

## بعض عيوب الصياغة في كتاب انحلال ميثاق الزوجية وآثاره من مدونة الأسرة المغربية.

مولاي عبد الرحمن قاسمي،

أستاذ القانون الخاص، - جامعة ابن زهر.

### مقدمة:

أهمية الصياغة، تكتسبها من أهمية موضوعها، وما إذا استطاعت أن تكون سبيلا إلى تحقيق مقاصده، وأهمها المحافظة على مصالح المجتمع وتحقيق العدالة؛ ولكون هذه الغاية نسبية في المجتمعات فإن الصياغة الناجحة هي صياغة تستجيب لنسبية الغاية المجتمعية، وهو أمر يفرض على الصائغ أن يوفق بين المصالح المختلفة، وإحكام كل من المبنى والمعنى الذي تقتضيه تلك المقاصد.

ولا تخفى أهمية موضوع مدونة الأسرة<sup>1</sup>، ومن خلاله أهمية صياغتها وإصلاحها، إلى جانب أهمية إحداث قسم قضاء الأسرة<sup>2</sup>، وهو ما حظي باهتمام بالغ، واستثمرت فيه عدة علوم ومعارف من أهمها علم القانون، وعلم السياسة وعلم الاقتصاد والسوسيولوجيا وعلم اللغة وعلم المنطق والانتروبولوجية القانونية، وعلم القياس القانوني وعلوم أخرى بدرجات متفاوتة<sup>3</sup>.

إلا أنه يلاحظ، من جهة، الاختلاف القضائي السلبي بشأن مجموعة من المقتضيات، مما يؤدي إلى خلق أوضاع شاذة غير منصفة بين المتقاضين فيتهدد الأمن القضائي نتيجة غياب الأمن القانوني؛ ومن جهة أخرى، بروز أشكال جديدة للتقاضي تفرغ كل إصلاح من جدواه، ونبل المقاصد من معناه.

ومع أن القضاء هو أحد أهم الأجهزة التي تقاس به درجة التطور الديمقراطي للأنظمة السياسية، وذلك بما يضمنه من أمن على مستوى حسن تطبيق القانون وحماية حقوق وحريات أساسية للإنسان والالتزام بها.

- قانون رقم 70-03 بمطابقة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 22.04.1 بتاريخ 3 فبراير 2004، 1 منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004، ص: 418.

- بمقتضى المادة المفردة من القانون رقم 73.03 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.24 بتاريخ 12 من 2 ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)؛ الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 454.

- دليل إعداد وصياغة القوانين بمجلس المستشارين المغربي ص 3.63

وكذلك الأمر بالنسبة للتشريع، وأكثر، لأنه يعد منطلق الأمن والتطور، فكان لزاما على الصائغ تبني منهجية محكمة في الصياغة، لتوفير تشريع يستجمع شروط العدل والإنصاف، وضرورة الانسجام مع روح العصر، إلا أنه قد يعجز فيستغيث بالقضاء ويفوض له بعض مهامه، مما يقتضي وبالضرورة، ضبط ما فوض له بنص تشريعي محكم.

ذلك ما يبرر التساؤل المزدوج عن مدى ضمان التشريع لحقوق الناس، قبل التساؤل عن مدى ضمان القضاء لتلك الحقوق، ثم التساؤل عن مدى حنكة الصائغ في صياغته لقانون، قليل العيوب، ضيق فيه هامش التحكم القضائي واختلاف أحكامه، ويتسع فيه هامش الأمن القانوني، كإطار مرجعي للأمن القضائي والاجتماعي.

ولمناقشة هذا التساؤل، اخترت نموذج صياغة كتاب انحلال ميثاق الزوجية وآثاره من مدونة الأسرة المغربية، كما اخترت عدم الاقتصار على الدراسة النظرية للتشريع، بل لابد من تعزيزها بالتنقيب في العمل القضائي، للوقوف على بعض الإشكاليات التي تطرح عليه والخاصة بعيوب الصياغة، والبحث عن إمكانيات معالجتها.

ولمحاولة تحقيق ذلك، سأعتمد التصميم التالي:

**المبحث الأول: بعض العيوب المتعلقة بعدم الالتزام بقواعد عامة في الصياغة:**

**المبحث الثاني: بعض العيوب المرتبطة بالإخلال بالأمن القانوني والقضائي.**

### **المبحث الأول: بعض العيوب المتعلقة بعدم الالتزام بقواعد عامة في الصياغة:**

إنتاج نص في مستوى طموحات السياسات العامة ومبادئ دولة الحق والقانون، يستلزم اعتماد الصائغ في عمله على قواعد عامة في الصياغة، وتقنيات صارمة ودقيقة، وتندرج ضمن منهجية مضبوطة ومحكمة.

ومن بين أهمها والتي تساهم في صياغة النص بشكل يحقق مقاصده النبيلة وبأقل العيوب: حسن التنظيم والتصنيف، لجعل الأحكام الفنية والشكلية بسيطة، يهتدي من خلالها المعني بالتشريع إلى الحكم الذي يبحث عنه دون مشقة (الفقرة الأولى)، ثم يسهل عليه فهم الحكم الموضوعي الذي يتضمنه، ويقل الاختلاف القضائي بشأنه وتتحقق جدواه، خاصة إذا تحقق الانسجام والملاءمة مع مبادئ السياسة التشريعية للبلد (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: في حسن التنظيم والتصنيف:

من بين ما يسهل التعامل مع أحكام كتاب انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، تنظيمها تنظيما منسجما مع قواعد التبويب والتقسيم، التي عرفت منذ ظهور قانون حمورابي<sup>1</sup>، والمغرب قد درج على اعتماد هذه التقنية من أول تشريع.

لأنه مما لا شك فيه أن التبويب والتقسيم يسهل فهم التشريع الكبير الحجم في جزئياته وعموميته ويسهل مسألة الإحالة، واللجوء المباشر إلى المقتضيات المرغوب فيها، وهو بذلك أداة بيداغوجية لتوصيل المعلومة إلى المعني بها، وغيابه يشوش على ذهن المطلع على القانون؛ ويلزمه ببذل كثير من الجهد والمشقة للوصول إلى الحكم المراد إعماله، وبعد الوصول إلى الحكم قد يتعذر استخلاص إرادة المشرع منه، لعيب في التصنيف، حيث إن الموضع الطبيعي للنص يوجي إلى هدفه ومعناه كما يسهل الوصول إليه؛ بل إن موضع النص قد يكون له أثر في استنباط الحكم الذي يتضمنه؛ لذلك فإن حسن الترتيب والتقسيم والتبويب آية على البراعة في سن التشريعات، وكل خلل في هذا الأمر يوجي ويدل على انعدام المهارة في الصياغة التشريعية.

وعموما، فإن صائغ المدونة قد وفق إلى أهم مبادئ التبويب، فيلاحظ أن الترتيب جاء حسب الأهمية، فالأهم يكتب قبل الأقل أهمية، والأحكام العامة قبل الخاصة، والمواد التي تأتي بحكم موضوعي قبل المواد التي تأتي بحكم إجرائي، ثم ترتيب المواد حسب مسارها الزمني كما يتسلسل فعلا حكمها في التطبيق؛...

إلا أن الكتاب الثاني من المدونة الذي خصص لانحلال ميثاق الزوجية وآثاره، (المواد 70 إلى 141)، فيه من العيوب ما قد يربك الفهم ويقلل من فرص تحقيق مقاصده، ذلك أن الكتاب من المفترض أن يقسم، حسب مكونات عنوانه إلى ثلاثة أقسام عوض تقسيمه إلى ثمانية أقسام حاليا، أو على الأقل إزالة لفظ آثاره من العنوان، لأن الآثار جزء من الأحكام التي يجب أن تندرج ضمن الكتاب ولو من غير ذكرها في العنوان، ولا مبرر لتمييز الآثار عن غيرها من الأحكام<sup>2</sup>؛ وإذا تم التقسيم حسب مكونات العنوان فسيقتصر التقسيم على ثلاثة

1 - للإشارة فمدونة حمورابي لم تكن مرتبة ولا مبوبة، إلى أن أعاد صياغتها وتبويبها شراح القانون الروماني المحدثون، أنظر رجاء ناجي المكاوي، علم القانون ماهيته، مصادره، فلسفته وتطبيقه، سلسلة اعرف حقوقك، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط 2013، ص: 325.

التبويب المقترح	التبويب الحالي
-----------------	----------------

أقسام عوض ثمانية، الأول لصور انحلال ميثاق الزوجية والثاني للأثار أما الثالث فيخصص للإجراءات؛ وهو التقسيم الذي سيسمح بحسن التصنيف.

وهو ما يقصد به فن جمع الأحكام ذات الموضوع الواحد في مكان واحد<sup>1</sup>، حيث يسهل الرجوع إلى الكتاب أو القسم أو الباب الذي يوجد فيه الموضوع والمقتضيات ذات الصلة؛ ولعل ذلك مما يحقق وحدة الموضوع فيزداد وضوح ودقة المقتضيات، لأن اختلاف الأحكام والمواضيع التي يتم إدراجها في موضع واحد، يربك الفهم ويؤدي إلى الغموض واللبس.

=

<p>الكتاب الثاني : انحلال ميثاق الزوجية وآثاره.</p> <p>القسم الأول : انحلال ميثاق الزوجية.</p> <p>الباب الأول : الوفاة والفسخ.</p> <p>- الفرع الأول : الوفاة.</p> <p>- الفرع الثاني : الفسخ.</p> <p>الباب الثالث : الطلاق.</p> <p>الباب الرابع : التطليق.</p> <p>- الفرع الأول : التطليق بسبب الشقاق.</p> <p>- الفرع الثاني : التطليق لأسباب أخرى.</p> <p>أولا : الإخلال بشرط الزواج أو الضرر.</p> <p>ثانيا : عدم الإنفاق.</p> <p>ثالثا : الغيبة.</p> <p>رابعا : العيب.</p> <p>خامسا : الإيلاء والهجر.</p> <p>سادسا : دعاوى التطليق.</p> <p>الباب الخامس : الطلاق بالاتفاق أو بالخلع.</p> <p>- الفرع الأول : الطلاق بالاتفاق.</p> <p>- الفرع الثاني : الطلاق بالخلع.</p> <p>الباب السادس : أنواع الطلاق والتطليق.</p> <p>إدراجها كفقرة ثانية من المادة 70. (التدابير المؤقتة)</p> <p>الطلاق الرجعي والطلاق البائن.</p> <p>القسم الثاني : آثار انحلال ميثاق الزوجية.</p> <p>- الباب الأول : العدة.</p> <p>الفرع الأول : عدة الوفاة.</p> <p>الفرع الثاني : عدة الحمل.</p> <p>- الباب الثاني : تداخل العدة.</p> <p>القسم الثالث : إجراءات ومضمون الإشهاد على الطلاق.</p>	<p>الكتاب الثاني : انحلال ميثاق الزوجية وآثاره.</p> <p>لقسم الأول : أحكام عامة.</p> <p>القسم الثاني : الوفاة والفسخ.</p> <p>- الباب الأول : الوفاة.</p> <p>- الباب الثاني : الفسخ.</p> <p>القسم الثالث : الطلاق.</p> <p>القسم الرابع : التطليق.</p> <p>- الباب الأول : التطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق.</p> <p>- الباب الثاني : التطليق لأسباب أخرى.</p> <p>الفرع الأول : الإخلال بشرط الزواج أو الضرر.</p> <p>الفرع الثاني : عدم الإنفاق.</p> <p>الفرع الثالث : الغيبة.</p> <p>الفرع الرابع : العيب.</p> <p>الفرع الخامس : الإيلاء والهجر.</p> <p>الفرع السادس : دعاوى التطليق.</p> <p>القسم الخامس : الطلاق بالاتفاق أو بالخلع.</p> <p>- الباب الأول : الطلاق بالاتفاق.</p> <p>- الباب الثاني : الطلاق بالخلع.</p> <p>القسم السادس : أنواع الطلاق والتطليق.</p> <p>- الباب الأول : التدابير المؤقتة.</p> <p>- الباب الثاني : الطلاق الرجعي والطلاق البائن.</p> <p>القسم السابع : آثار انحلال ميثاق الزوجية.</p> <p>- الباب الأول : العدة.</p> <p>الفرع الأول : عدة الوفاة.</p> <p>الفرع الثاني : عدة الحمل.</p> <p>- الباب الثاني : تداخل العدة.</p> <p>القسم الثامن : إجراءات ومضمون الإشهاد على الطلاق.</p>
---	--

- محمود محمد على صبرة، - أصول الصياغة القانونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، طبعة 2012، ص: 147.

وتتحقق وحدة الموضوع عندما يكون عنوان الكتاب أو القسم أو الفرع يمثل حاصل جمع كل عناوينه الجزئية، أي كون الموضوع الرئيس أولاً ثم الموضوعات الفرعية التي تتبعه ثانياً، مع ثبوت العلاقة بينها، ثم أن تتناول المواد أحكاماً مرتبطة بعنوان الفرع الذي تندرج تحته، مع ضرورة الارتباط والانسجام بين الأحكام التي ترد في كل مادة، ما لم تقتصر على حكم واحد وهو الأنسب لتحقيق مقاصد التصنيف.

لذلك فإن أهمية العناوين من أهمية التقسيمات، حيث تضفي مزيداً من الإيضاح، وتسهل على المستخدمين للتشريع مسعاهم، لذلك يجب أن تعبر بدقة عن محتوى كل جزء، سواء كان طويلاً أم قصيراً، جملة تامة، أو مجرد كلمة واحدة؛ ويجب أن تعبر عن جوهر ما ينطوي تحتها من مقتضيات، وإلا سيكون ذلك سبباً للغموض واللبس.

وارتباطاً بما سبق، فإن تنظيم أي تشريع يرتبط بمضمونه، فالتشريع المحكم في شكله جيد في مضمونه، أو يفترض أن يكون كذلك، والعكس صحيح<sup>1</sup>، لذلك يجب الاهتمام ببنية التشريع بقدر الاهتمام بموضوعه، وذلك بالاعتناء بتقنيات الصياغة عامة والتقسيم والتصنيف خاصة، بما يضمن الانسجام بين مقتضيات التشريع، ويحقق الدقة والبساطة.<sup>2</sup>

كما أن تيسير التعامل مع التشريع بحسن صياغته، وحسن تنظيمه وتصنيفه، يقتضي أن تكون الألفاظ والعبارات المكونة للجملة التشريعية، والجمال المكونة للنص التشريعي، بالقدر اللازم لإنشاء الحكم المقصود، والتخلي عما لا طائل منه، وما لا فائدة منه في تحقيق أغراض السياسة التشريعية، وبهذا المنطق يمكن الاستغناء عن كثير من المقتضيات، التي تخل بالتنظيم وحسن التصنيف، دون أن يترك ذلك أي أثر موضوعي، ومن بينها:

- أشكال التعبير عن الطلاق وحالاته: فلما ثبت أن من أهم مستجدات مدونة الأسرة، اعتبار الطلاق تصرفاً شكلياً<sup>3</sup>، حيث إن توقيعه يقتضي المرور عبر المسطرة القضائية المنصوص عليها في إطارها، (المواد من 70 إلى 128)، فإن المواد التي تتحدث عن أشكال التعبير عن الطلاق، من لفظ وكتابة وإشارة، ثم عن حالاته كطلاق السكران والمكره ثم

1- محمود محمد علي صبرة، م.س، ص 122.

2 - رافد خلف هاشم البهدالي وعثمان سلمان غيلان العبودي، التشريع بين الصياغة والصناعة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2012، ص: 75 وما يليها.

3- محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، الطبعة الأولى 2006، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الجزء الثاني، ص: 37.

طلاق الغضبان، والحلف باليمين أو الحرام، والطلاق المقترن بعدد، والمعلق على فعل شيء أو تركه، المواد 73-90-91-92-93+، هي مواد غير عملية، ولا طائل منها في إنشاء الطلاق، حيث كان في المدونة الملغاة بمجرد اللفظ، أما مع الإصلاحات التي طالتها، فإن الطلاق لا يعتد به إلا بعد إذن القاضي، والإشهاد به<sup>1</sup>، أو بالحكم القضائي بالتطليق.

فاللفظ، في ظل مدونة الأسرة، لا ينشئ الطلاق وأيضا الكتابة والإشارة، كما أن الطلاق في حالة السكر أو الإكراه أو الغضب أو الحلف باليمين أو الحرام، والطلاق المقترن بعدد والمعلق على فعل شيء، لا يقع، وهي حالات اختلف فيها الفقه الإسلامي<sup>2</sup>، ويبدو أن أحكامها تعبدية، ترتبط بعقيدة الإنسان، إلا أن جعل الطلاق تحت مراقبة القضاء وربطه بشكليات قضائية، يوقع المخاطبين بتلك الأحكام في وضعيات الحيرة<sup>3</sup>، حيث قد يكون الطلاق واقعا شرعا، بينما في إطار المدونة لا يعد طلاقا<sup>4</sup>.

ومما لا طائل منه في إنشاء الحكم، نجد أيضا المادة 115 التي جاء فيها: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114". ودليل عدم جدواها إحالتها على التي لها الجدوى القانونية، كما أن الطلاق الخلعي هو نفسه اتفاقي، أي مع اختلاف المبني لم يختلف المعنى، والاكتفاء بأحدهما مع دمج أحكامهما يكفل الحماية أكثر للزوجين، خاصة في حالة اختيار الاتفاقي، المنظم بمادة فريدة، من غير إحالة على ما يحمي من الشروط التعسفية ومن الإكراه... الواردة في المواد المنظمة للخلع.

### الفقرة الثانية: في الانسجام والملاءمة:

تفادي عيوب الصياغة وتسهيل فهم أحكام كتاب انحلال ميثاق الزوجية وأثاره، يقتضي الحرص على تحقيق الانسجام والملاءمة بين أحكام المدونة خاصة، وبينها وبين أحكام السياسة التشريعية عامة، ذلك أن المنظومة التشريعية داخل الدولة يجب أن تكون موحدة

1- وزارة العدل، قضاء الأسرة، مجلة متخصصة، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، العدد الأول، يوليوز 2005، مطبعة فضالة، ص: 58.

2- يراجع عبد الله ابن الطاهر السوسي التناني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، الكتاب الثاني، مطبعة إمارسي، مطبعة فنون القرن 21 الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2007، ص: 54 وما بعدها.

3- راجع مثلا ما جاء في حكم ابتدائية سيدي بنور بتاريخ 2005/1/13، ملف عدد 4/638 منشور بالمنقضى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة المعلومة للجميع، ع17، فبراير، الرباط، مطبعة إليت 2009 ص: 42.

4- عبد الله السوسي، م.س، ص: 53.

متناغمة، وتتكامل في تحقيق أهدافها، وتحرص على أن يحيط كل جزء من المنظومة بمجال تنظيمه، وألا يترك فراغ يمكن تداركه بجزء آخر، وألا ينظم ضمنه ما لا يدخل في حدوده. ولعل تحقيق الانسجام والملاءمة بين مقتضيات التشريع وغاياته ومقاصده هو من الأولويات، لذلك فمن حيث ملاءمة المدونة مع ما تسعى إليه من الأهداف والمقاصد، التي جاء أهمها في ديباجتها، فإنه، كمبدأ عام، يلاحظ الانسجام، إلا استثناء، ومن الأمثلة على هذا الاستثناء:

. أن من أهم ما أسس عليه الطلاق من مبادئ هو: "إن أبغض الحلال عند الله الطلاق"، على وفق ما جاء في الديباجة، وقد أكدها وضع المشرع للقاعدة "الإطار" في مجال حل ميثاق الزوجية وهي: "لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو التطليق إلا استثناء، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين لما في ذلك من تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال" المادة 70؛ وهي قاعدة تنسجم كلياً مع الأحكام العامة للفقهاء الإسلاميين، غير أن المشرع لم ينسجم مع الفلسفة العامة للقاعدة أعلاه، عندما قرر أنه: "إذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها، ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائياً مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 بعده". (الفقرة الأخيرة من المادة 45 من المدونة): وهو ما لا ينسجم أيضاً مع قواعد التقاضي وخاصة القاعدة التي أقرتها المادة الثالثة من قانون المسطرة المدنية<sup>1</sup> وهي: "يتعين على القاضي أن يبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ له أن يغير تلقائياً موضوع أو سبب هذه الطلبات ويبت دائماً طبقاً للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة".

. أيضاً من المقاصد التي صرحت بها المدونة: جعل الطلاق حلاً لميثاق الزوجية يمارس من قبل الزوج والزوجة، كل حسب شروطه الشرعية، وبمراقبة القضاء، هو ما لا ينسجم مع "تقييد الممارسة التعسفية للرجل في الطلاق..."، لأن إقرار حق حل الميثاق للزوجين ينسجم معه وجوب تقييد التعسف في ممارسة هذا الحق من كلا الزوجين وليس الرجل فقط.

كما أن صياغة أحكام انحلال ميثاق الزوجية فيها ما يسمح بمثل تلك الممارسات، فقبل الطلاق، مثلاً، قد يستصدر الزوج الإذن في شأنه، إلا أنه لا يوجد في التشريع ما يلزمه

- ظهور شريف بميثاق قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالصادقة على نص<sup>1</sup> قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741.

بتوثيقه لدى العدلين، رغم أنه قد يفسر عدم الإشهاد به تراجعاً عن الطلب<sup>1</sup>، ويسوء الأمر أكثر في حالة الطلاق الاتفاقي، حيث إن مستصدر الإذن قد يستغل هذه المرونة، ويعلق وضعية العلاقة، لا هي زواج ولا هو طلاق، فيقع التنكيل بالطرف الآخر<sup>2</sup>.

لذلك، وحرصاً على الانسجام مع الفلسفة العامة للمدونة، والقائمة على القاعدة الفقهية العامة "لا ضرر ولا ضرار"<sup>3</sup> يتعين على المشرع التنصيص على أن الطلاق يترتب آثاره من تاريخ إصدار الإذن القضائي، وأن الطلاق الاتفاقي يقع بمقتضى حكم نهائي من المحكمة، لوضع حد لتلاعبات أي من الطرفين، والحيلولة دون ممارسة الطعون الكيدية<sup>4</sup>، وهو الحل الذي تبناه المشرع الفرنسي بمقتضى القانون الصادر بتاريخ 11 يوليوز 1975<sup>5</sup>؛ أو اعتبار أي إجراء قضائي يفهم منه إرادة الطلاق بمثابة إقرار قضائي ملزم لمن صدر عنه ولو قبل الإشهاد العدلي أو الحكم القضائي، انسجاماً مع ما جاء في قانون الالتزامات والعقود<sup>6</sup>.

ومن جهة أخرى فإن تحقيق الانسجام مع السياسة التشريعية يقتضي الحرص على ملاءمة التشريع الوطني مع الاتفاقيات الدولية، التي تسمو عليه بقيود<sup>7</sup>، إلا أننا نسجل عدم الملاءمة من حيث مبالغة التشريع أحياناً في الاهتمام بالمرأة ولو على حساب الرجل، فنجد،

1- وزارة العدل، مجلة قضاء الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد الأول: يوليوز 2005، ص: 56، وكذلك الدليل العملي ثم الرافة وتاب مدى تكريس مبدأ المرونة في إجراءات الطلاق، في مجلة محاكم عدد 2 مارس/ماي 2007، ص: 130.

2- أشغال الندوة الوطنية المنعقدة بكلية الحقوق بوجدة يومي 17-18 فبراير 2005 بعنوان "مدونة الأسرة، عام من التطبيق، الحصيلة والآفاق، منشورات مجموعة البحث في القانون والأسرة، سلسلة الندوات العدد الأول، مطبعة التسيير، طبعة 2006، ص: 206.

3- أنظر أيضاً، جميلة المهووطي، المؤسسات القضائية المرصدة لحماية الأسرة في مدونة الأسرة رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون الأسرة المغربي والمقارن، جامعة عبد المالك السعدي، كلية الحقوق بطنجة، 2005-2006، ص: 71.

3- وهو ما جاء في ديباجة المدونة.

4- محمد الكشور، يونس الزهري، حسن فتوخ، التطبيق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، عدد 11، الطبعة الأولى 2006، مطبعة النجاح الجديدة، ص: 26.

5- محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط 1، 2001، ص: 300 وما بعدها.

6 - جاء في الفصل 410 أن: "الإقرار القضائي حجة قاطعة على صاحبه وعلى ورثته وخلفائه، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا في الأحوال التي يصرح بها القانون".

7 - جاء في تصدير دستور 2011 أن: "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"



مثلا، مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق ونبد التمييز على أساس الجنس أو النوع، وهو مبدأ تضمنته جل المواثيق الدولية، منها مثلا المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على أنه: "للرجل والمرأة متى أدركا سن الزواج، حق التزوج وتأسيس أسرة. وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وعند قيامه ولدى انحلاله..."; وهو ما لا يتلاءم مع بعض مقتضيات كتاب انحلال ميثاق الزوجية من حيث:

. إن الافتراض التشريعي يكون مختلف صور الضرر المنصوص عليها في المواد من 98 إلى 112 يكون مصدرها الزوج فقط<sup>1</sup>، هو افتراض مجاني للصواب ويخل بالمبدأ الكوني، ما دام أن الزوجة يفترض فيها الغيبة وأن تسجن، ويمكنها الإخلال بشرط من شروط عقد الزواج، والإضرار، وأن هناك حالات تجب عليها النفقة<sup>2</sup>، ويمكن أن يصدر عنها ضرر عدم الإنفاق؛ وهي أيضا صور تمس بالاستقرار والثقة في التشريع، من حيث إنها تتناقض مع اليقين القانوني الذي أكدته قاعدة جاءت في المادة 70 من نفس الكتاب وهي أنه: "لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو التطلق إلا استثناء"; وهو موضوع المبحث الموالي.

#### المبحث الثاني: بعض العيوب المرتبطة بالإخلال بالأمن القانوني والقضائي.

من المسلمات أن تشريعات الدول عبر التاريخ تراجع وتعديل حسب الحاجة السياسية أو الواقعية، كتغير الاستراتيجيات على مستوى العمل السياسي، أو لفراغ قانوني، أو ضرورة تشريعية تسد حاجة اجتماعية، أو للملاءمة مع التطورات الدولية من اتفاقيات ومعاهدات... إلا أن استحضار مصالح الأشخاص في العمل التشريعي يستلزم الحرص على ضمان الأمن القانوني لهم، بضمان فصل السلط وعدم ترك مجال تخصص السلطة التشريعية للسلطة القضائية.

1 - وهو ما انعكس على الافتراض قضائي أيضا، في كثير من الوضعيات التي يرى فيها أن الطلاق... سيوقع بالزوجة أشد الأضرار النفسية والاجتماعية... وقضت لها بالمستحققات مجموعها 84000DH منها 60.000 DH للمتعنة جبرا لأقل الأضرار اللاحقة بالزوجة التي عارضت في الطلاق الذي أصر عليه الزوج، إصرارا لا بد أن من ورائه أضرار. (حكم ابتدائية الناضور القسم الشخصي ملف رقم 04/529 قرار رقم 04-80 بتاريخ 2004/11/23). (غير منشور)

2- وهي حالة يسرها وعجز الأب عن الإنفاق على الأولاد، كما جاء في المادة 199 من المدونة، ثم حالة اشتراط الزوج على زوجته أن تنفق وفق أحكام الشروط الإرادية الواردة في القسم الرابع من الكتاب الأول من المدونة ثم حالة الالتزام على وفق المادة 205 من المدونة.

وهو ما يفرض الالتزام بقواعد تكفل جودة النص وقلة إمكانات الاختلاف القضائي بشأنها، إلا أنه أحيانا يقع التقصير في ذلك فيقع الإخلال بالأمن القانوني (الفقرة الأولى) وينتج عنه الإخلال بالأمن القضائي (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: من حيث الأمن القانوني:

صيغت مقتضيات المدونة، وضمها الكتاب الثاني، موضوع النقاش، لتحقيق أهداف نبيلة، في مستوى العدالة والإنصاف، ثم حماية حقوق جميع مكونات الأسرة، مع الحفاظ على النظام العام المغربي، إلا أنها، أحيانا، قد تنال من ثقة المتقاضين، بل وقد تكون سببا في التحايل.

فيتهدد بذلك الأمن القانوني الذي هو أهم شروط جودة القانون<sup>1</sup>، وهو ما يستوجب الاهتمام بما يحققه من صياغة محكمة للنص، والتي تتحقق معها الثقة في القانون، مع إمكانية توقع المتقاضي لحكم القاضي.

وعلى اعتبار الثقة في القانون، أساس مبدأ الأمن القانوني<sup>2</sup>، وباستقراء النوازل والقضايا الشائعة في المحاكم، فإن ما يمكن إقراره هو أن ما صيغ من أحكام في كتاب انحلال ميثاق الزوجية وآثاره يحقق الثقة فيها، كما يحقق الاطمئنان والارتياح العام لها، باستثناء بعض المقتضيات:

ولعل أبرزها وما يهدد الثقة في التشريع الأسري، هو تعدد مساطر الفرقة، والارتباك في صياغتها، مما يجعلها تجسد اللامساواة بين الجنسين، فيتهدد الاستقرار والثقة فيها، ومن ثم يهدد الأمن القانوني؛ خاصة أن مجال الطلاق هو المجال الذي يستعمل فيه، كثيرا، الدهاء والمكر من قبل الطرفين، متناسين قوله سبحانه: "ولا تنسوا الفضل بينكم"<sup>3</sup>، ويدق الإشكال عندما تستعمل الإجراءات الشرعية لأغراض غير شرعية.

1- عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 42 ماي 2009، ص: 9، وفي مجلة الحقوق المغربية، عدد 7 لسنة 2009، ص: 38.

يراجع حول مفهوم الأمن القانوني، أيضا، عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، طبعة 2012، الكتاب الأول الجزء الأول، ص: 169.

2- عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، م.س، ص: 18.

3 - الآية 237 من سورة البقرة.

فنجذ، مثلا، القسم الثالث خصص للطلاق الذي يمارسه الزوج، رغم أن المادة 78 منه تعرف الطلاق بأنه: "حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة..."، وهو ما يعني المساواة بين الجنسين في ممارسة حق حل ميثاق الزوجية، إلا أن الثقة سرعان ما تتهار نتيجة الارتباك في الصياغة، وهو ما يتجلى في أن القاعدة العامة هي أن الزوج هو صاحب الحق المطلق في الطلاق، فحتى الطلاق المملك الذي: "لا يمكن للزوج أن يعزل زوجته من ممارسة حقها في التمليك الذي ملكها إياه."<sup>1</sup>، فإن الزوج هو الذي يوقعه بناء على المادة 123 من المدونة التي تقضي أن: "كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا... المملك"، وبناء، أيضا، على المادة 89 التي تتحدث عن الطلاق المملك فأحالت بشأنه على المواد 79 و80 و81، و82 ثم 84 و85 التي تتعلق بإجراءات الطلاق والصلح وبعض آثار الطلاق، دون أن تحيل على المادتين 83 و86 اللتين تتحدثان عن إجراء مهم في الطلاق، وهو وضع المستحقات داخل أجل أقصاه ثلاثون يوما، تحت طائلة اعتبار ذلك تراجعا عن الطلب؛ وعليه فلا يمكن للزوجة التي ترغب في ممارسة الطلاق المملك أن تثق بمسطرته، ما دام أن الحصول على مبتغاها رهين بإرادة زوجها.

ويقتضي مبدأ المساواة أن يخول التشريع للزوجة ما خوله للزوج بخصوص مسطرة الطلاق، فرغم أن الطلاق يقع بعبارة الرجل بالإجماع<sup>2</sup>، إلا أن اللفظ لا أثر له قانونا<sup>3</sup>، وأن الطلاق يقع تحت مراقبة القضاء، وأن القاضي لا يملك سلطة المنع، بل ينحصر دوره في إعطاء تعويض مناسب في حالة التعسف<sup>4</sup>، إضافة إلى أن إجراء وضع المستحقات، كإجراء الأكثر صرامة في تقييد الممارسة التعسفية للطلاق، لا يحقق الأمن القانوني للزوجة، حيث

1 - الفقرة الرابعة من المادة 89 من مدونة الأسرة.

2- عبد الله بن الطاهر السوسي، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلتها الكتاب الثاني، م س ص: 42.

3- وزارة العدل، مجلة قضاء الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد الأول: يوليو 2005، ص: 58.

4- ادريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية الطبعة الأولى 2012، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، ص: 23.

إن الزوج قد يعتمد إلى عدم وضعها لممارسة مختلف أنواع التنكيل المادي والمعنوي عليها، ودفعها لطلب الطلاق من جهتها<sup>1</sup>.

إذا ثبت هذا، ثبتت ضرورة توحيد مساطر الطلاق، لتعزيز الثقة في المدونة، والتنصيب على أنه ينتج آثاره من يوم النطق بالحكم أو الإذن بالإشهاد به، ويبقى للمحكمة سلطة تكليف أنواع الطلاق، هل هو للشقاق أو للضرر أو للإيلاء والهجر، أو لعدم الإنفاق أم بالاتفاق والخلع أم غيرها؛ مع الحرص على مصلحة الأسرة، وعلى الصانع أيضا إبراز الإجراءات التي تضمن العدالة والإنصاف وتعديل الصياغة التي تتنافى مع ذلك.

ومما تعنيه فكرة الأمن القانوني أن تحقق النصوص قدرا من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة، بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية، بحيث يتمكن الأشخاص من التصرف باطمئنان، على هدي من القواعد والأنظمة القانونية القائمة، دون التعرض لمفاجآت قد يكون مصدرها الصياغة التشريعية، ويكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار.

ولعل من بين ما يخلق مثل هذه المفاجآت، بعض الإجراءات الواردة في المدونة، والتي تسبق عادة طلب أو دعوى الفرقة كالإجراء الذي نصت عليه المادة 195 من المدونة، والذي يقضي بأن نفقة الزوجة لا تسقط إلا إذا حكم عليها بالرجوع وامتنعت، فهو إجراء يزعم استقرار الزوجة، حيث يستغله الزوج لإيقاف النفقة أولا، رغم أوضاع الزوجة التي لا تسمح بذلك أحيانا، ثم للاستفادة من العطف القضائي ثانيا<sup>2</sup>؛ وهو ما قد يتنبه له القضاء، كما في حكم لمحكمة مراكش، بعد أن قدم الزوج طلب الرجوع لبيت الزوجية مع إيقاف النفقة، وشمول الحكم بالنفاذ المعجل، وتحملها مصاريف الدعوى، تبين للمحكمة أنه: "لو كانت نيته حسنة لاكتفى بطلب الرجوع"<sup>3</sup>.

1- جميلة الموهوتي، المؤسسات القضائية المرصدة لحماية الأسرة في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية الحقوق، وحدة التكوين والبحث: قانون الأسرة المغربي والمقارن، السنة الجامعية 2005-2006، ص: 71.

2- علي عوض حسن، إجراءات التقاضي الكيدية وطرق مواجهتها، دار المطبوعات الجامعية إسكندرية، 1996، ص: 26.

3- حكم ابتدائية مراكش، عدد 169، ملف شرعي عدد 04-08-1860 بتاريخ 05/01/13، غير منشور.

كما أنه إجراء يفاجأ به الزوج، من حيث إن الزوجة تراكم به النفقة وبعد مدة، قد تطول، تبادر بطلب التطليق مطالبة بنفقتها ونفقة أبنائها ولحقوق النسب<sup>1</sup>، رغم طول مدة النشوز<sup>2</sup>، فتثقل كاهل الزوج الذي يضطر معها إلى طلب الرجوع الذي انعدم أساسه القانوني، كما يستفاد مثلاً مما قضى به المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) حيث اعتبر أن "طلب الرجوع يصبح عديم الأساس بعد استجابة المحكمة لطلب المدعية بالتطليق"<sup>3</sup>. رغم أن طلب الرجوع أحياناً يكون مؤسساً على واقع المفاجأة، الذي ينبغي مراعاته بإعادة الصياغة للنص التشريعي كي يستوعبه، بأن تعدل المادة 195 من مدونة الأسرة لتجعل النفقة تسقط بمغادرة الزوجة لبית الزوجية من غير ضرورة، كما في حالة الحكم عليها بالرجوع لبית الزوجية وامتنعت؛ وهو ما يقتضيه التلازم بين حق النفقة وواجبات المساكنة الشرعية والمعاشرة بالمعروف كما هي منصوص عليها في المادة 51 من المدونة، وليس من الإنصاف التمتع بكامل الحقوق رغم الإخلال بالواجب من غير ضرورة واجبة الإثبات تحت طائلة سقوط حق النفقة وإمكانية تحميلها نفقة الأبناء وبمثابة بداية حجة لعدم لحوق النسب.

أما في وضعية أخرى فالزوج يطلب الرجوع فتقابل الزوجة دعوى الرجوع بطلب التطليق، فيتهدد الاستقرار الأسري، ويفاجأ الزوج بما لم يكن في الحسبان، وهو ما يدفع القضاء إلى الفهم من سلوك الزوجة لهذه المسطرة تعسفاً من جهتها، كما جاء في حكم

1- وهو ما يتحقق لها غالباً، إلا أن حكم ابتدائية وزان بعد أن استجابت للحقوق النسب رغم أن الزوج نازع في نسب الحمل إليه وادعى أنه لم يتصل بالزوجة منذ مغادرتها لبית الزوجية، أكثر من ثلاث سنوات، إلا أن المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) نقض هذا القرار لما ثبت عندها استحالة الإمكانين العادي والشرعي، في قرار له عدد 39 بتاريخ 18-01-2006 والملف الشرعي عدد 2005/02/353 منشور بمجلة القصر العدد 14، ص: 159 إلى 161.

2- للحد من تعسف الزوجة في استعمال المزية التشريعية لاستحقاق النفقة وإرهاق الزوج بها (المادة 195): اعتبرت محكمة النقض أن النشوز يتحقق عند عدم تنفيذ الزوجة حكم الرجوع بسوء نية بأن تنفذ حكم الرجوع وتغادره بعد فترة وجيزة (القرار عدد 324، تاريخ 17 يونيو 2009 في ملف عدد 1.2.95.2008، نشرة قرارات المجلس الأعلى الجزء 4 السلسلة 2 - 2010 مطبوعة الأمانة الرباط ص: 59) ويعرف نشوز المرأة باستعصائها على زوجها، ونشز هو عليها نشوزاً كذلك، وضربها وجفاها وأضر بها، وفي التنزيل العزيز: وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً، والنشوز كراهية كل منهما صاحبه وسوء عشرته له، ورجل نشز: غليظ ابن منظور لسان العرب، دار صادر بيروت، ص: 418.

3- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً)، عدد 587 بتاريخ 07/12/2005 في الملف الشرعي عدد 02-524-2005 منشور بمجلة القصر عدد 14، ص: 164.

لابتدائية مراكش<sup>1</sup>، (حيث اعتبرت الطلب في هذه الوضعية تعسفا)، رغم أنها مارست حقها الإجرائي، وبذلك فهي مسطرة لا تحقق الأمن القانوني لكلا الطرفين.

وقد أثبت العمل القضائي، أيضا، أن تسويد محضر الامتناع اللازم لسقوط النفقة، كمسطرة معمول بها في الغالب، لإثبات امتناع الزوجة من الرجوع إلى بيت الزوجية الذي تسقط بها النفقة، هي مسطرة تسمح باستصدار أحكام بالنفقة رغم ثبوت المغادرة الطوعية، أو التواري عن الأنظار للتهرب من تسويد المحضر، لذلك يعد اشتراطه في مطلق الحالات عسفا وفسادا في الاستدلال<sup>2</sup>.

وقد تنبه المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) إلى ذلك، من خلال قرار له، يسقط بموجبه النفقة الواجبة للزوجة، إذا ثبت تعذر تنفيذ الحكم بالرجوع، كإقامة الزوجة مثلا بدولة أجنبية<sup>3</sup>.

وهو ما تنبّهت له ابتدائية كلميم، أيضا، عندما أسقطت نفقة الزوجة دون استظهار الزوج لمحضر الامتناع الذي تعذر تسويده، وذلك استنادا إلى كون الغاية من اشتراط المحضر المذكور قد تحققت بتنصيب الزوجة لمحام في دعوى سقوط نفقتها ولأن: "مشروع المدونة لم يحصر وسائل إثبات محددة لإثبات الامتناع..."<sup>4</sup>، وعليه، يحسن بالمشرع، تحقيقا للأمن القانوني، التنصيص على أن الامتناع يثبت بجميع وسائل الإثبات، وأن المغادرة الطوعية من غير ضرورة لها نفس حكم الامتناع.

كذلك الإجراء المنصوص عليه في المادة 104 من المدونة، في موضوع التطليق للغيبية، والذي يفرض على المحكمة أن تتأكد من غيبة الزوج ومدتها ومكانها بكل الوسائل، فإنه لا

1- حكم عدد 490، ملف شرعي عدد 04-08-1937 بتاريخ 2005/02/17، غير منشور.

2- عادل حاميدي، تأملات في قضايا أسرية على ضوء الاجتهاد القضائي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ماي 2009، مطبعة ايديسيون، الرباط، ص: 39.

ومحضر الامتناع غالبا ما يثبت، فقط، إعلام الزوجة بتاريخ التنفيذ، فإن لم تحضر يسجل المفوض القضائي الامتناع ودون أي تصريح منها، فتثار دفوع في هذا الشأن، أما إذا حضرت فإنها قد تصرح بالامتناع المبرر أو غير المبرر، لكن ذلك لا يجدي، فيثبت الامتناع مهما كان الوضع، وقد تنفذ الحكم دون النظر في أصل المشكل فيحضر المفوض محضر التنفيذ، وبعده تغادر بيت الزوجية ليضطر الزوج إلى اللجوء من جديد لاستصدار حكم جديد.

3- قرار عدد 637 بتاريخ 2009/12/16 ملف عدد 2008/1/2/195 وقرار عدد 51 بتاريخ 04 فبراير 2009 ملف عدد 2008/1/2/198، نشرة قرارات المجلس الأعلى الجزء الرابع، السلسلة 2 سنة 2010 مطبعة الأمنية الرباط، ص: 143.

4- حكم عدد 07/189 بتاريخ 2007/10/30 ملف رقم 07/168.

يحقق الاستقرار للأسرة ولا الأمن القانوني لأفرادها، لأنه غير مقرون بالجزاء عند مخالفته، وعدم بدل عناية بالقدر اللازم، خاصة وأن الحكم بالتطليق على أساس الغيبة غير قابل للطعن في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية، حسب ما جاء في المادة 128 من المدونة.

ومن بين الأحكام التي تبرز هذا الإشكال، حكم لقسم قضاء الأسرة بفاس، الذي استجاب للطلب رغم أنه: "ألفى بالملف مذكرة جوابية لدفاع المدعى عليه... وعدم حضور المدعى عليه رغم علمه بالجلسات وتنصيبه لدفاعه"<sup>1</sup>، فهل في مثل هذه الوضعية يعتد بالغياب؟ هل يمكن للزوجة أن تتوقع مثل هذا التوجه؟ وهو نفس توجه حكم لابتدائية طنجة التي استجابت فيه لدعوى التطليق للغيبة رغم تقديم الزوج لطلب الرجوع.<sup>2</sup>

كل ذلك يؤكد ضرورة توحيد المساطر، وتبسيط الإجراءات، وترك القضاء يتحقق من طبيعة كل ادعاء، وما يستوجبه من حماية، خاصة وأن النص القانوني المجرد ليس هو الذي يحدد معالم الدعوى، بل العناصر أو الظروف الواقعية هي أساس الدعوى<sup>3</sup>؛ ثم توحيد آثار الفرقة كمبدأ عام، والإجراءات المتعلقة بذلك، خاصة المتعلقة بالاختصاص المكاني ومسطرة التبليغ، ثم ما يمكن أن تقضي به المحكمة، وهو محل البحث في الفقرة الموالية.

#### الفقرة الثانية: من حيث الأمن القضائي:

من معايير جودة الصياغة التشريعية، أن يكون التشريع سبيلا لتحقيق الأمن القضائي، الذي شدد عليه جلالة الملك محمد السادس في خطاب العرش ليوم 2007/07/30، كما أنه مفهوم دستوري (دستور 2011 في الفصل 117)<sup>4</sup>؛ والعملية ليست بالسهلة، لان تقنية التشريع "La Technique legislative" التي تحول الاتجاهات أو الأهداف العامة، وغالبا ما تكون مهمة، إلى قواعد قانونية قابلة للتطبيق وتحقيق المقاصد، تتطلب

1- حكم رقم 65، ملف رقم 2004/02/81 بتاريخ 2004/07/22، غير منشور.

2- حكم رقم 688، ملف رقم 33/04/610 بتاريخ 2004/07/22 غير منشور

3- عبد اللطيف البغيل، الشامل في القانون القضائي الخاص المغربي، نظرية الأحكام، مطبعة طوب بريس، الرباط، 2006، ص: 78.

4- لمزيد من التفصيل يرجع إلى مصطفى بن شريف في مقاله المنشور بهسبرس يوم الجمعة 8 مارس 2013، ثم عبد المجيد غميجة في مقاله بمجلة الملحق القضائي السابق الإشارة إليها. ثم محمد الخضراوي، الأمن القضائي في التجربة المغربية في [www.assabah\\_press.ma](http://www.assabah_press.ma) السبت 15 أكتوبر 2011.

التقاط المفازل الحساسة للحقيقة الاجتماعية وإعطاءها حدودا معينة تجعلها قابلة للإدراك، رغم أن حركة تلك الحقيقة قد تتجاوز باستمرار قابلية الإدراك<sup>1</sup>.

وعليه، فالأمن القضائي رهين بالأمن القانوني الذي يعهد إليه بضبط مجال تدخل القضاء، وأساسا ضبط مجال السلطة التقديرية<sup>2</sup> المخولة للقضاء من جهة، لأهميتها وضرورتها، لأن أي أساس قانوني جامد يكون مآله التخطيم تحت ضغوط الاحتياجات العملية<sup>3</sup>، ومن جهة أخرى الحرص على عدم منح الصلاحيات الواسعة في السلطة التقديرية للقضاء، لأن ذلك سيهدد الأمن القضائي، من خلال الإضرار بالاستقرار والتوقعات، وإصدار أحكام تعسفية<sup>4</sup>.

ومن أهم مرتكزات الأمن القضائي، أيضا، أن تكون صياغة النص منزهة عن الغموض لأنه: "حيث يكون النص صريحا، لا يبقى هناك محل للتأويل والاجتهاد"<sup>5</sup>. فيكون من الثابت أن جودة الصياغة ضمان للأمان القضائي، ومن بين النماذج التي تبين ذلك في الكتاب محل الدراسة:

. موضوع الاختصاص المحلي<sup>6</sup>، وإشكالية تحديد ضابط، ومعياري تحديد المحكمة الموجود بدائرة نفوذها بيت الزوجية، خاصة عند تعدده، أو تغييره المتكرر، فباستقراء بعض

1 - R. Hubert. Science du Droit. Sociologie Juridique Et Philosophie du Droit. A.P.D. 1951. N° 1-2, p : 47

2- السلطة التقديرية عرفها البعض بأنها: "الوسيلة القانونية التي منحها المشرع للقاضي لإعمال إدراكه ووجدانه وقناعته في البحث عن الحقيقة وإحقاق الحق وتحقيق العدالة" وللتدقيق أكثر يرجى الرجوع إلى الدكتور أحمد الامراني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة، بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، مطبعة دار القلم، الرباط الطبعة الأولى، 2011.

3- غاي بيخور، ترجمة رشا جمال، مدونة السنهاوري القانونية، نشوء القانون المدني العربي المعاصر، ترجمة رشا جمال، مراجعة عبد الحسين شعبان، الشبكة العربية للأبحاث والنشر 1949، ص: 211.

4- غاي بيخور، م.س، ص: 214.

5- قرار المجلس الأعلى، عدد 305 وتاريخ 1981/03/30، ملف عدد 82858، قضاء المجلس الأعلى عدد 27، ص: 18.

6 - الاختصاص المحلي قد تم تحديده بالنسبة للطلاق، وهو المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرة نفوذها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة أو محل إقامتها التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب، كما جاء في المادة 79 من المدونة، أما الاختصاص المحلي في التطليق فقد حدده الفصل 212 من قانون المسطرة المدنية، وهو المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرة نفوذها بيت الزوجية أو موطن الزوجة أو التي أبرم فيها عقد الزواج، وألزم بالترتيب في المادة الأولى فقط.



الاجتهادات القضائية لمحاكم الموضوع<sup>1</sup>، نجد بعضها يميل إلى اعتبار تحديد بيت الزوجية واقعة مادية، يقع عبء إثباتها على من ادعاها، إعمالاً للقواعد العامة، والبعض الآخر يعتبره قرينة مفترضة مقررة لفائدة الزوج، كما ذهب إلى ذلك حكم صادر عن ابتدائية كلميم، في جوابها عن دفع التمسست بمقتضاه المدعى عليها التصريح بعدم الاختصاص المكاني، وجاء فيه أن بيت الزوجية يحدده "الزوج كما قبل للقوامة فضلاً عن كونه من الواجبات الملقاة على عاتقه لذلك فإن الزوج هو المعني بتحديدته"<sup>2</sup>؛ ועל هذا الأساس تسقط نفقة الزوجة بامتناعها عن الالتحاق ببيت الزوجية الذي يحدده الزوج<sup>3</sup>.

ولتفادي هذه المشاكل وغيرها، يبدو أن اعتماد القاعدة العامة في الاختصاص المكاني الواردة في الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية، والتي تفيد أن المدعي يسعى وراء المدعي عليه، مع ضرورة التقاضي بحسن النية حسب الفصل الخامس، سيكون أنسب للطرفين، وأدعى للتريث وأنفى لكل تعسف إجرائي، سواء فيما يتعلق بالاختصاص أو التبليغ الذي كثرت صور التحايل بشأنه<sup>4</sup>.

أو النص صراحة على أن تكون المحكمة المختصة محلياً، هي المحكمة التي ترفع فيها أول دعوى من طرف الزوجين أو أحدهما، وتختص بعدها بالنظر في جميع الدعاوى المتعلقة بقضاياهم الأسرية، كما ذهب إلى ذلك المشرع المصري في المادة 12 من قانون إنشاء المحاكم الأسرية رقم 2004/10.

1- للتفاصيل انظر: عادل حاميدي، التطبيق للشقاق وإشكالاته القضائية، مطبعة الأمنية الرباط، ط الأولى، 2008، ص: 104.

2- حكم صادر بتاريخ 2006/08/10 ملف أسري عدد 06/197، أشار إليه الأستاذ عادل حاميدي في المرجع أعلاه، ص: 106.

3- قرار محكمة النقض عدد 371 بتاريخ 8 يوليوز 2009 ملف عدد 321-2-1-2007، نشرة قرارات المجلس الأعلى الجزء الرابع السلسلة 2 سنة 2010 مطبعة الأمنية الرباط، ص: 61.

4- مولاي عبد الرحمن قاسمي، قضاء الأسرة ودوره في تفعيل مبدأ حسن النية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، قانون خاص، وحدة قانون الأسرة المغربي والمقارن 2008 - 2009 كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، ص 103، وما بعدها في شأن صور التحايل في إجراءات التبليغ.

. وبخصوص التبليغ<sup>1</sup>، فقد نظمته المشرع من خلال نصوص عامة<sup>2</sup>، بالإضافة إلى نصوص خاصة كنصوص مدونة الأسرة وبالضبط المادة 81 منها : الخاصة بالطلاق، أما التطبيق فيخضع للقواعد العامة<sup>3</sup>، التي كانت تسهل التحايل وكثرة الطلاق الغيبي؛ وهو ما تجاوزه المشرع بالتنصيص في المادة 81 على ضرورة التوصل الشخصي بالاستدعاء أثناء فتح مسطرة الطلاق، كما أنه وإدراكا منه بأن التحايل لا يقوم في بعض الحالات إلا بالزجر والردع، احتوت المدونة على مواد تحيل على فصول واردة في القانون الجنائي، كالإحالة على الفصل 361 في حالة ثبوت تحايل الزوج بتقديمه لمعلومات مغلوطة عن عنوان الزوجة. ومع هذه العناية التشريعية، بالمرأة وكأن الزوج فقط هو الذي يفترض فيه التحايل، فإنه لا يتحقق معها الأمن القضائي، فحقوق الأفراد، خاصة حق الدفاع الذي هو جزء من مبدأ المواجهة<sup>4</sup>، قد يهدر نتيجة خلل أو عدم احترام لمسطرة التبليغ سواء في الطلاق أو التطبيق، خاصة وأن المشرع لم يرتب أي أثر قانوني في عدم احترام الإجراءات، أو عدم توصل الزوج أو الزوجة<sup>5</sup>، وأنه نزه القاضي عن الوقوع في الخطأ، أو إيقاعه فيه من طرف أحد المتقاضين، كاعتماد تبليغ غير قانوني وذلك من خلال عدم إمكانية الطعن في المقررات القضائية، القاضية بانحلال ميثاق الزوجية<sup>6</sup>.

1 - هو: "إجراء محله إخبار المعني بالأمر بشيء معين"، عبد اللطيف البغيل، م س، ص 141. كإخباره ببداية الخصومة أو بالإجراءات القضائية التي تتخذ ضده، عبد الله العبدوني، مسطرة بطلان إجراءات التبليغ في ضوء العمل القضائي المغربي، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد 20 السنة 11، عدد خاص، دجنبر 1999، ص 27.

2 - وهي من صميم القواعد الجوهرية للمرافعات، لذلك أفرد له قانون المسطرة المدنية مجموعة من الفصول أهمها: 36-37-38-39-40-41، بالإضافة إلى الفصول من 519 إلى 526 من نفس القانون، والتي تتحدث عن الموطن المبلغ فيه بصفة عامة.

3- محمد الكشور، ملاحظات بشأن أحكام التطبيق في مدونة الأسرة، مقال منشور بمجلة المناهج العدد المزدوج 9-10 / 2006، ص 11.

4- عبد الله العبدوني، مسطرة بطلان إجراءات التبليغ في ضوء العمل القضائي المغربي، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد 20 السنة 11، عدد خاص، دجنبر 1999، ص 10.

5- رشيد مشقاقة، قراءات وتعاليق مطبوعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 153.

6- محمد الكشور، ملاحظات بشأن أحكام التطبيق في مدونة الأسرة، مجلة المناهج العدد المزدوج 9/10/ سنة 2006، ص 16.

إلا أن التوصل الشخصي كما جاء في المادة 81 من المدونة، لضمان حقوق الدفاع، وتجاوز سلبات عديدة<sup>1</sup>، هو إجراء صريح في دعوى الطلاق، إلا أن المشرع لم يحل إليه في أحكام التطليق، فتم تفسير ذلك بأن التطليق يخضع للقواعد العامة<sup>2</sup>.

واختلفت اجتهادات المحاكم بهذا الخصوص، فبعضها لا يقضي في الطلب إلا بعد التوصل الشخصي والبعض الآخر لا يشترطه<sup>3</sup>، وهو إشكال يمكن تجاوزه بالتنصيص ضمن أحكام التطليق على أن استدعاء الأطراف يتم وفق ما نصت عليه المادة 81 من المدونة، خاصة وأن مبررات التوصل الشخصي في دعوى التطليق تؤكد من مبرراته في دعوى الطلاق<sup>4</sup>.

وارتباطا بما سبق، فإن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) يحرص على احترام قواعد التبليغ، كما في قراره<sup>5</sup> الذي جاء فيه: "حيث تبين من مقال الدعوى أن المطلوب التمس استدعاء الطالب في العنوان الكائن بتجزئة باسوقال فلوري - طنجة - الذي نازع فيه على اعتباره عنوانا خياليا له، والقصد منه حرمانه من مرحلة التقاضي... أن الدفع يعد جوهريا وله علاقة وثيقة باحترام حقوق الدفاع، خلافا لما ورد في القرار المطعون فيه، يكون قد أتى مشوبا بخرق قواعد المسطرة المدنية المتعلقة بوجوب احترام مبدأ الوجاهية وعرضة للنقض...".

إلا أن القضاء المغربي ينبغي أن يحرص على مواجهة كل تحايل على قواعد التبليغ كما هو توجه القضاء المصري، الذي اختار أن يكون: "للمحكمة الحق بأن تحكم بتعويضات في مقابل المصاريف الناشئة عن دعوى أو مدافعة كان القصد منها مكيدة الخصم... والدفاع الكيدي هو ما يقصد به صاحبه كيد خصمه والتنكيل به باستعمال أساليب المثل والعناء بسوء نية..."<sup>6</sup>.

1- للمزيد يراجع، م.ع الرحمن قاسمي، م.س، ص: 102 وما بعدها.

2- محمد الكشور، ملاحظات بشأن أحكام التطليق في مدونة الأسرة، م.س، ص: 11. والقواعد العامة واردة في قانون المسطرة المدنية في مجموعة من الفصول أهمها: 36-37-38-39-40-41. بالإضافة إلى الفصول من 519 إلى 526 من نفس القانون، والتي تتحدث عن الوطن المبلغ فيه بصفة عامة.

3- عادل حميدي، التطليق للشقاق وإشكالاته القضائية، م.س، ص: 91. وراجع أيضا إدريس الفاخوري في ندوة: مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحصيل والمعوقات منظم من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة يومي 15 و16 مارس 2007 بكلية الحقوق وجدة، ص: 59.

4- عادل حميدي، م.س، ص: 91 - 92 - 93.

5- رقم 1375 في الملف الإداري، عدد 94/227 بتاريخ 6 أكتوبر 1996 قضاء المجلس الأعلى العدد 56، تاريخ 2000، ص 210.

6- استئناف عالي 1931/6/8، المحاماة لسنة 12 ص 322 مشار إليه في إبراهيم النيفاي، مسؤولية الخصم عن الإجراءات، رسالة حقوق عين شمس، 1987، ص 34.

وليس ما تذهب إليه بعض المحاكم في بلادنا، من أنه رغم كشف قرائن سوء النية في الإدلاء ببعض البيانات، فإنها تفضل تصحيح المسطرة بمطالبة الأطراف بالإدلاء بالمعلومات الصحيحة، وهو ما ألفيته مثلاً من خلال تتبع ملف شرعي للتطليق للشقاق<sup>1</sup>.

بالنسبة لإلزام الزوج بإيداع مبلغ تحدده المحكمة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوماً (المادة 83 من المدونة) وإلا اعتبر الزوج متراجعا عن رغبته في الطلاق (المادة 86 من المدونة)، وذلك إذا تعذر الإصلاح، وقبل الإذن له بتوثيق الطلاق، وهو إجراء يضمن به القضاء أداء مستحقات الزوجة والأطفال، بعد الطلاق؛ فهل الأمر نفسه في التطليق؟

بخصوص التطليق فإن المشرع في المادة 97 من المدونة<sup>2</sup>، المتعلقة بالتطليق للشقاق، أحال على المادة 83، التي تلزم الزوج بالإيداع، ولم يحل على المادة 86، التي اعتبرت عدم الإيداع تراجعاً عن الطلب، مما يعني أن عدم الإيداع لا يترتب عنه أي أثر، خاصة أن الإحالة على المادة 83 لا يفهم منها أن المحكمة تلزم بالإيداع قبل الحكم بالتطليق للشقاق، وإنما بعد الحكم به لأن العطف في اللغة يفيد الترتيب، (...و تحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83..من المادة 97). وهو ما يفقد الإجراء أهميته.

أما أنواع التطليق الأخرى فإن المادة 113 من المدونة لم تحل لا على المادة 86 ولا على المادة 83 واللذان تخاطبان الزوج فقط، مما يعني أن هذا الإجراء خاص بالزوج في مسطرة الطلاق فقط، لذلك فإن بعض المحاكم تحكم بالتطليق، وخاصة التطليق للشقاق، دون أن تلزم المدعي بإيداع المبلغ الكافي لضمان أداء المستحقات<sup>3</sup>.

وعلى العكس من ذلك، فإن محاكم أخرى تفرض على الزوج الإيداع قبل الحكم بالتطليق بسبب الشقاق، كما ذهبت إلى ذلك المحكمة الابتدائية بسطات<sup>4</sup>، كما يفهم مما يلي: "بناءً على إيداع المبلغ أعلاه بصندوق المحكمة بتاريخ 2010/09/14 بموجب الوصل عدد 680.

1- ملف شرعي عدد 2007/170/32 بقسم قضاء الأسرة بالرباط، غير منشور.

2 - تنص المادة 97 على أنه: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر.

يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب."

3- انظر مثلاً: حكم رقم 1122 بتاريخ 2006/09/14 في الملف رقم 06/826/32 للمحكمة الابتدائية بالرباط، منشور بمجلة قضاء الأسرة، العدد الثالث، دجنبر 2006، ص: 104 - 108.

4 - قسم قضاء الأسرة بسطات، حكم رقم 687، تاريخ 210/10/28، ملف عدد 40/10/505 (غير منشور).

بناء على إدراج القضية بعدة جلسات كان آخرها جلسة 10.14. 2010 التي أُلقي بالملف لمتمس النيابة العامة الكتابي وحضر نائب الزوج وأكد الطلب فتقرر حجز القضية للمداولة لجلسة 2010.10.21 قصد النطق بالحكم."

كما أن ابتدائية مراكش اشترطت للاستجابة لطلب الزوج الرامي إلى التطليق للشقاق إيداعه بصندوق المحكمة المستحقات المحددة من طرف المحكمة داخل أجل شهر من تاريخ فرضها<sup>1</sup>، وإلا اعتبر الطالب متراجعا عن طلبه "قياسا على مقتضيات المادة 86 رغم أن المشرع لم يحل عليها في المادة 97 أعلاه، وذلك على اعتبار أنها من الآثار المترتبة عن تطبيق المادة 83 التي أحالت عليه المادة 97"<sup>2</sup>.

وهذا التوجه الذي نحت إليه بعض المحاكم "مبني على محاولة معالجة لقصور تشريعي أكثر مما هو قراءة لنصوص القانون"<sup>3</sup>، وهو قصور نتج عنه اختلاف القضاء والفقه في شأن وجوب أو عدم وجوب إيداع المستحقات قبل الحكم بالتطليق أو الطلاق الذي تطلبه الزوجة؛ كما أن المتقاضى يستغله، ويختار مسطرة لا يكون فيها الإيداع، والزوجة قد تستهين بقدسية الميثاق الزوجي، لعدم إلزامها قبلها بوضع مبلغ مالي كقرينة على تضررها من البقاء في عصمة الزوج، وكضمانة لتنفيذ ما يمكن أن تحكم به المحكمة من تعويض.

وعموما، فإنه إذا كانت الزوجة هي طالبة الطلاق أو التطليق، أو كان الزوج أيضا طالب التطليق، فإن عمومية النصوص تمنح للقضاء سلطة تقديرية لأمر الطالب بإيداع مبلغ مالي بصندوق المحكمة، لضمان تنفيذ الحكم الذي سيصدر عنه.

إلا أنه يحسن بالصائغ اعتماد التوضيح والتصريح والدقة في شأن هذه الأحكام للحد من السلطة التقديرية للقضاء، وأن يعمم إجراء الإلزام بوضع مبلغ مالي تحدده المحكمة قبل الاستجابة للطلب، تحت طائلة رفضه، أو اعتبار الطالب متراجعا<sup>4</sup>، تحقيقا لمبدأ المساواة،

1- ملف شرعي عدد 2004/8/2053 بتاريخ 17 فبراير 2005، أشار إليه الأستاذ عادل حاميدي، في التطليق للشقاق، م.س، ص: 225.

2- عبد السلام زوير، مدونة الأسرة بعد سنتين من التطبيق، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 154، ص: 135. يراجع أيضا حكم ابتدائية سطات في الملف الشرعي عدد 40/06/682 بتاريخ 2007/02/22، المنتقى، م.س، ص: 121.

3- عادل حاميدي، التطليق للشقاق...، م.س، ص: 165.

4- كما هو توجه بعض المحاكم، أنظر مثلا: -حكم ابتدائية سطات بتاريخ 2007/02/22، ملف عدد 40/06/682، والذي جاء فيه: "لا ينبغي التردد في اعتماد الجزء المذكور طالما أنه من شأنه حماية الزوجة والأطفال من عدم توصلهم بمستحقاتهم المترتبة عن الطلاق

ولضمان فعالية أكثر، وانسجاماً أيضاً مع ما سبق اقتراحه من توحيد المساطر، كمدخل للرقى بالصياغة التشريعية، والتخفيف من بعض إشكاليات صياغة بعض المقتضيات المتعلقة بالأثار المالية للفرقة، والتي هي مظهر آخر لضعف الأمن القانوني والقضائي<sup>1</sup>.

وختاماً فإنها ملاحظات مستفادة من الدراسات الفقهية والتطبيقات القضائية، ولا يعني ذلك، انتقاص من المدونة شكلاً ولا مضموناً، إنما لتجويدها وتطويرها أولاً، ثم إبراز المزايا والإيجابيات ثانياً؛ والتي تتوقف أحياناً على ضرورة إعادة النظر في بعض المقتضيات، وتعزيز مبدأ حياد القاضي، باعتبار أحكام الأسرة جُلها من النظام العام، ويجب إثارتها تلقائياً من طرف المحكمة، مع تحميل النيابة العامة مسؤولية فرض ممارسة المتقاضين لحقوقهم وفق قواعد حسن النية، وإلزامها بإبداء مستنتاجاتها بهذا الصدد، لتدارك العيوب التي يظهرها الواقع.

=

ووضع حد للتحايل على إجراءات الطلاق... وأمام عدم إيداع الطالب الزوج للمبلغ المأذون له بإيداعه داخل الأجل المحدد، اعتباره متراجعا عن طلبه ووجب الإشهاد على ذلك "المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية سلسلة المعلومة للجميع العدد 17 فبراير 2009، مطبعة البيت سلا، ص: 121.

1 - م عبد الرحمن قاسمي، الخلط القضائي بين نظامي المتعة والتعويض، مقال منشور بمجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، العدد الخامس دجنبر 2017، ص: 323.