مركز أفكار للدراسات والأبحاث
Afkaar Center for Studies and Research

آفاق إصلاح مدونة الأسرة

د/عبد اللطيف الغشيبي
أستاذ باحث

يناير 2025

آفاق إصلاح مدونة الأسرة

الدكتور عبد اللطيف الغشيبو
أستاذ باحث

إنّ تنامي دور المرأة سواء على مستوى التّعليم، وخروج المرأة إلى العمل، وممارستها للحقوق السّياسية، إضافة إلى اعتبار الأسرة خيارا استراتيجيا لتحقيق التّنمية البشرية، جعل المشرّع يغيّر بعض أحكام مدوّنة الأحوال الشّخصية الملغاة، والتي استمدّت معظم أحكامها من قواعد الفقه المالكي، بما يحقّق قيم الإسلام في العدل والمساواة.

وهذا ما أكّده الملك محمد السادس يوم 27 أبريل 2001م، في خطاب تنصيب اللّجنة الاستشارية المكلّفة بمراجعة بنود مدوّنة الأحوال الشّخصية، وإعداد مشروع المدوّنة الجديدة، حيث قال: "واعتبارا لكون الشّريعة الإسلامية قائمة على الوسطية والاعتدال وتحرّي مقاصد الإصلاح الاجتماعي، فإنّنا حريصون على ضمان حقوق النّساء والرّجال على حدّ سواء، غايتنا في ذلك تماسك الأسرة وتضامن أفرادها، وتثبيت التّقاليد المغربية الأصيلة القائمة على روح المودّة والوئام والتّكافل الاجتماعي، الذي نحن مؤمنون على استمراره، لا سيّما في نواته الأساسية المتمثّلة في الأسرة".

وقد شكّل صدور مدوّنة الأسرة المغربية عام 2004 منعطفا تاريخيا في التّقنين الأسري المغربي، حيث كان إنصاف المرأة، وحماية حقوق الطّفل، وصيانة كرامة الرّجل، أهمّ أبعادها وأهدافها الأساسية.

وقد تلقّاها المغاربة وغيرهم بالقبول الحسن لما تضمّنته مقتضياتها من تأهيل لمؤسّسة الأسرة، وضمان لاستقرارها، ولما حملته من أحكام جديدة واجتهادات فقهية متنوّعة تراعي مقاصد الشّريعة في حفظ كيان الأسرة.

وقد فرض الواقع التّعديل والإصلاح لمدونة الأسرة، يساير تلك الدّينامية الاجتماعية والثقافية والاقتصادية التي عرفها واقع الأسرة المغربية، وذلك من خلال مراعاة منظومة الحلال والحرام التي تؤطّرها النّصوص الشّرعية القطعية من جهة، واحترام خصوصيات المجتمع المغربي، واعتماد الاعتدال والاجتهاد المنفتح من جهة أخرى.

ولا شك أنّ إعادة النّظر في كيفية تنزيل أحكام مدوّنة الأسرة وتصويب الرّؤية إلى مقاصدها الكبرى، هو ما أشار إليه الخطاب الملكي، الذي ألقاه الملك محمد السّادس في 30 يوليوز 2022، حيث قال: " وإذا كانت مدوّنة الأسرة قد شكّلت قفزة إلى الأمام، فإنّها أصبحت غير كافية؛ لأنّ التّجربة أبانت أن هناك عدّة عوائق تقف أمام استكمال هذه المسيرة، وتحول دون تحقيق أهدافها".

ومن ثم كان لزاما على الباحثين والمتخصّصين، دراسة قضايا الأسرة ضمن رؤية مركزية، منطلقة من الهوّية الدّينية والوطنية، ومنفتحة على مختلف التّخصصات ذات الصّلة، في استحضار المشترك الإنساني بكلّ أبعاده العالمية وآفاقه الكونية، وذلك لضمان استمرارية وظيفتها التربوية والقيمية في مجال البناء المعماري.

وبما أنّ الاجتهاد ليس فوضى علمية، بل عملية علمية لحلّ إشكالات آنية ومستقبلية، وجوابا عن تحدّيات حارقة وأسئلة عالقة، وبما أنّ دراسة قضايا الأسرة تتجاذبها تخصّصات علمية وفكرية متنوعة، يكون من الأجدى تشكيل لجنة علمية مستقلة يعهد إليها إعادة النظر في بعض مواد مدونة الأسرة، وبالتالي تبقى الإشكالية التي تحاول هذه الدراسة الإجابة عنها: ما هي آفاق إصلاح مدونةالأسرة؟

للإجابة على هذه الإشكالية تناولت هذا البحث وفق مقاربة تحليليّة من خلال مطلبين:

المطلب الأول: الثّوابت في مدونة الأسرة.

المطلب الثاني: المتغيّرات الممكنة والثغرات المرصودة.

المطلب الأول: الثابت في مدونة الأسرة

يتميّز النّظام القانوني المغربي بتنوّعٍ مرجعي، سواء على مستوى الأحكام الموضوعية، أو على مستوى المساطر الإجرائية، هذا التّنوع يجعل مبدئيا من الشّريعة الإسلامية وقواعدها أحد مرتكزاته[1]، مما يجعلها من ثوابت النّظام العام المغربي الذي لا يجوز المساس به.

[1] – جاء في تصدير دستور 29 يوليوز 2011 الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 29 يوليوز 2011، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، الصادرة بتاريخ 30 يوليوز 2011 ما يلي: "المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة متشبّثة بوحدتها الوطنية والتّرابية، وبصيانة تلاحم وتنوّع مقوّمات هويّتها الوطنية". وأكّد الفصل الأوّل في الفقرة الثّانية هذا المقتضى بالنصّ على ما يلي: "تستند الأمّة في حياتها العامّة على ثوابت جامعة تتمثّل في الدّين الإسلامي السّمح...". كما أكّده كذلك الفصل الثّالث حيث جاء فيه ما يلي: "الإسلام دين الدّولة...".

الفقرة الأولى: حقيقة الثبات

الثبات لغة: الثاء والباء والتاء كلمة واحدة وهي دوام الشيء، يقال ثبت ثبوتا، ورجل تبت وثبيت، وقول ثابت أي صحيح، وفي هذا الصّدد يقول تعالى: ﴿**يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت في الحياة الدنيا وفي الآخرة ويضل الله الظالمين ويفعل الله ما يشاء**﴾[1]، وثبت الأمر صحّ وتحقّق، واستثبت في أمره: إذا شاور وفحص عنه[2]، وأثبت الشيء: أقرّه، يقول تعالى: ﴿**يمحوا الله ما يشاء ويثبت وعنده أم الكتاب**﴾[3].

ويعرف الثّبات في الاصطلاح العام بأنه: "عدم احتمال الزّوال بتشكيك المشكّك"[4]. فالثّابت من الأشياء هو الموجود الذي لا يزيله شكّ، والخبر الثّابت هو الذي لا شكّ فيه، والثّابت: المستقرّ، الرّاسخ الذي لا يتغيّر، فكان الأمر ثابتا وراسخا لأنّه مبني على التّثبّت.

والثّوابت هي الأحكام الصحيحة المستقرّة التي لا تقبل التّغيير، ومنها المعلوم من الدّين بالضّرورة، والأحكام الثابتة بدليل قطعي.

ومن الثّوابت في النّظم المعاصرة ما يتعلّق بالقيم الأساسية للمجتمع التي لا يجوز تجاوزها كالعدل والمساواة، وما تعلّق بالنّظام العام والآداب العامّة التي لا يجوز الاتّفاق على مخالفتهما.

إنّ الثّبات جزء مقوّم لهويّة القانون وشرط لازم لهيبته واستقراره وتحقيق أهدافه، وإذا كانت الأنظمة القانونية والقضائية تعرف عدم استقرار القاعدة القانونية نتيجة تغييرها المتكرّر بعلّة مقتضيات النّظام العام، فإنّ النّظام القانوني يتضمّن آليات لمحاصرة مشكلة انعدام الأمن القانوني، من خلال الحدّ من طرق الطعن، والحرص على استقرار الأوضاع القانونية وحماية الحقوق المكتسبة، ومن ذلك عدم إلزام

---

[1] - سورة إبراهيم، الآية: 29.

2 - ينظر: ابن منظور، أبو الفضل، جمال الدين محمد بن مكرم بن علي (ت711ه)، "**لسان العرب**"، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، 1414ه، ج19/2. القزويني، أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكرياء، "**معجم مقاييس اللغة**"، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399ه/1979م، ج329/1.

[3] - سورة الرعد، الآية: 40.

4 - التهانوي، محمد بن علي ابن القاضي الحنفي (ت بعد 1158ه)، "**موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم**"، تحقيق علي دحروج، الطبعة الأولى، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1996، ج536/1.

الحائز حسن النّية بإرجاع ثمار الشيء[1]، وعدم ترتيب آثار البطلان بأثر رجعي[2]، فضلا عن المقتضيات المتعلّقة بالتّقادم[3].

الفقرة الثانية: الثابت في الخطاب الفقهي الأسري

اشتملت مدونة الأسرة على أحكام ثابتة وأحكام قابلة للتّجديد والتّغيير؛ فالثّوابت تجسّد وحدة الأمّة الفكرية والسّلوكية، وهي عماد الوحدة الاعتقادية والفكرية والعلمية للأمّة، وبالثّبات يستقرّ النّظام العام، وتتبادل الثّقة، وتبنى المعاملات والعلاقات على دعائم مكينة وأسس راسخة، لا تعصف بها الأهواء والتّغيرات السّياسية والاجتماعية التي تحدث.

وإعمالا لعقول علماء الأمّة وتحقيقا لمبدأ المرونة، كانت هناك أحكام قابلة للتّغيير والتّطور، لتتلاءم مع تغيّر الأعراف والمصالح، ويتمّ الوفاء بحاجات الناس، في إطار مبادئ عامة تضبط المتغيّر دون أن تحدّ من حركته.

لقد صنّف المجلس العلمي الأعلى من خلال الفتوى التي أجاب فيها عن سؤال أمير المؤمنين، حول إمكانية اعتماد المصلحة المرسلة في وضع القوانين، وكذا في تدبير الشأن العام، النّص الشّرعي إلى ثلاثة أصناف[4]:

- نصوص جاءت بأحكام قطعيّة في دلالتها، فهي ليست محلا للاجتهاد.

- نصوص ظنيّة في دلالتها، اختلف الفقهاء في أحكامها، فهذه تقبل اختيار رأي من الآراء الفقهية دون غيره، واعتماده في التّقنين.

---

1 - نصّ الفصل 103 من قانون الالتزامات والعقود على أنّ: "الحائز حسن النّية يتملك الثّمار ولا يلزم إلّا بردّ ما يكون منها موجودا في تاريخ رفع الدّعوى عليه بردّ الشّيء، وما يجنيه منها بعد ذلك.

وهو يتحمّل، من ناحية أخرى، مصروفات الحفظ ومصروفات جني الثّمار.

الحائز حسن النّية هو من يحوز الشّيء بمقتضى حجّة يجهل عيوبها".

2 - نصت الفقرة الثانية من الفصل 307 من قانون الالتزامات والعقود على أنّ: "بطلان الالتزام الأصلي يترتّب عليه بطلان الالتزامات التّابعة، ما لم يظهر العكس من القانون، أو من طبيعة الالتزام التّابع.

بطلان الالتزام التّابع لا يترتّب عليه بطلان الالتزام الأصلي".

3 - نصت المادة 387 من قانون الالتزامات والعقود على أنّ: "كلّ الدّعاوى النّاشئة عن الالتزام تتقادم بخمس عشرة سنة، فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، والاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصّة".

4 - الموقع الالكتروني للمجلس العلمي الأعلى.

- مجال ما لا نص فيه من الشّرع، وهو ما يعرف بمنطقة العفو التشريعي، فهو قابل أن توضع في تنظيمه قوانين بناء على المصلحة المرسلة.

نعم، إنّ الأصول العامّة والقطعيات[1]، هي التي لا تقبل التّغير أو التّطور في ذاتها على مرور الزّمان أو تغير المكان، لا محلّ للاجتهاد فيها، ولا مجال لتجاوزها إلّا في الأوضاع التي يسقط فيها اختيار الإنسان، وإرادته عن الفعل أو التّرك.

إنّ محلّ الاجتهاد النّصوص الظّنية الدّلالة التي تحتمل أكثر من معنى، والتي لا تتجاوز فروع الشّريعة. وفسحة الاجتهاد فيها متاحة بحسب ضبط السّياق التّاريخي ومصالح الأمّة الرّاجحة.

إنّ ثبات النّص الذي هو حقيقة حاسمة في مصدره القرآني أو النّبوي القطعي، لا يعني ثبات الاجتهاد في فهم عناصر النّص، فيبقى في مستوى الشّرعية حتى يأتي رأي أكثر صوابا وأقرب إلى الواقع.

إن ثبات النّص لا يمكن أن يلغي حركية المضمون، أو يحول دون مواكبة حركة الإنسان في الزّمن، بما يختزن من حركية ومرونة تشريعية اجتماعية، فالضّرر مثلا لا يمكن أن يتجمّد في عنوان دون آخر، وكذلك الحرج فإنّه يختلف بحسب اختلاف الأزمان والأشخاص والأوضاع[2].

ولذلك فإنّ الاجتهاد يتغيّر بتغير الأعراف والتّقديرات، كما أنّ مسألة تغيّر الحاجات، قد تختزن في داخلها تغيّر الموضوعات، وحتى الاجماعات التي بنيت على ما ذكرت، فإنّها تتغيّر بتغيّر أسبابها وموجباتها الظّرفية.

إنّ النّصوص الظّنية في دلالتها، والتي اختلف الفقهاء في أحكامها، أعتقد أنّ المجلس العلمي الأعلى حجّر واسعا، بجعلنا نختار رأيا من الآراء الفقهية دون غيره، فإذا كان النّص ظنّيا فضلا على أنّ الفقه اختلف في أحكامه، فكيف يعقل أن نختار رأيا دون غيره؟

1 - مدار المعنى المنتظم من (القاف، والطاء، والعين) على الفصل، والإبانة، والصرم. ينظر: ، ابن فارس، مرجع سابق، 101/5.

2 - ينظر: السيد فضل الله، محمد حسين، "**الاجتهاد بين أسر الماضي و آفاق المستقبل**"، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، 2009، ص: 187.

أعتقد أنّ ذلك غير قادر على حلّ كلّ مشكلات العدالة وكلّ قضايا حياتنا المعاصرة، إذ هو يفقد البعد الحركي الذي هو من سمات الدّين، كما أنّ البحث عن مفهوم النّص ليس مجرد رحلة فكرية في التّراث، ولكنّه وعي علمي بهذا التّراث.[1]

المطلب الثاني: المتغير في مدونة الأسرة

التّغيّر والتّطوّر سمة من سمات الأمم الحيّة، ويسير التّطوّر في التّشريع بالتّوازي مع التّطوّر في أنماط وأساليب الحياة ومتطلباتها ومتغيّراتها. وهكذا فبدون مساوقة حركة المجتمع وملاءمة ظروفه ومتغيّراته، يصبح الفقه متخلّفا عن أداء مهمته، كما يصبح القانون فارغا عن مضمونه وحكمته.

الفقرة الأولى: حقيقة التطور والتغير

التّطور لغة، التحوّل من طور إلى طور، ومن حال إلى حال[2]، ومنه قوله تعالى: ﴿**وقد خلقكم أطوارا**﴾[3]، أي أحوالا وضروبا مختلفة، أو على مراحل متوالية[4]. ويأتي بمعنى الحدّ بين الشّيئين، ومنه قول القائل: عدا طوره أي تجاوز حدّه وقدره[5].

والتّغير مصدر من تغيَر الخماسي، ومعناه تحوّل وتطوّر، قال الله تعالى: ﴿**إن الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم**﴾[6]، وقال تعالى: ﴿**ذلك بأن الله لم يك مغيرا نعمة أنعمها على قوم حتى يغيروا ما بأنفسهم وأن الله سميع عليم**﴾[7].

---

1 - انظر: الخشيبي، عبد اللطيف، "مركز الاجتهاد في مدونة الأسرة"، تقديم الدكتور محمد الشافعي، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، 2022، ص: 55.

2 - ابن منظور، مرجع سابق، 507/4.

3 - سورة نوح، الآية 14.

4 - يقول الزمخشري: "خلقكم أطوارا: أي تارات: خلقكم أوّلا ترابا، ثم خلقكم نطفا، ثم خلقكم علقا، ثم خلقكم مضغا، ثم خلقكم عظاما ولحما، ثم أنشأكم خلقا آخر". الزمخشري جار الله، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد (ت538ه)، "**الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل**"، الطبعة الثالثة، دار الكتاب العربي، بيروت، 1407ه، ج618/4.

5 - ابن فارس، مرجع سابق، ج430/3. الفيروزآبادي، أبو طاهر محمد بن يعقوب (ت817ه)، "**القاموس المحيط**"، تحقيق مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، الناشر مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1426ه/2005م، ج105/1.

6 - سورة الرعد، الآية 12.

7 - سورة الأنفال، الآية 54.

تطلق المتغيّرات على ما كان محلّ ظن ونظر، والظنّ هو إدراك الطّرف الراجح، والنّظر هو ترتيب أمور معلومة للتّوصّل إلى مجهول. والمتغيّرات في الشّريعة والأحكام، ما كان قابلا لتصرّف المجتهد فيه وفق أصول التّشريع وقواعده، لتحقيق المقاصد العامّة للشّريعة.

وهكذا حيث تكون دلالات النّصوص الشّرعية ظنية، أو تستجدّ وقائع وأمور لم يصدر بشأنها نصّ قاطع الدّلالة، وثابت الوجود؛ فلا يكون من الحكمة، ولا من الشّرع استدعاء مفردات الفقه القديم، أو البحث الدّلالي عن عبارات الفقهاء وفتاواهم لأزمنتهم.

وهكذا حدثت تغيّرات استوجبت فكرا وفقها ناظما للواقع، وذلك وفقا لمعايير الشّريعة العامّة وقواعدها الكلّية، التي تؤسّس الرّحمة للجميع، وتنفي الحرج في الدّين، وتلغي الضّرر والضّرار، وتأمر بالعدل والإحسان، وتدعو إلى الوحدة والسلام.

يعني هذا بحسب تقديري أنّه لا مشروعية لأيّ استدلال فقهي، ولا نجاعة لأيّ تفكير أصولي في الشّريعة، دون الوعي العلمي بأشكال التّغيّر في الوجود، وقد ذُكر أمام أبي حنيفة النّعمان حديث: "البيّعان بالخيار ما لم يفترقا"[1]، فنبّه إلى أنّ ثمّة ظروفا متغايرة تلزم البائع والمشتري عدم الافتراق: كأن يكونا في سفينة، أو في سجن، أو في سفر...، لذا أفتاه بأنه إذا وجب البيع فلا خيار[2].

هذا هو حال القانون الذي يتطوّر باستمرار تبعا لتطوّر أوضاع المجتمع كما يكون رافعة للتّغيير في بعض الأحيان؛ ولابن القيم كلام نفيس في الفصل الذي عقده "فصل في تغيير الفتوى، واختلافها بحسب تغيّر الأزمنة والأمكنة والأحوال والنّيات والعوائد"[3]، فلئن تولّى الشّارع حفظ المصالح من جانبي الوجود والعدم كما قال الشاطبي[4]، فإنّ تحديدها في الواقع وتنزيلها في الوجود يتطلّب من الفقيه وعيا بمراتبها المختلفة، وإدراكا للمتغيّر الطّارئ على أحوال النّاس وأوقاتهم.

1- أخرجه مسلم في صحيحه، بلفظ: "البيّعان بالخيار ما لم يتفرّقا فإن صدقا وبيّنا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محق بركة بيعها"، كتاب البيوع، باب الصدق في البيوع والبيان، رقم الحديث: 1532.

2 - يراجع في هذا الشأن: ابن عاشور، محمد الطاهر، "**كشف المغطى عن المعاني والألفاظ الو اقعة في الموطأ**"، تونس: الشركة التونسية للتوزيع، 1976م، ص: 280.

3 -ا بن قيم الجوزية، شمس الدين محمد بن أبي بكر (ت751ه)، "**إعلام الموقعين عن رب العالمين**"، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411ه- 1991م، 11/3.

4 - الموافقات، االشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي (790ه)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، دار ابن عفان، 1417ه/ 1997م، ج2، ص: 19، وما بعدها.

ولذلك، كان جمود القاعدة القانونية مدعاة لعدم الأمن والاستقرار المجتمعيين، فكان لزاما الملاءمة بين أحكام القاعدة القانونية واحتياجات المجتمع المتطوّرة، وكان لزاما أن تكون القاعدة القانونية منفتحة على تطور المفاهيم القانونية وتفاعلها مع مستجدّات العصر.

الفقرة الثانية: مجال التغيير في قضايا الأسرة

يتغيّر الاجتهاد بتغيّر العادات أو العلل التي بنيت عليها النّصوص، كما يتغيّر بتغيّر الأوقات والظّروف والمناسبات والأوضاع والأحوال، أو لاقتضاء الضرورة لرفع المشقّة والحرج، أو لاقتضاء المصلحة العامّة والسّياسية الشّرعية.

أو إذا كانت الأحكام مبنية على الأعراف أو مستنبطة بالقياس، ذلك أنّ الوقائع التي قاس عليها الفقهاء السّابقون وقائع عصرهم كانت عناصر العلّة موجودة في كلّ من الواقعتين، فبسبب تغيّر الواقع جعلت هناك فروقا بين المقيس عليه والمقيس.

وحيث كان الأمر في حيّز العفو أو منطقة الفراغ، اجتهد له بقوانين ملائمة يراعى فيها صلاحيتها للانسجام مع النسيج التشريعي الإسلامي، فلا تكون مناقضة لتوجّهه ومقاصده.

وحيث كان الحكم الشّرعي مبنيا على العرف اطّرد باطّراده وانعكس بانعكاسه، فكان اختلاف الأحكام هو اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبيان. ولذلك وضع الفقهاء قاعدة: "لا ينكر تغيّر الأحكام بتغيّر الزّمان"[1].

يفسّر ذلك نسبية المصالح والمفاسد الدّنيوية لأنّها "منافع أو مضار في حال دون حال، وبالنّسبة إلى شخص دون شخص، أو وقت دون وقت" [2]. والمغزى من الإقرار بالنسبية في عملية الاستدلال ارتباط الفعالية الفكرية في الاجتهاد بمسايرة التّقدم الحاصل في متغيّرات الأحوال.

وذلك لا يتحقّق إلّا في إطارين: إطار مؤسّسي ينظّم، وإطار معرفي يفكّر، في احترام التّخصّص العلمي، بما يعنيه من تقسيم مسؤولية النّظر الاجتهادي تقسيما يراعي مستجدّات الواقع.

1 - ينظر: الزرقا ،أحمد بن الشيخ محمد (1357هـ)، "**شرح القواعد الفقهية**"، صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، 1409هـ/1989م، ج227/1.

2 - المرجع نفسه، ج 65/2.

ولهذا جاء في المادّة 7 من ظهير إعادة تنظيم المجالس العلمية المؤرّخ في 22 أبريل 2004 ما يلي: "تحدث لدى المجلس العلمي الأعلى هيئة علمية تتكوّن من بين أعضائه، تختصّ وحدها، دون غيرها، بإصدار الفتاوى الرّامية إلى بيان حكم الشّريعة الإسلامية في القضايا ذات الصّبغة العامّة"[1].

إنّ كلّ حكم شرعي يتبع العادة يتغيّر بتغيّرها، وقد ذكر العلّامة محمد الطاهر بن عاشور أنّه "كان الشّيخ أبو محمد بن أبي زيد اتّخذ كلبا بداره فقيل له: إنّ مالكا كره اتّخاذ الكلاب في الحضر، فقال: لو أدرك مالك مثل هذا الزّمان لاتّخذ أسدا على باب داره"[2].

لقد جاءت مدوّنة الأسرة بمقتضيات واكبت متطلّبات الواقع، ورمت إلى صيانة كرامة المرأة والرّجل وحماية حقوق الطّفل كما هو متعارف عليه دوليا دون الإخلال بأحكام الشّريعة ومقاصدها، إلّا أنّها لم تخل من بعض الثّغرات صارت مدار نقاش بين المهتمّين والمتخصّصين، سواء من حيث الصّياغة أو الحكم.

ومن الجوانب التي ينبغي إصلاحها في مدونة الأسرة ما يأتي:

1- نصّت المادّة الثّانية من مدوّنة الأسرة على ما يلي:

تسري أحكام هذه المدوّنة على ما يلي:

1- جميع المغاربة واو كانوا حاملين لجنسية أخرى؛
2- اللاجئين بمن فيهم عديمو الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرّخة بـ 28 يوليوز لسنة 1951 المتعلّقة بوضعية اللاجئين؛
3- العلاقات التي يكون فيها أحد الطّرفين مغربيا؛
4- العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

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

إن "عديمي الجنسية" في منطوق هذه المادة كان يتعلّق بعدّة حالات قبل تعديل قانون الجنسية المغربية المعمول به منذ سنة 1950[3]، ومن أمثلة ذلك حالة طفل ولد من أمّ مغربية وأب برازيلي، وبعدما بلغ

---

[1] - الجريدة الرسمية عدد 5210 الصادرة بتاريخ 6 ماي 2004.

2 - ابن عاشور التونسي، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر (ت1393ه)، "**مقاصد الشريعة الإسلامية**"، تحقيق محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425ه/2004م، 256/3.

3 -غُيّر وتُمّم بموجب القانون رقم 62.06 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.80 بتاريخ 2007/03/23، الجريدة الرسمية عدد 5513 بتاريخ 2007/04/02.

الابن سنّ العشرين تقدّم بطلب من أجل الحصول على الجنسية البرازيلية، لكن وحيث إنّ الثابت في قانون الجنسية البرازيلية أنّ الشخص إذا تجاوز سنّ 18 سنة دون حصوله أو تقديمه لطلب الحصول على الجنسية البرازيلية، فإنّه لا يحقّ له بعده التقدّم بطلب ذلك، وحيث إنّ قانون الجنسية المغربي قبل التعديل كان يمنح الجنسية للأطفال من أب مغربي مباشرة بعد الولادة، ويسقط هذا الحق عن المرأة المغربية، ليحرم أبناءها من الجنسية المغربية حتى ولو كانوا مولودين بالمغرب ويقطنون به، فإنّه اعتبر الشخص هنا عديم الجنسية.

وبموجب الفصل 6 من قانون الجنسية المغربية رقم 62.06 أصبحت جنسية الأم المغربية تنقل لأطفالها بصفة تلقائية[1]، وبالتالي يعتبر طفلها مغربيا منذ ولادته سواء بالمغرب أو خارجه، ولذلك وجب حذف مصطلح "عديمي الجنسية".

2- حتّى لا يبقى الأمر محصورا في توجيه الملفّات إلى النّيابة العامّة، وجب التّأكيد على بطلان الجلسات الأسرية دون حضور ممثّل النيّابة العامّة (المادة 3)، وبالتالي تصبح صياغة المادة 3 على الشّكل الآتي: "تعتبر النّيابة العامّة طرفا أصليا في جميع القضايا الرّامية إلى تطبيق أحكام هذه المدوّنة، ويعتبر حضورها في الجلسات وتتبّع الإجراءات والمناقشات إلزاميا تحت طائلة البطلان".

3- نقل المادة 4 من الكتاب الأوّل المخصّص للخطبة في الباب الأوّل، إلى أوّل الباب الثاني المخصّص للزّواج، وبالتّالي تكون المواد المخصّصة للخطبة تحمل الأرقام من 4 إلى 8، والمواد المخصّصة للزّواج تحمل المواد من 9 إلى 18.

4- انسجاما مع المادّة 6 من المدوّنة التي قضت بما يأتي: "يعتبر الطّرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزّواج. ولكلّ من الطّرفين حقّ العدول عنه"، كان على المشرّع ألا يستعمل مصطلح الزّوج والزّوجة في المادّة 26 عندما عرّف الصّداق، ذلك أنّ الصّداق يحدّد ويؤدّى كلّه أو بعضه قبل عقد الزّواج، وهي الفترة التي يسمّى فيها الطّرفان بالخاطبين، وقد يحدّد ويؤدّى أثناء عقد الزّواج.

5- انسجاما مع المواد 5 و6 و7 و8 و9 يجب توظيف مصطلح الخطبة بدل الخطوبة في المادة 156.

6- اشترطت المادّة 17 إذن قاضي الأسرة المكلّف بالزّواج عند التّوكيل في إبرام عقد الزّواج، وفق شروط منها: وجود ظروف خاصّة؛ وهو مصطلح غريب على الصّياغة التّشريعية، وكان على المشرّع استعمال مصطلح

[1] - ينص الفصل 6 من قانون 62.06 على ما يأتي: "يعتبر مغربيا الولد المولود من أب مغربي أو أمّ مغربية".

الظرف القاهر؛ وهي كلّ عقبة مادّية حالت دون توثيق عقد الزّواج بالشّكل الذي يفرضه القانون، أو استعمال مصطلح الضّرورة القصوى، مع التّباين بين المصطلحين.

7- طبيعة التّكاليف الماليّة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادّة 22 عامّة وغير محدّدة.

8- عدم تحديد السّن الأدنى الذي في إطاره يمكن الإذن بزواج القاصر، وعدم التّنصيص على إلزامية الخبرة الطّبية، والبحث الاجتماعي، وإلزام القاضي بالاستماع للقاصر، لذلك وجب تحديد حد أدنى في 16 سنة لكلا الجنسين على غرار التّشريعات المقارنة، وذلك بمقرّر معلّل يبين فيه المصلحة والأسباب المبرّرة لذلك بعد الاستماع للقاصر، ولأبوي القاصر أو نائبه الشّرعي، والاستعانة وجوبا بخبرة طبية وبحث اجتماعي، وفي جميع الأحوال ينبغي تقارب السّن بين الطرفين المعنيين بالزّواج. ويكون مقرّر الاستجابة لطلب تزويج القاصر غير قابل لأيّ طعن.

إنّ موضوع زواج القاصر لا يهمّ المغرب وحده، وإنّما يهمّ دولا عربيّة وإسلاميّة وأوروبيّة، فعلى سبيل المثال نصّ الفصل الخامس من مدوّنة الأحوال الشّخصية التّونسية على ما يلي: "يجب أن يكون كلّ من الزّوجين خلوّا من الموانع الشّرعية، وزيادة على ذلك فكلّ من لم يبلغ منهما ثمانية عشرة سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد الزّواج، وإبرام عقد الزواج دون السّن المقرّر يتوقّف على إذن خاص من المحاكم، ولا يعطى الإذن المذكور إلّا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزّوجين"[1].

ونصّت المادّة السّابعة من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "تكتمل أهلية الرّجل والمرأة في الزّواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخّص في الزّواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكّدت قدرة الطّرفين على الزّواج.

يكتسب الزّوج القاصر أهلية التّقاضي فيما يتعلّق بأهلية بآثار عقد الزّواج من حقوق والتزامات".

والعديد من الدّول الأوروبيّة نصّت على سنّ أقلّ من 18 سنة للزّواج في بعض الحالات، ففي فرنسا يمكن لوكيل الجمهورية لمكان إبرام الزّواج الإعفاء من شرط السّن في حالة توفّر أسباب جدّية، ولا يتمّ الزّواج في هذه الحالة إلّا بموافقة أبوي القاصر، وهو ما نصّت عليه المادّتين 145و148 من القانون المدني

1 - مرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرّخ في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرّخ في 21 أبريل 1964 وبالقانون عدد 62 لسنة 2007 المؤرّخ في 14 ماي 2007، المعدّل للفصل الخامس لسنة 1956 والذي كان ينصّ على ما يلي: "يجب أن يكون كلّ من الزّوجين خلوّا من الموانع الشّرعية، وزيادة على ذلك فكلّ من لم يبلغ عشرين سنة كاملة من الرّجال وسبع عشرة سنة كاملة من النّساء لا يمكنه أن يبرم عقد الزّواج، وإبرام عقد الزواج دون السّن المقرّر يتوقّف على إذن خاص من المحاكم، ولا يعطى الإذن المذكور إلّا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزّوجين".

الفرنسي، كما أعطت المادّة 145 من القانون المدني البلجيكي لمحكمة الشّباب صلاحية تزويج من هم أقل من سن 18 سنة في حالة وجود أسباب خطيرة.

9- تغني المادّة 25 من حيث دلالتها عن المادّة 24، وبالتّالي لا فائدة من التّكرار المخلّ بالجودة التّشريعية.

10- بالنّظر إلى المادّة 41 فالمحكمة لا تأذن بالتّعدّد "إذا لم يثبت لها المبرّر الموضوعي الاستثنائي؛ إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين..."، إنّ استعمال عبارة "الأسرتين" لا تفي بالمعنى الصّحيح للتّعدّد؛ لأنّ التّعدّد قد يعني الزّوجة الثّالثة أو الرّابعة، ولعلّ الصّياغة الأسلم: "أن تكون للزّوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة".

ومن الضّروري أن يحدّد المشرّع المقصود من المبرّر الموضوعي الاستثنائي، حتّى لا يبقى الأمر خاضعا للتّأويل، ممّا يترتّب عنه تضارب في التّقدير.

كما كان على المشرّع أن ينصّ على إرفاق الوكالة بشهادة طبّية تبيّن الحالة الصّحية للزّوج، حتّى يكون القاضي على بيّنة من أنّ الزّوج غير مصاب بإعاقة ذهنية أو غيرها.

11- نصّت المادة 43 من المدوّنة على توجيه الإنذار بواسطة كتابة الضّبط للزّوجة المراد التّزوّج عليها والتي توصّلت شخصيا ولم تحضر أو امتنعت عن تسلّم الاستدعاء. فهل هذا الإنذار يعتبر بمثابة استدعاء؟ ولماذا لم يتم النّص على توجيه هذا الإنذار بواسطة المفوّضين القضائيّين؟

12- إعادة صياغة المادّة 45 التي نصّت على الآتي: "إذا ثبت للمحكمة من خلال المناقشات تعذّر استمرار العلاقة الزّوجية..."، كالآتي: "إذا ثبت للمحكمة في أكثر من جلسة تعذّر استمرار العلاقة الزّوجية...".

13- حصل تكرار في المادة 57 بين الفقرة الأولى والفقرة الثّالثة، كما أنّ مهمة العدلين هي معاينة القَبول والإيجاب.

14- حسب المادّة 58 من المدوّنة يترتّب على الزّواج الباطل بعد البناء الصدّاق والاستبراء، كما يترتّب عليه عند حسن النّية لحقوق النّسب وحرمة المصاهرة، كان على المشرّع حذف عبارة "حسن النّية"، حماية لحقوق الطّفل، وحتّى لا يبقى مصيره معلّقا على حسن أو سوء نيّة الوالدين.

15- نصّت المادّة 61 على الآتي: "يفسخ الزّواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده، وذلك في الحالات الآتية:

* إذا كان الزّواج في المرض المخوف لأحد الزّوجين، إلّا أن يشفى المريض بعد الزّواج؛

* إذا قصد الزّوج بالزّواج تحليل المبثوتة لمن طلّقها ثلاثا؛

* إذا كان الزّواج بدون ولي في حالة وجوبه".

أعتقد أنّ الحالة الأخيرة المنصوص عليها في المادّة أعلاه لا تتناسب مع النّصوص المتعلّقة بالولاية على المرأة في الزّواج، فحسب المادّة 24: "الولاية حقّ للمرأة، تمارسه الرّاشدة حسب اختيارها ومصلحتها"، ونصّت المادّة 25 على أنّ: "للرّاشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوّض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها".

ولم يبق هناك حديث عن الولاية في حالة وجوبها، فالمادّة 209 حدّدت سنّ الرشد القانوني في 18 سنة شمسية كاملة، وتعدّ هذه السنّ أهلية الزّواج بمقتضى المادّة 19، والمادّة 20 أجازت لقاضي الأسرة المكلّف بالزّواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سنّ الأهلية المنصوص عليه في المادّة 19 بمقرّر معلّل يبيّن فيه المصلحة والأسباب المبرّرة لذلك، وبعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشّرعي والاستعانة بخبرة طبّية أو إجراء بحث اجتماعي، فليس هناك نصّ على الولاية في هذه الحالة، حيث استأثر القاضي بإذن الزّواج.

17- حذف إذن القاضي بتوثيق الزّواج المنصوص عليه في المادّتين 65 و67 من المدوّنة، تبسيطا للإجراءات التي صارت تمرّ ابتداء من طلب وانتهاء بإذن مرورا عبر العدلين.

19- إذا كانت المتعة شرعت لجبر الضّرر اللّاحق من الطّلاق، فإنّ جميع أسباب الطّلاق المعتمدة في تقدير المتعة، هي ذاتها تصلح معيارًا معتبرًا لتقدير التّعويض في مسطرة التّطليق للشّقاق، لذلك يمكن اعتماد قواعد المسؤولية المدنية عند تقدير هذا التّعويض (المتعة)، ما دام التّعويض يشمل المتعة، سيرا على نهج بعض القوانين الأسرية العربية.

وهكذا إذا كانت المتعة تحدّد انطلاقًا من مسؤولية كلّ من الزّوجين عن سبب الفراق، واستنادًا للبعد الزّمني (فترة الزواج)، والبعد القيمي (الوضعية المالية للزّوج، وحال الزوجة)، ومدى مناقضة قصد الشّارع في إيقاعه (تعسّف الزّوج في إيقاعه) ، فهي عناصر مجتمعة تصلح لتقدير التعويض.

ثم إنّ أسباب الطّلاق هي ذاتها أسباب التّطليق، فقد تسنى للأزواج أن يتّخذوا من مسطرة التّطليق للشّقاق بديلًا تشريعيًّا لمسطرة الطّلاق التي صارت نادرة.

لذلك، أليس إخلال أحد الزّوجين بشرط من شروط عقد الزّواج يعتبر سببًا للطّلاق وسببًا للتّطليق للشّقاق، ألا يعتبر إصرار أحد الزّوجين على الإخلال بالواجبات المنصوص عليها في المادّة 51 من مدوّنة

الأسرة سببًا للطّلاق وسببًا للتّطليق للشّقاق، ألا يعتبر كلّ تصرّف من الزّوج أو الزّوجة أو سلوك مشين أو مخلّ بالأخلاق الحميدة سببًا للطّلاق وللتّطليق؟

إنّ مستند كثير من المحاكم في تقدير التّعويض هي عناصر تقدير المتعة، ثم إنّ كثيرًا من المحاكم ترفض الاستجابة لطلب التّعويض عن الضّرر، سواء تقدم به الزّوج أو الزّوجة، بعلّة أنّ المتعة تشمل هذا التّعويض ارتفاعًا وانخفاضًا[1].

كما أنّ بعض القوانين الأسرية العربية لم تنص على حقّ المطلّقة في المتعة، وإنّما نصّت على حقّها في التّعويض، ما دام التّعويض يشمل المتعة، وفي هذا الصّدد تنصّ المادّة 52 من قانون الأسرة الجزائري[2]، على ما يلي: "إذا تبيّن للقاضي تعسّف الزّوج في الطّلاق حكم للمطلّقة بالتّعويض عن الضّرر اللّاحق بها".

كذلك ينصّ الفصل 31 من مجلة الأحوال الشّخصية التّونسية المؤرّخ في 18 فبراير 1981 في فقرته الثّالثة على ما يلي: " ويقضى لمن تضرّر من الزّوجين بتعويض عن الضّرر المادّي والمعنوي النّاجم عن الطّلاق في الحالتين المبيّنتين بالفقرتين الثّانية والثّالثة أعلاه. وبالنّسبة للمرأة يعوّض لها عن الضّرر المادّي بجراية تدفع لها بعد انقضاء العدّة مشاهرة... كلّ ذلك ما لم تخيّر التّعويض لها عن الضّرر المادّي في شكل رأس مال يسند لها دفعة واحدة".

وعلى غرار هذه القوانين، ينصّ المشرّع المصري في المادة 11 من قانون 100 لسنة 1985 على ما يلي: "... وإن عجزت المحكمة عن التّوفيق بين الزّوجين وتبيّن لهما (الحكمين) استحالة العشرة بينهما وأصرّت الزّوجة على الطّلاق قضت المحكمة بالتّطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزّوجة المالية كلّها أو بعضها وإلزامها بالتّعويض المناسب إن كان لذلك مقتض".

20- إذا كان الطّلاق بالنّسبة للزّوج يغني عن التّطليق، فإنّ التّرخيص للزّوج بمباشرة دعوى التّطليق خرج عن مقصد المدوّنة، وعلى سبيل المثال نصّت المادة 127 من المدوّنة على الآتي: "الطّلاق المكمل للثلاث يزيل الزّوجية حالا، ويمنع من تجديد العقد مع المطلقة إلّا بعد انقضاء عدّتها من زوج آخر بنى بها فعلا بناء

1 - انظر: الخشيبي، عبد اللطيف، "**خصوصيات القواعد المدنية في مدونة الأسرة من خلال استغراق التعويض للمتعة**"، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 23، أكتوبر 2022، ص: 220.

2- قانون رقم 84-11 مؤرّخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984، المعدّل والمتمّم بالأمر رقم 05-02 المؤرّخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية مؤرخة في 27 فبراير 2005.

شرعيا"، ومن المعلوم أنّ جميع أحوال الطلاق والتطليق تتم بمقتضى حكم قضائي، فهل التّطليق للشّقاق تنطبق عليه المادة المذكورة؟

21- العدد الإجمالي لحالات الطّلاق، يجعل الباحث يتساءل عن مدى فعّالية مسطرة الصّلح الإجبارية في قضايا الطّلاق والتّطليق، في التّقليص من حالاته وإعادة الاستقرار للحياة الزّوجية.

22- اعتبرت مدوّنة الأسرة من بين وسائل إجراء الصّلح انتداب الحكمين، طبقًا لمقتضيات المواد 82 و95 و96 و113 و120، والتّحكيم فرع من فروع القضاء، وعلى غرار مدوّنة الأحوال الشّخصية الملغاة لم تحدّد مدوّنة الأسرة من له الصّفة ليكون حكمًا، وحتّى الدّليل العملي الذي تدارك الأمر بالتّنصيص على شروط الحكمين لم ينصّ صراحة على شرط العدالة والخبرة. ونظرا لانشغال النّاس بأحوالهم وشؤونهم، لا بدّ من تنظيم مؤسّسة الحكمين تنظيمًا قانونيا، بصدور نصّ تشريعي أو تنظيمي يحّدد الشروط المعتمدة لاختيار الحكّام، وكيفية تحديد واستفاء أتعابهم على غرار ما هو معمول به بالنّسبة للخبراء.

23- صياغة المادة 99 بناء على مبدأ المساواة بين الزّوجين فيكون أيضا من حقّ الزّوج المتضرّر طلب الطّلاق والمطالبة بالتّعويض.

24- صياغة المادّة 106 بناء على مبدأ المساواة بين الزّوجين كالآتي: "إذا حكم على أحد الزّوجين بثلاث سنوات فأكثر سجنا أو حبسا، جاز للطرف الآخر أن يطلب التّطليق بعد مرور سنة من اعتقاله".

25- نصّت المادّة 115 بما يأتي: "للزّوجين أن يتراضيا على الطّلاق بالخلع طبقا لأحكام المادّة 114 أعلاه"، ومتن المادتين معا لا يفي بالغرض، ومثل هذه المتون غير مقبولة من المشرّع، ويمكن جمع المادّتين حماية لحقّ الطّرفين كالآتي: "للزّوجين أن يتراضيا على الطّلاق بالخلع، فإن لم يتراضيا وأصرّت الزّوجة على طلبها وخالعت نفسها بالتّنازل عن حقوقها المترتّبة عن مقتضيات هذه المدوّنة، وردّت على الزّوج الصّداق، حكمت المحكمة لها بالطّلاق، وإذا لم يكن الصّداق محدّدا قدّرته المحكمة مع مراعاة مقتضيات المادّة 26".

26- خوّل المشرّع حق الرّجعة للزّوج وحده في حالة رغبته، وأبعدت رغبة الزوجة، حيث قضت المادّة 124 بما يلي: "إذا رغب الزّوج في إرجاع زوجته المطلّقة طلاقا رجعيا..."، وانسجاما مع قوله تعالى: ﴿**فإن طلّقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا**﴾[1]، وانسجاما كذلك مع المواد 4 و10 و11 من المدوّنة، يمكن صياغة المادّة بما يأتي: "إذا رغبا الزوجان في الرجعة أشهدا عدلين على ذلك".

[1] - سورة البقرة من الآية 228

27- نصّت الفقرة الأولى من المادّة 128، على عدم جواز الطّعن في المقرّرات القضائية الصّادرة بالتّطليق أو بالخلع أو بالفسخ في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزّوجية، لكن منحًا للطّرفين مهلة التّقاضي على درجتين، التي هي من المبادئ الدّستورية، وفسحًا في الزّمن، واستقرارا للأسرة، كان من الواجب عدم ترتيب الطّلاق طبقًا للمادة 123 من المدوّنة.

لذلك وجب فتح باب الطّعن بالاستئناف فقط أمام جميع الأحكام التي تصدر في موضوع الطّلاق والتّطليق، وتكون الأحكام نهائية بالنسبة للطّلاق بالاتّفاق، كما أنّ المدوّنة فتحت مجال الطّعن في الخلع إذا وقع تحت الإكراه أو كان نتيجة إضرار الزّوج بزوجته حسب مقتضيات المادة 117.

28- لم تشر المدوّنة إلى أنّ الخلوة الصّحيحة بين الزّوجين مناط لاستحقاق الصّداق، في حين أنّ المادّة 130 من المدوّنة اعتبرت الخلوة سببا للعدّة على المتوفّى عنها زوجها.

29- رغم أنّ مدونة الأسرة اعتبرت الخبرة الجينية وسيلة لإثبات النّسب ونفيه، فإنّ حصرها لأسباب لحوق النّسب في الفراش والشّبهة والإقرار حدّ من فرص إعمال الخبرة الجينية، مع أنّ الخبرة الجينية سببا للحوق النّسب لأنّها دليل علمي أقوى من الإقرار، والنّسب يرتّب آثارا كبيرة، من بينها حرمة المصاهرة، وحفظ الأنساب من الاختلاط، وحماية المصلحة الفضلى للطّفل.

30- يطرح التّساؤل حول مدى فعّالية أسباب لحوق النّسب المحدّدة قانونا، ومدى تحقيقها لمبدأ العدل والمساواة بين طرفي نفس العلاقة، فكيف يجوز للرّجل أن ينسب الطّفل إليه بمجرّد إقراره، ودون حاجة لإثبات الفراش، بينما لا يجوز للمرأة أن تنسب الطّفل لأبيه البيولوجي إلّا إذا أثبتت الفراش، حتّى وإن أثبتت الخبرة الجينية البنوّة البيولوجية، ويكون الأب البيولوجي في حلّ من أيّ التزام تجاه ابنه المولود خارج إطار الزّواج، فلا يتحمّل نفقته ولا تكاليف تربيته، وهو ما يسهم في تفاقم هذه الظّاهرة.

31- نصّت المادة 156 على ما يأتي: "إذا تمّت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول..."، وكما هو معلوم فإنّ الإيجاب والقبول ركن من أركان عقد الزّواج حسب مقتضيات المادة 10 من المدونة، واعتبرت المادة 5 الخطبة مجرد تواعد بالزّواج بين رجل وامرأة، والتّواعد بالزّواج ليس زواجا.

32- إنّ التّداخل بين مقتضيات المادة 156 والمواد 5 و10 و11 من المدوّنة أربك المشرّع وهو يقرّ بشرعية الحمل أثناء فترة الخطبة، وكان على المشرّع أن ينصّ على تحميل الأب مسؤوليته في النّسب والنّفقة تجاه طفله المولود من المرأة التي اغتصبها أو غرّر بها.

33- إذا كان المشرّع نصّ على أنّ أهلية الشّخص للزّواج تكتمل ببلوغه سن 18 سنة شمسية كاملة، واستثناء من ذلك يمكن للقاضي المكلّف بالزّواج أن يأذن بالزّواج بسنّ أقل من ذلك، فإنّ المشرّع لم يشترط ذلك بخصوص الخطبة، ممّا يطرح إشكالية الحمل النّاتج عن الخطبة في حالة وجود أحد الطرفين قاصرا.

34- قضت المادّة 4 أنّ الأسرة تحت رعاية الزّوجين، بينما نصّت المادّة 199 على ما يأتي: "إذا عجز الأب كلّيا أو جزئيا عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأمّ موسرة، وجبت عليها النّفقة بمقدار ما عجز عنه الأب"، ممّا يعني أنّ مساهمة الزّوجة الموسرة في نفقة الأسرة هي من باب الاحتياط فقط، ويقضي ذلك بغياب التّعاون بين الزّوجين.

وبعلّة وجوب النّفقة على الزّوج فقط تمّ إقصاء التّعويض المادّي للزّوج في حالة وفاة زوجته في حادثة سير طبقا لما ينصّ عليه قانون 2 أكتوبر 1984 الخاص بتعويض المصابين في حوادث السّير، أمّا إذا توفي الزّوج في حادثة سير استحقّت أرملته تعويضا ماديّا ومعنويا حسب ما فقدته من مورد عيشها حسب مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 4 من نفس القانون.

36- إلغاء الفقرة الأخيرة من المادّة 238 التي قضت بما يأتي: "في حالة وجود وصي الأب مع الأم، فإنّ مهمّة الوصي تقتصر على تتبّع تسيير الأمّ لشؤون الموصى عليه ورفع الأمر إلى القضاء عند الحاجة"، لأنّه لا وصي مع وجود الولي.

37- إذا كان الأصل في الأخذ بالوصية الواجبة هو المذهب الظّاهري، فيجب الرّجوع بخصوص تفريعاتها إلى هذا المذهب، باعتبار الفقه الإسلامي وحدة كاملة لا مذاهب متفرقة، فتكون غير محدّدة بالثّلث بالنّسبة للأحفاد.

ولذلك أرى أن يكون النصّ كما يأتي: أن يكون للأحفاد نصيب بمقدار حصّتهم ممّا يرثه أبوهم عن أصله المتوفى، وهو ما نصّ عليه الفصل 146 رابعا من مشروع القانون الأساسي المتعلق بإتمام مجلة الأحوال الشخصية التونسية عدد2018/90: "الأحفاد إناثا أو ذكورا مهما كانت طبقتهم يرثون مثل ما كان سيرجع لأصلهم المباشر كما لو كان حيا في تاريخ وفاة سلفه.

ويوزّع نصيب الأحفاد بينهم بالتساوي".

39- إذا كانت الوصيّة الواجبة شرعت حماية لمركز الأحفاد من حجب أعمامهم إن وجدوا، وذلك على جهة الاستحسان، لأنّ الأصل هو حجب الأحفاد من طرف الأعمام، والتّمسّك بهذا الأصل يضرّ بالأحفاد، والضّرر يزال، فينبغي الأخذ بذلك في حقّ القرابة وتوسيع دائرة الوصيّة الواجبة، ومن ذلك:

- حجب الأخ الشقيق لابن الأخ الشقيق، فإنّ الضّرر الذي ينال الأحفاد من جهة الابن ينال ابن الأخ الشقيق من طرف الأخ الشقيق، حيث انهم محرومون من الميراث من جهة (العم).

- من لا يرث من الوالدين غير المسلمين، والزّوجة الكتابية بسبب تزايد الزّواج المختلط، لقوله تعالى: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**﴾[1]، متى لم تتم لهم الوصية إراديا.

خاتمة

شكّلت مدوّنة الأسرة قفزة نوعية للنّهوض بوضعية المرأة المغربية وإعطائها المكانة المستحقّة وتحقيق توازن الأسرة، إلّا أنّ التّجربة كشفت وجود عوائق أمام استكمال هذه المسيرة، فكان لابدّ من تفعيل المؤسّسات الدّستورية المعنية بحقوق الأسرة، وتحيين الآليات والتّشريعات الوطنية للنّهوض بوضعيتها.

وإذا كانت العوائق السوسيولوجية تحتاج إلى كثير من المعالجات القانونية والثّقافية والاجتماعية والاقتصادية، بما يضمن للمجتمع المغربي أن يسير حثيثا لتحقيق المواطنة الكاملة والتّنمية المستدامة، فإنّ بعض نصوص المدوّنة لابد من تعديلها لتستجيب للتّحوّلات الاجتماعية والاقتصادية والثّقافية، وللسّياق السّياسي والدّستوري وللالتزامات الدّولية التي صادق عليها المغرب، كلّ ذلك في إطار مقاصد الشّريعة وخصوصيات المجتمع المغربي التّاريخية والثّقافية والحضارية.

وهكذا فإنّ الاجتهاد الفقهي قدرة منهجية على الفهم السّليم للشّريعة ولواقع المكلّف، وعلى تنزيل نتائج الفهم على الواقعات، بمعنى تنزيل الثّوابت على المتغيّرات، وربط المتغيّرات بالثّوابت، في علاقة منهجية منضبطة ومتوازنة من جهة المنهج، وفي علاقة دائمة ومتحرّكة من جهة الواقع، وقدرة على البناء والتّوليد والاستنباط على الدّليل، لمواجهة كل القضايا المتولّدة عن قانون المدافعة الذي تقوم عليه الحياة البشرية.

وإذا كان للتّشريع دوره الذي يمنع الفوضى وعدم الاستقرار داخل النّظام القانوني، فإنّ للاجتهاد القضائي دوره الذي يضمن ملاءمة وبيان وتطوّر القواعد القانونيّة، حيث يمنح القاضي فرصة الفصل في

[1] - سورة البقرة، الآية 180.

النّزاع المعروض في حالة غياب النّص التّشريعي، كما يعمل على تحفيز القضاة لبذل مزيد من الجهد في فهم وتحصيل وتطوير القواعد القانونية، تحقيقا للعدالة القضائيّة، ومشاركة في تأسيس وبناء القواعد القانونيّة، على نحو يمكن القول معه إنّ التّشريع والاجتهاد القضائي متكاملان في النّظام القانوني الوطني.

المراجع المعتمدة

- االشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي (790هـ)، "**الموافقات**"، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، دار ابن عفان، 1417هـ/ 1997م.
- ابن عاشور ، محمد الطاهر، "**كشف المغطى عن المعاني والألفاظ الواقعة في الموطأ**"، الشركة التونسية للتوزيع تونس، 1976م.
- ابن منظور ، جمال الدين أبو الفضل، محمد بن مكرم بن علي (ت711هـ)، "**لسان العرب**"، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، 1414هـ.
- القزويني، أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكرياء ،"**معجم مقاييس اللغة**"، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ/1979م.
- الزمخشري جار الله، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد (ت538هـ)، "**الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل**"، الطبعة الثالثة، دار الكتاب العربي، بيروت، 1407هـ.
- ابن العربي المعافري الاشبيلي المالكي، محمد بن عبد الله أبو بكر، (ت543هـ)، "**أحكام القرآن**"، تحقيق محمد البجاوي، عيسى الباسمي الحلبي، الطبعة الثانية، مصر، 1387هـ-1967م.
- الفيروز آبادي، أبو طاهر محمد بن يعقوب (ت817هـ)، "**القاموس المحيط**"، تحقيق مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، الناشر مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1426هـ/2005م.
- الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد (1357هـ)، "**شرح القواعد الفقهية**"، صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، 1409هـ/1989م.
- ابن قيم الجوزية، شمس الدين محمد بن أبي بكر (ت751هـ)، "**إعلام الموقعين عن رب العالمين**"، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ - 1991م.
- التهانوي، محمد بن علي ابن القاضي الحنفي (ت بعد 1158هـ)، "**موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم**"، تحقيق علي دحروج، الطبعة الأولى، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1996.
- فضل الله، السيد محمد حسين، "**الاجتهاد بين أسر الماضي و آفاق المستقبل**"، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء.
- حمادي، إدريس، "**البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة**"، طبعة إفريقيا الشرق .
- الخشيبي، عبد اللطيف، "**مركز الاجتهاد في مدونة الأسرة**"، تقديم الدكتور محمد الشافعي، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، 2022.
- الخشيبي، عبد اللطيف، "**خصوصيات القواعد المدنية في مدونة الأسرة من خلال استغراق التعويض للمتعة**"، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 23، أكتوبر 2022.

مركز أفكار للدراسات والأبحاث

Afkaar Center for Studies and Research

htts//Afkaar.center

afkaarcenter@gmail.com

facebook.com/afkaarcenter

يناير 2025