

المملكة المغربية
وزارة العدل
المعهد العالي للقضاء



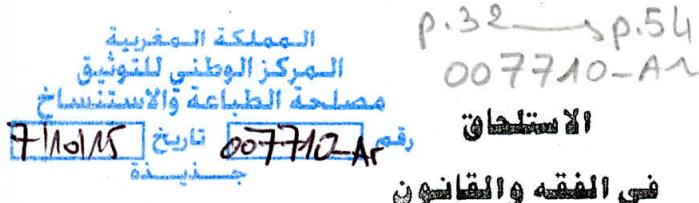
٥٢

الأيام الدراسية حول الأسرة

مدونة الأسرة

5

سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية



الأستاذ: محمد أكدید

رئيس غرفة بالمجلس الأعلى

ملحق بديوان السيد وزير العدل

من أسباب لحقوق النسب الإقرار وهو ما يطلق عليه فقهًا (الاستلحاق) ودراسته تقتصيتناول تعريفه لغة واصطلاحاً وبيان طبيعته ومقوماته وخصائصه وشروطه ووسائل إثباته والأثار المترتبة عليه من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: تعريف الاستلحاق

يمكن تعريف الاستلحاق من وجهتين: الأولى من الناحية اللغوية، والثانية من الجانب الاصطلاحي، أي في عرف الفقهاء، وذلك وفق ما يلي:

أولاً: الاستلحاق في اللغة

الاستلحاق لغة مأخوذة من أصل الكلمة التي هي فعل (لحق)
يلحق،⁽¹⁾ فيقال: لحقته أولحقت به أي أدركته، ومنه قوله تعالى:
﴿وَيُسْتَبِشُونَ بِالَّذِينَ لَمْ يَلْحُقُوا بِهِمْ مِنْ خَلْفِهِمْ﴾،⁽²⁾ وقوله تعالى: ﴿وَآخَرِينَ
مِنْهُمْ لَمْ يَلْحُقُوا بِهِمْ﴾⁽³⁾ وقيل هو من ألحقت به كذا، ولذا كني عن الدعي

(1) من باب سمع يكسر عين الكلمة في الماضي وفتحها في المضارع.

(2) سورة آل عمران الآية 170.

(3) الآية 3 من سورة الجمعة، وتفسير مفردات الألفاظ القرآن الكريم، مجمع البيان الحديث، دار الكتاب اللبناني بيروت.

بالملحق،⁽⁴⁾ لأنه لا نسب له، وورد في تفسير قوله تعالى على لسان النبي الله إبراهيم عليه السلام: «توفني مسلماً وألحقني بالصالحين» أي أجعلني من عدادهم وداخلاً في زمرتهم،⁽⁵⁾ وورد في بعض المعاجم اللغوية وكتب الأدب أن كلمة «لحق» وألحق بمعنى واحد،⁽⁶⁾ وجاء في تاج العروس: وفي دعاء القنوت: «إن عذابك بالكافرين ملحق» أي لاحق، وفتح الحاء أحسن، «أوهو الصواب»، وقيل في مصدره «لحاقاً»،⁽⁷⁾ كقول النبي صلى الله عليه وسلم: «أسرعken لحاقاً بي أطولكن يداً»،⁽⁸⁾ وقيل «لحوقاً»، ومن اللغويين من أجاز المصدرين معاً، ومن المعاني التي وردت في المصباح لهذه الكلمة: «اللحوق»⁽⁹⁾ أي: اللزوم، و«اللحاق»⁽¹⁰⁾ أي: الإدراك، وذكر أيضاً أن من مصادر الكلمة بالإضافة إلى ما ذكر: «لحقاً»⁽¹¹⁾ و«لحقاً»⁽¹²⁾ و«لحقاً»،⁽¹³⁾ والممعنى فيها جميعاً هو ما ذكر من معانٍ اشتتقاق هذه الكلمة.

وكلمة «لحق» هي في صيغة الفعل المجرد، أما كلمة استلحق⁽¹⁴⁾ هي من قبيل الفعل المزيد فيه، فالسين والتاء - كما يقول أهل النحو واللغة - للطلب في الأصل، أي طلب الإلتحاق، فهو من باب الإنشاء عند

(4) بفتح الحاء، والمعنى هو من يدعى لغير أبيه الحقيقي وجمعه أدعية، ومنه قوله تعالى في سورة الأحزاب الآية 4 في النهي عن التبني: «وما جعل أدعية،كم أبناكم.. الآية».

(5) الآية 101 من سورة يوسف، وعمدة الحفاظ، وتابع العروس، ومعجم الأنماط الأغلاط اللغوية المعاصرة حرف اللام -.

(6) نفس المراجع.

(7) بفتح اللام، المصباح، وتابع العروس، ومعجم الأنماط الأغلاط اللغوية المعاصرة - حرف اللام كلمة «لحق» -.

(8) سنن الإمام النسائي، وصحيح البخاري.

(9) بضم اللام المشددة.

(10) بفتح اللام وتشديدها.

(11) بفتح اللام وسكون الحاء.

(12) بفتحهما معاً.

(13) بكسر اللام.

(14) بزيادة همزة الروصل والسين والتاء.

أهل البلاغة⁽¹⁵⁾ وبالتالي فليس من باب الإخبار بوقوع فعل الإلحاد، لكن عبارة «الاستلحاد» في عرف الفقهاء تعني معنى «الادعاء»، أو «الإقرار»، كما سيأتي بعده.

ثانياً: تعریف الاستلحاد في عرف الفقهاء

بعد هذه الخلاصة الموجزة عن المعنى اللغوي لأصل الكلمة الاستلحاد، نتناول تعريفه في عرف الفقهاء كإقرار بالنسبة.

ففي نطاق المذهب المالكي عرفة ابن عرفة - وهو من المالكية - يقوله: «ادعاء المدعى أنه أب لغيره» ويقول شارحه الإمام الرصاع: قوله: «ادعاء المدعى» جنس⁽¹⁶⁾ لأن كلمة المدعى في حد ذاتها تشمل الأجنبي، والجد والأم، ولا تقتصر على الأب إلا بالعبارة الموالية في التعريف وهي «أنه أب».

فكملة «أنه أب لغيره» الواردة في التعريف استثنى به الحالات التالية:

1- الأجنبي عن الولد المستلحد:

2- الجد:

(15) الإنسان، في علم المعاني هو الكلام الذي لا يحتمل الصدق أو الكذب، وهو نوعان: طليبي: وهو ما يستدعي مطلوبًا غير حاصل وقت الطلب وهو خمسة أنواع: الأمر والنهي والاستفهام، والمعنى والندا، وقد تخرج هذه الصيغ عن حقيقة معاناتها الأصلية لتؤيد معانٍ أخرى كالدعاء والإيماس والإرشاد، والنوع الثاني غير طليبي: وهو ما لا يستدعي مطلوبًا، وصيغته كثيرة، منها أفعال المدح والذم والتعجب والقسم والرجاء وصيغ العقود - نحو قوله أشتريت ويعتـ.

ويعني كذلك الكلام الإنثاني: الخبر وهو جملة إسمية أو فعلية، لها ركناً: محکم عليه وهو المستند إليه ومحکم به وهو المستند وما زاد على تلك الجملة الخبرية فهو قيد ما عدا المضاف إليه، وصلة الموصول فإذا قلنا: «فصل الربع جميل هذا العام» فإن المحکم عليه بالجمال هو فصل الربع أي المستند إليه الجمال والذي حكم به أي المستند هو «جميل» وأما ما ورد في الجملة عند المضاف إليه أي «هذا العام» فهو قيد، لأنه يقيـد الجملة بـطار زمني (المعجم المفصل في اللغة والأدب ج 1 ص. 240 و 597).

(16) الشیخ الرصاع، شرح حدود ابن عرفة المالکی طبیعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية باب الاستلحاد.

3- الأم:

4- الولد، كقول الشخص: «هذا أبي» فالولد لا يستلتحق أباً؛

5- قول الشخص: «هذا أب فلان».

فهذه الحالات لا تدخل في الاستلتحق وبالتالي فالجد والأم والولد لا يصح منهم الاستلتحق عند المالكية، خلافاً لغيرهم من المذاهب التي تجيز ذلك وفق التفصيل الذي سيأتي بعده، كما لا يقبل استلتحق الأجنبي بالإجماع.

كذلك يخرج عن معنى الاستلتحق قول الرجل: «هذا ولدي» في معرض البيان فقط، لأن هذه العبارة في هذه الحالة لا تفيد الادعاء، وليس من قبيل الدعوى، لأن الادعاء إنما يكون فيما جهلت الدعوى فيه،⁽¹⁷⁾ فكان الجملة للإخبار والجواب عن سؤال افتراضي هو: من هذا الولد؟ فيجب السائل منن وجه إليه السؤال بقوله: «هذا ولدي»، فهذا القول لا يعتبر من قبيل الاستلتحق أو الإقرار بالولد للعلة المذكورة.

وقد قيل في مناقشة تعريف ابن عرفة المشار إليه إن الشيخ لم يذكر ما يخرج به كثيراً من صور مذكورة في الاستلتحق. - كما سيأتي ذكرها - مع أنها ليست من الاستلتحق، فأجيب عن هذه الملاحظة بأن تلك الصور ليست من الاستلتحق الصحيح، فإن فيه صحيح وفاسد ورسمه أهم من ذلك.⁽¹⁸⁾

أما عدم ذكر شرط «عدم وجود ما يكذب المستلتحق عقلاً أو عادة» في التعريف فقد أجيوب عنه بأنه أفرد له باباً خاصاً سماه «باب مبطلات الاستلتحق»، قاصد بذلك موانعه وهي:

(17) راجع الرصاع، المرجع السابق ص. 469.

(18) الرصاع، المرجع السابق.

- 1- مانع العقل، ومثل له بكون المستلتحق⁽¹⁹⁾ أصغر سنًا من الولد المستلتحق،⁽²⁰⁾ فلا يقبل عقلاً أن يكون هذا الولد من صلبه:
- 2- مانع العادة، ومثل له بما إذا علم من المستلتحق⁽²¹⁾ أنه لم يدخل بلد الولد:
- 3- مانع الشرع، ومثل له بكون الولد اشتهر نسبة لغيره.

وقد يلاحظ أن التعريف لم يذكر من بين الشروط تصديق الولد المستلتحق، أو على الأقل عدم تكذيبه من استلحقه، فالجواب أن ذلك دليل على تمسكه بالاتجاه الذي لم يعتبر هذا التصديق شرطاً في الاستلحاق، علماً بأن هذا الشرط هو محل اختلاف المذاهب الفقهية كما سيأتي تفصيله عند الحديث عن شروط الاستلحاق.

وجاء في تعريف آخر للإستلحاق في نطاق المذهب المالكي أيضاً ما يلي: «إقرار ذكر مكلف أنه أب لمجهول نسبة إن لم يكن به عقل لصفره أوعاده».⁽²²⁾

المبحث الثاني: طبيعة الاستلحاق وكيفيته

تبين مما ذكر في تعريف الاستلحاق في عرف الفقهاء أنه عبارة عن «إقرار»، والإقرار في الفقه هو الاعتراف بما يجب حقاً على قائله بشرطه،⁽²³⁾ وماهية «الإقرار» عند الفقهاء هي «إخبار»، ويتفق في ذلك مع «الدعوى» أو «الادعاء»، ومع «الشهادة» بالمفهوم الفقهي، فكلها أياً

(19) بكسر الحاء.

(20) بفتح الحاء.

(21) بكسر الحاء.

(22) الشيخ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأثرب المسالك الجزء الثاني باب من الإقرار، فصل في الاستلحاق، تعريف الاستلحاق.

(23) القطب أحمد الدرير: الشرح الصغير بحاشية بلغة السالك للشيخ أحمد الصاوي الجزء الثاني، ص 176. دار الفكر بيروت بدون تاريخ.

«إبار»، فالعبارات الثلاث: الإقرار، والدعوى، والشهادة تشتراك في هذا المعنى، إلا أنها تفترق في مدى الأثر، أو الحكم، أو النفع المترتب على كل عبارة من هذه العبارات على حدة، والمعيار في التمييز بينها هو أنه إذا كان هذا الأثر قاصراً على المخبر (أي قائل الخبر) فهو إقرار، وإن لم يقتصر أثره على قائله بل يتعداه إلى غيره، فيميز بين ما إذا كان له نفع فيما أخبر به فيسمى «دعوى»، أولم يكن له نفع فيه فهو «شهادة». ⁽²⁴⁾

وانطلاقاً من هذا التحليل لعبارة «إقرار» الوارددة في تعريف الاستلحاقي، نتساءل ماهي إذن طبيعته؟

للجواب على هذا التساؤل فإن الأمر يقتضي أولاً النظر إلى علاقة الاستلحاقي بكل من طرفيها؛ فإذا نظرنا إلى الاستلحاقي من ناحية الولد المستلتحق⁽²⁵⁾ نجد أن هذا التصرف (أي الاستلحاقي) لصالحه، لأنه يثبت له نسبة وأباً معروفاً بعدهما كان مجهولاً، بدلاً من أن يبقى محزوماً منه، مع ما يترتب على هذا الحرمان من مضار بالنسبة له، فالاستلحاقي بذلك يعتبر إقراراً لفائدة الولد، وتترتب نتائجه بمجرد صدوره من المقر إذا توفرت الشروط الأخرى المقررة في صحة الاستلحاقي، لكن إذا نظرنا إلى الاستلحاقي من جانب المستلتحق⁽²⁶⁾ نجد أن هذا التصرف الصادر عنه يرتب له هو الآخر مصلحة، تتمثل في تحقق أبوته للولد المستلتحق⁽²⁷⁾ والفوز بضممه إليه، ومادام هذا الإقرار يرتب مصلحة للمقر فهو من هذه الوجهة «ادعاء» وليس إقراراً، لأنه من المقرر فقهاً أن من شروط الإقرار أن لا يرتب مصلحة، أو فائدة للمقر، وإلا اعتبر «ادعاء»، ومن القواعد العامة في الدعاوى أن الادعاء يجب إثباته، فلا يحكم لصاحبته بمجرده، وإلا يرفض قوله بقاعدة

(24) الشيخ أحمد الصاوي، المرجع السابق، ج. 2 ص. 176.

(25) يفتح الحاء.

(26) يكسر الحاء.

(27) يفتح الحاء.

«البينة على المدعى» فهو الذي يتحمل عبء إثبات ما يدعيه، إلا أن هذه القاعدة لا تطبق في ادعاء شخص أبوته لولد، بل يصدق في قوله لمجرد هذا الادعاء، وذلك خلافاً للقاعدة المذكورة.

إذن نستخلص من كل ذلك أن «الاستلحاق» ذو طبيعة مزدوجة، فهو من جهة «إقرار»، ومن جهة أخرى «ادعاء» مصدق صاحبه دون إثبات، على خلاف القاعدة العامة التي توجب عدم تصديق الادعاء إلا بالإثبات.

لكن ما هي الاعتبارات التي جعلت المستلحق يصدق في ادعائه هذا، وذلك استثناء من قاعدة «البينة على المدعى»؟

من خلال استقراء أقوال الفقهاء في تعليهم لهذا الاستثناء⁽²⁸⁾ نجد أنه يستند إلى اعتبارات منها:

أولاً: إن الاستلحاق تقرر فيه تغليب جانب «الإقرار» على جانب «الادعاء» لما في ذلك من مصلحة معتبرة شرعاً، خاصة بالنسبة للولد المقرب، لأنه كشف عن نسبة بعدهما كان مجهولاً، فمصلحة تقتضي أن لا يبقى دون نسب.

ثانياً: إن الشرع متشرف إلى حفظ الأنساب وستر الأعراض، ولهذه الغاية أخذ بالنادر وطرح الفالب في كثير من الصور المتعلقة بموضوع النسب والتي من بينها بالإضافة إلى هذه الصور، الصور التالية:

1- جعل أقل مدة الحمل في ستة أشهر بنصوص من القرآن⁽²⁹⁾ وهو أمر نادر، فالغالب في الحمل هو تسعة أشهر؛

(28) يستخلص ذلك من مجموع العبادي والأحكام والشروط المتعلقة بالاستلحاق، وأحكام النسبة بصفة عامة، وكذا مقاصد الشرع بشأنها والشار إلى ذلك في بابه.

(29) فقد جاء في القرآن الكريم في شأن بيان مدة الحمل ومدة الرضاع معاً قوله تعالى: «وَحِلْهُ وَفَصَالَهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا» - الآية 15 من سورة الأحقاف - وجاء في بيان مدة الرضاع وحدتها قوله تعالى: «...وَفَصَالَهُ فِي عَامِينَ» - الآية 14 من سورة لقمان -.

2- جعل أقصى مدة الحمل - على الأقل - سنة، وهناك اتجاهات فقهية من مختلف المذاهب ترفع هذه المدة إلى سنتين فأكثر لاعتبارات خاصة، وذلك خلافاً لما يعتبر هو الغالب:

3- اعتبار مجرد إمكان اتصال الزوج بزوجته دون اشتراط تتحققه كافياً للحق النسب بالفراش عند الجمهور، بل هناك من الفقه من لا يشترط حتى إمكانية الاتصال المادي فيرتب النسب بالفراش لمجرد وجود عقد الزواج دون اعتبار لما إذا كان الاتصال بين الزوجين أمراً ممكناً مادياً وفعلياً أم لا، مكتفياً في ذلك بمجرد الإمكان والتصور العقلي كما سبقت الإشارة إلى ذلك:

4- عدم إمكانية نفي النسب المستمد من الفراش المستوفى لشروطه إلا عن طريق اللعان المحاط بشروط دقيقة ومسطرة استثنائية، وإجراءات خاصة، لا من حيث كيفية تطبيقها. ولا من حيث الأجل القصير لممارستها، الشيء الذي قد يجعل من الصعب توفره على الوجه المطلوب شرعاً في غالب الحالات. وذلك بفایة سد الذريعة على المتهايلين من ضعاف الوازع الديني ومنعدمي الضمير الذين لا يتورعون في التملص من واجباتهم الأبوية والتسبيب في ضياع الأنساب والمساس بالشرف والأعراض.

المبحث الثالث: خصائص ومقومات الاستلحاق

يستخلص من تعريف الاستلحاق أن له خصائص ومقومات تجعله يتميز عن غيره من الأمور المشابهة، كالإقرار الذي يتضمن تحويل النسب على غير المقر، حيث يقتصر أثره على الإرث دون النسب عند جمهور الفقهاء، وكالتبني الذي شاع في عدد من المجتمعات غير الإسلامية، خاصة في العصر الحاضر والذي يعتبر محظماً في الشرع الإسلامي، وكالكفالات التي تقوم بمهمة رعاية الولد والقيام بشؤونه وحاجياته المادية والتربيوية، دون أن تؤثر على وضعية نسب المكفول.

وأهم هذه الخصائص التي ينفرد بها الاستلحاق هي:

- 1- أنه خاص بالأب دون غيره من الأقارب الآخرين عند المالكية، فالأم أو العجد والإبن وأحد الزوجين لا يستلحقون عند المالكية، كما أن غيرهم من الأقارب لا يصح استلحاقهم، وسيأتي الحديث عن ذلك في الفقرة الخاصة بشروط الاستلحاق تحت عنوان: «من هم الأشخاص الذين يثبت النسب بإقرارهم»؟
- 2- إنه لا يتعلق إلا بمحظول النسب دون غيره، وبالتالي فلا يستلتحق معلوم النسب ولا مقطوع النسب الذي مثل له المالكية بولد الزنا؛
- 3- هو بطبيعته -من جانب المقر- دعوى مصدقة ومقبولة ومنتجة لآثارها دون مطالبة صاحبها بالإثبات وبالنظر إلى المقر به هو إقرار بحق للولد يلتزم به من صدر عنه؛
- 4- عدم إمكانية قبول رجوع المستلحق عن إقراره إذا توفرت الشروط الأخرى، رغم أن له طبيعة «الادعاء» الذي يمكن لصاحب الرجوع عنه في غير الاستلحاق وفق القواعد العامة المقررة في بايه؛
- 5- عدم توقف صحة الاستلحاق في الفقه المالكي على موافقة الولد المستلحق ولو كان رشيداً، بل ورغم معارضته وكذا رغم معارضة أمه زوجة المستلحق؛
- 6- يعتبر الاستلحاق وسيلة من وسائل لحوق النسب دون ضرورة إثبات وجود الفراش للمستلحق؛
- 7- هو بمثابة التزام صادر عن إدارة منفردة، ومن المعلوم في باب الالتزامات أن من مصادر الالتزام الإرادة المنفردة، وخاصة أنه لا يشترط في المذهب المالكي لصحة الاستلحاق تصدق المستلحق، ولا إثبات زوجية أمه، بل يصح الاستلحاق رغم منازعة الولد والزوجة على المشهور من

المذهب المالكي، واعتباراً لذلك فهو (أي الاستلحاق) يعتبر مصدراً للحقوق والواجبات لفائدة الولد في مواجهة من استلحقه كوالد له دون توقف ذلك على قبول الطرف الثاني المستلحق عند المالكية.

المبحث الرابع: شروط الاستلحاق

نشير هنا باقتضاب إلى الأشخاص الذين يثبت النسب بإقرارهم، وشروط هذا الإقرار على صعيد الفقه، وفي إطار المذهب المالكي وبعض المذاهب الفقهية الأخرى وفي نطاق مدونة الأحوال الشخصية.

المطلب الأول: على صعيد الفقه

نتناول هذه الشروط بتلخيص عند المذاهب الفقهية الأربع.

الفقرة الأولى: المذهب المالكي

أولاً: الأشخاص الذين يثبت النسب بإقرارهم

في نطاق هذا المذهب ينحصر من يثبت النسب بإقراره في الأب وحده دون غيره من الأقارب بمن في ذلك الأم والإبن، ويقول الشيخ خليل في هذا الشأن: «إنما يستلحق الأب مجهول النسب» ويتسوّل شارحه، ومنهم الشيخ الحطاب: «أتى بأداة الحصر ليتبينه أن الاستلحاق لا يصح إلا من أب فقط، وهذا هو المشهور» ثم أضاف (أي الحطاب): «وخرج بأداة الحصر استلحاق الأم» قال ابن عرفة: « واستلحاق الأم لفو». ⁽³⁰⁾

وفي مدونة الإمام مالك ورد في هذا الشأن ما يلي: «رأيت لو أن امرأة نظرت إلى رجل فقالت هذا ابني، ومثله يولد لمثلها فقال (أي الرجل): صدقت هي أمي، أيثبت نسبة منها في قول مالك أم لا؟ قال (أي

(30) الحطاب، مواهب الجليل 5/239، ذ. الخمليشي المرجع السابق 52/2.

ابن قاسم) لم أسمع من مالك فيه شيئاً، إلا أنني لا أرى أنه يثبت نسبة، لأنه ليس هنا أب يلحق به».⁽³¹⁾

من خلال ما ذكر يتضح أن الأم لا يقبل منها الاستلحاق في المذهب المالكي، أي الإقرار بولد، كما لا يقبل من باقي الأقارب في المشهور من هذا المذهب، وقد أشير إلى هذه المسألة عند شرح الشیخ الرصاع للتعریف الذي وضعه ابن عرفة للاستلحاق، في أول الكلام عن الاستلحاق.

ثانياً: شروط الإقرار الذي يثبت به النسب

في مذهب الإمام مالك يشترط لصحة الإقرار كسبب للحقوق النسب، وذلك انطلاقاً من النصوص الفقهية المذكورة ومن تعريف الاستلحاق المتقدم ذكره الشروط التالية:

- كون المقر هو الأب؛
- كون الولد المقر به مجهول النسب؛
- عدم وجود ما يكذب المقر عقلاً أو عادة؛
- أن لا يتضمن الإقرار تحويل النسب على غير المقر.

إن كون المقر هو الأب مأخوذ بداية من تعريف فقهاء المالكية للاستلحاق ومن النصوص الفقهية المشار إليها، ولذلك فلا يقبل من غيره من الأقارب الاستلحاق كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

إن كون الولد المقر به مجهول النسب هذا الشرط ينصرف إلى معنى كون الولد لا يكون له نسب معروف وثبتت لشخص آخر غير المقر، ولذلك فلا يستلحق الولد معلوم النسب وكذا الولد مقطوع النسب. كولد الزنا لأن الشرع قطع نسبة عن الزاني.⁽³²⁾

(31) مدونة الإمام مالك، ذ. الخمليشي، المرجع السابق 53/2.

(32) الحطاب، مواهب الجليل 238/5 وشرح أخرى لمختصر خليل عند قوله: «إنا يستلحق الأب مجهول النسب».

أن لا يكذب المقر عقل أو عادة.

أما المقصود بهذا الشرط فيعني عدم وجود قرائن قوية تجعل الإقرار غير صحيح، ومثلوا لذلك بوجود فارق في السن بين المقر وبين المقر به، بحيث لا يتصور عقلاً ولادته منه، كما إذا كان هذا الفارق بينهما في السن ست سنوات.

الفقرة الثانية: في المذهب الشافعى

الأشخاص الذين يثبت النسب بإقرارهم وشروطه:

أما في نطاق مذهب الإمام الشافعى فيقبل الإقرار من:

أ- الأب بنفس الشروط المشار إليها في المذهب المالكي مع إضافة شرط آخر وهو تصديق الولد إذا كان بالغاً، ولا يكتفي في تصديقه أن يكون مميزاً كما هو الشأن عند الحنفية الذين يكتفون بتصديق الولد الحميم، وأن يكون عاقلاً لاعتبار تصديقه، وإلا فلا يتطلب هذا التصديق:

ب- الأقارب الآخرين من غير الأب كالإخوة والأعمام وأبناء الأعمام بالشروط التي يشترطها في إقرار الإبن، مع إضافة شرط آخر وهي:

1- أن يكون الملحق به النسب ميتاً، فمثلاً إذا قال شخص هذا أخي مع توفر الشروط المذكورة ثبت بذلك الإقرار نسب الشخص المقر به إلى والده إذا كان ميتاً؛

2- أن يكون المقر وارثاً للشخص الملحق به النسب؛

3- أن يكون حائزاً لتركة الأصل الميت الذي تم إلحاق الشخص المقر به إليه؛

4- أن يكون المقر هو وحده الوراث فإن كان له إخوة آخرون فيشترط تصديقهم له في إقراره.

النفقة الثالثة، في مذهب الحنفية

أولاً: الأشخاص الذين يثبت النسب بإقرارهم

في إطار مذهب أبي حنيفة فإن الأشخاص الذين يثبت النسب

بإقرارهم، هم:

أ- الأب الذي يقر بولده؛

ب- الإبن الذي يقر بوالده أو يأمهه؛

ج- الأم التي تقر بولدها؛

د- البنت التي تقر بأبيها أو يأمهها.

فيقبل في هذا المذهب من هؤلاء الإقرار بالنسبة، أي إقرار الأصل

بالفرع والفرع بالأصل إذا توفرت شروط معينة، وهي:

ثانياً: شروط الإقرار عند الحنفية

تتلخص هذه الشروط فيما يلي:

أ- أن يكون الشخص المقر به مجهول النسب؛

ب- أن يكون الإقرار محتملاً للصدق، بحيث يمكن عقلاً أو عادة أن ينسب الولد المقر به إلى المقر، بمعنى أن لا تكون هناك قرائن قوية على كذبه، ويتفق الحنفية في هذين الشرطين مع المذهب المالكي فيما يخص إقرار الأب الذي لا يصح الإقرار من غيره عند هذا المذهب.

ثالثاً: تصديق المقر به للمقر في إقراره إذا كان مميزاً دون

اشترط بلوغه

وذلك خلافاً لما ذهب إليه الشافعية، وتصديق زوج المقر لهذا الأخير

إذا كان الولد منسوباً إليه.⁽³³⁾ أما إذا كان المقر به غير مميز وقت الإقرار

(33) راجع الخمليشي، المرجع السابق 2/55.

فلا يشترط التصديق، وإذا كان الإقرار بغير من ذكر، كالإخوة فلا يثبت به النسب. ويقول الإمام الكاساني من الحنفية في شأن الإقرار بالنسبة: «وأما الإقرار بالنسبة فهو الإقرار بالوارث» وهو نوعان: أحدهما إقرار الرجل بوارث والثاني إقرار الوارث بوارثه، ويتعلق بكل منهما حكمان: حكم النسب وحكم الميراث، أما الإقرار بوارث فلصحته في حق ثبوت النسب شرائط منها:

1- أن يكون المقر به محتمل الثبوت، لأن الإقرار إخبار عن كائن، فإذا استحال كونه، فالإخبار عن كائن يكون كذباً مفضلاً، وبيانه أن من أقر بفلام أنه ابنه ومثله لا يلد مثله لا يصح إقراره لأنه يستحيل أن يكون إبناً له، فكان كاذباً في إقراره بيقين!

2- أن لا يكون المقر بنسبة معروفة النسب من غيره، فإن كان لم يصح، لأنه إذا ثبت نسبة من غيره لا يتحمل ثبوته له بعده!

3- تصديق المقر بنسبة إذا كان في يد نفسه، لأن إقراره يتضمن إبطال يده فلا تبطل إلا برضاه. ولا يشترط صحة المقر لصحة إقراره بالنسبة، حيث يصح من الصحيح والمريض جميعاً، لأن المرض ليس مانع لعيشه، بل لتعلق حق الغير، أو التهمة، فكل ذلك منعدم، أما التعلق فظاهر العدم، لأنه لا يعرف التعلق في مجهول النسب، وكذلك معنى التهمة، لأن الإرث ليس من لوازم النسب، فإن لحرمان الإرث أسباب لا تقدح في النسب من القتل (والرق) وخالف الدين:

4- أن لا يكون فيه حمل النسب على الغير سواء كذبه المقر نسبة أوصدهه لأن إقرار الإنسان حجة على نفسه لا على غيره لأنه على غيره شهادة أودعوى، والدعوى المفردة ليست بحجة، وشهادة الفرد الواحد فيما يطلع عليه الرجال - وهو من باب حقوق العباد - غير مقبولة، والإقرار الذي فيه حمل نسب الغير على غيره إقرار على غيره لا على نفسه، فكان دعوى، أو شهادة، وكل ذلك لا يقبل إلا بحجة، وعلى هذا يجوز إقرار الرجل بخمسة

نفر: الوالدين والولد والزوجة والمولى، ويجوز إقرار المرأة بأربعة نفر: الوالدين والزوج والمولى، ولا يجوز بالولد، لأنه ليس في الإقرار بهؤلاء حمل نسب الغير على غيره... أما الإقرار بالزوجية فكذلك ليس فيه حمل نسب الغير على غيره، لكن لابد من التصديق (الما ذكرنا) ثم إن التصديق في حال حياة المقر جاز بلا خلاف، وإن وجد بعد وفاته فإن كان الإقرار من الزوج يصح التصديق من المرأة سوا صدقته في حياته أو بعد مماته بالإجماع، بأن أقر الرجل بالزوجية فمات ثم صدقته المرأة، لأن النكاح يبقى بعد الموت من وجهه، لبقاء بعض أحکامه في العدة، فكان محتملاً للتصديق، وإن كان الإقرار بالزوجية من المرأة فصدقها الزوج بعد موتها لا يصح عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد يصح، ووجه قولهما ما ذكرنا من أن النكاح يبقى بعد الموت من وجهه، ووجه قول أبي حنيفة: «أن النكاح للحال عدم حقيقة».⁽³⁴⁾

المقدمة الرابعة: المذهب الحنبلی

الأشخاص الذين يثبت النسب بإقرارهم وشروطه:

المذهب الحنبلی يماثل تماماً المذهب الشافعی فيما يخص الأشخاص الذين يثبت النسب بإقرارهم، وكذلك فيما يخص شروط هذا الإقرار، مع اختلاف بسيط في بعض التفاصيل الخاصة بالبنت والأخت والأم وبباقي ذوي الفروض، وإنما يضيف -ابن قدامة- وهو من المذهب الحنبلی -شرط آخر- فيما يخص إقرار الأب وهو ألا تكون هناك منازعة في هذا الإقرار من طرف الغير.⁽³⁵⁾

(34) الإمام علاء الدين أبي بكر الكاساني الحنفي، بداع الصنائع في ترتيب الشرائع 227/7 و228.

(35) ذ. الخليلي المرجع السابق 57/2

المطلب الثاني: شروط الاستلحاق في مدونة الأسرة

إن شروط الاستلحاق التي قررتها مدونة الأسرة بالنسبة للأب في المادة 160 تنصي:

- 1- أن الأب المقر عاقلاً;
- 2- لا يكون الولد المقر به معلوم النسب;
- 3- أن لا يكذب المستلحق -بكسر الحاء- عقل أو عادة;
- 4- أن يوافق المستلحق -بفتح الحاء- إذا كان راشداً حين الاستلحاق، وإذا استلحق قبل أن يبلغ سن الرشد فله الحق في أن يرفع دعوى النسب عند بلوغه سن الرشد، وإذا عين المستلحق الأم، أمكنها الاعتراض بنفي الولد عنها، أو بالإلاعء بما يثبت عدم صحة الاستلحاق.
- 5- لكل من له المصلحة أن يطعن في صحة توفر شروط الاستلحاق المذكورة، مادام المستلحق حياً...

وهكذا يتضح من هذه المادة أن شروط الاستلحاق التي أخذت بها المدونة قد اقتبستها من مذاهب الفقه الإسلامي دون التقيد في ذلك بالمذهب المالكي، ومادام أنه قد تم الإشارة إلى شروط الاستلحاق في المذاهب الأربع، فنرى أنه لا يبدو هناك داع لإعادة الحديث عنها باستثناء بعض التوضيحات المتعلقة بما يلي:

فبخصوص شرط عدم تكذيب العقل أو العادة للمقر، يبدو أن هذا الشرط هو من الشروط المتفق عليها كذلك فقهاءً، ويعبّر عنه عند البعض بكون الولد محتمل الثبوت من نسب المقر، فلا يكذبه الحس في الظاهر، فمثلاً تكذيب الحس للمرأة كون الولد المقر به في سن لا يمكن معها أن يكون من صلب المقر بحيث يولد مثله لمثله، كما إذا كان فارق السن بينهما

أربع سنوات، أو كأن يكون المقر مجبوباً⁽³⁶⁾ من زمن متقدم على زمن بدء الحمل بالولد المقر به، ففي مثل هذه الأمثلة لا يصح الإقرار بنسوب ولد، لأن العقل والمنطق يكذبه وقد ورد في كلام العطاب في هذا المعنى مايلي: «قال في كتاب أمهات الأولاد من المدونة»، ومما يعرف به كذبه أن يكون له أب معروف أوهم من المحسولين من بلد يعلم أنه لم يدخله قط (أي المستلحق) ... أو تقوم بيضة أن أم هذا الصبي لم تزل زوجة لغير هذا المدعى حتى ماتت.⁽³⁷⁾ وقد عبرت مدونة الأسرة في المادة المذكورة عن هذا الشرط بعبارة: «أن لا يكذب المستلحق عقل أو عادة».

أما الشرط المتعلق بأن لا يكون الولد معلوم النسب، فيبدو أن المقصود به هو نفس العبارة الواردة في الفقه، وكذا في المدونة السابقة، وهو أن يكون الولد مجهول، وقد سبق الكلام عن معناه بتفصيل في الفقه عموماً، خاصة أنه لا يوجد اختلاف جوهري في المذاهب الفقهية بشأنه -باستثناء المالكية- الذين يرون أن اللقيط لا يدخل ضمن مجهولي النسب لترتيب أحكام الاستلحاق عليه وسيأتي الكلام عنه في فقرة لاحقة.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن عبارة «مجهول النسب» يخرج بها الحالات التالية:

- 1- كون الولد ثابت النسب من غير المقر، أي إن أبوه معروف، وهو غير المقر، سواء ثبت ذلك بالفراس أو الشبهة، أما إذا كان ثابتاً بالإقرار فالامر في هذه الحالة يتعلق بإقرارين صادرتين من شخصين، والقول بصحة أحدهما دون الآخر يرجع لاختصاص المحكمة التي لها الفصل في هذه المنازعة وذلك استناداً إلى حجة ترجح جانب أحدهما على الآخر من فراش أو وسائل إثبات أخرى؛

(36) المعتبر في الفقه وهو مقطع الذكر والاثنين.

(37) العطاب، المرجع السابق.

2- كون الولد مصنوع شرعاً إلحاقه بالمنكر، كالولد الذي يأتي نتيجة علاقة غير شرعية بين المقر وبين المرأة التي ولدته (أي ناتج عن الزنا) ويعبر الفقهاء عنه بكونه مقطوع النسب، لأن الشرع قطع نسبة عن الزاني، وهذا قول الجمهور ومنهم المالكية.⁽³⁸⁾

ففي الحالتين المذكورتين لا يصح استلهاق الولد من هذا المنكر، لأنه في الحالة الأولى لا يتتصور أن يكون للولد أبوان، فأبواه الحقيقي هو الذي ينسب إليه وجوباً دون غيره، فإن ادعاه هذا الفير في هذه الحالة فإنه يعاقب عقوبة القذف المنصوص عليها في التشريع الإسلامي، وفي الحالة الثانية لا يجوز عند الجمهور استلهاق الزاني ولده من الزنا، ولا ينسب إليه، لأن الشرع قطع نسبة عن الزاني كما سبقت الإشارة إلى ذلك، ويقول الشيخ خليل في مختصره الفقهي: «إنما يستلهاق الأب مجحول النسب»⁽³⁹⁾ والتعبير بأداة «إنما» تفيد الخصر، ويخرج به بالإضافة إلى ما ذكر:

(38) هنا اتجاه آخر في الفقه خاصة في المذهب الحنفي يرى جواز استلهاق الزاني ولده من الزنا إذا ترفررت شروط معينة، وقد أيد هذا الاتجاه بعض الفقهاء من العصر الحديث.

(39) ورد في شرح الخطاب ل BX خليل مابلي:
- «من استلهاق ولداً لا يعرف له نسب لحق به، وإن لم يعرف أنه ملك أمّه... بنكاح... إلا أن يتبيّن كذبه في ذلك فلا يلحق به». كما ورد به بما يلي:

أ- «فحاصله أن سخنونا يشترط تقدم النكاح... وابن القاسم لا يشترطه، أما لو فرض أنه علم أنه لم يقع منه نكاح... أبداً لم يلحق به، وهذا داخل في قول المؤلف لم يكنه المقل، لأن من علم منه عدمه (أي النكاح) يستحيل منه الولد عقلاً، لكن العلم بعدم النكاح... عسر»!

ب- قال في كتاب أمهات الأولاد من المدونة: «وما يُعرف به كذبه أن يكون له أب معروف، أو هم من المحولين من بلد يعلم بأنه لم يدخله قط (أي المستلهاق)... أو تقويم بيته أن أم هذا الصبي لم تزل زوجة لغير هذا المدعى حتى ماتت»!

ج- قال في المدونة: «إن استلهاق محسولاً من بلدة دخلها لحق به، وهذا ينبغي على أمر اختلاف فيه هل يعتبر شرطاً في الاستلهاق أم لا؟ وهو أن يعلم تقدم... نكاح أم هذا الولد لهذا المنكر، قال سخنون يعتبر... والمشهور أن ذلك لا يعتبر، وهو ظاهر ما في المدونة، وهو الأظير لأنهم اعتبروا في هذا الباب "الإمكان وحده" ما لم يقم دليلاً على كذب المقرر»، مواهب الجليل، 5، 239/5، ط. دار الفكر.

أما الاستلحاق الصادر عن الأم الخالية من الزوج ففي المشهور من مذهب مالك⁽⁴⁰⁾ لا يصح، إلا أنه في المدونة الجديدة قررت مبدأ في المادة 147 وهو أن البنوة تثبت لها بإحدى الوسائل التالية:

- 1- واقعة الولادة؛
- 2- إقرارها طبقاً لنفس الشروط المنصوص عليها في المادة 160 وهي المادة المتعلقة بشروط الاستلحاق الصادر عن الأب؛
- 3- صدور حكم قضائي بها.

كما اعتبرت نفس المادة أن بنوة الأم شرعية في ثلاث حالات وهي الزوجية والشبهة والاغتصاب.

والاستلحاق الصادر من غير الأب كأحد أقاربه، فالمدونة الحالية نصت في المادة 161 على عدم ثبوت النسب بإقرار غير الأب لكن هل هذا يعني أنه لا يقبل صدور الاستلحاق من غير الأب. ولا يترب على استلحاقه أي أثر آخر غير النسب؟ يبدو هنا الرجوع إلى الفقه المالكي طبقاً للمادة 400 والقاعدة المطبقة في المشهور في هذا المذهب هي أن الإقرار بما فيه تحميل النسب على الغير وإن كان لا يثبت به النسب، لكن يؤخذ به المال بعد التأني مع اليمين، وهو ما كانت المدونة السابقة قد نصت عليه في الفصل 93 وسنشير إلى بعض الأحكام المرتبطة به لاحقاً.

هل يعتد باللقيط مجھول النسب:

اللقيط هو الذي يعثر عليه منبوداً دون معرفة أبيه وأهله، فعند المالكية لا يعتبر اللقيط من قبيل مجھولي النسب الذين يجوز استلحاقهم.

.238-239/5) مراقب الجليل (40)

ففي هذه الحالة لا يصدق المقر إلا إذا اقتنى إقراره بما يعززه من فرائض أو حجج مقبولة تثبت صدقه.⁽⁴¹⁾

علة عدم قبول استلحاق معلوم النسب:

وعلة عدم صحة استلحاق الولد المعروف نسبةً بواسطة الإقرار هي أن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره، ولا يحتمل ثبوته له، لأن القول بخلاف ذلك من شأنه قطع النسب الحقيقي للولد وتزوير هويته، وهذا لا يجوز شرعاً، فالنسب يعتبر من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفة قواعده، فانتساب شخص لغير نسبة حقيقي غير جائز شرعاً ولذلك صار التبني حراماً، وفق النصوص الشرعية المقررة في هذا الشأن.

وينص بعض الفقه على إضافة شرط آخر لصحة الاستلحاق، وهو أن لا يكون هناك منازع للمقر يدعى الولد بأنه من صلبه، ففي هذه الحالة لا يثبت نسب الولد من هذا المقر ولو توفرت الشروط الأخرى، لأن هذه المنازعات تؤدي إلى تعارض إقرارين بنسب هذا الولد، فلا يصح أن يلحق بأحدهما لمجرد الإقرار، بل لابد من وسيلة إثبات أخرى ترجع جانب أحد المقررين، وتكون المحكمة في هذه الحالة هي المختصة بالفصل في الموضوع، معتمدة في ذلك على وسائل الإثبات المقررة شرعاً.

حكم الإقرار بما فيه تمهيل النسب على المذكور:

نشير هنا أولاً إلى أثر الإقرار بما فيه تحويل النسب على الفير وثانياً هل يتحقق الرجوع عن هذا الإقرار.

(41) انظر ذ. الخصليشي المرجع السابق 54/2 الذي نقل عن مدونة الإمام مالك مابلي: «رأيت إن التقطت لقيطاً، نجا، رجل فادعى أنه ولده، أيصدق أم لا؟ قال (ابن القاسم) بلغني عن مالك أنه قال لا يصدق، إلا أن يكون لذلك وجداً».

أولاً: آثار الإقرار بما فيه تحويل النسب على الغير

في الفقه المالكي إن أثر الإقرار بما فيه تحويل النسب على غير المقر من الأقارب، فيه أقوال حسب التفصيل الآتي:

- الأول وهو لابن القاسم لا يثبت به النسب، وإنما يؤخذ به المال، أي يؤخذ من تركته بحسب قواعد الإرث المقررة شرعاً على فرض أنه من نسبه، وهو الذي أخذت به مدونة الأحوال الشخصية السابقة في الفصل 93 الذي ينص على ما يلي: «الإقرار بما فيه تحويل النسب على الغير كابن الإبن والجد والأخوة والعمومة وبنو العم لا يثبت به النسب وإنما يؤخذ به المال بعد التأني مع اليمين وبيان الوجه من أشقيمة وغيرها»؛

- والقول الثاني أنه إذا لم يكن له وارث معروف فإن إقراره جائز ويكون له ماله ولا يثبت له النسب بذلك؛

- والقول الثالث أنه لا ميراث لهذا المقر له، ولو لم يكن له وارث معروف، لأن ميراثه لل المسلمين، أي الدولة ممثلة في مؤسسة من مؤسساتها التي أنشئت لهذه الغاية، وكان يطلق عليها في العهد ما بعد الاستقلال، «أبو المواريث» إلا أن هذه المؤسسة حذفت فيما بعد والتي هي بمثابة وارث معروف حسب هذا القول؛

- والقول الرابع وهو لأشهب، أنه لا يستحق الميراث إلا من استحق النسب وثبت له بما تثبت به الأنساب. (42)

ثانياً: هل يتحقق الرجوع في إقرار بوارث وأثر هذا الرجوع

من المقرر في الفقه المالكي أن للقرء بما فيه تحويل النسب على الغير من أقاربه الرجوع عن إقراره وهذا الرجوع يحصل دون إرثه،

(42) راجع كتاب الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية في مذهب السادة المالكية ص. 104 للشيخ سيدى محمد عزيز جعبيط، وزير العدلية الشرفي وشيخ الإسلام بالديار التونسية. وأنظره بشأن بعض ما يتبين على عدم ثبوت النسب بالإقرار في هذه الحالة.

وأساس ذلك أن هذا الإقرار دائر بين الوصيّة والشهادة وكلاهما يبطل بالرجوع عنهما.⁽⁴³⁾

أما تصديق الولد بالصقر به للمقر فلا يعتبر في المدونة شرطاً في صحة الاستلحاق وذلك مثل ما عليه الأمر المعتمد من العذهب المالكي، خلافاً لبعض المذاهب الفقهية الأخرى التي تشترط هذا التصديق إذا كان الولد مميزاً، أو بالغاً، وذلك وفق ما سلفت الإشارة إليه.

أما في فقه المالكية فلا يشترط التصديق مطلقاً، بل يصح الإقرار ولو أنكره الولد، إلا أن مدونة الأسرة سارت في اتجاه آخر وفق ما أشير إليه سابقاً.

كما يكتفي -حسب المعتمد في الفقه المالكي- بإقرار الأب ولو لم يصرح فيه بأن الولد الصقر به ولد على فراش الزوجية، أو من زوجته فلانة، ولا يلزم بالأحرى بإثبات عقد الزواج الذي نتج عنه الولد وهذا الحكم الأخير يستفاد أخذ مدونة الأسرة به من خلال مقتضيات المادة 160.

وبما أن الاستلحاق هو في الحقيقة إقرار الأب بنسب ولد بالشروط المشار إليها أعلاه، وكان من وسائل إثبات النسب إقرار الأب، فما هي الوسائل التي يمكن بها إثبات هذا الإقرار؟ هذا ما سنتناوله في البحث التالي:

المبحث الثاني: وسائل إثبات الاستلحاق

نقتصر في هذا الصدد على ما ورد في مدونة الأسرة في معرض بيان الوسائل المقبولة لإثبات الاستلحاق والتي حصرت هذه الوسائل في وسائلتين: الأولى إشهاد رسمي. والثانية خط يد المستلتحق غير المشكوك فيه، حيث نصت المادة 162 منها على ما يلي: «يشتبه الاستلحاق بإشهاد رسمي، أو بخط يد المستلتحق الذي لا يشك فيه».

.(43) الطريقة المرجعية ص. 103-105

أولاً: الإشهاد الرسمي

انطلاقاً من القواعد المنظمة لمختلف الإشهادات في إطار القانون المنظم لخطة العدالة الذي يعطي للعدول الاختصاص في تلقي مختلف الشهادات في جميع الميادين، فإن هذا القانون هو المرجع الأساسي لكيفية وإجراءات تلقي الشهادات، لذا يبدو أن المقصود بالإشهاد الرسمي في الفصل المذكور هو إشهاد عدلين منتخبين للإشهاد على إلحاق الولد بنسب المستلتحق طبقاً للإجراءات المقررة في القانون المذكور.

ثانياً: خط يد المستلتحق

أما عبارة: «بخط يد المستلتحق» فإنه نادراً ما يقع في الحياة العملية أن يكتفي المستلتحق في الوقت الحاضر بمجرد كتابة الاستلتحق بخط يده إما لتوفر وسائل مختلفة لتوثيق التصرفات والعقود، ومن جهة أخرى فمن الصعب تصديق نسبة الخط الذي يتضمن الإقرار إلى صاحبه، سيما أن التتحقق من صحة الخط إذا كان محل منازعة يتطلب في غالب الأحيان إجراء خبرة قضائية يقوم بها خبير مختص في تحقيق الخطوط، وحتى في هذه الحالة فإنه قلما يصل الخبير إلى نتائج حاسمة ويقينية في شأن إثبات الخط لصاحبته بصفة قطعية، وغالباً ما تكون هذه المنازعات من طرف ورثة المستلتحق بعد وفاته، أما إذا كان لازال حياً فقد لا يثور إشكال في هذا الشأن، لأن الأمر يتوقف في هذه الحالة على إقراره غالباً، وإن كان قد يقع أن ينكر خطه في حالة رجوعه عن إقرار.

المبحث السادس: الآثار المترتبة على الاستلتحق

إذا توفرت في الاستلتحق سائر شروط صحته كسبب للحقوق النسب ترتبت عليه جميع الآثار المترتبة عن النسب والمشار إليها في بابها ولا نرى داعياً لسردها هنا.

م. 55 — م. 68
007711-A1

الوصية

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
7/10/15 007711-A1
جذىدة

الأستاذ: محمد أكديد

رئيس غرفة بالمجلس الأعلى

ملحق بديوان السيد وزير العدل

تعريف الوصية:

يعرف الفقهاء الوصية بتعريفات مختلفة للفظ متعددة المعنى على وجه التقرير. كما أن بعض التشريعات تضع تعريفاً مختصراً للوصية، ومن هذه التشريعات مدونة الأسرة الجديدة فقد نصت في الباب المتعلق بالوصية في المادة 277 على ما يلي:

«الوصية عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته».

وتعريفها التشريع المصري في المادة الأولى من قانون الوصية بأنها:
«تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت».

كما عرفها بعض الفقهاء المعاصرین كمالی:

«الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، بمقتضاه ينتقل، أو يرث الموصى، على سبيل التبرع، حقاً مالياً في تركته إلى الموصى له».⁽¹⁾

ولفظ الوصية من الناحية اللغوية يعني طلب الشخص من غيره شيئاً ليقوم بفعله في غيابه إما أثناء حياته، أو بعد وفاته،⁽²⁾ وهي مأخوذة من قول

(1) المستشار الدكتور عبد الحكم فرودة المحامي بالنقض، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة ص. 7، دار المطبوعات الجامعية، 1996، الإسكندرية.

(2) انظر المرجع السابق، ص. 9، والزيلسي، ج. 6، ص. 181.

الإنسان وصيت «التخفيف» الشيء، أوصيه إذا وصلته، وسميت وصية، لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته، ويقال وصية، بالتشديد، ووصاه بالتفخيف بغير همز⁽³⁾، إلا أن الأول هو الأشهر والمتداول، وجمع وصية وصايا كهدية وهدايا، وتطلق الوصية على أحد الأمرين:

1- فعل الموصى فتكون بمعنى المصدر، وهو الإيصال:

2- ما يوصى به من مال وغيره من أمور معنوية كعهد ونحوه، فتكون بمعنى المفعول، وهو الإسم، وتسمية الموصى به وصية إنما هو مجاز، كما اصطلاح على إطلاق لفظ الوصية أو التوصية على التمليل، كما اصطلاح على إطلاق لفظ «الإيصال» وهو مصدر فعل: أوصى، على تعبيين الإنسان غيره من الناس وصياً على ماله، أو على أولاده بعد موته، وفعل: أوصى: إذا تعدد باللام، فهو دلالة على التمليل عن طريق الوصية مثلاً: أوصى لفلان بهذا.

3- وفي المصباح وصيت إلى فلان توصية، وأوصيت إليه إيصال، والإسم الوصاية بالكسر، والفتح لغة فيه، وأوصيت إليه بمالي جعلته له، وفي القاموس: أوصاه ووصاه توصية عهد إليه، والإسم الوصاة والوصاية والوصية ونقل الإمام النووي عن أهل اللغة أنه يقال أوصيته، ووصيته بهذا، وأوصيت، ووصيت له، وأوصيت إليه جعلته وصياً.⁽⁴⁾

في الشرعية الإسلامية:

الوصية هي تمليل مضارف إلى ما بعد الموت على وجه التبرع⁽⁵⁾، سواء أكان الموصى به عيناً، كان يوصى بدار معينة، أو بثلث، أو منفعة. كان يوصي بسكنى دار، أو يقلتها.⁽⁶⁾

(3) انظر المرجع السابق، ص. 9، وكذلك نيل الأنوار للشيخ الشوكاني ج. 6 ص. 28، والمذهب 455/1.

(4) راجع ابن عابدين ج. 6 ص. 842، وص. 9 من المرجع السابق.

(5) مرشد الحيران المادة 86، والأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا، المادة 530.

(6) الزيلمي 181/6 و 182، عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص. 10.

وقيل في تعريفها أنها: اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته.⁽⁷⁾

وتعريفها ببعضهم بكونها هي: «ما أوجبه الإنسان في ماله بعد موته،

أو مرضه الذي مات فيه» لتشتمل التبرعات المنجزة في مرض الموت،⁽⁸⁾ وفي هذا تختلف الوصية عن كل من البيع والهبة والكرا.

مشروعيّة الوصيّة:

الوصيّة هي على خلاف القياس، فجواز الوصيّة جاء على خلاف القياس، لأنّها تمليّك مضاف إلى ما بعد الموت، والموت مزيل للملك، فتقع بالإضافة إلى زمان زوال الملك فلا يتصرّف وقوعه تمليّكاً، فلا يصح.

إلا أن الشارع أجازها لحاجة الناس إليها، لأن الإنسان مفترر بأجله مقصر في عمله، فإذا عرض له عارض، وخاف ال�لاك، يحتاج إلى تلافي ما فات من التقىصير (ولو اتسع الوقت وأحوجه إلى الانتفاع به صرفه في حاجاته الحالية)، فشرعها الشارع الحكيم تمكيناً منه جل وعلا من العمل الصالح وقضاء حاجته عند احتياجه إلى تحصيل المصالح.

مشروعيّتها في الكتاب والسنة:

فمن الكتاب قوله تعالى:

﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذِّكْرِ مُثْلِ حَظِ الْأَنْثِيَّنِ...﴾
إلى قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أُوْدِيَّنِ﴾.

﴿وَلَكُمْ نصْ ما ترَكَ أَزْوَاجُكُمْ...﴾ إلى قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أُوْدِيَّنِ﴾.

﴿وَلَهُنَّ الرِّبْعُ...﴾ إلى قوله: ﴿...مَنْ بَعْدَ وصِيَّةٍ تُوصَنُ بِهَا أُوْدِيَّنِ﴾.

(7) بدانع الصنائع 333/7، للكاساني.

(8) التزام التبرعات، للشيخ أحمد ابراهيم بك، ص. 497، عبد الحكم فودة 10.

فوان كان رجل يورث كلالة...» إلى قوله: «من بعد وصية يوصي بها أودين غير مضار وصية من الله». فدل هذا على جواز الوصية.

وكذلك قوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية إثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض...»، تدل هذه الآية الإرشاد إلى الإشهاد على الوصية، فدل على أنها مشروعة.

أما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم» وال الحديث الذي قال فيه النبي صلى الله عليه وسلم: «الثلث، والثلث كثير».

أما الإجماع: فقد أجمع علماء الأمة على جواز الوصية.

مقارنة بين الوصية وبين بعض التصرفات الأخرى:

تشابه الوصية مع عدة تصرفات أخرى كالميراث والإقرار والهبة والبيع.

أولاً: الوصية والميراث

يشبه الامتلاك بالوصية الامتلاك بالميراث في أن كليهما يكون بعد الوفاة، فلا تقع أحكام الميراث وأحكام الوصية إلا على ما يتركه المتوفى بعد وفاته، موروثاً كان أو موصياً.

أما أهم أوجه الفرق بين الميراث والوصية فتتجلى فيما يلي:

1- الوصية تصرف إنساني من الموصي حال حياته لمصلحة شخص أوجهه معينة في كل أو بعض ما يمتلكه موقوف نفاذها إلى ما بعد وفاته، بينما الميراث حق شرعي، وهو يثبت بالوفاة، ولا يحق بإجراء القسمة في الحياة لفريق من أقارب المتوفى، ولا يتعلق هذا الحق إلا بما يبقى مما

تركه الموروث بعد تصفية مركز التركة من التصرفات الإنسانية. ومن المقرر شرعاً أنه لا يقسم الميراث إلا بعد نفاذ الوصية في ثلث التركة، وهي من التصرفات الإنسانية التي يتحتم أداؤها لأصحابها قبل فتح باب الميراث.

2- اختلاف الدين والملة لا يمنع صحة الوصية، في حين أن اختلاف الدين مانع من موافقة الميراث.

3- يدخل الميراث في ملك الورثة، سواء أقبل الوارث أم لا، أما الوصية فلا تدخل في ملك الموصى له بلا قبول.

4- الميراث لا يسقط بالإسقاط، والوصية تبطل بالرد.

5- الميراث يتعلق بالتركة على الشيوع، وأما الوصية فإن كانت بمقدار نسبي، كالربع، فهي كالميراث، وإن كانت بشيء معين من التركة، كدار مثلاً، أو بنقود، وأوصيت لفلان بمائة ألف درهم مثلاً فهي مقصورة على ما تعلقت به، خلافاً للميراث.

ثانياً: اشتباه الوصية بالإقرار

قد يختلط الأمر أحياناً في معرفة ما إذا كان ما صدر من الشخص الموصي، وصية، أو إقراراً، لأن أحكام الإقرار تختلف عن أحكام الوصية في عدة وجوه.

والمعيار الحسمى اعتماده في التمييز بين الوصية والإقرار يرجع في الغالب الأعم إلى القواعد الخاصة بكل منها، ومما يساعد على هذا التمييز السياق الذى صدر فيه التصرف والقرائن المصاحبة له وكذا من الصيغ التى جاء بها التصرف، ومن الأمثلة على التفريق بين الإقرار والوصية ما جاء في الفتوى الهندية (من المذهب الشافعى) من أنه إذا قال الرجل: أشهدوا إنى قد أوصيت لفلان بألف درهم. وأوصيت أن لفلان فى مالى ألف درهم، فالألف الأولى وصية، والأخرى إقرار.

وفي الأصل إذا قال في وصية: ثلث داري لفلان فإني أجيز ذلك، يكون وصية، ولو قال: لفلان سدس في داري، فإنه يكون إقراراً.

وعلى ذلك إذا قال: لفلان ألف درهم من مالي، كان وصية استحساناً إذا كان في ذكر الوصية. وإذا قال: في مالي كان إقراراً، وإذا قال: داري هذه لفلان، ولم يقل وصية، ولا كان في ذكر وصية، ولا قال: بعد موتي، كان هبة قياساً واستحساناً، وإن ذكرها في خلال الوصية، وذكر الشيخ أحمد لطواويسي في شرح وصايا الأصل، أن القياس أن يكون هذا وصية، وفي الاستحسان لا يكون وصية.⁽⁹⁾

وقد عرضت على محكمة الاستئناف بمصر القضية الآتية، وهي خاصة بالاشتباه بالقرض والإقرار بالدين:

حرر موروث لزوجته إقراراً بدين ذكر فيه أن المبلغ المحرر به السند هو نتيجة ما ظهر بذمته بالمحاسبة التي تمت بينهما على ما كان يقتربه منها، ورأت المحكمة أن مظاهر هذه الورقة والصيغة التي حررها بها الموروث، وجعلها قابلة للتحويل، يدل على أن الفرض من تحريرها لم يكن الإيصاء بالتمليل المضاف إلى ما بعد الموت، كما أن وصفها بأنها هبة لم تتم بالقبض، غير صحيح، لأنها مصوحة في صيغة عقد قرض، واعتبرت أنه قرض وإقرار بدين والتعهد بوفائه وقت الطلب.⁽¹⁰⁾

ثالثاً: اشتباه الوصية بالهبة

الوصية تشبه الهبة في كون كل منهما تمليل بلا عوض، لكنهما يختلفان من حيث الشروط والأحكام المتعلقة بكل منهما.

ومن أهم أوجه الفرق بين الوصية والهبة ما يلي:

(9) المستشار الدكتور عبد الحكم فردة، المحامي بالنقض، النظام القانوني لحماية الورثة من الرصايا المستترة ص. 16 و 17.

(10) المرجع السابق ص. 17.

- الهبة هي تملיך في الحال، بينما الوصية هي تملك مضارف لما بعد موت الموصى:
- يصح أن يحتفظ الواهب بعقد الانتفاع من غير أن يقلب العقد إلى وصية.

وقد قررت محكمة النقض المصرية، في طعن رفع إليها أنه إذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع لجميع أملاكها على أن يمتلكها إذا ماتت قبله، وحرر الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتمتلكه هي ماله في حالة وفاته قبلها، فإن تصرفهما هذا هو تبادل منفعة معلقة على الخطر والغرر، ولا غرض منه سوى حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث.⁽¹¹⁾ أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه، ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة، ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه.

رابعاً: أوجه الاختلاف بين الوصية والبيع

إذا كان كل من الوصية والبيع تصرفًا قانونيًّا ينقل ملكية الشيء موضوع هذا التصرف إلى الغير، إلا أنهما يختلفان في عدد من الأمور، وتتلخص أهم أوجه الاختلاف بين الوصية والبيع فيما يلي:

- 1- إن البيع في مقابل الثمن، في حين أن الوصية تكون بغير مقابل:
- 2- إن البيع ينقل الملكية في الحال، أما الوصية فيظل الموصي فيها مستمتعًا بحقوق الملكية مدة حياته، ولا تنتقل إلى الموصى له إلا بعد وفاته وقبوله:
- 3- إن الوصية يجوز الرجوع فيها، وذلك خلافاً للبيع.

(11) نقض 14 يونيو 1934 ملحق مجلة القانون والاقتصاد المصرية 4 رقم 65 من 205 مجموعة القواعد القانونية رقم 199 س 449. والمراجع السابق ص. 17 و 18.

من أوجه التشابه بين الوصية والبيع:

احتفاظ البائع بحق الانتفاع وشرط عدم تصرف المشتري:

فالوصية قد تتشابه بالبيع في الحالتين التاليتين:

1- في الحالة التي يحتفظ فيها البائع بحق الانتفاع مدة حياته،
أو مدة معينة:

2- في الحالة التي يتشرط فيها على المشتري عدم التصرف في
المبيع، أو الربع مدة معينة، أو مدة حياة البائع.

لكن ما حكم البيع في هاتين الحالتين، هل يجوز أم لا؟

فيما يخص الاحتفاظ بحق الانتفاع يبدو أنه لا يوجد قانوناً ما يمنع
من ذلك:

أما بالنسبة إلى اشتراط عدم التصرف في المبيع، فيرى البعض أن
الذي استقر عليه الفقه والقضاء. وأخذ به القانون المدني المصري الجديد
هو وجوب التفريق بين اشتراطات عدم التصرف المؤيدة، وبين اشتراطات
عدم التصرف المؤقتة، فبالنسبة للنوع الأول، وهي اشتراطات المؤيدة،
تكون باطلة، وأما بخصوص النوع الثاني، وهي اشتراطات المؤقتة فهي
صحيحة إذا توفرت فيها شروط معينة. ومنها أن يكون عدم التصرف لمدة
معقولة، وأن يوجد باعث مشروع.⁽¹²⁾

بعض الإشكالات الخاطئة للوصية:

- صدورها من شخص غير متتمع بكامل قواه العقلية وقت صدور
الوصية ومسألة «الأئمية» ويتعلق الإشكال بالإثبات هنا:

(12) الدكتور عبد الحكم فودة، المرجع السابق ص. 18 و 19، والشرط المشار إليها لاعتبار اشتراطات
المؤقتة صحيحة وردت في المواد 823 وما يليها من القانون المدني المصري.

- رفع دعوى قسمة المتروك في مواجهة الورثة دون الموصى له، فهل هي مقبولة؟

- إقامة الإراثة دون ذكر الوصية فيها، ورفع دعوى ببطلان الإراثة فهل لهذه الدعوى أساس؟

ففي هذه الحالة يمكن للموصى له أن يطالب حقه إما بالتراضي أو عن طريق القضاء دون أن يحتاج إلى إقامة الدعوى ببطلان الإراثة التي لا تشمل الموصى له.

- اجتماع الوصية الاختيارية والوصية الواجبة، إما لنفس الشخص أو لأشخاص مختلفين ثم فلأي منهما تعطى الأولوية؟ هل الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة؟ الجواب يميز بين حالتين:

الأولى: إذا تعلق الأمر بشخص واحد فتطبق الوصية الاختيارية دون الواجبة.

الثانية: وهي إذا تعلقت كل واحدة منهما بشخص غير الشخص الذي تعلقت به الأخرى ففي هذه الحالة تقدم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية، وهو ما سارت عليه معظم التشريعات العربية.

- هل يمكن استخراج النسخة من رسم الوصية أولاً يمكن؟

- البعض يرى عدم جواز استخراج نسخة من رسم الوصية والبعض الآخر يرى العكس.

وببدو أن الاتجاه القائل بالجواز هو الاتجاه الذي يجب اعتماده وذلك للاعتبارات التالية:

أولاً: العلة التي يعتمد عليها الفقه في عدم جواز استخراج نسخة الوصية أو الاعتماد عليها حسب ما ورد بالفقه هي الخوف من احتمال رجوع الوصي في وصيته.

إلا أن هذه العلة يبدو أنها أصبحت غير قائمة في ظل النظم القانونية الحالية لكون أن الأصل هو ثبوت الوصية، ومن يدعي خلاف هذا الأصل أي الرجوع في الوصية، الإثبات.

ثانياً: إن الموصي في حالة احتمال رجوعه عن الوصية يتم سلوك إحدى الطريقتين في هذا الرجوع:

الأولى: أن يشهد العدلان على ذلك ويتم الخطاب على رسم الرجوع في الوصية و يتسلمه المعنى بالأمر للاستدلال به عند الاقضاء.

الثانية: ألا يتم إشهاد العدول على الرجوع في الوصية، وفي هذه الحالة تجيز المادة 287 من المدونة وقوع التعمير عن الرجوع بالقول الصريح أو الضمني أو بالفعل كبيع العين الموصى بها.

ثالثاً: إن القانون المنظم لخطبة العدالة نظم مجموعة من المواضيع ومنها موضوع استخراج النسخ، ولا يتضمن نصاً يحيل بمقتضاه على الرجوع إلى الفقه في شأن هذا الموضوع، بل بالعكس من ذلك نص الفصل 34 على أن جميع المقتضيات المخالفة له منسوخة، وخص بالتأكيد القوانين السابقة التي تناولت خطبة العدالة. أما ما لم يتناوله هذا القانون من المواضيع بالمرة ولم يتم الإشارة إليها فيمكن القول بالرجوع فيها إلى المقتضيات التي يقتضيها فقه الوثائق العدلية ما لم تكن متعارضة مع المقتضيات العامة لهذا القانون..

رابعاً: إن الفصل 31 الذي نص على حق الأطراف وغيرهم من ذوي الحقوق. وحتى بالنسبة للأجانب عن هؤلاء أن يأخذوا نسخاً من الشهادات المضمنة بسجلات التوثيق بصفة قانونية، ولم يرد أي استثناء على هذا المبدأ الذي ورد عاماً وشاملاً لجميع رسوم التوثيق بدون استثناء وأن القول بأي استثناء في هذا الشأن يفتقر إلى سند، ولا يكفي في ذلك مجرد القول بأن هذا الاستثناء كان مقرراً في الفقه، لأن عدداً من المقتضيات الفقهية

التي كان قد جرى بها العمل قد ألغيت إما صراحة وإما ضمنياً بمقتضى نصوص تشريعية مثل ما هو عليه الأمر بالنسبة لاستخراج نسخ الرسوم، وذلك عملاً بالمبادأ الوارد في قانون الالتزامات والعقود من كون أن القانون الجديد يلغى القانون القديم صراحة أو ضمناً. وإن عدم النص في الفصل 31 على أي استثناء من القاعدة العامة المقررة فيه يعتبر إنما ضمنياً للمتضيقات الفقهية من باب الأولى لأنها لم ترق إلى درجة قوة القانون الذي يتم إلغاؤه بالصورة الضمنية المشار إليها والمذكورة أعلاه.

خامساً: العلل الواردة في إحدى القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى، والمضمنة في الحيثية التالية:

«وحيث تبين صحة ما عاشه الطاعن على القرار المطعون فيه، وذلك لأن الفصل 31 من القانون رقم 81/114 المنظم لخطبة العدالة وتلقي الشهادات وتحريرها والمنفذ بظهير 6 مايو 1982 ينص في الفصل 31 منه على أنه تسلم أصول الشهادات إلى أربابها ويحق لهم أيضاًأخذ نسخ منها دون أن يستثنى الوصية من ذلك، كما أن الفصل 440 من قانون الالتزامات والعقود ينص على أن النسخ المأخوذة عن أصول الوثائق الرسمية لها نفس قوة الإثبات التي لأصولها إذا شهد بمطابقتها لها الموظفون الرسميون المختصون بذلك ونص الفصل 441 منه على أن نفس الحكم يسري على نسخ الوثائق المضمنة في سجلات القضاة إذا شهد هؤلاء القضاة بمطابقتها لأصولها، ومادام لم يثبت للمحكمة الرجوع عن الوصية بالقول الصریع أو الضمني أو الفعل كبيع العين الموصى بها كما هو منصوص عليه في الفصل 183 من مدونة الأحوال الشخصية فإن مجرد اعتماد المحكمة على رأي فقهي وإهمالها النص القانوني الواضح، والصریع إنما يجعل قرارها معرضاً للنقض».⁽¹³⁾

(13) قرار عدد 651 بتاريخ 20/06/2000 في الملف عدد 459/2/2/95 غير منشور.

المقتضيات الجديدة في أحكام الوصية:

إن أهم المقتضيات الجديدة التي جاءت بها مدونة الأسرة في موضوع الوصية وردت في المواد التالية:

المقتضيات الجديدة	رقم المادة
اشترط في الوصي أن يكون راشداً، بينما كان في مدونة الأحوال الشخصية السابقة يشترط فقط في الوصي التمييز، وكان نفس الشرط هو الذي ورد في مشروع مدونة الأسرة قبل عرضه على مجلس الشورى.	279
نص في المدونة السابقة على أنه «لا وصية لوارث» وأضيف في مدونة الأسرة عبارة: «إلا إذا أجازها بقية الورثة، غير أن ذلك لا يمنع من تلقي الإشهاد بها».	280
ذكر في المدونة السابقة أن من شروط الموصى له: «أن لا تكون له صفة الوارث وقت موت الموصى» وأضيف في المدونة الجديدة لهذا الشرط ما يلي: «مع مراعاة أحكام المادة 280 أعلاه».	283
نص في المدونة السابقة على بيان ما يصح أن يكون الموصى به وأضيف في المدونة الحالية إلى ذلك عبارة: «ويتحمل المنتفع نفقات الصيانة».	294
ورد في المدونة السابقة أن مما يشترط في صحة الوصية: «أن يصدر بها إشهاد عدلي» وأضيف إلى هذا الشرط بمقتضى هذه المادة ما يلي: «أو إشهاد أية جهة رسمية مكلفة بالتوثيق».	295

<p>في معرض إثبات الوصية بالشهود استثناء من شرط الإشهاد عليها، ومتى تؤدي هذه الشهادة أضيف في المدونة الحالية ما يلي: «أمام القاضي الذي يصدر الإذن بتوثيقها، ويخطر الورثة فوراً، ويتضمن الإخطار مقتضيات هذه الفقرة». كما أضيفت بعدها مباشرة الفقرة التالية: «للوصي أن يوجه نسخة من وصيته، أو تراجعه عنها للقاضي قصد فتح ملف خاص بها».</p> <p>كما حذف في المدونة الحالية المقتضيات الواردہ في الفصل 194 من المدونة السابقة، ونصها: «كل إشهاد بوصية أو رجوع عنها تم بعدلين يجب أن يحرر ويسجل بكتائش المحكمة المختصة داخل ثلاثة أيام تبتدئ من وقت تلقي الإشهاد».</p>	296
<p>في معرض بيان من ينفذ الوصية ذكر من أسنده إليه الموصي تنفيذها. فإن لم يوجد، أضيفت في المدونة الجديدة مباشرة إلى الجملة المذكورة عبارة: «ولم يستفق الأطراف على تنفيذها».</p>	298
<p>استبدلت عبارة «الفلة» التي كانت في الفصل 201 من المدونة السابقة بعبارة «الممنوعة».</p>	304
<p>الفصل المقابل لهذه المادة في السابق هو 203، والذي كان ينص على أن حكم الوصية في حالة الإيصال بشيء معين لشخص ثم صدور الإيصال به لشخص آخر هو أن يقسم الشيء بين الشخصين. بينما المادة 306 جاءت بحكم مخالف، وهو «اعتبار الوصية الثانية ملفية للوصية الأولى».</p>	306

<p>في معرض بيان أن الوصية لله تعالى... تصرف في وجوه الخير في كلا القانونين، أضيف في المادة الحالية إلى الجملة الأخيرة مباشرةً ما يلي: «ويمكن أن تتولى الصرف مؤسسة متخصصة في ذلك قدر الإمكان، مع مراعاة أحكام المادة 317 بعده».</p>	308
<p>في كلا القانونين تم بيان ما الذي يعتبر في الوصية بالمنافع وهو قيمة العين، لكن هذه المادة أضافت مباشرةً العبارة التالية: «في تحديد نسبة الموصى به إلى التركة».</p>	311
<p>في الفقرة رقم «3» تم النص على حق الموصى في الرجوع عن الوصية، دون إضافة الكيفية التي يتم بها التعبير عن الرجوع، وبذلك حذفت عبارة: «صراحة أو دلالة» التي كانت في الفقرة 3 من الفصل 211 من المدونة السابقة.</p>	314
<p>مضمون هذه المادة لم تكن المدونة السابقة تتضمنه، وهو يتضمن تعريف التنزيل.</p>	315
<p>بخصوص توضيح كيف ينعقد التنزيل ثم إضافة مقتضى جديد في هذا الشأن وهو عبارة: «ينعقد التنزيل بما تتعقد به الوصية مثل قول المنزل...». وفي الفقرة الأخيرة من نفس المادة استثنى من تطبيق أحكام الوصية على التنزيل حالة التفاضل بعبارة: «ما عدا التفاضل».</p>	316
<p>تم إضافة «العصبة» إلى ذوي الفرروض في شأن إدخال ضرر التنزيل على الجميع.</p>	317
<p>تم بيان المرجع الذي يمكن اللجوء إليه بالنسبة للحكم الواجب تطبيقه في حالة عدم وجود نص في مواد التنزيل، وهذا المرجع هو «أحكام الوصية».</p>	319

p.69 → p.80
007712-A2

المملكة المغربية
المركز الوطني للوثيق
حجية الفراش مصلحة الطباعة والاستنساخ
(قوته إلا إثباتية) 07712-A2
نارخ 7/10/ جذيدة

الأستاذ: محمد أكديد

رئيس غرفة بالمجلس الأعلى

ملحق بديوان السيد وزير العدل

تناول هذه الحجية أولاً من الجانب الفقهي، ثانياً من جانب
مدونة الأسرة.

أولاً: من الجانب الفقهي

من الناحية الفقهية فإن لفراش الزوجية قوة إثباتية مطلقة؛ فهو يشكل
قرينة قانونية قاطعة على ثبوت نسب الأولاد المولودين من فراش الزوجية
إلى الزوج صاحب الفراش، وبذلك فهو يعتبر أقوى أدلة لحقوق النسب،
حجية، بحيث متى ثبت النسب بالفراش يعتبر حجة غير قابلة لإجراء أي
ترجيح بينه وبين غيره من تلك الأدلة، ولا قبول لإثبات عكس ما صع
بالفراش بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ولذلك فالنسب الثابت بالفراش
لا يقبل الالتفاء، إذا توفرت سائر شروطه، حسب ما هو مقرر في المعتمد من
الفقه، ولا يوجد لهذه القاعدة إلا استثناء واحد وهو اللعنان⁽¹⁾

(1) تعریف اللعنان:

اللعنان لغة: مصدر لاعن كقاتل، من اللعن، وهو الطرد والإبعاد من رحمة الله تعالى، وسمى به ما
يحصل بين الزوجين: لأن كل واحد منها يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذباً، أولأن الرجل هو الذي
يلعن نفسه، وأطلق في جانب المرأة من مجاز التقليل، فسمى لعناناً لأنه قبل الرجل وهو الذي بدأ به
في الآية.

أما تعریف اللعنان في الاصطلاح الفقهي، فقد عرفه فقهاء المذاهب بتعریفات مختلفة الصيغة واللفظ،
مستقارية المعنى، ونختار منها تعریف المالکية، وهو: «حلف زوج مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته،
أو على نفي حملها منه، وحلف زوجة على تكذيه أربعة أيمان، بصيغة: «أشهد بالله لرأيتها زني
ونحوه»، وبحضور حاكم، سواء صبح النكاح، أو فسده». (الدكتورة وحبة الزحيلي؛ الفقه الإسلامي وأدله:
556/7، وقد أحال في ذلك على الشرح الصغير: 657/2 وما بعدها).

الذي لا يقبل إلا بشرط معينة خاصة، قلما تتوفر في الواقع العملي،⁽²⁾ وتأسياً على ذلك، فلا يقبل استبعاد حجية الفراش، وبالتالي نفي نسب الولد الناتج عنه، بالأمور التالية:

شهادة الشهود:

إنكار أحد الأبوين، أوهما معاً نسب ولدهما:

اتفاق الزوجين على أن الولد المولود على فراشهما ليس من صلب هذا الزوج،⁽³⁾ حسب ما هو معتمد في الفقه المالكي:

- ثبوت وجود علاقة جنسية بين الزوجة (أي أم الولد) وبين غير زوجها بكيفية لا نزاع فيها:

- إقرار الغير بأن الولد هو من مائه نتيجة ممارسته العلاقة الجنسية مع أمه المتزوجة، وتصديقه من طرف هذه الأخيرة.

(2) ومن شروط قبول إجرا، مسيطرة اللعان لنفي نسب الحمل أو الولد ما يلي:

- أن لا يتقدم منه إقرار بالولد ولو دلالة أو ضمانته، كفراشهما بالولد مع عدم الرد:

- أن يتم نفي الحمل أو الولد بمجرد علم الزوج بوجود الحمل، أو حدوث الولادة:

- أن يدعى أنه لم يطا زوجته أصلاً بعد العقد، أو لأمد يلحق به، أو أنه وطنها ولكنه استبرأها بمحضة واحدة، فإن لم يطها أصلاً بعد العقد، أو وطنها وأتت بالولد بعد الوطء، في مدة لا يتحقق الولد فيها بالزوج، إما لقصر المدة، كان تلد ولداً كاملاً بعد شهر أو شهرين أو خمسة أشهر بعد الدخول أو الوطء، وإما لطول المدة بحيث تفوق أقصى مدة الحمل، ففي هاتين الحالتين يعتمد على ذلك، ويعلم أن الولد ليس من الزوج قطعاً، ويلاعن لنفيه:

- أن يقوم بمارسة سطرة اللعان عن قرب، ويقدر فقيها المالكية هذا القرب بفتره تراویح بين يوم، أو يومين ما بين وقت العلم بالحمل أو بالولادة، وبين وقت القيام بنفي النسب باللunan، أما إذا سكت بعد علمه بذلك، وبعد مضي هذه الفترة بلا عذر فيسقط حقه في ممارسة اللعان، لنفي النسب (للتفصيل انظر وہبة الزحيلي: المرجع السابق: 558/7 وما يليها). وهذه القراءات هي التي قررها المجلس الأعلى في عدة قرارات، منها: قرار عدد 128 بتاريخ 1971/5/15، منشور بعضاً، المجلس الأعلى عدد 23 ص. 34. (ذ). عبد العزيز توفيق: التعليق على مدونة الأحوال الشخصية، ص. 95، وقرار عدد 115 بتاريخ 1972/5/22 منشور بنفس المجلة عدد 56. وقرار عدد 193 بتاريخ 2000/2/24 ملف 96/1/2/110.

(3) جاء عن سحنون في مدونة الإمام مالك ما يلي: «قلت (الضمير راجع إلى سحنون) لابن القاسم: أرأيت لو أن رجلاً قال لأمرأته: هذا الولد الذي ولدته ليس مني، فقالت المرأة: صدق، ليس هو منك، (قال) قال مالك والله لا يلزمك الولد، إذا تصادق الزوجان أن الصبي ليس ابنك له ولا ينسب إليه»، لكن سحنون أضاف قائلاً: «وقد قال أكثر الرواية عن مالك أنه لا ينفي إلا باللunan، ولا يخرجه عن الفراش... إلا اللunan... وأكثر الرواية يرون قول مالك أنه لا ينفي إلا باللunan» (راجع كذلك الأستاذ الخميسي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية: 48/2 و 49).

ففي هذه الحالات وشبهها لا تهدر حجية الفراش، ولا ينتفي الولد عن الزوج بسببها، مادامت شروط الفراش متوفرة: (من مدة الحمل، وإمكان الاتصال بنوعيه المادي والمعنوي، ولم يتم سلوك مسيطرة باللعنان لنفي النسب، وفق الشروط المنصوص عليها في الفقه)؛

أما بالنسبة للتحليلات الطبية، ففي المسألة تفصيل ونقاش؛
ويجب التمييز هنا بين حالتين:

الحالة الأولى: التحليلات المترکزة على الفصيلة الدموية، أو على البصمات الوراثية⁽⁴⁾ أو ما يشبههما؛

الحالة الثانية: التحليلات الرامية إلى إثبات كون الولد ليس من الزوج.

فبخصوص الحالة الأولى التي تعتمد فيها التحليلات الطبية على الفصيلة الدموية، أو البصمات الوراثية، لإثبات كون الولد ليس من الزوج، فإن من شبه المجتمع عليه من طرف فقهاء الشريعة المعاصرین، والأطباء والخبراء المختصين في ميدان علم الوراثة من المسلمين أنه لا يعتمد عليها في نفي النسب الثابت بالفراش، ما دامت هذه الخبرات الطبية لا تتعلق إلا بهذا الجانب؛

أما بالنسبة للحالة الثانية، وهي كون موضوع هذه التحليلات يتعلق بإثبات عدم قدرة الزوج على الإنجاب، بصورة يقينية، وبالتالي فيان الأمر يتصل هنا ب مدى توفر، أو عدم توفر شرط من شروط الفراش، وهو إمكان الاتصال المعنوي، أو ما يعبر عنه عند بعض الفقهاء بتصور إمكان حدوث

(4) في إطار محاولة لتقرير مفهوم مصطلح: «البصمة الوراثية» إلى الأذهان، يمكن القول أن المختصين في ميدان علم الوراثة يوأوضعون أن كل إنسان ينفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده لا يشاركه فيه أي شخص آخر في العالم، وهذا النمط هو الذي يطلق عليه اسم: «البصمة الوراثية».

الحمل من الزوج،⁽⁵⁾ فقد اختلف فقهها، وقضاء،⁽⁶⁾ حول ما إذا كان يمكن الاعتماد على نتيجة التحليلات الطبية في هذا الشأن أم لا؟ إلا أنه يستخلص من المراجع والوثائق والمستندات التي تم الإطلاع عليها في الموضوع، سواء منها ما نشر على الانترنت، أو في مجلات في شكل بحوث، وكذلك من أقوال، وأراء فقهاء الشريعة المعاصرين، والأطباء المسلمين المجتمعين في الندوة المنعقدة بالكويت على مدار يومي الأربعاء والخميس 28 و29/1/1421هـ الموافق 3 و4/5/2000م. فيما يخص حجية البصمة الوراثية في موضوع النسب أن عدداً من الخبراء الأطباء المسلمين وغيرهم يذهب - تأييداً للاتجاه الذي يرمي إلى إضفاء صبغة الحجية على «البصمة الوراثية» في موضوع النسب - إلى اعتبار أنها لا تخطىء في التحقق من الوالدية البيولوجية، وأن الدول المتقدمة بدأت في تطبيق هذه «البصمة» كأحد الاختبارات الأساسية في إثبات النسب (أو العكس)، مع التأكيد على شرط أن الأمر في ذلك يحتاج إلى توخي

(5) الدكتور محمد رشدي محمد إسماعيل: أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، ص. 26 و27.

(6) عدد من القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى ذهبت في اتجاه عدم الأخذ بعين الاعتبار مضمون الخبرات أول التحليلات الطبية في نفي النسب الناتج عن الفراش، أو عدم ضرورة الاستجابة لطلب إجرائها المقدم من أحد الأطراف إلى محكمة الموضوع. (قرار عدد 821 بتاريخ 9/7/2000 ملف 2000/2/112 غير منشور، وقرار رقم 527 بتاريخ 15/9/1981 قضاة المجلس الأعلى عدد 30 ص. 95. وقرار المجلس الأعلى عدد 232 بتاريخ 2/2/2001 ملف رقم 98/2/216 غير منشور. وقرار عدد 79 بتاريخ 18/1/2001 ملف شرعى عدد 198/99 غير منشور. وقرار رقم 966 تاريخ 8/9/1992 في ملف الأحوال الشخصية رقم 5457/87. وقرار عدد 1203 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 14/12/2000 غير منشور).

بينما قررت محكمة التعقيب (أي جهة النقض) إمكانية الاعتماد على الخبرات الطبية في نفي النسب، لا لإثباته، بقولها: «الاعتماد على التحاليل الطبية لنفي النسب - لا لإثباته - يعتبر اعتماداً على وسائل إثبات شرعية مادام الطب الحديث في استطاعته اليوم القطع ببني أبوة شخص لآخر، حسب تحاليل خاصة تؤدي إلى نتائجها بدون شك أو جدل» (قرار تعقيب مدنى عدد 7936 بتاريخ 25/2/1974 قانون ح.م. بتونس جمع وتقدير، القاضي محمد العجيب الشريف ص. 186).

ومن هذه الضوابط والمعايير ما يلي:

أ- عدم القيام بإجراء التحليل إلا بإذن من الجهة الرسمية المختصة؛

ب- أن يتم إجراء التحليل المطلوب في مختبرين على الأقل؛

ج- أن يكون المختبران من المختبرات المعترف بها؛

د- أن تؤخذ الاختبارات الالزامية لضمان عدم معرفة أحد المختبرات التي تقوم بإجراء الاختبار بنتيجة المختبر الآخر؛

الدقة والاحتياط والحذر عند تحليل النتائج، وإسناد هذه المهمة إلى خبراء على دراية كافية بإجراء مثل هذه التحليلات.⁽⁷⁾ كما أن هناك شبه إجماع على أنه لا يمكن الجزم بالأخذ بالبصمة الوراثية بصفة شاملة ومطلقة وفي جميع حالات النسب، ولا يمكن أيضاً الجزم بعدم اعتبارها كقرينة، لها حجيتها في جميع حالات النسب بدون استثناء أو تحصيص؛

3- هناك رأي يقول بالأخذ بها في حالات معينة، وشروط خاصة وفيما يلي مجمل النقط التي يتضمنها هذا الاتجاه والمنبثقة على الخصوص من خلال أعمال الندوة المنعقدة في الموضوع بالكويت سنة 2000 والتي انتهت المشاركون فيها من فقهاء وأطباء وعلماء متخصصين في علم الوراثة إلى حصر المناقشات في المحاور التالية:

= هـ- من الأفضل أن تكون هذه المختبرات تابعة للدولة وإذا لم يتوافق ذلك يمكن الاستعانة بالمختبرات الخاصة الخاضعة لشراف الدولة ويشترط في كل حال أن تتوافق نسبياً الشروط والضوابط العلمية المعتمدة محلياً، وعالمياً في هذا المجال:

- يشترط أن يكون القائمون على العمل في المختبرات المترتبة بإيجاز، تحاليل البصمة الوراثية من يوثق بهم علماً، وخلفاً، وألا يكون أي منها ذات صلة قرابة، أوصافاً، أو عداوة، أو منفعة، بأحد المتدعين أو حكم عليه بحكم مخل بالشرف أو الأمانة.

ويخصوص أمومة المرأة فقد نص الفقهاء والمختصون على أن الدليل الوحيد لإثبات أمرمة المرأة للمولود هو بشوت ولادتها له؛ ومن تم لم يروا فائدة من الاحتكام إلى البصمة الوراثية، وأشاروا إلى أن البصمة الوراثية لا تعتبر دليلاً كذلك على فراش الزوجية؛ إذ قد يكون الولد ولد زنى، أما الزوجية فثبتت بالطرق الشرعية وليس من بينها القيافة.

على أن المشاركون في الندوة المذكورة رأوا ضرورة توفر ضوابط أخرى بالإضافة إلى الضوابط المشار إليها عند إجراء تحديد البصمة الوراثية ومنها:

- أن لا يتم إجراء الاختبار إلا بإذن من القاضي المختص؛

- وأن يجري الاختبار أكثر من مرة، أو في أكثر من مختبر معترف به؛

- وأن تزدَّ الاختبارات اللاحِظة لضمان عدم معرفة أحد المختبرات الذي يقوم بإيجاز الاختبار بنتيجة المختبر الآخر.

واعتباراً لأهمية البصمة الوراثية لضمان عدم معرفة أحد المختبرات الذي يقوم بإيجاز الاختبار بنتيجة المختبر الآخر.

واعتباراً لأهمية البصمة الوراثية في موضوع النسب فقد صرَّح الدكتور نصر فريد واصل -مفتى مصر وأحد المشاركون في المؤتمر- بأن البصمة الوراثية ستُفيد في القضايا، على الششكولات الاجتماعية المتعلقة بموضوع النسب، سواء في الإثبات أو النفي، أو البحث عن الأدلة، وذلك مثل حالات نفي النسب من جهة الأب والأم أو عند التزاع، فضلاً عن الابن المفقود الذي لا يجد من يدعيمه.

(7) راجع في تفصيل مسألة إثبات أو نفي النسب بهذه الوسيلة الطيبة الجديدة البحث المنشور بمجلة: «الوعي الإسلامي» العدد 435 بتاريخ يناير/فبراير 2002 ص. 18 وما يهدى اليه مصدر بدرنة الكويت.

- أ- الاحتکام إلى البصمة الوراثية في حالة تنازع اثنين في أبوة مجهول النسب:
- ب- الاحتکام إلى البصمة الوراثية في حالة عدول الأب عن استلھاق مجهول النسب أو انكار أبنائه ذلك بعد وفاته:
- ج- الاحتکام إلى البصمة الوراثية في توريث مجهول النسب إذا أقر بعض الأخوة بأخوتھ ونفھا البعض الآخر:
- د- الاحتکام إلى البصمة الوراثية في حالة إدعاء امرأة بأمرمتھا لشخص ما وليس ثمة دليل على ولادتها له.⁽⁸⁾
- وبعد تدارس الأحكام الشرعية وأقوال الفقهاء، فيما يمكن الركون إليه من البيانات والدلائل باستخدام البصمة الوراثية في كل حالة من الحالات المطروحة للنقاش، وبعد تقديم شروح حول طريقة البصمة الوراثية من قبل علماء الوراثة، وما جرى حولها من تحاور ونقاش مستفيضين توصل المجتمعون إلى ما يلي:⁽⁹⁾
- 1- أن كل إنسان ينفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده، لا يشارکه فيه أي شخص آخر في العالم، ويطلق على هذا النمط اسم «ال بصمة الوراثية »، وال بصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تکاد تخطئ في التتحقق من الوالدية البيولوجية، والتتحقق من الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي. وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية، وتتمثل تطراً عصرياً عظيماً في مجال القبافة الذي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه، ولذلك ترى الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى.

(8) راجع الدراسة المنشرة في المعرض بمجلة الوعي الإسلامي المشار إليها أعلاه.

(9) راجع نفس الدراسة المشار إليها بالهامش أعلاه.

- 2- ترى حلقة النقاش أن يؤخذ بالبصمة الوراثية في حال تنازع أكثر من واحد في أبوة مجهول النسب إذا انتهت الأدلة أو تساوت.
- 3- استلحاق مجهول النسب للمستلتحق إذا تم بشروطه الشرعية، وترتيباً على ذلك فإنه لا يجوز للمستلتحق أن يرجع في إقراره -ولا عبرة بإنكار أحد من أبنائه لنسب ذلك الشخص، ولا عبرة بالبصمة الوراثية في هذا الصدد.
- 4- من آراء هؤلاء الفقهاء والباحثين المختصين في الميدان الطبي أنه في بعض الحالات الخاصة بالمنازعات المتعلقة بالنسب والتي يتبعن من ظروفها أن الفصل فيها يقتضي لا محالة الاستعانة بهذه التحليلات، ينبغي مراعاة مجموعة من الضوابط عند إجرائها، والتعامل مع نتائجها بنوع من الدقة، والحيطة والاحتراز، والأخذ بعين الاعتبار العناصر الخاصة بكل حالة، على حدة، والبنت على ضوء كل ذلك في شأن الأخذ بالخبرة أو عدم الأخذ بها، وذلك استناداً لما للقضاء من سلطة واسعة في ميدان إجراءات التحقيق التي يأمر بها والتي من بينها الخبرة الطبية، ويفيد أن هذا هو الاتجاه السليم الذي ينبغي سلوكه، حتى يتسعى للقضاء الوصول إلى الحقيقة دون التقيد المطلق بهذا الاتجاه أو ذاك، لأن القول بلزوم الأخذ بالخبرة الطبية في هذا الشأن بصفة مطلقة، وفي جميع الحالات، أو عدم الأخذ بها بالمرة في كل الحالات، قد تختفي الحقيقة بين الاتجاهين المتبعدين، وتضيع الحقوق نتيجة لذلك، فالحل الذي يبدو سليماً إذن هو أن يستعمل القضاء الذي يبت في النزاع المعروض عليه، سلطته في تقدير قيمة الخبرة المأمور بإنجازها، وذلك وفق معايير وضوابط معينة، خاصة منها تلك التي أوصت بها بعض الندوات التي عقدت في السنوات الأخيرة لهذه الفایة، واستقرت عليها بعض المجتمعات الفقهية المعاصرة.⁽¹⁰⁾

(10) يوضح المختصون في ميدان علم الوراثة في محاولة لنفهم ما يطلق عليه اصطلاحاً: «البصمة الوراثية» أن كل إنسان ينفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلبة من خلايا جسمه لا يشاركه فيه أي شخص آخر في العالم، وهذا النمط هو الذي يطلق عليه اسم: «البصمة الوراثية».

ويبدو أن الضوابط، والمعايير المشار إليها لمن شأنها أن تساعد القضاء على الوقوف على الحقيقة، خاصة وأن الأمر في هذه الحالة لا يتعلّق بوجود الفرائض، كما تمت الإشارة إلى ذلك آنفًا، وإنما بالتأكد من مدى توفر أو عدم توفر شرط من شروطه؛ وهو إمكان حدوث الحمل من الزوج⁽¹¹⁾ وهو ما يعبر عنه البعض بالاتصال المعنوي، حيث يتعدّر التتحقق من ذلك إلا بواسطة الخبرة الطبية التي تكون هي الوسيلة التي يمكن اللجوء إليها للفصل في النزاع، وللمحكمة في هذه الحالة التي يتعلّق فيها الأمر بنفي، وإثبات النسب عموماً السلطة التقديرية، اعتباراً لظروف كل حالة، وخصوصيات الوثائق المعروضة عليها، لأن هذه التحاليل تعتبر كافية خبرة فنية قدمت إليها في نطاق إجراءات تحقيق الدعوى، فيمكن لها تكون اقتناعها بما تضمنته، أو تناقض الخبر في شأن بعض فقرات الخبرة التي ترى ضرورة إعطاؤها، مزيد من التوضيح والشرح بشأنها، أو الإدلاء بالمعلومات الأخرى الالزامية لتكون اقتناعها بمضمونها، ويمكن لها بعد ذلك الأخذ بالخبرة المقدمة إليها، والاعتماد عليها إذا اقتنعت بصحّة ما ورد بها، أو تقرر العكس فتصرّف النظر عنها، مع تعليل موقفها من الخبرة في كلتا الحالتين⁽¹²⁾. ولا يبدو القول بالقطع بأن الخبرات الطبية بصفة عامة وشاملة ليست من بين وسائل إثبات النسب، وأنفيه بالمرة بدون تفصيل من قبيل الصواب، لأن القول بذلك يتنافى مع القواعد والاعتبارات المشار إليها، ومع الحقائق العلمية التي يتزايد تأكيد صحتها مع تقدم العلم الطبي والبيولوجي في العصر الحاضر. فالامر في مثل هذه الخبرات ينبغي أن يترك تقدير قيمتها الإثباتية لسلطة القضاة ليقرر ما يقتضي به حسب كل حالة وظروفها.

ويؤكّد هذا الاتجاه ما انتهى إليه الفقه الإسلامي في شأن وسيلة أخرى قريبة من الخبرة الطبية، وهي القيافة التي تعني فقهاً إلحاقياً للولد بمن

(11) الدكتور محمد رشدي محمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 26 و 27.

(12) راجع ذ. الخليلي، المرجع السابق.

يشبهه عند الاشتباه وذلك بما فتح الله للقائم من علم وخبرة،⁽¹³⁾ وقد ناقش هذه المسألة، حول ما إذا كانت من قبيل وسائل إثبات النسب أم لا؟ وانتهت هذه المناقشة إلى أن جمهوراً من الفقهاء يقول بالاعتراض على القيافة في ثبوت النسب.

وإذا كان جانب كبير من الفقه قد أخذ بالقيافة على الشكل السالف الذكر، فإنه من باب الأولى قبول إمكانية الأخذ بالخبرة الطبيعية ولو على الأقل في الحالات الخاصة التي تجعل المحكمة تقتنع بنتائجها، خاصة منها التحاليل المخبرية التي أثبتت التجارب صدقها غالباً، والتي يمكن أن تعتبر على الأقل من قبيل سائر الخبرات التي تساعد القضاة في فحص الواقع التقني، والأخذ بها أو تركها، حسب ما يصل إليه اقتناعه بشأن ما ورد بها للوصول إلى الحقيقة.

عملة اعتبار الفواش له قوة إثباتية قاطعة:

وعلة اعتبار الفراش له قوة إثباتية قاطعة، ترجع إلى عدة اعتبارات، منها:

- ضرورة استقرار حقوق الأسرة:

- تثبيت مركزها ودعائهما:

- صيانة الأعراض:

- حفظ الأنساب.

في نطاق مدونة أسرة:

أما في ظل مقتضيات مدونة الأسرة الجديدة فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة 153 الواردۃ في باب النسب ما يلي:

(13) الدكتور أبو رماد، إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي ص. 10 و 11 دار الشانة العربية - القاهرة 1985.

«يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين:

- إدلة الزوج المعنى بدلائل قوية على ادعائه:
- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

ويستنتج من هذه المادة أنها قررت الأمور التالية:

1- الأصل أنها اعتبرت الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب الناتج عن الفراش المستوفي لشروطه المنصوص عليها في المادة 154، وهي توفر أقل مدة الحمل من تاريخ العقد، وإمكان الاتصال، والولادة خلال سنة من تاريخ الفراق، وهو يكون إما بالطلاق، أو الوفاة، أو فسخ العقد؛

2- أنها أجازت استثناء الطعن في حجية الفراش بإحدى الوسيطتين التاليتين وبالشروط المتعلقة بكل منهما:

أ- سلوك مسيطرة اللعان، وهذا يعني أنه إذا تم سلوك هذه المسطرة يتبعين تطبيق القواعد والأحكام والشروط الفقهية المتعلقة باللعان والمنصوص عليها في المذهب المالكي؛

ب- خبرة طبية شريطة أن تفيد القطع بنفي الوالدية البيولوجية للولد المولود من الفراش، ويلاحظ أن المدونة لم تشرط لقبول المنازعه في نسب الولد الناتج عن الفراش، والمطالبة بإجراء خبرة لنفيه أن ترفع الدعوى بذلك خلال فترة معينة من تاريخ علم الزوج بالحمل أو بالولادة، كما هو الشأن بالنسبة للع란 الذي من بين شروط قبوله وجوب سلوكه فور العلم بالحمل أو بالولادة، إلا أنه رغم عدم النص على ذلك يبدو أنه لا نقاش في أن الزوج إذا كان عالماً بالحمل أو بالولادة وسكت، ولم يصدر منه ما يدل على عدم قبوله به، دون وجود مانع له من ذلك، يعتبر منه ذلك إقرار بالولد، ولا يقبل منه بعد ذلك رفع الدعوى بالمنازعة في نسبة، لأنه إذا كان من الأحكام المقررة

فتها في ميدان النسب أن المقر بنسب ولد ولو دون ثبوت الفراش لا يقبل منه بعد ذلك الرجوع عن هذا الإقرار، فإنه من باب أولى أن لا يقبل منه المنازعة في ولد الفراش وطلب نفيه عن طريق الخبرة بعد إقراره به صراحة أو ضمناً، وتشترط المادة المذكورة لقبول طلب إجراء خبرة من أجل نفي نسب الولد الناتج عن الفراش أن يدللي الزوج المعني بحجج وأدلة قوية على جديته وعلى صدق ادعائه،

كما يشترط للأخذ بالخبرة المنجزة في الموضوع والتي تفيد القطع ببني هذا الولد بالإضافة إلى الشروط المذكورة أن يتم إنجازها لنفس الفرض بناء على أمر قضائي بها.

مقابلة بين الفراش وبين باقي بعض الأسباب الأخرى التي قد يلحق بها النسب:

1- إن الفراش هو الأصل في إلحاد النسب، بينما الشبهة التي يلحق بها النسب هي عكس ذلك، لأن المخالطة التي تقع فيها لا يجيزها الشرع، ولذلك يشترط في إلحاد النسب بها توفر حسن النية، أي عدم العلم بالحرمة، ولذلك فإنها نادراً ما تقع في الحياة الواقعية، كما أن الإقرار بالبنوة كسبب ثالث للنسب، فيعتبره جانب من الفقه مجرد وسيلة لإثبات النسب المستند ضمئياً إلى الفراش في الأصل؛

2- إن الفراش وإن كان من قبيل وسائل إثبات النسب، مثل الإقرار والبينة، إلا أنه يختلف عنهما من حيث كونه سبباً منشأ له، بينما الإقرار والبينة لا ينشئان النسب في الحقيقة، بل هما كاشفان له، يظهران ثبوته من وقت الحمل بسبب الفراش.⁽¹⁴⁾

3- كثيراً ما يقع الخلط، أحياناً بين الفراش وبين غيره من التصرفات القولية، أو الفعلية الشبيهة به، وعدم التمييز بين العالتين،

(14) راجع: مصطفى عزمي، المحامي، الزوج المغربي، الناشر دار الفكر الجامعي.

ومن أمثلة التصرفات القولية التي تشبه الفراش: الخطبة التي تعتبر مجرد تواعد بالزواج، ولا يتترتب عليها أي أثر من آثار الزواج التي من بينها النسب،⁽¹⁵⁾

إلا أن المادة 156 من مدونة الأسرة رتبت على الخطبة المستوفية بعض الشروط نسب الحمل الذي نتج عن الخطبة،

ومن أمثلة التصرفات الفعلية غير الشرعية، ارتباط الطرفين بعلاقة جنسية محسنة، خارج نطاق عقد الزواج الشرعي، تحت أسماء ومصطلحات مختلفة، والتي تطبق خاصة في المجتمعات الفربية، وذلك مثل ما يطلق عليه هناك، اسم: «الأسرة الفعلية، أو الواقعية» التي تبني أساساً على مجرد معاشرة جنسية حرة (بمعنى أنها لا تستند إلى عقد شرعي) بين رجل وامرأة ينتج عنها بعد ذلك أولاد غير شرعاً. فعدد من الناس في عصرنا الحاضر لا يفرقون في مسألة لحقوق النسب بين العلاقة الجنسية التي تستند إلى عقد شرعي والتي يتم بها إلحاق النسب، وبين تلك التي تفتقر إلى هذا العقد، ولا تستند إلى دليل شرعي، ولا ترتب عليها الشريعة حقيقة، أو تلحق بها نسباً، بل قد تعاقب عليها، ولذلك كان لابد من توضيح هذا الأمر، والمميز بين الحالتين، فيما يخص لحقوق النسب أو عدم لحقوقه.⁽¹⁶⁾

:

(15) وفي هذا الشأن نقض المجلس الأعلى قراراً صادراً عن محكمة الاستئناف اعتمد في حكمه بحق نسب الولد بطال النقض على ما عبر عنه به: «نظرية للفقه الحديث» من جواز اعتبار الحمل الذي يظهر بالخطيبة قبل الإشهاد بالزوجية، أو وضع الحمل دون ستة أشهر - يكون لاحقاً - شرعاً - بالخطيب إذا أمكن الاتصال - بقوله: «وحيث إن ما ذهب إليه القرار هو مخالف لأصول الفقه المعهول به وللحديث الشريف: "الولد للفراش" أي للمقد الصريح بعد إمكان الوطء، وجاءت به المرأة لستة أشهر من المقد عند الجمهور، وهو ما نصت عليه المدونة في فصلها 84 و85» (قرار للملحق الأعلى عدد 622 بتاريخ 10/5/1988، ملف رقم 4308/85، منشور بمجلة القضاة، والقانون عدد 140-141، نوفمبر 1989، ص. 155، (الأستاذ بنوار، قانون الأحوال الشخصية والأسرة ص. 53).

(16) انظر الدكتور محمد رشدي محمد إسماعيل، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية 16 وما بعدها، ط. 1، مطبعة الجيلاوي - شبرا، 1998.

0.81 → 1.00

007713-A1

تدخل النيابة العامة

في قضايا الأسرة

دفتر 007713-A1

المملكة المغربية

المركز الوطني للتوثيق

مصلحة الطباعة والاستنساخ

جذيدة

الأستاذ: محمد الصخري

مستشار ملحق بوزارة العدل

مديرية الشؤون الجنائية والعفو

في إطار التحول الهام الذي تعيسه بلادنا في مسارها الحقوقى والديمقراطي والاجتماعي حرص جلالة الملك على إخضاع موضوع النهوض بالأسرة وإدماج المرأة في التنمية الاجتماعية والاقتصادية ووضعها مؤسستياً في شتى مواقع القرار لبناء الدولة الديمقراطية العصرية في إطار استراتيجية تستمد مرجعيتها من توابث مؤصلة دستورياً وتاريخياً في المجتمع المغربي وعلى رأسها دستور المملكة الذي ينص على أن دين الدولة هو الإسلام وأن جلالة الملك هو أمير المؤمنين والممثل الأسمى للأمة وحامى حمى الدين والساهر على احترام الدستور وله صيانة حقوق وحرمات المواطنين والجماعات والهيئات، وما نص عليه أيضاً من قاعدة المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات التي كرستها ولا زالت الترسانة القانونية للبلاد تكرسها، آخذتاً بعين الاعتبار التزامات المغرب الدولية من خلال مصادقته على عدة اتفاقيات تتعلق بالحقوق المدنية والسياسية واتفاقية حقوق الطفل واتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة.

ومن هذا المنطلق حرص أمير المؤمنين على ترسيخ مقومات الأسرة المغربية الوفية لقيمها وأصالتها والمنفتحة على عصرها في كشف من العدل والمساوة والتضامن ويظهر ذلك في الخطاب الملكي السامي لـ 20 غشت 1999 وتعيين جلالته للجنة الاستشارية الملكية لإصلاح المدونة بتاريخ

وكذا في الخطاب السامي بمناسبة السنة القضائية بتاريخ 29 يناير 2003 بالإعلان عن إحداث صندوق التكافل العائلي وفي الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح السنة التشريعية الثانية من الولاية السابعة يوم 10/10/2003 والذي تلاه توجيهه رسالة ملكية إلى السيد وزير العدل أبرز من خلالها أن دعم مشروع الإصلاح وتفعيله رهين بإيجاد قضاء أسري عادل وعصري وفعال مؤهل بشرياً ومادياً ومسطرياً لتوفير كل شروط العدل والإنصاف مع السرعة في البت في القضايا التي هي من اختصاصه والتعجيل في تنفيذها مع إيجاد المقررات اللائقة لقضاء الأسرة، الأمر الذي كرسه صياغة مدونة الأسرة بأسلوب حدايثي تم الأخذ فيه بمقاصد الإسلام السمحاء وأكدها جلالة الملك على أنه لا يمكن «أن يحل ما حرم الله أو يحرم ما أحله» وأمر جلالته بعرضه على البرلمان ليتشاور ممثلي الأمة في شقه المتضمن للالتزامات المدنية علماً بأن الأحكام الشرعية هي من اختصاص جلالته الأصيل والذي صادق عليها البرلمان بغرفته بالإجماع بدون أي تعديل في الجوهر.

هذا القانون الذي فتح الباب أمام الآفاق الرحبة وشكل مدخلاً أساسياً للحداثة والديمقراطية وأوكل المشرع تنفيذ أحكامه لعدة مؤسسات متمثلة في قاضي الأسرة ومحكمة الموضوع والمجلس العائلي والنيابة العامة.

وفي هذه المداخلة لن نتطرق إلى جوانبه الفقهية كما لن نتناوله بالدراسة في جميع مقتضياته وإنما سنقتصر على الجانب المتعلق بـ «دور النيابة العامة في قضاء الأسرة» هذا الموضوع الذي يجسد الدور المهم للنيابة العامة في القضاء المدني ومنه قضاء الأسرة هذا الأخير الذي حدد مفهومه ونطاقه قانون رقم 03-73 المعدل للتنظيم القضائي للمملكة والذي نص على أنه «تنظر أقسام الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والحالة المدنية وشؤون التوثيق والقاصرين والكفالة وكل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة».

وتبعاً لما سبق، يتبيّن أن قضايا الأسرة لا يقتصر على مدونة الأسرة فقط وإنما يمتد ليشمل كل الموضوعات المرتبطة بالأسرة وكذا القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام الحالة المدنية وكفالة الأشخاص المهمّلّين وقانون الجنسية والميراث وشؤون القاصرين والتوثيق.

أولاً : دور النيابة العامة في مدونة الأسرة

1- الإطار التشريعي:

نظم المشرع المغربي أحكام الأسرة بموجب ظهير 3 فبراير 2004 الصادر بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة والتي ألغت مدونة الأحوال الشخصية.

وبالرجوع إلى أحكام هذا القانون الجديد يتبيّن أنه أتى بمستجدات لتنظيم الروابط الأسرية سواء في موضوع الزواج أو الطلاق أو الغيبة أو النسب أو النفقة أو الحضانة أو الإرث جعلت منه قانوناً رائداً، في عمقه التمسك بمبادئ الشريعة الإسلامية وفي مضمونه التماشي مع روح الحداثة.

وإيماناً من المشرع في السعي لتوفير سبل النجاح والتطبيق السليم لهذا القانون أوكل للنيابة العامة اختصاصات مهمة في جميع المراحل بدءاً بإبرام عقد الزواج إلى تصفية التركة عند الوفاة مروراً من مختلف المشاكل التي يمكن أن تمر بها العلاقة الزوجية من طلاق ونفقة وحضانة ونسب وغيبة، هذه الاختصاصات أوردتها المشرع في 25 مادة وخرجت النيابة العامة بذلك من الدور التقليدي الذي كان منصوص عليه في قانون المسطرة المدنية بحيث كانت طرفاً منضماً في العديد من القضايا إذ أصبحت طرفاً رئيسياً في جميع القضايا وأصبح لها دور وقائي أو حماي في بعض الحالات ودوراً مساعداً في حالات أخرى في إطار الدور الرئيسي الموكول إليها طبقاً للمادة 3 من المدونة التي تنص على ما يلي: «تعتبر النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة».

فالأصل في عمل النيابة العامة أمام القضاء المدني أن تكون طرفاً منضماً، وهي بهذه الصفة لا تكون خصماً لأحد وإنما تتدخل في الدعوى لتبدى رأيها لصالحة القانون والعدالة.

ويعتبر رأيها رأياً محايضاً ومستقلأً بما تراه حقاً وعدلأً، ويتربى عن ذلك أنه لا يكون للنيابة العامة حق الطعن في الأحكام في حالة الانضمام لفقدانها صفة الخصم، وذلك ما لم ينص القانون على منحها هذا الحق حينما يكون أساس الطعن مبنياً على سبب يتعلق بالنظام العام.

وبالإضافة إلى ذلك فإن النيابة العامة عندما تكون طرفاً منضماً لا تلتزم بترتيب الخصوم بل تكون آخر من يتكلّم وأخيراً لا تملك حق تجريح القضاة.

وفي المقابل فعندما تكون النيابة العامة طرفاً رئيسياً في القضايا المدنية فإنها تبدي طلباتها وتدلّي بحججها في الدعوى المدنية كما تدلي بأدلة الاتهام في الدعوى العمومية ولها حق ممارسة الطعن في الأحكام والقرارات المدنية التي تصدر ضد طلباتها.

وتوضع النيابة العامة موضع الخصم العادي في الدعوى الرائجة وينطبق عليها ما ينطبق على الخصم، فإذا كانت مدعية تناولت الكلمة أولاً وعقب المدعى عليه ثانياً ولذلك يحق للخصوم بعد أن تقدم النيابة العامة أقوالها وطلباتها أن يطلبوا الكلمة وأن يدلوا بمذكرات جديدة وإضافية.

والنيابة العامة بصفتها خصماً رئيسياً في الدعوى لا يجوز تجريحها من قبل الأطراف، لأن الخصم لا يملك تجريح خصمته، لكن يكون لها الحق في أن تقدم طلباً بتجريح قاض طبقاً للقانون باعتبارها خصماً أصيلاً في الدعوى، كما لها الحق في الطعن في الأحكام والقرارات المدنية ماعدا الطعن بالتعرض لأن النيابة العامة تكون حاضرة دائماً في الجلسة.

2- مجالات تدخل النيابة العامة:

باستعراض نصوص مواد مدونة الأسرة نجد أن المشرع أوكل للنيابة العامة عدة مهام تبتدئ من الخطبة وتنتهي إلى تصفية التركة عند الوفاة وهذا الدور يختلف باختلاف محطات الأسرة.

- زواج:

لقد نصت المادة 15 من المدونة على أنه يجب على المغاربة الذين أبرموا عقد الزواج طبقاً للقانون المحلي لبلد إقامتهم أن يودعوا نسخة منه داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه بالمصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرام العقد...

وإذا لم توجد هذه المصالح ترسل النسخة داخل نفس الأجل إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية. تقول هذه الأخيرة إرسال النسخة المذكورة إلى ضابط الحالة المدنية وإلى قسم قضاء الأسرة لمحل ولادة كل من الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أو أحدهما محل ولادة بالمغرب فإن النسخة توجه إلى قسم قضاء الأسرة بالرباط وإلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط.

فتدخل النيابة العامة هذا ينطلق من أن المشرع استوجب تضمين بيانات ملخص عقد الزواج برسم ولادة الزوجين فإذا لم يكن للزوجين أو أحدهما محل ولادة بالمغرب فإن هذا الملخص يوجه إلى السيد وكيل السلك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط قصد السهر على تنفيذ هذا الإجراء اعتباراً لما للنيابة العامة من اختصاص في قضايا الحالة المدنية.

- القتليات:

حددت المادة 43 من المدونة المسطرة المتتبعة في طلب الإذن بالتعدد وشددت على ضرورة حضور الزوجة الأولى للجلسة، إلا أنه في حالة

غيبة الزوجة المراد التزوج عليها فإنه لا يمكن منع الإذن للزوج إلا إذا أفادت النيابة العامة تعذر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن استدعاؤها فيه بعد أن تكون قد قامت ببحث بواسطة الشرطة أو السلطة المحلية، إلا أنه إذا كان سبب عدم توصل الزوجة بالاستدعاء ناتجاً عن تقديم الزوج بسوء نية بعنوان غير صحيح أو تحريف في اسم الزوجة فهنا تتدخل النيابة العامة لتحريك الدعوى العمومية ضد الزوج طبقاً للفصل 361 من القانون الجنائي الذي ينص: من توصل بغير حق إلى تسلم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل 360 ... أو منع ترخيص أو حاول ذلك إما عن طريق الإدلة ببيانات غير صحيحة ... يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاثة سنوات وغرامة من 120 درهم إلى 300 درهم.

وتدخل النيابة العامة مقيد بضرورة وجود طلب من الزوجة المتضررة، وهنا يطرح التساؤل عن طبيعة هذا الطلب هل هو شكایة؟ وهل سحب الطلب يضع حدأً للمتابعة؟

الجواب يكمن في أنه تماشياً مع رغبة المشرع في بعض الجرائم للحفاظ على الروابط العائلية مثلاً جريمة الخيانة الزوجية والسرقة بين الأقارب والذي اشترط فيها وجود شكایة ووضع حدأً للمتابعة في حالة سحب الشکایة، فإن الأمر كذلك في جريمة الفصل 361 من القانون لأن العلاقة الزوجية لازالت قائمة ومبررات الحفاظ عليها موجودة.

ويستنتج من ذلك أن غاية المشرع من إحداث دور النيابة العامة في مسطرة التعدد هو الحد من التلاعبات والسهير على سلامة تنفيذ الإجراءات اعتباراً لدورها المتمثل في حماية المجتمع.

- تدخل النيابة العامة أثناء قيام العلاقة الزوجية:

كم هي حالات الطرد من بيت الزوجية عانت منها الزوجات اللاتي كن تترددن على المحاكم لإرجاعهن إلى بيت الزوجية فكانت المسطرة تطول

وتبقى الزوجة مشردة هي وأطفالها معرضين للضياع إلا أن المشرع في المادة 53 من المدونة حل هذا المشكل تماشياً مع المستجدات التي أتى بها قانون المسطرة الجنائية الجديد، ومنها إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بحيث نص صراحة على أنه إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالاً مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته.

وقد وردت عبارة «دون مبرر» التي قد تطرح تساؤلاً هل إذا كانت هناك أسباب مبررة لحالة الطرد فهل النيابة العامة لا تتدخل؟ أقول إن تبرير حالة الطرد من عدمه موكول لسلطة النيابة العامة حسب تقديرها لكل حالة وقد تكون حالة مبررة كأن يشكل أحد الزوجين خطراً على الآخر كأن يكون مصاب بخلل عقلي أحد الأسباب التي تبرر عدم تدخل النيابة العامة.

تدخل النيابة العامة هذا مشروط باتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمن المطرود وحمايته وهذه الإجراءات المتعلقة بالأمن والحماية هي من صميم الدور الطبيعي للنيابة العامة داخل المجتمع.

- **تدخل النيابة العامة في المسئول عن مراقبة الأحكام الخاصة بحقوق الطفل:**

لقد حددت المادة 54 من المدونة عدة حقوق للأطفال على أبويهما منها:

- 1- حماية حياتهم وصحتهم منذ الحمل إلى حين بلوغ سن الرشد.
- 2- العمل على تثبيت هويتهم والحفظ عليها، الاسم - الجنسية والتسجيل في الحالة المدنية.
- 3- النسب والحضانة والنفقة.
- 4- إرضاع الأم لأولادها عند الاستطاعة.

- 5- اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقايةً وعلاجاً.
- 6- التوجيه الديني والتربوي على السلوك القويم واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل.
- 7- التعليم والتكوين الذي يؤهله للحياة العملية يتمتع الطفل المصاب بياقة إضافة إلى الحقوق المذكورة أعلاه، بالحق في الرعاية.
- تعتبر الدولة مسؤولة عن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ورعايتهم طبقاً للقانون.

تسهر النيابة العامة على مراقبة تنفيذ الأحكام السالفة الذكر، تعتبر هذه الأحكام حقوق للطفل على أبيه ومن هذه الحقوق ما هو مندرج في إطار الدور الطبيعي للنيابة العامة، مثلاً تدخل النيابة العامة في القضايا التي تهم الطفل: التسجيل في الحالة المدنية، تثبيت الهوية، النسب، النفقة والসهر على سلامة الأطفال جسدياً ونفسياً والوقاية من كل استغلال.

ويعتبر دور النيابة العامة دوراً أصيلاً ورئيسياً، لها رفع دعوى في هذه القضايا وتتبعها في جميع مراحلها.

إلا أن هناك حققاً عهد للنيابة العامة فيها بالسهر على تنفيذها كحق إرضاع الأم لأولادها قد يبدو أن هذا الحق تنعدم معه وسيلة التنفيذ.

- تدخل النيابة العامة في الإجراءات الإدارية والشكلية
لأبرام عقد الزواج:

نصت المادة 68 من المدونة: يسجل نص العقد في السجل المعد لذلك لدى قضاء الأسرة ويوجه ملخصه إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين.

غير أنه إذا لم يكن للزوجين أولادهما محل ولادة بالمغرب يوجه إلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط.

على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين.

نفس تبرير المادة 15.

بالنسبة للأشخاص غير المزدادين بالمغرب فإن ضابط الحالة المدنية يضمن ملخص العقد.

- انحلال ميثاق الزوجية:

هناك عدة أسباب لانحلال ميثاق الزوجية وكل حالة من حالات انحلال هذا الميثاق نجد أن المشرع أوكل للنيابة العامة دوراً هاماً.

أولاً: عندما تحكم المحكمة بوفاة المفقود:

* نصت المادة 75 من المدونة إذا ظهر أن المفقود المحكوم بوفاته ما زال حياً تعين على النيابة العامة أومن يعنيه الأمر أن يطلب من المحكمة إصدار قرار بإثبات كونه باقياً على قيد الحياة.

* نصت المادة 76 من المدونة في حالة ثبوت التاريخ الحقيقي للوفاة غير الذي صدر الحكم به، يتعين على النيابة العامة وكل من يعنيه الأمر طلب إصدار الحكم بإثبات ذلك وبيطلان الآثار المرتبة على التاريخ غير الصحيح للوفاة ما عدا زواج المرأة.

بالرجوع إلى نص المادتين 75 و76 من المدونة نجد أن المشرع أكد على الدور السابق للنيابة العامة في إثبات الوفاة والتي لها حق المبادرة في رفع الدعوى وتتبع إجراءاتها.

ثانياً: تدخل النيابة العامة في مسطرة الطلاق:

لم يكن للنيابة العامة قبل دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق أي دور في مسطرة الطلاق إلا في حالات نادرة ويكون دورها ثانوياً. إلا أنه بمقتضى هذا القانون نجد أن المشرع أوكل لها دورين.

الدور الأول: أثناء مسطرة الصلح (المادة 81)

إذ أن المادة 81 نصت على أنه إذا توصلت الزوجة شخصياً بالاستدعاء ولم تحضر ولم تقدم ملاحظات مكتوبة أخطرتها المحكمة عن طريق النيابة العامة بأنها إذا لم تحضر فسيتم البت في الملف.

وطريقة الإخطار بواسطة النيابة العامة يكون بجميع الوسائل المتاحة للنيابة العامة إما بطريقة مباشرة أو بالاستعانت بالضابطة القضائية، لكن يبقى التساؤل المطروح هل يتم إنجاز محضر في الموضوع أم لا؟ نص الفصل لم يقدم أي جواب ولكن من الأحسن تحرير محضر للرجوع إليه عند الحاجة.

كما نصت المادة 81 الفقرة الأخيرة على أنه إذا تبين أن عنوان الزوجة مجهول استعانت المحكمة بالنيابة العامة للوصول إلى الحقيقة، وإذا ثبت تحايل الزوج طبقت عليه العقوبة المنصوص عليها في المادة 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة.

لقد سبق شرح نفس الحالة في حالة التعدد المادة 43.

نفس الإشكالية المطروحة في الشكایة وحتى وإن كان هناك طلب الطلاق فمادام لم يصرح به فإن سحب الشكایة يضع حدأ للمتابعة.

الدور الثاني: بعد الخطاب على وثيقة الطلاق

عند الإذن للزوج من طرف المحكمة بتوثيق الطلاق لدى العدليين داخل دائرة نفوذ نفس المحكمة بعد إيداعه المبالغ المنصوص عليها في المادة 83 داخل الأجل المحدد يقوم القاضي بتوجيهه نسخة من وثيقة الطلاق

إلى المحكمة بعد الخطاب فإن المحكمة تصدر قراراً معللاً يتضمن إلى جانب أسماء الزوجين وملخص ادعاء الطرفين مستنتاجات النيابة العامة وأن هذا القرار قابل للطعن.

هل يعتبر القرار الغير المتضمن لهذه المستنتاجات باطلأ؟

باعتبار الدور الرئيسي للنيابة العامة في القضايا المتعلقة بمدونة الأسرة وباعتبارها طرفاً أصلياً فإن عدم تضمين القرار مستنتاجات النيابة العامة يؤدي إلى البطلان.

واعتباراً لدور النيابة العامة في مسطرة الطلاق فإن لها حق الطعن كذلك.

ثالثاً: تدخل النيابة العامة في دعاوى التطليق

بالإضافة إلى اعتبار النيابة العامة طرفاً أصلياً في هذه الدعاوى فإنها في حالة كون محل غيبة الزوج مجهولاً تقوم بإجراء أبحاث للتأكد من واقعة الفيبة وصحة ادعاء الزوجة عملاً بمقتضيات الفصل 103 من المدونة كما أنها تساعد المحكمة في إجراءات التبليغ بالوسائل المتاحة وتسهر على تنفيذ إجراءات القيم وذلك توخيأً لسرعة البت في هذا النوع من القضايا.

إضافة لهذا الدور أسنده المشرع دوراً آخر يتمثل في تنفيذ التدابير المؤقتة التي تراها المحكمة مناسبة بالنسبة للزوجة والأطفال في انتظار صدور الحكم بالطلاق ومن هذه التدابير هناك اختيار الزوجة السكن مع أحد أقاربها أو أقارب الزوج هنا تطرح إشكالية حول طبيعة التنفيذ وطريقته، فإن كان التنفيذ رضائياً بين الطرفين، فليست هناك أية إشكالية، أما في حالة امتناع الزوج أو أقاربه أو عدم وجود أقارب أو عدم وجود مسكن فهنا تشار المشاكل وهنا يطرح تساؤل عن الوسائل الجبرية التي توفر عليها النيابة العامة لتنفيذ هذه التدابير الصامور بها من طرف المحكمة في غياب وجود أي نص، وهل يست婢 هذا التدابير مقرراً قضائياً ليتمكن للنيابة العامة في حالة عدم الاستجابة له تحريلك دعوى عمومية بتحقيق مقرر قضائي.

إذن ترك الأمر للممارسة الفعلية التي قد تأتي بحالات معينة ويبقى اجتهاد النيابة العامة كفيل بمعالجة كل حالة على حدة.

تدخل النيابة العامة بعد الطلاق:

أ- الإشهاد على الطلاق:

نصت المادة 141 من المدونة على أن توجه المحكمة ملخص وثيقة الطلاق أو الرجعة أو الحكم بالتطبيق أو يفسخ عقد الزواج أو ببطلاته إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين مرفقاً بشهادة التسليم داخل خمسة عشر يوماً من تاريخ الإشهاد عليه، أو من تاريخ صدور الحكم بالتطبيق أو الفسخ أو البطلان.

يجب على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أحدهما محل ولادة بالمغرب، فيوجه الملخص إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية باليهيا.

نفس تبريرات تسجيل عقد الزواج برسم ولادة الزوجين.

ب- الحضانة:

بعد انتهاء العلاقة الزوجية إما بالطلاق أو التطبيق تشار مسألة الحضانة فإذا لم يوجد من بين مستحقي الحضانة من يقبلها وأنه وجد ولم تتوفر فيه الشروط يمكن للنيابة العامة رفع الأمر إلى المحكمة لتقرر اختيار من تراه صالحًا من أقارب المحسنون أو غيرهم فإن لم يتأنى لها ذلك فتختار إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك.

كما أنها تخطر من طرف الحاضن بكل الأضرار التي يمكن أن يتعرض لها المحسنون لكي تتدخل وتقوم بواجبها للحفاظ على حقوقه وهذا التدخل يعطيها حق المطالبة بإسقاط الحضانة وهذا الدور المحسن للنيابة

العامة هو امتداد للأدوار التي تقوم بها في قضايا الأحداث وكذا كفالة الأشخاص المهملين.

وتعزيزاً لدورها في حماية الطفولة وخاصة المحضون فإن لها الحق أن تتقدم بطلب إلى المحكمة لتضمين قرار إسناد الحضانة أو في قرار آخر لاحق منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب دون موافقة نائبه الشرعي وفي حالة الاستجابة لطلبها تتولى تبليغ الجهات المختصة مقرر المنع.

تدخل النيابة العامة في القضايا المتعلقة بأهلية ونيابة الشويعية:

لكل شخص أهلية وهذه الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء فإذا كانت أهلية وجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون فهي ملزمة له طوال حياته ولا يمكن حرمانه منها أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية.

إلا أنه هذه الأهلية تعتبرها حالات إما أن تؤدي إلى نقصان أهلية الأداء وهي حالات الصغير البالغ سن التمييز والسفيه والمعتوه، كما أنه تؤدي إلى فقدان أهلية الأداء حالة الصغير الغير المميز، المجنون، فاقد العقل.

إذا ثبتت حالة من هذه الحالات فإن المحكمة تقرر الحجر كما يمكن لها رفعه، ودور النيابة العامة دور هام إذ يمكن لها تقديم طلب بذلك من أجل مصلحة المحجور؟

كما أنه إذا كان للصغير المميز الحق في تسلم جزءاً من أمواله لإدارتها بقصد الاختبار فإنه إذا ثبت سوء التدبير في الإدارة المأذون له بها فإنه يمكن للنيابة العامة أن تطلب من القاضي المكلف بشؤون القاصرين إلغاء قرار الإذن.

إضافة إلى ما ذكر، فإنه في حالة عدم وجود ولد أو وصي فإن المحكمة تعين مقدماً للمحجور بعد أن تحيل الملف على النيابة العامة

لإبداء الرأي ولها تقديم ملاحظات إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حول تقدير النفقة الالزمة للمحجور و اختيار السبل التي تحقق تكوينه وتوجيهه التربوي وإدارة أمواله ثم أنه يتم إخبارها بإحصاء أموال المحجور.

من هنا يتضح الدور المهم الذي أنطط بالنيابة العامة للحفاظ على أموال المحجور الذي كان سابقاً ضحية تصرفات المقدم.

وفي إطار تولي المحكمة رقابة النيابات القانونية لرعايةصالح عدديي الأهلية وناقصيها، والأمر بكل الإجراءات الالزمة للمحافظة عليها والإشراف على إدارتها فإنه في حالة وجود قاصرين للمتوفى أووفاة الوصي إبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بواقعه الرفاهة.

ولها إذا أخل الوصي أوالمقدم بمهامته أوعجز عن القيام بها أوووجدت إحدى الموانع أن تطلب من المحكمة عزله.

تدخل النيابة العامة في تصفية التركة:

انطلاقاً من الدور الذي تقوم به النيابة العامة في حماية المجتمع والأفراد فإن المشرع أعطى لها حماية المال العام ذلك أنه إذا كانت بيده الهالك قبل موته شيء من ممتلكات الدولة فإن النيابة العامة تتطلب من قاضي المستعجلات اتخاذ الإجراءات الكفيلة للحفاظ على ممتلكات الدولة.

دور النيابة العامة في قانون كفالة الأطفال المهمليين:

الإطار التشريعي: نظم المشرع كفالة الأطفال المهمليين بموجب قانون رقم 15-01 الصادر بتنفيذ الظمير الشريف عدد 172.02.01 وتاريخ 13/06/2002.

تعرف المادة الأولى الطفل المهمل بأنه كل شخص ذكرأً كان أوأنثى لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة كاملة إذا زجد في إحدى الحالات الآتية:

1- إذا كان مولوداً من أبوين غير معروفين أو من أب مجهول وأم معلومة لكنها تخلت عنه بمحض إرادتها.

2- إذا كان يتيمأً أو عجز والده عن رعايته وتبث أنه ليس له وسائل العيش.

3- إذا كان أبواه منحرفين ولا يقمان بواجبهما في رعايته وتوجيهه كما في حالة سقوط الولاية الشرعية أو كون أحد والديه الذي يتولى رعايته بعد فقد الآخر أو عجز عن رعايته. منحرفاً ولا يقوم بواجبه المذكور.

كما تعرف المادة الثانية الكفالة بأنها الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الوالد مع ولده ولا يترتب على الكفالة حق النسب ولا حق الإرث.

فانطلاقاً من هذين التعبيريين: للطفل المهمل وللكفالة وللذين يعتبران أرضية بتحرير دور النيابة العامة في كفالة الأطفال المهملين... فأول تدخل للنيابة العامة نصت عليه المادة الرابعة ذلك أن وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرة نفوذهما مقر إقامة الطفل أو مكان العثور عليه يقوم بإيداع الطفل مؤقتاً بإحدى المؤسسات أو المراكز التالية: المؤسسات الصحية أو مراكز الرعاية الاجتماعية المهمتة بالطفولة سواء منها التابعة للدولة أو الجماعات المحلية أو مراكز تابعة لفعاليات المجتمع المدني... وذلك إما تلقائياً أو بناء على إشعار من طرف الفير أو السلطة المحلية أو الضابطة القضائية ثم يقوم بعد ذلك بإجراء بحث في شأن الطفل فإذا ثبت من خلال بحث أن الطفل فعلاً مهملاً فإنه يقدم على الفور طلب التصریع بأنه مهملاً إلى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرة نفوذهما مقر إقامة الطفل أو مكان العثور عليه أو مقر المركز الاجتماعي المسودع به معززاً بعناصر البحث الذي أجراه من أجل إثبات كون الطفل مهملاً، ويقسم عند الاقتضاء بكل الإجراءات الرامية إلى تسجيل الطفل بالحالة الجنديّة وإذا تبين للمحكمة أن الطفل مجهول الأبوين فإنها تصدر حكمًا تمهيدياً يتضمن

كافحة البيانات الالزمة للتعریف بالطفل ومنها أوصافه ومكان العثور عليه وتأمر وكيل الملك بالقيام بما يلزم لتعليق الحكم في أماكن يرتادها العموم كمكاتب الجماعة المحلية والقيادة بمكان العثور على الطفل، أو مكان إقامته أوفي أي مكان آخر تراه المحكمة ملائماً وبعد مرور ثلاثة أشهر ولم يظهر أبي الطفل توجه نسخة من هذا الحكم إما بطلب من النيابة العامة أو من الشخص الذي يطلب كفالة الطفل إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين لدى المحكمة المختصة.

إضافة للدور الذي تقوم به النيابة العامة في مسطرة كفالة الطفل المهمل فإن اللجنة التي يستعين بها القاضي المكلف بشؤون القاصرين تضم في عضويتها ممثل النيابة العامة ودور هذه اللجنة هو جمع المعلومات المتعلقة بالظروف التي ستتم فيها كفالة الطفل المهمل فإذا ثبت أن الظروف ملائمة فإن القاضي المكلف بشؤون القاصرين يعهد إلى النيابة العامة بتتابع ومراقبة الطفل المكفول ومدى وفاء الكافل بالتزاماته وتنفيذ أمر القاضي المكلف بشؤون القاصرين ولو بواسطة القوة العمومية ولها اتخاذ الإجراءات المناسبة لمصلحة الطفل المكفول.

فإذا كان الطفل المهمل يقيم بالخارج فإنه بناء على التقارير التي يوجهها القنصل إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين فيمكن للنيابة العامة على ضوئها أن تطلب من القاضي اتخاذ الإجراءات الملائمة لمصلحة الطفل.

في قضايا الحالة المدنية:

نظم المشرع أحكام الحالة المدنية بموجب ظهير 03 أكتوبر 2003 الصادر بتنفيذ القانون رقم 99-37 المتعلق بالحالة المدنية.

دور النيابة العامة في قضايا الحالة المدنية:

1- مراقبة أعمال ضباط الحالة المدنية:

أعطت المادة 7 من ظهير 03 أكتوبر 2003 الصلاحية لوكلاه الملك لدى المحاكم الابتدائية الصلاحية في مراقبة أعمال ضباط الحالة المدنية داخل وخارج المملكة.

وتتميماً لهذه المراقبة نصت المادة 9 من المرسوم التطبيقي على أنه عندما يمارس مفتشو الحالة المدنية مهام المراقبة المستمرة على مكاتب الحالة المدنية يحررون بناء عليها تقارير بالمخالفات والأخطاء التي يضبطونها لتحال على أنظار وكيل الملك المختص.

2- سجلات الحالة المدنية:

* تخضع سجلات الحالة المدنية الممسوكة على صعيد كل مكتب للحالة المدنية داخل وخارج المملكة قبل استعمالها لإذن وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية المختصة (المادة 12 من الظهير) الذي يشهد في بداية كل سجل على عدد صفحاته ونوع رسمه ومكتب الحالة المدنية الماسك به والسنة المخصوص لها كما يرقم بعد ذلك صفحات كل سجل ويوضع طابع المحكمة على كل ورقة من أوراقه، ويوقع على الصفحتين الأولى والأخيرة منه (المادة 4 من المرسوم التطبيقي).

* بعد حصر السجلات تبعث نظائرها خلال الشهر الموالي لانتهاء السنة الميلادية إلى وكيل الملك (المادة 12 من الظهير والمادة 6 من المرسوم).

* يراقب وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية السجلات عند إيداعها في المحكمة ويحرر محضراً لهذه المراقبة يعطي فيه الأمر إلى ضابط الحالة المدنية بإصلاح الأخطاء الملاحظة في مسک السجلات وتوجه نسخة من هذا المحضر إلى ضابط الحالة المدنية قصد تصحيح هذه الأخطاء ونسخة منه إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف (المادة 13 من الظهير).

* ويقوم ضابط الحالة المدنية بعد التوصل بالنظائر المعادة إليه بتصحيح الأخطاء المذكورة في المحضر بالنسبة لكل نظير فيحتفظ بنظائر السجلات المصححة ضمن مستندات المكتب، وتوجه النظائر الأخرى إلى وكيل الملك الذي بعد التأكد من الإصلاحات المدخلة عليها يحتفظ بها في كتابة الضبط لدى المحكمة الابتدائية (المادة 7 من المرسوم)، كما يقوم وكيل الملك أو الوكيل العام للملك بالإجراءات الالزامية لمتابعة ضباط الحالة المدنية أو غيرهم من الأعوان الذين ثبت لديه من خلال المراقبة ارتكابهم أفعالاً يعاقب عليها القانون (المادة 13 من الظهير).

* يقوم وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط بالإجراءات التي تخضع لها سجلات الحالة المدنية المنسوبة من طرف المراكز الدبلوماسية والقنصليات المغربية بالخارج قبل استعمالها وكذا بالمراقبة التي تمارس عليها بعد انتهاء العمل بها (المادة 15 من الظهير).

3- التصريح بالولادة:

* إذا تعلق الأمر بمولود من أبوين مجهولين، أو بمولود وقع التخلي عنه، يصرح بولادته وكيل الملك بصفة تلقائية، أو بناء على طلب من السلطة المحلية، أو من كل من يعنيه الأمر، معزواً تصريحاً بمحضر منجز في هذا الشأن، ويشهادة طبية تحدد عمر المولود على وجه التقريب، وبختار له إسم شخصي وإسم عائلي، وأسماء أبوين أو إسم أب إذا كان معروفاً لأم (المادة 16 من الظهير).

* يبلغ ضابط الحالة المدنية وكيل الملك بالولادة التي سجلت بهذه الكيفية داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ التصريح (المادة 1 من الظهير).

4- تضمين بيانات الزواج وإচحالة ميثاق الزوجية:

* يحيل ضابط الحالة المدنية بيان الزواج أو انحلاله المدرج بطاقة رسم ولادة الزوجين على وكيل الملك ليضممه في نظير السجل المحفوظ

بالمحكمة كما يحيل عليه لنفس الغاية الإعلام بوفاة أحد الزوجين (المادة 22 من الظهير).

5- رسم الوفاة:

إذا عثر على جثمان شخص تعين على ضابط الحالة المدنية بمكان الوفاة المحتمل إقامة رسم وفاة له بناء على محضر ينجز بهذا الشأن من طرف الشرطة القضائية، مؤشر عليه من طرف وكيل الملك (المادة 25 من الظهير).

6- الأحكام التصريحية:

إذا لم يقع التصرير بالولادة أو الوفاة داخل الآجال القانوني، يمكن للنيابة العامة أن تتقدم بطلب إلى المحكمة لاستصدار حكم تصريري بالولادة أو الوفاة (المادة 30 من الظهير).

7- تذكير ببيانات ورسوم الحالة المدنية:

* يختص وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط بمنع الإذن أورفضه بقرار معلل فيما يخص إصلاح الأخطاء المادية بالنسبة لرسوم الحالة المدنية المسجلة بسفارات وقنصليات المملكة المغربية بالخارج (المادة 39 من الظهير).

* يوجه الحكم الصادر بتصحيف أو الإذن به من طرف وكيل الملك إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بتضمين ملخصه في طرة الرسم المصحح (المادة 41 من الظهير).

اللجنة الإقليمية:

يعتبر وكيل الملك رئيساً للجنة الإقليمية الخاصة بتصفيية مكاتب الحالة المدنية من الإخلالات والأخطاء المرتكبة بسجلات الحالة المدنية ورسومها (المادة 44 من الظهير).

في قضايا الجنسية:

الإطار التشريفي:

نظم المشرع أحکام الجنسيّة بموجب ظهير 06 شتنبر 1958.

الطعن في صحة التصریح باكتساب الجنسيّة أو التخلّي عنها، طبقاً لأحكام الفصل 28 من قانون الجنسيّة فإنّه يجوز للنيابة العامة أن تطعن لدى المحكمة الابتدائية في تصريح سبق أن وقعت الموافقة عليه بصورة صريحة أو ضمنية، وفي حالة الطعن من قبل الفير الذي يهمه الأمر فإنه يجب تدخل النيابة العامة في الأمر.

وتبعاً لذلك فإنّ النيابة العامة تكون هي المدعية وهي الطاعنة عندما تقدم بالطعن في صحة التصریح، فالمعني بالأمر يكون هو المدعى عليه، وعندما يكون المعنى بالأمر هو المدعي والطاعن في صحة التصریح تكون النيابة العامة هي المدعى عليها فتدافع عن الواقع المافق عليه.

المذاہعات القضائية بشأن الجنسيّة:

ينص الفصل 39 من قانون الجنسيّة على أنه يجوز لكل شخص أن يقيم دعوى تكون الغاية الرئيسية والمباشرة الحكم بأنه متّمتع بالجنسيّة المغربيّة أو غير متّمتع بها ويقيم الدعوى على وكيل الملك الذي له وحده صفة المدعي عليه للتدخل فيها.

ولوكيل الملك وحده الحق في إقامة دعوى ضد أي شخص تكون الغاية الرئيسية منها إثبات تمتّع المدعى عليه بالجنسيّة المغربيّة أو عدم تمتّع بها كما أنه ملزم بإقامة الدعوى فيما إذا طلبت منه ذلك إحدى الإدارات العموميّة.

وإذا ما أثيرت مسألة الجنسيّة بصورة عارضة بين أطراف خصوصيّين أمام المحكمة المعروضة عليها القضية، فيجب دائمًا وطبقاً للالفصل 41 من قانون الجنسيّة تدخل النيابة العامة وتدلّي بمستنتاجاتها الكتابيّة.

م. 110 → م. 101
007714-AH

حق الزوجية في المستفاد من الشروة

بين السند الشرعي والرأي الفقهي والعمل القضائي

الأستاذة: زهور الحضر
رئيسة المحكمة الابتدائية بالفداء
درب السلطان - الدار البيضاء

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007714 تاريخ 7/10/15
جذير

نصت المادة 49 من مشروع مدونة الأسرة على أن الأصل هو أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر... ولكن هذا لا يمنع من أن يتتفقا على طريقة معينة لتدبير الأموال المكتسبة خلال قيام الحياة الزوجية وأن يحددا طريقة إدارة واستثمار هذه الأموال وتوزيعها بنسبة معينة بينهما ومتفق عليها. وأن هذا الاتفاق يضمن كتابة في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.

كما أوجبت هذه المادة على العدليين اللذين يوثقان عقد الزواج أن يشعرا الزوجين عند إبرام عقد الزواج بهذه المقتضيات لاحثهما على تنظيم أمورهما المالية إذا رغبا في ذلك.

وهذا يؤكد دور إرادة الزوجين عند إبرام عقد الزواج في تحديد الاتفاques التي يرغبان في تضمينها في عقد من أجل تنظيم علاقتهما المستقبلية خصوصاً فيما يتعلق بالأمور المالية لضمان حقوقهما معاً.

وتضيف هذه المادة في الفقرة الأخيرة منها أنه إذا لم يكن هناك اتفاق مكتوب بين الطرفين أوثار خلاف حول ما يدعيه الطرف الآخر فإنه يتم الرجوع إلى القواعد العامة للإثباتات مع اعتبار ومراعاة عمل كل واحد من الزوج أو الزوجة وما يكون قد قدمه من مجهودات وأموال ومساهمة في تنمية أموال الأسرة التي تكونت خلال الحياة الزوجية.

وقد جاءت هذه المادة استجابة للم الواقع المعيش للأسرة المغربية التي عرفت تغييرات وتحولات كبرى أدت إلى تطور العلاقات بين أفرادها وتعقيدها وأحياناً إلى تبادل الأدوار إذ أصبحت مساهمة المرأة في مدخول الأسرة وتحسين أوضاعها الاقتصادية أمراً مفروضاً لا يمكن تجاهله ولا غض الطرف عن الآثار المترتبة عنه.

فالمرأة سواء في الباية أو المدينة تقوم بجهودات طيلة حياتها الزوجية سواء بالعمل خارج البيت أو داخله وأحياناً تضطر للقيام بأعمال شاقة للمساهمة في رفع دخل الأسرة وتحسين وضعها المالي بكل الوسائل والسبل لمواجهة متطلبات الحياة الكثيرة، كما أن عملها اليومي ولو داخل البيت هو مساهمة منتجة عند التقييم خاصة إذا علمنا أن من الفقهاء من اعتبر أن عقد الزواج لا يلزم الزوجة بخدمة البيت، فقد قال أبو حنيفة ومالك والشافعي: «إن عقد الزواج للعشرة الزوجية لا للاستخدام وبدل المنافع، فليس من مقتضاه خدمة البيت والقيام بشؤونه وإن إعداد البيت واجب على الزوج وحق للمرأة ولذلك قال تعالى: «اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم».

إن هذه الأوضاع لا تشير إشكالاً عند استمرار الحياة الزوجية، ولكن المشكل يكون عندما يقع الطلاق أو الفراق فتخرج المرأة خالية الوفاض ولا تستفيد مما تهبت وشقت في تكوينه وتنميته خلال سنوات عديدة من عمرها فلا أحد يمكنه أن يقول أن هذا عدلاً خاصة إذا استحضرنا قوله تعالى: «وإن طلقوهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم». فالشرع أعطى للمرأة التي لم يقع الدخول بها ولم يمسسها الزوج نصف الصداق فبالآخرى الزوجة التي قطعت معه مراحل العمر بحلوها ومرها وساهمت في تكوين ثروة وممتلكات بجهودها، فكيف سيتأثر بها الزوج وحده...؟

إن معالجة المشرع لمسألة حق استفادة الزوجة من الأموال المكونة خلال الحياة الزوجية والتي ساهمت وكدت وعملت من أجل تكوينها عند قيوع الطلاق أو الوفاة ينطلق - وخلافاً لما قبل - من مرتکزات الشريعة الإسلامية ومن الفقه الإسلامي عبر القرون، والذي تبلور في عدة فتاوى ونوازل حكم فيها القضاة عملاً بقواعد الإنصال والعدالة والقسط وأنه لا يجوز لمسلم أن يأكل مال وجهد وسعى الفير بالباطل. فال فكرة ليست مستقاة من النموذج الغربي ولا من نظام الأموال المنفصلة أو المشتركة في القوانين الغربية، بل هي تجد أساسها في مبادئ الشريعة وقواعدها والتي تمت ترجمتها في واقعة قضى بها سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، حينما قضى في واقعة عمرو بن الحارث وحبيبة بنت زريق حيث كان زوجها قسراً يتجر في الأثواب وكانت تساعده في ترقيعها حتى اكتسبا مالاً كثيراً، فمات عمرو وجاء ورثته واستحوذوا على مفاتح المخازن والأجنحة واقتسموا المال بينهم فأقامت عليهم الزوجة حبيبة بنت زريق دعوى وطالبت بعمل يدها وسعایتها متراجعة مع الورثة أمام أمير المؤمنين عمر بن الخطاب الذي قضى بينها وبين الورثة بشركة المال وقسمته إلى نصفين أخذت منه حبيبة النصف بالتركة بالإضافة إلى نصيبها من الإرث كزوجة.

كما تجد أساسها في ثراثنا الفقهي المغربي، في العديد من النوازل والفتاوی والأحكام القضائية التي أقرت إمكانية الحكم بما اصطلاح على تسميته «**بحق الكد والسعایة**» أو «**حق الشقا**» للزوجة عند الطلاق أو الوفاة.

فالتراث الفقهي والقضاء المغربي الذي تميز بمعذهبه المالكي حاول تأصيل العديد من الأعراف والتقاليد واستيعابها في إطار قواعد الشريعة. ففي فقه النوازل ورد العديد من الآراء الفقهية والفتاوی حول «**حق الكد والسعایة**» ويمكن الرجوع في هذا الشأن إلى كتاب «**فقه النوازل في سوس**» للدكتور حسن العبادي الذي خصص بحثاً تناول فيه نوازل

السعایة أو مشارکة المرأة الرجل في المستفاد، والذي أشار فيه إلى العديد من أمهات المؤلفات الفقهية التي تناولت موضوع سعاية الزوجات ومساهمتهن في تكون ثروة الزوج وما يحق لهن في ذلك؟

ويورد المؤلف معلقاً: «أن من اطلع على ما كتبه علي بن عيسى الحسني العلمي في نوازله رابن عبد الرفيع التونسي في أجوبته سيدرك أن مسألة السعاية المعروفة في سوس كانت أيضاً معروفة بالكيفية نفسها في جبال غمارة وغيرها من بوادي المغرب، فقد نقل في نوازل القسمة فتاوى الشيخ القروري مفتى فاس في زمانه وأبي القاسم بن حبجو ومحمد بن أحمد بن الحسن بن عرفنون وكلهم أجازوا قسمة المستفاد من الزراعة على الرؤوس كل حسب عمله».

كما أشار إلى قول عبد الرفيع التونسي في أجوبته: «ذكر أن قضاة المصامدة وفقهازهم حكموا بشركة المرأة مع زوجها لأن عرف البلد أن الزوجة مع زوجها يتعاونان في جميع الأشغال إلا ما ثبت أن الزوج استبد به بصنعه أو انفرد به من ميراث أو شراء يظهر أن المرأة لم يكن لها فيه شيء...».

ويخلص المؤلف بعد استعراض العديد من النوازل والفتاوی إلى القول: «ويبدو أن القول الجدير بالتأييد والترجيح هو الذي يعطي للسعایة أحكام الشرکة، وهو الذي يتحاشى والموقف الواضح في النقه المالكي».

ومن ثرات تاريخ المغرب القضائي والعرفي: «ألواح جزولة والتشريع الإسلامي» وهو بحث ودراسة لنيل الدبلوم بدار الحديث الحسنية للأستاذ العثماني محمد السوسي الذي تطرق فيه إلى «دور المرأة الجزولية في الحياة العائلية والقبلية» حيث يقول:

«المرأة الجزولية عمام الأسرة في العمل والإنتاج، وهي أكثر حرية من الأوروبيّة وتفضّلها بالصيانة والأخلاق. والمرأة الجزولية ينحصر دورها في الحياة العائلية في السهر على شؤون منزلها الداخلية وتنمية أولادها والزوج حاضر وإذا غاب فهي بهذا وذلك مثال التضحية في كل ما يعود على بيتهما بالخير باذلة فسي سبيل ذلك أغلى راحتها، فهي تقوم بمنزل حاجيات المنزل ورعاية الماشية وحرث الحقول وجمع المنتوجات الفلاحية وغلال الأشجار ونسج الملابس بعد غزليها إلى غير ذلك من الأعمال التي لا تتم إلا لتدأ من جديد ولا تتوقف عجلتها التي تسير في خط دائري متصل لا أول له ولا آخر كالحلقة المفرغة. ولذلك اعترف لها بالسعادة وإنكد ومشاركة الرجل في المدخل والأرباح. فالجزوليّون حين تخدم المرأة يعطون لها نصيباً في كل ما يدخل إلى المنازل إذا شاركت في تحصيله بأي وجه بعد تقويم العرقاء، بهذا يحكم قضائهم، فكتب علماء جزولة زاخرة بأحكام السعادة وهي لم تكن مستحدثة وإنما جاءت أصلها في الأثر عن عصر بن الخطاب».

وهذا يؤكّد أنّ الفقه اهتمّ منذ عدة قرون بمجهود الزوجة أثناء الحياة الزوجية وأنّه اعترف لها بنصيب في ذلك، ويمكن القول أنّ فتوبي ابن عرضون الصادرة في القرن السادس عشر قد وضحت كثيراً أهميّة عمل الزوجة في بيت زوجها وتضمنّت رؤيا رائدة ومتقدمة، فقد قال الفقيه ابن عرضون لها سائل عن الزوجة التي تقدم عملها للزوج وهي غير ملزمة بذلك، هل تشاركه في الأموال التي تعود عليه من ذلك أم لا، فأجاب: «أن للزوجة الحق في اقسام الشروء مع زوجها على التساوي فلها النصف في ثروته عند الطلاق، ولها النصف من تركته عند الوفاة غير نصيبيها في الإرث جزء لها عما قامت من

أعمال لا تلزمها أرجاء لها عما بذلت من جهد أثناء الحياة الزوجية وقد سمي حقها هذا بحق الشقا.

وخلاصة القول أن الفقه زاخر بالآراء الفقهية والفتاوی حول حق الكد والسعایة في جنوب المغرب أتحق الشقا في شماله.

ولقد ساير العمل القضائي الحديث هذا الثرات الفقهي الغني في العديد من الأحكام الصادرة عن مختلف درجات المحاكم بالمملكة.

ففي قرار لمحكمة الاستئناف بأكادير صادر بتاريخ 1986/12/26، أكدت فيه:

«حق الكد والسعایة وإن لم ينظم تشريعياً كمؤسسة قانونية إلا أنه يرجع شأنه إلى العرف المحلي وكتابة المتقدمين من الفقهاء».

أما كون الزوجة شريكة الزوج في أشيرته فلاشك فيه إذا ثبت العرف في البلد تعاونهما إلا في التافه اليسير.

فالزوجة في البادية تشارك زوجها على قدر سعایتها ولا يستبد الزوج بما عقد لنفسه من الأثرية».

وفي قرار آخر صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 1991/12/13، تحت عدد 339:

«دعوى الاستحقاق بدل الكد والسعایة هي دعوى حالية تستوجب في حالة عدم إثبات المدعى لدعواه توجيه اليمين على المدعى عليه ردًا على المدعى مع إعمال قاعدة النكول عملاً بالحديث: "شاهداك أو يمينه"».

وعن محكمة الاستئناف بمراكمش صدر قرار بتاريخ 1984/03/03،

جاء فيه:

«للمحكمة الاستعanaة بالخبرة لتحديد قيمة الدمة والمتلكات التي أنشئت خلال فترة الزواج للحكم بها ناب الزوجة من المستحق بواسطة حق الكد والسعابة...».

وفي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بأسفي بتاريخ 1985/11/04،

أكد أن:

«حق السعاية وحق الكد كما يسمى في بعض الأعراف يعتبر من الحقوق المعترف بها في الفقه الإسلامي يخول المطلقة استحقاق جزء من الدمة المالية المنشأة خلال فترة الحياة الزوجية ويمقتضاه لا تكون بعد انتهاء عدتها محتلة لبيت الزوجية دون سند في نظر القضاء الاستعجالي...».

وعن محكمة الاستئناف بالرباط صدر قرار بتاريخ 2000/04/04،

تحت عدد 1344، تضمن:

«إن الكد والسعابة من لدن المرأة سواء في البادية أو الحاضرة المعتبر للتعمريض عنه هو المترتب عن عمل مكسب وافر عن الحاجيات الشخصية يصعب في ثروة مادية أنشئت أثناء الحياة الزوجية».

وعن المحكمة الإدارية بالرباط، صدر قرار بتاريخ 1997/05/15،

تحت عدد 439، ذهبت فيه إلى أن حق الكد والسعابة هو كفierre من الحقوق العرفية الإسلامية كحق الزينة والجلسة والهوا وأنه يمكن طلب تقييد احتياطي بشأنه أمام المحافظ على الأموال العقارية وأن رفضه لهذا التقييد يعد تجاوزاً للسلطة، وجاء في قرارها:

«أن حق الكد والسعابة يعتبر من بين الحقوق العرفية الإسلامية، شأنه في ذلك شأن حقوق الجلسة والزيارة والعزاء والهوا المنصوص عليها في الفصل 8 من ظهير 2 يونيو 1915، المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة التي وردت على سبيل المثال لا الحصر، وأن الفصل 85 من ظهير 1913/08/12 بشأن التحفظ العقاري قد جاء عاماً في صياغته ومنع إمكانية طلب تقييد الاحتياطي أمام المحافظ على الأملاك العقارية والرهون لكل من يدعى حق في عقار محفظ دونما تحديد وإلا يعتبر قرار المحافظ برفض طلب التقييد الاحتياطي والحالات هذه متضمناً بتجاوز السلطة لغير خرق القانون الموجب للغائه».

أما بالنسبة للمجلس الأعلى فقد أصدر العديد من القرارات التي سارت في اتجاه اعتماد حق استفادة الزوجة من الأموال التي تم جمعها أثناء الحياة الزوجية إذ جاء في أحد قراراته:

«أنه بالرجوع إلى الرسم المذكور نجد أنه يتضمن أن الشهود يعرفون المدعية المعرفة العامة الكافية شرعاً بها ومعها يشهدون بذلك وسعيتها مع زوجها سعاية عامة منذ 1968 إذ كانت تعمل كطرازة بالألة مع بنتها محجوبة حتى بنيا الطابق الأول من المنزل موضوع النزاع سنة 1981 تقريباً كما ساهمت مع زوجها المذكور في البناء بما تملكه من حلبي ومجوهرات وأنها شريكة في جميع ما استفاد منه في المنزل المذكور».

وأن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لما تجاهلت مضمون الوثيقة المدلية بها تكون قد عللت قرارها تعليلاً ضعيفاً مخالفًا للثابت من الوثائق المدلية بها كما أن قولها

بأن السند النصي والقضائي للكد والسماء يخص الزوجة العاملة في البوادي ولا ينطبق على الزوجة القاطنة بالمدينة رغم كدها وسعيها في تكوين الثروة مع زوجها هو حكم مخالف لمقاصد الشريعة الإسلامية لأن الفقهاء لا يفرقون بين المرأة البدوية والحضرية في استحقاق ذلك بل يضعون "العمل والكد والسماء" هو المعيار لاستحقاق الزوجة لبذل الكد والسماء.

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 28/11/1987، تحت عدد 44، قرر المجلس الأعلى أن:

«الاستفادة التي تحصل للزوجة إذا ثبت أن ما استفاداه ناتج عن عملهما المشترك يجعل الكد والسماء ثابتين للزوجة وتستحق بذلك نسبة من الثروة خلال الحياة الزوجية».

وهكذا يتضح أن حق الزوجة في الاستفادة من الأموال المنشأة أثناء فترة الزواج قد تم عرضه على القضاة المغاربيين الحديث بمختلف درجاته وأقر بهذا الحق مؤكداً شرعيته من خلال العديد من القرارات مستندأ في ذلك على الفصول 82 و 172 و 297 من مدونة الأحوال الشخصية المعمول بها حالياً والتي تحيل على الراجع أو المشهور أوما جرى به العمل من الفقه الماليكي في كل ما لم يشمله هذا القانون.

وقد تبني هذا المشروع الجديد في مدونة الأسرة هذا الاجتهاد القضائي وصاغه في نص المادة 49 وما ينبغي التأكيد عليه هو أنه:

- إذا كان الأصل هو استقلال الذمة المالية بين الزوجين فإنه لا ينبغي حرمان الزوجة مما تكون قد اكتسبته بعملها أثناء الحياة الزوجية أوما ساهمت به في تكوين الثروة أو الممتلكات، خاصة وأن الواقع قد أفرز حالات كان فيها راتب الزوجة يقتطع لأداء أقساط عقارية يتم تسجيله في اسم الزوج وبعد الطلاق تذهب خالية الوفاض.

- يمكن للزوجين أن يتعاقدا على تنظيم ثرواتهما المالية بعقد مستقل عن عقد الزواج وفق ما يتفقان عليه.

- في حالة عدم وجود اتفاق، فإن مساهمة المرأة عن طريق عملها ومجهودها في تنمية أموال الأسرة خلال فترة الزواج أمر يمكن إثباته بجميع وسائل الإثبات القانونية لتحديد ما تستحقه وأن نصيبيها هذا قد يكون نصفاً أو أكثر أو أقل حسب الظروف والمعطيات الخاصة بكل نازلة وذلك عند الطلاق أو الوفاة، وإن الأموال أو الثروة التي تخضع لهذه المقتضيات هي الأموال التي تكونت خلال الحياة الزوجية وليس الثروة التي كان يملكها أحد الزوجين قبل الزواج... مع العلم أن تطبيق هذه المقتضيات سيستفيد منه الزوج والزوجة معاً.

المملكة المغربية

المركز الوطني للتوثيق

مصلحة الطباعة والاستنساخ

p.117 → p.136

007716-A1

مستجدات مدونة الأسرة

007716 تاريخ ٢٠١٥/١١/٧

جذبة

فيما يتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية

الأستاذ: عمر لصين

مستشار / ملحق بوزارة العدل

من المعلوم أن مدونة الأسرة جاءت بأحكام ومقتضيات جديدة، الهدف منها العناية بالأسرة وحمايتها، ومن بينها طبعاً الطفل المعتبر عنه في الكتاب الرابع: الأهلية والنيابة الشرعية بـ: القاصر تارة، وبالمحجور تارة أخرى.

والعنابة بالطفل وحمايته، تقتضيها طبيعته ووضعه، لذلك تناولتها مدونة الأسرة في كل الموضوعات ذات الصلة به، من الزواج والطلاق والتference والحضانة والنسب والأهلية والنيابة الشرعية والوصية والميراث، ونصت على شمول هذه الرعاية والعنابة والحماية لشئونه الشخصية وحقوقه المالية معاً، وذلك حتى ينشأ ويشب ويترعرع في بحبوحتها، فإذا ما كبر واشتد عوده، وجد نفسه ولداً صالحأً، ووهد أمواله محفوظة مصنونة، فیأخذها وينفع نفسه، ولا يكون عالة على غيره.

وانطلاقاً من هذا سنرى مدى هذه العناية بالطفل في المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة، بالنسبة للأهلية والنيابة الشرعية، كما سنرى اختصاص المحكمة، ومهام القاضي المكلف بشئون القاصرين فيهما، وهذا ما يبدو فيما يلي:

أولاً : فيما يتعلق بالأهلية

نظراً لكون الأهلية يتم بها التعامل، لاكتساب الحقوق، وتحمل الواجبات، وبها يمارس الشخص حقوقه الشخصية، من زواج وما إليه،

وحقوقه المالية من بيع وشرا، وما إليهما، أولتها مدونة الأسرة عناية واهتمامًا كبيرين، وهذا ما يتجلّى في المستجدات التالية:

- **نخت مدونة الأسرة على نوعي الأهلية:** أهلية الوجوب وأهلية الأداء، وأوضحت كلاً منها، وأهمية هذا الجديد تكمن في بيان وتحديد مجال كل منها، لمعرفة متى تكتسب الحقوق، وتحمّل الواجبات، ومتي تكون ممارسة الحقوق الشخصية والمالية، ومتي تكون التصرفات نافذة، حرصاً على التنصيص على كل ما يتعلّق بالأهلية والنيابة الشرعية في هذه المدونة، دون الرجوع إليه في قانون آخر، وأهمية هذا لا تخفي.

- **بالنسبة لنقchan الأهلية** أضافت مدونة الأسرة إلى الصير والسفيه -اللذين تضمنتهما مدونة الأحوال الشخصية- المعتوه، وأوضحت بأنه المصاب بإعاقة ذهنية، لا يستطيع معها التحكم في تفكيره، ذلك أن الفته -كما ورد في تعريفه- آفة تصيب العقل، فيصير بعدها المعتوه مختلط الكلام، يتكلّم بكلام الفقلاء تارة، وبكلام المجانين تارة أخرى، ومن المعلوم أن من كان هذا حاله، فهو أولى -كذلك- بالعناية والرعاية.

- **بالنسبة للسفيه** أضافت هذه المدونة إلى مفهومه عبارة: «يشكل يضر به أو يأسره» ولعل الغاية من هذه الإضافة -أولاً- بيان متى يكون السفه سبباً لنقchan الأهلية، ومبرراً للتحجير عليه، ومحولاً لتعيين نائب شرعي لتسخير أمواله، وثانياً: تحويل كل من له الحق في أموال السفيه - وخاصة أسرته- في طلب التحجير عليه، تفادياً لما قد يتذرع به من أن المال ماله، وأنه يتصرف فيه كيف يشاء.

- **بخصوص سن الترشيد:** فقد أصبح مع هذه المدونة في

ويبدو من المفيد، التذكير بالتعديلات التي عرفها سن الرشد والترشيد معاً، بدءاً من ميلاد المدونة سنة 1957، حتى سنة 2004، ذلك أنه منذ ميلاد مدونة الأحوال الشخصية سنة 1957 كان سن الرشد آنذاك واحداً وعشرين سنة (21) وسن الترشيد ثمان عشرة سنة، وفي سنة 1992 عدل سن الرشد إلى عشرين سنة، وبقي سن الترشيد في ثمان عشرة سنة، وفي سنة 2003 عدل سن الرشد إلى ثمان عشرة سنة، وسن الترشيد إلى 17 سنة، ومدونة الأسرة أبقيت سن الرشد على التعديل الأخير سنة 2003 وهو 18 سنة، وعدلت سن الترشيد إلى ست عشرة سنة، فالجديد إذن في هذه المدونة تعديل سن الترشيد إلى 16 سنة.

ولعل الدافع إلى هذا التعديل -سواء بالنسبة لسن الرشد أو سن الترشيد- يرجع إلى التحول الذي عرفه المجتمع المغربي، والعالم بأسره، وما واكبها من تطور، نتيجة التقدم التقني والتكنولوجي، وأثار ذلك على الإنسان، الذي تم معه شحذ ذهنه ونضج قوه عقله، حتى أصبح معه رشد الإنسان وترشيده في وقت مبكر، كما يرجع إلى مراعاة المصلحة، ومسايرة الفقه الإسلامي، وحتى الاتفاقيات الدولية.

- **بالنسبة لانعدام الأهلية:** نصت هذه المدونة -بالإضافة إلى المجنون- على فاقد العقل.

وإذا كان المجنون هو فاقد العقل، إلا أن فقده له ليس كفاقد العقل بالمرة، لكون المجنون -كما هو معلوم- على نوعين: لأن جنونه إما أن يكون مطبيقاً يستفرق جميع أوقاته، وإما أن يكون متقطعاً، وليس كذلك فاقد العقل بالمرة، فضلاً عن أن فاقد العقل قد يفقده بالجنون وغيره من التنويم والبنج... وليس كذلك المجنون الذي يفقده بالجنون فقط وعلى أي كان الفرق بينهما، فكلاهما في حاجة إلى الرعاية والحماية.

- **وبالنسبة لفقدان الإرادي للعقل - كالمسكرات والمخدرات-**

فلا يعفي من المسؤولية، نظراً لكونه يتم بإرادة الشخص، وأن من شأن إعفائه من المسؤولية تشجيعه على فقد عقله، والغاية من الحفاظ على الضروريات الخمس، ومنها حفظ العقل، الحيلولة دون فقد هذا العقل الذي أكرم الله تعالى به الإنسان، وميزة على غيره من المخلوقات الأخرى، لذا فمن يسعى بإرادته لفقد عقله، يتحمل جزاء عمله، لقوله تعالى: «من يعمل سوءاً يجز بـه» وقوله سبحانه: «وجزاء سيئة مثلها».

- **بخصوص التمييز** نصت هذه المدونة صراحة على أن الصغير المميز هو الذي أتم اثنين عشرة سنة شمسية كاملة.

- **وفيما يتعلق بوفع الحجر عن المحجور**: خولت هذه المدونة للمحجور - بسبب إصابته بإعاقة ذهنية - أن يطلب من المحكمة رفع الحجر عنه، إذا آنس من نفسه الرشد، كما خولت ذلك لنائبه الشرعي قال تعالى: «وابتلو اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدًا فادفعوا إليهم أموالهم» وفي التحفة: «وعندما يأنس رشد من حجر يطلقه وما له يذر».

كما خولت لنائبه الشرعي أيضاً - إذا لاحظ - قبل بلوغ المحجور سن الرشد أنه مصاب بإعاقة ذهنية - رفع الأمر للمحكمة، لتنظر في استمرار الحجر عليه، وتعتمد - لإثبات ذلك - سائر وسائل الإثبات الشرعية، ومنها الخبرة الطبية، وشهادة الشهود.

- **أجازت هذه المدونة للصغير البالغ السادسة عشرة من عمره**: الذي ظهرت عليه علامات الرشد، أن يطلب من المحكمة ترشيده، كما أجازت ذلك لنائبه الشرعي - أباً كان أو أمّا، أو وصياً أو مقدماً - إذا بلغ - القاصر - السن المذكورة وآنس منه الرشد.

- **نحت هذه المدونة** على أن تعتمد المحكمة في إقرار الحجر، أورفعه على سائر وسائل الإثبات الشرعية، ومنها الخبرة الطبية، وشهادة الشهود، وهذا فيه إيحاء بخطورة هذا الموضوع، سواء في إقرار الحجر أو رفعه، نظراً لما ينتع عنه، وفيه أيضاً تذكير بأن المحكمة تبني أحكامها على الجزم واليقين لا على الظن والتخمين.

- **من المستجدةات - كذلك** - أن الحكم بالتحجير أورفعه، يتم بناء على طلب من المعني بالأمر، أو من النيابة العامة، أو من المصلحة في ذلك، من الأقارب وغيرهم.

- **ومن المستجدةات** أن الحكم الصادر بالتحجير أصبح يشهر بالوسائل التي تراها المحكمة مناسبة، وذلك حسب أهمية كل قضية، فقد يكتفي بالتعليق في لوحة المحكمة، أو في أماكن متعددة، وينشر في الجرائد، بل قد يشهر بواسطة الإذاعة، والتلفزة، وكذا بوسائل حديثة أخرى، حتى يعلم الفير بذلك ويكون على بيته من الوضعيّة القانونيّة للمعنى بالأمر، عند إرادة التعاقد معه.

- **فيما يتعلق بمتحوفات المحبوب**: أوضحت هذه المدونة أن تصرفات عديم الأهلية - وهو من لم يبلغ سن التمييز، والمجنون وفاقد العقل - باطلة، ولا تنتع أي أثر، وذلك حماية لأمواله من الضياع والتلف، كما أوضحت بأن تصرفات ناقص الأهلية - وهو الصغير المميز وغير البالغ سن الرشد، والسفه، والمعتوه - تكون نافلة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً - ولا تحتاج إلى إجازة نائبه الشرعي - وتكون باطلة - وإن أجازها نائبه الشرعي - إذا كانت مضره به وإذا كانت دائرة بين النفع والضرر فيتوقف نفاذها على إجازة نائبه الشرعي، حسب المصلحة الراجحة للمحبوب، وفي الحدود المخولة لاختصاص كل نائب شرعي.

- **بالنسبة لاختبار الصفيرو في إدارة الحال**: أجازت هذه المدونة للمحجور -الذي ظهرت عليه مخايل الرشد- أن يتسلم جزءاً من أمواله قصد التجرية والاختبار، وذلك بإذن، إما من الولي - الأب أو الأم - أو من القاضي المكلف بشؤون القاصرين،بناء على طلب من الوصي أو المقدم أو من الصفير المعنى بالأمر، ويمكن للقاضي إلغاء قرار الإذن بالتسليم للأموال بطلب من الوصي أو المقدم أو من النيابة العامة، أو تلقائياً إذا ثبت سوء التدبير من طرف الممميز في الإدارة المأذون له بها، كما يمكن للولي أن يسحب الإذن الذي سبق أن أعطاه للصفير الممميز إذا وجدت مبررات لذلك.

ثانياً : فيما يتعلق بالنيابة الشرعية

بالنسبة لهذه النيابة جاءت مدونة الأسرة بمستجدات تتضمن العناية بالقاصر وحمايته، وتتجلى فيما يلي:

- **بالنسبة للإيصال بالنظر**: فقد قصرته هذه المدونة على وصي الأب، وحذفت وصي الوصي الذي كان سابقاً، وتحولت الأم الإيصال، بالنظر كالأب، وأصبحت النيابة الشرعية في الترتيب هكذا: الأب الراشد - الأم الراسدة - وصي الأب - وصي الأم - القاضي - مقدم القاضي.

- **وبالنسبة للوشد**: فقد أضيف في هذه المدونة إلى الأب - الأب الراشد - ومن المعلوم أن الرشد هو حفظ المال، وحسن النظر فيه، والصلاح، وكذا حسن إدارة وتسخير المال بصفة عامة، ففي التحفة: الرشد حفظ المال مع حسن النظر # وبغضهم له الصلاح معتبر. وفي هذا القيد والوصف من توخي العناية والرعاية ما لا يعزب عن البال، إذ أن من يوصى بالرشد غالباً ما يكون له أثره الإيجابي تجاه المحجور، سواء على شخصه أو ماله.

- **وفيما يتعلق بالآم فقد فسحت لها هذه المدونة المجال أكثر،** لممارستها النيابة الشرعية، حيث أصبحت تمارسها، لا عند وفاة الأب أو فقد أهليته فقط، - كما كان من ذي قبل- وإنما عند عدم وجوده، وسن المعلوم أن هذه العبارة «عند عدم وجوده» أوسع لكونها تشمل وفاته وزيادة، وذلك من غيبته في مكان مجهول، أو كونه مجهولاً أصلاً، أو عدم ثبوت نسب الولد إليه قضاء، أو فقده أهليته، إلى غير ذلك مما يدخل فيها، بل إن هذه المدونة خولت لها - حتى عند وجود الأب - القيام بالمصالح المستعجلة لأولادها التي لا تحتمل التأخير، عند حصول مانع للأب، كالمرض، والفيبة، والسجن، وغيرها، وهذا بالإضافة إلى كونه يعتبر مكباً للأم من جهة، فهو يجسد مدى الحرص على تحقيق مصالح القاصر من جهة أخرى، حتى لا تتوقف الأمور، وهذا لون آخر من العناية والرعاية.

- **وفي حالة اجتماع وصي الأب مع الأم، فرقت هذه المدونة بين ما إذا كانت الأم راشدة وتتوفر لها شروط الولاية، فخولت لها ممارسة النيابة الشرعية، وحددت مجال الوصي في تتبع تسييرها شؤون الموصى عليه، ورفع الأمر إلى القضاء إذا تبين له سوء تدبيرها، وما إذا كانت لا تتوفر على شروط الولاية - بأن كانت غير راشدة مثلاً - فتشبت الوصاية للوصي، إلى أن تتوفر الأم على شروط الولاية، حرضاً على الحفاظ على شؤون القاصر، وتفادياً لأي فراغ في الإدارة والتسيير لأسواله.**

- **وسيت هذه المدونة مجال النيابة الشرعية:** حيث خولتها لكل راع للقاصر، واعتبرت الشخص الراعي له، أو المؤسسة، الراعية له نائباً شرعياً له بقوة القانون، دونها احتياج إلى تقرير ذلك من طرف المحكمة وذلك بخصوص شؤونه الشخصية، من تعليم وتطبيب وتشغيل وغيرها، في انتظار ما يعين له القاضي المكلف بشؤون القاصرين المختص مقدماً، حيث تصبّع هذه النيابة له، وتبّرر هذه الحالة بوضوح في حال الطفل المهمّل،

- طبقاً لقانون الأطفال المهملين - الفصل 17 - وهو ما تضمنته هذه المدونة في المادة 232، وهذا شيء مستجد، حرصاً على وجود فضاء للحماية بنيابة شرعية بقوة القانون، تفادياً لكل فراغ.

- **شمول الولاية في هذه المدونة للنفس والمال معاً:** ذلك أن النائب الشرعي ولو كان وصياً أو مقدماً أصبحت له الولاية - بالإضافة إلى مال القاصر - حتى على شخصه خلاف ما كان عليه الحال في مدونة الأحوال الشخصية، حيث كانت قاصرة على المال فقط.

- **تحديد انتهاء الولاية:** ذلك أن انتهاءها يكون بالنسبة للولاية على النفس والمال معاً ببلوغ القاصر سن الرشد (18 سنة) على عكس ما كان سابقاً من انتهاء الولاية على المال ببلوغ القاصر سن الرشد القانوني ومن انتهاء الولاية على النفس بمجرد البلوغ حسبما في الفقه، لعدم تعرض مدونة الأحوال الشخصية لذلك.

- **تحديد مجال الولاية وانتهائتها بالنسبة للمجنون والسفيه والمعتوه:** حيث خولت هذه المدونة الولاية على شخص فقد العقل وهو المجنون وعلى أمواله إلى أن يرفع الحجر عنه بحكم قضائي إذا شفى من مرضه وزال سبب الحجر عنه، أما النيابة الشرعية بالنسبة للسفيه والمعتوه فقد جعلتها قاصرة على أموالهما إلى أن يرفع الحجر عنهم بحكم قضائي، بسبب زوال السفة والعته.

- **الجوانب الشخصية التي يتبعين على النائب الشرعي أن يعنى بها:** وتمثل في التوجيه الديني، والتكتويني، والإعداد للحياة، فالتوجيه الديني يعتبر صمام الأمان، ليس للقاصر فقط وإنما كذلك لكل إنسان، تفادياً لكل فراغ روحي لا تخفي سلبياته، ويجب على النائب الشرعي أن يعنى بالجانب التكتويني للقاصر، من تعليم وتربيه وتوجيهه، وإعداد للحياة، حتى ينشأ القاصر ولدًا صالحًا فينفع نفسه ومجتمعه، فهذا

الجانب جدير بالعناية والاهتمام، كما يجب عليه كذلك أن يعتنى بكل ما يتعلق بأعمال الإدارة العادلة لأموال المحجور دون تقصير ولا إخلال.

- بالنسبة للأب والأم في مجال الولاية على القاصر: جاءت

هذه المدونة بمستجدات تتجلّى فيما يلي:

- عدم خضوع الوالي - أباً كان أو أماً - لوقاية القضاء القبلية،
وعدم فتح ملف للنيابة الشوكية، إذا لم تتجاوز قيمة أموال المحجور 200 ألف درهم (م. 240)، وفي هذه الحالة يمكن للولي أن يدير أموال ولده القاصر، وأن يتصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات دون تقييداته في ذلك بأي إجراء قضائي شريطة أن يكون تصرفه في مصلحة القاصر وإلا تدخل القضاء لحماية مصالحه.

- فتح ملف للنيابة الشرعية إذا تعددت قيمة أموال

المhogor المبلغ المذكور: (200 ألف درهم) ويكون الولي - أباً كان أواماً - ملزماً فقط بتقديم تقريرين: تقرير سنوي يوضح فيه مدى قيامه بشؤون المحجور الشخصية والمالية، وتقرير نهائياً مفصل عند انتهاء مهمته يوضح فيه وضعية ومصير أموال القاصر، من أجل المصادقة عليه، وذلك إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين، فإذا لاحظ أن هناك خللاً أشفر المحكمة بذلك، فإذا تبين لها أن هناك تقصيراً أو خللاً بشؤون المحجور الشخصية والمالية فلها أن تتخذ كل الإجراءات التي تراها ملائمة للمحافظة على مصالح المحجور، وبالتالي فلا يحتاج الولي - أباً كان أواماً - عند إرادته التصرف في أموال ولده القاصر، إلى الإذن كما هو شأن بالنسبة للوصي والمقدم طبقاً لل المادة 271، إذ ليس في المواد المتعلقة به ما يشير إلى توقيفه على الإذن عند التصرف في أموال محجورة إلا في حالة واحدة، وهي حالة إرادة النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه، أو مصالح أقاربه مع مصالح المحجور، حيث يرفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به، طبقاً لل المادة 269.

- للقاضي المكلف بشؤون القاصرين النزول عن الدعوى المذكورة: (200 ألف درهم) والأمر بفتح ملف للنيابة الشرعية، إذا ثبتت مصلحة المحجور في ذلك.

- بالنسبة للزيادة في التقيمة المذكورة؛ فقد نصت هذه المدونة على أن تكون بنص تنظيمي (مرسوم أو قرار) توخيًا من ذلك المرونة في التشريع، ورعايةً لتحقيق المصلحة في وقت ملائم.

- أوجبت هذه المدونة على الولي - إذا تعددت قيمة أموال المحجور (200 ألف درهم) خلال إدارتها وتسوييرها - إبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بذلك، لفتح ملف للنيابة الشرعية لها، وأجازت للمحجور ولأمه - كذلك - القيام بهذا الإبلاغ، وطالما أن الفاية من الإبلاغ هو تمكين القاضي المذكور من فتح ملف النيابة الشرعية فيجوز لكل شخص - غير المحجور وأمه - القيام بذلك، حفاظاً على أموال القاصر، لما في ذلك من المصلحة، ومن المقرر أنه «حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله».

بالنسبة للوصى أو المقدم:

جاءت هذه المدونة بمستجدات بالنسبة لهما وتجلى فيما يلي:

- اختيارة الشخص الأصلح للتقديم: حيث أوجبت هذه المدونة على المحكمة بأن تختار الشخص الأصلح من العصبة للمحجور - أي من أقاربه الذكور الذين لا تفصل بينه وبينهم أنثى - وإذا لم يوجد من العصبة من يصلح للتقديم، فيعين المقدم من الأقارب الآخرين، وإذا لم يوجد فيعيين من غير الأقارب فهذا الاختيار للتقديم يترجم مدى حرص المشرع على الاهتمام بشؤون القاصر.

وفي هذا الصدد خولت هذه المدونة لأعضاء أسرة المحجور، وطالبي الحجر، على المجنون والسفيه والمتعتوه، وكل من له مصلحة،

ترشيح من يرونـه مؤهلاً لـتولـي مـهمـة التـقـديـم، كـما خـوـلت تعـيـين مـقـدـمـة، كـلـما اـقـتضـتـه مـصـلـحةـ المـحـجـورـ كـتـعـيـين مـقـدـمـ ماـ، لـلـقـيـام بـعـمـلـ ماـ، أـولـمـدة مـحدـدةـ.

- الإسراع بالـبـيـتـ فـيـما يـخـصـ التـقـديـمـ عـلـىـ القـاصـرـ: ذلك أنـ هـذـهـ المـدوـنةـ أـوجـبـتـ عـلـىـ الـمـحـكـمـةـ - قـبـلـ أـنـ تـصـدـرـ الـحـكـمـ بـالـتـقـديـمـ - أـنـ تـحـيلـ عـلـىـ الـنـيـابـةـ الـعـامـةـ - عـاجـلـاـ - الـمـلـفـ بـكـلـ وـثـائـقـهـ، وـالـحـجـجـ الـمـتـعـلـقـةـ بـتـوفـرـ الـمـرـشـحـ لـلـتـقـديـمـ عـلـىـ الـشـرـوـطـ الـمـنـصـوصـ عـلـيـهـاـ فـيـ المـادـةـ 246ـ منـ كـونـ الـوـصـيـ أـوـ الـمـقـدـمـ ذـاـ أـهـلـيـةـ كـامـلـةـ، حـازـمـاـ، ضـابـطاـ، أـمـيـناـ، وـمـنـ اـنـتـفـاءـ الـمـوـانـعـ الـمـنـصـوصـ عـلـيـهـاـ فـيـ المـادـةـ 247ـ - وـهـيـ أـنـ لـاـ يـكـوـنـ مـحـكـومـاـ عـلـيـهـ فـيـ جـرـيمـةـ سـرـقةـ...ـ أـوـ فـيـ جـرـيمـةـ مـنـ الـجـرـائـمـ الـمـخـلـةـ بـالـأـخـلـاقـ، وـأـنـ لـاـ يـكـوـنـ مـحـكـومـاـ عـلـيـهـ بـالـإـفـلـاسـ، أـوـ فـيـ تـصـفـيـةـ قـضـائـيـةـ، وـأـنـ لـاـ يـكـوـنـ بـيـنـهـ وـبـيـنـ الـمـحـجـورـ نـزـاعـ قـضـائـيـ - وـذـلـكـ إـبـداـ، رـأـيـاهـ دـاـخـلـ مـدـةـ لـاـ تـتـجاـوزـ خـمـسـةـ عـشـرـ يـوـمـاـ، كـماـ أـوجـبـتـ عـلـىـ الـمـحـكـمـةـ أـنـ تـبـتـ فـيـ الـمـوـضـوـعـ دـاـخـلـ أـجـلـ لـاـ يـتـعـدـىـ خـمـسـةـ عـشـرـ يـوـمـاـ، مـنـ تـارـيـخـ التـوـصـلـ بـرـأـيـ الـنـيـابـةـ الـعـامـةـ، وـالـهـدـفـ مـنـ هـذـاـ الإـسـرـاعـ الـحـفـاظـ عـلـىـ مـصـالـحـ الـقـاصـرـ:ـ الـمـادـيـةـ وـالـمـعـنـوـيـةـ.

- وـفـيـما يـتـعـلـقـ بـإـحـصـاءـ أـمـوـالـ الـمـحـجـورـ: أـوجـبـتـ هـذـهـ المـدوـنةـ عـلـىـ كـلـ مـنـ، الـوـصـيـ، أـوـ الـمـقـدـمـ أـنـ يـرـفـقـ إـحـصـاءـ بـمـاـ قـدـ يـكـوـنـ لـدـيـهـ مـنـ مـلـاحـظـاتـ عـلـيـهـ، وـيـاقـتـرـاـجـ مـبـلـغـ النـفـقـةـ السـنـوـيـةـ لـلـمـحـجـورـ، وـلـمـنـ تـجـبـ نـفـقـتـهـ عـلـيـهـ، وـكـذـاـ بـالـمـقـترـحـاتـ الـخـاصـةـ بـالـإـجـرـاءـاتـ الـمـسـتـعـجلـةـ الـواـجـبـ اـتـخـاذـهـاـ لـلـمـحـافـظـةـ عـلـىـ أـمـوـالـ الـمـحـجـورـ، وـكـذـاـ بـالـمـقـترـحـاتـ الـمـتـعـلـقـةـ بـإـدـارـةـ أـمـوـالـ الـمـحـجـورـ، وـبـالـمـدـاخـلـ الـشـهـرـيـةـ أـوـ السـنـوـيـةـ الـمـعـرـفـةـ لـأـمـوـالـهـ.

وـفـيـ هـذـاـ الصـدـدـ فـقـدـ خـوـلتـ لـكـلـ مـنـ الـنـيـابـةـ الـعـامـةـ، وـالـنـائـبـ الـشـرـعيـ، وـمـجـلـسـ الـقـائـلةـ، أـوـ عـضـوـ أـوـ أـكـثـرـ مـنـ الـأـقـارـبـ -عـنـدـ الـانتـهـاءـ مـنـ إـحـصـاءـ-ـ تـقـديـمـ مـلـاحـظـاتـهـ إـلـىـ الـقـاضـيـ، وـحـشـتـ عـلـىـ أـنـ يـحـفـظـ إـحـصـاءـ وـمـرـفـقـاتـهـ بـمـلـفـ الـنـيـابـةـ الـشـرـعـيـةـ، وـأـنـ يـضـمـنـ فـيـ كـنـاشـ الـتـصـرـفـ الشـهـرـيـ

أواليسومي إن اقتضى الحال، فماذا عن هذا الملف والكتاش؟ وماذا يجب أن يحفظ ويضمن فيهما؟

- **في بالنسبة لملف النيابة الشرعية:** يجب أن يحفظ برقمه بكل عنابة واهتمام لدى كتابة الضبط، وأن تحفظ فيه نسخ جميع الوثائق، كرسم عدة الإراثة، ورسم الإيصاء بالنظر، والأمر بتشبيته، والحكم بالتقديم، والإحصاء ومرافقاته، والوثائق المتعلقة بتصرفية التركة، والقسمة، وجميع الأذون والأوامر والأحكام والتقارير المرتبطة بالموضوع للرجوع إليها عند الاقتضاء.

- **وبالنسبة لكتاش التصرف:** الذي نصت هذه المدونة على أن: يحدد مضمونه وشكله بقرار لوزير العدل - يجب أن يمسكه الوصي أو المقدم، بصفة منتظمة ودقيقة ويضمن فيه إحصاء التركة، وسجل فيه كل التصرفات التي يقوم بها باسم محجوره، مع تاريخها، ومراجع الوثائق المثبتة لها، ويستحسن أن يضمن فيه أيضاً رسم الإراثة، ورسم الإيصاء، والأمر بتشبيته، أو الحكم بالتقديم، للرجوع إلى ذلك عند الاقتضاء، وخاصة عند تقديم الحسابات السنوية أو النهائية.

- **تحديد صلاحية كل مقدم عند التعذر:** ذلك أن هذه المدونة أوجبت عند تعيين شخصين أو أكثر للتقديم - إذا اقتضته مصلحة المحجور، لأن كان للمحجور أموال كثيرة لا يستطيع مقدم واحد تسخيرها على الوجه المطلوب، أو كانت مصلحة المحجور تكمن في تعيين مقدمين أو أكثر - تحديد صلاحية كل واحد منهم، وذلك ليتحمل كل مسؤوليته فيما كلف به، ويتم تفادي التواكل بين المقدمين، وهذا له دوره الفعال على سير وإدارة أموال القاصر.

- **بيان مهام المشوف:** بينت هذه المدونة مهمة المشرف الذي تجعله على الوصي والمقدم، وتتمثل في مراقبة تصرفاته، وإرشاده لما فيه

مصلحة المحجور، وتبليغ المحكمة بكل التصرفات التي قد تضر بمصلحة المحجور، لاتخاذ الإجراءات الملائمة لحماية أمواله.

- **وفيما يتعلق بالحساب السنوي:** نصت هذه المدونة على أن القاضي لا يصادق على الحسابات السنوية المقدمة عن مختلف المداخيل والمصاريف، إلا بعد مراجعتها وفحصها فحصاً دقيقاً، ومراقبتها، والتتأكد من سلامتها، وعند ملاحظته خللاً فيها يتتخذ الإجراءات الكفيلة بحماية أموال المحجور.

- **وبخصوص المسؤولية:** نصت هذه المدونة على مسألة كل من الوصي أو المقدم عن الإخلال بالتزاماته في إدارة شؤون المحجور، وتطبق عليه أحکام الوكيل بأجر، ولو مارس مهمته بالمجان، كما يمكن مساعله جنائياً عند الاقتضاء.

- **وفي مجال العناية بحقوق المحجور:** أوضحت هذه المدونة أن الديون والتعويضات المستحقة له على تركة الوصي أو المقدم المتوفى تخول امتيازاً يرتب في المرتبة التي تحتلها الديون الناشئة عن مهر الزوجة، ومتاعتها، ونفقتها، ونفقة الأولاد والأبوبين طبقاً للفصل 1248 من ق.ل.ع، حيث روعيت فيها الأولوية الملائمة طبقاً لمقتضيات الفصل المذكور.

- **وفيما يتعلق باحتفاظ الدايم بحقه في رفعه الدعاوى حفاظاً على حقوقه:** نصت هذه المدونة على أن المحجور الذي بلغ سن الرشد، أورفع عنه الحجر، يحتفظ بحقه في رفع كل الدعاوى المتعلقة بالحسابات، والتصرفات المضرة بمصالحة ضد الوصي أو المقدم، وكذا كل شخص كلف بذات الموضوع.

- **وبخصوص تقادم هذه الدعاوى:** نصت هذه المدونة على أنها تقادم بستينين بعد بلوغ المحجور سن الرشد، أورفع الحجر عنه، إلا

في حالة التزوير، أو التدليس، أو إخفاء الوثائق فتتقادم بسنّة، بعد العلم بذلك.

الرقابة القضائية:

المقصود بهذه الرقابة، رعاية مصالح القاصر، والأمر بكل الإجراءات للمحافظة عليها، ومن المستجدات في مجالها ما يلي:

- **أن المحكمة لها الرقابة القضائية على سير النيابات القانونية.**

- **وجوب إبلاغ القاضي بالوفاة، من أجل اتخاذ التدابير اللازمة لمصلحة القاصر:** ذلك أن هذه المدونة نصت على أنه يتعمّن على السلطات الإدارية المحلية إبلاغ القاضي المكلّف بشؤون القاصرين بواقعة الوفاة ووجود قاصر، أو بموت الوصي، أو المقدم، خلال فترة لا تتعدي ثمانية أيام، وترفع إلى شهر في حالة فقدان القريب، أو الوصي، أو المقدم، الأهلية، وكذلك الشأن بالنسبة للنيابة العامة من تاريخ العلم بالوفاة.

- **توقف بعض التصرفات على الإذن بذلك (م. 271):** ذلك أن المشرع ربط بعض التصرفات بالإذن من القاضي المكلّف بشؤون القاصرين، وأن الإذن قيده بالقيمة لا بالنوع أي بقيمة العقار أو المقول، حيث قيد كلاً منها بالإذن إذا كانت قيمة كل منها تتجاوز 10.000 درهم، أو ترتيب حق عيني عليه، كما اشترط الإذن في بعض الحالات، ومنها المساهمة بجزء من مال المحجور في شركة مدنية، أو تجارية، أو استثماره في تجارة أو مضاربة، إلى غير ذلك مما تضمنته المادة المذكورة، مع العلم أن قرار القاضي بالترخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللاً.

- **استثنت هذه المدونة - مما يحتاج إلى الإذن - بيع المنقولات التي تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم 5000 إذا كانت**

معرضة للتلف، وكذا العقار أو المنشئ الذي لا تتجاوز قيمته 5000 درهم: (10.000) بشرط أن لا يستعمل هذا البيع وسيلة للتهرب من المراقبة القضائية.

وللإشارة فقد وقع إغفال بالنسبة لهذه القيمة 5000 درهم الأخيرة، حيث لم ترتفع إلى 10.000 درهم كما رفعت 5000 درهم التي كانت في المادة 271 من هذه المدونة إلى 10.000، وذلك بعد عرض المشروع على البرلمان.

- **إن هذه الأحكام المذكورة لا تطبق:** إذا كان ثمن المنقولات محدداً بمقتضى القرارات والأنظمة، وتم البيع بهذا الثمن.

- **نصت هذه المدونة على أن يتم بيع أموال القاصر عن طريق المزاد العلني:** طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، المتعلقة ببيع منقولات وعقارات القاصر.

- **إسناد النظر في مشروع القسمة إلى المحكمة:** حيث إن قسمة مال المحجور المشتركة مع الغير تتم عند الاتفاق بتقديم مشروعها إلى المحكمة التي تصادق عليها، بعد أن تتأكد عن طريق الخبرة من عدم وجود حيف فيها على المحجور، وإذا لم يكن هناك اتفاق على مشروع معين فإن من يريد القسمة يتقدم بدعواها إلى المحكمة للبت فيها بعد سلوك الإجراءات المطلوبة والتأكد من وجود مصلحة للمحجور.

- **التحصيص على جزاءات على الوصي أو المقدم عند إخلالهما بالواجب:** حيث إذا لم يمثل أي منهما للمطلوب منه قانوناً، تطبق في حقه هذه الجزاءات، ومنها إجراء حجز تحفظي على أمواله أو وضعها تحت الحراسة القضائية، إذا لم يستجب لطلب القاضي المكلف بشؤون القاصرين في أي وقت لإلادة بإيضاحات عن إدارة أموال المحجور، أو إذا امتنع من

تقديم حساب حولها، أو إيداع ما بقي لديه من أصول المحجور، بعد توجيهه إنذار إليه يبقى دون مفعول، داخل الأجل المحدد له.

ومن المستجدات في هذا الصدد، أن هذه المدونة خولت للمحكمة إعفاء الوصي أو المقدم أو عزله، إما تلقائياً، أو يتطلب من النيابة العامة، أو من يعيه الأمر، في حالة إخلاله بمهامه، أو عجزه عن القيام بها، أو حدوث أحد الموارد المنصوص عليها في المادة 247 من هذه المدونة.

- **الالتزام النائب الشرعي برفع الأمر إلى المحكمة في بعض التصرفات حفاظاً على مصلحة المحجور:** ذلك أن المشرع أوجب على النائب الشرعي إذا أراد القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه، أو مصالح زوجه، أو أحد أصوله، أو فروعه، مع مصالح المحجور، رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به، وتعيين ممثلاً للمحجور في إبرام التصرف، والمحافظة على مصالحه.

- **القرارات القابلة للطعن:** إن القرارات التي يصدرها القاضي المكلف بشؤون القاصرين، طبقاً للمواد: 226 المتعلقة بتسليم قدر من الأموال بقصد التجربة والاختبار (وم. 240) المتعلقة بفتح ملف للأموال التي لا تتعدي قيمتها 200.000 درهم (وم. 268) المتعلقة بتحديد المصارييف والتعميرات المترتبة عن تسيير أموال المحجور (وم. 271) المتعلقة بالإذن بالتصرفات المشار إليها فيه تكون قابلة للطعن.

ثالثاً: اختصاص المحكمة في مجالى الأهلية والنيابة الشرعية
يتجلّى اختصاص المحكمة في مجالى الأهلية والنيابة الشرعية على ضوء مدونة الأسرة، فيما يلي:

- رقابة النيابات القانونية (م. 265).

- الحكم بتعيين المقدمين (م. 244).
 - الحكم بالتحجير أورفع الحجر عن المحجور عند الاقتضاء (م. 221).
 - الحكم باستمرار الحجر على المحجور عند الاقتضاء (م. 219).
 - الحكم بالترشيد للقاصر (م. 218).
 - الحكم بتعيين مشرف على الوصي أو المقدم (م. 248).
 - الحكم بالبٍت في الحساب المقدم إليها (م. 259).
 - الحكم باتخاذ الإجراءات التي تراها المحكمة ملائمة للمحافظة على أموال المحجور ومصالحه المادية والمعنوية (م. 243).
 - الحكم بتعيين ممثل للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على مصالحه في حال تعارض مصالح النائب الشرعي، أو مصالح بعض أقاربه مع مصالح المحجور (م. 269).
 - الحكم بالصادقة على قسمة مال المحجور المشترك مع الفير (م. 275).
 - الحكم بإجراء حجز تحفظي على أموال الوصي، أو المقدم، أو وضعها تحت الحراسة القضائية، أوفرض غرامة تهديدية عند الاقتضاء (م. 270).
 - الحكم بإعفاء الوصي أو عزله عند الاقتضاء (م. 270).
- رابعاً : مهام القاضي المكلف بشؤون القاصرين في مجال الأهلية والنيابة الشرعية**
- من مهام القاضي المكلف بشؤون القاصرين في مجال الأهلية والنيابة الشرعية على ضوء مدونة الأسرة، ما يلي:

- فتح ملف للنيابة الشرعية، بالنسبة للولي، إذا تعدت قيمة أموال المحجور 200 ألف درهم (م. 240).
- إصدار الأمر بفتح ملف للنيابة الشرعية بالنسبة للولي ولو لم تتعذر قيمة أموال المحجور 200 ألف درهم، إذا ثبتت مصلحته في ذلك (م. 240) وهذا القرار قابل للطعن (م. 276).
- المصادقة على التقرير المفصل الذي يجب على الولي عند انتهاء مهمته في حالة وجود ملف للنيابة الشرعية تقديمه إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين لإشعاره بوضعية ومصير أموال المحجور (م. 242).
- المصادقة على التقرير السنوي الذي يجب على الولي تقديمه إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين -في جميع الأحوال التي يفتح فيها ملف للنيابة الشرعية- عن كيفية إدارته أموال المحجور وتنميتها وعن العناية بتوجيهه وتكونه (م. 243).
- إصدار أمر بإقامة رسم عدة الورثة، وبكل إجراء يراه مناسباً للمحافظة على حقوق ومصالح القاصرين المالية والشخصية بمجرد إبلاغه بواقعة الوفاة من السلطة المحلية أو الأقارب أو النيابة العامة (م. 266 و م. 267).
- إصدار أمر يتثبت بالإيساء بالنظر، وفتح ملف للنيابة الشرعية بالنسبة للوصي، بعد التأكد من توفر الشروط وانتفاء الموانع (م. 237).
- فتح ملف للنيابة الشرعية بالنسبة لمن عينته المحكمة مقدماً (م. 244).
- السهر على أن يتتوفر ملف النيابة الشرعية على الوثائق الالزمة المشار إليها -في هذا البحث- عند الكلام على هذا الملف (م. 250).

- إصدار أمر للوصي أو المقدم بإيداع النقود والقيم المنقولة بحساب القاصر لدى مؤسسة عمومية (م. 235).
- إصدار أمر لعدلين بالإحصاء، النهائي لكل الأموال والحقوق والالتزامات، وذلك بعد إخبار النيابة العامة، وبحضور الورثة والنائب الشرعي والمحجور إذا أتم الخامسة عشرة سنة من عمره، مع إمكانية الاستعانة بالخبراء في هذا الإحصاء (م. 252).
- تلقي ملاحظات النيابة العامة والنائب الشرعي ومجلس العائلة أو عضو أو أكثر من الأقارب عند الانتهاء من الإحصاء حول تقدير النفقة الالزمة للمحجور و اختيار السبل التي تحقق حسن تكريمه وتوجيهه التربوي وإدارة أمواله (م. 251).
- إصدار قرار بالإذن للصفير المميز بأن يتسلم جزءاً من أمواله لإدارتها بقصد الاختبار، بناء على طلب من الوصي أو المقدم أو الصفير المعنى بالأمر (م. 226). وهذا القرار قابل للطعن (م. 276).
- إلقاء قرار الإذن بالتسليم بطلب من الوصي أو المقدم أو النيابة العامة أو تلقائياً إذا ثبت سوء التدبير في الإدارة المأذون بها (م. 226). وهذا القرار قابل للطعن (م. 276).
- المحادقة على الحساب السنوي الذي ي交给 على الوصي أو المقدم تقديمه سنوياً، مؤيداً بجميع المستندات على يد محاسبين، يعينهما القاضي، وذلك بعد فحصه ومراقبته، والتتأكد من سلامته (م. 255).
- مطالبة الوصي أو المقدم في أي وقت بالإدلاء بإيضاحات عن إدارة أموال المحجور، أو تقديم حساب حولها، إذا كانت مصلحة المحجور تقتضي ذلك (م. 256).
- اتخاذ إجراءات الملائمة لحماية وصيانة أموال المحجور في حالة وفاة الوصي أو المقدم، أو فقد أهليته المدنية (م. 266-267).

- تحديد المصاريف والتعويضات المسترتبة عن تسخير أموال المحجور، وذلك بعد استشارة مجلس العائلة عند الاقتضاء (م. 268). وهذا القرار قابل للطعن (م. 276).

- الإذن للوصي أو المقدم بأحد التصرفات المنصوص عليها في المادة 271 ومنها بيع عقار أو منقول المحجور الذي تتجاوز قيمته 10.000 درهم أو ترتيب حق عيني عليه، وقرار القاضي بالترخيص يجب أن يكون معللاً (م. 271). مع العلم أنه قابل للطعن (م. 276).

هذه أهم المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة في مجال الأهلية والنيابة الشرعية، وقد تضمنت مقتضيات وأحكاماً تتعلق بشؤون القاصرين، الهدف منها إيجاد مرعوية متكاملة -جوهراً وشكلأً- لتنظيم شؤون القاصرين قصد تحقيق غاية المشرع من سنّه هذه الأحكام ألا وهي توسيع العناية والرعاية والحماية للقاصر، في كل تجلياتها وأبعادها.

p.149 → p.152
007717-A8

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
الازدواجية في الصياغة
+ ١١٥/١٥ تاریخ ٢٠٧٧١٧ م
والخطاب بمدونة الأسرة
جريدة

الأستاذ عبد العزيز فتحاوي

رئيس المحكمة الابتدائية بابن سليمان

أيها السادة والسيدات:

إن المرجعيات الكبيرة التي اعتمدتها المدونة والتي أملتها إكراهات الحداثة والتحديات الحضارية المطردة، كان لها دور أساسي في طبع المدونة بطبع ازدواجي قد يحسب لها ثارة وعليها أخرى، والأمثلة على ذلك كثيرة على طول كتب المدونة يضيق المقام عن طرحها حالياً.

١- الازدواجية في الصياغة:

هذه الازدواجية جاءت بينة وجلية في الصياغة على وجه الخصوص، فقد تراجعت المدونة عن بعض المصطلحات الفقهية وأضفت عليها مصطلحات وضعية، قانونية، مدنية، وإن كنت لا أرى ضرورة لهذا التراجع الذي يحسب عليها بالأساس إذا اتضحت المنطلقات والرؤى. فإن كان البعض يرى في بعض المصطلحات الفقهية غضاضة من منطلق المساواة وكرامنة المرأة فأنا لا أرى في ذلك أية غضاضة أو مساس بهذه المبادئ، ومنطلقي في ذلك أن المصطلحات الفقهية والبناء الشرعي لفظاً وفعلياً لعقد الزواج استنبطت من كتاب الله العزيز بل إن عقد الزواج هو أهم عقد وأكثر عقد نظمته القرآن الكريم فلفظ الميشاق جاء بهذا الكتاب العظيم، ولفظ النكاح، وجاء في خطبة الوداع ما يفيد استحلال الفروج بكلمة من الله والأمثلة على ذلك كثيرة. وفي هذا السياق فقد طالعتنا إحدى الجرائد الوطنية بمقابل لإحدى القانونيات تؤخذ على المدونة أنها أبقت في عدة مواد على مصطلح

«وسائل الإثبات الشرعية» وكأننا نتقرب من كل ما هو شرعي، علماً بأن جميع الديانات اهتمت بعقد الزواج وكانت هي المرجع والأساس فيه ولا زالت الزيجات المسيحية تبرم في الكتابات.

ومن تم أؤكد أن المرجعية الدينية في عقد الزواج سواء من حيث المصبنى أو الفحوى مفروضة وبالحال، فلن نستغنى عن أركان عقد الزواج وشروطه، أقصد شروط صحته، وأعتقد أن الصفة الشرعية وليس الصفة المدنية هي التي تضفي القدسية على هذا العقد وترفعه عن المتأهبات المادية وتتصفه بالميثان الغليظ.

والخلاصة فإن عقد الزواج نظمه الباري عز وجل وحسبنا في هذا المنبع قدسية وشرعية.

لكن حتى لا نبخس المدونة حقها فإن إبراد بعض مصطلحات القانون المدني لا ينافي الشرعية في شيء بل فرضته المستجدات الآتية، فعقود زواجنا وأحكام طلاقنا أصبحت متداولة في جميع قارات العالم، وهذا ما جعل المدونة مخضرة في هذا الشأن.

في إطار الصياغة دائماً نجد أن مدونة الأحوال الشخصية والفقه عموماً كان يعرف العقد الفاسد والعقد الصحيح ولا يرتب جزاء إلا الفسخ فهناك الفاسد لصداقه، وهناك الفاسد لعقده وهذا ينقسم إلى المجمع على فساده والمختلف في فساده ولكل آثاره، وجاءت المدونة بمصطلح جديد هو البطلان في المادة 57 وما يليها وهو مصطلح يعرفه قانون الالتزامات والعقود أي القانون المدني ويعتبر جزاءً لتخلف أحد أركان العقد الثلاثة الرضا والمحل والسبب، لكن مشروع المدونة لم يستمر في تبني مصطلحات ومقتضيات القانون المدني إذ ما فتئ أن رجع إلى الفسخ بمفهوم الفقه الإسلامي إذا اختلت أحد شروط العقد، ولم يأخذ بالفسخ المعروف بالقانون المدني والذي يفيد أن العقد ينشأ صحيحاً بأركانه وشروطه لكن الخلل ينشأ عند تنفيذ العقد كأن يحجم أحد الطرفين على تنفيذ التزامه فيطالبه الطرف

الآخر بالتنفيذ أوفسخ العقد، فشنان بين المؤسستين، فالفسخ في الفقه الإسلامي يتربّ إذا اختلفت شروط العقد في حين يترتب الفسخ في القانون المدني إذا نشأ العقد صحيحاً ولكن اختلف تنفيذه.

إذن نلاحظ أن المدونة هنا زاوجت في الصياغة وأتساءل عن مدلول هذه الازدواجية هنا، فإذا كانت المصطلحات السابقة قد يرى فيها البعض مساساً بكرامة المرأة كالنكاح والوطء والاستمتاع والبضم، لكن المصطلحات القانونية لا أرى فيها أي مساس بذلك، ولعل المشرع كان يرمي بالأساس أن يمزج بين الأصالة والمعاصرة وأن يجعل المدونة مسيرة للحداثة.

2- الازدواجية في الخطاب:

هذا مثال عن الازدواجية في الصياغة، هناك أيضاً ازدواجية في الخطاب القانوني فإذا كان عقد الزواج حتى في ظل مدونة الأسرة يحتفظ بالشكلية إذ اشترطت المادة 13 شرطاً منها سماع العدلين التصریع بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه. وأكملت في المادة 16 على اعتبار وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج واعتمدت سماع دعوى الزوجية إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيقه في وقته، وعددت جملة من الإجراءات الإدارية والشكلية لإبرام هذا العقد بالمادة 65.

فإن المادة 14 جاءت بمقارنة يمكن أن تطرح العديد من الإشكاليات إذ خولت للمغاربة المقيمين في الخارج أن يبرموا عقود زواجهم وفقاً للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم طبعاً بشرط. ولا يأس أن أورد مقتضيات هذه المادة فقد جاء بها: «يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج أن يبرموا عقود زواجهم وفقاً للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والوالبي عند الاقتضاء وانتفت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق وحضره شاهدان مسلمان، مع مراعاة أحكام المادة 21 بعده»

و قبل طرح الازدواجية في الخطاب والإشكالات لا بد من تبيان أسباب نزول هذه المادة حتى ننصف المدونة التي بذل فيها جهد كبير للوقوف على

كل التغيرات القانونية فالعديد من الدول الأجنبية لا تتوفر على عدول وقضاة للتوثيق وحتى إن وجدوا فالبعض لا يعترف برسومنا العدلية فكان أن تدخلت المدونة لإنقاذ الزيجات في الخارج قد تفتقر للشرعية.

لكن المادة 14 هذه بالمقارنة مع باقي المواد التي ذكرت تطرح ازدواجية في الخطاب القانوني بين نفس المواطنين المغاربة، فإذا كان هؤلاء سواسية أمام القانون والقضاء بصرىح نصوص الدستور فكيف بهذه المفارقة إذ نطالب المقيمين بالتراب الوطني بمقتضيات غير التي نطالب بها الرعايا المقيمين بالخارج وفي ذلك مخالفة للدستور.

هذا كمثال عن الازدواجية في الخطاب القانوني، أما عن الإشكاليات التي يمكن أن تطرحها هذه الازدواجية في الخطاب نذكر حالة إبرام زواج داخل المغرب لكن وفق المادة 14 أي توثيق عقد الزواج مدنياً مع توافر الشروط المبينة بالمادة المذكورة كيف سيتعامل القضاء مع هذه الزيجات والحال أنها توفر على عقد الزواج وشروط صحته ويعوزها التوثيق ليس إلا. ثم ألا يمكن أن تفتح هذه المادة المجال لما يعرف بالزواج العرفي لدى المصريين هذا من جهة. ومن جهة أخرى ما مصير زيجات الرعايا المغاربة بالخارج إذا كانت الدولة الأجنبية لا تقبل بالشهادتين أو لا تراعي مقتضيات المادة 21 المتعلقة بموافقة النائب الشرعي في زواج القاصر.

هذه باختصار بعض النظارات الازدواجية التي تبنتها المدونة التي لا ننكر سدها لغيرات عدة كانت تعرفها مدونة الأحوال الشخصية السابقة، وأن أي إشكال عملي قد يطرحه التطبيق الفعلي لهذه المدونة هو ظاهرة صحية وأن العمل والاجتهاد القضائي كفيل بتدليل كل إشكال وسد كل فراغ.

والله الموفق

p.153 → p.173
007718-Ar

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ

7/10/15 تاریخ 007718-Ar
جذب «بعض مظاهر قيم حقوق الأسرة الجديدة»

في مدونة الأسرة الجديدة

الدكتور: إبرهيم الطاهوري

أستاذ التعليم العالي

كلية الحقوق - وجدة

تعمييم:

إن التغييرات التي عرفتها مدونة الأسرة⁽¹⁾ تعد حدثاً تاريخياً هاماً في المنظومة القانونية المغربية حيث يهدف هذا القانون الجديد إلى تكريس الحماية القانونية والقضائية لمؤسسة الأسرة بمختلف مكوناتها وترسيخ قواعد قوية للأسرة المغربية مبنية على العدل والإنصاف والمساواة في نطاق استيعاب التحولات الجديدة التي يعرفها المجتمع المغربي.

إن مدونة الأسرة كما أعلن عن خطواتها العريضة صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله أمام البرلمان يعتبر حدثاً وطنياً ذو دلالات متعددة حيث تعبر في فلسفتها العامة عن رد الاعتبار للمرأة المغربية لكونها شريكاً للرجل في الحقوق والواجبات في كافة المجالات وأن المرأة تسهم إلى جانب الرجل في إحداث التغيير وفي بناء صرح المجتمع وتحقيق التنمية، كما أن القانون الجديد يكرس تشثبت المغرب بقيمه الروحية ذات البعد الإسلامي وبأسس الديمقراطية والحداثة التي تجد قواعدها في مبادئ

(1) بمقتضى 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 والمتشرور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 1 فبراير 2004، ص.

الشريعة الإسلامية، ذلك أن الدين الإسلامي هو أول دين أعلن المساواة بين البشر كافة وألغى الفوارق والكراهية بين الناس، كما اعتبر الحقوق الأساسية للإنسان جزءاً من دين المسلمين لا يملك أحد حق تعطيلها أو خرقها كما اعتبر رعايتها عبادة والعدوان عليها منكراً.

إن قانون مدونة الأسرة جاء ليدعم مبادئ حقوق الإنسان كما هي متعرّف عليها كونياً، وكما يقضي بذلك الدستور المغربي كما أن عرض مشروع هذا القانون على البرلمان من أجل مناقشته بادرة هامة بل هي الأولى من نوعها في تاريخ قانون الأحوال الشخصية بالمغرب.

من خلال هذه المداخلة سنحاول رصد بعض مظاهر البعد الاجتماعي والإنساني في مدونة الأسرة المغربية الهدافة في فلسفتها العامة تدعيم حقوق الإنسان وبناء دولة الحق والقانون ببلادنا، وذلك وفق الخطة التالية:

أولاً: تدقيق المصطلحات القانونية والشرعية

ثانياً: تحقيق مبدأ المساواة

ثالثاً: حماية الحاضنة والأطفال

رابعاً: تعديل مسطّرة الصلح في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية

خامساً: حماية الزوجة المطلقة

سادساً: الحماية القانونية والقضائية للأطفال

أولاً : تدقيق المصطلحات القانونية والشرعية

لقد تبنى القانون الجديد صياغة حديثة، وتم استخدام مصطلحات أكثر تداولاً وأكثر إنصافاً للمرأة المغربية، إذ عمد قانون الأسرة إلى حذف مصطلح «الطاعة» و«القوامة»، كما ألغى القانون الجديد بعض العبارات والكلمات التي تكرس دونية المرأة وتمس بآدميتها وكرامتها كإنسانة كما هو شأن بالنسبة للمقتضيات الواردة في الفصل 21 من مدونة الأحوال الشخصية والذي ينص على أنه: «ليس للزوج أن يجبر زوجته على البناء، حتى يمكنها من حال صداقها، فإذا سلمت نفسها له ليس لها بعد ذلك إلا المطالبة بالصدق كدين في الذمة»، فالكلمات والمصطلحات المستخدمة في هذا النص كانت تكرس التوجه المشار إليه سابقاً، إذ بمفهوم المخالفة لهذا النص يمكن للزوج إجبار زوجته على الدخول متى مكنها من حال صداقها، فكلمة «الإجبار» في مسألة جد هامة في حياة الزوجين وهي المساكنة الشرعية لا تستقيم مع مفهوم المساعدة والرحمة والمعروف كأسس متينة في العلاقات بين الزوج وزوجته فالمساكنة لا تتساءى أبداً بالقوة والقهر والإجبار، كما أن المشرع عمد إلى مصطلح «التسليم» الزوجة تسلم نفسها للزوج وكأنها بضاعة يتبعين تسليمها في موعدها...إلخ.

ومدونة الأسرة الجديدة لا تعطي الحق للزوج في إجبار زوجته بالرجوع إلى بيت الزوجية بدون رضاها كما كان الأمر في الفصل 68 من مدونة 1957، فالمادة 124 من مدونة الأسرة تلزم قاضي الأسرة قبل الخطاب على وثيقة الرجعة إذا رغب الزوج في الرجعة استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، وإذا امتنعت ورفضت الرجوع إلى بيت الزوجية يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشناق المنصوص عليها في المادة 94.

ثانياً : تحقيق مبدأ المساواة

لقد تم إقرار مبدأ المساواة بين الزوج وزوجته بالنسبة للعديد من المقتضيات إحقاقاً للعدل وتدعيمهاً للبعد الاجتماعي ومبادئ حقوق الإنسان المتعارف عليها كونياً، منها على سبيل المثال:

1- المساواة بين الزوج والزوجة في رعاية الأسرة (المادة الرابعة):

وتحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال، والتشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل، وحسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتكم واستزارتهم بالمعروف (المادة 51).

كما أن الإحسان لم يعد حقاً للزوج على زوجته فقط بل أصبح من الحقوق المشتركة بين الزوجين، إذ المساكنة الشرعية بما تستوجبها من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد وإحسان كل منهما وإخلاصه للأخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل أضحى في ظل النصوص الحالية من الحقوق والواجبات المتباينة بين الزوجين كما تقضي بذلك المادة 51.

2- المساواة في سن الزواج:

فقد تم اعتماد سن 18 سنة لإبرام عقد الزواج (المادة 19)، وتمت تسوية الفتى بالفتاة مع إمكانية تخفيض هذا السن بمقرر قضائي معلل مع بيان الأسباب الداعية إلى التخفيض والاستماع إلى أبي القاصر أو النائب الشرعي والاستعانت بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي (المادة 20)، وبتوحيدأهلية الزواج بين الفتى والفتاة تكون مدونة الأسرة قد رفعت الحيف عن الفتاة المغربية والتي كانت تفتصل في طفولتها بتزويجها في سن الخامسة عشر من عمرها وهو سن جد منخفض لن تقوى مثل هذه الصبية على تحمل الأعباء المادية والمعنوية للزواج الذي هو مؤسسة لتدبير الشأن الأسري تدبيراً حكيمًا لن يقوى الصغار على تحمل المسؤوليات الناجمة عنه.

3- المساواة في إبرام عقد الزواج واقتتساب الأهلية:

إن إبرام عقد الزواج يتم بالتراضي بين الزوج والزوجة طبقاً لل المادة العاشرة من مدونة الأسرة فالمساواة بينهما تتجلى واضحة من خلال حرية التعبير عن الرأي والإعراب عن الرغبة في الاقتران كل واحد بالطرف الآخر ومن ثم عدم المشرع إلى اشتراط أهلية الزوج والزوجة لكي يكون التعبير عن الرضا صحيحاً من الناحية القانونية، وانسجاماً مع حرية الرضا الغنى المشرع الولاية على الرشيدة.

4- المساواة في تغيير الأصول المشتوكه:

لعل من أهم التعديلات التي جاءت بها مدونة الأسرة هي تلك الواردة في المادة 49 والتي بمقتضها يمكن للزوجين الاتفاق بينهما في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج على تدبير الشؤون المالية والتي سيمكّن اكتتسابها خلال فترة الزواج بحيث يتراضيان في بداية حياتهما الزوجية على الطريقة التي يرونها ناجعة لاستثمار الأموال ويتم تحديد نصيب كل واحد منها خلال الحياة الزوجية أو عند انتهائهما بالوفاة أو الطلاق⁽²⁾ ويجد حق مشاركة الزوجة زوجها في الممتلكات المكتسبة أثناء الحياة الزوجية أساسه فيما يعرف بحق «الكد والسماعية» وهو الحق الذي يخول للمرأة حسب التقاليد السائد من الحصول على نصيب من الممتلكات بعد الطلاق أو الوفاة والتي ساهمت الزوجة في توفيرها وتنميتها بكلها وسعيها،⁽³⁾ وقد جرى العمل بهذه الفتوى في منطقة شمال المغرب، كما جرى العمل بحق الكد والسماعية في منطقة سوس بجنوب المغرب، إذ أفتى الحسن بن عرر ضمن بحق الزوجة في الزرع

(2) راجع مداخلتنا في ندوة مستجدات مشروع مدونة الأسرة، المنظمة من طرف جامعة محمد الخامس بالرباط يومي 19 و 20 نوفمبر 2003 والمنشورة في جريدة الاتحاد الاشتراكي ليوم السبت 7442، عدد 7442/12/9.

(3) راجع الموضوع مفصلاً: الحسين الصلكي: نظام الكد والسماعية، الجزء الأول، مطبعة دار السلام بالرباط، الطبعة الأولى 1999، ص. 9 وما بعدها.

والشمار التي ساهمت في إنتاجها ومصادرها...⁽⁴⁾ وقد بنيت هذه الفتوى عن الأعراف الجارية في المنطقة منذ مدة طويلة وكذلك على أساس المصلحة المرسلة وقاعدة «لا ضرر ولا ضرار».

وقد أكد القضاة المغربي حق الكد والسعایة للمرأة المغربية في عدة قضايا، وهكذا ذهبت المحكمة الإدارية بالرباط إلى أن «حق الكد والسعایة يعتبر من بين الحقوق العرفية الإسلامية شأنه في ذلك شأن حقوق الجلسة، والزينة، والجزاء، والهوا المنصوص عليها في الفصل 8 من ظهير 2 يونيو 1915...»⁽⁵⁾ كما أن المجلس الأعلى أكد حق الزوجة في الكد والسعایة في عدة قرارات.

ومع الأسف الشديد نلاحظ بأن المادة 49 من مدونة الأسرة لم تعترف بحق الزوجة في الكد والسعایة كما نادى به العديد من فقهاء المالكية في المغرب وكما أكد القضاة المغربي في قراراته وأحكامه وكما نادى به جل المهتمين بشؤون الأسرة ودعوا إلى ضرورة مواكبة المدونة لمقتضيات التحديث مع الحفاظ على طابع الأصالة المستمد من شريعتنا الإسلامية، فكل ما سمح به القانون الجديد هو إمكانية الزوجين في إبرام عقد مستقل بينهما يتوافقان على الطريقة التي سيتم بها تدبير الأموال والتي سيتم اكتسابها أثناء قيام الزوجين، والواقع أن المشرع المغربي سمح للزوجين للقيام بتصريف هو أصلاً مباح شرعاً وقانوناً ويحوز القيام به من غير التنصيص عليه مادامت تصرفات لا تمس النظام العام ولا مقاصد وغايات عقد الزواج وليس من الشروط المنافية لهذا العقد.

(4) راجع الفتوى عند: عبد الكبير العلوي الدغري: المرأة بين أحكام الفقه والدعاة إلى التغيير، مطبعة فضالة بالسحمدية، الطبعة الأولى 1999، ص. 198. وأنظر أيضاً الانتقادات المرجحة إلى هذه الفتوى في نفس المرجع، ص. 199.

(5) الحكم رقم 439 في الملف رقم: 583/96 غ بتاريخ 15/5/1997 أورده الأستاذ الحسين العيلكي، المرجع السابق، ص. 152.

5- المساواة في الاشتراط:

لقد وسعت مدونة الأسرة من دائرة الشروط الاتفاقية في عقد الزواج وأصبح من حق الزوج والزوجة إبراد أي شرط يتفقان عليه لا يمس النظام الشرعي لعقد الزواج ومن ثم أصبحت الشروط كلها ملزمة طبقاً للمادة 47 وتؤكد المادة 48 بأن الشروط التي تتحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين.

6- التوازن بين الزوج والزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية:

عمد قانون الأسرة إلى تقليل إرادة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية وإقامة نوع من التوازن في هذا الإنهاء من خلال توسيع مجال التطبيق مقابل الطلاق الذي يملكه الزوج وإخضاع مسيرة الطلاق والتطبيق لمراقبة قضائية صارمة تقوم على إجراءات ومساطر عديدة.

وهكذا تم توسيع حالات التطبيق إذ شملت بالإضافة إلى الحالات الخمس التي وردت في مدونة الأحوال الشخصية وهي: التطبيق للضرر، ولعدم الإنفاق، ولللفيبة، والعيب، والإيلاء والهجر، حالة التطبيق بسبب الإخلال بأحد الشروط التي تم الاتفاق عليها في العقد، وحالة التطبيق للشقاق، بالإضافة إلى الطلاق الاتفاقي وحالتي الخلع والتمليك.

فإنها الرابطة الزوجية بالاتفاق مثلاً يعد مظهراً من مظاهر المساواة بين الزوجين في ممارسة حق الطلاق بإرادة الزوجين هي التي أبرمت عقد الزواج بالتراصي والتوافق فينفس الإرادة والتوافق يمكن إنها هذا العقد عندما تستحيل العشرة، إعمالاً لقول الله تعالى: **﴿وَإِن يَتْفَرَّقَا يَفْنِي اللَّهُ كُلًاً مِّنْ سُعْتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًاً حَكِيمًا﴾**.⁽⁶⁾

.(6) سورة النساء، الآية 130

ثالثاً : حماية الحاضنة والأطفال

لقد نظمت مدونة الأسرة موضوع الحضانة في القسم الثاني من الكتاب الثالث في المواد من 163 إلى 186، واهتمت المدونة بالحاضنة والمحضون من خلال تقرية المركز القانوني لهما إنصافاً للمرأة وحماية للأطفال حفاظاً على كرامة الإنسان المغربي.

فالحضانة من واجبات الأبوين مادامت علاقة الزوجية قائمة (المادة 164). وتستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء، وبعد انتهاء العلاقة الزوجية يحق للمحضون الذي أتم الخامسة عشر سنة أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمه (المادة 166).

وتبدو الحماية القانونية للحضانة والمحضون في بعدها الاجتماعي والإنساني فيما يلي:

1- أجرة الحضانة ومصاريفها على الشخص المكلف بالنفقة على المحضون وهي غير أجرة الرضاعة والنفقة (المادة 167).

2- تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما، ويجب على الأب أن يهيء لأولاده محلأً لسكناتهم أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدر المحكمة لكرائه.

ولا يفرغ المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحضون (المادة 168).

فهذه الحماية المرتبطة بالمسكن لم تكن موجودة في ظل نصوص مدونة الأحوال الشخصية حيث ظلت الأم الحاضنة وأطفالها عرضة للضياع والتشريد وكانت هذه الأم تطرد من بيت الزوجية مباشرة بعد الطلاق وفي أحسن الأحوال بعد انتهاء العدة ثم تفرغ من المسكن وتتصدر المحاكم ضدها أحکاماً قضائية بالطرد باعتبارها محتجلة بدون سند أو حكم بالإفراج لعدم أداء الوجيبة الكريمية حيث يتملص الزوج من أدائها وحتى ما يقدره القضاة،

من مبالغ مالية مقابل سكن الحاضنة زهيداً لا يسمح للأم الحاضنة بتاتاً بسد أجرة الكراء ...

ولضمان الوفاء بالتكاليف المادية لسكن الحاضنة أعطت المادة 191 من مدونة الأسرة للمحكمة صلاحية التدخل لضمان أجرة المسكن بتنفيذ الحكم على أموال المحكوم عليه أو الاقتطاع من منبع الريع أو الأجر الذي يتلقاه.

3- وتمثل الحماية أيضاً للحاضنة والمحضون في تدخل القضاء لمراقبة سكن الحاضن وما إذا كان هذا المسكن يوفر للمحضون الحاجات الضرورية المادية والمعنوية، مع استعانته المحكمة بمساعدة اجتماعية لتقرير مدى صلاحية المسكن من عدمه.

مظاهر الحماية تتجلّى أيضاً في إلزام الأب والأم والأقارب وغيرهم في إخبار النيابة العامة بكل الأضرار التي يتعرض لها المحضون وذلك من أجل الحفاظ على حقوقه بما فيها إسقاط الحضانة عن المدخل بالواجبات الملقة على عاتقه (المادة 177).

كما يمكن للمحكمة بناء على طلب النيابة العامة أو النائب الشرعي للمحضون منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب دون موافقة نائبه الشرعي، ويمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات لاستصدار إذن بالموافقة على السفر إذا تم رفض الموافقة على السفر، ولا يستجاب لهذا الطلب إلا بعد التأكد من الصفة الفرضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب (المادة 179).

4- ومن مظاهر الحماية أيضاً عدم سقوط الحضانة حالة زواج الأم الحاضنة إذا كان المحضون صغيراً لا يتجاوز 7 سنوات أو يلحقه ضرر نتيجة فراق الأم، وإذا كان بالمحضون علة أو عاهة (المادة 175).

رابعاً : تفعيل مسطرة الصلح في دعوى انحلال الرابطة الزوجية

حرص القانون الجديد للأسرة المغربية على تفعيل مسطرة الصلح في دعوى انحلال الرابطة الزوجية حيث تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الصلح بينهما (المادة 81)، وتجري المناقشات بفرقة المشورة بما في ذلك الاستماع إلى الشهود وكل من ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه لإنهاء النزاع بالصلح، والمحكمة تقوم من أجل الوصول إلى هذه الفایة بكل الإجراءات بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة أو من تراه مؤهلاً لإصلاح ذات البين وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثة أيام (المادة 82).

ومحاولة الصلح مفروضة في دعوى الطلاق والتطبيق وفي كل الدعاوى الأخرى الرامية إلى إنهاء الرابطة الزوجية، فدعوى الزوج بالطلاق تخضع لمسطرة الصلح كما هو منصوص عليه في المادتين 81 و 82 المشار إليها أعلاه.

وطلب الزوجة بيقاع الطلاق للتمليك طبقاً للمادة 89 يخضع لمسطرة الصلح، كما أن طلب التطبيق بطلب من أحد الزوجين بسبب الشقاق يفرض على المحكمة القيام بمحاولات إصلاح ذات البين (المادة 82 و 94) حيث يقوم الحكمان باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين وبذل جهدهما لإنهاء النزاع.

ويحرران ذلك في تقرير من ثلاث نسخ (المادة 95).

وفي حالة طلب التطبيق لإخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج، أو الضرر، أو عدم الإنفاق أو العيب أو الإيلاء والهجر يتبعين أيضاً القيام بمحاولة الصلح طبقاً للمادة 113 من مدونة الأسرة.

ويجري الصلح في دعاوى الطلاق بالاتفاق (المادة 114).

كما يجب الصلح في دعاوى الطلاق بالخلع عند اتفاق الزوجان على مبدأ الخلع ووقع الخلاف بينهما في المقابل (المادة 120).

إن الصلح في قضايا الزواج والطلاق أصبح مسيطرة أصلية وهامة ومطلوبة في كل النزاعات القائمة بينهما كما هو الحال بالنسبة للصلح الذي تجريه المحكمة عند تقديم الزوج لطلب التعدد طبقاً للمادة 44.

لكن الملاحظ أن الصلح في العمل القضائي بصفة عامة وفي قضايا الأسرة بصفة خاصة ليس أمراً جديداً، فنصوص مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 وكذا التعديلات التي لحقتها سنة 1993 تتضمن عدة نصوص قانونية لإصلاح ذات البين بين الزوجين عند الطلاق أو التطبيق، وتتضمن هذه النصوص عدة مقتضيات وإجراءات ومؤسسات مرتبطة بعملية الصلح إلا أن إعمال هذه المقتضيات ظلت جد محدودة بل هناك مؤسسات لم يتم تفعيلها مطلقاً منذ إنشائها كما هو الحال بالنسبة لمؤسسة مجلس العائلة المنصوص عليه في الفصل 156 مكرر كما تم تعديله بقانون 10/9/1993 حيث تم إحداث هذا المجلس لمساعدة القاضي في اختصاصاته المتعلقة بشؤون الأسرة.

وأملنا في تفعيل دور المؤسسات المرصدة للصلح، وأن يكون قضاء الأسرة في مستوى الدور الذي أعطته النصوص القانونية لهذا القضاء وأن تكون السبيل والإمكانيات متوفرة للقيام برسالة قضاء الأسرة على أحسن وجه.

هناكما : حماية الزوجة المطلقة

تعددت صور الحماية للزوجة المطلقة في ظل نصوص مدونة الأسرة، ويمكن إجمال مظاهر هذه الحماية الرامية إلى الحفاظ على كرامة المرأة المطلقة وصون حقوقها المالية فيما يلي:

1- ضمان الحقوق المالية للزوجة المطلقة وأطفالها:

عند تعذر الإصلاح بين الزوجين فإن مدونة الأسرة عملت على ضمان الحقوق المالية للمطلقة حيث تقوم المحكمة بتحديد المبالغ المالية التي يودعها الزوج بكتابية الضبط بالمحكمة داخل أجل أقصاه ثلاثة ثلثاء يوماً (المادة 83)، فالحقوق المالية للزوجة مضمونة سواء كان الطلاق بإراده من الزوج أو بطلب من الزوجة في الحالات المنصوص عليها في المادة 98 والتي هي:

- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج:
- الضرر:
- عدم الإنفاق:
- الغيبة:
- العيب:
- الإيلاء والهجر.

وفي هذه الحالات تبت المحكمة عند الاقتضاء في مستحقات الزوجة والأطفال المحددة في المادتين 84-85.

ويفهم من النص السابق أن المحكمة لها سلطة النظر في منع المستحقات المالية للزوجة من عدم منحها ما دام النص القانوني لا يلزم المحكمة بهذه المستحقات بالنص على عبارة «عند الاقتضاء»، ونعتقد بأن القضاء عليه أن يمنع للزوجة المطلقة حقوقها المالية في جميع الأحوال

باستثناء حالة التطبيق لعدم الإنفاق لكون الزوج معسراً ومعدوماً مع إبقاء هذه الحقوق كدين في ذمة الزوج عند اليسر.

كما أن الحقوق المالية للزوجة مضمونة في حالات:

أ- التمليل:

حيث نصت المادة 89 على أنه عند تعذر الإصلاح وعند التأكيد من توافر شروط التمليل المتفق عليها بين الزوجين تاذن المحكمة للزوجة بالإشهاد على الطلاق وتبت في مستحقات الزوجة والأطفال...

ب- طلب التطليق من أحد الزوجين بسبب الشقاق:

حيث تحيل المادة 97 على المواد 83 و 84 و 85 الخاصة بالمستحقات المالية للزوجة.

ج-- الطلاق بالاتفاق:

نصت المادة 114 على حالة الطلاق عن طريق الاتفاق بين الزوج والزوجة وقد نصت المادة على إجراء الصلح دون الإشارة إلى الحقوق المالية للزوجة الأمر الذي يطرح تساؤلاً حول مدى استحقاق الزوجة لهذه الحقوق ونعتقد رغم غياب الإحالة على المواد 83 و 84 و 85 في حالة التطبيق بالاتفاق تعميم ضمانة حقوق الزوجة المطلقة ولو حصل الطلاق بمحض الإرادة والاتفاق.

د- التطليق المحدد:

إذا ثبت للمحكمة خلال المناقشات تعذر استمرار العلاقة الزوجية وأصرت الزوجة المراد التزوج عليها على المطالبة بالتطليق تحدد المحكمة مبلغاً لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادها ويجب على الزوج إبداع المبلغ المحدد داخل أجل لا يتعدي سبعة أيام.

ويعتبر عدم إيداع المبلغ المذكور داخل الأجل المحدد تراجعاً عن طلب الإذن بالتعدد (المادة 45).

وتجدر بالإشارة أن مستحقات الزوجة حددتها المادة 84 فيما يلي:

- الصداق المؤخر؛

- نفقة العدة؛

- المستعة والتي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه، وإذا تعذر سكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية تحدد المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة.

كما تحدد المحكمة مستحقات الأطفال الملزم بنفقتهم مع مراعاة الوضعية المعيشية والتعليمية التي كانوا عليها قبل الطلاق (المادة 85).

2- التطليق للضرر: الحماية وتسهيل المسطرة:

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة 99 على حق الزوجة في المطالبة بالتطليق للضرر، ويعتبر ضرراً كل تصرف من الزوج أوسلوك مشين أومخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أومعنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية.

أما الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية فقد ورد فيه ما يأتي: «إذا دعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطيع مع دوام العشرة بين أمثالها ثبت ما ادعته وعجز القاضي عن إصلاح بينهما طلقها عليه.

إذا رفض طلب التطليق وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرار بعث القاضي حكمين للسداد بينهما.

على الحكمين أن يتفهمما أسباب الشقاق بين الزوجين وبدلًا جهدهما في الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرارها، وإذا عجز عن الإصلاح رفع الأمر إلى القاضي لينظر في القضية على ضوء تقريرهما».

بمقارنة المادتين نستنتج ما يأتي:

أ- الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية لم يحدد نوع الضرر المبرر لطلب التطبيق واعتبر كل ضرر لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجة، بينما المادة 99 أعطت بعض الأمثلة للأضرار التي تجعل الاستمرار في العلاقة الزوجية غير مقدور عليه وذلك بالنص على كل تصرف أوسلوك مشين أومخالف بأخلاق الحميدة، وسواء كانت الإساءة مادية كالضرب أو معنوية كالسب والتذف والخيانة الزوجية أوالشذوذ...إلخ.

ب- المادة 99 اعتبرت الضرر المبرر لطلب التطبيق أمام المحكمة هو ذلك الصادر من الزوج وحده دون غيره... والضرر قد يصدر بكيفية مباشرة من الزوج وقد يصدر بإيعاز ورغبة من الزوج دون أن يحرك ساكناً كما إذا صدر من أفراد عائلته أو بعض أصدقائه، ونعتقد بأن السب أو الإهانة بحضور الزوج قرينة على قبوله للأذى الذي لحق بزوجته يتعمّل تمكين الزوجة من مطالبة التطبيق بسببه.

ج- لم يعد هناك أي مبرر للاستمرار في تكريس بعض الاجتهادات القضائية للحيلولة دون الاستجابة لدعوى الزوجة بطلب التطبيق للضرر كاشتراض تكرار الضرر، وأن يكون الضرر ما زال مستمراً وغير منقطع وإثبات عدم مشروعية سبب الضرر، وهذا نموذج لبعض الاجتهادات القضائية التي لم يعد هناك أي مسوغ في ظل النصوص الجديدة الركون إليها لحرمان الزوجة من حقها في إنها، الرابطة الزوجية للضرر:

* ذهبت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء إلى أن: «دعوى الضرر لا تجاب إليها المدعي في أول دعوى حتى يتكرر ذلك...» «يتعين إلغاء طلب التطبيق وحفظ الحق إلى أن يتكرر الضرر». ⁽⁷⁾

* جاء في قرار آخر لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء: «الإضرار من الزوج لزوجته يثبت بأحد أمرين: إما بشهادة عدلين فأكثر أو بالسماع الفاشي المستفيض بأن فلاناً يؤذى زوجته فلانة بضرب أو شتم بغير ذنب ارتكبته، ولابد أن يضمن الشهود في الوجهين أنهم لا يعلمون أن المضر راجع عن الإضرار بصاحبها وأقلع عنه وإلا لم تعمل، فإن ضريها لموجب ارتكبته ولو ضريراً وجيناً أو ضريها ضريراً خفيفاً ولو بغير موجب لا يعد إضراراً شرعاً وليس لها القيام بذلك...». ⁽⁸⁾

* وفي قرار للمجلس الأعلى صدر بتاريخ 13/6/2001 «نقض قراراً استئنافياً سبق أن حكم برفض التطبيق للضرر بعلة أن الضرب غير مبرح لأنه لم تنتج عنه عاهة مستديمة مع أن المدعي أدين طبقاً للفصل 401 من القانون الجنائي». ⁽⁹⁾

واقعة الضرر في ظل القانون الجديد يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود الذين تستسمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة طبقاً للمادة 100، وإذا لم تستطع الزوجة إثبات الضرر وأصرت

(7) حكم محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 11/4/1974 أشار إليه ذ. أحمد الخليسي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول الزواج والطلاق، الطبعة الثالثة 1994، مطبعة المعارف الجديدة. ص. 388.

(8) قرار صادر بتاريخ 20/6/1990 منشور بمجلة المحاكم المغربية، العددان 64 و 65 ص. 180 وما بعدها.

(9) قرار المجلس الأعلى بتاريخ 13/6/2001 تحت عدد 632، أشارت إليه الأستاذة زهور الحر في مقال لها تحت عنوان: المقتضيات الجديدة المتعلقة بإنها، العلاقة الزوجية في مشروع مدونة الأسرة، نشر بجريدة الاتحاد الاشتراكي عدد: 7446 بتاريخ 31 دجنبر 2003، ص. 6.

على طلب التطبيق فإن الفقرة الثانية من المادة 100 فتحت أمام الزوجة إمكانية إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق اللجوء إلى مسطرة الشقاق وتطبيق مقتضيات هذه المسطرة الجديدة انطلاقاً من المادة 94 وما بعدها، وهذه الإمكانية غير متاحة في بنود مدونة الأحوال الشخصية حيث شكل الإثبات عيناً حقيقياً وعقبة أساسية في وجه العديد من الحالات لصعوبة الإثبات ولتشدد القضاء في الموضوع خاصية إذا علمنا بأن أغلب حالات الضرر بالزوجة يقع بعيداً عن الشهود وبالأحرى عن الشاهدين العدليين، وأحياناً يرفض القضاة المغربي الإثبات بواسطة اللفيف والذي يشهد فيه الشهود بأنهم سمعوا سمعاً فاشياً أن الزوج يضر بزوجته وهو موقف المجلس الأعلى في بعض قراراته.⁽¹⁰⁾

د - لأول مرة في تاريخ قانون الأسرة المغربي يتحدث القانون عن تعويض الطرف المتضرر، إذ نصت المادة 101 على أنه: «في حالة الحكم بالتطبيق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر». إذ يمكن للزوجة بالإضافة إلى الحكم بالتطبيق لفائدة لها بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها من جراء إضرار الزوج بها بجميع أنواع الضرر سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً فالضرر يزال وفقاً للقواعد العامة، ولا ضرار ولا ضرار، وإزالة الضرر لا يتطلب إلا من خلال التعويض العادل الذي تقدرها المحكمة.

(10) قرار المجلس الأعلى بتاريخ 20 مارس 1984 منشور بمجلة قضاة، المجلس الأعلى عدد 38/37
أشار إليه الدكتور محمد الكشبور: قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات 1993، الطبعة الثالثة
309، مطبعة النجاح الجديدة، ص. 1996

سادساً : **الحماية القانونية والقهاوية للأطفال**

تتعدد أوجه الحماية للأطفال في مدونة الأسرة ويمكن الحديث عن المقتضيات الهامة المتعلقة بحقوق الأطفال، وعن أوجه الحماية للأطفال الطلاق، وعن حقوق الأطفال في النسب.

1- **النص على مقتضيات هامة تتعلق بحقوق الطفل:**

لقد أورد القانون عدة مقتضيات ذات أبعاد اجتماعية وإنسانية لصالح الأطفال، وتم إدماج العديد من البنود الواردة في اتفاقية حقوق الطفل التي صادق عليها المغرب وذلك في إطار الملاعنة بين التشريع الوطني والدولي.

وقد تبني المشرع مبادئ الشريعة الإسلامية وتم اعتمادها كمرجعية في إقرار حق الطفل في الحياة منذ الحمل⁽¹¹⁾، وهكذا تطرقت المادة 54 إلى مجموعة من الحقوق والواجبات على الوالدين تجاه أولادهم وتحمليهم المسؤولية منذ فترة الحمل إلى انتهاء مرحلة الطفولة أو إلى إتمام الدراسة عند الاقتضاء، واتخاذ جميع التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقاية وعلاجاً.

والتوجيهي الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي، والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل.

بالإضافة إلى التعليم والتكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية وللعضوية النافعة في المجتمع... إلخ.

كما أن الطفل المصاب بالإعاقة بالإضافة إلى الحقوق المذكورة يتمتع بالحق في الرعاية الخاصة بحالته ولاسيما التعليم والتأهيل المناسبان لإعاقته قصد تسهيل إدماجه في المجتمع.

(11) ذ. زهور الحر: حماية حقوق الطفل بين العوائين الدولية والقوانين الوطنية، مشروع مدونة الأسرة نموذجاً، مقال منشور بجريدة الاتحاد الاشتراكي عدد 7452 بتاريخ 7 يناير 2004، ص. 6.

واعتبرت مدونة الأسرة الدولة مسؤولة عن اتخاذ التدابير الازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ورعايتها، وتسرع النيابة العامة على مراقبة تنفيذ هذه الأحكام.

ويبقى التساؤل قائماً عن الكيفية التي تستطيع بها النيابة العامة القيام بهذه المراقبة وتفعيل هذه المقتضيات فالآب والأم حينما يقصران في تنفيذ حقوق الطفل عن قصد أو عن غير قصد، لأسباب اجتماعية أو اقتصادية... ما هو الجزاء؟ وكيف يمكن إرغام الآب على تعليم ابنه وهو غير راغب أو غير قادر على شراء الأدوات المدرسية؟

2- حماية أطفال الطلاق:

إن إخضاع الطلاق للمسطرة القضائية ضمانة أساسية لأطفال الطلاق ونشير إلى أهم أوجه الحماية القانونية والقضائية لضحايا الطلاق فيما يلي:

أ- تكرار محاولة الصلح بين الزوجين في حالة وجود الأطفال سعيًا من المحكمة لردع الصدوع وإصلاح ذات البين حفاظاً على عش الزوجية لوجود الأطفال، حيث تجري المحكمة محاولتين للتوفيق بين الزوجين تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً (المادة 82).

ب- ضمان المحكمة للحقوق المالية لأطفال الطلاق، حيث يتبعين على الزوج قبل الحصول على التصرير أو الإذن بالإشهاد على الطلاق لدى الشاهدين العدلين إيداع مستحقات الأطفال والزوجة بكتابه الضبط بالمحكمة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوماً (المادة 83).

ج- حماية أطفال طلاق الخلع: بحيث لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو ببنفقتهم إذا كانت الأم معسرة وإذا أُعسرت الأم المختلفة بنفقة أطفالها وجبت النفقة على الأب (المادة 119).

د- حماية أطفال الطلاق بالاتفاق: قد يتفق الزوجان على إنهاء الرابطة الزوجية بينهما طبقاً لأحكام المادة 114 من مدونة الأسرة،

ولكن هذا الاتفاق يجب أن لا يمس حقوق ومصالح الأطفال كما تقضي بذلك نفس المادة.

هـ- حماية أطفال دعاوى التطبيق: تبت المحكمة وقبل الاستجابة لدعوى الزوجة بالتطبيق لسبب من الأسباب الواردة في مدونة الأسرة في مستحقات الأطفال المحددة في المادتين 84 و 85 (المادة 113).

و- حماية الطفل المحسوضون: فتكاليف سكن المحسوضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما (المادة 168).

كما يتبعن على الأب بأن يهيئ مسكنًا ملائماً لسكن أبناءه ولا يفرغ المحسوضون من بيت الزوجية كأصل عام، وعليه أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه.

ويتعين على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ الحكم من قبل الأب المحكوم عليه (المادة 168) ويمكن للمحكمة إعادة النظر في الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحسوضون (المادة 170).

ز- النفقة على أطفال الطلاق: تستمر نفقة الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد أو إتمام الخامسة والعشرين بالنسبة لمن يتبع دراسته. وفي جميع الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب أو بوجوب نفقتها على زوجها.

وتستمر نفقة الأب على أولاده المصابين بالإعاقة والعاجزين عن الكسب (المادة 198).

وفي حالة عجز الأب عن الإنفاق كلياً أو جزئياً على أولاده وكانت الأم موسرة وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب (المادة 199).

3- حق الطفل في النسب:

جاءت مدونة الأسرة بمقتضيات جديدة لحماية نسب الطفل وهكذا تم التنصيص على أن النسب يثبت بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي (المادة 151) وأن أسباب لحوق النسب هي الفراش، الإقرار، الشبهة (المادة 152) ونصت المادة 158 على أنه: «يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو ببينة السمع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائية» وهكذا تم التوسيع في وسائل إثبات النسب التي قد تكون بالبصمة الجنينية، بعدما كان القضاء المغربي يرفض اعتماد الخبرة الطبية في مجال إثبات النسب. كما تم إلحاق ابن المخطوبة بنسب أبيه الخاطب إذا توافرت الشروط التالية المنصوص عليها في المادة 156:

أ- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق والي الزوجة عليها عند الاقتضاء؛

ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثنا، الخطبة؛

ج- إذا أقر الخطيبان أن العمل منهما...

وإذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب.

P.174 → P.189

007719-A8

المملكة المغربية

المركز الوطني للتأثيث

مستجدات ظهير الحالة المدنية لحالة الطباعة والاستنساخ

المؤرخ في 3 أكتوبر 2002

رقم 007719

جذري

7/11/15

الأستاذة: فعيمة ضوهار

النائبة الأولى لوكيل الملك

بالمحكمة الابتدائية بمرأكش

عرف المغرب نظام الحالة المدنية في فترة الحماية بموجب ظهير 4 شتنبر 1915 ، والذي اقتصر تطبيقه على الأجانب دون المغاربة، وكانت أحکامه مستمدۃ من القانون المدني الفرنسي، وصدرت بعده ظهائر مختلفة لعل أهمها هو ظهير 8 مارس 1950 ، الذي اعتمد في مجلمل بنوده على مقتضيات ظهير 4 شتنبر 1915 واقتصر في تطبيقه على فئة معينة من المغاربة وهم الذين يتتقاضون تعويضات عائلية، وبعد الاستقلال، مدد هذا النظام ليشمل كافة المغاربة، كما صدرت بعده ظهائر وقرارات ونشرات في محاولة للنهوض بهذا القطاع، نظراً للأهمية التي يكتسيها، -ليس على صعيد هوية الأشخاص والتعریف بهم فحسب- بل لأنه أصبح يلعب دوراً هاماً في المجال الاقتصادي والاجتماعي والإداري، وأضحى العنصر الحيوي لتنظيم المشاريع المستقبلية في جميع المجالات.

وعلى الرغم من صدور هذه الظهائر والقرارات فإنها لم تأت بجديد، بل كرست ما كان موجوداً في عهد الحماية، ولم تحدث أي تغيير جذري في هذا النظام مما جعل الأصوات ترفع وتطلب بضرورة الإصلاح.

ووهكذا صدر الظهير الشريف المؤرخ في 3 أكتوبر 2002 الذي نسخ في مادته 48 جميع النصوص السابقة وكرس مجموعة من القواعد القديمة، وأتى بمجموعة أخرى جديدة.

وما يهمنا في هذا العرض هو المستجدات التي جاء بها هذا القانون الجديد، وسنرصد لها كما وردت في الظهير المشار إليه أعلاه مع مقارنتها بالنصوص السابقة، وستعرض للصعوبات التي تعرّض تطبيقه وساخته باقتراح بعض الحلول لتفعيل مؤسسة الحالة المدنية، لكي تلعب دورها على الوجه الأكمل.

أولاً: المستجدات التي جاء بها ظهير الحالة المدنية

ويمكن حصرها في النقط التالية:

1) توحيد نظام الحالة المدنية:

إذ أن المادة الثالثة من الظهير أخضعت جميع المغاربة والأجانب بصفة إلزامية لنظام الحالة المدنية بالنسبة للولادات والوفيات التي تقع فوق التراب المغربي، وبذلك ألغت الثانية التي كانت سائدة في ظل النظام السابق.

ومن جهة أخرى كرس القانون الجديد الجهة التي تسهر على تنظيم وتسخير شؤون الحالة المدنية حيث أناط مهام ضابط الحالة المدنية لرؤساء المجالس الجماعية حضرية كانت أم قروية الذين يسكنهم تفويض مهامهم لمساعدتهم، كما أناط مهام ضابط الحالة المدنية للأعونان الدبلوماسيين والقناصلة المنتسبين إلى السلك الدبلوماسي بالنسبة للمغاربة القاطنين بالخارج، وكرس مسؤوليتهم طبقاً لمقتضيات الفصلين 79 و80 من قانون الالتزامات والعقود، نتيجة لخلالهم بضوابط الحالة المدنية أو بسبب أخطائهم المهنية الجسيمة، وتنسأله حول ما إذا كانت مسؤولية ضابط الحالة المدنية مسؤولة تقصيرية أم مسؤولية شخصية أم هي مسؤولية مفترضة، أو بعبارة أخرى هل يمكن للمتضارر مقاضاة الدولة، وأن ضباط الحالة المدنية يسألون شخصياً في ذمتهم المالية.

للجواب عن السؤال يتبع التمييز بين نوعين من الأخطاء:
الأخطاء الواقعة في رسوم الحالة المدنية والتي لم تلحق ضرار بأي شخص، وهنا يمكن لوكيل الملك في إطار المراقبة التي يبسطها على سجلات الحالة المدنية إصلاحها وتكون الدولة مسؤولة عن الخطأ المصلحي لموظفيها أو مستخدميها لكون الخطأ غير مطبوع بالطابع الشخصي للموظف (ف. 79 ق.ل.ع).

أما إذا كان خطأ الموظف شخصياً بأن كان لا علاقة له إطلاقاً بعمله الوظيفي أو كان الفعل الضار يندرج ضمن واجبات الموظف إلا أنه على قدر من الجساممة أوصدر عنه عمداً أوبنية الإضرار بالغير فإن الفصل 80 يقرر مسؤولية الموظف عن الضرر الذي تسبب فيه ويمكن في هذه الحالة أن يتبع جنحياً وللمتضرر أن ينصب نفسه مطالباً بالحق المدني، ولا طالب الدولة إلا عند إعسار الموظف (قرار المجلس الأعلى بتاريخ 17 شتنبر 1986 مجلة رابطة القضاة عدد 21/20 مارس 1987) (قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 2000 استلزم ضرورة إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما).

أما المسئولية المفترضة هي كقاعدة عامة لا تدفع بها إلا عندما يتعلق الأمر بخطأ المضرور متى كان هو السبب الوحيد في الضرر (امحمد الأمرياني زنطار، تشطير التعويض بين المسئولية الخطئية والمسئولة المفترضة).

(2) فرض وقاية مزدوجة (قضائية وإدارية) على أعمال ضباط الحالة المدنية:

وذلك بأن عزز صلاحيات وكيل الملك في مراقبة أعمال ضباط الحالة المدنية داخل المغرب وخارجها، إذ لم يعد دوره - كما كان في السابق - يقتصر على مراقبة سجلات الحالة المدنية فحسب - بل أصبح يحرر محضراً

بهذه المراقبة يعطى فيه الإذن إلى ضابط الحالة المدنية بإصلاح الأخطاء الملاحظة في مسک السجلات وتوجيه نسخة من هذا المحضر إلى السيد الوكيل العام للملك بمحكمة الاستئناف كما يمكن لوكيل الملك وللوكييل العام للملك القيام بالإجراءات الالزمة لفتح متابعة ضد ضباط الحالة المدنية، أو أعوانهم الذين تبين من خلال المراقبة ارتكابهم لأفعال يعاقب عليها القانون.

ومن جهة أخرى أعطى لسلطة الوصاية على الجماعة المحلية على الصعيد المركزي والإقليمي مراقبة أعمال ضباط الحالة المدنية وتتبع سير مكاتبها، ولوزير الخارجية القيام بنفس المراقبة بالنسبة لمكاتب الحالة المدنية المغربية بالخارج.

- كما يقوم المفتشون الإقليميون بمراقبة السجلات بعد حصرها من طرف ضباط الحالة المدنية في نهاية السنة الميلادية وتحرير تقارير مفصلة عن وضعية الرسوم ويعيلونها رفقا نظائر السجلات على وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية المختصة.

(3) ازدواجية المسطرة المتبعة في تنقيح رسوم الحالة المدنية:

ميز القانون الجديد بين نوعين من الأخطاء العالقة برسوم الحالة المدنية، وهي الأخطاء المادية والأخطاء الجوهرية.

- فالأخطاء المادية كما حددتها المادة 37 من الظهير هي التي يمكن أن تلحق رسم الحالة المدنية في الحالتين التاليتين:

1) إغفال تضمين بيان بالرسم على الرغم من كون المشرع قد صرّح به وثبت البيان الذي وقع إغفاله بالوثائق الالزمة.

2) إذا حصل تضمين بالرسم على خلاف ما تم التصرّف به وما ثبت بالوثائق المعززة له.

كما اعتبر في الفقرة 2 من نفس المادة أن رسم الحالة المدنية مشروباً بخطأ جوهري في الحالات الأربع التالية:

- 1) إذا وقع إغفال تضمين بيان بالرسم لعدم التصریح به في حينه.
- 2) إذا تبين أن بياناً من البيانات المضمنة بالرسم مخالف للواقع.
- 3) إذا سجل الرسم تسجيلاً مضاعفاً.
- 4) إذا اشتمل الرسم على إحدى البيانات الممنوع قانوناً تضمينها به.

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 38 يتبيّن أن المشرع ترك الاختصاص للمحكمة الابتدائية للبت في الطلبات الرامية إلى إصلاح رسوم الحالة المدنية المشوبة بخطأ جوهري وفق القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية، بينما أعطى لوكيل الملك صلاحية الإذن بإصلاح الأخطاء المادية بناء على طلب المعنى بالأمر بعد التأشير عليه من طرف ضابط الحالة المدنية للمكتب المسجل به الرسم، ويُكتَل الملك داخل أجل 15 يوماً من تاريخ توصله به بالقبول أو بالرفض، وإذا انتهى الأجل المذكور اعتير ذلك بمثابة رفض للإذن ويمكن آنذاك لمن يعنيه الأمر تقديم طلب بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية.

ومن الملاحظ أن المشرع -إن كان يتلوّح من وراء هذا التمييز سرعة البت في قضايا إصلاح الأخطاء المادية ومجانية معالجتها، وتخفييف العبء عن المحاكم- فإنهما من جانب آخر تطرح بعض الصعوبات من الناحية العملية إذ سيسُبّع في غالب الأحيان التمييز بين الخطأ المادي والأخطاء الجوهرية، خاصة وأنه يلاحظ بأن هناك تداخل بين الأخطاء المادية والأخطاء الجوهرية، كما نتساءل عن موقف القضاء عندما يتقدم شخص بطلب إصلاح رسم ولادته المشوب بخطأ مادي وخطأ جوهري في آن واحد، كأن يكون الطلب مثلاً يرمي إلى إصلاح تاريخ الولادة -وهو خطأ جوهري- وإضافة الإسم الشخصي -وهو خطأ مادي- فهل المحكمة ستبت في الطلب الrami

إلى إصلاح الخطأ الجوهري وتصريح بعدم الاختصاص بالبيت في طلب إصلاح الخطأ المادي؟ أم أنها تعتبر نفسها مختصة وتبت في الطلب برمتها؟ - وفي اعتقادي، مadam الهدف من سن هذا القانون الجديد هو تبسيط المسطرة وسرعة البت أن المحكمة بما لها من ولاية عامة، البت في الطلب المعروض عليها دون الفصل بين الخطأ المادي والخطأ الجوهري.

وهناك صعوبة أخرى تشار عندهما يصدر وكيل الملك قراره برفض الإذن بالإصلاح، فإنه يحق للمعنى بالأمر أن يتقدم آنذاك لرئيس المحكمة الذي ينظر في الطلب المعروض عليه، فلو فرضنا أن رئيس المحكمة رفض هو الآخر الطلب، فإن صاحب المصلحة يمكنه الطعن بالاستئناف مادامت المادة 42 من القانون الجديد تقضي بأن جميع الأحكام والقرارات الصادرة في ميدان الحالة المدنية قابلة للاستئناف، فain إذن تبسيط المسطرة؟ - إذ كنا في ظل النظام السابق أمام هيئة واحدة في المرحلة الابتدائية، وأصبحنا اليوم أمام هيئتين قبل مرحلة الاستئناف، بالإضافة إلى أن المعنى بالأمر مطالب بأداء الرسوم القضائية عندما يتقدم بطلبه أمام رئيس المحكمة، وبالتالي فإن الفاية التي توخاها المشرع من الإعفاء من أداء الرسوم القضائية عندما يتعلق بطلب إصلاح خطأ مادي أصبحت منعدمة.

ونرى بأن الاتجاه الذي سلكه المشرع في التمييز بين الخطأ المادي والخطأ الجوهري من شأنه أن يعرقل إجراءات الدعوى كما أن المشرع خرج عن القواعد العامة عندما سمح بالطعن في قرار وكيل الملك الرافض إعطاء الإذن بالإصلاح أمام رئيس المحكمة.

(4) تعميم نظام الحالة المدنية:

وذلك بفرض إزامية التصريح بالولادة أو الوفاة داخل أجل 30 يوماً على جميع المفاربة والأجانب بالنسبة للولادات والوفيات التي تقع فوق التراب المغربي وذلك تحت طائلة غرامة مالية، ويلاحظ بأن المشرع أبقى

على أجل التتصريح بالولادة كما كان معمولاً به سابقاً بينما مدد أجل التتصريح بالوفاة ليصبح هو الآخر 30 يوماً بدلاً من 15 يوماً، وهذا التمديد محمود نظراً لأنه غالباً ما يجد أقراء المالك أنفسهم مضطرين إلى الالتجاء إلى القضاء لاستصدار حكم تصرحي بالوفاة لعدم تمكّنهم من تقييدها داخل الأجل القانوني السابق، وقد حددت المادة 16 من الظهير الأشخاص الذين يحق لهم التتصريح بالولادة لدى ضابط الحالة المدنية وهم:

1) الأب أو الأم:

2) وصي الأب:

3) الأخ:

4) ابن الأخ، ويقدم الشقيق على الأخ للأب ويقدم هذا الأخير على الأخ للأم، كما يقدم الأكبر سنًا على من هو أصغر منه متى كانت له القدرة الكافية على التتصريح، وينتقل واجب التتصريح من أحد الأشخاص المذكورين في الفقرة أعلاه إلى الذي يليه في المرتبة متى تعذر التتصريح عن الأول لسبب من الأسباب.

ومادام المشرع قد حدد الأشخاص الذين يحق لهم تقديم التتصريح بالولادة فيتعين عليهم أن يبيّنوا صفتهم أمام ضابط الحالة المدنية، وإلا سيواجهون بعدم قبول طلبهم، ليكون صاحب المصلحة مضطراً إلى الالتجاء إلى المسطرة القضائية بدلاً من المسطرة الإدارية، ويعرض الأمر على المحكمة التي تبت فيه بناء على الوثائق المدلّى بها بعد تقديم النيابة العامة لمستنتاجاتها ومن جهة أخرى، نتساءل حول ما إذا كان لضابط الحالة المدنية صلاحية بسط رقابته على الأجل القانوني للولادة الشرعية، فبالرجوع إلى الفصل 17 من المرسوم المطبق للقانون رقم 3799 نجد أن الوثائق المعززة للتتصريح بالولادة هي شهادة طبية يسلّمها الطبيب المولد أو المولدة

الشرعية أو السلطة المحلية، ونسخة من عقد الزواج فيما يخص المغارة المسلمين تثبت العلاقة الشرعية التي نتجت عنها هذه الولادة.

فالهدف من الإدلة بعقد الزواج هو احتساب المدة من طرف ضابط الحالة المدنية حيث يتبعين عليه أن يتتأكد من استيفاء الشروط الشرعية للولادة التي ينبغي ألا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن سنة (المادة 84 من مدونة الأحوال الشخصية) فمن حق ضابط الحالة المدنية أن يحتسب الأجل من أجل مقارنة تاريخ إبرام الزواج بتاريخ الولادة، فإن كانت لأقل من ستة أشهر فإنه يمتنع عن قبول التصريح بالولادة، وإن تمت بعد مرور سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، فيمتنع أيضاً عن التسجيل، وببقى لمن يعنيه الأمر أن يتوجه إلى قضاء الموضوع الذي له وحده صلاحية إثبات النسب من عدمه، فدور ضابط الحالة المدنية يقتصر فقط على مراقبة الأجل ليس إلا.

وقد فرض المشرع إلزامية التصريح بالولادة والوفاة تحت طائلة غرامة مالية، وبذلك ألغى المشرع الطابع الاختياري الذي كان سائداً في ظل النظام القديم وإن كان قد خفف نوعاً ما من العقوبة المفروضة على عدم التصريح بأن اقتصر على الغرامة فقط، وجعلها تتراوح ما بين 300 درهم و 1200 درهم، في حين أن مقتضيات الفصل 468 من القانون الجنائي تعاقب بالحبس والغرامة.

وبذلك فإن قانون الحالة المدنية قد عدل مقتضيات الفصل 468 وأصبح هو الواجب التطبيق في هذا المجال.

ومن جهة أخرى نصت المادة 23 من القانون الجديد على إحداث دفتر عائلي للحالة المدنية ليحل محل كناش التعريف والحالة المدنية، ويتم تحريره باللغة العربية مع كتابة الأسماء الشخصية والعائلية ومكان الولادة وأسماء الآباء بالحروف اللاتينية إلى جانب كتابتها بالحروف العربية،

ويتم تسليم هذا الدفتر العائلي من طرف ضابط الحالة المدنية لمكان الولادة للزوج الصوري المسجل بالحالة المدنية إن كان لا يتوفّر على كناش التعريف والحالة المدنية، وذلك بعد الإشارة إلى عقد زواجه برسم ولادته، وبعد فتح ملف عائلي يمسك بالمسكتب.

ويحق للزوجة أو المطلقة أول للنائب الشرعي الحصول على نسخة من الدفتر العائلي مصادق على مطابقتها للأصل.

أما إذا كان طالب الدفتر مولوداً بالخارج واستقر بصفة نهائية بال المغرب، فإن ضابط الحالة المدنية المختص بتسليم الدفتر العائلي هو ضابط محل السكنى.

ويتعين تقديم الدفتر العائلي إلى ضابط الحالة المدنية المختص ليدرج به كل تغيير يقع على الحالة المدنية أو العائلية لصاحب الدفتر أو لأحد أفراد أسرته، وفي حالة الامتناع عن تقديم هذا الدفتر، فإن ضابط الحالة المدنية يشعر وكيل الملك بذلك، حيث يقوم هذا الأخير بتقديم طلبه إلى رئيس المحكمة في إطار الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية الذي يصدر أمره بتقديم الدفتر تحت طائلة غرامة تهديدية، وفي حالة إصرار المعنى بالأمر على الامتناع فإن النيابة العامة تطالب بتخصيفية الغرامة لفائدة الدولة.

ويلاحظ بأن إلزامية تقديم الدفتر العائلي هو من المستجدات التي أتى بها قانون الحالة المدنية، إذ أصبح يتتعين على كل من يتتوفر على الدفتر العائلي أن يقدمه لضابط الحالة المدنية ليضمن به كل تغيير طرأ على الحالة المدنية للأشخاص المضمنين به، وفي حالة امتناعه فإن المشرع رتب الجزاء بمعاقبته حسب التفصيل أعلاه.

5) تمديد نظام الحالة المدنية إلى الزواج وانحلاله:

أصبحت رسوم الحالة المدنية في ظل النظام الجديد تتضمن بياناً هاماً للزواج والطلاق، وبذلك وضع حد للجدال الذي عرفه المغرب منذ فترة الحماية واستمر بعد الاستقلال بين مؤيد لتمديد نظام الحالة المدنية إلى الزواج والطلاق وبين معارض له، وقد وقف المشرع موقفاً وسطاً وافقاً بين الاتجاهين، إذ بقي الزواج والطلاق يخضع للمسطرة الشرعية التي حدتها مدونة الأحوال الشخصية في إبرام وترثيق الزواج، واقتصر دور ضابط الحالة المدنية في تضمين الوثيقة التي يتوصل بها داخل أجل 15 يوماً من القاضي المكلف بالتوثيق أو من رئيس مصلحة كتابة الضبط بالمحكمة المصدرة للحكم النهائي بالتطبيق بطراز رسم ولادة كل من الزوجين، وإشعاره لوكيل الملك ببيان الزواج وانحلاله لتضمينه في نظير السجل المحفوظ بالمحكمة، كما يحيل عليه لنفس الغاية الإعلام بوفاة أحد الزوجين، وبذلك أصبحت رسوم الحالة المدنية وسيلة لإثبات الوضع العائلي فقط وليس وسيلة لإثبات الزواج الذي يظل الرسم الشرعي هو الوسيلة الأساسية لإثباته.

ومما تجدر إليه الإشارة فإن المادة 22 من قانون الحالة المدنية لا تتعارض مطلقاً مع مقتضيات الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية، الذي يقضي بأن الطعن بالنقض في قضايا الأحوال الشخصية يوقف التنفيذ.

الفمدة 22 نصت على وجوب تبليغ الحكم النهائي بالتطبيق أو بفسخ أو بطلان العقد إلى ضابط الحالة المدنية أى الحكم الذي لا يقبل الطعن، أما إذا تم الطعن فيه بالنقض، فلا يمكن تبليغه لضابط الحالة المدنية إلا بعد البت فيه من طرف المجلس الأعلى وصيروته نهائياً.

فضابط الحالة المدنية يضمن البيانات الأساسية لعقد الزواج ومراجع تضمّينه بسجل الأنكحة بالمحكمة التي أقيمت بها بطاقة رسم ولادة كل من الزوجين فور توصله بنسخة من عقد الزواج، كما يضمن البيانات الأساسية لوثيقة الطلاق أو الخلع أو التطبيق أو الرجعة أو المراجعة فور توصله بنسخة من الوثيقة أي أن البيانات تؤخذ من الوثيقة مباشرة التي يتم الاحتفاظ بها ضمن المحفوظات. مع الإشارة بأن تضمين التطبيق برسم الحالة المدنية لا يعني عن الإشهاد بالتطبيق من طرف العدلين نظراً للآثار المترتبة عنه وأهمها احتساب العدة، فدور ضابط الحالة المدنية ينحصر فقط في إثبات البيانات الأساسية للزواج والطلاق برسم ولادة الزوجين، وعلى الرغم من إضفاء القوة الثبوتية على رسوم الحالة المدنية (المادة 2) فإن القواعد الشرعية هي وحدها التي تثبت النسب من عدمه.

وتبلغ نظائر رسوم الزواج والأحكام القاضية بالتطبيق إلى ضابط الحالة المدنية يتم بالطريقة الإدارية التي يتداول بها الوثائق بين مختلف الإدارات وتبقى مصاريف تبليغها على عاتق الخزينة.

(6) **إعطاء اسماء ابويين بالنسبة لمجهولي الآباءين، أو لاسم اب لمجهول الأب:**

في ظل الوضع الراهن الذي أصبحت فيه ظاهرة الأطفال المجهولي الأبوين أو مجهولي الأب تتنامي بشكل ملحوظ وذلك ناتج عن الظروف الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية السائنة، ونظراً لما يعاني منه هؤلاء الأطفال من مشاكل عند حصولهم على عقود ازدياد لا تتضمن الإشارة إلى أسماء الأبوين أو الأب، وما يتربّع عن هذه الحالة من مشاكل نفسية على شخصية الطفل فإن المشرع لتدارك هذا الوضع الاجتماعي، فإنه سن قواعد جديدة بمقتضى ظهير الحالة المدنية إذ خول لوكيل الملك بصفة تلقائية أبناء على طلب من السلطة المحلية أو من كل من يعنيه الأمر أن يصرح بولادة كل مولود من أبويين مجهولين أو مجهول الأب معزواً تصريحه بمحضر

منجز في هذا الشأن ويشهادة طبية تحدد عمر المولود على وجه التقرير، ويختار له اسم شخصي واسم عائلي، وأسماء أبوين أو إسم أب إذا كان معروفاً الأم، ويشير ضابط الحالة المدنية بطراة رسم ولادته إلى أن أسماء الآباء أو الأب حسب الحالة قد اختيرت له طبقاً لأحكام هذا القانون، كما تصرح بالإبن المجهول الأب أمه ومن يقوم مقامها وتختار له إسماً شخصياً وإسم أب مشتقاً من أسماء العبودية لله تعالى، وإسماً عائلياً خاصاً به كما يبلغ ضابط الحالة المدنية وكيل الملك بالولادة التي سجلت بهذه الكيفية داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ التصريح بالولادة، كما أنه في حالة الكفالة فيشار في طرة رسم ولادة الطفل المكفول إلى الوثيقة التي تم بمقتضاه إسناد الكفالة من غير تضمين هذه الملاحظة في النسخة الموجزة لرسم الولادة المسلم للمعنى بالأمر، وقد حرص المشرع على أن تظل وضعية هؤلاء الأطفال سرية تجنبأً لما قد يتعرضون له من تشمير، ولذلك فإن النسخة الكاملة من رسم الولادة لا تسلم إلا للمعنى بالأمر نفسه أول ولادته إن وجدت أو بعد إذن من وكيل الملك المختص.

7) إضفاء القوة الإثباتية على رسوم الحالة المدنية:

حيث أصبحت بمقتضى المادة 2 من الظهير رسوم الحالة المدنية تكتسي نفس القوة الإثباتية التي للوثائق الرسمية مع اعتبار الشرط الشرعية في إثبات النسب والأحوال الشخصية، وحدد المشرع مدة صلاحيتها في ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ إصدارها.

8) اهتمام المسطرة الإدارية في إصلاح بيانات رسوم الحالة المدنية بالآروف اللاتينية:

أصبح تصحيح وتنقیح رسوم الحالة المدنية بالأحرف اللاتينية يخضع لإذن وزير الداخلية أو من يفوض له في ذلك، وهكذا أصبح يتعين على من له مصلحة في تصحيح رسوم الحالة المدنية بالأحرف

اللاتينية أن يتقدم بطلبه إلى وزير الداخلية الذي أصبح -بمقتضى هذا القانون- هو الجهة المختصة للبت في مثل هذه الطلبات، تصحيح الأسماء الشخصية والعائلية بالعرف اللاتينية أو كتابتها بهذه الحروف إلى جانب الحروف العربية، وبذلك سلب المشرع هذا الاختصاص للجهاز القضائي ومنحه للجهاز الإداري.

ويختص القضاء بالبت في الأخطاء اللاحقة بالأسماء العائلية بالحروف العربية في حين أن اللجنة الوطنية هي المختصة حين يتعلق الأمر بتغيير الإسم العائلي.

9) إسناد الاختصاص للمحكمة التي تقع بعانتها محل سكنى الطالب بالنسبة للطلبات الرامية إلى تسجيل الولادات والوفيات المتعلقة بالمغاربة المولودين أو المتوفين خارج المغرب:

لقد جاء في المادة 30 من القانون الجديد للحالة المدنية على أنه: «تختص المحكمة الابتدائية لمحل سكنى طالب التسجيل بالنظر في الطلبات الرامية إلى تسجيل الولادات والوفيات المتعلقة بالمغاربة المولودين أو المتوفين خارج المغرب عند عدم وجود محكمة مختصة»، ولاحظ أن ما نصه المشرع بهذا الخصوص هو منحى محمود لأنه من جهة سيخفف العبء عن المحكمة الابتدائية بالرباط وسيجنب المواطنين من جهة أخرى مشقة التنقل إلى العاصمة لممارسة المسطرة القضائية.

الصعوبات التي تعيق تطبيق القانون الجديد:

إن تطبيق القانون الجديد قد يعترضه عدة صعوبات يمكن تلخيصها فيما يلي:

- 1) من الأسباب الرئيسية التي تعوق تطبيق هذا القانون الجديد على أحسن وجه هو ضعف الإمكانيات البشرية والمادية التي تعرفها مكاتب

الحالة المدنية، وعدم تأثيرها بحاجياتها البشرية وتجهيزها بكافة التجهيزات الضرورية، إذ أن بعض مكاتب الحالة المدنية - وحسب إحصائيات وزارة الداخلية - لا تتوفر إلا على كاتب واحد يعمل في كثير من الأحيان في إطار الإنعاش الوطني أو التعاون الوطني، وتجهيزات جد محدودة الشيء الذي يؤثر سلباً على سير الأعمال داخل المكتب.

2) ضعف الوعي بأهمية الحالة المدنية سواء من طرف ضباط الحالة المدنية أو من طرف المواطنين أنفسهم، مما يستدعي التحسيس عن طريق وسائل الإعلام والتكون المستمر بأهمية وضرورة هذه المادة.

3) عدم اهتمام بعض الجماعات بمكاتب الحالة المدنية التابعة لها وتهميشهما.

4) التأخير في إنجاز أعمال مكتب الحالة المدنية، وذلك بعدم تحرير الرسوم مباشرة بعد تلقي التصاريح حسب تقارير مفتشي الحالة المدنية، وهذا ينجم عنه ارتكاب أخطاء مادية في تحرير الرسوم وإغفال بعض البيانات بصلبها ووجود التسجيلات المضاعفة، بالإضافة إلى ضعف المراقبة والتفتيش الذي يجب أن يخضع لها مكاتب الحالة المدنية بصفة دائمة ودورية.

5) عدم استقرار الأuron المكونين والمتخصصين في الحالة المدنية، حيث يتم تشكيلهم في مصالح جماعية أخرى غير مكاتب الحالة المدنية.

6) هناك صعوبة أخرى أثارها هذا الظهير والمرسوم المطبق له وتمثل في النص على نوعين فقط من سجلات الحالة المدنية، وهي سجل الولادات وسجل الوفيات، بينما عرف القانون الحالي للحالة المدنية ثلاثة أنواع من السجلات وهي سجل الولادات وسجل الوفيات وسجل الأحكام، لتشير صعوبة عملية والتساؤل يبقى مطروحاً عن السجل الذي ستتضمن فيه الأحكام الصادرة في مادة الحالة المدنية.

وفي محاولة لتفادي بعض الصعوبات التي تعرقل تطبيق هذا القانون وتخلص مكاتب الحالة المدنية من الإخلالات والأخطاء السابقة فقد نصت المادة 44 من الظهير على إحداث لجنة إقليمية على صعيد كل عمالة أو إقليم تتكون من وكيل الملك المختص بصفته رئيساً ومفتش إقليمي للحالة المدنية ورئيس مجلس جماعي يختاران من طرف عامل العمالة أوإقليم، وتحتخص بالنظر في التقارير المرفوعة إليها المتضمنة للأخطاء والإخلالات التي اعتبرت رسوم الحالة المدنية، وإعطاؤهـ الإذن بإصلاحها، وسيستمر عمل هذه اللجنة مدة سنتين وذلك من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ، حيث ينتهي عملها تلقائياً وبقوة القانون بمجرد إنتهاء المهام المسندة إليها.

وفي الأخير نختـ هذا العرض ببعض المقترنات، الغاية منها تفعيل مؤسسة الحالة المدنية لكي تلعب دورها على أحسن وجه:

- 1) تكوين إطار شابة تكونـاً قانونياً وإدارياً لتتولى مناصب الحالة المدنية:
- 2) إعادة تكوين الضباط الحاليـين والكتاب والمحررين والقيام بدورات تدريبية:
- 3) إحداث إطار خاص بكتاب الحالة المدنية، والذي سيجعل موظفي الحالة المدنية يدمجون ويرقون في إطارهم الخاص الشيء الذي لا يسمح بنقلهم إلى مراقب جماعية أخرى:
- 4) استخدام نظام المعلومات في مجال الحالة المدنية لأن من شأن ذلك تسهيل إنجاز كل أعمال مكتب الحالة المدنية وضبط أشغاله، مع الاحتفاظ بسجلات الحالة المدنية كأصل لا يمكن الاستغنـ عنه، وذلك نظراً لطابع الرسمية الذي تتوفر عليه، ولكن الحاسوب يسمح بإمكانية الدخـول إلى ملفاته ومن السهل تغيير البيانات المضمنة به:

- 5) التكثيف من عمليات التفتيش التي تقوم بها اللجان التابعة لوزارة الداخلية؛
- 6) فرض عقوبات صارمة والرفع من قيمة الغرامات المفروضة على ضباط الحالة المدنية في حالة ثبوت مسؤوليتهم.
- ونخلص إلى ضرورة إيلاء الاهتمام لهذه المؤسسة وإعطائها العناية الكاملة عن طريق سد النقص سواء في الجانب البشري أو المادي لكي تلعب دورها المنوط بها على الوجه المطلوب.

والله الموفق

م. ٢٠٨ - م. ١٩٥
٠٠٧٧٢٠ - آ٢

كفالات الأطفال المتخلى عنهم

بين النظرية والتطبيق

الأستاذة: سميرة براادة

النيابة العامة

المحكمة الإبتدائية بمراكش

قسم قضاء الأسرة

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ

٧/١٥/١٥ تاریخ ٠٠٧٧٢٠ رقم آ٢
جذیدة

لعل من بين مظاهر الاختلالات المجتمعية الأكثر حساسة ومرارة ظاهرة الأطفال المتخلى عنهم. ظاهرة تكاد تلازم كل مجتمع وتختلف دائرة حجمها باختلاف الظروف الاقتصادية والاجتماعية لكل بلد، كما أنها عرفت العديد من التغيرات عبر العصور، ففي الجاهلية مثلاً كانت هناك عملية وأد البنات، أما الآن يحصل هذا وإن كان بصورة أخرى، حيث نجد الابن المتخلى عنه مقتولاً أو ملقى به في الشارع أو في القمامات وقد يأخذ التخلّي شكلاً آخر حيث يقع وفق اتفاق أو تعاقد يتم بين الأم البيولوجية والأم المتبنية، غالباً ما يكون عقداً شفويًا، وهكذا يصبح الطفل المتخلى عنه في لحظة ما إنساناً غريباً لا عن الأم التي ولدته بل كذلك عن المجتمع.

ولقد استقطب موضوع الطفل في السنوات الأخيرة اهتماماً ملحوظاً من قبل العديد من الهيئات والمنظمات والقوانين، فكل منها يكمل الآخر ويلتقي عند هدف واحد هو حماية جيل كامل من الأطفال ليأخذ دوره ومكانته بين الأجيال. فحقوق الطفل الأسرية وغيرها من الحقوق الخاصة كالحضانة والنفقة فإنها تتحول إلى حق اجتماعي عام تتولى الدولة تقريره للطفل المهمل.

وفي هذا الإطار صدر عن المشرع المغربي ظهير شريف رقم 102.172 المؤرخ في فاتح ربيع الآخر 1423 موافق لـ 13 يونيو 2002 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 19/8/2002 الذي نسخ الظهير الشريف الصادر في تاريخ 10 شتنبر 1993 في جميع مقتضياته.

لها ستنطرق إلى مفهوم كفالة الطفل المهمل والإجراءات القانونية المتبعة بصدر الحكم بالإهمال.

- المسطرة المتبعة لكافلة الأطفال المتخلّى عنهم.

- مسألة تنفيذ الكفالة والأثار المترتبة عليها.

وستنقف على بعض الإشكالات والصعوبات العملية التي طرحت عند تطبيق هذا الظهير الشريف مع إبداء بعض الملاحظات والحلول.

أولاً: مفهوم كفالة الطفل المهمل

إن مفهوم الكفالة المراد تنظيمها في هذا الظهير هو العمل الإنساني المنحصر من جهة في ضمان حياة اجتماعية سليمة للطفل وتقرير كل الضمانات والامتيازات التي تخولها له الشريعة الإسلامية، ومن جهة أخرى إرضاء رغبة المتكفل الذي لا ينجّب أطفالاً في أغلب الأحيان.

كما أن كفالة الطفل المهمل بمفهوم هذا القانون، هي التزام برعاية الطفل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يتربّ عنها حق في النسب ولا في الإرث.

ولكن إذا أرتَى الكافل جعل المكفول يستفيد من هبة أو وصية أو توزيل أو صدقة يسهر القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع ضمن دائرة نفوذه محل إقامة الطفل المكفول على إعداد العقد اللازم وعلى حماية حقوق المكفول.

لأن الإسلام حرم تبني الطفل غير الشرعي، ولكنَّه أوصى بالتكفل حيث جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أنا وكافل اليتيم في الجنة».

ثانياً: مفهوم الطفل المهمل

حسب المادة الأولى من الظهير الشريف: «الطفل المهمل هو كل طفل من كلا الجنسين الذين لم يبلغ سنّه ثانية عشر سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية:

- إذا ولد من أبوين مجهولين أو ولد من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها.
- إذا كان يتيمًا أو عجز أبواه عن رعايته وليس له وسائل مشروعة للعيش.

- إذا كان أبواه منحرفين ولا يقمان بواجبهما في رعايته وتوجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن كما في حالة سقوط الولاية الشرعية أو كان أحد أبويه الذي يتولى رعايته بعد فقد الآخر أو عجزه عن رعايته منحرفاً ولا يقوم بواجبه المذكور إزاءه.

وأول ملاحظة يمكن إثارتها في هذا الفصل هو أن الأطفال المتخلّى عنهم عند الولادة لا نجد من الناحية العملية أي إشكال حيث يتم إيداعهم لدى المؤسسات أو الجمعيات المكلفة بحماية الطفولة في انتظار من يتکفل بهم. إلا أن المشكّل المطروح لدينا يتعلق بالأطفال المترافقون في أعمارهم بين السادسة وثمانية عشر سنة، أولئك الأطفال الذين يشار إليهم تحت عناوين مختلفة: المنحرفون الأحداث، الأطفال المتشردين، العمال الأطفال، الأطفال المتسربون من المدارس، أطفال في وضعية صعبة، أطفال في حاجة إلى رعاية وحماية.

ثالثاً: الإجراءات القانونية لصدور الحكم بالإهمال

لقد خص المشرع المغربي وكيل الملك بالقيام بإجراءات مسطرية تتعلق بالوضعية القانونية للطفل المهمل نصت عليها المادتين الرابعة والخامسة من الظهير الشريف، وتتلخص هذه الإجراءات فيما يلي:

أ- أمر بإيداع الطفل الذي يتم العثور عليه بإحدى المؤسسات الصحية أو بأحد مراكز أو مؤسسات الرعاية المهتمة بالطفولة منها سواه تابعة للدولة، أو الجماعات المحلية، أو الهيئات والمنظمات، والجمعيات المتوفرة على الوسائل المادية والبشرية الكافية لرعاية الطفل المهمل أولدي أسرة أو امرأة ترغب في كفالته وفي رعايته فقط شريطة أن تتتوفر في هؤلاء الشروط المنصوص عليها في المادة التاسعة من الظهير وذلك إلى أن يصدر الأمر بشأن الكفالة.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ما هو السبب الذي يجعل الأم العازبة تتخلى عن ولدتها بهذه القسوة؟

يمكن القول أنه من بين هذه الأسباب أنه يمنع عليها ترك ولدتها بالمستشفى كما كان في السابق قبل صدور ظهير 10 سبتمبر 1993 إذ أنه من قبل كانت الأم العازبة تسلم الطفل لحضانة توجد في جناح بالمستشفى حيث تقوم فقط بتوقيع التزام تشهد فيه على أنها تخلي عن طفلها لعدم قدرتها مادياً ومهنياً على تربيته.

ومبدئياً عندما يتم التخلی عن الأطفال بهذه الطريقة كانت الحضانة تتسلّمهم وهم في صحة جيدة ويكون هؤلاء الأطفال تحت مراقبة طبية يومية.

أما بعد صدور الظهير المشار إليه أعلاه أصبح يمنع عن الأم العازبة التخلی عن ولدتها بهذه الطريقة، وخوفاً من المسائلة والعقاب، وبسبب نبذ ورفض المجتمع الإسلامي لها تضطر داخل ظروف اجتماعية قاسية إلى التخلی عن ولدتها بتركه في أول مكان تجده أمامها.

لهذا اقترح التدخل السريع للحد من ظاهرة العثور على الأطفال مرميين في الأماكن العمومية وذلك بالسماح للأمهات العازبات بترك أطفالهم في المستشفى عند ولادتهم لكي تتجنب هؤلاء الأطفال الأمراض الباضعية التي يمكن أن تصيبهم نتيجة بقائهم وهم حديثي الولادة في

العراء وفي البرد القارس وتحت أشعة الشمس الحمرقة. هذا إذا ظلوا على قيد الحياة.

بـ- تسجيل الطفل المهمل في الحالة المدنية: عملاً بمقتضى المادة الخامسة في الظهير الشريف يقوم وكيل الملك عند الاقتضاء بكل الإجراءات الإلزامية إلى تسجيل الطفل المهمل بالحالة المدنية قبل تقديم طلب التصرير بالإهمال.

ولكون مسألة تسجيل الطفل المهمل تعتبر مهمة قصد تحديد وضعيته القانونية، فقط تطرق إليها المشرع بشكل واسع في المادة 16 من الظهير الشريف المتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 2002/10/03.

حيث أعطى المشرع المغربي لوكيل الملك أن يصرح بصفة تلقائية بولادة كل مولود ولد من أبوين مجهولين أو بمولود وقع التخلّي عنه بعد الوضع أو على طلب من السلطة المحلية أو من كل من يعنيه الأمر مغزاً تصرّيفه بمحضر منجز في هذا الشأن وبشهادة طبية تحدد عمر المولود على وجه التقرّب. ويختار له اسم شخصي واسم عائلي وأسماء أبوين أو إسم أب إذا كان معروفاً الأم.

ويشير ضابط الحالة المدنية إلى أن أسماء الأبوين أو الأب قد اختيرت له طبقاً لأحكام هذا القانون.

يبلغ ضابط الحالة المدنية وكيل الملك الولادة التي سجلت بهذه الكيفية داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ التصرير.

وتصدر بالابن المجهول الأب أمه ومن يقوم مقامها كما تختار اسمه شخصياً وإن الأب مشتق من أسماء العبودية لله تعالى وإنما عائلياً خاصاً به.

يشار بطرة رسم ولادة الطفل المكفول إلى الوثيقة التي يتم بمقتضاها إسناد الكفالة طبقاً للتشريع الجاري به العمل.

يمكن القول أن المشرع في هذا الفصل أراد تمكين الطفل سجهول الأبوين نفس الحقوق التي يتمتع بها كافة الأطفال كالحق في أن يعيش طفولته والحق في أن يقيم الآخرون الحق في أن يكون محترماً حيث أن مسألة اختيار أسماء الأبوين أو إسم الأب إذا كان معروفاً الأم مسألة إيجابية بالنسبة للطفل لكي لا يتعرض لمشاكل نفسية وحالة القلق والتتوثر في محاولة الإجابة عن السؤال ابن من أنا.

ولكنها تتنافى مع البعد الديني الإسلامي لأن الدين الإسلامي واضح في هذه المسألة لأن الله تعالى يقول في الآياتين الرابعة والخامسة من سورة الأحزاب: «وَمَا جعل أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ، ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ، وَاللهُ يَقُولُ الْحَقَّ، وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ، ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا أَبَاءَهُمْ فَإِخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيَكُمْ، وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَكُنْ مَا تَعْمَدْتُ قُلُوبِكُمْ، وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَّحِيمًا».

حيث يتجلّى صراحة سبب التحرير من نصوص القرآن الكريم.

وقد جاء في تدخل السيد وكيل الملك لطرح سؤال يتعلق بالجهة التي لها الحق في اختيار الأسماء العائلية والشخصية للأطفال المستخلص عنهم هل ينطوي بذلك إلى السيد وكيل الملك أم ضابط الحالة المدنية أو بالشخص طالب الكفالة المودع لديه الطفل بصفة مؤقتة.

فأشار أنه ما دام السيد ضابط الحالة المدنية عندما يتوصل بالحكم فإنه هو الذي يقوم باختيار الإسم العائلي أو الشخصي لأن المادة 16 من الظهير نصت على أن ضابط الحالة المدنية يشير إلى أن الأسماء قد اختيرت طبقاً لأحكام القانون دلالة ضمنية على أنه هو الذي يتولى اختيار الإسم.

كما أنه لا مانع يمنع وكيل العدل من اختيار الإسم الشخصي أو العائلي للطفل المهمّل، الصهم هو أن يشار في طرة رسم ولادة الطفل المهمّل بأن هذه الأسماء الشخصية والعائلية تم اختيارها بمقتضى القانون.

تقديم طلب التصریح بالإشهاد:

يقدم وكيل الملك للمحكمة عناصر البحث الذي أجراه لأجل إثبات كون الطفل مهملأ.

تقوم المحكمة عندئذ عملاً بالمادة السادسة من الظهير الشريف بإصدار حكم تمهيدي يتضمن كافة البيانات الازمة للتعریف بالطفل، ومنها أوصافه ومكان العثور عليه وتأمر وكيل الملك بما يلزم، بتعليق الحكم خاصة في مكاتب الجماعة المحلية والقيادة بمكان العثور على الطفل أو عند المحكمة الابتدائية الواقع في دائرة نفوذها مقر إقامة الطفل أو مكان العثور عليه أو مقر المركز الاجتماعي المودع به، وذلك لمدة ثلاثة أشهر يمكن أثناءها لأبوي الطفل أن يعرفا ببنسيهما ويطالبا باسترداده.

إذا انصرمت هذه المدة دون أن يقدم أي شخص لإثبات أبوته للطفل ويطالب باسترداده، فإن المحكمة تصدر حكماً تصرح فيه بأن الطفل مهمل.

يكون الحكم قابلاً للتنفيذ المعجل بقوة القانون رغم كل طعن.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا بإلحاح ماذا يقصد المشرع بعبارة الطفل الواردة في الفصل لأن صور وظروف العثور على طفل تختلف بحسب الحالات، إذ أنه قد يكون مضى على ولادته فترة قصيرة أو طويلة أو بعض دقائق أو ساعات أو أيام أو أشهر أو سنوات، مما يجعلنا نقف على عبارة الطفل الواردة في الفصل وليس على وليد.

ذلك أن الأمر قد يختلف من الوجهة القانونية باختلاف الحالات، هذا يتجلى لنا بكل وضوح من خلال مقارنة عبارات ومقتضيات بعض فصول القانون الجنائي فيما بينها فمثلاً المادة 469 من ق.ج. تنص: «من عشر على وليد ولم يخطر به الحالة المدنية ولا السلطات المحلية يعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين وغرامة من 120 إلى 200 درهم أو بإحدى هاتين العقوبيتين فقط».

هكذا فإن الوليد أو المولود هو طفل صغير لا يقدر عن الكلام بوضوح نظراً لصغر سنه حتى ولو كان يستطيع المشي على قدميه دون أية صعوبة مادام لا يستطيع أن يعرفنا شخصياً عن إسمه واسم والديه وأحدهما ومحل سكناه.

علماء بأن الطفل يستطيع عادة أن يذكر بعض المعلومات التي تساعد أيها على إرجاعه لأهله إذا ضاع منه مثلاً في الشارع.

والشرع عندما يقصد بالطفل هو الوليد إنما لم يذكر الطفل بمفرده بل أضاف إسم الطفل الوليد كما هو الشأن في المادة 31 من هذا الظهير الشريف حيث تنص: «يعاقب الشخص الذي يمتنع عمداً أن يقدم لطفل ولد مهملا المساعدة أو العناية التي تستلزمها حالته أو عن إخبار مصالح الشرطة أو الدرك أو السلطات المحلية لمكان العثور عليه بالعقوبات المقررة في القانون الجنائي».

وهكذا رغم أن هناك تمييز واضح بين عبارة ولد وكلمة طفل فإننا لا نجد هذا التمييز في مجال العمل القضائي حيث أنه يتم إجراء أحكام تمهيدية لكل طفل مجهول الأبوين سواء كان طفلاً وليداً أو طفلاً مما يتربى على ذلك عدة صعوبات من الناحية العملية يمكن أن نحددها فيما يلي:

- من أجل تضمين كافة البيانات اللازمة لتعريف بالطفل منها أوصافه فإنه يتبعين إحضار الطفل أمام المحكمة حيث يتبعين على وكيل الملك توجيهه كتاب إلى السيد رئيس المستشفى قصد تكليف المساعدة الاجتماعية بإحضار الطفل أمام المحكمة، غالباً ما يكون هذا الطفل أولاً في حالة صحية جد متدهورة خاصة إذا كان حديث الولادة وتم العثور عليه مر梅ياً في الشارع مثلاً ويكون تحت مراقبة طبية في المستشفى هكذا فإن

مسألة إحضاره تؤثر سلباً على صحته من جهة، ومن جهة أخرى ما العمل إذا تعلق الأمر بعده أحکام تمھیدیة هل يتعمین إحضار عدة أطفال في يوم واحد أمام المحكمة؟

لهذا أقترح تفسير هذا الفصل بشكل من المرونة لكي نحقق مصلحة الطفل ولكن للضرورة العلمية ولاختصار المجهود يتعمین على النيابة العامة أن لا تقدم طلب الحصول على الحكم بالإهمال إلا بعد استيفاء هذه الإجراءات الالزامية.

حيث أنه يمكن للنيابة العامة في إطار الآليات التي تتتوفر عليها من شرطة ودرک أن توجه إليهم تعليماتها ويكون محضر المعاينة أو محضر العثور على طفل يتضمن كافة أوصافه وكذلك مكان وزمان وتاريخ وحتى الشاب الذي كان يرتديها إذا كان ممكناً.

ومن تم نعطي للمحكمة الطلب مرفق بكافة الأبحاث الالزامة والضرورية اللهم إذا تبين للمحكمة مما لها من سلطة تقديرية وتبين لها أن هناك عنصر من العناصر الفير الكافية يمكن لها أن تكمل تلك البيانات التكميلية. هكذا فإن المشرع إذا كان يتحدث عن الفورية وفي ذات الوقت يتحدث على القيام بكافة الأبحاث المتعلقة بالتسجيل في الحالة المدنية فإن هذه الفورية ستبقى نظرية إذا لم تقدم النيابة العامة طلب التتصريح بالإهمال مستوفياً كافة عناصر البحث الضرورية.

وابعاً الشروط المطلوبة لكافالة الطفل المهمل.

لقد حدد المشرع في المادة التاسعة شروطاً يتعمین توفرها في الأشخاص والهيئات من أجل كفالة الأطفال الذين صدر حكم بإهمالهم:

1- الزوجان المسلمين اللذين استوفيا الشروط التالية:

* أن يكونا بالغين لسن الرشد القانوني وصالحين للكفالة أخلاقياً واجتماعياً ولهمما وسائل مادية كافية لتوفير احتياجات الطفل.

* ألا يكونا قد سبق الحكم عليهما معاً أو على أحدهما من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال.

* أن يكون سليمين من كل مرض معه أومانع من تحمل مسؤوليتهم.

* ألا يكونا بينهما وبين الطفل الذي يرغبان في كفالتة أو بينهما وبين والديه نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المكفل.

2- المرأة المسلمة التي توفرت فيها الشروط الأربع المشار إليها أعلاه.

3- المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات...

إن المسألة التي يمكن ملاحظتها وإثارتها في هذا الفصل هو أن المشرع اشترط الزوجان المسلمان والمرأة المسلمة والسؤال المطروح لدينا هو إلى أي حد يمكن لنا السماح للأجانب بالتكفل بأطفالنا مع العلم أن غالبيتهم يكون إسلامهم لا يتعدى أسبوع أو أيام على تحرير طلب الكفالة؟

فكيف إذن يمكن لهم تربية الأطفال وتنشئتهم تنشئة إسلامية وهم يجهلون أبسط قواعد الإسلام؟

لهذا أقترح إعادة النظر في مسألة تكفل الأجانب بأطفالنا، كما لا نسمح لهم بالتكفل بأكثر من طفل واحد وحتى إذا ما رغبوا بالتكفل بأطفالنا فيجب أن نشرط عليهم الإقامة في المقرب نضمن لأطفالنا التنشئة الإسلامية أو يمكن فقط السماح للأجانب المقيمين بصفة دائمة في المقرب التكفل بأطفالنا دون غيرهم.

بينما يرى السيد الوكيل العام أن النص يؤخذ على إطلاقه مادام المشرع لم يقيده بتحديد جنسية طالب الكفالة فلم يفرق بالتالي بين المغربي المسلم وغيره في هذا الإطار.

ومadam الأصل في الأشياء الإباحة كما يقول الفقهاء والمشرع المغربي تحدث في هذا الإطار عن الكفيل الذي يزيد السفر بالطفل إلى الخارج للإقامة الدائمة، كما أشار في الفقرة الثالثة من المادة 9: «على أن المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامة متوفرة على الوسائل المادية والموارد والقدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال وحسن تربيتهم وتنشئتهم تنشئة إسلامية».

هكذا نلاحظ أن النص يؤخذ على إطلاقه مادام لا يوجد ما يقيده لكن يتعمّن قبل منح إذن بالكفالة لهذه المؤسسات أو المنظمات يتعين التحرّي عليها عبر القنوات الإسلامية.

حيث إذا تبت لدينا أن الأجنبي لا ينشئ الطفل الذي تكفل به تنشئة إسلامية فإن المفروض على الجهات المعنية أن تشعر القاضي الملوك بشؤون القاصرين حتى يتم إصدار أمر بإلغاء الكفالة.

خامساً: المسطرة المتّبعة في كفالة الأطفال المهمّلين

كانت مسطّرة التكفل بالأطفال المهمّلين في الظهير الصادر بتاريخ 10/9/1993 تقتضي توجيه طلب كتابي من طرف المعني بالأمر إلى السيد عامل صاحب الجلالة الذي يأمر المصالح المختصة بإجراء بحث حول الشخص طالب الكفالة وعلى أساسه يصدر أمراً بالرفض أو الموافقة التي سيتم بناءً عليها تسليم الطفل من طرف المصالح الاجتماعية إلى المتكفل بعد تحرير الرسم بذلك من طرف عدلين، كما يجب إخبار وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية التي تقع بدورتها تسليم الطفل المتكفل به.

أما في إطار الظهير الشريف الحالي الصادر في تاريخ 13/6/2002 أصبح يعهد إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر إقامة الطفل المهمل لإسناد الكفالة إلى الشخص أو الجهة الراغبة في الكفالة إذا توفررا على الشروط المنصوص عليها في المادة التاسعة أعلاه.

حيث يتعين على الشخص أو الجهة الراغبة في الكفالة - طفل مهمل - تقديم طلب بشأن إسناد الكفالة مرفق بالوثائق المتبعة لاستيفاء الشروط المبينة في المادة 9.

يقوم القاضي عملاً بالمادة 16 من الظهير بجمع المعلومات والمعطيات المتعلقة بالظروف التي سيتم فيها كفالة طفل مهمل عن طريق بحث خاص يجريه بواسطة لجنة مكونة كما يلي:

- ممثل النيابة العامة.
 - ممثل السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف والشؤون الإسلامية.
 - ممثل السلطة المحلية.
 - ممثل السلطة الحكومية المكلفة بالطفولة.
- تحدد كيفية تعيين أعضاء اللجنة بالنص التنظيمي.

وتجدر الملاحظة أن المشرع لم يصدر إلى حد الآن النص التنظيمي لتحديد كيفية عمل أعضاء اللجنة المشار إليها أعلاه.

ويتم العمل حالياً بالكتاب عدد 4405 الصادر عن الرئيس الأول والوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بمراكش الصادر بتاريخ 23/10/2002 وجاء في هذا الكتاب: «أنه نظراً لكون البت في طلبات الكفالة متوقفة على البحث المنصوص عليه في المادة 16 وما بعدها وحتى يسكن التقلب على بعض ما يطرح من إشكاليات في انتظار صدور النص

التنظيمي يمكن اللجوء إلى حل وقتى وذلك بقيام النيابة العامة بإجراء بحث يستأنس فيه بآراء كل الأطراف المذكورة في المادة 16 وهي السلطات المحلية والسلطات الوصية على الأوقاف والشؤون الإسلامية وكذا القطاع الحكومي المكلف بالأطفال وعلى ضوء ما سيسفر عنه البحث يمكن إصدار أمر وقتى بمنع الكفالة، علماً أن رقابة الجهاز القضائي تتبع أحوال المكفول سوف يستمران خلال هذه الفترة الانتقالية وذلك للتأكد من سلامة الظروف التي يعيش فيها ومن حسن تعهده ورعايته من طرف الكافل مع إعمال ما يستلزم الموقف عند كل خلل والسلام».

سادساً: تنفيذ الكفالة والأثار المترتبة عليها

يتم تنفيذ الكفالة عملاً بالمادتين 18 و 19 من الظهير الشريف من طرف المحكمة الابتدائية التابع لها القاضي المصدر لأمر الكفالة داخل 15 يوماً من تاريخ صدوره.

يحرر محضر تسليم الطفل المكفول إلى الشخص أو الجهة الكافلة.

يتم التنفيذ على الخصوص بحضور ممثل النيابة العامة والسلطة المحلية والمساعدة الاجتماعية المعنية عند الاقتضاء.

يجب أن يتضمن المحضر على الشخص هوية الكافل والطفل المكفول والأشخاص الذين حضروا التسليم ومكان وساعة تسليم الطفل ويجب أن يوقعه عن التنفيذ والكافل، وإذا كان الكافل لا يستطيع التوقيع فيوضع بصمته.

يحرر محضر في ثلاثة نظائر يوجه أحدهما إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين ويسلم الثاني إلى الكافل ويحتفظ بالثالث في ملف التنفيذ.

وأول ملاحظة يمكن إثارتها هو مسألة إحضار الطفل المهمل المتوكفل به إلى المحكمة إذ كان من الأولى بعد تحرير محضر التسليم الطفل

وتقييعه من طرف الأشخاص المعنية يتعين تسليم الطفل المتكفل من طرف المصالح المساعدة الاجتماعية دون حاجة إلى إحضاره أمام المحكمة. كما أشار المشرع أن الأمر الصادر بالكفالة يتعين تنفيذه داخل 15 يوماً من تاريخ صدوره دون تحديد الآثار المترتبة في حالة عدم تنفيذه داخل الأجل القانوني المذكور.

حسب المادة 19 من الظهير الشريف فإن المشرع عهد إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر إقامة الكافل مهمة تتبع مراقبة الطفل المكفول ومدى وفاء الكافل للالتزاماته، ويمكن له أن يعهد من أجل ذلك بإجراء الأبحاث التي يراها مناسبة إلى النيابة العامة أو السلطة المحلية، أو المساعدة الاجتماعية المؤهلة لذلك والجهات المختصة أو اللجنة المنصوص عليها في المادة 16 ويمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على التقارير المقدمة إليه أن يأمر بإلغاء الكفالة أن يتخذ ما يراه ملائماً لمصلحة الطفل.

ويمكن أن ينص أمر القاضي على التنفيذ المعجل رغم كل طعن ويكون الأمر قابلاً للاستئناف وتبت المحكمة في الاستئناف في غرفة المشورة.

وتقوم بتنفيذ الأمر المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرة نفوذه مقر إقامة الكافل.

كما أنه يمكن للكافل السفر بالطفل المكفول للإقامة الدائمة خارج المملكة المغربية بعد حصوله على الإذن بذلك من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين وذلك لمصلحة الطرفين.

ترسل نسخة من إذن القاضي عند صدوره إلى المصالح القنصلية المغربية بمحل إقامة الكافل للقيام بدوره تتبع وضعية الطفل المكفول ومراقبة مدى وفاء كافله بالالتزامات المنصوص عليها في المادة 22 من

الظهير. يوجه القنصل إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين تقارير تتعلق بحالة الطفل ويمكن أن يقترح على القاضي كل التدابير التي يراها ملائمة ومنها إلقاء الكفالة.

وأول ملاحظة يمكن إثارتها أن مسألة تتبع ومراقبة شؤون المكفول ومدى وفاء الكافل بالتزاماته غير موجودة في الواقع العملي.

حيث أنه لا تتم مراقبة شؤون الطفل المكفول المقيم بالمغرب وبالآخر الطفل المكفول المقيم بصفة دائمة خارج المملكة المغربية رغم التنصيص عليها بشكل واضح وصريح من طرف المشرع في المواد 19 و 24 من الظهير الشريف.

لهذا يتعمّن تفعيل هذه الفصول والمهام على تطبيقها على الوجه الأمثل لكي نحقق الفایة التي توخاها المشرع وهي تحقيق المصلحة الفضلى للطفل المكفول لكي تتأكد من مدى وفاء الكافل بالتزاماته المحددة في المادة 22 من الظهير الشريف.

تجب الإشارة إلى أن الأمر بإسناد الكفالة أو بالفائده أو باستمرارها بطاقة رسم ولادة الطفل المكفول ولا يشار إلى إسناد الكفالة في نسخ الرسوم المسلمة للكافل أو المكفول طبقاً لقانون الحالة المدنية.

ونلاحظ أن المشرع راعى الجانب السري في هذه المسألة حفاظاً على شعور الطفل المكفول.

هكذا فإنه بمجرد ما يتم صدور الأمر بإسناد الكفالة فإن الكافل تترتب عليه عدة التزامات حدتها المادة 22 من الظهير الشريف حيث يتحمل الالتزامات المتعلقة بالنفقة والحضانة وضمان تنشئة الطفل المكفول تنشئة سليمة إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني طبقاً للمقتضيات القانونية الواردة بمدونة الأحوال الشخصية المتعلقة بالحضانة وتربية الأولاد.

كما تطبق على الكافل المسؤولية المدنية عن أفعال المكفول حسب الفصل 85 من ق.ل.ع.

وإذا كان إلقاء الكفالة يتم بناء على أمر قاضي المكلف بشؤون القاصرين في حالة إخلال الكافل بالتزاماته أو تنازله عن الكفالة، فإنها تنتهي بأحد الأسباب الآتية حددها المشرع في المادة 25 من الظهير الشريف.

- بلوغ المكفول سن الرشد القانوني ولا تسري هذه المقتضيات على البنت الغير المتزوجة ولا على الولد المعاق أو العاجز عن الكسب.
- موت المكفول.

- موت الزوجين الكافلين معاً أو المرأة الكافلة.

- فقدان المرأة الكافلة لأهليتها.

- حل المؤسسة أو لهيئة أو المنظمة أو الجمعية الكافلة.

هكذا إذن إذا انتهت الكفالة طبقاً للمادة 25 أعلاه بت القاضي المكلف بشؤون القاصرين في شأن تقديم على الطفل المكفول بناء على الطلب الشخص المعنى أو من النيابة العامة أو تلقائياً.

كما نص المشرع في المادة 29 من الظهير أنه يمكن لأحد الوالدين أو لكتلتهما إذا ارتفعت أسباب الإهمال استرجاع الولاية على طفلهما بمقتضى حكم و تستمع المحكمة إلى الطفل إذا كان قد أدرك سن التمييز وإذا رفض الطفل الرجوع إلى والديه وإللي أحدهما، فإن المحكمة تقضي بما تراه مناسباً لمصلحة الطفل.

خاتمة

وفي الأخير يمكن القول أن ظاهرة الأطفال المتخلّى عنهم إنها ظاهرة حديثة نسبياً على الأقل بشكّلها الملفت للنظر، لكوننا لا نتوفر على إحصاءات شاملة ودقيقة حولها لأنها كانت من الظواهر المسكوت عنها ولكن مع ذلك ورغم قلة الإحصائيات الشاملة والدقيقة يمكن لنا أن نتقدّم ببعض البيانات التي يجوز أخذها مأخذ الجد لفت انتباه الرأي العام الوطني والمسؤولين إلى خطورة هذه الظاهرة وإلى عوّاقبها.

تؤكد إحصائيات وزارة التخطيط والتوقعات الاقتصادية أن عدد الأطفال المتخلّى عنهم في المغرب حوالي 400 ألف طفل، ونلاحظ أنه في الدول الأجنبية مثلاً فرنسا فإن نسبة التخلّى ت نحو إلى الاختفاء نتيجة الاعتراف القانوني والاجتماعي بالأم العازية التي تتمتع بحقوق الأمومة كباقي الأمهات.

أما في مجتمعنا المغربي باعتباره بلد إسلامي فإنه لا يعترف بالأم العازية مما يجعله يتعامل مع هذا النوع من المشاكل بالإقصاء والنبذ ليس إلا وينحو إلى تحويل الأم العازية مسؤولية الطفل بدون أية مساعدة تذكر رغم أن التورط في العمل غير المشروع هو نتاج لفعل شريكين من الجنسين تتحمّل المرأة بمفردها نتائجه النفسية والاجتماعية.

وفيما يخص الحلول للقضاء على هذه الظاهرة الخطيرة التي تشكل خطراً على المجتمع هناك حلول مستعجلة من بينها:

- 1- تحسين الشباب وخصوصاً الفتاة بخطورة العلاقات العاطفية الخارجية عن الزواج داخل برامج التربية الوطنية وعبر وسائل الإعلام المختلفة.

- 2- فيما يتعلق بالأطفال المترددين أو بصفة عامة أطفال الشوارع يتبعين البحث الجدي لإيجاد آليات لإعادة هؤلاء الأطفال إلى أسرهم فهذه مسألة ضرورية وأساسية لإدماجهم مجدداً في أسرهم لأننا نعتقد أن أحسن مكان يمكن أن يعيش فيه الطفل ويترى بشكل طبيعي هو أحضان أمه وأبيه وأسرته وتبقى المراكز والمؤسسات الخيرية ضرورية في حالة اليتامى والأطفال المهملين ويتعين إنشاء مؤسسات خاصة برعاية الأطفال المترددين ومن الضروري تشجيع الجمعيات المهتمة بالموضوع.
- 3- العمل في اتجاه مساعدة الأسر الفقيرة للقضاء على أسباب التفكك والعوز وغيرها مما يكون وراء الدفع بالأبناء إلى التشرد، ففي كثير من الأحيان يرتبط مشكل أطفال الشوارع بمشكل الأمهات المهجورات والمطلقات والأرامل.
- 4- توسيع الخدمات الاجتماعية للأطفال المتخلّى عنهم وتطعيم المستشفيات بالأخصائيات والاجتماعيات كي يتمكن من مباشرة مهامهن في شروط مقبولة وتحمل الدولة مسؤوليتها في هذا الاتجاه عوض الاتكال على العمل التطوعي كرافد أساسي لأننا نلاحظ نقص بل هزالة الاعتمادات المالية المخصصة للقطاعات الاجتماعية مما تكون الرعاية الاجتماعية المقدمة للأطفال المتخلّى عنهم مبشرة ومتنايرة ويكون الرافد الأساسي فيها العمل الإنساني الخير فقط.
- 5- وقد لاحظنا في المجال العملي أن نسبة فئات خادمات البيوت تشكل نسبة عالية ضمن الأمهات العازبات اللواتي يتخلّن عن أطفالهن وذلك راجع لكونهن ي تكونون عرضة للانتهاك والإهانة، راجع إلى جهلهم مما يتبعين المساهمة في برامج محو الأمية خصوصاً بالنسبة لخادمات البيوت.

وفي الأخير يمكن تصنيف هيئات الرعاية الاجتماعية المخصصة للأطفال المستخلص عنهم في ثلاثة أنواع:

- المصالح الاجتماعية لوزارة الصحة العمومية.

- مؤسسات تحت رعاية جمعيات إحسانية كمؤسسة للامريم بالرباط التي تقوم بدور التربية والتنشئة.

- مؤسسة تحت رعاية منظمات دولية كأرض البشر وقرية الأطفال تقوم بدور التربية والتنشئة وفق شروط جد متقدمة.

وهكذا إذا توفرت لهذه الجمعيات ظروف الاشتغال الجيد فإنها يمكن أن تعرّض للطفل أسرته بدفتها وحنانها.

لهذا يتعمّين تبسيط الإجراءات القانونية الإدارية لتسهيل مسيرة التكفل.