

سلسلة الأبحاث الجامعية والأكاديمية



النظير للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

العدد 28 يناير 2020

محمد قاسمي

باحث في القانون الخاص

المدير المسؤول

مصطفى الفوري

دكتور في الحقوق
مدير مجلة القانون والأعمال
أستاذ زائر بكليات الحقوق

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة



كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادير

رسالة لنيل دبلوم الماستر

بوحدة التكوين والبحث: الأسرة في القانون المغربي والمقارن

بعنوان:

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- دراسة في إطار القانون والفقه والقضاء المقارن -

إشرافه الأستاذ:

إعداد الطالب الباحث:

د/ عبد الرزاق أيوب

- محمد قاسمي

لجنة المناقشة

- الدكتور عبد الرزاق أيوب..... مشرفا ورئيسا

- الدكتورة جلييلة دريسي..... عضوا

- الدكتورة نادية المشيشي..... عضو

السنة الجامعية:

2017-2016

يقول تعالى: ﴿وَقُلْ أَعْمَلُوا فَيَسِّرِ اللَّهُ لَكُمْ أَمْرَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ﴾

سورة التوبة، الآية: 106

إهداء

إلى من كلفه الله بالهبة والوقار .. إلى من علمني العطاء بدون انتظار ... إلى
من أحمل لقبه بكل افتخار .. أرجو من رب العلى أن يمد في عمرك لثرى ثمارا
قد حان قطافها بعد طول انتظار...

والدي العزيز.

إلى ملاكي في الحياة ... إلى معنى الحب والوفاء ومن تحمل كل المعانات ... إلى من
دعواتها في أذناي أحلى الرنات ... إلى من وقفت معي وقفة الجندي في ساحة الوغى في
أشد الأزمات ... رمز الحنان و التفاني والرحمة في الحياة وبعد الممات.

والدتي الحنونة.

إلى كل من شد بأزري وأخذ بيدي ... وأخص بالذكر إخوتي ... من زكرياء
كبيرهم إلى صلاح الدين الصغير ... أهدي لكم ثمرة مجهودي.

إخوتي الأفاضل

خاتمة شكر

بادئ ذي بدء أود أن أتقدم بالشكر و العرفان و عظيم الامتنان

إلى السادة الأساتذة الذين أشرفوا على تلقينا أصول البحث العلمي والذين كان لهم الفضل في تغيير شخصيتنا من الحسن إلى الأحسن، وعلى رأسهم أستاذي وقدوتي عبد الرزاق أيوب المشرف على هذا البحث.

الشكر والتقدير والاحترام إلى من كان لهم الفضل في زرع بذور البحث، والعلم والأخلاق في نفوسنا، وعلى رأسهم أستاذي الفاضل كمال بلحرقة، وأستاذي الحسين بلوش، والأستاذ الجليل عادل حاميدي، والأستاذ الفاضل إدريس الحياي، وأستاذتي نادية المشيشي، و أستاذتي جلييلة دريسي... وكل من سخرنا مجهودهم الجبار، كل باسمه وصفته في تلقينا أبجديات البحث العلمي لهدف الرقي بكتابتنا إلى أعلى المراتب.

الشكر والتقدير إلى مختبر القانون والمجتمع، وكل العاملين فيه والذي لم يدخر يوما جهدا لجلب كل ما هو في مصلحة الطلبة الباحثين، وكل الشكر والتقدير لصروح كلية الحقوق جامعة ابن زهر التي كانت بمثابة الأم التي احتضنت أبناءها فأحسننت في ذلك.

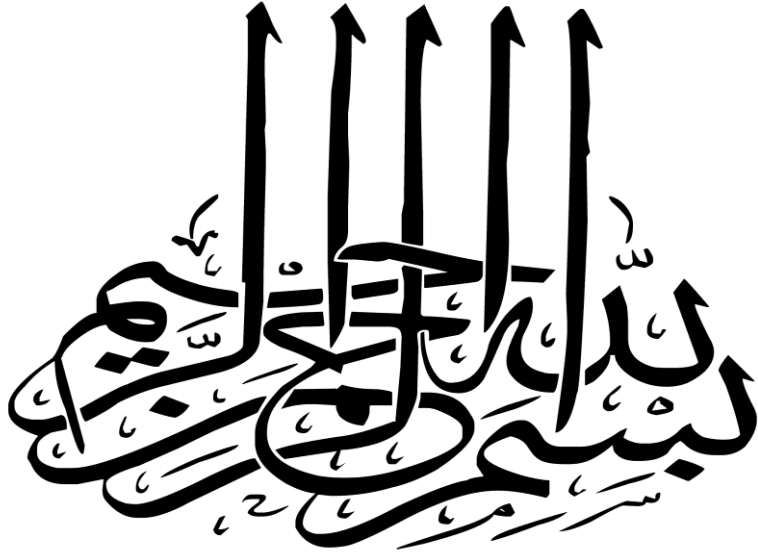
الشكر الجزيل لكل الطلبة الباحثين في ماستر الأسرة بفوجيه الأول والثاني الذين وضعوا مجهودهم رهن إشارتنا، وقدموا لنا يد العون في ما يخص المادة العلمية التي أسسنا عليها صروح هذا البحث، وكذا لا ننسى المساعدة المادية والمعنوية التي تلقيناها من أصدقائنا في التكوين، الطلبة الباحثين بـماستر القانون المدني المعمق، والمنازعات والمهن القانونية، وللذين كانوا المثال والقُدوة لنا في جميع مراحل التكوين.

الشكر والعرفان لمكتبة دار الطالب في شخص القائم عليها السيد أحمد والذي لم يدخر يوما جهدا ماديا أو معنويا في سد كل المتطلبات التي كنا نتوجه بها إليه.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة



ق.ل.ع	قانون الالتزامات والعقود
ق.م.م	قانون المسطرة المدنية
د.ذ.ط	دون ذكر الطبعة
د.ذ.مط	دون ذكر المطبعة
د.ذ.ت.ع	دون ذكر التاريخ والعدد
م.س	مرجع سابق
ص	الصفحة
==	هذا الرمز يعني أن الإحالة أو تتمتها في الصفحة الموالية



يقول تعالى:

﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ، وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا، وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةَ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَعَلِمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾

سورة البقرة، الآية: 229.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

مقدمة :

أحاط الشارع الإسلامي صرح الأسرة بعناية كبيرة، وكيف لا وهي اللبنة الأساسية للمجتمع، حيث تعنى بدور مركزي في إصلاح الأمة وازدهارها، ويتضح هذا الاهتمام من خلال الأحكام التي سنّها الله تعالى في كتابه المكنون وأقر بها نبيه في سنته العطرة.

فلقد جنح الإسلام إلى إعطاء تعريف للأسرة بشكل عام، وهذا التعريف لا يكاد يبتعد كثيرا عن ذاك المقرر في العلوم الإنسانية، حيث عرفها بكونها الوحدة الأساسية والرئيسية التي يتأسس عليها بنية المجتمع وكيانه، فهي حاضنة الأفراد حيث لها أدوار لعل أهمها تكريس قيم الأخلاق السامية والمثل العليا والمبادئ الدينية، فينشأ مجتمعاً متكاملًا متراحماً كالجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداع له سائر الجسد بالسهر والحمى¹.

وبخصوص التعريف الذي ذهبت إليه بعض الحقول المعرفية لمؤسسة الأسرة²، فبالعودة إلى علم الاجتماع، نجده يعرفها على أنها تلك الوحدة التي تقوم على عنصرين، أحدهما علاقة نسبية باعتبارها تجمع بين طرفين على الأقل وهي على ضروب مختلفة، الأصل فيها العلاقة الزوجية وسواها متفرع منها كعلاقة الأبوة وعلاقة البنوة وعلاقة الأخوة، والعنصر الثاني هو الخلق...، فالأسرة هي منشأ العلاقات الأخلاقية بين الناس بحق، بحيث لا علاقة

1- محمد مروان، تعريف الأسرة في الإسلام، مقال منشور في الموقع الإلكتروني <http://mawdoo3.com>، تاريخ الإطلاع 2017/02/05 على الساعة 17:00

2- أما بخصوص تعريف الأسرة في المفهوم الأنثروبولوجي، فيقصد بها نواة المجتمع الصلبة، وأصغر وحدة قياسية في الهندسة الاجتماعية، فهي أسمى من كونها آلية وظيفية في المجتمع، إنها منشأ كافة القيم الأخلاقية والقواعد السلوكية، ووسيط لازم بين الفرد والعالم الخارجي، ومؤثر مباشر في تكوين شخصية الأفراد، وتحديد مصيرهم ومسارهم الاجتماعي، وفي تشكيل المخيال والعقل الجمعي للأمة، فهي المسؤولة عن استمرار قيم المجتمع، يتماسك بتماسكها ويهين بوهنها.

- عادل حامدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2016 م، ص: 5.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

إنسانية بغير أخلاق ولا أخلاق بغير أسرة³. فنظرا للدور الذي تتبوؤه الأسرة فقد كرس علماء الاجتماع علما يعنى بها بكل جلاء، ونقصد في هذا الصدد علم الاجتماع الأسري⁴.

فإذا كانت نظرة الشرع الإسلامي ومعه بعض العلوم الإنسانية للأسرة على النحو الذي أسلفنا ذكره، فهذه المؤسسة تجد لها صدا عميقا خصوصا في المنظور القانوني والحقوقى سواء الداخلي⁵، أو الأممي⁶. وحتى في العلاقات الدولية الخاصة⁷، حيث خصصت كلها تنظيما محكما لهذا الصرح، كما بينت ما له من حقوق⁸ وما عليها من واجبات.

فإذا كانت الأسرة عماد المجتمع وأساسه، فهذه الأخيرة لا تتأسس إلا بالزواج، حيث اعتنت مختلف الشرائع السماوية به⁹، ومنها الشريعة المحمدية، ففي التنزيل وردت آيات بينات كثيرة تعنى بالزواج لعل أهمها تلك التي

³- طه عبد الرحمن، روح الحداثة، المدخل إلى تأسيس الحداثة الإسلامية، المركز الثقافي العربي، بيروت، لبنان، طبعة 2006م، ص: 99 و 100.
⁴- يعرف علم الاجتماع الأسري على أنه أحد فروع علم الاجتماع، وأكثرها تطورا وانتشارا والذي يهتم بدراسة الأسرة، فهو لم يظهر كعلم مستقل قائم بذاته إلا مع بداية القرن العشرين، لكن التفكير في الأسرة قديم قدم الإنسان، إذ استحوذت الأسرة على اهتمام الكثير من الفلاسفة والمفكرين والأدباء في مختلف المجتمعات ومختلف الفترات التاريخية مثل كتابة كونفوسوس، وأفلاطون، وأرسطو... كما أن علماء الاجتماع اهتم بعضهم بدراسة الأسرة أمثال أجيست كونت، ودوركايم، وكارل ماركس، و كتاباتهم عن الأسرة كانت جزءا من اهتمامهم بالمجتمع ككل، وما به من ظواهر اجتماعية.
 - سلوى عبد الحميد الخطيب، نظرة علم الاجتماع الأسري، مكتبة الشقري للنشر والتوزيع- الرياض، طبعة 2007، ص: 1.
⁵- يتجلى اهتمام المشرع الوضعي بالأسرة - ونعطي هنا مثلا بالمشرع المغربي - في خضم المنظومة القانونية الداخلية، وذلك بتنصيبه عليها وعلى مكوناتها في أسمى قانون في البلاد (الدستور) وبالضبط في الفصل 32 منه، والذي ينص على أنه: "الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع..." فالمشرع في هذا الصدد نحى نحو ما تبناه الشرع الإسلامي في اعتبار الأسرة بنية من بنين المجتمع، حيث اعتبرها بدوره الخلية الأساسية التي لا يمكن أن يتأسس المجتمع إلا على أنقاضها.
 - دستور المملكة المغربية الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.11.91، بتاريخ 29 يوليوز، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5989 الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 2011.

⁶- يتمحور اهتمام المنظومة الأممية المكونة للسرعة الدولية بالأسرة ككيان في العديد من الإعلانات والمواثيق الدولية، ونعطي هنا على سبيل المثال لا الحصر ما ورد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948م، الذي نص في المادة 16 منه على أنه: "...3- الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية للمجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة" ومن هنا يظهر أن المنظومة الأممية المكونة للسرعة الدولية وحتى أغلب القوانين الوضعية وقبلها الشرع الإسلامي، والعلوم الإنسانية قد منحت نصيبا كبيرا من الاهتمام لمؤسسة الأسرة في أحضانها، والأدهى من ذلك إقرارها بأنها الخلية التي لا محيد عنها لقيام المجتمعات البشرية.

⁷- يقصد بالعلاقات الدولية الخاصة، تلك العلاقات المتضمنة لعنصر أجنبي، تحكمه ما أطلق عليه الفقهاء في البداية "قواعد تنازع القوانين" وأطلق عليها فيما بعد "القانون الدولي الخاص".

- جميلة أوحيدة، نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا، واقع وأفاق، دار أبي رقرق للطباعة، والنشر، الرباط، الطبعة الأولى، 2012م، ص: 5.

⁸- تعرف حقوق الأسرة على أنها "مجموعة من الحقوق التي تتصل بحياة الإنسان العائلية، كالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، وحقوق الأبناء على أبويهم، وحقوق الآباء على أبنائهم..."

- محمد الشافعي، مدخل لدراسة القانون الوضعي، سلسلة البحوث القانونية رقم 22، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2012م، ص: 126.

⁹- منذ أن بعث العلي القدير رسلا إلى الناس يبلغون لهم أوامره ويبينون لهم سبيل الهدى، شرع لهم أيضا على لسانهم الزواج ليكون الوسيلة المثلى لاتصال الرجل بالمرأة، وكذا النظام الذي يحدد علاقة كل منهم بالآخر، فالشريعة الإسلامية تكفلت ببيان حدود هذه العلاقة، ووضعت رسومها على أقرب نهد للسعادة

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

أنزلها الله تعالى عندما خلق آدم عليه السلام، وكون له أسرة عندما خلق له حواء، وبزواج الاثنين تكون أول أسرة على وجه الأرض، وفي هذا المقام يقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾¹⁰، كما يقول رب العزة في الذكر الحكيم: ﴿وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾¹¹، وكذلك يقول جلة قدرته: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى﴾¹²، وقوله جل وعلا: ﴿فَاطِرُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَمِنَ الْأَنْعَامِ أَزْوَاجًا يَذُرُّكُمْ فِيهِ لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ وَهُوَ السَّمِيعُ الْبَصِيرُ﴾¹³، وقوله وهو أحكم الحاكمين: ﴿سُبْحَانَ الَّذِي خَلَقَ الْأَزْوَاجَ كُلَّهَا مِمَّا تُنْبِتُ الْأَرْضُ وَمِنْ أَنْفُسِهِمْ وَمِمَّا لَا يَعْلَمُونَ﴾¹⁴.

فالزواج في المنظور الشرعي يعني الاقتران بين الرجل والمرأة مصداقا لقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ

وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ﴾¹⁵، فلقد اعتنى الإسلام به وندب إليه، ودعا إلى الاتزان والتريث والأناة قبل الإقدام عليه،

كما جعل له مقدمات لعل أهمها الخطبة، وهو الأمر الذي نحت نحوه بعض التشريعات الوضعية سواء تلك القديمة

العائلية، كما أنها لم تترك مسائل الأسرة سدى تتحكم فيها الأهواء والعواطف، بل نظمها تنظيما محكما، والدليل على ذلك النصيب الوافر الذي حظيت به الأسرة من آيات الذكر الحكيم، وزادها النبي صلى الله عليه وسلم تفصيلا في شريف سنته.==
- محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية 24، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الثانية، 2014م، ص: 5 و 6.

10- سورة النساء، الآية: 1.

11- سورة الداريات، الآية: 49.

12- سورة النجم، الآية: 44.

13- سورة الشورى، الآية: 9.

14- سورة يس، الآية: 35.

15- سورة البقرة، الآية: 187.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- ومها تقنين حمورابي¹⁶ - وتلك الحديثة، خصوصاً التشريعات العربية التي تدين بالدين الإسلامي، حيث عملت هذه الأخيرة قبل تقنين الأحوال الشخصية¹⁷ إلى العمل بمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية¹⁸، وبعض الأعراف السائدة في كل بلد.

فقد عرفت مدونة الأسرة مؤسسة الزواج في مادتها الرابعة¹⁹ على أنها ميثاق تراضي وترباط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام لتحقيق مقاصد مثلى وغايات نبيلة، وكيف لا والمدونة ارتقت به إلى درجة الميثاق أخذاً بما ورد في قوله تعالى: ﴿كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمُ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا خَلِيفًا﴾²⁰.

لكن، ورغم تنصيب المدونة في مادتها الرابعة على أن الزواج يراد به الدوام والاستمرار، إلا أن هذا الأمر لا يمكن أن يكون إلا قاعدة ترد عليها استثناءات²¹، لعل أهمها الطلاق والتطليق والفسخ، مما يعني أنه إذا كان الزواج يروم منه تحقيق أهداف سامية ومقاصد بليغة الأهمية، إلا أنه قد يحدث ما يعكس صفو الأجواء بين الزوجين،

¹⁶ - لقد اهتم القانون البابلي الذي وضعه حمورابي في خضم الحضارة البابلية بتنظيم مسائل عدة لعل أهمها مسائل الأحوال الشخصية، فيخصوص الزواج في هذا القانون فلقد كانت العائلة هي أساس المجتمع العراقي القديم تتأسس بالزواج من امرأة واحدة. للمزيد من الإيضاح حول هذا الأمر، راجع إلى:

- إسراء جاسم العمران، قانون حمورابي، (د.د.مط.ب.ت)، ص: 26 وما يليها.
¹⁷ - تعرف الأحوال الشخصية على أنها مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم علاقة الأفراد فيما بينهم بصفته هذه، من حيث صلة النسب والزواج والمصاهرة والحقوق والواجبات التي تنشأ عن هذه العلاقة، وهكذا فإن قانون الأحوال الشخصية ينظم رابطة الزواج وما ينشأ عنها من مصاهرة وولادة وولاية وحضانة ونفقة وإرث ووصية وطلاق وما يترتب على هذا الأخير من نفقة وحضانة.
- عبد العزيز توفيق، مدونة الأحوال الشخصية مع آخر التعديلات (ظهير 1993/09/10)، سلسلة النصوص التشريعية المغربية، دار الثقافة، طبعة 1993، ص: 3.

¹⁸ - قبل فرض أئقال الحماية على المغرب، كان المغاربة المسلمون يخضعون فيما يخص تنظيم علاقاتهم الأسرية إلى الأحكام المدونة في كتب المالكية، وخصوصاً مثل الشيخ خليل وتحفة ابن عاصم والشروح المرتبطة بهما، وكذا كتب النوازل الفقهية أمثال المعيار للونشريسي ونوازل المهدي الوزاني، ويتقاضون بشأنها أمام القضاء الشرعي.
- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول، عقد الزواج وآثاره، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2006م، ص: 45.

¹⁹ - مدونة الأسرة المغربية الصادرة بموجب الظهير الشريف رقم 1.04.22 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 الموافق ل 3 أكتوبر 2004، والقاضي بتنفيذ القانون رقم 03/70 بمثابة مدونة الأسرة والمنشورة في الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة 1424 الموافق ل 5 فبراير 2004، الصفحة 418.

²⁰ - سورة النساء، الآية: 21.

²¹ - من القواعد المعروفة في المجال العلمي عامة، والقانون على وجه الخصوص نجد "لكل مبدأ استثناء"، وتتحقق هذه القاعدة في المجال الأسري، فإذا كان المبدأ هو دوام العلاقة الزوجية فالاستثناء هو الفراق.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

ويكدر مزاج الأسرة، وتنقلب من خلاله المودة والرحمة إلى خصام وشقاق، قد تصبح معه الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار، لذلك شرع لله الطلاق²² لرفع الأذى والضرر عن الطرف المتضرر في العلاقة الزوجية.

ويجد فصم الرابطة الزوجية بالفراق سنده الشرعي في العديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، ففي الذكر الحكيم ورد قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُحِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسَرِّخْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾²³، وقوله تعالى في محكم التنزيل: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَهْرِجُوهُنَّ لهنَّ هَرِيصَةٌ﴾²⁴، وقوله عز من قال: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَخْصُوا الْعِدَّةَ﴾²⁵. أما مشروعية الطلاق في السنة العطرة فلقد ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿إنما الطلاق لمن أخذ بالساق﴾²⁶، وهو الأمر الذي أخذت به العديد من التشريعات وفي مقدمتها مدونة الأسرة، ويستفاد هذا الأمر من المادة 70 منها التي تنص على أنه: لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلا استثناء، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين، لما في ذلك من تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال. " رغم أن نفس المادة أقرت أنه لا يجب أن يسار إليه إلا عند الضرورة القصوى وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين²⁷.

22- هناك قاعدة شرعية تقر بها شريعتنا الغراء، استفاض الفقه الإسلامي في الأخذ بها، وهي قاعدة لا ضرر ولا ضرار، فهذه الأخيرة مأخوذة من الحديث الذي رواه أبي سعيد بن سنان الأندري رضي الله عنه، أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾ حديث حسن، رواه ابن ماجه في سننه والإمام مالك في الموطأ.

- للمزيد من الإيضاح حول هذه القاعدة ينظر في ذلك إلى:
- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثره في أحكام فقه الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الماستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين الخروية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2002/2001م، ص: 91.

23- سورة الأحزاب، الآية 28.

24- سورة البقرة، الآية 234.

25- سورة الطلاق، الآية 1.

26- رواه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، برقم 2081.

27 جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور على أنه: "تصريح الزوج أمام المحكمة عدم رغبته في معايشة زوجته ولو مكنته من ذلك، يضي على الطلب طابع التعسف ويجعل الهدف من فك العصمة دون أي سبب جدي مخالفاً بذلك لمقتضيات المادة 70 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلا استثناء، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين..."

- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور بتاريخ 1 فبراير 2006 أشار إليه: محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي، حصيلة ست سنوات من التطبيق العملي، سلسلة البحوث القانونية 19، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، 2011م، ص: 67.

كما أن قضاء النقض المغربي كذلك كرس قاعدة عدم اللجوء إلى فك عصمة الزواج إلا عند الضرورة والاستثناء المعتبر شرعاً وقانوناً، وهو الأمر الذي يظهر في قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 118 بتاريخ 2005/03/30 في الملف عدد 04/622 والذي نص على أنه: "لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلا استثناء، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين، طبقاً للمادة 70 وأن من بين القيود الشرعية للتطليق التأكد من سنيته والتي تستوجب أن تكون الزوجة في طهر ولم تتم فيه المعايشة حسب الدليل العملي الصادر عن وزارة العدل..."

- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسة قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربيين، الطبعة الثانية، 2011م، ص: 87.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

وقد عمل المشرع على تعداد وسائل جمة لانحلال العلاقة الزوجية، وتوسيعه لنطاق البعض الآخر منها، كما قام باستحداث أنواع أخرى من الأطلقة لعل أهمها التطبيق للإخلال بشرط من شروط العقد وللشقاق والطلاق بالاتفاق²⁸.

كما قام بوضع الطلاق في يد الزوجين معا²⁹، بعدما كان حكرا على الزوج في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وكذا جنح إلى توسيع حق المرأة في طلب الفراق من زوجها³⁰، كما هو مبين في المادة 98 من المدونة³¹، حيث جعل المشرع عدم إنفاق الزوج على زوجته؛ أو وجود عيب فيه؛ أو غيبته لمدة محددة، كلها أسباب تبرر للقاضي تفريق الزوجة من زوجها.

وكأي موضوع بحث معين، فلا يجب الخوض في غماره وسبر أغواره إلا بعد تعريف مصطلحات مفاتيحه، فعنوان بحثنا "التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة" تتخلله ثلاثة مفاهيم أساسية، يتجلى أمر الأول منها في "التطبيق" فهذا الأخير يعرف عند فقهاء الشريعة الإسلامية بالتفريق القضائي، أي لجوء المرأة للقاضي لكي ينظر في أمرها ويفك عصمتها من زوجها بعدما أصبح لا يحسن معاشرتها، وهو النهج الذي اتجه إليه المشرع المغربي، ويظهر ذلك في القسم الرابع من الكتاب الثاني من مدونة الأسرة.

28- أقر المشرع المغربي التطبيق للشقاق ضمن تفاصيل المواد من 94 إلى 97 من المدونة، وهو من ضمن المستجدات التي لم تكن معروفة في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة. وكذلك استحدث المشرع الطلاق بالاتفاق لتجاوز بعض المعضلات التي كان يطرحها تذييل الأحكام القضائية القاضي بالتطبيق بالصيغة التنفيذية في الخارج.

29- حاولت مدونة الأسرة فيما يتصل بالطلاق أن تجعل المرأة طرفا فيه، وأن تعطيه صيغة أكثر حداثة "يمارسه كل من الزوجين" بعدما كانت مدونة الأحوال الشخصية تعرفه ب" حل عقد النكاح بإيقاع الرجل".

- جميلة أوحيدة، نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا، م.س، ص: 170، الهامش 66.

30- جاء في الخطاب الملكي السامي والمعتبر بمثابة ديباجة للمدونة ما نصه: "...- سابعاً: توسيع حق المرأة في طلب التطبيق لإخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج أو لإضراره بالزوجة مثلاً عدم الإنفاق أو الهجر أو العنف، وغيرها من مظاهر الضرر، أخذاً بالقاعدة الفقهية (لا ضرر ولا ضرار) وتعزيزاً للمساواة والإنصاف بين الزوجين. كما تم إقرار حق الطلاق الاتفاقي تحت مراقبة القضاء..."

31 تنص المادة 98 من مدونة الأسرة على أنه: "للزوجة طلب التطبيق بناء على أحد الأسباب الآتية:

1- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج؛

2- الضرر؛

3- عدم الإنفاق؛

4- الغيبة؛

5- العيب؛

6- الإيلاء والهجر؛"

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

أما المفهوم الثاني الذي يتأسس عليه موضوع بحثنا وهو "الضرر" حيث وضع فقهاء الشريعة الإسلامية³²، وكذا جل التقنيات الوضعية تعارف غزيرة للضرر، حيث لا نكاد نجد مؤلفا من المؤلفات الفقهية خصوصا تلك المنضوية تحت لواء "فقه المعاملات" خاليا من تعريف لعنصر الضرر، وكذلك حال القواعد العامة الموضوعية في التشريعات الوضعية كقانون الالتزامات والعقود المغربي³³، حيث عرفه أحد الفقه³⁴ كونه إخلال بحق أو مصلحة³⁵، كما عرفه البعض الآخر من خلال أنواعه، وذلك بالقول أنه إما أن يكون ماديا أو ضرر معنويا، والضرر المادي هو الذي يصيب المضرور في جسمه أو ماله وهو الغالب الحدوث، أما الضرر المعنوي فهو الذي يصيب المضرور في شعوره وعاطفته أو كرامته أو شرفه أو سمعته أو غيرها من الأمور³⁶.

أما بخصوص آخر مفهوم ينطوي عليه موضوع بحثنا هذا وهو "مدونة الأسرة" فهذه الأخيرة غنية عن التعريف كونها القانون الذي ينظم كل المسائل المتعلقة بالأسرة منذ نشأتها حتى انحلالها والآثار المترتبة عن ذلك.

✓ أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية الموضوع قيد الدراسة والتحليل في مناحي وتجليات عدة يمكن حصرها فيما يلي:

أولا: من الناحية الشرعية: إن موضوع فصرم عرى الزوجية بواسطة التطبيق للضرر من الأمور التي تجد لها صدا عميقا في الكتاب المنير والسنة العطرة، إذ إن ربنا الكريم حرم على نفسه الظلم وجعله بيننا محرما، فعندما

³² - "الضرر يقصد منه نقصان والأذى مطلقا".

- الإمام مجد الدين ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، الجزء الثالث، نشر المكتبة الإسلامية، (د.ط.ت)، ص: 83.

- كما قيل كذلك أن الضرر هو "أن يضر بمن يضره، والضرار أن يضر بمن قد أضر به على وجه غير جائز"

- زيد الدين عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة 7، 2011م، ص: 212.

³³ - قانون الالتزامات والعقود الصادر لتنفيذ الظهير المؤرخ في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) والمعدل بتاريخ 22 سبتمبر 2011، جريدة عدد 5889 بتاريخ 24 نونبر 2011، ص: 5581.

³⁴ - "كل خسارة تلحق بالدائن، وكل نفع يفوته بسبب إخلال المدين بالتزامه"

- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مكتبة الطالب، الرباط، الطبعة الأولى، 1996م، ص: 641.

³⁵ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الأول، مطبعة دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1964م، ص: 97.

³⁶ - المختار بن أحمد عطار، الوسيط في القانون المدني، مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2002م، ص: 288.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

ينقلب مسكن الزوجية إلى مجال لممارسة الظلم وإلحاق الضرر بالأخر تحت ذريعة الزواج، يصبح معه التدخل لفصل عرى الرابطة الزوجية ورفع الحيف عن المظلوم وتمتيعه بحقوقه أمرا متطلبا.

وعلى هذا النحو جرح فقهاء الشريعة الإسلامية في مؤلفاتهم إلى إعطاء الحق للزوج المظلوم بأن يفك العصمة بالطلاق، كما منحوا الزوجة الحق في اللجوء إلى القضاء لطلب الفرقة من زوجها تحت ما يسمى بالتفريق القضائي، رغم أن فقهاء الشريعة الإسلامية خصوصا في المذاهب الفقهية الأربعة قد اختلفوا في مسائل عدة، لعل أهمها حق الزوجة في اللجوء للقضاء لفك العصمة استنادا إلى الضرر اللاحق بها.

فلا شك أن كل هذه الأمور الشرعية والفقهية تعطي لبشنا هذا أهمية بالغة خصوصا من ناحية التأصيل لموضوع التطبيق للضرر وبيان الخلاف الحاصل بين فقهاء الإسلام في بعض مواضعه.

ثانيا: من الناحية الاجتماعية: في عصرنا هذا تلاشت القيم، وضعفت الهمم، وأصبحت كثير من أسرنا في مرتع السقم، ففي معظم الأحيان لا نكاد نجد أسرة زوجية يخفي فيها الشد والجذب، ويغيب فيها الخصام والشجار، وينحني فيها الشقاق بين الزوجين لقيم التسامح والوقار، ففي مجتمعاتنا أصبح الزواج من الأمور المادية، بحيث إن تخلف هذا العنصر يرفع الستار عن مؤسسة الزواج وتصبح بذلك عارية.

إن أهمية موضوعنا من منظوره الاجتماعي يرفع القناع عن الحالة التي أصبحت تعيشها بعض الأسر المغربية وحتى العربية، من عنف أسري وإيذاء زوجي وفساد أخلاقي لأوهى الأمور والإشكالات، خصوصا من الأزواج تجاه زوجاتهم، فإذا كان الدين الإسلامي قد متعهم بالقوامة ليحسنوا استغلالها لما فيه صلاح للأسرة والمجتمع، فقد لوحظ أن العكس هو الحاصل، فغالبا ما يستقوي الزوج على زوجته في بيت الزوجية ويمارس عليها أشكالا متنوعة من العنف ويتفنن في إلحاق الضرر بها، مما كان معه على هذه الزوجة اللجوء إلى القضاء ليوفر لها الحماية ويخلصها من طاغوت زوجها.

ثالثا: من الناحية القانونية: تتمحور أهمية موضوعنا هذا في شقه القانوني، في أن المقتن المغربي وجل التقنيات العربية المقارنة قد خصصت لموضوع التطبيق للضرر حيزا وافرا من التنظيم المحكم في القوانين الأسرية، ولا تخلو هذه النظم من مقتضيات قانونية تعطي للزوجة الحق في الفرقة جراء إضرار زوجها بها كالقانون المغربي

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

والتونسي والمصري، بل إن الأدهى من ذلك أن بعض النظم أعطت الحق لكلي الزوجين معا في سلوك مسطرة التفريق للضرر ومن أمثلتها مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

كذلك من الأمور ذات الأهمية في موضوعنا هذا، هو البحث عن المقتضيات التي جاء بها المشرع المغربي في مدونة الأسرة لأجل تجاوز بعض الثغرات التي كانت تعترى قانون الأحوال الشخصية الملغى.

رابعاً: من الناحية القضائية: يقول أستاذنا عادل حاميدي بأنه "مما لاشك فيه أن فعالية أي نص قانوني - ومنها النصوص المنظمة للتطبيق للضرر في المدونة - لا تتحقق فقط من خلال جودة التشريع مهما تناهت دقته وجودة وضوحه، وإنما أساساً من خلال مهارة القائمين على تطبيق أحكامه في إنزال مقتضياته على مختلف الوقائع والنزاعات المرتبطة به، خاصة عندما يتعلق الأمر بنصوص قانونية كمدونة الأسرة الذي يلامس كيان المجتمع بجميع مكوناته"

فإذا كان القضاء يعود له الفضل في تطبيق نصوص أي قانون وإخراجها من حالة الجمود إلى الحياة العملية، وسد الثغرات التي تعترى النصوص في بعض الأحيان، إلا أنه في عديد الحالات نجد أن توجه العمل القضائي يختلف في تطبيقه لنص من نصوص المدونة، ولا يقف الحد عند هذا الأمر، بل كثيراً ما نجد هناك تضارب في العمل القضائي، ومن أهم المسائل التي وقع الخلاف بشأنها من طرف القضاء المغربي فيما يخص التطبيق للضرر، هو نوعية الأضرار التي تبرر للزوجة طلب التطبيق من زوجها، وكذا الوسائل التي يمكن إثبات الضرر الحاصل بها، بالإضافة إلى المعايير المعتمدة في تقدير التعويض عن الضرر الواقع.

✓ إشكالية الموضوع:

تجلى الإشكالية الرئيسية التي عهدنا أنفسنا بأن نؤطر بها هذه الدراسة في ما يلي: إلى أي حد استطاع

المشرع المغربي والمقارن تحقيق الحماية الكافية الموضوعية والإجرائية للزوجة المطلقة للضرر

من خلال النصوص القانونية، وتوجه الفقه والقضاء في هذا المضمار؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات عدة تنطوي في كليتها على توجهات ثلاثة تتمثل فيما يلي:

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- التوجه الأول: إن دراسة موضوع التطبيق للضرر في منظومة الفقه الإسلامي من ناحية التأصيل له، يترك تصورا لدى الباحث يدفعه إلى طرح بعض التساؤلات من قبيل: كيف تعامل فقهاء الشريعة الإسلامية مع التفريق للضرر؟ وما هي أماكن الاختلاف في تعامل كل منهم معه سواء من حيث الأضرار الموجبة للتطبيق، وسلطة القاضي في التفريق بين الزوجين استنادا إلى السبب الذي بنت عليه الزوجة طلبها؟

- التوجه الثاني: ما دام فصل الرابطة الزوجية بالتطبيق للضرر مؤطر بنصوص قانونية، فهذا الأمر يدفعنا للتساؤل عن أبرز ما جاء به المشرع المغربي وكذا المقارن في التقنيات الأسرية لتجاوز أماكن الخل التي كانت تعترى النصوص القوانين الملغاة، سواء من حيث مفهوم الضرر المبرر للتطبيق؟ وكذا وسائل وطرق إثباته؟ وأهم المؤسسات التي رصدت لإصلاح ذات البين؟ والإجراءات التي يمكن سلوكها لإيقاع التطبيق للضرر، والآثار التي تترتب عن ذلك؟

التوجه الثالث: لعمومية الضرر الوارد في المادة 99 من المدونة بليغ الأثر في توجه القضاء، سواء العمل القضائي وقضاء النقض، مما نتساءل معه عن كيفية تعامل القضاء مع الضرر المبرر للتطبيق وطرق إثباته؟ وكذا المعايير التي يجنح إليها لتحديد التعويض المستحق عن الضرر الحاصل للزوجة؟

✓ دوافع اختيار الموضوع:

لا ريب أن أي إقدام للبحث في موضوع من المواضيع، وخاصة المواضيع القانونية، تحكمه عدة دوافع واعتبارات تدفع الباحث إلى المضي قدما في البحث المختار مؤيدا في ذلك بالدوافع والأسباب التي دعت به إلى اختيار ذلك الموضوع دون باقي المواضيع الأخرى، فاختيارنا لموضوع "التطبيق للضرر" لم يأت إلى بعد مخاض عسير من الشد والجذب والأخذ والرد في مجموعة من المواضيع التي كانت تشغل مخيلتنا طيلة فترة التكوين،

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

حيث خلصنا في الأخير إلى أن هذا الموضوع سيشفى غليلنا لا محالة، وسنقدم فيه إضافة نوعية بتوفيق من رب العلى، ومن الأسباب الداعية إلى اختيار هذا الموضوع نورد مثالا لا حصرا:

- أولا: دوافع ذاتية: من المسلم به أن أي باحث يجد ضالته في موضوع معين بالذات، حيث ما تفتأ نفسيته ترتاح عند الخوض في تفاصيله، وهذا حالنا مع موضوع "التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة" حيث كنا نولي له اهتماما بليغا لقراءة شهور من الزمان، وفي الأخير أيقنا أنه لن يكون إلا ملاذا آمنا لاختيارنا ولن يخيب ظنوننا.

- ثانيا: دوافع اجتماعية: إن الكتابة في موضوع له مساس بواقع الأسرة وحياة المجتمع له نكهة خاصة، فما دمنا اجتماعيين بطبعنا ففي هذا المقام نولي الاعتبار إلى مدى تأثير النصوص القانونية المعتمدة على واقع وتوجه الجماعة، فالعنف داخل الأسرة والإيذاء الزوجي لا يخلو منه أي مجتمع، ومن هنا نقارب مدى نجاعة النصوص القانونية التي رصدت للتطبيق للضرر لحماية الحقوق والتخفيف من تبعات هذه المعضلة.

- ثالثا: دوافع علمية أكاديمية: إن من دواعي اختيارنا لهذا الموضوع فضل كبير يعود لأساتذتنا الذين كانوا خلال نقاشنا معهم في الموائد العلمية المرصودة لذلك، يحاولون قدر الإمكان إظهار أهم الإشكالات التي تتخبط فيها المدونة، ولعل النصيب الوافر منها ينطوي على الكتاب الثاني المعنون بانحلال ميثاق الزوجية وآثاره، حيث التطبيق للضرر من مواضع هذا الكتاب والذي تعثر به جملة من الإشكالات تستحق فعلا وحقيقتنا دراستا وتمحيصا.

✓ **صعوبات البحث:**

يعتبر البحث في موضوع قانوني بصفة عامة، وأسري بصفة خاصة من المواضيع الصعبة المنال، حيث الخوض في غماره ومحاولة الإلمام بتفاصيله الدقيقة وجزيئاته والسيطرة على جوانبه أمر فيه من الصعوبة ما فيه.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فأن تقارب موضوعا أسريا مقارنة ثلاثية الأبعاد - ونقصد هنا فقهية وقانونية وقضائية - ليس بالأمر اليسير، ونحن نعلم أن هناك أبجديات علمية يجب التقيد بها³⁷، واحترام هذه الركائز يجعل البحث والباحث أكثر صرامة في أمره، فالحوض في المؤلفات الفقهية لمحاولة إعطاء توجه كل مذهب في مسألة مختلف فيها يجعل البحث شيقا وشاقا في الآن ذاته، كما أن التعامل مع النصوص الأسرية سواء المغربية أو المقارنة يجعل الأمر أكثر تعقيدا للإلمام بتفاصيل الموضوع في كليته، زد على ذلك إذا نضاف إلى هذا الخليط كله موقف القضاء في جميع درجاته سواء المغربي أو المقارن، فلا شك أن الأمر يشكل صعوبة حقيقية تستحق أن تؤخذ بعين الاعتبار.

من الصعوبات كذلك التي وقفت حاجزا أمام صياغتنا لهذا البحث هو صعوبة الولوج إلى بعض المكتبات خصوصا الجامعية، كما أن الحصول على الأحكام والقرارات القضائية في دهايز المحاكم يعتبر أمرا صعبا إن لم نقل مستحيلا، نظرا للحواجز التي يضعها القائمون على صروح المحاكم في مواجهتنا، فالحصول على حكم واحد من أرشيف محكمة معينة يحتاج إلى جهد كبير من المال والعمل.

✓ منهج البحث:

نؤسس موضوع بحثنا هذا انطلاقا من إعمال منهج وصفي وتحليلي واستدلالي وتاريخي ومقارن.

فقد يتساءل البعض عن السبب وراء إعمالنا لهذه المناهج المتنوعة، نجيب في هذا الصدد أن اعتمادنا للمنهج الوصفي قصدنا منه إدراج النصوص القانونية والآراء الفقهية في بعض مواضع هذا البحث كما هي، حيث نقوم بوصفها على شاكلتها دون أن نغير شيء من مضمونها ومحتواها.

³⁷ - للمزيد من الإيضاح حول أبجديات وركائز البحوث العلمية القانونية، يراجع:

- صالح إبراهيم المنبوتي، أصول البحث العلمي القانوني، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، (د.ذ.ع.ت)، كلية الحقوق، جامعة البحرين، ص:1 ما يليها.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

أما إعمالنا للمنهج التحليلي، فكما هو معروف فالتحليل في أي دراسة أمر لا محيد عنه، حيث سنعمل على تحليل بعض آراء الفقهاء والنصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية.

وبخصوص إعمالنا كذلك للمنهجين الاستدلالي والتاريخي، فالاستدلالي قصدنا منه المجيء بالعديد من الأدلة لتأييد بها بعض الأفكار التي أوردناها، أما المنهج التاريخي فقد أخذنا به للحدوث على النصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية المتفاوتة في التاريخ التي صدرت فيه لنعلم الجديد الذي جاءت به النصوص المعتمدة.

أما اعتمادنا على المنهج المقارن فلم يكن إلى من أجل المقارنة بين توجهات الفقه المختلفة في المسألة الواحدة، وكذا بين النصوص القانونية الأسرية سواء المعمول بها حالياً أو المنسوخة لنعلم الجديد الذي جاءت به النصوص المعتمدة، وكذا المقارنة بين النص القانوني الوطني والأجنبي لنستشف من ذلك مكان القوة والقصور في كل منهم، وكذا مقارنة توجه القضاء الوطني في مختلف درجاته وكذا الأجنبي في الموضوع قيد الدراسة.

✓ خطة البحث:

وفاء منا للمنهجية الأكاديمية القانونية التي تفرض علينا تناول موضوع بحثنا هذا انطلاقاً من تصميم ثنائي، فلقد عملنا على دراسته وفق تقسيم ثنائي كما هو مشار إليه أسفله:

- الفصل الأول: موقف الفقه والقانون من التطبيق للضرر، أسبابه وإثباته

- الفصل الثاني: الإجراءات المسطرية لإيقاع التطبيق للضرر والآثار الناجمة عنه

الفصل الأول:

موقف الفقه والقانون من التطليق للضرر، أسبابه وإثباته

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

جرح فقهاء الشريعة الإسلامية³⁸ في ما يخص مسألة التطبيق للضرر إلى سلوك توجهات مختلفة بعضهم عن بعض، في جانب يعترف بجواز فصم الرابطة الزوجية للضرر والممثل في مذهب الإمام مالك³⁹ ومذهب الإمام أحمد ابن حنبل⁴⁰، وفي توجه آخر معارض يمثله كل من مذهب الإمام أبي حنيفة⁴¹ و مذهب الإمام الشافعي⁴². فالاختلاف هو سيد الموقف في توجه المذاهب الفقهية الأربع بخصوص مسألة فصم عرى الزوجية استناداً إلى الضرر، لكن الأمر على خلاف ذلك في معظم التشريعات العربية⁴³، والتي تسير إلى اعتبار الضرر من مبررات

³⁸ - نقصد بفقهاء الشريعة الإسلامية في هذا المنوال المذاهب الفقهية الأربعة لأهل السنة والجماعة – أي المالكية والحنبلية والشافعية والحنفية – حيث أن أي مسألة فقهية سترد في جل تفاصيل هذه الدراسة ستكون من أحد هذه المذاهب، وذلك حتى نقيّد بحثنا هذا في نسق واحد.

³⁹ - هو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصحبي الحميري المدني، عاش بين سنتي 39 و 179 هجرية، هو ثاني الأئمة الأربعة عند أهل السنة والجماعة. لمعرفة المزيد حول حياة الإمام مالك ومؤلفاته، يراجع إلى:

- الإمام محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسات والعقائد وتاريخ المذاهب الفقهية، دار الفكر العربي، (د.ط.ب)، ص: 366 وما يليها.

⁴⁰ - هو أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني الذهلي، عاش بين سنتي 164 إلى 241 هجرية، وهو رابع الأئمة الأربعة عند أهل السنة والجماعة، للمزيد حول شخصية الإمام أحمد ومؤلفاته، ينظر إلى:

- الإمام محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسات والعقائد وتاريخ المذاهب الفقهية، م.س، ص: 451 وما يليها.

⁴¹ - يعرف بأبي حنيفة النعمان بن ثابت الكوفي، عاش بين سنتي 80 و 150 هجرية، وهو أول الأئمة الأربعة عند أهل السنة والجماعة، للمزيد حول شخصية الإمام أبو حنيفة ومؤلفاته ينظر إلى:

- الإمام محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسات والعقائد وتاريخ المذاهب الفقهية، م.س، ص: 329 وما يليها.

⁴² - هو أبو عبد الله محمد إدريس الشافعي المصطفي القرشي، عاش بين سنتي 150 إلى 204 هجرية، وهو ثالث الأئمة الأربعة عند أهل السنة والجماعة، للمزيد حول شخصية ومؤلفات الإمام الشافعي يراجع إلى:

- الإمام محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسات والعقائد وتاريخ المذاهب الفقهية، م.س، ص: 451 وما يليها.

⁴³ - ونعني بالتشريعات العربية في هذا الصدد، التشريع الأسري المغربي والجزائري والموريتاني والتونسي والليبي والمصري والفلسطيني والأردني والإماراتي والعراقي والكويتي والقطري وأخيراً السوري.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

حل ميثاق الزوجية، رغم أن هذه التشريعات بدورها اختلفت في منح هذه الإمكانية لكلا الزوجين معا⁴⁴، أو منحها للزوجة حصراً⁴⁵.

كما أنها قام عندها الاختلاف -أي التشريعات العربية الأسرية- كذلك في تسمية هذه المكنة التي تنفصل بها الرابطة الزوجية، في من أسماها بالتطبيق للضرر وفي من أطلق عليها الطلاق للضرر، فيما نحى آخرون إلى تسميتها بالتفريق القضائي، وهو الأمر الذي سيأتي تفصيله معنا في قادم هذه الدراسة.

ولا ريب أن كل من فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية الأسرية قد وضعت لقيام الضرر المبرر للمطالبة بالفرقة أسباباً معتبرة، كما وضعوا له وسائل عديدة لإثباته⁴⁶.

وعليه، وعطفاً على ما سبق، سنقسم دراسة هذا الفصل إلى مبحثين يأتيان على الشاكلة الموماً إليها أسفله:

- المبحث الأول: موقف الفقه الإسلامي والقانون من الضرر المبرر للتطبيق وأسبابه

- المبحث الثاني: وسائل وآليات إثبات الضرر المبرر للتطبيق

⁴⁴ - من التشريعات العربية التي خولت إمكانية طلب فسخ الرابطة الزوجية استناداً إلى الضرر لكلا الزوجين نجد التشريع التونسي والليبي والفلسطيني والكويتي والعراقي والإماراتي والأردني.

⁴⁵ - اعترفت بعض التشريعات العربية للزوجة دون غيرها مكنة فصل الرابطة الزوجية تأسيساً على الضرر الحاصل لها جراء أفعال زوجها، ونعطي هنا مثلاً بالتشريع الأسري المغربي والتشريع الجزائري ونظيره المصري والقطري والموريتاني.

⁴⁶ - يعرف الإثبات بمعناه القانوني كونه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها. - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجز الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الثانية، 1982م، ص: 13 و 14.

- كما يعرف كذلك أنه إقامة الدليل لدى القاضي على وجود حق، والإثبات المقصود قانوناً هو الإثبات القضائي. - محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، النظرية العامة، إثبات الحقوق، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، الطبعة الأولى، 2002م، ص: 251.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

المبحث الأول: موقف الفقه الإسلامي والقانون من الضرر المبرر للتطبيق وأسبابه

قبل الخوض في ثنايا هذا المبحث، نعطي أولاً إضاءة موجزة حول مفهوم الضرر بصفة عامة. حيث يعرف أنه مشتق من مصدر ضر وهو الأذى والمكروه، وهو ضد النفع⁴⁷، وقد ضار به وضره بمعنى واحد والاسم الضرر⁴⁸، فقد عرفه أحد الفقه كونه مشتق من الضرورة، وهو النازل مما لا مدفع له⁴⁹، كما عرفه آخر على أنه ما يصيب الإنسان من الناحية المالية، وقد يكون أدبياً أو معنوياً فيصيب الإنسان في نواحي معنوية⁵⁰، وقيل كذلك أنه ما يصيب الشخص مما يلزم تعويضه لأنه يمس حقاً من الحقوق أو مصلحة مشروعة⁵¹.

47- المعجم العربي الحديث المعروف بالكافي، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1992م، ص: 638.

48- ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الثاني، الجزء السادس، مطبعة دار صادر، بيروت، طبعة 1955م، ص: 771.

49- علي محمد السيد شريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة، (د.ذ.ط.ت)، ص: 117.

50- مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في قانون الالتزامات والعقود المغربي، المجلد الأول، مصادر الالتزام، (د.ذ.م.ط.ت)، ص: 316.

51- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأحكام الفقه وأحكام القضاء، دار تاراس للطباعة والنشر، العراق، الطبعة الأولى، 2006م، ص: 290.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

يتضح من خلال هذه التعريفات بأنها قد أجمعت جليها إن لم نقل كلها بأن الضرر هو كل ما من شأنه أن يلحق الأذى والخسارة بالشخص سواء كانت مادية أو معنوية.

ومنه، سنقسم ثانيا هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في (المطلب الأول) توجه الفقه الإسلامي والقانون بخصوص التطبيق للضرر، على أن نرجئ الحديث بعده للأسباب والمبررات الداعية لطلب التطبيق للضرر في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: توجه الفقه الإسلامي والقانون بخصوص التطبيق للضرر

سبقت الإشارة في هذه الدراسة أن المذاهب الفقهية الأربعة لم تنهج سبيلا واحدا بخصوص مسألة فك عصمت الزواج استنادا إلى الضرر الواقع، وذلك راجع إلى قراءة وتأويل كل مذهب من هذه المذاهب للآية الكريمة التي يقول فيها رب العزة: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَانكِحُوا حَتَّىٰ مِّنْ أَهْلِهِ وَحَتَّىٰ مِّنْ أَهْلِهِمَا إِنْ

يُرِيدَا إِخْلَاقًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁵².

فقراءة هذه الآية من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية بتأويلات مختلفة أفرز ذلك توجهين مختلفين، بين من يعتبر الضرر مبرر لطلب الفراق، وبين من لا يعتبره كذلك.

فإذا كان الاختلاف هو سيد الموقف في توجه ومواقف فقهاء الإسلام حول مسألة التطبيق للضرر، فإن الأمر على العكس من ذلك بخصوص التشريعات العربية المنظمة للأحوال والعلاقات الأسرية، حيث إن معظم التقنيات التي وقفنا عندها بدا لنا أنها تعترف بالتطبيق للضرر، رغم اختلافها في تسميته وكذا تباين موقفها حول مسألة من

⁵² - سورة النساء، الآية : 35.

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

يملك هذه المكنة من الزوجين، حيث انقسمت هذه التشريعات إلى ثلثا خولتها لكلا طرفي العلاقة الزوجية، وثلثا أخرى خولتها للزوجة حصراً.

وسيرا منا للإمام بدقائق وتفصيل هذا الخلاف والائتلاف، سواء الحاصل عند فقهاء الشريعة الإسلامية، أو ذلك الحاصل في التشريعات العربية، ومنها مدونة الأسرة وقبلها مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، سنعمل إلى تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين، نخصص (الفقرة الأولى) للبحث عن موقف الفقه الإسلامي ومدونة الأحوال الشخصية الملغاة من موضوع التطليق للضرر، على أن نرجئ الحديث بعدها إلى مسار وموقف مدونة الأسرة والقوانين الأسرية العربية بخصوص موضوع التفريق للضرر في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: موقف الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الملغى من التطليق للضرر

احتدم الخلاف بين المذاهب الفقهية الأربعة حول مسألة التفريق للضرر، بين من يرى أن مجرد حصول الضرر لأحد أطراف العلاقة الزوجية لا ينشأ عن ذلك التفريق بينهما استناداً إلى هذا السبب، وبين من يرى بأن نشوء الضرر والأذى لأحد الزوجين يعطي له الحق في فك الرابطة الزوجية.

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

ولا شك أن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة كان لها موقف في هذا الشأن، إذ أخذت بالتوجه الذي يتبناه الفقه المؤيد لإمكانية المطالبة بالتطليق استناداً إلى الضرر الحاصل، وهو الأمر الذي كان بادئ في غرة الفصل 56 من نفس القانون⁵³.

وعليه، سنحاول تبيان موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق للضرر بنوع من التفصيل ورفع الستار عن الخلاف الحاصل بينهم في هذا الصدد (أولاً) على أن نسير إلى البحث والتقصي حول موقف وتوجه مدونة الأحوال الشخصية الملغاة من فصر عرى الزوجية بالضرر الواقع (ثانياً).

أولاً: الخلاف الحاصل بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول التطليق للضرر

لا خلاف في إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية حول كون الأسرة المبنية على الزواج الصحيح، والتي يكتنف أحضانها الود والوئام وتعج بالألفة والمعاشرة الحسنة والسلام الدرع الحصين للمجتمع والأمة، كما أنه لا خلاف بينهم حول ضرورة القيام بمحاولة الإصلاح بين الزوجين بكل السبل الشرعية عندما تتصدع ركائز الأسرة نتيجة الخلاف والشدة والجذب، في حين نجد أن العكس هو الحاصل بينهم في مسألة التفريق بين الزوجين تأسيساً على الضرر الحاصل لأحدهم.

ويظهر الخلاف الواقع في أن بعض من فقهاء الشريعة الإسلامية ومنهم الحنفية والشافعية يرون أن إساءة أحد الزوجين للآخر يمكن إزالته بوسيلة أخرى غير التفريق، فالزوج يملك حق الطلاق ويمكن للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي ليأمر بحسن معاشرتها، فإن لم يمثل الزوج لأمره عاقبه بما يراه كفيلاً بحماية الزوجة، وعلى

⁵³- تنص الفقرة الأولى من الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أنه: "التطليق للضرر:

1) إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها وثبت ما ادعته وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه..."

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

العكس من ذلك يسير فقه المالكية⁵⁴ إلى القول أنه يحق للزوجة المطالبة ليس فقط بحسن معاشرتها وتأديبه على ذلك - كما يقول الاتجاه السابق - بل يذهبون أكثر من ذلك إلى إمكانية مطالبة الزوجة من القاضي التفريق بينها وبين زوجها إذا أساء عشرتها⁵⁵.

وتدقيقاً لمضامن الخلاف⁵⁶ العالي⁵⁷ بين هذه المذاهب نورد رأي كل مذهب منهم استناداً في ذلك إلى بعض من مؤلفات كل مذهب، لنتقصى أوجه الاختلاف في المسألة الواحدة المتعلقة بالتفريق للضرر.

- فالمالكية ذهبوا إلى القول بأحقية الزوجة في المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها اتقاء الأذى الحاصل لها من جراء إضرار زوجها بها⁵⁸، ففي ذلك يقول بن عاصم الأندلسي في تحفة الحكام⁵⁹:

وحيثما الزوجة تثبت الضرر ولم يكن لها به شرط صدر

قيل لها الطلاق كالملتزم وقيل بعد رفعه للحكم

⁵⁴- ويمثله في هذا الصدد كل من الفقيه أحمد الطهطاوي وأبو بكر بن عاصم الأندلسي.

⁵⁵- محمد الشافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية رقم 18، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2010م، ص: 119 و120.

⁵⁶- في مسألة الخلاف الحاصل بين فقهاء الشريعة حول كون الضرر سبباً للتفريق من عدمه، يقول ابن رشد الحفيد: "اتفق العلماء على جواز بعت الحكمين إذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت أحوالهما في التشاجر، أعني المحق من المبطل لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَانكِحُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِحْلَاقًا يُّؤَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ الآية، وأجمعوا أن الحكمين لا يكونان إلى من أهل الزوجين: أحدهما من قبل الزوج، والآخر من قبل المرأة، إلا ألا يوجد في أهلها ما يصلح لذلك فيرسل من غيرهم. وأجمعوا أن الحكمين إذا اختلفوا لم ينفذ حكمهما، وأجمعوا على أن قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين، واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما إذا اتفقا على ذلك، هل يحتاج إلى إذن من الزوج أو لا يحتاج إلى ذلك؟ فقال مالك وأصحابه: يجوز قولهما في الفرقة وفي الاجتماع بغير توكيل من الزوجين ولا إذن منهما في ذلك، وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم: ليس لهم أن يفرقا، إلا أن يجعل الزوج لهما التفريق. وحجة مالك ما رواه من ذلك عن علي بن أبي طالب أنه قال في الحكمين: إليهما التفريق بين الزوجين والجمع، وحجة الشافعي وأبو حنيفة أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج..."

- أبو الوليد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار المعارف، بيروت، الطبعة الأولى، 2003م، ص: 126 وما يليها.

⁵⁷- في أحضان المذاهب الفقهية هناك نوعان من الخلاف، الأول خلاف داخل المذهب الواحد، والثاني هو الخلاف الحاصل بين المذاهب الفقهية في المسألة الواحدة، وهو ما يعرف بالخلاف العالي.

⁵⁸- للاستزاد أكثر حول هذا الأمر، يراجع إلى:

- علي أحمد الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الطلاق والخلع والظهار، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2003م، ص: 126 وما يليها.

- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم، الكويت، الطبعة الثانية، 1990م، ص: 164.

⁵⁹- أبو بكر محمد بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، دار الأفاق العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2011م، ص: 45.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

ويزجر القاضي بما يشاءه وبالطلاق إن يعاد قضاؤه⁶⁰

وتعليقا على هذه الأبيات، فقد أقر الإمام أبو عبد الله محمد الفاسي بأنه من حق الزوجة أن تشتترط على زوجها شروطا في ميثاق الزواج، ومن أمثلتها اشتراطها عليه بأن لا يضر بها، حيث إن إقدامه على الإخلال بهذا الشرط يعطي للزوجة الحق في تطبيق نفسها منه بدون رفع الأمر إلى القاضي، مع أن الناظم في قوله لم يصرح بهذا الأمر إنما يظهر ويفهم من كلامه، فإذا أثبتت الزوجة الضرر الحاصل، ترفع أمرها للحاكم الذي يقوم بزجره - أي الزوج - ابتداء بما يقتضيه اجتهاده من توبيخ وسجن أو غيره، فإن عاد لمضارتها قضى عليه بالطلاق وطلقها عليه⁶¹.

وموقف المالكية هذا هو التوجه الذي سلكه الإمام أحمد بن حنبل في مذهبه، حيث جعل من الآية الكريمة:

﴿وَأِنْ خِفْتُمْ هَاقًا بَيْنَهُمَا فَاَنْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يَدْرِيَا إِخْلَاقًا يُّؤْتِيَكُمُ اللَّهُ

بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁶² سندا له في توجهه، بالإضافة إلى حديث خير البشرية: ﴿لا ضرر ولا

ضرار﴾⁶³ ليقر بذلك إمكانية التفريق بين الزوجين أخذا بالضرر الحاصل للزوجة.

⁶⁰ - للمزيد من الإيضاح حول ما قاله الناظم في الأبيات السالفة الذكر، يراجع إلى:

- أبي الحسن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998م، ص: 484 وما يليها.

⁶¹ - أبي عبد الله محمد الفاسي، الإتيان والأحكام شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، دار الحديث، القاهرة، الجزء الأول، 2011م، ص: 373.

⁶² - سورة النساء، الآية: 35

- فسر الإمام جلال الدين السيوطي هذه الآية بقوله: "وفيه أن لفض الإمامك من صرائح الرجعة ولفض التسريح من صرائح الطلاق، واستدل بقوله تعالى (فإمساك بمعروف) من قال إن الرجعة تحصل بالوطء لأنه أقوى مقاصد النكاح فكان إمساكا بمعروف فتحصل به الرجعة، قال الكيا: وهذا غلط لأن قوله (وتسريح بإحسان) طلاق إلى بالقول".

- جلال الدين السيوطي، الإكليل في استنباط التنزيل، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1981م، ص: 55.

⁶³ - حديث حسن، رواه ابن ماجه والدارقطني، والإمام مالك في "الموطأ".

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

أما بخصوص الرأي المخالف للتوجهين السابقين، ففي مذهب الإمام أبي حنيفة تواتر القول أن من حق الزوجة على زوجها ألا يضر بها بقول أو فعل أو خلق، يقول تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفِهِنَّ أَوْ سَرِّوهُنَّ بِمَعْرُوفِهِنَّ وَلَا تُفْسِكُوهُنَّ خِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾⁶⁴، فإذا لم يوفها زوجها هذا الحق أو أضر بها كأن يضربها أو يؤذيها بأقواله أو أفعاله، فليس لها أن تطلب تطليقها منه لهذا السبب، إنما ترفع أمرها إلى القاضي ليزجره ويعزره ليرتعد عن الإضرار⁶⁵.

إسوة باجتهاد مذهب الحنفية بخصوص عدم إمكانية مطالبة الزوجة من الحاكم تطليقها من زوجها للضرر اللاحق بها، فقد صار على نفس السبيل المذهب الشافعي، حيث يرى بدوره بأنه لا يجب للزوجة طلب التفريق، وذلك لأنه يمكن رفع الضرر عنها، ومنع إيذاء الزوج لها وإساءته معاملتها عن طريق وعظه أو تحذيره⁶⁶.

عطفًا على ما سبق معنا من مواقف فقهية مختلفة في مسألة الضرر، ومدى أحقية الزوجة في طلب التفريق من زوجها من عدمه، نرى في هذا المقام أنه رغم الخلاف الحاصل إلا أنه لا يؤثر في مشروعية ما يقول كل مذهب، مادام أن كل منهم يستند في توجهه على نصوص قرآنية قطعية الثبوت وأحاديث نبوية شريفة قديمة العهد.

فبالخلاف محمود، خصوصًا إن كان بين مذاهب عديدة الصروح، فالمالكية والحنابلة يظهر من خلال موقفهم رضوخهم للقاعدة التي تقر بأن الضرر يزال، وأن دفع المفسدة أولى من جلب المصلحة، حيث يكون التفريق في هذا الصدد أولى من بقاء زوجية متهاكة الركائز، على خلاف ذلك ذهب الحنفية والشافعية إلى عدم التفريق للضرر

⁶⁴ - سورة البقرة، الآية: 231.

⁶⁵ - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، م.س، ص: 117.

⁶⁶ - عبد الكريم شهبون، الشافعي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، مكتبة الرشاد، سطات، الطبعة الأولى، 2006م، ص: 157.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

المدعى به من طرف الزوجة، ومرايمهم في ذلك الإبقاء على الحياة الزوجية قائمة، وعدم الزج بها في براثن الفرقة، وما يترتب على ذلك من آثار سلبية على الأسرة والمجتمع كون الأولى الدرع الحصين للثاني.

ثانياً: موقف قانون الأحوال الشخصية الملغى من التطبيق للضرر

جاء في مضمون الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة⁶⁷، أن الزوجة التي تدعي إضرار زوجها بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي يستعصى معه استمرار ودوام العلاقة الزوجية في منحها الطبيعي، وثبت للقاضي ما تدعيه، فيطلقها منه بعد فشل محاولات الإصلاح المقامة.

فباستقراء مضامين هذا الفصل ورفع الستار عن مقتضياته، يمكن القول إن هذا النص أتى عاماً وشاملاً، لأن المشرع لم يحدد فيه أي نوع معين من الضرر، إنما يجب أن يكون الضرر مما تستحيل معه الحياة الزوجية، وفي هذا المجال يتمتع القاضي الموضوع بسلطة تقديرية لم يقيد بها أي قيد، لأن ما يعتبر فيه ضرر لزوج قد لا يكون كذلك بالنسبة لأخرى⁶⁸، حيث اختلاف الثقافات في المجتمع الواحد والأعراف السائدة لها دور كبير في تكييف الأفعال التي يكون معها الضرر الحاصل موجبا للتطبيق من عدمه، فمثلاً ما يبرر التطبيق في المدن قد لا يبرره في البوادي، وما قد يضر المرأة العربية ليس هو ما يضر المرأة الأمازيغية ركوناً في ذلك إلى الثقافة التي تشبع بها كل مجتمع على حدا⁶⁹.

⁶⁷- نصت الفقرة الأولى من الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على ما يلي: "التطبيق للضرر:

1) إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها وثبت ما ادعته وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه..."

⁶⁸- محمد الشافعي، الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، سلسلة البحوث القانونية رقم 1، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الرابعة، 2001م، ص: 319 و 320.

⁶⁹- فمثلاً " المرأة الأمازيغية محمية من طرف القبيلة والأعراف المنظمة للعلاقات داخل مجتمع القبيلة، وتتشد على من يحاول إهانتها، فقليل ما تتعرض للعنف، وغالباً ما يؤخذ الشخص الذي عنفها محل جلد، وتتخذ القبيلة في حقه عقوبات زجرية على شكل غرامات مالية تختلف قيمتها وحدتها حسب نوعية العنف الممارس..."

- سعيد أحيحي، وضعية المرأة الأمازيغية من خلال الأعراف المحلية، نماذج من تافيلات الكبرى، مقالة منشورة بمجلة البحث العلمي، العدد 49، نونبر 2007م، ص: 137.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

لكن، يجب علينا أن نعترف أن هناك نوعية من الأفعال التي قد يرتكبها الزوج تسبب للزوجة ضرراً حتمياً في أي مجتمع كان، ونبدي تمثيلاً لذلك بقذفها بالزنا، فالشرع والفقه الإسلاميين⁷⁰ وحتى القوانين الوضعية تحرم هذا الفعل، كونه يترك أثراً بادياً في حياة الزوجة الموصوفة بهذا الوصف الدنيء، وهو الأمر الذي كرسه المجلس الأعلى في أحد قراراته والذي جاء في أحد حشياته: "اتهام الزوج لزوجته بالزنا يعد إضراراً بها يحق لها أن تطلب التطلاق لهذا السبب"⁷¹. وهو التوجه الذي سلكته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها كذلك⁷² جاء فيه: "...القذف الشائن من المطعون عليه...يكفي لإثبات الضرر بما لا يمكن معه استدامة العشرة...حيث أنه يتهمها في خلقها وعفتها، مدعياً بأنها كانت على علاقة غير شرعية به... فإنه يتعين معه القضاء بتطليقها من المطعون عليه طلقاً بائناً للضرر".

فثبوت الضرر للقاضي واقتناعه باستحالة استمرار العلاقة الزوجية، وعجزه عن إصلاح ذات البين يطلق الزوجة من زوجها في هذه الحالة، على العكس من ذلك إذا لم يقتنع القاضي بما تدعيه الزوجة أو أيقن أن الضرر المدعى به لا يستوجب التطلاق فإنه يرفض الطلب، وإذا تكررت شكوى الزوجة ولم يثبت الضرر قام ببعث الحكمين⁷³ لمحاولة السداد بين الزوجين⁷⁴، كما هو مقرر في مذاهب فقهاء الإسلام، حيث يسخر الحكمين

70- القذف هو الرمي في اللغة، وشرعاً هو الرمي بالزنا، وهو من الكبائر بالإجماع.
- عبد الغني الغنيمي الحنفي، الباب في شرح الكتاب، الجزء الثالث، المكتبة العلمية، بيروت، (د.ذ.ط.ت)، ص: 195.
هناك قاعدة كرسها ابن الملقن مفادها " لا يجب قذف الزوجة إلا في مسألة واحدة إذا ولدت ولد اعتقده من زنا"
- ابن الملقن، قواعد ابن الملقن أو الأشباه والنظائر في قواعد الفقه، المجلد الأول، دار ابن القيم، الرياض، الطبعة الأولى، 2010م، ص: 195.
قال تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ الآية 6 من سورة النور، فإذا قذف الرجل امرأته بالزنا وجب عليه الحد إذا لم يأتي ببينة. وله إسقاط الحد باللعان.

- ابن الجوزي، المذهب الأحمد في مذهب الإمام أحمد، مطبعة (ق)، بمباي، 1959م، ص: 104.

71- قرار للمجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 21 يوليوز 1987م، أورده:

- محمد الشافعي، الأسرة في مدونة الأحوال الشخصية، م.س، ص: 320

72- طعن صادر عن محكمة النقض المصرية، رقم 0016، صادر بتاريخ 1974/06/05، وارد في الموقع الإلكتروني: www.kenenaonline.com تاريخ الاطلاع 2017/01/01 على الساعة 13:45.

73- فيما يخص مسألة الحكمين، سيأتي معنا تفصيلها في الفصل الثاني من هذه الدراسة، حيث سنعطى تأصيل لها ونبين كل الجوانب الخاصة بها.

74- جاء في المقطع الثاني من الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية ما يلي: "التطبيق للضرر:

2) إذا رفض طلب التطلاق وتكررت الشكوى، ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين للسداد بينهما"

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

جهدهما لإصلاح ذات البين بأي وسيلة يريان أنها ناجعة لذلك، فإذا فشل في مهمتهما يرفعان تقريرهما للقاضي ليتخذ ما يراه مناسباً⁷⁵.

يظهر مما سبق أن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة نحت نحو مذهب الإمام مالك بخصوص التطبيق للضرر، لكن ما يمكن أن نبديه على الفصل 56 من نفس القانون كونه ورد فيه مفهوم الضرر بشكل مطلق إلى حد ما، مما منح سلطة واسعة لقضاة الموضوع في اعتبار أنواع من الضرر سببا للتطبيق رغم أنها في واقع الأمر ليست كذلك، واعتبروا أنواع أخرى من الأضرار غير مبررات للتطبيق رغم أنها في حقيقة الأمر كذلك، الشيء الذي زاد من تأزم وضعية الأسرة والمجتمع المغربي في خضم تطبيق هذا القانون.

الفقرة الثانية: موقف مدونة الأسرة والقوانين المقارنة من مسألة التطبيق للضرر

بالرغم من إتباع بعض التشريعات العربية للمذاهب الفقهية على اختلافها، فالعديد من هذه التشريعات تأخذ برأي مذهب الإمام مالك بخصوص التفريق للضرر، كالشأن في ذلك القانون المصري⁷⁶، وقانون الأحوال الشخصية السورية⁷⁷، وقانون الأحوال الشخصية الأردني⁷⁸، ومجلة الأحوال الشخصية التونسية⁷⁹، وقانون الأسرة الجزائري⁸⁰، بالإضافة إلى مدونة الأسرة المغربية⁸¹ وغيرها.

⁷⁵ - وهو الأمر الذي صرح به المقطع الثالث من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بإقرارها على أنه: "التطبيق للضرر: (3) على الحكمان أن يتفهما أسباب الشقاق بين الزوجين، وأن يبديا جهدهما في الإصلاح، فإن أمكن عن طريقة معينة قرراها وإذا عجزا عن الإصلاح رفع الأمر إلى القاضي لينظر في القضية على ضوء تقريرهما"
⁷⁶ - المادة السادسة من قانون 25 لسنة 1926 والمعدل بالقانون 100 لسنة 1985.
⁷⁷ - المادة 112 من قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07.
⁷⁸ - المادة 123 من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010.
⁷⁹ - المادة 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الصادرة بالأمر 13 غشت 1984.
⁸⁰ - المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، الصادر بالقانون 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984.
⁸¹ - المادة 99 من مدونة الأسرة المغربية الصادرة بالقانون 03/70 لسنة 2004.

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

غير أن هذه التشريعات انقسمت إلى توجّهين، الأول خصص مكنة التطليق للضرر لكلا الزوجين معا سواء الزوج أو الزوجة المتضررة، والآخر أعطى هذا الحق للزوجة حصرا دون الزوج.

وعليه سنقسم موضوع هذه الفقرة إلى وحدتين، يكون موضوع (أولا) منوال مدونة الأسرة بخصوص التطليق للضرر وأبرز ما جاءت به، في حين نخصص (ثانيا) للحديث عن توجه بعض القوانين العربية بخصوص إنهاء الرابطة الزوجية للضرر.

أولا: منوال مدونة الأسرة بخصوص التطليق للضرر

انطلاقا من المادة 98 من المدونة، نجدها قد أدرجت في فحواها ستة أسباب من الأسباب الموضوعية التي تجيز للمرأة في الإسلام اللجوء إلى القضاء من أجل طلب الفراق⁸²، تشمل الإخلال بالشروط الزوجية الشرعية أو التي تم عليها الاتفاق⁸³، أو الضرر عند الشقاق⁸⁴، أو عدم الإنفاق⁸⁵ أو غيبة الزوج⁸⁶، أو بسبب العيب⁸⁷، أو الإيلاء والهجر⁸⁸.

فهذه الأسباب الموضوعية الستة، انتدبها المشرع لأجل توسيع حق الزوجة بالخصوص في المطالبة بالفرقة، عملا بالتمييز الإيجابي الذي تبنته المدونة والمستشف من المواثيق الدولية والمعاهدات الأممية، وأسباب التطليق

82- عبد الله السوسي التتاني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، الكتاب الثاني، الطلاق، مطبعة فنون القرن 21، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2007م، ص: 153.

83- ورد التنصيص على الإخلال بشرط من شروط عقد الزواج في الفقرة الأولى من الفصل 99 من مدونة الأسرة.

84- نص المشرع على التطليق للضرر في الفقرة الثانية من المادة 99 من مدونة الأسرة.

85- جاء المشرع المغربي بإمكانية التطليق لعدم الإنفاق في المادة 102 من مدونة الأسرة.

86- أخذ المشرع المغربي بإمكانية فصل الرابطة الزوجية تأسيسا على غيبة الزوج أو حبسه في المادتين 104 و 105 من المدونة.

87- تم التنصيص على التطليق بسبب العيب المقترن بأحد الزوجين في المادة 107 من مدونة الأسرة.

88- أدرج المشرع التطليق للإيلاء والهجر في المادة 112 من مدونة الأسرة.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

تلك جاءت على سبيل الحصر، وهي مستمدة بالأساس من المبادئ العامة للفقه الإسلامي، وتتصل جميعها بالضرر بمفهومه العام.

وتقليصا منا لجوانب هذه الدراسة وذلك باعتمادنا للضرر بمفهومه الضيق، وهو الذي تطرق له المشرع المغربي في الفرع الأول من الباب الثاني من القسم الرابع من الكتاب الثاني من المدونة، والمعنون بالإخلال بشرط من شروط عقد الزواج أو الضرر، حيث جاء المقتن المغربي في المادة 99 من المدونة بالنص: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق، 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."

أول ما يمكن أن نلاحظه بخصوص هذه المادة، اعتبار المشرع المغربي أن الإخلال بشرط من شروط عقد الزواج⁸⁹ سببا مبررا لطلبة الزوجة للفرقة، وهو الأمر الذي لم نكن نلمسه في مضامين الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، حيث هذا الأمر يعد من المستجدات التي جاءت بها المدونة.

ووفي اعتقادنا الشخصي نرى أنه لم يكن هناك أي موجب يدعو إلى تنقيص المشرع على التطليق من جراء الإخلال بشرط من شروط عقد الزواج⁹⁰، وسندنا في ذلك ما ورد في تفاصيل المادة 48 من المدونة، التي تعطي

⁸⁹ - أعطى المشرع للزوجين إمكانية الاشتراط على بعضهما في عقد الزواج، حيث يكون هذه الشروط ملزمة ما دامت لا تخالف أحكام العقد ومقاصده، وكذا القواعد الأمرة للقانون، وهو ما يفهم من صريح المادة 47 من المدونة.

⁹⁰ - للمزيد من الإيضاح بخصوص الاشتراط في ميثاق الزواج بين الزوجين، ينظر إلى:

- محمد سكحال المجاجي، المذهب في الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثاني، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 2010م، ص: 47 وما يليها.
- أبي عباس بن أحمد الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب على فتوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، الجزء الثالث، نشرة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، الرباط، الطبعة الأولى، 1981م، ص: 48 و 108.
- موفق الدين بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، مكتبة السوادي، جدة، الطبعة الأولى، 2000م، ص: 310 وما يليها.
- خديجة أحمد أبو العطاء، الشروط المشترطة في عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في الفقه والقانون، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، الموسم الدراسي 2007/2008م، ص: 2 وما يليها.
- مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، المركز الجامعي بشار، الجزائر، السنة الجامعية 2006/2007م، ص: 6 وما يليها.
- عبد الرحمن بن محمد العمراني، الشروط المقترنة بعقد النكاح ما يلزم منها وما لا يلزم، مقالات في أحكام الأسرة، الجزء الأول، مطبعة ويلي، مراكش، الطبعة الأولى، 2011م، ص: 104 وما يليها.

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

للمشترط عليه إمكانية اللجوء إلى المحكمة للمطالبة بتعديل الشرط أو إنقاصه أو حتى الإعفاء منه⁹¹، وذلك إذا كان هناك مبرر يدعو إلى ذلك، باستثناء شرط فريد لا يمكن للمحكمة التدخل لأجل تعديله وإسقاطه والمتعلق باشتراط الزوجة على زوجها بألا يتزوج عليها⁹²، فكيف سيكون المآل عندما ترفع الزوجة طلب التطليق للضرر استنادا إلى إخلال زوجها بأحد الشروط التي لا تستحق أن تنفصل الرابطة الزوجية من أجلها ويظهر ذلك من بعض الأحكام الصادرة عن القضاء المغربي لعل أهمها⁹³، أكد في ظل هذه الوضعية سيحدث هناك إخلال بالأمن الأسري والاجتماعي لا محالة، ومن هنا نرى ضرورة تدخل المشرع تعديل مقتضيات المادتين 98 و 99 من المدونة، والتغاضي عن اعتبار الإخلال بشروط عقد الزواج من مبررات التطليق للضرر، ما دام أنه يمكن التدخل لتعديلها أو إسقاطها كقاعدة عامة.

كما اعتبرت المدونة في الفقرة الثانية من المادة 99 أن من موجبات التطليق للضرر كل تصرف من الزوج أو سلوكه المشين والمخل بالأخلاق الحميدة، الذي من شأنه أن يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية يجعلها ليس بمقدورها الاستمرار في عشرته⁹⁴.

ثانيا: موقف بعض القوانين العربية الأسرية من التطليق للضرر

⁹¹ لطيفة وراوي، إعادة النظر في الالتزامات المرفقة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية الاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، الموسم الجامعي 2007/2006م، ص: 29 وما يليها.

⁹² تنص المادة 40 من مدونة الأسرة على أنه: "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها."

⁹³ وهو ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بتازة في حكم لها جاء في أحد حثثاته أنه: "وحيث إن المدعية لم تثبت الضرر الذي تدعيه، بل إن ما تدعيه لا يرقى إلى مرتبة الضرر المبيح لفصم عرى الزوجية بمفهوم المادة 100 من مدونة الأسرة، مما تكون معه دعواها والحالة هذه غير مؤسسة، خاصة أن الضرر يجب أن يفهم في إطار الفصل القانوني المؤطر له دون تأويل..."

- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتازة بتاريخ 2006/01/19، في الملف الشرعي عدد 393/04، مشار إليه في: - المنتقى من عمل القضاء في تطبيق المدونة، الجزء الأول، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 10، مطبعة البيت، سلا، فبراير 2009م، ص: 143 و144.

⁹⁴ بدا لنا من خلال هذه التوطئة التي قدمناها على موقف المدونة من التطليق للضرر بمفهومه الضيق أنها نحت نحو الفصل 56 من قانون الأحوال الشخصية الملغى، خصوصا في المذهب المعتمد رغم تفوق المدونة في حسن الصياغة والمجيء بمستجدات وإظهار أنواع الضرر المبرر للتطليق وتوسيع نطاقه وإعطاء القضاء سلطة تقديرية واسعة في تكيف الضرر، وكذا منح الزوجة الحق في التعويض عن الضرر الحاصل.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

جنحت معظم التشريعات العربية الأسرية إلى اعتماد الضرر الحاصل لأحد الزوجين كمبرر للمطالبة بالتفريق، لكنه وقع عندها الخلاف في من يملك هذه الإمكانية من الزوجين، حيث فريق منها أقر بها لكلا الزوجين⁹⁵، وفريق آخر متع الزوجة بهذه الإمكانية دون غيرها⁹⁶.

ففيما يخص التقنيات العربية التي اعترفت للزوجين بحقوقهما في فصم ميثاق الزوجية استنادا إلى الضرر الحاصل له، نجد المشرع التونسي في المقطع الثاني من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص بأنه: "يحكم بالطلاق:

(2) بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر"

وقد أوضح أحد الفقه⁹⁷ في تعليقه على هذه المادة، أنه جرى العمل لدى المحاكم اشتراط عبارة الطلاق للضرر، أي أن المدعي في قضية الطلاق يتمسك بأن المدعى عليه ألحق به ضررا يمكنه من طلب الطلاق. ونفس توجه المشرع التونسي سلكه نظيره الليبي عندما اعترف للزوجين معا أحقيتهما في فصم الرابطة للضرر الحاصل لأحدهما في الفصل 39 من قانون 10 لسنة 1984 والذي جاء فيه: "... فإذا كان المتسبب في الضرر هي الزوجة حكمت عليها المحكمة بسقوط مؤخر الصداق وتجميد النفقة مع التعويض عن الضرر للطرف الطرف الآخر. أما إذا كان المتسبب في الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بالتعويض ومؤخر الصداق، وذلك كله مع عدم الإخلال بالحقوق الأخرى المترتبة عن الطلاق.

⁹⁵ من التشريعات العربية التي اعترفت للزوجين معا بالحق في المطالبة بالتطبيق للضرر نجد كلا من تونس و ليبيا وفلسطين والكويت والإمارات والأردن والعراق.

⁹⁶ اعترفت بعض الدول العربية في تقنياتها الأسرية بحق الزوجة وحدها في المطالبة بالتطبيق للضرر ومنها: التشريع الموريتاني والقطري والجزائري والمصري بالإضافة إلى المغربي كما سبق تبياناه في سالف هذه الدراسة.

⁹⁷ ساسي بن حليمة، قانون الأحوال الشخصية، محاضرات في القانون المدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس المنار، تونس، (د.ب.ت)، ص: 64.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فإذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه واستمر الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه دوام العشرة حكمت المحكمة بالتطبيق مع إسقاط جميع حقوق طالب التفريق".

وغير بعيد عن هذا التوجه سلك المشرع السوري نفس المنحى⁹⁸، وكذا المشرع الفلسطيني⁹⁹ في المادة 132 من قانون الأسرة الفلسطيني، وخطى على نفس الخطى التقنين الأردني في المادة 126 عندما نص على أنه: "لأي من الزوجين أن يطلب التفريق للشقاق إذا ادعى ضرر لحق به من الطرف الآخر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية سواء كان الضرر حسياً كالإيذاء بالفعل أو القول أو معنوياً، ويعتبر ضرراً معنوياً أي تصرف أو سلوك مشين أو محل الحق بالطرف الآخر إساءة أدبية..."¹⁰⁰.

خلافًا لتوجه التشريعات الأنفة الذكر، تسير بعض من التشريعات العربية الأخرى إلى الاعتراف حصراً للزوجة بالحق في التطبيق للضرر، وعلى ذلك تواتر التشريع المصري في مادته السادسة من قانون الأحوال الشخصية بالقول: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحتى يطلقها القاضي طلقاً بئنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماً على الوجه المبين بالمواد 11.10.9.8.7".

⁹⁸ نصت المادة 112 من قانون الأسرة التونسي بأنه: "1- إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق.

2) إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التطبيق طلقاً بئنة.
3) إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحكمة مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة فإن لإصر المدعي على الشكوى ولم يتم الإصلاح عين القاضي حكماً من أهل الزوجين وإلا ممن يرى فيه القاضي قدرة على الإصلاح بينهما وحلفهما يمينا على أن يقوموا بمهمتهما بعذر وأمانة"==
⁹⁹ تنص المادة 32 من قانون الأسرة الفلسطيني على أنه: "إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً، بحيث لا يمكن مع هذا الضرر استمرار الحياة الزوجية.

أ) إذا كان طلب التفريق من الزوجة إضرار الزوج بها بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما فإذا لم يكن الإصلاح أنذر بأن يصلح حالها معها وأجل الدعوة مدة لا تقل على شهر، فإذا لم يتم الإصلاح بينهما أحال الأمر على الحكيم.

ب) إذا كان المدعي هو الزوج وأثبت وجود النزاع والشقاق بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما فإذا لم يكن الإصلاح أجل القاضي دعواه مدة لا تقل على شهر أملاً بالمصالحة وبعد انتهاء الأجل إذا أصر على دعواه ولم يتم الصلح أحال القاضي الأمر على الحكيم..."

¹⁰⁰ لمعرفة المزيد حول التفريق للضرر في القانون الأردني، ينظر إلى:
- أشرف يحي رشيد العمري، نظرية التفريق بين الزوجين، دراسة تأصيلية ومقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، سنة 2005م، ص: 17 وما يليها.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

وقد بين الإمام محمد أبو زهرة أن التفريق للضرر يكون بأن تتضرر الزوجة من البقاء على الزوجية، ويكون تمت سبب مادي للاستدلال منه على الضرر، فيكون لها طلب التفريق لذلك¹⁰¹، وفي نفس الاتجاه سار المشرع الجزائري، وهو ما بدا لنا واضحا في المقطع 10 من المادة 53 معدلة من قانون الأسرة الجزائري، وذلك بتنصيبه على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية: 10- كل ضرر معتبر شرعا"¹⁰².

فالمشرع الجزائري وضع سبلا عشرة يخول تحقق أحدها أحقية الزوجة في المطالبة بالتطلاق للضرر¹⁰³، ومن هذه السبل نجد ما ورد في البند العاشر من المادة 53 الأنفة الذكر، والمقر بكل الأضرار المعتبرة شرعا والمخولة للزوجة حق المطالبة بالفراق¹⁰⁴.

ومن كل هذا، نرى أن الاختلاف الحاصل بين التشريعات العربية بخصوص مسألة منح الإمكانية للزوجين لفصم الرابطة الزوجية بالضرر أو منحها لأحدهم - أي الزوجة - لم يكن إلا من قبيل درجة تأثر هذه الدول بالمواقف الفقهية المختلفة، وكذا بالمتغيرات الدولية والوطنية.

المطلب الثاني: الأسباب والدواعي المبررة لطلب التطلاق للضرر

أوضح المشرع المغربي في المادة 99 من المدونة الأسباب والدواعي التي تبرر للزوجة طلب التطلاق للضرر بالقول: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطلاق".

¹⁰¹- الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، (د.ب.ت)، ص: 360.

¹⁰²- أضيف البند العاشر من المادة 53 معدلة من قانون الأسرة الجزائرية، والذي نص على التطلاق استنادا إلى كل ضرر معتبر شرعا بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م، الجريدة الرسمية 15، ص: 22.

¹⁰³- للمزيد من الإيضاح حول انحلال ميثاق الزوجية اعتبارا للضرر الحاصل للزوجة في القانون الجزائري، يراجع إلى:

- مبروك المصري، الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، دار هوم، الجزائر، (د.ب.ط.ت)، ص: 285 وما يليها.

¹⁰⁴- للتوضيح أكثر حول هذا الأمر، ينظر إلى:

- ولد عمار سنيم، التطلاق، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة الثامنة عشر، موسم 2007 إلى 2010م، ص: 31 وما يليها.
- اليزيد عيسات بلمامي، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والشريعة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2002-2003م، ص: 143 وما يليها.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

يعتبر ضرراً مبرراً لطلب التطلاق، 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.¹⁰⁵

وبالتمعن الجيد في هذا النص، يتضح أن هناك صوراً متعددة للضرر، هي عبارة عن تكيف تشريعي له، ولأن النص أورد مجرد أمثلة، فإن ما لم يشر إليه المشرع، يندرج في إطار السلطة التقديرية لقاضي الأسرة¹⁰⁶، وإن كان الأمر يحتاج منه إلى تعليل منضبط¹⁰⁷.

وهو الأمر الذي سارت عليه بعض التشريعات العربية، رغم الاختلاف الحاصل في صياغة النصوص القانونية، وكذا منح إمكانية فصل الرابطة لكلا الزوجين أو للزوجة فقط - كما سبق لنا وأن بيناه - حيث ينقسم الضرر وفقاً لهذه التشريعات استناداً للنتيجة التي أوقعها إلى ضرر مادي¹⁰⁸ وآخر معنوي¹⁰⁹، وكلاهما كفيل بجعل الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار.

¹⁰⁵ جاء في الدليل العملي للمدونة القول بخصوص هذه المادة: "وقع توسيع مفهوم الضرر المبرر لمطالبة الزوجة بتطليقها من زوجها، إذ أصبح من حقها أن تطب تطليقها منه بسبب الإخلال بشرط من شروط عقد الزواج، سواء من الشروط التي يكون مضمونها بموجب العقد نفسه، أو الشروط التي التزم بها الزوج بمحض إرادته، كقبوله شرط الزوجة على ألا ينقلها من بلدتها إلى خارج المغرب. يتمثل الضرر في سوء المعاشرة وإساءته إلى زوجته بما يجعل استمرار الزوجية متعذراً، وهو إما ضرر مادي كاستعمال العنف، أو معنوي كالسب والشتم، أو إكراهها على فعل ما حرم الله، كما يتمثل في الضرر الناتج عن سلوك الزوج المشين، أو المخل بالأخلاق الحميدة الذي يسيء إلى الزوجة".
- دليل عملي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد الأول، 2004م، ص: 73 و74.

¹⁰⁶ محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2015م، ص: 203.
¹⁰⁷ أعطى المشرع للقاضي الحق في إعمال السلطة التقديرية الواسعة في اعتبار الضرر المدعى به مبرراً للتطليق من عدمه، وهو الأمر الذي كرسه القضاء سواء المغربي أو المقارن في العديد من القرارات ومنها: "إن إضرار الطاعن بزوجه ثابت من خلال البيئة التي أكد شهودها شهاداتهم أمام الضابطة القضائية...، وما دام تقدير الضرر يرجع لسلطة المحكمة، فإن ما عللت به قرارها كان مبنياً على أسباب سائغة".
- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد بتاريخ 2001/01/14، في الملف عدد 357/00، مشار إليه في: محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 119.

- وهو التوجه الذي سلكه قضاء النقض المصري في أحد قراراته، والتي ورد فيها: "...إضرار الزوج بزوجه إضراراً لا يستطاع معه دوام العشرة واستدل على ذلك بأدلة سائغة مما يستقل بتقديره قاضي الموضوع فإنه لا يكون قد خالف القانون".
- طعن صادر عن محكمة النقض المصرية، رقم 028 بتاريخ 1962/04/18، في الملف الأحوال الشخصية، وارد في الموقع الإلكتروني www.kenenaonline.com تاريخ الاطلاع 2017/01/01 على الساعة 13:45.

¹⁰⁸ الضرر المادي هو الذي يصيب الإنسان في ذمته المالية كأن يتلف الشخص متاعاً أو مزروعات للآخر أو يلحق عيباً بمنقول أو عقار لغيره، وإما في جسمه كالجروح ورضوض يسببها سائق السيارة لأحد المارة.

- مامون الكزبري، نظرية الالتزام في قانون الالتزامات والعقود المغربي، م.س، ص: 396 و397.

¹⁰⁹ الضرر المعنوي أو الأدبي هو الذي يصيب الإنسان في ناحية غير مالية، فهو قد يصيب الجسم من جراء جروح أو عاهات تحدث تشوهات فيه، وبسبب الألم في نفس المصاب.

- مامون الكزبري، نظرية الالتزام في قانون الالتزامات والعقود المغربي، م.س، ص: 401.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

كما أن القضاء سواء المغربي أو المقارن أعمل بدوره أسبابا جمة، واعتبرها من موجبات التطليق للضرر مسيطرة في ذلك للنصوص المنظمة له، والتي أعطته مطلق السلطة التقديرية في اعتبار الأفعال الحاصلة من موجبات التطليق من عدمه، شريطة الإقناع في التعليل.

وعليه، سنقسم هذه المطلب إلى فقرتين، نتخذ من الأسباب المبررة للتطليق للضرر في مدونة الأسرة والتشريعات المقارنة عنوانا (الفقرة الأولى) فيما نرجى الحديث بعدها في (الفقرة الثانية) إلى سلطة القاضي المغربي والمقارن في تكيف الضرر الحاصل للزوجة.

الفقرة الأولى: الأسباب المبررة للتطليق للضرر

أقرت الشريعة الإسلامية نبد العدوان والظلم بين الزوجين¹¹⁰، وعلى ذلك أجمعت جل مذاهب الفقه الإسلامي¹¹¹.

¹¹⁰ من الآيات التي تقر بنبد الظلم بين الزوجين وزرع بدور المحبة والرحمة قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ﴾ الروم، الآية: 21. وقوله تعالى: ﴿وَمَا شَرُّهُمْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُمْ فَهَسَى أَنْ تَكَرَّهُوا شَيْئًا وَيُجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَبَرًا كَثِيرًا﴾ سورة النساء، الآية: 19. كذلك قول الرسول الكريم: ﴿استوصوا بالنساء خيرا﴾ رواه البخاري ومسلم. وقوله عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام: ﴿خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي﴾ رواه الترمذي وابن ماجة وصححه الألباني.

¹¹¹ حيث يجب على الزوجين أن يتعاشرا بالمعروف ويتحمل كل منهما أذى الآخر، فليس أحد معصوم. - عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1998م، ص: 33. لمعرفة المزيد حول الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين، يراجع في ذلك إلى: - سالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 2002م، ص: 432 وما يليها.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فاعترف الدين الإسلامي الحنيف والمذاهب الفقهية للرجل بالقوامة¹¹²، وأقرنت معه واجب الزوجة في

الطاعة¹¹³، وأوصت الأزواج بحسن المعاشرة وزرع بدور المحبة والألفة مع زوجاتهم.

وعلى نفس المسلك سارت مدونة الأسرة، حينما اعترفت أن من حقوق الزوجين بعضهم تجاه بعض¹¹⁴

المساكنة الشرعية والمعاشرة بالمعروف والإحسان وإخلاص كل منهم للآخر، والعفة وصيانة العرض والنسل،

بالإضافة إلى تبادل الاحترام والمودة والحفاظ على مصلحة الأسرة.

لكن الأمر على خلاف ذلك في الواقع المعاش، ففي أحيان عدة لا تطيع الزوجة زوجها، ولا يرأف الزوج

بزوجته، فغالبا ما ينزغ الشيطان بينهما، وتصبح الحياة الزوجية التي كان المفترض فيها التناغم والتراحم، حلبة

للخصام، وفي الغالب ما يكون الأذى صادرا من الزوج في حق زوجته، كونه أعمل القوامة الممنوحة له في غير

¹¹² اعترف الدين الحنيف للرجل بالقوامة، مصداقا لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾

وهذه الأخيرة تفرض عليه أن يعمل ويكد لكي ينفق على زوجته ويوفر كل متطلبات الحياة، وبالمقابل أمر المرأة بأن تطيعه في أمره - شريطة بأن يكون مشروعا - لذلك اعترف الإسلام للزوج في حقه في تأديب زوجته عندما تخالف أمره، وقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية مسألة تأديب الزوج لزوجته في مؤلفاتهم، ولمعرفة الكيفية التي يتم التأديب بها، ومتى يتم؟ يراجع إلى:

- ابن الجوزي، المذهب الأحمد في مذهب الإمام أحمد، م.س، ص: 90.

- أبو بكر حسن الكنتاوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، الجزء الثاني، دار الفكر، مصر، الطبعة الثانية، (د.ت)، ص: 130.

- تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، المكتب الإسلامي، دمشق، الطبعة الثاني، 1995م، ص: 26 وما يليها.

- عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، م.س، ص: 36 وما يليها.

¹¹³ لمعرفة المزيد حول طاعة الزوجة لزوجها، وفيما توجب ومتى؟ يراجع في ذلك إلى:

- عبد الرحمن بين محمد العمراني، فيما تطيع المرأة زوجها؟، مقالات في أحكام الأسرة، الجزء الأول، م.س، ص: 127 وما يليها.

¹¹⁴ تنص المادة 51 من مدونة الأسرة على أنه: "الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

1- المساكنة الشرعية بما تستتجه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحسان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل.

2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة.

3- تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال.

4- التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل.

5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستراحتهم بالمعروف.

6- حق التوارث بينهما"

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

موضعها، فتتضرر الزوجة ضررا مدقعا يكون معه لجوؤها للقاضي الذي وضعت المدونة في يده حق التفريق¹¹⁵، لكي يخلصها من معاناتها التي قد تكون مما لا يطاق¹¹⁶.

لم تبين المدونة في الفقرة الثانية من المادة 99 نوعا محصورا من الضرر¹¹⁷، بل أقرت بأي تصرف شاد يقدم الزوج على ارتكابه¹¹⁸، لكن نفس المادة صرحت بالنتيجة التي قد يحدثه الفعل المرتكب والتي قد تكون مادية تلحق الأذى بجسد الزوجة أو مالها، أو معنوية تصيبها بالضرر في عاطفتها وكيانها، وعلى هذا النهج صارت بعض التشريعات العربية المقارنة.

وحدوا منا لتبيان أنواع الضرر المنتشرة والتي تبيح التطلاق، سنقسم هذا الفقرة إلى وحدتين، نخصص (أولا) للأسباب التي تؤدي إلى الإضرار المادي بالزوجة وتستوجب التطلاق للضرر، في حين نخصص (ثانيا) للأسباب التي تحدث أضرارا معنوية للزوجة وتستوجب التطلاق لنفس العلة.

أولا: الأسباب التي تؤدي إلى الإضرار المادي بالزوجة

- 115- للإلمام بتفاصيل وضع الطلاق بيد القاضي، ينظر إلى:
- عبد الرحمن بين محمد العمراني، النظر في مسألة جعل الطلاق بيد القاضي، مقالات في أحكام الأسرة، الجزء الثاني، سلسلة منشورات البحث في تأهيل الأسرة وأفاق التنمية، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، مراكش، الطبعة الأولى، 2012م، ص: 82 وما يليها.
 - 116- صرح به الدكتور سالم بن عبد الغني، في قوله: "وأما بالنسبة للمرأة فالحال يختلف، إذ ليس بيدها عقدة الطلاق، وقد تبتلى بزواج يضارها ويؤذيها، فلا هي قادرة على تحمله كما ليس بمقدورها أن تطلق، فمن هنا أجاز الإسلام أن تطلب المرأة الطلاق من القضاء، وأعطى للقاضي الحق في تطلاق المرأة والتفريق بينها وبين زوجها رغما عنه، إذا ثبت لديه تضررها من البقاء معه"
 - سالم بن عبد الغاني الراجعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، م.س، ص: 577.
 - 117- اعترف الأستاذ محمد الكشور بأن الصيغة التي صيغ بها النص أعلاه - وهو يقصد المادة 99 من المدونة - تجعله قادرا على احتواء صور الأضرار لا تقع تحت الحصر، ومن ذلك الأفعال ذات الطابع الجنائي كالسرقة وخيانة الأمانة وهتك عرض قاصر والخيانة الزوجية، والأفعال التي ليست ذات طابع جنائي ولكنها تنتاقض والأخلاق الحميدة التي يجب أن تسود بين الزوج وزوجته، ومن ذلك منع أقارب الزوجة من زيارتهم لها الإساءة المتعمدة لأمرها أو أبيه، أو طردها من البيت في وقت متأخر من الليل، أو تحويل البيت لممارسة القمار أو شرب الخمر مع رفاق سوء لا تطيق الزوجة حضورهم في البيت"
 - محمد الكشور، الواضح في شرح المدونة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 204.
 - 118- أبدى الأستاذ محمد الأزهر موقفه من هذه المادة بقوله: "المشرع المغربي قد حدد الضرر في الآتي: (1) كل تصرف من الزوج: لم يحدد ما المقصود بهذا التصرف، وفي تقديرنا أن هناك عبارة سقطت من النص لأنه سيضيف مباشرة (أو سلوك) شأن، وحرف (أو) تفيد الإضافة، ثم إن المشرع هنا يحيد على مبدأ المساواة لأن الضرر كما يظال المرأة يظال الرجل من طرفها. (2) أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة، بمعنى أن هذه الأفعال يجب أن تكون مرفوضة من الجميع، لأنه قد تمس بالقيم وتعتبر شاذة داخل مجتمع معين، فالسلوك المشين أو المخل بالأخلاق لبعض المجتمعات التقليدية في== جنوب المغرب، يختلف جملتا وتفصيلا عن ما فرضته من سلوك واستلاب المدينة، خصوصا المدن الكبرى منها، لكن هناك قواسم مشتركة بفعل الانتماء إلى الهوية واحدة قوامها رافد ثقافي هو الدين الإسلامي"
 - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، م.س، ص: 167.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

لا تقع الأسباب التي تلحق بالزوجة الضرر المادي - والتي يقدم زوجها على ارتكابه - تحت الحصر، فهي كثيرة ومتنوعة تتعدد بتعدد السلوكات الشاذة عن الفطرة السليمة، والتي تجعل الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار، ومن أبرزها ضرب الزوجة وتعنيفها بشتى أنواع العنف (1) وكذا إقدام الزوج على ممارسة أفعال شاذة ومشينة في حقها أو في حق الغير يمكن أن يتسبب ذلك في معاقبته (2).

1- ضرب الزوج لزوجته وتعنيفها

أعطى الشرع والفقهاء الإسلاميين للزوج حق تأديب الزوجة وذلك عند نشوزها¹¹⁹ وعصيانها لأمره المشروع¹²⁰، لكنه لم يمنحه حق الاعتداء عليها وضربها وتعنيفها والتعدي عليها بشتى أنواع العنف المعروفة¹²¹ تحت ذريعة تأديبه لها¹²²، والله تعالى حرم الظلم على نفسه وجعله بيننا محرماً، لكن والحال خلافه، حيث يقدم الأزواج على إذاقة زوجاتهم كؤوساً من العذاب داخل بيت الزوجية أو خارجها في كل كبيرة أو صغيرة.

119- النشوز في اللغة يدل على الارتفاع، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قِيلَ انشُزُوا فَانْشُزُوا﴾ سورة المجادلة، الآية 11، وفي الاستعمال الاصطلاحي: يطلق

النشوز على إساءة أحد الزوجين للأخر معاشرته صاحبه، فالنشوز من الزوجة يكون بعصيانها لزوجها وامتناعها عليه وبغضها إياه. - محمد المصلح، كشف المصطلحات الفقهية من خلال مختصر خليل بن إسحاق المالكي، مركز البحوث والدراسات في الفقه المالكي، الرابطة المحمدية للعلماء، الرباط، الطبعة الأولى، 2004م، ص: 212.

120- وذلك مصداقاً لقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ

حَكِيمًا حَكِيمًا﴾ سورة النساء، الآية: 34.

121- أقرت إحدى الباحثات أن العنف الممارس على الزوجة يختلف ويتنوع، وصنفته إلى عنف جسدي وعنف نفسي وعنف جنسي وآخر رمزي، بالإضافة إلى العنف القانوني والعنف الاقتصادي.==

- ثريا أمطوط، العنف الزوجي ضد المرأة بين الحماية القانونية وإكراهات الواقع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، موسم 2008/2007م، ص: 33 وما يليها.

وفي ذلك كذلك أقر الشيخ علي مرعي بأنه " العنف الجسدي تعبير حاد ومتطرف على سوء المعاشرة الزوجية...شائع الاستخدام في أكثر زيجات اليوم عصرية، ومن قبل أكثر الأزواج التزاماً على المستوى الأخلاقي والديني أيضاً..."

- الشيخ علي مرعي، الأسرة في محكمة القضاء الشرعي، المكتب الإسلامي الثقافي، لبنان، الطبعة الأولى، 2014م، ص: 156.

122- للمزيد من الإيضاح حول تأديب الزوجة وحدود هذا التأديب، يراجع إلى:

- علي بن محمد أبو زينة، تأديب الزوجة بين القدر المباح وتجاوز الأزواج، رسالة مقدما استكمالاً للحصول على متطلبات درجة الماجستير، معهد الدراسات العليا، أكاديمية نابف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، سنة 1998م، ص: 87 وما يليها.

- معتصم عبر الرحمن منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2007م، ص: 109 وما يليها.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فالضرب والعنف الجسدي¹²³ يشكل مختلف صور المس المباشر بالحرمة الجسدية أو محاولة المس بحياة المرأة، وهو أهم أنواع العنف الذي تذكره المشتكيات من النساء المعنفات، حيث يتضح من خلال الاضطلاع على محاضر الضحايا، أن الأضرار الجسدية التي يمارسها الزوج ضد زوجته تتخذ عدة صور تتمثل أساسا في الضرب، والجرح، وكسر العظام، والخرق وتشويه الوجه أو باقي الجسد¹²⁴، ويمكن أن يمتد العنف الممارس من الأم إلى الأطفال¹²⁵ كذلك داخل البيت أو خارجا.

فالعنف بشتى أنواعه سواء على الزوجة أو الأطفال يبرر للزوجة المطالبة بالتطبيق للضرر الحاصل، شريطة إثبات استحالة استمرار العلاقة الزوجية، وهو ما عليه الأمر كذلك في قانون الأسرة الجزائري، حيث يفهم من العبارة الواردة في البند العاشر من المادة 53 أن العنف بشتى أنواعه يبرر للزوجة المطالبة بالتطبيق للضرر، وهو المعبر عنه بعبارة "كل ضرر معتبر شرعا"، وفي هذا الصدد اعتبرت محكمة النقض الجزائرية في أحد قراراتها ما يلي: "ضرب الزوج زوجته ضربا مبرحا يعتبر كذلك سبب من أسباب التطبيق"¹²⁶، ونفس الأمر ذهب إليه المشرع المصري في المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية¹²⁷، حيث أجمعت كل هذه التشريعات أن العنف المبرر للتطبيق هو الذي تستحيل معه العشرة بين الزوجين استنادا إلى السلطة التقديرية للقاضي.

123- اعترف الإمام محمد أبو زهرة بأنه حتى وإن كانت المرأة ناشزا فهذا لا يوجب ضربها بالضرب المبرح، بل يجب التدرج معها كما هو وارد شرعا، حيث قال "وإذا كان النشوز من جانب المرأة عالجها الرجل بالعقل، وبطريق الوعظ، ثم الهجر في المضجع، ثم بالضرب غير الشائن وغير المبرح كما جاء في القرآن الكريم"

- الإمام محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1976م، ص: 77.
124- خديجة الفيلاي علاش، العنف الأسري ضد المرأة أية حماية، العنف الزوجي نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ظهر المهرار، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، موسم 2006/2005م، ص: 22 و 23.

125- إن العنف الذي قد يقع على الطفل قد يمارس في إطار الأسرة، ففي الوقت الذي تشكل فيه النواة الأساسية للمجتمع فضاء خاصا لزراع القيم النبيلة ومجالا أساسيا لتنشئة الطفل تنشئة سليمة لضمان نموه النفسي والاجتماعي. إلا أنها قد تتحول إلى مجال خصب وغير مكشوف لممارسة العنف، ويكاد يكون المنزل من أكثر الأماكن شيوعا وأمانا للراشدين لممارسة عنفهم ضد الأطفال.

- حفصة كرمي، العنف ضد الطفل دراسة سسيوقانونية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، موسم 2008/2007م، ص: 19 و 20.

126- قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 200/06/20 في الملف رقم 245159.

127- جاء في تفاصيل المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية المصري ما يلي: "إذا ادعت الزوجة إضرار زوجها بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق..."

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

وفي اعتقادنا الشخصي، نرى أن تواتر هذه التقنيات إلى التخصيص على مفهوم الضرر كمفهوم مطلق أمر محمود، ونؤيد هذا التوجه نظرا لتنوع الوسائل التي يمارس بها العنف وتعدد مشاريعه، وسيؤدي المفهوم العام للضرر المعتمد من كل هذه التشريعات إلى احتواء جل أنواع العنف الممارس خصوصا العنف الجسدي.

2- ارتكاب الزوج أفعال مشينة ومجرمة في حق الزوجة أو الأخت

إذا كان عزوف الزوج عن معاشرته زوجته معاشرته الأزواج يشكل ضررا حاصلا بها، فما بالك بالزوج الذي يحثها أثناء المعاشر الزوجية على فعل أفعال شاذة ومشينة¹²⁸ للخلقة البشرية، كما لو أجبرها على معاشرتها من دبرها¹²⁹، فإقدام الزوج على إجبار زوجته على ممارسة هذا الفعل المخل يبرر لها المطالبة بالتطبيق للضرر¹³⁰، حيث القاضي لن يتردد في الاستجابة لطلبها.

كما أن من الأفعال الشائنة كذلك والتي تصيب الزوجة بالضرر إكراهها¹³¹ وإمساكها عن زيارة أهلها واستزارتهم بالمعروف، أو منعها من ممارسة شعائرها الدينية، أو حثها على عدم الإنجاب منه وإجهاضها¹³² إذا كانت حاملا وما يترتب عن ذلك من إمكانية إصابتها بالعقم، وفي هذا الصدد ذهب المجلس الأعلى في أحد

128- للاستزاد أكثر حول السلوكات المشينة التي يرتكبها الزوج وتلحق ضررا بزوجه، يراجع في ذلك إلى:

- مكي رشيد، التطبيق للضرر بين التخصيص التشريعي والاجتهاد القضائي، مقال منشور بمجلة محكمة العددين 11 و 12، أكتوبر/ دجنبر، 2016م، ص: 37 وما يليها.

129- حرمت الشريعة الإسلامية على الزوج أن يأتي زوجته من دبرها في فراش الزوجية، وهو ما أجمعت عليه المذاهب الفقهية، وفي ذلك يقول الناظم:
وأجمعوا الإتيان للزوجة من زوجها وجاز الاستمتاع من جميعها إلا من دبر حرم وحكمته مثل النكاح فعلم

- المرباط المحفوظ الأنصاري الشنقيطي، التحفة المرضية لنظم القوانين الفقهية، دار الزمان، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، 2003م، ص: 161. وفي نفس السياق ورد في مختصر اختلاف العلماء القول: "قال أبو جعفر: أصحابنا يكرهون ذلك، وينهون عنه أشد النهي، وهو قول الثوري والشافعي في المزني."

- أبو جعفر أحمد الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، الجزء الثاني، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، 1995م، ص: 343. 130- وهو الأمر الذي كرسه محكمة الاستئناف بفاس في أحد قراراتها الذي جاء فيه: "استندت المستأنفة إلى كون المستأنف عليه يسيء معاملتها ويريد إتيانها من الخلف وهو تصرف ممنوع شرعا"

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس في الملف عدد 333/06/7 بتاريخ 2007/02/52، مشار إليه في: المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م.س، ص: 139 إلى 141.

131- يعرف الإكراه على أنه الإلزام والإجبار على ما يكره الإنسان طيعا أو شرعا، فيقدم على عدم الرضا ليرفع ما هو أضر.

- علي محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، م.س، ص: 31.

132- اعتبر المشرع الجنائي المغربي الإجهاض جريمة في منظوق القانون الجنائي كما أقر له عقوبة، وذلك في الفصول 449 إلى 458.

للمزيد من الإيضاح حول هذه الجريمة، ينظر إلى:

- دليل القانون الجنائي في شروح، وزارة العدل والحريات المغربية، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1997م، ص: 567 وما يليها.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

قراراته إلى ما يلي: "عدم اعتبار العقم من الأسباب الموجبة للتطبيق إنما يتعلق بالعقم الطبيعي الذي لا يقصد به الإضرار بالزوجة، أما عندما يحصل العقم بفعل الزوج وإرادته بقصد الإضرار بالزوجة الثانية حتى لا تنجب منه، فإن ذلك يعتبر إضرارا يبرر التطبيق"¹³³

ونقر في هذا الصدد أن توجه المقنن المغربي في اعتبار الأفعال المشينة المرتكبة من الزوج من مبررات التطبيق، هو نفسه توجه معظم التشريعات العربية المقارنة، حيث بدورها فتحت الباب على مصراعيه للزوجة بأن تطالب بالتطبيق للضرر استنادا إلى هذه التصرفات، وذلك عطا على مفهوم الضرر الوارد بشكل عام في التشريعات الأسرية لهذه الدول.

ثانيا: الأفعال والمبررات التي تلحق بالزوجة الضرر المعنوي

لا تقع الأفعال التي يرتكبها الزوج وتلحق بزوجه ضررا معنويا تحت الحصر، لعل أهمها القيام بسبها وهو الأمر الذي ذهبت إليه محكمة الاستئناف بمراكش في قرار لها¹³⁴ جاء فيه: "...إن محكمة الاستئناف بناء على البحث الذي قام به السيد المستشار المقرر بحضور الطرفين وبناء على اللغيف المدلى به من طرف المدعية فرعيا والذي يؤكد شهوده أنهم يعرفون الطرفين ويعلمون بواسطة السماع الفاشي والمستفيض أن المستأنف يضر بزوجه المستأنف عليها بجميع أنواع الضرر كالشتم والسب والضرب والجرح وأنه لا يعاملها معاملة الزوجة وأنه أصر على ذلك وتمادى فيه... مما يجعل الحكم المستأنف فيما يخص التطبيق في محله ويتعين تأييده".

¹³³- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 755 بتاريخ 1999/09/14، في الملف الشرعي عدد 478/96، أشار إليه:

- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 111.

¹³⁴- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش، بتاريخ 4 يناير 1994، أورده:

- محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، هامش 83، ص: 206.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

ومن الأفعال الموجبة للتطبيق للضرر كذلك قذفها بالزنا، حيث ورد في قرار للمجلس الأعلى¹³⁵ ما يلي: "اتهام الزوج لزوجته بالزنا يعد إضراراً بها يحق أن تطلب الطلاق منه لهذا السبب لقول خليل (إن قذفها بزنا في نكاحه)".

وكذا أقدامه على تعاطي المخدرات والمنهيات، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية لبرشيد في أحد أحكامها¹³⁶ والذي جاء فيه: "...وحيث عززت المدعية دعواها بحكم جنحي...القاضي في منطوقه بمؤاخذة الضنين...من أجل حيازة المخدرات والاتجار فيها...وحيث إن تبعا لما ذكر أعلاه يبقى طلب المدعية الرامي إلى التطبيق للضرر مؤسس قانونا ويتعين الاستجابة له".

ومن الأفعال المرتكبة كذلك إتيان الزوج الفواحش¹³⁷ ما ظهر منها وما بطن كأن يكون مدمن خمر، فتعاطي المخدرات والمسكرات والفساد¹³⁸ كلها أسباب تضر بالزوج قبل أن تضر بزوجته.

بالإضافة إلى قيامه بجرائم لعل أهمها الخيانة الزوجية والسرقه وهو ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بالجديدة في حكم صادر عنها¹³⁹ جاء فيه: "اعتبار قيام الزوج بالسرقه والحكم عليه بعقوبة حبسية نافذة بمثابة السلوك المشين والمخل بالأخلاق الحميدة...يستوجب التطبيق للضرر"

¹³⁵ - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 844 بتاريخ 1987 / 07/21 في الملف عدد 5097/87، مشار إلى حيثياته في:

- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 110.

¹³⁶ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية ببرشيد في الملف عدد 2776/6/12 الصادر بتاريخ 2006/11/01م، مشار إليه في: المنتقى من عمل القضاء في تطبيق المدونة، م.س، ص: 149 و 150.

¹³⁷ - في القانون الجزائري يؤدي ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة أن تكون مبرر تؤسس عليه الزوجة طلبها للتطبيق للضرر، بصريح البند السابع من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري. للمزيد من التوضيح حول هذه المسألة ينظر إلى:

- باديس دياب، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليبية، (د.ذ.ط)، 2012م، ص: 52 وما يليها.

¹³⁸ - كلنا نعلم أن الشخص الذي يقدم على العلاقات الجنسية الغير المشروعة يمكن أن يصاب بداء فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز) وهو حسب أحد الباحثين "مرض خطير جدا يؤدي إلى انهيار مقاومة البدن للأمراض، فيصبح فريسة سهلة للسرطان..."

- محمد أحمد المستريح، حكم التفريق بين الزوجين للعيوب ولاسيما الوراثية، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، الأردن، سنة 2003م، ص: 67.

¹³⁹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالجديدة عدد 224 في الملف عدد 06/829/2 بتاريخ 2007/01/19م، وارد في: محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 118.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فكل هذه الأسباب تخول للزوجة حق المطالبة بالتطبيق للضرر لما لها من آثار وخيمة على معنوياتها وعواطفها تكون غالبيتها من تلك التي تجعل الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار، وهذا التوجه نجده في بعض التشريعات العربية المقارنة التي أسلفنا ذكرها، حيث هذه الأخيرة تعطي للزوجة الحق في اللجوء إلى المحكمة لفك عصمتها من زوجها تبعاً للضرر الحاصل بها معنوياً، والذي خدش شعورها ومس بكرامتها ووأد إحساسها. وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنا المقتن المغربي لم يشترط تكراراً للضرر الحاصل حتى يكون من حق الزوجة المطالبة بالتطبيق، بل ذهب إلى أن وقوعه ولو لمرة واحدة كافٍ لذلك، وهو الأمر الذي لم تشر إليه المدونة لكن الدليل العملي المرفق بها أشار إليه¹⁴⁰، كما أن المشرع لم يعر أي اهتمام لمكان وقوع الضرر سواء في البيت أو خارجه، جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى¹⁴¹ ما يلي: "لم يقيد المشرع الضرر اللاحق من الزوج بالزوجة لا بيت الزوجية ولا أثناء المعاشرة، فيمكن أن يقع الضرر من الزوج سواء قبل الدخول أو بعده، وسواء في بيت الزوجية أو خارجه".

ونرى في هذا الصدد أن إقرار المشرع وقوع الضرر ولو لمرة واحدة، وجعله سبباً مبرراً للتطبيق قد يؤدي بما لا يدع مجالاً للشك إلى إغراق المحاكم بطلبات التطبيق للضرر رغم أن جملة من هذه الأضرار التي أسست عليها الطلبات تافهة لا تستوجب طلب التطبيق لأجلها، مما نرى معه تدخل المشرع لتعديل النص القانوني المنظم لمبررات التطبيق للضرر وصياغته صياغة رصينة، أو على الأقل حذف الفقرة التي تقضي بأحقية الزوجة في المطالبة بالتطبيق ولو وقع الضرر مرة واحدة من الدليل العملي للمدونة كونه من الدلائل المفسرة و المرتبطة بها إن صح التعبير، وبهذا الإجراء يحقق نوع من الاستقرار والأمن الأسريين.

¹⁴⁰ ورد في الدليل العملي للمدونة أثناء تعليقه على المادة 100 منها التنصيص على أنه: "...ولا يشترط في الضرر أن يتكرر، بل يكفي أن يثبت وقوعه ولو لمرة واحدة لدرجة يتعذر معها استمرار العشرة..."

- دليل عملي للمدونة، م.س، ص: 74.

¹⁴¹ قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 150 في الملف الشرعي عدد 356/99 بتاريخ 2000/02/15م، أورده:

- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 111.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

وبالرجوع إلى القضاء المغربي، فلقد تغفن في خلق أسباب جديدة تبرر التطبيق للضرر، وأضافها إلى تلك المقررة فقها وقانونا، والأمر هذا هو الذي سنناقشه في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: سلطة القاضي المغربي في تكيف الضرر الحاصل

منح المشرع المغربي للقضاء سلطة واسعة في تكيف الضرر اللاحق بالزوجة واعتباره من موجبات التطبيق من عدمه، وهو نفس توجه بعض التشريعات المقارنة حيث منحت بدورها للقضاء هذه السلطة، حيث لم يفرض عليه رقابة من حيث اعتبار الضرر وأدلته من موجبات التطبيق إلا من حيث التعليل والاستدلال¹⁴².

لقد تعددت الأسباب التي اعتمدها القضاء المغربي بمختلف درجاته لتكوين قناعته بخصوص مبررات التطبيق للضرر، حيث جعل أساس الاستجابة لطلب الزوجة للفراق مجموعة من الأسباب سواء أمام قضاء الموضوع أو حتى أمام محكمة النقض، وعليه سنتطرق في هذه الفقرة إلى وحدتين، يكون موضوع (أولا) قاضي الموضوع وسلطته في تقدير وجود الضرر المبرر للتطبيق، على أن نتطرق في (ثانيا) إلى قضاء النقض المغربي والمقارن وسلطته في تكيف موجبات التطبيق للضرر.

أولاً: قضاء الموضوع وسلطته في تقدير وجود الضرر المبرر للتطبيق

اعتمد قضاء الموضوع المغربي على مجموعة من الأسباب والمبررات، وجعلها أساساً للاستجابة لطلب الزوجة الرامي لتطبيقها من زوجها للضرر، فمثلاً نجده قد اعتمد على كون الزوج مصاب باختلالات عقلية كمبرر للاستجابة لطلب الزوجة بالتطبيق، حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية باليوسفية¹⁴³ ما نصه: "بناء

¹⁴² - وهو الأمر الذي أكدت عليه كذلك محكمة النقض السورية في قرار لها جاء فيه: "تقدير الأدلة يعود لقناعة محكمة الموضوع متى كان التقدير سليماً وقائماً على أسس مقبولة وله ما يؤيده في أوراق الدعوى"

- قرار صادر عن محكمة النقض السورية عدد 730 بتاريخ 1992/08/31، وارد في مجلة المحامون السورية، العدد 9 و 10، لسنة 1993.

¹⁴³ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية باليوسفية، عدد 138 في الملف 290/05/16 بتاريخ 2006/04/20م، وأرد في:

- JUSTICE DE LA FAMILLE ; revue Spécialisée ; Publication de L'association de Diffusion de L'information Juridique ; (A.D.I.J.) ; N 3 ; Décembre ; PAGE: 121 . 122 . 123.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

على المقال الافتتاحي للدعوى الذي تقدمه به المدعية... عرض فيه أن المدعى عليه زوجها يعاني من خلل عقلي، إذ قام بقتل ابنتهما الوحيد عن غير قصد بعد أن خنقه بين ذراعيه، والزوج الآن مودع في مستشفى للأمراض العقلية، ملتزمة الحكم بتطبيقها من عصمته للضرر... لهذه الأسباب حكمة المحكمة... بقبول الطلب... وتطبيق المدعية من عصمة زوجها المدعي عليه طليقة بئنة للضرر مع تحميل المدعى عليه الصائر".

وفي نفس السياق ذهبت المحكمة الابتدائية بتازة في أحد أحكامها، حيث جاء في حشياته ما يلي: "وحيث إنه وحسب الثابت في أوراق الملف، وخاصة الموجب العدلي عدد 9 بتاريخ 2004/11/1، والذي يشهد شهوده بكون المدعى عليه مريض ومختل عقليا، ولا يعرف ما يضره وما يصلح له، وأنه يعيش في كل مكان، وأن زوجته المدعية تضررت، وسند علمهم المجاورة والقربة والمخالطة وشدة الإطلاع على الأحوال... وحيث إن استنادا إلى ما ورد أعلاه فإن طلب المدعية يبقى مؤسسا ويتعين الاستجابة له، وبالتالي الحكم بتطبيقها من عصمة زوجها المدعى عليه للضرر"¹⁴⁴.

كما سار نفس القضاء إلى اعتبار أن بقاء الزوجة بكرا لمدة معينة من الزواج يصح اعتباره ضررا مبررا لطلب التطبيق، حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية ببركان أنه: "إن الزوجة الغير المدخول بها إذا ادعت عدم الرضا بعد العقد وقبل الدخول تطلق عليه للضرر"¹⁴⁵، وسارت على نهجها المحكمة الابتدائية بالحسيمة في أحد أحكامها الذي جاء فيه: "...وحيث تبين للمحكمة أن الزوجة ما تزال بكرا منذ أن تزوجة... وحيث إن بقاء الزوجة بكرا وهي بيت الزوجية... لعدة سنوات... يعدد ضررا ثابتا لا يستطيع معه دوام العشرة الزوجية مما يكون معه طلب المدعية بخصوص هذا الشق وجبها يتعين الاستجابة إليه"¹⁴⁶، وهذا المنحى هو الذي سبق للمجلس

¹⁴⁴ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتازة في الملف عدد 393/04 بتاريخ 2006/01/19م، مقتبس من:

- المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م.س، ص: 143.

¹⁴⁵ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية ببركان، عدد 417/06 بتاريخ 2006/12/20م، وأورد في:

- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 118.

¹⁴⁶ - حكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة، ملف عدد 2006/676، بتاريخ 2007/06/14م، مشار إليه في:

- المنتقى من عمل القضاء في تطبيق المدونة، م.س، ص: من 152 إلى 154.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

الأعلى وأن ذهب إليه في العديد من قراراته، لعل أهمها¹⁴⁷ ما جاء فيه: "بقاء الزوجة بكر لعدة سنوات وهي في بيت الزوجية مع زوجها في فراش واحد يعتبر من قبيل الضرر المبرر للتطبيق".

كذلك اعتبر قضاء الموضوع المغربي أن كل من الإدانة بأحد الجرائم الماسة بالشرف كالخيانة الزوجية وهتك عرض قاصر والقتل¹⁴⁸ وجرائم الفساد¹⁴⁹، كلها مبررات تستوجب التطبيق، بالإضافة إلى جرائم السرقة¹⁵⁰ والعنف بجميع أنواعه، وكذا التعاطي للمخدرات بجميع أصنافها¹⁵¹، كلها أسباب تبرر للزوجة تطليقها من زوجها بمجرد اقترافها والإدانة من أجلها.

ثانياً: قضاء النقض وسلطته في تكبيف مبررات التطبيق للضرر

غير بعيد عن توجه قضاء الموضوع المغربي في الأخذ بأسباب عدة كمبررات تخول للزوجة فك عصمتها من زوجها للضرر، نجد محكمة النقض المغربية تسير هذا الأخير في مجموعة من توجهاته في هذا الصدد، ففي ما يخص كون عدم معاشرة الزوجة من طرف زوجها وبقاؤها بكرًا لمدة بعد العقد عليها، جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى¹⁵² ما مضمونه أن عدم مناقشة المحكمة ادعاء الزوجة امتناع زوجها عن الدخول بها رغم مرور مدة غير يسيرة على العقد عليها، ومدى تأثير ذلك على إخلال الزوج بالتزامات المساكنة الشرعية وثبوت الضرر

¹⁴⁷- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 982 في الملف عدد 99/396 بتاريخ 2000/10/18، مشار إليه في:

- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 112.

¹⁴⁸- وردت أحكام كثيرة تبيح للزوجة طلب التطبيق من زوجها جراء رميها بالزنا وقذفه إياها بها، لعل أهمها: الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور، عدد 04/595 بتاريخ 2000/06/19م، مشار إليه في:

- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 117.

- وكذا في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة والعمل القضائي، م.س، ص: 150 و 151.

¹⁴⁹- من ضمن الأحكام التي قضت بتطبيق الزوجة نتيجة ارتكاب زوجها جريمة الفساد، الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بأسفي، ملف عدد 07/899 بتاريخ 2006/05/29م، مدرج في: محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 117.

¹⁵⁰- من الأحكام التي تبرر التطبيق للضرر استنادا إلى جريمة السرقة نجد: الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالجديدة، عدد 244 ملف 2006/829/2، بتاريخ 2007/03/19م، مشار له في:

- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 118.

¹⁵¹- من ضمن الأحكام التي بررت التطبيق للضرر لعدة السكر والاتجار بالمخدرات والفساد نجد: الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بأسفي، بتاريخ 29 ماي 2006م، أورده:

- محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي، م.س، ص: 12.

¹⁵²- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 11 أبريل 2007م، منشور في:

- النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى، العدد 19، الصادرة سنة 2008م، ص: 11.

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

المدعى به يجعل قضاءها مشوبا بالقصور، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الجزائرية في أحد قراراتها، حيث جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يمكن طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا... والمجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات، لاهي مزوجة ولا هي مطلقة... فإن القضاء كما حكموا طبقوا صحيح القانون..."¹⁵³.

كما أن المجلس الأعلى نفسه أقر بمجموعة من القواعد، لعل أهمها أن الضرر المبرر للتطليق هو الذي يصدر من الزوج ويكون له دخل فيه، أما الذي لا يد للزوج فيه فلا يبرر التطليق، وهذا التوجه هو الذي سبق لنفس المجلس أن أقره في أحد قراراته التي جاء فيها: "إن من شروط الضرر المبرر للتطليق هو الذي يكون صادر من الزوج، أما الضرر الذي لا يد له فيه فلا تنفصل به العلاقة الزوجية طالما أنه لم يصدر عنه ما يسيء للزوجة من ضرب أو أذى"¹⁵⁴.

والرأي فيما نعتقد أن توجه المجلس الأعلى في هذا المقام صائب في تجلياته، وسندنا في ذلك أن المشرع المغربي أقر في المادة 99 من المدونة عبارة "كل تصرف من الزوج" بمعنى أن الضرر المبرر للتطليق هو الصادر من الزوج بأفعال أو أقوال، أما الضرر الذي لحق الزوجة ولا دخل للزوج في حدوثه فمن البديهي أنه لا يستوجب التطليق من أجله، شريطة أن لا يكون متصلا به بكيفية مباشرة أو غير مباشرة، فإن تعرضت الزوجة للضرب أو الإهانة أمام زوجها، مع قدرت هذا الأخير على إيقاف ذلك الفعل، ولم يتدخل ولم يبيد أي رد فعل لحماية زوجيته، فإن هذا الفعل يعتبر كأنه صادر من الزوج حتى ولو لم يتم بيديه.

¹⁵³- قرار صادر عن محكمة النقض الجزائرية في الملف رقم 75588 الصادر بتاريخ 1993/04/27، مشار إليه في المجلة القضائية الجزائرية، العدد الثاني، سنة 1994.

¹⁵⁴- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 976 الصادر بتاريخ 2000/10/18 في الملف عدد 635/2/2/95، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 57 و 58، ص: 77 وما يليها.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

كذلك نجد المجلس الأعلى يقر في العديد قراراته تركية طلب الزوجة بتطبيقها للضرر عطفًا على الضرب اللاحق بها¹⁵⁵، وكذا الاتهام بالزنا حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى ما نصه: "اتهام الزوج زوجته بالزنا مبرر للتطبيق"¹⁵⁶ وغيرها من الأفعال الشائنة التي يرتكبها الزوج في حق زوجته وعدم اكتراثه بها وإهماله لها.

المبحث الثاني: وسائل وأكباد إثبات الضرر المبرر للتطبيق

يعرف الإثبات كمؤسسة تناولها الفقه الشرعي في مؤلفاته، وأخذ بها المشرع في نصوصه وطبقها القضاء في أحكامه وقراراته على أنه تقديم الدليل أمام القاضي بالطرق الجائزة على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم¹⁵⁷، فلقد عرفه أحد الفقه بأنه "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على وجود واقعة قانونية متنازع فيها"¹⁵⁸ فيما عرفه آخرون بأنه "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها"¹⁵⁹ كما عرفه أحد الباحثين كونه "إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية"¹⁶⁰ وكلمة إثبات تدل على إقامة الدليل على صحة الواقعة التي تستخدم كأساس للحق المدعى به، بواسطة الطرق المسموح بها قانونا¹⁶¹.

وللإثبات في المادة الأسرية خصوصيات¹⁶² تميزه عن باقي المجالات لعل أهمها حرية الإثبات¹⁶³ كقاعدة

عامة، وهذا الأمر هو الذي نستشفه من منطوق النصوص المنظمة للتطبيق للضرر، بالخصوص في المادة 100

¹⁵⁵- قرار صادر عن المجلس الأعلى في الملف عدد 2004/1/2/542، الصادر بتاريخ 2005/02/23، والمنشور في: مجلة المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م.س، ص: 139.

¹⁵⁶- قرار صادر عن المجلس الأعلى في الملف عدد 2004/01/12/239، بتاريخ 2005/02/23، والمشار إليه في: المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م.س، ص: 139.

¹⁵⁷- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المادة المدنية والتجارية، دار الهدى، مليلية، الجزائر، طبعة 2009م، ص: 6.

¹⁵⁸- إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، القواعد العامة لوسائل الإثبات، (د.ذ.مط)، الطبعة الأولى، 1977م، ص: 5.

¹⁵⁹- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجز الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، م.س، ص: 19.

¹⁶⁰- سليمان مرقش، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، الطبعة الخامسة، 1991م، ص: 1.

¹⁶¹- فروق موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، موسم 2014/2013م، ص: 16.

¹⁶²- أورد الأستاذ عادل حامدي تسعة خصوصيات للإثبات في المادة الأسرية للإطلاع على تفاصيلها، يراجع إلى:

- عادل حامدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي، م.س، ص: من 175 إلى 178.

¹⁶³- حرية الإثبات تعني "مبدأ يطلق للقاضي أن يستمد اقتناعه من أي دليل لا يقيد القانون باستمداد اقتناعه من دليل أو أدلة معينة"

- معجم القانون، مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1999م، ص: 331.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

من المدونة التي وردة فيها عبارة "تثبت وقائع الضرر بجميع وسائل الإثبات" فالمشرع اكتفى بإعطاء نموذج لهذه الوسائل الممثلة في شهادة الشهود، ليحيل الأمر ضمناً على القواعد العامة سواء الموضوعية¹⁶⁴ أو الإجرائية¹⁶⁵. وما دام المشرع المغربي يقر بحرية الإثبات بخصوص مسألة الضرر الحاصل، فهذا يعني أن هناك وسائل كثيرة ومتعددة يمكن للزوجة الركون إليها لإثبات ما تعرضت له من أذى، كما يمكن للقاضي أن يأمر بإجراء من الإجراءات يهدف منها تكوين قناعته في النازلة والحكم وفقاً لذلك.

وعليه سنحاول في هذا المبحث فك الغموض ورفع الستار على أهم الوسائل التي قررها المشرع المغربي في المدونة والقواعد العامة لإثبات الضرر المبرر للتطبيق (المطلب الأول) على أن نرجى الحديث بعد ذلك لتلك الوسائل التي قررها فقهاء الشريعة الإسلامية وتلك التي أعملها القضاء في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: وسائل إثبات الضرر المبرر للتطبيق وفقاً للمدونة والقواعد العامة

نص المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 100 من المدونة على حرية الزوجة المتضررة من أفعال وسلوكات زوجها في إثبات الضرر بشتى الوسائل، حيث ورد فيها ما يلي: "تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود، الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة..."

وقد أورد الدليل العملي تعليقا على هذه المادة بقوله: "يثبت الضرر بكل وسائل الإثبات الممكنة كالقرائن وشهادة الشهود الذين يتم الاستماع إليهم من طرف المحكمة في غرفة المشورة، كما يثبت بكل وسائل التحقيق التي تراها المحكمة مفيدة كإجراء البحث والمعاينة والخبرة، وللمحكمة سلطة تقديرية في تقييم الأدلة والحجج المعروضة عليها..."¹⁶⁶.

¹⁶⁴ - ونقصد بقواعد الإثبات الموضوعية تلك الواردة في قانون الالتزامات والعقود في فصله 404.

¹⁶⁵ - وردت مجموعة من الوسائل التي يمكن أن يتم بها الإثبات أمام القضاء في القواعد الإجرائية لقانون المسطرة المدنية في الفصل 55 منها.

¹⁶⁶ - دليل عملي لمدونة الأسرة، م.س، ص: 74.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

من خلال الملاحظة الأولى لهذا النص والتعليق الوارد عليه، بدا لنا توجه المشرع المغربي في اعتماد حرية الإثبات بخصوص التطبيق للضرر، وهو ما سارت عليه بعض التشريعات المقارنة، رغم أنها لم تصرح بواضح العبارة بالوسائل التي يعتمد فيها في إثبات الضرر، ومنها قانون الأسرة الجزائري والمصري والتونسي والموريتاني، حيث اكتفت بعبارة (وثبت الضرر) مما يستشف معه إمكانية إثبات المرأة للضرر بكل وسائل الإثبات وذلك استنادا إلى القاعدة القائلة بأن كل ما لا يمنعه القانون فهو يبيحه.

وحري عن البيان أن وسائل الإثبات التي يمكن إثبات الضرر بواسطتها متعددة ومختلفة، منها تلك التي صرحت بها المدونة بواضح النص - ونعني هنا شهادة¹⁶⁷ الشهود¹⁶⁸ - ومنها تلك المقررة في القواعد العامة الموضوعية كالإقرار¹⁶⁹ واليمين¹⁷⁰ واللفيف¹⁷¹ والقرائن¹⁷²، بالإضافة إلى تلك المبينة في القواعد العامة الإجرائية كمثال إجراء البحث والتحقيق والخبرة.

وقد وضع المشرع على الزوجة المدعية لإضرار الزوج بها عبء إثبات¹⁷³ ما تدعيه، حتى يستجيب لطلبها وذلك باعتماد أحد الوسائل المعلن عنها فوقه، والتي يطلق عليها غالبا طرق إثبات الالتزام أو الإدعاء¹⁷⁴.

¹⁶⁷ تعرف الشهادة في الشريعة الإسلامية بأنها: "إخبار عن عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على الآخر"

- محمد السيد شريف الجرجاني، معجم التعريفات، م.س، ص: 111.

¹⁶⁸ يقصد بالشهود "رؤية الحق بالحق"

- محمد السيد شريف الجرجاني، معجم التعريفات، م.س، ص: 111.

¹⁶⁹ يعرف الإقرار على أنه مشتق من مادة (قر)، وهو معنى السكون والثبوت، لأن الإقرار يثبت الحق...وفي الاستعمال الفقهي للإقرار هو إثبات الشخص للحق على نفسه أو غيره، واعترافه به، وتمكين الغير من أخذه.

- محمد المصلح، كشاف المصطلحات الفقهية، م.س، ص: 116.

¹⁷⁰ يعرف اليمين كوسيلة من وسائل الإثبات أنه "إشهاد الله على صدق ما يخبر به الحالف"

- معجم القانون، م.س، ص: 176.

¹⁷¹ يقصد بشهادة اللفيف: "شهادة مجموعة من الأفراد بما يعلمون بحكم المجاورة والمخالطة والإطلاع على الأحوال، وهو ليسوا منتصبين للإشهاد بين الناس، لهذا فلا تشترط فيهم العدالة" للمزيد من الإيضاح حول شهادة اللفيف يراجع إلى:

- محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثوقين والمحركات الصادرة عنهم، دراسة على ضوء التوثيق العدلي والتوثيق العصري، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2008م، ص 141 وما يليها.

¹⁷² تعرف القرائن بأنها: "هي استنباط أمر غير ثابت مجهول من أمر ثابت معلوم"

- عامر ياسين وبلعجال محمد، أدلة الإثبات في المواد المدنية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة الدكتور يحيى فارس المدينة، الجزائر، موسم 2013/2014م، ص: 42.

¹⁷³ يقصد بعبء الإثبات "ذلك التكليف لأحد أطراف في الدعوى بإقامة الدليل على ما يدعيه" للتوسع أكثر حول هذا المفهوم، يراجع إلى:

- هدى زوزو، عبء الإثبات في المادة المدنية والجزائية، مقال منشور بمجلة المفكر، العدد السادس، ص: 157 وما يليها.

¹⁷⁴ للمزيد من المعارف حول طرق الإثبات، ينظر إلى:

- رشيد العراقي، طرق إثبات الالتزام، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، المعهد الوطني للدراسات القضائية، العدد 30، أكتوبر 1995م، ص: 2 وما يليها.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى فقرتين، نخصص (الفقرة الأولى) للحديث عن إثبات الضرر بشهادة الشهود والإقرار والقرائن، في حين سنتناول في (الفقرة الثانية) لإثبات الضرر بالخبرة واليمين والأبحاث.

الفقرة الأولى: إثبات الضرر بشهادة الشهود، الإقرار والقرائن

لم يجعل المشرع في ظل نصوص المدونة وبالأخص تلك التي تقر بسبل إثبات الضرر إثباتا مقيد، بل نص على إطلاقيته¹⁷⁵، وذلك تحقيقا لمساعي نبيلة¹⁷⁶، وتجاوزا لبعض الإشكالات المطروحة، لعل أهمها بقاء الزوجة في حياة لا تطاق.

فتخفيفا للعبء ومساعدة لأرباب الحقوق على اقتضاء حقوقهم بأيسر السبل، تم التنصيص على إمكانية إثبات الضرر بشتى الوسائل لعل أهمها وأكثرها شيوعا شهادة الشهود (أولا) ثم هناك الإقرار والقرائن (ثانيا).

أولا: إثبات الضرر المبرر للتطبيق بشهادة الشهود

إن أهم وسيلة لإثبات الوقائع أمام القضاء تتمثل في شهادة الشهود¹⁷⁷ ويمكن تعريفها كونها إخبار الإنسان بحق لغيره على غيره¹⁷⁸، حيث أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية بضرورة توفر شروط بعينها في الشهود وهي:

أ) العقل.

ب) البلوغ.

¹⁷⁵ وهذا الأمر نلمسه بصريح عبارة "بجميع وسائل الإثبات" الواردة في المادة 100 من المدونة.

¹⁷⁶ في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة وبالضبط في الفصل 56 منها لم تكن تنص بصريح العبارة على الوسائل التي يمكن من خلالها للزوجة أن تثبت بها الضرر، وما جاءت به المدونة بهذا الخصوص أمر يحسب لها.

¹⁷⁷ كريشنا فاسيديف، شهادة الشهود وطرق الإدلاء بها، دار الهلال، بيروت، الطبعة الأولى، 1993م، ص: 9.

¹⁷⁸ جواد أبو زيد، الإثبات في مدونة الأسرة والعمل القضائي (الخطية، النسب، التطبيق للضرر، النفقة نموذجاً)، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير، موسم 2016/2015م، ص: 89.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

ت) سماعهم - إضرار الزوج بزوجه والعلم بأسباب هذا الضرر -

ج) الحرية، وهو قول الأحناف والحنابلة والشافعية¹⁷⁹.

وقد عمدت المدونة إلى الإفصاح بأن الضرر يمكن إثباته بشهادة الشهود¹⁸⁰ في المادة 100 منها والتي جاء فيها: " تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود، الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة.".

فإفصاح المدونة في هذه المادة بأن الضرر يثبت بشهادة الشهود رغم أنها أوردتها على سبيل المثال دليل على أهميتها، وكونها الوسيلة اليسيرة التي قد تجدها الزوجة في المتناول لكي تثبت ما تعرضت له من أذى، خصوصا والمعلوم أن غالبية الضرر الذي يلحقها يكون داخل أسوار المنزل.

فشهادة الشهود في هذا المنوال لها إذن أهمية كبيرة، تأخذ بها معظم التشريعات العربية¹⁸¹ وفي حقها قال

الناظم¹⁸²:

ويثبت الضرر بالشهود أو سماع داع في الوجود

¹⁷⁹- جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2004م، ص: 70.

¹⁸⁰- la preuve testimoniale : est celle que résulte des dispositions faites au cours d'une enquête ; par des personnes appelées : témoins.

- Abdelouahed Nadifi, Précis De Terminologie Juridique, Imprimerie Papeterie El Lwataniya, Marrakech, Edition Octobre, 2013, Page : 27.

¹⁸¹- كما الشأن في ذلك القانون الجزائري، للمزيد من الإيضاح حول هذا الأمر يراجع إلى:

- عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، سنة 2006م، ص: 113 وما يليها.

¹⁸² أبو بكر عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، م.س ، ص: 44.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فلا شك أن شهادة الشهود أو ما يسمى بالبيئة¹⁸³ عند بعض التشريعات المقارنة تتبوأ مركز الصدارة في

إثبات الضرر الذي يلحق الزوجة، وفيها يقول رب العزة: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آيَةً

قُلُوبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾¹⁸⁴، فأهمية أداء الشهادة وعدم كتمانها دليل على رفعة شأنها وعظمة أجرها.

فالشهادة إما أن تكون قطعية وإما أن تكون شهادة سماع، فالشهادة القطعية هي التي يستند فيها الشاهد إلى مصدر غير مسموع بين الناس، وهو علمه الشخصي القطعي، لأن الدليل الضني لا يفيد اليقين، وقد عمل بها الفقهاء المسلمون لقوتها¹⁸⁵، أما شهادة السماع فهي التي يعتمد فيها الشاهد على سماعه على طول صحة الزوجين وقرينة صبر أحدهما على سوء عشرة الآخر¹⁸⁶.

والشهادة لها خصائص عددها أحد الباحثين¹⁸⁷ في أربعة وهي:

(أ) أنها حجة قطعية وليست ملزمة.

(ب) أنها حجة غير قاطعة.

(ت) أنها حجة متعددة.

(ج) أنها دليل مقيد.

وتختلف شهادة الشهود على اللفيف، حيث الأولى يمكن أن يؤديها شخصان أو ثلاثة بعينهم أو بأكثر من

ذلك، على خلاف اللفيف الذي يجب أن يتوفر على اثني عشر (12) شخصا يشهدون أمام القضاء أو أمام العدول على صحة واقعة من عدمها.

¹⁸³ - للبيئة معنيان : الأول معنى خاص ويقصد به شهادة الشهود، والمعنى الثاني عام يراد به الدليل أي كان، كمثال قاعدة " البيئة على المدعي واليمين على من أنكر " فهنا نقصد البيئة بمفهومها العام.

¹⁸⁴ - سورة البقرة، الآية: 283.

¹⁸⁵ - محمد كفيل، الإثبات في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2006/2007م، ص: 78.

¹⁸⁶ - هشام الريسوني، التطبيق للضرر في القانون المغربي والمقارن، رسالة مقدمة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الدراسي 2005/2006م، ص: 128.

¹⁸⁷ - جواد أبو زيد، الإثبات في مدونة الأسرة والعمل القضائي، م.س ، ص: 90 و 91.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فإذا كان إثبات الضرر الحاصل للزوجة يكون من اليسير بما كان إثباته بشهادة الشهود كالجيران والأقارب، فإن إثباته بشهادة اللفي أمر تعجيزي على الزوجة القيام به، فكيف لها أن تجمع اثني عشر (12) شاهدا وتذهب بهم إلى المحكمة لكي يقولون قولا واحدا، ويؤكدوا إضرار الزوج بزوجته واستحالة استمرار العشرة بينهما. كذلك ما يلاحظ في هذه الفترة تشدد القضاء المغربي في الأخذ بهذه الوسيلة - شهادة اللفي - حيث صعوبة إيجاد اثني عشر شاهدا يشهدون بوقوع الضرر الذي تدعيه الزوجة، خاصة وأن هناك أضرار لا يمكن للغير الإطلاع عليها¹⁸⁸.

لكن الذي تجب الإشارة إليه أن القضاء باشتراطه تكرار الضرر قد أدى إلى تعجيز الزوجة الراغبة في الحصول على حكم التطلق، فكما هو معلوم أن الحياة الزوجية تتميز بالخصوصيات والكتمان أسرار الزوجين، وذلك فمن النادر أن يصل الضرر إلى حد السماع الفاشي، وبالتالي يصعب على المرأة إيجاد اثني عشر شاهدا من الجيران ليشهدوا لفائدتها الضرر الذي تزعمه¹⁸⁹.

ونرى بخصوص إعمال الشهادة كوسيلة إثبات أنه فيه نوع من التيسير التشريعي للزوجة، خصوصا وأن المشرع أقر بعبارة "شهادة الشهود" دون تحديد لعدد معين، مما يعني معه أن الزوجة قد تستعين بشاهد واحد أو اثنين لكي تثبت ضررها وهو أمر يحسب للمشرع، رغم أننا نؤاخذ على اعتماد شهادة اللفي العديد من السلبيات أهمها أن هذه الأخيرة يكون فيها إثبات الضرر صعب التحقق لأنه من الصعب بما كان أن تجد الزوجة لفيها يشهدون لها بالضرر الحاصل¹⁹⁰، وحتى وإن وجدته فالقضاء المغربي يتشدد في الأخذ بشهادتهم، ونؤيد هذا التوجه الأخير حيث ما نراه في أيامنا هذه ركون بعض الأشخاص أمام المحاكم، حيث اتخذوا من شهادة الزور

¹⁸⁸ خديجة البوسالي، الإثبات في قضايا الأسرية بين النص القانوني والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، وحدة الأسرة والتنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية والاقتصادية، جامعة المولى إسماعيل، مكناس، الموسم الدراسي 2010/2011م، ص: 91 و 92.

¹⁸⁹ خديجة البوسالي، الإثبات في قضايا الأسرية بين النص القانوني والاجتهاد القضائي، م.س، ص: 92.

¹⁹⁰ للمزيد من الإيضاح حول الإشكاليات التي تثيرها شهادة اللفي بخصوص إثبات الضرر، يراجع في ذلك إلى:

- زهور الحر، قراءة في قرارات المجلس الأعلى المتعلقة بقضايا التطلق "التطبيق للضرر نموذجا" مداخلة ملقاة في ندوة قضاء الأسرة بمكناس، يومي 8 و 9، بتاريخ 2007/03/19م، مطبعة الأمنية، الرباط، ص: 136 وما يليها.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

حرفة لهم فغالبا ما نجد شاهدا يشهد مرة أو أكثر في المحكمة كل يوم، فضعف الوازع الديني والأخلاقي أفرغ شهادة اللفيف من محتواها.

نردف إلى القول أن المشرع أقر بأن الشهادة التي يدلي بها الشهود والتي تثبت الضرر الحاصل تتم في غرفة المشورة، وذلك إيمانا منه بضرورة الحفاظ على خبايا وأسرار العلاقة الزوجية، والستر على تفاصيلها ونقائصها. لكن قد تطرح إشكالية بخصوص أعمال شهادة الشهود كوسيلة للإثبات، حيث قد تتقدم الزوجة بشهود يشبثون الضرر الحاصل بأقوالهم، في المقابل يتقدم الزوج بشهود آخرين ينفون ما تدعيه الزوجة حيث نصبح أمام تضارب الشهادة هنا، لكن إجابة على هذه الإشكالية في نظرنا لن يكون إلى بإعمال القاعدة المقررة التي مفادها " أن شهود الإثبات مقدمون على شهود النفي".

ثانيا: إثبات الضرر المبرر للتطبيق بالإقرار والقرائن

أحال المشرع المغربي ضمينا على القواعد العامة للإثبات الواردة في الفصل 404 من ق.ل.ع عند تنصيبه في المادة 100 من المدونة أن الضرر يثبت بجميع وسائل الإثبات، حيث نص الفصل 404 من ق.ل.ع على أنه: " وسائل الإثبات التي يقرها القانون هي:

1 - إقرار الخصم؛...

4 - القرينة؛..."

فقد جعل المشرع إقرار الخصم والقرائن من الوسائل التي تثبت بها الالتزامات، وبها كذلك يمكن للزوجة إثبات الضرر الحاصل لها والمبرر للتطبيق.

وعليه سنتناول بالدراسة والتحليل عنصر الإقرار وحجته في إثبات الضرر المبرر للتطبيق (1) على أن نرجئ

الحديث بعدها لعنصر القرائن ودورها في إثبات الأذى المبرر للتطبيق (2).

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

1- الإقرار وحجته في إثبات الضرر المبرر للتطبيق

إن الضرر الموجب لإثباته بالإقرار والذي يخول فك العصمة بسببه هو ما لا يجوز القيام به شرعا في الحياة الزوجية، باعتبار أن غايتها المودة والرحمة ومن مقاصدها التناسل وتكوين الأسرة، ومن أمثلته على سبيل الحصر: سب الزوجة وسب أبيها بالألفاظ الدائرة على ألسنة الناس، وكل ما هو معتبر شرعا¹⁹¹.

فالإقرار في اللغة يراد به: الاعتراف¹⁹²، أي اعتراف شخص بحق عليه للأخر قصد ترتيب حق في ذمته وإعفاء الآخر من إثباته¹⁹³، أما بخصوص مشروعيته فهو ثابت بالكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول¹⁹⁴، فقد أورد الإمام ابن الملقن قاعدة مفادها " أصل ما أنبأ عليه الإقرار: أن أستعمل اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبة"¹⁹⁵.

ومن هنا فالإقرار هو وسيلة من وسائل الإثبات¹⁹⁶، التي يمكن للزوجة أن تعتمد عليها أمام القضاء، وذلك بدفع زوجها للاعتراف بأنه يؤديها وبذيقها مرارة لا تطاق داخل بيت الزوجية أو خارجه.

فإقدام الزوج على الإقرار بما تدعيه زوجته يكون ذلك مبررا قويا للاستجابة لطلبها بالتطبيق للضرر، حيث هناك قاعدة مشهورة مفادها أن "الإقرار سيد الأدلة" وهو ما أكدته محكمة النقض السورية في أحد قراراتها، والذي جاء فيه: "الإقرار في المسائل المدنية هو سيد الأدلة، وهو حجة ملزمة على المقر"¹⁹⁷.

¹⁹¹- عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006/2007م، ص: 119.

¹⁹²- أبي عبد الله محمد الفاسي، الإتيان والأحكام شرح تحفة الأحكام، الجزء الثاني، دار الحديث، القاهرة، (د.ب.ط)، 2011م، ص: 420.

¹⁹³- جواد أبو زيد، الإثبات في مدونة الأسرة والعمل القضائي، م.س، ص: 94.

¹⁹⁴- علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الرابع، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 2003م، ص: 83.

¹⁹⁵- ابن الملقن، قواعد ابن الملقن أو الأشباه والنظائر في قواعد الفقه، م.س، ص: 628.

¹⁹⁶- اعتبار الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات هو نفسه توجه العديد من التشريعات المقارنة ونعطي مثالا بالتشريع الجزائري، حيث نص المشرع على هذه الوسيلة في المادتين 103 و 104 من قانون الإثبات الجزائري في المادة المدنية والتجارية رقم 25 لسنة 1968.

¹⁹⁷- قرار صادر عن محكمة النقض السورية عدد 877/2005 في القضية 553 بتاريخ 2005/06/28م، مشار إليه في:

- مجلة المحامون السورية، العدد 5 و 6، أيار وحزيران، سنة 2006م.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فالتنصيص على الإقرار كوسيلة من وسائل الإثبات¹⁹⁸ يؤدي حتما بمجرد حدوثه إلى الفصل في النزاع لفائدة من صدر الإقرار في مصلحته، وكما أسلفنا بأن المدونة أحالت ضمينا على الإقرار الوارد في القواعد العامة وهذا الأمر من تجليات انفتاحها على مختلف فروع القانون¹⁹⁹ التي غالبا ما تكون على اتصال بقانون الأسرة.

لكن قد يطرح إشكال في هذا الصدد مفاده قيمة إقرار الصادرة من الزوج ناقص الأهلية بسبب عته أو نقصان في قواه العقلية، ففي هذا الصدد نسير إلى توجه عدم الاعتداد بهذا، لأن الإقرار يجب أن يصدر عن حرية واختيار وإرادة، فمادام الزوج في هذه الحالة فقيمة إقراره ناقصة إلى منعدمة، مما يكون معه الأمر الذي نسير إليه عدم الاستجابة لطلب التطبيق للضرر اعتمادا على إقرار الزوج ناقص الأهلية لسبب عته أو مرض ذهني.

2 - إثم الضرر المبرر للتطبيق بالقرائن

تعرف القرينة بأنها "استخلاص مجهول من معلوم، وهي دليل إثبات وإن يكن ضعيفا، وتقدير قيمتها من شأن قاضي الموضوع"²⁰⁰ وقد عرفها أصحاب القانون بأنها " دليل يقوم على استنباط أمر مجهول من أمر معلوم، فعناصر القرينة ثلاثة:

الأول: أمر مجهول: وهو الأمر أو الواقعة المراد إثباتها.

الثاني: أمر معلوم: هو الذي تقوم عليه القرينة، ويطلق عليه الفقه القانوني الأمانة

الثالث: استخلاص الأمر المجهول من الأمر المعلوم يفيد قيام الأمر المجهول"²⁰¹.

¹⁹⁸ - للمزيد من الإيضاح حول الإقرار كوسيلة من وسائل الإثبات يراجع إلى:

- عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998م، ص: 524 وما يليها.

¹⁹⁹ - لمعرفة المزيد حول انفتاح المدونة على بعض فروع القانون كالشأن في ذلك القانون المدني، ينظر إلى:

- لوبنة أكرير، مدى انفتاح مدونة الأسرة على القانون المدني، دراسة مقارنة مع الفقه المالكي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2008/2007م، ص: 11 وما يليها.

²⁰⁰ - معجم القانون، م.س، ص: 332.

²⁰¹ - إبراهيم بن محمد الفانز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مكتبة أسامة، الرياض، الطبعة الثانية، 1983م، ص: 64.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

وقد عرف أحد الباحثين القرائن على أنها " ما يستنتجه القانون أو القاضي من واقعة معلومة ليطبقه على واقعة مجهولة، والقرائن على نوعين: قرائن مقررة من طرف القانون، وهي تسمى بالقرائن القانونية لم يقررها القانون وهي نسميها القرائن القضائية"²⁰² وهو بالتقريب نفس التعريف الذي أورده المشرع في قانون الالتزامات والعقود²⁰³، وهو نفس توجه المشرع الفرنسي²⁰⁴، ونظيره الجزائري²⁰⁵.

عظما على ما سبق، فالإثبات بالقرائن يقتضي وجود واقعتين إحداهما مجهولة وهي المراد الكشف عنها، والأخرى يتوصل عنها عن طريق الاستنباط لإثبات الواقعة الأولى مع ضرورة وجود الصلة القوية بين الأمر الظاهر وبين القرينة التي أخذت منه²⁰⁶.

ونعطي هنا مثالا للإثبات بالقرائن في هذا الصدد بالزوجة التي تدعي أن زوجها دائما ما يكون في حالة سكر طافح وأنه يضر بها وهو في هذه الحالة، وليست لها بينة على كلامها، فثبوت للقاضي بأن الزوج يقيل إلى أنصاف الليل في الملاهي الليلية قرينة بأنه يتناول الخمر ولا يدخل البيت إلا متأخرا وهو ما يستشف منه صحة إدعاء الزوجة، فيستجيب لطالبها بالتطبيق للضرر.

ونرى في هذا الصدد أن منح الحق للزوجة لإثبات الضرر بكل حرية، باعتماد مجموعة من الوسائل لعل أهمها القرائن فيه نوع من التيسير عليها لتخليصها من زوجية أصبحت لا تؤدي الدور المنوط بها داخل صرح المجتمع.

الفقرة الثانية: إثبات الضرر الحاصل باليمين والأبصار والخبرة

²⁰² عبد الواحد النظيفي، المختصر في المصطلحات القانونية، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، طبعة أكتوبر، 2013م، ص: 29.

²⁰³ نص المشرع في الفصل 449 من ق.ل.ع على أنه: "القرائن دلائل يستخلص منها القانون أو القاضي وجود وقائع مجهولة"

²⁰⁴ عرف المشرع الفرنسي، القرائن في المادة 134 من القانون المدني على أنها: "عبارة عن نتائج يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة"

²⁰⁵ تطرق المشرع الجزائري للقرائن كوسيلة من وسائل الإثبات في المادتين 99 و 100 من قانون الإثبات في المادة المدنية والتجارية رقم 25 لسنة 1968.

²⁰⁶ جواد بو زيد، الإثبات في مدونة الأسرة والعمل القضائي، م.س، ص: 99.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

كثيرا ما يلجأ القاضي لأجل تكوين قناعه في نازلة من النوازل إلى الأمر بإجراء من الإجراءات التي تكون لديه هذه القناعة، وهو الأمر نفسه كذلك بخصوص الضرر الحاصل بالزوجة، حيث يأمر القاضي المكلف بالبت في الملف بأداء اليمين²⁰⁷ من قبل الأطراف سواء اليمين الحاسمة²⁰⁸ أو المتممة²⁰⁹، كما قد يلجأ إلى انتداب خبراء لإجراء خبرة²¹⁰ فنية إلى غيرها من الإجراءات التي يكون الأساس منها هو حسن سير العدالة. وعليه، سنتناول في هذه الفقرة إثبات الضرر الحاصل للزوجة باليمين (أولا) ثم نتقل بعدها للحديث عن الإثبات الذي يتم بواسطة الخبرة والأبحاث القضائية (ثانيا).

أولاً - إثبات الضرر الحاصل للزوجة باليمين

نص المشرع في الفصل 404 من ق.ل.ع على أنه: "وسائل الإثبات التي يقرها القانون هي:

5... (5) اليمين والنكول عنها"

انطلاقا من نص القانون هذا، نجد المشرع المغربي اعتبر اليمين وسيلة من وسائل الإثبات التي بموجبها يقوم القاضي بتوجيهها للأطراف وتأسيسا على نتائجها يكون قناعته ويحكم وفقا لذلك. فاليمين في الاصطلاح الفقهي يستعمل للدلالة على معنيين: أولهما: الحلف بالله أو بصفة من صفاته على نفي شيء أو إثبات. وثانيها التزام أمر غير مقصود به الطاعة، ولا يحتاج إلى قبول، معلق تنجيه على أمر آخر²¹¹،

²⁰⁷ اليمين في اللغة: القوة. وفي الشرع: تقوية أحد طرفي في الخبر بذكر الله تعالى أو التعليق، فاليمين بغير الله ذكر الشرط والجزاء حتى ولو حلف أنه لا يحلف.

- محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، م.س، ص: 218.

²⁰⁸ يقصد باليمين الحاسمة: "يمين توجه لأحد الخصمين في دعوى إلى الآخر بقصد حسم النزاع، فيترتب على حلفها أو النكول عنها الفصل في النزاع لمصلحة الحالف أو ضد الناكل".

- معجم القانون، م.س، ص: 157.

²⁰⁹ اليمين المتممة: يمين توجه جوازا إلى أحد الخصوم من القاضي بقصد تكميل اقتناعه.

- معجم القانون، م.س، ص: 157.

²¹⁰ الخبرة تعني: "رأي فني صادر عن شخص مختص في شأن مسألة فنية يتوقف عليها الفصل في الدعوى، والخبرة دليل إثبات، ورأي الخبير غير إلزامي للمحكمة.

- معجم القانون، م.س، ص: 335.

²¹¹ محمد المصلح، كشاف المصطلحات الفقهية، م.س، ص: 222.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

وفي ذلك قال تعالى: ﴿لَا يُوَافِقُكُمْ اللَّهُ بِاللُّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُوَافِقُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾²¹²، وجاء في الحديث الشريف عن ابن عمر رضي عنه: ﴿أَدْرَكَ عَمْرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي رُكْبَةٍ وَهُوَ يَحْلِفُ بِأَيْهِ فَنَادَاهُمُ الرَّسُولُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَلَا إِنَّ لِلَّهِ عِزَّ وَجَلَّ نَهَاكُمْ أَنْ تَحْلِفُوا بِأَبَائِكُمْ فَمَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْمِتْ﴾²¹³.

وقد أخذ المشرع ضمناً باليمين كوسيلة لإثبات الضرر الحاصل للزوجة، وهو الأمر الذي سارت عليه معظم التشريعات العربية المقارنة²¹⁴، حيث إن القاضي بخصوص اليمين الحاسمة عندما تدعي الزوجة إضرار زوجها بها وليست لها بينة، فالقاضي هنا يأمرها بأداء اليمين بأنه يضرها ويؤذيها، وأن الضرر الذي لحق بها أصبحت معه الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار، فعندما تؤذيها يوجهها القاضي كذلك للزوج، ونكون هنا أمام فرضيتين؛

– الفرضية الأولى، امتناع الزوج عن أداء اليمين التي وجهها له القاضي وهو بمثابة دليل على صحة ما تدعيه الزوجة، حيث القاضي في هذا المقام يحكم وفق لطلبها.

– أما الفرضية الثانية، هي أداء الزوجة اليمين وأداء الزوج كذلك لها حيث في هذه الحالة يبحث القاضي على بدائل أخرى لكي يؤسس عليها ما سيحكم به.

تم هناك اليمين المتممة حيث يوجهها القاضي جوازاً إلى الزوجة لكي يتم اقتناعه، ويحكم وفقاً لطلبها، كما لو ادعت الزوجة إضرار زوجها بها، وعمدت لإثبات ذلك بشهادة شاهد واحد، فبعدما يسمع له القاضي في

²¹² سورة البقرة، الآية 225.

²¹³ مسند أحمد بن حنبل، المجلد الأول.

²¹⁴ ومن أهم هذه التشريعات، قانون الإثبات الجزائري في مواد من 114 إلى 130، وكذا القانون المدني التونسي في مواد من 492 إلى 512.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

غرفة المشورة يمكن لأجل تميم اقتناعه أن يأمر الزوجة بأداء اليمين المتممة، حيث بمجرد أدائها يحكم وفقا لطلبها.

وحسب رأينا في هذا الصدد أنه ليس في كل الأحوال تكون الزوجة محقة في دعواها الرامية إلى التطبيق للضرر، فقد ترغب في الانتقام من زوجها عن طريق الزج به في دهاليز المحاكم، فترفع ضده دعوى التطبيق للضرر انتقاما وبدون أي موجب حق، وقد لا يكون أمامها بيئة تستند عليها إلى أداء اليمين، وفي هذا الخصوص نرى بأنه لا يجب التوسع في الأخذ باليمين كوسيلة إثبات في المسائل الأسرية التي تتسم بالحساسية، وسندنا في ذلك أن الحلف بالله وبغيره أصبح من المسائل التي يتم العبث بها نتيجة ضعف الوازع الديني والأخلاقي، فالزوجة يمكن أن تحلف بالله جهد أيمانها أن زوجها يضر بها، والواقع أن العكس هو الصحيح، ونحن نعلم أن اليمين خصوصا الحاسمة لها خطورة على استقرار العلاقات الأسرية، حيث إن ادعاء الزوجة للضرر وأداء اليمين الحاسمة أمام القضاء على وقوعه، يؤدي حتما إلى الاستجابة لطلبها، وفي هذا المنحى جاء قرار لمحكمة النقض السورية مفاده أن: "اليمين الحاسمة تحسم النزاع وتفيد التنازل عما سواها من البينات"²¹⁵.

ثانيا- إثبات الضرر بالخبرة والأبحاث القضائية

كما هو معلوم، فالمشرع لم يتناول بالدراسة والتحليل مسألة الخبرة القضائية في قواعد الموضوع، بل نضمها في قانون الشكل الممثل في قانون المسطرة المدنية²¹⁶، وخصوصا في الباب الثالث المعنون بإجراءات التحقيق، فقد جاء في الفصل 55 من نفس القانون ما نصه: "يمكن للقاضي بناء على طلب الأطراف أو أحدهم أو تلقائيا

²¹⁵- قرار صادر عن محكمة النقض السورية عدد 685 في القضية رقم 543 الصادر بتاريخ 2005/05/23م، مشار إليه في مجلة المحامون السورية، العدد 5 و 6، م.س.

²¹⁶- قانون المسطرة المدنية الصادر بموجب الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

أن يأمر قبل البت في جوهر الدعوى بإجراء خبرة أو وقوف على عين المكان أو بحث أو تحقيق خطوط أو أي إجراء آخر من إجراءات التحقيق.

يمكن لممثل النيابة العامة أن يحضر في كل إجراءات التحقيق التي أمرت بها المحكمة.

فمادامت قواعد الإثبات ليست من النظام العام²¹⁷ إنما وضعت لحماية مصالح الأطراف، فيمكن لهؤلاء اختيار الوسيلة المناسبة لإثبات الدعوى، فبالإضافة إلى قواعد الإثبات المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود فهناك قواعد أخرى منصوص عليها في قانون المسطرة المدنية لعل أهمها الخبرة والأبحاث المنضوية تحت لواء إجراءات التحقيق، حيث حسب النص المومأ إليه أعلاه فيمكن للأطراف مطالبة من المحكمة القيام بأي إجراء من إجراءات التحقيق، ويمكن لها أن تقوم بها تلقائياً وذلك بهدف الوصول للحقيقة.

وعليه، سنتطرق في هذه الوحدة إلى إثبات الضرر بواسطة الخبرة القضائية (1) على أن نتقل بعدها إلى إثباته بواسطة الأبحاث القضائية (2).

1 - إثبات الضرر الحاصل للزوجة بالخبرة القضائية

الخبرة القضائية ليست وسيلة تابعة لوسائل الإثبات القائمة، بل هي وسيلة مستقلة بذاتها لها أحكامها الخاصة تتبوأ مكانة راقية في شتى فروع القانون خاصة، والأسرة على وجه الخصوص، فهي تعتبر من أهم إجراءات التحقيق

²¹⁷ - وهو الأمر الذي سبق لمحكمة النقض السورية أن ذهبت إليه في أحد قراراتها الذي جاء فيه: "قواعد الإثبات ليست من النظام العام لأنها وضعت لحماية الخصوص".
- قرار صادر عن محكمة النقض السورية، عدد 2005/869، في القضية 558 بتاريخ 2005/06/21م، مشار إليه في مجلة المحامون السورية، العدد 5 و 6، م.س .

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

وأكثرها تطبيقاً في العمل القضائي²¹⁸، فالخبرة "لغة تجمع بين معنيين: أولهما الامتحان والاختبار وثانيهما: العلم بالشيء"²¹⁹ مصداقاً لقوله تعالى: "فسئل به خبيراً"²²⁰.

وتعني الخبرة في الاصطلاح القانوني حسب رأي بعض الفقه بأن الواضح من خلال نصوص المسطرة المدنية أن المشرع وإن كان قد نظم جل أحكام الخبرة إلا أنه ترك مهمة تعريفها للفقه والقضاء، وهكذا نجد بعض الفقه قد عرفها على النحو التالي: "هي إجراء من إجراءات التحقيق يلتجئ إليها قضاء الموضوع عادة قصد الحصول على المعلومات الضرورية بواسطة أهل الاختصاص، وذلك من أجل البت في مسائل علمية أم فنية تكون غالباً محل نزاع بين الخصوم في الدعوى، ولا يستطيع أولئك القضاة الإلمام بها والتقرير بشأنها دون الاستعانة بالغير"²²¹.

وتنقسم الخبرة إلى نوعين، خبرة قضائية وهي التي يأمر القاضي بإجرائها في إطار أحد الدعاوى المعروضة عليه، فتدخل ضمن الإجراءات التي يأمر قاضي الموضوع بإجرائها سواء كان قاضي مكلفاً أو قاضياً مقرر، أما النوع الثاني فهي الخبرة الغير القضائية التي لا تتصف بالخبرة القضائية، بمعنى أن القاضي ليس هو من أمر بإجرائها، إنما جاءت نتيجة طلب من أحد الخصوم²²² أو في حالة عرضية وتلقائية²²³.

فبخصوص إثبات الضرر بالخبرة القضائية²²⁴، فالزوجة قد تتعرض لضرر مدقع من طرف زوجها وليست لها وسائل تثبت بها ما حصل لها، حيث تلجأ إلى القضاء وتكتفي بالإدعاء بأن زوجها مثلاً يأتيها من دبرها، وأن ذلك

²¹⁸ - محمد كفيل، الإثبات في مدونة الأسرة، م.س، ص: 101.

²¹⁹ - ابن منظور، لسان العرب، م.س، ص: 266.

²²⁰ - سورة الفرقان، الآية: 59.

²²¹ - محمد الكشور، الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، دراسة مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، 1996م، الطبعة الأولى، 2000م، ص: 13.

²²² - الخبرة الاتفاقية من خلال تسميتها يظهر بأنها اتفاق الخصوم على تعيين خبير وتقدير أتعابه وتحديد مهمته بشكل حيي واتفاقي بينهم.

²²³ - تعرف الخبرة التلقائية كونها التي يطلبها أحد الخصوم تلقائياً من المحكمة لأجل القيام بها، وذلك في شكل مقال أصلي موجه إلى رئيس المحكمة الابتدائية.

²²⁴ - للمزيد من المعلومات حول مركز الخبرة الطبية في قضايا التظليق، ينظر إلى:

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

تسبب لها في أضرار صحية وخيمة، فأمام هذا الأمر فيمكن للقاضي أن ينتدب أحد الخبراء الطبيين لكي يخضع الزوجة لفحوصات طبية لكي يثبت حقيقة وجود اعتداءات من عدمه، فبعد قيام الخبير بما أمره القاضي به، يدلي بتقرير الفحوصات التي أجراها للزوجة، وعلى ضوءها يؤسس القاضي حكمه بالتطبيق من عدمه، فإذا كانت نتائج تقرير الخبير ايجابية وتؤكد وجود اعتداءات من الدبر فالزوجة تكون محقة في ما تطلب من فك عصمتها من زوجها، فيتم الاستجابة لطلبها.

كما أن الزوجة يمكن لها أن تثبت الضرر الحاصل لها استنادا إلى الشواهد الطبية²²⁵، وهو الأمر الذي أخذت به المحكمة الابتدائية بالناظور²²⁶ عندما اعتبرت أن ثبوت الضرر بمقتضى الشواهد الطبية المدلى بها يجعل الزوجة محقة في طلب التطبيق للضرر، وهو عكس ما ذهبت إليه محكمة النقض الجزائية في أحد قراراتها عندما اعتبرت تقديم شهادة طبية وحدها لا تثبت الضرر والحكم بالتطبيق بناء عليها وحدها مخالف للقواعد الشرعية والقانونية²²⁷.

والرأي فيما نعتقد بخصوص أعمال الشواهد الطبية كوسائل لإثبات الضرر المبرر للتطبيق يجب أن لا يتوسع فيه، وأن يتشدد القضاة في الأخذ بها، وسندنا في ذلك أن الشواهد الطبية في هذه الآونة يمكن الحصول عليها بدراهم معدودة تقدم لأحد الأطباء، يشهد من خلالها وقوع الضرر رغم عدم وقوعه، وذلك راجع إلى رغبة القائمين

- حفصة الوهابي، مركز الخبرة الطبية في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2006/2005م، ص: 64 وما يليها.

²²⁵ للاستزاد ومعرفة المزيد حول الشهادة الطبية، والقيمة الإثباتية لها، يراجع إلى:

- عادل العشابي، الشهادة الطبية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، الموسم الدراسي 2002/2001م، ص: 91 وما يليها.

²²⁶ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور عدد 128 بتاريخ 02/02/2000 في الملف عدد 47/99، مشار إليه في:

- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 115.

²²⁷ قرار صادر عن محكمة النقض الجزائية في الملف رقم 52278 الصادر بتاريخ 1989/01/02م، مشار إليه في الموقع الإلكتروني

www.boibidi.blogspot.com تاريخ الاطلاع 2017/02/23 على الساعة 17:30.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

على قطاع الصحة في الربح السريع حتى ولو استدعى ذلك أعمال الزور في الشواهد الطبية المقدمة من طرفهم، وتغيبهم للضمير المهني والأخلاقي، مما يجعل هذه الشهادة في أحيان كثيرة تفقد مصداقيتها.

2- إثبات الضرر بواسطة الأبحاث القضائية

لقد تطرقنا في سالف بحثنا هذا لإثبات الضرر اللاحق بالزوجة بشهادة الشهود المنصوص عليها في القواعد العامة الموضوعية²²⁸، لكن ليس فقط قانون الالتزامات والعقود من تناول بالدراسة هذه الوسيلة الشائعة للإثبات، بل تطرقت لها القواعد العامة الإجرائية كذلك، وهو ما أطلق عليها المشرع بتسمية الأبحاث، أي من الفصل 71 إلى الفصل 84 من ق.م.م.²²⁹.

حيث نص المشرع في الفصل 71 من ق.م.م على أنه: "يجوز الأمر بالبحث في شأن الوقائع التي يمكن معاينتها من طرف الشهود والتي يبدو الثبوت منها مقبولا ومفيدا في تحقيق الدعوى".

انطلاقا من الفصل أعلاه يتضح أن القاضي المكلف أو القاضي المقرر حسب الأحوال يمكنه أن يأمر بإجراء البحث في واقعة يرى أنها مفيدة لسير العدالة في مجراها الصحيح، وهذا الأمر الذي قد يتخذة يكون إما بصفة تلقائية أو بناء على طلب من أحد أطراف الخصومة .

ففيما يخص أمر القاضي الذي ينظر في ملف الدعوى بإجراء بحث بصفة تلقائية، فهذه الإمكانية تجد مشروعيتها في الفصل 56 من ق.م.م، والذي يعطي للمحكمة كامل السلطة التقديرية للأمر بإجراء البحث كون

²²⁸ وهي التي نص عليها المشرع في الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود.

²²⁹ يعتبر أحد الباحثين أنه: "عند تصفح هذه الفصول مجتمعة يلاحظ أن المشرع يتحدث عن أداء الشهادة. هنا نتساءل ما إذا كان المشرع يهدف في هذا الفرع إلى تنظيم مسطرة أداء الشهادة، فلماذا أسماها بالأبحاث؟ وفي هذا الصدد يرى البعض، أن اختيار مصطلح "البحث" للدلالة على إجراءات الشهادة اختيار غير موفق على اعتبار أن هذا المصطلح لا ينبئ بسهولة على موضوع الإجراء، فضلا عن كونه يختلط مع مصطلح آخر وهو التحقيق لذا كان على المشرع أن يضع عنوان يتناسب والموضوع الذي ينظمه، ونقترح على المشرع استبدال مصطلح "التحقيق" بمصطلح "مسطرة أداء الشهادة" أو "إجراءات الاستماع إلى الشهود".

- محمد كفيل، الإثبات في مدونة الأسرة والعمل القضائي، م.س، ص: 149.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

هذا الإجراء من صميم إجراءات الدعوى²³⁰، فلقد نص المشرع في نفس الفصل على ما يلي: "يأمر القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية شفويا أو برسالة مضمونة من كتابة الضبط - الطرف الذي طلب منه إجراء من إجراءات التحقيق المشار إليها في الفصل 55 أو الأطراف الذين وقع اتفاق بينهم على طلب الإجراء أو تلقائيا - بإيداع مبلغ مسبق يحدده لتسديد صوائر الإجراء المأمور به عدا إذا كان الأطراف أو أحدهم استفاد من المساعدة القضائية".

أما الحالة الثانية التي يكون فيها طلب إجراء الأبحاث ليس من طرف القاضي تلقائيا، بل بطلب من أحد خصوم الدعوى وهي نفسها تجد سندها في الفصل السالف الذكر، وتشكل في الغالب الحالة الأكثر تطبيقا من نظيرتها حيث غالبا ما يطلب الخصوم من القاضي الذي ينظر في الملف إجراء بحث من الأبحاث لأجل تكوين قناعته، ويمكن طلب إجراء هذه الأبحاث سواء قبل النظر في جوهر الدعوى أو أثناءها أو حتى بعد إدخال الملف إلى المداولة أو التأمل، حيث يأمر القاضي بإخراجها منها وبالأمر في إجراء البحث الذي يظهر له كفيلا بإظهار الحق.

فالزوجة المتضررة من زوجها بمجرد ما تتقدم بدعوى التطبيق للضرر إلى المحكمة، فالقاضي المكلف بالبت في ملفها يبحث عن مستندات تثبت ادعاء الزوجة للضرر، حيث يمكن لهذه الأخيرة أن تطلب من القاضي القيام بالأبحاث اللازمة، وعلى رأسها الانتقال إلى منزل الزوجية لمعاينة ما خلفه الزوج به، جراء اعتياده السكر الطافح مثلا، وقد تطلب منه كذلك أن يستمع إلى الجيران كشهود عاينوا أو سمعوا صراخ الزوجة عندما كان زوجها يعتدي

²³⁰ عبد العزيز توفيق، شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 1995م، ص: 205.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

عليها بالضرب، أو مثلاً طلب الزوجة من القاضي أن يعرضها على طبيب لكي يعاين الأضرار الجسدية والكدمات الناتجة عن العنف الذي تلقته من بعلها، والذي أصبحت ترى معه استحالة استمرار العلاقة الزوجية بينهما.

فهذه الوسائل وغيرها يمكن إعمالها للوقوف على جدية طلب الزوجة للفراق من عدمه، حيث حسن فعل المشرع لما ترك الباب مفتوحاً على مصراعيه للزوجة أن تثبت الضرر الحاصل بشتى الوسائل، حيث هذا الأمر فيه نوع من التيسير التشريعي يزيد من الإقدام إلى مؤسسة القضاء للمطالبة بالحقوق والدفاع عن المصالح.

المطلب الثاني: وسائل إثبات الضرر المبرر للتطبيق في الفقه والقضاء

انطلاقاً من قاعدة إثبات الالتزام على مدعيه، والتي أقرت بها القواعد العامة الموضوعية²³¹، فقد كان إثبات الضرر واستخلاصه وتقديره من أعقد ما واجهته الزوجات المغربيات اللواتي سبق لهن أن رفعن دعوى التطبيق للضرر في إطار مدونة الأحوال الشخصية الملغاة للتعنت الذي كثيراً ما كانت تواجه به من طرف القضاء، بل وكانت تصطدم بموقف القضاء الذي كان يؤول النصوص الخاصة بالتطبيق للضرر لصالح الزوج، بل وكان يتمسك بأحكام فقهية أو عبارات توثيقية بعيدة كل البعد عن روح العصر، بل ومتناقضة مع شريعة الله التي تحث على المعاشرة بالمعروف أو الافتراق بإحسان²³².

أما في ظل مدونة الأسرة، فبالإضافة إلى قواعد الإثبات التي قررها القانون في القواعد العامة الموضوعية وحتى الإجرائية، فقد تطرق لها الفقه الإسلامي من قبل، حيث يمكن الأخذ بأحكامها والاستناد عليها من طرف

²³¹ ينص الفصل 399 من ق.ل.ع على ما يلي: "إثبات الالتزام على مدعيه".

²³² محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 212.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

القضاء مادام أن المدونة تحيل صراحة على الفقه المالكي في المادة 400 منها²³³، حيث أصبح القضاء يتعامل بليوننة كبيرة مع دعاوى التطبيق للضرر بخصوص إثباته.

وعليه سننتقل إلى الوسائل الإثباتية التي قررها فقهاء المذاهب الإسلامية (الفقرة الأولى) لنعرج الحديث بعدها بالدراسة والتحليل للوسائل التي يأخذ بها القضاء كأساس لفك عصمة الزوجية، وتلك التي يستبعد منها من ذلك في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إثبات الضرر المبرر للتطبيق في الفقه الإسلامي ووسائله

تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية لوسائل الإثبات في المعاملات المالية والشخصية في مؤلفاتهم، حيث كثيرا ما نقف في هذه الأخيرة على أبواب أو فصول خصصت لهذه الوسائل نظرا لأهميتها كونها تساعد أصحاب الحقوق على اقتضاء حقوقهم، ولعل أهمها شهادة الشهود - البينة بمفهومها العام - تم الإقرار واليمين.

فبخصوص الإثبات بالشهادة فقد ورد في مؤلف الإتيان والأحكام شرح تحفة الأحكام باب كامل يتحدث عن الشهود وأنواع الشهادات وما يتعلق بذلك، فالشهود جمع شاهد،²³⁴ وهو رؤية الحق بالحق²³⁵.

جاء في البهجة في شرح التحفة باب خاص بالشهود، وأنواع الشهادات خمس²³⁶. كما أن لمقدم الشهادة

في الفقه الإسلامي شروط يجب أن تتوفر فيه لخصها الناظم في:

وشاهد صفته المرعية عدالة تيقظ حرية²³⁷

²³³ تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على أنه: "كل ما لم يرد فيه نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف".

²³⁴ أبي عبد الله محمد الفاسي، الإتيان والأحكام، م.ي، ص 120.

²³⁵ محمد السيد شريف الجرجاني، معجم التعريفات، م.س، ص: 111.

²³⁶ عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، م.س، ص: 137.

²³⁷ عبد السلام التسولي، م.س، ص: 137.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

يظهر من هذا البيت أن الشاهد في الفقه الإسلامي يجب أن يتحلى بالعدالة والأهلية والحرية في الاختيار²³⁸،

أما بخصوص إعمال الشهادة كوسيلة إثبات الضرر في الفقه الإسلامي، فقد جاء في تحفة ابن عاصم:

ويثبت الضرر بالشهود أو سماع داع في الوجود

يستفاد من هذا البيت أن إضرار الزوج بزوجه قد يثبت بشهادة الشهود أو بشهادة السماع - وهو المقصود

في البيت أعلاه (...)"أو سماع داع في الوجود) - وفي نفس الاتجاه جاء في مؤلف تبصرت الأحكام في أصول

الأقضية ومناهج الأحكام للعلامة القاضي المالكي برهان الدين ابن فرحون ما نصه " وأما الشهادة بالسماع على

الضرر فإذا شهد به السماع الفاشي من قول النساء وغيرهن من الرجال جاز وكذلك إن شهد شاهد واحد بمعرفة

الضرر وشهد لها بالسماع مع الشهادة بذلك إذ لم يكن عند الزوج فيه مدفع ولا يمين، وعليه قال ابن القاسم

سألت مالك عن شهادة السماع في ذلك فقال لا أرى ذلك يخفى على جيرانها فإن كان إضرار بها مشهورا معروفا

حتى توطأ سماعهم على ظلمه لها في إساءة عشرتها في غير ذنب منها يستوجب به مثل ذلك وشهد على ذلك

النساء العدول أو غيرهن من الرجال على سماعهم من النساء طلقها عليه السلطان²³⁹.

وفي هذا الصدد اعتبر أحد الفقه²⁴⁰ بأن الظاهر أن تأكيد الفقهاء على إثبات الإضرار بالزوجة بواسطة شهادة

السماع هنا، ينطلق من أن ذلك الإضرار يتم داخل بيت الزوجية في الغالب من الأحيان، بعيدا عن أعين الشهود، وإن

قد لا يخفى على سماع الجيران وانتقاله كخبر شائع بينهم.

²³⁸ قال الإمام الدردير: " شروط الشهادة العدالة، والعدل الحر المسلم البالغ العاقل بلا فسق ولا حجر وبدعة"

- أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أبيوب كانو، نجيريا، طبعة سنة 2000م، ص: 130. وكذلك قال الشيخ خليل في حق ما يجب توفره في المقبل على الشهادة: " العدل حر، مسلم، عاقل، بالغ، بلا فسق ولا حجر وبلا بدعة، وإن تأويل كخارجي وقدري، لم يباشر كبيرة، أو كثر كذب، أو صغيرة خسة، أو سفاهة، أو لعب نرد".

- الشيخ خليل بن إسحاق الجندي، مختصر خليل ومعه شفاء الغليل في حل مقبل خليل، الجزء الأول، مركز نجوييه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008م، ص: 1020.

²³⁹ محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 213.

²⁴⁰ محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 213.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

أما بخصوص الإقرار كوسيلة للإثبات في الفقه الإسلامي، فلقد نال هو كذلك نصيبه من الدراسة والتحليل في المؤلفات الفقهية، ويقصد منه الأقوال الصادرة عن الإنسان على وجه الإخبار بحق يثبت في الأموال أو الأبدان، لا تخلوا من أن تكون إخبار بحق للغير على النفس²⁴¹.

والإقرار كالشأن في ذلك الشهادة لا يصح إلى ممن توفرت فيه شروط المقررة فقها، وهي البلوغ والعقل والاختيار، حيث لا يصح الإقرار الصادر من هؤلاء كما يقول الناظم:

وستة إقرارهم لا يقبل	ذوو الجنون والصبي نقلوا
كذلك العبد فيما لا يرجع	لبدن كذلك لسفيه يسمع
ومفلس كذلك المريض في	أهل المودة له فينتفي
وأحكم بإقرار المقر إن أقر	في نفسه. وغيره لا يقبل ²⁴²

وبشأن أعمال الإقرار كوسيلة لإثبات الضرر عند فقهاء الشريعة الإسلامية، فهو جائز حيث أن إدعاء الزوجة إضرار زوجها بها واستحالة العشرة بينهما، وتأكيد الزوج ذلك بإقراره يكون ذلك حجة قوية للقاضي للحكم بالتفريق بينهما متى رغبت الزوجة في ذلك، لأن هناك قاعدة فقهية مشهورة مفادها "أن الإقرار سيد الأدلة".

أما بخصوص اليمين كوسيلة من وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، فهناك قاعدة فقهية مكرسة وهي "البينة على المدعي واليمين على من أنكر ولا يمين حتى تثبت الخلطة أو الضنة"²⁴³. فاليمين تتم بالحلف بالله، حيث

²⁴¹ - محمد سكال المجاحي، الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، ص: 641.

²⁴² - المرباط بن محفوظ الشنقيطي، التحفة المرضية، م.س، ص: 233

²⁴³ - أحمد بن غنيم النفزاوي الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998م، ص: 359.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

يقوم الذي وجهت له اليمين بتلاوة صيغتها على النحو المحدد شرعا أمام الحاكم - القاضي - وقد يؤديها المدين كما قد يؤديها الدائن، ويؤديها الشاهد وغيرهم، فهي وسيلة تزكية لما سبقها، يلجأ إليها الحاكم لتتيمم اقتناعه.

فاليمين وسيلة من وسائل إثبات الضرر الحاصل للزوجة حيث يوجهها القاضي للزوجة فعندما تؤديها، يوجهها القاضي ثانية للزوج فإذا نكل عنها يحكم القاضي وفقا لطلبات الزوجة ويطلقها منه إن أرادة ذلك، فاليمين وخصوصا الحاسمة لا تقبل تكذيبها إلا بالحكم الجزائي، وهو الأمر الذي ذهب إليه قضاء النقض السوري²⁴⁴

الفقرة الثانية: وسائل الإثبات التي يأخذ بها القضاء كأساس للتطبيق للضرر

من المعلوم أن الطلاق يكون بيد الزوج - كما هو مقرر شرعا²⁴⁵ - إلا أنه قد يحدث ضرر للزوجة يلحقه بها الزوج كالاغتداء عليها بالضرب أو الشتم أو الإهانة التي لا تحتل، هنا يحق للزوجة أن تطلب تطليقها²⁴⁶ عن طريق القضاء، هذا التطبيق الذي يثبت بحكم قضائي وذلك متى استحالة العشرة بينهما بسبب وجود ضرر، وحتى

²⁴⁴- جاء في قرار لمحكمة النقض السورية ما يلي: "اليمين الحاسمة لا تقبل تكذيبها بغير الحكم الجزائي".

- قرار صادر عن محكمة النقض السورية عدد 2005/2595 في القضية 5479 بتاريخ 2005/12/22، مشار إليه في مجلة المحامون السورية، العدد 5 و 6، م.س. ص:....

²⁴⁵- يقول تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَالُهُمْ مَعْرُوفٌ أَوْ تَشْرِيعٌ بِالْإِحْسَانِ﴾ سورة البقرة، الآية: 229.

²⁴⁶- للمزيد من المعارف حول حق المرأة في طلب التطليق، يراجع إلى:

- آية شافوس دليقة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2014م، ص: 198 وما يليها.

- تهاني رمضان أبو جزر، أحكام إنفراد المرأة في إنهاء عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، سنة 2012م، ص: 103 وما يليها.

- فريحاوي مكال، التقريب للضرر في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة مقدم لنيل درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية العلوم الحقوق ابن عكنون، جامعة الجزائر، الموسم الجامعي 2000/2001م، ص: 36 وما يليها.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

تنال الزوجة حريتها والحال هذا عليها إثبات الضرر المبرر للتطبيق، ولا غرو ما يطرحه إثبات الضرر من إشكالات عملية قد تحد في كثير من الأحيان من حصول الزوجة المتضررة على التطبيق للضرر²⁴⁷.

حيث أسند المشرع للمحكمة سلطة تقديرية واسعة لتقدير الضرر من عدمه، وهو الأمر الذي كرسه المجلس الأعلى في أحد قراراته²⁴⁸ جاء فيها: "حيث إن تقدير الأدلة موكل لسلطة المحكمة ولا معقب عليها إلى من حيث النتيجة التي تنتهي إليها...".

فالقضاء المغربي بجميع درجاته وحتى القضاء المقارن أخذ بمجموعة من الوسائل التي اعتمدتها الزوجة لإثبات الضرر كمبررات للاستجابة لطلبها بالتطبيق، لعل أهم هذه الوسائل نجد الشهادة، فبخصوص الاستجابة لطلب الزوجة بتطبيقها استنادا إلى شهادة السماع فقد ورد قرار عن المجلس الأعلى يقر بأن إضرار أحد الزوجين بالآخر يثبت بشهادة السماع²⁴⁹ وهو ما جاء في قرار آخر له حيث نص على أنه: "لكن حيث تقدير الأدلة شأن السلطة التقديرية للمحكمة ولا رقابة عليها إلا فيما استخلصت منها وهي لما ناقشت موجب إثبات الضرر الذي أفاده شهود عن طريق السماع على ألسنة أهل العدول وغيرهم أن الطالب يسيء إلى زوجته وقضت بالتطبيق لهذا السبب تكون قد بتت في حدود الطلب، وقدرت الموجب المذكور تقديرا سائغا ما دام أن الضرر يمكن إثباته بشهادة السماع كما هو مقرر فقها..."²⁵⁰.

²⁴⁷ - خديجة البوسالي، الإثبات في قضايا الأسرة بين النص القانوني والاجتهاد القضائي، م.س، ص: 89 و 90.

²⁴⁸ - قرار المجلس الأعلى عدد 396 في الملف 99/1/2 بتاريخ 2000/10/18م، وارد في: المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م.س، ص: 138 و 139.

²⁴⁹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 87 في الملف الشرعي عدد 99/23 بتاريخ 2000/12/14م، وارد في: محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 119.

²⁵⁰ - قرار صادر عن المجلس الأعلى في الملف عدد 2004/1/2/317، بتاريخ 2006/4/5م، مشار إليه في: المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م.س، ص: 139.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

انطلاقاً من حيثيات هذين القرارين يتضح أن المجلس الأعلى اعتمد على شهادة السماع للاستجابة لطلب الزوجة بالتطبيق للضرر، وهو ما سارت على خلافه محكمة النقض السورية في أحد قراراتها جاء في حيثية من حيثياته أنه: "لا يجوز قبول الشهادة المبنية على السماع في إثبات الضرر"²⁵¹.

أما بخصوص إعمال القضاء المغربي للخبرة والشواهد الطبية لأجل تكوين القناعة والاستجابة لطلب الزوجة بالتطبيق، فلقد جاء في حيثية من حيثيات قرار صادر عن المجلس الأعلى ما نصه: "القرار المنتقد المعتبر أن المنازعة في البكارة ليست من قبيل الضرر الذي يبرر التطبيق أنزل النص الفقهي المعتمد عليه في قضائه في غير محله استناداً لباب عيوب الزوجية خلافاً لموضوع نازلة الحال المؤسس على طلب التطبيق للضرر الممثل في العنف المؤيد بشهادة طبية ولفيف يشهد شهوده بوجود ضرر معنوي جسيم لحق بالزوجة يوم حفل دخول زوجها بها وبإهانته لها"²⁵².

عطفًا على القرار السالف الذكر، يظهر أن المجلس الأعلى استند للاستجابة لطلب التطبيق للضرر على الشهادة الطبية واللفيف العدلي، وهو الشيء الذي سارت على خلافه المحكمة الابتدائية بمراكش²⁵³ في أحد أحكامها عندما اعتبرت أن المستقر عليه قضاء أن الشهادة الطبية لا تعدو أن تكون وسيلة من وسائل إثبات الضرر، وحتى ولو كانت كذلك فلا تثبت نسبته لشخص بعينه، وهو ما سبق لقضاء النقض الجزائري²⁵⁴ أن ذهب إليه حينما اعتبر أن تقديم الشهادة الطبية لوحدها لا تثبت الضرر وأن الحكم بناء عليها وحدها مخالف للقواعد الشرعية والقانونية.

²⁵¹ - قرار صادر عن محكمة النقض السورية عدد 2572 بتاريخ 1998/01/18، مشار إليه في مجلة المحامون السورية، العدد 5 و 6، م.س.
²⁵² - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 982 في الملف 99/396 بتاريخ 2000/11/1م، أشار إليه: محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 112.
²⁵³ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 20 أكتوبر 2005، أشار إليه: محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي، م.س، ص: 94.
²⁵⁴ - قرار صادر عن محكمة النقض الجزائرية في الملف عدد 52278 بتاريخ 1989/01/02م، مشار إليه في الموقع الإلكتروني boubidi.blogspot.com http تاريخ الإطلاع 2017/02/23 على الساعة 17:30.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

وبخصوص إثبات الضرر المبرر للتطبيق عن طريق إدلاء الزوجة بحكم الإدانة، الذي يدين زوجها بارتكاب أحد الأفعال المجرمة، فهي كثيرة ومتعددة، لعل أهمها ما جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بأسفي²⁵⁵ جاء فيه: "حيث إن دعوى المدعية تهدف إلى تطبيقها من عصمة زوجها المدعى عليها للضرر... وحيث أكدت الزوجة أن سلوكات الزوج أدت إلى اعتقاله، وأن اعتقاله أساء إلى سمعتها وأضر بها ماديا ومعنويا... وحيث بالاطلاع على الحكم الابتدائي المدلى به يثبت أن الزوج المدعى عليه محكوم عليه بسنة ونصف حبسا نافذا من أجل جنحة الاتجار في المخدرات والفساد والسكر وهي أفعال أساء إلى سمعة الزوجة وأضررت بها... حيث إن تبعا لذلك يكون طلب المدعية مبنيا على أساس يتعين الاستجابة له..." وهو الأمر الذي ذهبت له كذلك المحكمة الابتدائية بالناظور²⁵⁶ في أحد أحكامها، كما أنه الشيء الذي سبق للمجلس الأعلى أن ذهب إليه في العديد من القرارات، لعل أهمها ما نصه: "الحكم على الزوج بجنحة الاتجار في المخدرات يعتبر ضررا مبررا للتطبيق لمساس ذلك بالأخلاق، وعدم استطاعة دوام العشرة... حيث مضمون الحكم الأجنبي يشكل وقائع مادية يعتمد عليها في إثبات الضرر المبرر للتطبيق"²⁵⁷ وفي قرار آخر لنفس المجلس جاء فيه: "إدانة الزوج بالحبس من أجل ارتكاب جنحة الضرب والجرح ضد زوجته والذي تسبب لها في عجز مدته 40 يوما يثبت الضرر الحاصل لها والمبرر للتطبيق"²⁵⁸.

وقد عمد القضاء المغربي في كثير من أحكامه وقراراته إلى الأخذ بوسائل أخرى لأجل إثبات الضرر الحاصل، ومنها الصور الفوتوغرافية، وهو الأمر الذي جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور، نص على ما

²⁵⁵ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بأسفي في الملف عدد 05/899 بتاريخ 2006/05/29م، مشار إليه في: المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م.س، ص: من 141 إلى 143.

²⁵⁶ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور بتاريخ 5 فبراير 2007، مشار إليه في: محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي، م.س، ص: 92 و 93.

²⁵⁷ - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 988 ملف شرعي عدد 1998/1/2/482 بتاريخ 2000/10/18م، مشار إليه في: محمد بقيقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 112.

²⁵⁸ - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 237 في الملف العقاري 02/56 بتاريخ 2000/3/27، أورده: محمد بقيقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 113.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

يلي: " حيث تقدم المدعية بمقال ترمي من خلاله الحكم بتطليقها من زوجها المدعى عليه طلقنا بئنة للضرر، حيث تبين للمحكمة بعد رجوعها إلى مستندات الملف ووثائقه ولما راج أمامها من مناقشات... أن الزوج المدعى عليه اعتدى على زوجته المدعية بالضرب، وأن الآثار البادية عليها في الصور الفوتوغرافية هو من تسبب بها... حيث وإنه وتطبيقا للمادة 99 من مدونة الأسرة، فإنه يعتبر ضررا مبررا لطلب التطليق... حيث يكون طلب التطليق للضرر تبعا لذلك مؤسسا قانونا ومبررا من الناحية الواقعية، مما يتعين الاستجابة له، والحكم تبعا لذلك بتطليق المدعية من عصمة زوجها المدعى عليه طلقنا واحدة بئنة تملك بها أمر نفسها..."²⁵⁹.

يتبين من خلال ما سلف من أحكام وقرارات أن القضاء المغربي بجميع درجاته ومعه المقارن قد عمد إلى الأخذ بالوسائل المقرر شرعا وتشريعا لإثبات الضرر المبرر للتطليق، كما قام بالتوسع فيها مما أدى إلى خلق وسائل أخرى يمكن إثبات الضرر بها كما الشأن في ذلك محاضر الضابطة القضائية والأحكام الجزية القاضية بالإدانة بالإضافة إلى الصور الفوتوغرافية، حيث نرى بهذا الخصوص أن توسع القضاء في الأخذ بوسائل كثيرة لإثبات الضرر فيه نوع التيسير على الزوجة المتضررة هو ما كان الأمر عكسه في ظل المدونة الملغاة.

لكن يجب أن نشير إلى أمر من الأمور وهو أن اعتماد الصور الفوتوغرافية كدلائل يستند لها لحل ميثاق الزوجية للضرر يجب أن يؤخذ منه الحذر، كون التطور التكنولوجي الذي عرفته الحياة أصبح معه إمكانية فبركة الصور وإدخال عليها أشياء هي في الواقع والحقيقة غير موجودة.

²⁵⁹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة، ملف عدد 2007/31 الصادر بتاريخ 2007/03/22م، مدرج في: المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م.س، ص: 146 و 147.

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

وبعدما تفرغنا من تبيان كل من موقف الفقه والقانون من التطليق للضرر و الأسباب المبررة له وكذا وسائل إثباته أمام القضاء، فلم يبقى لنا إلى الانتقال للحديث عن الإجراءات المسطرية التي تتبعها الزوجة لفك العصمة للضرر، والآثار المترتبة على ذلك، وكل هذا سنتطرق له في الفصل الثاني من هذه الدراسة بحول الله.

الفصل الثاني:

الإجراءات المسطرية لإيقاع التطبيق للضرر وآثاره

نص المشرع في مضمون المادة 70 من مدونة الأسرة أنه لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية إلا في

حالة الاستثناء، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، مع استحضار القاعدة المقررة بضرورة الأخذ بأخف الضررين، لما

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

لانفصال الرابطة الزوجية من بليغ الأثر على الصرح المؤسس للمجتمع، حيث يؤدي إلى تفككه ويجعل مكوناته متنافرة متباعدة بعضها عن بعض.

وما صرحت به المادة المشار إليها أعلاه، يتوافق إلى حد كبير مع خاصية التأييد المميزة لميثاق الزواج، كما أقرت بذلك المادة الرابعة من المدونة²⁶⁰ التي تنص على أن الزواج ميثاق بين رجل وامرأة يراد به الدوام والاستطالة وتكوين خلية قائمة الذات تستطيع تأدية دورها الإيجابي في المجتمع.

ففي بادئ الأمر يتضح من قول المشرع في المادة الرابعة والمادة 70 من قانون الأسرة أن عقد الزواج مؤيد كقاعدة عامة، لا يرد عليها الاستثناء إلا عند الضرورة القصوى، لكن يتبدى لنا عكس هذا الأمر عندما نسير قدما لشق تفاصيل الكتاب الثاني من المدونة²⁶¹، حيث المشرع عدد الوسائل التي تنفصل بها الرابطة الزوجية، وقام بتيسير إجراءاتها.

فمن أهم الأسباب التي تنتهي بها الرابطة الزوجية نجد إضرار الزوج بزوجه بمختلف الأضرار سواء المادية أو المعنوية، فالزوجة التي تدعي الأذى من زوجها بأي نوع من أنواع الضرر الذي تصبح معه الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار، من حقها أن تسلك إجراءات مسطرية لأجل إيقاع التطليق لنفس السبب، وما يصبح لازما لها هو أن ترفع دعواها إلى المحكمة المختصة، وأن تثبت الضرر الذي تدعيه، حيث بمجرد إثبات الضرر وعجز المحكمة عن إعادة المياه إلى مجاريها عن طريق الإصلاح، فهي تحكم بالتطليق للضرر وبجميع المستحقات المقررة للزوجة قانونا.

²⁶⁰ - تنص المادة الرابعة من مدونة الأسرة على ما يلي: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة".
²⁶¹ - عدد المشرع المغربي السبل التي تنفصل الرابطة الزوجية بها، سواء بالطلاق أو التطليق أو الفسخ، ولعل أهم هذه الأسباب تلك الواردة في المادة 94 و 98 و 114 و 115 من مدونة الأسرة.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

لكن قد يحدث من الأضرار التي تجعل الحياة الزوجية عصية الاستمرار تكون معها الزوجة ليس بمقدورها إثبات ما تدعيه أمام القضاء، حيث تكتفي بالادعاء فقط دون بينة، ففي هذه الحالة وجد لها المشرع مخرجاً لمحتتها وهو اللجوء لمسطرة الشقاق كما هو وارد في مضمون المادة 100 من مدونة الأسرة²⁶².

وسيرا منا للإلمام بتفاصيل الإجراءات المسطرية التي يتم سلوكها من قبل الزوجة لإيقاع التطبيق للضرر، وكذا مجمل المستحقات الناجمة عن الحكم الصادر بإنهاء الرابطة الزوجية للضرر، بالإضافة إلى الوصف الذي يكتفى به التطبيق الواقع وإجراءات ومضمون الإشهاد عليه، سنعتمد إلى إعمال التصميم المبين أسفله:

- المبحث الأول: الإجراءات المسطرية المتبعة لإيقاع التطبيق للضرر.

- المبحث الثاني: آثار الحكم بالتطبيق للضرر، أوصافه ومضمون الإشهاد عليه.

²⁶² تنص الفقرة الثانية من المادة 100 من مدونة الأسرة على ما يلي: "إذا لم تثبت الزوجة الضرر، وأصررت على طلب التطبيق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق."

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

المبحث الأول: الإجراءات المسطرية المتبعة لإيقاع التطبيق للضرر

اعتبر المشرع المغربي بأن دعوى التطلاق المؤسسية على أحد الأسباب التي صرحت بها المادة 98 من مدونة الأسرة تبت فيها المحكمة في أجل أقصاه ستة أشهر بعد القيام بمحاولة الإصلاح ورأب الصدع بين الزوجين، في حين استثنى من هذا الأجل حالة الغيبة²⁶³ كونها يكون فيها الزوج غائب سواء علم مكانة أو جهل، حيث المحكمة تحتاج في هذه الحالة إلى آجال خارجة عن القاعدة العامة المقررة في ستة أشهر لكي يتم تبليغ الزوج الغائب بالدعوى الرامية إلى التطلاق المرفوعة من قبل زوجته.

فالمشرع بخصوص دعاوى التطلاق المرتكزة على أحد الأسباب الواردة في المادة 98 من المدونة، رغم اعترافه لها بأجل للبت فيها بصريح المادة 113 من نفس المدونة، إلا أنه لم ينص على الإجراءات المسطرية المتبعة لرفع هذه الدعاوى إلى القضاء في نفس المدونة، بل أحال على ذلك ضمناً للقواعد العامة الإجرائية المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية²⁶⁴، سواء من حيث الشروط اللازمة توفرها في الزوجة²⁶⁵ رافعة المقال الافتتاحي²⁶⁶، والبيانات التي يجب أن تتوفر في هذا المقال²⁶⁷، وكذا نوع المسطرة²⁶⁸، بالإضافة إلى آجال التبليغ²⁶⁹، والمحكمة المختصة للبت في الملف²⁷⁰، وهو ما يفهم من مضمون الفصل 212 من ق.م.م الذي

²⁶³ - تنص الفقرة الأولى من المادة 113 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يبت في دعاوى التطلاق المؤسسية على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه، بعد القيام بمحاولة الإصلاح، باستثناء حالة الغيبة، في أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة"

²⁶⁴ - قانون المسطرة المدنية المغربية الصادرة بموجب الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741.

²⁶⁵ - يقصد بشروط رفع الدعوى الصفة والأهلية والمصلحة بالإضافة إلى الحق في التقاضي عند الاقتضاء.

²⁶⁶ - المقال الافتتاحي أو الطلب الأصلي هو الوسيلة التي يستند عليها صاحب المصلحة لطرق باب القضاء.

²⁶⁷ - نص المشرع على البيانات التي يجب تضمينها في المقالات المرفوعة إلى القضاء في الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية.

²⁶⁸ - تكون المسطرة في قضايا التطلاق مسطرة شفوية، وذلك بصريح البند الثاني من الفصل 45 من قانون المسطرة المدنية.

²⁶⁹ - نص المشرع المغربي على المبادئ العامة للتبليغ في الفصل من 36 إلى 41 من قانون المسطرة المدنية.

²⁷⁰ - تعتبر المحاكم الابتدائية صاحبة الاختصاص للبت في دعاوى التطلاق بصريح الفصل 212 من ق.م.م، وقد حدد المشرع المغربي عدد المحاكم الابتدائية داخل المملكة في 70 محكمة وذلك بموجب الإحالة الواردة على البند الأول من المادة الأولى من ظهير التنظيم القضائي المغربي بمثابة قانون رقم 1.74.338 بتاريخ 24 جمادى الثانية 1394 الموافق ل 15 يوليوز 1974، والنشور في الجريدة الرسمية عدد 3220 بتاريخ 26 جمادى الثانية 1394 الموافق ل 17 يوليوز 1974، ص: 154. لمعرفة المزيد حول تشكيل المحاكم الابتدائية، وأجهزتها، وكيفية اشتغالها، يراجع إلى:

- محمد كرم، الوجيز في التنظيم القضائي المغربي، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الثانية، 1013م، ص: 52 وما يليها.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

نص على أنه: "يقدم وفقا للإجراءات العادية مقال التطبيق إلى المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرة نفوذها بيت الزوجية أو موطن الزوجة أو التي أبرم فيها عقد الزواج."

فإدعاء الزوجة للضرر الذي تسبب فيه زوجها لها، ورفعها لدعوى التطبيق لنفس السبب، واستطاعتها إثبات الضرر أمام المحكمة بالوسائل التي سبق لنا وأن تطرقنا إليها في سالف هذا البحث، فلا شك أن المحكمة تستجيب لطلبها بالتطبيق للضرر بعد فشل محاولات الصلح المقامة بينها وبين زوجها، وعلى العكس من ذلك، فإذا لم تفجح في إثبات الضرر وبقية مصرت على طلب التطبيق، فيمكنها اللجوء لمسطرة الشقاق، وقد لوحظ عمليا بأنه كثيرا ما تفضل الزوجة اللجوء إلى مسطرة الشقاق²⁷¹ بدل التطبيق للضرر بسبب يسر هذه المسطرة وإعفائها من الإثبات²⁷².

وعليه، سنقتصر في دراستنا لهذا المبحث على الإجراءات المسطرية المتبعة من قبل الزوجة إذا نجحت في إثبات الضرر، دون الخوض في تلك المتبعة عند العجز عن إثبات الضرر، حيث سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص (المطلب الأول) للحديث على أثر الادعاء بالضرر والشروط السابقة لرفع دعوى التطبيق للضرر، على أن نرجئ الحديث في (المطلب الثاني) لموضوع الإجراءات الموازية لرفع دعوى التطبيق للضرر والحكم الصادر بشأنها.

²⁷¹ - النسبة المئوية لأحكام التطبيق للشقاق من مجموع الأحكام القاضية بالتطبيق بين سنتي 2008 إلى 2013:

2008	2009	2010	2011	2012	2013
90.57 بالمئة	94.59 بالمئة	96.33 بالمئة	97.33 بالمئة	97.57 بالمئة	97.51 بالمئة

- إحصائيات واردة في: مجلة القضاء الأسري، الواقع والأفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة، دراسة تحليلية 2004-2013، منشورات وزارة العدل المغربية، 2014م، ص: 61.

²⁷² - عبد العزيز هادي، الطلاق والملاحظات العملية المثارة على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الإسلامي، المطبعة الوراق الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2014م، ص: 52 وما يليها.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

المطلب الأول: أثر الادعاء بالضرر والشروط السابقة لرفع دعوى التطلاق للضرر

نظم المشرع المغربي حالات التطلاق في المواد من 94 إلى 112 من مدونة الأسرة، والتطلاق عبارة عن فسخ الرابطة الزوجية بحكم تصدرهم محكمة مختصة، لذلك يجب أن يسبق هذا الحكم رفع دعوى من قبل الزوجة كقاعدة عامة²⁷³، حيث الاستثناء هو إمكانية رفع دعوى التطلاق حتى من قبل الزوج سواء استنادا إلى الشقاق المستمر بينه وبين الزوجة، أو اعتمادا على العيب الذي تعاني منه هذه الأخيرة.

والتطلاق للضرر باعتباره دعوى من دعاوى التطلاق التي ترفعها الزوجة حصرا ضد زوجها، يجب أن تنقيد بشروط عند رفعها لعل أهمها أن ادعاء الزوجة للضرر يمنعها من تمكين الزوج من نفسها، حيث ادعاء الضرر واقتترانه بالتمكين يسقط دعوى التطلاق للضرر، وهو الأمر الذي أكد عليه الفقه المالكي وأخذت به المدونة بموجب الإحالة الواردة فيها عليه²⁷⁴، وقبلها مدونة الأحوال الشخصية الملغاة²⁷⁵.

كما أن ادعاء الزوجة للضرر ورفعها دعوى بشأنه يسقط دعوى الرجوع لبيت الزوجية التي سبق للزوج وأن رفعها، فإقدام الزوجة على رفع دعوى التطلاق للضرر يجب أن يتخلل ذلك مجموعة من الشروط بالإضافة إلى ضرورة رفع هذه الدعوى إلى المحكمة المختصة مكانا ونوعا.

وعليه، سنقسم تفاصيل هذه المطلب إلى فقرتين، نخصص (الفقرة الأولى) للحديث بالدراسة والتحليل عن أثر الادعاء بالضرر من قبل الزوجة - ونقصد منه امتناع الزوجة عن تمكين الزوج من نفسها، وكذا سقوط دعوى

²⁷³ محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 236.

²⁷⁴ تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على أنه: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"

²⁷⁵ تنص المادة 297 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أنه: "كل ما لم يشمل هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح والمشهور أو ما جرى به العمل في مذهب الإمام مالك"

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

الرجوع لبيت الزوجية - على أن نخصص (الفقرة الثانية) للشروط السابقة عن رفع دعوى التطليق للضرر والمحكمة المختصة للبت فيها.

الفقرة الأولى: أثر إدماء الزوجة بالضرر عليهما وعلى دعوى زوجها

الضرر المبيح للتطليق عند الفقهاء إما أن يكون بسيطاً أو جسيماً، وإما أن يكون ثابتاً أو غير ثابت²⁷⁶، فالزوجة التي ترفع دعوى التطليق للضرر يقع عليها التزام بعدم تمكين الزوج من نفسها وإلا سقطت دعواها (أولاً) كما أن رفع دعوى التطليق للضرر من قبل الزوجة يسقط دعوى الرجوع لبيت الزوجية المرفوعة من قبل الزوج (ثانياً).

أولاً- الإدماء بالضرر يمنع الزوجة من تمكين الزوج من نفسها

لما كان الإسلام قد جعل القوامة للرجل على المرأة، بما تخوله له من الحق في استخدامها بما هو في صالح الأسرة واستقامة الأمور الزوجية، فقد نهى الأزواج عن التعسف والجور في معاملة الزوجات، فما دامت الزوجة تقوم بواجباتها كما يتطلبها الشرع، ولم تكن ناشراً، فلا حق للزوج في الإساءة في معاملتها، أو إيذاها بما يجرح شعورها وكرامتها²⁷⁷، عن طريق مجموعة من الأفعال الشاذة والشائنة عن الخلقة البشرية السوية التي قد يقدم الزوج على ارتكابها في حقها.

²⁷⁶ عدي البشير، قضايا الأسرة من خلال النوازل الفقهية في سوس، دراسة لقضايا الخطبة والزواج والطلاق على ضوء أحكام مدونة الأسرة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة، كلية الشريعة والقانون، جامعة القرويين، أيت ملول، موسم 2012/2011م، ص: 380.

²⁷⁷ نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006م، ص: 49 و 50.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فإذا كان الإيلاء والهجر²⁷⁸ الذي يقدم الزوج عليه من المبررات التي تسمح للزوجة بالمطالبة بالتطليق²⁷⁹، فإن الزوجة عند ادعائها لضرر ألحقه بها زوجها يجب عليها أن تولي منه، وأن لا تمكنه من نفسها في فراش الزوجية تحت طائلة سقوط حقها في الادعاء.

فالفقه المالكي يؤكد أن الزوجة التي ترفع دعوى التطليق للضرر، تم تمكن الزوج من نفسها، تكون عمليا قد أسقطت دعواها²⁸⁰، وهذا الأمر يجد سنده في أن الضرر الذي لحق بالزوجة يعتبر مما أصبحت معه الحياة الزوجية عصية الاستمرار، مما يعني أن الزوجة أصبحت في حالة نفور من زوجها استنادا إلى ما ألحقه بها من أذى، يجعلها تنفر منه وتبتعد عنه فلا تليي له رغبة ولا تقدم له خدمة جزاء له على ما اقترفه في حقها.

وعلى العكس من ذلك، فادعاء الزوجة للضرر اللاحق بها من زوجها أمام القضاء عن طريق رفع مقال به، ومع ذلك عادت إلى بيت الزوجية واستجابة لطلب زوجها بالاختلاء في فراش الزوجية، ودعوى التطليق للضرر مرفوعة وقت ذاك أمام القضاء، فإن هذه الأخيرة تسقط بمجرد إقرار الزوج أن الزوجة لبت رغبته وأيدت الزوجة ذلك، وهو الأمر الذي سبق للمجلس الأعلى أن أفصح به في أحد قراراته، جاء فيه: "...حقا، يتضح من شرح التسولي عند قول صاحب التحفة، وتبت الإضرار بالشهود... الخ، أن الزوج إذا ادعى بعد قيام الضرر أنها - أي الزوجة - مكنته من نفسها وصدقته سقط حقها سواء كانت جاهلة أو عالمة..."²⁸¹.

وبدورنا نؤيد توجه الفقه المالكي وقضاء النقض المغربي في هذا المضمار، حيث أن الزوجة التي تدعي إضرار زوجها بها يجب أن يظهر استحالة العشرة بينها وبينه من أفعالها وتصرفاتها، وخير دليل على عدم رضاها بما

²⁷⁸ - الإيلاء والهجر هو الامتناع عن الوطء أربعة أشهر من غير إيفاء لحق المرأة.

- هدى أحمد جبلي، منهج الإسلام في رفع الإضرار عن الزوجة، رسالة مقدم لنيل درجة الماجستير فرع الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، موسم 1410/1409 هـ، ص: 69.

²⁷⁹ - تنص المادة 112 من المدونة على ما يلي: "إذا ألى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفي بعد الأجل طلقها عليه المحكمة".

²⁸⁰ - محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 210.

²⁸¹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 19 أبريل 1982، أشار إليه:

- محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 210.

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

لحق بها واستحالة عشرتها من زوجها هو عدم تمكينها إياه من نفسها عربونا على حنقها منه وبغضها للعشرة معه، أما إذا ادعت الضرر ورفعت أمرها إلى القضاء ومع ذلك مازالت تعاشر زوجها فهنا نلمس من هذا السلوك أن العشرة الزوجية بينها وبين زوجها ليست مستحيلة الاستمرار، ونحن نعلم أن من شروط التطليق للضرر هو ثبوت الضرر واستحالة العشرة بين الطرفين كما أقرت بذلك المدونة²⁸² وزاد في تأكيده الدليل العملي لها²⁸³.

ولا ريب أن نفس الأمر هو الذي سلكته بعض التشريعات العربية المقارنة، وخصوصا تلك التي جعلت من مذهب الإمام مالك قدوة لها في توجيهها، كما الحال في ذلك قانون الأسرة الجزائري في مادته 53 حينما نص في البند العاشر منها على "كل ضرر معتبر شرعا"، والضرر المقصود هنا هو الذي تستحيل معه العشرة الزوجية، وذهب لنفس الأمر كذلك قانون الأحوال الشخصية المصري في المادة السادسة منه²⁸⁴، وعلى نفس السبيل صار قانون الأحوال الشخصية الموريتاني في مادته 102²⁸⁵.

ثانيا- رفع الزوجة لدعوى التطليق للضرر تسقط دعوى الرجوع لبيت الزوجية

بين الشارع الحكيم أن لكل من الزوجين حقوقا لا بد من استيفائها، وأن عليهم واجبات لا بد من أدائها، ورسم لهما سبل السكن والاستقرار الدائمين، قال تعالى: ﴿وَلَا تَجْرِمَا وَلَا تَجْرِمَا بِالْمَعْرُوفَةِ﴾²⁸⁶، وكذلك قوله: ﴿وَلَا تَجْرِمَا مِثْلُ الَّذِي عَلَيْكُمْ بِالْمَعْرُوفَةِ﴾²⁸⁷، كما حدد الله سبحانه وتعالى الوسائل الواجبة الإتيان لعلاج ما

²⁸² جاء في الفقرة الثانية من المادة 99 من مدونة الأسرة التنصيص على ما يلي: "يعتبر ضررا مبررا لطلب التطليق، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مغل بالآخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية."

²⁸³ جاء في الدليل العملي للمدونة أثناء تعليقه على المادة 99 من مدونة الأسرة ما يلي: "...يتمثل الضرر في سوء المعاشرة وفي إساءة الرجل إلى زوجته بما يجعل استمرار الحياة الزوجية متعذرا..."

²⁸⁴ نصت المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية المصري على ما يلي: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق..."

²⁸⁵ تنص المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني على أنه: "إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة..."

²⁸⁶ سورة النساء، الآية: 19.

²⁸⁷ سورة البقرة، الآية: 228.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

قد يحدث بين الزوجين من المشكلات، فحول الزوج سلطة تأديب زوجته لقوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ

نُشُوزَهُنَّ فَعَظُّوهُنَّ وَاصْغُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْزُبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ

سَبِيلًا 288.

لكن قد يحدث وأن يتعدى الزوج سلطة التأديب، بحيث يضر بزوجه بأن تعدى حسن المعاشرة والمعاملة بالحسنى²⁸⁹، حيث يكون لها في هذه الحالة أن ترفع أمرها للحاكم لكي يخلصها من محنتها عن طريق الدعوى الرامية إلى التطبيق للضرر.

فقد يضر الزوج بزوجه سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، مما يجعلها تتخذ قرارا بترك بيت الزوجية كونه لم يعد ملاذا آمنا لها، حيث تلجأ إلى القضاء وترفع دعوى التطبيق للضرر على زوجها، فيقوم هذا الأخير في مطالبتها قضاء بالرجوع لبيت الزوجية. فالقاعدة المقررة في الفقه المالكي أن دعوى التطبيق للضرر توقف دعوى الرجوع لبيت الزوجية، وذلك حسبما قرره فقهاء المذهب المالكي، مع العلم أن هذه القاعدة لم يشر إليها لا في مدونة الأسرة - ولا قبلها في مدونة الأحوال الشخصية - ولا في قانون المسطرة المدنية، ورغم ذلك فإن القضاء المغربي قد طبق تلك القاعدة في إطار الإحالة على الفقه المالكي والذي اعتمدته مدونة الأسرة، وقبلها مدونة الأحوال الشخصية الملغاة²⁹⁰.

فإذا رفع الزوج على زوجته دعوى الرجوع لبيت الزوجية، وطلبة الزوجة تأخير البت فيها إلى أن يفصل في دعوى التطبيق للضرر التي رفعتها ضد زوجها²⁹¹ كان لها ما أرادت. حيث القاضي يفض الطرف عن دعوى الزوج

288- سورة النساء، الآية: 34.

289- سمية صغيري، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطبيق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، موسم 2015/1014م، ص: 101.

290- محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 210 و 211.

291- أحمد الخليلشي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، الجزء الثاني، الطلاق، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2016م، ص: 230.

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

الرامية إلى الرجوع لبيت الزوجية، وبيت في دعوى التطليق للضرر المرفوعة من الزوجة، وهذا الأمر يظهر جليا في العديد من قرارات المجلس الأعلى لعل أهمها ما نصه: "لما تأكدت المحكمة من تعذر حصول أي توافق بين الطرفين لمواصلة المعاشرة الزوجية بينهما، وانتهت في استنتاجاتها إلى أن طلب الرجوع لبيت الزوجية لا يجدي نفعا، لأنه طلب يتعارض مع ما انتهت إليه في قرارها القاضي بالتطليق والذي أصبح نهائيا بقوة القانون، يكون سكوتها عن الإجابة عن الدفع المتعلقة بهذا الطلب أو عدم الإشارة إليه بمثابة استبعادها ضمنيا لأن الطلب أصبح غير ذي أساس، ومن ثم يكون حكما معللا..."²⁹²

ونرى في هذا المنحى أن ما ذهب إليه الفقه المالكي وقضاء النقض المغربي صائب بما تحمله الكلمة من معنى، ونؤيد هذا التوجه، وسندنا في ذلك أن رفع الزوجة لدعوى التطليق للضرر وبعدها رجوعها لبيت الزوجية استجابة لمطالب زوجها والحال أن دعوى التطليق قائمة وجارية في دهاليز القضاء، قد يفتح المجال أمام الزوج لادعاء اختلاله بزوجته وتمكينها إياه من نفسها، وبالتالي إذ ذاك يكون القول قوله، وتسقط دعوى التطليق للضرر المرفوعة من الزوجة.

لدا وتفاديا لمثل هذه المعضلات نرى ضرورة إسقاط دعوى الرجوع لبيت الزوجية أو على الأقل تأخير البت فيها حتى يتم البت في دعوى التطليق للضرر، فإذا كانت هذه الأخيرة مؤسسة استجابة المحكمة لها، وإن كانت غير مؤسسة تم إلغاؤها واستأنفت المحكمة بتها في دعوى الزوج الرامية للرجوع لبيت الزوجية.

الفقرة الثانية: الشروط السابقة لرفع دعوى التطليق والمحكمة المختصة

²⁹² - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 556 الصادر بتاريخ 30 نونبر 2005م، في الملف الشرعي عدد 2005/1/2/36، أشار إليه: محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 211 الهامش 98.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

الدعوى هي تلك الوسيلة أو المكنة التي بموجبها يتم اقتضاء الحقوق أمام القضاء والدفاع عنها من طرف أصحاب المصلحة في ذلك، لذلك يتوقف قبولها من حيث الشكل على توفرها على مجموعة من الشروط²⁹³، ويتضمن تحقق هذه الشروط الحد الأدنى من جدية الطلب المعروض على القضاء²⁹⁴، كما يضمن إلى حد ما الإنقاص من عدد الطلبات الكيدية التي تقدم إلى المحاكم.

والدعوى المرفوعة بصفة عامة، والأسرية بصفة خاصة يجب أن تقدم إلى المحكمة المختصة مكانيا ونوعيا للبت فيها، ويعرف الاختصاص في نظر بعض الفقه كونه صلاحية المحكمة للبت في الدعوى المعروضة عليها²⁹⁵. وعليه، سنتناول في بادئ الأمر الشروط المتطلبية لرفع دعوى التطبيق للضرر من قبل الزوجة (أولا) على أن نتطرق بعده إلى المحكمة المختصة للبت في دعوى التطبيق للضرر المرفوعة (ثانيا).

أولاً- الشروط المتطلبية لرفع دعوى التطبيق للضرر

لم يتطرق المشرع في ظل مدونة الأسرة إلى الشروط العامة لرفع دعاوى التطبيق أمام القضاء، بل نص على ذلك في القواعد العامة الإجرائية لقانون المسطرة المدنية²⁹⁶، حيث يجب على الزوجة رافعة دعوى التطبيق للضرر

²⁹³ يعرف الشرط بأنه تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني، وقيل الشرط: ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجا عن ماهيته، ولا يكون مؤثرا في وجوده، وقيل الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه.

- علي محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، م.س، ص: 108.

²⁹⁴ جواد أمهول، الوجيز في المسطرة المدنية، مطبعة الأمنية، الرباط، (د.ظ.ت)، ص: 49.

²⁹⁵ عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مطبوعات المعرفة، مراكش، طبعة أبريل 2013م، ص: 17.

²⁹⁶ نص المشرع المغربي على الشروط العامة الموضوعية لرفع الدعوى في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

أن تتوفر فيها شروط معينة عددها المقنن في الصفة²⁹⁷ والأهلية²⁹⁸ والمصلحة²⁹⁹ بالإضافة إلى الحق في التقاضي³⁰⁰ في بعض الأحيان.

فقد ورد التنصيص في الفصل الأول من ق.م.م على ما يلي: "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة، والأهلية، والمصلحة، لإثبات حقوقه. يشير القاضي تلقائيا انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الإذن بالتقاضي إن كان ضروريا وينذر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل يحدده.

إذا تم تصحيح المسطرة اعتبرت الدعوى كأنها أقيمت بصفة صحيحة. وإلا صرح القاضي بعدم قبول الدعوى."

انطلاقا من تفاصيل هذا النص، يتضح أن المشرع قد حدد شروطا عامة يجب توفرها في الشخص رافع الدعوى إلى القضاء، وهي نفسها الشروط التي يجب أن تتوفر في الزوجة المقدمة لدعوى التطبيق للضرر، حيث يجب أولا أن تكون ذات صفة غي الإدعاء، وهذه الأخيرة تكتسبها كونها طرفا في العلاقة الزوجية يجمعها مع زوجها رباط الميثاق الغليظ، أما بخصوص المصلحة فهي ما ترمي الزوجة تحقيقه من وراء دعواها ولعل أهم ما تتوخى تحقيقه من لجوئها إلى القضاء في دعوى التطبيق للضرر هو تخليصها من معاناتها ورفع الحيف عنها وضمان حقوقها بعد فصرم ما يجمعها بزوجها من عقد الزواج، وأخيرا بخصوص الأهلية، فيجب أن تكون الزوجة أهلا لرفع

²⁹⁷ يقصد بالصفة ولاية مباشرة الدعوى، وهي التي يتحلّى بها صاحب الحق في إجراءات الخصومة، يستمدها المدعي من كونه صاحب الحق أو خلف له أو نائبه القانوني.

- عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م.س، ص: 74.

²⁹⁸ تطرق المشرع المغربي لأحكام الأهلية في الكتاب الرابع من مدونة الأسرة، وبالضبط في المادة 206 منها، وتنقسم إلى قسمين، أهلية الوجوب (المادة 207) وأهلية الأداء (المادة 208) والأهلية المتطلبية لرفع الدعوى هي أهلية الأداء التي تعني صلاحية الشخص لممارسة التصرفات والحقوق وتحمل الالتزامات. ولأجل معرفة المزيد من التوضيحات حول عنصر الأهلية بشقيها، ينظر إلى:

- عبد الله السوسي التتائي، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، الأهلية والنيابة الشرعية، مطبعة النجاح الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2015م، ص: 22 وما يليها.

²⁹⁹ تعرف المصلحة بأنها ما يمكن أن يعود على رافع الدعوى من جراء طرقه باب القضاء من منافع ومكتسبات، ولا بد للمصلحة من شروط أهمها أن تكون مصلحة قانونية وشخصية ومباشرة بالإضافة إلى كونها قائمة وحالة.

³⁰⁰ يمكن أن نعتبر الحق في التقاضي في ظل مدونة الأسرة أنه ذلك الإذن الممنوح للقاصر الذي تم تزويجه والذي يخول له التقاضي في جميع المسائل المتعلقة بحياته الزوجية، استنادا إلى المادة 22 من المدونة.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

الدعوى، ويقصد بالأهلية هنا أهلية الأداء التي تمكنها من ممارسة حقوقها التي يخولها القانون لها حسب المادة 208 من مدونة الأسرة³⁰¹ كقاعدة عامة، أو كاستثناء إذا كانت قاصرا واكتسبت حق التقاضي بمجرد زواجها طبقا للفقرة الأولى من المادة 22 من مدونة الأسرة³⁰².

وبالإضافة إلى الشروط العامة الموضوعية لرفع الدعوى، لابد كذلك من شروط شكلية منصوص عليها كذلك في القواعد العامة الإجرائية³⁰³ لعل أهمها رفع مقال افتتاحي³⁰⁴ للدعوى سواء تم تحريره من طرف كاتب عمومي أو من طرف محامي، فلا بد أن يتضمن البيانات الإلزامية التي نص عليها المشرع في الفصل 32 من ق.م.م، والذي جاء فيه ما يلي: "يجب أن يتضمن المقال أو المحضر الأسماء العائلية والشخصية وصفة أو مهنة وموطن أو محل إقامة المدعى عليه والمدعي وكذا عند الاقتضاء أسماء وصفة وموطن وكيل المدعي، وإذا كان أحد الأطراف شركة وجب أن يتضمن المقال أو المحضر اسمها ونوعها ومركزها.

يجب أن يبين بإيجاز في المقالات والمحاضر علاوة على ذلك موضوع الدعوى والوقائع والوسائل المثارة وترفق بالطلب المستندات التي ينوي المدعي استعمالها عند الاقتضاء مقابل وصل يسلمه كاتب الضبط للمدعي يثبت فيه عدد المستندات المرفقة ونوعها..."

انطلاقاً من مضامين الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية المعلن عنه قبله، يتضح أن المشرع ألزم رافع الدعوى إلى القضاء أن يرفعها في شكل مقال أصلي إلى المحكمة، وأن يضمه العديد من البيانات الإلزامية، وهذا

³⁰¹ تنص المادة 208 من مدونة الأسرة على أنه: "أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها"

³⁰² تنص الفقرة الأولى من المادة 22 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يكتسب المتزوجان طبقاً للمادة 20 أعلاه، الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات."

³⁰³ وهي التي نص عليها المشرع في الفصلين 31 و 32 من قانون المسطرة المدنية
³⁰⁴ عرف أحد الباحثين المقال الافتتاحي للدعوى بأنه "هو المحرر المكتوب الذي يفتح به المدعي دعواه أمام القضاء، ويعطي بالمقابل الحق للقضاء للتدخل في العلاقات الشخصية الخاصة بالأطراف"

- حسن الرميلي، المسطرة في القضايا المدنية والتجارية، محاضرات ملقاة على طلبة الفصل السادس من الدراسات القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، الموسم الجامعي 2015/2014م، ص: 51.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

الأمر كذلك ينطبق على الزوجة المتضررة التي تسلك مسلك القضاء عن طريق تقديمها لمقال افتتاحي للدعوى بموجبه تسعى إلى استصدار حكم بتطبيقها من زوجها للضرر، حيث يجب أن يتضمن المقال مجموعة من البيانات المصرح بها في الفصل 32 من ق.م.م وذلك تحت طائلة عدم قبول الطلب³⁰⁵ الذي تم إغفال أحد البيانات الواجبة التضمن فيه.

وبعد رفع الزوجة للمقال الافتتاحي للدعوى، وتضمنه ما هو متطلب قانونا من بيانات، فيجب عليها أن توجهه إلى المحكمة المختصة للبت فيه.

ثانيا- المحكمة المختصة للبت في دعوى التطبيق للضرر

وعيا من المقنن بخطورة النزاعات الأسرية، والرغبة في فضها في أقرب وقت وبأنجع الوسائل، وتخليص المتقاضين من حيرة الاختصاص القضائي، حدد المشرع من خلال قانون المسطرة المدنية³⁰⁶ والتنظيم القضائي³⁰⁷ ومدونة الأسرة³⁰⁸ الاختصاص النوعي والمحلي في قضايا الأسرة الذي جاء قطعيا، داخل أقسام قضاء الأسرة التي أصبحت تمثل محكمة صغيرة داخل المحاكم الابتدائية³⁰⁹.

فإذا كانت المحكمة المختصة للبت نوعيا في القضايا الأسرية - التي من بينها دعاوى التطبيق - هي المحكمة الابتدائية، فإنه وحسب هذه المقتضيات - أي الفصل الثاني من ظهير التنظيم القضائي³¹⁰ - فإننا

³⁰⁵ - أقر المشرع المغربي جزاء على عدم تضمين المقالات المرفوعة إلى القضاء البيانات المتطلبة قانونا، وهو عدم قبول الطلب الذي صرح به المقنن في الفقرة الأخيرة من الفصل 32 من ق.م.م بالقول: "يطلب القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية عند الاقتضاء تحديد البيانات غير التامة أو التي تم إغفالها، كما يطلب الإدلاء بنسخ المقال الكافية وذلك داخل أجل يحدده، تحت طائلة الحكم بعدم قبول الطلب."

³⁰⁶ - نص المشرع المغربي على أن المحاكم الابتدائية هي المختصة للنظر في قضايا الأسرة وذلك بصريح الفصل 18 من قانون المسطرة المدنية.

³⁰⁷ - جاء الفصل الثاني من ظهير التنظيم القضائي للحديث على تأليف المحاكم الابتدائية، حيث من ضمن أقسام هذه المحاكم نجد أقسام قضاء الأسرة التي تعنى بالبت في القضايا الأسرية حصرا.

³⁰⁸ - لا شك أن المحاكم المختصة للبت في القضايا الأسرية هي المحاكم الابتدائية، وبالصيغ أقسام قضاء الأسرة بها، فهي تتألف من رئيس القسم - أو نائب رئيس المحكمة - والكتابة الخاصة به، بالإضافة إلى وكيل الملك والكتابة الخاصة به، وكذا جناح كتابة الضبط.

³⁰⁹ - خالد التومي، خصوصيات المسطرة في القضايا الأسرية، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد الرابع، فبراير 2013م، ص: 2.

³¹⁰ - جاء في الفقرتين الثالثة والخامسة من الفصل الثاني من ظهير التنظيم القضائي بعد تعديله وتتميمه بالقانون 70-03 ما يلي: "تنظر أقسام قضاء الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والحالة المدنية وشؤون التوثيق والقاصرين والكفالة وكل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة.... يمكن لكل غرفة أن تبحث وتحكم في كل القضايا المعروضة على المحكمة كيفما كان نوعها باستثناء ما يتعلق بأقسام قضاء الأسرة..."

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

نكون أمام اختصاص نوعي خاص من صميم النظام العام، لا يحكم قاعدة التمسك به مضمون الفصل 16 من ق.م.م حتى لا يفرغ الاستثناء أعلاه من محتواه، ومن تم فيمكن إثارته في جميع مراحل الدعوى من طرف كل من له مصلحة في ذلك³¹¹، وحتى من طرف المحكمة تلقائياً ما دام من متعلقات النظام العام.

ويعد الفصل 18 من قانون المسطرة المدنية المغير والمتمم على اثر إحداث أقسام قضاء القرب الإطار الذي صاغ المشرع في كنفه الاختصاص النوعي³¹²، حيث جاء فيه ما يلي: " تختص المحاكم الابتدائية - مع مراعاة الاختصاصات الخاصة المخولة إلى أقسام قضاء القرب - بالنظر في جميع القضايا المدنية وقضايا الأسرة والتجارية والإدارية والاجتماعية ابتدائياً وانتهائياً أو ابتدائياً مع حفظ حق الاستئناف..."

فإذا كان الحال عليه بخصوص كون الدعاوى الأسرية بصفة عامة، والتطبيق للضرر بصفة خاصة يرجع فيها البت للمحاكم الابتدائية كون ذلك من صميم النظام العام، فإنه وبالعودة إلى الاختصاص المحلي³¹³ نجد أنه تثار بخصوصه بعض الإشكالات العملية التي سنتعرض لها بعده.

فالاختصاص المكاني في دعاوى التطبيق بصفة عامة، والتطبيق للضرر بصفة خاصة تجد أساسها في الفصل 212 من ق.م.م الذي ينص على ما يلي: " يقدم وفقاً للإجراءات العادية مقال التطبيق إلى المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرة نفوذها بيت الزوجية أو موطن الزوجة أو التي أبرم فيها عقد الزواج." وعلى العكس من ذلك في دعاوى الطلاق التي تجد أساسها في المادة 79 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: " يجب على من يريد الطلاق أن

³¹¹ - محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 239.

³¹² - نورة غزلان الشنيوي، قانون المسطرة المدنية وفق آخر المستجدات، مطبعة الورود، إنزكان، الطبعة الثالثة، 2015م، ص: 177.

³¹³ - أحدث المشرع المصري محاكم مستقلة تعنى للبت في كل القضايا الأسرية، أسماها في ما بعد بمحاكم الأسرة، "حيث حدد المشرع في الفقرة الأولى من المادة 12 من قانون محكمة الأسرة رقم 10 لسنة 2004 محكمة الأسرة المختصة محلها بالنظر في جميع دعاوى الأحوال الشخصية بأنها محكمة== الأسرة المختصة محلها بالنظر في أول دعوى ترفع إليها من أحد الزوجين في مسألة من مسائل التالية: (1) الزواج أو الطلاق أو التفريق الجسماني أو الفسخ..."

- حسن عبد الحليم عناية، شرح قانون محكمة الأسرة وقانون إنشاء صندوق نظام تأمين الأسرة في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار مصر للإصدارات القانونية، الجيزة، الطبعة الخامسة، 2009م، ص: 112.

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب.

بمقارعتنا للنصين السالفين الذكر، يتضح جليا أن معالم التمييز الإيجابي - والقاضي بتيسير الإجراءات على الزوجة - بادئ بشكل جلي في كلا النصين، فالمرشع أقر أن المحكمة التي يجب أن يرفع إليها طلب الإذن بالطلاق يجب أن تكون حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 79 من المدونة، وذلك مراعاة لوضعية الزوجة وتيسير لأمرها أثناء تنقلها للمحكمة، كما أن المقنن تنازل عن مسألة الترتيب المنصوص عليه في المادة 79 من مدونة الأسرة في الفصل 212 من ق.م.م، وهو كذلك من باب التيسير، حيث أن القاعدة العامة تقضي أن طلبات التطليق غالبا ما تكون الزوجة هي المقدمة لها، فالمرشع رآف بها وخيرها بأن ترفع دعوى التطليق للضرر في أي محكمة من المحاكم التالية حسب إرادتها وما يصلح لها:

- المحكمة التي يوجد بدائرتها بيت الزوجية.

- المحكمة التي يتوطن فيها موطن الزوجة.

- المحكمة التي أبرم بدائرتها عقد الزواج.

وقد أقر أحد الفقه أن توسيع المرشع من مجال الاختصاص القضائي المكاني لم يكن إلا لحماية الزوجة على الخصوص³¹⁴، فبعد رفع هذه الأخيرة لمقال التطليق للضرر إلى المحكمة التي تراها في مصلحتها، فيمكن للزوج أن يدفع في مواجهتها بعدم الاختصاص ما دام ذلك من حقه، ووجب أن يثار هذا الدفع قبل أي دفع أو

³¹⁴ - محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 238.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

دفاع في الجوهر³¹⁵، وهذا الأمر هو الذي سبق للمجلس الأعلى أن أكد عليه في العديد من قراراته³¹⁶، وصارت عليه إليه كذلك محكمة النقض السورية حينما أقرت أنه: "كل ما يشترطه القانون لإعمال آثار التمسك بعدم الاختصاص المكاني هو أن يبدي في بادئ المحاكمة وقبل أي دفع أو طلب آخر، وإلا سقط الحق فيه"³¹⁷ وتجدر الإشارة في الأخير أن الاختصاص المكاني في قضايا التطلاق ليس من متعلقات النظام العام بخلاف الاختصاص النوعي الذي يعتبر من صميمه.

وبعد تقديم الزوجة المدعية للضرر لمقالها الافتتاحي للدعوى إلى المحكمة المختصة نوعياً ومكانياً، تبدأ إجراءات الدعوى من قبيل تبليغ الأطراف بها واستدعائهم للجلسات والقيام بمجمل المناقشات التي تتخللها محاولات الإصلاح وتنتهي بصدور الحكم بالتطلاق للضرر في حالة العجز عن الإصلاح.

المطلب الثاني: الإجراءات الموازية لرفع دعوى التطلاق والحكم الصادر بشأنها

بمجرد ما ترفع الزوجة المتضررة مقالها الأصلي الرامي إلى تطليقها من زوجها للضرر إلى المحكمة المختصة مكاناً ونوعاً، تبدأ إجراءات التقاضي، حيث نص المشرع في المادة 113 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يبت في دعاوى التطلاق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه، بعد القيام بمحاولة الإصلاح، باستثناء حالة الغيبة، وفي أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة".

³¹⁵- تنص الفقرة الأولى من الفصل 16 من ق.م. على ما يلي: "يجب على الأطراف الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني قبل كل دفع أو دفاع".

³¹⁶- لعل أهمها قرار عدد 71 الصادر بتاريخ 9 فبراير 2005 في الملف الشرعي عدد 2004/1/2/353، أشار إليه:

- محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 238. الهامش 151.

³¹⁷- قرار صادر عن محكمة النقض السورية في القضية 627 بتاريخ 2006/5/22، مشار إليه في:

- مجلة المحامون السورية، العدد 1 و2، كانون الثاني وشباط، الصادرة سنة 2007م، ص: 54.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فأول ما تبدأ به دعوى التطبيق للضرر بعد رفع المقال إلى المحكمة هو تبليغ الأطراف به³¹⁸ واستدعائهم للجلسة المحددة تاريخها في التبليغ، بعد حضور الأطراف تجري المحكمة جلساتها وتعقد مناقشاتها، حيث الزوجة فيها تعمل على إثبات الضرر اللاحق بها بشتى الوسائل المبينة سلفاً، كما تحاول إقناع المحكمة باستحالة العشرة بينها وبين زوجها³¹⁹ وبعدها تجري المحكمة محاولات الصلح، والتي إذا لم تسفر عن أي نتيجة إيجابية استجابة المحكمة لطلب الزوجة بالتطبيق للضرر.

وعليه، سنتطرق في هذه المطلب إلى فقرتين، نخصص (الفقرة الأولى) لتبليغ الأطراف بالدعوى ونجاح الزوجة في إثبات الضرر، فيما نخصص (الفقرة الثانية) لإقامة محاولات الإصلاح والحكم بالتطبيق للضرر بعد فشلها.

الفقرة الأولى: تبليغ الأطراف بالدعوى ونجاح الزوجة في إثبات الضرر

يقصد بالتبليغ في الاصطلاح القانوني: إعلان إجراء قضائي أو قانوني معين ومرتب بأجل وصادر عن جهة قضائية، الهدف منه إبلاغ شخص بما يتخذ من إجراءات قانونية تتوخى الحصول على حق أو فقدانه أو حمايته³²⁰. فبمجرد رفع المقال إلى المحكمة، تعمل على تبليغ هذه الدعوى إلى الأطراف، بموجبه تعلمهم بتاريخ الجلسة التي ستجرى فيها المناقشة، حيث في خضم هذه الأخيرة تعمل الزوجة المتمسكة بالتطبيق على إثبات الضرر واستحالة استمرار العشرة بينها وبين زوجها لكي تدفع المحكمة لتكون قناعتها، والحكم تبعاً لذلك وفقاً لطلبها.

³¹⁸ - وضع المشرع المغربي إطار عام للتبليغ في قانون المسطرة المدنية وخصوصاً في الفصول من 36 إلى 41.
³¹⁹ - من المعلوم أن إثبات الضرر لوحده غير كافٍ للقول بالتطبيق للضرر، بل يجب أن يكون هذا الضرر مما تستحيل معه العشرة الزوجية، وهو الأمر الذي أكدت عليه المدونة والعديد من التقنيّات العربية المقارنة.
³²⁰ - محمد يحيى ولد أحمد ناه، إجراءات التبليغ والتنفيذ في العمل القضائي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2010/2009م، ص: 4.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

ومن خلاله، سنتطرق في هذه الفقرة إلى تبليغ الأطراف بدعوى الزوجة الرامية إلى التطبيق للضرر واستدعائهم للجلسة (أولا) على أن نتطرق بعده إلى إثبات الزوجة للضرر واستحالة العشرة أثناء المناقشات (ثانيا).

أولاً- تبليغ الأطراف بدعوى التطبيق للضرر واستدعاء للجلسة

يشكل الحق في التقاضي من بين أبرز الحقوق المكفولة والمحمولة للجميع، إذ به يستطيع أي شخص تم المساس بحقه من قبل الغير اللجوء إلى جهاز القضاء بغية الحكم له بما يدعيه، وحتى يتسنى للمحكمة الحسم في موضوع النزاع يلزمها أن تقوم باستدعاء الأطراف محل الدعوى للمثول أمامها، باعتبار تبليغ الاستدعاء الوسيلة القانونية التي يتحكم في سير إجراءات الدعوى مند بدايتها إلى نهايتها لارتباطه الوثيق بها، فهو يمكن المبلغ إليه من تتبع المساطر القضائية المتخذة ضده من حضور الجلسات وإعداد دفاعه ومناقشة الدعوى³²¹.

فالزوجة هي صاحبة المصلحة في دعوى التطبيق للضرر، وهي التي تسعى للتخلص من زوجية متهاكة الأسس بسبب تصرفات الزوج المسببة للأذى، فبعد تقديمها للمقال الأصلي وفقا لما هو منصوص عليه قانونا إلى كتابة ضبط المحكمة الابتدائية المختصة، وبعد تقييد مقال الدعوى مباشرة في الصندوق، يتم استدعاء الزوج و الزوجة طبقا للقواعد العامة العادية المنصوص عليها ضمن مقتضيات الفصول من 36 إلى 41 من ق.م.م³²².

³²¹ سمير ووال، التبليغ على ضوء قانون المسطرة المدنية، الجهات المؤهلة بتسلم التبليغ، مقالة منشورة بالموقع الإلكتروني www.marocdroit.com تاريخ الإطلاع 2017/04/05م، على الساعة 12:00.

³²² محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 239.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فبعد تقديم المقال وتقييده بكتابة الضبط وأداء المصاريف القضائية عليه³²³ - ما لم تكن الزوجة مستفيدة من المساعدة القضائية - حيث يعمل رئيس المحكمة على تعيين القاضي المكلف بالملف لكون المسطرة شفوية تكون فيها التشكيلة فردية³²⁴.

فبعد تعيين القاضي المكلف بالملف فإنه يعمل على استدعاء الزوجة المدعية والزوج المدعى عليه كتابة إلى جلسة يعين تاريخها بدقة ويضمن هذا الاستدعاء عديد من البيانات أقر بها المشرع في الفصل 36 من ق.م.م³²⁵، ويوجه الاستدعاء إلى الطرفان بسبل عدة يختار منها القاضي المكلف الأنسب منها حسب الحالات، سواء بواسطة أحد أعوان كتابة الضبط أو أحد المفوضين القضائيين³²⁶ أو غيرها من الطرق التي يتم بها التبليغ حسب منطوق الفصل 37 من ق.م.م³²⁷.

ويجب أن يسلم التبليغ شخصا إلى الأطراف - أي الزوج والزوجة - حيث أوجب مشرع مدونة الأسرة تحقق التوصل الشخصي³²⁸ لأطراف الادعاء خلافا لما تقرره القواعد العامة المنصوص عليها في الفصل 38 من

³²³ نظم المشرع المغربي المصاريف المؤداة على الدعاوى القضائية المرفوعة إلى القضاء بموجب الظهير الشريف رقم 1.84.54 الصادر في 5 رجب 1404 الموافق ل 27 أبريل 1984 بمثابة قانون المالية لسنة 1984، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 3730 مكرر بتاريخ 1984/04/27، ص: 510.
³²⁴ جاء المشرع في الفصل 45 من ق.م.م للتتبع على ما يلي: "...غير أن المسطرة تكون شفوية في القضايا التالية... 2- قضايا النفقة والطلاق والتطبيق؛..."

³²⁵ ينص الفصل 36 من ق.م.م على ما يلي: "يستدعي القاضي حالا المدعي والمدعى عليه كتابة إلى جلسة يعين يومها ويتضمن هذا الاستدعاء:

1 - الاسم العائلي والشخصي ومهنة وموطن أو محل إقامة المدعي والمدعى عليه؛

2 - موضوع الطلب؛

3 - المحكمة التي يجب أن تبت فيه؛

4 - يوم وساعة الحضور؛

5 - التنبيه إلى وجوب اختيار موطن في مقر المحكمة عند الاقتضاء. "

³²⁶ صدر قانون يعنى بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين، وهو القانون رقم 81-03 الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.06.23 بتاريخ 5 محرم 1427 الموافق ل 2006/2/14، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ 1 صفر 1427 الموافق ل 2 مارس 2006، ص: 59.

³²⁷ ينص الفصل 37 من ق.م.م على ما يلي: "يوجه الاستدعاء بواسطة أحد أعوان كتابة الضبط، أو أحد الأعوان القضائيين أو عن طريق البريد برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو بالطريقة الإدارية.

إذا كان المرسل إليه يقيم خارج المغرب، يوجه الاستدعاء بواسطة السلم الإداري على الطريقة الدبلوماسية أو بواسطة البريد المضمون، عدا إذا كانت مقتضيات الاتفاقيات الدولية تقضي بغير ذلك."

³²⁸ عادل حميدي، تأملات في قضايا الأسرة على ضوء الاجتهاد القضائي المغربي، الجزء الأول، مطبعة بالمرياس إديسيون، الرباط، الطبعة الأولى، 2009م، ص: 65.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

ق.م.م³²⁹، والتي تعطي إمكانية تسليم الاستدعاء إما إلى الشخص نفسه أو في موطنه أو في محل عمله أو في أي مكان آخر يوجد فيه، كما يجوز أن يتم التسليم في المكان المختار.

فلمسطرة التبليغ في القضايا الأسرية خصوصيات، حيث بالتمعن في مقتضيات المادتين 43 و 81 من مدونة الأسرة، نجد المشرع المغربي أولى مسطرة التبليغ والاستدعاء في قضايا الأسرة خصوصية متميزة تتجلى في ضرورة التوصل الشخصي للزوجة بالاستدعاء، وهو خلاف ما هو منصوص عليه في القواعد العامة للفصل 38 من ق.م.م³³⁰، والتوصل الشخصي في القضايا الأسرية أكد عليه المجلس الأعلى في أحد قراراته³³¹، جاء فيه: "لا يعتبر التبليغ صحيحا إذا توصل به خصم المبلغ إليه".

يتضح من القرار السالف الذكر أن التبليغ الصحيح هو الذي يتم للأطراف بصفة شخصية، وأن ذاك الذي يتم إلى غير المبلغ إليه يكون غير صحيح، ونؤيد هذا التوجه كون أن التبليغ الذي يتم لغير الأطراف قد لا يجدي نفعا إذا علمنا أن المحكمة ملزمة بأن تجري محاولات الإصلاح بين الزوجين، والمعلوم أن هذا الإجراء من النظام العام، ولن يتحقق إلا بحضور الطرفين معا، مما يكون معه ضرورة توصل الزوج والزوجة بالاستدعاء شخصا أمرا لازما ومحتوما.

لكن من الإشكالات التي قد تطرح في هذا الصدد، هو تعمد الزوجة التصريح بمعلومات مزيفة عن زوجها في مقالها، سواء بتحريف اسمه أو موطنه أو محل إقامته وذلك بغية تفويت عليه فرصة الحضور للجلسات والإدلاء بأقواله، فالمشرع لم يرتب أي جزاء على الزوجة مقترفة هذا الفعل، على العكس من ذلك نص على جزاء جنائي

³²⁹ - تنص الفقرة الأولى من الفصل 28 من ق.م.م على أنه: "يسلم الاستدعاء والوثائق إلى الشخص نفسه أو في موطنه أو في محل عمله أو في أي مكان آخر يوجد فيه، ويجوز أن يتم التسليم في الموطن المختار"

³³⁰ - خالد التومي، خصوصيات المسطرة في المادة الأسرية، م.س، ص: 8.

³³¹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 518 في الملف عدد 2007/1/2/495، بتاريخ 5 نونبر 2008، مشار إليه في:

- نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، الجزء الرابع، مطبعة الأمنية، الرباط، 2010م، ص: 14 وما يليها.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

في حق الزوج مرتكب هذا الفعل³³²، مما يدفعنا للتساؤل: هل الزوجة معصومة من القيام بمثل هذه الأفعال؟ أم أن الأمر لا يعدو وأن يكون تكريسا للتمييز الإيجابي الذي تبنته المدونة؟

ثانيا- إثبات الزوجة للضرر واستحالة العشرة أثناء المناقشة

بمجرد ما تستدعي المحكمة الأطراف للجلسة، ووصول أجلها، يمثل الزوجان أمامها حيث تبدأ المناقشات داخل أسوار المحكمة، ويتم تبليغ النيابة العامة بالدعوى³³³ لكي تقدم مستنتاجاتها³³⁴، حيث الزوجة أول ما تسعى إليه هو أن تكسب قناعة المحكمة بصحة ما تدعيه، وأن الضرر ثابت في حقها، وأن العشرة بينها وبين زوجها أصبحت في خبر كان.

فالزوجة المطالبة بالتطبيق للضرر تسعى إلى إثبات ما تدعيه، وإثبات الضرر يكون بشتى وسائل الإثبات التي سبق لنا وأن تطرقنا إليها³³⁵، والتي يعتبر الأهم منها شهادة الشهود، فالفقه لم يتشدد كثيرا في بينة إثبات الضرر

³³² يظهر الجزاء الجنائي الذي رتبته المشرع في حق الزوج الذي أدلى عن قصد ببيانات كاذبة عن زوجته للمحكمة بغيت تقويت عليها فرصة الحضور للجلسات في المادتين 43 و 81 من مدونة الأسرة، والذي يحيلان على الفصل 361 من مجموعة القانون الجنائي.
³³³ يجب على المحكمة أن تحيل نسخة من ملف الدعوى على النيابة العامة لكي تقدم مستنتاجاتها، والمعلوم أن تدخل النيابة العامة في جميع قضايا الأسرة تدخل أصلي بصريح المادة الثالثة منها، والتي تنص على أنه: "تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة" وهنا يظهر أن النيابة العامة طرف أصلي، لكن الإشكال يبقى قائما حول مسألة ضرورة حضور ممثلي النيابة العامة في كل الإجراءات المزمع القيام بها في قضايا الأسرة، أم فقط تكفي بتقديم مستنتاجاتها في كل القضايا؟ كما أن من الإشكالات التي قد تطرح كذلك، التعارض الصارخ بين مقتضيات المادة الثالثة من مدونة الأسرة والفصل التاسع من ق.م.م؟ حيث بعض الفقه يرى أن الإجابة على هذا الإشكال لن يكون إلا بإعمال القاعدة التي تنص أن "النص الخاص يعقل ويقيد النص العام".

³³⁴ لمعرفة المزيد حول تدخل النيابة العامة في قضايا الأسرة، وطبيعة هذا التدخل، راجع إلى:
- إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، أحكام الزواج، دراسة مقارنة معززة بأحدث التطبيقات القضائية لمحكمة النقض ومحاكم الموضوع، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة سنة 2016م، ص: 43 وما يليها.
- عدنان العشعاش، الطبيعة القانونية لتدخل القضاء في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2007/2008م، ص: 121 وما يليها.
- أحمد البنوض، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2005/2006م، ص: 5 وما يليها.
- عبد العظيم الجوال الورياعلي ونجيب أفيال، دور النيابة العامة أمام قضاء الأسرة، رسالة مقدمة على أعتاب نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، فترة التدريب 2007 إلى 2009م، ص: 9 وما يليها.
³³⁵ لمعرفة المزيد حول الوسائل التي يثبت بها الضرر المبرر للتطبيق، يرجع إلى المبحث الثاني من الفصل الأول من هذه الدراسة.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

بين الأزواج، فأجاز إثباته بشهادة السماع الفاشي، رغم أنها تفيد مطلق الضن... ولا يقيد من حرية هذا الإثبات إلا أن تكون الشهادة مفسرة غير مجملة³³⁶.

وعلى منوال الفقه سارت مدونة الأسرة حينما أقرت للزوجة إمكانية إثبات الضرر بكل حرية أمام القضاء، وهو ما يمكن أن نستشفه من عبارة "تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات" الواردة في المادة 100 من نفس المدونة³³⁷، وهو الأمر الذي كرسه القضاء المغربي، وحتى المقارن حينما سمح للزوجة بإعمال عديد الوسائل لإثبات الضرر اللاحق بها أمام المحكمة.

حيث يمكن لها أن تعتمد إلى شهادة الشهود لتثبت الضرر، لكن الاستماع لهؤلاء من طرف المحكمة لا يكون في جلسة علنية، بل في غرفة المشورة كما ورد في المادة 100 من المدونة عبارة "الذي تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة"

ونرى في هذا الصدد أن توجه المشرع صائب إلى أقصى الحدود، لأن في مثل هذه الدعاوى يحتاج شهود الزوجان إلى التصريح بمجموعة من الأسرار التي لن يكون بمقدورهما التصريح بها لو تم الاستماع إليهم لهم في جلسة علنية، كما أن هذه الأمر يجعل الشهود في مأمن من اطلاع الجمهور على هويتهم، وما قد يترتب على ذلك من آثار سلبية قد تلحق بهم.

ويمكن للزوجة أن تثبت ضررها كذلك بواسطة إقرار الزوج، أو القرائن، بالإضافة إلى إدلائها بمجموعة من الوثائق لعل أهمها محاضر الضابطة القضائية، والأحكام القضائية القاضية بالإدانة، والتقارير المنجزة من الخبراء، فإذا ثبت للمحكمة أن الضرر محقق وأن استمرار العشرة بين الزوجين على مشارف الاندثار، فإنها تقوم بمحاولات

³³⁶ عدي البشير، قضايا الأسرة من خلال النوازل الفقهية في سوس، م.س، ص: 380.

³³⁷ تنص الفقرة الأولى من المادة 100 من مدونة الأسرة على ما يلي: "تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود، الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة"

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

الإصلاح لعل وعسى تفلح في إعادة المياه إلى مجاريها، وإن فشلت في ذلك تحكم وفقا لطلب الزوجة الرامي إلى الفرقة.

الفقرة الثانية: قيام المحكمة بمحاولات الإصلاح بين الزوجين

يعرف الصلح في اللغة: كونه مشتق من اسم المصالحة، يقال: صالح يصالح صالحا مصالحة³³⁸، وفي الشريعة عقد يرفع النزاع³³⁹، وهو معاهدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين والصلح يتنوع أنواعا³⁴⁰، أما في المجال الجنائي فيعرف الصلح بأنه تنازل سلطة الاتهام عن إقامة الدعوى الجنائية وفق القوانين التي تجيز ذلك³⁴¹، أما في المجال المدني فقد اعتبره أحد الفقه كونه عقد تبادلي يحتاج إلى تنظيم خطيا³⁴².

فالصلح من المسائل التي ندب إليها الدين الإسلامي الحنيف، حيث يجد صدا عميق في الكتاب المنير، وفيه يقول تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾³⁴³، وقوله جل جلاله: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلَحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ﴾³⁴⁴، كما يقول وهو أحكم الحاكمين: ﴿وَإِنْ

³³⁸ - محمد المصلح، كشاف المصطلحات الفقهية، م.س ، ص: 170.

³³⁹ - محمد علي السيد شريف الجرجاني، معجم التعريفات، م.س ، ص: 114.

³⁴⁰ - معجم القانون، م.س، ص: 322.

³⁴¹ - محمد بين عبد الله العردفي الريمي، المعاني البدعية في معرفة اختلاف أهل الشريعة، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1999م، ص: 534، هامش 1.

³⁴² - مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء التاسع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة سنة 2007م، ص: 261.

³⁴³ - سورة الحجرات، الآية: 10.

³⁴⁴ - سورة الأنفال، الآية: 1.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴿٣٤٥﴾

ومن أهم الآيات التي تؤصل للصالح في الروابط الأسرية قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأُصْلِحُوا

حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا

خَبِيرًا﴾³⁴⁶. كما أن من الأحاديث النبوية الشريفة الداعية إلى إصلاح ذات البين بين الزوجين قوله صلى الله عليه

وسلم: ﴿أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِأَفْضَلِ مِنْ دَرَجَةِ الصِّيَامِ وَالصَّلَاةِ وَالصَّدَقَةِ. قَالُوا بَلَى، قَالَ: إِصْلَاحُ ذَاتِ

الْبَيْنِ﴾³⁴⁷.

أما المشرع المغربي فقد تناول بالدراسة مسألة الصلح في فروع عدة من المنظومة التشريعية، لكن العناية

الكبرى التي أولاها للصلح هي تلك الواردة في المجال الأسري، حيث جعله من متعلقات النظام العام، حيث

تكون المحكمة ملزمة بالقيام به كقاعدة عامة، وعليه سنتطرق إلى قيام المحكمة بمحاولة الإصلاح بين الزوجين

في دعوى التطبيق للضرر ووسائله (أولا) على أن ننتقل بعده لفرضية فشلها والحكم بالتطبيق للضرر (ثانيا).

أولا- قيام المحكمة بمحاولات الإصلاح في دعوى التطبيق للضرر ووسائله

³⁴⁵ - سورة النساء، الآية: 35.

³⁴⁶ - سورة النساء، الآية: 35.

³⁴⁷ - أخرجه أحمد (444/6)، رقم (27548)، وصححه الألباني في الصحيح الجامع، 2595.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

بمجرد ما ترفع الزوجة طلب التطبيق للضرر، تلتزم المحكمة بالقيام بالعديد من محاولات الإصلاح بين

الزوجين (1) وتعتمد لأجل الإصلاح بينهما وسائل ومؤسسات عدة (2).

1- إلتزام المحكمة بالقيام بمحاولات الإصلاح في دعوى التطبيق للضرر

من المعلوم أن النزاعات الأسرية قائمة منذ وجود الأسرة المغربية، ولهذا أبدع الإنسان المغربي مساطر

وقواعد خاصة لحل هذه الخصومات الأسرية، وذلك اعتمادا على الجانب الديني الشرعي³⁴⁸ أو الأعراف

والتقاليد³⁴⁹ أو على الجانب القانوني والقضائي³⁵⁰.

ف نظرا لما يسببه الطلاق والتطبيق من آثار سلبية وخيمة على الأسرة والمجتمع، عمل المشرع المغربي على

خلق مؤسسة الصلح لتفادي واقعة الطلاق والتطبيق وفق مسطرة محددة، إذ يعتبر الصلح من النظام العام ولا يجوز

للمحكمة مخالفته والنفاذه عنه³⁵¹.

ففي دعاوى التطبيق بصفة عامة، والتطبيق للضرر بصفة خاصة، نص المشرع على ضرورة القيام بمحاولات

الصلح بين الزوجين بصريح المادة 113 من مدونة الأسرة³⁵²، وعلى نفس التوجه صارت معظم التشريعات العربية

المقارنة، كما الحال في ذلك بخصوص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري الذي جاء في فقرته الأولى ما يلي:

إذا اشتد الخصام بين الزوجين...وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما" كما نصت المادة 7 من قانون الأحوال

³⁴⁸ من المؤسسات المرصودة للصلح بين الزوجين ذات الطابع الديني نجد كل من المسجد والزاوية.

³⁴⁹ من الأعراف والتقاليد التي كانت سائدة في منطقة تزارين إقليم زاكورة، عرف يقضي بقيام شيخ قبيلة معينة بإصلاح ذات البين بين الزوجين المتخاصمين، حيث كان جدي - الحسين قاسمي رحمة الله عليه - يتقمص هذا الدور، حيث يستيقظ في الصباح فيأخذ معه بعض المؤونة (سكر، زيت، صابون...) فيقصد فوق دابته منزل أهل الزوجة التي غادرت بيت زوجها واتجهت إلى منزل أهلها، ويقدم لها بمعية أهلها ما صاحب معه من مؤن، ويدعوها إلى الرجوع إلى زوجها، ويتوعدا أنه سيدفعه بتوفيق من رب العلى ليبدأ صفحة جديدة معها، وكذلك نفس الأمر يقوم به مع الزوج، حيث يدعو أن يتقي الله في نفسه وفي زوجته وأن يعود إلى الصواب معها، وما هي إلى أيام حتى تصفو الخواطر وتعود الحياة الزوجية إلى مجراها الطبيعي دون اللجوء إلى المحاكم، فهذه الطريقة كانت تتم أغلب حالات الصلح في بلدتي حيث كانت تعتمد كثيرا على تليين النفوس بالقول الحسن ونوع من الهيبة في الشخص المصلح، لكن وللأسف أصبح هذا العرف يعاني من الاندثار وأصبحت تقضمه مخالفات النسيان.

³⁵⁰ أحمد خرطة، الصلح في الطلاق والتطبيق بين جوهريّة الإجراء ونيل الغايات، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد الثالث، يناير 2013م، ص: 7.

³⁵¹ خالد التومي، خصوصيات المسطرة في المادة الأسرية، م.س، ص: 9.

³⁵² تنص الفقرة الأولى من المادة 113 من مدونة الأسرة على ما يلي: "بيت في دعاوى التطبيق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه، بعد القيام بمحاولة الإصلاح، باستثناء حالة الغيبة، في أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة".

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

الشخصية المصري على ما يلي: "يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين... لهم خبرة بحالهما وقدرة عن الإصلاح بينهما" وعلى منوالهم صار المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية التونسية، حينما نص في الفصل 32 منها على ما يلي: "...ولا يحكم بالطلاق إلى بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين".

ففي التشريع المغربي، فالملاحظ أن مسطرة الصلح تم إخراجها من نصوص قانون المسطرة المدنية، بحيث تم إلغاء المادتين 178 و 121، وتم استبدالهما بمقتضيات واضحة تم التنصيص عليها بشكل واضح من خلال مدونة الأسرة³⁵³، وتعتبر المادة 82 من المدونة³⁵⁴ الإطار العام لإجراء الصلح عند الإقدام على حل ميثاق الزوجية، حيث يفهم من مضمونها أنه عند حضور الزوجين المقدمين على الطلاق أو التطليق فإن المناقشة معهما تجريها المحكمة في غرفة المشورة.

حيث تقوم المحكمة بكافة الإجراءات لأجل الإصلاح بينهما بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة أو كل من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين بين الزوجين من قبيل انتداب المجلس العلمي أو الاستعانة بالمساعدة الاجتماعية، في حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل على 30 يوما.

فمن الخصوصيات التي تتميز بها مسطرة الصلح أنها قيدت ذلك بحضور الطرفين في غرفة المشورة، فعدم حضور الطرفين أو أحدهم رغم استدعائهم يجعل المحكمة توقف البت في ملف التطليق للضرر، وهو الأمر الذي

³⁵³ خالد التومي، خصوصيات المسطرة في المادة الأسرية، م.س، ص: 9.

³⁵⁴ تنص المادة 82 من مدونة الأسرة على أنه: "عند حضور الطرفين، تجري المناقشات بغرفة المشورة، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه. للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين. = وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما. إذا تم الإصلاح بين الزوجين حرر به محضر وتم الإشهاد به من طرف المحكمة."

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بالناظور في أحد أحكامهما³⁵⁵ جاء فيه: "عدم حضور الطرفين لمحاولة الصلح يتعذر معه على المحكمة مواصلة البت في الملف".

فإجراء محاولة الصلح بين الزوجين بالوسائل المقررة أمر ضروري، ولا يحق للزوجة أن ترفض القيام بها وإلا كانت دعواها غير مقبولة، وهو الأمر الذي سبق للمحكمة الابتدائية بكلميم أن ذهبت إليه³⁵⁶، فإجراؤها ضروري كونه من النظام العام تكون من خلاله المحكمة ملزمة بالقيام به تحت طائلة نقض قرارها، وهو ما سبق للمجلس الأعلى أن ذهب إليه في أحد قراراته³⁵⁷ جاء فيه: "إن إجراء محاولة الصلح بين الزوج والزوجة ضروري، وأنه لا يحكم بفك العصمة إلا في حالة العجز عن الإصلاح بينهما" وهو التوجه الذي سبق لقضاء النقض الجزائي أن صار إليه في أحد قراراته³⁵⁸، جاء فيها: "من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي".

2 - وسائل وآليات الإصلاح بين الزوجين في دعوى التلحق للضرر

نذب الدين الحنيف إلى إصلاح ذات البين بين الزوجين وحث على ذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ

امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾³⁵⁹،

³⁵⁵ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور في الملف عدد 11/11/1026 بتاريخ 2012/05/30، مشار إليه في: إدريس الفاخوري، المنازعات الأسرية أمام قضاء الموضوع ومحكمة النقض، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة سنة 2015م، ص: 61 و 62.

³⁵⁶ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بكلميم بتاريخ 2004/10/14 تحت عدد 206 مكرر في الملف عدد 04/82، مشار إليه: محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 131 و 132.

³⁵⁷ - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 93/807 في الملف عدد 90/6764 بتاريخ 1993/11/16م، مشار إليه: مجلة المعيار، العدد 20، الصادرة سنة 1994، ص: 144 وما يليها.

³⁵⁸ - قرار صادر عن محكمة النقض الجزائية رقم 57812 بتاريخ 1989/12/25، منشور في: المجلة القضائية الجزائية، العدد الثالث، الصادر سنة 1991، ص: 8.

³⁵⁹ - سورة النساء، الآية: 128.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

كما يقول عز من قائل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا

إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾³⁶⁰، وفي ذلك قال خير البشرية صلى الله عليه وسلم: ﴿لَا أَنْبَأُكُمْ بِدَرَجَةِ

أَفْضَلِ مِنَ الصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ وَالصَّدَقَةِ؟" قالوا: بلى، قال: "إِصْلَاحُ ذَاتِ الْبَيْنِ، وَفَسَادُ ذَاتِ الْبَيْنِ

هِيَ الْحَالِقَةُ" ³⁶¹.

وعلى نفس النهج سارت كل المذاهب الفقهية، حيث رغبة في الإصلاح بين الزوجين بكل السبل لعل أهمها بعث الحكمين لإصلاح ورأب الصدع بين الزوجين، وعلى سبيلهم غدت كل التشريعات العربية المقارنة³⁶²، ومنها مدونة الأسرة المغربية³⁶³، حيث يتميز الصلح طبقا للمواد المنظمة له في مدونة الأسرة بمجموعة من الخصائص يشترك في بعضها مع العقود المدنية الأخرى والبعض الآخر ينفرد به نظرا لخصوصيات المجال الذي يجرى فيه. فالمحكمة عند إدعاء الزوجة بوجود ضرر، تلتزم بالقيام بكل محاولات الإصلاح عن طريق المؤسسات المرصودة لذلك، سواء أكان ذلك ببعث الحكمين (أ) أو بواسطة مجلس العائلة أو عن طريق المجلس العلمي (ب).

أ- ادعاء الزوجة للضرر وانتداب المحكمة للحكمين للإصلاح

حث المشرع المحكمة على القيام حسب سلطتها التقديرية بمحاولات الإصلاح بين الزوجين، لكنه لم يبين في نفس مضمون المادة 113 من المدونة الطرق والوسائل التي يتم بها هذا الإصلاح، إلا أنه أحال على مقتضيات

³⁶⁰- سورة النساء، الآية: 35.

³⁶¹- صحيح سنن أبي داود 4111.

³⁶²- ومن هذه التشريعات مثلا نجد مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصلين 25 و 31 منها، وكذا قانون الأسرة الليبي في الفصلين 36 و 39 منه، وكذا مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية في موادها 83 و 102... الخ.

³⁶³- صرح المشرع المغربي في العديد من مقتضيات المدونة على لزوم إجراء المحكمة لمحاولة الإصلاح بين الزوجين، كمثال في مسطرة التعدد في المادة 44، وكذا في مسألة الطلاق في المادة 82، وفي مسطرة الشقاق في المادة 94، وكذا عند باقي التطبيقات في المواد 113 و 114 و 120 من نفس المدونة.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

المادة 82 من نفس القانون ضمنية، والتي تبين الطرق والمؤسسات التي يتم بها الإصلاح والتوفيق بين الزوجين عند الرغبة في التطلاق، حيث نصت نفس المادة على ما يلي: "... للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين...".

يتضح من هذا النص أن أول المؤسسات التي رصدها المقتن المغربي لإصلاح أحوال الزوجين عند ادعاء الزوجة للضرر هي مؤسسة الحكمين³⁶⁴، وعلى نهجه حدثت معظم التشريعات العربية، وهذه المؤسسة تجد لها تأصيلا في الذكر الحكيم³⁶⁵، وقد تناولها فقهاء الشريعة الإسلامية بكثير من الأهمية نظرا لما لها من عظيم الأثر والفضل الكبير للإصلاح بين أعمدة الأسر.

فالمشرع المغربي حث على بعث الحكمين لمحالة الإصلاح والتوفيق بين الطرفين، وغالبا ما يكونان من أهل الزوجان، استنادا في ذلك إلى الآية 35 من سورة النساء في القرآن، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن يكونوا من غيرهم إن لم يكن في أهل الزوجان ما يصلح لتقمص هذا الدور العظيم، قال البرادعي في التهذيب: "وإذا قبح ما بين الزوجان وجهلت حقيقة أمرهما بعث الإمام حكما من أهله وحكما من أهلها، من أهل العدول والنظر، فإن لم يكن من أهلها ما يراه لذلك أهلا، أو لا أهل لهما، بعث من غير الأهلين"³⁶⁶. ويشترط في الحكمين العدالة والذكورة والتفقه والعلم بالإضافة إلى كونهما من أهل الزوجين كقاعدة عامة³⁶⁷.

³⁶⁴ تناول المشرع المغربي مؤسسة الحكمين في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بنوع من الاحتشام، وذلك في البند الثالث من الفصل 56 منها أثناء تنظيمه للتطبيق للضرر، بخلاف ذلك أعطى لها في المدونة ولو بشكل نسبي نوعا من الأهمية، وخصوصا أثناء حديثه في المادة 82 عن مؤسسات الإصلاح بين الزوجين، وكذا عند حديثه عن مسطرة الشقاق في المادة 95 و 96 من نفس المدونة.

³⁶⁵ يقول تعالى في التنزيل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَرْسِلُوهُمَا بِكُرْبَةٍ مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمَا مِّنْ أَهْلِهِمَا إِنَّ يُرِيدَا إِخْلَافًا يُّفَوِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ سورة

النساء، الآية: 35.

³⁶⁶ أبي سعيد البرادعي، التهذيب في اختصار المدونة، الجزء الثاني، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، 2002م، ص: 405.

³⁶⁷ لمعرفة المزيد حول الشروط المتطلبية توفرها في الحكمين، ينظر إلى:

- عادل حامدي، التطلاق للشقاق وإشكالاته القضائية، م.س، ص: 30 إلى 34.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فالحكمان يقومان بعد بعث القاضي لهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين ويبدلان جهدهما لإنهائه³⁶⁸، وهو الأمر الذي سبق لقضاء النقض المصري أن كرسه في أحد قراراته³⁶⁹ جاء فيها: "...المشرع خول للحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرارها" وهو نفسه ما ذهبت إليه محكمة النقض السورية في قرار لها³⁷⁰، جاء فيه: "على الحكمين أن يبدلا الجهد وعقد جلسات في سبيل رأب الصدع".

فإذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين، حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعه الحكمان والزوجان ويرفعانه إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجان نسخة منه وتحفظ الثالثة، ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة، وتقرير الحكمان بمثابة وثيقة رسمية لا يطعن فيها إلا بالزور، كما سبق لمحكمة النقض السورية وأن صرحت بذلك في قرار لها، جاء فيه: "تقرير الحكمان من الأسانيد الرسمية التي لا يطعن فيها إلا بالتزوير ولا رقابة لمحكمة النقض على قناعة الحكمين"³⁷¹.

وفي حالة ما إذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو لم يقدماه خلال الأجل المضروب لهما من قبل المحكمة، أمكن لهذه الأخيرة أن تجري من الأبحاث الإضافية والوسائل الكافية ما تراه ملائما للإصلاح³⁷²، ولعل من أهمها اللجوء إلى عقد مجلس العائلة أو عند الاقتضاء الاستعانة بالمجلس العلمي وكذا المساعدة الاجتماعية، وكل ذلك في سبيل التوفيق والسداد بين الزوجين.

³⁶⁸ وهو الأمر الذي يفهم من صريح المادة 95 من مدونة الأسرة التي جاء فيها: "يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين و يبذل جهدهما لإنهاء النزاع"

³⁶⁹ قرار صادر عن محكمة النقض المصرية عدد 0046 بتاريخ 1974/02/20، مشار إليه في الموقع الإلكتروني: www.kenanaonline.com تاريخ الإطلاع 2017/01/01م، على الساعة 13:45.

³⁷⁰ قرار صادر عن محكمة النقض السورية عدد 30 في القضية 316 بتاريخ 1991/5/2، منشور في:

- مجلة المحامون السورية، الأعداد 1 و 3، الصادرة سنة 1990.

³⁷¹ قرار صادر عن محكمة النقض السورية عدد 566 في الأساس 2522 بتاريخ 1988/8/22، أشار إليه:

- عادل حامدي، التطبيق للشقاق وإشكالاته القضائية، م.س، ص: 38. الهامش 39.

³⁷² وهو ما جاء في صريح المادة 96 من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: "إذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما، أمكن للمحكمة أن تجري بحثا إضافيا بالوسيلة التي تراها ملائمة"

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

ومما تجدر الإشارة إليه أخيراً، أن المشرع المغربي إن كان في المدونة قد قصر سلطة الحكّمين في التوفيق والإصلاح بين الزوجين، وترك إمكانية التفريق بينهما للقاضي حصراً، فإن هناك من التشريعات من وسعت من سلطة الحكّمين إلى أبعد مدى، حيث اعترفت لهما بالحق في التفريق بين الزوجين عند فشل محاولات الصلح المقامة، ومن أمثلة هذه التقنيات نجد المشرع الأردني في الفقرة (و) من المادة 138 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والذي جاء فيها: "إذا ظهر للحكّمين أن الإساءة من الزوجين قررا التفريق بينهما على تسلم من المهر بنسبة إساءة كل منهما، وإن جهل الحال ولم يتمكن من تقدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان أخذه من أي منهما"، وهذا التوجه في نظرنا يجد سنده في بعض آراء المذاهب الفقهية التي تقر للحكّمين إمكانية التفريق بين الزوجين أهمها مذهب المالكية والحنبلية.

ب- الإصلاح بين الزوجين بواسطة مجلس العائلة والمجلس العلمي

أحال المشرع في المادة 113 من مدونة الأسرة ضمناً على المؤسسات المرصودة للإصلاح بين الزوجين الواردة في المادة 82 من نفس القانون، حيث جاء في هذه الأخيرة: "للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب... مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلاً لإصلاح ذات البين. وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً."

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

انطلاقاً من مضامين النص القانوني أعلاه، يتضح أن القيام بالإصلاح بين الزوجين، يعد أحد أهم أوجه الحماية القانونية والقضائية الهادفة بالأساس إلى الحفاظ على كيان الأسرة من التشتت والضياع³⁷³، ويعتبر مجلس العائلة³⁷⁴ إلى جانب كل من مؤسسة الحكمين والمجلس العلمي والمساعدة الاجتماعية من المؤسسات التي أقر بها المشرع المغربي لأجل الإصلاح بين الزوجين، وهو من مستحدثات تعديل ظهير 10 شتنبر 1993، حيث تم التنصيص عليه في الفصل 56 مكرر، وهذا التعديل الذي جاء كإضافة أخرى لمساعدة الجهاز القضائي³⁷⁵ في إيجاد الحلول البديلة والسريعة لحل القضايا الشائكة داخل الأسرة، في الحالات التي لا تنفع معها المساعي الحبية الأخرى، وقد حددت مقتضيات هذا المجلس وأحكامه بمقتضى المرسوم 2.04.88 الصادر في 25 ربيع الأخير 1425 الموافق لـ 14 يونيو 2004 ناسخاً بموجبه مقتضيات المرسوم³⁷⁶ 26 دجنبر 1994، كما نصت عليه مدونة الأسرة في المادة 251 مؤكدة أن اختصاصه وتكوينه ومهامه ستحدد بمقتضى نص تنظيمي³⁷⁷.

وفعلاً، فقد صدر مرسوم 2.04.88 في 25 من ربيع الآخر 1425 الموافق لـ 14 يونيو 2004³⁷⁸ ناسخاً بموجبه مقتضيات المرسوم رقم 2.94.31 الصادر في 26 دجنبر 1994، كما صدرت بموازاته العديد من المناشير الوزارية من أجل تفعيل مقتضياته³⁷⁹.

³⁷³ - حمزة التريد، المؤسسات المرصود للصلح في مجال النزاعات الأسرية، الحكمين ومجلس العائلة، أي دور وفعالية؟ وما البديل؟، مقال منشور بمجلة منازعات الأعمال، العدد الثامن، نونبر ودجنبر، 2015م، ص: 13.

³⁷⁴ - أولى المشرع المغربي أهمية لمجلس العائلة كمؤسسة تم رصدها للصلح بين الزوجين، حيث أصدر بموجبه مرسوم يحمل رقم 2.04.28 الصادر في 25 ربيع الثاني 1425 الموافق لـ 14 يونيو 2004، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5223 الصادرة بتاريخ 3 جمادى الأولى 1425 الموافق لـ 21 يونيو 2004، ص: 1671 و 1672.

³⁷⁵ - تنص الفقرة الثانية من المادة 251 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يحدث مجلس للعائلة، تناط به مهمة مساعدة القضاء في اختصاصاته المتعلقة بشؤون الأسرة، ويحدد تكوينه ومهامه بمقتضى نص تنظيمي".

³⁷⁶ - المرسوم المتعلق بالمقتضيات المحددة لمجلس العائلة الملغى رقم 2.94.31 الصادر في 23 رجب 1415 الموافق لـ 26 دجنبر 1994، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 4292 بتاريخ 1 فبراير 1995.

³⁷⁷ - هشام الريسوني، التطبيق للضرر في القانون المغربي والمقارن، م.س، ص: 103 و 104.

³⁷⁸ - المرسوم المتعلق بمقتضيات مجلس العائلة وتكوينه رقم 2.4.88 الصادر بتاريخ 45 ربيع الثاني 1425 الموافق لـ 14 يونيو 2004م، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5223 بتاريخ جمادى الأولى 1425 الموافق لـ 21 يونيو 2004م، ص: 2671 و 2672.

³⁷⁹ - هشام الريسوني، التطبيق للضرر في القانون المغربي والمقارن، م.س، ص: 104.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فرغبة من المشرع في تكريس آلية الوساطة كأحد الحلول المعول عليها لفض المنازعات الأسرية، تظهر شاخصة من خلال ما أشير إليه في ديباجة مدونة الأسرة من الرغبة في تعزيز آليات التوفيق والوساطة بتداخل الأسرة والقاضي³⁸⁰.

فبمجرد ادعاء الزوجة للضرر فيمكن للقاضي أن يدعو إلى انعقاد مجلس العائلة كمؤسسة للتوفيق بين الزوجين، ويتألف المجلس حسب منطوق المادة الأولى³⁸¹ من المرسوم المنظم له من القاضي بصفته رئيساً، بالإضافة إلى الأب أو الوصي أو المقدم، وأربعة أعضاء يعينهم رئيس المجلس - أي القاضي - من الأقارب والأصهار بين جهة الزوج وجهة الزوجة، وإذا تعذر توفرهم من الجهتين أمكن تكوينهم من جهة واحدة.

وتعتبر مهام هذا المجلس مهام استشارية، حيث يقوم بالتحكيم وإصلاح ذات البين، ويبدأ رأيه في كل ما يتعلق بشؤون الأسرة، وهو ما نستشفه من مضمون المادة 7 من القانون المنظم للمجلس، والذي جاء فيها: "مهام مجلس العائلة مهام استشارية. يقوم مجلس العائلة بالتحكيم لإصلاح ذات البين، ويبدأ رأيه في كل ما له علاقة بالأسرة".

وبالإضافة إلى مجلس العائلة كمؤسسة من مؤسسات الإصلاح بين الزوجين في حالة ادعاء الضرر من الزوجة، فهناك مؤسسات أخرى لا تقل عنها أهمية تعنى بنفس الدور لعل أهمها مؤسسة المجلس العلمي والمساعدة الاجتماعية.

³⁸⁰ - عادل حميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، م.س، ص: 373.

³⁸¹ - تنص المادة الأولى من المرسوم المنظم لمجلس العائلة على ما يلي: "يتكون مجلس العائلة من:

- القاضي بصفته رئيساً،

- الأب والأم أو الوصي،

- أربعة أعضاء يعينهم رئيس مجلس العائلة من بين الأقارب أو الأصهار بالتساوي بين جهة الأب وجهة الأم، أو جهة الزوج حسب الأحوال، وإذا تعذر توفرهم من الجهتين أمكن تكوينه من جهة واحدة".

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فلقد حمل تعاضم قضايا الطلاق والتطليق، وفشل مسعى الصلح المجرى من لدن المحكمة أو بمساعدة الحكّمين في أغلب الحالات المحاكم على التعويل على بدائل أخرى عليها تفي بالغرض وتحقيق المطلوب، وسندها في ذلك مقتضيات المادة 82 من مدونة الأسرة، والتي مكّنت المحكمة على التعويل على أي جهة تنتدبها لإعانتها على التوفيق بين طرفي دعوى الطلاق والتطليق وفق حكم تمهيدي يحدد مهام السداد بدقة، وإسناد تلك المهمة للمجلس العلمي المحلي – أو المساعدة الاجتماعية – لا تعدو أن تكون أحد الخيارات التي يعود أمر تقريرها إلى المحكمة³⁸².

فالمجلس العلمي كمؤسسة قد تستنجد به المحكمة لرأب الصدع بين أطراف العلاقة الزوجية يجد سنده في مضمون المادة 82 من مدونة الأسرة من خلال العبارة الواردة فيها والقاضية بما يلي: "أو من تراه مؤهلاً لإصلاح ذات البين".

لكن ما يمكن الإشارة إليه في هذا المنحى، هو الصعوبة التي تعترض إجراءات الصلح بين الزوجين، في مساطر انفصال الرابطة الزوجية، حيث أصبحت عاجزة عن تحقيق الأهداف المتوخاة منها للسرعة التي تتم بها³⁸³، فبخصوص مثلاً الصعوبات التي تعترض المجلس العلمي في القيام بدوره، هي تلك المتعلقة بالتنسيق بين أقسام قضاء الأسرة والمجلس العلمي من أجل التعاون على إصلاح ذات البين بين الزوجين، حيث أبانت التجربة العملية عن كون مثل هذا الإجراء يفضي إلى تطويل مساطر الطلاق والتطليق بلا جدوى أو طائلة، فلا يحترم أجل الستة

³⁸² - عادل حامدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، م.س، ص: 380.

³⁸³ - فتيحة الشافعي، مدونة الأسرة بعد سنوات من التطبيق، المكتسبات والعوائق والآفاق، مقال منشور بموقع العلوم القانونية www.marocdroit.com ، تاريخ النشر 30 ماي 2012، ص: 49.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

أشهر المحدد للبت في قضايا التطلاق³⁸⁴، كما ذهبت إلى ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 97 من مدونة الأسرة بالنسبة لدعوى الشقاق³⁸⁵ و المادة 113 بالنسبة لباقي أنواع التطلقات الواردة في المادة 98 من المدونة³⁸⁶.

فبعد قيام المحكمة بمحاولات الإصلاح حسب سلطتها التقديرية - على ألا تنزل عن محاولة واحدة عند عدم وجود أطفال، ومحاولتين عند وجودهم³⁸⁷ - فإنها تكون أمام فرضيتين، تتمثل الأولى في نجاح محاولة الصلح المقامة وإشهاد المحكمة على ذلك، حيث تعود الحياة الزوجية لعز عطائها، وإما فشل محاولات الإصلاح وإصدار المحكمة لحكم يقضي بالتطبيق للضرر، وستتطرق للفرضية الأخيرة لكونها هي الغالبة الحدوث، حيث إن أغلب محاولات الإصلاح التي تقوم بها المحكمة لا تسفر على الإصلاح بين الزوجين.

ثانيا- فشل محاولات الإصلاح وإصدار المحكمة لحكم بالتطبيق للضرر

عندما تكتمل عناصر النزاع أمام المحكمة، وتكون قناعتها الكاملة بشأنه، تفصل في الدعوى³⁸⁸ المرفوعة من الزوجة والرامية إلى التطلاق للضرر، فالمحكمة هنا بعدما ثبت لها أن الضرر قائم في حق الزوجة، وأن العشرة الزوجية بينها وبين زوجها أصبحت مستعصية الاستمرار، وكذا فشل محاولات الإصلاح التي قامت بها، حيث بدورها لم تجدي نفعاً، فهنا حتما تستجيب لطلب الزوجة، وتضع حداً للرابطة الزوجية بواسطة حكم قضائي نهائي وقطعي غير قابل للطعن يقضي بالتطبيق للضرر.

³⁸⁴- عادل حميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، م.س، ص: 381.

³⁸⁵- تنص الفقرة الثانية من المادة 97 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب"

³⁸⁶- تنص الفقرة الأولى من المادة 113 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يبت في دعوى التطلاق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة

98 أعلاه، بعد القيام بمحاولة الإصلاح، باستثناء حالة الغيبة، وفي أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة"

³⁸⁷- تنص المادة 82 من مدونة الأسرة في فقرتها الثانية على ما يلي: "للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة، أو من

تراه مؤهلاً لإصلاح ذات البين. وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً"

³⁸⁸- محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 243.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

والحكم الصادر بشأن دعوى التطلاق للضرر والقاضي بالفرقة يجب أن يصدر خلال أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم تكن هناك من الظروف ما تجعل تمديد هذا الأجل أمرا لازما، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 113 من المدونة، جاء فيها: "يت في دعاوى التطلاق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه، بعد القيام بمحاولة الإصلاح، باستثناء حالة الغيبة، وفي أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة". ومن الانتقادات التي يمكن أن توجه إلى المشرع في هذا الصدد، أنه تحدث عن الأجل دون أن يذكر بدايته كما فعل بخصوص دعوى الشقاق³⁸⁹ وبالضبط في الفقرة الأخيرة من المادة 97 من المدونة³⁹⁰.

فبمجرد صدور الحكم القضائي، والقاضي بالتطلاق للضرر يلزم الشروع في تنفيذ كل المسائل المقررة فيه³⁹¹، ومن أهم ما يقضي به الحكم الصادر³⁹²، هو إنهاء الرابطة الزوجية في الحال والمآل، حيث تصبح الزوجة أجنبية عن زوجها، ويتصف نوع التطلاق في هذه الحالة بوصف البائن بينونة صغرى، ما لم يكن مكملًا للثلاث، حيث يتحول من البائن بينونة صغرى إلى البائن بينونة كبرى، وكذا في حكم التطلاق تقضي المحكمة بمجموعة من المستحقات، سواء تلك المخصصة للزوجة لعل أهمها مؤخر الصداق والمتعة والتعويض، أو تلك المخصصة للأطفال التي منها النفقة والحضانة، وهو الأمر الذي سنتطرق له تبعا لما سيأتي بعده.

المبحث الثاني: آثار الحكم بالتطلاق للضرر، وصفه ومضمون الإهماد عليه

³⁸⁹ - محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 244.

³⁹⁰ - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 97 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب"

³⁹¹ - عبد القادر قرموش، الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بين عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2008/2009م، ص: 401.

³⁹² - إن الحكم القاضي بالتطلاق يجب أن يصدر وفق الكيفية التي صرح بها المشرع المغربي في الفصل 50 من قانون المسطرة المدنية.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

يترتب على قيام عقد الزواج حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين، وكذا تجاه الأطفال، فالحقوق الزوجية هي جملة من الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضوا في أسرة معينة³⁹³. حيث يلتزم كل ملزم بما عليه طول ما عقد الزواج قائما، لكن ودوام الحال من المحال، فإنه قد تحدث من الوقائع ما تجعل الحياة الزوجية على شفى حفرة الزوال، حيث تنقلب المودة والرحمة إلى خصام وتنافر وعداء، ومن هنا شرع الفراق لتخليص الزوجين أو أحدهما من معاناته، وإعطاء كل ذي حق حقه، كما قيدت الشريعة الإسلامية إيقاع الطلاق بمجموعة من الحقوق³⁹⁴ سواء للزوجة أو للأطفال.

فلقد بينت الشريعة الإسلامية للمطلقة حقوقا يلتزم المطلق بالوفاء بها، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَهَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾³⁹⁵، وقوله عز وجل: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُنَّ عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾³⁹⁶، كما يقول رب العزة: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾³⁹⁷، وقوله جل وعلا: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾³⁹⁸، وعلى نهج الشريعة الإسلامية صارت

³⁹³- بن عيشوش فاطمة، الحقوق الزوجية بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة مقدمة لنيل الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الموسم الجامعي 2011/2012م، ص: 4.

³⁹⁴- نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد الأول، وجدة، الموسم الجامعي 2005/2006م، ص: 16.

³⁹⁵- سورة البقرة، الآية: 236.

³⁹⁶- سورة الطلاق، الآية: 6.

³⁹⁷- سورة البقرة، الآية: 237.

³⁹⁸- سورة البقرة، الآية: 233.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

المذاهب الفقهية³⁹⁹، ونحت نحوهم التشريعات العربية عندما أقرت للزوجة المطلقة وأبنائها حقوقاً عند إيقاع الفرقة، بالإضافة إلى ما تبنته المواثيق الدولية المشكلة للشرعة الأممية⁴⁰⁰.

ومدونة الأسرة بدورها اعترفت للمرأة وأطفالها حقوقاً تخول لهم عند إنهاء العلاقة الزوجية للضرر⁴⁰¹، كما أعطت لهذا الأخير وصفاً ووضعته له إجراءات لأجل الإشهاد عليه من طرف المحكمة، كما أوضحت ذلك مضامين المادة 141 من نفس المدونة.

وعليه، سنتناول مجريات هذا البحث في مطلبين، نخصص (المطلب الأول) للحديث عن الآثار الناجمة عن إنهاء العلاقة الزوجية بواسطة التطبيق للضرر على المرأة المطلقة وأطفالها، على أن نخصص (المطلب الثاني) للحديث على وصف التطبيق للضرر وإجراءات ومضمون الإشهاد عليه.

المطلب الأول: آثار الحكم بالتطبيق للضرر على الزوجة والأطفال

يترتب على التطبيق آثار غاية في الأهمية في حق الزوجة المطلقة، وأطفالها، حيث يتدخل القضاء⁴⁰² بعد فشل محاولات الإصلاح بين الزوجين لتحديد مجمل المستحققات المترتبة على الفرقة، وما يهمنا هنا هي الآثار

³⁹⁹ - للاستزاد حول حقوق المطلقة في الفقه الإسلامي، يراجع إلى:

- مليكة قبيلي، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، سنة 2003م، ص: 45 وما يليها.

- حاج عبد الرحمن بن فغاره حاج معطي، حقوق المرأة أثناء الزوجية وبعد الفرقة، دراسة فقهية مقارنة، رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على متطلبات الماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، سنة 2006م، ص: 200 وما يليها.

⁴⁰⁰ - للتوضيح المكثف حول موضوع حقوق المرأة في المواثيق الدولية، ينظر إلى:

- عمارة بوضياف، حقوق المرأة في المواثيق الدولية والتشريع الجزائري، قانون الانتخابات وقانون الأسرة نموذجاً، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 36، أكتوبر 2015، ص: 5 وما يليها.

⁴⁰¹ - وهي التي نصت عليها المواد 84 و 85 و 101 من مدونة الأسرة، من قبيل مؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة والحضانة بالإضافة إلى التعويض عن الضرر الحاصل.

⁴⁰² - لمعرفة المزيد حول تدخل القضاء لأجل تحديد مستحققات أطراف العلاقة الزوجية، ينظر إلى:

- عدنان العشعاش، الطبيعة القانونية لتدخل القضاء في مدونة الأسرة، م.س، ص: 95 وما يليها.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

النتيجة عن التطبيق للضرر سواء في حق الزوجة أو في حق الأطفال، وذلك طبقا لما عبرت عنه الفقرة الثانية من المادة 133 من مدونة الأسرة.

ولأجل الإلمام بمجمل الآثار الناتجة عن حل ميثاق الزوجية استنادا إلى التطبيق للضرر، سنقسم تفاصيل هذا المطلب إلى فقرتين، نخصص (الفقرة الأولى) للحديث عن آثار الحكم بالتطبيق للضرر على الزوجة المطلقة، ثم نخصص (الفقرة الثانية) للحديث على آثار إنهاء الرابطة الزوجية للضرر على الأطفال.

الفقرة الأولى: آثار الحكم بالتطبيق للضرر على الزوجة المطلقة

نصت الفقرة الثانية من المادة 113 من مدونة الأسرة على ما يلي: "تبت المحكمة أيضا عند الاقتضاء في مستحقات الزوجة والأطفال المحددة في المادتين 84 و 85 أعلاه."

انطلاقا من هذا النص يتضح أن المشرع لم ينص بصريح العبارة عن المستحقات الناجمة عن التطبيق للضرر سواء بالنسبة للزوجة أو الأطفال، بل أحال على ذلك للنصوص المنظمة للطلاق، وبالأخص في المادتين 84 و 85 منها، وهذه الإحالة ليست إلا من قبيل تفادي تكرار مقتضيات القانونية.

فلقد نصت المادة 84 المحال عليها بمقتضى المادة 113 من المدونة على ما يلي: "تشمل مستحقات

الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه.

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."

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

كما نصت المادة 101 من نفس المدونة على ما يلي: " في حالة الحكم بالتطبيق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر."

انطلاقاً من النصين أعلاه، يتضح أن الآثار الناجمة عن فك العصمة بالتطبيق للضرر بالنسبة للزوجة متعددة ومتنوعة، لذلك سنعمل على تقسيم هذه الفقرة إلى وحدتين، نتطرق في (الوحدة الأولى) للحديث على مؤخر الصداق والعدة كأثر من آثار انتهاء العلاقة الزوجية للضرر في حق الزوجة، على أن نرجئ الحديث بعدها في (الوحدة الثانية) إلى المتعة والتعويض كأثر من آثار فسخ الرابطة الزوجية للضرر.

أولاً: مؤخر الصداق والعدة كأثرين من آثار التطبيق للضرر

إذا عقد الزوج على الزوجة واتفقا على تأجيل الصداق، أو قدم لها جزءاً منه والجزء الآخر اتفقا على تأجيله، وحدث التطبيق للضرر قبل الوفاء به، فإن هذا الصداق يصبح من مستحقات الزوجة عند التطبيق حيث تحكم المحكمة على الزوج بأدائه لها، كما أن من الآثار الناتجة على التطبيق للضرر كذلك هو أن المرأة المطلقة تلتزم بالعدة، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾⁴⁰³، كما يقول جل وعلى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁴⁰⁴.

وعليه، سنقسم تفاصيل هذه الوحدة إلى: مؤخر الصداق كأثر من آثار التطبيق للضرر (1) على أن نتطرق بعدها إلى العدة ونفقتها والسكن الذي تجريها الزوجة فيه (2).

⁴⁰³- سورة الطلاق، الآية: 1.

⁴⁰⁴- سورة البقرة، الآية: 228.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

1- مؤخر الصداق كآثر من آثار إنهاء العلاقة الزوجية للضرر

جاء المشرع المغربي في المادة 84 من مدونة الأسرة بما يلي: "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر

إن وجد،..."

انطلاقاً من هذا النص، يتضح أن المحكمة عندبتها في المستحقات التي ستحكم بها للزوجة طالبة التطبيق

للضرر يكون أول ما ثبت فيه هو وجود كالي الصداق من عدمه⁴⁰⁵.

فالزوجة تستحق الصداق بالبناء⁴⁰⁶ أو الموت قبله⁴⁰⁷، حيث المشرع خول للأزواج الاتفاق على تعجيل

الصداق أو تأجيله إلى أجل مسمى كلا أو بعضاً⁴⁰⁸.

لكن، قد يحدث وأن يتنازع الزوجان أمام المحكمة حول قبض الصداق من عدمه كاملاً أو بعضه، حيث

يدعي الزوج أن الزوجة قبضت كل صداقها، في حين تدعي الزوجة خلاف ذلك، لذلك فقد أورد المشرع المغربي

الفقرة الثانية من المادة 33 لحسم الأمر، حيث نصت على ما يلي: "إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق

المؤجل، فعلى الزوج إثبات أدائه."

انطلاقاً من هذا النص يتضح أن الزوجة المقدمة لطلب التطبيق للضرر بعد العجز عن الإصلاح بينها وبين

زوجها، قد تدعي أنها لم تتوصل بمؤخر صداقها حيث يصبح في هذه الحالة من الحقوق التي يجب أن تقضي لها

⁴⁰⁵ جاء في الدليل العملي للمدونة تعليقاً على المادة 84 ما يلي: "إن مستحقات الزوجة تتمثل في: كالي الصداق إن وجد"

⁴⁰⁶ جاء في قرار لمحكمة النقض الجزائرية ما يلي: "من المقرر شرعاً أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق الباب عليها وهو الذي ما يعبر عنه (إرخاء الستور أو خلوة الاهتداء) يعتبر دخولا فعلياً يترتب عليه الآثار الشرعية وتنتال الزوجة كامل صداقها".

- قرار صادر عن محكمة النقض الجزائرية في الملف عدد 55116 الصادر بتاريخ 1989/0/02، مشار إليه في الموقع الإلكتروني www.boubidi.blogspot.com تاريخ الإطلاع 2017/02/23 على الساعة 17:30.

⁴⁰⁷ تنص المادة 32 من مدونة الأسرة على أنه: "تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله."

⁴⁰⁸ تنص المادة 30 من مدونة الأسرة على أنه: "يجوز الاتفاق على تعجيل الصداق أو تأجيله إلى أجل مسمى كلا أو بعضاً."

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

بها المحكمة، لكن قد يحدث وأن ينزع زوجها في قولها، مما يجعله ملزماً بإثبات ما ينزع فيه، تحت طائلة العمل بقول الزوجة عند عجزه عن إثبات ما يدعيه.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع حمى الصداق بمختلف أوجه الحماية، فبالإضافة إلى كونه لا يسقط بالتقادم⁴⁰⁹، فإنه كذلك جعله من الديون الممتازة، حيث إذا لم يكن الزوج قد أدى الصداق بكامله للزوجة، فما تبقى منه يصبح ديناً عالقاً بذمته، يؤديه رضاء وإلا فجبراً عن طريق القضاء⁴¹⁰، كما الحال في ذلك عند حكم المحكمة به ضمن المستحقات الواجبة للزوجة في حالة التطليق للضرر.

2- العدة كآثر من الآثار المترتبة على التطليق للضرر

العدة تطلق على أيام حيض المرأة وعلى أيام طهرها، وكذلك على المدة التي تنتظر فيها المرأة وتمتنع عن التزوج بعد وفاة زوجها أو فراقه لها⁴¹¹. فقد عرفها الدكتور محمد المصلح كونها "المدة التي تنتظرها الزوجة وتمتنع فيها من النكاح، بسبب طلاقها، أو موت زوجها، أو فسخ نكاحها"⁴¹².

وتختلف العدة حسب نوع الطريقة التي انتهت بها الرابطة الزوجية⁴¹³، وكذا حسب الوضعية التي وجدت فيها الزوجة عند إيقاع الفرقة عليها سواء كانت حاملاً أو غير حامل، أو سواء كانت تحيض أو يئست من المحيض.

⁴⁰⁹ - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 33 من مدونة الأسرة على أنه: "لا يخضع الصداق لأي تقادم"

⁴¹⁰ - محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 395.

⁴¹¹ - نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2006م، ص: 15 وما يليها.

⁴¹² - محمد المصلح، كشاف المصطلحات الفقهية، م.س، ص: 176.

⁴¹³ - تختلف العدة التي تعتدها الزوجة حسب الحالة التي انتهت بها الرابطة الزوجية سواء بالوفاة أو الطلاق أو التطليق أو الفسخ، للمزيد من الإيضاح حول العدة وأنواعها ومددها، يراجع إلى:

- أبي عبد الله محمد العثماني المكناسي، الكليات الفقهية، م.س، ص: 31.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

حيث تبتدئ العدة من تاريخ إيقاع الطلاق أو التطليق أو الفسخ أو الوفاة⁴¹⁴، وهو ما أكدت عليه المحكمة الابتدائية بطنجة في حكم صادر عنها⁴¹⁵، جاء فيه: "يبدأ سريان مدة العدة من تاريخ صدور الحكم بالتطليق، وتنتهي عدة الحامل بوضع حملها أو سقوطه، وتعتد الغير الحامل بثلاثة أطهار كاملة لذوات الحيض، مع مراعاة باقي مقتضيات المادة 136 من مدونة الأسرة"

فالمحكمة قبل تحديد نفقة العدة إذا كانت الزوجة حاملا، والمبلغ المحدد للسكن المخصص لها عند الاقتضاء تستفسر عن حالة الزوجة، فإذا كانت غير حامل فإنها تعتد حسب مقتضيات الواردة في المادة 136 من مدونة الأسرة⁴¹⁶، حيث تعتد بثلاثة أطهار كاملة إذا كانت تحيض، أو بثلاثة أشهر بالنسبة للتي لم تحض أصلا أو التي يئست من المحيض، أما متأخرة الحيض أو التي لم تميزه من غيره فتعتد بتسعة أشهر وتضيف لها ثلاثة أطهار. أما بالنسبة للزوجة الحامل فتستهي عدتها بوضع حملها أو سقوطه⁴¹⁷، أما إذا ادعت المعتدة الريبة في الحمل، وحصول المنازعة في ذلك بينها وبين زوجها فيرفع الأمر إلى القضاء الذي يستعين بأهل الاختصاص للتأكد من وجود الحمل من عدمه، وفترة نشوئه لتقرر استمرار العدة أو انتهاءها، وهو الأمر الذي قضى به المجلس الأعلى في أحد قراراته⁴¹⁸، جاء فيها: "يلتجئ إلى التحليل الطبي لمعرفة ما في الرحم علة، أو حملا إذا بقيت الريبة في الحمل بعد انقضاء السنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة."

⁴¹⁴- وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 129 من المدونة بصريح العبارة عندما نصت على أنه: "تبتدئ العدة من تاريخ الطلاق أو التطليق أو الفسخ أو الوفاة"

⁴¹⁵- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بطنجة بتاريخ 12 يناير 2008، أشار إليه:

- محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي المغربي، م.س، ص: 118.

⁴¹⁶- تنص المادة 136 من مدونة الأسرة على ما يلي: "تعتد غير الحامل بما يلي:

1- ثلاثة أطهار كاملة لذوات الحيض.

2- ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلا، أو التي يئست من المحيض فإن حاضت قبل انقضائها استأنفت العدة بثلاثة أطهار.

3- تتربص متأخرة الحيض أو التي لم تميزه من غيره، تسعة أشهر ثم تعتد بثلاثة أطهار"

⁴¹⁷- تنص المادة 133 من مدونة الأسرة على أنه: "تنتهي عدة الحامل بوضع حملها أو سقوطه."

⁴¹⁸- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 527 في الملف عدد 299/92 بتاريخ 1981/9/15، مشار إليه في:

- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 160.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فالمحكمة على ضوء وضعية الزوجة المراد تطليقها من زوجها، سواء كانت حاملا أو غير حامل تحيض أم يئست من المحيض، تقوم بتحديد نوع العدة التي يجب على المراد تطليقها أن تعتدها، وعلى ضوء مدة هذه العدة تحدد لها نفقة العدة إذا كانت حاملا، وتحدد لها في الحكم القاضي بالتطليق للضرر المكان الذي ستجرى فيها فترة العدة، وهو ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة 84 من مدونة الأسرة التي جاء فيها: "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."

انطلاقا من تفاصيل المادة أعلاه، يتضح أن المحكمة عند تقريرها المستحقات التي ستحول للزوجة المراد تطليقها من عصمة زوجها للضرر، تحدد لها مسكنا لتعتد فيه، وهو مسكن الزوجية كقاعدة عامة، مما يطرح التساؤل معه حول ما إذا كان هذا المسكن صغيرا، فهل ستطلب المحكمة من الزوج مغادرة هذا المسكن ريثما تقضي فيه الزوجة العدة، أم أنها ستسمح له في أن يقيما كليهما وما قد يترتب على ذلك من آثار، والمعلوم أن المطلقة عندما تطلق للضرر فإن نوع الطلقة تكون بئنة، بمعنى أن المرأة أصبحت أجنبية عن زوجها؟

حيث هذا الأمر في نظرنا لا يجب قبوله كونه فيه خرق للقواعد الشرعية، وقد يؤدي إلى اختلاء الطرفين بعضهما ببعض رغم أنهما أصبحا في عداد الأجانب، وهذا الأمر هو الذي سبق لمحكمة النقض الجزائرية وأن صرحت به⁴¹⁹، عندما قضت بما يلي: "من المقرر شرعا أن بقاء المطلقة بمنزل مطلقها يخل بمقاصد الشرع ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ خرق للقواعد الشرعية، ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن قضاة الاستئناف

⁴¹⁹ - قرار صادر عن محكمة النقض الجزائرية في الملف عدد 33130 الصادر بتاريخ 14 ماي 1984، مشار إليه في الموقع الإلكتروني www.boubidi.blogspot.com تاريخ الإطلاع 2017/02/23 على الساعة 17:30.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

قضوا بإبقاء المطلقة بيت في السكن الذي يسكن فيه مطلقها وقد صارت عنه أجنبية فإن ببقائهم هذا خالفوا المقاصد الشرعية. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"

وعند الضرورة تحدد المحكمة مسكنا ملائما لكي تقضي فيه الزوجة عدتها، أخذا بعين الاعتبار وضعية الزوج المادية، إذا لم يكن بالإمكان قضاؤها في منزل الزوجية، وإذا تعذر كل ذلك فالمحكمة حسب سلطتها التقديرية تحدد التكاليف التي ستضمن للزوجة سكن العدة في مبلغ مستقل عن باقي المستحقات لكي يودعه الزوج بكتابة ضبط المحكمة.

صفو القول، إن الزوجة المراد تطبيقها للضرر من زوجها إذا كانت حاملا فالمحكمة تحدد نفقة عن حملها تسمى نفقة العدة كما عبرت عن ذلك المادة 84 من مدونة الأسرة، بالإضافة إلى سكن تجتاز فيه عدتها حتى وضع حملها أو سقوطه، أما إذا كانت غير حامل فهي لا تستحق من كل ذلك إلى سكن العدة فقط، وهو ما جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بطنجة⁴²⁰ صرح بما يلي: "ما دامت المدعى عليها غير حامل، فهي تبقى محقة في سكن العدة فقط، مما يتعين معها تحديد واجبات سكنها في المبلغ المحدد في منطوق الحكم".

ثانيا: المتعة و التعويض كائنين من آثار الرابطة الزوجية للضرر

يقول تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُمْ عَلَىٰ مَوْسِعِ قَدَرِهِ وَغَلَىٰ الْمُفْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ

الْمُحْسِنِينَ﴾⁴²¹، وقوله كذلك: ﴿وَالْمُطَلَّاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْمُتَّقِينَ﴾⁴²²، كما يقول

⁴²⁰ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بطنجة بتاريخ 12 يناير 2008 (سبقت الإشارة إلى أحد حيثياته) أشار إليه:

- محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي المغربي، م.س، ص: 118.

⁴²¹ - سورة البقرة، الآية: 236.

⁴²² - سورة البقرة، الآية: 241.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

جل وعلى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُحِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ

وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁴²³.

فانطلاقاً من هذه الآيات الكريمات يتضح أن المتعة تعتبر من الآثار الناجمة عن فك الرابطة الزوجية، فقد عرفها الإمام الخرخشي بقوله "المتعة هي ما يعطيه الزوج لمطلقاته ليحبر بذلك الألم الذي حصل لها بسبب الفراق"، كما عرفها ابن جزي المالكي الأندلسي بقوله "المتعة هي الإحسان إلى المطلقات من حيث الطلاق بما يقدر عليه المطلق حسب ما له في القلة أو الكثرة"⁴²⁴ فتمتع المطلقة بشيء من المال، مستحب ليحبر قلبها من فجعة الطلاق، فيؤمر بها الزوج على قد حاله من العسر و اليسر⁴²⁵.

أما التعويض فيمكن لنا أن نعرفه بأنه ما يقدمه المقصر أو المتسبب في الضرر إلى المتضرر أو الضحية من أموال سواء كانت نقدية أو عينية، حيث تهدف الوظيفة الإصلاحية للتعويض إلى جبر الأضرار اللاحقة بالمضرور⁴²⁶، فالمشرع المغربي أقر إمكانية حصول الزوجة المطالبة بالتطبيق للضرر على تعويض يناسب خطورة الأضرار المتسبب فيها كما أشارت إلى ذلك المادة 101 من المدونة⁴²⁷.

وعليه، سنتناول عنصر المتعة كأثر من آثار التطبيق للضرر (1) على أن نعود بعدها للحديث عن التعويض عن الأضرار اللاحقة بالزوجة كأثر من آثار التطبيق للضرر (2).

⁴²³- سورة الأحزاب، الآية: 28.

⁴²⁴- الحسين أسراح، المتعة في الطلاق، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، الأعداد 9 و 10 و 11، نونبر 1983م، ص: 132.

⁴²⁵- محمد سكال المجاجي، المذهب من الفقه المالكي وأدلته، م.س، ص: 91.

⁴²⁶- صالح حميل، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 21،

يوليوز 2014م، ص: 61.

⁴²⁷- تنص المادة 101 من مدونة الأسرة على ما يلي: "في حالة الحكم بالتطبيق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر"

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

1- المتعة كآثر من آثار التطلاق للضرر

المتعة هي ما يعطيه الزوج لزوجته بعد طلاقها زيادة على الصداق لجبر خاطرها⁴²⁸، وهو الأمر الذي أكدت عليه محكمة النقض الجزائرية في قرار لها⁴²⁹، جاء فيه: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر" فالمتعة من أهم المستحقات المالية المخولة للزوجة بعد طلاقها⁴³⁰.

فقد نصت المادة 84 من مدونة الأسرة على ما يلي: "تشمل مستحقات الزوجة: "...المتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه. " وقد ورد في الدليل العملي تعليقا على هذه المادة مفاده ما يلي: "المتعة التي يتم تحديدها بقدر يسر الزوج وحالة الزوجة، وقد شرعت لتعويضها عما لحقها بسبب الطلاق وسندها الشرعي: ﴿وَالْمُطَلَّاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁴³¹، وتراعي المحكمة في تقديرها عدة عناصر منها عمر الزوج، وأسباب الطلاق، والوضعية المالية للزوج... وعلى المحكمة عند تقديرها للمتعة أن تراعي مدى تعسف الزوج من عدمه في إيقاع الطلاق، فإذا ثبت لها أن الزوج طلق بدون مبرر مقبول، يتعين عليها أن تراعي ذلك عند تقدير المتعة، وما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار"⁴³².

⁴²⁸ - محمد المصلح، كشاف المصطلحات الفقهية، م.س ، ص: 200.

⁴²⁹ - قرار صادر عن محكمة النقض الجزائرية في الملف عدد 39731 بتاريخ 1986/01/27، مشار إليه في: - المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول، الصادر سنة 1989.

⁴³⁰ - هشام الريسوني، التطلاق للضرر في القانون المغربي والمقارن، م.س ، ص: 150.

⁴³¹ - سورة البقرة، الآية: 241.

⁴³² - دليل عملي للمدونة، م.س ، ص: 66.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

انطلاقاً من نص المادة 84 من المدونة والتعليق الوارد عليها في الدليل العملي، يتضح أن المتعة حق للمرأة التي تطالب بالتطليق للضرر، كون الدافع لطلب التطليق يعود إلى أفعال الزوج الشائنة وأقواله الجارحة والتي أصبحت معها الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار.

أما بخصوص موقف الفقه الإسلامي بخصوص عنصر المتعة، فهذه الأخيرة لا خلاف في مشروعيتها عند الفقهاء، وإنما الخلاف واقع من حيث وجوبها أو عدم وجوبها، فلقد اختلف الفقه الإسلامي في هذا الصدد، حيث ذهب الأحناف إلى أنها واجبة على الزوج لمفارقتها المطلقة، وعلى القاضي الحكم بها من تلقاء نفسه، وذلك في حالة الطلاق قبل الدخول وقبل تسمية الصداق، وفي غير هذه الحالات فإنها تكون مستحبة فقط، في حين ذهب الشافعية و الحنبلية إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة، إلا إذا طلقت المرأة قبل الدخول وقد فرض لها المهر⁴³³، أما المالكية اعتبروا المتعة بغير واجبة إنما هي مندوبة، مستدلين بقوله عز وجل: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ وقوله كذلك: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾، وقال أن الأمر ليس بأمر حزم لأن التقوى لا تدرى، فدل أن المتعة من قبل الإحسان والتفضيل، وما كان كذلك فلس واجبا⁴³⁴.

فالمتعة وغيرها من باقي المستحقات الأخرى، تستقل المحكمة بالسلطة التقديرية الكاملة في تحديد مقدارها، وهو الأمر الذي أكد عليه المجلس الأعلى في قرار له⁴³⁵، جاء فيه: "إن تقدير مستحقات الطلاق تستقل به محكمة الموضوع، طالما كان تقديرها معللاً طبقاً للقانون"

⁴³³ - فؤاد قریش مبارکه، أحكام المتعة والتعويض عند انتهاء الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، الموسم الجامعي 2007/2008م، ص: 10.

⁴³⁴ - هشام الريسوني، التطبيق للضرر في القانون المغربي والمقارن، م.س، ص: 151.

⁴³⁵ - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 649 بتاريخ 2006/11/22 في الملف عدد 2006/1/2/377، مشار إليه في:

- المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م.س، ص: 103

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

حيث القضاء عند تقديره متعة الزوجة في التطبيق للضرر يعتمد على معايير حددتها المادة 84 من المدونة في أربعة أساسية وهي: فترة الزواج، والوضعية المادية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه، وهو ما أكد عليه المجلس الأعلى في قرار له⁴³⁶، جاء فيه: "تطبيقا للمادة 84 من مدونة الأسرة فإن المحكمة ملزمة عند تحديد متعة الطلاق بأن تراعي فترة الزواج التي دامت 24 سنة، والوضعية المالية للمطلوب الذي بلغ السلم الحادي عشر في وظيفته، وكذا مدة تعسفه في توقيع الطلاق في غيبتها،...مراعية في ذلك الفترة التي دامت فيها العلاقة الزوجية بين الطرفين".

يتضح من مضمون المادة 84 من مدونة الأسرة، وكذا من حيثيات قرار المجلس الأعلى أن هناك معايير أربعة يجب على المحكمة أن تأخذ بها عند تحديدها لمقدار المتعة المستحقة للزوجة وهي:

- فترات الزواج: أي المدة التي استغرقتها الحياة الزوجية بين الطرفين، ويفهم من هذا أن كلما كانت هذه المدة طويلة كلما كانت احتمال الزيادة في مبلغ المتعة قائما.

- الوضعية المالية للزوج: وهذا يعني أن كلما كان الزوج ميسورا كانت المتعة مرتفعة، والعكس صحيح، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرَهُ مَتَا لَمَّا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁴³⁷.

⁴³⁶- قرار صادر عن المجلس الأعلى، بتاريخ 2005/12/14 في الملف عدد 2005/1/2/297، مشار إليه في:

- المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م.س، ص: 102

⁴³⁷- سورة البقرة، الآية: 251.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- أسباب التطلاق: كما تراعي المحكمة أيضا عند تقدير المتعة أسباب الفراق، وما إذا كان مبررا أو غير مبرر من جانب الزوج أو الزوجة أو هما معا، مع مراعاة الحالات التي يضطر فيها الزوج إلى طلاق زوجته إذا كانت ترتكب في حقه أفعالا لا تليق بالواجبات الزوجية⁴³⁸.

- مدى تعسف الزوج في توقيع الطلاق: في التطبيق للضرر فرغم أن الزوجة هي التي تطلب التطلاق من القضاء، إلا أن الدافع الحقيقي الذي دفعها للمطالبة به هي أفعال زوجها الشائنة وأقواله الجارحة التي جعلت من الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار، مما يعتبر معه أن الزوج هو المتعسف في استعمال الحق، وهو الذي دفع زوجته إلى طلب الفرقة منه للضرر، وهو الشيء الذي أكدت عليه محكمة النقض في أحد قراراتها⁴³⁹، جاء فيه: "تقدير المتعة بالاستناد إلى مسؤولية الزوج في إيقاع الطلاق".

ومما تجدر الإشارة إليه، أن القضاء المغربي ذهب في بعض أحكامه وقراراته إلى عدم استحقاق المطلقة للضرر للمتعة، ومن هذه القرارات ما قضت به محكمة الاستئناف بالعيون في أحد قراراتها جاء فيه: "إن المادة 101 من مدونة الأسرة تنص على أنه في حالة الحكم بالتطبيق للضرر فللمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض عن الضرر، أي أن المطلقة للضرر لا تستحق إلا التعويض عن الضرر اللاحق بها... لما قضت المحكمة بالمتعة وسكنها أثناء العدة تكون قد خالفت القانون"⁴⁴⁰ وهو خلاف ما صارت إليه بعده المحكمة الابتدائية بتازة

⁴³⁸ - منير التتال، دور القضاء في تحديد المستحقات المالية للمطلقة والأطفال عند انتهاء الرابطة الزوجية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، (د.ذ.ت)، ص: 27 وما يليها.

⁴³⁹ - قرار صادر عن محكمة النقض المغربية عدد 434 في الملف الشرعي عدد 2008/1/2/203 مشار إليه في: عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، منشورات دار القضاء بالمغرب، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2014م، ص: 38 وما يليها.

⁴⁴⁰ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالعيون بتاريخ 2006/06/13، مشار إليه في: خالد بنمومن، المسؤولية المدنية في قضاء الأسرة، دار نشر المعرفة، الرباط، طبعة 2016م، ص: 255.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

عندما قضت في حكم لها⁴⁴¹ بما يلي: "وحيث يجب على المفارق تمتيع مفارقتها لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتِ

مَتَّاعٍ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾"⁴⁴².

والرأي فيما نعتقد أنه بخصوص المتعة فإننا نجد العمل القضائي وكذا الاجتهاد القضائي المغربي كثيرا ما يصدر أحكاما وقرارات متناقضة، بعضها يعترف بالمتعة للمطلقة للضرر، والبعض الآخر ينفي عنها هذا الحق، مما نرى معه ضرورة تدخل المشرع المغربي بنصوص صريحة واضحة ليبيد موقفه من مدى استحقاق المطلقة للضرر للمتعة من عدمه، تجاوزا للإشكال الذي تطرحه.

2- التعويض المستحق للزوجة على إثر التخليق للضرر

تنص المادة 101 من مدونة الأسرة على ما يلي: "في حالة الحكم بالتخليق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر".

فكلما حكمت المحكمة بالتخليق للضرر أمكنها أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق للزوجة عنه طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود.

والتعويض عن الضرر لا يدخل ضمن المستحقات الأخرى التي يمكن الحكم بها نتيجة الطلاق أو التخليق⁴⁴³ وهو الأمر الذي أكد عليه المجلس الأعلى في أحد قراراته، جاء فيها: "يجب عدم الخلط بين الحق

⁴⁴¹- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتازة، صادر بتاريخ 20/02/2012م، في الملف عدد 7/21/12، أشار إليه:

- خالد بنموين، المسؤولية المدنية في قضاء الأسرة، م.س، ص: 257.

⁴⁴²- سورة البقرة، الآية: 241.

⁴⁴³- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 557 في الملف عدد 399/06 بتاريخ 03/12/2008 من أشار إليه:

- محمد بفقير مدونة الأسرة و العمل القضائي المغربي، م.س، ص: 122.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

في المتعة والسكن خلال العدة كمستحق للزوجة عند الطلاق أو التطليق، وبين حقها في التعويض عن الضرر، لأن كل منهما مستقل عن الآخر والحكم بأحدهما لا يمنع الحكم بالآخر".

ولا يحكم بهذا التعويض تلقائياً، بل يتعين على المتضررة المطالبة به إما بمقال مكتوب أو بتصريح أمام المحكمة، وتقدير قيمة التعويض موكل إلى سلطة المحكمة التي عليها أن تراعي في تحديده مدى الضرر الحاصل، وتأثيره على شخص المطلقة⁴⁴⁴.

فمن المسلم به أن لكل متضرر الحق في اقتضاء التعويض عما لحقه من ضرر⁴⁴⁵، وذلك في إطار قواعد قانون الالتزامات والعقود المؤطر للمسؤولية التقصيرية، والتي تقوم على عناصر ثلاثة أساسية وهي: الخطأ⁴⁴⁶، الضرر⁴⁴⁷، العلاقة السببية⁴⁴⁸، حيث استناداً إلى المادة 101 من المدونة والتعليق الوارد على هذه المادة في الدليل العملي لها يتضح بأن التعويض⁴⁴⁹ الذي يمنح للزوجة في التطليق للضرر، هو مستحق مستقل عن باقي المستحقات الأخرى التي يفرضها القانون للزوجة المتضررة من الأفعال والأقوال الصادرة عن الزوج التي أصبحت معها الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار في خواتيمها.

444. الدليل العملي للمدونة، م.س، ص: 75.

445. مليكة الغنام، التعويض من خلال مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، بحث مقدم في نهاية التدريب الملحقين القضائيين، الفوج 35، فترة التدريب 2008 إلى 2010م، ص: 7.

446. تقوم المسؤولية المدنية على فكرة الخطأ الذي إذا ثبت وترتب عليه ضرر للغير، فإن مرتكبه يلتزم بالتعويض للغير عن هذا الضرر، إذا كان هذا الخطأ هو السبب المباشر لحدوث الضرر.

447. الضرر: هو الركن الثاني من المسؤولية، لا يكفي لتحقيقها وقوع الخطأ، بل يتعين أن يترتب عن هذا الخطأ ضرر للغير، وهذا الضرر إما أن يكون مادياً أو معنوياً.

448. العلاقة السببية: ونعني بها تلك الرابطة المباشرة التي تربط الخطأ الحاصل بالضرر الناشئ، حيث يكون الخطأ هو السبب المباشر لوقوع الضرر، وقد اعتبرت إحدى البحوث بأنها "لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في الضرر، وهذا المقصود بالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، باعتباره ركناً من أركان المسؤولية العقدية".

- أشواق دهيمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الموسم الجامعي 2013/2014م، ص: 59.

449. التعويض إنما يقوم على وجود حق، وأدى استثمار هذا الحق إلى إلحاق الضرر بالغير سواء قصداً أو عن غير قصد، فإذا كان الضرر اللاحق بالمطلقة يفوق المصلحة التي حققها المطلق كان ذلك تعسفاً من جانبها وثبت لها التعويض.

- مسعود نعيمة إلباس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الموسم الجامعي 2009/2010م، ص: 187.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فالحكم بالتعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة، لا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها دون طلب، حتى لا تتجاوز بذلك حدود طلبات الأفراد، حيث أن الزوجة إذا لم تطلب في مقالها من المحكمة أن تحكم بتعويض يجبر الضرر الذي أصابها فالمحكمة لن تحكم به تلقائياً من نفسها، اقتداء بمضامين الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على ما يلي: "يتعين على القاضي أن يبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ له أن يغير تلقائياً موضوع أو سبب هذه الطلبات ويبت دائماً طبقاً للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة"

فالزوجة يجب أن ترفع مقالها الرامي للحصول على التعويض عن الضرر الذي أصابها، سواء كان هذا الطلب قد تم رفعه بمقال مستقل عند رفع دعوى التطبيق للضرر، أو سواء ضمن في المقال الأصلي الرامي إلى طلب التطبيق للضرر وذلك كطلب احتياطي، أو سواء تم رفعه بعد رفع المقال الافتتاحي، وذلك بواسطة مقال إضافي للدعوى.

فتقدير المحكمة للتعويض المستحق للزوجة أناطه المشرع بالسلطة التقديرية للقاضي الموضوع، حيث بالعودة إلى مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، فهي لم تكن تتضمن بين طياتها موضوع التعويض القضائي في حالات التطبيق للضرر، ولو ثبت للقاضي أن الزوج قد ألحق بزوجه أضرار بليغة وحكمة بتطبيقها لهذا السبب⁴⁵⁰، أما في ظل مدونة الأسرة فقد أعطت للقاضي إمكانية الحكم بالتعويض عن الضرر للزوجة المتضررة مما يدفعنا للقول أن هذا الأمر من المستجدات التي جاءت بها المدونة، كما أنها منحت كامل السلطة التقديرية للقاضي في أن يحدد التعويض الذي سيحكم به، رغم أن المدونة لم تحدد له المعايير التي على ضوءها يحدد مقدار التعويض، وهو

⁴⁵⁰ - فؤاد قريشي، أحكام المتعة والتعويض عند انتهاء الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2007/2008م، ص: 36.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

الشيء الذي استدركه عنها الدليل العملي حينما بين أن هناك معيارين يجب الأخذ بهما عند تحديد قيمة التعويض وهما: مدى الضرر الحاصل ودرجة خطورته، تم تأثير هذا الضرر على شخصية المطلقة وأبعاده النفسية.

ولأجل حصول الزوجة على التعويض عن التطبيق للضرر فلا بد من تتبع الإجراءات الشكلية لرفع الدعوى المنصوص عليها في قواعد قانون المسطرة المدنية، سواء الشروط الشكلية⁴⁵¹ وحتى الموضوعية⁴⁵²، مع احترام قواعد الاختصاص وأداء الرسوم القضائية.

لكن، من الإشكالات التي تطرح بخصوص حصول المرأة على التعويض، هو ذلك الخلط الحاصل لدى القضاء المغربي بين المتعة والتعويض، حيث كثيرا ما يخلط القضاء بين هذين العنصرين، فيقوم بالحكم بالمتعة ولا يحكم بالتعويض على أساس أن المتعة تأخذ أحكام التعويض في جبر ضرر الزوجة المتضررة، وهو ما يمكن أن نستشفه في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بطنجة⁴⁵³ جاء فيه: "المتعة شرعت لجبر الضرر اللاحق بالمطلقة تراعي المحكمة في تقديره مدة العلاقة الزوجية وأسباب الطلاق ومبرراته والوضعية المالية والاجتماعية للطرفين، مما يكون معه طلب التعويض غير مؤسس ويتعين رفضه" وفي نفس الاتجاه ذهبت المحكمة الابتدائية بشفشاون إلى الحكم للزوجة المطلقة بالمتعة، ورفضت التعويض لأن المتعة شرعت لجبر الضرر اللاحق بالمطلقة وأن طلب التعويض غير مؤسس⁴⁵⁴.

في حين نجد اتجاها آخر من القضاء يتجه إلى الحكم بالعنصرين معا، سواء المتعة أو التعويض، وهو ما يمكن أن نستشفه من حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بشفشاون، جاء فيه: "المتعة تستحقها الزوجة كتعويض

⁴⁵¹ - وهي التي نص عليها الفصلين 31 و 32 من قانون المسطرة المدنية.

⁴⁵² - كما نص على ذلك الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية.

⁴⁵³ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بطنجة في الملف عدد 06/1305 الصادر بتاريخ 2007/03/21، أشارت إليه في: - لبنى الغوتي، الإنهاء التعسفي للرابطة الزوجية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2007/2008م، ص: 72.

⁴⁵⁴ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بشفشاون في الملف عدد 07/102 الصادر بتاريخ 2007/07/24م، أشارت إليه:

- لبنى الغوتي، الإنهاء التعسفي للرابطة الزوجية، م.س، ص: 73.

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

عن التطليق وتقدر على أساس دخل الزوج ومدة الزواج ومدى تعسف الزوج في إيقاع الطلاق. أما بخصوص طلب التعويض، فإن المحكمة وبعد إطلاعها على وثائق الملف، وما صرح به الشاهد أخ المدعي عليه، تبني لها أن الزوج مسؤول عن طالب التطليق، ويكون طلبها للتعويض مؤسسا قانونا⁴⁵⁵.

من خلال استقراء ما تقدم ذكره من أحكام قضائية، يتضح أن القضاء المغربي كثيرا ما يخلط في أحكامه بين عنصر المتعة والتعويض، فمن المحاكم ما تقضي بالمتعة دون التعويض، وهناك منها من يحكم بكليهما، كما أن هناك من المحاكم ما كانت تسير في توجه الحكم بأحد العنصرين، وأصبحت فيما بعد تحكم بهما معا.

فهذا الخلط والتضارب الحاصل في الأحكام الصادرة عن القضاء المغربي لم يكن إلى من قبيل السلطة التقديرية التي تركها المشرع لقضاة الموضوع مفتوحة على مصراعيها، حيث كل منهم يستعملها وفقا لما يقتنع به، ويحكم بما يراه مناسبا حسب نظره.

ونحن بدورنا نبدي موقفنا في هذا الصدد، والرامي إلى ضرورة تدخل المشرع المغربي بنصوص صريحة وواضحة لا لبس فيها تقرر بواضح العبارة الحالات التي تستحق فيها الزوجة المتعة، والحالات التي تستحق فيها التعويض، والحالات التي تستحق فيها الجمع بينهما لأجل تحقيق نوع من التوافق في العمل القضائي.

الفقرة الثانية: آثار إنهاء الرابطة الزوجية بالتطليق للضرر على الأطفال

تعتبر الطفولة نبت الحياة ومعبر البشرية التي تعبر عليها من جيل إلى جيل، في مراحل متصلة الخلود، تفنى الأجيال ولا تنتهي حلقاتها حتى يأذن الله بانتهائها. وأطفال اليوم يكفلون مستقبل الدولة وأمد الغد، وهو مستقبل

⁴⁵⁵ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بشفشاون في الملف عدد 05/1386 الصادر بتاريخ 10/2005/12، أشارت إليه: - مليكة غنام، التعويض من خلال مدونة الأسرة والعمل القضائي، م.س، ص: 45.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

متوقف على مدى ما يقدم لهم من أجل نموهم وإسعادهم⁴⁵⁶، حيث سعى المشرع المغربي إلى توفير الحماية للطفولة داخل الأسرة سواء عند قيام العلاقة الزوجية⁴⁵⁷ وحتى بعد انتهائها وفصم عراها سواء بالطلاق أو التطلق⁴⁵⁸.

فقد نصت المادة 113 من مدونة الأسرة في فقرتها الثانية على ما يلي: "تبت المحكمة أيضا عند الاقتضاء في مستحقات...الأطفال المحددة في المادتين...85 أعلاه".

انطلاق من مضمون هذه المادة يتضح أن المشرع لم يذكر المستحقات المخولة للأطفال عند انتهاء العلاقة الزوجية للضرر أثناء حديثه عن أنواع التطلق وتفصيلها، بل أحال ذلك على المادة 85 من نفس المدونة التي نظم فيها الطلاق وذلك تفاديا لتكرار المقتضيات القانونية.

وعليه، سنقسم تفاصيل هذه الفقرة إلى وحدتين، نخصص (أولا) للحديث عن النفقة الواجبة للأبناء بعد الحكم بالتطبيق للضرر، على أن نخصص (ثانيا) للحديث على الحضانة كأثر من آثار التطبيق للضرر.

أولا: نفقة الأطفال بعد الحكم بالتطبيق للضرر

⁴⁵⁶ - محمد صقلي حسيني، حقوق الطفل في القانون المغربي، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 12 و 13، أبريل 1984م، ص: 72.

⁴⁵⁷ - نص المشرع المغربي على حقوق الطفل عند قيام العلاقة الزوجية، وهي المنصوص عليها في الفصل 54 من مدونة الأسرة.

⁴⁵⁸ - نص المشرع على مجموعة من الحقوق التي يتمتع بها الطفل بعد الطلاق أو التطلق، وهي المنصوص عليها في المادة 85 من المدونة.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

يترتب على قيام العلاقة الزوجية بين الزوجين وجوب إنفاق الزوج على زوجته طبقاً للمادة 194 من مدونة الأسرة⁴⁵⁹، كما يقع عليه واجب الإنفاق على أبنائه طبقاً للبند الثالث من المادة 54 من نفس المدونة⁴⁶⁰، وعند الطلاق أو التطلق تسقط نفقة الزوجة⁴⁶¹ ويبقى على الزوج التزام الإنفاق على الأبناء الملزم بالإنفاق عليهم.

فقد نصت المادة 85 من مدونة الأسرة بعد الإحالة الواردة عليها من المادة 113 من نفس المدونة على ما يلي: "تحدد مستحقات الأطفال الملزم بنفقتهم طبقاً للمادتين 168 و 190 بعده، مع مراعاة الوضعية المعيشية والتعليمية التي كانوا عليها قبل الطلاق."

فنفقة الأطفال تصبح التزاماً على والدهم بعد التطلق، وذلك استناداً إلى سبب القرابة، كما أقرت بذلك المادة 187 التي تنص على أنه: "أسباب وجوب النفقة على الغير: الزوجية والقرابة والالتزام" فما دامت هناك قرابة الدم بين الأب وأطفاله فهو الملزم بالإنفاق عليه، حتى بعد التطلق للضرر.

وقد سبق للفقهاء أن حصروا أسباب النفقة الواجبة للشخص على غيره في ثلاثة: وهي الزوجية والقرابة والملكية⁴⁶²، إذن فالقرابة من موجبات النفقة سواء عند الفقه أو عند التشريع، حيث تكون واجبة على الأب تجاه أطفاله، في حين قد تصبح التزاماً يقع على عاتق الأم إذا التزمت بالإنفاق على صغارها، وهو ما أكد عليه المجلس

⁴⁵⁹ أنس سعدون، قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتطوان، دراسة تحليلية للأحكام المتعلقة بإنشاء العلاقة الزوجية وآثارها، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2008/2009م، ص: 106.

⁴⁶⁰ ينص البند الثالث من المادة 54 من مدونة الأسرة على ما يلي: "للأطفال على أبويهم الحقوق التالية: 3... النسب والحضانة والنفقة طبقاً لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة"

⁴⁶¹ وقع خلاف فقهي بين فقهاء المذاهب الإسلامية حول نقطة استحقاق الزوجة المطلقة للنفقة من عدمه، للمزيد من المعلومات حول أساس هذا الخلاف وتجلياته، يراجع إلى:

- رحمة محمود خالد عبد الله، أثر التعبير على عقد النكاح، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، سنة 2011م، ص: 114 وما يليها.

⁴⁶² محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، بيروت، (د.ط.ب)، ص: 295.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

الأعلى في أحد قراراته⁴⁶³، جاء فيها: "إن النفقة كما تجب بالقرابة تجب بالالتزام، فإن من التزم لمدة محددة بنفقة الغير صغيرا كان أم كبيرا ولو لحمل بين لزمه ما التزم به، فإذا كان لمدة غير محددة، تولت المحكمة تحديدها" وتشمل نفقة الأطفال العديد من العناصر صرحت بها المادة 189 من مدونة الأسرة، لعل أهمها الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات وتعليم الأولاد، حيث المحكمة وهي تبت في مقدار النفقة تراعي مجموعة من الأمور ذات الأهمية لعل أهمها الوسطية في تقديرها، وكذا دخل الأب الملزم بالإنفاق وكذا حال مستحقيها بالإضافة إلى الأخذ بعين الاعتبار مستوى الأسعار، وكذا الأعراف والعادات والتقاليد التي يتوطن فيها من فرضت النفقة عليه.

فتقدير النفقة يرجع لسلطة قاضي الموضوع، وهو ما ورد في قرار صادر عن المجلس الأعلى⁴⁶⁴، جاء فيه: "لئن كان تقدير النفقة مما يستقل به محكمة الموضوع، فإنه يجب أن تبرز في قرارها عناصر التقدير المعتمدة". فبالإضافة إلى العناصر التي تأخذ بها المحكمة لتقدير النفقة والواردة في الفقرة الثانية من المادة 189 من المدونة⁴⁶⁵، فإن هناك عناصر أخرى أوضحتها المادة 190 من نفس المدونة، حيث جاء فيها: "تعتمد المحكمة في تقدير النفقة على تصريحات الطرفين وحججهما، مراعية أحكام المادتين 85 و189 أعلاه، ولها أن تستعين بالخبراء في ذلك"

فرغم كون المشرع قد ترك حيزا من السلطة التقديرية لتحديد مقدار النفقة الواجبة للأطفال عند التطبيق للضرر، فإنه وضع كذلك أسس يجب على المحكمة ألا تحيد عنها، ومنها أن النفقة تكون واجبة لمن توفرت فيه

⁴⁶³ - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 20 يوليوز 2005، أشار إليه:

- محمد الشافعي، مدونة الأسرة في العمل القضائي المغربي، م.س، ص: 175.

⁴⁶⁴ - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 553 في الملف عدد 2007/1/2/739، الصادر بتاريخ 26 نونبر 2008، مشار إليه في:

- نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الجزء الرابع، م.س، ص: 133 إلى 135.

⁴⁶⁵ - تنص الفقرة الثانية من المادة 189 من مدونة الأسرة: "يراعى في تقدير كل ذلك، التوسط ودخل الملزم بالنفقة، وحال مستحقها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة"

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

الشروط المنصوص عليها في المادة 198 من المدونة، والتي جاء فيها: "تستمر نفقة الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد، أو إتمام الخامسة والعشرين بالنسبة لمن يتابع دراسته. وفي كل الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب أو بوجوب نفقتها على زوجها. ويستمر إنفاق الأب على أولاده المصابين بإعاقة والعاجزين عن الكسب"

انطلاقاً من النص أعلاه، يتضح أن المحكمة قبل الحكم بالنفقة تتأكد أولاً من كون النسب ثابت للأبناء من الأب، وكذا وجود عقد زواج شرعي جاء نتيجته هؤلاء الأبناء، وهو الأمر الذي صرح به المجلس الأعلى في أحد قراراته⁴⁶⁶، جاء فيه: "إن استحقاق النفقة على الولد يستلزم بداية، إثبات سببها من زوجية وبنوة، على المحكمة قبل أن تنظر في دعوى نفقة الولد أن تتحقق من ثبوت الزوجية والبنوة الشرعية"

فالمحكمة تحكم في التطبيق للضرر بنفقة الأطفال الذين لم يبلغوا بعد سن الرشد المحدد في المادة 209 من مدونة الأسرة⁴⁶⁷، كما قد يمتد إنفاق الأب على الأبناء رغم رشدهم إن كانوا يتابعون دراستهم إلى حين بلوغهم سن 25 سنة، أما بخصوص نفقة البنت فهي تستمر في الوجوب على الأب ولا تسقط إلى بزواجها، حيث تفرض إذ ذاك على زوجها، وهو ما ذهب به المجلس الأعلى في قرار له⁴⁶⁸، جاء فيه: "لكن رداً على ما ورد في وسائل النقض فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه تبت لها أن نفقة البنت المحضونة لم تعد واجبة على والدها المطلوب في النقض، لكونها اختارت العيش مع زوجها في بلجيكا وينفق عليها بمقتضى عقد مدني لم يقع الطعن فيه من الطرفين".

⁴⁶⁶- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 220 في الملف الشرعي عدد 2009/1/2/693 بتاريخ 3 ماي 2011، مشار إليه:
- نشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد العاشر، مطبعة الأمانة، الرباط، يونيو 2012م، ص: 96 و 97.
⁴⁶⁷- تنص المادة 209 من مدونة الأسرة على ما يلي: "سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة"
⁴⁶⁸- قرار صادر عن المجلس الأعلى في الملف عدد 2005/1/2/6 بتاريخ 19/4/2005، مشار إليه في:
- المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م.س، ص: 318.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

يتضح من مضمون القرار أعلاه أن نفقة البنت تسقط عن أبيها بمجرد زواجها، حيث تصبح واجبة على زوجها، كما تسقط نفقتها كذلك إذا كانت تشتغل وتدر على نفسها دخلا، وهو ما ورد في قرار صادر عن المجلس الأعلى⁴⁶⁹، جاء فيه: "وما دام قد ثبت أن البنت راشدة وتشتغل بأجر لدى الغير فإن نفقتها تسقط لتوفرها على الكسب".

كما أن نفقة الأب تستمر على أبنائه المعاقين والعاجزين عن الكسب الكلي، حيث تبقى مفروضة لهم دائما ولا تسقط ما داموا أحياء، وهو ما أكد عليه المجلس الأعلى في أحد قراراته⁴⁷⁰، ورد فيه: "يستمر واجب... النفقة ولو بعد بلوغ سن الرشد القانون إذا كان الطفل معاقا أو عاجزا عن الكسب قياسا على ما ينص عليه القانون من استمرارية نفقته في هذه الحالة".

ومن أجل ضمان قيام الأب المحكوم عليه بالإنفاق على أبنائه بعد صدور حكم بالتطبيق للضرر يحدد مقدار النفقة ومن تجب لهم، فقد أوضح المشرع في المادة 202 من المدونة ما يلي "كل توقف ممن تجب عليه نفقة الأولاد عن الأداء لمدة أقصاها شهر دون عذر مقبول، تطبق عليه أحكام إهمال الأسرة"، حيث غاية المشرع من هذا المقتضى هو إلزام الملتزم بالإنفاق على دفع النفقة في الأجل تحت طائلة الجزاء الجنائي المقرر لجريمة إهمال الأسرة⁴⁷¹.

وأخيرا، فالمحكمة بعد تقدير مقدار النفقة الواجبة للأبناء، تحدد في نفس الحكم القاضي بالتطبيق للضرر وسائل تنفيذ هذا الحكم، سواء اقتطاع النفقة المحكوم بها من منبع الربع أو من الأجر الذي يتقاضاه الملتزم

⁴⁶⁹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 250 في الملف الشرعي عدد 2009/1/2/620، مشار إليه في:

- نشرة قرارات محكمة النقض، الجزء العاشر، م.س، ص: 98 إلى 100.

⁴⁷⁰ - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 10 يونيو 2009، مشار إليه في: ==

- محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي المغربي، م.س، ص: 188.

⁴⁷¹ - جرم المشرع وعاقب على كل إقدام من طرف أحد الزوجين على إهمال أسرته لمدة معينة، وذلك في الفصول من 479 إلى 482 من مجموعة القانون الجنائي.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

بالأنفاق، كما تقرر عند الاقتضاء الضمانات الكفيلة باستمرار أدائها، وكل هذا أفصح عنه المشرع في المادة 191 من مدونة الأسرة⁴⁷².

ثانيا: حضانة الأطفال لحائز من آثار التطبيق للضرر

الحضانة هي القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمره وبرعاية شؤونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ووقايته عما يهلكه أو يضره⁴⁷³، حيث عرفها المشرع في المادة 163 من مدونة الأسرة على أنها: "حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصلحه".

كما نصت المادة 164 من المدونة كذلك على أنه: "الحضانة من واجبات الأبوين، مادامت علاقة الزوجية قائمة" حيث الأبوين يقع عليهما عبء حضانة الطفل استنادا إلى الواجبات المفروضة عليه بموجب المادة 54 من المدونة⁴⁷⁴، وعند انفصال الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطبيق تنتقل حضانة الأطفال المحضونين لمن يستحقها

⁴⁷²- تنص المادة 191 من المدونة على ما يلي: "تحدد المحكمة وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة، وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه، أو اقتطاع النفقة من منبع الربع أو الأجر الذي يتقاضاه، وتقرر عند الاقتضاء الضمانات الكفيلة باستمرار أداء النفق. الحكم الصادر بتقدير النفقة، يبقى ساري المفعول إلى أن يصدر حكم آخر يحل محله، أو يسقط حق المحكوم له في النفقة"

⁴⁷³- مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، (د.ب.ط)، 1977، ص: 733.

⁴⁷⁴- تنص المادة 54 من مدونة الأسرة على ما يلي: "للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:

- 1- حماية حياتهم وصحتهم منذ الحمل إلى حين بلوغ سن الرشد.
 - 2- العمل على تثبيت هويتهم والحفاظ عليها خاصة، بالنسبة للاسم والجنسية والتسجيل في الحالة المدنية.
 - 3- النسب والحضانة والنفقة طبقا لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة.
 - 4- إرضاع الأم لأولادها عند الاستطاعة.
 - 5- اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقاية وعلاج.
 - 6- التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل، واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي، والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل.
 - 7- التعليم والتكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية وللعضوية النافعة في المجتمع، وعلى الآباء أن يهيئوا لأولادهم قدر المستطاع الظروف الملائمة لمتابعة دراستهم حسب استعدادهم الفكري والبدني. عندما يفترق الزوجان، تنوزع هذه الواجبات بينهما بحسب ما هو مبين في أحكام الحضانة.
- عند وفاة أحد الزوجين أو كليهما تنتقل هذه الواجبات إلى الحاضن والنائب الشرعي بحسب مسؤولية كل واحد منهما.
- يتمتع الطفل المصاب بإعاقة، إضافة إلى الحقوق المذكورة أعلاه، بالحق في الرعاية الخاصة بحالته، ولا سيما التعليم والتأهيل المناسبين لإعاقة قصد تسهيل إدماجه في المجتمع. تعتبر الدولة مسؤولة عن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ورعايتهم طبقا للقانون.
- تسهر النيابة العامة على مراقبة تنفيذ الأحكام السالفة الذكر."

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

قانونا حسب الترتيب المقرر من طرف المشرع وفقا للمادة 171 من المدونة⁴⁷⁵، شريطة توفر الشروط المقررة حسب المادة 173 من نفس القانون⁴⁷⁶.

فالحضانة هي نوع من الخدمة⁴⁷⁷، تجد سندها الشرعي في ما رواه ابن عمر من أن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله، هذا ابني كان له بطني وعاء وحجري له حواء وتدي له سقاء وإن أباه قد طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿أنت أحق به ما لم تتزوجي﴾⁴⁷⁸.

فالحضانة تسند لمن له الحق فيها شريطة أن تتوفر فيه الشروط المتطلبة، وهو ما جاء في قرار صادر عن محكمة النقض⁴⁷⁹، صرح بما يلي: "من المقرر، أن الحضانة تسند لمن توفرت فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 173 من مدونة الأسرة، ومنها القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايتهم ديناً وصحياً وخلقا ومراقبة تدرسه".

ففي التطبيق للضرر، تكون الأم هي الأولى بحضانة أبنائها مادامت أهلة لذلك حسب الترتيب، طبقا للمادة 171 من مدونة الأسرة، لكن قد تتنازل بهذا الحق للأب أو من يليه حسب الترتيب وهو ما أقرت به أحد الأحكام

⁴⁷⁵- تنص المادة 171 من مدونة الأسرة على ما يلي: "تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة"

⁴⁷⁶- تنص المادة 173 من مدونة الأسرة على ما يلي: "شروط الحاضن:

1-الرشد القانوني لغير الأبوين ؛

2-الاستقامة والأمانة ؛

3-القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايتهم ديناً وصحة وخلقا وعلى مراقبة تدرسه ؛

4-عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و 175 بعده.

إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون، سقطت حضانتهم وانتقلت إلى من يليه."

⁴⁷⁷- نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، الموسم الجامعي 1426/1427هـ، ص: 48.

⁴⁷⁸- أخرجه أحمد وأبو داود والبيهقي.

⁴⁷⁹- قرار لمحكمة النقض عدد 388 في الملف الشرعي عدد 2013/1/2/401 بتاريخ 20 ماي 2014م، مشار إليه:

- نشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، الجزء 16، السلسلة 4، مطبعة الأمنية، الرباط، سنة 2014م، ص: 96 إلى 98.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

الصادرة عن المحكمة الإدارية بفاس⁴⁸⁰، جاء فيه: "تنازل المطلقة عن حضانة الأبناء في عقد الطلاق يجعل الأب من استمرار حصوله على التعويضات العائلية عن الأبناء المحضونين".

فقد وضع المشرع على القضاء وهو يبت في مسألة حضانة الطفل عند التطبيق التزاما بضرورة مراعاة المصلحة الفضلى للطفل، وهو الأمر الذي نستشفه في العديد من نصوص المدونة، وعلى سبيل المثال عبارة "شريطة ألا يتعارض ذلك مع مصلحته" الواردة في الفقرة الأخيرة من المادة 166 من المدونة، وعلى نفس النهج نجد المشرع الجزائري فتح الباب واسعا للقضاة لإعمال السلطة التقديرية باعتماد أساس على مصلحة المحضون كمعيار أساسي لمعالجة القضايا المتعلقة بالحضانة⁴⁸¹.

كما أن المحكمة عندبتها في حضانة الأطفال تحديد تكاليف سكن المحضونين، حيث هذه الأخيرة مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما. فالأب ملزم أن يهيئ لأولاده المحضونين محلا لسكنهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكراء المسكن الذي ستمارس فيه الحضانة، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار ما نصت عليه المادة 191 من المدونة⁴⁸²، حيث المحكمة توفيراً لمصلحة المحضون، فهو يبقى في بيت الزوجية حتى يقوم الزوج بإعداد مسكن آخر لكي ينتقل إليه المحضون، كما أن المحكمة تسهر كذلك على استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه.

⁴⁸⁰ - حكم صادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 25 دجنبر 2001، مشار إليه:

- محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي المغربي، م.س، ص: 150.

⁴⁸¹ - سمية لمعيني، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الطلاق وأثاره، مذكرة مكملة للحصول على متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الموسم الجامعي 2014/2015م، ص: 37.

⁴⁸² - تنص المادة 191 من مدونة الأسرة بما يلي: "تحدد المحكمة وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة، وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه، أو اقتطاع النفقة من منبع الربع أو الأجر الذي يتقاضاه، وتقرر عند الاقتضاء الضمانات الكفيلة باستمرار أداء النفقة. الحكم الصادر بتقدير النفقة، يبقى ساري المفعول إلى أن يصدر حكم آخر يحل محله، أو يسقط حق المحكوم له في النفقة".

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

كما أن المحكمة طبقا للمادة 172 من المدونة⁴⁸³ تستعين بمساعدة اجتماعية في إنجاز تقرير عن السكن الذي أعده الأب لابنه الحاضن، ومدى استجابته للحاجيات الضرورية للمحضون سواء المادية أو المعنوية.

صفوة القول، إن المشرع ترك لقضاة الموضوع سلطة تقديرية بموجبها يقومون بتقدير كل الأمور المتعلقة بالحضانة من مستحقيها ونفقتهم وسكنهم وأجرة رضاعهم وكذا أجرة حضانتهم، كما يحدد في نفس الحكم أوقات زيارة الأب للمحضونين لأجل صلة الرحم على اعتبار أنه غالبا ما تستفيد الأم من الحضانة.

لكن قد تحكم المحكمة للمرأة المطلقة للضرر بأن تحضن أبناءها شريطة احترام شروط هذه الحضانة، إلى أن هناك أسباب تؤدي إلى سقوطها، لعل أهمها زواج أم الحاضن بشخص أجنبي عن المحضون، وهو ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قرار له⁴⁸⁴، جاء فيه: "لما كان الابن المحضون قد تجاوز سبع سنوات وأن أمه تزوجت بغير قريب محرم من المحضون وأنه ظل يقيم مع أبيه منذ أربع سنوات في حياة هادئة وامتنع امتناعا كلياً عن الذهاب مع أمه كما يستفاد من المحضر الإخباري المنجز في النازلة، فإن المحكمة لما قضت بإرجاع الابن إلى أمه بعلّة أنه لا يوجد في حكم إسقاط الحضانة لم تراعي مصلحة المحضون التي على أساسها يحدد المحق في الحضانة تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا وهو بمثابة انعدامه، وعرضت قرارها للنقض" وعلى نفس السبيل ذهبت محكمة النقض الجزائية في قرار لها⁴⁸⁵، جاء فيه: "متى كان مقررا في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أم للمحضون أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون".

⁴⁸³ تنص المادة 172 من مدونة الأسرة بما يلي: "للمحكمة، الاستعانة بمساعدة اجتماعية في إنجاز تقرير عن سكن الحاضن، وما يوفره للمحضون من الحاجات الضرورية المادية والمعنوية"

⁴⁸⁴ قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 9 ماي 2007، أشار إليه:

- محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي المغربي، م.س، ص: 150.

⁴⁸⁵ قرار صادر عن محكمة النقض الجزائية في الملف رقم 40438 بتاريخ 1989/05/05، مشار إليه في:

- الموقع الإلكتروني www.boubidi.blogspot.com تاريخ الزيارة 2017/02/23 على الساعة 17:30.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

كما أن من أسباب سقوط الحضانة سفر الأم الحاضنة إلى الخارج وترك المحضون في المغرب، وهو ما أقرت به محكمة النقض في قرار لها⁴⁸⁶ جاء فيه: "يترتب على انتقال الحاضنة للعيش بالخارج وترك المحضون بالمغرب لدى أهلها سقوط حقها في الحضانة التي تنتقل مباشرة بقوة القانون إلى أب المحضون"، كما أن فساد أخلاق الأم الحاضنة يعد سبب من أسباب سقوط الحضانة كما بين ذلك المشرع المغربي⁴⁸⁷، و ذهبت إليه محكمة النقض الجزائية في أحد قراراتها⁴⁸⁸ جاء فيه: "سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها".

يتضح مما سبق ذكره أن الحضانة تسند إلى الحاضن انطلاقاً من مجموعة من الشروط المعتبرة شرعاً وقانوناً، فإذا اختل أحدها أصبح سقوط الحضانة عن الحاضن أمراً متطلباً، وتعدد الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة، وهي التي قمنا بتعدادها سلفاً.

المطلب الثاني: وصف التطبيق للضرر، وإجراءاته ومضمون الإهمال عليه

⁴⁸⁶- قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 438 في الملف الشرعي عدد 2007/1/2/72 بتاريخ 2007/9/9، أشار إليه:

- عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، م.س، ص: 403 و 404.

⁴⁸⁷- ينص البند الثاني من المادة 173 من مدونة الأسرة على أنه: "شروط الحاضن:

2- الاستقامة والأمانة؛..."

⁴⁸⁸- قرار صادر عن محكمة النقض الجزائية في الملف 31597 بتاريخ 1984/01/09، مشار إليه في:

- المجلة القضائية الجزائية، العدد الأول، الصادر سنة 1989.

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

بمجرد ما تصدر المحكمة حكماً بالتطليق، فإن هذا الأخير يتخذ وصفاً معيناً، فإما أن يوصف بكونه رجعي، حيث في هذه الحالة يمكن للزوج مراجعة زوجته داخل أجل العدة دون أن يحتاج في ذلك لصداق ولا عقد جديد، بل يكفي ببعض الإجراءات بينها المشرع في المادة 124 من المدونة.

أما الوصف الثاني الذي قد يقترن به حكم التطليق هو أن يوصف بكونه بائن، حيث يفهم من مضمون المادة 122 من المدونة أن كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن باستثناء التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق فهما رجعيان⁴⁸⁹. كما أن الطلاق البائن نفسه قد يكون بائناً بينونة صغرى⁴⁹⁰، وقد يكون بائناً بينونة كبرى⁴⁹¹، وهذا حال التطليق للضرر.

فبمجرد صدور الحكم الذي يقضي بإنهاء العلاقة الزوجية للضرر، فإن المحكمة تبدأ بمجموعة من الإجراءات لأجل الإشهاد على هذا الحكم كما صرح بذلك المشرع في المادة 141 من نفس المدونة. وعليه، سنقسم تفاصيل هذا المطلب إلى فقرتين، نخصص (الفقرة الأولى) للحديث على الوصف الذي يتصف به الحكم القاضي بالتطليق للضرر، على أن نرجئ الحديث بعدها في (الفقرة الثانية) إلى إجراءات ومضمون الإشهاد على التطليق للضرر.

⁴⁸⁹ تنص المادة 124 من مدونة الأسرة على ما يلي: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلا في حالي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق".

⁴⁹⁰ الطلاق البائن بينونة صغرى هو الذي لا يستطيع الزوج بعده أن يعيد المطلقة إليه إلا بعقد وصداق جديدين برضاها.

⁴⁹¹ الطلاق البائن بينونة كبرى هو الذي يزيل الملك والحل معاً، ولا يبقى للزوجة أثر سوى العدة، وهو الطلاق المكمل للثلاث، حيث تنفصل الزوجة عن الزوج نهائياً ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً شرعياً بنية الدوام.

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

المفكرة الأولى: الوصف المقرر قانوناً للحكم القاضي بالتطليق للضرر

يتصف الحكم القاضي بالتطليق للضرر الذي قضت به المحكمة بالبائن، وهذا ما يمكن أن نستشفه من مضمون المادة 122 من المدونة التي تنص على أنه: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلا في حالي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق".

انطلاقاً من هذا النص يتضح بأن التطليق للضرر يدخل في خانة الأطلقة البائنة، حيث في هذا الأخير يحتاج الزوج لكي يقوم بمراجعة زوجته في ذلك ما يحتاجه في إنشاء النكاح من إذن المرأة وبدل صداق لها وعقد وليها⁴⁹².

فالطلاق البائن هو الذي لا يملك فيه الزوج بعد توقيعه إعادة مطلقة عن طريق الرجعة، وإنما يحتاج الأمر إلى إبرام عقد زواج جديد، لا يصح إلا بتوفير ركنيه وشروط صحته⁴⁹³، عكس الرجعي الذي يمكن للزوج مراجعة زوجته داخل فترة العدة، وهو ما عبر عنه الناظم⁴⁹⁴ عندما قال:

وكابتداء ما سوى الرجعي في الإذن والصداق و الولي

فإذا كان الطلاق الرجعي لا يمنع الرجعة⁴⁹⁵، فإن التطليق البائن يمنع الرجعة⁴⁹⁶، وهذا الأخير ينقسم إلى

قسمين:

⁴⁹² - ابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، دار ابن حزم، بيروت، (د.ط.ت)، ص: 155.

⁴⁹³ - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 295.

⁴⁹⁴ - أبو بكر ابن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، م.س، ص: 52.

⁴⁹⁵ - نص المشرع المغربي في المادة 124 من مدونة الأسرة على ما يلي: "للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة"

⁴⁹⁶ - الإمام محمد بن علي الشوكاني، السيل الخريز المتدفق على حدائق الأزهر، دار ابن حزم، بيروت، (د.ط.ت)، ص: 417.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

أولاً: اتساف التطلاق للضرر بوصفه البائن بينونة صغرى

نص المشرع على هذا الوصف في المادة 126 من مدونة الأسرة بالقول: "الطلاق البائن دون الثلاث يزيل الزوجية حالا، ولا يمنع من تجديد عقد الزواج"

يتضح من مقتضيات هذه المادة أن التطلاق البائن بينونة صغرى يرفع الملك والحل في الحال، ولكنه يملك فيه الزوج حق مراجعة زوجته بعقد ومهر جديدين⁴⁹⁷، فهذا النوع من الطلاق يزيل العلاقة بين الزوجين في الحال ولا يبقى له أثر بحيث تصبح الزوجة أجنبية عن زوجها ولا يجوز له الاستمتاع بها ولا يرث أحدهما الآخر، ويحل للزوجة مؤخر الصداق بهذا التطلاق، وإذا أراد أن يراجع زوجته، فله ذلك بعقد ومهر جديدين برضاها، وتعود له بما يبقى عليها من الطلقات، فإذا طلقها واحدة بقي له بعد إعادتها إلى عصمته طلقتان، وإذا طلق طلقتان بقيت له طلاقة واحدة حتى تبين منه بينونة كبرى⁴⁹⁸.

فالتطبيق للضرر الذي تحكم به المحكمة يعتبر بائنا بينونة صغرى إذا كان قد تم في الطلاقة الأولى والثانية بين الزوجين، حيث يحق للزوج الذي طلقه عليه المحكمة زوجته عن طريق التطلاق للضرر أن يقوم بمراجعة زوجته برضاها وذلك بعقد وصداق جديدين.

فالطلاق البائن بينونة صغرى يكون في حالات عددها إحدى الباحثات⁴⁹⁹ في ما يلي:

⁴⁹⁷ - أسماء عيسى، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة مقدمة لنهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، وزارة العدل، الجزائر، الدفعة 12، موسم 2002/2001م، ص: 8.

⁴⁹⁸ - نازك سالم محمد حنني، أحكام الطلاق قبل الدخول، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، سنة 2011م، ص: 29.

⁴⁹⁹ - نازك سالم محمد حنني، م.س، ص: 28 و 29.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- الطلاق قبل الدخول الحقيقي، سواء اختلى بها الزوج قبل أن يطلقها خلوة صحيحة أو لم يختل.
- الطلاق على مال تدفعه الزوجة في مقابل خلاصها من زوجها، وهو ما يعرف بالخلع لأنه يطلب من الزوجة فيكون بائنا لأن الهدف منه هو التخلص من الزوج وعدم عودتها له إلا برضاها.
- تطبيق القاضي للزوجة وذلك لتضررها من هذا الزوج، وبناء على طلبها إذ رفع الضرر لا يكون إلا بالطلاق بالبائن حتى لا تعود إلى زوجها إلا برضاها، وقد يكون تطبيق القاضي بسبب عيب في الزوج أو غيبته عن زوجته أو حبسه أو تعذر حسم الشقاق الحاصل بينهما.
- إذا طلق الرجل زوجته طلبة رجعية ويتركها حتى تنقضي عدتها دون أن يراجعها فيصير الطلاق عند انقضاء العدة بائنا بينونة صغرى، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض في قرار لها، جاء فيه: "إذا انقضت العدة فإنه لا محل للرجعة ولو كان الطلاق بدعي".

ثانياً: اتساق التطبيق للضرر بوصفه البينونة الكبرى

- قال تعالى في محكم التنزيل: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيْعٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁵⁰⁰ وأضاف
- جل جلاله: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرًا﴾⁵⁰¹، فالأيتين الكريمتين تشيران إلى الطلاق الثلاث، وهو الذي لا يستطيع فيه الزوج إعادة مطلته إلى عصمته إلا بعد زواجها برجل آخر يدخل بها دخولا حقيقيا⁵⁰².

500- سورة البقرة، الآية: 227.

501- سورة البقرة، الآية: 228.

502- محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 295.

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

فإذا طلق الرجل زوجته المدخول بها طليقة واحدة تم راجعها قبل انتهاء عدتها تم طلقها ثانية تم راجعها تم طلقها الثالثة هنا تبين منه فلا يحل للزوج إعادة الزوجة إلى عصمته، إلا بعد أن تنكح زوجا غيره، ويدخل بها دون إرادة التحليل⁵⁰³ - حتى لا تسقط في أحكام الزواج الباطل⁵⁰⁴ - فإذا فارقها الزوج الثاني بطلاق أو وفاة وانتهت عدتها منه يحل للزوج الأول أن يتزوجها بعقد ومهر جديدين وبرضاها⁵⁰⁵.

ومن هنا يتضح بجلا أن التطليق للضرر إذا كان قد جاء في نصاب الطليقة الثالثة من الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، تبين به عنه بينونة كبرى، حيث لا يحق له مراجعتها إلا بعد أن تتزوج برجل آخر ويدخل بها دخولا يعتد به شرعا.

الفقرة الثانية: إجراءات ومضمون الإشهاد على التطليق للضرر

بمجرد ما تصدر المحكمة حكما يقضي بالتطليق للضرر⁵⁰⁶ والذي ينهي العلاقة الزوجية في الحال والمآل، فإن الزوجة تسعى لتنفيذ مضامين الحكم خصوصا في الشق المتعلق باستيفاء المستحقات، لكن قد يبادر الزوج بدوره إلى الطعن بالاستئناف في هذا الشق⁵⁰⁷، دون الجانب القاضي بإنهاء الرابطة الزوجية الذي لا يقبل أي طعن من طرق الطعن كونه أصبح نهائيا مكتسبا لقوة الشيء المقضي به، حيث الطعن في الشق المتعلق بالمستحقات

⁵⁰³ - إن نكاح المحلل لا يصح خلافا لأبي حنيفة والشافعي، لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلِلَ وَالْمُحْلِلَ لَهُ﴾ وهذا يفيد حظره، لأنه عقد معاوضة واقع على وجه يستحق عادة به اللعن.

⁵⁰⁴ - يكون الزواج بقصد التحليل باطلا بصريح المادة 53 من مدونة الأسرة، حيث الطلاق بين الزوجين ثلاثا يعتبر من الموانع المؤقتة بصريح البند الثالث من المادة 39 من المدونة، حيث إذا قصد الزوج الثاني من زواجه بالمطلقة ثلاثا تحليلها لمطلقها، وقع الزواج باطلا.

⁵⁰⁵ - ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء الأول، دار الفكر العربي، بيروت، 1401هـ، ص: 278.

⁵⁰⁶ - أصبح في ظل مدونة الأسرة التطليق بجميع أنواعه يصدر بحكم قضائي من المحكمة، وعلى دربها صارت العديد من التشريعات العربية، فمثلا في تونس فالطلاق صار بيد المحكمة، فلا يقع إلا بحكمها، فمجلة الأحوال الشخصية جعلت الطلاق بجميع صوره لا يحصل إلا بحكم ورتبت على ذلك انتهاء مفعول العلاقة الزوجية بصورة لا يمكن معها للمتفارقان الرجوع لحياتهما السابقة إلا بعقد جديد تام الشكليات.

⁵⁰⁷ - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 88 من مدونة الأسرة على ما يلي: "قرار المحكمة قابل للطعن طبقا للإجراءات العادية".

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

سواء بالاستئناف أو النقض يجب أن يتم داخل أجل 15 يوما⁵⁰⁸ من صدور الحكم أو القرار المطعون فيه⁵⁰⁹ وإلا سقط الحق في ممارسته.

فبعد صدور الحكم أو القرار وصيرورته نهائيا تقوم المحكمة بمجموعة من الإجراءات لأجل الإشهاد على الحكم لدى ضابط الحالة المدنية لمحل سكنى الطرفين، حيث نصت المادة 141 من مدونة الأسرة على أنه: "توجه المحكمة ملخص وثيقة الطلاق، أو الرجعة، أو الحكم بالتطليق، أو بفسخ عقد الزواج، أو بطلانه، إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، مرفقا بشهادة التسليم داخل خمسة عشر يوما من تاريخ الإشهاد به، أو من صدور الحكم بالتطليق أو الفسخ أو البطلان. يجب على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين. إذا لم يكن للزوجين أو أحدهما محل ولادة بالمغرب، فيوجه الملخص إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط. تحدد المعلومات الواجب تضمينها في الملخص المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه، بقرار من وزير العدل."

وقد أورد الدليل العملي للمدونة تعليقا على هذه المادة⁵¹⁰ مفاده إن أحكام هذه المادة - أي 141 من المدونة - تقضي بتبليغ ضابط الحالة المدنية بوضعية الزوجين المتفارقين - بالتطليق للضرر نموذجاً - خلال أجل 15 يوما من من صدور الحكم بالتطليق، وذلك بواسطة ملخص لوثيقة التطليق⁵¹¹ تلافيا لحصول البعض على الشواهد الإدارية لا تعبر عن حقيقة وضعيتهم العائلية، وهو ما جعل المشرع يتوخى ضرورة التعجيل والإسراع بإنجاز الأحكام القاضية بالتطليق حتى يتسنى تبليغ ملخصها إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين في غضون

⁵⁰⁸ - تنص الفقرة الثانية من الفصل 134 من ق.م. على ما يلي: "إذا تعلق الأمر بقضايا الأسرة فإن استئناف الأحكام الصادرة في شأنها يجب تقديمه داخل أجل خمسة عشر يوما."

⁵⁰⁹ - من خصوصيات المسطرة في القضايا الأسرية هي تقليص أجل ممارسة الطعن بالاستئناف أو بالنقض إلى 15 يوما استثناء من القواعد العامة المقررة لأجل 30 يوما لممارسة هذا الطعن.

⁵¹⁰ - دليل عملي للمدونة، م.س، ص: 93.

⁵¹¹ - حدد شكل ومضمون هذا الملخص بموجب القرار لوزير العدل رقم 275/04 الصادر في 12 ذي الحجة 1424 هـ الموافق 3 فبراير 2004 والقاضي بتحديد شكل ومضمون كناش التصرف، الملحق، ص: 124.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

الأجل المذكور - أي 15 يوما - قصد تضمينه بهامش رسم ولادتهما، فإن لم يكن لهما محل ولادة بالمغرب

يوجه الملخص إلى الوكيل العام للملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط

فبمجرد إرسال المحكمة لملخص الحكم بالتطبيق للضرر داخل الأجل المحدد، يعمل ضابط الحالة المدنية

استنادا إلى نصوص قانون الحالة المدنية⁵¹²، وبالضبط في الفقرة الثانية من المادة 22 منه على تضمين بيانات

الملخص القاضي بالتطبيق للضرر في سجلاته، حيث نصت نفس الفقرة على ما يلي: "و يشير بطاقة رسم الولادة

إلى البيانات الأساسية لوثيقة...التطبيق...، وكذا إلى مراجعها بمصدرها فور توصله بنسخة من هذه الوثيقة التي

تحال عليه وجوبا من طرف القاضي المكلف بالتوثيق أو رئيس مصلحة كتابة الضبط بالمحكمة المصدرة للحكم

النهائي بالتطبيق..."

كما نصت الفقرة الثالثة من المادة 22 من قانون الحالة المدنية نفسها على ما يلي: "يحيل ضابط الحالة

المدينة بيان الزواج أو انحلاله المدرج بطاقة رسم ولادة الزوجين على وكيل الملك ليضمه في نظير السجل

المحفوظ بالمحكمة،..."

يتضح من كل هذه النصوص أن الغاية الأساسية من كل هذه الإجراءات هي توفير نوع من الأمن والاستقرار

الأسري والاجتماعي، وإبعاد المسائل الأسرية من دائرة التلاعب والعبث وتحقيق جزء كبير من الإعلام والتنسيق

بين الإدارات وذلك تحاشيا لحصول بعض الأشخاص على شهادات لا تعبر عن وضعهم الأسري أو العائلي.

وتيسيرا من المشرع على الجالية المغربية بالخارج، فقد عمل على تبسيط الإجراءات عليهم، حيث يمكن

للمغاربة بالمهجر الذين قاموا بإيقاع التطبيق للضرر في الخارج ولم يكن لهم موطن ولا محل إقامة بالمغرب أن

⁵¹² القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.02.239 بتاريخ 25 من رجب 1423 الموافق ل 3 أكتوبر 2002، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 الموافق ل 7 نونبر 2002، ص: 3150.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

يتوجهوا بها إلى القنصليات المغربية المعتمدة في دول الاستقبال، وتعمل هذه الأخيرة على توجيه ملخص التطبيق إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط.

وبمجرد خطاب المحكمة على وثيقة التطبيق للضرر، فهي تسلم للزوجة المطلقة أصل الحكم القاضي بالتطبيق للضرر، وتسلم للزوج نظيرا منه، وهو الأمر الذي صرحت به المادة 140 من مدونة الأسرة حينما نصت على أنه: "وثيقة الطلاق حق للزوجة، يجب أن تحوزها خلال خمسة عشر يوما الموالية لتاريخ الإشهاد على الطلاق، وللزوج الحق في حيازة نظير منها".

وبهذا نكون قد أنهينا الرابطة الزوجية بين الطرفين للضرر، حيث يصبح كل منهما مستقلا عن الآخر، ويمكنه أن يبدأ حياة زوجية أخرى أو يتغاضى عن ذلك حسب رغبته.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

خاتمة:

صفة الكلام ومسك الختام، يظل موضوع التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة من المواضيع الشيقة والشاقة، خصوصا إذا اقترنت دراسته بالفقه والقانون والقضاء المقارن، فلا شك أن هناك صعوبة حقيقية عند محاولة مقارنة هذا الموضوع بهذه العناصر الثلاث لتهيئ دراسة منسجمة، لكن هذه الصعوبة التي تواجه الباحث في البداية ما تفتأ لتتلاشى وتتحول إلى إحساس رائع على أعتاب النهاية.

فمن خلال دراستنا لهذا الموضوع، ومحاولتنا الإلمام بكل تفاصيله من حيث التأصيل له، وتبيان موقف كل من الفقه والقانون والقضاء منه، وكذا البحث عن مختلف الأضرار الموجبة للتطبيق وطرق ووسائل إثباتها، بالإضافة إلى مختلف الإجراءات المسطرية لإيقاع التطبيق للضرر عند نجاح الزوجة في إثباته، وكذا مختلف الآثار الناجمة عن الحكم بالتطبيق، خلصنا للعديد من الخلاصات، وأعقبناها بالعديد من المقترحات، وسنحاول تبيانها تبعا لما سيأتي:

أولا: الخلاصات

- ✓ جنح فقهاء المذاهب الإسلامية إلى سلوك توجهات مختلفة بعضهم عن بعض في ما يخص مسألة التطبيق للضرر، في جانب يعترف بجواز فصم الرابطة الزوجية لنفس العلة والممثل في الفقه المالكي والفقه الحنبلي، وجانب آخر ينفي هذه الإمكانية والممثل في الفقه الشافعي والفقه الحنفي.
- ✓ اتفقت التشريعات العربية الأسرية ومنها مدونة الأسرة المغربية على مسألة جواز فصم الرابطة الزوجية للضرر، رغم أن الخلاف واقع بينها حول منح هذه الإمكانية لكلا الزوجين، أو منحها للزوجة حصرا، كما وقع الخلاف لديها كذلك بخصوص تسمية هذه الإمكانية، في جانب أطلق عليها التطبيق للضرر، وجانب آخر لقبها بالطلاق للضرر، وتوجه ثالث أسماها التفريق للضرر.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- ✓ تعددت التعاريف التي أعطتها فقهاء الإسلام وبعده التشريعات الوضعية لعنصر الضرر كمفهوم، لكن الاتفاق حاصل لديها في كليتها أن الضرر هو ما يصيب الإنسان في جسده أو ماله أو عاطفته، وينقسم إلى قسمين، ضرر مادي وآخر معنوي.
- ✓ لا خلاف بين المذاهب الفقهية وكذا التشريعات الوضعية الأسرية حول ضرورة القيام بمحاولات الإصلاح بين الزوجين بكل السبل الشرعية عندما تتصدع ركائز وأسس الأسرة.
- ✓ أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية عند وجود خلاف عميق بين الزوجين على ضرورة الإصلاح بينهما وذلك ببعث الحكمين، الأول من أهل الزوج والثاني من أهل الزوجة، لكن الخلاف وقع لديهم في مسألة إمكانية تفريق الحكمين بين الزوجين من عدمه، فالمالكية والحنبلية أكدوا إمكانية تفريق الحكمين بين الزوجين، في حين أن الشافعية والحنفية نزعوا هذه السلطة منهما.
- ✓ وسعت مدونة الأسرة من حق الزوجية في المطالبة بالفراق، حيث عدت وسائل وسبل كثيرة لفصل الرابطة الزوجية، ومنها ما ورد في مضمون المادة 99، وهذه الأسباب مستمدة بالأساس من المبادئ العامة للفقه الإسلامي، وتتصل كلها بمفهوم الضرر بشكل عام، فهي عبارة عن تكييف تشريعي حيث المشرع أورد أنواع من الأضرار وترك الباب مفتوحا على مصراعيه للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع لاعتبار أنواع أخرى من الأضرار من موجبات التطبيق للضرر شريطة أن يقترن هذا الأمر بتعليل منضبط ومقبول.
- ✓ لم تبين الفقرة الثانية من المادة 99 من مدونة الأسرة نوعا محصورا من الضرر، بل أقرت بأن أي تصرف من الزوج أو سلوكه المشين يقدم على ارتكابه في حق زوجته وتكون معه الحياة الزوجية عصيت الاستمرار يكون من موجبات التطبيق للضرر، وعلى نفس النهج سارت معظم التشريعات العربية المقارنة.
- ✓ بخصوص التطبيق للضرر نجد المشرع المغربي في المدونة يحدد على مبدأ المساواة التي كرستها هذه الأخيرة، لأن الضرر كما قد يطال الزوجة، قد يطال الزوج من طرفها فهي ليست معصومة.
- ✓ أجمعت التشريعات العربية ومنها مدونة الأسرة المغربية أن العنف المبرر للتطبيق هو الذي تستحيل معه العشرة الزوجية بين الزوجين استنادا إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

✓ كرس القضاء المغربي بجميع درجاته في الأحكام والقرارات الصادرة عنه أنواع متنوعة من الأضرار المبررة للتطبيق للضرر، كمثال السب والشتم والقذف بالزنا، وتعاطي المخدرات بجميع أشكالها وترويجها، وإتيان الفواحش، وكذا إقدام الزوج على ارتكاب بعض الجرائم من قبيل الخيانة الزوجية والسرقة وهتك العرض... الخ.

✓ لم يشترط المشرع المغربي تكرار الضرر المبرر للتطبيق، بل أوضح أن وقوعه ولو لمرة واحدة كافي لذلك، كما أنه لم يقيد وقوعه بمكان معين، سواء في بيت الزوجية أو خارجه، وكل هذه الأمور لم تنطوق لها المدونة بصريح النص، لكن الدليل العملي لها استدركهم عنها.

✓ اعتبر القضاء المغربي والمقارن أن الأضرار المبررة للتطبيق هي تلك التي تصدر عن الزوج بأفعاله وأقواله، أما الأضرار التي لا دخل للزوج في وقوعها فلا تبرر التطبيق بشأنها.

✓ يعرف الإثبات بأنه إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة أو نفيها بالطرق التي يحددها القانون، ولالإثبات في المادة الأسرية خصوصيات عدة لعل أهمها حريته وتنوع وسائله، حيث أقر المشرع المغربي في المدونة حرية الزوجة في إثبات الضرر الذي لحق بها بشتى الوسائل، على رأسها شهادة الشهود والإقرار والقرائن واليمين والأبحاث والخبرة القضائية بصفة عامة، حيث هذا الأمر لم نكن نلمسه في ظل الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

✓ ذهب المشرع المغربي بخصوص الاستماع إلى شهود الزوجين سواء شهودا عدولا أو لفيفا إلى أن يتم الاستماع إليهم في غرفة المشورة، وذلك رغبة منه في الحفاظ على أساس الأسرة والستر على خباياها.

✓ قام القضاء المغربي بإعمال عديد الوسائل لأجل إثبات الضرر المبرر للتطبيق بالإضافة إلى تلك المعروفة في التشريع لعل أهمها: محاضر الضابطة القضائية وتقارير الخبرة الطبية بالإضافة إلى الأحكام القضائية القاضية بالإدانة والصور الفوتوغرافية... الخ.

✓ خول المشرع المغربي للزوجة عند إرادتها توقيع التطبيق للضرر إجراءات ميسرة ومساطر مقتضبة وأجال معقولة، حيث منحها نوعين من المساطر، مسطرة التطبيق للضرر كمسطرة أصلية يتم سلوكها عند نجاحها في إثبات الضرر المبرر للتطبيق، لكن قد تعجز الزوجة عن إثبات الضرر ومع ذلك

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

تصر على طلب التطلاق، فهنا المشرع أسعفها بمسطرة احتياطية كمخرج لمحتتها وهي مسطرة التطلاق للشقاق.

✓ تبت المحكمة في دعاوى التطلاق للضرر عند إثباته أو الشقاق عند العجز عن إثباته في أجل ستة أشهر بعد استنفاد كل مرامي الإصلاح بين الزوجين ورأب الصدع بينهما.

✓ إن الزوجة التي تدعي إضرار زوجها بها ورفعها لمقال لأجل التطلاق لنفس العلة، يجب عليها ألا تمكنه من نفسها حسب ما يقر به الفقه المالكي - والقانون الأسري المغربي بموجب الإحالة على نفس الفقه - تحت طائلة سقوط دعاوها إذا قامت بتمكينه منها ودعوى التطلاق للضرر جارية أمام المحكمة، كما أن دعوى الزوج الرامية للرجوع لبيت الزوجية تسقط بمجرد رفع الزوجة لدعوى التطلاق للضرر.

✓ لم يتطرق المشرع المغربي إلى الشروط العامة سواء الموضوعية أو الشكلية لرفع دعوى التطلاق للضرر أمام القضاء في مدونة الأسرة، بل نص على ذلك في القواعد العامة الإجرائية لقانون المسطرة المدنية، حيث يجب على الزوجة رافعة المقال الرامي للتطلاق للضرر أن تتوفر فيها كل من الصفة والأهلية والمصلحة والحق في التقاضي في بعض الحالات، بالإضافة إلى شروط شكلية بينها الفصل 31 من ق.م.م تتمثل في رفع مقال متضمن للعديد من البيانات الإلزامية (الفصل 32) دون ضرورة تنصيب محامي لأن المسطرة شفوية طبقا للفصل 45 من نفس القانون.

✓ جعل المشرع المغربي الاختصاص النوعي في قضايا الأسرة بصفة عامة والتطلاق للضرر بصفة خاصة مقيدا في أقسام قضاء الأسرة وربط ذلك بالنظام العام، حيث المحكمة تثيره تلقائيا قبل أي دفع أو دفاع، على خلاف الاختصاص المكاني في نفس الدعوى الذي ليس من متعلقات النظام العام بصريح الفصل 212 من ق.م.م، حيث وسع المشرع المغربي من دائرة الاختصاص المكاني رغبة منه في تيسير وحماية مصالح الزوجية على الخصوص.

✓ أولى المشرع المغربي التبليغ في القضايا الأسرية خصوصيات، حيث بالتمعن في مقتضيات المادتين 43 و 81 من مدونة الأسرة يتضح أن التبليغ في قضايا الأسرة يتميز بخصوصيات لعل أهمها ضرورة التوصل الشخصي للزوجة بالاستدعاء خلاف لما عليه الأمر في القواعد العالمية الإجرائية، وخصوصا الفصل 38 من ق.م.م.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

✓ أولت الشريعة الإسلامية وبعدها الفقه الإسلامي عناية كبيرة لمسألة الإصلاح بين الزوجين، ويظهر ذلك في العديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة وكذا المؤلفات الفقهية، وعلى نهجهم صارت معظم التشريعات العربية، ومنها مدونة الأسرة المغربية، حيث المشرع المغربي جعل الإصلاح بين الزوجين من متعلقات النظام العام، فالمحكمة ملزمة بالقيام به كقاعدة عامة.

✓ في القانون المغربي تم إخراج الصلح من نصوص قانون المسطرة المدنية بعدما تم إلغاء المادتين 178 و 121 منها، وتم استبدالها بمقتضيات واضحة تم التنصيص عليها في المدونة، وتعتبر المادة 82 منها الإطار العام الذي صاغ فيه المشرع الإجراءات وكذا مؤسسات الإصلاح بين الزوجين، ومن أهم هذه المؤسسات المرصودة للصلح نجد مؤسسة الحكّمين ومجلس العائلة وكذا المجلس العلمي والمساعدة الاجتماعية... الخ.

✓ بمجرد إثبات الزوجية للضرر الذي تستحيل معه العشرة الزوجية وفشل كل محاولات الإصلاح التي تقوم بها المحكمة بين الزوجين سواء القضاية أو الودية، تلجأ لتحديد المستحقات التي تضمن حقوق الزوجة والأطفال، ومنها مؤخر الصداق ونفقة العدة إن كانت حامل وسكن العدة إن لم تكن كذلك، تم المتعة والتعويض، بالإضافة إلى نفقة الأطفال وحضانتهم، وكل هذه المستحقات تستقل المحكمة بسلطة تقديرية واسعة لتقديرها ولا معقب عليها إلا من حيث التعليل.

✓ إذا كان فقهاء الإسلام لا خلاف بينهم من حيث مشروعية المتعة، فإنهم وقع الخلاف لديهم في مسألة وجوبها من عدمه، فذهب الأحناف إلى القول بوجوبيتها على الزوج لفائدة مفارقتها، وعلى القاضي الحكم بها من تلقاء نفسه وذلك في حالة الطلاق قبل الدخول وقبل تسمية الصداق، في حين ذهب الشافعية والحنبلية بوجوبيتها على الزوج لفائدة مفارقتها، إلى إذا طلق قبل الدخول وقد فرض لها الصداق، أما المالكية فقد اعتبروا المتعة بغير واجبة إنما هي مندوبة.

✓ لم تكن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة تقرر بالتعويض للزوجة المتضررة من أفعال زوجها، خلافا لما عليه الأمر في مدونة الأسرة حيث أصبح من حقها المطالبة بالتعويض لجبر الضرر الذي لحقها من جراء أفعال زوجها، لكن حصول الزوجة على هذا التعويض رهين بمطالبتها به في مقالها أو بناء على طلب مستقل يوجه إلى القضاء، بمعنى أن القاضي لا يحكم به من تلقاء نفسه، حيث جبر ضرر المطلقة للضرر من ضمن المستجدات التي جاءت بها المدونة.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

✓ بعد إيقاع المحكمة التخليق للضرر، يقع على الأب تجاه أبنائه حقوق لعل أهمها أن المحكمة تحكم بمقدار النفقة الواجبة لهم إذا توفرت فيهم الشروط المتطلبة قانوناً، كما تقوم المحكمة في نفس الحكم بإسناد الحضانة لمن له الحق فيها وتحديد أجرتها والسكن الذي ستؤدى فيه بالإضافة إلى تحديد أوقات الزيارة.

✓ يمكن للزوج أن يطعن بالاستئناف والنقض في الحكم الصادر بالتخليق للضرر في الشق المتعلق بالمستحقات، وذلك داخل أجل 15 يوماً من صدوره، بخلاف الشق القاضي بإنهاء الرابطة الزوجية فلا يقبل أي طريق من طرق الطعن كونه يصدر نهائياً مكتسباً لقوة الشيء المقضي به المطلقة.

✓ اعترف المشرع المغربي بضرورة تبليغ ضابط الحالة المدنية بالحكم الصادر بالتخليق للضرر في أجل أقصاه 15 يوماً من صدور هذا الحكم قصد تضمينه في هامش رسم ولادة الزوجين معاً، وذلك تلافياً لحصول بعض الأشخاص على شواهد ووثائق إدارية لا تعبر عن حقيقة وضعهم الأسري والعائلي.

✓ بمجرد ما تصدر المحكمة حكماً بالتخليق للضرر، فهذا الأخير يتخذ وصفاً معيناً يتجلى بأنه بائن، حيث أن كل طلاق حكمته به المحكمة فهو بائن باستثناء التخليق للإيلاء و عدم الإنفاق، حيث الحكم بالتخليق للضرر قد يكون بائناً بينونة صغرى، كما قد يكون بائناً بينونة كبرى إذا كان في نصاب الطلقة الثالثة من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته.

ثانياً: المقترحات

■ نقترح في بداية الأمر ضرورة تدخل المشرع المغربي من أجل تقييد السلطة التقديرية المخولة لقضاة الموضوع بخصوص مسألة تقدير الضرر المبرر للتخليق، ووضع معايير واضحة وصريحة التي على ضوئها يتأسس هذا التقدير.

■ إن اعتبار المشرع المغربي أن وقوع الضرر ولو لمرة واحدة كافٍ لمطالبة الزوجة بتخليقها من زوجها للضرر، نسجل عليه ما نسجل، فهذا الأمر سيؤدي حتماً إلى إغراق المحاكم بطلبات التخليق رغم أن الأضرار التي أسست عليها هذه الطلبات لا تستحق أن تنفصل الرابطة الزوجية لأجلها، مما نقترح ضرورة تدخل المشرع لتعديل النص القانوني المنظم لمبررات التخليق للضرر، وصياغته صياغة

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

رصينة، أو على الأقل حذف الفقرة التي تقضي بأحقية الزوجة في المطالبة بالتطبيق للضرر ولو وقع هذا الأخير لمرة واحدة في الدليل العملي للمدونة ما دام دليلاً تابعاً لهذه الأخيرة يستأنس القضاء بمضامينه. ■ قد يطرح وأن تقدم الزوجة شهوداً يثبتون تضررها من زوجها، وهذا الأخير بدوره يقدم شهوداً آخرين ينفون هذا الإدعاء، مما نكون معه أمام تضارب في الشهادة أمام القضاء، لذلك نقترح في هذا الصدد إعمال القاعدة المقرر بما يلي: "شهود الإثبات مقدمون في شهادتهم على شهود النفي" وذلك لحسم هذا التضارب.

■ بخصوص إعمال الشواهد الطبية كوسائل لإثبات الضرر أمام القضاء، نقترح على القضاء ألا يتوسع في الأخذ بها، حيث يجب عليه أن يتشدد ويكون حازماً في التعامل معها، وسندنا في ذلك أن هذه الشواهد يمكن الحصول عليها بمقابل زهيد من أي مستشفى أو مستوصف أو مصحة خاصة، حيث كثيراً ما يقع التواطؤ بين طالب الشهادة والطبيب المعبى لها، ويقوم هذا الأخير بتضمينها أموراً هي في حقيقة الأمر غير موجودة، حيث غياب الضمير المهني والرغبة في الربح السريع يجعل هذه الشهادة في أحيان كثيرة تفقد لمصداقيتها.

■ بخصوص الوسائل التي يعتمد عليها القضاء المغربي للاستجابة لطلب الزوجة بالتطبيق للضرر، وتحديد الصور الفوتوغرافية، فإننا نقترح عدم التوسع في الأخذ بها، حيث يجب على القضاء أخذ الحيطة والحذر منها، ودليلنا في ذلك أن التطور التكنولوجي الذي عرفته الحياة الرقمية أفرز تطورا معلوماتي يمكن من خلاله فبركة الصور وإدخال عليها مؤثرات هي في الحقيقة غير موجودة في واقع الأمر.

■ عند تصفحنا للفصول من 71 إلى 84 من ق.م.م، أي الفرع الرابع من الباب الثالث، نجد المشرع فيه يتحدث عن مسطرة أداء الشهادة، وهو ما يدفعنا للتساؤل عن قيام المشرع بعنوانه هذا الإجراء بـ "الأبحاث"، حيث وضع هذا العنوان اختيار غير موفق، لأن وضع مصطلح البحث للدلالة على إجراءات الشهادة لا ينبئ بسهولة على الموضوع الذي ينظمه، زد على ذلك اختلاط مصطلح البحث بمصطلح التحقيق، مما نقترح معه ضرورة تدخل المشرع لوضع عنوان مناسب يتناسب والموضوع الذي ينظمه، ونقترح عليه عنوانه هذا الفرع بعنوان "مسطرة أداء الشهادة" أو "مسطرة الاستماع إلى الشهود" عوض مصطلح "الأبحاث".

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

■ قد تعتمد الزوجة التصريح بمعلومات كاذبة عن زوجها في مقالها الرامي للتطبيق للضرر، سواء بتحريف اسمه أو مكان سكنه لكي تفوت عليه فرصة الحضور إلى الجلسات وتتبع المناقشات وإدلائه بأقواله في صدها، فالمشرع لم يرتب أي جزاء جنائي في حقها في هذه الحالة، مما نقترح معه تنصيب المشرع على جزاء جنائي في حق الزوجة مرتكبة هذا الفعل إسوة بما صرح به المشرع في حق الزوج لأنها ليست معصومة.

■ نص المشرع المغربي في المادة 113 من مدونة الأسرة على أجل للبت في دعاوى التطبيق المؤسسة على أحد الأسباب الواردة في المادة 98 من المدونة، والذي حدده في ستة أشهر، لكنه أغفل الحديث في نفس المادة على التاريخ الذي يتدئ فيه سريان هذا الأجل، مما نقترح على المشرع ضرورة تميم المادة 113 من المدونة، وذلك بإضافة الأمد الذي يتدئ فيه سريان أجل الستة أشهر الواردة في نفس المادة، وذلك اقتداء في ذلك بما فعل في المادة 97 من المدونة أثناء تنظيمه لمسطرة الشقاق.

■ إن من بين الصعوبات التي تعترض إجراء الصلح بين الزوجين في مساطر انفصال الرابطة الزوجية حيث أصبحت عاجزة عن تحقيق الأهداف المتوخاة منها للسرعة التي تتم بها، لذلك نرى ضرورة تدخل المشرع المغربي للزيادة في آجال البت في دعاوى التطبيق للضرر، وكذا الرفع من عدد محاولات الإصلاح إلى ثلاثة محاولات إسوة بالمشرع التونسي.

■ إن من الأسباب التي تؤدي إلى فشل محاولات الإصلاح بين الزوجين، نجد كذلك الفضاءات التي يتم فيها هذا الإصلاح، فجو المحاكم المكتظ والشد والجذب وكثرة الزحام من الأسباب التي لا تلين النفس ولا تجعلها في أهبة للصلح، لذلك نقترح إعداد فضاءات خاصة يتم فيها الإصلاح بين الزوجين بعيدا عن شوشرة المحاكم واكتظاظها، إقتداء في ذلك بما ذهبت إليه بعض الدول الغربية التي خصصت فضاءات كمنتزهات للإصلاح بين الزوجين.

■ بخصوص المتعة في التطبيق للضرر، نجد العمل القضائي المغربي وكذا الاجتهاد كثيرا ما يصدر أحكاما وقرارات متضاربة بينها، بعضها يقر للزوجة بالمتعة والبعض الآخر ينفي عنها هذا الحق، مما نقترح معه تدخل المقتن المغربي بنصوص واضحة صريحة ليبيد موقفه من مدى استحقاق المطلقة للضرر للمتعة من عدمه، وذلك لأجل توحيد العمل والاجتهاد القضائيين والسير بهما في نسق واحد.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

■ كثيرا ما يخلط القضاء المغربي بين عنصر المتعة والتعويض رغم أن كليهما مؤسسة مستقلة عن الأخرى، حيث اتجه يحكم بالمتعة دون التعويض على اعتبار أن المتعة تأخذ أحكام التعويض في نظره، واتجاه يحكم بالتعويض ويتغاضى عن الحكم بالمتعة، واتجاه ثالث يحكم بهما معا، هذا الأمر أدى إلى تدبذب العمل القضائي، مما نرى معه ضرورة التدخل من قبل المشرع لأجل توحيد بنصوص لا تدع مجالا للشك تقرر بمستحقات المطلقة للضرر تحاشيا لهذا التضارب.

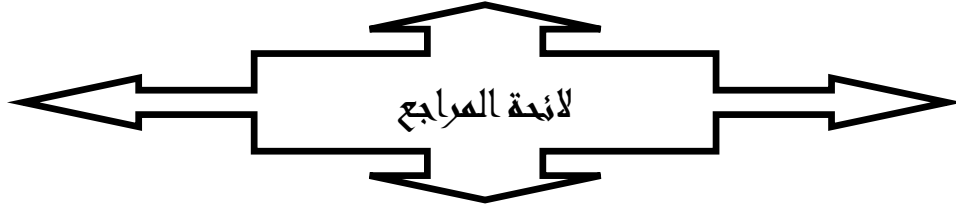
التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

صفوة ما نختتم به هذا الدراسة مقولة الإمام الأصفهاني عندما قال:

﴿إني رأيت أنه لا يكتب أحد كتاباً في يومه إلا وقال في تحته: لو خير هذا كان أحسن، ولو زيد هذا كان يُستحسن، ولو قُدّم هذا كان أفضل، ولو تُرك هذا كان أجمل. وهذا أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر﴾

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

تم بحمد الله وقوته



المصادر :

✓ القرآن الكريم.

✓ السنة النبوية العطرة.

الكتب الفقهية:

- (1) ابن الملتن، قواعد ابن الملتن أو الأشباه والنظائر في قواعد الفقه، المجلد الأول، دار ابن القيم، الرياض، الطبعة الأولى، 2010م.
- (2) ابن الجوزي، المذهب الأحمد في مذهب الإمام أحمد، مطبعة (ق)، بومباي، الهند، 1959م.
- (3) ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء الأول، دار الفكر العربي، بيروت، 1401هـ.
- (4) ابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، دار ابن حزم، بيروت، (د.ذ.ط.ت).
- (5) أبو الوليد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار المعارف، بيروت، الطبعة الأولى، 2003م.
- (6) أبو المحاسن بن موسى الحنفي، المعتمر من المختصر من مشكل الآثار، الجزء الأول، عالم الكتب، بيروت، (د.ذ.ط.ت).

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- (7) أبو بكر محمد بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، دار الأفاق العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2011م.
- (8) أبو جعفر أحمد الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، الجزء الثاني، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، 1995م.
- (9) أبو محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المجلد الثاني، دار الفكر، دمشق، (د.ذ.ط.ت).
- (10) أبي بكر حسن الكنشاي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، الجزء الثاني، دار الفكر، مصر، الطبعة الثانية، (د.ذ.ت).
- (11) أبي عبد الله محمد الفاسي، الإتقان والأحكام شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، دار الحديث، القاهرة، الجزء الأول، 2011م.
- (12) أبي الحسن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998م.
- (13) أبي عباس بن أحمد الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب على أهل إفريقية والأندلس والمغرب، الجزء الثالث، نشرة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، الطبعة الأولى، 1981م.
- (14) أبي سعيد البرادعي، التهذيب في اختصار المدونة، الجزء الثاني، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، 2002م.
- (15) أبي سعيد البرادعي، التهذيب في اختصار المدونة، الجزء الثالث، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، 2002م.
- (16) أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب كانو، نجيريا، طبعة سنة 2000م.
- (17) أحمد بن غنيم النفزاوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998م.
- (18) المرابط المحفوظ الأنصاري الشنقيطي، التحفة المرضية لنظم القوانين الفقهية، دار الزمان، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، 2003م.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- (19) جلال الدين السيوطي، الإكليل في استنباط التنزيل، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1981م.
- (20) خليل بن إسحاق الجندي، مختصر خليل ومعه شفاء الغليل في حل مقفل خليل، الجزء الأول، مركز نجويوه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008م.
- (21) زيد الدين بن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة 7، 2011م.
- (22) عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998م.
- (23) عبد الغني الغنيمي الحنفي، الباب في شرح الكتاب، الجزء الثالث، المكتبة العلمية، بيروت، (د.ذ.ط.ت).
- (24) علي أحمد الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الطلاق والخلع والظهار، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2003م.
- (25) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الرابع، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 2003م.
- (26) عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1998م.
- (27) مجد الدين ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، الجزء الثالث، نشر المكتبة الإسلامية، (د.ذ.ط.ت).
- (28) محمد المصلح، كشف المصطلحات الفقهية من خلال مختصر خليل بن إسحاق المالكي، مركز البحوث والدراسات في الفقه المالكي، الرابطة المحمدية للعلماء، الرباط، الطبعة الأولى، 2004م.
- (29) محمد بين عبد الله العردفي الريمي، المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1999م.
- (30) محمد بن علي الشوكاني، السيل الجري المتدفق على حدائق الأزهر، دار ابن حزم، بيروت، (د.ذ.ط.ت).

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- (31) محمد سكحال المجاجي، المذهب في الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثاني، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 2010م.
- (32) موفق الدين بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، مكتبة السوادي، جدة، الطبعة الأولى، 2000م.
- (33) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، 1975م.

الكتب القانونية

- (34) أحمد الخمليشي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، الجزء الثاني، الطلاق، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2016م.
- (35) إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مكتبة الطالب، الرباط، الطبعة الأولى، 1996م.
- (36) إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، القواعد العامة لوسائل الإثبات، (د.ذ.مط)، الطبعة الأولى، 1977م.
- (37) إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، أحكام الزواج، دراسة مقارنة معززة بأحدث التطبيقات القضائية لمحكمة النقض ومحاكم الموضوع، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة سنة 2016م.
- (38) إدريس الفاخوري، المنازعات الأسرية أمام قضاء الموضوع ومحكمة النقض، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة سنة 2015م.
- (39) إبراهيم بن محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مكتبة أسامة، الرياض، الطبعة الثانية، 1983م.
- (40) إسراء جاسم العمران، قانون حمو رابي، (د.ذ.مط.ط.ت).
- (41) ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الثاني، الجزء السادس، مطبعة دار صادر، بيروت، طبعة 1955م.
- (42) المختار بين أحمد عطار، الوسيط في القانون المدني، مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2002م.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- (43) باديس دياب، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلية، (د.ذ.ط)، 2012م.
- (44) تقي الدين الهاللي، أحكام الخلع في الإسلام، المكتب الإسلامي، دمشق، الطبعة الثاني، 1995م.
- (45) جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2004م.
- (46) جميلة أوحيدة، نظام الأحوال الشخصية للجلالية المغربية بهولندا، واقع وآفاق، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، الطبعة الأولى، 2012م.
- (47) جواد أمهول، الوجيز في المسطرة المدنية، مطبعة الأمنية، الرباط، (د.ذ.ط.ت).
- (48) حسن الرميلي، المسطرة في القضايا المدنية والتجارية، محاضرات ملقاة على طلبة الفصل السادس من الدراسات القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، الموسم الجامعي 2014/2015م.
- (49) حسن عبد الحليم عناية، شرح قانون محكمة الأسرة وقانون إنشاء صندوق نظام تأمين الأسرة في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار مصر للإصدارات القانونية، الجيزة، الطبعة الخامسة، 2009م.
- (50) خالد بنمومن، المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة، دار نشر المعرفة، الرباط، طبعة 2016م.
- (51) ساسي بن حليلة، قانون الأحوال الشخصية، محاضرات في القانون المدني، جامعة تونس المنار، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، (د.ذ.ت).
- (52) سالم بن عبد الغني الرافي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 2002م.
- (53) سليمان مرقش، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، الطبعة الخامسة، 1991م.
- (54) سلوى عبد الحميد الخطيب، نظرة علم الاجتماع الأسري، مكتبة الشقري للنشر والتوزيع، الرياض، طبعة 2007م.
- (55) طه عبد الرحمن، روح الحادثة، المدخل إلى تأسيس الحادثة الإسلامية، المركز الثقافي العربي، بيروت، لبنان، (د.ذ.ط) 2006م.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- 56) عبد الرحمن بن محمد العمراني، مقالات في أحكام الأسرة، الجزء الأول، مطبعة ويلي، مراكش، الطبعة الأولى، 2011م.
- 57) عبد الرحمن بن محمد العمراني، مقالات في أحكام الأسرة، الجزء الثاني، سلسلة منشورات البحث في تأهيل الأسرة وآفاق التنمية، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، مراكش، الطبعة الأولى، 2012م.
- 58) عبد الله السوسي الثاني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، الزواج، سلسلة تأصيل الفقه المالكي، العدد 3، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، 2014م.
- 59) عبد الله السوسي الثاني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، الكتاب الثاني، الطلاق، مطبعة فنون القرن 21، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2007م.
- 60) عبد الله السوسي الثاني، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، الأهلية والنيابة الشرعية، مطبعة النجاح الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2015م.
- 61) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجز الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الثانية، 1982م.
- 62) عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الأول، مطبعة دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1964م.
- 63) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم، الكويت، الطبعة الثانية، 1990م.
- 64) عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، مكتبة الرشاد، سطات، الطبعة الأولى، 2006م.
- 65) عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مطبوعات المعرفة، مراكش، طبعة أبريل 2013م.
- 66) عبد الواحد النظيفي، المختصر في المصطلحات القانونية، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، طبعة أكتوبر، 2013م.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- (67) عبد العزيز هدوي، الطلاق والملاحظات العملية المثارة على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الإسلامي، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2014م.
- (68) علي بن محمد السيد شريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة، (د.ذ.ط.ت).
- (69) علي مرعي، الأسرة في محكمة القضاء الشرعي، المكتب الإسلامي الثقافي، لبنان، الطبعة الأولى، 2014م.
- (70) عادل حاميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2016 م.
- (71) عادل حاميدي، تأملات في قضايا الأسرة على ضوء الاجتهاد القضائي المغربي، الجزء الأول، مطبعة بالمريس إديسيون، الرباط، الطبعة الأولى، 2009م.
- (72) عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، منشورات دار القضاء بالمغرب، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2014م.
- (73) كريشنا فاسيديف، شهادة الشهود وطرق الإدلاء بها، دار الهلال، بيروت، الطبعة الأولى، 1993م.
- (74) مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في قانون الالتزامات والعقود المغربي، المجلد الأول، مصادر الالتزام، (د.ذ.مط.ط.ت).
- (75) مبروك المصري، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، دار هوم، الجزائر، (د.ذ.ط.ت).
- (76) محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسات والعقائد وتاريخ المذاهب الفقهية، دار الفكر العربي، بيروت، (د.ذ.ط.ت).
- (77) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بيروت، الطبعة الثانية، (د.ذ.ت).
- (78) محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، دار الفكر العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1976م.
- (79) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، بيروت، (د.ذ.ط.ت).
- (80) محمد الشافعي، مدخل لدراسة القانون الوضعي، سلسلة البحوث القانونية رقم 22، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2012م.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- (81) محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية 24، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الثانية، 2014م.
- (82) محمد الشافعي، الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، سلسلة البحوث القانونية 1، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الرابعة، 2001م.
- (83) محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي، حصيلة ست سنوات من التطبيق العملي، سلسلة البحوث القانونية 19، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، 2011م.
- (84) محمد الشافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية رقم 18، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2010م.
- (85) محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، الطبعة السابعة، 2015م.
- (86) محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول، عقد الزواج وآثاره، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، الدار البيضاء، 2006م.
- (87) محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2015م.
- (88) محمد الكشور، الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، دراسة مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، 1996م، الطبعة الأولى، 2000م.
- (89) محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسة قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربيين، الطبعة الثانية، 2011م.
- (90) محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، النظرية العامة، إثبات الحقوق، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، الطبعة الأولى، 2002م.
- (91) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المادة المدنية والتجارية، دار الهدى، مليلية، الجزائر، طبعة 2009م.
- (92) محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحركات الصادرة عنهم، دراسة على ضوء التوثيق العدلي والتوثيق العصري، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2008م.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- 93) محمد كرم، الوجيز في التنظيم القضائي المغربي، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الثانية، 1013م.
- 94) محمد علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، 2010م.
- 95) مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، (د.ذ.ط)، 1977م.
- 96) مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء التاسع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة سنة 2007م.
- 97) منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأحكام الفقه وأحكام القضاء، دار تاراس للطباعة والنشر، العراق، الطبعة الأولى، 2006م.
- 98) نورة غزلان الشنيوي، قانون المسطرة المدنية وفق آخر المستجدات، مطبعة الورود، إنزكان، الطبعة الثالثة، 2015م.

- المقالات

- 99) أحمد خرطة، الصلح في الطلاق والتطليق بين جوهرية الإجراء ونبيل الغايات، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد الثالث، يناير 2013م.
- 100) الحسين أسراح، المتعة في الطلاق، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، الأعداد 9 و 10 و 11، نونبر 1983م.
- 101) حمزة التريد، المؤسسات المرصود للصلح في مجال النزاعات الأسرية، المحكمين ومجلس العائلة، أي دور وفعالية؟ وما البديل؟، مقال منشور بمجلة منازعات الأعمال، العدد الثامن، نونبر ودجنبر، 2015م.
- 102) خالد التومي، خصوصيات المسطرة في القضايا الأسرية، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد الرابع، فبراير 2013م.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- (103) رشيد العراقي، طرق إثبات الالتزام، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، المعهد الوطني للدراسات القضائية، العدد 30، أكتوبر 1995م.
- (104) زهور الحر، قراءة في قرارات المجلس الأعلى المتعلقة بقضايا التطبيق " التطبيق للضرر نموذجاً " مداخلة ملقاة في ندوة قضاء الأسرة بمكناس، يومي 8 و 9، بتاريخ 2007/03/19م، مطبعة الأمانة، الرباط.
- (105) سعيد أحيحي، وضعية المرأة الأمازيغية من خلال الأعراف المحلية، نماذج من تافيلات الكبرى، مقالة منشورة بمجلة البحث العلمي، العدد 49، نونبر 2007م.
- (106) سمير ووال، التبليغ على ضوء قانون المسطرة المدنية، الجهات المؤهلة بتسلم التبليغ، مقالة منشورة بالموقع الإلكتروني www.marocdroit.com.
- (107) صالح حميل، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 21، يوليوز 2014م.
- (108) صالح إبراهيم المنيوتي، أصول البحث العلمي القانوني، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، (د.ذ.ع.ت).
- (109) عبد الجبار كريمي، حماية حقوق المرأة بين القانون والاجتهاد القضائي، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 44، يونيو 2016م.
- (110) عمارة بوضياف، حقوق المرأة في المواثيق الدولية والتشريع الجزائري، قانون الانتخابات وقانون الأسرة نموذجاً، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 36، أكتوبر 2015.
- (111) محمد صقلي حسيني، حقوق الطفل في القانون المغربي، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 12 و 13، أبريل 1984م.
- (112) مكي رشيد، التطبيق للضرر بين التنصيص التشريعي والاجتهاد القضائي، مقال منشور بمجلة محاكمة، العدد 11 و 12، أكتوبر/ دجنبر، 2016م.
- (113) فتيحة الشافعي، مدونة الأسرة بعد سنوات من التطبيق، المكتسبات والعوائق والآفاق، مقال منشور بموقع العلوم القانونية www.marocdroit.com.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- (114) هدى زوزو، عبء الإثبات في المادة المدنية والجزائية، مقال منشور بمجلة المفكر، العدد السادس.(د.ذ.ت).

الأنماط والرسائل والبحوث:

- الأنماط

- (115) أشرف يحي رشيد العمري، نظرية التفريق بين الزوجين، دراسة تأصيلية ومقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، سنة 2005م.
- (116) آية شاوس دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2014م.
- (117) عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006/2007م.
- (118) عبد القادر قرموش، الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2008/2009م.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- (119) عدي البشير، قضايا الأسرة من خلال النوازل الفقهية في سوس، دراسة لقضايا الخطبة والزواج والطلاق على ضوء أحكام مدونة الأسرة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة، كلية الشريعة والقانون، جامعة القرويين، أكادير، موسم 2012/2011م.
- (120) فروق موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، موسم 2014/2013م.
- (121) محفوظ بين صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائرية، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، موسم 2009/2008م.
- (122) مسعود نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الموسم الجامعي 2010/2009م.
- (123) نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2006م.

-الرسائل

- (124) أحمد البنضوض، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2006/2005.
- (125) أنس سعدون، قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتطوان، دراسة تحليلية للأحكام المتعلقة بإنشاء العلاقة الزوجية وآثارها، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2009/2008.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- (126) أشواق دهيمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، رسالة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الموسم الجامعي 2013/2014م.
- (127) العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثره في أحكام فقه الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين الخروية، الجزائر، السنة الجامعية 2001/2002م.
- (128) اليزيد عيسات بلمامي، التطبيق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والشريعة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2002-2003م.
- (129) تهناني رمضان أبو جزر، أحكام أفراد المرأة في إنهاء عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، سنة 2012م
- (130) ثريا أمطوط، العنف الزوجي ضد المرأة بين الحماية القانونية وإكراهات الواقع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، موسم 2007/2008م.
- (131) جواد أبو زيد، الإثبات في مدونة الأسرة والعمل القضائي (الخطبة، النسب، التطبيق للضرر، النفقة نموذجاً)، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير، موسم 2015/2016م.
- (132) حاج عبد الرحمن بن فغاره حاج معطي، حقوق المرأة أثناء الزوجية وبعد الفرقة، دراسة فقهية مقارنة، رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على متطلبات الماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، سنة 2006م.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- (133) حفصة الوهابي، مركز الخبرة الطبية في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2006/2005م.
- (134) حفصة كرمي، العنف ضد الطفل دراسة سسيوقانونية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، موسم 2008/2007م.
- (135) خديجة أحمد أبو العطا، الشروط المشترطة في عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في الفقه والقانون، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، الموسم الدراسي 2007م/1428هـ.
- (136) خديجة البوسالي، الإثبات في قضايا الأسرية بين النص القانوني والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، وحدة الأسرة والتنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية والاقتصادية، جامعة المولى إسماعيل، مكناس، الموسم الدراسي 2011/2010م.
- (137) خديجة الفيلاي علاش، العنف الأسري ضد المرأة أية حماية، العنف الزوجي نموذجاً، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ظهر المهرار، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، موسم 2006/2005م.
- (138) رحمة محمود خالد عبد الله، أثر التغير على عقد النكاح، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، سنة 2011م.
- (139) سمية صغيري، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطبيق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري، رسالة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، موسم 2015/1014م.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- (140) سمية لمعيني، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الطلاق وأثاره، رسالة مكملة للحصول على متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الموسم الجامعي 2015/2014م.
- (141) عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، سنة 2006م.
- (142) عادل العشابي، الشهادة الطبية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، الموسم الدراسي 2002/2001م.
- (143) عامر ياسين و بلعجال محمد، أدلة الإثبات في المواد المدنية، رسالة تخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة الدكتور يحيى فارس المدينة، الجزائر، موسم 2014/2013م.
- (144) عدنان العشعاش، الطبيعة القانونية لتدخل القضاء في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2008/2007م.
- (145) علي بن محمد أبو زينة، تأديب الزوجة بين القدر المباح وتجاوز الأزواج، رسالة مقدما استكمالا للحصول على متطلبات درجة الماجستير، معهد الدراسات العليا، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، سنة 1998م.
- (146) عياد لوديني، التفريق القضائي بين الزوجين في ضوء الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، رسالة مقدمة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قضاء الأسرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، موسم 2008/2007م.
- (147) فاطمة بن عيشوش، الحقوق الزوجية بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الموسم الجامعي 2012/2011م.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- (148) فريحاوي مكال، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة مقدم لنيل درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية العلوم الحقوق ابن عكنون، جامعة الجزائر، الموسم الجامعي 2001/2000م.
- (149) فؤاد قريشي، أحكام المتعة والتعويض عند انتهاء الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2008/2007م.
- (150) فؤاد مباركة، أحكام المتعة والتعويض عند انتهاء الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2007.
- (151) لبنى الغوتي، الإنهاء التعسفي للرابطة الزوجية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2008/2007م.
- (152) لوبنة أكريكر، مدى انفتاح مدونة الأسرة على القانون المدني، دراسة مقارنة مع الفقه المالكي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2008/2007م.
- (153) لطيفة وراوي، إعادة النظر في الالتزامات المرفقة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، وجدة، الموسم الجامعي 2007/2006م، ص: 29 وما يليها.
- (154) محمد أحمد المستريح، حكم التفريق بين الزوجين للعيوب ولاسيما الوراثية، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، الأردن، سنة 2003م.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- (155) محمد كفيل، الإثبات في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الجامعي 2006/2007م.
- (156) محمد يحيى ولد أحمد ناه، إجراءات التبليغ والتنفيذ في العمل القضائي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2009/2010م.
- (157) مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، رسالة تخرج لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، المركز الجامعي بشار، الجزائر، السنة الجامعية 2006/2007م.
- (158) معتصم عبر الرحمن منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2007م.
- (159) مليكة قبزيلي، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، سنة 2003م.
- (160) منير التيال، دور القضاء في تحديد المستحقات المالية للمطلقة والأطفال عند انتهاء الرابطة الزوجية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، (د.ذ.ت).
- (161) نازك سالم محمد حنني، أحكام الطلاق قبل الدخول، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، سنة 2011م.
- (162) نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي الحسن الأول، وجدة، الموسم الجامعي 2005/2006م.

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- (163) نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006م.
- (164) نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الموسم الجامعي 2000/1999م.
- (165) هدى أحمد جبلي، منهج الإسلام في رفع الإضرار عن الزوجة، رسالة مقدم لنيل درجة الماجستير فرع الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، موسم 1410/1409هـ.
- (166) هشام الريسوني، التطبيق للضرر في القانون المغربي والمقارن، رسالة مقدمة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، الموسم الدراسي 2006/2005م.

البحوث

- (167) أسماء عيسيو، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة مقدمة لنهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، وزارة العدل، الجزائر، الدفعة 12، موسم 2002/2001م.
- (168) عبد العظيم الجوال الورياغلي ونجيب أفيال، دور النيابة العامة أمام قضاء الأسرة، بحث مقدم على أعتاب نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، المغرب، فترة التدريب 2007 إلى 2009م.
- (169) مليكة الغنام، التعويض من خلال مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، بحث مقدم في نهاية التدريب الملحقين القضائيين، الفوج 35، فترة التدريب 2008 إلى 2010م.
- (170) ولد عمار سنيم، التطبيق، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة الثامنة عشر، موسم 2007 إلى 2010م.

الدلائل والمعاجم

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- الدلائل

- (171) دليل القانون الجنائي في شروح، وزارة العدل والحريات المغربية، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1997م.
- (172) دليل عملي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد الأول، 2004م.

- المعاجم

- (173) المعجم العربي الحديث المعروف بالكافي، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1992م.
- (174) معجم القانون، مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1999م.

المواقع الإلكترونية:

- (175) www.kenenaonline.com
- (176) www.boibidi.blogspot.com
- (177) www.marocdroit.com
- (178) www.majalah.new.ma
- (179) www.mawdoo3.com

الكتب بالفرنسية

Les ouvrages

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

- 180 Abdelouahed Nadifi, Précis De Terminologie Juridique, Imprimerie Papeterie El Lwataniya, Marrakech, Edition Octobre, 2013.

Magazine

- 181 JUSTICE DE LA FAMILLE ; revue Spécialisée ; Publication de L'association de Diffusion de L'information Juridique ; (A.D.I.J.J) ; N 3 ; Décembre.

الفهرس

6	مقدمة :
13	أهمية الموضوع:
15	إشكالية الموضوع:
16	دوافع اختيار الموضوع:
17	صعوبات البحث:
18	منهج البحث:
18	خطة البحث:
19	الفصل الأول: موقف الفقه والقانون من التطليق للضرر، أسبابه وإثباته
22	المبحث الأول: موقف الفقه الإسلامي والقانون من الضرر المبرر للتطليق وأسبابه
22	المطلب الأول: توجه الفقه الإسلامي والقانون بخصوص التطليق للضرر
24	الفقرة الأولى: موقف الفقه الإسلامي ومدونة الأحوال الملغاة من التطليق للضرر
24	أولاً: الخلاف الحاصل بين فقهاء الشريعة الإسلامي حول التطليق للضرر
28	ثانياً: موقف مدونة الأحوال الشخصية الملغاة من التطليق للضرر
30	الفقرة الثانية: موقف مدونة الأسرة والقوانين المقارنة من مسألة التطليق للضرر
31	أولاً: منوال مدونة الأسرة بخصوص التطليق للضرر
33	ثانياً: موقف بعض القوانين العربية من التطليق للضرر
36	المطلب الثاني: الأسباب والدواعي المبررة لطلب التطليق للضرر
38	الفقرة الأولى: الأسباب المبررة للتطليق للضرر في المدونة والتشريعات المقارنة
40	أولاً: الأسباب التي تؤدي إلى الإضرار المادي بالزوجة
40	1-ضرب الزوج لزوجته وتعنيفها

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

42	2- إقدام الزوج على ارتكاب أفعال مشينة ومجرمة في حق الزوجة أو الأغيار
42	ثانيا: الأفعال والمبررات التي تلحق بالزوجة الضرر المعنوي
46	الفقرة الثانية: سلطة القاضي المغربي في تكيف الضرر الحاصل
46	أولا: قضاء الموضوع وسلطته في تقدير وجود الضرر المبرر للتطبيق
48	ثانيا: قضاء النقض المغربي والمقارن وسلطته في تكيف موجبات التطبيق للضرر
50	المبحث الثاني: وسائل وآليات إثبات الضرر المبرر للتطبيق
51	المطلب الأول: وسائل إثبات الضرر المبرر للتطبيق وفقا للمدونة والقواعد العامة
53	الفقرة الأولى: إثبات الضرر بشهادة الشهود، الإقرار والقرائن
53	أولا: إثبات الضرر المبرر للتطبيق بشهادة الشهود
57	ثانيا: إثبات الضرر المبرر للتطبيق بالإقرار والقرائن
57	1- الإقرار وحجته في إثبات الضرر المبرر للتطبيق
59	2 - إثبات الضرر المبرر للتطبيق بالقرائن
60	الفقرة الثانية: إثبات الضرر الحاصل باليمين والأبحاث والخبرة
61	أولا- إثبات الضرر الحاصل للزوجة باليمين
63	ثانيا- إثبات الضرر بالخبرة والأبحاث القضائية
64	1_إثبات الضرر الحاصل للزوجة بالخبرة القضائية
66	2- إثبات الضرر بواسطة الأبحاث القضائية
68	المطلب الثاني: وسائل إثبات الضرر المبرر للتطبيق في الفقه والقضاء
69	الفقرة الأولى: إثبات الضرر المبرر للتطبيق في الفقه الإسلامي ووسائله
73	الفقرة الثانية: وسائل الإثبات التي يأخذ بها القضاء كأساس للتطبيق للضرر
78	الفصل الثاني: الإجراءات المسطرية لإيقاع التطبيق وآثاره

التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

81	المبحث الأول: الإجراءات المسطرية المتبعة لإيقاع التطبيق للضرر
83	المطلب الأول: أثر الادعاء بالضرر والشروط السابقة لرفع دعوى التطبيق للضرر
84	الفقرة الأولى: أثر ادعاء الزوجة بالضرر عليها وعلى دعوى زوجها
84	أولاً- الإدعاء بالضرر يمنع الزوجة من تمكين الزوج من نفسها وإلا سقطت دعواها
86	ثانياً- رفع الزوجة لدعوى التطبيق للضرر تسقط دعوى الزوج بالرجوع لبيت الزوجية
88	الفقرة الثانية: الشروط السابقة لرفع دعوى التطبيق والمحكمة المختصة للبت فيها
89	أولاً- الشروط المتطلبية لرفع دعوى التطبيق للضرر
91	ثانياً- المحكمة المختصة للبت في دعوى التطبيق للضرر
94	المطلب الثاني: الإجراءات الموازية لرفع دعوى التطبيق والحكم الصادر بشأنها
95	الفقرة الأولى: تبليغ الأطراف بالدعوى ونجاح الزوجة في إثبات الضرر
96	أولاً- تبليغ الأطراف بدعوى التطبيق للضرر واستدعاء للجلسة
99	ثانياً- إثبات الزوجة للضرر واستحالة العشرة أثناء المناقشة
101	الفقرة الثانية: قيام المحكمة بمحاولات الإصلاح والحكم بالتطبيق في حالة فشلها
102	أولاً- قيام المحكمة بمحاولات الإصلاح في دعوى التطبيق للضرر ووسائله
102	1- التزام المحكمة بالقيام بمحاولات الإصلاح في دعوى التطبيق للضرر
105	2 - وسائل وآليات الإصلاح بين الزوجين في دعوى التطبيق للضرر
106	أ- ادعاء الزوجة للضرر وانتداب المحكمة للحكمين للإصلاح
109	ب- الإصلاح بين الزوجين بواسطة مجلس العائلة والمجلس العلمي
112	ثانياً- فشل محاولات الإصلاح بين الزوجين وإصدار المحكمة لحكم بالتطبيق للضرر
114	المبحث الثاني: آثار الحكم بالتطبيق للضرر، أوصافه ومضمون الإشهاد عليه
115	المطلب الأول: آثار الحكم بالتطبيق للضرر على الزوجة والأطفال

التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة

116	الفقرة الأولى: آثار الحكم بالتطليق للضرر على الزوجة المطلقة
117	أولاً: مؤخر الصداق والعدة كأثرين من آثار التطليق للضرر
117	1- مؤخر الصداق كأثر من آثار إنهاء العلاقة الزوجية للضرر
119	2- العدة كأثر من الآثار المترتبة على التطليق للضرر
122	ثانياً: المتعة و التعويض كأثرين من آثار فسخ الرابطة الزوجية للضرر
123	1- المتعة كأثر من آثار التطليق للضرر
127	2- التعويض المستحق للزوجة على إثر التطليق للضرر
131	الفقرة الثانية: آثار إنهاء الرابطة الزوجية بالتطليق للضرر على الأطفال
132	أولاً: نفقة الأطفال بعد الحكم بالتطليق للضرر
136	ثانياً: حضانة الأطفال كأثر من آثار التطليق للضرر
141	المطلب الثاني: وصف التطليق للضرر، وإجراءات ومضمون الإشهاد عليه
142	الفقرة الأولى: الوصف الذي يتصف به الحكم القاضي بالتطليق للضرر
143	أولاً: اتصاف التطليق للضرر بوصف البائن بينونة صغرى
144	ثانياً: اتصاف التطليق للضرر بوصف البينونة الكبرى
145	الفقرة الثانية: إجراءات ومضمون الإشهاد على التطليق للضرر
149	خاتمة
159	لائحة المراجع
178	الفهرس