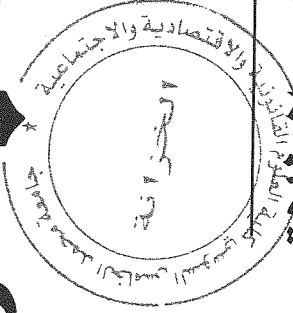


من مدونة
الأحوال الشخصية
إلى

حزارة كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والإدارة المغربية الرباط
22/3/2016
50760
الرقم الجامعي

مدونة الأسرة



الجزء الثاني : الطلاق

منشورات المعارف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة - الجزء الثاني : الطلاق

أحمد الخليلشي

دار نشر المعرفة

10، شارع الفضيلة، الحي الصناعي، يعقوب المنصور، الرباط - المغرب

الهاتف : 05 37 79 57 02 - 05 37 79 69 14 / 38 - الفاكس : 05 37 79 03 43

الموقع على الأنترنت : www.darnachralmaarifa.com

البريد الإلكتروني : dnmaarifa@gmail.com

طبعة : 2016

رقم الإيداع القانوني : 2015 MO 3107

ردمك : 4 - 34 - 642 - 9954 978

مطبعة المعارف الجديدة (CTP) - الرباط

© جميع الحقوق محفوظة

بيان الرموز الواردة في الكتاب

مدونة الأسرة	م.أ.
مدونة الأحوال الشخصية.	م.ح.ش
قانون المسطرة المدنية.	ق.م.م
القانون الجنائي.	ق.ج.
ظهير الالتزامات والعقود.	ظ.ل.ع.
قضاء المجلس الأعلى (مجلة دورية).	ق.م.ع.
نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة.	ن.ق.م.ع.م.
نشرة قرارات محكمة النقض.	ن.ق.م.ن.
مجلة القضاء والقانون.	م.ق.ق.
المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة(*)	م.ع.ق.
العمل القضائي في قضايا الأسرة(**)	ع.ق.ق.أ.
العمل القضائي الأسري(***)	ع.ق.أ.

(*) منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 10، فبراير 2009.

(**) من تأليف الأستاذ إبراهيم مجااني - طبعة 2009.

(***) جمع وتنسيق الدكتور إدريس الفاخوري.

تقديم

[1] تتناول في هذا التقديم بإيجاز الطلاق في القانون المقارن: ثم الموقف الفقهي العام من الطلاق، وتطور التشريع المغربي في الموضوع، وكواليس من محاضر اللجنة الاستشارية لإعداد مشروع مدونة الأسرة، وأخيرا أهم مستجدات هذه المدونة في موضوع الطلاق وما يمكن أن يؤخذ عليها فيه.

أولا - الطلاق في القانون المقارن :

[2] تقتصر في هذه الفقرة على ما حدث في العالمين: الإسلامي والمسيحي حيث كان اتجاه كل منهما معاكسا للآخر.

[3] ففي العالم الإسلامي سار فيه الخط البياني من التوسع إلى التضييق حيث كان الاجتهاد الفقهي المطبق يربط انتهاء العلاقة الزوجية بمجرد نطق الزوج أو إشارته بما يفيد الطلاق لغة أو عرفا أو قصدا حتى ولو كان هازلا.

ومنذ بدايات القرن الماضي جرت محاولات لتقييد العرف المتبع في إنهاء العلاقة الزوجية كما حدث في مصر، ولكن تلك المحاولات فشلت باستثناء ما ترتب عن الانقلاب اللبناني في توريكا من نسخ تشريعاتها من الغرب وبالأخص القانون الفرنسي.

ومع مرور الزمن وصدور تشريعات الأحوال الشخصية، قيد بعضها الصلاحية المطلقة التي كانت للزوج بإلزامه بالحصول على "إذن القاضي" بإجراءات تختلف من قانون إلى آخر. وكان القانون التونسي الصادر عام 1956 أول السالكين لهذا النهج بنصه في م. 30 على

أنه "لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة"، وحذا حذوه القانونان المغربي والجزائري وقوانين عربية أخرى، بينما لا يزال عدد آخر منها يطبق المذهب الفقهي السائد في القطر المعني.

والقوانين التي قررت تدخل القضاء في طلاق الزوج اختلفت صياغتها فأكدت صراحة قصر التدخل على محاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين، وإذا تعذر الصلح استجيب حتما لرغبة الزوج بإعلان المحكمة للطلاق مباشرة، أو بالإذن له بإعلانه وتوثيقه عند الجهة المختصة. بينما كان موقفها غير واضح ومتفاوتا من تصريح الزوج بالطلاق دون الالتجاء إلى القضاء.

فالقانون التونسي مثلا وإن لم يؤكد صراحة إلغاء أي أثر لتصريح الزوج السالف الذكر، فإن نصه في الفصل 30 على أنه "لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة" يفيد أن التصريح بالطلاق خارج ساحة القضاء لا أثر له على استمرار العلاقة الزوجية.

بينما القانون المغربي اكتفى بالنص على أنه: "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصين لذلك..." (م.79) وسرى فيما بعد الصياغة التي وردت بها هذه المادة في مشروع اللجنة الاستشارية وما أثير حولها من نقاش.

أما القانون الجزائري فيبدو أكثر غموضا، إذ نص في م.48 على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..."، وفي م.49 على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن يتجاوز ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"، وأضافت م.50: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، كما جاء في م.58: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليأس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

الاضطراب واضح بين هذه المواد الأربعة التي تحصر وسائل إثبات الطلاق في الحكم القضائي، وفي ذات الوقت تتحدث عن "مراجعة" الزوج للزوجة أثناء محاولة الصلح، وعن احتساب فترة العدة ابتداء من "تاريخ التصريح بالطلاق".

باختصار إنهاء العلاقة الزوجية في الدول الإسلامية بداية من القرن الماضي اتجه إلى تقليص صلاحيات الزوج إزاءه وإن كان ما يزال خاضعا لأحكام الفقه المذهبي والخطوات التي حاول بها تجاوز هذا الفقه محدودة فضلا عن الاضطراب في الصياغة⁽¹⁾.

[4] وبعبارة أخرى التوجه الذي أخذت تسلكه قوانين الأحوال الشخصية في العالم الإسلامي وبتفاوت ظاهر بينها يمكن اختزاله في:

- عدم اعتراف بعضها بالطلاق الذي يصدر من الزوج بغير الشكل الذي يحدده القانون.

- تدخل القضاء في الطلاق في حدود تلقي طلب توقيعه ومحاولة الإصلاح بين الزوجين.

- إذا كانت من هذا الجانب حاولت التقليل من الطلاق، فإنها من جانب آخر يسرت اللجوء إليه من الزوجين بإجادة طلب الطلاق للشقاق علما بأن بعض القوانين الغربية - هولاندا مثلا - اقتصرت على الشقاق المستمر: (désunion durable) سببا وحيدا لطلب إنهاء العلاقة الزوجية.

ولذلك يمكن القول بأن تشريعات الدول الإسلامية التي أخذت بهذا الاتجاه ضيقّت في الشكل بفرض عرض الرغبة في الطلاق على القضاء، وسمحت للزوجة بطلب إنهاء العلاقة الزوجية للشقاق وهو ما لم يكن لها من قبل، على أن موضوع تفكك الأسرة يتحكم

(1) من ذلك في القانون المغربي ما ورد في م. 73 و 90 - 93 من عبارات مرتبطة في الفقه بفساد الطلاق بمجرد نطق الزوج به.

فيه الزوجان والثقافة الاجتماعية المحيطة بهما، أما القانون فدوره محدود للغاية. إنه لا يفرق راغبين في استمرار العلاقة، وغير قادر على جمع الراغبين في الانفراق.

لقد شاع لدى الجنسين استئصال الالتزامات الأسرية، فانتشرت الغزوة المتأخرة، وارتفعت نسبة التحلل منها في بضعة أشهر أو أسابيع من تحملها. ويصدق هذه الحقيقة الواقع العالمي للأسرة رغم الاختلاف الكبير بين قوانين الأحوال الشخصية النافذة في كل دولة.

[5] وعلى النقيض من ذلك نجد قوانين العالم المسيحي الذي كان فيه الطلاق ممنوعا وغير معترف بشرعيته إطلاقا لدى الكنيسة الكاثوليكية وغيرها من الكنائس الأرثوذكسية الأخرى إلى أن قامت الثورة البروتستانتية الإصلاحية التي سمحت بإمكانية الطلاق لأسباب خاصة ومحدودة بأسمائها كالحيانة الزوجية، والإفراط في تعنيف أو إهانة أحد الزوجين الآخر، وإدانته بجرمة مشينة... وتمسكت بعض الدول الكاثوليكية بمنع الطلاق ولكن قبل انصرام القرن العشرين الماضي استسلمت وسمحت بالطلاق، مثل إيطاليا وإسبانيا وإيرلندا. كما اتسعت أسباب الطلاق بصياغتها بعبارات عامة مثل الشقاق المستمر، وتجاوز الفراق الجسدي لفترة معينة، وأخيرا باسم حقوق الإنسان أخذت تصدر أحكام بالطلاق لأسباب تافهة مثل عدم تقبل الزوج لحملته من وجنتها، وما اعتبره أحد الزوجين تقصيرا من الآخر في العناية بكل الأسرة....

ثانيا : الموقف الفقهي العام من الطلاق.

[6] الموقف العام للفقهاء من إنهاء العلاقة الزوجية يبدو غير متوازن، سواء بالنسبة لأهمية هذه العلاقة أو بالنسبة لأطراف المتأثرة مباشرة بالطلاق.

لقد بالغ الفقهاء في ربط حدوث الطلاق بصدور أية كلمة أو إشارة به من الزوج ولو صدر منه ذلك بغیر قصد كما إذا كان الزوج سكرانا، أو هازلا أو مكرها، فرغم انعدام

القصد والإرادة لدى هؤلاء قيل بنفاذ طلاقهم بدعوى أن ما أسند إلى الزوج هو السبب وهو النطق بكلمة الطلاق أو ما يؤدي معناها ولو إشارة أما الأثر المترتب عن هذا السبب أي وقوع الطلاق فهو حق لله لا شأن للزوج به، أي إن الزوج لا ينشئ الطلاق وإنما يقتصر دوره على النطق بلفظه والمنشئ للطلاق هو الله بناء على التففظ به من الزوج.

ويكون طلاق الزوج نافذا ولو كان معلقا على واقعة مستقبلية إرادية أو غير إرادية، أو طبيعية. فاعتبر من صيغ الطلاق النافذة أن يقول الزوج مثلا إذا تزوجت فلانة أو امرأة من بلدة كذا، أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق أو يقول لزوجته أنت طالق إذا سافرت غدا، أو ولدت أنثى أو توأمين، أو نزل المطر...⁽¹⁾

[7] لقد أبعد الفقه الطلاق عن الأحكام التي طبقها الأصوليون على كل من خطاب

التكليف وخطاب الوضع.

خطاب التكليف مثلا يوجه إلى الرشيد القاصد لما يفعله والتمتع بحرية الاختيار، لكن الطلاق يكون نافذا - عند البعض على الأقل - ولو صدر من صبي، أو هازل⁽²⁾ أو مكروه.

(1) في الفتاوى الهندية (381/1) "ولو أضاف الطلاق إلى جملة ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق، وذلك مثل أن يقول: أنت طالق، أو يقول رقيبك طالق، أو عنتك طالق، أو روحك طالق، أو بدتك، أو جسدك أو فرجك أو رأسك أو وجهك. كذا في الهداية... ولو قال يدك طالق وأراد به العبارة عن جميع البدن طلقت كذا في السراج الوهاج، وكذا إذا قال سرتك طالق وكذا اللسان والأنف، والأذن والساق والقبض، كذا في الجوهرة النيرة... وإن أضاف إلى جزء شائع فحو أن يقول نصفك طالق أو ثلثك طالق، أو ربعك طالق أو جزء من ألف جزء منك يقع الطلاق كذا في فتاوى قاضي خان...".

هذه الأمثلة لا تحتاج إلى تعليق، وهي تكشف عن الدرك الذي انحدرت إليه كتابات بعض المنتسبين إلى "الفقه" وما تزال تعاني منها إلى الآن.

(2) ربما قيل بأن نفاذ طلاق الهازل ورد به الأثر الذي يقول: "ثلاث جدهن جد، وهزلن جد، النكاح والطلاق والرجعة".

والتعبير عن التصرفات المنتجة للآثار على المكلف يتم بصيغ ذات دلالة لغوية أو عرفية مشتركة بينما التعبير عن "الطلاق" يمكن للزوج أن يعبر عنه بأي لفظ أو عبارة مثل "اسقني ماء" أو "السماء ماطرة"...

وفقدان السبب أو الشرط، أو وجود المانع، يحتاجي معه الحكم أو يفقد به التصرف صحته، لكن الطلاق مثلاً في المرض يبقى معه الإرث قائماً، وسري على من لم يتزوجها المطلق بعد، ويكون نافذا ولو صدر في فترة العادة الشهرية أو في طهر بعد مساس...

والفقه وإن كان غير مجمع على مثل هذه الأحكام الاستثنائية للطلاق، فإن الاتجاه الغالب فيه هو إخضاعه لأحكام استثنائية لا يقول بها سواء في أحكام خطاب التكليف أو في خطاب الوضع.

وأساس تخصيص الطلاق بأحكام شاذة عن باقي تصرفات المكلف، أشار إليه ابن رشد بقوله:

"فمن شبه الطلاق بالأفعال التي يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيع قال لا يلزم (الطلاق بلفظ الثلاث) ومن شبهه بالنذور والإيمان التي ما التزم العبد منها لزمه على أي صفة كان، ألزم الطلاق كيفما ألزمه المطلق نفسه، وكأن الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سدا للذريعة"⁽¹⁾.

ونشير كذلك إلى أن من الفقهاء من يقصر صلاحية توقيع الطلاق على الزوج شخصياً، فإذا وكل على توقيعه أو فوضه إلى الغير أو الزوجة كان ذلك لغوا لا أثر له، حتى القضاء لا

لكن في إسناد هذا الأثر الراوي "عبد الرحمن بن حبيب بن ازدك وهو مختلف فيه، قال النسائي: منكر الحديث. ووثقه غيره" - نيل الأوطار للشوكلي - 2017.

(1) بداية الجتهد - 61/2.

يحكم بالطلاق، وإنما يمكن أن يقرر فسخ عقد الزواج لا غير.⁽¹⁾

□ الأسباب المؤسس عليها موقف الفقه:

[8] ولعل من أهم الأسباب الدافعة للفقه إلى هذا التوجه إضافة إلى ما نقلناه عن ابن

رشد في الفقرة أعلاه:

● المفهوم الذي فسر به الزواج:

[9] هذا المفهوم تعبر عنه التعريفات التي قدمها الفقه لعقد الزواج⁽²⁾ والتي تركز كلها على اعتباره عقدا عوضيا، والعوضان فيه هما: المال الذي يقدمه الزوج، و"منفعة البضع" التي تضعها المرأة رهن إشارته. والنتيجة المترتبة عن هذا التكييف أن يكون الطلاق لا يعني إلا الزوج الذي "يتنازل" عن الانتفاع بالبعض وهو ما تؤكد تعريفات الطلاق التي منها أنه: "صفة حكومية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته"⁽³⁾ أو أنه: "تصرف مملوك للزوج يحلله بلا سبب فيقطع النكاح"⁽⁴⁾ أو "هو تحريم بعد تحليل"⁽⁵⁾

(1) الخلى لابن حزم - 88/10 و 196 و 216.

(2) من هذه التعريفات:

الزوج: "عقد على مجرد التلاذ بأدمية غير موجب قيمتها بينة قبله" الخطاب على مختصر خليل - 403/3

"الزكاح معاوضة البضع بالمال" - بدائع الصنائع للكاساني - 234/2.

"عقد وضع لتليك منافع البضع" - شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير - 340/2.

(3) مواهب الجليل للخطاب - 18/4.

(4) مغني المحتاج للشريني - 279/3.

(5) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين المرادوي المطبوع مع الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة -

130/22.

أو "إزالة حل الحلية"⁽¹⁾ ولذلك كان فيه "معنى كفران النعمة".⁽²⁾

[10] التعاريف ركزت على عناصر هامة لتشخيص المفهوم الاجتماعي والتنافي للطلاق: إنه يرفع "حلية متعة الزوج بزوجته" و"تصرف مملوك للزوج" وهو فوق ذلك "تحريم بعد تحليل" هذه الأوصاف جميعها تبعده عن تصرف إرادي يمس بصفة مباشرة علاقات أطراف ثلاثة: الأب والأم والأطفال، وبصفة غير مباشرة الاستقرار الاجتماعي، تبعده عن ذلك لتجعل منه "ملكا خالصا" للزوج يتنازل به عن "المتعة" التي امتلكها مقابل ما دفعه من مال، وليس أثره الأساسي إنهاء عقد الزواج حتى يفرض على الراغب فيه أداء حقوق أطراف العلاقة قبل استعمال "حق" الطلاق مثل ما هو الشأن في الالتزامات الإرادية، وإنما أثره هو "تحريم" ما كان حلالا، والتحريم حكم شرعي تعدي لا أثر لإرادة المكلف فيه، ومن هنا رتب الطلاق على كلام الهازل، والذي لم يتزوج بعد المرأة المطلقة، والرابط للطلاق بواقعة مستقبلية مؤكدة أو محتملة إرادية أو لا إرادية... الخ.

صحيح أن من آثار الطلاق إنهاء شرعية الحياة الجنسية بين الزوجين ولكنه أثر تبعي من بين عشرات الآثار التي كانت تمثل الالتزامات والحقوق المتبادلة بين الزوجين وتنتهي طبعا

(1) الكاساني 98/3 الذي أعد من بين آثار الزواج:

"ومنها ملك التمتع وهو اختصاص الزوج بمنافع بعضها وسائر أعضائها استمتاعا، أو ملك الذات والنفس في حق التمتع على اختلاف مشايخنا في ذلك، لأن مقاصد الزواج لا تحصل بدونه، ألا ترى أنه لو لا الاختصاص الخارج عن التزويج بزوج آخر لا يحصل السكن، لأن قلب الزوج لا يطمئن إليها، ونفسه لا تسكن معها ويفسد القرائش لاشتباه النسب ولأن المهر لازم في النكاح، وأنه عوض عن الملك لما ذكرنا فيما تقدم فيدل على لزوم الملك في التكاح أيضا تحقيقا للمعاوضة. وهذا الحكم على الزوجة للزوج خاصة لأنه عوض عن المهر، والمهر على الرجل. وقيل في تأويل قوله عز وجل ﴿وَالرِّجَالُ عَلَىٰ نَجْوَىٰ دَرَجَةٍ﴾ أن الدرجة هي الملك.

... ومنها ملك الجبس والقييد، وهو صيدورتها ممنوعة من الخروج والبروز... "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" 331/2.

(2) المبسوط للسرخسي - 3/6.

بإنهاء العلاقة الزوجية المؤسسة بعقد إرادي يفرض حله مراعاة حقوق كل الأطراف التي يحبسها هذا الحل.

● القوامة والطاعة:

[II] القوامة تقتضي أن يكون الزوج هو السيد المطاع، ورأيه نافذ "فالتكاح رق" كما يعبر بعض الفقهاء⁽¹⁾ فله أن يعبر إذن بأية عبارة يقصد بها إنهاء العلاقة الزوجية لأنه "إزالة الملك عن طريق الإسقاط"⁽²⁾ فيعتبر طلاقاً نافذاً إذا قال لها: "أنت طالق بعض تطليقة، أو ربع تطليقة، أو ثلث تطليقة، أو نصف تطليقة أو جزءاً من ألف جزء من تطليقة... ولو كان أربع نسوة فقال يبتكن تطليقة، طلقت كل واحدة واحدة، لأن الطلقة الواحدة إذا قسمت على أربع أصاب كل واحدة ربعها، وربع تطليقة تطليقة"⁽³⁾

وطاعة الزوج من زوجته ليس لها حدود حتى وإن كان ظالماً لها حسب بعض الآثار الواردة في أكثر من مرجع حديثي أو فقهي ولم يؤثر على تداولها تصدي بعض النقاد لها بالتضعيف والوضع.⁽⁴⁾

وإلى جانب القوامة والطاعة لا يلزم الزوج قضاء - بإحسان معاشرتها أي له أن يبني عليها في ذلك دون أن يكون للزوجة الحق في الانبجاء إلى القضاء لرفع الحيف.⁽⁵⁾

-
- (1) المبسوط للسرخسي - 3/6.
 - (2) نفس المرجع والصفحة.
 - (3) الكلاسي في المرجع السابق 98/3 و99.
 - (4) انظر مثلاً ابن حزم في المحلى - 332/10.
 - (5) يقول القرطبي في تفسير الآية: ﴿وَعَاثِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾:

[12] إن هذه الآراء المبالغة في الإعلاء من مركز الزوج في الأسرة، واعتبار بعض تجاوزاته غير خاضعة للتدخل القضائي فضلاً عن كون الطلاق مجرد تنازل منه عن حق شخصي في التمتع التي أدى ثمنها، وإعتاقاً للزوجة من "رق" الزوجية أو على الأقل من "قيد" الحبس داخل جدران البيت وأخيراً هو "كفران للنعمة" ... كل ذلك ساعد على اعتبار الزوج هو وحده المعني بالطلاق يملك حق إنجازه كيف شاء وأنى شاء، أما الأطراف الأخرى من المطلقة والأطفال فغاب استحضار حقوقهم ولذلك لم يقل أحد بإلزام الزوج بأداء مستحقاتهم قبل السماح له بإنجاز الطلاق، سيما الأطفال المستحقون للنفقة والعاجزون عن المطالبة بها والمدين بها هو ولهم الشرعي، كل ما فعل الفقه في الموضوع هو الإفتاء للقضاء بقبول دعوى النفقة التي ترفعها أمهم بالرغم من انعدام الصفة وهي النيابة القانونية عنهم.

ولا تنحصر محاباة الزوج في الاعتراف بطلاقه قبل الوفاء بما عليه من التزامات هذا الطلاق، وإنما خول صلاحية إنهاء آثاره على حساب المطلقة وأطفالها. ففي مختصر خليل مثلاً: "والزوج انتزاع ولد المرضع فراراً من أن ترثه، أو ليتزوج أختها، أو رابعة، إذا لم يضر بالولد" ⁽¹⁾.

"فأمر الله سبحانه بحسن معاشرته النساء إذا عقد عليهن لتكون ادمه ما بينهم وصحبتهم على الكمال، فانه أهدأ للنفس وأهنأ للعيش، وهذا واجب على الزوج ولا يلزمه في القضاء" 97/5.

(1) انظر شرح الزرقاني على خليل (200/4) الذي أضاف أن الزوج "إذا كان الانتزاع رعيًا لحق غيره من الورثة فأحرى لحق نفسه، بأن يتزوجه ليتصل حيضها لأجل سقوط نفقتها مثلاً".
وتترك للقارئ المقارنة بين آثار فصل الرضيع عن أمه وبين أهداف الزوج التي يريد تحقيقها من هذا الفصل. يمكن أن يثار بأن النص يشترط عدم الإضرار بالرضيع، وهو ما يتحقق بعبارة الزرقاني: "بأن قبل غير أمه فإن لم يقبل غيرها لم يميز انتزاعه منها". لكن هل يتصور عدم القبول من رضيع في شهوره الأولى وبالأحرى في الأسبوع الأول ليلاده؟ ومن يتأكد من ذلك؟

● بعض الآثار المتعلقة بطلاق الهازل:

[13] مما ساعد على إخراج الطلاق من التصرفات الإرادية المحددة لحقوق أطرافها والتزاماتهم، ورود بعض الآثار الدالة على عدم اشتراط القصد في النطق بالطلاق، من هذه الآثار ما أورده الشوكاني⁽¹⁾ بقوله:

"عن أبي هريرة قال: "قال رسول الله ﷺ ثلاث جدهن جد وهزئن جد: النكاح والطلاق والرجعة" رواه الخمسة إلا النسائي، وقال الترمذي حديث حسن غريب.

الحديث أخرجه أيضا الحاكم وصححه وأخرجه الدارقطني. وفي إسناده عبد الرحمن بن حبيب بن ازدك⁽²⁾ وهو مختلف فيه. قال النسائي منكر الحديث ووثقه غيره... عن فضالة بن عبيد الطبراني بلفظ "ثلاث لا يجوز فيهن اللعب الطلاق والنكاح والعق" وفي إسناده ابن لميعة، وعن عبادة بن الصامت عند الحرث بن أبي أسامة في مسنده رفعه بلفظ "ثلاث لا يجوز اللعب فيهن الطلاق والنكاح والعناق فمن قالهن فقد وجبن" إسناده منقطع. وعن أبي ذر عند عبد الرزاق رفعه "من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ومن أعتق وهو لاعب فعتقه جائز، ومن نكح وهو لاعب فنكاحه جائز" وفي إسناده انقطاع أيضا، وعن علي موقوفا عند عبد الرزاق أيضا، وعن عمر موقوفا عنده أيضا".

[14] مع هذه الانتقادات الموجهة للسند وتعارض المضمون مع المبادئ المطبقة على التصرفات الإرادية، قال أكثر من مذهب بتفاد طلاق الهازل وهو ما ساعد على القول

(1) نيل الأوطار - 20/7.

(2) هكذا بتقديم حرف الزاي ثم الدال بينما كتب عند ابن حزم "أدرك" أي يحرف "د" ثم حرف "ر".
وفي الحلى لابن حزم (204/10) "واحتجوا أيضا بآثار فيها: "ثلاث جدهن جد، وهزئن جد، النكاح والطلاق والرجعة" وهي أخبار موضوعة... فإنما رويها عن طريق عبد الرحمن بن حبيب بن أدرك، وهو منكر الحديث، مجهول، لأن قوما قالوا عن عبد الرحمن بن حبيب، وقوما قالوا حبيب بن عبد الرحمن وهو مع ذلك متفق على ضعف روايته".

ينفذ طلاق الزوج بمجرد النطق بما يفيدنه أيا كانت الصيغة التي استعملها ودون أي اعتبار لحقوق المعلقة والأطفال.

هذه بعض الأسباب التي أدت إلى فصل الطلاق عن أحكام التصرفات الإرادية المنظمة للعلاقات بين الأفراد، وإذا كانت قوانين بعض الدول الإسلامية حاولت إخضاعه لإجراءات شكلية، فإن "الفتاوى" والتلقين في المؤسسات الدراسية ما يزالان وفيين للنصوص عليه في المراجع المذهبية...

ثالثا : تطور التشريع المغربي في موضوع الطلاق.

[15] كان القضاء المغربي في موضوع الطلاق يطبق أحكام المذهب المالكي التي تشمل المروي عن إمام المذهب وتلامذته وأتباعه من الفقهاء فضلا عن "الفتاوى" التي تترخ بها كتب "النوازل" التي تفوق فيها المالكيون بشكل ملفت.

ومذهب مالك لا يختلف عن المذاهب الأخرى في موضوع الطلاق الصادر عن الزوج، فطلاق الحازل نافذ، وكذلك المبر عنه بالكليات العرفية، أو بأية كلمة قصد بها إنهاء العلاقة الزوجية، وكثير من صور الطلاق المعلق يسري من لحظة النطق به، كما لا يخلو هذا المذهب - مثل غيره - من اقتراضات مستبعدة الحدوث، وتتم بالشذوذ في بناء الأحكام عليها.⁽¹⁾

(1) في المدونة (4/6) هذا المثال:

"قلت: أريت إن قال لامرأته "إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق، فطلقها واحدة وانقضت عدتها، فتزوجت زوجا غيره، فأكلت نصف الرغيف في ملك الزوج الثاني، ثم طلقها الزوج الثاني فانقضت عدتها، فتزوجها الزوج الأول الحالف فأكلت نصف الرغيف عنده، أئبع عليها الطلاق في قول مالك إذا أكلت من ذلك الرغيف الذي حلف عليه قليلا أو كثيرا؟ (قال) نعم ما بقي من طلاق ذلك الملك الذي حلف فيه شيء، فإذا انقضى طلاق ذلك الملك الذي حلف فيه لم يقع عليها إن أكلت الرغيف في ملك الحالف أو بعض الرغيف طلاق، لأنه إما كان حالفا بطلاق من ذلك الملك، فإذا ذهب طلاقه، فقد ذهب الذي كان به حالفا، فصار بمنزلة من لا يمين عليه."

[16] عندما صدرت مدونة الأحوال الشخصية عام 1957 تضمنت أحكاما مخالفة لما

كان يقرره المذهب المالكي. منها:

- الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق (ف. 50).

- الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدا (ف. 51).

- الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع (ف. 52)

- اعتبار طلاق الزوج رجعيا في جميع الأحوال إلا المكل للثلاث والطلاق قبل

الدخول والخلع والمملك (ف. 67).

كما قررت في الفصل 48 وجوب تسجيل الطلاق لدى شاهدين عدلين منتصبين للإشهاد، وهو حكم لا يبدو متخافا للفقهاء المالكي لأن النص لم يقرر عدم الاعتراف بالطلاق الذي لم يتم الإشهاد عليه، كما أن إثبات الطلاق في الفقه لا يتم بأقل من شهادة شاهدين عدلين.

[17] وفي التعديلات التي أدخلت على مدونة الأحوال الشخصية في 1993/09/10

أعيدت صياغة الفصل 48 كما يلي:

"1- يجب الإشهاد بالطلاق لدى شاهدين عدلين منتصبين للإشهاد في دائرة اختصاص

القاضي التي يوجد بها بيت الزوجية.

هل يحدث هذا عمليا؟ كيف يتم الاحتفاظ بالريغف ثم يجزء منه طيلة أشهر وربما سنوات وهو صالح للاستهلاك؟ إذا علق الزوج الطلاق على أكل الريغف وقبل الأكل صرح بالطلاق، يبقى الأكل من ذلك الريغف أبد الدهر موجبا للطلاق متى كانت الزوجة وقت الأكل في عصمة الخالف. لكن إذا أكلت الزوجة من الريغف عقب الحلف وترتب عن ذلك الطلاق فإنها إذا احتفظت بجزء من ذلك الريغف وأكلته بعد أن عادت إلى عصمة الخالف لم يترتب عن أكلها الثاني شيء.

2- لا يسجل الطلاق إلا بحضور الطرفين وبعد إذن القاضي.

3- إذا توصلت الزوجة بالاستدعاء ولم تحضر وأصر الزوج على إيقاع الطلاق استغني

عن حضورها".

كما عدل في نفس التاريخ الفصل 179 من قانون المسطرة المدنية الذي أضيفت إليه

الفقرات التالية:

"... يجب على القاضي قبل الإذن بالطلاق القيام بمحاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين بكل الوسائل التي يراها ملائمة، ومنها بعث حكمين عند الاقتضاء للسداد بينهما.

على الحكمين أن يفهما أسباب الشقاق بين الزوجين ويذلا جهدهما في الإصلاح.

إذا حصل التصالح سجله المحكم في تقريرهما ورفعاه إلى القاضي، وإذا فشلت محاولة الصلح بينا في تقريرهما أسباب الشقاق بين الزوجين.

يحدد القاضي عند الإذن بالطلاق مبلغا يودعه الزوج بصندوق المحكمة قبل الإشهاد ضمنا لتنفيذ الالتزامات المينة في المقطع التالي.

يصدر القاضي تلقائيا بعد الخطاب على رسم الطلاق أمرا يحدد فيه نفقة المرأة أثناء العدة ومحل سكناها خلالها والمنفعة المرامي في تقديرها ما قد يلحق الزوجة من أضرار بسبب الطلاق غير المبرر، وأداء كالأى الصداق ونفقة الأولاد، وينظم حتى زيارة الأب وينفذ هذا الأمر على الأصل ولا يقبل أي طعن.

يحق لمن يعتبر نفسه متضررا من هذا الأمر، أن يقدم دعواه إلى المحكمة وفق الإجراءات العادية".

[18] أما مدونة الأسرة الصادرة عام 2004 فيمكن القول إنها احتفظت للزوج بامتياز توقيع الطلاق لسبب وبدون سبب، لكن مع تفصيل الإجراءات الخاصة بطلب الإذن ومحاولة الإصلاح بين الزوجين قبل الإذن بتوثيق الطلاق، وسنرى ذلك في الفقرة الأخيرة من هذا التقديم.

رابعها : من مناقشات اللجنة الاستشارية.

[19] ناقشت اللجنة موضوع الطلاق في المحضر 33 الذي استغرق اجتماعات أيام 28-31 ماي 2002 ومما سجل في المحضر تبين:

1- لم يسجل على أي عضو طلب تحويل القضاء صلاحية رفض رغبة الزوج في الطلاق.

2- عرض في المناقشات رأيان:

الأول الذي تمسك به أغلب الأعضاء يرى الخيار للزوج:

فله أن ينطق بالطلاق وترتب عليه كل آثاره من لحظة هذا النطق، لأن "الطلاق تشريع إسلامي داخلي، فبجرد التلفظ به من قبل الزوج يعتد به سواء حكم به القاضي أو لم يحكم، وحين يخبر الزوج القاضي بإيقاع الطلاق مباشرة أو أمام العدلين يأمر بتسجيله في المحكمة ويخاطب عليه ليأخذ الصيغة الرسمية بالنسبة للقانون الخارجي".⁽¹⁾

(1) ويعمير عضو آخر: "إن الزوج يذهب إلى العدل ويطلب منه الإشهاد على الطلاق الذي أقدم عليه وبالتالي فإن العلاقات الزوجية قد انتهت، ولا يبقى حينئذ القاضي إلا محاولة إرجاع الزوجين إلى حالتها السابقة بناء على عقد زواج جديد إن كان ذلك ممكنا شرعا".

وله في حالة حدوث مشاكسة بينه وبين زوجته أن "يتقدم عند العدل أو القاضي معرباً عن رغبته في الطلاق، هنا يمكن تطبيق مقتضيات م. 179 من ق. م. م." أو كما يقول عضو آخر: "وإما أن ينشب خلاف ما بين الزوجين ويريد الزوج أن يطلق وقبل إيقاعه يرفع الأمر إلى القاضي أو العدول، فهنا يمكن تطبيق الآية الكريمة: ﴿فَأَقْصُوا كَهْلاً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكماً مِنْ أَهْلِهَا...﴾ الآية.

والرأي الثاني طلب بإيجاد "صيغة تجعل الزوج قبل إيقاع الطلاق يلجأ إلى القاضي الذي عليه إجراء محاولة الصلح بين الزوجين، وإحاطة الزوج علماً بالآثار المترتبة على الطلاق من متعة ونفقة وحضانة وغيرها...".

3- قدمت بعد ذلك الصياغة المؤقتة الآتية:

"يصدر القاضي مقررًا بإيقاع الطلاق استجابة لطلب الزوج، وذلك بعد القيام بمحاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين وفشل محاولة الصلح بينهما.

ويكون مقرره نهائياً غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن".

وافق ثمانية أعضاء على هذه الصياغة بينما تحفظ منها سبعة أعضاء "حتى يتم معرفة القرار الذي ستعتمده اللجنة بخصوص الطلاق الذي يوقعه الزوج خارج المحكمة وقبل أن يتقدم إلى القاضي لطلب الإذن به".

4 - [20] تواصلت مناقشة موضوع هذا التحفظ وقدمت الصياغة التالية التي تستجيب لرغبة الأغلبية:

"الفقرة الأولى: يصدر القاضي مقررًا بإيقاع الطلاق استجابة لطلب الزوج، وذلك بعد القيام بمحاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين وفشل محاولة الصلح بينهما.

ويكون مقرره نهائيا غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن.

الفقرة الثانية: في حالة إيقاع الطلاق قبل رفع الأمر للمحكمة، فإن القاضي يصدر قرارا ب لزوم الطلاق ويأمر بالإشهاد عليه، ثم يقوم بمحاولة الصلح من أجل استئناف العلاقة الزوجية طبقا لمقتضيات الشرع".

5- والمرحلة الثانية من مداورات اللجنة التي لم تسجل انتهت بتقديم اللجنة لمشروعها في سبتمبر 2003 الذي تضمن صياغتين:

الأولى في المتن:

"على من يريد الطلاق طلب الإذن بالإشهاد به لدى العدلين من المحكمة التي يوجد بداثرتها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب".

والثانية في الخامس تنبأها أربعة أعضاء على أن تعوض بها المواد من 79 إلى 88 من مدونة الأسرة. وجاء فيها:

(...) على من يريد الطلاق أن يتوجه إلى القاضي لإطلاعه على رغبته في الطلاق، وعلى القاضي استدعاء الزوجة ومحاولة الإصلاح بينهما بكل الطرق ما دام لم يتلفظ بالطلاق.

(...) في حالة إيقاع الطلاق قبل الرفع إلى القاضي أو بعد الرفع إليه، يتعين الإشهاد عليه وتسجيله ومحاولة الإصلاح بينهما ورد الزوجة إلى زوجها إذا لم يصادف الطلاق الثالث.

(...) على القاضي بعد وقوع الطلاق القيام بتحديد مستحقات الزوجة والأطفال وإلزام الزوج بأدائها.

وفي النص النهائي للمدونة ادخل تغيير شكلي على الصياغة الواردة في متن مشروع

اللجنة، وهو ما تضمنته م. 79 التي تقول:

"يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين متصنين لذلك بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها، أو التي أرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب".

[21] والخلاصة أن توقيع الطلاق كان محل جدل بين أعضاء اللجنة الاستشارية في جلسات عديدة وبالأخص حول النص صراحة في مواد المدونة على نفاذ الطلاق بمجرد النطق به من الزوج، وقد تم أخيرا في الصياغة النهائية التي أدخلت على مشروع اللجنة الاستغناء عنه باعتباره حكما فقهيها اجتهاديا، ولأن ذلك يساعد على التعسف في استعماله وعلى الإصرار بالمطقة وبالأطفال وعلى تملص الزوج من التزاماته.

خامسا : الصياغة العامة لمواد كتاب الطلاق.

[22] يمكن التأكيد على أن موضوع الطلاق كان أكثر أبواب مدونة الأسرة إثارة للجدل وبأسلوب متوتر أحيانا، دفاعا عن الأحكام الفقهية الواردة في المراجع المذهبية، أو دعوة إلى تغيير عدد من هذه الأحكام مراعاة للابسات الواقع ونتائجها السلبية في المال.

مما يبدو مؤثرا على حسن الصياغة ووضوحها نتيجة التمسك ببعض أحكام الفقه ومصطلحاته:

- ما جاء في م. 73 - 78 و 90 - 93 التي لا تبدو حاجة إلى مضمونها بعد تقرير الإجراءات الخاصة بطلب الإذن بالطلاق.

- التدليس المنصوص عليه في م. 63 والعيوب الواردة في م. 107 قد يتحققان في واقعة واحدة بينما الأحكام مختلفة بين الفسخ والطلاق، وأجل إثارة التدليس أو العيب فضلاً عن التعويض المنصوص عليه في م. 63.

- التطبيق للضرر في م. 98 و99 منح للزوجة وحدها والحال أنه لا مبرر لذلك.

- الفكرة السائدة على أن الزوج هو الذي يطلق وهو المزم بأداء المنفعة ونفقة العدة تسببت في صياغة غير موفقة للمادة 97 المتعلقة بالتطبيق للشقاق.

- الاحتفاظ بمصطلحي: الطلاق والتطليق وتخصيص إجراءات مسطرية لكل منهما.

- إقرار الطلاق الاتفاقي (م. 114) مع الاحتفاظ بطلاق الخلع بكل تفاصيل أحكامه

في الفقه (م. 115 - 120).

- استعمال مصطلح "المنعة" بدلالته الفقهية مع ربط مبلغها بأسباب الطلاق (م. 84) والحديث عن التعويض في م. 97. وهو ما أربك العمل القضائي في التطبيق.

لكن إلى جانب هذه الملاحظات تضمنت مدونة الأسرة في باب الطلاق أحكاماً تبدو إيجابياتها واضحة منها:

- فرض الإجراءات القضائية في توقيع الطلاق ووضع حد للوضع الشاذ الذي كان يجرّد الطلاق من عناصر التصرفات الإرادية المؤثرة على حقوق الأفراد والتزاماتهم، ويبيعه عن الضوابط الموجهة لخطاب التكليف وخطاب الوضع.

- تنظيم الطلاق بسبب الشقاق بين الزوجين (م. 97).

- الطلاق الاتفاقي (م. 114).

- عدم قبول الحكم بالطلاق لأي طعن (م. 128).

[23] بعد هذا التقديم نتناول موضوع كتاب الطلاق كما يلي:

فصل تمهيدي: انحلال العلاقة الزوجية بالوفاة أو الفسخ.

الفصل الأول: الطلاق.

الفصل الثاني: التطليق للشقاق.

الفصل الثالث: التطليق بطلب من الزوجة

الفصل الرابع: أنواع الطلاق والتطليق وآثارهما.

فصل تحريدي

انتحاء الزوجية
بالوفاة أو بالفسخ

[24] جاء في م. 71 من مدونة الأسرة: "يحل عقد الزواج بالوفاة، أو الفسخ، أو الطلاق، أو التطليق، أو الخلع".

الفقرة الأولى : الوفاة.

[25] ب وفاة أحد الزوجين تنتهي العلاقة الزوجية وتترتب عن ذلك الآثار العديدة المترتبة عن هذه الوفاة من أهمها التوارث إذا لم يوجد مانع منه، وعدة الوفاة وغيرها مما هو مذكور في المدونة وفي الأبواب الفقهية المختلفة⁽¹⁾ والوفاة قد تكون فعلية وقد تكون حكومية:

(1) من الآثار التي أثير فيها النقاش غسل الحي من الزوجين المتوفى منهما. يقول ابن رشد في بداية الجتهد (221/1) "وأجمعوا من هذا الباب على جواز غسل المرأة زوجها، واحتلفوا في جواز غسله إياها، فالجمهور على جواز ذلك، وقال أبو حنيفة لا يجوز غسل الرجل زوجته".

وبما جرت مناقشته من اللجنة الاستشارية بفقعة المتوفى عنها، واستعمال أجهزة الاستعمال اليومي في بيت الأسرة. وبالنسبة للفقعة اقترح استحقاق المتوفى عنها للفقعة في فترة العدة، وعرض الاقتراح بشدة، وكل ما أمكن هو عدم النص صراحة على سقوط الفقعة بالوفاة كما كان يقضي بذلك الفصل 122 من مدونة الأحوال الشخصية.

اما بالنسبة للأجهزة والآثار فأغلبية الأعضاء عارضت تخصيصها بأي حكم استثنائي "لأن المطالبة باستثناء تجهيزات المنزل من التركة يخالف لنصوص القرآن التي تقول إن كل ما تركه الميت هو محل الإرث، وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ، وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرُ...﴾ فاتركت - يضيف - تنتقل للورثة بمجرد وفاة المالك، وكل شيء في التركة لا يجوز استعماله إلا بإذن جميع الورثة حتى أن بقاء الأسرة مستعملة لهذه التجهيزات تحت حراسة المصفي في حد ذاته لا يحل المشكل ولا يساير الفقه الإسلامي".

وقال عضو آخر: "إنه أثناء الوفاة إما أن يموتد العلاقات الأسرية أو تنفك، فمعدما تنحصر المروءة والصفة فلا إشكال، لكن في الحالة الماكسة ينبغي إيجاد حل لهذه المعضلة الاجتماعية. عندما يتزوج من الزوجة والبنات بعد وفاة الزوج الأب حتى الأشياء التي لمن علاقة عاطفية بها، واعتدن أن تعتبر ملكا لمن. فالاقترح القدم من بعض الأعضاء والذي أثير عليه يتعلق فقط ببعض التجهيزات المنزلية الضرورية التي تدخل في الاستعمال اليومي للأسرة، والتي يتعين عدم ضمها إلى تركة الزوج المتوفى على أن تبقى للأسرة الصغيرة التي كانت تستعملها".

واعترضت الأغلبية على الاقتراح، فتم التوافق على ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 377 التي تقول:

1 - الوفاة الفعلية:

[26] تتحقق الوفاة وتثبت بكل الوسائل المقبولة كما تقول م. 74، وأهم تلك الوسائل: الشهادة الطبية ومجلات الحالة المدنية التي يفرض القانون تضمينها تاريخ الوفاة داخل ثلاثين يوماً من حدوثها⁽¹⁾ عن طريق تصريح بالوفاة من الأشخاص المحددين في م. 24-29 من قانون الحالة المدنية، أو بحكم المحكمة.⁽²⁾

[27] والتصرّح بالوفاة لدى ضابط الحالة المدنية يجب أن يدعم:
"بشهادة معانة مسلمة من طرف الطبيب أو الممرض التابع للصحة العمومية، وإذا تعذر بشهادة معانة مسلمة من طرف ممثل السلطة المختصة".⁽³⁾

ويمكن إثبات الوفاة بأية وسيلة أخرى يقتنع بها القضاء. أما "رسم الوفاة" الذي يحرره ضابط الحالة المدنية بناء على التصريح الذي يتلقاه فيخضع لإثبات الوفاة به لمقتضيات ف. 418 و419 ظ.ل.ع. فهي ورقة رسمية لها قوة إثبات قاطعة لا يطعن فيها إلا بالزور في الوقائع التي يشهد الضابط بصحتها في محضره، لكن مضمون التصريح وما يمكن أن يكون قد رافقه من تحايل أو تدليس أو خطأ مادي مثلاً كل ذلك لا يكتسب الحجية الرسمية ويمكن إثبات ما يخالفه بكل وسائل الإثبات "بواسطة الشهود وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة" كما تقول م. 419 ظ.ل.ع.

"يقوم المصفي بناء على طلب أحد الورثة بإحصاء التجهيزات الأساسية المعدة لاستعمال اليومي للأسرة، ويتركها بيد الأسرة التي كانت تستعملها وقت وفاة المالك. وتصبح هذه الأسرة بمثابة الحارس عليها إلى حين البت فيها بصفة استعجالية عند الاقتضاء".

(1) م. 15 من المرسوم التطبيقي (2002/10/09) لقانون الحالة المدنية.

(2) نفس المادة 15 أعلاه.

(3) المادة 32 من المرسوم.

هذا وقد ذهب أحكام قضائية إلى استبعاد رسوم ضابط الحالة المدنية من وسائل الإثبات متأثرة في ذلك بالفصل 8 من ظهير 8 مارس 1950 المتعلق بتجديد تطبيق قانون الحالة المدنية التي تقول:

"لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تمس مقتضيات ظهرينا الشريف هذا بما يجري به العمل من القواعد لدى الحاكم الراجع لها النظر في الأحوال الشخصية والميراث".

وما ذهب إليه هذه الأحكام لا مبرر له، فالفصل الثامن المشار إليه أحقه الصدر الأعظم / الوزير الأول الذي كان ضد تطبيق قانون الحالة المدنية على المغاربة باعتباره قانونا أجنبيا مخالفا للإسلام خصوصا وأن منشأه كان الكنيسة. والآن أصبح قانون الحالة المدنية قانونا مغربيا صريحا، وكل الوثائق التي يجزها العاملون فيه تعتبر أوراقا رسمية يطبق عليها الفصلان 418 و419 ظ.ل.ع.

2- الوفاة الحكيمة:

[28] نصت م. 325 من مدونة الأسرة على أن "الميت حكما من انقطع خبره وصدر حكم باعتباره ميتا". وانقطاع خبر الشخص أو فقدته قد يكون في ظروف عادية، وقد يتم ذلك في ظروف استثنائية يغلب فيها هلاك الشخص وموته.

● الفقد في ظروف عادية: (1)

جاء في م. 326: "المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله، فلا يورث ولا يقسم بين

(1) لم يعد الفقد قاصرا على المسافرين أو الغائبين في بلاد أجنبية، وإنما يمكن القول إن الجريمة اليوم أصبحت تشكل السبب الأساسي لاختفاء الأشخاص سواء منهم الأطفال أو الرشداء.
منذ أيام نشر إحصاء عن ألمانيا يقول إنه خلال عام 2011 اختفى (5500) فرد منهم (1388) قاصرا، و(558) طفل تحت سن (13) سنة.

ورثته إلا بعد الحكم بتموته، ومحتمل الحياة في حق نفسه، وكذلك في حق غيره فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يبت في أمره."

والمسطرة الموضوعة لاستصدار الحكم بوفاة المفقود هي المنصوص عليها في الفصل 266 ق.م. "يحدد القاضي الذي يقدم إليه المعني بالأمر مقالا في سائر الأحوال الأخرى أجلا يأمر أثناءه بإجراء كل بحث وتدقيق بجميع الوسائل الممكنة وخاصة بواسطة المصالح المختصة بالبحث عن الغائبين."

يقوم القاضي بالإجراءات المشار إليها في الفصل 265 بعد إنهاء البحث وانصرام الأجل دون ظهور أي خبر عن الغائب.

يصدر الحكم التصريحي بالوفاة في سائر الأحوال إذا انصرم أكثر من ثمانين سنة على ازدياد الغائب."

[29] وفي الواقع العملي لا يتوفر تنظيم مؤسسي للبحث عن المفقودين أو الغائبين يمكن أن يساعد المحكمة المعنية في البحث المرغوب فيه، وهذا ما يجعل طلبات الحكم بالموت الحكمي قليلا وملفاتها تعاني من البطء الذي لا مزيد عليه. وانتظار سن التعبير وهو ثمانون عاما تتراكم معه المشاكل لثلاثة أجيال، ولكن لا وجود لبديل أفضل، نعم نظرا لتزايد حالات الاختفاء ينبغي اعتماد مؤسسة تعنى بالموضوع مع مساعدتها من أجهزة الدولة ومن مؤسسات المجتمع حتى يمكن التقليل من المشاكل الاجتماعية الناتجة عن الاختفاء خصوصا في واقعنا الذي تساهم كل من الجريمة وحرية التنقل في رفع نسبة المفقودين.

وإذا ظهر المفقود بعد الحكم بوفاته تعين على النيابة العامة أو من يعينه الأمر، أن يطلب من المحكمة إصدار قرار بإثبات كونه ما يزال على قيد الحياة وهذا الحكم يبطل الحكم بالوفاة بجميع آثاره ما عدا زواج امرأة المفقود فيبقى نافذا إذا وقع البناء بها (م. 75) أ.أ.

كما أنه في حالة ثبوت التاريخ الحقيقي للوفاة غير الذي صدر به الحكم تعين كذلك على النيابة العامة وكل من يعنيه الأمر طلب إصدار الحكم بإثبات التاريخ الحقيقي للوفاة وبإعلان الآثار المترتبة عن التاريخ غير الصحيح للوفاة ما عدا زواج المرأة ولو لم تبدأ الحياة الزوجية بعد. (م. 76) م.أ.

● الفقد في ظروف استثنائية:

[30] تكون ظروف الاختفاء استثنائية إذا كان يغلب فيها الهلاك وفق ما أشارت إليه م. 327 م.أ. مثل حوادث الطيران والسفن، والزلازل والمدم البحرى / أَسُونامي وغير ذلك من الحوادث التي يكون المفقود موجودا فيها يقينا ثم لا يعثر عليه بعد البحث الذي قد يستغرق ساعات أو أياما حسب الحدث المعنى.

والفترة المحددة لإصدار الحكم بوفاة المفقود هي سنة بعد تاريخ الياَس من الوقوف على خبر حياته أو مماته (م. 327) م.أ. قد تبدو السنة طويلة خصوصا في بعض الحوادث التي يكون عدم العثور فيها على المفقود يقترب من القطع بوفاته مثل غرق سفينة أو تحطم طائرة كان من بين ركابها. ولكن الاحتياط أمر ضروري، وتأخر إعلان الوفاة أهون من استعجال الإعلان الذي قد يكذبه الواقع وإن كان مجرد احتمال.

وتاريخ الوفاة التي يصدر بها الحكم هو تاريخ الحدث الاستثنائي الذي فقد فيه المحكوم بوفاته وليس تاريخ صدور الحكم، لأن فترة التحري تؤكد الوفاة في الحادث، عكس الفقد في ظروف عادية حيث يعتبر المفقود حيا إلى تاريخ الحكم بوفاته.

وإذا ظهر المفقود في حالة استثنائية حيا بعد الحكم بوفاته اتبعت نفس إجراءات م. 75 السالفة الذكر.

الفقرة الثانية: الفسخ.

[31] بالنسبة لفسخ عقد الزواج اكتفت المدونة بالمادة 77 التي تقول: "يحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء⁽¹⁾ أو بعده، في الحالات وطبقا لشروط المنصوص عليها في هذه المدونة".

ومصطلح "الفسخ" يثير بعض الغموض في استعماله، فالفروض أن يكون الفسخ غير الطلاق، لكن في الاستعمال الفقهي يوجد تداخل بين المصطلحين يصل إلى الخلط بينهما، سيما في المذهب المالكي الذي يستعمل عبارة "الفسخ بطلاق"⁽²⁾

ومدونة الأسرة حاولت التمييز بين المصطلحين دون أن تؤكد ذلك بنص صريح، بل أحيانا عادت إلى الخلط بينهما كما في المادة 108 المتعلقة بطلب التطليق للعب.

لكن التوجه العام الذي سلكته يسمح بالقول بأنها فصلت بين المصطلحين وبأن الفسخ له أسبابه الخاصة ولا تترتب عليه آثار الطلاق. ومما يؤكد ذلك:

(1) نقاديا لمسطرة الطلاق والتطليق الطربية وتكاليفها، اقترح بعض الأعضاء إمكانية الاتجاه إلى الفسخ وجاء في الاقتراح:

"م... إلى جانب مسطرة الطلاق العادية يمكن فسخ الزواج قبل البناء باتفاق الزوجين، أو بطلب من أحدهما متى أسس ذلك على أسباب تؤكد انعدام الشروط الأساسية لقيام حياة زوجية تسودها المودة والوفاق.

في حالة الطلاق تستحق الزوجة نصف المهر.

وفي حالة الفسخ يمكن للمحكمة أن تمنح تعريضا للزوج المتضرر."

ولكن الاقتراح رفض من أغلبية الأعضاء

(2) بالإضافة إلى ذلك قد يقابل الطلاق بالرد، والفسخ كذلك بالرد كما في الفصلين 32 و54 من مدونة الأحوال الشخصية.

- ما جاء في م. 39 من أن مانع الطلاق يترتب عن "حدوث الطلاق بين الزوجين ثلاث مرات..." وهو ما يعني عدم احتساب ما قد يكون حدث من فسخ لزوجيهما.

- في م. 59- 61 وعندما تعرضت للزواج الفاسد في م. 6159 اكتفت باستعمال كلمة الفسخ وهو ما يعني أن القضاء يقتصر على الحكم بالفسخ دون إضافة كلمة "بطلاق" كما كانت م.ح.ش. تنص على ذلك في الفصل 37.

ونص م. 61 على الاعتداد بالطلاق أو التطليق الواقع قبل صدور الحكم بالفسخ لا يعني أن الفسخ الذي يصدر به الحكم يعتبر طلاقا.

- وفي حالتي التدليس والإكراه اقتضرت م. 63 على طلب فسخ الزواج ما دام الطلب مؤسسا على أحد هاذين العيين من عيوب الإرادة.

- وفي م. 71 أكدت المدونة أن عقد الزواج ينحل: "بالوفاة، أو الفسخ، أو الطلاق، أو التطليق، أو الخلع"⁽¹⁾ وهو ما يعني أن كل سبب من أسباب انحلال الزوجية له حالته وأحكامه الخاصة به.

[32] هذه النصوص تؤكد تمييز مدونة الأسرة بين الفسخ والطلاق، وهو ما يعني أن ورود كلمة "الفسخ" في م. 108 كان عرضا وغير مقصود تسرب من الفقه الذي يستعمل لإنهاء العلاقة الزوجية بسبب "الغيب" أربعة مصطلحات: الطلاق، والتطليق، والفسخ، والرد.

(1) "الخلع" أضيف على اعتباره "طلاقا اتفاقيا" متميزا عن "الطلاق" الذي يملكه الزوج ويصدره بإرادته المنفردة ولذلك خصص له مع "الطلاق الاتفاقي" قسم مستقل عن الطلاق والتطليق في صياغة مواد كتاب الطلاق.

ومن المعروف أن استعمال الفقه المالكي لعبارة "الفسخ بطلاق" مؤسس على مبدأ "مراعاة الخلاف" المعمول به في هذا الفقه، وهو ما تؤكد عبارة مدونة الأحوال الشخصية في الفصل 37 الذي كان يقول: "وأما إذا كان [الزواج] مختلفا في فسادة فيفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق...".

ويبدو أن تطبيق مبدأ مراعاة الخلاف لا مجال له الآن، لأن الأحكام صيغت في قواعد أسرة وملزمة، ومنها المخالف للفقه المالكي ذاته، ولو سمح بخالفها مراعاة للرأي المخالف لتعطل التطبيق لأن أغلبية الأحكام مختلف فيها فقهيًا.

وعسى أن تساعد صياغة مواد مدونة الأسرة القضاء على تأكيد الفصل بين الطلاق والفسخ وعلى الضبط الملل والسليم لحالات كل واحد منهما انطلاقًا من كون الطلاق يكون في العقد الصحيح بينما الفسخ يكون من نصيب العقد المعب، ووجود بعض الاستثناءات⁽¹⁾ تفسر بأنها مؤكدة للقاعدة كما يقال.

(1) وذلك مثل نفاذ الطلاق أو التطبيق الصادر في الزواج الفاسد قبل فسخه (م. 61) وبعض حالات الاختلاف في الصداق التي يعبر فيها بالفسخ قبل بدء العلاقة الزوجية.

الطلاب

الفصل الأول

تقديم

[33] الدلالة اللغوية والاصطلاحية لكلمة "الطلاق".

الدلالة اللغوية:

[34] يقول ابن فارس: "الطاء، واللام، والقاف، أصل صحيح مطرد واحد، وهو يدل

على التخلي والإرسال"⁽¹⁾

وفي لسان العرب لابن منظور: "والتطبيق: التخلي والإرسال وحل العقد ويكون الاطلاق بمعنى الترك والإرسال"، "وقد طَلقت المرأة تُطَلِّق طَلْقاً على ما لم يسم فاعله وطلّقت بضم اللام، ابن الاعرابي طَلَّقْتُ من الطلاق أجود وطلّقت بفتح اللام جائز... وطلّق الرجل امرأته وطلّقت هي بالفتح تطلق طلاقاً وطلّقت والضم أكثر عن ثعلب طلاقاً، وأطلقها بعلمها وطلّقها".

ويؤخذ من هذا أن الجذر اللغوي للكلمة ورد بالفعل الثلاثي مضموم العين ومفتوحاً، ومبني على ما لم يسم فاعله كما ورد مضعف العين، ومسبوقاً بهززة القطع، ونتيجة لذلك يكون كل من الطلاق، والتطبيق، والإطلاق مصدراً قياسياً للفعل التابع له في الاشتقاق.

الدلالة الاصطلاحية:

[35] كل المذاهب الفقهية تقريباً تحول صلاحية إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق للزوج ولل قضاء⁽²⁾، مع الاختصار على استعمال صيغة فعلية موحدة، وتعدد الصيغة المصدرية غالباً.

(1) مقاييس اللغة - 420/3.

(2) ممن لا يسائر الفقه في هذا: ابن حزم الظاهري الذي يرى أن الطلاق لا يمارسه إلا الزوج، أما القضاء فلا يملك إلا فسخ عقد الزواج حتى في الحالات التي يدخل استجابة لطلب الزوجة. - الحلي - 88/10 و92.

فبالنسبة للصيغة الفعلية استعمل الفقه والقضاء الثلاثي المضعف " طلق، يطلق " تعلق الأمر بالزوج أو بالزوجة المفوضة أو الوكيلة عن الزوج أو بالقضاء. وهجرا صيغتي "أطلق" و"طلق" الثلاثي واحتفظ بمصدرها الذي قصره على الزوج، بينما استعمل الطلاق والتطليق معا في حالة إنهاء العلاقة الزوجية من القضاء بناء على طلب الزوجة، وكذلك الإنهاء من الزوجة ذاتها التي نقل إليها الزوج توقيع الطلاق تفويضا أو توكيلا.⁽¹⁾

وأساس هذا التمييز في استعمال الطلاق والتطليق أن الزوج في نظر الفقه هو وحده المالك لحق إنهاء العلاقة الزوجية، فإذا صدر عن غيره سمي "تطليقا" إحياء بصدوره من غير الجهة المالكة له شرعا، وبغير إرادته لأن التطليق يصدره القضاء استجابة لطلب الزوجة وإن كانت الأسباب التي تستند إليها حددها الفقه مسبقا.

[36] ولم يكن الفقه يرى للزوج حاجة في طلب إنهاء العلاقة الزوجية من القضاء وبذلك خص "التطليق" بحالات طلب الزوجة التي اعتبرت "محلا" للطلاق وليست طرفا فيه.⁽²⁾

ومدونة الأحوال الشخصية السابقة استعملت مصطلحي: الطلاق والتطليق وفقا للساند في الفقه أي الطلاق يصدره الزوج، والتطليق يحكم به القاضي بطلب من الزوجة.

وفي النسخة الفرنسية ترجمت كلمة الطلاق بـ "De la répudiation" والتطليق بـ "Du divorce" والمصطلح الثاني في اللغة الفرنسية يعني الطلاق القضائي، أما الأول La répudiation فيعني بصفة عامة التخلي والتنازل أو الرفض، ويستعمل في إنهاء العلاقة الزوجية بمفهوم طلاق الزوجة باعتبارها موضوع الطلاق أو محلا له، وهذا ما يقربه من

(1) ويستعمل أحيانا لفظ "التفريق" مكان التطليق في إنهاء العلاقة الزوجية الصادر من القضاء.

(2) كانت المدونة السابقة تنص في الفصل 45 على أن: "حمل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح، والمتعدة من طلاق رجعي، ولا يصبح على غيرها الطلاق ولو معلنا".

معنى الطلاق الذي يصدره الزوج بإرادته المنفردة. وبذلك كانت الترجمة لا تؤدي المعنى الفقهي للطلاق والتطليق. فالطلاق هو الذي يقترب من *La répudiation* بصدوره بإرادة الزوج المطلق بينما الزوجة مجرد "محل" أو موضوع للطلاق وهو ما يحقق معنى التخلي والترك الذي تفيدته *La répudiation*.

بينما التطليق الصادر عن القضاء ورغم إرادة الزوج يبدو أقرب إلى معنى *Le Divorce* الذي يحكم به القضاء بناء على طلب أحد الزوجين أو طلبهما معا.

[37] أما مدونة الأسرة فقد تخلت في ترجمتها الفرنسية عن مصطلح *La répudiation* وعوضته بـ *Wacouché* *Le divorce sous contrôle judiciaire* أي الطلاق تحت الرقابة القضائية. واستوحت هذه الترجمة من صياغة م. 78 التي تقول: "الطلاق حل ميثاق الزوجية بمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه، تحت مراقبة القضاء وطبقاً لأحكام هذه المدونة".⁽¹⁾

(1) هذه الصياغة ليست للجنة الاستشارية التي كان المشروع الذي قدمته كما يلي:
"الطلاق حل ميثاق الزوجية بمارسه:

- الزوج.

- الزوجة في حالة التليك."

وهي صياغة لم تكن تختلف عن الفصل 44 م. ح. ش. الذي جاء فيه:

"الطلاق هو حل عقدة النكاح بإيقاع الزوج أو وكيله أو من فوض له في ذلك، أو الزوجة إن مُلِكت هذا الحق أو

القاضي."

في محضر الاجتماع 33 للجنة الاستشارية قدمت الاقتراحات الآتية في تعريف الطلاق:

- عضوان تمسكا بالفصل 44 من المدونة السابقة دون أي تغيير.

- ستة أعضاء قالوا بالا حفاظ بالفصل 44 مع تغيير عبارة "أو القاضي" بعبارة "حكم القاضي".

- عضوان مع بقاء الفصل على حاله بعد حذف "أو وكيله أو من فوض له في ذلك".

- أربعة أعضاء قدموا المقترح التالي:

=

[38] ونعتقد أن هذا التعريف يعهد نهائيا الاعتراف بالطلاق الذي ينطبق به الزوج خارج الإجراءات المقررة في مدونة الأسرة، وليس في هذا خرق لأي نص، فالتنظيم الإجرائي لممارسة أي تصرف أو صلاحية يراعى فيه المال وهو ما يفرض مراجعته باستمرار كي يحافظ الحكم الشرعي على تحقيق أهدافه. فكما استحدثت توثيق عقد الزواج ككافة تخصيصنا لحقوق الزوجين والأطفال والأمن الأخلاقي للمجتمع، فإن إخضاع رغبة الزوج في الطلاق للإجراءات الواردة في القانون يهدف إلى التقليل من حالات الطلاق وإلى تمكين المتضررين منه من المطلقّة والأطفال من حقوقهم المترتبة عن إنهاء العلاقة الزوجية، فضلا عما في توثيق هذا الإنهاء من ضبط للأوضاع الحقوقية للأفراد وما يترتب عن ذلك من آثار.

ولذلك يبدو أن الترجمة التي نشرتها وزارة العدل ملائمة لتعريف الطلاق الوارد في م. 78. فإلغاء العلاقة الزوجية طبقا لأحكام مدونة الأسرة يتم في جميع الأحوال بعد عرضه على المحكمة وتعدر الصلح فتحكم هي بالطلاق إذا كان الطلب من الزوجة أو من الزوج بسبب الشقاق أو تأذن بالإشهاد به إذا كان الطلب من الزوجين معا أو من الزوج في غير حالة الشقاق. وهذه الحالات جميعها ينطبق عليها الطلاق القضائي والطلاق تحت رقابة

"الطلاق هو حل العلاقة الزوجية بقرار قضائي استجابة لرغبة الزوج أو الزوجة أو لاتفاقهما المشترك عن طريق المسطرة المنصوص عليها في المواد..."

ويعد متابعة مناقشة الموضوع في عدة جلسات لاحقة تم بالأغلبية إقرار الصياغة المثبتة أول هذا الحامش.

والفرق واضح بين مقترح اللجنة وبين النص النهائي للمادة 78 فالقترح كان نقلا للرأي الفقهي الذي يرى الطلاق ملكا للزوج يتصرف فيه مباشرة كيف شاء ويفوضه لغيره لأنه يعبر أحد أعضاء اللجنة الاستشارية.

"أما الطلاق فهو من إيقاع الزوج، كما لا يمكن إلغاء التوكيل والتفويض تمثيا مع القاعدة الفقهية التي تقول 'كل من ملك تصرفا قابلا للإنابة فيه، تولاه بنفسه أو تولاه غيره بالنيابة عنه'."

ويعد مناقشات آتسمت بالحدة أحيانا لم يتم النص على الطلاق بتوكيل من الزوج، لأن الاجراءات التي تتطلبها محاولة الإصلاح تفرض حضور الزوجين معا وليس الزوجة ووكل الزوج.

القضاء. واحتفاظ مدونة الأسرة بمصطلحي: الطلاق والتطليق فرضه تشبث أغلبية أعضاء اللجنة الاستشارية بالاستعمال الفقهي لهما، وبفكرة أن الطلاق ملك للزوج وحق له يمارسه بمجرد النطق به بعيدا عن أي تدخل من القضاء.

بعد هذا التقديم تتناول موضوع الطلاق في أربعة مباحث:

المبحث الأول: طلب الإذن واستدعاء الأطراف.

المبحث الثاني: التحقيق ومحاولة الصلح.

المبحث الثالث: تعذر الصلح والإذن بالطلاق.

المبحث الرابع: الإشهاد بالطلاق وإصدار الحكم

المبحث الأول طلب الإذن واستدعاء الأطراف

1- طلب الإذن ومرفقاته:

[39] نصت م. 79 على أنه: "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بيت الزوجية أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها، أو التي أبرم فيها عقد الزواج، حسب الترتيب".⁽¹⁾

وأضافت م. 80 و81 ما يجب أن يتضمنه الطلب ومرفقاته وإجراءات استدعاء الطرفين.

□ الطلب:

[40] لم يفرض القانون في طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق، شكليات ما، باستثناء وجوب مراعاة الترتيب الوارد في م. 79 بشأن الاختصاص المحلي، وهو أن الطلب يجب أن يقدم إلى المحكمة الواقع في دائرة نفوذها بيت الزوجية، وإذا كان الزوجان لا يجتمعهما سقف هذا البيت، رفع الطلب إلى محكمة موطن الزوجة ثم محل إقامتها وأخيرا محكمة المكان الذي أبرم فيه عقد الزواج. وفي حالة الدفع بعدم مراعاة الترتيب المنصوص عليه تفصل المحكمة في مدى صحة الدفع استنادا إلى ما يؤيد به كل طرف ادعاءه مع استقلالها بتحديد مفهومي الموطن ومحل الإقامة طبقا للفصول 518 وما بعده من قانون المسطرة المدنية.

(1) ونص هذه المادة في مشروع اللجنة هو:
"على من يريد الطلاق طلب الإذن بالإشهاد به لدى العدلين من المحكمة التي يوجد بدائرتها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب".
وأهم ما أضافته الصيغة النهائية، محل إقامة الزوجة.

وهذا الترتيب تسري عليه أحكام الاختصاص المحلي عموماً فلا يميزه المحكمة تلقائياً، والمعني به من الطرفين إثارته في حدود ما قرره المسطرة المدنية في الموضوع ما دامت م. 79 أوجبت الترتيب دون تحديد الجزاء عند المخالفة.

- مضمون الطلب:

[41] يجب أن يتضمن طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق المعلومات الآتية:

- التعبير الصريح عن الرغبة في إنهاء العلاقة الزوجية، وليس ضرورياً بيان الأسباب، لأن القانون لم يحدد أسباباً للطلاق عكس ما فعل في التطبيق بطلب من الزوجة حيث يتعين على الطالبة بيان السبب الذي يجب أن يكون من بين الأسباب التي حددها القانون للتطبيق في م. 98.

- بيان هوية الزوجين بذكر اسميهما الشخصي والعائلي وفق ما هو ثابت في عقد الزواج أو ما قد يكون طراً من تغيير في ذلك بمستنداته القانونية. وإتماماً لعناصر الهوية تذكر في الطلب مهنة كل من الزوجين إن وجدت.

- بيان عنوان الطرفين وهو يعني بالنسبة للزوجة موطنها أو محل إقامتها أما بالنسبة للزوج فله أن يختار لنفسه عنواناً آخر يتواصل به مع المحكمة غير الموطن ومحل الإقامة.

- عدد الأطفال إن وجدوا وسنهم ووضعهم الصحي والدراسي، والغاية من هذه المعلومات عن الأطفال تمكين المحكمة من العناصر الضرورية التي تساعد على التقدير السليم لنفقاتهم إذا حدث الطلاق فعلاً وبناء على هذا التقدير تحدد المبلغ الذي يودعه الزوج بعد فشل محاولة الصلح.

□ المرفقات:

[42] المرفق الأساسي الذي يتعين أن يقدم مع الطلب هو مستند الزوجية الذي يشمل عقد الزواج أو الحكم القضائي المثبت للزوجية، سواء كان وطنيا، أو أجنبيا مديلا بالصيغة التنفيذية كما يشمل ما كان العمل جاريا به سابقا من "التقارر" و"نقيف استمرار الزوجية"...

وإذا كان فرض الإدلاء بمستند الزوجية مقبولا ومنطقيا، فإن وجود عشرات الآلاف من عقود الزواج غير موثقة، يترتب عنه إنهاء العلاقة الزوجية دون سند كذلك وبالتالي ضياع الأطفال في هويتهم وفي باقي حقوقهم، وهو ما يفرض البحث عن حل منصف⁽¹⁾ تطبيقا لآية ﴿وَلَا تَرُدُّوا زُورَةَ وَزَرَ أُخْرَى﴾.

وألزمت م. 80 الزوج بإرفاق طلبه بالجميع المثبتة لوضعيته المالية أي العناصر الدائمة والمدينة لذمته المالية كي تراعى عند تقدير الأداءات المنصوص عليها في م. 84 و85. وللزوجة طالما أن تناقش ما يدلي به الزوج حول وضعيته المالية.

2- استدعاء الأطراف:

[43] يخضع الاستدعاء للأحكام العامة المنظمة له في قانون المسطرة المدنية، ولكن نظرا لأهمية موضوع الدعوى وهو إنهاء العلاقة الزوجية فإن المدونة قررت أحكاما خاصة

-
- (1) يتحقق هذا الحل المنصف، بمجرد تطبيق القواعد العامة للإثبات.
فادعاء الأم مثلا شرعية العلاقة مع وجود حمل أو طفل يفرض أولا إجراء الخبرة الجينية للتأكد من العلاقة البيولوجية بالأب المدعى عليه.
وإذا ثبتت العلاقة البيولوجية صدقت الأم في ادعاء الزوجية لأن الأصل والغالب في المجتمع المغربي الاتصال عن طريق الزواج وليس عن طريق الزنا.

للتوصل بالاستدعاء، فاعتبرت أن توصل أي من الزوجين بالاستدعاء في موطنه أو محل إقامته عن طريق أحد أقاربه أو الساكنين معه، لا يترتب عنه أي أثر، ويعاد استدعاؤه حتما إذا لم يحضر.⁽¹⁾

وفي حالة التوصل شخصيا يختلف الحكم بين الزوج صاحب الطلب وبين الزوجة. فالزوج إذا توصل شخصيا ولم يحضر اعتبر منه ذلك تراجعاً عن طلبه الإذن بالإشهاد على الطلاق. أما الزوجة التي توصلت بالاستدعاء شخصيا وتختلفت عن الحضور ولم تقدم مبرراً لذلك، فيعاد استدعاؤها عن طريق النيابة العامة في شكل اخطار وإنذار بأنها إذا لم تحضر في التاريخ المحدد في الاخطار ستبت المحكمة في الملف في غيابها.

إذا تبنى للمحكمة من مستندات الملف أن عنوان الزوجة غير معروف طلبت من النيابة العامة المساعدة في البحث عن هذا العنوان. وتقدير المشرع الاستعانة بالنيابة العامة يهدف إلى وجوب القيام بالبحث الجدي عن عنوان الزوجة، ولذلك نرى أن النيابة العامة ملزمة في حالة عدم العثور على العنوان - بتبليغ المحكمة تفاصيل الإجراءات التي أنجزتها في الموضوع، وعلى المحكمة كذلك أن تبنى في حكمها ما قامت به النيابة العامة لأن القانون أمرها مباشرة بالاستعانة بها، فلتعجيل البت في الملف دون حضور الزوجة يتعين إبراز الإجراءات التي بذلت فعلاً في البحث عن عنوان الزوجة وللمحكمة الأعلى درجة رقابة مدى كفاية تلك الإجراءات للحكم في الملف في غياب الزوجة. ولا يبدو كافياً تعيين قيم طبق الفصل 39 ق.م.م. لأن الواقع العملي لهذا الإجراء يؤكد أنه يبتدئ وينتهي بكتابه في الأوراق دون أية عناية بالمتابعة لما ينجزه القيم من مهمته. وكم من حقوق ضاعت بسبب ذلك.

(1) وعلى المحكمة أن تعيد استدعاءه بطريقة يتحقق بها التسليم شخصيا، أو تثبت تبرره من تسلم الاستدعاء.

[44] وعاقبت م. 81 الزوج في حالة عدم توصل الزوجة نتيجة تحايله، بالعقوبة المنصوص عليها في م. 361 ق.ج.⁽¹⁾ فبماذا يتحقق التحايل أي التزوير المعاقب عليه بهذا النص الجنائي؟

يكون الزوج محتالا / مزورا إذا كان يعلم أن ما قدمه للمحكمة من عنوان الزوجة أو غيابها في مكان مجهول، غير صحيح ويمكن إثبات ذلك بكل الوسائل التي منها القرائن القوية التي تستخلص منها المحكمة تعمد الكذب فيما قدمه إليها.

والمحكمة لا تطبق عقوبة م. 361 ق.ج. إلا إذا طلبت الزوجة منها ذلك والغاية من هذا الشرط هي مراعاة إمكانية إصلاح ذات البين بين الزوجين إذا تمازلت الزوجة عن طلب معاقبة زوجها.

(1) تنص م. 361 ق.ج. على أن: "من توصل بغير حق إلى تسلم إحدى الوثائق المشار إليها في القصل السابق، أو حاول ذلك، إما عن طريق الإدلاء ببيانات غير صحيحة وإما عن طريق انتحال اسم كاذب أو صفة كاذبة، وإما بتقديم معلومات أو شهادات أو إقرارات غير صحيحة، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وخرامة من مائة وخصرين إلى ثلاثمائة درهم".
ويعاقب الزوج ولو تم اكتشاف عدم صحة ما قدمه قبل البت في طلب الإذن بالطلاق، لأن النص صريح في العقاب على المحاولة.

المبحث الثاني التحقيق ومحاولة الصلح

□ التحقيق:

[45] يقصد بالتحقيق بحث الحكمة واستقصاؤها لوقائع العلاقة بين الزوجين سواء التي أثرت سلباً على هذه العلاقة أو التي تساعد على استمرارها أو على إصلاح ما لحق بها من خلل. لأن إدراكها لهذه الوقائع يساعد على اختيار ما تراه ملائماً من وسائل إصلاح ذات البين، كما يساعدها على مضمون الحكم الذي تصدره بعد فشل محاولة الصلح والإشهاد على الطلاق.

وتنجز هذا التحقيق بالاستماع إلى الزوجين والمناقشة الحضورية لتصريحاتهما وكذلك بالاستماع إلى الشهود وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، وإلى كل شخص ترى فائدة في الاستماع إليه ممن لم تتوفر فيه شروط الشاهد بسبب القرابة أو السن مثلاً. لأن الهدف هو تمكين المحكمة من التشخيص الكامل والدقيق لكل الوقائع والأسباب المؤثرة سلباً أو إيجاباً على علاقة التعايش بين الزوجين وحياتهما المشتركة حتى تنجز مرحلة محاولة الصلح عن بينة وإدراك لدى فاعليتها ونتائجها.

والتقانون فرض إجراء المناقشة مع الزوجين والاستماع إلى الشهود وإلى غيرهم "بغرفة المشورة" وذلك مراعاة لما يمكن أن تتناوله تصريحات الزوجين أو الشهود من وقائع تمس الحياة الخاصة للزوجين أو يعتبرها أي منهما من أسرار الشخصية التي يضاره البوح بها في مجال عمومي مفتوح.

ومن المؤكد أن هذا التحقيق الذي تقوم به المحكمة كلما كان عميقاً وشاملاً كان أكثر إفادة في الوصول إلى الإصلاح المرغوب فيه. لكن الواقع في الممارسة أن ما تقوم به

الحكمة من استقصاء الواقع ومناقشتها لا يستغرق في أغلب الأحوال إلا دقائق معدودة، بسبب كثرة الملفات وتعذر تعدد الهيئات.

□ محاولة الإصلاح:

[46] تنص م. 82 م.أ. على أنه: "عند حضور الطرفين تجري المناقشات بغرفة المسورة بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه".

المناقشات تشمل ما يعرضه الطرفان تلقائياً أو جواباً عن أسئلة المحكمة كما تشمل ما تعرضه المحكمة في محاولتها إصلاح ذات البين وملاحظات الزوجين على ما عرض عليهما من هيئة المحكمة.

هذا في الحالات التي ترى فيها المحكمة إجراء محاولة الصلح بكامل هيئتها، ولها بطبيعة الحال أن تكلف أحد أعضائها بإنجاز المهمة. فالفقرة الثانية من هذه المادة تسمح للمحكمة بانتداب الغير لإجراء محاولة الصلح، فمن باب أولى أن يكون لها انتداب أحد أعضائها.

□ محاولة الإصلاح من غير هيئة المحكمة:

[47] رغبة في تحقيق الصلح بين المتداعيين سمح المشرع بإجراء محاولته خارج قاعات المحاكم التي كثيراً ما يكون الجو السائد فيها بين المتقاضين: النفور والسعي إلى كسب الدعوى... ولذلك أكدت م. 82 أنه يمكن للمحكمة كذلك انتداب حكيم أو مجلس العائلة أو من تراه مؤهلاً لإصلاح ذات البين، وهذه العبارة تساعد على اختيار أي شخص أو جهة لها نفوذ معنوي على الزوجين أو على الناس عموماً بحكم الأعراف أو الثقافة السائدة في المحيط الاجتماعي المعني. وأياً كانت الجهة التي تقوم بمحاولة الإصلاح، فإنه يجب إنجاز محاولتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً متى كان للزوجين طفل أو

أكثر. ويبدو تطبيق نفس الحكم في حالة وجود حمل، لأن الغاية من تكرار محاولة الصلح والفصل الزمني بين جلساتها هو السعي إلى تفادي الطلاق وآثاره السلبية على الأطفال الذين يفقدون حضن الأبوين وقد يتعرضون لفقدان الاستقرار والتشرد، ولا مبرر للتمييز في ذلك بين الولد الواحد وبين ولدين أو أكثر.

ورغم غياب الظروف التي تساعد القضاء على توفير وقت أكبر، ووسائل أنجع لإنجاز الصلح - فإن إحصاءات صادرة عن وزارة العدل تؤكد مساهمة هذا الإجراء القضائي في المحافظة على وقاية نسبة مهمة من الأسر التي كانت مهددة بالانفكك والانفصال تتجاوز العشرين في المائة. كما يتجلى ذلك من هذا الجدول الخاص بإحصائيات الصلح في طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق خلال سنوات 2008 و2011:

المحكوم			الرائج			طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق
نسبة الصلح من مجموع الأحكام	الأحكام بأقي	بالصلح	المجموع	المسجل	المخلف	
% 21,4	27765	7545	45945	35915	12030	2008
% 20,4	26558	6818	48511	35948	12563	2009
% 20,12	24289	6121	44542	32294	12248	2010
% 19,99	26061	6510	49622	35054	14568	2011

ولذلك ينبغي السعي لتوفير ما أمكن من القضاة في اقسام الأسرة، ثم الاستعانة بالأشخاص المتمتعين بالاحترام العام، وبكل وسيلة محلية ثبتت نجاعتها في التوفيق بين الزوجين، وإزالة أسباب النفور والشقاق.

والخلاصة أن الغنصر الأول القادر على إنهاء الملف بالصلح هو القاضي المتمكن من مهنته والذي توفر له الحد الأدنى من وسائل العمل فيكون حكيمًا سواء في إجراءات محاولة الصلح التي يجرها بنفسه، أو في اختيار من ينييه عنه في المهمة.

[49] جاء في الفقرة الأخيرة من م. 82 أنه: "إذا تم الصلح⁽¹⁾ بين الزوجين حرر به محضر⁽²⁾، وتم الإشهاد به من طرف المحكمة". ويتضمن المحضر كل ما اتفق عليه الزوجان وفي مقدمته سحب الزوج لطلبه ثم ما التزم به كل من الزوجين أو أحدهما لمعالجة المشكل أو المشاكل التي كانت سببا في طلب الاذن بالطلاق.

وما تضمنه محضر الصلح من التزامات قابل مبدئيًا للتنفيذ جبرًا، لكن عادة ما تكون أكثر التزامات هذا الصلح يتوقف تنفيذها على التدخل الشخصي للزوج المتترم، فإذا امتنع عن التنفيذ عاد الخلاف القديم بين الزوجين وهذا ما يؤدي إلى إثارة النزاع من جديد بين الزوجين.

لم يصدر حكمًا في قضية واحدة بين زوجين، إذ كان يحيل المتداعيين على أحد "الشرفاء" الذي يذعن كل المتخاصمين لوساطته وللحل الذي يقترحها عليهم.

(1) ينص ف. 1098 ظ.ل.ع. على أن: "الصلح عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعًا قائمًا، أو يتوقعان قيامه، وذلك بتنازل كل منهما الآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، أو بإعطائه مالا معينًا أو حقًا".
فالصلح يتضمن قطعًا تنازلًا والتزامًا متبادلين، وإذا اقتصر الأمر على سحب الزوج لطلب الإذن بالإشهاد على الطلاق، كان ذلك تنازلًا عن الطلب وليس صلحًا.

(2) وإذا تم الصلح على يد الحكيم، فإنها يحرران بذلك محضرا في ثلاث نسخ ويقدمانها للمحكمة وفق ما ينص عليه م. 95.

❑ الامتناع عن الحضور أو تعذره:

● الامتناع: (1)

[50] قد يتمتع الزوجان أو أحدهما عن الحضور أمام المحكمة لإجراء محاولة الصلح اكتفاء بحضور محامي الممتنع أو وكيله، أو بمراسلة المحكمة وتبليغها من الزوج رفض الصلح والإصرار على الطلاق أو من الزوجة عدم موافقتها على الطلاق.

الموضوع تتجاذبه مقتضيات تبدو متباعدة.

فمن ناحية محاولة الصلح مقررة لمصلحة الزوجين والمجتمع والأطفال إن وجدوا والقضاء مؤسسة دستورية تمثل سيادة الأمة في تطبيق القانون وضمان حقوق الأفراد، ومن هذه الزاوية الاستجابة لاستدعاء المحكمة ليس أمراً اختيارياً.

ومن ناحية ثانية انتهت المقتضيات التي كانت تقول يجبر الخصم في القضايا المدنية على الحضور أو تطئن داره أي تغلق كي يضطر إلى الحضور (2) كما أن محاولة الصلح تقررت أملاً في نجاحها وفي إعادة الوثام إلى الأسرة، وليس مجرد إجراء تعديلي.

لهذا يبدو أن الحكم يختلف باختلاف سبب الامتناع ومرحلته. فإذا كان الامتناع في البداية وبلا أي مبرر طبقت المحكمة م. 81(3)، أما إذا حدث بعد حضور جلسة أو أكثر،

(1) اما مجرد التغيب بدون عذر بعد التوصل القانوني بالاستدعاء فحكمه مقرر في م. 81. (انظر ف 43)

(2) وفي تحفة ابن عاصم:
"ومن عصى الأمر ولم يحضر طبع عليه ما يهه كي يرتفع".

(3) قد يكون تعمد الزوج عدم الحضور في الجلسة الأولى راجعاً إلى تصرف مشين للزوجة وكان سبباً في طلبه الإذن بالطلاق، فلا يريد مواجهتها وإثارة وقائع صادمة، مثل هذه الحالة ينبغي اعتبارها عند الرد بها على التغلف المعتمد عن الحضور. فلا يكون عدم حضوره تمازلاً عن طلبه الإذن بالإشهاد على الطلاق.

ولم تظهر فيها بوادر للإصلاح والتوافق، فإن التغيّب بعد ذلك مع إبلاغ المحكمة بالإصرار على عدم الصلح، يعني فشل المحاولة والانتقال إلى المرحلة المالية وهي تحديد المبلغ الذي يودعه الطالب بصندوق المحكمة.

● تعذر الحضور:

[51] قد يتعذر على الزوجين معا أو على أحدهما الحضور أمام المحكمة لمرض مثلا أو اعتقال، أو وجودهما في بلد أجنبي ويكلف الحضور أمام المحكمة بالمغرب نفقات مهمة، وقد يكون الزوج المعني لا يتوفر على أوراق الإقامة القانونية فيتعذر عليه السفر خارج البلد الذي يقيم فيه.

وعرضت مثل هذه الحالات فعلا على القضاء. ومما جاء في حكم صادر عن ابتدائية العرائش⁽¹⁾:

"حيث يهدف الطالبان من دعوتهما الإذن لهما بالطلاق الاتفاقي.

وحيث إنه واستنادا إلى ما ورد في طلب الزوجة وكذا نص الاتفاق من التماس إعفائهما من الحضور أمام المحكمة لإجراء محاولة التصالح، وأيضا من خلال ما أوضّحه الدفاع من كون الزوجة لا تتوفر على وثائق الإقامة بدولة التجترا.

وحيث إنه واستنادا إلى مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 114 من مدونة الأسرة تنقّي محاولة الإصلاح بين الزوجين قبل الإذن بالطلاق إجراء جوهريا لا يمكن تجاوزه أو الاستغناء عنه.⁽²⁾

وإذا تعلق الأمر بالطلاق الاتفاقي، وضمن الزوجان الاتفاق التقدم إلى المحكمة الاصرار على الطلاق والاعتذار عن الحضور، أمكن للمحكمة أن تستغني عن حضورهما وتصدر الإذن بالإشهاد على الطلاق.

(1) تاريخ 2006/06/01 في الملف 24/06/63 - م.ع.ق. - ص. 108.

(2) العبارة تبدو مبالغا فيها، لأن محاولة الإصلاح لا يمكن إنجازها بغير الموافقة الرضائية من الزوجين. في حالة الطلاق =

وحيث إنه بالنظر لما تم توضيحه من ظروف الزوجين ومراعاة من المحكمة لكونهما يقيمان بعيدا عن أرض الوطن وفي إطار ما هو مخول لما من صلاحيات لإجراء الصلح بالطريقة التي تراها ملائمة، وابتدأ من تراه مؤهلا لإجراء الصلح بين الزوجين (م. 82 من مدونة الأسرة)، واستجابة لما طرحه دفاع الزوج بجلسة 2006/05/25 فقد قررت المحكمة ابتداء الفصل العام للمملكة المغربية بمدينة "لندن" بالجنائز لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين...".

وفي حكم آخر:

"حيث إن الطلب يهدف الإذن للزوجين بالإشهاد على الطلاق الاتفاقية وتوثيقه لدى شاهدين عدلين بدائرة نفوذ هذه المحكمة مع ابتداء فصل المملكة المغربية بدولة هولندا بمدينة أمستردام للقيام بمحاولة الصلح.

وحيث إن العلاقة الزوجية ثابتة بين الطرفين بموجب عقد النكاح المضمن بعدد 1397 وتاريخ 2000/08/15 المحفوظ بتوثيق خفيفة، كما يستفاد من وثائق الملف أن الزوجين ليس لهما أولاد وأن الزوجة غير حامل.

وحيث اتفق الطرفان على إنهاء العلاقة الزوجية بينهما وفق الشروط المثبتة بموجب الاتفاق المصالح الإمضاء بقنصلية المملكة المغربية بدولة هولندا مدينة أمستردام تحت رقم 2006/11/17 وتاريخ 2006/11/17 الحامل لتوقيع الزوجين أسفله.

الاتفاقية، إذا أصر الزوجان على عدم الحضور وأبلغنا المحكمة قرارهما، لا نعتقد أن المحكمة تصدر الحكم برفض الطلاق بناء على امتناعهما عن الحضور.

وفي حالة تخلف الزوج الطالب للإشهاد على الطلاق يعتبر تخلفه ترجعا عن الطلب وفق م. 81 عندما لا يبدي عدرا لعدم الحضور، أما إذا أكد الإصرار على الطلاق، وأنه لأسباب نفسية مثلا، غير قادر على أي حوار في مواجهة زوجته حول إمكانية استمرار العلاقة الزوجية - فلا يبدو مقبولا إجباره على الحضور أو اعتباره متراجعا عن طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق.

وحيث تنص م. 180 من قانون المسطرة المدنية في الباب الثالث المتعلقة بالمساطر الخاصة بالأحوال الشخصية، على أنه يجب على الأطراف أن يحضروا في الجلسة الأولى شخصيا وتجري دائما محاولة التصالح.

كما تنص م. 114 من مدونة الأسرة على أنه إذا وقع الاتفاق بين الطرفين على إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط لا تتنافى مع أحكام مدونة الأسرة، يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطلق مرفقا به الإذن بتوثيقه، وتحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن.

وحيث التمس الطرفان بالاتفاق المصادق على توقيعه إنهاء العلاقة الزوجية إغفاءهما من إجراء محاولة الصلح لتعذر الحضور أمام المحكمة الابتدائية لإصرارهما على إيقاع الطلاق.

وحيث إن اتفاق الطرفين على الطلاق وإن كان يشكل أساس الرغبة الإرادية للطرفين على إنهاء العلاقة الزوجية، ويستقلان بتقدير دوافعه وموجباته، إلا أن ذلك لا يجرّد المحكمة من أحقية الرقابة عليه، ولا يعفيها من القيام بمحاولة الإصلاح والتوفيق بين الزوجين.

وحيث إن الطرفين يتواجدان معا في دولة هولندا بمدينة أمستردام ويتعذر عليهما الحضور أمام المحكمة لإجراء محاولة الصلح والتوفيق، فقد ارتأت المحكمة انتداب قنصل المملكة المغربية بدولة هولندا بمدينة أمستردام للقيام بمحاولة إصلاح ذات البين بينهما، باعتباره شخصا مؤهلا للقيام بذلك طبقا لأحكام المادة 82 من مدونة الأسرة...⁽¹⁾

الحكم أن تعلقا بالطلاق الاتفاقي، فإن مضمونهما يسري على طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق فتعزز فيه المحكمة على محاولة الصلح بكل وسيلة ممكنة، ولا تعتبر عدم حضور الزوج تراجعا عن الطلب إذا أبدى لتغيبه عذرا ماديا أو معنويا مقبولا.

(1) حكم المحكمة الابتدائية بجخنفرة في 2007/03/12 الملف 2007/138.

المبحث الثالث تعذر الصلح والإذن بالطلاق

[52] إذا تأكد للمحكمة أن إعادة الوثام بين الزوجين متعذر، وأن الزوج مصر على طلبه ولو لم يعمله بأي سبب، فإنها تنهي ما كانت تقوم به من إجراءات محاولة الصلح، وتحرر محضرا بتعذر المصالحة بين الزوجين⁽¹⁾ وتنتقل إلى التقدير الاجمالي لمستحقات الزوجة والأطفال إن وجدوا وتحدد ذلك في مبلغ يشعر الزوج بإيداعه في صندوق المحكمة داخل ثلاثين يوما وإذا لم يفعل ثبتت المحكمة ذلك وتعتبر الزوج متراجعا عن طلبه. (م. 86).

فما طبيعة التحديد للمبلغ المطلوب إيداعه؟ وكيف تحسب الفترة المحددة للإيداع؟ وهل لاستعمال الإذن أجل لا يتعداه؟

مبلغ الإيداع:

[53] تحدد المحكمة المبلغ بناء على ما تقدره⁽²⁾ لكل عنصر من عناصر مستحقات الزوجة والأطفال الواردة في م. 84 و85، وهي تقوم بذلك في إطار المداولة المتسمة بالسرية ولا تعلنه للعموم لأنها لا تصدر الحكم إلا بعد توصيلها بنسخة توثيق الطلاق المشار إليها في المادة 87.

ولذلك يمكنها مراجعة التعديد الإجمالي الذي قامت به أو تغييره زيادة أو نقصا في الحكم الذي تصدره وبالتالي يمكن أن يلزم الزوج بأداء مبلغ إضافي، كما قد يسترجع جزءا من المبلغ الذي أودعه قبل الإذن بالإشهاد على الطلاق. فالمداولة النهائية في تحديد المستحقات لا تتم إلا بعد التوصل بنسخة وثيقة الطلاق، نعم إذا أدلى الطرفان أو أحدهما

-
- (1) لم نشر م. 83 إلى تحرير محضر بعدم الصلح، ومع ذلك لا مناص من هذا التحرير لبناء باقي الاجراءات عليه.
 (2) أي بالنسبة للعناصر الراجع تحديدها إلى السلطة التقديرية للمحكمة مضافا إليها المستحقات التي لا تدخل للتقدير فيها مثل كالة الصداق.

بمستندات أو دفع توثر على تقدير مستحقات بعض العناصر، تعين اطلاع الطرف الآخر عليها وتمكينه من مناقشتها تطبيقاً للقواعد العامة المنظمة لحقوق الدفاع.

وباعتبار الإيداع منصوباً عليه في القانون، وليس حكماً في أي من فصول الدعوى - فإنه لا يقبل الطعن بالاستئناف.

وقد جاء في قرار استئنافي: "إن الإذن بإيداع المبلغ اللازمة للطلاق يعد من الإجراءات التحضيرية لإصدار المقرر القابل للطعن، وعليه فإن الطعن في الإذن المذكور والحالة هاته وقبل صدور المقرر الواجب اتخاذ بعد الإيداع يكون غير مقبول".⁽¹⁾

الفترة المحددة للإيداع:

[54] تقضي م. 83 بأنه: "إذا تعدد الاصلاح بين الزوجين حددت المحكمة مبلغاً يودعه الزوج بكتابة الضبط بالحكمة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوماً لأداء مستحقات الزوجة والأطفال المزم بالإنفاق عليهم...".

ويتبين من هذه الصياغة أن للمحكمة أن تحدد فترة للإيداع تقل عن ثلاثين يوماً، ولكن إذا عارض الزوج وأبدى مبرراً لمعارضته، التزمت المحكمة بالثلاثين يوماً الواردة في النص كي لا يضار الزوج الذي اعتبره المشرع متنازلاً عن الطلب بمجرد انتهاء أجل الإيداع دون القيام به. أما بدء سريان أجل المحدد للأداء فيكون من اليوم الموالي لإعلام الزوج بقرار الإيداع، ويتم هذا في الجلسة إذا كان الزوج أو ممثله حاضراً، أو بالتبليغ وفقاً لمقتضيات المسطرة المدنية.

الإذن بالطلاق:

[55] تنص م. 87 على أنه: "بمجرد إيداع الزوج المبلغ المطلوب منه تأذن له المحكمة

(1) قرار محكمة الاستئناف بوجدة في 2007/01/17 في الملف 06/475 - م.ع.ق. - 105.

بتوثيق الطلاق لدى العدلين داخل دائرة نفوذ نفس المحكمة.

يقوم القاضي بمجرد خطابه على وثيقة الطلاق بتوجيه نسخة منها إلى المحكمة التي أصدرت الإذن بالطلاق".

لم يحدد القانون للزوج أجلا يجب خلاله الإشهاد على الطلاق.

جاء في مطبوع أصدرته وزارة العدل بعنوان "دليل عملي للمدونة الأسرة"⁽¹⁾ "ينص في الإذن على أن الزوج ملزم بالإشهاد لدى العدلين داخل أجل 15 يوما من تاريخ تسلم الإذن".

الدليل الذي فيه هذا التحديد ليست له أية قوة إلزامية لأنه ليس نصا تشريعيا ولا تنظيميا، نعم تعتبر خمسة عشر يوما فترة معقولة في الظروف العادية للأطراف سيما في المجال القروي الذي يحضر فيه العدلان يوم السوق الأسبوعي لا غير.

لكن من ناحية ثانية للمحكمة صلاحية تحديد الفترة التي يتعين على الزوج استعمال الإذن خلالها، لأنها ملزمة بالبت في مستحقات الزوجة والأطفال، ومن غير المقبول تعليق بها في الملف على إرادة الزوج. وبعبارة أخرى احتفاظه بالإذن وعدم استعماله يشكل عرقلة لسير العدالة فلا يمكن قبوله.

لكل ذلك نرى أن الإذن بالإشهاد على الطلاق يدخل ضمن الإجراءات التي تتخذها المحكمة في إطار تهيئتها الملف لإصدار الحكم، وبهذه الصفة تحدد للزوج الأجل الذي تراه ملائما لا تعسف فيه على أي من الأطراف ولو كان أقل من خمسة عشر يوما.

(1) هذا المطبوع هيأت مشروعه وزارة العدل، وحررت صياغته النهائية من لجنة مشكلة من قضاة ممارسين وملحقين بالإدارة المركزية، ومن أغلب أعضاء اللجنة الاستشارية لإعداد مشروع المدونة.

المبحث الرابع إصدار الحكم بالمستحقات

[56] جاء في م. 87: "يقوم القاضي بمجرد خطابه على وثيقة الطلاق بتوجيه نسخة منها إلى المحكمة التي أصدرت الإذن بالطلاق" وأضاف م. 88:

"بعد توصل المحكمة بالنسخة المشار إليها في المادة السابقة تصدر قرارا معلا يتضمن:

- 1- اسم الزوجين وتاريخ ومكان ولادتهما وزواجهما وموطنهما أو محل إقامتهما.
- 2- ملخص ادعاء الطرفين وطلباتهما، وما قدماه من حجج ودفع والإجراءات المنجزة في الملف ومستحقات النيابة العامة.

3- تاريخ الإشهاد بالطلاق.

4- ما إذا كانت الزوجة حاملا أم لا.

5- أسماء الأطفال وسنهم ومن أسندت إليه حضائهم وتنظيم حق الزيارة.

6- تحديد المستحقات المنصوص عليها في المادتين 84 و85 أعلاه وأجرة الحضانة بعد

العدة.

قرار المحكمة قابل للطعن طبقا للإجراءات العادية".

والمستحقات المنصوص عليها في المادتين 84 و85 تشمل مستحقات الزوجة ومستحقات الأطفال.

وهاتان المادتان خاصتان بالطلاق الذي يطلب الزوج الإذن بتوقيعه، وتمت الإحالة عليهما بالمادة 89 الخاصة بتوقيع الزوجة التي ملكها الزوج الطلاق والمادة 97 في حالة طلب

التطليق للشقاق، والمادة 113 في حالات طلب التطليق من الزوجة لأحد الأسباب الواردة في م. 98 علما بأن الفقرة الثانية من م. 113 أضيفت بعد تقديم مشروع اللجنة الاستشارية في سبتمبر 2003.

[57] وهذه الإحالة أثارت صعوبات في التطبيق بسبب الاختلاف في بعض العناصر بين الواقعتين: الحالة والحال عليها.

فالواقعة الحال عليها في م. 84 و85 هي طلب الزوج الإذن له بالإشهاد على الطلاق، وبذلك يكون هو الطالب وهو المسؤول عن تحمل كل مستحقات الطلاق، فيلزم وحده بإيداع المبلغ الذي تقرره المحكمة لهذه المستحقات (م. 83) وإذا لم يؤده في الفترة المحددة له اعتبر متراجما عن رغبته في الطلاق ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة.

وإضافة إلى ذلك أدخل المشرع "أسباب الطلاق" عنصرا في تقدير مبلغ المنفعة المستحقة للمطلقة. الأمر الذي يعني تكيف المنفعة بالتعويض وهو ما يجعلها محدودة في مبلغ رمزي إذا كان لطلب الإذن بالطلاق مبرره، بينما يرتفع مبلغها بقدر تعسف الزوج في توقيع الطلاق وما لحق الزوجة من ضرر ناتج عن ذلك التعسف.

لذلك نود أن نثير باختصار بعض مشاكل هذه الاحالات:

أولا: الإحالة الواردة في م. 89.

[58] قد لا تتميز صعوبة في التطبيق إذا لم تكن الزوجة متعسفة في طلب الإذن لها بتوقيع الطلاق، ولم يمانع الزوج في إيداع المبلغ الذي تؤخذ منه المستحقات.

لكن إذا اقترضنا تعسف الزوجة في طلب توقيع الطلاق وألحقت بذلك الضرر بالزوج الذي طلب الحكم له بتعويض:

هل تلزمها المحكمة بإيداع مبلغ يؤخذ منه التعويض إضافة إلى المبلغ الذي يودعه الزوج تؤدي منها مستحقات الزوجة؟ وإذا امتنعت الزوجة أو الزوج أو هما معا من الإيداع المأمور به؟ لم نعثر على أحكام قضائية في الموضوع، لذلك نكتفي بإيداع وجهة نظر في ظل النصوص القائمة:

إيداع الزوجة:

[59] لا تبدو في الأفق القريب على الأقل حوافر تدفع بالقضاء إلى الحكم بهذا الإيداع، وذلك لسببين اثنين: الأول عدم وجود نص في القانون، والثاني أن الطلاق لا يرتب عنه الفقه أي تعويض في جميع الأحوال⁽¹⁾ حتى المتعة لا يلزم بها الزوج المطلق في مذهب مالك وإنما الأمر موكول إلى إرادته إن شاء أداها وإن شاء رفض الأداء.

ومن ناحية ثانية الزوج هو الذي يملك زوجته بإرادته توقيع الطلاق، والتملك في مذهب مالك إما مطلق فينتهي بانتفاء مجلس الزوجين الذي صدر فيه، وإما معق فيبقى قائماً إلى حدوث الواقعة المعلق عليها وفي كلا الحالين يستبعد وجود تعسف من الزوجة في توقيع الطلاق.⁽²⁾

امتناع الزوج عن الإيداع:

[60] في حالة الطلاق المملك يبقى الزوج ملزماً بأداء مستحقاته المشار إليها في م. 84 و85 بما فيها المتعة. وإذا أمرته المحكمة بإيداع المبلغ الذي تؤخذ منه هذه المستحقات ولم

(1) حتى يقول محمد أبو زهرة إن عدم تعويض المطلقة "حكم صحيح يتفق مع المبادئ الإسلامية" !!
كلاهما: الأحوال الشخصية ص. 333.

(2) قد يكون تملك الطلاق مطلقاً على إصرار الزوج بزوجه، أو نقل مكان الإقامة خارج الدولة التي يوجد بها بيت الزوجية في مثل هذه الحالات لا تستعمل حتى الطلاق إلا بعد إثباتها للشرط المعلق عليه.

يستجيب لما أمر به، لا تبدو وسيلة إجباره على الإيداع. نعم للزوجة الطالبة للإذن بتوقيع الطلاق أن تطلب الحجز التحفظي طبق الفصل 452 ق.م.م.

ثانيا: إحالة م. 97.

[61] الطلاق للشقاق الذي تتعلق به م. 97:

- يتم بطلب من أحد الزوجين أو منهما معا.

- لم يقرر فيه المشرع المتعة المطلقة.

- وقع النص فيه على أن تراعي المحكمة " مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقرير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر".⁽¹⁾

هكذا جاءت الإحالة في م. 97 غير سليمة الأمر الذي صعب على القضاء الاتفاق والانسجام بين أحكامه في التطبيق كما سنرى عند الحديث عن الطلاق بسبب الشقاق.

ثالثا: إحالة م. 113.

[62] مبدئيا أسباب الطلاق المشار إليها في م. 113 لا يترتب عنها إلا مستحقات الزوجة والأولاد إن وجدوا، وتبدو بذلك الإحالة على م. 84 و85 سليمة بما فيها حالة التلطيق للعيب الذي يطلبه الزوج المغرر به من الزوجة حيث حدد المشرع مستحقاته في

(1) هذه المراجعة وإن جاءت في م. 97 عامة لجميع مستحقات الطلاق، إلا أنها في الواقع لا تنصرف إلا إلى ما يمكن أن يحكم به على المسؤول من الزوجين عن الطلاق. أما كلاء الصداق فمجرد دين لا يزيد مبلغه ولا يقتض، والنفقة تحدد وفق المعايير الواردة في م. 189.

استرجاع ما قد يكون أداه من الصداق قبل الدخول (م. 109) وفقا لما يقول به الفقه الذي لم يكن يقرر التعويض في جميع حالات الطلاق والتطليق

ولكن مدونة الأسرة استحدثت في م. 63 حق التعويض للزوج المكروه على الزواج أو المدلس عليه فيه.

فإذا أسس الزوج المعني طلب التطليق من الزوج (المعيب) على الإكراه أو التدليس هل يمكن تطبيق الإحالة الواردة في م. 113؟

نعتقد أنه متى ثبت الإكراه أو التدليس أمكن لضحيته المطالبة بالتعويض إلى جانب طلب الفسخ. متى أسس دعواه على م. 63 وإذا كان طالب الفسخ هو الزوجة أمكنها أن تضيف إلى طلب التعويض المستحقات المنصوص عليها في م. 84 و85 عند الاقتضاء ما عدا "المنعة" التي لا أساس لاجتماعها مع التعويض.

يبقى التساؤل عما إذا كان على المحكمة أن تصدر الأمر بالإيداع المنصوص عليه في م. 83 ليقطع منه تعويض المكروه أو المدلس عليه من الزوجين، ومستحقات الزوجة المشار إليها في م. 84 و85 ما عدا المنعة؟

إن م. 113 اقتضت على أن "تبت المحكمة أيضا عند الاقتضاء في مستحقات الزوجة والأطفال المحددة في المادتين 84 و85 أعلاه" ولا إحالة فيها على م. 83، والإيداع إجراء استثنائي فينبغي قصر تطبيقه على الحالات التي قرره فيها القانون صراحة.

نعم نأمل في التعديل المنتظر لمدونة الأسرة أن يتخذ المشرع موقفا واضحا من إجراءات التنفيذ الخاصة بآثار أحكام الطلاق بالنسبة للزوجين معا تتعلق الأمر بالتعويض، أو بالنفقة، أو بالديون أو بأموال أو شركات مشتركة، وذلك:

- بتحديد المستحقات التي يور الزوج أو الزوجة بإيداعها في الحالات المختلفة للطلاق والتطبيق.

- ومراعاة إقرار مبدأ التعويض عن التعسف في توقيع الطلاق أو في الإصرار على طلبه الذي يفرض:

* بيان طبيعة المتعة وعلاقتها بالتعويض.

* النظر في إمكانية حرمان الزوجة من نفقة العدة في حال مسؤوليتها عن الطلاق.

مستحقات الزوجة:

[63] م. 84: "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها قدرة الزوج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه.

تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة".

1- مؤخر الصداق إن وجد:

[64] يكون هذا المؤخر عادة محددًا في وثيقة عقد الزواج، وفي هذه الحالة إذا ادعى الزوج الأداء كان عليه الإثبات بحجة مماثلة تطبيقًا للفصل 444 ظ.ل.ع. وهو ما يؤخذ كذلك من م. 33 م.أ. في فقرتها الثانية.

2- نفقة العدة:

[65] وفق مذهب مالك الذي أخذت به مدونة الأسرة تستحق الزوجة نفقة العدة إذا كان الطلاق رجعيًا أو كانت حاملاً كما تستحق السكنى أو مقابلها وفق ما جاء في م. 196.

تعتمد المحكمة في تقدير نفقة العدة العناصر الواردة في م. 189 وتضيف إلى ذلك تكاليف السكن إذا تعذر بقاء الزوجة في بيت الزوجية أو في سكن آخر ملاماً (م. 84).

وقرة العدة جرى العمل منذ قرون بحصرها في ثلاثة أشهر باعتبارها الفترة المحددة نصاً لمن لا تأتيها العادة الشهرية، والعادية بالنسبة لغيرها ما عدا الحامل.

وإذا كانت الزوجة حاملاً حددت النفقة بالفترة المتبقية للوضع.

كان الفقه يقول إن المطلقة تبقى مستحقة للنفقة إلى أن يصلها العلم بطلاق الزوج لها. فإذا تمت إجراءات طلب الإذن بالطلاق في غيبتها، أو حضرت الإجراءات ولكن لم تعلم بتاريخ الإشهاد بالطلاق هل تبقى مستحقة للنفقة إلى أن يثبت علمها بالطلاق ؟

لا نعتقد ذلك لسببين أساسيين الأول حصر المستحقات الوارد في م. 84 دون تمييز بين من حضرت الإشهاد على الطلاق ومن لم تعلم به إلا بعد حين. والثاني نص م. 29 على ابتداء العدة من تاريخ الطلاق كان الطلاق بحضور الزوجة أو في غيبتها.

وإلى جانب هذين السببين كان الاجتهاد الفقهي مبرراً بما كان معمولاً به من الاعتراف بطلاق الزوج بمجرد النطق به ولو لم يعلم به أحد غيره، أما الآن فإضافة إلى الإجراءات العلنية أمام القضاء يضمن الإشهاد بالطلاق في سجلات عمومية - مذكرة الحفظ وكلاش التضمنين - وذلك قرينة على العلم به خصوصاً بالنسبة للزوجة التي تتابع الإجراءات إلى صدور الإذن للزوج بالإشهاد.

3 - المتعة:

[66] متى تستحق المتعة ؟ وما هي عناصر تقديرها ؟

متى تستحق المتعة ؟

[67] م. 84 قررت المتعة بصيغة عامة شاملة لجميع حالات طلب الزوج الإذن له بالطلاق، باعتبار أنه يختار بإرادته المنفردة إنهاء العلاقة الزوجية فيتحمل تبعه تصرفه، وهذا يتوافق مع الآيات الآمرة بالمتعة لـ "المطلقات" التي تنصرف إلى من صدر طلاقها من الزوج دون رغبة منها بصرف النظر عن السبب الباعث على توقيع الطلاق. والمذاهب الأربعة مع اختلافها في حالات وجوب أو استحباب المتعة اتفقت على ربط المتعة بمجالات صدور الطلاق من الزوج وإيراداته المنفردة ولذلك لم تفرض المتعة للمختلعة.

وبالمقابل لم يقرر الفقه متعة للزوجة في حالات تطليقها من القضاء بطلب منها لأحد الأسباب التي يراها كل مذهب مبررة لطلب التطليق. وسنرجع إلى الموضوع عند الحديث عن التطبيق للشقاق (ف. 159 وما بعدها).

[68] وقدم اللجنة الاستشارية مقترح نص صراحة على حرمان المطلقة من المتعة إذا ثبت خطأها الذي ألجأ الزوج إلى طلب الإذن بالطلاق. وكان المقترح يقول:

"إذا ثبت للمحكمة ادعاء الزوج أمكن حرمان المطلقة من المتعة أو من حضانة الأطفال أو منهما معا مع إمكان إلزامها بأداء مبلغ للزوج. وكل ذلك في حدود طلباته ودرجة الخطأ المرتكب وآثاره".

رفض المقترح، ومع ذلك خُطت المدونة خطوات مهمة في نفس الاتجاه. ويتبين ذلك من:

- خلوها من عبارة "يلزم كل مطلق بتمتع مطلقة إذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره وحالها إلا التي سمي لها الصداق وطلقت قبل الدخول" التي أضيفت إلى مدونة الأحوال الشخصية في 10/09/1993.

- النص في م. 84 على مراعاة أسباب الطلاق في تقدير المنفعة، وهو ما يعني تطبيق هذه المراجعة كانت الأسباب من الزوج أو من الزوجة فيرفع مبلغ المنفعة في الحالة الأولى ويخفض في الحالة الثانية، ولا مانع من وصول انخفاض إلى الصفر إذا اقتضته خطورة الخطأ الذي اقترفته الزوجة.

- النص في م. 113 على إمكانية الحكم بالمنفعة للزوجة في حالات التطليق المحكوم به بناء على طلبها.

وسارت فعلا بعض الأحكام القضائية في هذا الاتجاه.

فقد جاء في قرار استئنافي⁽¹⁾ تعليلا لحرمان الزوجة من الحضانة ومن المنفعة:

أولاً: حول موضوع إسقاط الحضانة:

حيث إن المقصود من الحضانة طبقا للمادة 103 من مدونة الأسرة هي حفظ المحضون مما قد يضره والقيام بتربيته والسهر على مصالحه، ومن الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن سواء كان ذكراً أم أنثى طبقاً للمادة 173 من المدونة الاستقامة والأمانة، والقدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايتهم دينياً وصحة وخلقاً...

وحيث إن المستأنفة لما أقدمت على فعلتها (أديننت جنائياً بالخيانة الزوجية) وتذرعتها بأسباب واهية كادعائها لهجر زوجها إياها ومغادرته للتراب الوطني وتركها عرضة للضياع، هذه الدرائع ليست مبررات للإقدام على ما يتخذش سمعتها وشرفها، ويفعلها ذلك تكون قد

(1) محكمة الاستئناف بطنجية، قرار 08/05/22 ملف 257 - 7/07 - مجلة قضاء الأسرة - وزارة العدل عدد 4 - 5 ص. 296.

فقدت شروط الحضانة من استقامة وحسن سلوك وبالتالي يكون الحكم بإسقاط حضانتها عن الولد قد صادف الصواب في هذا الجانب.

ثانيا: حول مستحقات التطلق⁽¹⁾.

حيث إن المطلقة المذكورة لم يتم تطلقها للأسباب المذكورة شرعا وبحسب ما هو وارد في مدونة الأسرة، وإنما كان تطلقها لسبب غير شرعي، ولما ينتج السبب الشرعي تنتج معه كل الحقوق الشرعية الأمر الذي يكون معه الحكم المستأنف الذي لم يقض لها بتلك المستحقات قد صادف الصواب".

عناصر تقدير المتعة:

[69] أشارت م. 84 إلى أن تقدير المتعة تراعى فيه عناصر: الوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيع الطلاق.

لعل التساؤل الذي يثور هو هل اسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعها يشكلان عنصرا واحدا؟ أم هما مختلفان؟

نميل إلى القول باختلافهما ذاك أن سبب الطلاق قد يؤثر على تقدير المتعة باعتبار أن هذا السبب قد يخفض المتعة إذ كان سلوكا خاطئا من الزوجة، وقد يرفعها مراعاة للضرر اللاحق بالمرأة وإن لم يصدر من الزوج تعسف في توقيع الطلاق. مثل إصابتها بعاhe أو

(1) استعمال كلمة التطلق مجرد خطأ مادي فيما يبدو. فقد جاء في الحكم أن الزوج طلب الحكم على زوجته بالرجوع إلى بيت الزوجية، ثم قدم مقالا إصلاحيا "عرض فيه أن المدعى عليها أدبت بعقوبة سالبة للحرية بثلاثة أشهر حبسا نافذا بسبب ارتكابها جريمة الخيانة الزوجية وأنه يصحح طلبه ملتصقا بالحكم بالإذن بالإشهاد على طلاقه لها..."

مرض مريض بعد قضاء عشرات السنين في البيت الزوجي، وقد يكون أداء التزاماتها الزوجية هو مصدر ما لحقتها كالولادة، وما قد تتعرض له من حوادث أثناء عملها بالبيت.

في مثل هذه الحالات لا يعتبر الزوج "متعسفا" طبقا للمادة 107 م.أ. التي سايرت الفقه في اعتبار الأمراض والعاهات التي تستمر أكثر من سنة مبررة لطلب الطلاق. ومع ذلك يكون من العدل رفع مبلغ المتعة في حدود إمكانيات الزوج جبرا للضرر الذي يلحقه الطلاق بالمرأة، فالمتعة في حد ذاتها "تعويض" ومجال التعويض عن الضرر وإن لم يثبت خطأ ما يزال يتسع باستمرار مراعاة لمبادئ العدل وإنصاف الطرف الضعيف في العلاقة.⁽¹⁾

ويرجع إلى القضاء تقدير حالات الضرر اللاحق بالزوجة المؤثرة على تحديد مبلغ المتعة

المستحق.

4 - مستحقات الأطفال:

[70] أحالت م. 85 على م. 168 و190 في تحديد مستحقات الأطفال إن وجدوا. وستتناول الموضوع - بحول الله - في باب النفقة ونكتفي الآن بالإشارة إلى أن مستحقات الأطفال تشمل:

- النفقة أي الغذاء والكسوة والعلاج وما يعتبر من الضروريات والتعليم (م. 189).

- السكنى.

- أجره الحضانة بالنسبة لمستحقيها.

(1) وآخر خطوة في الموضوع خطاها التشريع المغربي: القانون رقم 09.24 الصادر في 2011/08/17 المتعلق بسلامة المتزوجات والخدمات حيث قرر مسؤولية المنتج والمستورد والمروج ومقدم الخدمة عن الضرر اللاحق بالمستهلك ولو لم يثبت ضدهم خطأ.

إضافة إلى المستحق المعنوي الأساسي للأطفال وهو الحضانة التي تراعي المحكمة في إسنادها الترتيب المنصوص عليه في م. 171 مع تنظيم حق الزيارة لغير الحاضن من الأبوين أو لوالديه عند وفاته (م. 182 و185).

ونشير أخيراً إلى ضرورة استدعاء الطرفين إلى الجلسة التي تعقد لإصدار الحكم بعد التوصل بوثيقة الطلاق ضماناً لحقوق الدفاع، إذ قد يكون للزوجين أو أحدهما وسائل دفاع أو دفع ظهرت بعد صدور الإذن بالطلاق وتؤثر على عناصر تحديد المستحقات المادية أو إسناد الحضانة، أو تنظيم زيارة الحضون.

المبحث الخامس إشهاد عدلين على الطلاق

[71] سبقت الإشارة إلى أن لإشهاد عدلين على الطلاق علاقة بالتقاليد المتوارثة وليس

مقرا بنص ديني أمر.

فالحرص على نطق الزوج بالطلاق مؤسس على التفسير الفقهي للعلاقة الزوجية، إذ يرى أن الطلاق "حق" للزوج باعتباره "مالكا" للعلاقة الزوجية أو كما يعبر أحيانا "مالك لمنفعة البضع" التي يعتبر الطلاق مجرد تنازل منه عن هذه المنفعة وفق ما تؤكد التعريفات الفقهية التي سبق إيراد بعضها.⁽¹⁾

فما هو سند إشهاد العدلين على الطلاق ؟ وكيف تطور ؟ وما حكمه في مدونة الأسرة ؟
هذا ما نتناوله تباعا:

1 - السند:

[72] إشهاد "عدلين" على الطلاق ورد به النص الصريح في القرآن: ﴿فَإِذَا بَلَغَ الْأُمُورُ أَجْلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ...﴾.⁽²⁾

والمذاهب السنية كلها لا تفسر الأمر في الآية بالوجوب فلا يعتبر عندها إشهاد شخصين عدلين شرطا شكليا يتوقف عليه الاعتراف بالطلاق، فيمكن عندها إثباته مثلا باعتراف الزوج، أو بشهادة أفراد لم يشهدهم الزوج وقت نطقه بالطلاق.

-
- (1) انظر فقرة (9 و10).
(2) من الآية الثانية من سورة الطلاق. والمقصود به: (ذوي عدل) في الآية: شخصين معروفين بالاستقامة في الأقوال والأفعال في حياتهما الاجتماعية.

هناك المذهب الشيعي الإثنا عشري الذي يرى أن الأمر للوجوب وأن إصدار الزوج للطلاق دون إشهاده لعدلين على ذلك يعتبر لغوا ولا تنفصم به العلاقة الزوجية ولو أشهد فيما بعد.⁽¹⁾

هذا باختصار موقف الفقه الإسلامي من شكلية الطلاق الذي يصدره الزوج: المذهب السنية كلها تقول بنفاذ الطلاق ولو لم يتم إشهاد شخصين "عدلين" عند إصداره، وخارج هذه المذاهب يوجد من يرى نفاذ الطلاق متوقفا على شكلية إشهاد عدلين وقت إصداره. مع اتفاق الجميع على عدم قبول إشهاد "غير العدل".

وإشهاد عدلين عند أولائك وعند هؤلاء يتحقق مضمونه بقول الزوج أمام فريدين مستقيمي السلوك أشهدا علي أو أشهدكما انني طلقت زوجتي فلانة أو أية عبارة أخرى تؤدي المعنى وهو طلب الإشهاد على أنه أنهى العلاقة الزوجية بالمرأة المعنية بالاسم أو بما يحدد شخصها من وسائل التواصل المتعارف عليها. والشاهدان يحتفظان بالشهادة في ذاكرتهما ليؤدياها مستقبلا عند الحاجة.

2- الصيرورة:

[73] لما فرق الناس إلى عدول (= مستقيمي السلوك) وإلى غير عدول (= غير مستقيمي السلوك) احتيج إلى التمييز بين الصنفين سواء لدى القائلين بأن العدالة هي الأصل أو القائلين بأن على مدعيها الإثبات.

أسندت المهمة إلى القاضي الذي يقدم أمامه الخصوم شهودهم، فمن اعتبره "عدلا" حكم بشهادته ومن رآه غير ذلك استبعده. وللتيسير على الناس في معرفة من تقبل شهادته

(1) الطلاق "لا يقع إلا بحضور شاهدين عدلين... وإذا طلق ثم أشهد وقع الطلاق لغوا" - فقه الامام جعفر الصادق ل محمد جواد مغنية - 9/6.

ومن لا تقبل، أخذ كل قاض يعين مجموعة من الأفراد الذين يعتبرهم "عدولا" ويحضرون باستمرار بجوار المكان الذي يفصل فيه بين الخصوم.

من هنا ظهرت "خطة الشهادة" أي امتحان تلقى ما يشهدهم عليه الناس من عقود والتزامات وحقوق وغيرها وأدائه عند الحاجة أمام القاضي، ثم تطورت في الشكل وفي الجهر.

ففي الشكل انتشر التوثيق الكتابي للإشهادات التي يتلقاها "العدول" ولكن لا تقبل إلا إذا ذلت بكتابة القاضي بخط يده "أدى فقبل" للدلالة على أن كاتبها "عدل" وشهادته مقبولة لديه، وإذا أراد إلزام القضاة الآخرين بها، أضاف عبارة "واعلم به".

وفي الجهر أصبحت الوثيقة التي يحرقها "عدلان" ويذيلها القاضي بالقبول هي أسمى وسيلة للإثبات من أبسط وقائع الحياة الجزئية المنظمة لحقوق الافراد وعلاقاتهم إلى أخطر واقعة وأعلاها في حياة المجتمع وهي تولية الحاكم والشروط التي تمت على أساسها البيعة حيث تصبح الوثيقة المتضمنة لهذه الشروط بمثابة وثيقة دستورية تلزم الأمة وحاكمها أو ولي أمرها.

[74] ومما يبدو طريفا في التوثيق العدلي أن ما يكتبه العدلان ويوقعانه ليست له أية قيمة إثباتية إلى أن "يخاطب" عليه القاضي بالقبول، وفي نفس الوقت كل ما يصدر عن القاضي أثناء مزاوالتة لوظيفته ولو كتبه بخط يده لا يثبت إلا إذا أشهد عليه "عدلين" بدءا مما يجري أثناء تحقيق الدعوى مع الخصمين في الجلسة وما يكلفهما به أو يحدده لهما من الآجال إلى منطوق الحكم، والعدلان عندما يكتبان ما تم إشهادهما عليه لا يكتسب قوته الإثباتية إلا بخطاب نفس القاضي وإعلانه "قبول" شهادتهما.

هذا التطور الشكلي والجوهري هو الذي خلق لـ "شهادة العدلين" مركزها في الخيال الاجتماعي بصرف النظر عن كون الأمر بها في القرآن للوجوب أو للندب وعن قانون

خطة العدالة الذي أحالها إلى "نظام توثيق" يختلف في كثير من عناصره بل في جوهره عن "إشهاد ذوي عدل".

[75] وتوثيق عقدي الزواج والطلاق تختلف شكليتهما في الدول الإسلامية. فمنها من تسنده إلى ضابط الحالة المدنية الذي من بين الشكليات التي يراعيها حضور شاهدين.⁽¹⁾

ومنها من تسنده إلى "منتدب" أو "مأذون" له من القاضي الذي له صلاحية المراقبة لتوفر الشروط الشرعية فهما، والمنتدب أو المأذون يتلقى الإشهاد بالطلاق من الزوج بحضور شاهدين دون إضافة وصف "عدلين" مسيرة للمذهب الحنفي الذي يرى أن المسلم "عدل" إلى أن يطعن في سلوكه.

وفي المغرب أسند توثيق العقدين إلى "شاهدين عدلين" واشترط وصف العدالة يرجع إلى مذهب مالك الذي يقول إن قبول الشهادة متوقف على إثبات عدالة الشاهد لأن الأصل عدم توفرها.

ويمكن اعتبار التنظيم القانوني لممارسة خطة العدالة والتعيين فيها تطويرا للوضعية السابقة التي كان القاضي فيها يتولى هذه المهمة⁽²⁾. والتطوير شمل الأساس:

(1) أو أربعة شهود كما في القانون السنغالي.

(2) فقد انتقل القاضي من تقدير سيرة الشهود ثم قبول شهادتهم أو رفضها عند إحضارهم من الخصوم إلى التعديد المسبق لعدد من الأفراد يعتبرهم "عدولا" مقبولي الشهادة.

بدأ هذا منذ زمن غير يسير، فمن أوائل من ينسب إليه ذلك القاضي محمد بن مسروق الكندي الذي ولي قضاء مصر سنة 177هـ. فرسم عددا من الأفراد وقصر الشهادة عليهم دون غيرهم.

كما أن القاضي أبو إسحاق اسماعيل بن حماد المالكي قاضي بغداد (282هـ) قصر من يقبل منهم الشهادة على المنتسبين إلى بيوت معروفة دون من سواهم.

- إنهاء الشهادة الشفوية للعدل.

- إنهاء شهادته العلنية⁽¹⁾ والاقتصار على تلقي الإضهاد ممن يحضرون أمامه.

- ضبط أداء العدل لوظيفته التوثيقية بعدد من الضوابط والشكليات التي ترتبط القوة الإثباتية للوثيقة التي يجزها بمراعاتها وتطبيقها.

ما يهنا الحديث عنه الآن هو الإضهاد على الطلاق الذي مر بكل مراحل التطوير الشكلي والجوهري لمصطلح "إضهاد عدلين" فهل أضافت مدونة الأسرة جديدا في هذا الإضهاد؟

3- الإضهاد في مدونة الأسرة:

[76] الجديد الذي أضافته مدونة الأسرة في موضوع إضهاد العدلين على طلاق الزوج

هو: فرضه والإذن به من المحكمة.

وحسب الروايات التاريخية وجد اختلاف كبير في عدد الأفراد الذين يعيهم القاضي "عدولا". فقد كان عددهم في بغداد سنة 382هـ. ثلاثمائة وثلاثة شهود، بينما بلغ من قبلهم القاضي التيجي في البصرة ستة وثلاثين ألفا من الشهود الذين قبلهم لديه. وجاء عن القاضي مالك بن سعيد الفارقي أنه عندما تولى القضاء في مصر عام 398 اختار ثلاثة شهود فقط لجلسه وترك الباقي المختارين من سلفه.

تاريخ الشهود لبدي محمد فهد - مجلة كلية الشريعة - بغداد العدد الثالث ص 26- 65. (1967).

(1) الشهادة العلنية هي التي يستند العدل في علمه بالواقعة المشهود بها على إدراكه الشخصي لها خارج ممارسة مهنته التوثيقية.

وتنص م. 27 من القانون المنظم خطة العدالة على أنه: "يحق للعدلين أن يشهدا شهادة علنية بإذن من القاضي". ولم تشر معلومات عن مدى تطبيق هذا النص ومجالات هذا التطبيق والواقع أنه نص نشار نقل من وضع لم يبق له وجود حيث كانت شهادة "العدل" تتمتع بقوة الإثبات القاطعة ولا صلاحية للقاضي إزائها. كما أنه يتعارض مع ما ذهب إليه المجلس الأعلى سابقا في عدة قرارات من أن "العدل" كثيره من الأفراد بالنسبة لشهادته التي يؤديها خارج شكليات القانون المنظم خطة العدالة، وهذه الشكليات وضعت لما يتلقاه من شهادات أثناء زراوته لهنته وليس لشهاداته العلنية.

فرض إشهاد العدلين:

[77] تنص م. 138 على أنه: "يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين متنبئين للإشهاد...."⁽¹⁾ ومقتضى ذلك عدم قبول إثباته بوسيلة أخرى غير هذا الإشهاد. فالوجوب يقتضي إلزام الزوج بالحكم المقرر سيما وأن الإلزام بالإشهاد هو تفسير بالوجوب للأمر الوارد في آية ﴿وَشَهِدُوا ذُوَى عَدْلِ مِثْمُكُمْ﴾ وتقييد "ذوي عدل" بالمتنبئين للإشهاد وفق نظام خطة العدالة فرضه الحرص على حسن التنظيم والضبط المحكم لعقود الطلاق لما يترتب عليها من آثار هامة ومتنوعة لكل من المتفارقين والأطفال.

ويمكن القول بوجود نظرتين متباينتين إلى حصر شكلية طلاق الزوج في إشهاد عدلين. الأولى ترى فيه تشددا ومخالفة لأحكام الشريعة والثانية تصفه بالإخلال بحقوق الزوجة ...

وجهة النظر الأولى:

[78] ما يزال كثير من "المفتين" يعلنون أن العلاقة الزوجية تنفصل بمجرد نطق الزوج بما يفيد إنهاءها لغة أو عرفا أو قصدا كان جادا أو هازلا. ولا نريد الدخول في مناقشة هذه الفتاوى وما يشايعها من آراء، فذلك لا يفيد، لأن تلك الفتاوى والآراء مجرد نقل حربي للهدون في بعض المراجع الفقهية.

(1) نفس العبارة في معناها كانت في الفصل 48 من مدونة الاحوال الشخصية. ولكنها في ذات الوقت قررت في ف. 80: "إذا سمع الشاهدان الطلاق سجلا، ولا يحرر مجردا عن مستند الزوجية، فإذا لم يحضر مستند الزوجية رفع الشاهدان الأمر إلى القاضي". ولذلك لم يكن لإذن القاضي - الذي أضيف في تعديل ف. 48 في 93/09/10 - تأثير على الممارسة المألوفة لإعلان الطلاق فضلا عن كون إذن القاضي لم يكن مؤسسا على إجراءات مفصلة مثل التي قررتها مدونة الأسرة.

ونفضل إثارة ملاحظات في الموضوع تاركين للقارئ الاقتناع بما يطمئن إليه وجدانه مصداقا للحديث الشريف "استفت قلبك وإن أفوك" من هذه الملاحظات:

- تنظيم الطلاق ومعالجة آثاره لا يخرج عن الآية الجامعة: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾⁽¹⁾ والعدل باعتباره من كليات الشريعة تتعلق بمعنى عقلي مجرد "فالعقلاء مشتركون في فهمها"⁽²⁾ ولا يحتكر فهمها شخص ولا طائفة، وإن كانت مؤهلات الفهم قد متفاوت كما أن الاختلاف في تنزيل الكلية على كثير من الجزئيات واقع قطعاً بين المتساوين في التأهيل وكذلك بين المتفاوتين فيه، ولتجاوز فوضى الآراء وشدوذ بعضها شرع القرآن الشورى بجمع الكلمة في التطبيق وأن اختلفت الآراء في التنظير.

- الطلاق ليس تصرفاً تعدياً وإنما هو مثل غيره من التصرفات التي تهـم حقوق الأفراد وعلاقتهم في الحياة والتعايش، وهو ما يفرض تنظيم ممارسته في إطار مبادئ العدل وحماية حقوق أطراف العلاقة ومنع الظلم والتعسف.

ويؤكد هذه الصفة للطلاق تقرير الخليفة عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نفاذ ثلاث طلاقات على من جمعهن في صيغة واحدة بينما كان ذلك يعتبر طلقة واحدة في حياة الرسول ﷺ وفي خلافة أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فهل عمر حرم ما كان حلالاً؟ أو غير حكماً تعدياً؟ لم يفعل هذا ولا ذاك وإنما أسس قراره على ما رآه مصلحة ووسيلة لردع المتسارعين إلى الطلاق بصيغة تنكر لما ينبغي أن يسبق الطلاق من تفكير في العواقب، واحتياطاً لما عبرت عنه الآية 19 من سورة النساء: ﴿وَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَمَسِي أَن تَكُونُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَبَرًا كَثِيرًا﴾.

(1) من الآية 57 - سورة النساء.

(2) الشاطبي في الموافقات - 163/4.

وبعبارة أخرى لو كانت الممارسة الخاصة باحتساب الطلاق بصيغة الثلاث طلاقاً واحدة - حكماً شرعياً منزلاً، وتعديداً غير مرتبط بعلّة ولا مصلحة، لما أقدم الخليفة الثاني على تغييره ودون أن تسجل معارضة من الصحابة لما قرره وأمر به.

- لا وجود لنص ثابت يؤكد أن الأعراف التي كان الطلاق يمارس بها وقت نزول القرآن أصبحت تشريعاً أبدياً متعبداً به في شريعة الإسلام.

- مبالغة الفقه في ربط انحلال العلاقة الزوجية بلسان الزوج ترجع إلى سببين:

الأول: التعريف الذي وضع للزواج، والطلاق حيث اعتبر الطلاق مجرد تنازل من الزوج عن منفعة البضع المملوكة له. فهو من ناحية يتصرف فيما يملك ومن ناحية ثانية التنازل تترتب عنه حرمة المعاشرة الزوجية، واحتياطاً من الوقوع في الحرام رتب الطلاق عن كل عبارة تفيد له لغة أو عرفاً أو قصداً.

والسبب الثاني الأخذ ببعض الآثار رغم الطعن في روايتها، مثل الأثر: "ثلاث جدهن جد وهزهن جد: النكاح والطلاق والرجعة" الذي يقول عنه الشوكاني: "الحديث أخرجه أيضاً الحاكم وصححه وأخرجه الدارقطني وفي إسناده عبد الرحمن بن حبيب بن أزدك وهو مختلف فيه. قال النسائي منكر الحديث وثقه غيره".⁽¹⁾

النسائي يصف الراوي بمنكر الحديث، والمبدأ المعمول به عند اجتماع التعديل والتجريح هو تقديم التجريح لكن استبعد التجريح رغم أن المتن ذاته يتعارض مع آية: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾.⁽²⁾

(1) نيل الأوطار - 20/7.

(2) آية 5 سورة الأحزاب.

يضاف إلى ما سبق واقع الحياة التي نعيشها والمتميزة بكثرة التنقل بين المواطن وأماكن الإقامة، ثم السلوك السائد بين الناس إزاء القيم الدينية والإنسانية الذي تساعد عليه الصعوبات الاقتصادية الناتجة أساساً عن ثقافة الاستهلاك

ألا تكتفي هذه الملاحظات لتبرير الإلزام بالإشهاد الرسمي على الطلاق ومراجعة الرأي الذي كان معمولاً به في ظروف وملابسات تشكلت من أعراف ومن تصور خاص لعلاقة الزواج بين الجنسين ومن نمط الحياة المتسم بالاستقرار والانقياد للنظام القبلي والعشائري الصارم، إلى جانب ندرة الكتابة معرفة واستعمالاً وغياب التنظيم لمرافق المجتمع ومؤسسات الدولة وأجهزتها ؟

وجهة النظر الثانية: (1)

[79] هذا الرأي يذهب إلى اعتبار إنهاء العلاقة الزوجية يتجاوز إرادة الفرد وتصرفاته الاختيارية سواء في ذلك إرادة أحد الزوجين أو اتفاقهما معاً. والأساس التاريخي لهذا التوجه المبدأ الذي كانت تعتقه الكنيسة الكاثوليكية - وما تزال تمسك به فروع كنائس أخرى ارتوذوكسية - من أن الزواج الذي يعتقد في السماء لا يمكن حله في الأرض.

وبعد استقلال السلطة السياسية عن الكنيسة في الغرب حافظت في البداية على إبعاد إرادة الزوجين من التقرير في موضوع الطلاق الذي أسندته إلى القضاء إذا توفر أحد الأسباب المذكورة في القانون على سبيل الحصر، وبدون هذه الأسباب لا يمكن الحكم بالطلاق ولو غدا تعايش الزوجين في البيت الزوجي مستحيلاً وهو ما تمت مواجهته بإجراء

(1) وجهة النظر هذه أجنبية والذي يقول بها هو القضاء الغربي المتأثر بخلفيات ثقافته وبالتوسع المتنامي لحقوق الإنسان، وأشرنا إليها هنا مراعاة لمساسها بحياة ملايين المغاربة الذين يعيشون في الغرب.

"الفرق الجسدي" وهو الحكم باستقرار كل من الزوجين بعيدا عن الآخر مع استمرار العلاقة الزوجية بينهما قانونا.

ثم انتقلت القوانين في الغرب ابتداء من منتصف القرن الماضي إلى مرحلة أخرى بالاكتماء بالنص على سبب عام للطلاق: التصدع المستمر للحياة الزوجية (القانون الهولندي مثلا) أو الاحتفاظ بتعدد الأسباب ومن ضمنها: تصدع الحياة المشتركة للزوجين (مثلا القانون الفرنسي). مع النص على أن الطلاق لا يتم إلا بطلب من الزوجين أو أحدهما ويقتصر تدخل القاضي فيه على محاولة الصلح وعلى تأخير البت في الطلب أملا في التراجع عنه.

وإضافة إلى التحول في نصوص التشريع تأثر القضاء كذلك بما طرأ على مفهوم حقوق الفرد وحرية وولذلك أصدر أحكاما بالطلاق لأسباب تافهة بعيدة عن المفهوم التقليدي لتصدع الحياة الزوجية أو الشقاق.

القوانين الغربية إذن احتفظت بقصر صلاحية إعلان الطلاق على القضاء مع تيسير الحصول عليه بإرادة ورغبة من الزوجين أو أحدهما.

هذه الخلفية التاريخية للطلاق في الغرب والتطور المفاهيمي لحقوق الفرد وحرية حملها القضاء هناك على اعتبار صدور الطلاق بالإرادة المفردة للزوج أمام العدلين ماسا بحقوق الزوجة وبالنظام العام لمؤسسة الطلاق. وهو ما سنرجع إليه في المبحث الموالي.

الإذن بالإشهاد:

[80] الإجراء الثاني الذي فرضته مدونة الأسرة هو وجوب الحصول على الإذن من المحكمة بالإشهاد على الطلاق وهو إجراء يفرضه مبدأ السعي إلى تحقيق المصلحة ومبدأ العدل.

يتأكد السعي إلى تحقيق ذلك من:

- أن إجراءات الحصول على الإذن تستغرق فترة زمنية من شأنها أن تخنق خلالها الأسباب العارضة المثيرة للريبة في الطلاق وأن يتم التفكير مليا وبهدوء في آثار فصح العلاقة الزوجية وعواقبه، وهو ما يساعد على التراجع ومواصلة الحياة الزوجية.

- أن المحكمة ملزمة بمحاولة الإصلاح بين الزوجين قبل الاستجابة لطلب الزوج، وقد رأينا ⁽¹⁾ أن القضاء تمكن خلال سنوات 2008 و2011 من إنهاء النزاع بالصلح في أكثر من 20% من القضايا المسجلة.

- أن إجراء طلب الإذن يمكن الزوجة والأطفال من الحصول على حقوقهم الناتجة عن الطلاق. فقبل سن هذا الإجراء كان الزوج يصحح بالطلاق بإشهاد عدلين أو بدون إشهاد فتنتهي العلاقة الزوجية وعلى الزوجة رفع الدعوى أمام القضاء لنتطالبة بما يعترف به الفقه لها من حقوق بسيطة وهي نفقة العدة والمتعة عند غير المذهب المالكي، وغالبا ما تكون الزوجة معدومة وقد تكون مقعدة أو مصابة بعاهة نتيجة تبعات الحياة الزوجية كالحمل والولادة والعمل اليومي بمنزل الزوجية.

من قبل كانت تلجئ إلى أسرتها واليوم انتهى هذا الالتجاء أو كاد سيما عند عدم وجود الأبوين أو عندما يكون للمطلقة أولاد، كما أن إجراءات التقاضي لها تكاليفها المعنوية والمادية إضافة إلى الفترة الزمنية التي يستغرقها رفع الدعوى وصدور الحكم ثم إجراءات تنفيذه، فمن المستبعد أن يصدر الحكم قبل انتهاء فترة العدة أما التنفيذ فتتحدث عنه الملفات المتراكمة الصادرة بالنفقة أمام المحاكم.

(1) ف. 47.

والأطفال مأساتهم أعمق فقد تتخلى عنهم الأم للعجز عن إيوائهم وفي حالات غير قليلة يكون المصير هو التشرذ وجنوح الاحداث، وفي أحسن الأحوال ترفع الأم الدعوى باسمهم لمطالبة "نائبهم القانوني" بالنفقة⁽¹⁾ ولا تتخفى الأتعب المادية والمعنوية للدعوى مع بقاء إجراءاتها قبل الحكم وبعده في انتظار التنفيذ.

ألا يبدو كل هذا مبررا شرعيا وقانونيا وإنسانيا لفرض طلب الإذن بالطلاق وما يتلوه من إجراءات ؟

كثير من فقهاءنا - ساحمهم الله - والمتدثرون بألقاب: الشيخ، والمفتي، والداعية... يتسابقون إلى الاستدلال بكليات الشريعة وقيمها العليا، والتذكير بالمقاصد ومراعاة الواقع وملايساته، وأبنا وجدنا المصلحة فثم شرع الله... إلخ. ولكن في التطبيق يتم استنساخ رأي اقتنع به الفقيه أو الشيخ... ويقدمه بصفته "شريعة الله" وليس مجرد رأي من عدة آراء اجتهدية قيل بها في واقع غير الواقع الذي نعيشه ومن هذا ما يفتى به من صحة الزواج شرعا بالشروط التي قال بها المنقول عنه الرأي وأن توثيقه المقرر في القانون "ليس ركنا ولا شرطا لصحته" ومثل ذلك الطلاق بمجرد نطق الزوج به ولو هزلا أو لم يتزوج المرأة المعنية بعد.

فلا ندري متى ستعالج الفجوة العميقة الفاصلة بين التنظير والواقع ؟

فهل في الإمكان تقادي بعض السلييات التي تعاني منها الجالية المهاجرة والناجحة عن نظام الطلاق المقرر في مدونة الأسرة ؟ هذا ما نتناوله في هذا البحث المولي:

نظام الطلاق والجالية المغربية في الغرب.

(1) وقد اضطر القضاء إلى قبول دعوى الأم رغم عدم توفرها على الصفة التي يشترطها الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية - إنقذا للأطفال من الضياع بعد أن تحلى عنهم ولهم الذي خوله القانون صلاحية السهر على رعايتهم وعلى حقوقهم والدفاع عنها.

المبحث السادس

نظام الطلاق والجلالة المغربية في الغرب

[81] أشرنا في المبحث السابق إلى الطلاق في الغرب ولم يكن ذلك مجرد الرغبة في المقارنة أو للنقد أو للتأييد، وإنما لوجود جلالية مغربية تعد بالملائين يعانون من اختلاف نظام الطلاق بين وطنهم الأصلي وبين بلد الإقامة الذي يحمل عدد منهم جنسيته.

وهذه المعاناة مزدوجة:

- مع قضاء بلد الإقامة الذي لا يقبل الطلاق الصادر في المغرب.
- ومع القضاء الوطني الذي يثير الكثير من الأسباب التي يبني عليها عدم قبول الحكم الأجنبي بالطلاق.

قضاء بلد الإقامة:

[82] بعد تقرير القانون المغربي للإجراءات القضائية السابقة على إشهاد العدلين بالطلاق، غير القضاء في الغرب عموما موقفه معترفا بالطلاق الصادر من الزوج ما دام مسبقا يتدخل المحكمة التي تمارس أمامها حقوق الدفاع من الطرفين فضلا عما تقوم به من محاولة الصلح. وهما العنصران الجوهريان للطلاق في الغرب، وإن كان بعض الأحكام القضائية ما تزال تستفزها الصياغة التي تحرر بها وثيقة الطلاق وهي صدوره من الزوج بإرادته المنفردة وفي غياب الزوجة، وبدون بيان لسبب الطلاق.⁽¹⁾

(1) لعل لهذا السبب طلبت وزارة العدل في منشورها رقم 47 س. 2 تاريخ 5 ديسمبر 2006 استدعاء الزوجة للحضور لدى العدلين عند إشهاد الزوج على الطلاق، لكن الإجراء صعب تطبيقه فضلا عن عدم وضوح الفائدة التي يحققها فالزوجة غالبا ما ترفض الحضور لأسباب نفسية واعتبارية، وإذا حضرت لن يغير ذلك شيئا من مضمون الوثيقة وهو توقيع الطلاق من الزوج بإرادته المنفردة. وحضور الزوجة يبقى شكليا لا دور له ولا هدف ولا نتائج.

لا نود الدخول في مناقشة هذا التوجه الأخير وما إذا كان سليماً أو متعسفاً لأن ذلك لا يفيدنا شيئاً، وما يهمنا هو التعامل مع الواقع الذي لا نملك تغييره ومحاولة البحث عما يخفف المشاكل عن المغاربة الذين يخضعون له طوعاً أو كرهاً.

[83] والبحث ينبغي أن يكون في ظل النصوص القائمة وكذلك في إمكانية تغييرها.

وقبل ذلك نشير إلى أن الاختلاف بيننا وبين الغرب كان يشمل أسباب الطلاق وشكلية صدوره معاً، أما الآن فيكاد يقتصر ذلك على الجانب الشكلي دون الموضوعي.

مثلاً القانون الفرنسي الصادر عام 1804 كان يحدد أسباب الطلاق في: الخيانة الزوجية والإدانة المشينة لأحد الزوجين، واتفق الزوجين المواطئ عليه بأن حياتهما الزوجية لا تطاق. بينما الآن يعلن الطلاق بناء على اتفاق الزوجين عليه، أو تصدع الحياة المشتركة، أو خطأ، وهذا فتح الباب على مصراعيه لكل من الزوجين للحصول على الطلاق متى أراد. فتصدع الحياة المشتركة يكفي لتحقيقه ترك الحياة في البيت الزوجي الفترة التي سبقتها القوانين في تحديددها، كما أن كلمة "خطأ" الواردة في النص نكرة وإن حدد المشرع الفرنسي حالاته في م. 242 وما بعدها، إلا أن التطور المتلاحق لمفهوم حرية الفرد، وحقوق الإنسان، يميل بالقضاء إلى التوسع في "التصرفات الخاطئة" المبررة للطلاق، لتشمل كثيراً من الحقوق التي لا تخلو منها الحياة الزوجية العادية.

بينما كان المطبق عندنا هو: الحرية المطلقة للزوج في إعلان الطلاق دون حاجة إلى ذكر أي سبب، وبالنسبة للزوجة إلزامها بالالتجاء إلى القضاء بعد إثبات أحد الأسباب المنصوص عليها حصراً في المراجع الفقهية ثم في مدونة الأحوال الشخصية.

والآن وإن قيدت صلاحيات الزوج في الطلاق بإلزامه بطلب الإذن به وبأدائه ما تقرره المحكمة من مستحقات الزوجة والأطفال قبل توثيق الطلاق أمام العدلين، فإن ذلك

لا يؤثر على مبدأ التقرير الإرادي للزوج في إنهاء العلاقة الزوجية وبالنسبة للزوجة أصبح في إمكانها طلب الطلاق للشقاق وهو سبب يمكنها من إنهاء العلاقة الزوجية متى أصرت عليه، يضاف إلى ذلك نص مدونة الأسرة على إمكانية اتفاق الزوجين على الطلاق.

يتبين من هذه الإشارة المقضبة أن لإرادة الزوجين دورا جوهريا في إنهاء العلاقة الزوجية عن طريق الطلاق. وأن أيا من الزوجين أصر على ذلك أمكنه الحصول على ما أراد سواء في الغرب أو في القانون المغربي كما يتفق النظامان على فرض مسطرة الصلح القضائية قبل إعلان الطلاق. لكن إلى جانب هذا التقارب في منح الزوجين حرية أوسع وفرض مسطرة قضائية لطلب الطلاق يبقى الخلاف بينهما قائما في شكلية أساسية هي صلاحية الزوج أو "حقه" في إعلان طلاق زوجته في القانون المغربي، بينما قوانين الغرب لا تعترف إلا بالطلاق الذي يعلنه القضاء بعد رفع الأمر إليه من الزوجين أو من أحدهما، باعتبار ذلك شكلية حامية للنظام العام الذي لا يقبل المساس به.

في ظل هذا الواقع الذي يتضرر منه المغاربة الذين لا تقبل منهم "وثيقة الطلاق" التي يحررها العدلان هل في الإمكان البحث عن مقترحات لمخاتهم في إطار النصوص الحالية أو بتعديلها ؟

في إطار النصوص الحالية:

[84] القانون المغربي الذي فرض سلوك المسطرة القضائية بما توفره من محاولة الإصلاح وضمان مستحقات الزوجة والأطفال - لا نعتقد وجود إخلال فيه بحقوق الفرد وكرامته، والذين يتفاوضون عن مسطرة الطلاق ويركزون على شكل التصريح به أمام العدلين، متأثرون قطعاً بخلفية ثقافية مزدوجة: ممارسة الزوج للطلاق كما كانت قبل في المغرب وما تزال قائمة في كثير من الدول الإسلامية، وتاريخ الطلاق في الغرب المسيحي الذي "تعلّى" به عن إرادة الفرد لارتباطه بالزواج الذي يعتقد في السماء فقصر إعلانه على القضاء وحده.

إذن الدعوة إلى البحث عن تطبيق أفضل للنصوص الخاصة بطلاق الزوج، لا تعني وجود خلل فيها مستحق للانتقاد والتقويم، وإنما فقط لمساعدة المواطنين الذين ترد في وجوههم وثائق الطلاق العدلية.

الموضوع سبقت وزارة العدل إلى إثارته بالمشور عدد 47 تاريخ 5 ديسمبر 2006 الذي دعت فيه بالخصوص إلى استدعاء الزوجة لحضور الإشهاد على الطلاق.

صحيح أن مما يعال به عدم الاعتراف بالطلاق الذي يتم الإشهاد به أمام العدلين، صدوره في غيبة المرأة، لكن غيابها لا يكفي لتفاديه استدعاؤها للحضور الذي تأتفه لأسباب نفسية واجتماعية ناتجة عن شعورها بالمهانة يحصر دورها في سماع قرار الزوج للطلاق من دون أن يسمح لها بمناقشة أو إثارة سؤال...

لذلك ألا ينبغي الرجوع إلى م. 79 و87 و139 وتطبيقها بصورة أفيد لمواطنينا في المهجر؟

فاللادة 79 وإن كانت لا تنص على وجوب ذكر سبب الطلاق، فإنه في الممارسة يكون الطلب متضمنا دائما لسبب أو عدة أسباب يؤسس عليها الزوج رغبته في إنهاء العلاقة الزوجية.

وللمادة 87 تؤكد أنه مجرد إيداع المبلغ المطلوب منه تأذن له المحكمة بتوثيق الطلاق...

وللمادة 139 فرضت النص في رسم الطلاق على تاريخ الإذن به ورقه.

وإذن المحكمة بتوثيق الطلاق يعتبر حكما تمهيديا ⁽¹⁾ والحكم التمهيدي - مثل الحكم النهائي - يجب أن يكون معللا ولذلك ينبغي أن يتضمن الإذن المشار إليه إلى جانب تاريخه ورقه:

(1) الإذن بالإشهاد على الطلاق وإن استوجب لكل ما طلبه الزوج في مقاله، يبقى مع ذلك حكما تمهيديا مراعاة لما قرره =

- تاريخ طلبه والسبب أو الأسباب التي أسس عليها.

- تواريخ جلسات محاولة الصلح ووسائله.

- تعليل الإذن بما ورد في طلب الزوج وبما استخلصته المحكمة مما أدلى به الطرفان ومن مناقشتهما في جلسات محاولة الصلح.

- إيداع الزوج ⁽¹⁾ للبلغ الذي قدرته المحكمة لمستحقات الزوجة والأطفال بذكر تاريخه ورقه.

إن تضمنين العالين لهذا الإذن في وثيقتها يدحض كل مبرر لاستبعادها في القضاء الأوربي إلا أن يكون الدافع هو الاستعلاء وعدم الاعتراف بالآخر وهذا أمر سائر إلى زوال قريبا غير بعيد.

وإذا كان نسخ مضمون الإذن لا تسعه وثيقة الطلاق التي يفرض قانون خطة العدالة كتابتها في صفحة واحدة - أمكن تعويض ذلك بتقرير إرفاق وثيقة الطلاق بنسخة من الإذن يؤكد العالان مطابقتها للأصل.

في أفق تعديل النصوص:

[85] التعديل الذي نقصده هو إمكانية تحويل المحكمة صلاحية النطق بالطلاق بعد عجزها عن الإصالح استجابة لطلب الزوج. ونكرر مرة أخرى أن ذلك ليس لمجرد مجازاة

القانون (م. 83 - 85) من وجوب الفصل في مستحقات الزوجة والأطفال، ولأن الزوجة تدخل طرفا في الدعوى للمطالبة بهذه المستحقات.

(1) فالمادة 86 تنص على أن عدم إيداع الزوج للبلغ يعتبر تراجعا عن رغبته في الطلاق، ولذلك وجب أن يؤكد الإذن حصول هذا الإيداع.

الطلاق في الغرب وإنما للتيسير على المغاربة الذين يعتقد وضعيتهم القانونية والمادية والنفسية عندما لا تقبل منهم وثيقة التصريح بالطلاق أمام العدلين ولا يجدون لمشكلهم حلا ولا مخرجا.

إن الأمر - في اعتقادنا - يرتبط بطبيعة الحكم المراد إعادة النظر فيه وهو تصريح الزوج بالطلاق أمام العدلين، هل هو مقرر بنص آمر من الشارع ولعلة واضحة يفوت تحقيقها بتعويضه بحكم آخر؟ أم ليس كذلك فلا حرج في تعويضه بما يحقق مصلحة ويدرا مفسدة هي ما يتعرض له المواطنون الذين لا يقبل منهم تصريح الزوج بالطلاق أمام العدلين؟

صحيح أن الممارسة التي كانت قائمة في المجتمع وقت نزول رسالة الإسلام هي استقلال الزوج بإنهاء العلاقة الزوجية عن طريق الطلاق.

وصحيح كذلك أن هذه الممارسة استمرت في المجتمع الإسلامي في حياة الرسول عليه السلام وبعدها.

والآيات القرآنية التي ورد فيها موضوع الطلاق منها ما يسنده إلى الزوج:

مثل: ﴿عَسَىٰ رَبُّهُ إِنْ طَلَّقَكُنْ أَنْ يُبْدِلَهُ أَزْوَاجًا خَيْرًا مِنْكُنَّ﴾ 5/ التحريم

﴿وَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَكُونَ زَوْجًا غَيْرَهُ، إِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ - 230 - البقرة

﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ - 227 - البقرة

وفي آيات أخرى جاء الإسناد بضمير الجمع منها:

﴿وَإِذَا طَلَّقَ النَّسَاءُ فَلَهُنَّ أَجَلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدَ...﴾ - 228 - البقرة

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقَ النَّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِمَدَّتَيْنِ وَاحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِكُنَّ﴾ - 1 - الطلاق

فهل نطق الزوج بالطلاق حكم قطعي لا نقاش فيه؟ أم إنه مثل باقي أحكام المعاملات القائمة على درء المفاسد وتحقيق المصالح؟

مما ينبغي أن يلاحظ في الموضوع:

1 - أن الآيتين الأخيرتين أكدتا النهي عند توقيع الطلاق عن الإضرار بالملقة والاعتداء على حقوقها وهو ما يعني أن تصرف الزوج بالطلاق مظنة للإضرار بالزوجة، أفلا يكون تفادي هذا الإضرار المظنون بالزوجة والأطفال مبررا لنقل توقيع الطلاق من الزوج إلى القضاء؟

2 - أليس من أجل حماية المرأة من التعسف خول الفقه القضاء صلاحية الطلاق في حالات متفاوت من مذهب إلى آخر وإن عارض الزوج، ولم يكن ذلك معروفا وقت نزول الرسالة ولم يأت به نص خاص صريح؟.

3 - لا وجود لنص - فيما نعلم - يربط وجود الطلاق وصحته بالنطق به من الزوج، نعم يرى ابن حزم مثلا أن الطلاق لا يصدر إلا من الزوج وأنه في حالات طلب الزوجة إنهاء العلاقة الزوجية، يحكم القاضي بالنسخ وليس بالطلاق، ولكن المذاهب الأخرى وفي مقدمتها المذاهب الأربعة تنفق على إنهاء العلاقة الزوجية بطلاق الزوج أو بطلاق القاضي الذي تعبر عنه بطلاق السلطان بطلب من الزوجة.

بلى إن صدور الطلاق من القاضي ليس قاصراً على حالات طلبه من الزوجة، وإنما يتم كذلك بطلب من الزوج، ومن ذلك:

- حالة الشقاق بين الزوجين وفشل الحكمين في الإصلاح بينهما حيث يقرر الفقه أن لهما أو للقاضي إصدار الحكم بطلاقهما أياً كان موقف الزوجين منه، فيشمل ذلك حالة رغبة الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية التي يعبر عنه الآن بطلب الاذن بتوقيع الطلاق.

ومما جاء في تفسير القرطبي: "فإن أنابا [الزوجان] ورجعا تركاهما، وإن كانا غير ذلك ورأيا الفرقة فرقا بينهما. وتفرقتهما جائز على الزوجين، وسواء وافق حكم قاضي البلد أو خافه، وكلهما الزوجان بذلك أو لم يوكلاهما. والفرق في ذلك طلاق بائن. وقال قوم: ليس لهما الطلاق ما لم يوكلاهما الزوج في ذلك، وليعرفا الامام، وهذا بناء على أنهما رسولان شاهدان، ثم الإمام يفرق إن أراد وأمر الحكم بالتفريق. وهذا أحد قولي الشافعي، وبه قال الكوفيون، وهو قول عطاء، وابن زيد، والحسن، وبه قال أبو ثور. والصحيح الأول، وأن للحكمين التطبيق دون توكيل، وهو قول مالك، والأوزاعي، وإسحاق، وروي عن عثمان، وعلي، وابن عباس، وعن الشعبي والنخعي، وهو قول الشافعي".⁽¹⁾

ووفقاً ل رأي مالك ومن معه خولت م. 94 من مدونة الأسرة، المحكمة صلاحية الحكم بالطلاق في حالة الشقاق سواء كان الطلب من الزوجة أو من الزوج.

- حالة طلب الطلاق للعيوب المانعة من المعاشرة الزوجية، والأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته (م. 107). والفقه يكيف إنهاء العلاقة الزوجية هنا بالفسخ

(1) الجامع لأحكام القرآن - 176/5 وأضاف القرطبي: "احتج أبو حنيفة بقول علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ للزوج: لا تبرح حتى رضى بما رضيت [الزوجة] به، فدل على أن مذهبه أنهما لا يفرقان إلا برضى الزوج، وبأن الأصل الجتمع عليه أن الطلاق بيد الزوج، أو بيد من جعل ذلك إليه. وجعله مالك ومن تابعه من طلاق السلطان على المولي والعين" - ص. 177.

كما يعبر عنها بالطلاق، بل يتفق على إنهاؤها بالإرادة المنفردة للزوج الذي تختصر صلاحيته في الطلاق دون الفسخ.

ونصت م. 109 صراحة على أنه "لا صداق في حالة التطليق للمعيب عن طريق القضاء قبل البناء". وطلب التطليق للمعيب يقدمه الزوج كذلك (م. 108).

الخلاصة التي نريد استنتاجها من هاتين الحالتين هي وجود طلاق قضائي بطلب من الزوج وأن هذا الأخير إذا كانت له صلاحية إصدار الطلاق، فإن له كذلك أن يطلب من القضاء إصدار الحكم بالطلاق وإنهاء العلاقة الزوجية. لذلك لا يبدو وجود مانع شرعي من إلزام الزوج بطلب الحكم بالطلاق عوض طلب الإذن بالإشهاد به ما دام في كلا الحالتين لا تملك المحكمة رفض الطلب وكل ما لها من صلاحية هو مراعاة أسباب طلب الطلاق ومدى تعسف الزوج فيه في تقدير مبلغ المنة.

وسنرجع إلى الموضوع في آخر الفصل الثاني الآتي.⁽¹⁾

القضاء الوطني:

[86] تتمثل معاناة المهاجر مع القضاء الوطني في التعامل مع الأحكام القضائية الصادرة في بلد الإقامة. هذا التعامل الذي يبدو أحيانا غير ملتزم بمقتضيات القانون في الموضوع. وفيما يلي محاولة البيان:

مدونة الأحوال الشخصية السابقة لم تكن فيها أية إشارة إلى أحكام الطلاق الصادرة عن القضاء الأجنبي لأنها عند صدورها لم تكن خارج المغرب جالية تعرض قضاياها للأحوال الشخصية على القضاء الأجنبي.

(1) فقرة 250 وما بعدها.

ولما صدر قانون المسطرة المدنية في 1974/09/28 تضمن المقتضيات الآتية في المادتين:

430 و433.

م. 430: "لا تنفذ في المغرب الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه، أو لمكان التنفيذ عند عدم وجودهما.

يجب على المحكمة التي يقدم إليها الطلب أن تتأكد من صحة الحكم واختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته، وأن تتحقق أيضا من عدم مساس أي محتوى من محتوياته بالنظام العام المغربي".

م. 432: "تكون العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين أيضا قابلة للتنفيذ بالمغرب بعد إعطائها الصيغة التنفيذية ضمن الشروط المقررة في الفصول السابقة".

وكان ظهور الالتزامات والعقود عندما تعرض الفصل 418 ظ.ل.ع. للورقة الرسمية أضاف:

"وتكون رسمية أيضا:

(1) ...

(2) الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية والأجنبية بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها".

وعندما صدرت مدونة الأسرة نصت في م. 128 (فقرة ثانية على ان: " الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو بالتطليق، أو بالخلع أو بالنسخ، تكون قابلة للتنفيذ

إذا صدرت عن محكمة مختصة وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية، وكذا العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين، بعد استيفاء الإجراءات القانونية بالتدويل بالصيغة التنفيذية طبقاً لأحكام المواد 430 و431 و432 من قانون المسطرة المدنية "

هذه المادة لم تضاف جديداً إلى ما كان مقرراً في القانون المغربي وهو أن الحكم القضائي والعقد النجزيين وفق قانون بلد الصدور المنظم للاختصاص القضائي، ولتحرير "الورقة الرسمية" - يكتسبان مجرد الاحتجاج بهما حجية الورقة الرسمية المنصوص عليها في الفصل 419 من ظهير الالتزامات والعقود.

أما تنفيذ مضمونها عن طريق وسائل التنفيذ الجبري المقرر في قانون المسطرة المدنية، فيتوقف على تدويل الحكم أو العقد بالصيغة التنفيذية طبق إجراءات ف. 430 - 432 ق.م.م.

بناء على ذلك يكون لأحكام الطلاق أو الفسخ الصادرة عن الحاكم الأجنبية سواء استصدرها مغاربة أو أجانب نوعان من الحجية:

- حجية الإثبات المقررة للورقة الرسمية في الفصل 419 ظ.ل.ع. بالنسبة للوقائع التي أثبتها القاضي بحكم وظيفته.

- وحجية الحكم القضائي الواجب التنفيذ بالوسائل الجبرية المنصوص عليها في الفصل 428 وما بعده من قانون المسطرة المدنية.

أولاً: حجية الورقة الرسمية:

[87] يكتسب الحكم الأجنبي هذه الحجية من تاريخ صدوره بالنسبة لجميع الوقائع التي ضمنها فيه القاضي بحكم وظيفته بصرف النظر عن أن يكون إثباتها نهائياً كخضور خصم

أو تخلفه عن الحضور، أو غير نهائي مثل منطوق الحكم الصادر بالنفقة مثلاً أو بالطلاق وإن كان قابلاً للطعن فيه لأن الحجية تمتدق بالوجود الفعلي للواقعة وحدوثها وليس بالصفة النهائية غير القابلة للتعقيب.

والحكم الأجنبي بهذه الحجية يقبل الدفع به أمام القضاء وهذا ما أكدته المجلس الأعلى سابقاً في عدة قرارات منها:

- القرار عدد 74 الذي يتعلق بطلب الزوجة نفقتها ونفقة الأولاد. دفع الزوج بحكم صادر في فرنسا قضي بالطلاق وإيعافائه من نفقة أولاده لعجزه عنها، والحكمة استبعدت الحكم الملقى به لعدم تذييله بالصيغة التنفيذية وحكمت على الزوج بأداء النفقة، غير أن المجلس الأعلى نقض الحكم قائلاً:

"حيث تبين صحة ما عاينه الوكيلان والشق الأول من الوسيلة الثالثة ذلك أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه من جهة أولى استبعدت حجية الحكم الأجنبي المذكور أعلاه بعلة عدم تذييله بالصيغة التنفيذية رغم أن لهذا الحكم حجية بخصوص الوقائع التي اثبتها طبقاً للفصل 418 ق.ل.ع. وهي في نازلة الحالة واقعة إعفاء الطاعن من نفقة أولاده لعجزه... فجاء بذلك قرارها غير مركّز على أساس قانوني ونقص التعليل الأمر الذي عرضه للنقض".⁽¹⁾

(1) تاريخ 2006/02/01 ملف 2005/1/2/482 - ع.ق.أ. 153/2.

في نفس الاتجاه القرار عدد 515 تاريخ 2006/09/13 الذي جاء فيه:

"لكن حيث إن الأحكام تكون حجة فيما فصلت فيه، وترتب آثارها ابتداء من تاريخ صدورها، ولا تتأثر في ذلك بمدى قابليتها للتنفيذ واستنفاد الإجراءات المتعلقة بذلك بحيث تمتد آثارها إلى تاريخ صدورها عندما تصبح قابلة للتنفيذ. والحكم الأجنبي الذي صدر بتطبيق الطالبة وطلب منها يرب آثاره، وتخل العصمة بينها وبين المطلوب في النقض ابتداء من تاريخ صدوره لا من تاريخ تذييله بالصيغة التنفيذية. والحكمة التي اعتبرت تاريخ صدور الحكم الاجبي للقول بعدم تحقق سبب النفقة، تكون قد جعلت لقضائها أساساً صحيحاً". - ع.ق.أ. 18/1.

[88] لكن أحد قرارات المجلس الأعلى⁽¹⁾ لم يقبل الدفع بحكم أجنبي قبل تذييله بالصيغة التنفيذية. فقد طلب الزوج بمقال مؤرخ في 2003/09/09 الحكم على الزوجة "بالرجوع إليه بالمغرب" وأجابت المدعى عليها: "أنهما يقيمان منذ زواجهما بالديار الهولندية وخير دليل على ذلك أن شواهدهما المنجزة بمناسبة إنجاز عقد زواجهما قد تمت بالتفصيل العامة للمملكة المغربية بهولندا وكذلك عنوان إقامتهما بالخارج، ثم إن المدعي لما أهملها وأمسك عن الإنفاق عليها استصدرت حكما من المحكمة الهولندية قضى بالطلاق بتاريخ 2002/02/04 بالملف 164254 أصبح نهائيا لذلك لم يبق لدعوى الرجوع إلى بيت الزوجية أي مبرر، لذلك التمست رفض الطلب الأصلي... وأدلت بنسخة من الحكم الأجنبي المذكور مع ترجمته وشهادة صيرورته نهائيا " قضت المحكمة الابتدائية برفض طلب الزوج وأيد الحكم استئنافا.

طعن الزوج بالنقض فكان قرار المجلس:

"حيث صح ما عابه السبب على القرار المطعون فيه، ذلك أن المحكمة مصدرته حين أسست ما قضت به من رفض طلب الرجوع إلى بيت الزوجية بناء على استصدار المطلوبة

والقرار عدد 452 تاريخ 2006/07/12 - ع.ق.أ. - 169/2 والقرار عدد 20 تاريخ 07/01/10 - ع.ق.ق.أ. - 191/2 والقرار عدد 522 تاريخ 07/10/17 - نفس المرجع وما جاء فيه:

"حيث صح ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه ذلك أن الفصل 418 ق.ل.ع. ينص على أن الأحكام الأجنبية يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي ثبتها، والثابت من أوراق الملف أن الطاعن أرفق مذكرته المؤرخة في 2005/09/09 بحكم صادر عن المحكمة العليا لالجي بفرنسا بتاريخ 1998/03/05 تحت عدد 222 قضى بأدائه نفقة ابنته (ح) بحساب 500 فرنك ابتداء من 1998/03/01... والمحكمة لا استبعدت الحكم المذكور بعلة عدم تذييله بالصيغة التنفيذية والحال أنه يتعلق بنفس الطلب وهو أداء نفقة البنت (ح) تكون قد خرفت مقتضيات الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود مما يعرض قرارها للنقض".

(1) قرار عدد 72 تاريخ 2006/02/01 ملف 2005/1/2/468 - ع.ق.ق.أ. - 149/2

من المحكمة الهولندية حكماً قضى بتطليقها من عصمة زوجها الطاعن تحت عدد 164254 بتاريخ 2002/08/04 واعتبرت تبعاً لذلك بأن طلب الرجوع إلى بيت الزوجية أصبح غير ذي موضوع دون التأكد من تدويل الحكم المذكور بالصيغة التنفيذية طبقاً للفصلين 430 و431 من ق.م.م. فجاء بذلك القرار المطعون فيه غير مرتبط على أساس قانوني الأمر الذي عرضه للنقض .

ونشر مع القرار تعليق يقول:

"من المعلوم فقها وقضاء أن الطلاق الذي يصدر في غيبة الزوجة ولم تعلم به لا يعتبر حجة عليها إلا من تاريخ العلم به.

أما بالنسبة للزوج فإن الطلاق بيده أصلاً إلا أن الزوجة تملك الطلاق في حالات معينة كحالة التفويض أو التملك أو التوكيل كما هو منصوص عليه في الفقه، وذلك بالإضافة إلى حالة الخلع الذي يتم بتراضي الزوجين، وقد أضافت مدونة الأسرة حالة الطلاق بالاتفاق، وحالة التطبيق للشقاق وهو الذي تحصل عليه الزوجة عن طريق القضاء بحكم وطني أو أجنبي.

أما الطلاق الذي تحصل عليه الزوجة من محكمة أجنبية فإنه لا يعتد به إلا إذا صدر بطلب من الزوج لأن الأصل أن الطلاق بيده، أو بلغ به ولم يطعن فيه، ولم يكن مخافاً للنظام العام المغربي ففي هذه الحالة يعتد به من تاريخ صدوره. أما الحكم بالطلاق الذي لم يصدر بطلب من الزوج لا يكفي الدفع به ليرتب أثره وإنما يجب تدويله بالصيغة التنفيذية وذلك بمتنصّي توفّره على الشروط المنصوص عليها في الفصل 430 و431 من ق.م.م. .

[89] التعليق بين الأساس الذي اعتمده القرار للقول بضرورة تدويل الحكم الأجنبي بالطلاق قبل قبول الدفع به من الزوجة ضد دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية هذا الأساس هو التمييز بين:

- حكم الطلاق الذي يصدر بطلب من الزوج، وهذا يرتب آثاره منذ صدوره ويقبل الدفع به حتى قبل تذييله بالصيغة التنفيذية.
- حكم الطلاق الصادر بطلب من الزوجة وهذا لا يعتد به ولا يقبل الدفع به حتى يذيل بالصيغة التنفيذية.

وبرر هذا التمييز بكون الزوج "الطلاق يده أصلاً" وهو ما يخوله الاحتجاج بالطلاق الصادر بطلب منه قبل تذييله لأن الطلاق هنا يكون نافذا ولو كان الحكم الأجنبي الصادر به مخالفا للنظام العام المغربي.

هذا ما يبينه قرار آخر يتعلق بطلب زوجة تذييل حكم بالطلاق بالصيغة التنفيذية "استصدرته بتاريخ 1999/03/22 عن المحكمة الابتدائية في ستوكهولم قضى بطلاقها، وأن هذا الحكم أصبح نهائياً وأنها ترغب في تذييله بالصيغة التنفيذية مع ما يترتب عن ذلك قانوناً...

وأجاب المدعى عليه بواسطة دفاعه بأن الحكم الصادر عن دولة السويد والقاضي بطلاقها لم يوافق عليه... كما أنه تقدم بدوره بمقال يري إلى الرجوع إلى بيت الزوجية فتح له ملف عدد 2000/68 ملتمسا الحكم برفض الطلب... وبعد التعقيب وانتهاء الإجراءات قضت المحكمة الابتدائية برفض الطلب فاستأنفته المدعية... وبعد جواب المستأنف عليه بواسطة دفاعه واثمسه تأييد الحكم الابتدائي وإدلاء النيابة العامة بملتمسها التكاملي قضت محكمة الاستئناف بتأييده."

طعنت الزوجة بالنقض مثيرة استعمال المدعى عليه لحكم الطلاق المطلوب تذييله ليتزوج بزوجة ثانية فكان جواب المجلس:

"حقاً لقد صح ما نعتة الوسيلة ذلك أن الطاعة أثارت أمام محكمة الاستئناف بأن المطلوب قد اعتمد على الحكم الصادر بالتطليق من السويد ليتزوج بامرأة أخرى في مدينة العيون كما يبين من رسم الزواج المضمن بعدد 284 صحيفة 165، أنكحة 14 بتاريخ

26/01/2000 مما يؤكد أنه يسلم بذلك الطلاق، إلا أن محكمة الاستئناف أوضحت عن البحث في أمر الطلاق الذي بنى عليه المطلوب زواجه من امرأة أخرى على أساس أن مجال بحثها ينحصر في تذييل أو عدم تذييل الحكم الأجنبي الصادر بالتطليق وبما أن المحكمة رأت أن ذلك التطليق يتعارض مع النظام العام المغربي فقد أيدت الحكم الابتدائي القاضي برفض دعوى الطاعة. في حين أنه كان يجب على المحكمة طالما أن الطلاق أو التطليق يتعلق بهما حق الله تعالى وبينهما عليهما تحريم أحد الزوجين على الآخر بعد انتهاء عدة الطلاق الرجعي أو بعد صدور الطلاق البائن - كان يجب على المحكمة أن تبحث فيما إذا كان المطلوب بقوله إنه مطلق عند مطلق مطلق أنه كان يقصد اقرار ذلك الطلاق الصادر من المحكمة الأجنبية أو أنه أصدر طلاقاً آخر عليها وذلك بغض النظر عما إذا كان ذلك الطلاق الصادر من المحكمة الأجنبية مطابقاً أو مخالفاً للنظام العام المغربي، لأن الزوج إذا أقر ذلك الطلاق أو أنشأ طلاقاً آخر فإن العلاقة بين الزوجين تكون قد انتهت ويكون تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية مجرد تحصيل حاصل ويكون بالتالي الاستجابة لطلب الطاعة لا يتعلق به أي مساس بالنظام العام. وطالما أن المحكمة أعرضت عن بحث الطلاق الذي ورد ذكره في عقد زواج المطلوب فإنها تكون قد حجبت نفسها عن كشف الحقيقة في أمر يتعلق بحق الله الذي هو من صميم النظام العام مما يعرض قرارها للنقض⁽¹⁾.

هذا القرار يفسر ما ورد في القرار قبله (عدد 72) من عدم قبول دفع الزوجة بحكم الطلاق قبل تذييله، بالصيغة التنفيذية. أساس التمييز بين الزوجين في الموضوع في مثل هذه القرارات هو أن الزوج مالك للطلاق وله أن يصدره بالنطق به متى شاء، ولذلك يكفي:

- أن يصرح بأنه "مطلق" مع حقه في تفسير هذا التصريح بأنه قصد به:

(1) قرار عدد 414 تاريخ 24/09/2003 - ع.ق.أ. - 117/2.

- إقرار "الطلاق الصادر من المحكمة الأجنبية".

- "أو أنه أصدر طلاقاً آخر على المرأة".

بالتفسير الأول يسري الطلاق من تاريخ صدور الحكم الأجنبي الذي يكون ساري المفعول قبل تذييله كما يكون تذييله مقبولا ولو كان مخالفا للنظام العام المغربي وفق ما يؤخذ من عبارة القرار التي تقول إن "الاستجابة لطلب الطاعنة لا يتعلق به أي مساس بالنظام العام" في الوقت الذي أكد فيه أن رفض محكمة الموضوع للتذيل كان بسبب تعارض الحكم الأجنبي "مع النظام العام المغربي".

وبالتفسير الثاني يعتبر مصدر لـ "طلاق آخر على المرأة" وهي عبارة موهلة في الغموض كما سنرى.

[90] وتعلقنا على مضمون القرارين أعلاه هو:

1- الفصل 418 ظ.ل.ع أضحى حجية الورقة الرسمية على الأحكام القضائية الأجنبية بالنسبة للوقائع التي ثبتها بعبارة مطلقة، وإلحاق التمييز بين الزوج والزوجة في الموضوع يبدو خرقا صريحا للنص. ويتعذر إيجاد سند منطقي له. لذلك يمكن لأي من الزوجين الدفع بالحكم الأجنبي - بالطلاق أو بغيره - في حدود الوقائع التي خصص الحكم القضائي لإثباتها، أما الوقائع الزائدة أو الأجنبية عن ذلك فلا أثر لوجودها في الحكم وفق ما يؤكد الفصل 420 ظ.ل.ع.

2- الاعتراف بحجية العقد أو الحكم القضائي الأجنبي في الوقائع المضمنة فيه، مشروط بعدم مخالفته للنظام العام المغربي.

والحكم الصادر في 99/03/22 من محكمة ستوكهولم قال عنه قرار المجلس الأعلى (414) إن محكمة الاستئناف اعتبرته مخالفا للنظام العام المغربي. ومع ذلك أكد المجلس أن إقرار الزوج للطلاق الذي قضى به يجعله نافذا، وتذييله بالصيغة التنفيذية مجرد تحصيل حاصل.

ويبدو هذا محل مناقشة. فعقد الزواج مثلاً وحكم القضاء الأجنبي المخالفان للنظام العام المغربي لا يقبل الاحتجاج بهما ولا يكتسبان صفة الورقة الرسمية كعقد زواج مثلي وطلاق زوجين لرفض أحدهما مسايرة الآخر في تناول الكحول.

3- الرجوع إلى الفقه في موضوع حسمت فيه مدونة الأسرة بشكل خرقاً للمادة 400 التي اشترطت لذلك خلو المدونة من النص على حكم الواقعة المعروضة على القضاء، وشكلية إصدار الزوج للطلاق حصرتها المادة 79 التي تقول " يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة... " وهي عبارة صريحة وعامة، ولذلك يعتبر قبول أي شكل آخر لطلاق الزوج خرقاً لهذه المادة وللمادة 400.

4- اعتماد مجرد نطق الزوج بالطلاق بصيغة الإنشاء أو الإخبار لإنهاء العلاقة الزوجية تترتب عنه مشاكل لا حصر لها وغير قابلة للحل، فقد يتم ذلك أمام محكمة مدنية أو جنائية أو في أية ورقة رسمية أو عرفية أو بخط يد الزوج فهل يلزم كل من صدرت منه إحدى هذه الأوراق أو علم بها أن يبلغها إلى المكلفين بقضاء الأسرة لإتمام إجراءات ترسيم الطلاق؟ أم يترك الأمر إلى اكتشافه بالصدفة ؟

وإذا صرح المتزوج بثانية أو ثالثة أمام العدلين بأنه "مطلق" ولما اكتشف أمره قال إن تصريحه لم يقصد به الطلاق وإنما مجرد التهرب من طلب الإذن بالتعدد. في هذه الحالة هل تعتبر زوجته الأولى مطلقة؟ أم يصدق ويؤسس بذلك لتعطيل النص الخاص بالإذن بالتعدد؟

5- القرار موضوع التعليق يقول إن الزوج الذي صرح أمام العدلين بأنه مطلق سواء قصد بذلك إقرار طلاق المحكمة الأجنبية أو إنشاء "طلاق آخر" عليها فإن "العلاقة بين الزوجين تكون قد انتهت ويكون تذيل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية مجرد تحصيل حاصل ويكون بالتالي الاستجابة لطلب الطاعنة لا يتعلق به أي مساس بالنظام العام". وهذا يشير الأسئلة التالية:

- عبارة "طلاق آخر" هل قصد به طلاق ثان يضاف إلى الطلاق الصادر به الحكم ؟ وهذا ما يفيد استحقاق ذلك الحكم للتبديل ولو كان مخالفا للنظام العام: وكيف يعتد بالطلاق الثاني وهو صادر خارج العدة ؟ أم أنه "طلاق أول" وفي هذه الحالة كيف يذيل حكم بالصيغة التنفيذية وهو غير قابل للتنفيذ لأن العلاقة الزوجية لم تنفصل إلا بتصريح الزوج أمام العدلين ؟

- الحكم الأجنبي صدر في 1999/03/22 وتصريح الزوج بأنه مطلق كان في 2000/01/26. فكيف يسري هذا التصريح على الفترة السابقة عليه ؟ إذ لا وجود لرأي في الفقه يقول بإمكانية سريان الطلاق على فترة سابقة عن النطق به. فالطلاق سواء كان قضائيا أو صادرا من الزوج ينهي العلاقة الزوجية مستقبلا ولا صلاحية للقاضي ولا للزوج لتطبيقه بأثر رجعي.

6 - إن المشرع فرض في م. 79 بصيغة الوجوب على كل "من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين متتصين لذلك..." وهو ما يعني عدم الاعتراف بأية صيغة أخرى لتوقيع الطلاق سواء من الزوج أو من الزوجة في حال تملكها صلاحية إنهاء العلاقة الزوجية.

فهل ما ورد في القرار موضوع التعليق إلغاء للمادة 79 ورجوع إلى ربط انتهاء العلاقة الزوجية بلسان الزوج ولو اتفق لديه القصد، أو علقه على وقائع مستقبلية إرادية أو غير إرادية...؟ إن المدونة لم تختلف بالمادة 79 نصا أمرا وصريحا، نعم خالفت رأيا فقهيها كان فعلا يربط الطلاق بلسان الزوج، ولكن إلى جانب هذا الرأي، وجدت آراء أخرى لم ترتب الطلاق على مجرد النطق أو إشارة الزوج، وإنما فرضت شروطا للاعتراف بتوقيعه للطلاق.

تقييد طلاق الزوج:

هذا نجد في النصوص، وفي الاجتهاد الفقهي.

1- في نصوص الشريعة:

[91] من النصوص التي يبدو منها بوضوح تقييد إرادة الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية:

- حصر توقيعه في طهر لم يتم فيه اتصال بين الزوجين، وفق تفسير الحديث النبوي لآية: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِقُوهُنَّ لِغَدَتَيْنِ...﴾ سورة الطلاق. آية 1.

- الإشهاد على الطلاق: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ سورة الطلاق - آية 2.

وهذه رأي في الفقه إلى أن الأمر للوجوب، وبني على ذلك عدم الاعتراف بالطلاق الذي لم يتم الإشهاد عليه عند توقيعه. فعند الشيعة الإمامية: الطلاق "لا يقع إلا بحضور شاهدين عدلين... وإذا طلق ثم أشهد وقع الطلاق لغوا إجماعاً".⁽¹⁾

- النهي الضمني عن الطلاق غير المبرر متى كان ضرار بحقوق الزوجة وفق ما ترشد إليه مثل هذه الآيات: ﴿وَلَمَن مِّثْلَ الَّذِي عَلَيْنَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِحْ بِإِحْسَانٍ﴾ ﴿فَإِن أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْنَ سَبِيلًا﴾ ﴿وَلَا تُضَارُوا لِنُضِيِّمُوا عَلَيْنَ﴾ ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾.

2- الاجتهاد الفقهي:

[92] - فقهاء الشيعة الإثنا عشرية لا يجزئون الطلاق إلا بكلمة واحدة هي: "طالق" ففي فقه جعفر الصادق المشار إليه في الهامش السابق: "الركن الثالث: الصيغة، وكما أن عقد

(1) فقه الإمام جعفر الصادق - محمد جواد مغنية - 9/6.

الزواج لا يقع إلا بلفظ "زوجتك وأنتكحتك" تعبداً من الشارع، كذلك الطلاق لا يقع إلا بلفظ "طالق" تعبداً من الشارع. فإذا قال: أنت الطالق بالأنف واللام، أو المطلقة، أو طلقتك أو الطلاق وما إلى ذلك كان لغوا⁽¹⁾.

- وفي المذهب الظاهري يقول ابن حزم: "لا يقع طلاق إلا بلفظ من أحد ثلاثة ألفاظ: إما الطلاق، وإما السراح، وإما الفراق". وبعد أن استدل على ذلك بآيات من القرآن أضاف: "وما عدا هذه الألفاظ فلا يقع بها طلاق البتة نوى بها طلاقاً أو لم ينو، لا في فنيا ولا في قضاء. مثل: الخلية، البرية، وأنت مبرأة، وقد بارأتك، وجباك على غاربك، والخرج، وقد وهبتك لأهلك، أو لمن يذكر غير الأهل، والتحریم، والتخيير، والتملك. وهذه ألفاظ جاءت فيها آثار مختلفة الفتيا عن نفر من الصحابة رضي الله عنهم، ولم يأت فيها عن رسول الله ﷺ شيء أصلاً ولا حجة في كلام غيره عليه الصلاة والسلام لا سيما في أقوال مختلفة ليس بعضها أولى من بعض"⁽²⁾.

- رأي مهم في الفقه يرى عدم نفاذ الطلاق البدعي/الحرم، بما فيه الطلاق بلفظ الثلاث، وقد أطال ابن القيم في إيراد الحجج المؤيدة لهذا الرأي، وفي الرد على القائلين بنفاذه.⁽³⁾

وأخيراً نقول إن القرار يطعن تطبيق مدونة الأسرة في الصميم، ويفتح طريقاً إلى انتشار الفوضى في وسائل إنهاء العلاقة الزوجية سيتعذر على القضاء نفسه علاجها. لذلك نأمل أن يكون ما ورد في القرار خطأً غير مقصود وكل عمل إنساني معرض لذلك والذي لا يخطئ هو الذي لا يعمل شيئاً.

(1) نفس المرجع ص. 8.

(2) المحلى لابن حزم 185/10.

(3) زاد المعاد لابن القيم - 7753/4.

ثانيا: حجية الحكم القضائي الواجب التنفيذ:

[93] يكتسب الحكم الأجنبي هذه الحجية إذا تم تذييله بالصيغة التنفيذية طبقا للمادة 430 م.م. السابقة الذكر. وشروط التذييل فيها هي: التأكد من صحة الحكم، واختصاص المحكمة المصدرة له، وعدم مساسه بالنظام العام المغربي.

وبعض الأحكام القضائية يبدو ما تؤسس عليه رفض التذييل محل مناقشة. ونقتصر على حكمتين ابتدائيتين، وقرارين من محاكم الاستئناف ومثلهما من المجلس الأعلى.

وتتمتع هذه الأحكام والقرارات بـ

- الزواج الصوري.

- وشهادة المرأة في عقد الزواج.

- ما أطلق عليه "الزواج المدني".

- واستصدار الحكم بالطلاق بعد الحكم بالرجوع إلى بيت الزوجية.

1- الزواج الصوري:

[94] - حكم ابتدائية برشيد⁽¹⁾ الذي تملخص وقائعه في طلب الزوجة تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية أصدرته محكمة نانس بفرانسا في 04/08/27 قضى "بالغاء الزواج المبرم بين المدعية والمدعى عليه لعله أنهما لم يعيشا بشكل مشترك وأن المدعى عليه لم يتزوج بالمدعية إلا للحصول على الإقامة القانونية بفرانسا، وأن الزواج لاغ لعدم توفره على الموافقة والقبول المنصوص عليهما في الفصل 146 من القانون المدني الفرنسي الذي ينص على أنه ليس هناك زواج عند عدم وجود موافقة".

(1) تاريخ 2006/02/06 ملف 13/05/5265 - م.ع.ق. - 212/1.

وعملت المحكمة رفض الطلب بأنه تبين من مراجعة رسم الزواج الموثق في عين الشق بالدار البيضاء "أنه يتوفر على أركانه وشروط صحته وفق مدونة الأسرة".

وأن "المواد من 56 إلى 63 من مدونة الأسرة حددت حالات بطلان الزواج وفساده والآثار المترتبة على ذلك... مما يبقى معه الحكم الأجنبي أعلاه متنافيا مع مقتضيات مدونة الأسرة وبالتالي يخالف للنظام العام المغربي".

وما يلاحظ على هذا الحكم هو أنه لم يناقش موضوع الصورية التي بنى عليها الحكم الأجنبي بطلان الزواج، علما بأنها تفقد الإيجاب والقبول الصفة البتية التي اشتراطتها م. 11، وبذلك يكون تحقيقها مبطلا لعقد الزواج بصرح م. 10 و11 و57.

2 - قرار استئنافية الناظور⁽¹⁾ الذي ألغى الحكم الابتدائي وقضى برفض تدويل الحكم الأجنبي بناء على أن ما اعتمدته هذا الحكم "كسبب لفسخ عقد الزواج الذي هو: "ان المستأنف لم يعقد الزواج بنية إنشاء أسرة بل كان هدفه الوحيد هو توفير شروط إقامته واستقراره ببلجيكا" لم ينص عليه المشرع المغربي ضمن الأسباب المبررة للتطبيق أو الفسخ أو الطلاق... وهو ما يخالف الفقرة الثانية من المادة 128 من مدونة الأسرة وبالتالي يخالفته النظام العام المغربي".

3 - قرار المجلس الأعلى⁽²⁾ الذي رفض طلب النقض المقدم ضد قرار استئنافية الناظور المذكور أعلاه معللا منطوقه بأن "الزواج الصوري لا محل له في القانون المغربي" وأن "الحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه... بنت قراراتها على أساس وعلته بما فيه الكفاية".

(1) تاريخ 2005/06/07 عدد 339 - ع.ق.أ. - 199/1.

(2) عدد 463 تاريخ 2007/09/12 - ع.ق.ق.أ. - 203/2.

يبدو ما ذهبت إليه الأحكام الثلاثة محل نظر:

فعبارة "الزواج الصوري لا محل له في القانون المغربي" مشوشة: إذا قصد بها عدم اعتراف القانون المغربي بالزواج الصوري تكون صحيحة ومصدّق ذلك المادة 61 التي تقرّر الفسخ قبل البناء وبعده " إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثاً" ولكن بهذا التفسير كان يجب نقض قرار استئنافية الناظر عدد 339.

وإذا قصد بها أن الزواج الصوري لا وجود له في القانون المغربي فإن العبارة تكون غير سليمة لأن الصورية تتحقق بوجود اتفاق بين المتعاقدين مخالف للعقد الذي أعلنّا عنه وتعرض لها المشرع في الفصل 22 من ظهير الالتزامات والعقود. والزواج مثل غيره من العقود تتحقق فيه الصورية باتفاق الطرفين سرا على استعماله لمصالح أخرى غير تلك الغايات المحددة في المادة الرابعة من مدونة الأسرة.

وليس صحيحاً أن فسخ الزواج الصوري أو إعلان بطلانه مخالف للقانون المغربي بل العكس هو الصحيح، فركا الزواج وهما الإيجاب والقبول يجب أن يتطابقا في القصد إلى العناصر القانونية للزواج المنصوص عليها في م. 4 وبدون ذلك يكونان مختلفين واختلال الإيجاب والقبول يترتب عنه البطلان بصريح المادة 57 من مدونة الأسرة.

نعم يمكن أن يكون المحكان الأجنيان لم يبنيا استخلاص الصورية على وسائل إثبات كافية، ولكن هذا لا صلاحية للقضاء المغربي في رقبته، لأن ذلك يعني مراقبة التعليل وإدخال إجراء التذيل بالصيغة التنفيذية في متاهة لا خروج منها. والمادة 430 ق.م.م. حددت بشكل واضح ما يتأكّد منه القاضي قبل البت في الطلب وليس من ذلك عدم كفاية التعليل أو نقصانه.

2 - شهادة المرأة في عقد الزواج:

[95] - جاء في حكم لابتدائية وجدة تعليلا⁽¹⁾ لرفض تدويل حكم أجنبي بالصيغة

التنفيذية ما يلي:

"وحيث يرجع المحكمة إلى عقد زواج المدعي بالسيدة (...) المسجل بمصلحة الحالة المدنية بادوكلي بفرنسا يتضح لها أن هذا العقد تم وفق الإجراءات الإدارية لحل إقامة الزوجين وكان بحضور شاهدين (...) و(...)".

وحيث إن هذا العقد جاء مخالفا لمقتضيات المادة 14 أعلاه لحضور شاهدة امرأة غير مسلمة وبذلك كان مخالفا للنظام العام المغربي.

وحيث إن الطلاق الذي بني على ذلك الزواج يكون هو الآخر مخالفا للنظام العام المغربي الأمر الذي يبقى معه الدفع المثار من طرف النيابة العامة جديرا بالاعتبار ويتبقى الطلب غير مؤسس ويتعين رفضه."

الحكم أسس على أن:

- حضور شاهدة امرأة وغير مسلمة في عقد الزواج مخالف للنظام العام المغربي فيبطل به العقد.

- بطلان عقد الزواج يترتب عنه بطلان الطلاق كذلك.

بطلان الزواج بحضور امرأة شاهدة:

[96] يبدو ترتيب البطلان على حضور امرأة غير مسلمة غير واضح السند وذلك

لأسباب الآتية:

(1) عدد 870 تاريخ 28/02/2006 - ع.ق.أ. - 218/1.

- عدم قبول شهادة المرأة في الزواج والطلاق ليس ثابتا بنص، وإنما هو رأي اجتهادي يقابله رأي آخر بالقبول.⁽¹⁾

- الرأي الفقهي الذي لا يقبل شهادة المرأة في الزواج والطلاق، يتعلق بالشهادة التي تحتفظ في الذاكرة لإثبات العقد عند النزاع أي إشهاد المرأة شفويا على انعقاد الزواج دون كتابة ولا توثيق، وإذا احتيج إليها فيما بعد طلب منها الحضور أمام القاضي لأداء شهادتها شفويا كذلك، فهذه الشهادة المختلف فيها لا علاقة لها بإطلاقا بحضور شاهدين لعقد الزواج في القانون الفرنسي الذي تعتبر فيه الوثيقة التي يحررها ضابط الحالة المدنية هي الحجة القانونية الوحيدة لإثبات عقد الزواج والشاهدان يقتصر دورهما على حضور وسماع تلاوة الضابط على الزوجين المقتضيات القانونية المتضمنة لحقوقهما والتزاماتهما فيضمن الوثيقة أن التلاوة تمت بحضور الشاهدين (م.75) من القانون المدني الفرنسي.

- لا ندري من أين تأكدت المحكمة من كون الشاهدة غير مسلمة؟ فإظهار أنها اعتمدت على الاسم لأن ضابط الحالة المدنية لا يشير قطعاً إلى ديانة الشاهدين. فهل الاسم كاف لإثبات ديانة صاحبه؟

- م. 14 من المدونة وردت فيها كلمة "شاهدين" فهل هي نص في الذكور دون الإناث؟ لا يبدو ذلك صحيحاً فمفردات الآيات ورد فيها التعبير بالثنى والجمع الخاصين بالرجال وقصد بهما النساء كذلك.

- م. 14 لم ترتب البطلان على تخلف الشاهدين أو إسلامهما ولا بطلان إلا بنص.

(1) يقول الكسائي من المذهب الحنفي في البداية: "واختلف في اشتراط (الذكورة) في الشهادة بالحقوق التي ليست بمال كالنكاح والطلاق والنسب. قال أصحابنا رضي الله عنهم ليست بشرط، وقال الشافعي وَاللَّيْثَةُ شرط" 279/6.

- المادة 57 حددت حالات البطلان فلا أساس لتجاوزها. والمادة 14 نصت كذلك على الأهلية وعلى عدم إسقاط الصداق ولا يترتب البطلان عن الإخلال بهما سواء في المدونة أو في الفقه.

ألا يبدو من هذا أن البطلان الذي قرره الحكم موضوع المناقشة كان افتياتا واضحا على م. 14 من مدونة الأسرة؟

سريان البطلان إلى الحكم الصادر بالطلاق:

[97] حضور شاهدين مسلمين الوارد في م. 14 لم يربط القانون أي أثر على تخلفهما كما أشرنا، والسبب واضح وهو أن وجودهما ليس له أي تأثير على العقد الذي يثبت بثبوته ووفق الشكليات ⁽¹⁾ التي يحددها القانون لا بحضور الشاهدين كما كان الأمر من قبل.

إذا كان الأمر كذلك فإن عقد الزواج في الملف موضوع المناقشة يعتبر صحيحا وبالتالي لا مجال للحديث عن سريان البطلان إلى الطلاق الذي صدر به الحكم.

3- "الزواج المدني":

[98] طلب الزوج التذيل بالصيغة التنفيذية لحكم صادر بالطلاق من محكمة مونشن كلادنج في ألمانيا بتاريخ 2004/09/22 فرفضت استئنافية النازور ⁽²⁾ طلبه بناء على أنه:

(1) حضور الشاهدين من الشكليات المقررة في القانون، ولكن الشكليات مثل قواعد الموضوع ليست دائما جوهرية يؤثر غيابها على سلامة العقد وبالأحرى تقرير بطلانه الذي يتوقف على النص الصريح في القانون.
وإذا رجعنا إلى الفقه الإسلامي لا نجد مذهباً واحداً ولا رأياً منفرداً يقول ببطلان عقد الزواج الذي لم يتم عقده بحضور وإشهاد شاهدين. فالشاهدان عدلان أو غير عدلين حسب المذهب، إحدى وسائل إثبات الزواج المتعددة كالإقرار، والإشهاد، وإقامة الوليمة... فبناء على أية مرجعية يؤسس البطلان والعقد ثابت بوثيقة رسمية يضي عليها المشعر قوة الإثبات القاطعة؟ (ف. 418 ظ.ل.ع. وم. 432 ق.م.م.).

(2) عدد 244 تاريخ 2006/06/07 - ع.ق.أ. - 211/1.

"ثبت للمحكمة من خلال الاطلاع على الحكم الأجنبي المطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية، أن طرفي هذا الحكم يستندان في الرابطة التي تربطهما على عقد زواج مدني.

وحيث إن العلاقة الزوجية الممتد بها شرعا هي المبنية على عقد زواج شرعي يتم إبرامه أمام عدلين منتصين للإشهاد، وأن يكون هذا العقد مستوفيا لشروطه وأركانه الواجبة قانونا، حيث يكون بذلك الطلب مخالفا لمقتضيات الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية والمادة 123 وما يليها من مدونة الأسرة".

إن مصطلح "زواج مدني" دخيل ولا يؤدي أي معنى في المجتمع المغربي. استعمل في الغرب عندما نظمت القوانين المدنية هناك عقد الزواج بعد أن كان خارجا عن هذه القوانين وعن اختصاص السلطة الزمنية التي تصدرها لأنه يعقد في السماء، والنائب عن السماء هو رجل الدين في الكنيسة فيعقده وفق طقوس دينية بابوية، أي أنه ينعقد بصيغة رجل الدين وما يرافقها من تراتيل وحركات خاصة وليس بإيجاب وقبول المتعاقدين، فكان بذلك يسمى زواجا "دينيا".

وفي مرحلة انفصال الدولة عن الكنيسة وتمكنها من الاستقلال بتنظيم حياة المجتمع ومراقبته أضافت في قوانينها تنظيم عقد الزواج الذي أطلق عليه إذ ذاك "الزواج المدني" لأنه يتم وفقا لأحكام القانون المدني وتميزا له عن الزواج "الديني" الكنسي الذي ما تزال القوانين الغربية تنص على حق الافراد في إبرام زواجهم "دينيا" وفق طقوس الكنيسة ولكن بعد عقده وفقا لأحكام القانون المدني لأن هذا الشكل الثاني هو وحده المعترف به قانونا.

أما في المغرب - وفي كل المجتمعات الإسلامية - فلا وجود لزواج "ديني" وآخر "مدني" وإذا كان من الواجب مراعاة أحكام الشريعة في عقد الزواج، فإنه في ذلك مثل

عقد البيع الذي يتعين على المسلم أن يقوم به وفقا للأحكام المقررة له في الإسلام كذلك إنهما معا يعتقدان بصدور الإيجاب والقبول من المتعاقدين.

يمكن القول إن المصطلحات لا تتشاح فيها كما يقول الغزالي، ويبقى أن الزواج موضوع المناقشة أرم طبقا لإجراءات المعمول بها في بلد الإقامة، والقانون المغربي يعترف به بصريح م. 14 من مدونة الأسرة. فما ذهبت إليه استئنافية الناظر بيدو غربيا ويضع الجالية المغربية في الغرب وحتى في الدول الإسلامية في مأزق لا علاج له، إن المشرع لم يطلب في م. 14 أكثر من الإيجاب والقبول والأهلية وانتفاء الموانع، وعدم النص على إسقاط الصداق، وحضور شاهدين علما بأن الشرطين الأخيرين لا يترتب البطلان عن تخلفهما.

4- حكم أجنبي بالطلاق بعد حكم في المغرب بالرجوع إلى بيت الزوجية:

[99] زوجة صدر عليها الحكم في المغرب في 02/04/2002 بالرجوع إلى بيت الزوجية، واستصدرت هي من المحكمة الهولندية بامستردام في 02/08/2002 حكما بالتطليق. وبعد أن بلغ إلى الزوج ولم يطعن فيه طلبت تذييله بالصيغة التنفيذية استجابت لطلبها المحكمة الابتدائية لكن محكمة الاستئناف رفضته في 05/03/01 "بناء على أن السبب الذي اعتمده الحكم الأجنبي للحكم بالتطليق الذي هو الافتكاك المزمع لأواصر الزوجية لا يدخل ضمن أحد الأسباب المبررة للتطليق في القانون المغربي، وبالتالي يكون الحكم المذكور مخالفا للنظام العام المغربي".

طغنت الزوجة بالنقض فصدر قرار المجلس⁽¹⁾ برفض الطلب معلا بما يلي: "حيث إن البين من وثائق الملف أن الطاعنة لما حكم عليها بالمغرب بتاريخ 2002/04/01 بالرجوع إلى

(1) عدد 582 تاريخ 2006/10/18 - ج.ق.أ. - 187/1.

بيت الزوجية الكائن به بمقتضى الحكم عدد 224 في الملف 01/1423 بادرت بعد ذلك أي بتاريخ 02/04/2002 إلى رفع دعوى التطبيق أمام القضاء الهولاندي فتح لها ملف عدد 02/1891 موضوع الحكم وفق الطلب الصادر بتاريخ 2002/8/28 بقصد التهرب من تنفيذ الحكم الصادر عليها في المغرب وذلك مخالف للنظام العام المغربي الذي يعتبر حجية الشيء المحكوم به قاعدة أساسية تقوم عليها سيادة الدولة ويجب إعمالها، وأن المجلس الأعلى بهذه العلة القانونية المستمدة من عناصر الدعوى ووثائقها كما هي ثابتة أمام قضاة الموضوع يعرض علة القرار المطعون فيه ويحليها محلها ويبقى لذلك القرار المطعون فيه مؤسسا مما يتعين معه رفض الطلب".

ويبدو واضحاً أن الحكم الصادر في هولندا لم يمس إطلاقاً "حجية الشيء المحكوم به" لأن الواقعة التي فصل فيها هي إنهاء العلاقة الزوجية بينما الحكم الصادر في المغرب يتعلق بالرجوع إلى بيت الزوجية، وسبب الدعويين كذلك مختلف وهو ما يتحقق به فقدان الشرطين الأولين لحجية الشيء المحكوم به المنصوص عليهما في الفصل 451 ظ.ل.ع.

ولا وجود لنص في القانون ولا لرأي فقهي - ولو كان شاذاً - يمنع الزوجة المحكوم عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية من رفع دعوى التطبيق قبل أن تنفذ الحكم الصادر عليها.

[100] هذه نماذج من أحكام قلنا أنها تتخلق معاناة لبعض أفراد الجالية المستقرة في الغرب، ليس القصد التشهير بالأخطاء القضائية لأن هذه جزء من العمل القضائي في كل أنحاء العالم وفي جميع الأزمان ولم يوجد قضاء ولن يوجد بدون أخطاء.

وإنما الغاية هي إثارة الانتباه إلى النتائج الخطيرة للحكم بطلاق زواج، أو برفض حكم بطلاق - على الزوجين وعلى أطفالهما. إن عشرات الآلاف - والعدد في تزايد - من المغاربة

يتزوجون ويطلقون وفقاً لقوانين بلد الإقامة وأغلبهم حاملون لجنسية نفس البلد وملزمون بالخضوع لقوانينه التي منها المنظمة للزواج والطلاق.

والمعاصر الأساسية لعقد الزواج المتمثلة في الإيجاب والقبول والإشهار⁽¹⁾ متحققة كلها في قوانين الغرب وإذا حدث المساس بها وجب على القضاء تطبيق الجزاء المناسب للإخلال بأركان العقد.

أما الطلاق فكما أشرنا يملك كل من الزوجين وسيلة الحصول عليه ولم يعد بإمكان القضاء رفض طلب المصّر على الطلاق من الزوجين: في الغرب لوجود سبب عام لإنهاء العلاقة الزوجية وهو تصدعها أو استمرار هذا التصدع وفي المغرب طلب الطلاق للشقاق الذي لا صلاحية للمحكمة في رفضه (م. 97).

أمام هذا التقارب في الأحكام الأساسية للزواج والطلاق، لا ينبغي إعلان البطالان لعقد زواج أو طلاق، أو عدم تذييلهما بالصيغة التنفيذية بناء على رأي فقهي تقابله آراء أخرى أو مجرد الرد على عدم التنفيذ للحكم الصادر في المغرب. ولعل نماذج الأحكام أعلاه تؤكد تجاوز مجرد الخطأ القضائي إلى التأثير بالثقافة المتوارثة عن "دار الإسلام" و"دار الكفر" مثل عدد من الأحكام القضائية في الغرب المتأثرة بعقدة التفوق الحضاري ودونية "الآخر" وتختلف قوانينه.

والضحية في كلا الحالتين هم المتقاضون.

(1) أما الموانع فأغلبها موجود في القوانين الغربية وما لم يرد فيها وهو ثابت بنص قطعي الثبوت والدلالة أو مجمعا عليه، فلا أحد يناقش القضاء في التمسك به واعتبار المساس به خرقاً للنظام العام المغربي.

المطالبة بتعديل ما قضي به الحكم الأجنبي:

[101] في 19 مارس 2014 قدمت المدعية مقالا تقول فيه:

إنها ومفارقها استصدرا في 2009/05/07 من ابتدائية باريس حكما بطلاق اتفاقا اتفق فيه الزوجان على أن حضانة ابنتهما بازل تكون للأم لكن مع قضاء الطفل مع كل واحد من الأبوين أسبوعا بالتناوب وكذلك نصف فترات العطل المدرسية. وأن الاتفاق المذكور لم يعد مناسباً للطفل بازل، لأن المدعى عليه تزوج وله طفلان الأمر الذي أثر سلباً على نفسية الحضور وعلى دراسته، وأنه أصبح يخضع لعلاج نفسي، لذلك التمس الحكم بمراجعة فترة زيارة المدعى عليه لابنه يجعلها محددة في كل يوم أحد من العاشرة صباحاً إلى الخامسة مساءً مع تمكين المدعى عليه من زيارة ابنه خلال نصف العطل المدرسية.

لم يجب المدعى عليه على المقال فصدر الحكم ابتدائياً بحصر زيارة الولد لأبيه في يوم الأحد من كل أسبوع من العاشرة صباحاً إلى الخامسة مساءً مع الاحتفاظ بأوقات صلة رحم الأب بابنه خلال نصف العطل المدرسية.

وعلى الحكم:

يكون الحكم الأجنبي ذيل بالصيغة التنفيذية.

وبأن المدعية أفادت أنه استجبت ظروف جعلت تنظم الزيارة المتفق عليه مستعصياً، بزواج المدعى عليه وإنجابه لطفلين، وهو ما يجعل طفلها يقضي مدة أسبوع كامل لدى زوجة أبيه بحكم غياب والده المشغل بعمله مما أثر على نفسية الطفل وفق ما ثبتته الشهادة الطبية المدلى بها من المدعية.

وتطبيقا للمادة 183 من مدونة الأسرة وحفاظا على مصلحة الحوضون ورفعاً للضرر الذي لحقه من تنظيم الزيارة المتفق عليه من طرف والديه.⁽¹⁾

استأنف المدعى عليه الحكم وأثار في استئنافه:

- أن آثار التذليل بالصيغة التنفيذية طبقا للفصلين 430 و431 ق.م.م. تنحصر في التنفيذ الجبري لا غير، أما طلب تعديل مضمون الحكم المذيل فيختص بالبت فيه القضاء الفرنسي الذي أصدره وليس القضاء المغربي.

- أن المحكمة الابتدائية لم تتأكد من الظروف الجديدة المبررة لمراجعة مقتضيات الحكم المرفق بمقال المدعية.

- أن الحكم الابتدائي خرق الفصل الثالث من المسطرة المدنية بالحكم بما لم يطلب منه الفصل فيه.

بعد جواب الاستأنف عليها حكمت محكمة الاستئناف⁽²⁾ "بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من تحديد صلة الرحم، وبعد التصدي الحكم برفض الطلب بهذا الشأن وتأيدته في الباقي" معللة قرارها:

- بكون حكم ابتدائية باريس المرفق بالمقال "لم يحدد فترة صلة الرحم وأوقات زيارة الحوضون" وأن المقال "ليس فيه تعديل الحكم بهذا الخصوص" لذلك يكون الحكم الابتدائي "الذي قضى بمراجعة أوقات الزيارة بدون المطالبة بها قد حرف الوقائع وخالف فعلا أحكام الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية".

(1) حكم ابتدائية الرباط في 2014/4/9 عدد 594 في الملف 2014/16/2/517، (غير منشور).

(2) قرار عدد 313 تاريخ 2013/12/04 في الملف 63 - 2013 - 1612 (غير منشور).

إن قول القرار الاستئنافي بأن المدعية لم تتطلب تعديلا لمضمون الحكم الأجنبي المدلى به، يبدو محل مناقشة، ولكن ما يهنا الآن هو الحضانة المشتركة أو إسنادها إلى أكثر من شخص.

مدونة الأسرة لم تعرض إلا للحضانة المنفردة، وفي حالة وجود الأبوبين وإسناد الحضانة إلى أحدهما يكون للآخر حق زيارة المضمون له، يحدد وقتها باتفاق الابوين أو بقرار من المحكمة (م. 181 و 182) م. أ. وفي حالة وفاة الأب أو الأم المستحق للزيارة يحل أبواه محله (م. 185).

مع ذلك يبقى التساؤل عما إذا كان ممكنا توزيع الحضانة بين الأبوين بتحديد فترة يتعاقب الأبوان بها في التكفل بالمضمون كالأسبوع أو الشهر مثلا. ويتم هذا التحديد باتفاق الأبوين أو بقرار من المحكمة؟

بالنسبة للمحكمة لا يبدو انها تملك أكثر من تحديد فترة الزيارة وتنظيمها في حالة معارضة الأم لتوزيع الحضانة بينها وبين الأب.

لكن إذا اتفق الأبوان على التوزيع المشار إليه فلا يبدو مانع من الموافقة عليه من المحكمة ما دام القانون في الطلاق الاتفاقي (م. 114) لا يمنعهما إلا من الشروط التي تتنافى مع أحكام المدونة أو تضر بمصالح الأطفال. نعم إذا كان التوزيع المتفق عليه يضر بمصالح المضمون فلا يكون مقبولا.

ومثل ذلك حالة وجود الاتفاق على توزيع الحضانة في حكم قضاء أجنبي كما في هذه القضية موضوع التعليق، فمن ناحية لا تبدو مقتضيات هذا الحكم مخالفة للنظام العام المغربي، ومن ناحية ثانية يقبل طلب تعديلها أمام المحكمة المغربية استنادا إلى (م. 183) م. أ.

المبحث السابع

الطلاق الاتفاقي والطلاق الخلفي

الدلالة الاصطلاحية:

[102] المراجع الفقهية تفيد أن الفقه مختلف في اعتبار المصطلحين أعلاه مترادفين أو غير مترادفين. في مدونة الإمام مالك مثلاً:

"(قلت) أريت لو لم يكن للمرأة على الزوج دين ولا مهر فقال الزوج أخالملك على أن أعطيك مائة درهم فقبلت أكون هذا خلعا وتكون طليقة بائنة لا يملك رجعتاً؟ (قال) قال مالك نعم تكون طليقة بائنة لا يملك رجعتها. (قال مالك) وكذلك لو لم يعطها الزوج خالهما فهي بذلك أيضاً بائن... (قال سخون) وقد روى ابن وهب عن مالك وابن القاسم في رجل طلق امرأته وأعطها وهو أبو ضمرة أنه قال طليقة تملك الرجعة وليس بخلع (وروى) ابن وهب عنه أنه رجع فقال تين منه بواحدة، وأكثر الرواة على أنها غير بائن لأنه إنما تختلع بما يأخذ منها فيزومه بذلك سنة الخلع، فأما ما لم يأخذ منها فليس بخلع وإنما هو رجل طلق وأعطى فليس بخلع".⁽¹⁾

وكان لهذا الاختلاف أثره في حالي الخلع دون أن تقدم الزوجة شيئاً للزوج، أو مع تقديم الزوج للزوجة شيئاً مالياً أو غير مالي، ففي هاتين الحالتين يكون الطلاق رجعياً وفقاً لأحد الرأيين.

(1) 25/5. وفي تفسير القرطبي: "واختلف قول مالك فمن قصد إيقاع الخلع على غير عوض. فقال عبد الوهاب: هو خلع عند مالك، وكان الطلاق بائناً، وقيل عنه: لا يكون بائناً إلا بوجود العوض، قاله أشهب والشافعي، لأنه طلاق عري عن عوض واستيفاء عدد فكان رجعياً كما لو كان بلفظ الطلاق. قال ابن عبد البر: وهذا أصح قوليه عندي وعند أهل العلم في النظر، ووجه الأول أن عدم حصول العوض في الخلع لا يخرج به عن مقتضاه" 145/3.

[103] وأثناء تحرير مشروع مدونة الأسرة كان هناك توجه اقترح الاقتصار على "الطلاق الاتفاقي" الذي يشمل حالات الاتفاق على إنهاء العلاقة الزوجية دون إضافة أي شيء آخر، والاتفاق على الإنهاء مع تنظيم بعض آثار هذا الإنهاء كحضانة الأطفال ونفقتهم وزيارتهم، أو مع تقديم الزوج للزوجة شيئاً: مالياً أو غير مالي، كما يشمل حالة الخلع بمفهومه الضيق وهو تقديم الزوجة "بدلاً" أو مقابلاً لطلاقها.

وفقاً لهذا التصور صيغت م. 114 شاملة لكل حالات اتفاق الزوجين على إنهاء العلاقة الزوجية ومع ذلك تم التثبيت بضرورة النص على مصطلح "الخلع" وبأحكامه الفقهية المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية. وهذا سبب التداخل الذي يبدو واضحاً بين م. 114 وبين المواد الموالية الخاصة بالخلع.

ومن ناحية ثانية اعتبرت م.أ. كلا من الطلاق الاتفاقي والطلاق بالخلع بائناً (م. 123) وبذلك استبعدت الرأي الفقهي الذي كان يعتبر الطلاق الاتفاقي رجعياً متى تم دون التزام الزوجة بأداء بدل أو مقابل للزوج.

وبذلك يكون نص مدونة الأسرة على كل من الطلاق الاتفاقي والطلاق بالخلع مجرد مجارة شكلية لاستعمال المصطلحات المألوفة، بعد استبعاد اقتراح كان يرى ضرورة التصريح باستقلال الزوج بقرار الخلع وبدون أي تدخل من القضاء⁽¹⁾. وأن مصطلح "الطلاق الاتفاقي" لا وجود له في المراجع الفقهية.

وبعد مناقشات - حادة أحياناً - تم التوصل إلى أن إنهاء العلاقة الزوجية عن طريق التوافق والتراضي - سيما الزيجات بين الأقارب - يشكل وسيلة محمودة لتجنب المرافعات أمام

(1) الاقتراح كان يقول: "إذا طلق الزوج ووافقته الزوجة، واتفقا على آثار الطلاق وتبعاته بما لا يخالف مقاصد الشرع وأحكامه فإن العدلين يوثقان العقد".

القضاء التي تدفع إلى إثارة الوقائع وعبارات التخاطب الجارحة، وهو ما يمتد أثره السلبي إلى الأسرتين كما ينعكس على الأطفال سواء بجاوبات استنابهم، أو تسخير حقوقهم إيجاباً أو سلباً من أحد الأبوين لمضايقة الآخر والانتقام منه.

وسبوا مع النصوص تناول: الطلاق الاتفاقي، ثم الطلاق الخلفي.

الطلاق الاتفاقي:

[104] تنص م. 114 على أنه: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال.

عند وقوع هذا الاتفاق، يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطبيق للمحكمة⁽¹⁾ مرفقاً به الإذن بتوثيقه". (2)

المدونة أحسنت صنعا بإحداث الطلاق الاتفاقي ويؤكد ذلك التجاء نسبة مهمة من المواطنين إليه، ففي سنة 2008 بلغ عدد عقود الطلاق الاتفاقي (9800) من مجموع حالات الطلاق وهي (27935) أي بنسبة 35,08%. وفي سنة 2009 بلغ العدد (9887) من مجموع حالات الطلاق (24170) أي بنسبة 40,91%.

(1) أي المحكمة التي يوافقان عليها من المحاكم الأربع الواردة في المادة 79 فلا يلزمان بالترتيب المقرر فيها، لأن الاختصاص المكاني، يستقل لخصمان بالتمسك به، ولا يثار تلقائياً من المحكمة أو من النيابة العامة.

(2) والمشرع الذي قدمته اللجنة هو:

"يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط لا تتنافى مع مقاصد الشريعة ولا تضر بمصالح الأطفال.

عند وقوع هذا الاتفاق يبينان مضمونه للقاضي الذي يحاول الإصلاح بينهما ما أمكن. فإذا تعذر الإصلاح، أمر بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه".

وبالتأكيد فإن نسبة مهمة على الأقل من حالات الطلاق الاتفاقي، تنتهي فيها العلاقة بصورة هادئة، وتستمر علاقة الأبوين بالأطفال عادية تقريبا، لأن الالتزامات الإرادية والاختيارية يكون تنفيذها أيسر وأسهل من تلك التي تفرض بالحكم القضائي.

والطلاق الاتفاقي يتم باتفاق الزوجين وطلب الإذن بالإشهاد به ثم إذن المحكمة بعد تعذر الصلح.

الاتفاق:

[105] يتعين أن يكون الاتفاق مكتوبا ليكون مضمونه وحقوق والتزامات الطرفين فيه واضحة ومحددة، ولذلك ألزم المشرع بإرفاقه مع طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق. ووثيقة الاتفاق يمكن أن تكون رسمية أو عرفية معروفا بإمضاء الزوجين أم لا متى حضرا أمام المحكمة في جلسة محاولة الصلح.

والاتفاق قد يقتصر على إنهاء العلاقة الزوجية، وقد يضيف إلى ذلك مثلا:

حل علاقات أخرى بين الزوجين مثل تصفية ديون، أو أموال مشتركة أو متنازع في اشتراكها.

- حضانة الأطفال وتحديد نفقتهم وزيارتهم لغير الحاضن من الأبوين.

- إعطاء الزوج للزوجة أو العكس⁽¹⁾ عقارا أو منقولا أو مبلغا ماليا أو غير ذلك

- أي التزام من أحد الزوجين للآخر.

(1) حتى في الحالة التي يكون فيها التقديم من الزوجة يسمى الطلاق "اتفاقيا" ويسمى كذلك طلاقا "خلفيا" كما سيأتي.

لكن كل ذلك بشرط أن يكون ما اتفقا عليه: لا يتنافى مع الأحكام الآمرة في مدونة الأسرة وفي النصوص القانونية الأخرى، وأن لا يضر بمصالح الأطفال إن وجدوا.

مثل اشتراط الامتناع عن الزواج في فترة محددة أو دائماً، أو ما يصادر حرية الملتزم في التنقل أو العمل، ومثل الإجحاف في تقدير نفقة الأطفال، أو تعرضهم لأضرار مادية أو معنوية بسبب ظروف حضانتهم.

وللزوجين معاً أن يتراجعا عن الاتفاق متى أرادا وفي أية مرحلة قبل الإشهاد بتوثيقه، كما يمكن لأي منهما التراجع قبل تقديمه إلى المحكمة أما بعد ذلك فلا يقبل تراجعه لأن تمسك الآخر بالاتفاق يعني تعذر الصلح، والنص يقول: "إذا تعذر الإصلاح أذنت (المحكمة) بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه".

الطلب:

[106] م. 114 تنص على أن طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه يقدمه الطرفان أو أحدهما، ولا يعني هذا الاكتفاء بإمضاء أحد الزوجين على الطلب وتقديمه للمحكمة، لأن الطلب تعبير عن الرغبة في تنفيذ الاتفاق فتعين أن يصدر من طرفه معاً، نعم بعد إمضائه من الزوجين يمكن لأحدهما أن يقدمه إلى المحكمة.

محاولة الصلح:

[107] المفروض أن تجري محاولة الصلح بالطريقة الواردة في م. 82 المتعلقة بحالة طلب الطلاق من الزوج، ولكن في الغالب يضمن الزوجان في الاتفاق المكتوب أنهما قررا إنهاء العلاقة الزوجية، ويطلبان لذلك إعفاءهما من محاولة الصلح، ويساعد المحكمة على الاستجابة لطلبهما: عبارة "ما أمكن" الواردة في النص، إضافة إلى تراكم الملفات مقارنة مع عدد القضاة المتوفرين في أقسام قضاء الأسرة.

الإذن بالإشهاد على الطلاق:

[108] المادة 114 تنص في فقرتها الأخيرة على أن: "تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإن تعذر الإصلاح أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه".

والإذن بالإشهاد يكون للزوجين معا إذا رغبا في الحضور أمام العدلين، أو لأحدهما متى توافقا على ذلك أو تعذر الحضور على أحدهما.

وفي جميع الحالات يكون الطلاق باثما ولو حضر الزوج وحده أمام العدلين، لأن الطلاق الذي يكون رجعيا هو الذي يصدر عن الزوج بإرادته المنفردة، وهنا تم بإرادتي الزوجين واتفاقهما، وبالتالي لا مجال للتصرف فيه عن طريق إرجاع الزوجة داخل العدة.

وأخيرا إذا تبين للمحكمة أن بعض الشروط الواردة في الاتفاق مخالفة لنصوص المدونة أو تضر بمصالح الأطفال فإنها تلغها، وتنص على ذلك في الإذن بالتوثيق كي لا تضمن الشروط الملغاة في وثيقة الطلاق.

وللزوج الذي كان الشرط أو الشروط الملغاة لمصلحته أن يعطن بالاستئناف في قرار المحكمة دون أن يؤثر ذلك على نفاذ الطلاق (م. 128).

ولكن ليس له أن يتراجع عن الاتفاق على الطلاق إذا أصر الزوج الآخر على التمسك به لأن نفاذ الطلاق الخلعي غير مرتبط بصحة البذل واستفادة الزوج منه.

والمادة 114 تنص في فقرتها الثانية على حصر صلاحية المحكمة - في حالة تعذر الإصلاح - على الإذن بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه.

وهذه الصياغة تبدو معيبة حيث لم تحدد فترة لإنجاز الإشهاد المأذون به وإلا أصبح لاغيا.

وسبق أن أشرنا في الطلاق بطلب من الزوج⁽¹⁾ أن المحكمة تحدد للزوج فترة استعمال الإذن بالإشهاد على الطلاق لأنها ملزمة بالبت في آثاره المتعلقة بمستحققات الزوجة والأطفال. لكن بالنسبة للطلاق الاتفاقي تنتهي مهمة المحكمة في الملف بإصدار الإذن للزوجين بالإشهاد على الطلاق الذي اتفقا عليه.

ونتيجة لهذا القصور في النص استعملت بعض الأحكام عبارات لا تبدو منسجمة مع

م. 114. مثلاً:

- حكم ابتدائية الحسيمة⁽²⁾ الذي أشار إلى تقديم الزوج وحده لطلب الإذن بالإشهاد على الطلاق الاتفاقي، وإلى تعذر الصلح والإذن بالإشهاد على الطلاق ثم أضاف:

"وحيث إن الطرفين قاما بتوثيق الإذن بالطلاق لدى عدلين... كما هو ثابت من رسم الطلاق الاتفاقي المضمن تحت عدد 618 تاريخ 2007/01/2 توثيق المحكمة الابتدائية بالحسيمة..."

قررت المحكمة عنياً وانتهائياً: في الشكل بقبول الدعوى، في الموضوع بالتأكيد على الطلاق الاتفاقي (قبل البناء) الذي تم بين الطرفين بتاريخ 2007/01/25..."

- حكم ابتدائية قسبة تادلة⁽³⁾ ومما جاء فيه:

"حيث إن الطلب يرمي إلى الإذن للزوجين أعلاه بالإشهاد على الطلاق الاتفاقي قبل البناء وبتوثيقه لدى عدلين..."

(1) ف. 55.

(2) حكم عدد 20 تاريخ 2007/03/10 ملف 06/316 - ع.أ. ق.أ. 172/1.

(3) حكم 2006/10/18 ملف 00/185 نفس المرجع - 175/1.

وبناء على الأمر التمهيدي المؤرخ في 2006/08/16 والقاضي في منطوقه بالإذن للزوج بالإشهاد على الطلاق الاتفاقي... وبموثيقه لدى عدلين...

حكمت المحكمة... بالإشهاد على وقوع الطلاق بين الزوجين ابتداء من تاريخ الإشهاد لدى العدلين في 2006/08/17..."

ان القانون لم يخول المحكمة إصدار الحكم "بتأكيد الطلاق" ولا "بالإشهاد على وقوع الطلاق بين الزوجين ابتداء من تاريخ الإشهاد لدى العدلين".

ولكن في ذات الوقت لا تخفى المشاكل التي قد تترتب على اكتفاء المحكمة في حكمها بالإذن للزوجين بالإشهاد على طلاقهما، لأنه قد لا يحدث الإشهاد وقد يحدث وتضيع وثيقته لسبب أو لآخر، وفي كلا الحالين يبقى نص الحكم المتضمن للإذن مشوشا على مآل علاقة الزوجين.

وينبغي الاعتراف بأن هذا من نتائج الجمع بين الإجراءات القضائية للطلاق وبين التقليد الذي كان متبعاً وهو إشهاد عدلين / موثقين.

سنرجع إلى الموضوع بعد الحديث عن الطلاق بالخلع.⁽¹⁾

الطلاق الخلفي:

تقديم:

[109] تشعبت الآراء الفقهية في موضوع الخلع سواء بالنسبة لشكل توقيعه وتكييفه ومبرراته، أو البطل. وبما قيل في ذلك:

(1) انظر ف (123).

- نفاذ الخلع بمجرد اتفاق الزوجين عليه بما يفيد إنهاء العلاقة الزوجية، وقيل لا يعتد بالخلع إلا إذا تم أمام القاضي مع الاختلاف في إنهاء العلاقة الزوجية بنطق الزوج أو بحكم من القاضي.⁽¹⁾

- تكييف الخلع بالطلاق، وقيل باعتباره فسخا فلا يحسب في عدد الطلاقات الذي يترتب عنه مانع الطلاق.⁽²⁾

- ان الخلع حتى للمرأة تلجئ إليه متى رغبت في الانفصال عن الزوج لأي سبب ولو كان هو إضرار الزوج⁽³⁾ بها كما لها ذلك بدون أي سبب. وقيل لا يجوز الخلع إلا بشرط: ادعائها الضرر، أو رؤية الزوج لها تربي⁽⁴⁾، أو الخوف من عدم قيام الزوجين بحدود الله في علاقتهما الزوجية.⁽⁵⁾

- ان البدل في الخلع لا يتجاوز ما سبق للزوج بذله صدقا، "وقال مالك وجماعة من أهل العلم: للزوج أن يأخذ من الناشئ جميع ما تملك".⁽⁶⁾

- (1) وسند كل رأي في ذلك الروايات المختلفة لحادثة اختلاع زوجة ثابت بن قيس بن شماس.
- (2) مما استدل به القائلون بتكييف الخلع بالفسخ أنه ورد في الآية 229 من سورة البقرة بعد النص فيها على «الطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ ثُمَّ جَاءَتْ بِهِ 230 الآية الخاصة بالطلقة الثالثة التي يترتب عنها مانع الطلاق.
- (3) بناء على آية: «وَإِنْ طَلِقَ طَلِيقًا عَنْ نَفْسِهِ فَمَا كَانَ مِنْهُ عِلْمٌ بِمَا كَانَتْ عَلَيْهِ مَرَّتَيْنِ».
- (4) بناء على آية: «وَلَا تَعْضَلُوهُمْ لِيُذْهِبَ بَعْضُ مَا أَكْتُمُوهُمْ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبِينَةٍ» حيث فسرت الفاحشة بالزنى.
- (5) لآية: «وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُمْسِكَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ».
- (6) القرطبي 95/5 علما بأن من الفقهاء من يمنع نهائيا أخذ الزوج شيئا من زوجته مقابل طلاقها بناء على أن آية الخلع نسخت بالآية: «وَأَنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَنْتُمْ أَخَذْتُمْ مِنْهَا وَآتَيْنَا مِنْهَا مِثْلًا بَخْسًا وَتَأْخُذُوا مِنْهُ وَلَدْتُمْ لَهُ بَعْضًا مِنْهُ لِيُتَمَّ كُفُّهُ».

انظر فيما أشرنا إليه أعلاه:

- تفسير القرطبي - 3/ 136 - 146. 94/5 - 98.

=

- جزئيات أخرى كثيرة من أحكام الخلع تختلف فيها لا نرى الإطالة بسردها.

هذا وأثناء دراسة الموضوع في اللجنة الاستشارية قدم اقتراح بالاقصصار على الطلاق الاتفاقي بصيغة شاملة للطلاق بالخلع. جاء فيه:

"يمكن للزوجين الاتفاق على إنهاء العلاقة الزوجية بأداء الزوجة شيئاً لزوجها أو العكس أو المشاركة دون أداء من الجانبين.

يقدم الطلب إلى المحكمة مكتوباً يتضمن الاتفاق على الفرقة مع ما يرافقها من شروط. ...للزوجين أن يضمنا في الاتفاق على الفرقة من يقوم بحضانة الأطفال والإنفاق عليهم وتنظيم زيارتهم لغير الحاضن منهما ما لم يضر ذلك بهم ودون أن يفقدهم حتى النفقة الواجبة على أبيهم.

يمنع تنازل الأم عن حضانة أطفالها الذين يقل سنهم عن الخامسة.

بعد تعدد الصلح بين الزوجين وعند الاقتضاء إلغاء أو تعديل الشروط الضارة بالأطفال، تصادق المحكمة على الاتفاق وتعلن عن الطلاق."

وعورض الاقتراح لأن "الخلع من الاصطلاحات الخاصة التي انفرد بها الإسلام وامتاز بها عن سائر الأديان الأخرى، ولذلك ينبغي إيلاؤه عناية خاصة... " فضلاً عن كون الخلع لا يخضع سقف البدل فيه للرقابة القضائية، ويتم الطلاق فيه بنطق الزوج به وليس بحكم المحكمة.

- الكاساني في البدائع - 145/3.

- بداية الجهد لابن رشد - 66/2.

- القوانين الفقهية لابن جزي - ص. 171.

كما قدم مقترح آخر باعتبار الخلع حقا للزوجة، ولو لم يوافق عليه الزوج، ويمولى المحكمة في هذه الحالة تقرير البذل. يقول الاقتراح:

"إذا أصررت الزوجة على طلب الخلع ولم يستجب لها الزوج، رفعت أمرها إلى المحكمة التي تحاول الإصلاح بينهما.

وفي حالة تعذر الصلح وتمسك الزوجة بطلبها تحكم المحكمة بالخلع بعد تحديد مقابله وإيداع الزوجة له بصندوق المحكمة، مراعية في هذا التحديد: مبلغ الصداق، ومدة الزواج، وأسباب الخلع، والوضعية المالية للزوجة، وحال الزوج".

رفض الاقتراح بحجة مخالفته للفقه الذي يشترط قبول الزوج لمبدأ الخلع ولقابله المعروضين من الزوجة، ولا يعترف للقضاء بالتدخل في الموضوع.

ولذلك كان رأي الأغلبية الاحتفاظ بالخلع ونسخ أحكامه كما كانت مقررة في مدونة الأحوال الشخصية السابقة⁽¹⁾ التي نقلتها بدورها من الفقه المالكي، دون إدخال أي تعديل جوهري عليها كما يتجلى ذلك من عرض مضمون المواد 116 - 120 المتعلقة بجائز: الاتفاق على الخلع والبذل، والاتفاق المبني على الخلع مع الاختلاف في البذل:

أولاً - الاتفاق على الخلع وعلى البذل:

[110] تتناول تحت هذا العنوان: أهلية الزوجين المختلفين، وشروط البذل في الخلع

وأخيراً نفاذ الاتفاق على الخلع.

(1) دون أي تغيير يذكر.

وما أشارت إليه م. 118 من عدم التصسف والمغالة في البذل، لا أثر له لانعدام الرقابة القضائية.

1 - الأهلية:

[111] كانت م. 22 في المشروع المقدم من اللجنة الاستشارية تنص على أنه: "يكتسب المتزوجان (القاصران) الأهلية المدنية في ممارسة كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات " وفي ظل هذه الصياغة لا حاجة إلى ما ورد في المادة 116⁽¹⁾ ولكن بعد حصر أهلية القاصرين المتزوجين في م. 22 على التقاضي أصبح للمادة 116 مجال التطبيق وهو حالة كون الزوجة المختلعة قاصرة، فنائبها الشرعي الرفض الكلي للبدل وليس تخفيضه فقط.

ومن ناحية ثانية يقول النص: "ولا تلزم ببذل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي " وهو ينصرف في ظاهره إلى البدل المالي، دون الحقوق غير المالية كالتنازل عن حضنة طفلها، وهذا غير صحيح فهذا التمييز كان قائماً باعتبار الولاية على شخص القاصر تنتهي بالبلوغ بينما الولاية على ماله تمتد إلى الرشد، أي أنه بعد البلوغ لا يخضع إلا للولاية المالية. أما الآن فإن م. 233 م.أ. تقضي بأن: "لنائب الشرعي الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله إلى بلوغه سن الرشد القانوني " ولذلك يحق لنائب الزوجة القاصرة رفض أي تنازل منها عن حق من حقوقها المالية أو الشخصية مقابل موافقة زوجها على الطلاق.

أما إذا كان الزوج الخالع قاصراً فلا تدخل لنائبه في الموضوع، لأن الطلاق غير مشمول بالنيابة ما دام الزوج بالغاً، والبدل وإن يكن زهيداً لا يعتبر ضاراً بالمصالح المالية للزوج لأنه ليس عوضاً يخضع للمكايسة وأحكام الغبن. لذلك قال الفقه بفاذ الخلع بالشيء المجهول أو ما فيه غرر.

(1) وكان ورودها في المشروع مجرد خطأ ناجم عن عدم استحضار مضمون مشروع م. 22 وعن إلحاح أغلبية أعضاء اللجنة على تضمين المدونة أكثر ما يمكن من الأحكام المنصوص عليها في المراجع الفقهية.

2- البدل وشروطه:

أ- البدل:

[112] اختلفت الآراء الفقهية كثيراً في موضوع أخذ الزوج من زوجته بدلا أو مقابلا "عوضا" عن طلاقها. بين المنع المطلق، والإجازة حتى في حالة إضرار الزوج بها، والإجازة بشروط.

في الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ⁽¹⁾ : "قال عقبة بن أبي الصهباء: سألت بكر بن عبد الله المزني عن الرجل تريد امرأته أن تخالعه فقال: لا يحل له أن يأخذ منها شيئا. قلت: فأين قول الله عز وجل في كتابه: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾؟ قال نسخت. قلت فأين جعلت؟ قال في سورة النساء ﴿وَأَنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَنَّا نَخْذُوهَ بَيْنَنا وَإِنَّمَا مِيقَاتُنا﴾ قال النحاس هذا قول شاذ خارج عن الإجماع لشذوذه".

ويقول ابن جزي: من شروط الخلع: "أن يكون خلع المرأة اختيارا منها وحبا في فراق الزوج من غير إكراه ولا ضرر منه لها... ومنع قوم الخلع مطلقا، وقال أبو حنيفة يجوز مع الإضرار، وقال الحسن (البصري) لا يجوز حتى يراها تزني ⁽²⁾ وقال داود لا يجوز إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله" ⁽³⁾

(1) 139/3.

(2) وذلك استنادا إلى الآية: ﴿وَلَا تَتَّبِعُوا لَمَنْ يَتَّبِعُوا يَتَّبِعُوا مَا يَتَّبِعُونَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّكَ جُنَاحٌ مُبِينَةٌ﴾ وفسرت الفاحشة بالزنا.

(3) ص. 171 وسند هذا الرأي آية: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.

والقائلون بجواز البدل في الخلع ذهب فريق منهم إلى أنه يجب أن لا يتجاوز ما أعطها صداقا في عقد الزواج مراعاة للعبارة الواردة في الآية **لَتَذْكُرُوا مَا آتَيْتُمُوهُنَّ** ومنهم من لا يرى للبدل في الخلع حدا أدنى ولا حدا أعلى حتى قال مالك وآخرون: إن للزوج أن يأخذ من زوجته الناشز جميع ما تملك.⁽¹⁾

ومدونة الأسرة نصت في م. 118 على أن: "كل ما صح الالتزام به شرعا صلح أن يكون بدلا في الخلع، دون تعسف ولا مغالاة".

وبذلك أجازت أن يكون البدل مبلغا نقديا أو حقا آيلا إليه كحق التعويض ومستحقات العدة من نفقة وسكنى، أو عقارا، أو منقولا، أو منافع تقوم بالمال كالسكنى في دار واستغلال دكان أو أصل تجاري، ومثل ذلك الحقوق والأشياء التي لا ثمن لها في السوق كالحق في الحضانة⁽²⁾ وماله فقط قيمة معنوية لدى الزوج مثل صورة أو وثيقة لها اعتبار خاص لديه ويرغب في الاحتفاظ بها.

(1) تفسير القرطبي 140/3 و95/5. ويخبر مالك كذلك الخلع بجهول أو بما فيه غرر "فإن سلم كان له وإن لم يسلم فلا شيء له" - نفس المرجع - 141/3.
(2) جاء في قرار للمجلس الأعلى أن الزوجة التي تنازلت عن حضانة أطفالها، ومكها الزوج بجميع حقوقها المترتبة عن انفصام علاقة الزواج تعتبر مطلقة طلاقا رجعيا وليس خلعيا بائنا (تاريخ 04/01/2006 ملف 04/2/11/2/343 - م.ع.ق. - ص. 175).

ويبدو ما ورد في هذا القرار على نظر، فراجع المذهب المالكي كلها تمثل الطلاق الخلعي بتنازل الأم عن الحضانة.

وفي المدونة:

"قلت أُرِيتُ إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن يكون الولد عند أبيهم، أ يكون ذلك للأب أم لا يجوز هذا الشرط في قول مالك؟ (قال) قال مالك للأب ذلك والشرط جائز إلا أن يكون ذلك مضرا بالصبي مثل أن يكون يرضع وقد علق بأمه، فيخاف عليه إن نزع منها أن يكون ذلك مضرا به فليس له ذلك" 25/5.

ب - شروط البذل:

[113] والبذل في الخلع اشترط فيه القانون شرطين: أن يكون مما يصح الالتزام به، وأن لا يضر بحقوق الأطفال.

مما يصح الالتزام به:

[114] يشمل هذا ما يصح الالتزام به في العقود العوضية، وفي الالتزامات غير العوضية وبناء على ذلك يكون الممنوع بدلا في الخلع:

الأشياء التي تتمتع الشريعة أو القانون التعامل فيها مثل الأعيان المحرمة والمخدرات.

الحقوق الشخصية غير القابلة للتنازل عنها كالزواج وسائر الحقوق المدنية والسياسية التي أخرجها القانون من دائرة تصرفات الأفراد، ومجال إرادتهم.

أما ما لا يقبل أن يكون عوضا في العقود العوضية فإنه قد يقبل بدلا في الخلع إذا كان مما يصح الالتزام به في العقود غير العوضية كالهبة لأن مالكا يميز الخلع بمجهول أو بما فيه غرر.

لا يضر بحقوق الأطفال:

[115] مثل النزاع عن حضانتهم سيما في الحالتين 1 و2 من م. 175 من المدونة، أو عن زيارتهم لأن حرمانهم من رؤية الأم ضرر مؤكد بالأطفال.

واشترطت م. 119 لصحة الاختلاع بتحمل نفقة الأطفال أن لا تكون الأم معسرة، والإعسار لا يعني فقط العجز الكلي أو شبه الكلي عن النفقة، وإنما تراعى في ذلك حاجات الأطفال والمستوى الذي يوفره لهم الوضع المالي لأبيهم.

والمحكمة تلغي شرط الإنفاق إذا كانت الأم عاجزة عجزا كلياً وتبقى كلها على الأب، وإذا كان عجزها جزئياً حددت المبلغ أو النسبة التي تتحملها وألزمت الأب بحمل الباقي.

والغناء الشرط الضار بالأطفال أو المزمع للأُم بالنفقة وهي معسرة - لا يؤثر على نفاذ الخلع في شقه الخاص بإنهاء العلاقة الزوجية، لأن الاتفاق على الطلاق الخلفي ليس عقداً عوضياً عند أغلب الفقه. ومن الفقهاء من يمنع مطلقاً أخذ الزوج شيئاً من الزوجة مقابل الطلاق وفق ما سبقت الإشارة إلى ذلك.

3 - نفاذ الخلع:

[116] ينفذ الخلع وتنتهي به العلاقة الزوجية بإشهاد العدلين عليه الذي يتم بعد إنجاز إجراءات الطلاق الاتفاقي الواردة في م. 114 التي تحيل عليها م. 115 وهي كناية الاتفاق الذي تم بين الزوجين على الخلع وما يتضمنه من التزامات وشروط وإرفاقه بطلب الإذن. وتأذن المحكمة بالإشهاد به بعد تعذر الصلح وبعد أن تعدل - إذا اقتضى الأمر ذلك - ما قد يكون في الاتفاق من شروط مخالفة للقانون أو تضر بمصالح الأطفال.

نعم تبقى للزوجة إمكانية استرجاع ما خالعت به وفق م. 117 التي تقول: "للزوجة استرجاع ما خالعت به إذا أثبتت أن خلعها كان نتيجة إكراه، أو إضرار الزوج بها، وينفذ الطلاق في جميع الأحوال".

وصياغة هذه المادة أوضح دلالة من الفصل 63 من المدونة السابقة التي كانت تقول: "يشترط لاستحقاق الزوج ما خولع به أن يكون خلع المرأة اختياراً منها لفراق الزوج من غير إكراه ولا ضرر". فالزوجة هي التي عليها إثبات ما قد تدعيه من إكراه أو ضرر لاسترجاع ما دفعته أو لإعفاءها من الوفاء بما التزمت به إذا تم الإشهاد على الطلاق قبل

التنفيذ. ولا يكلف الزوج بإثبات عدم الإكراه والضرر لأن ذلك يشكل واقعة سلبية مطلقة غير قابلة للإثبات القضائي كما هو معروف.

ومن ناحية ثانية إذا أثبتت الزوجة الإكراه أو الضرر حتى لها استرجاع ما خالعت به سواء كان مبلغا نقديا أو حقا ماليا أو حقا غير مالي كالتنازل عن حضانة أطفالها.

ثانيا- الاختلاف في تحديد البذل:

[117] جاء في م. 120: "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق وقوة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة.

إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق" (1).

تجاوزت هذه المادة في فقرتها الأولى مذهب مالك الذي يرى أن طلاق الخلع لا يتم إلا برضى الزوج به، وبالمقابل الذي تقدمه له الزوجة، ولكن في الفقه آراء أخرى تخول القضاء التدخل في الطلاق الخلفي استنادا إلى روايات في الموضوع. وفي مقدمتها الواردة في زوجة ثابت بن قيس بن شماس فمن صيغها عند البخاري:

(1) في المشروع الذي قدمته اللجنة اقترح من أربعة أعضاء بحذف الفقرة الأولى والاكتفاء بالفقرة الثانية. وذلك بناء على أن الخلع لا يتم إلا برضى الزوج. أو قال أحد الأعضاء: "الخلع فيه مفاوضة وعدم تدخل القضاء، فقد يحدث أن يدخل الزوج زوجته في تجارته ويكتب باسمها عدة أسهم... فإذا أرادت في هذه الحالة أن تخلع، فهل يكفي أن ترد له الصداق فقط؟".

عن ابن عباس: "أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم، قال رسول الله ﷺ أقبل الحديقة وطلعتها تطليقة".⁽¹⁾

عن ابن عباس: "جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق، إلا اني أخاف الكفر، فقال رسول الله ﷺ، فتردين عليه حديقته؟ فقالت نعم، فردت عليه وأمره ففارقها".⁽²⁾

ونقل ابن القيم⁽³⁾ رواية الدارقطني التي جاء فيها أن الرسول قال لامرأة ثابت بن قيس: "أتردين عليه حديقته التي أعطاك؟ قالت نعم وزيادة، فقال النبي ﷺ: أما الزيادة فلا، ولكن حديقته، قالت نعم فأخذ ماله وخلي سبيلها، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قد قبلت قضاء رسول الله ﷺ".

وروى ابن جرير في تفسيره⁽⁴⁾: "عن عائشة أن حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس ففرضها فكسر نضعها⁽⁵⁾ فأنت رسول الله ﷺ بعد الصبح فاشتكت، فدعا رسول الله ﷺ ثابا، فقال خذ بعض مالها وفارقها. قال: ويصلح ذلك يا رسول الله؟ قال: نعم. قال فإني أصدقها حديقتين وهما بيدها، فقال النبي ﷺ: خذهما وفارقها، ففعل".

(1) حديث رقم 5273 - فتح الباري 494/9.

(2) حديث رقم 5276 - 494/9.

(3) زاد المعاد - 43/4.

(4) 462/2.

(5) وفي أبي داود: "فرضها فكسر نضعها" (بضم النون وقضها وسكون الغين: أعلى الكف) - تفسير القرطبي - 140/3.

اختلاف صيغ هذه الرواية إلى جانب روايات أخرى في موضوع الخلع، ترتب عنه تعدد الآراء الفقهية حول مدى تدخل القضاء في تقرير الطلاق وفي تحديد بدله. ومدونة الأسرة سلكت طريقاً وسطاً فاشتراطت قبول الزوج لمبدأ الخلع، وخولت المحكمة في هذه الحالة تحديد البديل وإن لم يقبله الزوج.

ووفقاً للمادة 120 تقوم المحكمة بمحاولة الصلح، وإذا فشلت المحاولة، تحدد البديل، ثم تحكم

بنفاذ الخلع.

1- محاولة الصلح:

[118] تجري محاولة الإصلاح بين الزوجين وفق الإجراءات العامة لمحاولة الصلح

المنصوص عليها في م. 82.

والمحاولة قد تفضي إلى تراجع الزوجين عن إنهاء العلاقة الزوجية، وقد تؤدي فقط إلى الاتفاق بينهما على تحديد البديل. وفي هذه الحالة تطبق أحكام الخلع الواردة في م. 115 - 119.

2- تحديد البديل:

[119] حددت م. 120 أربعة عناصر لتحديد البديل هي: مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة وهي ليست متساوية في تأثيرها على تقدير بدل الخلع.

فالصداق مثلاً يكاد يستأثر بتحديد مبلغ الخلع الذي يتم قبل بدء الحياة الزوجية حيث يبدو مستبعداً أن تلزم المحكمة الزوجة بأداء أكثر من نصف الصداق المستحق لها، اللهم إذا وجدت ملائسات خاصة كإتفاق الزوج لمال مهم زائد عن الصداق، وارتكاب الزوجة خطأ فادح أدى إلى إنهاء الزواج بالخلع.

وعلى العكس من ذلك لا يكون لمبلغ الصداق دور إذا استهلك ومضى على الزواج سنون مدينة ولذلك فإن غالب ما تعتمد المحكمة في التقدير هو أسباب الخلع والحالة المادية للزوجة.

وفي جميع الأحوال يبقى لكل من الزوجين الطعن بالاستئناف في التقدير الذي حددته المحكمة الابتدائية.

هل تقدير مبلغ الخلع هو كل ما تفصل فيه المحكمة؟

م. 120. اقتصرت على أن المحكمة تفصل في تقدير مبلغ الخلع الذي اختلف بشأنه الطرفان وهذا ينصرف إلى الحالة التي يختصر اختلاف الزوجين بشأنها في تقدير مقابل الخلع. وفي الواقع يمتد اختصاص المحكمة إلى الفصل في كل ما اختلف فيه الزوجان بعد الاتفاق على مبدأ الخلع وإلى رقابة الشروط التي قد يكون الزوجان اتفقا عليها سواء تعلقت بهما أو بحقوق الأطفال. فطلاق الخلع يطبق عليه حكم الطلاق الاتفاقي الوارد في م. 114 وهو أن تكون شروطه غير متنافية مع أحكام مدونة الأسرة، ولا ضارة بحقوق الأطفال. ومهما وجد الاتفاق على مبدأ الخلع أمكن رفع الأمر إلى المحكمة للفصل - بعد تعذر الصلح - في كل ما بقي من اختلاف بينهما بما في ذلك مثلاً طريقة أداء المقابل المتفق عليه، كما تكون لها صلاحية إلغاء الشروط المرفقة بالاتفاق المبدئي على الخلع متى كانت مخالفة للقانون أو ضارة بحقوق الأطفال.

3- الحكم:

[120] تحكم المحكمة حسب م. 120 "بتفاد الخلع" وهي عبارة لا تبدو سليمة، تم التثبت بها أثناء تحرير النص تطبيقاً للرأي الفقهي الذي لا يعترف للقضاء بأي دور في

طلاق الخلع، ويعتبره من الصلاحيات القاصرة على الزوج سواء في مبدأ قبوله، أو في تحديد المقابل.

ان الاختصار على الحكم بالنفاذ يثير التساؤل عن الجهة المقررة لطلاق الخلع وعن تاريخ سريانه، لأن النفاذ يأتي بعد التقرير والوجود.

لذلك نميل إلى القول بأن المحكمة بعد أن تتبين في التعليل مقابل الخلع وشروطه النافذة إن وجدت تحكم بطلاق الزوجين خلعا ويبدأ سريانه من تاريخ النطق بالحكم.

قد يقال بأن القضاء يحكم بالتطليق وليس بالطلاق، والجواب أنه بالرجوع إلى الفقه نجد يستعمل المصطلحين معا في إنهاء العلاقة الزوجية عن طريق القضاء، فضلا عن كون المناسب لهذا الإنهاء الذي يتم بروضى الطرفين أن يسمى طلاقا وليس تطليقا.

إن المدونة نصت صراحة على حكم المحكمة بالخلع التي تقول:

"القرارات القضائية الصادرة بالتطليق، أو بالخلع، أو بالفسخ... تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية".

الإذن بالإشهاد على الطلاق الاتفاقي:

[121] مصطلح "الطلاق الاتفاقي" لم يستعمله الفقه لأن الطلاق ملك للزوج وحده يصدره بإرادته المنفردة، ولا وجود في الكتابات الفقهية لطلاق يصدر بالإرادة المشتركة للزوجين. نعم كل المراجع الفقهية في كُتاب الطلاق تخصص عنواناً لـ "الطلاق بالخلع" ويقصد به الطلاق الذي يصدره الزوج بناء على الاتفاق مع زوجته على أن تؤدي له مقابلاً لهذا الطلاق الذي يكون بائناً ولا رجعة فيه داخل العدة.

ومجارة لربط نوع الطلاق بلسان الزوج اعتبر الطلاق خلعيا كذلك إذا نطق الزوج بكلمة الخلع ولو لم يتلق شيئا من الزوجة بل ولو كان هو المعطي.⁽¹⁾

وتحدث الفقه كذلك عن الطلاق الذي يتم بصيغة الصلح بين الزوجين واعتبره بائنا كالطلاق الخلعي. في شرح الخطاب على مختصر خليل: "قال ابن وهب عن مالك: وإذا صلحها على أن أعطاها شيئا من ماله جهلا أو ظنا أنه وجه الصلح قال: هي طلاق وله الرجعة ثم رجع فقال: لا رجعة له إذا كان منهما على وجه الصلح، وقاله الليث قال محمد وعلى قوله الآخر العمل، انتهى. وقال قبله ومن كآب ابن المواز، وإذا تداعيا إلى الصلح واتفقا عليه وإن لم يأخذ منها شيئا فهو فراق، كما لو أخذ منها، وإذا قصدا إلى الصلح بغير عطية أو على أن يأخذ متاعه ويسلم إليها متاعها فذلك خلع لازم قاله مالك في العتبية من سمع ابن القاسم، قال وتكون بائنا قال أنت طالق أو لم يقل".⁽²⁾

وانتهاء العلاقة الزوجية بالصلح يكون طلاقه بائنة سواء تم الصلح بعتاء متبادل بين الزوجين أو من أحدهما، أو بدون تقديم أي شيء منهما معا.⁽³⁾

(1) انظر شرح خليل عند قوله في طلاق الخلع "وبات ولو بلا عوض نص عليه" إلى قوله: "أو طلق أو صالح أو أعطى" يقول الخطاب: "يعني أن الخلع طلاق بائن ولو وقع بغير عوض إذا نص عليه أي على الخلع بأن صرح به... وفي الجواهر: وقد روي فيمن قال أخاطك على أن أعطيك مائة درهم فقبلت كانت بائنة لا يملك رجعتها وكذلك لو لم يعطها الزوج شيئا فخالعها فهي أيضا بذلك بائن". - 25/4 و25.

(2) 25/4.

(3) مما جاء في مدونة الامام مالك:

"(قلت): رأيت إن خالعهما على أن أعطته عبدا على أن زادها الزوج ألف درهم (قال) لم أسمع من مالك في هذا الخلع شيئا، ولكن أرى ذلك جائزا، ولا يشبه الخلع في هذا النكاح، لأنه إن كان في العبد فضل عن قيمة الألف درهم فقد أعطته شيئا من ملها على أن أخذت منه بعضها، وإن كان كفافا فهي مبارأة، لأن مالكا قال: لا بأس أن =

وما يمكن استخلاصه من هذه النقول أن "الطلاق الاتفاقي" بالصيغة التي ورد بها في م. 114 يستغرق الطلاق الخلفي، والطلاق عن طريق الصلح في الاصطلاح الفقهي، فكما تراضى الزوجان على إنهاء العلاقة الزوجية يكون الطلاق اتفاقيا سواء بتقديم مبلغ نقدي أو أي شيء آخر قابل للتعامل فيه أو تنازل عن حق من الزوجة أو من الزوج، أو منهما معا، أو بدون تقديم أي منهما شيئا للآخر. وكل هذه الحالات تشملها صياغة م. 114 ويكون الطلاق فيها بائنا.

ولذلك نعتقد أن مشروع المدونة لم يكن في حاجة إلى م. 115 - 119 المتعلقة بالخلع.

ويكون الطلاق اتفاقيا كلما كان طلب الإذن بالإشهاد به مقدما إلى المحكمة من الزوجين معا أي موقعا منهما مع التعريف بهذا التوقيع من الجهة الإدارية المختصة أو حضورهما أمام المحكمة التي تحققت من هويتهما.

ويثور في الموضوع سؤالان: هل إنهاء العلاقة الزوجية بالاتفاق يعتبر طلاقا أو تطليقا؟ وما هو منظوق الحكم في الطلاق الاتفاقي؟

بين الطلاق والتطليق:

[122] سبقت الإشارة⁽¹⁾ إلى أن هذين المصطلحين لم يعودا مستعملين بدلاتهما في الفقه بعد أن أصبح إنهاء العلاقة الزوجية يتم في جميع الأحوال تحت الرقابة القضائية (م. 78). ونتيجة لذلك حدث بعض الاضطراب في استعمالهما ضمن مواد مدونة الأسرة.

يتناركا على أن لا يعطيا شيئا ولا تعطيه شيئا (وقال مالك) هي تطليقة واحدة بائنة. وإن كانت الألف أكثر من قيمة العبد، فإن مالكا سئل عن الرجل يصلح امرأته على أن يعطيا من ماله عشرة دنانير فقال أراه صلحا ثانيا " - 19/5. " (قلت) أرأيت لو لم يكن للمرأة على الزوج دين ولا مهر فقال الزوج أخاطمك على أن أعطيك مائة درهم فقبلت، أكون هذا خلما وتكون تطليقة بائنة لا يملك رجعتها (قال) قال مالك نعم تكون تطليقة بائنة لا يملك رجعتها (قال مالك) وكذلك لو لم يعطها الزوج - فغالها فهي أيضا بذلك بائن " - 25/5.

(1) انظر فقرة (35 - 38).

مثلا م. 114 وصفت إنهاء العلاقة الزوجية بالتطليق وبالطلاق. وفي م. 123 اعتبرت الخلع طلاقا صادرا من الزوج، بينما ألقته م. 128 في الطلاق القضائي.

وقد كان التمييز قائما بين الطلاق والتطليق واضحاً في الفقه الذي يعتبر إنهاء الزواج بالطلاق ملكا للزوج وحده، ويجزئه مجرد النطق بكلمة طلاق وما في معناها، أو بأية عبارة أو حركة يقصد بها إنهاء علاقته بزوجته، ويستوي أن يجز هو التعبير عن الطلاق أو يفوضه إلى غيره بمن في ذلك الزوجة ذاتها، كما يستوي أن يفرد بإنشاء الطلاق أو يقوم بذلك بعد الاتفاق مع الزوجة بمقابل أو بدون مقابل.

في هذه الحالات جميعها تكون الفرقة "طلاقاً" أما "التطليق" كما تدل عليه عبارته فهو إنهاء العلاقة الزوجية دون موافقة الزوج ورضاه يحكم به القاضي بناء على طلب الزوجة في حالات محددة حصراً في كل مذهب. لكن بعد أن فرض القانون تدخل القضاء في كل حالات رغبة الزوجين أو أحدهما في إنهاء علاقتهما، تم الاحتفاظ للزوج بصلاحيته الإنجاز الرسمي للطلاق (الإشهاد به) متى كان برغبة منه⁽¹⁾. وهو ما يثير مشكلاً في حالة الطلاق الاتفاقي.

مآل الإذن بالإشهاد على الطلاق الاتفاقي:

[123] طبقاً للمادتين 114 و115 المتعلقتين بالطلاق الاتفاقي كان بمقابل من الزوجة أو بدونه، تنحصر صلاحية المحكمة - بعد تعذر الصلح - في:

1- إلغاء ما قد يكون في الاتفاق من شروط مخالفة للقانون.

2- الإذن بإشهاد العدلين على الطلاق بالاتفاق.

(1) ما عدا حالة طلبة الطلاق للشقاق، فإن المحكمة هي التي تحكم به ولا يحتاج إلى إشهاد العدلين من الزوج.

ولمشكل الذي ألحنا إليه هو مآل هذا الإذن، لم يحدد القانون فترة لتقديمه أمام العدلين، وما الحكم إذا لم يقدم نهائياً؟ أو اتفق الزوجان على استمرار علاقتها الزوجية؟

هذا ما حمل بعض المحاكم على تطبيق المادتين 87 و88 فحكمت بعد التوصل بنسخة وثيقة الطلاق، " بالتأكيد (أو) بالإشهاد على وقوع الطلاق بين الزوجين ابتداء من تاريخ الإشهاد به لدى العدلين...".⁽¹⁾

والواقع أن النص التشريعي معيب لأنه حاول الجمع بين ما لا يجتمع وهو رقابة القضاء للطلاق مع الاحتفاظ بالتقليد الذي يفرض النطق به من الزوج، والحل الذي يبدو مقبولا هو أنه بعد تغذر الصلح تصدر المحكمة الحكم بالطلاق سواء كان الطلب من الزوجة، أو من الزوج (حالة الشقاق) أو منهما معاً في الطلاق الاتفاقي كان بمقابل من الزوجة أو بدونه.

(1) انظر فقرة (108).

الفصل الثاني

التطبيقات للسقاف

تقديم

[124] مصطلح "التطليق" ينصرف في الفقه إلى إنهاء العلاقة الزوجية بحكم قضائي دون رضا الزوج أو رغم معارضته، ويتحقق هذا عندما يقدم طلب الفرقة من الزوجة في الحالات التي يتفاوت تعدادها بين المذاهب الفقهية.

وإضافة إلى هذه الحالة:

يستعمل التطليق للتفريق القضائي بين زوجين حدث بينهما "شقاق" تعذر إصلاحه عند من يخول هذه الصلاحية للقضاء ولو عارض الزوج أو الزوجان معا.

كما يستعمل التطليق إلى جانب "الطلاق" و"الفسخ" في حالة طلب أحد الزوجين إنهاء علاقتهما بسبب "عيب" ظهر في الزوج الآخر.

مع العلم بأن القضاء - قديما وحديثا كما سبقت الإشارة - يستعمل في منطوق أحكامه في الحالات الثلاث التطليق أو الطلاق دون ربط ذلك بموقف الزوج وقبوله أو معارضته لإنهاء العلاقة الزوجية.

نعم ما يزال يستعمل الفعل الثلاثي المضعف مع مصدر الفعل الثلاثي بالنسبة لإنهاء العلاقة الزوجية بإرادة الزوج وتصريحه. وقد أصبح هذا التمييز شكليا بعد فرض الرجوع إلى القضاء للإذن بالإشهاد على الطلاق.

ولكن مسaire لمسك التشريع تناولنا "الطلاق" في الفصل السابق، ونعرض في هذا الفصل حالات "التطليق" التي يقدم فيها الطلب من أحد الزوجين، أو من الزوجة. يقدم

الطلب من أي من الزوجين بسبب "الشقاق" أو "العيب" (م. 94 و107)، ويقدم الطلب من الزوجة خاصة للأسباب المنصوص عليها في م. 99 - 106 و112.

والتطليق للشقاق لم يكن موجودا في مدونة الأحوال الشخصية السابقة، لذلك تناول موضوعات هذا الفصل في:

مبحث تهديدي عن الشقاق في الفقه، ولماذا أدرج في مدونة الأسرة؟ ثم مراحل صياغة المواد المنظمة لأحكامه.

ومبحثين أساسيين: الدعوى والإجراءات، ثم الحكم في الدعوى.

مبحث تهديدي

أولاً- الشقاق بين الزوجين في الفقه :

[125] ناقش الفقه الشقاق بين الزوجين وإمكانية إنهاء العلاقة الزوجية به، فهو ليس سبباً جديداً للطلاق القضائي أضافته مدونة الأسرة كما يعتقد البعض. لذلك نقول كلمة موجزة عن موقف الفقه من الشقاق.

الأصل في الشقاق بين الزوجين الذي بحثه الفقه الآية 35 من سورة النساء: ﴿وَإِنْ خَفَعَ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُوا كُحًّا مِنْ أَهْلِهِ وَكُحًّا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّي اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾.

لم يعن الفقه بتحديد العناصر التي يتحقق بها الشقاق بين الزوجين لأنه لم يصنفه أي مذهب ضمن الأسباب التي يمكن للزوجين أو لأحدهما طلب الفراق بسببه⁽¹⁾. وإنما اقتصر نقاشه على إمكان التدخل المباشر للقضاء أو منعه، وعلى صلاحية التفريق دون رضاها وبالأخص رضى الزوج وموافقته على الطلاق.

□ التدخل المباشر:

[126] يذهب رأي في الفقه إلى أن تدخل السلطة العامة في حالة الشقاق واجب ولو

لم يطلب ذلك الزوجان أو أحدهما. يقول ابن العربي:

" إذا علم الإمام من حالة الزوجين الشقاق، لزمه أن يبعث إليهما حكيمين ولا ينتظر ارتفاعهما، لأن ما يضيع من حقوق الله أثناء ما ينتظر رفعهما إليه لا جبر له"⁽²⁾

(1) يقول الرازي مثلاً: "للشقاق تأويلان، أحدهما: أن كل واحد منهما يفعل ما يشق على صاحبه. الثاني: أن كل واحد منهما صار في شق بالعداوة والمباينة " - التفسير الكبير - 95/10.

(2) أحكام القرآن - 427/1.

وتقول الخطاب عن الخمي: "إذا اختلف الزوجان وخرجا إلى ما لا يحل من المشاة والوثوب، كان على السلطان أن يبعث حكيمين ينظران في أمرهما وإن لم يترافعا ويطلبا ذلك منه، ولا يحل له أن يتركهما على ما هما عليه من الإثم وفساد الدين".⁽¹⁾

حتى في المذهب الشافعي الذي لا يرى وجوب بعث الحكيمين، يقول الشربيني في شرح المنهاج: "والبعث واجب، كما صححه في زيادة الروضة وجرم به الماوردي".⁽²⁾

وسند هذا الرأي الآية السالفة الذكر الموجه فيها الخطاب إلى الأمة وإلى أولي الأمر منها ﴿وَأِنْ خِفْتُمْ مَعَ أَمْرِهِمْ بِتَرْجِيهِ الْحَكَمِينَ﴾ فاقبضوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها.

ويذهب رأي آخر إلى أن التدخل غير واجب، سواء يبعث الحكيمين أو من القاضي ما دام لم يطلب ذلك أي من الزوجين. نعم للحاكم أن يتدخل على سبيل الجواز لا الوجوب.

□ صلاحية التفريق بين الزوجين:

[127] الرأي الأول الذي يقول بوجوب التدخل وإن لم يترافع الزوجان، يرى في حالة تعذر الإصلاح، الحكم بالطلاق مع إلزام الزوج الخطئ بأداء شيء للزوج الآخر، وبدون أداء إذا أخطأ معا أو تعذر إثبات الخطأ ضد أي منهما.

يقول ابن العربي: "قوله تعالى ﴿حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ هذا نص من الله سبحانه في أنهما قاضيان لا وكيلان، والوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا بين الله سبحانه كل واحد منهما فلا ينبغي لنشاذ - فكيف لعالم - أن يركب معنى أحدهما على الآخر، فذلك تليس وإفساد للأحكام وإنما يسيران بإذن الله، ويخلصان النية لوجه الله وينظران فيما عند الزوجين بالتثبت...

(1) مواهب الجليل - 16/4.

(2) مغني المحتاج - 261/3.

فإن وجداهما قد اختلفا، سعيا في الألفة، وذكر الزوجين بالله تعالى وبالصحبة. فإن أنابا وخافا أن يتجاذى ذلك في المستقبل بما ظهر في الماضي، فإن يكن ما طلعا عليه في الماضي يخاف منه المتجاذي في المستقبل فرقا بينهما...

تكون الفرقة كما قال علماؤنا لوقوع الخلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة.

فإن قيل إذا ظهر الظلم من الزوج أو الزوجة فظهر الظلم لا ينافي النكاح، بل يؤخذ من الظالم حتى المظلوم ويبقى العقد.

قلنا هذا نظر قاصر، يتصور في عقود الأموال، فأما عقود الأبدان فلا تتم إلا بالاتفاق والتألف وحسن التعاشر، فإذا فقد ذلك لم يكن لبقاء العقد وجه، وكانت المصلحة في الفرقة، وبأي وجه رأياها من المشاركة أو أخذ شيء من الزوج أو الزوجة".⁽¹⁾

[128] والراي الثاني الذي يقول بعدم وجوب بعث الحكمين، يعتبر الحكمين في حالة بعثهما ويكفي على الزوجين لا تمتد على صلاحيتهما محاولة الإصلاح، أما الطلاق فلا يقرانه إلا إذا أذن الزوج لهما به كما لا يملكان التطلق بخلع من الزوجة إلا برضاها.

يقول الشافعي في الأم: "فإذا ارتفع الزوجان الخوف شقاقهما إلى الحاكم، فحق عليه أن يبعث حكما من أهله وحكما من أهلها من أهل القناعة والعقل ليكشفنا أمرهما ويصلحا بينهما إن قدرا (قال) وليس له أن يأمرهما بفرقان إن رأيا إلا بأمر الزوج، ولا يعطيا من مال المرأة إلا بإذنها (قال) فإن اصططح الزوجان وإلا كان على الحاكم أن يحكم على كل واحد منهما على صاحبه بما يلزمه من حق في نفس، ومال، وأدب (قال): وذلك أن الله عز وجل، إنما ذكر أنهما **يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّي اللَّهُ بَيْنَهُمَا** ولم يذكر تفريقا (قال) واختار

(1) أحكام القرآن - 424/1 و425.

للإمام أن يسأل الزوجين أن يتراضيا بالحكمين ويكلاهما معا: فيؤكلهما الزوج إن رأيا أن يفرقا بينهما فرقا على ما رأيا من أخذ شيء أو غير أخذه ان اختبرا توليا من المرأة عنه... وللرأة أن تؤكلهما إن شاءت بأن يعطا عنها في الفرقة شيئا تسميه إن رأيا...⁽¹⁾

ثانيا - لماذا أدرج التطليق للشقاق؟

[129] وقف أغلب أعضاء اللجنة الاستشارية ضد النص على التطليق للشقاق بحجة عدم وجوده ضمن أسباب إنهاء العلاقة الزوجية في المراجع الفقهية المعتمدة في المذاهب الفقهية السائدة.

وتمسك الرأي المخالف:

- بالآية الواردة في الشقاق بين الزوجين.

- بالرأي الفقهي الذي يرى وجوب تدخل السلطة العامة في حالة الشقاق بين الزوجين، والتفريق بينهما إذا تعذر الإصلاح ولو كان الزوجان معا رافضين للتطليق.

- بما يتسبب فيه الشقاق من هدم لقيم نظام الأسرة، وأضرار مادية ومعنوية لأفرادها وفي مقدمتهم الأطفال.

- بالسعي إلى إقرار مبدأ العدل والإنصاف بين الزوجين، ورفع الحيف الموجود في مدونة الأحوال الشخصية التي كانت تجيز للزوج إنهاء العلاقة الزوجية بحرد نطقه بكلمة

(1) 194/5. وينتقد ذلك ابن العربي قائلا: "وأما قوله (الشافعي) برضى الزوجين بتوكلهما [الحكمين] خطأ صراح، فإن الله خاطب غير الزوجين إذا خاف الشقاق بين الزوجين بإرسال الحكمين، وإذا كان الخاطب غيرها فكيف يكون ذلك بتوكلهما، ولا يصح لهما حكم إلا بما اجتماعا عليه. والتوكيل من كل واحد لا يكون إلا فيما يخالف الآخر وذلك لا يمكن هنا " ثم يضيف: " فأما من قال إن الخاطب الزوجان فلا يفهم كتاب الله... " - أحكام القرآن - 422/1.

الطلاق وما في حكمها لأي سبب، وبدون سبب، بينما الزوجة حصرت أسباب طلبها للتطبيق، فضلا عن التشديد القضائي في إثباتها لهذه الأسباب كما سنرى في الفصل الثاني الموالي.

- إنهاء التعسف الذي كان يمارسه الزوج بإلجاء الزوجة إلى التنازل عن جميع حقوقها بما فيها حضانة أطفالها أيا كان سنهم، وربما مع أداء مبلغ تقدي له. فقصوبة الحصول على التطبيق بأحد الأسباب الواردة في المدونة السابقة، تلجئ الزوجة إلى "الخلع" الذي ينفرد الزوج فيه بتحديد ما تدفعه مقابل طلاقها، ولذلك كانت حالات الطلاق الخلعي مرتفعة تتجاوز أحيانا حالات الطلاق الذي يصدره الزوج بإرادته المنفردة، بينما كانت أحكام التطبيق بطلب من المرأة محدودة جدا.

[130] في عام 1993 أشرفت على أبحاث الإجازة لبعض طلبة السنة الرابعة في كلية الحقوق بالرباط، وطلبت منهم الرجوع إلى سجلات المحاكم الابتدائية المسجلة فيها وثائق الطلاق والخلع وأحكام التطبيق، فانتوا في أبحاثهم إلى النتائج الآتية:

1992		
التطبيق	الطلاق	الخلع
15	331	464
37	611	820
32	445	545
27	504	772
8	105	136
35	738	470

1991			الحكمة
التطبيق	الطلاق	الخلع	الابتدائية
27	470	416	أكادير
42	915	665	آفنا
25	422	440	بني مسيك سيدى عثمان
33	587	713	بني ملال
5	89	120	تزنيت
28	721	419	تطوان

1992		
التطبيق	الطلاق	الخلع
25	64	69
29	400	296
4	53	125
18	110	563
4	485	321
3	132	152
12	160	136
20	172	393
30	473	664
115	728	973
16	105	143
23	234	115
6	1039	941
15	120	240
40	198	198
2	121	198
12	64	227
81	563	550
609	7955	9614
3,35	43,76	52,89

الحكمة	1991		
	التطبيق	الطلاق	الخلع
الابتدائية			
الحسمة	12	38	43
خريكة	20	419	260
الروائي	3	65	111
النجسات	7	266	421
سطات	2	503	290
سوق الأربعاء	3	100	200
سيدي قاسم	3	128	226
العرائش	17	145	333
القيطرة	18	365	531
مكاس	47	871	922
اليوسفية	6	117	163
صفرو	7	390	238
الرشيدي	2	1136	1010
سيدي سليمان	4	107	175
تاوانات	52	121	225
بن سليمان	9	129	210
وزان	16	48	239
طنجة	61	705	713
المجموع	449	8857	9083
النسبة المئوية %	2,44	48,13	49,36

وفى كتاب: الزواج والطلاق فى مدونة الأحوال الشخصية للأستاذ الفخوري⁽¹⁾ الإحصاء التالى عن الطلاق الرجعي⁽²⁾ والطلاق الخلعى، ويتعلق بثلاثة محاكم: وجدة، والناظور، وبركان، من سنة 1990 إلى 1996:

محكمة	سنة / طلاق	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	المجموع
	وجدة رجعي خلعي	485 273	676 455	625 271	512 205	524 502	509 584	531 633	3862 2923
الناظور	رجعي خلعي	382 299	328 262	368 246	202 249	168 286	207 272	204 267	1859 1881
	بركان رجعي خلعي	114 287	139 211	191 183	163 255	145 83	121 115	128 215	1001 1349

[131] وينبغي التأكيد على أن ما كانت تعاني منه الزوجة من الاتيحاء إلى الخلع ليس راجعا إلى تحديد أسباب التطلق وحده، وإنما سببه الأساسي التطبيق القضائي⁽³⁾ لتلك الأسباب.

(1) طبعة 1996.

(2) هو الذي يوقعه الزوج بمبادرة منه ودون أخذ مقابل من الزوجة.

(3) "التطبيق القضائي" يشمل عددا غير قليل من العناصر منها: طول إجراءات الحكم والطمون، وتكاليفها المادية، هيئة الحكم، تكوين القاضي، ظروف عمله، الوسائل التي تساعد على أداء مهمته في استقصاء حقيقة الوقائع المؤسس عليها طلب التطلق، وسائل الإثبات التقليدية (القيفيات) المتحركة إلى الآن في قضاء الأحوال الشخصية... هذا بعض ما جعل التطبيق القضائي يلجئ الزوجة إلى "الخلع" وإن ارتفعت تكاليفه. وبالنسبة لطول إجراءات المحاكمة أوردت الأستاذة رجاء ناجي الإحصاءات التالية لمتوسط الفترة التي يقضيها الملف أمام المحكمة الابتدائية وحدها (قضايا الأسرة - سلسلة اعرف حقوقك 3 - ص 141):

مثلا المدونة السابقة كان السبب الأساسي للتطليق فيها "الضرر" الذي ورد في م. 56 بصياغة عامة ومرنة جدا وهي أن للزوجة حق التطليق متى أثبتت على زوجها إضراره بها "بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها".

إضافة إلى أن المذهب المالكي المكلل للمدونة يعطي للضرر المبرر للتطليق معنى واسعا يشمل مثلا: سب أقاربها، وقطع الكلام عنها، وتحويل وجهه عنها.⁽¹⁾

ولكن التطبيق كلف المدعية بإثبات واقعة سلبية مطلقة غير قابلة للإثبات القضائي، وهي أن إضرار الزوج بها كان "بغير ذنب ارتكبته".

سنرجع إلى الموضوع عند الحديث عن الضرر سببا للتطليق في مدونة الأسرة.⁽²⁾

[132] وتقاديا لسلوك تطبيق الشقاق المسلك المنبع في التطليق للضرر، لم تنص م. 94 م.أ. على وجوب إثبات المدعي للشقاق الذي يدعيه، كما اكتفت م. 97 بأنه في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق... تحكم المحكمة بالتطليق. غير أن هذه الصياغة أدت إلى الإسراف والتعسف في استعمال وسيلة الشقاق لإنهاء العلاقة الزوجية فرحم الله الشاطبي عندما قال: ليس في الدنيا مصلحة محضة ولا مفسدة محضة.

المدة بالأشهر	السنة
36	1995
26	1996
25	1997
28	1998
27	1999

المدة بالأشهر	السنة
32	1990
32	1991
31	1992
28	1993
34	1994

وإذا أُضيف إلى هذا، الطعن بالاستئناف والنقض، امتدت الفترة في أغلب الأحيان إلى أكثر من عشر سنوات.

- (1) شرح الدرديري على مختصر خليل - 345/2 وشرح الخريفي على نفس المختصر - 149/3.
- (2) فترة 196 - 206

والمأمول أن يتولى القضاء بيان ما في القانون من غموض، فبتمتيع البحث في تفاصيل حياة الزوجين وعلاقاتهما يتمكن من إبراز الوقائع المشخصة لوضعية الشقاق وتصدع الحياة الزوجية، سيما في الفترة التالية لتقديم طلب التطلق التي من خلال تمديداتها وملاحظة المتداعيين خلالها، تبرز بالتأكيد قرائن كافية على وجود الشقاق، وعلى مدى مساهمة كل من الزوجين فيه.

بالإضافة إلى ذلك نعتقد أن من صلاحية القضاء، ربط حكم التطلق بإثبات المدعي لوقائع تشكل قرائن قوية على وضعية الشقاق، ويبرر هذا الاجتهاد:

- الصفة الاجتماعية لعقد الزواج، وما ينشأ عنه من حقوق للأطفال وهو ما يسوغ فرض قيود على إرادة الزوجين ورغبتهما في التحلل منه وإنهائه.

- العبارة التي وردت في م. 97 وهي: "واستمرار الشقاق" فلا استمرار لا يتحقق إلا بعد الثبوت، ولا يتصور أن تشهد المحكمة باستمرار الشقاق إلا بعد أن يثبت لديها بوقائع معينة ومحددة وجود هذا الشقاق في الحياة الزوجية مع العجز عن إصلاح ذات البين.

وأثناء دراسة اللجنة الاستشارية لموضوع الشقاق قدم لها المقترح الآتي:

"تتمتع المحكمة في ثبوت الشقاق وتصدع العلاقة الزوجية على:

1- الوقائع المادية للعلاقات الفعلية بين الزوجين وحياتهما. ويمكن إثبات هذه الوقائع بكل الوسائل بما فيها شهادة الشهود الذين تستمع إليهم المحكمة.

2- الأبحاث التي تجريها مع الزوجين مباشرة أو بواسطة الحكّمين."

لم يقبل الاقتراح لأن أغلبية الأعضاء كانت معارضة لإدراج الشقاق سببا للتطبيق.

ثالثا - مراحل الصياغة :

[133] بحكم عدم وجود التطبيق للشقاق في المدونة السابقة، كان الاختلاف عميقا في صياغته بين أعضاء اللجنة الاستشارية.

[134] إثر بروز هذا الاختلاف، عهد أولا إلى عضوين بتقديم مشروع صياغة فقدماها كما يلي:

"م.... إذا طلب الزوجان أو أحدهما من القاضي حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليه أن يقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين، ومنها بعث حكيمين من أهلها إن وجدا أو من يراه مؤهلا للقيام بهذه المهمة داخل أجل يحدده في قرار الانتداب.

يقوم الحكان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين ببذل جهدهما لإنهاء النزاع.

إذا توصل الحكان إلى الإصلاح حررا مضمونه في ثلاث نسخ يوقعها الحكان والزوجان ويرفعانها إلى القاضي الذي يسلم كل واحد من الزوجين نسخة منه وتحفظ الثالثة بالملف.

في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق يضمن الحكان في تقريرهما أسباب ذلك ومدى مسؤولية كل من الزوجين عنه. وإذا لم يفلح القاضي في إنهاء الشقاق يحكم بالتطبيق مراعى مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقرير ما يمكن أن يحكم به على هذا المسؤل لفائدة الزوج الآخر.

إذا اختلف الحكان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية - أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما أمكن للقاضي أن يجري بحثا إضافيا بالوسيلة التي يراها ملائمة".

م. 102 (97):

في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق ثبتت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق والمستحقات المنصوص عليها في المادتين 89 و90 (84 و85) مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر.

يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر .

وكان نص المادة 113 كما يلي: "دعوى التطليق المؤسّسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه يبت فيها بعد محاولة الصلح وفي أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة".

[136] وأثناء المراجعة للشروع القدم في سبتمبر 2003 قدم اقتراح لإعادة صياغة

م. 97. جاء فيه:

"في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق ثبتت المحكمة ذلك في محضر، وتصدر مقررًا تأمر بتنفيذه على الأصل داخل أجل لا يتعدى خمسة عشر يومًا تحدد فيه المبلغ الذي يودع بكفالة الضبط لاستيفاء المستحقات المنصوص عليها في الفقرة الموالية.

بعد تنفيذ مقرر الإيداع تحكم المحكمة بالتطليق وبمستحقات الأطفال المنصوص عليها في

م. 85. إن وجدوا، ويسكني المعتدة.

وعند الاقتضاء: بنفقة العدة، وبأجرة الحضنة، وبالمبلغ الذي يؤديه للآخر الزوج المسؤول عن سبب الفراق.

إذا كان المزم بالإيداع طبق الفقرة الأولى أعلاه هو المثير لدعوى الشقاق ولم يقيم به خلال الأجل الذي حددته المحكمة اعتبر متنازلًا عن دعواه.

يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتعدى ستة أشهر."

لكن الاقتراح لم يقبل وتم الاكتفاء بصياغة مشروع سبتمبر 2003 مع إضافة:

- عبارة "ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة" في نهاية م. 95.

- ورقم 83 إلى جانب الرقنين 84 و85 في م. 97 مع الجملة الأخيرة منها "من تاريخ

تقديم الطلب".

- الفقرة الثانية إلى المادة 113.

وقد أوردنا هذه المراحل في صياغة أحكام التطبيق للشقاق، بهدف الاستئناس بها عند مناقشة مشاكل التطبيق المثارة خاصة حول الحكم بالمتعة والتعويض.

[137] بعد هذا المبحث التمهيدي نتناول في التطبيق للشقاق: الدعوى، وإجراءاتها، ثم إيداع المبلغ الذي تؤدي منه المستحقات، وأخيراً إصدار الحكم.

المبحث الأول : الدعوى والإجراءات.

المطلب الأول : الدعوى.

[138] دعوى التطبيق للشقاق قد تقدم من أحد الزوجين، وقد تقدم منهما معا⁽¹⁾ (م. 94) فإذا يجب أن يتضمنه هذا الطلب؟

مثل جميع الدعاوى يتضمن مقال التطبيق بسبب الشقاق نوعين من الوقائع هم النوع الأول الشكل والثاني الموضوع.

□ في الشكل:

[139] لم تعرض م. 97 لشكليات الخاصة بطلب التطبيق للشقاق، وهذا من الأسباب التي أثرت على حسن التطبيق.

ولا جدال في وجوب تضمين الطلب ما ورد في م. 80 من "هوية الزوجين، ومهتهما، وعنوانهما، وعدد الأطفال إن وجدوا، وسنهم، ووضعهم الصحي والدراسي.

يرفق الطلب بمستند الزوجية....".

ويبقى التساؤل عما جاء في آخر هذه المادة وهو: "الحجج المثبتة لوضعية الزوج المادية والتزاماته المالية".

(1) ويتعين تقديمها إلى إحدى المحاكم الأربع وبالترتيب الذي وردت به في م. 79 م.أ.

ويبرر هذا التساؤل أن الزوج إذا كان في التطلق للشقاق هو الذي يحكم عليه بنفقة الأطفال عند وجودهم وكذلك بمستحقات للزوجة غالباً، فإن هذه قد تكون المسؤولة عن التطبيق فتلزم بتعويض الزوج وقد تحرم من كل مستحقاتها كما سئرى في بعض أحكام القضاء. فهل يجب بيان وضعيتها المالية كذلك في طلب التطلق للشقاق؟

إن معارضة أغلبية أعضاء اللجنة الاستشارية للتطبيق للشقاق، أثر على صياغة أحكامه في مدونة الأسرة، ونأمل أن يتحمل الاجتهاد القضائي مسؤولية علاج عيوب الصياغة.

هذا، ويبدو أن وجوب بيان الوضعية المالية في طلب التطلق للشقاق قاصر على الزوج سواء وجد أطفال أو لم يوجدوا مراعاة لمستحقات سكن العدة ونفقتها بالنسبة للحامل فضلاً عن أن القضاء ما يزال متردداً في الحكم بالتمتع في حالات التطلق للشقاق.

أما الزوجة فلا تلتزم في حالة مسؤوليتها عن الشقاق إلا بالتعويض، والمعروف في قواعد المسؤولية أن تحديد التعويض لا يرتبط بالوضعية المالية للمحكوم عليه.

□ في الموضوع:

[140] دارت المناقشة في اللجنة الاستشارية حول اتجاهين الأول يرى ضرورة إثبات الطالب لوقائع الشقاق الذي يدعيه، وذلك تفادياً للتسرع إليه بدون مبرر، وما يترتب عن ذلك من التلاعب باستقرار العلاقة الزوجية والمساس بحقوق أفرادها بدون مبرر.

والثاني يرى أن الشقاق قد يكون حالة نفسية أو يرتبط بوقائع يعسر إثباتها قضائياً، والزواج ود والنسجام، فإذا فقد ذلك لسبب ثابت أو غير ثابت لم يبق مبرر للاستمرار الشكلي للعلاقة الزوجية فضلاً عن ضرورة مراعاة حقوق الفرد وحرية التي لا يحق للقانون أن يصادرها بشكل تعسفي.

ووفقا للاتجاه الأول قدم اقتراح يقول:

"تعتمد المحكمة في ثبوت الشقاق وتصعد العلاقة الزوجية على:

1- الوقائع المادية للعلاقات الفعلية بين الزوجين وحياتهما، ويمكن إثبات هذه الوقائع بكل الوسائل بما فيها شهادة الشهود الذين تستمع إليهم المحكمة.

2- الأبحاث التي تجريها مع الزوجين مباشرة أو بواسطة المحكمين."

لم يقبل الاقتراح وتم الاكتفاء في م. 94 بحكاة الصياغة الفقهية المأثورة في موضوع الشقاق وهو وقوع نزاع بين الزوجين يخاف منه الشقاق...

ومن الناحية التطبيقية ذهبت بعض الأحكام القضائية إلى ضرورة إثبات الطالب لوقائع الشقاق الذي يدعيه⁽¹⁾. لكن الاتجاه العام للقضاء هو عدم تكليف المدعي بإثبات الوقائع المكونة للشقاق الذي يدعيه وذلك انسجاما مع الصياغة الظاهرة للمادة 97 التي تؤكد أن المحكمة إذا تعذر عليها الإصلاح تحكم بالتلطق.

بناء على هذا فإن طالب التلطق للشقاق يمكنه أن يضمن طلبه الواقعة أو الوقائع التي أدت إلى الشقاق في نظره وقد لا يفعل ذلك، ويكتفي بعبارات عامة مثل تصعد العلاقة

(1) منها حكم ابتدائية الناطور عدد I10 تاريخ 2005/02/04 في الملف 04/277 وما جاء فيه: "وحيث إن ادعاءات المدعية جاءت مجردة من وسائل الإثبات اللازمة بالإضافة إلى كونها تخلفت عن الحضور بجلسة المحكمة رغم إعلامها بذلك، الشيء الذي يدل على أن طلبها غير جدي ويتمين رفضه على حالته".
وحكم استئنافية الناطور عدد 536 تاريخ 05/12/21 في الملف 05/9/284 وجاء فيه: "بموجب المادة 94 وما يليها من مدونة الأسرة فإنه يجب على طالب التلطق للشقاق إثبات هذا الشقاق والخلاف العميق والمستمر بين الطرفين بدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية" - ع.ق.أ. الجزء الثاني - ص 22.

الزوجية والتنافر بين الزوجين، واستحالة العشرة، وسوء التفاهم وما إلى ذلك من العبارات التي نقرأها في الأحكام الصادرة في طلبات التطليق للشقاق.

المطلب الثاني : الإجراءات.

[141] يتلخص هذه الإجراءات في استدعاء الزوجين واستقصاء أسباب الشقاق ومحاولة الإصلاح مباشرة أو بواسطة حكّمين أو غيرهما.

1- الاستدعاء:

[142] يخضع استدعاء الزوجين للأحكام العامة الواردة في الفصول 36 - 41 من قانون المسطرة المدنية، وهل يخضع كذلك لمقتضيات م. 81 م.أ. المتعلقة بعدم الحضور بعد التوصل الشخصي بالاستدعاء، وبعدم العثور على عنوان المدعى عليه، وبتخايل المدعي بتقديم عنوان زائف للمدعى عليه أو ادعاء الجهل بعنوانه ؟.

▣ التوصل بالاستدعاء:

[143] للحكمة صلاحية اعتبار طالب التطليق للشقاق - زوجاً أو زوجة - متنازلاً عن طلبه متى تخلف عن الحضور بعد توصله بالاستدعاء طبق الفصل 36 ق.م.ق. أي كان التوصل شخصياً أو بواسطة. وما يبرر هذا الرأي عدم إحالة م. 94 على م. 81 ودعوة المشرع إلى تفادي إنهاء العلاقة الزوجية إلا في الحالة التي يشكل الإنهاء فيها أخف الضررين (م. 70).

وإذا كان المتخلف عن الحضور مدعى عليه - زوجاً أو زوجة - فلا يكتفى بالتوصل مرة واحدة - شخصياً أو بواسطة - وذلك استئناساً بالفقرة الثالثة من م. 81 ورغبة في إجراء محاولة الصلح التي ألزم بها المشرع في جميع الحالات التي يطلب فيها من المحكمة الإذن بالإشهاد على الطلاق أو إصدار الحكم بالتطليق.

وبعض الأحكام القضائية تكتفي بالتوصل مرة واحدة من ذلك ما جاء في حكم المحكمة الابتدائية في بركان "وبجلسة الصلح المنعقدة بتاريخ 2006/11/14 حضرت المدعية وحضر بجانبها دفاعها وتخلف المدعى عليه رغم توصله... وحيث تخلف المدعى عليه رغم توصله القانوني بالاستدعاء... وحيث إن المحكمة حاولت إصلاح ذات البين بين الطرفين إلا أنه تعذر عليها ذلك بسبب تخلف المدعى عليه رغم التوصل ودون عذر مقبول"⁽¹⁾ وبناء على ذلك أصدرت الحكم بالتطبيق للشقاق.

واكتفاء المحكمة بالتوصل مرة واحدة ولو بواسطة طبق الفصل 36 م.ق.م. لا يجعل تعليل حكمها معييا ما دام لا يوجد نص صريح يلزمها بالتوصل الشخصي أو بتكرار التخلف، سيما وأن الموضوع مرتبط بما يثيره الطالب من أسباب الشقاق وثبوتها وهو ما يؤثر على المحكمة في تقديرها لإمكانية الصلح أو تعذره، وبالتالي تميل إلى إعادة الاستدعاء أو الاكتفاء بالتوصل القانوني مرة واحدة.

❑ عدم العثور على عنوان المدعى عليه:

[144] الأوضاع التي يوجد فيها المدعى عليه مجهول العنوان متعددة:

قد يكون غادر البيت الزوجي إلى جهة غير معروفة وانقطع تواصله مع المدعي فترة زمنية غير مألوفة في الحياة الزوجية.

(1) حكم عدد 06/1316 تاريخ 06/12/21 في الملف 06/719 - ع.ق.أ. - 361/2.
وفي قضية أخرى أجاب الزوج بمذكرة كلبية عن طلب الزوجة التطلق للشقاق وتخلف عن حضور جلسة محاولة الصلح رغم توصله. وما جاء في الحكم: "وحيث سجلت المحكمة تعذر سلوك مسطرة الصلح وبالتالي فشلها لحضور المدعية لجلسة الصلح وإصرارها على الطلاق، وتخلف المدعى عليه رغم سابق توصله صفة شخصية".
حكم ابتدائية الناظر عدد 1100 تاريخ 21/6/2006 ملف 02/659 - ع.ق.أ. - 341/2.

وقد يكون الزوجان معا منتقلا من بيت الزوجية.

وقد يكون البيت الزوجي لم يوجد بعد كما في حالة طلب التطلق للشقاق قبل بدء

الحياة الزوجية.

في هذه الحالات كلها تسعى المحكمة ما أمكنها إلى معرفة عنوان الزوج المدعى عليه واستدعائه مستعينة بالنيابة العامة وبغيرها من الجهات التي يمكن أن تساعد في الموضوع.

وإذا تعذر تحديد عنوان المدعى عليه، ومضت فترة يتحقق بها إخلاله بواجبات م. 51،

وأصر المدعي على طلبه، فإن المحكمة تحكم بالتطلق للشقاق استنادا إلى م. 52.

□ التحايل بتقديم عنوان زائف للمدعى عليه أو ادعاء الجهل بعنوانه:

[145] قد يبدو الحكم في هذه الحالة هو تطبيق الفقرة الأخيرة من م. 81 التي تحيل على ف. 361 من القانون الجنائي، لأن الواقعتين معا سمعتان بزواج طالب للطلاق تعتمد عدم تمكين الزوج الآخر من الحضور أمام المحكمة للدفاع عن حقوقه.

لكن هذا القياس لا أساس له: فمن ناحية القياس في المجال الجنائي غير مقبول، ومن ناحية ثانية ف. 361 ق.ج. يعاقب من توصل بغير حق إلى تسلم إحدى الوثائق المنصوص عليها في ف. 360 الذي يقول:

"من زيف أو زور أو غير في الرخص أو الشهادات أو الكتيبات أو البطاقات أو النشرات أو التواصل أو جوازات السفر أو أوامر الخدمة أو أوراق الطريق أو جوازات المرور، أو أية وثيقة أخرى تصدرها الإدارات العامة إثباتا لحق أو هوية أو صفة أو منح ترخيص، يعاقب..."

ولا يبدو داخلا في هذه الوثائق الحصول على حكم قضائي بالتطليق للشقاق الذي لا تعتمد المحكمة في إصداره على مجرد عدم حضور الزوج المدعى عليه.

ونحيل إلى تطبيق الفصل 366 ق.ج. الذي ينص على عقاب "1- صنع عن علم إقرارا أو شهادة تتضمن وقائع غير صحيحة...".

وننبغي الإشارة إلى أنه أثناء تحرير مشروع المدونة اقترح في عدد غير قليل من موادها الجراء الجنائي عند المخالفة، لكن أغلبية أعضاء اللجنة الاستشارية كانت ضد تضمين المدونة أية إحالة على القانون الجنائي⁽¹⁾ وعلى "القانون الوضعي" عموما.⁽²⁾

2- استقصاء أسباب الشقاق:

[146] هذه هي المهمة الصعبة على المحكمة لسببين اثنين:

الأول تشعب الادعاءات من كل طرف ومحاولة كل زوج تبرئة نفسه وإسناد الخطأ كله إلى الزوج الآخر دون وسائل إثبات في الغالب، فضلا عن كون بعض الوقائع مستعصية عن الإثبات بالنظر إلى طبيعتها أو عموميتها.

والسبب الثاني عدم توفر الوقت الكافي لدى المحكمة التي تستقبل يوميا عشرات الملفات بإمكانيات بشرية محدودة جدا، إلى جانب كون الموضوع يتطلب معارف متخصصة إذا لاقى بعض القضاة شيئا منها في حدود التزوير اليسير الذي لا يفي بتحقيق الأهداف المرغوب فيها.

وتقوم المحكمة باستقصاء أسباب النزاع ومحاولة علاجها بصورة مباشرة، أو بمساعدة الحكمين أو من في حكمهما.

(1) لذلك لم ترد هذه الإحالة إلا في م. 66 و81.

(2) ويصعوبة وبعد مناقشات حادة تضمنت م. 262 الحالة على الفصل 1248 من ظهور الالتزامات والعقود.

فقد يهتصل إلى معرفة تلك الأسباب عن طريق:

- ما يقدمه الطرفان في مذكراتهما وما يرفقانه بها من وثائق ووسائل إثبات.

- وتصريحات الزوجين وجوابهما عن أسئلتها أثناء الجلسة أو الجلسات التي تعقدها معها في غرفة المشورة للاستماع إليهما مواجهة ومحاولة الإصلاح بينهما.

وتصريحات الشهود المستمع إليهم وفق الإجراءات المحددة في ق.م.م.

وإفادة الخبراء والتحليلات العلمية عند الاقتضاء.

ولكن ضيق الوقت يلجئ المحكمة في حالات غير قليلة إلى الاستعانة بالحكمين ومن في حكمهما من أشارت إليهم الفقرة الثانية من م. 82.

وتحصر المحكمة في أغلب الأحيان على تعيين حكم من أهل الزوجة وحكم من أهل الزوج إلا عند التندر فتلتجئ إلى الأجانب.

والمتدرب من المحكمة سواء كان حكمين أو غيرهما يتمتع بصلاحيات إنهاء النزاع بين الزوجين بإبرام الصلح الذي يترافقان عليه. ويحرم محضر الصلح في ثلاث نسخ يوقعها الحكان أو من في حكمهما والزوجان. تقدم النسخ الثلاث إلى المحكمة التي إذا لم تجد في فصول الصلح ما يمنعه القانون⁽¹⁾، تقوم بتسليم نسخة لكل واحد من الزوجين وتحتفظ بالنسخة الثالثة في الملف الذي تنبيه بالإشهاد على وقوع الصلح وعلى مضمونه. وبهذا يكتسب الصلح قوته القانونية وصفة الورقة الرسمية.

(1) وإذا تضمن الصلح ما لا يجيزه القانون مثل الاضرار بالأطفال، أو حرمان أحد الزوجين من حرية أو حق يتمتع القانون التنازل عنه - فإن المحكمة تدعو الزوجين إلى إعادة صياغة الصلح بما لا يتعارض مع النصوص الآمرة الشرعية والقانونية.

وإذا تضمن الصلح شروطا طبقت عليها مقتضيات م. 47 و48 وفي حالة تعذر تنفيذ الشرط أو امتناع الملتزم به من التنفيذ أمكن للمستفيد منه طلب التلطيق للشقاق أو للضرر طبق م. 99.

وفي حالات غير قليلة يتعذر على المحكمة إنجاز محاولة الإصلاح بين الزوجين مثل تصرّحهما أو أحدهما برفض الصلح وعدم الحضور إلى الجلسات التي تعقد لمحاولته، مع تعليل ذلك ببعد المسافة أو وجود المعني في بلد أجنبي...

3- محاولة الإصلاح:

[147] محاولة الصلح إجراء جوهري في مسطرة الطلاق، وفي ذات الوقت إجراء مرتبط بإرادة الطرفين ورغبتهما، لذلك فإن مجرد التوصل بالاستدعاء لجلسة الصلح وعدم الحضور لا يتحقق بهما تعذر الصلح المأمور قانونا بمحاولته حتى مع حضور أحد الزوجين وتصرّجه بالإصرار على التلطيق وعدم قبول المصالحة.

لذلك ينبغي للمحكمة إعادة استدعاء المتخلف عن الحضور، وإذا كانت سكاكه خارج الوطن تنتدب القنصلية المغربية الأقرب لإنجاز محاولة إصلاح ذات البين.

ولكن يبدو أن ضغط العمل ومحدودية الإمكانيات البشرية يدفعان أحيانا إلى الاكتفاء بعدم حضور أحد الزوجين لإعلان تعذر محاولة الصلح والحكم بالتلطيق.

فما جاء في حكم لابتدائية الناظور، "حضرت الزوجة ومحاميا، وتخلف الزوج ومحاميه رغم سابق التوصل وأكدت الزوجة طلب التلطيق للشقاق.... وندبت لمحاولة صلح فردية فرفضت..."

وحيث سجلت المحكمة تغذر سلوك مسطرة الصلح وبالتالي فشلها لحضور المدعية
"لجلسة الصلح وإصرارها على الطلاق، وتخلف المدعى عليه رغم سابق توصله بصفة
شخصية".⁽¹⁾

وفي حكم لابتدائية الرباط: "ندبت المدعية إلى الصلح فصرحت انها لا ترغب في
ذلك...".

وحيث إن الملف خال من المنازعة من طرف المدعى عليه الذي تخلف رغم التوصل "

... وحيث تغذر الصلح بين الطرفين... مما تقرر معه فشل الصلح...".⁽²⁾

وفي حكم ثالث من ابتدائية بركان:

"وبجلسة الصلح المنعقدة بتاريخ 2006/11/14 حضرت المدعية وحضر بجانبها دفاعها
وتخلف المدعى عليه رغم توصله...".

"وحيث إن المحكمة حاولت إصلاح ذات البين بين الطرفين إلا أنه تغذر عليها ذلك
بسبب تخلف المدعى عليه رغم التوصل ودون عذر مقبول".⁽³⁾

4- إيداع المبلغ الذي تؤخذ منه المستحقات.

[148] من الموضوعات التي لم يحسم فيها القانون، ولم يتوافق القضاء على حل موحد
بشأنها: إيداع المبلغ الذي تقتطع منه مستحقات الزوج المحكوم له بها.

(1) حكم عدد 1100 بتاريخ 2006/06/21 ملف 2002/659.

(2) حكم 2007/04/19 في الملف 07/84/31.

(3) حكم عدد 06/1316 بتاريخ 2006/12/21 في الملف 06/719.

كان من أهم الآثار السلبية على الزوجة والأولاد من الطلاق، صعوبة تنفيذ ما يحكم لهم به على الأب المطلق، ولذلك تدخل المشرع في 1993/09/10 بتعديل الفصل 179 من قانون المسطرة المدنية الذي نص على أن "يحدد القاضي عند الإذن بالطلاق مبلغا يودعه الزوج بصندوق المحكمة قبل الإشهاد ضمنا لتنفيذ الالتزامات المبنية في القطع التالي.

يصدر القاضي تلقائيا بعد الخطاب على رسم الطلاق أمرا يحدد فيه نفقة المرأة أثناء العدة ومحل سكناها خلالها، والمنفعة المرامي في تقديرها ما قد يلحق الزوجة من أضرار بسبب الطلاق غير المبرر، وأداء كالتصديق، ونفقة الأولاد وينظم حق زيارة الأب، وينفذ هذا الأمر على الأصل ولا يقبل أي طعن."

وعندما صدرت مدونة الأسرة:

نصت في م. 83 الخاصة بالطلاق على أنه "إذا تعذر الإصلاح بين الزوجين، حددت المحكمة مبلغا يودعه الزوج بكتابة الضبط بالحكمة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوما، لأداء مستحقات الزوجة والأطفال المزم بالإتفاق عليهم المنصوص عليها في المادتين الموليتين."

وفي م. 97 المتعلقة بالتطليق للشقاق على أنه: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق والمستحقات طبقا للمواد 83 و84 و85 أعلاه مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تخضع به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر."

وأضافت في م. 101: "في حالة الحكم بالتطليق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر."

وفي المادة 113 على أنه: "يبت في دعاوى التطليق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 بعد القيام بمحاولة الإصلاح..."

تبنت المحكمة أيضاً عند الاقتضاء في مستحقات الزوجة والأطفال المحددة في المادتين 84 و85 أعلاه.⁽¹⁾

وبهذا يكون المشرع:

- قرر الإيداع صراحة ونظم إجراءاته في حالة طلب الزوج الإذن بالإشهاد على الطلاق.

- أحال على النص المقرر للإيداع دون بيان إجراءاته في حالة التطليق للشقاق.

- اكتفى بالنص على الحكم بالمستحقات دون أية إشارة إلى إيداع المبلغ الذي تؤخذ منه في حالات طلب التطليق من المرأة لسبب آخر غير الشقاق.

وقد نتج عدم الانسجام بين هذه النصوص من الملابس التي رافقت صياغة مدونة الأسرة كلها، إذ كان التوجه العام عند أغلبية أعضاء اللجنة الاستشارية، هو نقل الأحكام الفقهية كما هي، ومن حين لآخر تقبل بعض الاقتراحات دون أن تكون منسجمة مع ما سبقها أو يأتي بعدها، علماً بأن مراجعة مشروع اللجنة عاجلت بعض ما كان فيه من تعدد الاقتراحات أو أخطاء في الصياغة. ولو أن هذه المراجعة زادت م. 97 غموضاً كما سنرى وكذلك م. 113.

(1) المادة 113 كانت صياغتها في المشرع المقدم من اللجنة كما يلي:
"دعاوى التطليق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة (103) يبت فيها بعد محاولة الصلح، وفي أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة".

[149] وما نود الحديث عنه الآن هو إيداع المبلغ الذي تؤدي منه المستحقات في حالة التلطيقي للشقاق.

إن الإيداع المسبق الذي قرره المشرع منذ 93/09/10 وأكده في م. 83 من مدونة الأسرة فرضه ما كانت تعانيه المطلقة والأطفال من ضرر بالغ باتباع الإجراءات العادية لتبليغ وتنفيذ الأحكام القضائية، ولذلك يصعب القول بعدم وجوبه في حالة التلطيقي للشقاق وباقي حالات التلطيقي الأخرى كما ذهب إلى ذلك بعض الأحكام القضائية.

ومع ذلك يبقى موضوع الإيداع مثيرا للنقاش يصعب تقديم حل مقنع له في ظل الصياغة الحالية لنصوص مدونة الأسرة والسبب يرجع إلى:

- غياب النص الصريح على الإيداع وإجراءاته في حالة التلطيقي للشقاق وفي حالات التلطيقي الأخرى بطلب من المرأة.

- الاختلاف بين بعض المستحقات.

- صعوبات مرتبطة بمبدأ الإيداع وإجراءات إنجازه.

أ - الاختلاف بين بعض المستحقات:

[150] المستحقات المترتبة عن إنهاء العلاقة الزوجية:

منها ما هو مقرر في حالي الطلاق الصادر من الزوج، والتلطيقي للشقاق، ويتعلق الأمر بمؤخر الصداق وسكنى العدة ونفقتها إذا كان الطلاق رجعيا أو كانت المطلقة حاملا، وأخيرا نفقة الأولاد إن وجدوا. وكل هذه المستحقات واجبة على الزوج وحده.

ومنها ما هو مختلف بين الطلاق والتلطيقي للشقاق في الأول يؤدي فيه الزوج "منعة" وفي الثاني يحكم على الزوج الذي ثبتت مسؤوليته عن الشقاق بأداء تعويض للزوج الآخر.

والإيداع بالنسبة للمرأة غير مأوف، ولا نص عليه في القانون، وهو ما يصعب على الاجتهاد القضائي التصدي لتقريره.

ب - صعوبات مرتبطة بمبدأ الإيداع وبإجراءات إنجازه:

[151] أشرنا إلى أن الإيداع السابق على توقيع الطلاق لم يتقرر في القانون المغربي إلا في 93/09/10 وكان قاصرا على رصده لمستحقات المطلقة المنصوص عليها في الفقه. ولذلك كان الزوج وحده هو الملزم بالإيداع.

ولما قررت مدونة الأسرة التطبيق للشقاق نصت في م. 97 على أن المحكمة تحكم "بالمستحقات طبقا للمواد 83 و84 و85 مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر".

الإحالة على م. 83 تعني وجوب الإيداع، والإحالة على م. 84 و85 تحدد المستحقات التي تؤدي من المبلغ المودع.

أما جملة "مراعية مسؤولية كل من الزوجين..." الخ "فيمكن اعتبارها مجرد بيان للأساس الذي يبنى عليه الحكم بإحدى المستحقات وهو التعويض الذي لا تختلف عناصره كثيرا عن عناصر تقدير المتعة الواردة في م. 84 الخال عليها.

كما يمكن اعتبارها مقررة لحكم مستقل ومستحق جديد لا وجود له في م. 84، فيحتاج الإيداع بالنسبة إليه إلى نص صريح من القانون خصوصا وأن مستحقات م. 84 تفرض على طالب الطلاق والمصر عليه، بينما التعويض في التطبيق للشقاق قد يكون للطالب المصر على إنهاء العلاقة الزوجية، ويؤديه الزوج المعارض لهذا الإنهاء متى كان هو المتسبب في الطلاق.

وشار صعوبة قانونية أخرى وهي أن إصدار الأمر بإلزام الزوجة⁽¹⁾ بالإيداع يكشف عن توجه المحكمة في منطوق حكمها الذي لم يصدر بعد، لأن الإيداع منها يعني قطعاً الحكم عليها بتعويض لصالح الزوج، أي إن الأمر بالإيداع ليس مجرد حكم تهديدي بل هو كاشف عن منطوق الحكم في الدعوى.

وأخيراً يأتي مشكل تنفيذ الأمر بالإيداع، إذا امتنع المأمور به من التنفيذ، والمادة 86 التي تنص على أنه إذا لم يودع الزوج المبلغ داخل الأجل المحدد له اعتبر مترجعاً عن رغبته في الطلاق، ويتم الإشهاد على ذلك من المحكمة - لا مجال لتطبيقها في حالة التطلاق للشقاق، فالأمر بالإيداع هنا قد لا يكون هو الطالب للتطبيق، وفي الحالة التي يكون فيها هو الطالب، لا تملك المحكمة تطبيق مقتضيات م. 86، لأن م. 97 تؤكد أنه: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق ثبتت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطبيق..."

ج - خلاصة:

[152] مع ما أشرنا إليه من الجدل الذي لا تخلو منه النصوص القانونية المختلفة، نيل إلى القول بضرورة الإيداع للمبلغ الذي تقدره المحكمة لاستيفاء ما تقضي به من المستحقات الناتجة عن التطلاق للشقاق.

وما يبدو مرجحاً لهذا الرأي:

● السعي إلى تحقيق الغاية التي توخاها المشرع من تعديل م. 179 من قانون المسطرة المدنية عام 1993 وهي تفادي ما يلتجئ إليه الزوج المحكوم عليه من وسائل التهرب من

(1) أما إذا كان المأمور بالإيداع هو الزوج فلا يبدو فيه إشكال لأنه في جميع الأحوال ملزم بأداء مقابل سكن العدة إضافة إلى نفقتها إذا كانت الزوجة حاملاً، ونفقة الأولاد إن وجدوا.

أداء ما حكم به عليه للزوجة المطلقة وللأطفال الذين يكونون في حضانتها، وكثيرا ما تعجز عن تدبير معيشتهم في انتظار تنفيذ الحكم على الأب.

● إجراءات التنفيذ بعد الطلاق أو التطليق لا تنتج إلا المزيد من الكراهية وحب الانتقام والمشاكسة، والمتضرر الأول من ذلك الأطفال.

● المستحقات المترتبة عن إنهاء العلاقة الزوجية بالتطليق للشقاق لا تختلف عن التي حددتها م. 179 المشار إليها وهي "نفقة المرأة أثناء العدة⁽¹⁾ وحمل سكانها خلالها، والمتعة المرامى في تقديرها ما قد يلحق الزوجة من أضرار بسبب الطلاق غير المبرر، وأداء كالأصدقاء ونفقة الأولاد...." ولذلك فإن التعويض الذي ورد في م. 97 هو تعويض للزوجة عن الأضرار التي لحقتها بسبب التطليق للشقاق بعد أن ثبتت المحكمة مسؤولية الزوج عنه.

وفي حالة ثبوت مسؤولية الزوجة عن الشقاق وجب أن لا تشذ عن الحكم المطبق على الزوج المحكوم عليه بالتعويض لنفس السبب.

وما يثار من كشف الأمر بالإيداع عن توجه المحكمة، وامتناع الأمور بالإيداع عن التنفيذ يمكن مواجهته بما يلي:

بالنسبة للأمر بالإيداع الخاص بالتعويض وعلاقته بتوجه المحكمة في موضوع الدعوى، لا جدال في أنه ينبغي أن يكون مقررا بنص القانون ولكن في انتظار ذلك يمكن الاجتهاد القضائي أن يعتبره حكما تهديدا مثل الحكم التهديدي بالخبرة لتعديد الأضرار اللاحقة بالمدعي في دعاوى المسؤولية العقدية أو التقصيرية.

(1) والمطلقة بسبب الشقاق تستحق النفقة إذا كانت حاملا.

أما عدم تنفيذ الأمر بالإيداع في الأجل الذي تحدده المحكمة، فيمكن تطبيق م. 86 إذا كان المطلوب منه الإيداع هو طالب الطلاق. وللمادة 97 التي ورد فيها أن المحكمة في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق ثبت ذلك في محضر وتحكم بالطلاق، ليس فيها ما يمنع المحكمة من اعتبار عدم الإيداع تراجعاً عن طلب الطلاق للشقاق، قياساً على مقتضيات م. 86 التي لم تشترط سؤال الزوج عن عدم أداء المبلغ المأمور بإيداعه، وإنما اكتفت بثبوت واقعة عدم الأداء داخل الأجل المحدد وربت على ذلك قرينة التراجع عن طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق، وإذا طبقت المحكمة ذلك على طلب الطلاق للشقاق، كان عملها سليماً وليس فيه خرق للمادة 97.

نعم إذا كان المأمور بالإيداع ليس هو طالب الطلاق للشقاق فإن عدم الامتثال للأمر بالإيداع يثير مشكلاً جدياً يفوت الغاية التي قصدها المشرع من الإيداع المؤمن لأداء المستحقات سيما إذا كان الأمر يتعلق بنفقة الأطفال.

وعسى أن يدخل القانون لعلاج الموضوع، وفي انتظار ذلك يمكن التغلب على المشكل عند حدوثه بقيام النيابة العامة⁽¹⁾ بوصفها طرفاً أصلياً وفقاً للمادة الثالثة من مدونة الأسرة - بطلب إصدار حجز تحفظي من رئيس المحكمة الابتدائية على منقول أو عقار للممتنع من الإيداع في حدود المبلغ الذي امتنع من إيداعه.

هذه بعض الموضوعات التي ساعدت صياغة نصوص المدونة على الاختلاف حولها وبالأخص في حالة الطلاق للشقاق وهي السبب في تباين أحكام القضاء في الموضوع التي أشرنا إلى نماذج منها.

(1) ما لم يقر بذلك الزوج المستحق للتعويض.

د - مقترحات:

[153] وفي انتظار اجتهاد قار لمحكمة النقض: نذلي ببعض المقترحات التي قد تساعد على تلافي التعارض الذي نقرؤه في تعليل عدد من الأحكام القضائية. من هذه المقترحات:

● استعمل مصطلح "تعويض" في التطليق للشقاق دون "المتعة" التي وردت في القرآن خاصة بجلالات صدور الطلاق من الزوج، إضافة إلى ذلك في التطليق للشقاق يمكن الحكم بالأداء على أي من الزوجين ثبتت مسؤوليته عن إنهاء العلاقة الزوجية، والمناسب أن يطلق على هذا الأداء مصطلح واحد وهو "التعويض" بدل تسميته "تعويضاً" إذا كان من الزوجة و "متعة" إذا كان من الزوج.

● الحكم بالتعويض لا ينبغي ربطه برفع دعوى التطليق، لأن هذا الرفع قد يكون الدافع إليه تصرفات الزوج الآخر. ومثل ذلك:

* إظهار التمسك بالعلاقة الزوجية أو الإصرار على إنهاءها⁽¹⁾ فالتمسك بالزوجية قد يتم نكابة بالزوج الآخر، ولتفادي تحميل المتمسك مسؤولية حدوث الشقاق.

* وعدم إثبات أسباب الشقاق المنسوبة إلى المدعى عليه.⁽²⁾ إن المشرع اشترط للحكم بالتطليق وجود الشقاق واستمراره، وتستخلص المحكمة ذلك من معانيها للعلاقات الفعلية بين

(1) سبقت الإشارة إلى حكم قضى برفض طلب الزوجة "بمستحقاقها بما فيها متعتها" وبأدائها عشرة آلاف درهم تعويضاً للزوج لعابه "تنشب المدعية بطلب تطليقها من المدعى عليه لدرجة تفضيلها الانتحار بإلقاء نفسها من النافذة على أن تعيش مع هذا الأخير" - حكم ابتدائية وجدة عدد 974 تاريخ 05/03/15 - ع.ق.أ. - 181/2. فهل تفضيل الانتحار مجرد عناد وتهور من الزوجة أم ليقينها بملابسات العلاقة الزوجية التي تصر على طلب إنهاءها؟

(2) ادعت زوجة ضرب الزوج لها وأدلت بنسخة شكاية مسجلة لدى النيابة العامة في الموضوع طالبة التطليق للشقاق حكمت المحكمة بالتطليق مع أداء الزوجة "تعويضاً مدنيا للزوج بناء على أنه" لم يثبت من خلال ما راج بأية وسيلة

الزوجين من خلال جلسات محاولة الإصلاح وتصريحات الشهود وكل ما يبدي به الزوجان المعنيان. أما أسباب هذا الشقاق:

فقد يسهل إثباتها مثل أن تكون تصرفات أو وقائع ضبط القانون وسائل إثباتها وأعلامها معانيها من المحكمة.

وقد يصعب هذا الإثبات كما إذا كان مجالها الحياة الخاصة للزوجين ولا تخلف أثرا يمكن اعتماده لإثباتها.

وقد يصل الأمر إلى تعذر الإثبات القضائي وذلك عندما تكون راجعة إلى نفور نفسي غير مرتبط بأي سلوك معين أو واقعة خارجية محددة.

يتأكد من هذا أن عدم الإثبات القضائي لأسباب الشقاق لا يستلزم تحميل المدعي مسؤولية هذا الشقاق، ما عدا إذا أضيف إليه قرائن أخرى ترح هذه المسؤولية.

* ومثل ذلك أيضا الامتناع من تنفيذ الحكم بالرجوع إلى بيت الزوجية، فالاتجاه العام للعمل القضائي هو اعتبار خروج الزوجة من البيت الزوجي "نشوزا" وبذلك يسارع إلى الحكم عليها بالرجوع إلى البيت، دون بحث عن الأسباب التي كانت وراء هذا الخروج، ومدونة الأسرة التي تختل عن التقسيم الثلاثي للحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين لم تستعمل كذلك مصطلح "النشوز" في نصوصها، وهو ما يفرض - في دعوى الرجوع - التأكد من أسباب خروج الزوجة قبل الحكم عليها بالرجوع أو بربطه بإزالة تلك الأسباب.

إثبات حاسمة لإضرار الزوج بزوجته مما يبقى معه الزوج بريئا من ادعاءات الزوجة التي كان عليها إثبات الضرر اللاحق بها... وأنها هي من أضرت على رغبتها في إنهاء هذه العلاقة".

حكم ابتدائية فاس عدد 04/2785 تاريخ 04/06/05 - ع.ق.أ. - 29/2.

والخلاصة أن المسؤولية عن الشقاق يتعين أن تثبت بتصرفات محددة تشكل إخلالا واضحا ببعض الحقوق والواجبات المتبادلة المنصوص عليها في م. 51 م.أ. وليس بمجرد الادعاءات التي تضمن عادة في طلب التطلق وفي الجواب عنه. ففي الحالات الغالبة يتسبب الزوجان معا في الشقاق، ومن النادر جدا أن يلتقي ملك وشيطان، وحتى إذا حدث ذلك فإن الطرف الطيب يمتص أخطاء الطرف الآخر فلا يثار دعوى الشقاق.

وبالنسبة لإيداع المبلغ الذي تؤخذ منه المستحقات، نميل إلى القول بوجوده في حالات التطلاق للشقاق بما فيها حالة الحكم للزوج بتعويض تؤوله الزوجة، على أن يكون الإيداع من أحد الزوجين فقط وهو الذي يبقى مدينا بعد خصم ما قد يكون له على الزوج الآخر.⁽¹⁾

(1) ما يجب للزوج هو التعويض، أما مستحقات الزوجة فتشمل مؤخر الصداق، وسكن العدة ونفقتها إذا كانت حاملا، وأخيرا التعويض في حالة ثبوت مسؤولية الزوج عن الشقاق. بناء على ذلك يكون الإيداع: من الزوجة إذا ثبتت مسؤوليتها عن الشقاق وكان مبلغ التعويض الذي قدرته المحكمة يتجاوز مستحقاتها السالفة الذكر. ومن الزوج إذا لم تثبت مسؤولية أي من الزوجين عن الشقاق، أو ثبتت مسؤوليته هو أو مسؤولية الزوجة وقدرت له المحكمة تعويضا يقل عن مستحقات الزوجة.

أما نفقة الأطفال إذا وجدوا فلا تخضع للقاصة التي تطبق على المستحقات المتبادلة بين الزوجين، وإنما يطبق عليها الفصل 365 ظ.ل.ج. الذي يمنع القاصة إذا كان سبب أحد الدينين نفقة.

المبحث الثاني : الحكم في الدعوى.

[154] م. 97 تقرر أنه: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق ثبتت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطبيق والمستحقات طبقاً للمواد⁽¹⁾ 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر".

طبقاً لهذه المادة تفصل المحكمة في أمرين: التطبيق والمستحقات.

أولاً. التطبيق:

[155] بالرغم من أن م. 94 تشير إلى طلب حل نزاع طراً بين الزوجين، فإن الطلبات التي تقدم استناداً إلى هذه المادة تتضمن دائماً أن النزاع بلغ درجة تتعذر معه مواصلة الحياة الزوجية وأن المطلوب من المحكمة هو إصدار الحكم بالتطبيق، وهو ما أفصحت عنه م. 97.

فحتى أصر الزوجان أو أحدهما على رفض الصلح وإنهاء العلاقة الزوجية لا تملك المحكمة إلا الاستجابة وإصدار الحكم بالتطبيق ولو لم يقدم الطالب أية واقعة ثابتة تؤكد فعلاً وجود التصدع والانشقاق في الحياة المشتركة للزوجين.

وهذا بالتأكيد يساعد على التفكك الأسري لأنقته الأسباب، وهو ما يثبت ارتفاع نسبة أحكام التطلاق للشقاق مقارنة مع الأسباب الأخرى لإنهاء العلاقة الزوجية.

ولعل مما حمل المشرع على هذا التوجه:

أولاً: الصلاحية المحولة للزوج في توقيع الطلاق دون أن يلزم ببيان السبب، فكان من الملائم أن تكون للزوجة كذلك وسيلة لإنهاء العلاقة الزوجية متى صممت على ذلك ولو لسبب تافه.

(1) المشرع الذي قدمته اللجنة الاستشارية كان يحيل على م. 84 و85 دون م. 83.

وثانياً: في حالات غير قليلة يتعذر الإثبات القضائي للوقائع مصدر التنافر بين الزوجين كما قد تبدو تلك الوقائع تافهة لا تأثير لها على علاقات الزوجين العاديين ولكن بالنسبة لطلاب التطبيق للشقاق يراها مخربة للحياة المشتركة ومنهية للوئام الذي يشيد به بناء الأسرة.

ويمكن أن يضاف إلى ذلك المفهوم المتنامي لحقوق الفرد وحرية، وهو ما انعكس على تراجع ظاهر عن كثير من قواعد الضبط الاجتماعي لسلوك الفرد وعلاقاته بالآخرين كان رجلاً أو امرأة، داخل الأسرة وخارجها.

وبناء على كل ذلك يكون التطبيق مرتبطاً بوجود الشقاق، وليس بثبوت أسبابه. لذلك ينبغي للحكمة أن تستقصي علاقات الزوجين قبل رفع الدعوى وبعدها، لاستخلاص ما إذا كان الخلاف قاصراً على تشنجات عارضة، أم أن تصرفات أحدهما أو هما معا تنمي بكونها قاطعة لجبل المودة وإمكانية العيش المشترك.

في الحالة الأولى تضاعف عملها لإصلاح ذات البين.

وفي الحالة الثانية تقضي بالتطبيق تطبيقاً للمادة 97.

وبدهي أن الحكم بالتطبيق يكون في الزواج الصحيح أو الفاسد طبق م. 59 - 64، أما الزواج الباطل فتصرح المحكمة بطلانه وفق ما تقضي به م. 58.

ولذلك جاء في قرار للمجلس الأعلى:

"إن القرار المطعون فيه لما قضى بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بفسخ عقد الزواج الرابط بين المطلوب والطاعنة، بعدما ثبت للمحكمة أن هذه الأخيرة كانت حاملاً أثناء العقد عليها وبإقرارها وقضت تبعاً لذلك برفض طلب التطبيق للشقاق وما يترتب عنه من

مستحقات والمقدم من طرف الطاعنة. تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما ويبقى ما أثّر بدون أساس⁽¹⁾.

ثانيا. المستحقات:

[156] موضوع المستحقات في التطليق للشقاق لم تكن صياغته سليمة في مدونة الأسرة وهو ما انعكس على التطبيق القضائي الذي اختلفت فيه أحكامه إلى حد التعارض أحيانا.

مستحقات الزوجة وفق م. 84 هي:

- مؤخر الصداق إن وجد.

- نفقة العدة الشاملة للسكنى.

- المنفعة المرتبط مبلغها بفترة الزواج، والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه.

[1] الصداق المؤخر:

[157] يعتبر ديناً في ذمة الزوج لا يتأثر بحدوث الطلاق بين الزوجين ثم الطلاق يطلب من الزوج أو من الزوجة أو منهما معا. وباعتباره حقا ماليا للزوجة يمكنها أن تتنازل عنه كما يمكن للزوج أن يطلب المقاصة مع ما قد يكون له على الزوجة أو يحكم له به عليها، لذلك فإنه لا يثير مشكلا عند التطبيق للشقاق.

(2) السكنى ونفقة العدة:

[158] المدونة أخذت بمذهب مالك فقررت في م. 196:

(1) قرار عدد 156 تاريخ 2005/4/8 في الملف 2008/1/2/560 - ن.ق.م.ع.م. عدد 4 - ص. 32.

- للمطالبة طلاقاً رجعيًا نفقة فترة العدة، ولها كذلك السكنى ما لم تنتقل من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول.

- للمطالبة طلاقاً بائناً السكنى خلال عدتها وإذا كانت حاملاً استحققت كذلك النفقة إلى أن تضع حملها.

هذا المستحق إذن مقرر بالقانون ويتعين الحكم به في التطليق للشقاق وفي غيره من حالات التطليق والطلاق، بطلب من الزوج أو من الزوجة، ثبتت تعسف أحد الزوجين أو مسؤوليته عن الطلاق أو لم يثبت ذلك. لكن في حالة تقرير المحكمة استحقاق الزوج لتعويض، تقوم بخضم المستحق وتحكم له بالباقي إذا كان مبلغ التعويض أكثر من مستحق السكنى ونفقة العدة.

(3) المتعة:

[159] المتعة هي التي كانت صياغتها في مواد المدونة غير واضحة أضيف إليها الموروث من الأحكام الفقهية للمتعة، الأمر الذي ساعد على الاضطراب في التطبيق، لذلك نعرض المتعة في الفقه وفي صياغة مدونة الأسرة، ثم في التطبيق القضائي:

ثالثاً - المتعة في الفقه:

[160] وردت في المتعة الآيات الآتية:

1- ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَمَّى قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾⁽¹⁾

(1) البقرة آية 234 و235.

2- ﴿وَالطَّلَاقُ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾. (1)

3- ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَيَعْبُوهُنَّ وَسِرَّوَهُنَّ سِرًّا جَمِيلًا﴾. (2)

تعددت الآراء في تفسير هذه الآيات. ومن أهمها:

- وجوب المتعة لكل زوجة طلقت قبل الدخول أو بعده سمي لها صداق أو لم يسم لها شيء. ومن يقول بهذا الرأي علي بن أبي طالب وابن عمر، والحسن بن أبي الحسن وأبو قلابة والزهرى، وقادة والضحاك (3) والحسن البصري وأبو العالية، وسعيد بن جبير (4) وابن خزم (5) وأبو ثور (6).

- لا تجب المتعة لأية مطلقة، وإنما للزوج - إذا أراد - أن يؤديها لمطلقة، ولا يلزم بها قضاء. ومن القائلين بهذا شرح (7) ومالك والليث، وابن أبي ليلى (8).

- المتعة واجبة لمن لم يسم لها صداق وطلقت قبل الدخول، ومندوبة بالنسبة لغيرها. ومن يرى هذا الرأي: ابن عباس، وابن عمر، وجابر بن زيد، والحسن، والشافعي، وأحمد،

-
- (1) نفس السورة آية 239.
 - (2) الأحزاب آية 49.
 - (3) تفسير القرطبي - 200/3.
 - (4) تفسير الطبري - 532/2.
 - (5) المحلى - 245/10.
 - (6) تفسير القرطبي - 200/3.
 - (7) تفسير القرطبي - 200/3.
 - (8) الشرح الكبير المطبوع مع الانصاف 269/21.

وعطاء، وإسحاق، وأصحاب الرأي قالوا: "المنعة واجبة للمطقة قبل البناء والفرض، ومندوبة في حق غيرها".⁽¹⁾

وهناك عدة آراء تفصيلية لا نرى حاجة إلى عرضها.

ما تنبغي الإشارة إليه أن هذه الآراء التي قيل بها في عصر الصحابة والتابعين كان الطلاق في جميع الأحوال يصدره الزوج أو من يفوض إليه ذلك، أما القضاء فلم يرفع إليه الأمر إلا نادرا مثل حالات الاختلاف حول صحة الزواج أو فساد، وفي حالات تظلم المرأة - بحكم ضوابط الحياة الاجتماعية المتحكمة - وثبت ادعائها بحكم برفع المظلة إذا أمكن أو يأمر الزوج بطلاق زوجته.

ولهذا السبب لم يناقش الفقه المتعة في حالات التطليق القضائي الذي تختلف قائمة أسبابه بين المذاهب.

كما أن "التعويض" لم يكن معروفا خارج أداء المثل للأشياء المثلية، والقيمة للأشياء غير المثلية، والطلاق ليس مثليا ولا قيميا.

أما الاختلاف حول وجوب المتعة وعدم وجوبها فيرجع إلى أن الرأي القائل بالوجوب راعى ما يلحق المرأة من الطلاق الذي ينطق به الزوج متى شاء دون أن يسأل حتى عن السبب، بينما عليها هي التلقي والتنفيذ ولا أحد يسمع منها شكوى بثها وحزنها، وذلك ما عبر عنه ابن شعبان بقوله: "المتعة بإزاء غم الطلاق".⁽²⁾

(1) تفسير القرطبي - 200/3.

(2) تفسير القرطبي - 201/3.

والذين لا يرون وجوباً يعتبرون الطلاق "حقاً" للزوج، واستعمال الحق لا ينبغي أن تترتب عنه تبعات.

وبمبررات هذين الرأيين تأثرت الآراء الأخرى التي قالت بالوجوب وعدمه حسب المطلقات وحالات الطلاق.

[161] وبالنسبة للتقدير كل المذاهب تشير إلى تقدير المتعة بالحالة المالية للزوج استناداً إلى ما ورد في الآية المتعلقة بها ﴿على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾ لكن إلى جانب ذلك تشعبت الآراء حول مراعاة حال الزوجة المطلقة كذلك، وما إذا كان للمتعة حد أدنى أو حد أعلى...⁽¹⁾ ولا وجود في الفقه للعناصر التي أضافها المدونة: فترة الزواج، أسباب الطلاق، مدى تعسف الزوج في توقيعه. وهذا الاختلاف في عناصر التقدير وفي طبيعة العناصر ذاتها أثر سلباً على التطبيق كما سنرى.

رابعا - المتعة في مدونة الأسرة:

[162] سبق إيراد المراحل التي مرت بها صياغة المواد المتعلقة بالتطليق للشقاق (2) وبهنا منها الآن ما يتعلق بالمتعة.

في الصياغة التي قدمها العضوان اللذان كلفتها اللجنة لم يكن فيها ذكر لكلمة "المتعة"، كما خلت من الإحالة على المواد الخاصة بالطلاق المطلوب من الزوج على أساس أن المتعة لا مجال لها في التطليق للشقاق الذي تحكمه قواعد خاصة به يختلف بها عن الطلاق الصادر من الزوج.

(1) راجع مثلاً: شرح مختصر خليل عند قوله في آخر باب الرجعة: "والمتعة على قدر حاله". وحاشية ابن عابدين - 335/3. والشرح الكبير المطبوع مع الإصناف - 274/21. والمحلى لابن حزم - 245/10.

(2) ف. 229 و233 و236.

فالشافعي مثلاً يقول في الأم "فإن اصطلاح الزوجان وإلا كان على الحاكم أن يحكم لكل واحد منهما على صاحبه بما يلزمه من حتى في نفس ومال، وأدب".⁽¹⁾

وفي أحكام القرآن لابن العربي الذي يأخذ بمذهب مالك في تحويل الحكيم صلاحية تطبيق الزوجين: "فأما عقود الأبدان فلا تتم إلا بالاتفاق والتألف وحسن التعاشر فإذا فقد ذلك لم يكن لبقاء العقد وجه، وكانت المصلحة في الفرقة وبأي وجه رأياها من المشاركة أو أخذ شيء من الزوج، أو الزوجة".⁽²⁾

وعلى هذا النهج سار العضوان عندما اقترحا: مراعاة "مسؤولية كل من الزوجية عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن يحكم به على هذا المسئول لفائدة الزوج الآخر"، دون ذكر للتمتع، ولا لكلمة "التعويض" التي تثير حساسية عند البعض لعدم ورودها في المراجع الفقهية.

ومع ذلك رفض الاقتراح، لأن أغلبية الأعضاء كانت رافضة لإدراج التطبيق للشقاق في المدونة ما دامت المراجع المتداولة من الفقه المالكي لا تذكره بين حالات الطلاق أو التطبيق. وبما أن المصطلحين المستعملين في الفقه لما يقدمه أحد الزوجين للآخر عند الفراق، هما: "التمتع" من الزوج، و"الخلع" من الزوجة، فإن الأكثرية مالت إلى عدم تجاوز هذين المصطلحين مع قصرهما على مجاليهما: التمتع في طلاق الزوج، والخلع عند الطلاق برغبة من الزوجة.

❑ خامسا - التمتع في ظل التطبيق القضائي:

في ظل هذه التجاذبات المتسمة بنبيء غير قليل من الاندفاع وعدم الوضوح رفضت الصياغتان المقترحتان للمادة 97 وأضيفت الإحالة على م. 84 و85 ثم تعمق الغموض

(1) الأم - 194/5.

(2) 425/1.

بإضافة الإحالة على م. 83. الخاصة بتحديد المبلغ الذي يودعه الزوج في حالة طلبه الإذن بالإشهاد على الطلاق.⁽¹⁾ وقد انعكس ذلك على التطبيق القضائي التي اختلفت أحكامه إلى حد التعارض والتناقض أحيانا سيما قضاء الموضوع.

ونعرض بعض تطبيقات هذا القضاء، ثم قضاء النقض.

1. قضاء الموضوع:

[163] الصياغة غير الدقيقة لنصوص مدونة الأسرة كان من نتائجها الحتمية اضطراب

في التطبيق، وأهم ما يؤخذ على الصياغة:

- عدم بيان طبيعة "المتعة" وعلاقتها بالتعويض.

- اضطراب بين النصوص الخاصة بحالات استحقاق المتعة.

- عدم وضوح الموقف من السكنى خلال العدة، وكذلك النفقة إذا كانت المطلقة حاملا، هل هما حكان تعديان مستحقان أيا كان سبب إنهاء العلاقة الزوجية أم انهما من الحقوق المالية للمطلقة التي تملك التنازل عنهما وبالتالي يمكن حرمانها منهما في حالة ثبوت مسؤوليتها عن الطلاق أو التطلق؟

هذا الوضع التشريعي ناتج بدوره عن التعددية الموجودة في النظر إلى الأحكام المنظمة للأسرة. فهناك من يراها قاصرة على الأحكام الموجودة في المراجع الفقهية ولا يعترف بشيء مما يخالفها في مدونة الأسرة، إلى جانب من يبلغ في تفسير الإحالة على المذهب المالكي في م. 400، أو يرى نصوص المدونة ناسخة لكل ما يخالفها من الأحكام الفقهية

(1) انظر نص المقترحين في ف. (236233)

ومصطلحاتها. هذا ما تؤكدته مثل هذه الأحكام القضائية المتعلقة بالمتمة والمستحقات في حالة التطليق للشقاق.

● لا متمة ولا مستحقات متى كانت الزوجة هي الطالبة للطلاق ومصرة عليه:

[164] جاء في حكم لا ابتدائية وجدة أن الزوجة عرضت في مقالها أن زوجها "لا ينفق عليها وعلى ابنتها ولا يأكل في المنزل ولا ينال معها ولا يعالج ابنته إذا مرضت كما أنه يطردها من بيت الزوجية مما سبب لها أزمات نفسية وصحية... ويطلبها بأن تنفق هي وحدها على المنزل وبالخضوع لإرادته المطلقة وإلا نالها أكثر أنواع الإهانات بما في ذلك تغيير قفل الباب كلها طردها... بعله أنه يدرس عمله ويهوى الدراسة العليا... " طالبة الحكم لها بالمستحقات طبق م. 83 و84 و85 و168 و190.

وبعد جواب الزوج بإنكار ما جاء في المقال حضر الطرفان أمام المحكمة حيث صرح الزوج أن ما "يفرضه عليه عمله من بقاء خارج البيت أحيانا هو ما يتعلق راحة المدعية... (التي) رفضت تسجيله في السلك الثالث لتابعة دراسته خوفا من أن يتزوج عليها" وطلب الحكم له بتعويض لا يقل عن ثلاثين ألف درهم "جبرا للضرر المعنوي الذي لحقه مع إحالة المبلغ على مؤسسة خيرية".

فحكمت المحكمة بالتطليق وبنفقة البنت وأجرة حضانتها وبرفض طلب الزوجة بمسحقتها بما فيها متعتها "لعله" تثبت المدعية بطلب تطليقها من المدعى عليه لدرجة تفضيلها الانتحار بإلقاء نفسها من النافذة على أن تعيش مع هذا الأخير .

كما حكمت على الزوجة بأداء عشرة آلاف درهم للزوج لأن "سبب حل ميثاق الزوجية بين الطرفين يعود للمدعى عليها فرعيا لتثبتها المطابق بتطليقها، وأن ذلك ألحق

بالمدعي فرعياً ضرراً معنوياً يتجلى في تفكيك أسرة كان يشكل أحد دعائمها وأباً لبنت يربها ويسعد بتواجده الدائم معها".⁽¹⁾

● لا مستحقات كذلك إذا كانت تصرفات الزوجة هي الدافعة للزوج إلى طلب التطليق:

[165] فقد طلب الزوج التطليق للشقاق مدلياً بالحضر المثبت لارتكاب زوجته الخيانة الزوجية طالباً الحكم له بتعويض مع "عدم استحقاقها لأية مستحقات مالية".

فحكمت المحكمة بالتطليق وبأداء الزوجة مائة ألف درهم تعويضاً للزوج "وبرفض باقي المطالبات".⁽²⁾

وفي قضية طلب فيها الزوج التطليق للشقاق ثم أدلى بحكم جنحي أدان الزوجة بالخيانة الزوجية طالباً حرمانها من حضنة ولدهما ونقلهما إليه، وصدر الحكم وفق طلب الزوج فاستأنفته الزوجة التي أثارت عدم الحكم لها بمستحقاتها إضافة إلى حرمانها من حضنة ولدها.

فكان جواب محكمة الاستئناف: "حيث إن المطلقة المذكورة لم يكن تطليقها للأسباب المذكورة شرعاً، وبحسب ما هو وارد في مدونة الأسرة، وإنما كان تطليقها لسبب غير شرعي. ولما ينتج السبب الشرعي تنقضي معه كل الحقوق الشرعية، الأمر الذي يكون معه الحكم المستأنف الذي لم يقض لها بتلك المستحقات قد صادف الصواب في هذا الجانب". واكتفت محكمة الاستئناف بالحكم للزوجة بنفقتها ونفقة ولدها على الفترة السابقة على التطليق.⁽³⁾

(1) حكم عدد 974 تاليج 05/03/15 ملف 04/1362 - ع.ق.أ. - 181/2.

(2) حكم ابتدائية الدار البيضاء بتاريخ 05/02/21 في الملف 04/1024 - ع.ق.أ. - 126/2.

(3) قرار استئنافية طنجة في 08/05/22 في الملف 7/07/17 و7/07/17.

● المتعة لزوجته حرر ضدها محضر بالخيانة الزوجية:

[166] طلب زوج التطلق للشقاق الناتج عن إساءة الزوجة معاملته، وأثناء إجراءات

الدعوى أدلى:

- محضر تنازله عن متابعتها أمام النيابة العامة.

- بتنازل الزوجة عن حضانه ولديهما.

وبناء على ذلك طلب الحكم له على الزوجة بأربعين ألف درهم تعويضا.

غير أن المحكمة قالت:

"إن المدعى عليها تمسكت بمسحتقاتها وانها محقة في المتعة استنادا إلى مقتضيات المادة 97 من مدونة الأسرة... وحيث إنه اعتمادا على العناصر أعلاه فإن المحكمة ارتأت تحديد واجب المتعة في مبلغ ثلاثين ألف درهم...".

وبالنسبة لطلبات الزوج ورد في الحكم: "إنه بالرجوع إلى وثائق الملف يتضح بأنه ليس هناك ضمينا ما يفيد إدانة المدعى عليها من أجل الخيانة الزوجية بحكم قضائي خاصة أنها أنكرت التهمة المنسوبة إليها في جميع أطوار البحث التمهيدي... وإنه أمام المعطيات أعلاه وأمام ما راج بجلسات الصلح التي يستفاد منها بأن فك عصمة الزواج كان بطلب من الزوج، ومن كون هذا الأخير كان رافضا الصلح على عكس المدعى عليها التي رجبت بالصلح فإنه يتعين الحكم برفض التعويض".⁽¹⁾

(1) حكم ابتدائية الرباط عدد 1122 تاريخ 06/09/14 2006 في الملف 06/826/32.

● مستحقات للزوجة وتعويض للزوج:

[167] طلبت الزوجة الطلاق للشقاق لأن زوجها "يشك فيها بالحيانة الزوجية مع أخيه وابن أختها ويغلق عليها باب الغرفة ويهددها بالسلاح الأبيض والاعتداء عليها بالضرب. الشيء الذي سبب لها القلق والخوف الدائم خصوصا وأنها مصابة بالسكري" و"التست الحكم لفائدتها بتعويض عن الطعن في شرفها وعرضها وكرامتها دون أية حجة أو دليل".

أجاب الزوج بإنكار ما نسب إليه وأن الطلاق "لا يعارضه شريطة تنازلها وتمكينه بجميع التعويضات".

فحكمت المحكمة:

للزوجة بمجمعة آلاف درهم عن المتعة وألفين ومائة درهم عن سكنى العدة.

وللزوج بعشرة آلاف درهم تؤديها له الزوجة تعويضا.

برفض باقي الطلبات.

وأسست ذلك على فشل محاولة الصلح "لإصرار المدعية على طلبها وأقوالها".⁽¹⁾

(1) حكم ابتدائية وجدة عدد 06/1129 تاريخ 07/03/13 ملف 06/310 - ع.ق.أ. - 25/2.

وفي دعوى أمام ابتدائية الحسيمة طلبت الزوجة الطلاق للشقاق، وأن العلاقة الزوجية "ساءت بسبب تصرفات الزوج المتمثلة في الضرب والجرح، والتهديد بالقتل بواسطة السلاح، مما دفعها إلى تقديم شكاية ضده، وهذا ما أدى بالمدعى عليه إلى إهمالها وتركها لدى أهلها دون نفقة ولا رعاية".

وأجاب الزوج بأن المدعية "هي التي عمدت إلى طرده من بيت الزوجية رغم قيامه بكل ما فيه إرضاء لها وأنه استصדר ضدها حكما قضى بالرجوع إلى بيت الزوجية امتعت عن تنفيذه (ملف التنفيذ عدد 05/65) "طرده من بيت الزوجية الذي رفضت الرجوع إليه!"

طلبا الحكم برفض الدعوى واحتياطيا الحكم له بسعين ألف درهم تعويضا. ققضت المحكمة:

وادعت زوجة أن زوجها يعنفها وسبق أن سجلت شكاية جنائية ضده لدى النيابة العامة تحت عدد 96/616 ثم تمازلت عنها بعد أن تعهد كآبة بالكف عن تعنيفها وأنه عاد إلى سلوكه السابق وأدلت بهذا التعهد المكشوف طالبة التطليق مع أداء النفقة وثلاثين ألف درهم عن الضررين المادي والمعنوي.

وبعد إنكار المدعى عليه ما نسب إليه من العود إلى تعنيف المدعية وإدلائه بحكم صدر على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية، وفشل محاولة الصلح، حكمت المحكمة:

- بالتطليق.

- بأداء الزوج (2500) درهم عن سكنى العدة و(4000) درهم عن المتعة.

- بأداء الزوجة عشرين ألف درهم للزوج "تعويضاً مدنياً".

معللة ذلك بأنه "لا يثبت من خلال ما راج بأية وسيلة إثبات حاسمة إضرار الزوج

بالتطليق وتجهيد المتعة في ألفي درهم وسكنى العدة في ستائة درهم مع أداء الزوجة خمسمائة وألفي (2500) درهم تعويضاً للزوج بناء على التعليل التالي:

"حيث ثبت للمحكمة من خلال إطلاعها على وثائق الملف ومحتوياته، وما راج أمامها في جلسة الصلح والمناقشات، أن الزوجين يعتبران مفترقين منذ مدة 15 شهراً، وأن هناك نزاعات بينهما بحيث سبق للزوجة أن تقدمت بعدة شكائات إلى السيد وكل الملك من أجل محاولة قتلها بالسلاح الأبيض وحرمانها من النفقة، كما أضافت الزوجة كون زوجها يقوم بالاعتداء عليها، ويحرمها من أبسط ظروف العيش، ويهملها هي وإبنتها ولم ينفق عليها منذ أكثر من سنة... وحيث إنه أمام استمرار الشقاق وانعدام الإصلاص فإنه لا يسع المحكمة إلا أن تصرح بتطليق المدعية...".

وجاء في تعليل الحكم بالمتعة وتقديرها: "حيث إنه يراعى في تقدير المتعة مقتضيات المادة 84 من مدونة الأسرة، وحيث إنه مضى على زواج الطرفين مدة تزيد على ثلاث سنوات، وأسباب التطليق ساهم فيها كل من الزوج والزوجة. فنظراً لكون الزوجة هي المصرة على التطليق وأن دخل الزوج لا يتعدى (800) درهم في الشهر، فإن المحكمة ولما لها من سلطة تقديرية تحددها في مبلغ 2000 درهم".

أما التعويض المحكوم على الزوجة بأدائه للزوج فلم يرد في الحكم تعليل خاص به.

حكم رقم 91 تاريخ 06/02/29 ملف 05/230 - ع.ق.أ. - 169/2.

بزوجته مما يبقى معه الزوج بريئاً من ادعاءات الزوجة التي كان عليها إثبات الضرر اللاحق بها" وأنه "ثبت للحكمة من خلال ما راج خلال جلسات البحث ووثائق الملف أن الزوج كان حريصاً خلال جميع مراحل الدعوى على التمسك باستمرار العلاقة الزوجية مع زوجته وأنها هي التي أصرت على رغبتها في إنهاء هذه العلاقة".⁽¹⁾

وجاء في حكم ثالث أن الزوجة طلبت التطليق بسبب "اعتداء الزوج عليها بالضرب وعدم إنفاقه عليها" وأن "تشبث الزوجة بطلب التطليق ووجود شكائين من أجل الضرب والجرح ضد زوجها يعد منطلقاً للشقاق بين الطرفين" وأنه: "باستقراء معطيات الملف يتبين أن الزوجة ظلت طيلة مراحل الدعوى مصرة على طلب التطليق رغم عدة محاولات لإصلاح ذات البين من طرف المحكمة بما في ذلك بعث حكّمين وكذا تشبث الزوج بزوجته وعدم إبداء رغبته في إيقاع الطلاق".

بناء على هذا التعليل حكم للزوجة بألّي درهم متعة وألف درهم عن سكنى العدة وعليها بأداء ثلاثة آلاف درهم تعويضا للزوج.⁽²⁾

وفي حكم صادر عن ابتدائية وجدة⁽³⁾ في قضية طلب فيها الزوج التطليق للشقاق مع الحكم له بخمسة عشر ألف درهم تعويضا لتوديه الزوجة التي أدّيت جنحيا بالخيانة الزوجية. فصدر الحكم:

(1) حكم ابتدائية فاس 04/2785 تاريخ 05/6/6 ملف 04/2479 - ع.ق.أ. - 29/2.

(2) حكم ابتدائية الحسيمة عدد 419 تاريخ 06/02/09 ملف 05/750 ع.ق.أ. - 45/2.

وعلى حكم صادر من ابتدائية تطوان المتعة التي حكم بها للزوجة بأنها "جبر للضرر اللاحق بالمرأة جراء انقضاء العلاقة الزوجية بالطلاق" وفي نفس الوقت حكم عليها بأداء تعويض للزوج. حكم 06/12/04 ملف 05/1067 ع.ق.أ. - 75/2.

(3) تاريخ 06/07/18 عدد 06/3139 ملف 05/1765 - ع.ق.أ. - 157/2.

- بالتطليق .

- وتحديد متعة الطلاق في ألف درهم والسكنى في فترة العدة في تسعمائة درهم استنادا لمتن نص المادة 97 من قانون مدونة الأسرة (القاضية بأن) المحكمة تحكم بالتطليق والمستحقات طبقا للمواد 83 - 84 - 85 من قانون مدونة الأسرة، بناء على:

"أن المدعى عليها تكون محقة في المتعة التي يتم تحديدها بعد مراعاة مسؤولية كل واحد من الزوجين عن الفراق ومدة الزواج ودخل الزوج وحال الزوجة.

وعلى أن المحكمة وبعد أن ثبت لديها بأن المدعى عليها تتحمل كامل المسؤولية في انحلال العلاقة الزوجية لعملها الشنيع المرتكب من طرفها والمتمثل في الحياة الزوجية..."

- وبأداء الزوجة ثلاثة آلاف وخمسمائة درهم تعويضا للزوج لأنها " كانت هي المسؤولة الوحيدة في انحلال ميثاق عقد الزواج... الأمر الذي يستتبع تحميلها المسؤولية الكاملة عن ذلك، وهو يخول للزوج الحق في التعويض عن الضرر الذي لحقه... وفق المادة 97 من قانون مدونة الأسرة التي تقضي بإمكانية الحكم بالتعويض على المسؤول لفائدة الزوج الآخر مع مراعاة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق."

● إصرار الزوجة على التطليق أو عدم إثباتها للأسباب التي تدعيها يور الحكم بتعويض الزوج:

[168] فقد طلبت الزوجة قبل البناء التطليق للشقاق لأن زوجها يخونها ولا يهتم بها وأجاب الزوج بإنكار ما ادعته زوجته مؤكدا أنها غير راغبة فيه طالبا رفض الدعوى واحتياطيا للحكم له بعشرين ألف درهم تعويضا. فصدر الحكم بالتطليق وبارجاع الزوجة نصف الصداق مع أدائها ثمانية آلاف درهم تعويضا للزوج بناء على أن الزوجة "بإصرارها على طلب التطليق ورفضها لكل مساعي الصلح تكون مسؤولة عما آلت إليه العلاقة الزوجية

من الانحلال، خصوصا وأن المدعي أبدى تمسكه بزوجته طيلة جميع مراحل البحث، كما أن هذه الأخيرة لم تبرز أسبابا وجيهة ومقنعة تبرر طلبها الرامي إلى التلقيق مما يبقى معه طلب التعويض مبررا⁽¹⁾.

وفي حكم لابتدائية العرائش علل الحكم على الزوجة بأداء تعويض للزوج بأنه "بالرجوع إلى وثائق الملف وما أدلى به كل طرف من وثائق وحجج فإن الزوجة لم تثبت أي سبب من الأسباب التي ساققتها أمام المحكمة للمطالبة بالتلقيق.

وحيث إنه لئن كان المشرع قد منح الزوجة حق التلقيق من زوجها للشقاق وبدون إثبات للسبب الذي حدا بها لفصل العلاقة الزوجية (ونفس الأمر يسري على الزوج) فإن هذا الحق كفبره من الحقوق يجب أن يمارس بحسن نية وبدون تعسف"⁽²⁾.

وجاء في حكم صادر عن ابتدائية تطوان⁽³⁾ ادعت الزوجة أن زوجها الذي لها معه بنت، يغفها ويطلبها "بإشباع رغباته عن طريق المضاجعة غير الطبيعية" مدلية "بشهادة طبية حول تغفيها" وطلبت تطبيقها للشقاق. وأثناء جلسات محاولة الإصلاح أصررت الزوجة على طلبها بينما "المدعى عليه صرح بأنه يتمسك بزوجته وعدم رغبته في الفراق وتقدم بطلب مقابل يري إلى الحكم له بتعويض لفائدته قدره (200 000) درهم في حالة

(1) حكم ابتدائية تطوان بتاريخ 2006/11/27 ملف 13/06/566 ع.ق.أ - 100/2.

وفي قرار استئنافي أسس الحكم بالتعويض (قبل البناء للزوج على: "أن طلب التعويض عن الطلاق التعسفي له ما يبرره على اعتبار أن الزوجة أصررت على الطلاق، رغم المساعي والجهود المبذولة من طرف المحكمة، وكذا تمسك الزوج بزوجته وعدم رغبته في الطلاق" - قرار استئنافي الحسيمة رقم 358 تاريخ 07/07/13 ملف 06/609 - ع.ق.أ - 8/2.

(2) حكم 09/01/09 ملف 5/06/90 - م.ق.أ - 4 - 252/5.

(3) حكم عدد 1272 تاريخ 2005/12/27 في الملف 05/119.

تطبيقها" فحمت المحكمة بتطبيق الزوجة وبأدائها للزوج أربعين ألف (40 000) درهم مع تحميلها الصائر.

أيد الحكم استئنافاً وطعن الزوجة بالنقض حيث قضى المجلس الأعلى برفض الطلب مؤكداً "أن محكمة الاستئناف لما قضت بتأييد الحكم الابتدائي في شقه المتعلق بأداء الطاعة تعويضاً قدره (40 000) درهم بعد تطبيقها للشقاق، فقد ارتكبت في ذلك على عدم وجود أي سبب جدي وموضوعي اعتمدته الطاعة كمبرر للمطالبة بالتطليق، وأنه لم يثبت للمحكمة أي ضرر يدفعها إلى طلب الفراق، وأنه من خلال الوثائق والمذكرات استنتجت أن المضرر من انفصام العلاقة الزوجية هو الزوج..."⁽¹⁾

● الحكم بالمستحققات وبالتعويض للزوجين معاً:

[169] زوجة طلبت التطليق للشقاق لأن زوجها كان يعتدي عليها بالضرب ويعيشان منفصلين منذ ثلاث عشرة سنة وأنها استصدرت ضده عدة أحكام بنفقة ابنها منه، وأنه تزوج زوجة أخرى يعيش معها حياته العادية طالبة تعويضاً بعشرين ألف درهم. أنكر الزوج الضرب وأدلى بمحضر عدم تنفيذ الحكم الصادر عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية، طالباً رفض الدعوى واحتياطياً الحكم له بخمسين ألف درهم تعويضاً.

حكمت المحكمة بالتطليق بعد أن ثبت لها أن الزوجين عاشا مفترقين منذ 13 سنة.

وللزوجة بأربعة آلاف درهم متعة وخمسمائة ألف درهم عن سكنى العدة و500 نفقة شهرية للولد، وبألفي درهم يؤديها الزوج تعويضاً لها بناء على: "أنه ثبت للمحكمة من

(1) قرار المجلس الأعلى عدد 159 تاريخ 2009/04/08 - ن.ق.م.ع.م. - عدد 4 ص. 29 ولم يشر القرار في الواقع إلى سكنى المطلقة أثناء العدة ولا إلى نفقة البنت.

خلال وثائق الملف أن المدعى عليه ساهم فيما آلت إليه العلاقة الزوجية والتي انتهت بالتطليق بالنظر لمدة الافتراق التي دامت لمدة 13 سنة الأمر الذي شكل ضرا للمدعية تستحق عنه التعويض والذي تقدره المحكمة في مبلغ ألفي درهم".

وللزوج بمخسة آلاف درهم تعويضا تؤديه الزوجة لأن "الأسباب المتمسك بها من طرف الزوجة مجردة من الإثبات بخصوص الاعتداء بالضرب، وأصرت على طلبها رغم المحاولات المبذولة للإصلاح بينهما لكن دون جدوى، وكذا تمسك الزوج بها، وانه طبقا لذلك تكون قد ساهمت بشكل كبير بحل ميثاق الزوجية وأحدثت ضرا ماديا ومعنويا للمدعى عليه نتيجة انفصام العلاقة الزوجية".⁽¹⁾

● المتعة شرعت لجبر الضرر فلا يضاف إليها طلب التعويض:

[170] طلبت الزوجة التطليق للشقاق لأن الزوج يضربها ويقفل عليها أبواب البيت مدلية بشهادة طبية تحدد العجز في اثني عشر يوما، كما طلبت الحكم لها بمستحقاتها إضافة إلى خمسين ألف درهم تعويضا. بعد جواب الزوج بالاعتراف بأنه منذ زواجه بالمدعية وهو يعيش المشاكل وبأنه يقوم بضربها - حكمت المحكمة بالتطليق وتحديد المتعة في ثلاثة آلاف درهم... وبأن "المتعة شرعت لجبر الضرر اللاحق بال المطلقة وتراعى في تقديرها مدة العلاقة الزوجية (في هذه الدعوى خمسة عشر عاما وثلاثة أشهر) وأسباب الطلاق والوضعية المادية والاجتماعية للطرفين معا... وأن طلب التعويض عن الضرر تبعا لذلك يكون غير مؤسس ويتعين رفضه ما دام أنه من المتفق عليه أن الضرر الواحد لا يعوض عنه مرتين".⁽²⁾

(1) حكم ابتدائية النافور في 2006/04/19 ملف 05/806 - ع.ق.أ. - 269/2.

(2) حكم ابتدائية طنجة في 2006/05/31 ملف 2627 - ع.ق.أ. - 413/2. نفس التعليل ورد في حكم ابتدائية الحسيمة

وفي حكم صادر من ابتدائية الحسيمة:

"وحيث إن حصول الزوجة على متنتها بموجب الإذن الذي أصدرته المحكمة بوضع المستحقات المترتبة عن الطلاق بتاريخ 2005/08/18، يعد مانعا يحول دون حصولها على تعويض إضافي. ذلك أن النعمة هي في جوهرها جبر للضرر الناجم عن الطلاق، وأن طلب الزوجة لتعويض إضافي بعد حصولها على متعتها، يكون غير مؤسس قانونا لتعارضه مع القاعدة العامة التي مفادها أن الضرر لا يجبر مرتين".⁽¹⁾

وعلى الفقيض من ذلك جاء في حكم لابتدائية الناظور بعد تحديد النعمة في خمسة آلاف درهم، أنه "تبين للمحكمة من خلال الاطلاع على وثائق الملف وخاصة ما تضمنته جلسات الصلح والبحث أن المدعى عليه يتحمل جزءا كبيرا فيما آلت إليه العلاقة الزوجية من خلال رفضه الصلح مع زوجته وإرجاعها لبيت الزوجية وبذلك يكون الحق بها ضررا يستحق عنه التعويض"⁽²⁾ وحددت التعويض في ثلاثة آلاف درهم.

● النعمة تستحقها الزوجة بمجرد طلبها التخليق للشقاق:

[171] جاء في قرار لاستئنافية الجديدة "أن المحكمة ملزمة وجوبا في حالة تعذر حصول الصلح بين الزوجين واستمرار الشقاق المستحكم بينهما، بالحكم بالتخليق للشقاق وبالمستحقات المترتبة للزوجة المطلقة والأولاد بصرف النظر عن طلب التعويض المقدم من كليهما أو

عدد 599 تاريخ 06/10/12 ملف 05/965 - ع.ق.أ. - 81/2 وحكم ابتدائية تطوان في 06/10/16 ملف 06/599

ع.ق.أ. - 90/2.

(1) حكم 06/04/24 في الملف 05/171 - م.ع.ق. - ص. 114.

(2) حكم عدد 765 تاريخ 06/05/10 ملف 05/1939 - ع.ق.أ. - 241/2 وحكم آخر من نفس المحكمة قضى بالتعويض إلى جانب النعمة، لكن الزوجة هنا لحقتها ضرر آخر وهو عدم التعااقها بوظيفتها كأستاذة استجابة لرغبة زوجها في ذلك. - حكم عدد 1105 تاريخ 2006/06/21 ملف 05/1517 - ع.ق.أ. - 149/2.

أحدهما الذي ينظر فيه بشكل مستقل عن تحديد المستحقات الواجبة بقوة القانون للزوجة والأبناء دون أن تطلب ذلك في مقالها، إذ يكفي الزوجة وفق المادة 97 من المدونة أن تتقدم فقط أمام المحكمة بطلب التلطق للشقاق... دون طلب المستحقات المترتبة عن ذلك وتحكم بها المحكمة تلقائياً".⁽¹⁾

2- قضاء النقص:

● طلب الزوجة التلطق وإصرارها عليه يبرر تعويض الزوج:

[172] قرار عدد 427 طلبت الزوجة التلطق للشقاق مع تمكينها من جميع مستحقاتها لأن الزوج لا يحسن معاشرتها ولا يحترمها ويعرضها للمساومة من أجل أن تنجز له أوراق العمل بالخارج. أجاب الزوج بإنكار ما نسب إليه طالبا الحكم على المدعية بالرجوع إلى بيت الزوجية وبأداء مائتي ألف درهم تعويضا، فحكمت المحكمة للزوجة بالتلطق وبألفي درهم متعة وبأدائها خمسين ألف درهم تعويضا للزوج مع رفض طلب الرجوع إلى بيت الزوجية، أيد الحكم استئنافيا فأثارت الطاعنة أمام المجلس الأعلى عدم استحقاق زوجها للتعويض، لكن المجلس أجابها بمقتضيات م. 97 وأن "الثابت من أوراق الملف أن المطلوب تشبث بالطاعنة ورفع ضدها دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية وأنها هي التي أصررت على التلطق للشقاق، والمحكمة لما قضت بأدائها لفائدة المطلوب تعويضا عما لحقه من ضرر... معتمدة في ذلك على مسؤوليتها الكاملة في التلطق للشقاق وما تكبده المطلوب من مصاريف لإقامة حفل الزفاف وتجهيز العروس والضرر المعنوي الذي أصابه... طبقت مقتضيات م. 97 تطبيقا سليما".⁽²⁾

(1) قرار استئنافية الجديدة في 06/12/12 في الملف 06/101/34 و06/635/34 - م.ع.ق. ص 118.

(2) قرار عدد 427 تاريخ 08/09/10 ملف 07/1/2/61 - م.ع.ق. عدد 177/71.

● المتعة قاصرة على حالتي الطلاق والتطليق بطلب من الزوج:

[173] قرار عدد 433⁽¹⁾ الذي نقض قرارا استئنافيا قضى لطالبة التطليق للشقاق بتمتع لم تطلبها وأسس النقص على كون الزوجة طلبت في مقالها تعويضا باعتبار زوجها هو المسؤول عن سبب الفراق، والحال أنه "بمقتضى المادة 84 م.أ. فإن المتعة إنما يحكم بها في حالة الطلاق أو التطليق الذي يتم بطلب الزوج، والحكمة لما حكمت لها بالتمتع رغم أنها طلبت الحكم لها بالتعويض ودون أن تحدد مسؤوليته عن الفراق، لترتب على ذلك التعويض المستحق لها عند الاقتضاء فإنها تكون قد خرقت المادة المحتج بها وعرضت قرارها للنقض."

● لا متعة لطالبة التطليق:

[174] قرار عدد 123⁽²⁾ الذي نقض قرارا استئنافيا قضى بالتمتع لطالبة التطليق للشقاق، وذلك بناء على أنه بمقتضى م. 84 من مدونة الأسرة "لا يحكم بالتمتع إلا في حالة الطلاق أو التطليق الذي يوقعه الزوج، أما إذا كان طلب التطليق من الزوجة فإنه لا يقضى لها بالتمتع، والحكمة التي قضت المطلوبة بالتمتع رغم أنها هي التي سعت إلى التطليق للشقاق تكون قد خرقت م. 84 من مدونة الأسرة وعرضت قرارها للنقض."

● عدم المعاشرة الزوجية يستحق عنه التعويض للزوجة:

[175] طلبت زوجة التطليق للشقاق الناتج عن "إخلال الزوج بالتزاماته الشرعية فضلا عن سبها وشتتها طالبة الحكم لها بمائة ألف درهم تعويضا وحكم لها بتجسين ألف درهم".
أثار الزوج أمام محكمة النقض بأن ما أثارته المطلوبة "لا يكون مبررا للتطليق إلا إذا كان

(1) تاريخ 2010/09/21 ملف 09/1/2/623 - م.ق.ق. عدد 161/158.

(2) تاريخ 11/03/22 ملف 09/1/2/553 - م.ق.ع. عدد 121/73.

برؤه مستعصيا" فأجابه بأن طلب التعويض أسس "على ما تعانيه الزوجة من سب وإهانة من طرف الطالب، كما أثبتت الخبرة المنجزة على المطلوبة أنها لا زالت عذراء رغم مساكنة الطالب لها لمدة تفوق سبع سنوات" لذلك يكون القرار المطعون فيه "مركزا على أساس ومعللا تعليلا كافيا".⁽¹⁾

● لا يجمع بين المتعة والتعويض:

[176] جاء في قرار محكمة النقض عدد 538 أنه "لما كانت المتعة تفرض على الزوج الذي يكون الفراق من جانبه جبرا لخطر مفارقتها، وتعويضها لها عما يمكن أن يلحقها من ضرر، ويراعى فيها مدى تعسفه في الفراق، وقد حددتها المحكمة في المبلغ المحكوم به، فإن القرار المطعون فيه عند رد الدعوى المضادة بعبارة أن الضرر لا يعوض مرتين يكون على صواب".⁽²⁾

وقد نشر مع القرارات 433 و123 تعليقات لرئيس الغرفة التي أصدرتهما أكد فيهما:

- أن المتعة واجبة في جميع حالات الطلاق الذي يطلب الزوج الإذن بالإشهاد به ولو كان سببه تصرف شائن من الزوجة مثل الخيانة الزوجية " لكن يجب عند تقديرها مراعاة المتسبب في الفراق".

- واجبة كذلك في التطليق للشقاق إذا طلبه الزوج "دون أن يثبت إخلال الزوجة بالحقوق والواجبات المنصوص عليها في المادة 51... لأن الزوج إنما يطلبه في هذه الحالة ليكون الطلاق بائنا ولئلا يحكم عليه بالنفقة إن لم تكن الزوجة حاملا".⁽³⁾

(1) قرار عدد 272 تاريخ 2014/04/08 ملف 2013/1/2/843 - ن.ق.م.ن. - عدد 16 ص. 73.

(2) قرار صادر بتاريخ 2014/07/08 في الملف 2014/1/2/179 - ن.ق.م.ن. - عدد 16 ص. 75.

(3) لكن هل يكفي الصغر عن إثبات الإخلال بالتزامات م. 51 لاعتبار طالب الطلاق للشقاق متهربا من أداء النفقة؟ =

- لا متمعة إطلاقاً متى كانت الزوجة هي الطالبة للتطليق للشقاق، نعم يحكم لها بتعويض إذا أثبتت إخلال الزوج بالتزامات المادة 51 المتعلقة بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين.

سادسا - تعليق ومناقشة:

[177] يلاحظ اضطراب كبير بين الأحكام الصادرة عن قضاء الموضوع، ولذلك

أسبابه ومبرراته التي منها:

1- اجمع بين أحكام مستقاة من الفقه وأخرى باسم إنصاف المرأة أو المساواة يصعب

التوفيق بينها في التطبيق والإنجاز.

وهذا اجمع العشوائي قد يكون من المشرع مثل تحويل الزوج الإشهاد على الرجعة دون استئذان المحكمة ولا استطلاع رأي المطلقة في الموضوع مع تحويلها حق التمسك بالتطليق للشقاق الذي لا صلاحية للمحكمة في رفضه، وإحصائيات وزارة العدل لا تشير إلى حالات نفاذ الرجعة التي تتم دون موافقة سابقة من المطلقة ولو نشر ذلك لكانت نسبة النفاذ صفراً أو قريبة من الصفر، وهو ما يعني عدم جدوى محاولة اجمع لما لا يجتمع.

وقد تتم محاولة اجمع من العمل القضائي، مثل التعامل مع دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية بمعابر وجوب الطاعة للزوج باعتباره المتحمل للنفقة له "حق" اختيار البيت، و"واجب" على الزوجة "الاستقرار" فيه وإلا كانت "ناشزا" مع ما يترتب على ذلك من آثار... وبناء على ذلك اعتبر عدد من أحكام القضاء أن امتناع الزوجة عن تنفيذ الحكم بالرجوع إلى بيت الزوجية يجعلها مسؤولة للتطليق للشقاق ويرر الحكم عليها بتعويض الزوج.

وإذا كانت الزوجة حاملاً ما الحكم؟

والحال أن نصوص مدونة الأسرة لا وجود فيها لكلمة "نشور" وألغت التقسيم الثلاثي للحقوق والواجبات بين الزوجين الذي كان في المدونة السابقة واعتبرت في م. 51 الحقوق والواجبات متبادلة بين الزوجين ومنها "المساكنة الشرعية" إذا أخل بها أحد الزوجين كان الآخر المطالبة بتنفيذها، أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق (م. 52).

كل هذا يضفي مفهوما جديدا لالتزام الزوجين بالمساكنة في البيت الزوجي، وفي ظله ينبغي أن يعالج ادعاء أحد الزوجين إخلال الزوج الآخر به، وليس في إطار النشور، والطاعة ووجوب التحاق الزوجة بالبيت الذي يختاره الزوج سكا... وهو أمر ليس بالهين في ظل الثقافة السائدة، ولكنه لا يحيد عنه.

2 - تردد تكييف المتعة بين الحكم التعبدية وبين التعويض عن الضرر، فالماذهب الفقهية منها من يعتبرها حكما تعبديا مقررًا لكل مطلقة بمن فيهن المختلفة مثلا والمطلقة قبل الدخول مع استحقاقها لنصف الصداق كالذهب الظاهري، ومنها من يراها تعويضا عما يلحق المطلقة من ضرر وعبر عن ذلك القرطبي بقوله: "المتعة بإزاء غم الطلاق".⁽¹⁾

والمشرع في المدونة لم يرفع الغموض في المادة 84 أوجب المتعة في جميع الحالات التي يطلب فيها الزوج الإذن بالإشهاد على الطلاق ولو كان سبب الطلب تصرفا طائشا من الزوجة، وفي ذات الوقت أمر أن يراعى في تقديرها أسباب الطلاق.

3- صياغة مدونة الأسرة التي جمعت في م. 97 بين الإحالة على مستحقات الزوجة في م. 84 وبين مراعاة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر.

(1) تفسير القرطبي - 201/3.

4- إلزام الزوج بسكنى الزوجة في فترة العدة، وينفقتها كذلك في رأي، أو بشرط أن يكون الطلاق رجعياً، أو تكون هي حاملاً، وينفقة أبنائه منها - هل هي أحكام تعبدية غير قابلة للمناقشة؟ أم "حقوق" للزوجة المطلقة فإذا كانت هي السبب في إنهاء العلاقة الزوجية أمكن إعفاء الزوج منها كلياً أو جزئياً؟⁽¹⁾

الفقه لم يحسم الموضوع:

فمن ناحية لا يميز إخراج المطلقة من سكنى العدة ولو اتفق الزوجان على ذلك، كما يعتبر إلزام الزوج/الأب بالنفقة - أثناء العلاقة الزوجية وفي العدة وعلى الأبناء أثراً من الآثار الشرعية لعقد الزواج، التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ولكن من ناحية ثانية يميز للزوجة التنازل عنها في عقد الخلع⁽²⁾. وهو ما يعني أنها "حقوق" لها وبالتالي يمكن حرمانها منها كلاً أو بعضاً في حال ثبوت مسؤوليتها عن إنهاء العلاقة الزوجية. وقد ذهب بعض الأحكام القضائية التي أشرنا إليها إلى رفض طلب الزوجة "بمستحققاتها بما فيها متعتها" ولكن لم نعرش على أي حكم ألزم المطلقة بالإتفاق على أنبائها ولو لفترة محدودة بناء على ثبوت مسؤوليتها عن الطلاق.

(1) قدم اللجنة الاستشارية المقترح التالي:

"إذا ثبت للمحكمة ادعاء الزوج أمكها حرمان المطلقة من المنعة أو من حضانة الأطفال أو منهما معاً، مع إمكان إلزامها بأداء مبلغ للزوج. وكل ذلك في حدود طلباته ودرجة الخطأ المرتكب من الزوجة وآثاره".
غير أن الاقتراح لم يقبل.

(2) في تحفة ابن عاصم: "واخلع بالازم في الصداق، أو حمل، أو عدة، أو إيفاق "فيجوز للزوجة أن تتخلى بمستحققاتها من النفقة أثناء الحمل وسكنى العدة، ونفقتها إذا كان الطلاق رجعياً، وكذلك بالالتزام بالنفقة على الأبناء وفق التفصيل المنصوص عليه في مراجع الفقه.

5 - صعوبة تحديد المسؤولية بين الزوجين في التطليق للشقاق: فمن ناحية، وسائل الإثبات القضائي قلما تفلح في النفاذ إلى حقيقة ما يجري بينهما لحظة بلحظة في الليل وفي النهار، في فترة الوثام والمودة والرحمة، وفي فترة الاصطدام والغفور.

ومن ناحية ثانية مبدأ إثبات المدعي لادعائه لا يمكن التنازل عنه، ولا استثناء الزوجين منه. كما أن ادعاء وقائع غير صحيحة أمر شائع بين المتقاضين سيما بعد أن أصبحت المرافعات أمام القضاء مهنة تقودها المغالبة، وليس الإنصاف ومناصفة النفس.

كل هذا يصعب مهمة القاضي في الوصول إلى الأسباب الفعلية للشقاق بين الزوجين، وإلى التحديد الدقيق لمسئولية كل منهما، ولكن هذه الصعوبة لا تبرر ربط المسؤولية بوقائع لا تشكل حتى قرائن على أنها سبب الشقاق بين الزوجين.

مثل رفض الصلح من أحد الزوجين وتعبير الآخر عن استعداده له.⁽¹⁾

والإدلاء بمحض امتناع الزوجة عن تنفيذ الحكم بالرجوع إلى بيت الزوجية، فهذا يثبت حصول الشقاق ولا يثبت شيئاً من أسبابه لأن الحكم بالرجوع إلى بيت الزوجية لا يبنى على عجز الزوجة عن إثبات مبررات الإخلال بالترام المساكاة المتبادل، وإنما انطلاقاً من مفاهيم: النشوز و"حق" الزوج في إرغام زوجته على مساكنته في أي بيت اختاره سكناً زوجياً، ومن ثم "حقه" في الإجمار المادي للزوجة على التنفيذ.

(1) وسبقت الإشارة إلى حكم ابتدائية وجدة عدد 974 الذي حمل المسؤولية الزوجة لأنها تشببت "بتطلب تطليقتها من المدعى عليه لدرجة تفضيلها الانتحار بإلقاء نفسها من النافذة على أن تعيش مع هذا الأخير".

فهل تفضيل الانتحار مجرد طيش وتكابة بالزوج؟ أم لأنها تعرف ما وراء الرجوع إلى "بيت الزوجية" فيكون معه الانتحار أهون الشرين؟

وإخلاصة أن صعوبة إثبات أسباب الشقاق تفرض على القاضي تعميق البحث والتدقيق في تفاصيله عن طريق الاستماع المتكرر للزوجين وللشهود، وربما طلب خبرة أو معلومات من جهات تملكها؛ لكن لا يبدو أنه يتوفر على الوقت الذي يسمح له بإنجاز ذلك، فالعنصر البشري يعاني من خصائص ظاهر مقارنة مع العدد المتزايد من القضايا والملفات، كل ما يمكن قوله هو أن ما لا يدرك كله ينبغي الحرص على إنجاز جله.

□ دور محكمة النقض:

[178] أشرنا إلى أهم الأسباب التي ساعدت على الاضطراب الملاحظ في عدد من أحكام القضاء، ونعتقد أن محكمة النقض هي المؤهلة لإصلاح هذا الاضطراب، وذلك لكون قراراتها يتناول فيها خمسة قضايا إضافة إلى إمكانية جمع غرفتين، وجميع الغرف أن اقتضى الحال، وإضافة إلى ذلك فإن اجتهادها لا يبنى على التنظير والاقتراض وإنما على وقائع معيشة، وحقائق من ممارسات الناس وسلوكهم المتبادل.

مما ينبغي الفصل فيه من محكمة النقض:

- 1- تكيف المتعة.
- 2- المتعة وطلب الإذن بالطلاق.
- 3- المتعة في حالة التطليق للشقاق.
- 4- سكنى العدة ونفقتها.
- 5- نفقة الأطفال.

1- تكيف المتعة:

[179] ترددت أحكام قضاء الموضوع بين اعتبار المتعة تعويضا للمطلقة ومن ثم ذهبت

إلى عدم قبول طلب التعويض إلى جانب الحكم بالتمتع، بينما قضت أحكام أخرى للطلقة بالتعويض إلى جانب التمتع. ومما يرجح تكييف التمتع بالتعويض وإخضاعها لمبادئ:

- اعتبار الفقه لها "مقابل غم الطلاق" وفق ما سبق نقله عن القرطبي.

- ان المشرع في مدونة الأسرة لم يحدد لها مبلغا جامدا لا يزيد ولا ينقص، وإنما ترك للقضاء تحديدها حسب ملابسات كل قضية، بل نص صراحة على أن يراعى في تقديرها أسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه (م. 84).

لكن التعويض لا يستحق إلا في حدود الضرر الناتج عن خطأ المدعى عليه بصرف النظر عن كونه خطأ عقديا أو تقصيرا، بينما التمتع لا يتوقف استحقاقها على إثبات خطأ الزوج ولا نوع الضرر اللاحق بالزوجة ولا العلاقة السببية بين هذا الخطأ وبين الضرر.

لذلك إذا كانت "التمتع" تشمل "التعويض" فلا يحكم بهما منفصلين في ذات الحكم، فإن التمتع لها دلالة تتجاوز معايير التعويض في المسئوليتين: التقصيرية والعقدية إلى تحقيق مبادئ العدل والإنصاف التي كانت في اعتقادنا أساس الأمر بها في القرآن لكل المطلقات دون تحديد مبلغها، فما كان يملكه الزوج من الصلاحية المطلقة لإنهاء العلاقة الزوجية، وحصر الحقوق الاقتصادية للزوجة في ما تأكل وتشرب وتلبس⁽¹⁾ مع حق الزوج في منعها من الخروج ومن العمل لصالحها حتى داخل البيت، كل ذلك جعل حجم ضرر الزوجة بالطلاق يتفاوت تفاوتاً كبيراً، فمن حالات يكون سلوكها فيها هو الدافع إلى انقضاء العلاقة الزوجية إلى حالات أخرى يدرج فيها خطأ الزوج، إلى حالات ثالثة يأتي الطلاق فيها

(1) والكل يعلم ما تقدر به النفقة في المراجع الفقهية التي تضيف أن الزوج عند الطلاق يحق له تجريد مطلقاته من اللباس الذي لم يمض على ارتدائها له ثلاثة أشهر.

نتيجة لوقائع لا يتحمل وزر حدودها أي من الزوجين مثل تعرض الزوجة لحادثة تقعدها أو تصيبها بعاهاة أو مرض يتعذر معهما مواصلة الحياة الزوجية.

ولا جدال في أن الاحتكام في هذه الحالات الأخيرة إلى معايير التعويض لا يفيد المصلحة في شيء، لكن الاتجاه إلى "المنفعة" يساعد على إنصاف المطلقة وإنقاذها من الضياع، وصياغة م. 84 من مدونة الأسرة ترشد إلى ذلك بنصها في تقدير المنفعة على مراعاة فترة الزواج، والوضعية المالية للزوج. فإعادة قدرة الزواج تعني تقدير ما قدمته المطلقة لفائدة البيت الزوجي ومكافئاتها عنه، لمواجهة ما حل بها الذي قد يكون قضاء وقدر، والوضعية المالية للزوج لا وجود لها في مجال التعويض وفق ما يؤكد الفقه والقضاء معا في المسئوليتين: العقدية والتقصيرية، وهو ما يعني أن المنفعة الواردة في م. 84 ليست "تعويضاً" صرفاً بل تتجاوزها إلى مبادئ التضامن والإنصاف والعدل... ولذلك نرى في تقديرها مثلاً ما لحق الزوجة من ضرر نتيجة ضغط الزوج عليها للتخلي عن وظيفتها ثم طلقها دون خطأ ظاهر منها.

لكن من جانب آخر إذا كانت المنفعة لا تجتمع مع التعويض أي لا يحكم بهما منفصلين على الزوج، فإن ذلك قاصر على الأضرار التي لها علاقة مباشرة مع الطلاق كالأموال التي أشرنا إليها، أما إذا انتفت هذه العلاقة فيحكم بالتعويض عنها إلى جانب الحكم بالمنفعة مثل إتلاف الزوج مالا للزوجة، أو الاعتداء عليها بالضرب. فللزوجة أن تطالب بالتعويض في مثل هذه الحالات أثناء دعوى طلب الزوج الإذن له بالإشهاد على الطلاق حسماً للنزاع بأقل تكلفة زمنية بالنسبة للطرفين وبالنسبة للمحكمة كذلك. وهذا ما يهدف إليه المشرع عندما أمر بالإيداع السابق على الحكم وأدخل كالأصل في المستحقات وهو مجرد دين، وكذلك لما منع الطعن في الحكم الصادر بإنهاء العلاقة الزوجية. (م. 128).

2- المتعة وطلب الإذن بالطلاق:

[180] طبقاً للصياغة الظاهرة للمادتين 84 و89 يحكم بالمتعة في جميع حالات طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق صدر من الزوج، أو من الزوجة ولأي سبب. وهو ما يسير عليه القضاء حسب ما اطلعنا عليه من أحكامه. لكن ألا تنبغي مناقشة استحقاق المتعة في الحالات التي يكون فيها خطأ الزوجة، أو رغبتها الخاصة هي التي دفعت الزوج إلى طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق، أو تملك ذلك لزوجته؟

يبدو أن الموضوع قابل للمناقشة، فغاية ما تدل عليه م. 84 و89 هو تقرير المتعة بصيغة عامة، والعالم قابل للتقييد بنص خاص أو بقرائن تحد من عموميته، ومن هذه القرائن ربط تقدير المتعة بمدى تعسف الزوج في توقيع الطلاق، فبماذا تفسر المتعة في حالة ثبوت التعسف من الزوجة؟

نعم يتعين استحضار ما سبقت الإشارة إليه أي الوضعية الشاذة الناجمة عن التفسير الفقهي والثقافة الاجتماعية وهي عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات المفروضة على الزوجة أثناء العلاقة الزوجية، الأمر الذي يجعل المتعة ملاذاً لتدارك آثار عدم التوازن هذا، ومع ذلك تبقى إمكانية عدم الحكم بالمتعة واردة في الحالات التي تفرضه فيها مبادئ العدل والمساواة التي يطالب بها الجميع.⁽¹⁾

3- المتعة في حالة التعلق للشقاق:

[181] هذا الموضوع أكثر تعقيداً بسبب صياغة م. 97 التي سبقت الإشارة إلى ملاسباتها

(1) وأقصى ما يمكن أن تحكم به المحكمة هو عدم استحقاق المطلقة للمتعة عندما يثبت لها مبرره ولا تتجاوز ذلك إلى الحكم بتعويض للزوج، لأن ذلك لا سند له في النصوص الخاصة بالطلاق، وإذا أراد الزوج المطالبة بتعويض فعليه الاتيئاء إلى طلب الطلاق للشقاق.

والعمل القضائي التابع لرأي الفقه الذي يقصر المتعة على حالة الطلاق الاختياري من الزوج.

لذلك يبدو الإقناع بوجود المتعة في التطليق للشقاق، أو بعدم وجوبها أمراً متعذراً.

فما يؤيد الرأي بوجود الحكم بالمتعة:

- النص القرآني العام الذي أمر بها في صياغة شبه تعبدية ﴿وَالطَّلَاقُ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وهو ما أخذت به بعض المذاهب الفقهية كان الطلاق من الرجل أو بمبادرة من المرأة.

- إنصاف الزوجة من الاختلال الواضح بين واجباتها في البيت الزوجي وبين حقوقها الاقتصادية فيما يكتسب لصالح هذا البيت سيما عندما تخرج منه قسراً وهي ضحية عجز أو عاهة ناتجة عن أداء واجباتها الزوجية.

- نقادي تمكين الزوج من تعطيل النص المقرر للمتعة بالنجاءه إلى التطليق للشقاق بدل طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق فلا يتخلص من أداء المتعة وحدها وإنما من نفقة العدة كذلك⁽¹⁾ خصوصاً وأن طلب التطليق للشقاق يستجاب له حتماً ولو لم يثبت الطالِب أي مبرر له.

- يضاف إلى كل ذلك أمر المادة 97 بالحكم بالمستحقات الواردة في م. 84 التي منها:

المتعة.

ومما يؤيد الرأي القائل بعدم استحقاق الزوجة للمتعة في حالات التطليق للشقاق:

- التوجه الفقهي العام الذي يقصر المتعة على حالات طلاق الزوج الاختياري، دون

حالات التطليق القضائي.⁽²⁾

(1) لأن التطليق للشقاق بائن فلا نفقة فيه أثناء العدة إلا أن تكون المطلقة حاملاً م. 196 من مدونة الأسرة.

(2) صحيح أن الفقه عني بحالات التطليق القضائي بطلب من الزوجة، ولم يدرج فيها التطليق للشقاق، مع ذلك فإن من

- صعوبة إيجاد مبرر للجمع بين طلب الزوجة ورغبتها في الطلاق وبين الحكم لها بتمتع
على الزوج المتمسك باستمرار العلاقة الزوجية.

- ان الشقاق المطلوب التطليق من أجله قد تكون أسبابه تصرفات الزوجة وسلوكها
الخل بالحقوق والواجبات المنصوص عليها في م. 51 من مدونة الأسرة.

- المشرع في م. 97 نص صراحة على إمكانية الحكم لأحد الزوجين بتعويض يؤديه الزوج
الآخر المسؤول عن حدوث الشقاق، والتمتع في جوهرها تعويض فكيف يجمع بينهما؟ بل إن
عدم ذكر التمتع صراحة⁽¹⁾ في هذا النص والتأكيد على إمكانية أداء أحد الزوجين التعويض
للآخر، يؤيدان حصر التمتع في حالات طلب الإشهاد على الطلاق، أما في حالات التطليق
للسقاق فيتم الاحتكام إلى قواعد التعويض بشرط ثبوت مسؤولية أحد الزوجين عن هذا
التطليق.

لكن لا بد من التأكيد على مراعاة الفوارق بين الزوجين في تقدير مفهوم الضرر
والتعويض عنه.

فتنصر الزوج ينحصر أساسا فيما لحقه مباشرة من إنهاء العلاقة الزوجية وأسبابه.

تعرض لهذا التطليق كبن العربي أكد أن "عقود الابدان لا تتم إلا بالاتفاق والتآلف وحسن التعايش فإذا فقد
ذلك لم يكن لبقاء العقد وجه، وكانت المصلحة في القرعة وبأي وجه رأيها (أي المكان) من المشاركة أو أخذ شيء
من الزوج أو الزوجة" - أحكام القرآن - 425/1.
فإن العربي لم يستعمل مصطلح "التمتع" وإنما عوضها بعبارة "أخذ شيء من الزوج أو الزوجة" وتفسيرها الأقرب
هو: التعويض.

(1) يمكن أن يثار بأن التمتع مقررة بإحالة م. 97 على م. 84 التي أوردت التمتع ضمن مستحقات الزوجة المطلقة، لكن
من البديهي أن الإحالة لا تعني التطبيق الحتمي للمستحقات الواردة في م. 84. فلما نصت عليه هذه المادة "نفقة
العدة" وهي غير مستحقة قطعا في التطليق للشقاق متى كانت الزوجة غير حامل. لذلك فإن مجرد الإحالة على م.
84 لا يكفي سندا للحكم بالتمتع في حالات التطليق للشقاق.

بينما الزوجة يؤخذ في تقدير الأضرار اللاحقة بها وتعويضها ما قامت به لفائدة البيت الزوجي طيلة الحياة الزوجية، وهو ما عبر عنه المشرع في م. 84 بمرعاة قبرة الزواج. ولذلك فإن المتعة وإن شابهت التعويض تبقى لها عناصرها المميزة لها، والتي بها تحقق الإنصاف والعدل للزوجة التي وضعت لها الثقافة الاجتماعية مركزاً غير متوازن بين الالتزامات والحقوق وبالخصوص الحقوق الاقتصادية.

لذلك ينبغي أن يكون تقدير التعويض المنصوص عليه في م. 97 متوخى فيه حكمة

المتعة المقررة للمطلقة.

كل هذه الملابس المساعدة على الاختلاف في التأويل يحمل محكمة النقض مسؤولية اجتهاد يستطيع إقناع قضاء الموضوع بالالتزام به.

4- سكنى العدة ونفقتها:

[182] سبقت الإشارة إلى التردد في تكييف هذه الأحكام بين التعبد، وبين صفة الحقوق الخاصة التي يمكن التنازل عنها. وإذا كانت بعض أحكام قضاء الموضوع قررت رفض طلب الزوجة الحكم لها "بمستحققاتها" الشاملة لسكنى ونفقة العدة، فإنها لم تورد تعليلاً خاصاً لهذا الرفض عدا التعليل بتحميلها المسؤولية عن الشقاق.

إن النظرة السائدة في تكييف الأحكام المنظمة للأسرة يصعب معها تكييف سكنى ونفقة العدة بالحقوق الشخصية الخاصة للمعتدة، وبالتالي خصم مبالغها من التعويض المستحق للزوج في حال ثبوت مسؤولية الزوجة عن التطلق للشقاق.

لكن لا يبدو أن الحل هو ما تذهب إليه أحكام قضائية أخرى من الحكم للزوجة بمقابل سكن ونفقة العدة مع الحكم عليها بأداء تعويض للزوج، هذا التوجه يثير صعوبات في التنفيذ، ويخالف ما يسير عليه القضاء من تطبيق أحكام المقاصة عند وجود دائنة متبادلة بين الخصمين، قبل الحكم بنتيجتها على الطرف المدين.

لذلك يكون المرغوب فيه تصدي محكمة النقض للموضوع علماً بأن:

- ما يجب للمطلقة طلاقاً بائناً وغير الحامل مختلف فيه بين ثلاثة أقوال: لها السكنى والنفقة في فترة العدة، لا سكنى لها ولا نفقة، لها السكنى دون الكسوة والنفقة.⁽¹⁾

- وأن الأمر لا يتعلق بإلغاء حكم مقرر نصاً (نفقة الحامل) أو اجتهداً (سكنى العدة) وإنما مجرد إجراء شكلي هو أنه في حالة تقرير المحكمة للحكم للزوج بتعويض تحدد مبلغه، كما تحدد مستحقات الزوجة وتخصم المبلغ الأقل منهما من الأكبر، فلا تحكم على الزوج أو على الزوجة إلا بما زاد عن مستحقاته على المحكوم له، بدل ما رأياه من الحكم بمبلغ على كل من الزوجين لصالح الآخر.

5- نفقة الأطفال:

[183] ما يزال القضاء يهمل م. 199 المتعلقة بإلزام الأم الموسرة بالنفقة على الأبناء في حدود ما يجز عنه الأب، سواء أثناء العلاقة الزوجية أو بعد انفصالها. وبهنا الآن تطبيق م. 97 في الموضوع.

في قضايا الطلاق للشقاق - كما في غيرها - يصدر الحكم على الأب وحده بنفقة الأطفال، وفي حالات غير قليلة تكون المبالغ المحكوم بها أقرب إلى الرمزية منها إلى التكاليف الضرورية للعيش، والأمر لا يوجع دائماً إلى مستوى دخل الأب، وإنما يتأثر أكثر بعمل قضائي متوارث.

(1) يقول ابن القيم إن المطلقة طلاقاً بائناً لا سكنى لها ولا نفقة "وبه يقول أحد بن حنبل وأصحابه، وإسحاق بن راهويه وأصحابه وداود بن علي وأصحابه وسائر أهل الحديث" والرأي الثاني: "أن لما النفقة والسكنى، وهو قول عمر بن الخطاب وابن مسعود وقضاء الكوفة رضي الله عنهم "والرأي الثالث: أن لما السكنى دون النفقة وهذا مذهب أهل المدينة وبه يقول مالك والشافعي رحمهما الله" - زاد المعاد - 193/4 - انظر أيضاً القرطبي في تفسيره - 166/18 والطبري - 144/14.

وما يستدعي الملاحظة هو أننا لم نعثر على حكم واحد بنى المبلغ المحكوم به على بيان المستوى الفعلي لتكاليف الحياة، انطلاقاً طبعاً من الدخل الثابت للأب. وإضافة إلى ذلك لا نجد المحاكم - في حالة عدم كفاية دخل الأب - تشير إلى الوضع المالي للأم وما إذا كان في إمكانها المساهمة في نفقة الأبناء، وبأية نسبة.

ويبدو من الضروري مناقشة الموضوع سيما وأن م. 85 تأمر بمراعاة الوضعية المعيشية والتعليمية التي كان عليها الأطفال قبل الطلاق.

إن الأطفال هم المتضررون أكثر مغنوياً ومادياً من طلاق أبويهم، ومع عجزهم عن الدفاع عن أنفسهم، لا يبدو أن الكبار شعروا بالمسؤولية إزاءهم فيسعون إلى تخفيف قساوة الحياة معهم.

لهذا فإن المطلوب من الاجتهاد القضائي أمران:

- الأول: إعادة النظر في التقدير السائد الآن في أحكام القضاء لنفقة الأطفال، والسعي - قدر الإمكان - إلى المحافظة على وضعيتهم المعيشية والتعليمية التي كانوا عليها قبل الطلاق.
- الثاني: في حال عدم كفاية موارد الأب للمحافظة على تلك الوضعية، تلزم الأم بإتمام الخصاص في حدود الإمكانيات المتوفرة لها، وقد تراعى في ذلك المسؤولية عن الشقاق وإنهاء العلاقة الزوجية.

الفصل الثالث

التطبيقات بطلب من الزوجية

[184] أهم الموضوعات التي دار النقاش حولها في اللجنة الاستشارية بخصوص طلب

الزوجة للتطليق هي:

- 1- طول إجراءات المسطرة وما يتخللها من تعقيدات عانت منها الزوجة كثيرا في ظل مدونة الأحوال الشخصية وفي حالات غير قليلة تنتهي الإجراءات برفض الدعوى.
 - 2- ضرورة تعميم قيام المحكمة بمحاولة الصلح في جميع طلبات الطلاق والتطليق مع بيان الإجراءات التفصيلية لهذه المحاولة.
 - 3- الإبقاء على أسباب التطليق كما وردت في المدونة السابقة، أو إضافة أسباب أخرى، أو النص على سبب عام مع ذكر تطبيقاته حصريا أو كأمثلة.
- وفي هذا الصدد قال أحد الأعضاء:

"إن الأسباب الخمسة الموجبة للتطليق المنصوص عليها في المدونة لم يرد بها نص لا في الكتاب ولا في السنة باستثناء حالة الإيلاء (التي لم يبق لها وجود تقريبا بعد اختفاء ظاهري). تعدد الزوجات، وملك المين (بل الأمر يتعلق بآراء فقهية فقط، لذا تساءل عن موقف اللجنة من هذا الموضوع: هل ستعتمد على الآراء الفقهية على اعتبار أنها لا تمس، أم ستعمل على الاجتهاد للوصول إلى رأي توفيقي في الموضوع... يمنح للمرأة حق طلب التطليق من أجل رفع الظلم عنها. لذلك يقترح: صياغة قاعدة عامة أو قاعدتين كسبب للتطليق تتجلى في الإخلال الخطير بالالتزامات الزوجية، أو الإخلال الخطير بالمعاشرة الحسنة أو بالمساكنة المعروف، إلى غير ذلك من المصطلحات التي وردت في القرآن، والتي تعتبر أكثر دقة وأشمل من الضرر الذي لا يستوعب كل الحالات...".

وأشار عضو آخر إلى "ضرورة الإبقاء على الضرر، لأنه يستوعب جميع الحالات، وأنه وارد في الفقه والقرآن. وأضاف بأنه ليس هناك ما يمنع من استحداث حالات جديدة ضمن موجبات التطلاق للضرر، إذا كان من شأنها إيقاع الضرر بالزوجة: كإدمان الزوج على المخدرات، القمار، الخيانة الزوجية، الشذوذ الجنسي... الخ. لكن قبل ذلك يجب تحديد مفهوم الضرر، والتأكد من واقعية هذا الضرر، فالمرأة كما لا تستطيع أحيانا إثبات الضرر، فإنها قد تعتمد في حالات أخرى إلى ادعاء ما ليس حقا، لذلك وجب ترك الأمر بيد القضاء ليحكم في كل قضية على حدة، شريطة التأكد من واقعية الضرر ومن حدوده فعلا...".

وأضاف عضو ثالث: "أن أنواع التطلاق الواردة في المدونة تعود كلها لمبدأ "الضرر يزال" وهو الحكم الذي أخذ من المذهب المالكي وأصبح مقرا في جميع مدونات الأحوال الشخصية للبلدان الإسلامية، واعتبر أنه لا مانع من وضع بند تحت عنوان: التطلاق للضرر، ثم يفصل بعدئذ هذا الضرر: إما لعدم النفقة، أو المهجر، أو الغيبة، أو الإيلاء إلى غير ذلك، فكل ضرر خصوصيته ووسائل إثباته، والأحكام التي تطبق عليه، والآثار التي تترتب عليه "واقترح في حال عرض النزاع على القاضي: "إذا لم يتوصل إلى إصلاح ذات البين بينهما وأصررت الزوجة على طلب الطلاق:

فإن كان الضرر جسيما لا يليق بمثلها، أو كانت اشترطت عليه أن لا يضر بها حكم لها بالطلاق، وإن كان الضرر خفيفا وبثت أنه لا موجب له، أندر الزوج بأن لا يعود، ويمكن أن يعزره ويرفض طلب التطلاق ما دام لم يعد إلى الإضرار بها، وإلا طلقت عليه بناء على طلبها".

بعد مناقشات تم التمسك بأسباب التطلاق كما كانت في مدونة الأحوال الشخصية قدمت م. 98 بالصيغة التالية:

"للزوجة طلب التطلاق بناء على أحد الأسباب الآتية:

- 1- الضرر.
- 2- عدم الإنفاق.
- 3- الغيبة.
- 4- العيب.
- 5- الإيلاء والهجر."

كما قدمت م. 99 بفقرتها الثانية وحدها وهي: "يعتبر ضرراً مبرراً لطلب التطليق، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مغل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية".

وفي الصياغة النهائية أضيف:

في م. 98 "إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج".

وفي م. 99: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضرراً مبرراً لطلب التطليق".

وبذلك لم تتجاوز مدونة الأسرة أسباب التطليق وفق ما استنسختها من الفقه المدونة السابقة، كل ما أضافته اللجنة الاستشارية هو بعض التفاصيل في تحديد الضرر الذي شمل في الصياغة النهائية كل إخلال بشرط في عقد الزواج.

[185] ودعوى التطليق لأي سبب من الأسباب الخمسة ترفع وفقاً للإجراءات العادية للدعوى المدنية إلى المحكمة المختصة بالترتيب الوارد في ف. 212 من قانون المسطرة المدنية الذي جاء فيه: "يقدم وفقاً للإجراءات العادية مقال التطليق إلى المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرة نفوذها: بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو التي أبرم فيها عقد الزواج".

ولا تطبق م. 79 من مدونة الأسرة التي أضافت "محل إقامة الزوجة".

ونتناول مضامين هذا الفصل في مبحثين: نخصص الأول لعرض أسباب التطلاق بطلب من الزوجة والثاني للملاحظات عامة حول هذه الأسباب.

المبحث الأول

أسباب التطليق

[186] الأسباب التي أوردتها مدونة الأسرة خمسة وهي منقولة من الفقه وبالأخص من مذهب مالك: الضرر، وعدم الإنفاق، والغيبة، والعيب، والإيلاء والهجور. ونعرضها في ثلاثة مطالب: الضرر، ثم عدم الإنفاق والغيبة وأخيرا العيب والإيلاء والهجور.

المطلب الأول : الضرر

[187] الضرر له معنى عام في اللغة. يقول ابن منظور في لسان العرب:

"الضرُّ والضرُّ لغتان: ضد النفع، والضرُّ المصدر، والضرُّ الإسم. وقيل هما لغتان كالشهد والشهد.... والمضرة خلاف المنفعة، وضره يضره ضرا، وضراً به، وأضرَّ به، وضاره مضارة وضاراً بمعنى، والاسم الضرر."

والمعنى اللغوي يعكس الدلالة الاجتماعية والثقافية للضرر، وهو ما يعني من ناحية أنه من الكليات والمعاني العقلية، التي يشترك في فهمها جميع العقلاء كما يقول الشاطبي في الموافقات. ومن ناحية ثانية سمطور دلالاته وتتغير مسارية لتغير المفهوم الاجتماعي للضرر، وثقافة التعايش، ومركز الفرد في المجتمع... والقرآن نهى عن الضرر في غير ما آية، وبخصوص الزوجة نقرأ مثلاً: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾⁽¹⁾ ﴿وَلَا تَضَارُوهُنَّ لِتَضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾⁽²⁾.

والآيتان وإن ذكر المفسرون تعلقهما بالتعسف في استعمال الرجعة، وحقوق المطلقة،

(1) من الآية 229 - سورة البقرة.

(2) من الآية 6 - سورة الطلاق.

فإن منع الإضرار يكون أولى والعلاقة الزوجية ما تزال قائمة.

ونعرض باختصار القراءة الفقهية لمفهوم الضرر بالزوجة ثم التطبيق القضائي، وأخيرا موقف مدونة الأسرة.

أولا - القراءة الفقهية لمفهوم الضرر:

[188] يمكن الحديث عن قراءتين اثنتين:

القراءة الأولى: حافظت على دلالاته اللغوية، واعتبرت ضررا مبرا للتطليق كل تصرف يسيء ماديا أو معنويا إلى الزوجة: "بضرب، أو شتم في غير حق، أو تجويع أو عدم كلام، أو تحويل وجهه عنها في فراشه"⁽¹⁾ أو "هو ما لا يجوز شرعا: كهجرها بلا موجب شرعي، وضربها كذلك، وسبها وسب أبيها نحو يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، يا بنت الملعون، كما يقع كثيرا من رعاك الناس، ويؤذّب (الزوج) على ذلك زيادة على التطليق"⁽²⁾.

"إذا ثبت بالبيئة عند القاضي أن الزوج يضار زوجته وهي في عصمته، ولو كان الضرر مرة واحدة، فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار، فإن شاءت أقامت على هذه الحالة، وإن شاءت طلقت نفسها"⁽³⁾ بطلقة واحدة بائنة، لخبر لا ضرر ولا ضرار... ومن الضرر قطع كلامه عنها، وتحويل وجهه عنها"⁽⁴⁾.

(1) التسولي على التحفة - 302/1.

(2) شرح الدرديد لمختصر خليل - 345/2.

(3) الفقه يخول الزوجة في حال ثبوت الضرر تطليق نفسها مباشرة ولا تحتاج إلى قيام القاضي بتطليقها ولكن الذي يقرر ثبوت الضرر أو عدم ثبوته هو القاضي، ولذلك كانت الممارسة قاصرة على طلب الزوجة إصدار الحكم بالتطليق.

(4) شرح الخريشي على مختصر خليل - 9/4.

وهذا توجه يحدد سنده في النهي القرآني عن الضرر بصيغة مطلقة، وفي قول مالك:

"وليس عندنا في قالة الضرر وكثرته شيء معروف".⁽¹⁾

أما القراءة الثانية للضرر بالزوجة فتستحضر ما اصطلاح عليه بحقوق الزوج على زوجته

من القوامة، والطاعة، وعدم النشوز، وحق التأديب....

هذه القراءة ترى أن من تصرفات الزوج التي تعتبر من حقوقه وليست ضررا

بالزوجة:

- ربطها بالجلال إذا تمتعت من مضاجعتها، يقول الطبري مثلا:

"فإذا كان في كل هذه المعاني ما ذكرنا من الخلل اللاحق، فأولى الأقوال بالصواب في ذلك أن يكون قوله (وَأَجْرُهُنَّ) موجها معناه إلى معنى الربط بالحجار على ما ذكرنا من قيل العرب للبعير إذا ربطه صاحبه بجبل على ما وصفنا: هجره فهو يهجر حجرا، وإذا كان ذلك معناه كان تأويل الكلام: واللائي تخافون نشوزهن، فعظوهن في نشوزهن عليكن، فإن اتعظن فلا سبيل لكم عليهن، وإن أبين الأوبة من نشوزهن، فاستوثقوا منهن رباطا في مضاجعتهم، يعني في منازلتهم وبيوتهم التي يضطجعون فيها ويضاجعون فيها أزواجهم".⁽²⁾

(1) البهجة على التحفة للتسولي - 302/1.

(2) جامع البيان عن تأويل آبي القرآن - 66/4، وقد انتقد ابن العربي رأي الطبري هذا فقال:

"يا لها هفوة من عالم بالقرآن والسنة، وإني لأعجبكم من ذلك، إن الذي أجراه على هذا التأويل ولم يرد أن يصرح بأنه أخذته منه، هو حديث غريب (هو مجرد رواية لرأي صحابي) رواه ابن وهب عن مالك: أن أسماء بنت أبي بكر الصديق امرأة الزبير بن العوام كانت تخرج حتى عوتب في ذلك، قال وعقب عليها وعلى ضرتها، فعقد شعر واحدة بالأخرى، وضربها ضربا شديدا وكانت الضرة أحسن اتقاء، وكانت أسماء لا يمتنع، فكان الضرب بها أكثر وأثر، فشكت إلى أبيها أبي بكر، فقال لها: أي بنية أصبري، فإن الزبير رجل صالح ولعله أن يكون زوجك في الجنة... فأرى الربط والعقد مع احتمال اللفظ مع فعل الزبير، فأقدم على هذا التفسير لذلك.

- ضربها ضربا غير مبرح أي لا يكسر عظما ولا يشين جارحة (يلحق بها عاهة) يقول القرطبي في تفسيره.⁽¹⁾

"وإذا ثبت هذا فاعلم أن الله عز وجل لم يأمر في شيء من كتابه بالضرب صراحا إلا هنا وفي الحدود العظام، فساوى معصيتهن بأزواجهن بمعصية الكاثر، وولى الأزواج ذلك دون الأئمة، وجعله لهم دون القضاة بغير شهود ولا بينات اثمتا من الله تعالى للأزواج على النساء. قال المهلب: إنما جوز ضرب النساء من أجل امتناعهن على أزواجهن في المباشعة واختلف في وجوب ضربها في الخدمة، والقياس يوجب أنه إذا جاز ضربها في المباشعة جاز ضربها في الخدمة الواجبة للزوج عليها بالمعروف. وقال ابن خزيمة: والنشوز يسقط الفقة وجميع الحقوق الزوجية، ويجوز معه أن يضربها الزوج ضرب الأدب غير المبرح... فإذا رجعت عادت حقوقها، وكذلك كل ما اقتضى الأدب لجائز للزوج تأديبها، ويختلف الحال في أدب الرفيعة والدينثة: فأدب الرفيعة العزل، وأدب الدينثة السوط."

[189] وإلى هذه القراءة الثانية مالت أغلب الفتاوى في كتب النوازل التي كانت تشكل المرجع الأساسي لعمل القضاء.

ففي النوازل الجديدة الكبرى للمهدي الوزاني:
سئل أبو القاسم البرزلي: "عمن ضرب زوجته ثلاث ضربات إحداها في عينها بقي أثرها أزرق وتقيّد بذلك رسم."

وعجا له مع تجره في لغة العرب كيف بعد عليه صواب القول وحاد عن سداد النظر."

أحكام القرآن لابن العربي - 418/1.
(1) الجامع لأحكام القرآن - 173/5.

فأجاب: الحمد لله، ليس فيما سطر حوله ما يثبت به للمرأة الخيار في نفسها، إذ لا تطلق المرأة بالضرب الخفيف الغير متكرر ولو لغير المتكرب، ومطلق الزوجة لا يدل على الشدة...

قال بعض المؤقتين: بين اصبغ أنه إن ضربها ضربا خفيفا مرة أو مرتين لغير الأدب لا قيام لها حتى يتكرر ذلك من فعله مرارا، أو يكون الضرب فاحشا، وكأنه جعل ما يقع من ذلك في الغالب محتملا، إذ لا تسلم منه الأزواج، فهو كالمدخل عليه...

وفيهما أيضا عن الواضحة أن من حلف بطلاق امرأته... ليجلدنها عشرة أسواط ونحوها، خلي بينه وبينها وقد أساء، ولا تطلق عليه...

فقد تضمن هذا النقل أمورا تعتبر في الضرب الذي يطلق به كلها منتفية في النازلة: فلا كثرة، ولا تكرار، ولا تفاحش، ولا قبح آثار⁽¹⁾.

ومما أورده الوزاني فتوى لابن لب الذي سئل عن رسم: "مضمنه بعد الحمد لله: وقف شهيداه على عين امرأة اسمها فلانة زوجة فلان، مشتكية بزوجها المذكور، قائلة: إنه ضربها ضربا مؤثما أضربها غاية الضرر، فكشفت عن جسدها فإذا في ظهرها أثر أربع ضربات، وفي ذراعها أثر ضربة، وأخرى في عينا اليمنى وأخرى في ركبها، وأخرى في ساقها الأيمن. وقالت: إن يؤخر جسدها ضربا آخر أكثر مما ذكر، وأضر منه... الخ. فكثر الخوض واللجاج في المسألة، وكل واحد من فقهاء الوقت يفتي بما ظهر له أياما كثيرة...

فأجاب: الرسم حوله لا يجب به تطلاق المرأة المذكورة على زوجها، إذ ليس كل ضرب يكون ضررا. قال ابن حارث: ليس بالضرب - وإن صح إقامة البينة عليه وعلى آثاره الظاهرة -

(1) 458/3 و459.

بالذي يدل على الضرر... وإذا لم تدل آثار الضرب على الضرر لا تطلق به المرأة كما لا يخفى، وإنما تطلق بالضرب الفاحش الكثير. في التليقة: لا قيام للمرأة حتى يكون الضرب فاحشاً، وما يقل منه في الغالب لا يكاد يسلم منه الأزواج فصار كالمدخول عليه".⁽¹⁾

هذه بعض النماذج من الآراء الفقهية في مفهوم الضرر المبرر لطلب التلّيق من المرأة، فهاذا كان في التطبيق القضائي ؟

ثانياً- التطبيق القضائي:

[190] منذ قرون، أشاع الفقه انتهاء وجود قضاة مجتهدين، وألزم القاضي بالتقيد الإجمالي برأي الفقه عن طريق النص في سند تويلته على وجوب الحكم بالراجح، ثم بالمشهور، ثم بما جرى به العمل في مذهب مالك.⁽²⁾

(1) 452/3.

(2) في قضية حكم فيها باليمين على المدعى عليه بعد عجز المدعي عن الإثبات، واستند القاضي في حكمه على حديث: "شاهدك أو يمينه".

وكانت الإجراءات المتبعة هي: عرض الحكم على المجلس الأعلى الشرعي المكون من ثلاثة قضاة، يدون رأيهم فيما إذا كان الحكم سليماً أو مخالفاً للفقه المعمول به فيجب نقضه، ويرفع رأيهم إلى وزير العدل بصفته نائباً عن الملك، ليعلن بناء على رأي المجلس بتأييد الحكم أو ببطالته.

وجاء في حكم صدر وفق تلك الإجراءات:

"إن سعادة وزير العلية وقطب الدائرة العلمية بالإيالة الشريفة المغربية سيدي شعيب الدكالي، بقاه الله سبحانه رافلاً في حلّ العالي بما له من التفويض من لدن الجلالة الشريفة، بعد أن تحقق لديه أن المرافعة في القضية المقررة أعلاه جرت على منهجها، وتمت سائر موجباتها، سواء لدى القاضي، أو أثناء الاستئناف، وبعد اطلاعه على رأي مجلس العلماء الأعلى في شأنها، أصدر حكمه الآتي:

حيث إن القضاة محجور عليهم في الحكم إلا بالمشهور أو الراجح أو ما به العمل، وأن القاضي المقلد لا مجال له في الاستنباط وأن المتعين الحكم بالمشط في كتب مذهب إمامه، وحيث إن الرسم المتناقض لا يعمل به، ولا يقبل في الاحتجاج، وأن الوكيل لا يمتضي عما فعله عن موكله إلا ما هو نظر وفيه المصلحة، وكانت قضية الدعوى منصوصة،

وكان القضاة ملزمون بقبول "الفتاوى" التي يدي بها أطراف الدعى لتأييد ادعاءاتهم، وبالجواب عنها في أحكامهم بالآراء الفقهية من المراجع المعتمدة، ولا صلاحية لهم حتى في ترجيح رأي على آخر.

هذا ما أدى إلى تشدد كثير من الأحكام القضائية في قبول التلطي للضرر. فمما أضافته من الشروط استنادا إلى كتب النوازل / الفتاوى:

1- تكرار الضرر:

[191] جاء في حكم استئنافي في 74/04/11: "ان دعوى الضرر لا تجاب إليها المدعية في أول دعوى حتى يتكرر ذلك كما نص عليه في شرح التحفة" طعن في الحكم أمام المجلس الأعلى الذي لم ينتقد هذا التعليل ولم يتقضى الحكم المطعون فيه.⁽¹⁾

وفي قرار للمجلس الأعلى:

"ان المحكمة قدرت موجب الضرر، لما لها من سلطة تقدير قيمة الحجج، وطبقت عليه مقتضيات القواعد الفقهية تطبيقا صحيحا، وليس بأوراق الملف ما يدل على تكرار الضرر"⁽²⁾.

وفي قرار آخر للمجلس:

يتعين أن تكثر الدعاوي بالضرر فقد رفض طعن الزوجة بناء "على أن المستأنفة (الطاعة) لم تعين نوع الضرر الذي يصيبها من زوجها المستأنف عليه، واكتفت بأن ذكرت

وأن الصواب فيها هو أنه لا يمين على واحد من المدعى عليها، وكان حكم القاضي على المدعى عليه بالشراء باطل، وكذلك استنباطه الحكم من الحديث باطل... وأنه لا يمين على واحد من المدعى عليها... حكما نهائيا أنفذناه وأمضيناه وألزمنا العمل بمقتضاه..." 6 ذي الحجة عام 1338 (1920/08/21).

الحكم منشور في مجلة رابطة القضاة. عدد 1 ص. 47 وفي مجلة القضاء والقانون عدد 2 ص. 239.

(1) قرار المجلس الأعلى عدد 75/147 تاريخ 75/06/16 - غير منشور.

(2) قرار عدد 149 تاريخ 67/01/24 - ق.م.ع. عدد 4 ص. 25.

أنه يضرها وسكنت. وحيث إن تطبيق الفصل 56 من المدونة لا يكون إلا في الحالة التي تدعي الزوجة بأن الزوج يضرها، وتعين الضرر، وتكاثر الدعاوى بينهما⁽¹⁾.
هذا القرار أضاف "تكاثر الدعاوى" ولا ندري ما هو حد هذا التكاثر الذي يتوقف عليه قبول التلطق للضرر.

2- عدم اتصال الزوجين أو اختلاهما بعد حدوث الضرر:

[192] في دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية، طلبت الزوجة تأخير البت فيها إلى أن يفصل في دعوى التلطق للضرر التي رفعتها ضد زوجها.
رفضت المحكمتان الابتدائية والاستئنافية طلبها، بناء على عدم الترابط بين الدعوتين، وأن دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية لا يتوقف البت فيها على الحكم في دعوى التلطق.

ونقض المجلس الأعلى الحكم الاستئنافي لعله أنه:

"يتضح من شرح التسوي عند قول صاحب التحفة: وبثت الإضرار بالشهود... الخ، أن الزوج إذا ادعى بعد قيامها بالضرر أنها مكنته من نفسها وصدقته، سقط حقها كانت جاهلة أو عالمة.

وان الرجوع إلى بيت الزوجية والحال أن دعوى التلطق جارية، يفتح المجال أمام الزوج لادعاء الخلو وتمكينه من نفسها، وبالتالي يكون إذ ذاك القول قوله⁽²⁾.

(1) قرار عدد 505 تاريخ 75/09/22 - غير منشور.

(2) قرار عدد 246 تاريخ 1982/04/19 - م.ق.ق. عدد 132 ص. 151.

والملحظ أن القرار تجاوز النقل الذي أورده عن التسوي فاعتبر مجرد الخلو وادعاء الزوج الاتصال مستقلاً لدعوى التلطق، ولو أنكزت الزوجة الاتصال، والحال أن التسوي يشترط تصديقها للزوج في حدوث الاتصال.

واعتبر القرار الحكم المطعون فيه خارقا للفصل 82 م.ح.ش. الذي يحيل على الراجح، والمشهور، وما جرى به العمل من مذهب مالك.

والقرار لا شك بلغ الغاية في التشدد للتطبيق للضرر، لأنه يفرض على المرأة بمجرد حصول الضرر أن تغادر بيت الزوجية لتعرض نفسها لإضرار ربما أشد مما لحقها من زواجها.

ومن ناحية ثانية القرار متعارض مع من يشترط تكرار الضرر وهو ما أخذ به المجلس نفسه في القرار 147 المشار إليه وتكرار الضرر لا يتحقق إلا مع وجود المتضررة بيت الزوجية، وإذا كان هذا الوجود يسقط الضرر السابق فإن تكرار الضرر لن يتحقق أبداً، لأن ما سقط لا يمكن العودة إليه من جديد وبناء طلب التطلاق عليه.

ان الآثار العملية لهذا التوجه بالغة الخطورة:

إذ يتعين على المرأة أن تغادر بيت الزوجية فور حصول الضرر الذي تريد بناء دعوى التطلاق عليه:

فهل هذا حكم عادل بالنسبة للمرأة التي يفرض عليها - إضافة إلى ضرر زواجها بها - ضرر آخر هو حرمانها من المسكن والنفقة، ومساكنة أبنائها، والبحث عن مكان استقرار جديد، لا يعلم أحد كيف، وأين تجده ويمدبر وسائل العيش فيه؟ في انتظار رفع دعوى النفقة على الزوج، والحكم عليه بتنفيذ الحكم...

أليس في هذا تشجيع على الفقرة النهائية، وتصفية العلاقة الزوجية قبل الأوان؟ خصوصا وأن دعوى التطلاق في ظل المدونة السابقة كانت تستغرق فترة غير يسيرة قلما تقل عن خمس سنوات وقد تزيد عن عشر سنين.

ومن ناحية ثانية ألا يكون هذا وسيلة للمرأة التي ترغب في النكاح بالزوج والحصول على إجازة طويلة الأمد ومدفوعة الأجر؛ إذ يكفيها أن تسجل دعوى التطلاق للضرر لتطلب من القضاء إلزام زوجها بالإفراق عليها في مسكنها الجديد ما دامت ملزمة بمغادرة منزل الزوجية تفاديا للخلوة التي تسقط حقها في التطلاق للضرر، وبذلك لا تعتبر ناشرا، ولا توقف نفقتها.

3- إثبات عدم وجود سبب شرعي للضرر:

[193] من المبادئ الأولية للإثبات أمام القضاء أن الذي يكلف به من الخصمين، هو من يدعي خلاف الأصل، أو خلاف الغالب من وقائع الحياة المعيشة.

وفي دعوى التطلاق للضرر تلزم المدعية بإثبات ادعائها وهو واقعة الضرر الذي تدعيه، فإذا أثبتتها بقي احتمال ما إذا كان تصرف الزوج الذي أثبتته المرأة ليس له سبب مشروع، أو له سبب يبرره.

إن الإضرار بالزوجة لا يتم إلا بالمساس بحق من حقوقها والاعتداء عليه كالضرب أو التعنيف، أو معنويا كالسب والقذف والمنع من زيارة عائلتها وغير ذلك، وإذا أثبتت الواقعة المادية للاعتداء، وادعى الزوج وجود مبرر لتصرفه غير المشروع، فإن المنطق ومبادئ الإثبات القضائي تفرض تكليف الزوج بإثبات المبرر الذي يدعيه. لكن القضاء سار في اتجاه معاكس وألزم طالبة التطلاق بإثبات عدم وجود مبرر لما أثبتته من إضرار الزوج بها.

ففي قرار للمجلس الأعلى يتعلق بقضية حكمت ابتدائيا بإلغاء طلب التطلاق للضرر لعله أن "بينة المدعية السماعية بالضرر عدد 560 لا تنهض بها حجة لعدم النص على سبب الضرر، ويجز وكل المدعية عن بيانه بعد تكليفه به" وأيد الحكم استئنافيا.

وعند طلب النقص أجابها المجلس بأن "الحكمة قدرت موجب الضرر لما لها من سلطة

تقدير قيمة الحجج، وطبقت عليه مقتضيات القواعد الفقهية تطبيقاً صحيحاً".⁽¹⁾

وفي قضية مماثلة حكم ابتدائياً واستئنافياً بالتطبيق بناء على ثبوت الضرر بينة سماع أكد شهودها أن الزوج يضر بزوجته بختلف أنواع الضرر.

ونقض المجلس الأعلى القرار الاستئنافي قائلاً: إن موجبا "كهذا لا يمكن قبوله شرعاً، إذ يشترط لإثبات الضرر بالسماع أن يشهد الشهود بأن إساءة الزوج لزوجته تكون من غير ذنب جتته: فقد نص الزرقاني شارحاً لقول خليل عاطفاً على ما تعمل فيه شهادة السماع من باب الشهادات (وضرر زوج) هما أو أحدهما كأن يشهدوا بالسماع الفاشي أن فلانا يضر بزوجته بالإساءة إليها من غير ذنب".⁽²⁾

علماً بأن هذا القرار الذي تقضه المجلس، قضى بالتطبيق بناء على أن الزوجة أسست دعواها على أن زوجها اعتدى عليها بالضرب "وتركها مشخنة بالجراح" وأن الزوج أجاب بالإنكار، غير أن المدعية أدلت "بحكم جنحي بإدانة الزوج بتهمة الضرب والجرح".

إن الإدانة الجنائية بالضرب والجرح تثبت بقوة القانون واقعة الاعتداء على الزوجة وتغنيها، والإنكار المجرد من الزوج لا يفيد شيئاً، كل هذا ألقي به في سلة المهملات ونقض القرار الاستئنافي لأن الزوجة المغفلة لم تثبت أن الضرب الذي تلقتة "كان من غير ذنب" اقترفته...!!

إلى جانب هذا الخرق الواضح لقواعد الإثبات بقلب عبء الإثبات بين الخصمين، تضمن القراران المشار إليهما تجاوزاً آخر لهذه القواعد.

(1) قرار عدد 149 تاريخ 1967/01/24 - ق.م.ع. - 25/4.

(2) قرار عدد 2456 تاريخ 20 مارس 1984 - ق.م.ع. - عدد 37 - 38 ص. 129.

فمن المعروف أن الواقعة السلبية المطلقة غير قابلة للإثبات القضائي لأن ذلك تكليف بحال، والقرار ألزم المدعية بإثبات أنها "لم تقترب ذنباً" وهي واقعة سلبية عامة، وإثباتها مستحيل بدهاءة مثل تكليف الشخص بإثبات أنه لم يكذب أو لم يعامل صديقاً بسوء.

والفقهاء الذين أحقوا هذه العبارة وألزموا العدلين بتضمينها في شهادة الشهود ارتكبوا خطأ مزدوجاً، وذلك باشتراط ورود العبارة في وثيقة الشهادة لقبول شهادة الشهود بدل أن يكون هذا الورد موجبا لاستبعادها، لأن قول الشاهد "لم تقترب ذنباً" كذب صريح لاستحالة إحاطته بتفاصيل الحياة بين الزوجين وعلاقتهما ليلاً ونهاراً ولحظة بلحظة.

وبعبارة أخرى استبعاد الشهادة التي لا يصح فيها الشاهد بعبارة "من غير ذنب ارتكبته الزوجة" يستدعي ملاحظتين أساسيتين حول علاقة الشهادة بكل من عناصر الدعوى والقاضي:

● الملاحظة الأولى علاقة الشهادة بوقائع الدعوى:

[194] ان الشاهد ينقل إلى المحكمة الواقعة أو الوقائع التي يعلمها، وتقدر شهادته في حدود هذه الوقائع التي شهد بها، ولا يهم بعد ذلك أن تشمل شهادته كل الوقائع التي يدعيها المشهود له أو تكون قاصرة على بعضها. وهذا أمر بدهي، فالشهادة مرتبطة بما في علم الشاهد وليس بعناصر الدعوى كلها.

وقرار النقض السالف الذكر اعتبر أن شهادة الشهود غير مقبولة لأنها اقتصر على واقعة الضرر دون واقعة كون الضرر كان من غير ذنب كما تدعي المدعية.

فأي مبدأ يقرر عدم قبول شهادة الشاهد لمجرد أنه شهد بإحدى الواقعتين المنفصلتين دون الواقعة الأخرى؟

إذا صرح شاهد مثلاً أمام المحكمة أو لدى العدلين أنه شاهد أو سمع سماعاً فاشياً أن الزوج ضرب زوجته، أو سبها، أو قذفها، وأضاف أنه لا علم له بسبب الضرب أو السب أو القذف.

من المؤكد أنه لا مبرر لرد شهادته لجحد أنه لا علم له بسبب الضرر المرتكب. فالشهادة لا يشترط لقبولها أن تحيط بكل عناصر ادعاء المشهود له، وإنما يكفي أن تتعلق ببعضها، وعلى المشهود له أن يثبت ببقية العناصر بشهادة شهود آخرين أو بأية وسيلة إثبات مقبولة قانوناً.

● الملاحظة الثانية علاقة الشهادة بالقاضي:

[195] مهمة الشاهد قاصرة على نقل الواقعة التي يشهد بها بعناصرها المادية كما عاينها ببصره أو أدركها بحواسه الأخرى، أما التكييف القانوني للواقعة أو الوقائع المشهود بها فهي مهمة القاضي وحده، ولا علاقة للشاهد بها.

القرار موضوع المناقشة أكد أن شهادة اللقيف التي أدلت الزوجة بها، ورد فيها "إن الزوج يضرب زوجته بأنواع الضرر المختلفة" وأن هذا اللقيف لو أضاف عبارة "من غير ذنب اقترفته" لكان حجة شرعية للحكم بالتطبيق.

إن ما ورد في القرار يعني تمازج القاضي عن مهمته في تكييف الوقائع وتخويلها للشاهد.

فكيفية تصرفات الزوج بكونها تشكل "ضرراً" أم لا، من صلاحيات القاضي وحده، أما الشاهد فالمطلوب منه تحديد التصرفات التي علم صدورها من الزوج ونقل عناصرها المادية كما عليها. مثلاً إذا كان تصرف الزوج ضرباً أو تعنيفاً وصف ما عاينه في شهادته، وإذا كان سباً أو قذفاً بين الكلمات التي سمع صدورها من الزوج، وبقى تكييف كل ذلك للقاضي.

وإذا شهد الشاهد بأن الأضرار بالزوجة كان "من غير ذنب اقترفته" فإن شهادته لا تكون مقبولة لأنه من ناحية شهد بواقعة سلبية عامة حصول العلم بها محال، ومن ناحية ثانية عبارة "من غير ذنب اقترفته" تشكل تكييفاً لسلوك الزوجة وتصرفاتها وهو ما يعتبر تجاوزاً لحدود الشهادة وتدخلها في صلاحيات القاضي ومصادرة لاختصاصه بالتكييف.

ثالثاً - مدونة الأسرة:

[196] صياغة مدونة الأسرة تضمنت مقتضيات ساهمت⁽¹⁾ في الحد مما كانت تشتكي منه المرأة من صعوبات عند التجاها إلى طلب التطليق للضرر، وهو ما كان يلجئها إلى الخلع⁽²⁾ الذي غالباً ما يبالغ الزوج في تحديد بدله. هذا الواقع الذي لم يكن خافياً على أحد، هو الذي دفع إلى صياغة أحكام التطليق للضرر بعبارات لم تكن في النص السابق.

فما هي هذه المقتضيات التي لم تكن في مدونة 1957؟ وهل كانت لها نتائج عملية؟

أولاً - المقتضيات المستحدثة:

[197] أهم هذه المقتضيات:

1- تحديد أشمل لمفهوم الضرر:

[198] فقد نصت م. 99 على أنه: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضرراً

مهرباً لطلب التطليق.

(1) الصياغة الجديدة لمدونة الأسرة في موضوع الضرر ليست هي وحدها التي قللت من التجاء المرأة إلى الخلع، وإنما السبب الأساسي لذلك هو التطليق بالتشاق الذي يسر لها إنهاء العلاقة الزوجية متى أضرت على هذا الإنهاء.

(2) مثلاً عام 1999 بلغت نسبة الطلاق بالخلع 58,4% مقابل التطليق للضرر الذي لم يتجاوز نسبته 1,1%.

يعتبر ضرراً مبرراً للتطليق، كل تصرف من الزوج، أو سلوك مشين، أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية".

وهي صياغة أوضح مما كان في المدونة السابقة⁽¹⁾ التي تأثر تطبيقها بالتوجه الفقهي والقضائي في موضوع إجراءات التطليق للضرر وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.⁽²⁾

إن إضافة الإخلال بشرط في عقد الزواج⁽³⁾ وسعت مفهوم الضرر، وتجاوزت به المتداول في الفقه وأحكام القضاء كما أن عبارات: سلوك مشين، والإخلال بالأخلاق الحميدة، والإساءة المادية والمعنوية، تمكن القاضي من مسايرة تطور السلوك الفردي والاجتماعي إيجاباً وسلباً وكذلك مفاهيم حقوق الفرد وحرية.

ولذلك نجد من بين ما اعتبره القضاء ضرراً مبرراً للتطليق الوقائع الآتية:

الظن في عرض الزوجة:

[199] فقد طلبت الزوجة الطلاق بسبب الضرر الذي ألحقه بها الزوج بادعائه أن البنت التي ولدها ليست من صلبه. واستجابت المحكمة لطلبها تأسيساً على أنه ثبت لديها "من

(1) كان الفصل 56 منها ينص على ما يلي:

"1- إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثاله، وثبت ما ادعته ونجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه.

2- إذا رفض طلب التطليق وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حَكَمين للساد بينهما.

3- على الحكَمين أن يتفهما أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح، فإن أمكن على طريقة معينة قرارها، وإذا تجرأ عن الإصلاح رُفعا الأمر إلى القاضي لينظر في القضية على ضوء تقريرهما".

(2) ف. 188 وما بعدها.

(3) لا يقتصر تطبيق الفقرة الأولى من م. 99 على الشروط المكتوبة في وثيقة عقد الزواج، وإنما يشمل كذلك ما

اتفق عليه الزوجان فيما بعد والترم به أي منهما الآخر، فيحق للمستفيد من الشرط طلب الملتزم بتنفيذ ما التزم به طبقاً للمادة 52 أو طلب إنهاء العلاقة الزوجية وفق م. 99 كان صاحب الشرط زوجة أو زوجاً.

خلال وثائق الملف وما تضمنته جلسات البحث والصلح أن ادعاء الزوج بأن البنت... ليست من صلبه دون إدلائه بدلائل قوية على ادعائه، أو سلوك مسطرة اللعان، ألحق بالزوجة إساءة معنوية جعلتها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية ما دام أنه اتهمها بموجب ادعائه بأنها أتت بالبنت من زنا...⁽¹⁾

المعز عن الممارسة الزوجية:

[200] مما جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالحسيمة: "وحيث إن بقاء الزوجة بكرا وهي بيت الزوجية... لعدة سنوات ودون أن يترتب عن تلك العلاقة أبناء، يعد ضرا ثابنا لا يستطيع معه دوام العشرة الزوجية مما يكون طلب المدعية بخصوص هذا الشق وجيها ويتعين الاستجابة له"⁽²⁾

الاعتداء على الزوجة بالضرب والجرح:

[201] جاء في قرار للمجلس الأعلى: "تكون المحكمة على صواب عندما حكمت بالتطليق للضرر بناء على ما ثبت لديها من الحكم الجنحي القاضي بإدانة الطالب من أجل الضرب والجرح"⁽³⁾

(1) حكم المحكمة الابتدائية بالتناضور في 2006/06/19 ملف 2004/595 - م.ع.ق. ص. 150 وفي قرار للمجلس الأعلى: "اتهام الزوج لزوجته بالزنا يعد إضرارا بها، يحقق لها أن تطلب التطليق منه لهذا السبب" -

قرار 2005/02/23 في الملف 2004/1/2/239. (2) حكم 2007/06/14 في الملف 2006/676 - م.ع.ق. - ص. 152. وفي نفس الاتجاه قرار محكمة الاستئناف بفاس في 2007/02/15 ملف 7/06/333 - م.ع.ق. - ص. 139.

(3) قرار 2005/02/23 في الملف 2004/1/2/452، ومثله حكم ابتدائية بركان في 04/10/14 ملف 04/458 ع.ق.أ. - III/1.

إدانة الزوج بجريمة مشينة:

[202] فقد قضت المحكمة الابتدائية في آسني بالتظليق للضرر بناء على "انه بالاطلاع على الحكم الابتدائي المدلى به يتبين بأن الزوج المدعى عليه محكوم بسنة واحدة ونصف حبسا نافذا من أجل جنح الاتجار في المخدرات والفساد والسكر، وهي أفعال أساءت إلى سمعة الزوجة وأضررت بها".⁽¹⁾

وجاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالجديدة:

"وحيث أقر المدعى عليه بأنه فعلا مدان من أجل السرقة فحكم عليه بعشرة أشهر حبسا نافذا.

وحيث إن فعل المدعى عليه يعتبر تصرفا وسلوكا مشينا ومخلا بالأخلاق الجميدة من شأنه إلحاق إساءة مادية ومعنوية بالمدعية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية، ويعتبر ضررا مبررا لطلب التظليق".⁽²⁾

2- الإثبات بالشهادة:

[203] أكدت م. 100 ضرورة استماع المحكمة للشهود عند رغبة المدعية في إثبات

دعواها بالشهادة⁽³⁾ والهدف من ذلك:

- الرغبة في اكتشاف ما فيها من قرائن صدق أو كذب، عن طريق جواب الشاهد عن أسئلة واستفسارات القاضي والمشهود عليه.

(1) حكم بتاريخ 2006/05/29 في الملف 05/899.

(2) حكم ابتدائية الجديدة عدد 224 تاريخ 2007/03/19 في الملف 06/829/2

(3) م. 100 أقتصرت على شهود إثبات الضرر، ونفس الحكم يسري على شهود النبي المطالبة شهادتهم من الزوج.

- تنادي عيوب الشهادة المكتوبة المسماة باللفيف التي تصاغ في قوالب معدة سلفا ويعبر فيها بلفظ واحد عن شهادة اثني عشر شخصا وهو ما يؤكد عدم صدقها يقينا. ونأمل أن تكون الحاكم تحرص على التطبيق الفعلي للنص، فهي أعلم من غيرها بحقيقة شهادات اللفيف.

3- الاجتهاء إلى التطليق للشقاق:

[204] طلب التطليق للشقاق مقبول في جميع الأحوال وبدون أية قيود أو شروط، ومع ذلك جاء في م. 100 (فقرة ثانية) "إذا لم تثبت الزوجة الضرر، وأصررت على طلب التطليق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

قد يبدو هذا تساهلا في تعريض العلاقة الزوجية للهدم والانهار مع ما يتبع ذلك من آثار وأضرار محققة سيما في حالات وجود الأطفال.

قد يكون هذا صحيحا، ولكن ما البديل؟

لقد بالغ الفقه في إضفاء صفة "الشرعية" على كثير من تصرفات الزوج الضارة بزواجه⁽¹⁾ وسأيره القضاء أو على الأصح أجبر على مسأيرته بإلزامه بالحكم بالراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل. وما يزال بعض القضاة أسرى هذا التوجه. وسبقت الإشارة إلى أحكام بالتطليق للشقاق مع إلزام الزوجة بأداء تعويض للزوج تأسيسا على التعسف في طلب التطليق رغم إثباتها لاعتداء الزوج عليها بالضرب والجرح بحكم جنائي اكتسب قوة الشيء المحكوم به.

هذا الوضع غير السليم كان من الضروري تداركه.

(1) انظر النقول التي أوردناها في الموضوع قبل قليل (ف. 188 و199).

ومن ناحية ثانية يستحيل فرض حياة مشتركة في بيت واحد على شخصين أحدهما رافض لها ولو كان متعسفا في هذا الرافض سيما مع الوعي المتنامي بحقوق الفرد وحرية، وانتشار مؤسسات المجتمع المدني المتبعة والداعية إلى المحافظة على هذه الحقوق وصيانتها.

لذلك يبقى الحل الذي يمكن أن يساهم في إبعاد الأسباب القاهرة أو العارضة عن المساس باستمرار الحياة الزوجية هو:

أولاً: تربية النشء على تحمل المسؤولية وتبصيره بتبعات الأسرة التي في مقدمتها: قيود على الحرية، ومشاركة في التقرير، وتحمل التبعة، والتضحية، والإيثار، والتضامن، والتسامح... الخ.

وثانياً: جبر الضرر بتعويض المتضرر من المتعسف في استصدار حكم التطلاق، والوصول إلى إدراك تفاهة أو اختلاق أسباب طلب التطلاق يتطلب الكثير من البحث القضائي العميق وهو ما لم تتوفر بعد إمكانياته.

هذه مقتضيات مدونة الأسرة بشأن التطلاق للضرر فهل كانت لها نتائج عملية؟

النتائج:

[205] يمكن رصد هذه النتائج في الأحكام الصادرة في طلبات التطلاق للضرر، أو للشقاق، وفي وثائق الطلاق بالخلع.

1- ارتفاع نسبة الاستجابة لطلب التطلاق للضرر:

[206] حسب الإحصائيات المنشورة لوزارة العدل تشكل طلبات التطلاق بسبب الإخلال بشرط في عقد الزواج أو الضرر، وكذلك الأحكام الصادرة فيها نسبة ضئيلة من مجموع طلبات وأحكام التطلاق.

ففي عام 2011 قدم (242) طلب وصدر الحكم بالتطبيق في (114) ملف، وشكلت هذه الأحكام نسبة 0,79% من مجموع الأحكام الصادرة بالتطبيق (33261) حكم، ومع ذلك فإن الاستجابة للطلب التي تتجاوز قليلا 43% تبدو مرتفعة مقارنة مع ما كانت تعرفه دعاوى التطلاق للضرر قبل صدور مدونة الأسرة.

2- ارتفاع نسبة التطلاق للشقاق:

[207] وبالنسبة للتطبيق بسبب الشقاق قدم في نفس السنة 2011 (64729) طلب قدمت الزوجة منها (38435) والزوج (26294) طلب. وصدر الحكم بالتطبيق في (32365) طلب. من مجموع أحكام التطلاق التي بلغت (33261) حكم أي أن أسباب التطلاق المنصوص عليها في م. 98 لم يصدر فيها أكثر من (896) حكم.

وهذه إحصائيات وزارة العدل عن السنوات 2008 - 2011:

السنة	طلب من الزوجة	طلب من الزوج	المحكوم بالتطبيق	مجموع أحكام التطلاق
2008	32 095	17 618	24 854	27 441
2009	33 959	20 912	29 404	31 085
2010	36 490	24 076	32 331	33 564
2011	38 435	26 294	32 365	33 261

3- تراجع الطلاق بانخلع:

في السنوات الأربع 2008 - 2011 كانت نسبة الطلاق بانخلع في عقود الطلاق

كما يلي:

نسبة الخلع	مجموع عقود الطلاق	الخلع	السنة
%25,68	27935	7175	2008
%24,39	24170	5894	2009
%24,39	22452	5263	2010
%18,08	22937	4147	2011

[208] والخلاصة التي يمكن استنتاجها من هذه الإحصائيات هي:

أ - إن التطلاق للضرر وإن ساعدت الصياغة الجديدة للمادة 99 على رفع نسبة الاستجابة للطلب إلى حوالي 43% من الطالبات المقدمة، يبقى التجاء الزوجة إليه محدودا، وتفضل طلب التطلاق للشقاق لأنه ينتهي حتما بإصلاح ذات البين أو بالتطبيق.

ب - ان الخلع بقيت نسبته مرتفعة وسبب ذلك فيما يبدو:

- عجز نسبة من الزوجات عن تحمل التكاليف المادية والمعنوية لرفع دعوى التطلاق.

- الجهل بالقانون واستمرار الاعتماد المتداول عن صلاحيات كل من الزوجين في إنهاء العلاقة الزوجية ويؤكد هذا، الاتجاه التنازلي لعدد عقود الخلع في السنوات الأربع التي أوردنا إحصائياتها.

المطلب الثاني: عدم الإنفاق والغيبية.

الفقرة الأولى: عدم الإنفاق.

[209] عدم الإنفاق في الواقع ليس سببا مباشرا لطلب التطلاق، إذ توجد آلاف الأسر تتحمل فيها الزوجة كل النفقة أو القسم الأكبر منها، وعدد آخر أكبر من الزوجات

يساهمن في نفقة البيت الزوجي براتبهن أو بما يحصلن عليه من أعمال شاقة الأداء ضعيفة المرودية.

لذلك فإن الاتجاه إلى طلب التطليق لعدم الإنفاق لا يحدث إلا في الحالات التي تسوء فيها العلاقة بين الزوجين. ونعرض في الموضوع الموقف العام الفقهي من التطليق لعدم الإنفاق، ثم أحكام مدونة الأسرة في الموضوع، ونختم بتعليق عن هذه الأحكام.

أولاً - الموقف الفقهي العام:

[210] يمكن القول إن الفقه عموماً يتفق على أن الزوج إذا كان له مال ظاهر وامتع من الإنفاق، لا يطلق القضاء عليه زوجته، وإنما يتفد النفقة في ماله عن طريق تسليم المرأة نفقتها من هذا المال، أو بيعه وتسليم ثمنه لها.

ويختلف في الحالة التي يعجز فيها الزوج عن النفقة بسبب عسره، فذهب أبو حنيفة وفقهاء آخرون إلى أن المرأة لا حق لها في الطلاق بسبب عجز زوجها عن النفقة. وما يستدل به هؤلاء لرأيهم:

- ان الفقر عادة قوة قاهرة فلا ينبغي أن يسأل عنه من نزل به.

- لم يثبت في عهد الرسول والصحابة تطليق زوجة بسبب العجز عن النفقة مع أن الفقر كان ظاهرة واضحة بين الصحابة.

- الآية السابعة من سورة الطلاق: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَن قَدِرْ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ فالآية تقرر أن الزوج الذي قل رزقه يتفق بقدر استطاعته ولا يكلف بغير ما عنده، فإذا كان معسراً لم يكلف فوق طاقته بالإنفاق أو التطليق عليه.

- إذا كان المدين في حالة عسر، وجب على الدائن انتظار يساره أو التصديق عليه بمبلغ الدين: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنُظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرَ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾⁽¹⁾.
والمرأة تعتبر دائنة للزوج بالنفقة فإذا كان معدما تعين عليها أن تنتظر يساره، أو تتنازل عن النفقة نهائيا إن كان لديها ما تنفقه على نفسها.

وذهب مالك والشافعي وآخرون إلى تحويل الزوجة حتى الطلاق إذا أصر الزوج

بالنفقة. ومما استدلوا به:

- ان الله أمر بعدم الإضرار بالزوجة: ﴿وَعَالِشْرَاهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ﴿وَلَا تَضَارُوهُنَّ لِتَضْيِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ والزوج الذي لا ينفق على زوجته، ويمسك بإيقائها في الرابطة الزوجية مع ما تخوله إياه من قوامة ومنع الزوجة من مجرد الخروج من بيت الزوجية - لا يعاشر زوجته بالمعروف ويضررها، والضرر يجب رفعه بتطليق الزوجة وتمكينها من البحث عما تعمل به نفسها.

هذا، ويقول ابن القيم⁽²⁾: "والذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة: أن الرجل إذا أصر المرأة بأنه ذو مال فتزوجته على ذلك فظهر معدما لا شيء له، أو كان ذا مال وترك الإنفاق على امرأته، ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحاكم، أن لها الفسخ، وإن تزوجته عالة بعسرة أو كان موسرا ثم أصابته جائحة أجاحت ماله فلا فسخ لها في ذلك، ولم تزل الناس تصيهم الفاقة بعد اليسار، ولم ترفعهم أزواجهم إلى الخاتم ليفرق بينهم وبينهن".

(1) آية 280 سورة البقرة.

(2) زاد المعاد - 156/4.

ويذهب ابن حزم إلى رأي آخر فيقول: "إن عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية كلفت النفقة عليه؁ ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أيسر... برهان ذلك قول الله عز وجل: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ قال علي: "الزوجة واردة فعليها النفقة بصل القرآن".⁽¹⁾

هذا جمل آراء الفقه في التلطيؑ لعدم الإنفاق؁ ويبدو رأي ابن القيم أمتن تأسيسا فبجرد افتقار الزوج بعد أن كان قادرا على الإنفاق لا ينبغي أن يكون سببا للطلاق؁ على أن الأمر أكثر تعقيدا في الحياة الواقعية فأسباب العجز تختلف اختلافا كثيرا وكذلك الوضعية المالية والصحية للزوجة ومدى قدرتها على عمل مدر للدخل... الخ. ونرجع إلى الموضوع عند التعليق على أحكام مدونة الأسرة في نهاية هذا المطلب.

ثانيا- مدونة الأسرة:

[211] لم تباعد مدونة الأسرة عما كانت تقرره مدونة الأحوال الشخصية⁽²⁾؁ إذ جاء

في م. 102:

"للزوجة طلب التلطيؑ بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه وفق الحالات

والأحكام الآتية:

(1) الحلي - 92/10.

(2) كان الفصل 53 منها ينص على:

"التلطيؑ لعدم الإنفاق:

1 - يجوز للزوجة أن تطلب من القاضي تطلقها من زوجها الحاضر إذا امتنع من الإنفاق عليها؁ فإن كان له مال ظاهر فند الحكم عليه بالنفقة في ماله؁ فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل إنه موسر أو معسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال. وإن ادعى العجز وأثبتته أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فإن لم يتفق طلقها عليه؁ فإن لم يثبت أمره بالإففاق أو الطلاق؁ فإن لم يفعل طلقها عليه....".

- 1- إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه، قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه، ولا تستجيب لطلب التطلق.
- 2- في حالة ثبوت العجز، تحدد المحكمة حسب الظروف أجلا للزوج لا يتعدى ثلاثين يوما لينفق خلاله وإلا طلقت عليه، إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي.
- 3- تطلق المحكمة الزوجة حالا، إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز."

المشرع إذن ميز بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: وجود مال للزوج يمكن أخذ النفقة منه.

[212] لا يكفي لرفض طلب التطلق للإخلال بالتزام النفقة وإنما يجب أن يكون المال قابلا لأخذ النفقة منه، فقد يوجد المال ولكن يتعذر أخذ النفقة لعدة أسباب. كما إذا كان خارج الوطن، أو مرهونا، أو كان بيعه يؤدي إلى ضرر خطير بالزوج والأطفال كمثل السكنى والدكان الذي يمارس فيه التجارة أو المهنة التي يعيش بها أو قطعة الأرض التي يفلحها.

وبالمقابل تطبق الفقرة الأولى من م. 102 وإن لم يكن المال موجودا ولكنه منتظر الوجود ويمكن أخذ النفقة منه مثل راتب عمل أو وظيفة، ودخل كراء....

الحالة الثانية: ثبوت العجز عن النفقة.

- [213] لا يكفي ادعاء العجز وإنما يجب إثباته لأنه خلاف الأصل وفق ما أكدته م. 188 "تفترض الملاءة إلى أن يثبت العكس".

والعجز لا يسقط وجوب النفقة على الزوجة في مذهب مالك وإنما يسقطها على الأقارب: الأولاد والأبوين⁽¹⁾ ولذلك فإن ما جاء في المادة 188 "لا تجب على الإنسان نفقة غيره إلا بعد أن يكون له مقدار نفقة نفسه". خاص بالأقارب ولا يشمل نفقة الزوجة وإن ورد ذلك في الأحكام العامة للنفقة.

وبناء عليه تكون نفقة الزوجة مقدمة على نفقة الزوج على نفسه، فمضى وجد لديه شيء من المال كانت الزوجة أولى به منه، وبالتالي لا يكون عاجزا عن النفقة إلا إذا لم يكن له شيء إطلاقا. هذا مقتضى التفسير الفقهي لمفهوم العجز عن نفقة الزوجة، وإن كان تطبيقه عمليا يبدو عسيرا.

وراقعة العجز لا وسيلة لإثباتها مباشرة، لأنها سلبية، ولذلك يتم إثباتها عن طريق القرائن، ومحكمة الموضوع هي التي تستغل بتقدير القرائن المدلى بها لإثبات العجز شرط بيان القرائن التي اقتنعت بها لتكنين قاضي النقض من رقابة تعليل الحكم.

بعد ثبوت العجز عن النفقة تكون للمحكمة صلاحية:

- الحكم بالتطبيق حالا.

- أو تأجيل الزوج لفترة ثلاثين يوما أو أقل منها أو أكثر حسب الأحوال، إذا لم يتفق خلالها تستجيب لطلب التطبيق الذي قدمته الزوجة.

هذا ما يؤخذ من صياغة الفقرة الثانية من م. 102 التي تأمر المحكمة بمراعاة "الظروف" وكل "ظرف قاهر أو استثنائي" فهذه العبارات تفيد يقينا أن للمحكمة أن تحكم بالتطبيق فور

(1) يقول ابن جزي في القرائن الفقهية: "إنما تجب على الإنسان نفقة أبويه وأولاده بعد أن يكون له مقدار نفقة نفسه" - ص. 164

ثبوت العجز إذا كان التأجيل مثلاً يضر بالمرأة، أو لا يبرحى تحسن الوضع المالي للزوج، كما يمكنها تأجيل الفصل في الطلب حتى لأكثر من ثلاثين يوماً الواردة في النص إذا وجدت الظروف والأسباب المبررة لذلك ويرعى معها استمرار الحياة الزوجية، كما إذا كان للزوجة ما تنفق به على نفسها مع توقع حصول الزوج على ما يؤدي به التزاماته، أو حفاظاً على مصلحة الأطفال، فضلاً عن موقف الزوجين من التأجيل وما يبرره به كل منهما...

الحالة الثالثة: عدم ثبوت العجز مع إصرار الزوج على الامتناع عن الإنفاق.

[214] تتحقق هذه الحالة بتوافر شرطين:

- عدم إثبات الزوج للعجز عن النفقة سواء اكتفى بإدعائه أو أدلى بما يراه وسائل لإثباته ولكن المحكمة لم تقتنع بما أدلى به.

- مواصلة الزوج عدم الإنفاق وإن علل ذلك بكونه لا يملك شيئاً يمكنه الإنفاق منه.

وإذا صدقت الزوجة زوجها في ادعاء العجز فتطبق الفقرة الثانية من م. 102، لأن الزوجة مدعية وهي أعرف بأحواله فتصديقتها له يشكل قرينة كافية لثبوت العجز.

ثالثاً- تعليق على أحكام التطليق لعدم الإنفاق:

[215] سنتعرض بتفصيل أكثر لموضوع النفقة بين الزوجين في الجزء الثالث من هذه الدراسة إن شاء الله ونكتفي هنا بملاحظات على الأحكام الخاصة بالتطليق لعدم الإنفاق.

1- إلزام الزوج بالنفقة عرف موروث له مبرراته:

[216] منذ القديم تحمل الزوج مسؤولية النفقة على زوجته أو زوجها وعلى البيت الزوجي عموماً، لأنه كان وحده المالك والمؤهل لوسائل الكسب المتاحة أو المتعارف عليها،

بينما كانت المرأة محكمة بالأعراف والتقاليد التي تفرض عليها الاستقرار في البيت، إضافة إلى أن تكوينها الجسدي، مع ما تنال منه عوارض الحمل والولادة والرضاع: تجعلها غير قادرة على وسائل الكسب الشاقة من صيد، وفلاحة، وحروب الغنائم...

2- إرث المجتمع الإسلامي لهذا العرف:

[217] من المؤكد أن المجتمع الإسلامي أتى على هذا الوضع، لأن دواعيه الاجتماعية كانت قائمة، بل إنها باقية إلى الآن بالنسبة لكثير من المواطنين.

ولم يتجاوز ذلك إلى تغيير في طبيعة النفقة التي تبقى مندمجة في مجموع الالتزامات الناشئة عن العلاقة الزوجية ويخضع تحملها للتوزيع العادل لتلك الالتزامات بين الزوجين.

ويؤكد ذلك عدم اتفاق الفقه على:

- وجود نص أمر يفرض النفقة على الزوج في جميع الأحوال.

- الصفة التعبدية لإلزام الزوج بالإنفاق.

فمن الفقهاء من يرى عدم وجوب النفقة على الزوج المعسر، ومنهم من يذهب إلى إلزام الزوجة الموسرة بالنفقة على زوجها المعسر.

ويرى فقهاء آخرون أن الزوجة المحترفة التي تقضي النهار في مصالحها لا تستحق النفقة من زوجها.⁽¹⁾

أما الصفة التعبدية للنفقة على الزوجة فلا يبدو مجال لإثارتها لأن كل الآراء الفقهية تعلل إلزام الزوج بالنفقة بصرف النظر عن الاختلاف في التعليل ومدى سلامة علة كل رأي.

(1) أنظر الدر المختار شرح تنوير الأبصار بجاشية ابن عابدين - 647/2.

3- دواعي مراجعة أحكام النفقة:

[218] إضافة إلى الآراء المشار إليها التي قيلت في حياة اجتماعية مغامرة، نجد الآن الكثير من الأسباب التي تفرض إعادة النظر في أحكام التدبير لشؤون البيت الزوجي بما في ذلك نفقاته وتكاليفه المادية.

ومن أهم الدواعي إلى مراجعة أحكام النفقة بين الزوجين عموماً، والتطبيق للإعسار بالنفقة خصوصاً.

- ان أغلب وسائل الكسب اليوم ميسرة للجنسين معا خصوصاً بعد أن نالت المرأة حظها من التعليم والتكوين في شؤون الحياة.

- نص الدستور على أنه "يتمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية، والاجتماعية والثقافية والبيئية..."

تسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء.

وتحدث لهذه الغاية هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز".

- نسبة مهمة من الزوجات هن دخل لا يقل عن دخل الأزواج من عمل مأجور أو عمل حري في كل مجالات الحياة الاقتصادية في المجتمع.

- مساهمة الزوجة في رعاية وتسيير شؤون الأسرة:

فاللادة الرابعة من المدونة تنص على أن غاية الزواج: "...إنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة".

وجاء في م. 51 أن من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

"3 - تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال.

4 - التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم

النسل....".

صحيح أن تفعيل مقتضيات هذه النصوص ما تزال محدودة جدا بحكم الثقافة المتوارثة إضافة إلى نصوص في المدونة ذاتها معاكسة للمادتين 4 و51 المشار إليهما، مثل م.198 التي تلزم الأب وحده بالنفقة على الأبناء وم. 231 التي تمنح الأب النيابة القانونية عليهم ما دام حيا ومتمتعاً بأهليته المدنية.

4 - تقديم الزوجة على الأطفال في النفقة:

[219] جاء في م. 193 من مدونة الأسرة: "إذا كان المزم بالنفقة غير قادر على أدائها لكل من يلزمه القانون بالإنفاق عليه، تقدم الزوجة، ثم الأولاد الصغار ذكورا أو إناثا، ثم البنات، ثم الذكور من أولاده، ثم الأم، ثم الأب".

وهذا استنساخ لرأي الفقه، ويبدو غير متوافق مع الحقوق المعترف بها للطفل سواء في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي صادق عليها المغرب أو في الدستور والقوانين الداخلية ومنها مدونة الأسرة (م. 54 و186 و199 مثلا).

5 - النفقة بين مشاكل الأسرة وبين اعتمادها سببا للتطليق:

[220] تلاحظ مفارقة واضحة بين المجالين. فالإحصائيات التي نشرتها وزارة العدل والحريات تؤكد ارتفاعا واضحا في عدد قضايا النفقة المعروضة على المحاكم بينما طلبات التطليق لعدم الإنفاق محدودة جدا.

فإحصائيات السنوات 2008 - 2011 تؤكد ما يلي:

مجموع	الطلاق	الأحكام بالنفقة ⁽¹⁾	السنة
أحكام الطلاق	لعدم الإنفاق		
27 441	556	33 918	2008
31 085	292	33 726	2009
33 564	213	30 726	2010
33 261	208	30 903	2011

ويتبين من هذا الجدول ارتفاع عدد الأحكام الصادرة في طلبات النفقة حيث تتجاوز ثلاثين ألف حكم في السنة⁽²⁾ بينما أحكام الطلاق لعدم الإنفاق تشكل نسبة منخفضة وفي اتجاه تنازلي طيلة السنوات الأربع.

ويرجع هذا الانخفاض إلى سببين اثنين:

- صعوبة إثبات عدم الإنفاق مع أخذ القضاء بالرأي القائل بتصديق الزوج في ادعاء الإنفاق متى كانت الزوجة في البيت الزوجي.

- سهولة الحصول على الطلاق بطلبه وفقاً لمسطرة الشقاق. وهو ما يؤكد ارتفاع الأحكام بالطلاق بسبب الشقاق التي أوردنا إحصائياتها منذ قليل.

(1) هذه الأعداد من الأحكام صدرت في مجموع طلبات النفقة المقدمة لصالح الأطفال، والزوجة والأبوين وإن كانت دعاوى هذين الأخيرين نادرة.

(2) وهو يقارب عدد دعاوى النفقة المسجلة كل سنة. ففي سنة 2008 قدمت (34 289) دعوى نفقة وفي 2011 كان عدد هذه الدعاوى (34 377).

الفقرة الثانية : الغيبة والسجن.

[221] تعرضت مدونة الأسرة للتطبيق بسبب غيبة الزوج في م. 104 و105 وألحقت

في م. 106 حالة سجنه⁽¹⁾ وأهم ما خالفت فيه المدونة السابقة إلغاء شرطين كان مطلوبا من الزوجة إثباتهما. وهما:

- عدم وجود عذر للزوج في غيبته، وقد أخذت مدونة 1957 هذا الشرط من المذهب الحنيلي، بينما رجعت مدونة الأسرة إلى مذهب مالك الذي يخول الزوجة حق طلب التطلاق متى غاب عنها زوجها مدة سنة بعذر أو بدون عذر.

- تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها⁽²⁾، على أن القضاء لم يكن يلزم الطالبة بإثبات مستقل للضرر اللاحق بها بسبب غيبة الزوج وإنما يعتبر ثبوت الغيبة ذاتها قرينة على تضرر الطالبة للتطبيق.

(1) وهذا نصها:

م. 104: إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التطلاق.

تبين أن المحكمة من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل.

تبين المحكمة الزوج المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه، مع إشعاره بأنه في حال ثبوت الغيبة، ستحكم المحكمة بالتطبيق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته، أو لم يتلقاها معه.

م. 105 - "إذا كان الغائب مجهول العنوان، اتخذت المحكمة بمساعدة النيابة العامة، ما تراه من إجراءات تساعد على تبليغ دعوى الزوجة إليه، بما في ذلك تعيين قيم عنه، فإن لم يحضر طلقتها عليه."

م. 106 - "إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من ثلاث سنوات سجنًا أو حبسًا، جاز للزوجة أن تطلب التطلاق بعد مرور سنة من اعتقاله. وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطلاق بعد سنتين من اعتقاله."

(2) فقد كان الفصل 57 من مدونة 1957 ينص على أنه: "إذا غاب الزوج في مكان معروف مدة تزيد عن سنة بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطبيقها بإثبات، إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال يستطيع

الإثبات منه...."

=

والزواج الغائب قد يكون معروف العنوان، أو مجهول المقام، وقد يكون سجيناً. نعرض هذه الحالات باختصار وأخيراً قضايا التلطي للغة أمام القضاء.

1- الغائب معروف العنوان:

[222] الحكم بالتلطي في هذه الحالة متوقف على توفر شرطين: ثبوت الغيبة، وعدم استجابة الزوج لإشعار الذي توجهه له المحكمة.

أ - إثبات الغيبة:

[223] يتعين على الزوجة الطالبة للتلطي أن تثبت غيبة الزوج عن بيت الزوجية فترة لا تقل عن سنة ووسيلة الإثبات التي تكاد تكون الوحيدة أمام القضاء هي "شهادة اللقيف" التي يتلقاها العُـلان ويحررانها بالعبارات الماثورة في الموضوع.

وإذا كان الغالب صدق الزوجة في ادعاء الغيبة، فإن ذلك لا يتحقق في جميع الأحوال نظراً لسهولة جمع "شهود اللقيف" وتقديهم للداين. وعرضت فعلاً على القضاء طلبات بالتلطي للغة استجيب فيها للطلب بينما الزوج حاضر ويشغل على بضع كيلومترات من بيت الزوجية.

لذلك ينبغي للمحاكم أن لا تكتفي بـ "اللقيف" المكتوب المقدم إليها وإنما عليها استدعاء شهوده والاستماع إلى شهادتهم وفق ما يقضي به قانون المسطرة المدنية.

ب - عدم استجابة الزوج لإشعار المحكمة:

[224] إذا كان عنوان الزوج الغائب معروفًا، تعين على المحكمة أن تبلغه مقال الدعوى مع إشعاره بأن عليه داخل فترة تحددها له الرجوع إلى مساكنة زوجته، أو نقلها معه إلى

وهذه الصياغة أخذت حرفياً من م. 12 و13 من القانون المصري الصادر في عام 1929.

المكان الذي اختاره لإقامتهما، وأنه إذا لم يمثل لهذا الإشعار وثبتت للمحكمة غيبته فإنها ستقضي بتطبيق زوجته عليه.

وإذا أبدى الزوج دفوعا في الجواب عن المقال تعينت مناقشتها وفق ما تقتضي به المبادئ العامة لحقوق الدفاع وتعميل الأحكام.

عندما يكون عنوان الغائب داخل الوطن لا تتور صعوبة في تبليغه مقال طلب التطبيق، أما عندما يكون العنوان خارج المغرب فإن التبليغ يعترضه كثير من الصعوبة نظرا للفرقات المقررة لاستدعاء الأشخاص القاطنين خارج المغرب (ف.41 م.م.) والإهمال الملا حظ في إرجاع شهادة تسليم المقال أو الاستدعاء إلى المحكمة المعنية.

إن المحكمة ملزمة بتبليغ المقال والإشعار، ولكن سلطتها التقديرية تبقى قائمة في تحديد الفترة التي ينبغي أن تتوصل خلالها بنتيجة التبليغ الذي أمرت به تقاديا لزيادة الإضرار بالمدعية. ولذلك إذا مضت الفترة التي يحددها القانون للاستدعاءات الموجهة إلى خارج المغرب دون أن تتلقى النتيجة، أمكنها اعتبار التبليغ متعذرا وتتوصل الإجراءات لإصدار الحكم في الدعوى.

2- الزوج مجهول العنوان:

[225] إذا أدلت الزوجة بما يثبت مبدئيا غيبة زوجها لمدة لا تقل عن سنة دون أن تعرف مكان وجوده، فإنها لا تلزم بالبحث عن عنوانه وإنما تتولى ذلك المحكمة مستعينة بالنيابة العامة التي يمكنها التنسيق مع الجهات الإدارية ذات الصلة لمعرفة عنوان الزوج الغائب، وأضافت م. 105 إمكانية استعانة المحكمة بتعيين قيم طبق مقتضيات الفصل 39 من قانون المسطرة المدنية.

الاستعانة بالنياة العامة يكون مفيدا قطعاً إذا اهتمت فعلاً بالبحث عن العنوان وكان لها من الوقت ما تتجز فيه العمل المطلوب منها، أما بالنسبة لما يسمى بالقيم فإن تعيينه في الواقع مجرد وسيلة لإتمام الإجراءات الشكائية لإصدار الأحكام. إذ لا يطبق شيء مما ورد عن القيم في الفصل 39 من قانون المسطرة المدنية من أنه يقوم بالبحث عن الطرف المعني "بمساعدة النيابة العامة والسلطات الإدارية ويقدم كل المستندات والمعلومات المفيدة للدفاع عنه...".

هذه مجمل الشروط التي نص القانون عليها للتطلي بسبب الغيبة، وهي وحدها التي يجب توفرها. كان الفقه المالكي يشترط عدم توفر الزوجة على النفقة سواء من مال الزوج أو من متطوع بها غير الزوج، ومدونة الأسرة لم تأخذ بهذا الشرط فلا مجال لتطبيقه، وعدم الإنفاق سبب مستقل للتطلي لأية فترة كانت ولو بضعة أيام، أما الغيبة فاشتري فيها سنة وهو ما يعني تحقق الإضرار بها ولو توفرت النفقة.

3- الزوج السجين:

[226] طبقاً للمادة 106 يمكن للزوجة طلب التطلي من زوجها السجين في حالتين:

الحالة الأولى إذا صدر عليه الحكم بالسجن أو الحبس⁽¹⁾ بأكثر من ثلاث سنوات، ومضت سنة على اعتقاله الفعلي. سواء كان اعتقاله تنفيذاً للحكم الصادر عليه أو كان اعتقالاً احتياطياً خضع له قبل صدور الحكم، كما يستوي أن يكون الحكم مكتسباً لقوة الشيء المحكوم به أو قابلاً للتلعن بالاستئناف أو النقض فعبارة م. 106 عامة ولم تقيد الحكم بعدم قابليته للتلعن.

(1) السجن في الجنائيات، والحبس في الجنع.

والحالة الثانية إذا مضت سنتان على اعتقاله الفعلي قبل أن يصدر عليه الحكم أو صدر عليه الحكم بالسجن أو الحبس فترة لا تزيد على ثلاث سنوات.

وفي الحالتين يستوي أن تكون الجريمة موضوع الإدانة أو المتابعة من الجرائم المشينة كالسرقة وتجارة المخدرات أو غير مشينة مثل جرائم الرأي والجنح غير العمدية.

الفقرة الثالثة: التطلاق للغبية أمام القضاء.

[227] طلبات التطلاق بسبب غيبة الزوج تأتي في الرتبة الثانية بين أسباب التطلاق بعد الشقاق. ففي السنتين 2009 و2011 قدمت الأعداد الآتية من طلبات التطلاق:

الأيلاء والهجر	الغيبة	عدم الإففاق	الضرر	الشقاق	السنة
15	62	445	404	54 871	2009
10	55	276	242	64 729	2011

أما الأحكام الصادرة بالتطلاق بسبب الغيبة فأعدادها في السنوات 2008 و2011 هي:

التطلاق للغبية	السنة
27 441	2008
31 085	2009
33 564	2010
33 261	2011

بينما طلبات التطلاق للغبية التي انتهت بالصلح كان عددها (99) سنة 2009 و(89)

سنة 2011.

يتبين من هذه الإحصائيات أن طلب التطلاق بسبب الغيبة يبقى محدودا وإن الشقاق أصبح المسلك الذي تفضله الزوجة الراغبة في إنهاء العلاقة الزوجية. والزواج بدوره يلتجئ كثيرا إلى التطلاق للشقاق ولكنه ما يزال يفضل طلب الإذن بالطلاق لأنه يحس معه بامتياز لا تمتلكه المرأة، كما يتجلى ذلك من الإحصائيات التالية:

السنة	طلبات الإذن بالطلاق	طلبات التطلاق للشقاق (مقدمة من الزوج)
2008	35 915	17 618
2009	35 948	20 912
2010	32 294	24 076
2011	35 054	26 294

المطلب الثالث : العيب والإيلاء والهجر.

الفقرة الأولى: العيب.

[228] لم يرد في الكتاب أو السنة نص يتعلق بما اصطلح عليه بـ "العيب" في أحد الزوجين، ونتيجة لذلك تشعبت الآراء في الموضوع بشكل يتسم فيه بعضها بالشدوذ.⁽¹⁾

فمن ناحية تعددت المصطلحات المستعملة لإنهاء العلاقة الزوجية بسبب "العيب" فيستعمل: الطلاق، والتطلاق، والفسخ، والرد... والمدونة في م. 107 و108 و109 و110 جمعت مصطلحات: الطلاق، والتطلاق، والفسخ.

(1) انظر مثلا لذلك الكلام الطويل الذي تناول فيه الكاساني عيب "العنة" في كتابه بدائع الصنائع - 322/2.

ومن ناحية ثانية اختلفت الآراء الفقهية كثيرا في العيوب المبررة للرد، أو الفسخ، أو الطلاق... الخ. فمن منكر للفسخ أو الطلاق بسبب العيوب مثل ابن خزم⁽¹⁾ إلى تفاوت عدد العيوب حتى داخل المذهب الواحد، إلى جانب تساوي الحكم أو اختلافه بين ما كان قديما قبل العقد وما حدث منها بعده⁽²⁾، والتمييز بين الرجل والمرأة باعتبار الرجل له صلاحية توقيع الطلاق فلا حاجة لتحويله الرد بسبب العيب. ولذلك لا تبدو فائدة من عرض أحكام الفقه في الموضوع ولو داخل مذهب مالك، لأن مراجعته - مثل مراجع المذاهب الأخرى - تحكي آراء متضاربة وأحيانا متعارضة.

[229] ونرى أولى من ذلك الرجوع إلى نصوص المدونة باعتبارها المرجع الواجب التطبيق، خصوصا وأنها سايرت الفقه في بعض الأحكام والمصطلحات وخالفته في أخرى كليا أو جزئيا، لذلك نعرض بإيجاز:

- مصطلح "العيب".

- تكييف إنهاء العلاقة الزوجية.

- تحديد "العيوب" المبررة لإنهاء العلاقة الزوجية.

(1) الخلى 109/10.

(2) للوقوف على الآراء المتشعبة في الموضوع راجع مثلا:

- بداية الجهد لابن رشد - 50/2.

- القوانين الفقهية لابن خزي - ص. 158.

- شرح مختصر خليل في "فصل: الخيار إن لم يسبق العلم أو لم يرض...".

- بدائع الصنائع للكاظمي - 322/2 وما بعدها.

- الشرح الكبير المطبوع مع الانصاف والمقنع - 479/20 وما بعدها.

- الخلى لابن خزم - 109/10.

- تاريخ حدوث "العيب".

- هل ترتب مستحققات عن إنهاء العلاقة الزوجية بسبب "العيب".

- التلطي للعيب أمام القضاء.

1- مصطلح "العيب":

[230] لا وجود لنص في الكتاب والسنة يعالج حالة إصابة أحد الزوجين بعاهة أو مرض بعد العقد أو قبله ولم يعلم به الطرف الآخر، فالتجأ الفقه إلى استعمال مصطلح "العيب" عن طريق القياس أي قياس عقد الزواج على عقد البيع يقول ابن رشد: "وأما القياس فإن القائلين بموجب الخيار للعيب في النكاح قالوا: النكاح في ذلك شبيه بالبيع، وقال المخالفون لهم ليس شبيهاً بالبيع...⁽¹⁾"

وقياس عقد الزواج على عقد البيع، والصداق على الثمن معروف في الفقه استناداً إلى التعريف الذي صاغه للعقد المقيس أي الزواج، وهو قياس لا يتوفر فيه شيء من العناصر المطلوبة في أصول الفقه لقياس الفرع على الأصل، علماً بأن أغلبية أحكام عقد البيع المقيس عليها هي أحكام اجتهادية لا يتحقق فيها شرط قياس فرع على أصل ثبت حكمه بنص.

فضلاً عن ذلك "العيب" في عقد البيع في أحد العوضين المتبادلين، فهل الزوجان

عوضان في عقد الزواج؟

وأخيراً هل من المقبول وصف إنسان بأنه "معيب" لمجرد أنه مريض أو لحقت به

عاهة؟

(1) بداية الجتهد - 50/2.

وأثناء تحرير مشروع مدونة الأسرة قدم الاقتراح التالي:

" التغير والطوارئ المؤثرة على استقرار الحياة الزوجية.

م... يمكن لكل من الزوجين طلب إنهاء العلاقة الزوجية بسبب التغير الصادر من الزوج الآخر عند إبرام عقد الزواج أو بسبب ما طرأ على صحته أو وظيفته الجنسية.

م... يعتبر تغيرا يحول إنهاء العلاقة الزوجية، كتمان أحد الزوجين عن الآخر عند إبرام عقد الزواج واقعة أو مرضا تطلب منه السلامة عادة في الزواج، ولا تتحمل معهما الحياة الزوجية إلا بضرر غير عادي.

م... تعتبر طوارئ مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتحول طلب إنهاء:

(1) العوائق المانعة من المعاشرة الزوجية.

(2) الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته التي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة أو أجل تحدده المحكمة حسب ملائسات القضية المعروضة عليها.

م... تستعين المحكمة بالخبرة الطبية في تقدير ما يدعى من عوائق المعاشرة الزوجية والأمراض الخطيرة على الحياة أو الصحة".

رفض الاقتراح من اللجنة الاستشارية التي رأت الاحتفاظ بمصطلح الفقه "المعيب" وبعلم التمييز بين ما حدث قبل العقد وما حدث بعده.

وإذا كان لا مشاحة في الاصطلاح فإنه ينبغي كذلك النظر فيما إذا كان من المقبول استعمال مثل عبارة: "زوج معيب" أو "زوجة معيبة". وقد تخلت نصوص القانون عن استعمال مصطلح "الأشخاص المعوقون" وعوضته بـ "الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة".

أفلا ينبغي كذلك إبعاد مصطلح "العيب" من مدونة الأسرة وتعرضه مثلاً بالعاهة الخلقية، والمرض الخطير على حياة الزوج الآخر أو على صحته؟

2- تكييف إنهاء العلاقة الزوجية بـ "العيب":

[231] الفقه عموماً سيما الفقه المالكي يتحدث عن "العيب" ضمن "أسباب الخيار" التي تخول الزوج المتضرر منها ⁽¹⁾ حتى إنهاء العلاقة الزوجية أو الإبقاء عليها، وفي التعبير عن هذا الإنهاء تستعمل كلمات: الفسخ، والطلاق، والتطليق، والرد. والمدونة استعملت المصطلحات الثلاثة الأولى.

ويبدو الجمع بين الطلاق والفسخ لنفس السبب غير مقبول، ولكن الفقه سار على الجمع بين المصطلحين واستعملهما معاً لذات الخلل اللاحق بالعقد. والمدونة لم تتخذ عن هذا الاستعمال.

ففي م. 77 المتعلقة بفسخ عقد الزواج لم تـين أسبابه ولا حالاته، كما أكدت في م. 61 أن الطلاق أو التلطي الصادر قبل فسخ العقد الفاسد يعتد به وبه تنتهي العلاقة الزوجية ويسقط طلب الفسخ.

وبالنسبة لإنهاء العلاقة الزوجية بسبب "العيب" وردت في م. 108 و109 و110 والمصطلحات الثلاث: الفسخ والتلطي والطلاق. فهل لذلك آثار على التلطي القضائي؟

الذي كان يبدو ملائماً هو التمييز بين وجود العاهة أو المرض قبل العقد، وبين حدوث ذلك بعد العقد. فاللائم للحالة الأولى: الفسخ باعتبار العقد نشأ معيماً بالتدليس، لأن إخفاء

(1) من الفقهاء من يقصر حق الخيار على الزوجة وحدها دون الزوج الذي لا حاجة له إليه بحكم الصلاحية المطلقة التي يمارس بها الطلاق.

المتعاقد للمرض أو العاهة يشكل تدليسا يخول ضحيته حتى طلب الفسخ وفق ما نصت عليه 106 من المدونة، ولأن الفقه وكذلك مدونة الأسرة لم يستعملا مصطلح "القبالية للبطان" الوارد في ظهور الالتزامات والعقود بشأن العقد المشوب بأحد عيوب الإرادة.

أما الحالة الثانية التي يحدث فيها المرض أو العاهة بعد العقد فإن إنهاء العلاقة الزوجية فيه يكون بطلب الإذن بالطلاق، أو بالتطليق، لأنهما المصطلحان الخاصان بإنهاء عقد الزواج الصحيح لأي سبب من الأسباب التي حددها القانون لهذا الإنهاء.

لكن أمام صراحة م. 108 و109 و110 فإنه يمكن إنهاء العلاقة الزوجية في الحالتين معا بالفسخ أو بالطلاق، أو بالتطليق حسب اختيار الطالب وصلاحياته في هذا الإنهاء.⁽¹⁾

3- تحديد "العيوب" المبررة لإنهاء العلاقة الزوجية:

[232] الفقه جرى على تعدادها بأسمائها مع تفاوت كبير في العدد الذي يحدده كل رأي. أما مدونة الأسرة فلم تساير هذا التوجه وحددت "العيوب" بمعيارين اثنين: المنع من المباشرة الزوجية، أو تحقق الخطر من المرض على حياة الزوج الآخر أو على صحته مع عدم توقع الشفاء منه داخل سنة. ولذلك فإن ما يجب تطبيقه أمام القضاء هو هذان المعياران.

أ- المنع من المباشرة الزوجية:

[233] ينصرف هذا المعيار إلى العاهات الخلقية أو الطارئة والأمراض المزمنة التي تمنع معها المباشرة الزوجية. وفي الحالات التي تتحل فيها العاهة أو المرض جزئيا بالمباشرة الزوجية، يرجع إلى المحكمة تقرير وجود المبرر لإنهاء العلاقة الزوجية أو عدم وجوده،

(1) فالزوجة يمكنها طلب الفسخ أو التطليق، والزوج له صلاحية طلب الإذن بالطلاق إلى جانب الفسخ أو التطليق.

وذلك بناء على مدى الضرر اللاحق بالمدعي، هل في حدود الأضرار المحتملة بين الأزواج، أو يتجاوز ذلك إلى ضرر منغص للحياة الزوجية.

وفي كلا الحالتين تستعين بالخبرة الطبية في تعليل منطوق الحكم الذي قرره مع مراعاة المرحلة التي أثير فيها الموضوع من الحياة الزوجية.

ب - الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته:

[234] ويتبين من النص أن الواقعة المثارة يجب أن تكون:

- "مرضاً" بالمفهوم الطبي للكلمة، فالتشوهات الخلقية مثلاً غير داخلة متى كانت لا تمنع من المعاشرة الزوجية. والمرض يشمل العضوي منه وغير العضوي مثل الأمراض العقلية والنفسية.

- خطيرة على حياة الزوج الآخر كالأضرار العقلية والنفسية، وكذلك الأمراض المعدية المميتة التي يعجز الطب عن علاجها مثل مرض السيدا الخرب لجهاز المناعة المكتسبة في الوقت الحاضر.

- أو خطيرة على صحة الزوج المدعي، ويتعلق الأمر بالأمراض المعدية المتسمة بتأثيرها البالغ على صحة المريض. أما الأمراض المعدية المحدودة التأثير على الصحة كالكثير من أنواع الزكام مثلاً فلا تشملها م. 107 موضوع المناقشة.

فترة الشفاء:

[235] اشترطت م. 107 أن تكون العاهة أو المرض لا يرحى شفاؤه داخل سنة وهو شرط مقتبس من الفقه الذي يرى الاستجابة حالاً لطلب التفريق إذا كان "العيب" لا يرحى شفاؤه داخل سنة مثل العاهات الخلقية غير القابلة للعلاج.

والتأجيل سنة إذا أفادت الخبرة الطبية إمكانية الشفاء يشمل العاهات والأمراض المانعة من المعاشرة الزوجية، والأمراض الخطيرة على الحياة أو الصحة. ولكن ذلك مشروط بعدم تعرض الزوج المعني لخطر في حياته أو صحته كما في حالات الخلل العقلي، وفقدان المناعة المكتسبة.

4- تاريخ حدوث "المعيب":

[236] يتفق فقهاء المذهب المالكي على الاستجابة لطلب إنهاء العلاقة الزوجية بسبب "المعيب" الحادث قبل إبرام عقد الزواج، ولكنهم يختلفون فيما حدث منها بعد العقد.

يقول ابن جزري مثلاً:

"فإذا كان في أحد الزوجين أحد هذه العيوب كان الآخر الخيار في البقاء معه أو الفراق بشرط أن يكون المعيب موجوداً حين عقد النكاح، فإن حدث بعده فلا خيار إلا أن يتلى الزوج بعد العقد بجنون أو جذام أو برص فيفترق بينهما للضرر الداخِل على المرأة".⁽¹⁾

وفي مواهب الجليل للخطاب:

"وهذه العيوب إما أن تكون قديمة أو حادثة بعد العقد، ولكل حكم يخصه. ولما كانت الثلاثة الأولى أعني البرص والجذام وداء الفرج حكماً واحداً في كونها لا توجب الرد لكل واحد من الزوجين إلا إذا كان قديماً بخلاف الجنون فإنه يوجبهُ وإن حدث بعد العقد وقبل الدخول".⁽²⁾

(1) القوانين الفقهية - ص. 158.

(2) 484/3.

ومختصر خليل بعد أن بين "العيوب" وأن القيام بها يقبل إذا كانت "قبل العقد" أضاف "ولها فقط الرد بالجدام البين والبرص المضر الحادثين بعده لا بكاعتراض".

وعلق على ذلك المواق بقوله: "ان العيوب المتقدمة كلها المختصة بالرجل أو المختصة بالمرأة أو المشتركة بينهما أن الرد بها إنما يكون إذا كانت موجودة حين العقد، هذه عبارة التلقين وعبرة ابن الحاجب "قبل العقد" ثم نقل عن ابن عرفة "ما حدث بالمرأة من عيب بعد العقد لغو هو نازلة بالزوج... وقال المتطي حدوث جنون الرجل بعد العقد وقبل الدخول كوجوده قبل العقد قال وكذا الجذام بخلافهما إذا حدثا بعد الدخول".⁽¹⁾

وقصر القيام بالعيوب الحادثة بعد العقد على المرأة دون الرجل لأنه يملك إنهاء العلاقة

بالطلاق دون حاجة إلى تدخل القضاء.

أما ما كان يسمى "عيوب الفرج" التي عبرت عنها المدونة بالعيوب المانعة من المعاشرة الزوجية، فإن الفقه كان يشترط تمسك الزوجة بها عدم اتصال الزوجين ولو مرة واحدة.⁽²⁾

(1) التاج والإكليل - 485/3.

(2) يقول الحطاب تعليقا على قول خليل "لا بكاعتراض" "وقال في الوسط قوله لا بكاعتراض أي فانه إذا حدث لا يكون موجبا لخيار المرأة وكذلك الجب والخصاء، ولهذا أتى بكاف التشبيه انتهى والله أعلم. واعلم أنه لا يستط خيارها في الجب والخصاء أيضا إلا بعد الدخول والمس على المشهور. قال في سماع محمد بن خالد من كتاب التلخيص: قال وسألت ابن القاسم عن الرجل يخفى قبل أن يدخل على امرأته، هل لها الخيار في نفسها؟ فقال نعم لما ذلك. قلت لابن القاسم فإن حصل بعدما دخل ومس؟ فقال لا خيار لها. قال ابن رشد وهذا هو المشهور في الذهب، وذهب اصبح إلى أنه لا فرق بين أن يخفى قبل أن يحس أو بعدما مس لأنها بلية نزلت بها وليس ذلك من قبله ليضر امرأته. وقوله هو القياس، ووجه القول الأول أن المرأة إنما تزوجت على الوطء فإن زل به ما يمتعه من الوطء قبل أن يطأ كان لها الخيار، إذ لم يتم لها نكحت عليه، وإن زل به ذلك بعد الوطء لم يفرق بينهما إذ قد نالت منه ما نكحت عليه ولا حجة لها في امتناع المعاودة إن لم يكن ذلك من قبل إرادة الضرر". مواهب الجليل - 486/3.

هذه بعض آراء الفقه المالكي في "العيوب" المشترك حدوثها قبل العقد والتي لا يشترط فيها ذلك مع التمييز في ذلك بين الزوجة والزوج المالك لتوقيع الطلاق لسبب أو بدون سبب. فما موقف المدونة في الموضوع؟

لم تبتين المدونة بنص صريح اشتراط حدوث "العيوب" قبل العقد، أو إمكان التمسك به كان قبل العقد أو بعده. ومع ذلك فإن عبارة "عيوبا مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية" تفيد الأخذ بالعيوب الناشئ بعد العقد قبل بدء المعاشرة الزوجية أو بعدها سيما بالنسبة للأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته⁽¹⁾، إذ لا مبرر للتمييز بين ما حدث منها قبل العقد، وما نزل منها ولو بعد سنوات من الحياة الزوجية.

أما العاهات أو الأمراض المانعة من المعاشرة الزوجية فتبدو بشأنها ملاحظتان:

الأولى: لا مجال لتطبيق رأي الفقه الذي كان يقول إن المعاشرة الزوجية مرة واحدة تنهي حق الزوجة في طلب إنهاء العلاقة الزوجية إذا حدث بالزوج ما يعجزه عنها، بدعوى أنها "نالت منه ما نكحت عليه" فالمعاشرة الزوجية طبقا للمادة 51 حق مستمر بين الزوجين، ولا سند لادعاء انقضائه بالاتصال مرة أو أسبوعا أو سنة أو أقل أو أكثر من ذلك.

الثانية: مع القول بأن المعاشرة بين الزوجين التزام مستمر، فإنه لا غنى عن مراعاة الملابس التي يكون معها العجز عن المعاشرة غير داخل في "العيوب" الواردة في م. 107 مثل حالات العجز الجنسي التي تلحق ببعض الأزواج في سن الشيخوخة.

(1) ولا يؤخذ بالرأي الفقهي الذي يقول بأن "العيوب" التي تحدث للمرأة بعد العقد هي نازلة أي مصيبة نزلت بالزوج لا تتمتع اختيار الخاص بالعيوب اكتفاء بما له من صلاحية توقيع الطلاق، لأن الزوج الآن لا يملك توقيع الطلاق إلا بعد سلوك الإجراءات القضائية الواردة في م. 79 وما بعدها من مدونة الأسرة، ويحمله ذلك تكاليف يعفيه منها كلها أو بعضها بطلب الفسخ أو التطليق بسبب "العيوب".

شرط عدم العلم:

[237] الفقه كان يشترط لقبول الطلب بإنهاء العلاقة الزوجية بسبب "الغيب" أن لا يعلم به عند العقد وأن لا يثبت رضاؤه به عند العلم به بعد العقد، ويتحقق الرضا بالمعاشرة الزوجية بعد العلم بالغيب.

لكن المدونة اشترطت أن يصدر الرضا بالغيب بعد العلم بتعذر الشفاء داخل سنة وليس من تاريخ العلم بواقعة "الغيب" ذاتها كما لم تحصر ثبوت الرضا بالقيام بالمعاشرة الزوجية بعد العلم بعدم الشفاء وإنما سمحت بإثباته بكل ما يقوم به الزوج المعني من تصرفات دالة على رضائه بالغيب وقبوله لاستمرار العلاقة الزوجية، وذلك بنصها في م. 108 على أنه:

"يشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء العلاقة الزوجية للغيب:

1- ألا يكون الطالب عالماً بالغيب حين العقد.

2- ألا يصدر من طالب الفسخ ما يدل على الرضا بالغيب بعد العلم بتعذر الشفاء."

والعلم بعدم الشفاء داخل سنة مسألة واقع يعتمد بشأنها القاضي كل وسائل الإثبات والقرائن، كما يعتمد إلى الترجيح فيما بينها عند التعارض.

العلم بعدم الشفاء ما يجب أن يرافقه العلم بخطورة المرض على الحياة أو الصحة فالجاهل بهذه الخطورة لا يحتاج عليه بالعلم بعدم الشفاء داخل سنة.

5- هل تترتب مستحقات عن إنهاء الزواج بسبب "الغيب"؟:

[238] الفقه اقتصر على الصداق في حديثه عن المستحقات في حالة إنهاء الزواج بسبب الغيب ولم يكن يعترف بأي تعويض بسبب الطلاق في جميع حالاته،

أما المنعة فلم يتحدث عنها في الطلاق بالغيب لأن المذهب المالكي لا يقول بالحكم بها قضائياً أبداً كان سبب الفراق.

وبالنسبة للصدّاق الذي تحدث عنه أكد أنه لا يستحق منه شيء إذا تمّ الفراق قبل البناء أو بعده ولم يحدث مسيس ولم يطل مكث الزوجة في بيت الزوجية كان "الغيب" فيها أو في الزوج.

وإذا حدث الفراق بعد المعاشرة الزوجية استحققت الزوجة الصدّاق كله أو أقله، وإذا كان الغيب بها رجّع الزوج بالصدّاق على وليها أو عليها معاً إن كانت حاضرة وقت إبرام العقد. وكل هذا قاصر على حالة حدوث "الغيب" قبل العقد، أما ما حدث بعد الدخول فلا أثر له على استحقاق الصدّاق كاملاً أو أقله المحدد في الفقه.

يقول ابن جزري:

" ثم إن كان الغيب بالزوج فإن قامت به قبل الدخول فلا شيء لها من الصدّاق وكذلك بعد الدخول إلا إن طال مكثها معه وخلقت شورتها فلها الصدّاق، وإن كان الغيب بها فهو بالخيار، فإن شاء طلق ولا شيء عليه، وإن شاء دخل ولزمه الصدّاق كاملاً. وإن لم يعلم إلا بعد الدخول فإن كانت هي التي غرته ترك لها ربع دينار وأخذ ما زاد عليه، وإن كان الغار وليها لم يترك لها شيئاً ورجع على الولي بما دفعه".⁽¹⁾

(1) ص. 158.

وفي شرح الخطّاب على مختصر خليل:

"إذا علم أحد الزوجين أن الآخر عيباً ورده بذلك الغيب قبل المسيس فلا صدّاق للمرأة على الرجل سواء كان هو الراد أو هي الرادة. أما إن كان هو الراد فلا خلاف فيه إلا أن ابن عبد السلام قال فيما إذا زوجها أبوها أو من يعلم أنه علم بعيبها، قد يقال يجب لها على الزوج نصف الصدّاق ويرجع به على وليها وفيه نظر انتهى. وأما إن كانت هي الرادة فالذي تقدم هو أحد القولين وهو ظاهر المذهب، وقيل لها نصف الصدّاق وهو ظاهر المذهب". 491/3.

كل هذا في العيوب التي كانت قبل العقد، أو حدثت بعده وقبل البناء، أما ما يحدث منها بعد بدء العلاقة الزوجية فلا أثر له على الصداق إطلاقاً، وهو بدعي لا يحتاج إلى تعليق.

[239] ومدونة الأسرة سايرت الفقه ولم تخالفه إلا في جزئيات محدودة، مثل اشتراطها

لعدم قبول الرد بالعيوب: العلم بعدم شفائه داخل سنة وليس مجرد العلم بالعيوب فقط.

كما ألزمت الزوج بأداء نصف الصداق إذا علم بالعيوب قبل العقد، بينما الرأي المعتمد في المراجع الفقهية هو إعفاؤه متى كان الطلاق قبل البناء. علماً بأن عبارة "قبل العقد" في م. 110 لم تكن في المشروع الذي قدمته اللجنة الاستشارية، وإنما أضيفت في الصياغة النهائية للمدونة.

وبذلك تكون مدونة الأسرة في حالة إنهاء العلاقة الزوجية بسبب "العيوب" حصرت المستحقات في:

- نصف الصداق إذا تم الفراق بطلاق من الزوج بشرط أن يكون أبرم عقد الزواج بعد علمه بـ "العيوب" الموجود في الزوجة.

- استرجاع الزوج لما دفعه من صداق ممن غرر به أو كتم عنه "العيوب" قصدًا سواء كان الزوجة أو غيرها إذا تم الفراق بعد البناء.

ويعال الدريور ذلك بقوله ومع الرد قبل البناء فلا صداق لها سواء وقع بلفظ الطلاق أو غيره، لأنه إن كان العيب بها فهي مدلسة، وإن كان به فهي مختارة لفراقه " - الشرح الكبير - 285/2.

في حالة وجود سبب الرد في الزوج، يبدو تعليق حرمان المرأة من نصف الصداق بكونها مختارة للفراق - غير سليم. إذ كيف يدلس الزوج بكمكان "العيوب" ويجازى على ذلك بإعفائه من أداء نصف الصداق؟.

وإذا لم يتم العلم بالعيوب إلا بعد الدخول فالحكم ما عبر عنه خليل بقوله: "وبعد فمع عيبه المسمى ومعها رجع بجميعه على ولي لم يغيب... وعليه أو عليها أن زوجها بحضورها كاتنين ثم الولي عليها إن أخذه منه لا العكس".

ويبدو إعفاء الزوج من نصف الصداق في حالة كتمانه للغيب عند إبرام العقد، لا مبرر له، والتعليل الفقهي بعيد عن الإقناع.⁽¹⁾

ويبقى التساؤل عما إذا كان للزوج السليم طلب تعويض من الزوج الآخر الذي أخفى "الغيب" عند إبرام عقد الزواج.

يبدو أن طلب التعويض ممكن إذا تحققت في الكتمان عناصر التدليس الوارد في المادة 63 وذلك بأن تكون خطورة الواقعة التي تم كتمانها تؤكد يقيناً أن الزوج المعني لو علم به لن يقبل الزواج.

6- التطلق للغيب في العمل القضائي:

[240] بالرجوع إلى إحصائيات وزارة العدل يتأكد أن طلب التطلق بسبب "الغيب" لا يلتجأ إليه إلا نادراً وفق ما يوضح ذلك الجدول التالي:

السنة	التطلق للغيب	مجموع أحكام التطلق
2008	20	27 441
2009	25	31 085
2010	26	33 564
2011	8	33 261

من هذه الإحصائيات يتأكد أن المشرع لو تخلى عن "التطلق للغيب" ما ضر ذلك بأحد، سيما مع النص في م. 63 على حق فسخ الزواج بسبب التدليس، إضافة إلى التطلق للضرر، والتطلق للشقاق.

(1) وقد أشرنا إلى تعليل الدردير وهو كون الزوجة مختارة للفرار. أما الزقاني في شرحه مختصر خليل فأضاف: "إن كان (الغيب) بالزوج فلأن الفراق جاء من قبلها مع بقاء سلمتها" (كذا) 1- 243/3.

الفقرة الثانية: الإيلاء والهجر:

[241] الإيلاء هو حلف الزوج على عدم معاشرة زوجته، وألحق به الفقه المالكي ترك المعاشرة دون يمين ولذلك نصت م. 112 على أنه: "إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي توجهه أربعة أشهر، فإن لم ينق بعد الأجل طلقها عليه المحكمة".

وقد كان هذا السلوك شائعاً كوسيلة لتأديب الزوجة وعقابها في ظل تعدد الزوجات. أما في حالة غياب التعدد فإن الإيلاء يضر بالزوج أكثر، باعتبار المرأة أقدر على مقاومة غريزة الجنس. لذلك فإنه في حالة التعدد لا تنضمر الزوجة المولى منها من مجرد حرمانها من المعاشرة الزوجية، وإنما من شعورها بالإذلال أمام الضرة أو الضرات اللاتي يتفردن دونها بمعاشرة الزوج ورضاه.

والإيلاء ورد في الآيتين 224 و225 من سورة البقرة: ﴿الَّذِينَ يَقُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾⁽¹⁾ واختلف الفقه في كل أحكامه التفصيلية⁽¹⁾. ولا تبدو فائدة في سرد هذه الأحكام وما فيها من خلافات، لأن الإيلاء كاد أن يمتدثر إثارته أمام القضاء. كما يؤكد ذلك الجدول التالي المأخوذ من إحصائيات وزارة العدل المنشورة.

السنة	التطبيق للإيلاء والهجر	مجموع أحكام التطلاق
2008	24	27 441
2009	04	31 085
2010	00	33 564
2011	03	33 261

(1) انظر في ذلك مثلاً: بداية الجتهد لابن رشد - 98/2.

ولم تبين هذه الإحصائيات ما إذا كانت الدعاوى الحكومية تتعلق بالإيلاء أي يمين الزوج على ترك المعاشرة، أو مجرد الهجر دون يمين، والغالب أن يكون الأمر متعلقا بالهجر، لأن اليمين غير متعارف عليها في الحياة الاجتماعية السائدة.

المبحث الثاني ملاحظات حول أسباب التطلاق

[242] تتناول هذه الملاحظات:

- التفاوت البين في استعمال هذه الأسباب أمام القضاء.

- هل كان من الضروري إيرادها كلها في مدونة الأسرة؟

- هل من الضروري الاحتفاظ بمصطلحي: الطلاق والتطلاق؟

1- تفاوت استعمال أسباب التطلاق:

[243] يتأكد من الإحصائيات التي تنشرها وزارة العدل أن التطلاق للشقاق يتجاوز نسبته تسعين في المائة من مجموع أحكام التطلاق. وفق ما ورد في هذه الإحصائيات الخاصة بسنوات 2009 - 2012:

أنواع التطلاق الشقاق (1)	السنة			
	2012	2011	2010	2009
الإخلال بشرط أو الضرر	131	114	181	247
عدم الإنفاق	276	208	213	292

(1) علماً بأن طلب التطلاق للشقاق يقدم من الزوجة ومن الزوج في سنة 2009 المعنية بالإحصائيات أعلاه كان عدد الطلبات المقدمة من الزوجة (33959) والمقدمة من الزوج (20912) إلى جانب (35948) طلب للإذن بالطلاق.

761	563	813	1113	الغيبه
28	8	26	25	العيب
7	3	00	04	الإيلاء والهجر

ويبقى في آخر الترتيب: الإيلاء والهجر الذي لم تتجاوز عدد أحكام التطليق المؤسسة عليه أربعة عشر حكماً في أربع سنوات ويرجع هذا التفاوت إلى أحد السببين: الندرة الفعلية لسبب التطليق في ثقافة المجتمع وسلوكه، أو سهولة الوصول بالسبب المعني إلى تحقيق المرغوب فيه وهو إنهاء العلاقة الزوجية.

يبدو السبب الأول بينا في الإيلاء والهجر الذي أشرنا إلى أن استعماله كان مرتبطاً بالظاهرة العامة لتعدد الزوجات وبتراجع هذه الظاهرة إلى ما يقارب الانقراض تراجع كذلك استعمال "الإيلاء" لتأديب الزوجات.

أما السبب الثاني فإنه يظهر في طلب التطليق للشقاق الذي ينتهي حتماً بالاستعجال له. وقد أثير نقاش متشعب في موضوع التطليق للشقاق بدءاً من تأصيله إلى الصياغة ثم التطليق.

2. التأصيل:

[244] أغلبية مراجع الفقه المالكي لم تتعرض لطلب المرأة التطليق للشقاق، فبالإضافة الزوج الذي له الصلاحية المطلقة لتوقيع الطلاق فلا حاجة له إلى طلب التطليق من القضاء بسبب الشقاق أو لأي سبب آخر، ونتيجة لذلك اعتبر مسلك مدونة الأسرة خروجاً عن المذهب.

والواقع أن مراجع عديدة في مذهب مالك تعرضت لإمكانية التفريق بين الزوجين بالطلاق في حالة حدوث شقاق بينهما وتعذر إصلاح ذات البين، ومن الفقهاء من يقول

بصلاحية القضاة في التدخل التلقائي متى علم بالشقاق دون حاجة إلى رفع الدعوى من الزوجين أو من أحدهما كما أن الطلاق الذي يقرره الحكان لا يتوقف نفاذه على موافقتهما. وبناء على ذلك فإن التلطق للشقاق مقرر في مذهب مالك، وليس من مستجدات مدونة الأسرة نعم نظمته بإجراءات لم تتقيد فيها بكل تفاصيل الآراء الفقهية في الموضوع.

3- الصياغة والتلطق:

[245] سبقت الإشارة إلى العيوب التي رافقت الصياغة وفي مقدمتها إضافة الإحالة في م. 97 على م. 83 في النص النهائي وكذلك الاختلاف الحاد بين أعضاء اللجنة الاستشارية حول إدراج الشقاق بين أسباب التلطق، الأمر الذي حال دون الانتباه إلى الاختلاف الجوهرى بين الطلاق والتلطق للشقاق في تحديد المستحقات بين الزوجين، والملزم منهما بالإيداع. وهذا ما أثر على التلطق القضائي الذي لم يتمكن من تجاوز خلل الصياغة كما رأينا في أمثلة من الأحكام التي أسست على تعليقات متبينة لقبول أو رفض طلب المنعة أو التعويض.

كثر فعلا الالتجاء إلى الشقاق لإنهاء العلاقة الزوجية فهل كان إدراجه بين أسباب التلطق خطأ؟ أم ان العيب في الصياغة؟ أو في التلطق؟

هناك من يرى في سن التلطق للشقاق خطأ ترتب عنه ارتفاع حالات إنهاء العلاقة الزوجية وأنه شجع الزوجين على المبالغة في استعماله إلى حد المبالغة والتعسف.

لكن هذا الرأي يمكن أن يناقش:

أولاً: بأن تصدع الحياة الزوجية وحلول الكراهية والتنافر بدل الوثام والمودة المتبادلة: لا يبقى معه وجود للأسرة بفهومها الديني والاجتماعي، أو كما يقول ابن العربي: "فأما عقود

الأبدان فلا تتم إلا بالاتفاق والتآلف وحسن التعاشر فإذا فقد ذلك لم يكن لبقاء العقد وجه وكانت المصلحة في الفقرة...⁽¹⁾

ثانياً: - هل يبدو منطقياً انتقاد السماح للزوج بطلب الطلاق للشقاق في الوقت الذي يدافع فيه أصحاب هذا الانتقاد عن "حق الزوج" في توقيع الطلاق لسبب أو بدونه؟ أم أن الانتقاد يطال الزوجة وحدها؟ وهل من العدل أن يقبل من الزوج الطلاق ولو يقصد الإضرار بالزوجة، وتحرم هذه من طلب الطلاق من القضاء في حالة تصدع الحياة الزوجية؟

أما انتقاد الصياغة فيبدو له ما يبرره ليس في الإحالة الخاصة بالمستحقات وإبداءها وحدها، وإنما كذلك بعدم إلزام المدعي بإثبات الشقاق المؤسس عليه طلب الطلاق الأمر الذي جعله يكتبني بسرد وقائع مبهمة مثل عدم التفاهم، والمعاملة القاسية، والإخلال بالتزامات الرابطة الزوجية... كما هو سائد الآن في طلبات الطلاق للشقاق حيث تتكرر فيها نفس العبارات العامة في دلالاتها ولا تكشف عن شيء من حقيقة عوائق الحياة المشتركة بين الزوجين.

صحيح أن نقل مصطلح "الشقاق" من دلالاته اللغوية الأصلية إلى الخلل الذي ينهي الوثام في الحياة الزوجية⁽²⁾ يتعذر معه الإثبات المباشر له، ولكنه قابل للإثبات غير المباشر عن طريق القرائن مثل: العنف والخيانة الزوجية، والإصرار على عدم المساكنة، وغير ذلك من أنواع السلوك والتصرفات المؤكدة لتعذر الحياة المشتركة بين الزوجين المتنازعين.

(1) أحكام القرآن - 425/1.

(2) يقول ابن فارس في معجم مقاييس اللغة: " (شق) الشين والقاف أصل صحيح يدل على انصداع في الشيء، ثم يحمل عليه ويشق منه على سبيل الاستعارة " - 170/3.

مع ذلك لا يخلو التطبيق من صعوبات في التكييف، فقد يكون إصرار المدعي على الطلاق قابلاً للتأويل بالقرينة القوية والكافية لثبوت وجود الشقاق، أو بكونه مجرد تبرير خادع لادعاء وجوده. مثل ما ورد في حكم سبقت الإشارة إليه⁽¹⁾ من تصريح المدعية بأنها تفضل الانتحار على الرجوع إلى بيت الزوجية. فقد تكون صادقة في ادعاءها تفضيل الانتحار على استمرار العلاقة الزوجية وبالتالي يكون الشقاق ثابتاً، وقد يكون ما صرحت به مجرد تقطية لادعاء شقاق لا وجود له.

[246] واختلاصة أن الشقاق يبدو سبباً مشروعاً لإنهاء العلاقة الزوجية، ولكن مجرد ادعائه غير كاف، وإنما يتعين إثباته بقرائن كافية يرجع تقديرها الصحيح إلى القضاء عن طريق جلسات البحث ومحاولات إصلاح ذات البين وهو ما لا يتوفر لقضاء الغارق في كثرة الملفات ومحدودية وسائل مواجهتها. وما يلاحظ من المبالغة في استعماله من الزوجين معاً راجع - فيما نعتقد - إلى:

- عدم ضبطه تشريعياً.

- العمل القضائي بالاستجابة للطلب كلما توفرت فيه الشروط الشكلية للدعوى وهو يشجع الزوجة خاصة على الالتجاء إليه

- الاضطراب الملاحظ في أحكام القضاء إزاء التعويض الذي يحكم به لأحد الزوجين أو لهما معاً الأمر الذي يرى فيه الزوج وسيلة تعفيه من تحمل مستحقات الزوجة المترتبة عن طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق.

(1) فقرة 164 و177

4- هل من الضروري إيراد أسباب التطلاق المنصوص عليها في المدونة؟:

[247] أسباب التطلاق الواردة في م. 98 تثير ملاحظتين أساسيتين تتعلقان بالصياغة

وبالعدد.

أ - الصياغة:

[248] صيغت هذه الأسباب باعتبارها قاصرة على الزوجة - باستثناء العيب - تقلا عن الفقه الذي كان يمنح الزوج صلاحية إنهاء العلاقة الزوجية متى أراد لسبب أو بدونه، فلم تكن له حاجة إلى طلب الطلاق من القضاء.

لكن الآن ملزم بطلب الإذن بالإشهاد على الطلاق الذي لا يستجاب له إلا بعد أداء "التمعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه" (م. 84).

لذلك ألم يكن من الملائم أن تكون الأسباب الأساسية للتطلاق في (م. 98) تخول الزوج أيضا إمكانية تأسيس طلب إنهاء العلاقة الزوجية عليها من الإخلال بشرط والضرر،⁽¹⁾ والغيبة، والسجن، حتى عدم الإنفاق في حدود م. 199. أما الإيلاء فلم يبق له وجود يستدعي اعتباره سببا مستقلا لطلب الطلاق.

ب - العدد:

[249] تبدو في م. 98 مبالغة واضحة في عدد أسباب التطلاق سيما وأنها مضافة إلى أسباب أخرى سابقة عليها ولا حقة. ومصدر هذه المبالغة يرجع إلى انقسام أعضاء اللجنة الاستشارية بين متمسك بالقائمة المنصوص عليها في الفقه وبالأخص في مذهب مالك

(1) فالضرر بالتعريف الذي ورد به في م. 99 كما يصدر من الزوج يمكن أن يصدر من الزوجة، ولا يبدو ذلك محل نقاش.

بأنفاظها وأحكامها التفصيلية وبين المدافعين عن أسباب أخرى بدت لهم فيها مصلحة ظاهرة مثل التطلاق للشقاق والطلاق الاتفاقى. الأمر الذي أثر سلبا على الصياغة وجعلها مثار كثير من الملاحظات منها:

أ - تخصيص ست مواد (115 - 120) لطلاق الخلع بأحكامه التفصيلية في الفقه، والحال أنه يغني عنه الطلاق الاتفاقى المقرر في م. 114.

ب - الإخلال بالالتزامات المتبادلة:

* إذا كان الالتزام الذي وقع به الإخلال قانونيا أمكن للمستفيد منه طلب التطلاق للشقاق (م. 52).

* وإذا كان الالتزام اتفاقيا ولصالح المرأة أمكنها طلب التطلاق للضرر (م. 98 و99)، أما إذا كان لصالح الزوج فلا حكم في مدونة الأسرة ويبقى له فقط طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق، أو التطلاق للشقاق باعتبار الطرفين غير مقيدتين بسبب أو أسباب محددة.⁽¹⁾

ج - الإضرار بغير الإخلال بشرط أي بإحدى الوسائل الواردة في الفقرة الثانية من م. 99:

* إذا كانت الزوجة هي المتضررة أمكنها طلب التطلاق مع إمكانية الحكم لها بتعويض (م. 101).

* وإذا كان المتضرر هو الزوج فليس أمامه إلا طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق أو التطلاق للشقاق وفي كلا الحالتين ملزم بأداء المستحقات (م. 83 و87).

(1) مع الإشارة إلى أن الفقرة رقم 1 من م. 98 والفقرة الأولى من م. 99 أضيفتا إلى المشرع الذي قدمته اللجنة الاستشارية.

د - إطالة قائمة أسباب إنهاء العلاقة الزوجية حتى تجاوزت العشرة، فبالإضافة إلى الأسباب الستة الواردة في م. 98 نجد:

رغبة الزوج في توقيع الطلاق. (م. 79).

رغبة الزوجة إذا ملكها الزوج توقيع الطلاق. (م. 89).

الشقاق. (م. 84).

الطلاق الاتفاقي. (م. 114).

طلاق الخلع. (م. 115).

وكل سبب من هذه الأسباب إجراءاته الخاصة به، وهو ما يشوش على المتقاضين ويعقد العمل القضائي. والحال أن "الشقاق" مثلاً لو ضبط بالقرائن الكاشفة عنه لاستوعب كل أسباب الطلاق. فجهر الموضوع هو الوثام والتعايش بين الزوجين إن وجدا فلا مجال لإنهاء العلاقة الزوجية، وإذا فقدت المصلحة في الفرقة كما يقول ابن العربي.⁽¹⁾

5- هل من الضروري الاحتفاظ بمصطلحي: "الطلاق" و"التطلق"؟:

[250] المصطلحان مرتبطان بكون إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق "حق" خالص للزوج وحده لأنه مجرد تمازل منه عن منفعة البضع التي امتلكها بعقد الزواج أو "إزالة حل المحلية"، لذلك له أن يصدره متى شاء لسبب وبدون سبب وبالصيغة التي يريد جادا أو هازلا، وبالعدد الذي يحلو له. وبالمقابل تعتبر الزوجة محلا للطلاق. ولذلك لم يوجد في اللغة العربية إلا اسم الفاعل "مطلق" للزوج واسم المفعول به "مطلقة" للزوجة.

(1) أحكام القرآن - 425/1.

وإذا تطلبت الزوجة أمام القضاء من تصرفات زوجها وطلبت إنهاء العلاقة الزوجية فإن من الفقه من يقصر صلاحية القضاء على إمكانية فسخ عقد الزواج⁽¹⁾ دون الطلاق المملوك للزوج وحده، ومنه من يجيز للقاضي الحكم بـ "تطلاق" الزوجة لأسباب محصورة يتفاوت عددها من مذهب إلى آخر.

ومصطلح "تطلاق" يعني إنهاء العلاقة الزوجية قسرا على الزوج ودون إرادته، هذا الاستعمال المألوف في الفقه في التفريق بين الطلاق والتطلاق هو الذي حمل أغلبية أعضاء اللجنة الاستشارية على التمسك به. فهل من الضروري الاحتفاظ به؟.

[251] مما لا جدال فيه أن سكان شبه الجزيرة العربية - مثل غيرهم خارجها - كان الرجل وحده وقت نزول رسالة الإسلام هو الذي يصدر الطلاق متى شاء وبأية صيغة، وأن المرأة لا دور لها إلا كونها "مخلًا" للطلاق، وشخصت اللغة ذلك في كلمتي "مطلق" بالكسر للزوج و"مطلقة" بالفتح للزوجة. ولم يكن هناك "قضاء" يمكن أن تطلب منه المرأة طلاقها أيا كانت درجة تعسف الزوج وإضراره بها، ووسيلاتها الوحيدتان لفك عصمتها من أسر الزواج هما: الالتجاء إلى نفوذ عشيرتها أو مقايضة الزوج بمال أو تنازل عن حقوق وهو ما اصطلح عليه باسم "الخلع".

صحيح كذلك أن هذا الوضع استمر في فترة الوحي وبعدها واستقر بتبنيه من الاجتهاد الفقهي، لكن لا نجد نصا صريحا يقرره في القرآن أو السنة الثابتة. حتى الخلع الذي وردت فيه الآية 229 من سورة البقرة⁽²⁾ نجد من يقول إنها منسوخة.⁽³⁾

(1) ممن يقول بذلك المذهب الظاهري.

(2) ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ بِمَا آتَيْتَهُمْ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا أَنْ يَخَافَ أَنْ يُفْسِدَ حُدُودَ اللَّهِ، فَإِنْ خِفَمْ أَلَّا يُقِيمُوا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ، ذَلِكَ حَدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾.

(3) يقول القرطبي في تفسيره (101/5) "قال بكربن عبد الله المزني: لا يأخذ الزوج من المختلعة شيئا لقول الله تعالى =

[252] وباعتبار الطلاق تصرفا يصدر من الزوج وحده ويمس مصالح الزوجة والأطفال إن وجدوا فضلا عن مصالح المجتمع، ألا ينبغي أن تقارنه مع التصرف في مصالح القاصر الذي أوكله القرآن صراحة إلى كافلة دون حاجة إلى إذن سابق ولا رقابة لاحقة.

﴿وَسَأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْتَبُكُمْ إِنْ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾. (1)

فقد ذهب الاجتهاد الفقهي إلى أن الآية منحت من يوجد معه اليتيم صلاحية التصرف في مصالحه بما في ذلك شرائه مال اليتيم لنفسه من غير حاجة إلى تقديم ولا إلى إذن في إجراء التصرفات.

وعلم الحاجة إلى التقديم مؤسس على أنه: "لم يؤثر عن أحد من الخلفاء أنه قدم أحدا على يтим مع وجودهم في أزمستهم، وإنما كانوا يقتصرون على كونهم عندهم". (2)

وعن نفاذ تصرفاته ولو كانت فيها تهمة يقول القرطبي إن إجازة مالك الشراء من يتيمة لم يترك فيها أصله المتعلق بالتهمة وسد الدرائع لأن هذا الأصل يعمل به "فيما يؤدي من الأفعال الخطورة إلى محظورة منصوص عليها، وأما ههنا فقد أذن الله سبحانه في صورة المخالطة ووكل

﴿فَلَا تَأْخُذُوا﴾ وجعلها ناحية لآية البقرة. وقال ابن زيد وغيره، هي منسوخة بقوله تعالى في سورة البقرة: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾.

(1) آية 218 من سورة البقرة.

(2) تفسير القرطبي - 63/3.

الحاضنين في ذلك إلى أمانتهم بقول: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمَقْصِدَ مِنَ الْمَصْلَحِ﴾ وكل أمر مخوف وكل الله سبحانه المكلف إلى أمانته لا يقال فيه: إنه يتدرع إلى محذور به فيمنع منه".⁽¹⁾

الفقه هنا يؤكد أن الشارع خول بالنص الصريح، القائم بالاحتضان الفعلي لليتيم:

- صفة الحاجر الشرعي/القانوني دون حاجة إلى تقديم من أحد.

- نفاذ تصرفاته في مصالح القاصر المالية وغير المالية من غير إذن سابق و مراقبة لاحقة.

ومع ذلك غير اجتتهاده بتغير الزمن وتطور مبادئ التعايش وتنظيم الدولة ومؤسساتها، فأصبحت النيابة عن القاصرين مجال تنظيم مستقل ومفصل: لا تمارس إلا بتقديم موثق من القضاء الذي يجري رقابة دورية موثقة كذلك على تصرفات نائب القاصر سواء من حيث الشكل أو المضمون إلى حين انتهاء نيابته وتقديم حسابها في وثيقة رسمية لا تنتج آثارها إلا بعد أن يركبها القاضي بالمصادقة.

هذا ما حدث لمن يعيش معه اليتيم أو يرغب في ضمه إليه وتدير شؤنه: كان لا يحتاج إلى تقديم، وتديره لشؤنه أوكله الله إلى أمانته بلا رقابة سابقة أو لاحقة، ثم أصبح التقديم من القضاء شرطاً لازماً لا يقبل تجاوزه، والرقابة السابقة أو اللاحقة أو هما معا لتصرفاته في مصالح القاصر مقررة بأحكام آمرة تعرض مخالفتها للمسئولية المدنية وأحياناً للمسئولية الجنائية.

[253] ومن أهم دواعي تغيير الاجتهاد في الموضوع:

أ - أن تصرفات حاضن اليتيم تمس مصالح الغير وهو هذا اليتيم.

(1) نفس المرجع ص. 65.

ب - ملابس الواقعة الذي كان قائما وقت نزول القرآن، هي التي حالت دون التكيف بالتقديم وبرقابة تصرفات المقدم، لأن ذلك كان يشكل عبثا ثقيلا في مجتمع عشائري أحي لم يتطور فيه بعد مرافق الحياة المشتركة، ومؤسسات الدولة وأجهزتها، ولعل هذا ما ترشد إليه العبارة التي وردت في الآية ﴿وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْتَسَمَكُمْ﴾.

لو فرضت الآية يوم نزولها ما يطبق الآن لكان في تحمله صعوبة وفي تنفيذه مشقة، والله لا يكلف نفسا إلا وسعها ويسري نفس المبدأ على التكليف الخاطب بها المجتمع.

ج - بحكم التغير المستمر في البنيات الفكرية والمادية للمجتمع يضيق استقلال إرادة الفرد في تصرفاته، وتوسع القيود التي تفرض على هذه الإرادة تحقيقا لمبدأ العدل المأمور به، واتقاء للتعسف والظلم المنهي عنهما. فلو بقي تبادل الأشياء والخدمات خاضعا لإرادة المتعاقدين كما تشير إلى ذلك الآية (29) من سورة النساء⁽¹⁾ أظهر فساد عظيم بعد أن تيسرت وسائل الاحتكار واتسعت قاعدة المحتاجين إلى السلع والخدمات المعروضة في السوق.

وبمتابعة ما يجري أمامنا يتأكد أن المجتمع⁽²⁾ يتدخل بالتقرير المباشر أو بتحديد شروط ممارسة الفرد لكثير من التصرفات التي لا تمس مصالح فرد أو أفراد معينين، وإنما فقط يقدر إمكانية ترتيب ضرر عن التصرف مثل الأحكام المتعلقة بحماية البيئة، والصحة العامة، وسلامة

(1) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾

(2) فنجد الفرد مثلا لا يستطيع الخروج من أرض الوطن إلا بترخيص من السلطة العامة (جواز سفر) ولا ينبغي سكاكه في ملكه إلا وفق الشروط المحددة في القانون، ومثل ذلك إذا أراد فتح مكان للتجارة أو محل لممارسة المهنة... الخ. وفي الفقه ذاته لا وجود لعقد ينشئ التزامات متبادلة يمكن إنهاؤه بإرادة أحد المتعاقدين، واستثناء هذا الفقه لعقد الزواج مؤسس على تكييفه الطلاق بأنه: "تأثر الزوج عن حقه في الانسحاب بالضع" فهل هذا التكييف مقبول؟!.

المتوجات والخدمات، والأمن العام وغير ذلك كثير...⁽¹⁾ أما التصرفات التي تمس بحقوق الآخرين فلا وجود لتصرف واحد منها موكول إلى إرادة الفرد واختياره المستقل.

[254] وبالرجوع إلى إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق نجد:

- أنه يمس مباشرة بحقوق أساسية لكل من الزوجة الطرف في عقد الزواج، والأطفال العاجزين عن ممارسة حقوقهم والدفاع عنها.

- لم يرد في إسناده إلى الإرادة المطلقة للزوج، نص صريح مثل الذي ورد في القائم

بشؤون اليتيم.

- أن تمسك الفقه بإسناده إلى نطق الزوج به ليس تطبيقاً لنص صريح في الموضوع⁽²⁾

وإنما هو نتيجة للتكيف الذي صاغه للطلاق وهو كونه مجرد تنازل الزوج عن "حق"

(1) والجميع عن طريق من ينتدبه لذلك هو الكلف والمسئول عن تفسير نصوص الشريعة وتطبيقها.

(2) ومثل آيات: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ ﴿وَأَنْ عَزَّوْا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِعَ عِلْمَ﴾ ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَدَلٍ حَتَّى تَخْرُجَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيُفِنْ أَجْلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ كلها ليست قاطعة في ربط فصح العلاقة الزوجية بنطق الزوج بكلمة طلاق أو بأي تعبير آخر يقصدها به. فالآيات كلها لم تعرض واحدة منها لتعديد الإجراءات التي يخضع بها توقيع الطلاق.

نعم إن ما كان يجري في الواقع هو ارتباط الطلاق بنطق الزوج به، ولكن ليس كل ما كان يجري ولم يؤكده الوحي يكتسب صفة التشريع الإسلامي الأبدى للأمة، فقد كانت الممارسة كذلك تبيح استرقاق المزمين في الحرب هم ونسأؤهم وأطفالهم، وطبق عليهم الفقه الأحكام الموروثة من سوق النخاسة ومن طبقة السيد المالك والعبد المملوك، لكن لم تنزل آية بياحة الاسترقاق، فهل مجرد وجوده الفعلي زمن الرسالة يضي عليه صفة "الحكم الشرعي" الملم للأمة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها؟.

إن رسالة الإسلام لم تأت بقائمة مفصلة للواجبات، وأخرى للمنعوات، وثالثة للباحات، وأزمت المومن بها بمعرفة جزئيات كل قائمة والامتنال لحكمها المنصوص عليه. وإنما الواقع هو أنها:

أ- أوردت فعلاً أحكاماً تفصيلية لجزئيات محدودة وقليلة جداً مقارنة بما لا حصر له من الواقع المطلوب تنظيمها سيما في المجتمع الحديث. والأحكام التفصيلية المنصوص عليها مع قائلها، لتعقلها بالمعاملات تكون في مجملها مرتبطة

الانتفاع بالبيع المملوك له، بمقتضى صيغة عقد الزواج التي تكون "بكل لفظ اقتضى لفظ الملك كلبية والصدقة والإنكاح والتزويج والإعطاء" وحتى بلفظ "بعت".⁽¹⁾

- المذاهب الفقهية المعمول بها تمنح القضاء صلاحية الحكم بالتطبيق بطلب من المرأة لأسباب يتفاوت عددها من مذهب إلى آخر. ولم يرد نص بأي واحد من تلك الأسباب، وإنما أسس التطبيق القضائي بسببها على مبادئ العدل ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ وعدم الإضرار بالزوجة ﴿وَلَا تَضَارَوْهُنَّ لِتَضْيِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ بإخلال الزوج بالتزاماته أو تعسفه في استعمال صلاحياته في تسييره للبيت الزوجي.

بالحكمة والغاية التي شرعت من أجلها، وهو ما يجعل تفسير نصوصها خاضعا لمبدأي: مراعاة المآل، ودوران الحكم مع علته وجودا وعدما.

ب - أمرت بعودة قيم عامة في السلوك الفردي والجماعي، على الأمة أن لا تعارضها أو تصادها بما تقرره من نظم لمراعى المجتمع ولعلاقات التعايش بين أفرادها المتممة والمتجددة باستمرار.

ان هذا التوجه الذي لا جدال فيه في نصوص الشريعة يؤكد الامكانية الواسعة لتغير أحكام المعاملات مسارية لتطور فكر الإنسان وملابسبات الواقع.

واليوم لا أحد يرى أن الزواج "تجرد تلذذ بآدمية" ولا أنه "امتلاك منفعة البضع بمال" ولا يهبر على انعقاده بألفاظ الحبة والصدقة والبيع. وبالتالي لم يبق الطلاق يعني "التنازل عن ملكية منفعة البضع" وإنما هو تصرف يهدم مؤسسة الأسرة بترتب عنه حتما المساس بحقوق أفرادها بمن فيهم المطلق هو حاجرهم "الشرعي" كل ما فرضه والذين لم يكن للمجتمع أية صلاحية للتدخل لصالحهم ما دام أبوه المطلق هو حاجرهم "الشرعي".

الواقع هو السماح للأم برفع الدعوى ضد الأب لصالحهم رغم افتقارها للصفة في رفع هذه الدعوى. بينما الآن أصبحت رعاية حقوق الأطفال من الالتزامات العامة التي يتعين على المجتمع حمايتها إضافة إلى حقوق الزوجة باعتبارها "فردا" من المجتمع الذي يدخل ضمن التزاماته الأساسية حماية حقوق الافراد وحرابهم رجالا ونساء.

والخلاصة أن أسلوب الصياغة لنصوص الشريعة، وغايات وحكم ما شرعته من أحكام، والتطور الفطري لمعرفة الإنسان لنفسه وللعالم المحيط به ... وكل ذلك يجعل مفاهيم الأسرة، والزواج، والطلاق، ومتغيرة في ثقافة المجتمع وفي الآثار والنتائج، وهو ما يفرض حتما تطور الأحكام التفصيلية التي تنظمها دون أن تمس الأهداف والغايات التي شرعت من أجلها.

(1) مواهب الجليل للخطاب - 420/3.

والتعسف كما يتحقق في إرغام الزوجة على الاستمرار في حياة زوجية مخجلة الشروط، يتحقق كذلك بإنهاءها بمجرد النطق بكلمة طلاق وما في معناها دون أداء الالتزامات المترتبة عن ذلك للزوجة والأطفال. هذه الالتزامات لا يحددها إلا القضاء أفلا يمرر ذلك نقل إعلان الطلاق من الزوج إلى القاضي؟

[255] صحيح أن الأسباب الملجئة إلى إنهاء العلاقة الزوجية يصعب أحيانا إثباتها بالوسائل المعمول بها أمام القضاء لكن هذا كان مقبولا عندما كانت أسباب التطلاق محصورة في وقائع مادية يلزم مدعيها بإثباتها قضائيا⁽¹⁾ أما الآن فإن الصياغة تغيرت. فالشقاق الذي تنص عليه مدونة الأسرة سببا للتطبيق يتحقق في مظاهر خارجية لحياة الزوجين وتعايشهما وإن بقيت أسبابه مجهولة والراغب في التطبيق يطلب منه إثبات الوقائع المادية الخارجية للشقاق وليس أسبابه التي قد تكون عصية عن الإثبات.

وبعبارة أخرى التطور الحاصل في صياغة أسباب التطبيق يقي الراغب في إنهاء العلاقة الزوجية صعوبة الإثبات التي كانت تعاني منها الزوجة في القانون المغربي سابقا، والزوجان معا في القانون المقارن.

- النسبة الكبيرة من حالات الطلاق التي تتم اليوم بتصریح الزوج به أمام العدلين - ترجع إلى الطلاق الخلفي بمفهومه الفقهي الذي يشمل حالات:

* أداء الزوجة للزوج مبلغا نقديا أو أي شيء آخر ذي قيمة مالية.

(1) وكان هذا خصوصا في قوانين الدول المسيحية إثر تقريرها للطلاق الذي كانت الكنيسة تحرمه ولا تعترف به. أما الفقه الإسلامي فلم يبحث نهائيا أسباب طلاق الزوج من الناحية القضائية وإن تعرض أحيانا للطلاق دون مبرر شرعي لكن ديانة لا قضائيا.

* تنازلها عن حقوق مالية أو غير مالية مستحقة لها على الزوج.

* أداء الزوج للزوجة مبلغا ماليا أو ماله قيمة مالية.

* الاتفاق على الخلع دون أداء أي من الزوجين شيئا للآخر.

في مدونة الإلمام مالك أن "مالكا سئل عن الرجل يصلح امرأته على أن يعطيها من ماله عشرة دنائير، فقال أراه صلحا ثابتا".⁽¹⁾

"قلت: أرايت لو لم يكن للمرأة على الزوج دين ولا مهر، فقال الزوج أخلعك على أن أعطيك مائة درهم، فقبلت أكون هذا خلعا وتكون تطليقة بائنة لا يملك رجعتها؟ (قال) قال مالك نعم تكون تطليقة بائنة لا يملك رجعتها (قال مالك) وكذلك لو لم يعطها الزوج خالعا فهي بذلك أيضا بائن".⁽²⁾

وفي مواهب الجليل للخطاب عند قول صاحب المختصر: "وبانت ولو بلا عوض نص عليه: "يعني أن الخلع طلاق بائن ولو وقع بغير عوض إذا نص عليه أي على الخلع".

"وقال اصبيغ: إن قال لها أنت صلح، أو طالق طلاق الصلح، أو قد صلحتك، أو يقول: اشهدوا أنني قد صلحت امرأتي، وهي غائبة أو حاضرة، راضية أو كارهة، أخذ منها عوض أو لم يؤخذ، فهي طليقة بائنة..".⁽³⁾

(1) 19/5.

(2) 25/5.

(3) 24/4.

ثم أضاف: "ومن كتاب ابن المواز: وإذا تداعيا إلى الصلح واقتربا عليه وإن لم يأخذ منها شيئا فهو فراق كما لو أخذ منها، وإذا قصد إلى الصلح بغير عطية، أو على أن يأخذ متاعه وسلم إليها متاعها فذلك خلع لازم قاله مالك في العتبية من سماع ابن القاسم".⁽¹⁾

وفي التاج والإكليل للمواق المطبوع على هامش مواهب الجليل: "من المدونة قال مالك من قال أخالعتك على أن أعطيك مائة دينار فقبلتها هي طليقة بائة وكذلك لو لم يعطها" وأضاف المواق: "انظر هذا بالنسبة لزماننا: قد تقع المشاورة بين الزوجين ويوقع الطلاق بينهما عن تراض منهما فينبأ أنها طليقة خلعية".⁽²⁾

الخلع في الفقه⁽³⁾ إذن، ينصرف إلى كل حالات اتفاق الزوجين وتراضيهما على الطلاق سواء بأداء متبادل أو بأداء من أحدهما فقط أو بدون أداء أو تحمل من أيهما، وبذلك يشمل الطلاق الاتفاقي والطلاق بالخلع المنصوص عليهما في م. 114 - 120 من مدونة الأسرة.

[256] والمعتمد في طلاق الخلع هو الحديث الوارد في قصة ثابت بن قيس وزوجته ومن الصبيغ التي ورد بها هذا الحديث

- رواية البخاري عن ابن عباس: "ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله: ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في

(1) 25/4.

(2) 24/4.

(3) وذلك مع وجود رأي آخر يقصر مصطلح "الخلع" على حالة أداء الزوجة مبلغا ماليا للزوج أو التنازل له عن بعض حقوقها.

الإسلام، فقال رسول الله ﷺ أتردين عليه حديثه؟ قالت نعم، قال رسول الله ﷺ إقبل الحديقة وطلقها تطليقة".⁽¹⁾

- رواية الدارقطني أن الرسول عليه السلام قال لنزوجة ثابت: "أتردين عليه حديثه التي أعطاك؟ قالت نعم وزيادة، فقال النبي ﷺ: أما الزيادة فلا، ولكن حديثه. قالت نعم فأخذ ما له وخلي سبيلها، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قد قبلت قضاء رسول الله ﷺ".⁽²⁾

- رواية ابن جرير الطبري: "عن أبي جرير أنه سأل عكرمة هل كان للخلع أصل؟ قال كان ابن عباس يقول إن أول خلع كان في الإسلام في أخت عبد الله بن أبي رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله: لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبدا، رفعت جانب الخباء فرأيته قد أقبل في عدة، فإذا هو أشدهم سوادا وأقصرهم قامة، وأقبحهم وجهها، فقال زوجها يا رسول الله: إني قد أعطيتها أفضل مالي حديقة لي، فإن ردت لي حديثي، قال ما تقولين؟ قالت نعم وإن شاء زده، قال ففرق بينهما...".⁽³⁾

الروايتان الأخيرتان تفيدان أن الرسول ﷺ هو الذي أصدر الحكم بالطلاق بين الزوجين المتخالفين.

بل إن مدونة الأسرة ذاتها نصت على صدور طلاق الخلع من المحكمة وذلك بقولها في م. 128: "القرارات القضائية الصادرة بالتطبيق، أو بالخلع، أو بالنفسخ... تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية".

(1) الحديث عدد 5273 شرح فتح الباري - 494/9.

(2) من زاد المعاد لابن القيم - 43/4.

(3) من تفسير "في ظلال القرآن" للسيد قطب - 199/2

[257] وطلاق الخلع كما سبقت الإشارة يشمل كل حالات الطلاق الاتفاقي سواء بتقديم مبلغ أو شيء أو تنازل عن حق من الزوجين معا أو من أحدهما، أو بدون تقديم أي شيء من أحدهما للآخر.

وبالرجوع إلى إحصائيات وزارة العدل والحريات نجد أن الطلاق الخلعي الشامل للاتفاقي يكتسح حالات الطلاق المسجلة لدى العدلين كما يتضح ذلك من الجدول الآتي:

السنة	الرجعي	الخلعي	قبل البناء	الاتفاقي	المملك	المكمل الثلاث	مجموع الطلاق	مجموع التطلق
2006	7276	9184	4747	6741	134	157	28239	14791
2007	6330	8253	4862	8243	129	87	27904	21328
2008	5650	7175	4929	9800	246	135	27935	27441
2009	3761	5894	4494	9887	63	71	24170	31085
2010	2680	5263	4108	10294	64	43	22452	33564
2011	2310	4147	4168	12209	42	61	22937	33261
2012	2211	4355	3582	14301	104	159	24712	49579
2013	1877	4546	3571	14992	204	25	25215	40850

تتبن هذه الإحصائيات:

- تراجعاً مستمراً في حالات الطلاق الذي يوقعه الزوج بعد استجابة المحكمة لطلبه الإذن بتوقيعه. فمن 7276 طلاقاً عام 2006 انخفض العدد إلى 1877 عام 2013.

- ارتفاع مجموع عقود الطلاق الخلفي والاتفاقي في نفس الفترة من (15925) إلى (19538).⁽¹⁾

وبالتأكيد يكون نفس التفاوت بين النوعين (الطلاق المأذون به، والطلاق الخلفي والاتفاقي - في الطلاق قبل البناء والمكمل للثلاث. وهو ما يعني أن الطلاق في صورته التقليدية أي الصادر من الزوج برغبة منه قد لا تتجاوز نسبته 7%⁽²⁾ وإذا أضيفت أحكام التطبيق التي بلغت (40850) في سنة 2013 انخفضت نسبة طلاق الزوج المأذون به من المحكمة إلى حوالي 3% من مجموع حالات إنهاء العلاقة الزوجية.

[258] وإذا أخذنا في الاعتبار:

أ - ما يسببه توثيق الطلاق بإشهاد الزوج للبلدين من مشاكل للمغاربة الذين يعيشون في الغرب بالخصوص ويمدون اليوم بالملايين. وما يقال عن تعسف القضاء هناك وعدم احترامه للقوانين الوطنية للمتقاضين لا يغير شيئاً من معاناة المغاربة الذين لا وسيلة لهم لبتفادي الأحكام التي تصدر عليهم سيما وأن نسبة مهمة منهم تحمل جنسية بلد الإقامة، فلا يكفي إذن انتقاد قوانين الغرب أو أحكام قضاؤه، وإنما المطلوب حل مشاكل المواطنين المقربين في حدود عدم المساس بالأحكام القطعية المنظمة للأسرة، ولا نعتقد أن يكون منها نطق الزوج بالطلاق.

ب - الطلاق الخلفي بمفهومه الفقهي العام الشامل لكل حالات الطلاق الاتفاقي يمثل اليوم أكثر من 90% من حالات الطلاق الموثق أمام العدلين. وقد وردت فيه رواية

(1) والطلاق قبل البناء والمكمل للثلاث يرجعان إلى نفس النوعين: طلاق الزوج بعد الإذن له، وطلاق الخلف والاتفاقي.

(2) وذلك تبعاً لنسبة الطلاق المأذون به للزوج في الطلاق قبل البناء والطلاق المكمل للثلاث الواردين في الإحصائيات أعلاه دون بيان المأذون به منهما للزوج وما كان اتفاقاً.

بصدوره عن الرسول ﷺ بصفته "قاضيا" فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: رضيت بقضاء رسول الله ﷺ "ففرق بينهما".⁽¹⁾

ج - الزوج الذي له صلاحية توقيع الطلاق يتنازل عن ممارسة هذه الصلاحية في أكثر الحالات ويطلب من القضاء إصدار الحكم بالطلاق استنادا إلى سبب الشقاق.

ففي السنتين الأخيرتين 2012 و2013 صدر له الإذن بتوقيع الطلاق على التوالي (2211) و(1877) إذن بينما قدم في نفس السنتين (28957) و(30484) طلب تطليق للشقاق.

الاعتراف للزوج بـ "حق" الاختيار بين تصريحه بالطلاق أمام العدلين وبين طلب إصدار الحكم به من المحكمة ألا يؤكد أن إنجاز الطلاق عن طريق التصريح من الزوج ليس أمرا تعديليا يمنع تغييره والمساس به من الزوج ومن غيره؟ ألا يثبت:

- أن تصريح الزوج بالطلاق مجرد "رخصة" وفي أقصى تأويل "حق شخصي" قابل للتنازل عنه؟ والرخص والحقوق الشخصية قابلة لتقييد ممارستها وحتى لمنع هذه الممارسة متى اقتضت ذلك المصلحة العامة أو الخاصة وهو ما نجد مطبقا على كل الحقوق الشخصية القابلة للتنازل عنها. وأول المستفيدين من صيغة الطلاق القضائي الزوج نفسه ليس بالنسبة للمقيم خارج المغرب وحده وإنما لكل الأزواج الذين يكون لديهم مبرر مقبول لطلب إنهاء العلاقة الزوجية فلا يتحملون كل تبعات طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق المنصوص عليها في م. 83 و84 و85 من مدونة الأسرة.

د - يوجد رأي في الفقه يضيئ على ربط الطلاق بلسان الزوج الصفة التعبدية ويمنع بالتالي صدوره من القضاء الذي له فقط إمكانية الحكم بالفسخ كما يعتبر توكيل الزوج غيره

(1) انظر ف. 256.

على الطلاق لغوا⁽¹⁾ لكن الرأي الذي تأخذ به المذاهب السنية وغيرها هو تحويل القضاء صلاحية إصدار الحكم بالطلاق سواء بطلب من الزوجة أو من الزوج - كما في حالة وجود ما يسمى بالعيوب المبررة لإنهاء العلاقة الزوجية - بل يمكن للقضاء الحكم بالطلاق ولو مع معارضة الزوجين معاً في حالة الشقاق بينهما في مذهب مالك.

هـ - الآيات المتعلقة بالطلاق من سورة البقرة⁽²⁾ تكررت فيها كلمة "مَعْرُوفٌ" سبع مرات. ومن أحسن ما قرأته في تعريف "المعروف" قول محمد حسين الطباطبائي في تفسيره الميزان في تفسيره القرآن: "المعروف هو الذي يعرفه الناس بالذوق المكتسب من نوع الحياة الاجتماعية المتداولة بينهم" - 236/2.

فهل كل ما طرأ على الحياة الاجتماعية التي نعيشها مقارنة مع ما كانت عليه هذه الحياة في شبه الجزيرة العربية منذ أكثر من أربعة عشر قرناً - لا أثر له حتى على الإجراءات التي ينبغي أن يمارس بها الطلاق؟

(1) ممن يقول بهذا ابن حزم، وفي فقه الشيعة الإثنا عشرية المنع قاصر على تفويض الطلاق إلى الزوجة أو توكلها عليه -

فقه الإمام الصادق لمحمد جواد مغنية - 5/6.

(2) وهي الآيات 225 - 230 و 234 - 239.

الفصل الرابع

أنواع الطلاب وآثاره

[259] إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق كان الزوج وحده هو الذي يملكه، يصدره متى شاء لسبب ولغير سبب، وفي ذات الوقت يحق له أن يصف الطلاق بالرجعي فيحق له داخل العدة إرجاع الزوجة إلى الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة قبلت الزوجة ذلك أو رفضته وله أن يكرر ذلك إلى الطلقة الثالثة، كما يمكنه أن يقرر - صراحة أو قصدا - أن الطلاق بائن تنفصل به العلاقة الزوجية بمجرد النطق به.

والقرآن سمح بتكرار الطلاق مرة واحدة ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ (1) وفي الطلاق الأول والثاني يمكن للمطلقين داخل العدة استئناف الحياة الزوجية ﴿وَيُعَوِّظُ أَحَقُّ بِرِدِّهِنَ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾. (2)

أما إذا تم الطلاق للمرة الثالثة فإن العلاقة الزوجية تنتهي حالا، إضافة إلى ذلك يمنع إبرام عقد زواج جديد بين المطلقين إلا إذا تزوجت المطلقة ثلاثا بزوج آخر وانتهى زواجها بموت أو طلاق فيمكنها إذاً ذلك أن تبرم عقد زواج جديد مع الذي طلقها ثلاث مرات ﴿وَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَكْحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾. (3)

لا وجود لنص في القرآن يمنح للزوج صلاحية وصف الطلاق الذي ينجزه بالرجعي أو البائن أو بكونه طلقة واحدة أو اثنتين أو ثلاثا، ولكن الاجتهاد الفقهي منحه هذه الصلاحية وإن وصف جمع طلاقين أو ثلاث طلاقات دفعة واحدة بالطلاق البدعي.

(1) آية 227 - سورة البقرة.

(2) آية 226 - سورة البقرة.

(3) آية 228 - سورة البقرة.

أما الطلاق عن طريق القضاء فأغلبية الفقه التي تجيزه، تتفاوت في الأسباب الخولة للقاضي صلاحية الحكم بالتطليق، والمذهب المالكي بالخصوص يعتبر الطلاق القضائي بائناً باستثناء حالتين: التطليق لعدم الإنفاق، أو للإيلاء والهجور. ومدونة الأسرة هل التزمت بالاتجاه الفقهي في التمييز بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن؟ هذا ما نراه في (مطلب أول) نردفه بـ "مطلب ثان" نخصصه لأثر الطلاق وهو "العدة".

المطلب الأول : الطلاق الرجعي والطلاق البائن.

[260] تنص م. 122 على أن "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلا في حالي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق".

وتضيف م. 123: "كل طلاق أوقفه الزوج فهو رجعي، إلا المكل للثلاث، والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع، والملك".

طبقا لهاتين المادتين يكون القانون وحده هو المحدد للصفة الرجعية أو البينية للطلاق، وانتهى بذلك الاجتهاد الفقهي الذي كان يخول هذه الصلاحية للزوج ما عدا في حالات استثنائية ورد بها النص أو كان الطلاق بمقابل (الخلع).

ووفقا للمادتين 122 و123 متى يكون الطلاق رجعيا؟ ومتى يكون بائنا؟ وما هي آثار كل منهما على العلاقة الزوجية؟

أولا - الطلاق الرجعي:

[261] الطلاق الرجعي يصدر من الزوج ومن المحكمة.

1- توقيع الزوج:

[262] يكون طلاق الزوج رجعيا في حالة تصريحه به أمام العدلين بناء على إذن المحكمة له بذلك طبقا للمواد 79 - 87 من مدونة الأسرة، بشرط:

أ - ألا يكون قبل بدء الحياة الزوجية:

(263) فقد جاء في سورة الأحزاب: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا، فَيَتَوَهَّنَ وَسِرْحُونَهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁽¹⁾

ودلالة الآية على كون الطلاق بائنا، مستفادة من إعفاء المطلقة قبل البناء من العدة، لأن الطلاق الرجعي ترتب به إمكانية "الرجعة" التي سنتحدث عنها بعد قليل، وإذا انعدمت العدة تعذرت الرجعة بالتبعية وكان الطلاق بذلك بائنا لا رجعيا.

ب - ألا يكون مكلا للثلاث:

(264) طلاق الزوج يكون رجعيا في المرة الأولى وفي المرة الثانية، فإذا طلق للمرة الثالثة يكون طلاقه بائنا، والطلاق الذي يحسب هو الذي تأذن به المحكمة طبقا للمواد 79 وما بعدها. وإذا صرح الزوج أمام العدلين بأنه يطلق زوجته طلقتين أو ثلاث طلقات اعتبر ذلك واحدة رجعية تطبيقا للمادة 92 التي تقضي بأن "الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدا".

2 - المحكمة:

[265] المبدأ أن الطلاق الذي يصدر به الحكم القضائي أن يكون بائنا، لأنه يصدر بطلب من الزوجة المتضررة من سلوك زوجها، والصفة الرجعية للطلاق تخوله "حق" إرجاعها إلى العلاقة الزوجية داخل العدة "الرجعة" وهو ما يتعارض مع مبرر الطلاق،

(1) آية 49.

لكن مذهب مالك يستثني حالي التطليق بسبب الإيلاء أو عدم الإنفاق، وهذا ما تضمنته م. 122م.أ..

ويعمل هذا الحكم الفقهي :

- في حالة الإيلاء بمراعاة الرأي الذي يقول بأن المحكمة لا صلاحية لها للحكم بالتطليق، وإنما عليها أن تأمر الزوج المولي بوقع الطلاق، ولها أن تجبره على ذلك ولو بالسجن دون أن تتخطى ذلك إلى الحكم بالتطليق

- وفي حالة العجز عن الإنفاق بكون هذا العجز ليس إراديا فلا يواخذ به الزوج إذا تمكن داخل فترة العدة من القدرة على أداء النفقة المستحقة منه.

بالنسبة لحالة الإيلاء سبق أن رأينا أنها نادرة جدا ولذلك لا تبدو أهمية لمناقشة الصفة الرجعية للطلاق الصادر فيها.

أما الطلاق لعدم الإنفاق فيستحق إثارة بعض الأسئلة حوله وفي مقدمتها:

- هل الطلاق لعدم الإنفاق رجعي في جميع حالاته؟

- هل الرجعة المحولة للزوج في عدة الطلاق لعدم الإنفاق، غير مقيدة بأية شروط؟

أ - الطلاق لعدم الإنفاق:

[266] التعليل الذي يساق لوصف الطلاق بالرجعي بسبب عدم الإنفاق هو انتفاء المسؤولية الأخلاقية عن الزوج باعتبار الغنى والفقر ليسا إراديين. غير أن هذا لا يشمل كل حالات التطليق لعدم الإنفاق.

مثلا في حالة إصرار الزوج على عدم الإنفاق وله مال ظاهر يتعذر أخذ النفقة منه كما إذا كان موهونا أو يوجد خارج الوطن. ومثل ذلك الامتناع عن الإنفاق دون إثبات العجز.

وإضافة إلى ذلك: الزوجة لا ترفع دعوى التطليق لعدم الإنفاق إلا بعد سوء العلاقة وتصدع العلاقة الزوجية أما إذا كانت هذه العلاقة عادية فإن الزوجة تستغل وتساهم في الإنفاق على البيت الزوجي كله بل في حالات غير قليلة تتحمل هي وحدها كل النفقة.

لذلك يبدو موضوع مناقشة ما نصت عليه م. 122 من الصفة الرجعية للتطليق لـ "عدم الإنفاق" وقد تشبث بهذه الصيغة العامة أغلب أعضاء اللجنة الاستشارية تقليدا لمن استعمل من الفقهاء عبارة "عدم الإنفاق" بدل "الإعسار بالنفقة" الواردة في أغلب المراجع الفقهية.

ب - قيود الرجعة في الطلاق لعدم الإنفاق:

[267] مدونة الأسرة لم تفرض أي قيد على الرجعة في الطلاق بسبب عدم الإنفاق وفق صياغة م. 122.

ونحيل إلى تقييد الصفة الرجعية للطلاق بسبب الإخلال بواجب النفقة بما كانت تنص عليه مدونة 1957 في الفقرة الأخيرة من الفصل 53: "ولزوج أن يراجع زوجته في العدة بشرط أن يثبت يساره ويظهر استعداده للإنفاق".

- إثبات اليسار:

[268] يلزم الزوج الراغب في الرجعة بإثبات اليسار والقدرة على النفقة إذا تم الطلاق بسبب العسر سواء أثبتته الزوج أو ادعاه ولم يثبت. هذا إذا كان سبب الإعسار خارجا عن إرادته، أما إذا كان السبب إراديا كالإدمان على المخدرات أو على الرهان فلا يكفيه إثبات اليسر، وإنما عليه كذلك البرهنة على الإقلاع عن دأبه السابق أو على الأقل تقديم ما يضمن توفير نفقة البيت الزوجي.

٢- الاستعداد للإففاق:

[269] يطلب إثبات الاستعداد للإففاق في الحالات التي ثبتت فيها إجراءات التطبيق قرآن على سعي الزوج إلى التهرب من التزامه بالنفقة. ويختلف هذا الاستعداد باختلاف القرائن والملابسات المؤيدة لتحقيق الوفاء الفعلي بالنفقة أو العكس، وهو ما تستخلصه المحكمة من ظروف كل قضية ودفاع الطرفين ودفعهما.

يتبقى التساؤل عن الجهة التي تطالب الزوج بإثبات اليسار والاستعداد للإففاق ما دامت إجراءات الرجعة تنجز بإشهاد العدلين. "إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة طلاقاً رجعيًا أشهد على ذلك عدلين، ويقومان بإخبار القاضي فوراً" م. 124.

مع هذه الصياغة للمادة 124 التي سترجع إليها (فقرة 277...) نرى التأكد من يسار الزوج الراغب في الرجعة واستعداده للإففاق، شرطاً ضرورياً لقبول الرجعة، استناداً إلى كون أغلبية المراجع الفقهية تربط الصفة الرجعية للطلاق بـ "الإعسار بالنفقة" وليس بـ "عدم الإففاق" فيتمين إزام الزوج بإثبات اليسار بعد الحكم بالتطليق بسبب الإعسار، ذلك ما تفرضه "قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف" الحال عليها في م. 400 من المدونة.

بناءً على ذلك نميل إلى القول بأن العدلين لا يتلقيان الإشهاد بالرجعة إلا بعد الإذن به من قاضي الأسرة الذي يتحقق من يسار الزوج ومن استعداده للإففاق.

ثانياً- الطلاق البائن:

[270] الطلاق البائن مثل الرجعي يصدر من الزوج ومن المحكمة:

1- طلاق الزوج:

[271] الحالات التي يكون فيها طلاق الزوج بائناً حددها القانون، ولا تدخل لإرادته

في ذلك. وهذه الحالات هي:

- الطلاق قبل بدء الحياة الزوجية.

- الطلاق المكل ثلاث تطليقات.

- الطلاق الاتفاقي في كل صورته أي سواء كان بأداء أو تمازل عن حق من الزوجين معاً أو من أحدهما أو بدون أي أداء أو تمازل.

- الطلاق الذي توقعه الزوجة بناء على "تمليك" الزوج إياها هذا التوقيع.

2- طلاق المحكمة:

[272] الطلاق الذي يصدر به حكم القضاء يكون بائناً متى صدر:

- بطلب من الزوجين أو من أحدهما بسبب "الشقاق".

- بطلب من الزوجة لأحد الأسباب المنصوص عليها في م. 98 باستثناء التطليق بسبب الإيلاء أو الإعسار بالنفقة فإنه يكون فيها رجعياً وفق ما سبق بيانه.

ثالثاً- آثار كل من الطلاقين على العلاقة الزوجية:

[273] يختلف الطلاق الرجعي عن البائن في:

- إنهاء العلاقة الزوجية.

- استئناف هذه العلاقة.

1- إنهاء العلاقة الزوجية:

أ- الطلاق الرجعي:

[274] تنص م. 125 على أنه: "تبين المرأة بانتضاء عدة الطلاق الرجعي".

وإذا كانت العلاقة الزوجية لا تنتهي إلا بانقضاء عدة المرأة في الطلاق الرجعي، فإن جميع آثار العلاقة الزوجية تبقى سارية في فترة العدة.

فتستمر الزوجة المطلقة طلاقاً رجعياً مستحقة النفقة والسكنى طبقاً لأحكام م. 187 وما بعدها من المدونة. لكن استحقاق السكنى مشروط بمراعاة مقتضيات م. 196.⁽¹⁾

وتبقى حاضنة لأطفالها مع الزوج وفق م. 164.

وإذا توفي أحد الزوجين ورثة الآخر، وإذا كان المتوفى هو الزوج ألغيت عدة الطلاق وانتقلت الزوجة إلى عدة الوفاة.

وإذا أراد الزوج إبرام عقد زواج بامرأة أخرى تعين عليه الحصول على الإذن بالتعدد المنصوص عليه في م. 40 وما يليها.

ويستثنى من آثار الزواج: المساكنة والمعاشرة الزوجية، فبمجرد توقيع الطلاق الرجعي يتمتع على الزوجين المساكنة والمعاشرة.

ومن النصوص الفقهية في الموضوع:

جاء في مدونة مالك: " (قلت) أ رأيت إن طلق امرأته تطليقة يملك الرجعة هل تترين له وتشوف له؟ (قال) كان قوله الأول أنه لا بأس أن يدخل عليها ويأكل معها، إذا كان معها من يحتفظ بها ثم رجع عن ذلك فقال: لا يدخل عليها ولا يرى شعرها ولا يأكل معها حتى يراجعها".⁽²⁾

(1) ونصها: "المطلقة رجعياً يسقط حقها في السكنى دون النفقة، إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول".

(2) 106/5.

وفي الأم للشافعي:

"ولزوجها إذا تركها فيما يسعها من المسكن وستر بينه وبينها أن يسكن فيما سوى ما

يسعها".⁽¹⁾

ب - الطلاق البائن:

[275] الطلاق البائن يفصل العلاقة الزوجية وينبئها بكل آثارها بمجرد صدوره كما تؤكد ذلك م. 126 و127. فبمجرد صدوره بالنطق به من المحكمة⁽²⁾ أو إيهاد العدلين به من الزوج - أو الزوجة في حالة التملك - تنتهي جميع آثار العلاقة الزوجية من مساكاة ونفقة... ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر، وإذا رغبا في استئناف العلاقة الزوجية⁽³⁾ وجب أن يتم ذلك بعقد زواج جديد يخضع لجميع الشروط الموضوعية والشكلية المطلوبة في عقد الزواج.

وليستني من الآثار المنتهية بالطلاق البائن: السكنى في فترة العدة.

فقد اختلف في تفسير الآية: ﴿سَكُنُوا مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تَضَارَوْهُنَ لِتَضيقُوا عليهنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عليهنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽⁴⁾ مع آثار نبوية وردت في الموضوع.⁽⁵⁾

(1) 227/5.

(2) فالحكم بالطلاق يكتسب قوة الشيء المحكوم به بمجرد النطق به، لأنه غير قابل للطعن طبقاً للمادة 128 التي تنص على أن: "القرارات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع أو بالنسخ طبقاً لأحكام هذا الكتاب، تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية".

(3) ما لم يكن الطلاق البائن مكلاً للثلاث حيث يخضع إذاك استئناف العلاقة الزوجية للقيود الواردة في م. 127.

(4) آية 6 سورة الطلاق.

(5) انظر في مناقشة هذه الآثار، والجواب عما أثير حولها من طعون - ابن القيم في زاد المعاد - 191/4.

ومدونة الأسرة أخذت برأي مالك⁽¹⁾ والشافعي⁽²⁾ في الموضوع. فقد جاء في م. 196 أن "المطالبة طلاقاً بائناً، إذا كانت حاملاً، تستمر نفقتها إلى أن تضع حملها، وإذا لم تكن حاملاً، يستمر حقها في السكنى فقط إلى أن تنتهي عدتها".

ومالك والشافعي اللذان استنسختا مدونة الأسرة رأيهما يقولان بجرمة خروج المطلقة بائناً أو إخراجها من بيت الزوجية إلا للعدر.

في المدونة "قلت) أرايت إن كانت في مصر من الأمصار نخافت من جارها وهو جار سوء، ألا يكون لها أن تتحول أم لا في قول مالك؟ (قال) الذي قال لنا مالك إن المبتوتة والمتوفى عنها لا تنتقل إلا من أمر لا تستطيع القرار عليه".⁽³⁾

وفيها كذلك: "قلت) أرايت امرأة طلقها زوجها البتة فغلبت زوجها وخرجت فسكنت موضعاً غير بيتها الذي طلقها وهي فيه، ثم طلبت من زوجها كراء بيتها الذي سكنته هي في حال عدتها (قال) لا كراء لها على الزوج لأنها لم تعتد في بيتها الذي كانت تكون فيه".⁽⁴⁾

(1) في مدونة الإمام مالك (20/5) "قال ابن نافع قال مالك في قول الله تبارك وتعالى: ﴿أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَقْضَوْهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْكُمْ﴾ يعني المطلقات اللاتي قد بنَّ من أزواجهن فلا رجعة لهم عليهن وليست حاملاً فلها السكن ولا نفقة ولا كسوة لأنها بائن منه...".

(2) جاء في الأم للشافعي: "قال الشافعي... وقال عز ذكره في المطلقات: ﴿أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَقْضَوْهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْكُمْ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ قال الشافعي رحمه الله تعالى: فذكر الله عز وجل المطلقات جملة لم يخص منهن مطلقة دون مطلقة فجعل على أزواجهن أن يسكنوهن من وجدهم ورحم عليهن أن يخرجوهن وعليهن أن يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فيحل إخراجهن " - 235/5.

(3) 140/5.

(4) 142/5.

وفي الأم للشافعي:

"فكان من خوطب بهذه الآية من الأزواج يحتمل أن إخراج الزوج امرأته المطلقة من بيتها، منعها السكنى، لأن الساكن إذا قيل أخرج من مسكنه فإنما قيل منع مسكنه، وكما كان كذلك إخراجها إياها، وكذلك خروجها بامتناعها من السكن فيه، وسكنها في غيره، فكان هذا الخروج المحرم على الزوج والزوجة رضيا بالخروج معا أو سخطاه معا، أو رضي به أحدهما دون الآخر، فليس للمرأة الخروج ولا للرجل إخراجها إلا في الموضع الذي استثنى الله عز ذكره من أن تأتي بفاحشة مبينة وفي العذر، فكان فيما أوجب الله تعالى على الزوج والمرأة من هذا تعبدا لهما".⁽¹⁾

وقد تغيرت الأوضاع الآن وأصبح من المتعذر - في الغالب على الأقل - استمرار سكنى المطلقة في بيت الزوجية فيما عدا حالة وجود أطفال تحضنهم المطلقة. ولذلك نصت م. 131 على أن "تعتد المطلقة والمتوفى عنها زوجها في منزل الزوجية أو في منزل آخر يخصص لها".

كما جاء في م. 84: "تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة".

لذلك فإن ما يطبق في حالات الطلاق الرجعي منه والبائن هو تقدير مبلغ نقدي لسكنى المطلقة خلال العدة يؤديه الزوج ضمن المستحقات الأخرى المترتبة عن الطلاق.

(1) 235/5.

2 - استئناف العلاقة الزوجية:

أ - الطلاق البائن:

[276] بما أن هذا الطلاق ينهي العلاقة الزوجية في لحظة صدوره من الزوج أو من المحكمة، فإن الزوجين المطلقين إذا رغبا في الرجوع إلى العلاقة الزوجية واستئنافها تعين عليهما إبرام عقد زواج جديد متوفر على كل الشروط المطلوبة في زواج رجل وامرأة لم يسبق أن ربطتهما علاقة زواج.⁽¹⁾

فمن الضروري أن يتوفر العقد الجديد على الإيجاب والقبول بكل شروطهما وعلى الصداق، مع توثيقه أمام العدلين في مجلس واحد إلى آخر ما يفرضه القانون في عقد الزواج.

ب - الطلاق الرجعي:

[277] في الطلاق الرجعي يمكن للمطلقين استئناف العلاقة الزوجية، وعلى الأصح إعلان الاستمرار فيها دون حاجة إلى أي شيء من شروط وشكليات عقد الزواج ما عدا إشهاد العدلين كما يأتي.

وما نود مناقشته هو التساؤل عما إذا كانت الرجعة تتم بالتوافق بين الزوجين؟ أم هي "حق خالص" للزوج يمارسه بإرادته المفردة المطلقة؟

مرجعية الرجعة التي نتحدث عنها هي الآية 228 من سورة البقرة:

(1) ولا يستثنى من ذلك إلا إبرام العقد داخل المدة. فالطلاق طلاقاً بائناً يمكنهما إبرام عقد زواجهما داخل المدة من الزواج السابق، وهو ما لا يجوز لغيره خلال مدة المطلق طلاقاً بائناً.

﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ، وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكُنَّ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ، وَبَعَثْنَهُنَّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا، وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾.

الفقه فسر عبارة ﴿وَبَعَثْنَهُنَّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ بأن الزوج يملك حتى ارتجاع زواجه في عدة الطلاق الرجعي بإرادته وحده دون أن يحتاج إلى موافقة الزوجة المطلقة بل حتى لو عارضت فإنها ترضخ على الرجوع إلى زوجها وتنفيذ قرار الرجعة الذي أعلنه.

ويعلل الفقه تفسيره هذا للآية بأن الرجعة لا تعتبر إعادة للمرأة إلى علاقة زواج بعد انفصالها عنها فتوقف على موافقتها، وإنما هي مجرد استمرار للزواج السابق ما دام الطلاق الرجعي لا ينهي الرابطة الزوجية. وبما أن الزوج هو وحده المالك لإنهاء الزواج عن طريق الطلاق فإن الرجعة يعبر فيها عن رغبته في استمرار العلاقة الزوجية، وهو في رغبته إنهاء الزواج أو الإبقاء عليه يتصرف بإرادته المفردة وغير ملزم بالحصول على موافقة الزوجة.

ومن الفقهاء من يرى الرجعة دون موافقة المرأة صحيحة وناذرة ولو قصد منها الزوج مجرد الإصرار بالزوجة المرتجعة.

يقول القرطبي مثلاً في تفسيره⁽¹⁾:

"الرجل مندوب إلى المراجعة، ولكن إذا قصد الإصلاح بإصلاح حاله معها وإزالة الوحشة بينهما. فإما إذا قصد الإصرار وتطويل العدة، والقطع بها عن الخلاص من ربة النكاح فحرم، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُمْ ضَرَارًا لِّتَنْتَدُوا﴾ ثم من فعل ذلك فالرجعة صحيحة، وإن ارتكب النهي وظلم نفسه ولو علمنا نحن ذلك المقصد طلقنا عليه."

(1) الجامع لأحكام القرآن - 123/3.

فالقراطي يرى الرجعة صحيحة ونافاذة وإن كان القصد منها محرما بالآية التي أشار إليها، كل ما يمكن فعله هو تطبيق المرأة المرتجعة، بسبب الضرر الذي يجب عليها إثباته، لأن مجرد القصد لا يثبت إلا باعتراف الزوج، والقصد وحده لا يبرر التطبيق للضرر.

أما ابن العربي فيقول:

"هذا يدل على أن الرجعة لا تكون إلا بقصد الرجعة، فإن قصد أن يمنعها من النكاح ويقطع بها في أملها من غير رغبة اعتداء عليها فهو ظالم لنفسه، فلو عرفنا ذلك نقضنا رجعته".⁽¹⁾

والنقض يعني الإبطال وعدم الاعتراف بوجودها.

[278] الاجتهاد الفقهي الذي يعتبر الرجعة "حقاً" للزوج مثل الطلاق يتصرف فيه بإرادته المنفردة هو الذي أصررت عليه أغلبية أعضاء اللجنة الاستشارية فنصت م. 124 على:

"للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة.

إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة طلاقاً رجعياً، أشهد على ذلك عدلين، ويقومان بإخبار القاضي فوراً.

يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة، استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، فإذا امتعت ورفضت الرجوع، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 أعلاه".

وذلك بعد أن قدم اثنا عشر عضواً مقترحاً لهذه المادة يقول:

(1) أحكام القرآن - 200/1 - طبعة

"الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية وللزوج أن يرجع مطلقة أثناء العدة بالقول أو

الفعل.⁽¹⁾

يقع الإشهاد بالرجعة أمام عدلين، وتخبر الزوجة بالرجعة فوراً وتسجل برسمي الزواج والطلاق.

يقوم القاضي أثناء الإشهاد بإرشاد الزوجين ونصحهما من أجل إتمام كل الواجبات الزوجية حتى لا يتكرر مثل هذا الطلاق.

يكون المقصود بالرجعة استمرار الحياة الزوجية في ظروف ملائمة لمتطلبات الشرع، وللزوجة بعد الرجعة أن تلجئ للقضاء للمطالبة بالتطبيق في حالة وجود نزاع أو ضرر طبقاً للحالات التي تؤدي إلى التطبيق.

إذا لم يتم الإشهاد على الرجعة بواسطة عدلين، فإنه يجوز للمحكمة أن تعتمد جميع وسائل الإثبات القانونية في إثباتها.

وطلب أحد الأعضاء إضافة النص على اعتبار المرأة ناشراً إذا امتنعت من تنفيذ الرجعة التي قررها الزوج.

واقترح ثلاثة أعضاء الصيغة الآتية:

"يقدم طلب المراجعة إلى المحكمة متضمناً الإجراءات والوسائل التي يريد الزوج بها تجاوز الأخطاء المسببة للطلاق، وإصلاح ذات البين مع زوجته.

(1) القصد بإيجاز الرجعة بالفعل ما يقول به جانب من الفقه من أن الزوج إذا قبل زوجته المطلقة رجعيًا مثلاً أو واقعها وقصد الرجعة، اعتبر ذلك رجعة شرعية تنتج كل آثارها.

للمحكمة بعد الاستماع إلى الزوجة أن تصادق على طلب الزوج، أو ترفضه إذا تأكد لديها من تصريحات الطرفين وما أدليا به، أن المراجعة لا تحقق الإصلاح المطلوب شرعا، ولا تعيد للأسرة الوئام المرغوب فيه .

وبعد مناقشات وإصرار الأغلبية على رأيها سجل مقترحها في المشروع بعد تعديلات بسيطة لا تغير شيئا من جوهره وهو استقلال الزوج بتقرير الرجعة وإبعاد كل من الزوجة والمحكمة عن مناقشتها.

وبصعوبة تمكنت الأقلية من إضافة عبارة: "فإذا امتنعت ورفضت الرجوع يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 أعلاه ."

[279] فإذا يمكن أن يُوخذ على مضمون م. 124؟

يمكن أن يناقش هذا المضمون بوصفه تفسيرا للآية الواردة في الرجعة.

الآية الواردة في الرجعة تقول:

﴿وَبَعُولَتَيْنِ احْتَقَ بِرِدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْنِ دَرَجَةٌ﴾.

فأهي آراء الفقه في تفسير الآية؟.

ما هو التقييم الذي ينبغي لهذه الآراء؟

وأخيرا الخلاصة المستنتجة من ذلك.

أ- آراء الفقه في تفسير الآية:

[280] يمكن القول بأن الفقه متفق على قبول الرجعة من الزوج بمجرد تعبيره عنها بالقول عند الجميع أو بالفعل عند البعض، دون إلزامه ببيان وسائل إصلاح ذات البين مع

زوجته ومدى سعيه الفعلي في إنجاز هذه الوسائل، بل لا يطلب منه حتى مجرد التصريح بقصده من الرجعة.⁽¹⁾

وتختلف الآراء في حالة ثبوت قصد الزوج بالرجعة الإضرار بالمرتجعة.

الرأي السائد يقول بصحة الرجعة ونفاذها رغم قصد الإضرار.

جاء في تفسير الطبري:

"فإن قال لنا قائل: فما لزوج طلق واحدة أو اثنتين بعد الإفضاء إليها، عليها رجعة في أقراء الثلاثة، إلا أن يكون مريدا بالرجعة إصلاح أمرها وأمره؟

قيل: أما بينه وبين الله تعالى فغير جائز إذا أراد ضرارها بالرجعة لا إصلاح أمرها وأمره بمراجعتها. وأما في الحكم فإنه مقضي له عليها بالرجعة نظير ما حكنا عليه بطول رجعته عليها لو كتمته حملها الذي خلقه الله في رحمها، أو حيضها حتى انقضت عدتها ضرارا منها له، وقد نهى الله عن كتمانها ذلك، فكان سواء في الحكم في بطول رجعة زوجها عليها، وقد أتمت في كتمانها إياه ما كتمته من ذلك حتى انقضت عدتها هي والتي أطاعت الله بتركها كتمان ذلك منه وإن اختلفا في طاعة الله في ذلك ومعصيته، فكذلك المراجع زوجته المطلقة واحدة أو اثنتين بعد الإفضاء إليها وهما حران وإن أراد ضرار المراجعة برجعته فمحكوم له بالرجعة وإن كان أتما برأيه في فعله، ومقدما على ما لم يحجه الله له. والله ولي مجازاته فيما أتى من ذلك. فأما العباد فإنهم غير جائز لهم الحول بينه وبين امرأته التي

(1) ابن حزم يرى أن قصد الإصلاح بالرجعة ضروري، وبفقده تطل الرجعة، ولكن الإصلاح لديه يتحقق بإعلام الزوجة بالرجعة. "إنما يكون العمل أحق بردها إن أراد إصلاحا بنص القرآن، ومن كتمها الرد، أورد بحيث لا يبلغها، فلم يرد إصلاحا بلا شك بل أراد الفساد فليس رادا ولا رجعة أصلا" - المحلى 253/10.

راجعها بحكم الله تعالى ذكره له بأنها حينئذ زوجته، فإن حاول ضرارها بعد المراجعة بغير الحق الذي جعله الله له، أخذ لها الحقوق التي ألزم الله تعالى ذكره الأزواج للزوجات حتى يعود ضرر ما أراد من ذلك عليه دونها".⁽¹⁾

ورأي ثان يتفق مع الأول على صحة الرجعة المقصود بها الإضرار، ويضيف تحويل القاضي صلاحية الحكم بتطبيق المرجعة. في تفسير القرطبي:

"الرجل مندوب إلى المراجعة ولكن إذا قصد الإصلاح بإصلاح حاله معها، وإزالة الوحشة بينهما، فأما إذا قصد الإضرار، وتحويل العدة، والقطع بها عن الخلاص من ربة النكاح فمحرم. لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ ثم من فعل ذلك فالرجعة صحيحة، وإن ارتكب النبي وظلم نفسه، ولو علمنا نحن ذلك المقصد، طلقنا عليه".⁽²⁾

(1) جامع البيان عن تأويل آي القرآن - 452/2.

الطبري يقول إن نفاذ الرجعة المقصود بها الإضرار، مقيس على مواجهة الزوج بانقضاء العدة بناء على كتمان الزوجة للحمل أو للعدد الحقيقي من الأقراء.

وهذا الاستنتاج يبدو غريباً.

إن المرأة عندما تقول: لا حمل بها، وأنها استوفت ثلاثة أقراء، تصدق في قولها هذا، أي أن واقعي عدم الحمل واستيفاء الأقراء تكونان ثابتين أمام القضاء وبالتالي لا وجود لكم الحقيقة لاستحالة ثبوت الشيء وضده، والقاضي عندما يحكم بانتهاء العدة يؤسّسها على ثبوت عدم الحمل وعلى استيفاء الأقراء الثلاثة، ولا يصح أن يقول في حكمه: بناء على كتم المرأة للحمل أو للعدد الحقيقي للأقراء، يحكم بانتهاء العدة.

لذلك يبقى ما قاله الطبري خطأ واضحاً في محاولة قياس واقعة ثابتة (قصد الزوج الإضرار بالرجعة) على واقعة الكتمان التي ثبتت ضدها أمام القضاء.

أما إذا صرحت أنها حامل ولكنها تكتم الحمل فإن عدتها لا تنتهي إلا بوضع الحمل، ولا تصدق في انتهاء عدتها مع تصرّحها بكتمان الحمل. أما الزوج فتشدد رجعتة رغم تصرّحه بأن قصده منها الإضرار بالزوجة. فأين القياس الذي يشير إليه الطبري!؟

(2) تفسير: الجامع لأحكام القرآن - 123/3.

ورأي ثالث يذهب إلى بطلان الرجعة التي يقصد بها الإضرار بالمطقة.

يقول ابن العربي تعليقا على ما ورد في الآية من شرط الإصلاح: "هذا يدل على أن الرجعة لا تكون إلا بقصد الرغبة، فإن قصد أن يمنعها النكاح، ويقطع بها في أمورها من غير رغبة اعتداء عليها فهو ظالم لنفسه، فلو عرفنا ذلك أبطلنا رجعته".⁽¹⁾

نكتفي بهذه الآراء الثلاثة الأساسية في موضوع الرجعة التي يعن الزوج أن قصده منها الإضرار بالمرتجعة والإساءة إليها.

ب - مناقشة موقف الفقه:

[281] ليس القصد من المناقشة إصدار الحكم على الآراء الفقهية بالصواب أو الخطأ، لأن هذا لا يملكه أحد، سيما وأن تلك الآراء صدرت في واقع تختلف كل ملبساته عن ظروف الواقع الذي نعيش فيه.

لذلك فإن ما نقصده هو إبداء ملاحظات تبدو مساعدة على فهم أفضل للفقه. من هذه الملاحظات:

- 1 - إن الآية وردت فيها كلمة البعل "وبعوتن" ومن معاني البعل في اللغة: السيد والمالك، واستعمال لفظ "المالك" ومشتقاته في علاقة الزوج بزوجته كثير جدا ⁽²⁾ ولذلك
- (1) أحكام القرآن لابن العربي - 200/1.
- (2) من ذلك: الزوج "يملك" منفعة البضع، و"يملك" الإبقاء على العلاقة الزوجية وإنهاءها، و"يملك" منعها من الخروج من بيت الزوجية ولو لعيدة أبوها أو حضور جنازتهما... "لأن عقد النكاح يقتضي تمليك الزوج الاستمتاع في كل الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلوات" - المغني لابن قدامة - 625/7.
- وفي المبسوط للسرخسي (36/5) "وإن طلقها الزوج في النكاح بغير شهود، لم يقع طلاقه عليها، ولكنه متاركة النكاح لأن وقوع الطلاق يستدعي ملكا له على الحل، إما ملك العين أو ملك اليد وذلك لا يحصل بالنكاح الفاسد".

اعتبر الفقه قيام الزوج بالرجعة مجرد تصرف في ملكه، فلا حتى للغير في التدخل، والمرأة المرتجعة من هذا الغير.

وذلك بالرغم من أن الآية لم يرد فيها "البعل" بمعنى السيد والمالك، تؤكد ذلك الجملة المولية ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾.

2- مرفق القضاء لم يكن منتظما ومجهزا بما يمكنه من النظر في كل ما يثار بين الأفراد من حقوق ومصالح، ولم يكن مطلوباً منه حتى كتابة الأحكام التي يصدرها بين المتنازعين ما لم يطلب المحكوم له ذلك.⁽¹⁾

وفي موضوع العلاقة الزوجية اتسع مجال تدخل القاضي كثيراً مقارنة بما كان عليه الأمر من قبل. فمن صلاحياته اليوم في مدونة الأسرة: الإذن بتوثيق الزواج لجميع المقبلين عليه، والإذن بالزواج ذاته في حالات عديدة مثل صغر السن والإصابة بإعاقة ذهنية، والتعدد، حتى الطلاق أصبح متوقفاً على الإذن القضائي به. لذلك يبدو استثناء الرجعة من هذا التدخل لا يستند إلى مبرر مقنع سيما وأن النص الذي أباحه اشترط صراحة قصد الإصلاح بها، وتحقق الإصلاح مستحيل دون موافقة المرتجعة، وهو ما يفرض تدخل القاضي ليس لسماع هذه الموافقة فحسب وإنما كذلك للمساعدة على استبعاد الشطط أو التعسف الذي قد يبديه أحد الطرفين.

3- إن الحكم الفقهي يصدر عن فرد يعتمد فيه على أمارات يختلف تأثيرها باختلاف الأشخاص والأحوال:

(1) في تحفة ابن عاصم:

"وعندما ينفذ حكم وطلب تسجيله فإنه أمر يجب".

يقول الغزالي رحمه الله: "أما المسائل التي لا نص فيها⁽¹⁾ فيعلم أنه لا حكم فيها لأن حكم الله تعالى خطابه، وخطابه يعرف بأن يسمع من الرسول أو يدل عليه دليل قاطع من فعل النبي عليه السلام أو سكوته... فإن قيل: عليه أدلة ظنية قلنا قد بينا أن تسمية الأمارات أدلة مجاز، فإن الأمارات لا توجب الظن لذاتها بل تختلف بالإضافة، فما لا يفيد الظن لزيد، فقد يفيد لعمره، وما يفيد لزيد حكماً فقد يفيد لعمره نقيضه، وقد يختلف تأثيره في حق زيد في حالتين، فلا يكون طريقاً إلى المعرفة ولو كان طريقاً لعصى إذا لم يصبه. فسبب هذا الغلط إطلاق اسم الدليل على الأمارات مجازاً، فظن أنه دليل محقق، وإنما الظن عبارة عن ميل النفس إلى شيء، واستحسان المصالح كاستحسان الصور، فمن وافق طبعه صورة مال إليها وعبر عنها بالحسن، وذلك قد يخالف طبع غيره فيعبر عنه بالقيح حيث ينفر عنه، فالأسمر حسن عند قوم، قبيح عند قوم، فهي أمور إضافية ليس لها حقيقة في نفسها".⁽²⁾

ما أصدق هذه الفكرة التي عبر بها الإمام الغزالي عن حقيقة أحكام الفقه الاجتهادية، لو طبقت لكانت لفقه الأسرة والفقه عموماً مسيرة أخرى غير التي سجن فيها بادعاء اكتشاف "الجهتد" لأحكام الله الأزلية، وأن "المفتي" مخبر عن الله.

[282] واستقلال الفرد بتقرير الحكم مع اعتماده على "أمارات" وليس أدلة، ترتب عنه تديحجان: تعدد الآراء، وسهولة التعرض للخطأ.

أ - بالنسبة للتعدد نجد كل الأحكام الاجتهادية المتعلقة بالرجعة تنسم بهذا الوصف مثلاً:

- (1) أي لا نص فيها قطعي الورد والدلالة، فيشمل ما لا نص فيه أصلاً، أو ورد به نص ظني الدلالة أو الورد أو هما معاً. فهذه الأنواع الثلاثة الأخيرة هي مجال الاجتهاد الفقهي.
- (2) المستصفي 376/2. وقال في موضع آخر: "فالأمارات كبحر المغناطيس تحرك طبعاً يناسبها كما يحرك المغناطيس الحديد دون النحاس" - المستصفي - 366/2.

- وسيلة التعبير عنها من الفقهاء من يشترط التعبير بالقول، ومنهم من يضيف أفعال مادية تختلف قائمتها من فقيه إلى آخر.

- الإشهاد عليها شرط صحة أم تصح بدون إشهاد.

- أثر عدم إعلام المرتجعة بها داخل العدة حيث يقول ابن خزم: في ذلك خمسة

أقوال.⁽¹⁾

- الرجعة المرفقة بقصد الإضرار، من الآراء التي أشرنا إليها في حكمها: الصحة

مطلقاً⁽²⁾، الصحة مع تطبيق القضاء للرجعة، البطان.

- علاقة المطلق رجعياً بالمطلق قبل الرجعة:

في مدونة مالك مثلاً: "قلت) أرايت إن طلق امرأته تطليقة يملك الرجعة، هل تترين له وتتشوف له؟ (قال) كان قوله الأول أنه لا بأس أن يدخل عليها ويأكل معها إذا كان معها من يتحفظ بها، ثم رجع عن ذلك فقال: لا يدخل عليها ولا يرى شعرها، ولا يأكل معها حتى يراجعها".⁽³⁾

بينما يقول ابن خزم: المطلق طلاقاً رجعياً هي: "زوجة للذي طلقها ما لم تنقض عدتها... فإلا له أن ينظر منها إلى ما كان ينظر إليه منها قبل أن يطلقها وأن يطأها، إذ لم

(1) الحلى - 253/10.

(2) وذلك على أساس أن إرادة الاصلاح ليس شرطا للرجعة: يقول الأوسبي: "ليس المراد من التعليق اشتراط جواز الرجعة بإرادة الاصلاح حتى لو لم يكن قصده ذلك لا تجوز للإجماع (هكذا) على جوازها مطلقاً، بل المراد تخييرهم على قصد الاصلاح، حيث جعل كأنه منوط به ينقي بانفائه" - روح المعاني - 529/1.

(3) 106/5.

يأت نص بمنحه من شيء من ذلك... قال أبو محمد فإن وطئها لم يكن بذلك مراجعاً لها، حتى يلفظ بالرجعة ويشهد ويعلمها بذلك قبل تمام عدتها...⁽¹⁾

في هذه الأمثلة ما يكفي للاستدلال على علاقة التقرير الفردي بتعدد الأحكام الذي أفرز المذهبية أولاً ثم الاضطراب داخل المذهب الواحد بتناسل آراء اتباعها وإحكام مصطلحات الترجيح والشهرة وجريان العمل التي هي بدورها غير منضبطة.

ب - وبالنسبة لما يؤدي إليه التقرير الفردي للأحكام من شذوذ نتيجة عدم استحضار كل ملائسات الواقعة موضوع الحكم - نشير إلى الأمثلة التالية:

- يرى أبو حنيفة أن الرجعة تتحقق "إن جامعته وهو نائم أو مجنون" أو "لمسته لشهوة مختلسة أو كان نائماً"⁽²⁾.

- ما نقلناه عن ابن خزم من إباحته للمعاشرة الزوجية بين المطلقين إلى أن تنتهي العدة، ولم يبين سند عدم تأثير المعاشرة الزوجية على احتساب وجريان فترة العدة.

- الرأي الذي يجمع بين حرمة الرجعة وصحتها إذا قصد بها المراجع الإضرار، ألا يبدو هذا الرأي جامعاً بين تقيضين؟ كيف تحرم الشريعة تصرفاً وتأمر في نفس الوقت القضاء بتنفيذه قسراً على المطلقة بإرغامها على الرجوع إلى (بيت الزوجية)؟ علماً بأن هذا التنفيذ قد يكلف المغنية به غالباً.⁽³⁾

(1) المحلى - 251/10.

(2) بدائع الصنائع للكاساني - 182/3.

(3) جاء في قرار المجلس الأعلى أن الزوج طلق زوجته في 83/08/30 وارتجعها في 83/10/25 وامتنعت من الرجوع فاستصدر حكماً ضدها بالرجوع إلى بيت الزوجية امتنعت كذلك من تنفيذه وتزوجت بشخص آخر. تابعها الزوج

إن شذوذ بعض الآراء الفقهية هو نتيجة طبيعية لطريقة إنتاج هذا الفقه، فالفرد الذي يستقل بتقرير الحكم في مكتبه وهي تهم كل مرافق الحياة ومجالاتها الواسعة، دون مناقشة مع الآخرين⁽¹⁾ يتعذر عليه استحضار جميع الملابسات المؤثرة في كل واقعة بحثها فضلا عن أن هذه الملابسات غالبا ما تتعارض في الحكم الذي توجه إليه، يضاف إلى كل ذلك مرونة وتداخل مبادئ التفسير الأصولية المختلف في نسبة غير قليلة منها.

مهما بلغ الفرد إذن من سعة في المعرفة ودكاء في التنزيل، يبقى عاجزا عن تفادي أخطاء يكون لو نبه إليها لكان في مقدمة الرافضين لها. إن آفة الرأي هو تبنيه من صاحبه قبل الاستماع إلى الآخرين الذين يكون من بينهم قطعاً مخالفون، سيما في وقائع حياة المجتمع وتنظيم شؤونه المتسمة بالتنوع في عناصرها والمرونة والتداخل في أمارات الحكم وفي ضوابط التفسير واستنتاج الأحكام.

السابق بالخيانة الزوجية أدمنت ودخلت السجن وبعد تنفيذ العقوبة الحبسية المحكوم بها عليها خرجت من السجن ورجعت إلى (زوجها) الثاني.

تابعها الزوج الأول مرة ثانية بالخيانة الزوجية فأدمنت بعام حبسا وخمسة آلاف درهم تعويضا له.

- قرار المجلس الأعلى عدد 6448 تاريخ 87/10/01 (ملف جنحي 87/10301)

تفصيل المرأة دخول السجن مرتين على تنفيذ الرجمة. هل ستختفي آثاره إذا أرغمت على الرجوع وتبنى حياة أسرية عادية؟

والزوج الذي تمسك - إلى تاريخ قرار المجلس الاعلى - أكثر من خمس سنوات بالمرافعات القضائية بتكاليفها المنوطة والمادية، هل يرغب فعلا في إعادة بناء أسرة؟

أترك للقارئ إثارة أسئلة أخرى ملائمة للوضع.

(1) قد يستشير الفقيه غيره قبل إصدار الحكم، ولكن ذلك نادر، أما الوضع العادي فهو اعتماد الفقيه على اقتناعه الشخصي، ولا نجد في أي مرجع من مراجع الفقه الاساسية مناقشة قهين أو أكثر لواقعة ما تم إصدار حكمها بالتوافق بينهم مثلا.

ج - خلاصة:

[283] مما عرضناه تبرز ملاحظات عدة في مقدمتها:

1 - الشرط الصريح للرجعة الوارد في الآية وهو إرادة الإصلاح، وبدهي أن القصد بإرادة الإصلاح ليس مجرد التعبير القولي عنها وإنما يتجاوزها إلى تعيين وسائل الإصلاح المقترحة وتنفيذ الآتي منه والالتزام الجاد بالوفاء بالالتزامات المستمرة أو المستقبلية، مع توثيق ذلك كتابة بإشراف القاضي وتوقيعه إلى جانب المتصلحين.

2 - مراعاة للرأي القائل بطلان الرجعة في حالة قصد الإضرار، لا يقبل من الزوج الإشهاد على الرجعة حتى يعرب عن قصده منها تقاديا لتوثيق رجعة باطلة.

3 - الرأي الذي يقول بانفراد الزوج بتقرير الرجعة مرتبط:

- بالتكليف الفقهي لعقد الزواج بتعريفه له بأنه: "مبادأة بضع بال" أو "عقد على مجرد المتعة بآدمية غير موجب قيمتها" وقد رتب على ذلك عشرات الأحكام، لا داعي لإثارتها.

- بمركز كل من الزوجين في العلاقة الزوجية.

الزوج له القوامة والطاعة بدلا لهما الواسعة: الانفراد بتسيير البيت الزوجي، والاستقلال في إبقاء وإنهاء العلاقة الزوجية، وعدم تجاوز الزوجة عتبة الباب إلا بإذنه ولو لعيادة أبويها أو حضور جنازتهما...⁽¹⁾

(1) ومن الفقهاء من بالغ فاعتبر معاملة الزوجة بالمعروف غير واجبة قضاء، وأن مبررات ضربها موكلة إلى الزوج. يقول القرطبي في تفسير آية ﴿وَعَاصِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾: "فأمر الله سبحانه بحسن صحبة النساء إذا عقدوا عليهن لتكون أدمة ما بينهم، وصحبهم على الكمال، فإنه أهدأ للنفس وأهدأ للعيش وهذا واجب على الزوج ولا يلزمه في القضاء" - 97/5.

4 - تغير الآن تعريف عقد الزواج، ولم تنق للقامة، وتسيير البيت الزوجي دلالتها السابقة، وإنهاء العلاقة الزوجية أصبح مقيدا بإجراءات والالتزامات ... كل ذلك يفرض مراجعة الممارسة التي كانت تتم بها الرجعة ضمنا لتحقيق الهدف منها وهو إعادة الحياة الزوجية بين الزوجين المطلقين إلى الوئام والمعاشرة الحسنة، وهو ما يستحيل تحقيقه بغير توافق الطرفين ورغبتهما المشتركة.

5- مقتضيات م. 124 م.أ. معقدة.

معقدة بتكليف القاضي باستدعاء المرجعة وإخبارها بقرار مطلقها، قبل خطابه على وثيقة الرجعة، ووثائق العدول تقدم للخطاب عليها خلال ستة أيام من تلقها، وإذا أضيفت إلى هذه الفترة أيام أخرى لتوجيه الاستدعاء والتوصل به، تأكدت المشاكل التي يمكن أن تنتج عن ذلك.

فالرجعة تتم غالبا في الأسابيع أو الأيام الأخيرة من العدة التي تحدد في غير حالة الحمل بثلاثة أشهر وفي حالات غير قليلة تنتقل المعتدة إلى عنوان جديد، أو إلى مدينة أخرى، وقد تغادر إلى خارج المغرب، وهو ما يصعب أو يعطل إجراءات الاستدعاء والإعلام بالرجعة. وبسبب تأخر الإعلام، قد تزوج، وفي هذه الحالة نجد لملك رأيين في الموضوع: الأول يقول: مجرد العقد تبطل الرجعة التي لم تعلم بها المطلقة، والثاني يقول: إن الرجعة لا تبطل إلا بعد المعاشرة الزوجية⁽¹⁾ والقضاء يمكن أن يطبق أي من الرأيين وقد تختلف أحكامه

ويضيف في تفسيره لآية: ﴿وَالَّذِينَ تَخَذُونِ شُرَكَاهُنَّ فِطْرَهُنَّ وَالْفُجُورُونَ فِي الْمَضَاجِ وَأَضْرِبُوهُنَّ﴾.

"وإذا ثبت هذا فاعلم أن الله عز وجل لم يأمر في شيء من كتابه بالضرب صراحا إلا هنا وفي الحدود العظام، فساوى مصيبتين بأزواجهن بمصيبة الكفار، وولى الأزواج ذلك دون القضاة، بغير شهود ولا بينات أختانا من الله تعالى للأزواج على النساء" - 173/5.

(1) مدونة الإمام مالك - 131/5.

في الموضوع.

ومشكل آخر هو ادعاء المطلقة انقضاء عدتها حيث يرى الفقه المالكي تصديقها بمضي شهر ونصف على تاريخ الطلاق.

في قرار المجلس الأعلى (سابقاً): "نص الفقهاء... على أن المرأة تصدق في ادعاء انقضاء عدتها عند مرور شهر ونصف من تاريخ الطلاق...."⁽¹⁾

وإسناد القانون إلى القاضي إعلام المرأة بالرجعة، هل يعني أن هذا الإجراء هو الوسيلة القانونية المعترف بها، وأن قيام الزوج مثلاً بإعلام مطلقتها أو علم هذه الأخيرة بالرجعة بأية وسيلة أخرى غير قاضي التوثيق لا يترتب عنه أي أثر؟

هذه بعض الآثار السلبية المترتبة عن صياغة م. 124 بما تؤدي إليه من إثارة وإطالة المرافعات التي يتحمل كاهل القضاء الذي لا يتوفر على الجهاز البشري الموازي لسيل المقات والإجراءات المكلف فيها، وتزيد علاقات المترافعين كراهية وتفورا.

وعسى أن تغلب الحكمة في المراجعة المقبلة للمدونة الأسرة وذلك باشتراط اتفاق الطرفين على الرجعة والشروط التي يرضيها.

(1) قرار عدد 150 تاريخ 16/03/1981 - ق.م.ع. عدد 144/28. وفي المقنع المطبوع مع الشرح الكبير والإنصاف من المذهب الحنيلي: "وإن قلنا: القروء الأطهار فثمانية وعشرون يوماً ولحظتان" 108/23. وإذا كان تحديد الفترات التي تنتج فيها المرأة البويضة القابلة للتلقيح، يرجع إلى الطب التجريبي وعلوم الأحياء ولا علاقة له بأدوات التفسير الأصولية، إلا أن الثقافة التي غرست منذ البداية هي إسناد صياغة الأحكام إلى "المجتهد" أو "الفقيه" في كل المجالات تتجاوز كلياً لمبدأ التخصص المعرفي.

المطلب الثاني: آثار الطلاق - العدة والمتعة -

الفقرة الأولى: العدة.

[284] يرتبط بالعلاقة الزوجية نسب الأطفال إلى أبيهم والفترة الأولى التي ينشأ فيها الحمل لا يكون فيها ظاهراً سيما عندما لم تكن الفحوص الطبية متوفرة، هذا ما فرض قضاء المنتهي زواجها الفترة الزمنية اللازمة للتأكد من وجود أو عدم وجود حمل لديها من العلاقة المنتهية.

هذه الفترة هي التي تسمى "العدة" وهي الأثر الأساسي للطلاق ولانتهاء العلاقة الزوجية عموماً، وتعرض لها القرآن في الآيات التالية:

﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾. (1)

﴿وَالَّذِينَ يَتوفُونَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾. (2)

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾. (3)

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتَ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾. (4)

﴿وَاللَّاتِي يَنْسَنَ مِنَ الْحَيْضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّاتِي لَمْ يَحْضُنَّ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾. (5)

-
- (1) آية 227 - سورة البقرة.
 - (2) آية 232 - سورة البقرة.
 - (3) آية 49 - سورة الأحزاب.
 - (4) آية 1 - سورة الطلاق.
 - (5) آية 4 - سورة الطلاق.

فما هو التفسير الفقهي لهذه الآيات؟ وكيف عالجت الموضوع مدونة الأسرة؟ وما هو التطبيق العملي لأحكام العدة؟ وقبل ذلك نقول كلمة عن الغاية أو الحكمة من العدة.

- العدة بين التعليل والتعبد:

[285] الآيات السابقة المشرفة للعدة لا تتضمن دلالة قطعية على الصفة التعبدية للعدة أو على تعليلها بالشك في وجود حمل ينسب إلى الزوج المطلق أو المتوفى.

فما يؤيد الصفة التعبدية اعتداد المتوفى عنها زوجها قبل المعاشرة الزوجية قاية: ﴿وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مِنكُمْ ذُرِّيَّتَهُمْ فَلِأُولَئِكَ نَفْثُ اللَّغْوِ مَا يَبْغُونَ﴾ [النساء: 34]، وهو الذي يتوفون منكم ويلدرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً، شاملة لكل الزوجات قبل بدء المعاشرة الزوجية وبعدها.

وفرض العدة على اليائسة أي التي تجاوزت سن الإنجاب ولو كانت في الثمانين أو التسعين من العمر.

ومما يؤيد التعليل: انتهاء العدة بوضع الحمل ولو بعد لحظة من الطلاق أو الوفاة. ونعتقد أن هذه الصياغة جاءت في القرآن لتوجيه اجتهاد الأمة مع مستجدات الواقع، فيستحضر هذا الاجتهاد التعليل والتعبد معاً في إطار الموازنة بين حقوق الأطراف الثلاثة الزوجين والحمل المتنازع بشأنه بينهما.

[286] فمن المستجدات الكشف الطبي المبكر عن وجود الحمل أو عدم وجوده، والفحص الجيني الذي يثبت أو ينفي قضائياً العلاقة البيولوجية المتنازع فيها، إضافة إلى طول إجراءات الطلاق والتطبيق مع عدم الاتصال بين الزوجين خلالها.

وكثير من الأسئلة التي تثار حول العدة مرتبطة بالنسب وهو ما سنتناوله بحول الله في الجزء الثالث من هذا المؤلف. ونكتفي الآن بالإشارة إلى بعض الوقائع التي يرتبط حكمها بتغليب تعليل العدة أو صفتها التعبدية. مثلاً:

- هل يغني عن العدة الفحص الطبي الذي يثبت عدم وجود حمل، كما تأخذ بذلك بعض القوانين الأجنبية وبالأخص في الغرب؟

يبدو عدم الاكتفاء بهذا الفحص سيما إذا أجرى في فترة قريبة من انفصال الزوجين وذلك احتياطاً لحقوق الطفل واحتمال الخطأ في الفحص الطبي.

- الانفصال في السكنى أثناء دعوى الطلاق أو التطليق لا يستغنى به عن العدة.

- من المؤكد أن فترة العدة مهما يكن فيها من تعبد وعدم التعليل تبقى تحديدها واضح الارتباط بالتأكد من وجود الحمل أو عدم وجوده. ويبدو ذلك جلياً في آية سورة الطلاق التي حددت العدة في ثلاثة أشهر. فقد كانت الوسائل المعروفة للاستدلال بها على وجود الحمل هي: انتفاخ بطن الحامل، أو حركة الجنين فيها، مع ما فيهما من نسبة الخطأ. لذلك كانت الثلاثة أشهر أقل مدة للتحقق من الحمل المشكوك فيه.

إذا ترح هذا الارتباط بين فترة الثلاثة أشهر، وبين طبيعة الوسائل التي كانت تعتمد في تقرير وجود الحمل - ترح كذلك أن آية سورة البقرة التي تحدد العدة في "ثلاثة قروء" لا اختلاف بينها وبين آية سورة الطلاق، فالقصد فترة القروء العادية عند أغلبية النساء وهي حوالي ثلاثة أشهر، الأمر الذي يستبعد ما ذهب إليه آراء فقهية من التمسك بالأقراء الشاذة في قراتها فددت العدة إلى سنوات كما سنرى.

ونرجع الآن إلى التفسير الفقهي للعدة، وموقف مدونة الأسرة، ثم التطبيق العملي الذي تمكن من تجاوز الآراء الفقهية بل ونصوص مدونة الأسرة كذلك.

أولاً - التفسير الفقهي ومدونة الأسرة:

[287] بحكم الصفة الفردية للتفسير فإن تعدد الآراء يبدو طبيعياً ما دامت الآيات المعنية محتملة الدلالة، لكن الفرد أحياناً - مع غياب المناقشة مع الآخرين - قد يشتط ويبالغ

في خلق الوقائع الوهمية وتحديد أحكامها. وسيتضح ذلك مما نعرضه من أحكام العدة في الفقرات التالية: أسباب العدة، قتراتها، تداعيلها.

1- أسباب العدة:

[288] تعرضت م. 129 من مدونة الأسرة لأسباب العدة بقولها: "تبتدئ العدة من تاريخ الطلاق أو التطليق أو الفسخ، أو الوفاة". وهي الأسباب المنصوص عليها في الفقه.

الطلاق والتطليق والوفاة ورد النص عليها صراحة في الآيات السابقة الذكر، لأن "المطقات" يشملن من صدر طلاقهن من الزوج (الطلاق) ومن المحكمة (التطليق).

أما "الفسخ" فإن استعماله في الفقه لم يكن دقيقاً، فقد استعمل لإنهاء العقد المغيب⁽¹⁾، والعقد الباطل، بل حتى العقد الصحيح أحياناً، مثل التعبير بالفسخ عن إنهاء العلاقة الزوجية بناء على حدوث "عيب" في أحد الزوجين بعد العقد. إضافة إلى تقسيم أسباب فساد العقد بين ما يقتصر تأثيره على مرحلة ما قبل بدء المعاشرة الزوجية وبين ما يتقرر معه الفسخ ولو بعد وجود أولاد.

وكانت المدونة السابقة تقضي في الفصل/المادة 37:

1 - النكاح الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده، وفيه المسمى بعد الدخول، والفساد لصداقه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

2 - كل زواج يجمع على فساد كالحرمة بالصر منفسخ بدون طلاق قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه تعين الاستبراء وثبوت النسب إن كان حسن القصد. أما إذا كان

(1) الفقه لا يستعمل مصطلح "المغيب" واستعملناه فقط للتمييز بين العقد الفاسد لبعض شروط صحته وبين العقد المنعدم، والفقه يعبر عن النوعين بالعقد المختلف في فساد، والعقد المجمع على فساد.

مختلفا في فساده فيفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق ويرتب عليه وجوب العدة وثبوت النسب ويتوارثان قبل وقوع الفسخ⁽¹⁾.

وإضافة إلى الغموض في عبارتي: "الجمع على فساده" و"المختلف في فساده" فإن ما تعرضه المراجع الفقهية من أحكام جزئية لا ينضبط بالمعيارين الواردين في الفصل 37 المشار إليه. وهو ما عبر عنه ابن رشد في بداية الجتهد بقوله: "والاضطراب في المذاهب في هذا الباب كثير".⁽¹⁾

ومدونة الأسرة وإن حاولت تحسين الصياغة في بعض موادها⁽²⁾ إلا أنها لم تسلم من استعمال "الفسخ" بدلالة غير منضبطة. فإلى جانب استعماله لإنهاء "العقد الفاسد"، استعمال كذلك لإنهاء عقد الزواج المشوب بتدليس أو إكراه (م. 63) وحتى إنهاء العقد الصحيح إذا أصيب أحد الزوجين بأحد العاهات أو الأمراض الواردة في م. 107 (م. 108).

وأيما كان سبب الفسخ، فإن الحكم به تترتب عنه العدة. أما الزواج الذي تصرح المحكمة بطلانه بعد المعاشرة الزوجية فإن الزوجة تمكث نفس فترة العدة ولكن بمصطلح "الاستبراء".

2- فترات العدة:

[289] الفترات المحددة في القرآن ثلاثة: ثلاثة قروء، ثلاثة أشهر، أربعة أشهر وعشرة أيام.

(1) 59/2.

(2) مثل تقسيم العقد غير الصحيح إلى باطل وفاسد مع تحديد حالات كل واحد منهما (م. 56 و57 و59) واعتبار العقد الباطل غير محتاج إلى الفسخ، وإنما تصرح المحكمة بطلانه عند اطلاعها عليه أو يطلب ممن يعنيه الأمر - م. 58.

كما أنها لم تستعمل عبارة "الفسخ بطلاق" التي كانت في المدونة السابقة، وهو ما يسمح للقاضي بالحكم بالفسخ ولو لم يطلبه أحد، بينما الطلاق لا تصدره المحكمة إلا بناء على طلب ممن له الصفة.

أ - أربعة أشهر وعشرة أيام عدة الزوجات اللاتي يتوفى عنهن أزواجهن، كانت الوفاة قبل المعاشرة الزوجية أم بعدها، كان عقد الزواج صحيحاً أو فاسداً، أما الزواج الباطل فلا عدة فيه لا من الوفاة ولا من الطلاق.

والعدة تبدأ من التاريخ الثابت لوفاة الزوج، أو من التاريخ المفترض الذي يقرره القضاء بالنسبة للمفقودين طبق م. 327 م.أ. وإذا حددت المحكمة تاريخ الوفاة بفترة زمنية كالشهر والسنة، تبدأ احتساب العدة من نهاية الشهر أو السنة المقررة لوفاة.

ب - ثلاثة أشهر للاتي تجاوزن سن الإنجاب وكذلك اللاتي لم تاتهن العادة الشهرية ﴿وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْحَيْضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾.

ب - 1 - ﴿وَاللَّائِي يَنْسَنَ﴾ لا اختلاف في تفسيرها بالمجاوزات لسن الإنجاب، وعجالة (إن ارتبتم) فسرت بالشك في الحكم أي إذا ارتبتم وشككتم في حكمهن فإن بيانه هو الاعتداد بثلاثة أشهر.

ويبدو أنها قابلة لتفسير آخر وهو إن ارتبتم في تجاوزهن سن الإنجاب، فتكون شرطاً للعدة بثلاثة أشهر وبالتالي إذا وجد اليقين بتجاوز سن اليأس كالسبعين أو الثمانين عاماً فلا عدة لليقين بعدم الحمل، والعدة فرضت احتياطاً للحمل ولذلك لا عدة من الطلاق قبل بدء المعاشرة الزوجية. والفقهاء لم يمل إلى هذا التفسير لأن سن اليأس من الإنجاب ذاته لم يكن متفقاً عليه ولو داخل المذهب الواحد.⁽¹⁾

ولذلك يكتبني الفقه المالكي بالقول إن اليأس تعتد بثلاثة أشهر، ولكن إذا جاءها الحيض داخلها انتقلت إلى الاعتداد بالأقراء إذا جاءتها الحيضة الثانية داخل تسعة أشهر⁽²⁾

(1) يقول القرطبي مثلاً في الذخيرة (384/1) "قال ابن شاس: والآيسة بنت السبعين والثمانين، ونبت الخمسين عند أبي إسحاق".
(2) حددت فترة التسعة أشهر باعتبار مدة الحمل، فإذا مضت كانت دليلاً على عدم وجود حمل لكن لا تنتهي العدة إلا بإضافة ثلاثة أشهر أخرى.

انتظرت الثالثة مدة تسعة أشهر أخرى فإن أتمها داخل التسعة أشهر انتهت بها عدتها وإذا لم تاتها أضافت ثلاثة أشهر وخرجت من العدة، وهو ما أخذت به مدونة الأسرة بالنص في م. 136 على أن ثلاثة أشهر عدة "التي يَست من الحيض فإن حاضت قبل انقضاءها استأنفت العدة بثلاثة أطهار". وهو ما يؤدي نظريا إلى امتداد العدة لحوالي ثلاث سنوات، ولا نرى فائدة من التعليق عليه لأنه لا وجود له في الواقع والتطبيق.

ب - 2 - اللائي لم يحضن بسبب صغر السن أو بسبب خلقي مرتبط بإنتاج البويضة التي تنتهي بالعادة الشهرية/الحيض - عدتهن ثلاثة أشهر، بشرط أن لا يحضن داخلها، وإلا خضعن للحكم المطبق على اليأسات وهو الانتقال إلى الاعتداد بالأقراء وفق ما ذكرنا أعلاه.

ج - ثلاثة قروء لغير اليأسات وغير اللائي لم يحضن ويشمل ذلك النساء اللائي:

- ياتين الحيض على رأس كل شهر تقريبا وبصورة منتظمة وهي عادة أغلب النساء

- انتظمت لديهن دورة الحيض ولكن لفترة تزيد عن الشهر، ولو وصلت الفترة المعتادة

إلى خمس سنوات.⁽¹⁾

- متفاوت لديهن مواعيد العادة الشهرية⁽²⁾ ويعبر عنهن الفقه بـ "المضطربات" لكن اعتدادهن بالأقراء مشروط بأن لا يتأخر الحيض أكثر من سنة تطبيقا للمبدأ المطبق في

"وقال أبو حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترتفع حيضها وهي لا تياس منها في المستأنف انها تبقى أبدا تنتظر حتى تدخل في السن الذي تياس فيه من الحيض، وحجتك تعتد بالأشهر - ابن رشد في بداية الجهد - 9/2.

(1) انظر الشرح الكبير للدردير - 469/2.

(2) وأضافت المدونة في م. 136 التي لم تميز دم الحيض من غيره مما يسميه الفقه بدم الاستحاضة ولكن هذا لا يبدو مجال لتطبيقه بعد أن أصبح التمييز ميسرا بالرجوع إلى الطب.

مذهب مالك وهو انتظار تسعة أشهر ثم الاعتداد بثلاثة أشهر فترة الانتظار لرفع ربية الحمل، وثلاثة أشهر هي فترة العدة.

والعدة المحددة بثلاثة قروء، كما تناول الفقه اقتراضات امتدادها إلى أكثر من ثلاثة أشهر، تعرض كذلك لحالة ادعاء الممتدة انقضاء ثلاثة قروء في فترة أقل من ثلاثة أشهر.

في مدونة مالك: المطلقة "مصدقة فيما قالت إذا كان... قد مضى من عدد الأيام من يوم طلقها إلى اليوم الذي قالت فيه: انقضت عدتي - ما تنقضي في مثله عدة بعض النساء".⁽¹⁾

وفيها أيضا قال ابن القاسم: "وسألت مالكا عن المرأة يطلقها زوجها فتزعم أنها قد حاضت ثلاث حيض في شهر، قال يسأل النساء عن ذلك، فإن كن يحضن كذلك ويظهرن له كانت فيه مصدقة".⁽²⁾

مالك أحال الحسم في الموضوع إلى النساء باعتبارهن عارفات لأحوالهن بالتجربة وحياة الواقع وهو ما يؤكد أن تعيين الحد الأدنى للقرء بعيد عن مجال اجتهاد الفقيه والمفتي. وأن ما ينبغي اعتماده في الموضوع هو الخبرة الطبية المستندة إلى متابعة الواقع والخصائص البيولوجية لتكون البويضة وانتقالها إلى الرحم والنحلاها.

(1) 10/5.

(2) 12/5.

وفي قرار المجلس الأعلى (سابقا) تعليق غريب لتصديق المطلقة في انقضاء عدتها. فقد جاء فيه:

"نص الفقهاء... على أن المرأة تصدق في ادعاء انقضاء عدتها عند مرور شهر ونصف من تاريخ الطلاق... وأن تصديق المرأة فيما يشبه دون حاجة إلى إجراء بحث يدخل في باب السياسة الشرعية التي تحمل المطلق على الإسراع في استعمال حتى الرجعة، قبل أن تجد المرأة وسيلة للخلاص من الارتباط به من جديد فيما إذا كانت غير راغبة في ذلك".

- قرار عدد 150 تاريخ 81/03/16 - ق.م.ع. عدد 28 ص. 144.

ثانيا- التطبيق الفعلي لفترات العدة:

[290] لا جدال في أن الفقه بالغ كبيرا في الخلاف حول تحديد فترات العدة، وإذا كان القرآن - في غير الوفاة والحمل حدد فترتين: ثلاثة أشهر وثلاثة قروء، فإن الفقه فصل نهائيا بين الفترتين ورأى أن الثلاثة قروء يمكن أن تتحقق في بضعة أسابيع (شهر وما قاربه) ويمكن أن تمتد إلى سنوات.⁽¹⁾

ولعل من أسباب ذلك:

- عدم وجود وسائل علمية لإثبات الحمل أو نفيه. والوسائل التي كانت معروفة - انتفاخ البطن، وحركة الجنين - لم تكن حاسمة في الموضوع.

- غياب المعرفة العلمية المعتمدة على الوقائع الثابتة والموثقة، والاكتفاء بالروايات المختلفة أو مجهولة الراوي والمروي عنه مثل الحكايات عن حالات حمل استغرقت عدة سنوات.⁽²⁾

- استقلال كل "فقيه" و"مفت" بصلاحيته "تقرير" الأحكام مع عدم التوفر على المعرفة المؤهلة لإدراك حقيقة الوقائع موضوع الأحكام - يؤدي حتما إلى تشعب الآراء وإلى شدوذ في بعضها على الأقل: مثل القول بإمكانية إتمام ثلاثة قروء في ظرف شهر، واستمرار الحمل لعدة سنوات وكثير من فرضيات وضع الحمل التي يناقش انتهاء العدة بها أو عدم انتهائها.

ان الآية المحددة للعدة بثلاثة قروء لا تعارض بينها وبين آية الثلاثة أشهر. فثلاثة قروء تستغرق ثلاثة أشهر عند النساء العاديات في مرحلة الإنجاب، وبذلك تكون الفترة المحددة

(1) قد تصل إلى عشرات السنين وفق ما نقلنا ذلك في المامش 2. ص. 331 عن ابن رشد في بداية الجهد 91/2.

(2) انظر مثلا تفسير القرطبي - 186/9.

ثلاثة أشهر باعتبار هذه الفترة كافية للتأكد من وجود الحمل أو عدم وجوده، وهو المقصد من فرض العدة.

لذلك فإن ما يجري في التطبيق من تحديد عدة الطلاق والفسخ بثلاثة أشهر لجميع النساء يبدو تطبيقاً سليماً للآيتين اللتين ورد فيهما "ثلاثة أشهر" خصوصاً وأن الفترات التي يتحدث عنها الفقه وتراوح بين تسعة وعشرين يوماً إلى عدة سنوات:

- تقطع كل صلة بين العدة وبين الشك في الحمل.

- وتمتثل كاهل القضاء والمتقاضين بالادعاءات التي تثار حول انقضاء العدة أو عدم انقضائها وما يتبعها من النفقة، والرجعة، ورغبة المطلقة في الزواج....

وأحكام الدين وضعت لحكم تحقيقها وتشم باليسر وليس بالعسر ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾.

ثالثاً - تداخل العدد:

[291] قد تكون المرأة لم يأتها الحيض بعد أو يائسة منه، ويموت عنها زوجها، أو تكون معتادة الحيض ولكنها حامل. فكيف يتحدد نوع العدة الذي تعتد به إذا طلقت أو فسخ زواجها، أو مات عنها الزوج؟

إن ترتيب فترات العدة يكون كالآتي:

- 1- وضع الحمل، فمتى كانت المرأة حاملاً تنتهي عدتها بوضع الحمل كانت مطلقة أو فسخ زواجها أو مات عنها زوجها.
- 2 - أربعة أشهر وعشرة أيام إذا كانت المرأة غير حامل وتوفي عنها زوجها، وإذا حدثت الوفاة أثناء عدتها من طلاق رجعي بطل ما كان قد بدأته من الاعتداء

بالأقراء أو ثلاثة أشهر أو السنة البيضاء، وانتقلت إلى عدة الوفاة التي تحسب من اليوم الموالي لوفاة الزوج. وهذا ما أشارت إليه المادة 137 بقولها: "إذا توفي زوج المطلقة طلاقاً رجعياً وهي في العدة، انتقلت من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة".

3 - بالنسبة لغير الصغيرات واليائسات يعتدن بأقصر الأجلين: ثلاثة قروء أو سنة بيضاء (تسعة أشهر لإبعاد الشك في وجود الحمل، وثلاثة أشهر عدة) أيهما تحقق أولاً انتهت به العدة.

- ابتداء احتساب العدة:

[292] جاء في م. 129 م.أ. "تبتدئ العدة من تاريخ الطلاق أو التطليق أو الفسخ أو الوفاة".

كما تقضي م. 128 بأن "المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع⁽¹⁾ أو بالفسخ طبقاً لأحكام هذا الكتاب تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية".

وبهذين النصين:

- لم يبق مجال للرأي الفقهي الذي كان يقول بابتداء العدة من تاريخ إعلام المطلقة بالطلاق وليس من تاريخ حدوثه الفعلي.

- انتهت المشاكل التي كان يثيرها قبول أحكام الطلاق لأنواع الطعن المختلفة، الأمر الذي كان يطيل أمد اكتساب الحكم لقوة الشيء المحكوم به إلى عدة سنوات قد تتجاوز العشر سنين.

(1) يصدر الحكم بالخلع في حالة اتفاق الزوجين عليه مع اختلافهما في تحديد البذل (م. 120).

- يتبدئ احتساب فترة العدة من اليوم الموالي لصدور الحكم بالتطليق ولو كان الحكم غيبيا كما في حالة التطليق للغيبة ما دام غير قابل لأي طعن وفقا للمادة 128.

الفقرة الثانية : المتعة. (إحالة)

[293] من آثار الطلاق الصادر عن الزوج: المتعة، وقد سبق الحديث عنها، في الفقرات (66 - 69 و280). كما سبق تناول الموقف العام للفقهاء من المتعة (ف. 260 و261). والصياغة المعينة للمادة 97 من المدونة (ف. 262) التي كانت سببا في اضطراب العمل القضائي إزاء المتعة في حالة التطليق للشقاق (ف. 263 - 217).

ولذلك لا نرى فائدة في إعادة الحديث عن المتعة.

من المراجع المشار إليها في الكتاب

- (1) أحكام القرآن لأبي بكر ابن العربي - دار الفكر - طبعة ثالثة - 1392.1973.
- (2) التفسير الكبير ومفاتيح الغيب - محمد الرازي - دار الفكر للطباعة والنشر - 1410.1990.
- (3) جامع البيان عن تأويل آي القرآن - محمد بن جرير الطبري - دار الفكر - 1408.1988.
- (4) الجامع لأحكام القرآن - أبو عبد الله محمد القرطبي - طبعة ثانية بدون تاريخ، توزيع دار الرشاد - المغرب.
- (5) الأحوال الشخصية - محمد أبو زهرة - مطبعة السعادة - القاهرة - طبعة ثانية 1369.1950.
- (6) الام - محمد بن ادريس الشافعي - دار المعرفة - بيروت - طبعة ثانية 1393.1973.
- (7) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف - مطبوع مع المقنع والشرح الكبير - تحقيق عبد الله التركي - طبعة حجر للطباعة والنشر - 1417.1996.
- (8) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - علاء الدين الكاساني - شركة المطبوعات العلمية - مصر طبعة أولى 1327هـ.
- (9) بداية المجتهد ونهاية المقتصد - محمد بن رشد القرطبي - مطبعة الاستقامة - القاهرة بدون تاريخ.
- (10) البهجة في شرح التحفة - علي بن عبد السلام التسولي - مطبعة المعاهد - القاهرة - بدون تاريخ.
- (11) التاج والإكليل لمختصر خليل - محمد المواق - مطبعة السعادة - مصر - طبعة أولى 1328هـ.
- (12) تاريخ الشهود - بدري محمد فهد - مجلة كلية الشريعة عدد 3 - مطبعة الحكومة 1967 - مصر.
- (13) الدر المختار في شرح تنوير الابصار - محمد علاء الدين الحصكفي - بهامش حاشية ابن عابدين دار إحياء التراث العربي - بيروت - بدون تاريخ.

- 14) الذخيرة - شهاب الدين القرافي - دار الغرب الاسلامي - بيروت. طبعة أولى 1994
- 15) رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار - محمد أمين ابن عابدين - دار إحياء التراث العربي - بيروت، بدون تاريخ.
- 16) زاد المعاد في هدي خير العباد - شمس الدين ابن القيم - مطبعة البابي الحلبي - مصر 1970.1390.
- 17) شرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل - مطبعة محمد افندي مصطفى - مصر - 1307هـ.
- 18) شرح العناية على الهداية - أكل الدين محمد البارقي - بهاش شرح فتح القدير لابن الهمام المطبعة الكبرى الاميرية - بولاق مصر - طبعة أولى 1315هـ.
- 19) الشرح الكبير - أحمد الدردير - مطبعة مصطفى محمد - مصر - 1355.1936
- 20) شرح محمد الخريشي على مختصر خليل - المطبعة الكبرى الأميرية - مصر. مطبعة ثانية 1317هـ.
- 21) فتح الباري شرح صحيح البخاري - أحمد بن حجر العسقلاني - دار الكتب العلمية - بيروت طبعة أولى 1410.1989.
- 22) الفتاوى المالكية المعروفة بالفتاوى الهندية - المطبعة العامرة - بولاق مصر - 1276هـ.
- 23) فقه الامام جعفر الصادق - تأليف محمد جواد مغنية - مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر، طبعة أولى - قم - إيران.
- 24) المبسوط - شمس الدين السرخسي - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت، طبعة ثالثة بدون تاريخ.
- 25) المحلى - ابو محمد علي ابن حزم - المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت بدون تاريخ.
- 26) المدونة لإمام دار الهجرة مالك ابن أنس - مطبعة السعادة - مصر - 1323هـ.
- 27) المستصفي من علم الأصول - أبو حامد الغزالي - دار الفكر - بيروت - بدون تاريخ.

- (28) المغني - عبد الله بن قدامة - مكتبة الجمهورية العربية ومكتبة الكليات الازهرية. بدون تاريخ.
- (29) معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - محمد الخطيب الشربيني - دار الفكر - بيروت بدون تاريخ.
- (30) القوانين الفقهية - أبو القاسم محمد بن جزي - مطبعة الامنية - الرباط، طبعة ثانية بدون تاريخ.
- (31) المتق - ابن قدامة - مطبوع مع الشرح الكبير والإنصاف، تحقيق عبد الله التركي - طبعة حجر للطباعة والنشر 1996.1417.
- (32) مقاييس اللغة - أبو الحسن أحمد بن فارس - دار إحياء الكتب العربية - طبعة أولى 1371هـ.
- (33) الموافقات في أصول الشريعة - ابو اسحاق الشاطبي - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت بدون تاريخ.
- (34) مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء خليل - أبو عبد الله محمد الخطاب.
- (35) مطبعة السعادة - مصر - طبعة أولى 1328هـ.
- (36) نيل الأوطار، شرح منقى الاخبار - محمد بن علي الشوكاني. إدارة الطباعة المنيرية - مصر - طبعة ثانية 1344هـ.
- (37) النوازل الجديدة الكبرى - المهدي الوزاني - مطبعة فضالة - المغرب. 1997.1418.

فهرس أبجدي مع أرقام الفقرات

- التطليق للشقاق، والضرر، وعدم الإنفاق، والغنية، والمعيب، والإيلاء والهجر - 227
- 243 و
- طلبات الإذن بالطلاق وطلبات التطليق للشقاق - 227.
- التطليق للمعيب - 240
- " للإيلاء والهجر - 241
- الطلاق الرجعي، والخلعي، وقبل البناء، والاتفاقي، والمملك والمكمل للثلاث - 257.
- اختصاص
- اختصاص محلي في:
- * طلب الإذن بالطلاق - 39
- * دعوى التطليق 138 و185
- إذن
- طلب الإذن بتوقيع الطلاق - 42.39 و80
- الإذن بالإشهاد على الطلاق - 55 و80
- = فترة استعماله - 55
- الإذن بالإشهاد على الطلاق الاتفاقي 123 و108
- = فترة استعماله - 108
- استدعاء
- في حال طلب الإذن بالطلاق 43 و44
- الامتناع عن الحضور - 50
- تغذر الحضور - 51
- إشهاد
- إشهاد عدلين على الطلاق. 75.71

[أ]

- إثبات
- إثبات الشقاق 132 و140 و153 و155
- إثبات بشهادة الشهود 203
- إثبات المختلة للإكراه 116
- أثر
- آثار الطلاق الرجعي 274 و277
- " " البائن 275 و276
- أجني
- (انظر حكم أجني)
- إجراءات
- طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق 51.39
- في دعوى التطليق للشقاق 141.153
- إحصائيات عن
- طلبات الإذن بالطلاق - 47
- الصلح بين الزوجين ووسائله - 48
- الطلاق الاتفاقي - 204
- الخلع، والطلاق، والتطليق - 130
- الطلاق الرجعي والخلع و130 و207
- فترات إجراءات الطلاق - 131
- التطليق للضرر - 206
- التطليق للشقاق - 207
- طلبات التطليق للشقاق - 207
- أحكام بالنفقة، والتطليق لعدم الإنفاق - 220
- التطليق للغية - 227

- 139 و 136.133 مواد صياغة =
140 و 245 و 246
طلب التطلق ومرققاته - 139
مضمون الطلب - 140
الاستدعاء - 142 و 143
محاولة الإصلاح - 146
إثبات الشقاق - 131 و 140 و 155
= انظر: (مستحققات)
= انظر: (إحصائيات)
- تطبيق للضرر 208.187
= مفهوم الضرر في الفقه: 188 و 189
= التطبيق القضائي - 193.190
= مناقشة هذا التطبيق 195.192
= صياغة الضرر في مدونة الأسرة وبتأجيلها 206.196
= انظر: (إحصائيات).
- تطبيق لعدم الإنفاق 220.209
= موقف الفقه - 210.
= مدونة الأسرة 214.211
= تعليق على أحكام المدونة - 220.216
- تطبيق للغبية 225.221
= ما خالفت فيه م.أ. المدونة السابقة 221
= الغائب معروف العنوان 224.222
= الغائب مجهول العنوان 225
- تطبيق لسجن الزوج - 226
= الزوج السجين 226
- إشهاد العدلين في مدونة الأسرة. 80.76
■ إكراه
- إكراه الزوجة على الخلع - 116
■ أهلية
أهلية الزوجين المتخالمين. 111
■ إيداع
انظر: مستحققات.
■ بدل
- البذل في الخلع - 112
- شروطه - 113.115
- استرجاعه - 116
- الاختلاف في تحديده - 117
- عناصر تحديده - 119
[ت]
■ تحايل
- في بيان عنوان الزوجة - 44
■ تطليق
- تطليق وطلاق:
= دلائلها: 38.35 و 122 و 124
= مناقشة المصطلحين 258.250
= الاختصاص المحلي 182.
= أسباب التطلق 124 و 137 و 184
= ملاحظات حول أسباب التطلق 261.245
= تفاوت استعمالها أمام القضاء - 246
= مدى ضرورة الاحتفاظ بها؟ 252.250
- تطليق للشقاق
= تأصيله: 244

- = حكم أجنبي بالطلاق بطلب من الزوجة 90.88
- = منطوق الحكم في الطلاق الاتفاق - 108
- = منطوق الحكم في حالة اتفاق الزوجين على مبدأ الخلع 117
- "خ"
- خلع
- طلاق الخلع 121.109
- صيغ الخلع في الفقه: 255 و 267
- صيغ الحديث الوارد في الخلع - 256
- حكمه، وتكييفه وتوقيعه - 109 و 112 و 117
- من مناقشات اللجنة الاستشارية - 109
- نفاذه - 116
- خلع القاصر من الزوجين - 111
- البديل في الخلع 115.112
- خلع الأم بنفقة الأطفال وهي عاجزة - 115
- إثبات الزوجة إكراهها على الخلع 116
- الاتفاق على مبدأ الخلع والاختلاف في البديل 117
- صلاحيات المحكمة - 119
- عناصر تحديد البديل - 119
- منطوق الحكم الذي تصدره المحكمة 120
- الفقه وتدخل القضاء في الخلع 117
- الطلاق الخلمي والطلاق الاتفاقى: دلالة المصطلحين: 102 و 103 و 121.
- إحصائيات: 130 و 210 و 260 و 261.

- = انظر: (إحصائيات).
- تطبيق للغيب 240.228
- = مصطلح الغيب 233
- = تكييف إنهاء العلاقة الزوجية 231
- = "الغيوب" المبررة لإنهاء العلاقة الزوجية 235.232
- = تاريخ حدوث الغيب 239
- = شرط عدم العلم بالغيب 240
- = مستحقات التطلق بالغيب 238 و 239
- = إحصائيات 240
- تطبيق للإيلاء والهجر 241
- = إحصائيات 242
- تعويض
- الفصل بينه وبين التمتع 153
- التعويض والتمتع في الاجتهاد القضائي 176.163
- مناقشة هذا الاجتهاد 177.
- [ج]
- جالية مغربية
- مشاكلها مع الطلاق 101.81
- = مع قضاء بلد الإقامة - 85.82
- = مع القضاء الوطني - 101.86
- جريمة
- جريمة مشينة مبررة للتطبيق - 199
- [ح]
- حكم أجنبي
- = يحثه 90.86 و 101.93

[ش]

■ شهادة

شهادة غير المسلم أو المرأة في عقد الزواج

97.95

■ شقاق بين الزوجين

- في الفقه 128-125

- إثبات الشقاق 132 و140 و155

- نسبة التطليق به 207

- انظر: (إحصائيات)

- انظر: (تطليق للشقاق).

[ص]

■ صلح

محاويلته بين الزوجين:

- في حال طلب الإذن بالإشهاد على

الطلاق 49.46

- في حال الطلاق الاتفاقي 107

- في حال الخلع 118

- وسائل إنجاز الصلح 48

- تحرير محضر الصلح - 49

- نسبة نجاحه 47 و80

- محضر عدم الصلح - 52

- تنفيذ مضمون الصلح 49 و146

- تعذر الصلح 146 و147.

[ض]

■ ضرر

- في الفقه 188 و189

- في التطليق القضائي قبل م.أ. 193-190

- تعليق على هذا التطبيق 194 و195

- في مدونة الأسرة 196 و204

[د]

■ دعوى

- طلب الإذن بالطلاق:

= اختصاص محلي - 39

= الإجراءات 40 وما بعدها

- دعوى تطليق:

= اختصاص محلي 138 و185

= تطليق للشقاق 138.147.

[ر]

■ رجعة

- رجعة المطلقة في مدونة الأسرة 278

- موقف الفقه 277 و280

- مناقشة موقف الفقه 281.283

[ز]

■ زواج

- تعريفه في الفقه 9 و78

- زواج خارج المغرب:

= أسباب اعتبر بها مخالفا للنظام العام

99.94

■ زوج

- هل لمجرد نطقه بالطلاق أثر؟ 88-92

252.255

- طلبه الإذن بالإشهاد على الطلاق 39-50

■ زوجة

- طلبها الإذن بالإشهاد على الطلاق 58-60

- هل تلزم بإيداع "مستحقات" ؟ 59

[س]

■ سكنى

سكنى العدة ونفقتها. انظر (مستحقات)

تبرير صلاحيات الزوج في توقيع الطلاق،
12 و 11

■ طلاق

مشاكله لدى الجالية المغربية:

* مع قضاء بلد الإقامة المغربية: 85.82.

* مع القضاء الوطني 101.86

تفادي بعض هذه المشاكل:

* في إطار النصوص الحالية 84.

* في أفق تعديل النصوص 85

الاختلاف مع قوانين الغرب يكاد يكون
شكليا. 83

طلب الزوج الإذن بالإشهاد على الطلاق
42.39

* مضمون الطلب 41.

* مرفقات الطلب 42

* الإجراءات وتحقيق المحكمة في

الطلب 51.45

* انظر (إيداع)

* انظر (مستحققات).

طلب الزوجة الإذن بالإشهاد على الطلاق
حالة التملك 60.58.

طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق الاتفاقي
106

فترة استعمال الإذن بالإشهاد على الطلاق

55

■ طلاق

- وصفه بالرجعي أو البائن 259

- طلاق رجعي:

= من الزوج 264.262

= من المحكمة 269.265

- التطبيق القضائي في ظل م.أ. 202.199
و 204

- إثبات الضرر بالشهادة 203

- نسبة التطلق بسببه 206 و 208.

[ط]

■ طعن

- الطعن في أمر إيداع المستحققات غير
مقبول 53

- مقررات التطلق واخلع والفسخ غير قابلة
للطعن 22

■ طلاق

دلالاته اللغوية - 34

دلالاته الاصطلاحية - 38.35

تعريفه - 9 و 10 و 78.

الطلاق في القانون المقارن 52 و 79

" في العالم الإسلامي - 4

" " " المسيحي - 5 و 79

" " " الفقه - 14.6 و 78

" " " التشريع المغربي 18.15

و 22 و 38.36

من مناقشات اللجنة الاستشارية 21.19

الصياغة العامة لمواد كتاب الطلاق - 22

طلاق وتطبيق، مناقشة المصطلحين 38.35

و 122 و 258.250

صدوره من الزوج خارج الشكل القانوني

19 و 22 و 38 و 92.88 و 254.

تقييد نفاذه نصا وفقها - 91 و 92

مبررات تنظيم صدوره 254 و 258

طلاق الهازل 13 و 15 و 78

- قتراتها 284 و 289 و 290
- بدء احتساب العدة 292
- تداخل العدد 291.
- **علاقة زواج**
- ادعاؤها مع وجود حمل أو طفل - 42
- **عيب**
- انظر: (تطبيق للعيب).
- [غ]
- **غيبية**
- انظر: (تطبيق للغيبية).
- [ف]
- **فرد**
- تدخل المجتمع في تصرفاته 254-252
- **فسخ**
- انتهاء الزواج به 31
- استعماله بمفهوم الطلاق 31 و 32.
- **فقه**
- موقفه من الطلاق 14.6.
- إبعاده الطلاق عن أحكام خطاب التكليف وخطاب الوضع 7
- [ق]
- **قاصر**
- إبرامه للخلع 111
- **قضاء**
- إلزامه بالحكم بالراجح ثم المشهور، ثم ما جرى به العمل 190
- تطبيقه للضرر سببا للتطبيق 190.195
- و 202.199
- بعض أحكامه بشأن المتعة والتعويض
- 176.164

- = حالته 269.261
- = حالات الطلاق البائن 272.270
- = آثار الطلاق الرجعي 274 و 277
- = " " البائن 275 و 276
- انظر: (إحصائيات)
- **طلاق اتفاقي خلعي**
- دلالة المصطلحين 102 و 103 و 121
- رجعي أو بائن؟ 102 و 103
- من مناقشات اللجنة الاستشارية حولها 109 و 103
- **طلاق اتفاقي**
- مضمون الاتفاق 105
- طلب الإشهاد به 106
- التراجع عنه 105
- الإذن بالإشهاد به 108 و 123
- حكم المحكمة به 108 و 123
- نسبة استعمال الطلاق الاتفاقي 104
- إحصائيات 257
- **طفل**
- مستحقات الأطفال عند الطلاق 53 و 70
- عدم المساس بحقوقهم في الطلاق الاتفاقي
- أو الخلعي 105 و 108 و 115.
- **طلاق للشقاق**
- انظر: (تطبيق).
- [ع]
- **عدة**
- العدة بين التعليل والتعبد 285 و 286
- أسباب العدة 288

المتعة في حال التطليق للشقاق 61 و156
و159 و167 و182.

في حال التطليق للعيب 238 و239
مقترحات بشأن المتعة والتعويض 153

■ امرأة

شهادتها في عقد الزواج 97 و95

■ مستحقات

- صياغتها المعيبة في المدونة 58 و56 و61

و62 و148 و149 و151 و152

- إيداع المبلغ الذي تؤدي منه المدونة 54 و52 و59

- هل يفرض الإيداع على الزوجة؟ 59

و153 و149

- قرار الإيداع غير قابل للطعن. 53

1 - مستحقات الزوجة

- مؤخر الصداق 64

- نفقة العدة 65

- المتعة 69 و66

- سكنى العدة ونفقتها: طبيعتها 182

- المستحقات في حال التطليق للعيب 238

و239

- في حال طلب الزوجة المملكة 60 و58

- في حال التطليق للشقاق - 61

- في حال التطليق طبق م. 63 و113

و62 - ف.

2 - مستحقات الأطفال

و40 و53 و70 و183.

[ن]

■ نفقة

- نفقة العدة: طبيعتها 182

[ل]

■ لجنة

- من مناقشات اللجنة الاستشارية للمدونة
حول:

= الطلاق 22 و19

= الطلاق الاتفاق 103

= الطلاق الخلفي 109

= طلاق الشقاق 129 و132 و136

= الإحالة على "القانون الوضعي" 145

= إيداع مستحقات الزوجة والأطفال 148

= طلب الزوجة للتطليق 184

= "العيب" سببا للتطليق 230

[م]

■ مجتمع

تدخله في تنظيم تصرفات الفرد 254 و252

■ متعة

المتعة في الفقه 160 و161

في مدونة الأسرة 162

في التطبيق القضائي 176 و163

مناقشة التطبيق القضائي 177

تكييف المتعة 179 و181

متى تستحق المتعة؟ 67 و68

عناصر تقريرها. 69

اجتماعها مع التعويض 166 و167 و173

المتعة في حال طلاق الزوج 69 و66 و177

" " طلاق الزوجة المملكة

60 و58

- نفقة الأطفال 53 و70 و183

- التطليق لعدم الإنفاق 209 و220

= الموقف الفقهي 210

= مدونة الأسرة 211 و214

= تعليق على أحكام المدونة

215 و220

= إحصائيات أحكام النفقة

والتطليق لعدم الإنفاق 220

[هـ]

■ هازل

- طلاق الهازل 13 و14

[و]

■ وفاة

- انتهاء الزواج بها 24 و30

= الوفاة الفعلية 26 و27

= الوفاة الحكيمة 28 و30

- إثبات الوفاة 26 و30

- ظهور المفقود المحكوم بوفاته 29 و30

■ ورقة رسمية

- سحيتها - 87

[ي]

■ یتیم

- تطور أحكام كفاته 252 و253.

فهرس المحتويات

5	تقديم.....
5	أولاً: الطلاق في القانون المقارن.....
8	ثانياً: الموقف الفقهي العام من الطلاق.....
11	الأسباب المؤسس عليها موقف الفقه.....
11	- المفهوم الذي فسر به الزواج.....
13	- القوامة والطاعة.....
15	- بعض الآثار المتعلقة بطلاق المازل.....
16	ثالثاً: تطور التشريع المغربي في موضوع الطلاق.....
19	رابعاً: من مناقشات اللجنة الاستشارية.....
22	خامساً: الصياغة العامة لمواد كتاب الطلاق.....
27	الفقرة الأولى: الوفاة.....
28	1 - الوفاة الفعلية.....
29	2 - الوفاة الحكيمة.....
29	الفقد في ظروف عادية.....
31	الفقد في ظروف استثنائية.....
32	الفقرة الثانية: الفسخ.....
37	تقديم.....
37	الدلالة اللغوية.....
37	الدلالة الاصطلاحية.....
42	المبحث الأول : طلب الإذن واستدعاء الأطراف.....
42	1 - طلب الإذن ومراقبته.....

42	الطلب.....
43	مضمون الطلب.....
44	المرفقات.....
44	2 - استدعاء الأطراف.....
47	المبحث الثاني : التحقيق ومحاولة الصلح
47	التحقيق.....
48	محاولة الصلح.....
48	محاولة الإصلاح من غير هيئة المحكمة.....
52	الامتناع عن الحضور أو تعذره.....
52	الامتناع.....
53	تعذر الحضور.....
56	المبحث الثالث : تعذر الصلح والإذن بالطلاق
56	مبلغ الإيداع.....
57	الفترة المحددة للإيداع.....
57	الإذن بالطلاق.....
59	المبحث الرابع : إصدار الحكم بالمستحقات
60	أولاً: الإحالة الواردة في م. 89.....
61	إيداع الزوجة.....
61	امتناع الزوج عن الإيداع.....
62	ثانياً: إحالة م. 97.....
62	ثالثاً: إحالة م. 113.....
64	مستحقات الزوجة.....
64	1 - مؤخر الصداق إن وجد.....
64	2 - نفقة العدة.....
65	3 - المئمة.....
66	متى تستحق المئمة؟.....
67	أولاً - حول موضوع إسقاط الحضانة.....

68.....	ثانيا - حول مستحقات التطلق
68.....	عناصر تقدير التمتع.....
69.....	4 - مستحقات الأطفال
71.....	المبحث الخامس : إشهاد عدلين على الطلاق
71.....	1 - السند.....
72.....	2 - الصبرورة.....
75.....	3 - الإشهاد في مدونة الأسرة.....
76.....	فرض إشهاد العدلين.....
76.....	وجهة النظر الأولى.....
79.....	وجهة النظر الثانية.....
80.....	الإذن بالإشهاد.....
83.....	المبحث السادس : نظام الطلاق والجالية المغربية في الغرب
83.....	قضاء بلد الإقامة.....
85.....	في إطار النصوص الحالية.....
87.....	في أفق تعديل النصوص.....
91.....	القضاء الوطني.....
93.....	أولا: حجية الورقة الرسمية.....
102.....	تقييد طلاق الزوج.....
102.....	1- في نصوص الشريعة.....
102.....	2 - الاجتهاد الفقهي.....
104.....	ثانيا: حجية الحكم القضائي الواجب التنفيذ.....
104.....	1 الزواج الصوري.....
107.....	2 - شهادة المرأة في عقد الزواج.....
107.....	بطلان الزواج بحضور امرأة شاهدة.....
109.....	سريان البطلان إلى الحكم الصادر بالطلاق.....
109.....	3 - الزواج المدني.....

4 - حكم أجنبي بالطلاق بعد حكم في المغرب بالرجوع إلى بيت الزوجية...	111
المطالبة بتعديل ما قضى به الحكم الأجنبي.....	114
المبحث السابع : الطلاق الاتفاقي والطلاق الخلفي.....	117
الدلالة الاصطلاحية.....	117
الطلاق الاتفاقي.....	119
الاتفاق.....	120
الطلب.....	121
محاولة الصلح.....	121
الإذن بالإشهاد على الطلاق.....	122
الطلاق الخلفي.....	124
تقديم.....	124
أولاً: الاتفاق على الخلع وعلى البذل.....	127
1 - الأهلية.....	128
2 - البذل وشروطه.....	129
أ - البذل.....	129
ب - شروط البذل.....	131
مما يصح الالتزام به.....	131
لا يضر بحقوق الأطفال.....	131
3 - نفاذ الخلع.....	132
ثانياً: الاختلاف في تحديد البذل.....	133
1 - محاولة الصلح.....	135
2 - تحديد البذل.....	135
3 - الحكم.....	136
الإذن بالإشهاد على الطلاق الاتفاقي.....	137
بين الطلاق والتطليق.....	139
مآل الإذن بالإشهاد على الطلاق الاتفاقي.....	140

الفصل الثاني : التطليق للشقاق

145.....	تقديم.....
147.....	مبحث تمهيدى.....
147.....	أولاً: الشقاق بين الزوجين فى الفقه.....
147.....	التدخل المباشر.....
148.....	صلاحية التفريق بين الزوجين.....
150.....	ثانياً - لماذا أدرج التطليق للشقاق؟.....
156.....	ثالثاً - مراحل الصياغة.....
160.....	المبحث الأول : الدعوى والإجراءات.....
160.....	المطلب الأول : الدعوى.....
160.....	فى الشكل.....
161.....	فى الموضوع.....
163.....	المطلب الثانى : الإجراءات.....
163.....	1 - الاستدعاء.....
163.....	التوصل بالاستدعاء.....
164.....	عدم العثور على عنوان المدعى عليه.....
165.....	التعايل بتقديم عنوان زائف للمدعى عليه أو ادعاء الجهل بعنوانه.....
166.....	2 - استقصاء أسباب الشقاق.....
168.....	3 - محاولة الإصلاح.....
169.....	4 - إيداع المبلغ الذى تؤخذ منه المستحقات.....
172.....	أ - الاختلاف بين بعض المستحقات.....
173.....	ب - صعوبات مرتبطة بمبدأ الإيداع وإجراءات إنجازه.....
174.....	ج - خلاصة.....
177.....	د - مقترحات.....
180.....	المبحث الثانى : الحكم فى الدعوى.....
180.....	أولاً: التطليق.....

182	ثانيا: المستحقات.....
182	1 - الصداق المؤخر.....
182	2 - السكنى ونفقة العدة.....
183	3 - المتعة.....
183	ثالثا: المتعة في الفقه.....
186	رابعا: المتعة في مدونة الأسرة.....
187	خامسا: المتعة في ظل التطبيق القضائي.....
188	1 - قضاء الموضوع.....
189	- لا متعة ولا مستحقات متى كانت الزوجة هي الطالبة للطلاق ومصرة عليه.....
190	- لا مستحقات كذلك إذا كانت تصرفات الزوجة هي الدافعة للزوج إلى طلب التطلاق.....
191	- المتعة لزوجة حرر ضدها محضر بالخيانة الزوجية.....
192	- مستحقات للزوجة وتعويض للزوج.....
195	- إصرار الزوجة على التطلاق، أو عدم إثباتها للأسباب التي تدعها يبرر الحكم بتعويض الزوج.....
197	- الحكم بالمستحقات والتعويض للزوجين معا.....
198	- المتعة شرعت لجبر الضرر فلا يضاف إليها طلب التعويض.....
199	- المتعة تستحقها الزوجة بمجرد طلبها التطلاق للشقاق.....
200	2 - قضاء النقص.....
200	- طلب الزوجة التطلاق وإصرارها عليه يبرر تعويض الزوج.....
201	- المتعة قاصرة على حالي الطلاق والتطلاق بطلب من الزوج.....
201	- لا متعة لطالبة التطلاق.....
201	- عدم المعاشرة الزوجية يستحق عنه التعويض للزوجة.....
202	- لا يجمع بين المتعة والتعويض.....
203	سادسا: تعليق ومناقشة.....
207	- دور محكمة النقص.....
207	1 - تكييف المتعة.....
210	2 - المتعة وطلب الإذن بالطلاق.....
210	3 - المتعة في حالة التطلاق للشقاق.....

4- سكنى العدة ونفقتها.....	213
5- نفقة الأطفال.....	214

الفصل الثالث : التطلاق بطلب من الزوجة

تقديم.....	219
المبحث الأول : أسباب التطلاق.....	223
المطلب الأول: الضرر.....	223
أولاً: القراءة الفقهية لمفهوم الضرر.....	224
ثانياً: التطبيق القضائي.....	228
1- تكرر الضرر.....	229
2- عدم اتصال الزوجين أو اختلاهما بعد حدوث الضرر.....	230
3- إثبات عدم وجود سبب شرعي للضرر.....	232
ملاحظتان على هذا التطبيق.....	234
الملاحظة الأولى: علاقة الشهادة بوقائع الدعوى.....	234
الملاحظة الثانية: علاقة الشهادة بالقاضي.....	235
ثالثاً: مدونة الأسرة.....	236
أولاً: مقتضيات المستحثة.....	236
1- تحديد أشمل لمفهوم الضرر.....	236
- الطعن في عرض الزوجة.....	237
- العجز عن المعاشرة الزوجية.....	238
- الاعتداء على الزوجة بالضرب والجرح.....	238
- إدانة الزوج بجريمة مشينة.....	239
2- الإثبات بالشهادة.....	239
3- الانتحاء إلى التطبيق للشقاق.....	240
النتائج.....	241
1- ارتفاع نسبة الاستجابة لطلب التطلاق للضرر.....	241
2- ارتفاع نسبة التطلاق للشقاق.....	242

242	3- تراجع الطلاق بالخلع.....
243	المطلب الثاني: عدم الإنفاق والغيبة.....
243	الفقرة الأولى: عدم الإنفاق.....
244	أولاً: الموقف الفقهي العام.....
246	ثانياً: مدونة الأسرة.....
247	الحالة الأولى: وجود مال للزوج يمكن أخذ النفقة منه.....
247	الحالة الثانية: ثبوت العجز عن النفقة.....
249	الحالة الثالثة: عدم ثبوت العجز مع إصرار الزوج على الامتناع عن الإنفاق.....
249	ثالثاً: تعليق على أحكام التطليق لعدم الإنفاق.....
249	1- إلزام الزوج بالنفقة عرف موروث له مبرراته.....
250	2- إرث المجتمع الإسلامي لهذا العرف.....
251	3- دواعي مراجعة أحكام النفقة.....
252	4- تقديم الزوجة على الأطفال في النفقة.....
252	5- النفقة بين مشاكل الأسرة وبين اعتمادها سبباً للتطليق.....
254	الفقرة الثانية: الغيبة والسجن.....
255	1- الغائب معروف العنوان.....
255	أ- إثبات الغيبة.....
255	ب - عدم استجابة الزوج لإشعار المحكمة.....
256	2- الزوج مجهول العنوان.....
257	3- الزوج السجين.....
258	الفقرة الثالثة: التطليق للغيبة أمام القضاء.....
259	المطلب الثالث: العيب والإيلاء والهجـر.....
259	الفقرة الأولى: العيب.....
261	1- مصطلح "العيب".....
263	2 - تكييف إنهاء العلاقة الزوجية بـ "العيب".....
264	3- تحديد "العيوب" المبررة لإنهاء العلاقة الزوجية.....
264	أ - المنع من الممارسة الزوجية.....

ب - الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته.....	265
فترة الشفاء.....	265
4 - تاريخ حدوث "العيب".....	266
شروط عدم العلم.....	269
5 - هل تترتب مستحقات عن إنهاء الزواج بسبب "العيب"؟.....	269
6 - التطلق للعيب في العمل القضائي.....	272
الفقرة الثانية: الإبلاء والمهر.....	273
المبحث الثاني : ملاحظات حول أسباب التطلق.....	275
1 - تفاوت استعمال أسباب التطلق.....	275
2 - التأصيل.....	276
3 - الصياغة والتطبيق.....	277
4 - هل من الضروري إيراد أسباب التطلق المنصوص عليها في المدونة؟.....	280
أ - الصياغة.....	280
ب - العدد.....	280
5 - هل من الضروري الاحتفاظ بمصطلحي: "الطلاق" و "التطلق"؟.....	282
الفصل الرابع : أنواع الطلاق وآثاره	
المطلب الأول : الطلاق الرجعي والطلاق البائن.....	300
أولاً: الطلاق الرجعي.....	300
1 - توقيع الزوج.....	300
أ - ألا يكون قبل بدء الحياة الزوجية.....	301
ب - ألا يكون مكملًا للثلاث.....	301
2 - المحكمة.....	301
أ - الطلاق لعدم الإنفاق.....	302
ب - قيود الرجعة في الطلاق لعدم الإنفاق.....	303
- إثبات اليسار.....	303
- الاستعداد للإنفاق.....	304

304	ثانيا: الطلاق البائن.....
304	1 - طلاق الزوج.....
305	2 - طلاق المحكمة.....
305	ثالثا: آثار كل من الطلاقين على العلاقة الزوجية
305	1 - إنهاء العلاقة الزوجية
305	أ - الطلاق الرجعي
307	ب - الطلاق البائن
310	2 - استئناف العلاقة الزوجية
310	(1) الطلاق البائن
310	(2) الطلاق الرجعي
314	أ - آراء الفقه في تفسير الآية
317	ب - مناقشة موقف الفقه
323	ج - خلاصة
326	المطلب الثاني: آثار الطلاق : العدة والمتع
326	الفقرة الأولى: العدة
327	العدة بين التعليل والتعبد
328	أولا: التفسير الفقهي ومدونة الأسرة
329	1 - أسباب العدة
330	2 - فترات العدة
334	ثانيا: التطبيق الفعلي لفترات العدة
335	ثالثا: تماثل العدد
336	ابتداء احتساب العدة
337	الفقرة الثانية: المتعة (حالة)
339	فهرس المراجع
343	فهرس أبجدي مع أرقام الفقرات
351	فهرس المحتويات