسا وبعضوية عبد الرزاق صبور وعبد الإله علمي، وخلالها تقرر حجز القضية للمداولة للنطق بالحكم لجلسة 2015/12/30، في حين أن الحكم صدر من طرف هيئة قضائية مشكلة من السادة المختار العمود رئيسا وبعضوية عبد الرزاق صبور وعزيز مصطفى والحال أن هذا الأخير لم يشارك في مناقشة القضية موضوع القرار المطعون فيه بالنقض، وهو ما يشكل خرقا للفصل 370 من ق.م.ج المذكور ويعرض القرار للنقض والإبطال"[172].

[171] المادة 297 من قانون المسطرة الجنائية

[172] قرار محكمة النقض عدد 4/1527 بتاريخ 2017/11/21 في الملف الجنائي عدد 2016/4/6/6746، قرارات محكمة النقض بغرفتين وبجميع الغرف، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.
https://juriscassation.cspj.ma/up

وقد استقر توجه محكمة النقض على إبطال القرارات التي تغفل الإشارة إلى هيئة الحكم، أو أن تشكل الهيئة بخلاف ما يقتضيه القانون، لأجله عللت أحدث قرار لها بالقول:

"...في شأن وسيلة النقض المثارة تلقائيا من طرف محكمة النقض والمتخذة من خرق مقتضيات المادة 297 من قانون المسطرة الجنائية، ذلك أنه يجب تحت طائلة البطلان أن تصدر المحكمة مقرراتها عن قضاة شاركوا في جميع المناقشات؛

وحيث تبين بعد الاطلاع على محاضر الجلسات بدءا من جلسة 2018/05/03 وإلى غاية الجلسة الأخيرة التي نوقشت فيها القضية وتم فيها حجزها للمداولة وهي المنعقدة بتاريخ 2018/06/07 أن هيئة المحكمة كانت مكونة من السادة محمد أطاع الله، إحسان المقدم، فدوى توفيق، في حين أن الهيئة التي أصدرت القرار كانت مكونة من السادة محمد أطاع الله، فدوى توفيق، إحسان الفقيه، مما يفيد أن القرار المطعون فيه قد صدر عن غير الهيئة التي ناقشت القضية، مما يعد خرقا لمقتضيات المادة المذكورة أعلاه، ويعرض القرار للنقض والإبطال"[173].

د: بيان هوية أطراف الدعوى

كما يعتبر من العناصر الشكلية للحكم ذكر أسماء الأطراف الشخصية والعائلية، وصفتهم أو مهنتهم وموطنهم أو محل إقامتهم، وغيرها من المقتضيات الواردة في الفصول 32 و375 و345 من قانون المسطرة المدنية، ولعل إغفال تضمين الحكم هوية أطرافه سيظهر عند تنفيذ الحكم، باعتبار الأخير حجة بين أطرافه فيما قضى به، فيجب، تحت طائلة النقض أن تتضمن الأحكام أولا: أسماء الأطراف الشخصية والعائلية على حد سواء، مع إضافة

[173] قرار محكمة النقض عدد 6/3643 المؤرخ في 2019/12/04 في الملف الجنحي عدد 2018/6/6/12262، غير منشور.

كل ما من شأنه أن يوفر الدقة في هوية الطرف، وأن أي إغفال في هذا الشأن يعرض الحكم للبطلان.

وعللت محكمة النقض قرارها بالقول: **"...يعتبر مخالفا للقانون ويستوجب النقض الحكم الذي لا تذكر فيه أسماء المتداعين ومحل سكناهم وتصريحاتهم"**[174].

وفي قرار حديث لها اعتبرت محكمة النقض أنه:

"... من المقرر أن التبليغ المعتد به هو الذي يتضمن الهوية الكاملة للمبلغ إليه وتوقيعه أو الإشارة إلى رفضه الإدلاء بالهوية والتوقيع لأن ذلك يعتبر من البيانات الجوهرية التي لا يصح التبليغ إلا بها، تطبيقا لأحكام المقتضيات المشار إليها أعلاه، والمحكمة لما عللت ما انتهت إليه بأن الحكم المستأنف تم تبليغه لكل من وزراة الصحة ورئيس الحكومة وبالتالي فإن مقالي الطعن بالاستئناف المقدم من طرف الوكيل القضائي للمملكة بصفته نائبا عن السيدين رئيس الحكومة ووزير الصحة يظل غير مقبول من الناحية الشكلية لتقديمه خارج الأجل القانوني المنصوص عليه في المادة 9 من القانون رقم 80.03 المحدثة بموجبه محاكم الاستئناف الإدارية الصادر بتاريخ 2008/02/14 قد ركزت قضاءها على غير أساس وجاء قرارها خارقا للمقتضيات المذكورة"[175].

ويعزى ضرورة بيان أطراف الدعوى إلى ضمان استدعائهم لحضور جميع إجراءاتها حسب ما تفرضه مقتضيات المادة 36 من قانون المسطرة المدنية، لأن في استدعائهم وبيان هويتهم تحقيقا لمبادئ المساواة والمحاكمة

[174] قرار المجلس الأعلى عدد 503 وتاريخ 1959/06/15 منشو بمجلة القضاء والقانون، العدد 26، السنة الثالثة، فبراير 1960، الصفحة 109.

[175] قرار محكمة النقض عدد 1165 بتاريخ 2019/10/03 في الملف عدد 2019/1/4/3707 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض –الغرفة الإدارية، العدد 48، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية. https://juriscassation.cspj.ma

العادلة، كما أنه يستحيل تنفيذ الحكم غير المتضمن لهوية المدعي أو المدعى عليه المنفذ عليه، وما قيمة حكم قضائي لا يجد طريقه للتنفيذ، فإنه لا ينفع التكلم بحق لا نفاذ له أو كما قال سيدنا عمر رضي الله عنه.

وتجب الإشارة إلى ضرورة الإشارة إلى تمثيل الأشخاص المعنوية العامة أمام القضاء في شخص ممثليهم القانونيين، مع الإشارة إلى مركز الأطراف، وبيانات السادة المحامون، واسم ممثل النيابة العامة في القضايا التي تكون فيها طرفا أصليا أو منضما واسم كاتب الضبط.

وعلى هذا الأساس جاء مشروع قانون المسطرة المدنية في نسخته النهائية بتعديل مهم بموجب الفصل 31 منه لما نص على أنه: "يمكن للطرف المتضرر من الحكم الصادر ابتدائيا وانتهائيا وفق مقتضيات المادتين 29 قبله و325 بعده طلب إلغائه أمام رئيس المحكمة المختصة داخل أجل 15 يوما من تاريخ تبليغه بالحكم في إحدى الحالات التالية:...إذا بت دون أن يتحقق مسبقا من هوية الأطراف..."[176].

ودأبت المحاكم المغربية على تصدير أحكامها بفقرة جامعة مانعة تشتمل على كل البيانات التي ذكرناها آنفا، تفاديا لكل إغفال قد يؤدي إلى التأثير في شكلية الحكم وتعرضه للبطلان، وتُصاغ العبارة على سبيل المثال كالآتي:

"بتاريخ 2019/12/30 أصدرت المحكمة الابتدائية ب وزان وهي تبت في القضايا العقارية ومكونة من السادة محمد المحمودي رئيسا، وحميد المحمدي ممثلا للنيابة العامة والسيد أحمد حاميدي كاتبا للضبط، الحكم الآتي نصه؛

بين السيد /ة (هوية المدعي) بصفته/ا مدعيا/ة

[176] مسودة مشروع قانون المسطرة المدنية، المملكة المغربية، وزارة العدل، صيغة الجمعة 2022/01/07.

والسيد /ة (هوية المدعى عليه) بصفته/ا مدعى عليه/ا؛

ينوب عن الأول الأستاذ (اسم المحامي) محام بهيئة (هيئة المحامين التي ينتمي إليها) وينوب عن الثاني الأستاذ (اسم المحامي)".

بحضور السيد/ة (...)ممثلا للنيابة العامة

وبمساعدة السيد/ة (...)كاتبا للضبط، الحكم الآتي نصه...

المطلب الثاني: ضبط الصياغة الفنية لوقائع ومنطوق الحكم القضائي

يقصد بالوقائع[177] في مفهوم قوانين المسطرة المدنية بصفة عامة سرد تراتبي للنزاع المعروض على المحكمة مع ذكر الأدلة الواقعية والحجج القانونية وما حصل فيها من إجراءات في جلسة المناقشات والمرافعات، وتكون هذه الوقائع متماشية مع أسباب الحكم ومنطوقه وتؤثر على نتيجة الدعوى، وتتجلى أهمية ذكر الوقائع في أنها تبين المراحل التي قطعتها الدعوى قبل الحكم فيها، وتعطي فكرة عما إذا كان القاضي قد التزم حدود الطلبات المقدمة إليه واتخذ جانب الحياد في توجيه الإجراءات واحترام قواعد الإثبات.

وكما يعد الحكم عاملا قانونيا فيجب أن يشمل بذاته ضوابط محددة مع مراعاة سرد وقائع الدعوى واستخلاص الصحيح منها دون خطأ أو تحريف وذكر مضمون الخصوم ومستنداتهم ليخلص القاضي إلى منطوق الحكم الذي هو نتيجته ومنتهاه.

---

[177] تعددت التعريفات التي تناولت الوقائع، فهناك من ذهب إلى أنها تعني "الأحداث"، أي ما حصل وكان له كيان ذاتي، وصار بذلك منتميا إلى الماضي"، وحسب حامد ومحمد فهمي، "المسائل الواقعية التي لا معقب على رأي قاضي الدعوى فيها بوقائع الدعوى وبموضوع الدعوى"، ويلاحظ على هذين التعريفين الاقتضاب الشديد الذي لا يفي الموضوع حقه، وما استمالني هو تعريف فتحي والي الذي جاء فيه، " يقصد بالوقائع في مفهوم قوانين المسطرة المدنية بصفة عامة، سرد تاريخي للنزاع المعروض على المحكمة مع ذكر الأدلة الواقعية والحجج القانونية وما حصل فيها من إجراءات في جلسة المناقشات والمرافعات، وتكون هذه الوقائع متمشية مع أسباب الحكم ومنطوقه وتؤثر على نتيجة الدعوى".
انظر فتحي والي، مبادئ قانون القضاء المدني، الصفحة 542.

لأجله سوف نحاول من خلال هذا المطلب التوقف عند الخصائص التي ينبغي مراعاتها عند استخلاص وقائع الحكم القضائي (الفقرة الأولى)، حتى تكون بناء منطقيا ومنسجما يؤدي إلى منطوقه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: وقائع الحكم القضائي المدني

سنحاول من خلال هذه الفقرة الوقوف عند منهجية استخلاص وقائع الحكم القضائي المدني مع بيان الأساليب المعتمدة في ذلك من طرف المحاكم الوطنية ومحاكم بعض الدول المقارنة (أولا)، وطريقة صياغة هذه الوقائع لتستجيب لمتطلبات المنطق القضائي في ترتيب الوقائع (ثانيا).

أولا: منهجية استخلاص الوقائع في ضوء تعدد المناهج القضائية

يتنازع فكرة الصياغة الفنية لوقائع الحكم القضائي المدني على مستوى القانون المقارن أسلوبان رئيسيان، بالإضافة إلى أسلوب ثالث يمكن أن نُطلق عليه الأسلوب المعتدل.

أ: في المناهج القضائية المقارنة

1: أسلوب المدرسة الأنجلو-سكسونية.

حيث يقوم القاضي من خلال هذا الأسلوب بعرض وقائع مفرطة في الإسهاب للتدليل على وجهة نظره وتبرير حكمه مع بيان البواعث والأدلة المختلفة المعروضة عليه، سواء كانت منتجة في الدعوى أو دون ذلك، فينتج عن هذا الأسلوب أن الأحكام القضائية تكون طويلة جدا فيها مشقة في قراءتها، وهو الأسلوب الذي تعتمد مجموعة من الدول كإنجلترا وأمريكا وألمانيا والسويد[178].

[178] Sauvel «Histoire du jugement motivé», Revue. de droit public et de science politique, 1955, page 16.

فالقاضي الإنجليزي على سبيل المثال يعتمد أساسا على المرافعات الشفوية، بحيث عليه أن يضمن حكمه وقائع كل المرافعات التي عرفتها الجلسات منذ بدايتها إلى حين صيرورة الملف جاهزا للتأمل أو المداولة، وتزيد مشقة القاضي في إيراد الوقائع عند تعدد الأطراف ودفاعهم، بحيث عليه تضمين مرافعات وملتمسات كل واحد على حدة وفي جميع الجلسات، لذلك تميز الأسلوب الإنجليزي المنتمي للتيار الانجلوسكسوني بالإفراط والإطالة والإسهاب في سرد الوقائع، وهو ما يؤدي إلى الإسهاب في إيراد التعليل[179].

2: أسلوب المدرسة اللاتينية.

حيث تعتمده دول مثل فرنسا وبلجيكا وإسبانيا، ومفاده أن حيثيات الأحكام تستخلص من طلبات الخصوم ودفاعهم مع الاقتصار على العبارات القصيرة تعبر من خلالها المحكمة عن مُرادها، وهو الأسلوب الذي تعتمده المحاكم المغربية.

فالقاضي الفرنسي على سبيل المثال يهتم بالدرجة الأولى بالمذكرات التحريرية التي يُدلي بها الخصوم خلال أطوار الدعوى، ثم يعمد إلى تلخيص أهم ما جاء فيها مع الاكتفاء بالملتمسات النهائية الواردة في هذه المذكرات، فتكون الوقائع وفق هذا النهج مختصرة وموجزة تنصب على الطلبات التي يُراد من القاضي الفصل فيها دون غيرها[180].

في هذا الصدد عرفت الساحة القضائية بفرنسا نقاشا كبيرا سنة 1999 وذلك بمناسبة تقديم طلب إيقاف التنفيذ المعجل عرض على الرئيس الأول بمحكمة الاستئناف بمونبولييه، وبمناسبة تحريره للقرار تفادى إيراد الوقائع كلية، وانطلق

---

[179] منهجية تحرير حكم قضائي، مقال منشور على موقع المكتبة القانونية الالكترونية www.bibliojuriste.club، بتاريخ 2018/11/17، تاريخ الزيارة 2019/01/17.

[180] المرجع نفسه

مباشرة من التعليل، فتم الطعن في هذا القرار كونه غير المنهجية الكلاسيكية في سرد وقائع القضية بشكل منفصل قبل مباشرة التعليل، فكان موقف محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2001/05/31 رد وسيلة الطعن هذه، ومما جاء في تعليلها أنه: "ليس هناك أي نص قانوني يحدد منهجية استعراض المحكمة لادعاءات ووسائل الأطراف والتي يمكن لها أن تذكرها في فقرات الحكم ولو بشكل مقتضب"[181].

وهكذا فمحكمة النقض الفرنسية تبنت أفكار الفقيه هنري موتولسكي الذي نادى بإعفاء القاضي من سرد الوقائع غير المنازع فيها أو التي تم الإقرار بها خلال الدعوى، والاقتصار فقط على الوقائع التي لها ارتباط مباشرة مع مواصلة النزاع، وهو ما اصطلح عليه الأسلوب الوظيفي في تحليل الوقائع، ومن أمثلة ذلك، أن يتم التقدم بمقال افتتاحي مجرد، فيجيب المدعى عليه بكون المقال مخالف لمقتضيات الفصل 1 و 32 من ق.م.م، ثم يعمل المدعي على الإدلاء بالوثائق اللازمة في شكل صور شمسية ثم يستدرك ذلك ويدلي بأصول الوثائق، فهنا عند تحرير الحكم القضائي بحسب موتولسكي فلا يلزم القاضي ببيان كل المراحل التي سبقت إدلاء المدعي بالمذكرة المرفقة بالوثائق الأصلية لأن الأمر أصبح غير منازع فيه إطلاقا، ومن ثم فلا يلزم بالرد على الدفع الأول للمدعى عليه بمناسبة تعليل حكمه.

3: الأسلوب المعتدل:

حيث يمتاز الأخير بجمعه بين مزايا الأسلوبين السابقين، بحيث لا يُفرط القاضي في بيان الوقائع إلى حد الإخلال بمضمون الحكم، ولا يُسهب في شرحا والوقوف عند النظريات الفلسفية والفقهية، وهذا ما تأخذ به محكمة النقض المصرية التي رفضت الأسلوب اللاتيني لعيوبه الكثيرة، كما لم تعتمد الأسلوب الأنجلوسكسوني لأنه يتسم عادة بالإطناب الشديد الذي يفضي إلى

[181] قرار منشور بمجلة ثلاث شهرية للقانون المدني سنة 2001 الصفحة 201

الاعتداد حتى بالدوافع الاجتماعية والاقتصادية وليس فقط الوقائع والأسباب القانونية[182].

وحتى نتبين أي الأساليب أولى بالتطبيق من طرف القاضي المغربي، فلا بأس من الإشارة إلى مزايا كل واحد على حدة، فبحسب أنصار الأسلوب الأنجلوسكسوني فإنه يتمتع بميزتين مفتقدتين في غيره: الأولى وهي تمكين من يخالف رأي الأغلبية من القضاة من التعبير عن رأيه الشخصي وموقفه بكيفية واضحة يُبرزها الحكم، والثانية أنه يسمح بتبرير الأحكام بكيفية مقنعة مع الاعتداد في نفس الوقت بالدوافع الاجتماعية والاقتصادية[183].

أما مزايا الأسلوب اللاتيني حسب أنصاره، أنه يمثل طريقا تؤدي إلى الوضوح الذي يتطلب عمليا قدرا من الإيجاز غير المخل بالمعنى العام؛ بالاستناد فقط إلى وقائع تفيد في نتيجة الحكم، وهو أسلوب يلزم المحكمة فقط بالرد على الطلبات والدفوع الجوهرية التي لها تأثير على نتيجة الدعوى، وطرح غير المنتج منها[184].

فما هو إذن أسلوب القضاء المغربي في تعامل مع وقائع الدعوى؟

ب: الصياغة الفنية للوقائع وفق منهجية الأحكام المغربية

1: المبادئ العامة في صياغة وقائع القضايا المدنية

من المبادئ العامة أن صياغة الوقائع يقتضي الإيجاز والاختصار حسب ما أكدته فصول المسطرة المدنية وخاصة 50 و345 و375 التي حثت

---

[182] Giudicelli-Delage, La motivation des décisions de justice, t. I, th. Poitiers, 1979, page 29.

[183] P. Texier, *Jalons pour histoire de la motivation des sentences, La motivation,* Travaux de l'association Henri, Capitant, T. III, Actes du colloque Limoges, 1998, L.G.D.J., 2000, page 7

[184] أحمد العلمي ، مرجع سابق، الصفحة 34.

على تضمين الأحكام بيان موجز للوقائع، فقد عللت محكمة النقض إحدى قراراتها بالقول:

"... حيث إن المحكمة ملزمة ببيان الوقائع التي أدانت بها المحكوم عليه لمعرفة صحة التكييف وقانونية العقوبة، ولما كان الأصل أنه يجب لسلامة الحكم أن يبين **واقعة الدعوى** والأدلة التي استند إليها وبيان مؤداها بيانا كافيا يتضح منه واقع الدعوى، كما اقتنعت به المحكمة، فإن الحكم المطعون فيه إذا **لم يورد الوقائع وأدلة الإثبات** التي يقوم عليها قضاؤه وتؤدى كل منها في بيان كاف يكشف عن مدى تأييد لواقعة الدعوى فإنه يكون ناقص التعليل، ومادام الثابت من القرار المطعون فيه أن الطالب توبع بمقتضيات الفصلين 436 و437 من القانون الجنائي وأدين بذلك من غير أن تكلف المحكمة نفسها بيان المدة التي ظلت فيها الضحية محجوزة من طرف الطاعن، ليتمكن المجلس من مراقبة صحة الوصف القانوني وقانونية العقوبة، مما يجعل قرارها ناقص التعليل"[185].

وهو ما يُفيد أخذ القضاء المغربي في عموميته بالأسلوب المتبع في المنهج اللاتيني، ولعل هذه التبعية مردها إلى قيام فرنسا بوضع نظام قانوني وقضائي بالمغرب بدءا من 12 غشت 1913 مستمد من الأنظمة الغربية أساسا، ومن النظام القضائي الفرنسي على وجه الخصوص[186]، وقد عين للقيام بهذه المهمة قضاة ينتمون في الأصل إلى السلك القضائي الفرنسي، ولا شك أن

---

[185] قرار محكمة النقض عدد 7/3672 بتاريخ 02/11/28 في الملف الجنائي عدد 02/7/6/1083 ، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2002/1640008057.pdf

[186] بخصوص الأسلوب المعتمد في الدول العربية، يرى الأستاذ أحمد العلمي أن الأسلوب العربي في بيان الوقائع تتجاذبه ثلاث تيارات، فالقضاء السوداني يميل إلى الأسلوب المسهب، حيث يتم عرض القاعدة وشرحها وتأييدها بالاجتهاد القضائي والنظريات الفقهية الأجنبية مع إمكانية عرض وجهة النظر المخالفة في حال عرض القضية على قضاء جماعي، فيما القضاء الأردني يأخذ بأسلوب وجهة النظر المخالفة والإعلان عنها.
أما أحكام الجمهورية اليمنية فتعتمد الأسلوب الموجز إذ تكتفي بالإشارة إلى موجز الوقائع، فيما تعتمد غالبية الدول العربية الأسلوب اللاتيني الذي تأخذ به فرنسا.
انظر : عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، الصفحة 50-51.

الأحكام التي صدرت إبان فترة الاستعمار قد ظلت من حيث بناء وقائعها مرجعا للقاضي المغربي الحالي[187].

وإذا كان الأسلوب القضائي المغربي الحالي يقوم على مبدأ الإيجار في الوقائع، فإن توجه محكمة النقض المغربية تؤيده وتحرص عليه، حيث تميل إلى التخفيف على كاهل القضاة عند تحرير أحكامهم وذلك بدفعهم نحو الاكتفاء بسرد موجز للوقائع وعدم الإطناب فيها، وهو ما تبناه المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض) في عدة قرارات، حيث أكد على: "...أن قاضي الموضوع غير ملزم بإجراء بيان مفصل لأوراق الدعوى"[188]،

وهو توجه نجده كذلك في قرارات محكمة النقض الفرنسية التي اعتبرت أن اشتمال الحكم على ملخص لمضمون الدعوى والوقائع والأسانيد القانونية من البيانات الجوهرية في الحكم القضائي[189].

ولئن كان قانون المسطرة المدنية ينص صراحة على اكتفاء القاضي ببيان موجز الوقائع، فإن لكل قاض أسلوبه الخاص في عرضها، فهناك من يميل إلى إيجازها انسجاما مع بنود ق.م.م، ومنهم من يميل إلى عرضها بإسهاب دون بذل أي جهد لاختصارها، وهو ما يلاحظ في عدد الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية، خاصة في الشق المرتبط بالدعاوى العقارية ودعاوى الأحوال الشخصية[190].

ولعل تمكن القاضي من ملكة تلخيص وقائع النزاع هي التي تتجلى بها صناعة القضاء مبدئيا، إذ تُبين مدى إلمام القاضي باللغة العربية وطريقة

---

[187] عبد الهادي بوطالب، مرجع سابق، الصفحة ...

[188] قرار عدد 60/173 الصادر بتاريخ 1960/12/22، قضاء المجلس الأعلى في المادة المدنية، أورد أحمد العلمي، مرجع سابق، الصفحة 16.

[189] Arpenter le champ pénal, no 85- 86, 14 avr. 2008.

[190] A- Al-Khanin, La motivation des décisions des justices dans la loi islamique, 1re éd, Arabie saoudite, Riyad, Dar Altadmoriah, 2000, page 28.

تصرفه فيها بعد إيجازه لوقائع القضية بدقة وترابط ودون إخلال بها أو ترك الأهم للدعوى فيها، كما أن حسن التلخيص وبراعة الإيجاز هي بالضرورة عمق فهم النزاع، ودليل ذلك أن التلخيص لا يمكن أن يحصل بالطريقة المطلوبة إلا إذا سبقه فهم رصين ودقيق للوقائع ودفوعات الأطراف وأجوبتهم، وعلى نقيض ذلك، فإن الإسهاب في نقل طلبات الأطراف ومذكراتهم كما هي لا يتطلب من القاضي جهدا ذهنيا اكثر مما يتطلب منه جهدا بدنيا وجسديا، فيعتريه نقص في فهم الدعوى كما ينبغي لأنه لم يفهمها بالطريقة المثلي التي يوفرها أسلوب الإيجاز والاختصار، كما أن بذل الجهد البدني في سرد الوقائع وتحريرها سيؤدي حتما إلى نقص في العطاء الذهني للقاضي سواء عند تصوره للوقائع أو تكييفها أو عند إنزال حكم القانون عليها بمناسبة تعليلها.

والثابت من خلال الممارسة العملية أن تفاعل القاضي مع الحكم بصفة واضحة يبدأ للوهلة الأولى عند عرضه لوقائع النازلة، حتى ولئن كانت هذه الأخيرة من صنع الأطراف فإن القاضي يتدخل فيها ويصبها في قالب مختصر وفق الطريقة التي تحقق الغاية من الاختصار، وهنا قد يصيب القاضي في استجماع عناصر القضية وقد يخطئ، قد يصيب إذا صاغ الوقائع صياغة مختصرة اختصارا منتجا بحيث لا يغفل كل ما يعتبر حاسما في الدعوى سواء في الشق المتعلق بالوقائع او الشق المرتبط بالدفوع، ويترك جانبا كل ما يعتبر حشوا وإسهابا وتكرارا، وهنا كما قلت تكمن الصناعة القضائية والثقافة القانونية للقاضي، إذ من خلال الوقائع يصل إلى تكييف النزاع، وإذا كيفه بطريقة صحيحة وصل إلى المهم من وقائعه ودفوعه، وما يعتبر ضروريا منها وما لا يُعتبر كذلك.

كما لا يعفي أسلوب الاختصار قيام القاضي بتحديد طلبات الأطراف والإجابة عنها وعن الدفوعات بشأنها، وإلا كان تلخيصه للوقائع مشوها ومشوبا بالنقصان، كما عليه أن يرتب الوقائع على الشكل الذي يجعل من الحكم

القضائي نموذج فني، فيرد بيانات الحكم كما هي متعارف عليها، أي البدء بديباجة الحكم ثم سرد الوقائع ثم بيان تعليلات الحكم وانتهاء بالمنطوق، فهي تراتبية يفرضها التسلسل المنطقي للأحداث، فلا يتصور بيان التعليل قبل سرد وقائع النزاع، أو إعطاء نتيجة الحكم قبل إبراز عنصر التعليل، لأن الترابط المنطقي للحكم القضائي يقتضي احترام تراتبية عناصر الحكم.

إذ أنه بالرجوع إلى الفصول 50 و345 و 175 من قانون المسطرة المدنية بخصوص شكل ومضمون الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف ومحكمة النقض نستنتج أن هذه الأحكام والقرارات يجب أن تأخذ البنية التسلسلية المعتادة المُشكلة من ديباجة ومستنتجات الأطراف ووسائل دفاعهم وتعليل المحكمة ثم منطوق الحكم أو القرار.

لكن آلا يؤثر هذا الأسلوب المتمثل في الايجاز والاختصار في جودة الحكم القضائي؟

إن المقصود بالاختصار هو توافق ثلاثة عناصر رئيسية، أولها الوضوح وثانيها الإيجاز وثالثها الإقناع، وأسلوب الإيجاز كما بينا آنفا يتميز عن أسلوب الإسهاب والإطناب في سرد الوقائع.

إلا أنه حسب ما يظهر لنا من خلال الممارسة العملية، أن لأسلوب الإطناب في سرد الوقائع خطايا عدة، أهمها اختباء القاضي وراء كلمات لا معنى لها، حيث لا تتوفر لديه في بعض الحالات الشجاعة الكافية لاتخاذ موقفا واضحا ومباشرا تجاه دفع معين أو وسيلة إثبات معينة، مما يدفعه إلى سرد عبارات وكلمات لا تفيد البتة في تحديد طبيعة القضية التي ينظر فيها، أو اعتماد على بعض المضامين غير ذات جدوى لتلعب دور التمهيد أو التوطئة، من قبيل عبارة: "وحيث إن الدفع غير مبني على أساس مما يتعين رده".

من سلبيات الإسهاب أيضا حسب ما اتضح من خلال الممارسة العملية ما يسمى بالضبط المُفتعل، ومعناه لجوء القاضي إلى ذكر كل المعلومات الواردة عليه بدقة متناهية وبتفصيل ممل من أجل أن يُبرز أنه ضابط لموضوع النزاع وتمكن منه، والحال أن في إطنابه هذا زيادة لا جدوى منها إلا الإرهاق والمشقة[191].

ولأسلوب الاختصار أيضا سلبيات عدة يمكن إجمالها كالآتي:

* فالاختصار في سرد الوقائع يُولد لدى القاضي الثقة الزائدة التي قد تُفضي به إلى الوقوع في الخطأ الذي يضر بالأطراف، ذلك أنه يُبرز من خلال تلخيصه أن له إلماما تاما بالموضوع، فلا يستطيع أن يمنع نفسه والحالة هذه من توظيف كل المعلومات التي يعلمها، وبالتالي يتيه في التفاصيل التي لا جدوى منها.

* التعقيد، ومعناه أن القاضي عندما يكون بصدد معالجة موضوع معقد يميل إلى تحليله ومعالجته بشكل جد موجز ليُبرز للمخاطب بالحكم أنه تمكن من الموضوع، والحال أن اختصاره هذا دليل على عدم قدرته على استيعاب تفاصيل الموضوع الذي عُرض أمامه.

2- أزمة تحرير وقائع الأحكام من وجهة نظر مهنية

إن موضوع تحرير وقائع الأحكام القضائية هو موضوع شائك إلا أنه يعتبر موضوعا تقنيا بامتياز وذو راهنية، كما أنه موضوع مرادف للمعاناة أو ما يصطلح عليه مهنيا "بالاحتراق المهني" للقاضي، وهنا لابد من الإشارة إلى أن إشكالية تحرير الوقائع شكلت موضوع اهتمام كبير من قبل المهنيين على

[191] رضى بلحسين، مدخل نقاش لترشيد منهجية تحرير الأحكام القضائية في المادة المدنية وفق توجيهات قرارات محكمة النقض، مداخلة مرئية ضمن سلسلة الصالون القانوني، منشورة بصفحة الودادية الحسنية للقضاة بتطبيق فايسبوك، بتاريخ 2020/05/23.

وجه الخصوص[192]، ويُعتبرون في مرحلة انتظار من يخلصهم من هذا الحِمل الكبير الذي يقع على عاتقهم.

إلا أن السؤال المطروح هو من هذا الذي ينتظرونه هؤلاء القضاة الذي يطالبون بإعفائهم من تحرير وقائع الأحكام؟ هل ينتظرون تدخل المشرع لسن مقتضيات قانونية تخلصهم من عبئ التحرير في كليته مع الاقتصار على عنصر التعليل بعلة أن التشريع هو سبب المشكلة؟ أليس في هذا الانتظار مع تفويض هذه المهمة للمشرع تنازل من القضاة عن حقهم الدستوري وعن حق سيادي للسلطة القضائية؟ ثم كيف يمكن تصور الرقابة على العمل القضائي في ضوء غياب وقائع الحكم؟ وكيف التعامل مع الحجية القانونية التي تكتسيها وقائع الحكم القضائي إذا ما تم الاستغناء عنها[193]؟

لابد من الإقرار بأن عبء تحرير وقائع الأحكام القضائية أضحى هاجسا يوميا للعديد من القضاة ومصدرا للأمراض الجسمانية والنفسية لهم، كما أنه يُهدر حق المواطن أحيانا في الحصول على نسخة من حكمه داخل أجل معقول، وهو ما له آثار على مستوى التنفيذ وممارسة الطعون في بعض الأحوال، وقد سلكت مجموعة من الدول عدة سبل لتخليص القاضي من مسألة تحرير وقائع الحكم القضائي، إما عن طريق اتخاذ القرار دون حاجة لتحرير

---

[192] ظهرت على الساحة القضائية مؤخرا مطالب من بعض القضاة والجمعيات المهنية للقضاة بضرورة التفكير جديا في طريقة لإعفاء القضاة من تحرير وقائع الأحكام والقرارات لما يستنزفه هذا العمل من طاقة ذهنية وجسدية للقاضي الذي يصل إلى مرحلة التعليل وهو في وضعية ذهنية وجسدية سلبية لا تسعفه في إخراج حكم ذو جودة وذو نجاعة.

بل هناك من اعتبر عملية تحرير الوقائع عمل إداري يخرج عن عمل القاضي الذي يمارس عملا قضائيا بحتا، لذلك كانت المطالبة بوجود أرضية مشتركة قصد التفكير في حلول بديلة للوضع الحالي حتى يستفرغ القاضي جهده وتفكيره في عنصر التعليل دون غيره.

انظر: عبد اللطيف الشنتوف، مداخلة في الندوة الوطنية بالرباط حول: "ترشيد العمل القضائي المغربي: مقاربات من أجل الحفاظ على الموارد والتركيز على الجودة والنجاعة"، بتاريخ 2017/12/23، مقال منشور بالموقع الالكتروني www.maroclaw.com تاريخ الزيارة 2020/03/28.

[193] "..لئن كانت الأحكام حجة على الوقائع التي تثبتها فقط ولا تمتد هذه الحجية إلى التعليل والمنطوق، فإنها لا تكون لها قوة الشيء المقضي به إلا بتوفر الشروط المنصوص عليها في الفصل 451 من ق.ل.".

قرار محكمة النقض عدد 212 بتاريخ 2015/03/31 في الملف المدني عدد 2014/8/1/2455 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 80، قرارات الغرفة المدنية، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

https://juriscassation.cspj.ma/upl/2015/1638549134.pdf

الحكم أصلا، خاصة في حالة الأحكام غير القابلة للطعون، أو بعدم كتابة وقائع الحكم النهائي والاكتفاء بالتعليل، وخاصة الأحكام المتعلقة بالأسرة حفاظا على أسرار المتقاضين وأسرهم.[194]

وبالعودة إلى نصوص قانون المسطرة المدنية، نلحظ أن المشرع لم يلزم القضاة بنقل الوقائع كما هي، بل كلف الأطراف بذلك، وهو ما نستشفه من الفصل 32 منها الذي ألزم المدعي ببيان إيجاز الوقائع وموضوع الدعوى، ثم الفصل 142 منها المتعلق بالتقاضي أمام محكمة الاستئناف والذي جاء فيه: "يجب أن يتضمن مقال الاستئناف: موضوع الطلب والوقائع والوسائل المثارة..."، وهو نفس الأمر بالنسبة للفصل 355 المتعلق بالتقاضي أمام محكمة النقض، فدائما نجد المشرع يخاطب الأطراف بسرد الوقائع وليس القاضي، لكن ما يطالَب به القاضي هو ما جاء في الفقرة 3 من الفصل 50 بما نصه: "...يشار إلى مستنتجات الأطراف مع تحليل موجز لوسائل دفاعهم"، فالإشارة إلى مستنتجات الأطراف ليس هو سرد الوقائع كما أوردها الأطراف، وهو ما يتضح جليا من خلال الصيغة الفرنسية التي سبقت الصيغة العربية التي جاء فيها: Ils rappelle l'analyse sommaire " أي مجرد تذكير بالوقائع وليس تفصيلها وسردها.

فتحرير الوقائع إذن تبقى عملية جسدية أكثر منها عملية ذهنية، ومن خلالها يفهم القاضي موضوع النزاع ويضع يده على الدفوعات والملتمسات المثارة من قبل الأطراف، أما تحليل الوقائع فتبقى عملية ذهنية يقوم من خلالها القاضي عبر تقسيم وتحليل مادة معقدة إلى أجزاء صغيرة من أجل الحصول على فهم واستيعاب أفضل، ويختلف أسلوب التحليل باختلاف الهدف من

[194] عبد اللطيف الشنتوف، مداخلة في الندوة الوطنية بالرباط حول: "ترشيد العمل القضائي المغربي: مقاربات من أجل الحفاظ على الموارد والتركيز على الجودة والنجاعة"، بتاريخ 2017/12/23، مقال منشور بالموقع الالكتروني www.maroclaw.com تاريخ الزيارة 2020/03/28.

التحليل، وحسب توجه محكمة النقض المغربية فإن الهدف من التحليل هو فرز وغربلة الوقائع قصد الاحتفاظ فقط بما هو منتج في الدعوى[195].

ويحدث أحيانا أن تجد في الواقع العملي بعض القضاة يعملون على سرد كل الوقائع، بحيث أنه مثلا إذا كان بالملف عشر مذكرات لدفاع الخصوم فإنه يخصص لكل مذكرة فقرة في الوقائع، فنجد الحكم يتضمن عشر فقرات للوقائع، إلا أن محكمة النقض في قرار لها بتاريخ 2006/01/04 أقرت قاعدة مفادها: "المحكمة غير ملزمة بتتبع الأطراف في جميع مناحي أقوالهم التي لا تأثير لها على قضائها"، وتواترت مثل هذه القرارات إلى يومنا هذا، فجاء في قرار آخر بتاريخ 04/09/ 1988: "المحكمة غير ملزمة بتتبع الأطراف في جميع مناحي أقوالهم إذا لم يكن لتلك الأقوال سند من القانون"، وفي حكم آخر جاء فيه: "إن المحكمة غير ملزمة بأن تورد في حكمها وقائع الدعوى مفصلة كما وردت في مستنتجات الأطراف"[196].

وفي نازلة حديثة نوعا ما، كانت وسيلة الطعن بالنقض في القرار الاستئنافي أن أحد الأطراف عابوا عليه اختصاره الشديد في الوقائع وعدم ذكر كل المذكرات وكذا إغفال نتيجة الخبرة التي تم إنجازها في الموضوع، فرفضت محكمة النقض وسيلة النقض هذه، وعللت قضائها بالقول: "حيث إن قرار المحكمة لا يعيبها الاختصار في الوقائع ما دامت الوسيلة لم توضح التحريف المدعى فيه، وأن سرد خبرة دون أخرى لا يعيب المحكمة ما دامت هذه الأخيرة قد قيمت الخبرتين معا"[197].

---

[195] رضى بلحسين، مدخل نقاش لترشيد منهجية تحرير الأحكام القضائية في المادة المدنية وفق توجيهات قرارات محكمة النقض، مداخلة مرئية ضمن سلسلة الصالون القانوني، منشورة بصفحة الودادية الحسنية للقضاة على تطبيق فايسبوك، بتاريخ 2020/05/23.

[196] أورده رضى بلحسين، مدخل نقاش لترشيد منهجية تحرير الأحكام القضائية في المادة المدنية وفق توجيهات قرارات محكمة النقض، مداخلة مرئية ضمن سلسلة الصالون القانوني، منشورة بصفحة الودادية الحسنية للقضاة على صفحة فايسبوك، بتاريخ 2020/05/23.

[197] أورده رضى بلحسين، المرجع نفسه.

فهذا القرار الأخير كرس نظرية يصطلح عليها باللغة الإنجليزية "الإغفال الذكي Smart omition"، هذه النظرية تعني التدارك اللاحق للإغفال السابق، بمعنى أن ما أغفله القاضي في الوقائع يمكنه تداركه في التعليل، وفي هذه الحالة الأخيرة فإن القرار القضائي لم يشر إلى الخبرة القضائية المنجزة على ضوء القضية ولم يشر كذلك لمستنتجات الأطراف عقب الخبرة، إلا أن التعليل قام بالموازنة بين الخبرة الأولى والخبرة الثانية وحلل كل واحدة منها ورجح إحداهما على الأخرى فكان ذلك كافيا من وجهة نظر محكمة النقض لاعتبار القرار سليما، لذلك وبالعودة إلى الفقرة الثالثة من المادة 50 من ق.م.م نجد أنها لم تلزم القضاة بسرد الوقائع جملة وتفصيلا، كما أنه لم يحدد موقع تحليل الوقائع أو سردها هل في الوقائع أو التعليل، بل أعطى للقاضي الحرية الكاملة لتبيان وسائل دفاع الأطراف[198].

هذه النظرية كرستها محكمة النقض بخصوص الشق المتعلق بحجج الأطراف، حيث أعفت المحاكم من تعدادها كلها، حيث جاء في قرار لها بتاريخ 2004/12/22: "وحيث إن المحكمة غير ملزمة بتعداد كل الحجج المدلى بها"، وفي قرار أخر قالت: "المحكمة غير ملزمة بتعقب مستندات الأطراف وجميع حججهم، وحسبها أن تقيم قضائها على ما يصلح من الأدلة المنتجة في الدعوى والكفيلة بتبرير قضائها".

كما أعفت محكمة النقض القاضي من ضرورة تفصيل الحجج، بل عليه أن يعتمد فقط على الحجج المنتجة في الدعوى، فقد جاء في قرار حديث لها:

"...حيث إن المقرر أن المراد بتقديم البينة السابقة على البينة اللاحقة تاريخا متى تعذر الجمع بينهما يكمن في قدم تاريخ الحيازة والتصرف المشهود بهما للمالك على الوجه الموجب للملك وليس تاريخ تحرير البينة، **ولما كانت المحكمة غير**

[198] رضى بلحسين، المرجع نفسه.

ملزمة بتتبع الأطراف في جميع مناحي أقوالهم التي لا تأثير لها على قضائها ونظرا لما لها من سلطة في تقييم الأدلة واستخلاص قضائها منها، فإنها حين اعتبرت أن كلا الطرفين يستندان في موقفهما على رسم استمرار مستوف لشروط الملك المعلومة شرعا، وأعملت قواعد الترجيح بين الحجج لعدم إمكانية الجمع بين الرسمين، استنادا إلى قدم تاريخ مدة التصرف المشهود بها، تكون قد بنت قضاءها على أساس وجاء قرارها معللا تعليلا كافيا وغير خارق للمقتضى القانوني المحتج به"[199].

فالمقصود أنه حتى ولو كان للمدعي عشر حجج فيمكن للقاضي تضمينها في حيثية واحدة فقط وعدم الإجابة على كل واحدة منها على حدة، فقد عللت محكمة النقض إحدى قراراتها بالقول:

"...وحيث إن المحكمة غير ملزمة بمسايرة الأطراف في جميع مناحي دفوعهم، فالمحكمة مصدرة القرار لما تبين لها أن تقرير الخبير لم يكن محل طعن جدي من طرفي الدعوى وجاء محترما لكافة النقط التقنية المأمور بها وأن الخبرة كانت حضورية بالنسبة للطالب وأن الخبير اعتمد فيها وسائل تقنية حديثة (GPS) لقياس المدعى فيه حسب تصميمه الطبوغرافي وطبقا لمعالمه الموضوعة جغرافيا من مصلحة المحافظة العقارية ومسحه مسحا دقيقا فاعتمدتها في إثبات وجود الطالب بالمدعى فيه دون مناقشة باقي حجج المدعي تكون قد ركزت قضاءها على أساس قانوني"[200].

---

[199] قرار محكمة النقض عدد 70 بتاريخ 2019/02/05 في الملف المدني عدد 2017/8/1/247 منشور بمجلة ملفات عقارية عدد 9، قضايا الحيازة والاستحقاق، الصفحة 101 وما بعدها، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2019/1638529425.pdf

[200] قرار محكمة النقض رقم 3/45 بتاريخ 2015/01/20 في الملف المدني رقم 2013/3/1/5940، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2015/1639653257.pdf

كما يمكن للقاضي الاستنكاف عن بيان نوع الحجج المدلى وقيمتها الثبوتية إذا ما كانت غير منتجة في الدعوى، ومثالها إيراد حيثية جامعة مانعة بقولها:

"...وحيث إن ما أدلى به الطرف (المدعي / المدعى عليه) من حجج يبقى غير عامل شرعا للأخذ بها"، مع التفصيل في جدوى استبعادها.

وهكذا نخلص إلى القول بأن محكمة النقض دائما ما تحاول توجيه محاكم الموضوع نحو التركيز على التعليل أكثر من الوقائع كونه هو العنصر الذي يُبرز فيه القاضي مبررات حكمه، بمعنى تصريف طاقة القاضي في التعليل الذي هو من صميم عمله بدل إهدار طاقته في سرد الوقائع، والحال أن التعليل يستند على حيثيات واقعية وأخرى قانونية، فنكون أمام حالة من التكرار الغير مرغوب فيه، وهو ما يتنافى مع ضرورة ترشيد العمل القضائي.

الفقرة الثانية: نتيجة الحكم القضائي [201]

يعد المنطوق أهم جزء في الحكم، لأنه الجزء الذي يتضمن نتيجة النزاع المعروض على القضاء، فما هو مدلوله (أولا)، وما طريقة صياغته (ثانيا).

[201] حسب الفقه الفرنسي:

" Le dipositif est la partie essentielle du jugement, a laquelle est attachée l'autorité de la chose jugée, et qui fait l'objet de l'exécution…".

-S.Guinchard et autres, droit et pratique de la procédure civile, op, cit, page 897.

أولا: منطوق الحكم وعناصره

أ: مفهوم منطوق الحكم

عرف بعض الفقه[202] منطوق الحكم بأنه: "النتيجة التي خلصت إليها المحكمة من أسباب الحكم وهو الخلاصة الموجزة التي تلي عبارة بناء عليه الواردة في ختام كل حكم".

وعرفه البعض الأخر[203] بأنه: "نص ما حكمت به المحكمة في الطلبات التي عرضها الخصوم، وهذا الجزء من الحكم هو أهم أجزائه، وهو الذي يجب أن يتلى شفويا في الجلسة وبه تتحدد حقوق الخصوم المحكوم بها، لذلك فهو الذي يحوز الحجية وهو الذي يطعن فيه المحكوم عليه".

من هذه التعريفات، يمكننا القول أن منطوق الحكم هو نص ما حكمت به المحكمة في الطلبات المعروضة عليها من جانب الخصوم، إذن هو الذي يتضمن "كقاعدة" إجابة المحكمة على الطلبات التي طرحت عليها وطلب منها الفصل فيها، وبموجبه يحصل المحكوم له على الحماية القضائية التي يسعى إليها وينشدها، وبواسطته تتحدد حقوق الخصوم ومراكزهم القانونية على وجه نهائي إذا ما أصبح الحكم نهائيا، وهو ما يمكنهم من استعمالها واستغلالها والتصرف فيها دون خوف من نتائج هذه التصرفات في المستقبل، إذا ثبتت لهم بناء على حكم القضاء، كما أن المنطوق هو الذي ينشئ للمحكوم عليه الحق في الطعن، لأن صدور الحكم عليه يجعل له مصلحة في ممارسة طرق الطعن المقررة قانونا لإزالة ما شاب الحكم الصادر ضده من عيوب وما اعتراه من قصور.

---

[202] عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات الجديد، 1974، الصفحة 392.

[203] ادريس العبدولاوي، الوجيز في شرح المسطرة المدنية، مطبعة النجاح الجديدة، الجزء 1، 1998، الصفحة 219.

ويتميز منطوق الحكم عادة بالاختصار والإيجاز، إذ لا يطنب القاضي في رده على طلبات الأطراف، لأن من شأن الإسهاب أن يغير من طبيعة المنطوق حيث ينتقل من جزء يتضمن الحل إلى تعليل الحكم.

ب: عناصر المنطوق

يتكون المنطوق على الرغم من الاختلاف بين القضايا من ثلاثة أجزاء رئيسية، يتعلق الأول بشكل وبموضوع النزاع، فقد يكون المنطوق إما رفضا للطلب أو قبولا له، أو تعيينا لخبير، أو رفضا لمسألة متفرعة عن النزاع، والثاني يتصل بالمصاريف، حيث يقضي على خاسر الدعوى بمصاريفها سواء تعلقت بتقييدها أو بتبليغها أو بتنفيذها، وسواء تعلقت بأتعاب الخبير إذا عين في القضية أو الترجمان إن اقتضى الأمر، أو بمصاريف التنقل أو انتقال الشهود أو الحراسة القضائية، أو غير ذلك من المصاريف التي تكون الدعوى قد تطلبتها[204].

أما الجزء الثالث من المنطوق، فيتعلق بالتنفيذ، فإذا كان الحكم انتهائيا أو نهائيا وجب تنفيذه من غير حاجة إلى النص على ذلك، أما إذا كان غير نهائي، فيجب انتظار انصرام الآجال التي حددها القانون لممارسة طرق الطعن على أنه للمحكمة في بعض الحالات أن تضفي عليه قوة تنفيذية تجعله قابلا للتنفيذ على الرغم من جواز الطعن فيه، كما هو الحال بالنسبة لما نصت عليه الفصول 147 و153 و212 و482 من قانون المسطرة المدنية ما لم يكن مشمولا بالنفاذ المعجل بقوة القانون شأن الفصلين 179 و285 من ق.م.م.

ويتمتع منطوق الحكم بحجية الشيء المقضي به، وهذه الحجية تعد من الوسائل التي قررها المشرع لإثبات الالتزام، وتدخل في باب القرائن المقررة بمقتضى القانون، أو ما يعرف بالقرائن القانونية، وقد نص عليها المشرع في

[204] عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، دراسة في ضوء مسودة مشروع 2018، مكتبة المعرفة، مراكش، مطبعة النجاح الجديدة، 2019، الصفحة 239.

الفقرة الأخيرة من الفصل 450 من قانون الالتزامات والعقود، والقرائن القانونية تتمتع بقوة ثبوتية، إذ تعفي من تقررت لمصلحته من كل إثبات، بل إنها لا تقبل أي إثبات يخالفها[205].

لأجله عللت محكمة النقض قرارها بالقول:

"...**لكن إذا كانت قوة الشيء المقضي تثبت لمنطوق الحكم عملا بأحكام الفصل 451 من ق.ل.ع** فإن ذلك يقتضي أن يكون الحكم قد بت في موضوع النزاع، والثابت في النازلة أن المطلوب في النقض سبق له تقديم دعوى ضد الطاعنة مطالبا الحكم له بالتعويض عما ادعاه من فصل تعسفي تعرض له صدر بشأنها عن محكمة الاستئناف القرار عدد 944 وتاريخ 2009/2/12 قضى بعدم قبول الدعوى بعلة أن المستأنف (المطلوب في النقض حاليا) ثم يثبت العلاقة الشغلية مع المستأنف عليها (الطاعنة) مستبعدا أوراق أداء الأجر وعقدي العمل المدلى بهما من طرف هذه الأخيرة لتعلقها بطرف آخر وهي شركة (ارمو) مما يعني أن العلاقة الشغلية[206] بين الطالبة والمطلوب ظلت دون إثبات في الدعوى السابقة، فالقرار بذلك لم ينف العلاقة الشغلية بينهما وإنما اعتبرها غير ثابتة مستبعدا وثائق أدلت بها الطاعنة وهو ما يخول المطلوب حق إعادة تقديم دعوى جديدة خصوصا وأنه استند إلى شهادة التصريح بأجوره لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي التي تثبت أن الطاعنة هي من كانت تصرح بالأجور منذ سنة 1992 وإلى غاية سنة 2004، وهي وثيقة لا يمكن استبعادها إلا بالطعن فيها بما يقتضيه القانون وهو ما لم يتم في النازلة مما يعني أن دعوى المطلوب فيه قد صادفت الصواب لما أخذت بالوثيقة المذكورة ...مما يجعل القرار على نحو ما انتهى إليه معللا بما فيه

---

[205] انظر الفصل 453 من قانون الالتزامات والعقود.

[206] قرار محكمة النقض عدد 36 بتاريخ 2015/01/08 في الملف الاجتماعي عدد 2014/1/5/114 مجلة قضاء محكمة النقض عدد 79 سنة 2015، قرارات الغرفة الاجتماعية، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:https://juriscassation.cspj.ma/upl

الكفاية وغير مشوب بأي خرق للمقتضيات المستدل بها والوسيلتان على غير أساس"[207].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي على ما يبدو من الفقرة الثامنة من الفصل 50 من ق.م.م يقصد بمنطوق الحكم؛ الحكم ذاته، ذلك أنه ينص على أنه "يبلغ كاتب الضبط حالا عند صدور الحكم حضوريا ومعاينة حضور الأطراف أو وكلائهم بالجلسة الحكم الذي صدر ويسلم لهم نسخة من منطوق الحكم ويُشار في آخره إلى أن التبليغ والتسليم قد وقعا...".

كما أنه من خلال منطوق الحكم نقف على جدية الطلبات والدفوع المقدمة، وما تم قبوله منها وما حُكم برده، كما أن المنطوق هو الذي يخول المحكوم له الحماية القضائية لما حكم له، وهو المرجع المعتمد في التنفيذ وممارسة طرق الطعن، فالوصف الذي يرد في المنطوق هو الذي يفتح المجال لممارسة طرق الطعن من عدمها، فإذا كان ابتدائيا فالسبيل إلى استئنافه وراد، لكن إن كان انتهائيا فلا مجال لاستئنافه وإنما يبقى المجال مفتوحا لممارسة النقض أمام محكمة النقض، كما أن وصفه بالحضوري أو الغيابي قد يفتح المجال للتعرض في الحالة الأخيرة.

ثم إن صدور المنطوق بصفة انتهائية وإن كان له ارتباط بطرق الطعن، فإنه يفتح المجال أيضا للتنفيذ في الحالات التي لا يعتبر فيها الطعن بالنقض واقفا للتنفيذ، ويقبل التنفيذ أيضا حتى إذا كان غير انتهائي لكنه مشمول بالنفاذ المعجل.

[207] قرار محكمة النقض عدد 36 بتاريخ 2015/01/08 في الملف الاجتماعي عدد 2014/1/5/114، مجلة قضاء محكمة النقض عدد 79 سنة 2015، قرارات الغرفة الاجتماعية.

من هنا يتضح ما للمنطوق من أهمية سواء قبلية أو بعدية، قبيلة من خلال الفصل في الطلبات والدفوع المقدمة، وبعدية حين فتح المجال لمساطر أخرى تتمثل في طرق الطعن والتنفيذ.

كما أن منطوق الحكم دليل على استنفاذ القاضي سلطته القضائية بمجرد النطق بالحكم ويصبح ملكا للخصوم[208]

ولما كان منطوق الحكم يكتسي هذه الأهمية، فإنه لا يجوز التنكر لما جاء فيه، لأنه قرينة قانونية مقررة لفائدة المحكوم له، هذا فضلا عن أن الحكم بكامله يعد سندا تنفيذيا يمكن لذي المصلحة أن يحتج به في مواجهة المحكوم عليه وأن يجبره بمقتضاه على تنفيذ ما حكم له به[209].

ثانيا: مضمون المنطوق الحكم المدني وصياغته.

أ: مضامين المنطوق.

إن مضمون منطوق الحكم القضائي يكتسي أهمية بالغة في التعامل معه عند التنفيذ، إذ لا يخفى أن تحريف أي حرف أو رقم بالمنطوق يمكن أن يغير معناه ويُقلب توجه المحكمة رأسا على عقب، لذا كان من اللازم إعطاء هذه الصياغة ما تستحقه من عناية، ويجب على القاضي عند تسطير المنطوق أن يضع في حسبانه وخلده مدى إمكانية تنفيذه من عدمه.

وأول ما يثير الاهتمام عند مراقبة مضمون المنطوق أن القضاة دأبوا على استعمال زمن الماضي كقولهم "حكمت المحكمة"، وإن كان المطلوب هو استعمال زمن الحاضر من قبيل "تحكم المحكمة"، لكن صيغة الماضي أقرب

[208] عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، دراسة في ضوء مسودة مشروع 2018، مكتبة المعرفة، مراكش، مطبعة النجاح الجديدة، 2019، الصفحة 240

[209] عبد الكريم الطالب، المرجع نفسه، الصفحة 240.

للصواب لأن المحكمة حكمت القضية عند تأملها في الملف أو المداولة فيه بالنسبة للهيئة الجماعية وليس عند النطق به.

كما أنه باطلاعنا على الأحكام القضائية المغربية، تثير انتباهنا عبارة "لكل هذه الأسباب"، ومعناه أن منطوق الحكم إنما تم بناءه استنادا إلى ما ورد من أسباب في التعليل، لأنه ليس من المنطقي أن يرد أي جزء من المنطوق مبتورا وبمعزل عن حيثياته، وهي من هذا المنطلق تؤشر لما يسمى بانعدام التعليل وتكرس للقاعدة القائلة بأن التعليل هو روح الحكم.

كما تثبت عبارة "لكل هذه الأسباب" أن أجزاء الحكم هي وحدة متكاملة، لأن هذه العبارة إلى جانب كونها ترمي إلى الربط المنطقي بين التعليل والمنطوق كما توحي بذلك حرفية ألفاظها، فهي تربط أجزاء الحكم جميعها بدءا بالديباجة ثم الوقائع ثم التعليل وانتهاء بالمنطوق الذي يجب أن يكون واضحا، لا يكتنفه الغموض والإجمال[210]، فهو الخلاصة والنتاج والثمرة التي يصل إليها القاضي بعد جهد، لأن هذا يدخل في إطار الصنعة القضائية.

ب: صياغة المنطوق

في إطار الصياغة النموذجية لمنطوق الحكم القضائي يتعين تحري الدقة في العبارات وكتابة الأرقام بالحروف لتفادي الصعوبات والأخطاء[211]،

---

[210] Schroeder, le nouveau style judiciare, page 17 : "Déjà au temps de l'ancien code de procédure civile le rapport au corps législatif proclamait : « le dispositif doit etre rédigé de facon claire et précise de maniére a ne laisser aucune place a la mauvaise foi ».

[211] Michel Schroeder, le nouveau style judiciare page 18.

« Ajoutons qu'afin d'éviter tout risque d'erreur, il est prudent d'exprimer en lettres les sommes portées dans le dispositif ».

ويستحسن عنونة عناصر المنطوق التي تم البت فيها، مع ترتيبها وفق تسلسل منطقي يتفق مع التعليل[212].

ولعل أهم ضابط يؤطر صياغة منطوق الحكم هو التزام القاضي بالإجابة على كل الطلبات المنتجة وفي حدودها فقط دون تجاوزها حسب ما يفرضه الفصل 3 من ق.م.م، كما أن القاضي مطالب بالبت في النازلة طبقا للقانون المطبق عليها، مع حرصه على احترام صفات الأشخاص، فلا يحكم مثلا على الخصم بصفته الشخصية إذا كان ممثلا قانونيا أو وصيا، كما يلزمه تجنب إيراد تفسيرات زائدة في منطوقه يكون من شأنها أن تنقص من قيمته الفنية وتوقعه في التناقض والتأويل والخطأ.

ومن السلبيات التي من الممكن أن تقدح في صياغة المنطوق؛ عدم ذكر الفصول القانونية، بحيث تمكن كل مطلع على الحكم بالوقوف على الفصول المعتمدة ومدى ملاءمتها مع ما توصل إليه القاضي من قناعة، كما تخول مراقبة إعمال القاضي للتكييف وحدوده، وإن كان لا يترتب أي جزاء قانوني عند إغفال الإشارة إلى الفصول المعتمدة فنحبذ ذكرها احتراما لنموذجية الحكم القضائي في عموميته.

كما أن عدم وصف الحكم في منطوقه بأنه حضوري أو غيابي، ابتدائي أو انتهائي، تمهيدي أو بات، هو أمر لا يضره في شيء، حسب ما استقر عليه عمل محكمة النقض التي ذهبت في أحد قراراتها إلى أنه "لا يعيب الحكم إذا لم يشر فيه إلى كونه حضوري أو غيابي أو بمثابة حضوري لأنه لا يدخل في نطاق أسباب النقض"[213].

---

[212] أحمد العلمي، مرجع سابق، الصفحة 57.

[213] قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) رقم 54، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد15 الصفحة 34 وما بعدها.

ولا يبقى بعد كل هذه الخطوات إلا شكلية توقيع الحكم، فالتوقيع هو من يمنح الحكم القضائي الوجود القانوني، ويرى جانب من الفقه أن التوقيع يكفي أن يرد في الورقة الأخيرة وإلا كان الحكم عبارة عن ورقة تحمل بيانات لا قيمة لها، ولا يضر في شيء إن تم توقيع كل الصفحات.

وتوقيع الحكم يتم من طرف القاضي وكاتب الضبط، أما في حالة القضاء الجماعي فيُضاف توقيع القاضي المقرر، وغياب التوقيع يجعل الحكم القضائي مجرد ورقة لا قيمة لها[214] ويعرضه للبطلان.

لأجله عللت محكمة النقض قرارها بالقول:

"..وبناء على الفصل 50 من ذات القانون الذي ينص على أن الأحكام تشتمل على هيئة المحكمة التي أصدرت الحكم واسم-ممثل النيابة العامة عند حضوره-واسم كاتب الضبط...وتوقع حسب الحالات من طرف رئيس الجلسة...أو القاضي المكلف بالقضية وكاتب الضبط؛

وحيث لم يرد بالأمر المستأنف بيان الهيئة التي أصدرته وكذا اسم كاتب الضبط **وتوقيعه**، فيكون بذلك قد خرق المقتضيات المشار إليها والتي تعد من النظام العام مما يتعين معه التصريح بإبطاله"[215].

---

[214] جاء في قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش: "ليس ضمن مقتضيات الفصل 50 من ق.م.م ما يستوجب الإشارة حتما إلى اسم كاتب الضبط بديباجة الأمر؛
يكفي أن يكون هذا الأمر مشتملا على اسم القاضي الذي أصدره وكذا اسم كاتب الضبط وأن يكون موقعا من طرفهما معا".
قرار عدد 958 بتاريخ 2007/07/19 في الملف عدد 06/1018 أورده ذ محمد بفقير، قانون المسطرة المدنية والعمل القضائي المغربي، الجزء1، طبعة خامسة، 2017، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الصفحة 186.

[215] قرار محكمة النقض عدد 149 بتاريخ 2006/3/1 في الملف الإداري عدد 2005/987، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2006/1639653257.pdf

المبحث الثاني: عناصر تعليل الحكم القضائي المدني وشروط صحته.

يُعتبر التعليل من أهم العناصر التي تعتمد عليها الأنظمة القضائية الحديثة من أجل إنتاج حكم قضائي جيد يروم تحقيق عدالة جيدة، فإذا كانت هذه الأخيرة تدور وجودا وعدما على ما يقدمه الخصوم من حجج؛ من جهة، وعلى قناعة القاضي في قبول أو رفض هذه الحجج من جهة ثانية، فإنه لابد أن يتجسد ذلك في منطوق الحكم الذي يعكس الحقيقة القضائية، إلا أن هذه الأخيرة قد تضيع إذا لم يُولي القاضي العناية اللازمة لعنصر التعليل الذي به تنكشف قناعته وتتجلى عدالته، فالتعليل إما يجعل نتيجة الحكم مقبولة للخصوم ومقنعة لهم أو يجعلها محل شك منهم وغير مستساغة من قبلهم.

المطلب الأول: عنصر التعليل وتمييزه عن المفاهيم المشابهة

اختلفت الأنظمة القانونية حول مفهوم التعليل[216] وحول الغاية والأهداف المتوخاة منه وكيفية توظيفه وأهميته ودوره، وطريقة تمييزه عما يُشتبه به، فما هو التعليل من جهة (فقرة أولى)، وكيف السبيل إلى تمييزه عن المفاهيم المشابهة له من جهة أخرى (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: تحديد مفهوم التعليل

لقد عالجت مجموعة من الدراسات القانونية موضوع التعليل باعتباره بيانا من البيانات التي يجب أن يتضمنها الحكم القضائي كإجراء شكلي يُتطلب استيفائه تحت طائلة البطلان، فالتعليل قبل أن يكون كذلك بوصفه عنصرا من عناصر عديدة للحكم القضائي[217]؛ فهو فن وعلم يستغرق فيه القاضي وقته

---

[216] إن مصطلح التعليل هو مصطلح حديث؛ فيقال: "تسبيب الحكم "و " تعليل الحكم" أو "تحييث الحكم"، وهي كلها مرادفات لمصطلح واحد بالرغم من اختلاف مصادرها فالتعليل مصدره العلة إذ العلة تدور مع المعلوم وجودا وعدما، أما التسبيب فلأنه لا يوجد مسبب بدون سبب، أما التحييث فهو من الحيثيات التي تنطوي على العلل والأسباب في الحكم.

[217] يتضمن الحكم القضائي مجموعة من العناصر، وهي التي حددتها المادة 50 من قانون المسطرة المدنية الذي نص: تصدر الأحكام في جلسة علنية وتحمل في رأسها العنوان التالي: (=)

استغراقا، ولعل المتفاعل مع الحقل القضائي بصفة عامة سيلامس هذه الأمر، فالخصم الذي يُحكم ضده، والمدعي العام في القضايا التي تكون فيها النيابة العامة طرفا أصليا أو منضما، والمحامي الذي يكون مدافعا، كل هؤلاء لا يسعون وراء نتيجة الحكم في حد ذاتها بعد النطق بها؛ وإنما لمعرفة الطريق الذي أدى بالقاضي إليها، وهو طريق التعليل، وللوقوف عند هذا العنصر وأهميته وقواعده وأسسه، لا بد من بيان مفهومه لغة واصطلاحا، ثم قانونا وقضاء.

(=) المملكة المغربية
باسم جلالة الملك وطبقا للقانون
تشتمل على اسم القاضي الذي أصدر الحكم، واسم ممثل النيابة العامة عند حضوره واسم كاتب الضبط وكذا أسماء المستشارين عند الاقتضاء في القضايا الاجتماعية.
تتضمن أسماء الأطراف الشخصية والعائلية وصفتهم أو مهنتهم وموطنهم أو محل إقامتهم وكذا عند الاقتضاء أسماء وصفات وموطن الوكلاء.
توضح حضور الأطراف أو تخلفهم مع الإشارة إلى شهادات التسليم.
تتضمن أيضا الاستماع إلى الأطراف الحاضرين أو إلى وكلائهم وكذا مستنتجات النيابة العامة عند الاقتضاء.
يشار فيها إلى مستنتجات الأطراف مع تحليل موجز لوسائل دفاعهم والتنصيص على المستندات المدلى بها والمقتضيات القانونية المطبقة.
تنص الأحكام على أن المناقشات قد وقعت في جلسة علنية أو سرية وأن الحكم قد صدر في جلسة علنية.
يجب أن تكون الأحكام دائما معللة.
يبلغ كاتب الضبط حالا عند صدور الحكم حضوريا ومعاينة حضور الأطراف أو وكلائهم بالجلسة الحكم الذي صدر ويسلم لهم نسخة من منطوق الحكم ويشار في آخره إلى أن التبليغ والتسليم قد وقعا، ويشعر الرئيس علاوة على ذلك إذا كان الحكم قابلا لاستيناف الأطراف أو وكلائهم بأن لهم أجلا قدره ثلاثون يوما من يوم صدور الحكم للطعن فيه بالاستيناف، ويضمن هذا الإشعار من طرف الكاتب في الحكم بعد التبليغ.
تؤرخ الأحكام وتوقع حسب الحالات من طرف رئيس الجلسة، والقاضي المقرر، وكاتب الضبط، أو من القاضي المكلف بالقضية، وكاتب الضبط.
إذا عاق القاضي مانع أصبح معه غير قادر على توقيع الحكم وجب إمضاؤه من طرف رئيس المحكمة داخل أربع وعشرين ساعة من التحقق من وجود هذا المانع وبعد الإشارة إلى أن منطوق الحكم مطابق للصيغة التي صدر عليها من القاضي الذي لم يتمكن من الإمضاء عليه ومصادق عليه من طرف كاتب الضبط.
إذا حصل المانع لرئيس المحكمة اتخذ نفس الإجراء وتولى التوقيع عن الحكم أقدم القضاة.
إذا حصل المانع لكاتب الضبط ذكر ذلك القاضي عند الإمضاء.
إذا حصل المانع للقاضي وللكاتب في آن واحد أعيدت القضية إلى الجلسة من أجل المناقشة وإصدار الحكم.

أولا: مفهوم التعليل لغة واطلاحا

أ: التعليل في اللغة

إن الوقوف على المدلول اللغوي يمكننا من فهم واستيعاب التعليل بشكل أكثر عمقا، لأن هذا الأخير كموضوع لا زال فكرة تستخدم بمعان مختلفة[218]، فغالبية الدراسات القانونية والفقهية المنجزة دائما ما تستعمل مصطلح التسبيب، وذلك راجع إلى أن أغلب الأنظمة القانونية العربية تعتمد المصطلح التعليل، وهما وجهان لعملة واحدة، فالتعليل أو التسبيب لغة مصدر سبب أو علل، وهو كل شيء يتوصل به إلى غيره، والسبب يكون أيضا بمعنى الطريق، ومنه قوله تعالى :"وآتيناه كل شيء سببا"[219]، أي وصله يتبلغ بها في التمكن من أقطار الأرض، وقال تعالى :"وتقطعت بهم الأسباب"[220]، يقول ابن منظور :"والسبب كل شيء يتوصل به إلى شيء غيره وقد تسبَب إليه، والجمع أسباب، وكل شيء يتوصل به إلى الشيء فهو سبب، وجعلت فلانا لي سببا إلى فلان في حاجتي أي وصلة وذريعة، ومنه التسبيب"[221] وقال الرازي :"والسبب الحبل، وأسباب السماء نواحيها"[222]، قال تعالى في مُحكم تنزيله: "من كان يظُن أن لن ينصره الله في الدنيا والآخرة فليمدُد بسبب إلى السماء ثم ليقطع فلينظر هل يذهبن كيدُه ما يغيض".

وتعريف التعليل أو التسبيب في الفقه الإسلامي كمصطلح لم يحظى بأي اهتمام على هذا اللفظ مع أن الفقهاء عملوا به في أحكامهم، ولعل ذلك

---

[218] يوسف بن محمد بن إبراهيم المهوس، تسبيب الحكم القضائي بين الفقه الإسلامي والنظام القضائي السعودي، بحث مقدم لنيل درجة الماجيستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، 1425 هـ/ 2004 م، الصفحة 53.

[219] سورة الكهف، الآيتين 84-85 من المصحف الكريم برواية ورش عن نافع.

[220] سورة البقرة، الآية 165، مرجع سابق

[221] ابن منظور، لسان العرب، الجزء الأول، باب (سبب)، الصفحة 458.

[222] مختار الصحاح، الجزء الأول، الصفحة 119.

راجع إلى أن هذا المصطلح كمصطلح علمي يعد مصطلحا حديثا، والذي شاع عند الفقهاء هو مصطلح سبب الحكم، ويقصدون به أدلة الإثبات للوقائع القضائية والشهادة والإقرار وغيرها[223].

فالتعليل هو روح الحكم القضائي Ame de la sentence، وهو مصطلح حديث لم يظهر إلا في القرن العشرين، وله تعريفات مختلفة في الأنظمة الفقهية والقانونية والقضائية المقارنة، أما في اللغة الفرنسية فقد ظهر لفظ التعليل Motiver لأول مرة كاصطلاح لغوي في القرن الثامن عشر، ويقصد به تضمين الحكم الأسباب الضرورية التي أدت إلى وجوده، حيث اشتق هذا اللفظ من كلمتين الأولى Motivation إي يحرك أو يدفع، والثانية "Motifs" أي الدافع الذي يدفع الشخص نحو اتخاذ إجراء معين، وقد عاصر ميلاده مصطلح آخر مسبب"Motive" أي اشتمال الحكم فعلا على الأسباب التي أدت إلى صدوره[224]، وهكذا فإن تعليلات الحكم القضائي وفقا للمدلول اللغوي هو مظهر قيام القاضي بما عليه من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر للتعرف على الحقيقة التي تكشف عنها أحكامه[225].

وخلاصة القول، إن المعاني المشتركة لكلمة التعليل أو التسبيب، كلها ترجع إلى معنى واحد، وهو أن السبب كل شيء يُتوصَّل به إلى غيره، فالحبل موصل للسقف أو الماء، والباب أو المصعد موصل إلى البيت، والطريق

---

[223] يوسف بن محمد بن إبراهيم المهوس، تسبيب الحكم القضائي بين الفقه الإسلامي والنظام القضائي السعودي، مرجع سابق، الصفحة 56.

[224] عاصم شكيب صعب، ضوابط تعليل الحكم الصادر بالإدانة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009 الصفحة 08.

[225] أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الثالثة، 1980، الصفحة 183.

موصل إلى الجهة أو المكان المقصود، فكل معنى من معاني السبب أو التعليل مُوصل إلى المقصد من المراد منه[226].

ب: المفهوم الاصطلاحي لعنصر التعليل

سأوضح في هذا المقام تعريف التعليل من الناحية الاصطلاحية، وذلك على ضوء ما ورد له من تعريفات اصطلاحية في الفقه والفلسفة والمنطق والتشريع والقضاء، حتى نخلص إلى تعريف جامع وواضح ودقيق.

فالتعليل كما أورده الفقهاء المسلمون ينصرف إلى أدلة ثبوت الواقعات القضائية من شهادة وإقرار ونحوه[227]، وقد أطلقوا عليه عدة مصطلحات أخرى؛ منها: التسبيب ووجه الحكم[228] ومستند الحكم[229] والوجه الذي ثبت به الحق وغيره من المصطلحات[230].

فيما ذكر بعضهم[231] أن التعليل هو ذكر القاضي ما بنى عليه حُكمه القضائي من الأحكام الكلية وأدلتها الشرعية، وذكر الواقعات القضائية المؤثرة وكيفية ثبوتها، بطرق الحكم المعتبرة بعد إعمال القاضي لاجتهاده وتحرياته[232].

---

[226] خليل عبد الرزاق سعيد، ضوابط تسبيب الأحكام القضائية في المسائل المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، المطبعة القضائية، اليمن صنعاء، الحصبة، الطبعة الأولى، 2014، الصفحة 13.

[227] كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، الجزء الخامس، دار الطيع: دار صادر، بيروت لبنان، الصفحة 530.

[228] أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري في شرح الإمام البخاري، الجزء الرابع، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الصفحة 270.

[229] جلال الدين عبد الله، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، الجزء الثالث، الطبعة الأولى 1415 هـ، دار الغرب الإسلامي، الصفحة 119 وما بعدها.

[230] عبد الله بن محمد بن سعد، تسبيب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، 1420 هـ، الرياض، السعودية، الصفحة 17 وما بعدها.

[231] عبد الله بن محمد بن سعد، المرجع نفسه، الصفحة 15.

[232] يوسف بن محمد بن إبراهيم، تسبيب الحكم القضائي بين الفقه الإسلامي والنظام القضائي السعودي، رسالة لنيل شهادة الماجيستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، سنة 2004، الصفحة 64.

أما التعليل فلسفيا فيقصد به المقدمات التي تؤدي إلى نتائج محددة تترتب عليها، فإذا كانت المقدمة صحيحة صارت النتائج المترتبة عليها صحيحة ومطابقة للواقع، ومن ثم تكون الأسباب المنطقية والسائغة هي الأساس التي تستند إليه النتيجة، بحيث يمكن القول إن النتيجة ترتبط بالمقدمات بعلاقة منطقية واضحة في القياس والاستقراء[233]، وهو يقترب من التعريف المنطقي للتعليل، فهو أداة للإقناع والتبرير، وهذا يتحقق متى كانت النتيجة التي خلص إليها القاضي تستند إلى مقدمات تؤدي إليها وفقا لمنطق الأمور وقواعد اللزوم العقلي[234].

أما من الناحية القانونية فيرى الرأي الغالب في الفقه القانوني أن التعليل هو مجموعة الحجج الواقعية والقانونية التي استخلص منها الحكم منطوقه[235]، فعنصر التعليل حسب هذا الفكر يتمثل في إبراز الأسباب الواقعية والقانونية التي كونت قناعة القاضي في إصدار منطوق حكمه[236].

فأما الأسباب الواقعية فهي بيان الوقائع والأدلة التي يستند إليها الحكم في تقرير وجود أو عدم وجود هذه الواقعة وإسنادها إلى القانون.

---

[233] مراد وهبة، المعجم الفلسفي، الطبعة الثالثة، 1989، دار الثقافة الجديدة، القاهرة، مصر، الصفحة 388.

[234]محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988، الصفحة 942.

[235] محمد أمين الخرشة، تسبيب الأحكام الجزائية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، الصفحة 61.

[236] عرفه البعض أيضا، بأنه: "الأسس والأسانيد القانونية والحيثيات والبواعث الفعلية التي يُبنى ويستند عليها الحكم".

انظر: محمد حامد فهمي، تسبيب الأحكام في المادة المدنية، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة، العدد الخامس، يونيو 1935 هـ، الصفحة 593.

وأما الأسباب القانونية فهي إخضاع الواقعة بعد التكييف القانوني الذي ينطبق عليها[237]، وهذا يعني تضمين الحكم كافة الأسباب المثبتة له والظروف الدالة عليه مع إسقاط النص القانوني المناسب عليها والحكم بموجبه.

وبالعودة إلى مفهوم التعليل ضمن المنظومة القانونية المقارنة[238] فقد اكتفت جل القوانين بالتنصيص على أن الأحكام يجب أن تكون معللة من غير إعطاء تعريف له، ولعل الغاية من هذا التجاهل هو الهدف الذي يبتغيه المشرع من التعليل في حد ذاته باعتباره ليس مجرد إجراء لاستيفاء الحكم شكلياته وإنما هو له مدلول معين تترتب عليه نتائج غاية في الخطورة، فاستنكف بذلك عن تعريفه وإنما سن مقتضيات قانونية تستوجبه.

من خلال كل ما سلف نخلص إلى أن التعليل هو مجموعة القواعد والحجج القانونية التي يصدر الحكم استنادا إليها، أو هو مجموع العمليات

---

[237] محمد أمين الخرشة، نفس المرجع، الصفحة 63.

[238] أكد المشرع الأردني في المادة 160 من قانون أصول المحاكمات على وجوب "بيان الحكم لتاريخه ومكان إصداره وأسماء القضاة الذين شاركوا في إصداره وحضروا النطق به وأسماء الخصوم بالكامل ...وأسباب الحكم ومنطوقه".(=)

(=)فيما نصت المادة 103 من أصول المحاكمات الشرعية على أن يدرج القاضي في قراره علل الحكم وأسبابه والنصوص التي أسس عليها".

*يوسف محمد المصادرة، تسبيب الأحكام وفقا لقانون المحاكمات المدنية، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2002، الصفحة 39.

كما فرضت القوانين الإجرائية في مصر الالتزام القانوني بتعليل الأحكام، وهذا ما عبرت عنه المادة 176 من قانون المرافعات المدنية وترتب عن القصور في التعليل بطلان الحكم.

فيما اخذ قانون الإجراءات الجنائية بهذا المبدأ، حيث نصت المادة 301 منه على ضرورة شمول الحكم على الأسباب التي بنى عليها ويشمل لكل حكم بالإدانة على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والنص القانوني الذي حكم بموجبه، وقد سارت أحكام القضاء الإداري المصري عن هذا المبدأ إذ استلزمت المحكمة الإدارية العليا ضرورة تعليل الأحكام الإدارية.

أوجبت المادة 206 من قانون أصول المحاكمات المدنية السورية تضمين الحكم أسبابه ومنطوقه، وهو ذات المبدأ الذي أوجبته المادة 203 و 310 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

انظر أيضا:

كذلك المادة 4 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية، والمادة 159 من قانون المرافعات المدنية العراقية والمادة 15 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطرية والمادة 123 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية، والمادة 277 من الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية، والمادة 273 من قانون المرافعات المدنية الليبية.

الذهنية التي استوفى فيها القاضي الوقت والجهد سواء خلال مرحلة تصريف الملف أو مرحلة تجهيزه أو مرحلة التأمل والبت فيه للوصول إلى المنطوق المُعلن عنه، ولهذا فالتعليل إجراء ونتيجة في نفس الوقت[239].

فعنصر التعليل كعنصر من عناصر الحكم القضائي، يمثل الصيغة الفنية التي تؤدي بالقاضي إلى التعبير عن المضمون الحقيقي لما توصل إليه من نتائج[240]، كما أنه يجب أن يتضمن تفسيرا يوضح فيه أسباب اتخاذه القرار على نحو معين، ويجب أن يضمن من أن القاضي قد أتقن وأحسن الاختيار الذي انتهى إليه من بين الاختيارات المختلفة التي كانت مطروحة عليه قبل اتخاذ الحكم أو القرار، وبذلك يؤدي التعليل دوره في الحماية الاجتماعية باعتباره إجراء يستهدف استقرار المجتمع، كما أوجب القانون تعليل الأحكام ليضمن عدم تحيز القضاة في قضائهم وليضمن تقدير ادعاءات الخصوم وفهم المسائل القانونية، ليمكن محكمة الطعن من مراقبة أحكام المحاكم حتى تشرف على التطبيق السليم للقانون.

لذلك يمكن تسجيل بعض الملاحظات على التعريفات الواردة أعلاه، وهي:

لا يمكن تعريف التعليل بأنه ذكر القاعدة القانونية التي استند عليها القاضي في حل النزاع فحسب، بل لابد للقاضي من أن يبين الأسباب والمسوغات التي استند عليها في إصدار الحكم سواء أكانت أسبابا قانونية أم واقعية.

فتعليل الأحكام إذن، يراد به تضمينها الأسباب الضرورية التي أفضت إلى وجودها، والأسباب هي الجزء الثاني من ورقة الحكم، وهي التي يجب فيها

---

[239] J. FLOU ET J.AUBERT, les obligations, Volume 1, l'acte juridique 1975, page 197.

[240] توفيق طويل: أسس الفلسفة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، سنة 1965، الصفحة 79.

على المحاكم أن تعلل الأحكام الصادرة عنها، سواء كانت صاحبة الاختصاص العام أو الهيئات القضائية صاحبة الاختصاص الاستثنائي، وهو يتناول كل حكم قضائي وسواء تعلق بالواقع أو بالقانون وسواء كان ابتدائيا أو نهائيا أو مشمولا بالنفاذ المعجل[241].

وبالرجوع إلى منظومة القانون المغربي، فإنه لم يتطرق على غرار الغالبية العظمى من التشريعات الحديثة إلى تعريف التعليل أو التسبيب كما يصطلح عليه في بعض البلدان العربية أو التحييث كما يُطلق عليه في الواقع العملي، وإنما اكتفى في الفقرة الثامنة من الفصل الخمسين (50) من قانون المسطرة المدنية [242] بالإشارة إلى وجوب تعليل الأحكام المدنية[243].

والقوانين المسطرية تختلف في التعامل مع التعليل، فمنها من يعتبره مجرد إجراء شكلي يجب أن يشتمل عليه الحكم كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الإجرائي المصري القديم وقانون المرافعات الفرنسي القديم[244]، ومنها من اعتبره أكبر من ذلك وجعل منه إجراء جوهري، إذ تشترط اشتمال الأحكام على الأسباب التي بُنيت عليها وأن تكون هذه الأحكام معللة ومؤدية إلى المُبتغى منها، وهذا ما تبناه المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الجديد في الفصل 455[245]، وكذا المشرع المغربي في الفصول 50 و 345 و 375 من

---

[241] عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، طبعة أبريل، 2013، مطبوعات المعرفة مراكش، الصفحة 244.

[242] جاء في الفصل 50 من قانون المسطرة المدنية المغربية: "تصدر الأحكام في جلسة علنية وتحمل في رأسها العنوان التالي:
المملكة المغربية
باسم جلالة الملك وطبقا للقانون...
يجب أن تكون الأحكام دائما معللة...؛

[243] يراجع كذلك الفقرة الرابعة من الفصل 345 من قانون المسطرة المدنية والفقرة الثانية من الفصل 375 من نفس القانون.

[244] عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الصفحة 16.

[245] La discussion ou motifs au sens propre constitue une partie essentielle de la décision puisque l'article 455 du nouveau code de procédure civile prescrit, sans innover que le jugement doit être motivé.

قانون المسطرة المدنية، وهذا عين الصواب، فكيف للقاضي أن يرتاح له بال حينما يُصدر أحكاما في خصومات بين الناس من غير أن يعلل لما منع الحق عن هذا وأعطاه لذاك، ولما حكم ببراءة هذا وأدان ذاك والحال أن الواقعتين متشابهتين في الوصف ويخضعان لنفس النص القانوني، إن التعليل وحده هو من يجيب على كل هذه التساؤلات.

فالتعليل إذن وسيلة تسمح بتوضيح القواعد القانونية المعتمد عليها في الحكم، ويسمح بمراقبة هل القاضي طبق ما ذهب إليه المشرع أو خالفه؟ وهل طبق القاعدة القانونية عن طريق القياس إذا كان النص القانوني يسوده غموض وغيرها من المنافع التي يحققها التعليل، والتي تصب جميعها نحو إنتاج عدالة جيدة تحترم فيها كل ضوابط المحاكمة العادلة.

ثانيا: مفهوم التعليل قانونا وقضاء

أ: مفهوم التعليل قانونا

لم تتضمن التشريعات الحديثة محل المقارنة ولا من سبقتها تعريفاً محدداً للتسبيب وإنما اكتفت المعاصرة منها بالنص على وجوبه بالنسبة للأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم، ويبدو أن سبب ذلك يعود لصعوبة أيجاد تعريف جامع مانع للتعليل، فموضوع التعليل ليس من السهولة بمكان، بل يمكننا القول أنه لا زال فكرة قانونية ذات مفاهيم غير محددة، ودلالته التشريعية تعني بيان الأسباب الواقعية والقانونية وأسباب الرد على الطلبات التي يتوقف الفصل في موضوع الدعوى على الإجابة عليها، بالإضافة إلى الدفوع الجوهرية التي يثيرها الخصوم وترتبط بالمحصلة النهائية التي يتوصل

La sanction de cette obligation, c'est la nullité de la décision non motivé » l'article 458 de nouveau code de proc-civile ».

إليها القاضي في حكمه[246]، أو بيان الأدلة الواقعية والأسانيد القانونية التي اعتمدتها المحكمة وأقامت عليها قضاءها واقتنعت بها،[247] وذكر الأسباب القانونية والواقعية التي أسس القاضي حكمة عليها والذي نطق به في جلسة النطق بالحكم، وينقسم التعليل حسب الوجهة القانونية له إلى عنصرين؛ هما الأسباب الواقعية؛ التي ما هي إلا تأكيدات وإثباتات تتصل اتصال وثيق وقوي بالواقع، وأخرى قانونية؛ تعني انطباق القانون على الواقع[248]، أو هو تضمين الأحكام الأسباب والعلل الضرورية التي أدت إلى وجوده.

فالأسباب هي أحد بيانات الحكم التي نص عليها القانون ويجب على المحاكم تعليل الأحكام الصادرة عنها؛ سواء كانت صاحبة اختصاص أصلي أو استثنائي، فالتعليل بهذا المعنى يتناول الحكم القضائي سواء تعلق بالقانون أو الواقع، فما هو إذن إلا بيان الأوجه القانونية والواقعية[249].

فالمدلول القانوني للتعليل يعني اشتمال الأحكام على الحيثيات الكافية التي سوغت صدورها، وهو أحد الأركان الشكلية والبيانات الإلزامية التي يجب أن تتضمنها ديباجة الحكم، ولا بد أن تستند هذه الحيثيات إلى أحد الأسباب التي نص عليها القانون[250] باعتباره الجزء الذي يسبق المنطوق عادةً، ويتضمن الأسانيد الواقعية والحجج القانونية التي بنت المحكمة عليها قضاءها[251]، ونكون أمام عيب شكلي يتعلق بالتسبيب عندما يخلو الحكم من أي سبب أو تعليل،

---

[246] يوسف محمد المصاروة، تسبيب الاحكام وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، الصفحة 24.

[247] محمود السيد التحيوي، النظرية العامة لأحكام القضاء وفقاً لآراء الفقه وأحكام المحاكم، مرجع سابق، الصفحة 45.

[248] القاضي شوان محي الدين، الحيثية القضائية: دراسة تحليله تطبيقية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، 2012، الصفحة 82.

[249] عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مطبوعات المعرفة، مراكش 2008، ص 266.

[250] نجلاء توفيق فليح، تسبيب الأحكام المدنية: دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، العدد 14 سنة 2002، الصفحة 33-34.

[251] عبد الحميد الشواربي، أوجه الطعن بالنقض في تسبيب الاحكام المدنية والجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004 الصفحة 94.

فيمتد هذا العيب ليشمل جميع أجزاء الحكم، وبالتأكيد يختلف عن عيب وجود الاسباب غير الصحيحة[252].

والتعليل بشكل عام لا يتحقق إلا من خلال إحاطة القاضي المطروح أمامه النزاع بالوقائع التي استند عليها الخصوم وفقاً للقواعد القانونية والطرق الثبوتية المعول عليها قانوناً، واختيار الصحيح منها وطرح الغير صحيح؛ وإلباسها الثوب القانوني الملائم لها، أي تكييفها تكييف قانوني صحيح ليتسنى للقاضي تطبيق القاعدة القانونية الواجبة الإتباع، وكما ذكرنا سابقاً أن القاضي غير مقيد بوصف الخصوم للوقائع أو تكييفهم للدعوى، فهو لا يمنع القاضي من فهم الدعوى الفهم القانوني الصحيح[253]، فالقاضي عندما يسبب حكمه ويبين الأوجه التي حملته على الأخذ بهذا الدفع وترك ذاك هو افتراضه أنه يواجه طعناً مستقبلياً ويهيئ نفسه لمثل هذا الطعن[254].

إن الالتزام بتعليل الأحكام هو من خصائص القوانين الحديثة على عكس ما كان سائداً في الماضي، فالقاضي في الوقت الحاضر ملزم بأن يقدم للمتخاصمين والمحاكم الأعلى درجة وباقي المواطنين قرارات وأحكام معللة.

---

[252] محمود السيد التحيوي، النظرية العامة لأحكام القضاء وفقاً لآراء الفقه وأحكام المحاكم، مرجع سابق، الصفحة 36.

[253] ذهبت محكمة النقض المصرية في قرارها عدد 357 سنة 65 قضائية، بجلسة 1990/01/04، إلى أنه (التسبيب) لا يعدو أن يكون بيانا وافيا لأوجه الطلب أو الدعوى؛ تتمكن به المحكمة من التعرف على موضوع العيب الذي يعزوه الطالب إلى الحكم أو الامر، يستوي في ذلك أن يكون التسبيب موجزاً أو مفصلاً طالما كان كلاهما وافيا بالغرض، ولا على المحكمة أن التفتت عن هذا الدفاع متى ما رأت أن حكمها استند في أسباب واضحة قامت بالرد عليه، ويكون النعي بهذا على غير أساس.
أورده سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في المرافعات، الجزء الرابع، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997، الصفحة 109.

[254] نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة 2008، الصفحة 478.

ب: مفهوم التعليل قضاء

لعب القضاء دوراً هاماً وكبيراً في إرساء مبادئ وقواعد التعليل، فقد ترعرع ونما هذا الأخير في أحضان المحاكم، وأصبح من المسلمات التي لابد من الأخذ بها بعد أن أخذت به اغلب التشريعات[255]، مع العلم أن اصطلاح التعليل أو التسبيب حديث وله معان مختلفة؛ منها ما يدل ويشير إلى الحث والتحريك، أي منها ما هو مادي واقعي، ومنها ما هو معنوي نفسي، فيمكن أن يفهم هنا أنه: الأسباب التي تحرك وتدفع الحكم إلى الصدور وتظهره على أرض الواقع، وتارة أخرى يعني ما يجيش في نفس القاضي، أي البواعث السيكولوجية المحركة والدافعة للقرار[256].

وقد يعني المرحلة التمهيدية المتضمنة الأساس والركائز والمقومات التي يبنى عليها القاضي حكمه، ومن خلال هذه المرحلة يتم التوفيق بين أجزاء الحكم، إذ يطوع منطوقة ليصبح مسايراً للأسباب والدلائل التي مهدت له[257]، فالتعليل من الوجهة القضائية يعني التدوين المفصل والكامل للجهد المبذول من قبل المحكمة إلى نهاية النطق بالحكم، وهذا الجهد يظهر ويتجلى في إظهار وإبراز وتوضيح الأسانيد الواقعية والقانونية التي بني عليها منطوق الحكم[258]، وهو ليس مجرد إجراء شكلي يستوفيه الحكم وينتهي الموضوع[259] وإنما

---

[255] يوسف محمد المصاروة، تسبيب الاحكام وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية، الصفحة 25.

[256] الطيب براده، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، منشورات جمعية تنمية البحوث، الرباط، 1996، الصفحة 320.

[257] عبد الكريم الطالب، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 267.

[258] أحمد الكشبور، رقابة المجلس الاعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، دون ذكر الناشر، ولا سنة النشر، الصفحة 487.

[259] الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 330.

مجموعة من المقدمات والأسانيد التي تؤدي إلى النتائج التي توصلت إليها المحكمة في قضائها[260].

فالتعليل هو أهم الالتزامات الرئيسية الملقاة على عاتق القضاة، ومن أجل تنفيذه لا يكفي مجرد ذكر هذا البيان أو مجرد ذكر أسباب ما، فالتعليل كما ذكرنا؛ هو إجراء ونتيجة؛ من خلاله يسطر القاضي أدلته الواقعية وبراهينه القانونية وهنا يستوفي جانب واحد هو الجانب (الشكلي) الذي تطلبه القانون[261].

اما كونه نتيجة فعن طريقه يتبين للمعني بالقرار من خصوم ومحكمة طعن كيفية وصول القاضي إلى ما انتهى إليه، فالتعليل من الوجهة القضائية يعبر أيضا عن جانب شكلي يجب توافره في الأحكام كحد أدنى؛ باعتباره التزام مفروض.

ومن جانب آخر يعبر عن عملية عقلية قام بها القاضي من فحص لوقائع النزاع وبحث لمزاعم الخصوم ودراسة مفاصل الدعوى المعروضة بجوانبها الواقعية القانونية[262]، على اعتبار أن ما يثبته القاضي في حكمه هو إثبات ترجيحي لا إثبات يقيني، أي يبنى على الرجحان، ومن هنا اختلفت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية كما بينا سابقاً[263]، وفي هذا المعنى يقول الفقيه الفرنسي نورمان في كتابه (القاضي والنزاع): "إن الوصول إلى اليقين

---

[260] يوسف محمد المصاروة، تسبيب الاحكام وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، الصفحة 25.

[261] Aucun texte ne détermine sons aulle forme doit être faite la mention des moyens présentes' par les parties Il suffit qu'elle résulte, mêmes succinctement, des énoncé actions de la (=) (=)décision) cin-3' ,27 fève -1974 : Bull .civ 111, n 95, Nouveau code de procédure civil le Dalloz – Edition – 2002 – p- 234.

[262] عزمي عبد الفتاح، مستحدثات قانون المرافعات الكويتي الجديد والقوانين المكملة له، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة الكويت، العدد الأول، السنة الثامنة، 1984، الصفحة 82-83.

[263] ياسر باسم ذنون السبعاوي واجياد ثامر نايف الدليمي، بحوث ودراسات في القانون الخاص، الجزء 2، الطبعة الأولى، الجيل العربي، الموصل، العراق، 2009، الصفحة 33.

في الدعوى هو الأصلح، ولكن يتعذر ذلك، إذ أن رجحان الدليل هو الذي يتحقق أمام القضاء، لأن طبيعة الوقائع القانونية وطبيعة الأدلة القانونية التي يلجأ إليها المدعي لإثبات حقه، بل وطبيعة البشر؛ تفرض أن تكون الحقيقة القانونية نسبية، كما تفرض أن يكون الاثبات القانوني إثباتا ترجيحياً لا اثباتاً يقينيا ، فليس ثمة دليل يمكن اللجوء إليه لإثبات الحق إثباتا يقينياً[264].

ومع ذلك فالقاضي ملزم بصياغة مقدمات تؤدي عقلاً ومنطقاً إلى النتيجة التي انتهى إليها، ثم يثبت صحتها؛ وبالتالي يمكن المطلع على القرار من معرفة الدوافع التي أدت إلى إصداره، والمنهجية المتبعة للوصول إلى النتيجة[265]، ولا يفوتني أن أذكر أن لفظ، التعليل؛ في القضاء يترادف مع لفظ آخر هو التسبيب يرد في بعض القرارات القضائية، ولا تختلف دلالته عن دلالة التعليل[266]، الذي هو (بيان ما اقنع القاضي بما قضى به)[267].

والتزام القاضي بتعليل حكمه أمر منطقي، إذ أنه لا يستطيع أن يتوصل إليه إلا بعد أن يمر بسلسلة من المراحل، ويتعرض لكافة الأسباب وعناصر النزاع المعروضة عليه، فيتعرف على موضوع الدعوى وما يريده الخصوم وما يقدم وما يعرض أمامه من أدلة وبراهين، وما يحكم الدعوى من نصوص قانونية ليتوصل إلى الحل النهائي للدعوى الذي يظهره بصورة حكم[268].

وحسبنا أن نورد في هذا المقام ما جاء في قرار لمحكمة النقض وهي بصدد بيان مغزى وغاية التعليل حينما عللت قرارها بالقول:

---

[264] المرجع نفسه، الصفحة 24.

[265] أشار إليه ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم معهد البحوث والدراسات العليا بغداد، 1984، الصفحة 119.

[266] الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 331.

[267] نبيل حميد ألبياتي، تسبيب الأحكام الجزائية في القانون العراقي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1983، الصفحة 8.

[268] أحمد ابو الوفا، أصول المحاكمات المدنية بمقتضى قانون أصول المحاكمات اللبنانية، الطبعة 2، مكتبة مكاوي، بيروت، 1979، الصفحة 665.

"...في شأن السبب المعتمد في إعادة النظر المتخذ من انعدام التعليل، ذلك أن المادة 548 من ق.م.ج، أوجبت تعليل القرارات الصادرة عن محكمة النقض، وأن المقصود بذلك، أن يكون التعليل سائغا ومقبولا، ومطابقا للواقع، وأن الخطأ في التعليل ينزل منزلة انعدامه، وعليه، فإن محكمة النقض في قرارها المطلوب إعادة النظر فيه، لما اعتبرت ما أثير بالوسيلة الواردة بمذكرة النقض المرفوعة من طرف الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بطنجة...وهو ما يشكل في حقيقة الأمر، وخلافا لما ذهب إليه قرار محكمة النقض، إثارة لدفوع جدية في إبانها، والذي يجب قانونا على محكمة النقض الرد على ما ورد بالوسيلة سلبا أو إيجابا، قبولا أو رفضا، وليس الاكتفاء بعلة مخالفة للواقع، ويبقى ما انتهت إليه في قرارها خطأ في التعليل المنزل منزلة انعدامه، وهو ما يستوجب إعادة النظر فيه"[269].

إذن فتعليل الحكم من الوجهة القضائية، هو صياغة الأسباب التي تصلح سببا للحكم، وجوابا من القاضي على سؤال: لماذا حكمت بكذا، ولماذا اتجهت إلى ما اتجهت إليه؟ أي أنه (التعليل) صياغة الأسباب التي يقوم عليها الحكم بالشكل الذي يدرك معه المطلع العادي سلامة النتيجة التي انتهى إليها القاضي في منطوق حكمه، لذا لابد من أن يكون هذا التعليل واضحاً ومقنعاً يتم فيه مراعاة القواعد الشكلية والموضوعية وتجنب التكرار؛ والالتزام بتسلسل الأسباب وترابطها وغيرها من المسائل التي لابد من مراعاتها[270].

الفقرة الثانية: تمييز مفهوم التعليل عن المفاهيم المشابهة

لما قد يثيره مفهوم التعليل من التباس بمفاهيم قانونية أخرى؛ تتضمن بعض خصائصه أو قد ترتبط به ارتباطا وثيقا بحيث لا يمكن التفرقة بينهما،

[269] قرار محكمة النقض عدد 387 بتاريخ 2018/04/11 في الملف الجنحي عدد 2017/4/6/20888، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الجنائية، العدد 38، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية: https://juriscassation.cspj.ma/upl .

[270] عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة 2، دون ذكر الناشر ولا سنة النشر، الصفحة 928.

ارتأينا تمييزه عن هذه المفاهيم لكي نتمكن من التعريف به بشكل وافي ونحيط بكامل تفاصيله، ولذلك وجب تمييز التعليل عن التكييف (أولا)، ثم بيان الطبيعة القانونية للتكيف(ثانيا).

أولا: تمييز مفهوم التعليل عن مفهوم التكييف[271].

لا يقل مفهوم التكييف أهمية عن مفهوم التعليل، فالتكييف كما يذكر البعض هو همزة الوصل ما بين الوقائع المطروحة من طرف الخصوم والقانون المطبق عليها، فهو مفتاح بيد القاضي يفتح به الطريق إلى القانون الصحيح، وبدون التكييف يتخبط القاضي في الحل القانوني للنزاع ويعتمد العشوائية والارتجالية، لذلك فتتسم حلوله بالغموض والتناقض وتخلو من الفن ومن المنطق وتدنو إلى الظلم وتبتعد تدريجياً عن العدل[272]، وهنا يبرز لنا الدور المحوري الذي يقوم به القاضي خلال عملية التكييف.

أ: مفهوم التكييف

التكييف في القانون هو تطبيق فكرة على واقعة، وهو نوعان، قانوني وغير قانوني، فالتكييف القانوني هو ما كان خلاصة تطبيق فكرة قانونية على الواقعة مثل تكييف الدعوى المعروضة على المحكمة بأنها عقد بيع وتكييف

---

[271] هناك أراء متعددة بشأن تعريف التكييف، فرأي يقول "إن القاضي يقوم بفحص وقائع الدعوى من الناحية المادية ثم بعد ذلك يجري التكييف القانوني لهذه الوقائع، ورأي ثان يقول "هو تكييف الأساس الذي تقوم عليه الدعوى بإعطاء هذا الأساس الوصف القانوني الملائم وينزل عليه حكم القانون السليم"، ويرى رأي ثالث أن التكييف "هو إعمال القاعدة القانونية وإرسائها على ما ثبت من وقائع الدعوى، أو هو وصف هذه الوقائع وإبرازها كعناصر أو شروط أو قيود للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق"، وهناك تعريف رابع للتكييف "مؤداه أن القاضي هو الذي يبحث عن قاعدة القانون ويلزم بتطبيقها"، كما أن عليه استخلاص النتائج القانونية الناجمة عن هذا التطبيق على وقائع الدعوى(النتيجة)، بينما يتحدد دور الخصوم في إثبات الوقائع وتقديمها للقاضي، وذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار التكييف أنه عمل ذهني يقوم خلاله القاضي بتقديرات وعمليات منطقية لحل قضية قياس منطقي، المقدمة الكبرى فيه هي القاعدة القانونية، والمقدمة الصغرى هي الوقائع، وليس لإرادة القاضي شأن في هذا الحل، لأنه يطبق القانون على الحالة الواقعية.
للمزيد في هذا الشأن، انظر: أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم به، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، دون سنة، الصفحة 241.

[272] عبد الملك عبد الله، إصدار وصياغة الأحكام القضائية، إصدارات وزارة العدل، الجمهورية اليمنية، بلا سنة طبع، الصفحة 121-122.

العلاقة بين الأطراف بأنها علاقة تعاقدية من قبل البيع، لأنه جوهر الحكم المعبر عن الإرادة الموافقة للقانون، فالتكييف يفرض على القاضي ألا يتجاهل تطبيق القانون في أي نص من نصوصه، وأن يعلن عن إرادة القانون في الواقعة المعروضة عليه.

أما التكييف غير القانوني فهو ما كان استخلاصه متوقفا على تطبيق أفكار غير قانونية، كتكييف الفعل بأنه غير مشروع، ويجب احتقار فاعله من أهل وطنه، إذ لا يعدو أن يكون حكم المجتمع على الواقعة، وليس حكم القاضي. وتتضمن القاعدة القانونية واجبة التطبيق على الوقائع دائما نموذجا قانونيا للواقعة المستوجبة حكم القاعدة، والقاضي في تطبيقه للقانون، عليه أن يكيف الواقعة المعروضة عليه بعد اقتناعه بوجودها التكييف الصحيح الذي يتطابق مع إحدى النماذج القانونية الواردة بالقانون[273].

فالمقصود بالتكييف إذن وبشكل مختصر هو وصف النزاع المرفوع أمام المحكمة وصفا قانونيا يمكنها من تطبيق قاعدة قانونية عليها[274]، والقاضي هو المسؤول عن تكييف وقائع الدعوى، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن **"تكييف الخصوم للدعوى لا يقيد المحكمة، ولا يصح أن يمنعها عن فهم الدعوى على حقيقتها وإعطائها التكييف الصحيح"**[275]، وهذا مفاده أن محكمة الموضوع لا تتقيد في تكييف الطلبات المعروضة عليها بوصف الخصوم لها، وإنما تلتزم بالتكييف الصحيح الذي تستخلصه من وقائع الدعوى وترى أنه ينطبق عليها لتعمل حكم القانون على ما ثبت لديها أنه هو "التكييف الصحيح"، وقد نص المشرع الفرنسي بكيفية صريحة على أن لقاضي

---

[273] مامون سلامة، سلطة القاضي في التشريع المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1979، الصفحة 505.

[274] محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، 1982، الصفحة 4.

[275] نقض مدني 1972/01/20، مجموعة المكتب الفني، السنة 1923، الطعن رقم 139 الصفحة 37.

الموضوع أن يعطي للوقائع تكييفها الصحيح متجاوزا بذلك التكييفات الخاطئة للخصوم[276].

كما تأخذ محكمة النقض المغربية بذات المفهوم والمعنى، فعللت إحدى قرارتها بالقول:

"...إن تكييف العقد مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض"[277].

ب: دور القاضي المدني في التكييف

القاضي عند إجراء عملية التكييف القانوني لوقائع الدعوى فإنه يبحث عن ماهيتها القانونية في ثنايا قواعد القانون، تلك الماهية التي يتفهمها القاضي ذهنيا ويدرك خصائصها القانونية التي تعكسها الوقائع تمهيدا لعملية المطابقة العقلية بينهما، فهذا التكييف يعبر عن الحقيقة القانونية الموضوعية لا كما تبدو للقاضي فحسب، وإنما أيضا كما تبدو لغير القاضي، فعنصر الموضوعية هذا مشترك بين الجميع، وقد استقر الفقه على إدخال مسألة التكييف في نطاق الحكم القانوني على أساس أنه يتضمن بالضرورة مسألة قانون، وهي مسألة معيارية موضوعية يمكن مراقبة الخطأ فيها، ومن ثم فهي محل مراقبة من طرف محكمة النقض[278].

فالتكييف إذن يقيد القاضي من إصدار أحكام يستند فيها على هواه أو عاطفته، بل يُلزمه بعدم تجاوز منطوق القاعدة القانونية بغض النظر عن طبيعتها، لأن حكمه يعبر من خلاله عن إرادة القانون لا عن إرادة القاضي، وهذا كله ينبغي أن يأتي واضحا في التعليل الذي يرتكز عليه الحكم.

---

[276] الفقرة الثانية من الفصل 12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد لسنة 1975.

[277] قرار محكمة النقض عدد 1340 بتاريخ 2004/04/28 في الملف المدني عدد 2001/4/1/1166 الغرفة المدنية، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2004/1639653257.pdf

[278] توفيق الطويل، أسس الفلسفة، مرجع سابق، الصفحة 85.

لأجله عللت محكمة النقض المغربية قرارها بالقول:

"...لكن حيث إنه كان يتعين على المحكمة البت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ لها أن تغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات، إلا أن الفصل 3 من ق.م.م منح المحكمة صلاحية تكييف الدعوى والبت طبقا للقانون المطبق على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أوردت في تعليلها أن القانون المطبق على النازلة هو الفصل 618-3 من ق.ل.ع والطالبة لم تنتقد هذا التكييف وبذلك تكون المحكمة ملزمة بالآثر الناتج عن هذا التكييف الذي يجعل العقد الرابط بين الطرفين باطلا ما دام أنه لم يحرر طبقا لما ينص عليه الفصل المشار إليه أعلاه وقضت بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد طبقا لما ينص عليها الفصل 306 من ق.ل.ع وبذلك لم يقضي القرار بأكثر مما طلب ولم يخرق الفصل 3 من ق.م.م والوسيلة على غير أساس"[279].

ما ينبغي الإشارة إليه والتأكيد عليه في هذا الباب، أن هناك فراغ تشريعي صارخ بشأن التكييف القانوني المدني[280]، رغم أنه قطب الرحى في حكم القاضي، إذ عملية التعليل والاستدلال وإعطاء الوجه القانوني الصحيح تنطلق من مدى صحة التكييف، والمشرع المغربي سكت عن هذا الأمر، ولم ينص عليه صراحة بفصول المسطرة المدنية، بخلاف المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من الفصل 12 من قانون المسطرة المدنية لسنة 1975، إذ نص

[279] قرار محكمة النقض عدد 70 بتاريخ 2015/04/01 في الملف التجاري عدد 2014/1/3/985، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة التجارية، العدد 23، سنة 2015.

[280] إذا كان القاضي الزجري يبت في القضايا التي تعرض عليه على أساس ما تقترحه النيابة العامة أو المضرور أو غيرهما وفق ما هو عليه في قانون المسطرة الجنائية في هذا الشأن الفصلان، فإن القاضي المدني غالبا ما يجد نفسه مضطرا إلى فحص الوقائع التي يضمنها المدعون في مقالاتهم والبحث عن التكييف الملائم لها، حتى يمكن له أن يصدر حكما عادلا على النزاع المعروض عليه، الدائم الحركة بين الأطراف ووسائل دفاعهم ومناقشاتهم، لأنه هو الذي يعلم القانون ويطبقه على دعاوى الخصوم، وهذا ليس من السهولة بمكان.

على أن: "للقاضي تكييف الوقائع المتنازع عليها التكييف القانوني السليم دون الاعتداد بتكييف الخصوم"[281].

أما قانون المسطرة المدنية المغربي فإنه أغفل التصدي ولو بفصل واحد لمضمون التكييف[282]، وكلما تطرق إليه الفصل 3 من ق.م.م هو أن على القاضي أن يبت دائما طبقا للقانون، سيما وأن إنتاجية الفقه المغربي في موضوع تكييف الوقائع والنوازل قليلة على أهميته، لأن التكييف مرتبط أشد الارتباط بوظيفة القاضي وبالقانون والعدالة، وإن كان البعض يعزو هذا التغافل إلى اعتبار موضوع التكييف داخل في التكوين القانوني للقاضي، فضلا على أن المسألة تتعلق بالجانب العملي أكثر منها بالجانب النظري، وهنا أتساءل، فهل هناك مهمة أصعب على القاضي من إيجاد النص القانوني الملائم للوقائع المعروضة عليه؟

إلا أنه بالرغم من إغفال قانون المسطرة المدنية لعنصر التكييف، إلا أن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) أرست بعض القواعد رغم قلتها يتعين مراعاتها عند إعمال القاضي المدني للتكييف، من ذلك:

---

[281] « Il doit donner le" juge" ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter a la dénomination que les parties en auraient proposées… »

[282] بخلاف قانون المسطرة الجنائية الذي تفادى هذا الإغفال، وتصدى للتكييف في الفصل 432 الذي نص: "لا ترتبط غرفة الجنايات بتكييف الجريمة المحال عليها، ويجب عليها أن تكيف قانونيا الأفعال التي تحال عليها، وأن تطبق عليها النصوص الجنائية المتلائمة مع نتيجة بحث القضية بالجلسة؛
غير أنه إذا تبين من البحث المذكور وجود ظرف أو عدة ظروف مشددة لم تضمن في القرار بالإحالة، فلا يجوز لغرفة الجنايات أن تأخذ بها إلا بعد الاستماع لمطالب النيابة العامة ولإيضاحات الدفاع".

أولا: إن التكييف التزام قانوني من القاضي، وهو ملزم به وليس أمرا اختياريا له، وهذا أمر استقر عليه اجتهاد محكمة النقض التي عللت إحدى قراراتها بالقول: **"...إن المحكمة وهي ملزمة بتكييف الدعوى طبقا للقانون تكون على صواب لما لم يثبت لديها أن موضوع الدعوى يتعلق بدين تجاري، وأن المدعى عليهما تاجران فاعتبرت المعاملة مدنية، وأخضعت الاثبات بشأنها لمقتضيات الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود الذي يقرر عدم جواز إثبات التزام تجاوز (250) درهما إلا بالكتابة"**[283].

وقضت في قرار آخر بأن: **"...المحكمة ملزمة بتقصي التكييف القانوني للدعوى والتطبيق السليم للقانون عملا بمقتضيات الفصل 3 من ق.م.م..."**[284].

ثانيا: إن القاضي في إطار تكييفه النزاع خاضع لرقابة محكمة النقض، وفي هذا عللت محكمة النقض إحدى قراراتها بالقول:

"... إن العبرة بفحوى عقد التنازل المطلوب الحكم ببطلانه في تكييفه التكييف الصحيح من طرف المحكمة **الخاضعة في ذلك لرقابة محكمة النقض..."**[285].

لكن هذا المبدأ ليس على إطلاقه، إذ تتخلى عنه محكمة النقض كما إذا كان هذا التكييف يتداخل مع مسائل واقعية بحتة، أو لأنه يتعلق بحالة نفسية أو بتقدير كمي، أو يحتاج إلى خبرة فنية[286]، فيبقى القاضي والحالات هاته أقرب

---

[283] قرار رقم 53 الصادر بتاريخ 1979/06/02 منشور بمجلة المحاماة عدد 19 السنة الرابعة، أشار إليه الطيب برادة، الصفحة 283.

[284] قرار محكمة النقض عدد 192، الصادر بتاريخ 2016/03/08 في الملف المدني عدد 2015/3/1/1117 نشرة قرارات محكمة النقض-الغرفة المدنية- العدد 27، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:https://juriscassation.cspj.ma/upl/2016/1636366530.pdf

[285] قرار محكمة النقض عدد 179 بتاريخ 2016/03/08 في الملف المدني عدد 2015/3/1/75، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة المدنية، العدد 27.

[286] محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، الصفحة 271.

للوقائع من محكمة النقض نفسها، وهو بذلك يكون في وضع أحسن لإرساء التكييف الملائم، لأجله عللت محكمة النقض قرارها بما يلي:

"...لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي اكتفت بتأييد الحكم المستأنف فيما نحا إليه من تكييف للعلاقة الرابطة بين الطرفين بأنها عقد رهن حيازي منصب على أصل تجاري وهو ما يتماشى مع الطبيعة القانونية للعلاقة المذكورة، ومع ادعاءات الطالبة نفسها التي تمسكت منذ البداية بكون الأمر يتعلق بعقد رهن وليس عقد تسيير تكون قد اعتمدت التكييف القانوني الذي استخلصه الحكم المذكور مما عرض عليه من وقائع ووثائق دون أن يكون واجبها إعادة البحث في ذلك التكييف...وبذلك لم يخرق أي مقتضى، والفرع من الوسيلة على غير أساس"[287].

ثالثا: التكييف يعبر عن الحقيقة القانونية الموضوعية لا كما تبدو للقاضي فحسب، وإنما أيضا كما تبدو لغير القاضي، فعنصر الموضوعية هذا مشترك بين الجميع[288]، فجاء في قرار محكمة النقض:

"...إن المحكمة لما قضت بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد طبقا لما ينص عليها الفصل 306 من ق.ل.ع بعلة أن القانون المطبق على النازلة هو الفصل 618-3 من ق.ل.ع، فإنها تكون قد طبقت الأثر الناتج عن هذا **التكييف الذي يجعل العقد الرابط بين الطرفين باطلا ما دام أنه لم يحرر وفق الشكلية الواردة في الفصل 618-3** أعلاه"[289].

---

[287] قرار محكمة النقض عدد 312 بتاريخ 2019/06/27 في الملف التجاري عدد 2017/1/3/2380، نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة التجارية العدد 47، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية: https://juriscassation.cspj.ma/upl/2019/1636366530.pdf .

[288] عزمي عبد الفتاح عطية، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دراسة للالتزام القانوني بالتسبيب، 2016، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، الصفحة 273.

[289] قرار محكمة النقض عدد 70 بتاريخ 2015/04/01 في الملف رقم 2014/1/3/985، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة التجارية، العدد 23، سنة 2015.

رابعا: لابد من الإشارة إلى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ولو لم يبينها الأطراف، وإلا اعتبر ذلك موجبا للنقض، فقد ذهبت محكمة النقض إلى أن عدم إشارة المحكمة إلى أهم المقتضيات التشريعية التي طبقتها لا يخولها مراقبة حسن تطبيق القانون، فجاء في إحدى قراراتها: **"إن الطبيعة القانونية للعقود رهينة ليس بالتحديد الصادر عن الأطراف وإنما بالطبيعة المستخلصة من بنودها، ولذلك فإن على قاضي الموضوع أن يحدد هذه الطبيعة وأن يستخلص من هذا التحديد طبيعة هذه العقود"**[290].

خامسا: يجب تعليل التكييف وتسبيبه ليتأتى مراقبته من طرف محكمة النقض والتأكد من عدم مخالفة القانون، والملاحظ في هذا الصدد أن العديد من القضاة لا يلجأ في الغالب الأعم إلى تعليل التكييف، وتعليله لا يتم ذلك إلا ببيان المقدمة الكبرى والمقدمة الصغرى وإجراء المضاهاة والقياس، وفي هذا الإطار يجب عدم الخلط بين التعليل والتكييف باعتبار أن هذا الأخير هو الأداة الأولى ومادته، وأن التعليل هو وسيلة بيان التكييف وتوضيحه، مع الإشارة إلى أن هذا الخلط ظهر في بداية ظهور التعليل بفرنسا بمقتضى مرسوم 1788.5.8 الذي فرض في مادته الخامسة على القضاء ذكر الوصف القانوني للفعل المجرم، والإشارة إلى النص الذي يجرمه، ولم يكن التعليل هو عرض الأسباب الواقعية والقانونية التي يستند عليها الحكم[291].

وحسنا فعل المشرع المغربي حينما تدارك هذا النقص التشريعي في باب التكييف بمناسبة مشروع قانون المسطرة المدنية في صيغته النهائية، حيث حاول في الفصل 13 منه الإشارة ولو بإيجاز لعنصر التكييف ضمن مقتضيات قانون المسطرة المدنية، فنص فيه على أنه: **"تبت المحكمة في حدود طلبات**

---

290 قرار محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) عدد 07 لشهر بتاريخ 1976/01/17، منشور بمجلة المعيار الصادرة عن هيئة المحامين بقاس.

291 عبد العزيز فتحاوي، صناعة الحكم المدني، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية والدراسات، العدد 10، ماي 2010، المعهد العالي للقضاء، الصفحة 80 وما بعدها.

الأطراف، وفق التكييف القانوني السليم للوقائع المعروضة عليها، وطبق القوانين المطبقة على النازلة، ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة، ولا يمكن لها أن تغير موضوع هذه الطلبات أو سببها، ما لم يوجد نص قانوني يسمح لها بذلك، أو تعلق الأمر بقضايا ذات صلة بالنظام العام"[292].

ثانيا: الطبيعة الإلزامية للتكييف

أ: موقف الفقه والقضاء من إلزامية التكييف

إن القاضي المدني ملزم بإعطاء الواقعة المعروضة عليه الوصف القانوني السليم والحقيقي من تلقاء نفسه، لو لم يطلب منه الأطراف ذلك، مهتديا بالقواعد المنهجية والمعايير الوصفية التي يتم عن طريقها استقراء الوقائع المشابهة واستخلاص أوجه الشبه بينها، ولكي يصف القاضي الواقعة المعروضة عليه وصفا صادقا يجب عليه أن يستخلص كذلك دلالتها ليقوم بعملية وصفها.

لأجله أرجع بعض الفقه[293] أساس الالتزام بالتكييف إلى اعتبارين عمليين، أولهما سرعة الحسم في المنازعات المدنية بما يقتضي ذلك من إسباغ حكم القانون على واقعة الدعوى ولو بتغيير الوصف القانوني الذي أصبغه طرفي الدعوى عليها، دون إيقافها وبدء الإجراءات من جديد بخصوصها.

أما الاعتبار الآخر فيتمثل في مبدأ عدم جواز رفع الدعوى من جديد بين ذات الأطراف واستنادا إلى ذات الوقائع والبت فيها إذا لم تلتزم المحكمة بتمحيص وتدقيق الواقعة الأولى بكافة أوصافها وعناصرها.

لهذه الاعتبارات يكون قاضي الموضوع مطالبا أثناء تحرير حكمه القضائي تكييف الوقائع التي استخلصها من الدعوى، وذلك بالبحث عن النص

[292] مسودة مشروع قانون المسطرة المدنية، المملكة المغربية، وزارة العدل، صيغة الجمعة 7 يناير 2022.

[293] Merle et Vitu : Traité de droit criminelle, 6ème édition, 1988, T 1 ? BO 362, p : 47.

القانوني الواجب التطبيق، رغم غياب أية قاعدة تشريعية تيسر له سبل تكييف الدعوى تكييفا صحيحا سوى ما اكتسبه في إطار ممارسته العملية، والتكييف كما قلنا آنفا يقتضي مطابقة الوقائع للقانون، بحيث لا يمكن للقاضي الفصل في الدعوى المعروضة عليه فصلا مطابقا لما يقتضيه مفهوم العدل إن هو أخطأ التكييف، أو أحجم عن إعماله، والحال أنه ملزم للقيام به لأنها تحت رقابة محكمة النقض.

وهو نفس التوجه الذي سلكته محكمة النقض المغربية في قرار لها قضت بموجبه رفض طلب النقض ضد قرار استئنافي بعدما دفع طالب النقض بخطأ المحكمة في تكييف علاقة شغل بين طبيب ومقاولة يشتغل لديها، ومما جاء فيه تعليلها للقرار: **"بما أن القانون ينص على أن كل شخص التزم ببذل نشاطه المهني تحت تبعية مشغل واحد أو عدة مشغلين لقاء أجر أيا كان نوعه وطريقة أدائه؛ يعد أجيرا، فإن العقد الرابط بين المشغل وطبيب الشغل بالمؤسسة يكيف على أنه عقد شغل، ويستمد طبيب الشغل صفته كأجير من نوعية العمل الذي يقوم به لحساب المشغل. يبقى عنصر التبعية قائما حتى ولو مارس طبيب الشغل عمله في المقاولة بكل استقلال وحرية إزاء مشغله، إذ يبقى خاضعا لسلطته التأديبية"**.[294]

---

[294] قرار محكمة النقض المغربية، تحت عدد 447 الصادر بتاريخ 2009/05/20 في الملف المدني عدد 2009/1/5/851 منشور بمجلة المجلس الأعلى الصفحة 75.

مما جاء في تعليل القرار: "...في شأن الوسيلتين المعتمدتين في النقض مجتمعتين:

"...تعيب الطاعنة على القرار عدم ارتكازه على أساس قانوني وخرق مقتضيات الفصلين 50 و345 من ق.م.م، ذلك أن الفصلين المذكورين ينصان على ضرورة الإشارة إلى مستنتجات الأطراف وما أدلوا به من مستندات مع تحليل موجز لوسائل دفاعهم، وقد تمسكت ابتدائيا واستئنافيا بضرورة التمييز بين الأجر والأتعاب باعتبار الأجر عنصرا من عناصر عقد الشغل فيما الأتعاب هي مقابل خدمة يقدمها شخص من أشخاص المهن الحرة، وأكدت أن الأجر يثبت بورقة الأجر التي تقابلها الفاتورة بالنسبة للأتعاب، وأن المطلوب في النقض كان يتقاضى أتعابه مقابل فواتير تم الإدلاء بنماذج منها وهي تشير إلى رقم انخراط ضريبي وانخراط ذاتي مستقل لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، مما يستفاد منه أنه كان رب عمل بصفته طبيبا له عيادة خاصة وليس أجيرا لديها، وهو ما يؤكده إقراره بجلسة البحث حينما صرح بأنه يعمل لديها خلال أيام محددة ولمدة ساعتين في اليوم وانه لا يضع نفسه رهن إشارتها كأجير مضيفا أنه يتوفر على عيادة خاصة به وأنه متعاقد مع مقاولات أخرى يقدم لها نفس الخدمات مما يجعل الوثائق المذكورة وكذا الإقرار حججا ضده، إلا أن القرار(=)

وفي أحدث قراراتها، أكدت محكمة النقض على الصبغة الإلزامية للتكييف، وأعادت التنبيه إلى أن القاضي ملزم بتطبيق النص القانوني المناسب على الوقائع المعروضة عليه، فعللت قرارها بالقول:

"...وحيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم الابتدائي القاضي ببراءة المطلوب في النقض من الرعي في ملك الغير وتبنت تعليلاته التي اعتمدت في ذلك على أن الفصل 5 من ظهير 1942/08/15

(=)المطعون فيه لم يشر إلى ما أدلت به من وثائق ولم يتول مناقشتها ولم يعلل ردها وهو ما يشكل خرقا للمقتضيات أعلاه يبرر نقضه.

كما تعيب عليه فساد تعليله الموازي لانعدامه، ذلك أنها تمسكت أمام قضاة الموضوع بأنه رغم الطبيعة المدنية لعلاقتها بالمطلوب ما كانت لتضع حدا لها لولا الخطأ الصادر عنه والمتمثل في عدم القيام بواجبه بفرض شروط النظافة داخل المعمل، مثبتة ذلك بتقرير صادر عن المصلحة البيطرية التابعة للمندوبية الجهوية للفلاحة بأكادير، مؤكدة أن دور طبيب الشغل داخل شركة إنتاجية يرتبط بتوفير الشروط الصحية للمنتوج، إلا أن المحكمة اعتبرت نفسها في حل من بحث سبب فسخ العلاقة بدعوى عدم احترام مسطرة الفصل المنصوص عليها بالمادة 62 من مدونة الشغل، رغم أن المشرع لم يجعل هذه المسطرة إلزامية ولم يرتب أي جزاء على عدم احترامها، وقد تشبثت بكون دعوى المطلوب سابقة لأوانها طالما لم يتم احترام مسطرة الصلح التمهيدي المنصوص عليه بالمادة 41 من نفس المدونة قبل سلوك دعوى الفصل، مادام قد اعتبر نفسه أجيرا خاضعا لقانون الشغل، إلا أن القرار المطعون فيه اعتبر مقتضيات المادة 41 اختيارية بالنسبة للأجير رغم صيغة الوجوب التي وردت بها فكان بذلك فاسد التعليل وهو ما يعرضه للنقض.

لكن من جهة أولى، فإن مقتضيات الفصل 50 من ق.م.م تهم الأحكام الابتدائية لا القرارات الاستئنافية التي ينظمها الفصل 345 من نفس القانون، والثابت من القرار الاستئنافي موضوع الطعن بالنقض، وخلافا لما جاء بالوسيلة، الإشارة إلى أوجه استئناف الطاعنة المتمثلة في دفعها بأن العقد الرابط بينها وبين المطلوب في النقض لا يتضمن الشروط المتطلبة لاعتباره عقد عمل بمفهومه القانوني، لانعدام عنصر التبعية الذي يعتبر عنصرا أساسيا في عقد الشغل دون غيره من العقود، ولافتقاره لعنصر الرقابة والتوجيه ولكونه يمارس نفس النشاط بمؤسسات أخرى وكذا بعيادته، وردتها المحكمة بما لها من سلطة في تقدير ما عرض عليها، معتبرة أن العقد الرابط بينها وبينه يعتبر عقد شغل وأن صفته كأجير يستمدها من نوعية العمل الذي يقوم به لحسابها كطبيب شغل وأن أداءه لمهمته وإن كان يتم بكل استقلال وحرية إزاء مشغله وإزاء الأجراء فإنه يبقى خاضعا للسلطة التأديبية للمشغل، مستندة إلى ما قررته المادة 6 من المدونة من أن كل شخص التزم ببذل نشاطه المهني تحت تبعية مشغل واحد أو عدة مشغلين لقاء أجر أيا كان نوعه وطريقه أدائه يعد أجيرا، وهو ما يطابق وضع المطلوب الذي يثبته أيضا عقد العمل المؤرخ في 1999/12/1 مما يجعل العلاقة القائمة بين الطرفين علاقة شغل وهو ما انتهى إليه القرار ويبقى ما أثارته الطاعنة من خلاف بين الأجر والأتعاب وأن المطلوب كان يتقاضى مجرد أتعاب نقاشا جديدا يثار لأول مرة أمام المجلس الأعلى لا يمكن الالتفات إليه.

ومن جهة ثانية، فإن العلاقة الرابطة بين الطالبة والمطلوب لما كانت علاقة شغل فإن إنهاءها، بسبب خطأ جسيم نسب لهذا الأخير، يبقى خاضعا لمقتضيات مدونة الشغل المنتهية في ظله وهو ما يوجب على الطاعنة احترام مسطرة الفصل المنصوص عليها وجوبا بالمادة 62 وما يليها من المدونة الشيء الذي لم يتم في النازلة، فيكون القرار لما اعتبر الطاعنة بعدم احترامها المقتضى المذكور هي من أنهت العقد تعسفيا ورتب عن ذلك الآثار القانونية، مستبعدا ما تمسكت به من عدم احترام المطلوب مسطرة الصلح التمهيدي المنصوص عليه بالمادة 41 من نفس المدونة لعدم إلزاميتها، سليما فيما انتهى إليه ومعللا بما فيه الكفاية والوسيلتان لا سند لهم".

ينص على أن كل من أهمل حيوانات تحت حراسته إذا أضرت بملك الغير يعاقب...وأن المادة 15 من قانون قضاء القرب نصت على أنه من قاد دوابا موجودة تحت حراسته مما أشير إليه في الفقرة السابقة أو مر بها أو تركها تمر إما في أرض الغير يعاقب...**والحال أن المحكمة ملزمة بتطبيق القانون المناسب على الوقائع المعروضة عليها وهي غير مقيدة في ذلك بالنصوص الواردة في بصك المتابعة، كما أن الفقرة 26 من المادة 15 من قانون قضاء القرب تتعلق بقيادة الدواب وليس بالرعي، مما يكون قرارها جاء فاسد التعليل الموازي لانعدامه وبالتالي عرضة للنقض والإبطال"**[295].

ب: علاقة التكييف بالتعليل

لا شك أن هناك ارتباط قوي بين التعليل والتكييف، فكلاهما عمل يقوم به القاضي، ومادة التعليل هي التكييف[296]، إضافة إلى ذلك، لا نستطيع أن نصل إلى صحة أو خطأ التكييف إلا عن طريق التعليل، فإذا لم تعلل محكمة الموضوع حكمها تعليلا كافيا ومنطقيا توضح فيه الطريق والمنهج الذي سلكته في التكييف القانوني؛ لا تستطيع المحكمة الأعلى درجة الوقوف على سلامته، وهذا لا يعني أن صحة التعليل تؤدي بالضرورة إلى دقة وصحة وسلامة التكييف الذي قامت به محكمة الموضوع، فقد تبنى الأسباب بناء صحيحا

---

[295] قرار محكمة النقض عدد 6/1192 المؤرخ في 2021/05/19 في الملف الجنحي عدد 2021/6/6/6427. غير منشور.

[296] "إذ كانت العبرة في تكييف الدعوى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بحقيقة المقصود منها وفق الطلبات فيها وما يطرح واقعاً لها وكانت الطاعنتان قد أقامتا الدعوى بطلب الحكم بسد المطلات التي فتحها المطعون ضدهم في بنائهم المجاور لعقار الطاعنتين على سند من أن فتح هذه المطلات دون مراعاة قيد المسافة يمثل اعتداء على ملكهما، فإن التكييف الصحيح لهذه الدعوى يكون باعتبارها دعوى سد مطلات تتعلق بأصل الحق، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بأن اعتبر الدعوى من دعاوى منع التعرض التي يوجب القانون رفعها خلال سنة من تاريخ وقوع التعرض باعتبارها من دعاوى الحيازة ورتب على(=) (=)تجاوز هذا الموعد في رفع الدعوى قضاءه بعدم قبولها لرفعها بعد الميعاد فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه"
قرار محكمة النقض المصرية عدد 1863 لسنة 59 ق جلسة 18 / 11 / 1993 مكتب فني 44 ج 3 ق 330 ص 232 جلسة 18 من نوفمبر سنة 1993. https://www.mohamah.net/law/ تاريخ الزيارة 2019/11/06 الساعة 12.07.

وقانونيا ومع ذلك فقد تنطوي على تكييف خاطئ، فمن خلال عنصر التعليل تستطيع محكمة الطعن مراقبة مدى قانونية التكييف، فرقابة التعليل ما هي إلا رقابة على التكييف الذي يسبغه القاضي على هذه الوقائع ويلبسها الثوب القانوني الملائم والمناسب لها[297].

فالتكييف عملية تقوم على عنصرين هما القانون والواقع[298] كما هو الحال بالنسبة للتعليل، وكلاهما يقوم به القاضي؛ وهو واجب عليه وإلا تعرض حكمه للنقض، فكلاهما يخضع لرقابة محكمة الطعن؛ وكلاهما لا يتوقفان على طلب الخصوم، فالقاضي يقوم بعملية التكييف والتعليل دون أن يخضع ذلك لإرادة أطراف الدعوى مع أنهما يختلفان في بعض الوجوه[299].

وهناك علاقة متقاطعة بين التكييف القانوني ومنطوق الحكم، ذلك أنه لكي تتحقق الغاية التي يسعى إليها المتقاضي من طلب الحماية القضائية، يتعين أن يكون لقرار القاضي نتائج مجردة على الحالة الخاصة المطروحة عليه، بمعنى أن يجد القاضي في النظام القانوني القدرة على التدخل لإيقاف الاخلال بالقاعدة القانونية، وبتعبير أدق، أن تتضمن هذه الأخيرة آثرا قانونيا أو جزاء عن هذا الإخلال بالمفهوم الواسع للكلمة.

وباعتبار أن المنطوق هو عملية مركبة، تبدأ من استخلاص الوقائع وتنتهي بإصدار قرار نهائي، فإنه يكون من السهل التمييز بين مرحلتين أساسيتين، الأولى ترسم عملية التكييف القانوني، والثانية تكشف الجزاء أو الأثر القانوني.

---

[297] ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم معهد البحوث والدراسات العليا، بغداد، 1984، الصفحة 60.

[298] الطيب براده، الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، منشورات جمعية تنمية البحوث، الرباط، الصفحة 232.

[299] ولا أبالغ إن قلت بأن التكييف القانوني للوقائع هو لب صناعة القضاء وجوهرها ويمثل شطرا منها، إذ تتفاعل فيه عدة معطيات تجسد التكوين القانوني للقاضي وسرعة بديهته، ومستوى ذكائه، هذين الأخيرين اللذين يتفاعلان عند إنزال الوصف القانوني على الواقعة.

فإذا أخذنا مثلا الحكم المضمن في الفصل 78 من ق.ل.ع، فإننا نكون أمام فرضيتين اثنيتن، الأولى تجسد عملية التكييف القانوني، والمتمثل في قيام مسؤولية محدث الضرر، والثاني يفرز الجزاء أو الأثر القانوني والمتمثل في إلزام محدث الضرر بالتعويض.

وقد يصعب أحيانا الوقوف على حدود التميز بين هاتين المرحلتين، وذلك في الحالة التي لا يساعد فيها النص القانوني على إبراز هذه الحدود، فمثلا يقضي الفصل 46 من ق.ل.ع بما يلي: "الإكراه إجبار يباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه".

فإعمال هذا المفترض-حصرا-على أرض الواقع يفرز حكما له بناء كالتالي:

-**مرحلة التكييف القانوني**: ويستخلص من الوقائع المطروحة أن هناك تصرف غير قانوني نتجت عنه إرادة معينة.

-**مرحلة الجزاء أو الأثر القانوني**: هناك إذن إكراه

بيد أن التعبيرين معا لهما نفس المدلول، كل ما هناك هو أن عبارة "الإجبار غير القانوني" اختزلها المشرع في مفهوم قانوني أطلق عليه لفظ "الإكراه" وبالتالي يمكن أن نستبدل تلك العبارة بهذا المفهوم والعكس صحيح.

وترتيبا على ذلك، فالفرق بين المرحلتين أو العمليتين لا يوجد في محتوى أو مضمون المفترضتين، المفترض الذي يرسم عملية التكييف والمفترض المتعلق بالأثر القانوني، ولكن في وجهة النظر الخاصة بجوانب هاذين المفترضين، فإذا اعتبر القاضي بأن مفترض "هناك إذن إكراه" يلخص عملية المطابقة بين الوقائع والقانون، فإن الأمر يتعلق بعملية التكييف القانوني،

أما إذا تناوله من جانب أنه يشكل نتيجة لهذه العملية، فيصبح الأمر خاص بالأثر القانوني[300].

فمن حيث التعريف ، فالتعليل بشكل عام هو بيان الأوجه الواقعية والقانونية التي يرتكز عليها الحكم ويركن إليها القاضي في بناء قناعته ليتسنى للمطلع عليه معرفة المسلك الذي سارت عليها المحكمة في تقديم الحل النهائي للدعوى[301]، بينما أعطيت للتكييف عدة تعريفات، منها ما عرفه الفقه الفرنسي على أنه عمل ذهني يقوم خلاله القاضي بتقديرات وعمليات منطقية لحل قضية قياس منطقي، ومقدمته الكبرى في ذلك هي القاعدة القانونية والمقدمة الصغرى فيه الوقائع، وليس لإرادة القاضي شأن في هذا الحل لأنه يطبق القانون على الحالة الواقعية ويعبر عن إرادة القانون دون إرادته الذاتية[302].

إذا ثبت هذا قلنا، أن التعليل يختلف عن التكييف من عدة جوانب:

فمن من حيث الأسبقية، عملية التكييف تسبق عملية التعليل، والأخيرة تستند على الأولى، فأول ما يبدأ به قاضي الموضوع هو إعطاء الواقعة المعروضة أمامه الوصف القانوني اللائق لكي يستطيع الانطلاق في الدعوى وصولاً إلى الحل النهائي لها، بينما لا يكتب القاضي أسباب حكمه إلا بعد أن تنضج الدعوى وتكتمل كل الإجراءات ويصار إلى إصدار حكم يضمنه الأسباب الواقعية والقانونية التي كونت قناعاته في تبني اتجاه دون آخر، وإلا اعتُبر حكمه ناقصا للتعليل موازيا لانعدامه.

---

[300] عبد الحي وردي، تعليل الأحكام الجنائية ومتطلبات الأمن القضائي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-فاس-2019-2020، الصفحة 165-166.

[301] نبيل اسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003، الصفحة 69.

[302] زينب حسين عبد القادر، تكييف التصرف القانوني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1999، الصفحة 153.

فمن خلال هذا القرار يتضح بالملموس أن تكييف وقائع النازلة وإسقاط النص القانوني عليها سابق لمرحلة تعليل النتيجة التي انتهى إليها.

ومن حيث التنظيم، يختلف التعليل عن التكييف من كونه ينظم عادة في القانون الزجري، وهذا هو الحال بالنسبة لقانوني المرافعات العراقي والمصري حيث لم يرد ذكر التكييف فيهما ويبدو أن هذا الأمر هو الغالب، من حيث جواز الاتفاق على التكييف نصت المادة الثانية عشرة في فقرتها الثالثة من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على أن القاضي لا يستطيع أن يغير الأساس القانوني للدعوى إذا قيده الخصوم بذلك نتيجة اتفاق صريح فيما بينهم، فالقاضي في هذه الحالة يكون ملزماً بالتكييف القانوني الذي يرسمه الخصوم على وقائعهم في حدود الاتفاق المبرم صراحة بينهم، وفيما يخص الحقوق التي جعلها القانون موضوعاً لهذا الاتفاق.

من حيث ظهور التعليل في مسودة الحكم، حيث لابد للتعليل أن يظهر في قرار الحكم كعنصر شكلي شأنه شأن المنطوق بخلاف التكييف الذي يندمج في تفاصيل الدعوى وينتج أثره في الحكم.

أما من حيث الرقابة، تفرض محكمة النقض رقابتها على التعليل بشقيه الواقعي والقانوني، وإذا تبين لها أن التعليل الواقعي صحيح والحكم القضائي من حيث النتيجة أيضاً صحيح فلا تعير اهتماما لباقي عناصر الطعن وإن تعثرت محكمة الموضوع في مسألة القانون، بخلاف التكييف فإن محكمة الطعن تفرض رقابتها على التكييف باعتباره من مسائل القانون، كون التكييف يعني تشخيص الواقعة محل النزاع وفقاً لنصوص القانون، وبذلك يكون التكييف دوماً عمل قانوني، ومن ثم يتعين خضوع كل تكييف تقوم به

المحكمة لرقابة محكمة الطعن، وبالتالي فإن أي تعثر فـي التكييـف يؤدي حتماً إلى نقض الحكم[303].

أما من حيث علاقة التكييف بالاختصاص النوعي، فالتكييف يحدد المحكمة صـاحبة الاختـصاص للنظر في النزاع والتي تملك وحدها الفصل فيه، وهذا التكييف يولد دفع يتعلق بالنظام العام يمكن إثارته في كل مراحل الدعوى.

غير أنه لابد من الإشارة إلى أن صحة التعليل لا تؤدي حتما إلى سلامة وصحة التكييف، فقد تكون أسباب الحكم سليمة ومع ذلك يكون التكييف القانوني خاطئ، فإذا كان الحكم صائبا في منطوقه وتعليله؛ معيبا في تكييفه للواقعة؛ فإن الرقابة من طرف المحكمة الأعلى درجة تنصب على التكييف وتصححه دون المساس بالمنطوق، وهذا ما ذهبت عليه محكمة النقض المصرية بتعليلها: "إن الخطأ في تكييف التعاقد محل الدعوى ووصفه بأنه عقد غير مسمى مع أنه عقد مقاولة متى كان له تأثير هذا الخطأ على سلامة قضائه".[304]

المطلب الثاني: شروط تعليل الأحكام في المادة المدنية

يشترط لصحة تعليل الأحكام المدنية أن تكون الأسباب التي بُني عليها تعليل الحكم المدني موجودة واقعا وصحيحا قانونا، ويترتب على هذا الشرط أن الحكم القضائي يجب أن يُثبت بذاته الأسباب التي أدت إليه شكلا وموضوعا، وذلك إما صراحة أو ضمنيا ولكن بشكل لا يدع مجالا للشك حول توفرها.

---

[303] أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بلا سنة نشر، الصفحة 225-226.

[304] عبد الوهاب عرفة، تسبيب الأحكام المدنية، 2019، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الصفحة 341.

الفقرة الأولى: إيراد التعليل ضمن وثيقة الحكم القضائي

سنحاول من خلال هذه الفقرة تناول وجود شكلية التعليل ضمن وثيقة الحكم القضائي، حيث يتعين من جهة إثبات الوجود الشكلي لتعليلات الحكم القضائي (أولا)، كما يمكن أن تتضمن وثيقة الحكم تعليلا ضمنيا يُستشف من خلال تعليلات حكم أخر محال عليه (ثانيا).

أولا: بيان الوجود المادي لتعليل الحكم القضائي

أ: الوجود الصريح لحيثيات الحكم القضائي الابتدائي

يُقصد بالوجود المادي لأسباب الحكم المدني الوجود الخارجي لها، لأن التعليل هو الذي يُثبت فصل القاضي في الخصومة المعروضة عليه وفقا للقانون وطبقا للإجراءات المسطرية، فلا يكفي أن تكون الأسباب التي بنى عليها القاضي حُكمه قائمة في مخيلته أو ضميره، بل لابد أن يكون لها وجود خارجي في العالم المادي، ويجب أن تستمد أسباب الحكم من إجراءات الدعوى لأنها هي المصدر الوحيد الذي يجب أن يستمد منه القاضي قناعته، وعليه فلا يجوز أن يصدر الحكم مبنيا على العِلم الشخصي للقاضي[305].

والأصل أنه لا يشترط في عملية التعليل اتخاذها شكلا معينا على القاضي الالتزام به، إلا في حالة اشتراط القانون اتباع شكل معين، فإنه يجب حينذاك الالتزام بهذا الشرط وإلا اعتبر الحكم معيبا من الناحية الشكلية، وفي هذه الحالة لابد من إيراد التعليل في ورقة أو صحيفة الحكم، فإذا فُقد هذا العنصر في ورقة الحكم ينعدم الأخير ويفقد حجيته[306].

---

[305] عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، (دراسة مقارنة)؛ دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 2000، الصفحة 385.

[306] الأنصاري حسن، العيوب المبطلة للحكم وطرق التمسك بها، دون طبعة، 2009، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر ، الصفحة 33.

ومرد ذلك أن أسباب الحكم التي بُني عليها التعليل والمُضمنة بورقة الحكم تعتبر عملا قضائيا، لذلك وجب أن يحمل الحكم القضائي في طياته دليل صحته ومقومات وجوده، ولا يُقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية بأي ورقة أخرى من أوراق الدعوى[307].

ومما جاء في تعليلات محكمة النقض المصرية بهذا الشأن: **"...الأصل أن ترد أسباب الحكم كاملة في صلب ورقته ذاتها ولا تكملة أي ورقة أخرى، فيكون الحكم مشتملا على أسبابه السائغة والواضحة الدالة على أن المحكمة استوعبت وقائع النزاع ومحصت أدلة الخصوم والدفاع..."**[308].

والغرض المقصود من هذا الشرط كما بينه قرار النقض المصري هو تمكين الخصوم وغيرهم من مراقبة حسن سير العدالة، وحملُ القضاة على بذل الجهد في تمحيص القضايا وإخراج احكامهم على وجه يدعو إلى الاقتناع بأنهم قاموا بواجبهم من التحري والتمحيص والحكم وفق القانون.

جاء في تعليلات قرار محكمة النقض المصرية: "...ولو كان الغرض من تسبيب الأحكام أن يعلم من حكم لماذا حكم لكان إيجاب التسبيب ضربا من العبث، ولكن الغرض من التسبيب أن يعلم من له حق الرقابة على أحكام القضاء من خصوم وجمهور ومحكمة نقض ما هي مسوغات الحكم، وهذا العمل لابد لحصوله في بيان مفصل ولو إلى قدر تطمئن معه النفس والعقل إلى أن القاضي ظاهر العذر في إيقاع حكمه على الوجه الذي ذهب إليه...".

معنى ذلك أن يصدر الحكم متضمنا لأسبابه بصورة صريحة حتى تتمكن المحكمة الأعلى درجة من بسط رقابتها على صحته، والمقصود بالوجود

---

[307] محمد المنجي، كيفية رفع الطعن بالنقض، الطبعة الأولى، 2001، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الصفحة 655 وما بعدها.

[308] طعن في حكم مدني مصري تحت عدد 1844 لسنة 70 قضائية بجلسة 2001/12/24، أورده سعيد محمود الديب، موسوعة النقض المدني، 2011، الصفحة 232.

الصريح للتعليل هو كل تعبير من القاضي عن مسوغات قضائه، وكذا بيان الدوافع التي أدت إلى النتيجة التي خلص إليها في حكمه.

وغني عن البيان أن المحكمة تعقد جلساتها بالهيئة القضائية المشكلة لها والتي تختلف من القضاء الفردي إلى القضاء الجماعي[309] بحضور كاتب الضبط، هذا الأخير يُضمن كل ما راج بجلسة المحكمة بموجب محضر رسمي يُسمى محضر الجلسة[310]، ولا يتوقف دوره عند هذا الحد، بل يمتد إلى توثيق

---

[309] ينص الفصل الرابع من التنظيم القضائي للمملكة: تعقد المحاكم الابتدائية، بما فيها المصنفة، جلساتها مع مراعاة المقتضيات المنصوص عليها في الفصل 5 بعده، وكذا الاختصاصات المخولة لرئيس المحكمة بمقتضى نصوص خاصة، بقاض منفرد وبمساعدة كاتب الضبط، ما عدا الدعاوى العقارية العينية والمختلطة وقضايا الأسرة والميراث، باستثناء النفقة، التي يبت فيها بحضور ثلاثة قضاة بمن فيهم الرئيس، وبمساعدة كاتب الضبط.
إذا تبين للقاضي المنفرد أن أحد الطلبات الأصلية أو المقابلة أو المقاصة يرجع الاختصاص فيه إلى القضاء الجماعي، أو له ارتباط بدعوى جارية أمام القضاء الجماعي رفع يده عن القضية برمتها بأمر ولائي.
يتولى رئيس المحكمة الابتدائية إحالة ملف القضية على القضاء الجماعي.
يساعد المحكمة وهي تبت في قضايا نزاعات الشغل أربعة مستشارين تحدد طريقة تعيينهم بمقتضى مرسوم.

[310] إن محضر الجلسة المعد من طرف كاتب ضبط الجلسة، يصلح بالفعل لتكوين حجة قانونية تشهد على احترام بعض مقومات المرافعات، كما أنه يستعمل كوسيلة لترشيد الأحكام.
إن محضر الجلسة تقرير خطي يدون وفق النموذج المعد من طرف وزارة العدل الذي يتضمن في ديباجيته اسم المحكمة ورقم القضية وتاريخ الجلسة وأسماء الهيئة الحاكمة بما فيها كاتب الضبط.
ومن بين الأسس القانونية التي يجب أن يتضمنها محضر الجلسة، رقم القضية وتاريخ الجلسة ومكان انعقادها.
أسماء القضاء المشاركين بحضور النيابة العامة أو عدمه وكذا اسم كاتب الجلسة.
حضور أطراف القضية أو دفاعهم أو غيابه وكيفية توصله بالاستدعاء.
اسم المحكمة المعروض عليها القضية.
بيان طبيعة النزاع تسجيل المناداة على القضية وأطرافها.
تسجيل علنية الجلسة أو سريتها.
تسجيل دفوع الأطراف وموقف المحكمة منها.
تسجيل مآل القضية (تأخير –مداولة) أسباب التأخير
تسجيل تلاوة التقرير من طرف المقرر أو إعفاؤه من طرف الرئيس وعدم معارضة الأطراف.
تسجيل تبادل المذكرات بين الأطراف.
تسجيل المرافعات الشفوية.
تسجيل تصريحات الشهود والتراجمة في القضايا التي تتطلب ذلك.
تسجيل الأحكام والأوامر الصادرة من طرف المحكم.
توقيع المحضر من طرف رئيس الجلسة وكاتب الجلسة.
ومما يجب مراعاته في كتابة محضر الجلسة هو الدقة وتجاوز التشطيب أو المحو أو الإضافة بين السطور لأن كل عمل مثل هذا من شانه أن يثير الشك في قانونية وصدق هذه المحاضر.هذا ومحضر الجلسة من خلال قانون المسطرة المدنية يضطلع بامتياز هام يتمثل في تمتعه بدرجة الحجية المطلقة شريطة أن يكون صحيحا من(=)

منطوق الحكم بمحضر الجلسة التي تم فيها النطق وفق ما يقتضيه الفصل 51 من قانون المسطرة المدنية الذي جاء فيه: "يثبت كاتب الضبط الحكم في محضر الجلسة ويشار فيه إلى تاريخ صدوره في السجل المنصوص عليه في الفصل 31.

توقع أوراق المحاضر بعد كل جلسة من طرف رئيسها وكاتب الضبط..."

وهنا يمكن أن تثار مسألة تعارض المنطوق الوارد بمسودة الحكم الذي حرره القاضي احتراما لشكلية التعليل مع ما ورد في محضر الجلسة الذي دون فيه كاتب الضبط منطوق ذات الحكم.

وجب الإشارة إلى أن مثل هذه الحالات نادرة في الواقع العملي على مستوى المحاكم، وذلك بسبب استخدام التقنيات الحديثة في تحرير الأحكام القضائية مع ما توفره من وقت ومجهود لفائدة القاضي، بحيث يتم في غالب الحالات النطق بالأحكام وهي محررة باستثناء بعض القضايا الخاصة، كالقضايا الجنحية التلبسية، مما ينتفي معه وجود تعارض بين منطوق حكم القاضي الوارد بمسودته وبين محضر الجلسة الذي دون فيه كاتب الضبط منطوق الحكم، حيث يتم ذلك في وقت متقارب جدا لا يُتصور معه حصول مثل هذا التعارض.

(=)الناحية الشكلية وأن يضمن في كاتب الجلسة وهو ما يزاول مهام وظيفته ما عاينه أو تلقاه شخصيا في شأن الأمور الراجعة لاختصاصه.

ونظرا لأهمية محضر الجلسة اهتم القضاء كثيرا بهذا الجانب واعتبر أن حضور كاتب الضبط وعدم تحرير المحضر يؤدي إلى بطلان الإجراء الذي قام به القاضي، كما قرر إبطال المحضر الذي يحتوي على تصريحات مغفلة.

هذا ويجب على كاتب الجلسة أن يتقيد بتاريخ المحضر، حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية بأن إهمال هذا التاريخ يترتب عنه نقض الحكم والإجراءات بل واعتبرت أن أجل توقيع المحاضر من النظام العام، ومن تم يجب الالتزام به وذهبت إلى ان هناك مساسا بحقوق المحكوم عليه إذا لم يتمكن دفاعه من الاطلاع على المحضر في خمسة أيام بعد النطق بالحكم.

غير أنه إذا حدث تعارض بين ما هو مضمن بمحضر الجلسة وبين الأسباب الواردة بمسودة الحكم ذاتها، فإن العبرة إنما تكون بما جاء من أسباب في مسودة الحكم وليس بما ورد بمحضر الجلسة، وفي هذا عللت محكمة النقض المصرية قرارها بالقول: **"...عند قيام تعارض بين الحكم وبين ما أثبت بمحضر الجلسة، فإن العبرة بما أُثبت بالحكم ولا يجوز للخصم أن يجحد ما أُثبت به أو بمسودته من بيانات، إلا بطريق الطعن عليها بالتزوير وفقا للإجراءات التي أوجبها القانون، وهو رخصة قررها المشرع له إن شاء استعملها دون الحاجة إلى الترخيص له بذلك من المحكمة..."**[311].

وهو نفس النهج الذي سارت عليه محكمة النقض المغربية حينما عللت إحدى قرارتها بالقول: "...إن المحكمة لما ثبت لها من تنصيصات القرار المطعون فيه أن دفاع الطالبة قدم للمحكمة مذكرة كتابية ضمنها دفوعا شكلية وموضوعية وطلبات، **كما أثبت محضر الجلسة الصحيح شكلا أن دفاعيها بسطا في مرافعتيهما الشفويتين أمام المحكمة أوجه دفاعهما عنها، ثم قررت التداول في النازلة وأغفلت في منطوق قرارها البت فيما ذكر**، فإنها تكون بذلك قد خرقت المادة 370 م ق.م.ج وعرضت قرارها للنقض والإبطال"[312].

كما عللت قرار آخر لها بالقول: "...إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أدانت الطاعن من أجل الفعل المنسوب إليه وهو جنحة انتزاع عقار من حيازة الغير متبنيا علل وأسباب الحكم الابتدائي، والحال أن الأسباب والعلل المذكورة تفيد عدم استجماع المتابعة لعناصرها التكوينية وعدم ثبوت قيام الجنحة في حقه، وهو ما يجعل أسباب القرار كما وردت عليه متناقضة مع

---

[311] طعن مدني مصري رقم 2096 لسنة 60 ق جلسة 1994/07/10، أورده سعيد محمود الديب، موسوعة النقض المدني، 2011، الصفحة 118.

[312] قرار محكمة النقض عدد 697 بتاريخ 2015/06/26 في الملف عدد 2013/1/6/19638، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 79، سنة 2015.

منطوقه، مما يجعله في هذا الجانب من الدعوى مشوبا بعيب سوء التسبيب غير المؤدى بصفة واقعية ولا قانونية إلى نتيجة منطوقه"[313].

كما قد يُثار مثل هذا التعارض في الحالة التي يتم فيها النطق بالحكم على المقعد حيث يدون كاتب الجلسة منطوق الحكم في محضر الجلسة داخل قاعة الجلسات، ففي مثل هذه الحالات لا يمكن الأخذ بما ورد في مسودة حكم القاضي وترك ما ضُمن بمحضر الجلسة، لأن ذلك من قبيل العبث الإجرائي، وذلك لسبب بسيط هو أن كاتب الجلسة يدون في الحال بمحضر الجلسة قرار القاضي اعتبار القضية جاهزة للتأمل أو المداولة فيها ومن ثم النطق بالحُكم بشأنها على المقعد، مع ما يعنيه هذا من انتفاء كلي لأي فترة زمنية فاصلة بين الإجرائين لا يمكن معه تصور حصول خطأ من طرف كاتب الجلسة في تضمين المنطوق، خاصة وأن منطوق الحكم يتم التوقيع عليه مباشرة من طرف القاضي وكاتب الجلسة، بعد مراقبته والتأكد من صحته.

ب: الوجود الضمني لحيثيات الحكم الاستئنافي

قلت أن الأصل أن يرد تعليل الحكم في وثيقته بشكل صريح، أي أن تكون أسبابه صحيحة واضحة لا لبس فيها وذلك عندما تذكر المحكمة صراحة تبريراتها لتعليل ما قضت به سواء بالإيجاب أم بالسلب، وعندما ترفض طلبا أو دفعا ونحوه[314]، لكن قد ترد هذه الأسباب بشكل ضمني، يستدل عليها عن طريق غير مباشر مع أنها تعليلات لما اتجهت إليه في المحكمة في قضائها[315].

---

[313] قرار محكمة النقض عدد 1837 بتاريخ 2015/11/04 في الملف عدد 2015/6/6/1027 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الجنائية، العدد 26.

[314] نبيل إسماعيل عمر، تسبيب الاحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، الصفحة 467.

[315] يوسف محمد المصاروه، تسبيب الاحكام وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2010، الصفحة 175.

ويُمكن استخلاص الأسباب الضمنية عند قيام المحكمة بتعليل جزء من الطلبات وترك ما قضت بـه في الطلبات الاخرى محمولا على تلك الأسباب، فالتعليل الضمني بهذا المعنـى يعنـي مـا يمكـن استخلاصه بسهولة ويسر كونه نتيجة طبيعية للتعليل الصريح المذكور في ورقة الحكم كونه متوافقا معها أو تستفاد من مفهوم المخالفة.

فمثلا، إذا صدر حكم قضائي بعـدم ثبـوت الـدين وبطلان الحجز التحفظي الموضوع بناء على هذا الدين المطالب به، وعللت المحكمة فقط أسـباب عدم ثبوت الدين موضوع الدعوى، فان هذه الأسباب تفيد ضمنا بطلان الحجز الموضـوع استنادا لعدم وجود الدين وعدم ثبوته[316]، وتُستنتج هذه الأسباب من مجموع تعليلات الحكم حيث تدور وجودا وعـدما مع علاقة التبعية الضرورية بين الطلبات، بحيث يعد الفصل في إحداها فصلا ضمنيا في الأخرى التابعة لها، ويُكتفى بالرد الصريح على قسم منها دون الرد على القسم الآخر، وقد يُستنتج التعليل الـضمني من مفهوم المخالفة عندما تتضمن الأسباب التي يستند إليها الحكم القضائي الاعتراف بوقـائع معينـة بـشكل صريح، فإنها بنفس الوقت تتضمن أسبابا غير صريحة لرفض الطلبات المقدمة بشأن كل ما يُخالف ثبوت هذه الوقائع[317].

أيضا فإن تبني المحكمة لوجهة نظر معينة في تفسير القـانون يعنـي ضـمنا وبشكل غير صريح استبعاد وجهة النظر المختلفة، أو قبول القاضي لمسألة ما فإنه ضمنا يرفض كل ما يخالف قبول هذه المسألة، وتكون أسباب عدم القبول في هذه الحالة ضمنية.

وقد يأتي تعليل أسباب الحكم القضائي أيضا عن طريق الإحالة إلى أسباب حكم آخر أو إلى أسباب تقرير الخبرة المأمور بها، ويكون القاضي

[316] نبيل إسماعيل عمر، تسبيب الاحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، م سابق، ص 467.
[317] نبيل إسماعيل عمر، المرجع نفسه، الصفحة 54-55.

المُحيل بهذا قد أعفى نفسه من التعليل، واعتنق تعليلات الحكم أو القرار أو الخبرة التي أحال عليها أسبابا له، وقد تكون هذه الإحالة جزئية بأخذ جزء منها يُكمل بها أسبابه الخاصة[318].

والمقصود بالإحالة إلى أسباب حكم آخر أن يقوم القاضي أو القضاة مصدروا الحكم القضائي بالاكتفاء بالإشارة في حكمهم إلى اكتفائهم بالأسباب التي وردت في حكم سابق صدر في الدعوى ذاتها وبين ذات الخصوم، وهذا كثيرا ما نُصادفه في قرارات محاكم الاستئناف، خاصة عندما تقرر تأييد الحُكم الابتدائي فيما انتهى إليه، حيث تحيل في تعليل قرارها إلى التعليل الذي بنت عليه المحكمة الابتدائية حُكمها، ومهما كان مضمون هذا التعليل الابتدائي، فهو من الناحية الشكلية متوفر في حكم سابق ولو لم يتم الإشارة إليه (التعليل) في الحكم الجديد الذي ذكر شكلها ضمنيا وليس بشكل صريح، وهو ما يسمى عمليا بمبدأ "التعليل بالإحالة".

وفي هذا الشأن جاء في تعليل لقرار محكمة النقض المصرية[319]:
"...ليس في القانون ما يمنع المحكمة الاستئنافية عند وضع حكمها من أن تستند فيه إلى الأسباب التي قام عليها الحُكم الابتدائي؛ وتحيل إليها متى أشارت إلى اعتمادها هذه الأسباب وأخذها بها، أصبح الحكم الابتدائي جزءا متمما للحكم الاستئنافي...".

وهو نفس النهج الذي نهجته محكمة النقض المغربية حينما لم ترتب أي جزاء في حالة التعليل بالإحالة، وهو ما أكدته في قرار لها بالقول:

"...إن مقتضيات المادة 92 من مدونة السير أوجبت على كل سائق أن يكون في حالة بدنية وعقلية تمكنه من سياقة مركبته أو حيواناته وفي التحكم

---

[318] علي الحديدي، القضاء والتقاضي وفقا لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء2، الطبعة 1، 1998، دون دار النشر، الصفحة 273.

[319] أورده يوسف المصاروة، مرجع سابق، الصفحة 162.

فيها باستمرار، **والمحكمة لما تبنت علل وأسباب الحكم الابتدائي فيما قضى به** من عدم تحكم في القيادة وجرح غير عمدي في حق الطاعن لكون سيارته وحسبما انتهت إليه الضابطة القضائية قد اصطدمت بالجهة الخلفية اليسرى لمقطورة الشاحنة التي وحسب الرسم البياني قد وجدت ملتزمة لأقصى يمينها حسب خط سيرها في حين تحول اتجاه تلك السيارة، تكون قد اعتبرت أن الطالب لم يكن وقت وقوع الحادثة ملتزما بما تمليه عليه مقتضيات المادة 92 أعلاه فتسبب عن غير عمد في إصابة الغير بجروح نتج عنها عجز مؤقت عن العمل لمدة تفوق واحدا وعشرين يوما، **وجاء قرارها مؤسساً ومعللاً تعليلاً سليماً وكافيا"**[320].

مما يجب عدم إغفاله في هذا الشأن، أنه وقع اختلاف بين الفقهاء في وجود فكرة السبب الضمني، حيث ذهبت فئة قليلة إلى إنكار فكرة السبب الضمني، ورأو أن الأسباب الضمنية ذا طابع شخصي، ويقصدون بذلك؛ أنها تخضع لشخصية القاضي الذي طُعن في الحكم أمامه، وذلك لأن القضاء قد يعتد بها في بعض الأحكام، ولا يأخذ بها في قضايا مماثلة، حيث يبطل الحكم لانعدام الأسباب لعدم الرد على طلب من الطلبات، ولأنها تؤدي إلى إنكار حالات الإعفاء من التعليل رغم وجود نص تشريعي بالإعفاء منها، ولأنه يمكن أن تعلل في كل حالات الإعفاء بوجود سبب ضمني، مما يؤدي إلى حصول اضطراب في فهم أسباب الاقتناع الموضوعي لقاضي الحكم، وهو ما يؤثر سلبا في قناعة الخصوم بعدالة الأحكام ومطابقتها للقانون، ويزيد من أعباء المحكمة الأعلى درجة في رقابتها على منطقية وقانونية التعليلات.

في حين يسلم غالبية الفقه والقضاء بوجود فكرة السبب الضمني، ويعتبر هذا السبب قائما وموجودا، وغاية الأمر فيه أن القاضي لا يُصرح به.

---

[320] قرار محكمة النقض عدد 2/1042 بتاريخ 2015/09/16 في الملف رقم 49-2015/9548، منشور بموقع م. أ. س. ق: https://juriscassation.cspj.ma/upl/2015/1639145726.pdf

فالوجود الضمني للأسباب إذن، هو كل مظهر تتخذه المحكمة متى كان هذا المظهر لا يمكن تفسيره إلا على أنه مبررا لما انتهت إليه من قضاء، فالأسباب الضمنية تتمثل في كل تعبير غير مباشر يستدل منه بطريق غير مباشر على مبررات صدور الحكم[321]، وعرفها بعض الفقه الفرنسي بأنها: تلك التي تنتج من مجموع الحكم إذا لم يتضمن على نحو صريح وواضح أسبابا خاصة لكل من المسائل التي تصدى لمناقشتها[322].

وعليه فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية، فكرة الأسباب الضمنية، حيث قضت بأن أسباب الحُكم المطعون فيه الصادرة في شأن رفض طلب سداد الدين تعد في ذاتها أسبابا ضمنية للقضاء برفض طلب سداد الفوائد، واستمرت الأحكام على هذا النهج؛ إذ قضت بعد ذلك بأنه متى انتهت المحكمة في أسبابها إلى ثبوت واقعة معينة فإن هذه الأسباب تعد أسبابا ضمنية لرفض طلب تقديم الدليل على مسألة متعارضة معها"[323].

ونحن إذ نؤيد فكرة الوجود الضمني لأسباب الحكم القضائي لاقتناعنا بكون المحكمة غير ملزمة دائما بمتابعة الخصوم في كل مناحي دفوعاتهم

---

321 جاء في قرار محكمة النقض المغربية: "...المحكمة لما عللت ما انتهت إليه من تبرئة المطلوب من جميع المنسوب إليه بقولها :"ان الظنين الأول (المطلوب) لم يرتكب أية مخالفة لقواعد السير وان المتسبب في الحادثة هو الظنين الثاني (الطالب) الذي توقف بالطريق السيار رغم كون ذلك ممنوعا بمقتضى القانون كما هو مشار إليه بعلامات التشوير على طول الطريق السيار زيادة على عدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة" وأن السرعة بمكان الحادثة محددة في 120 كلم في الساعة ولا يوجد من بين أوراق الملف ما يفيد أن المطلوب كان وقت الحادثة يسير بسرعة تتجاوز الحد المسموح به على الطريق السيار، تكون قد استندت إلى سلطتها التقديرية في تقييم الوقائع المعروضة عليها واعتبرت أن المطلوب كان وقت ارتكابه للمنسوب إليه في حالة استحال عليه معها استحالة مادية تجنب وقوع الحادثة وذلك لسبب خارجي لم يستطع مقاومته والمتمثل في توقف السيارة ستروين ضدا على ما يقتضيه القانون وهو ما يشكل أحد الأفعال المبررة التي تمحو الجريمة عملا بمقتضيات الفصل 124 من القانوني الجنائي، ومن ثم يكون القرار محل الطعن بالنقض لما تبنى علل وأسباب الحكم الابتدائي قد جاء مؤسسا غير خارق لأي مقتضى قانوني وما بالوسيلة عديم الأساس".
قرار عدد 2/231 بتاريخ 2016/02/24 في الملف الجنحي رقم 2015/7362، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:https://juriscassation.cspj.ma/upl/2016/1639493628.pdf

322 انظر قرارات محكمة النقض الفرنسية في باب الأسباب الضمنية، D.P 1970-1-241.REC.Civ f.2/2/1970, page 143. أشار إليه يوسف المصاروة، مرجع سابق، الصفحة 186.

323 يوسف المصاروة، المرجع نفسه، الصفحة 186.

ومختلف حججهم[324]، وأن تجيب عن كل دفع غير مؤسس، وأن تبرهن على عدم صوابية حجة أدلي بها ما دام الرد يُفهم من خلال مفهوم المخالفة لتعليلات الحكم الصريحة، وسندنا في ذلك ما تواتر من قرارات محكمة النقض المغربية التي تتضمن عبارات تفيد الأخذ بالتعليل الضمني، من قبيل: "من غير حاجة لبحث باقي الوسائل المستدل بها"، أو: "وحيث إنه لا حاجة لبحث باقي الوسائل المستدل بها".

في هذا الشأن؛ عللت محكمة النقض قرارها[325] بالقول:**"...لكن ردا على ما أثاره الطاعن؛ فإن محكمة الاستئناف في قرارها؛ أجابت بكون الأسباب التي بنى عليها المستأنف طعنه قد أجيب عنها بما فيه الكفاية في الحكم الابتدائي المطعون فيه؛ وبما يغني عن إعادة مناقشتها من جديد، وذلك بعدما تبين للمحكمة الابتدائية كون الطالب في النقض حضر إجراءات خبرة الخبير فريد حيدر؛ الذي توصل في تقريره؛ إلى أن مساحة العقار المدعى فيه لا تتجاوز 193 متر مربع، والتي لم ينازع الطاعن في إجراء قسمة فيه، ولم يقم دليلا يخالف ذلك، كما توصل الخبير إلى كون العقار غير قابل للقسمة العينية بالنظر إلى تعدد المالكين (سبع نسوة ورجلين)، وأما ما تعلق بوثيقتي التنازل ورسم الشراء، فقد أدلى بهما لأول مرة أمام محكمة النقض ولم تعرضا على قضاة الموضوع، لذلك يتعين ردهما، ويبقى بذلك القرار مؤسسا وما بالنعي غير قائم على أساس".**

ومن تطبيقات الوجود الضمني للأسباب كذلك؛ أنه لا يعيب الحكم استناده إلى تقرير خبير في الدعوى من غير أن يرد على ما تضمنه تقرير خبير آخر، لأن المحكمة غير مقيدة برأي الخبراء؛ فلها أن تأخذ برأي أو بآخر

---

[324] جاء في قرار محكمة النقض عدد 2/685 بتاريخ 2006/09/12:" إن المحكمة غير ملزمة بتتبع الخصوم في جميع مناحي أقوالهم ومستنداتهم ومناقشاتها والرد عليها، بل يكفيها أن تضمن في قراراتها الأسباب التي تبررها". منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 69، 2008، الصفحة 187.

[325] قرار عدد بتاريخ 2015/05/12 في الملف الشرعي عدد 2014/2/2/833، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 79، الصفحة 106-107.

شريطة تعليل ذلك، لأن ذلك مما تستقل به متى وجدت فيه ما يكفي لتكوين قناعتها، ولا عليها إذ لم تورد أسبابا خاصة للرد بها على التقرير الذي لم تأخذ به، لأن مؤدى الأخذ برأي أحد الخبراء بأن المحكمة لم ترى في الآراء الأخرى ما يغير اقتناعها في الدعوى، ولا يعيب الحكم سكوته عن الرد على بعض المستندات التي تمسك بها الخصم في تأييد دعواه، إذا لم تكن لها علاقة بالدعوى أو لا تؤثر في جوهر الحكم بشرط أن لا تغفل المحكمة الرد على مستند هام أو دفع جوهري يتغير به وجهة نظرها في الدعوى لو تعرض له الحكم، وإلا كان الحكم مشوبا بنقصان التعليل الموازي لانعدامه.

من تطبيقات ذلك ما أكدته محكمة النقض المصرية، بقولها: **"...سلطة محكمة الموضوع في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة دون إلزامها بتتبع الخصوم في كل مناحي دفاعهم والرد عليها استقلالا طالما في الحقيقة المنتهية إليها الرد الضمني المسقط لها"**[326].

على نفس النهج سارت المحاكم المغربية واعتبرت أن القرار الاستئنافي أو الحكم الابتدائي، لا يكفيه أن يشير إلى دفع ما في صلب قراره وعدم الجواب عليه حين التعليل، فإن الوقوع في هذا الأمر يجعل منه فاسد التعليل الموازي لانعدامه ومعرضا للنقض.

وبالرغم من ذلك، فالمحكمة غير ملزمة للرد على كل الطلبات والدفوع، فلا يمكن لها مسايرة الأطراف في جميع مناحي دفوعهم، لكنها ملزمة بالرد على الدفوع التي من شأنها التأثير على مسار الدعوى، وقبل ذلك، يتعين

[326] حكم محكمة النقض المصرية، الطعن 204 لسنة 2011 جلسة 2012/01/10، منشور بموقع رواق الجمل، ahmedazimelgamel.blogspot.com. السبت 2015/01/31.

أن يكون الدفع قد أثير وفق الشكل المتطلب قانونا، كما يتعين صياغة الدفع بشكل واضح دون غموض[327].

بذلك نخلص إلى أنه لا يضر القرار عدم الجواب على الدفوع غير المنتجة في الدعوى، وإنما ما يضره حقيقة ويعرضه للنقض هو عدم الجواب على كل دفع مهم في الدعوى من شأنه تحديد النتيجة التي قد يخلص لها القرار، وفي هذا الاتجاه جاء قرار النقض، بقوله: "...لكن حيث إن القرار المطعون فيه لم يرتب أي أثر على ما أورده من أن القرض العقاري والسياحي كان عليه داخل أجل معقول المطالبة بدينه وألا ينتظر أكثر من عشر سنوات ليطالب به، كما أن الوسيلة لم تبين مكمن نعيها عليه بخصوص تأثيره على مآل القرار المطعون فيه، الذي لم يخرق أي مقتضى وأتى معللا بشكل سليم، ومرتكزا على أساس والوسيلة على غير أساس"[328].

ثانيا: الترابط المنطقي لتعليلات الحكم القضائي

إن المقصود بمنطقية التعليل أن تتبع المحكمة في فهمها للقضية والأدلة القائمة فيه خطوات منطقية معينة، بحيث تنتهي إلى التطبيق السليم للقانون وتحقق الرقابة على منهجها فيما خلصت إليه من نتيجة.

والاستدلال الذي يقوم به القاضي يجب أن يتصف بالمنطقية وذلك حتى يتولد عنده الاقتناع بما خلُص إليه منطوق حكمه بما يُحقق الغرض من التعليل، لأجله؛ لا بأس من استعراض للعلاقة بين علم المنطق والاستدلال القضائي.

---

[327] صناعة الحكم المدني، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية والدراسات، العدد العاشر ماي 2010، الصفحة 101.

[328] قرار محكمة النقض رقم 1895 الصادر بتاريخ 2010/12/23 في الملف عدد 2010/1/3/189؛ قرار غير منشور.

أ: العلاقة بين علم المنطق والاستدلال القضائي.

معلوم أن علم المنطق علم عقلي يقوم على اتباع قواعد معينة في التفكير تؤدي إلى سلامة النتيجة المترتبة على ذلك، فهو العلم الذي يمدنا بأدوات التحيل والبرهان، على وجود النية التي تدعم القضية المطروحة للبحث للوصول إلى نتيجة معينة، هو يعتمد على مقدمة كبرى هي أساس الاستدلال، ومقدمة صغرى وهي القضية موضوع الحل، ثم النتيجة التي وهي القضية المنتجة في ملف الدعوى[329].

وتكمن العلاقة ما بين علم المنطق والاستدلال القضائي في كون أن أقرب العلوم الانسانية إلى المنطق هي تلك العلوم التي تعتمد على العقل في دراسة الظواهر والمشكلات التي تنجم عنها ووضع الحلول لها.

ولما كانت العلوم القانونية في شأنها وفي تطبيقاتها تعتمد على العقل والاستدلال فإن المنطق يلعب دورا كبيرا بالنسبة لها سواء ما تعلق بتطبيق القانون أو ما يتصل بإثبات الدعوى، ونسبتها للمدعي من عدمها.

ولقد تزايدت أهمية المنطق بالنسبة للاستدلال القضائي في العصر الحديث، وذلك بعد أن أصبح القاضي ليس آلة أو صوتا يردد ألفاظ القانون ونصوصه ولكن أصبح له سلطة في تفسيره وتطبيق نصوصه وذلك وفقا للمصلحة الاجتماعية التي يحميها[330].

وبغرض التدليل واقناع الخصوم ومحكمة النقض، بصحة وكفاية الاستدلال القضائي لقضاة الموضوع، وعما إذا كان يؤدي وفق قواعد المنطق إلى النتيجة المترتبة عليه أم لا، وهذا ما يحقق وظيفة القانون في المجتمع.

---

[329] يزيلي سالمون: المنطق، ترجمة جلال موسى، ط 2، دار الكتاب اللبناني، سنة، 1956؛ ص: 20.

[330] Chaïm Perelman : Méthodes du droit logique juridique, Dalloz 1979, page 22

وبذلك يتضح لنا أن علم المنطق وثيق الصلة بتطبيق القانون، فهو الآلة التي تمكن القاضي من تفسير القانون وتأويل نصوصه التأويل الصحيح، وهو الضابط لفكر القاضي من الانحراف ومنهجه في الفهم الصحيح للواقعة والأدلة القائمة في الملف من أجل الوصول إلى الحقيقة القضائية التي تتلاءم مع الواقع والقانون[331].

فدور المنطق إذن بالنسبة للاستدلال القضائي؛ لا يقف عند استخلاص النتائج التي تترتب منطقيا على المقدمات التي هي أساس الحكم، ولكن مجاله يمتد أيضا؛ إلى تكوين المقدمات ذاتها؛ سواء المقدمة الكبرى (القانون)؛ أو المقدمة الصغرى (الواقعة)؛ وذلك من أجل إعطائها المضمون القانوني الصحيح[332].

مما تقدم يتضح بأن الاستدلال بشكل عام عملية تهيئة وتأليف أدلة معينة تكون ذي قوة وشأن في تحقيق التصور اللازم للوصول إلى مجهول معين، لذا فإن الفرق جلي بين الاستدلال وبين الدليل؛ ذلك أن الأخير يشكل حلقة ضمن مفردات الاستدلال؛ وأنه لا يمكنه القيام دونما ذلك الدليل.

ويتكون الاستدلال المنطقي من عنصرين رئيسيين وهما:

الأول وهو الاستدلال المباشر: ويعد الاستدلال مباشرا؛ إذا تم الوصول الى النتائج المطلوبة بشكل مباشر دونما اللجوء إلى قضية أخرى لازمة لذلك المطلوب، فاذا ما أردنا على سبيل المثال إثبات وجود الروح فإننا نقيم الدليل على وجودها بشكل مباشر؛ أو على الأقل؛ أن نحقق البرهان على نقيض تلك القضية أو عكسها المستوي أو عكس نقيضها، فاذا ما تمكنا من إقامة البرهان

[331] Michil Miaille : une introduction critique au droit, paris 1982, page 201.

[332] عزمي عبد الفتاح: تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية؛ مرجع سابق، ص 456.

على المطلوب إثباته من خلال إحدى الطرق أنفة الذكر، فان الاستدلال يأخذ والحالة هذه صفة الشكل المباشر.

كأن يُصار إثبات عدم وجود الروح، فإذا تمكنا من الوصول إلى نتيجة معينة في تحقيق هذه القضية، فإن التلازم الموجود بينها وبين القضية الأصل يصح أن يعتمد سبيلا لنوع معين من إثبات القضية التي تعذر الاستدلال فيها وتحقيق نتيجتها، ويُعد ذلك من المسائل الممكنة بفعل طرق الاستدلال المباشر[333].

أما الاستدلال غير المباشر، فيُصار إليه إذا ما تعذر الوصول إلى الحقيقة بشكل مباشر، فقد يكون من المتعذر في قضايا معينة برهنة الفعل الجرمي من خلال إقامة الدليل المباشر للإثبات، فيتم اللجوء إلى طرق الاستدلال غير المباشر، اذ تعد هذه الأخيرة أسمى مقاصد المنطق؛ وتسمى مباحث الحجة أي الدليل، كونها تدل على الموضوعات المراد إثباتها، وبإثباتها يتحقق التصديق اللازم، وتتحدد طرق الاستدلال غير المباشر من خلال:

أ-القياس، ويعرف بأنه قول مؤلف من قضايا إذا سلمت لزم منه لذاته قولا أخر، ويتميز القياس بأنه من أهم طرق الاستدلال غير المباشر؛ إذ يُصار اعتماده لا في القضايا الأصولية أو الفقهية فحسب، وإنما يعمل به في ميدان العلوم المختلفة طبيعية كانت أو نظرية أم كانت تعتمد على التجربة.

ب-الاستقراء، ويراد به الدراسة الذهنية لجزئيات متعددة؛ بغية الوصول الى حكم عام، ويعد الاستقراء هو الأخر من طرق الاستدلال غير المباشر ذات الأهمية البالغة في مقام السعي لاستخلاص الكليات أو القواعد العامة.

[333] عبد الرحمن بدوي، منطق أرسطو، الجزء الأول، الطبعة الأولى، و كالة المطبوعات، الكويت، دار القلم، بيروت، لبنان، 1980، الصفحة 103 وما بعدها.

ويذهب جانب من الفقه إلى إخراج الاستقراء من طرق الاستدلال، ذلك أن النتائج فيه تأتي أكبر من مقدماتها، لأنها تنتهي إلى حكم عام وليس كما عليه الأمر في القياس أو التمثيل، أي التطابق؛ إذ تأتي النتيجة دائما مُساوية أو أصغر من المقدمات، اذ تكون مستنبطة في المقدمات خلافا لما عليه الوضع في الاستقراء؛ إذ لا تستبطن النتيجة المقدمات، وفي ذلك يُميز بين الاستنباط والاستقراء، فعندما ينتهي البحث والترتيب في المقدمات إلى نتيجة مُساوية أو أصغر من المقدمات نكون أمام عملية استنباط، وحيث العكس؛ أي أن النتيجة تكون أكبر من المقدمات[334]، أي نخلص إلى حكم عام؛ فهنا نكون أمام عملية استقراء لا استنباط.

ج: الاستنتاج، ويُقصد به عملية انتقال ذهني من حكم شيء معين؛ إلى شيء أخر، وذلك لوجود اشتراك بينهما في مورد معين[335].

ويتضح من هذا البيان لمفهوم الاستنتاج، أنه يتطابق مع مفهوم القياس الذي يصار الحديث عن إمكانية اللجوء إليه في ميدان الأحكام المدنية، فيُصار الحديث مثلا عن إمكانية اللجوء إلى القياس في القوانين المدنية، وذلك بحكم وجود علة مشتركة بين مسألتين[336].

في وقت يتضح فيه من تعريف المراد بمفهوم القياس المنطقي أن هذا الأخير يعد مدلولا واسعا ذي أهمية كبرى، اذ أن معظم أبحاث علم المنطق ترتكز حول مفهوم القياس[337].

---

[334] محمد باقر الصدر، الأسس المنطقية للاستقراء، دار المعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 2008، الصفحة 11 وما يليها.

[335] أحمد عبدة خير الدين، علم المنطق، بدون دار نشر أو سنة طبع، الصفحة 30.

[336] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون سنة الطبع، الصفحة 134.

[337] أبي بكر عبد الرحمان، تحفة المحقق في شرح نظام المنطق، الطبعة الأولى، مطبعة المنار بشارع مصر القديمة، سنة 1330 هـ، صفحة 238.

من جهتنا نعتقد أن طرق الاستدلال غير المباشرة تعد من أهم وسائل الاستدلال المنطقي للوصول إلى حكم معين، لذلك نجد أن القضاء الزجري يؤكد في العديد من أحكامها على ضرورة أن تبنى عقيدة القاضي على منطق سليم، أي يجب أن يستدل القضاء بشكل منطقي على ما يجهله من وقائع الدعوى، فهو من أكثر الجهات التي تدعو الى اعمال قواعد المنطق اذ يتعامل مع مجهولات متعددة، لا سبيل للوقوف على العلم والتصديق بها دون اللجوء الى القواعد المنطقية السليمة[338].

ب: العلاقة بين الاستدلال القضائي وشرط التعليل

إن أول اهتمام بالاستدلال القضائي كان بمناسبة المؤتمر الدولي الحادي عشر للفلسفة المنعقد ببروكسل عاصمة دولة بلجيكا سنة 1953، والذي كان من تنظيم المركز الوطني للبحوث المنطقية (C N R L)، حيث ناقش هذا المؤتمر نظرية البرهان التي تزعمها أستاذ المنطق القانونيPerlman Chaïm ، حيث طرح هذا الأخير سؤالا يتعلق بارتباط موضوع الاستدلال المنطقي بالحكم الجنائي. وخلص المؤتمر إلى أن الحكم القضائي بصفة عامة والحكم الجنائي بصفة خاصة هو إعلان لفكر القاضي، وأن هذا الحكم ما هو إلا استدلال قضائي معين يُصور العلاقة العلمية والمنطقية بين أجزائه.

وبالتالي فإن دراسة الاستدلال المنطقي هي دراسة تنتمي لعلم المنطق ويُعرف الاستدلال القضائي؛ على أنه العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي بُغية الوصول إلى برهان كاف لصحة النتيجة التي انتهى إليها في تقديره لواقعة

[338] في هذا الصدد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى: "أن لمحكمة الموضوع استخلاص صورة الواقعة كما ارتسمت في وجدانها بطريق الاستنتاج والاستقراء وكافة الممكنات العقلية مادام ذلك سليما؛ ومتفقا مع حكم العقل والمنطق".
قرار محكمة النقض 14 أبريل، 1983، سنة 74، رقم 102، مجموعة أحكام النقض، ص 515، كذلك نقض 17 مارس سنة 1985، سنة 32، رقم 70 الصفحة 409.

الدعوى وأدلتها؛ من خلال الأصول العقلية والضوابط المنطقية[339]، وبذلك يتضح لنا بأن الاستدلال القضائي الذي تقوم به المحكمة قد يتعلق بتطبيق القانون، وقد يتصل بفهم الواقعة والتدليل على ثبوتها أو عدم ثبوتها.

إن الاستدلال القضائي في تطبيق القانون على الواقعة يفيد أن تطبيق المحكمة للقانون ليس عملية آلية جامدة، ولكنه عمل استدلالي يعتمد على النشاط الذهني الذي يقوم به التكييف القانوني للواقعة؛ وفقا للمعطيات المتوفرة والنص القانوني الذي تطبق عليها، وعن طريق رقابة هذا الاستدلال يمكن التحقق من مطابقة الحكم للقانون أو مخالفته له.

فمن جهة أهمية المنطق في تطبيق القاعدة القانونية، فإن قواعد المنطق تلعب دورا مهما في تطبيق المحكمة للقانون وفهم نصوصه الفهم السليم، ولذلك فإن الأسباب التي تكشف عن الاستدلال القضائي لقاضي الموضوع في تطبيقه للقانون لا تظهر عدالته عندما يكون مستندا إلى قواعد منطقية تتطابق مع القانون. ويلعب المنطق القانوني دورا هاما في وصول القاضي إلى التفسير الصحيح لنصوص القانون قبل تطبيقها، لما يتمخض عنه في النهاية من صحة التكييف القانوني الذي يسقطه على الواقعة واختياره الصحيح للنص القانوني الذي ينطبق عليها[340].

وهذا التفسير ذو طبيعة منطقية لأنه عبارة عن عمليات عقلية منطقية تعتمد على الحدس المجرد للمحكمة وخلق قدر من التصور، والذي يعتمد عليه الاستدلال الذي يقوم به، بحيث تصبح القواعد المنطقية والعقلية هي الأساس

---

[339] محمد جمال الدين محمد حجازي، رقابة محكمة النقض على موضوع الدعوى الجنائية، الدار المصرية للطباعة والنشر، الطبعة 1، سنة 2001، الصفحة 287.

[340] ومثال ذلك أن النص الواضح يقف تفسيره في تطبيقه، دون النص الغامض يمكن الاستعانة في تفسيره بالرجوع إلى فهم روحه والمعنى الحقيقي له والغاية التي يستهدفها المشرع من ورائه، ويمكن الاستعانة في تفسير النصوص العامة بالرجوع إلى أصولها التاريخية وأعمالها التحضيرية وتفسيرها في إطار باقي النصوص القانونية وليس بمعزل عنها.

لاستدلاله القضائي فيما يتعلق بالوصول إلى النص القانوني الذي يكون واجب التطبيق على الواقعة[341].

والاستدلال القضائي الذي تقوم به المحكمة في تطبيقها للقانون يساهم بشكل كبير في الكشف عن الثغرات القانونية، ووضع الكثير من الحلول لها سواء أكان ذلك عن طريق تعديل القوانين المطبقة أم سن تشريعات جديدة[342]، ويتميز الاستدلال القضائي الذي تقوم به المحكمة بأنه ذو طبيعة فنية تبدو في أن كل معنى أو شرط للنص القانوني يجب أن يتقابل ويرتبط بعنصر أو معنى في تركيب الواقعة.

فالمحكمة عند تطبيقها للنص القانوني تلتزم بأن تحلل معطياته وأن تفهم معناه وفقا للوصف القانوني الذي تخضع له الواقعة، ثم تجري مقابلة بين الواقعة وتكييفها القانوني والنص القانوني المنطبق عليها، وبذلك تستطيع أن تصل إلى المنطوق الذي تحسم به الدعوى المعروضة عليها، وهذا المنطوق لا يكون عادلا إلا إذا كان الاستدلال القضائي الذي أفضى إليه سليما وتوافرت له جميع شروط تطبيق النص القانوني وارتبط في ذلك بجميع عناصر الواقعة[343].

وهذا القياس الذي تقوم به المحكمة لا يُعد قياسا شكليا محضا ولكنه قياس منطقي قوامه الاستدلال الموضوعي في الوصول إلى الوصف القانوني الذي ينطبق على الواقعة، وفي التفسير المنطقي للنص القانوني الذي ينطبق على الواقعة، واتساقا مع ذلك فإن الخطأ في القانون وفقا لهذا القياس الشكلي؛ لا يتصل بمضمون الاقتناع الموضوعي للمحكمة الأدنى درجة؛ ومن ثم؛ فإن محكمة النقض تستطيع إصلاح مثل هذا الخطأ القانوني دون أن تحكم بنقض الحكم وإحالته.

---

[341] Georges Kalinowski : L'interprétions du droit, ses règles juridiques et logiques, archives de philosophie du droit tome 30, sirey 1985 p.175.

[342] علي محمود علي حمودة: مرجع سابق، ص :54.

[343] - Bertrand chevallier : La motivation des actes juridictionnels 1974, page 118.

أما إذا اتصل الخطأ بمنطقة الاقتناع الموضوعي لمحكمة الموضوع سواء في فهم الواقعة والظروف المحيطة بها أو في التدليل على ثبوتها أو عدم ثبوتها، فإن محكمة النقض لا تملك إصلاح هذا الخطأ، ولذلك فإنها تحكم بنقض الحكم وإحالته.

وكما سبقت الإشارة إليه فإن تطبيق القانون يتم في الغالب على الواقعة وفق طريقة قياسية وذلك بأن تكون القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الواقعة هي المقدمة الكبرى، وتكون الواقعة موضوع الدعوى هي المقدمة الصغرى، ويكون المنطوق النتيجة التي تترتب من تطبيق القانون على الواقعة.

وكخلاصة لما سبق ذكره فإن منطقية تعليل الأحكام تلعب دورا هاما في صحة تطبيق محكمة الموضوع للقانون، فهي التي تكفل صحة النشاط الذهني لقاضي الموضوع في وصوله إلى الوصف القانوني الصحيح الذي ينطبق على الواقعة التي انتهى إلى ثبوتها ونسبتها إلى المتهم، وهي التي تساعد على الاستيعاب السليم للنص القانوني، وتفسيره التفسير المناسب، وتؤدي إلى صحة تطبيقه على الواقعة بهدف الوصول إلى منطوق الحكم الذي يصدره ويحسم به الدعوى المعروضة عليه[344].

ولكن قد يحدث أحيانا أن تكون أسباب الحكم غير منطقية، وذلك بأن تكون النتيجة التي انتهى إليها الحكم لا تتفق والعقل والمنطق ومن ثم يشوب الحكم الفساد في الاستدلال؛ فالجزاء الذي يترتب على ذلك هو بطلان الحكم، فالتسبيب الواضح يستلزم أن تكون أسباب الحكم متكاملة ومتناسقة يدعم بعضها بعضا، وتكون بمجموعها صورة واضحة جلية إليها، فإذا جاءت أسباب الحكم

[344] عبد الحي الوردي، تعليل الأحكام الجنائية ومتطلبات الأمن القضائي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، 2019-2020، الصفحة 47.

متناقضة بعضها مع بعض أي غير منطقية، فمعنى ذلك أن هناك عيبا يشوب الحكم ومن ثم فالجزاء الذي يترتب على ذلك هو نقض الحكم.

وأن تناقض الأسباب هو تعارض أدلتها التي اعتمدتها المحكمة بحيث ينفي بعضها ما يثبته بعضها الآخر وصورته المألوفة أن تورد المحكمة في أسباب حكمها دليلين متعارضين تعارضا ظاهرا وتأخذ بهما معا، كأن يحكم القاضي بإلزام المدعى عليه بتعويض عن فعل ضار تسبب فيه، ويذكر في بعض أسبابه أنه كان على المدعى عليه أن يحتاط الأمر، ويعد له عدته حتى يتفادى وقوع الحادث، ثم يذكر في آخر الأسباب أن المدعي هو المسؤول وحده عما أصابه من الضرر، فالتناقض هنا يعيب الحكم وجزائه البطلان.

ومن الجدير بالذكر أن حالة الفهم الخاطئ لوقائع الدعوى، والاستناد إلى أدلة غير مقبولة، والاستناد إلى وقائع وهمية أو افتراضية واعتماد المحكمة على وقائع متعارضة، وفي حالة اللزوم المنطقي للنتيجة التي خلصت إليها المحكمة، والخطأ في تطبيق القانون، كلها حالات تؤدي إلى فساد الاستدلال؛ أي عدم منطقية الأسباب وهذا ما يُعيب الحكم ويستوجب نقضه كجزاء له.

إذن يجب اتساق منطوق الحكم مع أسبابه، وإلا فتكون الأسباب متناقضة فيما بينها، فيجب توفر رباط منطقي بين الحكم وأسبابه حتى يعد منطوق الحكم مبنيا على أسبابه، ومن ثم يُعيب الحكم تناقض منطوقه مع أسبابه، او تناقض أسبابه بحيث يصبح خاليا من الأسباب التي تسوغه، وإذا تناقضت أسباب الحكم مع منطوقه بحيث يُعد مجردا من الأسباب، فإنه يكون باطلا[345].

[345] مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، الطبعة 1، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، الصفحة 321.

ومن التطبيقات العملية لتناقض التعليل مع منطوق الحكم، ما قضت به محكمة النقض المغربية في قرار لها لما عللته بالقول:

"...حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أن الأحكام يجب أن تكون منسجمة بين حيثياتها ومنطوقها وأن تكون تعليلاتها تفضي إلى النتيجة التي آلت إليها، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما اعتبرت ضمن تعليلاتها أن طلب اعتبار الشركة المدخلة في الدعوى والمكترية للمدعى فيه محتلة بدون سند يخرج عن نطاق اختصاص قاضي المستعجلات وقضت في نفس الوقت بتأييد الأمر الاستعجالي القاضي بعدم شمول المدخلة في الدعوى بعبارة "أو من يقوم مقامه" تكون قد سقطت في التناقض بين تعليلاتها ومنطوق قرارها وعللته تعليلا فاسدا ينزل منزلة انعدامه وعرضته للنقض"[346].

ولا تكون الأسباب المقدمة منطقية لِما قضت به المحكمة إذا تعارضت أسباب الحكم مع منطوقه، ولا يكون الحكم نتيجة ضرورية لما سبقه من أسباب، كأن تقضي المحكمة في أسبابها بأن ما أصاب المدعي من ضرر هو نتيجة خطأه هو ثم تقضي بإلزام المدعى عليه بالتعويض، فمثل هذا الحكم يكون معرضا للبطلان كجزاء لعدم منطقية تعليلاته.

ومثاله ما جاء في قرار محكمة النقض المغربية بالقول:

"...إن المحكمة لما ألغت الحكم المستأنف وصرحت بعدم قبول الدعوى في حين أن تعليلها يقتضي التصريح بتأييده، تكون نتيجة ما خلصت

[346] قرار محكمة النقض عدد 115 بتاريخ 2016/02/09 في الملف المدني عدد 2015/3/1/1889، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة المدنية، العدد 27. منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

إليه مناقضة لتعليل القرار، مما يشكل فسادا في التعليل منزلا منزلة انعدامه ويقتضي نقض القرار"[347].

وعللت قرار آخر لها بالقول:

"...من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات ينبغي أن تكون منسجمة ومتطابقة المضمون بين تعليلاتها والنتيجة التي تنتهي إليها في منطوقها حتى تكون الأسباب أساسا للمنطوق وسندا له، وأن اختلاف الأسباب عن المنطوق بحيث لا يعلم أيهما الصواب، يجعل القرار المطعون فيه مشوبا بعيب التعليل الموجب لنقضه"[348].

الفقرة الثانية: مراعاة تعليل الحكم المدني لوسائل الإثبات المدنية

سوف نحاول أن نتناول في هذه الفقرة قواعد الإثبات في المادة المدنية من ناحية عبئ إثبات (أولا) ثم الوقوف عند قواعد الإثبات الموضوعية (ثانيا)

أولا: قواعد الإثبات في المادة المدنية

لعل استخلاص القاضي للوقائع يدخل ضمن السلطة التقديرية التي خولها له القانون كما بينا أعلاه، شريطة أن يراعي قواعد الإثبات الموضوعية التي حددها القانون، وبين درجاتها وأنواعها، ونظم الحالات التي يحرص فيها على تطبيق هذه القواعد المُساعدة في تكوين اقتناعه بشأن وجود أو عدم وجود واقعة قانونية متعلقة بالدعوى، وإن كان القاضي حرا في تقدير الأدلة التي يدلي بها الخصوم وفي تحصيل فهم الواقع، فإنه ليس حرا في عدم إثبات ما جاء به القانون بالنسبة لقواعد الإثبات الموضوعية لأنه مقيد بها، وينبغي عليه الأخذ بها أخذا صحيحا حماية للمتقاضين، وإلا فإن خالفها فسيكون فهمه للوقائع مخطأ

[347] قرار محكمة النقض عدد 2/460 بتاريخ 2017/07/18 في الملف المدني عدد 2013/2/1/358، مجلة نشرة قرارات محكمة النقض، قرارات محكمة النقض بغرفتين وبجميع الغرف، الصفحة 430 وما بعددها، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

[348] قرار محكمة النقض عدد 687 بتاريخ 2017/05/18 في الملف الجنحي عدد 2016/10/6/15054، مجلة نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الجنائية، العدد 38، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

فاسدا من الناحية الموضوعية[349]، بل إن ذلك الخطأ يكون حتى بالنسبة للقانون الذي يجب تطبيقه على الدعوى وعلى الحكم كامله[350].

أ: عبء الإثبات من حيث المبدأ

إن عبء الإثبات في المادة المدنية من حيث المبدأ يحتكم إلى القاعدة الفقهية القائلة بأن البينة على المدعي والمقررة بمقتضى الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود، وهنا لابد من التفصيل في مفهوم المدعي على مستوى القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية.

فعلى المستوى الإجرائي فالمدعي هو من يقوم بتسجيل مقال الدعوى، ويبقى مدعيا إلى حين صدور الحكم، فإذا تقدم المدعى عليه بمقال مضاد، سمي بدوره مدعيا في هذا المقال، حتى إذا صدر الحكم اعتبر كل طرف مدعيا ومدعى عليه في نفس الوقت، لوجود دعاوى متقابلة، أما من حيث الموضوع فالأمر مختلف، ذلك أن المدعي ليس هو من يرفع المقال بداية ويحرك الخصومة القضائية، كما أن الطرف الواحد قد يصبح مدعيا في دفع ومدعى عليه في دفع آخر[351].

وقد حدد الفقيه السنهوري المدعي الذي يقع عليه عبئ الإثبات بأنه الطرف الذي يدعي خلاف الثابت حكما أو فعلا[352]، لأنه يدعي خلاف الأصل

---

[349] ادريس العلوي، وسائل الإثبات في التشريع المغربي، 1977، الصفحة 44.

[350] أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون الرافعات المدنية، الطبعة الثالثة، 1977، دون دار النشر، الصفحة 196.

[351] خالد سعيد، الإثبات في المنازعات المدنية، دراسة عملية وعلمية على ضوء القانون المغربي والاجتهاد القضائي لمحكمة النقض، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 2014، الصفحة 42.

[352] إن المقصود بخلاف الثابت فعلا هو الطرف الذي يدعي بخلاف ما أقام الخصم الدليل عليه بالطرق القانونية حقيقة أو ضمنا.

وخلاف الثابت حقيقة كأن يثبت شخص خلاف ما كان ثابتا أصلا، فإذا كان الأصل في الالتزام حسن النية وأثبت الخصم بقرينة خلاف ذلك، كان على الطرف الآخر عبء إثبات عكس هذه القرينة الثابتة حقيقة، أي يجب عليه حينها أن يثبت حسن نيته، وهو الأمر الذي كان معفيا منه في أول الأمر.

وخلاف الثابت ضمنا هو خلاف لما يستتبع الالتزام الأصلي، فبيع المصنع مثلا يشمل المصنع وكأصل وتوابعه من الآلات بشكل ضمني ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك.(=)

أو الظاهر أو المفروض أو الثابت[353]، فوجب أن يحمل عبئ إثبات ما يدعيه[354].

ب: عبئ الإثبات من حيث التطبيق

إذا كان عبئ الإثبات من حيث المبدأ يحتكم إلى القاعدة المنصوص عليها في الفصل 399 من ق.ل.ع، فإن هذا القول لا يجب أن يفهم على إطلاقه، إذ أنه إذا أثبت الخصم وجود دين له عند الخصم الآخر "المدعى عليه" كان من حق هذا الأخير أن يثبت عدم صحة هذا العقد، كأن يثبت وجود عيب من عيوب الإرادة أو عدم مشروعية المحل أو السبب، ومن ثم كان على القاضي أن يوزع عبئ الإثبات على المتخاصمين بغية استخلاص ما يكفيه من الأدلة لتكوين قناعة تؤهله لإصدار حق يقضي بحقيقة قضائية تكون مطابقة للحقيقة الواقعية، وتوزيع عبء الإثبات إما أن يكون بحكم الواقع[355] أو بحكم القانون[356] أو تطبيقا لقاعدة اتفاقية مصدرها العقد نفسه[357].

(=)انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، الإثبات؛ آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 1968، الصفحة 86.

[353] إن المقصود بالمدعي خلاف الثابت حكما، هو من يدعي بخلاف ما يعتبر مجردا في البشر فطريا فيه، وهو من يقع عليه عبء الإثبات لأنه ادعى خلاف ما هو موجود كأصل؛

والأصل في الحقوق الشخصية مثلا هو براءة الذمة، فمن يتمسك بالأصل لا إثبات عليه، ومن يدعي خلاف الأصل كأن يدعي دينا في ذمة الغير عليه أن يثبت مصدر هذا الدين.

والأصل في العقود الصحة، ما لم يثبت عكس ذلك، كأن يدلي أحد طرفي العقد بأدلة تثبت عيبا من عيوب الإرادة مثلا، وغيرها من التصرفات التي تؤخذ على حسن النية...

[354] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، الصفحة 77

[355] يتجلى توزيع عبء الإثبات بحكم الواقع عن طريق القرائن القضائية، كأن يثبت شخص ملكيته لحق عيني من خلال حيازته لهذا الحق، فينتقل بعد ذلك عبء الإثبات للطرف الآخر إذ يصبح ملزما بإثبات ملكيته لهذا الحق العيني هو الأخر وتفنيد صحة ادعاء الطرف الآخر، وهو ما نص عليه المشرع ضمن مقتضى الفصل 400 من ظ.ل.ع الذي جاء فيه: "إذا أثبت المدعى وجود الالتزام كان على من يدعي انقضاءه أو عدم انقضاءه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه".

[356] مثاله: إذا تضرر شخص من فعل ارتكبه شخص قاصر، يكفيه أن يثبت هذا الضرر والعلاقة السببية تجاه الأب والأم، وحينها ينتقل لهم عبء الإثبات بقوة القانون، إذ لهم أن يثبتوا أنهم لم يتمكنوا من منع وقوع الفعل الذي أدي إلى الضرر كما ينص على ذلك الفصل 85 من ظ.ل.ع الذي جاء في فقرته الخامسة: "إلا إذا أثبت الأب أو الأم أو أرباب الحرف أنهم لم يتمكنوا من منع وقوع الفعل الذي أدى إليه".

[357] الأصل في العقود أن تقوم على مبدأ سلطان الإرادة، وهذا ما نص عليه الفصل 230 من ظ.ل.ع الذي جاء فيه: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون"، ومن ثم كان للمتعاقدين أن يتفقوا على توزيع(=)

ج: قواعد الإثبات المدني متسمة بحياد القاضي

إن القاضي وهو ينظر في النزاع المدني المعروض عليه يستعين بدعامتين أساسيتين، الأولى هي العلم بالقانون والتمكن منه، وهو ما يُفرض فيه بداهة بالنظر إلى وظيفته كقاضي غايته تحقيق العدالة، والثانية تتجلى في ما يقدمه المتقاضون من أدلة تساعده في الإقرار بالحقوق لأصحابها وانتزاعها من يد مغتصبيها.

وإذا كان المشرع قد أرسى الدعامة الأولى بتكوينه للقضاة بعد الانتقاء والتداريب النظرية والميدانية، فقد وضع قواعد تنظم هذه الأدلة المشكلة للدعامة الثانية، وهي الأدلة التي يتقدم المتقاضون مع حفاظ القاضي على مسافة واحدة من أطراف الخصومة القضائية ومن تقييمه لما قدموه بين يديه من حجج وإثباتات، وهو ما عبرنا عنه بمبدأ الحياد في تقييم وسائل الإثبات.

والحياد المقصود في هذا الصدد ليس معناه عدم التحيز، فإن هذا واجب بداهة على القاضي، بل معناه أن يقف القاضي موقفا سلبيا من كلا الخصمين على حد سواء، من أجل تجنيب القاضي المساهمة في جمع الأدلة لأحد طرفي الخصومة القضائية لأن هذا من مهامهم.

فالدعوى المدنية كما بينا آنفا هي ملك للخصوم، ومعنى ذلك أن المدعي إذا لم يدلي بحجج يبرز من خلالها صحة ادعائه فإن القاضي لا يساهم كأصل في جمع الأدلة، ولا يحكم بعلمه هو الآخر، وفي ذلك تفعيل للقاعدة الفقهية المستمدة من الحديث النبوي الشريف، البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وتفعيلا لما أقره المشرع أيضا ضمن مقتضيات الفصل 399 من ظ.ل.ع.

(=)عبء الإثبات بينهم في حالة نشوب أي نزاع بينهم، غير أن هذا التوزيع يحتكم لضابط وهو عدم مخالفة النظام العام، وأن لا يطال هذا الاتفاق القواعد الشكلية على اعتبار أنها من النظام العام.

أنظر: امين نصر الله، بحث حول وسائل الإثبات في ظهير الالتزامات والعقود، جامعة الحسن الأول بالسطات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2019-2020، الصفحة 14.

إلا ان حياد القاضي في الدعوى المدنية لا يؤخذ على إطلاقه، بل إنه بتمتع ببعض الصلاحيات التي تمكنه من التعامل بمرونة مع القضية المعروضة عليه، وتمكنه من تجاوز جمود النص القانوني الذي قد يكون في بعض الأحيان قاصرا أو عائقا أمام إنتاج الحقائق القضائية في انسجام مع الحقائق الواقعية، فقد أجاز المشرع للقاضي المساهمة على وجه الاستثناء في جمع الأدلة، وهذه المساهمة تتمظهر في الصلاحيات المخولة له بمناسبة إجراءات التحقيق في الدعوى المنصوص عليها في نطاق قانون المسطرة المدنية، إذ خول المشرع هامشا من الحرية في البحث عن الحقيقة بعيدا عن ما أدلي له من حجج وإثباتات من طرف الخصوم، فيمكنه من المساهمة في جمع الأدلة، فخول له مُكنة إجراء الأبحاث في شأن الوقائع المعروضة عليه حسب ما يقتضي به الفصل 71[358] والفصل 55[359] من ق.م.م.

ثانيا: قواعد الإثبات الموضوعية وتطبيقاتها القضائية

إن القاضي ملزم بتحقيق قواعد الإثبات في الدعاوى المعروضة عليه، والسماح للخصم بإثبات عكس ادعاءات المدعي، وهي مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض، بحيث لا يجوز له مثلا مخالفة قاعدة الإثبات على المدعي تحت طائلة البطلان[360].

---

[358] جاء في الفصل 71 من ق.م.م: "يجوز الأمر بالبحث في شأن الوقائع التي يمكن معاينتها من طرف الشهود والتي يبدو التثبت منها مقبولا ومفيدا في تحقيق الدعوى".

[359] جاء في الفصل 55 من ق.م.م: "يمكن للقاضي بناء على طلب الأطراف أو أحدهم أو تلقائيا أن يأمر قبل البت في جوهر الدعوى بإجراء خبرة أو وقوف على عين المكان أو بحث أو تحقيق خطوط أو أي إجراء آخر من إجراءات التحقيق".

[360] جاء في قرار محكمة النقض: "حقا فقد تبين من الاطلاع على وثائق الملف وعلى القرار المطلوب نقضه صحة ما نعاه الطاعن، وأن المطلوب لم يدل بما يُثبت دائنيه، وأن المحكمة اكتفت في تعليل قضائها على الطاعن بأنه اتخذ موقفا سلبيا عندما طولب بإثبات الدعوى وأن هذا يعد تهربا من الحقيقة في حين أن الفصل 399 من ق.ل.ع ينص على أن إثبات الالتزام على مدعيه، فيكتفي المدعى عليه أن يتذرع بهذا المبدأ ولا يكلف بالإثبات إلا إذا أثبت المدعي دعواه وادعى هو أيضا انقضاء هذا الالتزام، وأن المحكمة لما بثت في الدعوى على هذا النحو تكون خرقت المقتضيات المذكورة وعرضت قرارها للنقض".

قرار عدد 378 الصادر بتاريخ 1983/02/23، أورده الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 249.

وقد نظم المشرع المغربي قواعد الإثبات في المادة المدنية بموجب الفصل 404 من ظ.ل.ع والذي جاء فيه: "وسائل الإثبات التي يقررها القانون هي: 1- إقرار الخصم، 2- الحجة الكتابية، 3- شهادة الشهود، 4- القرينة، 5- اليمين والنكول عنها"، فيما نظم في قانون المسطرة المدنية إجراءات التحقيق التي تدخل بدورها في وسائل الإثبات المعتمدة في المادة المدنية، منها الخبرة والمعاينة، فضلا على تأسيس مدونة الأسرة لقواعد الخبرة الجنينية كقاعدة في الإثبات المدني.

أ: الإثبات بالكتابة

تعتبر الكتابة من أهم الوسائل التي يعتمدها القاضي لاستخلاص وقائع الدعوى وإثباتها، والكتابة حجة قاطعة حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات حسب مقتضيات الفصل 419 من ظ.ل.ع وما تضمنه يلزم القاضي والخصوم والغير.

والكتابة نوعان، رسمية وعرفية، والفارق بينهما أن الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد والموقعون وذلك في الشكل الذي يحدده القانون، وكذلك الأوراق المخاطب عليها من القضاء في المحاكم والأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية، فهي حجة على الوقائع التي تثبتها بموجب مقتضيات الفصل 418 من ظ.ل.ع.

أما الكتابة العرفية فهي الورقة العادية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده، أو المعتبرة قانونا في حكم المعترف بها منه، يكون لها نفس قوة الدليل التي للورقة الرسمية في مواجهة كافة الأشخاص على التعهدات والبيانات التي تضمنتها وذلك في الحدود المقررة في الفصلين 419 و 420 من ظ.ل.ع.

فجاء في قرار محكمة النقض: " إذا كان للأجير أن يثبت استئناف العمل بعد قضاء العقوبة التأديبية بكافة وسائل الإثبات المتاحة قانونا ومنها شهادة الشهود، فإنه متى توفرت لدى المشغلة وسيلة إثبات كتابية صادرة عن الأجير، تعارض ما صرح به الشهود وجب الأخذ بالحجة الكتابية التي لا تصمد أمامها شهادة الشهود، إذ ما ثبت بالكتابة لا يجوز دحضه بشهادة الشهود"[361].

والقاضي عند ترجيحه لإحدى الحجج الكتابية دون غيرها فإنه ملزم بتعليل ذلك، وهو خاضع لرقابة محكمة النقض إذا لم يعلل حكمه، ويكون مصيره النقض والبطلان، وهذا ما عللت به إحدى قراراتها بالقول:

"...يكون غير معلل تعليلا كافيا وبالتالي يتعرض للنقض الحكم الذي لم يبين السبب الذي من أجله رجح لفيف المطلوب في النقض الشاهدة له بالملك بشروطه على لفيفية طالبي النقض الشاهدة بملكية القبيلة للمدعى فيه"[362].

ب: الإثبات بشهادة الشهود

إن جميع الوقائع المادية تصلح لأن تكون موضوع إثبات بواسطة شهادة الشهود، أما الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق التي تتجاوز قيمتها 10.000 درهم لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، ويلزم أن تحرر بها حجة كتابية أمام الموثق أو العدول، أو حجة عرفية على الأقل حسب ما تفرضه مقتضيات الفصل 443 من ظ.ل.ع، لأن شهادة الشهود من المسائل التي تخضع لرقابة

[361] قرار محكمة النقض عدد 185 بتاريخ 2017/02/22 في الملف الاجتماعي عدد 2016/2/5/558، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الاجتماعية، العدد 31، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.https://juriscassation.cspj.ma/upl/2017/1636022831.pdf

[362] قرار المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) رقم 17، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 12، الصفحة 69 وما بعدها.

محكمة النقض، إلا أن تقييم الشهادة وترتيب الآثار القانونية عليها يبقى تحت سلطة القاضي التقديرية[363].

جاء في قرار حديث لمحكمة النقض: "... إن المحكمة لما أسست ما انتهت إليه على شهادة الشاهد وإقرار الطالب بالمديونية خلال جلسة البحث لفائدة المطلوب والناتجة عن التزام شخصي لا علاقة له ببنود عقد البيع المتمسك به، وهما من وسائل الإثبات المقررة في القانون، ولا ينال من سلامة موقفها ما وقع التمسك به من عدم تجزئة الإقرار عليه وعدم قبول شهادة الشاهد لكون مبلغ النزاع يفوق 10.000 درهم، طالما أنها لم تعتمد الإقرار فقط في قضائها وإنما استندت إلى شهادة الشاهد أيضا وهو ما يسمح القانون في هذه الحالة بتجزئة الإقرار بالفصل 414 من ق.ل.ع ما دام أنه لم يكن الحجة الوحيدة أمام المحكمة وطالما أيضا ثبت لها أن النزاع القائم بين الطرفين له علاقة بأعمالهم التجارية الذي يخضع لحرية الإثبات بما ذلك شهادة الشهود، يكون قرارها غير خارق لأي مقتضى ومرتكزا على أساس"[364].

وإذا كانت الشهادة لا تعد حجة قاطعة ويمكن تفنيدها بأي وسيلة أخرى كما سبقت الإشارة إلى ذلك، فإن القول هذا يقتصر على التصرفات القانونية دون الوقائع المادية كما أوضحنا آنفا، إذ تكتسب في هذه الأخيرة الحجية المطلقة، وتصبح الشهادة هي وسيلة الإثبات الرئيسية في القضية، ولا يمكن استبعادها إلا بتعليل يبرر ذلك[365].

---

[363] جاء في قرار لمحكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا): "...وحيث إن قضاة الموضوع يقدرون بما لهم من كامل السلطة مدة قوة الشهادة المدلى بها".
قرار صادر بتاريخ 1969/12/23 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 15، الصفحة 15، أشار إليه الطيب برادة، مرجع سابق، الصفحة 251.

[364] قرار محكمة النقض عدد 488 بتاريخ 2019/10/31 في الملف التجاري عدد 2017/1/3/1251 ، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة التجارية، العدد 47، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

[365] جاء في قرار محكمة النقض: "حيث إن محكمة الاستئناف ناقشت شهادة الشهود واستبعدتها بتحليل معتبرة إياها غير قاطعة في إثبات خطأ العامل وهو شيء يدخل في إطار سلطتها التقديرية في تقييم الحجج التي تخضع لرقابة المجلس الأعلى". أشار إليه ذ الطيب برادة، المرجع نفسه، الصفحة 251.

ج: الإثبات بواسطة القرائن

القرائن هي ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة به على أمر مجهول[366]، وعرفها المشرع المغربي بمقتضى الفصل 449[367] من ق.ل.ع، وهي نوعان قانونية وقضائية.

فالقرائن القانونية هي ما بينه الفصل 450 من ظ.ل.ع الذي جاء فيه: "القرينة القانونية هي التي يربطها القانون بأفعال أو وقائع معينة كالآتي:

1-التصرفات التي يقضي القانون ببطلانها بالنظر إلى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لأحكامه؛

2-الحالات التي ينص القانون فيها على أن الالتزام أو التحلل منه لا ينتج من ظروف معينة كالتقادم؛

3-الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضي".

يتبين إذن أن القرينة يمكن أن تكون قاطعة لا يمكن مخالفتها، وهو ما نص عليه الفصل 453 من ق.ل.ع كحجية الأمر المقضي به حسب مقتضيات الفصل 453 منه والتقادم المسقط حسب مقتضيات الفصل 450 منه، وإما أن تكون قرينة قانونية بسيطة يمكن دحض ما جاء فيها بالدليل العكسي، وهما معا يخضعان لرقابة محكمة النقض.

أما القرينة القضائية فأمر استنباطها متروك لسلطة القاضي التقديرية، لذلك عرفها المشرع في الفصل 454 من ق.ل.ع بأنها: "القرائن التي لم يقررها القانون موكولة لحكمة القاضي..."، لأنها تقوم بالأساس على طريقة

---

[366] ادريس العلاوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة فضالة المحمدية، الطبعة الأولى، 1977، الصفحة 335.

[367] جاء في الفصل 449 من ق.ل.ع : "القرائن دلائل يستخلص منها القانون أو القاضي وجود وقائع مجهولة"

فهمه للوقائع، وهي مشروطة بأن تكون خالية من اللبس أو القرائن المتعددة التي حصل التوافق بينها، مع الإشارة إلى أن القرينة القضائية لا تعتبر قرينة قاطعة إذ يمكن إقامة الدليل لتفنيدها، وهو مت تؤكده خاتمة الفصل 454 لما جاء فيه: "...وإثبات العكس سائغ، ويمكن حصوله بكافة الطرق".

جاء في قرار حديث لمحكمة النقض: "... استنباط القرائن القضائية وتقدير تأثيرها على مآل النزاع يعد مسألة موضوع، والأخذ بالخبرة من عدمها واعتمادها دون غيرها أو اللجوء لخبرة أخرى يعد بدوره مسألة موضوع لا تخضع لرقابة المجلس الأعلى إلا بخصوص التعليل..."[368].

د: الإثبات بواسطة الإقرار

الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لأخر قصد ترتيب حق في ذمته وإعفاء الآخر من إثباته[369]، والإقرار حجة قاطعة على صاحبه، لا تتعداه إلى الغير طبقا لمقتضيات الفصلين 410 و 411 من ق.ل.ع.

والإقرار نوعان قضائي وغير قضائي.

فالإقرار القضائي نص عليه الفصل 405 من ق.ل.ع وهو "الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم أو نائبه المأذون له في ذلك إذنا خاصا، والإقرار الحاصل أمام قاض غير مختص، أو الصادر في دعوى أخرى، يكون له نفس أثر الإقرار القضائي".

من خلال هذا نتبين أن هناك شروطا اشترطها القانون للقول بمشروعية الإقرار، منها أن الواقعة محل الإقرار تعتبر ثابتة وهذا الثبوت يلزم كلا من المقر والقاضي، فالمقر ليس له بعد إقراره أن يقيم دليلا عكسيا كأن

[368] قرار محكمة النقض عدد 490 مكرر الصادر بغرفتين بتاريخ 2018/04/27 في الملف 2016/1/3/1059، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2005/1640172210.pdf

[369] ادريس العلاوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مرجع سابق، الصفحة 161.

يطلب سماع شهود الإثبات عكس ما أقر به، ومن جهة ثانية يلتزم القاضي وفقا لمضمون الإقرار، فليس له حرية الاقتناع بشأنه.

أم الإقرار غير القضائي فهو الذي لا يقوم به الخصم أمام القاضي وإنما ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه، ولذلك إذا حدث التمسك به فإن على من يتمسك أن يثبته، ويكون إثباته وفقا للقواعد العامة، فلا يجوز إثباته بشهادة الشهود إذا تعلق بالتزام يوجب القانون إثباته كتابة، ومن شروط الإقرار أن يكون لصالح شخص متمتع بأهلية التملك سواء كان شخصا طبيعيا أو طائفة معينة أم شخصا معنويا، ويشترط فيه أن يكون محل الإقرار معينا أو قابلا للتعيين وغير مستحيل وصادرا عن اختيار وإدراك غير مشوب بعيب من عيوب الرضا وغير قابل للتجزئة، وهو بدوره يخضع لرقابة محكمة النقض[370].

جاء في قرار محكمة النقض: "...إن المحكمة لما أسست ما انتهت إليه على شهادة الشاهد وإقرار الطالب بالمديونية خلال جلسة البحث لفائدة المطلوب والناتجة عن التزام شخصي لا علاقة له ببنود عقد البيع المتمسك به، وهما من وسائل الإثبات المقررة في القانون، ولا ينال من سلامة موقفها ما وقع التمسك به من عدم تجزئة الإقرار عليه...وهو ما يسمح القانون في هذه الحالة بتجزئة الإقرار بالفصل 414 من ق.ل.ع ما دام أنه لم يكن الحجة الوحيدة أمام المحكمة..."[371].

كما عللت قرار آخر بالقول: "...من المقرر قانونا أن التبليغ طبقا للفصل 37 من ق.م.م يتم بواسطة أعوان كتابة الضبط أو أحد المفوضين القضائيين، والمكتري لما توصل بالإنذار المؤسسة عليه الدعوى حسب إقراره

---

[370] الطيب برادة، مرجع سابق، الصفحة 253.

[371] قرار محكمة النقض عدد 488 بتاريخ 2019/10/31 في الملف التجاري عدد 2017/1/3/1251، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة التجارية، العدد 47، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

الوارد بمذكرته الجوابية المدلى بها ابتدائيا، وتأكيد هذا الإقرار بمقاله الاستئنافي فإن ذلك يقوم مقام التبليغ بالوسائل المذكورة"[372].

هـ: اليمين

اليمين هي أن يُشهد الحالف الله تعالى على صدق ما يخبر به الحالف[373].

واليمين إما حاسمة أو متممة، فالأولى يوجهها أحد الخصم لخصمه الآخر ليحسم النزاع نهائيا، ولا يملك القاضي أي سلطة تقديرية بشأنها، فإذا طلب منه أحد الخصوم توجيه اليمين الحاسمة لخصمه، فما على القاضي إلا الاستجابة لطلبه، أما اليمين المتممة فهي التي يختص بها القاضي وحده، ويمكن توجيهها للخصوم من تلقاء نفسه ليتمم بها دليل غير كاف في الدعوى، وهذه من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض[374].

جاء في قرار حديث لمحكمة النقض: "...إن اليمين الحاسمة هي التي يوجهها الخصم للطرف الآخر حسما للنزاع، ولما كان الطاعن قد التمس توجيه اليمين الحاسمة للمطلوبة عن طلبها المتعلق بالنفقة مع تطبيق قاعدة النكول، وقضت المحكمة المطعون في قرارها بتأييد الحكم الابتدائي فيما قضى به عليه من أداء نفقة المدعية عن الفترة المطالب بها مشفوعة بيمينها، وقد أدتها فعلا

---

[372] قرار محكمة النقض عدد 145 بتاريخ 2014/03/15 في الملف عدد 2012/2/3/171، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة التجارية، العدد 17، سنة 2014، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية: https://juriscassation.cspj.ma/upl/2014/1638453331.pdf

[373] ادريس العلاوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مرجع سابق، الصفحة 514.

[374] جاء في قرار المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا): "حيث إن المحكمة رغم تأكيدها على أن المدعي لم يدل بما يثبت دعواه قضت على المطالب بالأداء مع اليمين المتممة في حين أن هذه اليمين كما تفيد تسميتها لا توجب إلا إذا قدم المدعي دليلا اعتبرته المحكمة غير كامل الإثبات، ولا يمكن أن تكون وحدها أساسا للقضاء بحق وقع إنكاره". قرار عدد 1726 وتاريخ 1983/11/23 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 35-36 الصفحة 18.

أمام القضاء حسب محضر أداء اليمين، فإنها طبقت القانون، وعللت قرارها تعليلا كافيا".[375]

وفي قرار اخر اعتبرت أن: "...المحكمة حين اعتبرت أن أحد الأطراف لم يعزز ادعاءاته بالحجة الكافية وارتأت أن توجه إليه اليمين المتممة، كان عليها أن توجه إليه هذه اليمين قبل الفصل في موضوع الدعوى بمقتضى حكم تمهيدي على غرار باقي إجراءات التحقيق، ثم اعتماد أثر أدائها أو النكول عنها، ما دام لا يجوز لها أن تستوفي دليل الإثبات بعد الحكم في الدعوى، ولا أن تصدر حكما معلقا على شرط أداء اليمين"[376].

و: الخبرة كوسيلة إثبات في المادة المدنية

الخبرة التي يقررها القاضي سواء من تلقاء نفسه طبقا لأحكام الفصل 55 من ق.ل.ع أو بناء على طلب أحد الخصوم لا تلزم القاضي الأخذ بتقريرها، لأن ذلك يدخل في إطار سلطته التقديرية، غير أنه إذا ارتأى عدم الأخذ بما جاء فيها فما عليه سوى تعليل قراره هذا، ثم إذا ما هو قرر الأخذ بما تضمنه تقريرها فعليه أن يراقب قانونيتها، ومنها احترامها لمبدأ التواجهية عبر التأكد من استدعاء أطراف الخصومة القضائية ووكلائهم ونوابهم، ثم إجراءها وفق النقط التي حددها القاضي للخبير قصد التثبت منها، وغيرها من المقتضيات المنصوص عليها في المادة 63 من قانون المسطرة المدنية.

جاء في قرار محكمة النقض: "... إن الفصل 479 من ق ل ع يستلزم أن يكون البائع مريضا مرض الموت، وأن يكون البيع بقصد المحاباة، والمحكمة لما لم يثبت لها أن البيعين المطلوب إبطالهما أنجزا والبائعة في

[375] قرار محكمة النقض عدد 424 بتاريخ 2018/04/17 في الملف الشرعي عدد 2017/1/2/104، نشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 40، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:https://juriscassation.cspj.ma/upl/2018/1635327424.pdf

[376] قرار محكمة النقض عدد 1415 بتاريخ 2011/03/29 في الملف المدني عدد 2010/2/1/1537، مجلة قضاء محكمة النقض عدد 75، قرارات الغرفة المدنية، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية: https://juriscassation.cspj.ma/upl/2011/1638888883.pdf

مرض الموت بناء على ما أفادته التقارير الطبية المدلى بها، والتي لم تتضمن نوع المرض الذي أصاب الهالكة وأدى إلى وفاتها، فإن ما خاض فيه القرار المطعون فيه وتناوله النعي بخصوص الخبرة وشكلياتها وما أسفرت عنه لتحديد ثمن المبيع من أجل التحقق من وجود محاباة هو إضافة زائدة يستقيم القرار بدونها"[377].

وفي قرار آخر جاء فيه: "...إن المحكمة لما صادقت على تقرير الخبرة وقضت بالقسمة وفق ما جرى به منطوق قرارها دون مراعاة ضوابط وثائق التعمير الخاضع له العقار المدعى فيه، ودون أن تعتمد خبيرا مهندس لإعمال وثائق التعمير المطبقة على العقار المدعى فيه من مخطط مديري وتصميم تهيئة وتصميم تنطيق، تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا وهو بمثابة انعدامه"[378].

ي: المعاينة كوسيلة إثبات في المادة المدنية

المعاينة هي التي يقررها القاضي ويباشرها بنفسه إذا أرتأى له ذلك، وقد نظمها المشرع في الفصول 67 إلى 70 من ق.م.م، ولابد من بيان أن ما يتوصل إليه القاضي من خلال المعاينة يندرج في الوقائع التي تخضع لرقابة محكمة النقض، فقد عللت إحدى قراراتها بالقول: "...لكن حيث إن المحكمة استخلصت من محاضر المعاينة أن الطاعن أحدث تخريبا بالجدار الفاصل بين الكتاب والمنزل، وأجاب الطاعن أنه فعلا أقام إصلاحات لتجنب تسرب مياه الأمطار، ولم يسبق له في سائر أطوار المسطرة أن طالب إجراء الخبرة...في حين أن المحكمة غير ملزمة بإجرائها ما دامت الوثائق والمستندات كونت لديها

---

[377] قرار محكمة النقض عدد 2/306 بتاريخ 2017/05/16 في الملف المدني عدد 2015/2/1/1250، قرارات محكمة النقض بغرفتين وبجميع الغرف، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية: https://juriscassation.cspj.ma/upl/2017/1638898924.pdf

[378] قرار محكمة النقض عدد 27 بتاريخ 2016/01/19 في الملف المدني 2014/4/1/1568، مجلة ملفات عقارية عدد 6، الصفحة 14 وما بعدها، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية: https://juriscassation.cspj.ma/upl/2016/1638442579.pdf

القناعة بما لها من سلطة تقدير الوقائع بأن المدعى عليه الطاعن أحدث فعلا تغييرات فأخل بالالتزامات الواجبة عليه كمكتر طبق مقتضيات الفصل 633 من ق.ل.ع وموجبة بالتالي للإفراغ"[379].

وفي قرار آخر جاء فيه: "... إن الدعوى تتعلق بالضرر المترتب عن الحرمان من استعمال طريق عمومية، والمحكمة لما ثبت لها من المعاينة المنجزة بالمرحلة الابتدائية ومن الشهود المستمع إليهم أن الطالب قام فعلا بإغلاقها، وثبت لها كذلك أن الطريق كانت موجودة قبل شرائه وقضت برفع الضرر بصرف النظر عن وجود طريق أخرى من عدمه يكون قرارها مرتكزا على أساس"[380].

كما عللت قرار آخر لها بالقول: "...لما تمسك المتعرض بأنه هو الحائز للمدعى فيه، وبأن العقار المبيع لطالبة التحفيظ ليس هو العقار محل المطلب واستدل على ذلك بتصريحات البائعين لسلف طالبة التحفيظ أثناء المعاينة، وأن ثبوت الحيازة المذكورة من شأنه قلب عبء الإثبات على طالبة التحفيظ ومناقشة حجتها، فإن المحكمة حينما لم ترد على ذلك، ولم تتخذ التدابير التكميلية للتحقيق في الدعوى وفق ما هو منصوص عليه في الفصل 43 من قانون التحفيظ العقاري بالوقوف على عقار النزاع وتطبيق حجج الطرفين على المدعى فيه والتأكد من الحيازة، يكون قرارها ناقص التعليل"[381].

---

[379] قرار عدد 135 الصادر بتاريخ 1983/01/26 المرجع نفسه الصفحة 236، أشار إليه الطيب برادة، المرجع السابق، الصفحة 255.

[380] قرار محكمة النقض عدد 182 بتاريخ 2014/04/01 في الملف المدني عدد 2013/5/1/3776، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة المدنية، العدد 15، سنة 2014.

[381] قرار محكمة النقض عدد 410 بتاريخ 2016/07/26 في الملف المدني عدد 2016/8/1/104، مجلة قضاء محكمة النقض، الغرفة المدنية، العدد 82، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية: https://juriscassation.cspj.ma/upl/2016/1638536238.pdf

الفصل الثاني: وظائف التعليل[382] ودورها في إبراز الدور الإيجابي للقاضي المدني

أثبتت التجربة القضائية بما لا يدع مجالا للشك الأهمية القصوى للتعليل، وبرهنت على أن إضفاء العدالة على الأحكام القضائية؛ لا يتسنى ولا يظهر إلا من خلال وجود التعليل، وبانعدامه تنعدم شرعية الأحكام ويفقد الناس ثقتهم في القضاء ويهدر اعتباره.

وقد وُفقت محكمة النقض المصرية في الدلالة على هذه الأهمية في أحد أحكامها بقولها: **"...بأن تسبيب الأحكام من أعظم الضمانات الّتي فرضها القانون على القضاء إذ هو مظهر لقيامهم بما عليهم من واجب تدقيق البحث وإمعان النّظر لتعرف الحقيقة التي يعلنونها فيما يفصلون فيه من الأقضية، و به يسلمون من مظنة التحكم والاستبداد، لأنه كالعذر فيما يرتأونه ويقّدمونه بين أيدي الخصوم والجمهور، وبه يرفعون ما قد يدين على الأذهان من الشكوك والريب فيدعون الجميع إلى عدلهم مطمئنين ولا تقنع الأسباب إذا**

---

[382] تتعدد وظائف شرط التعليل بالنسبة للحكم أو القرار القضائي، فمن خلاله تُحفظ الحقوق، وتُرد المظالم، ولعل أهم هذه الوظائف التي سنتناولها بالتفصيل في متن هذا البحث:

-حماية المصلحة الخاصة للمتقاضين

-حماية المصلحة العامة، وذلك بصدور الحكم على الوجه الذي ارتضاه القانون

-التعليل ضمانة لاحترام حقوق الدفاع[382].

-العليل ضمانة لعدم تحكم القاضي، والحكم حسب هواه وميله الشخصي.

-التعليل وسيلة لاستعمال طرق الطعن، فهذه الأخيرة تنصب على الأسباب أولا وأخيرا.

بالنسبة للمصلحة العامة:

-إن الحكم يصبح بالتعليل وسيلة للإقناع.

-بالتعليل يكسب الحكم ثقة المتقاضين وثقة الرأي العام بعدالة القضاء.

-إن التعليل حماية للقاضي والقضاء، إذ يبين بصفة جلية وواضحة كيف توصل هذا القاضي لحكمه بكل موضوعية.

-إن التعليل يخول للمحكمة الأعلى درجة مراقبة الحكم.

-إن التعليل يسهم في إغناء الفكر القانوني، ويساهم بالتالي في تطور القانون والتشريع والوقوف على ثغراته، ويمكن من تداركها.

كانت عباراتها مجملة، ولا تجد فيها محكمة النقض مجالا لتبيين صحة الحكم من فساده..."[383].

وتختلف أهمية وظيفة التعليل باختلاف الجهة التي تراقبه، سواء أطراف الدعوى أو بالنسبة للقضاة أنفسهم أو بالنسبة لمنظومة العدالة عامة.

المبحث الأول: وظيفة التعليل في تكريس عدالة الأحكام القضائية

إن الحديث عن وظيفة تعليل الأحكام القضائية ذات الصلة بالمساواة والمناصفة لا يمكن لملمة جوانبه إلا بمعرفة أهمية هذه الوظائف بالنسبة لأطراف الخصومة القضائية باعتبارهم مستهلكي الخدمة القضائية، يلتزم القاضي تجاههم بالحياد والمسؤولية عن تحقيق التواجهية حتى يكرس من جهة للثقة في الحكم القضائي (المطلب الأول)، ويمنح المحكمة الأعلى درجة وسائل لبسط رقابتها على تعليل حكمها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: وظيفة التعليل في ضمان المساواة بين أطراف الخصومة القضائية[384]

سنحاول من خلال هذا المطلب أن نتطرق لوظيفة التعليل في ضمان الرقابة البعدية في احترام مبدأ الحياد والتواجهية (الفقرة الأولى)، ثم أهمية التعليل في حماية حق المساواة وتحقيق الإنصاف (الفقرة الثانية).

---

[383] قرار عدد 170 صادر محكمة النقض المصرية بتاريخ 1992/02/21، منشور بمجموعة القواعد القانونية، الجزء 4، الصفحة 57.

[384] تعني الخصومة القضائية أن يُكلف شخص خصمه بالحضور أمام القضاء ليقتضي منه حقا ثابتا أو مزعوما، ليحصل على حكم باحترام هذا الحق أو رده.
انظر: محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الثاني، المطبعة النموذجية، 1958، الصفحة 4.
وقد اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للخصومة، فمنهم من اعتبرها عقد قضائي طرفاه المدعي والمدعى عليه، وهو رأي الفقه الفرنسي التقليدي، ومنهم من اعتبرها رابطة قانونية يترتب عنها نتائج تتحدد بإرادة القانون، وليس بإرادة الأطراف، لأن القانون هو الذي يجعل المدعى عليه يلتزم بالحضور كما يلزم الأطراف باتخاذ الإجراءات الضرورية لسير الخصومة، وهو رأي الفقه الفرنسي الحديث. انظر:
. PERROT (R), droit judicaire privé, fasc 1, 1977, page 281

الفقرة الأولى: وظيفة التعليل في احترام مبدأ الحياد والتواجهية

لن أبالغ إذا قلت إن التعليل هو الحكم نفسه، فالوقائع والمنطوق معا إذا تجردا من التعليل فلا قيمة لهما البتة، وقد صدق من قال بأن التعليل هو روح الحُكم، لذلك فإن المشرع استلزم تعليل الأحكام لحماية الأفراد والمجتمع والقضاة أنفسهم، وتوجد عدة اعتبارات فرضت إلزام القضاة بتعليل أحكامهم، منها فرض رقابة على القاضي ليكون محايدا بين أطراف الخصومة القضائية (أولا)، كما أن التعليل يعتبر وسيلة فعالة لرقابة مدى احترام القاضي لمبادئ المحاكمة العادلة، وعلى رأسها مبدأ التواجهية بين أطراف الدعوى القضائية (ثانيا).

أولا: التعليل وسيلة لرقابة حياد القاضي[385]

يعد مبدأ حياد القاضي مبدأ مهما أكدته معظم المواثيق الدولية، ونصت عليه جميع القوانين الوضعية؛ ومنها الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية المغربي[386]، وكذا النظام الأساسي للقضاة[387].

والثابت أن الفقهاء لم يتفقوا على تحديد المبادئ التي تعتبر أساسية وضرورية لضمان تحقيق قضاء عادل يُكرس الحياد تلقائيا، فمنهم من أكد أن الحياد مرده وجود عدالة إجرائية تتحقق بدورها ببساطة الإجراءات وسرعتها

---

[385] يعرف مبدأ الحياد بأنه: عدم ميل القاضي إلى أي طرف من أطراف الخصومة، والحياد الإيجابي، هو ألا يتحيز القاضي لأي طرف من أطراف الخصومة وذلك بغرض حفظ الحقوق العامة.
والحياد في اللغة مصدر حاد يحيد حيدا وحيادا، ومن معانيه، الميل عن الشخص، وكذا الكف عن خصومته.(انظر المعجم الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 210).

[386] ينص الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية: "يتعين على المحكمة أن تبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ لها أن تغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات، وتبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة".

[387] يتعلق الأمر بالمادة 40 من النظام الأساسي للقضاة فيما يتعلق باليمين التي يؤديها القاضي عند تعيينه لأول مرة في السلك القضائي وقبل الشروع في مهامه، إذ نجد أن الحياد أول ما ورد في هذا القسم وفق العبارة التالية: "أقسم بالله العظيم أن أمارس مهامي بحياد وتجرد وإخلاص وتفان...".

والحد من سلطة القاضي[388]، بينما ذهب أخرون إلى أن الحياد رهين بتوفر ضمانات مرتبطة بثلاثة أطراف، وهم المشرع والخصوم والقاضي[389]، لأن القاضي لا ينحصر دوره في مجرد التطبيق الآلي للقواعد القانونية أيا كان مصدرها، بل يراعي في ذلك الظروف الخاصة بالأفراد والاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية، وبذلك فهو يقوم بدور إيجابي في تطوير القانون وهو ما يظهر من حيثيات الحكم الذي أصدره[390].

فتعليل الأحكام المدنية يرتكز أساسا على ما استندت عليه الدعوى من إثباتات، وهنا يأتي الدور الإيجابي للقاضي المدني في إبراز ملكة التحليل والبيان والتعليل لديه، دون ميل لأي طرف، وطالما أن النزاع المدني ينبني على حقوق المتخاصمين، فإنه بالتالي يجب إثبات ادعاءاتهم بالوسائل القانونية، وأن يوفروا للقاضي مادة النزاع، وخاصة فيما يتعلق بجوانبه المادية، وهو ما تعارف عليه بأن (الدعوى ملك للخصوم)، فمبدأ ملكية الدعوى للخصوم يفرض على القاضي أن يبت في النزاع في حدود الإطار الذي حدده الأطراف، أي بالاعتماد على ضوء ما يُدلون به من حجج وما يتمسكون به من دفوعات دون حاجة إلى البحث عن أدلة أخرى؛ أو السعي لإتمام ما كان ناقصا منها.

وعليه؛ فإن المتقاضي يحتاج إلى قاضي ينصفه من خصمه لا إلى قاضي يحميه من نفسه ومن أخطائه، وهذا يعني أنه لا يمكن للمحكمة المدنية من تلقاء نفسها الإتيان بأدلة جديدة لأن ذلك يؤدي إلى تغيير موضوع الدعوى، كون أن طلبات كل طرف مرتبطة بعناصر الإثبات التي يعتمدها، وتلك العناصر هي التي تعطي للطلبات طبيعتها ومداها، فإدخال عناصر جديدة في

---

[388] آدم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، الصفحة 93.

[389] إبراهيم أمين النفياوي، مبادئ الخصومة المدنية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، الصفحة 142.

[390] أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة 12، دون ذكر مكان النشر، الإسكندرية، 1977، الصفحة 128.

القضية يغير نطاقها وموضوعها، وهذا يتنافى مع دور الحياد المُلزم للقاضي في النزاع المدني[391].

وغير ما مرة انتقدت محكمة النقض الفرنسية قضاة الحكم بسبب عدم الحياد هذا؛ واعتبرته انتهاكًا صارخًا للقواعد المتعلقة بـ تعليل الأحكام ومتطلبات الحياد الملزمة لجميع السلطات القضائية.

فقد ألغت في إحدى قراراتها الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بمدينة نانسي الفرنسية بمناسبة نزاع على تركة صدر بشأنه حكم ابتدائي تم تأييده استئنافيا. وعللت قرارها بالقول: "...**حيث إنه ولئن حددت محكمة الاستئناف بطريقة واضحة الوسائل والملتمسات التي أثارها الطرفان بمذكرة الاستئناف، إلا أن الحكم المستأنف اقتصر بالإجابة على الملتمسات الأخيرة فقط بعلة أن باقي ملتمسات طالب النقض كانت طويلة ومتناقضة بشكل معيب في حين ردت بشكل مستفيض على ملتمسات المطعون ضده.**

وحيث إن طريقة رد المحكمة على دفوعات طالب النقض ومناقشتها حجج الأطراف بطرق متمايزة من شأنها أن تثير شكوكا مشروعة حول حياد المحكمة، مما يجعل القرار معيبا لسببين. أولها، عدم مراعاة المحكمة للنطاق الدقيق للقواعد المتعلقة بـ "تعليل " القرارات القضائية التي تفرض العدل والمساواة بين الخصوم في مناقشة حججهم والرد على دفوعاتهم، وثانيها، عدم مراعاة الحكم القضائي المطعون فيه بالنقض القيود المفروضة على القاضي بشأن التعبير عن قناعته حول الأسس الموضوعية للملتمسات والوسائل المعروضة عليه، وهو ما يُعتبر خرقا صارخًا للقواعد المتعلقة بـ

[391] علي عبيد الحديدي، التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2015، الصفحة 97.

تعليل الأحكام القضائية ومتطلبات الحياد الملزمة لجميع المحاكم بمختلف درجاتها"[392].

إلا أن هذا التوجه الذي يُقيد من حرية القاضي في إدخال عناصر جديدة في الدعوى بعلة خرق واجب الحياد؛ تعرض لانتقاد شديد لأنه يخلط بين الوقائع التي يركز عليها المتقاضون في طلباتهم وبين وسائل الإثبات، فاتخاذ مبادرة في إجراءات التحقيق مثلا من قبل المحكمة لا يؤدي بالضرورة إلى تغيير موضوع النزاع المتكون أساسا من مجموع الوقائع التي يستند إليها المدعي، وإن كان حسم الأمر وتحديد حقيقة دور القاضي في النزاع المدني أمر في غاية الأهمية لأن طبيعة الدور الذي يؤديه سيساهم بصفة جوهرية في تكييف عملية البحث والكشف عن الحقيقة التي يكرسها الحكم القضائي[393].

وبما أن القضاء مرفق عام فمن الطبيعي أن يتدخل القاضي في تسيير الخصومة، وخاصة إجراء البحث في نطاق تصريف الدعوى وتهيئتها للحكم فيها، فالحياد لا يعني الجمود والسلبية، باعتبار أن السلبية تتنافى والوظيفة القضائية التي ترمي إلى تحقيق العدالة والمساواة بين الأفراد داخل المجتمع[394]. وقد وجد الدور الإيجابي للقاضي انطلاقا من مبررين، أولهما أن النزاع المدني لا يهم طرفي النزاع فقط، بل إن الصالح العام له دور في ذلك من خلال الصبغة الاجتماعية للنزاع المدني[395]، والثاني؛ هو التصور الجديد للحقيقة

---

[392] P. Mimin, Le style des jugements, 4e éd., Librairies Techniques, 1970, page 85.

[393] محمد حلمي أبو العلا، البطء في التقاضي: الأسباب والحلول، دار الجامعة الجديدة، مصر، الإسكندرية، 2015، الصفحة 67.

[394] محمد سليمان محمد، القاضي وبطء العدالة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 2011، الصفحة 121.

[395] من الجدير الذكر في هذا المقام أن القاضي يتعين عليه أن يتدخل في القضايا المتعلقة بالنظام العام، فيثير من تلقاء نفسه كل ما يرتبط به حتى ولو بم يُثره الأطراف، لأن الأمر لم يعد يتعلق فقط بمصالحهم الخاصة، ومن ثم لا يحق لهم التنازل ضمنيا عن طريق إغفال إثارة القواعد القانونية المرتبطة بالنظام العام سواء كانت موضوعية أو إجرائية. ومن ثم يمكن للقاضي أن ينزاح عن واجب الحياد ويحكم لأجير بأكثر مما طلب إذا كان طلبه دون الحد الأدنى للأجر، ويتدخل لتعديل المبلغ المستحق بمقتضى الشرط الجزائي، وغيرها من الحالات المشابهة.

القضائية[396] والذي ينظر للدعوى المدنية ليس مجرد نزاع فردي يدور بين شخصين، وإنما أيضا على أنها ظاهرة مرضية في البناء الاجتماعي تدل على وجود خلل فيه يلزم معالجته بأسلوب قانوني يحد من أثاره الاجتماعية السلبية، ولهذا فلابد من القضاء على فلسفة القاضي "مكتوف اليدين"، وضرورة إخراجه من دوره السلبي نحو منح القاضي دورا إيجابيا في النزاع كي يتمكن من الوصول إلى الحقيقة، وذلك من خلال منحه صلاحيات قانونية تتيح له مثل هذا الدور الإيجابي[397].

وهذا ما يتضح من تعليل قرار محكمة النقض المغربية بقولها: **"...المقصود بتغيير العنصر المادي للطلب القضائي وسببه في مرحلة الاستئناف، ذلك التغيير الذي ينصب على الوقائع المولدة للحق المدعى به، بأن يكون هناك ادعاء جديد ينصب على مجموعة وقائع جديدة، تختلف كل الاختلاف عن الوقائع المتمسك بها أمام محكمة أول درجة، أما مجرد التعديل في الوسائل المستند إليها ابتدائيا، أو تقديم وسائل إثبات جديدة فلا يعد تغييرا في الطلب وسببه، ويجوز إجراؤه في المرحلة الاستئنافية، طالما أنه يصب في صميم موضوع الطلب الافتتاحي للدعوى، إذ هو مجرد أوجه دفاع جديدة تتصدى لها محكمة الاستئناف في إطار الأثرين الناقل والناشر للاستئناف؛**

وعليه؛ فإن محكمة الاستئناف المطعون في قرارها، التي ثبت لها من المقال الافتتاحي للدعوى أنها لم تقدم كدعوى صرفية، وإنما كدعوى عادية للمطالبة بالمديونية الناجمة عن معاملات تجارية مثبتة بكمبيالات صادرة عن

---

[396] محمود سعيد عبد المجيد، ضوابط وأحكام ممارسة مهنة المحاماة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009، الصفحة 17.

[397] نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1989، الصفحة 52.

المدين، لم تكن ملزمة بالجواب على دفع غير مؤسس بشأن تغيير نطاق الدعوى من حيث وقائعها وأسبابها"[398].

ولأهمية مبدأ الجياد أمام أطراف الخصومة القضائية، جاء في قرار لمحكمة النقض: "...وحيث إن مبدأي حياد المحكمة ومساواة الأطراف أمام القانون كأساس لكل محاكمة عادلة يقتضيان ألا يكون كل أو بعض قضاة الحكم أطرافا أو أصحاب مصلحة في النزاع عملا بمقتضى المادة 273 من ق.م.ج وأن كل حكم صدر خلافا لهذا المقتضى يظل باطلا؛

...وحيث إن المحكمة لما اكتفت في جوابها عن دفع الطاعن بهذا الخصوص بأن قضاة النيابة العامة لا يجرحون لم تتقيد بالمبادئ سالفة الذكر ولم تراع قصد المشرع في المواد 273 إلى 285 من ق.م.ج والرامي إلى احترام مبدأ حياد المحكمة وتوفير كل ظروف المحاكمة العادلة مما يجعل قرارها مشوبا بالفساد في التعليل ومعرضا للنقض"[399].

ثانيا: التعليل آلية لتحقيق مبدأ التواجهية بين أطراف الخصومة[400] القضائية.

مبدأ المواجهة بين أطراف الخصومة، هو مبدأ إجرائي عام، مضمونه حق كل خصم في العلم بجميع الدعاوى والإجراءات المتخذة في مواجهته؛ وما

---

[398] قرار عدد 433 بتاريخ 2011/03/24 في الملف عدد 10/305 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 73 الصفحة 171 وما يليها.

[399] قرار محكمة النقض عدد 7/1808 بتاريخ 2008/05/14 في الملف عدد 07/8551، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

[400] عرف وجدي راغب حق الدفاع في مؤلفه "مبادئ الخصومة المدنية" بأنه الوسائل التي تُمكن الخصم من تكوين الرأي القضائي لصالحه توصلا إلى الحكم لصالحه" أشار إليه عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، الصفحة 205.

ويقول عزمي عبد الفتاح: "ويتضمن (حق الدفاع) مجموعة من الحقوق التي تتفرع عنه أهمها: مبدأ التواجهية contradictoire بين الخصوم، كما يتضمن أيضا مبادئ أخرى مثل حياد القاضي neutralité du juge ومبدأ حرية الدفاع، والحق في الإثبات، وعلانية الجلسات، ووجود طرق الطعن، وتسبيب الأحكام".

تحتويه الدعوى من عناصر قانونية أو واقعية في وقت ملاءم وذلك حتى يستطيع ذلك الخصم مناقشة كل ذلك أمام مجلس القضاء بغرض إقناعه[401].

ويعتبر مبدأ التواجهية[402]؛ من أهم مبادئ المحاكمة العادلة والتي يُعتبر الحق في الدفاع ديدنها، بحيث يضمن هذا المبدأ الحق في معرفة الوسائل المرتبطة بالواقع او بالقانون التي يؤسس عليها الخصوم ادعاءاتهم وكذا مختلف وسائل الإثبات التي يرتكزون عليها، كما يضمن لهم حق استدعائهم لحضور مجلس القضاء ومعرفة ما يُواجهون به من ادعاءات[403].

لذلك، أوجب المشرع المغربي استنفاذ مسطرة التبليغ[404] قبل حجز الملف للتأمل أو المداولة حفاظا على مبدأ التواجهية، فمن خلاله يُمكن كل طرف من أطراف الخصومة من الاطلاع على ما يقدمه خصمه من أوراق أو أدلة، لكي يتمكن من الرد عليها ولا يتفاجأ بها عند النطق بالحكم، وهو ما يفرض على القاضي احترام التراتبية في الإجراءات المتعلقة بالاستدعاء للجلسة، حيث تبتدأ المسطرة أول الأمر بتوجيه استدعاء للمدعى عليه في موطنه، وهو العنوان الوارد بمقال المدعي، حتى إذا أُفيد عنه بتعذر توصله بالاستدعاء، لجأت المحكمة إلى استدعائه بواسطة البريد برسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل، وفي حالة تعذر تحقيق المطلوب كان لها حق اللجوء لمسطرة القيم من أجل البحث عنه وتبليغه بموضوع الدعوى.

---

401 إبراهيم محمد الشرفي، المفيد في شرح قانون المرافعات الجديد، الطبعة 3، 2009، منشورات الصادق، صنعاء، اليمن، الصفحة 87.

402 نظم المشرع المغربي مسطرة الاستدعاء والتبليغ بموجب الفصول 36 و 37 و 38 و 39 و 40 من قانون المسطرة المدنية، واحترام هذه المسطرة هو الركيزة الأساسية واللبنة الأولى لضمان مبدأ التواجهية.

403 تنص المادة 168 من قانون المرافعات المصري على انه: "لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه، أو أن تقبل أوراقا أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان العمل باطلا".

404 ينص الفصل 36 من ق.م.م: "تستدعي المحكمة حالا المدعي والمدعى عليه كتابة إلى جلسة تعين يومها..."
وينص الفصل 73 منها: "يوجه الاستدعاء بواسطة أحد أعوان كتابة الضبط، أو أحد الأعوان القضائيين أو عن طريق البريد المضمون مع الإشعار بالتوصل أو بالطريقة الإدارية.
إذا كان المرسل إليه يقيم خارج المغرب، يزجه الاستدعاء بواسطة السلم الإداري على الطريقة الدبلوماسية أو بواسطة البريد المضمون، عدا إذا كانت مقتضيات الاتفاقيات الدولية تقضي بغير ذلك".

جاء في تعليل قرار محكمة النقض[405] بهذا الشأن: **"إن مسطرة التبليغ مرتبطة ببعضها البعض، لا تسلم أحدهما إلا بسلامة ما قبلها وهو ما يحتم على قضاة الموضوع التثبت والتأكد مما إذا كانت مسطرة القيم موضوع الفصل 39 من قانون المسطرة المدنية احترمت حتى إذا تأكدت من ذلك انتقلت إلى مناقشة الفصل 441 من نفس القانون"**.

لذلك، يعتبر مبدأ المواجهة ذا قدسية في الدعاوى المدنية، وضمانة لحق الدفاع، لأنه يكفل احترام مبدأ المساواة بين الخصوم، كما أنه يحمي الخصم من المناورات التي قد يلجأ إليها خصمه في أثناء الخصومة، حتى يتمكن من الدفاع عن مصالحه في الوقت المناسب.

جاء في تعليل قرار محكمة النقض المصرية بهذا الشأن: "...قاعدة عدم جواز قبول مستندات أو مذكرات من أحد الخصوم في غير الجلسات المحددة لنظر الدعوى دون اطلاع الخصم الآخر عليها إلا أن تودع رفق صحيفة الدعوى حسب المادتان 165 و168 مرافعات أصل من أصول المرافعات لا يسوغ الخروج عليها ولو أذنت المحكمة"[406].

هذا ويعد العلم بالإجراءات المتخذة في الخصومة جوهر مبدأ التواجهية، وتعليل الأحكام يلعب الدور الأساس والرئيسي في الكشف عن مدى التزام القاضي بهذا المبدأ، وعن مدى ضمان المبدأ بين الخصوم، ذلك لأن التعليل في طبيعته إعلان، والقاضي عندما يعلل حكمه فإنه يُعلم الخصوم وغيرهم ممن يحق لهم الاطلاع على الحكم بما خلُص إليه من نتيجة لحسم النزاع.

---

[405] قرار عدد 803 وتاريخ 2003/06/25 في الملف عدد 1223/ 02، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 98 الصفحة 120 وما يليها.

[406] أشار إليه عبد الحميد الشواربي، تسبيب الأحكام المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 377.

في هذا الشأن جاء تعليل قرار محكمة النقض المغربية بقولها: **"...حيث تعيب الطالبة على القرار في الوسيلة خرقه الفصول 36 و37 و 38 و 39 من ق.م.م ذلك أن المحكمة مصدرته أدرجت القضية بجلسة 2012/10/02 واعتبرتها جاهزة ثم حجزتها للمداولة دون استدعاء الطالبة وإشعارها بالطعن بالاستئناف الذي لم تعلم به حتى تتمكن من بيان أوجه دفاعها، فجاء لذلك قرارها خارقا للقانون مستوجبا للنقض.**

حيث صح ما عابته الوسيلة على القرار، ذلك أنه طبقا للفصل 338 من ق.م.م يجب أن يعلم كل طرف في الدعوى أو وكيله بمقتضى تبليغ طبقا للفصل 335 من نفس القانون باليوم الذي أدرجت فيه القضية في الجلسة العلنية، والبين من وثائق الملف أن القضية عينت لأول مرة في جلسة 2012/10/02 دون ثبوت استدعاء الطالبة، مما يعد خرقا للفصل المذكور ويعرض القرار المطعون للنقض"[407].

يتضح جليا إذن؛ أن تعليل الأحكام المدنية لم يكن نظاما فرضه المشرع بصورة تحكمية أو رغبة منه أن تستوف الأحكام شكلاً معيناً فقط، بل إنه يتعدى هذا الفهم كونه يحتل أهمية أكبر ترتبط أساسيا بكونه حق من حقوق الإنسان في الحفاظ على حريته وحقوقه الفردية التي نصت عليها القوانين الوطنية.

وعلى غرار ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض، دأب القضاء المدني المغربي على مستوى محاكم الموضوع بمختلف درجاتها؛ على إيلاء العناية اللازمة لمبدأ التواجهية بين الخصوم، ومن صورها الحرص على تضمين الحكم تعليلا خاصا بتحققه في حالة حضور المطلوب في الدعوى وجوابه عنها، ومن تعليلات ذلك: **"... حيث يهدف طلب المدعي إلى الحكم على**

---

[407] قرار محكمة النقض المغربية عدد 11 الصادر بتاريخ 2013/01/13 في الملف الشرعي عدد 2013/1/2/272، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، العدد 79، 2015، الصفحة 149-150.

المدعى عليه بتصفية الغرامة التهديدية من تاريخ الامتناع (2019/07/29) إلى حين التنفيذ مع النفاذ المعجل وتحميل المدعى عليه الصائر؛

<u>وحيث أجاب المدعى عليه أنه لم يمتنع قط</u> عن تنفيذ الحكم؛ بل بادر إلى ذلك في الشق المتعلق بتسليم مفتاح السطح، وأن المكترية الأخرى القاطنة في سفلي الدار هي من منعته من ولوجه بعلة أن المدعي لا يسكن رفقة عائلته ولا يمكنه أن يشترك معها في السطح، وأنه أنجز محضر امتناع لها وقدم طلب استعجالي ضدها حُكم بعدم قبوله، كما أنه استصدر أمرا بتاريخ 2019/09/30 قضى بعرض مفتاح السطح على المدعي وتسلمه بتاريخ 2019/10/07 حسب الثابت من محضر عرض عيني...[408]**"**

وهو نفس المبدأ الذي ينهجه القاضي المدني إذا ما تعذر عليه تحقيق مبدأ التواجهية بين طرفي الدعوى بسبب يعود للمدعي أو المدعى عليه، حيث يستنكف عن البت في الطلب في غياب الأخير إذا ما لم يُستدعى للجواب، ومن تعليلات ذلك: **"... حيث إن الطلب يهدف إلى الحكم لفائدة المدعي بما هو مسطر أعلاه.**

وحيث إن المحكمة أنذرت دفاع المدعية قصد الإدلاء بالعنوان الصحيح والكامل للمدعى عليه لتحقيق مبدأ التواجهية وحماية حقوق الدفاع؛ بعدما رجعت شواهد تسليمه بعدة جلسات بإفادة سلبية، آخرها شهادة التسليم المؤرخة في 2019/12/30 مفادها أن لا أحد يوجد بالعنوان المطلوب، غير أن المدعية استنكفت عن الاستجابة لطلب المحكمة في آخر جلسة المنعقدة بتاريخ 2020/02/10 رغم إنذارها وإمهالها لذلك، وهو ما تعتبره المحكمة تمسكا بالعنوان الموجود بمقال الدعوى الذي تعذر على المحكمة استدعاء

---

[408] حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بطاطا بتاريخ 2020/03/02 في الملف المدني عدد : 2020/1201/12، غير منشور.

المطلوب فيه رغم تأخير الملف لعدة جلسات. مما تكون معه الدعوى والحالة هذه معيبة شكلا ويتعين التصريح بعدم قبولها وإبقاء الصائر على رافعها[409]".

وفي قرار حديث لمحكمة النقض المغربية اعتبرت بموجبه أن "المستأنف غير حاضر باستئنافه"، وحسب الفصل 338 من قانون المسطرة المدنية؛ يجب استدعاؤه تحت طائلة نقض القرار، وأن المحكمة لما حجزت القضية للمداولة بعد جواب الطرف المستأنف عليه دون استدعاء الطرف المستأنف لم تجعل لقرارها مرتكزا من القانون وعرضته للنقض، وعللت قرارها كالآتي:

"...حيث يعيب الطاعنون على القرار المطعون فيه خرق الفصل 338 من قانون المسطرة المدنية، ذلك أن المحكمة عينت الملف بأول جلسة في 2017/12/13 لم يحضروها ودفاعهم، وحضرها المطلوبون في النقض وأدلوا بجوابهم وتمت إحالة الملف على النيابة العامة، وأدرجت القضية بجلسة 2017/12/20 وتمت حجزها للمداولة لجلسة 2017/12/27 دون استدعائهم ودفاعهم أو تبليغهم نسخة من المذكرة الجوابية، كما أن المحكمة أخرجت القضية من المداولة قصد إضافة ملف التبليغ وتم إدراج القضية بجلسة 2018/01/10 دون استدعائهم ودفاعهم للاطلاع على ملف التبليغ والرد؛

حيث تبين صحة ما عاب الطاعنون على القرار المطعون فيه؛ ذاك أنه وطبقا للفصل 338 من ق.م.م يجب على محكمة الاستئناف استدعاء الأطراف ووكلائهم للجلسة التي أدرجت فيها القضية، ولا يستفاد من وثائق الملف أن الطاعنين تم إعلامهم بأي من الجلسات التي أدرجت فيها القضية، وأن عدم قيام المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بإعلام الطاعنين بجلسة 2017/12/13

[409] حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بطاطا بتاريخ 2020/03/02 في الملف المدني عدد: 2019/1201/26، غير منشور.

وجلسة 2017/12/20 التي أدرجت فيها القضية وحجزها للمداولة لجلسة 2017/12/27 يعد خرقا للفصل 338 من ق.م.م ويعرض القرار المطعون فيه للنقض"[410].

وفي قرار أخر اعتبرت أن: "...المستخلص من الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية أن دعوى تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية دعوى تواجهية في غير انحلال ميثاق الزوجية الذي لا يقبل الطعن إلا من طرف النيابة العامة، باعتبارها وحدها الطرف المدعى عليه. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما قضت بالرجوع عن القرار الاستئنافي المطعون فيه من طرف المطلوب بطعن الغير الخارج عن الخصومة، وأيدت الحكم الابتدائي فيما يتعلق بتذييل الحكم الأجنبي في حدود الشق القاضي بالتطليق بين الطرفين بعلة أن عدم توجيه الطالبة لدعواها المتعلقة بطلب التذييل في شقه القاضي على المطلوب في النقض بالنفقة، **يشكل خرقا لمبدأ التواجهية في التقاضي**، ما دام المطلوب في النقض كان طرفا في الحكم المطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية، فإنها طبقت الفصل المحتج به تطبيقا سليما، وعللت قرارها تعليلا كافيا"[411].

الفقرة الثانية: الوظيفة الحمائية لعنصر التعليل

إذا كانت وظيفة التعليل في إثراء النقاش القانوني[412] لوحدها كافية للدلالة على أهمية شرط التعليل، فإن هذه الوظيفة تُصبح أكثر أهمية إذا ما هي

---

[410] قرار عدد 2019/251 الصادر بتاريخ 2019/04/16 في الملف المدني عدد 2018/2/1/2553، منشور بالصفحة الفيسبوكية للأستاذ عبد الرحمان الباقوري بتاريخ 2021/10/16.

[411] قرار محكمة النقض عدد 567 بتاريخ 2018/10/23 في الملف الشرعي 2017/1/2/301، قضاء محكمة النقض، عدد 86، قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث.

[412] تبرز وظيفة عنصر التعليل في إثراء النقاش القانوني حول المقتضيات القانونية التي تعمل المحاكم على تفعيلها، من خلال دراسة أسباب الأحكام وتحليلها والتعليق عليها، لأن القاضي عندما يطبق القانون؛ فهو يفسره وينقله من الناحية النظرية إلى الناحية التطبيقية مما يساعد على فهم النصوص القانونية، ويكشف ما يشوبها من قصور أو غموض أو ما يحتويها من ثغرات، كما أن الأحكام القضائية تعتبر مادة خصبة لفقهاء القانون(=)

تعلقت بحقوق أطراف الخصومة القضائية؛ التي تسعى المحاكم بمختلف درجاتها حمايتها، فيكون التعليل من جهة؛ وسيلة لتعزيز ثقة المتقاضين في العدالة (الفقرة الأولى)، ومن جهة ثانية، آلية تراقب من خلالها محكمة القانون أحكام محاكم الموضوع (الفقرة الثانية).

أولا: دور التعليل في حماية حق المساواة أمام مجلس القضاء

يُقال أنه لا توجد فضيلة أجمل من إعادة الحق إلى صاحب الحق، ولا تُطلب القوة والسلطة في موضع أكثر من موضع نزع الباطل من المعتدي وإعطائه للمعتدى عليه؛ فتعيد الحق إلى من له الحق فيه، ولكن ذلك يكون أقوى وأكمل؛ إذا ما ترافق مع السماح لكل طرف من أطراف الخصومة الإدلاء بما بين يديه من حجج وإثباتات؛ بشكل يستوي فيه الظالم المُفترض والمظلوم صاحب الادعاء، فتحقق العدالة، ويرضى كل بما حُكم له لاحترام مبدأ المساواة أمام المحكمة.

ولعل رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري؛ لخير مرجع لمن أراد أن يتمعن فضل مبدأ المساواة بين الخصوم أمام مجلس القضاء، فقد جاء فيها؛ وهو يحث أبي موسى الأشعري؛ على التريث وإعمال العقل قبل إصدار الأحكام؛ حتى تجد طريقها للقَبول بين الناس؛ فيعملون بما قضى به: "إن القضاء فريضةٌ محكمةٌ، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك، فإنه لا ينفع تكلمٌ بحق لا نفاذ له".

ثم بين له كيفية تحقيق المساواة بينهم والحكمة من ذلك؛ بقوله رضي الله عنه: "وآس بين الناس في وجهك ومجلسك وقضائك، حتى لا يطمع شريفٌ في حيفك، ولا ييأس ضعيفٌ من عدلك"، قبل أن يسترسل بقوله: "البينة على

(=)يتناولونها بالشرح والتحليل والتعليق عليها، خاصة الأحكام التي تثير مشاكل قانونية، فغياب التعليل من صدر الأحكام القضائية يمنع هذا الإثراء، ويقف حاجزا أمام تطوير الفقه القانونية.
للمزيد حول هذه النقطة، يراجع: علي محمود علي حمودة، مرجع سابق، الصفحة 94.

من ادعى، واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما، أو حرم حلالا، ومن ادعى حقا غائبا أو بينة فاضرب له أمدا ينتهي إليه، فإن جاء ببينة أعطيته بحقه، فإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعمى.

ولا يمنعك من قضاءٍ قضيته اليوم فراجعت فيه لرأيك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق، لأن الحق قديمٌ، لا يبطل الحق شيء، ومراجعة الحق خيرٌ من التمادي في الباطل...".

فالمساواة إذن هي حق لكل إنسان أمام مجالس القضاء، ويعني هذا المبدأ العام؛ أن لكل إنسان حقا متساويا في اللجوء إلى المحاكم، وأن تعامل المحاكم جميع الناس معاملة متساوية، فكان الإسلام سباقا لإعمال هذا المبدأ، من منطلق؛ أن دفع المظالم ورد الحقوق لأصحابها، لا يُبيح التمييز بين طالب الحق وبين المطلوب منه[413].

وليس غريبا أن يتم ترجمة هذه الرسالة إلى ثلاث لغات هي الانجليزية، والفرنسية والألمانية لما لها من أهمية في ترسيخ أصول وقواعد

---

[413] النص الكامل لرسالة عمر ابن الخطاب رضي الله لأبي موسى الأشعري رحمه الله:
"ان القضاء فريضةٌ محكمةٌ، وسنةٌ متبعةٌ، فافهم إذا أدلي إليك، فإنه لا ينفع تكلّمٌ بحق لا نفاذ له. وآسِ بين الناس في وجهك ومجلسك وقضائك، حتى لا يطمع شريفٌ في حيفك، ولا ييأس ضعيفٌ من عدلك. البينة على مَن ادعى، واليمين على من أنكر، والصلح جائزٌ بين المسلمين، إلا صلحًا أحلّ حرامًا، أو حرّم حلالًا؛
ومن ادعى حقًّا غائبًا أو بينةً فاضرب له أمدًا ينتهي إليه، فإن جاء ببينةٍ أعطيته بحقه، فإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعمى؛
ولا يمنعك من قضاءٍ قضيته اليوم فراجعت فيه لرأيك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق، لأن الحق قديمٌ، لا يبطل الحق شيء، ومراجعة الحق خيرٌ من التمادي في الباطل. والمسلمون عدولٌ، بعضهم على بعضٍ في الشهادة، إلا مجلودا في حدٍّ أو مجربا عليه شهادة الزور، أو ظنينا في ولاءٍ أو قرابةٍ، فإن الله تولى من العباد السرائر، وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والأيمان،
ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ليس في قرآنٍ ولا سنةٍ، ثم قايس الأمور عند ذلك، واعرف الأمثال والأشباه، ثم اعمد إلى أحبها إلى الله فيما ترى، وأشبهها بالحق؛
وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس عند الخصومة والتنكر، فإنَّ القضاء في مواطن الحق يوجب الله له الأجر، ويحسن به الذخر، فمن خلصت نيته في الحق ولو كان على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزيَّن لهم بما ليس في قلبه شانه الله، فإن الله لا يقبل من العباد إلا ما كان له خالصًا".

التقاضي؛ وقد استلهمت منها العديد من الاتفاقيات والإعلانات الدولية هذا المبدأ، فقد ورد في المادة السابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بأن: "الناس جميعاً سواء أمام القانون، وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز، كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الإعلان ومن أي تحريض على مثل هذا لتمييز".

كما نصت المادة الثانية من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بأن: "تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب أو غير ذلك من الأسباب".

ونصت المادة 14 من هذا العهد على أن: "الناس جميعا سواء أمام القضاء".

وقد أوضحت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن ضمانات المساواة الواردة في الفقرة الأولى من المادة **14** من العهد الدولي تقضي بأن "تضمن الدول تساوي الرجال والنساء في الحق في التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية المصونة في العهد الدولي".

ويهدف مبدأ المساواة أمام القضاء إلى ضمان وتكريس حق كل فرد؛ في اللجوء للمحاكم لاقتضاء حقه أو رد الدعوى عنه، مع ضمان حقه في تيسير سبل الدفاع عن نفسه، وعن طريق هذين الهدفين الأساسيين يتحقق تجرد القضاء كسلطة وتجرد القضاة عن الدعوى كأشخاص، حيث يتم التعامل مع كل القضايا والنزاعات على أساس الوقائع المعروضة وطبقا لمقتضيات القانون، لا

على أساس من ادعى الحق ومن هو مطالب به؛ فيتم والحالة هذه؛ هدم كل أساس للعدالة، وتنفير الناس منها[414].

لذلك؛ كان المشرع الدستوري لسنة 2011 حكيما لما استحضر أهمية ضمان حقوق الأفراد في محاكمة عادلة، فأسس لمبدأين متلازمين لا يُفعَّل أحدهما في غياب الآخر؛ وهما مبدأي المساواة أمام القانون والمساواة أم القضاء.

فبالنسبة لمبدأ المساواة أمام القانون، فقد نص في الفصل 6 منه على أن: "القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة، والجميع أشخاص ذاتيين واعتباريين؛ بما فيهم السلطات العمومية؛ متساوون أمامه، وملزمون بالامتثال له".

وأما ينصرف إلى ضمان مبدأ المساواة أمام مجلس القضاء؛ فأسس له الفصلين 23 و120 من الدستور؛ وهو من أهم المستجدات الدستورية، وإن صيغ المبدأ بعبارة أشمل وأعم؛ بشكل يُمكنها أن تستغرق كل الحالات التي تندرج في نطاق إحقاق المساواة أمام القضاء، فنص على ذلك بعبارة "حقوق الدفاع"؛ بقوله: "لكل شخص الحق في محاكمة عادلة، وفي مجانية التقاضي في الحالات التي لا يتوفر فيها المتقاضي على موارد كافية للتقاضي".

لأجل ذلك؛ يبرز دور عنصر التعليل لمراقبة مدى احترام القاضي لهذا المبدأ الدستوري؛ فتعليل الحكم أو القرار القضائي بتضمينه الحجج الواقعية والمبررات القانونية التي استند عليها القاضي؛ أو هيئة الحكم؛ في إصدار حكمها، كفيل للتأكد من احترام؛ القاضي أو الهيئة القضائية؛ لحقوق الدفاع من عدمه، حتى إذا تأكد ذلك من خلال حيثيات الحكم؛ يُصار إلى مناقشة التعليل

[414] جمعية عدالة من أجل الحق في محاكمة عادلة، الأمن القضائي وجودة الأحكام، نونبر 2013، مطبعة دار القلم، الرباط، الصفحة 20.

الذي بنت عليه المحكمة قناعتها للبت في النازلة على الوجه الذي جاء به منطوق الحكم.

لأن التعليل من جهة وكما بيَنا آنفا، هو سرد واستعراض جميع الوقائع والحيثيات والنصوص القانونية؛ والاجتهادات القضائية؛ التي اعتمدت عليها المحكمة في تكوين قناعتها وإصدار حكمها؛ ومن جهة أخرى؛ هو شرط أساسي لعدالة المحكمة؛ وغيابه يفقدها الشرعية، ويثير الشكوك حول أسس ودوافع أحكامها، لذلك؛ كان التعليل؛ العنصر المؤثر في إثبات تحقق شرط المساواة بين الخصوم عبر مختلف المراحل التي سلكتها مسطرة تصريف الدعوى القضائية[415].

إلا أننا مع ذلك فلا يمكن تحت أي ظرف أن نُعدم إمكانية خرق مبدأ المساواة بين أطراف الخصومة خلال تصريف الدعاوى القضائية، لأنه؛ وفي بعض الحالات؛ وتحت ضغط مطلب سرعة البت في الملفات؛ واتخاذ القرارات بشأنها، يجد القضاة أنفسهم محاصرين بكم هائل من الملفات المتنوعة والمعقدة؛ والتي تحتاج إلى صبر ومُصابرة؛ وإلى مجهود كبير لتصريفها، ينضاف إليها مزاجية مختلف المتدخلين في إنتاج العدالة؛ مع ما يتطلبه ذلك من تعامل حذر ومتساو بين الجميع، ناهيك عن الدور السلبي في بعض الأحيان لهيئة الدفاع؛ هي كلها عوامل تمثل تحديًا يواجهه القضاة بشكل يومي خلال ممارستهم لعملهم؛ ويؤثر بلا شك على تعليل مقرراتهم، وقد تدفع إحدى هذه العوامل؛ إلى إثارة رد فعل غير حيادي من جانب القاضي، الذي يُحاسب عليه إن ثبت تحققه فعلا[416].

[415] رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، الصفحة 3.

[416] Antoine Bolze, Motivation des jugements et impartialiité du juge, Dalloz, actualité 28 janvier 2019, Civ, 1ere, 19/12/2018, FS-P+B, N 17-22-056.

ولأهمية المساواة أمام القانون والقضاء، حرص مشرع مسودة مشروع قانون المسطرة المدنية على تضمين مقتضيات قانونية تكرس هذا المبدأ؛ كان ذلك بموجب الفصل الثاني من مسودة المشروع لما نص على أنه: "يمارس القضاة مهامهم باستقلال وتجرد ونزاهة واستقامة، في إطار السهر على ضمان مساواة الجميع، أشخاصا ذاتيين أو اعتباريين بما فيهم السلطات العمومية، أمام القضاء، وعلى حماية حقوقهم وأمنهم القضائي"[417].

ثانيا: وظيفة التعليل في تعزيز عنصر الثقة في عدالة الحكم القضائي.

وصف المستشار الفرنسي فايي (FAYE) دور وأهمية التعليل ببراعة في أطروحته الكلاسيكية لمحكمة النقض الفرنسية، حيث اعتبر "شرط تعليل الأحكام والقرارات القضائية من أهم الضمانات وأغلاها بالنسبة للمتقاضي، فالتعليل يحميه من تعسف القاضي في مواجهته، ويوفر له دليلا على أن القاضي ناقش قضيته بعدالة وفحص جيدا وسائل دفاعه، كما أنه يعد في نفس الوقت حاجزا أمام القاضي يمنعه من التعسف والمغالاة وإخضاع أحكامه لهواه لأن تعليله هذا يخضع لرقابة محكمة النقض والتي تبين العيوب التي شابت الحكم"[418] وترجعه إلى المستوى الذي يحقق مضمون الحكم العدالة المرجوة منه.

وقد سبق معنا القول بأن الأسباب الواقعية والقانونية المشكلة لتعليلات الحكم أو القرار القضائي هي شكل إجرائي لازم لصحة إصدار الأحكام، ووسيلة القاضي في التدليل على صحة النتائج التي انتهى إليها في منطوق

[417] انظر الفصل 12 من مسودة مشروع ق.م.م، المملكة المغربية، وزارة العدل، صيغة الجمعة 07 يناير 2022.

[418] E. Faye, La Cour de Cassation, Traité de ses attributions et de sa compétence et de la procédure observée en matière civile, Paris, Librairie Marescq Ainé, 1903, n° 82, pages. 106-107.

الحكم أو القرار الذي يصدره، فهو يكشف عن مضمون اقتناعه الموضوعي وعن منهجه في الوصول للحل القانوني السليم[419].

لذلك، فلا سبيل للمتقاضين وخاصة الخصوم من التحقق من عدالة الحكم أو جوره إلا من خلال التعليل، حتى إذا كان عادلا قبلوه، وإن كان دون ذلك رفضوه عن طريق الطعن فيه أمام محكمة أعلى درجة[420]، فمن خلال التعليل يستطيع المحكوم عليه معرفة ما شاب الحكم أو القرار القضائي من نقائص، فهو ضروري ولازم ويسهل على المتقاضين استعمال حقهم في الطعون[421].

فالقاضي بمناسبة تعليل حكمه أو قراره عبر بيان أسبابه القانونية والواقعية التي توصل من خلالها إلى المنطوق، يضمن للخصوم احترامه لحقهم في الدفاع عن قضيتهم، من خلال مناقشة ملتمساتهم ودفوعاتهم والرد عليها، فإن هو قرر قبول المفيد منها في القضية أو الإعراض عن بعضها لعدم أهميتها لزمه تعليل قراره حتى يتبين للخصوم سند القبول والرفض وممارسة حقهم في الطعن فيها.

وهو ما أكدته محكمة النقض المغربية في تعليل لها: **"...حيث تبين صحة ما عابه الطاعن المشغل على القرار، ذلك أنه طبقا للمادة 345 من قانون المسطرة المدنية يتعين أن تكون القرارات معللة، وأن تتضمن الإشارة إلى المستندات وعند الاقتضاء إلى محاضر إجراءات التحقيق التي تم إنجازها؛**

---

[419] محمد الهيني، أحمد مفيد، تقرير حول الحماية القضائية للحقوق والحريات الأساسية، جمعية عدالة من أجل الحق في محاكمة عادلة، الصفحة 276.

[420] علي محمود علي حمودة، النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحله المختلفة، مرجع سابق، الصفحة 81.

[421] أكرم كلاب، الوجيز في شرح الطعن بالنقض في الأحكام المدنية والتجارية، غزة، فلسطين، الطبعة الأولى، 2014، بدون دار النشر، الصفحة 220.

والثابت من وثائق الملف المعروضة على قضاة الموضوع، أن الطاعن أدلى أمام المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بمذكرة اشر عليها بكتابة ضبط المحكمة بتاريخ 2008/05/23 تضمنت طلب ضم الملف الاستئنافي رقم 2008/2520 والذي فتح للاستئناف الذي قدمه الطاعن ضد نفس الحكم الابتدائي، كما تضمنت مذكرة بعد البحث وبيان أوجه الاستئناف المقدم من طرف الطاعن ضد الحكم الابتدائي، غير أن القرار المطعون فيه لم يشر إلى وضع هذه المذكرة ولا إلى ما ورد فيها، ولم يجب لا بقبول طلب الضم ولا برفضه، ورغم ذلك انتهى في منطوق قراره إلى القول بعدم قبول استئناف الطاعن الذي لم يقم بضمه للاستئناف الذي تقدم به المطلوب.، وبالتالي يبقى ا لقرار المطعون فيه والذي بت في النازلة على النحو المذكور، ناقص التعليل المنزل منزلة انعدامه، خارقا للمقتضيات المحتج بخرقها، عرضة للنقض"[422].

وهكذا، تكمن فاعلية التعليل بالنسبة لأطراف الخصومة القضائية باعتباره الوسيلة الأساسية في مراقبة النشاط الإجرائي لقضاة الموضوع، ذلك أن اطلاع هؤلاء على الأحكام الصادرة في القضايا التي عرضوها على القضاء للبت فيها يمكنهم من ممارسة كل السبل المتاحة في حالة عدم اقتناعهم بعدالة الحكم أو القرار القضائي[423]، وذلك إما بسبب عدم تطبيق القانون تطبيقا صحيحا على الوقائع المادية التي أثاروها، أو بسبب عدم الرد على طلباتهم، إذ التعليل يعتبر وسيلة من وسائل مراقبة كافة الضمانات الإجرائية التي ينص عليها القانون كحق من حقوق الخصومة القضائية، ولا تقف أهميته عند حماية

[422] قرار محكمة النقض المغربية عدد 1311 المؤرخ في 2011/10/13 في الملف الاجتماعي عدد 2010/1/5/415 منشور بمجلة محكمة النقض، العدد 112، 2012، الصفحة 87.

[423] Guillrement camille-julia, la motivation des décisions du justice, la vertu, pédagogique de la justice l'armatton, paris, 2006, page 20.

الخصوم من أخطاء القضاة فيما يتصل بقضائهم في الدعوى المعروضة عليهم[424].

فقد يتعرض القاضي لظروف اجتماعية أو صحية أو نفسية قد تؤثر على قضائه وعدالته، فوظيفة التعليل تكشف عما يُعيب القاضي من الظواهر الكاذبة والأهواء الشخصية، فطالما شكلت أخطاء القضاة منبعا لآلام أطراف الخصومة القضائية، وعن طريق التعليل تتكشف هذه الأخطاء ويتضح جور القاضي إن جار، وينكشف خطأه إن أخطأ، فيصبح سهلا على محكمة الطعن مراقبة الحكم أو القرار واتخاذ موقف بشأنه.[425]

ولعل إبراز أهمية وظيفة عنصر التعليل كضمانه لأطراف الخصومة القضائية يتجلى بشكل أكبر في الدعاوى الزجرية التي يتغير فيها نظام الإثبات، حيث يتمتع القاضي الجنائي قانونا بسلطة واسعة في الاقتناع، فالحرية التي بات يتمتع بها القاضي الجنائي تحتاج إلى واق لها من جنوح النفس البشرية واتباع الهوى في إصدار الأحكام والقرارات[426]، لذلك يعتبر عنصر التعليل ملاذا آمنا يُلجأ إليه لكشف كل الخروقات التي شابت الحكم أو القرار القضائي من قبل المحكمة الأعلى درجة، فقد عللت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد أحد قراراتها بقولها: "...يجب أن يشتمل الحكم فضلا عن عرض موجز للوقائع، على الحجج الواقعية والقانونية التي قام عليها، بما تتوافر به الرقابة على عمل القاضي والتحقق من حسن استيعابه لوقائع النزاع ودفاع أطرافه، والوقوف على أسباب قضاء المحكمة فيه، وحتى لا يصدر الحكم عن رعونة وتحت تأثير عاطفة عارضة، أو شعور وقتي، وحتى يكون موضع احترام وطمأنينة،

---

[424] محمد الهيني، أحمد مفيد، تقرير حول الحماية القضائية للحقوق والحريات الأساسية، مرجع سابق، ص 277.

[425] شعبان عبد الكريم، تسبيب الأعمال القضائية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصفحة 28.

[426] علي محمود علي حمودة، النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحله المختلفة، مرجع سابق، الصفحة 83.

لوضوح الأسباب التي دعت لإصداره، ليتمكن الخصوم من دراستها قبل الطعن فيها".[427]

المطلب الثاني: وظيفة التعليل في ضمان الرقابة البعدية[428] لمحكمة النقض[429] على أحكام محاكم الموضوع

تعتبر محكمة النقض المرجع النهائي في تقييم تعليل الأحكام الخاضعة لمراقبتها، وهو بهذه الصفة يمكنه الوقوف على معرفة ما إذا كانت تلك الأحكام تحقق هدف المشرع والمتمثل في إحقاق وصيانة كرامة الفرد وضمان المساواة بينه وبين غيره من المتقاضين، مساهمة بذلك في رسم السياسة القضائية للدولة[430]، وبالتالي فان أهمية عمل محكمة النقض تتجلى في حرصها بأن تلتزم محاكم الموضوع فيما يظهر أنه صواب عند تغيير نص تشريعي قد تتضارب الآراء حول إدراك غاية المشرع منه، فتأخذ محكمة النقض بأقربه إلى الصواب قاصدة توحيد عمل المحاكم اتجاه القضايا المتماثلة حينما تُعرض أمامها.

---

[427] طعن رقم 257 لسنة 42 ق جلسة 1997/02/08 م، أورده أكرم كلاب، الوجيز في شرح الطعن بالنقض، مرجع سابق، ص220.

[428] كانت تسمى سابقا بالمجلس الأعلى؛ وتم تغيير هده التسمية بمقتضى قانون 58.11 الصادر بتنفيذ الظهير 1.11.170 الصادر في 25 اكتوبر 2011، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 27 دجنبر 1957 بشأن المجلس الأعلى انسجاما مع مقتضيات الدستور الجديد لسنة 2011.

وتعتبر محكمة النقض أعلى هيئة قضائية بالمملكة، ويشمل نفوذها جميع ترابها، هدفها توحيد الاجتهاد القضائي وضمان التطبيق السليم للقانون، فهي ليس درجة ثالثة كغيرها من المحاكم؛ وليس هدفها النطق بالحكم في الأساس؛ بل النظر فيما إذا تم تطبيق القانون بشكل صحيح، فهي محكمة قانون وليست محكمة موضوع؛ وهي بهذا تسهر على مراقبة التطبيق السليم للقانون؛ والسعي نحو تفسير النصوص القانونية؛ ورفع الخلاف عنها؛ وتوحيد العمل القضائي بشأنها؛ إضافة إلى تقرير القواعد القانونية الصحيحة، وضمان الأمن القانوني والقضائي وبالتالي حسن سير العدالة.

[429] الرقابة في اللغة هي حراسة المتع ونحوه، أما في الاصطلاح القانوني فهي متابعة أمر معين فالرقابة على قرار؛ يقصد به متابعته للوقوف على صحته من عدمه.

انظر: المجمع الوسيط لمجمع اللغة العربية، الطبعة الثانية، 1976، الجزء الأول، الصفحة 364.

[430] لقد كانت حكمة المشرع المغربي من تنظيم مسطرة الغرف مجتمعة بمحكمة النقض بالغة الأهمية في تخفيف حدة الاختلاف، كما كانت غايته سامية في السعي نحو توحيد الاجتهاد القضائي بالتنصيص على مقتضياتها في قانوني المسطرة المدنية والجنائية معا وفي بعض القوانين الخاصة.

أشارت إليه مريم خلاد، الاجتهاد القضائي في المادة الجنائية، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2008-2009، الصفحة 04.

والطعن بطريق النقض؛ يلجأ إليه الطاعن لإصلاح ما شاب الحكم من مخالفة القانون وبطلانه؛ سواء في ذات الحكم المطعون فيه، أو في أسبابه التي أسس عليه، لأن أهمية مراقبة المحاكم الأعلى درجة بالنسبة لتعليل الأحكام القضائية تتجلى في تمحيص القضايا على وجه يدعو الى الإقناع بأن القضاة قد قاموا بواجباتهم في تصريف الدعوى القضائية، وأنهم سلكوا في ذلك المسلك القانوني، واحترموا إجراءات التحقيق المُلزمة للدعوى، وأصدروا الحكم القضائي طبقا للقانون، وهذا لن يتبين للمحكمة الأعلى درجة إلا من خلال عنصر التعليل المؤسِس لمنطوق الحكم المطعون فيه أمامها.

وما يُمكن استنتاجه هنا، هو أنه إذا كان هدف المحكمة هو الوصول إلى الحقيقة بناء على وقائع الدعوى، فإنها قد لا تصل إليها أحيانا، لأن حكم القاضي وتأويله للقانون كأي عمل بشري معرضا للخطأ، ومن تم عالج المشرع خطأ المحكمة في الوصول إلى حقيقة الواقع، بطريقتين هما التعرض والاستئناف، حيث وجد الطعن الأول لاستدراك الخطأ والثاني لإصلاح الخطأ، وذلك أملا للوصول الى تلك الحقيقة المنشودة، وبعد استنفاذ طرق الطعن غير العادية والعادية دون تحقيق المطلوب، يبقى أمامه طريقا أخيرا ممثلا في الطعن بالنقض إذا توفرت أسبابه[431].

وتبقى من بين أهم أسباب الطعن بالنقض حسب الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية، هي: خرق القانون الداخلي وعدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني أو انعدام التعليل.

[431] في فرنسا مثلا، نصت المادة 3 من القانون المنظم لوظيفة محكمة النقض الصادر بتاريخ 27 نونبر 1970 على ما يلي:
"تبطل محكمة النقض سائر الإجراءات التي خُولفت فيها قواعد الشكل؛ وكذلك سائر الأحكام التي تضمنت مخالفة صريحة لنصوص القانون، وليس لتلك المحكمة مطلقا أن تتعرض لموضوع الدعوى".

الفقرة الأولى: مراقبة محكمة النقض للتعليل في ضوء وسائل الطعن القانونية.

أصبحت الرقابة التي تباشرها محاكم النقض في أغلبية التشريعات المقارنة على تعليل الأحكام الصادرة عن محاكم الموضوع، مبدأ مسلما به اليوم، لا أحد يجادل فيه اليوم، وقلنا أن تعليل الأحكام هو التسجيل الدقيق والكامل للنشاط المبذول من طرف القاضي إلى غاية النطق بالحكم، ويتمثل هذا النشاط بالخصوص في إبراز مجموعة من الأسانيد الواقعية والقانونية التي بني عليها المنطوق[432].

ومن أهم وظائف التعليل تسهيل مهمة محكمة النقض أثناء رقابته للنشاط المبذول من قاضي الموضوع، دون أن يتيه وسط اعتبارات عامة ليتبين بدقة كيف وصل القاضي إلى النتيجة القانونية التي انتهى إليها في منطوق حكمه، وعلى هذا الأساس يجمع الفقه على أن انعدام التعليل أو نقصانه الموازي لانعدامه يشكل عيبا شكليا جوهريا يستغرق جميع العيوب الأخرى، وهو ما تركز عليه محكمة النقض بالدرجة الأولى أثناء مراقبتها لقانونية الأحكام الصادرة عن محاكم الموضوع لأنه يمثل الانعدام الكلي للأساس القانوني للحكم القضائي وهما مفهومان متشابهان إلى حد كبير.

أولا: انعدام الأساس القانوني للحكم

ويقصد به أن قاضي الموضوع لا يمكنه أن يكتفي بإبراز الأسباب التي دفعته إلى إصدار حكمه فقط، ولكن لابد أن تكون هذه الأسباب جدية ومتطابقة مع ظروف النزاع وألا يشوبها قصور أو غموض أو تناقض، وبعبارة أردق، يجب على قاضي الموضوع أن يعلل استخلاصه للوقائع بكيفية تتمكن معها

[432] محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، الصفحة 294.

محكمة النقض من بسط رقابتها على تطبيق القانون بكيفية سليمة[433]، وهي كلها صور تحتاج بعضا من التوضيح البيان.

جاء في قرار محكمة النقض: "...لئن كانت أسباب إعادة النظر في القرارات الصادرة عن محكمة النقض واردة على سبيل الحصر في الفصل 379 من ق.م.م، فإن ما ورد بالسببين من انعدام التعليل وفساده **وانعدام الأساس القانوني**، هو مجرد مجادلة في تعليلات القرار المطعون فيه بإعادة النظر، والتي تم الجواب فيها على جميع ما تضمنته وسائل النقض دون إغفال، ودون الخوض في وقائع الدعوى، وبذلك يكون الطلب غير مؤس وحريا بالرفض"[434].

وعللت قرار آخر لها بالقول: "... إن ما قضت به محكمة النقض في قرارها الأخير من تراجع عن قرار النقض والإحالة على محكمة الاستئناف بتازة وتصريحها بعدم قبول طلب النقض يعني بالضرورة الإلغاء التلقائي لكل الآثار التي رتبها القانون على قرار النقض والإحالة، **فإن بث محكمة الإحالة في الدعوى بمقتضى قرارها موضوع الطعن الحالي يجعل قرارها هذا فاقدا لأساسه القانوني المستمد من قرار الإحالة وعرضه للنقض"**[435].

أ: حالة قصور الأسباب الواقعية

إن الحكم القضائي إذا كان خاليا من التعليل فإنه لا يحوز أية حجية، ولا يقوم بوظيفته، ويكون باطلا إلا أنه يقبل التصحيح[436]، فالمقصود بقصور الأسباب الواقعية عدم كفايتها، فهي موجودة بالحكم القضائي إلا أنها لا تفيد في

---

[433] محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، الطبعة الأولى، 1422-2001، الصفحة 511.

[434] قرار محكمة النقض عدد 364 بتاريخ 2018/07/18 في الملف عدد 2018/3/3/322، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة التجارية، العدد 41، منشور بالموقع الرسمي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية.

[435] قرار محكمة النقض عدد 7/228 بتاريخ 2014/04/22 في الملف المدني عدد 2013/7/1/3587 و 2012/9/1/4114، قرارات محكمة النقض بغرفتين وبجميع الغرف، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:https://juriscassation.cspj.ma/upl/2014/1638894893.pdf

[436] الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 370.

الوقوف على كل العناصر الواقعية التي يتطلب الحكم القانوني وجودها، وهو ما أكدته محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) في عدة قرارات لها بالقول:

"...وحيث إن المحكمة اعتبرت أن النقل كان بمقابل لعلة أن المنقولين صرحوا أنه كان عليهم أن يؤدوا الثمن عند وصولهم ولو كان الثمن لم يؤد أو لم يتم الاتفاق مسبقا عليه؛

وحيث إن هذه العلل غير كافية لإثبات صفة النقل بل كان على المحكمة أن تبحث عن الثمن هل هو ثمن النقل بالمعنى الحقيقي أو هو مساهمة وما هي المسافة التي تفصل بين المحلين، وما هي النسبة بين ذلك المبلغ والثمن الحقيقي للنقل، فتكون المحكمة لم تركز حكمها على أساس قانوني..."[437].

وفي قرار آخر جاء فيه: "...حيث صح ما عابه الطاعن على القرار ذلك أنه اعتمد في قضائه تجاهه بما ذكر أعلاه على أن عقد البيع المبرم بين الطرفين كورقة عرفية لا يستطيع المشتري أن يتسمك به في مواجهة الغير إلا من تاريخ المصادقة على توقيع البائع من طرف السلطات المختصة عملا بمقتضيات الفصل 425 من ق.ل.ع في حين أن الطاعن لا ينكر البيع المبرم بينه وبين المطلوب في النقض ولا توقيعه على عقده، وأن المصادقة على التوقيع من اختصاص السلطة الإدارية، وبالتالي فهو غير مسؤول عن عدم مصادقتها على توقيعه على العقد المذكور الأمر الذي يعتبر معه القرار حين قضى عليه بتصحيح إمضائه الوراد بهذا العقد غير مرتكز على أساس قانوني مما عرضه بالتالي للنقض والإبطال..."[438].

[437] قرار المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) بتاريخ 1971/05/12، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 25، الصفحة 105 وما بعدها.

[438] قرار محكمة النقض، الغرفة المدنية، عدد 105 المؤرخ في 2006/01/18 في الملف المدني عدد 2003/1/1/2866، غير منشور.

ب: حالة الأسباب غير الجدية

يجب أن يكون تعليل الحكم مبني على علل جدية تواجه به محكمة الموضوع نقط النزاع الواقعية والقانونية، لا تسقط منه شيئا مما أثير أمامها، فلا يمكن مثلا أن تعلل المحكمة حكمها بما بعبارات غير مقنعة لا تفيد المعنى المطلوب منها، كأن تعلل المحكمة جوابها على دفع أثير أمامها بالقول: "وحيث إن ما يزعمه المدعى عليه لا أساس له من حيث الصحة" ثم تتوقف، أو تقول: "إن الدعوى قائمة على أساس صحيح ويتعين الاستجابة لطلب المدعي" ثم تتوقف من غير أن تبرز من أين استخلصت قضائها وتبين الأسس التي اعتمدتها للقول بصحة ووجاهة الطلب أو الدفع من عدمه.

فقد استقر اجتهاد محكمة النقض على نقض كل القرارات والأحكام التي يشوبها عيب التعليل ممثلا في عدم جدية الأسباب المبنية عليها، ففي قرار لها قالت: "...يكون ناقص التعليل وبالتالي يتعرض للنقض الحكم الذي يقتصر لرفض شهادة اللفيف على التصريح بعدم كفايتها"[439].

ج: حالة غموض الأسباب

تكون أسباب الحكم غامضة أو مبهمة في الحالة التي لا تستطيع فيها محكمة النقض الوقوف على الأسباب الحقيقية التي استند عليها قاضي الموضوع لإصدار حكمه أو في الحالة التي تنم فيها هذه الأسباب عن شك أو إبهام.

والحقيقة أن الغموض والشك الابهام كثيرا ما ينتج عن نقصان أو قصور أو تعارض التعليل، ففي قرار له اعتبر المجلس الأعلى سابقا: "وحيث إنه خلافا لما جاء في القرار المطعون فيه على أساس أن قيام الأظناء بإغلاق الممر الذي منه كان المشتكي يمر إلى عقاره لا يشكل في حد ذاته ركنا من

[439] قرار المجلس الأعلى سابقا الصادر بتاريخ 1967/12/12، منشور بمجلة المجلس الأعلى في المواد المدنية 1966-1968، الصفحة 89 وما بعدها.

أركان الجريمة موضوع المتابعة وإنما يشكل ارتفاق حق المرور على عقاره لفائدة عقار آخر، فإن القضاء الزجري يحمي الحيازة في الحق العيني بالارتفاق كما يحمي الحيازة في العقار نفسه مما يكون معه القرار قد جاء ناقص التعليل ومعرضا للنقض"[440].

د: إيراد أسباب غير مقنعة في مجال الإثبات

يستفاد من مقتضيات الفصل 417 من ق.ل.ع ومما جرى عليه قضاء محكمة النقض أن استخلاص ما بالوثيقة وإعطائه ما يستحق من قوة ثبوتية يندرج من حيث المبدأ ضمن سلطة قاضي الموضوع التقديرية، غير أن قاضي الموضوع، وهو يمارس عملية الاستنباط والترجيح هذه يخضع لقيد هام مفاده استبعاد كلي أو جزئي لما هو ثابت بالأوراق، وكل ترجيح لوثيقة على أخرى يجب أن يعلل كافيا كافيا وإلا اعتبر الحكم فاقدا لأساسه القانوني.

فقد علل المجلس الأعلى (سابقا) أحد قرارته بالقول: "حقا، فإنه بالرجوع إلى المستندات الملف، يتضح أن الطالب أدلى بتحملاته العائلية، وتفيد أن له تسعة أولاد أكبرهم مزداد سنة 1958 وأن للمطلوب ثلاثة أولاد فقط حسب الموجب...الذي أدلى به بنفسه وأن أصغرهم مزداد سنة 1957 وأن المحكمة لم تبين الأسس التي اعتمدت عليها في الموازنة التي بموجبها رجحت جانب المطلوب الذ لا يتوفر إلا على ثلاثة أبناء كلهم رشداء، وأهملت تحملات الطالب الذي هو أب لتسعة أبناء...وهكذا يتضح أنها لم تؤسس حكمها على أساس قانوني صحيح"[441].

إذن كانت هذه بعض القرارات القضائية التي بينا من خلالها أن محكمة النقض في مجال تعليل الأحكام القضائية بصفة عامة، وبالنسبة لفكرة انعدام

---

[440] قرار محكمة النقض عدد 6/1843 بتاريخ 2002/10/2 في الملف الجنحي عدد 1999/9580، غير منشور.

[441] قرار المجلس الأعلى (سابقا) الصادر بتاريخ 1982/03/17 م م ع 76562، قرار غير منشور، أورده محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، الصفحة 516.

الأساس القانوني بشكل خاص، يسير في الاتجاه الذي يعطيه للحكم مفهوما واسعا، يشمل انعدام التعليل وخرق القانون وخرق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

ثانيا: عيوب التعليل التي تشكل إخلالا بالحكم القضائي

إذا كان تعليل الأحكام أمر واجب على محاكم الموضوع باختلاف تصنيفاتها ودرجاتها بحث على المحكمة أن تبين في حكمها النصوص القانونية التي استندت إليها، وليس هذا فقط، وإنما يجب أن يكون تعليلها واضحا وكافيا، بحيث يحمل الدليل على أن المحكمة بحثت في الدعوى بحثا دقيقا ومستفيضا، أدى بها إلى تكوين قناعتها التي عبرت عنها في منطوق الحُكم[442] تحت طائلة الطعن فيه بالنقض.

وبناء عليه، فأسباب الطعن تنقسم إلى أسباب متعلقة بخرق قواعد الموضوع، وأخرى متعلقة بخرق قواعد المسطرة أو الإجراءات، والفصل 359 من قانون المسطرة المدنية حددها على سبيل الحصر، فيجب أن تتحقق منها المحكمة أولا لتحكم مند البداية بقبول الطعن شكلا أو برفضه.

إن قصور التعليل أو غموضه مرتبط ارتباطا وثيقا باستخلاص الوقائع بكيفية جدية، وهو ما يعتبر شرطا ضروريا وجوهريا لإعمال نصوص القانون، وهي كلها تشكل في مجموعها أو منفردة عيب من عيوب التعليل الذي يخضع لرقابة محكمة النقض.

أ: نقصان التعليل الموازي لانعدامه

قد يقصد بنقصان التعليل الموازي لانعدامه وجود أسباب الحكم مع عدم كفايتها للدلالة على النتيجة المؤدية إليها، وقد يقصد به كذلك عدم الرد على

[442] حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، سنة 1973، الصفحة 426.

وسيلة من وسائل الخصوم، إلا أن محكمة النقض اعتبرت هذه الحالة الأخيرة بمثابة انعدام الأساس القانوني للحكم، جاء في إحدى قراراتها:

"...وحيث إن الحكم المطعون فيه أشار إلى أن المدعى عليه أدلى برسم الطلاق الذي تتحمل المدعية بموجبه نفقات أولادها، كما أشار إلى أنها ادعت الارتجاع وأدلت بحجة على ذلك ولم يشر إلى اطلاع المدعى عليه على هذه الحجة ولم يقل فيها ما عنده؛

وحيث إن مقال المدعية وإن كان يتضمن الدعوى في النفقة لمدة ستة أشهر والتي لا تبلغ قيمتها ثلاثة ألاف درهم إلا أن هذه الدعوى ترتب عليها نزاع آخر يوجب سقوط هذه النفقة على المدعى عليه بسبب الطلاق ثم نزاع آخر في سبب يجعلها على كاهله من جديد وهو دعوى الارتجاع والكل طلبات غير محددة كان على الحكم أن يتناولها ويبت فيها بالقبول أو بالرفض؛

وحيث إن الحكم سكت عن هذا كله وفصل في القضية من ناحية الشكل بعدم قبول الاستئناف وبإلغاء طلب الاستئناف جوهرا، فإنه لم يجعل لما قضى به أساسا..."[443].

كما أكدت ذلك بموجب قرار آخر بمناسبة البت في طعن يتعلق بقسمة الأموال المكتسبة خلال الفترة الزوجية، فعللته بالقول: "...حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار ذلك أنه طبقا للمادة 49 من مدونة الأسرة فإنه إذا لم يكن اتفاق بين الزوجين على تنمية أموال الأسرة يرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد منهما وما قدمه من عمل وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة، والمحكمة لما عللت ما انتهت إليه في منطوق قرارها بأن ما تقوم به الطاعنة من طهي للعمال يدخل في الأشغال المنزلية وبالتالي لم تعتبره من ضمن أعمال الكد والسعاية، والحال أنه من صميم ذلك...ثم تقضي وفق ما

[443] أشار إليه محمد الكشبور، مرجع سابق، الصفحة 517.

ينتهي إليه تحقيقها لما لذلك من تأثير على قضائها، فإنها أقامت قضاءها على تعليل ناقص، وهو بمثابة انعدامه، فجاء قرارها معرضا للنقض"[444].

وفي قرار آخر قالت محكمة القض: "...حيث صح ما جاء بالوسيلة، ذلك أنه طبقا للفصل 345 من قانون المسطرة المدنية، فإن القرارات يجب أن تكون معللة، والطاعنة تمسكت في مقالها الاستئنافي بوثيقة التصريح بالشرف الصادرة عن المطلوب والمصادق عليها صحة توقيعه عليها يوم 2014/09/16 أي بتاريخ سابق عن تاريخ تقديم المقال الافتتاحي للدعوى في 2015/02/26 وبمقتضاها يقر بأن الطاعنة هي زوجته بعد قراءة الفاتحة وبعلم والديها في انتظار إتمام إجراءات عقد النكاح، ودفعت أيضا في مقالها بأن هذا يفيد وجود الرضا بالزواج وقيام الإيجاب والقبول وأن الكتابة ليست ركنا في العقد، وإنما وسيلة لإثباته وأضافت بجلسة البحث ليوم 2016/07/18 أنها أنجبت من المطلوب ابنا آخر وأنها تستقر معه ببيت الزوجية ويعاشرها معاشرة الأزواج وأن مجلس قراءة الفاتحة حضره عدد من الأفراد وفقيه الدوار، وأن سكان الدوار يعلمون بزواجهما، والمطلوب نفسه صرح بنفس الجلسة أنه يلتمس إجراء خبرة عليهما، والمحكمة لما اكتفت في تعليلها على تراجع المطلوب عن إقراره مع أن الإقرار بالنسب لا يجوز الرجوع فيه دون مناقشة كل الدفوع المثارة بالمقال الاستئنافي وبمحضر جلسة البحث، فإنها بذلك عللت قرارها تعليلا ناقصا وهو بمثابة انعدام التعليل، وعرضته للنقض"[445].

وفي قرار آخر لها عللته محكمة النقض بالقول:

---

[444] قرار محكمة النقض عدد 801 المؤرخ في 2016/12/27 في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/396، غير منشور.

[445] قرار محكمة النقض عدد 380 المؤرخ في 2019/06/04 في الملف الشرعي 2017/1/2/609، غير منشور.

"...إن المحكمة لما ثبت لها من تصريحات المطلوب في النقض تمهيدياً بأنه قد ضبط وهو يسوق سيارته في وقت كان لا يتوفر فيه على رخصة السياقة لقيام الضابطة القضائية سابقا بسحبها منه ووجود تلك الرخصة بالنيابة العامة، فإنه كان عليها أن تتأكد من كون ذلك السحب قد استجمع شروط تحوله بقوة القانون إلى توقيف الرخصة أم لا. وبالتالي، فإنها لما عللت تبرئتها للمطلوب مما نسب إليه في إطار مقتضيات المادة 152 من مدونة السير، يكون قرارها قد جاء مشوبا بنقصان التعليل الموازي لانعدامه ومعرضاً بذلك للنقض والإبطال بشأن ذلك"[446].

ب: خرق القانون

من بين صور الخطأ في تطبيق القانون إعطاء النص القانوني الواجب التطبيق مفهوما يخالف الإرادة الصريحة للمشرع، وقد أنزلت محكمة النقض هذا الخطأ منزلة انعدام الأساس القانوني للحكم رغم أن الأول خطأ قانوني محض والثاني يتعلق بالأسباب الواقعية في الحكم، فعللت إحدى قراراتها بالقول:

"...وحيث يتجلى من أوراق الملف ومن القرار المطعون فيه صحة ما نعته طالبة النقض ذلك أن القرار المطعون فيه بتأييده للحكم الابتدائي يكون قد اعتبر أن تاريخ مدة التقادم تنطلق من تاريخ الاعتراف بالدين للهالك كارلوس كالين، في حين أن التقادم بالنسبة للحقوق لا يسري إلا من يوم اكتسابها فلا يكون للتقادم محل إذا وجد الدائن بالفعل في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال الأجل المقرر للتقادم وذلك عملا بمقتضيات الفصل 380 من قانون الالتزامات والعقود، ومن ثم فإن أجل التقادم لا يسري بالنسبة للطالبة إلا من اليوم الذي حكم لها بأنها الوارثة الوحيدة للدائن والذي هو تاريخ

[446] قرار محكمة النقض عدد 2/419 بتاريخ 2016/03/30 في الملف الجنحي رقم 2015/14359، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2016/1639141292.pdf

1985/6/18 وهو اليوم الذي اكتسبت فيه حقوق الدائن الهالك، مما يجعل الحكم معللا تعليلا خاطئا ينزل منزلة انعدامه ويعرضه للنقض"[447].

وفي حكم أخر جاء فيه: "...حيث صح ما ورد بالنعي أعلاه، ذلك أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ورغم ما ثبت لديها من خلال شهادة البناء (ش2) بأن الطاعنة من كانت تمكنه من أجرة البناء قد اعتبرت ما ساهمت به كان من أجل التودد ولم يكن في نيتها الرجوع بما صرفت على المطلوب دون أن تبين من أين استقت ذلك، والحال أن ما صرفته كان من أجل تنمية أموال الأسرة يجب التعويض عنه، فجاء بذلك قرارها معللا تعليلا فاسدا المنزل منزلة انعدامه مما يعرضه للنقض"[448].

يتبين لنا بشكل واضح أن محكمة النقض وتحت التأثير الكبير لطلبات النقض المرفوعة إليه ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الدنيا قد توسع توسعا كبيرا في استعمال مصطلح انعدام الأساس القانوني للحكم كسبب للطعن بالنقض، فلم يقصره على حالات القصور في الأسباب الواقعية أو عدم احترام قاضي الموضوع لحدود سلطته التقديرية، وإنما جعله ينسحب تقريبا على كل الأسباب الأخرى التي تفتح باب الطعن بالنقض[449].

كما عللت به محكمة النقض المغربية قراراها[450] بقولها:

"...في شأن الوسيلة المثارة تلقائيا من طرف المجلس الأعلى لتعلقها بالنظام العام؛

---

[447] قرار محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) بتاريخ 1989/10/04، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، مرجع سابق، الصفحة 92.

[448] قرار محكمة النقض عدد 748 وتاريخ 2016/11/29 في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/873، غير منشور.

[449] محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، مرجع سابق، الصفحة 520.

[450] قرار محكمة النقض المغربية عدد 1189 وتاريخ 2019/09/29 في الملف الاجتماعي عدد 2017/1/5/1620؛ غير منشور

وحيث تنص مقتضيات الفصل 345 من قانون المسطرة المدنية، وخاصة الفقرة الرابعة منه؛ على أنه: تكون القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف معللة، وفي نازلة الحال فإن القرار المطلوب نقضه، ورد خاليا تماما من أي تعليل، الأمر الذي حال دون بسط المجلس الأعلى رقابته على مدى سلامة وقانونية القرار المذكور من حيث تعليله، وأن خلوه من التعليل يجعله مخلا بمقتضيات الفصل 345 من ق.م.م المشار إليها أعلاه، وتبعا لذلك؛ يكون باطلا ويتعين نقضه؛

وحيث تمت مراسلة كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف بالرباط على التوالي بتاريخ 2011/02/09 وتاريخ 2011/08/08 وذلك من أجل موافاة المجلس الأعلى بنسخة كاملة من القرار موضوع الطعن، تتضمن التعليل المعتمد في إصداره، وفي كل مرة يرفق جواب كتابة الضبط بنسخة منه مطابقة للنسخة التي أرفق بها مقال الطعن بالنقض، مما يؤكد أن القرار صدر دون تعليل وخلوه منه يجعله باطلا ويتعرض للنقض".

وجاء في قرار آخر لها: "...إن أسباب إبطال التصرفات المبنية على عيوب الرضا والحالات المشابهة لها والتي لا يجوز التمسك بها إلا من طرف الشخص المتعاقد نفسه هي التي تخضع للتقادم المنصوص عليه في الفصل 311 من قانون الالتزامات والعقود، أما دعوى الإبطال المبنية على حالة المرض والذي يعرفه الفقه بأنه المرض الذي يحكم الطب بكثرة الموت به، فإنه يخضع للتقادم المنصوص عليه في الفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود حسبما جرى به العمل بمحكمة النقض، والمحكمة لما ردت الدعوى بالعلة المنتقدة، والحال أن دعوى الإبطال بسبب مرض الموت تخضع للتقادم العام

المحدد في 15 سنة طبقا للفصل المذكور، يكون قرارها مشوبا بخرق القانون"[451].

إذا ثبت هذا قلنا أن هدف المشرع من بيان أسباب الطعن، لم يقتصر على مجرد الوصول الى تلك الحقيقة الواقعية من خلال طرق الطعن العادية، بل إنه يسعى أيضا إلى الوصول إلى الحقيقة القانونية عن طريق الرقابة التي تمارسها محكمة النقض على محاكم الموضوع، التي تعالج فيها مخالفة الحقيقة القانونية، وخطأ القاضي في القانون، وذلك لأجل هدف أساس وأسمى؛ هو مطابقة الحقيقة القانونية للحقيقة الواقعية، لأنه من المعلوم أن القانون يُعتبر بمثابة الرداء لواقعة الدعوى، وكلما تواءم القانون مع الواقعة كلما أمكن الوصول إلى الحقيقة الواقعية التي تهدف إلى خدمة العدالة[452].

الفقرة الثانية: حدود رقابة محكمة النقض لتعليل أحكام الموضوع

تتمتع محاكم الموضوع بسلطة تقديرية في استخلاص الوقائع التي تبني عليها منطوق أحكامها حسب ما أكدته محكمة النقض في قرارات متواترة، فعللت إحدى قراراتها بالقول:

"...لما كانت محكمة النقض لا تمارس رقابتها على محكمة الموضوع فيما تملكه من سلطة في تقدير قيمة الأدلة المعروضة عليها إلا فيما هو مخالف للقانون، فإنها حينما ردت ما أثاره الطالب في وسائل النقض من انعدام التعليل وخرق القانون، ولم تر موجبا لإعادة الاستماع إلى الشهود وإعادة إجراء خبرة طبية طالما أنها اطمأنت إلى تقرير الخبرة القضائية المأمور بها في القضية.

---

[451] قرار محكمة النقض عدد 210 بتاريخ 2019/04/02 في الملف الشرعي عدد 2017/1/2/1154، قضاء محكمة النقض عدد 87، قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية: https://juriscassation.cspj.ma/upl/2019/1638802257.pdf

[452] عبد الحي الوردي، تعليل الأحكام الجنائي ومتطلبات الأمن القضائي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، 2019-2020 الصفحة 358.

تكون محكمة النقض قد بسطت رقابتها على قرار محكمة الموضوع في كل ما أثاره الطاعن من دفوع، ويبقى ما ساقه من أسباب لتبرير طلب إعادة النظر مجرد تكرار لوسائل نقض تم الجواب عليها في القرار المطلوب التراجع عنه"[453].

إلا أن الأمر ليس على إطلاقه، إذ يتعين أن تكون الأسباب التي بُني عليها الحكم سليمة قانونا وواقعا، لذلك كانت الأسباب التي يُعتد بها والحالة هذه، هي الأسباب التي لا يشوبها بوجه عام إجمال أو إبهام، وتكون كذلك كلما جاءت غامضة فيما أثبتته أو نفته من الوقائع التي لا محيص من الوقوف على حقيقتها لبحث التطبيق القانوني على وجه صحيح، سواء تعلقت هذه الوقائع ببيان توافر وسائل الإثبات التي على أساسها استند الحُكم، أم بالرد على الدفوعات الهامة أو الدفوع الجوهرية، لتتمكن محكمة النقض من بسط رقابتها والوقوف على مبررات الحكم ومسوغاته وتتأكد من صحته[454]، طالما أن هذه المبررات تعتبر فعلا عيبا في التعليل.

فقد جاء في قرار محكمة النقض: "...**لما كان القرار محل الطعن جاء خاليا من ذكر الوقائع سواء على وجه الإجمال أو التفصيل، وخاليا من بيان مكان ارتكابها ومن بيان تاريخ حدوثها وهي بيانات إلزامية في كل حكم أو قرار والتي بدونها لا يمكن لمحكمة النقض أن تبسط رقابتها على الوجه القانوني المطلوب**، فإن المحكمة عندما أدانت الطاعن (الحدث) بجناية محاولة محاولة القتل العمد ومحاولة السرقة الموصوفة ولم تبين في قرارها الوقائع التي

---

[453] قرار محكمة النقض عدد 5/1037 بتاريخ 2016/11/15 في الملف عدد 2016/5/6/1511، قرارات محكمة النقض بغرفتين وبجميع الغرف، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2016/1638891190.pdf

[454] رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، مرجع سابق، الصفحة 506.

تمثل وعاء للجريمتين المذكورتين على النحو المذكور أعلاه، تكون بنت قرارها على غير أساس من الواقع والقانون وعللته تعليلا ناقصا"[455].

أولا: ما لا يعتبر عيبا في التعليل جزئيا أو كليا.

تقدم معنا أن بينا أنه لا يشترط أن يكون السبب صريحا، ويحصل هذا حينما تترك المحكمة الإجابة على بعض الوسائل وتحملها على الأسباب الصريحة التي أجابت عنها في حكمها، فقد استقر على أن السبب الضمني يكفي للقول بوجود الأسباب الأخرى كالقرار الصادر عن المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) عندما صرحت:

"...إن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية حيما قضت بأن المستأنفين تقدما للنزاع دون رسوم ولا حيازة نافعة تكون قد أجابت ضمنيا ولكن بصفة حتمية عما تمسك به طالب الطعن من كونهما تملكا القطعة المطلوب استحقاقها عن طريق إحيائها"[456].

كما تعتبر الأسباب قائمة عندما تكون عامة وكذلك في الحالة التي تقيم المحكمة حكمها في جميع عناصر الدعوى على علل عامة تصلح لكل منها، إلا أنه يشترط في العلل العامة أن تكون واضحة ومحددة وغير مبهمة[457] كالقرار الصادر عن المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض) القاضي بأنه:

"...يجب أن يكون الحكم واضحا وغير مجمل ولا مبهم".[458]

كما تعتبر الأسباب كافية ولو كانت واحدة أو مجملة للرد على كثير من الادعاءات ما دام كافيا لدحضها كالقرار الصادر عن المجلس الأعلى حيث

---

[455] قرار محكمة النقض عدد 1192 بتاريخ 2015/12/09 في الملف عدد 2015/5/6/14535 نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الجنائية، العدد 26، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية: https://juriscassation.cspj.ma/upl/2015/1636452644.pdf

[456] قرار عدد 327 الصادر بتاريخ 22 شتنبر 1980 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 27 ص 145

[457] الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 387.

[458] قررا عدد 192 الصادر بتاريخ 9 يونيو 1971 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 23 ص 17

نص على ان " لقضاة الموضوع ان يجيبوا بكيفية مجملة ولكن كافية عن الوسيلة المستدل بها وليس من الواجب عليهم اتباع الخصوم في سائر مناحي اقوالهم .[459]

كما تعتبر الأسباب موجودة ما دامت تتضمن الإجابة على كل الادعاءات لحمل قضاة المحكمة دون حاجة بالمحكمة إلى تعقب جميع الأقوال والحجج التي قدمها الخصوم ومناقشتها وتتبع الطرفين في مناحي أقوالهم[460]، كالقرار الصادر عن المجلس الأعلى الذي جاء فيه:

"...حينما تصرح أن المحكمة غير ملزمة بالرد على كل ما جاء في عريضة الطالب ولا تتبعه في جميع عناصر أقواله"[461].

غير أن الإغفال الجزئي للبت في أحد الطلبات الأصلية، أو الاستجابة لها من غير تعليلها يجعل الحكم معيبا يقع تحت طائلة النقض، وفي هذا عللت محكمة النقض إحدى قراراتها بالقول:

"...يتعرض القرار للنقض لنقصان التعليل إذا قضى – **بدون تعليل خاص**– للمطالبة بالحق المدني أصالة عن نفسها ونيابة عن أبنائها القاصرين بتعويض إجمالي على وجه التضامن من غير تحديد نصيب كل واحد منهم، والحال أن كل واحد طلب بمستنتجات كتابية مفصلة التعويض المادي والمعنوي الذي يخصه"[462].

---

[459] قرار عدد 440 الصادر بتاريخ 19969/07/18 مجلة القضاء والقانون عدد34

[460] الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 388.

[461] - قرار عدد 225 الصادر بتاريخ 07 ماي 1967 مجلة القضاء والقانون عدد8 ص 31

[462] قرار محكمة النقض عدد 1/1046 بتاريخ 2005/05/10 في الملف عدد 99/4464-66، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2000/1639752749.pdf

أ: ما لا يعد نقصانا في التعليل أو قصوره أو عدم كفايته

إن المشرع المغربي لم ينص على هذه الحالة في قانون المسطري ولا على صوره، بل إن القضاء المغربي هو الذي خلق هذه التسمية وجعل قصور الأسباب الواقعية يشكل سببا من الأسباب التي تجعل الحكم منقوصا، كما أن جانبا من الفقه المقارن سوى بين هذه الحالة وحالة ما لا يعد أساسا لانعدام الأساس القانوني كما ذكرنا عكسه آنفا.

وأعتقد أن العمل القضائي قد توسع كثيرا فيما لا يعد أساسا لانعدام الأساس القانوني وجعله يشمل كل الحالات الأخرى التي تدل على كفاية الأسباب وعدم قصورها، وهذا ما نراه في العمل القضائي حينما يريد الرد في وسائله على الدفوع المثارة من طرف الطاعن، فإنه يجمع بين كفاية الأسباب وأنه مرتكز على أساس قانوني[463] مع أنني أرى أن قضاء محكمة النقض أخذ يسير في طريقه نحو التمييز في كتابة قراراته بين سائر الحالات وإن كان ذلك يتطلب بعض الوقت حتى يستقر عمله ولو شكليا[464].

ثم إن المقصود بقصور التعليل كما بينا آنفا لا يقصد به غياب التعليل كليا عن الحكم القضائي، ولكن موجودة غير أنها ليست كافية للدلالة فعلا وقانونا على ما خلص إليه منطوق الحكم، فجاء في قرار محكمة النقض:

"... لما لم تشر الخبرة المعتمدة من لدن المحكمة للحجج ولا للكيفية التي تم بها تخفيض الدين والمحكمة التجارية لما لم تقم الحجة عند تحديدها لما تبقى من الدين المضمون برهن وأخذت برأي الخبير الوارد في خلاصة تقريره على عواهنه، دون أن يضع المطلوب بين يديها ما يدل على أن سنديك الشركة أدى أقساط الدين ولم تدرج بالكشوف الحسابية ودون أن ترد المحكمة لا سلبا

[463] قرار عدد 283 بتاريخ 11 يونيو 1969 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 10 وقرار 228 قضاء المجلس الأعلى عدد 9 وقرار عدد 96 مجلة المجلس الأعلى عدد 9.

[464] الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 388.

ولا إيجابا على الدفوع المتمسك بها من طرف الطاعن، **فإن قرارها يكون متسما بنقص التعليل المعتبر بمثابة انعدامه"**[465].

كما جاء في قرار سابق للمجلس الأعلى:

"...لم تكن المحكمة ملزمة بمناقشة موجب إذ تفيد عناصر الملف عدم وقوع الإدلاء به"[466].

كما قضت في حكم آخر: "...حينما صرحت المحكمة بأن طلب الاستدراك لا يقبل إلا إذا وجد ما يقتضيه مما نص عليه الفصل 240 م ق م م الذي لم يؤسَس الطلب عليه، تكون قد عللت حكمها بعدم قبول الطلب تعليلا كافيا وأجابت عن أسباب الاستدراك"[467] .

ب: ما لا يعد مشوبا بالفساد في التعليل

ويتحقق ذلك في الحالة التي يكون فيها للقاضي سلطة تامة في استخلاص حسن النية وسوئها من وقائع الدعوى، ومن تطبيقاتها القضائية ما جاء في قرار محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) بالقول:

"...إن قضاة الاستئناف أمكنهم من ملاحظاتهم والمتعلقة بظروف النازلة التي تثبت تنفيذ (س) لالتزاماته الناتجة عن عقد البيع أن يستنتجوا سوء (ع) والتصريح بعدم صحة تعرضه معتبرين بيعا صحيحا ما باع (ع) من حقوق (س)"[468].

---

[465] قرار محكمة النقض عدد 1/7 بتاريخ 2015/01/08 في الملف عدد 2012/1/3/1081، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2015/1639661303.pdf

[466] قرار عدد217 بتاريخ 29 ابريل 1970 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد19.

[467] قرار عدد85 بتاريخ 27 دجنبر 1967 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد13.

[468] قرار عدد 58 الصادر بتاريخ 10 1969 مجلة المجلس الأعلى عدد 15 ص 38. أوردها الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 389.

وقد تواترت قرارات محكمة النقض على نفس النهج، وهو ما أكدته في قرار آخر لها بالقول:

"... إن المحكمة عندما اقتصرت في تقدير خطأ المؤاجر ومأموريه الذي أسس عليه الطاعنون (ذوو حقوق الأجير) مطالبهم، على الوصف الجنائي للأفعال التي أدين من أجلها المطلوبون في النقض بعلة غياب عنصر العمد طبقا للقواعد العامة للمسؤولية الجنائية، دون مناقشة هذا الخطأ بوصفه عمديا أو غير مقبول انطلاقا من مقتضيات الفصول من 310 إلى 312 من ظهير 1963/02/6 وفي إطار المسؤولية التقصيرية التي تنظمها أحكام القانون المدني تكون **جعلت قرارها مشوبا بعيبي فساد التعليل وسوء تطبيق القانون** المنزلين منزلة انعدام التعليل"[469].

ج: الأسباب غير المخالفة للثابت بالأوراق

لبيان المقصود من الأسباب غير المخالفة للثابت بأوراق ملف القضية نستعرض القرار القضائي الصادر عن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابق) والذي جاء فيه:

"...بما أن الحكم المطعون فيه تبنى حيثيات الحكم الابتدائي وأنه يأخذ من هذا الحكم أن ربان الباخرة وشركة (سوكوي ماريتيم) استدلالا بفوات الأجل على لائحة الاختلاف الواردة عليها من طرف شركة التحويل المغربية، وذلك بناء على القرار الوزيري المؤرخ في 13 ابريل 1949 وأن المحكمة الابتدائية لم تدحض هذا التوجه بل قبلته وأكدته بقولها: وفيما يتعلق بمسؤولية النقصان حيث ينبغي اعتبار لائحة الاختلاف المتأخرة عن إبانها غير صالحة للاحتجاج بها ضد ربان الباخرة، فإن محكمة الدرجة الثانية بنت حكمها ضمنيا

[469] قرار محكمة النقض عدد 1229 بتاريخ 2019/12/28 في الملف عدد 2016/5/6/10342/45، قضاء محكمة النقض عدد 82، قرارات الغرفة الجنائية، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية: https://juriscassation.cspj.ma/upl/2021/1638542105.pdf

على مقتضيات القرار الوزيري المشار له وأعطت بذلك حكمها أساس قانونيا"[470].

د: ما لا يعد تناقضا

لا يعد تناقضا بالنسبة لتناقض الحيثيات إذا لم ينبى الحكم على أحدها فقد، قضى المجلس الأعلى:

"...بأنه لا يمكن أن يعتبر تناقضا تصريح المحكمة أن عملية تجنب الحالات التي قام بها محمد ولو تبعها فقدان زمام القيادة لا يمكن أن تكون خطأ ينسب إلى ساهيك الذي عمل كل ما في استطاعته لتجنب الضرر وأن هذا ناتج فقط عن عدم احتياط سعيد"[471].

وفي قرار أخر: "...وفي وسع المحكمة أن تصرح من جهة بأن للطالب مصلحة في إقامة دعواه، ومن جهة أخرى بأنه لا يملك حق التمسك بالفصل 427 من قانون الالتزامات والعقود دون أن تتناقض مع نفسها"[472]، وهو ما أكدته في قرار آخر لما قضت: "...لا وجود لأي تناقض في الحكم إن قبل الاستئناف من حيث الادلاء ومن حيث وقوعه داخل الأجل القانوني ولم يقبله من حيث عدم الادلاء بوسائل الاستئناف"[473].

هـــما لا يعد خطأ أو غلطا في الاسناد

ويتحقق ذلك في الحالة التي يكون فيها لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقدير ما اتفق عليه الأطراف وهو ما أكده القرار الصادر عن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) بالقول:

---

[470] قرار عدد 1 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 9 ص 4، أورده الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 389.

[471] قرار 117 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1969 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 8 ص 8.

[472] قرر عدد 198 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد17 ص 26، أورده الطيب برادة، المرجع نفسه، ص 390.

[473] قرار عدد 206 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد17 ص 29.

"...على أن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية استنتجت ما اتفق عليه الطرفان بدون ارتكاب أي تحريف للعقد، إذ لم تتجاوز مالها من حق في تأويل العقود عند الاجمال والإبهام ولا أي خرق للقانون"[474].

وجاء في قرار آخر لها:

"... تحريف الوقائع الذي ينزل منزلة انعدام التعليل **هو الذي يطال وقائع النازلة يشكل يؤدي إلى تغيير مضمونها أو تحريف لمعطياتها بحيث ينتج عنه خروج كلي عن سياقها يؤدي إلى نتيجة مخالفة تماما لما سيقضى به لولا هذا التحريق، فتكون آنذاك امام انعدام تام للتعليل**، أما إذا كان التعليل متفقا مع وقائع النازلة فإن مناقشة تعليل المحكمة لا يعدو أن يكون مجرد مجادلة فيه، وهو ما لا يشكل سببا لإعادة النظر. ليس ضمن الفصول المنظمة للطعن بالنقض ما يخول محكمة النقض إنذار الطاعن من أجل تصحيح مقاله أو من أجل التوقيع عليه حتى يمكن أن يترتب عن عدم القيام بالإجراءات المذكورة اعتبار التعليل الوارد بالقرار المطعون فيه بإعادة النظر منعدم التعليل، أو أن هذا القرار قد صدر دون مراعاة لمقتضيات الفصول 371 و 372 و 373 من قانون المسطرة المدنية، وهو ما لا يشكل سببا لإعادة النظر"[475].

و: ما لا يعد خطأ في فهم الوقائع

وذلك في الحالة التي يناقش فيها طالب النقض الوقائع المستخلصة من طرف قاضي الموضوع، وهذا ما يستشف من القرار الصادر عن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) بالقول:

---

[474] قرار عدد 108 الصادر بتاريخ 24 يناير 1968 مجلة قضاة المجلس الأعلى عدد 13 ص 8، أورده الطيب برادة، المرجع نفسه، الصفحة 390.

[475] قرار محكمة النقض عدد 410 بتاريخ 2017/05/23 في الملف الإداري عدد 2015/2/4/1203، قرارات محكمة النقض بغرفتين وبجميع الغرف، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية: https://juriscassation.cspj.ma/upl/2017/1638895882.pdf

"...لكن حيث إن ما تنعاه الوسيلة على القرار يرمي في الحقيقة إلى مناقشة الوقائع والمجادلة في حجج الطرفين التي حظيت بتقدير المحكمة في نطاق سلطتها التقديرية التي لا تخضع لرقابة المجلس الأعلى"[476].

وأكدت على ذلك في قرارات أخرى متواترة، فعللت إحدى قرارتها بالقول: "... إن الأمر بإجراء من إجراءات التحقيق مخول لسلطة المحكمة وهي غير ملزمة بذلك مادام توفرت لها العناصر الكافية للبت في النزاع ولها سلطة تقدير الحجج لاستخلاص مبررات قضائها وفق ما يقتضيه القانون، والمحكمة لما أمرت بإجراء معاينة بالمرحلة الابتدائية واستقت منها العناصر الكافية للبت في الدعوى على وجه صحيح، فإنها لم تكن في حاجة إلى الأمر بإجراء خبرة، وجاء قرارها معللا تعليلا كافيا"[477].

وجاء في تعليلات قرار آخر لها: "...للمحكمة سلطة تقدير الحجج وتقييمها لاستخلاص مبررات قضائها، كما أن لها صرف النظر عن إجراء من إجراءات التحقيق سبق الأمر به والحكم بما توفر لديها من العناصر حسب مقتضيات الفصل 56 ق.م.م، بل لها أصلا السلطة في عدم الأمر بأي إجراء للتحقيق عملا بالفصل 55 من ق.م.م"[478].

ي- ما لا يعد خطأ في تطبيق القانون

يجب أن تكون أسباب الحكم محددة وقائمة على أساس صحيح من القانون، وأن الحكم إذا تبين منه أنه يوجد به خطأ قانوني ولا مصلحة للطاعن

---

[476] قرار عدد383 الصادر بتاريخ 5 ماي 1908 ملف مدني عدد 86655 في رسالة الأستاذ كشبور ص 316.

[477] قرار محكمة النقض عدد 199 بتاريخ 2017/04/04 في الملف المدني عدد 2016/3/1/5971، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة المدنية، العدد 33:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2017/1635417575.pdf

[478] قرار محكمة النقض عدد 613 بتاريخ 2013/10/31 في الملف عدد 2013/3/1/2012، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2013/1637849397.pdf

في ذلك، فانه يكون مقبولا ولا يقبل الرفض[479]، وقد جاء في قرار محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا): "...لا تقبل الوسيلة التي لا يتعلق بها حق طالب النقض ولا فائدة في إثارة هذا الوجه وهو بالتالي غير مقبول"[480].

وتبقى الإشارة إلى أن الأخطاء المادية المتعلقة برقم نص قانوني[481] والخطأ في الحساب[482] وسقوط كلمة من المنطوق هي مجرد أخطاء مادية لا تفتح باب الطعن بالنقض، والمشرع لم ينص على تلك الحالات في حين نجد أن المشرع الفرنسي نص في الفصل 462 من قانون الإجراءات المدنية على ذلك.

لأجله رفضت محكمة النقض الطعن ضد قرار اعتراه خطأ مادي في إحدى أجزائه، وعللت رفضها بالقول:

"... لما كان الخطأ المادي المطلوب إصلاحه قد اعترى فعلا قرار محكمة النقض، وهو يتعلق بكتابة المبلغ المالي المحكوم به من طرف المحكمة المطعون في قرارها، **فإنه مع ذلك ليس من شأنه أن يؤثر في قرار محكمة النقض بحسب ما يستلزمه الفصل 379 من قانون المسطرة المدنية**، ذلك أنه ورد في القرار عند سرد موجز وقائع القضية، ولم يرد في تعليله أو منطوقه، وإن كتابة المبالغ المالية المحكوم بها من طرف قضاء الموضوع في صلب قرار محكمة النقض مجرد تفاصيل لا تأثير لها إيجابا أو سلبا على تطبيق

---

479 الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 390.

480 قرار عدد 15 الصادر بتاريخ 30 أكتوبر مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد10 ص 25.

481 - قرار عدد 527 الصادر بتاريخ 30 يونيو 1982 أطروحة الأستاذ كشبور ص 323.

482 "...عدم مؤاخذة المتهم من أجل جنحة إصدار شيك بدون مؤونة بعلة أن البنك المسحوب عليه أفاد بوقوع خطأ مادي في الحساب لا يتحمله المتهم، وأن عناصر المادة 316 من مدونة التجارة غير متوفرة في النازلة، في حين أن المتهم اعترف في محضر الضابطة القضائية أثناء الاستماع إليه بأنه لما أصدر الشيكات موضوع المتابعة كان على علم تام باستحالة الوفاء بها لعدم توفره حينها على المؤونة الكافية برصيد حسابه البنكي، والمحكمة بعدم مناقشتها لتصريحاته لم تجعل لما قضت به أساسا من القانون".
قرار محكمة النقض عدد 369 بتاريخ 2013/06/19 في الملف عدد 2013/4/6/5537، نشرة قرارات محكمة النقض، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2013/1637665164.pdf

القاعدة القانونية من طرفها، مما يبقى معه طلب إصلاح الخطأ المادي غير مقبول"[483].

ومن خلال هذا العرض والتحليل نرى بأن الضرورة أملت وضع قواعد لطلبات الأطراف والإجابة عنها بصفة محددة وواضحة في الحكم، لأن قضية التعليل مرتبطة من جهة أخرى بهيكلة الحكم التي تكمن في الإعلان عن الحقيقة التي يستنتجها القاضي من أوراق الدعوى ويلخصها في الوقائع بعد ترتيبها وتقسيمها ومناقشتها، لأن التعليل مرتبط أشد الارتباط بصاغية الأحكام بصفة شمولية وبالشكل الذي حدده المشرع، وإلا فإن الحكم يتعرض للنقض كما ذكرنا في القرارات التي أشرنا إليها سابقا، والقاضي عليه كما ذكرنا وكما هو عليه العمل بالمحاكم بعد مناقشة الوجه المعروض عليه أن ينهي مناقشته بعبارة يقرر فيها وجهة نظره قبل كتابة منطوق الحكم، حتى تكون المقدمات سابقة للنتائج بقدر الإمكان.

ثانيا: رقابة محكمة النقض في ضوء التعليل المجمل أو المتناقض

أ: الدليل المجمل

لا شك أن إجمال الدليل ولا إبهامه مبدأ مستمد من الأصل العام في عدم إجمال أي عنصر من عناصر الدعوى، ففي تعليل لها؛ قضت محكمة النقض على أن:

"...يعتبر الحكم معيبا إذا اقتصر على القول مثلا، بأن الدفاع الذي أثاره أحد الأطراف غير جدي، أو أنه من الدفوع الأولية، فلا تقبل إثارتها بعد الدفاع في الجوهر، وإنما يتعين بيان مضمن الدفاع حتى يتمكن المجلس

[483] قرار محكمة النقض عدد 441 بتاريخ 2018/09/19 في الملف التجاري عدد 2018/3/3/1007، قضاء محكمة النقض عدد 86، قرارات الغرفة التجارية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2018/1638807018.pdf

الأعلى من مراقبة ما إذا كان حقيقة غير جدي، وأنه من الدفوع الأولية، التي يسقط الاحتجاج بها بالدفاع في الموضوع"[484].

فالمحكمة ملزمة إذن عند تعليلها للحكم أن توضح فيه العناصر المكونة بصورة مفصلة وغير غامضة أو مجملة أو مبهمة، وإلا كان حُكمها عرضة للنقض والإبطال، وعلى هذا الأساس نقضت محكمة النقض قرارا قضائيا، وعللت قضائها بما يلي:

"...عدم جواب المحكمة لطلبات الخصوم بضم أصول الوثائق إلى الملف، واكتفائها بجواب جزئي على ذلك دون أي تعليل للحكم التمهيدي برفضه؛ هو من شأنه أن يؤدي إلى نقصان التعليل الموازي لانعدامه"[485].

ب: الدليل المتعارض

كما أن العمل القضائي لمحكمة النقض استقر على أنه ألا يقع في تعليل الأحكام بوجه عام تناقض أو تعارض بين الأسباب أو المنطوق، لأجله، جاء في تعليل قرار محكمة النقض المغربية:

"...ما دامت بينة مالك العقار المحفظ وبينة الباني في ملكه بخصوص نسبة البناء لأحدهما هما حجتان لمتخاصمين، فعلى المحكمة أن تلجأ إلى الترجيح بينهما بأسباب الترجيح المقررة فقها، لا أن تستبعدهما لوجود تعارض بينهما، ولا أثر لحسن أو سوء نية الباني في عقار محفظ مملوك للغير، طبقا

---

[484] قرار صادر عن محكمة النقض المغربية، عدد 444، بتاريخ 1977/03/31، في الملف الجنائي عدد 37410 منشور في مجلة قضاء محكمة النقض في المادة الجنائية، مرجع سابق، الصفحة 87.

[485] قرار محكمة النقض تحت عدد 48، الصادر بتاريخ 1996/01/09، في الملف الجنحي عدد 7564، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 52، الصفحة 277.

للفصل 18 من ظهير 1975/6/2 إلا بالنسبة للخيار المعطى للمالك بين أداء التعويض أو إزالة البناء"[486].

وجاء في قرار آخر:

"... لكن، حيث لئن كان لا يجوز تحت ستار الفصل 26 من ق م م المتعلق بصعوبات تأويل وتنفيذ الأحكام، إضافة طلبات جديدة أو تدارك أخرى وقع إغفالها، أو تصحيح ما تم الحسم فيه منها، فإن الطلب موضوع النازلة الماثلة لا يتعلق بما ذكر، وإنما يخص تأويل قرار استئنافي حتى تنسجم حيثياته مع منطوقه، فهو جاء فيه بأنه "لا يجوز إجراء أي تقييد احتياطي تماشيا مع الفصلين 85 و 86 من ظهير التحفيظ العقاري، إلا بالنسبة للحقوق العينية، الأمر غير المتوفر في النازلة"؛ بيد أنه قضى بإلغاء الأمر المستأنف والحكم من جديد برفض الطلب، وهو ما ذهب بالمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه وعن صواب للقول "بأن النتيجة الحتمية للتعليل المذكور هو الاستجابة للطلب، غير أن منطوق القرار شابه خطأ في الكتابة؛ بحيث قضت المحكمة بإلغاء الأمر المستأنف والحكم تبعا لذلك برفض الطلب؛ رغم أن نيتها وقصدها هو الاستجابة للطلب، وأن ما ضمن بمنطوق القرار كان مجرد خطأ، مما يتعين معه إصلاحه"؛ وهكذا لم تبت (المحكمة) في طلب جديد، أو تتدارك آخر ثم إغفاله، أو تصحح ما سبق حسمها فيه، **وإنما قامت بإصلاح منطوق القرار الاستئنافي حتى يصبح هو النتيجة المنطقية التي توختها المحكمة في تعليلاتها دون تجاوزها ضوابط التفسير موضوع الفصل 25 من ق م م، وما**

[486] قرار محكمة النقض عدد 3359 بتاريخ 2009/09/30 في الملف المدني عدد 2008/3/1/4101، نشرة قرارات محكمة النقض، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2009/1637926423.pdf

ذكر لا يؤثر فيه الطعن بالنقض من طرف الغير في القرار المذكور، وبذلك جاء قرارها مرتكزا على أساس والوسيلة على غير أساس "[487].

كما أنه لا يستقيم بناء التعليل على وجود تعارض بين بعض الأسباب وبعضها البعض؛ فلا يصح مثلا أن يستفاد من أسباب الحكم عدم ثبوت الحق المطالب به؛ ثم ينتهي بقبول طلبه أو العكس، كما لا يصح أن تذكر المحكمة واقعة الدعوى على صورتين متعارضتين، أو أن تستند إلى أدلة متناقضة بغير تفسير لهذا التناقض.

جاء في قرار حديث جدا لمحكمة النقض:

"...من المقرر أن اختلاف الطرفين على المدعى فيه يستلزم إجراء تحقيق بالوقوف على عين المكان لتحرير محل النزاع وحد حدوده بالنظر إلى حجج الطرفين، ولما كانت الطاعنة قد تمسكت بأن ما تحوزه وتتصرف فيه يختلف عن المدعى فيه وطالبت بإجراء خبرة جديدة، فإن المحكمة عندما قضت باستحقاق المطلوبين للمدعى فيه بعلة أن رسم التسليم ورسم التصرف يوجد خارج المدعى فيه، **رغم تناقض الخبرتين المنجزتين على ذمة القضية أمام المحكمة الابتدائية فيما توصلتا إليه،** ودون إجراء تحقيق وفق ما ذكر أعلاه تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا وهو بمثابة انعدامه"[488].

ومن مظاهر رقابة محكمة النقض على أحكام محاكم الموضوع، ما تعلق أيضا بفساد التعليل الذي أسست عليه المحكمة قضائها، ففي قرار لها، نقضت محكمة النقض قرارا لمحكمة الموضوع لأنه لم يُبين الأساس الذي على

---

[487] قرار محكمة النقض عدد 90، صادر بتاريخ: 2009/01/21، في الملف التجاري عدد: 2006/1/3/16، غير منشور.

[488] قرار محكمة النقض عدد 133 بتاريخ 2019/03/12 في الملف المدني عدد 2018/4/1/4180، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2019/1638524132.pdf

أسست عليه قناعتها بمراجعة الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد، وعللت قرارها بالقول:

"...حيث إنه لئن كان التعويض يقدر على أساس ما لحق المتضرر من خسارة وما فاته من كسب؛ فعلى المحكمة أن تبرز ما اعتمدته منها في تقدير التعويض؛ حتى تمكن المجلس الأعلى من بسط رقابته بشأن حقيقة الضرر الذي لحق المدعي، وأن المحكمة لما خفضت مبلغ التعويض المحكوم به ابتدائيا كان عليها أن تعلل قضائها تعليلا كافيا يبرز دلك التخفيض"[489].

وفي قرار آخر مماثل قضت بأنه: "...كيفما كانت السلطة المخولة لقضاة الموضوع لتقدير الحجج؛ فبشرط أن يكون تعليلهم صحيحا وكافيا ومنسجما مع ظروف القضية؛ وإلا كان غير مرتكز على أساس قانوني[490]".

في حين عللت قرار حديثا بمناسبة الطعن أمامها بسبب تعارض الحجج بالقول:

"... من المقرر أن التناقض في أجزاء الحكم بمثابة انعدام التعليل، ولما ثبت أن الطاعنين ادعوا الاختصاص بالبناء والتمسوا تمكينهم من قيمته حال بيع الكل بالمزاد العلني، فإن المحكمة عندما اعتبرت أن ما أثير بخصوص الفصل 963 من قانون الالتزامات والعقود كون بعض الشركاء قاموا بالبناء دون موافقة الباقي، لا يمكن الالتفات إليه ما دام أن مثيري الدفع ينسبون البناء لمن قام به في وقت لم يثبت بمقبول انهم نازعوا من قام بالبناء سواء قبل البناء أو بعده، في مدى موافقتهم على البنايات المتعددة، مما يعتبر معه الباني المذكور مأذونا له ضمنيا ومستحقا لقيمة بنائه بعد البيع، ثم ناقضته حينما قضت ببيع

---

[489] أورده ادريس ملين، مجموعة قرارات المجلس الاعلى في المادة المدنية، الجزء الثاني، 1983-1991، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، الصفحة 321.

[490] أشار اليه: عبد الرحمان الشرقاوي في كتابه مصادر الالتزام الجزء الأول: التصرف القانوني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط 5، 2018، الصفحة 232.

الكل بالمزاد العلني وقسمة ثمنه بين الطرفين حسب نسبة التملك ودون مراعاة ما عللت به بشأن ما آثاره الطاعنون من اختصاص بالبناء وتقويمه، **وهو ما يشكل تناقضا بين أجزاء الحكم يعتبر بمثابة انعدام التعليل الموجب للنقض"**[491].

ج: رقابة محكمة النقض لطريقة استخلاص الوقائع

غير أنه لابد من الإشارة إلى أنه إذا كانت محكمة النقض تراقب محاكم الموضوع في إعمال سلطتها التقديرية فيما خلص إليه منطوق حُكمها، إن على مستوى التكييف الذي يعتبر مسألة قانونية، أو التعليل الذي يعتبر سببا من أسباب النقض، فإن هذه الرقابة محدودة في بعض المسائل التي تعتبر من اختصاص قاضي الموضوع، ومنها عدم امتداد رقابتها لمسائل الواقع التي يستقل قضاة الموضوع بتقديرها، لأن أول عمل يقوم به قاضي الموضوع لحل النزاعات المطروحة أمامه هو استخلاص الوقائع[492].

واستخلاص وقائع القضية معناه محاولة القاضي تكوين صورة كاملة أو تقريبية لوقائع النزاع كما هي أو كما حدثت، فهدا العمل واقعي يمارسه قاضي الموضوع دون رقابة محكمة النقض عليه، لأن الأخيرة لا تنظر في وقائع الدعوى؛ فهي تقبل وقائع النزاع كما استخلصها قاضي الموضوع وأثبتها بكيفية سليمة من خلال تعليله، أو أجزاء الحكم التي انصب عليها الطعن بالنقض، لأجله رفضت محكمة النقض طعنا بالنقض أسسه الطاعن على "خطأ محكمة الموضوع في تقدير وقائع الدعوى"، وعللت رفضها بالقول:

---

[491] قرار محكمة النقض عدد 380 بتاريخ 2019/07/02 في الملف عدد 2018/4/1/5248، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة المدنية، العدد 45:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2019/1634826246.pdf

[492] غير أن الأمر ليس على إطلاقه، إذ أن محكمة النقض تملك صلاحية بسط رقابتها على طريقة استخلاص الوقائع التي تعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع في مجال القواعد القانونية المقررة في الإثبات.

انظر: عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مكتبة المعرفة، مراكش، ط 8، 2017، الصفحة 281 وما بعدها.

"...وحيث إن استخلاص كون المكتري قد حول المحل المؤجر لغير ما أعد له من مسائل الواقع؛ الذي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ؛ ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك"[493].

وجاء في قرار آخر: "...إن تحديد المسؤولية تتخذ محكمة الموضوع الأساس له مما تستخلصه من الوقائع الثابتة لديها بناء على سلطتها التقديرية في تقييم الأدلة المعروضة عليها، والتي لا تمتد إليها رقابة محكمة النقض..."[494].

والثابت من خلال القرارات القضائية أعلاه، أنه ولئن كان استخلاص الوقائع من مسائل الموضوع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، فإن الأخير ملزم باحترام القواعد القانونية المقررة في مجال الإثبات[495] وإلا عرض حكمه للنقض، لأن القواعد المذكورة تدخل في مجال القانون الذي يخضع لرقابة محكمة النقض، فلا يمكن للقاضي قلب عبء الإثبات، ولا قبول دليل شفوي في الوقت الذي يستلزم القانون الدليل الكتابي، ولا تجزيئ الإقرار إذا كان هو الحجة الوحيدة على المقر[496].

---

[493] أشار إليه ابراهيم البعلي، الشرط الجزائي بين النص القانوني والعمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بتطوان، جامعة عبد المالك السعدي، الموسم الجامعي 2018/2017، الصفحة 129.

[494] قرار محكمة النقض عدد 994 بتاريخ 2018/09/26 في الملف عدد 2015/2/6/21013، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الجنائية، العدد 38:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2018/1634826246.pdf

[495] جاء في قرار محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا): "حيث إن ميلود...قيد دعوى يطلب الحكم على محمد بأن يرد إليه ناقته التي سرقت منه، أو دفع ثمنها المقدر ب 400 درهم، حكمت المحكمة وفق الطلب، والاستئناف أيد هذا الحكم مع أن المدعي لم يدل بالبينة ملاحظة أنه وإن كانت الحيازة سندا للملكية إلا أن المدعى عليه المستأنف لم يأت بما يؤيدها حيث عجز عن إثبات مصدر حصوله على الناقة، فتكون بذلك كلفت المدعى عليه بالبينة وبالتالي قلبت عبء الإثبات".

قرار محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) عدد 237 الصادر بتاريخ 1983/02/23 أشار إليه الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 248-249.

[496] راجع بهذا الخصوص الفصل 414 من قانون الالتزامات والعقود.

لأجله جاء في قرار محكمة النقض: "...إن تحديد المسؤولية تتخذ محكمة الموضوع الأساس له مما تستخلصه من الوقائع الثابتة لديها بناء على سلطتها التقديرية في تقييم الأدلة المعروضة عليها، والتي لا تمتد إليها رقابة محكمة النقض **ما لم يقع تحريف أو تناقض مؤثران"**[497].

يقول الدكتور الطيب برادة: "وغني عن البيان أنه يوجد فرق بين فهم الواقع في الدعوى وفهم حُكم القانون، وإنزاله على مفهوم الواقع في الدعوى، فالأصل ألا يخضع الأول لرقابة محكمة النقض، بينما يخضع الثاني لهذه الرقابة"[498].

وهو ما أكده قرار محكمة النقض لما عللته بقولها:

"...لا يعد خرقا لمقتضيات الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية إذا بين الخصم بإيجاز في مقاله موضوع الدعوى والوقائع والوسائل المثارة بألفاظ تعبر تعبيرا كاملا عن قصد صاحبها وتساعد على فهم موضوع الطلب وتمكن المحكمة من استخلاص العناصر الضرورية للبت فيه، والمحكمة عندما اعتبرت مقال الطرف المتدخل إراديا في الدعوى الذي تضمن أن العقارات موضوع الملف الاستئنافي الذي تدخل فيه جارية كلها في ملكه ولا حق فيها للخصوم الأصليين غامضا، مع أن البيان سالف الذكر كاف للتعريف بموضوع المقال تكون خرقت أحكام الفصل المذكور أعلاه وعرضت قرارها للنقض"[499].

---

[497] قرار محكمة النقض عدد 994 بتاريخ 2018/09/26 في الملف عدد 2015/2/6/21013، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الجنائية، العدد 38:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2018/1634826246.pdf

[498] الطيب برادة، مرجع سابق، الصفحة 266.

[499] قرار محكمة النقض عدد 110 بتاريخ 2005/01/12 في الملف المدني عدد 2003/7/1/3710، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2005/1639735970.pdf

المبحث الثاني: إشكالية التعليل عند غموض النص التشريعي أو نقصانه

إذا كان القاضي ليس من اختصاصه وفقا للفقه التقليدي خلق القانون وإنشاءه، فإن له على الأقل أن يساهم في الإنشاء بتطوير القاعدة القانونية بما يتلاءم وتطور الحقائق الاجتماعية التي تنظمها القاعدة القانوني[500]، هذا من جهة، ومن جهة ثانية يبقى خاطئ من قال بأن القاضي غير مختص بخلق وإنشاء القانون، إذ لا يوجد نظام قانوني كامل خال من اللبس والغموض، متناسق غير متناقض، متكامل غير ناقص[501]، فيكون تدخل القاضي إما تفسيريا أحيانا وإما تكميليا أحيانا أخرى، وقد ينصرف إلى دور إنشائي في بعض الحالات الخاصة.

المطلب الأول: دور التعليل في إبراز الدور التفسيري للقاضي المدني

إن تدخل القضاء لتفسير العقود أو القواعد القانونية لا يتم اللجوء إليه في جميع الحالات، إذ وظيفة القاضي الأساسية تتمثل في تطبيق القواعد القانونية على النوازل والوقائع المعروضة عليه ليس إلا، غير أنه في كثير من الحالات يجد القاضي نفسه أمام نصوص قانونية غير واضحة وغامضة، ولا يظهر ذلك إلا عند التطبيق، حيث يجد القاضي نفسه أمام إحدى الحاليتين:

الأولى: وجود فراغ تشريعي يحكم النازلة المعروضة عليه.

الثانية: وجود نص قانوني متعلق بالواقعة التي سيبت فيها ولكن تتعارض والطبيعة الخاصة لهذا القانون أو أن النص يصعب تطبيقه لوجود غموض أو تناقض فيه، فما هو التفسير، وما هي أنواعه وقواعده؟.

---

[500] مأمون محمد سلامة، حدود سلطة القاضي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي، سنة 1979، الصفحة 38.

[501] Chaim Perelman: Droit Logique et épistémologie , Bibliothèque de philosophie du droit, Volume XXIX, Paris , 1984, p : 58

الفقرة الأولى: مفهوم التفسير وأنواعه

إن سلطة القاضي في التفسير محل تقدير في كل الأنظمة القضائية، فحين يقدم القضاء تفسيرا قانونيا محددا لابد من تأييد هذا التفسير كضمان للثقة والاستقرار في العدالة، طالما أن هذا التفسير غير قابل للجدل أي لا يمكن إثبات تناقضه مع المحتوى الحقيقي للقانون، وقد خول القانون الفرنسي الصادر بتاريخ **4** يوليوز 1837 محكمة النقض الفرنسية السلطة العليا في تفسير القانون، ومنذ ذلك الحين احتكرت محكمة النقض الفرنسية سلطة تفسير القانون سواء في حالة تحديد مدى النص القانوني، أو في حالة سد النقص التشريعي إن وجد.

سوف نحاول الوقوف في هذه الفقرة عند ماهية التفسير (أولا)، ثم أنواعه بحسب الجهة التي تمارسه (ثانيا).

أولا: ماهية التفسير

معلوم أن عمل القاضي يمكن في نقل نصوص القانون من حالة الجمود إلى حالة الحركة ومن جوانبها النظرية إلى جوانب التطبيق العملي وذلك عن طريق التفسير والتطبيق[502]

أ: التفسير لغة:

ويقصد بالتفسير لغة، كشف المغلق من المراد بلفظه المحتسب عن الفهم به[503] وكشف المراد عن اللفظ المشكل[504]، وبصفة عامة هو البيان والكشف والإيضاح[505] ، وقد ورد لفظة "التفسير" في القرآن الكريم في

---

[502] Ch.Perlman: Le rôle de la décision dans la Théorie de la connaissance. Actes du deuxième congrée international l'Union inter de philosophie sciences- Zurich 1959, p: 152.

[503] الإمام الزركشي، البرهان في علوم القرآن، المجلد الثاني، دار الفكر، الصفحة 147- 148.

[504] أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، الجزء الثالث، دار صادر بيروت، الصفحة 8.

[505] عبد الله محمود شحاتة، علوم التفسير، مطابع الهيئة المصرية العامة، السنة 75، الصفحة 13.

موضوع واحد وهو قوله تعالى: "ولا يأتونك بمثل إلا جئناك بالحق وأحسن تفسيرا[506]"، وقال ابن عباس في معنى الآية: أي تفصيلا.

ويقصد بالتفسير في اللغة أيضا مطلق التبيين، يقال فسر الشيء أي أبانه، وهو في اصطلاح علماء أصول الفقه، بيان المراد من النص تبينا صادر من المشرع نفسه وأن يكون قاطعا للاحتمال، ولكي يصل القاضي إلى التطبيق الصحيح للقانون، يجب عليه أن يفهم النص الذي يطبقه الفهم الصحيح، وعُدته في ذلك علمه بنصوص القانون وطرق تفسيرها وتأويلها وإزالة غموضها[507].

ب: التفسير اصطلاحا:

ويقصد بالتفسير في الاصطلاح الفقهي: تحديد المضمون الحقيقي للقاعدة القانونية بالكشف عن مختلف التطبيقات التي تنسحب عليها أحكامها، وإيضاح ما غمض من هذه الأحكام واستكمال النقص فيها، ورفع ما قد يبدو في الظاهر من التناقض بين أجزائها، أو يلوح منه التعارض بينها وبين غيرها من القواعد القانونية[508]، وهو يشمل العقد كذلك من أجل الوقوف على الإدارة الحقيقية والمشتركة للطرفيين المتعاقدين مستندا في ذلك إلى صلب العقد، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به[509].

فالتفسير إذن هو الوسيلة التي يستخدمها المفسر بقصد الفصل في الخصومات التي تعرض عليه، والتي يكون ملزما بالفصل فيها من غير أن يجد لها حلا في التشريع، أو إن هو وجده كان غامضا أو متعارضا مع غيره[510]، غير أن المفسر وهو يقوم بعملية التفسير بهدف الوصول إلى النية الحقيقية

---

506 سورة الفرقان، الآية 33.

507 عبد الوهاب خلاف، تفسير النصوص القانونية وتأويلها، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 2، سنة 1948، الصفحة 181.

508 صلاح الدين زكي، دروس في المدخل إلى العلوم القانونية، طبعة القاهرة، سنة 1975، الصفحة 83.

509 عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، سنة 1985، الصفحة 11.

510 بلعيد كرومي، سلطة القاضي في تفسير النصوص الشرعية والوضعية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق الدار البيضاء، السنة الجامعية 1990-1991، الصفحة 6.

للمشرع أو للأطراف المتعاقدة يجب عليه عدم الاقتصار على العبارات والألفاظ المستعملة في العقد أو النص فقط بل استنتاج ذلك من خلال العناصر الداخلية المكونة للنص القانوني أو العقد محل النظر، انسجاما مع الفقرة الأخيرة من الفصل 462 من قانون الالتزامات والعقود[511].

و في هذا يقول جانب من الفقه[512]: "إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

ونرى أن التفسير هو: "الكشف عن الإرادة الحقيقية للمشرع أو الأطراف المتعاقدة، بتحديد المقصود منها وقت وضع النص أو إبرام العقد، مستندا في ذلك على عوامل ذاتية وأخرى موضوعية "[513].

ومن هنا يجب التمييز بين تفسير العقد وتفسير النص القانوني كالآتي:

ففي تفسير العقد نبحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة، بينما في تفسير النص القانوني نبحث عن الإرادة العامة للمشرع.

أما في تفسير العقد يكون المتعاقدين غير معنيين بأية قاعدة خارجة عن العقد، ما لم تكن مخالفة لنص قانوني حيث يحتكمون إلى قواعد من صنعهم.

---

[511] تنص الفقرة الآخيرة من الفصل 462 من ق.ل.ع على الآتي: "...وعندما يكون للتأويل موجب، يلزم البحث عن قصد المتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ و لا عند تركيب الجمل".

[512] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة 2004، الصفحة 482.

[513] أمينة رضوان، حدود سلطة القاضي في التفسير، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال الدولية، بتاريخ 2020/04/06، عن الموقع الالكتروني https://www.droitetentreprise.com/18716

إذا كانت جهات تفسير العقد غير محددة، فإن جهات تفسير النص القانوني محددة في المشرع والفقه والقضاء.

فيكون التفسير تبعا لذلك هو عملية عقلية تستهدف تحديد مضمون القاعدة القانونية التي تصلح لأن تنطبق على الواقعة المادية التي تندرج تحتها، ويتم التفسير بدراسة رمز معين يعبر عن حقيقة موضوعية معينة[514]، وذلك بقصد الوصول إلى تلك الحقيقة، فموضوع التفسير هو الرمز ذاته والتعبير المستخدم بالقاعدة هو رمز لمضمونها[515].

ثانيا: أنواع التفسير

تتعدد أنواع التفسير ما بين تفسير فقهي[516] وإداري[517] وتشريعي وقضائي، فما هو التفسير التشريعي وما المقصود بالتفسير القضائي؟

أ:التفسير التشريعي

هو الذي تصدره السلطة المختصة بالتفسير، لتوضيح معنى تشريعي سابق أو لتحديد مجاله أو لرفع تعارض ظاهري بين نصوصه، بحيث يجب أن يتبع في إصداره نفس الإجراءات التي تم بها وضع التشريع الأصلي، وهو يكون ملزما للجميع، لأن المشرع لا يضيف جديدا إلى النص المفسر وإنما يبين المراد من النص المفسر.

---

514 مأمون سلامة، حدود سلطة القاضي في تطبيق القانون، مرجع سابق، الصفحة 51.

515 عبد الحي الوردي، تعليل الأحكام الجنائية ومتطلبات الأمن القضائي، مرجع سابق، الصفحة 144.

516 **التفسير الفقهي** هو التفسير الذي يقوم به الفقهاء في مؤلفاتهم التي تتطرق إلى تفسير النصوص القانونية، وفي أبحاثهم وفي انتقاداتهم التي يواجهون بها الحالات التي لم يوفق فيها القضاء إلى الحل المناسب أو التي لم يوجد لها حل سليم، و هو غير ملزم للقضاء.

517 **التفسير الإداري** هو الذي يصدر عن السلطة التنفيذية والإدارات التابعة لها، ويرمي إلى توحيد وتنسيق تفسير القانون داخل إدارات الدولة والمؤسسات العمومية التابعة لها، وهو لا يلزم إلا الموظفين التابعيين إداريا للجهة التي أصدرته، وهو غير ملزم للقضاء لأنه لا يرقى إلى درجة القانون.
انظر: بلعيد كرومي، سلطة القاضي في تفسير النصوص الشرعية والوضعية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق الدار البيضاء – السنة الجامعية 1990-1991 – الصفحة 29 وما بعدها.

والأصل أن يصدر التفسير التشريعي عن السلطة التشريعية، إلا أنه استثناء قد يصدر عن السلطة التنفيذية بموجب تفويض خاص من السلطة التشريعية، ومن الأمثلة على هذا النوع من التفسير الفصل 13 من القرار الوزيري الصادر بتاريخ 1951/09/19 والمتعلق بوضعية موظفي الدولة الشاغلين للمسكن الوظيفي، حيث صدر قرار الوزير الأول بتاريخ 1977/04/05 الذي نص على ضرورة إخلاء السكن الوضعي في حالة الانقطاع عن العمل لأي سبب من الأسباب في الأجل المحدد قانونيا.

على أن من يقوم بالتفسير في القانون المغربي المشرع، ويكون هذا التفسير ملزما إذا كان غرض المشرع إزالة التناقض بين المحاكم التي اختلفت في فهم وتطبيق قاعدة قانونية سابقة[518].

ب: التفسير القضائي

التفسير القضائي هو الذي يعهد به إلى القضاة عند البت في النوازل المعروضة عليهم بسبب وجود فراغ تشريعي أو بسبب وجود غموض في القاعدة القانونية أو العقد أو لوجود صعوبة في تطبيق هذه القاعدة رغم وضوح النص، و هم بعملهم هذا يساهمون في تطوير القاعدة القانونية وذلك من خلال جعلها تواكب التطورات المستجدة[519]، لذلك يعتبر هذا النوع من اكثر أنواع التفاسير انتشارا وله طابع عملي لكونه يوضح معنى القانون أمام الوقائع الفعلية والحقيقية وفقا لما يتطلبه جوهر العدالة التي تسعى نصوص القانون لتحقيقها أضف إلى ذلك أنه يتأثر بالواقع العملي الاجتماعي وبظروف المتقاضين.

[518] الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 294.
[519] أمينة رضوان، حدود سلطة القاضي في التفسير، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال الدولية، بتاريخ 2020/04/06، عن الموقع الالكتروني https://www.droitetentreprise.com/18716

والجدير بالذكر أن التفسير القضائي[520] يعد مرتبطا وجوبا بوجود نزاع، لأنه لا يمكن أن يطلب من القاضي تفسير مقتضى ما دون أن يطرح أمامه النزاع المتعلق به، وخلافا للتشريع الأنجلسكسوني الذي يعتبر فيه القضاء مصدرا من مصادر القانون حيث إن تفسير القاضي لقاعدة قانونية أو لعقد معين يعد ملزما لجميع القضاة من درجته أو في درجة أدنى منه، فإن التشريع المغربي شأنه في ذلك شأن التشريع اللاتيني لا يعتبر التفسير القضائي ملزما لباقي القضاة، بل إن القاضي الذي تولى تفسير مقتضى قانوني معين يكون في حل عنه إذا ما عرض عليه نزاع مشابه له ومستقلا عنه إلا في مسألة واحدة جاءت بها الفقرة الثانية من المادة 369 من قانون المسطرة المدنية[521]، وهي حينما تبت محكمة النقض في قرارها في نقطة قانونية معينة، فإنه يتعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تتقيد بقرار المحكمة المذكورة بخصوص هذه النقطة[522].

---

[520] يجب التمييز بين التفسير القضائي موضوع البحث الذي يقوم به القضاء أثناء نظرهم لنزاع معين، وبين التفسير القضائي الذي يطلبه أطراف الدعوى بمناسبة وقوع غموض في منطوق الحكم، وفي هذا ورد قرار محكمة النقض المصرية: "...من المقرر أن قانون الإجراءات الجنائية يرسم طريقا للطعن في أوامر التصحيح التي تصدر إعمالا لحكم المادة 337 منه كما فعل قانون المرافعات في الفقرة الثانية من المادة 191 التي أجازت الطعن استثناء في حالة تجاوزت المحكمة حقها في التصحيح ولم تجزه على استقلال في حالة رفض الطلب، ولما كان الأصل أنه لا يرجع إلى قانون المرافعات إلا بتفسير ما غمض من أحكام قانون الإجراءات الجنائية أو لسد ما فيه من نقص، وكان حكم الفقرة الثانية من المادة 191 من قانون المرافعات هو من الأحكام التي تتعارض مع أحكام قانون الإجراءات الجنائية وإنما تكمل نقص في قرار التصحيح عند تجاوز الحق فيه فإنه يتعين الرجوع إلى هذا الحكم والأخذ بمقتضاه في الحدود الواردة به".
نقض جنائي، الفقرة رقم 4 من الطعن رقم 3129 لسنة 62 ق، تاريخ 1995/10/10، مكتب فني 46 رقم الصفحة 1084، منشور بموقع www.ba7t.com

[521] تنص الفقرة الثانية من الفصل 369 من ق.م.م: "...إذا بتت محكمة النقض في قرارها في نقطة قانونية تعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تتقيد بقرار محكمة النقض في هذه النقطة".

[522] يتعين على محكمة الموضوع كلما أحيل إليها الملف منقوضا بسبب عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني إلا وتكون المحكمة مجبرة بالبت في تلك القضية المعروضة عليها، أما في غيرها من القضايا فيمكن لها مخالفة محكمة النقض، غير أنه نظرا للقيمة الأدبية لما يصدر عن هذه المحكمة من قرارات باعتبارها أعلى سلطة قضائية ينبغي على المحاكم أن تتقيد عمليا بما تقرره.
انظر: الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 294-295.

ولنفترض أن هذه النقطة تتعلق بتفسير نص قانوني ما، فإن تلك المحكمة مجبرة على إتباع تفسير محكمة النقض في ذلك بعد إحالة الملف عليها من جديد، وإن كان الأمر يقتصر على تلك الواقعة فقط[523].

الفقرة الثانية: المبادئ العامة للتفسير القضائي

نظم المشرع المغربي قواعد التفسير في الفصول من 461 إلى 473 من قانون الالتزامات والعقود، وعند قراءة هذه الأخيرة نجدها لا تخلو من حالتين: فإما وضوح العبارة (أولا) وإما غموضها (ثانيا) حيث إن لكل حالة محدداتها التي يجب على القاضي عدم تجاوزها.

أولا: التعليل في حالة تفسير العبارات الواضحة

اعتبرت التشريعات المقارنة ومن ضمنها التشريع المغربي الذي نص في الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود على مايلي: "إذا كانت ألفاظ العقد صريحة، امتنع البحث عن قصد صاحبها"، وإن المقصود بوضوح العبارة ليس وضوح معناها الحرفي وإنما مدى مطابقتها لقصد الأطراف المتعاقدة منها.

ويمكن تعريفها بأنها هي التي يحسن الأطراف اختيارها واستعمالها بإتقان في موضعها للدلالة عن المعنى المقصود من وضعها، فلا يحتمل التشابه ولا التأويل، وقد كرس هذا المقتضى القضاء المغربي في عدد من قراراته، فقد علل إحداها بالقول:

"... حيث تبين صحة ما نعته الوسيلتان، ذلك أنه يتضح من تعليل القرار المطعون فيه أن المحكمة المصدرة له قد استنتجت جدية النزاع المؤدية إلى المساس بأصل الحق من تأويل الرسالة المؤرخة في 25 أكتوبر 1980

[523] أمينة رضوان، حدود سلطة القاضي في التفسير، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال الدولية، بتاريخ 2020/04/06، عن الموقع الالكتروني https://www.droitetentreprise.com/18716

المتضمنة للالتزام بإفراغ المحل المكرى في متم دجنبر 1981، ومما دفع المطلوب من تجديد عقد الكراء بسومة جديدة لتاريخ لاحق لتاريخ الرسالة المتضمنة للالتزام، في حين أنه يتجلى بالرجوع إلى الرسالة المشار إليها **والتي جاءت ألفاظها واضحة فيما تدل عليه من التزام المطلوب في النقض بمحض إرادتها ورضاها بإفراغ المحل المكترى من طرفها في متم دجنبر 1981 أنها لا تقبل أي تأويل، مما يمنع معه عن قضاة الموضوع البحث عن القصد منها،** وأن مجرد الدفع بتجديد عقد الكراء دون الإدلاء بما يفيد هذا التجديد لا تنشأ عنه جدية النزاع طالما أن الالتزام المطالب بتنفيذه مكتوب بالرسالة المؤرخة في 25 أبريل 1980، مما ينتج عنه أن التعديلات الواردة في القرار المطعون فيه التي أبرزت جدية النزاع بما ذكر غير مرتكزة على أساس قانوني صحيح استثناء من مقتضيات الفصول 230 و 231 و 461 المشار إليها، مما يكون معه القرار غير مرتكز على أساس صحيح ومعرض للنقض"[524].

إن هذا المقتضى واضح في معناه على أنه لا محل للتفسير القضائي مادامت ألفاظ العقد صريحة، وهذه الألفاظ المستعملة يلزم فهمها حسب معناها الحقيقي ومدلولها المعتاد، وهذا يقودنا إلى القول أن القاضي وإن كانت العبارة واضحة فإنه لا يأخذ بها إلا إذا كانت مطابقة للإرادة الباطنة التي تدل على معناها الحقيقي[525]، وفي هذا جاء في تعليل قرار محكمة النقض بالقول:

"...إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها، فإذا حدد عقد الوكالة الذي استند إليه عقد البيع موضوع النزاع بكيفية صريحة الجهة التي يتعين إبرام العقد أمامها وحصرها في الموثق أو العدول، فلا يجوز

---

[524] أوردته أمينة رضوان، حدود سلطة القاضي في التفسير، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال الدولية، بتاريخ 2020/04/06، عن الموقع الالكتروني : https://www.droitetentreprise.com/18716

[525] أمينة رضوان، المرجع نفسه.

للمحكمة الخوض في استظهار نية الموكل دون التوقف عند الألفاظ الصريحة المستعملة"[526].

و في هذا ورد مدلول الفصل 466 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه أنه: "يلزم فهم الألفاظ المستعملة حسب معناها الحقيقي ومدلولها المعتاد في مكان إبرام العقد، إلا إذا ثبت أنه قصد استعمالها في معنى خاص وإن كان للفظ معنى اصطلاحي افترض أنه استعمل فيه"[527].

وهذا يدل على أنه بالرغم من كون ألفاظ العقد واضحة فإنها تكون قابلة للتفسير عندما تسيء الأطراف المتعاقدة التعبير عن إرادتها عنها بحيث لا تدل العبارات المستعملة رغم وضوحها عن قصدهم، بل قد تدل على معنى آخر غير المعنى الذي قصدوه، ففي هذه الحالة يتصدى القاضي لها بإعمال قواعد التفسير عن طريق الخروج عن المعنى الظاهر للعبارة أو اللفظ إلى ما يوافق الإرادة المشتركة والحقيقية للطرفين أو الأطراف المتعاقدة، مستنتجا ذلك من ظروف وملابسات العقد، و مسترشدا بطبيعة التعامل و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين التعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات ومستعينا بعوامل داخلية وخارجية بوجه عام[528].

إذن يتبين أن لجوء القاضي إلى تفسير العبارة أو العبارات الواضحة في العقد محدد بشرطين: الأول أن لا يلجأ القاضي إلى تفسير العقد الواضح إلا إذا ثبت له بوضوح من ظروف الدعوى ما يفيد ذلك، أما الثاني فيجب أن يبين القاضي في تعليله الأسباب التي دفعته إلى تفسير العقد الواضح.

---

[526] قرار محكمة النقض عدد 4276 بتاريخ 2012/10/02 في الملف عدد 10/7/1/418، منشور بمجلة الملف، عدد 22 الصفحة 214 وما بعدها.

[527] جاء في قرار محكمة النقض 231 بتاريخ 2001/01/31 في الملف عدد 99/369: "...إن قضاة الاستئناف قد طبقوا عن صواب نص الفصل 466 من ق.ل.ع تطبيقا سليما بإعطائهم للعقد معناه الحقيقي حسب اصطلاح الألفاظ المستعملة فيه ومدلولها المعتاد ملزمين البنك الطاعن بأداء ما التزم به طبقا للفصل 230 من ق.ل.ع". أورده محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، الطبعة 4، سنة 2015، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الصفحة 461.

[528] عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، الطبعة الثالثة، سنة 2001، الصفحة 339.

لأجله قضت محكمة النقض بما يلي: "...إن تفسير النصوص القانونية وتحديد قصد المشرع منها لا يكون له محل إلا إذا كانت هذه النصوص مبهمة أو يكتنفها غموض قد يؤدي إلى الاختلاف في فهم مضمونها مما يقتضي إذ ذاك تدخل القضاء لفك هذا الغموض والإبهام من خلال تطبيق تلك النصوص على الوقائع المعروضة عليه، أما إذا كانت هذه النصوص القانونية واضحة ولا تحتاج إلى تأويل فإن دور القاضي ينحصر في تطبيقها على الوقائع المعروضة عليه تحت رقابة محكمة النقض، وبالترتيب على ذلك وفي ضوء النزاع القائم فإنه لما كان الإعفاء من الضريبة والرسوم الضريبية أو شبه الضريبية مقررا بمقتضى القانون فإن تقدير توفر عناصره من عدمها يستنتج من القانون المنظم له"[529].

ثانيا: التعليل عن طريق التفسير في حالة العبارات الغامضة

اللفظ الغامض هو اللفظ غير الواضح الدلالة، وسبب الغموض من أوجه أربعة: التشابه والإجمال والإشكال والخفاء[530] ، وقد قيد التشريع المغربي شأنه باقي التشريعات المقارنة القاضي أثناء تفسيره للعقود الغامضة بمجموعة من القواعد[531] أوردها في الفصل 462 وما يليه من قانون الالتزامات و العقود، لأجله جاء في قرار حديث لمحكمة النقض:

"...**لكن حيث إن محل تفسير الأحكام ما يكتنفها من غموض أو إبهام أو إجمال، ولما كان منطوق الحكم واضحا وتعليلاته مؤدية إلى منطوقه فإنه لا وجه للتفسير**، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما التزمت ذلك، تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا، والوسيلة لذلك غير جديرة بالاعتبار"[532].

---

[529] قرار محكمة النقض عدد 138 بتاريخ 2016/03/10 في الملف عدد 2015/2/4/4694، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الإدارية، العدد 30:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2016/1636364850.pdf

[530] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، (النظرية العامة للالتزامات-مصادر الالتزام) الطبعة 4، سنة 2006-2007، شركة دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الصفحة 279.

[531] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، الصفحة 498 و ما يليها.

[532] قرار محكمة النقض المغربية عدد 290 بتاريخ 2019/05/21 في الملف المدني عدد 2018/4/1/1777، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة المدنية، العدد 45: (=)

أ: العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

وردت هذه القاعدة في الفقرة الأخيرة من الفصل 462 من قانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها: "...وعندما يكون للتأويل موجب يلزم البحث عن قصد المتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل"، مسترشدا في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن تتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات.

وهذا ما سارت عليها محكمة النقض المغربية عندما عللت إحدى قرارتها بالقول:

"...إن العقد الذي ينص في آن واحد على أنه أبرم لمدة اثنين وعشرين شهرا حددت بدايتها ونهايتها، بينما أن احتساب هذه المدة من بدايتها إلى نهايتها التي وقع التنصيص عليها صراحة في العقد تفيد بصورة قطعية أنه أبرم لمدة ستة وثلاثين شهرا هو عقد غامض لا يمكن التوفيق بين بنوده إلا عن طريق التأويل، وأن المحكمة بما لها من سلطة قررت أن العقد باعتبار بداية مدته ونهايتها هو عقد أبرم لمدة ستة وثلاثين شهرا، و أن ما ورد فيه من أنه أبرم لمدة 22 شهرا هو خطأ مادي وقع في احتساب هذه المدة، و رتبت على ذلك أن الإنذار الذي توصل به المكتري وجه إليه أثناء سريان مدة العقد وأن المكري لم يحترم شرط المدة الذي هو شرط ملزم للطرفين معا لا يمكن أن يوضع حدا للعقد إلا عن طريق دعوى الفسخ وهو الأمر الذي لم يسلكه الطاعن الذي أقام هذه الدعوى على أساس أن العقد قد انتهت مدته"[533].

كما عللت محكمة النقض إحدى قراراتها بالقول: "...العبرة في تفسير العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وعلى المحكمة أن تبحث عن

(=) https://juriscassation.cspj.ma/upl/2019/1634825784.pdf

[533] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، الصفحة 492.

قصد المتعاقدين وأن تبين عند تحديد الآثار التي تترتب على العقد الإرادة المشتركة وتفسير عبارات العقد غير الواضحة الدلالة"[534].

وفي قرار آخر جاء فيه: "... **العبرة في تفسير المحررات والوثائق هي بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني**، وأمر ذلك موكول لمحكمة الموضوع شريطة مراعاة ما اتجهت إليه إرادة الأطراف وعدم الخروج عن اللفاظ الظاهرة لتلك الوثائق ولا رقابة عليها من طرف محكمة النقض إلا بخصوص التعليل؛

إن مفهوم المغادرة الطوعية هو كل عملية مؤقتة تلجأ إليها الجهة المشغلة خلال فترة محددة في الزمان وتكون محاطة بمجموعة من الامتيازات والحوافز وهو الأمر الذي ينطبق على العملية التي نظمتها الجهة المشغلة واستفاد منها المطلوب وأن هذه الامتيازات ناتجة عن المغادرة الطوعية للعمل ولا تختلط بتلك المرتبطة بالتقاعد المبكر، ومنها التعويض الذي يبقى مشمولا بالإعفاء الضريبي في الحدود المرسومة في المرسومين الملكيين 66/316 و 66/317 بتاريخ 1967/08/14"[535].

ب: إعمال الكلام أولى من إهماله

تطبيق هذه القاعدة يجد سنده في الفصل 465 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه: "إذا أمكن حمل عبارة بند معنيين، كان حمله على المعنى الذي يعطيه بعض الأثر أولى من حمله على المعنى الذي يجرده من كل أثر".

---

[534] قرار المجلس الأعلى بغرفتين عدد 673 بتاريخ 2008/06/08 في الملف عدد 04/443، أورده محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، مرجع سابق، الصفحة 458.

[535] قرار محكمة النقض عدد 439 بتاريخ 2015/05/19 في الملف الإداري عدد 2013/2/4/2588، قرارات محكمة النقض بغرفتين وبجميع الغرف، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية: https://juriscassation.cspj.ma/upl/2015/1638895314.pdf

ومعنى ذلك أنه إذا تضمن نص قانوني عبارة لها معنيين فإنه من الأولى إعمال العبارة التي تمنحه بعض الأثر على العبارة التي تجرده من كل أثر، وفي هذا عللت محكمة النقض إحدى قراراتها بالقول:

"...عملا بالفصل 465 من ق.ل.ع، فإن عقد البيع العدلي الذي اعتبر معيبا في صياغته من طرف المحافظ بمناسبة مطالبته بتقييد الحقوق المشاعة بالرسم العقاري، تلك الحقوق التي تم اقتناؤها على أساس أنها محدودة بالشمال الغربي للعقار، لكون عبارة أحد بنوده تحتمل معنيين، يتوجب حمله على المعنى الذي يعطيه بعض الأثر عوض حمله على المعنى الذي يجرده من كل آثر، يكون متسما بتجاوز السلطة، القرار الذي بعد أن منح للبائعين أجلا لتسجيل الحقوق المبيعة بالرسم العقاري ألزم المحافظ بالقيام بذلك بعد مرور ذلك الأجل دون جدوى"[536].

كما عللت قرار آخر بالقول:

"...حيث يعيب الطاعن على القرار خرق القانون لكونه أدلى بعقد البيع الذي يتضمن أن المطلوب باع له 3750 مترا مربعا من العقار المحفظ بالرسم العقاري (...) وأن هذه المساحة تمثل ربع مساحة العقار، فمن حقه أن يطالب بتنفيذ التزام البائع وبتسجيل البيع على الرسم العقاري وأنه لا يوجد في القانون ما يمنع مثل هذا البيع، وأن المحكمة لما رفضت دعواه تكون قد خرقت القانون؛

...حقا فإن الغموض الناشئ عن المقارنة بين بنود العقد المتعلقة بتحديد الشيء المبيع لا يؤدي إلى تجريد العقد من كل أثر، فإعمال العقد خير من إهماله – الفصل 465- و هذا الإعمال للعقد يقتضي من المحكمة أن تقوم بتأويله وتبحث عن قصد المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ

[536] قرار المجلس الأعلى عدد 217 بتاريخ 1965/03/16 في الملف المدني عدد 14599، أورده محمد بفقير، المرجع السابق، الصفحة 460.

ولا عند تركيب الجمل – الفصل 462- وأن المحكمة لما جردت العقد من كل أثر والحال أنه يمكن التوفيق بين هذه البنود عن طريق التأويل تكون قد خرقت المقتضيات المذكورة وعرضت قرارها للنقض"[537].

ثالثا: مدى خضوع التفسير والتأويل لرقابة محكمة النقض

كثيرة هي القضايا والوقائع التي تعرض على قضائنا في الوقت الراهن، ولا يجد لها حلول مناسبة وناجعة في تشريعنا نظرا للغموض والقصور الذي يلف هذا الأخير، الشيء الذي يستلزم معه إيجاد الحل القضائي الملائم الذي من شأنه خلق قاعدة قانونية نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

قاعدة تشطير المسؤولية في دعاوى حوادث السير[538].

تحديد مفهوم الأمي الوارد من خلال مقتضيات الفصل 427 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي، إذ أضحى اليوم ثابتا أن الأمي هو الشخص الذي لا يعرف اللغة التي حرر بها العقد.

تقرير حق الكد والسعاية باعتباره عرف قديم سائد في بعض المناطق المغربية (سوس على سبيل المثال) ويقضي بتمتيع الزوجة في إطار النظام الأسروي بنصيب مما ساهمت به من إنتاج وتنمية أموال نتيجة كدها وسعايتها، وقد دون فقهاء سوس هذا العرف معتمدين على ما جرى به العمل في مناطق الأطلس الصغير، والسهول المحيطة بها وبعض مناطق

[537] قرار المجلس الأعلى رقم 752 بتاريخ 1982/12/01، صادر في الملف المدني عدد 92853، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى، الجزء 2، المادة المدنية، 83 -91، الصفحة 1.

[538] امحمد الأمراني زنطار، تشطير التعويض بين المسؤولية الخطئية والمسؤولية المفترضة، دكتوراه دولة في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء 1996.

الأطلس الكبير حيث تكون الزوجة شريكة لزوجها فيما جمعه من مال بمساعدتها وبكدها وسعايتها[539].

لأجله، ولتجاوز هذا النقص التشريعي لجأ القضاة المغاربة إلى الاجتهاد تارة عند غياب النص، وإلى التأويل والتفسير تارة أخرى عند غموض النص كما بينا آنفا، وغالبا ما يقع هذا الاجتهاد أو التأويل أو التفسير تحت طائلة الطعن فيه أمام المحكمة الأعلى درجة.

وباطلاعنا على مجموعة من القرارات المتواترة لمحكمة النقض اعتبرت فيها أن مسألة سد النقص التشريعي أو تفسير النص القانوني أو تأويله من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض، حيث عللت إحدى قرارتها بالقول:

"...إن تفسير النصوص القانونية وتحديد قصد المشرع منها لا يكون له محل إلا إذا كانت هذه النصوص مبهمة أو يكتنفها غموض قد يؤدي إلى الاختلاف في فهم مضمونها مما يقتضي إذ ذاك تدخل القضاء لفك هذا الغموض والإبهام من خلال تطبيق تلك النصوص على الوقائع المعروضة عليه، أما إذا كانت هذه النصوص القانونية واضحة ولا تحتاج إلى تأويل فإن دور القاضي ينحصر في تطبيقها على الوقائع المعروضة عليه تحت رقابة محكمة النقض"[540].

وجاء في قرار آخر: "...لكن؛ حيث إنه يلجأ لتأويل العقود، كما هو مقرر بالفصل 462 من ق.ل.ع، لما لا يتأتى التوفيق بين ألفاظها وغرضها المقصود، أو إن كانت هذه الألفاظ غير واضحة أو لا تعبر عن قصد صاحبها، أو كانت منشأ الغموض راجعا لمقارنة بنودها، بيد أنه لما تكون ألفاظ العقد

[539] يراجع حول هذا الأمر: أحمد إذ الفقيه، وضعية المرأة العاملة في إطار القانون الاجتماعي، رسالة مطبعة النجاح الجديدة الدارالبيضاء 1996 الصفحة 120.

[540] قرار محكمة النقض عدد 138 بتاريخ 2016/03/10 في الملف الإداري عدد 2015/2/4/4694، نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة الإدارية العدد 30، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها عملا بما يقضي به الفصل 461 من نفس القانون، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي اعتبرت أن العبارات التي تضمنها العقد المؤرخ في 1995/04/18 نصت صراحة على التنازل عن الدعاوى الرائجة بين الطرفين بمراجعها، ولم تشر في إلغائه ضمنيا ما دام قائم الذات تكون قد سايرت المبدأ القانوني المذكور، اعتبارا لما ثبت لها من أن العقد الأول تضمن التزام الطالب بأدائه...فلم يخرق قرارها أي مقتضى وجاء معللا بما يكفي وبشكل سليم"[541].

كما عللت إحدى قراراتها بالقول: "...من المقرر أن المادة 84 من مدونة الأسرة إنما تتعلق بالطلاق الذي يوقعه الزوج مع مراعاة أسبابه ودوره في إيقاعه، والمحكمة لما ثبت لها أن المطلوبة هي التي اختارت الفراق ومع ذلك أيدت الحكم الابتدائي القاضي لها بالمتعة تكون قد خرقت المادة 84 المذكورة وفسرتها تفسيرا خاطئا"[542].

وقد تواترت عدة قرارات أكدت بسط محكمة النقض رقابتها على عنصر التفسير أو التأويل، وهو ما أكدته في أحدث قرار لها حينما عللته بالقول:

"...إن محل تفسير الأحكام ما يكتنفها من غموض أو إبهام أو إجمال، ولما كان منطوق الحكم واضحا وتعليلاته مؤدية إلى منطوقه فإنه لا وجه للتفسير، والمحكمة لما التزمت ذلك، تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا"[543].

---

[541] قرار محكمة النقض عدد 593 بتاريخ 2008/04/30 في الملف التجاري عدد 2006/1/3/350، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

[542] قرار محكمة النقض عدد 195 بتاريخ 2015/04/21 في الملف الشرعي 2014/1/2/408، نشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 22 سنة 2015.

[543] قرار محكمة النقض عدد 290 بتاريخ 2019/05/21 في الملف المدني عدد 2018/4/1/1777، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة المدنية، العدد 45، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

المطلب الثاني: أهمية التعليل في بيان دور القاضي في تكملة النقص التشريعي

يمكن القول أن مسألة خلق القاضي للقانون ثابتة في العلوم القانونية وهذا الدور موجود في كل الأنظمة القضائية أيضا، ويطلق على هذا الدور في الفقه الإسلامي بالاجتهاد استنادا إلى أصول الفقه في إطار المقـاصد العامة للتشريع الإسلامي.

وإذا كان الفقه والقضاء يجمعان على أن تفسير العقد الغامض يخضع للسلطة المطلقة لقضاة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض على ذلك، على اعتبار أن مسألة تفسير العقد الغامض تبقى من أمور الواقع وتدخل في مجال السلطان النهائي لقاضي الموضوع، فإن الأمر يختلف إذا ما تعلق الأمر بنقصان في التشريع، فكيف يتعامل القاضي مع النقصان التشريعي؟

الفقرة الأولى: الدور الإيجابي للقاضي في تكملة النقص التشريعي

فكيف يتعامل القضاء مع الأحداث والوقائع الجديدة والتي ليس لها نص تشريعي؟ إن الإجابة عن هذا السؤال تختلف باختلاف الأنظمة القانونية، وقبل بيان هذا الاختلاف نوضح (أولا) مفهوم النقص التشريعي، ثم نوضح كيف تعاملت الأنظمة القانونية المختلفة لتجاوز هذا النقص (ثانيا).

أولا: مفهوم النقص التشريعي

يصعب إعطاء تعريف لمعنى القصور أو النقص التشريعي، لأنه ذو طابع فجائي وطارئ، ولا يمكن تقديره مقدما أو إدراكه قبل وقوعه، ومع ذلك يمكننا القول بأن القصور في التشريع ظاهرة حتمية حتى في ظل الظروف الطبيعية للمجتمع، لأن وقائع الحياة بما تتضمنه من حركة وحيوية ونزوع دائم نحو التطور ليست امرا جامدا أو ثابتا على حال لكي يمكن أن يحتويها نص قانونـي، فضلا عن تطلعات الإنسان المتجددة والتقدم العلمي الهائل والمستمر

بما يثيره من مسائل ونزاعات قانونية وحقوقية لا يمكن أن يقفا عند حد معين، ولا يمكن للمشرع مهما كان حصيفا وحريصا على أن يتنبأ بها إلا على سبيل الافتراض، والافتراض قاصر ومحدود ونسبي، وقد ابتكر القضاء عبر التاريخ حلولا متنوعة لمعالجة القصور التشريعي منها اللجوء إلى الحيلة القانونية أو اللجوء إلى قواعد القانون الطبيعي أو قواعد العدالة، ويتدخل القضاء لمعالجة القصور في التشريع تحت ستار الاجتهاد في التفسير أو التأويل[544].

فقصور التشريع هو حالة يواجهها القاضي خلال قيامه بمهمته في تفسير وتطبيق قواعد التشريع على الحالة المعروضة أمامه، سواء أكان هذا التشريع موضوعيا أم إجرائيا، وقد تكون الحالة التي يواجهها القاضي (حالة النقص في التشريع) سواء أكان النقص فـي الصياغة أم في المفهوم، وقد يكون القصور(لسكوت النص) عن الحالة القانونية المعروضة أمامه.

لذلك فإن سد النقص الموجود في التشريع يرجع في الغالب الأعم إلى القاضي ويتضح ذلك بتحليل مفهوم النقص التشريعي، هذا الأخير الذي يعتبر مفهوم كثير التعقيد، ومن الصعب تقديم تعريف له، ولكن هناك سمات أساسية تميزه، وهي خصائص ذاتية يمكن الاستناد إليها حتى يتضح الطابع القضائي الطارئ لهذا المفهوم الذي لا يمكن تقديره مقدما أو إدراكه قبل حدوثه.

على الرغم من أن القانون كثيرا ما يكون ناقصا بل عاجزا عن مسايرة التطور الاجتماعي، فإننا نجد الفقه التقليدي يريد الاعتراف بتلك الحقيقة معتقدا بأن القاضي سوف يجد دائما الضوابط التي تحدد المفاهيم المرنة وأوجه النقص الظاهرية وذلك إذا ما تعمق بنظره في النظام القانوني.

وتظهر أولى بوادر نقص التشريع عند عدم وفاء القانون للتطبيق على حالة واقعية معينة، فمهما كانت الصيغ القانونية التشريعية كاملة وشاملة إلا أن

[544] عواطف عبد المجيد، القصور في التشريع، بحث لنيل الماجيستير، قسم إدارة الأعمال، كلية دجلة الجامعة الأهلية، العراق، الصفحة 17.

القانون المكتوب لم ولن يستطيع أن يحدد كل شيء ويشمل كل شيء أو يتوقع كل شيء[545].

فقد تعرض على المحكمة قضية لا تتماثل وقائعها مع ما نص عليه التشريع الوضعي، ولم يتوقع المشرع حدوث وقوعها عند صدور النص، ومن ثم يكون من المؤكد أنه من غير المنطقي أن يتم الحكم على أساس القاعدة القانونية الوضعية المتاحة[546]، ومن ناحية أخرى هناك التفريد القضائي للقاعدة العامة والمجردة[547].

ويتضح من خلال هذه الملاحظات أن القاضي هو المشرع الطبيعي المطالب بملأ الفراغ التشريعي، إن مهمة القاضي هي أن يجعل الحلول القانونية حلولا فردية، أي من واجبه أن يكتشف الحالات التي لها كل العناصر النوعية التي نص عليها القانون، ويفرز ما عداها حتى يقدر على ملاحظة وجود ما بالنص من ثغرات وعليه يقع واجب سدها عند الحاجة إلى ذلك.

أما النوعية الثانية من الفراغ التشريعي، فهي تتميز بحدوث فجوة عميقة بين الواقع المتطور والأحداث المتواترة وبين القانون، وعلى عكس ما يدعيه الفقه التقليدي فإنه من الوهم أن نفكر في قدرتنا على الإحاطة بجميع المستجدات بأبعادها المختلفة في قالب القانون الوضعي[548].

---

[545] عبد الحي الوردي، تعليل الأحكام الجنائية ومتطلبات الأمن القضائي، مرجع سابق، الصفحة 137.

[546] Sadok Belaid: Essai sur le pouvoir créateur et Normatif du juge, Thèse, université de paris 1970. Page 341.

[547] مصطلح العمومية يعني أن القاعدة القانونية تصاغ بصيغة تعميم يستوعب ما تواجه من فروض وحالت غير متناهية وتكون عامة لا مكان لتطبيقها على أفراد المجتمع كافة ويجب أن تنطوي على إمكانية التطبيق في الحال وعلى المستقبل، أما التجريد فهو الصفة الملازمة للعمومية وتعني في رأي بعض الفقهاء أنها تحرر خطابا خاليا من الميل والهوى الشخصي وعدم إيثارها شخصا معينا أو سعيها لحماية وضع معين، ويعني التجريد سمو حكم القاعدة على التفضيلات بغض النظر عن الفروق الثانوية في الظروف واعتدادها بالظروف والاعتبارات الرئيسة المشتركة بين مجموعة من الوقائع التي تطبق عليها جميعا.

[548] عبد الحي الوردي، مرجع سابق، الصفحة 138.

ثانيا: إشكالية نقصان التشريع في الأنظمة القضائية المقارنة

في دول كثيرة يقر القانون المكتوب للقاضي حق التقنين للحالات غير الواردة في النصوص القانونية، كما أن الاتجاه الفقهي الحديث يعترف للقاضي بسلطة سد الثغرات الموجودة في القانون الوضعي.

ففي فرنسا على سبيل المثال، عملت الثورة الفرنسية على إيجاد حل لمشكلة النقص التشريعي من خلال مرسوم 24 غشت 1790 المتعلق بالتنظيم القضائي وتأسيس ما يسمى بالمسؤول التشريعي "Le Réfère législatif"، وقصدت الثورة بهذا النظام أن تقيد القاضي بعدم الخروج على التقنينات التي وضعتها.

وطبقا لهذا النظام فإن القاضي حين يشعر بشكوك حول تفسير القانون أو تطبيقه يجب عليه الرجوع للمشرع الذي يتولى تفسير القانون أو تكميله ذلك التكميل أو التفسير الذي أثار الشكوك، حتى يتاح للقاضي أن يتخذ القرار[549].

فطبقا لهذا النظام أصبح القاضي سلبيا، ولا يحق له التدخل في تعديل القانون أو تكملته أو تفسيره، لأن ذلك ليس من اختصاصه، وسرعان ما اتضح أن هذا النظام يعرقل سير القضايا ويؤخر الفصل فيها، فضلا عن عدم فاعليته أو قلة تأثيره الإيجابي، ثم إن فيه نوعا من رجعية القوانين، إذ أن القوانين التي تتطلب تفسيرا تشريعيا وفقا لهذا المنظور هي قوانين تسري بأثر رجعي[550].

ويرى الفقه الحديث أن التمسك بوجهة النظر هذه لهو دليل على عدم الواقعية التي يُلام عليها جزئيا الفقه الفرنسي، فالحقيقة أنه مهما كانت واقعية مفهوم مصدر القانون سواء باعتبار التشريع هو الذي يكشف عن القاعدة القانونية أو بأنه طريقة التعرف على القانون، ولا تنطبق عليه، ولا مكان

[549] Chair Perelman : Droit, Logiques, et Epistémologie, op.cit. p: 59.
[550] عبد الحي الوردي، مرجع سابق، الصفحة 139.

لفرضه إلا إذا كان القانون صادرا من جهة لها صلاحية إصداره، فلكي يصبح الموضوع قاعدة قانونية لابد أن يكون صادرا من جهة لها سلطة إصداره.

ومن أهم مظاهر عدم واقعية الاتجاه التقليدي أن ثمة خصومات أو نزاعات يتم حلها بتطبيق مبادئ غير منبثقة من نص قانوني، كأن توجد قاعدة قانونية أصلها من مجموعة من الأحكام القضائية[551].

أما في ففي القانون الأنجلوسكسوني ينظر القضاة إلى النص القانوني على أنه عبارة عن صياغة وضعها المشرع لمبدأ من مبادئ القانون الطبيعي، ولم يعد رجال القانون يتقيدون بالكلمات والألفاظ والتعابير، فالعبرة بالحكمة العقلية الكامنة وراء النص القانوني، تلك الحكمة التي تتخطى الكلمات وتتجاوز النصوص[552].

وكخلاصة لما سبق يمكن القول على أن امتناع المحكمة عن إصدار أحكام عادلة ومنصفة وزجر المعتدين على الحريات بحجة غياب السند القانوني يؤدي حتما إلى تراجع سيطرة القانون، فكان لابد من الإسراع ليس فقط لإحكام السيطرة على طبيعة القضايا المستحدثة وإنما للتحدي لإمكانية وجود الثغرات داخل النظام القانوني حتى لا يستغله من هو ملم بثغرات النصوص القانونية الموجودة أو الناقصة.

وقد مكن المشرع في الأنظمة الأنجلوسكسونية ولو بطريقة غير مباشرة القضاة من صلاحية إكمال النقص التشريعي طالما أن المشرع ذاته يصدر نصوصا مهمو وفارغة بالتجائه إلى الصياغة المفتوحة أو بإغفاله تعريف بعض المفاهيم والمصطلحات، أو بعض الجرائم وتحديد أحد أركانها، وهو ما يفسر اللجوء إلى التأويل الواسع الذي لا يعكس إرادة القاضي الشخصية بقدر ما يعد الوسيلة المثلى لمعالجة الثغرات التشريعية.

[551] عبد الحي الوردي، المرجع نفسه، الصفحة 140.
[552] عبد الحي الوردي، مرجع سابق، الصفحة 141.

وهكذا فإن وظيفة القاضي لا يمكن أن تكون في ظل التطور المتسارع في الحياة سوى بالسعي الدائم إلى تطوير مضامين النصوص التقليدية رغم استمرار الصياغة التي صدرت بها في الزمن بما يتماشى مع الأوضاع الجديدة، وإلى مجاراة حركة المجتمع النشيطة بتغير تلك المفاهيم كلما استوجب الأمر ذلك، وبالتالي لم يعد بالإمكان الاستقرار على المضمون الذي أعطاه أحدهم عند تأويله لقاعدة معينة بما أن المفهوم الذي قدم اليوم لا يمكن الجزم على مواصلة التمسك به غدا.

الفقرة الثانية: التطبيقات العملية لدور تعليل القاضي في سد النقصان التشريعي

من المعلوم أن العلاقة الزوجية لا تثبت إلا بإبرام عقد الزواج وفق ما هو مشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 16 من مدونة الأسرة، غير أنه ثمة حالات يتعذر فيها على الأزواج عقد زواجهم لأسباب وظروف قاهرة تحول دون ذلك، وفي ذلك نصت هذه المادة على أنه في حالة توفر هذه الظروف يمكن لطرفي هذه العلاقة أن يقوموا برفع دعواهم قصد سماع دعوى الزوجية معتمدين في ذلك جميع الوسائل الممكنة لإثبات زواجهم من شهادة شهود وخبرة وغيرها من الوسائل، وتأخذ المحكمة بعين الاعتبار في هذه الحالة وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية المزعوم وجودها، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين.

وقد منح المشرع لمثل هؤلاء الأزواج فترة زمنية انتقالية حددت حسب آخر تعديل في 15 سنة[553] لتصحيح وضعيتهم ابتداء من دخول المدونة

[553] تم تعديل الفقرة الرابعة من المادة 16 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 102.15 الرامي إلى تعديل المادة 16 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.2 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1437 (12 يناير 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6433 بتاريخ 14 ربيع الآخر 1437 (25 يناير 2016)، ص 420.

حيز التنفيذ، وحيت إنه من المعلوم أن المادة 16[554]، وبالخصوص الفقرة الثانية منها قد انتهى العمل بها بتاريخ 3 فبراير 2019، وبه لم تعد هناك أي وسيلة لإثبات الزواج غير وثيقة أو عقد الزواج نفسه، فيصطدم القاضي والحالة هذه بنقصان التشريع الذي يخول له البت في القضايا المعروضة أمامه والتي يكون موضوعها ثبوت الزوجية.

وفي سبيل تجاوز هذا النقصان التشريعي، حاولت المحكمة الابتدائية بمراكش سد هذا الفراغ عندما اجتهدت في ضوء مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة[555] للبت في طلب إثبات الزوجية رفع أمامها بتاريخ 2021/05/17 أي بعد انتهاء الفترة الانتقالية المحددة لسماع دعوى الزوجية بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 16 من مدونة الأسرة بتاريخ 2019/02/05.

وقد تصدت المحكمة بموجب تعليلها للنقص التشريعي الذي أصبحت تعرفه دعاوى ثبوت الزوجية، وقضت بالاستجابة للطلب رغم الدفوعات الشكلية التي التمست التصريح بعدم قبول الدعوى شكلا لرفعها خارج الأجل القانوني، وقد عللت المحكمة حكمها[556] كالآتي:

---

[554] تنص المادة 16 من مدونة الأسرة على أنه:
"تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج.
إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات و كذا الخبرة؛
تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين؛
يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمسة عشر سنة ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ".

[555] تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على أنه:
" كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

[556] حكم حديث للمحكمة الابتدائية بمراكش 1910 وتاريخ 2021/10/27 في الملف عدد 2021/1611/991، غير منشور.

أولا: تعليل قرار رفض الدفوعات الشكلية المتعلقة بغياب الإطار القانوني للدعوى.

حيث دفعت النيابة العامة بضرورة رفض طلب إثبات الزوجية بعلة عدم وجود نص قانوني بعدما انتهت الفترة الانتقالية لسماع دعوى الزوجية بتاريخ 2019/02/05، فيما الدعوى قدمت بتاريخ 2021/05/17، فكان تعليل المحكمة كالآتي:

"...لكن حيث إن المادة 16 المذكورة لم ترتب جزاء حال رفع دعوى ثبوت صحة الزوجية بعد انتهاء المدة الزمنية المحددة لذلك، كما أنه لن يترتب يقينا عن سماعها بعد ذلك التاريخ أي ضرر لأي طرف أو جهة لأن الدعوى مرفوعة أساسا من قبل طرفي العلاقة الزوجية المدعى بشأنها معا بصفتهما مدعيين، ومتضمنة لإقرارهما الصريح والواضح بتوفر الإيجاب والقبول بنية الزواج لا لغيره، إضافة لباقي الشروط، وأن البت في الجوهر من شأنه جلب منفعة كبيرة للأسرة التي هي نواة المجتمع لما سيترتب عن ذلك من حفظ لشرف المرأة ونسب الأولاد[557].

وحيث إن إعمال الكلام خير من إهماله، لذلك يبقى الأصل، تأسيسا على قاعدة: "لا بطلان بدون ضرر"، جواز البت في دعوى نازلة الحال، خصوصا أن حق التقاضي هو حق دستوري مضمون لكل شخص بقصد الدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون حسب المادة 118 من الدستور المغربي، وأن الدولة بمختلف مؤسساتها وعلى رأسها مؤسسة القضاء؛ ملزمة بضمان الحماية الحقوقية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة، بمقتضى القانون، بما يضمن وحدتها واستقرارها والمحافظة عليها (الفقرة الثانية من المادة 32

[557] حكم حديث للمحكمة الابتدائية بمراكش 1910 وتاريخ 2021/10/27 في الملف عدد 2021/1611/991، غير منشور.

من دستور المملكة) وهي ذات الحماية التي يسعى الطرف المدعي بمقتضى طلبه الحالي إلى ضمانها.

وحيث سبق للدكتور الخمليشي من جهته أن تساءل في كتابه "التعليق على قانون الأحوال الشخصية" (طبعة 1984 الصفحة 177) عن معنى تحديد المشرع لفترة انتقاللية لا تتعدى خمس سنوات لإثبات الزواج بالخبرة وسماع دعوى الزوجية، هل المقصود من ذلك أنه بعد خمس سنوات لن تكون هناك حاجة تماما لسماع دعوى الزوجية، أم أن المقصود من تحديد هذه المدة هو حث الناس على كتابة عقد الزواج طبقا للقانون، وتصحيح الوضعيات السابقة التي فيها الزواج بدون توثيق عقده.

وحيث إنه مما لا شك فيه أن غاية المشرع بالدرجة الأولى من تحديد الفترة الانتقالية هو الحث على كتابة العقد وتصحيح الوضعيات السابقة بدليل لجوئه إلى تمديدها لفترات إضافية متعددة دون تحقق الغاية المنشودة، مما يكون معه لزاما على المحكمة الاسترسال في البت في دعوى صحة الزوجية على الأقل بخصوص العلاقات الزوجية القائمة خلال الفترة التي كانت خلاله حالة الاستثناء موضوع المادة 16 من مدونة الأسرة لا زالت سارية وذاك ضمانا لوحدة الأسرة واستقرارها والمحافظة عليها باعتبار ذلك أهم التزام دستوري ملقى على عاتق الدولة-مؤسسة القضاء- حسبما ذكر أعلاه، خاصة وأن الحق المراد حمايته مؤس قانونا ومدعم باجتهادات قضائية متواترة لمحكمة النقض حسب التعليل المفصل أدناه[558].

[558] حكم حديث للمحكمة الابتدائية بمراكش 1910 وتاريخ 2021/10/27 في الملف عدد 2021/1611/991، غير منشور.

وحيث إنه ما دام أن للطرف المدعي الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه، فإن الدعوى تبقى مستجمعة لكافة الشروط والشكليات المتطلبة قانونا، مما يتعين معه قبولها".

ثانيا: حيثيات الاستجابة للطلب مع وجود النقص تشريعي

ما يحسب للحكم القضائي موضوع الدراسة أنه فعل الدور الإيجابي للقاضي الأسري في البحث عن حلول عملية للقضايا المعروضة عليه والتي يعتريها نقصان أو غموض تشريعي، ففي نازلة الحال، كان من الممكن أن يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى شكلا لرفعها خارج الأجل القانوني الذي حددته المادة 16 من مدونة الأسرة، ويكون الحكم قانونيا لا جدال فيه، إلا أن القاضي اختار طريق الاجتهاد واستكمال النقائص التي تعتري النص القانوني، فارتكن إلى مقتضيات المادة 400 من المدونة لتعليل حكمه بالاستجابة للطلب، فجاء تعليله كالآتي[559]:

"...حيث حضرا طالبي صحة الزوجية بجلسة البحث المنعقدة بتاريخ 2021/06/16، وأكدا الطلب، وأضافا أنهما متزوجان منذ تاريخ شهر يوليوز 2019، وأنهما أنجبا طفلا، وأنهما لو يوثقا عقد زواجهما بسبب ظروف قاهرة، وأن العلاقة الزوجية لا تزال مستمرة بينهما إلى الآن؛

وحيث أكد الشهود استمرار العلاقة الزوجية بين الطرفين إلى الآن؛

وحيث إن شهادة الشهود تؤكد انتشار خبر الزواج وشيوعه وسط الأهل والأقارب، كما أنه وجود أولاد خلال قيام العلاقة الزوجية يشكل قرينة إضافية تنفي مظنة السوء؛

[559] حكم حديث للمحكمة الابتدائية بمراكش 1910 وتاريخ 2021/10/27 في الملف عدد 2021/1611/991، غير منشور.

وعملا بقول صاحب التحفة:

وأعملت شهادة السماع * في الحمل والنكاح والرضاع

وحيث إنه بمقتضى المادة 10 من مدونة الأسرة، فإن أركان الزواج هي الإيجاب والقبول وبتطابقهما يكون الرضى في عقد الزواج، إضافة إلى الشروط الأخرى ومنها انتفاء الموانع الشرعية وما نصت عليه المادة 13 من المدونة وجوب سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه؛

وحيث إن الثابت للمحكمة من مقال الدعوى وتصريحات طالبي صحة الزوجية المضمنة بمحضر البحث إقرارهما الصريح والواضح بتوفر الإيجاب والقبول بنية الزواج لا لغيره (الصيغة) وذلك منذ شهر يوليوز 2019 إلى الآن بصداق، واشتهاره بين الأهل والأقارب وعدم وجود موانع شرعية؛

وحيث قدرت المحكمة على ضوء معطيات الملف وفي إطار سلطتها المانع المادي من توثيق العقد في وقته؛

وحيث إنه يتعين إعمال إقرار المدعيين بالزوجية على اعتبار أن إعمال الكلام خير من إهماله، وبالتالي وجب على المحكمة أن تتوخى المرونة ما أمكن عند بتها في مثل نازلة الحال لإنقاذ نسب الأبناء الذي يكفي لثبوته ثبوت التراضي على الزواج[560]؛

وحيث أكد الشاهدين المستمع إليها من قبل المحكمة وفق ما يقتضيه القانون حضورهما مجلس العقد وسماعهما الإيجاب والقبول من الزوجين، ما استخلصت معه المحكمة تطابق الإيجاب والقبول المعتبر ركنا في الزواج؛

[560] حكم حديث للمحكمة الابتدائية بمراكش 1910 وتاريخ 2021/10/27 في الملف عدد 2021/1611/991، غير منشور.

وحيث إن إثبات صحة الزواج تكون بشهادة عدلين على الأقل ساء كانا منتصبين للعدالة أم لا بشرط أداء شهادتهما أمام القاضي؛

وحيث إن المتعاقدين متى أشهدا شخصيين مستقيمي السلوك ولا ينتميان لسلك العدول كما هو الشأن في نازلة الحال، فإن جميع المذاهب الفقهية الإسلامية تعتبر الزواج صحيحا، وهو ما اعتمدته مدونة الأسرة في مادتها 14 لما اكتفت بحضور شاهدين مسلمين عند إبرام عقود زواج المغاربة المقيمين بالخارج؛

وحيث اعتبرت محكمة النقض من جهتها أن حضور الشاهدين المسلمين عند إبرام عقد زواج أجنبي، والذي يقتضي تذييله بالصيغة التنفيذية موافقته للنظام العام المغربي، إنما يُطلب عند العقد، أما بعد إبرامه وقيام العلاقة الزوجية فإن شرط حضورهما يكون مُتجاوزا. وعللت قرارها "لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار لما أيدت الحكم القاضي بتذييل الحكم المذكور بالصيغة التنفيذية بعلة أنه ما دام قد تم الإيجاب والقبول بين الطرفين، وانتفت موانع الزواج، ولم يتم الاتفاق على إسقاط الصداف، وشهد على الزواج من اتفق حضوره، فإنا لم تخرق المادة 14 من مدونة الأسرة لكون حضور الشاهدين فيها متطلبا عند إبرام العقد، وأنه إذا لم يتم هذا الحضور، وحصل ما ذكر، وتم البناء، فقد أَبح الحضور متجاوزا، ولا تأثير له على صحة عقد الزواج، لذا يبقى ما بالوسيلة على غير أساس".(قرار عدد 394 وتاريخ 2017/07/11 في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/910، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 34، صفحة 18 و19.)[561]؛

[561] حكم حديث للمحكمة الابتدائية بمراكش 1910 وتاريخ 2021/10/27 في الملف عدد 2021/1611/991، غير منشور.

وحيث أكدت محكمة النقض كذلك في قرار حديث لها أن الزوجية تكون قائمة بمجرد إقرار الزواج بها أمام مجلس القضاء دونما حاجة إلى سماع إفادة شاهدين بخصوص تطابق الإيجاب والقبول في مجلس العقد، واعتبرت الحكم الذي اقتصر على سماع إفادتهما (أي الشاهدين) بخصوص اشتهار الزواج واستمرار العلاقة الزوجية بين طرفي الدعوى وإنجابهما للأولاد فقط دون سماعهما للإيجاب والقبول حكما مؤسسا ومعللا تعليلا قانونيا سليما"، ومما جاء في قرارها "...لكن؛ حيث إن المحكمة استندت في قضائها إلى عدم إنكار الطاعن العلاقة الزوجية التي تربطه بالمطلوبة، بل وإقراره بها أمام مجلس القضاء بجلسة البحث حيث أوضح أنها زوجته أنجب منها ستة أبناء يقر بنسبهم، وأنه تقدم بطلب توثيق الزواج إلا أنه تضمن خطأ، وقام بتسجيل الأولاد بكناش الحالة المدنية، وأن العلاقة لا زالت مستمرة بينهما رغم مغادرتهما بيت الزوجية منذ خم سنوات، كما استندت أيضا إلى إقراره بها من خلال دعوييه اللتين رفعهما عليها، من أجل الرجوع لبيت الزوجية بالنسبة للأولى ومن أجل التطليق للشقاق بخصوص الثانية، فضلا عن تأكيد الشهود المستمع إليهم ابتدائيا اشتهار زواجهما واستمرار العلاقة الزوجية بينهما وإنجابهما عدة أبناء رغم خلافاتهما، فاعتبرت بذلك الزوجية قائمة بينهما لا تنقصها إلا الكتابة والتي ليست ركنا في الزواج ولا شرطا فيه، وإنما شكلية لاثبات تحققه، وقدرت في إطار سلطتها المانع من توثيق العقد في وقته، فإنها أقامت قضائها على أساس ولم تحرف الوقائع، فجاء قرارها معللا تعليلا قانونيا سليما، وما بالنعي على غير أساس". (قرار عدد 483 صاجر بتاريخ 2019/07/09 في الملف الشرعي عدد 2018/1/2/725، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 46، صفحة 31)؛

وحيث إنه يتعين من جهة أخرى عدم الخلط بين إشهاد العدلين وكتابة العقد؛

وحيث إن عم كتابة عقد الزواج قد أصبح أمرا متجاوزا بعد ثبوت الزواج والبناء بالزوجة ووجود الأولاد: فالرضى بين الطرفين الذي هو ركن الزواج قد تحقق وإن لم تتم كتابة العقد، والتي هي وسيلة لإثباته وليست ركنا في انعقاده، وهو ما أكده المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) في العديد من القرارات المتواترة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر قراره عدد 511 الصادر بتاريخ 2006/09/13 في الملف الشرعي عدد 2005/1/2/581 جاء فيه:

"...لكن ردا على ما ورد في الوسيلتين أعلاه، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتبرت واقعة الزواج بين الطرفين ثابتة حسب شهادة الشهود الحاضرين واستفسارهم وتأكيدهم حضور حفلة الزفاف وعللت قضاءها بأن المحكمة الابتدائية استمعت إلى شهادة الشهود بعد أدائهم اليمين القانونية فأكدوا زواج المستأنف بالمستأنف عليها بصداق وولي هو والدها وأنه كان يعاشرها معاشرة الأزواج كما أكدوا حضورهم حفل الزفاف وأن كتابة عقد الزواج هو لإثبات تحققه وليس ركنا في العقد، وأن إن تعذر الإشهاد في حينه اعتمدت المحكمة سائر وسائل الإثبات للتأكد من تحققه ومن ذلك شهادة الشهود المزكاة باليمين وبذلك تكون المحكمة قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها في الشرع والقانون بخلاف ما أثاره الطاعن كما لم يبين وجه القرابة التي يدعيها بين المطلوبة في النقض والشهود وأما ما أورده القرار من وجود قرابة بين الطرفين فهي علة زائدة يستقيم القرار بدونها ومن تم يبقى النعي غير قائم على أساس...". (أورده الأستاذ إبراهيم باحماني في كتابه "العمل القضائي في قضايا الأسرة، مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة" المجلد الأول، طبعة 2009، الصفحة 215 وما يليها)....[562]

[562] حكم حديث للمحكمة الابتدائية بمراكش 1910 وتاريخ 2021/10/27 في الملف عدد 2021/1611/991، غير منشور.

وحيث إن محكمة النقض ذهبت أبعد مما ذُكر لما أكدت في قرار حديث لها أن شروط انعقاد الزواج تتحقق بمجرد حصول الرضا ولو قبل الإشهاد به الذي يعتبر وسيلة لإثباته وليس ركنا فيه، بمعنى أنه يتعين ترتيب الأثار القانونية منذ تاريخ الرضا بالزواج وليس بدء من تاريخ الإشهاد به، فقضت تبعا لذلك بنقض قرار محكمة الاستئناف الذي أيد الحكم الابتدائي القاضي ببطلان عقد الزواج بعلة أنه أبرم والمرأة حامل اعتمادا على تاريخ تلقي الإشهاد بالزواج، والحال حسب محكم النقض أن الرضا بالزواج استنادا لإقرار طرفي الدعوى كان قائما قبل ذلك الإشهاد، وانتهت إلى أن الزواج يتحقق بالرضا مع انعدام موانعه، وبأن الإشهاد مجرد وسيلة لإثباته وليس ركنا فيه، جاء في قرار محكمة النقض ما يلي: "...حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أن الزواج ينعقد بمقتضى المادة 10 من مدونة الأسرة بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا، والمطعون ضده عبر مقاله الافتتاحي أقر بوجود علاقة زواج مع الطالبة وأنجبا في ظلها الابن (م)، كما أقر في مقاله الاستئنافي بأن الرضا بالزواج حصل قبل الإشهاد به، والمحكمة لما صرحت ببطلان الزواج بعلة أنه أبرم والمرأة حامل اعتمادا على تاريخ وثيقة الزواج، والحال أن الرضا به بإقرار طرفيه قائم منذ 2014/12/01 أي أنه حصل قبل توثيقه لدى عدلين في 2015/04/02، والزواج إنما يتحقق بذاك الرضا مع انعدام موانعه، أما الإشهاد فوسيلة لإثباته طبقا للمادة 16 وليس ركنا فيه، والمحكمة لما لم تراع ذلك فإنها خرقت المادة المذكورة وعرضت قرارها للنقض".(منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، عدد 46، الصفحة 16)؛[563]

وحيث إن اجتهادات محكمة النقض المتواترة تؤكد في واقع الأمر حرصها الشديد على الموازنة بين أحكام مدونة الأسرة المتعلقة بالنظام العام

[563] حكم حديث للمحكمة الابتدائية بمراكش 1910 وتاريخ 2021/10/27 في الملف عدد 2021/1611/991، غير منشور.

لارتباطها بشؤون العقيدة، ومراعاة واقع العصر وما يعرفه المجتمع المغربي من خصوصيات، وذلك بتفسير نصوص المدونة تفسيرا فقهيا مناسبا لحل النزاعات بما يحفظ للمرأة شرفها وللأولاد نسبهم؛

حيث إنه من المقرر فقها أن الشرع متشوف للحوق النسب، ولا يخضع الحكم به لفترة زمنية معينة ما دام الزواج مبنيا على أركان شرعية، لذلك فإنه يبقى لزاما على المحكمة أن تراعي المقتضيات الفقهية التي هي بمثابة قانون إعمالا لمقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة؛

وحيث جاء في المعيار للونشريسي (ج 3 ص 246) فيما يخص انعقاد النكاح بالصيغة "سُئل السرقسطي عن رجل خطب بنت رجل أخر وانعقد النكاح بينهما وسمي الصداق إلا أنه لم يحضر معهم أحد ولم يُشهد بذلك، وأن الرجل أرسل الدينار على عادة البلد وكان بين الزوج والزوجة مواصلة قبل عقد النكاح بحيث كان يدخل الدار ويخرج وأم الزوج والزوجة لا تحتجبان منه، ولم يزل الزوج يهدي إلى صهره المذكور في الأعياد ووالد الزوجة عالم بذلك ويدخل الدار ويجده مع أهله قد عمل كل واحد منهما على التجهيز للدخول إلى أن وقع بينهما نزاع عظيم، فأخذت أم الزوجة الدينار وقالت للزوج خذ دينارك ولا حاجة لي بك ورمت به في الزقاق، فحمله الزوج إلى داره ولم يزل يطالبهم بالدخول ويندبهم للصلح فأبوا إلى أن زوجها والدها من رجل آخر قبل الفصل، فهل العقد الأول صحيح أم لا لعدم وجود الإشهاد؟ فأجاب: إن الصيغة وهي اللفظ الدال على التزويج من الولي والتزوج من الزوج ركن من أركان النكاح لا ينعقد إلا بها، فإن حصلت من الأب والزوج في النازلة فما فعله الأب بعد ذلك من تزويج ابنته من غير الأول لا يصح لأنها في عصمته حتى يفارقها بموت أو طلاق..."؛[564]

[564] حكم حديث للمحكمة الابتدائية بمراكش 1910 وتاريخ 2021/10/27 في الملف عدد 2021/1611/991، غير منشور.

وحيث إن ما يهم في هذه الفتوى هو أنه يمكن أن ينعقد النكاح بدون إشهاد إذا توفر الإيجاب والقبول واشتهر ذلك بين الناس (راجع كذلك فتوى مشابهة في الصفة 247)، وهو نفس ما قال به الأستاذ أحمد الغازي الحسيني عندما أكد أن عقد الزواج يتحقق بشهرته عند الجيران والأقارب، موضحا أنه"...بهذا الاجتهاد تُصان كرامة كثير من النساء في الواقع وتُحفظ أنساب كثير من الأولاد الذين يوجدون في هذه الوضعية المنتشرة اليوم ويقضي على كثير من المحتالين الذين يريدون إنهاء العقد الرضائي بإرادتهم المنفردة مع التخلص من تبعية الأحمال لهم في النسب والجنسية والنفقة وسائر تكاليف الأب لفائدة ولده بحجة عدم وجود العقد الشكلي..."(أورده الأستاذ إبراهيم بحماني في كتابه "العمل القضائي في قضايا الأسرة ومرتكزات ومستجدات في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة" المجلد الأول، طبعة 2009، الصفحة 50)؛[565]

وحيث إنه ما دام أن الغاية من سماع دعوى الزوجية في التشريع المغربي هو تصحيح الوضعيات السابقة التي تم فيها الزواج بدون توثيق عقده، وما دام أن العلاقة الزوجية بين الطرفين قد قامت خلال فترة كانت خلالها حالة الاستثناء موضوع المادة 16 من المدونة لا زالت سارية، ونظرا لثبوت توفر الزواج المدعى فيه على أركانه وشروطه المحددة في المادتين 10 و 13 من مدونة الأسرة باستثناء شرط توثيقه الذي أصبح مُتجاوزا وفق اجتهادات محكمة النقض المتواترة في هذا الشأن، وما دام أن الحكم بثبوت الزوجية إنما يكشف قيام الزواج بأركانه المعتبرة ولا ينشئه، واعتبارا لكون الشرع متشوف للحوق النسب، ولأن أحوال الناس محمولة على الصلاح، وإعمالا لمقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة التي تحيل على قواعد الفقه الإسلامين فإن المحكمة

[565] حكم حديث للمحكمة الابتدائية بمراكش 1910 وتاريخ 2021/10/27 في الملف عدد 2021/1611/991، غير منشور.

ثبت لديها قيام العلاقة الزوجية بين الطرفين، وبالتالي لا يسعها إلا الاستجابة للطلب وترتيب الآثار القانونية على ذلك..."[566].

ثالثا: موقف محكمة الاستئناف من تعليلات الحكم الابتدائي

نظرا للجرأة التي اتسم بها الحكم الابتدائي القاضي بالاستجابة للطلب من خلال تأسيسه على قواعد فقهية وقرارات قضائية في غياب النص القانوني، انسجاما مع ما تواتر عليه اجتهاد محكمة النقض وتنزيلا لمقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة، ومنها ما جاء في أحد قرارتها بالقول:

"...طبقا للمادة 400 من مدونة الأسرة فكل ما لم يرد به نص في المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف...تكون قد أعملت قواعد الفقه المالكي المحرر في المسألة وركزت قضاءها على أساس"[567]، فتم الطعن فيه بالاستئناف من طرف النيابة العامة المختصة.

ورغم الجهد والاجتهاد الذي يُحسب للقاضي الابتدائي في تكملة النقص التشريعي والاستجابة للطلب بالركون إلى قواعد الفقه المالكي واجتهاد القضاء المغربي، إلا أن محكمة الاستئناف كان لها رأي آخر حينما قضت بإلغاء هذا الحكم الابتدائي، وحكمت تصديا بعدم قبول الدعوى شكلا، وعللت قرارها بالقول:

"...حيث صح ما عابت الطاعنة على الحكم المستأنف، ذلك أن المادة 16 من مدونة الأسرة تنص على سماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية، وأن هذه الفترة انتهت بتاريخ 2019/02/05، وأن الدعوى الحالية قدمت بتاريخ

---

[566] **حكم حديث للمحكمة الابتدائية بمراكش 1910 وتاريخ 2021/10/27 في الملف عدد** 2021/1611/991، غير منشور.

[567] قرار محكمة النقض عدد 332 بتاريخ 2015/06/23 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/442، قضاء محكمة النقض عدد 80، قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2015/1638551016.pdf

2020/09/30 أي بعد انتهاء فترة سماع دعوى ثبوت الزوجية، وبذلك يكون طلب سماع الدعوى في نازلة الحال قدم خارج الأجل المنصوص عليه أعلاه وفي التعديلات اللاحقة به؛

لأجله فإن الحكم المستأنف غير مرتكز على أساس قانوني سليم وجاء خارقا لمقتضيات المادة المذكورة أعلاه، مما يتعين التصريح بإلغائه والحكم بعدم قبول الطلب"[568].

والثابت من حيثيات القرار الاستئنافي أنه تمسك بمقتضيات القانون وبقاعدة أن القاضي لا ينشأ القانون بل يطبقه، ولا يمكنه تجاوز اختصاصاته القضائية إلى البحث عن حلول للقضايا المعروضة عليه عبر الاجتهاد من خارج النص القانوني.

رابعا: موقف محكمة النقض المغربية من القرار الاستئنافي

بعدما عُرضت القضية على محكمة النقض من طرف الطالبين (مدعيي المرحلة الابتدائية) يهدفون إلى نقض القرار الاستئنافي المشار إلى مراجعه أعلاه[569] وعابا عليه خرق القرار الاستئنافي للقانون وعدم الارتكاز على أساس قانوني سليم وفساد التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن تعليل المحكمة بعدم قبول الدعوى بتقديمها خارج الأجل المقرر لسماع دعاوى الزوجية طبقا للمادة 16 من مدونة الأسرة، مع أن هذه المادة وإن حددت الفترة الانتقالية لسماع دعوى الزوجية خلالها فإنها لم ترتب أي جزاء حال وضع دعوى ثبوت صحة الزوجية بعد انتهاء المدة الزمنية لذلك، خاصة وأنه لم يترتب عن سماعها بعد تلك الفترة المحددة لها أي ضرر لأي طرف أو جهة،

---

568 قرار محكمة الاستئناف بمراكش رقم 274 بتاريخ 2022/03/08 في الملف عدد 2022/1611/37 ، غير منشور.

[569] قرار محكمة الاستئناف بمراكش رقم 274 بتاريخ 2022/03/08 في الملف عدد 2022/1611/37 ، غير منشور.

لكون الدعوى رفعت من طرفي أصحاب العلاق باعتبارهما مدعيين، ومتضمنة لإقرارهما بهذه العلاقة التي نتج عنها ثلاثة أبناء، مع أن حماية الأسرة مقررة فقها وقانونا وقضاء، وأن الحق المراد حمايته مؤسس قانونا ومدعم باجتهادات قضائية متواترة لمحكمة النقض، ولم تعلل قرارها تعليلا صحيحا لما اعتبرت أجل تقديم الدعاوى يجب أن يتم قبل تاريخ 05-02-2019، وأن نازلة الحال قدمت خارجه، مع أن الغاية من التمديد لعدة مرات الحفاظ على شرف المرأة ونسب الأولاد، وهذا ما يسعى القانون لحمايته، خاصة وأن شهادة الشهود المستمع إليهم أكدوا استمرار العلاقة الزوجية بين الزوجين، ولا سيما أن التقاضي حق دستوري مضمون لكل شخص.

وبعد إدلاء كل طرف بحججه أمام محكمة النقض، ودراسة هذه الأخيرة القضية من جميع جوانبها، خلصت إلى التعليل التالي:

"...حيث صح ما عابه الطاعنان على القرار، ذلك أنه طبقا للمادة 16 من مدونة الأسرة يجوز سماع دعوى الزوجية واعتماد سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة عند تعذر توثيقها لأسباب قاهرة حالت دون توثيق عقد الزواج في وقته، مع مراعاة ما إذا كان للزوجين حمل أو أبناء، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما عللت ما قضت به من عدم قبول طلب الطاعنين بأن أجل سماع دعوى الزوجية يجب أن يتم قبل 02-05-2019 أي قبل انتهاء فترة التمديد، وأن تقديمها بتاريخ 14-08-2021 أي خارج فترة التمديد يجعلها غير مؤسسة على القانون، والحال أن الزواج المدعى به يعود لسنة 2007 الذي كانت وقته الفترة الانتقالية ما تزال سارية المفعول والتي لم تنته إلا في 05-02-2019 ، فإنها بذلك خرقت المادة 16 المذكورة، وعرضت قرارها للنقض، ثم إنه حتى على فرض انتهاء الفترة الانتقالية، ودونما وجود نص يحدد تاريخ سماع دعوى الزوجية فإنه يرجع حينئذ للنظر فيها طبقا للمادة 400 من مدونة الأسرة إلى المذهب المالكي والاجتهاد القضائي الذي

يراعى فيه تحقيق قيم العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف، ولما لم تعتمد المادة 400 المذكورة فإنها قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض"[570].

الثابت إذن أن محكمة النقض من خلال قرارها بنقض قرار محكمة الاستئناف أعادت الاعتبار لاجتهاد المحكمة الابتدائية التي أصدرت حكمها بثبوت الزوجية رغم انتهاء مدة التمديد المنصوص عليها قانونا، وتأييدا منها لدور القاضي في تكملة النقص التشريعي، فكان توجه محكمة النقض محمودا، بحيث أضفى قرارها أمنا قضائيا بالنسبة للزيجات التي لم توثق عقود زواجها قبل انتهاء مدة تمديد العمل بمقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة.

[570] قرار حديث لمحكمة النقض تحت عدد 1/358 بتاريخ 21-06-2022 في الملف الشرعي عدد 2022/1/372. غير منشور.

الباب الثاني: تجليات الحماية القضائية للمساواة والمناصفة من خلال عنصر التعليل.

مما لا شك فيه أيضا أن التشريع يظل من أهم الآليات والوسائل لإقرار القيم الأخلاقية والمبادئ الإنسانية في التعامل بين الأفراد، فتنظيم العلاقات الأسرية بواسطة إطار قانوني يتبنى فلسفة إنسانية تحقق العدل والإنصاف واحترام كرامة الإنسان من شأنه أن يساهم في خلق الاستقرار وتماسك الأسرة وتضامن أفرادها وتثبيت قيم المودة والوئام والتكافل الاجتماعي وزرع الطمأنينة والأمان بين أطراف هذه العلاقة، لأن الحيف والتعسف واستعلاء طرف على آخر لا يمكن أن ينتج إلا علاقات مشوهة هشة سرعان ما تتداعى للسقوط عند بداية أولا خلاف.

فالتشريع عن طريق ما يسنه من قواعد في مختلف المجالات، له دور كبير في تنظيم العلاقات وفي ضبطها وإرساء دعائم الاستقرار داخل المجتمع وداخل الأسرة التي تعتبر خيارا استراتيجيا لتحقيق التنمية الشاملة، ولتمرير عمليات الإصلاح الكبرى المراد إدخالها على المجتمع، لذلك اعتبر قانون مدونة الأسرة من أهم الإنجازات التي حققت إصلاحا جذريا وهادئا على المستوى الاجتماعي والثقافي والحقوقي في مجتمع يصبو إلى أن يكون مجتمعا ديمقراطيا حداثيا ومعاصرا بمرجعيته وأصالته المتحركة والمتطورة.

فمن مميزات مدونة الأسرة أنها جاءت لتحقيق قواعد الحق والمساواة عبر المزاوجة الخلاقة والملاءمة بين المرجعية الوطنية والدولية، فقد اعتمد واضعوها فلسفة إنسانية قوامها العدل والمساواة والإنصاف المستمدة من روح الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسي للتشريع المتعلق بتنظيم العلاقات الأسرية مع إعمال آليات الاجتهاد وفق مقاصد الشرع والمصلحة العامة، وبذل الجهد في استنباط الحُكم الشرعي وتحقيق مناطه في أمور لا تتعلق بأحكام الشرع القطعية، وإنما تتعلق بالتنظيم الاجتماعي لشؤون الناس والتي ترك لها المشرع هامشا مهما ومنطقة عفو هامة يتولاها أهل العلم والمعرفة والاختصاص لاستنباط الحكم الشرعي المطبق

على الواقع ما دام فيه تيسير للأمور ورفع الحرج على الناس، وإقامة شريعة العدل والإنصاف والكرامة الإنسانية، عن طريق فقه الواقع إلى جانب فقه النصوص بفكر مقاصدي مستنير، يتبنى روح اجتهاد جماعي لإيجاد حلول عملية وعادلة للمشاكل التي تعاني منها الأسرة اليوم.

وإلى جانب التشريع، يعتبر القضاء السلطة المنوط بها حماية الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويتولى إنصاف ضحايا الانتهاكات القانونية وإقامة العدل في المجتمع، كما يعد في غياب السند التشريعي؛ المسلك الأمثل للتأسيس لشروط وضمانات حماية الحقوق والحريات[571].

ولم يعد العمل القضائي المعاصر منغلقا على نفسه يقتصر دوره على تطبيق ما أصدره المشرع من قوانين، بل إن أعمال القضاة في الدول التي صادقت على الاتفاقيات والعهود الدولية أصبحت تولي أهمية قصوى لمقتضياتها والاجتهاد في تفعيل أحكامها بمناسبة تعليل أحكامهم القضائية متى كانت لا تتعارض مع القانون الداخلي لهذه الدول؛ فأبدعوا في إيجاد حيثيات قانونية لأحكامهم تجاوزت كل ما هو وطني وارتكزت على ما هو مشترك كوني؛ سيما وأن الوسيلة التي تعتمدها الدول في إدماج نصوص المواثيق الدولية في القوانين الوطنية تتميز بالتعدد والتنوع والتعقيد أحيانا، لأن الأمر في حقيقته لا يخلو من وجود تنازع بين النظام القانوني الوطني والدولي، ومع ذلك يعمل القاضي على تجاوز هذه العقبات والركون إلى بنود الاتفاقيات الدولية لتعليل حكمه إذا ما ارتأى نظره أنها توفر حماية أكثر [572].

---

[571] زهور الحر وحسن إبراهيمي، حماية حقوق المرأة من خلال الاجتهاد القضائي المغربي، دراسة توثيقية تحليلية من الاستقلال إلى سنة، 2013، مطبعة المعارف الجديدة 2014، الصفحة 3.

[572] إدريس بلماحي، مكانة الاتفاقيات الدولية من زاوية القانون الدولي، مقال منشور بأشغال ندوة من تنظيم مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان التابع لوزارة حقوق الإنسان، في موضوع: الاتفاقات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية، مطبعة فضالة، الطبعة الأولى 2002 الصفحة 17.

وقد دأب المغرب منذ حصوله على الاستقلال على انخراطه في المنظومة الكونية لحقوق الإنسان، وذلك بمصادقته وانضمامه للعديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، مؤمنا أن هذه المواثيق تعتبر مكسبا ديمقراطيا وحقوقيا له ولغيره من البلدان التي تنشد تحقيق ديمقراطية فعلية في كل المجالات، وما يستتبع ذلك من وجوب إنفاذ وتطبيق القاعدة الدولية داخل التراب المغربي واعتبارها جزء من منظومته القانونية.

وفي سياق تطبيق المعايير الدولية أمام القضاء الوطني، ولا سيما عند تعارض القاعدتين، يثور نقاش قانوني حول إلزامية الإعلانات والاتفاقيات الدولية، وتقرير قيمتها القانونية في النسق التشريعي المغربي منذ بدأ الحياة الدستورية بالمغرب، فالمواثيق الدولية لها قوة القانون الوضعي، وجميع الدول المنخرطة في هيئة الأمم المتحدة متعهدة بالإخلاص لالتزاماتها كاملة بما فيها التزامات حقوق الإنسان، وبالتعاون لإدراك الهدف المرسوم، مما يفرض ضرورة ملائمة المنظومة القانونية، مع الاتفاقيات الدولية واحترام مضامينها ومقتضياتها أمام اللجان المختصة بالأمم المتحدة وغيرها من المؤسسات الدولية، في إطار ما صار يُعرف بقانون الملائمة أو التنسيق بين تصرفات مختلف الدول، وسيمنحها لا محالة مصداقية على الصعيد الدولي[573].

وإذا كانت الاتفاقيات الدولية متنوعة منها الثنائية ومنها المتعددة الأطراف المكتوبة والشفوية، فإنها تتفق في عدم إلزامية إلا للدول التي ارتضتها وفق قانونها الوطني على المستوى الدولي، بشأن إيجاد تدابير معينة لتجسيد عملي للحقوق المتضمنة في النصوص القانونية الدولية[574]، إلا أنها فيما يتعلق بتحديد القيمة

[573] محمد ناصر متيوي مشكوري، موقع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في النظام الوطني المغربي، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 55-54 سنة 2004 الصفحة 19.

[574] يوسف الفاسي الفهري، تطبيق الاتفاقية الدولية بشأن القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في الأنظمة الداخلية، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس العدد 16 لسنة 1999، الصفحة 02.

القانونية للمعايير الدولية داخل المنظومة التشريعية الوطنية، فإن الأمر يحتاج إلى دراسة متأنية وأناة، للوقوف على مختلف وجهات النظر حول مكانة الالتزامات الدولية في النسق التشريعي الوطني.

والقضاء الموكول إليه تطبق القوانين السارية المفعول، يعمل في نطاق مهامه على ترجمة نية المشرع، وتكريس الحماية الفعالة للحقوق والحريات، وذلك من خلال احترام المقتضى الدستوري.

إن تتبع العمل القضائي سواء أمام العدالة الدستورية أو القضاء العادي، قد يُسعفنا في تلمس وجهة نظر السلطة القضائية في تفاعلها مع أحكام الدستور في ضمان الحق في المساواة والمناصفة، وذلك في ظل تفاعل المحاكم مع أفكار قانونية جديدة خارج السيادة التشريعية، وتتحرك بحرية خارج الحدود في اتساق مع الصكوك الدولية[575].

[575] ان ماري سلوتر، نظام عالمي جديد، ترجمة أحمد محمود المركز القومي للترجمة العدد 1912 الطبعة الأولى 2011 القاهرة، مصر، الصفحة 108.

الفصل الأول: مأسسة المساواة والمناصفة في ضوء مدونة الأسرة وتعليلات أحكام القضاء الأسري.

بينا في الباب الأول كيف يعتبر التعليل أهم ركن ينبني عليه الحكم القضائي، لأنه هو السبب القانوني الذي أسس عليه القاضي حكمه والذي إن حاد عن قواعده أو اتسم بنقص أو غاب الحكم كان مدعاة للطعن، فانعدام التعليل كما بينا في الباب الأول أو نقصانه تعتبر من موجبات نقض الحكم، وبالتالي فالقضاء المؤتمن على حقوق وحريات الناس ملزم بأن يكون حكمه معللا تعليلا جيدا ومناسبا من أجل تحقيق الأمن القضائي وزع الثقة في المتقاضين من خلال احترامه لمبادئ المحاكمة العادلة وضمان المساواة أمام القانون وأمام القضاء لكل مرفقي العدالة.

تطرح مسألة تعليل الأحكام القضائية إشكالية إعمال المعايير الدولية لحقوق الإنسان في المنازعات القضائية بين المنظور التقليدي والمنظور الحداثي من خلال ثلاث درجات متفاوتة في التعامل مع هذه المعايير في المحاكم المغربية، ثم إلى مكانة المواثيق والمعاهدات الدولية داخل التشريع الوطني، ودور المحامين والقضاء في التعامل مع هذه المصادر القانونية، مادامت هذه المنظومة نتيجة جهد ومساهمة كافة الشعوب والأمم، عبر تراكمات لمناهضة التجاوزات التي تستهدف حقوق الإنسان.

إن أهمية المرجعية القانونية التي يمكن الاعتماد عليها في ذلك تجد سندها في ديباجة الدستور؛ المحددة للفلسفة والمبادئ العامة للدولة، وما يلتزم به المغرب من خلال عضويته بهيئة الأمم المتحدة، ومصادقته على عدد من المعاهدات والمواثيق، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة...الخ، رغم بعض التحفظات.

فالعديد من الأحكام القضائية صدرت عن محاكم مغربية، تعاملت بالسلب أو الإيجاب مع المعايير الدولية في التقاضي، كموضوع الإكراه البدني لاسترداد

الدين، وحرية التنقل، وقضايا الأسرة وضمانات المحاكمة العادلة...، مرد ذلك ضعف الاستيعاب والشجاعة في إعمال المعايير الدولية لدى بعض القضاة والمحامين وضعف التكوين وعدم ترسيخ مبادئ حقوق الإنسان والاقتناع بها لدى أطراف أخرى. وهذا ما سنحاول استجلائه والوقوف عليه من خلال مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية في المادة الأسرية في أفق البحث عن مداخل لإيجاد حلول وبدائل لتجاوز الإشكاليات التي يثيرها عنصر تعليل الأحكام من لأجل صياغة أحكام قضائية تتوفر على معايير الجودة اللازمة.

المبحث الأول: تفعيل مبادئ المساواة والمناصفة وفق مقتضيات مدونة الأسرة[576]

يشكل قانون الأسرة[577] النموذج الأمثل لحالات التنازع والتعارض بين الخصوصيات الوطنية والمعايير الدولية، إذ يمثل المحك الحقيقي للجهود الهادفة إلى الملاءمة، ويبرز بشكل جلي مدى وجود ارادة حقيقية في تبني المرجعية الدولية[578].

ونظرا لكون المغرب من الدول السباقة إلى الأخذ بمبدأ المساواة بين الجنسين وإدماجه في تشريعاته الوطنية، فقد سجل انخراطه الفعلي في مسيرة العدالة الانتقالية، وكسب رهان تحقيق الإنصاف والمساواة بينهما في الحقوق والواجبات من خلال الخطب الملكية السامية في مختلف الحقب والمناسبات، ففي الخطاب الملكي لجلالة الملك المغفور له محمد الخامس يوم 15 أكتوبر 1957 بمناسبة تكليف لجنة لتدوين مدونة الأحوال الشخصية، جاء فيه: "...لعل أكبر وسيلة لجعل مجتمعنا المغربي سعيدا هو إقامة شريعة العدل بين أفراده وضمان حقوقهم وصيانة حرياتهم..."، نفس النهج سار على خطاه صاحب الجلالة المغفور له الملك الحسن الثاني يوم فاتح ماي 1993 بمناسبة استقبال ممثلات الهيئات النسوية: "ربما ذهبنا شيئا ما أبعد مما طلبتن، لأننا أردنا أن نظهر أن هناك مساواة بين المرأة والرجل،

---

[576] الظهير الشريف رقم 1. 04. 22 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 01 فبراير 2004 الصفحة 41.

[577] نشير إلى أن المغاربة اليهود تطبق عليهم قواعدهم الخاصة بهم فيما يخص أمور الأحوال الشخصية والأسرة والإرث، وهي قواعد غير مكتوبة في غالبها، وتستمد من التوراة والأسفار الخمسة، وقد تم تدوين جل القواعد فيما يسمى بالتلمود سنة 1565 بإسبانيا، وتستمد أيضا من الأعراف والعادات المحلية غير المكتوبة والمعروفة بالمنهاج، التي توارثها اليهود جيلا عن جيل، وأيضا من الحلول والأوامر الصادرة عن أحبار اليهود المغاربة المعروفة بـ "التقانوت"،Taqanot، والتقانوت هي القواعد المطبقة على اليهود المغاربة منذ 1492.

للمزيد من التفاصيل حول موضوع القانون المنظم للأحوال الشخصية لليهود المغاربة، أنظر: مالكا: "موجز القوانين الإسرائيلية المغربية"، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، ع 45 و 46 و 47، الصفحة 184.

-Zagouri, (Abraham) :" Précis de droit hébraïque universel : statut privé des israélites" Tanger : Editions marocaines et internationales; 1969; page 61.

[578] الصافي الناصري، إشكالية الرأي العام بالمغرب – موقف الجمهور من اصلاح مدونة الأحوال الشخصية نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في الصحافة، المعهد العالي للصحافة بالرباط، السنة الجامعية، 1994-1995، الصفحة 12.

بالطبع من الناحية الفيزيولوجية والبشرية هناك فرق شاسع بين المرأة والرجل، ولكن من الناحية القانونية والحقوقية والفكرية ما أتى بهذا نبي ولا رسول ولا بحوث علمية أو طبية، فالمرأة مثلها مثل الرجل في التفكير والتدبير وفي تحمل المسؤولية..." .

هذا وقد عبر عن ذلك أيضا رئيس الدولة الملك محمد السادس؛ في تقديره للمرأة المغربية من خلال الخطاب الملكي بمناسبة ثورة الملك والشعب بتاريخ 20 غشت 2003: "وقد ارتأينا أن يكون أفضل تعبير عن الوفاء لروح ثورة الملك والشعب في عيدها الذهبي، وخير منطلق لمواصلتها، تجسيد إرادتنا الراسخة لإنصاف المرأة المغربية، التي لا قوام للديمقراطية وحقوق الإنسان دون رفع كل أشكال الحيف عنها وتكريمها المستحق...[579]".

وقد شكلت مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004 نقلة نوعية أسست لمشروع مجتمعي؛ أقام الأسرة المغربية على المسؤولية المشتركة؛ والعدل والمساواة؛ والمعاشرة بالمعروف، حيث جُعلت الأسرة تحت الرعاية المشتركة للزوجين، ونصت على المساواة في الأهلية القانونية لإبرام عقد الزواج، وفي إنهاء الحياة الزوجية، وفي الحقوق، وللأبناء من جهة البنت حق الوصية الواجبة في إرث جدهم الذي توفيت والدتهم قبله، والذي كان حصرا على الأطفال من جهة الابن في مدونة الأحوال الشخصية المعدلة[580].

[579] لمريني جميلة، مقاربة النوع والظاهرة الإجرامية، أية علاقة ؟، بحث لنيل دبلوم الماستر في العدالة الجنائية والعلوم الجنائية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر مهراز فاس (2010-2011)، الصفحة 10-11.

[580] تقرير المملكة المغربية في الدورة 61 للجنة وضع المرأة، نيويورك، مارس 2017، بعنوان "تمكين المرأة اقتصاديا في عالم العمل الآخذ في التغير"، الصفحة 11.

إن هذا التعديل الذي لحق مدونة الأحوال الشخصية المغربية[581] بموجب مدونة الأسرة لسنة 2004، يعتبر أهم حدث كرس تطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين

[581] جاءت أول مبادرة في هذا الاتجاه من الجمعية الديمقراطية لنساء المغارب خلال مؤتمر دعت إليه هذه الجمعية عقد بالرباط سنة 1991 من طرف لجنة "المغرب العربي للمساواة"، وهي لجنة تضم 31 عضوا مؤسساً: ثلاث جمعيات جزائرية وجمعية النساء الديمقراطيات التونسيات وجمعية نساء تونس الجامعيات لأجل البحث والتنمية والجمعية الديمقراطية لنساء المغرب وشخصيات نسائية أخرى منها فريدة بناني ونديرة برقليل وبيعة الناصري من المغرب. فقد طالبت هذه المجموعة بالتطبيق الكامل لاتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة مع تحديد شعار المواطنة الكاملة لبلوغ ذلك، كما أصدرت بياناً شعاره: "لا وجود لاتحاد المغرب العربي دون نساء ودون حقوق الإنسان".
بعدها انطلقت حملة جمعية اتحاد العمل النسائي من أجل تغيير المدونة يوم 08 مارس 1991، بدعوى معارضة المدونة للدستور الذي يقر المساواة بين الجنسين، إضافة إلى كون المدونة "متجاوزة في الواقع اليومي وتمثل حيفاً في حق النساء لما تسببه من أزمات أسرية ومآس اجتماعية.
وفي الثامن من مارس 1992 نظمت هذه الجمعية ندوة صحفية بالرباط لتقديم وشرح مطالبها وتحركاتها في إطار الحملة التي شنتها من أجال تغيير المدونة، ووجهت سالة مفتوحة إلى مجلس النواب دعت فيها إلى تغيير المدونة في اتجاه إقرار مجموعة من المبادئ منها:

10. اعتبار الأسرة مؤسسة مبنية على أساس التكافل والتكامل بين الزوج والزوجة على قدم المساواة.
11. إعطاء المرأة الحق في الزواج دون حاجة إلى ولي.
12. التنصيص على نفس الحق ق والواجبات بالنسبة لكلا الزوجين
13. وضع الطلاق بيد القضاء والتنصيص على حق الرجل والمرأة على السواء في تقديم طلب الطلاق إلى القضاء.
14. منع تعدد الزوجات.
15. إعطاء المرأة حق الولاية على أبنائها مثل الرجل.
16. إقرار مبدأ المساواة في الإرث.

وفي السابع من مارس 1992 وجه اتحاد العمل النسائي رسالة إلى منظمات حقوق الإنسان بالمغرب جاء فيها: "تعتبر مدونة الأحوال الشخصية تكثيفاً للتمييز الحاصل بين المرأة والرجل، فالفصل الأول منها يسند رياسة الأسرة للرجل وحاده دون المرأة، كما أن المدونة تفرض على المرأة أن تتزوج بواسطة الولي ولو بلغت سن الرشد القانوني. ولازالت المدونة تسمح للرجل بتعدد الزوجات (الفصل 30)، رغم أن ذلك لم يعد مقبولا ولا متمشياً مع روح العصر، وكذلك الأمر بالنسابة للطلاق الذي تعتبره المدونة حقاً للرجل وحده. كما يلاحظ أن المدونة تميز بشكل صارخ بين الرجل والمرأة على صعيد الحقوق والواجبات، وهذا ما يتضح خلال الفصلين 35 و36 وكذا فيما يخص مسألة الإرث، في حين أن الدور الذي أصبحت تلعبه المرأة داخل الأسرة والمجتمع لم يعد يسمح باستمرار هذا التمييز وأصبح يدعو لإقرار المساواة بين الجنسين". ودعا الاتحاد من خلل هذه الرسالة أيضاً إلى تغيير المدونة وتقديمها على أساس مجموعة من المبادئ منها: إعطاء المرأة الحق في الزواج دون حاجة إلى ولي.

- ❖منع تعدد الزوجات.
- ❖التنصيص على ضرورة اللجوء إلى القضاء من أجل طلب الطلاق من كلا الطرفين الرجل والمرأة على السواء.
- ❖إعطاء المرأة حق الولاية على أبنائها مثل الرجل.
- ❖إلغاء كل الفصول التي تميز بين الرجل والمرأة.
- ❖اعتبار العمل حقاً ثابتاً للمرأة لا يحق للزوج سلبه منها.
- ❖رفع الحد الأدنى لسن الزواج إلى 18 سنة (=)

بما يحقق مصلحة الأسرة أولا وأخيرا، امرأة ورجلا وأطفالا، ولتحقيق هذا الهدف؛

(=)إقرار مبدأ المساواة في الإرث.

أثارت حملة الجمعيات النسائية اليسارية على مدونة الأحوال الشخصية ردود فعل قوية من طرف العلماء والحركة الإسلامية؛ خاصة بعد بلاغ جمعية اتحاد العمل النسائي والعريضة المرفقة به اللذين تضمنا المطالبة بتغيير وتجاوز بعض الأحكام القطعية الثابتة في القرآن والسنة مثل أحكام الإرث. فقد اعتبر محمد الحبيب التجكاني المطالبة بإلغاء الأحكام الشرعية القطعية ردة في الإسلام.

وجاء في فتوى له عن سؤال وجه إليه من مجموعة من النساء في طنجة وتطوان عن حكم الشرع في العريضة التي تروج لها جمعية اتحاد العمل النسائي: "فالمشاركة عن طريق ملء الاستمارة وبعثها تعتبر من قبيل المساهمة في جريمة الردة، فتكون حراماً مغلظاً معاقبة تعزيراً بقد ما يراه الإمام وأهل الشورى ردعاً لمثل هذا الإجرام".

ووجهت حركة الإصلاح والتجديد بياناً إلى الشعب المغربي حول تغيير مدونة الأحوال الشخصية نددت فيه بدعوة العريضة المذكورة إلى تغيير الأحكام القطعية الثابتة في القرآن والسنة، كأحكام الإرث والطلاق. ودعت المواطنين إلى استنكار هذه العريضة وعدم التوقيع عليها، كما دعت إلى تغيير المدونة في إطار مراجعة كل قوانين البلاد لتتوافق أحكام الشريعة الإسلامية وتصلح أحوال الأمة، ودعت أيضاً العلماء إلى القيام بواجبهم في بيان حكم الشرع في مضمون هذه العريضة.

ورفع فريق من علماء المغرب مذكرة إلى الوزير الأول ورئيس مجلس النواب استعرض فيها مضامين مطالبة بعض الجمعيات النسائية بتغيير مدونة الأحوال الشخصية، واعتر هؤلاء العلماء هذه الحملة أشد خطراً على الشعب المغربي من الظهير البربري. "ذلك أن هذا الظهير كان يهدف لإخراج نصف سكان المغرب من حكم الشريعة الإسلامية، أما دعاة حملة تغيير المدونة فّإن هدفهم إخراج الشعب المغربي كله من حكم الشريعة".

وبعد أن اشتد الصراع بين الجبهة الدينية (العلماء والحركة الإسلامية) وبين الجمعيات النسائية اليسارية حول قضية تغيير مدونة الأحوال الشخصية، تدخل الملاك الحسن الثاني حمه الله باعتباره أميراً للمؤمنين، فاستقبل في 29 شتنبر 1992 وفداً نسائياً مكوناً من ممثلات بعض الجمعيات النسائية بالمغرب تحت رئاسة الأميرة فاطمة الزهراء، فوجه إليهن خطاباً أكد فيه تفهمه للمشاكل التي تعيشها المرأة المغربية والاتي تكتسي طابعاً أسرياً في أغلبها، وأكد عزمه على النظر في مطالب هذه الجمعيات في إطار ما عرف عن المغرب من تشبته بأسس دينه وأصالته، دون تحليل لما حرمه الله.

وبناء على ما ورد في هذا الخطاب الملكي شكلت لجنة من العلماء ورجال القانون فأعدت مجموعة من التعديلات فيما عرف بتعديلات 1993، انصبت على مواد وأحكام الولاية وتعدد الزوجات والطلاق والحضانة والنفقة والمتعة، بالإضافة إلى إحداث مؤسسة جديدة أطلق عليها مجلس العائلة. ولم تخرج هذه التعديلات عن إطار الاجتهاد الإسلامي المضبوط بالقواعد الشرعية وإن حاولت الاستجابة جزئيا لبعض مطالب التنظيمات النسائية، خاصة في القضايا التي كانت المرأة تعاني فيها من الحيف والتعسف.

وقد بلغ التدافع والنقاش حول مدونة الأحوال الشخصية أوجه سنة 1999، بعد أن عمد كاتب الدولة المكلف بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة السيد سعيد السعدي إلى إعداد وإعلان مشروع سماه "خطة إدماج المرأة في التنمية." فقد أثار هذا المشروع حينها ضجة إعلامية كبيرة وردود فعل غاضبة، وتحول إلى نقاش مجتمعي كبير بين مؤيد للمشروع ومعارض له. وأمام تصاعد موجة الرفض الشعبي لمشروع الخطة ودخول البلاد في معركة بين تيار من أطلقوا على أنفسهم صفة الحداثيين وتيار المدافعين عن المرجعية الإسلامية وفي مقدمتهم العلماء وعدد من الهيئات الدعوية والفكرية والسياسية، صدر قرار ملكي يوم 27 أبريل 2001 قضى بتكليف لجنة استشارية خاصة بإعادة النظر في مدونة الأحوال الشخصية، أسندت رئاستها إلى السيد إدريس الضحاك ثم إلى السيد محمد بوستة الأمين العام السابق لحزب الاستقلال الذي أشرف على الإخراج النهائي لمدونة الأسرة في صيغتها الجديدة التي قدمت لمجلس النواب شهر أكتوبر سنة 2003.

انظر في هذا الشأن: جميلة المصلي، الحركة النسائية في المغرب المعاصر، مرجع سابق، الصفحة 251-260.

اعتبر ملك المغرب أن هذه المدونة رغم ما جاءت به من مقتضيات حقوقية متقدمة لفائدة المرأة، فإنها مع ذلك لا تعتبر قانونا خاصا بها وحدها، بل قانونا للأسرة المغربية[582]، حيث أكد ذلك بقوله: "وبصفتنا ملكا لكل المغاربة فإننا لا نشرع لفئة أو جهة معينة، وإنما نجسد الإرادة العامة للأمة التي نعتبرها أسرتنا الكبرى"[583]. وتأكيدا على هذا النهج؛ أكد جلالة الملك أيضا: "فإننا بقدر ما نحمد الله تعالى على توفيقنا في إنجازها بما يتضمنه من إنصاف للمرأة وحماية لحقوق الأطفال، وصيانة لكرامة الرجل، نجدد التأكيد على أنها مكسب المغاربة جميعا"[584].

وتعزو هذه التعديلات إلى الحاجة الملحة في مسايرة التطورات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، والتحولات التي عرفتها المرأة المغربية من خلال انتشار التعليم وولوجها سوق العمل إسوة بالرجل، وتطور مجال المعرفة بأصنافه، واعتبارا لكون قانون الأحوال الشخصية هو أحد أوجه التنازع بين القيم التقليدية

---

[582] لهذه الاعتبارات، فإن البرلمان، إذ يعتز بما جاء من درر غالية وتوجيهات نيرة في الخطاب التاريخي لصاحب الجلالة، بمناسبة افتتاح السنة التشريعية في دورتها الثانية من الولاية السابعة بتاريخ 2003/10/10 ليعتمدها بمثابة أفضل ديباجة لمدونة الأسرة، ولا سيما ما جاء في الخطاب الملكي السامي، وهو قوله أيده الله:
"لقد توخينا، في توجيهاتنا السامية لهذه اللجنة، وفي إبداء نظرنا في مشروع مدونة الأسرة، اعتماد الإصلاحات الجوهرية التالية:
أولا: تبني صياغة حديثة بدل المفاهيم التي تمس بكرامة وإنسانية المرأة، وجعل مسؤولية الأسرة تحت رعاية الزوجين، وذلك باعتبار "النساء شقائق الرجال في الأحكام"، مصداقا لقول الرسول الكريم "لا يكرمهن إلا كريم ولا يهينهن إلا لئيم".
ثانيا: جعل الولاية حقا للمرأة الرشيدة، تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها، اعتمادا على أحد تفاسير الآية الكريمة، القاضية بعدم إجبار المرأة على الزواج بغير من ارتضته بالمعروف، قال تعالى: "ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف"، وللمرأة بمحض إرادتها أن تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها.
ثالثا: مساواة المرأة بالرجل بالنسبة لسن الزواج، بتوحيده في ثمان عشرة سنة، عملا ببعض أحكام المذهب المالكي، مع تخويل القاضي إمكانية تخفيضه في الحالات المبررة، وكذلك مساواة البنت والولد المحضونين في بلوغ سن الخامسة عشرة لاختيار المحضون...".

[583] من نص الخطاب الملكي الذي ألقاه جلالة الملك محمد السادس بمناسبة افتتاح الدورة الثانية من السنة التشريعية السابعة للبرلمان يوم الجمعة 10 أكتوبر 2003.

[584] من نص الخطاب الملكي بمناسبة استقبال جلالة الملك لرئيسي البرلمان المغربي بتاريخ 03 فبراير 2004 بمدينة الرباط.

المحافظة وقيم العلمانية، فكانت الضرورة تقتضي تعديل وتنقيح مدونة الأحوال الشخصية المتجاوزة في كثير من بنودها.[585]

المطلب الأول: مظاهر حماية التعليل للمساواة والمناصفة قبل إبرام عقد الزواج[586] وأثنائه.

نظرا للطابع الديني لقضايا الأسرة، واحتراما للاتفاقيات الدولية، ورعيا لما تتطلبه الحداثة، فقد اعتمدت في إعداد مدونة الأسرة مرجعية المذهب المالكي، مع الانفتاح على المذاهب الأخرى، وكذا الاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف، كما تم اعتماد مرجعية الاتفاقيات الدولية وكذا ما جرى عليه العمل القضائي.

لأجله؛ تضمنت مدونة الأسرة عددا من المقتضيات الهادفة إلى ملاءمتها مع المعايير الدولية؛ على مستوى القواعد القانونية المنظمة لمرحلة إبرام عقد الزواج (الفقرة الأولى) وكذا مرحلة سريانه (الفقرة الثانية).

---

[585] Rajaa NAJI EL MEKKAOUI, La moudawanah, le référentiel et le conventionnel en harmonie, tome 1: Le mariage et la filiation 4 édition 2010, éditions impressions Bouregreg, page 179.

[586] لن نخوض في المراحل التي مر بها النقاش المجتمعي من أجل تعديل مدونة الأحوال الشخصية في سبيل الوصول إلى المرحلة الأخيرة المتمثلة في إقرار مدونة الأسرة، بدءا بإصدار مذكرات للجمعيات والتيارات الحقوقية المهتمة بشأن الأسرة والمرأة، سواء من جانب التيارات الإسلامية أو التيارات الحداثية، مرورا بتشكيل اللجنة الاستشارية لمراجعة مدونة الأحوال الشخصية التي عينها جلالة الملك وأسند رئاستها إلى الأستاذ إدريس الضحاك رئيس المجلس الأعلى للقضاء حينذاك(المجلس الأعلى للسلطة القضائية حاليا)، قبل أن يُعوض بالأستاذ محمد بوستة، وحدد إليها وظيفتها المتمثلة في الاستماع إلى العلماء والخبراء والسياسيين والجمعيات الحقوقية وجمعيات المجتمع المدني وكثير من الهيئات الأخرى، وتقديم مشروع المدونة أمام يدي جلالة الملك، وانتهاء بتقديم المشروع إلى البرلمان من أجل التصويت عليه، وكان ذلك في خطاب ألقاه جلالته في افتتاح السنة التشريعية يوم الجمعة 10 أكتوبر 2003، ثم عرض على لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان، وصادق عليه البرلمان بغرفتيه بالإجماع.

للاطلاع أكثر على الموضوع، يراجع أحمد الخمليشي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة الجزء الأول، منشورات المعارف، مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 2012، الصفحة 3 وما بعدها.

الفقرة الأولى: تجليات المساواة والمناصفة[587] خلال مرحلة إبرام عقد الزواج

إن ما ميز مدونة الأسرة في صيغتها الجديدة حرصها الكبير على تكريس مبدأ المساواة والمناصفة بين دعائم الأسرة المغربية الرجل والمرأة، سواء في مرحلة ما قبل الزواج أو خلاله أو بعد انحلال الرابطة الزوجية.

وحيث إن عناية المشرع بتحقيق المساواة على مستوى مرحلة تكوين عقد الزواج تظهر من خلال العديد من المقتضيات التشريعية الواردة في مدونة

---

[587] هناك مفاهيم أخرى قد تلتقي في أهدافها مع هدف المساواة؛ إلا أنها تختلف عنها من حيث المفهوم، ومنها:
عدم التمييز: حيث عرفت المادة الأولى من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 مفهوم التمييز على أنه:" ...أيُّ تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس، ويكون من آثاره أو أغراضه، توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها، بصرف النظر عن حالتها الزوجية، وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل.
والتمييز حسب نفس الاتفاقية نوعين، مباشر وغير مباشر، فالتمييز المباشر يتمثل في تفضيل مجموعة معينة على مجموعة أخرى بموجب بعض القوانين، وهكذا فقد أكدت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 28 على أنه "يشكل التمييز المباشر ضد المرأة؛ المعاملة المختلفة القائمة صراحة على أساس الفروق الجنسانية والجنسية، والتي تكرسها بعض القوانين التمييزية، أما التمييز غير المباشر فيغطي جميع الممارسات المحايدة على المستوى الرسمي، والتي لها آثر سلبي غير متناسب على الأفراد المنتمين إلى بعض الفئات المهمشة وخاصة النساء والأقليات العرقية والإثنية.
وتعرف بعض معاهدات القانون الدولي لحقوق الإنسان التمييز بشكل صريح؛ باعتباره مفهوما يرتكز على الآثار، فبموجب هذه المعاهدات، يشمل حظر التمييز التدابير غير التمييزية في الظاهر (محايدة) لكنها تمييزية على مستوى الممارسة والأثر الذي تحدثه، وبالتالي فإنها تشكل تمييزا غير مباشر.
وتفيد لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بأن التمييز غير المباشر قد يحدث عندما تبنى القوانين والسياسات العامة والبرامج على معايير محايدة في ظاهرها، في حين يكون لها أثر سيء على المرأة عند تطبيقها فعليا، ويقع على عاتق الدول الأطراف التزام بعدم التسبب في حدوث تمييز ضد المرأة من خلال أي فعل أو تقصير، وهي ملزمة كذلك بأن تتصدى على نحو فاعل لأي تمييز ضد المرأة بصرف النظر عن كون ذلك الفعل أو التقصير ارتكبته الدولة أو جهات فاعلة عامة أو خاصة.
وبالرغم من كل التوصيات والإجراءات المصاحبة لها الواردة في المواثيق الدولية بشأن مبدأ المناصفة ومكافحة التمييز، فقد لاحظت اللجنة من خلال تقارير الدول الأطراف، أنه وإن كان تحقق تقدم معتبر فيما يخص إلغاء أو تعديل القوانين التمييزية، لكن الحاجة ماسة للعمل من أجل التطبيق التام لاتفاقية إلغاء كل أشكال التمييز تجاه النساء عن طريق إدراج إجراءات قصد ترقية المساواة الفعلية بين الرجال والنساء، لذلك أوصت اللجنة الدول الأطراف أن تتخذ إجراءات مؤقتة خاصة، مثل العمل الإيجابي، أو المعاملة التفضيلية أو إجراءات التمييز الإيجابي أو نظام الحصص (الكوطا) بغية الإسراع في إدماج النساء في مجالات التربية والاقتصاد والسياسة والعمل وغيرها، حتى نكون أمام مناصفة فعلية لا شكلية فقط.

الأسرة[588] ومن بينها تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في تحديد سن الزواج وكذا في التعبير الشخصي عن الزواج.

أولا: المساواة في تحديد سن الزواج

أولت الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية الخاصة بالمرأة أهمية بالغة لضرورة تحديد سن أدنى للزواج نظرا لأهمية هذه المؤسسة وخطورة الآثار المترتبة عنها، وفي هذا السياق جاءت اتفاقية الرضى بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج للحد من انتشار ممارسة زواج الأطفال أو الزواج بدون رضى المرأة، حيث نصت في المادة الثانية منها على ما يلي: **"**تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقيات باتخاذ التدابير اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج، ولا ينعقد قانونا زواج من هم دون هذا السن"، كما أكدت في ديباجتها على أنه: " يتأتى على كافة الدول...أن تتخذ جميع التدابير المناسبة مع الأخذ بعين الاعتبار ضرورة القضاء على تلك الأعراف والقوانين القديمة والممارسات عن طريق تأكيد...كامل الحرية عند اختيار الطرف الآخر، والقضاء بالكامل على زواج الأطفال وخطبة الفتيات الصغيرات قبل سن البلوغ، وإنزال عقوبات ملائمة أينما يتطلب الأمر، وإقامة سجل مدني أو غيره يتم خلاله تسجيل كافة الزيجات".

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أنه: "...لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني وتتخذ جميع الاجراءات الضرورية بما في ذلك التشريعي منها لتحديد سن أدنى للزواج ويجعل تسجيل الزواج في سجل الزواج أمرا إلزاميا".

[588] إن كلمة "المساواة" كما بينا في مقدمة هذا البحث؛ تعني السوية والسواء، أي العدل والنصفة، يقال ساوى الشيء إذا عادله، وساويت بين الشيئين إذا عدلت بينهما وسويت، ويقال فلان وفلان سواء أي متساويان، وقوم سواء أي سواسية وأشباه، ويقال ساويت هذا بذلك إذا رفعته حتى بلغ قدره ومبلغه، وهو عكس التباين والتفاضل، واستوى الشيئان وتساويا أي تماثلا، أنظر: ابن منظور: "لسان العرب" الجزء الرابع عشر، الطبعة الثالثة، دار صادر، لبنان، 1944، الصفحة 41.

وقد أكدت عدد من المؤتمرات الدولية على ضرورة رفع سن الزواج، نظرا للمخاطر التي تهدد زواج الصغار[589]، ومن ذلك ما جاء في تقرير المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة، المقام ببكين في الفصل الرابع – جيم – الفقرة 93 **:** "إن الأوضاع التي تضطر الفتيات إلى الزواج والحمل، والولادة في وقت مبكر، تشكل مخاطر صحية جسيمة، ولا يزال الحمل المبكر يعوق إحداث تحسينات في الوضع التعليمي والاقتصادي والاجتماعي للمرأة في جميع أنحاء العالم، وبصورة عامة فإن الزواج المبكر والأمومة المبكرة للشابات يمكن أن يحدا قدرة كبيرة من فرص التعليم و العمل، ومن المرجح أن يتركا أثرا ضارا طويل الأجل على حياتهن وأطفالهن".

أما على الصعيد الوطني فقد كانت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة[590] تفرق بين الجنسين على مستوى سن الزواج[591]؛ حيث كان الفصل الثامن منها يحدد

---

[589] أوصت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في التوصية العامة رقم 21 الدورة الثالثة عشرة لسنة 1992 بما يلي: المادة 16 : يحث إعلان وبرنامج عمل فيينا اللذين اعتمدهما المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان الذي عقد في فيينا في الفترة من 14 إلى يونيو 1993، الدول على إلغاء القوانين و الأنظمة القائمة، ونبذ الأعراف و الممارسات التي تميز ضد الطفلة و تسبب لها أذى.

والمادة 16 (2) والأحكام الواردة في اتفاقية حقوق الطفل تمنع الدول الأطراف من السماح بالزواج للأشخاص اللذين لم يبلغوا سن الرشد، ومن المصادقة على صحة هذا الزواج، وفي سياق اتفاقية حقوق الطفل: "يعني الطفل كل إنسان لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره، ما لم يكن سن الرشد محددا بأقل من ذلك في القانون المنطبق عليه".

وبصرف النظر عن هذا التعريف، ومع أخذ اللجنة أحكام إعلان فيينا في الاعتبار، فهي ترى وجوب أن يكون الحد الأدنى لسن الزواج هو ثمانية عشرة سنة لكل من الرجل والمرأة، ذلك أن زواج الرجل والمرأة يرتب عليهما مسؤوليات هامة، وبالتالي ينبغي ألا يسمح بالزواج قبل بلوغهما سن النضج الكامل والأهلية الكاملة للتصرف. وتفيد منظمة الصحة العالمية بأنه عندما يتزوج القصر، ولا سيما الفتيات وينجبن أطفالا، فإن صحتهن يمكن أن تتضرر ويمكن أن يتعطل تعليمهن، ونتيجة لذلك يصبح استقلالهن الاقتصادي مقيدا، وهذا لا يؤثر على المرأة شخصيا فحسب؛ بل يحد أيضا من تنمية مهاراتها واستقلالها، ويقلل من فرص حصولها على العمل، ومن ثم يؤثر تأثيرا ضارا على أسرتها ومجتمعها المحلي.

[590] صدرت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة في خمس ظهائر: الأول ظهير شريف رقم 1.57.343 الصادر بتاريخ 28 ربيع الثاني 1377 الموافق 22 نونبر 1957 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2354 بتاريخ 1957/12/06، ويتضمن كتابين الاول يتعلق بالزواج والثاني بانحلال ميثاقه، والظهير الثاني رقم 379.57.1 صادر بتاريخ 1975/12/18 منشور بالجريدة الرسمية عدد 2358 بتاريخ 1958/01/03 يتعلق بالكتاب الثالث الخاص بالولادة ونتائجها، أما الظهير الشريف الثالث فهو رقم 19.58.1 المؤرخ في 1958/01/25 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2363 الصادرة بتاريخ 1958/02/07 ويتعلق بالكتاب الرابع الاهلية والنيابة الشرعية، أما الظهير الشريف الرابع فصدر تحت رقم 73.58.1 بتاريخ 1958/02/20 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2367 المؤرخة في 1958/03/07 ويتعلق بالكتاب الخامس الخاص بالوصية، و صدر(=)

السن الأدنى للزواج بالنسبة للفتاة في 15 سنة وبالنسبة للفتى في 18 سنة، وهو ما شكل محل تعارض اتفاقية حقوق الطفل التي حددت بمقتضى مادتها الأولى مفهوم "الطفل" في كل من لم يبلغ سن 18 سنة الطفل، وبالتالي فإن تحديد سن الزواج للفتاة في 15 سنة لا يستقيم مع الجهود الدولية الهادفة إلى الحد من الأخطار المترتبة عن زواج الأطفال[592]، ويتعارض أيضا مع الجهود الوطنية الرامية إلى تمكين المرأة من حقوقها الأساسية وعلى رأسها الحق في التعليم والصحة خاصة في العالم القروي، إذ أن مكان الفتاة في سن ما دون الثامنة عشر هو فضاء المدرسة[593] لكونها تعتبر طفلة وفق المعايير الدولية[594] تحتاج إلى الرعاية والتأهيل والتمتع

(=)الظهير الشريف الخامس رقم 112.58.1 بتاريخ 1958/04/03 المنشور بالجريد الرسمية عدد 2371 بتاريخ 1958/04/04 ويتضمن الكتاب السادس الخاص بالميراث.

وقد تم تعديل بعض مواد هذه المدونة بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.93.347 بمثابة قانون صادر بتاريخ 1993/09/10 منشور بالجريدة الرسمية عدد 4222 بتاريخ 1993/09/29.

لمزيد من التفاصيل، انظر:

عبد الخالق أحمدون: مدونة الأسرة على ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الجزء الأول-الزواج، مطبعة طوب بريس بالرباط، طبعة 2013.

أحمد الخمليشي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، الجزء الأول: الزواج، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2012.

[591] كان المغرب قبل الحماية وخلالها يعرف غياب أي إطار تشريعي خاص ينظم مجال الأحوال الشخصية للمغاربة المسلمين، حيث كانوا يعتمدون في تنظيم هذه العلاقات على كتب الفقه المالكي وخصوصا متن الشيخ خليل وتحفة ابن عاصم الغرناطي. وكان من قبيل العادات المنتشرة تزويج الفتيات خاصة، في سن مبكرة، إذ كان تزويج البنت قبل العام الرابع عشر مسألة طبيعية وعادية. وقد ظهرت أولى الأصوات المنددة بهذه الظاهرة مع جمعية "أخوات الصغار" التي نادت بتعليم الفتاة وتحديد سن الزواج بالنسبة للفتاة في السادسة عشر سنة، وذلك خلال أواخر الأربعينيات من القرن العشرين.

[592]Aicha blarbi : situation de la petite fille au Maroc, ED (a.m.s) / UNICEF), édition najah Eljadida, casa, 1991, page 60.

[593] -السعدية بلمير: حول العمل القضائي ووضعية المرأة، قراءة في بعض الاجتهادات القضائية من منظور مسألة الأهلية القانونية، المرأة في القرن العشرين، أعمال ندوة رعاية المجتمع والأسرة والطفل، الصفحة 143.

[594] عبد العزيز بطراني: أحكام الطفل في الفقه الاسلامي –دراسة مقارنة، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة، جامعة محمد الخامس كلية الآداب والعلوم الانسانية بالرباط، شعبة الدراسات الاسلامية، السنة الجامعية 1997-1998، الصفحة 05.

بمجموعة من الحقوق التي قد يتسبب الزواج المبكر في حرمانها منها، خاصة ما يتعلق بالصحة والتعليم[595].

من جهة أخرى فإن التمييز بين الفتى والفتاة في سن الزواج يناقض مع مبدأ أساسي تقرره الاتفاقيات الدولية وهو مبدأ المساواة بين الجنسين وحظر التمييز بينهما، وهو ذات المبدأ الذي كرسته اتفاقية حقوق الطفل في المادة الثانية منها والتي جاء فيها: "تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية، وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز، بغض النظر عن عنصر الطفل أو والديه أو الوصي القانوني عليه، أو لونهم أو جنسهم أو لغتهم أو دينهم أو رأيهم السياسي...أو أي وضع آخر"[596].

لذا ومن أجل وضع حد لهذا التمييز غير المبرر بين الجنسين على مستوى سن الزواج جاءت مدونة الأسرة لتوحد سن الزواج وتحدده في 18 سنة حيث نصت المادة 19 منها على ما يلي: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة متمتعين بقواهما العقلية ثمانية عشرة سنة شمسية".

وهو ما أسهم في تحقيق نوع من الملاءمة بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في هذا الصدد[597]، رغم أن الاستثناء الذي فتحته مدونة الأسرة في الفصلين 20 و21 منها اللذان يسمحان بإمكانية ابرام عقد زواج القاصر بعد الحصول على إذن قضائي ساهم في خلق العديد من الإشكاليات التي جعلت الهوة

---

[595] -Marie claire foblets et Mohammed Loukili, mariage et divorce dans le nouveau code marocaine de la famille, quelles implications pour les marocains en Europe ? Revue critique DIP n°3 juillet septembre 2006 page 540.

[596] محمد الشرقاني: حدود ملاءمة مدونة الأسرة مع الاتفاقيات الدولية لحقوق الطفل، مقال في مؤلف جماعي: "مدونة الأسرة أبعاد ومستجدات" منشورات جامعة مولاي اسماعيل، مكناس، منبر الجامعة، العدد الخامس، الصفحة 143.

[597] جاء في التقرير الدوري الثالث والرابع الذي قدمه المغرب بشأن تطبيق اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أن تبني مدونة الأسرة شكل "منعطفا مهما في تاريخ القانون المغربي المنظم للأسرة، و من أهم ما جاءت به هذه المدونة:"...اكتساب الرجل و المرأة اللذان يتمتعان بقدرتهما العقلية الأهلية زواج في سن 18عشرة كاملة...".

شاسعة بين الإطار القانوني والتطبيق، وهو ما دفع العديد من المهتمين إلى الذهاب حد القول بضرورة تدخل تشريعي يمنع زواج الفتاة قبل سن الثامنة عشرة وعدم إخضاع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي الأسري، وحججهم في ذلك تعارض هذه المقتضيات الواردة في مدونة الأسرة مع الاتفاقيات الدولية التي تمنع كل زواج إذا كان أحد طرفيه يقل عمره عن 18 سنة، هذا من جهة، ومن جهة ثانية ما أفرزه الواقع الاجتماعي من نتائج سلبية لتطبيق هذه المقتضيات، إذ لا تستطيع الفتاة القاصر تحمل أعباء الزواج نظرا لعدم اكتمال نموها الجسدي والذهني، ولعدم استعدادها الكافي للتعامل مع الأوضاع التي تتطلبها مؤسسة الزواج فينجم عن ذلك مشاكل أسرية تنتهي في غالبيتها في جلسات المحاكم بسبب اللجوء لطلب التطليق في سن مبكرة، وهو ما يتنافى وغاية المشرع من سن مقتضيات للسماح بزواج القاصر.

غير أني وإن كنت أتفق مع هذا الرأي جزئيا في شقه المتعلق بالمشاكل التي تصاحب أحيانا الزوجين في سن مبكرة والتي تنتهي بالطلاق، إلا أني لا أعتقد أن منع هذا الزواج نهائيا من شأنه أن يحل المشكل، إذا يبدو لي أن هذا الرأي لم يأخذ بعين الاعتبار الواقع الاجتماعي المغربي، فكم من فتاة قاصر يتيمة الابوين ودون معيل يكون خلاصها في مؤسسة الزواج بعد أن يُقدر القاضي مصلحتها فيه بعد إجراء بحث اجتماعي للتحقق من وضعيتها الاجتماعية، الا يعتبر الزواج والحالة هذه طوق نجاة لها بدل تركها وحيدة تكابد مصاعب الحياة؟

ثم ما هو الضرر الذي يلحق القاصر من إعمال القاضي لسلطته التقديرية في منحها الإذن بالزواج من عدمه؟ وأي الضررين أهون عليها؟ هل بمنعها من الزواج وتركها تعاني قسوة العيش وحيدة؟ أم بمنحها جرعة آمل في حياة جديدة منطلقها الزواج الشرعي بعد إعمال القاضي لسلطته في ذلك؟

لأجله أرى أنه من الضروري البحث عن مكامن الخلل في مؤسسة الزواج برمتها ومحاولة معالجتها بعيدا عن التأثيرات الأيديولوجية أو الفكرية، لأن الأمر لا يتعلق بأطراف العلاقة الزوجية فقط، بل بالمنظومة الأسرية المغربية جميعها، وأن حرمان فئة مجتمعية معينة من الزواج بحجة حماية الطفولة أو ضرورة الخضوع لمقتضيات الاتفاقيات الدولية، رغم الإكراهات المعيشية التي تواجهها يشكل تعسفا في حق هذه الطائفة ويُحرمها من بناء حياة جديدة في إطار الأسرة التي تحميها من مصير آخر قد تتحمله القاصر وحدها لبقية عمرها.

ثانيا: المساواة في التعبير عن الرغبة في الزواج

ساوت مدونة الأسرة بين الرجل والمرأة في إبداء الرغبة في الزواج عبر مؤسسة الخطبة[598] حسب ما تقرره الشريعة الإسلامية السمحة[599]، فالخطبة تعبير واضح عن رغبة الرجل في الزواج من امرأة، على أن تقابل رغبته هذه؛ رغبة المرأة المخطوبة في الزواج منه، كما ساوت بينهما في الأثار التي تنتج عنها، وساوت بينهما في سن الزواج كأصل عام مع مراعاة الاستثناء إن كانت له موجبات، تماشيا مع ما تقرره المواثيق الدولية.

يقصد بالتعبير عن الزواج، مباشرة الزوجين بنفسيهما إبرام عقد زواجهما دون حاجة إلى وسيط يتولى التعبير عن إرادة أحدهما، إذ تؤكد الاتفاقيات الدولية على ضرورة توفر الرضا وكفالة المساواة بين الجنسين أثناء إبرام عقد الزواج،

---

[598] تعد الخطبة تقليدا راسخا لدى مختلف الشعوب، مدخل إلى عقد الزواج، فهي عقد ابتدائي، وتتمثل وظيفتها في البحث عن الزوج الآخر لأي منهما، فهي وعد بزواج وليست بزواج، فهي تمهيد لإبرام عقد الزواج، وتسمح للطرفين بالتفكير والتروي والتأكد من الرغبة الحقيقة على الإقدام على الترابط الأبدي، وذلك نظرا لأن عقد الزواج لا يهم الفرد فقط، وإنما أثاره تمس المجتمع بشكل أو بآخر، ويرى الجمهور من فقهاء الاسلام بأن الخطبة مستحبة كالزواج ذاته، وهذا الحكم متفق عليه في جميع القوانين الحديثة المتعلقة الأحوال الشخصية والأسرة في العالم العربي والإسلامي.

انظر: ليلى بن سدرين الشريف الكتاني، حقوق المرأة بين الفقه والقانون في المغرب مدونة الأسرة والمواثيق الدولية، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2015، الصفحة 19.

[599] أحمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الصفحة 9.

إذ يشكل الرضا قوام هذا العقد[600]، فلا ينعقد صحيحا إلا برضا طرفيه رضاء كاملا لا إكراه فيه، من خلال إعراب الزوجين شخصيا عن رضاهما دون حاجة إلى موافقة طرف ثالث، أو توليه مهمة إبرام العقد نيابة عنهما.

وهكذا جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ما يلي: "للرجل والمرأة... حق التزوج... دون قيد بسبب.... الجنس... وهما معا يتساويان في الحقوق لدى التزوج... ولا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه"[601].

كما أكد الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية على أنه: "لا ينعقد الزواج بدون الرضاء الكامل والحر للأطراف المقبلة عليه[602]"، ونصت اتفاقية الرضا بالزواج على أنه: "لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه وبإعرابهما عنه شخصيا"[603]، وتعتبر الاتفاقيات الدولية المذكورة أعلاه أن اشتراط الولاية[604] بالنسبة للمرأة يعد تمييزا في حقها، وإنقاصا من أهليتها القانونية خاصة وأنه لا يوضع مثل هذا القيد بالنسبة للرجل.

---

[600] Malika benradi: "le droit a l'égalité : Les enjeux de la démocratie ; l'espace familiale comme lieu de construction démocratique" In Colloque" La Modawana les actes ;Université Mohammed V- Souissi; Novembre 2003 ; page 17.

[601] راجع المادة **16** من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

[602] الفقرة الثالثة من المادة **23** من الميثاق الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية

[603] المادة الأولى من اتفاقية الرضا بالزواج.

[604] الولاية في اللغة بكسر الواو وفتحها هي النصرة، وقد جاء تعريفها في اصطلاح الفقهاء بعبارات مختلفة تؤدي إلى معنى واحد، فهي "سلطة تجعل لمن ثبتت له القدرة على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها". وهي "القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد". والوالي هو: "من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطة أو ذو إسلام".

أنظر بهذا الخصوص:

علال الفاسي: التقريب، شرح مدونة الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، مطبعة الرسالة، الصفحة 136.

أحمد الخمليشي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار نشر المعرفة، الطبعة 3، الصفحة 20.

وبصدور مدونة الأسرة أصبحت الولاية في الزواج حقا للمرأة الراشدة، تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها[605]، إذ لها أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها[606].

وبذلك تكون المدونة قد تخلت عن رأي الجمهور بالنسبة لموضوع الولاية في الزواج واعتنقت المذهب الحنفي و أصبحت متلائمة مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية التي تنادي بإلغاء التمييز بين المرأة والرجل في المركز القانوني عند إبرام عقد الزواج وإقرار المساواة بينهما[607]، ودعم مصداقية رضى المرأة وحريتها في اختيار شريك حياتها، فالمرأة بمقتضى هذا التعديل أصبحت طرفا رئيسيا في العقد بإعطائها حق إبرامه شخصيا ولم تعد مجرد موضوع له، غير أن هذه المقتضيات الجديدة لا تعني أن الولاية في الزواج أصبحت ملغاة من الناحية القانونية بل إن التحول الذي طرأ عليها تمثل في اعتبارها حقا للمرأة الرشيدة تمارسه بحسب مصلحتها، وهو ما لا يجب أن يفهم منه تغييب لدور العائلة في هذا المجال ذلك أن رضا الأبوين وحضورهما في كل مراحل الزواج بدء من مرحلة الخطبة وحتى مرحلة إبرام عقد الزواج تحتمه قيم أخلاقية ودينية في المجتمع المغربي المسلم[608]

---

[605] انظر المادة 24 من مدونة الأسرة

[606] -المادة 25 من مدونة الأسرة

[607] زهور الحر : المسؤولية المشتركة في تدبير شؤون الأسرة من خلال قواعد العدل والمساواة في الحقوق والواجبات مع قراءة للمادة 49 من مدونة الأسرة، برنامج الحلقة الدراسية الجهوية المنظمة لفائدة قضاة الأسرة بتطوان، م.ط.غ.م، سنة ،2005 الصفحة 02.

[608] يلاحظ أن تعديل المقتضيات المتعلقة بالولاية في الزواج غداة صدور مدونة الأسرة لم يكن بالأمر الهين خاصة خلال مناقشة مشروع قانون مدونة الأسرة في البرلمان، حيث أثارت المادتين 24و 25 المشار اليهما أعلاه خلافا حادا بين اتجاهين:

*الاتجاه الأول: يؤكد على ضرورة الابقاء على دور الولي حفاظا على تماسك الأسرة وتضامنها، وحماية للفتيات من التغرير بهن وخوض تجربة زواج فاشل، نتيجة عدم استشارة الأسرة والأخد برأيها.

وقد اقترح أصحاب هذ الاتجاه تقييد ممارسة هذا الحق بحالة خوف العضل، أو حذف المادة 25 والاكتفاء بالمادة 24.

*الاتجاه الثاني: يرمي على العكس من ذلك إلى حذف الزامية الولي حفاضا على حرية المرأة واستقلاليتها في اختيار شريك حياتها دون تبعية لأية جهة كانت.

وبين هذا وذاك أوضح السيد وزير الأوقاف والشؤون الاسلامية: "أن تنظيم الولاية بالكيفية الواردة في المادتين 24 و 25 يعتبر مسألة هامة وناجحة سواء من الناحية القانونية، أو من الناحية الشرعية، وليس هناك ضياع لأي حق من خلال تنظيمها بهذا الشكل. أما اقتراح اضافة شرط: "إذا خيف العضل"، فهذه قاعدة قد تكون مقبولة(=)

سواء بالنسبة للفتاة أو بالنسبة للفتى[609]، كما أن هذا التعديل لا يلغي أبدا التشاور مع العائلة وكل ما يدخل في تقاليدنا وأعرافنا الخاصة بالزواج[610].

ويلاحظ أن المقتضيات الجديدة المنظمة لموضوع الولاية في الزواج أصبحت تجد طريقها إلى التطبيق في الواقع العملي، وقد لعبت محكمة النقض دورا ايجابيا في تفعيل التعديل الجديد حيث تصدت في وقت مبكر لأي محاولة من أجل تفسير المقتضيات المتعلقة بالولاية في عقد الزواج بشكل يخرق حق المرأة في الاختيار[611].

فقد عللت المحكمة إحدى قرارتها بالقول: **"الولاية حق للمرأة الرشيدة ومن حقها أن تعقد على نفسها بدون ولي"**، وأضافت بأن **"القرار الذي صدر بعد تطبيق مدونة الأسرة في 2004/02/05 واعتبر "...أن قيام عقد الزواج بدون ولي**

(=) لو أن القانون يريد أن يفترض أن كل ولي عاضل الا أن هذا الافتراض لم يعد مطروحا، لأن الذين يتعنتون قليلون، لذا يستحسن أن يقتصر الأمر على اللجوء الى القاضي لمواجهة هذه القلة القليلة من ذوي النية السيئة دون ضرورة النص على العبارة المذكورة وان الصيغة التي جاءت بها احكام الولاية في المادتين المذكورتين لا تصادم الشرع المؤصل بل القصد منها اعلاء قيمة مبدئية مبنية على تربية يسودها احترام الاباء والأولياء بصفة عامة للمولى عليهن ". وبين السيد وزير العدل : " أن الولاية وفق ما نصت عليه في المدونة ليست نوعا من التبعية والخضوع بل هي تمارسه المرأة بنفسها لتشعر أن لها الحرية في اختيار زوجها، ويمكن للقاضي أن يتدخل كلما اقتضى الأمر ذلك ، لاتخاذ ما يراه مناسبا في هذا الشأن لمصلحة الأسرة استنادا الى ما يقتنع به من المعطيات المتوفرة لديه ، وذلك بغاية تحقيق المقاصد الشرعية لهذا الزواج الذي سيأذن به وفق روح التعريف الوارد في المادة ، 4 وعلى هذا الأساس ، فالقاضي يفترض أنه في مستوى يمكنه من فهم مغزى وروح هذه النصوص أثناء تطبيقها فما تتضمنه المادتان 24 و 25 من اجراءات هو من باب الاحتياط لتكون هذه الولاية أكثر انسجاما مع ما ينبغي من الاجراءات لصيانة الحقوق والمحافظة على كرامة الفتاة كما ان هذا النص قد وضع لتجنب التعسف ولمواجهة ذوي المصالح الشخصية الخاصة من الأولياء الذين لا يراعون ما للفتاة من حقوق في هذا الشأن ولذلك يلزم التأكيد على تطبيق مبدأ: لا اكراه في الزواج؛ فهذا النص يهدف الى ضمان احترام ارادة المرأة ".

لمزيد من التفاصيل، أنظر:

المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة: منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية سلسلة الشروح والدلائل العدد 4، الطبعة الأولى 2004، الصفحة 68 وما بعدها.

[609] رحمة بورقية: الجوانب الاجتماعية في قانون الأسرة، مقال في مؤلف جماعي: مدونة الأسرة أبعاد ومستجدات، منشورات جامعة مولاي اسماعيل، مكناس، منبر الجامعة، العدد الخامس، الصفحة 47.

[610] خديجة الركاني: مدونة الأسرة والمنظومة الكونية لحقوق الإنسان، مقال منشور في مؤلف جماعي: "ثورة هادئة من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة"، منشورات الزمن، الطبعة الأولى، 2004، الصفحة 198.

[611] أنس سعدون، وضعية المرأة المغربية في ضوء عمل منهاج بيجين، مرجع سابق، الصفحة 122.

يعد مخالفا لمدونة الأسرة وللمواد 24 و 25 والمطبقة بأثر فوري ولذلك يكون معرضا للنقض"[612].

لكن وعلى الرغم من ذلك فإن التمثلات الاجتماعية السائدة لا زالت تنظر لهذا المعطى نظرة سلبية سواء داخل المجتمع، أو من لدن الفتيات الراشدات أنفسهن اللواتي لا يستعملن هذه الإمكانية إلا لماما، والسبب يعود إلى اعتبار هذا المقتضى مساسا بالسلطة الأبوية وخروجا على طاعة الأبوين، إذ لا ينبغي أن يغيب عن ذهننا أن "طاعة الوالدين" تشكل جزءا مهما من الثقافة المغربية التي تنظر إليها كمفتاح للنجاح في الحياة، وفي الحياة الزوجية على وجه التحديد.

ناهيك على أن مسألة اختيار الشريك تعتبر في المجتمع المغربي مسألة عائلية تهم الأسرة كلها، سواء تعلق الأمر بالفتاة أو بالفتى، حيث يشترط على هذا الأخير أيضا إحضار والديه في مراسيم الخطبة والزواج كضمان لجديته في الزواج، وبالتالي، فإن عقد الفتاة الراشدة زواجها بنفسها دون حضور وليها لا زال أمرا غير مقبول اجتماعيا، وتجعلها تفقد ثقة واحترام أسرة زوجها، وفي نفس الوقت تفقد حماية أسرتها في حال وقوع مشاكل بينها وبين زوجها، حيث عليها أن تتحمل حسب الثقافة السائدة مسؤولية اختيار تزويج نفسها دون وليها[613].

وإذا كانت المقتضيات الجديدة التي كرستها مدونة الأسرة في الشق المتعلق باحترام مبدأ الرضا في الزواج قد وجدت طريقها إلى التطبيق بشكل تدريجي مع تزايد الوعي بمستجدات المدونة، فإن موضوع تعدد الزوجات الذي شكل هاجسا لطالما أرق بال المرأة المغربية واعتبر كأحد أبرز مظاهر التعارض بين

---

[612] قرار محكمة النقض عدد 62 صادر بتاريخ 2006/02/01 في الملف الشرعي عدد 202 /2005/1/2، غير منشور.

[613] انظر: عشر سنوات على تطبيق مدونة الأسرة، أي تغيرات في تمثلات ومواقف وممارسات المواطنين والمواطنات؟ دراسة ميدانية، تقرير صادر عن وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والمرأة، 2016، مطبعة AZ-Edition، أكدال، الرباط، الصفحة 105.

المرجعيتين الوطنية والدولية لحقوق الانسان للمرأة عرف تحولا بارزا في ظل مدونة الأسرة.

الفقرة الثانية: تجليات حماية التعليل للمساواة والمناصفة في الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج

من بين أهم المقتضيات التي تضمنتها مدونة الأسرة؛ تقييدها لتعدد الزوجات كموضوع ظل وإلى وقت قريب يشكل إحدى مظاهر التصادم بين المرجعيتين الوطنية والدولية، الشيء الذي انعكس أيضا على مواقف عدد من الفاعلين في المجال الأسري؛ وأدى إلى ظهور تيارين: تيار ينادي بتقييد التعدد لدرجة المنع ما عدا في حالات استثنائية، وتيار ثان يرفض منع التعدد اعتمادا على المرجعية الدينية التي تجعله ضمن دائرة المباح، وبين هذين التيارين عمدت المدونة إلى تقنين التعدد وخولت في ذلك القضاء سلطة تقديرية واسعة، من أجل الحيلولة دون اساءة استعمال هذا الحق بشكل يضر باستقرار الأسرة(أولا)، كما دعمت مدونة الأسرة مبدأ المساواة بين الجنسين على مستوى الآثار القانونية والاتفاقية لعقد الزواج (ثانيا).

أولا: تقييد التعدد كصورة من صور المساواة والمناصفة

نصت 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"، وهذا يعني أن التعدد يمنع بكيفية مطلقة متى اشترطت الزوجة ذلك على زوجها، خلافا للفصل 30 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة الذي كان يقتصر على إعطائها حق الخيار؛ والأكثر من ذلك؛ فإن شرط عدم التزوج في ظل مدونة الأسرة لا يمكن أن يكون موضوع أية مراجعة، ولو طرأت ظروف جعلت من الالتزام به مرهقا على عكس باقي الشروط الاتفاقية الأخرى، فالمادة 48 من

المدونة استبعدت أية إمكانية لتعديل أو إعفاء الزوج من هذا الشرط، عن طريق القضاء.

وتنص المادة 41 من مدونة الأسرة على أنه: " لا تأذن المحكمة بالتعدد:

إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي؛

إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان، ومساواة في جميع أوجه الحياة" .

فمن خلال هذه المادة؛ يمكن القول أن التعدد في ظل مدونة الأسرة وفي حالة عدم وجود شرط من طرف الزوجة بعدم الزواج عليها، يبقى مقيدا بشرطين أساسيين:

أ: دور التعليل في إبراز توفر المبرر الموضوعي الاستثنائي

وهو السبب الذ يستند عليه الزوج طالب التعدد لتبرير طلبه، إذ يتعين أن يكون سببا موضوعيا، أي لا دخل للزوج في احداثه، واستثنائيا أي من شأنه أن يجعل حياة الزوج لا تستقيم في جوانبها المادية والمعنوية.

وفي هذا الصدد اعتبرت المحكمة الابتدائية بقصبة تادلة "...**إن رفض الزوجة معاشرة زوجها لإدمانه تناول الكحول لا يعتبر مبررا موضوعيا استثنائيا كافيا للقول بأحقية الزوج في التعدد"**[614]، كما اعتبرت المحكمة الابتدائية بايمنتانوت "...**أن كبر سن الزوجة وعجزها عن القيام بأشغال المنزل بعد زواج بناتها لا يعد مبررا مقبولا لطلب التعدد"**[615]، وفي نفس السياق اعتبر حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بأزيلال "...**أن السبب المصرح به من طرف الزوج**

[614] حكم المحكمة الابتدائية بقصبة تادلة، عدد 02 بتاريخ 28-02-2011 في الملف رقم 2011/02، منشور بمجلة القبس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد الثاني، يناير، 2012 الصفحة 310 وما بعدها.

[615] حكم المحكمة الابتدائية بايمنتانوت، صادر بتاريخ 10-10-2007 في الملف 07/212، غير منشور.

والمتمثل في عدم قدرة زوجته على تحمل الأعباء المنزلية بسبب مرضها بالمرارة يبقى مبررا غير موضوعي للتعدد، مادام أن المرض المذكور لا يمكن أن يكون سببا يحول دون قيام الزوجة بواجباتها تجاه زوجها"[616]، ورفض قسم قضاء الأسرة بطنجة اعتبار الميل النفسي والارتباط العاطفي مبررا موضوعيا واستثنائيا للتعدد[617]، كما اعتبر في حكم آخر"...**إن مبرر الرغبة في اعطاء الصبغة الشرعية للعلاقة الجنسية التي تمت خارج إطار العلاقة الزوجية مبررا غير استثنائي لطلب التعدد**[618]، كما اعتبر قسم قضاء الأسرة بتطوان "**إن عدم شعور الزوج بالراحة مع زوجته يفتقد الطابع الموضوعي الاستثنائي الذي اشترطته مدونة الأسرة لقبول التعدد"**[619].

وجاء في حكم آخر صادر عن قسم قضاء الأسرة بتطوان: **"...وحيث أوضح الزوج طالب التعدد أنه لا يتوفر على سبب موضوعي يدفعه إلى التعدد، مما يبقى معه طلب التعدد مخالفا للمادة 41 من مدونة الأسرة ويتعين التصريح برفضه"**[620].

في مقابل ذلك استقر الاجتهاد القضائي المتواتر في عدد من أقسام قضاء الأسرة على أن "...عقم الزوجة يعتبر مبررا مقبولا لطلب التعدد[621]، وكذلك اصابتها بمرض مزمن يمنع من المعاشرة الجنسية[622]، أو امتناعها عمدا عن

---

[616] حكم المحكمة الابتدائية بأزيلال صادر بتاريخ ،07-10-2009 في الملف 14-09-14، غير منشور.

[617] قرار محكمة الاستئناف بطنجة في الملف 08/315 صادر بتاريخ 2008/06/19، غير منشور.

[618] حكم صادر في الملف رقم 2010/1618/18 بتاريخ 2010/03/24، غير منشور.

[619] حكم عدد 641 في الملف رقم 34/08/5 بتاريخ 2008/06/18، غير منشور.

[620] حكم عدد 110 في الملف رقم 34/07/37 بتاريخ 2008/1/23، غير منشور.

[621] نظر في هذا الصدد على سبيل المثال: حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بوجدة بتاريخ 2012/05/21 في ملف عدد 11/3151، منشور بكتاب ادريس الفاخوري، قضايا الأسرة في ضوء العمل القضائي، مطبعة الأمنية بالرباط، طبعة 2013، الصفحة 24.

[622] لمحكمة الابتدائية بقصبة تادلة، الحكم عدد 07 بتاريخ ،16-05-2011 في الملف رقم 2011/06، منشور بمجلة القبس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد الثاني، يناير 2012، الصفحة 314 وما بعدها.

المعاشرة الجنسية[623]. ومن بين الاجتهادات القضائية النادرة التي تم العثور عليها موقف فريد للمحكمة الابتدائية بالسمارة التي اعتبرت "...**أن عدم إنجاب الزوج لأبناء ذكور مبررا استثنائيا موضوعيا مقبولا يسمح له بطلب التعدد"**[624].

ومن الأحكام القضائية التي حاولت تحديد مفهوم المبرر الاستثنائي الموضوعي للتعدد الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة بالعرائش الذي جاء فيه: **"...و حيث إنه وبغض النظر عن مناقشة الموارد المادية للطالب فإن السبب الذي ارتكز عليه لتبرير الطلب يبقى غير متثبت من جهة ومن جهة أخرى وعلى فرض صحته؛ فإن الأسباب التي ذكرها لا تدخل في إطار الأسباب الموضوعية والاستثنائية للتعدد (الخيانة الزوجية؛ الإخلال بواجب المساكنة) بقدر ما تشكل أسبابا للطلاق على اعتبار أن السبب الموضوعي والاستثنائي للتعدد يجب أن يتشكل من عوامل خارجة عن إرادة الزوجين لا بفعلهما وأن يكون في تعدد الزوجات السبيل الوحيد لدرء الضرر عن الزوجين معا لا وسيلة للضغط على الزوجة المطلوب ضدها والإضرار بها"**[625].

في نفس السياق؛ يلاحظ أن الاجتهاد القضائي أكد أكثر من مرة أن كبر سن الزوجة لا يعد بمثابة مبرر استثنائي موضوعي يسمح بإبرام زواج التعدد[626]، وهذا ما علل به قسم قضاء الأسرة بخنيفرة حكمه، حيث أكد الزوج طالب التعدد من خلال وقائع دعواه أن زوجته لم تعد تقدر على القيام بشؤون بيت الزوجية؛ وكذلك على المعاشرة الزوجية لكبر سنها؛ اذ تبلغ من العمر 54 سنة، وعزز طلبه بشهادة طبية تفيد أن الزوجة بها تعفن بجهازها التناسلي، وصرحت أمام الطبيب بأنها لم

---

[623] حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمكناس رقم 1310 بتاريخ 2006/04/18 في الملف 05/06/691، غير منشور.

[624] حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالسمارة حكم عدد 09 بتاريخ 2009/12/29 في الملف عدد 2009/10، غير منشور.

[625] المحكمة الابتدائية بالعرائش حكم رقم 01 بتاريخ 2007/01/04؛ في الملف عدد 20-23/05، غير منشور.

[626] جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء : "...وحيث ان كبر سن الزوجة لا ينهض سببا يبرر التعدد" -حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء رقم 172 في الملف عدد 06/89 بتاريخ 06/07/18 غير منشور.

تعد ترغب في المعاشرة الزوجية، إلا أن المحكمة قضت برفض طلبه بعلة "...أن كبر السن وإن كان عنصرا موضوعيا في تحقيق نقصان القدرة على القيام بشؤون بيت الزوجية فذلك أمر طبيعي وشرعي لقول الله تعالى: في سورة الروم الآية53 : "الله الذي خلقكم من ضعف تم جعل من بعد ضعف قوة تم جعل من بعد قوة ضعفا وشيبة"، وأن" عدم القدرة على المعاشرة الزوجية نتيجة وجود تعفن بجهاز الزوجة التناسلي هو الذي سبب لها عدم الرغبة في ذلك وشتان بين عدم الرغبة في المعاشرة الزوجية وعدم القدرة عليها كما ان وجود التعفن بالزوجة أمر عرضي موقت"[627].

ب: دور التعليل في إثبات وجود الموارد المالية الكافية:

من خلال هذا الشرط يجب على المحكمة أن تتحقق من شرط العدل المادي بين الزوجتين ومن قدرة الزوج على اعالة أسرتين، وغالبا مالا يطرح هذا الشرط أي اشكال لارتباطه بالوضعية الاقتصادية للزوج الراغب في التعدد، الذي يسوغ له اثبات وضعه المادي بجميع وسائل الاثبات الممكنة من بينها شهادة تثبت دخله الفردي، أو رقم معاملاته التجارية، أو حجم ممتلكاته العقارية، حيث يخضع ذلك لتقدير محكمة الموضوع التي تراعي ظروف الزمان والمكان، وفي هذا الصدد يمكن الاشارة إلى نماذج أحكام قضت برفض طلب التعدد لاختلال الشرط المتعلق بالموارد المالية، من بينها ما جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بقلعة سراغنة: **"...وحيث إنه بغض النظر عن السبب الذي برر به المدعي طلبه ومدى صحة ادعاءه فان دخله المادي الذي صرح به الأخير والمحدد في مبلغ 500 درهم شهريا غير كاف لإعالة الاسرتين وضمان جميع لحقوق من نفقة واسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة استنادا الى مقتضيات المادة 42 من مدونة الأسرة، مما يجعل طلبه غير مؤسس قانونا ويتعين التصريح برفضه"**[628].

---

[627] حكم قسم قضاء الأسرة بخنيفرة رقم 1024 في الملف عدد 2006/943 صادر بتاريخ 2006/12/18، غير منشور.

[628] حكم المحكمة الابتدائية بقلعة السراغنة صادر بتاريخ 03 ماي 2010 في الملف عدد 10/327، غير منشور.

وجاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بتطوان: **"...وحيث يؤخذ من المادة 41 من مدونة الأسرة أن المحكمة لا تأذن بالتعدد إذا لم يثبت طالبه توفره على المبررات الموضوعية الاستثنائية التي ألجأته إلى طلب التعدد وكذا توفره على الموارد المالية الكافية لإعالة أسرتين. وحيث أن الثابت من أوراق الملف كون دخل الزوج يصل إلى 3500 درهم وهو نفسه ما صرح به بجلسة البحث من كونه يعمل طباخا. وحيث أن الدخل المذكور يعتبر غير كاف لإعالة أسرتين مما يبقى معه طلب التعدد مخالفا للمادة 41من مدونة الأسرة ويتعين التصريح برفضه"**[629].

وجدير بالذكر أن طالب التعدد ينبغي عليه اثبات يسره من خلال الادلاء بوسائل إثبات تؤكد ادعاءه، وليس مجرد الاقتصار بتأكيد كونه متوفرا على الامكانيات المادية الكافية لإعالة أسرتين، وفي هذا الإطار رفضت المحكمة الابتدائية بمراكش طلب المدعي الذي اكتفى بالقول بأنه ميسور الحال[630].

وتجدر الإشارة إلى أن موافقة الزوجة لزوجها على التعدد عليها لا تعتبر مبررا لمنحه الإذن بالتعدد، فموافقتها لا تعد عاملا أو ضابطا يتم الاعتماد عليه من طرف القضاء عند النظر في دعوى التعدد، وإنما تقوم المحكمة بالتأكد من توافر شروط التعدد من أجل منح الإذن من عدمه ويبقى للزوجة في حال تمسكها برفض التعدد وقرار المحكمة بمنح الاذن به اللجوء إلى مسطرة التطليق للشقاق التي حال عليها بشكل تلقائي[631]، مع العلم بأن بعض الاجتهادات القضائية الحديثة تعتمد للاستئناس بموافقة الزوجة الأولى من أجل السماح بإبرام زواج التعدد، ويمكن في

---

[629] حكم المحكمة الابتدائية بتطوان عدد 814 في الملف رقم 34/07/5 بتاريخ 2007/08/29، غير منشور.

[630] جاء في حكم المحكمة الابتدائية بمراكش: "...حيث إن الإذن بالتعدد يستوجب من طالبه إثبات توفره على الموارد المالية لإعالة الأسرتين والمبرر الموضوعي الاستثنائي وهو ما لم يدل به الطالب بحيث اكتفى بالقول بأنه ميسور الحال مكتفيا بالإدلاء بتصريح بالشرف من صنعه".
حكم المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2010/10/7 في ملف عدد 2010/24/11 ، غير منشور.

[631] حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة ببركان، رقم 244 بتاريخ 2010/06/13 في ملف عدد 09/25، غير منشور.

هذا المجال أن نشير إلى قرار حديث صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس جاء فيه ما يلي[632]: **"...وحيث إن المحكمة وبعد رجوعها إلى مجموع وثائق الملف ومحتوياته اتضح لها أن الزوجة المستأنف عليها لم تمانع في أية مرحلة من مراحل التقاضي في منح الإذن لزوجها بالتزوج بثالثة ؛ وحيث أنها حضرت وأدلت بمذكرة تلتمس فيها إلغاء الحكم المستأنف وتصديا الإذن لزوجها بالتعدد بل وأدلت بتصريح كتابي بالموافقة مصحح الإمضاء ..؛**

وحيث إن عبارة المبرر الموضوعي الاستثنائي لا يجب أن تكون سببا في المنع لأنها عبارة فضفاضة وتحتمل التأويل الأمر الذي يجعل أمر تفسيرها موكول لفطنة القاضي وحال الزوج والزوجة؛

وحيث ان الزوجة حضرت الجلسة ووافقت على طلب زوجها؛

وحيث إن الإذن بالتعدد خير من ترك الطالب يعيش فسادا في الأرض وأن إحصانه فيه نفع للزوجة التي لم تمانع وله أيضا ما دام ميسور الحال وبإقرار زوجته ومستطيع وهو ما يستوجب إلغاء الحكم المستأنف فيما ذهب إليه"[633].

ومع ذلك فقد عثرنا على نماذج من الأحكام القضائية التي جعلت من أمر موافقة الزوجة على التعدد أمرا جوهريا في القبول أو الرفض للطلب حيث جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بطنجة: **"...كما أن المدعي لم يثبت أن زوجته الأولى التي**

---

[632] قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 1861 في الملف رقم 1618/12/584 صادر بتاريخ 2012/5/21، غير منشور.

[633] الملاحظ ان محكمة الاستئناف استجابة لطلب المستأنف الذي أسس استئنافه في مواجهة الحكم الابتدائي الذي قضى برفض طلبه في التعدد على أساس: أن حالته المادية ميسورة وأن زوجته الحالية هي من خطبت الزوجة المراد التزوج بها من طرف المستأنف وأنها موافقة على ذلك وأنه يرغب في البنات والزوجة الأولى أنجبت له الذكور فقط.

قضت معه عقودا من الزمن وأنجب منها ثمانية أولاد أصغرهم في الثالثة والعشرين من عمره قد وافقت على زواجه من غيرها[634].

وجاء في حكم آخر لنفس المحكمة: **"...وحيث إن الزوجة أكدت ذلك أمام المحكمة مصرحة أنها توافق لزوجها على التعدد وأنها لا تريد منه شيئا مما يكون معه المبرر متوافر في نازلة الحال"**[635].

وعموما فإنه بالرغم مما يثار من نقاش عبر مستويات متعددة حول موضوع تعدد الزوجات بالمغرب وتباين المواقف بين اتجاه رافض لهذا الموضوع، واتجاه مؤيد له وبشروط، فإن رسوم الزواج المتعلقة بالتعدد، تعرف نوعا من الاستقرار مند سنة 2004، وذلك بسبب حرض القضاء على ضمان توفر المبررات القانونية في طلبات التعدد، وهي في غالبيتها تفتقدها، مما يكون الطلب مآله الرفض.

فقد أثبتت إحصائيات المحاكم الصادرة عن وزارة العدل المغربية في تقرير لها أنجز سنة 2014 انخفاضا ملموسا في نسبة تعدد الزوجات، بحيث لم تتعدى النسبة 0.26% من عدد الزيجات الموثقة سنة 2013 بعدما كانت النسبة 0.34% سنة 2004[636].

وفي حكم حديث جدا، اعتبرت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء؛ قسم قضاء الأسرة، أن رغبة المدعي في التعدد بسبب رغبته في إرجاع طليقته التي هي أم ابنه منها؛ حفاظا على المصلحة الفُضلى للطفل؛ مبررا موضوعيا للتعدد، وعللت حكمها بالقول:

---

[634] حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بطنجة رقم 328 الصادر في الملف رقم 07/1259 بتاريخ 2008/01/31، غير منشور.

[635] حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بطنجة رقم 422 الصادر في الملف رقم 07/733 بتاريخ 2007/06/12، غير منشور.

[636] انظر: عشر سنوات على تطبيق مدونة الأسرة: أي تغيرات في تمثلات ومواقف وممارسات المواطنين والمواطنات؟ دراسة ميدانية، تقرير صادر عن وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والمرأة، 2016، مطبعة AZ-Edition، أكدال، الرباط، الصفحة 109.

"...وحيث أكدت المدعى عليها أنها لا تمانع لزوجها في طلب التعدد من خلال موافقتها المصححة الإمضاء بتاريخ 2020/08/24 وموافقتها الصريحة أمام المحكمة بالجلسة المنعقدة بتاريخ 2020/10/19؛

وحيث أثبت الزوج وضعه المادي بمقتضى التصريح بالشرف...؛

وحيث ثبت للمحكمة من خلال الحكم الصادر عن هذه المحكمة تحت عدد 1711 بتاريخ 2020/02/18 في الملف عدد 2018/1626/636 أن المدعي سبق أن فارق المراد التزوج بها بمقتضى حكم بالتطليق للشقاق وأن له منها الابن المسمى آدم المزداد بتاريخ 2018/07/07؛

وحيث إن المصلحة الفضلى للأبناء تقتضي لم شمل الأسرة بأن يعيش الأبوان تحت سقف واحد؛

وحيث إن المدعي أدلى تعزيزا لإثبات موارده المادية الكافية لإعالة أسرتين وضمان جميع حقوق أفرادها ومساواتهما في جميع أوجه الحياة بوثائق الملف؛

وحيث إن الزوجة المراد التزوج عليها لم تشترط على زوجها أي شرط يجب التنصيص عليه في الإذن بالتعدد؛

وحيث إن المحكمة من خلال ما سبق وما راج أمامها تبين لها أن الطلب مؤسس قانونا ويتعين الاستجابة له"[637].

وفي حكم حديث لقضاء الأسرة اعتبر أن المصلحة الفضلى للطفل سببا موضوعيا لمنح المدعي الإذن بالتعدد، ومما جاء في تعليلات الحكم القضائي:

[637] حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، قسم قضاء الأسرة، تحت عدد 4831 وتاريخ 2020/10/26 في الملف رقم 2020/1618/168، غير منشور.

"...حيث أكدت المدعى عليها أنها لا تمانع لزوجها في طلب التعدد من خلال موافقتها المصححة الإمضاء بتاريخ 2020/08/24 تحت عدد 2020/5569 وموافقتها الصريحة أمام المحكمة بالجلسة المنعقدة بتاريخ 2020/10/19؛

وحيث أثبت الزوج وضعه المادي بمقتضى التصريح بالشرف المصحح الإمضاء...الذي يشهد من خلاله على نفسه أنه يشتغل كبائع للسمك وأن دخله اليومي منه يتراوح ما بين 200 و 400 درهم وأدلى بنموذج ج لشركة يعمل على مشاركة تسييرها؛

وحيث استمعت المحكمة بإحدى جلساتها المنعقدة بغرفة المشورة للزوج الذي أكد أنه يرغب في إرجاع طليقته الذي كان له منها الابن المسمى أدم؛

وحيث تبين للمحكمة من خلال الحكم الصادر عن هذه المحكمة تحت عدد 1711 بتاريخ 2020/02/18 في الملف عدد 2018/1826/636 أن المدعى عليه بق أن فارق المراد التزوج بها بمقتضى حكم بالتطليق للشقاق وأن له منها الابن المسمى آدم المولود بتاريخ 2018/07/07؛

وحيث إن المصلحة الفضلى للأبناء لم شمل الأسرة بأن يعيش الأبوان تحت سقف واحد؛

وحيث إن المدعي أدلى تعزيزا لإثبات موارده المادية الكافية لإعالة أسرتين وضمان جميع حقوق أفرادها ومساواتهما في جميع أوجه الحياة؛

وحيث إن الزوجة المراد التزوج عليها لم تشترط على زوجها أي شرط يجب التنصيص عليه في الإذن بالتعدد؛

وحيث إن المحكمة من خلال سبق وما راج أمامها تبين لها أن الطلب مؤسس قانونا ويتعين الاستجابة له"[638].

ثانيا: المساواة والمناصفة في الآثار القانونية والاتفاقية الناشئة عن الزواج

إن عقد الزواج يرتب عدة آثار قانونية، منها تلك المتصلة بالعلاقة بين الزوجين، ومنها تلك المتعلقة بعلاقتهما بأبنائهما، ومنها ما له علاقة بأقاربهما، ولا تنشأ هذه الآثار إلا إذا كان العقد صحيحا مستجمعا لأركانه وشروطه.

فقد كرست المعايير الدولية مبدأ حظر تمييز بين الجنسين على مستوى الآثار القانونية لعقد الزواج، فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان يحمي "حق الرجل والمرأة في تأسيس الأسرة والمساواة بينهما في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج[639]". وفي نفس السياق تحث اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الدول الأطراف على اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء عل التمييز في كافة الأمور المتعلقة بالزواج، على أساس يضمن المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والمسؤوليات أثناء إنشاء عقد الزواج، وعلى نفس المساواة في الحقوق والمسؤوليات في الأمور المتعلقة بأطفالهما..."[640].

ومن أجل ملاءمة المقتضيات التشريعية الوطنية مع المعايير الدولية في هذا المجال والاستجابة أيضا للتحولات التي عرفها المجتمع المغربي ألغت مدونة الأسرة التمييز[641] الموجود بين الزوجين[642]، وأقرت منظومة جديدة للحقوق

---

[638] حكم عدد 4831 في الملف رقم 2020/1618/168 بتاريخ 2020/10/26 عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء-قسم قضاء الأسرة- غرفة المشورة.

[639] المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

[640] انظر الفقرتين 3 و4 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

[641] قد كانت مدونة الأحوال الشخصية تهدر هذه المقتضيات من خلال إقامتها لتمييز واضح بين الزوجين على مستوى آثار عقد الزواج وهو ما كان يبدو بشكل جلي من خلال القواعد القانونية المنظمة للحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجي باعتبارها من أهم الآثار المترتبة عن عقد الزواج. وهو تمييز كان يبدو في العديد من(=)

والواجبات المتبادلة بينهما من خلال المادة 51 منها والتي نصت على ما يلي: "الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

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

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

تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال؛

-التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل

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

- حق التوارث بينهما".

(=)فصولها، بدءا من الفصل الأول الذي كان يجعل الأسرة تحت رعاية الزوج في اقصاء واضح للدور الفعال للزوجة كشريك في الحياة الزوجية إلى جانب الفصل 36 منها والذي كان يميز بشكل غير مبرر بين الحقوق والالتزامات المشتركة بين الزوجين، وحقوق الزوجة على زوجها أو حقوق الزوج على زوجته، وهو تمييز انبنى على أسس غير مقبولة، فالنصوص الملغاة –على سبيل المثال-جعلت الاحصان واجبا ملقى على الزوجة دون زوجها! وتعتبر مثل هذه المقتضيات التمييزية الواضحة مخالفة للمعايير الدولية المتعلقة بحقوق الانسان خاصة المادة 16 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان والتي تنص على أن الزوجين يتساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام العلاقة الزوجية.

642 صبحت السلطة داخل الأسرة تسمى بالسلطة العائلية بين الزوجين، أي لم تعد ترتبط بذلك الرأسمال الرمزي للزوج باعتباره نموذج الاحترام والوقار والطاعة، يستمد شرعيته من القاعدة الاجتماعية والدينية واجب الطاعة والاحترام، بل أصبحت مرجعية أخرى وهي المرجعية الاقتصادية، بمعنى أن من يمتلك نفوذا ماليا داخل الأسرة يمكن أن يصبح مشاركا في السلطة.

فهكذا نجد مثلا أن المرأة المعيلة للأسرة يمكن أن تقلب الأدوار وتصبح لها السلطة داخل الأسرة، فالسلطة أصبحت مرتبطة أكثر بالمرجعية المالية. أنظر:

بشرى سيدي هيدة: النساء المغربيات بين النظام البطريركي والعولمة الليبيرالية، مقال منشور بمجلة بدائل، (مطابع الأرز- الدكوانة/ لبنان) عدد 9، صيف 2008، الصفحة 48.

ويظهر من خلال هذه المادة أن مدونة الأسرة جعلت للزوجين نفس الحقوق والواجبات من مساكنة شرعية ومعاشرة بالمعروف، واعتماد المشاورة والحوار في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأطفال[643]، وأصبحت الزوجة تشاطر الزوج على قدم المساواة واجب التسيير؛ وواجب السهر على رعاية شؤون الأسرة؛ وتنظيم النسل؛ وحسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه؛ واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف، كما أن الإحصان وصيانة العرض والوفاء لم يعد حقا للزوج على زوجته فقط، بل أصبح من الحقوق المشتركة بينهما. وفي نفس السياق أقرت مدونة الأسرة في المادة 230 أن الولي الشرعي للطفل هو الأب أو الأم، كما أوضحت المادة 231 أن صاحب النيابة الشرعية هو الأب الراشد ثم الأم الرشيدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته وهذا يعني أن الأم أصبحت تشارك الأب في ممارسة النيابة الشرعية على أولادها وتستمد هذه النيابة من القانون وبقوة القانون.

ويدعم ذلك ما أشارت إليه المادة 236 من أنه يمكنها أيضا أن تقوم بكل الاجراءات والتدابير اللازمة للحفاظ على المصالح المستعجلة للطفل في حالة حصول مانع للأب، وبهذا تكون المدونة قد وسعت من الحالات التي تمارس فيها الأم الولاية على أبنائها، عندما استبدلت عبارة "وفاة الأب "التي كانت في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بعبارة "عدم وجود الأب".

فالعبارة الأخيرة تبقى أكثر مرونة وتقبل أكثر من تأويل ومفهومها أوسع[644]، وتندرج ضمنها طبعا حالة الوفاة، وعززت المدونة ذلك عندما سمحت للأم بالقيام بكل ما هو ضروري للطفل في حالة الاستعجال، ويلاحظ أن القضاء المغربي استوعب هذه التحولات التي طرأت على المنظومة التشريعية الأسرية ولا

---

[643] جويدة قيقة: مجلة الأحوال الشخصية وواجب التعاون بين الزوجين، مقال منشور بمجلة الكريديف، العدد 34 ـ عدد خاص بمناسبة الذكرى الخمسين لصدور مجلة الأحوال الشخصية، سنة، 2006 الصفحة 25.

[644] عبد الله قرموش: الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، أطروحة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، ،2008-2009ص1.

أدل على ذلك من تواتر الاجتهادات القضائية التي تكرس مبدأ المساواة بين الزوجين في تدبير شؤون الأسرة، وفي هذا السياق نشير إلى الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة الذي أقر بحق الزوجة في تسلم الدفتر العائلي مباشرة بسبب إهمال الزوج في الحصول عليه، وجاء في حيثيات هذا الحكم:

"...إن إهمال الزوج لحقه وواجبه في التوفر على دفتر الحالة المدنية أمر يخول للزوجة طبقا للمادة 23من القانون المتعلق بالحالة حق استصدار أمر من رئيس المحكمة في إطار الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية، للحصول على نسخة من الدفتر العائلي مصادق على مطابقتها للأصل إن كان هذا الأصل موجودا، وإلا فلها الحق في تسليم هذا الدفتر العائلي مباشرة من ضابط الحالة المدنية المختص"[645].

وفي قرار لها؛ منحت محكمة النقض الأم حق مطالبة الأب بنفقة الأبناء، لأنه يدخل في باب جلب المنفعة، وعللت قرارها بالقول: **"...وحيث إنه لا يمكن أن يحمل في آن واحد صفة المدعي والمدعى عليه، وتبعا لذلك؛ يجوز للأم الحاضنة أن تطالب الأب بنفقة أبنائه الذين لا يتوفرون على الأهلية القانونية بمباشرة حقوقهم ما دام الأمر يتعلق بجلب المنفعة لهم ولا يتعارض ذلك مع الولاية المخولة للأب"**[646].

وقضى حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة بإلزام الزوجة بتمكين زوجها من البناء، وجاء في حيثيات هذا الحكم:

"...حيث إن موضوع الدعوى يهدف الى الحكم على المدعى عليها بالسماح للمدعي بالبناء بها والاقامة معه ببيت الزوجية مع النفاذ المعجل

---

[645] أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالحسيمة عدد 158 -بتاريخ 2005/09/28 في الملف الاستعجالي عدد 05/39 غير منشور.

[646] قرار محكمة النقض عدد 121 وتاريخ 2007/02/21 في الملف عدد 06/546 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 68، الصفحة 80 وما يليها.

وتحميلها الصائر. وحيث ان الطرفين قد وثقا زواجهما لدى عدلين بتاريخ 2003/09/01 حسب نسخة الزواج عدد 502 وتاريخ 03/09/12 توثيق وجدة؛

وحيث ان المساكنة والمعاشرة بين الأزواج لا تتأتى الا بتواجدهما معا داخل بيت الزوجية.

وحيث انه يتعين على المدعى عليها تمكين المدعي من البناء بها لإتمام الزواج والإقامة معه"[647].

وبهدف السهر على احترام الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين، والخروج بها من دائرة الالتزامات الأخلاقية المحضة إلى دائرة الالتزامات القانونية، منحت المادة 52 للطرف المتضرر من الاخلال بها إمكانية المطالبة بتنفيذها، أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 أو اللجوء لمسطرة التطليق للضرر، وفي هذا السياق نشير إلى الحيثيات الواردة في حكم غير منشور صادر عن المحكمة الابتدائية ببني ملال جاء فيه:

"...وحيث إن العلاقة الزوجية مبنية على المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة وعلى المساكنة الشرعية وإحصان كل واحد من الزوجين وإخلاصه للآخر يلزم العفة وصيانة العرض والنسل طبقا للمادة 51 من مدونة الأسرة؛

وحيث إن قيام الزوج المدعى عليه بتناول المسكرات واغتصاب أخت زوجته المدعية أمام أعينها وبيت الزوجية كما هو ثابت من قرار غرفة الجنايات النهائي والمشار إلى مراجعه يمنته يشكل إخلالا بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والمنصوص عليها بالمادة 51 من مدونة الأسرة هذا فضلا عن كون هذا التصرف الصادر عن الزوج المدعى عليه سلوك مشين ومخل بالأخلاق الحميدة

[647] حكم المحكمة الابتدائية بوجدة عدد 1382 بتاريخ 2009/02/23 في الملف 05/1929، غير منشور.

وانه ألحق بالزوجة المدعية إساءة معنوية جعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية كما أكدت ذلك أمام المحكمة الشيء الذي يبرر طلبها التطليق للضرر"[648].

ويلاحظ أن الاجتهاد القضائي المعاصر حتى خارج إطار مدونة الأسرة تأثر بثقافة المساواة بين الجنسين التي كرستها المدونة الجديدة وكذا بمبدأ التدبير المشترك للأسرة حيث اعتبرت محكمة الاستئناف بالقنيطرة في قرار صادر عنها **"...أن مسؤولية الزوج في ايجاد مسكن لزوجته هي مسألة شخصية مقررة لفائدة الزوجة في علاقتها بزوجها ولا حق للأغيار في التمسك بمصلحة هي مقررة أصلا للزوجة"**[649].

في المقابل ألزمت المدونة في إطار الحقوق المتقابلة، الزوجة بالاستقرار ببيت الزوجية الذي أعده الزوج، ولا يحق لها تركه تحت أي ظرف، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض في إحدى قراراتها بالقول: **"...من المقرر أن الزوج هو المكلف بإعداد بيت الزوجية، وعلى الزوجة مساكنته حيث أعده، ما لم يكن عليها في معرة؛**

---

[648] حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة ببني ملال تحت عدد 103 بتاريخ 17-05-04 في الملف الشرعي رقم 2004/26، غير منشور.

[649] وقد عللت المحكمة موقفها بما يلي:

"...وحيث انه فيما يخص الدفع بالقوامة ومسؤولية الزوج في ايجاد مسكن لزوجته وابنائه، فان هذه المسألة هي مسألة شخصية بين طرفيها ومقررة أصلا لفائدة الزوجة في علاقتها مع زوجها، وأنه لا حق للمكتري في التمسك بمصلحة هي مقررة أصلا لفائدة الغير، طالما أن النص القانوني واضح في أحقية المكري المطالبة في افراغ ملكه للسكن فيه بنفسه أو لإسكان أصوله أو فروعه، وتبعا لذلك فالزوجة المالكة في ظل عدم توفر زوجها على ملك خاص به هي محتاجة بنفسها لهذا السكن لإيواء أسرتها في ملكها، وبالتالي فالزوج والأولاد هم مشمولون بالضرورة بهذا الاحتياج.

قرار محكمة الاستئناف بالقنيطرة الصادر بتاريخ 31/10/2011 في الملف رقم ،2010/1201/284، غير منشور.

وحيث إنه يقع على الزوجة الالتزام ب الالتحاق ببيت الزوجية المعد من طرف الزوج بالمغرب، حتى ولو أثبتت إقامتها بالخارج، إذ إنه من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، المساكنة الشرعية"[650].

فيما ذهبت محكمة الاستئناف بوجدة خلاف ذلك، حينما اعتبرت مطالبة الزوج برجوع زوجته القاطنة بإسبانيا لبيت الزوجية؛ تعسفا في استعمال الحق، وعللت قرارها بالقول: **"...إن الحكم المستأنف القاضي بالتحاق الزوجة ببيت الزوجية بالمغرب بتاوريرت، في حين أن بيت الزوجية يوجد بإسبانيا منذ إبرام عقد الزواج، وأن إقامة الزوجة كانت ولا زالت بإسبانيا وقد عاشا معا هناك وزرقا طفلا، فضلا عن كون الزوج لم يدل بأي وثيقة أو حجة أنه أمسى يعيش بالمغرب بصفة دائمة، علما بأن التحاق الزوجة بزوجها وإن كان يشكل الأصل فإنه حقا يجب أن لا يتعسف في استعماله بشكل يضر بالزوجة، لذا وجب إلغاءه وتصديا الحكم بعدم قبول الطلب**[651]".

ويبقى من أهم مظاهر التجديد التي جاءت بها مدونة الأسرة كونها خولت مبدأ سلطان الإرادة[652]، مكانة كبيرة حيث وسعت من دائرة الشروط الاتفاقية في عقد الزواج، وفتحت المجال أمام الارادة أمام الزوجين[653]، إذ أصبح لهما كامل الحرية في اشتراط ما قد يحقق مصلحتهما مستقبلا شريطة عدم مخالفة النظام العام أو مقتضى العق، منها ما ورد النص عليه في المادة 24 من مدونة الأسرة الإرادة

---

650 قرار محكمة النقض عدد 495 وتاريخ 2011/09/20 في الملف عدد 10/281 منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، الجزء العاشر، الصفحة 14 وما يليها.

651 قرار محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 2006/05/31 في الملف 05/124، منشور بالمنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، الصفحة 78 وما يليها.

652 حول دور الارادة في تنظيم العلاقة الزوجية أنظر:

هشام الغيلاني الحسني: مبدأ سلطان الارادة وأثره في تنظيم العلاقة الزوجية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2005-2006.

653 محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى 2009، الصفحة 111 وما بعدها.

الكاملة للمرأة في عقد زواجها، كما تؤكد المادتان40 و42 حق المرأة في اشتراط عدم التعدد عليها إذ أن المحكمة لا تأذن بالتعدد في حالة وجود شرط من الزواج بعدم الزواج عليها، ونصت أيضا على مقتضيات جديدة في مجال تدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج من خلال المادة 49 التي تنص على أنه "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها"، وهكذا فتحت هذه المادة المجال أمام ارادة الزوجين للتراضي على الطريقة الكفيلة بتدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية بينهما، من خلال تحديد كيفية استثمار هذه الأموال وتوزيعها بتحديد نصيب كل واحد منهما.

غير أن الإشاعات التي رافقت هذا المقتضى منذ البداية حدت من اللجوء إليه مجتمعيا، إذ ترى فيه طائفة من المجتمع دعوة إلى اقتسام أموال الزوج مناصفة مع مطلقته عند انتهاء العلاقة الزوجية، ولا زالت هذه الثقافة شائعة إلى اليوم، وهذا مرده بالأساس إلى الفهم الخاطئ للمقتضيات القانونية من قبل العامة من الناس، فضلا على تقصير العدول الموثقين في توضيح مرامي هذا المقتضى وأهدافه[654]، الأمر الذي يتطلب بذل مزيد من الجهود على مستوى البيداغوجي والتوعوي لتوضيح اللبس والغموض لدى العامية من الناس لتفادي النزاعات بين الطرفين عند انحلال ميثاق الزوجية، حيث تأخذ مثل هذه النزاعات أبعادا مأساوية، فيكون الطرف المتضرر في الغالب هو الزوجة التي ساهمت في تنمية مكتسبات الأسرة بطريقة أو بأخرى، نظرا لأن الجاري به العمل في مجتمعنا المغربي هو أن الأموال العقارية غالبا ما تسجل في اسم الزوج، فيصعب على المرأة بعد الطلاق إثبات مدى مساهمتها في تنمية واقتناء هذه العقارات.

[654] هناك من العدول من أرجعوا سبب عدم قيامهم بواجبهم القانوني في إخبار المقبلين على الزواج بهذا المقتضى القانوني، بدعوة الرغبة في عدم جو عقد القران بموضوع ذو طابع مادي محض، قد لا يتوفرعند الطرفين المعطيات الكاملة حوله، كما أنهما لا يولون أهمية لهذا الأمر بسبب العادات والتقاليد التي لا تقبل بذلك، أو بسبب رغبة المرأة المقبلة على الزواج في الاستنكاف عن إثارة هذا الموضوع الحساس المتعلق بالماديات، والذي من شأنه أن ينفر الخاطب ويدفعه إلى العزوف عن الزواج بها.

ولهذا تجد أن غالبية الدعاوى بشأن الكد والسعاية، تنتهي إما برفض الطلب، أو عدم قبول الدعوى، وفي هذا قضت محكمة النقض بالقول: **"...وحيث إنه يتعين أن يتم إثبات مشاركة الزوجة لزوجها في ماله الذي اكتسبه أثناء قيام الزوجية وفق القواعد العامة للإثبات، عند غياب حجة مبرمة بينهما تثبت تدبير أموالهما؛**

اللفيف الذي أخذ به القرار المطعون فيه لم يُثبت أن المطلوبة شاركت في تنمية ثروته، وإنما أتى عاما غير مرتكز على مستند خاص وبالتالي فحجة المطلوبة ناقصة من قوة الإثبات[655]".

المطلب الثاني: دور التعليل في ضمان المساواة والمناصفة عند انفصام عرى الزوجية.

جاءت مدونة الأسرة لتعيد التوزان للأسرة المغربية فاعتبرت الأسرة تحت المسؤولية المشتركة للزوجين، لذا أخضعت امكانية انهاء العلاقة الزوجية بالطلاق والتطليق لرقابة القضاء باعتباره ضمانة تحول دون التعسف في استعمال هذا الحق، الذي لم يبقى في نظر المشرع حقا مطلقا للزوج يمارسه دون أدنى رقابة وانما أصبح حقا يمارس من طرف كلا الزوجين تحت اشراف ورقابة القضاء الذي يتدخل وانطلاقا من أدوراه من أجل اسباغ الحماية اللازمة لحقوق المرأة والأطفال. فإذا كان انفصام العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطليق يعني فشل هذه العلاقة، وفشل إمكانية استمرار الحياة الزوجية بين الطرفين، فإن ذلك لا يمنع من امكانية تدخل القضاء من أجل اصلاح ما يمكن اصلاحه، وايجاد حل أنجع لمعالجة وتدبير الآثار المترتبة عن هذه العلاقة وهي آثار تتعلق أساسا بالمستحقات المالية وحقوق الزوجين والأبناء، سواء كانت هذه الحقوق مادية أو معنوية.

---

[655] قرار محكمة النقض عدد 674 وتاريخ 2011/11/22 في الملف عدد 11/377 بقضاء محكمة الاستئناف بالرباط عدد 2، الصفحة 328 وما يليها.

الفقرة الأولى: المساواة في حق إيقاع الطلاق

أسهمت مدونة الأسرة في اعادة التوازن في العلاقات بين الزوجين في اتجاه تكريس مبدأ المساواة وحظر التمييز بينهما، وكان من مظاهر هذا التوجه مراجعة الأحكام الموضوعية والمسطرية المنظمة للطلاق والتطليق[656]، حيث انصبت المستجدات التي كرستها مدونة الأسرة، في تقييد حق الزوج في ايقاع الطلاق، وتوسيع حق الزوجة في طلب التطليق، وإخضاع جميع مساطر الطلاق والتطليق لرقابة السلطة القضائية، وحماية المستحقات المالية الناتجة عن إنهاء العلاقة الزوجية الخاصة بالمرأة والأطفال.

أولا: مساواة المرأة بالرجل في طلب الطلاق عبر مسطرة التطليق

حاولت مدونة الأسرة وفي إطار فلسفتها العامة اعادة التوازن بين الزوجين ففي الوقت الذي عملت فيه على تقييد دائرة ارادة الزوج في ايقاع الطلاق، حاولت توسيع نطاق إرادة الزوجة في طلب إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق والتطليق من خلال أحكام موضوعية وأخرى اجرائية تستهدف حماية الأسرة وتكريس نوع من التوازن والمساواة بين الزوجين على مستوى ممارسة هذا الحق وذلك بإخضاعهما معا لمراقبة القضاء.

ووسعت مدونة الأسرة من نطاق حق الزوجة في طلب انهاء العلاقة الزوجية وذلك من خلال تنظيم الأحكام المتعلقة بحق المرأة في ايقاع الطلاق في حال تمليكها هذا الحق وهو ما يعرف بطلاق التمليك، أو من خلال تنظيم حقها في طلب التطليق لأحد الأسباب الواردة في المادة 98 من مدونة الأسرة، ومنها: الطلاق المملك، حيث تنص المادة 89 من مدونة الأسرة على ما يلي:" إذا ملك الزوج

---

[656] ادريس الفاخوري: حق المرأة في انهاء الرابطة الزوجية في التشريعات العربية بين واقع النص واكراهات الواقع، مقال منشور في مؤلف جماعي: قضايا الأسرة اشكالات راهنة ومقاربات متعددة، الجزء الثاني، منشورات مجلة القضاء المدني، طبعة ،2015، الصفحة 13.

زوجته حق ايقاع الطلاق، كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب بذلك إلى المحكمة طبقا لأحكام المادتين 79 و 80 أعلاه.

ومن خلال هذا النص يلاحظ أن المشرع المغربي قنن الطلاق المملك المعروف في الفقه الإسلامي؛ فإذا كان الطلاق في الأصل حقا للزوج، فإن بإمكان هذا الأخير أن ينقله إلى الزوجة التي تصبح مالكة لهذا الحق أيضا، وفي هذه الحالة؛ فإن الزوجة التي ملكها زوجها حق الطلاق، يتعين عليها أن تلجأ للمحكمة وتتقدم بطلب للإذن به طبقا للإجراءات المنصوص عليها في المادتين 79 و 80 من المدونة، مثلها في ذلك مثل الزوج الذي يرغب في ايقاع الطلاق، حيث تتأكد المحكمة من شروط التمليك المتفق عليها بين الزوجين، وتجري محاولة للإصلاح بين الزوجين وفي حال تعذر ذلك تأذن للزوجة بالإشهاد على الطلاق، بعد تحديد مستحقات الزوجة والأبناء، وتجدر الإشارة إلى أن تمليك الطلاق للزوجة لا يقبل التراجع فيه من طرف الزوج بإرادته المنفردة[657].

ففي قرار لها قضت محكمة النقض بإلزامية الطلاق المملك للزوج، وعللت قرارها بالقول: **"...إشهاد الزوج على نفسه وفي غيبة زوجته بأنه بجعل أمر طلاقها بيدها متى شاءت يُلزمه وهذا ما يؤخذ من قول خليل: كما إذا كانت غائبة وبلغها**[658]".

كما أن إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج: يعتبر من بين أهم المستجدات التي كرستها مدونة الأسرة؛ والتي جعلت الشروط الاتفاقية في عقد الزواج شروطا ملزمة، مرتبة عن الاخلال بها سببا موجبا لطلب التطليق من طرف

---

[657] أحمد الكشبور: الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الخامسة، 2000، الصفحة 303.

[658] قرار محكمة النقض عدد 296 وتاريخ 1981/05/19 في الملف عدد 83705 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى أ ح ش عدد 65-89 الصفحة 318 وما يليها.

الزوجة[659]، وهكذا تنص المادة 99 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق..."، ولا يخفى ما في هذا النص من دلالة على رغبة المشرع في رفع الحيف الثابت على المرأة وحمايتها من تنكر زوجها لشرط تكون قد اشترطته ولها فيه حاجة.

ففي قرار لها اعتبرت محكمة النقض أن إقدام الزوج على الزواج بامرأة أخرى؛ يشكل ضررا للزوجة الأولى، وعللت قرارها بالقول: **"...إقدام الزوج على الزواج بامرأة ثانية دون اختراام مقتضيات المدونة يعتبر ضررا بهذه الأخيرة يخولها طلب التطليق، وأن عجم احترام تطبيق القاعدة الآمرة المذكورة يؤدي إلى المس بالغاية التي يتوخاها المشرع من سنها ويفرغها من محتواها**[660]".

ولعل حرص المشرع على تكريس حماية أكبر للمرأة على مستوى آثار عقد الزواج جعله لا ينتبه لإمكانية صدور مثل هذا الاخلال بالشروط الاتفاقية عن الزوجة كذلك، طالما أن القانون يتيح لهما معا امكانية الاشتراط في عقد الزواج، مما يجعل مبدأ المساواة بين الزوجين على هذا المستوى محل نظر طالما أن امكانية طلب التطليق للإخلال بشرط في عقد الزواج متاح للزوجة فقط دون الزوج.

كما خول المشرع الأسري للزوجة من باب التقابل في الحقوق، مسطرة التطليق للضرر رغم أن التطليق للضرر سبق وأن نظمته مدونة الأحوال الشخصية الملغاة إلا أن الجديد الذي كرسته مدونة الأسرة في هذا المجال هو إضفاؤها نوعا من المرونة على هذه الدعوى التي ظلت إلى وقت قريب قبيل صدور مدونة الأسرة مظهرا من مظاهر المعاناة التي تحملتها المرأة المغربية لمدة عقود[661]، حيث كان

---

[659] -إدريس الفاخوري، واقع الطلاق في مدونة الأسرة، مرجع سابق، الصفحة 64.

[660] قرار محكمة النقض عدد 439 وتاريخ 2008/10/03 في الملف رقم 2008/1/2/183 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 149 الصفحة 296 وما يليها.

[661] لمزيد من المعلومات حول التطليق للضرر في ظل مدونة الأحوال الشخصية، أنظر: ربيعة بنغازي، أحكام التطليق للضرر من خلال الاجتهاد القضائي المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط أكدال، 2001/200.

الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة ينص على أنه: إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطاع العشرة بين أمثالها وثبت ما ادعته وعجز القاضي عن الاصلاح بينهما طلقها عليه. ومن أجل تجاوز كل هذه السلبيات أتت مدونة الأسرة بمقتضيات جديدة تنظم حق الزوجة في طلب التطليق للضرر حيث توسعت في مفهوم الضرر المبيح للتطليق من خلال نص المادة 99 التي اعتبرت من قبيل الضرر: "كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية".

وبهذا تكون مدونة الأسرة قد وسعت من مفهوم الضرر الموجب للتطليق ليشمل كل إخلال بشرط في عقد الزواج طبقا للمادة 99 منها، كما ميزت من خلال نفس المادة بين نوعين من الضرر الموجب للتطليق: ضرر مادي وآخر معنوي.

ففي قرار لمحكمة النقض اعتبرت فيه خيانة زوج لزوجته يشكل ضررا معنويا يخول لها طلب التطليق، فعللت قرارها بالقول: **"...وحيث إن معاشرة الزوج خليلته بصفة غير شرعية يعتبر من قبيل الضرر المعنوي بالزوجة ويبرر التطليق"**[662].

في حين اعتبرت في قرار آخر، أن الضرر المادي يتحقق بكل أشكال العنف المادي الممارس ضد الزوجة، وعللت قرارها بالقول: **"...وحيث إن دعوى التطليق للضرر تتحقق حين ثبوت الضرر المادي كالضرب والجرح والسب والإهانة"**[663].

---

[662] قرار محكمة النقض عدد 51 وتاريخ 2002/01/23 في الملف عدد 1/2/37/ 00 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61 الصفحة 85 وما يليها.

[663] قرار محكمة النقض عدد 129 وتاريخ 2004/03/17 في الملف عدد 03/532 منشور بمجلة المناظرة عدد 11 الصفحة 121 وما يليها.

كما منحت مدونة الأسرة الزوجة؛ حق اللجوء لمسطرة التطليق لعدم الإنفاق بموجب المادة 102 التي نصت 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".

ففي قرار لمحكمة النقض المغربية، اعتبر أن امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته؛ يخول لها حق اللجوء للمحكمة لطلب التطليق، وعللت قرارها بالقول: **"...إن المحكمة التي استخلصت من وثائق الملف ومن محضر عدم وجود ما يحجز على أن الزوج المحكوم عليه بنفقة زوجته وأولادها منه، وبعد أن أمهلته لأداء النفقة مدة...عجز عن الإنفاق على زوجته وأولاده وقضت بطلاقها منه لعدم الإنفاق تكون قد طبقت الفصل 53 من مدونة الأحوال الشخصية (المادة 102 من مدونة الأسرة) تطبيقا سليما"**[664].

وفي قرار لمحكمة الاستئناف بالحسيمة، قضت فيه بتطليق الزوجة لعدم الإنفاق لامتناع الزوج عن الإنفاق، وفي هذا؛ عللت قرارها بالقول: "...وحيث إن صدور الحكم الجنحي القاضي بإدانة الزوج بإهمال الأسرة في حضوره وسجل عنه

[664] قرار محكمة النقض عدد 798 وتاريخ 1999/09/21 في الملف عدد 96/574 منشور بمجلة بكتاب عبد العزيز توفيق "قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار من سنة 1957 إلى 2002، الصفحة 339 وما يليها.

أنه امتنع عن أداء نفقة زوجته، يُعتبر سببا كافيا للحكم بتطليق هذه الأخيرة من عصمة زوجها لعدم الإنفاق"[665].

ثانيا: المساواة في إنهاء عقد الزواج بإرادة طرفي الزواج أو أحدهما

من أبرز مظاهر التجديد في مدونة الأسرة أنها نظمت مساطر تتيح لكلا الزوجين التقدم للقضاء بطلب التطليق[666]، وهو ما يعد مدخلا لتجسيد مبدأ المساواة بين الزوجين حيث لم يعد ذلك التمييز قائما بين الطلاق والتطليق؛ باعتبار الطلاق يوقعه الزوج بإرادته المنفردة ودون أدنى مراقبة قبلية ولا بعدية من طرف القضاء، بينما التطليق هو الذي تحكم به المحكمة، وإنما أضحت جميع مساطر الطلاق والتطليق تخضع للإشراف القضائي، بل وتم استحداث مساطر جديدة تحقق نوعا من المناصفة بين الزوج والزوجة، تتمثل بالأساس في مسطرة التطليق للشقاق، تم الطلاق بالاتفاق.

فالتطليق للشقاق[667] أحد أهم مظاهر المساواة بين الزوجين في إنهاء العلاقة الزوجية، إذ أن مدونة الأسرة أعطت لكلا الزوجين الحق في اللجوء إليه[668]، ويقصد بالشقاق كل خلاف عميق مستحكم ومستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية، أو هو كل ما ينشأ بين الزوجين من خلاف ونزاع بشكل يثير التشويش ويحول دون استمرار العلاقة لزوجية وفق المبادئ و الأسس التي تقوم عليها من مودة ورحمة ومساكنة شرعية، وقد أفردت له مدونة الأسرة عدة

---

[665] قرار محكمة الاستئناف بالحسيمة بتاريخ 2007/05/22 في الملف عدد 07/62، منشور بالمنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة الجزء الأول الصفحة 154 وما يليها.

[666] محمد السلواني، خصوصيات المسطرة في المادة الأسرية، دعاوى انحلال ميثاق الزوجية نموذجا، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، مراكش، الطبعة الأولى 2011، الصفحة 05.

[667] نصت المادة 94 من مدونة الأسرة على أنه: "إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82".

[668] عادل حاميدي، التطليق للشقاق واشكالاته القضائية، دراسة فقهية وقضائية مسبوكة بآخر الاجتهادات القضائية على ضوء مدونة الأسرة، مطبعة الأمنية بالرباط، الطبعة الأولى 2008، الصفحة 09.

مقتضيات فنظمته من خلال مسطرة أصلية في المواد من 94 إلى 97[669]، كما أحالت عليه كمسطرة تبعية يلجأ لها في حالات أخرى نظمته مدونة الأسرة في نصوص متفرقة[670] فباعتباره مسطرة أصلية يلجأ إليها بطريقة مباشرة فقد نظمته في المواد من 94 إلى 97 وكمسطرة تابعة[671].

وبقراءة متأنية للمادة 97 من المدونة؛ يتضح جليا من خلال هذه المادة أن مدونة الأسرة تحمل المسؤولية للطرف لمتعسف في المطالبة بإنهاء الرابطة الزوجية للشقاق، سواء أكان الزوج أم الزوجة، وهذا يؤكد أن مبدأ المساواة بين الزوجين حاضر بين المقتضيات المنظمة لحق الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق التطليق للشقاق، وقد استقر اجتهاد محكمة النقض بحرمان الزوجة طالبة التطليق للشقاق من المتعة، لفرضية تعسفها في استعمال الحق، وهذا ما عللت به قرارها[672] بالقول:

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

حيث صح ما عابته الوسيلة على القرار ذلك أن مقتضيات المادة 84 من مدونة الأسرة إنما تتعلق بالطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته ويراعى فيه أسبابه ومدى تعسفه، ومن المقرر فقها كذلك أنه لا متعة في كل فراق تختاره المرأة، كما لابن جزي في كتابه القوانين الفقهية في الفصل 5 من الباب

---

[669] نصت المادة 97 من المدونة على أنه: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83و 84و 85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر...".

[670] محمد الكشبور، يونس الزهري، حسن فتوح: التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2006، الصفحة 12.

[671] -الحسين العلمي : مسطرة الشقاق في ظل مدونة الأسرة، مقال منشور بمجلة المعيار العدد 32دجنبر، 2004، الصفحة 174.

[672] القرار عدد 239 الصادر بتاريخ 2014/03/25 في الملف الشرعي رقم 2013/1/2/42، غير منشور.

7المخصص للعدة والاستبراء وما يتصل بهما، فتكون المحكمة لما قضت للمطلوبة بالمتعة رغم أنها هي التي طلبت التطليق للشقاق قد خرقت المادة المذكورة والفقه المالكي المقرر مما يعرض قرارها للنقض في هذا الخصوص".

وفي قرار آخر قضت فيه بنقض قرار قضائي قضى بالمتعة للزوجة طالبة التطليق، وعللت قرارها بالقول: **"...حيث على المحكمة أن تراعي وهي تحكم بالتطليق للشقاق مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق، وتدخل في اعتبارها ما يمكن أن تحكم به على المسؤول عن ذلك لفائدة الزوج الآخر، وهي لما قضت على الزوج بأدائه المتعة دون البحث في مسؤولية كل منهما عن الفراق لترتب على ذلك مدى استحقاق الزوجة لها تكون قد خرقت المادة 97 من مدونة الأسرة"**[673].

إلى جانب التطليق للشقاق، خولت المدونة للزوجين مُكنة إيقاع الطلاق باتفاق بينهم، وُسمي بالطلاق بالاتفاق[674]، وهو من أبرز مظاهر التجديد في مدونة الأسرة؛ حيث عملت على توسيع دائرة إرادة الزوجين في كثير من الأمور المتعلقة بحياتهما الزوجية، وفي هذا الصدد أتاحت لهما الاتفاق على انهاء العلاقة الزوجية، وهو ما يبدو من خلال طلاق الخلع كآلية سبق تنظيمها من خلال مدونة الأحوال الشخصية الملغاة قبل أن يتم تطويرها في اطار مدونة الأسرة التي أحدثت آلية جديدة للطلاق القائم على توافق إرادة الزوجين تتمثل في الطلاق الاتفاقي.

---

[673] قرار محكمة النقض عدد 543 وتاريخ 2011/10/04 في الملف عدد 10/285 منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، الجزء 10، الصفحة 44 وما يليها.

[674] نصت المادة 114 من مدونة الأسرة على أنه: "يمكن للزوجين أن يتفقا على إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال؛
عند وقوع هذا الاتفاق، يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطليق للمحكمة مرفقا به للإذن بتوثيقه؛
تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن؛ فإذا تعذر الإصلاح؛ أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه".

غير أنه ولئن منح المشرع هذا الحق للزوجين؛ وخولهما تحديد كيفيته وشروطه؛ فإنه جعله بدوره تحت رقابة المحكمة، وهذا ما قررته المحكمة الابتدائية بخنيفرة في حكم لها؛ حينما عللته بالقول:

"...إن اتفاق الطرفين على الطلاق وإن كان يشكل أساس الرغبة الإرادية للطرفين على إنهاء العلاقة الزوجية ويستقلان بتقدير دوافعه وموجباته، إلا أن ذلك لا يجرد المحكمة من أحقية الرقابة عليه، ولا يُعفيها من القيام بمحاولة الصلح والتوفيق بين الزوجين"[675].

كما تضمنت دونة الأسرة أيضا مقتضيات جديدة تكفل حماية حقوق المرأة والأطفال في مسطرة طلاق الخلع[676]، ومن أهمها ما جاء في المادة 117 منها[677] التي تعامل الرجال اللذين تثبت سوء نيتهم بنقيض قصدهم بحيث تمنح للزوجة إمكانية استرجاع ما خالعت به إذا أثبتت أن خلعها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها، مع اعتبار الطلاق نافذا في جميع الأحوال[678].

وقد بينت محكمة النقض في قرارات متواترة مفهوم الإكراه الذي يُخول الزوجة طلب استرجاع مقابل الخُلع، فعللت إحدى قراراتها بالقول:

---

[675] حكم المحكمة الابتدائية بخنيفرة بتاريخ 2007/03/12 في الملف عدد 07/138، منشور بالمنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، الصفحة 173 وما يليها.

[676] تنص المادة 115 من المدونة: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه".

[677] تنص المادة 117 من المدونة: "للزوجة استرجاع ما خالعت به، إذا أثبتت أن خلعها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها، وينفذ الطلاق في جميع الأحوال".

[678] خالد البرجاوي، مدى استجابة مدونة الأسرة الجديدة لمطالب المجتمع المدني والسياسي المغربي، مرجع سابق، الصفحة 19.

"...فالإكراه الذي يخول الحق في إبطال الالتزام وهو الذي يكون من شأنه أن يُعيب إرادة الملتزم ويُفقده حرية الاختيار عند إبرام الاتفاق، وأن يبادر الطرف المُكره فور زوال سبب الإكراه بطلب إبطال الالتزام"[679].

ولابد من الإشارة في هذا الشأن، أن بعض المحاكم المغربية تقضي بعدم قبول دعوى التطليق إذا ما كانت المرأة حاملا وتعتبر الدعوى سابقة لأوانها، في حكم حديث صدر بمناسبة دعوى أقامها الزوج المدعي بتاريخ 2020/07/01 يطلب فيها التطليق للشقاق في مواجهة زوجته، وبعدما استمعت المحكمة للطرفين وأجرت أكثر من محاولة صلح طبقا للقانون، باءت جميعها بالفشل لتمسك الزوج بطلبه الرامي إلى تطليق زوجته، قررت المحكمة بعد مناقشة القضية الحكم بعدم قبول الطلب.

وعللت المحكمة قضائها بعدم قبول طلب التطليق المقدم من طرف الزوج بالقول:

"... حيث إن الزوجة حامل في شهرها السابع؛

وحيث إن اللجوء إلى الطلاق أو التطليق هو استثناء في حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين، لما في ذلك من تفكيك للأسرة والإضرار بالأطفال؛

وحيث إنه يجدر صون الحقوق المستقبلية للجنين المتمثلة في ضمان ازدياده في كنف وحضن أبوين يعيشان تحت سقف واحد؛

وحيث إنه يقتضي استحضار مبدأ التطبيق العادل للقانون بدل التطبيق الحرفي له؛

---

[679] قرار محكمة النقض صادر عن غرفتين بالمجلس الأعلى بتاريخ 2009/05/06 تحت عدد 209 في الملف عدد 06/245 منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2009، الصفحة 100.

وحيث إنه تجدر الموازنة بين الضرر المتمثل في وجود خلاف دائم والأضرار التي يمكن أن تلحق بالأسرة جراء الطلاق".

واعتمادا على هذه العلل، اعتبرت المحكمة أن الطلب سابق لأوانه ويقتضي التصريح بعدم قبوله في انتظار وضع المدعى عليها لحملها"[680].

الفقرة الثانية: ضمان المساواة والمناصفة في الحقوق المالية عند الطلاق

إن الإصلاحات التي عرفتها مدونة الأسرة، والتي اعتبرت بحق حدثا تاريخيا هاما في المنظومة القانونية المغربية، وعدت ذات أبعاد ودلالات متعددة، تهدف في فلسفتها العامة إلى بناء مجتمع حديث ديمقراطي بمقاربة شمولية ذات بعد سياسي وحقوقي وتنموي، وإلى إقرار مبدأ المساواة والتكافؤ والتوازن في الحقوق والواجبات[681]، وتحقيق العدل والإنصاف في العلاقات السائدة بين أفراد الأسرة[682]، سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية أو عند انحلالها بوفاة أو طلاق، كما تهدف إلى رد الاعتبار للمرأة المغربية لكونها شريكا للرجل في الحقوق والواجبات في شتى الميادين، من ثم وجب حمايتها عن طريق إقرار قواعد قانونية وقضائية وتدابير إجرائية تكفل لها حقوقها حتى بعد انحلال العلاقة الزوجية، فيما تحصل لها من حقوق خلال فترة الزوجية وبسببها، وهكذا فإن المرأة لها الحق في نصيب من ما بذلته من مجهود خلال قيام العلاقة الزوجية.

---

[680] حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بآسفي في الملف عدد2020/1626/492 صادر بتاريخ 2021/01/28، غير منشور.

[681] فوزي بوخريص، المرأة في خطاب العلوم الاجتماعية من متغير الجنس إلى سؤال النوع، مرجع سابق، الصفحة 78.

[682] وهو ما سيجعل العلاقات داخل الأسرة تنتقل من شكلها العمودي التراتبي القائم على التبعية والخضوع والإرادة المنفردة، إلى شكل أفقي يعتمد المساواة والحوار والتشاور وتحمل المسؤولية والشراكة في الحياة الزوجية بمفهومها الإنساني والروحي.

أولا: المساواة في ضمان حق المرأة من الأموال المكتسبة خلال الزواج

إن الواقع يؤكد أن المرأة المغربية على غرار باقي نساء العالم تساهم في تكوين ممتلكات الأسرة المكتسبة بعد الزواج سواء من خلال دخلها نظير عملها بخارج البيت لا سيما بعدما خرجت المرأة الى العمل واستطاعت أن تصل إلى مختلف مراكز صنع القرار، وتشغل جميع الوظائف، أو بداخل بيتها من خلال الاشراف على شؤون المنزل وتربية الأبناء والسهر على راحة الزوج، وفي كثير من الأحيان دأبت المرأة المغربية وخاصة بالبادية على العمل على تنمية دخل الأسرة من خلال القيام ببعض الأشغال الزراعية أو الأنشطة المنتجة الأخرى كتربية الماشية أو غزل الصوف أو صناعة المنسوجات او تربية النحل وغيرها من أنشطة مدرة للدخل[683].

وإذا كانت هذه الأوضاع موجودة وبادية للعيان داخل المجتمع، ولا تثير أي اشكال في الأحوال العادية حيث تسود العلاقات الودية بين الزوجين، إلا أنها تتحول إلى مصدر نزاع بعد انتهاء العلاقة الزوجية خاصة في حالة الطلاق أو التطليق، حيث يثار إشكال مصير الأموال التي اكتسبها الزوجان أثناء قيام علاقتهما الزوجية في حالة الانفصال[684]، وفي كثير من الأحيان تكون الزوجة ضحية الثقة العمياء التي تضعها في زوجها الذي قد يتملك كل تلك الموارد بدون وجه حق وتخرج خالية الوفاض ولا تستفيد مما تعبت وكدت وشقت في تكوينه وتنميته خلال سنوات عديدة من عمرها[685]، وهو ما يتناقض مع أبسط مبادئ العدل والإنصاف.

والثابت أن للمرأة حقوقا مالية مستقلة كالرجل تماما خاصة بها غير تابعة لأحد أو متوقفة على إجازته، ولكن هذا التمييز اقتضته الوظيفة التي خصصتها

---

[683] أنس سعدون، وضعية المرأة المغربية على ضوء منهاج بيجين، مرجع سابق، الصفحة 202-203.

[684] زهور الحر، المسؤولية المشتركة في تدبير شؤون الأسرة من خلال قواعد العدل والمساواة في الحقوق والواجبات مع قراءة للمادة 49، مرجع سابق، الصفحة 03.

[685] محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى،2009، الصفحة 111 وما بعدها.

الفطرة السليمة لكل من الرجل والمرأة، فالإسلام فرق بينهما في الوظيفة والاختصاص وساوى بينهما في الإنسانية والتكريم، حيث أن هذه المساواة تقتضي أن تكون للمرأة حقوق مالية كالرجل تماما وذمة مالية خاصة بها مستقلة عن الرجل تماما أيا كانت صلته بها[686].

حيث تتمتع المرأة في الإسلام، بذمة مالية مستقلة، وأهلية مقررة لها شرعا تخول لها التملك والتصرف وإجراء التعاقدات المالية المنبثقة عن أهلية الوجوب والأداء، فالمرأة البالغة العاقلة الرشيدة كالرجل لها الشخصية القانونية الكاملة في التملك والتصرف فيما تملكه بيعا وإيجارا وتوكيلا ورهنا وهبة وشراء، ولها أهلية مباشرة هذه العقود المالية بنفسها أو بغيرها، ولا يحجر عليها إلا للأسباب الشرعية العامة للحجر والتي يستوي فيها الرجال والنساء[687].

والثابت في القانون المغربي، أنه مع احتفاظ المدونة في المادة 49 بمبدأ استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين، كما هو مقرر في المذهب المالكي استنادا على النص القرآني، إلا أنها منحتهما على حد سواء الحق في أن يتفقا على توثيق عقد زواجهما، وفي إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، على كيفية استثمارها وتوزيعها، ويُدرج ذلك في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.

والسؤال الذي يتبادر إلى الأذهان، هو آثر الزواج على استقلال أهلية الزوجة في التملك والتعاقد؟

إن الزواج ليس له أي آثر على استقلال أهلية الزوجة في التملك والتعاقد، لكون عقد الزواج عقد شخصي لا عقد مالي، فعقد الزواج لا يعطي بموجبه للرجل حق في أن يتدخل في التصرفات المالية للزوجة، والدليل على كمال واستقلال أهلية

---

[686] أيمن أحمد محمد نعيرات، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الماستر في الفقه والتشريع جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، سنة 2009، الصفحة 20.

[687] حنان أحمد القحطان، عمل الزوجة وآثره على نفقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، غراس للنشر والتوزيع، الكويت، 2009، الصفحة 188.

الزوجة من الناحية المدنية هو احتفاظها بشخصيتها القانونية المستقلة بعد الزواج، فالزوجة تحافظ على اسمها واسم أبيها وعائلتها لكونه يشكل خاصية من خصائص شخصيتها، وهذا ما أكده التشريع المغربي، حيث لا يوجد نص قانوني ينظم استعمال الاسم العائلي للزوج من طرف زوجته بعد الزواج، وما يدل على أن لها شخصيتها المستقلة عن شخصية الرجل من حيث التصرفات المدنية، ما جاء به القرآن الكريم، مصداقا لقوله تعالى: "ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله"[688].

وإذا كان الأمر كذلك، فإن للمرأة أن تمارس جميع العقود والمعاملات المدنية المالية وغير المالية باسمها، فهي تحتفظ بشخصيتها المدنية المستقلة، وبأهليتها في التملك والتعاقد.

كما أنه في نطاق المساواة والمناصفة بين الزوجين في الحق في الحماية الاقتصادية في حالة انتهاء العلاقة الزوجية، أقرت المادة 49 من مدونة الأسرة[689] إمكانية اقتسام الأموال المكتسبة خلال مدة الزواج بشروط معينة، ويندرج هذا المقتضى في مواكبة تطور المجتمع المغربي الذي أصبحت فيه المرأة تساهم في اقتصاد الأسرة والنفقة عليها بشكل ملموس وملاحظ.

لا شك أن المتتبع للعمل القضائي سيرصد بكل وضوح الحمولة الحقوقية التي نحاول بلورا وتجسيدها من خلال قرارات مبدئية تكرس الحماية القضائية للمساواة والمناصفة، وتجسد الانخراط الحقيقي للقضاة في مسيرة الإصلاح بمقاربة واقعية مقاصدية تستهدف تحقيق الأمن القانوني والقضائي.

---

[688] سورة الأحزاب، الآية 5.

[689] تنص المادة 49 من مدونة الأسرة: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها؛
يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج؛
يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام سالفة الذكر؛
إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع إلى القواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة".

ثانيا: دور التعليل في تحقيق المساواة والمناصفة في الأموال المشتركة

الأصل في النظام المالي للزواج في إطار الشريعة الإسلامية هو استقلال ذمة كل زوج عن ذمة الزوج الآخر[690]، بالإضافة أن المشرع أقر نظاما اختياريا سمح بمقتضاه للزوجين بإبرام اتفاق يضمنان فيه ما توافق عليه إرادتهما بخصوص إدارة واستثمار ممتلكاتهما، وتوزيع ما سوف تثمره العلاقة الزوجية من ثروة كما رأينا سابقا.

إن معالجة المشرع لمسألة استفادة الزوجة[691] من الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية والتي ساهمت وكدت وعملت من أجل تكوينها عند وقوع الطلاق أو الوفاة ينطلق في نظر بعض الفقه[692] من مرتكزات الشريعة الإسلامية ومن الفقه الإسلامي الذي بلور عدة فتاوى حكم فيها القضاء مما اصطلح على تسميته (بحق الكد والسعاية) عند الطلاق أو الوفاة.

وبالرغم من منح المشرع للزوجين إمكانية الاتفاق على التدبير المشترك للأموال التي سوف تكتسب أثناء قيام الزوجية، فإن الواقع الراهن في المجتمع المغربي يبين أن المرأة أو الزوجين نادرا ما يلجئان عند إقبالهما على إبرام عقد الزواج على إدراج شروطا اتفاقية خصوصا تلك التي لها صيغة مالية[693].

---

[690] حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا أن:" الأصل في الشريعة الإسلامية هو استقلال الذمة المالية للزوجين وان على من يدعي العكس الإثبات". قرار عدد 212، ملف شرعي 447/2/1/2006، مؤرخ في 2009/5/6.

[691]- على اعتبار أن الزوجة أو المطلقة وبصفة عامة المرأة هي من تلجأ في كثير من الأحيان إلى المطالبة بقسمة الأموال الأسرية المكتسبة خلال الزوجية.

[692]- زهور الحر: المسؤولية المشتركة في تدبير شؤون الأسرة من خلال قواعد العدل والمساواة في الحقوق والواجبات مع قراءة المادة 49 من مدونة الأسرة، محاضرة ألقيت ضمن الحلقة الدراسية الجهوية التي نظمتها وزارة العدل- المعهد العالي للقضاء ورابطة التربية على حقوق الإنسان حول موضوع: "مدونة الأسرة ودور الوساطة" لفائدة قضاة الأسرة بإفران أيام 7 و 8 و 9 و 10 فبراير 2006 بإفران، ص: 6.

[693]- إن عدم إقبال الأزواج على هذا النوع من الاتفاقات سواء عند ابرام عقد الزواج أو بعده يرجع إلى عدة عوامل اجتماعية وأخلاقية ونفسية...للمزيد يراجع محمد الشافعي، م. س. ص: 131. فالمانع هنا اجتماعي اي الثقافة السائدة في المجتمع المغربي من عادات واعراف محكمة. محمد الوالي: حقوق المرأة والاشكاليات العملية لتطبيق مدونة الاسرة، مجلة السماط، العدد الاول، 2009، ص 161.(=)

ثم إن التوجه السائد في جملة من أحكام المحاكم المغربية بخصوص قضايا تطبيق المادة 49 يكون مآلها رفض الطلب، بحجة أن الملف تنقصه وسائل الإثبات، إذ تواترت مجموعة من الأحكام القضائية تذهب في هذا الاتجاه؛ ففي حكم رقم 6387 في ملف عدد 06/33/1060 الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 2007/12/26، قضى بعدم القبول، وعلل قضائه بالقول:

"وحيث إن الطلب يهدف إلى اقتسام ممتلكات المدعى عليه مع المدعية وتمكينها من حقها في امتلاك الشقة؛

وحيث أفادت المدعية في صلب طلبها أنها ساهمت في اكتساب المدعى عليه للشقة، إذا كانت تقوم بالادخار؛

وحيث إن ادعاءات المدعية غير مدعمة بما يثبتها؛

وحيث إن المدعي ملزم لسماع دعواه الإدلاء بالوثائق اللازمة[694] له عملا بمقتضيات الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية وحيث يتعين التصريح بعدم قبول الطلب".

وفي نفس السياق أصدرت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء حكمها تحت رقم 1251 في ملف عدد 06/5828، بتاريخ 2006/01/04، بعدم القبول، وذلك بعلة عدم الإثبات، بناء على الحيثيات التالية:

(=)كما يبرز مدى حساسية الموضوع وعدم القدرة على اقتحامه من طرف الزوجين في بداية حياتهم الزوجية فاغلب الناس يعتقدون ان الزواج الذي يبدأ بالشروط يكون مصيره الفشل...
للمزيد يراجع عبد السلام الزياني: ضمان حقوق الزوجية في الاموال المكتسبة بعد الزواج ومدى فعاليته في تحقيق التنمية، الاسرة بين التشريع والقضاء ومتطلبات التنمية، اشغال الندوة الوطنية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمكناس، يومي 25و26 ماي 2007، عدد خاص، مطبعة مرزاق، الطبعة الاولى،2008، ص 177.

[694]- أي يجب على المدعي إرفاق مقاله بالوثائق والمستندات، التي تثبت ادعاءه ومطالبه، والأصل أن المدعي ملزم بصفة عامة بإثبات الوقائع سواء كانت قانونية أو مادية، ومن المفروض أن يثبت المدعي صفته وأهليته ومصلحته إلا أن هذه الشروط الموضوعة، كانت محط نقاش من طرف البعض حيث اعتبروها غير ملزمة إلا في حالة المنازعة فيها من طرف المدعى عليه أو مطالبة المحكمة له بها.

"... وحيث إن المدعية التمست من المحكمة الحكم لها بنصيبها في العقار موضوع النزاع؛

وحيث إن المدعية لم ترفق الوثائق بالملف؛

وحيث إن المستندات والوثائق غير كافية إثبات ما تدعيه، الشيء الذي يتعين معه التصريح بعدم القبول".

وفي نفس الاتجاه ولكون المدعي في هذا الحكم هو الزوج (المفارق) قضت له المحكمة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به ورفض باقي الطلبات بعلة نقصان الإثبات، صدر هذا الحكم في الملف عدد 2004/1024 وتاريخ 2005/02/21 عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء[695]، وعللت حكمها كالآتي:

"...حيث تقدم المدعي (الزوج) أمام المحكمة بمقال يلتمس فيه تطليق زوجته للشقاق بعدما ضبطت متلبسة بجريمة الخيانة الزوجية والحكم له بالتعويض، وطالب بالحكم له باقتسام الممتلكات التي توجد في اسمها في إطار المادة 49 من مدونة الأسرة، فقضت المحكمة بتطليقها مع تعويضها له بمبلغ مائة ألف (100.000.00) درهم، ورفض الباقي، بعلة أن المدعي (الزوج) لم يدلي بإثبات مساهمته في تنمية هذه الأموال".

وفي حكم آخر نجد المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء لئن رفضت الطلب بحجة أنه يفتقر للإثبات، فإنها ترفض الاستجابة لطلبات استفادة الزوجة من الأموال المكتسبة أثناء فترة الزوجية بعلة أن الزوجة الطالبة أخذت مستحقاتها أثناء الطلاق[696]، ومن ثم لا يحق لها المطالبة بتطبيق المدة 49 من مدونة الأسرة، وهكذا

---

[695]- هذا الحكم أشار له: محمد الكشبور في كتاب: " شرح مدونة الأسرة " م. س. ص: 391 وما بعدها.

[696]- تنص المادة 84 من م. أ. على ما يلي: "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 ..."، بالإضافة للمواد 83 و 85 من نفس القانون.(=)

بتاريخ 2006/05/18 أصدرت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء حكمها تحت رقم 5254 في ملف عدد 06/33/360 برفض الطلب للعلة المذكورة سابقا، وذلك وفق الحيثيات التالية:

"...حيث إن الطلب لئن تم تقديمه ممن لها الصفة والمصلحة في الادعاء فإنه غير مرفق بأية وثيقة مما يجعله مخالفا لمقتضيات الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه من الناحية القانونية قد تم الطلاق وحددت المستحقات وليست هناك أية عناصر جديدة تبرر استحقاق المطلقة للتعويض، وبالتالي لا يسع المحكمة إلا أن تصرح برفض الطلب".

وفي حكم آخر اعتبرت المحكمة أن تطبيق الفصل 49 مشروط بشرطين؛ إما وجود وثيقة مستقلة لتدبير الأموال المكتسبة أو الرجوع إلى القواعد العامة للإثبات في حالة عدم وجود هذه الوثائق، هكذا قد قضت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بعدم القبول وذلك بمناسبة صدور حكم لها تحت رقم 3858 في ملف عدد 07/33/1832 بتاريخ 2007/07/25 معللة حكمها كالآتي:

"...وحيث تقدمت المدعية بمقالها أمام المحكمة، تلتمس فيه الحكم بتحديد نصيبها في كل الممتلكات في حدود النصف؛

وحيث إنه أسست طلبها على أنها ساهمت بكدها وسعايتها أثناء الحياة الزوجية التي دامت زهاء 16 سنة؛

وحيث دفع المدعى عليه بأن المبالغ المالية التي اقتنى بها ممتلكاته إنها وفرها من عمله منذ سنين خلت قبل الزواج وليس خلال فترة الزواج وأن المدعية لم تدل بما يثبت مساهمتها المادية في تنمية أموال الأسرة خلال الحياة الزوجية؛

(=)إدريس الفاخوري: "دور القضاء في تحديد مستحقات الزوجة والأطفال" مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحصيلة والمعوقات، ط، الأولى 2008، المطبعة، الجسور وجدة، ص: 115.

وحيث إن المادة 49 من مدونة الأسرة التي ترتكز على المدعية في طلبها، عندما تعرض لتدبير الأموال المكتسبة إنها ربط ذلك بشرطين: أن يتضمن اتفاق استثمار هذه الأموال وتوزيعها في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، وإلا في حالة عدم وجود هذا الاتفاق يتم الرجوع للقواعد العامة للإثبات وبالتالي أمام عدم إدلاء المدعية بما يثبت وجود اتفاق بينها وبين المدعي عليه حول الأموال المكتسبة أثناء الزواج، وكذا عدم إدلائها بما يثبت مساهمتها في تنمية أموال الأسرة خلال الزواج، فالمحكمة بناء عليه لا يسعها سوى اعتبار طلبها غير مؤسس ويتعين عدم قبوله".

وقد ذهب حكم أخر إلى القول بكونها بضرورة توفر الوثيقة المستقلة لتدبير الأموال المكتسبة أو وجود حجج توازيها، ولم تعترف المحكمة على الإطلاق بطول مدة الزواج أو قصرها، ولا يهمها إن أثبتت الزوجة أن راتبها الشهري يفوق بالكثير راتب مفارقها، ففي حكم[697] لها في ملف عدد 1060/ش/06 بتاريخ 2007/04/3 قضت المحكمة الابتدائية بمراكش بعدم القبول، بناء على الحيثيات التالية:

"... وحيث تقدمت المدعية بمقالها أمام المحكمة ملتمسة الحكم بتمكينها من نصف العقار كونها ساهمت في تنمية الأموال، لأن دخلها يفوق دخل الزوج (المدعى عليه) على اعتبار أنها كانت تتحمل مصاريف الإنفاق والتطبيب وهو يدخر ماله؛

وحيث إن المدعية لم تثبت ادعاءها هذا، فإن المحكمة وأمام عدم وجود أدلة كافية تصرح بعدم قبول الطلب".

وفي حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتارودانت في ملف عدد 04/126 بتاريخ 2004/06/08 جاء في تعليله ما يلي: "حيث يهدف الطلب إلى الحكم على

[697] حفيظة توتة في مقال لها تحت عنوان: "الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية بين النص القانوني والعمل القضائي" منشور بمجلة المعيار العدد 39، مطبعة: الأورو المتوسطية للمغرب، يونيو 2008 ص 65 وما يليها.

المدعى عليه بتمكين المدعية من نصيبها في المدعى فيه، طبقا لقواعد الكد والسعاية واحتياطا أداء اليمين القانونية مع أداءه المبلغ الوارد بمحضر الإنذار الاستجوابي مع الصائر؛

وحيث عززت المدعية طلبها بنسخة من عقد طلاق رجعي بتاريخ 2003/01/09 مضمن بعدد 372 صحيفة 400 لتكون بذلك سابق العلاقة الزوجية ثابتة ولا نزاع فيها وحيث لكل واحدة الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها وإذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة؛

وحيث استندت المدعية في طلبها إلى مجموعة من رسوم شراء وعقود بيع ورسم مخارجة ومحضر تنفيذ القسمة؛

وحيث برجوع المحكمة إلى عقود البيع المدلى بها تبين أن المدعية باعت عدة أملاك وقطع أرضية لأشخاص عديدين قبضت ثمنها بصفة شخصية؛

وحيث إن العقود المدلى به من طرف المدعية، ليس بها ما يفيد أن مقابل عمليات البيع أعلاه استفاد منها المدعى عليه في عملية البناء، ولا درجة مساهمة المدعية في مال الزوج المدعى عليه، علما بأن النظام المالي للزوجين في الشريعة الإسلامية والفصل 49 أعلاه يقتضي استقلال الذمة المالية لكل واحد منهما ما لم يوجد اتفاق بذلك؛

وحيث إنه بذلك فالوثاق المدلى بها غير كافية لإثبات الطلب وغير شفيعة لتأكيده ما دام الكد والسعاية من لدن الزوجة سواء في البادية أو الحاضرة المعتبر للتعويض عنه هو الفعل الثابت المترتب عن عمل مكسب؛

وحيث إن مدعي السعاية يتحمل عبء الإثبات ونظرا لكون السعاية من المسائل الواقعية الجائز لإثباتها بكل وسائل الإثبات، والمنصبة على بيان المال المستفاد ومساهمة المدعي الساعي بعمله في تكوين أو تنمية ذلك المال وبيان فترة السعي والعمل وبيان تاريخ حصول المال المستفاد وبيان ما كان للزوج مثلا قبل حصول السعي والكسب، ثم الإدلاء بوثائق أخرى مكملة لمعرفة تواريخ بداية الكسب وتواريخ انتهاء فترة الكسب، وكل ما يثبت ما يزيد من منقول أو عقار؛

وحيث إنه للعلل السالفة أعلاه، فالمقال لا زال ناقصا في الإثبات وحتى محضر الإنذار الاستجوابي المستند إليه غير مرفق بالملف مما يشفع للمحكمة بالتصريح بعدم قبول الطلب".

غير أن هذا لا ينفي وجود جملة كبيرة من الأحكام والقرارات القضائية التي تكرس مبدأ الكد والسعاية، وعلى رأسها محكمة النقض، التي عللت إحدى قراراتها بالقول:

"... تقدير الكد والسعاية ومداهما يخضع لسلطة قضاة الموضوع متى كان قضاؤهم معللا وسائغا، والمحكمة لما استخلصت من موجب السعاية ومن البحث الذي أجرته في القضية بحضور الطرفين ومعظم الشهود بأن المطلوبة في النقض كانت تشتغل، وأن الطالب معسر، واعتبرت ما قامت به المطلوبة مساهمة منها في تنمية أموال الأسرة أثناء قيام العلاقة الزوجية، وقدرت مقابل كدها في المبلغ المحكوم به، تكون قد استعملت سلطتها وعللت قرارها تعليلا سليما"[698].

وهو ما أكدت عليه في قرارات متواترة، منها ما عللت به قرارها بالقول:

[698] قرار محكمة النقض عدد 582 بتاريخ 2014/07/22 في الملف الشرعي عدد 2013/1/2/744، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2014/1638542528.pdf

"...حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أنه طبقا للمادة 49 من مدونة الأسرة، فإنه لم يكن اتفاق بين الزوجين على تنمية أموال الأسرة يرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد منهما وما قدمه من عمل وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة، والمحكمة لما عللت ما انتهت إليه في منطوق قرارها بأن ما تقوم به الطاعنة من طهي للعمال يدخل في الأشغال المنزلية وبالتالي لم تعتبره من ضمن أعمال الكد والسعاية، والحال أنه من صميم ذلك، لكونها فقها غير مجبرة للطبخ لهؤلاء، واعتمدت شهود المطلوب الذين استمعت إليهم"[699].

وعللت قرارا آخر بالقول:

"... تقدير الكد والسعاية ومداهما يخضع لسلطة قضاة الموضوع متى كان قضاؤهم معللا وسائغا، والمحكمة لما استخلصت من موجب السعاية ومن البحث الذي أجرته في القضية بحضور الطرفين ومعظم الشهود بأن المطلوبة في النقض كانت تشتغل، وأن الطالب معسر، واعتبرت ما قامت به المطلوبة مساهمة منها في تنمية أموال الأسرة أثناء قيام العلاقة الزوجية، وقدرت مقابل كدها في المبلغ المحكوم به، تكون قد استعملت سلطتها وعللت قرارها تعليلا سليما"[700].

ورغم ما جاءت به المدونة من مكتسبات، إلا أنه تتعالى أصوات بين الفينة والأخرى؛ تطالب بضرورة تعديل نصوص مدونة الأسرة، بعدما أصبحت بنودها عاجزة عن مسايرة التطورات المجتمعية التي عرفها المغرب، ومن بين أهم البنود المُطالب بتعديلها في باب تحقيق المساواة والمناصفة؛ ضرورة منع الزواج سن الرشد القانوني، مع وضع مقتضيات زجرية تعاقب عن كل خرق أو تجاوز واستثناء تحديد السن الذي لا يمكن للقاضي النزول عنه للإذن بهذا الزواج، إضافة

[699] قرار محكمة النقض عدد 801 بتاريخ 2016/12/27 في الملف عدد 2015/1/2/396، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2016/1640264992.pdf

[700] قرار محكمة النقض عدد 582 بتاريخ 2014/07/22 في الملف الشرعي عدد 2013/1/2/744، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2014/1638542528.pdf

إلى إعادة تنظيم مسألة الأموال الأسرية المكتسبة خلال قيام العلاقة الزوجية لتفادي العنف الاقتصادي التي تعاني منه المرأة في هذا الجانب، كما تنادي الأصوات المطالبة بتعديل المدونة بضرورة إلزام الزوجة التي لها دخل بالمساهمة في واجب النفقة على الأسرة إحقاقا لمبدأ المساواة، وعدم ترك ذلك اختياريا حينا، أو معلقا على شرط إعسار الزوج أحيانا أخرى، مع اعتبار العمل المنزلي الذي تقوم به المرأة مساهمة مادية منها في النفقة، ومن أهم التعديلات المقترحة أيضا؛ منح النيابة الشرعية للأبناء القاصرين للأم بدون شروط، من قبيل (عدم وجود الأب، أو الوفاة، أو فقدان الأهلية)؛ وذلك انسجاما مع المادة الرابعة من المدونة التي تمنح رعاية الأسرة للزوجين معا، ومع الفقرة الثالثة والرابعة من المادة 51 المتعلقة بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، كما تطالب هذه الأصوات بتعديل مسطرة التطليق للشقاق، بدعوى أن المسطرة الحالية تساعد بشكل كبير على انحلال ميثاق الزوجية، بدل تحقيق الغاية الأصيلة لسنها.

المبحث الثاني: ترسيخ التعليل لمبدأ المساواة والمناصفة في ضوء أحكام القضاء الأسري

إذا كانت أقسام قضاء الأسرة قد تعاملت بمرونة كبيرة مع موضوع نسب الأطفال المزدادين خلال فترة الخطبة، فإن ذلك يعيد للنقاش من جديد موضوع التمييز بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية، ذلك أن المشرع لا يزال يقيم تمييزا بينهما ويعتمد رأي الجمهور الرافض لإمكانية الاعتراف بشرعية نسب الطفل المزداد خارج إطار الزواج أو الشبهة حتى وإن حاول والده البيولوجي الاقرار به، وذلك تمسكا بتفسير فقهي لقاعدة الولد للفراش، وهو التوجه الذي خالفه قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بطنجة واعتُبر سابقة تعد الأولى من نوعها في تاريخ القضاء المغربي حيث أصدر أول حكم قضائي أقر مبدأ حق الطفل المولود خارج إطار الزواج في انتسابه لأبيه البيولوجي، وحق الأم في التعويض عن الضرر الذي لحقها من جراء الإنجاب الناتج عن هذه العلاقة.

وقد اعتمد الحكم الابتدائي على عدد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الطفل التي صادق عليها المغرب، مقرا حق الطفل الطبيعي في معرفة والديه البيولوجيين، واضعا بذلك حدا لاجتهاد قضائيٌ رسخ على مدى أزيد من 60 سنة منذ صدور مدونة الأحوال الشخصية بالمغرب، كان يقضي بعدم قبول الاعتراف بنسب الأطفال المولودين خارج إطار مؤسسة الزواج، وإعفاء آبائهم من أي التزامات تجاههم لكونهم أبناء غير شرعيين يلحقون بنسب أمهاتهم.

فما هي الأسس التي استند عليها الحكم الابتدائي في تعليله للمنطوق الذي خلُص إليه؟ وكيف تعاملت محكمة الدرجة الثانية مع القضية، وما موقف محكمة النقض من ذلك؟

المطلب الأول: دور التعليل في ضمان الحماية القضائية لمبدأ المساواة في حق البنوة[701].

من أهم الاجتهادات القضائية الحديثة التي حاولت التأسيس لمبدأ المساواة بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية، ما صدر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بطنجة في قضية يعود تاريخها إلى 2016/06/24 بعدما تقدمت امرأة بمقال افتتاحي تعرض فيه بأنها ارتبطت بعلاقة غير شرعية بالمدعى عليه نتج عنها مولودا من جنس أنثى بتاريخ 2014/11/27، وأن الأب المُفترض يماطل في الاعتراف بنسبها رغم ثبوته بمقتضى خبرة جينية، والتمست من المحكمة الحكم ببنوة الطفلة لأبيها، والحكم عليه بأداء نفقتها، وأداء تعويض مالي لمشاركته في وقوع الحمل الذي نتج عنه الولادة مع تحمله مسؤولية رعاية البنت والقيام بشؤونها إلى جانب أمها.

وفي معرض إجابته عن الدعوى، قال المدعى عليه (الأب المُفترض) بكون الحمل ناتج عن علاقة فساد أقامها مع المدعية وقد أدين من أجل ذلك بعقوبة جنائية، وأن اجتهاد محكمة النقض مستقر على أن الحمل الناتج عن الزنا أو الاغتصاب لا يُلحق بالفاعل ولو ثبت بيولوجيا أنه خُلق من نطفته، لأن البنوة الشرعية لها أسبابها، وأن الشروط الواجب توفرها لإثبات النسب وفق مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة غير متوفرة، والتمس رفض الطلب لأنه لا يمكن تحت أي ظرف مساواة البنوة الناتجة عن علاقة شرعية بالبنوة الناشئة عن علاقة فساد، فكيف تعاملت المحكمة الابتدائية مع الطلب؟ وكيف عللت حكمها الذي انتهت إليه؟

---

[701] حكم رقم 320 في الملف عدد 2016/1620/1391 بتاريخ 2017/01/30 الصادر عن قسم قضاء الأسرة بطنجة، غير منشور

الفقرة الأولى: المساواة والمناصفة بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية

إن اختيارنا لمناقشة تعليل الحكم القضائي الذي أصدره قسم قضاء الأسرة بطنجة والذي كرس لأول مرة حق مساواة الأطفال في البنوة بصرف النظر عن العلاقة التي نتجت عنها الولادة، ولو كانت نتيجة علاقة غير شرعية، مرجعه النقاش الذي صاحب صدور هذا الحكم القضائي والذي لم يكن ليتحقق لولا المنطوق الذي خلص إليه الحكم بشأن علاقة جنسية نشأت خارج رابطة الزواج فتمخض عنها إنجاب طفلة، تنكر لها الأب ولم يرغب في الاعتراف بها أو الإقرار بلحوق نسبها إليه، والالتزام بالتالي بما يتولد عن الإقرار بالبنوة من تسجيل البنت في الحالة المدنية والانفاق عليها إلى حين سقوط الفرض شرعا[702]، فشكل الحكم القضائي مظهرا من مظاهر المساواة وأغلق بابا للتمييز بين البنوة الشرعية وغير الشرعية (أولا)، فكانت النتيجة أن قضى في منطوقه بثبوت بنوة الابنة الناتجة عن علاقة فساد لأبيها البيولوجي (ثانيا).

أولا: التمييز بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية

سوف نحاول الوقوف على ما بنت عليه المحكمة الابتدائية حكمها القاضي بالاستجابة للطلب، وذلك لما عملت على بذل مجهود يُحسب لها في بيان مفهوم البنوة فقها وقانونا (أ)، مع محاولة بيان بعض مظاهر التمييز بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية (ب).

---

[702] وهو ما يضيف ميزة أخرى لوظيفة تعليل الأحكام القضائية، وهي إثراء النقاش العمومي، وطرح الأفكار ومناقشتها في ضوء الحيثيات التي تُبنى عليها الأحكام القضائية خاصة تلك التي تتجاوز ما هو معمول به، إلى ما يُعتبر من الطابوهات والمحرمات.

أ: بيان مفهوم البنوة من منظور تعليل الحكم الابتدائي

انطلقت المحكمة الابتدائية في تعليل حكما بمحاولة توضيح مفهوم البنوة الذي يؤطر موضوع الدعوى المعروضة أمامها، بعدما عملت على تكييفها التكييف القانوني الذي ارتأته مناسبا، وانطلقت في تعليلها بالقول:

"...وحيث ارتأت المحكمة معالجة القضية وفق ما سيأتي أدناه:

1-مفهوم البنوة لغة واصطلاحا:

البنوة لغة مشتقة من الابن، وكما جاء في لسان العرب:"...البنوة مصدر الابن، يقال: تبنيته أي ادعيت بنوته، وتبناه اتخذه ولدا..."، والبنوة في الأصل نسبة ولد لمن ولد له.

واصطلاحا فإن البنوة تمثل النتيجة الطبيعية للتوالد الذي يكون ثمرة اتصال جنسي بين ذكر وأنثى، حيث يكون الولد في هذه الحالة ابنا طبيعيا لطرفي العلاقة التي كانت سببا في وجوده.

2-البنوة فقها:

أ-**الكتاب**: قوله تعالى: "ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم" سورة الأحزاب الآية 5، ووجه الاستدلال به أن الآية الكريمة توجب نسبة الولد لأبيه وتشترط لذلك مجرد العلم به مطلقا، وقوله تعالى:" حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالتكم وبنات الأخ وبنات الأخت"، ووجه الاستدلال به أن الله تعالى حرم المذكورات في الآية الكريمة من الام والبنت وغيرهما على سبيل الاطلاق.

ب-**السنة**: عن عائشة قالت:" اختصم سعد بن ابي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد الي أنه ابنه، انظر الى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه، فرأى شبها بينا بعتيبة، فقال:" هو لك يا عبد: الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة" قالت: فلم ير سودة قط حتى لقي الله، ووجه الاستدلال به أن ادعاء سعد بن ابي وقاص بنوة الغلام لأخيه مستدلا بالشبه مع عدم انكار الرسول صلى الله عليه وسلم له دليل على جوازه، عن البخاري ومسلم.

ج-**الاستصلاح**: والمراد بها المصالح المرسلة، ذلك ان ولد الزنا لا ذنب له فيما جناه أبواه عليه، وقد ورد عن كثير من الصحابة الحث على اكرامهم والإحسان إليهم وكان عمر يوصي بأولاد الزنا خيرا ويقول عمر: "أكرموا ولد الزنا وأحسنوا إليه".

فمصلحة الطفل وإكرامه والإحسان اليه وهو البريء من جرم أبويه يقتضي أن ينسب لأبيه كما سينسب لأمه، ولا يجوز بحال أن يتحلل الاب البيولوجي لهذا الطفل من المسؤولية ويجازى بتنصله من زناه. (يراجع لطفا كتاب شرح مدونة الاسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته –دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة (الجزء الثالث الولادة ونتائجها تأليف عبد الله السوسي التناني ص 23 و24 و26 و27).

3-<u>البنوة في مدونة الأسرة:</u>

تناولت مدونة الاسرة البنوة في الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها، وقد عرفت المادة 142 البنوة على انها تتحقق بتنسل الولد من ابويه وهي شرعية وغير شرعية، وتكون شرعية بالنسبة للأب في

حالات قيام سبب من أسباب النسب وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة على النسب شرعا (المادة 144)، أما بالنسبة للأم فتستوي البنوة في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية (المادة 146)، كما أن البنوة الغير الشرعية لا يترتب عليها أي أثر من آثار البنوة الشرعية بالنسبة للأب (المادة 148)".

وهكذا تكون المحكمة الابتدائية اجتهدت قدر استطاعتها في بيان مفهوم الموضوع الذي عُرض أمامها، وهذا قلما نصادفه في أحكامنا القضائية، لذلك وبصرف النظر عن تأييد أو مخالفة تعليل الحكم في شقه القاضي بثبوت البنوة، إلا أن مجرد بذل الجهد لإيراد مثل هذه المفاهيم ضمن التعليل هو بحد ذاته تميز يُحسب للهيئة القضائية مصدرة الحكم ويستحق التنويه.

ب: مظاهر التمييز بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية

عرفت مدونة الأسرة النسب بأنه "لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف"[703]، وحددت وسائل إثباته ونفيه، كما وضحت أسباب لحوقه والتي تتمثل في الفراش، والإقرار والشبهة[704]، وميزت بين هذه الأسباب ووسائل إثبات النسب المتمثلة في الفراش، الشبهة، والإقرار، البينة الشرعية والخبرة[705]، وكان من أبرز المستجدات التي كرستها مدونة الأسرة أنها وسعت من نطاق الشبهة في مجال اثبات النسب وسمحت بإثبات النسب حتى في حالة الخطبة إذا توافرت شروط معينة، حفاظا على حق الطفل في النسب وأتاحت للخطيبة في حال انكار الخطيب اللجوء إلى الخبرة الطبية لإثبات نسب الطفل الناتج عن هذه العلاقة وهو ما يعد تحولا كبيرا في مجال تعامل قانون الأسرة بالمغرب مع حالات الولادة خارج

---

703 المادة 150 من مدونة الأسرة.

704 المادة 152 من مدونة الأسرة

705 تنص المادة 158 من مدونة الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالفراش، أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو بينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية".

إطار مؤسسة الزواج وهو الموضوع الذي ظل إلى وقت قريب قبيل صدور مدونة الأسرة محل تجاذب بين أكثر من اتجاه.

وإذا كانت أقسام قضاء الأسرة قد تعاملت بمرونة كبيرة مع موضوع نسب الأطفال المزدادين خلال فترة الخطبة، فإن ذلك يعيد من جديد النقاش حول موضوع التمييز بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية، ذلك أن المشرع لا يزال يقيم تمييزا صارخا بينهما ويعتمد رأي الجمهور الرافض لإمكانية الاعتراف بشرعية نسب الطفل المزداد خارج إطار الزواج أو الشبهة، حتى وإن حاول والده البيولوجي الاقرار به، وذلك تمسكا بتفسير فقهي لقاعدة الولد للفراش، وتبقى كل محاولة أيضا من طرف المرأة لإثبات بنوة مولودها خارج إطار الزواج أو الخطبة للوالد البيولوجي خاصة في حالة الاغتصاب[706] أو التغرير بقاصر أو الوعد بالزواج - الذي لم يرقى لدرجة الخطبة المنصوص عليها في مدونة الأسرة- وذلك اعتمادا على نتائج تحليل الـ **ADN**[707] دون أدنى اعتبار طالما أن المشرع يعتبر تلك الحالات من بين صور الولادات غير الشرعية التي لا يلحق فيها نسب المولود بالأب البيولوجي حتى لو حاول الاقرار به، وبالتالي تتحمل المرأة وحدها نتائج علاقة

---

[706] فقد عللت محكمة النقض إحدى قراراتها القاضي برفض طلب ثبوت النسب الناتج عن الاغتصاب بالقول: "يعتبر النسب لحمة شرعية بين الأب وولده ولا ينال بالمحظور، وإذا كانت الخبرة القضائية حسب المادة 158 من مدونة الأسرة من وسائل إثبات النسب فإن المقصود النسب الشرعي الناشئ بعقد زواج صحيح أو فاسد أو باطل مع وجود حسن النية أو بشبهة الفعل أو العقد أو الحل، والمحكمة حينما ثبت لها أن الحمل ناتج عن اغتصاب وقد أدين عليه المطلوب جنائيا في الملف 04/377 وعللت قضائها بأن الاغتصاب ليس من أسباب لحوق النسب الشرعي لأن الحد والنسب لا يجتمعان واستبعدت بالنتيجة الطلب تكون قد ركزت قرارها على المواد 150 و152 و158 من مدونة الأسرة وعللته وأجابت الطالبة عن دفوعها ويبقى ما أثير بدون أساس".
قرار عدد 215 الصادر بتاريخ 2011/04/26 في الملف الشرعي عدد 2009/1/2/754، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 74، 2012 الصفحة 157 وما بعدها.

[707] جرى إطلاق عبارة (بصمة وراثية) للدلالة على تثبيت هوية الشخص أخذاً من عينة الحمض النووي المعروف باسم (ADN) الذي يحمله الإنسان بالوراثة عن أبيه وأمه، إذ أن كل شخص يحمل في خليته الجينية (46) من الصبغيات، يرث نصفها وهي(23) صبغي عن أبيه بواسطة الحيوان المنوي، والنصف الأخر وهي(23) صبغي يرثها عن أمه بواسطة البويضة، وبهذا الاختلاط يكتسب الشخص صفة الاستقلالية عن صبغيات والديه مع بقاء التشابه معهما في بعض الوجوه، لكنه مع ذلك لا يتطابق مع أي من صبغيات والديه، فضلاً عن غيرهما بحيث إن إمكانية التشابه بين شخصين في هذه السلاسل تكون معدومة، بمعنى أن لكل إنسان على وجود الأرض بصماته الوراثية الخاصة، باستثناء التوائم المتطابقة.
للمزيد حول هذا الموضوع يراجع: حمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول، السنة 17 الصفحة 279.

أرغمت عليها كما في حالة الاغتصاب، أو كانت إرادتها معيبة كما في حالة التغرير بقاصر، أو أسهمت فيها بإرادتها الكاملة في إطار توافق ارادتين كما في حالة التواعد على الزواج، في المقابل يعفى الأب البيولوجي من أي مسؤولية اتجاه المولود[708]، وهو ما يعكس صورة من صور التمييز الذي تتعرض له المرأة المغربية نتيجة التمسك بتأويل للنص القانوني والشرعي[709].

وما يسهم في طرح النقاش من جديد حول موضوع النسب غير الشرعي تفاقم ظاهرة الولادات خارج إطار الزواج وانتشار ظاهرة الأمهات العازبات كبديل أضحى يحظى بدعم الدولة والمجتمع المدني لظاهرة أكثر خطورة تتعلق بالإجهاض غير الآمن الذي يتم بعيدا عن الرقابة الصحية[710].

ذلك أن الأرقام المتاحة تؤكد تواجد ارتفاع على مستوى الولادات غير الشرعية إذ كشف العمل الاحصائي الذي أجري مؤخرا على عينة من **272168** ولادة تمت بالمستشفيات على قياس حجم الظاهرة أثناء فترة الاحصاء وتقدير عدد ولادات الأمهات العازبات خارج المستشفيات وتحديد بعض المؤشرات الرئيسية التي ترتبط بالظاهرة[711].

وهكذا إذا أخذنا مدينة الدار البيضاء كنموذج يلاحظ أن عدد الأمهات العازبات التي لديهن على الأقل طفل واحد يبلغ 21135 أما بين عامي 2003

---

[708] هناك أصوات تنادي بضرورة تحمل الأب البيولوجي لمسؤوليته المدنية الناتجة عن خطأه المتمثل في مشاركته في العملية الجنسية غير الشرعية التي نتج عنها ولادة، ولا يمكن في ضوء مقتضيات المساواة تحميل الأم وحدها المسؤولية مع إعفاء شريكها. وهو ما سنناقشه بتفصيل أكبر في الفقرة الموالية.

[709] Rajaà Naji El mekkaoui: La modawanah, le Référentiel et le Conventionnel en Harmonie-le mariage et la Filiation, Editions & Impressions Bouregreg, Rabat, 3em édition 2009, PAGE 50.

[710] أنظر في هذا الصدد أشغال الندوة المغاربية التي نظمتها جمعية انصاف حول موضوع: "نظام التكفل والدفاع عن حقوق الأم العازبة وطفلها في المغرب العربي، يومي **12**و **13**دجنبر، **2013**، بفندق إدو أنفا بالدار البيضاء، غير منشور.

[711] أنس سعدون، وضعية المرأة على ضوء منهاج عمل بيجين، مرجع سابق، الصفحة 487.

و2010، ويلاحظ أن هذا العدد يدل على تضاعف الرقم أربعة مرات ما بين الفترة 1996 و 2002، ويمثل العدد أيضا 10 بالمائة من مجموع الأمهات العازبات على الصعيد الوطني، ويبين تقسيم الفئة العمرية على المستوى الوطني أن حوالي 61 بالمائة من الأمهات العازبات يبلغن أقل من 26عاما، ومن الأرقام المرتبطة بالظاهرة يلاحظ أنه قد تم التخلي عن 8760 طفلا سنة 2009، أي بمعدل يبلغ 24 طفلا كل يوم، 38 بالمائة منهم تم التخلي عنهم بطريقة غير قانونية، أي ما يعادل 3329 طفلا[712].

ولتفادي هذه النتيجة المؤلمة، لجأت الأم المدعية إلى المحكمة لطلب الحماية القضائية في مواجهة الأب البيولوجي لإرغامه على الإقرار ببنوة البنت إليه، والوفاء نتيجة لذلك بالموجبات التي يفرضها القانون على الآباء تجاه الأبناء، والتمست الحكم لها بالتعويض عن الضرر الذي لحقها من جراء العلاقة الجنسية غير المشروعة التي ورطها فيها المدعى عليه.

[712] لمزيد من التفاصيل حول الأرقام المتعلقة بظاهرة الامهات العازبات والولادات خارج إطار عقد الزواج. أنظر: مغرب الأمهات العازبات، دراسة تشخيصية للوضع، من إنجاز جمعية إنصاف 2012-2013.

ثانيا: تعليل الحكم الابتدائي القاضي بالاستجابة لطلب ثبوت البنوة.

قبل تطرقنا لحيثيات الحكم القضائي الصادر عن قسم قضاء الأسرة بطنجة[713] في جزئه القاضي بثبوت البنوة بالنسبة للأب البيولوجي، من اللازم التنبيه إلا أن المادة 83من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة[714] عرفت نقاشا مستفيضا حول العبارات الواردة بها من قبل أعضاء اللجنة المكلفة بمراجعة مدونة الأسرة، ومن بين الملاحظات التي تم إبدائها ما تعلق بعبارة: "بالنسبة للأم كالشرعية لأنه ولدها"، فهذا التعليل من وجهة نظر أعضاء في لجنة المراجعة يبدو غير سليم على الإطلاق، وكان التساؤل عما **إذا كان النسب مرتبطا بالعلاقة البيولوجية أم بالعلاقة الشرعية؟** فإذا كان مرتبطا بالعلاقة الشرعية، فلماذا يُنسب للأم في حين أن كلا من الأب والأم تورطا في علاقة غير شرعية وهي الزنا؟ وإذا كان مرتبطا بالعلاقة البيولوجية فلا يمكن والحالة هذه اعتبار البنوة بالنسبة للأم كالشرعية وبالنسبة للأب لا تترتب عليه أي آثار، مع توفر الوسائل الطبية الحديثة التي تمكن من معرفة أبوة الأب بصورة قطعية، مثل ما يُعرف ذلك بالولادة بالنسبة للأم[715].

أ: تعليل الحكم في جزئه القاضي بثبوت البنوة

استنادا لمقتضيات المادة 146 من مدونة الأسرة[716]، فإن البنوة الشرعية وغير الشرعية تستويان بالنسبة للأم في الأثار التي تترتب عليهما، لذلك فإن المعيار في التولد لا يُنظر إليه من الناحية البيولوجية ولكن من الناحية الشرعية، فالبنوة في

---

[713] **حكم رقم 320 في الملف عدد 2016/1620/1391 بتاريخ 2017/01/30 الصادر عن قسم قضاء الأسرة بطنجة، غير منشور.**

[714] طبقا للمادة 397 من مدونة الأسرة تم نسخ جميع الأحكام المخالفة لها أو التي قد تكون تكرارا لها، ومنها الفقرة الثانية من الفصل 83 من مدونة الأحوال الشخصية المنسوخة والتي كانت تنص على:

"البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب فلا يترتب عليها شيء من ذلك إطلاقا وهي بالنسبة للأم كالشرعية لأنه ولدها".

[715] ادريس الضحاك، الأشغال التحضيرية لمدونة الأسرة، أشغال اللجنة المكلفة بتدوين الأعمال التحضيرية لمدونة الأسرة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2016، الصفحة 546.

[716] تنص المادة 146 من مدونة الأسرة: "تستوي البنوة للأم في الأثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية".

هذه الحالة ليست شرعية بمعناها الشرعي الذي يُقابل الولادة في الفراش، ولكنها كالشرعية في ترتيب الأثار بالنسبة للأم[717].

في ضوء هذا المعطى، ارتأت الهيئة القضائية بعد المداولة في القضية أن تحكم بثبوت علاقة البنوة بين البنت المدعى فيها والأب المفترض (المدعى عليه)، وبنت قضاءها أساسا على ما ورد في تقرير الخبرة الجينية التي خلص الخبير بموجبها إلى ثبوت بنوة البنت للمدعى عليه، كما استندت على مقتضيات الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، فضلا على مقتضيات الوثيقة الدستورية وخاصة الفصل 32 منه الذي نص الفقرة الثالثة منه على ان الدولة تسعى لتوفير الحماية القانونية والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال بكيفية متساوية بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية.

فبخصوص إثبات البنوة بالاستناد **إلى الخبرة الجينية** ADN فإنه بالرجوع إلى تعليلات الحكم القضائي موضوع الدراسة، نجد أن المحكمة لم تعتمد في إثبات البنوة بين الأب المفترض (المدعى عليه) وبين المولودة المدعى بها على وسائل الإثبات الشرعية التي تستند جميعها إلى قاعدة "الولد للفراش"، وإنما بالاستناد إلى خبرة طبية أجراها مختبر الشرطة العلمية بالدار البيضاء، بأمر من القاضي المقرر توصل فيها تقرير الخبرة إلى وجود علاقة بنوة بين المولودة والمدعى عليه، واستنادا للتقرير المذكور عللت قضائها بالقول:

"... حيث يؤخذ من تقرير الخبرة الجينية عدد 1000/15 الصادرة عن مختبر الشرطة العلمية بالدار البيضاء بتاريخ 2015/10/01 بموجب أمر السيد قاضي التحقيق أنه روعيت فيها الإجراءات الشكلية والموضوعية المتطلبة قانونا مما يتعين اعتمادها ويتعين رد الدفع بهذا الخصوص.

[717] إدريس الضحاك، الأشغال التحضيرية لمدونة الأسرة، أشغال اللجنة المكلفة بتدوين الأعمال التحضيرية لمدونة الأسرة، مرجع سابق، الصفحة 556.

وحيث خلص تقرير الخبرة المذكور أعلاه الى وجود علاقة بنوة بيولوجية بين الطفلة (ل) والمدعى عليه (ي.ص).

وحيث تبعا للعلل التي تم بسطها تكون رابطة البنوة بين الطفلة (ل) المزدادة بتاريخ 2014/11/27 ووالدها المدعى عليه ثابتة في النازلة"[718].

هذه الوسائل التي عللت بها المحكمة قضائها كانت هي الأساس التي بنت عليها المدعية دعواها، ويبدو أنها وجدت أذانا صاغية للهيئة القضائية، رغم تمسك المدعى عليه بقاعدة "لا يجتمع حد ونسب"، حيث ردت عليه المحكمة في تعليلها بالقول:

"...في الدفع بقاعدة لا يجتمع حد ونسب:

حيث إن تطبيق القاعدة الفقهية القاضية بعدم اجتماع الحد والنسب إنما يكون محله إثبات النسب والحال أن المدعية أسست طلبها على أحكام البنوة الغير الشرعية المقررة في المواد 142 و148 من مدونة الاسرة، مما لا مجال معه للاستدلال بالقاعدة المذكورة أعلاه لاختلاف الإطار القانوني".

ب: تعليل الحكم الابتدائي في جزئه القاضي باستحقاق المدعية التعويض المدني

بالرجوع إلى حيثيات الحكم القضائي نجد أن المحكمة اعتبرت العلاقة الجنسية بين المدعية والمدعى عليه فعل غير مشروع يندرج في مفهوم الخطأ "الذي يرتكبه الإنسان عن بينة واختيار من غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا لغير، يلزم مرتكبه، بالتعويض عن الضرر إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر"[719].

---

[718] حكم المحكمة الابتدائية بطنجة بتاريخ 2017/01/30 في الملف 2016/1620/1391 الصفحة 4، غير منشور.

[719] مقتضيات المادة 77 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

ولأجله تكون المحكمة قد بنت حكمها بالتعويض على أساس الفعل الجرمي الثابت في حق المدعى عليه، الناتج عن جريمة الفساد والتي أدين من أجلها بموجب حكم قضائي اكتسب الصبغة النهائية بعد تأييده في مرحلة الاستئناف، فاستندت في تعليل ذلك على مقتضيات الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

وعللت قضائها في هذا الشأن بالقول: **"...حيث يؤخذ من الحكم الجنحي عدد 4345 بتاريخ 16/03/2016 في الملف 2012/16/278 الصادر عن هذه المحكمة الابتدائية بطنجة أن المدعى عليه توبع من أجل جنحة الفساد، وأدين بشهر واحد موقوف التنفيذ، وهو الحكم الذي أصبح نهائيا بعد تأييده استئنافياً؛**

وحيث لما ثبتت المسؤولية الجنائية للمدعى عليه بارتكابه للفعل الجرمي المذكور والذي نتج عنه ولادة الطفلة تكون العناصر القانونية لقيام المسؤولية المدنية ثابتة في نازلة الحال، وفقا لما ينص عليه الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه: "كل فعل ارتكبه الانسان عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح به القانون، وأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض عن الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر".

إلى جانب مقتضيات الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود، فإن المحكمة اعتمدت في تعليل حكما بمنح الأم تعويضا مدنيا على ما هو وارد في الاتفاقيات الدولية، وعللت قضائها بالقول:

"... حيث يؤخذ من الفقرة الاولى من المادة الثالثة من الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20نوفمبر1989، المصادق عليها من المغرب في 1993/06/21، أن القضاء يتوجب عليه إيلاء الاعتبار الأول لمصالح الأطفال الفضلى عند النظر في النزاعات المتعلقة بهم؛

كما تنص المادة 7 من نفس الاتفاقية على أن الطفل يسجل بعد ولادته فورا ويكون له الحق في اكتساب جنسية ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما؛

ب-الاتفاقية الأوروبية بشأن ممارسة حقوق الأطفال الموقعة بستراسبورغ بتاريخ 1996/01/25، المصادق عليها بظهير شريف بتاريخ 2014/03/27، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6242؛

حيث تنص الفقرة الأولى من المادة السادسة منها المتعلقة بعملية اتخاذ القرار على انه: في الإجراءات التي تشمل الطفل تقوم السلطة القضائية قبل اتخاذ القرار بدراسة هل لديها معلومات كافية تحت يدها من اجل اتخاذ قرار في صالح الطفل؛

وحيث تنص الفقرة الأولى من المادة السابعة على انه: في الإجراءات التي تشمل الطفل تعمل السلطة القضائية بسرعة لتجنب أي تأخير لازم، وتكون الإجراءات مناسبة لضمان تنفيذها على وجه السرعة، وفي الحالات العاجلة تكون للسلطة القضائية الصلاحية متى كان ذلك مناسبا لاتخاذ القرارات التي تنفذ على الفور.

وإلى جانب ذلك حاولت المحكمة إسقاط الحماية الدستورية على النازلة التي بين أيديها، فاستدعى ذلك استشهادها بمقتضيات المادة 32 من الدستور لتبرير قرار منح التعويض للمدعية، وعللت حكمها بالقول:

"... ج- الدستور المغربي:

نصت الفقرة الثالثة من الفصل 32 من دستور المملكة المغربية على ان الدولة تسعى لتوفير الحماية القانونية والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال بكيفية متساوية بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية".

وهكذا خلصت المحكمة الابتدائية إلى الاعتراف ببنوة البنت إلى الأب المفترض من دون نسبها، وميزت في هذا الصدد بين البنوة والنسب واعتبرت أن الأخير لا يؤخذ به وبآثاره إلا في حالة البنوة الشرعية، كما رفضت المحكمة طلب المدعية بإلزام المدعى عليه بتحمل نفقة البنت، وعللت قرارها بكون النفقة من آثار النسب الشرعي، لكنها في مقابل ذلك، لجأت إلى إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية لتلزم الأب البيولوجي بدفع تعويض للمدعية نتيجة مساهمته في إنجاب طفلة خارج إطار مؤسسة الزواج.

الفقرة الثانية: موقف محكمة الاستئناف من تعليل الحكم الابتدائي

بداية لا بد من الإقرار بأن إلغاء الحكم الابتدائي الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بقسم قضاء الأسرة بطنجة كان منتظرا ومتوقعا، بل إن هذه النتيجة كانت ثابتة بالنظر إلى التعليل الذي صيغ به الحكم القضائي الذي وُصف بالاجتهاد الاستثنائي[720]، لأجله عملت محكمة الاستئناف على إيلاء أهمية خاصة لعنصر تعليل قرارها الذي قضى بإلغاء الحكم الابتدائي، وفصّلت في كل علة أُسس عليها، سواء ما تعلق ببنود الاتفاقيات الدولية، أو ما أُسس على المقتضيات القانونية.

أولا: موقف القرار الاستئنافي من الحكم في جزئه القاضي بثبوت البنوة

إن الثابت من خلال حيثيات القرار الاستئنافي توقفه كثيرا عند العنصر الثابت المتمثل في احترام الخصوصية الدينية عند مناقشته مسألة لها ارتباط بما هو ديني ودستوري ويتعلق أيضا بالهوية الوطنية، وهي مسألة "البنوة والنسب"، لذلك تصدت بالرد على الأسس التي استندت إليها الهيئة القضائية بالمحكمة الابتدائية لتبرير المسلك الذي جعلها تعترف قسرا بالبنوة غير الشرعية بأثر ما كانت تستطيع

[720] بالرغم من أن هذا الحكم أحدث كما سبق القول جدلا قانونيا أسهم في إعادة فتح النقاش العمومي حول موضوع واقع الحماية القانونية للأطفال المولودين خارج مؤسسة الزواج، لكون مدونة الأسرة التي وصفت حين صدورها بالثورة الهادئة انفردت بين مثيلاتها في المنطقة العربية بأنها الوحيدة التي نصت على حق الأطفال المزدادين خلال فترة الخطوبة في إثبات نسبهم، اعتمادا على كافة وسائل الإثبات بما فيها تحليل الخبرة الجينية لكنها أغفلت التنصيص على مقتضيات مماثلة بالنسبة لباقي الأطفال المولودين خارج مؤسسة الزواج.

أن تعثر له عن منفذ يسوغه لولا التفسير المُجانب للصواب الذي أعطته لأحكام وردت في اتفاقيات دولية، رغم انتفاء الصلة تماما بين الأحكام المذكورة وبين النقطة القانونية المثارة.

وقد شكلت هذه العناصر موضوع طعن بالاستئناف من طرف المدعى عليه، حيث بنى استئنافه على ما يلي:

"فساد التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن الحكم الابتدائي حسم في موضوع انتفاء النسب من الناحية الشرعية، أما البنوة الغير الشرعية فلا يعترف بها المشرع إطلاقا ولا يرتب بالنسبة للأب أي آثر قانوني مستدلة على ذلك بمجموعة من القرارات والأحكام والآراء الفقهية، وأن الحكم لما قضى في منطوقه بثبوت بنوة البنت (ل) للمستأنف بمفهوم عام شمولي ومن غير تفصيل وتحديد على خلاف ما أقرت به المدعية نفسها كون المولودة جاءت نتيجة علاقة غير شرعية يكون حكمها فاسد التعليل"[721].

وقد اعتبرت هذه الدفوعات جدية بعد أن أخذتها محكمة الاستئناف بعين الاعتبار، فعللت قضائها بالقول:

"...وحيث إنه بخصوص الدفع بفساد التعليل الموازي لانعدامه فإن المستأنف عليه لما قضى بثبوت بنوة البنت (ل) للمدعى عليه إنما قصد البنوة البيولوجية وليست الشرعية، واعتمد في ذلك على دلائل من القرآن والسنة والمصالح المسترسلة والدستور والمواثيق الدولية؛

لكن حيث إنه من جهة أولى، فبخصوص قوله تعالى ذلك في سورة الأحزاب: "وما جعل ادعياءكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو

[721] قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 715 وتاريخ 2017/10/09 في الملف عدد 246 و 273 و 2017/1613/422، غير منشور.

يهدي السبيل ادعوهم لأباءهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا أباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم" فإن المقصود بالأدعياء الولد الذي كان الرجل يدعيه وهو ليس له، أو يدعى إليه بسبب تبنيه إياه، كما كان الأمر في الجاهلية وأول الإسلام، إذ القصد بقوله ادعوهم لأباءهم هو أقسط، يقصد بها الآباء الشرعيين وليس الطبيعيين خلافا ما ذهب إليه الحكم المستأنف، وفي هذا الاتجاه يقول الأستاذ محمد التأويل في كتابه موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه: "...أن اللفظ محمول على عرف المخاطب وأن ألفاظ الشارع يجب حملها على عرف الشرع، والأب في لغة الغرب ولسان الشرع، وعرفه هو من ولد الولد على فراشه من الأزواج في زوجاتهم، والسادة في إيمائهم، كما قال صلى الله عليه وسلم الولد للفراش". وأن هذا هو الأب الذي أمر الله تعالى أن يُدعى له الأبناء في قوله تعالى "ادعوهم لأباءهم"[722]؛

وحيث إنه من جهة ثانية فإن الحديث المستدل به ليس به ما يدل على دعوة النبي صلى الله عليه وسلم إلى نسبة الابن من الفساد لأبيه البيولوجي على وجه الشبه، وإنما اعتمادا على الإقرار كما قال الإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي في مؤلفه بداية المجتهد ونهاية المقتصد في باب الحجب: "...فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه بإقراره..." ثم أن ما ذهب إليه الحكم المستأنف يتنافى مع قوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر؛

وحيث إنه فيما بالمواثيق الدولية فإن كانت الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل قد نصت في المادة السابعة منها على تمتع الطفل بحق الحصول على اسم وجنسية ويكون له قد الإمكان الحق بمعرفة والديه وتلقي رعايتهما، فإن

---

[722] قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 715 وتاريخ 2017/10/09 في الملف عدد 246 و 273 و 2017/1613/422، غير منشور.

المادة لم تأت بصيغة الوجوب وإنما نصت على قدر الإمكان من جهة، ومن جهة أخرى فإذا كان الدستور المغربي والاتفاقيات والمواثيق الدولية تنص على توفير العناية للأطفال...فإن الحكم المطعون فيه وإن قضى بثبوت بنوة البنت (ل) للطاعن طبيعيا فإن عدم حملها لاسمه العائلي واسمه الشخصي برسم ولادتها، ودون أن تحظى برعايته ماديا ومعنويا كتلك التي يقررها القانون للأبناء الشرعيين يجعل الحكم المذكور كالمعدوم، ثم إن المشرع لو أراد أن يثبت الابن البيولوجي لمن تنصل منه لنص على ذلك صراحة ولرتب أثارا على البنوة البيولوجية اسوة بالبنوة الشرعية؛

وحيث إنه فضلا على ذلك فإنه لما ثبت بأن العلاقة بين الطرفين كانت علاقة فساد (زنا) فإنه من المعلوم فقها وقانونا أن ابن الزنا لا يلحق بالفاعل ولو ثبت بيولوجيا أنه تخلق من نطفته لأن هذه الأخيرة لا يترتب عنها أثر يُذكر ولا تحتاج إلى إثباتها فيكون الحكم المطعون فيه لما قضى بثبوت بنوة البنت (ل) للطاعن للعلل الواردة به غير مرتكز على أساس مما تقرر معه إلغائه فيما قضى به في هذا الشق وتصديا الحكم برفض الطلب"[723].

وهكذا تكون محكمة الاستئناف قد هدمت كل الأسس التي استند عليها الحكم الابتدائي في شقه القاضي بثوب البنوة، واعتبرت أنه والعدم سواء، طالما حاول إسقاط آثار البنوة الشرعية على البنوة غير الشرعية، لأن هذه الأخيرة لا يمكن أن يترتب عليها أي آثر يذكر، وأن احتجاج المحكمة بنصوص القرآن وأحاديث نبوية لا مجال له في القضية محل المنازعة، لأن سياقهما مختلف تماما، وأن المحكمة لم تستوعب في فيه الكفاية أسباب نزول الآيات والأحاديث المحتج بها، مما عرض حكمها للإلغاء والبطلان في هذا الجزء.

[723] قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 715 وتاريخ 2017/10/09 في الملف عدد 246 و 273 و 2017/1613/422، غير منشور، الصفحة 4.

ثانيا: موقف محكمة الاستئناف من تعليل الجزء القاضي بالتعويضات المدنية

من ضمن ما عابته محكمة الاستئناف على الحكم الابتدائي في جزئه القاضي بمنح المدعية تعويضا مدنيا قدره 100.000 درهم هو أن أُسس على أسباب غير قانونية ولا يمكن بأي حال إسقاطها على النازلة المعروضة أمامها لانتفاء أي موجب من موجبات تطبيقها، وهكذا عللت محكمة الاستئناف موقفها بالقول:

"...وحيث إنه بخصوص التعويض المحكوم فإن الفصل 77 من ق.ل.ع وإن نص على أن كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار من غير أن يسمح به القانون فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير الزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر وأن المقصود بالغير الشخص المتضرر مباشرة من الفعل أو من انتقل إليه هذا الضرر، وأن يكون هذا الضرر ناتجا عن الإخلال بمصلحة مشروعة؛

وحيث إن المستأنفة وهي طرفا في الفعل الغير مشروع سبق لها وأن تقدمت بطلب التعويض في مواجهة المستأنف عليه وقضت الغرفة الجنحية بالمحكمة الابتدائية بطنجة بتاريخ 2016/03/16 في الملف رقم 2012/16/278 برفض طلبها بعلة عدم توافر عناصر التعويض عن الضرر لكون الفعل غير مشروع، وبالتالي فإن البنت (ل) لا يمكن اعتبارها من المتضررين من الفعل مباشرة، أولا لأن أصله غير مشروع، وثانيا أن والدتها هي طرف في هذا الفعل؛

وحيث إنه وفضلا على ما ذكر فإن البنت تعتبر أجنبية عن المستأنف عليه، لأن البنوة الغير شرعية لا يترتب عنها أية آثار كما نصت على ذلك المادة 148 من مدونة الأسرة، وكلمة آثار شاملة ولا يمكن أن نقصرها على الأثار المؤسسة على النسب وإنما يمكن أن تنصرف إلى غيرها، وقد جاء في قول لابن حزم الأندلسي في كتابه المحلى في جزئه العاشر ص 302 أن ابن الزنا لا يلحق مطلقا بأبيه فلا يترتب عن البنوة غير الشرعية أي آثر من آثار علاقة القرابة

إطلاقا، فلا يرث الابن أباه ولا يرثه هو، ولا له عليه حق الأبوة، لا في بر ولا في نفقة ولا في تحريم ولا في غير ذلك وهو منه أجنبي؛

وحيث إنه تبعا لما ذكر يكون الحكم المستأنف غير مصادف للصواب فيما قضى به من تعويض لفائدة البنت لذلك تقرر إلغائه وتصديا الحكم برفض الطلب بخصوصه"[724].

المطلب الثاني: حق البنوة الجدير بالحماية في ضوء تعليل قرار محكمة النقض[725]

لا شك أن المقتضيات القانونية المنظمة للنسب في إطار مدونة الأسرة عرفت تحولا نسبيا مقارنة مع سابقاتها في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة[726]، فإلى جانب الحفاظ على المبدأ العام القاضي باعتبار النسب يدور وجودا أو عدما مع الفراش استنادا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر[727]"، فإنه تم تسجيل تغيير نسبي يتعلق بالسماح بالاعتراف استثناء بنسب الأطفال المزدادين خلال فترة الخطبة بناء على قاعدة الشبهة سواء تم إبرام عقد الزواج ووقع الإنجاب قبل انصرام أقل أمد الحمل، أو لم يتم إبرام عقد الزواج

---

[724] قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 715 وتاريخ 2017/10/09 في الملف عدد 246 و 273 و 2017/1613/422، غير منشور.

[725] قرار محكمة النقض عدد 1/275 المؤرخ في 2020/9/29 في الملف الشرعي عدد 2018/1/2/365. غرفة الأحوال الشخصية والميراث –القسم الأول-

[726] Marie Pierre Boudine, l'établissement de la filiation naturelle notaire d'un enfant à l'égard d'une -personne hors de reconnaître. Revue de recherche juridique N°4.2001, PAGE 1313.

[727] روى كل من البخاري ومسلم في صحيحيهما، عن ابن شهاب الزهري عن عروة، أن السيدة عائشة أم المؤمنين قالت: "اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد ابن زمعة في غلام، فقال: سعد هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه، أنظر إلى شبهه، و قال عبد بن زمعة، هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شبها بينا بعتبة، فقال هو لك يا عبد، الولد للفراش و للعاهر الحجر، و احتجبي منه يا سودة بنت زمعة، فقالت فلم ير سودة قط".

أخرجه البخاري في صحيحه، الجزء الثامن، مطبعة عالم الكتب بيروت، الصفحة 295.

وأخرجه أيضا مسلم في صحيحه، في كتاب النكاح، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، الجزء الثالث، مطبعة محمد علي صبيح بمصر، طبعة، 1334 الصفحة 17.

أصلا[728]، ولا بد من الاشارة في هذا الصدد أن ما نصت عليه المادة 156 من مدونة الأسرة[729] يعد تقنينا لفتوى سبق وأن قدمها الفقه النوازلي وتبناها في وقت لاحق الفقه المعاصر وحاول الاجتهاد القضائي لبعض محاكم الموضوع تطبيقها في ظل المدونة الملغاة[730]، إلا أن محكمة النقض عارضت ذلك[731]، وهو نفس النهج الذي سارت عليه بمناسبة البت في الطعن بالنقض ضد قرار محكمة الاستئناف الذي قضى بإلغاء الحكم الابتدائي وتصديا رفض الطلب.

---

[728] عبد الرحمان اللمتوني: إثبات النسب بشبهة خلال مرحلة الخطوبة-قراءة في المادة 156 من مدونة الأسرة، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 152، الصفحة 118.

[729] تنص المادة 156 من مدونة الأسرة على ما يلي: " إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:

أ: إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء؛

ب: إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة؛

ج: إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما؛

تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن؛

إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب".

[730] إذا كان الرأي السائد لدى القضاء المغربي قبل صدور مدونة الأسرة قد استقر على عدم الاعتراف بشرعية النسب الناتج عن الخطبة إلا أن بعض الاجتهادات القضائية –المتفرقة-حاولت اتخاذ موقف مغاير وذلك عندما عمدت إلى تكييف العلاقة الجنسية التي تقع بين الخطيبين بأنها علاقة شرعية لا تعتبر ركنا في جريمة الفساد المنصوص عليها في الفصل 490 من القانون الجنائي، جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء: "... إن العلاقة الجنسية بين الخاطب والمخطوبة لا تكون جريمة الفساد المنصوص عليها في الفصل 490 من القانون الجنائي".

قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، صادر بتاريخ 24 يناير 1991، منشور بمجلة الأمن الوطني، العدد 187، سنة 1996، الصفحة 13.

[731] فقد سبق لمحكمة النقض أن اتخذت موقفا صارما من مسألة إثبات نسب الأطفال المزدادين خلال فترة الخطبة وقضت بإلغاء كل الأحكام التي قضت بثبوت النسب الناتج عن الخطبة وذلك تشبثا بحرفية النصوص المنظمة لأحكام النسب في ظل مدونة الأحوال الشخصية، وهكذا عللت أحد قراراتها بالقول:

"...حقا ما نعته الوسيلة، ذلك أن المدعية صرحت في مقالها بأنها وضعت حملها بتاريخ 1980/07/04 حسب الشهادة الطبية الموجودة في الملف...وقد أقامت عقد نكاحها مع الطاعن في 1980/03/02، وسجل الحكم المطعون في حيثياته على أنها وضعت بأربعة أشهر بعد العقد ولم تعارضه في ذلك المطلوبة، بل إنها أكدت ذلك بلفيف شهد شهودها بأنها كانت تعاشر الطاعن معاشرة الأزواج قبل عقد نكاحها، وأنها وقت العقد عليها كانت حاملا، وقد اعتمد القرار في حكمه على لحوق الولد نظرية للفقه الحديث من جواز اعتبار الحمل الذي يظهر بالخطيبة قبل الإشهاد بالزوجية أو وضع الحمل دون ستة أشهر يكون لاحقا شرعا بالخطيب إذا أمكن الاتصال.. وحيث أن ما ذهب إليه القرار مخالف لأصول الفقه المعمول به وللحديث الشريف (الولد للفراش) أي للعقد الصحيح بعد إمكان الوطء؛

وحيث إن وضع الحمل من المطلوبة كان بعد العقد عليها بأربعة أشهر، وأكد ذلك شهودها الذين صرحوا بأنها كانت حاملا حين العقد عليها رغم أن شهادتهم مطعون فيها إذ كيف عرفوا أنها كانت حاملا حين العقد والحمل لا يطلع عليه إلا النساء أو الأطباء بحكم المهنة؛

وحيث إن الحكم بتجاوزه مقتضيات الفصلين 84 و 85 من مدونة الأحوال الشخصية يكون قد خالف صريح نص الفصلين المذكورين، ولا اجتهاد مع النص، الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه قد ارتكز على غير أساس صحيح وتعرض للنقض.

قرار محكمة النقض عدد 622 صادر بتاريخ 1988/05/10 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني (من 1983إلى 1995)، الصفحة 25

الفقرة الأولى: موقف محكمة النقض من تعليلات القرار الاستئنافي

سوف نحاول من خلال هذه الفقرة معرفة الأسباب التي استندت عليها طالبة الطعن بالنقض ضد القرار الاستئنافي القاضي برفض طلبي ثبوت البنوة والتعويض المدني (أولا)، ثم بيان موقف محكمة النقض من هذه الوسائل ومدى قوتها في الإقناع (ثانيا).

أولا: الوسائل المعتمدة في الطعن بالنقض ضد القرار الاستئنافي

شكل صدور القرار الاستئنافي القاضي بإلغاء الحكم الابتدائي القاضي بثبوت البنوة ومنح التعويض المدني للمدنية صدمة للطرف المدعية ومعها مجموعة من التيارات الحقوقية المناصرة لحقوق الطفل والمرأة التي تعتبر أن من أسمى الحقوق التي يجب حمايتها للطفل حقه في معرفة والديه ولحوقه به، لأن ذلك من الحقوق الأساسية التي تضمنها المواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب، ويتجاوز كل الثوابت لأنه يكرس المساواة والمناصفة بين الأبناء سواء ازدادوا نتيجة علاقة شرعية أو غير شرعية.[732]

على هذا الأساس لجأ دفاع المدعية إلى الطعن بالنقض ضد القرار الاستئنافي، مؤسسا طعنه على مجموعة من الوسائل التي اعتبرها مقنعة وجدية أملا في أن يجد في محكمة النقض ما يعزز إيمانه بعدالة القضية من وجهة نظره.

وهكذا تقدم نائب المدعية بمذكرة نقض القرار الاستئنافي وعاب عليه خرقه لمقتضيات الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب معتبرة أن ما استند عليه الحكم من كون "البنوة تستوي آثارها للأم سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية، بينما لا ترتب أي أثر في حق الأب إن كانت غير شرعية" يعد خرقا

[732] سلمى مبتكر، إثبات النسب خارج إطار الزواج، مقال منشور على موقع www.maroclaw.com بتاريخ 2021/06/02.

لمبدأ المساواة المنصوص عليه في الدستور وفي الإعلان العالمي لحقوق الانسان، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ويعتبر شططا في استعمال السلطة.

فمن جهة خرق القرار الاستئنافي لأحكام الدستور راجع لكون تصديره جعل الاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية، وأنه من تم أصبح القضاء ملزما بتطبيق الاتفاقيات الدولية عند تعارضها مع النص الوطني واعتمادها في تعليل قراراته، وأن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه بالنقض بخصوص المادة السابعة من الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل يخالف ما جاء في تصدير الدستور والتوجه القضائي الذي سار في اتجاه ترجيح وسمو مضامين الاتفاقيات والمعاهدات الدولية على القانون الداخلي.

ومن جهة خرق القرار الاستئنافي لمقتضيات الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود حينما قضى بعدم مشروعية التعويض المحكوم به من طرف المحكمة الابتدائية، لأن أركان المسؤولية التقصيرية متوفرة، فالركن المادي للاعتداء يتمثل في ازدياد طفلة وتحميل المدعية المسؤولية وحدها تجاهها، وأن الضرر اللاحق بالطفلة وبالأم ثابت من خلال تهرب الأب البيولوجي من تحمل تبعة فعل ساهم فيه، واستمراره في الإنكار رغم ما أثبته الخبرة الجينية، كما أن العلاقة السببية ثابتة.

أما من جهة الشطط في استعمال السلطة فإن المحكمة عللت قرارها بأكثر مما طلب منها وتناست دورها الوظيفي المتمثل في البت في النزاع المعروض أمامها، لأن النازلة تندرج في إطار دعوى الإشهاد ببنوة بيولوجية بين الأب وابنته التي هي من صلبه حسب تقرير الخبرة الجينية موثوق بنتائجها، وكان على محكمة الموضوع أن يأتي حكمها تقريريا وكاشفا على صحة ما ورد في الخبرة من الاعتراف ببنوة البنت من أبيها، ثم إذا ارتأت ألا ترتب على الأب أي أثار للبنوة

الشرعية، فإن ذلك يبقى من بين اختصاصها وسلطاتها المخولة إليها بمقتضى القانون.

فما موقف محكمة النقض أسباب الطعن هذه؟

ثانيا: تعليل موقف محكمة النقض من القرار الاستئنافي

يعتبر موقف محكمة النقض من الاجتهاد القضائي المتعلق ببنوة الطفل الطبيعي لأبيه البيولوجي وحق الأم في التعويض استمرارا لموقفها المستقر عليه في قضايا إثبات البنوة المحكوم بالتشبث بحرفية النص القانوني المستند على مرجعية فقهية تعتمد قاعدة " الولد للفراش وللعاهر الحجر"[733]، لأجل هذا وبعدما ألغت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي الذي قضى بثبوت البنوة مع استحقاق المدعية لتعويض مدني والحكم بعد التصدي برفض الطلبين معا، وبالرغم من النقاش[734]

---

[733] محكمة النقض بالمغرب تحسم سلباً في بنوة الطفل الطبيعي، مقال منشور بموقع المفكرة القانونية https://legal-agenda.com منشور بتاريخ 20121/04/20، تاريخ الزيارة 2021/09/18.

[734] ونظرا للنقاش القانوني الذي صاحب الحكم الابتدائي، خرج الأستاذ الزردة (رئيس الهيئة التي أصدرت الحكم) بتصريح في مقابلة صحفية لتوضيح الدوافع التي أسست عليها الهيئة القضائية حكمها، بالقول: "...إن المرأة المدعية في النازلة؛ بعدما صرحت أمام المحكمة الجنحية بكونها كانت ضحية اغتصاب ولم تتم متابعتها جنائيا، بينما تمت متابعة المدعى عليه من أجل الفساد بعد انتفاء العناصر التكوينية لجريمة الاغتصاب، وهذا هو الذي تم على أساسه منح الأم تعويضا مدنيا لتقوم برعاية شؤون البيت، وليس تعويضا للأم لشخصها، بل هو للوفاء بمتطلبات البنت واحتياجاتها، والحفاظ على مصالحها، خلافا لما تقتضيه البنوة الشرعية من آثار، ومنها النفقة والحضانة والسكنى وغيرها، ونظرا لكون البنوة موضوع النازلة غير شرعية، تم اللجوء لمقتضيات المسؤولية المدنية المنصوص عليها في الفصل 77 من ق.ل.ع".
وأضاف: "أن الهيئة لم تخرج عن بعض القواعد أو الآراء الفقهية التي تُنصف الأبناء الناتجين عن علاقات خارج إطار الزواج، ومنها قاعدة "الولد للفراش"، أو الآية الكريمة "ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله". فالتأسيس للحكم تم من خلال الكتاب والسنة، وعبر المصالح المرسلة، فهذه الشريحة لا ذنب لها فيما اقرفاه الأبوين من أخطاء شخصية، كما أن المدخل الحقوقي كان حاضرا بقوة وخاصة الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وكذا اتفاقية استراسبورغ، فهما محور الحكم فيما يتعلق بهوية الطفل وحقه في التعرف على أبائه معا، تجسيدا لما يؤكده دستور المملكة في باب على المساواة بين الجنسين، وخاصة الفصل 32 منه الذي يضمن الحقوق المتساوية لجميع الأطفال بصرف النظر عن وضعهم العائلي.
ويضيف الأستاذ الزردة: "هذه الإشارة يجب القاطها بطريقة سليمة، ويجب كذلك تأهيل مدونة الأسرة لترقى إلى مستوى الحقوق الدستورية، كما أن الحكم اعتمد على مقتضيات مدونة الأسرة في باب البنوة، خاصة وأن الممارسة اليومية أفرزت وقائع جديدة يتعين التعامل معها بتفكير آخر يتجاوز كل ما هو موروث، فإلى عهد قريب كانت ولاية المرأة على أبنائها بجانب الأب من المحرمات، أو الرفع من سن الزواج من 15 سنة إلى(=)

الذي صاحب صدور القرار الاستئنافي من حيث تكريسه –حسب التيار الحقوقي- لمبدأ التمييز وعدم المساواة[735] ضد الأطفال المولودون خارج إطار الزواج[736]، ورغم ما تضمنته مذكرة النقض من حجج ودفوعات قصد إقناع محكمة النقض

(=)18 سنة من الممنوعات، وتزويج البنت نفسها دون ولي تطاولا على الشرع، إلا أنها أصبحت اليوم مفعلة بشكل لا يُثير أي رد فعل؛ بعد تدخل الفقه واستقراء النصوص الفقهية بطريقة تواكب مستجدات العصر...".

وقال ذ الزردة: "والبنوة حسب مدونة الأسرة؛ تنقسم إلى شرعية وغير شرعية، هذه الأخيرة تترتب عنها آثار قانونية وليست شرعية، فليس كل ما هو قانوني هو شرعي بالضرورة، ناهيك على أن قانون الحالة المدنية ينص على حق كل طفل في الهوية، ومن ثم كان من حق المولودة موضوع الحكم التمتع بهويتها الكاملة، بصرف النظر عن طبيعة العلاقة الناتجة عنها الولادة، فلا يمكن حرمان طائفة معينة استنادا إلى قواعد قانونية وفقهية أصبحت متجاوزة بموجب التطور العلمي، وما دامت الخبرة الجينية في نازلة الحال تؤكد العلاقة الأبوية بين الوليدة وأبيها، فالقاضي ملزم بتبني خلاصة تقرير الخبرة لإثبات البنوة، وأن أي اعتراض على هذا التوجه؛ بعلة إغفال المحكمة تنزيل قاعدة "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، يُواجه بوجود اراء فقهية ذهبت إلى تقييد تطبيق القاعدة وحصرها في حالة الشك في النسب فقط دون غيرها. اما وأن علاقة البنوة ثابتة بموجب خبرة جينية علمية، فإنه لا مكان لتطبيق القاعدة الفقهية أعلاه".

وفي معرض جوابه عن الاتهامات التي طالت الحكم القضائي؛ بشأن تشجيعه على ممارسة الجنس خارج إطار الزواج، وهي الغاية التي حاولت المحكمة توظيف الاتفاقيات الدولية لتبريرها، قال الاستاذ الزردة : "إن الهدف من الحكم هو تحميل كل طرف في علاقة جنسية غير مبنية على علاقة زواج المسؤولية القانونية والقضائية تجاه فعلته التي آتاها عن رضى وعلم، فمن يستنبط مقاصد الحكم ويضعه في سياق الوقائع التي بُني عليها، سيجد أن غاية الحكم ومقصده ليس تشجيع العلاقات غير الشرعية خارج إطار الزواج، بل عكس ذلك، فهو يقف حاجزا أمام كل من سولت له نفسه ممارسة علاقة جنسية خارج إطار الزواج مع التحلل من كل النتائج التي من الممكن أن تترتب عنها كالولادة غير الشرعية، كما أنه جاء لحماية الطرف الضعيف في هذه النوازل المتكررة، كمثل النازلة موضوع حكم المحكمة الابتدائية بطنجة".

انظر حوار الأستاذ محمد الزردة، رئيس قسم الأسرة بالمحكمة الابتدائية بطنجة مع المجلة الالكترونية "سلطانة"، بتاريخ 16 مارس 2017. موقع المجلة:

https://www.youtube.com/c/soltanaofficiel

[735] في هذا الصدد انتقد الدكتور أحمد الخمليشي أحد أبرز الفقهاء المجددين في الساحة المغربية ومدير دار الحديث الحسنية بالرباط، وعضو اللجنة المكلفة بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية سابقا، الموقف المحافظ لمدونة الأسرة من موضوع نسب الأطفال المزدادين خارج مؤسسة الزواج، معتبرا أن آراء الفقهاء القدماء كانوا أكثر انفتاحا من موقف التشريع الحالي، مؤكدا في السياق ذاته أن حكم ابتدائية طنجة طبق فقط مقتضيات المادة 142 من مدونة الأسرة حينما أقر ببنوة طفلة طبيعية لأبيها البيولوجي.

أحمد الخمليشي: "إثبات البنوة خارج مؤسسة الزواج"، مداخلة ضمن أشغال ندوة نظمتها جمعية السيدة الحرة بطنجة، بتاريخ 18/03/2017، غير منشورة.

[736] أطلقت جمعية "إنصاف" عريضة الكترونية موجهة لرئيس الحكومة والبرلمان المغربي على هامش تقديم نتائج الاستعراض الدوري الشامل لسنة 2017، تحمل عنوان "براكا" من التمييز ضد الأطفال المولودون خارج إطار الزواج، واعتبرت فيها أن الحكومة والبرلمان المغربيين يحملان الطفل المولود خارج إطار الزواج مسؤولية خطأ والديه، وأضافت أنه: "من الواجب رفع كل أشكال التمييز عن هذه الفئة من الأطفال، احتراما للمادة 32 من الدستور، التي تؤكد على أن الدولة تكفل الحماية القانونية المتساوية لجميع الأطفال، مهما كان وضعهم العائلي"، كما ذكرت بنتائج دراسة أنجزتها تفيد بأن سبعة من كل عشرة آباء مستقبليين يتم إبلاغهم بحالات حمل خارج الزواج، لكن معظمهم يرفض الاعتراف بالمولود، كما أن 30 ألف حالة حمل لعازبات تسجل سنوياً في المغرب يعانين من الإقصاء والرفض والتمييز وحتى الاستغلال.

للمزيد حول هذا الأمر: دراسة أنجزتها جمعية إنصاف بتعاون مع منظمة الأمم المتحدة ونشرت نتائجها سنة 2011.

بإبطال القرار الاستئنافي، إلا أن محكمة النقض حافظت على ما استقرت عليه من قرارات في مثل هذه الحالات، واعتبرت أن كل علاقة فساد لا يمكن بأي حال أن يترتب عليها أي أثر بالنسبة للأب، وعللت قرراها بالقول:

"...حيث تعيب الطاعنة القرار في الوسيلة الأولى بفساد التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن المحكمة مصدرته اعتمدت في تعليله على أحاديث نبوية وعلى أن ابن الزنا لا يُلحق بالفاعل ولو ثبت بيولوجيا بأنه تخلق من نطفته، مع أن نازلة الحال تتعلق بدعوى إثبات بنوة البنت من أبيها الطبيعي وليس بنسبها إليه. وأن مدونة الأسرة ميزت بين ثبوت النسب وثبوت البنوة، وأن شراح المادة 148 منها ذهبوا إلى أن البنوة تبقى دائما قائمة مادام أنها نسل من الأبوين، وأنها تختلف في إنتاج الآثار القانونية والشرعية بخصوص النسب المنتج للتوارث، ولذلك فإن ما ذهبت إليه المدونة من كونها لا شرعية بالنسبة للأب وشرعية للأم مخالفا لمبدأ المساواة المنصوص عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين لسنة 1966 ودليلا على عدم ملائمة نصوص المدونة للمواثيق الدولية التي تسبق قواعدها على الدستور والقانون، كما أن الفصل المذكور مخالف للمادة 7 من اتفاقية حقوق الطفل التي تعطيه الحق في معرفة والديه، وأن محكمة النقض ميزت بين البنوة والنسب من خلال قرارها رقم 57 الصادر بتاريخ 2007/11/14 في الملف عدد 2006/465، وأن حالات نفي النسب الشرعي مرتبط بما أطره المشرع بموجب المواد 150 إلى 162 من المدونة ولا علاقة لذلك بنازلة الحال، وأن المحكمة مصدرة القرار الغت حقيقة ما أثبتته خبرة جينية موثوق بنتائجها من ثبوت بنوة البنت لأبيها، وذهبت إلى منحى لا علاقة له بالقانون والشرع وخلطت بين النسب والبنوة، وكان استدلالها في غير موضعه، وهو ما يعتبر فسادا للتعليل الموازي لانعدامه؛

وتعيبه في الفرع الأول من الوسيلة الثانية بخرق الدستور، ذلك أن تصديره جعل الاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب تسمو فور نشرها على التشريعات

الوطنية، وأنه من تم أصبح القضاء ملزما بتطبيق الاتفاقيات الدولية عند تعارضها مع النص الوطني واعتمادها في تعليل قراراته، وأن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه بالنقض بخصوص المادة السابعة من الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل يخالف ما جاء في تصدير الدستور والتوجه القضائي الذي سار في اتجاه ترجيح وسمو مضامين الاتفاقيات والمعاهدات الدولية على القانون الداخلي، وأن تجاهل القرار المطعون فيه بالنقض لكل ذلك يعتبر خرقا جوهريا للقانون ويعرضه للنقض.

وتعيبه في الفرع الثاني من ذات الوسيلة الفصل 77 من ق.ل.ع، ذلك أن المحكمة عللت قرارها بعدم مشروعية التعويض المحكوم به ومخالفته لمقتضيات الفصل المذكور، وأنه خلافا لذلك، فإن الركن المادي للاعتداء يتمثل في ازدياد الطفلة وتحميل الطالبة المسؤولية لوحدها، وهذا الركن يرتب آثاره من خلال الاعتداء على القانون الذي يمنع الاتصال الجنسي خارج مؤسسة الزواج، وأن هذا الاعتداء نتج عنه ضحية هو الطفلة، ولا يمكن تبرئة الأب من تحمل المسؤولية، لأنه مسؤول عن ابنته سواء نسبت إليه بالنسب أو بالبنوة، ويقع عليه الإنفاق أو التعويض دون التوارث، كما أن الضرر الذي لحق الطالبة تجلى في ازدياد الطفلة وتحملها المسؤولية بإنكار المطلوب في الطعن لعلاقته بالطفلة المزدادة نتيجة فعله واعتدائه، وأن مقتضيات المادة 77 من ق.ل.ع تحمل المسؤولية لمرتكب الفعل شرط ثبوت أن الفعل كان سببا مباشرا في حصول الضرر، وأن الضرر في نازلة الحال مزدوج تجاه الأم والطفلة التي من حقها الحصول على النفقة والتعويض.

وتعيبه في الوسيلة الثالثة بالشطط في استعمال السلطة، ذلك أن المحكمة مصدرته عللته بأكثر مما طلب منها وتناست دورها الوظيفي المتمثل في البت في النزاع المعروض أمامها، لأن نازلة الحال تندرج في إطار دعوى الإشهاد ببنوة بيولوجية بين الأب وابنته التي هي من صلبه حسب تقرير خبرة جينية موثوق بنتائجها، وكان على محكمة الموضوع أن يأتي حكمها تقريريا وكاشفا على صحة ما ورد في الخبرة من الاعتراف ببنوة البنت من أبيها، ثم إذا ارتأت ألا ترتب على

الأب أي آثار البنوة الشرعية، فإن ذلك يبقى من بين اختصاصها وسلطاتها المخولة إليها بمقتضى القانون، وأنه بناء عليه، فإن القرار جاء غير مصادف للصواب، والتمست نقضه؛

لكن ردا على الوسائل مجتمعة للارتباط، فإنه من المقرر فقها وقضاء أن من شروط المدعى فيه أن يكون معتبرا شرعا، وإلا فالدعوى تكون غير مسموعة، كما أن الدستور المغربي عندما جاء في تصديره جعل الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب؛ وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة؛ وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو فور نشرها، على التشريعات الوطنية، فإنه نص أيضا على العمل على ملائمة هذه التشريعات، مع ما تتطلبه تلك المصادقة، ثم نص صراحة في الفصل 32 منه، على أن "الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع"، وبما أن المادة 148 من مدونة الأسرة تنص على أنه "لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية، فإن المطالبة بالحكم بثبوت البنوة البيولوجية غير الشرعية للبنت مع المطلوب في النقض مع انقطاع النسب بينهما لا موجب يبرر الحكم بها لا شرعا ولا قانونا، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما عللت ما جرى عليه منطوق قرارها بأنه ثبت لها أن العلاقة التي كانت تجمع طرفي النزاع هي علاقة فساد، وأن ابن الزنا لا يُلحق بالفاعل ولو ثبت بيولوجيا أنه تخلق من نطفته لأن هذه الأخيرة لا يترتب عنها آثر يُذكر، وأن البنت تعتبر أجنبية عن المطلوب في النقض ولا تستحق أي تعويض لأنها ناتجة عن فعل غير مشروع كانت أمها طرفا فيه، وأن مفهوم الفقرة الثالثة من الفصل 32 من الدستور ينصرف إلى المساواة بخصوص التمتع بالحقوق المدنية وتوفير الحقوق التي خولها المشرع كل في الإطار الذي حدده القانون، فإنها أسست لقضائها واحترمت مقتضيات الدستور وأحكامه، وطبقت القواعد القانونية وقواعد الفقه المعمول به، وهي بمثابة قانون، الذي يقرر بأن ولد الزنا يلحق بالمرأة لانفصاله عنها بالولادة بغض النظر عن

سبب الحمل هل هو وطء بعقد شرعي أو شبهة، أو زنا، ويكون منقطع النسب من جهة الأب ولا يُلحق به ببنوة ولا نسبا، وعللت قرارها تعليلا سليما، ولم تخرق القانون المحتج به، ويبقى ما أثير غير مرتكز على أساس، مما يستوجب رفض الطلب وعلى الطالبة المصاريف".

إذن كان هذا تعليل محكمة النقض في جوابها على وسائل طالبة النقض، والتي يتضح أنها جاءت واضحة ومختصرة مقارنة بتعليلات الحكم الابتدائي أو القرار الاستئنافي، وذلك مرده إلى أن دور محكمة النقض في هذه النازلة انصب على مراقبة مدى وجود خرق القانون في القرار الاستئنافي من عدمه والبحث عن الخطأ القانوني الذي سقط فيه قاضي الموضوع، وتحديد وجه التطبيق الصحيح للنص والواجب اتباعه، أو التفسير السليم الذي يتلاءم والنية الحقيقية للمشرع، لذلك ارتأت محكمة النقض أن القرار الاستئنافي جاء مطابقا للقانون ولم يخرق المقتضيات المحتج بها، فكان تأييده للقرار الاستئنافي ورفض طلب نقضه مؤسسا على سلامة تعليله من وجهة نظر محكمة النقض.

الفقرة الثانية: موقفنا من تعليل الحكم الابتدائي والقرار الاستئنافي

من الملفت للنظر في الحكم الابتدائي الصادر عن قسم قضاء الأسرة لدى المحكمة الابتدائية بطنجة أنه علل الحكم بالتعويض المدني لفائدة الأم وفقا للمقتضيات المقررة في اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الطفل[737]، والاتفاقية الأوربية المنعقدة بمدينة ستراسبورغ المؤرخة في 1996/01/25[738]، اعتقادا منها أنها أسست تعليلها على أساس ثابت ومتين، بحيث تصورت المحكمة أن الحماية التي تقررها اتفاقيات دولية مصادق عليها من قبل دولة القاضي، ومنشورة بالجريدة

[737] صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في نيويورك دون تصويت، بموجب القرار رقم 44، الصادر في 20 نونبر 1989، وصادق عليها المغرب بمقتضى الظهير الشريف رقم 363.93.1 المؤرخ في 1996/11/21 ونشر بالجريدة الرسمية عدد 4440 وتاريخ 1996/12/19 الصفحة 2847.

[738] صادق عليها المغرب وفقا للظهير رقم 25.14.1 الصادر في 2014/03/06 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6242 المؤرخ في 2014/03/27.

الرسمية للدولة المذكورة، تسري دون تمييز وبغير تفرقة بين الأبناء الناتجين عن الاتصال بين رجل وامرأة كيفما كانت الطبيعة القانونية لهذا الاتصال، تحت مظلة مبدأ المساواة والمناصفة وعدم التمييز، وتبعا لذلك استحقاقه للتعويضات المدنية التي تفرضها قواعد المسؤولية التقصيرية (أولا)، وهو ما تصدت له محكمة الاستئناف وقضت بفساد تعليل المحكمة الابتدائية (ثانيا).

أولا: تجليات نقصان تعليل الحكم الابتدائي

سنحاول أن نبين النقصان الذي شاب الحكم الابتدائي في الشق المتعلق بثبوت البنوة للأب البيولوجي (أ) ثم في الشق المتعلق بمنح التعويضات المدنية استنادا لقواعد المسطرة المدنية (ب).

أ: في الشق المتعلق بثبوت البنوة للأب البيولوجي

يتعين الانتباه جيدا إلى أن المحكمة الابتدائية في حكمها القاضي بثبوت بنوة البنت (ل) لأبيها البيولوجي (المدعى عليه) قد تقيدت بشكل دقيق وصارم ليس فقط بالمنطوق الذي خلُص إليه حكم المحكمة الزجرية المثبت لواقعة الفساد التي سبق أن أُدينت من أجلها المدعية استنادا إلى ذات الوقائع التي أسست عليها دعواها المدنية الرامية إلى إثبات البنوة، ولكن، وفوق ذلك؛ تقيدت أيضا بالأثر القانوني والشرعي الناتج عن رابطة الفساد، المتمثل في نفي نسب المولود الناشئ عن الرابطة المذكورة تجاه الأب المزعوم المدعى عليه في النازلة، وهو النفي الذي تكرر التأكيد عليه في غير ما موضع من الحكم الذي بينا تعليلاته آنفا، فقد ردت به المحكمة على الدفوع التي أثيرت لديها وخاصة الدفع بالقاعدة الفقهية: "لا يجتمع حد ونسب"، فعللت قضائها بمناسبة تصديها للدفوع المثارة لديها كالآتي:

1: في الدفع بقاعدة "لا يجتمع حد ونسب"

حيث إن تطبيق القاعدة الفقهية، القاضية بعدم اجتماع الحد والنسب، إنما يكون محله إثبات النسب، والحال أن المدعية أسست طلبها على أحكام البنوة غير

الشرعية، المقررة في المواد 142 و143 من مدونة الأسرة، مما لا مجال معه للاستدلال بالقاعدة المذكورة أعلاه، لاختلاف الإطار القانوني".

وهذا ما تواتر عليه اجتهاد محكمة النقض، فعللت إحدى قراراتها بالقول:

"...إن المحكمة لما قضت برفض طلب ثبوت النسب بعلة أن العلاقة التي جمعت بين الطرفين مجرد علاقة جنسية غير شرعية حسب القرار الجنحي الاستئنافي الذي أدانهما من أجل جنحة الفساد، تكون قد طبقت الفقه المعمول به الذي بمقتضاه لا يمكن الجمع بين حد ونسب، ولم تخرق المادة 156 من مدونة الأسرة وعللت قرارها تعليلا سليما"[739].

وجاء في قرار آخر: "...بقتضى المادة 156 من مدونة الأسرة يشترط لكي ينسب حمل المخطوبة للخاطب بالشبهة اشتهار الخطبة وأن يكون الحمل أثناءها، والثابت أن الطاعنة استدلت بقرار جنائي قضى بإدانة المطلوب من أجل جناية اغتصابها، والمحكمة لما استخلصت من الوثائق ومن البحث الذي أجري أن الخطبة لم تثبت لديها ولم تشتهر بين الأسرتين وبأن الخبرة **وإن أثبتت البنوة البيولوجية فإنها لا تثبت البنوة الشرعية ما دامت باقي الشروط المتعلقة بإثبات النسب غير متوفرة تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا** إضافة إلى أن الفقه والقضاء استقرا على أن الزنا والاغتصاب لا يلحق بهما النسب لأن الحد والنسب لا يجتمعان إلا في حالات خاصة"[740].

2: في الدفع بالأحكام المستدل بها:

حيث باطلاع المحكمة على الأحكام المستشهد بها، من طرف نائب المدعى عليه، تبين أنها لا تتعلق بالبنوة موضوع نازلة الحال، إنما مجال تطبيقها في حالة

---

[739] قرار محكمة النقض عدد 167 بتاريخ 2016/02/16 في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/712، نشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 28:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2016/1636110906.pdf

[740] قرار محكمة النقض عدد 327 بتاريخ 2008/06/11 في الملف عدد 2007/1/2/443، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2008/1638531925.pdf

ثبوت النسب الشرعي، المنصوص عليه في المواد 150 إلى 162 من مدونة الأسرة، مما يكون معه الاستدلال بها جاء في غير إطاره القانوني السليم، ويتعين رد الدفع.

3: في طلب النفقة:

طلب النفقة غير مرتكز على أساس قانوني، ذلك أن أسباب وجوب النفقة على الغير هي الزوجية، والقرابة والالتزام، طبقا للمادة 187 من مدونة الأسرة، وأن البنوة غير الشرعية لا يترتب عليها، بالنسبة للأب، أي آثر من آثار البنوة الشرعية، بصريح نص المادة 148 من نفس المدونة، مما يتعين معه رفض الطلب.

وإذ نرى أن هذا التأكيد الأخير على عدم إنتاج البنوة غير الشرعية لأي آثر بالنسبة للأب هو الذي استهلت به المحكمة تعليل حكمها وهي بصدد تعريف البنوة، بقولها:

"...حيث عرفت المادة 142 البنوة على أنها تتحقق بتنسل الولد من أبويه، وهي شرعية وغير شرعية، وتكون شرعية، بالنسبة للأب، في حالات قيام سبب من أسباب النسب، وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة على النسب شرعا حسب المادة 144 من مدونة الأسرة، أما بالنسبة للأم، فتستوي البنوة في الآثار التي تترتب عليها، سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية حسب المادة 146 من المدونة، كما أن البنوة غير الشرعية لا يترتب عليها أي آثر من آثار البنوة الشرعية، بالنسبة للآب حسب المادة 148 من المدونة".

وإلى هذا الحد، إذن، لم تتجاوز المحكمة دائرة القواعد الشرعية والمقتضيات القانونية المتعلقة بالنسب وما يتولد عنه من نتائج وآثار، فقد استبعدت حتى إمكانية مناقشة رابطة النسب بين الأب وبين المولودة المدعى بها، ولذلك رفضت الاستجابة لطلبات المدعية الرامية لإلزام المدعي بالتصريح بالمولودة لدى مصالح الحالة المدنية وكذا بالإنفاق عليها، لأن النفقة إنما تجب للقرابة، وهي غير ثابتة بين

المولودة وبين المدعى عليه لانتفاء رابطة الزوجية التي تنشأ عنها القرابة الموجبة للنفقة، وبالنتيجة لا مأخذ على المحكمة من هذا المسلك، فقد كان تأكيدها لعدم ثبوت النسب صائبا تماما ولا محاججة عليه، لأن المولود نشأ عن رابطة جنسية غير شرعية، ولذلك فهي لاغية بالنسبة للآب، فلا يلحق به الولد، لا في النسب، ولا في الاسم، ولا في الجنسية، ولا في الميراث[741].

إلا أننا ونحن بصدد البحث والتحري في هذه النقطة عثرنا على قرار لمحكمة النقض أيد قرارا قضى باستحقاق ابن ناتج عن علاقة غير شرعية للنفقة استنادا للالتزام، ومما عللت به محكمة النقض قرارها ما يلي:

"...حيث ينعى الطالب على القرار المطعون خرقه للفصل 359 من ق.م.م وانعدام التعليل، ذلك أن الالتزام بالنفقة الذي اعتمدته المحكمة غير صحيح **لاستناده إلى سبب ومحل غير مشروعين لأن الابن ازداد قبل إبرام عقد الزواج فهو ابن زنا لا يصح الإقرار ببنوته ولا يجوز استلحاقه ثم إن الالتزام بالنفقة انصب على شيء مستقل وهو غير محدد وواضح** فلم تحدد تاريخ بداية استحقاق النفقة ونهايتها الذي تم الالتزام لفائدته، فالالتزام ابرم في وقت لم يكن فيه الولد مزدادا بعد وهو التزام باطل؛

لكن حيث إن النفقة كما تجب بالقرابة تجب بالالتزام، فإن من التزم لمدة محددة بنفقة الغير صغيرا أو كبيرا ولو لحمل بين لزمه ما التزم به، فإن كان لمدة غير محددة تولت المحكمة تحديدها، وإذ هي قضت بالنفقة استنادا إلى التزام الطالب بها للحمل البين من المطلوبة في النقض إلى حدود تاريخ صدور القرار وقدرتها وفق ظروف الطالب التي ثبتت لها في الملف الأسري ومستوى الأسعار مع التوسط

[741] أحمد زوكاغي، نسب الابن الطبيعي إلى الأب البيولوجي، تعليق على الحكم الصادر عن ابتدائية طنجة، غرفة الأحوال الشخصية، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 157، مارس-أبريل 2021، الصفحة 531 وما بعدها.

تكون قد طبقت الفصلين 205-189 من مدونة الأسرة وعللت قرارها تعليلا سليما، مما يجعل ما بالوسيلة بدون أساس"[742].

غير أن الذي يمكن مناقشة من وجهة نظر قانونية بالنسبة لتعليل الحكم القضائي، إنما يتمثل في التفرقة التي أقامها من حيث الآثار بين البنوة الشرعية وبين البنوة البيولوجية، بحيث قررت أن الآثار الشرعية والقانونية للبنوة لا تتولد إلا عن البنوة الشرعية، أما البنوة الطبيعية، وهي التي لا تستند لنكاح صحيح أو شبهة، فهي في نظر المحكمة لا تُعفي الأب الطبيعي أو البيولوجي من التزامات معينة يفرضها تورطه في العلاقة الجنسية التي أقحم فيها نفسه مع الأم، الأمر الذي يستحيل في النهاية إلى اعتبار الأم ضحية بدورها، مثلها مثل المولود، وذلك بالركون إلى بنود الاتفاقيات الدولية التي بنت عليها المحكمة قضائها كما بينا ذلك سلفا.

وعليه، إذا كانت الهيئة القضائية بالمحكمة الابتدائية تصرفت على هذا النحو، وفهمت التزام الدولة المغربية بالمعاهدين اللتين أحال عليهما الحكم على النحو الذي عللت به قضائها، فلا شك أن الهيئة القضائية قد أساءت التقدير، وجانبت الصواب في هذا الجانب لسبب بسيط، هو أن الأمم المتحدة نفسها راعت أثناء مناقشة الاتفاقية المتعلقة بمكافحة التمييز في ضد المرأة لسنة 1979 المعروفة اختصارا ب "سيداو"، التحفظات التي أبداها الوفد العربي الإسلامي بخصوص الأحكام الواردة في الاتفاقية المذكورة، وخاصة المتعلقة بالتبني، حيث أثار الوفد الممثل للدول العربية الإسلامية الحظر الذي تقرره الشريعة الإسلامية بالنص الصريح المانع من التبني، الوارد في التنزيل الحكيم وفي السنة النبوية الشريفة، وبناء على ذلك، صاغ

[742] قرار محكمة النقض عدد 381 بتاريخ 2005/07/20 في الملف الشرعي عدد 2005/1/2/29، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2005/1640088585.pdf

واضعوا اتفاقية حقوق الطفل مقتضيات خاصة، تتعلق بالكفالة، ضمن المادة 21 منها، لتحل محل الأحكام الخاصة بالتبني[743].

وهو نفس النهج الذي سلكه المغرب إزاء النصوص المقررة في اتفاقية سيداو لسنة 1979 نفسها والتي تدعو للمساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات، حيث ذيلت المملكة المغربية المصادقة على الاتفاقية المذكورة بتحفظ مفاده أن المملكة وهي تصادق على الاتفاقية؛ تتحفظ بالنسبة للأحكام المتعلقة بالتسوية في الميراث بين الذكر والأنثى؛ ولوجود مقتضيات صريحة في الشرع الإسلامي تعلو على التشريع، ولا يستطيع المشرع الوضعي المساس بها[744].

لأجله نقول أن تعليل الحكم الابتدائي القاضي بثبوت البنوة استنادا للعلل التي سطر بها تعليله قد جانب الصواب فيما ذهب إليه لأن البنوة غير الشرعية لا يمكن أن يترتب عليها أي آثر يذكر، وأن لجوء المحكمة إلى الاستشهاد بنصوص القرآن وأحاديث نبوية واتفاقيات دولية دون أن تتحقق يقينا من أسباب نزولها ومواضع تطبيقها فأخذت بها على إطلاقها وحملتها مما تحتمل فعرضت تبعا لذلك حكمها للإلغاء والبطلان في هذا الجزء، وهي نتيجة منطقية وقانونية لا خلاف فيها.

ب: في الشق المتعلق بالاستجابة لطلب التعويض المدني

لعل النقطة المتعلقة بتأسيس المسؤولية على قاعدة الفعل المتمثل في جريمة الفساد التي نتج عنها الإنجاب، تستحق التوقف عندها، والبحث في ما إذا كانت تشكل واقعة يُسأل عنها طرف واحد دون قرينه الذي اقترف معه الفعل الجرمي، فأصبح بالتالي شريكا له بالمفهوم القانوني لمصطلح المشاركة، وذلك لأن فعل الفساد لا يتحقق إلا إذا ارتكبه رجل وامرأة، لا تربط بينهما رابطة الزواج، ولا يتوفر لأحدهما مانع يحول دون المتابعة، فإن نسبة المسؤولية المدنية لأحد طرفي

[743] أحمد زوكاغي، نسب الابن الطبيعي إلى الأب البيولوجي، تعليق على الحكم الصادر عن ابتدائية طنجة، غرفة الأحوال الشخصية، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 157، مارس-أبريل 2021، الصفحة 532.

[744] أحمد زوكاغي، نسب الابن الطبيعي إلى الأب البيولوجي، المرجع نفسه، ص532.

الفعل الضار دون الآخر، أمر لا يستقيم، وبالتالي يحتاج إلى دليل من العسير العثور عليه.

على الرغم من أن المحكمة التي صدر عنها الحكم الابتدائي محكمة مدنية، لا تتقيد بالتكييف الذي توصلت إليه المحكمة الزجرية بالنسبة للفعل الجرمي ومقوماته، إلا أنها تتقيد بالوقائع التي أثبتها الحكم الجنحي الذي أحالت عليه واتخذته أساسا لتقرير المسؤولية المدنية.

وبما أن الواقعة التي أقيمت على أساسها الإدانة تتعلق بالفساد، وهو كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربطهما رابطة زواج، فهو بهذا الوصف من صنف الأفعال التبادلية التي لا يقترفها شخص بمفرده، ومن ثم تتعدى صفة وهيئة كل طرف من طرفي علاقة الفساد منزلة المشارك لترقى لمرتبة مساهم، كان له دور أساسي في تحقيق الركن المادي لفعل الفساد، بحيث لم يكن دوره يقتصر كالشريك؛ على توجيه الفاعل الأصلي بالأمر أو تحريضه، أو بغيرهما من صور المشارك في الجريمة[745].

لذلك، يتضح من خلال حيثيات الحكم الابتدائي أن القيد الذي كبل يد قاضي المحكمة الابتدائية ودفعه للاعتراف لبنوة غير شرعية بالتعويض لفائدة الأم المدعية، إنما كان هو اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الطفل، علما أن الاتفاقية لا تتحدث لا عن تعويض ولا عن ضرر أو خطأ، بل هي تتكلم عن إلحاق الولد

---

[745] هذا وإن الصفة التبادلية لجرم الفساد هي التي أكد عليها الذكر الحكيم، في قوله تعالى في سورة النور، الآية 1: "الزانية والزاني"، وفي التعليق عليها يقول الإمام القرطبي: الزاني...اسم لوطء الرجل امرأة في فرجها، من غير نكاح ولا شبهة نكاح، بمطاو عنها، وإن شئت قلت، هو إدخال فرج في فرج، مشتهى طبعا، محرم شرعا...ذكر الله، سبحانه وتعالى الذكر والأنثى، والزاني كان يكفي منهما، فقيل ذكرهما للتأكيد، كما قال تعالى: "والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما"، ويُحتمل أن يكون ذكرهما هنا لئلا يظن ظان أن الرجل لما كان هو الواطئ، والمرأة محل: ليست بواطئة، فلا يجب عليها الحد، فذكرهما رفعا لهذا الإشكال الذي أوقع جماعة من العلماء، منهم الشافعي، فقالوا لا كفارة على المرأة في الوطء في رمضان، لأنه قال جامعت أهلي في نهر رمضان، فقال له النبي، صلى الله عليه وسلم: كفر، فأمره بالكفارة، والمرأة ليست بمجامعة ولا واطئة".
انظر: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مراجعة محمد إبراهيم الحنفاوي ومحمود حامد عثمان، دار الحديث، القاهرة، 2002، الجزء 6، الصفحة 462.

بأبويه وعن الإقرار بحقه في الرعاية الأبوية التي تقتضي تدخل القضاء لحماية الولد مما قد يضره إن هو لم يحظ بالرعاية والعناية الأبوية، وهو ما عرض قراره للطعن بالإلغاء من طرف محكمة الاستئناف، وتم تأكيد ذلك على مستوى محكمة النقض.

إلا أن موقفنا من هذه القضية ينسجم عن ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية، فنقول أنه طالما أن العلاقة الجنسية غير الشرعية والتي تكون مبنية على التراضي بين طرفيها يشترك فيها الرجل والمرأة، فإن هذه المشاركة ينبغي أن تنصرف إلى كل الأثار القانونية (وليس الشرعية) الناتجة عنها، فيتحمل كل طرف فيها مسؤوليته، وخاصة إذا ما نتج عن هذه العلاقة غير الشرعية حمل وولادة، فإذا كانت الأم تظل مسؤولة في جميع الأحوال عن آثار هذه العلاقة، لأن الحمل مرتبط بها ولا يمكنها التحلل منه أو نفيه عنها، فإن مشاركها الرجل لا يتحمل من وجهة نظر قانونية أية مسؤولية، فوجود الحمل أو غيابه سيان بالنسبة إليه لأن القانون لا يُلزمه بشيء، وهكذا يستطيع بسهولة بمساعدة القانون التحلل من مسؤوليته المدنية عن الحمل والولادة الناتجة عن علاقته الجنسية العابرة.

وإذا كان موضوع النسب قد نظمه الشرع تنظيما محكما لا يمكن لأي كان التطاول عليه أو محاولة ترتيب آثاره على حالات البنوة غير الشرعية، كما أن الشرع ذاته اعتبر أن البنوة غير الشرعية لا يمكن أن يترتب عنه أي آثار بالنسبة للأب، فإننا نقول أن تحميل هذا الأخير جزء من المسؤولية عن الأفعال غير الأخلاقية التي أقدم عليها ولو في "شقها المدني" لا نعتبره يتعارض مع ما أورده الشرع في هذا الباب، لأن المسألة تبقى في نطاق الآثار القانونية ولا تتعداه إلى الأثار الشرعية، فإلزام المشارك في العلاقة الجنسية التي نتج عنها حمل وولادة بتحمل جزء من المسؤولية عن طريق الحكم عليه بتعويضات مدنية تستجيب لبعض حاجيات المولود من شأنه أن يخفف العبء عن الأم العازبة التي تعاني الويلات

لأجل القيام بشؤونه، والحال أنها غالبا ما تكون ضحية وعود كاذبة بالزواج أو بالخطوبة أو غيرها من الآمال والوعود المعسولة الكاذبة.

فالواقع العملي بالمحاكم يبين لنا مدى خطورة الأمر، خاصة في ضوء تزايد مخيف في القضايا التي يكون موضوعها إثبات البنوة أو إثبات النسب أو إثبات الزوجية، وهي كلها قضايا تكون نقطة انطلاقها علاقة جنسية خارج إطار الزواج، ثم تحلل الزوج من وعوده ومسؤوليته، فتبقى المحكمة الملاذ الأخير لهؤلاء، والتي أُغرقت حد التضخم بمثل هكذا ملفات.

وللتغلب على مثل هذه القضايا بعد استنفاذ كل السبل التوعوية والتثقيفية والزجرية وغيرها، لا ضير إن تحمل الرجل قسطا من المسؤولية المدنية، لأننا نرى أنه بمجرد أن يعلم الشريك الرجل أن حكما بالتعويض في انتظاره إن هو شارك في علاقة جنسية نتج عنها حمل وولادة فلا شك أنه سيفكر جديا قبل خوض هذه المغامرة غير المحمودة النتائج، كما أن المسألة من شأنها أن تحد من ظاهرة التخلي عن الأطفال غير الشرعيين لأن المرأة في هذه الحالة تتوفر على من يساعدها ولو ماديا للنهوض بشؤون وليدها.

وإذ نقول هذا، فإننا كذلك لا نبتغي أن يُترك الأمر على إطلاقه، وإنما لازم سن مقتضيات قانونية تؤطره، فطلب التعويض المدني عن المسؤولية المدنية للشريك في علاقة جنسية نتج عنها ولادة لابد أن يُبنى على خبرة جينية تؤكد بنسبة لا شك فيها ثبوت الرابطة الأبوية للأب البيولوجي حتى يكون مطمئنا أن المولود الذي يصرف له تعويضا تحدده المحكمة هو منه لا من غيره، وهذا في الحقيقة موضوع ينبغي أن يُفتح للنقاش الفقهي والقانوني والقضائي على غرار قضية الإجهاض على سبيل المثال لا الحصر.

ثانيا: دراسة تقييمية لحيثيات القرار الاستئنافي موضوع الدراسة

على الرغم من صحة ودقة وسلامة النتائج التي توصلت إليها محكمة الاستئناف وهي تتصدى لحكم المحكمة الابتدائية، إلا أن الحيثيات التي بنت عليها النتائج التي خلُصت إليها ليست بمنأى عن التمحيص والنقاش.

فمن جهة أولى، لا يؤثر في شيء صدور تشريع داخلي في تاريخ لاحق لنفاذ اتفاقية دولية في سمو الاتفاقية وفي الالتزام بترجيحها على القانون الداخلي بصرف النظر عما إذا كانت الأحكام المقررة فيها متلائمة مع مقتضيات القانون الداخلي أو متعارضة معها، وسواء كان التعارض واضحا صريحا أو ضمنيا مضمرا، لسبب بسيط جدا هو الحيلولة دون الاحتجاج بالقانون الداخلي، أو اللجوء إلى إصدار تشريع لاحق، يُلغي أو يُعدل من أحكام اتفاقية سابقة، إذ يفسر مثل هذا السلوك في الرغبة في التملص من اتفاقية دولية.

لقد كان على قاضي الطعن بالاستئناف أن ينأى بنفسه عن مناقشة مسألة باتت بديهية ومسلما بها، ووقع الحسم فيها منذ مدة ليست بالقصيرة، واعتاد المشرع الوطني على أن يستعمل بشأنها عبارة غدت تقليدية مألوفة، فقد فصلت فيها بنص صريح معاهدة فيينا المتعلقة بالحق في إبرام المعاهدات الموقع عليها في 23 ماي 1969 وصادق عليها المغرب سنة 1973، التي جاء في مادتها 27: "لا يجوز أن يستند أحد الأطراف إلى مقتضيات قانونه الداخلي، لتبرير عدم تنفيذ معاهدة ما ولا تمس هذه القاعدة بمقتضيات الفصل 46[746].

[746] تقضي المادة 46 من معاهدة فيينا المذكورة بالمتن، بما يلي: "أن التعبير عن قبول إحدى الدول الارتباط بمعاهدة، خلافا لأحد مقتضيات قانونها الداخلي، المتعلقة بالأهلية في إبرام المعاهدات، لا يمكن أن تستند إليها هذه الدولة، باعتباره عيبا من عيوب قبولها، ما عدا إذا كانت هذه المخالفة جلية، وكانت تتعلق بقاعدة ذات أهمية أساسية من قانونها الداخلي.
تعتبر المخالفة جلية عندما تكون بديهية بالنسبة لكل دولة تسلك، في هذا الميدان، مسلكا يتلاءم والعرف المعتاد وحسن النية".

كما أن كثيرا من نصوص القانون الداخلي لم تعد تغفل عن التأكيد على سمو المعاهدات الدولية على القانون الداخلي، خاصة بالنسبة للمجالات التي يكون للأجانب رعايا الدول المتعاقدة نصيب فيها، ويعبر المشرع الوطني عادة عن الالتزام بترجيح أحكام الاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي بعبارة "مع مراعاة الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، والمنشورة على الوجه الصحيح..."[747].

هذا بالإضافة إلى التأكيد على سمو الاتفاقيات الدولية بمقتضى ديباجة الدستور المغربي، المصادق عليه بإجماع الأمة، في فاتح يوليوز 2011، حيث ورد النص على هذا التأكيد، بوجه خاص، من ناحية، في الفقرة الثالثة من الديباجة، وبمقتضاها:

"...وإدراكا منها لضرورة تقوية الدور الذي تضطلع به، على الصعيد الدولي، فإن المملكة المغربية، العضو العامل والنشيط في المنظمات الدولية، تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات، وتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان، كما هي متعارف عليها عالميا، كما تؤكد عزمها على مواصلة العمل للمحافظة على السلم والأمن في العالم".

ومن ناحية ثانية جاء التأكيد الصريح على سمو المعاهدات الدولية ضمن الفقرة ما قبل الأخيرة من الديباجة، حيث أكدت على:

"...جعل الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو، فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملائمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك المصادقة".

---

[747] أحمد زوكاغي، نسب الابن الطبيعي إلى الأب البيولوجي، تعليق على الحكم الصادر عن ابتدائية طنجة، غرفة الأحوال الشخصية، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 157، مارس-أبريل 2021، الصفحة 532.

وباعتبار أن الاستئناف ينشر الدعوى من جديد أمام المحكمة، فقد كان على هيئة الطعن وهي تناقش تعليل المحكمة الابتدائية التي بنته على أساس اتفاقيات دولية وفسرت أحكامها على النحو الذي يوصل إلى الغاية التي أرادت المحكمة المذكورة بلوغها، كان على هيئة الطعن أن تنبري بشكل مباشر إلى تنبيه قاضي المحكمة الابتدائية إلى الحدود التي رسمها المشرع بنفسه للقاعدة العامة المتعلقة بسمو المعاهدة الدولية على القانون الداخلي، بموجب ديباجة الدستور، التي نصت صراحة، على أن "الهوية المغربية تتميز بتبوأ الدين الإسلامي مكانة الصدارة فيها، وذلك في ظل تشبث الشعب المغربي بقيم الانفتاح والاعتدال والتسامح والحوار، والتفاهم المتبادل بين الثقافات والحضارات الإنسانية جمعاء".

وبهذه الطريقة تكون الهيئة مصدرة القرار الاستئنافي، أوجدت تفسيرا خاصا للحكم المقرر في المادة 46 من معاهدة فيينا التي تجيز الاحتجاج بأي عيب من عيوب قبول المعاهدة، إذا كانت تتعلق بأهلية الدولة، في حالة ما إذا كان العيب ينطوي على مخالفة لا يمكن التغاضي عنها، وكانت تتعلق بقاعدة ذات أهمية أساسية من قانونها الداخلي".

وهذا ما نجده متوفرا في القضية التي نحن بصدد مناقشتها، إذ أن الاتفاقيات الدولية المُعتمد عليها في الحكم الابتدائي تتعارض مع القيم التي تشكل جزءا لا يتجزأ من الدين الإسلامي، وهو الذي يعتبر بصريح النص الوارد في الفقرة الثالثة من المادة الأولى من الدستور، أول وأهم الثوابت التي تمثل جوهر الهوية بالنسبة للأمة المغربية، مما يعني في نهاية الأمر، أن الإقرار بأي أثر من آثار العلاقات الجنسية غير المشروعة يعتبر مسألة لا سبيل مطلقا لبحثها ومناقشتها، وبالأحرى تبريرها والتنقيب لها عن مسوغ يجعل لها مكانة في مجتمع مغربي إسلامي، وبعد إعمال النظر الشرعي على القضية المعروضة، ومنها على وجه الخصوص، مسألة إثبات النسب عن طريق تحليل الجينات، وهي المسألة التي تحفظ تجاهها القضاء المغربي، واعتبر الوسيلة المقبولة لإثبات النسب لا تخرج عن قاعدة "الولد

للفراش"، وأن أي وسيلة أخرى، طبية أو جراحية، إنما يعتد بها إذا كان من شأنها دعم القاعدة أعلاه.

ومن الملاحظ أن الهيئة القضائية التي نظرت استئنافيا في الطعن ضد الحكم القضائي، لم تول الاهتمام اللازم لنقطة أساسية في الدعوى، ذلك أن محكمة الدرجة الأولى حكمت لفائدة الأم بالتعويض، دون أن تتطرق للنفقة الواجبة للمولود وما يستتبعها من لوازم وأثار لفائدة الابنة المدعى فيها، مع أنها الضحية في النازلة، وهي المتضرر من العلاقة الجنسية الحرة التي نشأت بين المدعية والمدعى عليه، مع العلم أن الاتفاقية التي استندت عليها المحكمة الابتدائية لا تتحدث عن تعويض أو غيره من أصناف جبر الضرر، وإنما أكدت على ضرورة مراعاة المصلحة الفضلى للطفل، التي من شأنها تأكيد هويته ووضعه واعتباره، مما من شأنه أن يجنبه التعقيدات الاجتماعية والنفسية والعائلية التي يعاني منها مجهول النسب، ويصطدم بها في جميع مراحل حياته.

ونتيجة لذلك، فإن التوجه الذي سلكته المحكمة غير ذي معنى، ولم يكن الهدف منه حسب تعليلات الحكم واضحا تماما، لا من تطبيق اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، ولا من إعمال الاتفاقية الأوربية، المعقودة بستراسبورغ مادام لم يتقرر فيهما شيء يخدم مصالح المولود.

لذلك، كان في إمكان قاضي الحكم الابتدائي أن يحذو حذو ما استقر عليه القضاء في دول أوربا الغربية مثلا، حيث يقرر القضاء استبعاد تطبيق اتفاقية دولية نافذة ومنشورة ومصادق عليها، وذلك بالاستناد لسبب بات معتاد لديها ومألوفا وهو النظام العام، وهو مبدأ انعقد الإجماع على أنه مفهوم واسع وملتبس وغامض، وذلك سر جاذبيته ونجاعته، إذ يدع المجال فسيحا، ويمنح القاضي حرية كبيرة للتقدير، وقياس الأمور على ضوء القيم والاعتبارات الراهنة في المجتمع، لذلك، وحتى لا نُبخس المجهود المبذول في تعليل القرار الاستئنافي، فإن ما ذهبت إليه يعتبر عين

الصواب، وأن محاولة إثبات صحة قرارها بتعليلات كان يمكن الاستغناء عنها- لا يمكن بأي حال أن ينُقص من قيمة الحيثيات التي استندت عليها.

المطلب الثاني: حماية التعليل لمبدأ المساواة والمناصفة في باقي قضايا الأسرة

سنحاول من خلال هذا المطلب أن نتطرق لأحكام وقرارات متنوعة انصب موضوعها على حماية حق المساواة والمناصفة، واجتهد فيها القاضي بحسب فهمه للوقائع المعروضة عليه، حتى يستجيب للحد الأدنى من متطلبات العدالة، وما تقتضيه أحيانا من لزوم التحلي بالجرأة والشجاعة لبناء حكم قضائي على تعليلات متينة يصعب النيل منها مهما بلغت درجات الطعن فيها، لذلك سنتوقف عند حكم قضائي قضى بضرورة إرجاع تلميذة للمؤسسة التعليمية تطبيقا لمبدأ المساواة (الفقرة الأولى)، ثم تدخل القاضي لحماية ضحية قاصر في علاقة جنسية ترتب عنها تسطير متابعة لها من قبل النيابة العامة المختصة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دور التعليل في حماية حق المساواة والمناصفة في التعليم

سنقف (أولا) عند وقائع النازلة، ثم نعرج ثانيا على تعليل الحكم القضائي بشأنها.

أولا: ملخص وقائع النازلة

بتاريخ 2020/11/25 أصدر رئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضياً للمستعجلات، أمرا يقضي بالسماح لتلميذة بمتابعة دراستها في إحدى المدارس الخاصة، بعدما مُنعت من الدخول إليها بسبب وضعها للحجاب فوق رأسها، هذه القضية طرحت من جديد إشكالية المساواة في ضمان الحق في التمدرس، والمساواة في الحريات الفردية للتلاميذ، وأماطت اللثام عن بعض النظم الداخلية لبعض مدارس البعثات الأجنبية بالبلاد التي تكرس التمييز.

وبناء على المقال الافتتاحي للدعوى بتاريخ 2020/11/12 التي تقدم به المدعي (أب الضحية) بواسطة نائبه بدعوى استعجالية إلى رئيس المحكمة الابتدائية بالقنيطرة، يعرض فيها أن ابنته البالغة من العمر 12 سنة تتابع دراستها في إحدى المدارس الكاثوليكية بالمدينة، إلا أنها بتاريخ 2020/11/09 عند ذهابها للمدرسة وهي مرتدية لغطاء الرأس، مُنعت من الدخول للمدرسة وهو نفس السلوك الذي تكرر معها بتاريخ 2020/11/10، حيث سلمت إدارة المدرسة لوالدة التلميذة التزاما عائليا لتوقيعه يتضمن تعهد التلاميذ بعدم تغطية الرأس، تحت طائلة الطرد من القسم، وهو ما رفضت الاستجابة له[748].

وأضاف المدعي بموجب مقاله الافتتاحي أن هذا السلوك يعد ضربا لحق الطفل في حرية المعتقد، والحق في التعليم والحق في المساواة باعتبارها من أهم الحقوق المكفولة في الدستور؛ وفي الاتفاقيات الدولية، ملتمسا إصدار أمر استعجالي في مواجهة المؤسسة المدعى عليها، بالسماح لابنته بمتابعة دراستها، تحت طائلة غرامة تهديدية.

وفي معرض جوابها عن الدعوى، أفادت المدرسة المدعى عليها، بأن لها قانون داخلي يلزم التلاميذ بارتداء زي موحد، وعدم وضع غطاء للرأس، وأن أب الطفلة سبق أن وقع على الالتزام باحترام القانون الداخلي للمؤسسة، وأن العقد شريعة المتعاقدين طبقا لمقتضيات الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود، وأن المدرسة بصفتها جزءا من التعليم المسيحي بالمغرب، وهي مؤسسة بعثة أجنبية تتوفر على أجهزتها الخاصة وغير خاضعة للقوانين المطبقة على التعليم الخاص، فضلا عن أن دخول الطفلة بزي مخالف للقانون الداخلي للمؤسسة سيُعطي الحق غدا لتلميذ آخر بارتداء حلية في أذنه، أو شورت، كما سيعطي الحق لتلميذة

[748] وقائع الأمر الاستعجالي رقم 799، صادر بتاريخ 2020/11/25، في الملف الاستعجالي رقم 2020/1101/767 عن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة، غير منشور.

أخرى في ارتداء نقاب كامل داخل القسم؛ دون أن يكون للمؤسسة إمكانية التدخل، تحت حجة الاتفاقيات الدولية، وحقوق الانسان، ملتمسة رفض الدعوى.

ثانيا: تعليلات الحكم الابتدائي

وبعد دراسة القضية وحجز الملف للتأمل، ردت المحكمة دفوعات المؤسسة المدعى عليها واستجابت لطلب المدعي وقضت بضرورة السماح للتلميذة بمتابعة الدراسة بالمؤسسة، وعللت قضائها بالقول:

"...حيث إن القانون الداخلي بوصفه مجموعة من القواعد التي تضعها المؤسسة من أجل تنظيم هياكلها وتحديد طريقة سير العمل بها، انسجاما مع أهدافها وغاياتها ومجال تخصصها، لا ينبغي أن يتعارض مع ما هو ضروري ولازم لتحقيق هذه الأهداف، أو يتنافى مع القوانين الدستورية والتشريعية سارية المفعول في البلد الذي سوف تطبق فيه، والتي تقر حقوقا أصيلة لا مجال للانتقاص منها؛

وحيث إن غاية المؤسسة التعليمية هي تربية التلاميذ على السلوك القويم وحسن تعليمهم وتثبيت هويتهم الوطنية، وأن هذه الغايات لن تتأثر بوضع غطاء الرأس، كما أن ذلك لا يشكل أي إخلال بالسلوك الحميد الذي ينبغي أن يتحلى به التلاميذ من خلال ارتداء لباس محتشم يليق بوضعيتهم كتلاميذ؛ ولا يعيق سير العمل العادي داخل المؤسسة، خصوصا وأن ارتداء غطاء الرأس جاء بالشكل المقبول مجتمعيا، ولا يتضمن أي مساس بالنظام العام، أو الأخلاق الحميدة أو حقوق الآخرين أو حرياتهم الأساسية[749]؛

وحيث إن منع التلميذة من مواصلة دراستها بسبب وضعها لغطاء الرأس يعد تعديا على حقها الدستوري في التعليم، كما من شأنه أن يؤدي إلى الاخلال بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بينها وباقي التلاميذ، خاصة وأنه مر على بداية الموسم

[749] حيثيات الأمر الاستعجالي رقم 799، صادر بتاريخ 2020/11/25، في الملف الاستعجالي رقم 2020/1101/767 عن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة، غير منشور

الدراسي ما يناهز ثلاثة أشهر؛ مما يجعل عنصر الاستعجال قائما لتعلق الأمر بحقّ دستوري وهو حق التعليم"[750].

وتبعا للعلل أعلاه، أمر قاضي المستعجلات المؤسسة المدعى عليها بالسماح للتلميذة استئناف دراستها بالمؤسسة تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 2000 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ والنفاذ المعجل.

وجدير بالملاحظة أن الحكم القضائي انتصر لحق التلميذة في متابعة دراستها بغض النظر عن المبررات التي قدمتها المؤسسة المدعى عليها؛ واعتبرت المحكمة أن الاختصاص منعقد للقضاء الاستعجالي لأن الأمر يتعلق بحق دستوري وهو الحق في التعليم، مع ما يفرضه ذلك من ضرورة استحضار الزمن الدراسي.

كما يلاحظ أن الحكم القضائي تفادى مناقشة القضية من منظور ديني، حيث استعمل عبارة غطاء الرأس، ولم يستعمل عبارة "الحجاب الشرعي"، كما أنه اعتبر أن ارتداء هذا اللباس جاء بالشكل المقبول مجتمعيا ولا يعيق سير العمل العادي داخل المؤسسة.

كما أسس القاضي الاستعجالي حكمه على مبدأ "الضرورة كشرط لتقييد بعض الحريات"، معللا ذلك بكون وضع غطاء الرأس من طرف تلميذة لا يؤثر على أداء المؤسسة التعليمية لأدوارها، وأن العكس هو الصحيح، إذ أن حرمان التلميذة من التمدرس بهذه العلة؛ من شأنه أن يمس بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين التلاميذ.

ولم يفت القاضي الاستعجالي التعليل لنتيجة الحكم بالركون إلى مقتضيات الدستور المغربي وبالأخص الفصل 31 منه الذي يكفل المساواة في حق الحصول

---

[750] أمر استعجالي رقم 799، صادر بتاريخ 2020/11/25، في الملف الاستعجالي رقم 2020/1101/767 عن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة، غير منشور.

على تعليم عصري ميسر الولوج وذي جودة، ولم يلتفت الحكم إلى ما تنص عليه اتفاقية حقوق الطفل، على خلاف عدد من الأوامر الاستعجالية التي صدرت لحماية حق الأطفال في التمدرس، وهذا في نظرنا يعبر عن قناعة القاضي بكفاية الأسباب التي علل بها حُكمه، ووجد فيها ضالته، وأن مقتضيات القانون الداخلي؛ فيها من الضمانات التي ترُّد الحيف الذي طال المدعية؛ ما يُغني عن البحث في نصوص المواثيق الدولية، يكفي فقط توفر الصنعة القضائية لدى القاضي للتعبير عن قناعته بشكل مُقنع ومتوافق مع مقتضيات القانون.

الفقرة الثانية: ضمان المساواة في الحماية القضائية لضحية علاقة جنسية

سنحاول في هذه الفقرة الوقوف عند إحدى أهم القضايا التي تهم شأن الأسرة المغربية بشكل عام، وذلك بالاطلاع على أحدث القرارات التي صدرت عن محكمة النقض المغربية في قضية تتعلق بضبط فتاة قاصر متزوجة متلبسة بالخيانة الزوجية رفقة شريك لها (أولا) وصدر حكم بشأنها تم الطعن فيه بالنقض من طرف النيابة العامة المختصة (ثانيا).

أولا: موجز وقائع النازلة

يعمل القضاء على تطبيق القانون سواء الوطني أو الدولي لكن وفق المقاربة الدستورية، فدور القاضي كما هو بين جلي صيانة الحقوق والحريات في حدود ما يسمح به التشريع في كل مستوياته، وإن تطلب الأمر تطبيق المعايير الدولية، وهو ما تحقق بمناسبة البت في دعوى قضائية نتيجة توقيف فتاة قاصر متلبسة بجريمة الخيانة الزوجية بناء على شكاية من طرف زوج المتهمة، فتمت متابعتها من قبل النيابة العامة أجل الخيانة الزوجية، وعملت على إحالتها على أنظار قاضي الأحداث بالمحكمة الابتدائية كما تقضي بذلك مقتضيات المادة 461 من قانون المسطرة الجنائية[751] وتابعت شريكها من أجل المشاركة في الخيانة

[751] تنص المادة 461 من قانون المسطرة الجنائية: "تحيل النيابة العامة الحدث الذي يرتكب جريمة إلى قاضي الاحداث أو المستشار المكلف بالأحداث؛ (=)

الزوجية، وبعد دراسة القضية وحجز الملف للتأمل، خلصت المحكمة في قضائها إلى التصريح بعدم مؤاخذة الفتاة من أجل ما نسب إليها والتصريح ببراءتها، فتم تأييده استئنافيا، فلجأت النيابة العامة لسلوك طريق الطعن بالنقض لإلغاء القرار، فما هي الأسباب التي بنت عليها النيابة العامة تقريرها بالطعن بالنقض؟

بعد إحالة المسطرة على النيابة العامة التي قررت متابعة المتهمة القاصر وإحالتها على السيد قاضي الأحداث، الذي صرح بعد استنفاذ ولايته في القضية بعدم مؤاخذة القاصر من أجل ما نسب إليها والتصريح ببراءتها معللا حكمه بكون المتابعة سُطرت ضد قاصر، وهو مما يفرض التعامل معها على أساس كونها ضحيةٌ فعل تغرير وهتك عرض من طرف الشريك لا اعتبارها متهمة، فاستأنفت النيابة العامة قرار قاضي الأحداث متمسكة بمقتضيات المادة 22 من مدونة الأسرة التي تنص على أن القاصر التي تحصل على إذن قضائي بالزواج، تكتسب الأهلية المدنية في ممارسة الحق في التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، معتبرة أن هذه المادة ترتّب أيضا المسؤولية الجنائية في حق القاصر التي حصلت على إذن قضائي للزواج.

أيدت المحكمة الاستئنافية قرار قاضي الأحداث فتقدمت النيابة العامة من جديد بعريضة نقض في مواجهة القرار الاستئنافي معتبرة أنه خرق مقتضيات قانون الأسرة والقانون الجنائي[752].

وحيث عللت النيابة العامة صحيفة طعنها بالنقض "بخرق القرار الاستئنافي لمقتضيات المادة 534 من قانون المسطرة الجنائية، ما جعله على الوجه الذي جاء به مشوبا بنقصان التعليل الموازي لانعدامه، واستندت على هذه الوسيلة بقولها:

(=)إذا وجد مع الحدث مساهمون أو مشاركون رشداء، وجب فصل قضيتهم عن القضية المتعلقة بالحدث، وتكون النيابة العامة ملفا خاصا للحدث تحيله إلى قاضي الأحداث أو إلى المستشار المكلف بالأحداث...".

[752] تقرير الطعن بالنقض عدد 01-2019 ضد القرار الاستئنافي الصادر بتاريخ 2019/05/23 في الملف الجنحي الاستئنافي عدد 2019/1801/01، غير منشور.

"...من حيث وسائل النقض: خرق مقتضيات المادة 534 من قانون المسطرة الجنائية: حيث إنه من الثابت قانونا أن كل حكم أو قرار يجب أن يكون معللا تعليلا كافيا يمنعه من أن يطعن فيه بأي وسيلة من وسائل الطعن؛

وحيث إن كل قرار ناقص التعليل يوازي انعدامه؛

وحيث ثبت لدينا من خلال الرجوع إلى حيثيات الحكم المطعون فيه بالنقض أن المحكمة اعتبرت المتهمة حدثا من خلال تطبيق مقتضيات الفصل 484 من القانون الجنائي، وأن الركن المادي للخيانة الزوجية لا يمكن تصوره إلا بالنسبة لامرأة راشدة ببلوغها سن ثمانية عشر سنة شمسية كاملة[753]؛

وحيث إن محكمة ثاني درجة أيدت الحكم الابتدائي وسارت على نفس التوجه الذي سار عليه حكم المحكمة الابتدائية؛ معتبرة المتهمة ضحية لا تسري عليها مقتضيات الفصل 491 من القانون الجنائي، الأمر الذي يجعل القرار الاستئنافي محلا للطعن بالنقض؛

وحيث إنه بالرجوع إلى مقتضيات المادة 22 من مدونة الأسرة نجدها تنص على أنه: "يكتسب المتزوجان طبقا للمادة 20 أعلاه، الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"؛

وحيث إن من الواجبات المتبادلة بين الزوجين طبقا لمقتضى المادة 51 من مدونة الأسرة إحصان الزوجين وإخلاص كل منهما للآخر؛

وحيث إنه برجوع المحكمة إلى مقتضيات المادتين أعلاه؛ سيتبين لها أن مشرع مدونة الأسرة لم يقصد تحديد الآثار المترتبة عن عقد الزواج بالنسبة للقاصر

[753] تقرير الطعن بالنقض عدد 01-2019 ضد القرار الاستئنافي الصادر بتاريخ 2019/05/23 في الملف الجنحي الاستئنافي عدد 2019/1801/01، غير منشور.

المتزوج؛ في الآثار المدنية وحدها المنصوص عليها في المدونة، بل ترك اللفظ عاما يحتوي جميع الآثار الممكن ترتيبها على عقد الزواج؛ سواء المنصوص عليها في مدونة الأسرة أو تلك الواردة في قوانين أخرى بما فيها الآثار الجنائية، إذ لا يمكن تجزئة الآثار المترتبة عن عقد الزواج؛

وحيث إن اللفظ العام الذي جاءت به المادة 22 من المدونة؛ يجعل أحكام القانون الجنائي تسري على القاصر المتزوج الذي اكتسب أهليته المدنية المحددة تشريعا في ثمانية عشر شمسية كاملة من خلال هذه الوضعية، سواء المقتضيات الحمائية منها أو الرادعة له، وارتباطا بنازلة الحالة فإنه ما كانت تسري على المتهمة أحكام الفصل 491 من القانون الجنائي لولا الصلة التي تربطها بالمطالب بالحق المدني المتجلية في عقد الزواج؛

وحيث إنه تبعا لذلك، وبالرجوع إلى المقتضيات أعلاه يتضح وبكل جلاء أن القرار الاستئنافي أعلاه خرق وبشكل سافر مقتضيات الفقرة الرابعة من المادة المشار إليها أعلاه؛

ومن الناحية القانونية فإن ما قامت به المتهمة القاصر يشكل جنحة الخيانة الزوجية وإعطاء القدوة السيئة للأبناء في سوء السلوك المحددة عناصرها في الفصلين 491 و482 من القانون الجنائي، والتمست النيابة العامة التصريح بنقض وإبطال القرار الصادر عن الغرفة الاستئنافية بالمحكمة الابتدائية بالصويرة بتاريخ 2019/05/23 في الملف الاستئنافي عدد 2019/01 وإحالة الملف على نفس المحكمة قصد البت فيه من جديد وهي مشكلة من هيئة أخرى"[754].

[754] تقرير الطعن بالنقض عدد 01-2019 ضد القرار الاستئنافي الصادر بتاريخ 2019/05/23 في الملف الجنحي الاستئنافي عدد 2019/1801/01، غير منشور.

ويبدو لنا من الوهلة الأولى أن تقرير النيابة العامة استند إلى مقتضيات مدونة الأسرة وخاصة المادة 22 منه التي منحت المتزوجين حق اكتساب الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات. ومن آثار عقد الزواج حسب مقتضيات مدونة الأسرة الإحصان والعفاف، فما موقف محكمة النقض من ذلك؟

ثانيا: موقف محكمة النقض من تعليل محاكم الموضوع.

أ: حماية الأسرة كباعث في تجريم الخيانة الزوجية في القانون المغربي

نقول بداية أن حماية الأنساب من الاختلاط هي من مناطات وأسباب تجريم الخيانة الزوجية، لكنها ليست العلة الوحيدة في ذلك، حيث إن حماية الأسرة وعرض الزوج المجني عليه وشرفه وكذا كيان المجتمع وقيمه تعتبر كذلك من بواعث التجريم، وفي هذا الشأن ذهب الفقيه الفرنسي أدولف ريولط إلى القول بأن الخيانة الزوجية هي إخلال بالثقة بين الزوجين[755]، وبذلك نجده لم يشترط أن يكون هذا الإخلال متحصلا بالعلاقات الجنسية غير المشروعة لأحد الزوجين أو بغيره من الأفعال التي قد تكون ممهدة له، كالمضاجعات وتبادل القبل والرسائل الغرامية، وذلك لكون الزواج هو عقد ونظام غايته الدوام والاستمرار ومحله استئثار تمتع كل طرف بشريكه حصرا دون الغير، وكون التفريط في هذا الاستئثار هو خرق لالتزام عقدي تحكمه إلى جانب القواعد القانونية الآمرة قيم وعادات وتقاليد المجتمع التي تعتبر مخالفة قواعدها مخالفة للنظام العام، وقد اعتبر فعل الخيانة الزوجية في ظل مقاربة القانون الفرنسي اعتداء يمس التزامات وواجبات المؤسسة الزوجية؛ خصوصا واجبا المعيشة المشتركة والإخلاص[756].

---

755 أدولف ريبولت، القانون الجنائي في شروح، دار المعرفة للنشر، ط 1990 الصفحة 117.

756 معتصم فريح، " نحو فهم أمثل لجنحة الخيانة الزوجية" مقال منشور بمجلة القانون والأعمال الدولية، مجلة الكترونية، بتاريخ 2021/10/29 https://www.droitetentreprise.com.

ولخطورتها على قيم المجتمع وبنيان الأسرة، فقد جرمتها مختلف النظم القانونية ومنها القانون المغربي، الذي نص في الفصل 491 من القانون الجنائي على أن: "يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية، ولا تجوز المتابعة في هذه الحالة إلا بناء على شكوى من الزوجة أو الزوج المجني عليه؛ غير أنه في حالة غياب أحد الزوجين خارج تراب المملكة فإنه يمكن للنيابة العامة أن تقوم تلقائيا بمتابعة الزوج الآخر الذي يتعاطى الخيانة الزوجية بصفة ظاهرة".

ويتحق الركن المادي لجنحة الخيانة الزوجية بالمواقعة، ولا يجوز للمحكمة أن تقرر الإدانة إذا اقتنعت بغياب الوطء بين الرجل والمرأة مع احترام وسائل الإثبات المقررة للمؤاخذة بالخيانة الزوجية، وهي المحضر الرسمي الذي يحرره أحد ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس أو اعتراف مضمن بمكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم أو الاعتراف أمام مجلس القضاء[757].

كما تواترت قرارات محكمة النقض برفض إثبات الخيانة الزوجية دون الوسائل المنصوص عليها أعلاه ولو تعلق الأمر بخبرة جينية، فعللت إحدى قراراتها بالقول:

"...لا تثبت جريمة الخيانة الزوجية إلا بإحدى وسائل الإثبات المحددة حصرا في الفصل 493 من القانون الجنائي وهي: محضر رسمي يحرره أحد ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس أو اعتراف تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم أو اعتراف قضائي، وبالتالي لا تكون المحكمة الزجرية قناعتها

[757] انظر المادة 493 من القانون الجنائي.

في ثبوت الجريمة على وسيلة إثبات أخرى غيرها حتى ولو كانت خبرة جينية قاطعة في موضوع النسب"[758].

إلا أننا باستقراء القرارات الحديثة لمحكمة النقض المغربية يتبين لنا أن موقفها عرف تحولا نوعيا ينم عن التشدد في جرائم العرض وانتهاك الآداب، وخاصة جرائم الخيانة الزوجية، فلم تعد تشترط الركن المادي المتمثل حصرا في المواقعة بين الرجل والمرأة للقول بثبوت الخيانة الزوجية، بل وسعت بشكل كبير من نطاق هذا الحصر القانوني واعتبرت أن مجرد تبادل القبل بين المرأة المتزوجة وشريكها يجعلها تحت طائلة المساءلة القانونية من أجل الخيانة الزوجية، ويجعل شريكها مشاركا في ذلك.

ففي قرار حديث لها اعتبرت محكم النقض أن اعتراف زوجة بتبادل قُبل مع رجل أجنبي عنها، يجعل جريمة الخيانة الزوجية قائمة في حقها، وعللت قرارها بالقول:

"... حيث يتجلى من تنصيصات القرار المطعون فيه أن المحكمة المصدرة له استندت على صواب في إدانة الطاعنة من أجل جنحة الخيانة الزوجية إلى اعترافها في محضر الشرطة القضائية بتبادل القبل مع رجل أجنبي عنها، وهو فعل يشكل خيانة زوجية في حق زوجها، فهو خيانة لرابطة الزوجية والوفاء والثقة بين الزوجين، وإن هذا الاعتراف ينزل منزلة الاعتراف الذي تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عنها، وبالتالي وسيلة إثبات قانونية طبقا لمقتضيات الفصل 493 من القانون الجنائي، وتكون المحكمة قد طبقت القانون تطبيقا سليما"[759].

---

[758] قرار محكمة النقض عدد 1024 بتاريخ 2011/10/26 في الملف الجنحي عدد 2011/3/6/9526، قضاء محكمة النقض عدد 75، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2011/1638877858.pdf

[759] قرار محكمة النقض عدد 3/1431، صادر بتاريخ 2018/10/17، ملف جنائي عدد 2017/6/21974، غير منشور.

وفي أحدث قرار لها بغرفتين، أقرت محكمة النقض باعتماد الدليل العلمي المتمثل في الخبرة الجينية لإثبات الجرائم المعاقب عليها في الفصلين 490 و 491 من القانون الجنائي (الفساد والخيانة الزوجية)، وذلك زيادة على وسائل الإثبات المحددة حصرا بمقتضى الفصل 493 من القانون الجنائي، واعتبرت محكمة النقض:

"...أن الخبرة الجينية هي دليل وحجة علمية لا يتسرب الشك إلى مدى قوتها الثبوتية، وقرينة قوية وكافية على وجود علاقة جنسية بين الطاعن والضحية، نتجت عنها ولادة، يمكن من خلالها نسبة واقعة العلاقة الجنسية إلى الطاعن، ولذلك، فإن محكمة الموضوع باعتمادها تقرير الخبرة الجينية، تكون قد مارست السلطة المخولة لها قانونا في تفسير وتأويل النص القانوني في ضوء المستجدات والاكتشافات العلمية الحديثة، التي أصبح معها الدليل العلمي وسيلة إثبات قطعية، وآلية من آليات تفسير وتأويل النص القانوني، لا يمكن للمنطق السليم أن يتغاضى عنه متى كان حاسما"[760].

إذا كانت محكمة النقض قد وسعت من دائرة الأفعال الجرمية التي تشكل العناصر التكوينية لجنحة الخيانة الزوجية المرتكبة من طرف الزوج الراشد، فكيف تعاملت مع جنحة الخيانة الزوجية المرتكبة من طرف الزوج القاصر؟

ب: موقف محكمة النقض من تعليلات القرار الاستئنافي القاضي بالبراءة

بعد أن قضى القرار الاستئنافي المطعون فيه بالنقض من طرف النيابة العامة بالمحكمة الابتدائية بالصويرة ببراءة الزوجة القاصر من جنحة الخيانة الزوجية، وبعد عرض الملف على محكمة النقض أصدرت هذه الأخيرة قرارا

[760] قرار محكمة النقض عدد 3/1019 بتاريخ 2021/06/22 في الملف الجنائي بغرفتين عدد 2018/3/6/1314، غير منشور، أورده السيد الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية بمناسبة افتتاح السنة القضائية لسنة 2022، الرباط 26 يناير 2022.

جريئا في مجال حماية الطفولة[761]، حيث قضى في منطوقه بتأييد القرار الاستئنافي معللة قرارها غير المسبوق على مقتضيات اتفاقية حقوق الطفل، واعتبر أن القاصر التي توبعت من أجل جنحة الخيانة الزوجية لا يمكن مؤاخذتها من أجل المنسوب إليها، لأنها ضحية في جميع الأحوال، فعللت ذلك بالقول:

"...حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما قضت بتأييد الحكم المستأنف القاضي ببراءة المطلوبة في النقض (الحدث) من جنحة الخيانة الزوجية وإعطاء القدوة السيئة، استندت في تعليلها إلى أن هذه الأخيرة ما تزال قاصر غير مكتملة التمييز، وبالتالي تكون ضحية في العلاقة المذكورة (في وقائع النازلة) ومحمية قانونا طبقا لمقتضيات المادة 484 من القانون الجنائي، ومن ثمة لا يمكن اعتبارها فاعلة أصلية في جنحة الخيانة الزوجية وإنّما ضحية، طالما لم تتجاوز سن 18 سنة من عمرها".

وأضافت محكمة النقض في تعليلها:

"...وحيث إن المحكمة طبقت القانون تطبيقا سليما عندما اعتبرت أن القاصر لا يُعتد بإرادتها في العلاقات الجنسية مع الغير، ما دام أن المشرع اعتبره ضحية غير مكتمل التمييز؛ وأضفى عليها حماية قانونية، واعتبر كل عبث بجسده ؛ ولو بإرادته يشكل جريمة هتك عرض قاصر، وهو ما لا يمكن استبعاده بالتوسع في تفسير مقتضيات المادة 22 من مدونة الأسرة، والتي لئن منحت المتزوجين الأهلية في ممارسة الحقوق المدنية الناتجة عن عقد الزواج، فإن الأمر لا يمتد إلى نسخ جميع المقتضيات القانونية الحمائية للقاصر في جرائم العرض بمجرد زواجه؛ والتي تهدف إلى ضمان حماية المصلح الفضلى للطفل القاصر، وهو ما ينسجم والتزامات المغرب الدولية بمقتضى اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 المصادق عليها من طرفه...".

[761] قرار محكمة النقض في الملف عدد 2019/3/6/20823 بتاريخ 2021/10/18غير منشور.

وعليه، قضت المحكمة بعدم قبول طلب النقض المرفوع من طرف النيابة العامة وتأييد القرار الاستئنافي فيما قضى به من براءة الحدث من جنحة الخيانة الزوجية.

ج: تقييم تعليلات قرار محكمة النقض

إذا كان قرار محكمة النقض جاء مرسخا لسلسلة من الاجتهادات القضائية التي أصدرتها المحكمة في وقت سابق في مجال مناهضة الاعتداءات الجنسية المرتكبة ضد الأطفال، حيث سبق لها أن عللت أحد قرارتها بالقول: "...أي اعتداء جنسي يطال قاصرا يشكل جناية وليس جنحة، اعتمادا على كون عنصر العنف مفترض في هذه الاعتداءات"، واعتبرت في تعليل آخر: "...أن ممارسة قاصر لعلاقة جنسية خارج إطار الزواج، لا يشكل جنحة فساد، بل يشكل جنحة هتك عرض، باعتبار القاصر ضحية وليست فاعلة أصلية".

كما أنه ولئن كان القرار يشكل أحد التطبيقات العملية المتقدمة في مجال إعمال الاتفاقيات الدولية من طرف المحاكم المغربية، وبالأخص اتفاقية حقوق الطفل لما استندت المحكمة على مبدأ المصلحة الفضلى للطفل الذي تقره الاتفاقية لاستبعاد مقتضيات المادتين 22 من مدونة الأسرة و491 من القانون الجنائي، ومن الممكن أن يسهم هذا القرار في توسيع مجال التطبيقات القضائية لمبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على التشريع الداخلي خاصة ما يتعلق بمقتضيات قانوني الأسرة والقانون الجنائي الذي لطالما تم اعتبارهما مجالا لإعمال فكرة النظام العام، فإننا نرى أن قرار محكمة النقض من الممكن أن يفتح الباب على مصراعيه لتهرب الزوجة القاصر من المسؤولية الجنائية بخصوص جرائم الخيانة الزوجية وغيرها من الجرائم التي يكون ضحيتها الزوج.

فهذا القرار يضع من جهة حدا لاجتهاد قضائي متواتر في عدد من محاكم الموضوع بالمملكة يقضي بقبول متابعة القاصر في قضايا الخيانة الزوجية، اعتمادا

على تأويل موسع لمقتضيات المادة 22 من مدونة الأسرة، والتي تنص أن زواج القاصر يؤدي إلى اكتسابها الأهلية الكاملة في ممارسة الحقوق المدنية الناتجة عن عقد الزواج، فكان يتم اعتبار الفتاة القاصر المتزوجة مكتسبة الأهلية المدنية في التقاضي؛ وبالتالي اعتبارها مسؤولة جنائيا أيضا عن أي علاقة جنسية تُمارسها خارج إطار مؤسسة الزواج.

ومن جهة ثانية؛ وهي الأكثر خطورة بالنسبة لنا، فإن القرار يشكل سابقة يمكن أن يتم الاحتجاج بها في كل الجرائم التي يكون أحد أطرافها زوجة قاصر، فلنفترض جدلا اتفاق زوجة قاصر مع خليلها على تنفيذ جريمة قتل ضد زوجها سواء بإيعاز من الأخير أو بتخطيط منها وحدها، فتعمد إلى وضع سم قاتل له ثم يموت بسببه، هل نتوقع أن تؤاخذ المحكمة المتهمة القاصر بما اقترفت يداها من أفعال جرمية في حق زوجها وتعاقبها تأسيسا على ذلك خاصة إذا تمسك دفاعها بكون الزوجة قاصرا تتمتع بالحماية القانونية التي توفرها لها الاتفاقيات الدولية، مع احتجاجه بقرارات محكمة النقض التي تعتبر القاصر وإن كانت متزوجة مجرد ضحية لا يجوز مؤاخذتها؟

ثم إننا نرى أن جنحة الخيانة الزوجية هي أشد إيلاما على الزوج عن غيرها من الجرائم، لأنها تمس عرضه وشرفه، وأن التصريح ببراءة الزوجة القاصر من الخيانة الزوجية من شأنه أن يؤدي إلى نتائج لا تحمد عقباها طالما أن حماية الزوجة القاصر تكون على حساب شرف الزوج وعرضه.

كما أن قرار محكمة النقض ضرب بعرض الحائط مجموعة من النصوص القانونية الواردة في مدونة الأسرة منها المادة 4 التي تفرض على الزوجين الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعايتهما[762]، والمادة 22 التي تخول

[762] تنص المادة 4 من مدونة الأسرة: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة".

الزوجين حق التقاضي في كل ما يتعلق بالحقوق والالتزامات التي تطوق عنقهما معا ومنها الالتزام بإحصان الزوج الآخر والإخلاص له، كما أن القرار القضائي أفرغ محتوى الفصل 51 من مدونة الأسرة من قيمته، والذي حدد الواجبات المتبادلة بين الزوجين، ومنها المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحصان كل منهما وإخلاصه للأخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل؛ فضلا على المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والرحمة والمودة والحفاظ على مصلحة الأسرة...

لكل هذه الأسباب، نرى أن القرار الاستئنافي ومعه قرار محكمة النقض قد جانب الصواب، ويتعين الرجوع عنه مستقبلا وأن يشكل نشازا واستثناء لا يُقاس عليه إذا ما أردنا توفير الحماية الفعلية للأسرة المغربية ونكرس فعلا لمبادئ المساواة والمناصفة في ضوء الثوابت الوطنية وما تتميز به من خصوصية.

الفصل الثاني: حماية عنصر التعليل للمساواة والمناصفة في ضوء أحكام القضاء الاجتماعي والدستوري والإداري

بعد أن بينا مركز المساواة والمناصفة في ضوء التشريع الأسري، وما صاحبه من تفعيل على مستوى القضاء، لكن ذلك لن يُعفينا من ضرورة الاطلاع على مؤشرات المبدأين في ضوء أحكام القضاء الاجتماعي، فضلا على ما أبانت عليه أحكام المحكمة الدستورية من صرامة في ترسيخ المبادئ الدستورية باعتباره المنطلق في كل تعديل يستهدف المنظومة القانونية لأجل ملاءمتها مع المقتضيات الدستورية، وخاصة مدونة الأسرة ومدونة الشغل، باعتبارهما أهم القوانين التي تعالج الوضعية الفردية للمرأة والرجل على حد سواء، ولحتمية هذه التعديلات إن عاجلا أو آجلا لكون الوثيقة الدستورية وما تضمنته من مبادئ ومستجدات جاءت لاحقة للمدونتين، وهو ما ينصرف أيضا إلى اجتهادات القضاء الإداري، ، فالأولى (مدونة الشغل) تعود لسنة 1996، والثانية (مدونة الأسرة) تعود لسنة 2004. فكيف عالج القضاء الاجتماعي والدستوري والإداري مسألة المساواة والمناصفة، وكيف أسست التشريعات المعنية لهذه المبادئ قبل ذلك؟

المبحث الاول: دور التعليل في ترسيخ المساواة والمناصفة في ضوء أحكام القضاء الاجتماعي

من سمات الحياة الاجتماعية المعاصرة خروج المرأة المغربية للعمل وقيامها بنفس الوظائف التي يقوم بها الرجل، ونظرا للفوارق الفيزيولوجية بين الذكر والأنثى، عملت أغلب التشريعات ومنها التشريع المغربي على تخصيص المرأة بنظام يتلاءم مع وضعيتها كامرأة انسجاما منه مع ما تفرضه الاتفاقيات الدولية وخاصة منظمة العمل الدولية والتي تروم إلى إقامة العدالة الاجتماعية وتوفير ضمانات المساواة والمناصفة بين العمال والعاملات[763].

ثم إن اهتمام المشرع المغربي بوضعية المرأة العاملة ليس وليد اليوم، بل من أن أصدر ظهير 1926/07/13 والذي نص على منع قيام النساء بأي عمل تتجاوز مدته 10 ساعات في النهار ومنع العمل الليلي ما بين الساعة التاسعة ليلا والخامسة صباحا، كما تضمن هذا الظهير حق المرأة العاملة من إجازة الوضع لمدة ثمانية أسابيع ومنحها نصف ساعة صباحا ومثلها مساء قصد التوقف عن العمل وإرضاع الوليد.

وبصدور القانون رقم 99.65 المتعلق بمدونة الشغل بتاريخ 2003/09/11 والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2004/06/08[764] والذي نص في ديباجته: "إن تشريع العمل هذا تحدد معاملته بتوافقه مع المبادئ الأساسية التي يحددها الدستور وبتطابقه مع المعايير العالمية كما تنص على ذلك مواثيق هيأة الأمم المتحدة ومنظماتها المتخصصة والتي لها صلة بالعمل، تُراعي في إطار المسطرة المتعلقة بتسوية نزاعات الشغل الفردية والجماعية مقتضيات هذا القانون والاتفاقيات

---

[763] دنيا مباركة، مقال حول مدى ملاءمة تشريع الشغل المغربي للاتفاقيات الدولية، المرأة والطفل نموذجا، منشور بتاريخ 2017/10/02 بموقع المجلة القانونية.

[764] صدر القانون رقم **99.65** المتعلق بمدونة الشغل بموجب الظهير الشريف رقم **1.03.194** صادر في **14** من رجب 1424 (11سبتمبر 2003) بتنفيذه، ونشر بالجريدة الرسمية 5167 بتاريخ 13شوال 1424 (8 دجنبر 2003)، الصفحة 3969.

والمواثيق الدولية ذات الصلة، وهو ما ينسجم مع ما نص عليه الدستور المغربي الصادر بتاريخ 2011/07/29 الذي نص في تصديره: "جعل الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك المصادقة".

المطلب الأول: تجليات حماية مدونة الشغل لمبدأ المساواة والمناصفة

بالرغم من التقدم الملموس الذي حققته الدول فيما يخص إلغاء أو تعديل القوانين التمييزية، لاحظت لجنة القضاء على التمييز ضد النساء من خلال تقارير الدول الأطراف، أن هناك قصورا من الدول في الالتزام التام ببنود اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة، وهو ما يفرض إدراج إجراءات قصد ترقية المساواة الفعلية بين الجنسين، من هذا المنطلق أوصت اللجنة الدول الأطراف أن تتخذ، وفقا للفقرة الأولى من المادة الرابعة من اتفاقية سيداو، إجراءات مؤقتة خاصة مثل العمل الإيجابي؛ المعاملة التفضيلية أو نظام الحصص أو المناصفة؛ من أجل الإسراع في إدماج النساء في التربية، الاقتصاد، السياسة والعمل.

الفقرة الأولى: مبدأ المساواة والمناصفة في ضوء اتفاقية العمل الدولية.

يجد مبدأ المناصفة لفائدة المرأة (بما يقتضيه من اتخاذ الدول تدابير تمييزية إيجابية[765]) تطبيقاته العملية في مجالين أساسيين، الأول يرتبط بترقية مشاركتها السياسية[766]؛ وثانيها؛ الحرص على توفير حماية استثنائية لها عند انخراطها في سوق العمل، وهذا الأخير هو ما يهمنا ارتباطا بموضوعنا.

---

[765] يعرف الأستاذ Soucramanien التمييز الإيجابي بأنه: "اختلاف قانوني في المعاملة أنشأ بصفة وقتية، والذي تؤكد السلطة التشريعية بصفة صريحة أن الهدف منه هو تفضيل فئة معينة من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين على حساب فئة أخرى بهدف التقليص من اللامساواة الفعلية الموجودة بصفة مسبقة بينهما". انظر:
Soucramanien (F-M), « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », R.F.D.A, 13(5) septembre, octobre, 1997, page 911.
ويعرفه الأستاذ Deshavanne بأنه: "أسلوب يتمثل في إرساء اللامساواة الشكلية بتمكين أفراد معينين من معاملة تفضيلية وذلك من أجل بلوغ المساواة الحقيقية". انظر:
لطفي طرنوشة، مبدأ التمييز الإيجابي، مذكرة بحث الماجيستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سوسة، تونس، سنة 2013، الصفحة 05.

[766] فأما عن مدى تفعيل الحق الدستوري للمرأة في المناصفة على المستوى السياسي، يمكن القول مبدئيا أن المناصفة التي تفضي لتدبير التمييز الإيجابي باعتباره نوع من التعويض عن تمييز سلبي حصل في السابق، هو ضمان حقيقي للوصول إلى أكبر قدر من المساواة بين فئات ومكونات المجتمع، وهو ما يبرر مشروعية هذا النوع من التمييز، إذ يمكن القول؛ إن كل المواثيق الدولية والدساتير الوطنية للدول التي أقرت التمييز الايجابي لم تأخذ بهذا الإجراء اعتباطا أو في المطلق.

لعل التهميش السياسي التي لاقته المرأة نتيجة العادات والتقاليد والموروث الديني والثقافي شكل عائقا في سبيل وصولها لدائرة صنع القرار السياسي، لذلك برزت العديد من التيارات التي تنادي بتكريس المساواة الفعلية بينها وبين الرجل في الحقوق السياسية، وهو ما ترجم على المستوى القانوني من خلال نظام الحصص وكذا مبدأ المناصفة.

ويعتبر نظام الحصص (الكوتا) نظاما دستوريا وأداة تسمح بمقتضاها الدول بوضع النساء حسب بعض النسب في مختلف المؤسسات؛ سواء كان ذلك على قوائم الترشح لوظائف انتخابية أو لوظائف حكومية، وعليه، فإنه يعتبر وسيلة تمييز إيجابي لتصحيح اللامساواة الواقعية بين المرأة والرجل على مستوى المشاركة في الحياة السياسية، ذلك أن المرأة، وإن كانت تتمتع بالحق في المشاركة السياسية على الصعيد القانوني، فإن تفعيل هذا الحق على المستوى الواقعي قد لاقى عدة إكراهات مرجعها أساسا إلى النظرة الدونية للنساء في المجتمع التي تجد مصدرها سواء في العادات والتقاليد أو حتى في اعتبارات ثقافية وعقائدية أحيانا.

أما نظام المناصفة فهو تدبير انتقالي يروم في جانب منه إلى ضمان تقاسم السلطة السياسية بين الرجال والنساء، وهو أكثر من مجرد مشاركة في الهيئات التقريرية أو الانتخابية بما أن الهدف هو مساواة عددية، وعليه فإن نظام المناصفة ينشئ تمثيلا متساويا بين المرأة والرجل في المجالس المنتخبة.

وكما سبق معنا القول، فإن مبدأ تكريس مبدأ المناصفة سيؤدي إلى الاتساع المفرط في إجراء التمييز الإيجابي ويحوله من استثناء على مبدأ المساواة ينبغي إعماله في أطر ضيقة إلى أصل أو مبدأ مواز له، كما أنه من جهة ثانية، قد يرتب أثار ضارة على الحياة السياسية، لأنه يركز على فلسفة كمية عددية ويهمل معياري الكفاءة والجدارة كأحد أهداف الديمقراطية التمثيلية، وعليه، نعتقد أن مسعى إعمال المساواة الفعلية بين الجنسين في المشاركة السياسية يجد حده الأقصى في إقرار نظام الحصص كإجراء تعويضي مؤقت. انظر محمد الخياري، "الحقوق السياسية للمرأة في بلدان المغرب العربي"، رسالة لنيل شهادة الماجيستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2009-2010، الصفحة 68-69.

من الثابت أن تطبيق مبدأ المساواة الشكلية بين الرجل والمرأة في مجال العمل يؤدي إلى إقصاء الخصوصية البيولوجية والجسدية التي تتميز بها المرأة سواء كانت عاملة أو بصفتها أما لها وظائف لا توجد للرجل، لذلك حرصت التشريعات الأممية على إقرار تمييز إيجابي لصالحها، بحيث يوفر لها فرصا للاندماج في سوق الشغل ويزيل العقبات المهنية التي تواجهها إحقاقا للمساواة والمناصفة.

وهكذا، فقد عالجت المواثيق الدولية تنظيم شروط العمل وظروفه كلما تعلق الامر بالمرأة العاملة، على نحو يوفر لها الحماية اللازمة ويكفل لها أداء العمل في ظروف أمنة وصحية، منها حظر تشغيلهن ليلا، نظرا لخصوصيتهن البيولوجية ولطبيعة واجباتهن العائلية، كما عمل على حمايتهن من الأعمال الخطرة والشاقة.

لأجله نشأت منظمة العمل الدولية طبقا لأحكام الفصل الثالث عشر من اتفاقية فرساي للسلام سنة 1919 في فرنسا، وتم التنصيص في القواعد المؤسسة للمنظمة على أنه يجب "أن تستبعد الاتفاقية من ميدان تطبيقها من جهة النساء اللواتي يشغلن وظائف إدارية أو ذات صبغة فنية تتضمن مسؤولية، ومن جهة أخرى النساء المستخدمات في المصالح الصحية والأعمال الخيرية واللواتي لا ينجزن عادة عملا يدويا"، وهكذا تكون الاتفاقية عملت على حصر النساء اللواتي يتمتعن ببنود اتفاقية العمل الدولية، وهن اللائي يمارسن أعمالا يدوية ويُصنفن في خانة العاملات.

فبرجوعنا للاتفاقية رقم (13) لسنة 1921 الخاصة بالحماية من التسمم بالرصاص[767]، نلحظ أنها منعت منعا باتا استخدام الأحداث الذين تقل سنهم عن 18 سنة وكذلك النساء كافة في أي أعمال الطلاء ذي الصبغة الصناعية الذي يتطلب

[767] اتفاقية رقم 13 بشأن استعمال الرصاص الأبيض في الطلاء، اعتمدها مؤتمر العمل الدولي بموجب اجتماع إدارة مكتب العمل الدولي بجنيف بتاريخ 25 أكتوبر 1921 ودخلت حيز التطبيق بتاريخ 31 غشت 1923.

استخدام الرصاص الأبيض أو كبريتات الرصاص أو أي منتجات تحتوي على مواد التلوين هذه.

أما الاتفاقية رقم (102) لسنة 1952 المتعلقة بالضمان الاجتماعي[768]، حيث تناولت هذه الاتفاقية مزايا الأمومة، وينص الباب الثامن منها على أن يضمن لمن يشملهم الضمان الاجتماعي مزايا الأمومة؛ الرعاية الطبية اللازمة من علاج قبل وأثناء الوضع والإقامة في المستشفى عند الحاجة.

في حين تنظم الاتفاقية رقم (110) لسنة 1958 الشروط الخاصة باستخدام عمال الزراعة[769]، حيث خصص الباب السابع من هذه الاتفاقية لحماية المرأة الأم، فنصت على أن كلمة "امرأة" هي كل أنثى بصرف النظر عن السن أو الجنسية أو الأصل أو العقيدة الدينية سواء أكانت متزوجة أم لا، ويحق للمرأة التمتع بإجازة الأمومة متى أدلت بالتقرير الطبي الذي يحدد تاريخ الوضع المنتظر بصرف النظر إن كان الإنجاب من زواج أو بدونه، ولا يمكن بأي حال أن تقل إجازة الوضع عن اثني عشر أسبوعا منها فترة إجبارية بعد الوضع تحددها اللوائح، ولا يجوز بأية حالة أن تقل عن ستة أسابيع، وتحدد الإجازة الممنوحة قبل الوقت المحتمل للوضع لأية مدة أخرى بين الوقت المحتمل للوضع وبين تاريخه الفعلي.

وتكريسا لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة، فقد منعت الاتفاقية تكليف المرأة الحامل بأي نوع من العمل من شأنه الإضرار بها في الفترة السابقة لإجازة الأمومة، ويكون لها الحق في التوقف عن العمل لغرض إرضاع الطفل طبقا للشروط التي تحددها القوانين واللوائح، وتحسب أوقات التوقف عن العمل لغرض

---

[768] الاتفاقية رقم 102 بشأن المعايير الدنيا للضمان الاجتماعي، اعتمدها مؤتمر العمل الدولي بموجب اجتماع مجلس إدارة مكتب العمل الدولي بجنيف في دورته الخامسة والثلاثين، بتاريخ 04 يونيو 1952، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 28 أبريل 1955.

[769] الاتفاقية رقم 110 بشأن شروط استخدام عمال المزارع، اعتمدها مؤتمر العمل الدولي بموجب اجتماع مجلس إدارة مكتب العمل الدولي بجنيف في دورته الثانية والأربعين، بتاريخ 4 يونيو 1958 ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 22 يناير 1960.

الرضاعة كساعات عمل وتدفع الأجور المستحقة عنها، ولا يجوز قانونا لصاحب العمل أن يخطر عاملة متغيبة في إجازة وضع أو يفصلها أثناء هذا الغياب أو ينذرها بالفصل بحيث ينتهي أمد الإنذار أثناء فترة الغياب، ويحرم فصل المرأة لمجرد أنها حامل أو أنها ترضع طفلها.

ويمنع أيضا كل تمييز في الأجر بسبب هذه المفاضلة التي تتمتع بها مقارنة بالرجل، فقد أقرت الاتفاقية رقم (100) لسنة 1951 القواعد المؤسسة للمساواة في الأجور والتعويض[770]، والأجر حسب الاتفاقية هو مبلغ من النقود يتقاضاه العامل بصورة دورية، لذلك فلابد من تساوي الأجر بين العمال والعاملات عند القيام بعمل متكافئ، وكذلك التساوي في المزايا الأخرى التي يقدمها صاحب العمل للعامل عينا أو نقدا بصورة مباشرة أو غير مباشرة لقاء العمل لديه.

ولضمان عدم التمييز على أساس الجنس وتحقيق مبدأ المساواة في الأجر، فقد طالبت الاتفاقية الدول الأطراف اتخاذ تدابير لتشجيع التقييم الموضوعي للوظائف على أساس العمل الذي يتعين اتخاذه[771]، ولا يعتبر مخالفة لمبدأ مساواة العمال والعاملات في الأجور عن عمل ذي قيمة متساوية؛ وجود فوارق بين معدلات الأجور نتيجة الفوارق في العمل الواجب إنجازه والناجم عن التقييم الموضوعي للوظائف شريطة ألا يكون مبنيا على أساس الجنس.

وما يؤثر أكثر في مبدأ المساواة ضد المرأة في مجال الشغل، استخدام كثير من النساء بصفة عامة في وظائف ثانوية، مع ما يترتب عن ذلك من تقاضي أجورا أدنى في الغالب، ذلك أن غالبية الأسر تستثمر القليل على تعليم وتدريب المرأة بالمقارنة مع الرجل، مما يجعله يتمتع بمهارات أعلى، ويتسع هذا التمييز أكثر بعد

---

[770] اتفاقية المساواة في الأجور، الاتفاقية رقم 100 الخاصة بمساواة العمال والعاملات في الأجر لد تساوي قيمة العمل، اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية، في 29 يونيو 1951 في دورته الرابعة الثلاثين، ودخلت حير التنفيذ بتاريخ 23 ماي 1953.

[771] المادة 3 الفقرة الثانية، من اتفاقية سيداو (اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة).

الزواج والولادة، حينما تميل المرأة إلى العناية بالأولاد على حساب الترقي في الوظيفة، فقد أثبتت دراسة منجزة من طرف معهد الاقتصاد الألماني والمعهد الاقتصادي والاجتماعي التابع لاتحاد نقابات العمال الألمانية، أنه في حوالي 50 بالمائة من الشركات التي شملتها الدراسة، تبين أن المرأة الأم تضطر إلى الغياب فجأة عن العمل من أجل رعاية الأطفال.[772]

من أجل ذلك، وجب حسب الفيلسوف راولس (Rawls) "البحث عن أحسن حالة ممكنة للجميع عوض البحث عن المساواة بأي ثمن كان"[773]، ونرى وفق هذا القول، أنه من أجل أن تتمتع المرأة بمهارات عالية تنافس بها الرجل في سوق العمل في سبيل الانتقال إلى وظائف من الصنف الأول حيث الأجور مرتفعة والترقية متاحة، يمكن العمل على توعية الأسر بمساعدة الدولة على أهمية تعليم وتدريب المرأة على مبادئ المساواة الفعلية التي تستند إلى مبدأ الاستحقاق وتكافؤ الفرص وليس إلى مبدأ المناصفة الذي يقوم بدوره على مبدأ التمييز وإن وُصف بالتمييز.

والثابت لنا، أنه لا يمكن تصور إعمال مبدأ المناصفة فيما يخص المساواة في الأجور (مع ما ينتج عن المبدأ من اتخاذ بعض التدابير التمييزية) عندما يتبين أن النساء العاملات يتقاضين أجرا أقل بالمقارنة مع الرجال رغم العمل في ظروف مماثلة، بل إن الأمر في هذه الحالات يقتضي ضرورة تقييم الوظائف التي يقوم بها كلا الجنسين، وإذا ما تبين من خلال التقييم أن وضعيتهما المالية تتوافق والشهادة التي يتوفران عليها والأقدمية والمؤهلات، في هذه الحالة وجب إعمال مبدأ المساواة بينهما في الأجر المقرر نظريا، ولا يعتبر ذلك من قبيل الإجراءات الإيجابية؛ لأن الأمر يتعلق هنا بالسياسة العامة للدولة الهادفة إلى تحسين وضعية المرأة وضمان حياة كريمة لها، وهو ما يتوافق أيضا مع ما نصت عليه ال فقرة 19 من التوصية

---

[772] بيتينا بيهلر، "بين الأطفال والوظيفة: الأمهات العاملات"، مقال منشور بمجلة Deutschland الألمانية، عدد 3-6 سنة 1995، الصفحة 52.

[773] Francoise Dekeuwer—Defosser, op. cit, page 2.

رقم 25 سنة 2004 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التي نصت على أنه: "النص على الشروط العامة الهادفة إلى ضمان الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للنساء والفتيات، المحددة لِيُكفَل لهن حياة كريمة وعدم التمييز، لا يمكن أن تدعى إجراءات خاصة مؤقتة"[774].

إلا أنه رغم اعتراف المنتظم الأممي بالمبادئ والضمانات الأساسية المرتبطة بالمساواة في العمل، وذلك قبل إنشاء منظمة الأمم المتحدة[775]، فإنه لا تزال لدى بعض الدول فجوات جنسانية في معدلات مشاركة للمرأة في سوق العمل وفيما يخص الفرص والمعاملة والنتائج، كما لا تزال أيضا نوعية الوظائف أمرا مثيرا للقلق، فغالبا ما تكون المرأة مرغمة على قبول عمل أقل جودة، كما أن الزواج والأمومة ورعاية الأطفال يعد عاملا إضافيا، يعوق اندماج المرأة في سوق العمل المأجور[776]، وهي محددات لأوجه عدم المساواة بين الجنسين في العمل يقتضي مواجهتها والتغلب عليها[777]، لأن مشاركة المرأة واندماجها في العمل يُمثل جزء من معادلة النمو والاستقرار وتحقيق مكاسب اقتصادية، بحيث يوجد تقاطع بين تحديات التقدم الذي تنشده كل الدول وين خلق وظائف تخص النساء على وجه المساواة[778].

---

[774] **"**The provision of général conditions in ordre to guarantee the civil, political, economic, social and cultural rights of women and the girl child, desinged to ensure for them a life of dignity and non-discriminatin, cannot be called temporary special measures**"**.

[775] حقوق الإنسان في مجال الشغل وتطبيقاتها في القضاء الوطني، دراسة من إعداد الاساتذة مليكة بن زاهر وعمر النحال و إدريس نجيم، إشراف المعهد العالي للقضاء بالمغرب، ومعهد رواؤل والينبرغ بالسويد 2017، الصفحة 15.

[776] Mémorandum de l'Association démocratique des femmes du Maroc, décembre 2016 : genre et droit à la sécurité sociale au Maroc, page 6.

[777] المرأة في العمل، اتجاهات، 2016، موجز صادر عن مكتب العمل الدولي بجنيف، الصفحة 03.

[778] المرأة والعمل والاقتصاد: مكاسب الاقتصاد الكلي من المساواة بين الجنسين، دراسة صادرة عن صندوق النقد الدولي سنة 2013، الصفحة 06.

الفقرة الثانية: المساواة والمناصفة في نطاق أحكام مدونة الشغل

انسجاما مع مقتضيات القانون الدولي للعمل[779]؛ تضمنت الوثيقة الدستورية مبدأ المساواة بين الجنسين فيما يتعلق بالحق في العمل؛ من خلال التزام الدولة بتوفيره لجميع المواطنين على حد سواء دون تمييز بينهم بسبب الجنس، وهو ما تنص عليه مقتضيات في مدونة الشغل[780].

فاعتبارا للدور الذي أصبحت تلعبه المرأة المغربية في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فإن إقرار حقوقها والنهوض بأوضاعها أصبحا يشكلان انشغالا حقيقيا تتقاسمه السلطة المكلفة بإنفاذ القانون ومعها المنظمات النقابية والتجمعات المهنية؛ وجمعيات المجتمع المدني، ويُعتبر في الآن ذاته هاجسا للسلطة القضائية المكلفة بحماية هذا الحق، لأن المجهودات التي تقوم بها الدولة من أجل بلوغ هدف المساواة بين الجنسين ومحاربة كل أشكال التمييز بينهما؛ تندرج في إطار السياقين الدولي والوطني اللذين يتطلبان اعتماد سياسات منصفة ووضع أليات قانونية كفيلة بمنع التمييز ومنع استغلال المرأة في العمل.

ولأن مشاركة المرأة في العمل جزء من معادلة النمو والاستقرار وتحقيق مكاسب اقتصادية، كان لزاما أن تتبوأ المكانة التي تستحقها بموجب القوانين

---

[779] فقد اعترف المنتظم الأممي بالمبادئ والضمانات الأساسية المرتبطة بالحق في العمل، قبل إنشاء منظمة الأمم المتحدة ومع ذلك لا تزال بعض الدول تعرف فجوات جنسانية في معدلات مشاركة المرأة في أسواق العمل العالمية فيما يخص الفرص والمعاملة والنتائج، ولا تزال أيضا نوعية الوظائف أمرا مثيرا للقلق، فغالبا ما تُرغم المرأة على قبول عمل أقل جودة، كما أن الزواج والأمومة ورعاية الأطفال يعد عاملا إضافيا؛ يعوق اندماج النساء في سوق العمل المأجور والمهيكل، وهي محددات لأوجه عدم المساواة بين الجنسين في العمل.

انظر: حقوق الإنسان في مجال الشغل وتطبيقاتها في القضاء الوطني، دراسة من إعداد ذة مليكة بن زاهر وعمر النحال وادريس نجيم، إشراف المعهد العالي للقضاء بالمغرب، ومعهد رواؤل والينبرغ بالسويد، الصفحة 15.

[780] تم التأكيد في ديباجة المدونة على أن: "لكل شخص الحق في شغل يناسب حالته الصحية ومؤهلاته ومهاراته، كما يحق له أن يختار عمله بكل حرية وأن يمارسه في مجموع التراب الوطني". هذا الحق لم يأتي مقيدا بأية قيود تحد من تطبيقه، بل يشمل كل الفئات، ومخول للرجال والنساء على حد سواء.

الوطنية[781]، لذلك بادر المغرب في إطار مواكبة التطورات التي يشهدها موضوع حماية المرأة العاملة إلى التصديق على العديد من العهود والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، كما أولى الدستور المغربي عناية خاصة لمسألة المناصفة والمساواة بين الرجال والنساء، كما أحاط القانون رقم 99-65 بمثابة مدونة الشغل المرأة العاملة بمجموعة من التدابير الحمائية التي تحفظ كرامتها وتُراعي خصوصياتها الفيزيولوجية.

لأجله أكد مشرع مدونة الشغل في ديباجتها على أن "تشريع العمل هذا، تتحدد معالمه بتوافقه مع المبادئ الأساسية التي يحددها الدستور، وبتطابقه مع المعايير العالمية، كما تنص عليها مواثيق هيأة الأمم المتحدة ومنظماتها المتخصصة والتي لها صلة بالعمل؛ وتشمل الحقوق التي يصونها هذا القانون، ويضمن ممارستها داخل المقاولة وخارجها، الحقوق الواردة في اتفاقيات العمل الدولية المصادق عليها من جهة، ومن جهة أخرى، الحقوق التي تقرها الاتفاقيات الأساسية لمنظمة العمل الدولية التي تتضمن بالخصوص:

-منع التمييز في العمل المبني على أساس الجنس المنصوص عليه في المادة التاسعة من مدونة الشغل، وكذا التنصيص على عقوبة مخالفة هذا الإجراء في المادة 12 منها[782]؛

-حق المرأة متزوجة كانت أو غير متزوجة في الانخراط في النقابة والمشاركة في تدبيرها وتسييرها وفقا للمادة التاسعة من مدونة الشغل؛

-منع التمييز في الأجر بين الجنسين إذا تساوت قيمة العمل الذي يؤديانه، حسب مقتضيات المادة 346، فقد نصت المادة 361 من مدونة الشغل على أنه:

[781] المرأة والعمل والاقتصاد، مكاسب الاقتصاد الكلي من المساواة بين الجنسين، دراسة صادرة عن صندوق النقد الدولي سنة 2013، الصفحة 6.

[782] تنص المادة 12 من مدونة الشغل: "يعاقب المشغل عن مخالفة أحكام المادة 9 أعلاه بغرامة من 15.000 درهم إلى 30.000 درهم، وفي حال العود؛ تضاعف الغرامة المذكورة أعلاه...".

"يعاقب عن عدم التقيد بأحكام المادة 346 بغرامة مالية من 2500 درهم إلى 30.000 درهم"،[783] كما تم منع التحرش الجنسي بالأجيرة حسب المادة 40 منها؛ حيث يعتبر هذا الفعل من الأخطاء الجسيمة المرتكبة ضد الأجيرة من طرف المشغل أو رئيس المقاولة أو المؤسسة؛

-منع تشغيل النساء اللائي يعتبرن في المراحل الأخيرة للحمل في الأشغال الشاقة حسب مقتضيات المادة 153 من مدونة الشغل، وحماية المرأة الحامل أثناء العمل الليلي من خلال مقتضيات المادة 152 منها، وتمتيعهن بحقهن في إجازة الولادة مدتها 14 اسبوعا حسب المادة حسب نفس المادة؛

-حق المرأة الحامل في توقيف عقد الشغل وتمديد الإجازة لتصل إلى 22 أسبوعا في حالة المرض بسبب الحمل أو الوضع؛ حسب المادة 154 من المدونة، وكذا إمكانية مغادرة المرأة الحامل لعملها دون إخطار حسب المادة 158، فضلا على حق الأم العاملة في راحة خاصة مؤدى عنها لمدة نصف ساعة صباحا ونصف ساعة مساء لإرضاع وليدها؛ حسب مقتضيات المادة 161 من مدونة الشغل.

-وضع قيود على المقاولات التي تقتضي طبيعتها العمل ليلا؛ تتمثل في إلزامية توفير وسائل النقل اللازمة للربط بين مقر الشغل ومحل الإقامة، وتمتيع العاملات بمدة راحة معينة بعد كل أربع ساعات من العمل المتواصل.[784]

---

[783] تنص المادة 346 من مدونة الشغل: "يمنع كل تمييز في الأجر بين الجنسين، إذا تساوت قيمة الشغل الذي يؤديانه".

[784] صدر مرسوم رقم 268.04.2 بتاريخ 16 من ذي القعدة 1425 (29 ديسمبر 2004) بتحديد الشروط الواجب توفيرها لتسهيل تشغيل النساء، وقد نص في مادته الأولى على ما يلي " :تحدد كما يلي الشروط الواجب توفيره لتسهيل تشغيل النساء في أي شغل ليلي:
-توفير وسائل النقل من محل إقامتها إلى مقرات الشغل ذهابا وإيابا، في حالة عدم توفر النقل العمومي،-تمتيعهن براحة لا تقل مدتها عن نصف ساعة بعد كل أربع ساعات من العمل المتواصل؛ تدخل مدة هذه الاستراحة ضمن مدة الشغل الفعلي،
-توفير وسائل الراحة".

كما أن مدونة الشغل المغربية عملت على ضمان المساواة بين الجنسين في فرص اللجوء إلى التكوين المهني، انسجاما مع ما صادق عليه المغرب من اتفاقيات بهذا الخصوص، إذ نصت المادة التاسعة في فقرتها الثانية من مدونة الشغل على أنه: "...يمنع كل تمييز بين الأجراء من حيث السلالة أو اللون أو الجنس أو الإعاقة أو الحالة الزوجية أو العقيدة أو الرأي السياسي، أو الانتماء النقابي أو الأصل الوطني، أو الأصل الاجتماعي يكون من شأنه خرق أو تحريف مبدأ تكافؤ الفرص أو عدم المعاملة بالمثل في مجال التشغيل أو تعاطي لاسيما فيما يتعلق بالاستخدام وإدارة الشغل وتوزيعه والتكوين المهني..."، تحت طائلة عقوبات جنائية.

فالثابت إذن مما سبق؛ أن من الحقوق الأساسية التي أقرتها مدونة الشغل في نطاق الملائمة مع ما تقتضيه المواثيق الدولية، ضمان المساواة في الأجر بين جميع الأجراء، ذلك أن الأجر المتكافئ للعمال رجالا ونساء؛ عن العمل المماثل دون تمييز على أساس الجنس أو اللون أو الوضعية الاجتماعية أو غيرها؛ يعد من المبادئ الرئيسية لهيئة العمل الدولية[785]، وقد تقرر لأول مرة في المادة 427 من معاهدة فرساي كما تم تأكيده في الاتفاقية رقم 100 الخاصة بالمساواة الأجرية بين العمال في مادتها الأولى؛ كما بينا آنفا.[786]

---

[785] حقوق الإنسان في مجال الشغل وتطبيقاتها في القضاء الوطني، دراسة من إعداد ذة مليكة بن زاهر وعمر النحال و ادريس نجيم، إشراف المعهد العالي للقضاء بالمغرب ومعهد رواؤل والينبرغ بالسويد، 2017؛ الصفحة 20.

[786] نفس الشيء أكدته أيضا التوصية رقم 90 المصاحبة للاتفاقية المذكورة التي حثت الحكومات على اتخاذ التدابير اللازمة بالتشاور مع منظمات المشغلين والعمال لتسريع تطبيق مبدأ تكافؤ الأجور عند تماثل العمل بين العمال والعاملات. كما أوصت المادة 11 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بأن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لتكفل لها على أساس تساوي الرجل والمرأة نفس الحقوق ولاسيما الحق في الأجر بما في ذلك الاستحقاقات.

ونصت المادة 119من العقد الصادر عن المجلس الأوروبي على التزام كل الدول الأعضاء بتأمين تطبيق مبدأ المساواة في الأجور بين العمال الذكور والإناث متى قاما بعمل من نفس القيمة.

وتجدر الإشارة إلى أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد أقر بهذا الحق في الفقرة الثانية من المادة 23 منه والتي نصت على أن" لجميع الأفراد، دون أي تمييز، الحق في أجر متساوي على العمل المتساوي"، وعلى نفس النهج سارت أيضا منظمة العمل العربية حيث نصت المادة الأولى من الاتفاقية رقم 5 لسنة 1976 على منح المرأة العاملة الأجر المماثل لأجر الرجل عند العمل المماثل، وبالفعل تم تجسيد هذه المقتضيات في مدونة الشغل الجديدة التي استلهمت روح الاتفاقيات الدولية المشار إليها فيما يتعلق بمبدأ المساواة بين(=)

وهكذا؛ فقد حققت مدونة الشغل باعتبارها مقتضى تشريعي متطور إسوة بالتشريعات المقارنة، نقلة نوعية في مجال تكريس حقوق المرأة، وتحقيق مبدأ المساواة والحفاظ على خصوصياتها في مجال العمل، فأقرت حماية للمرأة مراعاة منها لاختلاف ظروف عملها عن الرجل[787]، والالتزام بحمايتها من أشكال التمييز والتحرش الجنسي، وتمتيعها بالحماية القانونية أثناء فترة الحمل وبعد الولادة.

كما عمل المشرع الاجتماعي على تجسيد مبادئ التمييز الإيجابي انسجاما مع ما تنص عليه المادة 4 من اتفاقية مكافحة كل أشكال التمييز ضد المرأة من خلال مقتضيات تشريعية،[788] تراعي الخصوصية الأنثوية ووظائفها الزوجية والأمومية، دون أن يخرق تكافؤ الفرص.[789]

(=)الجنسين في الأجر، إذ نصت المادة 346 منها على ما يلـي: "يمنع كل تمييز في الأجر بين الجنسين، إذا تساوت قيمة الشغل الذي يؤديانه"، وفـي نفس الإطـار خولت المادة 105 في فقرتها (ب) للاتفاقية الجماعية مهمة تحديد كيفية تطبيق المبدأ الـذي يعتبـر أن المساواة في قيمة الشغل تقتضي المساواة في الأجر.

أنس سعدون، وضعية المرأة المغربية على ضوء منهاج عمل بيجين أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، 2014-2015، الصفحة 216.

[787] وفاء اكريكر، عمل الزوجة وإشكالية الإنفاق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، السنة الجامعية: 2006-2007، الصفحة 55.

[788] تأكيدا على التمييز الايجابي للمرأة، نص المشرع في مدونة الشغل على ما يلي:

المادة 152: "تتمتع الأجيرة، التي ثبت حملها بشهادة طبية، بإجازة ولادة مدتها أربعة عشر أسبوعا، ما لم تكن هناك مقتضيات أفيد في عقد الشغل، أو اتفاقية الشغل الجماعية، أو النظام الداخلي".

المادة 153: "لا يمكن تشغيل الأجيرات النوافس أثناء فترة الأسابيع السبعة المتصلة التي تلي الوضع. يسهر المشغل على تخفيف الأشغال التي تكلف بها المرأة الأجيرة أثناء الفترة الأخيرة للحمل، وفي الفترة الأولى عقب الولادة".

المادة 156: "يحق للأم الأجيرة، ألا تستأنف شغلها بعد مضي سبعة أسابيع على الوضع، أو أربعة عشر أسبوعا عند الاقتضاء، وذلك لأجل تربية مولودها، شريطة أن تشعر مشغلها في أجل أقصاه خمسة عشر يوما من انتهاء إجازة الأمومة. وفي هذه الحالة، فإن فترة توقف العقد لا تتجاوز تسعين يوما.

يمكن للأم الأجيرة باتفاق مع المشغل الاستفادة من عطلة غير مدفوعة الأجر لمدة سنة لتربية مولودها.

تستأنف الأم الأجيرة شغلها بعد انتهاء فترة التوقيف المشار إليها في الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة، وتستفيد من الفوائد التي اكتسبتها قبل توقف عقدها".

المادة 172: "يمكن تشغيل النساء، مع الأخذ بعين الاعتبار وضعهن الصحي والاجتماعي، في أي شغل ليلي، مع مراعاة الاستثناءات التي تحدد بنص تنظيمي، بعد استشارة المنظمات المهنية للمشغلين والمنظمات النقابية للأجراء الأكثر تمثيلا".

المادة 179: "يمنع تشغيل الأحداث دون الثامنة عشرة، والنساء، والأجراء المعاقين، في المقالع، وفي الأشغال الجوفية التي تؤدى في أغوار المناجم".(=)

ورغم المكاسب التشريعية في مجال الشغل وما يرتبط به من حقوق، ولا سيما تلك متعلقة بنظام الضمان الاجتماعي، إلا أنه هناك العيديد من المطالب[790] تهدف إلى إصلاح نظام الضمان الاجتماعي في علاقته بالأسئلة المرتبطة بالنوع الاجتماعي، وعلى ضوء الحقائق والمتغيرات المعيارية والديموغرافية من أجل تعزيز المساواة والإنصاف، لأن قانون الضمان الاجتماعي الحالي - في نظر الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب- يحمل في طياته تمييزا على أساس النوع الاجتماعي، بحيث لا يراعي في المعاملة بين الرجال والنساء حقيقة أن النساء غالبا ما تعمل في وظائف ذات أجر متدني ومدة الاشتراك تكون قصيرة، لأنهن يتوقفن عن العمل لرعاية الأطفال أو يشجعهن على ترك العمل مبكرا.[791]

كما أنه بالرغم من حظر التمييز قانونا، فإن الإشكال يبقى مطروحا على المستوى العملي بخصوص الإجراءات الكفيلة باحترام هذه المقتضيات القانونية المتقدمة، ذلك أن أمر اختيار نوع الجنس المؤهل للقيام بعمل ما يبقى رهينا باختيارات المشغل، حيث لا قيد قانوني يحد من هذه الصلاحية، فيعمل غالبية المشغلين على انتقاء الرجال للقيام بعمل معين، لما يتوفر فيهم من شروط قد لا تتوفر في المرأة.[792]

(=)المادة 181: "يمنع تشغيل الأحداث دون الثامنة عشرة، والنساء والأجراء المعاقين في الأشغال التي تشكل مخاطر بالغة عليهم، أو تفوق طاقتهم، أو قد يترتب عنها ما قد يخل بالآداب العامة".

[789] زهور الحر وحسن إبراهيمي، حماية حقوق المرأة من خلال الاجتهاد القضائي المغربي دراسة توثيقية تحليلية من الاستقلال إلى سنة 2013 مطبعة المعارف الجديدة 2014 الصفحة 18.

[790] النوع الاجتماعي والحق في الضمان الاجتماعي، مذكرة في دجنبر 2016 للجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، الصفحة 6-7.

[791] النوع الاجتماعي والحق في الضمان الاجتماعي، المرجع نفسه، الصفحة 17-22.

[792] أظهرت دراسة حديثة، محدودية سياسات المناصفة والمساواة التي تنهجها الحكومة لدعم ولوج النساء لسوق الشغل. فقد كشفت الدراسة أن حوالي 75% من النساء النشيطات غير الأجيرات المصرح بهن يشتغلن أعوانا منزليين (خادمات) معتبرة أن هذه "أعلى نسبة على مستوى منطقة الشرق الأوسط والمغرب العربي". وكشفت الدراسة أن النساء اللواتي يلجن مناصب التأطير والمهن الحرة، يظل محصوراً في الربع فقط.

وسجلت الدراسة أن وضع النساء العاملات في المغرب لم يتحسن في السنوات الأخيرة، رغم الإجراءات القانونية حول المناصفة، حيث كشفت أن أغلب النساء غير معنيات بالحماية القانونية في العمل، والتي تنحصر في العمل المأجور. وتؤكد الإحصائيات الصادرة عن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بدورها تقليص مجال التغطية الاجتماعية نتيجة ذلك، وضعف استفادة العاملات منه مقارنة مع الرجال. وتشير الدراسة إلى(=)

المطلب الثاني: التطبيقات القضائية لمبدأ المساواة والمناصفة في ضوء تعليل أحكام القضاء الاجتماعي.

يعتبر القضاء الاجتماعي دعامة أساسية لحماية حق الإنسان في الشغل وفق المعايير المتعارف عليها دوليا، مع حماية حقه في العمل النقابي والحق في الإضراب واحترام ساعات العمل القانونية والحق في الأجر مقابل العمل، وتعتبر

(=)أن هذه المؤشرات تبين أن "تهميش النساء من طرف نظام الحماية الاجتماعية ينتج قبل كل شيء عن ضعف ولوجهن للعمل المأجور في القطاع المهيكل، وعن ممارستهن على نطاق واسع لأشغال غير مدرة للربح، ولوظائف غير قارة ومنحصرة في الغالب في المراتب الدنيا".

أما بخصوص التمييز العرضي الذي تتعرض له النساء، فيظهر من خلال البيانات المتعلقة بـ"أنوثة الأنشطة"، حيث إن قطاع الصحة والعمل الاجتماعي أنثوي بنسبة 70.3% ، يتلوه قطاع التربية بنسبة 61.5 % ، والإدارة العمومية بـ 46.6 % بينما تنزل هذه النسبة تدريجيا في باقي القطاعات الـ 15 لتصل إلى7.1 % في البناء والأشغال العمومية، وإلى2.3 % في الصيد وتربية السمك.

الدراسة قدمها الخبير رشيد الفيلالي المكناسي، وحملت عنوان: "دراسات من منظور النوع حول العمل والحماية الاجتماعية"، وهي تمثل عصارة ثلاث دراسات أنجزت ما بين سنتي 2011 و 2014، واعتمدت جميعها مقاربة النوع الاجتماعي لتحليل نظام العمل، والحماية الاجتماعي في القانون، والممارسة بالمغرب. وهي تشير إلى أن "نسبة التشغيل تظل بصفة عامة متواضعة بالمغرب، وأن مشاركة المرأة في النشاط الاقتصادي تتأثر سلبا بهذا الوضع"، فعدد السكان في سن العمل يصل إلى 23.47 مليون، بينما لا يتجاوز عدد السكان النشيطين 11.54 مليون نسمة، بنسبة 57.9 % في الوسط القروي، و43.3 % في الوسط الحضري، وينحصر عدد النساء النشيطات في 3.08 مليون، أي بنسبة26.7 %، ويعني ذلك أن نشاط الرجال يتجاوز 3 مرات النصيب المخصص للنساء، بل يتعدى هذا القسط ليبلغ 4 مرات في الوسط الحضري، وتسجل الدراسة أن النشاط الاقتصادي النسائي أصبح في تراجع منذ سنة 2000، حيث نزل في الوسط الحضري من % 21.3 سنة 2000 إلى 18.1 % سنة 2011.

وفي الوسط القروي، لا يتعدى عدد الأجيرات 95.000 من مجموع 1.73 مليون أجير، أي بنسبة 5.5 %، بينما يصل في الوسط الحضري إلى 832.000 مقارنة مع عدد الأجراء الإجمالي على الصعيد الوطني الذي يقارب 6ملايين.

وقدمت الدراسة تقييما للسياسات التي نهجتها الحكومة لمأسسة المناصفة والمساواة بدءا من سنة 1999، والتي أفضت إلى المصادقة على استراتيجيات، وخطط عمل، وأجندات أفقية، وبرامج قطاعية منها خطة العمل على المدى المتوسط في قطاع التشغيل والتكوين، إلا أن نتائج ذلك بقيت محدودة، حيث تسجل الدراسة أنه "بقدر ما نجحت هذه المجهودات في إعطاء الموضوع بعدا قانونيا ومؤسساتيا منسجما، بقدر ما يأخذ عليها حسب التقييمات العديدة التي خضعت لها أنها لا تنجح في التأثير على الواقع بسبب ضعف تدبير البرامج على المستوى الترابي، و غياب شروط اندماج الأعمال المبرمجة".

دراسة حول النساء الأجيرات قدمت ضمن أشغال الندوة الوطنية التي نظمت من طرف وزارة التشغيل والشؤون الاجتماعية، وبتعاون مع مكتب العمل الدولي، حول موضوع: "مدونة الشغل بعد عشر سنوات من التطبيق بين متطلبات التنمية الاقتصادية وضمان العمل اللائق"، وذلك يومي 22 و 23 شتنبر 2014 بقاعة الندوات بمؤسسة محمد السادس للأعمال الاجتماعية للتربية والتكوين بالرباط. غ.م.

أورده أنس سعدون، وضعية المرأة المغربية في ضوء منهاج عمل بكين، مرجع سابق، هامش رقم 600، الصفحة 214-215.

منظمة العمل الدولية[793] مصدر القانون الدولي للشغل وذلك من خلال تراكماتها في هذا المجال باستعمال أليات الاتفاقيات الدولية والتوصيات الصادرة عنها، وبالتالي فالمعايير الدولية للشغل تخضع لمراقبة دورية من قبل المنظمة من خلال أجهزتها، حيث أن الدول الأعضاء ملزمة بتقديم تقارير دولية حول مدى تفعيلها للمقررات والتوصيات وتقدم عمل حكومتها في هذا المجال.

فهل القضاء المغربي في تعليله لأحكامه وقراراته يستند إلى هذه الاتفاقيات والتوصيات في إيجاد حلول للنوازل الموضوعة بين يديه؟ وهل لغته القانونية تمتح من هذه الثقافة الكونية الحامية للعمال وللعمل؟

الفقرة الأولى: حماية حق المساواة بين الأجراء في ضوء تعليل قرارات الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض

كان القضاء المغربي ولا يزال سباقا إلى تكريس مبادئ المساواة والمناصفة وعدم التمييز بشتى أنواعه، وصدرت عدة أحكام بتعليلات متقدمة؛ شكلت بحق علامات فارقة في المسار القضائي المغربي، وأسست لثقافة قضائية ذات جرأة واضحة، تنبذ التمييز المبني على النوع، فعملت على حماية الحياة الخاصة للأجراء (أولا)، وتطور الأمر إلى محاولة تأسيس مرحلة قضائية جديدة تكرس للمساواة بين الأجراء المغاربة والأجانب، وتنبذ كل تفرقة بينهما (ثانيا).

أولا: ترسيخ قيم المساواة في حماية الحياة الخاصة للمرأة العاملة

وهذا ما يظهر جليا من خلال التعليل الذي أست عليه الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) قرارها الذي اعتبر أن مطالبة المشغل الأجيرة بنزع الحجاب عند قيامها بعملها؛ مساسا بحريتها الشخصية، وضربا لمبدأ

[793] موقع منظمة العمل الدولية:
http://www.ilo.org/public/french/support/lib/resource/subject/intlaw.htm

المساواة؛ واستنتج أن مغادرتها للعمل بسبب ذلك؛ يعد طردا مقنعا من قبل المشغل، يترتب عنه استحقاقها للتعويض المقرر قانونا، فعللت قرارها بالقول:

"...لئن كان نظام العمل داخل المقاولة يفرض على العاملين وضع قبعة واقية على الرأس، فإن تقيد الأجيرة بما فرض عليها مع ارتدائها أيضا سترة للرأس التزمت بها كطريقة خاصة في لباسها لا يشكل إخلالا بذلك النظام، ومن ثم فإن مطالبتها من طرف المشغل بإزالة الحجاب الموضوع على رأسها يعد مساسا بحريتها الشخصية، ما دام لم يثبت أن لباسها على النحو المذكور يحول دون قيامها بعملها على الوجه المطلوب، أو أنه يعرقله بأي شكل من الأشكال، وأنه أمام تمسك الأجيرة بممارسة حريتها في لباسها، فإن مغادرتها لعملها إن تمت من قبلها أمام إصرار المشغل على موقفه تعتبر طردا مقنعا من عملها، تستحق معه التعويضات التي يخولها قانون الشغل عن الفسخ التعسفي لعقد الشغل[794]".

لأجله؛ يتبين كيف يعتبر القاضي الاجتماعي انطلاقا من حيثيات القرار أعلاه؛ الملاذ الأخير لكل من مورس في حقه تعسف مشوب بالشطط في تحمل المسؤولية، يؤدي به إلى مغادرة عمله مُكرها، فيُشكل القاضي الاجتماعي والحالة هذه؛ ضمانة حقيقية لحماية حقوقه الدفاع عنها، وخاصة الحق في التعويض عن الطرد التعسفي، وهذا ما اتضح من خلال تعليل القرار أعلاه.

وفي هذا السياق كذلك، صدر قرار عن الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض؛ دافع عبره القضاء دفاعا مستميتا عن حق مساواة المواطنين والمواطنات أمام القانون، بحيث لا يمكن تحت أي ظرف فرض شروط تعسفية ضد أجيرة تحد من حقها في حياتها الخاصة، ففي نازلة عرضت أمام محكمة النقض تتعلق بمضيفة طيران كانت تشتغل لدى الخطوط الملكية المغربية، فتم طردها من العمل بعلة

[794] قرار محكمة النقض عدد 70 وتاريخ 2010/12/09 في الملف عدد 2009/1/5/600. أورده زهور الحر وحسن ابراهيمي، دراسة حول حقوق المرأة الإنسانية، مرجع سابق، الصفحة 71.

إخلالها بشرط عقد العمل الذي يُلزمها بعدم الزواج، ما دامت تعمل بالشركة المشغلة، فصدر القرار القضائي عن الغرفة الاجتماعية الذي اعتبرت بموجب تعليلاته أن الشرط المانع من ممارسة حق المرأة في الزواج يعد لاغيا، والعقد صحيحا، وحكم للأجيرة بالتعويض عن الفسخ التعسفي، فعللت قرارها كالآتي:

"...لكن حيث لئن كان الفصل 109 من قانون الالتزامات والعقود ينص على بطلان الالتزام المقترن بشرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق والرخص الثابتة لكل إنسان كحقه في أن يتزوج، وحقه في أن يباشر حقوقه المدنية، فإن هذا الشرط يكون باطلا، ولا يؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه إذا كام من شأن الانتقاص من حقوق الأجير، لذلك فإن المحكمة كانت على صواب لما اعتبرت أن شرط عدم الزواج الذي التزمت به المطلوبة في النقض يعتبر باطلا ويبقى العقد صحيحا ، ورتبت على ذلك آثرا الفسخ التعسفي لعقد العمل الصادر بإرادة منفردة من جانب الطاعنة، فكان بذلك قرارها معللا تعليلا كافيا وصحيحا، ولم تخرق الفصول المحتج بها، مما تكون معه الوسيلة غير مرتكزة على أساس"[795].

إذا ثبت هذا قلنا؛ هناك تطور ملحوظ في طريقة تعامل القاضي الاجتماعي مع القضايا الاجتماعية المعروضة عليه، بحيث تقلص لديه هاجس الاحتياط المفرط من كل ما هو أجنبي، والذي لازم القاضي المغربي عقودا طويلة، فصرنا نتحدث اليوم عن مستوى آخر من مستويات حماية حق المساواة، فبعدما كان الهاجس هو ضمان المساواة بين الأجراء المغاربة، انتقلنا اليوم إلى الحديث عن ضمان المساواة بين الأجراء بصرف النظر عن البلدان التي ينتمون إليها طالما أنهم مستخدمون داخل التراب المغربي.

[795] قرار محكمة النقض صادر بتاريخ 1983/07/21، أورده زهور الحر وحسن ابراهيمي، دراسة حول حقوق المرأة الإنسانية، مرجع سابق، هامش الصفحة 73.

ثانيا: نحو ترسيخ مبدأ المساواة بين الأجير الأجنبي والمغربي

يتبوأ العمل القضائي مكانة مركزية وأساسية في التطبيق السليم والإيجابي لأحكام مدونة الشغل باعتباره محكمة اجتماعية بالأساس، وبالتالي فإن العمل القضائي الاجتماعي يعتبر ركيزة أساسية لتكريس المساواة ونبذ التمييز كيفما كانت طبيعته، وهو ما تحقق بمناسبة بت محكمة النقض في طعن تقدم به أجيرا يحمل جنسية أجنبية، واعتبرت أن العقد الذي يربطه بالمقاولة عقد غير محدد المدة، وأن كل إنهاء له دون سلوك المسطرة القانونية يعتبر طردا تعسفيا يخول الأجير حق المطالبة بالتعويضات القانونية ولو كان يحمل جنسية دولة أخرى، طالما أنه يخضع كباقي الأجراء المغاربة لقاعدة قانونية واحدة، فأسست بذلك محكمة النقض (الغرفة الاجتماعية) لتوجه جديد يضمن المساواة بين الأجير الأجنبي والمغربي في عقد الشغل؛ بعدما اعتبرت أنه ليس في مدونة الشغل ما يجعل عقود تشغيل العمال الأجانب محددة المدة، وأنه تسري عليه المقتضيات القانونية التي تسري على الأجير المحلي، كان ذلك بتاريخ 16 ديسمبر2018، وعللت قرارها بالقول:

"...حيث إنه ليس هناك في مدونة الشغل ما يفيد أن عقود تشغيل الأجانب محددة المدة بحسب طبيعتها، وأنها على غرار عقود التشغيل التي يبرمها المغاربة يمكن أن تتحول إلى عقود غير محددة المدة طبقا لقاعدة التجديد الضمني"[796].

وتعود وقائع هذه القضية إلى دعوى تقدم بها أجير يحمل الجنسية الفرنسية أمام المحكمة الابتدائية بفاس يعرض فيها أنه كان يعمل لدى الشركة المدعى عليها، إلى أن تم فصله بصفة تعسفية، ملتمسا الحكم له بالتعويضات الناتجة عن الفصل التعسفي.

[796] قرار محكمة النقض، عدد 1/936 المؤرخ في 2018/10/16، في ملف اجتماعي عدد 2016/1/5/1743، غير منشور.

وقد استجابت المحكمة الابتدائية للطلب، معتبرة فصل المدعي قد تم بشكل تعسفي، وحكمت على الشركة المدعى عليها، بأدائها للمدعي التعويضات المستحقة عن الفصل التعسفي، وذلك بعد تكييف عقد العمل على أساس أنه محدد المدة، نظرا لعدم تجديد رخصة التشغيل من طرف السلطة الحكومية المختصة.

وقد تم تأييد هذا الحكم استئنافيا، فتقدم دفاع المدعي بطلب النقض في الحكم لخرقه للقانون، معتبرا أن الشركة المدعى عليها ارتضت جعل عقد الشغل غير محدد المدة، وهي الملزمة قانونا بطلب تأشيرة الشغل من السلطة الحكومية المكلفة بالشغل، حسب ما تنص عليه المادة 516 من مدونة الشغل، عند بداية كل عمل وحتى في حالة كل تغيير فيه، مضيفا بأن الشركة لم تفِ بهذا الالتزام القانوني المفروض عليها، بعدم مطالبتها بتجديد رخصة التشغيل من طرف السلطة الحكومية المختصة، وبذلك تسببت في إيقاف عقد الشغل معه.

وعابت مذكرة الطعن أيضا على قرار محكمة الاستئناف سوء التعليل، لأنه اعتبر عقود عمل الأجانب محددة المدة، بحسب مدة تأشيرة الوزارة الوصية، والحال أنه لا يوجد أي تلازم بين مدة التأشيرة الموضوعة على العقد، وبين مدة العقد.

وقضت محكمة النقض بنقض القرار الاستئنافي معتبرة أن: "عقد الأجير الأجنبي يخضع للمقتضيات المنصوص عليها في مدونة الشغل، ويكون منتجا لجميع آثاره القانونية، وعللت محكمة النقض قرارها بأن طالب النقض هو أجير أجنبي، وأنه اشتغل لدى الشركة دون توقف من يوليوز 1998 إلى غاية أبريل 2014، وأنها لم تحصل على رخصة السلطة الحكومية المكلفة بالشغل على شكل تأشيرة إلا على ثلاثة عقود عمل فقط، وعليه، فإن استمراره في العمل لديها طيلة هذه المدة يجعل عقد عمله غير محدد المدة، ويكون منتجا لجميع آثاره القانونية المنصوص عليه في مدونة الشغل".

إن المتتبع لقرارات محكمة النقض المغربية في السنوات الأخيرة؛ يلحظ التصاعد النسبي في مضمون القرارات التي تستند في تعليلاتها إلى مبدأ المساواة ولو بمخالفة صريحة لبعض النصوص القانونية، وهذا ما يُستشف من تعليل القرار أعلاه.

فهو من جهة يضع حدا لاجتهاد قضائي ساهم في حرمان شريحة كبيرة من العمال الأجانب من الحماية القضائية من التمييز، في تنافي مع المعايير الدولية وفي مقدمتها الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال والمهاجرين وأفراد أسرهم[797] التي صادق عليها المغرب، والتي تنص في مادتها 25 على أن العمال المهاجرين يتمتعون: "... بمعاملة لا تقل مراعاة عن المعاملة التي تنطبق على رعايا دولة العمل من حيث الأجر ومن حيث ما يلي:شروط العمل الأخرى، أي أجر العمل الإضافي، وساعات العمل...السلامة والصحة، وإنهاء علاقة الاستخدام..."، وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي طيلة عقود؛ حيث طالما اعتُبرت عقود تشغيل الأجانب بطبيعتها محددة المدة[798]، نظرا لتوقفها على ترخيص من وزارة التشغيل، وضرورة تجديد الترخيص بشكل دوري داخل الأجل القانوني[799]، مما كان يعرض

---

[797] ظهير رقم 317. 93. 1 الصادر في فاتح رمضان 1432 (2 أغسطس 2011)، القاضي بنشر الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال والمهاجرين وأفراد أسرهم المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1990. منشورة بالجريدة الرسمية عدد 6015 بتاريخ 29 صفر 1433 (2012/1/23) الصفحة 362.

[798] محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، الجزء الأول، المجلد الأول، طبعة يناير، 2007، الصفحة 125.

[799] استقر الاجتهاد القضائي المتواتر لمحكمة النقض ومحاكم الموضوع على التمييز بين عقود الشغل التي يكون فيها طرف أجنبي وتلك التي يكون طرفها مغربي، حيث دأبت على اعتبار عقود عمل الأجراء الأجانب، عقودا محدد المدة بغض النظر عن اتفاق الأطراف، وهكذا أكد قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) أن: "اشتغال الأجير لمدة 12 سنة لا يؤثر على طبيعة علاقة العمل ما دامت هذه العلاقة منظمة بواسطة عقود محددة المدة بمقتضى قواعد آمرة لا يمكن مخالفتها"، وأضاف نفس القرار التأكيد على أن "إجبارية وضع تأشيرة مصالح اليد العاملة بوزارة التشغيل على عقود العمل المتعلقة بالأجانب وتحديد مدتها في سنة أو سنتين تضفي على هذه العقود طابع التحديد". قرار عدد 875 الصادر بتاريخ 2002/10/29 في الملف الاجتماعي عدد 2001/1/5/834 - منشور ضمن قرارات المجلس الأعلى بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيسه (أهم القرارات الصادرة في المادة الاجتماعية) الجزء الأول، الصفحة 63.

حقوق العمال الأجانب لعدة انتهاكات، ويُعاملون على أساس تمييزي في مخالفة لمبدأ المساواة، وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرارات متواترة، فعللت أحد قرارتها بالقول:

"...حيث تبين صحة ما نعته الطاعنة على القرار، ذلك أن تشغيل الأجراء الأجانب بالمغرب تضمنته مدونة الشغل في الباب الرابع من الكتاب الرابع منها، والثابت في النازلة أن المطلوب في النقض أجير فرنسي الجنسية فهو خاضع بذلك لما جاءت به المدونة التي اشترطت المادة 516 منها الحصول على رخصة من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالشغل تسلم على شكل تأشيرة توضع على عقد الشغل، واعتبرت (المادة 516) تاريخ التأشيرة هو تاريخ بداية العمل، وما دامت التأشيرة محددة المدة والتوفر عليها شرط لصحة عقد شغل الأجير الأجنبي فإنها متى انعدمت بطل العقد ولا يجوز سريانه بعد انقضائها ولا صيرورته عقدا غير محدد المدة بدعوى استمرارية العلاقة الشغلية بعد تاريخ انتهاء التأشيرة خلافا لما ذهب إليه المطلوب، إذ المدة اللاحقة لتاريخ التأشيرة لا يعتد بها في احتساب التعويض الذي يستحق عند الفسخ الفجائي للعقد والذي يحدد على الأجور المستحقة عن الفترة المتبقية من العقد عملا بمقتضيات المادة 33 من المدونة...ويبقى الأجير الأجنبي غير محق في المطالبة بالتعويضات الناجمة عن إنهاء العقد ما دام هذا الأخير قد انهى أمده بانتهاء أجل التأشيرة المحددة في 2007/04/09 إلى 2008/04/09 حتى لو كان المشغل قد اعتبر العقد غير محدد المدة بمقتضى عقد مستقل عن العقد المؤشر عليه من طرف الجهة الحكومية المذكورة، ما تكون معه المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه جانبت الصواب وخرقت مقتضيات آمرة ومن النظام العام بأخذها بالعقد المبرم بين الطرفين مع أن الالتزام الباطل بقوة القانون لا ينتج أي أثر طبقا لأحكام المادة 306 من ق.ل.ع وباستبعادها العقد المؤشر عليه واعتبارها

المطلوب مرتبطا بالطاعنة بعقد عمل غير محدد المدة بقضائها له بالتعويضات الناتجة عن إنهائه يجعل قرارها عديم الأساس القانوني وهو ما يعرضه للنقض"[800].

ومن جهة أخرى، فإن تعليل القرار لم يتوقف عند حرفية النصوص، التي تستلزم شكلية معينة لصحة عقود تشغيل العمال الأجانب، وإنما استلهم روح التشريع من خلال النظر في مواد القانون على أساس أنها تمثل كتلة واحدة يكمل بعضها بعضا، واستلهم الحل القضائي الكفيل بحماية الأجراء الأجانب وحظر التمييز ضدهم، وهو ما سيؤسس لا شك لبداية مرحلة جديدة في تعامل المحاكم الاجتماعية مع قضايا تشغيل الأجانب، تقوم على ترسيخ مبدأ المساواة بين الأجراء ونبذ التمييز القائم بينهم بالاستناد إلى جنسية البلد أو أي معيار آخر.

الفقرة الثانية: حماية مبدأ المساواة والمناصفة في ضوء تعليل أحكام قضاء الموضوع

من الواضح إذن من خلال حيثيات القرارات الصادرة عن الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض الحرص الكامل على تكريس حقوق العمال والأجراء، وتدعيم مبدأ المساواة بين الجنسين كما هو مكرس دستوريا، وهو انعكاس لاحترام المغرب لالتزاماته الدولية وخاصة الاتفاقية 111 بشأن التفرقة العنصرية في العمالة والمهن الصادرة عن منظمة العمل الدولية بتاريخ 1958/06/25 بجنيف، والتي تشير إلى أن أي تمييز أو استعباد أو تفضيل على أساس الأصل أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو النشأة القومية أو الأصل الاجتماعي يكون من شأنه إلغاء أو الإخلال بتكافؤ الفرص أو المساواة في العمالة أو المهن، وهو ما تسايره أحكام قضاء الموضوع عند البت في النوازل المعروضة عليه استنادا لمبدأ المساواة والمناصفة.

---

[800] قرار عد 741 بتاريخ 2015/03/19 في الملف الاجتماعي عدد 2014/1/5/298 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 79 سنة 2015، الصفحة 311-312.

أولا: دور التعليل في حماية حق المساواة بين طرفي العلاقة الشغلية

إذا كانت مدونة الشغل قد أجازت للمشغل فصل الأجير لارتكابه إحدى الأخطاء المنصوص عليها في المادة 39 منها، والتي وردت على سبيل المثال لا الحصر، فإنه في إطار تجسيد نوع من المساواة بين طرفي العلاقة الشغلية، أجازت المدونة أيضا للأجير ترك العمل دون إشعار في الحالات التي يلجأ فيها المشغل إلى ارتكاب سلوك مشين ضد الأجير؛ وخاصة المرأة الأجيرة، فيدفعها ذلك إلى ترك العمل؛ وهو ما قد يعتبره المشغل خطأ جسيما؛ إلا أن القاضي الاجتماعي تصدى لمثل هذه الحالات بكثير من الشجاعة؛ فاعتبر أن تصرف المشغل مساس خطير بمبدأ المساواة، وتمييز ضد المرأة بسبب جنسها، وأن مغادرتها لعملها في هذه الحالة هو طرد تعسفي يوجب لها التعويض.

ففي تعليل قرارها؛ اعتبرت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء أن لمس المؤاجر يد الأجيرة وقول كلام في حقها ووضع صور الخلاعة أمامها، يشكل تحرشا جنسيا، وخرقا لمبدأ المساواة، ويجعل مغادرة الأجيرة نتيجة دلك طردا تعسفيا، لأن المشغل هو المرتكب الخطأ الجسيم بمفهوم القانون الوطني والدولي، باعتبار التحرش الجنسي يعد من ألوان الإهانة والإذلال، وصورة للظلم طبقا للشريعة الإسلامية وللمواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب، فعللت قرارها كالآتي:

"...وحيث ثبت للمحكمة لما لها من سلطة تقديرية في تقييم شهادة الشهود المستمع إليهم أمامها، وما راج من نقاش بين جميع الأطراف أن التحرش الجنسي ثابت في حق المشغل، وأنه من حق الأجيرة أن ترفض القيام بالعمل والرجوع إلى العمل الذي طلبه المشغل، وبغض النظر عن العقوبة التأديبية إن كانت موجودة أم لا، ورجوعها وعدم رجوعها، والذي أصبح الدفع هنا متجاوزا عنه بعد أن تعرضت للتحرش الجنسي داخل العمل، مما يُعطيها الحق في مغادرة العمل دون إشعار

مشغلها، وتعتبر في حالة الطرد التعسفي، ويكون هو المرتكب للخطأ الجسيم بمفهوم القانون الوطني والدولي؛

وحيث إن تعرض الأجيرة للتحرش الجنسي يعد من ألوان إهانة المرأة وإذلالها، وهو صورة من الظلم بإنسانيتها، وحيث الله سبحانه وتعالى من عدم وقوع الأذى بالمرأة، بقوله "لا يؤذين" (سورة الأحزاب الآية 59) وأن جميع القوانين سواء الوطنية أو الدولية تحت على حماية المرأة داخل العمل من التحرش الجنسي والتمييز، وهو ما أثاره دفاع الأجيرة محتجا بالمواثيق الدولية والاتفاقيات الصادرة من منظمة العمل الدولية، ذلك أن المغرب وكما هو متعارف عليه دوليا محترما الشرعية الدولية ومحترما لحقوق الإنسان قد صادق على كثير من المواثيق الدولية، ذلك أن المادة 5 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تندد بالإطاحة بالكرامة الإنسانية، وتنص المادة 7 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عن حق الشخص دون تمييز بشروط العمل عادلة ومرضية، وكما أكدت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والموقع عليها من طرف المغرب سنة 1993 بالنمسا في ديباجتها، وكذا المادة 11 منها على حق المرأة في العمل دون تمييز بسبب الجنس، وحمايتها صحيا وأخلاقيا، وتنص الاتفاقية 100 و 111 الصادرتين عن منظمة العمل الدولية، والموقع عليها من طرف المغرب، ونصتا على حماية المرأة العاملة من معاملتها في الاستخدام دون تمييز بسبب الجنس، وما تعرض له المرأة العاملة من تحرش جنسي قد يعوق نمو المجتمع، ويزيد من صعوبة التنمية الكاملة للبلد؛

وحيث إن الطرد التعسفي ثابت في حق الأجيرة، مما يتعين التصريح بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب التعويض"[801].

[801] قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2007/05/17 في ملف عدد 2005/5382، أورده زهر الحر وحسن ابراهيمي، دراسة حول حقوق المرأة الإنسانية، مرجع سابق، الصفحة 74.

وفي إطار حرص القضاء الاجتماعي على ضمان التكافؤ بين أطراف العلاقة الشغلية، وحماية المساواة بينهما بخصوص الآثار المترتبة عن إنهاء عقد الشغل مع تحميل المسؤولية للطرف المتعسف في ذلك، أثيرت قضية أمام محكمة النقض نازلة من النوازل[802] تقدم أحد العمال بمقال أمام إحدى المحاكم الابتدائية يعرض من خلاله بأنه عمل لدى المدعى عليها منذ سنة **1997** وأنه طرد من العمل والتمس الحكم له بالتعويضات القانونية فقضت المحكمة برفض الدعوى، فقام باستئناف الحكم وقضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف.

فتم الطعن في القرار أمام محكمة النقض في القرار الاستئنافي حيث عابت الطاعنة على القرار نقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أنه بالرجوع إلى الأسباب والحيثيات التي اعتمد عليها القرار الاستئنافي يلاحظ أنها جاءت ناقصة باعتباره لم يناقش الدفوعات التي أثارتها الطالبة والمتعلقة بكون الإضراب حق مضمون دستوريا، وأن الطالبة ومن معها التجأت إلى الإضراب من أجل الحصول على أجورهم، وأنهم المعيلون لأسرهم، وأن سبب التصفية القضائية لا يرجع إلى الاعتصام أو الإضراب وإنما يرجع إلى سوء التسيير الذي أدى إلى الإفلاس، وبالتالي إلى عدم أداء أجور العمال الذين احتجوا على حقوقهم بطريقة حضارية عبر الاعتصام، إلا أن تعليل محكمة الاستئناف التي قضت بمشروعية الطرد بدون تعويض جاء ناقصا، ذلك أن استصدار قرار استعجالي بإفراغ العمال من الفندق لا يشكل مصدرا للاعتماد عليه من أجل الحكم برفض التعويض عن الطرد التعسفي من العمل، لأن ذلك مخالف لمقتضيات مدونة الشغل التي لا تعتبر اللجوء إلى الإضراب أو الاعتصام سببا يبرر الطرد بدون تعويض، ولأن الإضراب لا يدخل في خانة الأعمال أو الأخطاء التي لا تغتفر- كالسرقة، والعنف....، كما تعيب الطاعنة على القرار خرق مواد القانون التجاري التي تمنع صاحب المقاولة التي أعلن عن تصفيتها بالقيام بأي إجراء سواء أمام القضاء أو غيره لأن يده مغلولة،

---

[802] قرار 819 بتاريخ 2010/9/30 في الملف الاجتماعي عدد 1512/5/1/2009 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 73، السنة 2011، الصفحة 28.

وأن هذه المواد تعطي الحق للسنديك وحده في تقديم الدعاوى في مواجهة الغير، وأن دعوى الإفراغ التي تقدم بها مدير الفندق بعد التصفية وقضت بإفراغ الطالب هي دعوى فاسدة شكلا لتقديمها من غير ذي صفة، وأن كل الدعاوى والإجراءات التي قام بها مدير الفندق أصبحت باطلة وأن ما بني على باطل فهو باطل.

وفي ردها على كل هذه الوسائل، عللت الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض قرارها بالقول:

"...لئن كان الإضراب يعتبر حقا يمارسه الأجراء في مواجهة المشغل لتحقيق بعض المطالب كما يضمنه الدستور، إلا أنه يجب ألا يتجاوز حدوده المشروعة حينما يؤدي إلى عرقلة حرية العمل وإحداث شلل بنشاط المشغل أو إلحاق ضرر به، ذلك أنه من الثابت من وثائق الملف أن الطالب ومن معه من العمال قاموا بنصب خيمة داخل مقر الفندق المطلوب ودخلوا في اعتصام وتوقف عن العمل، وقد استصدر المطلوب في مواجهتهم حكمين استعجاليين بإفراغهم من مقر الفندق، كما أنهم قاموا بمنع عمال الرصاصة من القيام بالإصلاحات الضرورية بالفندق بتاريخ 2003/03/07 لافتقاره للماء، الأمر الذي أدى ببعض الزبناء إلى مغادرة الفندق، وفضلا عن ذلك فإنهم منعوا تزويد الفندق بالماء بعدما أحضرت إدارة الفندق جرارا يجر صهريجا من الماء، وهذه الأفعال كلها استخلصت المحكمة المطعون في قرارها وفي إطار سلطتها التقديرية والتي لا رقابة لمحكمة النقض عليها إلا من حيث التعليل من أنها تشكل عرقلة لحرية العمل، وأفعالا خطيرة أثرت على السير العادي لمؤسسة الفندق وألحقت ضررا بالغا اكتسى صبغة الأخطاء الجسيمة المبررة لفصل الطالب ومن معه من عمله".

وأضافت محكمة النقض في تعليلها:

"... ومن جهة ثانية وأمام ثبوت الأخطاء المنسوبة للطالب فإن فصله يبقى مبررا، وأمام الاحتجاج بكون دعوى الإفراغ التي تقدمت بها إدارة الفندق في مواجهة الطالب دعوى فاسدة فقد أصبح متجاوزا، خاصة وأن الطالب ومن معه قد نفذوا حكمي الإفراغ، وباعتبار أن موضوع نازلة الحال بكون الفصل مبررا أم لا، ولا يتعدى ذلك إلى أحكام ليست موضوع طعن بالنقض مما كان معه القرار معللا بما فيه الكفاية وغير خارق لمقتضيات القانون التجاري، ويبقى ما بالوسيلتين لا سند له".

وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض برفض الطلب.

إن محكمة النقض بتعليلها المقتضب هذا جانبت الصواب، لم تعمل على حماية حقوق العامل كما هو متعارف عليها دوليا وهي الحق في الأجر، من جهة لأن هؤلاء المحتجين لم يكونوا إلا بصدد المطالبة بأجورهم مقابل العمل الذي زاولوه، ومن جهة أخرى المساس بحقهم في الإضراب من خلال رفض طلباتهم بالتعويض عن الطرد التعسفي الذي طالهم بمناسبة قيامهم بحقهم الدستوري والذي لا يوجد أي نص تنظيمي يؤطره ويحدد شروطه في ظل مخالفات للقانون التجاري من خلال تقاضي إدارة الفندق بدل السنديك وبشهر ورقة عرقلة حرية العمل في وجههم مع العلم أنهم لم يكونوا محل متابعة جنائية بسبب ذلك[803].

[803] محمد الهيني وأحمد مفيد، الحماية القضائية للحقوق والحريات الأساسية، جمعية عدالة من أجل الحق في محاكمة عادلة، الصفحة 211.

ثانيا: دور التعليل في حماية مبدأ مساواة الأجراء في حق الأجر والاستقرار الأسري

حسب المادة 23 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فإنه: "لكل فرد دون أي تمييز الحق في أجر متساو للعمل؛ ولكل فرد يقوم بعمل الحق في أجر عادل مُرض يكفل له ولأسرته عيشة لائقة بكرامة الإنسان تضاف إليه، عند اللزوم، وسائل أخرى للحماية الاجتماعية".

كما تنص المادة 25 منه على أنه: "لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته، ويتضمن ذلك التغذية والملبس والمسكن والعناية الطبية وكذلك الخدمات الاجتماعية اللازمة، وله الحق في تأمين معيشته في حالات البطالة والمرض والعجز والترمل والشيخوخة وغير ذلك من فقدان وسائل العيش نتيجة لظروف خارجة عن إرادته".

وبالتالي فالحق في الأجر المساوي للعمل هو حق من حقوق الإنسان المتعارف عليها دوليا والتي لا يجب العمل على المساس به بأي من شكل من الأشكال سواء بعدم الأداء أو التخفيض منه لمبررات لا دخل لإرادة العامل في وقوعها، ففي إحدى النوازل التي عرضت على محكمة النقض[804] تقدم بموجبها عاملا بمقال يعرض من خلاله بأنه شرع في العمل مع مشغله منذ **1965/01/04** إلى أن تم طرده بتاريخ **1996/07/17** والتمس الحكم له بالتعويضات، حيث قضت المحكمة الابتدائية لفائدته بمجموعة من التعويضات، فيما قضت محكمة الاستئناف بعد الطعن بالاستئناف بإلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به من تعويضات عن الإخطار والإعفاء والطرد التعسفي، والحكم من جديد برفض الطلب بشأنها وبتأييده في الباقي مع تعديله بخفض التعويض عن الساعات المخفضة إلى مبلغ **8000** درهم فقضت محكمة النقض بنقض القرار الاستئنافي وإحالة الحكم على المحكمة المصدرة له ثم

[804] عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في مدونة الشغل، الجزء الثالث، الطبعة الاولى، 2014، مطبعة النجاح الجديدة، الصفحة 76.

قضت محكمة الإحالة بتأييد الحكم الابتدائي، والذي ثم الطعن فيه بالنقض من جديد، حيث عابت الطاعنة على القرار خرق الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية بانعدام التعليل، ذلك أنه بالرجوع إلى القرار الاستئنافي المطعون فيه يتضح أن محكمة النقض في قرارها عدد 519 الصادر بتاريخ 2007/05/23 في الملف عدد 1255/5/1/06 اعتبر أن إجراء تخفيض ساعات العمل من طرف الطالبة يتسم بطابع التعسف يوجب ترتيب الأثار القانونية عليه، وأن المطلوبة استندت في ذلك على مقتضيات الفصل 356 وما يليه من مدونة الشغل، إلا أن القرار الاستئنافي لم يطبق مقتضيات الفصل 359 وما يليه التطبيق السليم، بدليل أن الفصل المذكور وما يليه لم يرتب كجزاء قانوني اعتبار إجراء التخفيض من ساعات العمل طردا تعسفيا اعتبارا لأن المطلوبة استمرت في العمل لدى الطالبة، بإقرار منها خلال جلسة البحث المنعقدة خلال المرحلة الاستئنافية إلى حين إحالتها على المعاش، وأنه بالنظر إلى أن الطالبة تكون قد أدت جميع مستحقات المطلوبة لدى مؤسسة الصندوق المهني المغربي للتقاعد، ولذلك يكون القرار الاستئنافي المطعون فيه قد جاء منعدم التعليل لم يطبق تطبيقا سليما مما يتعين نقضه.

وبمناسبة دراستها للقضية من جانب القانون، ومداولة أعضائها فيه، خلصت الغرفة الاجتماعية إلى رفض طلب النقض، وعللت قرارها بالقول:

"...إن المادة 359 من مدونة الشغل التي تخول للمشغل أداء أجر للأجير يقل عن الحد الأدنى تشترط حصول نقص في حجم الشغل المنجز لا يمكن أن ينسب لسبب خارج عن الشغل، وذلك إذا ثبت بناء على معاينة يقوم بها خبير مقبول أن سبب النقص يعود مباشرة إلى الأجير...وهذه الحالة لا تنطبق على تخفيض ساعات العمل بسبب الأزمة الاقتصادية التي تعرضت لها الطالبة، وفضلا على ذلك، فإنه طبقا لمقتضيات الفصل 369 من قانون المسطرة المدنية التي تفرض على محكمة الإحالة أن تتقيد بالنقط القانونية التي على أساسها نقضت محكمة النقض القرار الاستئنافي، فإن المحكمة المطعون في قرارها بصفتها تلك تقيدت بنقطة إحالة

محكمة النقض الذي اعتبرت تخفيض ساعات العمل وما ترتب عليه من تخفيض للأجر الذي يعتبر ركنا أساسيا في عقد الشغل يتسم بطابع التعسف ويوجب ترتيب الاثار القانونية، فإن ذلك يفيد أن المطلوب بهذا التخفيض تعرض للطرد التعسفي ويستحق التعويضات عن ذلك في إطار مدونة الشغل، وهو ما انتهى إليه القرار المطعون فيه عن صواب، مما كان معه القرار معللا بما فيه الكفاية وغير خارق للمقتضيات المستدل بها"[805].

وبهذا القرار تكون محكمة النقض انتصرت إلى حماية الأجر الذي هو ركن أساسي من أركان عقد الشغل، وحماية منها لحق من حقوق الإنسان وهو الحق في أجر مساو غير متأثر بظرف خارج عن إرادة العامل أو بظرف ناجم عن خطئه.

وفي إطار حماية استقرار وضعية الأجير وضمان عدم تعسف المشغل في نقله دون بيان طبيعة العمل الجديد المسند إليه، اعتبرت محكمة النقض أن "...المحكمة لما اعتبرت نقل العامل من معمل إلى آخر فيه إساءة له ويشكل فصله عن العمل بسبب عدم التحاقه بالعمل الجديد فصلا تعسفيا مقنعا دون أن تبين لا طبيعة العمل الجديد المسند إليه ولا مكانه ولا الأضرار التي تلحق بالعمال من جرائه حتى يتمكن المجلس من إجراء مراقبته يكون قضاؤها ناقص التعليل ينزل بمنزلة انعدامه"[806].

وبمناسبة الحديث عن دور تعليل أحكام القضاء الاجتماعي في صون الحقوق؛ وضمان المساواة، لا يفوتنا أن ننوه بالتطور الحاصل على مستوى تعليل الأحكام الاجتماعية في القضاء المدني بفرنسا؛ الذي اعتبر في اجتهاد حديث جدا له؛ **أن من حق الجنين في بطن أمه الاستفادة من التعويض عن الضرر المعنوي عن**

---

[805] قرار محكمة النقض عدد 195 المؤرخ في 2012/02/02 في الملف الاجتماعي عدد 1015/5/1/2010 أورده عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في مدونة الشغل، مرجع سابق، الصفحة 65.

[806] القرار رقم 133 الصادر بتاريخ 24 فبراير 1992 في الملف الاجتماعي رقم 98/100005، أورده محمد الهيني وأحمد مفيد، الحماية القضائية للحقوق والحريات الأساسية، جمعية عدالة من أجل الحق في محاكمة عادلة، الصفحة 220.

فقدان أبيه قبل ولادته في إطار مبدأ المساواة؛ وكان ذلك بعدما رفضت محكمة الاستئناف بمدنية ميتز Metz الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 29 شتنبر 2016 طلب الدفاع لتمكين الجنين الذي ولد حيا من التعويضات المعنوية الناجمة عن وفاة والده الأجير قبل ولادته نتيجة حادثة شغل.

حيث إن محكمة النقض الفرنسية؛ (الغرفة المدنية)؛ أخذت موقفا متقدما جدا مقارنة بنصوص التشريع؛ في تطبيق مبدأ المساواة بين الجنين والمولود؛ فيما يرتبط بالتعويضات الناجمة عن حوادث الشغل الناتج عنها وفاة الأجير، حيث قضت الغرفة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية يوم 14 دجنبر 2017 باستحقاق الجنين في بطن أمه الذي ولد حيا؛ الحصول على تعويض عن الضرر المعنوي عن فقدان والده الذي لم يراه.

وجاء في تعليل القرار[807]: "...منذ ولادته، يمكن للطفل أن يطالب بحقه في الحصول على تعويض عن الضرر المعنوي الذي أصابه والناتج عن فقدان والده الأجير نتيجة حادث شغل مميت تقع مسؤوليته على عاتق المشغل بسبب خطأ لا يمكن تداركه أو الاعتذار عنه؛

يقع على عاتق شركة التأمين المؤمنة تعويض الطفل ماديا عن الضرر المعنوي الذي سيلازمه جراء فقدان والده بالرغم من ولادته بعد وفاة والده، وذلك اعتبارا للحرمان الذي سيعانيه جراء هذا الفقدان، وبسبب المعاناة التي سيعيشها بسبب الغياب الأبدي للآب، ولوجود علاقة سببية بين الضرر المعنوي للطفل ووفاة الآب بسبب حادث شغل ".

هذا الاجتهاد الذي كرسته محكمة النقض الفرنسية؛ سيدفع بلا شك المشرع الفرنسي لتمديد نطاق الحماية الاجتماعية للأجنة في بطون أمهاتهم، إذا ما هم

[807] Cour de cassation , civile, chambre civile 2, 14 décembre 2017, 16-26.687, Publié au bulletin .

حُرموا من المنفعة المعنوية التي يشكلها وجود الأب الذي يتعرض لحادث شغل ينتج عنه وفاة، وهو توجه محمود وجريء إلى درجة كبيرة، يفرض على قضاتنا أخذه بعين الاعتبار عند البت في القضايا المعروضة عليهم، مما سيساهم في الدفع بالمشرع إلى محاولة إيجاد مصوغات قانونية لمعالجة مثل هذه الحالات.

وفي تطور مشابه لما ذهبت فيه محكمة النقض الفرنسية، أقرت محكمة النقض المغربية بدورها حق الجنين الذي يولد حيا في التعويض المعنوي الناتج عن الوفاة جراء حادثة سير، وعللت قرارها:

"...حيث إنه طبقا لمقتضيات المادة الرابعة من ظهير 02-10-1984 إذا نتج عن الإصابة وفاة المصاب استحق من كانت تجب عليه نفقتهم وفقا لنظام أحواله الشخصية وكذا كل شخص آخر كان يعوله تعويضا عما فقدوه من موارد عيشهم بسبب وفاته ولزوج المصاب المتوفى وأصوله وفروعه من الدرجة الأولى لوحدهم الحق في التعويض عما أصابهم من ألم من جراء وفاته ولما كان الثابت من وثائق الملف ومن ملحق رسم الإراثة عدد ...صحيفة...325 بتاريخ 25-09-2019 ومن النسخة الموجزة لرسم الولادة رقم 559 لسنة 2019 المسجل بمكتب الحالة المدنية سيدي بلقاس بتارودانت أن الضحية الهالك ...توفي بسبب حادثة سير الواقعة بتاريخ 22-11-2018 وترك زوجته ...حاملا وازداد الابن حسن بتاريخ 16-06-2019 أي قبل فوات أقصى مدة الحمل المحدد في المادة 154 من مدونة الأسرة في سنة كاملة من تاريخ وفاة الهالك أي أنه ازداد من صلب الهالك، وأن الطاعنين تقدموا بعد ولادة الابن بمقال إصلاحي تم بموجبه إدخاله في الدعوى وأنه بثبوت نسب الابن لوالده الهالك تكون معه المصلحة الواقع المساس بها شرعية وهي حق الابن في النفقة والتي ينصرف مفهومها إلى ما يحتاجه الجنين في بطن أمه ويستمر إلى ما بعد ولادته، كما أن الطفل تصيبه أضرار شخصية جراء وفاة والده حتى ولو كان ميلاده في تاريخ لاحق للفعل الذي توفي بسببه الأب وقت أن كان الطفل حملا مستكنا ويمتد الى الضرر الذي يصيبه بعد

ولادته حيا وثبوت أهلية الوجوب كاملة له والمحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لما اعتبرت أن الابن القاصر لا يستحق أي تعويض لأنه ولد بعد وفاة والده ولعدم ازدياده حيا وقت الوفاة لم تجعل لما قضت به أساسا من القانون وعللت قرارها تعليلا فاسدا مما يتعين نقضه"[808].

المبحث الثاني: المساواة والمناصفة في ضوء تعليل أحكام القضاء الدستوري والإداري

شكل صدور دستور 2011 تطورا نوعيا نتيجة الإصلاحات العميقة التي جاء بها؛ رسم توجهاته الأساسية ملك البلاد في خطابه الموجه إلى الأمة يوم 9 مارس 2011، وهو دستور متميز عن الدساتير التي سبقته، بالنظر إلى مجموعة من المعطيات؛ فقد تم إعداده من خلال منهجية تشاركية فريدة، جمعت بين الخبرة القانونية والمساهمة البناءة لجميع الهيئات السياسية والنقابية والاجتماعية والحقوقية، وهذا أثمر دستورا من صنع المغاربة ولجميع المغاربة.[809] وعلاوة على الجوانب الشكلية، فقد تميز هذا الدستور أيضا من حيث مضمونه ومحتواه.

فإلى جانب الحفاظ على التراث الوطني الأصيل للبلد والتحديد المتجدد للهوية الوطنية بمكوناتها وروافدها، انفتح الدستور الجديد على أرقى التجارب الدستورية، مستوحيا أهم ما في التراث الإنساني الكوني من قيم ومبادئ ومعايير، كما تولى دستور 2011 تعزيز مكانة ودور جميع المؤسسات الدستورية التمثيلية وغير التمثيلية، وحرص على وجه الخصوص على توسيع حقوق المواطنات

[808] قرار محكمة النقض عدد 10/1318 بتاريخ 09-06-2022 في الملف الجنحي 83-2021/10/6/21982، غير منشور

[809] كما عبر عن ذلك جلالة الملك في خطاب 17 يونيو 2011 الخاص بعرض مشروع الدستور على الاستفتاء.

والمواطنين مع التأكيد على مبدأ المناصفة والمساواة بين الجنسين حسب مقتضيات الفصل 19 منه، وهي حقوق كرسها بضمانات أساسية قضائية ومؤسساتية[810].

[810] عملت المملكة المغربية، خلال العقدين الأخيرين، على إحداث منظومة مؤسساتية متكاملة لحماية حقوق الإنسان والنهوض بها، في إطار دينامية حقوقية مست العديد من المجالات ذات الصلة بالحقوق الإنسانية للمرأة، لا سيما مجالي المساواة بين الجنسين؛ والتمكين السياسي والاقتصادي للنساء .كما شكل إصلاح وتأهيل هذه المنظومة ورشا مفتوحا ومتواصلا أساسه احترام قيم الديمقراطية والقانون والحياد والشفافية والنزاهة والمصلحة العامة، واعتماد قواعد وآليات الحكامة الجيدة، والديمقراطية التشاركية الضامنة لمشاركة كل القوى الحية في المسلسل التنموي الذي تشهده البلاد؛ وتتوزع الآليات الوطنية الحالية المعنية بالمساواة بني الجنسين وتمكين المرأة بين هيئات لحماية حقوق الإنسان؛ والنهوض بها وهيئات الحكامة الجيدة والتقنني وهيئات النهوض بالتنمية البشرية والمستدامة والديمقراطية التشاركية، وكلها مؤسسات محدثة بموجب الدستور 2011 ،ويتعلق الأمر بـ:
المجلس الوطني لحقوق الإنسان، وهو مؤسسة وطنية تعددية ومستقلة ذات والية عامة في جميع القضايا المتعلقة بالدفاع عن حقوق الإنسان والحريات وحاميتها وضامن ممارستها الكاملة، وقد عززت المملكة المغربية اختصاصات هذه المؤسسة باعتماد القانون رقم 15.76 المتعلق بإعادة تنظيم المجلس الوطني لحقوق الإنسان بتاريخ 22 فبراير 2018 (الجريدة الرسمية عدد 6652)، انسجاما مع الفصل 171 من الدستور، لا سيما عبر إحداث ثلاث آليات وطنية وتمتيعها بالاستقلال الوظيفي، وهي، على التوالي، الآلية الوطنية للوقاية من التعذيب والآلية الوطنية للتظلم الخاصة بالأطفال ضحايا الانتهاكات، ثم الآلية الوطنية الخاصة بحامية الأشخاص في وضعية إعاقة؛
مؤسسة الوسيط، وهي مؤسسة وطنية مستقلة ومتخصصة تتولى الدفاع عن الحقوق في نطاق العلاقات بني الإدارة والمرتفقين، من خلال استقبال المظالم والدفاع عن حقوق المشتكين، والإسهام في ترسيخ سيادة القانون، وإشاعة مبادئ العدل والإنصاف، وقيم التخليق والشفافية؛
هيئة المناصفة ومحاربة جميع أشكال التمييز، وهي مؤسسة وطنية ومستقلة أحدثت بموجب الفصل 19 من الدستور؛ وصدر بتاريخ 21 شتنبر 2017 القانون رقم 14.79 الذي حدد صلاحياتها وتأليفها وكيفيات تنظيمها وقواعد سيرها. وتتولى هاته الهيئة على الخصوص، بمبادرة منها أو بطلب من الحكومة أو أحد مجلسي البرلمان إبداء الرأي، وتقديم اقتراحات أو توصيات إلى هاته الجهات، وكذا تلقي الشكايات والنظر فيها والعمل على تتبع مآلها، وتقديم كل توصية تراها مناسبة إلى الحكومة من أجل ملائمة المنظومة القانونية الوطنية مع أحكام الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، ورصد وتتبع أشكال التمييز التي تعترض النساء، وتقييم المجهودات التي تبذلها الدولة ومختلف الهيئات والمؤسسات بالقطاعين العام والخاص؛
الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري، التي تسهر على احترام العبير التعددي لتيارات الرأي والفكر، والحق في المعلومة في الميدان السمعي البصري، وتراقب مدى المس بكرامة المرأة وحقوقها من خلال دورها الإشرافي والرقابي على محاربة التمييز ضد النساء، والحرص على تتبع والتنبيه وتلقي الشكايات المتعلقة بالصور النمطية المبنية على النوع الاجتماعي التي يتم تداولها من طرف وسائل الاتصال السمعي البصري، في شقيها، العمومي والخاص .وقد نصت المادة 3 من القانون رقم 15.11، المتعلق بإعادة تنظيم هذه الهيأة على أنها تسهر على "احترام حرية الاتصال السمعي البصري وكذا حرية التعبير وحمايتها... ودعم مبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان..."، و"السهر على ضمان احترام المواطنين والمواطنات في الإعلام..."، و«المساهمة في النهوض بثقافة المساواة والمناصفة بني الرجل والمرأة، وفي محاربة التمييز والصور النمطية المسيئة التي تحط من كرامة الإنسان..."؛
المجلس الاستشاري للأسرة والطفولة، وهو هيئة استشارية محدثة بموجب الفصل 32 من الدستور تتولى مهمة تأمين تتبع وضعية الأسرة والطفولة، وإبداء رأيه في المخططات الوطنية المتعلقة بها، وتنشيط النقاش العمومي حول السياسة العمومية في مجال الأسرة، وضمان تتبع وإنجاز البرامج الوطنية، مع تقديم اقتراحات إلى الحكومة أو أحد مجلسي البرلمان، بهدف النهوض بوضعية الأسرة والطفولة؛ وإصدار توصيات إلى السلطات(=)

إن مبدأ المساواة والمناصفة بين الذكر والأنثى مبدأ أساسيا لتحقيق الاندماج في تنمية وازدهار البلد، لذلك عمل المشرع المغربي على توفير الآليات التي تضمن للمرأة حق المساواة بالرجل؛ للدفع بها نحو المشاركة بجانبه؛ في كافة الميادين بما يوافق فطرتها كأنثى، وبما يلائم طبيعتها بصفتها هذه، ومن أجله؛ تم إرساء آليات وطنية ذات صلة مباشرة بالمناصفة والمساواة بين الجنسين[811].

فقد صرح ملك البلاد في غير ما مرة على ضرورة مراعاة مبادئ المساواة والمناصفة بين الجنسين في إطار الخصوصية التي تميزهما، بقوله في إحدى المقابلات الصحفية لمنبر إعلامي أجنبي: "...لديكم في فرنسا وفي عدد من الدول

(=)العمومية، بهدف ضامن الحامية القانونية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة، وكذا توفري حامية قانونية متساوية واعتبار اجتماعي ومعنوي متساو لجميع الأطفال بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية.

[811] من أهم الآليات الوطنية التي لها صلة مباشرة بتحقيق المناصفة والمساواة بين الرجل والمرأة: قطاع حكومي معني بقضايا المساواة، والمتمثل في وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة، التي تضطلع بدور محوري في التخطيط الاستراتيجي للسياسات العمومية في مجال المساواة، وتسهر على إعداد وتتبع السياسات الحكومية المتعلقة بتمكين النساء والفتيات، وضمان الإلتقائية والتنسيق بين جهود مختلف الفاعلين والمتدخلين في هذا المجال؛

-إحداث مندوبية وزارية مكلفة بحقوق الإنسان سنة 2011؛ ثم وزارة دولة مكلفة بحقوق الإنسان سنة 2017 لمواكبة الجهود الحكومية في مجال حقوق الإنسان بصفة عامة؛

آليات حكومية إجرائية:

اللجنة الوزارية للمساواة، برئاسة رئيس الحكومة، مكلفة بتتبع تنفيذ الخطة الحكومية للمساواة "إكرام"، وهي اللجنة التي أحدثت بموجب المرسوم رقم 495.13.2 الصادر في 5 من شعبان 1434 (4 يوليوز 2013)، وأسندت إليها عدة مهام أبرزها؛ تشجيع مختلف السلطات الحكومية وحثها ومساعدتها على تنفيذ مضامين الخطة الحكومية للمساواة، واتخاذ كل الإجراءات اللازمة لذلك؛

لجنة تقنية بين وزارية لتتبع تنفيذ الخطة الحكومية للمساواة، أسندت لها مهام جمع وتوفير كل المعطيات والاحصائيات الضرورية لمساعدة اللجنة الوزارية في تتبع مدى تقدم تنفيذ إجراءات الخطة الحكومية للمساواة؛

آليات وطنية للرصد والحامية والتكفل:

المرصد الوطني لصورة المرأة في العالم، الذي أنشأ سنة 2013 كبنية ثلاثية، تضم إلى جانب القطاعات الحكومية المعنية بالموضوع، جمعيات المجتمع المدني ومراكز بحث جامعية وممثلين عن مؤسسات مهنية ذات صلة وشخصيات معروفة.

المرصد الوطني للعنف ضد النساء، الذي أنشأ سنة 2014 كبنية ثلاثية، تضم إلى جانب القطاعات الحكومية المعنية بالموضوع، جمعيات المجتمع المدني ومراكز بحث جامعية، وذلك بعد إحياء لجنة القيادة في مارس 2013...

الخطة الحكومية للمساواة "إكرام" الإطار الوطني لتحقيق التقائية مختلف المبادرات المتخذة لإدماج مقاربة النوع الاجتماعي في السياسات الوطنية وبرامج التنمية...

انظر: المملكة المغربية، وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة؛ تقرير المملكة المغربية، الدورة 65 للجنة وضع المرأة، مارس 2021، الصفحة 22-23-24.

الغربية الأخرى نقاشا أيضا حول المساواة...لا أعتقد أن المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة يمكن أن يتحقق في يوم من الأيام، ولكن ماذا تعني المساواة في الواقع، إنها تعني الحفاظ على الهويتين الأنثوية والذكورية؛ وذلك بصيانة كرامة المرأة والرجل معا..."[812].

المطلب الأول: التأسيس الدستوري لمبدأ المساواة والمناصفة وتطبيقاتهما القضائية

سوف نحاول تخصيص هذا المطلب لمناقشة قضية المساواة والمناصفة في ضوء استجابة الوثيقة الدستورية لمجموعة من المطالب الحقوقية التي طالما نادت بدسترة المبادئ الكونية للحقوق الانسان وعلى رأسها المساواة والمناصفة، بحيث ولأول مرة يتم التنصيص في الوثيقة الدستورية على مبدأ المناصفة كآلية مرحلية لبلوغ المساواة التامة بين الجنسين، وهو ما تفاعل معه القضاء الدستوري بشكل كبير أسس لمرحلة جديدة في التعطي مع قضايا المرأة على إن على مستوى التشريع، وخاصة مقتضيات الفصل 19 من الدستور (الفقرة الأولى)، أو من خلال هيئات دستورية تنهض بتفعيل هذه المقتضيات ومنها هيأة المناصفة ومحاربة التمييز (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المساواة والمناصفة بين السياق التشريعي وتفعيل القضاء الدستوري

عرف المغرب دينامية مهمة على مستوى التحول الديمقراطي والبناء المؤسساتي المواكب لكل المسارات التنموية ببلادنا، وخصوصا ما يتعلق بالنهوض بوضعية حقوق الإنسان، حيث انخرط في مراجعة الترسانة القانونية لملائمتها مع الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها؛ وجاء دستور 2011 تتويجا لهذا التحول.

[812] نص الخطاب الملكي الذي ألقاه الملك محمد السادس ملك المغرب أمام المجلس الأعلى لإعداد التراب الوطني بالرباط يوم الأربعاء 12 ماي 2004.

وفي هذا السياق، فقد جاء في ديباجة الدستور المغربي: "...وإدراكا منها لضرورة تقوية الدور الذي تضطلع به على الصعيد الدولي، فإن المملكة المغربية، العضو العامل النشيط في المنظمات الدولية، تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها، من مبادئ وحقوق وواجبات، وتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان، كما هي متعارف عليها عالميا".

ونص في الفصل 19 من الدستور: "يتمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها؛

تسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء؛

وتحدث لهذه الغاية، هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز[813]".

وبالموازاة مع هذه المقتضيات المتقدمة الذي جاءت به الوثيقة الدستورية؛ كان الدور على القضاء لتجسيد إرادة المشرع في تنزيل مبدأ المساواة والمناصفة؛ وخاصة؛ القاضي الدستوري، الذي تعرض عليه كل القوانين التنظيمية للنظر في مدى دستوريتها.

أولا: مضمون مقتضيات الوثيقة الدستورية في باب المساواة والمناصفة

عملت الدولة المغربية منذ استقلالها؛ على تطوير الوثيقة الدستورية بشكل متواتر، حيث لم تقف متصلبة الأوصال الدستورية، بل تتفاعل مع التطورات السياسية والاجتماعية والثقافية التي يعرفها المجتمع، وواصلت تطويرها للدستور

[813] جاء في الفصل 164 من الدستور: "تسهر الهيأة المكلفة بالمناصفة ومحاربة جميع أشكال التمييز، المحدثة بموجب الفصل 19 من هذا الدستور، بصفة خاصة، على احترام الحقوق والحريات المنصوص عليها في الفص المذكور، مع مراعاة الاختصاصات المسندة للمجلس الوطني لحقوق الإنسان".

عبر إصلاحات ومراجعات متتالية، أثمرت دساتير متطورة؛ إلى أن تكللت بصدور الدستور الحالي المؤرخ في 28 يوليوز 2011.

تبنى الدستور المغربي لسنة 2011 مجموعة من المبادئ في نطاق توسيع وعاء الحقوق والحريات؛ استكمالا لبناء دولة الحق والقانون؛ ولعل أهمها؛ مبدأي المساواة والمناصفة، واعتبرهما ثوابت وطنية راسخة لا يمكن التراجع عنها.[814]

وقد شكلت الوثيقة الدستورية نقلة نوعية في المسار الحقوقي المغربي، سيما على مستوى الالتزام بضمان الحماية اللازمة لمنظومتي "حقوق الانسان والقانون الدولي الانساني والنهوض بهما، والإسهام في تطويرهما، ومراعاة الطابع الكوني لتلك الحقوق وعدم قابليتها للتجزئة".

وهكذا، فإن المغرب من البلدان القليلة التي عملت على دسترة مبدأ المناصفة؛ إضافة إلى المقتضيات العامة؛ المتعلقة بالمساواة وتكافؤ الفرص بين الجنسين[815]، فاعتبر المشرع الدستوري؛ المناصفة؛ من الآليات المرحلية التي يتعين اعتمادها لبلوغ المساواة الفعلية بين الرجل والمرأة؛ انسجاما مع ما تفرضه المواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب.

فقد جاء في ديباجة الدستور المغربي؛"...وإدراكا منها لضرورة تقوية الدور الذي تضطلع به على الصعيد الدولي، فإن المملكة المغربية، العضو العامل النشيط في المنظمات الدولية، تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها، من مبادئ وحقوق وواجبات، وتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان، كما هي متعارف عليها عالميا...".

---

[814] جاء في الفصل 175 من الدستور المغربي: "لا يمكن أن تتناول المراجعة الأحكام المتعلقة بالدين الإسلامي، وبالنظام الملكي للدولة، وباختيارها الديمقراطي للأمة، وبالمكتسبات في مجال الحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور".

[815] جاء في الفصل السادس من الدستور: "القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة، والجميع، أشخاصا ذاتيين واعتباريين، بما فيهم السلطات العمومية، متساوون أمامه، وملزمون بالامتثال له.

تعمل السلطات العمومية على توفير الظروف التي تمكن من تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنات والمواطنين، والمساواة بينهم، ومن مشاركتهم في الحياة السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية..."

لقد شكلت قضية المساواة الفعلية بين الرجال والنساء انشغالا أساسيا للجنة إعداد الوثيقة الدستورية قبل عرضها للاستفتاء الشعبي، وبعد دخولها حيز التنفيذ، لاقت تفاعلا إيجابيا من مختلف مكونات المجتمع المغربي لما تضمنته من مقتضيات متقدمة؛ في باب الحقوق والحريات الأساسية؛ فشكل ذلك التزاما إضافيا يقع على عاتق المؤسسات الوطنية المعنية؛ من أجل تنزيل هذه المقتضيات الجديدة، وتوفير الأرضية المناسبة لتفعيلها[816].

فقد أكد الدستور في الباب الثاني المتعلق بالحريات والحقوق الأساسية؛ بموجب الفصل 19 منه؛ على أنه: "يتمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة؛ بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية؛ الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها".

وجدير بالملاحظة؛ أن المشرع الدستوري؛ استعمل عدة صيغ لغوية؛ تفيد حرص الوثيقة الدستورية على ضمان تمتع "المواطنات والمواطنين" بحقوقهم وحرياتهم على وجه المساواة، فالفصل 3 من الدستور وُضع لحماية مبدأ المساواة بين المواطنات والمواطنين في ممارسة الشؤون الدينية[817]، والفصل 20 منه؛ كرس

---

[816] "لقد كرم الله بين الإنسان، حيث أكد الإسلام على المساواة بين المرأة والرجل، معتبرا أن النساء شقائق الرجال في الأحكام، كما أن القيم الكونية والمواثيق الدولية تنص على هذه المساواة بين الجنسين دون أي تمييز، ومن هذا المنطلق، نعمل على توفير ظروف العيش الحر الكريم لكل المغاربة. كما أننا عملنا، منذ عدة سنوات، على وضع المغرب في مسار المساواة بين الرجل والمرأة، باعتبار ذلك حقا من الحقوق الإنسانية الأساسية، ومطلبا قانونيا، وضرورة اجتماعية واقتصادية.

وقد جاء دستور 2011 بتحول جوهري في هذا الشأن، مرسخا بشكل لا لبس فيه، مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في الحقوق والحريات، مع السعي لتحقيق المناصفة.

* مقتطف من الرسالة الملكية الموجهة إلى المشاركين في أشغال القمة العالمية الثانية لمبادرة "نساء في افريقيا"، مراكش بتاريخ 2018/09/27.

[817] ينص الفصل الثالث من الدستور: "الإسلام دين الدولة، والدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينيةّ".

مبدأ حق الأفراد في الحياة على وجه المساواة؛ كأول الحقوق الإنسانية[818]، والفصل 21 من الوثيقة الدستورية؛ نص على مبدأ ضمان الحق في سلامة الشخصية للمواطنات والمواطنين ولأقربائهما، وحماية ممتلكاتهما على وجه التساوي من غير تمييز.[819]

ومن أجل ضمان مبدأ المساواة بين الجنسين أمام القانون، جاء الفصل 23 من الدستور؛ ليؤكد مبدأ المساواة في الضمانات القانونية عند إيقاف أي شخص؛ رجلا كان أو امرأة؛ أو اعتقاله أو إدانته[820]، كما كرس في الفصلين 118[821] و120[822] منه المساواة في حق التقاضي والحق في المحاكمة العادلة.

فيما نص الفصل 24 منه؛ على حق المواطنات والمواطنين في حرية تنقلهما داخل التراب الوطني؛ والاستقرار فيه؛ والخروج منه؛ والعودة إليه بموجب القانون، كما تطرق لحق المساواة في التعبير، ونشر الأخبار والأفكار والآراء بكل حرية؛ ودون قيد أو شرط؛ باستثناء ما ينص عليه القانون.[823]

ولضمان المساواة بين الجنسين على مستوى الحقوق الاقتصادية؛ والاجتماعية؛ والثقافية؛ والبيئية، عملت الوثيقة الدستورية على تقويتها والدود عنها، بنصها صراحة على حماية حق المساواة بين "المواطنات والمواطنين" في تمتعهم بالعلاج والرعاية الصحية، والحماية الاجتماعية؛ والتغطية الصحية؛ والتضامن

---

818 ينص الفصل 20 من الدستور: "الحق في الحياة هو أول الحقوق لكل إنسان، ويحمي القانون هذا الحق".

819 ينص الفصل 21 من الدستور: "لكل فرد الحق في سلامة شخصه وأقربائه، وحماية ممتلكاته...".

820 ينص الفصل 23 من الدستور: "لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته، إلا في الحالات وطبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون...

يجب إخبار كل شخص تم اعتقاله، على الفور وبكيفية يفهمها، بدواعي اعتقاله وبحقوقه، ومن بينها حقه في التزام الصمت. ويحق له الاستفادة، في أقرب وقت ممكن، من مساعدة قانونية، ومن إمكانية الاتصال بأقربائه، طبقا للقانون...

821 ينص الفصل 118 من الدستور: "حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون...".

822 ينص الفصل 120 من الدستور: "لكل شخص الحق في محاكمة عادلة، وفي حكم يصدر داخل أجل معقول. حقوق الدفاع مضمونة أمام جميع المحاكم"

823 الفصل 28 من الدستور.

التعاضدي أو المنظم من لدن الدولة، وضمان المساواة في الحصول على تعليم عصري ميسر الولوج وذي جودة، والمساواة في ولوج الوظائف العمومية حسب الاستحقاق؛ والحصول على الماء؛ والعيش في بيئة سليمة؛ وغيرها من الحقوق الأخرى التي تضمن العيش الكريم لكلا الجنسين،[824] كما أن حق المساواة في تكافؤ الفرص بين الجنسين مضمون بموجب الدستور.[825]

وفي إطار تنزيل مبدأ السعي نحو المناصفة؛ مع ما يتطلبه ذلك من جرأة في سن إجراءات للتمييز الإيجابي؛ موجهة لفائدة الفئات الهشة للنهوض بحقوقها؛ وجعلها في مصاف الفئات الأخرى، حث الدستور السلطات العمومية؛ على القيام بدورها في معالجة الأوضاع الهشة للفئات المهمشة (نساء؛ أطفال؛ مسنين...)، والعمل على إعادة تأهيل الأشخاص ذوو الإعاقات الجسدية؛ أو الحركية؛ أو الحسية؛ أو العقلية، وإدماجهم في الحياة الاجتماعية والمدنية، وتيسير تمتعهم بالحقوق والحريات كالأسوياء دون تمييز.[826]

ولأجرأة هذه المقتضيات على أرض الواقع؛ تم التنصيص على تأسيس المجلس الاستشاري للأسرة والطفولة من أجل تتبع وضعية الأسرة والطفولة، وإبداء الآراء حول المخططات الوطنية المتعلقة بهذه الميادين، وتنشيط النقاش العمومي حول السياسة العمومية في مجال الأسرة، وضمان تتبع وإنجاز البرامج الوطنية، المقدمة من قبل مختلف القطاعات، والهياكل والهيئات المختصة.[827]

وفي إطار تفعيل حكامة المرافق العمومية وتشجيعها على احترام المساواة والمناصفة؛ أكد الفصل 154 على أنه: "يتم تنظيم المرافق العمومية على أساس

---

[824] الفصل 31 من الدستور.
[825] الفقرة الأخيرة من الفصل 35 من الدستور.
[826] الفصل 34 من الدستور
[827] الفصل 169 من الدستور.

المساواة بين المواطنات والمواطنين في الولوج إليها، والإنصاف في تغطية التراب الوطني والاستمرارية في أداء الخدمات".

ومن بين أهم تجليات مبدأ المساواة في الوثيقة الدستورية، ما تم التنصيص عليه في الفصل 32 منه التي جاء فيها: " **الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع.**

تعمل الدولة على ضمان الحماية الحقوقية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة، بمقتضى القانون، بما يضمن وحدتها واستقرارها والمحافظة عليها.

تسعى الدولة لتوفير الحماية القانونية، والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال، بكيفية متساوية، بصرف النظر عن وضعيتهم العائلة...".

لعل المتمعن في النص أعلاه، سيلحظ بشكل واضح الشكل الذي ارتضاه المشرع الدستوري للأسرة المغربية، نواتها الأسرة الزواجية، مع ضمان الحماية لجميع أفرادها.

والمُلاحظ أن بعض مضامين الوثيقة الدستورية تأثرت بمرجعية الحقوق الكونية؛ وهذا حال الفقرة الثالثة من المادة 32؛ التي ضمنت الحماية لكل الأطفال؛ دون النظر إلى وضعيتهم العائلية، إذ أن المرجعية الأساسية لهذا المقتضى؛ نجدها في المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 التي تنص على أنه: **"**تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز، بغض النظر عن عنصر الطفل أو والديه أو الوصي القانوني عليه أو لونهم أو جنسهم أو لغتهم أو دينهم أو رأيهم السياسي أو غيره أو أصلهم القومي أو الإثني أو الاجتماعي، أو ثروتهم، أو عجزهم، أو مولدهم، أو أي وضع أخر**".**

وحيث إنه لا يجادل أحد في إيجابيات هذا المقتضى؛ كونه يكرس مبدأ المساواة بين جميع الأطفال؛ ويوفر لهم الحماية اللازمة؛ خاصة أولئك الذين يجدون أنفسهم بدون أسرة حاضنة، خاصة في ضوء تزايد نسبة الأطفال المهملين[828] وأطفال الشوارع[829] والأطفال من أبوين بيولوجيين نتيجة علاقات جنسية خارج إطار الزواج،[830] أو حتى من يولدون نتيجة علاقات شرعية؛ وبسبب المشاكل الزوجية مع ما يصاحب ذلك من ارتفاع مهُول في نسب الطلاق، يجد هؤلاء الخلاص في التشرد وترك البيت الأسري.

وفي هذا الصدد تتحدث "عائشة الشنا" رئيسة جمعية التضامن النسوي، عن وجود أرقام مقلقة حول ظاهرة الأطفال المتخلى عنهم، إذ جرى تسجيل ولادة 31.199 طفلا ناتجا عن علاقة غير شرعية بمدينة الدار البيضاء وحدها، من أصل 500 ألف طفل في الوضعية ذاتها ما بين سنوات 2007 و2011، والأرقام في تزايد مستمر ينذر بالأسوأ.[831]

---

[828] رغم نسبية الإحصائيات في التعبير عن حجم الظاهرة، إلا أن المجتمع المغربي يعرف تزايدا مستمرا لظاهرة الأطفال المهملون والأطفال المتخلى عنهم.
يراجع في هذا: عبد القادر قرموش، دراسة تحليلية نقدية لظهير الأطفال المهملون، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، تحت إشراف عبد الحميد أخريف، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، 2002-2003، ص 57، وما بعدها.

[829] للوقوف عند حجم الظاهرة عالميا، يراجع سامي عصر: أطفال الشوارع، مجلة العرفان، عدد 59، ماي 2009، ص28.

[830] ومما يساعد في التخلي عن الطفل حسب الأستاذة عائشة الشنا، كون عدد كبير من الولادات لا تتم داخل المستشفيات، حيث يصعب بعد الوضع التخلي عن الرضيع، في 30% من النساء اللواتي يحملن بعد علاقة غير شرعية يلدن خارج المستشفيات، ما يعني أنه لا يعلم أحد بكونهن قد ولدن، وبالتالي يسهل عليهن أمر التخلص من الوليد.
وعزت "الشنا" مسؤولية تنامي ظاهرة الأطفال المتخلى عنهم، إلى غياب تربية مجتمعية ناضجة توضح للأطفال في سن البلوغ خصوصيات مرحلتهم العمرية، وأن ما يقدمه المجتمع في هذا السياق هو تربية جنسية غير واضحة، لغتها محتشمة في لا تقدم نتائج إيجابية في تحقيق التواصل المنشود، الذي من شأنه رفع الكثير من الضرر. وأضافت "الشنا"، أن ارتفاع تكاليف الزواج يساهم بشكل كبير في تفاقم الوضع، ويؤدي بالعديد من الأشخاص إلى اختيار الزواج العرفي. يراجع تصريح عائشة الشنا لأسبوعية المنعطف، بتاريخ 2014/07/15، عدد 01/2451، الصفحة 6.

[831] جريدة المساء، عدد 8541، بتاريخ 24 أبريل 2014. الصفحة 4.

وعلى الرغم من الميزة الحقوقية التي طبعت بنود الوثيقة الدستورية، خاصة ما تعلق بتوسيع صور الحماية لمبدأ المساواة؛ أو بالنص لأول مرة على المناصفة، إلا أن هناك من يرى أن الوثيقة الدستورية تأتي دائما باستثناءات تحاصر الأحكام الدستورية، هذه الأخيرة هي من ستتحكم في صياغة الأحكام المتعلقة بالمساواة أو بالمناصفة.

فكلما فتح النص الدستوري بابا للمساواة؛ قيدها باستثناء يفرغها في نهاية الأمر من مضمونها؛ ليتحول الفصل الدستوري إلى وعاء لأحكام دستورية خالية من أي معنى،[832] عطفا على ما جاء في الفصل التاسع عشر الذي ربط تفعيل مبدأ المساواة بين الجنسين الواردة في الاتفاقيات والمواثيق الدولية كما صادق عليها المغرب، بعدم مخالفتها لأحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها.

فالدستور يجب ألا يتضمن أي مقتضى يتناقض مع القوانين الدولية، لأن الخصوصية التي يتحدث عنها النص التشريعي تصرف ضمن المبادئ الكونية التي تحتفي بالقيم الإنسانية عامة، وليس خارجها أو في تناقض معها، وأن القوانين الدولية المذكورة تستند إلى خلفية تحتل داخلها مقولة "حقوق الإنسان" موقعا مركزيا، فهي إطار كوني يحتفي بالإنسان من حيث قيمة ذاته، فالكثير من عناصر الهوية التي يتحدث عنها النص تشير إلى ممارسة مستمدة من سياق محلي تحتكم إلى قناعات دينية أو مذهبية تتناقض في الكثير من الأحيان مع المواثيق الدولية[833].

والنتيجة في ضوء هذا المعطى، تحقيق مساواة ناقصة، لا تتمتع بضمانة القوانين الوضعية، بل تتحقق من خلال القوانين الوطنية ضمن ما يمكن أن يسمح به ما يسمى "الاجتهاد"، ويتعلق الأمر بهوامش لا تغير كثيرا من وضع المرأة ضمن "الثوابت الراسخة"، فالاجتهاد ليس قانونا يستنبط من نص، بل هو في الأصل

[832] سعيد بنكراد، الدستور المغربي الجديد في سميائيات الخطاب السياسي، منشورات الزمن، العدد 56 السنة 2014، توزيع سبريس، الصفحة 97.

[833] سعيد بنكراد، الدستور المغربي الجديد في سميائيات الخطاب السياسي، المرجع نفسه، الصفحة 98.

موقف المؤول نفسه. ومثاله؛ وجود مستوى آخر من اللامساواة بين المرأة والرجل في ميدان الحقوق الشخصية؛ وفق الثوابت الراسخة للمملكة المستمدة من المذهب المالكي السني.

فالمساواة بين الرجل والمرأة بحسب هذا التيار هي مساواة نسبية، في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، ومطلقة في عداها من المجالات، ومرد ذلك، أن الاعتراف بالمساواة في الوثيقة الدستورية لا ينطلق من مبدأ إنساني تتمتع داخله المرأة بالحقوق ذاتها التي يتمتع بها الرجل، وهو ما تعبر عنه الفقرة الأولى من ديباجة الدستور، بل يتحقق استنادا إلى ما يمكن أن تسمح به الثوابت المحلية التي تندرج ضمنها أحكام الدين الإسلامي، والتي تتبوأ مكانة في منظومة الثوابت التي ينبغي مراعاتها، والتي لا يجوز للمواثيق الدولية معارضتها وتخطيها.

وحيث إننا نرى أن هذه قراءة ناقصة لمقتضيات الوثيقة الدستورية؛ فلطالما امتنعت دول عديدة عن تنفيذ أحكام قضائية صادرة عن محاكم مغربية بدعوى حماية الخصوصية، أو ما يُصطلح عليه، بمخالفة النظام العام الوطني؛ كما بينا آنفا، فكيف إذن؛ نُعدم هذه الحماية للخصوصية الوطنية وللهوية المحلية؛ عندما يتعلق الآمر بمقتضيات وردت في قوانين وطنية؛ حتى إذا نصت على ما يُقيد من مفعول بعض المبادئ الحقوقية؛ لتعارضها مع ما يقضيه مفهوم الخصوصية؛ انبرى بعض ممن يتمسكون بمبدأ كونية الحقوق وعدم قابليتها للتجزئة؛ لمهاجمتها باعتبار ذلك؛ نكوصا وردة حقوقية تهدم كل المكتسبات الواردة بالوثيقة الدستورية؛ ليُطرح السؤال، لما الكيل بمكيالين كلما تعلق الأمر بمقتضيات تدافع عن ما تعتبره الدولة؛ وأقره التشريع؛ خصوصية محلية؛ لها الأولوية في التطبيق عند تعارضها مع مقتضيات واردة في مواثيق دولية؟ لما يُصار إلى تبخيس قيمة ما ورد في الوثيقة الدستورية إن هي انبرت إلى الدود عن كل ما يُعتبر من الثوابت الوطنية؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة وغيرها؛ ليس بالأمر الصعب؛ إذا علمنا تعدد المرجعيات الفكرية؛ وتنوع التيارات الحقوقية، والتي لا تُخفي تأثرها بمبدأ كونية الحقوق وعدم قابليتها للتجزئة؛ وتبخس كل تشريع لا يُقر بسُمو المواثيق الدولية.

ثانيا: تعليل قرارات المحكمة الدستورية ذات الصلة بالمساواة والمناصفة

يشكل القضاء الدستوري قطب الرحى في منظومة القضاء المغربي، باعتباره الساهر على ضمان احترام المقتضيات الدستورية، والحريص على ملائمة التشريعات بمختلف أصنافها لأحكام الدستور، وفي باب المساواة والمناصفة، شكلت الاجتهادات الحديثة للقضاء الدستوري؛ نبراسا تستهدي به المحاكم في تعليل قراراتها الرامية إلى تنزيل المبادئ الدستورية؛ بشكل يراعى روح وغايات الدستور، وتنزل النصوص القانونية منزلته التي ارتضاها لها المشرع.

وسعيا منها للمساهمة في تنزيل مبدأ المساواة والسعي نحو المناصفة؛ حرصت المحكمة الدستورية على تعليل قراراتها؛ بمناسبة بثها في مدى احترام القوانين التنظيمية لهذه المبادئ الدستورية؛ بالاستناد إلى أحكام الدستور، باعتبارها؛ الجهة المخول لها مراقبة توافق باقي التشريعات مع الدستور.

لأجله؛ وبمناسبة تفعيل مجلس المستشارين لمقتضى وارد في قانونه الداخلي على حساب مبدأ المساواة والمناصفة[834]؛ تم الطعن فيه أمام القضاء الدستوري، فصرح الأخير بعدم دستوريته، وعللت قرارها بما يلي:

---

[834] كان ذلك بمناسبة استقالة عضوة من مجلس المستشارين، وحيث إنه كان لزاما لتفادي بقاء المنصب شاغرا؛ تعيين شخص آخر بدلها، تم تعيين الرجل الذي يأتي اسمه في اللائحة مباشرة بعد العضوة المستقيلة تطبيقا للفصل 91 من القانون الداخلي الذي ينظم مؤسسة مجلس المستشارين، والذي ينص على أنه" في حالة شغور مقعد بهذا المجلس لأي سبب من الأسباب، غير فقدان الأهلية الانتخابية، "يدعى، بقرار للسلطة المكلفة بتلقي التصريحات بالترشيح، المترشح الذي يرد اسمه مباشرة في لائحة الترشيح المعنية، بعد آخر منتخب في نفس اللائحة لشغل المقعد الشاغر".

ولأن التطبيق الحرفي لهذا النص القانوني كان سيفضي إلى شغل المنصب الشاغر من طرف الشخص الذي يلي اسمه في اللائحة بعد اسم المستشارة المستقيلة، وهو رجل في هذه الحالة، إلا أن المجلس الدستوري وحرصا منه على التطبيق السليم للفصل 19 من الدستور، وحرصا منه كذلك على حماية التمثيلية النسائية داخل الغرفة(=)

"... حيث إن الدستور، بمقتضى الفقرة الأولى من الفصل 30، أوجب على المشرع أن يسن المقتضيات التشريعية التي من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية، وذلك في أفق تحقيق مبدأ المناصفة بين النساء والرجال المقرر في الفقرة الثانية من فصله 19؛

وحيث إنه؛ إعمالا لهذه الأحكام الدستورية، نص القانون التنظيمي المتعلق بمجلس المستشارين؛ في الفقرة التاسعة من مادته 24، على أنه: "يجب ألا تتضمن كل لائحة من لوائح الترشيح اسمين متتابعين لمترشحين اثنين من نفس الجنس"؛

وحيث إن الغاية التي ابتغاها المشرع من هذا المقتضى تتمثل في الحرص على ضمان تمثيلية لائقة للنساء داخل مجلس المستشارين؛

وحيث إن المادة 91 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس المستشارين تنص على أنه، في حالة شغور مقعد بهذا المجلس لأي سبب من الأسباب، غير فقدان الأهلية الانتخابية، يدعى، بقرار للسلطة المكلفة بتلقي التصريحات بالترشيح، المترشح الذي يرد اسمه مباشرة في لائحة الترشيح المعنية، بعد آخر منتخب في نفس اللائحة لشغل المقعد الشاغر؛

وحيث إن التطبيق التلقائي لمقتضيات هذه المادة سيترتب عنه، في هذه النازلة، تعطيل الأهداف التي ترمي إليها أحكام الفصلين 19 و30 من الدستور وإبطال المفعول الذي أراده المشرع من المادة 24 سالفة الذكر، الهادفة إلى ضمان تمثيلية ملائمة للنساء داخل مجلس المستشارين؛

(=)الثانية للبرلمان باعتبارها حقا مكتسبا لهن لا يمكن التنازل عنه، تجاوز مقتضيات الفصل 91 أعلاه، واعتبر أن تطبيقه الحرفي يعرقل مساعي الدولة نحو المناصفة وتحقيق المساواة بين الرجال والنساء في تولي المناصب التمثيلية، وقرر أن المنصب الشاغر الذي كانت تشغله امرأة لابد وأن يتم شغله من طرف امرأة.

وحيث إنه، تبعا لذلك، فإن المادة 91 المذكورة يتعين تطبيقها في نطاق أحكام الفصلين 19 و30 من الدستور التي جاءت المادة 24 آنفة الذكر تنفيذا لها؛

وحيث إنه، بناء على ذلك، فإن المقاعد التي تحرز عليها النساء بمجلس المستشارين، استنادا إلى أحكام الدستور المذكورة وبموجب مقتضيات القانون التنظيمي المتخذة تطبيقا لها، ويتعين أن تظل مكسبا للمترشحات النساء، دون جواز انتقال تلك المقاعد لاحقا-بسبب شغورها-إلى المترشحين الرجال؛

وحيث إنه، تأسيسا على ما سبق بيانه، فإن المقعد الذي تشغله السيدة مليكة فلاحي في مجلس المستشارين، الذي سيغدو شاغرا بحكم تقديم استقالتها منه، يتعين، إعمالا لمبادئ الدستور ومقاصده، أن يؤول إلى المترشحة الأولى الوارد اسمها في اللائحة التي ترشحت باسمها المستشارة المستقيلة...".

وانسجاما مع ما تنص عليه المادة الرابعة من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وكذا التوصية رقم 25 للجنة القضاء على التمييز ضد النساء؛ التي تحث الدول الأعضاء على تفعيل مبدأ المناصف؛ والتي يبقى المغرب معني بتوصياتها، علل المجلس الدستوري قراره؛ بمناسبة البت في دستورية المادتين 76 و77 من القانون التنظيمي رقم 11-59 المتعلق بانتخاب أعضاء المجالس الجماعية، بقوله[835]:

"...وحيث إن ما يقرره المشرع بخصوص مجالس الجهات من تخصيص إحدى الدائرتين المحدثتين على صعيد كل عمالة أو إقليم أو عمالة مقاطعات للنساء، على أن تمثل مقاعد هذه الدائرة على الأقل ثلث عدد المقاعد المخصصة للعمالة أو الإقليم أو عمالة المقاطعات المعنية برسم الجهة، جاء تطبيقا لمبادئ أخرى أقرها الدستور نفسه والمتمثلة في ما يتضمنه فصله 30 من دعوة المشرع إلى وضع

[835] قرار المجلس الدستوري رقم 821/11 م.د في الملف رقم 11/1177 وتاريخ 22 ذي الحجة 1432 (19 نونبر 2011).

مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية في أفق تحقيق المناصفة باعتبارها هدفا تسعى الدولة إلى بلوغه وفقا للفصل 19 من الدستور؛

وبناء على ما سبق بيانه، فإن مقتضيات المادتين 76 و77 ليس فيهما ما يخالف الدستور".

وحرصا من قضاة المحكمة الدستورية؛ على تفعيل المبدأ الدستوري المتعلق بالمساواة والمناصفة؛ وعلى رأسها ضمان تمثيلية المرأة في الدوائر الانتخابية على صعيد جهات المملكة كافة؛ وإبراز ذلك في تعليلات قراراتهم؛ اعتبرت المحكمة في قرار لها أن النص على وجوب تقديم لوائح ترشيح يتناوب فيها الجنسين تطبيقا للفصل 19 من الدستور غير مخالف للستور، وعللت قرارها[836] بقولها:

" حيث إن المادة 24 تنص في فقرتها التاسعة على أنه "يجب ألا تتضمن كل لائحة من لوائح الترشيح اسمين متتابعين لمترشحين اثنين من نفس الجنس"؛

وحيث إن ما تقرره هذه المادة من وجوب تقديم لوائح ترشيح يتناوب فيها الجنسان؛ يندرج في سياق ما يتضمنه الفصل 30 من الدستور من أنه: "ينص القانون على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية"، وذلك في أفق تحقيق مبدأ المساواة والمناصفة بين الرجال والنساء الذي تسعى إليه الدولة إعمالا لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 19 منه؛

[836] قرار المجلس الدستوري رقم 11/820 م.د، الملف عدد 1176/11، بتاريخ 21 من ذب الحجة 1432 (18 نونبر 2011).

وحيث إن المقتضى المذكور، عندما لم يشترط منح الأولوية في لائحة الترشيح لأي من الجنسين، فإنه يكون بذلك قد تقيد جوهريا بمبدأ المساواة الوارد في الفقرة الأولى من الفصل 19 من الدستور التي تنص على أنه "يتمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية...؛

وحيث إنه، تأسيسا على ذلك، تكون مقتضيات الفقرة التاسعة من المادة 24 مطابقة للدستور".

وفي معرض مراقبة القاضي الدستوري لمقتضيات القانون التنظيمي رقم 29.11 المتعلق بالأحزاب السياسية[837]؛ ومدى احترامه مبادئ المساواة والمناصفة، عللت المحكمة قرارها[838] بالقول:

"...وحيث إن أحكام هذه المواد تفرض عددا من الواجبات والالتزامات على كل حزب سياسي؛ وأن يعمل على توسيع وتعميم مشاركة النساء والشباب في التنمية السياسية للبلاد من خلال السعي إلى بلوغ نسبة الثلث لفائدة النساء داخل أجهزته المسيرة وطنيا وجهويا في أفق التحقيق التدريجي لمبدأ المناصفة ومكافحة التمييز بين النساء والرجال...؛

وحيث إن أحكام هذه المواد تهدف إلى جعل الأحزاب السياسية تتقيد؛ في أسسها وأهدافها؛ وفي تنظيمها وتدبير شؤونها وممارسة أنشطتها، بما يتضمنه

---

[837] ظهير شريف رقم 1.11.166 صادر في 24 من ذي القعدة 1432 (22 أكتوبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 29.11 المتعلق بالأحزاب السياسية.
منشور بالجريدة الرسمية عدد 5989 بتاريخ 26 ذو القعدة 1432 (24 أكتوبر 2011)، ص5172.

[838] قرار المجلس الدستوري رقم 818/11 م.د في الملف عدد 11/1172، بتاريخ 22 من ذي القعدة 1432 (20 أكتوبر 2011).

الدستور من ثوابت جامعة؛ وما يشير إليه فصله 19 من سعي الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال؛ والنساء...؛

وحيث إنه؛ بناء على هذه الأسس الدستورية، فإن ما تفرضه مواد هذا الباب من واجبات والتزامات على عاتق الأحزاب السياسية، باعتبار دورها الدستوري، ليس فيها ما يحد من مبدأ الحرية الفكرية والسياسية للأحزاب السياسية ولا من مبدأ حريتها في تنظيمها الذاتي، وتبعا لذلك، فإنه ليس فيها ما يخالف الدستور".

والمُلاحظ أن المشرع الدستوري لم يجعل لمبدأ المناصفة-بما يشتمل عليه من إجراءات تمييزية لفائدة المرأة- أجلا محددا ينتهي العمل به بانتهاء هذا الأجل، مما دفع إلى الاعتقاد بكون المناصفة تُعد هدفا مجتمعيا مستمرا في الآجال؛ كباقي المبادئ الدستورية الأخرى؛ من قبيل المساواة مثلا، إلا أن الرأي فيما نعتقد؛ أن هذا غير وارد تماما؛ لأن المناصفة؛ هي آلية مرحلية ومؤقتة؛ ينتهي العمل بها بمجرد بلوغ الغايات التي وُجد المبدأ من أجل تحقيقها، وهي تحقيق المساواة الفعلية بين المرأة والرجل في شتى المجالات بحكم الواقع؛ وليس بالاستناد إلى مثل هاته التدابير، انسجاما مع المادة الرابعة من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي صادق عليها المغرب؛ ثم التوصية رقم 25 للجنة القضاء على التمييز ضد النساء الذي يظل المغرب معني بتوصياتها.

وما يؤيد طرحنا هذا، هو ما عللت به المحكمة الدستورية قرارها[839]؛ بمناسبة البت في دستورية المادتين 76 و77 من القانون التنظيمي رقم 11-59 المتعلق بانتخاب أعضاء المجالس الجماعية، الذي جاء فيه:

[839] قرار المجلس الدستوري رقم 821/11 م.د في الملف رقم 11/1177 وتاريخ 22 ذي الحجة 1432 (19 نونبر 2011).

"...وحيث إن ما يقرره المشرع بخصوص مجالس الجهات من تخصيص إحدى الدائرتين المحدثتين على صعيد كل عمالة؛ أو إقليم؛ أو عمالة مقاطعات؛ للنساء، على أن تمثل مقاعد هذه الدائرة على الأقل ثلث عدد المقاعد المخصصة للعمالة؛ أو الإقليم؛ أو عمالة المقاطعات المعنية برسم الجهة، جاء تطبيقا لمبادئ أخرى أقرها الدستور نفسه؛ والمتمثلة في ما يتضمنه فصله 30 من دعوة المشرع إلى وضع مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية في أفق تحقيق المناصفة باعتبارها هدفا تسعى الدولة إلى بلوغه وفقا للفصل 19 من الدستور؛

وبناء على ما سبق بيانه، ومع مراعاة أن تكون هذه التدابير القانونية، التي تمليها دواع مرحلية ومؤقتة ترمي بالأساس إلى الارتقاء بتمثيلية النساء بالمجالس الجهوية، محدودة في الزمن يتوقف العمل بها بمجرد تحقيق الأهداف التي بررت اللجوء إليها، فإن مقتضيات المادتين 76 و77 ليس فيهما ما يخالف الدستور".

الفقرة الثانية: هيئة المناصفة ومكافحة التمييز آلية لأجرأة مبدأ المساواة والمناصفة[840].

[840] مر إعداد مشروع قانون هيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز بمجموعة من المراحل قبل إحالته على الأمانة العامة للحكومة:

أ: مرحلة إرساء وتفعيل آليات التشاور

خلال مرحلة إعداد مشروع القانون أعلاه، حدث جدل سواء عند إعداده من قبل وزارة الأسرة والتضامن والتنمية الاجتماعية، أو إحالته على البرلمان، وقد انتهجت الوزارة المكلفة به مقاربة تشاركية في صياغته من خلال إحداث لجنة علمية أوكلت لها مهمة إعداد مسودة القانون باستشارة الهيئات المدنية والحقوقية، وأحيل على مجلس أوروبا باعتباره يتتبع كل ما يتعلق بالمرأة، وكذا لجنة البندقية.

وقد عرفت هذه المشاورات عدة مراحل، إذ عرفت المرحلة الأولى بمرحلة إرساء وتفعيل آليات التشاور، وخلالها تم تشكيل لجنة ما بين قطاعية تضم وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية والمندوبية الوزارية لحقوق الإنسان، وذلك في يناير من سنة 2013، وفي فبراير من نفس السنة؛ وفي إطار تفعيل مبادئ الديمقراطية التشاركية، تشكلت لجنة علمية مستقلة تتكون من 15 خبير وخبيرة من مجالات تخصص متنوعة، والتي من بين أهدافها؛ ضمان مسلسل تشاركي مسؤول لإعداد مشروع القانون الخاص بهيئة المناصفة ومحاربة كل أشكال التمييز، وتعبئة الفعاليات العلمية والمؤسساتية المعنية بقضايا المرأة والمساواة، فضلا على ضبط الإطار المفاهيمي والمنهجي؛ وضمان التأطير العلمي والعملي للمقترحات واستخلاص أهم النتائج.

وتمثلت أشغال هذه اللجنة؛ في تأطير تشاور موسع ومدارسة كل مذكرات ومقترحات الأحزاب السياسية والهيئات النقابية والجمعيات والشبكات المدنية ومختلف المؤسسات الوطنية ولأفراد، وقد تم تحيد تاريخ الثامن من شهر مارس 2013 كآخر آجل لتلقيها؛ حيث بلغ ما مجموعه 82 مذكرة، وكذلك المساهمة في توفير إطار منفتح على الاستشارات العلمية والقانونية مع خبراء من هيئات أكاديمية ومجالس استشارية.

وفي هذا الصدد؛ عملت اللجنة على الاستماع إلى كل من لجنة صياغة الدستور، والمجلس الوطني لحقوق الإنسان، ودار الحديث الحسنية، وأساتذة جامعيين منهم الأستاذ محمد الغالي والذي أنجز بالمناسبة دراسة حول هيئة المناصفة وقدمها في مجلس النواب.

أما المرحلة الثانية ضمن مسار هذه اللجنة؛ فتمثل في إعداد مسودة القانون المتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز؛ حيث نظمت بتاريخ 2 غشت 2013 لقاءا تشاوريا مع لجنتي القطاعات الاجتماعية ومنتدى البرلمانيات حول مضمون مسودة المشروع، وفي يونيو من نفس السنة تسلمت خبرة لجنة البندقية حول المسودتين في إطار علاقة الشراكة والتعاون مع مجلس أوروبا؛ وفي سادس أكتوبر كذلك تم اعتماد التعديلات والملاحظات وإنتاج وثيقة معدلة كمشروع قانون؛ حيث عملت اللجنة على اعتماد أهم الملاحظات المتضمنة في المذكرة التكميلية للمجلس الوطني لحقوق الإنسان والتي وجهت إلى رئيس الحكومة بشأن مسودة مشروع القانون، لتنتهي المرحلة الثانية في 22 أبريل 2014 بصياغة الوزارة المعنية بالتشاور مع المندوبية الوزارية لحقوق الإنسان لمسودة مشروع القانون.

بعدما أنهت اللجنة المعنية بهيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز المشاورات مع كافة الفرقاء السياسيين والمدنيين والحقوقيين والقانونيين؛ وإعداد مسودة القانون؛ كان عليها إحالة مشروع القانون على الأمانة العامة للحكومة، وهو ما تحقق فعلا بتاريخ 11 غشت 2014؛ لتنطلق بعدها مسطرة المصادقة والتصويت من خلال تقديم مشروع القانون والمصادقة عليه من لدن المجلس الحكومي، مع تشكيل لجنة وزارية لإدخال التعديلات الضرورية انطلاقا من الملاحظات التي قدمها أعضاء مجلس الحكومة.

وبتاريخ 22 يوليوز 2015 تمت إحالة مشروع القانون من طرف الأمانة العامة للحكومة على مجلس النواب، وهو الأجل الذي سبق أن حددته الحكومة في المخطط التشريعي 2014-2015 لوضع مشروع القانون بمجلس النواب.(=)

إلى جانب الفصل 19 من الدستور المغربي؛ الذي أسس لمبدأ المناصفة كآلية لبلوغ المساواة، وإحداث هيئة المناصفة ومحاربة جميع أشكال التمييز، طُرح سؤال حول آلية اشتغال هذه الهيئة؛ وحول الاختصاصات الممنوحة لها؛ في ضوء الاختصاص الواسع للمجلس الوطني لحقوق الإنسان، وللجواب على مثل هذه الأسئلة وغيرها، جاءت مقتضيات المادة 164 من الدستور لتحدد وظائف هذه الهيئة؛ من خلال العديد من المقتضيات المعيارية التي تشكل نواة إحداثها؛[841] حيث تسهر على احترام الحقوق والحريات؛ وضمان تمتع المرأة والرجل بالمساواة، مع مراعاة الاختصاصات المسندة للمجلس الوطني لحقوق الإنسان.

أما عن تشكيلة الهيئة؛ وطريقة اشتغالها؛ تضيف المادة 164 من الدستور؛ على أنه ستصدر قوانين تحدد تأليف[842] وصلاحيات[843] وتنظيم قواعد تسيير هذه الهيأة[844]، وكذلك كيفيات تقديم تقارير عن أعمالها؛ مرة واحدة في السنة على الأقل،

(=) **انظر في هذا الصدد: تقرير المناقشة العامة بمجلس النواب لمشروع القانون رقم 79.14 المتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز؛ المملكة المغربية، مجلس النواب، تقرير لجنة القطاعات الاجتماعية حول مشروع قانون رقم 79.14 يتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز؛ مرجع سابق؛ الصفحة 28.

[841] أنس سعدون، وضعية المرأة المغربية على ضوء منهاج عمل بيجين، مرجع سابق، الصفحة 308.

[842] نصت المادة الرابعة من القانون رقم 79.14 على تأليف الهيئة، والتي تتكون من 24 عضوا يراعى في تعيينهم النزاهة والمروءة والتجربة والكفاءة، منهم سبعة (7) أعضاء يعينهم جلالة الملك باقتراح المؤسسات التي ينتمون إليها؛ منهم قاض مقترح من قبل المجلس الأعلى للسلطة القضائية، وأربعة (5) أعضاء يعينهم رئيس الحكومة باقتراح من المركزيات النقابية الأكثر تمثيلية والمنظمات المهنية الأكثر تمثيلا للمقاولات، وأربعة (4) أعضاء يعينهم رئيس الحكومة يمثلون جمعيات المجتمع المدني، وعضوان (2) يمثلان الإدارات العمومية المختصة في مجال المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز، وعضوين (2) عن مجلس النواب وعضوين (2) عن مجلس المستشارين؛ وعضوان (2) يمثلان جمعيات المجتمع المدني؛ واحد يعينه رئيس مجلس النواب، وواحد يعينه رئيس مجلس المستشارين بعد استشارة الفرق والمجموعات البرلمانية، يعينون هؤلاء لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة.

[843] خول قانون رقم 79.14 للهيئة صلاحية "إصدار كل توصية تراها ملائمة واقتراح كل تدبير ناجع من أجل تصحيح الأوضاع المجحفة بسبب كل ممارسة أو سلوك يتسم بطابع التمييز ويخل بمبدأ المساواة والمناصفة بين المرأة والرجل، مع العمل على نشر وإشاعة الممارسات الفضلى في هذا المجال عن طريق إعداد الدراسات والأبحاث ذات الصلة بمجال اختصاصها، وقياس درجة الالتزام بمبادئ المساواة والمناصفة وعدم التمييز في مختلف مجالات الحياة العامة والعمل على نشر نتائجها، كما سُمح للهيأة بإقامة علاقات التعاون والشراكة مع الهيئات والمنظمات ذات الأهداف المماثلة.

انظر: البند 12 من المادة الثانية من القانون رقم 97.14 المتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة التمييز.

[844] وهي التي حددها الباب الثاني من قانون الهيئة، حيث أسند إليها مجموعة من المهام ذات طبيعة استشارية وإرشادية وتصحيحية من خلال عملية الرصد والمراقبة والتتبع وإبداء الرأي والوساطة وتقديم الحماية(=)

والتي تكون موضوع مناقشة من قبل البرلمان، وهو ما تحقق فعلا بصدور قانون رقم 79.14 المتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة كل التمييز.[845]

وقد حدد القانون بعض من صلاحيات الهيئة؛ ممثلة في إصدار كل توصية تراها ملائمة؛ واقتراح كل تدبير ناجع من أجل تصحيح الأوضاع المجحفة؛ بسبب كل ممارسة أو سلوك يتسم بطابع التمييز ويخل بمبدأ المساواة والمناصفة، مع العمل على نشر وإشاعة الممارسات الفضلى في هذا المجال؛ عن طريق إعداد الدراسات والأبحاث ذات الصلة، وقياس درجة الالتزام بمبادئ المساواة والمناصفة في مختلف مجالات الحياة العامة؛ والعمل على نشر نتائجها، كما سُمح للهيأة بإقامة علاقات التعاون والشراكة مع الهيئات والمنظمات ذات الأهداف المماثلة[846].

وساد نقاش قبل نشر القانون المتعلق بالهيئة، مضمونه؛ طبيعة الحقوق التي ستتكفل الهيئة بحمايتها؛ وهل ستنبري للدفاع عن حقوق المرأة دون غيرها؛ أم أن اختصاصها غير متعلق بفئة دون أخرى؟

بعد اطلاعنا على مضامين قانون 79.14، من اللازم التنويه؛ إلى أنه لم يتضمن أية إشارة قد يُفهم منها؛ أن هذه الهيأة؛ ستختصٌ بمحاربة كل أشكال التمييز ضد المرأة دون غيرها من باقي الفئات الأخرى، وهذا ما نفهمه من المادة الثانية؛ التي أحالت بدورها على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؛ كمرجع معياري للهيئة، وإلى اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، ناهيك على تنصيصها بصريح العبارة على أن: "كل شخص يعتبر نفسه ضحية التمييز؛ يحق له رفع شكاية في الموضوع إلى الهيأة"، دون أن تتقيد بمعيار الجنس، وهذا ينم عن

(=)وغيرها، من قبيل أبداء الرأي بطلب من الحكومة أو أحد مجلسي البرلمان حسب الحالة، بشأن مشاريع ومقترحات القوانين ومشاريع النصوص التنظيمية التي تدخل في مجال اختصاصها، وتقديم كل اقتراح أو توصية إلى الحكومة أو إلى مجلسي البرلمان بهدف تعزيز قيم المساواة والمناصفة وعدم التمييز وتكريسها وإشاعتها.

[845] ظهير شريف رقم 1.17.47 صادر في 30 من ذي الحجة 1438 (21 سبتمبر 2017) بتنفيذ القانون رقم 79.14 المتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6612 وتاريخ 21 محرم 1439 (12 أكتوبر 2017)، الصفحة 5823.

[846] البند 12 من المادة الثانية من القانون رقم 97.14 المتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة التمييز.

استيعاب المشرع للمقتضى الدستوري الذي أبرز الهدف من إنشاء هذه الهيئة، وحدده في "تحقيق المناصفة ومكافحة التمييز بين الرجال والنساء"، ولم يقصر الأمر على النساء فقط، في احترام تام لمبدأ المساواة بين الجنسين، ومكافحة كل تمييز في تحقيق الحماية لهما.

إلا أن الثابت فيما نرى؛ أن غاية إحداث هذه الهيئة الدستورية؛ لا ينبغي أن تتحدد فقط في النهوض بأوضاع المرأة؛ وإعطائها القيمة المجتمعية التي تستحقها؛ في ضوء ما أصبحت تلعبه من أدوار متقدمة مجتمعيا؛ بل يجب أن يتعدى ذلك إلى ما هو أشمل؛ إلى ضرورة تثبيت المسار الديمقراطي والحقوقي؛ وفق مبادئ المساواة وعدم التمييز بين الرجل والمرأة.

وهذا ما يفرض على هذه الهيأة أن تنهض بما هو منوط بها دستوريا؛ بما يتطلبه ذلك من قدرة على تفعيل آليات اليقظة والرقابة والبحث ومراكز الإنصات؛ ثم التفاعل والمبادرة وجمع المعلومات وتحليلها؛ وولوجها إلى المعطيات الداخلة في مجال اختصاصاتها؛ ومدى تمتعها بسلطة البحث والتقصي؛ وحرصها على التحسيس والتوعية من أجل تغيير المقاربات والمنهجيات والسلوكيات والتصورات المترسخة في الذهنية المجتمعية التي تراكمت عبر عقود وسنوات خلت[847].

والرأي فيما نعتقد؛ أن هذه الأهداف على أهميتها؛ لن تتحقق على الوجه الأكمل؛ إلا باستثمار الهيئة للصلاحيات المخولة لها بموجب القانون؛ والمتمثلة بالأساس في إبداء رأيها في كل ما له علاقة باختصاصاتها؛ سواء في إطار الإحالة

[847] لأجله نص القانون على إحداث ثلاث لجان دائمة داخل هيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز؛ مكلفة بالدراسات والتقييم؛ الرصد والشكايات؛ والتواصل والتحسيس، حيث تتولى إعداد الدراسات والأبحاث والتقارير الموضوعاتية بطلب من مجلس الهيئة حول واقع المساواة والمناصفة وعدم التمييز، والسبل الكفيلة بالنهوض به، فضلا على دورها في رصد جميع حالات التمييز في مناحي الحياة العامة والتدابير المتخذة من قبل السلطات والهيئات المعنية من أجل مكافحتها، كما تتولى أيضا إعداد قواعد ومعطيات وطنية حول المجهودات المبذولة في مجال تحقيق المناصفة ومكافحة مختلف أشكال التمييز وتحليلها وتحيينها بكيفية مستمرة، ونهوضها بدورها التقييمي للسياسات العمومية في مجال المناصفة وإعداد تقارير بشأنها.
انظر: المادة 13 من القانون رقم 97.14 المتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة التمييز.

الذاتية؛ أو بناء على طلب من الحكومة أو أحد مجلسي البرلمان، أو في نطاق الإدلاء باقتراحات أو توصيات تهدف إلى تعزيز قيم المساواة والمناصفة وعدم التمييز؛ وتكريسها وإشاعتها؛ وتقديم توصيات للحكومة من أجل ملائمة التشريعات الوطنية مع معايير الاتفاقيات الدولية.

وما يؤكد طرحنا هذا؛ هو ما صدر عن قضاة المحكمة الدستورية من قرارات متضاربة؛ وذلك بمناسبة البت في دستورية القوانين التنظيمية الخاصة بتنزيل المساواة والمناصفة؛ فمن خلال مطالعة بعض هذه القرارات؛ التي تهم تفعيل مبدأ المساواة؛ والسعي نحو تحقيق المناصفة، يتبين أن المجلس لم يتبنى موقفا موحدا بهذا الخصوص، فبعد أن حرص في تعليلاته السالفة الذكر؛ على ضمان حماية مبدأ المساواة والمناصفة؛ نحى نحوا مخالفا في تعليلات أخرى؛ واعتبر أن تخصيص نسبة مسبقة للنساء في بعض المؤسسات الدستورية تطبيقا للمناصفة؛ يعد ضربا من ضروب التمييز واللامساواة، وخرقا لمقتضيات الدستور.

لأجله؛ اعتبر القاضي الدستوري أن تنصيص القانون الداخلي المتعلق بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي؛ على ضمان مقاعد محددة مسبقا للعنصر النسوي في توليفة المجلس؛ هو مقتضى غير دستوري لمخالفته مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص، وعلل قراره[848] كالآتي:

"...حيث إن هاتين المادتين (29 و46) تنصان بالتتابع، على تخصيص مقعدين في مكتب المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي ومقعد رئيس لجنة ومقعد مقرر لجنة أخرى للنساء؛

وحيث إن الدستور، بموجب فصليه 30 و146، نص على ضرورة تضمين القوانين مقتضيات ترمي إلى تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال وتحسين

[848] قرار المجلس الدستوري رقم 954/15 م.د، في الملف عدد 1410/15، بتاريخ 11 جمادى الأولى 1436، الموافق 2 مارس 2015.

تمثيليتهن فيما يخص الولوج إلى الوظائف الانتخابية الوطنية أو المتعلقة بمجالس الجهات والجماعات الترابية، دون سواها؛

وحيث إن مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء، الذي تسعى الدولة إلى تحقيقه، طبقا للفقرة الثانية من الفصل 19 من الدستور، إذا كان يقتضي اتخاذ تدابير تحفيزية خاصة من شأنها تيسير الولوج الفعلي للنساء إلى مناصب المسؤولية داخل هياكل المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، فإن ذلك يجب أن يتم من خلال مقتضيات لا يترتب عنها الإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة المنصوص عليه في الفقرة الأولى من نفس الفصل 19 المذكور، وبمبدأ حظر ومكافحة كل أشكال التمييز بسبب الجنس المقرر في تصدير الدستور؛

وحيث إن الصيغة المعتمدة من طرف المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، بموجب المادتين 29 و46 من نظامه الداخلي، للسعي إلى بلوغ هدف المناصفة بين الرجال والنساء في الولوج إلى مناصب المسؤولية في هياكل المجلس، تقوم على التخصيص المسبق لعدد من المقاعد للنساء، بدلا من إلزام الفئات الممثلة داخل المجلس بترشيح النساء والرجال معا لهذه المناصب، انسجاما مع ما تقتضيه الفقرة الرابعة من المادة 11من القانون التنظيمي للمجلس من ضرورة مراعاة تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء في تعيين أعضاء أربعة من الفئات الخمس التي يتألف منها المجلس؛

وحيث إنه، بناء على ما سبق بيانه، فإن الصيغة المذكورة لم تتقيد بأحكام الفصل 19 من الدستور تقيدا كاملا، مما يجعلها غير مطابقة للدستور".

واستنادا لتعليلات القرار الدستوري أعلاه؛ تم إعادة النظر في مقتضيات المادتين المذكورتين؛ وحذف كل ما كانت تتضمنانه من تخصيص نسبة مقاعد

مسبقة للنساء، وعُرض مجددا على المجلس الدستوري الذي أقره بموجب قراره رقم 957/15؛ وقضى بدستورية التعديلات الجديدة[849].

وفي تعليل قرار أخر يتعلق بالعضوية في المحكمة الدستورية، صرحت المحكمة بعدم دستورية المقتضيات الواردة في الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية؛ التي تنص على ضمان نسبة مقاعد مخصصة للنساء بالمحكمة الدستورية، فضلا على أنها تتنافى ومبدأ المساواة المنصوص عليه دستوريا، وعلل القاضي الدستوري قراره بالاستناد إلى مقتضيات الدستور، بقوله[850]:

"... وحيث إنه، يستفاد من هاتين الفقرتين[851] أن تمثيلية النساء في العضوية بالمحكمة الدستورية تتم من خلا نسبة مضمونة سلفا؛

وحيث، إنه من جهة، لئن كان المشرع مدعوا إلى سن القواعد وتحديد السبل التي من شأنها تعزيز ولوج النساء إلى المهام العمومية، انتخابية كانت أو غير انتخابية، مما في ذلك العضوية بالمحكمة الدستورية، وذلك إعمالا، بصفة خاصة لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 19 من الدستور التي تدعو الدولة إلى السعي إلى تحقيق المناصفة بين الرجال والنساء، فإن ما ينص عليه الدستور في تصديره من حظر ومكافحة كل أشكال التمييز بسبب الجنس، وفي الفقرة الأولى من فصله

---

[849] قرار المجلس الدستوري رقم 957/15 م.د في الملف عدد 1414/15، وتاريخ 23 جمادى الآخرة 1436 الموافق ل 13 أبريل 2015.
وجاء في تعليل القرار:
"حيث إن التعديل المدخل على هاتين المادتين تمثل، من جهة، في حذف ما كانت تتضمنانه من تخصيص مقاعد مسبقا للنساء إن في مكتب المجلس أو في رئاسة اللجان ومقرريها، ومن جهة أخرى، في إضافة عبارة "مع مراعاة تمثيلية النساء والسعي إلى المناصفة في تقديم الترشيحات" مما يجعل هاتين المادتين في صيغتيهما المعدلتين مطابقتين للدستور".

[850] قرار المجلس الدستوري رقم 943/14 م.د، في الملف عدد 1400/14 وتاريخ 27 رمضان 1435 هـ (25 يوليو 2014).

[851] الفقرة 1و 4 من المادة 1 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية موضوع الرقابة أمام المحكمة الدستورية.

19 من كون الرجل والمرأة يتمتعان، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، لا يسمح للمشرع بتخصيص نسبة مضمونة مسبقا لأحد الجنسين في الوظائف العمومية؛

وحيث، من جهة أخرى، إن العضوية بالمحكمة الدستورية ربطها الدستور بشروط ومعايير جوهرية، حددتها الفقرة الأخيرة من فصله 130 في توفر أعضاء المحكمة الدستورية على تكوين عال في مجال القانون وعلى كفاءة قضائية أو فقهية أو إدارية، والذين مارسا مهمتهم لمدة تفوق خمس عشرة سنة، والمشهود لهم بالتجرد والنزاهة، وأخضعها لشروط شكلية ومسطرية حددتها الفقرة الأولى من نفس الفصل في تعيين ستة من أعضاء المحكمة من قبل الملك، من بينهم عضو يقترحه الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى، وفي انتخاب ستة أعضاء نصفهم من طرف مجلس النواب والنصف الآخر من طرف مجلس المستشارين، من بين المترشحين الذين يقدمهم مكتب كل مجلس، وذلك بالتصويت بالاقتراع السري وبأغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم كل مجلس؛

وحيث إن تحقيق الأهداف الواردة في الدستور يجب أن يتم دون الإخلال بالمبادئ الدستورية؛

وحيث إن تخصيص نسبة مسبقة لأحد الجنسين في العضوية بالمحكمة الدستورية ينافي الشروط الجوهرية والمسطرية سالفة الذكر؛

وحيث إنه، بناء على ما سبق، فإن إمكان تمثيلية النساء في العضوية بالمحكمة الدستورية، لا يتأتى إلا على مستوى الاقتراع والترشيح، دون أن يفضي ذلك إلى تخصيص نسبة مسبقة لا للرجال ولا للنساء في هذه المحكمة التي يخضع اختيار أعضائها، تعيينا وانتخابا، لشروط دستورية لا يجوز الإخلال بها اعتمادا على أي معيار، بما في ذلك التمييز بين الجنسين المحظور دستوريا؛

وحيث إنه بناء على ما سبق، فإن الفقرة الرابعة من المادة المذكورة مخالفة للدستور..."**.**

بالعودة إلى التعليل الذي صاغه المجلس الدستوري في تعليل قراراته، نلحظ أنه استند على عدة اعتبارات وأهمها منطلقات دستورية، لأن عمل المجلس الدستوري هنا هو النظر في مدى مطابقة القوانين التنظيمية للدستور، ومن خلال مراقبته القانونين التنظيمين؛ اعتبر أن تضمينهما مقتضيات قانونية تحدد مسبقا نسبة حضور النساء بالمؤسسات المعنية؛ مساسا بتصدير الدستور الذي ينص على المساواة وعدم التمييز، ويتعارض مع مقتضيات الفصل 19 من الدستور، الذي يفرض المساواة التامة بين الجنسين.

وهكذا؛ وبمقارنة القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في هذا الباب، نخلص إلى القول؛ بأن الأخير ولئن أقر بحق المشرع سن قواعد من شأنها إعمال أحكام الفصل 19؛ المتعلقة بمبدأ المناصفة؛ بما تتضمنه من إجراءات تمييزية لفائدة المرأة، فإنه شدد بالمقابل على كون تصدير الدستور؛ تضمن مقتضيات تتعلق بحظر ومكافحة التمييز على أساس الجنس؛ وأعاد التأكيد عليه بموجب الفصل 19 منه؛ وبذلك خلص القضاء الدستوري بمناسبة تعليل قراراته؛ إلى كون الدستور لا يسمح للمشرع مهما كانت الظروف؛ بتخصيص نسبة مضمونة مسبقا لأحد الجنسين في أي من المجالات؛ لأن ذلك يتعارض مع مبدأ المساواة، ومن الممكن أن تكون له نتائج عكسية؛ لا تتماشى وغاية المشرع الدستوري من مبدأ المناصفة ومكافحة التمييز.

المطلب الثاني: أهمية تعليل القاضي الإداري في حماية مبدأ المساواة والمناصفة

كان الرهان ولا زال معقود على القضاة لحماية حقوق وحريات الأفراد والجماعات، نظرا لتشبع الجسم القضائي بالوعي الحقوقي الذي يساهم في إقرار

توازن المجتمع، والغاية تحقيق السلم الاجتماعي واستقرار العلاقات بين الأفراد داخل المجتمع[852]؛ لذلك؛ وفي باب المناصفة ومكافحة التمييز كان للقضاء الإداري توجه واضح لتنزيل هذا المبدأ على الوجه المطلوب.

الفقرة الأولى: حماية المساواة في ضوء تعليلات الأحكام الإدارية

تتعدد مظاهر تدخل القاضي الإداري في الميدان الاجتماعي، فالقاضي يعد ترجمان شعور المجتمع، بما يفرضه عليه ذلك؛ من استحضار للموروث الثقافي وللمعطيات الاجتماعية عند فصله في المنازعات المعروضة عليه، وهذا ما يبرز بشكل كبير عند الاطلاع على تعليل القرارات والأحكام الإدارية[853].

ففي تعليل جريء للمحكمة الإدارية بأكادير؛ حمل بموجبه الدولة المغربية المسؤولية لخرقها مبدأ المساواة بين المواطنين في الاستفادة من العلاج والخدمات الطبية، ورتبت على هذا الأمر تعويضا ماليا لورثة الهالكة نظرا للضرر الحاصل لهم بوفاة مورثتهم، ومما جاء في تعليل الحكم:

"...وحيث إن ثبوت إخلال مرفق الصحة بمبدأ مساواة المواطنين في العلاج والعناية الطبية حينما قرر منع الهالكة من الاستفادة من تصفية دمها اصطناعيا، يجعل الدولة المغربية مسؤولة عن الأضرار اللاحقة بأبنائها بعد وفاتها[854]".

وبحُكم أن ضمان مبدأ المساواة وحمايته لا يعد امتيازا للمرأة وحدها دون الرجل؛ بقدر ما يشكل مراعاة لبعض خصوصياتها، اعتبر الحكم صادر عن

---

[852] زهور الحر وآخرون، دراسة حول حقوق المرأة الإنسانية: علامات مضيئة في أحكام القضاء العربي "حالة المغرب"، الصفحة 65.

[853] زهور الحر وحسن ابراهيمي، دراسة حول حقوق المرأة الإنسانية، علامات مضيئة في أحكام القضاء العربي، حالة المغرب، الصفحة 67.

[854] حكم المرجع نفسه، الصفحة 70.

المحكمة الإدارية بوجدة، أن تعيين الإناث دون الذكور في المدار الحضاري كمعلمات، لا يمس مبدأ المساواة في شيء، وعللت القرار بالقول:

"...إن العمل على تجنيب الإناث المدرسات المشاق والانشغالات التي يتعرضن لها عند تعيينهن في المناطق النائية، وجعل هذا التعيين مقتصرا على المدرسين الذكور، لا يمس بمبدأ المساواة، وإنما يخدم المصلحة العامة المتمثلة في الرفع من المردودية وتربية النشء في أحسن الظروف".[855]

كما جاء في قرار مستقر عليه للمحكمة الإدارية بالرباط[856] فيما عرف بقضية الطبيبات اللواتي رفضن الالتحاق بأماكن عملهن المعين فيه ضد وزارة الصحة بسبب أن القرار مشوب بخرق مبدأ المساواة والانحراف في استعمال السلطة صادر بتاريخ 2010/04/29، وجاء في تعليل القرار :"وحيث لئن كانت العلاقة النظامية بين الموظف وإدارته تقتضي قبوله بالمنصب الذي يسند إليه في إطار حاجيات المرفق العمومي، فإن الحكامة الجيدة لتدبير الموارد البشرية داخل الإدارة تستوجب إقامة التوازن المطلوب بين مصلحة المرفق العمومي والحاجيات الخاصة بالموظف سيما ما تعلق منها بالاستقرار الأسري بالارتباط بوضعيات الأطفال وحقوقهم.

وحيث لما كان من الثابت م وثائق الملف وبإقرار من الإدارة أنها تراجعت عن توطين طبيبات بعدما ثبت لها أن وضعيتهن الاجتماعية ورعايتهن لأطفال رضع تقتضي تواجدهن بالقرب من بيت الزوجية، والحال أن وضعية الطاعنة لا تقل أهمية عن زميلاتها المذكورات باعتبارها أم لطفلين في سن التمدرس دون أن تعامل نفس المعاملة مما يجعل الإدارة قد خرقت مبدأ المساواة بين موظفيها" .

---

[855] حكم صادر بتاريخ 2002/11/01 في الملف 2002/192، أورده زهور الحر وآخرون، دراسة حول حقوق المرأة الإنسانية: علامات مضيئة في أحكام القضاء العربي "حالة المغرب"، مرجع سابق، ص72.

[856] أورده محمد الهيني، دور القضاء في حماية الحقوق والحريات: المرأة نموذجا"، مرجع سابق، ص 2.

هذا القرار أيدته الغرفة الإدارية بمحكمة النقض لما اعتبرت أن "تكافؤ الفرص ومساواة المواطنين أمام التكاليف يعتبران مبدئين أساسيين يحكمان النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية دون حاجة للنص عليهما قانونا، وأن هذين المبدأين يقتضيان معاملة جميع الموظفين على قدم المساواة.

وحيث إن تعيين بعض الأطر الطبية بمختلف مستشفيات المملكة بصفة استثنائية ودون خضوعهم لعملية القرعة التي آجرتها وزارة الصحة لا يعتبر تطبيقا صحيحا لمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة مما يكون معه إلغاء قرار التعيين في محله".[857]

تتعدد إذن مهام عنصر تعليل الأحكام والقرارات القضائية في الميدان الإداري، ولعل المهمة الرئيسية؛ تتمثل في بيان وجه القضاء الذي انتهي إليه القاضي الإداري، خاصة إذا ما تعلق الحكم القضائي بحماية المبادئ الدستورية التي تدخل في باب الحقوق الأساسية، وعلى رأسها مبدأ المساواة.

ويجب التذكير في هذا الصدد أن دساتير المغرب المتعاقبة أكدت على ضرورة احترام مبدأ المساواة بين جميع المواطنين في الحق في التعليم، وأنهم سواء فيما يرجع للشروط المطلوبة للاستفادة منه، وقد عُرضت أمام القاضي الإداري عدة أقضية تتعلق بعدم احترام مبدأ المساواة في هذا الشأن، منها ما يُعرف بقضية المرابط جليلة التي رفض مدير ثانوية إعادة تسجيلها لكونها متزوجة، لأن ذلك مساس بالأخلاق العامة، فانبرى القاضي الإداري لهذا القرار، واعتبر في تعليل قراره أن زواج التلميذة لا يمس بأي وجه بحقها في الاستفادة من خدمات مرفق التعليم الثانوي، وأن وجودها بالمرفق المذكور لا ينطوي على أي تأثير سلبي على أخلاق باقي التلاميذ، ومما جاء في تعليل القرار:

[857] المرجع نفسه، ص3.

"...حيث إن المادة الخامسة من الدستور المراجع لسنة 1992 تنص على أن جميع المغاربة سواء أمام القانون، كما أن المادة السادسة تنص على أن الإسلام دين الدولة، بالإضافة إلى المادة 13 التي تنص على أن التربية والشغل حق للمواطنين على السواء؛

وحيث إن المستفاد من النصوص المتقدمة أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، وأن الحق في التربية والمساواة في الحقوق هي طبيعة يضمنها الدستور، ولا يجوز المساس بها وتلتزم الدولة بأن تكفل للأفراد تحققها؛

وحيث إنه بالرجوع إلى الشرع الإسلامي يتبين أن الإسلام يسوي بين المرأة والرجل في حق التعليم، وقد كان الرسول صلي الله عليه وسلم أول من طبق هذا المبدأ، ويروى أن إحداهن قالت للرسول الكريم "غلبنا عليك الرجال فاجعل لنا من نفسك يوما نأتيك فيه تعلمنا مما علمك الله، فقال لهن: "اجتمعن من يوم كذا وكذا"، فآتاهن فعلمهن مما علمه الله..."؛

وحيث إنه على مقتضى هذا البيان؛ فإن استمرار الاستفادة من خدمات مرافق التعليم الثانوي عامة، لا يعرقل بزواج تلميذة إن هي أصرت على مواصلة تعليمها، وليس لتواجدها بالمؤسسة أي مساس بالأخلاق العامة، لأنه لا يتصور عقلا وواقعا تأثيرها على بنات جنسها بالسلب، كما ذهب إلى ذلك الطرف المدعى عليه إن لم تكن هي التي صانت عرضها والجديرة بالمبادلة بالاحترام، وفي ذلك نشر لجو التآلف داخل المؤسسة التعليمية التي يعنيها بالأساس ضمان سير المصالح التي ترعاها على وجه سليم، بعيدا عن أي عرقلة أو اضطراب، ودون تمييز بين التلاميذ المتزوجين والتلاميذ غير المتزوجين، أو المفاضلة بين مراكز هؤلاء المسلم بحقهم في التعليم على حد سواء...؛

وحيث إنه تأسيسا على ما تقدم، فإن مبادرة التلميذة جليلة المرابط لا تمثل أي خرق للنظام الداخلي للمؤسسة المذكورة؛ ذلك أن النظام الذي لم يجانب واضعيه الصواب فيما ضمنوه به من منع قبول تسجيل التلاميذ المتزوجين، انطلاقا من اعتبارات الأخلاق العامة المستقاة من مذكرة النائب الإقليمي لإقليم صفرو المؤرخة في 1996/04/12 والمنطوية فقط على مساس بسمعة أولئك المتزوجين الدال زواجهم على متانة الخلق، وهو أمر يشرفهم ولا يُعيبهم إن لم يكن مساسا بمبدأ المساواة في التعليم الذي دعت إليه الشريعة الإسلامية وكفله دستور المملكة، وبالتالي فإن هذا السبب بالذات المتصل بالأخلاق المبني على الاحتمال المانع من الأحكام، والمندرج ضمن فكرة المصلحة العامة، باعتبارها مصب مجموعة من الأغراض الخاصة، لم يقم له سند في النازلة حتى يقوى على النيل من مبدأ المساواة الذي ظل قائما، وجديرا بالجماعة بمفهوم المخالفة لقرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في أبريل 1964 في قضية S.A de livraisons industrielles et commerciales الذي نص على قاعدة فحواها: إنه يجب على مبدأ المساواة أن ينسحب أمام متطلبات الصالح العام؛

وحيث إنه وعلى مقتضى ما ذُكر؛ يكون القرار المطعون فيه قد تعارض مع مبدأ المساواة وبالحق في التعليم، وأخل بهذه المبادئ الدستورية العليا، مما جعله تصرفا مخالفا للقانون غير قائم على سبب صحيح، ومنتظره في نهاية المطاف الإلغاء ليس إلا[858]".

مما سبق، يتبين أن القاضي الإداري كانت له مواقف مشرفة في باب حماية المساواة والمناصفة بين الجنسين، وذلك بمناسبة معالجته للنوازل التي تعرض عليه، فيكفيه فخرا أن يكون أول من مكن المرأة السلالية من حقها في أراضي الجموع، تحقيقا لمبدأ المساواة المنصوص عليه دستوريا، فحكم بإلغاء كثير من مقررات

[858] حكم المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 1996/07/17 في الملف 96/295، أورده زهور الحر وحسن ابراهيمي، دراسة حول حقوق المرأة الإنسانية، مرجع سابق، الصفحة 76-77.

مجلس الوصاية التي حرمت المرأة من الاستفادة من حقها في استغلال الأراضي السلالية، ونستحضر في هذا المقام العديد من التعليلات التي انتصرت لحق المرأة في المساواة، فقد ألغت المحكمة الإدارية بفاس قرارا لمجلس الوصاية قضى بمنح قطعة جماعية لشخص غريب عن القبيلة؛ وحرمان الإناث من استغلالها، مع العلم أنهن بنات للهالك الذي كان قيد حياته من ذوي الحقوق، فعللت حكمها بما يلي[859]:

"...وحيث إن الفصل السادس من الضابط المتعلق بتقسيم الأراضي الجماعية المؤرخ في 13 نونبر 1957 ينص على أنه إذا توفي فرد كان له حق التمتع في نصيب ينقل حقه إلى زوجته وأولاده الذين لم ينالوا نصيبا بعد... والحالة أن المالك صاحب الانتفاع السابق المرحوم ح.غ خلَف زوجة وأولاد، ليس بالحتمية أن يكونوا ذكورا، إذ أن في الاصطلاح الولد يشمل الذكر والأنثى على حد سواء؛

وحيث إن مجلس الوصاية حينما أَصدر القرار وخول المطلوب دون حق استغلال الأرض دون الإفصاح عن الأسباب القانونية والواقعية التي بنى عليها، ولم يدل السيد (...) بما يفيد انتماءه إلى الجماعة أو كونه يقيم بعنوانه المذكور مدة طويلة يصل إلى 20 سنة لذلك يتساءلن المدعيات، كيف مُنح هذا الاستغلال، وأن حرمانهن من استغلال الأرض دون الإفصاح عن النص إذا كان هناك نص أو عرفا يفيد إذا كان هناك عرفا، خاصة وأنهن أدلين للمحكمة بلفيف مفسر يفيد استغلالهن للأرض وأنهن لم يهملنها، وبالتالي فما هو الأساس القانوني والشرعي لحرمانهن من حق الانتفاع، مما يجعل القرار الصادر عن مجلس الوصاية غير معلل، ويشكل شططا في استعمال السلطة ويعرضه للإلغاء...".

إن إقصاء المرأة السلالية من حقها في الانتفاع بأراضي الجموع مرده بالدرجة الأولى إلى الأعراف القبلية التي أصبحت تطوق عنق النساء السلاليات

---

[859] قرار المحكمة الإدارية بفاس عدد 186 مؤرخ في 2001/03/13 في الملف الإداري عدد 12 غ/ 2000، منشور بمجلة المعيار "دون بيان سنة النشر، العدد 29، الصفحة 262 وما بعدها.

وتحرمهن من الاستفادة من حقهن، كما أن تعليمات سلطات الوصاية ساهمت في ترسيخ هذا التمييز، والحال أن النص القانوني المنظم للأراضي الجماعية لم يمنع المرأة قط من هذا الحق، وهو ما سار عليها القضاء الإداري الذي حاول إزالة هذا التمييز وتحقيق المساواة والمناصفة بين ذوي الحقوق رجالا ونساء.

وفي حكم آخر صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط، اعترف بحق المرأة من الاستفادة من المنفعة المخصصة لها القطعة الأرضية السلالية بعد وفاة المُنتفع الأصلي، ومما فعللت حكمها بما يلي[860]:

"... وحيث إنه بالرجوع إلى القرار الوزيري الصادر بتاريخ 1945/08/14 تنفيذا لظهير 1919/04/27 المتعلق بتنظيم الوصاية الإدارية على أراضي الجموع، يتبين أن الفصل 10 منه ينص على أنه عند وفاة الشخص يحول حق المنفعة إلى ورثته أو إلى بعضهم الذين هم أعضاء الجماعة التي يعهد إليها باختيار الشخص الذي يحول إليه الحق المذكور...".

وفي اجتهاد آخر؛ كرس من خلاله القاضي الإداري مبدأ المساواة، أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 10 أكتوبر 2013 حكما انتصر لحق المرأة السلالية في أن ترث في متخلف أبيها في الأراضي السلالية، وعللت حُكمها بما يلي[861]:

"... وحيث إن قرار مجلس الوصاية بتخويل الإناث من استغلال نصيب في أراضي الجموع لانتسابهم للجماعة السلالية بصفتهن ورثة مثلهم مثل الذكور؛ طبقا لقاعدة المساواة؛ ومراعاة لمقاربة النوع الاجتماعي؛ تصرف مرتكز على سبب صحيح من الناحية الدستورية؛ (الفصول 6 و 19 و32 من الدستور) والشرعية؛

[860] قرار صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط مؤرخ في 2012/02/02 في الملف الإداري عدد 11 غ/ 2006، منشور بمجلة أملاك الدولة، السنة 2013، العدد الثاني، الصفحة 272 وما بعدها.

[861] قرار صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط تحت عدد 2013/3214 وتاريخ 2013/10/10 في الملف الإداري 2013/3132، غير منشور.

لقول الرسول الكريم **"النساء شقائق الرجال في الأحكام"**، ولما تفرضه الاتفاقيات الدولية، المواد 1 و2 و7 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المواد 2 و3 و 26 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادتين 2 و3 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، واتخاذ جميع التدابير المناسبة، لتغيير أو إبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزا ضد المرأة، والمادتين 3 و15 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، مما يكون معه الطلب حوله غير مؤسس وحليفه الرفض...".

وما يُثير الانتباه في تعليلات الحكم أعلاه، اعتماده المزاوجة بين المرجعية الإسلامية؛ ومرجعية المواثيق الدولية، في تعليله للأسباب التي أدت إلى نتيجة الحكم، وهو ينم عن تحول فكري وقانوني يعرفه الجسم القضائي الوطني، إذ لم تعد المرجعية الكونية تشكل حرجا أو عائقا أمام القاضي إذا ما هي تضمنت أحكاما عادلة، فيُصار إلى الاستشهاد بها والأخذ بمقتضياتها، وهو توجه محمود؛ يجب تشجيعه.

ويُحسب للقاضي الإداري شجاعته في اللجوء إلى أحكام الاتفاقيات الدولية لتعليل قراراته القضائية، إذا ما ارتأى؛ أنها السبيل لتفعيل المبادئ الدستورية، من قبيل المساواة والمناصفة، ففي حكم لها بمناسبة بتها في قضية تتعلق بأراضي سلالية، استند حكم المحكمة الإدارية بالرباط على ما ورد في الاتفاقيات الدولية لتحقيق المساواة في القضية المعروضة عليها، فعللت قرارها بالقول:

"...إن الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب، لا سيما اتفاقية منع جميع أشكال التمييز ضد النساء من المبادئ الراسخة في التشريع المغربي إلى جانب مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء، مما يجعل عملية توزيع الأراض ي السلالية القائمة على الأعراف المحلية مخالفا لمبدأ تراتبية القاعدة القانونية بمفهومها العام، وفي هذا الشأن تقول المحكمة: "وحيث في نازلة الحال، فالفصل 19 من

الدستور المغربي (دستور 2011) يجعل المواطنين متساوين أمام القانون، وأن تلك المساواة تشمل الرجال منهم والنساء، وأنه من جهة ثانية فإن المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية باعتبارها الدين الرسمي للدولة تقتضي توريث ما يخلف إلى الأبناء ذكورا منهم ونساء، فضلا عن الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف المغرب وخاصة منها اتفاقية منع جميع أشكال التمييز ضد النساء، مما يجعل العرف القائم على حرمان النساء من الانتفاع مشروعا، والحكم الابتدائي يبقى مصادفا للصواب عندما قضى برفض طلب إلغائه، الشيء الذي يجعله حريا بالتأييد[862]".

ومن الاجتهادات الحديثة جدا للقضاء الإداري بمناسبة ممارسة دوره في حماية مبدأ المساواة، بصفة مجردة، أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط مؤخرا حكما مبدئيا[863]، يقر حق مساواة الأطفال الأجانب الذين ازدادوا في المغرب في الحصول على شهادة الولادة من المستشفيات الوطنية لتسجيلهم في سجلات الحالة المدنية[864] شأنهم في ذلك شأن الأطفال المغاربة؛ بغض النظر عن الوضعية القانونية لوالديهم[865].

---

[862] قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، في ملف رقم 2014/7205/1343 المؤرخ في 12 أكتوبر 2015، قضية بن شاعو المصطفى ومن معه ضد بن شاعو فاطمة ومن معها، اجتهاد قضائي في مجال دعاوى الإلغاء، منشور بالمجلة المغربية للإدارة والتنمية المحلية، عدد مزدوج "126-127"، يناير-أبريل 2016، الصفحة 373-375.

[863] حكم المحكمة الإدارية بالرباط، تحت عدد 542، في الملف 2018/7110/684، بتاريخ 2019/02/12، غير منشور.

[864] يقصد بعبارة "الحالة المدنية" نظام يقوم على تسجيل وترسيم الوقائع المدنية الأساسية للأفراد من ولادة ووفاة وزواج وطلاق، وضبط جميع البيانات المتعلقة بها من حيث نوعها وتاريخ ومكان حدوثها في سجلات الحالة المدنية.

المادة الأولى من ظهير رقم 1-02-239 بتنفيذ القانون رقم 99-37 المتعلق بالحالة المدنية، منشور بالجريدة الرسمية رقم 5054 ، صادرة بتاريخ 2002/11/07.

[865] وتتلخص وقائع القضية في أن مواطنة تنحدر من جمهورية الكونغو الديمقراطية، وضعت حملها في إحدى المستشفيات العمومية بمدينة الرباط، وتفاجأت بامتناع إدارة المستشفى عن تسليمها شهادة الولادة، بعلة عدم أدائها لمصاريف الاستشفاء، فتقدمت بدعوى أمام المحكمة الإدارية بالرباط، أكدت فيها أن هذا المنع ترتب عنه حرمان مولودها من الحق في الهوية، حيث تعذر عليها تسجيله بسجلات الحالة المدنية، مؤاخذة على القرار اتسامه بتجاوز السلطة لوروده مشوبا بعيب مخالفة القانون، والتمست من المحكمة إلغاء القرار، مع ما(=)

وقد اعتمدت المحكمة في تعليل حكمها وبشكل لافت على مقتضيات اتفاقية حقوق الطفل، مؤكدة على أن "الحق في الهوية والاسم هو من الحقوق الأساسية للطفل المضمونة بمقتضى الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية حقوق الطفل، والتي أكدت على أهمية تسجيل الولادة لإثبات الوجود القانوني لكل فرد، وبالتالي ضمان تمتعه بالحقوق المكفولة له، من قبيل الحق في الجنسية والهوية والتسجيل في الحالة المدنية".

فقد نصت الاتفاقية المذكورة في مادتها السابعة في فقرتها الأولى على أنه: "يسجل الطفل بعد ولادته فورا ويكون له الحق مند ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية ويكون له قدر الإمكان، الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما".

كما عللت قرارها بكون: "الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف المملكة المغربية والمنشورة بالجريدة الرسمية تكتسي طابع الإلزام الذي للتشريع الوطني، بل وتطبق بالأولوية في حال تعارضها مع التشريع الداخلي، انطلاقا من مقتضيات الدستور التي أكدت التزام بلادنا بحقوق الانسان كما هي متعارف عليها دوليا"، كما استندت المحكمة أيضا على مقتضيات قانون الحالة المدنية الذي "يكفل الحق في الاسم والهوية، والوثائق الإدارية التي تثبتها"، ونطاق تطبيقه يشمل المغاربة والأجانب على حد سواء، بصريح المادة 3 منه، التي جاء فيها أنه: "يخضع لنظام الحالة المدنية بصفة إلزامية جميع المغاربة كما يسري نفس النظام على الأجانب بالنسبة للولادات والوفيات التي تقع فوق التراب الوطني"، كما أن من شروط الاستفادة من نظام الحالة المدنية؛ تعزيز التصريح بالولادة؛ بشهادة تثبت هذه الولادة يسلمها الطبيب المولد أو المولدة الشرعية، أو السلطة المحلية.

(=)يترتب عن ذلك من آثار قانونية، وأدلت إدارة المستشفى العمومي بمذكرة جوابية التمست فيها رفض الطلب بعلة انعدام الإثبات.

وبتاريخ 2019/02/12 أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط حكمها بقبول طلب المدعية، وإلغاء قرار إدارة المستشفى المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية.

وخلافا لما دفعت به إدارة المستشفى المدعى عليها، من كون ملف القضية خاليا من الإثبات، اعتمدت المحكمة على نسخة من مستخرج سجل الولادة تُبين أن المدعية وهي من دولة الكونغو وضعت حملها بمستشفى الولادة بتاريخ 2016/11/17، وَوُلِد لها مولود من جنس ذكر على الساعة الثامنة مساء.

وعليه، خلصت المحكمة في تعليلها إلى أن: "تقاعس إدارة المستشفى الذي وضعت فيه المدعية مولودها عن تسليمها شهادة الولادة؛ بغض النظر عن أي مبرر مرتبط بعدم القدرة على دفع مصاريف الولادة أو غيره، يتنافى مع القانون المنظم للحالة المدنية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، ويشكل مساسا بالحقوق الأساسية التي تكفلها هذه المقتضيات القانونية، سواء للمغاربة أو للأجانب على حد سواء، وخاصة مبدأ تقديم مصلحة الطفل باعتبارها مصلحة فضلى أولى بالرعاية والاحترام أكثر من أي التزام قانوني آخر، وكذا مبدأ عدم التمييز بسبب الجنس أو العرق أو الدين، ويجعل رفضها تسليم هذه الشهادة قرارا سلبيا مشوبا بعيب مخالفة القانون الموجب لإلغائه وترتيب الآثار القانونية على ذلك".

الفقرة الثانية: تجليات حماية مبدأ المناصفة في ضوء تعليلات القرارات الإدارية

مما لا خلاف فيه أن فعالية أي نص قانوني لا تتحقق فقط من خلال جودة التشريع، مهما تنامت دقته ودرجة وضوحه، وإنما أساسا من خلال مهارة القائمين على تطبيق أحكامه في إنزال مقتضياته على مختلف الوقائع والنزاعات المرتبطة به، واعتماد سلطتي التقدير والتأويل في البحث عن غايات المشرع، وتحقيق الإنصاف، إلا التطبيق العملي أفرز توجهين مختلفين في بيان مدى إلزامية تنزيل مبدأ المناصفة أم أن الأمر يبقى اختياريا.

أولا: التطبيقات القضائية لمبدأ المناصفة في ضوء قرارات قضاء الموضوع

وقد شكل القضاء الإداري المغربي ركيزة أساسية في حماية الحقوق والحريات[866]، ويمكن الوقوف على أبرز اجتهادات القضاء الإداري المجسدة لحماية مبادئ المساواة والمناصفة وفقا للمرتكزات الدستورية والدولية؛ واستنادا لمبدأ عالمية حقوق الإنسان وعدم قابليتها للتجزئة؛ ومبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الوطنية.

ففي قرار حديث للمحكمة الإدارية بالرباط؛ بمناسبة تنزيل مبدأ السعي نحو المناصفة ومكافحة التمييز الوارد في الفصل 19 من الدستور[867]؛ جاء فيه:

"...حيث استند الطاعن في وسيلة طعنه على عدم تضمين لائحة نواب الرئيس التي فاز في الاقتراع لعدد من النساء يساوي ثلث نواب الرئيس على الأقل؛

---

[866] فالقاضي الإداري المغربي يخضع بدوره لنفس القاعدة الكونية لحقوق الإنسان، لكونه يتميز بازدواجية نوعية تثير انتباه المهتمين، فالحلول التي تبناها القاضي الإداري المغربي تستمد مادتها في آن واحد من اجتهاد القاضي الإداري الفرنسي ومن الخصوصيات الوطنية والمحلية،...فالقاضي الإداري يتوفر على ثلاث مرجعيات مبدئية يمكن أن يعتمدها لبلورة سياسته الاجتهادية في حماية المواطن ضد الإدارة، ويمكن ترتيب هذه المرجعيات حسب معيار تنازلي من حيث الأهمية : مبدأ المطابقة مع الشريعة الإسلامية، ومبدأ المطابقة مع الدستور، ثم مبدأ الشرعية بالمعنى العام للكلمة، كما أنه القاضي الإداري في عشرية الأخيرة صار يعتمد المرجعية الكونية لحقوق الإنسان باعتبارها أداة لصون الحقوق والحريات.
انظر: محمد اليعكوبي، في مقاله "تطور المرجعية الإسلامية في الاجتهاد القضائي الإداري المغربي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 117-118، يوليو-أكتوبر 2014، ص 43-53.

[867] قرار رقم 4193 للمحكمة الإدارية بالرباط؛ ملف عدد 2015/7107/350؛ وتاريخ 2015/09/29. غير منشور.

كان ذلك بمناسبة تقديم المدعون في هذه القضية باعتبارهم أعضاء في المجلس الجماعي بعد انتخابهم ممثلين لدوائرهم بتاريخ 2015/09/04 لطعن قضائي؛ ومن بين ما يعيبونه على هذه العملية الانتخابية خرق المادة 17 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات[867] التي تنص على أنه "يتعين العمل على أن تتضمن لائحة ترشيحات نواب المجلس عددا من المرشحات لا يقل عن ثلث نواب الرئيس"، لكون لائحة نواب الرئيس التي تم التصويت عليها جاءت مخالفة لما تطلبه المشرع المغربي في المادة المذكورة والدستور المغربي ولمبدأ مشاركة العنصر النسوي في تدبير شؤون الجماعة، لأجل ذلك التمسوا الحكم بإلغاء انتخاب رئيس ومكتب المجلس الجماعي لجماعة أولاد علي منصور قيادة بني حسان دائرة تطوان ولاية تطوان التي أجريت بتاريخ 2015/09/16 مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك.

وحيث تنص الفقرة السادسة من المادة 17 من القانون التنظيمي رقم 113.14 على أنه "يتعين العمل على أن تتضمن لائحة ترشيحات نواب المجلس الجماعي عددا من المترشحات لا يقل عن ثلث نواب الرئيس"؛

وحيث يستفاد من هذا المقتضى القانوني؛ أن المشرع نص بصيغة الوجوب المتمثلة في عبارة ؛"يتعين"؛ على ضرورة مراعاة التمثيلية النسائية في تشكيلة المكتب المسير للجماعة بنسبة الثلث على الأقل، وهو مقتضى يبقى واجب التفعيل على اعتبار أنه يدخل في إطار التدابير القانونية التي تفرضها المادة الثالثة من الاتفاقية الدولية المصادق عليها من طرف المغرب المتعلقة بمناهضة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، من خلال عمل الدولة على التنزيل التشريعي المتدرج للمبدأ الدستوري المنصوص عليه في الفصل 19 من الدستور الذي يلزمها بالسعي نحو تحقيق المناصفة بين الرجال والنساء، وهي غاية يتطلب تحقيقها ضمان أوسع للمرأة في الحياة العامة عن طريق سن مجموعة من الإجراءات التي تستند إلى مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة...؛

وحيث لئن كانت صيغة المادة المذكورة قد فتحت المجال لعدم تطبيق مقتضياتها على إطلاقها في حال تعذر ذلك، فإن تفسير هاته المقتضيات في ضوء السياق الدستوري المتجلي في الفصل 19 من الدستور الرامي إلى السير في اتجاه توسيع مجال مشاركة المرأة في أفق المناصفة؛ يوجب فهم حالة تعذر حضور المرأة في لوائح الترشيح على أنها حالة استثنائية لا يتوسع في تطبيقها، الأمر الذي لا يستقيم معه تقدير هذا الظرف الاستثنائي من خلال معيار شخصي مرتبط مثلا برفض عضوات المجلس الجماعي الترشح ضمن لوائح نواب الرئيس؛ استنادا إلى رغبتهن المجردة في عدم الترشح بدون تبريرها بمعطى موضوعي مقبول، لأن ضمان مشاركة المرأة في مكتب الجماعة ليس حقا شخصيا للمرأة المنتخبة فحسب، وإنما هو حق لكل المجتمع الذي يفترض أن يكون هذا المقتضى القانوني قد جاء معبرا عن تطور المشترك الثقافي بين أفراده وبلوغه المدى الذي ساد معه الاقتناع

بضرورة الدفع بالمرأة نحو مراكز القرار، بما يساهم في تحقيق مبدأ المساواة بينها وبين الرجل باعتبار تنزيل هذا المبدأ من مداخل التنمية والتطور الاجتماعي والاقتصادي والسياسي الذي تعم آثاره المجتمع كافة وليس المرأة المنتخبة وحدها؛

وحيث إن الثابت من خلال محضر العملية الانتخابية المدلى به في الملف أن عدد نواب الرئيس بجماعة أولاد علي منصور هو أربعة أعضاء وأن لائحة النواب التي تقدم بها رئيس المجلس وفازت بالرتبة الأولى لا تتضمن أي مرشحة بالرغم من أن تطبيق نسبة الثلث على الأقل المفروضة بنص المادة 17 أعلاه يقتضي أن تتضمن هاته اللائحة الفائزة مرشحتين كحد أدنى، مما يجعلها مخالفة للقانون خاصة أن من بين أعضاء المجلس الجماعي يوجد أربع عضوات من النساء وكان بالإمكان تضمين اللائحة مرشحتين أو أكثر في ظل عدم ثبوت تعذر ترشيحهن استنادا إلى مبرر موضوعي مقبول[868].

وحيث إنه إعمالا لمقتضيات المادة 32 من القانون التنظيمي رقم 59.11 المحال عليه بنص المادة 31 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات في شأن شروط الطعن في أجهزة مكتب الجماعة، يتضح أن مخالفة عملية الانتخاب للإجراءات المقررة قانونا يوجب الحكم ببطلانها، وأنه بالرجوع للنازلة فإن عدم تضمن لائحة نواب الرئيس الفائزة في الاقتراع للتمثيلية النسائية المقررة في المادة 17 المشار إليه أعلاه يجعلها مخالفة للإجراءات القانونية المعمول بها في شأن ضوابط لوائح الترشيح، الأمر الذي يكون معه انتخاب نواب رئيس المجلس الجماعي محل الطعن واقعا تحت طائلة البطلان.

وحيث إنه استنادا إلى ثبوت الخروقات التي استندت إليها وسيلتا الطعن، تكون عملية انتخاب رئيس ومكتب المجلس الجماعي لجماعة أولاد علي منصور

[868] قرار رقم 4193 للمحكمة الإدارية بالرباط؛ ملف عدد 2015/7107/350؛ وتاريخ 2015/09/29. غير منشور.

قيادة بني حسان دائرة تطوان ولاية المجرة بتاريخ 2015/09/16 باطلة للعلتين المستند إليهما أعلاه، ويتعين الحكم بإلغائها مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك".

فالقاضي الإداري؛ بحسب تعليلات القرار أعلاه، اعتبر أن المناصفة هو هدف مجتمعي لا يتوقف تحقيقه على الرغبة الشخصية المجردة للأفراد، ولا يحق لأي كان التنازل عنه دون تبرير تنازله بمعطى موضوعي مقبول، لأن المناصفة بما تهدف إليه من تحقيق مشاركة كاملة للمرأة في تسيير الشأن العام، لا يُعتبر حقا للفرد المعني به بقدر ما هو حق المجتمع الذي ساد فيه الاقتناع بضرورة الدفع بالمرأة نحو مراكز القرار، بما يساهم في تحقيق مبدأ المساواة بينها وبين الرجل.

وهذا هو النهج الذي أقرته المحكمة الإدارية بالرباط في قرار لها؛ بمناسبة البت في طعن في العملية الانتخابية عُرض أمامها، وعللت قرارها بقولها:

".....وحيث أسس الطاعن طعنه على عدم تضمن لائحة نواب رئيس المجلس الجماعي التي فازت في الاقتراع لعدد من النساء المترشحات يساوي على الأقل ثلث نواب الرئيس حسب ما تقضي به المادة 17 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات التي ألزمت أن تتضمن لوائح ترشيح نواب الرئيس عدد من المرشحات لا يقل عن ثلث المرشحين ضمن نفس اللائحة، مما يجعل انتخاب اللائحة المذكورة ينطوي على خرق للقانون، لأجل ذلك التمس الحكم ببطلان الانتخابات المجراة بتاريخ 2015/09/16 مع ما يترتب عن ذلك قانونا[869]؛

وحيث يستفاد من هذا المقتضى القانوني أن المشرع نص بصيغة الوجوب المتمثلة في عبارة "يتعين" على ضرورة مراعاة التمثيلية النسائية في تشكيلة المكتب المسير للجماعة بنسبة الثلث على الأقل، وهو مقتضى يبقى واجب التفعيل على اعتبار أنه يدخل في إطار التدابير القانونية التي تفرضها المادة الثالثة من

[869] قرار رقم 4193 للمحكمة الإدارية بالرباط؛ ملف عدد 2015/7107/350؛ وتاريخ 2015/09/29. غير منشور.

الاتفاقية الدولية المصادق عليها من طرف المغرب المتعلقة بمناهضة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، من خلال عمل الدولة على التنزيل التشريعي المتدرج للمبدأ الدستوري المنصوص عليه في الفصل 19 من الدستور الذي يلزمها بالسعي نحو تحقيق المناصفة بين الرجال والنساء، وهي غاية يتطلب تحقيقها ضمان أوسع للمرأة في الحياة العامة عن طريق سن مجموعة من الإجراءات التي تستند إلى مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة بفرض حضورها في المجالس المنتخبة استنادا إلى مبدأ الكوطا، وذلك من أجل النهوض في مرحلة أولى بوضعها داخل المجتمع بما يساهم في تحقيق الشروط المجتمعية والسياسية التي تجعل المرأة قادرة على الوصول في مرحلة ثانية إلى مواقع المشاركة في الحياة السياسية بدون الحاجة إلى إجراءات التمييز الإيجابي المشار إليها، بمعنى أن هاته الأخيرة تبقى مجرد إجراءات مؤقتة ينقضي العمل بها عندما تحقق المساواة الفعلية بين الرجل والمرأة في شتى المجالات بحكم الواقع وليس بالاستناد إلى مثل هاته التدابير؛

وحيث إنه بالرجوع إلى النازلة فإن عدم تضمن لائحة نواب الرئيس الفائزة في الاقتراع للتمثيلية النسائية المقررة في المادة 17 المشار إليه أعلاه، يجعلها مخالفة للإجراءات القانونية المعمول بها في شأن ضوابط لوائح الترشيح، الأمر الذي يكون معه انتخاب نواب رئيس المجلس الجماعي محل الطعن واقعا تحت طائلة البطلان ويتعين الحكم بإلغائه مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك"[870].

[870] قرار رقم 4193 للمحكمة الإدارية بالرباط؛ ملف عدد 2015/7107/350؛ وتاريخ 2015/09/29. غير منشور.

ثانيا: التطبيقات القضائية لمبدأ المناصفة في ضوء قرارات محكمة النقض

بالرغم من التوجه القضائي العام الذي ميز أحكام وقرارات محاكم الموضوع الذي كرس مبدأ الإلزام في تنزيل مبدأ المناصفة، إلا أنه بالاطلاع على القرارات المتواترة لمحكمة النقض يتبين أنها تخالف توجه محاكم الموضوع في التمسك بالإلزامية، حيث عللت قرار حديث لها بالقول:

"...لكن حيث إن محكمة الاستئناف الإدارية أوردت في قضائها كون مقتضيات الفقرة السادسة من المادة 17 من القانون التنظيمي رقم 14.113 المتعلق بالجماعات هي من المستجدات التي أتى بها المشرع في المادة الانتخابية من أجب فسح المجال للنساء للانخراط والمساهمة في الحياة السياسية، وتشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية، في أفق تحقيق مبدأ المناصفة، انسجاما وتنزيلا للمبادئ التي أتى بها دستور المملكة لسنة 2011، سيما المواد 30 و 33 منه، وأن المشرع نص على صيغة "يتعين العمل على" وذلك بدعوة جميع الفرقاء السياسيين المشاركين في العملية الانتخابية إلى احترام هذا المقتضى من خلال العمل على تضمين لوائح الترشيح عددا من المرشحات لا يقل الثلث، وحثهم على إشراك العنصر النسوي في الأجهزة التنفيذية للجماعة في إطار التفعيل التدريجي للمقتضيات الدستورية الرامية إلى ضمان حضور متساو بين المرأة والرجل في تسيير الشأن العام المحلي، واعتبرت المحكمة أن المقتضى المذكور بقي في حدود المستطاع دون الوصول إلى حد الالتزام، ودليل ذلك أن المشرع لم يرتب جزاء بطلان العملية الانتخابية في حالة مخالفة المقتضى المذكور مراعاة منه للظروف التي قد تحول دون تطبيق المقتضى المذكور واعتبارا لمبدأ الحرية في الترشيح كمبدأ دستوري، ولأن مهام التسيير تفرض الحضور والتفرغ الدائمين، وهو ما لا تسمح به ظروف المترشحات، مما استخلصت معه المحكمة كون المشرع ترك المجال مفتوحا لتقدير ظروف الحال بحسب ظروف وملابسات كل عملية انتخابية، وأنه ثبت لها من خلال محضر العملية الانتخابية موضوع النازلة

المعروضة كون النساء الثلاث الحاضرات بجلسة انتخاب نواب الرئيس رفضن الانضمام إلى لائحة الترشيحات، ولأنه ما دام كون الترشيح حق للفرد ولا يمكن الإجبار عليه فقد رتبت كل ذلك بأن اللائحة المطلوبة في الطعن قد قدمت صحيحة، فجاء بذلك قرارها غير خارق لأي مقتضى قانوني محتج بخرقه، وما بالفرع من الوسيلة على غير أساس"[871].

وهو نفس التوجه الذي سبق لمحكمة النقض أن قررته بموجب قرارها الذي جاء فيه:

"...حيث صح ما عاب به الطاعن القرار المطعون فيه، ذلك أنه لئن كانت المقتضيات الدستورية المنصوص عليها في الفصل 19 من دستور 2011 تنص على أن الدولة تسعى إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء ويحدث لهذه الغاية هيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز ولئن كانت القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية بما فيها القانون التنظيمي رقم 112/14 الذي ينص في مادته 18 في فقرتها الآخيرة: "يتعين العمل على أن تتضمن كل لائحة ترشيحات نواب الرئيس عددا من المرشحات لا يقل عن ثلث النواب"، فإن السعي المذكور أعلاه في البنود الدستورية والتعيين الوارد في القوانين التنظيمية لا يجوز أن يتعارض مع حرية العضوات في هذه المجالس الترابية للترشح لشغل مناصب النواب عن الرئيس الواجب السعي إلى شغلها من طرف النساء في هذه المجالس ولما لم يتأكد من الوقائع المسطرة في محضر جلسة انتخاب نواب رئيس مجلس عمالة أكادير اداوتنان تعبير إحدى العضوتين في هذا المجلس لإرادتها في شغل المناصب الواجب السعي إلى شغلها من طرف النساء في هذه المجالس، ولما لم يتأكد من الوقائع المسطرة في محضر جلسة انتخاب نواب الرئيس لشغل هذه المناصب على الرغم من حضورهن وقائع هذه الجلسة وفتح باب الترشيحات، فإن

[871] قرار محكمة النقض عدد 30 بتاريخ 2018/01/18 في الملف الإداري عدد 2017/1/4/4293، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الإدارية، العدد 42، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية: https://juriscassation.cspj.ma/upl/2018/1634912201.pdf

انتخاب نواب الرئيس على النحو الذي ورد في اللوائح الانتخابية المقدمة ليس فيه أي خرق للمقتضيات الدستورية والقانونية الواردة أعلاه والمتعلقة بالسعي إلى تحقيق المناصفة بين الرجال والنساء في المجالس المذكورة، ولما نحا القرار المطعون فيه منحى غير ذلك، يكون ناقص التعليل الموازي لانعدامه، مما يستوجب نقضه وإحالته على المحكمة مصدرته للبت فيه من جديد طبقا للقانون"[872].

وفي قرار آخر جاء فيه: "...حيث إن ما تضمنه الفصل 19 من الدستور في فقرته الثانية من أنه "تسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء" مؤداه أن مبدأ المناصفة يبقى غاية تسعى الدولة إلى تحقيقه وليس شرطا لازما واجب النفاذ، وأن المحكمة بما أوردته في تعليلها من: "أنه لئن كانت غاية المشرع من سن مقتضيات المادة 17 من القانون التنظيمي رقم 14.113 المتعلق بالجماعات تكمن في السعي إلى الارتقاء بتمثيلية النساء وتمكينهن من ممارسة مهام ومسؤوليات انتخابية داخل مجالس الجماعات متى كان ذلك ممكنا، فقد تبين للمحكمة من خلالها اطلاعها على محضر عملية انتخاب مكتب المجلس الجماعي لجماعة ايفود بإقليم اليوسفية، وأن هذا المجلس يضم 4 نسوة (رشيدة غ، فوزية ر، فاتحة ج، ملسكة ص) وأن لائحة الرئيس ضمت سيدتين (رشيدة غ، فوزية ر) فيما كانت السيدة الرابعة (مليكة ص) كاتبة للجلسة باعتبارها الأصغر سنا من غير المرشحين، كما أن محض العملية الانتخابية لم يتضمن تعبيرها عن رغبتها في الترشح لأحد مناصب نواب الرئيس وتنازلها عن كتابة الجلسة، وفضلا عن ذلك فهي تنتمي رفقة المستأنف عليها إلى الحزب المنافس للمستأنف-حسب الثابت من وثائق الملف ولا يستساغ بالتالي أن يضمها إلى لائحة نوابه، وبذلك أمام وجود استحالة واقعية وقانونية لتفعيل مقتضيات المادة المذكورة بالنسبة للائحة المقدمة من طرف رئيس المجلس، فإن عملية انتخاب نوابه لم تخالف الإجراءات المقررة قانونا والحكم

[872] قرار محكمة النقض رقم 1/625 بتاريخ 2016/04/14 في الملف الإداري رقم 2016/1/4/817، منشرو بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:
https://juriscassation.cspj.ma/upl/2016/1639057433.pdf

المستأنف جانب الصواب لما قضى بإلغائها يستوجب الإلغاء والحكم تصديا برفض الطعن، تكون قد طبقت القانون تطبيقا صحيحا ولم تخرق المقتضيات المحتج بها والوسيلة على غير أساس"[873].

[873] قرار محكمة النقض عدد 1/638 بتاريخ 2016/1/4/882، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية:https://juriscassation.cspj.ma/upl/2016/1639057672.pdf

خاتمـــــــــــة

ختاما أقول أن التعليل عملية ذهنية قانونية تسعى الى تهيء الحكم وتفسيره وتبريره، وهذه العملية تحقق في الحكم الموضوعية واليقين لأنها السبيل المؤدي لإبراز الحقيقة، كما أنها الوسيلة الوحيدة لتوجيه أحكام القضاة وتوحيدها، وهو الموضوع الرئيسي الذي يمكن محكمة النقض من مراقبة صحة الأحكام وتطهيرها من انعدام التعليل أو نقصانه أو تناقضه أو ورود أخطاء قضائية عليها، و لكي يبنى الحكم بجودة عالية يجب أن يعتمد على أوراق وحجج توجد ضمن وثائق الملف، وتم طرحها للمناقشة أثناء جلسة علنية أو سرية إذا كان القانون يسمح بذلك وتم عرضها على جميع أطراف الدعوى لإبداء رأيهم فيها، وليس أدل على ذلك من أن محكمة النقض في ضوء بسط رقابتها على التعليل قد فرضت أن تكون الأسباب كافية ومقنعة، فالأساس القانوني للحكم هو التعليل الكافي وذلك هو مقصود المشرع من فرض الالتزام بالتعليل حتى تتضح عناصره ومقوماته وجودته وسلامة نتائجه، بحيث إذا تخلف هذا الشرط كان مؤديا إلى انعدام الأساس القانوني أو انعدام التعليل.

ولكي يحقق الالتزام بالتعليل الوظائف الهامة المطلوبة منه كما أوضحنا ذلك في الفصل الثاني من الباب الأول، فلا بد أن يأتي ببيان الأسباب وفق منهج معين، بحيث تأتي معبرة في الواقع والقانون عن المضمون الحقيقي للدعوى والذي أفضى إلى منطوق الحكم الذي أصدرته المحاكم وبما يتفق مع حقيقة الواقعة ومؤدى الأدلة القائمة ضمن وثائق الملف، ولذلك فإنه يكون من العبث أن يتحقق الوفاء بهذه الضمانات الهامة بأن يكتفي قاضي الموضوع بمجرد ذكر أسباب حكمه أيا كانت هذه الأسباب بطريقة موجزة وإنما يجب أن تأتي الأسباب كافية في بيانها للواقعة والظروف المحيطة بها ولعرضها لطلبات الخصوم ودفوعاتهم الجوهرية والرد عليها الرد الكافي ضمن التعليل.

لذلك فإن إلزام المشرع المحاكم بتعليل أحكامها لم يكن فقط من أجل أن تكون استيفاء الأحكام للشكليات القانونية فقط، وإنما لكي تأتي ناطقة بعدالتها ومنسجمة ومطابقة للقانون، ولعل ذلك ما جعل الالتزام بمراقبة التعليل ليس فقط الوسيلة التي تمكن محكمة النقض من إعمال رقابتها على تطبيق وتفسير القانون، ولكنها أيضا اعتبرت مظهرا لوظيفتها التقييمية.

ولهذه الغاية فرضت محكمة النقض على قضاة المحاكم الأدنى درجة ضرورة الالتزام بأن يكون التعليل كافيا وواضحا وتاما، وهو ما عبرنا عنه في هذا البحث بضوابط التعليل، وعلى هذا الأساس حاولنا أن نقف قد الإمكان على مدى احترام هذه الضوابط في باب تعليل الأحكام والقرارات في المادة المدنية في علاقة بمبدأ المساواة والمناصفة.

وقلنا أن مبدأ المساواة والمناصفة من الأفكار المثالية التي تضرب بجذورها في عمق التاريخ البشري، فعلى مستوى المنطلقات الفكرية، فالمساواة تاريخيا قامت ضد فكر التمايز بأشكاله المختلفة السائد في الحضارات القديمة، ويختزل في عمقه صراعا طويلا في ظل حضارات مختلفة، بين الرجل والمرأة، فحقوق المرأة وخاصة المساواة لم تتجاوز الحدود وتصل إلى كل أقطاب العالم إلا إبان عصر الأنوار، حيث نادى الفلاسفة ومنظرو الفكر السياسي والحقوقي بمحاربة اللامساواة التي عانت منها المرأة في سائر المجالات، وقبل ذلك ظهرت بعض المحاولات الفلسفية قديما في مراحل متقطعة من الفكر الإنساني، وتمت ترجمتها في الصكوك العالمية التي تؤرخ لمعاناة المرأة وسلبها جميع حقوقها الطبيعية والمدنية.

ولا شك أن مصطلحي المساواة و المناصفة أصبحا يترددان على مسامعنا صباحا مساء عند الخاصة والعامة، غير أن مفهومهما يختلف من فئة إلى فئة، وقد بينا معنى المفهومين، فقلنا أن المساواة هدف بينما المناصفة آلية لتحقيق هذا الهدف، وهذا ما يستبين من خلال مفهوم المساواة في التشريع الدولي، الذي أقر أن هناك

اختلافا من حيث النمط الاجتماعي والفكر الأيديولوجي والعقائدي والجنسي، وعندما استعمل المشرع المغربي عبارة المساواة في الدستور، أوردها مقترنة بعبارة "تسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء" في إشارة منه إلى الموروث الثقافي والسوسيو-اقتصادي المناهض لمبدأ المساواة بين الجنسين.

ويمكن القول إن المساواة تعني أن السلوكيات المختلفة والتطلعات واحتياجات المرأة والرجل يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار، ويقوم تقييمها وتفضيلها بمنتهى المساواة، من هنا فإن المساواة بين الجنسين لا تعني أن يكونا متشابهين، ولكن حقوقهما وواجباتهما وفرصهما ومشاركتهما في صنع القرار والوصول إلى الموارد والمشاركة الاقتصادية والاجتماعية والصحية والثقافية وغيرها أن تكون على قدم المساواة.

وبذلك تلتقي المساواة بالمفهوم الكوني والشمولي لحقوق الإنسان، والإنسان يشمل الرجل والمرأة، لأنها قيمة جوهرية لا تكتمل الديمقراطية ودولة الحق والقانون ودولة العمل إلا بها، وهي عامل حاسم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في جميع القطاعات العامة والخاصة، وهي جزء لا يتجزأ من مخططات التنمية.

أما المناصفة كما بينا فهي آليات وتدابير إجرائية من أجل تحقيق مبدأ المساواة وهي آلية عددية بالدرجة الأولى للوصول إلى هدف المساواة، كما أنها ألية تؤدي إلى تكافؤ الفرص وإزالة الفوارق، وهي أيضا آلية من أجل الوصول إلى إنصاف المرأة بالخصوص لكي تتبوأ مركز القرار.

ورغم دسترة المساواة والمناصفة من خلال دستور 2011 وإقرار هيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز التي من اختصاصاتها تشخيص الأوضاع وملاحظة ما يجري على أرض الواقع من تمييز وحيف ودونية، ورغم ديباجة

الدستور التي نصت على التزام المغرب بالنهوض بحقوق النساء كإحدى دعائم دولة الحق والقانون من خلال التزامه بمبادئ وقيم حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا، والتنصيص على مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرفه على التشريعات الوطنية، ورغم حزمة التشريعات ذات الصلة بعدالة النوع الاجتماعي التي صدرت من أجل إزالة مظاهر اللامساواة يبقى تنزيل مبدأ المساواة على أرض الواقع يسير بخطى بطيئة خاصة في ضوء تعطيل إلى يومنا هذا إخراج الهيأة المكلفة بالمناصفة ومكافحة التمييز إلى حيز الوجود، كما أن المرحلة تتطلب أكثر من أي وقت مضى نشر ثقافة المساواة والمناصفة عن طريق إعداد برامج ودراسات والمساهمة في تفعيل برامج التربية على حقوق الإنسان والمواطنة والمساواة، وإدماجها في المناهج التربوية الأولية.

ويمكن ملامسة ذلك من خلال العديد من المقتضيات التي ذكرناها في هذا البحث والتي ترسخ لمبادئ المساواة والمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز، وغيرها من المقتضيات والقواعد التي جاءت لتحقيق المساواة والعدالة بين طرفي العلاقة الزوجية داخل الأسرة والتي كانت ميزة بارزة في كل مواد هذا القانون من أول مادة (المادة الرابعة) التي جعلت الأسرة تحت رعاية الزوجين معا إلى آخر مادة (400) التي أوجبت مراعاة قيم العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف في الفقه والاجتهاد في كل ما لم يرد به نص في المدونة.

هذا التحول على مستوى النص القانوني، واكبه تحول على مستوى التعاطي مع معالجة قضايا الأسرة في المحاكم الوطنية، حيث شكل عنصر التعليل مقياسا لمستوى استيعاب القضاء الأسري للمتغيرات الطارئة على مستوى المنظومة القانونية بما تتضمنه من حمولة حقوقية قوية، فرضت انخراط الجميع في ترجمة النصوص على أرض الواقع بإصدار أحكام معللة تمتح من مستجدات هذا القانون، منها على سبيل التذكير والتقرير، تعليل الأحكام القضائية بالاستناد إلى الخبرة المتعلقة بالبصمة الوراثية المنجزة في ضوء القضية في إثبات النسب أو نفيه،

وتعليل احكام التطليق بالاستناد على فصول المدونة في باب التطليق للشقاق بطلب من الزوج أو الزوجة، واقتسام الممتلكات وثبوت الزوجية، والحمل خلال فترة الخطبة والإقرار بالنسب، وكذلك تطبيق المساطر المستجدة في التعدد والطلاق بناء على طلب الزوج إلى غيره من المستجدات التي فرضت صياغة حيثيات تواكب ما أقره المشرع من مقتضيات.

أما من جهة تعليل الأحكام القضائية المدنية ودورها في ترسيخ المساواة والمناصفة، فتبين لنا كيف أن التعليل هو محور الحكم المدني ومصدر الثروة اللامادية لمنظومة العدالة، فوظائفه كثيرة وأهميتها كبيرة بالنسبة لضمان شروط محاكمة عادلة، وتكمن أهمها في ضمان استقلالية القضاء، لأن جودة الحكم المدني وضعفه يدور معه وجودا وعدما، والتعليل الجيد يُبعد كل الشبهات التي يمكن أن تكون أساسا للتشكيك في نزاهة الهيئة التي أصدرت الحكم أو القرار، أو في عمق فلسفة التكوين القضائي، بالإضافة إلى احترام حقوق الدفاع وكفالة رقابة محكمة النقض على الاقتناع الموضوعي لقضاء الحكم ومساهمته الفعالة في تحقيق المساواة والمناصفة، وربط المسؤولية بالمحاسبة.

كما أن تعليل الأحكام والقرارات القضائية لم يعد مجرد إجراء شكلي، وإنما أصبح أساس وجوهر الحكم أو القرار، وتم التنصيص عليه دستوريا، وهذا ما عزز عنصر التعليل ورفع من جودته.

وللإشارة فإنه مهما كانت جودة النص القانوني وسلامته، ومهما كانت غايته، فان العدالة لا تكمن في النصوص، وإنما تكمن أولا وقبل كل شيء في ضمير القاضي وحسن تصريفه للقضايا المعروضة عليه، وبما أن النص القانوني يبقى قاصرا عن تحقيق العدالة المثلى فإن القاضي يستطيع أن يُطوع قواعده ليحقق من خلالها مبادئ المساواة والمناصفة، ويحقق العدالة الواقعية بدل العدالة القانونية التي تبقى في بعض الحالات ناقصة عن استيعاب التطورات المجتمعية.

لأجله حاولنا قدر المستطاع في هذا البحث اختيار المصطلحات المناسبة والتعبيرات الواضحة التي تعبر عن الأفكار التي تحويها هذه الرسالة، ففي البحث تقدير لكثير من المعاني والدلالات القانونية تحقيقا لغويا واصطلاحيا لخدمة أغراض هذه الأطروحة، وقد اتضح لي من خلال ذلك دقة وصعوبة وضع طرق منهجية سليمة تكفل اتخاذ قرارات وأحكام ذات جودة، ومما زاد من صعوبة ذلك قلة المراجع المغربية التي تعالج هذا الموضوع اللهم إذا استثنينا مرجع الأستاذ الطيب برادة، لذلك حاولت قدر المستطاع استجماع عناصر الموضوع بالاعتماد على ما توفر من مراجع في الموضوع وكذلك على ما توصلت إليه من قرارات وأحكام قضائية خاصة غير المنشورة منها لنضفي على الموضوع جانبه العملي الممثل في الاجتهاد القضائي، وعدم الاكتفاء بالجانب النظري الذي وإن كانت له أهميته، فإن هذه الأهمية تصبح أكثر نفعا إذا ما اقترنت ببيان العمل القضائي بشأنها.

لأجله فقد مهدت للموضوع بمقدمة عامة بينت فيها أهمية العدل في حياة الناس، وكيف حرصت الشريعة الإسلامية على إيلاء أهمية خاصة لمبدأ العدل لما له من آثار إيجابية تتمثل في إرجاع حق المظلوم والاقتصاص من الظالم وإعلاء كلمة الحق، وقد أنيطت هذه المهمة بشخص القاضي الذي يعتبر خليفة الله في أرضه، لذلك فالقاضي مجبر على القيام بالمهمة المنوطة به ولا يستطيع التحلل منها تحت أي ظرف، وبالنتيجة فإنه يلزمه صياغة أحكامه وقراراته حتى يمكن القارئ من الاطلاع عليها وتقييمها.

وقلنا أن إصدار الأحكام والقرارات القضائية ليس بالأمر الهين كما قد يبدو للبعض من أن القاضي يحكم في النزاع بحكم وكفى، بل إن الأمر من أدق المسائل وأصعبها، إذ النزاع الذي يعرض عليه هو في جوهره صراع بين الأطراف وهو غير متجمد وغير ثابت، فهة كمعركة يتسع نطاقها ليشمل طلبات جديدة ووسائل دفاعية هجومية واتساع وانكماش، بما يفيد تعقيد الدعوى مما يصعب مهمة القاضي في أن يصل إلى حكم عادل في مثل هذا النزاع يتفق مع حقيقة مركز الأطراف

ويبين حقوق كل منهم فيضع حدا للنزاع بينهم، وليست المحاكم والمساطر والإجراءات إلا أدوات ووسائل لهذا الهدف الأخير.

كما حاولت أن أبين الأهمية التي يكتسيها هذا الموضوع عبر الوقوف بشكل مستفيض عند الضوابط العامة لصياغة الحكم المدني، وذلك ما كان ليتم على الوجه الصحيح دون الوقوف عند مفهوم الحكم القضائي وبيان صوره، ثم الشكليات المكونة له، من ديباجته ووقائعه وتعليله ومنطوقه ولغة تحريره، وبينت أهمية كل عنصر من هذه العناصر مع تعزيزها بأحكام وقرارات عملية تزيد من توضيح أهميتها، كما توقفت بشكل أكثر تدقيقا عند عنصر التعليل من خلال بيان مفهومه، وعلاقته بباقي المفاهيم المشابهة له، ثم بيان وظائفه بالنسبة للقاضي والمتقاضي والأغيار ولمنظومة العدالة بشكل عام، وانتهيت إلى أن التعليل يعتبر روح الحكم القضائي، فهو أكثر من مجرد عنصر من عناصر الحكم، لأن به يُعرف المدعي من المدعى عليه، وبموجبه يستطيع القاضي بيان توجهه وإبراز أسباب حكمه، ولأنه من جهة ضمانة لعدم حياد القاضي وألية للرقابة على المحكمة المصدرة له...ثم انتقلت إلى بيان أسباب اعتماد التعليل على مقتضيات الاتفاقيات الدولية والمسطرة اللازم استنفاذها قبل استناد القاضي الوطني عليها وبناء تعليل أحكامه وفقا لمقتضياتها.

ولأجل أن تكون الأطروحة متوازنة اعتمدت المنهجية اللاتينية التي تفرض تقسيم البحث إلى أجزاء متساوية أو متقاربة، لذلك قسمت الأطروحة إلى بابين، خصصت الأول منه **ضوابط تعليل الأحكام القضائية في المادة المدنية وتطبيقاتها العملية**، وخصصت الباب الثاني لبيان **دور التعليل في تحقيق الحماية القضائية للمساواة والمناصفة.**

وبعد استنفاذ الجهد في إنجاز ما استطعنا إليه سبيلا، وبعد الاطلاع على مجموعة كبيرة من الأحكام والقرارات القضائية والتوجهات المتضاربة حينا في

بعض القضايا المتشابهة، والمتماثلة في أحيان أخرى، مع ضرورة الإشارة إلى أنه مهما كانت جودة النص القانوني وسلامته، ومهما كانت غايته، فان العدالة لا تكمن في النصوص وإنما تكمن أولا وقبل كل شيء في ضمير القاضي ومبادئه، وبما أن النص القانوني يبقى قاصرا عن تحقيق العدالة المثلى فان القاضي يستطيع أن يطوع قواعده ليحقق من خلالها المناصفة والمساواة المنشودة.

وقد تبين لنا بشكل أكثر جلاء إن صناعة التعليل مسؤولية جميع أطراف العدالة، من قضاة ومحامين وموظفي كتابة الضبط، ومفوضين قضائيين، وخبراء وتراجمة، ومرتبط بتوفير آليات العمل الفنية والإدارية للمحاكم من خلال بيئة وظروف ملائمة ومناسبة للاجتهاد والابتكار، ويتصل جوهره بدور القاضي في حماية الحقوق والحريات وصون الأمن القانوني والقضائي، وآلية لقياس الشفافية والنزاهة وجودة التشريع.

ثم إن التعليل مصدر حاسم للرقي بالقضاء المغربي إلى مصاف القضاء الدولي واندماجه في البيئة الدولية بضمان مساهمته في تطوير القانون، والقضاء المقارن بانفتاحه على التجارب الدولية في هذا المجال، ومؤشر للتدليل على تطبيق المغرب للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ولاجتهادات المحاكم واللجن الدولية المعنية، وهذا ما حاولت الوقوف عنده عند مناقشة بعض الأحكام والقرارات القضائية وموقف محكمة النقض منها.

وفضلا على هذا، فإن رسالة القضاء لا يمكن أن تتحقق بدون قضاة يتمتعون بالاستقلالية والحياد والنزاهة والأمانة والقدرة على إصدار الأحكام وفق أصول القانون وبتجرد عن أي تأثير خارجي، والقاضي المستقل هو الضمانة لتحقيق العدل والمساواة بين الأفراد، كما أن محاكم المملكة تعاني من ظاهرة التضخم في عدد الملفات والقضايا، بحيث مما يثقل كاهل مختلف العاملين داخل المحاكم، وهو ما

يؤدي إلى تفاقم الكثير من أعطاب العدالة، كالبطء ونقص الفعالية وعدم احترام معايير الجودة في الشكل أو الموضوع أحيانا.

كما لا يفوتنا في هذا المقام أن نبين دور التأطير في ضمان جودة تعليل الأحكام المدنية وتحقيق الجودة وضمان ترسيخ مبادئ المساواة والمناصفة، ويعد مدخلا هاما لإصلاح منظومة العدالة، ويسهم في تحقيق عدة أهداف، بعضها يرتبط بضمان توحيد العمل القضائي داخل المحكمة الواحدة، والبعض الأخر يدعم ضمان التخليق وترسيخ روح المسؤولية، ولذلك فالتأطير ضروري لضمان تحسن العمل القضائي وتطوير آلياته، كما يرتبط أيضا بمسألة أخرى تتعلق بتقوية قدرات المسؤولين القضائيين والنهوض بمهام التأطير، والتكوين والتكوين المستمر، وفي هذا المقام من الضروري التنويه بالمجهودات التي يبذلها المعهد العالي للقضاء في ترسيخ ثقافة المساواة والمناصفة من خلال إدماج مجموعة من المواد في هذا الشأن وتلقن للملحقين القضائيين قصد تنمية ثقافتهم وقدراتهم الحقوقية.

وقد خرجنا ببعض المقترحات المتواضعة من خلال هذه الدراسة، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

**ضرورة المرور إلى السرعة القصوى في الاعتماد على التقنيات المعلوماتية الحديثة لما توفره من وقت وجهد بما يساهم في تسريع البت في القضايا داخل الآجل المعقول، فضلا على إمكانية اختزالها لمجموعة من الأعباء التي يتحملها القاضي بصدد تصريف الملفات القضائية.

** إعداد برامج عمل تهم تقوية قدرات القضاة لمعالجة الثغرات والنقائص الشخصية أو الموضوعية التي ترتبط بنقصان التعليل أو بضعفه، أو بالتأثير عليهم عن طريق العديد من الآليات والوسائل التي تتم خارج نطاق القانون.

**ضرورة فتح باب النقاش وتوقيع اتفاقيات وشراكات مع هيئات المحامين قصد ولوج القاضي إلى قاعدة المعطيات التي يقوم الدفاع بتهيئتها وتحريرها قصد الدفاع عن حقوق موكله، ولا سيما موافاة القاضي الكترونيا بالمقالات الافتتاحية والمذكرات الجوابية التي يكون المحامي قد سبق له أن قام بتحريرها، ولا شك أن مثل هذه الخطوة من شأنها أن تخفف عن القاضي عبئ إعادة نقل الوقائع والملتمسات التي دونها المحامي في مقالاته أو مذكراته، فيخصص القاضي جهده ووقته لإبراز عنصر التعليل باعتباره هو جوهر الحكم القضائي وروحه.

**وضع تنظيم تشريعي مفصل لتعريف الأجل المعقول وتحديد نطاق تطبيقه والأثار المترتبة على مخالفته، كما يبدو من الضروري وضع ضوابط للمدة التي يقتضي نظر الدعوى المدنية خلالها حماية لمبدأ الحق في الحصول على حكم داخل أجل معقول.

**إعادة النظر في مسطرة التبليغ التي تبقى من أهم العراقيل التي تواجه تحقيق عدالة سريعة وناجعة، لا سيما الاعتداد بالتبليغات الالكترونية في ضوء ما بات يعرفه المجتمع من احتكاك واعتماد متواصل ومستمر بالوسائل الالكترونية، كالرسائل النصية عبر الهاتف أو رسائل البريد الالكتروني او الحسابات الالكترونية الأخرى.

**ضرورة تغيير طريقة التقييم الخاصة بالسادة القضاة والقائمة في جزء كبير منها على المردودية والإنتاجية، إلى الاعتماد على منسوب الجودة في الأحكام القضائية عبر عنصر التعليل، وكذا طريقة تصريف الملفات القضائية عبر احترام حقوق الدفاع وكذا الزمن القضائي.

** محاولة تقوية جودة الأحكام والقرارات القضائية عن طريق تنسيق بين محكمة النقض ورؤساء محاكم الموضوع، والعناية بها من خلال خلق هيئة وطنية

وهيئات جهوية لرقابة الجودة، وتعميم الاجتهادات القضائية بين المحاكم والسهر على تقليص مدد التقاضي.

**ضرورة التدخل التشريعي لسد مجموعة من النواقص التي أصبحت تعتري المنظومة القانونية الوطنية خاصة بعد صدور دستور 2011 وذلك عبر ملائمة القوانين الدنيا مع هذه المقتضيات الدستورية خاصة في باب المساواة والمناصفة، على سبيل المثال:

-إعادة النظر في المادة 49 من مدونة الأسرة بخصوص توزيع الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية ووضع الأسس لتقدير وتقييم عمل ربات البيوت كعنصر مساهم في تنمية ثروة الأسرة.

-إيجاد صيغة متوافق بشأنها وتحترم الخصوصية الوطنية في إلزام الأب البيولوجي بتحمل مسؤولية سلوكه الجنسي من خلال تحمل واجبات نفقة ابنه المولود نتيجة علاقة غير شرعية سواء كانت فسادا أو اغتصابا، إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني.

**إعادة النظر في مقتضيات الفصل 50 من ق.م.م الذي خصص بندا واحدا فقط للتعليل وإن بشكل محتشم، نحو التوسع في إبراز عنصر التعليل باعتباره أهم عناصر الحكم أو القرار القضائي، ونقترح تخصيص نص قانوني لعنصر التعليل وحده يُبرز إلزاميته ووظيفته وتراتبيته ضمن عناصر الحكم القضائي ثم الجزاء المترتب عن تخلفه.

**ضرورة تنظيم دورات تكوينية وورشات علمية حول طريقة صياغة الأحكام القضائية، مع إيلاء الأهمية لعنصر التعليل لما له من دور في ترسيخ الأمن القضائي.

**وضع ضوابط معينة لا يجوز الاجتهاد خارجها في تعليل الأحكام والقرارات القضائية وفق ما تقتضيه بنود الاتفاقيات والعهود الدولية، مع العمل على التحيين الدوري لكل الاتفاقيات التي دخلت حيز التنفيذ أو تلك التي تم إدماجها في القوانين الوطنية حتى يكون القاضي على بينة من أمرها.

** ضرورة العمل على نشر أو توزيع قرارات محكمة النقض على القضاة لأجل توحيد الاجتهاد القضائي وتفادي التضارب الذي يطبع الأحكام والقرارات القضائية.

** ضرورة سد الفراغ التشريعي في باب التكييف القانوني والواقعي في نطاق القانون المدني لتجاوز الإشكالات التي يشكلها غياب هذا المقتضى.

** كما يتعين على الدولة إيجاد الحلول الكفيلة بتصريف تضخم القضايا وتوفير الموارد البشرية والمادية للتغلب على أعداد القضايا الكثيرة جدا واحترام الأجل المعقول للبت في القضايا كما يفرض ذلك دستور المملكة.

وفي ختام هذه الأطروحة لابد من الإقرار بالنقصان الذي يطبع عمل كل بشر مهما بلغ من درجات العلم والمعرفة، لذلك حسبي القول بأن الأفكار التي أثارتها هذه الأطروحة هي مجرد رؤية متواضعة لا تعني أنها إجابة قاطعة عن كل الأسئلة، فالغاية كانت منذ البداية أن أثير الانتباه إلى هذا الموضوع الذي لم ينل حظه من البحث والدراسة، والذي مهما استجمعتُ فيه من معطيات وأفكار وقرارات، فإنه يصعب جمع شتاته واستيعابه من جميع جوانبه، وإنما يبقى الجهد المتواضع المبذول فيه مجرد توطئة لما قد يأتي بعده، ومحاولة مني إقحام نفسي وكل طالب باحث بعدي في مجال قد يبدو لأول وهلة متضاربا حينا ومتقاطعا أحيانا أخرى، ولذلك فإن هذا العمل مهما ارتقى في قيمته العلمية فإنه لا شك مليء بالنقائص التي تحتاج إلى تصويب وتصحيح وتعديل.

انتهى بحمد الله

قائمة المصادر المراجع:

المصادر والمراجع الخاصة:

- **القرآن الكريم برواية الإمام ورش، دار المصحف، بيروت، لبنان**
- ابن منظور، لسان العرب، الجزء الأول، باب (سبب).
- إبراهيم أمين النفياوي، مبادئ الخصومة المدنية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
- إبراهيم علي بدوي الشيخ، نفاذ التزامات مصر الدولية في مجال حقوق الإنسان في النظام القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- إبراهيم محمد الشرفي، المفيد في شرح قانون المرافعات الجديد، الطبعة 3، 2009، منشورات الصادق، صنعاء، اليمن.
- أبو الخير أحمد عطية، نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة، القاهرة، 2003.
- أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة 12، دون ذكر مكان النشر، الإسكندرية، 1977.
- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الثالثة، 1980.
- أحمد الخمليشي: "إثبات البنوة خارج مؤسسة الزواج"، مداخلة ضمن أشغال ندوة نظمتها جمعية السيدة الحرة بطنجة، بتاريخ 18/03/2017، غير منشورة.
- أحمد الخمليشي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، الجزء الأول: الزواج، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2012.
- أحمد الخمليشي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار نشر المعرفة، الطبعة 3.
- أحمد الكشبور: الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الخامسة، 2000.

- أحمد الكشبور، رقابة المجلس الاعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، دون ذكر الناشر، ولا سنة النشر.
- أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بلا سنة نشر.
- ادريس الضحاك، الأشغال التحضيرية لمدونة الأسرة، أشغال اللجنة المكلفة بتدوين الأعمال التحضيرية لمدونة الأسرة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2016.
- ادريس العبدولاوي، الوجيز في شرح المسطرة المدنية، مطبعة النجاح الجديدة، الجزء 1، 1998.
- أحمد فؤاد عبد المنعم، ابن خلدون ورسالة القضاء، الطبعة الأولى، دار الوطن، مصر، سنة 1417 هجرية.
- ادريس الفاخوري، قضايا الأسرة في ضوء العمل القضائي، مطبعة الأمنية بالرباط، طبعة 2013.
- آدم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، دار الثقافة للنشر والتوزي، الطبعة الأولى، عمان، 2001.
- أكرم كلاب، الوجيز في شرح الطعن بالنقض في الأحكام المدنية والتجارية، غزة، فلسطين، الطبعة الأولى، 2014، بدون دار النشر.
- الإمام أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري، أدب القاضي، دراسة وتحقيق حسين خلف الجبوري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 1409 هـ/ 1989 م، مكتبة الصحوة، المملكة العربية السعودية.
- أمينة لمريني وربيعة الناصري، في أفق إحداث الهيئة المكلفة بالمناصفة ومكافحة جميع أشكال التمييز "دراسة مقارنة حول التجارب الدولية في مجال مأسسة مكافحة التمييز، نونبر 2011.
- الأنصاري حسن، العيوب المبطلة للحكم وطرق التمسك بها، دون طبعة، 2009، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر .

- ج رانسون، فن القضاء، ترجمة محمد رشدي، طبعة 1912، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى الثاني الحلبي وأولاده بمصر العربية.
- جمعية عدالة من أجل الحق في محاكمة عادلة، الأمن القضائي وجودة الأحكام، نونبر 2013، مطبعة دار القلم، الرباط.
- حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، سنة 1973.
- حسن الفكهاني المحامي، التعليق على قانون المسطرة المدنية المغربي في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، 1995-1996، الدار العربية للموسوعات.
- حنان أحمد القحطان، عمل الزوجة وآثره على نفقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، غراس للنشر والتوزيع، الكويت، 2009.
- خليل عبد الرزاق سعيد، ضوابط تسبيب الأحكام القضائية في المسائل المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، المطبعة القضائية، اليمن صنعاء، الحصبة، الطبعة الأولى، 2014.
- رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1986.
- زهور الحر وآخرون، دراسة حول حقوق المرأة الإنسانية: علامات مضيئة في أحكام القضاء العربي "حالة المغرب.
- زهور الحر وحسن إبراهيمي، حماية حقوق المرأة من خلال الاجتهاد القضائي المغربي دراسة توثيقية تحليلية من الاستقلال إلى سنة 2013 مطبعة المعارف الجديدة 2014.
- سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في المرافعات، الجزء الرابع، منشأة المعارف بـالإسـكندرية، 1997.
- سعيد بنكراد، الدستور المغربي الجديد في سميائيات الخطاب السياسي، منشورات الزمن، العدد 56 السنة 2014، توزيع سبريس.

- سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقا لقانون المرافعات، دار أبو المجد، مصر، 2005.
- شعبان عبد الكريم، تسبيب الأعمال القضائية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم معهد البحوث والدراسات العليا، بغداد، 1984.
- لطيب براده، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، منشورات جمعية تنمية البحوث، الرباط، 1996.
- عادل حاميدي، التطليق للشقاق واشكالاته القضائية، دراسة فقهية وقضائية مسبوكة بآخر الاجتهادات القضائية على ضوء مدونة الأسرة، مطبعة الأمنية بالرباط، الطبعة الأولى 2008.
- عاصم شكيب صعب، ضوابط تعليل الحكم الصادر بالإدانة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، الطبعة الثانية، جامعة الموصل، كلية القانون 1997.
- عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، (دراسة مقارنة)؛ دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 2000.
- عبد الإله فونتير، العمل التشريعي بالمغرب، أصوله التاريخية ومرجعياته الدستورية -دراسة تأصيلية وتطبيقية -سلسلة دراسات وأبحاث جامعية 3، لسنة 2002.
- عبد الحميد الشواربي، أوجه الطعن بالنقض في تسبيب الاحكام المدنية والجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
- عبد الحميد الشواربي، تسبيب الأحكام المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء.

- عبد الخالق أحمدون: مدونة الأسرة على ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الجزء الأول-الزواج، مطبعة طوب بـريس بالربـاط، طبعة2013.
- عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، دراسة في ضوء مسودة مشروع 2018، مكتبة المعرفة، مراكش، مطبعة النجاح الجديدة، 2019.
- عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، طبعة أبريل، 2013، مطبوعات المعرفة مراكش.
- عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مطبوعات المعرفة، مـراكش 2008.
- عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مكتبة المعرفة، الطبعة الثامنة، يوليوز 2016.
- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تسبيب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، 1434 هجرية، دار ابن فرحون للنشر.
- عبد الله بن محمد بن سعد، تسبيب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، 1420 هـ، الرياض، السعودية.
- عبد الملك عبد الله، إصدار وصياغة الأحكام القضائية، إصدارات وزارة العدل، الجمهورية اليمنية، بلا سنة طبع.
- عبد الوهاب عرفة، تسبيب الأحكام المدنية، 2019، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
- عزمي عبد الفتاح عطية، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دراسة للالتزام القانوني بالتسبيب، 2016، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي.
- عزمي عبد الفتاح، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني، الطبعة الأولى، ذات السلاسل للطباعة والنشر، الكويـت، 1986.

- علي الحديدي، القضاء والتقاضي وفقا لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء2، الطبعة 1، 1998، دون دار النشر.
- علال الفاسي: التقريب، شرح مدونة الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، مطبعة الرسالة.
- علي عبد القادر القهوجي، المعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997.
- عمر أبو الطيب، الدعوى العمومية، دراسة تأصيلية وتحليلية ومقارنة لأحكام الدعوى العمومية، الطبعة الأولى، 1995، شركة بابل للنشر والتوزيع، الرباط.
- عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في مدونة الشغل، الجزء الثالث، الطبعة الاولى، 2014، مطبعة النجاح الجديدة.
- عمر نبيل اسماعيل، أصول المرافعات الشرعية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993.
- القاضي شوان محي الدين، الحيثية القضائية: دراسة تحليله تطبيقية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، 2012.
- كريم لحرش، الدستور الجديد للمملكة المغربية، مطبعة النجاح الجديدة 2016، الطبعة الثانية.
- ليلى بن سدرين الشريف الكتاني، حقوق المرأة بين الفقه والقانون في المغرب مدونة الأسرة والمواثيق الدولية، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2015.
- محمد أتركين: السلطة والشرعية في دار الإسلام – دراسة لأليات وقواعد القانون العام الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2006.
- محمد اتركين، الدستور والدستورانية -من دساتير فصل السلط إلى دساتير صك الحقوق-مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2007 .
- محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى 2009.

❖ محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى،2009.
❖ محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية.
❖ محمد الكشبور، طلب النقض بسبب خرق قواعد الموضوع وخرق قواعد الإجراءات؛ الطبعة الأولى، 2006، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
❖ محمد الكشبور، يونس الزهري، حسن فتوح: التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2006.
❖ محمد الهيني، أحمد مفيد، تقرير حول الحماية القضائية للحقوق والحريات الأساسية، جمعية عدالة من أجل الحق في محاكمة عادلة.
❖ محمد أمين الخرشة، تسبيب الأحكام الجزائية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
❖ محمد سعيد عبد الرحمان، الحكم القضائي، مفهومه، تقسيماته، إصداره، مضمونه، آثاره، دراسة مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 2001.
❖ محمد فهمي وحامد فهمي، المرافعات المدنية والتجارية، نشر مكتبة عبد الله وهبة، 1940.
❖ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون سنة الطبع.
❖ مذكور محمد سليمان، القضاء في الإسلام، الطبعة الرابعة، دار الفرقان، القاهرة، مصر، 1995.
❖ مراد دياني، حرية-مساواة-اندماج اجتماعي، نظرية العدالة في النموذج الليبرالي المستدام، نشر المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، قطر، الطبعة الأولى، 2014.
❖ المعهد العالي للقضاء، صناعة الحكم المدني: سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية والدراسات، العدد 10، ماي 2010.

- مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، الطبعة 1، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008.
- نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1989.
- نبيل إسماعيل عمر، تسبيب الاحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- نبيل اسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003.
- نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة 2008.
- نبيل حميد ألبياتي، تسبيب الأحكام الجزائية في القانون العراقي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1983.
- يوسف محمد المصادرة، تسبيب الأحكام وفقا لقانون المحاكمات المدنية، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2002.
- يوسف محمد المصاروة، تسبيب الاحكام وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- ليلى أحمد، المرأة والجونسة في الإسلام، الجذور التاريخية لقضية جدلية حديثة، ترجمة منى إبراهيم هالة كمال، إصدار المجلس الأعلى للثقافة، جمهورية مصر العربية 1999.
- ليلى بنسدرى الشريف الكتاني، حقوق المرأة بين الفقه والقانون في المغرب - مدونة الأسرة والمواثيق الدولية – دراسة جامعة لنصوص القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة والنصوص القانونية، الطبعة الأولى ،2015 مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب.
- ملاك ابراهيم الجهني، قضايا المرأة في الخطاب النسوي المعاصر، الحجاب أنموذجا، مركز نماء للبحوث والدراسات، الطبعة الأولى، بيروت 2010.

❖ محمد المنصوري، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، الناشر مركز صناعة الفكر للدراسات والأبحاث، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة 2015.

المراجع العامة

❖ إبراهيم مشورب، القانون الدولي العام، دار المنهل اللبناني للطبعة والنشر، الطبعة الأولى،2013.

❖ إبراهيم القادري بوتشيش، خطاب العدالة في كتاب الآداب السلطانية، الناشر المركز العربي للأبحاث ودراسات السياسات، قطر، الطبعة الأولى 2014.

❖ ابن عبد الرفيع التونسي الطرابلسي، معين الحكام على القضايا والأحكام، الجزء الأول، دار الغرب الإسلامي، لبنان، بيروت، 1989، تحقيق محمد بن قاسم بن عياد.

❖ ابن خلدون، مزيل الملام عن حكام الأنام، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الوطن، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1417 هـ.

❖ ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تأليف الإمام العلامة برهان الدين أبي الوفاء ابراهيم، الجزء الأول، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض.

❖ ابن منظور: "لسان العرب" الجزء الرابع عشر، الطبعة الثالثة، دار صادر، لبنان، 1944.

❖ أحمد عبد الونيس شتا، الأصول العامة للعلاقات الدولية في الإسلام وقت السلم، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، جمهورية مصر العربية، لسنة 1966.

❖ أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الأوسط، دار الحرمين، القاهرة، السنة 1415 هـ، 63/8.

❖ أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، كتاب آداب القاضي، الجزء 7.

- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مراجعة محمد إبراهيم الحنفاوي ومحمود حامد عثمان، دار الحديث، القاهرة، 2002، الجزء 6.
- أبي بكر عبد الرحمان، تحفة المحقق في شرح نظام المنطق، الطبعة الأولى، مطبعة المنار بشارع مصر القديمة، سنة 1330 هـ.
- ابن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة جديدة منقحة.
- ابن منظور، لسان العرب، الجزء السادس، الطبعة الثانية، 1998 دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.
- أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري في شرح الإمام البخاري، الجزء الرابع، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- أحمد عطية الله، القاموس الإسلامي، المجلد الثاني، مكتبة النهضة المصرية، سنة 1966.
- أحمد عبدة خير الدين، علم المنطق، بدون دار نشر أو سنة طبع.
- ادريس هاني، الإسلام والحداثة، إخراجات العصر وضرورات تجديد الخطاب، مكتبة مومن قريش، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2005.
- ارثر اسا بيرغر، وسائل الإعلام والمجتمع، وجهة نظر نقدية، ترجمة صالح خليل أبو أصبع، سلسلة عالم المعرفة، العدد 386، مارس 2012.
- ادريس بلماحي، مكانة الاتفاقيات الدولية من زاوية القانون الدولي، ندوة الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية، مطبعة فضالة، المحمدية، دجنبر 2002.
- ان ماري سلوتر، نظام عالمي جديد، ترجمة أحمد محمود المركز القومي للترجمة العدد 1912 الطبعة الأولى 2011 القاهرة، مصر.

- توني أووريه، أراء في القانون، ترجمة مصطفى رياض، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، 1071 كورنيش النيل، جاردن سيتي، القاهرة، الطبعة العربية الأولى، 1998.
- توفيق طويل: أسس الفلسفة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، سنة 1965.
- جلال الدين عبد الله، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، الجزء الثالث، الطبعة الأولى 1415 هـ، دار الغرب الإسلامي.
- جون ديوى، المنطق؛ نظرية البحث، ترجمة زكي نجيب محمود، دار المعارف، طبعة 1960.
- جميلة المصلي، الحركة النسائية في المغرب المعاصر.
- حميد عبد الونيس شتا، الأصول العامة للعلاقات الدولية في الإسلام وقت السلم، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، مصر 1996.
- رحمة بورقية: الجوانب الاجتماعية في قانون الأسرة، مقال في مؤلف جماعي: مدونة الأسرة أبعاد ومستجدات، منشورات جامعة مولاي اسماعيل، مكناس، منبر الجامعة، العدد الخامس.
- سامية بوروبة، الاجتهادات القضائية العربية في تطبيق الاتفاقيات الدولية للحقوق الإنسان للمرأة، إصدار معهد راؤول والينبرغ لحقوق الإنسان والقانون الإنساني، السويد 2016.
- شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المشهور ب ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء الرابع، الصفحة 162.
- الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، الدار التونسية للنشر، 1977.
- صحيح البخاري ، الجزء الثامن، مطبعة عالم الكتب بيروت.
- صحيحه مسلم، كتاب النكاح، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، الجزء الثالث، مطبعة محمد علي صبيح بمصر، طبعة، 1334 .

- عبد الحميد فوده وأحمد محمد البغدادي، موجز تاريخ القانون المصري، دون ذكر دار النشر وسنة النشر، الباب الثاني.
- عبد الرحمان الشرقاوي في كتابه مصادر الالتزام الجزء الأول: التصرف القانوني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط 5، 2018.
- عبد الرحمن بدوي، منطق أرسطو، الجزء الأول، الطبعة الأولى، وكالة المطبوعات، الكويت، دار القلم، بيروت، لبنان، 1980.
- عبد العزيز توفيق، شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، الجزء الأول.
- عبد العزيز فتحاوي، صناعة الحكم المدني، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية والدراسات، العدد 10، ماي 2010، المعهد العالي للقضاء.
- العبودي عباس، تاريخ القانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1998.
- عصام علي الدبس، القانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، الطبعة الأولى لسنة 2011.
- عصمت عبد الحميد بكر، شرح قانون الاثبات الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد،1997.
- علي إبراهيم، النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي: صراع أن تكامل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- علي إبراهيم، النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي، صراع أم تكامل.
- علي عبيد الحديدي، التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2015.
- عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة 2، دون ذكر الناشر ولا سنة النشر.

- فاطمة الزهراء بابا أحمد، هيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز بين السياق المغربي والتجارب الدولية، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، عدد مزدوج 2014/28/27.
- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، الطبعة الثالثة، 1981.
- كارول مورلاند: النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية، ترجمة محمد لبيب شنب: د ن ع، سنة ،1957.
- كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، الجزء الخامس، دار الطيع: دار صادر، بيروت لبنان.
- الكيك محمد علي، أصول تصبيب الأحكام الجنائية، الطبعة الأولى، دون ذكر لدار النشر، 1988.
- لحبيب بيهي: "الرقابة القضائية على سلامة تقدير الأدلة الجنائية"، م أ، العدد 10، سنة 1994.
- محمد السلواني، خصوصيات المسطرة في المادة الأسرية، دعاوى انحلال ميثاق الزوجية نموذجا، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، مراكش، الطبعة الأولى 2011.
- محمد الشرقاني: حدود ملاءمة مدونة الأسرة مع الاتفاقيات الدولية لحقوق الطفل، مقال في مؤلف جماعي: "مدونة الأسرة أبعاد ومستجدات" منشورات جامعة مولاي اسماعيل، مكناس، منبر الجامعة، العدد الخامس.
- محمد الكشبور، القسمة القضائية في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1996.
- محمد الكشبور، الكراء المدني والكراء التجاري، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، سنة 2001.
- محمد المنجي، كيفية رفع الطعن بالنقض، الطبعة الأولى، 2001، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

❖ محمد اليعكوبي، في مقاله "تطور المرجعية الإسلامية في الاجتهاد القضائي الإداري المغربي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 117-118، يوليو-أكتوبر 2014.
❖ محمد أنيس عبادة: القضاء في الكتاب والسنة، دار الطباعة المحمدية، سنة 1978.
❖ محمد باقر الصدر، الأسس المنطقية للاستقراء، دار المعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 2008.
❖ محمد بورمضان، الصياغة الفنية لأحكام وقرارات المحاكم المالية: محاولة تأصيلية، دفاتر المجلس الأعلى، الإصدار الرقمي، فبراير 2009، تحرير القرارات القضائية، مركز النشر والتوثيق القضائي.
❖ محمد جمال الدين محمد حجازي، رقابة محكمة النقض على موضوع الدعوى الجنائية، الدار المصرية للطباعة والنشر، الطبعة 1، سنة 2001.
❖ محمد حامد فهمي، تسبيب الأحكام في المادة المدنية، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة، العدد الخامس، يونيو 1935 هـ.
❖ محمد حلمي أبو العلا، البطء في التقاضي: الأسباب والحلول، دار الجامعة الجديدة، مصر، الإسكندرية، 2015.
❖ محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، الجزء الثاني، القاعدة الدولية، الطبعة الخامسة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1987.
❖ محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، الجزء الأول، المجلد الأول، طبعة يناير، 2007.
❖ محمد سليمان محمد، القاضي وبطء العدالة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 2011.
❖ محمد شكراد، مقاربة قانونية وقضائية لمبدأ المناصفة: "دراسة مقارنة ما بين التجربتين الإسبانية والمغربية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 128، ماي-يونيو 2016.

- محمد مجدوب، القانون الدولي العام، الطبعة 5، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، 1982.
- محمود سعيد عبد المجيد، ضوابط وأحكام ممارسة مهنة المحاماة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988.
- مختصر الطحاوي، لأبي جعفر الطحاوي الحنفي، دار إحياء العلوم، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 1406 هجرية.
- مراد وهبة، المعجم الفلسفي، الطبعة الثالثة، 1989، دار الثقافة الجديدة، القاهرة، مصر.
- المغني، لابن قدامة المقدسي 373/11، تحقيق التركي والحلو، طبعة دار هجر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1410 هجرية، تبصرة الحكام لابن فرحون، تحقيق: جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، طبعة خاصة سنة 1423 هجرية.
- مليكة بن زاهر وعمر النحال و إدريس نجيم، حقوق الإنسان في مجال الشغل وتطبيقاتها في القضاء الوطني إشراف المعهد العالي للقضاء بالمغرب، ومعهد رواؤل والينبرغ بالسويد **2017**.
- ميارة الفاسي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، الجزء الأول، دار الفكر، (م.ط.غ.م.
- نبيل عبد الرحمان ناصر الدين، "تطبيق القضاء الداخلي لأحكام القانون الدولي، دراسة تطبيقية لجمهورية اليمن وجمهورية مصر العربية"، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين-ألمانيا، الطبعة الأولى، 2020 .

- نبيل عبد الرحمان ناصر الدين، "تطبيق القضاء الداخلي لأحكام القانون الدولي، دراسة تطبيقية لجمهورية اليمن وجمهورية مصر العربية.
- يزيلي سالمون: المنطق، ترجمة جلال موسى، ط 2، دار الكتاب اللبناني، سنة، 1956.
- يوسف البحري، حقوق الإنسان والحريات العامة -جدلية الكونية والخصوصية - المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2015.
- ياسر باسم ذنون السبعاوي واجياد ثامر نايف الدليمي، بحوث ودراسات في القانون الخاص، الجزء 2، الطبعة الأولى، الجيل العربي، الموصل، العراق، 2009.
- نجلاء توفيق فليح، تسبيب الأحكام المدنية: دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، العدد 14 سنة 2002.

الأطروحات والرسائل

- يوسف بن محمد بن إبراهيم المهوس، تسبيب الحكم القضائي بين الفقه الإسلامي والنظام القضائي السعودي، بحث مقدم لنيل درجة الماجيستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، 1425 هـ/ 2004 م، الصفحة 53.
- ابراهيم البعلي، الشرط الجزائي بين النص القانوني والعمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بتطوان، جامعة عبد المالك السعدي، الموسم الجامعي 2018/2017.
- امبارك بوطلحة، حق المرأة في المساواة بين مدونة الأسرة والتزامات المغرب الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد

الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، 2018-2019.

- أنس سعدون، وضعية المرأة المغربية على ضوء منهاج عمل بيجين أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، 2014-2015.
- أيمن أحمد محمد نعيرات، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الماستر في الفقه والتشريع جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، سنة 2009.
- ربيعة بنغازي، أحكام التطليق للضرر من خلال الاجتهاد القضائي المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط أكدال، 2001/200.
- زينب حسين عبد القادر، تكييف التصرف القانوني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1999.
- الصافي الناصري، إشكالية الرأي العام بالمغرب – موقف الجمهور من اصلاح مدونة الأحوال الشخصية نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في الصحافة، المعهد العالي للصحافة بالرباط، السنة الجامعية، 1994-1995.
- عبد الله قرموش، الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، أطروحة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، ،2008-2009.
- عبد الحي وردي، تعليل الأحكام الجنائية ومتطلبات الأمن القضائي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-فاس-2019-2020.
- عبد الرحمن زيدان الحواجري، "المعاملة بالمثل في العلاقات الدولية في الفقه الإسلامي"، رسالة ماجيستير لسنة 2002 بجامعة غزة منشورة ب

.https://library.iugaza.edu.ps/thesis/7379.pdf :

- عبد العزيز بطراني: أحكام الطفل في الفقه الاسلامي –دراسة مقارنة، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة، جامعة محمد الخامس كلية الآداب والعلوم الانسانية بالرباط، شعبة الدراسات الاسلامية، السنة الجامعية 1997-1998.
- عبد القادر قرموش، دراسة تحليلية نقدية لظهير الأطفال المهملون، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، تحت إشراف عبد الحميد أخريف، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، 2002-2003.
- عبد العزيز لعروسي، ملائمة التشريع المغربي مع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، أطروحة قانون بجامعة محمد الخامس الرباط، لسنة 2007-2008 .
- لطفي طرنوشة، مبدأ التمييز الإيجابي، مذكرة بحث الماجيستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سوسة، تونس، سنة 2013.
- لمريني جميلة، مقاربة النوع والظاهرة الإجرامية، أية علاقة ؟، بحث لنيل دبلوم الماستر في العدالة الجنائية والعلوم الجنائية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر مهراز فاس (2010-2011.
- محمد الخياري، "الحقوق السياسية للمرأة في بلدان المغرب العربي"، رسالة لنيل شهادة الماجيستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2009-2010.
- محمد مجدي مرجان، آثار المعاهدات بالنسبة للدول غير الأطراف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1981.
- مريم خلاد، الاجتهاد القضائي في المادة الجنائية، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2008-2009.
- هشام الغيلاني الحسني: مبدأ سلطان الارادة وأثره في تنظيم العلاقة الزوجية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك

السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2006-2005.

- وفاء اكريكر، عمل الزوجة وإشكالية الإنفاق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، السنة الجامعية: 2007-2006.
- يوسف بن محمد بن إبراهيم، تسبيب الحكم القضائي بين الفقه الإسلامي والنظام القضائي السعودي، رسالة لنيل شهادة الماجيستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، سنة 2004.

المقالات

- محمد المكليف، مستجدات المعاهدات الدولية في دستور 2011 وإشكالية التطبيق، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، العدد الخاص 5 لسنة 2012 .
- محمد ناصر متيوي مشكوري، موقع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في النظام الوطني المغربي، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 55-54 سنة 2004.
- يوسف اليحياوي، دور المجلس الدستوري في مراقبة القوانين التنظيمية المتعلقة بانتخابات مجلس النواب – دراسة في الاجتهادات القضائية الدستورية – مقال منشور بالمجلة المغربية للمنازعات القانونية، عدد مزدوج 11/10، 2010.
- يوسف الفاسي الفهري، تطبيق الاتفاقية الدولية بشأن القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في الأنظمة الداخلية، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس العدد 16 لسنة 1999.
- يونس الشامخي، تطور المرجعية الكونية في الاجتهاد القضائي الإداري المغربي، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد مزدوج 130-129 لسنة 2016، مطبعة المعارف الجديدة.

- موسى عبود: الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي، بحث منشور بمجلة المحاماة، العدد 03 .
- مولاي هشام الإدريسي، إشكالية سمو القانون الدولي في هرمية نظام القانون المغربي، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 136 .
- هشام العبودي، لغة التقاضي في القضاء المغربي، مقال نشر بتاريخ 2016/04/08 منشور ب https://mahkamaty.com.
- مصطفى قلوش: الإطار القانوني والفقهي للقوانين التنظيمية، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 47، نونبر – دجنبر 2002.
- عبد الهادي بوطالب، قانون 1965 حول مغربة وتوحيد وتعريب القضاء (تقييم قانون 26 يناير 1965 حول توحيد القضاء ومغربته وتعريبه) مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 10 (عدد خاص.
- هيكتور جروس اشييل، عالمية حقوق الإنسان والتنوع الثقافي، مقال منشور بترجمة سعاد الطويل، بالمجلة العربية لحقوق الإنسان، إصدار المعهد العربي لحقوق الإنسان، المنزه -تونس، العدد 7 لسنة 2000.
- عزمي عبد الفتاح، مستحدثات قانون المرافعات الكويتي الجديد والقوانين المكملة له، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة الكويت، العدد الأول، السنة الثامنة، 1984.
- عبد الرحمان اللمتوني: إثبات النسب بشبهة خلال مرحلة الخطوبة-قراءة في المادة 156من مدونة الأسرة، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 152.
- عادلة الوردي، مكانة الاتفاقيات الدولية في الدستور المغربي، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، العدد الخاص 5 لسنة 2012.
- شام الوازيكي، القضاء الإداري وحقوق الإنسان: أية علاقة، مقال منشور بمجلة التواصل، مطبعة النجاح الجديدة عدد 2012/1

- أحمد زوكاغي، نسب الابن الطبيعي إلى الأب البيولوجي، تعليق على الحكم الصادر عن ابتدائية طنجة، غرفة الأحوال الشخصية، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 157، مارس-أبريل 2021.
- ادريس الفاخوري: حق المرأة في انهاء الرابطة الزوجية في التشريعات العربية بين واقع النص واكراهات الواقع، مقال منشور في مؤلف جماعي: قضايا الأسرة اشكالات راهنة ومقاربات متعددة، الجزء الثاني، منشورات مجلة القضاء المدني، طبعة ،2015.
- إدريس بلماحي، مكانة الاتفاقيات الدولية من زاوية القانون الدولي، مقال منشور بأشغال ندوة من تنظيم مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان التابع لوزارة حقوق الإنسان، في موضوع: الاتفاقات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية، مطبعة فضالة، الطبعة الأولى 2002 .
- بشرى سيدي هيدة: النساء المغربيات بين النظام البطريركي والعولمة الليبيرالية، مقال منشور بمجلة بدائل، (مطابع الأرز- الدكوانة/ لبنان) عدد 9، صيف 2008
- بيتينا بيهلر، "بين الأطفال والوظيفة: الأمهات العاملات"، مقال منشور بمجلة **Deutschland** الألمانية، عدد 3-6 سنة 1995.
- جويدة قيقة: مجلة الأحوال الشخصية وواجب التعاون بين الزوجين، مقال منشور بمجلة الكريديف، العدد 34 ـ عدد خاص بمناسبة الذكرى الخمسين لصدور مجلة الأحوال الشخصية، سنة، 2006 .
- الحسين العلمي : مسطرة الشقاق في ظل مدونة الأسرة، مقال منشور بمجلة المعيار العدد 32دجنبر ،2004.
- حمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول، السنة 17.
- خديجة الركاني: مدونة الأسرة والمنظومة الكونية لحقوق الإنسان، مقال منشور في مؤلف جماعي: "ثورة هادئة من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة"، منشورات الزمن، الطبعة الأولى، 2004.

❖ دنيا مباركة، مقال حول مدى ملاءمة تشريع الشغل المغربي للاتفاقيات الدولية، المرأة والطفل نموذجا، منشور بتاريخ 2017/10/02 بموقع المجلة القانونية.
❖ الرافعي عبد القادر، قراءة في كتاب القانون العقاري، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 83، في 2000، تصدر عن هيئة المحامين بالدار البيضاء.
❖ مالكا: "موجز القوانين الإسرائيلية المغربية"، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، ع 45 و 46 و 47.

التشريعات

❖ الظهير الشريف رقم 1.79.186 الصادر في 17ذي الحجة 1399موافق 8-11-1979عدد 1-78-4 بتاريخ 27مارس ،1979 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 3525 بتاريخ 21 ماي 1980 المتعلق بنشر الميثاق الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، المبرمين بنيويورك بتاريخ 3 رمضان 1336موافق 16-12-1966.
❖ الظهير الشريف رقم 1.76.644 بتاريخ 5 شوال 1379 موافق -19-1977 19 بنشر الاتفاقية الدولية حول الحقوق السياسية للمرأة، المعروضة للتوقيع بنيويورك في 1953-3-31 والتي نشرت بالجريدة الرسمية عدد 3407 بتاريخ 15 فبراير 1978.
❖ الظهير الشريف رقم 51 -11-1 في 2 فاتح رمضان 1432 موافق 2 غشت 2011 بنشر الإعلان عن رفع تحفظات المملكة المغربية المضمنة في وثائق الانضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، نشر بالجريدة الرسمية عدد 5974 في تاريخ فاتح شتنبر2011 الصفحة 4346.
❖ الظهير الشريف رقم 348.73.1 بتاريخ 8 رجب 1393 موافق 8-8-1973 بنشر الاتفاقية المتعلقة بالحق في إبرام المعاهدات، والموقع عليها بفيينا يوم 23-

1969-05 ونشرت بالريدة الرسمية عدد 3239 بتاريخ 12 ذو القعدة 1394 موافق 27-11-1974 الصفحة 3447.

- الظهير الشريف رقم 1.15.112 صادر في 18 شوال 1436 موافق 4/8/2015 بتنفيذ القانون رقم 12.125 القاضي بالموافقة على البرتوكول الاختياري لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بالجريدة الرسمية عدد 6387 بتاريخ 4/8/2015 الصفحتين 7075.7076.
- الظهير الشريف رقم 343.57.1 الصادر بتاريخ 22 نونبر 1957 بتنفيذ الكتاب الأول والثاني المكونين لمدونة الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2354 بتاريخ 06 دجنبر 1957.
- الظهير الشريف رقم 167.61.1 بإعلان قانون أساسي للمملكة المغربية، نشر بالجريدة الرسمية عدد 2537 الصادرة في 24ذي الحجة 1380 موافق 1961-6-9 الصفحتين 1466-1467.
- الظهير الشريف رقم 157.96.1 في 23جمادى الأولى 1417 الموافق 1996-10-7 المتعلق بدستور 1996 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4420 في 1996-10-10 الصفحة 2281.
- الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 من شعبان 1432 موافق 2011-7-29 المتعلق بالدستور الحالي، نشر بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر في 28 شعبان 432 موافق 30-7-2011 الصفحة 3600 وما يليها.
- الظهير الشريف رقم 1.16.40 صادر في 14 من جمادى الآخرة (24 1437مارس 2016) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 100.13 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6456 بتاريخ 6 رجب 1437 موافق 14 أبريل 2016 الصفحة 3143.
- الظهير الشريف رقم 167.61.1 بإعلان قانون أساسي للمملكة المغربية، ونشر بالجريدة الرسمية عدد 2537 الصادرة في 24 ذي الحجة 1380 موافق 1961-6-9 الصفحة 1466-1467 والذي يعد بمثابة أول دستور للملكة المغربية.

- ❖ الظهير الشريف رقم 1. 04. 22 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 01 فبراير 2004 .
- ❖ظهير رقم 239-02-1 بتنفيذ القانون رقم 99-37 المتعلق بالحالة المدنية، منشور بالجريدة الرسمية رقم 5054 ، صادرة بتاريخ 2002/11/07.
- ❖ظهير شريف رقم 1.17.47 صادر في 30 من ذي الحجة 1438 (21 سبتمبر 2017) بتنفيذ القانون رقم 79.14 المتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6612 وتاريخ 21 محرم 1439 (12 أكتوبر 2017)، الصفحة 5823.
- ❖ الظهير الشريف رقم 22.12.1 صادر بتاريخ 13 رمضان 1433 (2 أغسطس 2012) بتنفيذ القانون رقم 12.14 المتمم بمقتضاه الفصلان 50 و375 من قانون المسطرة المدنية، نشر بالجريدة الرسمية عدد 6078 الصادرة بتاريخ 11 شوال 1433 (30 أغسطس 2012).
- ❖ قانون المسطرة المدنية المغربية
- ❖ قانون الالتزامات والعقود المغربي
- ❖ القانون الجنائي المغربي
- ❖ قانون المرافعات المدنية العراقية.
- ❖ قانون المرافعات المدنية الليبية.
- ❖ قانون المرافعات المدنية والتجارية القطرية.
- ❖ قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية
- ❖ قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد لسنة 1975.
- ❖ القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي
- ❖ القانون التنظيمي المتعلق بالهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها
- ❖ القانون التنظيمي المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية
- ❖ القانون التنظيمي المتعلق بمجلس المستشارين.

- القانون المتعلق بالأحزاب السياسية وقانون الجهات والعمالات والأقاليم.
- القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب
- قانون الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري
- القانون رقم 105.12 المتعلق بالمجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي
- القانون رقم 99.65 المتعلق بمدونة الشغل بموجب الظهير الشريف رقم 1.03.194 صادر في 14 من رجب 1424 (11سبتمبر 2003) بتنفيذه.
- اتفاقية المساواة في الأجور
- اتفاقية التنظيم القضائي الموحد بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بنواكشوط بتاريخ 1992/11/11
- قرار وزير العدل رقم 65-414 بتاريخ 1965/6/29 الخاص باستعمال اللغة العربية أمام المحاكم.
- منشور وزير العدل عدد 1966/278 بتاريخ 1966/02/10.
- الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال والمهاجرين وأفراد أسرهم المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1990. منشورة بالجريدة الرسمية عدد 6015 بتاريخ 29 صفر 1433 (2012/1/23) .
- اتفاقية الرضا بالزواج.
- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة
- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات رقم 2166 المؤرخ في 5 ديسمبر 1966.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان
- إعلان مؤتمر بيجين، 1995.

المراجع باللغات الأجنبية

- Aicha blarbi : situation de la petite fille au Maroc, ED (a.m.s) / UNICEF), édition najah Eljadida, casa, 1991.
- Marie claire foblets et Mohammed Loukili, mariage et divorce dans le nouveau code marocaine de la famille, quelles implications pour les marocains en Europe ? Revue critique DIP n°3 juillet septembre 2006.
- Rajaà Naji El mekkaoui: La modawanah, le Référentiel et le Conventionnel en Harmonie-le mariage et la Filiation, Editions & Impressions Bouregreg, Rabat, 3em édition 2009.
- Abdulaziz Balkandali, cour européenne des droits de L'homme.28/5/1985، A. 94.
- Anne Meanisse, La libre circulation des décisions de justice, Thése. Publication de la faculté de droit de limages, Pulim, 2000.
- Antoine Bolze, Motivation des jugements et impartialiité du juge, Dalloz, actualité 28 janvier 2019, Civ, 1ere, 19/12/2018, FS-P+B, N 17-22-056.
- Bertrand chevallier : La motivation des actes juridictionnels 1974.
- CARREAU (D), Droit international, 6eme ed, paris, Editions A, pedone, 1999.
- CARREAU (D), DROIT INTERNATIONAL , PARIS PEDONE, 1988.
- Chaïm Perelman : Méthodes du droit logique juridique, Dalloz 1979.
- Cristophe liévremont, le débat en droit processuel (thése.Leyon.2000), Presse universitaire d'Aix, Marsielle, 2001.

- ECOSOC Agreed conclusions 1997/2, UN document, A/53/3, chapter 4.
- F.Geny, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Esai critique, 2 Editeur librairie générale de droit et de jurisprudence, 1919.
- Francoise Dekeuwer-Defosser, L'égalité des sexes. Dalloz, Paris, 1998.
- Geneviéve guidicelli de lage, la motivation des décisions de justices, thése poitiers 1979.
- Georges Kalinowski : L'interprétions du droit, ses règles juridiques et logiques, archives de philosophie du droit tome 30, sirey 1985.
- Guillrement camille-julia, la motivation des décisions du justice, la vertu, pédagogique de la justice l'armatton, paris, 2006.
- Hamid Rbii : Le juge marocain face aux conventions internationales
- HERBERT (T) ; BRIGGS, The law of nations, second edition-1952, appleton century- crofts Ine, new york.
- HERBERT (T) ; BRIGGS, The law of nations, second edition-1952, appleton century- crofts Ine, new york.
- J. FLOU ET J.AUBERT, les obligations, Volume 1, l'acte juridique 1975.
- J.Spreutels: La motivation des sentences pénales En Angle – terre- T. C.N.R.L Bruxelles 1978 p.197.
- jean CHARPENTIER, affaire de Barcelone Traction, AFDI, 1970
- Jean Morgane, Droit de l'homme et libertés publiques. 2eme éditions, PUF, Paris, 1989..

- Jean Roche, Libertés publiques, 5e Edition, Dalloz, Paris, 1978.
- Louis Favoreu. Loïc Philip : Les grandes décisions de C.C. Dalloz Paris 8éme Edition 1995.
- Malika benradi: démocratie, l'espace familiale comme lieu de construction démocratique" In Colloque" La Modawana les actes ;Université Mohammed V- Souissi; Novembre 2003.
- Marie Pierre Boudine, l'établissement de la filiation naturelle notaire d'un enfant à l'égard d'une -personne hors de reconnaître. Revue de recherche juridique N°4.2001.
- Merle et Vitu : Traité de droit criminelle, 6ème édition, 1988, T 1 ? BO 362.
- Michil Miaille : une introduction critique au droit, paris 1982.
- Nouveau code de procédure civil le Dalloz – Edition – 2002 .
- P. Mimin, Le style des jugements, 4e éd., Librairies Techniques, 1970.
- Perelman Chaim : Essai de synthèse in la motivation des décisions de justice-Travaux du centre national de recherché ;des logique - études publiées par Perlman et P.forier S - Bruxelles bruylant 1987.
- Rajaa NAJI EL MEKKAOUI, La moudawanah, le référentiel et le conventionnel en harmonie, tome 1: Le mariage et la filiation 4 édition 2010, éditions impressions Bouregreg.
- RETEUR (PAUL), BLONDEEU (A), QUESTIAUX(N) , DUBOUIS(L), RUZIE(D) L'application du droit international par le juge francois, librairie armand colin, paris, 1995 .

المجلات والدوريات

- مجلة القبس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد الثاني، يناير 2012
- نشرة قرارات المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، الجزء 10.
- نشرة قرارات المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، الجزء العاشر.
- النوع الاجتماعي والحق في الضمان الاجتماعي، مذكرة في دجنبر 2016 للجمعية الديمقراطية لنساء المغرب.
- المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول.
- مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني (من **1983**إلى 1995).
- مجموعة قرارات المجلس الأعلى، في المادة الجنائية، الجزء الأول.
- مجلة القضاء والقانون عدد 149 .
- مجلة القضاء والقانون، العدد 26، السنة الثالثة، فبراير 1960.
- مجلة القضاء والقانون، عدد 17 السنة الثانية، مارس 1959.
- مجلة المجلس الأعلى الصفحة 75.
- مجلة المحاكم المغربية، عدد 98 .
- مجلة المحاماة عدد 19 السنة الرابعة.
- مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية.
- مجلة المعيار "دون بيان سنة النشر، العدد 29.
- المجلة المغربية للإدارة والتنمية المحلية، عدد مزدوج "126-127"، يناير-أبريل 2016.
- مجلة الملف العدد 20، فبراير 2013.
- مجلة المناظرة عدد 11 .
- مجلة أملاك الدولة، السنة 2013، العدد الثاني.

- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 52.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61 .
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 68.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 69، 2008.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 73 .
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد15.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار من سنة 1957 إلى 2002.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى: العدد المزدوج 53-54 السنة 21.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 73، السنة 2011.
- مجلة قضاء محكمة الاستئناف بالرباط عدد 2.
- مجلة قضاء محكمة النقض عدد 74، 2012 .
- مجلة قضاء محكمة النقض عدد 79 سنة 2015.
- مجلة قضاء محكمة النقض عدد 79، 2011
- مجلة قضاء محكمة النقض في المادة الجنائية
- مجلة قضاء محكمة النقض، العدد 79، 2015
- مجلة قضاء محكمة النقض، عدد 80، قرارات الغرفة التجارية.
- مجلة مجموعة قرارات المجلس الأعلى أ ح ش عدد 65-89.
- مجلة محكمة النقض، العدد 112، 2012.
- المجمع الوسيط لمجمع اللغة العربية، الطبعة الثانية، 1976، الجزء الأول.
- مجموعة القواعد القانونية، الجزء 4
- مجموعة القواعد القانونية، السنة 20.
- مجموعة المكتب الفني، السنة 1923.
- مجلة القضاء والقانون، عدد 34.

❖ **revue ajda-n, 201527 3aout 2015, ensegnent et recherche.**

❖ **ROUSSEAU (CH), le droit international public, dalioz, paris, 1987**.

التقارير والدراسات

❖ التقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2009.

❖ تقرير المملكة المغربية في الدورة 61 للجنة وضع المرأة، نيويورك، مارس 2017، بعنوان "تمكين المرأة اقتصاديا في عالم العمل الآخذ في التغير.

❖ السعدية بلمير: حول العمل القضائي ووضعية المرأة، قراءة في بعض الاجتهادات القضائية من منظور مسألة الأهلية القانونية، المرأة في القرن العشرين، أعمال ندوة رعاية المجتمع والأسرة والطفل.

❖ تقرير المناقشة العامة بمجلس النواب لمشروع القانون رقم 79.14 المتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز؛ المملكة المغربية، مجلس النواب، تقرير لجنة القطاعات الاجتماعية حول مشروع قانون رقم 79.14 يتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز.

❖ تقرير صادر عن وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والمرأة، 2016، مطبعة AZ-Edition، أكدال، الرباط.

❖ عشر سنوات على تطبيق مدونة الأسرة: أي تغيرات في تمثلات ومواقف وممارسات المواطنين والمواطنات؟ دراسة ميدانية، تقرير صادر عن وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والمرأة، 2016، مطبعة AZ-Edition، أكدال، الرباط.

❖ المرأة في العمل، اتجاهات، 2016، موجز صادر عن مكتب العمل الدولي بجنيف.

❖ المرأة والعمل والاقتصاد: مكاسب الاقتصاد الكلي من المساواة بين الجنسين، دراسة صادرة عن صندوق النقد الدولي سنة 2013.

- مغرب الأمهات العازبات، دراسة تشخيصية للوضع، من إنجاز جمعية إنصاف 2012-2013.
- المملكة المغربية، وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة؛ تقرير المملكة المغربية، الدورة 65 للجنة وضع المرأة، مارس 2021.
- وزارة العدل والحريات، القضاء الأسري: الواقع والآفاق-عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة-دراسة تحليلية إحصائية: 2004-2013. ماي 2014.
- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الطبعة 5، الإسكندرية.
- خالد البرجاوي، مدى استجابة مدونة الأسرة الجديدة لمطالب المجتمع المدني والسياسي المغربي.
- الدستور المعدل لجمهورية مصر العربية الصادر في 26 مارس 2007.
- دليل منهجية التدريب على تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، إصدار عن معهد راؤول والينبيرغ لحقوق الإنسان والقانون الإنساني، السويد 2016.
- رشيد الفيلالي المكناسي، "دراسات من منظور النوع حول العمل والحماية الاجتماعية"، 2011 و 2014.
- زهور الحر، المسؤولية المشتركة في تدبير شؤون الأسرة من خلال قواعد العدل والمساواة في الحقوق والواجبات مع قراءة للمادة 49 من مدونة الأسرة، برنامج الحلقة الدراسية الجهوية المنظمة لفائدة قضاة الأسرة بتطوان، م.ط.غ.م، سنة 2005 .
- سامي عصر: أطفال الشوارع، مجلة العرفان، عدد 59، ماي 2009.
- سامية بوروبة، الاجتهادات القضائية العربية في تطبيق الاتفاقيات الدولية للحقوق الإنسانية للمرأة، إصدار معهد راؤول والينبرغ لحقوق الإنسان والقانون الإنساني، السويد، 2016.
- ادريس ملين، مجموعة قرارات المجلس الاعلى في المادة المدنية، الجزء الثاني، 1983-1991، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية.

- أشغال الندوة المغاربية التي نظمتها جمعية انصاف حول موضوع: "نظام التكفل والدفاع عن حقوق الأم العازبة وطفلها في المغرب العربي، يومي 12و 13دجنبر، 2013، بفندق إدو أنفا بالدار البيضاء، غير منشور.
-

- **International Repports, vol 41, (july 1970).**
- **Mémorandum de l'Association démocratique des femmes du Maroc, décembre 2016 : genre et droit à la sécurité sociale au Maroc.**
- **Soucramanien (F-M), « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », R.F.D.A, 13(5) septembre, octobre, 1997.**
- **WALLACE (R) ; International law ; third Edition, London, 1997.**

المواقع الالكترونية

- **https://www.youtube.com/c/soltanaofficiel**
- **https://juriscassation.cspj.ma/**
- **https://www.cspj.ma/**
- **DINH, (N.Q), Droit international public.**
- **http://www.ilo.org/public/french/support/lib/resource/subject/intlaw.htm**
- **https://legal-agenda.com**
- **https://www.mohamah.net/law/**
- **www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/.**
- **www.un.org/unispal/ar/data**
- **www.femmes-moucharaka-elections.gov.ma**
- **www.justice.gov.ma**
- **www.sgg.gov.ma/arabe**
- **www.cour-constitutionnelle.ma**

- **www.hespress.com/femme**
- **www.soltana.ma/femme**
- **www.un.org**
- **www.ar-leaders.com**

الفهرسة

مقدمـــــــــة..... 1

الباب الأول: ضوابط تعليل الأحكام والقرارات القضائية في المادة المدنية وتطبيقاتها العملية..... 41

الفصل الأول: الضوابط العامة في صناعة الأحكام المدنية..... 44

المبحث الأول: صناعة الحكم القضائي المدني ومتطلبات الجودة..... 44

المطلب الأول: دلالات صناعة الحكم القضائي في المادة المدنية 45

الفقرة الأولى: الصياغة الفنية للحكم القضائي وتجليات الصنعة القضائية 45

أولا: مفهوم الحكم القضائي..... 46

ثانيا: صياغة الحكم القضائي من حيث لغة التحرير والتقاضي 51

الفقرة الثانية: العناصر الشكلية للحكم القضائي المدني.....61

أولا: استهلال الحكم القضائي..... 61

أ: بالنسبة لعبارة "باسم جلالة الملك"..... 64

ب: بالنسبة لعبارة "وطبقا للقانون"..... 65

ثانيا: في باقي البيانات القانونية. 68

أ: بيان المحكمة المختصة نوعيا ومكانيا..... 68

ب: تاريخ الحكم 71

ج: أسماء الهيئة القضائية 73

د: بيان هوية أطراف الدعوى..... 76

المطلب الثاني: ضبط الصياغة الفنية لوقائع ومنطوق الحكم القضائي لضمان تحقيق النجاعة القضائية 79

الفقرة الأولى: وقائع الحكم القضائي المدني 80

أولا: منهجية استخلاص الوقائع في ضوء تعدد المناهج القضائية 80

أ: في المناهج القضائية المقارنة..... 80

ب: الصياغة الفنية للوقائع وفق منهجية الأحكام المغربية..... 83

1: المبادئ العامة في صياغة وقائع القضايا المدنية..... 83

2- أزمة تحرير وقائع الأحكام من وجهة نظر مهنية 88

الفقرة الثانية: نتيجة الحكم المدني.....94

أولا: منطوق الحكم وعناصره 94

أ: مفهوم منطوق الحكم..... 94

ب: عناصر المنطوق 95

ثانيا: مضمون المنطوق الحكم المدني وصياغته. 99

أ: مضامين المنطوق. 99

ب: صياغة المنطوق 100

المبحث الثاني: عناصر تعليل الحكم القضائي المدني وشروط صحته..... 103

المطلب الأول: ماهية التعليل وتمييزه عن المفاهيم المشابهة 103

الفقرة الأولى: تحديد مفهوم التعليل 103

أولا: مفهوم التعليل لغة واطلاحا 105

أ: التعليل في اللغة 105

ب: المفهوم الاصطلاحي لعنصر التعليل..... 107

ثانيا: مفهوم التعليل قانونا وقضاء 112

أ: مفهوم التعليل قانونا..... 112

ب: مفهوم التعليل قضاء..... 114

الفقرة الثانية: تمييز مفهوم التعليل عن المفاهيم المشابهة 118

أولا: تمييز مفهوم التعليل عن مفهوم التكييف. 119

أ: مفهوم التكييف 119

ب: دور القاضي المدني في التكييف 121
ثانيا: الطبيعة الإلزامية للتكييف 127
أ: موقف الفقه والقضاء من إلزامية التكييف 127
ب: علاقة التكييف بالتعليل 130
المطلب الثاني: شروط تعليل الأحكام في المادة المدنية 135
الفقرة الأولى: إيراد التعليل ضمن وثيقة الحكم القضائي 136
أولا: بيان الوجود المادي لتعليل الحكم القضائي 136
أ: الوجود الصريح لحيثيات الحكم القضائي الابتدائي 136
ب: الوجود الضمني لحيثيات القرار الاستئنافي 141
ثانيا: الترابط المنطقي لتعليلات الحكم القضائي 148
أ: العلاقة بين علم المنطق والاستدلال القضائي. 149
ب: العلاقة بين الاستدلال القضائي وشرط التعليل 153
الفقرة الثانية: مراعاة تعليل الحكم المدني لوسائل الإثبات المدنية 159
أولا: قواعد الإثبات في المادة المدنية 159
أ: عبء الإثبات من حيث المبدأ 160
ب: عبئ الإثبات من حيث التطبيق 161
ج: قواعد الإثبات المدني متسمة بحياد القاضي 162
ثانيا: قواعد الإثبات الموضوعية وتطبيقاتها القضائية 163
أ: الإثبات بالكتابة 164
ب: الإثبات بشهادة الشهود 165
ج: الإثبات بواسطة القرائن 167
د: الإثبات بواسطة الإقرار 168
هـ: اليمين 170
و: الخبرة كوسيلة إثبات في المادة المدنية 171
ي: المعاينة كوسيلة إثبات في المادة المدنية 172
الفصل الثاني: وظائف التعليل ودورها في 174
إبراز الدور الإيجابي للقاضي المدني 174
المبحث الأول: وظيفة التعليل في تكريس عدالة الأحكام القضائية 175
المطلب الأول: وظيفة التعليل في ضمان المساواة بين أطراف الخصومة القضائية 175
الفقرة الأولى: وظيفة التعليل في احترام مبدأ الحياد والتواجهية 176
أولا: التعليل وسيلة لرقابة حياد القاضي 176
ثانيا: التعليل آلية لتحقيق مبدأ التواجهية بين أطراف الخصومة القضائية. 181
الفقرة الثانية: الوظيفة الحمائية لعنصر التعليل 187
أولا: دور التعليل في حماية حق المساواة أمام مجلس القضاء 188
ثانيا: وظيفة التعليل في تعزيز عنصر الثقة في عدالة الحكم القضائي. 193
المطلب الثاني: وظيفة التعليل في ضمان الرقابة البعدية لمحكمة النقض على أحكام محاكم الموضوع 197
الفقرة الأولى: مراقبة محكمة النقض للتعليل في ضوء وسائل الطعن القانونية 199
أولا: انعدام الأساس القانوني للحكم 199
أ: حالة قصور الأسباب الواقعية 200
ب: حالة الأسباب غير الجدية 202
ج: حالة غموض الأسباب 202
د: إيراد أسباب غير مقنعة في مجال الإثبات 203
ثانيا: عيوب التعليل التي تشكل إخلالا بالحكم القضائي 204
أ: نقصان التعليل الموازي لانعدامه 204
ب: خرق القانون 207
الفقرة الثانية: حدود رقابة محكمة النقض لتعليل أحكام الموضوع 210

أولا: ما لا يعتبر عيبا في التعليل جزئيا أو كليا. 212
أ: ما لا يعد نقصانا في التعليل أو قصوره أو عدم كفايته..... 214
ب: ما لا يعد مشوبا بالفساد في التعليل 215
ج: الأسباب غير المخالفة للثابت بالأوراق..... 216
د: ما لا يعد تناقضا..... 217
هـ-ما لا يعد خطأ أو غلطا في الاسناد..... 217
و: ما لا يعد خطأ في فهم الوقائع..... 218
ي- ما لا يعد خطأ في تطبيق القانون 219
ثانيا: رقابة محكمة النقض في ضوء التعليل المجمل أو المتناقض 221
أ: الدليل المجمل..... 221
ب: الدليل المتعارض 222
ج: رقابة محكمة النقض لطريقة استخلاص الوقائع..... 226
المبحث الثاني: إشكالية التعليل عند غموض النص التشريعي أو نقصانه..... 229
المطلب الأول: دور التعليل في إبراز الدور التفسيري للقاضي المدني 229
الفقرة الأولى: مفهوم التفسير وأنواعه *230*
أولا: ماهية التفسير 230
أ: التفسير لغة: 230
ب: التفسير اصطلاحا: 231
ثانيا: أنواع التفسير 233
أ:التفسير التشريعي..... 233
ب: التفسير القضائي 234
الفقرة الثانية: المبادئ العامة للتفسير القضائي 236
أولا: التعليل في حالة تفسير العبارات الواضحة 236
ثانيا: التعليل عن طريق التفسير في حالة العبارات الغامضة 239
أ: العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني..... 240
ب: إعمال الكلام أولى من إهماله 241
ثالثا: مدى خضوع التفسير والتأويل لرقابة محكمة النقض 243
المطلب الثاني: أهمية التعليل في بيان دور القاضي في تكملة النقص التشريعي 246
الفقرة الأولى: الدور الإيجابي للقاضي في تكملة النقص التشريعي..... 246
أولا: مفهوم النقص التشريعي 246
ثانيا: إشكالية نقصان التشريع في الأنظمة القضائية المقارنة 249
الفقرة الثانية: التطبيقات العملية لدور تعليل القاضي في سد النقصان التشريعي 251
أولا: تعليل قرار رفض الدفوعات الشكلية المتعلقة بغياب الإطار القانوني للدعوى. 253
ثانيا: حيثيات الاستجابة للطلب مع وجود النقص تشريعي 255
ثالثا: موقف محكمة الاستئناف من تعليلات الحكم الابتدائي..... 263
رابعا: موقف محكمة النقض المغربية من القرار الاستئنافي 264
الباب الثاني: تجليات الحماية القضائية للمساواة والمناصفة من خلال عنصر التعليل..... 267
الفصل الأول: مأسسة المساواة والمناصفة في ضوء مدونة الأسرة وتعليلات أحكام القضاء الأسري..... 271
المبحث الأول: تفعيل مبادئ المساواة والمناصفة وفق مقتضيات مدونة الأسرة..... 273
المطلب الأول: مظاهر حماية التعليل للمساواة والمناصفة قبل إبرام عقد الزواج وأثنائه. 278
الفقرة الأولى: تجليات المساواة والمناصفة خلال مرحلة إبرام عقد الزواج..... 279
أولا: المساواة في تحديد سن الزواج 280
ثانيا: المساواة في التعبير عن الرغبة في الزواج 285
الفقرة الثانية: تجليات حماية التعليل للمساواة والمناصفة في الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج 290
أولا: تقييد التعدد كصورة من صور المساواة والمناصفة 290

أ: دور التعليل في إبراز توفر المبرر الموضوعي الاستثنائي 291
ب: دور التعليل في إثبات وجود الموارد المالية الكافية: 294
ثانيا: المساواة والمناصفة في الآثار القانونية والاتفاقية الناشئة عن الزواج 300
المطلب الثاني: دور التعليل في ضمان المساواة والمناصفة عند انفصام عرى الزوجية. 308
الفقرة الأولى: المساواة في حق إيقاع الطلاق 309
أولا: مساواة المرأة بالرجل في طلب الطلاق عبر مسطرة التطليق 309
ثانيا: المساواة في إنهاء عقد الزواج بإرادة طرفي الزواج أو أحدهما 314
الفقرة الثانية: ضمان المساواة والمناصفة في الحقوق المالية عند الطلاق 319
أولا: المساواة في ضمان حق المرأة من الأموال المكتسبة خلال الزواج 320
ثانيا: دور التعليل في تحقيق المساواة والمناصفة في الأموال المشتركة 323
المبحث الثاني: ترسيخ التعليل لمبدأ المساواة والمناصفة في ضوء أحكام القضاء الأسري 332
المطلب الأول: دور التعليل في ضمان الحماية القضائية لمبدأ المساواة في حق البنوة. 333
الفقرة الأولى: المساواة والمناصفة بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية 334
أولا: التمييز بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية 334
أ: بيان مفهوم البنوة من منظور تعليل الحكم الابتدائي 335
1-مفهوم البنوة لغة واصطلاحا: 335
2-البنوة فقها: 335
3-البنوة في المدونة: 336
ب: مظاهر التمييز بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية 337
ثانيا: مضمون تعليل الحكم الابتدائي القاضي بالاستجابة للطلب ثبوت البنوة 341
أ: تعليل الحكم في جزئه القاضي بثبوت البنوة 341
ب: تعليل الحكم الابتدائي في جزئه القاضي باستحقاق المدعية التعويض المدني 343
الفقرة الثانية: موقف محكمة الاستئناف من تعليل الحكم الابتدائي 346
أولا: موقف القرار الاستئنافي من الحكم في جزئه القاضي بثبوت البنوة 346
ثانيا: موقف محكمة الاستئناف من تعليل الجزء القاضي بالتعويضات المدنية 350
المطلب الثاني: حق البنوة الجدير بالحماية في ضوء تعليل قرار محكمة النقض 351
الفقرة الأولى: موقف محكمة النقض من تعليلات القرار الاستئنافي 353
أولا: الوسائل المعتمدة في الطعن بالنقض ضد القرار الاستئنافي 353
ثانيا: تعليل موقف محكمة النقض من القرار الاستئنافي 355
الفقرة الثانية: موقفنا من تعليل الحكم الابتدائي والقرار الاستئنافي 360
أولا: تجليات نقصان تعليل الحكم الابتدائي 361
أ: في الشق المتعلق بثبوت البنوة للأب البيولوجي 361
ب: في الشق المتعلق بالاستجابة لطلب التعويض المدني 366
ثانيا: دراسة تقييمية لحيثيات القرار الاستئنافي موضوع الدراسة 370
المطلب الثاني: حماية التعليل لمبدأ المساواة والمناصفة في باقي قضايا الأسرة 374
الفقرة الأولى: دور التعليل في حماية حق المساواة والمناصفة في الولوج للمؤسسات التعليمية 374
أولا: ملخص وقائع النازلة 374
ثانيا: تعليلات الحكم الابتدائي 376
الفقرة الثانية: ضمان المساواة في الحماية القضائية لضحية علاقة جنسية 378
أولا: موجز وقائع النازلة 378
ثانيا: موقف محكمة النقض من تعليل محاكم الموضوع. 382
أ: حماية الأسرة كباعث في تجريم الخيانة الزوجية في القانون المغربي 382
ب: موقف محكمة النقض من تعليلات القرار الاستئنافي القاضي بالبراءة 385
ج: تقييم تعليلات قرار محكمة النقض 387
الفصل الثاني: حماية عنصر التعليل للمساواة والمناصفة في ضوء أحكام القضاء الاجتماعي والدستوري والإداري 390
المبحث الاول: دور التعليل في ترسيخ المساواة والمناصفة في ضوء أحكام القضاء الاجتماعي 391

المطلب الأول: تجليات حماية مدونة الشغل لمبدأ المساواة والمناصفة 392
الفقرة الأولى: مبدأ المساواة والمناصفة في ضوء اتفاقية العمل الدولية. 393
الفقرة الثانية: المساواة والمناصفة في نطاق أحكام مدونة الشغل..... 399
المطلب الثاني: التطبيقات القضائية لمبدأ المساواة والمناصفة في ضوء تعليل أحكام القضاء الاجتماعي. 405
الفقرة الأولى: حماية حق المساواة بين الأجراء في ضوء تعليل قرارات الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض 406
أولا: ترسيخ قيم المساواة في حماية الحياة الخاصة للمرأة العاملة 406
ثانيا: نحو ترسيخ مبدأ المساواة بين الأجير الأجنبي والمغربي 409
الفقرة الثانية: حماية مبدأ المساواة والمناصفة في ضوء تعليل أحكام قضاء الموضوع 413
أولا: دور التعليل في حماية حق المساواة بين طرفي العلاقة الشغلية..... 414
ثانيا: دور التعليل في حماية مبدأ مساواة الأجراء في حق الأجر والاستقرار الأسري 419
المبحث الثاني: المساواة والمناصفة في ضوء تعليل أحكام القضاء الدستوري والإداري..... 424
المطلب الأول: التأسيس الدستوري لمبدأ المساواة والمناصفة وتطبيقاتهما القضائية 427
الفقرة الأولى: المساواة والمناصفة بين السياق التشريعي وتفعيل القضاء الدستوري 427
أولا: مضمون مقتضيات الوثيقة الدستورية في باب المساواة والمناصفة..... 428
ثانيا: تعليل قرارات المحكمة الدستورية ذات الصلة بالمساواة والمناصفة 437
الفقرة الثانية: هيئة المناصفة ومكافحة التمييز آلية لأجرأة مبدأ المساواة والمناصفة..... 444
المطلب الثاني: أهمية تعليل القاضي الإداري في حماية مبدأ المساواة والمناصفة 453
الفقرة الأولى: حماية المساواة في ضوء تعليلات الأحكام الإدارية..... 453
الفقرة الثانية: تجليات حماية مبدأ المناصفة في ضوء تعليلات القرارات الإدارية..... 464
أولا: التطبيقات القضائية لمبدأ المناصفة في ضوء قرارات قضاء الموضوع 464
ثانيا: التطبيقات القضائية لمبدأ المناصفة في ضوء قرارات محكمة النقض 469
خاتمـــــــــــة..... 473
قائمة المراجع:..... 485
الفهرسة 519