Royaume du Maroc
Ministère de l'Education Nationale, de la Formation Professionnelle, de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique
Université Sidi Mohamed Ben Abdellah
Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales-Fes

المملكة المغربية
وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي
جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس

ماستر الوسائل البديلة لفض المنازعات

الفوج الخامس

بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تحت عنوان

المسؤولية المدنية في عقد الزواج وانحلاله

من إعداد الطالب:

عبد العالي المتوكل

تحت إشراف الدكتور:

عمرو لمزرع

لجنة المناقشة:

الدكتور عمرو لمزرع: أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس **مشرفا ورئيسا**

الدكتور محمد ناصر متيوي مشكوري: أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس **عضوا**

الدكتور كريم متقي: أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس **عضوا**

السنة الجامعية: 2020/2019

كلمة شكر وتقدير

بعد حمد اللّه وشكره، أتوجه بجزيل الشكر وفائق التقدير وعظيم الامتنان إلى أستاذي الفاضل الدكتور عمرو لمزرع على قبوله الإشراف على هذا البحث، وعلى توجيهاته ونصائحه التي كان لها الأثر البالغ في إنجازه.

ومهما كتبت من عبارات فإن كلمة الشكر تظل عاجزة عن إيفاء حقه، فجزاه اللّه عني خير الجزاء وبارك في عمله وصحته وعمره.

كما أتقدم أيضا بجزيل الشكر وعظيم العرفان إلى السادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة وأخص بالذكر الدكتور "محمد ناصر متيوي مشكوري" والدكتور "متقي كريم"

على قبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع وتقييمه وتصويبه وتحمل عبء ذلك، بالرغم من انشغالاتهم العلمية والعملية، فجزاهم اللّه عني خير الجزاء.

وشكر موصول لكل أساتذة كلية الحقوق بفاس الدين كان لهم علينا الفضل الكبير خلال مسارنا الدراسي راجيا لهم مزيدا من التوفيق.

كما لا تفوتني الفرصة دون أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل.

لائحة فك الرموز

م.أ: مدونة الأسرة

ق.ج: القانون الجنائي

ق.م.م: قانون المسطرة المدنية

ق.م.ج: قانون المسطرة الجنائية

ص: الصفحة

P : page

Op.cit : ouvrage précité

مقدمة

إن المطلع على تاريخ البشرية يعلم أن انحطاط الأمم وتخلفها عن ركب غيرها من الأمم سببه فساد مجتمعاتها الناتج عن فساد أفرادها، وحيث إن نواة الأسرة هي الذكر والأنثى، وباجتماعهما تتكون الأسرة، فإن الشريعة الإسلامية أولت هذه العلاقة كل عناية ورعاية، ووضعت لاجتماعهما من القواعد والأحكام ما يكفل سعادتهما، وسهلت لقاءهما الفطري على أسس سليمة، دون تعقيد فيها ولا تعجيز[1].

من هذا المنطلق حث الإسلام على تكوين الأسرة ودعا إلى حمايتها، فهي الوضع الفطري الذي ارتآه الله تعالى لحياة الناس،[2] ويقول الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنو وجعل بينكم مودة ورحمة"[3].

وقد نظم الإسلام الأسرة تنظيما محكما وخصها بمجموعة من الأحكام والتشريعات بدءا من لحظة التفكير في إنشائها ومرورا ببنائها وانتهاءا بانحلالها بالطلاق أو التطليق أو الفسخ أو الوفاة[4].

كما نظم التشريع المغربي هذا الكيان الاجتماعي بمقتضيات قانونية، ورتب عليها عدة آثار، بداية بمدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957، التي ثم تعديل بعض مقتضياتها خلال 10 شتنبر 1993، وفي إطار تحديث المشرع المغربي لترسانته القانونية أصدر مدونة الأسرة بتاريخ 3 فبراير 2004، قصد تجاوز سلبيات مدونة الأحوال الشخصية التي استمرت فترة قاربت نصف قرن رغم التحولات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي عرفها المغرب[5].

---

(1) عمرو لمزرع: "غمز العيون في أحكام الزواج وانحلاله"، مطبعة آنفو-برينت، بدون ذكر الطبعة، ص:3.

(2) الحسنية لعديري: "المسؤولية المدنية للزوجين في ظل مدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2012-2013، ص: 1.

(3) سورة الروم الآية 20.

(4) الحسنية لعديري: مرجع سابق، ص: 1.

(5) محمد كريكر: "المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة، الفسخ والطلاق والتطليق نماذج"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة إبن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكادير، السنة الجامعية 2016-2017، ص:1-2.

وقد جاءت مدونة الأسرة الحالية بكثير من الأحكام والمقتضيات الجديدة وعلى كافة المستويات إذ شملت التعديلات كلا من الزواج والطلاق، والأهلية والنيابة الشرعية، وغيرها من المواضيع، وتميزت المدونة الجديدة بعدة خصائص على مستوى الشكل والمضمون، لكن أهم هذه المميزات تمتعها بالحداثة والتضامن والطابع الاجتماعي ورميها تحقيق الديمقراطية المساواة داخل الأسرة[6].

ويعتبر المجال الأسري، من أهم المجالات التي عكست تدخل المشرع المغربي في اتجاه بلورة مبادئ وقواعد جديدة معتمدا أسلوب التعدد في المرجعيات، حيث لم تكن المرجعية الإسلامية المرجع الوحيد المعتمد في صياغة نصوص المدونة، بل إلى جانب المرجعية الإسلامية كانت كذلك المرجعية الوضعية في بناء نصوص المدونة، وتتمثل هذه المرجعية في مجموع الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب وتعهد باحترامها، سواء كانت هذه الاتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف، وباعتباره عضوا في المنتظم الدولي عمل المشرع المغربي على إدماج الآليات القانونية الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان في النصوص القانونية الداخلية[7]. لا سيما أن موادها تثير حساسية مفرطة في المجتمعات الدينية، ذلك لأنها تشكل ملجأ للخصوصيات الوطنية وتتحكم فيها عدة اعتبارات دينية دون إغفال معايير النموذج الأممي التي أصبحت تفرض ذاتها في الوقت الحالي بحكم عالميتها وبحكم تبنيها من قبل منظمات دولية وقارية، تعد الدول الإسلامية عضوا فيها[8].

وإذا كان الصدام بين ما هو ديني وما هو دولي يشكل عاملا أساسيا في أي مقاربة تغييرية للقانون المنظم للأسرة، فإن الصراع يمتد إلى أبعد من ذلك ليشمل إشكالية تطبيق القواعد العامة في القانون المدني في جانبها المرتبط بتطبيق نظام المسؤولية المدنية على الروابط الأسرية، لا سيما أن مدونة الأسرة اعترفت لكل واحد

---

(6) عبد الكريم الطالب: "التوجهات المدنية لمدونة الأسرة، مغانم ومغارم عشر سنوات من التطبيق"، مطبعة الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2014، ص:9.

(7) لوبنة أكريكر: "مدى انفتاح مدونة الأسرة على القانون المدني دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة

(8) خالد التومي: "الطابع المدني لمدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2011-2012، ص: 2.

من الزوجين حق المطالبة بالتعويض في مواجهة الزوج الآخر عن الضرر الذي يتسبب فيه وذلك تفعيلا لمبدأ المساواة وضمانا لاحترام الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما والذي يقتضيه دوام واستمرار الرابطة الأسرية، وأن حق الطرف المتضرر في التعويض ينشأ قبل إبرام عقد الزواج وقبل أن يكتسب هذا الطرف صفة الزوج، وذلك أثناء فترة الخطبة حسب مقتضيات المادة السابعة من مدونة الأسرة، والتي جاء فيها "أن مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه التعويض غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا الآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض"، وبما أن الزواج ائتلاف روحي ومادي منوط به تحقيق السعادة للزوجين واستتباب السلام الأسري، وقد حرص المشرع على ضرورة خلو إرادة الطرفين من عيب الإكراه أو التدليس وخول للمكره والمدلس عليه الحق في فسخ عقد الزواج والحصول على التعويض متى كان الإكراه أو التدليس هو الدافع لقبول عقد الزواج ومتى استعمل التدليس في الحصول على الإذن أو شهادة الكفاءة المنصوص عليها في البندين 5و6 من المادة 65، وذلك طبقا لمقتضيات المواد 12-63-66 من مدونة الأسرة، وبطبيعة الحال فإذا أنشئت رابطة الزواج برضى الزوجين الخالي من عيوب الإرادة فعلى كل واحد منهما أن يكون حريصا على دوامها واستقرارها، وإلا قامت المسؤولية عن سبب الفراق وقضى في مواجهته بالتعويض وذلك حسب مقتضيات المادة 97 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83-84-85 مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر، والمادة 101 التي نصت على أنه في حالة الحكم بالتطليق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر[9].

فالتعويض عن الضرر من بين المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة، والتي انحازت فيها إلى الطابع المدني الصرف وتبنت بعض من قواعد المسؤولية

[9] المختار عطار: "موجب الزوجين بين الواقع والطموح"، مقال منشور بمجلة سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 25، الطبعة الأولى 2006، ص: 147.

المدنية، وبهذا فقد أقر المشرع بالتعويض في الزواج المشوب بالإكراه أو التدليس حماية للإرادة، بالإضافة إلى التعويض عن الضرر في حالة التطليق للشقاق والتطليق للضرر[10].

وقد يحدث الضرر لشخص معين سواء الزوج أو الزوجة فيتقدم أمام القاضي أو المحكمة بطلب التعويض عن الضرر الحاصل، أنذاك سوف يتدخل القاضي للفصل في الموضوع إما إيجابا ليقضي بالتعويض المناسب لحجم الضرر، أو سلبا فيرفض الحكم بأي تعويض باعتبار أن الفعل الضار المراد الأداء عنه لا يرقى إلى مستوى الضرر أو أن المطالب بالتعويض لا علاقة له بالضرر الملحق وآثاره أو لانعدام الإثبات[11].

من هنا يتضح بأن المشرع المغربي في مدونة الأسرة قد انفتح على قواعد المسؤولية المدنية إذ يقصد بالمسؤولية بوجه عام تحمل الشخص لنتائج وعواقب التقصير الصادر عنه أو عمن يتولى رقابته والإشراف عليه[12]. ومعناها في إطار الميدان المدني هي المؤاخذة عن الأخطاء التي تضر بالغير وذلك بإلزام المخطئ بأداء تعويض للطرف المضرور وفقا للطريقة والحجم اللذين يحددهما القانون إذن فالمسؤولية هي التزام المسؤول في حدود القانون بتعويض غير المتضرر عن الضرر الذي أصابه نتيجة ما لحقه من تلف أو ضياع منافع، أو عن ضرر جزئي أو كلي مادي أو معنوي[13]، فمن خلال التعاريف السابقة يتضح أن المسؤولية المدنية تقوم على عدة وظائف تختلف بحسب النظر إلى أساس هذه المسؤولية، والتي يمكن بلورتها في وظيفتين : وظائف تهذيبية وظائف تعويضية.

---

(10) حاتم دايدو: "المسؤولية المدنية في الخطبة والزواج، محاولة في التأصيل"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية، 2005-2006، ص: 3.

(11) مصطفى الكيلة: "التقدير القضائي للتعويض، دراسة مقارنة في مجال المسؤولية المدنية"، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، العدد الأول، مطبعة الأمنية الرباط، طبعة 2009، ص: 7.

(12) عبد الحق صافي: الوجيز في القانون المدني، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية للالتزام (المسؤولية المدنية والإثراء بدون سبب) دراسة في ق ل ع وفي قوانين الأخرى"، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 2015، ص: 9.

(13) أمنية الخطيب: "المسؤولية في القانون المدني المغربي"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني: www.9anoni.com.blog-post.21 أطلع عليه بتاريخ 10-092020، على الساعة العاشرة صباحا.

فالوظائف التهذيبية للمسؤولية المدنية يقصد بها تلك الوظائف التي تؤثر على السلوك الفردي بهدف إعادة توافقه مع المجتمع في ضوء الاعتبارات الاجتماعية السائدة مما يقلل من الأضرار التي تلحق الغير ويساهم بالتالي في توفير الأمان الاجتماعي، وترتكز الوظائف التهذيبية للمسؤولية المدنية في محورين: أولهما الوقاية من السلوك غير الاجتماعي، وهذا هو الدور الأخلاقي للمسؤولية المدنية، ثانيهما تهدئة المضرور وصرف رغبته عن الانتقام من المسؤول، وإشعاره بتحقيق العدالة، أما الوظائف التعويضية للمسؤولية المدنية فهي ترمي إلى تعويض المضرور وتوزيع عبئ الأضرار وضمان حقوق الأفراد[14].

وهذا التعويض الذي يعد جزاء المسؤولية المدنية بنوعيها العقدية التقصيرية، ويهدف إلى جبر الضرر الذي لحق بالمضرور، ويتميز التعويض بهذا المعنى عن العقوبة، إذ إن الغاية من العقوبة هي مجازاة المجرم على جرمه وبالتالي ردعه، وكذلك ردع غيره، ويترتب على ذلك أن التعويض يقدر بحجم الضرر، أما العقوبة فتقدر بقدر درجة خطورة الفاعل على المجتمع، وجسامة خطئه[15].

فقد يحدث الضرر لشخص معين سواء الزوج أو الزوجة فيتقدم أمام القاضي أو المحكمة بطلب التعويض يبتغي من خلاله تجاوز سلبيات الفعل الذي أضر به ومحاولة إيجاد بديل عن الضرر الحاصل، أنذاك سوف يتدخل القاضي للفصل في الموضوع إما إيجابا فيقضي بالتعويض المناسب لحجم الضرر، أو سلبا في رفض الحكم بالتعويض باعتبار أن الفعل المراد التعويض عنه لا علاقة له بالضرر الملحق وآثاره.

أ.التطور التاريخي للموضوع

(14) خالد بن مومن: إعمال قواعد المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، السنة الجامعية 2013-2014، ص: 1.

(15) فواز صالح: "التعويض" مقال منشور على الموقع الاكتروني www.arab-amcy.com.sglawdetail .أطلع عليه بتاريخ: 25-07-2020، على الساعة العاشرة صباحا.

إن المسؤولية المدنية، بعد اكتمال حلقاتها فقها وتشريعا قد عرفت تطورات هامة مست مختلف جوانبها، إن على مستوى مفهومها وأساسها، أو على مستوى عناصرها وآثارها، أو على مستوى نطاقها، وهكذا فإن نطاق المسؤولية المدنية يتسم بالحيوية، ويزداد بريقا وجاذبية يوما بعد يوم، إلا أنها بقيت مع ذلك في البلدان الإسلامية، إلى عهد قريب بعيدة عن مجال العلاقات الأسرية[16]. فمدونة الأحوال الشخصية الملغاة التي صدرت سنة 1957و1958 ورغم توجهها إلى الأخذ بأقوال الفقهاء سواء أصحاب المذاهب الأربعة أو غيرهم خصوصا إذا كان الأخذ بأقوالهم يؤدي إلى طلب صالح عام أو رفع ضرر عام، فإنها مع ذلك ظلت أكثر ارتباطا بالفقه المالكي ولم تنفتح على قواعد القانون المدني في جانبها المتعلق بالمسؤولية المدنية لكن مع بداية الثمانينيات من القرن الماضي بدأت سهام النقد خاصة من طرف الجمعيات النسائية، تنهال على مدونة الأحوال الشخصية لمزاعم متعددة، فقد قيل بأنها غير دستورية ولم تلتزم بالاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب وعلى إثر هذه الانتقادات ثم تعديل هذه المدونة بظهير 1993 الصادر في 10 شتنبر[17].

بالتعديل التشريعي لسنة 1993 جيء بمقتضيات محدودة وبمضامين متواضعة لم تكن كفيلة بإحداث صحوة تتموقع كصمام الأمان بالنسبة لاستقرار الأسرة المغربية وحماية المكتسبات الحقوقية للمرأة من جميع أشكال الحيف، والتهميش والنهوض بحقوق الطفل، فكان لزاما على السلطة الملكية أن تتدخل، فتم تشكيل لجنة استشارية لإصلاح مدونة الأحوال الشخصية التي استمرت في عملها ما يقارب السنتين ونصف لتضع مشروعا لمدونة جديدة للأسرة تتضمن ما ثم الإجماع عليه بين أعضاء اللجنة ليتم عرض المشروع على غرفتي البرلمان للمصادقة عليه[18].

---

[16] خالد بن مومن: "إعمال قواعد المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص:5.

[17] ابتسام القصير:" متطلبات تعديل مقتضيات مدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2018-2019.ص: 2.

[18] كريم متقي: "التطور التاريخي لقوانين الأسرة بالمغرب"، مقال منشور بمجلة المنبر، سنة 2018، العدد المزدوج 13.14، ص: 165.

فصادق مجلس النواب بالإجماع على مشروع مدونة الأسرة يوم 16 يناير 2004 وصادق عليه مجلس المستشارين يوم 23 يناير 2004 بدون أي تعديل، حيث صدر بذلك قانون 03.70 بمثابة مدونة الأسرة، ودخلت هذه المدونة حيز التنفيذ وأبانت عن مجموعة من التحولات التي همت تطبيق المستجدات التي جاءت بها[19]، ومن بين هذه المستجدات أصبحت الأحكام المنظمة للعلاقات الأسرية أكثر انفتاحا على القانون المدني وخاصة قانون الالتزامات والعقود في جانبه المتعلق بالمسؤولية المدنية، حيث ثم توسيع نطاق إعمال هذه المسؤولية سواء في الخطبة أو عند فسخ الزواج بسبب عيب شاب الإرادة، وثم التنصيص أيضا على إمكانية طلب التعويض في بعض قضايا التطليق، وانفتاح مدونة الأسرة على الأنظمة السائدة في القانون المدني عامة ونظام المسؤولية المدنية على وجه الخصوص، يؤكد تطور قانون الأحوال الشخصية، وقدرته على معالجة الإشكالات التي يفرزها الواقع الاجتماعي المغربي، خاصة ما يتعلق منها بضرورة كفالة حق المضرور في التعويض، على أن اعتماد قواعد المسؤولية المدنية في أحكام مدونة الأسرة، يفرض مع ذلك مراعاة خصوصية القواعد التي تحكم قضايا الأسرة والتي تختلف كثيرا عن قواعد القانون المدني[20].

أولا: دواعي اختيار الموضوع

من المعلوم أن مجال الأحوال الشخصية ينظم علاقات أفراد الأسرة المبنية على الود والاحترام، فكيف لهذه القواعد ذات الصبغة المدنية المحضة لبعضها، أن تجد مكانا داخل التشريع الأسري، له خصوصيات معينة تجعله ينفرد بها؟ وهذا من ضمن الأسباب التي دفعت بنا إلى البحث في موضوع المسؤولية المدنية عند إبرام عقد الزواج وانحلاله، خاصة أن الجمع بين المصادر المدنية والمصادر المتخصصة في الأسرة في موضوع واحد من الأهمية بمكان، ومن شأنه أن يعطي الباحث متعة البحث في مجال بعيد نوعا ما عن تخصصه وزيادة معرفته فيه.

---

[19] ابتسام القصير: مرجع سابق، ص:2.

[20] خالد بن مومن: "إعمال قواعد المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص:10و11.

بالإضافة إلى أنه يعد الكشف عن المرجعية المعتمدة في التعويض الوارد في مدونة الأسرة الدافع الأساسي من وراء اختيار هذه الدراسة، لكونها تحاول مقاربة مقتضيات التعويض المنصوص عليها في مدونة الأسرة بالفقه الإسلامي، و ق ل ع، وذلك من أجل البحث عن مكامن التوافق بين القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وخصوصية مدونة الأسرة من جهة، وبينها وبين الفقه الإسلامي من جهة أخرى، وهذا ما يجعل دراستي لا تنحصر على مقتضيات مدونة الأسرة وق ل ع، لمعرفة الفلسفة القانونية لخلق قواعد مدنية داخل مدونة الأسرة والإشكاليات القانونية والقضائية التي تعتريها.

ثانيا: أهمية الموضوع

إن موضوع المسؤولية المدنية في عقد الزواج وانحلاله يكتسي أهمية بالغة تنقسم إلى أهمية عملية وأهمية نظرية، إذ تكمن الأهمية النظرية لهذه الدراسة في محاولة لتأصيل قواعد المسؤولية المدنية عند إبرام عقد الزواج وانحلاله حيث ستتم مقاربة النص من الزاويتين الفقهية والقانونية، وذلك أخذا بعين الاعتبار القواعد العامة للقانون المدني دون إغفال موقف الفقه الإسلامي في بعض المسائل لا سيما أن مدونة الأسرة تبنت صياغة جديدة تطلبت تبني النظريات العصرية الواجب مراعاتها في السلوك الاجتماعي، لا سيما بين الزوج والزوجة، مثل القواعد التي تحكم التعسف في استعمال الحق وقواعد المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية، إضافة إلى أن مجرد البحث في المسؤولية المدنية يشكل أهمية نظرية لكون نظامها من أصعب الأنظمة القانونية التي عرفت تطورات كبرى متلاحقة كما يقتضي دراستها والبحث عن مدى استفادة مدونة الأسرة منها، كما أن مدونة الأسرة وقانون الالتزامات والعقود كلاهما ينظم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، إلا أن قانون الأسرة ينظم أسمى العلاقات وأكثرها خصوصية، مما سيجعل البحث في الموضوع لمعرفة مكامن الالتقاء والخصوصية التي ينفرد بها كل منهما عن الآخر من الأهمية بمكان ولمعرفة الأساس المعتمد للتعويض في الروابط الأسرية على ضوء الفقه الإسلامي والقواعد العامة

للمسؤولية المدنية بشقيها العقدي والتقصيري، بالإضافة إلى أن من بين نقاط التلاقي بين مدونة الأسرة وقانون الالتزامات والعقود هو تنصيص كل منهما على مبدأ سلطان الإرادة فالأهمية النظرية للبحث في الموضوع ستمكننا من رصد الحماية القانونية لمبدأ سلطان الإرادة في مدونة الأسرة بدءا من مرحلة الخطبة مرورا بمرحلة توثيق عقد الزواج، انتهاءا بإنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطليق.

أما الأهمية العملية فتكمن في تقريب نصوص مدونة الأسرة التي لها علاقة بالموضوع بالمحيط الاجتماعي، وذلك عن طريق إسقاط مقتضياتها الجديدة المتعلقة بالمسؤولية المدنية على الواقع المثار، ثم الكشف عن الإشكاليات العملية التي يثيرها التطبيق القضائي عند تحديد المسؤولية المدنية لأحد أطراف العلاقة الزوجية وما يترتب عنها من آثار كتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة أو فسخ عقد الزواج للإكراه أو التدليس أو التعويض عن ضرر في قضايا الطلاق أو التطليق.

ثالثا: صعوبات البحث في الموضوع

إن البحث في موضوع "المسؤولية المدنية عند إبرام عقد الزواج وانحلاله في ظل مدونة الأسرة" ليس بالأمر الهين، فهو موضوع متشعب لا يصب في اتجاه واحد، بل يتفرع إلى عدة محاور مختلفة يصعب الجمع بينهما في عنوان واحد، فهو يجمع بين الفقه الإسلامي وق ل ع، ومن الصعوبات التي واجهتها كذلك هو صعوبة الحصول على المراجع نظرا لما شهده العالم بصفة عامة والمغرب بصفة خاصة من تفشي فيروس كرونا. والذي كان سببا في إغلاق العديد من المكتبات وتوقف العمل بمجموعة من المرافق العمومية وكدى ما أصفر عنه هذا الوباء من صعوبة التنقل بين المدن من أجل الحصول على المراجع، نتيجة لمجموعة من القرارات الصادرة عن الحكومة والتي تشترط شروط معينة للتنقل وحتى إن توفرت تلك الشروط تبقى إشكالية وسائل النقل حيث توقف القطاع بأكمله عن العمل تقريبا لمدة ثلاث أشهر، أما في الجانب التطبيقي للموضوع من خلال رصد أهم الاجتهادات القضائية فهي قليلة إن لم نقل منعدمة في بعض جوانب الموضوع، وحتى إن وجدت في بعض المحاكم فكانت

صعوبة الحصول عليها أكثر من ذلك نظرا لفرض الحجر الصحي على بعض المحاكم نتيجة تفشي فيروس كرونا في محيطها.

رابعا: الإشكالية القانونية التي يطرحها الموضوع

يطرح موضوع المسؤولية المدنية عند إبرام عقد الزواج وانحلاله العديد من الإشكاليات بدءا من لحظة التفكير في إنشائها ومرورا بإقامتها وبنائها انتهائها بالطلاق أو التطليق أو الوفاة أو الفسخ، فالإشكالية الأساسية يمكن صياغتها على الشكل التالي:

إلى أي حد استطاع المشرع المغربي تكريس قواعد المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة وتوفير الحماية الكافية للمضرور منذ التفكير في إبرام عقد الزواج إلى انحلاله؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية المحورية العديد من التساؤلات الفرعية والتي ستتم الإجابة عنها من بينها: التساؤل حول الطبيعة القانونية للخطبة، وهل هي عقد يخضع لمبدأ العلاقة العامة للتعاقد أم هي عقد ذو طبيعة خاصة يخضع لقواعد خاصة، وإذا كان المشرع قد ضمن للطرف المتضرر الحصول على تعويض، فهل يتم ذلك وفق المبادئ الأساسية للمسؤولية المدنية أم هناك معايير أخرى عند مطالبة الطرف المتضرر بالتعويض؟

ومن ناحية أخرى ما هي الطبيعة القانونية للزواج؟ وما موقف الفقه الإسلامي والتشريع المغربي والقانون المقارن من فسخ عقد الزواج للإكراه والتدليس؟

وإذا كان التعويض حماية للإرادة ممكننا، فهل يمكن إعمال قواعد المسؤولية المدنية عند إخلال بالالتزامات الزوجية؟ وأخيرا كيف يمكن إعتماد قواعد المسؤولية المدنية عند الطلاق والتطليق، أتندرج في إطار المسؤولية العقدية أو التقصيرية؟

ولدراسة وتحليل هذه التساؤلات يجب أن لا يتم مقاربة الموضوع من وجهة نظر مدونة الأسرة فقط، بل الانفتاح على قواعد المسؤولية المدنية في قانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي والاجتهاد الفقهي والقضائي.

خامسا: منهجية البحث

سوف أعتمد في معالجتي لهذا الموضوع على المنهج المقارن، حيث سنقارن القواعد العامة للمسؤولية المدنية في قانون الالتزامات والعقود، بالمقتضيات الواردة في مدونة الأسرة، إضافة إلى المنهج التاريخي عند التطرق إلى تأصيل المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة، والمنهج النقدي عند مناقشة النصوص القانونية وذلك وفق منهج تحليلي منطقي.

سادسا: خطة البحث

من خلال هذا البحث ستتم معالجة الإشكاليات السابقة الذكر وفق التصميم التالي:

الفصل الأول: المسؤولية المدنية عند إبرام عقد الزواج

الفصل الثاني: المسؤولية المدنية عند انحلال الرابطة الزوجية

الفصل الأول

المسؤولية المدنية عند إبرام عقد الزواج

الفصل الأول: المسؤولية المدنية عند إبرام عقد الزواج

عقد الزواج في الشريعة الإسلامية له أهميته وخطره، ويكفي أنه عقد لمدى الحياة، أي يعقد على نية الدوام ما بقي الزوجان على قيد الحياة، فهو أساس الحياة الاجتماعية كلها.[21]

وبالنظر للأهمية البالغة لعقد الزواج، انفرد عن غيره من العقود بوجود مقدمات تسبقه وتمهد له وتضمن بقاءه ودوامه، وهذه المقدمات هي ما يعرف بالخطبة.[22]

فالخطبة تحقق عدة أهداف، منها تسيير سبل التعارف بين الخاطب والمخطوبة وتنمية المودة بما يساعد على التكييف التدريجي على العشرة، فالرضا بالزواج لا يمكن أن يتم إلا بعد بحث وروية وطمأنينة.[23]

وإذا كان الأصل أن تتوج الخطبة بإبرام عقد الزواج، فإنه قد يحدث العكس ويتم العدول عنها إما لاتفاق الطرفين معا على ذلك أو نتيجة عدول أحدهما عن إتمام الزواج، وفي هذه الحالة الأخيرة قد يلحق بالطرف الآخر أضرار مادية أو معنوية، من هنا تثار المسؤولية المدنية في مواجهة الطرف العادل عن الخطبة[24].

بالإضافة إلى أن عقد الزواج كسائر العقود عامة لا ينعقد إلا بالتراضي بين الطرفين وتوفر الشروط التي علق عليها حماية لإرادة المتعاقدين ولسلامة الأسرة والمجتمع، وبهذا نجد الزواج حضي بنصيب الأسد من حيث التعديل الذي جاءت به مدونة الأسرة وأصبح يميل نحو القانون المدني وذلك من خلال تعريفه في المادة 4 بأنه

---

(21) موحى ولحسن ميموني: "حق الأسرة في التعويض عن الضرر الممتد على ضوء القانون المغربي، دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2009-2010، ص: 34-35.

(22) عبد الله سكور: "التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة فقها وقانونا وقضاء"، رسالة لنيل دبلوم ماستر في القانون الخاص، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، السنة الجامعية 2017-2018، ص: 4.

(23) حاتم دايدو: "المسؤولية المدنية في الخطبة والزواج محاولة في التأصيل"، مرجع سابق، ص: 42-43.

(24) فؤاد بن شكرة: "آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2009-2010، ص: 17.

"ميثاق تراضي وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحسان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين مها طبقا لأحكام هذه المدونة"[25].

إذن فمن خلال هذا التعريف يتبين غلبة الطابع المدني لهذا العقد وذلك من خلال اعتباره ميثاق تراضي، بحيث يتم الاعتماد على الرضى كأساس العلاقة الزوجية وأن هذا التراضي يتم بإيجاب من أحد الزوجين وقبول من الآخر وجعل الرضى المحدد الأساسي في تكوين عقد الزواج، دون المساس بالقواعد المنظمة لهذا الميثاق في مقتضيات الشريعة الإسلامية.

وإدا كان عقد الزواج من العقود التي رغب فيها الإسلام لما يترتب عليها من آثار نافعة تعود على الفرد والأمة بالنفع، وحماية لهذا العقد الذي على أساسه تنبني الأسرة والمجتمع فإن المشرع أحاط طرفي العلاقة الزوجية بطابع حمائي يضمن خلو إرادتهما من أي عيب قد يشوبه [26] ،بحيث لو اكتشف أحد الزوجين تدليس الطرف الآخر عليه وإخفاء وقائع لو علمها لما وافق على إبرام عقد الزواج، أو إذا تم الإكراه على إبرام الزواج رغما عنه أعطت مدونة الأسرة في هذه الحالة للطرف المتضرر حق طلب فسخ الزواج مع إمكانية طلب التعويض[27].

هذا كله يدفعني إلى التساؤل عن ماهية الخطبة وتكييفها القانوني؟ وما هو الأساس القانوني المعتمد للتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة وكذلك التكييف القانوني للزواج؟ وعن المسؤولية المدنية التي قد تثار عند إبرامه؟

---

[25] المادة 4 من قانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 03.70 بمثابة مدونة الأسرة، كما تم تعديله بالقانون رقم 08.09 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.10.103 بتاريخ 3 شعبان 1431(16 يوليوز 2010)؛ الجريدة الرسمية عدد 5859 بتاريخ 13 شعبان 1431 (يوليوز 2010)، ص 3837.

[26] محمد لزعر: "مبدأ سلطان الإرادة في العلاقات الزوجية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2018-2019، ص: 31.

[27] أمال ناجي: "موقف القضاء الأسري من إعمال قواعد المسؤولية المدنية"، مقال منشور بمجلة استشراف الدراسات والأبحاث القانونية، عدد ماي 2018، ص: 66.

في محاولة الإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها سوف أقسم هذا الفصل إلى مبحثين وهما على التوالي:

المبحث الأول: المسؤولية المدنية في مرحلة الخطبة

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية عند توثيق عقد الزواج

المبحث الأول: المسؤولية المدنية في مرحلة الخطبة

تعتبر الخطبة من مقدمات الزواج هذه الأخيرة التي تسمح للطرفين بالتعارف، والاقتراب من بعظهم البعض حتى يتحقق الهدف من الزواج الذي هو الاستقرار، وخاصة أن الغرض من الزواج هو دوام العشرة بين الزوجين وإقامة الأسرة الصالحة المتعاونة التي يسودها الحب والاحترام[28].

وقد أوصى الرسول صلى الله عليه و سلم بضرورة التحرز والتزام الحذر قبل الإقدام على اختيار الزوج الآخر فقد روي عن النبي عليه الصلاة و السلام أنه قال: {تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس} وقال:{ إياكم وخضراء الدمن}، قيل وما خضراء الدمن قال:{المرأة الحسناء في المنبت السوء}[29] وأنه قال أيضا:{ تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فأظفر بذات الدين تربت يداك} ويجيب صلى الله عليه وسلم على سؤال من سأله من الصحابة عن خير النساء قائلا{خير النساء من إذا نظرت إليها أسرتك وإذا أمرتها أطاعتك وإذا أقسمت عليها أبرتك وإذا غبت عنها حفظتك في نفسها ومالك}[30].

وإذا بدا الخطاب في هذه الأحاديث الشريفة موجه إلى الرجال فإنه في حقيقته موجه كذلك من حيث معناه إلى النساء فينبغي على الأنثى أن تتخير لقرارها لأن العرق دساس فتجنب {أخطر الدمن} حتى لا يقلب أيامها نماء وتحرص على اختيار الرجل الصالح ذي الدين الودود...[31].

---

(28) الحسنية لعديري: "المسؤولية المدنية للزوجين في ظل مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص:11.

(29) الشيخ الكليني: "كتاب الكافي"، الجزء الخامس، بدون ذكر المطبعة، الطبعة الثالثة 1367، ص332، منشور على الموقع الإلكتروني Www.shianlinelibrarg.com أطلع عليه بتاريخ 25-8-2020، على الساعة الثالثة زوالا.

(30) حديث أبي هريرة صلى الله عيله وسلم عن النبي صلى الله عليه وسلم أخرجه البخاري، "كتاب النكاح"، باب الأكفاء في الدين رقم 5090، ومسلم كتاب الرصاع، باب استحباب نكاح ذات الدين رقم 1466.

(31) إدريس الفاخري: "قانون الأسرة المغربي أحكام الزواج"، دراسة مقارنة معززة بأحداث التطبيقات القضائية لمحكمة النقض ومحاكم الموضوع، مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 2016، ص:76

والأصل في الخطبة أنها مستحبة وهو مذهب جمهور الفقهاء، وهذا يعني أن الخطبة هي وسيلة للزواج وليست شرطا لصحته، إذ يصح الزواج ولو تم بدون الخطبة[32].

وتتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة، فالخطبة كتمهيد للزواج قد تنتهي بإبرام هذا العقد، إلا أن في كثير من الأحيان لا يتحقق الهدف من الخطبة، حيث يعمد أحد الطرفين إلى العدول عن فكرة الزواج بالطرف الآخر وذلك راجع إلى عدة أسباب من الصعب على أحدهما تقبلها، وقد يكون العدول عنها باتفاق بين الطرفين وهذا لا يثير أي إشكال، فإذا كان غير ممكن إلزام الطرفين بإبرام عقد الزواج لأن ذلك يرتبط بإرادة وحرية الزوجين، فإنه عندما يترتب عن فعل العدول عن الخطبة آثار اجتماعية على أحد الطرفين تترتب عليها أضرار تصيب أحد الطرفين أو كلاهما فإنه يستوجب التعويض.

هذا ولتأصيل المسؤولية المدنية في الخطبة لا بد من تحديد الطبيعة القانونية للخطبة، حيث أن اعتبار الخطبة عقد تختلف آثاره عن اعتبارها مجرد وعد بالزواج غير ملزم، كما أن تحديد طبيعة الخطبة يساعد في تحديد الأساس القانوني المعتمد لتعويض عن ضرر العدول عنها وتبعا لذلك سيتم تحديد الطبيعة القانونية للخطبة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في **(المطلب الأول)** تم سأفرد **(المطلب الثاني)** للحديث عن التأصيل الفقهي والقانوني للتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة.

(32) عبد الرزاق أيوب: "أحكام الزواج والطلاق في ضوء مدونة الأسرة"، مطبعة قرطبة حي السلام، أكادير، الطبعة الثانية، بدون ذكر سنة الإصدار، ص:20.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للخطبة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

عقد الزواج في الشريعة الإسلامية من أهم العقود، لأنه يرد على الإنسان الذي كرمه الله وجعله خليفة في إعمار الكون، وكان لا بد لهذا العقد من مقدمات حتى يعرف كل من الطرفين ما هو مقدم عليه، لذلك شرعت الخطبة تمهيدا لإنشاء عقد الزواج[33].

وتعتبر الخطبة أو الخطوبة تقليدا راسخا لدى مختلف الشعوب، لأن طبيعة عقد الزواج تفرض التمهيد له بهذا الإجراء وقد اعتنت الشريعة الإسلامية بالخطبة وخصتها بأحكام محددة[34].

إلا أن مسألة الطبيعة القانونية للخطبة أثارت جدلا قانونيا وفقهيا حول كونها حسب البعض عقد ملزم للطرفين، بينما يعتبر آخرون أن الخطبة لا تعدو أن تكون سوى مجرد وعد بالزواج لا تكتسي أي صبغة إجبارية، كما أن مسألة تأصيل المسؤولية المدنية للخطبة يرتبط أساسا بالتكييف القانوني لها، حيث أن تحديد الطبيعة القانونية للخطبة يعد خطوة هامة تساعد على معرفة أساس التعويض عن ضرر العدول عنها. وعلى هذا أساس سوف أتناول كل من موقف الفقه الإسلام من الطبعة القانونية للخطبة **(الفقرة الأولى)** تم موقف مدونة الأسرة وتشريعات المقارنة **(الفقرة الثانية).** بالإضافة إلى أن المشرع المغربي من خلال إحالته في المادة 400 من مدونة الأسرة على الفقه المالكي قد تتكون نضرة أخرى للطبيعة القانونية للخطبة **(الفقرة الثالثة)**

الفقرة الأولى: الخطبة في الفقه الإسلامي

ذهب الفقه الإسلامي في عمومه إلى اعتبار الخطبة مجرد وعد بالزواج كقاعدة عامة، لأن الزواج لا يتم إلا بانعقاد العقد، من تم فالخطبة ليست بعقد ملزم بحيث لا يجوز تقييد شخص بعقد زواج لا يرغب في إتمامه، لأن في ذلك تدخلا في

(33) إدريس اجويلل: "شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج والطلاق"، مطبعة أنفو-برانت، بدون ذكر الطبعة وسنة الطبع، ص: 53.

(34) الحسنية لعديري: "المسؤولية المدنية للزوجين في ضل مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص:13.

حرية الاختيار، ومسا بقاعدة حرية الزواج، إلا أنه مع ذلك واستثناء من القاعدة اعتبروها عقد زواج متى توفرت فيها شروط خاصة، تجعل من هذا الوعد يرتقي إلى مستوى عقد الزواج الرضائي التام الأركان.[35]

ومن هذا المنطلق سأقسم هذه الفقرة إلى نقطتين أخصص النقطة الأولى لقاعدة الخطبة مجرد وعد بالزواج على أن أتطرق في النقطة الثانية للاستثناء الذي يرتقي بالخطبة إلى عقد الزواج.

أولا: الخطبة وعد بالزواج

الخطبة في الفقه الإسلامي هي مقدمة للزواج وتوطئة له، وأقصى ما يمكن أن تؤول إليه وعد بالزواج، فقد عرفها الفقهاء بأنها السعي في التماس النكاح[36]، كما عرفت أيضا بأنها إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، وإعلام المرأة أو وليها بذلك، وقد يتم الإعلام مباشرة من الخاطب أو بواسطة أهله، ويعتبر عبد الناصر توفيق العطار أن الخطبة في الشريعة الإسلامية ليست عقد بين الخاطب والمخطوبة أو وليهما، وليست وعدا من الخاطب بالزواج ولا تواعد بين الخاطب والمخطوبة أو وليهما على الزواج، وإنما هي مجرد طلب الزواج؛ لأن الخطبة تتم بمجرد هذا الطلب والأصل في العقد أن يتم بالإيجاب والقبول، وأن قبول الفتاة أو أهلها ما طلبه الخاطب لا يعني قيام عقد بينهما، وإنما يعني مجرد ترشيح الخاطب زوجا لها في المستقبل[37].

ويقول الفقيه عبد الرحمان الصابوني أن تبرير كون الخطبة هي وعد بالزواج ولا ترقى إلى مرتبة العقد يرجع إلى أن أساس الزواج هو الرضا والاختيار، فإذا ما

---

(35) عبد الله سكور: "التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة فقها وقانونا"، مرجع سابق، ص: 15-16

(36) الخطيب الشربيني: "مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج"، الجزء الثالث، مطبعة دار المعرفة، الطبعة الأولى، 1997، ص: 190.

(37) عبد الناصر توفيق العطار: "خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين وغير المسلمين"، مطبعة السعادة، طبعة 1976، ص: 6.

أجبر أحد الخطيبين على تتويج الخطبة بالزواج على أساس أن الخطبة عقد ملزم، فمعنى ذلك إكراه الزوجين على الاقتران بعقد الحياة دون إرادتهما[38].

وقد أفتى عبد الرحمان بن أبي بكر جلال الدين السيوطي عندما سئل: هل الخطبة عقد شرعي؟ وهل هو عقد جائز بين الجانبين أم لا فأجاب؛ والظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي، وإن تخيل كونها عقد فليس بلازم بل جائز من الجانبين قطعا[39].

ويقول أيضا الأستاذ توفيق حسن فرج أن الخطبة تواعد على إتمام الزواج في المستقبل ولا تعتبر عقدا حتى ولو اقترنت بقراءة الفاتحة[40].

وهذا ما قال به كذلك الأستاذ يوسف قاسم بأن الخطبة وعد أو تواعد بإنشاء عقد الزواج مستقبلا، فهي إذن عبارة عن اتفاق تمهيدي يعطي كلا من الطرفين الحق في دراسة فكرة الزواج ومدى صلاحيتهما لبعضهما البعض[41].

وعلى الرغم من أن الخطبة وعد غير ملزم إلا أنه مع ذلك ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أن الوفاء بالوعد هو الأولى من الإمكان كما أنه لا يجوز للشخص أن يعد وفي ضميره ألا يفي بالوعد لأن ذلك من المحظور الذي نهى الله عنه ومقت فاعله بقوله عز وجل (يا أيها الذين آمنوا لا تقولون ما لا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولو ما لا تفعلون)[42].

وفي السنة النبوية عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

(آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد خلف، وإذا أتمن خان)[43] وفي حديث آخر عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

---

(38) عبد الرحمان الصابوني: "نضام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام"، مطبعة دار التوفيق النمودجية، الطبعة الثانية 1983، ص: 44.

(39) عبد الرحمان بن أبي بكر جلال الدين السيوطي: "الحاوي للفتاوى"، مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، طبعة 2004، الجزء الأول، ص: 219.

(40) توفيق حسن فرج: "الطبيعة القانونية للخطبة وآثار العدول عنها"، مطبعة الإسكندرية، طبعة 1963، ص: 28.

(41) يوسف قاسم: "حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي"، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1984، ص:28.

(42) سورة الصف الآيتين 2 و3.

(43) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، رقم الحديث 33

(أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ومن كانت فيه خلصت من النفاق حتى يدعها: وإذا أؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر)[44].

أما المالكية فالوفاء بالوعد عندهم فيه أقوال، حيث يكون الوعد ملزم ويقضي به في جميع الأحوال، كما قد يكون الوعد لا إلزام فيه ولا يقضي بمقتضاه بشيء مطلقا، كما أن الوفاء بالوعد يجب إذا كان على سبب، وإن لم يدخل الموعود بسبب الوعد في شيء كما يجب الوفاء بالوعد أيضا إذا كان على سبب، ودخل الموعود في شيء وهو المشهور من قول الإمام مالك[45].

وتبعا لذلك لا يكون حراما عند المالكية رد المرأة أو وليها بعد الركون للخاطب ما لم يكن الرد لأجل خطبة الثاني[46]، كما يعتبرون إخلال الوعد كراهية عدول الخاطب عن خطبة امرأة ركنت إليه[47]، ويعتبر رد المرأة لخاطبها ولو بعد الركون إليه حقا من حقوقها على الخاطب عدم التعرض لها إذا ردته، وإذا تعرض لها يكون قد ظلمها وأضر بها حسب رأي المذهب الظاهري[48].

فالمرأة أو الولي لا يكرهان للرجوع عن الخطبة لكونه يسبب الضرر الدائم عند الحنفية، ما لم يكن هذا العدول لسبب صحيح يؤثر على المرأة ووليها مما يجعل من إخلالها بوعدها والرجوع عن قولها يقع صحيحا ولا يحرم هذا العدول لكون الحق لم يلزمها بعد[49].

أما فقهاء المذهب الحنبلي فيرون أنه لا يجوز إكراه الولي في الرجوع عن خطبة ابنته القاصر إذا رأى مصلحتها في تلك الخطبة لكونه نائبا عنها في النظر، كما لا يجوز أيضا إكراه الخطيبة في رجوعها عن الخطبة إذا كرهت الخاطب، لأن هذه

---

(44) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، رقم الحديث 34

(45) محمد الخطاب، "تحرير الكلام في مسائل الإلتزام"، مطبعة دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1984، ص: 153.

(46) عبد الباقي الزرقاني: "شرح الزرقاوي على مختصر سيدي خليل"، المجلد الثاني، الجزء الثالث، دار الفكر، ص: 164.

(47) محمد الخطاب: "مواهب الجليل شرح مختصر الخليل"، المجلد الثالث، مطبعة دار الفكر بيروت، طبعة 1988، ص: 411.

(48) إبن حزم الأندلسي: "المحلي" المجلد السابع، الجزء العاشر، مطبعة دار الفكر، بدون دكر الطبعة، ص: 34.

(49) إدريس الفاخري: "قانون الأسرة المغربي، أحكام الزواج"، مرجع سابق، ض: 86

الخطبة قد تتحول إلى نكاح والنكاح عقد أبدي إذا لم يفسخ بأحد أسباب الفسخ مما يجعل الضرر يدوم عليها، كما أنه للخاطب حق الرجوع عن خطيبته إذا رأى ما يكرهه منها، وكل هذا لم يحرم بعد لأن حقا الالتزام في النكاح لم ينشئ بعد بينهما[50].

الخطبة في الفقه الإسلامي إذن هي وعد بالزواج وليست بعقد ملزم، حتى ولو تمت برضا الطرفين، لأن عقد الزواج الذي سيبنى عليها أساسه الرضا والاختيار، فإذا أجبر الطرفان أو أحدهما على إتمام الزواج، بناء على اعتبار الخطبة عقد ملزم، فذلك يعني الإكراه على الزواج والدخول في عقد لا يرضى به أحد الطرفين، إلا أنه من الناحية الأخلاقية والدينية يجب على الطرف الذي يعدل عن الخطبة أن يتوقى ممارسة العدول إلا إذا وجد مسوغ شرعي لذلك.

ثانيا: الخطبة بمثابة زواج استثناء

إذا كان الفقه الإسلامي قد أجمع على أن الخطبة اتفاقا رضائيا، يتم بإيجاب وقبول يصدر ممن هو أهل له، ويتعلق هذا الاتفاق بالوعد بالزواج، وهذا الوعد غير ملزم لأن القول بغير ذلك يلغي رضائية عقد الزواج وتدخل في حرية الاختيار ومسا بقاعدة حرية الزواج[51]. غير أن ما استحدثه الناس من عوائد وتعارفوه من أعراف أثناء فترة الخطبة، وأحدث أقضية اقتضت معها مصالح طرف دون آخر أن تكتسي الخطبة صبغة العقد المرتب لبعض آثار الزواج، من ذلك ما عرف في كتب الفقه والنوازل المغربية بالأنكحة الإغريسية، وهي ما جرت به العادة من أن الرجل يوجه من يخطب له امرأة لنفسه أو لولده فيجاب من أهلها بالقبول ويتواعدون للعقد ليلة البناء، تم يبعث للمرأة الحناء والحوائج في المواسم والأعياد ويولون النساء عند الخطبة ويسمع الناس والجيران أن فلان تزوج فلانة ويشتهر ذلك عندهم، تم يطرأ عند البناء

(50) موقف الدين وشمس الدين بن قدامة: "المقنع في فقه الإمام أحمد ابن حنبل"، المجلد السابع، مطبعة دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى 1984، ص 523-524.

(51) أحمد فرج حسين: "أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية" مطبعة دار الجامعة الجديدة للنشر؛ الطبعة الأولى 2007، ص: 64.

والعقد تنازع وتنافر بينهم، أو موت أحد الزوجين، فيقع الخلاف حول ثبوت الزوجية بتلك العادة وقيام آثارها[52].

وقد عرضت هذه المسألة على الفقهاء فقالوا أن الحكم في الخطبة يرجع إلى العرف والعادة، فإذا عمت هذه العادة وقررت، واستقر لدى العام والخاص أن الخطبة وما صاحبها ما هي إلا توطئة للعقد الشرعي وانطبع في الأذهان أنها لا ترتب ما يترتب عن الزواج من آثار إلا عند الإشهاد، فإن القاعدة فيما يطرأ من نوازل الخطبة المرتبطة بماهيتها وطبيعتها، أن يقضي فيها بالأصل الذي هو مجرد الوعد دون ترتيب آثار العقد الشرعي، لتقرر العادة بذلك وشهادة العرف عليه، وإذا كان العرف والعادة استقر على أنها عقد اعتبرت كذلك[53].

إلا أن هذا يخالف الصواب، لأن كل من الوعد في النكاح والمواعدة به، لا يعد نكاحا ولا يقضي بالوفاء به، فللخاطب العدول عمن خطبها وللمخطوبة أو وليها رد الخاطب، ولو بعد قبول المهر أو بعد قبول هدية الخطبة[54].

والأمر نفسه قال به المذهب الحنفي، حيت اعتبر أن الوعد بالنكاح في المستقبل، ومجرد قراءة الفاتحة بدون إجراء عقد شرعي بالإيجاب أو قبول، لا يكون منهما نكاحا، وللخاطب حق العدول عمن خطبها، وللمخطوبة أيضا رد الخاطب الموعود بتزويجها منه، ولو بعد قبولها أو قبول وليها هدية الخاطب[55].

الفقرة الثانية: الخطبة في مدونة الأسرة وتشريع المقارن

عرفت الخطبة على أنها عرض الرجل رغبته في الزواج من امرأة وعدم رفض هذه الأخيرة للعرض وتواعدهما على إبرام العقد الرسمي، فهي إذن عبارة عن اتفاق تمهيدي يعطي كلا من الطرفين الحق في دراسة فكرة الزواج ومدى صلاحيتها

(52) إدريس الفاخري: "قانون الأسرة المغربي، أحكام الزواج"، مرجع سابق، ص: 87.
(53) البشير عدي: "الطبيعة القانونية للخطبة وتكييفها القانوني"، مقال منشور بمجلة القضاء المدني، العدد العاشر 2014، ص: 105.
(54) ليونة أكريكر: "مدى انفتاح مدونة الأسرة على القانون المدني"، مرجع سابق، ص: 22.
(55) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي: "كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، الجزء السابع، مطبعة دار الكتب بيروت الطبعة الأولى 1910، ص: 175

بالنسبة له لذلك فقهاء الشريعة الإسلامية لا يرون في الخطبة عقدا ملزما بل مجرد وعد بالزواج لا يتجاوز حدود الالتزام الأدبي[56].

إذن فالخطبة ليست إلا وعدا بالزواج وليست بزواج، وقد أقرت بهذه الحقيقة الفقرة الأولى من المادة الخامسة من مدونة الأسرة عندما اعتبرت أن [الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج] كما اعتبرت المادة السادسة من نفس القانون أن لكل من الطرفين حق العدول عن الخطبة[57]، والأصل فيها أنها مستحبة وهو مذهب جمهور الفقهاء، وهذا يعني أن الخطبة هي وسيلة للزواج وليست شرطا لصحته إذ يصح ولو تم بدون الخطبة[58].

وما يثير الانتباه بخصوص تعريف مدونة الأسرة للخطبة هي استعمالها لعبارة "تواعد" بدلا من عبارة "وعدا" التي ميزت تعريف الخطبة في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة؛ فالمشرع في مدونة الأسرة كان محكوما بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، كما أنه اتجه نحو إبراز الدور الإيجابي للمرأة في التعبير عن إرادتها، والتواعد تتفاعل فيه إرادتان قادرتان على التمييز متساويتان في الحرية والاختيار، في حين أن الوعد يصدر عن إرادة واحدة[59].

والأصل أن جميع العقود تبرم بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول، حتى لو لم تسبقه مقدمات أو مفاوضات سابقة للتعاقد، والأمر نفسه بالنسبة لعقد الزواج، والخطبة ليست ركنا ولا شرطا من شروط الزواج حيث يمكن إبرام العقد دونها[60].

الخطبة حسب المادة السادسة من مدونة الأسرة تعتبر تواعدا من أجل الإشهاد على الزواج فيما بعد، فالفترة الفاصلة بين التعبير عن هذا التواعد والإشهاد على

---

(56) محمد بو دلاحة: "أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ومدونة الأسرة"، مطبعة فاس بريس، طبعة 2017، ص:19.

(57) تنص المادة السادسة من مدونة الأسرة على أنه: "يعتبر الطرفان في فترة الخطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها".

(58) عبد الرزاق أيوب: مرجع سابق، ص:20.

(59) خالد بن مومن: "اعمال قواعد المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، السنة الجامعية 2013-2014، ص:104.

(60) محمد الأزهر: "شرح مدونة الأسرة"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة الثامنة ،2017، ص:36.

الزواج تعتبر فترة خطبة ولا تلزم الطرفين، وفي هذا الصدد تنص مدونة الأسرة بأن الطرفين يعتبران في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على الزواج[61].

وإذا نضرنا إلى التشريعات المقارنة ومنها المشرع السوري نجده قد نص في المادة 2 من قانون الأحوال الشخصية والتي جاءت كتالي: [الخطبة وعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا].

ومن خلال هذه المادة يتضح أن المشرع السوري نهج نفس نهج المشرع المغربي، واعتبر الخطبة وعدا بالزواج وليست زواجا.

كما أن المشرع الجزائري نص في المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على أن الخطبة وعد بالزواج ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة، وبدون شك فإن إضفاء صبغة التواعد غير الملزم على الخطبة جاء لإحقاق غاية نبيلة هي كفالة حرية الزواج، التي لا تقل أهمية بالنسبة للمجتمع عن مبدأ القوة الملزمة للاتفاقات، هذه الحرية تستوجب الحرية التامة بين إبرام الزواج من عدمه، والحق في اختيار شريك الحياة وهي حرية ينبغي أن تبقى قائمة إلى حين توثيق العقد وإبرامه[62].

وتجدر الإشارة إلى أن هناك مقتضيات في مدونة الأسرة قد تخلق بعض اللبس حول الطبيعة القانونية للخطبة ومدى إمكانية اعتبارها عقدا، من هذه مقتضيات المادة 156 من م أ التي رتبت على الخطبة أهم أثر لعقد الزواج وهو تبوث النسب، فقد نصت تلك المادة على أنه [إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة نسب للخاطب بالشبهة إذا توافرت شروطها].

وأعتقد أن هدف المشرع من إقرار المادة 156 من مدونة الأسرة هو الحفاظ على نسب الأبناء فهذه المادة لا تغير في شيء من الطبيعة القانونية للخطبة باعتبارها

---

(61) محمد الشافعي: "الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة"، سلسلة البحوث القانونية 24، مطبعة الوراقة الوطنية، بدون ذكر الطبعة، ص:23.

(62) الحسنية لعديري: مرجع سابق، ص:21.

وعدا بالزواج وليست بزواج وهو ما نصت عليه بشكل صريح المادة الخامسة من مدونة الأسرة أعلاه[63].

ولهذا فاعتبار الخطبة مجرد وعدا بالزواج مجرد من أية قيمة ملزمة لا يعني بالضرورة ألا يترتب عن الوعد بالزواج أية آثار قانونية، لأن ذلك يتنافى ومبادئ العدالة، ومن شأنه أن يشكل تعسفا في حد ذاته، ومن هنا كانت ضرورة التوفيق بين مبدأ حرية الزواج ومبدأ الالتزام بعدم الإضرار بالأخرين، ومن ذلك الاعتراف بالقيمة القانونية للخطبة خاصة فيما يتعلق بالآثار المترتبة عنها باعتبارها على الأقل واقعة قانونية.

وبالتالي تنطبق عليها القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، حيث يقع التعويض عن الضرر الناتج عن خطأ من أقدم على فسخ الخطبة بالإرادة المنفردة، وليس على أساس العدول عن الخطبة في حد ذاتها[64].

الفقرة الثالثة: تاثير المادة 400 من مدونة الأسرة على التكييف القانوني للخطبة

إذا كان المشرع المغربي قد حسم في شأن التكييف القانوني للخطبة، واعتبرها تواعد بزواج غير ملزم فإن إحالته في المادة 400 من مدونة الأسرة على الفقه المالكي، يكون بذلك مؤسسا بقصد أو بغير قصد لتصور آخر فيما يخص تكييف القانوني الخطبة، ويتضح ذلك من خلال اختلاف الفقه المالكي حول تكييف القانوني للخطبة وكذا من خلال رضائية عقد الزواج في الفقه المالكي.

(63) خالد بن مومن، "المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة"، سلسلة أعمال جامعية، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، طبعة 2016، ص:111.

(64) إدريس الفاخري: "قانون الأسرة المغربي، أحكام الزواج"، مرجع سابق، ص: 100.

أولا: اختلاف الفقه المالكي بخصوص تكييف القانوني لطبيعة الخطبة

انقسم الفقه المالكي حول تكييف طبيعة القانونية للخطبة إلى تلاث اتجاهات:

أ- الاتجاه الأول:

هذا الاتجاه يميز بين الخطبة التي تعتبر وعدا الذي هو ملزم دياته فقط والعقد الذي لا يتم إلا بشروط أجملها الغرناطي في منظومته فقال:

والمهر الصيغة والزوجان *** ثم الولي جملة الأركان

وفي الدخول الختم في الإشهاد *** وهو مكمل في الانعقاد[65].

ب-الاتجاه الثاني:

يعتبر الخطبة عقدا إذا تم الإيجاب والقبول وحصل التراكن بينهما، وعلم الناس بأنهما متزوجان، فالدلالة الفعلية أقوى من الدلالة القولية وهو ما عرف بالمسألة الإمليسية في البلاد الإغريسية، حيث إذا كانت العادة أن الخطبة وما يصاحبها من ظروف كتبادل الهدايا وزغردة النساء تعتبر زواجا لازما، وأما إذا كانت العادة تعتبر هذه الأمور خطبة فقط فإن الزواج لم يلزم في هذه الحالة، وهذا ما أفتى به الفقيه الجلالي لما سئل عن ذلك حيث قال "...أما إن جرت العادة المذكورة جارية عندهم مجرى العقد المصطلح عليه حيث يرتبون على تلك الأمور من إرسال الحناء وغيرها آثار النكاح، وأن المواعدة للعقد ليلة البناء ليست هي عندهم لإنشاء العقد بل الإشهاد بقدر المهر وأجله وتحقيق ما قبض منه وما بقي خوف التنازع في ذلك فلا إشكال في لزوم النكاح، وترتيب آثاره عليه، وأما إن كانت العادة المذكورة إنما هي عندهم توطئة للعقد وأمارة على ميل كل لصاحبه فلا إشكال في عدم اللزوم[66].

---

(65) عبد الله السوسي التناني: "مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته"، الكتاب الأول، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة الثانية، 2014، ص: 48-49.

(66) أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي: "البهجة في شرح التحفة"، الجزء الأول، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت، 1998 ص: 384.

ج-الاتجاه الثالث:

فقد اعتبر الخطبة عقدا ملزما إذا تم الإيجاب والقبول وصاحبت الخطبة بعض الوقائع كتقديم الهدايا والاحتفال وقراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف[67].

وبذلك أصبحت الخطبة من الناحية القانونية والشرعية، لا تعتبر زواجا، ومن الناحية الاجتماعية تكاد تكون كذلك استمرارا للأوضاع السابقة[68]، وإحالة المادة 400 تخلق ارتباكا أكبر من مجرد التمييز بين الواقع والقانون، إذ هناك زعزعة حتى للنصوص القانونية.

ثانيا: رضائية عقد الزواج في الفقه المالكي وتاثيره على طبيعة الخطبة

نجد أن الفقه المالكي، ذهب إلى عدم اعتبار مسألة توثيق عقد الزواج شرطا ضروريا لصحته، ولا يتوقف على وجوده أو ثبوته[69] وهذا يفيد أنه حتى مع إلغاء المادة 16 من مدونة الأسرة المتعلقة بدعوى ثبوت الزوجية، سيبقى في المجتمع المغربي بعض الممارسات والتجاوزات استنادا في ذلك على رضائية عقد الزواج من خلال المادة 400 من مدونة الأسرة[70].

الخطبة التي تعتبر وعدا في نصوص المدونة، والتي تنقضي طبيعيا بتوثيق الزواج، ينتقل فيها طرفاها من مرحلة التعارف والتواعد إلى معاشرتهما الزواج. وتجاوز الخطيبين حدود العلاقة التي تجمعهما يكونان بذلك طرفين في جريمة الفساد والتي يعاقب عليها القانون الجنائي[71].

---

(67) عبد الله السوسي التناني: "مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته" مرجع سابق، ص: 30-31.

(68) حسن رحو: "النظام القانوني للزواج" -محاولة في التأصيل- أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، سنة 2002، ص: 236.

(69) الحسن رحو: المرجع نفسه، ص: 236.

(70) عزيزة السهلي: "المادة 400 من مدونة الأسرة على ضوء العمل القضائي" -كتاب الزواج نموذجا- رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال السنة الجامعية 2015-2016،ص:15.

(71) أحمد الخمليشي: "التعليق على قانون الأحوال الشخصية"، الجزء الثاني: آثار الولادة والأهلية والنيابة، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى، 1994، ص: 6.

وعلى هذا الأساس تكون المادة 400 من م أ قد غيرت في التكيف القانوني للخطبة، وخلقت ثنائية في أحكام الخطبة ونظام الزواج، فمن حيث إحالة المادة 400 من م أ فالخطبة قد تكون وعدا وقد تكون عقدا ملزما، والزواج هو عقد شرعي غير موثق.

إذن فمن خلال ما سبق يتضح أن الخطبة علاقة قانونية واجتماعية تترتب عليها مجموعة من الآثار الأخلاقية والدينية والقانونية، فتحديد طبيعتها في التشريع المغربي وغيره من التشريعات العربية والإسلامية، لا يمكن أن يكون إلا في نطاق المرجعية الدينية التي تعتبر الخطبة مجرد وعد بالزواج رغم ما أفتى به بعض الفقهاء الذين ارتقوا بالخطبة إلى منزلة الزواج، ورغم ذلك فإن هذا لا يلغي إلزاميتها من الناحية الأخلاقية والدينية وإن لم تحمل أي طابع إلزامي من الناحية القانونية يتجلى في الإجبار على إبرام عقد الزواج.

أما على الصعيد القانوني، الخطبة في التشريع المغربي لا تعدو أن تكون وعدا بالزواج لا تكتسي أي صبغة إلزامية من الناحية القانونية، وهذا المنظور التشريعي يتلاءم مع رؤية المجتمع لها، ورغم ترتيب المشرع أثرا من آثار عقد الزواج عليها والمتمثل في النسب إذا ما توافرت شروطه، فإن هذا الإقرار هدفه الأساسي حماية نسب الطفل وليس تغيير التكييف القانوني الخطبة.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي والقانوني للتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة

تعتبر دعاوى التعويض عن الضرر الناتج عن العدول في الخطبة من القضايا المستجدة التي نصت عليها مدونة الأسرة، وإن أقرت للخاطبين حق العدول عن الخطبة وبصرف النظر عن الوصول بها إلى المبتغى النهائي، فإنها لا تنطوي في حد ذاتها على إلزام الطرفين بإتمام الزواج ولا يتصور بشأنها إمكانية المطالبة بالتنفيذ الجبري. ويبقى حق العدول مكفولا حتى ولو تأيدت الخطبة بتبادل الهدايا أو دفع بعض الصداق

أو كله أو قراءة الفاتحة، لأن هذا لا ينال من الحكمة التي مغزاها إعطاء كل واحد حق اختيار الشريك المناسب.[72]

وجاءت المادة 7 من مدونة الأسرة مكرسة لمبدأ التعويض متى كان العدول مصاحبا ومقترنا بأفعال أدت إلى إذاية الطرف الآخر وإلحاق الضرر به، ويقتضي الأمر هنا نوعا من الدقة، لأن العدول في جميع الأحوال يصاحبه إحراج للطرف الذي لا يد له فيه وخيبة أمل لديه، فهناك اصطدام بين مبدأ القوة الملزمة للاتفاق بمبدأ آخر لا يقل عنه أهمية وهو مبدأ حرية الزواج، وإذا كان المبدأ الأول يهم المجتمع من حيث أنه يحقق الاستقرار والعدالة فيه، فإن المبدأ الثاني يهمه أيضا لأنه يحفظ كيان الأسرة وهي أسس المجتمع، وهذا التعويض الذي لن يتأتى بدون إثبات لمجموعة من الأمور، وعليه إذا كان العدول حق لكل طرف لا يعتبر مبررا لطلب التعويض إلا إذا صاحبه أفعال تضر بالطرف الآخر فمتى تصبح ممارسة هذا الحق مجلبة للضرر؟ وماهي الأفعال التي قد يأتيها الخاطب أو المخطوبة أثناء الخطبة فترتب مسؤوليته؟ وما هي طبيعة هذه المسؤولية وكيفية إثباتها؟.

ولمحاولة الإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها سنتطرق لهذا المطلب من خلال استهلاله بمناقشة أساس التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي(**الفقرة الأولى**)، كما أنه لن تتضح الأمور بشكل جدي حول الأساس القانوني لتعويض عن الضرر إلا من خلال التطرق لموقف المشرع المغربي وبعض التشريعات المقارنة(**الفقرة الثانية**)، وبعد ذلك سنحاول البحث في أركان المسؤولية التقصيرية في الخطبة ذلك للوقوف على بعض خصوصيات هاته الأركان على مستوى الخطبة ولمعرفة مدى إمكانية الطرف المتضرر الحصول على التعويض (**الفقرة الثالثة**)، لنختم هذا المطلب بالتطرق لإشكالية الإثبات(**الفقرة الرابعة**).

[72] نبيل البكوري: "التعويض عن الضرر بسبب العدول عن الخطبة"، مقال منشور بمجلة محيط للدراسات والأبحاث القانونية العدد الأول، مطبعة الأمنية، بدون ذكر الطبعة، ص: 171.

الفقرة الأولى: موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة

إذا كان من خصائص الشريعة الإسلامية أنها صالحة لكل زمان ومكان، فإن ذلك يستوجب التصدي لكل النوازل المستحدثة عن طريق التكييف الفقهي.[73] ولما كانت مسألة التعويض عن ضرر العدول من الأمور التي أحدثها الناس، ليس معنى هذا أن تقف الشريعة الإسلامية عاجزة عن إعطاء كل محدث من الأمور حكمه المناسب، كيف وقد قال عمر بن عبد العزيز "تحدث الناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الأمور"[74].

وعليه يمكن اعتبار التعويض عن ضرر العدول مبرر في الشريعة الإسلامية استنادا إلى مبدأي التعسف في استعمال الحق والتعدي يوجب الضمان.

أولا: مبدأ حضر التعسف في استعمال الحق

إن المقصود بالتعسف أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له بعوض أو بغير عوض، أو بمقتضى إباحة ما أذن فيها شرعا على وجه يلحق بغيره الأضرار أو يخالف حكمة المشروعية[75].

أما الحق فهو في اللغة يدل على الملك والمال والأمر الموجود الثابت، ويتعلق الحق في الفقه الإسلامي بالشخص تعلقا دينيا، إذ العبد وماله ملك لله، وما هو إلا خليفة

---

(73) محمد عثمان بشير: "التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية"، مطبعة دار القلم، دمشق، بدون ذكر الطبعة، ص: 30.

(74) محمد مصطفى شبلي: "أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، مطبعة دار النهضة العربية للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 1977، ص: 70.

(75) عائشة أفقير: "الإلتزامات المدنية في مدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة إبن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، 2017-2018، ص: 16.

لله في الأرض، لذلك فالشريعة لا تعرف التصرف المطلق في الحق لأن الملك كله لله، وهكذا فإن أي سلطة تقرر على حق الشخص، يجب أن تخضع في تقريرها للشرع، لأن الشرع هو الذي حدد مشروعية المصالح وأخرجها من دائرة التطاحن الأعمى، حتى تحقق هدفها وغايتها حسب التصور العام[76].

فمن المقرر في الفقه الإسلامي أن "الجواز الشرعي ينافي الضمان" أي من يمارس حقا مشروعا له، أو إباحة لا يكون مسؤولا عما يترتب على ذلك من ضرر، لأن الجواز ينافي المسؤولية، وإنما تنشأ المسؤولية عن المجاوزة والإعداء، والخاطب لا يعتبر معتديا إلا إذا تعسف في استعمل حقه في العدول[77].

ويعرف الأستاذ فتحي الدريني التعسف في استعمال الحق بكونه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل[78] إذ الحقوق منحة إلاهية منحها واهب العطية فضلا منه ونعمة، وأحاطتها الشريعة الإسلامية بحماية رسمت لها من الخطط ما تتحقق به المصلحة وتدرأ به المفسدة[79].

لذلك فهناك علاقة بين الحق وبين الغاية التي شرع من أجلها وأي استعمال بخلاف هذه الغاية يعد تعسفا. إذ أن الحق لما شرع لحكمة أو مصلحة معينة اقتظت تشريعه، فكان الحق غائبا بالضرورة أي شرع لغاية ومصلحة كانت أساسا في تشريعه[80].

وهذا المبدأ له أدلته النظرية من الكتاب والسنة وفقه الصحابة، وكذلك من الأصول التشريعية والقواعد الفقهية، وقد اختلفت بشأنه الآراء الفقهية[81]، وتعد قاعدة لا ضرر ولا ضرار المستقات من الحديث النبوي الشريف[82].

---

(76) محمد رياض: "التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي"، مطبعة الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 1992، ص: 30-31.

(77) فتحي الدريني: "بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله"، بدون ذكر مطبعة، الطبعة الثانية 2008، ص: 472.

(78) فتحي الدريني: "التعسف في استعمال الحق"، مطبعة مؤسسة الرسالة بيروت، ص: 88.

(79) واصل علاء الدين إبراهيم: "أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون"، مطبعة الخربوطي، طبعة 1994، ص: 64.

(80) فتحي الدريني: "الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده"، مطبعة مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية 1977، ص: 220.

(81) وقد اختلف الفقهاء حول اعمال نظرية التعسف في استعمال الحق في تلاث آراء

فالضرر هو إلحاق مفسدة بالغير[83]، أما ضرار أن يتراشق اثنان لما فيه مفسدة لهما، وهذه قاعدة كبرى أغلق بها رسول الله صلى الله عليه وسلم منافذ الضرر والفساد أمام المسلمين[84]. فلا يجوز للإنسان أن يضر شخصا آخر في نفسه أو ماله لأن الضرر ظلم والظلم محرم في جميع الشرائع، والضرر الممنوع هو الضرر الفاحش مطلقا حتى لو نشأ عن قيام الإنسان بالأفعال المباحة كما أنه لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر[85].

كما نجد قاعدتي "الضرر يزال" و "الضرر لا يزال بالضرر"، ومفاد الأولى نهي عن الإضرار بالناس ومضارتهم بسبب ما وقع منهم من ضرر، أما الثانية فمعناها ألا يدفع المرء الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره[86].

الرأي الأول: وهو لأبي حنيفة والشافعي وداوود الظاهري الذين يروا أن الإنسان حر في التصرف في ملكه ولا يقيد حقه في ذلك حتى لو تضرر الآخرون لأن يتصرف في خالص ملكه، وإن كان يلحق الضرر بغيره، فلا يسأل عن الضرر عملا بقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، لكن لا يصح ديانة عند أبي حنيفة اتحاد حق الملكية سبيلا إلى الإضرار بالناس.

الرأي الثاني: وهو رأي الصحابيين وجماعة من متأخري الحنفية ومجلة الأحكام العدلية، وهؤلاء لا يرون أن حرية المالك في ملكه مطلقة ما لم يترتب على ذلك إضرار بالآخرين، بشرط أن يكون الضرر فاحشا، إذ لا ضرر ولا ضرار يزال ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح.=

=الرأي الثالث: رأي الإمام مالك والإمام أحمد ورأيهما أن للمالك استعمال حقه في ملكيته على ألا يكون قصده الإضرار بالآخرين، أو يرتب على فعله إضرار الغير، فإذا تبين قصد الإضرار، أو لزم من استعمال حق إضرار الآخرين وجل منعه وإزالة الضرر عينا أو بدلا عنه عملا بالحديث "لا ضرر ولا ضرار".

والمزيد من التفاصيل، راجع: وهبة الزحلي، "نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، - دراسة مقارنة- مطبعة دار الفكر، دمشق ، طبعة 1982، ص: 211-212.

[82] وقد أخرج هذا الحديث كل من إبن ماجة في السنن، الجزء الثاني: كتاب الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم 2340.

فؤاد عبد الباقي: مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، دون ذكر تاريخ الإصدار، ص: 227.

الدار قطني في السنن: الجزء الرابع، كتاب في الأقضية والأحكام، حديث رقم 83، تحقيق،

هذا الحديث من الأحاديث المشهورة بين علماء الأمة الإسلامية ، وقد تعددت مصادر وموارد تخريجه في الكتب.

[83] محمد يوب: "تعويض الضرر الناتج عن العلاقة الزوجية"، أطروحة الدكتوراه في العلوم الإنسانية تخصص فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم العلوم الإسلامية، باتنة، السنة الجامعية 2012-2013، ص: 6.

[84] يوسف حامد العالم: "المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، مطبعة دار السودانية للكتب، الطبعة الثالثة 1997، ص: 89.

[85] عبد الكريم زيدان: "المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية"، مطبعة مؤسسة الرسالة، بيروث، ص: 82 و83.

[86] علي حسب الله: "أصول التشريع الإسلامي"، مطبعة دار المعارف، مصر، الطبعة الخامسة 1976، ص: 207-208.

للمزيد من تفصيل حول قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، راجع محمد أبو سعد، "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"، سلسلة مستقبل التشريع الإسلامي، رقم 3، مطبعة الناشر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، بدون دكر سنة الإصدار.

وتبعا لكل ما سبق، يمكن إنزال القواعد السابقة الذكر على حق العدول عن الخطبة، خاصة وأن العدول عن الخطبة أضحى غالبا ما يصاحبه ضرر مما يستوجب التعويض عنه، وهذا ما أكده بعض الفقه الحديث[87].

الذي يرى أن قاعدة " لا ضرر ولا ضرار" ومبدأ "إساءة استعمال الحق متنفسا تأصيليا الذي يمكن من خلاله إقرار قاعدة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، فرغم أن هذه القواعد طبقها الفقهاء في مسائل الولاية على القاصر والوكالة والإجازة وإحياء أراضي الموات، فلا مانع من تطبيقها على حق العدول عن الخطبة لاسيما أنها قواعد عامة ترتكز على نفي الضرر والضرار.

ثانيا: مبدأ التعدي يوجب الضمان

يعد مبدأ التسبب في الضرر من المبادئ التي يمكن أن يستند إليها للمطالبة بالتعويض عن ضرر العدول في الخطبة، ومفاده أن من تسبب لغيره في ضرر يكون ملزما بالتعويض.

وهذا المبدأ يعد أساس نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. والضمان هو التزام بتعويض مالي عن الضرر الغير[88]، ويعد المصدر الأساسي للضمان في الفقه الإسلامي العقد[89]، وإذا كانت الخطبة ليست عقدا، فإن التعدي يوجب الضمان وإن كانت هذه القاعدة تطبق على مستوى التعدي على الأموال، فهذا لا يمنع من أن يتسع مجال تطبيقها ليشمل كل ضرر تسبب فيه الغير، حتى لو تعلق الأمر بمسألة الضرر في الخطبة عن طريق القياس. فإذا كان العلماء قد اتفقوا على أن إتلاف مال الغير كسبب موجب للضمان فإنه يجوز إقرار التعويض في ضرر العدول عن الخطبة في الفقه عملا بهذه القاعدة[90] وترتكز هذه النظرية على ضرورة توافر ركن التعدي أو

---

[87] وهبة الزحلي: "الفقه الإسلامي وأدلته" الجزء السابع، مطبعة دار الفكر دمشق، الطبعة الثالثة 1996، ص: 10.

[88] للمزيد من التفاصيل حول تعريف الضمان: أنظر: وهبة الزحلي: "نظرية الضمان"، مرجع سابق، من ص: 14 الى ص: 16.

[89] محمد بن أبو سعد: "تعريف المسؤولية المدنية بوصفها جانبا من الضمان في الفقه الإسلامي"، مقال منشور بمجلة جامعة محمد بن مسعود الإسلامية، العدد السادس، محرم 1992، ص: 191.

[90] عبد الله بن الطاهر السوسي التناني: مرجع سابق، ص:45.

الاعتداء، ويراد به عند الفقهاء منه الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وضوابطه هو الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد أو أنه العمل الضار بدون حق أو واجب شرعي.

أما الركن الثاني الواجب توفره فهو الضرر، أي إلحاق الأذى بالآخرين أو هو كل إيذاء يلحق الشخص سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته، في حين أن ركن الثالث والأخير هو الرابطة بين التعدي والضرر إما مباشرة أو تسببا[91].

وتجدر الإشارة إلى مسألة أساسية هي أن موضوع الضمان في الفقه الإسلامي يتجاذبه اتجاهان: الأول يعتبره من خطاب الوضع، وطبق كل خصائص هذا الأخير عليه مما أدى إلى اعتماد الضرر كأساس له، إلى جانب الخطأ في بعض حالات التسبب. ولذلك طغت المسؤولية الموضوعية على كل مسائله، في حين أن الاتجاه الثاني رغم أنه اعتبره من خطاب الوضع إلا أنه لم يطبق كل خصائصه عليه، واتسم بطغيان المسؤولية الخطئية عليه[92].

وبعيدا عن هذا الجدل النظري، فالراجح هو ضرورة توافر الأركان الثلاث التعدي والضرر والرابطة السببية بينهما لقيام الضمان، ومن ثم فإن هذه النظرية تستوعب مسألة التعويض عن الضرر المستقل عن فعل العدول عن الخطبة خاصة وأن مقصد الشارع من وضع أحكام الضمان هو رفع الضرر وجبره[93]، إذ أن القاعدة العامة أن كل من تسبب في ضرر ضمن هذا الضرر حسب الأصول الشرعية في التضمين[94].

---

[91] وهبة الزحيلي: "نظرية الضمان"، مرجع سابق، ص: 73و74.

[92] جميلة بوهرو: "مفهوم السبب عند الأصوليين وأثره على الضمان"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، السنة الجامعية 2002-2003، ص:49.

[93] عبد الحميد أخريف: "نظرية الضمان -محاولة في تأصيل- المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 1993-1994، من ص: 43 إلى الصفحة 45.

[94] سيدي عبد الله حسين: "المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي"، الجزء الثاني مطبعة دار إحياء الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1947، ص: 26

إضافة إلى المبدأين السابقين: مبدأ حضر التعسف ومبدأ التعدي يوجب الضمان، فإن بعض الفقه[95] يضيف إلى ذلك مبدأ آخر وهو "مبدأ الالتزام في المذهب المالكي"، غير أن إعمال هذا المبدأ في نطاق الخطبة يتعارض مع تكييفها الفقهي الذي يقتضي جعل مسألة الوفاء بالوعد مسألة أخلاقية لا دخل للقضاء فيها كما سبقت الإشارة فالفقه الإسلامي المتسم بغنى نظرياته قادر على استيعاب كل محدث من النوازل، حيث يمكن تأصيل التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي انطلاقا من قاعدتي "حضر التعسف في استعمال الحق"، إذ أن الحقوق توظف حسب غايات تشريعها، وقاعدة "التعدي يوجب الضمان"، علما أن الفقهاء المسلمين اهتموا بنظرية الضمان اهتماما خاصا حيث ثم فحص كل جزئياتها وتفصيلاتها استنادا إلى أسس نظرية واضحة ترمي إلى أهداف غائية محددة[96].

والجدير بالذكر أن التعويض عن الضرر المادي في الفقه الإسلامي يمكن الحسم فيه على ضوء المبدأين السابقين، إلا أن التعويض عن الضرر المعنوي في الخطبة محل خلاف، إذ أن الأستاذ محمد أبو زهرة يستبعد التعويض عنه لأن التقييد بالآداب الإسلامية الخاصة بالخطبة يترتب عليه أن يقتصر النظر في الأضرار المادية حيث لا يصح أن تكون مخالفة لأوامر الشرع الإسلامي موجبة للتعويض لأنه لا يوجد قانون عادل يحمي مخالفة من يخالفونه، إذ أن هذه الحماية تشجيع لهم على المخالفة[97].

كما أن الأستاذ مصطفى السباعي يرى توسيع دائرة التعويض عن الأضرار وعدم قصر التعويض عن الأفعال المستقلة استقلالا تاما عن فعل والعدول، إلا أنه يقيد الفعل الضار بغير الاستهزاء الجنسي، لأن الشريعة تعاقب عليه ولا تعوض عليه[98].

---

(95) وهبة الزحلي: "الفقه الإسلامي وأدلته"، مرجع سابق، ص: 28.

(96) عبد الحميد أخريف: "بعض ملامح دعوى المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي"، مقال منشور بمجلة القانون والإقتصاد، العدد 14، 1997، ص: 105.

(97) محمد أبو زهرة: "محاضرات في عقد الزواج وآثاره"، مطبعة دار الفكر العربي، بيروت، (بدون ذكر الطبعة)، ص: 67

(98) مصطفى السباعي: "شرح قانون الأحوال الشخصية"، مطبعة التيربين للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة التاسعة 2001، ص: 69.

الفقرة الثانية: أساس التعويض في التشريع المغربي والمقارن

ساد جدل فقهي وقضائي حول الأساس القانوني لتعويض عن العدول عن الخطبة سواء في التشريع المغربي أو التشريعات المقارنة، مما يستدعي البحث في الأساس المعتمد للقول بإمكانية التعويض عن الضرر الناجم عن العدول في الخطبة، بين من يرجع أساس التعويض إلى المسؤولية العقدية، في حالة اعتبار الخطبة عقد ومن اعتبر أساس التعويض ليس مسؤولية عقدية بل المسؤولية التقصيرية باعتبار الخطبة ليست عقدا، وهذا ما سنرى في نقطتين، حيث نخصص الأولى للحديث عن الأساس القانوني للتعويض عن العدول في الخطبة في التشريع المغربي**(اولا)** بينما النقطة الثانية للحديث عن هذا الأساس في التشريعات المقارنة **(ثانيا).**

أولا: موقف المشرع المغربي

جاء في المادة السابعة من مدونة الأسرة أن العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض. من خلال هذه المادة يتبين أن مدونة الأسرة اعتبرت الخطيبين في فترة خطبة لا فترة زواج، لكل منهما حق العدول عنها متى رأى مصلحة له في ذلك[99].

إذ كثيرا ما يصاحب عدول أحد الخطبين عن الخطبة خيبة أمل الطرف الآخر، وقد يلحق به ذلك العدول ضررا ماديا أو معنويا حالا أو مباشرا، وقد يأتي نتيجة الظروف التي أحاطت بالخطبة بتدخل أو عدم تدخل الطرف الآخر، وبالتالي هل يجوز تعويض المتضرر من ضرر العدول عن الخطبة وفق مدونة الأسرة، وإذا كان الأمر كذلك فعلى أي أساس قانوني ينبغي هذا التعويض وإذا كان المشرع الأسري يعتبر العدول حقا مطلقا يملكه كل الخطيبين و لهما حق استعماله بالإرادة المنفردة متى شاء أي منهما ودون قيد أو شرط، فإنه أقر بالمقابل إمكانية التعويض عن الضرر المقترن

[99] الحسنية لعديري: مرجع سابق، ص: 29.

بالعدول عن الخطبة استنادا إلى المادة السابعة من مدونة الأسرة التي تنص على أن مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض، ومع أن المدونة لم تحدد نوع الضرر الموجب للتعويض، إلا أنه المقصود بالضرر في المادة المشار إليها أعلاه، كل من الضرر المادي والمعنوي مادام أن المشرع لم يستثني صراحة الضرر المعنوي من التعويض[100].

ويتبين من خلال مقتضيات المادة السابعة المشار إليها أعلاه أن المشرع المغربي حسم في تحديد الأساس المعتمد في التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، حيت تبنى ضمنيا المسؤولية التقصيرية كأساس قانوني لدعوى التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة إذ أن حق العدول لا يرتب أية مساءلة من حيث المبدأ إلا إذا صاحبته أفعال مستقلة ترتب عنها ضرر للطرف الآخر[101].

وهكذا ومسايرة للقواعد العامة في قانون الالتزامات والعقود التي تقتضي بأن كل شخص مسؤول عن الأضرار المادية أو المعنوية التي يسببها للغير سواء بفعله أو بخطئه (**الفصلين [102]77و87[103]من قانون الالتزامات والعقود**)، فإن المدونة أيضا سارت في نفس التوجه الوارد في القواعد العامة المذكورة في الفصلين أعلاه، حيث

---

[100] فاطمة الزهراء العربي، "مبدأ سلطان الإرادة بين القانون المدني ومدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي اسماعيل كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس، السنة الجامعية 2015-2016، ص: 73.

[101] محمد الشافعي: " الزواج في مدونة الأسرة"، سلسلة البحوث القانونية رقم 9، مطبعة الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2005، ص: 76.

[102]ينص الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود، الصادر بموجب الظهير الشريف رقم 9 رمضان 1331 غشت 1913، صبغة محينة وفق آخر تعديل منشورات دار الجيل، على أن "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار من غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرر ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبيه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر".

[103] ينص الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود على أن "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر".
وكل شرط مخلف لذلك يكون عديم الأثر.
والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر.

أكدت في الفقرة الثانية من المادة السابعة أعلاه على أن"...غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرر للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض[104].

إذن فمدونة الأسرة استبعدت الأساس العقدي للتعويض لأن المشرع تبنى ضمنيا الطبيعة غير العقدية للخطبة في المادة الخامسة، كما أنه لم يقر التعويض عن مجرد العدول، بل إنه أقر التعويض عن الضرر المستقل عن فعل العدول.

لذلك يبقى للمتضرر أن يثبت تعسف العادل عن الخطبة في تصرفه، وأن يثبت الضرر اللاحق به والعلاقة السببية بينهما، وبذلك فالمدونة جعلت من حق المتضرر المطالبة بالتعويضات عن الأضرار المادية والمعنوية التي ترتبت عن فعل العدول[105].

ثانيا: موقف التشريعات المقارنة

يثير موضوع الضرر الناتج عن العدول في الخطبة عدة آراء مختلفة، نظرا للطبيعة القانونية لهذا العدول، كما أن قوانين الأسرة لدول المغرب العربي اختلفت بخصوص التعويض عن الضرر الناتج عن العدول في الخطبة[106].

فالمشرع الجزائري شأنه شأن المشرع المغربي إذ نص صراحة على مبدأ التعويض عن الضرر المترتب عن العدول في الخطبة، إذ نشأ عن ذلك ضرر مادي أو معنوي إذ تنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"[107].

---

[104] محمد لزعر: مرجع سابق، ص:28-29.

[105] عبد العزيز ايت المكي: "التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، والتعويض عن ضرره فقها وقانونا"، مقال منشور بمجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية العدد الرابع عشر، يوليوز 2016، ص: 98.

[106] محمد الشافعي: "قانون الأسرة في دول المغرب العربي"، مطبعة الوراقة الوطنية مراكش، سلسلة البحوث القانونية 16، الطبعة الأولى 2009، ص:54.

[107] فؤاد بن شكرة: "اثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة"، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة السنة الجامعية: 2009-2010، ص:61.

كما تم إقرار مبدأ التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة من طرف المشرع الليبي أيضا، حيث تنص المادة الأولى من قانون الأسرة الليبي على أنه: "إذا سبب العدول عن الخطبة ضرار تحمل المتسبب فيه التعويض عنه"، غير أن ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يفرق في أحكام التعويض بينما إذا كان العدول بسبب مشروع أو لم يكن كذلك[108].

إلا أن مجلة الأحوال الشخصية التونسية لم تقرر التعويض عن هذه المسالة بموجب نص خاص، غير أن القضاء التونسي المتمثل في المحكمة التعقيب تصدت لهذا الإشكال إذ جاء في قرار لها على أن الوعد بالزواج وإن كان غير ملزم بإتمامه لكنه من قبل الحق الذي ينبغي عدم إساءة استعماله وإساءة استعماله تمكن حق المطالبة بجبر الضرر على قاعدة الجنحة المدنية، لا عن انعدام الناتج عن عدم الوفاء بالالتزام[109].

فهذا القرار أقر أن العدول من قبيل الأمر مباح الذي لا يمكن مبدئيا أن تؤاخذ على القيام به، أما الحد فيتعلق بعدم إساءة استعمال هذا الحق، وقد تبنت محكمة صفاقس الابتدائية نفس الموقف، حيث أقرت أن الوعد بالزواج يترك الحرية المطلقة للخطبين لإتمام الزواج أو العدول عنها، إلا أن القول وإن كان حقا لكل منهما لا يجوز التعسف في استعماله[110].

كذلك هو الشأن بالنسبة لتشريع المصري، يخلو بدوره من نص صريح ينظم هذه المسالة إلا أن محكمة النقض حسمت في هذا الموضوع في قرار شهير قضت من خلاله بما يلي:

الخطبة ليست إلا تمديدا لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحد من المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، ولكن إذا كان الوعد بالزواج

---

(108) فاطمة الزهراء العربي: مرجع سابق، ص:74.

(109) حاتم دايدو: "المسؤولية المدنية في الخطبة والزواج محاولة في التأصيل"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2005-2006، ص:292.

(110) الساسي بن حليمة: تعليق على حكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الإبتدائية بصفاقس تحث عدد12347 بتاريخ 17 مارس1981 مقال منشور بمجلة دراسات قانونية العدد 2 سنة 1992، ص: 3 وما بعدها.

والعدول عنه قد لازمهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها وبغض النظر عن العدول المجرد أفعال ضارة موجبة للتضمين ولتعويض، وإذا صاحب العدول عن الخطبة أفعال وأقوالا ألحقت ضررا بالطرف الآخر فإنها تكون مستوجبة للتعويض[111].

ومن خلال ما سبق يمكن القول بأنه تقريبا جل التشريعات العربية تبنت المسؤولية التقصيرية كأساس للتعويض في حالة العدول عن الخطبة، فكل هذه القوانين لا تجعل من الخطبة عقدا ملزما كما سبق الذكر بل مجرد تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحد المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء فله الحرية لإتمام الزواج أو العدول عنه، وبالتالي يمكن التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة على أساس المسؤولية التقصيرية، وهذا ما يتلاءم مع القواعد المقررة في الفقه الإسلامي كقاعدة "التعدي يوجب الضمان" وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار".

إذن فالخطبة من هذا المنظور الفقهي والتشريعي تقتضي من طرفيها أن يقومان بعناية الشخص المعتاد، إذ لا يجوز إلحاق الضرر بالطرف الآخر حتى بعد العدول عن الخطبة، لأن ذلك يتعارض مع القيم والمثل العليا والأخلاق الإسلامية، مما يوجب التعويض عند حدوث هذا الضرر على ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية التي توجب جبر الضرر لتلاؤمها مع طبيعة مصادر مدونة الأسرة، كما أنها لا تتعارض في جوهرها مع قواعد المسؤولية التقصيرية.

الفقرة الثالثة: خصوصية أركان المسؤولية التقصيرية في الخطبة

طبقا لمقتضيات الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود والتي تقول بأن كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح به القانون فأحدث ضررا

(111) لوبنة أكريكر: مرجع سابق، ص: 40

ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر[112].

من خلال هذا النص يتبين أن المسؤولية عن العمل الشخصي تتطلب توافر ثلاثة شروط: ارتكاب الشخص لخطأ، ونشوء ضرر عن هذا الخطأ لشخص آخر، وقيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر، فالمسؤولية عن العمل الشخصي، أي أن العمل يصدر من المسؤول نفسه، هي المسؤولية تقوم على خطا واجب الإثبات، فالخطأ هنا غير مفترض، بل يكلف المتضرر بإثباته في جانب محدث الضرر وهذه القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية[113].

وكما سبقت الإشارة، فالمسؤولية التقصيرية ثلاثة أركان: الخطأ والضرر وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر، لهذا سنخصص الحديث عن هذه الأركان تباعا.

أولا: الخطا

فإذا كانت معظم التشريعات المدنية العربية لم تعرف الخطأ فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة ل ق ل ع المغربي، الذي عرف الخطأ بمقتضى الفصل 78 منه في الفقرة الثالثة، بأن "الخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر"، بالإضافة لهذا يقصد بالخطأ التقصيري إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال[114].

الخطأ في المسؤولية التقصيرية، هو إخلال بالالتزام قانوني بأن ينحرف الشخص عن السلوك الواجب أوعن السلوك المألوف للشخص العادي، والخطأ ليس على صورة واحدة بل تتعدد صوره من بينها[115].

---

[112] الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود.

[113] عبد الرزاق السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام يوجه عام"، الجزء الأول، التراث العربي، بيروت لبنان، دون ذكر السنة، ص: 775.

[114] عمر الخضر: "الخطأ في المسؤولية التقصيرية"، مقال منشور بمجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية، العدد 2 أكتوبر 2019، ص: 265.

[115] عبد القادر ببكري: "محاضرات في المسؤولية المدنية"، مطبعة سجلماسة، طبعة 2015-2016، ص:38.

* **الخطأ العمد:** ويسمى جرما وهو الذي يقع بقصد الإضرار بالغير وقد أشار المشرع لهذا النوع من الخطأ في الفصل 77 حينما تكلم عن الفعل الضار الذي "يرتكبه الإنسان عن بينة واختيار فيحدث ضررا للغير[116].

* **الخطأ بالإهمال:** هو الذي يقع بدون قصد الإضرار وقد أشار إليه المشرع في الفصل 78 حينما عرض للخطأ الذي يرتكب من غير قصد إحداث الضرر[117].

هكذا فالخطأ الموجب للمسؤولية في حالة العدول عن الخطبة ليس هو مجرد العدول الذي لا يمكن أن يشكل بحذ ذاته خطأ موجبا للحكم بالتعويض، مادام لم توجد أفعال مستقلة عن العدول كان من شأنها أن تلحق ضررا بالطرف الآخر[118].

ومن بين هذه الأفعال المستقلة قد يطلق الخاطب على مخطوبة إشاعة فينال بتلك الإشاعة من سمعتها كأن ينسب لها مرضا عضالا يجعل من يعلم به ينفر منها ولا يفكر في الاقتران بها أو أنها لا تحتاط في شرفه أو أنها لا ترد يد لامس أو غير ذلك من النعوت المتعلقة بسمعة المخطوبة وخصوصيات حياتها[119].

وإذا كان المثال أعلاه يبرز الخطأ في العدول عن الخطبة في صورته الإيجابية، فإن هذا الخطأ قد يأخذ صورة سلبية كما في حالة كتمان أحد الخطيبين عن الآخر بعض الوقائع الصحيحة وإخفائها عنه بهدف تضليله، ومن أمثلة ذلك كتمان الخطيب عن الخطيبة إصابته بمرض العضال أو إخفاءه عنها نسبه الحقيقي وقد يكون مجهول النسب تم يتم اكتشاف ذلك بعد أن تكون الخطبة قد اشتهرت بين الناس، ففي هذه الحالات يلحق بالمخطوبة ضرر محقق بعد فسخ الخطبة[120].

ويبقى معيار تقدير الخطأ في مجال العدول عن الخطبة معيار شخصي، لأن الذي يقدر الخطأ ويستشعر وجوده، ويتقدم للقضاء طالبا التعويض عنه، وهو وحده من

---

(116) عائشة أقفير: مرجع سابق، ص:38

(117) مأمون الكزبري: " نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزام"، بدون ذكر المطبعة، الطبعة الثانية 1972، ص: 374-375.

(118) خالد بن مومن: "المسؤولية المدنية في قضايا في القضايا الأسرة "، مرجع سابق، ص: 124.

(119) نبيل البكوري: مرجع سابق، ص: 180.

(120) خالد بن مومن: "إعمال قواعد المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص: 119.

له حق التقاضي وهو حق خالص، وإن وقع الخطأ وألمه وإنما يصيب من وجه إليه، ومن شأن المصاب أن يبدي ما يعبر عن ألمه، فإذا سكت عما وجه إليه وأثر العفو فذلك شأنه، وأساس ذلك أن حق الإنسان على سمعته وخصوصيات حياته يمثل حقا قائما بذاته وعنصر في إبراز كيانه، وذلك الحق يجب أن يحمى بدون أن يتوقف على ما يراه صاحبه[121].

ويبقى أن نشير إلى أن إثبات الخطأ في العدول عن الخطبة يبقى متاحا بجميع وسائل الإثبات، ويقع عبء هذا الإثبات على عاتق المدعي المطالب بالتعويض.

ثانيا: الضرر

الضرر هو الركن الثاني في المسؤولية التقصيرية عموما وقد وجد من أجل جبر الضرر، إلا أنه لا يكفي لتحقق المسؤولية أن يقع الخطأ، بل يجب أن يحدث الخطأ ضررا، وإلا انتفت المسؤولية[122].

وقد يكون الضرر ماديا يصيب المضرور في جسمه أو ماله، وهو الأكثر والغالب، وقد يكون أدبيا يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه، أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها[123].

ولا نتحدث عن الضرر في الخطبة، إلا في الحالة التي تكون فيها ممارسة حق العدول تم بطريقة تعسفية إذا اقترن بوجود أفعال خاطئة مستقلة عن العدول في حد ذاته.

فبالنسبة للضرر المادي: هو كل إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية. ويجب أن يكون هذا الإخلال محققا، ولا يكفي أن يكون محتملا يقع أو لا يقع. فالضرر

---

(121) نبيل البكوري: مرجع سابق، ص: 181.

(122) عبد الرحمان الشرقاوي: "القانون المدني مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب"، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثالثة 2018، ص: 86-87.

(123) عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص: 55.

المادي إذن يجب أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضرور، وأن يكون محققا[124].

ويتحقق الضرر المادي في العدول عن الخطبة كما في حالة قيام المخطوبة بناء على طلب من الخاطب، بترك وظيفتها التي هي مورد رزقها أو بإعداد جهاز معين لبيت الزوجية، أو كأن ينفق الخاطب مصاريف باهظة في حفل الخطبة أو إنفاق مصاريف إعدادا لحفل الزواج[125].

أما الضرر المعنوي فهو الذي يصيب الإنسان في شرفه أو يصيب الإنسان في شعوره وعاطفته، كضرر الذي قد يصيب الخطيبة جراء قتل الخاطب.[126]

وعلى الرغم من توفر جانب من الفقه الذي لم يعتمد مبدأ قابلية الضرر المعنوي للتعويض لأن حسب آرائهم أن هذا النوع من الضرر يرتبط في مجمله بالقيم الإنسانية السامية، لذلك فهو لا يقبل التقويم بالمال كما أن مسألة التعويض تقتضي توفر نوع من التوازن بين الضرر وبين جبره، وهذا ما لا يتحقق بالنسبة للضرر المعنوي الذي لا يمكن جبره بالنقود، فهو ضرر يستعصى عن تقويم المقومين والخبراء، لذلك فالغالب أن يحصل التعويض عنه بشكل تحكمي لا يحقق العدالة[127].

لكن إذا كان تقدير التعويض عن الضرر المعنوي يكتسي صعوبة في التقدير لا يصح أن يهدر حق المضرور في التعويض، وليس في إعطاء التعويض عن الضرر المعنوي مساس بالأخلاق، بل عدم مسألة المخطئ الذي تسبب في الضرر المعنوي قد يكون وجها من أوجه إهدار الحقوق، وقد سار على نهجهما المشرع المغربي حسب مقتضيات الفصل 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود[128].

---

(124) جواد شهباوي: "ركن الضرر في المسؤولية التقصيرية"، مقال منشور على الموقع الإلكتروني www.hesbress.com، أطلع عليه بتاريخ 5-10-2020، على الساعة الخامسة مساءا.

(125) خالد بن مومن: "المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة"، مرجع سابق، ص: 129.

(126) جواد شهباوي: مرجع سابق ص: 3.

(127) عبد الحق الصافي: "الوجيز في القانون المدني، المصادر غير الإرادية للالتزام، المسؤولية المدنية والإثراء بدون سبب، دراسة في قانون الالتزامات والعقود وبعض القوانين الأخرى"، ص: 104.

(128) عائشة أفقير: مرجع سابق، ص: 44

لكن مع ذلك، فإن خصوصية الضرر المعنوي وصعوبة تقويمه دفعت المحاكم المغربية إلى التعامل مع مسألة تعويضه بطرق مختلفة، فهي تحكم بتعويضات رمزية عن النيل من الكرامة والشرف وهتك العرض، وبخصوص الضرر الأدبي الذي يلحق الشخص في مركزه الاجتماعي كالسب والقذف ونسبة أفعال كاذبة للمضرور، فيكون التعويض في الغالب عينيا عن طريق نشر إعلانات مضادة واعتماد جملة من الوسائل العلمية التي قد ترد الاعتبار لطرف المضرور، أما بخصوص الأضرار المعنوية المصاحبة أو المترتبة عن أضرار المادية، فقد استقر الرأي حاليا على وجوب تعويضها بنفس الطريقة التي يجري بها تقدير الضرر المادي، وهذا ما اعتمدته محكمة النقض ضمن قرار جاء فيه: "بأنه بناء على الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود يستفاد بأن مرتكب الضرر ملزم بتعويضه سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا، وحيث إن التعويض عن الضرر المعنوي كالتعويض عن الضرر المادي يجب أن يكون كاملا ومناسبا للضرر لا مجرد تعويض رمزي[129].

ومن جانب آخر فالأضرار المحققة يتطلب الأمر إثباتها بجميع وسائل الإثبات، حتى يتسنى للمحكمة أن تؤسس قاعدتها بخصوصها، وتقدر حجم التعويض الذي يتناسب معها، وبالتالي فصاحب الادعاء هو من يرجع له أمر إثبات ادعاءاته.

فالمطالب بالتعويض هو الذي يتحمل عبء إثبات الضرر، وله في سبيل ذلك استعمال جميع طرق الإثبات، لأن إقامة الدليل عل واقعة مادية تم التثبت من وقوع الضرر أمر يستقل بتقديره قاضي الموضوع ولا يدخل تحت رقابة محكمة النقض[130].

إلا أنه إذا كان الأصل أن الأضرار المادية والمعنوية الناتجة عن العدول في الخطبة هي قابلة للتعويض فإن خصوصية الخطبة قد فرضت عدم تعويض بعض الأضرار، كما أوجدت هذه الخصوصية صعوبات وخلافا في الفقه حول تعويض أضرار أخرى[131].

---

[129] عبد الحق الصافي: مرجع سابق، ص: 106-107.
[130] مأمون الكزبري: مرجع سابق، ص: 396-395.
[131] خالد بن مومن: "المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة"، مرجع سابق، ص: 130.

فمن حيث الأضرار غير القابلة للتعويض عند العدول عن الخطبة، نجد الإغراء فلا يكون سببا في التعويض إلا إذا أصطحب بالخديعة والغش أو اقترن بضغط أدبي، فإذا كانت ضحية الإغراء في سن تسمح بتدبير العواقب كان هذا سبب في تخفيف التعويض، وإذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكن إليه الطرفان، ورضت المرأة أن تكون خليلة على علم من أقاربها فلا تعويض[132].

ومن جانب آخر هناك أضرار وجدت صعوبات من طرف الفقه والقضاء في تعويضها، كما هو الشأن مثلا بخصوص التعويض عن الأضرار التي تلحق المخطوبة جراء وفاة خطيبها بين الضرر المادي والضرر المعنوي، فالضرر المادي بحسب هذا الفقه والمتمثل في الحرمان من النفقة هو ضرر احتمالي غير محقق، لأن استحقاق النفقة متوقف على عقد الزواج الذي لم يتم بعد بالنسبة للخطيبة، فالخطبة هي وعد بالزواج وليست بزواج، أما الضرر المعنوي الناتج عن قتل أحد الخطيبين، فإنه يخول للآخر حق طلب التعويض جراء ما أصابه من جرح في عاطفته[133].

ثالثا: العلاقة السببية بين الخطا والضرر

لا تقوم المسؤولية التقصيرية بمجرد وقوع الخطأ وحصول الضرر، بل لابد أن تتوافر الرابطة السببية بينهما، فيكون الضرر الذي أصاب المضرور هو النتيجة الطبيعية والحتمية المباشرة للخطأ[134].

وبالتالي فالضرر في العدول عن الخطبة يجب أن يكون ناتجا عن خطأ كان هو السبب في إحداث ذلك الضرر، وعموما فركن العلاقة السببية في العدول عن الخطبة لا يعرف خصوصية معينة بل يرجع فيها إلى القواعد العامة.

غير أن المسؤولية التقصيرية تنتفي إذا كان الضرر قد نشأ عن خطأ المضرور نفسه أو عن حادث فجائيا أو قوة قاهرة، كما هو الحال مثلا عندما يكون

---

(132) عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص: 831.
(133) خالد بن مومن: "إعمال قواعد المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة "، مرجع سابق، ص:133-134.
(134) عبد القادر ببكري: مرجع سابق، ص:61.

سبب عدول الخاطب، هو بسبب مرض أصيب به جعله يتراجع عن وعده بالزواج، في وقت قريب جدا من تاريخ المزمع فيه إبرام عقد الزواج، كإصابته بفيروس كرونا مثلا، فهنا نجد أن هذا الحدث لم يكن في الحسبان ولا يد للعادل فيه، كما سبقت الإشارة آنفا، وهكذا يظهر مما سبق بيانه أن التعويض عن العدول في الخطبة له خصوصيته، إن كانت مبادئه الأساسية لا تختلف عن ما هو منصوص عليه في القواعد العامة، نظرا لاعتبار الأحوال الشخصية للأفراد ذات طبيعة خاصة تغلب عليها العاطفة ومحاولة التوفيق، وتهدئة النفوس أكثر منها منطق الموكل والخصم والرابح والخاسر، كل ذلك في إطار حفظ الحقوق واحترام مبادئ الشريعة الغراء والقانون.

بالرجوع إلى واقع العمل القضائي نسجل ندرة الأحكام القضائية التي تعالج مسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، ويرجع السبب في ذلك حسب تقديرنا إلى عدم لجوء الخطيبين إلى القضاء في مثل هذه الحالات، وذلك إما رغبة منهم في فض النزاعات خارجة دائرة القضاء بطريقة حبية أو لجهلهم بالمقتضيات القانونية المتعلقة بهذا الموضوع.

الفقرة الرابعة: إشكالية الإثبات

فمن خلال ما سبق يتضح أن المشرع المغربي برغم من إقراره لحماية قانونية للطرف المتضرر من فعل عدول الطرف الآخر عن الخطبة ذلك عن طريق إمكانية منحه حق المطالبة بالتعويض عن الضرر، فإنها ليست حماية مطلقة فهو ملزم بضرورة إثبات عناصر المسؤولية التقصيرية، وقبل ذلك إثبات وجود الخطبة، وفي إطار إثباته لهاته العناصر قد يعترضه مجموعة من الصعوبات يمكن أن نستخلصها من خلال واقع العمل القضائي

وبالرجوع إلى واقع العمل القضائي نجد القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء غرفة الأحوال الشخصية والميراث، إذ ورد في الموضوع ابتدائيا ما يلي:

حيث أن المستأنف تقدم بدعوى لذى قسم قضاء الأسرة بابتدائية البيضاء الاجتماعية عرض فيها أنه تقدم لخطبة المستأنف عليها ووافقت هي ووالدها، وأنه قدم لها عدة هدايا كما قدم لها مبلغ مالي كصداق وما يسمى بالحلي وقام بصرف مبالغ مالية من أجل الاستعداد للزواج إلا أنها تنكرت لذلك وعدلت عن الخطوبة مما تكون معه ملزمة برد الصداق الذي تسلمته وثمن الهدايا والتمس الحكم على المخطوبة ووالدها بأدائهما له تضامنا مبلغ 100000 درهم الذي يمثل الصداق والهدايا و100000 درهم التي صرفها في إعادة ترميم البيت وتجهيزه و25000 درهم كتعويض عن الضرر الذي لحقه ومبلغ 100000 درهم الذي تسلمه ولي أمر المخطوبة من قبيل فسخه الانفرادي للخطبة واعترافه بتسلم ذلك المبلغ وبعد إنهاء الإجراءات القانونية صدر الحكم برفض الطلب.

فاستأنفه المدعي، حيث ركز محامي المستأنف في مقاله أن الحكم الابتدائي تم تعليله تعليلا ناقصا باعتماده على كون المدعى عليها نفت تسلمها أي مبالغ مالية أو هدايا ولم يقم بترميم شقتها وأن سبب عدم إتمام الزواج يعود لكونه لم يقم بإنجاز الوثائق في حين أنه أدلى بالوثائق المثبتة لذلك وأن هناك التزام صادر عن الأب بإرجاع مبلغ 100000 درهم في حالة عدم إتمام الزواج كما أن الحكم استبعد الفواتير دون تعليل وأنها تزوجت برجل آخر دون علمه وأن الخطوبة تم فسخها من طرف واحد وهي المخطوبة كما أن المحكمة لم تطبق قواعد الفقه الإسلامي والمادتين 8و9 من مدونة الأسرة التي تتعلق بالهدايا كما أن الحكم الابتدائي حرف الوقائع والمستندات والتمس إلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد وفق مقاله الابتدائي واحتياطيا إجراء بحث في النازلة وأدلى بنسخة من الحكم المستأنف.

وبعد إدراج القضية بالجلسة المنعقدة بتاريخ 18/11/07 تخلفت المستأنف عليها بعد تسلم الاستدعاء وبعد أن التمس وكيل العام للملك تطبيق القانون وتم حجز الملف للمداولة لجلسة 18/11/14 والتي تم فيها النطق بالقرار من نفس الهيئة التي ناقشت القضية وبعد المداولة وطبقا للقانون جاء في تعليل القرار المذكور ما يلي: حيث

أن الاستئناف يرمي إلى ما هو مفصل أعلاه، وحيت أن الاتفاق الذي كان مبرما بين الطرفين هو إنجاز الوثائق من طرف المستأنف وإتمام الزواج خلال ستة أشهر.

وحيث أن المستأنف لم يدل بما يثبت أنه قام بإنجاز الوثائق اللازمة لإبرام عقد الزواج وطلب من ولي المخطوبة تنفيد الالتزام وهو إتمام إجراءات الزواج، وحيث أن الطرف المستأنف عليه أدلى في المرحلة الابتدائية بإشعار موجه إلى المستأنف بصفته خاطب قصد اتمام عقد الزواج وذكر بأن أخر أجل هو 15/02/19، وحيث أن ذلك يدل على كون ولي المخطوبة راغب في إتمام الزواج، وحيث أنه تبعا لذلك فإن المستأنف لم يدل بما يثبت مسؤولية المستأنف عليها في إتمام إجراءات الزواج حتى يمكن من إرجاع ما دفعه إليها، وحيث أنه تبعا لذلك يكون الحكم المستأنف مصادفا للصواب كما يتعين تأييده. فأردت المحكمة قرارها بتأييد الحكم المستأنف[135].

من خلال القرار السالف الذكر يتضح أن المشكل الذي قد يعترض المتضرر هو إثبات الضرر، وقبله إثبات خطأ الطرف العادل عن الخطبة، وبيان العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي أصابه، لكن المشكل يدق أكثر في إطار الإثبات إذا أنكر الطرف الآخر وجود الخطبة أساسا[136].

ومن هنا تظهر أهمية توثيق التواعد بالزواج الذي يوفر مجموعة من الضمانات الواقعية والقانونية[137] بخصوص الضمانات الواقعية تتمثل في الحفاظ على كرامة الأفراد داخل المجتمع، كما أنها وثيقة بيد كل من الخاطبين في حالة تعرض أحدهما لضرر جسماني أو نفسي أو مالي حفاظا على الحقوق تبعا لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)، ذلك أن مرحلة الخطبة هي مرحلة غير مستقرة مما يدعو معه القول إلى البحث عن أنجع الوسائل للحفاظ على الأواصر. كما أنه بالوثيقة يضمن

---

(135) قرار رقم 2357 صادر عن محكمة الإستئناف بالدار البيضاء غرفة الأحوال الشخصية والميراث، في ملف رقم 18/1620/2154، بتاريخ 14-11-2018. غير منشور.

(136) إدريس الفاخري: "تعويض المضرور في العلاقات الأسرية بين نصوص قانون الالتزامات والعقود ومدونة الأسرة"، مقال منشور بمجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، العدد المزدوج 17.16، دجنبر 2014، ص: 38-39.

(137) هشام علالي: "الأمن التعاقدي"، مقال منشور بمجلة الإرشاد القانوني، مطبعة المعرفة العدد المزدوج الثاني والثالث 2018، ص: 131-132.

كل طرف استقراره الاجتماعي، وبالوثيقة سيتم تفادي الوقائع التي يصعب إثباتها، كما أن الوازع الديني والأخلاقي سيرتفع لكون الأطراف قد تكونت في عقيدتهم مدى قيمة وحجية الوثيقة. أما الضمانات القانونية فتتجلى في تحديد المسؤوليات والرفع من هيبة مؤسسة الخطبة التي قد يستهين بها البعض أو بالأحرى يجعلها البعض طريقا لممارسة بعض التصرفات لا أخلاقية، كاستغلال الخطبة من أجل تنفيذ جريمة الاغتصاب، والأكثر من ذلك قد يتم استغلال الخطبة من أجل السرقة أو النصب أو هما معا. وبالتالي فإنه بذلك يتحايل على القانون باستغلال أبسط ثغرات والتي كان بوسع المشرع تداركها بأبسط الإجراءات كما أنه بالوثيقة سيتم تحميل الطرف الذي سبب ضررا للآخر مسؤوليته وفقا للقواعد العامة للمسؤولية مع بيان المرجع القضائي وذلك بترك الحرية لطرف المتضرر بلجوئه إما لقضاء الأسرة أو القضاء المدني كما أن القاضي بهذه الوثيقة ستتكون لديه القناعة التامة بتحديد المتسبب في الضرر كما سيسهل عليه تحديد قيمة التعويض المستحق للطرف المتضرر[138].

أمام كل هذه الضمانات السالفة الذكر لا يبقى أمامنا سوى دعوة المشرع المغربي إلى تكريس إلزامية توثيق التواعد بالزواج أو الخطبة.

من خلال ما ذكر يتضح أن مدونة الأسرة اهتمت بموضوع الخطبة فاعتبرت الخطيبين في فترة خطبة لا فترة زواج، لكل منهما حق العدول عنها متى رأى مصلحة له في ذلك، إلا أنه مع ذلك فإن الطرف المضرور في الخطبة أصبح له الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر أمام القضاء باعتماد جميع وسائل الإثبات، هذا الضرر الذي قد يكون ماديا وقد يكون معنويا، والمطالبة بالتعويض تتم في إطار المسؤولية التقصيرية يطبق بشأنها الفصلان 77و78 من قانون الالتزامات والعقود، وذلك أمام القضاء الأسري وفق الإجراءات المسطرية الجاري بها العمل.

(138) محمد بلعربي: "توثيق القواعد بالزواج أو الخطبة"، مقال منشور بمجلة المرافعة، العدد 23، دجنبر 2015، ص:74-75.

ولا ريب أن مدونة الأسرة بمستجداتها هاته سدة ثغرة طالما نادى بها الباحثون القانونيون ولذلك ارتقت إلى مجموعة من التشريعات العربية التي سبق وأن نصت على ما ذكر.

أيضا المدونة اعتبرت الخطبة تواعد بالزواج وليس وعدا بالزواج كما كان الحال عليه سابقا، وهذا التحول يمكن القول أن المشرع أراد من وراءه إشعار المعنيين معا بالمسؤولية الأسرية المشتركة منذ فترة الخطوبة.

لكن أمام كل هذه المستجدات تبقى إشكالية إثبات المسؤولية قائمة وخاصة إثبات أركانها أو إثبات وجود الخطبة أصلا عائقا أمام المضرور من تعسف الناتج عن العدول عن الخطبة.

□

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية عند توثيق عقد الزواج

يعتبر عقد الزواج من العقود التي رغب الإسلام فيها، لما يترتب عليها من آثار نافعة تعود على الفرد وعلى الأمة والنوع الإنساني عامة، وحماية لهذا العقد الذي على أساسه تتبني الأسرة، أحاط المشرع المغربي طرفي العلاقة الزوجية بسياج حمائي يضمن خلو إرادتهما من أي عيب قد يشوبها بحيث لو اكتشف أحد الزوجين تدليس الطرف الآخر عليه وإخفائه وقائع لو علمها لما وافق على إبرام الزواج، أو إذا تم إكراه على إبرام الزواج رغما عنه أعطت مدونة الأسرة في هذه الحالة للطرف المتضرر حق طلب فسخ الزواج مع إمكانية طلب التعويض[139].

إذ بالرجوع لمدونة الأسرة نجدها نصت في المادة 59 على أن الزواج يكون فاسدا إذا اختل فيه شرط من شروط صحته طبقا المادتين 60و61، كما اعتبرت أيضا في المادة 63 أن الزواج يفسخ عندما يكون عنصر الرضا المتطلب لإبرام الزواج مشوبا بعيبي الإكراه والتدليس مع إمكانية طلب التعويض.

وفسخ الزواج للإكراه أو التدليس والتنصيص على إمكانية إعمال قواعد المسؤولية المدنية، هو من بين المقتضيات الجديدة التي جاءت بها مدونة الأسرة والتي سدت من خلالها فراغا قانونيا كان يعتري مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، كما أن هذا المقتضى الجديد قرب مدونة الأسرة من مقتضيات القانون المدني الخاصة بعيوب الرضا مع تميزه ببعض الأحكام الخاصة[140]، وهو ما يطرح التساؤل حول مدى انعكاس هذه الأحكام على قواعد المسؤولية المدنية؟ وبما أن المشرع المغربي انفتح على القواعد المدنية في مدونة الأسرة وبالأخص عيوب الإرادة في محاولة منه توفير حماية قانونية لرضائية عقد الزواج فهل تمكن فعلا من تحقيق ذلك؟ وقبل ذلك هل المشرع المغربي حسم في الطبيعة القانونية لعقد الزواج لأن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الزواج لها تأثير مباشر على آثار إعمال عيوب الإرادة؟

---

(139) عائشة أفقير: مرجع سابق، ص: 49.

(140) محمد المهدي: "مركز ق ل ع في كل ما لم يرد به نص في غيره من القوانين ذات الصلة مدونة الأسرة ومدونة الأوقاف نموذجان"، مقال منشور بمجلة القانون المدني، مطبعة الأمنية الرباط، العدد الثاني 2015، ص: 7.

هذه الأسئلة التي سأحاول الإجابة عليها من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: التكييف القانوني لرابطة الزواج

المطلب الثاني: الحماية القانونية لرضائية عقد الزواج

المطلب الأول: التكييف القانوني لرابطة الزواج

إن تكييف القانوني لرابطة الزوجية وتحديد طبيعتها، من المسائل التي شهدت نقاشا فقهيا حادا تجاذبت فيه أراء الفقهاء على اختلاف توجهاتهم. ونتيجة لهذا ظهرت ثلاث نظريات بارزة في توضيح الطبيعة القانونية للزواج.

فهناك من اعتبر الزواج اتفاقا أو عقدا يتم بتلاقي إرادة كل من الزوج والزوجة، وهذا الاتفاق يرتب الكثير من الحقوق والالتزامات على عاتق كل من الطرفين **(الفقرة الأولى).**

وهناك من قال بأن عقد الزواج يتميز بكونه ينشئ نظاما قانونيا ألا وهو الأسرة، وهذا النظام تنظمه وتحدد آثاره الشريعة الإسلامية **(الفقرة الثانية)**

وهناك من قال بأن كلا من النظريتين التعاقدية وفكرة النظام يكمل الآخر، وهذا ما يعرف بالنظرية المختلطة **(الفقرة الثالثة).** فما موقف المشرع المغربي من هذه النظريات؟ وإذا كان عقد الزواج حقيقة يجمع بين الطابع النظامي والعقدي فهل هو عقد مدني أم ديني أم يجمع بين الإثنين؟

الفقرة الأولى: النظرية التعاقدية للزواج

برجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع المغربي لم يقم بتعريف محدد للعقد، لدى فقد عرفه الأستاذ عبد الحق الصافي بكونه توافق إرادتين أو أكتر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، أو هو بتعبير مركز توافق إرادتين أو أكثر على

إحداث أثر قانوني[141]. وهو تقريبا نفس التعريف الذي قال به الفقيه مأمون الكوبري حيث عرفه على أنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، ومن خلال هذه التعاريف يتبين أنه لا بد لوجود عقد أو اتفاق من توافر أمرين توافق إرادتين أي اقتران الإيجاب والقبول، وأن تتجه إرادتا الطرفين إلى إحداث أثر قانوني فليس كل اتفاق لإرادتين على شيء يعتبر عقدا بل لا بد أن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني[142].

ومن هذا المنطلق يرى أصحاب هذه النظرية أن الزواج عقد يتم بتلاقي إرادة كل من الزوج والزوجة، وهذا الاتفاق يرتب الكثير من الحقوق والالتزامات على عاتق كل من الزوجين[143]، ومن هنا يقال حسب أنصار هذه النظرية عن إبرام الزواج إبرام عقد الزواج، فهو اتفاق بين طرفين لإحداث أثر قانوني وهو الرابطة الزوجية وما يترتب عليها من التزامات وحقوق.[144] وهذا نفس الموقف الذي أخذ به بعض الفقه الإسلامي، الذي جعل من الزواج عقدا، حيث عرفه ابن عرفة المالكي بكونه عقد على مجرد التلدد بآدمية[145].

إذن من خلال ما سبق يتضح أن الزواج هو عقد من ناحية أنه يتطلب ضرورة توافق الإرادتين أي الإيجاب والقبول، إلا أنه ليس من العقود التي يحق فيها للطرفين أن يحددوا الآثار التي تنشأ عنه، بل إن الشارع هو الذي حدد تلك الآثار التي تنشأ عنه، وبين ما يترتب عن كل واحد من الطرفين من حقوق وواجبات[146]، كما أنه يختلف عن العقود العادية من ناحية أنه يمكن لأحد الطرفين أن ينهيه بالإرادة المنفردة، وذلك عن طريق الطلاق[147]، بالإضافة إلى أن عقد الزواج يعتبر من العقود الشكلية التي لا

---

(141) عبد الحق صافي: "الوجيز في القانون المدني، الجزء الأول، المصادر الإرادية للإلتزام (العقد والإرادة المنفردة، دراسة في ق ل ع وفي القوانين الأخرى"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2020، ص: 20.

(142) مأمون الكزبري: مرجع سابق، ص: 30-31.

(143) حاتم دايدو: "المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة"، مرجع سابق، ص: 115-116.

(144) فتيحة الشافعي: "التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2002-2003، ص: 134.

(145) عبد الله محمد الأنصاري: "الرصاع شرح حدود بن عرفة المرسوم الهدايا الكافية والشافية لبيان حقائق الإمام إبن عرفة الوافية"، القسم الأول، تحقيق محمد أبو الأجفان الطاهر المعمور، مطبعة دار العربي الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى، 1993، ص: 235.

(146) خالد بن مومن: "المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة"، مرجع سابق، ص: 216.

(147) لوبنة أكريكر: مرجع سابق، ص: 42.

يكفي فيها مجرد التراضي بل لا بد فيها من الإشهاد وهو المراد بالبينة وهي تشمل البينة الحقيقية، والتي هي شهادة عدلين أو ما يقوم مقامها[148].

وهكذا اعتبر المشرع عقد الزواج من العقود الرضائية الفورية حيث ينبني على أساس تقابل إرادتي الرجل والمرأة عن طريق اقتران الإيجاب والقبول، وهو من العقود الفورية حيث تسري آثاره على الطرفين بمجرد إبرامه[149].

وما يدل على الطابع التعاقدي للزواج كذلك قوله تعالى: "ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله[150].

كل هذا لا يعني أن النظرية التعاقدية كافية لتحديد طبيعة القانونية للزواج بل لا بد من فكرة النظام القانوني.

الفقرة الثانية: الزواج باعتباره نظام ومؤسسة قانونية

الزواج حسب النظرية النظامية هو نظام قانوني يهدف إلى إنشاء الأسرة التي هي الخلية الأولى واللبنة الأساسية التي منها يتكون المجتمع، وأساس هذه الخلية الرجل والمرأة تربطهما رابطة الزواج تبعدهما عن مشابهة الحيوان، ولذا فقد أقام الإسلام الزواج على رباط قوي وهو المودة والرحمة ليحيى في ظل هذا الجو النسل الطيب القويم، لأن من النتائج الطبيعية للعلاقة بين الرجل والمرأة إيجاد النسل، وهو ما نص عليه الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله "تناكحوا النسل وتكاثروا"[151].

فإذا كانت الأسرة تشكل نظاما قانونيا فإن الزواج يعتبر أساس الذي يقوم عليه ذلك النظام وإرادة الزوجين لا تنشئ عقدا بقدر ما تحقق انضمامهم إلى نظام قانوني، فالانضمام إلى نظام معين يختلف اختلافا جوهريا في إبرام العقد، فبالرغم من أن إرادة الأطراف تعلب دورا في الحالتين إلا أن ذلك الدور مختلف، فالشخص الذي ينظم إلى

---

(148) حاتم دايدو: مرجع سابق، ص: 112.
(149) لوبنة أكريكر: مرجع سابق، ص: 43.
(150) سورة البقرة الآية 233.
(151) عبد الكريم شهبون: "الشافي في شرح مدونة الأسرة"، الجزء الأول، الكتاب الأول، الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 2006، ص:22.

جمعية أو مؤسسة لابد من طبيعة الحال أن يتم انضمامه بناء على الإرادة، فهو يقبل دون مناقشة القواعد التي تنظم ذلك الجموع، وكذلك الأمر بالنسبة للزواج، فالزوجان لا يفعلون أكثر من أن ينضما إلى نظام الزواج بالصورة التي ينظمها المشرع، دون أن يستطيعا إدخال أي تعديل على آثاره، ودون مناقشة ما يتضمنه من قيود على حريتهم من أجل تحقيق مصلحة النظام وخاصة من أجل تحقيق استقرار النظام[152].

ولهذا يختلف النظام عن العقد ففي النظام تقتصر إرادة الزوجين على قبول الانضمام إلى نظام الزواج وذلك بالزواج، أما في العقد فإن الإرادة يجب أن يكون لها دور أكثر وخاصة في تحديد آثار العقد وهو ما ينعدم بالنسبة للزواج[153].

والنظرية التي تقول بأن الزواج نظام قانوني تتماشى مع أحكام الفقه الإسلامي، حيت أن الإرادة في الشريعة الإسلامية تنشئ العقد فعلا، بينما أحكام العقود وأثارها تكون من الشارع لا من العاقد[154].

ورغم أن اعتبار الزواج نظاما قانونيا يتلاءم إلى حد ما مع موقف الفقه الإسلامي من عقد الزواج إذ أن من خصائص النظام القانوني، أن الزوجان لا يفعلان أكتر من أن ينظمها إلى نظام الزواج بالصورة التي نضمها المشرع دون أن يستطيعا إدخال أي تعديل على آثاره، ودون مناقشة ما يتضمنه من قيود[155]. من خلال ما سبق يتضح أن كلا من النظريين: "التعاقدية وفكرة النظام "يكمل الآخر، وهذا ما يعرف بالنظرية "المختلطة " **فما هي الأفكار التي تقوم عليها هذه النظرية؟**

الفقرة الثالثة: النظرية المختلطة لرابطة الزواج

في مجال تحديد الطبيعة القانونية للزواج، نرى أن كلا من النظرية التعاقدية وفكرة النظام، تعتبر غير كافية إذا أخذت كل منها على حدة وللتوصل إلى تكيف سليم

(152) الحسنية لعديري: مرجع سابق، ص: 40.
(153) لوبنة أكريكر: مرجع سابق، ص، 44.
(154) حاتم دايو: مرجع سابق، ص: 118-117.
(155) لوبنة أكريكر: مرجع سابق: ص: 45.

للزواج نرى ضرورة الأخذ بين النظرتين تتكاملان، كلاهما يتفادى العيوب والقصور الذي تعانيه النظرية الأخرى، وذلك من الضروري المزج بين كل من النظريتين.

هكذا تنفرد هذه النظرية عن سابقتها بكونها، توزع الزواج بين الإرادة والقانون، معتبرة أن الزواج يعتمد على الإرادة، لذلك فهو إرادي ورضائي من جهة. كما أن الزواج في نظرها مؤسسة ونظام من جهة أخرى. وهكذا فالزواج هو عقد بين الطرفين يقوم بتلاقي الإرادات تجعله يخضع للقواعد الخاصة بالعقد حول وجود الرضا وصحته. وهذا العقد هو المعبر عن الإرادة في الزواج فقط أما أثاره فهي حددها القانون[156].

وبطبيعة الحال، فالانضمام لا بد أن يسبقه اتفاق بين الأطراف، فليس الذي يدخل الأسرة ويكونها شخصان منعزلان عن بعضهما البعض، ولكن لا بد من أن يوجد تعاقد سابق بينهما من أجل الانضمام إلى نظام الزواج، وليس معنى ذلك أن النظرية التعاقدية كافية لتكييف طبيعة الزواج.

فنظرية النظام القانوني تكمل تلك النظرية العقدية، وذلك بإيضاحها الصفة الآمرة للقواعد القانونية التي تحكم الزواج. فعقد الزواج يتميز بأنه ينشئ نظاما قانونيا، ألا وهو الأسرة. وهذا النظام تنظمه السلطة الدينية، وتحدد الآثار التي تترتب على الانضمام إليه وتضع بالتالي ذلك النظام أمام نظر الأطراف ليقررا وليتزوجا إن شاء الله.

ويبرز الطابع المختلط للزواج "العقدي" والنظامي" بشكل جلي في التشريع المغربي لاسيما وأن المشرع المغربي في مدونة الأسرة وسع من مجال العلاقات الأسرية، في حين ظلت في العديد من قوانين الأسرة العربية خاصة والإسلامية بصفة

(156) Daniell Sterckx : « Le mariage En Droit Civil », Imprimerie De Bock Et Lancier, Bruxelles 2004, p : 60.

عامة منكمشا ومحدودا لاعتبارات اجتماعية وثقافية ونتيجة التفسير الضيق للنصوص مجال الإرادة حتى وقت قريب هو ميدان العقود المدنية دون عقد الزواج[157].

وهكذا نصت مدونة الأسرة في المادة ***47*** على أن "الشروط كلهما ملزمة إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالفة القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا"

فالمشرع المغربي رغم إقراره بإمكانية إدراج الشروط الإرادية في عقد الزواج فان الإرادة ليست مطلقة، بل مقيدة بضرورة عدم مخالفة أحكام العقد ومقاصده والقواعد الآمرة، وهذا ما يبرز أن الزواج رغم كونه عقدا فإنه من حيت آثاره يظل خاضعا لنظام القانون ما يزكي هذا القول أن المشرع حدد في المادة ***51*** من مدونة الأسرة[158]، الحقوق والوجبات المتبادلة بين الزوجين التي لا يجوز مخالفتها، بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع منح إمكانية الاتفاق على تدبير الأموال المشتركة خلال قيام العلاقة الزوجية[159].

وبهذا تكون مدونة الأسرة أعطت دائرة واسعة لمبدأ سلطان الإرادة في توسيع مجال الاشتراط في عقد الزواج وتوسيع هامش بين الزوجين[160].

كما أن المادة ***4*** من مدونة الأسرة عرفت الزواج على أنه "ميثاق تراضي وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء

---

(157) إدريس الفاخري، "دور الإدارة في إبرام عقود الزواج في ظل نصوص مدونة الأسرة الجديدة"، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 9، شتنبر 2004، ص: 14.

(158) تنص المادة 51 من مدونة الأسرة على أن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:
-المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة وعدل وتسوية عند التعدد
-إحصان كل منهما وإخلاصه للآخر، يلزم العفة وصيانة العرض والنسل
-المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة
-تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال
-التشاور في اتخاد القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم الناس
-حسن معاشرة كل منهما لأبوي الآخر ومشاركة احترامهم وزيارتهم
-حق التوارث بينهما.

(159) أمال ركاني: "مدونة الأسرة وسؤال المرجعية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، 2005-2006، ص: 100.

(160) إدريس الفاخري: "دور الإرادة في إنهاء عقود الزواج على ضوء مدونة الأسرة"، مرجع سابق ص: 76.

أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة[161]. وهو نفس التعريف الذي ورد بالحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس ورد بأن الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجية[162].

وخلاصة القول فإن عقد الزواج دو طبيعة خاصة يجمع بين الطابع العقدي والنظامي، فالزواج رغم كونه عقدا فإنه من حيث آثاره يظل خاضعا لنظام قانوني ما يقوي هذه الفكرة هو التنصيص المشرع على مجموعة من الحقوق والوجبات المتبادلة بين الزوجين والتي لا يجوز مخالفتها.

أما من حيث اعتباره عقد دينيا أو مدنيا أو يجمع بين الإثنين فهذه الطبيعة أثارت اختلافا كبير بين الفقه إذ من خلال ما سبق التطرق له يمكن القول أن الأمر اتضح شيء ما من تم لا داعي للخوض في جميع الآراء الفقهية فعقد الزواج يجمع بين الصفة الدينية والمدنية هذه الأخيرة التي تتجلى في تكوينه، إذ أنه لا يرتبط بأية طقوس دينية مع ضرورة مراعاة القواعد الآمرة الموانع الشرعية وغيرها من القيود التي تمنع من تكوينه في حالة توافرها. بالإضافة إلى اعتباره ميثاق تراضي، حيث تم الاعتماد على الرضى السليم كأساس لانعقاده، في حين يتجلى الطابع الديني لعقد الزواج من حيث الأثار، فيظل عقدا دينيا خاضعا لمجموعة من القواعد الآمرة المستقات من أحكام الشريعة الإسلامية التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ونظرا لهذه الطبيعة الخاصة لعقد الزواج سأحاول البحث عن مدى إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية المدنية في إطار رابطة الزواج.

---

(161) الطاهري كركري: "الخطبة والزواج في مدونة الأسرة"، مقال منشور بمجلة الشارة، العدد 1 مطبعة دار السلام للطباعة والنشر، طبعة 2007، ص: 142.

(162) حكم رقم 680 صادر عن المحكمة الإبتدائية بمكناس، قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 2019-1607/4689، بتاريخ 2020/03/03، غير منشور.

المطلب الثاني: الحماية القانونية لرضائية عقد الزواج

يعتبر عقد الزواج حسب المادة الرابعة من مدونة الأسرة بأنه ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، حيث يخضع الزواج عند إبرامه، وترتيب أثاره لرضا سليم من العيوب التي قد تشوبه، والواردة في قانون التزامات والعقود[163]، إذ يعتبر الزواج صحيحا متى صح معه كل من الإيجاب والقبول أي أنهما خاليان من أي عيب من عيوب الإرادة، الشيء الذي عمل المشرع المغربي على تجسيده من خلال إفراد حماية قانونية لرضائية عقد الزواج من خلال إعطائه الحرية للأفراد لاختيار شريك الحياة بإرادة حرة وسليمة[164].

إلا أنه وفي هذا الإطار يتعين التمييز بين الحالة التي تكون فيها الإرادة غير موجودة وبين الحالة التي تكون وفيها الإرادة موجودة ولكنها معيبة.

فالإرادة غير الموجودة هي مجرد مظهر خارجي لإرادة موهومة لا حقيقة لها كما لو كان المتعاقد صبيا غير مميز مثلا فهذه الإرادة لا وجود لها لأن مناط الإرادة التميز، ومن ثم لم تتعلق بمحلها لانعدامها فكان العقد باطلا لا وجود له، أما الإرادة المعيبة فهي إرادة موجودة لكنها صدرت من شخص على غير بينة من أمره[165].

وقد حدد المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود عيوب الإرادة في الغلط والتدليس والإكراه والغبن ثم أورد حالة المرض وحالات أخرى مشابهة له، لكن هل هذه العيوب ذاتها تطرق إليها المشرع في مدونة الأسرة وهو بصدد إنشاء وتنظيم العلاقة الزوجية؟

وإذا كانت مدونة الأسرة قد أبقت على نفس المقتضيات المتعلقة بكيفية انعقاد عقد الزواج وشروط صحته، على النحو الذي كان مضمنا في مدونة الأحوال الشخصية، فإنها نحت منحا جديدا وهي تنظم المقتضيات المتعلقة بمدى صحة إرادة

---

(163) محمد كريكر: "المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة، الفسخ والطلاق والتطليق نماذج"، مرجع سابق، ص: 46.
(164) الحسنية لعديري: مرجع سابق، ص: 42.
(165) لبنى الغومرتي: "النظرية العامة للالتزامات"، بدون ذكر المطبعة، طبعة ماي 2020، ص: 2.

طرفي العقد حيث تطرقت إلى مواضيع جديدة متعلقة بعيوب الرضا كالإكراه والتدليس وهي مقتضيات لها ارتباط وثيق بالقانون المدني.

وهكذا نصت المادة 12 من مدونة الأسرة على أنه "تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63و66 بعده"، ونجد أن مقتضيات المادتين المحال عليهما من قبل هاته المادة ترتب إمكانية فسخ الزواج خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حفظ الحق في طلب التعويض[166].

وللوقوف أكثر على أحكام الزواج المشوب بعيب من عيوب الرضا وانسجاما مع ما تم التنصيص عليه سوف أقسم هذا المطلب إلى ثلاث فقرات، وذلك من خلال التطرق لحكم عقد الزواج المشوب بالإكراه **(الفقرة الأولى)** تم التطرق لحكم عقد الزواج المشوب بالتدليس**(الفقرة الثانية)** وفي إطار تقييمات لعوب الرضى في عقد الزواج سوف نختم هذا المطلب بالتطرق في **(الفقرة الثالثة)** إلى التدليس والإكراه بين الخصوصية والمحدودية.

الفقرة الأولى: عقد الزواج المشوب بعيب الإكراه

إن الأصل في عقد الزواج الرضائية، أي أنه من عقود التراضي فالزوجان حران بإرادتهما في أن يتعاقدا وفق مشيئتهما وإرادتهما إذ أن العقد شريعة المتعاقدان، ولا إجبار أو إكراه لأحدهما على الآخر، وما وظيفة القانون سوى حماية الأفراد في أعراضهم وأموالهم، وفقد نص الفصل 19 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن، لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط الأخرى التي يعتبرها الأطراف أساسية[167].

---

(166) فؤاد الشرفاوي: "الاختصاص القضائي في المنازعات الأسرية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2018-2019، ص: 82-83.

(167) خالد التومي: "الطابع المدني لمدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص: 18.

إذن فإن العيوب التي قد تعيب حرية الأطراف في التعاقد أوقد تتعارض مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين نجد عيب الإكراه لقد عرف المشرع المغربي في الفصل 46 من ق ل ع الإكراه بكونه "إجبارا يباشر من غير أن يسمح به القانون ويحمل بواسطته شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه "كما عرفه أحد الفقه " ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيدفعه إلى التعاقد "[168].

فالإكراه بهذا المعنى يعيب الإرادة في أهم عناصرها وهو عنصر الحرية والاختيار[169] إذا أن المبدأ المتفق عليه في جميع التعاقدات هو حرية الإرادة، إرادة الشخص في أن يتعاقد وفقا للشروط التي يرتضيها، والإكراه ضغط يمارس على الشخص أو المتعاقد للتحكم فيه والتأثير في إرادته وذلك عن طريق التخويف والترهيب لجعله يقدم على إبرام العقد، بحيث لولا ذلك لما تعاقد والإكراه في حد ذاته ليس هو الذي يفسد الرضا ويعيب الإرادة وإنما الخوف الذي يوحي به هو الذي يعيب الرضى، بمعنى أن الإكراه الذي لا يصل إلى حد توليد هذه الرهبة لا يعيب الإرادة ولا يمسها[170]. **فما هي شروط قيام الإكراه في عقد الزواج وما هي آثار هذا الإكراه؟**

أولا: شروط قيام عيب الإكراه في عقد الزواج.

نظمت المادة 63 من مدونة الأسرة أحكام الإكراه كعيب من عيوب الرضا بقولها "يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من اليوم زوال الإكراه أو من تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض[171].

---

[168] سليمان المقداد: "مركز الإرادة في العقود"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، وكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، سنة الجامعية 2013-2016، ص:101.

[169] مأمون الكزبري: "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي"، الجزء الأول، مرجع سابق، ص: 111.

[170] سليمان المقداد: مرجع سابق، ص: 101.

[171] المادة 63 من مدونة الأسرة.

ومن خلال مقتضيات هذه المادة نلاحظ أن المشرع المغربي في مدونة الأسرة، نظم عيب الإكراه مخولا للشخص الذي مورس عليه إكراه من أجل إبرام عقد الزواج طلب فسخ العقد قبل البناء وبعده إضافة إلى حقه في طلب التعويض، خلال أجل لا يتعدى شهريين من يوم زوال الإكراه، وبمراعات المادة 63 من مدونة الأسرة ومقتضيات الفصل 47 من قانون الالتزامات والعقود[172]، والإكراه لا يخول فسخ عقد الزواج والحق في طلب التعويض إلا إذا توفرت شروطه، وهي نفس الشروط المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود طالما أن مدونة الأسرة لم تقم بتحديدها بتفصيل. وتتمثل هذه الشروط في استعمال وسيلة للضغط على أحد الزوجين تجاه الآخر ألحقت به ضررا، وأن يكون الإكراه هو الدافع إلى التعاقد، وأن تكون وسيلة الإكراه أو الضغط غير مشروعة[173].

أ-استعمال وسيلة الضغط على الشخص: فهذا لا يكون محلا للإكراه إلا إذا تم استعمال وسائل الضغط على أحد الزوجين بحيث تحدث له حسب الفصل 47 من قانون الالتزامات والعقود إما ألما جسديا أو اضطرابا نفسيا، والعبرة في الإكراه ليست بوسيلة الضغط المستعملة في حد ذاتها وإنما بما تبعثه من رهبة وخشية في نفس المتعاقد يصل إلى حد اضطرابا في نفسه يجعل إرادته غير سليمة[174].

ولا يهم أن تقع هذه الوسيلة على جسده كالضرب والتعنيف، أو على نفسه كالتهديد بإلحاق ضرر أو بإثارة فضيحة إذ العبرة بما تحدثه هذه الوسيلة، من ألم جسمي له أو اضطراب نفسي أو بما تبعته لديه من رهبة تجعله يتخوف من تعويض نفسه وشرفه أو أمواله لضرر كبير[175].

---

[172] ينص الفصل 47 من قانون الالتزامات والعقود على أن الإكراه لا يخول إبطال الالتزام إلا:
-1إذا كان هو السبب الدافع إليه.
-2إذا قام على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه إما ألما جسيما أو إضرابا نفسيا... أو الخوف من تعويض نفسه أو شرفه أو أمواله بضرر كبير مع مراعاة السن والذكورة والأنوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثرهم.

[173] محمد كريكر: مرجع سابق، ص: 51.

[174] إدريس الفاخري: "تعويض المضرور في العلاقات الأسرية بين نصوص قانون الالتزامات والعقود ومدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص: 51.

[175] محمد لزعر، مرجع سابق، ص: 47.

من صور ذلك أن يجبر شخص معين امرأة على الزواج تحت التهديد وبالخطف أو القتل أو غير ذلك، أو تجبر امرأة رجلا على الزواج تحت التهديد بالتصفية الجسدية أو غير ذلك[176].

ب-أن يكون الإكراه دافعا إلى التعاقد: إن العبرة في الإكراه ليست بوسيلة، وإنما بما تخلفه هذه الوسيلة من أثر في نفس العاقد، أي الرهبة التي تنبعت في نفس العاقد فتدفعه إلى التعاقد،[177] وعليه إذا تعرض العاقد إلى الإكراه أثناء التعاقد لكن تبين أن إرادته لم تتأثر، كان العقد صحيحا لأن الإكراه لم يكن دافعا إلى التعاقد[178].

جاء بهذا الخصوص في الفصل 47 من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على أن الإكراه لا يخول إبطال الالتزام إلا إذا كان هو السبب الدافع إليه وبالتالي فالإكراه يجب أن يكون هو الدافع والسبب وراء إبرام عقد الزواج بحيث يكون هذا التعاقد قد تم تحت تأثير الرهبة التي تولدت في نفس أحد الزوجين وجعلته يبرم العقد.

ج-أن يكون الهدف من الإكراه تحقيق غرض غير مشروع: يجب أن ينطوي الإكراه على فعل التعدي غير المبرر قانونيا بغية تحقيق غرض غير مشروع دون وجه حق ومن غير أن يسمح به القانون فكلما كان الغرض المراد تحقيقه غير مشروع فإن الإكراه يتحقق حتى ولو كانت الوسائل المستعملة مشروعة كأن يهدد شخص مرتكب جريمة ما بالتبليغ عنه لإجباره على التوقيع على عقد الزواج[179].

ثانيا: آثار قيام عيب الإكراه في عقد الزواج.

تتجلى آثار الإكراه في طلب فسخ عقد الزواج سواء قبل البناء أو بعده خلال أجل لا يتعدى شهريين من يوم زوال الإكراه، إضافة إلى حقه في طلب التعويض فإذا كان الإكراه هو الدافع لإبرام عقد الزواج، يحق للضحية أن يطلب من المحكمة فسخ

---

(176) عبد الكبير الصوصي العلوي: "المختصر في مدونة الأسرة على ضوء العمل القضائي"، الخطبة والزواج، الطلاق، الولادة، الأهلية، النيابة الشرعية، مطبعة سجلماسة، بدون ذكر الطبعة، 2018-2019، ص: 65.

(177) عائشة أفقير: مرجع سابق، ص: 53.

(178) عبد الحق الصافي: "القانون المدني الجزء الأول المصدر الإرادي للالتزامات العقد"، الكتاب الأول (تكوين العقد) مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2006 ص: 358.

(179) فاطمة الزهراء العربي: مرجع سابق، ص: 31.

العقد سواء قبل البناء أو بعده شريطة أن يتقدم بطلبه خلال أجل لا يتعدى شهريين من يوم زوال الإكراه، زيادة على حقه في طلب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي حصلت له من يوم إبرام العقد تحت ضغط الإكراه، كما أنه يحق له أن يطلب من المحكمة الحكم له فقط بالتعويض دون الفسخ مادام أن المحكمة لا تملك التصريح بفسخ العقد في هذه الحالة تلقائيا[180].

وتفعيلا للمادة 63 من مدونة الأسرة جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط قسم قضاء الأسرة ما يلي: حيث أن العلاقة الزوجية قائمة بين الطرفين استنادا إلى عقد الزواج المومأ إليه، وحيث أوضحت المدعية بأنها كانت ضحية إكراه تمتل في تهديد أستاذها لها بالرسوب إذا لم تقبل الزواج به فقبلت بهذا الزواج تفاديا للرسوب المتوقع إذا لم يتم قبولها له، وحيث أجاب المدعى عليه بأنه لا أساس لما تدعيه زوجته من صحة، موضحا بأن تصريحها لدى العدليين بالموافقة على الزواج وتوقيعها في مذكرة الحفظ وكذا على عقد الزواج دليل على موافقتها، وحيث أجابت الزوجة بأن كل ذلك صدر منها تحت الإكراه، وأنها لو كانت راغبة في ذلك لما أجلت الدخول للمدة المذكورة، وأنه لو كانت الغاية إنهاء العلاقة فقط للجأت إلى وسيلة أخرى ولكنها أرادت إنصافها، مضيفة أن ما أدلت به يؤكد ادعائها.

وحيث إن المحكمة باطلاعها على الوثائق العدلية المومأ إليها تبين أنها ستقبل الزواج بأستاذها تحت إكراهه لها ولولا ذلك ما قبلت، كما أن شهود اللفيف أكدوا بأنهم يسمعون أن زواجها كان تحت الإكراه بأستاذها.

وحيث استنادا إلى ما ذكر، وكذا إلى البحث الذي أجرته المحكمة مع بعض أفراد الأسرتين الذين وإن جاءت تصريحاتهم متباينة فإن اتفاقهم على أنه تم التغلب في البداية على احتواء الموقف يجعل قول المدعية رجحا، ويؤكده أيضا قرينة تأخير الدخول للأجل المذكور، وقرينة لجوئها إلى إنهاء العلاقة الزوجية بالفسخ قصد

(180) محمد كريكر: مرجع سابق، ص: 52.

إنصافها دون وسيلة أخرى كالشقاق كما يدل على أن إرادتها إبان زواجها كانت معيبة فعلا بإكراه زوجها أنذاك لها، ويعتبر بالتالي طلبها مؤسسا ويتعين قبوله.

ولهذه الأسباب قضت المحكمة بفسخ عقد الزواج للإكراه وتعويض الزوجة عما لحقها من ضرر، وحيث إن هذا الزواج أثر على نفسها ووضعها، وقدرت لها تعويض في مبلغ 20000درهم[181].

يتضح من خلال حيثيات هذا الحكم أن المحكمة ذهبت بالإضافة إلى فسخ عقد الزواج، إقرارها تعويضا مهما جبرا للضرر الذي لحق المدعية نتيجة هذا التصرف الذي أثر على نفسيتها، وبذلك يكون القضاء مفعلا بشكل إيجابي لمقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة المتعلقة بضرورة حماية الإرادة عند إبرام عقد الزواج.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن الإكراه باعتباره سبب من أسباب فسخ عقد الزواج، مسألة لم تكن في فصول مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، فهي مسألة جاءت بها مدونة الأسرة وذلك لما فيها من محاسن، والتي تتمثل في حماية عقد الزواج وحماية كل طرف فيه من أية ممارسة أو سلوكيات تتنافى مع مبدأ الرضائية والحرية والاختبار، إذ لا يصح كل عقد زواج أبرم تحت إكراه، فهو مهدد بالفسخ والانحلال، وهو ما يعتبر من أهم تجليات مبدأ سلطان الإرادة في العلاقة الزوجية[182].

الفقرة الثانية: عقد الزواج المشوب بعيب التدليس

التدليس هو استعمال أساليب احتيالية بهدف إيقاع شخص في غلط يدفعه إلى التعاقد، فالشخص الذي يقدم على التعاقد بفعل التدليس يكون معيب الإرادة بسبب وقوعه في الغلط إلا أن الغلط في هذه الحالة يختلف عن الغلط العادي فإن الأول يقع فيه

(181) حكم رقم 17/2005 صادر عن المحكمة الإبتدائية بالرباط، قسم قضاء الأسرة، في ملف رقم 2005/101، بتاريخ 14-01-2005، منشور بمجلة القبس المغربية، العدد الثاني، يناير 2012، الصفحة 301.

(182) محمد لزعر: مرجع سابق، ص: 51.

المتعاقدان نتيجة استعمال وسائل احتيالية من طرف الغير، بينما في الثاني بصفة تلقائية ودون تدخل من الغير[183].

إذن فالتدليس هو عبارة عن مجموعة من الوسائل الاحتيالية التي يمارسها أحد المتعاقدين قصد تمويه الحقيقة وتضليل الطرف الآخر، الشيء الذي يحمله على التعاقد[184]، والتدليس باعتباره قد تم بطرق الحيلة والخداع، وهو يعتبر في حد ذاته عملا غير مشروع، وبالتالي يرتبط التدليس بنظرية المسؤولية التقصيرية، فباعتباره عملا غير مشروع فإنه يوجب على الطرف المدلس تعويض للآخر[185].

فالمتعاقد تحت وطأة التدليس إنما يتعاقد تحت تأثير الوهم في ذهن المدلس، فإرادته ليست إذن حرة سليمة بل هي معيبة والعيب الذي يشوبها هو الغلط الذي ولده التدليس[186].

وقد نظم المشرع المغربي أحكام التدليس في المواد 12 و63 و66 من مدونة الأسرة، فما هي شروط قيام عيب التدليس في عقد الزواج؟ وما هي آثاره؟

أولا: شروط قيام عيب التدليس في عقد الزواج

ولكي يكون التدليس عيبا في الإرادة فإنه يتعين توافر الشروط الآتية:

الإقبال على ارتكاب الأفعال والأساليب الاحتيالية وأن تكون هذه الأساليب الاحتيالية هي الدافعة إلى التعاقد، أن يتم ارتكاب المناورات التدلسية من طرف أحد المتعاقدين أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه[187]، فهل هذه الشروط هي المعمول بها في مدونة الأسرة؟

---

(183) عبد الحق الصافي: "الوجيز في القانون المدني"، الجزء الأول المصادر الإرادية لالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، دراسة في ق ل ت وفي القوانين الأخرى، مرجع سابق، ص:107.

(184) عبد القادر العرعاري: "المسؤولية المدنية دراسة مقارنة على ضوء النصوص التشريعية"، مطبعة دار الأمان، الطبعة الثالثة 2014، ص: 117.

(185) الحسنة لعديري: مرجع سابق، ص: 47.

(186) مأمون الكزبري: مرجع سابق، ص: 98.

(187) عبد القادر العرعاري: مرجع سابق، ص: 152-153.

أ- استعمال المدلس وسائل احتياليه لتضليل المدلس عليه

إن التدليس الذي يمكن أن يستعمله المدلس للوصول إلى غرضه متنوعة، ويمكن أن تتمثل في استعمال وسائل مادية كتقديم وثائق مزورة أو شهادات كاذبة بقصد طمس الحقيقة، وتغليط المتعاقد، وقد تكون هذه الوسائل كذلك متمثلة في الكذب أو كتمان كل هذه الوسائل يجب أن تستعمل قصد الاحتيال على شخص وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد، فإن لم يوجد ذلك القصد فإن التدليس ينتفي، ويجب أن تكون نية التضليل هذه تهدف إلى تحقيق غرض غير مشروع [188]، ولقيام التدليس في عقد الزواج كعيب للإرادة، فإنه يجب أن تستعمل طرقا ووسائل احتيالية تولد غلطا في هذا الزوج الآخر فتخفي الحقيقة عنه وتولد الغلط في دهنه، وتحمله على اعتقاد مخالف للواقع ولبعض الأمور والعناصر والتي على أساسها صدر قبول بإبرام عقد الزواج[189]، وهذا العمل الذي يقدم عليه المدلس يقوم على عنصرين، عنصر مادي وهو عبارة عن الوسائل والسبل التي استعملها المدلس، وعنصر معنوي يقوم على توفر نية التضليل[190]، ومثال ذلك أن يبرز الخاطب للمخطوبة وثيقة تثبت ممارسته لعمل شريف، فتوافق على عرضه بالزواج ويبرم العقد يظهر لها بعد ذلك أن الأمر على خلاف ذلك، وكأن يكون زوجها مثلا يمارس عملا غير شريف.

ب-كون الوسائل الاحتيالية هي التي دفعت إلى التعاقد

لا يكفي التدليس استعمال وسائل الخداع والحيل، بل يجب أن يثبت أن تلك الوسائل هي التي دفعت المدلس عليه للتعاقد، إذ لولاها لما قبل إبرام العقد وهو ما ينص عليه الفصل 52 من قانون الالتزامات والعقود[191]، حيث على مدعي التدليس إثبات كون هذه الوسائل الاحتيالية هي التي جعلته يتعاقد، أي يكون التدليس حاسما للرضى،

---

(188) عبد الحق الصافي: "الوجيز في القانون المدني، الجزء الأول، المصادر الإرادية للإلتزام، العقد والإرادة المنفردة"، مرجع سابق، ص: 10-109.

(189) محمد لزعر،:مرجع سابق، ص: 52.

(190) خالد التومي: "جنوح مدونة الأسرة نحو تطبيق بعض القواعد المدنية، عيوب الإرادة نموذجا"، مقال منشور بمجلة دفاتر القانونية، العدد الأول، ماي2005، ص: 245.

(191) ينص الفصل 55 من قانون الالتزامات والعقود على أن، "التدليس يخول الإبطال إذا كانت الحيل أو الكتمان ... قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر".

وتحديد ذلك يعتبر من المسائل الواقعية التي يعود تقديرها لقاضي الموضوع تبعا لظروف القضية، ويسترشد في ذلك بما تواضع عليه الناس في تعاملهم[192]، الاعتماد في هذا الإطار على الظروف الشخصية التي تحيط بضحية التدليس من دكاء وعلم وتجارب وخبرته وسذاجته... والمعيار هو الرجل العادي[193].

بمفهوم المخالفة يمكن القول بأن التدليس غير الدافع للتعاقد لا يكون سببا للمطالبة بفسخ عقد الزواج[194].

وهذا ما أخذت به مدونة الأسرة في المادة 63 بقولها "يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج "[195].

ج-صدور الوسائل الاحتيالية عن المتعاقد الآخر أو كونه علم بها

جاء في نص المادة 52 من ق ل ع بان التدليس يخول إبطال العقد إذا ما صدر عن أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه، تم أضاف ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالما به أما إذا كان المتعاقد مع المدلس عليه غير عالم بالتدليس الذي باشره الغير، فإن المدلس عليه لا يستطيع الطعن بالعقد للتدليس الذي كان عرضة له والمطالبة بإبطال العقد، بل يكون حقه محصور بمدعاة المدلس بالعطل والضرر ليس إلا[196].

وهذا الشرط لم تشر إليه صراحة مقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة، إلا أنه يبقى من القواعد العامة الوارد النص عليها في الفصل 52 من قانون الالتزامات والعقود بقوله التدليس يخول الإبطال، إذا كان ما لجأ إليه من حيل أو كتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث

---

(192) عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص: 212.
(193) عبد العالي دقوقي: الوجيز في القانون المدني، النظرية العامة للالتزام (المصادر الإرادة للإلتزام)"، مطبعة سجلماسة مكناس، الطبعة الثانية 2019، ص: 134.
(194) سليمان المقداد: مرجع سابق، ص: 106.
(195) المادة 63 من المادة الأسرة.
(196) مأمون الكزبري: مرجع سابق، ص: 108.

لولاها لما تعاقد الطرف الآخر، ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالما به[197].

أما إذا كان المتعاقد المدلس عليه عالم بالتدليس الذي باشره الغير، فإن المدلس عليه لا يستطيع الطعن في عقد الزواج للتدليس الذي كان عرضة له والمطالبة بفسخ العقد بل يبقى مقاضاة القائم بالفعل التدليس ليس إلا[198].

ثانيا: آثار قيام التدليس في عقد الزواج

رغم ما يشوب إرادة أحد الزوجين من تدليس فإن الزواج يبقى صحيحا ومستمرا بين طرفيه ومرتبا لجميع آثاره التي قررتها مدونة الأسرة، وذلك إذا فضل الزوج المدلس عليه الاستمرار فيه رغم اكتشافه للتدليس، إلا أنه على خلاف ذلك، فقد لا يقبل الإبقاء على الرابطة الزوجية لما اكتشفه من سوء نية الزوج الآخر[199].

لأجل ذلك فقد أعطت مدونة الأسرة للزوج ضحية التدليس حق تقديم طلب فسخ عقد الزواج أمام القضاء سواء قبل البناء أو بعده[200]، وأن الاستجابة لطلب فسخ عقد الزواج والحصول على التعويض في هذا الصدد لا يتم إلا إذا رفعت الدعوى داخل أجل شهرين من يوم العلم بالتدليس[201].

فبعد فسخ عقد الزواج في حالة حكمت به المحكمة فإن الطرف الآخر الزوج أو الزوجة ضحية هذا التدليس له الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء ذلك بعد تأكد المحكمة من توافر شروط التدليس وبناء على ذلك يمكن

---

[197] الفصل 52 من قانون الالتزامات والعقود.

[198] محمد لزعر: مرجع سابق، ص: 56.

[199] محمد لزعر: مرجع نفسه، ص: 56.

[200] عبد العزيز معلاوي: "المسؤولية المدنية الناتجة عن التدليس في عقد الزواج"، دراسة على ضوء الاجتهاد القضائي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، السنة الجامعية 2017-2018، ص: 28.

[201] إدريس الفاخري: "قانون الأسرة المغربي، أحكام الزواج"، مرجع سابق، ص: 133.

للمحكمة أن تحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عن فسخ عقد الزواج للتدليس طبقا لمقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة[202].

ولكي ينتج التدليس أثره القانوني يجب إثبات الطرق الاحتيالية التي أخفت الحقيقة عن المتعاقد الآخر لأن التدليس هو تضليل وخداع بشتى أنواع الوسائل.

والمشرع في المادة 63 من مدونة الأسرة عبر عن هذه الوسائل بالوقائع وهذا يترتب عليه أن الزوج المدلس عليه يمكنه إثبات التدليس بجميع وسائل الإثبات، فلا يكفي المطالبة بفسخ عقد الزواج وكذا المطالبة بالتعويض بعد الفسخ بمجرد وجود وسائل التدليس بل لا بد للطرف المتضرر أن يثبت أمام المحكمة أن هذه الوسائل هي التي دفعت المدلس عليه إلى قبول الزواج ولولاها لما تعاقد[203].

ويتجلى التطبيق القضائي لهذا المقتضى من خلال الحكم الصادر عن ابتدائية وجدة قسم قضاء الأسرة، والذي قرر فسخ عقد الزواج للتدليس معتمدا في حيثياته على ما يلي: حيث تهدف الدعوى إلى فسخ الزواج للتدليس، وحيث ادعى الزوج المدعي أن زوجته ترفض معاشرته دائما وهو الأمر الذي أكدته الزوجة خلال جلسات البحث التي أجريت معها، وحيث أن من أهم أسباب الزواج التناسل وتحقيق الرغبة الجنسية لتهدئة النفوس وتستقيم، مما يشكل معه عدم تمكين الزوجة نفسها ضررا بالغا لا يمكن أن تستمر معه العلاقة الزوجية، وحيث إن رفع هذا الضرر يستلزم الاستجابة لطلب الزوج، وبهذا حكمت المحكمة بفسخ عقد الزواج للتدليس وذلك على اعتبار علم الزوجة السابق على إبرام العقد بعدم طاقتها ورغبتها في معاشرة الرجال، ومع ذلك أخفت هذا العيب عن الزوج الذي لم يكتشفه إلا بعد إبرام عقد الزواج، وهو ما يشكل أحد أهم تطبيقات صورة التدليس المتجلية في إخفاء وقائع على الطرف الآخر المتعاقد بحيث لو كان على علم بها لما قام بإبرام هذا العقد[204].

---

(202) محمد كريكر: مرجع سابق، ص:66.

(203) إدريس الفاخري: " تعويض المضرور في العلاقات الأسرية بين نصوص قانون الالتزامات والعقود ومدونة الأسرة"، مرجع سابق: ص: 51.

(204) حكم رقم 7/1383، صادر عن المحكمة الإبتدائية بوحدة قسم قضاء الأسرة، في ملف شرعي عدد 08/29، بتاريخ 2008-11-03، منشور بمجلة المحاماة، عدد 57، دجنبر 2009، ص103.

والملاحظ إذن أن مدونة الأسرة عمدت إلى إعمال قواعد المسؤولية المدنية عند الفسخ الزواج للإكراه أو التدليس.

ذلك من أجل حماية إرادة أطراف عقد الزواج حتى تكون إرادة سليمة، حرة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الرضا يفرض ضمان كل ما من شأنه أن يجعل الزوجين على إتفاق تام، يضمن تحقيق أهداف الزواج، من مودة ورحمة متبادلتين وضمان الاستمرارية والاستقرار في جو يطبعه الرضى، وبهذا فإن المشرع الأسري عندما انفتح على القواعد المتعلقة بعيون الإرادة يكون قد تجاوز القصور الذي كان يعتري مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

لكن صياغة المشرع المغربي للمادة 63 من مدونة الأسرة من خلال نصه على أنه يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع... هذه الأخيرة (الوقائع) قد تخلق بعض اللبس حول اعتبار بعض الأفعال تشكل تدليس يخول فسخ عقد الزواج والتعويض أم لا، من أهم هذه الأفعال إخفاء الزوجة عن الزوج أنها عذراء، وكما هو معلوم فشرط العذرية يمكن القول بأنه في بعض المناطق يشكل لهما أساس ومعيار اختيار الزوجة، إلى درجة أنهم يعتبرون أن المرأة العذراء هي المرأة الصالحة للزواج ولتكوين الأسرة الصالحة، والأكثر من ذلك فالعديد من الأزواج يشترطون في كثير من الأحيان أثناء الخطبة على المخطوبة أن تكون عذراء، وبعد إبرام عقد الزواج وفي ليلة الدخلة يكتشف الزوج أن الزوجة غير عذراء، فإلى أي حد يمكن اعتبار شرط العذرية يخول فسخ عقد الزواج طبقا للمواد 60و61 من مدونة الأسرة أو للفسخ طبقا للمادة 63 من مدونة الأسرة؟ وفي محاولة الإجابة عن هذه الواقعة نورد الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة الذي ورد فيه ما يلي:

إذ بناء على الطلب المقدم من طرف المدعي أعلاه بواسطة نائبه والمسجل لدى كتابة ضبط بتاريخ 2018/04/11 والمأداة عنه الرسوم القضائية والذي يعرض فيه أنه سبق له أن قام بخطبة المدعى عليها وتم الاتفاق على مبلغ الصداق وكل الأمور المتعلقة بالزواج كما اشترط عليها أن تكون عذراء وهو الشيء الذي وافقت عليه

المدعى عليها إلا أنه بعد توثيق عقد الزواج قام بالدخول بها ليتبين له أنها ليست عذراء وبعد إجراء فخص طبي لها تبين أنها فاقدة لذلك من سنتين ونصف تقريبا كما أن المدعى عليها أقرت بذلك يلتمس الحكم بفسخ عقد الزواج المضمن بعدد... مع ما يترتب عن ذلك من الأثار القانونية وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحميلها الصائر.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف المدعى عليها بواسطة نائبها التي تلتمس فيها رفض الطلب لعدم توفر موجبات الفسخ مع تحميله الصائر.

وبناء على الحكم التمهيدي الصادر عن المحكمة بتاريخ 03-07-2018 بشأن إجراء بحث بين الطرفين حيث تم الاستماع اليهما بجلسة 14-11-2018 فصرح المدعي أنه يرغب في فسخ عقد الزواج لكون المدعى عليها ليست بكر وأضاف أنه لم يدخل بها في حين صرحت المدعى عليها أن المدعي دخل بها ويعاشرها معاشرة الأزواج.

وبناء على المستنتجات على ضوء البحث المدلى بها من طرف المدعى عليها بواسطة نائبها والتي تلتمس فيها رد دفوعات المدعي لعدم قانونياتها. وبناء على ملتمس النيابة العامة الرامي إلى تطبيق القانون. وبناء على إدراج القضية بعدة جلسات، وبعد المداولة وطبقا للقانون.

في الموضوع: حيث إن المدعي قد تقدم بطلبه والتمس الحكم وفقه.

وحيث إن الزواج القابل للفسخ طبقا للمادتين 60و61 من مدونة الأسرة هو الزواج الذي لم تتوفر في صداقه الشروط الشرعية أو إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين إلى أن يشفى المريض بعد الزواج أو إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبثوثة لمن طلقها ثلاثا أو إذا كان الزواج بدون ولي وفي حالة وجوبه.

وحيث إن عقد زواج الطرفين أبرم في إطار المواد 10-11-13 من مدونة الأسرة وبالتالي يعتبر عقد صحيح مستوفي لجميع أركانه وشروطه ولا يدخل في صحته شرط العذرية وبذلك يبقى الطلب المقدم من طرف المدعي غير مؤسس قانونا واستحق بذلك الرفض، وحيث أن خاسر الطلب يتحمل صائره.

فحكمت حكمت المحكمة في الموضوع علنيا ابتدائيا وحضورها برفض الطلب وتحميل رافعه الصائر[205].

يتضح من خلال هذا الحكم القضائي والمواد 10-11-13 المشار لها على مستوى هذا الحكم أن شرط العذرية لا يدخل في صحة عقد الزواج وبهذا تكون المحكمة جانبت الصواب لما حكمت برفض الطلب.

وحسب اعتقادي المتواضع ففي هذه الحالة كان على الزوج اللجوء إلى مسطرة فسخ عقد الزواج للتدليس حسب مقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة لأن شروط التدليس السابق الإشارة لها سابقا متوفرة في النازلة الحال، فبخصوص شرط استعمال المدلس وسائل احتيالية لتضليل المدلس عليه فهو يتمثل في الكذب الذي قامت به المخطوبة على أساس أنها عذراء في حين أنها غير ذلك، والذي اتضح من خلال إجراء الفحص الطبي واتضح أنها فاقدة لذلك مند سنتين ونصف تقريبا على زواجهما، بخصوص الشرط الثاني المتمثل في كون الوسائل الاحتيالية هي التي دفعت إلى التعاقد فيتمثل في الاتفاق الذي تم في فترة الخطوبة على أن تكون المخطوبة عذراء إذن فإذا لم يكن من بين أسباب إبرام الزوج لعقد الزواج أن تكون المعنية بالأمر عذراء لما قام الاتفاق معها على أن تكون عذراء في فترة الخطوبة، أما الشرط الأخير المتمثل في كون المدلس عالم بالوسائل الاحتيالية فهي متوفرة في النازلة الحال فكيف يمكن القول أن المخطوبة غير عذراء وغير عالمة بذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي اقتصر على عيبين فقط دون العيوب الارادة المقررة في ق ل ع، مما يدفعنا التساؤل عن حدود تطبيق القواعد العامة على عيوب الإرادة في المجال الأسري؟ وهو ما سيتم التطرق له في الفقرة الموالية.

(205) حكم رقم 2018/566، صادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، في ملف الأحوال الشخصية عدد 1892، بتاريخ 11-12-2018، غير منشور.

الفقرة الثالثة: التدليس والإكراه بين الخصوصية والمحدودية

في إطار انفتاح المشرع المغربي على القواعد المدنية قام بإدراج عيوب الإرادة ذلك من أجل حماية إرادة الزوجين في إبرام عقد الزواج، وفي إطار حمايته لرضائية عقد الزواج بصفة عامة جعل هذه العيوب تتميز بخصوصية هامة مقارنة مع القواعد العامة وهذه الخصوصية التي فرضتها طبيعة عقد الزواج لكن بالرغم من كل ذلك لازالت مجموعة من المقتضيات القانونية تطرح بعض الإشكالات القانونية لدى سأتناول على مستوى هذه الفقرة خصوصية عيوب الإرادة في مدونة الأسرة **(أولا)** ثم أتطرق لبعض إشكاليات عيبي الإكراه والتدليس **(ثانيا)**.

أولا: خصوصية عيوب الإرادة في مدونة الأسرة

لعل من أبرز ما جاءت به مدونة الأسرة، هو إعمالها لعيوب الإرادة في العلاقات الأسرية منفتحة بذلك على قواعد القانون المدني، إلا أن ما يمكن ملاحظته على المدونة في هذا الإطار هو أنها لم تدرج إلا عيبين وهما الإكراه والتدليس، متجاهلة بذلك باقي العيوب الأخرى المتمثلة في الغبن والغلط[206]، فما هو الدافع إلى ذلك؟

يمكن أن نفسر إقصاء المشرع الأسري للغبن في كون أن العنصر الأساسي لهذا العيب هو تلك الخسارة المالية التي تلحق أحد المتعاقدين بسبب الاختلاف في الأداءات المتبادلة بين طرفي العقد، بحيث ينعدم التوازن بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه لحظة إبرام العقد،[207] وهو ما لا يمكن تصوره في عقد الزواج الذي لا وجود فيه لأداءات المتقابلة بالشكل الذي يحصل معه اختلال في المراكز الاقتصادية

[206] فاطمة الزهراء العربي: مرجع سابق، ص: 119.
[207] محمد الشرقاني: "النظرية العامة الإلتزامات (العقد)"، مطبعة سجلماسة مكناس، طبعة 2010-2011، ص: 145.

للمتعاقدين[208]. أما بخصوص الغلط فإن طبيعة عقد الزواج التي تجعله عقدا شخصيا أساسه الرضا المتبادل بين الزوجين، تجعل من الصعب تطبيق هذا العيب عليه[209].

بالإضافة إلى أن المشرع الأسري لم يجز لضحية التدليس أو الإكراه الخيار بين فسخ الزواج أو المطالبة بالتعويض إذ أن إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني وذلك بإزالة العنصر الفاسد منه أو بإضافة العنصر الصالح لقيامه قانونا، يخول إمكانية المطالبة بالتعويض في مواجهة من تسبب بخطأ الذي يتحمل نفقات إعادة العقد إلى كيانه القانوني وذلك بالتعويض عن الأضرار التي أصابت من أجاز العقد.[210] لكن بالمقابل لم يخول مشرع مدونة الأسرة إمكانية التعويض إلا بعد فسخ الزواج المشوب بعيب التدليس أو الإكراه، وبالتالي ليس هناك إمكانية الخيار بين فسخ الزواج أو المطالبة بالتعويض، بمعنى أنه إذا أجاز الطرف المتضرر عقد الزواج المذكور لا يمكنه المطالبة بالتعويض،[211] وبالتالي فالمطالبة بالتعويض مرتبطا وجوبا بفسخ العقد، لأنه في الرابطة الزوجية لا يمكن الحديث عن إعادة التوازن المالي لعقد الزواج لخصوصياته ولاختلافه عن العقود المالية[212].

أما من حيث الجزاء فإن الآثار المترتبة على الإرادة المعيبة في القانون المدني هي الحق في إبطال التصرف أما بالنسبة لمدونة الأسرة فبالرغم من أن المشرع أدخل الإكراه والتدليس، كعيب من عيوب الرضا، فإنه لم يرتب عليهما الحق في إبطال التصرف الذي جاء معيب، بل رتب الحق في طلب الفسخ[213].

---

[208] فاطمة الزهراء العربي: مرجع سابق، ص: 119.

[209] الغلط هو عبارة عن وهم يصور للمتعاقد الواقع على غير حقيقته، ويدفعه إلى التعاقد نتيجة هذا التصور الخاطئ.

[210] خالد بن مومن: "إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية"، مرجع سابق ص: 143- 144.

[211] خديجة البوهالي: "أثر الإثبات في ضوء مدونة الأسرة- دراسة مقارنة بقوانين الأسرة لدول المغرب العربي"، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2016-2017، ص: 325.

[212] محمد لزعر: مرجع سابق، ص: 57.

[213] خالد التومي: "مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية."، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية، عدد مزدوج 5/4، مطبعة الأمنية الرباط، بدون ذكر سنة الإصدار، ص: 123- 124.

ثانيا: بعض إشكاليات عيوب الإرادة في مدونة الأسرة

إلى جانب تنصيص مدونة الأسرة على التدليس كسبب لفسخ عقد الزواج، فإنها أشارت إلى صورة أخرى من التدليس الذي يرافق إبرام عقد الزواج، فهو التدليس بإخفاء أحد الزوجين عن الآخر عيب فيه لم يعلمه الزوج الآخر إلا بعد إبرام العقد، حيث نظمه ضمن حالة التطليق للعيب، فهذه الصورة من التدليس لا شيء يمنع من اعتبارها تدليس بمعنى المادة 63 من المدونة، وهذا يطرح الإشكال حول ما إذا كان هذا النوع من التدليس المتعلق بالعيب يخول الحق في طلب التطليق للعيب أم يبقى خاضعا لأحكام فسخ الزواج للتدليس طبقا للمادة 63 من المدونة[214].

وأعتقد أن تغرير أحد الزوجين بالآخر بإخفاء عنه عيبا كان به قبل إبرام عقد الزواج، هو تدليس يخضع لأحكام المادة 63 من مدونة الأسرة ويخول فسخ الزواج، وليس عيبا يوجب التطليق للعيب طبقا للمادة 107 وما يليها من نفس المدونة، وتبرير ذلك أن المشرع في المادة 63 من المدونة نص على مفهوم واسع للتدليس كسبب مستقل لفسخ الزواج دون أن يستثني من ذلك حالة التدليس بكتمان العيب والاستثناء لا يكون إلا بنص صريح.

ومن الأجدر بالمشرع الأسري أن يقرر استثناء العيب من مجال التدليس أمام الإبقاء على التطليق للعيب أو العكس لكي يتضح الأمر لأصحاب الحقوق وللقضاء الأسري.

أما بخصوص جانب رفع الطعن في التصرف فإن القاعدة في الميدان المدني، أن فوات الزمن يسقط دعوى إبطال التصرف المعيب،[215] بالرجوع إلى الفصلين 311 و312 من ق ل ع فإن دعوى الإبطال تتقادم بمرور سنة، ومنطلق حساب مهلة السنة يبدأ في حالة الإكراه من يوم زواله، وفي حالة التدليس من يوم اكتشافه[216]،

---

[214] خالد بن مومن: "إعمال قواعد المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص: 140.

[215] خالد التومي: "مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية"، مرجع سابق، ص: 124.

[216] عبد القادر العرعاري: "نظرية العقد، الكتاب الأول، دراسة على ضوء التعديلات الجديدة التي عرفها قانون الالتزامات والعقود المغربي"، مطبعة الكرامة، الطبعة الثانية، 2005، ص: 239.

فالمشرع الأسري وإن كان منسجم مع ما جاء به ق ل ع في هذا الأمر، حيث نصت المادة 63 على أن الحساب يبتدئ من تاريخ زوال الإكراه، أو العلم بالتدليس، فإنه خالفه عندما قلص المدة التي يتعين رفع دعوى الفسخ فيها، وحددها في أجل لا يتعدى شهرين[217].

غير أن هذا الأجل في مدونة الأسرة هو أجل قصير قد يطرح بعض اللبس خاصة عندما لا يزول الإكراه أو لا يتم العلم بالتدليس إلا بعد مرور مدة طويلة على عقد الزواج كعشرين سنة أو أكتر وتتوج العلاقة الزوجية بازدياد الأبناء[218].

وما يآخذ كذلك على مشرع مدونة الأسرة، أنه لم يحدد بوضوح الإطار العام الذي وضع فيه فسخ عقد الزواج للإكراه أو التدليس، مقارنة مع الفسخ للصداق أو للحالات المنصوص عليها في المادة 61 من مدونة الأسرة، تجعل المشرع غير دقيق[219].

فإذا كان الفسخ لفساد الصداق لا يرتب أي أثر قبل البناء ويصحح بصداق المثل أو يرتب نفس آثار العقد الصحيح بعد البناء ما لم يصدر الحكم بالفسخ، فإن فسخ عقد الزواج لوجود الإكراه أو التدليس لم يحدد له المشرع الآثار التي يمكن أن يرتبها وهو ما يثير بعض اللبس بخصوص آثار هذا الفسخ[220]، خصوصا على مستوى النسب والتوارث والعدة، فلما عمد المشرع إلى ترتيب الفسخ على الإكراه والتدليس في مادة مستقلة إذ كان من الأولى أن يلحقه بإحدى أنواع الفسخ الواردة في المدونة[221].

من خلال كل ما سبق أقترح على المشرع المغربي تحديد أجل أطول للمطالبة بفسخ عقد الزواج للإكراه أو التدليس ذلك حماية للطرف ضحية الإكراه أو التدليس وأن

---

(217) محمد الأزهر: "شرح مدونة الأسرة"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثامنة، 2017، ص: 58.

(218) خالد بن مومن: " المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة"، مرجع سابق، ص: 151

(219) خالد التومي: "جنوح مدونة الأسرة نحوى تطبيق بعض القواعد المدنية عيوب الإرادة نموذجا"، مقال منشور بمجلة دفاتر قانونية، بدون ذكر المطبعة، العدد الأول ماي 2015، ص: 251.

(220) خالد بن مومن: "إعمال قواعد المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص: 33.

(221) عبد الكريم الطالب: "التوجهات المدنية لمدونة الأسرة مغانم ومغارم عشرة سنوات من التطبيق"، مرجع سابق، ص: 33.

يكون تمديد هذا الأجل بموازاة مع تحديد آثار فسخ الزواج للإكراه أو التدليس بشكل دقيق حماية لحقوق الأبناء خاصة.

وقد يثار كذلك لبس يهم الجهة القضائية المؤهلة للبث في طلبات التعويض، فإذا كان طلب فسخ عقد الزواج يقدم أمام قسم قضاء الأسرة، فإن النظر في التعويض أمر غير واضح وإن كان المنطق يفرض أن يبث قسم قضاء الأسرة فيه[222].

بالإضافة أنه من بين الاشكالات التي قد تطرح بخصوص الاختصاص أنه في حالة تقديم الزوج لشهادة العزوبة مزورة تفيد أنه أعزب، وقدمها للعدلين على أساس أنه لم يسبق له الزواج، في حين أنه ليس بأعزب، فبعد اكتشاف الزوجة التدليس الناتج عن التزوير تقدمت بشكايتها أمام المحكمة الزجرية في إطار دعوى التزوير فأدين الزوج بذلك بالإضافة إلى الحكم لفائدة الزوجة بالتعويض عن الضرر في إطار دعوى مدنية تابعة، تم تقدمت بمقال افتتاحي أمام قسم قضاء الأسرة في إطار دعوى مستقلة تطالب بفسخ عقد الزواج للتدليس الناتج عن تزوير وثيقة العزوبة والتعويض عن الضرر الحاصل لها من جراء تدليس لها، وتم فسخ عقد الزواج للتدليس ورفض طلب التعويض ثم تقدمت بمقال افتتاحي أمام المحكمة الابتدائية الغرفة المدنية تطالب بالتعويض عن الضرر ناتج عن فسخ عقد الزواج للتدليس، [223] فما هو موقف المحاكم الابتدائية الغرفة المدنية من هذه النازلة. وفي إطار محاولة توضيح ذلك نورد الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس، إذ بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المقدم من طرف المدعية لدى كتابة الضبط هذه المحكمة والمؤداة عنه الرسوم القضائية بتاريخ 2017/04/27 الذي عرضت فيه على أنها تزوجت من المدعى عليه حسب عقد الزواج عدد... وأنه قد صرح لها قبل الزواج على أنه عازب مما جعلها تقبل عرضه الزواج به إلا أنه وبعد عقد القران فوجئت به متزوجا وله ثلاثة أبناء وأنها تأكدت من واقعة التدليس والنصب التي كانت ضحية لها إذ اتضح لها من خلال عقد الزواج أن المدعى عليه عقد قرانه بها بناء على شهادة العزوبة مزورة تنص على أنه

---

[222] عائشة أفقير: مرجع سابق، ص: 68.

[223] خالد بن مومن: "إعمال قواعد المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة"، مرجع سابق ص: 222، 223، 224.

عازب في حين أنه متزوج، موضحة على أنه سبق لها وأن تقدمت بشكاية في مواجهته تم على إثرها اعتقاله وحكم بالسجن ابتدائيا استئنافية بثلاث أشهر نافذة كما تقدمت بدعوى شرعية أمام قضاء الأسرة للمطالبة بفسخ عقد الزواج الرابط بينهما والتعويض عن التدليس قدره 40000 درهم وأن المحكمة قضت لها بمقتضى الحكم عدد 2142 في الملف الشرعي عدد... بفسخ عقد الزواج الرابط بينهما وأن الحكم المذكور قضى بعدم قبول طلب التعويض لعدم أداء الرسوم القضائية ملتمسة الحكم على المدعى عليه بأدائه لفائدتها تعويضا مسبقا قدره 40000 درهم عن الأضرار المادية والمعنوية التي تعرضت لها في مواجهة المدعى عليه، وارفقت مقالها بنسخة عادية طبق الأصل من الحكم رقم 2142، ونسخة من القرار الاستئنافي عدد 4252، وبعد المداولة وطبقا القانون حيث أن الدعوى جاءت مستوية لكافة الشروط المتطلبة قانونا كما يتعين قبولها، حيث تهدف المدعية من طلبها الحكم على المدعى عليه بأدائه لفائدتها تعويضا مسبقا قدره 40000 درهم عن الأضرار المادية والمعنوية التي تعرضت لها جراء تدليس عليها.

وحيث أن الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود ينص على أن كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح به القانون فأحدث ضررا ماديا أو معنوية للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا تبث أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر، وحيث إنه وبرجوع المحكمة إلى وثائق الملف ومحتوياته وخاصة القرار الاستئنافي عدد 4252 في ملف جنحي عدد.... المدلى بنسخة منه من طرف المدعية على أنه سبق لها وأن استفادت هذه الأخيرة في إطار الدعوى المدنية التابعة بتعويض عن الضرر قدره 5000 درهم من جراء تدليس المدعى عليه بزواجه بها بناء على شهادة للعزوبة مزورة تنص على أنه عازب في حين أنه متزوج. وحيث إنه واعتبارها لذلك وما دام أنه لا يمكن الحكم بالتعويض مرتين عن نفس الضرر فإن

طلب المدعية المتعلق بهذا الشأن يكون غير مؤسس ويتعين رفضه. وعلى هذا الأساس حكمة المحكمة بقبول الدعوى شكلا ورفضها موضوعا وتحميل المدعية الصائر[224].

يتضح من خلال هذا الحكم القضائي أن القضاء غالبا ما يحكم بالتعويض حتى أثناء قيام العلاقة الزوجية كما في النازلة الحال إذ أن الزوجة استفادة من التعويض في إطار الدعوى المدنية التابعة برغم من أن عقد الزواج لم يتم فسخه بعد لأن القضاء الجنحي لا يوجد أي نص قانون يمنعه من ذلك، لكن الإشكال يدق أكثر حينما تقدمت المدعية للقضاء المدني مطالبتا الحكم لها بالتعويض برغم من الحكم بفسخ عقد الزواج من طرف القضاء الأسري وسبق لها أن استفادة من التعويض عن الضرر من في إطار دعوى مدنية تابعة، هنا المحكمة قامت برفض الطلب على أساس أن الضرر لا يجوز تعويضه مرتين، الذي اتضح لها من خلال القرار الاستئنافي سالف الذكر، ليبقى الإشكال المطروح ما العمل في حالة إذا لم يتضح للمحكمة أنه سبق التعويض عن الضرر في الموضوع بالرغم من أن الزوجة سبق أن استفادة من التعويض في القرار الاستئنافي هل يتم الحكم لها مرة أخرى بالتعويض عن نفس الضرر الذي سبق تعويضه؟

وهذا ربما قد يجعل المحاكم تختلف في موقفها من الاختصاص المتعلق بالتعويض عن فسخ الزواج للإكراه أو التدليس[225].

ومن أجل تجاوز الاختلاف الذي قد يقع بين المحاكم بشأن الجهة المختصة بالتعويض عن فسخ عقد الزواج للتدليس، إذ يجب على المشرع المغربي أن يتدخل بنص صريح وواضح يحدد فيه الجهة المختصة بتحديد التعويض الناتج عن فسخ عقد الزواج للإكراه أو للتدليس.

إذن من خلال ما سبق يتبين أن المشرع الأسري عمل جاهدا على حماية إرادة أطراف عقد الزواج حتى تكون إرادة سليمة، حرة غير مشوبة بأي عيب من عيوب

---

[224] حكم بدون ذكر الرقم، صادر عن المحكمة الإبتدائية بمكناس قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 17/1620/1114، بتاريخ 18-07-2017، غير منشور.

[225] عبد الكريم الطالب: "التوجهات المدنية لمدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص: 89-90.

الرضا يفرض ضمان كل ما من شأنه أن يجعل الزوجين على اتفاق تام، يضمن تحقيق أهداف الزواج، من مودة ورحمة متبادلتين وضمان الاستمرارية والاستقرار في جو يطبعه التراضي، وذلك من خلال الجمع بين أحكام الفقه الإسلامي وقواعد القانون المدني، وهو ما من شأنه أن يخلق نوعا من الارتباك، اعتبارا لما تتميز به الروابط الأسرية من خصوصيات، والتي تجعلها لا تحتمل الحلول المدنية في كثير من الأحيان.

الفصل الثاني: المسؤولية المدنية عند انحلال الرابطة الزوجية

الفصل الثاني: المسؤولية المدنية عند انحلال الرابطة الزوجية

إذا كان الزواج مبنيا ابتدأ على التأبيد، فهذا لا يعني أن الزوجين محكومان شرعا بالاقتران الأبدي حسنت العشرة بينهما أم ساءت، لأنه إذا لم تتحقق الغاية من الزواج بالمعاشرة الحسنة والقيام بالحقوق الزوجية كما يرتضيها الإسلام وكما شرعها في أحكامه، فإن للرجل الحق في إيقاع الطلاق كما أن للزوجة أن تطلب التطليق من القضاء إذا ما توفرت موجباته، كإكثار الزوج في الإساءة إليها والإضرار بها[226].

ولتلافي التنافر بين الزوجين رفع الله تعالى بواسطة رحمته عن الإنسان الضيق والحرج وأباح الطلاق مع نهيه عن الإسراع إليه إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك، ونصت المادة **70** من المدونة الأسرة 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 للأسرة والإضرار بالأطفال "[227].

ولكن أمام تصدع الحياة الزوجية في بعض الأحيان يبقى الطلاق رحمة ووسيلة خالصة ومشروعة لإنهاء العلاقة الزوجية لقوله تعالى: "وإن يتفارقا يغن الله كلا من سعته"[228]، مما يجعل حكمة مشروعية الطلاق تتجلى في نظرة الإسلام الواقعية ومراعاته لفطرة الإنسان، فقد شرع ما يوطد أركان البيت وفي الوقت نفسه شرع ما يعوض عن كون البيت سكنا نفسانيا للزوجين، فأباح الطلاق تحقيقا للسلام العائلي وحماية للحياة الزوجية من أن تتعطل مقاصدها[229].

وانطلاقا من هذا الأساس فإن الطلاق جائز شرعا وقانونا وقد أحاطته التشريعات بعدة ضمانات حفاظا على حرمة الرابطة الزوجية، من بين هذه الضمانات أن المشرع المغربي اعتبر المتعة أثرا للطلاق من خلال تعداده للمستحقات المالية

---

(226) الحسنية لعديري: مرجع سابق، ص: 68.

(227) المادة 70 من المدونة الأسرة.

(228) سورة النساء، الآية 129.

(229) سعيد مقوش: "متعة المرأة المطلقة دراسة شرعية قانونية مسبوكة بآخر الاجتهادات القضائية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي اسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2014-2015، ص: 1.

للزوجة بالإضافة إلى أنه إذا أقدم أحد الزوجين على إنهاء عقد الزواج من غير سبب معقول، أعتبر هذا التصرف تعسفا يستحق عنه الطرف المتضرر تعويضا وذلك حتى لا يغالى في استخدام هذا الحق.

كما يشمل التعويض عن الضرر الحاصل لأحدهما من جراء التطليق سواء أكان التطليق للشقاق أو للضرر أو الطلاق التعسفي. فما هو الأساس القانوني المعتمد علية للمطالبة بالتعويض عند إنهاء العلاقة الزوجية، وإلى أي حد يمكن الاعتماد على القانون المدني لتعويض المضرور عند انحلال العلاقة الزوجية وللإجابة عن ذلك سأحاول تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: الأول منه أخصصه للحديث عن الأساس القانوني لتعويض الضرر وعلاقته بالمتعة. بينما أتناول في المبحث الثاني: نطاق المسؤولية المدنية للزوجين في قضايا الطلاق أو التطليق.

المبحث الأول: الأساس القانوني لتعويض الضرر وعلاقته بالمتعة

المبحث الثاني: نطاق المسؤولية المدنية للزوجين في قضايا الطلاق أو التطليق

المبحث الأول: الأساس القانوني لتعويض الضرر وعلاقته بالمتعة

يعتبر التعويض القضائي في إطار مسطرة الطلاق أو التطليق من أهم مظاهر انفتاح مدونة الأسرة على مقتضيات قانون الالتزامات والعقود[230]، وإذا كان إقرار الحق في التعويض في مدونة الأسرة المغربية يشكل طفرة نوعية أملتها ضرورة معالجة الإشكاليات المطروحة على مستوى الواقع الأسري المغربي سيما إنصاف الطرف المتضرر من الطلاق أو التطليق بالإضافة إلى التعويض فقد أقر المشرع المغربي المتعة كأثر للطلاق أو التطليق من خلال تعداده للمستحقات المالية للزوجة طبقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 84 من مدونة الأسرة[231]، والتي نصت على أنه: تشمل مستحقات الزوجية، الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه هذا المحدد الأخير أي مدى تعسف الزوج في إيقاع الطلاق قد يخلق بعض اللبس والخلط حول الفرق بين المتعة والتعويض[232].

وإذا كان المشرع أقر بأحقية التعويض في قضايا الطلاق والتطليق فإن الإشكال الذي يطرحه الموضوع يتعلق بنوع المسؤولية التي تترتب في حالة التعسف في استعمال حق التطليق أو الطلاق[233]، هل هي مسؤولية عقدية تستند إلى وجود عقد الزواج يربط بين الزوجين؟ أم هي مسؤولية تقصيرية تترتب عن إخلال أحد الزوجين بالالتزامات والحقوق المتبادلة بينهما؟ بالإضافة إلى التساؤل عن علاقة المتعة بالتعويض؟ وللإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها سوف أتناول هذا المبحث من خلال

---

(230) فؤاد قريشي: "أحكام المتعة والتعويض عند انتهاء الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية، 2007-2008، ص:43.

(231) عبد العالي بن الوزاني طهطوه: "التعويض عن ضرر إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق والتطليق"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2015-2016، ص:13

(232) سعيد مقوش: "متعة المرأة المطلقة"، مرجع سابق، ص: 59.

(233) فؤاد قريشي: مرجع سابق، ص:44.

التطرق على مستوى **(المطلب الأول)** للأساس القانوني لتعويض في قضايا الطلاق والتطليق، على أن أتطرق في **(المطلب الثاني)** إلى المتعة والحق في التعويض.

المطلب الأول: الأساس القانوني لتعويض في قضايا الطلاق والتطليق

إن مدونة الأسرة تبنت صياغة حديثة للحفاظ على كرامة كل عضو من أعضائها، وهذه الصياغة الجديدة تطلبت تبني النظريات العصرية الواجب مراعاتها في السلوك الاجتماعي، لا سيما بين الزوج والزوجة وهكذا يعتبر انفتاح المشرع المغربي على قواعد المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة ليس فقط من خلال قيام الرابطة الزوجية، وإنما أيضا خلال انحلالها، وقد نص المشرع على حالات التعويض المترتب عن انتهاء الرابطة الزوجية وذلك في حالة الطلاق والتطليق للضرر والتطليق للشقاق[234] وإذا كان إقرار الحق في التعويض في مدونة الأسرة يشكل طفرة نوعية أملتها ضرورة معالجة الإشكاليات المطروحة على مستوى الواقع الأسري المغربي سيما إنصاف الطرف المتضرر من الطلاق أو التطليق وذلك عن طريق إعطاء إمكانية للطرف المتضرر من الزوجين من المطالبة بالتعويض عن الضرر، فإن تساؤل يطرح حول الأساس القانوني الذي سيعتمد من طرف القضاء الأسري للقضاء بالتعويض. هل هو قواعد المسؤولية العقدية؟، أم قواعد المسؤولية التقصيرية؟

الفقرة الأولى: المسؤولية المدنية كأساس قانوني للتعويض عن الضرر

تنقسم المسؤولية المدنية بصفة عامة إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية فأي منهما تصلح كأساس قانوني للتعويض عن الضرر في قضايا الطلاق والتطليق؟

فمن المعلوم أن المسؤولية التعاقدية[235] تقوم على الإخلال بالتزام تعاقدي سواء تم هذا الإخلال ببنود العقد أو التأخر في تنفيذه وذلك أن الغاية الأساسية من إنشاء العقود هي تنفيذ مضمونها، والتنفيذ قد يكون تنفيذا عينيا أو تنفيذا بمقابل[236].

---

[234] الحسنية لعديري: مرجع سابق، ص:70.

[235] ـ ينص الفصل 263 من القانون الالتزامات والعقود، على أن "يستحق التعويض، إما بسبب عدم الوفاء بالالتزام، إما بسب التأخر في فالوفاء به وذلك ولو لم يكن هناك أي سوء نية من الجانب المدين".

وبصيغة أخرى لكي تتحقق المسؤولية العقدية لا بدة من وجود عدة أركان، منها قيام عقد صحيح يتضمن موجبات والتزامات، وثانيهما أن يحصل الإخلال بهذه الالتزامات أي الخطأ العقدي، وثالثهما أن يحصل ضرر للطرف الآخر، وقيام العلاقة السببية بين الضرر والخطأ[237].

وإذا كان من دون شك أن عقد الزواج كسائر العقود المدنية يرتب مجموعة من الالتزامات والحقوق على عاتق طرفيه، إلا أنه ينفرد ببعض الخصوصيات.

فبالرجوع إلى المادة **51** من مدونة الأسرة التي نصت على مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الطرفين، فهذه الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين حددها المشرع بنصوص قانونية، ولا دور لإرادة الأطراف فيها، وعلى خلاف باقي العقود المدنية حيث رتب المشرع المغربي آثار قانونية مباشرة على هذه العقود، بالإضافة إلى آثار اتفاقية يضيفها الطرفان أثناء إبرام العقد، بينما عقد الزواج آثاره محدد بنصوص القانون[238].

كما أن الله عز وجل اعتبر عقد الزواج ميثاق غليظا، قال تعالى: "وآخذن منكم ميثاقا غليظا"[239]، ولفض الميثاق أرقى من لفظ عقد أو نظام[240]. وهو ما تأثرت به مدونة الأسرة في تعريفهما للزواج في المادة الرابعة منها[241].

فعقد الزواج يسمح للزوجين بتأسيس بيت الزوجية ليكون لهما سكنا في الحياة ومودة في القلوب ورحمة في التعامل والسلوك في حياة عائلية سعيدة[242]، وعندئذ يحقق الزواج راحة في النفس وإشباعا للعواطف والغرائز الفطرية فيه ويؤدي إلى

---

(236) محمد الشرقاني: "المسؤولية المدنية"، مطبعة سجلماسة مكناس، طبعة 2012-2011، ص: 242

(237) عبد الحق صافي: "الوجيز في القانون المدني، المصادر غير الإرادية للالتزام، المسؤولية المدنية والإثراء بدون سبب، دراسة في ق ل ع وفي القوانين الأخرى"، مرجع سابق، ص: 36.

(238) بلعيد الشريف، "متعة الطلاق ومبدأ التعويض عند انحلال العلاقة الزوجية"- دراسة مقارنة -، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، -أكدال-، السنة الجامعية 2009-2010، ص:6.

(239) سورة النساء، الآية 21.

(240) سبق التطرق لذلك في الفصل الأول من هذا البحث.

(241) محمد الشافعي: "الزواج وإنحلاله في مدونة الأسرة"، سلسلة البحوث القانونية، مطبعة الوراثة الوطنية، بدون ذكر الطبعة، ص: 15.

(242) عبد الرزاق أيوب: مرجع سابق، ص: 12.

إقامة المجتمع الفاضل، القائم على التعاون و الألفة والمحبة والمشاركة في الأفراح والآمال وبناء المستقبل، والمواساة في الآلام والأحزان ومتاعب الحياة، ثم السهر معا لبناء المستقبل بكل ما فيه من طموح وآمال و أحلام[243] فالعلاقة بين طرفي عقد الزواج بناء على ذلك، ليست علاقة مادية وأن عقد الزواج لا يعني شراء المرأة أو تملكها وأن المهر ليس ثمنا للمرأة[244]، وإنما هو تكريم ومواساة وإشعار بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين[245].

كما أن من خصوصيات عقد الزواج أنه ليس من العقود المالية بل هو أقدس من المال وهو مبني على المكارمة وليس المشاحنة كعقد البيع مثلا، ولا يمكن تقويمه بمال، وأن عقد الزواج تسمو غايته عن الماديات، ولا تقدر أهدافه بمقدار، فالسكينة بين الزوجين وإنجاب الأولاد وثبوت النسب وتربية الأولاد في أحضان الأبوين وغيرهما من الأهداف تجعل من الزواج عقدا مقدسا في نظر الإسلام، فهو من أقدس الصلات وأوثقها بين شخصين لأن القرآن الكريم سمى هذا العقد بالميثاق الغليظ[246].

فبتنصيص مدونة الأسرة في المادة51 على مجموعة من الحقوق الواجبات المشتركة بين الزوجين[247] إلا أن المادة 52 من نفس المدونة نصت على أنه عند إصرار أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المشار إليها في المادة السابقة، يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به، أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من **94** إلى**97** بعده[248]، وبالتالي فإن المشرع في المدونة الأسرة رتب على الإخلال بهذه الحقوق والالتزامات المذكورة بالمادة **51** الحق للزوج

---

(243) عبد العالي بن الوزاني طهطوه، مرجع سابق، ص: 43.

(244) تنص المادة 26 من مدونة الأسرة على أنه، "الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعار بالرغبة في عقد الزواج وانشاء أسرة مستقرة، وتثبت أسس المودة والعشرة بين الزوجين وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية، وليس قيمته المادية.

(245) إدريس الفاخري: "قانون الأسرة المغربي، أحكام الزواج"، مرجع سابق، ص: 162.

(246) محمد الشافي: "الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة "، مرجع السابق، ص:15 وبعدها

(247) إبراهيم لقيروح: "التعويض في دعاوى التطليق للشقاق بين النص القانوني والعمل القضائي"، بحث نهاية التدريب، وزارة العدل المعهد العالي للقضاء، الفوج 41، فترة التدريب2017/2015، ص: 14.

(248) عبد المالك جبور: "التعويض عن الضرر الناتج عن التطليق للشقاق"، بحث نهاية التدريب الملحقيين القضائيين، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، فوج41، فترة التدريب، 2015-2017،ص: .15

المتضرر في الخيار إما مطالبة الزوج الآخر بتنفيذ ما هو ملزم به تنفيذا عينيا، وإما اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد **94** إلى **97** من الأسرة[249].

ويمكن استخلاص أن الالتزامات المنصوص عليها في المادة 51 من مدونة الأسرة هي التزامات مصدرها القانون لا العقد، بعلة أنه لا يجوز قانونا للطرفين الاتفاق على مخالفتها لوردها ضمن نصوص قانونية آمرة وتعلقها بميثاق مقدس متعلق بالنظام العام الأسري[250].

وتأسيسا على ذلك، فالتعويض عن الضرر في قضايا الطلاق أو التطليق بسبب الإخلال بالالتزامات الزوجية لا يمكن أن يؤسس على المسؤولية العقدية على اعتبار أن الإخلال بتلك الالتزامات هو إخلال بالتزامات مصدرها القانون وليس الاتفاقات الإرادية للزوجين من ناحية، ومن ناحية أخرى أن الطلاق هو حق في الشرع والقانون.

وذات الأمر يمكن أن نثبته بخصوص حالة التطليق للإخلال بشرط من شروط عقد الزواج طبقا للمادة 98 من مدونة الأسرة[251]، فقد أعطت هذه المادة للزوجين الحق في المطالبة بالتطليق، ورتبت على ذلك الإخلال فقط الحق في المطالبة بالتطليق. ولو أن هذا الإخلال ينطوي على خطأ عقدي.

ولما كان عقد الزواج عقد غير مالي فلا مجال لفرض التعويض المالي في حالة فسخه أو إنهائه بناء على المسؤولية العقدية، لأن المسؤولية العقدية هي من باب إضافة الشيء إلى سببه، أي أن المسؤولية المترتبة على الزواج تكون بسبب عقد الزواج وتعتمد المسؤولية العقدية على الإخلال بما تقضيه طبيعة العقد، أو الإخلال بما يقتضيه الشرط[252]، الذي اشترطه أحد المتعاقدين صراحة أو دلالة[253]، أي تكون

---

(249) مولاي أحمد سيدي عمي: "التطليق بسبب الشقاق بين مدونة الأسرة والعمل القضائي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي الرباط، السنة الجامعية 2008-2007، ص: 11.

(250) خالد بن مومن: "المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة"، مرجع سابق، ص :191.

(251) بلعيد الشريف: مرجع سابق، ص: 19.

(252) محمد الشافعي: "الزواج وانحلال ه في مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص: 40.

(253) محمد باخيي: "التدبير التعاقدي في مدونة الأسرة "، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، – الرباط -السنة الجامعية 2010-2011، ص: 10.

المسؤولية العقدية لوجود الخطأ العقدي الذي يترتب عليه ضرر مع توفر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، سواء كان الخطأ ناشئا عن عمد أو إهمال أو عن القيام بعمل.

وإذا كان هذا المعيار موضوعيا في عقود المعاوضة والعقود المالية، فإن المعيار في الزواج هو معيار ذاتي وشخصي ومعيار موضوعي في نفس الوقت" وأن الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا المتمثل في الطلاق، وإذن فهي تعلم وقت التعاقد النتائج التي قد تترتب على عقدها"[254].

فالطلاق أو التطليق في الشريعة الإسلامية لا يعتبر إخلال بطبيعة عقد الزواج ولا يحق للمرأة أن تشترط في عقد النكاح على الزوج عدم إيقاع الطلاق، لأن هذا الشرط لا يلائم العقد.[255] ويخالف النصوص الشرعية "لقوله عز وجل "المسلمون على شروطهم إلا شرط حرم حلالا أو أحل حراما " واشتراط عدم الطلاق يحرم الإحلال". وبذلك لا يمكن الحكم بالتعويض عن الطلاق بناء على المسؤولية العقدية، إلا إذا اشترطت التعويض عند الطلاق والشرط الذي يعد الإخلال به ضررا مبيحا للتطليق يجب أن يكون مشروعا ومنسجما مع أحكام المادتين **47** و**48** من مدونة الأسرة[256].

وعموما يمكن أن نقول أنه إذا أخل أحد الطرفين بأحد الشروط المنصوص عليها في عقد الزواج[257] مثل اشتراط الزوجة على الزوج أن لا ينقلها من بلدها إلى خارج المغرب، أو أن تستقبل من شاءت من أهله في البيت أو أن تخرج للعمل متى شاءت وقررت ذلك، أو إذا اشترط أحد الزوجين على الآخر تعويضا ماليا عند انتهاء عقد الزواج بالطلاق، فإن المادة **99** أعلاه منحت الحق للمتضرر في طلب التطليق لإخلال الزوج بأحد شروط عقد الزواج.

---

[254] عبد العالي بن الوزاني طهطوه: مرجع سابق، ص:46.
[255] إدريس اجويلل: مرجع سابق، ص: 150-151.
[256] محمد بودلاحة: "مرجع سابق"، ص: 111.

مع إمكانية طلب التطليق طبقا للمادة **101** من مدونة[258]. لكن السؤال الذي يطرح هو هل يحق للمتضرر أن يطلب التعويض عن الضرر على أساس المسؤولية العقدية.

الجواب حسب اعتقادي أنه يحق للطرف المتضرر أن يطالب بالتعويض عن الضرر على أساس المسؤولية العقدية لأن الخطأ العقدي يتمثل في الإخلال بشرط من شروط عقد الزواج وعبء الإثبات يقع على عاتق الزوجة التي تدعي أن زوجها أخل بشرط من شروط عقد الزواج[259].

والأساس القانوني لهذا الأمر هو المادة **101** من مدونة الأسرة التي نصت على أنه " في حالة الحكم بالتطليق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر[260] وأن المادة **99** في فقرتها الثانية اعتبرت أن إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج ضررا مبررا الطلب التطليق[261].

إذن صفوة القول، أن التعويض عن الضرر إنهاء العلاقة الزوجية يمكن أن يبنى على أساس المسؤولية العقدية في حالة واحدة هي إخلال أحد الزوجين بشروط عقد الزواج وبمناسبة إنهاء العلاقة الزوجية، أما أثناء قيام العلاقة الزوجية فلا يمكن المطالبة بالتعويض على أساس الإخلال بواجبات والتزامات عقد الزواج نظرا لخصوصيتها المتسمة بالود والاحترام المتبادل والترابط والتماسك الشرعي.

وأنا أميل إلى الرأي الذي يرى أن المشرع المغربي لم يقرر إمكانية التعويض عن الضرر أثناء قيام العلاقة الزوجية بسبب الإخلال بالالتزامات الزوجية كما هي مذكورة في المادة **51**، لكون السماح بتلك الإمكانية من شأنه أن يضرب في الصميم مبدأ الرعاية المشتركة لبيت الزوجية ويعكر صفوها وهي المبنية أساسا على الود

---

(258) عبد العالي بن الوزاني طهطوه: مرجع سابق، ص:48.

(259) أحمد الخمليشي: "الشروط الإرادية لعقود الزواج"، أعمال ندوة مستجدات مدونة الأسرة، جامعة محمد الخامس السويسي الرباط، 2005، ص: 58.

(260) بسحاب الروفي: "أحكام المتعة والتعويض في مدونة الأسرة والعمل القضائي"، بحث نهاية التدريب الملحقيين القضائيين، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، فوج 41، فترة التديب 2015-2017، ص: 13

(261) عبد المالك جبور: مرجع سابق، ص: 16.

والاحترام والمعاشرة بالمعروف، وإنما سمح برفع دعوى التعويض بمناسبة وجود دعوى طلاق أو تطليق أمام المحكمة، والعلة في ذلك، هي أن المادة **97** من مدونة الأسرة كانت صريحة في كون طلب التعويض عن الضرر يقدم بمناسبة عرض النزاع أمام قسم قضاء الأسرة حيث استعملت المدونة عبارة "مراعية مسؤولية كل من الزوجين فيما يمكن أن تحكم به لفائدة الزوج الآخر"، وأن المادة **52** من مدونة الأسرة قبلها منحت الخيار للمتضرر بين أن يطالب بتنفيذ ما هو ملزم به، وبين مراجعة القضاء في إطار دعوى التطليق الشقاق[262].

فالمشرع عندما أقر الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، اعتبر الإخلال بها من أحد الطرفين خرقا صريحا للقانون[263]، وهذا يعني أن الإخلال بهذه الالتزامات المحددة قانونا والمفروضة على الزوجين معا من أجل الحفاظ على دوام واستقرار العلاقة الزوجية بينهما واستقرار كيان الأسرة ووحدتها في المجتمع،[264] هو إخلال بالتزام قانوني وبالتالي فهو خطأ تقصيري يرتب المسؤولية التقصيرية على الشخص المخطئ[265].

إذن فمدونة الأسرة نظمت آثار الزواج بدقة متناهية ولم تترك لإرادة الزوجين مجالا لمخالفتها[266] لكونها تعد من صميم النظام العام، ولم تترك ذلك لإرادة الزوجين كما جعل الإخلال بهذه الالتزامات هو إخلال بالالتزامات مصدرها القانون وليس الأطراف[267].

إذن من خلال ما سبق يتضح أن الأساس القانوني للتعويض عن ضرر إنهاء العلاقة الزوجية هو الخطأ التقصيري، الذي يعد التعسف في استعمال الحق صورة من

---

(262) خالد بن مومن: "المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة"، مرجع سابق، ص: 208.

(263) هجر شبيه محمد الزرزاري: "أحكام المتعة والتعويض على ضوء العمل القضائي"، بحث نهاية التدريب الملحقيين القضائيين، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، الفوج 39، فترة التدريب 2013-2015، ص: 65.

(264) خالد التومي: " الطابع المدني لمدونة الأسرة"، مرجع سابق ص: 146.

(265) الصابي لطيفة: "لتعويض عن الضرر في قضايا التطليق على ضوء العمل القضائي"، بحث نهاية التدريب الملحقيين القضائيين، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، الفوج 39، فترة التدريب 2015-2017، ص: 37.

(266) إبراهيم القيروح: مرجع سابق، ص: 11.

(267) عبد العالي بن الوزاني طهطوه: مرجع سابق، ص: 44.

صوره[268]. ويتحقق التعسف في استعمال الحق إذا كان يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير كممارسة أحد الزوجين لحقه في الطلاق أو التطليق دون سبب معقول يتوجب التعويض طبقا للمسؤولية التقصيرية[269]، هذه الأخيرة التي لا تتحقق إلا بتوفر ثلاثة شروط أساسية حسب الفصل 77 من ق ل ع وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما[270]، وهذه العناصر الثلاثة تعد ضرورية لتحقق كل المسؤوليات التقصيرية سواء كانت مسؤولية شخصية أو موضوعية فهي بمثابة القاسم المشترك الذي يجمع بين مختلف مظاهر المسؤولية المدنية عموما، إلا أن أساس هذ المسؤوليات وطريقة الإثبات فيها هي التي تتباين من حالة لأخرى[271] وعلى هذا الأساس سوف أتطرق إلى هذه الأركان إتباعا وذلك بدراسة خصوصياتها في مدونة الأسرة دون الخوض في القواعد العامة لهذه الأركان.

الفقرة الثانية: خصوصية أركان المسؤولية التقصيرية في مدونة الأسرة

تنقسم دعوى المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، إذا كانت المسؤولية العقدية يقصد بها ذلك الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية، وتختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من إلتزامات[272]، بينما يقصد بالمسؤولية التقصيرية: الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير، هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير[273].

فالدائن والمدين في المسؤولية العقدية كانا مرتبطين بعقد قبل تحقق المسؤولية، أما في المسؤولية التقصيرية قبل تحققها كان المدين أجنبيا عن الدائن[274].

---

[268] إبراهيم قروح: مرجع سابق، ص: 14.
[269] محمد كريكر: مرجع سابق، ص: 30-31.
[270] عبد القادر بوبكري: مرجع سابق، ص: 37.
[271] عبد القادر العرعاري: "المسؤولية المدنية"، مرجع سابق، ص69.
[272] عبد الرحمان الشرقاوي: "القانون المدني"، مرجع سابق، ص: 22.
[273] أفقير نوال: "المسؤولية التقصيرية للأطر التربوية في التشريع المغربي"، مقال منشور بالموقع الاكتروني Www.maroclaw.com أطلع عليه بتاريخ 30-07-2020، على الساعة الرابعة بعد الزوال.
[274] عبد القادر بوبكري، مرجع سابق، ص:9.

إذن فالمسؤولية التقصيرية تتحقق عن مجرد الإخلال بواجبات قانونية تتعلق بعدم الإساءة للغير، سواء كان مصدر هذه الواجبات نصوصا تشريعية، أو كان مصدرها نظام التعايش الاجتماعي، الذي يفرض على كل شخص أن يحتاط في سلوكه حتى لا يلحق الضرر بغيره، فإذا فعل ذلك فإنه يلتزم بتعويض الطرف المضرور[275]. وهذا ما نص عليه المشرع في الفصل **77** من ق ل ع: "كل فعل ارتكبه الإنسان على بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرر ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا تبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر"[276].

ولتحقق المسؤولية التقصيرية في الطلاق والتطليق، أو بطريقة أخرى إذا طبقنا هذا المبدأ كأساس قانوني عن الضرر في الطلاق أو التطليق، فلا بد من أجل تحققه توافر أركان المسؤولية التقصيرية، وهي الأركان المتعارف عليها، وهي أولا ثبوت الخطأ وثبوت الضرر وأخيرا قيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر[277].

والمشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود عرف الخطأ التقصيري في الفصل **78** بكونه "هو ترك ما كان يحب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر"[278].

لكن تطبيق وتنزيل هذه الأركان في مدونة الأسرة ينفرد ببعض الخصوصيات التي تميزه عن القواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود فإذا كان لابد للمدعي في المسؤولية التقصيرية في القواعد العامة من إثبات الضرر، ففي تنزيل المسؤولية التقصيرية على إنهاء العلاقة الزوجية في مدونة الأسرة فإن الضرر مفترض.

---

[275] عبد الحق الصافي: "الوجيز في القانون المدني، الجزء الثاني المصادر غير الإرادية للالتزام "المسؤولية المدنية والإثراء بدون سبب، -دراسة في ق ل ع وفي القوانين الأخرى"، مرجع سابق، ص:17.

[276] أنظر الفصل 77 من ق ل ع.

[277] لمزيد من الاطلاع على العلاقة السببية في المسؤولية المدنية الرجاء الرجوع إلى
عبد الرزاق أحمد السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني"، مرجع سابق، ص:841 وما يليها.

[278] ـالفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود.

وتبعا لذلك، سنتناول أركان المسؤولية التقصيرية في إنهاء العلاقة الزوجية، حيث سنتطرق في (**الفقرة الأولى**) لعنصر الخطأ ونعالج الاعتداد بركن الضرر في (**الفقرة الثانية**). أما بخصوص العلاقة السببية فلا تختلف في شيء عن القواعد العامة المعمول بها في قانون الالتزامات والعقود.

أولا: الخطا التقصيري الموجب للمسؤولية عند الطلاق أو التطبيق

يعرف الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري الخطأ التقصيري بكونه إخلال بالتزام قانوني وهو التزام دائما ببدل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير[279]، كما عرفه الفقيه سليمان مرقس على أنه إخلال بالتزام قانوني بأن ينحرف الشخص عن السلوك الواجب أو عن السلوك المألوف للشخص العادي[280].

بالرجوع لمدونة الأسرة، خصوصا المادة **51** المومأ إليها أعلاه، فإن المشرع في مدونة الأسرة فرض على الزوجين مجموعة من الوجبات والالتزامات القانونية و الآمرة والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو تعديلها لكونها تعد من صميم النظام العام الأسري وقد رتب المشرع على الإخلال بها، طبقا لمقتضيات **المادة 52**[281]، إمكانية مطالبة الزوج المتضرر بتنفيذها عينيا أو المطالبة بالتطليق[282]، مما نستنتج معه أن طلب التعويض المقرر بموجب المادة **97** ضد الطرف المسؤول عن إنهاء العلاقة الزوجية، يتمثل في الخطأ التقصيري المترتب عن الإخلال بالالتزامات قانونية وليس التزامات عقدية كما سبقت الإشارة إلى ذلك أعلاه[283].

---

[279] عبد الرزاق أحمد السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني"، مرجع سابق، ص: 882.

[280] سليمان مرقس: "المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية"، القسم الأول، الأحكام العامة، أركان المسؤولية، الضرر، الخطأ، العلاقة السببية، بدون ذكر المطبعة، صبغة 1971، ص: 178.

[281] وصال الزرباخ: "دعاوى التطليق، بين النص القانوني والواقع العملي"، المحكمة الإبتدائية بتطوان نموذجا"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2006-2007، ص: 116-117.

[282] محمد الشافعي: "الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة"، سلسلة البحوث القانونية 18، مطبعة الوراثة الوطنية، الطبعة الأولى، بدون ذكر سنة الإصدار، ص: 62 -63.

[283] محمد الكشبور، يونس الزهري وحسن فتوخ: "التطبيق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة"، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة11، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 2006، ص: 115 وما بعدها.

وانطلاقا من المادة 52 من مدونة الأسرة والمادة 97 التي وظفت مصطلح "مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق" ولم توظف مصطلح خطأ أو فعل، تكون قد استعملت مصطلح يستغرق جميع الأخطاء والأفعال التي من شأنها أن تجعل الحياة الزوجية مستحيلة، فالخطأ التقصيري لا يخرج في التطبيق العملي عن كونه إخلال بالواجبات المنصوص عليها في المادة 51 من مدونة الأسرة أو يتخذ طابعا جرميا كالاعتداء والسب والشتم أو العنف والضرب أو الخيانة الزوجية إلخ...[284].

ويتجلى ركن الخطأ في مسطرة الشقاق مثلا عند لجوء أحد الزوجين إلى هذه المسطرة بدون توافر أسباب معقولة للمطالبة بالتطليق وهو ما يشكل تعسفا في استعمال الحق،[285] وهو ما يشكل في حد ذاته إخلالا بالتزامات قانونية مصدرها المادة 51 من مدونة الأسرة التي تحدد الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، إذ أن عدم احترامها من طرف أحد الزوجين يخول للزوج الآخر حق اللجوء إلى مسطرة التطليق للشقاق[286].

كما أن إنهاء أحد الزوجين لرابطة الزواج[287]، دون أن تكون هناك ضرورة ملحة، أو سبب معقول يشكل تعسفا في حق إنهاء الرابطة الزوجية، يستحق معه المتضرر التعويض على أساس التعسف في استعمال الحق كصورة من صور الخطأ التقصيري[288].

---

[284] محمد كريكر: مرجع سابق، ص: 37.

[285] عادل حميدي: "التطليق للشقاق وإشكالاته القضائية"، دراسة فقهية وقضائية مسبوكة بآخر الاجتماعات القضائية في ضوء مدونة الأسرة والقانون المقارن، بدون ذكر المطبعة، طبعة 2015، ص: 118-117.

[286] نصت المادة 52 من مدونة الأسرة على ما يلي: "عند اصرار وأحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المشار إليها في المادة السابقة، يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به، أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97".

[287] فؤاد قريشي: "أحكام المتعة والتعويض عند انتهاء الرابطة الزوجية"، -دارسة مقارنة – رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة ، السنة الجامعية 2007-2008 ،ص: 49.

[288] بسحاب الروفي: مرجع سابق، ص:53.

إذن بالرجوع إلى مقتضيات مدونة الأسرة، فإن صور الخطأ التقصيري الذي يترتب عنه التعويض عن ضرر في الطلاق أو التطليق لا تقع تحت الحصر، وقد يقع الخطأ من الزوج كما قد يقع من الزوجة[289].

وبخصوص إثبات الخطأ التقصيري، فإنه يقع على عاتق الطرف المدعي ذلك أن المسؤولية عن الفعل الشخصي تقوم على أساس خطأ واجب الإثبات باعتباره مدعيا في الإثبات أيضا، حيث يجب على المدعي في دعوى التعويض أن يثبت وجود الخطأ التقصيري من جهة المدعى عليه، والخطأ التقصيري كما هو معلوم يجوز إثباته بجميع وسائل الإثبات المعروفة لكونه من الوقائع المادية، بما فيها شهادة الشهود، وقد يكون مفترضا، طالما أن الزوج المدعي مثلا في الطلاق أو التطليق للشقاق عجز عن إثبات السبب الدافع لطلاق أو التطليق أو فضل عدم ذكره لأسباب شخصية أراد الاحتفاظ بها، ففي هذه الحالة يكون الخطأ مفترض[290].

ثانيا: الضرر الموجب للمسؤولية عند الطلاق أو التطليق

ومن دون شك أن إنهاء العلاقة الزوجية من طرف الزوج أو الزوجة بالطلاق أو التطليق ينطوي على الضرر محقق بالنسبة للزوج الآخر[291] وقد تكون هذه الأضرار مادية أو معنوية خصوصا إذا كان الإنهاء بدون مبرر مما يجعله مشوبا بطابع التعسف[292].

---

(289) عبد العلي بن الوزاني طهطوه: مرجع سابق، ص: 53.

(290) خالد بن مومن: "المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة"، مرجع سابق، ص: 195 وما بعدها.

(291) فقد نصت المادة 700 من مدونة الأسرة "لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو التطليق إلا استثناء، وفي حدود الأخذ بأخف الضررين، لما في ذلك من تفكيك للأسرة والإضرار بالأطفال".

(292) بومعي عبد الطيف: "التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة الشهيد لخضر بالوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2014-2015، ص: 44.

فالزوج قد يقدم على طلاق زوجته لعدة أسباب كالخيانة الزوجية أو النشوز أو عدم طاعته أو عدم احترام أهله إلخ... والزوجة قد تطلب التطليق بسب العنف أو الضرب أو الخيانة الزوجية أو عدم الإنفاق أو الغيبة الخ...[293].

وقد اعتبرت المادة **99** من مدونة الأسرة الضرر بكونه، "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"،[294] فمدونة الأسرة عمدت إلى تعريف الضرر رغم أنه مذكور في القواعد العامة وفي ذلك إشارة قوية على كونها تريد تكريس استقلالية قواعدها الموضوعية عن القواعد العامة المذكرة في ق ل ع[295].

ونسجل في هذا الإطار أن أحكام الضرر في مدونة الأسرة تطبق بالأولوية على المسؤولية التقصيرية في الطلاق أو التطليق ولا يمكن الرجوع إلى قواعد العامة في ق ل ع إلا في حالة عدم وجود نص في المدونة، ونستخلص من تعريف الضرر كسند لدعوى الطلاق أو التطليق أن هناك نوعان من الضرر الذي ينتج طلب التطليق الضرر مادي أو معنوي وإمكانية التعويض عنهما قائمة وجائزة لكن الإشكال يتعلق بصعوبة إثبات الأضرار المعنوية[296]، وهو ما يستفاد من الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس قسم قضاء الأسرة إذ بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المقدم لدى كتابة ضبط هذه المحكمة والمؤدى عنه الرسوم القضائية، والذي يعرض فيه المدعي بواسطة نائبه على أنه كان متزوجا المدعى عليها إلى أن تم الطلاق بينهما قبل البناء بسبب امتناع الزوجة ليلة الزفاف من الالتحاق ببيت الزوجية ليلة الزفاف وهو ما أضر بمصالحه المادية في إنفاق مبالغ ذات قيمة في تلك الهدايا فضلا عن الضرر المعنوي الكبير الذي أصابه ملتمسا الحكم على المدعى عليها بأدائها له تعويضا عن الأضرار

---

[293] لبنى الغومرتي: "المساواة بين الزوجين على ضوء نصوص مدونة الأسرة والعمل القضائي"، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 12، أكتوبر 2019، ص: 13.

[294] محمد قاسمي: "التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة إبن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكادير، السنة الجامعية 2016-2017، ص: 36.

[295] عبد العالي بن الوزاني طهطوه: مرجع سابق ص: 60.

[296] بلعيد الشريف: مرجع سابق، ص: 84.

المعنوية اللاحقة به قدره 5000 درهم وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف المدعى عليها بواسطة نائبها والتي جاء فيها على أن المدعي لم يدل بما يفيد الصفة والمصلحة في الادعاء ملتمسة الحكم بإلغاء الدعوى لعدم الإدلاء بالمطلوب مع حفظ حقها في التعقيب في حال إصلاح المسطرة، وبناء على المذكرة المقدمة من طرف نائب المدعي والتي أدلى من خلالها بصورة مشهود على مطابقتها للأصل من عقد الزواج عدد... ونسخة من الطلاق الاتفاقي قبل البناء مضمن بعدد... وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف المدعى عليها بواسطة نائبها والتي توضح فيها على أن كل ما جاء في الدعوى لا أساس له من الصحة وبناء على المذكرة التأكيدية لنائب المدعي والتي يؤكد فيها على أن كل دفوعات المدعى عليها تنعدم الأساس القانوني والواقعي وأن ما أدلى به يبقى كافيا لإثبات الادعاء. وبعد المداولة طبقا للقانون، حيث يروم طلب المدعي إلى الحكم على المدعى عليها بأدائها له تعويضا عن الأضرار المعنوية اللاحقة به قدره 5000 درهم ففي الطلب المتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي حيث استند المدعي في طلب التعويض على امتناع المدعى عليها عن الالتحاق ببيت الزوجية ليلة الزفاف.

وحيث أن طلب التعويض عن الطلاق ليس له ما يبرره أمام انعدام إثبات الضرر خصوصا وأن المدعي هو من تقدم لطلب التطليق كما لم يبدي من جانبه أية نية ولم يقم بأي عمل أو إجراء لانقاد حياته الزوجية واستمرارها كدعوة زوجته الالتحاق ببيت الزوجية كما يتعين معه رفض طلب التعويض فحكم المحكمة برفض الطلب لعدم الإثبات[297].

من خلال ما ذكر يتضح أن التعويض عن الأضرار المعنوية يكتسي صعوبة بالغة أمام المضرور إذ من حيث الإثبات بالرجوع إلى وقائع الحكم السابق الذكر يتضح أن الزوجة لم تلتحق ببيت الزوجية في ليلة الزفاف وفي اعتقادي أن ذلك تابت من خلال الطلاق الاتفاق الذي تم قبل البناء وكما هو معلوم فعدم التحاق الزوجة ببيت

[297] حكم بدون ذكر رقم، صادر عن المحكمة الإبتدائية بمكناس قسم قضاء الأسرة، في ملف رقم 2017/1620/1308، بتاريخ 19-09-2017، غير منشور.

الزوجية في ليلة الزفاف قد يسبب ضرر معنويا للزوج، لكن المحكمة رفضت التعويض عن ذلك بدعوى عدم الإثبات لأن الزوج لم يدلي بما يثبت مطالبته لزوجته الالتحاق ببيت الزوجية على أن ترفض هذه الأخيرة ذلك حسن ما فعلت المحكمة لأن ذلك كله سيقلل من احتمال وقوع الطلاق والحفاظ على كيان الأسرة، فكان على الزوج رغم تضرره من تصرف الزوجة أن يقوم بكل مساعيه من أجل التحاق الزوجة ببيت الزوجية وبناء أسرة مستقرة فإذا ما رفضت الزوجة ذلك حين إذن يلجأ إلى القضاء المطالبة بالطلاق والتعويض على أساس رفض الزوجة الالتحاق ببيت الزوجية بعد طلب الزوج ذلك.

وجدير بالإشارة إلى أن مدونة الأسرة في المواد من **99** إلى **100** حددت نوع الضرر السند لدعوى التطليق للضرر واعتبرته في نفس الآن موجبا للتعويض المستحق عن الضرر وإذا كان لابد لقيام المسؤولية عن الضرر المادي في إطار القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود من إثبات الضرر من طرف المضرور، فإنه في إطار المسؤولية التقصيرية عن الطلاق أو التطليق يكون الضرر المادي مفترض بعد ثبوت الخطأ مفترضا واجب الإثبات على خلاف الضرر المعنوي الذي يوجب الإثبات وهو ما يشكل وجها آخر يبرز استقلالية المسؤولية المدنية في قضايا الطلاق أو التطليق عن تلك المنصوص عليها في القواعد العامة في ق ل ع[298].

إلى جانب الخطأ والضرر لابد من إثبات العلاقة السببية بينهما أي إثبات كون الخطأ سبب مباشر في إحداث الضرر.

وخلاصة القول، من خلال تحليلنا للأساس القانوني للتعويض عن الضرر الطلاق أو التطليق فقد تبث أنه قائم من جهة، على نظرية التعسف في استعمال أو إساءة الحق في الطلاق أو التطليق. هذه النظرية التي تنبني على أن الإنسان ينبغي ألا يلجأ إلى الطلاق أو التطليق إلا عند الحاجة وألا يسيء استعماله على نحو يضر بالزوج

[298] محمد التريكي: "الضرر في الطلاق"، مقال منشور بمجلة التشريع والقضاء عدد 5 السنة 1998، ص 155.

الآخر، وألا يقصد من الطلاق سوى مجرد الإضرار بالزوج الأخر، وبالنتيجة يترتب على إساءة استعمال حق الطلاق أو التطليق قيام المسؤولية التقصيرية التي تعني جبر الضرر بالتعويض عنه.

المطلب الثاني: المتعة والحق في التعويض

تعتبر المتعة حقا للزوجة المطلقة وجبرا معنويا لما لحقها، تخفيفا من وحشة الفراق الذي أصابها نتيجة انفصام عرى الزوجية فهي واجبة بنص الكتاب والسنة النبوية، وأكدتها النصوص الوضعية بدورها بشكل لا لبس فيه، إلا أننا عندما نكون بصدد الحديث عن ممارسة حق بشكل أضر بالغير، فهنا يكون التعويض قد فرض نفسه، لأن ممارسة الحق على وجه غير مشروع ينافي المقاصد الشرعية التي من أجلها قررت الحقوق، من هنا تطرح إشكالية التمييز بين المتعة والتعويض **(الفقرة الأولى)** وتوضيح الأمر أكثر لا بد من معرفة موقف القضاء من مسألة التمييز بين المتعة والتعويض**(الفقرة الثانية)**، لأن مجال التعويض عن الضرر بصفة عامة يعد أبرز المجالات التي تبرز فيها السلطة التقديرية للقاضي، ويقصد بهذه الأخيرة النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة، ويقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه، وقد تختلف من قاض لآخر. ففي إطار هذه السلطة التقديرية ما هي المحددات التي يعتمد عليها القضاء للحكم بالتعويض الناتج عن ضرر الطلاق أو التطليق **(الفقرة الثالثة).**

الفقرة الأولى: تمييز المتعة عن التعويض

إن مقاربة مسألة المتعة بالتعويض لا تخلو من نقاش ولعل الحديث عن التمييز بينهما نابع من الخلط بين المفهومين، فالمتعة هي ما يعطيه الزوج لزوجته عند الطلاق جبرا لخاطرها وتعويضا لها عما يمكن أن يلحقها من ضرر، أما التعويض فهو

مصطلح مدني وهو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس أو المال أو الشرف[299].

أما على مستوى استحقاق المتعة والتعويض فنجد أن المتعة في المادة 84 من مدونة الأسرة واجبة بقوة القانون سواء كان هناك خطأ نتج عنه ضرر أم لم يكن هناك أي خطأ،[300] إذ أن تعسف الزوج في إيقاع الطلاق ليس عنصرا لازما للحكم بالمتعة، بل إن أثره يقتصر فقط على الرفع من مقدارها في حالة تبوث التعسف من قبل الزوج،[301] في حين أن التعويض يستلزم توافر ثلاثة عناصر وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما وفقا للقواعد العامة، ومتى توفرت كانت هناك مسؤولية مدنية، ويقدر التعويض بحسب الضرر الناجم عن الخطأ ولا يقدر بحسب يسر الزوج وحال الزوجة وفترة الزواج كما هو الشأن بالنسبة المتعة[302].

المتعة والتعويض يعدان من آثار الطلاق والتطليق، لكن المتعة تعد من مستحقات الزوجة التي يحكم بها تلقائيا، أما التعويض لا يحكم به إلا إذا قدم بشأنه طلب من المتضرر[303].

وفي إفراد المتعة وتمكين الزوجة منها بقطع النظر عن مقدارها هو مواساة نفسية لها وجبر معنوي لما لحق بها من ضرر جراء الفراق سواء سعت إليه طوعا، أو حملت عليه كرها[304]، والتعويض لا يمكن أن يقوم مقامها، لأن عقد الزواج أشرف وأسمى من أن يكون عقدا عاديا، يترتب على إنهائه تعويض الزوجة عن عملها السابق ببيت الزوجية أو عن ما أسماه من خدمات إبان قيام العلاقة الزوجية كأنه عمل نضير مقابل مادي قائم بين أجير ومأجور، ثم إن التعويض أيا كانت قيمته لا يمكن أن يجبر

---

(299) أحلام علمي: "واقع إنحلال الرابطة الزوجية بالتطليق، جهة طنجة تطوان نموذجا"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية، السنة الجامعية 2006-2005، ص: 65.

(300) سعيد مقوش: مرجع سابق، ص: 59.

(301) لطيفة الصابي: "التعويض عن الضرر في قضايا التطليق على ضوء العمل القضائي"، بحث نهاية التدريب المعهد العالي للقضاء، الفوج 41، فترة التدريب 2015-2017، ص: 63.

(302) فؤاد قريشي: مرجع سابق، ص: 57.

(303) عبد العالي بن الوزاني طهطوه: مرجع سابق، ص: 66.

(304) بلعيد الشريف: مرجع سابق، ص: 14

الضرر اللاحق بالزوجة عن إنهاء العلاقة الزوجية، إذن يتضح من خلال ما سبق أن المتعة واجبة على كل مطلقة سواء أتى الزوج الآخر فعلا أو ارتكب خطأ يوجب التعويض لفائدة مطلقته، أو لم يرتكب أي فعل موجب التعويض بل هي لازمة بمجرد الطلاق أو التطليق باعتبارها حق خالص للمطلقة بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية، بينما يبقى الحق في التعويض مقرونا وجوبا بوجود وثبوت أركان المسؤولية التقصيرية[305].

ومن هذا المنطلق نتساءل عن مدى إمكانية الحكم بكل من المتعة والتعويض معا في آن واحد؟ أم المتعة تعفي عن التعويض؟

الفقرة الثانية: الموقف القضائي من المتعة والتعويض

من الحقوق المالية الناتجة عن إنهاء الرابطة الزوجية، نجد الحق في المتعة والحق في التعويض.

على خلاف الحق في المتعة الذي يعد من المستحقات المترتبة عن إنهاء الرابطة الزوجية التي ثبت فيها المحكمة تلقائيا، فإن الحق في التعويض بصريح الفصل 101 من مدونة الأسرة، يكون بناء على طلب ولا تحكم به المحكمة تلقائيا مع إثبات أركان المسؤولية التقصيرية[306].

وهكذا أصبحت المطلقة تستفيد من حقين ماليين الحق في المتعة والحق في التعويض، برغم من ذلك فهناك خلط لدى القضاء المغربي بين المتعة والتعويض على أساس أن المتعة تأخذ أحكام التعويض في جبر ضرر المضرور[307].

---

(305) محمد قاسمي: مرجع سابق، ص: 122 وما بعدها.
(306) الفصل 101 من مدونة الأسرة.
(307) هجر شبيه محمد الزرزاري: مرجع سابق، ص: 48.

وقد جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بسلا ما يلي:

حيث إنه لا يسوغ منطقا وقانونا الحكم بالتعويض عن الضرر الذي تسبب في إنهاء العلاقة الزوجية مرتين بالنظر لكون المحكمة راعت عند تقديرها للمتعة ما لحق المدعى عليها من أضرار نتيجة انحلال ميثاق الزوجية بعد إصرار المدعي على طلبه، ويتعين معه رفض طلب التعويض المقدم من طرف المدعية الفرعية[308].

وجاء أيضا في القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الإستئناف بالدار البيضاء ما يلي:

وحيث إنه بخصوص طلب التعويض عن الضرر من التطليق، فإنه من المعلوم فقها و قانونا أن المتعة شرعت لجبر الضرر، وأن الحكم المطعون فيه بالاستئناف الحالي قد راعى ما لحق المستأنفة من ضرر جراء إنهاء الزوج للعلاقة الزوجية بطلبه التطليق للشقاق، وبالتالي يكون من غير المقبول التعويض عن نفس الضرر مرتين، علاوة على أنها لم تدل بما يثبت ارتكاب المستأنف عليه لأي خطأ في حقها يستوجب التعويض، عدا ممارسته لحقه في طلب التطليق للشقاق، وهو حق خوله له القانون، وباقي ادعاءاتها تبقى غير مثبتة، كما يكون معه هذا السبب من أسباب الاستئناف هو الآخر غير مؤسس وينبغي رده[309].

وهو نفس التوجه الذي سلكته غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحكمة النقض في قرار صادر عنها ورد فيه ما يلي:

فإنه لما كانت المتعة تفرض على الزوج الذي يكون الفراق من جانبه جبرا لخاطر زوجته وتعويض لها عما يمكن أن يلحقها من ضرر ويراعي فيها مدى تعسفه في الفراق وقد حددتها المحكمة في المحكوم به بقرارها وكان الضرر في هذا الإطار لا

---

(308) حكم (بدون ذكر الرقم)، الصادر عن المحكمة الابتدائية بإنزكان قسم قضاء الأسرة، في ملف عدد 14/29، بتاريخ 27-04-2015، غير منشور.

(309) قرار رقم 1487 الصادر عن محكمة الإستئناف بدار البيضاء الغرفة الشرعية والأحوال شخصية، ملف رقمه بالمحكمة الإبتدائية 2016/11225، ورقمه بمحكمة الإستئناف 2018/1620/160، بتاريخ 02-07-2018.غير منشور

يعوض مرتين فإن المحكمة كانت على صواب لما ردت الدعوى المضادة في شقها المتعلق بالتعويض. وتبقى الوسيلتان على غير أساس[310].

فمن خلال هذه الأحكام والقرارات القضائية يتضح أن القضاء المغربي في للعديد من الأحيان، لا يفرق بين المتعة والتعويض ويقوم بالجمع بينهما معا.

في حين نجد اتجاها من القضاء يتجه إلى الحكم بالعنصرين معا، سواء المتعة أو التعويض، وهو ما يمكن أن نستشفه من حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بإنزكان قسم قضاء الأسرة بحيث جاء في حيثيات هذا الحكم، حيث إن مستحقات الزوجة الناتجة عن التطليق للضرر تشمل المتعة ...، وحيث إن المدعية قد لحقها ضرر من جراء تصرف الزوج المدعى عليه من جراء العنف الذي لحقها... وهو ما يلزم الحكم بتعويض للمدعية....[311].

من خلال الحكم السابق يتضح أن المحكمة واعية بالفرق بين المتعة والتعويض حيث ميزت بينهما وقامت بالحكم بالمتعة والتعويض وكل منهما مبني على أساسه القانوني السليم.

ومن خلال ما سبق يتضح أن القضاء المغربي كثيرا ما يخلط في أحكامه بين عنصر المتعة والتعويض، فمن المحاكم من تقصي بالمتعة دون التعويض وهناك منها من تحكم بكليهما، ونحن بدورنا نبدي موقفنا من هذا الصدد، والرامي إلى ضرورة تدخل المشرع المغربي بنصوص صريحة وواضحة لا لبس فيها يقر بواضح العبارة الحالات التي تستحق فيها الزوجة المتعة والحالات التي تستحق فيها التعويض والحالات التي تستحق فيها الجمع بينهما لأجل تحقيق نوع من التناسب في العمل القضائي[312].

---

(310) القرار عدد1/651، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحكمة النقض، في ملف شرعي عدد 2015/1/2/327، بتاريخ 29-12-2015، غير منشور

(311) حكم رقم 2016/803، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بسلا قسم قضاء الأسرة، في ملف عدد 216/1607/15، بتاريخ 30-03-2016 غير منشور.

(312) عبد المالك جبور: مرجع سابق، ص: 66- 67.

الفقرة الثالثة: المحددات القضائية لتقدير التعويض

قد يطرح أمام القضاء إشكال بمناسبة ممارسته لسلطته التقديرية يتعلق بنوع التقدير القضائي للتعويض الذي يقوم به خاصة أمام انعدام تدخل المشرع لتحديد بعض العناصر الكفيلة بمساعدة القاضي في هذه العملية، فالمشرع المغربي وإن حدد بمقتضى المادة 84 من مدونة الأسرة عناصر تقدير متعة المطلقة، فإنه لم ينحى نفس الاتجاه في التعويض عن الضرر في قضايا الطلاق أو التطليق، وهذا ما يستدعي من القاضي التقييد بمجموعة من الضوابط التي تحكم العمل القضائي بشكل عام[313].

ومن هنا يطرح التساؤل هل يتم تقدير التعويض بناء على المعيار الموضوعي أم المعيار الشخصي أم هما معا؟

يقصد بالمعيار الموضوعي المعيار الذي لا يعتمد على ضوابط شخصية ذاتية أي لا يأخذ بعين الاعتبار الشخص طرفا في تقدير الأشياء، بل يضع ضوابط مادية بحيث إذا توفرت تلك الضوابط أصدر القاضي حكمه دون النظر إلى الظروف الخاصة بأطراف الدعوى[314]، في حين يقصد بالمعيار الذاتي أخذ القاضي بعين الاعتبار الظروف الشخصية والذاتية اللصيقة بالفرد[315].

فبالنسبة لإعمال القاضي لهاذين المعيارين في مجال التعويض عن الضرر نجد المشرع المغربي بين للقاضي حالات استحقاق التعويض وترك له مسألة تقدير مدى توفر هذه الحالات في إطار الوقائع المطروحة أمامه، فإذا تم التحقق من توفر حالة من حالات الضرر يمر إلى ترتيب الأثر القانوني وهو الحكم بالتعويض.

ومن هذا المنطلق يجب على القاضي وقبل لجوئه إلى تقدير التعويض أن يقوم أولا في البحث في مدى استحقاق التعويض وهذا البحث يتطلب منه القيام بتقدير موضوعي يعتمد على المعيار المعنوي المتمثل في مدى توخي الطرف السلبي في

---

(313) خالد التومي: "الطابع المدني لمدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص: 153.

(314) عبد الله عابدي: "حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية"، بحث لنيل شهادة الماستر، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية الجزائر، السنة الجامعية 2006، ص: 98.

(315) الصابي لطيفة: مرجع سابق، ص:76.

الخصومة الحذر والفطنة اللازمين عند قيامه بالفعل المتسبب في إحداث الضرر، فالقاضي لا يجب عليه أن يستند في بداية بحثه على المعيار الشخصي لأن هذا المعيار يؤذي إلى عدم وضوح الرؤية الحقيقية للقاضي ومن شأنه التأثير على التكييف القانوني للوقائع المعروضة أمامه[316].

وهكذا يعتمد القاضي في حكمه بكون الضرر الموجب للتعويض أم لا على المعيار الموضوعي بحيث إذا توفرت الشروط المنصوص عليها في القانون والفقه حكم بذلك دون النظر إلى الظروف الخاصة بالزوج أو الزوجة، أو إلى الحالة المادية للزوجين ودون النظر أيضا إلى قصد الزوج الإضرار بزوجته، ليقرر بعدها الحكم بالتعويض ومن تمة تقدير مبلغه ثم الاستناد بعدها إلى المعيار الشخصي من خلال النظر في الظروف والاختبارات الشخصية[317].

ومن المحددات الشخصية التي تراعي في تقدير التعويض نجد درجة تعسف الزوج في إيقاع الطلاق ويتبين ذلك من خلال تمسكه بطلبه من غير مؤيدات وجيهة أو بمؤيدات واهية وغير مقبولة لأنه سببا لفك عرى العلاقة الزوجية، وهذا التقدير قد يكون نسبيا فما تجده بعض المحاكم مبرر مقبولا قد لا تعتبره أخرى كذلك ويختلف من شخص لآخر وحسب نسبة تقصير كل منهما[318].

إذن فالمشرع الأسري ترك للمحكمة سلطة واسعة في تقدير التعويض عن الضرر ولا يقيدها إلا ضرورة التعليل، وهذه السلطة التقديرية تختلف من قضية لأخرى حسب حيثيات ووقائع كل قضية، وقد تختلف حسب قناعة كل قاض، لكن في التعويض الاتفاقي عن الضرر يتم الاتفاق عليه من طرف الزوجين بعيدا عن المحكمة ويتم اتفاقهما عل مبدأ التعويض إما إبان إبرام عقد الزواج أو في إطار الطلاق الاتفاقي أو الخلعي[319].

---

(316) هجر شبيه عبد المالك الزرزاري: مرجع سابق، ص: 85.
(317) الصابي لطيفة: مرجع سابق ص: 78.
(318) محمد كريكر: مرجع سابق، ص: 74،75.
(319) بسحاب الروفي: مرجع سابق، ص: 57

ومن كل هذا نستشف أن القاضي لا يمكنه بحث مسألة التعويض بالتعويل فقط على المحدد الموضوعي دون مراعاة الخصوصية الذاتية لأطراف الدعوى، فهناك إذن تكامل بين كلا المعيارين وإعلامها معا لا محال سيؤدي إلى تقدير عادل للطرف المتضرر.

بالرجوع إلى العمل القضائي المرتبط بسلطة القضاء في تقدير التعويض عن الضرر في قضايا الطلاق أو التطليق نورد قرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحكمة النقض الذي ورد فيه ما يلي:

حيث يستفاد من وثائق الملف والقرار المطعون فيه أعلاه، أن طالب النقض تقدم بمقال افتتاحي وآخر إصلاحي مؤدى عنهما على التوالي بتاريخ 2009/12/28 و2010/01/15 إلى المحكمة الإبتدائية بطنجة قسم قضاء الأسرة، عرض فيهما أن المدعى عليها زوجته، وأنه لم يدخل بها بعد، وأنه في الآونة الأخيرة احتدمت المشاكل بينهما، ملتمسا تطليقها منه للشقاق قبل البناء. وأجابت المدعى عليها بأن المدعي امتنع عن إعداد بيت الزوجية، وأنه سعى للاستمتاع بها واستغلالها ماديا، وأنه اختلى بها عدة مرات ملتمسة الحكم لها بمستحقاتها، كما التمست بمقالها المقابل المؤرخ في 2010/02/09، الحكم عليه بتعويض مناسب لجبر الضرر الحاصل لها من تعسف في طلبه. وتعذر الصلح، فقضت المحكمة الإبتدائية بتاريخ 2010/02/17 في الطلب الأصلي: بتطليق المدعى عليها طلقة واحدة بائنة للشقاق قبل البناء. وفي الطلب المقابل: بأدائه لها تعويضا عن الضرر مبلغه 3000 درهم وبرفض باقي الطلبات. فاستأنفته المدعى عليها أصليا ملتمسة الحكم لها بمستحقاتها المترتبة عن التطليق ورفع التعويض المحكوم به إلى مبلغ 60000 درهم. استأنفه المدعى عليه تبعيا ملتمسا رفض طلب التعويض، وبعد إجراء بحث مع الطرفين قضت محكمة الإستئناف بتأييد الحكم المستأنف مبدئيا مع تعديله وذلك برفع التعويض المحكوم به إلى مبلغ 10000 درهم. وهو القرار المطعون فيه بالنقض من طرف الطالب بواسطة دفاعه بمقال تمم بوسيلة

وحيدة وجهها للمطلوبة طبقا للقانون وأفيد عنها أنه تعذر إيجاد رقم 45 بالعنوان بعد التحري.

وحيث يعيب الطالب القرار بمخالفة المادة 97 من مدونة الأسرة ونقصان التعليل الذي يوازي انعدامه، وذلك أنه سبق أن أثبت بأن الخلافات والمشاكل وسوء التفاهم بينه وبين زوجته هو الذي دفعه إلى تقديم طلب التطليق للشقاق، وأن المطلوبة رغم توصلها تخلفت عن حضور جلسة البحث التي أمرت بها المحكمة الابتدائية، كما أنها لم تثبت أنه تعسف في تقديم طلب التطليق ولا الضرر الذي لحقها، خاصة أنه أثبت خلال جلستي البحث في المرحلتين الابتدائية والاستئنافية أنها هي السبب في تقديمه طلب التطليق، والتمس نقض القرار المطعون فيه.

لكن حيث أنه بمقتضى المادة 97 من مدونة الأسرة فإن تقدير مسؤولية أحد الزوجين عن الفراق والتعويض المستحق للمتضرر منهما من ذلك هو سلطة تقديرية لمحكمة الموضوع. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لها أن الطاعن متعسف في استعمال حق التطليق من خلال ما راج أمامها ومن وثائق الملف، وأيدت الحكم الابتدائي فيما قضى به من تعويض، مستعملة سلطتها تقديرية بحسب الضرر الحاصل للمطلوبة من الفراق، وبالنظر إلى تاريخ الزواج 2006/04/27 وتاريخ تقديم الدعوى 2009/12/28، فإنها طبقت مقتضيات المادة أعلاه تطبيقا سليما، وعللت قرارها تعليلا كافيا[320].

من خلال هذا القرار القضائي يتضح أنه بالرغم من كل محاسن المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي فهناك اختلاف بين القضاء الأسري بشأن تطبيقهما مما قد يأثر على الحماية القانونية والقضائية للمضرور، لدى يجب على المشرع وفي إطار توحيد العمل القضائي أن يتدخل بنصوص صريحة وواضحة يحدد فيها أسس دقيقة يتم الاعتماد عليها من أجل تقدير التعويض، أو الإحالة على الأقل تطبيق أسس تقدير المتعة على التعويض.

[320] قرار رقم 90 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحكمة النقض، في ملف شرعي عدد 2016/1/2/329، بتاريخ 14-02-2017، غير منشور.

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية للزوجين في قضايا الطلاق والتطليق

نظم المشرع المغربي الطلاق في مدونة الأسرة، حيث تم تنظيم الطلاق من خلال القسم الثالث[321] من الكتاب الثاني المتعلقة بانحلال ميثاق الزوجية، وآثاره من مدونة الأسرة، والتطليق من خلال القسم الرابع من نفس الكتاب، فالباب الأول من هذا القسم خصصه المشرع إلى التطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق، والثاني للتطليق لأسباب أخرى.

لقد جاءت مدونة الأسرة بمجموعة من المقتضيات الجديدة، فيما يخص انحلال الرابطة الزوجية، كان أهمها ما يتعلق بالتعويض عن التطليق للشقاق والتطليق للضرر، ومدى تطبيق قواعد المسؤولية المدنية عند انحلال الرابطة الزوجية، وكذا تطبيقها عند الطلاق التعسفي، كان من خلال قراءة المتأنية للمواد المنطقة للطلاق في مدونة الأسرة، نجد هذه الأخيرة لم تنص على التعويض المدني بكيفية صريحة، كما نصت عليها عند انحلال الرابطة الزوجية بسب التطليق للشقاق والتطليق للضرر[322].

لذلك سنتطرق لهذا المبحث من خلال مطلبين، نخصص **(المطلب الأول)** إلى المسؤولية المدنية للزوجين في الطلاق، و**(المطلب الثاني)** إلى المسؤولية المدنية للزوجين عند التطليق للشقاق والتطليق للضرر.

المطلب الأول: المسؤولية المدنية للزوجين في الطلاق

لا يعد اللجوء إلى انحلال ميثاق الزوجية بالطلاق أو التطليق إلا استثناء، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين لما في ذلك من تفكك الأسرة، والإضرار بالأطفال[323]، لأن عقد الزواج يبرم على وجه الدوام لا على سبيل التأقيت ويعتبر

---

[321] القسم الثالث من المادة 78 إلى المادة 93 من مدونة الأسرة.
[322] من المادة 94 إلى المادة 97 من مدونة الأسرة.
[323] المادة 70 من مدونة الأسرة.

الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة[324].

ومن بين المستجدات التي جاء بها المشرع المغربي في تنظيمه للأحكام الطلاق، وهو جعله تحت الرقابة القضائية، مما يجعل هذا الأخير يقوم بتحديد مدى تعسف أحد الزوجين في إيقاع الطلاق من أجل تحديد المسؤولية المدنية في هذا الشأن[325].

فما هو الطلاق الموجب للتعويض؟ وما هي المسؤولية المترتبة عنه؟ للإجابة عن هذين التساؤلين، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى تلاث فقرات نخصص **(الفقرة الأولى)** للحديث عن الطلاق الموجب للتعويض، و **(الفقرة الثانية)** للحديث عن المسؤولية المترتبة عليه في الأخير نخصص **(الفقرة الثالثة)** للحديث عن التعويض الاتفاقي.

الفقرة الأولى: طبيعة الطلاق الموجب للتعويض

إن كان الطلاق حقا مشروعا لكلا الزوجين، إلا أنه ليس حقا مطلقا، حيث لا يجب أن يتصرف فيه صاحبه كيف ما شاء دون رعاية الغير، أو دون استهداف الغاية النوعية التي شرع من أجلها هذا الطلاق، لأن الشارع يرسم لكل حق غاية معينة، فينبغي أن يكون موافقا لقصد المشرع في التشريع، فالحق إذن مقيد بالغرض ولم يشرع ليتخذ وسيلة للإضرار بالغير[326].

إن توقيع الطلاق دون الاستناد إلى مبررات موضوعية واستثنائية يكون من أوقعه متعسفا في استعمال هذه الرخصة. وقد منعت الشريعة الإسلامية التعسف في استعمال الحقوق بصفة عامة والتعسف في استعمال حق الطلاق بصفة خاصة وهو ما

---

[324] لمادة 78 من مدونة الأسرة.

[325] أحمد زوكاغي: "الطلاق التعسفي"، مقال منشور بمجلة رحاب المحاكم، مطبعة النجاح الجديدة، العدد الخامس أبريل 2010، ص: 24.

[326] محمد كريكر: مرجع سابق، ص:73.

تضمنته نصوص مدونة الأسرة وبصفة خاصة المادة 70 والمادة 84 التي تلزم المحكمة بالبحث عن أسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه[327].

لذلك فالطلاق محظور إلا للضرورة، لكن هل كل طلاق يجب التعويض عليه؟ بالطبع إنه ليس كل طلاق يرتب التعويض، بما أن المشرع أباحه للضرورة، لذلك إن الطلاق الواجب التعويض عليه هو الطلاق التعسفي. فما هو الطلاق التعسفي؟

فإذا كان الطلاق مبرر فإنه لا يطرح أي إشكال لكن الإشكال يطرح في حالة الطلاق التعسفي دون مبرر، فقد يتعسف الزوج في إيقاعه (**أولا**) كما أن الزوجة قد تتعسف وتضر بزوجها(**ثانيا**).

أولا: تعسف الزوج في إيقاع الطلاق

إن توقيع الطلاق دون الاستناد إلى مبررات موضوعية يكون من أوقعه متعسفا في استعمال هذه الرخصة، وقد منعت الشريعة الإسلامية التعسف في استعمال الحقوق بصفة عامة والتعسف في استعمال حق الطلاق بصفة خاصة[328]، وهو ما تضمنته أيضا نصوص مدونة الأسرة وبصفة خاصة المادة 70 منها، والمادة 84 والتي تنص على أن تشمل مستحقات الزوجة، الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة، والمتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه...[329].

المحكمة عليها أن تتحقق من الأسباب الداعية إلى الطلاق وما إذا كانت منسوبة للزوج أو الزوجة أو أنها مشتركة بين الطرفين[330]، ويتحقق التعسف من جانب الزوج في حالة كون تلك الأسباب غير مبررة فيكون الطلاق تعسفيا[331].

---

(327) إدريس الفاخري: "تعويض المضرور في العلاقات الأسرية بين نصوص قانون الالتزامات والعقود ومدونة الأسرة"، مرجع سابق ص: 39.

(328) بلعيد الشريف: "متعة الطلاق ومبدأ التعويض عند إنحلال العلاقة الزوجية"، مرجع سابق ص: 45.

(329) محمد كريكر: مرجع سابق، ص: 74.

(330) هجر شبيه ومحمد الزرزاري: "أحكام المتعة والتعويض على ضوء العمل القضائي"، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، الفوج 39، 2013-2015، ص:34.

(331) أحمد زوكاغي: مرجع سابق، ص: 2.

إذن فإذا كان طلاق الزوج لزوجته مضرا بها ومسيئا لسمعتها خاصة إذا كان الطلاق بدون مبرر معقول فإن مثل هذا الطلاق يعتبر تعسفيا وغير مقبول في الشريعة الإسلامية وكذا في النصوص الوضعية خاصة قواعد المسؤولية المدنية التي تستوجب جبر الضرر عن طريق التعويض العادل للطرف المضرور، خاصة وأن المرأة كما يقول أحد الفقه المهتم تجد نفسها مرمية في الشارع بسب تعسف الزوج في الطلاق، خصوصا إذا لم يكن لها الأهل من يقبل عودتها ولم يكن لها دخل مالي لكونها لا تعمل وهي أكبر مشكلة تعانيها بعض الأسر العائلية[332].

وبذلك فالمقصود بالطلاق التعسفي: هو أن يمارس الزوج حقه في الطلاق قاصدا الإضرار بالزوجة أو على ألا يكون سبب جدي يبرره، والتعسف عموما هو تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية ويترتب عليه تعويض الزوجة على ما أصابها من ضرر[333].

إذن نستنتج من خلال ما سبق وبالخصوص المادة 84 من مدونة الأسرة أعلاه، أن للمطلقة حقوقا تستحقها بعد الطلاق وهي الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة وسكنى المعتمدة ومتعة المطلقة، حيث يراعي في هذه الأخيرة مدى تعسف الزوج في إيقاع الطلاق أو الإضرار بزوجته، إذن فتعويض الزوجة عن الطلاق التعسفي يدخل ضمن المتعة، فماذا عن تعسف الزوجة في إيقاع الطلاق؟

ثانيا: تعسف الزوجة في إيقاع الطلاق

من أهم المقتضيات التي جاءت بها مدونة الأسرة أنها وسعت من مبدأ سلطان الإرادة وسمحت لطرفي العلاقة الزوجية بأن يضعا حدا لهذه العلاقة عن طريق الطلاق، إذا ما اختلت مقومات العلاقة الزوجية وأهدافها من مودة ورحمة والمعاشرة

(332) إدريس الفاخري: "انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة" مع رصد لأهم التوجهات الصادر محكمة النقض ومحاكم الموضوع، الجزء الثاني، مطبعة المعرفة مراكش، الطبعة الثانية 2018، ص: 19.

(333) محمد الكشبور: "الوسيط في شرح مدونة الأسرة، انحلال الرابطة الزوجية"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 2015، ص 93.

بالمعروف[334]، حيث يتم إنهاؤها بإرادة أحد الزوجين[335]. وذلك تحقيقا لمبدأ المساواة الذي جاءت به مدونة الأسرة[336].

فإذا كان المشرع أوجب على الزوج عند لجوئه إلى الطلاق عدم التعسف في استعمال هذا الحق، فإن المرأة أيضا يجب ألا تتعسف هي الأخرى في إيقاعه وذلك في الطلاق المملك الذي نصت عليه مدونة الأسرة من خلال المادة **89** والتي جاء فيها ما يلي: "إذا ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق، كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة طبقا لأحكام المادتين **79** و**80**[337]**.**

وبهذا فالتمليك عبارة عن مبادرة فردية، تتم عن طريق الإرادة الحرة من طرف الزوج، الذي يسمح من خلاله لزوجته في إيقاع الطلاق. وهكذا فبهذه الإمكانية يمكن للزوجة أن تمارس حق إيقاع الطلاق متى توفرت عن الأسباب الجدية التي تدفعها للممارسة هذا الحق، إذ لا يمكنها أن تتجه في طلبها للطلاق بمجرد التملك لأن ذلك يعد تعسفا منها في استعمال حقها رغم أن هذا التعسف لا يمنع من إيقاع الطلاق إذا ما أصرت عليه، غاية في الأمر أن المحكمة تحكم للزوج المتضرر بالتعويض الذي لحقه جراء الطلاق التعسفي[338].

وأكيد أن التعويض عن الضرر، الذي يلحق الأفراد ماديا أو معنويا، يكتسي أهمية بالغة ليس فقط من حيث تنظيم سلوكياتهم وتصرفاتهم داخل المجتمع من خلال حفظ حقوقهم ومصالحهم الخاصة، بل كذلك من حيث إقامة العدالة الاجتماعية التي ترمي إلى إحقاق الحق ورفع الظلم، بما يتطلب ذلك من تحميل المسؤولية المدنية لكل من تسبب في إلحاق الضرر بالغير وإرغامه على التعويض جبرا لخاطره[339].

---

[334] المادة 51 من مدونة الأسرة تنص في بندها الثاني على ما يلي: الحقوق المتبادلة بين الزوجين:
1- ...
2- المعاشرة بالمعروف، والتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة...".
[335] المادة 78 من مدونة الأسرة" الطلاق على ميثاق الزوجة يمارسه الزوج والزوجة".
[336] الحسنية لعديري: مرجع سابق، ص: 85.
[337] عبد الرزاق أيوب: مرجع سابق، ص: 53.
[338] محمد كريكر: مرجع سابق، ص:76.
[339] الحسنية لعديري: مرجع سابق، ص: 86.

لكن الإشكال المطروح هو الكيفية التي تمكن الزوج من الحصول على التعويض في حالة الطلاق التعسفي الذي تمارسه الزوجة، فإن كانت هذه الأخير تستفيد من التعويض بإدخاله في المتعة، رغم أن هذه الأخيرة تطرح إشكالا، لأن هناك فرقا بين المتعة والتعويض[340].

لذلك يستحسن أن يعدل المشرع المغربي المادة 84 من مدونة الأسرة، من خلال التفرقة بين المتعة والتعويض بالنسبة للزوجة، وكذا التنصيص على التعويض بالنسبة للزوج في حالة تعسف الزوجة في إيقاع الطلاق.

وبعد التطرق إلى التعسف الزوج والزوجة في إيقاع الطلاق، فما هي المسؤولية المترتبة عن ذلك؟

الفقرة الثانية: المسؤولية المدنية المترتبة عن الطلاق التعسفي

خول المشرع للمطلقة حق المتعة التي يتعين لزوما عند تقديرها مراعاة ما قد يصيب هذه المطلقة من أضرار مادية كانت أو معنوية، استنادا إلى القاعدة الفقهية التي تقول: "لا يقتضي طلب الحق أكثر من مرة" فإنه لا يمكن إقرار المتعة للزوجة المطلقة ويسمح لها في ذات الوقت سلوك دعوى التعسف في استعمال الحق[341].

والمتعة باعتبارها تعويضا لكل مطلقة بغير تخصيص ولا تحديد وهي تخفيف لما يقع من إيلام وخصاصة لنفس المطلقة وضررا بها. ويقوم هونا وعزاء لما يدور حولها من مظان السوء والارتياب بسبب تطليقها[342].

وقد نص المشرع المغربي من خلال مدونة الأسرة على أحقية المرأة في المتعة عند تعسف زوجها في الطلاق وذلك من خلال المادة 84 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها: تشمل مستحقات الزوجة الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة

---

(340) محمد كريكر: مرجع سابق، ص76.

(341) يوسف بناصر: "هل من محل لإعمال نظرية التعسف في استعمال الحق بصدد دعوى الطلاق في ظل العمل القضائي المغربي"، مقال منشور بمجلة القصر، العدد ماي 2004، ص: 119.

(342) أنس بلعربي: "المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة المغربية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2007-2008، ص: 141.

التي يراعي في تقديرها فترة الزواج، والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه[343].

فمن خلال هذه المادة يتبين أن المشرع خلط بين المتعة والتعويض الواجب أداؤه لجبر الضرر الناتج عن تعسف الزوج في إيقاع الطلاق.

وقد كان على المشرع المغربي أن يرتب على واقعة تعسف الزوج في استعمال حقه تعويضا مدنيا، مستقلا عن حق المطلقة في المتعة، ويتعين الفصل بين المتعة كحق مقرر لفائدة المطلقة بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية. وبين إمكانية التعويض عما قد يلحق الزوجة من أضرار مادية ومعنوية إذا ما طلقت تعسفا[344].

إذن فالمتعة في الطلاق التعسفي لا ينبغي النظر إليها كتعويض المطلقة عما أصابها من ضرر، وأن يتدخل المشرع وينص صراحة في المادة 84 من مدونة الأسرة على التعويض وخاصة أن المشرع المغربي انفتح على قواعد المسؤولية المدنية في بعض أنواع التطليق[345].

برغم من أن المشرع المغربي لم ينص صراحة عن التعويض في المادة 84، إلا أنه بعد قراءة متأنية للمادة السالفة الذكر، يتضح أن عناصر المسؤولية التقصيرية من خطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما متوفرة، فلا شك أن إقدام الزوج على إنهاء العلاقة الزوجية دون مبرر يشكل خطأ، كما أن هذا الطلاق، لابد أن يؤذي إلى إلحاق أضرار مادية أو معنوية بالزوجة إن كان من جانب الزوج حيث تستحق عنه التعويض، وكذلك الشيء بالنسبة للطلاق الذي تتقدم به الزوجة.

من هنا يرى بعض الفقه أن المشرع قد خولة للقاضي السلطة التقديرية، في تحديد التعويض على الزوج إذا اتضح له من خلال جلسات الصلح بأن الزوج متعسف في الطلاق، أو كان الطلاق يقصد من ورائه إلحاق الأذى والضرر بها، فالمحكمة

---

[343] الحسنية لعديري: مرجع سابق، ص: 89.
[344] يوسف بناصر: مرجع سابق، ص: 121
[345] الحسنية لعديري: مرجع سابق، ص: 91.

تحفظ لها حقوقها كاملة كمؤخر الصداق إن وجد ونفقة العدة والمتعة وغيرها من الحقوق المالية بالإضافة إلى منحها تعويضا عادلا إذا لحقها ضرر[346].

كما أن المشرع، أشار إلى عنصر الخطأ في المادة 84 من مدونة الأسرة، والمتمثل في الإساءة في استعمال الحق، أما الضرر فإنه لم يشر إليه لأنه مفترض مادام الطلاق كان بسبب غير معقول،[347] فالطلاق التعسفي يوجب التعويض إلى جانب المتعة، وإنه كان من الممكن وبصرف النظر عن الأضرار المادية اللاحقة بالمطلقة، فإن الأضرار المعنوية يتعين التخفيف منها عن طريق التعويض وخاصة إذا جاء هذا الطلاق بعد قضاء مدة طويلة من العشرة الزوجية بين الطرفين[348].

وما يمكن قوله من خلال هذا كله أنه إذا كانت الشريعة والقانون يبيحان الطلاق، بصرف النظر عن أسبابه وإذا كانت المتعة والحقوق المخولة للمطلقة كفيلة بجبر مختلف الأضرار المادية والمعنوية التي تضررت منها الزوجة. لذلك لا مناص من الاعتراف بحق المطلقة من إلزام مطلقها بتعويض الأضرار التي لحقت بها جراء الطلاق التعسفي غير المبرر، فيتعين بذلك على القضاء تمديد إشرافه على مدى شرعية الطلاق، فإذا كان يقوم على مبرر قانوني اكتفت المطلقة بالحقوق الشرعية من متعة وكالئ الصداق... أما في حالة كان الطلاق تعسفيا فإنه يجب تمكين المطلقة من حقوقها الشرعية بالإضافة إلى تعويضها طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

وعموما إذا كانت المطلقة تستفيد من التعويض بطريقة غير مباشرة وذلك عن طريق الرفع من قيمة المتعة فإن الإشكال يثار حين تتعسف الزوجة في إيقاع الطلاق فكيف يمكن للزوج المطالبة بالتعويض جراء هذا التعسف. بالرجوع إلى نصوص مدونة الأسرة نجد المشرع لم يجز ذلك بشكل صريح للزوج.

---

(346) إدريس الفاخري، "انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحداث الاجتهادات القضائية"، مرجع سابق، ص:266.

(347) محمد كريكر: مرجع سابق، ص: 77.

(348) موحى اسيدي اعمر: "المسؤولية المدنية والتعويض من خلال الزواج وانحلال ميثاقه"، مقال منشور بمجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد الخامس ماي-يونيو2015، ص:77.

من هنا يرى بعض الفقه، على أنه يمكن للمحكمة أن ترفض الحكم بالمتعة في حالة تضرر الزوج من الزوجة، أي عندما يثبت لها مبرره، ولا تتجاوز ذلك إلى الحكم بالتعويض الزوج لأن ذلك لا سند له في النصوص الخاصة بالطلاق، وإذا أرادة الزوج المطالبة بتعويض فله الالتجاء إلى التطليق للشقاق[349].

في نظري أن هذا الرأي بجانب الصواب إذ يرى بأنه يمكن للمحكمة ألا تحكم بالمتعة في حالة إضرار الزوجة بزوجها، لأن حرمانها من المتعة يعتبر بمثابة تعويضها لزوج الذي تضرر من تعسف زوجته في إيقاع الطلاق.

بالرغم من عدم التنصيص صراحة، على إمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر في إطار دعوى الطلاق، فإن ليس هناك ما يمنع قانونيا من تقديم طلب التعويض في هذه الدعوى سواء من طرف الزوج أو الزوجة، إذ هذه الدعوى ترمي أيضا إلى إنهاء العلاقة الزوجية وشقاق الزوجين بمعناه الواسع قائم بالنسبة إليها كما أن عنصر الضرر متوفرة فيها[350].

وترتيبا على ذلك، فبإمكان الزوج الذي تقدم بطلب الإذن بالطلاق، أن يطلب أيضا تعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب تصرفات زوجته التي كانت هي الدافع في تقديمه لطلب الطلاق، كما أن للزوجة كذلك أن تطلب التعويض لها عن الضرر الذي لحقها جراء تسبب زوجها في الطلاق، وللمحكمة أن تقضي لها بالتعويض فضلا عن المتعة التي تستحقها بقوة القانون[351].

وبالرجوع إلى واقع العمل القضائي، فيما يخص ممارسة مسطرة الطلاق، نجد أن ممارسة هذه المسطرة أصبحت جذ نادرة، باستتناء الطلاق الاتفاقي، نظرا لإقرار المشرع المغربي لمسطرة التطليق للشقاق، والتي تتميز بالسهولة بالمقارنة مع مسطرة الطلاق، وكذا جعلها حقا بيد الزوج والزوجة.

---

(349) أحمد الخمليشي: "من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة"، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، طبعة2016، ص:210.

(350) إدريس الفاخري: "انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص:266.

(351) خالد بن مومن، "المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة"، مرجع سابق، ص: 183.

وتجدر الإشارة إلى أن عدة قوانين عربية نصت على التعويض عن الضرر عند إنهاء العلاقة الزوجية، غير أن منها من حصر هذا التعويض في حالة الطلاق الرجعي دون غيره وقيدته لعدة شروط، كما هو الأمر بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية السوري[352] والأردني[353] والعراقي[354]، كما أن قوانين أخرى وسعت من نطاق التعويض ليشمل حالات الطلاق بناء على طلب الزوج أو بناء على طلب الزوجة وهو ما سار عليه القانون التونسي[355] والجزائري[356] وقد أحسنت التشريعات العربية، التي نصت على التعويض الشامل لجميع حالات الطلاق، سواء كان من الزوج أو الزوجة احتراما للمبادئ الدستورية والاتفاقات الدولية التي تنص على المساواة بين الرجل والمرأة، حبذ لو حدا المشرع المغربي حدو نضيره التونسي والجزائري.

---

[352] نصت المادة 17 من مدونة الأحوال الشخصية السورية على ما يلي: "إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك يؤس جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب درجة تعسفية بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاثة سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال".

[353] المادة 134 من مدونة الأحوال الشخصية الأردني نصت على ما يلي: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد على نفقة ثلاث سنوات ويراعى في قرضها حال الزوج عسرا ويسرا ويدفع جملة إذا كان الزوج هو سرا أو أقساط إذا كان معسرا، ولا يؤثر ذلك على حقوقها الزوجية الأخرى".

[354] نصت الفقرة الثالثة من المادة 39 من قانون الأحوال الشخصية العراقي: " إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وأن الزوجة أصابها ضرر من جزاء ذلك، تحكم المحكمة يطلب منا على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه، يقدر جملة، على ألا يجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى".

[355] ـ الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية (تقع بقانون عدد 7 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فيري1981) ينص علي ما يلي:
يحكم بالطلاق

1- بتراضي الزوجين
2- بناء على طلب أحد الزوجين بسب ما حصل له من ضرر
3- بناء على رغبة الزوج في إنشاء الطلاق أو المطالبة الزوجة به.
4- ويقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه.
5- وبالنسبة للمرأة يعوض لها عن الضرر المادي بجارية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وبالحلول على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن وهذه الجراية قابلة للمراجعة ارتفاعا و انخفاضا بحسب ما يطرأ من متغيرات وتستمر إلى أن تتوفى المفارق ة أو بتغير وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن الجراية تصبح دنيا على التركة في حالة وفاة المفارق ونضفي عندئذ بالتراضي مع الورثة أو على الطريق القضاء بتسديد مبلغها دفعة واحة يراعي فيها سنها في ذلك التاريخ كل ذلك مالم تخبر التعويض لها عن الضرر المادي في شكل رأس مال يستند لها دفعة واحدة

[356] المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري (معدلة) نصت على ما يلي: "إذا تبث للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

من خلال ما سبق يتضح أن المشرع المغربي لم ينص على إمكانية التعويض في حالة الطلاق التعسفي بشكل صريح وإن كانت الزوجة تستفيد منه عن طريق مزجه بالمتعة التي يراعي في تقديرها مدى تعسف الزوج في إيقاع الطلاق وفي هذه الحالة تكتسي المتعة طابعا تعويضيا[357]، وبما أنه أصبح بإمكان الزوجة ممارسة مسطرة الطلاق في بعض الحالات فإنها قد تتعسف في ذلك، من أجل حماية حقوق الرجل كذلك من جراء هذا التعسف يجب على المشرع المغربي أن ينص بشكل صريح على إمكانية حصول الزوج على التعويض عن الضرر الناتج عن تعسف الزوجة في إيقاع الطلاق ومن أجل الحد من حالات الطلاق كذلك.

أمام كل هذه الإشكالات القانونية بخصوص إمكانية التعويض عن الطلاق التعسفي نتساءل عن إمكانية الاتفاق على اشتراط التعويض الاتفاقي بين الزوجين

الفقرة الثالثة: التعويض الاتفاقي

التعويض الاتفاقي هو اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحقه أحد الزوجين في حالة تضرره من تصرفات الزوج الآخر بل وإقدامه على إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق[358].

وهكذا يعتبر التعويض الاتفاقي أيضا ذلك التعويض الجزافي المسبق للضرر، أي أن المتعاقدان يحددان مبلغا ماليا يعد في نظرهما تعويضا موازيا للضرر المتحقق الذي قد يلحق أحد الأطراف نتيجة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته[359].

ولعل اعمال قواعد التعويض الاتفاقي عند إنهاء العلاقة الزوجية لا يخالف النظام العام الأسري في شيء، مادام أن المشرع قد سمح للزوجين بالاتفاق على مبدأ

---

[357] الحسنية لعديري: مرجع سابق، ص: 87.

[358] بلعيد الشريف: مرجع سابق، ص: 71

[359] ـ موحى اسيدي اعمر: "المسؤولية المدنية والتعويض من خلال الزواج وانحلاله"، مرجع سابق، ص98.

إنهاء الرابطة الزوجية بشروط أو بدون شروط مع ضرورة عدم الإضرار بمصالح الأطفال وفقا للمادة 114 من مدونة الأسرة[360].

استنادا على هذه المادة فإنه يجوز لأحد الزوجين الحصول على التعويض الاتفاقي من الزوج الآخر، وفق الشروط المتفق عليها، خاصة وأن هذه الشروط قد أصبحت ملزمة لمن التزم بها، وهو ما يفيد بأن التعويض يكون ملزما لما التزم به، من الزوجين في اتجاه الزوج الآخر ما دام أنه لا يخالف الأحكام العامة لعقد الزواج ولا مقاصده ولا القواعد الأمر للقانون[361].

لكن برغم من أهمية الاتفاق المسبق بخصوص التعويض الاتفاقي بين الزوجين فإنه قد يصطدم بمجموعة من الإكراهات الواقعية من بينها:

إن التمسك بشرط التعويض الاتفاقي من طرف أحد الزوجين ومند اللحظة الأولى لإبرام عقد الزواج قد يولد اشمئزاز لدى الزوج الآخر[362] بل قد يدفع بعض الأزواج إلى العزوف عن الزواج[363].

من جهة أخرى، فإن إيراد شرط التعويض الاتفاقي في حالة الطلاق قد يبدو ممكنا بالنسبة للزوجين لهما تجربة سابقة في الزواج أو أن أحدهما كان ضحية استغلال في زواج سابق، فيريد الاحتياط لنفسه، وأحيانا يمكن أن يكون إيراد هذه الشروط قد تم بمبادرة من أقارب أحد الزوجين تكون له رؤية مغايرة لجوانب الحياة انطلاقا من تجربته، أما بالنسبة لزوجين حديثي العهد بالزواج فإن هدفهما يكون منصبا بالدرجة الأولى على ربط العلاقة الزوجية بعيدا عن كل اعتبار[364].

---

(360) بلعيد الشريف: مرجع سابق، ص: 71.

(361) بوسحاب الروفي: مرجع سابق، ص: 48.

(362) محمد أقاش: "النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2005-2006، ص: 105.

(363) خالد بن مومن: "إعمال قواعد المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة"، مرجع سابق ص: 311.

(364) محمد خيري: "تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية بين المدلول القانوني والمدلول الإجتماعي، مدونة الأسرة عام من التطبيق الحصيلة والآفاق"، سلسلة الندوات، العدد الأول يومي 18-17 فبراير 2005، ص: 50و51.

المطلب الثاني: المسؤولية المدنية للزوجين في التطليق للشقاق والتطليق للضرر

من بين المقتضيات التي جاءت بها مدونة الأسرة التنصيص على مسطرة التطليق للشقاق، حيث حددت لها مدونة الأسرة بابا خاصا[365]، وأصبح اللجوء إلى هذا النوع من التطليق دون تكليف من يطلبه إثبات ادعائه، بل يكفي أن يدعي وقوع نزاع، وشقاق مع استمرار هذا الأخير، مما أدى إلى ارتفاع نسبة التطليق للشقاق لسهولة المسطرة المتبعة[366]، الشيء الذي نتج عنه تفكك الأسرة وإلحاق الضرر بالأبناء وبالزوجين الذي يترتب عنه المسؤولية تقصيرية بالنسبة للزوجة أو الزوج، حيث أحسن المشرع عندها نص عن مسؤولية الزوجين من خلال المادة 97 من مدونة الأسرة، إضافة إلى إمكانية الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة للمسؤولية التقصيرية خاصة الفصلين 77 و 78 ق ل ع.

أما باقي أنواع التطليق، قد نضمها المشرع المغربي من خلال الباب الثاني[367]، حيث جعلها في يدي الزوجة دون الزوج، وهي التطليق لعدم الإنفاق والتطليق وللغيبة وللعيب وللإيلاء والهجر والتطليق للضرر، لكن ما يميز هذا النوع الأخير عن باقي أنواع التطليق هو التنصيص فيه على المسؤولية التقصيرية بصفة صريحة، لذلك سنقتصر على هذا النوع من التطليق دون باقي الأنواع الأخرى ولاكن قبل ذلك سيتم الحديث عن التطليق للشقاق.

لذلك سنتناول هذا المطلب من خلال تلاث فقرات نخصص **(الفقرة الأولى)** للحديث عن المسؤولية المدنية للزوجين عند التطليق للشقاق، و**(الفقرة الثانية)** للحديث عن المسؤولية المدنية للزوجين عند التطليق للضرر.

---

(365) من المادة 94 إلى المادة 97 من مدونة الأسرة.
(366) الفصل 45 من القانون المسطرة المدنية.
(367) من المادة 98 إلى المادة 113 من مدونة الأسرة.

ومن ناحية أخرى، بعد أن تتصدى المحكمة إلى الحكم بالتعويض للطرف المضرور وصيرورته نهائيا، فما هي ضمانات تنفيذ هذا الحكم من الناحية الزجرية؟ وما هي حدود حماية الحكم بالتعويض جنائيا؟ وهذا هو موضوع **(الفقرة الثالثة).**

الفقرة الأولى: المسؤولية المدنية للزوجين في التطليق للشقاق

لم تعرف مدونة الأسرة التطليق للشقاق، لذلك عرفه بعض الفقه في اللغة هو مشتق من الشق وهو نصف الشيء، فالشقاق بين الزوجين هو كل خلاف عميق ونزاع مستحكم بينهما اشتقت أواصر المودة وتصدعت السكينة والطمأنينة بينهما مما يحول دون استمرار الحياة الزوجية[368]، وهو نفس التعريف الذي أوردته المحكمة الابتدائية ببني ملال قسم قضاء الأسرة وهو أن الشقاق بين الزوجين هو تلك الحالة الواقعية التي يتعذر فيها استمرار العلاقة الزوجية لأن كل طرف فيه يكون في جانب بعيدا عن قرينه بسبب غلبة العداوة والمباغضة والكراهية فتتشقق أواصر المودة وتتصدع السكينة والطمأنينة بينهما على نحو يفرغ الزواج من أسس استقراره ويحول دون مباشرة الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين[369].

فعبارة الشقاق وردت في عدة آيات من القران الكريم، غير أن الآية التي تعتمده كسند شرعي لوضع مسطرة الشقاق[370] هي قوله عز وجل: (وإن خفتم شقاق بينهما فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا)[371].

والسند القانوني لمسطرة الشقاق نجده في المواد 94 و95و 96و 97 من مدونة الأسرة وهي المواد المنظمة له حيث تعتبر هذه المواد مسطرة أصلية يمكن

---

[368] محمد الشافعي: "الزواج واحلاله في مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص:96.

[369] حكم بدون ذكر الرقم، صادر عن المحكمة الإبتدائية بيني ملال قسم قضاء الأسرة، في ملف عدد 1119/2019، بتاريخ 3-12-2020، غير منشور.

[370] إدريس كركين: "متعة المطلقة في دعوى التطليق للشقاق"، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، العدد الأول أكتوبر 2011، ص: 224.

[371] الآية 35 من سورة النساء.

الالتجاء إليها مباشرة لطلب التطليق بالإضافة إلى المادة 45 و100 من م أ وهي المسطرة تابعة.[372]

أما السند التشريعي لمسؤولية الزوجين عن الضرر، يوجد في المادة 97 من مدونة الأسرة التي نصت على ما يلي: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق والمستحقات طبقا للمواد 83 و84 و85 أعلاه مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر"[373].

فمصطلح المسؤولية المنصوص عليه في المادة 97 من مدونة الأسرة يستغرق جميع الأخطاء والأفعال التي يستحيل معها استمرار العلاقة الزوجية سواء كان لهذا الخطأ طابع جرمي كالاعتداء بالضرب والخيانة الزوجية أو كأن سلوك الزوج الموجب للتعويض تم عن طريق خرق للحقوق والواجبات بين الزوجين والمنصوص عليها في المادة 51 من مدونة الأسرة[374] وقد لا يرتكب الزوج أو الزوجة أي خطأ حيث يلجأ أحدهما إلى استعمال حقه في إنهاء الرابطة الزوجية بدون مبرر معقول مما يوجب عليه التعويض للطرف الآخر ويكون أساس التعويض هنا في مثل هذه الصورة مبني على نظرية التعسف في استعمال الحق طبقا للفصلان 77و78 من قانون الالتزامات والعقود المغربي[375].

فمسطرة التطليق للشقاق يتساوى فيها الطرفان الزوج والزوجة سواء من حيث إنهاء العلاقة الزوجية أو من حيث إمكانية الحصول على التعويض، ولا يشترط لذلك إلا أن تكون مسؤولية المدعى عليه ثابتة بالطرق القانونية وتقديم طلب مستقل عن الدعوى الأصلية مؤدى عنه الرسوم القضائية للحصول على التعويض القضائي[376].

---

(372) إدريس الفاخري: "انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص:97.
(373) محمد كريكر: مرجع سابق، ص: 83.
(374) هجر شبيه محمد الزرزاري: مرجع سابق، ص: 64
(375) بسحاب الروفي: مرجع سابق، ص: 51.
(376) إدريس الفاخري: "تعويض المضرور في العلاقات الأسرية بين نصوص قانون الإلتزامات والعقود ومدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص: 42.

ويستفاد من خلال كل ما سبق أن المسؤولية المدنية التي قد تترتب في حالة التطليق للشقاق إما أن تقع على عاتق الزوج(**أولا**) وإما على عاتق الزوجة(**ثانيا**) وإما هما معا(**ثالثا**).

أولا: مسؤولية الزوج

إن تحديد الزوج المسؤول أو المتسبب في الشقاق يعتبر ذا أهمية بالغة وحساسة، على اعتبار أنه يعتبر عنصرا مهما في تحديد التعويض المحكوم به لفائدة الطرف الآخر الذي وقع عليه التعسف[377].

إذن فالمسؤولية التقصيرية تترتب على عاتق الزوج في حالة تعسفه في استعمال حق التطليق للشقاق، أو الإضرار بها من خلال تصرفاته غير الأخلاقية أو غير ذلك.[378]

حيث أوجب المشرع، على المحكمة مراعات مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق، فإن كان الزوج هو المتسبب في الفراق وذلك باستعماله مسطرة التطليق للشقاق بدون مبرر، وللمحكمة السلطة التقديرية الواسعة في تحديد واستعمال مسطرة التطليق للشقاق بدون مبرر، وفي تحديد المسؤول عن التطليق بعد القيام بمحاولة الصلح وفق مقتضيات المادة 82 من مدونة الأسرة، فضلا عن التقرير الذي يعده الحكمان، الذين يقومان باستقصاء أسباب الخلاف، وعند فشل مساعيهما يقومان باطلاع المحكمة على ذلك، وعلى الطرف المتسبب في فشل الصلح[379].

وهو ما أكده القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحكمة النقض إذ ورد فيه ما يلي:

حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أنه بمقتضى المادة 97 من مدونة الأسرة في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر،

---

(377) أمال الناجي: مرجع سابق، ص:65

(378) محمد كريكر: مرجع سابق، ص:83.

(379) عادل حمدي: "التطليق للشقاق وإشكالاته القضائية"، -دراسة فقهية وقضائية مسبوكة بأخر الاجتهادات القضائية في ضوء مدونة الأسرة والقانون المقارن-، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الثانية 2015، ص:56-57

وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83و84و85 أعلاه مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الأخر. ولما كانت المطلوبة هي من طلبت التطليق للشقاق وتمسكت به، فإن ما استدلت به على ذلك من شهادات وتنازل عن الدعوى العمومية لا يعتبر حجة على قيام الزوج بالإضرار بها، باعتبار أن الشهادة الطبية لا تشهد إلا على المدلى به وأن التنازل عن الدعوى الجنسية ليس هو الحكم فيها وتبقى آثاره محصورة في حق الطاعنة التي لم تدل بمآلة الدعوى المذكورة.

فكما على المحكمة أن تبحث في قيام مسؤولية الزوج عن الفراق من عدمها بالوسائل المتاحة لها قانونا، مادام لم تفعل كان قرارها غير مرتكز على أساس قانوني سليم ومعرضها لنقض[380].

وتستحق الزوجة التعويض طبقا لما جاء في المادة 97 التي خاطبت الزوجين معا في هذا الخصوص، ويختلف شكل التعويض حسب وضع الزوجة في الدعوى إن كانت طالبة للتطليق يتعين عليها طلب التعويض إن كان طلبها للتطليق بسبب تعسف الزوج، دون حقها في المتعة طبقا للمادة 84 من مدونة الأسرة وهذا ما ورد بالحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس قسم قضاء الأسرة حيث إنه طبقا لمقتضى المادة 84 من مدونة الأسرة فإن المتعة إنما يحكم بها في حالة الطلاق أو التطليق الذي يتم بناء على طلب الزوج، أما في حالة التطليق بناء على طلب الزوجة فإنه لا يحكم لها بالمتعة وإنما يحكم لها بالتعويض بعد أن تثبت مسؤولية الزوج عن الفراق حسب قرار محكمة النقض عدد 159 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 05-04-2011 في ملف الشرعي عدد 2009/1/548 الذي جاء فيه حيث أنه وطبقا المادة 84 من مدونة الأسرة فإن المتعة يحكم بها في حالة الطلاق أو التطليق الذي يوقعه الزوج أما إذا كان طلب التطليق من الزوجة فإنه يقضى لها بالتعويض إن أثبتت مسؤولية الزوج فيه طبقا للمادة

[380] قرار رقم 101 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحكمة النقض، بتاريخ 2016/01/26، في ملف شرعي عدد 2015/1/2/98، غير منشور.

97 من مدونة الأسرة،[381] وهو نفس الموقف الذي تبنته المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة إذ ورد في حيثياته ما يلي حيث أن استقر عمل المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) على عدم استحقاق الزوجة للمتعة طالما كان طلب التطليق للشقاق بطلب منها طبقا لقرار محكمة النقض عدد 433 الصادر بتاريخ 21-09-2010 في ملف عدد 2009/1/2/623 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 72 ص 83 وما يليها[382]. وهو نفس الموقف الذي تبنته نفس المحكمة في حكم آخر صادر عنها ورد فيه ما يلي: حيث استقر عمل المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) على عدم استحقاق الزوجة للمتعة طالما كان طلب التطليق للشقاق بطلب من منها (قرار المجلي المجلس الأعلى (محكمة النقص حاليا) عدد 433 الصادر بتاريخ 21-09-2010 في ملف عدد 2009/1/2/623 منشور بمجلة المجلس الأعلى العدد 72 ص: 83 وما يليها) حكمت المحكمة بتطبيق الزوجة من عصمة زوجها طلقة أولى بائنة للشقاق، والحكم لها بواجب سكناها بحسب مبلغ 2000 درهم، وكالئ الصداق بحسب مبلغ 5000 درهم، دون حقها في المتعة[383].

وبالتالي فإن الزوجة لا يمكن لها أن تستحق المتعة والتعويض معا عملا بالقاعدة العامة التي مفادها أن الضرر لا يجبر مرتين[384].

أما بخصوص الأحكام القضائية التي تقر بمسؤولية الزوج عن سبب الفراق نورد الحكم الصادر عن المحكة الابتدائية بتزنيت قسم قضاء الأسرة إذ أن المدعية تقدمت بمقال افتتاحي للدعوى تعرض فيه أنها متزوجة من المدعى عليه بمقتضى عقد الزواج عدد... حيث أن علاقتهما أصبحت تتخللها خلافات عديدة وممارسات من طرفه

---

(381) حكم رقم 718، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بمكناس قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 2019/1607/4382، بتاريخ 2020-03-04، غير منشور.

(382) حكم بدون ذكر الرقم، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، في ملف رقم 2018/1626/398، بتاريخ 2018-05-14، غير منشور.

(383) حكم رقم 1246 الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، في ملف عدد 2018/1626/1172، بتاريخ 2018-10-29، غير منشور.

(384) رشيد غيدور، "واقع إنحلال الرابطة الزوجية بالتطليق للشباب في أقسام قضاء الأسرة، المحكمة الإبتدائية بتزنيت نموذجا خلال الفترة الممتدة بين سنتي 2012-2016، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة إبن زهر ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكادير، السنة الجامعية 2016-2017، ص: 79.

جعلت العشرة الزوجية بينهما غير قابلة للتحمل من خلال عدم اهتمامه بها والاستهتار والتنغيص عليها ملتمسة تطبيق مسطرة الشقاق بينهما والحكم تبعا لذلك بتطليقها من عصمته مع ما يترتب عن ذلك قانونا، والمطالبة بتعويض عادل لجبر الضرر حيث أوضحت أن الأسباب التي بررت بها الطلب تخرج عن نطاق الواجبات المتبادلة بين الزوجين ذلك أن المدعى عليه ما فتئ يعنفها ما حدا بها إلى تقديم عدة شكايات في الموضوع، كما أن سلوكه يتسم دوما بسوء الخلق من خلال معاقرته للخمور وحضوره إلى بيت الزوجية وهو في حالة سكر وتعنيفها، وقد أدين بهذا الشأن من أجل السكر العلني البين حسب القرار الاستئنافي الصادر بتاريخ 4-3-2015، وبعد فشل محاولة الإصلاح حكمت المحكمة بتطليق المدعية من عصمة المدعى عليه للشقاق وحيث أنه في الشق المتعلق بالتعويض أنه اعتبارا للعلل التي أسست عليها المدعية طلبها وتمسكها بإنهاء العلاقة الزوجية لتعاطي المدعى عليه إلى الخمور وتعنيفها فإن الثابت من خلال وثائق القضية وتصريحات الطرفين أنه أقر بتعاطيه إلى الخمور خارج بيت الزوجية مع نفيه ولوج بيت الزوجية في حالة سكر وما يتلو ذلك بحسب ادعاء المدعية من تعنفيها، وحيث أن التمسك بولوج بيت الزوجية في حالة طبيعية رغم الاقرار بتعاطيه الخمور خارجه يتناقض والمنطق السليم، وذلك أن مجرد تعاطيها وما تلا ذلك من صدور حكم في مواجهته من أجل السكر العلني البين بهذا الشأن بعد معاينته حالة السكر عليه وفق ما ورد في وقائع القرار الاستئنافي، ينفي مزاعم بعدم بلوغه حد الثمالة، كما أن استصدار المدعى عليه لحكم بشأن نفقتها ونفقة ابنها ينصرف إلى تأكيد إخلاله بواجب من واجبات الملقاة على عاتقه بموجب عقد الزواج مع ما بنية على ذلك من مساس بالطمأنينة والسكينة التي يفترض أن تنعم بها أسرته وكذلك بمستواها المعيشي يجعل مسؤوليته في ما آلت إليه الأمور بينهما ثابتة، وقد ارتأت المحكمة تقدير التعويض المستحق للمدعية بعد إعمالها لسلطتها التقديرية وحددته في عشرة آلاف درهم[385].

[385] حكم بذون دكر الرقم، الصادر عن المحكمة الابتدائية بتزنيت قسم قضاء الأسرة، بتاريخ 08-05-2017،غير منشور

وبمفهوم المخالفة فإنه في حالة عدم تبوث مسؤولية الزوج عن سبب الفراق لا تستحق الزوجة التعويض، وهو ما أكده الحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة إذ بناء على الطلب المقدم من طرف الزوجة والمؤدى عنه الرسوم القضائية الذي تعرض من خلاله أنها زوجة للمدعى عليه بمقتضى رسم الزواج وأن المدعى عليه لا يقوم بأية التزامات اتجاه زوجته ولا يقوم بالإنفاق عليها ولا يعاملها معاملة الزوج لزوجته، ملتمسة الحكم بتطليقها من عصمة زوجها للشقاق والحكم بأدائه لها مبلغ 20000 درهم تعويضا عن الضرر اللاحق بها من جراء انفصام العلاقة الزوجية وتحميله الصائر وبعد إدراج القضية بعدة جلسات وفشل محاولة الصلح وبعد المداولة وطبقا للقانون حكمت المحكمة بتطليق المدعية من عصمة المدعى عليه طلقة أولى بائنة للشقاق وتحديد تكاليف سكناها أثناء العدة أما بخصوص الطلب التعويض فحيث إن طلب التعويض ليس له ما يبرره لعدم الإدلاء بما يثبت الضرر كما يتعين معه رفضه، فحكمت المحكمة برفض الطلب[386].

أما في حالة الثانية فإذا تم طلب التطليق للشقاق من طرف الزوج فتكون مستحقة للمتعة، بالإضافة إلى حقها في المطالبة بالتعويض عن الضرر ناتج عن تعسف الزوج في ممارسة حقه في التطليق للشقاق، لكن استحقاق الزوجة التعويض لا يكفي المطالبة به فقط بل لا بد من أن تثبت للمحكمة عناصر استحقاق التعويض أي أنه في حالة عدم إثبات تعسف الزوج في إيقاع التطليق للشقاق فإن طلب التعويض يتم رفضه ولا يبقى للزوجة سوى حقها في المستحقات الأخرى ومن بينها المتعة هذه الأخيرة التي يراعى عند تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه، وهذا المعيار الأخير تعتمده المحكمة أيضا عند تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن التطليق للشقاق وإن كانت المادة 97 قد عبرت عنه بصيغة أخرى[387].

---

(386) حكم بذون ذكر الرقم، الصادر عن المحكمة الابتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، ملف رقم 2019/1626/153، بتاريخ 18-03-2019، غير منشور.

(387) عبد المالك جبور: "التعويض الناتج عن التطليق للشقاق"، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء الفوج 41 فترة التدريب 2015-2017، ص:56.

وفي هذا الاتجاه نجد الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط قسم قضاء الأسرة إذ بناء على المقال الافتتاحي الذي تقدم به المدعي وأوضح من خلاله أنه متزوج من المدعى عليها وبأن العشرة استحالت بينهما بسبب تباعد الأفكار وكثرة المشاكل ملتمسا الحكم بتطليق المدعى عليها من عصمته للشقاق، وعارضت الزوجة في طلب التطليق وفي تصريحات زوجها مضيفة بأنه بعد تحسن وضعيته المادية أصبح يراها أكبر منه سنا، وبعد إدراج القضية بعدة جلسات وفشل محاولة الصلح عقبت المدعى عليها بواسطة دفاعها بمذكرة مع طلب مضاد أكدت فيها على مسؤولية المدعي في طلب التطليق مضيفة أنه توقف عن الإنفاق عليها ملتمسة تمكينها من مبلغ 300 ألف درهم عن المتعة وأربع آلاف درهم عن نفقتها خلال العدة و16 آلاف درهم عن السكن والعدة 100 ألف درهم كتعويض عن الضرر، وبعد المداولة وطبقا للقانون حكمت المحكمة بتطليق المدعى عيها من عصمة المدعي للشقاق وبقبول الطلب المتعلق بالمتعة وباقي المستحقات الأخرى لكن في الجانب المتعلق بالتعويض إذ ورد في حيثيات الحكم ما يلي: حيث تقدمت المدعى عليها بطلب يرمي إلى الحكم على المدعي بتعويض عن الضرر، لكن حيث إن مسؤولية المدعي عن الضرر المدعى به من قبلها غير ثابتة في النازلة الحال، الأمر الذي يجعل الطلب بهذا الخصوص مختل شكلا ويتعين التصريح بعدم القبول وعلى أساسه حكمت المحكمة بعدم قبول طلب التعويض عن الضرر وحقها في المتعة فالتعويض مرتبط أساس بضرورة إثبات تعسف الزوج في طلب التطليق[388].

من خلال ما سبق يمكن القول بأن تعويض الزوجة في مسطرة الشقاق وذلك إلى جانب حقها في المتعة يشكل قيمة مضافة لتعزيز وتدعيم حقوقها عن إنهاء الرابطة الزوجية، برغم من ذلك فهناك مجموعة من الصعوبات تمس بالموضوع.

فمن خلال الأحكام والقرارات التي اطلعت عليها، فمحاكم الموضوع، قبل أن تبت في طلبات التعويض عن الضرر المقدمة من طرف الزوجة أو الزوج تحاول

(388) حكم بذون ذكر الرقم، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالرباط قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 16/1626/25، بتاريخ 2016-06-25، غير منشور.

تحديد نسبة المسؤولية التي يتحملها أحد الزوجين أو كلاهما أو بصيغة أخرى، تحديد الأخطاء التقصيرية التفصيلية التي تبتت في حق أحد الزوجين، ثم تحديد نسبة المسؤولية التي يتحملها تبعا لذلك وترتب عليها الحكم بالتعويض للزوج الآخر. ولاشك أن تحديد الطرف المسؤول عن إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق ينطوي على صعوبة غير يسيرة ولا بد في هذا الإطار أن ننبه إلى إصلاح ذات البين بين الزوجين في إطار غرفة المشورة سواء عن طريق المحكمة بهيئتها الجامعية أو عن طريق القاضي المقرر أو المجلس العلمي، والتدقيق في أسباب التطليق، يكشف عن الأسباب الحقيقية التطليق للشقاق، كما يبين من يقف وراء مسطرة التطليق، إلا أن هذا الأمر ليس مطلقا، فقد تثير الزوجة عدة أسباب ترجع لزوج كالسب والشتم والعنف والسكر أو تعاطي المخدرات، ويتم عرضها على الزوج وينكرها إنكارها تاما، بل قد يرفع مقال مقابل يرمي إلى تعويضه عن ضرر إنهاء العلاقة بالتطليق من طرف الزوجة، إذ تطرح مسألة الإثبات إذ يستعصى على الزوجة غالبا إثبات كون سبب طلبها التطليق هو يعود للزوج، ولا شك أن شهادة الشهود تشكل وسيلة إثبات معتبرة من طرف القضاء ويمكن على أساسها تحميل مسؤولية إنهاء الزواج لأحد الزوجين بناء على شهادة الشهود.

ثانيا: مسؤولية الزوجة

تحقيقا لمبدأ العدالة والمساواة المنصوص عليها في دستور 2011 ومدونة الأسرة، لذلك فإذا أساءت الزوجة في استعمال حقها-تطليق للشقاق-أو أخلت بالالتزامات أو ارتكبت أفعال تمس بشرف الزوج أو إجرامية كالخيانة الزوجية أو الضرب وغيرها من الأفعال غير مشروعة، فإن أثبت الزوج إضرار الزوجة به وتقدم بطلب مستقل عن دعوى التطليق، جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض له[389].

وبالرجوع لمدونة الأسرة وخاصة المادتين 89 و98 نجد أن المشرع حدد للمرأة مجموعة من الحالات[390] تمكنها من إنهاء العلاقة الزوجية، إلا أنه بالرغم من

---

[389] محمد كريكر، مرجع سابق، ص:88.

[390] جعل المشرع المغربي للمرأة أن تمارس حق إنهاء العلاقة الزوجية في حالات متعددة
-إذا ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق، وذلك بعد أن تتأكد المحكمة من توفر شروط التكليل عليها بين الزوجين:=

مشروعية استعمال حق الطلاق أو التطليق من طرف الزوجين نجد أن الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية قد قيدوا استعماله عند الضرورة[391].

إذن يتبين أن من بين مظاهر انفتاح مدونة الأسرة على قواعد المسؤولية المدنية، هو تنصيص المشرع في المادة 97 منها على إمكانية حصول الزوج على حق التعويض في مسطرة الشقاق إذا أثبت للمحكمة أن الزوجة المدعية لم تكن لديها أية أسباب مستساغة تبرر لجوؤها إلى هذه المسطرة.

وبناء على المادة 97 من مدونة الأسرة، فإن المحكمة ملزمة قبل أن تقرر تعويض الزوج، أن تحدد أولا مدى مسؤولية الزوجة في الشقاق والفراق، وهي مسألة ذات أهمية بالغة لأنها تنعكس مباشرة على مجموع التبعات المترتبة عن إنهاء العلاقة الزوجية، ومنها التعويض، فإذا اتضح للمحكمة أن المسؤولية الزوجة ثابتة وذلك من خلال إحاطتها بظروف وملابسات القضية، فإنها تنتقل إلى المرحلة الثانية المتمثلة في تقدير التعويض.[392] وعليه فإن المجلس الأعلى محكمة النقض حاليا-قضى في قرار بأن: إصرار الزوجة الطاعنة على التطليق دون تبرير ذلك بسبب معقول، وامتناعها من الرجوع إلى بيت الزوجية، يسبب ضررا كبيرا يستحق عليه تعويضا ممن تسبب فيه[393].

أما بخصوص العمل القضائي الذي يقرر مسؤولية الزوجة وحكم بالتعويض لصالح الزوج نجد الحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة والذي ورد في حيثياته المتعلقة بالتعويض ما يلي:

=-التطليق بسبب الشقاق
-التطليق بسبب إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج؟
-التطليق للضرر
-التطليق لعدم الإنفاق
-التطليق للغيبة
-التطليق للعيب
-التطليق للإيلاء أو الهجر

[391]لبنى الغومرتي: مرجع سابق، ص:17.
[392] إبراهيم القيروح: "التعويض في دعاوى التطليق للشقاق بين النص القانوني والعمل القضائي"، بحث نهاية التكوين بالمعهد العالي القضاء، فوج 41 تاريخ المناقشة 2017، ص: 17.
[393] قرار رقم 203 صادر المجلس الأعلى محكمة النقض حاليا في الملف الشرعي عدد07/2/457، بتاريخ 6-4-08.

حيث التمس المدعى عليه الحكم على المدعية بأدائها له تعويضا قدره 10000 درهم عن الضرر اللاحق به بسبب تعسف في طلب التطليق المستعمل من طرفها مع النفاذ المعجل والإكراه البدني في الأقصى وتحميلها الصائر، وحيث إنه بالرجوع إلى ما راج أمام المحكمة خلال جلسات الصلح فإن الزوجة أرجعت سبب طلبها التطليق إلى كون الزوج يضربها ويعنفها ولا يقوم بواجباته الزوجية وأنه يسبها ويشتمها وأنها حاولت إصلاح ذات البين عدة مرات دون جدوى، وأصرت على طلب التطليق في حين تشبت الزوج بزوجته خلال جميع الجلسات نافيا ما أوردته الزوجة من أسباب، وحيث أنه بالرجوع إلى وثائق الملف وما أدلى به كل طرف من وثائق وحجج، فإن الزوجة لم تثبت أي سبب من الأسباب التي ساقتها أمام المحكمة للمطالبة بالتطليق، خاصة وأن العلاقة الزوجية بين الطرفين قد دامت ما يناهز 16 سنة وأنه من غير المقبول بعد كل هذه المدة وبعد إنجاب أربعة أبناء أن يكون سبب الزوجة في طلب التطليق هو الضرب والعنف وعدم الإنفاق خاصة وأن المشرع خول للزوجة طرقا قانونية لاستخلاص نفقتها وإجبار الزوج على القيام بهذا الواجب اتجاهها، كما وفر لها حماية خاصة في الإطار الجنائي من كل عنف يمكن أن تتعرض له واستحدث خلية خاصة بالعنف ضد النساء وهي مساطر لم يثبت اتباعها المدعية لها طوال مدة الزواج، وحيث أنه ولئن كان المشرع قد منح الزوجة حق التطليق من زوجها للشقاق فإن هذا الحق يجب أن يمارس بحسن نية وبدون تعسف خاصة وأن العلاقة الزوجية تتصف بخصوصيات تميزها عن باقي العلاقات الإنسانية الأخرى وتقوم أساسا على الصبر والتضحية من أجل الحفاظ على كيان الأسرة والتي تعتبر نواة المجتمع لا المبادرة إلى حلها بعد مرور أمد طويل جدا لأسباب أقل ما يقال عنها أنها لا ترقى لدرجة الاعتبار، وحيث أنه اعتبارا لما تم توضيحه أعلاه فقد تبث لهذه المحكمة أن الزوجة كانت مسؤولة من جهتها عن فراقها عن زوجها وبالتالي يكون طلب الزوج في التعويض مؤسس ويتعين الاستجابة له طبقا لما هو مقرر في المادة 97 من مدونة الأسرة، وحيث أن المحكمة ومراعاة منها لدرجة مسؤولية الزوجة عن التطليق والأضرار التي لحقت الزوج من جرائه، وأخذا بعين الاعتبار القاعدة الأصولية لا ضرر ولا ضرار فقد

ارتأت تحديد قيمة التعويض المستحق للزوج في المبلغ الوارد بمنطوق الحكم، والذي جاء فيه (منطوق الحكم) بأداء المدعى عليها للمدعي تعويضا قدره 2000 ألفين درهم مع الصائر.[394]

وفي حكم آخر صادر عن المحكمة الإبتدائية بتزنيت قسم قضاء الأسرة ورد فيه ما يلي: بناء على المقال الافتتاحي للدعوى الذي تقدمت به المدعية إلى هذه المحكمة عرضت فيه أنها متزوجة بالمدعى عليه حسب رسم الزواج مضمن عدد... إلا أنه يسئ معاملتها ويعرضها إلى تصرفات غير معقولة وكذا انعدام التفاهم بينهما مما جعل العشرة الزوجية بينهما مستحيلة الاستمرار ملتمسة الحكم بتطليقها من عصمته للشقاق وبمستحقاتها طبقا للقانون.

في حين تقدم المدعى عليه بمذكرة جوابية مع مقال مضاد بواسطة دفاعه والذي أشار فيهما إلى أن الأسباب التي أسست عليها المدعية طلبها غير مرتكزة على أساس واقعي بالنظر إلى أنها عادت إلى حالتها الصحية الطبيعية، في حين أن الوثائق التي أدلت بها تتعلق بتاريخ سابق وليس بحالتها الصحية الحالية، كما أنه لم يصدر منه أي مبرر يستدعي ذلك، مؤكدا استمرار العلاقة الزوجية بينهما ومستعد لتحمل المصاريف العلاجية إن كانت فعلا تعاني من المرض في المقال المضاد وأكد أن مبرراتها تبقى غير وجيهة وإن الدافع الرئيسي وراء تقديمها طلب التطليق يتعلق برغبتها في الانتقال إلى فرنسا بعد أن قام بتسوية وضعيتها بإيطاليا مما جعله يتضرر من طلب إنهاء العلاقة الزوجية ملتمسا الحكم عليها بأدائها له تعويضا محددا في مبلغ عشرون ألف درهم مع النفاذ المعجل وتحميلها الصائر. وبعد المداولة وطبقا للقانون، حيث أنه ببلوغ العلاقة الزوجية بين الطرفين إلى مستوى الادعاء بوجود خلافات عميقة بينهما وفق ما هو مفصل في محضر الاستماع إليها بغرفة المشورة وانتقاء إرادة البحث عن عدم تسوية لخلافاتهما بعد تشبت المدعية بطلبها للتطليق ورفضها للصلح، ونفي المدعى عليه ادعاءاتها وتأكيده قيامه بواجباته الزوجية لما فيها السهر على

(394) حكم رقم 16/667، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 2015/1607/1465، بتاريخ 30-05-2016، غير منشور.

علاجها وهي عناصر في مجموعها لا تتحقق بأي حال من الأحوال الغايات المثلى من الزواج المشار إليها في المادة 51 من مدونة الأسرة مما اقتضى من المحكمة التصريح باستحكام الشقاق بينهما، وحيث أن الطلب يرمي في الشق المتعلق بالتعويض بالحكم على المدعى عليها بأدائها للمدعي تعويضا عن ضرر الفراق وفق ما فصل أعلاه، وحيث أن الثابت من خلال وقائع القضية وتصريحات الطرفين أثناء الاستماع إليهما من طرف القاضي المقرر والمساعد الاجتماعي أن المدعى عليها تمسكت بطلب التطليق لاعتبارات صحية إضافة إلى ما جاء في تصريحها بمكتب المساعد الاجتماعي، والحال أن ادعاءاتها تلك ظلت مجردة من أي إثبات بل إنها تضمنت تناقضا بين تصريحاتها أمام هذه المحكمة وبمكتب المساعد الاجتماعي، وهو ما يجعل سلوكها لمسطرة التطليق مشوبا بالتعسف يستحق معه المدعي فرعيا تعويضا، بعد الحكم بتطليق المدعية من عصمة المدعى عليه حكمت المحكمة في الجانب المتعلق بالتعويض بأداء المدعى عليها فرعيا للمدعي تعويضا عن ضرر الفراق بحسب مبلغ خمسة آلاف درهم وتحميلها الصائر.[395]أما في حالة عدم ثبوت مسؤولية الزوجة عن الفراق فطلب الزوج للتعويض يكون مآله الرفض، وهو ما أكده الحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية بمكناس قسم قضاء الأسرة إذ جاء في وقائع الحكم ما يلي: إذ بناء على المقال الافتتاحي للدعوى الذي تقدمت به المدعية إلى كتابة الضبط هذه المحكمة والمؤداة عنه الرسوم القضائية والذي تعرض فيه أنها زوجة للمدعى عليه وأنه يسيء معاملتها وأن حياتها الزوجية تشوبها عدة خلافات يستحيل معها الاستمرار لأجل ذلك تلتمس قبول مقالها شكلا وموضوعا والحكم بتطليقها من المدعى عليه للشقاق مرفقة مقالها بصورة مصادق عليها من نسخة زواج مضمن بعدد ... ومقابل ذلك تقدم المدعى عليه بمقال مضاد يلتمس فيه رفض الطلب لعدم استناده على أساس قانوني سليم وأنه لا زال متشبث باستمرار العلاقة الزوجية احتياطيا مراعاة ظروفه المادية وخاصة أنه مياوم والقول بعدم استحقاق الزوجة المتعة واعتبارها هي المتسببة في الطلاق الحكم له

(395) حكم بدون ذكر رقم، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتزنيت قسم قضاء الأسرة، بتاريخ 24-10-2016، بدون ذكر رقم الملف، غير منشور.

بتعويض عن الضرر المتحصل له من هذا الطلاق التعسفي والمقدر في 100000 درهم، وبعد المداولة وطبقا القانون ففي طلب التطليق حكمت المحكمة بتطبيق المدعية من عصمة المدعى عليه طلقة أولى بائنة للشقاق وذلك بعد إدراج القضية بعدة جلسات وفشل محاولة الصلح لكن فيما يخص موضوع الطلب المضاد المتعلق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به جراء تعسف المدعى عليها فرعيا في طلبها، وحيث أنه إذا كان المشرع بمقتضى المادة 97 من مدونة الأسرة قد خول لأحد الزوجين طلب التطليق للشقاق فإنه في مقابل ذلك منح المحكمة إمكانية الحكم بالتعويض لفائدة من تضرر من الزوجين بناء على طلبه بعد إثباته بنوع وطبيعة الضرر اللاحق به جراء الفراق، وحيث إن المدعي فرعيا لم يثبت نوع وطبيعة الضرر اللاحق به جراء الفراق مما يكون معه طلبه غير مؤسس ويتعين رفضه، فحكمت المحكمة برفض الطلب وتحميل رافعه الصائر[396].

وتجدر الإشارة إلى أن مسؤولية الزوجة لا تشترط لتحققها أن تكون طالبة للتطليق بل قد تتحقق حتى في حالة كون الزوج هو من طلب التطبيق إذا أتبت للمحكمة أن طلب التطليق للشقاق الذي تقدم به كان بسبب الزوجة، أما في حالة عدم إثباته لذلك فإن طلبه يكون مآله الرفض، وهذا ما أكده القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بالغرفة الشرعية أحوال الشخصية والميراث إذ ورد فيه ما يلي:

حيث خلافا لما عابه الطاعن على الحكم الابتدائي من أنه جاء غير معلل لما قضى بعدم قبول طلب التعويض، والحال أنه عندما تقدم بطلب التطليق دعم طلبه بشكاية في مواجهة المستأنف عليها من أجل الخيانة الزوجية مؤرخة في 30-01-2015، وهو تاريخ سابق لتاريخ حكم بالتطليق للشقاق الذي كان بتاريخ 28-04-2015، وأن سبب طلب تطبيقه لها هو إكتشافه لخيانتها له مع شخص آخر، كما أن واجب المتعة المحكوم به لها ابتدائيا والذي تم الرفع منه استئنافيا يصبح إلغاؤه مبررا بعد ظهور البينة على خيانتها بمقتضى أحكام قضائية حازت قوة الشيء المفضي به،

(396) حكم بدون ذكر الرقم، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بمكناس قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 2014/1607/1010، بتاريخ 08-01-2015، غير منشور.

فإنه كما ذهب إلى ذلك الحكم الابتدائي عن حق، فإن المستأنف عليها تمت إدانتها ابتدائيا، وتم تأييد الحكم الصادر في مواجهتها استئنافيا من أجل المشاركة في الخيانة الزوجية بعد صدور الحكم القاضي بالتطليق للشقاق، علاوة على أنه بتاريخ إيقافها من طرف عناصر الشرطة القضائية من أجل الفعل المذكور بتاريخ 04-08-2016 حسب ما يستفاد من الحكم الابتدائي الجنحي الصادر بتاريخ 16-08-2016 في ملف عدد 2016/8086، كانت العلاقة الزوجية قد انفصمت عرافها بينها وبين الطاعن لمدة تزيد عن السنة، وبذلك فقد أصبحت أجنبية عن هذا الأخير، والأساس القانوني الذي بمقتضاه يطالب هذا الأخير الحكم له بتعويض عن الضرر غير متوفرة عناصره، ويتعين لذلك تأييده في ما قضى به من عدم قبول الطلب في هذا الشق، كما أن الاستدلال بالحكم الجنحي المؤيد استئنافيا والذي يثبت وقائع لاحقة عن تاريخ صدور الحكم القاضي بالتطليق لا بعد دليلا على ثبوت صحة الوقائع المنسوبة للمستأنف عليها قبل حصول التطليق لأن الأصل هو البراءة إلى أن يثبت ما يناقضها، والدليل المثبت لمخالفة الأصل يعتد به فقط من تاريخ حصوله من غير أن يسري على وقائع سابقة، كما تبقى معه أسباب الاستئناف المثارة غير ذي أثر ويتعين ردها. وبهذا صدر القرار بتأييد الحكم الابتدائي فيما قضى به، وإبقاء الصائر على المستأنف[397].

فمن خلال هذه الأحكام القضائية يجب الاعتراف بأن هناك صعوبة حقيقية لتحديد مسؤولية أحد الزوجين في التطليق للشقاق في حالات كثيرة ذلك أنه لا يكفي استنتاج تعسف أحدهما من خلال جلسات الصلح، حيث ثبت من الناحية العملية أن بعض الأزواج، وإن كانت لهم رغبة في الطلاق فإنهم لا يلجؤون إلى المحكمة بقصد الحصول على الإذن بالإشهاد على الطلاق وذلك تهربا من الإيداع المسبق للمستحقات، وما يمكن أن تحمله المحكمة من التزامات مادية أخرى، فيعمدون إلى الضغط على زوجاتهم من أجل أن تكون المبادرة منها في طلب التطليق للشقاق من طرفهم، ويتقدمون بطلبات مضادة للحصول على التعويض.

(397) قرار رقم 795 الصادر عن محكم الإستئناف بالدار البيضاء، عن الغرفة الشرعية أحوال الشخصية والميراث، ملف شرعي عدد 2019/1622/328، بتاريخ 15-04-2019، غير منشور

وقد جرى العمل القضائي في العديد من المحاكم فعلا على تحميل مسؤولية الفراق الزوجين من خلال ما يروج أمامها في جلسات الصلح فقط، وهذا ما تم الإشارة إلية في الأحكام السابقة الذكر.

لتحميل مسؤولية الفراق للزوجة، بناء على أنها رفضت الصلح وإصرارها على طلب التطليق للشقاق، يبقى محل نظر، ذلك أن العمل الواقعي قد كشف عن سوء تطبيق مقتضيات المادة 97 من مدونة الأسرة، وإذ أنه في كثير ما نجد أحد الزوجين أثناء سريان مسطرة يبدي رغبة ملحة في الصلح واستعداده قويا لتحسين معاملته تجاه الطرف الآخر وتمسكه الشديد به، بالرغم من أن أحدهما يؤكد عدم لجوء إلى مسطرة الشقاق، إلا لأن الزوج الآخر قد أخل بالتزاماته الشرعية، ويقوم بسبه وشتمه وتعنيفه مستعملا سلوكات مشينة ومخلة بالأخلاق الحميدة.

ولذلك فإن تحديد مسؤولية الزوجة في التطليق للشقاق لا ينبغي أن يستشف فقط من تمسك الزوج بها، بل إن الرأي فيما أعتقد أن المشرع المغربي عندما نص في المادة 97 من مدونة الأسرة على مراعاة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير التعويض، فإنه لم يقصد بذلك الطرف الذي يتقدم بطلب التطليق ويتمسك به ويرفض التصالح، بل إنه حث المحكمة على بدل مجهود من أجل التعرف على الأسباب الحقيقية الدافعة إلى إنهاء العلاقة الزوجية.

فمن المؤكد أن الزوجة التي عانت من سوء تصرفات زوجها المتمثلة في شتى أنواع العنف الجسدية والنفسية ليس من السهل أن تتنازل عن طلبها الرامي إلى التطليق للشقاق[398]، وهو ما يجعل هذه الأخيرة ترفض كل محاولات الصلح، لذلك فإن المحكمة ملزمة ببذل مجهودا للتعرف على المتسبب الحقيقي في الشقاق والمسؤول عنه، ولا يكفي أن تأخذ بظاهر الأمور فقط، كما يجب على المحكمة عند حكمها

(398) خديجة الفيلالي علاش: "العنف الأسري ضد المرأة بالمغرب أية حماية؟ -العنف الزوجي نموذجا-"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2005-2006، ص: 64.

بالتعويض أن تبين أسانيد النتيجة التي انتهت إليها، وذلك ببيان أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر والعلاقة السببية.

وأخلص إلى أن كل سلوك صادر عن أحد الزوجين يؤدي إلى استحالة استمرار العلاقة الزوجية يكون سببا في انتهاء مسطرة الشقاق بالتطليق يخول الزوج الآخر المطالبة بالتعويض طبقا للمادة 97 من مدونة الأسرة، لكن أحيانا قد يثبت الزوج المتضرر مسؤولية زوجته في انتهاء الرابطة الأسرية بسبب الشقاق، يتمسك هذا الأخير ببعض الأسباب ويثير بعض الصعوبات الخارجة عن إرادته والتي كانت سببا في إخلال بالالتزامات الزوجية كما لو كان توقفه عن المساهمة في تكاليف الحياة وتحمل المسؤولية في تسيير شؤون الأسرة والأطفال راجع إلى ظروف خارجة عن إرادته نتيجة إصابته بمرض عضال مثل فقدان المناعة المكتسبة، ويثبت أن هذا الداء انتقل إليه عن طريق نقل الدم الملوث إلى جسمه خطأ، أو إصابته بفيروس كرونا المستجد، فهل إثارة هذه الظروف الطارئة تبرر خرقه للالتزامات الزوجية وتعدم مسؤوليته؟

لم تتعرض المواد 94 إلى 97 المنظمة لمسطرة التطليق للشقاق لهذه الحالة بالرغم من أن مدونة الأسرة تأخذ بنظرية القوة القاهرة من المواد 16و157، النظرية الظروف الطارئة في المادة 48، ولكن بالرجوع إلى المبادئ العامة التي تنظم أحكام المسؤولية نستنتج بأن الإضرار بكيفية إرادية ودون وجود أي مبرر موضوعي لخرق الالتزامات الزوجية هو وحده الموجب التعويض ويتعين على القضاء أن يأخذ بعين الاعتبار وهو ينظر في طلب التعويض الظروف الطارئة والقوة القاهرة التي يثيرها الزوج المدعى عليه[399].

يتضح من خلال ما سبق أنه إذا كان المشرع قد أعفى طالب التطليق للشقاق من إثبات الأسباب التي دفعته إلى طلب التطليق فإنه في الشق المتعلق بالتعويضات،

(399) .حفيظ توتة: "التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة"، مقال منشور بمجلة المعيار، العدد 41 يونيو 2009، ص: 76 -77

يكون ملزما بإثبات هذه الأسباب وإلا أعتبر متعسفا في طلبه ومسؤولا عن الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر.

ثالثا: مسؤولية الزوجين معا

بعد التطرق إلى مسؤولية الزوج على الأضرار التي تلحق بزوجته، وكذا مسؤولية الزوجة تجاه زوجها، الآن سنعالج مسؤولية الزوجين التي يترتب عنها تعويض الزوج لزوجته، وتعويض هذه الأخيرة لزوجها[400].

فمن المعلوم في القواعد العامة أن الشخص المضرور من تصرف معين، إذا ارتكب بدوره خطأ معينا، فإنه يمكن أن يؤدي إلى حرمانه كليا من التعويض، إذا كان خطأه هو السبب الوحيد في الضرر اللاحق به، وقد يكون الحرمان جزئيا إذا كان ذلك الخطأ قد ساهم فقط مع خطأ المطلوب في إحداث الضرر الذي كان نتيجة الإخلال بالتزام قانوني[401]، وبالتالي يجب أن يتحمل المضرور نصيبه من المسؤولية وتخفيض التعويض الذي يستحقه بقدر نصيبه من المسؤولية[402].

ومن ثم يمكن القول بأنه في حالة ثبوت مسؤولية الزوجين معا عن الشقاق القائم بينهما، يتم تقرير التعويض للزوجة إذا كانت مسؤوليتها جزئية في الشقاق إلى جانب مسؤولية الزوج[403].

وهذا ما أكده الحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالناظور قسم قضاء الأسرة إذ ورد في حيثياته ما يلي:

حيث إنه تبث للمحكمة من خلال وثائق الملف أن المدعى عليه ساهم في ما آلت إليه العلاقة الزوجية والتي انتهت بالتطليق بالنظر لمدة الفراق التي دامت 13 سنة،

---

(400) محمد أكريكر: مرجع سابق، ص:94.

(401) بوسحاب الروفي: مرجع سابق، ص: 65.

(402) عبد العزيز توفيق: "المسؤولية المدنية"، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 21، دون ذكر السنة، ص: 31-32.

(403) بوسحاب الروفي: مرجع سابق، ص: 65-66.

الأمر الذي شكل ضررا للمدعية تستحق عنه تعويضا والذي تقدره المحكمة في مبلغ 2000 درهم... بالنسبة للطلب المقابل ... وحيث ثبت للمحكمة من خلال محاضر الجلسات ووثائق الملف أن الأسباب المتمسك بها من طرف الزوجة مجردة من الإثبات بخصوص الاعتداء بالضرب وأصرت على طلبها رغم المحاولات المبذولة للإصلاح بينهما لكن بدون جدوى وكذا تمسك الزوج بها وأنه طبقا لذلك تكون ساهمت بشكل كبير في حل ميثاق الزوجية وأحدثت ضررا ماديا ومعنويا المدعى عليه نتيجة إفصام عرى الزوجية ويكون تبعا لذلك محقا لطلب التعويض والذي تقدره في مبلغ 50000 درهم[404].

فمن خلال هذا الحكم القضائي لا يبدو بأن هناك فائدة من الحكم للزوجين معا بالتعويض، والحال أنه كان بإمكان المحكمة في إطار إهمالها لسلطتها التقديرية أن تلجأ إلى تشطير المسؤولية بين الزوجين بدلا من طريقة التعويض التي اختارتها ما دام قد ثبت لها ضلوع الطرفين معا فيما آلت إليه العلاقة الزوجية التي انتهت بالتطليق للشقاق.

إذن فمسطرة الشقاق يتساوى فيها الطرفان سواء من حيث إنهاء العلاقة الزوجية أو من حيث إمكانية الحصول على التعويض، ولا يشترط في ذلك سوى أن تكون مسؤولية المدعى عليه ثابتة بالطرف القانونية، وتقديم طلب مستقل عن الدعوى الأصلية ومؤدى عنه الرسوم القضائية الحصول على التعويض القضائي[405].

ولا شك أن إقرار المشرع التعويض في هذه المسطرة من شأنه أن يخفف من مساوؤها المتمثلة في سهولة إنهاء العلاقة الزوجية، لأن تحميل أحد الطرفين لالتزامات مادية من شأنه أن يدفع طالب التطليق للشقاق إلى التراجع عن طلبه إذا كان السبب الذي يعتمده تافها، كما أن المشرع أحسن فعلا عندما أقر أن التعويض يشمل الطرفين معا لأن المحافظة على استقرار الأسرة أصبح تحت مسؤوليتها معا، وهذا ما يقتضيه الحكم بالعدل والإنصاف، ومن خلال كل الأحكام القضائية السالفة الذكر يمكن

(404) حكم رقم 690، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالناظور قسم قضاء الأسرة، ملف رقم 05/8006، بتاريخ 20016/04/19، غير منشور.

(405) ابراهيم القيروح: مرجع سابق، ص: 32.

استخلاص أن العمل القضائي يأخذ بعين الاعتبار طلب التطليق للشقاق المشوب بالتعسف كأساس للحكم بالتعويض للطرف المتضرر بناء على نظرية التعسف في استعمال حق التطليق، لانعدام المبرر الواقعي الذي هو الشقاق. وبهذا الخصوص يلاحظ أن معظم أقسام الأسرة بالمملكة تسير في اتجاه اعتماد نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس للحكم بالتعويض عن الضرر عند إنهاء الرابطة الزوجية بالتطليق للشقاق، هو ما تناسى وقواعد العدالة والإنصاف التي تمثل أحد الدعائم الأساسية التي تقوم عليها مقتضيات مدونة الأسرة.

وانطلاقا من كل ما تم رصده من عمل قضائي، يمكن القول إذن بأن أساس الحكم بالتعويض الممنوح للطرف المتضرر من إنهاء العلاقة الزوجية بالتطليق للشقاق هو المسؤولية التقصيرية، وذلك في حالة الإخلال بأحد الالتزامات القانونية المتبادلة بين الزوجين، بل قد يكون التعويض مؤسسا على نظرية التعسف في استعمال الحق التي هي إحدى صور المسؤولية التقصيرية، كما في حالة سلوك مسطرة التطليق للشقاق دون مبرر قانوني يؤسس طلبه، سيما وأن نظرية التعسف في استعمال حق التطليق للشقاق يأخذ بها العمل القضائي على نطاق واسع.

لكن الإشكال المطروح، هو صعوبة إثبات الشقاق الذي يفرض على القاضي تعميق البحث والتدقيق فيه عن طريق الاستماع المتكرر للزوجين وللشهود، وربما طلب خبرة أو معلومات من جهات تملكها، لكن لا يبدوا أنه يتوفر على الوقت، الذي يسمح له بإنجاز ذلك فالعنصر البشري يعاني من خصاص ظاهر مقارنة مع العدد المتزايد من القضايا والملفات.

بالإضافة إلى أن إحالة المشرع المغربي من خلال المادة 97 على المواد 38-84 85 خلقت لبسا كبيرا من خلال الخلط بين المتعة والتعويض، لأن هناك فرق كبير بين المتعة والتعويض كما مرة معنا سابقا.

لدى في اعتقادي المتواضع فإن المشرع لم يكن موفقا في صياغة المادة 97 من مدونة الأسرة فكان عليه أن ينص على حق الزوج فقط في طلب التعويض دون

الزوجة عند ثبوت مسؤولية هذه الأخيرة عن التطليق، طالما أن الزوجة تستفيد من التعويض الذي يمنح لها كمتعة تراعى فيه مسؤولية الزوج عن التطليق.

الفقرة الثانية: المسؤولية المدنية للزوجين عند التطليق لضرر

إن الحياة الزوجية الناجحة هي الحياة المبنية على الوسيط بين الجد والحزم، والتسامح واللين والود والاحترام المتبادل والالتزام، وألا يضر الزوج بزوجته بأي نوع من أنواع الضرر، الذي تصعب معه العشرة، وقد تشترط الزوجة على زوجها بعض الشروط. وكل إخلال بشرط في عقد الزواج يعتبر مبررا لطلب التطليق الحاصل لها من عدم مراعاة ما وقع الاتفاق بخصوصه لقول **النبي صلى الله عليه وسلمج"** أحق الشروط أن يوفي به ما استحللتم به الفروج"[406].

ومن الحقوق المتبادلة بين الزوجين المعاشرة بالمعروف، فإذا أخلت الزوجة بهذا الواجب كان للزوج إما تأديبها بالطرق الشرعية التي منحتها له الشريعة الإسلامية، وإما التخلص منها عن طريق الطلاق، أما إذا كان الزوج هو المخل، فيحق للزوجة إما أن تخالعه أو تلجأ إلى القاضي لرفع الضرر عنها، وذلك بتطليقها من زوجها للضرر الحاصل لها منه[407].

وقد نظم المشرع المغربي التطليق للضرر من خلال الفرع الأول من الباب الثاني المتعلق بالتطليق لأسباب أخرى، حيث خصص المشرع لهذا النوع ثلاثة مواد- 99-100-101- من مدونة الأسرة قد نصت المادة 99 من مدونة الأسرة على تعريف الضرر وبعض صوره المبررة للتطليق للضرر، فالمشرع المغربي لم يميز بين الضرر الواقع قبل البناء أو بعده، كما أنه لم يقيد الضرر اللاحق من الزوج بزوجته،

(406) عمرو لمزرع: "غمز العيون في الأحكام الزواج وانحلاله"، مرجع سابق، ص:165-166.
(407) وصال الزرباخ: مرجع سابق، ص:45.

لا ببيت الزوجية ولا أثناء المعاشرة[408]، ليبقى السؤال المطروح هو هل يشترط لحصول الزوجة على هذا التعويض ضرورة البناء بها، أم أنه يكفي وجود عقد زواج بينهما ولو لم يتم الدخول؟

والضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون قد نتج عن خطأ إرادي قام به الزوج عن بينة واختيار، أما الضرر الذي قد يصيب الزوجة من زوجها بسبب خارج عن إرادته لم تستطيع تحمله، فيخول لها فقط التطليق دون التعويض[409].

أما المادة 100 من مدونة الأسرة فقد نصت على وسائل إثبات الضرر في الفقرة الأولى، وفي الثانية على حالة عدم الإثبات، والإحالة على مسطرة الشقاق[410]، التي لا تحتاج للإثبات، كما أشرت إلى ذلك في الفقرة السابقة، وعلى خلاف مدونة الأحوال الشخصية الملغات، التي لم تتضمن أي نص يسمح للزوجة المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل لها نتيجة التطليق للضرر، وكانت المتعة للزوجة يراعي فيها حجم الضرر دون تقديره بشكل مستقل،[411] فقد نصت مدونة الأسرة في المادة 101 على ما يلي: "في حالة الحكم بالتطليق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر"، ويستفاد من هذه المادة على أن المشرع المغربي قد أشار بوضوح إلى التعويض المدني، وهذا الضرر يتم إثباته بجميع وسائل الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود، الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة[412]، وترى مدى أحقية الزوجة في التعويض من عدمه، وفي حالة عدم إثباتها للضرر فإن الطلب يتم رفضه، بالإضافة إلى أن الحكم بالتعويض لا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، بل يتعين على الزوجة المتضرر المطالبة به[413]، والتعويض الذي يمكن الحكم به نتيجة التطليق للضرر لا يدخل ضمن مستحقات الزوجة، كما أن الضرر مفهومه واسع قد

---

(408) محمد الشافعي: "الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص:205.

(409) الحسنية لعديري: مرجع سابق، ص: 107.

(410) المادة 100 من مدونة الأسرة.

(411) سعيد مقوش: مرجع سابق، ص: 58-59.

(412) نصت الفقرة الأولى من المادة 100 على ما يلي: "تثبت واقعة الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود، الذين تستمع لهم المحكمة في غرفة المشورة".

(413) إدريس الفاخري: "انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية"، مرجع سابق، ص: 275

يشمل إخلال الزوج بشرط في عقد الزواج شرطا مشروعا ثم إثباته من طرف الزوجة وكذا إثبات إخلال الزوج بهذا الشرط وكل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية طبقا الفقرة الثانية من المادة 99 من مدونة الأسرة ويعد ضرب الزوجة وسكر الزوج المستمر والقمار... ضررا موجبا للتطليق والتعويض[414].

وهذا ما قضت به المحكمة الابتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، إذ تقدمت المدعية بمقال افتتاحي إلى المحكمة الذي عرضت فيه أنها متزوجة من المدعى عليه وأنه يعنفها بالضرب والسب والتهديد بكل أنواع التخويف وتوجيه عبارات لها تخدش في سمعتها خاصة وأنه توقف عن الإنفاق عنهم دون وجه حق ولا مبرر وأن العارضة أصابها ضرر من تصرفات المدعى عليه مطالبة بالحكم بتطليقها للضرر مع ما يجب لها وللبنتين من مستحقات والحكم عليه بأن يؤذي لها مبلغ 12000 درهم كتعويض عن الضرر الذي أصابها، وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف نائب المدعى عليه والذي يلتمس من خلاله التصريح برفض الطلب على إعتبار أن الضرر يتعين إثباته وأنه غير متوفر في النازلة الحال بالجلسة المنعقدة بتاريخ 2013/02/25 حضر نائبا الطرفين وحضر الزوجان ونودي على الشاهدين وحضر الشاهد الأول وتقرر الاستماع له وبعد نفيه لموانع الشهادة وبعد أدائه اليمين القانونية وتدخل الزوج وأوضح بأن له عداوة معه وأنه سبق له وأن تشاجر معه وأنجز محضر الضابطة القضائية في موضوع الضرب والجرح فتقرر بعد المداولة الاستغناء عن الاستماع للشاهد، بجلسة 2013/3/18 نودي على الشاهد الثاني الذي تخلف رغم الإعلام. وبعد المداولة طبقا للقانون حيث التمست الزوجة تطليقها من المدعى عليه للضرر مع أدائه لها ما يجب لها من مستحقات البنتين وتعويض قدره 12000 درهم، وحيث إن المدعية جاءت بشاهد واحد قررت المحكمة الاستغناء عن الاستماع إليه لإقرار بالعداوة مع زوجها، وحيث إن طلب التطليق للضرر يعوزه الإثبات ويتعين تبعا

(414) الفقرة الثانية من المادة 99 من مدونة الاسرة نصت على ما يلي: 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 الاستقرار في العلاقة الزوجية".

لذلك القول بعدم قبوله، فحكمت المحكمة بعدم قبول طلب التطليق للضرر لانعدام إثبات هذا الأخير وهو ما حكمت به أيضا بالنسبة لطلب التعويض عن الضرر الذي كان مآله الرفض[415].

من خلال الحكم السابق الذكر يتضح أنه بخلاف مسطرة الشقاق فإن الزوجة في التطليق للضرر ملزمة بإثبات الضرر الذي تدعيه لاستحقاقها التعويض، وفي حالة عجزها عن ذلك فإن المحكمة ترفض طلبها الرامي إلى التطليق، وبتبعية رفض طلب التعويض، وعلاوة على هذا، فإذا أثبتت الزوجة للضرر من قبل زوجها فإن المحكمة تحكم لها بالتطليق والتعويض عن الضرر كما جاء في الحكم الصادر عن نفس المحكمة، إذ بناء على المقال الافتتاحي المقدم من طرف المدعية تعرض فيه أنا متزوجة بالمدعى عليه وفق الشريعة الإسلامية وحسب عقد الزواج عدد... وأن الزوج أصبح يعتدي عليها بالضرب وصدرت ضده أحكام نهائية بخيانة الأمانة كما ضبط مع امرأة وحكم عليه بستة أشهر حبسا نافذا ولأجل ذلك تلتمس الحكم بتطليقها من المدعى عليه بسبب الضرر مع أدائه لها مبلغ 40000 درهم كتعويض عن الضرر بعد المداولة طبقا للقانون حيث اعتمدت المدعية في إثبات الضرر على مجموعة من الأحكام تفيد أن المدعى عليه يعتدي عليها بالضرب ويعنفها وحيث إن الضرر ثابت وتكرر وفق ما تستوجب ذلك قواعد الفقه المالكي في التطليق للضرر وحكمت بقبول الطلب من خلال الحكم بتطليق المدعية من عصمة المدعى عليه طلقة أولى بائنة للضرر وبالإضافة إلى مستحقاتها ومستحقات الأبناء حكمت بتعويض لصالح المدعية قدره 3000 درهم[416].

وهو نفس التوجه الذي تبنته المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، في حكم صادر عنها جاء فيه ما يلي:

حيث أرجعت الزوجة سبب طلب التطليق للضرر إلى كون الزوج يضربها ويعنفها ويقضي عقوبة حبسية بعد متابعته من طرف النيابة العامة بفرنسا، نتيجة

---

(415) حكم بذون دكر الرقم، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، بتاريخ 29-7-2013، ملف رقم 1607/977/ 12، غير منشور.

(416) حكم رقم 14/798، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، ملف رقم 2014/1607/178، بتاريخ 26-06-2014، غير منشور.

ضربها ولا يقوم بواجباته الزوجية، وحيث أسست المدعية طلب التطليق على الضرر اللاحق بها من جراء ضربها وتعنيفها من قبل زوجها وحيث أنه بموجب المادة 99 من مدونة الأسرة يحق للزوجة أن تطلب من المحكمة تطليقها من زوجها للضرر، وحيث يعتبر ضررا مبررا لطلب التطليق هو 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، وحيث إن كان الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام والبقاق غايته الإحصان والعفاف فإن ذلك رهين بحسن المعاشرة وعدم الإضرار بالزوجة، وحيث إن الثابت من وثائق المدلى بها من طرف المدعية أن المدعى عليه توبع من أجل جنحة العنف المشدد وبأدائه لها تعويضا مدنيا قدره 1500أورو، وحيث أنه اعتبارا للمدة المحكوم بها ونوع الجريمة التي أدين من أجلها المحكوم عليه وحفاضا على المرأة ولما هي مصابة به من ضرر ثابت محقق ماديا ومعنويا الأمر الذي لا يستطاع معه المعاشرة الزوجية فإن المحكمة وبما لها من سلطة تقديرية في الموضوع وتأسيسا على المادة 101 من مدونة الأسرة التي تأكد على أنه في حالة الحكم بالتطليق للضرر فإن للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق للضرر، ولهذه الأسباب التي تم ذكرها وغيرها من الأسباب الأخرى حكمة المحكمة بتطليق المدعية من عصمة المدعى عليه طلقة أولى بائنة للضرر مع أدائه لها تعويضا عن الضرر بحسب مبلغ 10000 درهم بالإضافة إلى باقي المستحقات الأخرى[417].

وفي حكم آخر لنفس المحكمة قسم قضاء الأسرة جاء في حيثياته المتعلقة فقط بالجانب المتعلقة باستحقاق التعويض ما يلي:

وحيث إن المحكمة وقصد القضاء على أسباب التطليق المدعى به من قبل الزوجة والقيام بإصلاح استدعت الطرفين بصفة قانونية لجلسة الصلح، وحيث إنه نظرا لإصرار الزوجة على موقفها الرامي إلى تطليقها، قررت المحكمة الإعلان عن

(417) حكم 14/1220، الصادر عن المحكمة الابتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 749/1607/2014، بتاريخ 13-11-2014، غير منشور

فشل محاولة الصلح، وحيث إنه تبعا لذلك واستنادا على وثائق الملف ومحتوياته وما راج لجلسات الصلح فقد تبث أن الحياة بين الطرفين تعتريها العديد من الخلافات المانعة من استمرار العلاقة الزوجية في جو يسوده الاستقرار والمودة والرضا بين الطرفين خاصة أن كل الجهود المبذولة للقضاء على أسباب الخلاف باءت بالفشل بعدما تمسكت الزوجة بطلب التطليق نظرا للضرر الحاصل لها من تشهير زوجها بها والطعن في سلوكها واتهامها بدون وجه حق بالخيانة الزوجية مع إبن شقيقها وحصولها في الأخير على قرار بحفض شكاية زوجها بعد سلوك طريق الخبرة بواسطة المختبر الوطني للشرطة العلمية بالدار البيضاء، ومن خلال ما سبق حكمت المحكمة على المدعى عليه في الجانب المتعلق بالتعويض لفائدة المدعية بأدائه لها تعويضا حسب مبلغ ثلاثة عشر آلاف (13000) درهم بالإضافة إلى الحكم لها مستحقاتها الأخرى من تكاليف السكن بالإضافة إلى الحكم عليه مستحقات الأولاد[418].

من خلال كل ما ورد بهذه الأحكام القضائية، فإن التساؤل الذي قد يثار يتعلق بماهية الضرر المبرر للتعويض وبمعنى آخر هل أن كل ضرر مبرر للتطليق يكون مبرر للتعويض؟

وإجابة عن هذا السؤال يمكن القول أنه لا يمكن التسليم باعتبار كل ضرر مبرر للتطليق يكون مبررا للتعويض، ذلك أن الواقع العملي قد يكشف في بعض الحالات أن هناك ضرر يبرر الاستجابة لطلب التطليق، ومع ذلك لا يد للزوج فيه أو بالأحرى لم يرتكب أي خطأ[419] يستوجب التعويض كما هو الشأن بالنسبة لحالة عقم الزوج أو عجز الجنسي، إذ أن هذه الحالات تبرر طلب التطليق للضرر، ولكن لا نعتقد بأحقيتها في التعويض، ما لم يكن هناك تدليس من جانب الزوج.

---

[418] حكم رقم 508، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، في ملف عدد 226/1626/2018، بتاريخ 27-05-2019، غير منشور.

[419] تشترط المادة 99 من مدونة الأسرة في الضرر المبرر التطليق أن يكون ناتجا عن تصرفات الزوج وسلوكياته المشينة أو النخلة بالأخلاق الحميدة... علما أنه لبس بالضرورة أن يكون الزوج قصد في الضرر الذي لحق بزوجته حتى تطلب التطليق، وهو ما ينطبق على حالات العقد والعجز الجنسي، إذ أنه لا يمكن تكييف هذه الوقائع بأنها تصرفات من الزوج أو سلوكات صادرة عنه، ومع ذلك فهي وقائع مبرر لطلب التطليق للضرر.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا حصلت الزوجة المتضررة من جريمة على التعويض أمام القضاء الزجري، فإنه لا يمكن لها أن تحصل على تعويض أمام المحكمة التي تنظر في دعوى التطليق، إذ أن القاعدة العامة في التعويض تقضي بأنه لا يعوض الشخص عن نفس الضرر مرتين، وإن المحكمة المدنية بمجرد أن يثبت أمامها أن الزوجة قد عوضت أمام القضاء الزجري فإنها ترفض طلب التعويض، لكن برغم من القاعدة الأصولية التي تقول أنه لا يجوز التعويض عن الضرر مرتين فهناك توجهت قضائيا آخر لا يعتد بهذه القاعدة ويقوم بالحكم بالتعويض لصالح الزوجة رغم استفادتها من التعويض أمام القضاء الزجري، وهو ما يستفاد من الحكم السابق الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة إذ أن المدعية استفادة من التعويض عن الضرر في الحكم الصادر عن القضاء الجنحي بفرنسا نتيجة ضربها وعدم قيامه بواجباته الزوجية، وهي نفس الأسباب التي بررت بها طلبها للتطليق الضرر وتعويض عنه وقامت المحكمة بالحكم لها بتعويض آخر عن نفس الضرر.

لكن الملاحظ أن المشرع المغربي جعل التطليق للضرر في يدي الزوجة دون الزوج، وهذا ما أكده الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس قسم قضاء الأسرة الذي جاء فيه ما يلي:

حيث التمس المدعي الحكم بتطليق المدعى عليها منه للضرر، لكن حيث إن التطليق للضرر كما هو منظم بموجب المادة 98 وما يليها من مدونة الأسرة إنما هو حكر فقط على الزوجة، أما الزوج فقد أوكل له المشرع عموما ولو في حال تضرره من زوجته إما أن يطلب طلاقها منه رجعيا أو للشقاق، وبالتالي يبقى طلب الحالي غير مقبول على حالته هذه مع تحميل رافعه الصائر[420].

وفي نفس الاتجاه صدر حكم عن المحكمة الابتدائية بالفقيه بن صالح، حيث جاء فيه ما يلي:

(420) الحكم رقم 480، الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس قسم قضاء الأسرة، في ملف عدد 3018/30/1620/2019، بتاريخ 11-06-2020 غير منشور.

حيث يروم المدعي الحكم له بتطليق زوجته من عصمته للضرر المتمثل في الخيانة الزوجية وأدائها له تعويضا قدره 3000 درهم، حيث إن العلاقة الزوجية ثابتة بين الطرفين بمقتضى عقد الزواج المضمن بسجل الزواج رقم ...، حيث أن المحكمة برجوعها إلى الملف ومستنداته تبين لها أن المدعي لم يؤطر دعواه بالشكل السليم إذ اعتمد على التطليق للضرر كسبب للتطليق والحال أن المادة 98 من مدونة الأسرة قد خولت السبب المذكور للزوجة قصد إنهاء العلاقة الزوجية دون الزوج، وحيث والحالة هاته فإن دعوى المدعي قدمت معيبة ويتعين التصريح بعدم قبولها وحكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى[421].

وفي حكم آخر صادر عن نفس المحكمة جاء في إحدى حيثياته حيث يرمي الطلب إلى الحكم بتطليق المدعى عليها من عصمة زوجها المدعي بسبب الضرر طبقا لمدونة الأسرة وحيث إن التطليق للضرر هو من الأسباب المخولة للزوجة وليس للزوج وذلك طبقا للمادة 98 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه "للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الآتية: .... الضرر "كما أن المادة 99 من نفس المدونة قد عرفت الضرر بأنه 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، وحيث إنه وتبعا لنصين المادتين أعلاه فإن التطليق بسبب الضرر هو حق مخول للزوجة وأن للزوج إذا ما وقع له ضرر من زوجته أن يطلب تطليقها بسبب الشقاق وحيث إنذار نائب المدعي بإصلاح المقال لكنه تخلف بجلسة 14-11-2016 دون القيام بالمطلوب، وحيث إنه واعتبارا لذلك يبقى الطلب المقدم من طرف المدعي غير مؤسس قانونا واستحق بذلك الرفض، فحكمت المحكمة برفض الطلب وتحميل رافعه الصائر[422].

---

(421) حكم رقم 13/399، الصادر عن المحكمة الابتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، في ملف عدد 19/1607/2013، بتاريخ 08-04-2013، غير منشور.

(422) حكم رقم 10/1197، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، في ملف عدد 16/1607/491 بتاريخ 21-11-2016، غير منشور.

من خلال هذه الأحكام القضائية يتضح أن حتى القضاء المغربي يطبق مقتضيات المادة 98 من مدونة الأسرة بشكل حرفي وذلك من خلال رفضه لكل طلب تطليق للضرر مقدم من طرف الزوج على أساس أن المادة 98 سالفة الذكر لم تعط الحق للزوج لممارسة حق التطليق للضرر.

والرأي فيما أعتقد أنه يستحسن إعادة النظر في هذه المسألة وجعل حق طلب التطليق للضرر حق لزوج والزوجة، نظرا لما أصبحت تعرفه العلاقات الزوجية من توثر وإضرار بعض الزيجات بأزواجهم.

ومن خلال ما سبق يتبين أنه من الممكن أن تطلب الزوجة التعويض عن إساءة زوجها والتي شكلت لها ضررا ماديا أو معنويا أو هما معا بعد حصولها على التطليق، فإما أن تحصل على التعويض في نفس حكم التطليق، وإما حكم مستقل لاحق عليه، وما على الزوجة إلا إثبات ذلك الضرر بشتى الوسائل والقواعد الموضوعية للإثبات، حيث نجد المشرع فتح باب على مصراعيه للزوجة من أجل إثبات الضرر وذلك بالاستعانة بالقواعد المضمنة بقانون الالتزامات والعقود، كإقرار والكتابة والشهادة والقرائن واليمين بنوعيها، الحاسمة والمتممة، أو تطلب تطبيق القواعد الإجرائية كالأبحاث والخبرة، بل وتطبيقها للفصل 55 من قانون المسطرة المدنية[423]. إلا أن جعل أمر قبوله مرتبطا بمدى اقتناع القاضي بجدية الأسباب، وهذا العبء الملقى على عتق القاضي بفرض عليه وهو يبحث عن الضرر ويبني في حكمه، أن يستوفي شرط استحالة دوام العشرة باعتباره من الشروط القانونية، كما يتطلب منه أيضا الخبرة الواسعة بالمسائل النفسية والدينية والاجتماعية لمختلف الطبقات، وكذا الأعراف والتقاليد التي تسودها، وأن يتخذ كل الإجراءات الازمة ويقرر جميع الأبحاث التي يراها صالحة[424].

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل هذه الصفات الواجب توفها في القضاء تتوفر في جميع القضاة؟ وحتى إن توفرت فهل القضاء الأسري له من الوقت الكافي

(423) خالد التومي: "الطابع المدني لمدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص:157.
(424) هجر شبيه، محمد الزرزاري: مرجع سابق، ص: 73.

ليقوم بكل هذه الأبحاث والإجراءات أمام ضغط ملفات الطلاق والتطليق وقلة عدد القضاة؟ بالإضافة إلى أنه قد تظهر بعض الظروف الطارئة تحول دون القيام بالأبحاث والخبرة من بين هذه الظروف الطارئة نورد متال جائحة كرونا التي أسفرت عن اتخاذ مجموعة من الإجراءات من بينها فرض رخصة التنقل فكيف يمكن لشهود التنقل من أجل الإدلاء بشهادة في حالة عدم حصولهم على رخصة التنقل، وحتى إن ثم حصولهم عليها قد يتخلف الشاهد عن الحضور إما لانعدام وسائل النقل أو خوفا من الإصابة من الفيروس؟

لدى حسب اعتقادي يجب على المشرع أن يقوم بتعديل المادة 101، وذلك بتحديده الدقيق لعنصر الضرر ومعايير تحديده على سبيل الحصر، وليس التوسيع من مفهوم الضرر لما له من أثار على تفكك الأسرة ومساس بحقوق الزوج. إذ يمكن إعادة صياغة المادة 101 إن صح التعبير على النحو التالي: "في حالة الحكم بالتطليق للضرر المحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ بحسب قدرة الزوج يراعي فيه حالة الزوج يسرا أو عشرا مع إمكانية تقسيط هذا المبلغ بحسب قدرة الزوج والحاجيات الضرورية للمطلقة".

والزوجة أو الزوج من أجل تنفيذ ما قضت به المحكمة لصالحهما، يكفي أن الإدلاء بنسخة من الحكم أمام كتابة ضبط المحكمة المصدرة له للحصول على التعويض، أو عن طريق تقديم طلب التنفيذ إلى كتابة الضبط وذلك بعد صدور الحكم وبعد أن ينتهي أجل الطعن فيه[425]. لكن في كثير من الأحيان لا يكون هذا بالأمر السهل فقد يمتنع الطرف الذي صدر الحكم في حقه عن تنفيذ ما هو مطلوب منه، من هنا نتساءل عن آليات حماية التعويض عن الضرر، وهذا ما سنحاول الإجابة عنه في هذه الفقرة الأخيرة.

الفقرة الثالثة: آليات حماية التعويض عن الضرر جنائيا

[425] بوبكر أمزياني: "خصوصية مسطرة الطلاق والتطليق في القانون المغربي"، رسالة لنيل شهادة الماستر القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، -وجدة-الموسم الجامعي 2017-2018، ص:75.

بعد أن يصدر الحكم بالتعويض عن الضرر في الطلاق أو التطليق، ويستنفد جميع طرف الطعن منها،[426] يأخذ مساره إلى التنفيذ مباشرة والتنفيذ ليس دائما بالسهولة بمكان، حيث إنه قد يعترض المضرور امتناع المنفذ عليه عن تنفيذ الحكم بالتعويض ومن هنا نتساءل هل من آليات جنائية يستطيع المنفذ له سلوكها قصد ضمان حسن التنفيذ؟

والمقصود بالآليات الجنائية وجود بعض المساطر القانونية على مستوى القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية تحمي التعويض عن ضرر بدأ من إنشاء عقد الزواج إلى انحلاله بالطلاق أو التطليق ف م أ تضمنت عدة إحالات على ق ج في عدة مواضيع[427]، وهذه الإحالات تنم على فعالية الجزاء الجنائي في القوانين المدنية عموما ووظائفه الأساسية.[428] مما يدفعنا للتساؤل عن نصيب التعويض عن الضرر من الحماية الجنائية عن طريق التجريم؟

فالمضرور طالب التنفيذ يسلك في الغالب مسلكين فإما أن يطلب الحماية الجنائية عن طريق التجريم. وإما أن يطلب الحماية الجنائية عن طريق سلوك مسطرة الإكراه البدني.

وتأسيس على ما سبق، سنقسم هذه الفقرة إلى نقطتين، نتناول في الأولى إمكانية الحكم بالإكراه البدني بخصوص التعويض عن الضرر(أولا) فيما تخصص النقطة الثانية لتقييم توجه القضاء بخصوص استفادة التعويض من الحماية الجنائية(ثانيا).

---

(426) أن الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ من حيث المبدأ إلا استبناء فقد نص الفصل 361 من ق م م على أنه "لا يوقف الطعن أمام محكمة النقض التنفيذ إلا في الأحوال الآتية:
في الأحوال الشخصية، في الزور الفرعي، في التحفيض العقاري.

(427) منها هذه المواد المادة 43 بشأن مسطرة التعدد وأحالت على الفصل 216 من ق ج، والمادة 66 التدليس في الحصول على الإذن أو شهادة الكفاءة، وأحالت على مقتضيات الفصل 366 والمادة 81 بشأن مسطرة الطلاق الرجعي التي يتحايل فيها الزوج في عنوان الزوجة وأحالت على الفصل 361 من ق ج والمادة 202 المتعلقة بإهمال الأولاد وأحالت على أحكام إهمال الأسرة والمادة 257 بخصوص مسؤولية الوصي والمقدم.

(428) للقانون الجنائي مجموعة من الوظائف منها الوظيفة الاجتماعية والوظيفة الاقتصادية... والوظيفة المساندة للقانون الجنائي التي تعنى بكون القانون الجنائي دعامة لسائر القوانين، أي أنه يقوم بدور تكميلي لسائر القوانين يدعمها بقواعده فارضا احترام ما تنص عليه قواعد قانونية.

أولا: حماية تنفيذ التعويض عن طريق مسطرة الإكراه البدني

المقصود هنا الحماية الجنائية عن طريق الإجبار على التنفيذ بواسطة الإكراه البدني وليس عن طريق التجريم. فمرحلة التنفيذ تعد مرحلة هامة وحاسمة في حياة الحكم القضائي لأنها تعد تتويجا لمجموعة من المراحل وهي التي تعطي القيمة الحقيقية وبالتالي لسلطة القضاء. والأصل أن يتم تنفيذ الحكم الصادر ضده اختياريا وطوعا أو عن طريق الإجبار. والتنفيذ الجيري قد يكون عينيا وقد يكون بواسطة الإكراه البدني عن طريق الزج المنفذ عليه في السجن[429].

ويقصد بالإكراه البدني" إجبار المدين بدين عمومي أو خاص والمحكوم عليه في أغلب الأحوال بمقتضى حكم نهائي غير قابل لأي طعم عادي أو غير عادي بالوفاء بدينه للدائن كاملا أو الزج بالغريم في السجن لمدة يحددها القانون بناء على طلب الدائن بعد إنذاره[430].

وتأسيس على ذلك يمكن، لمحكمة الموضوع المدنية تحديد مدة الإكراه البدني في حكمها بناء على طلب المعني بالأمر أو بشكل مستقل إذا تم إغفاله، على عكس المحاكم الزجرية التي تلتزم بتحديد مدة الإكراه البدني في الأحكام الزجرية[431].

والإكراه البدني في الديون الخصوصية مؤطر قانونا بعدة قوانين منها أساسا ظهير 20 فبراير 1961 بشأن استعمال الإكراه البدني في القضايا المدنية[432]الذي

---

(429) المصطفى الرزيني: "إشكالية التنفيذ في المادة الأسرية بين النص القانوني وإكراهات الواقع العملي، عمل كتابة الضبط نموذجا"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2018-2019، ص: 19-20-21.

(430) الحسن العباقي: "تنفيذ الإكراه البدني بين المقتضيات القانونية وآثار تنزيل الرسائل الدورية لرئاسة النيابة العامة"، مقال منسور بالموقع الالكتروني www-Maroc droit-com.cdn.ampproject.orgأطلع عليه بتاريخ 4-10-2010، على الساعة التاسعة صباحا.

(431) عبد الرحيم بن سلامة: "الاكراه البدني والغرامة التهديدية"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني http://assabah.ma/399862.htm/ أطلع عليه بتاريخ 04-10-2020.

(432) الجريدة الرسمية رقم 5477 الصادرة يوم الإثنين 27 نونبر 2006 ظهير شريف رقم 1-06-169 صادر في 30 من شوال 1427 (22نونبر 2006) بتنفيذ القانون رقم 30-06 الرامي إلى تعديل أحكام الظهير الشريف رقم 1-60-305 الصادر في 4 رمضان 1380 (20 فبراير 1961) بشأن استعمال الإكراه البدني في القضايا المدنية.

أحال على ق م ج هذه الأخيرة تضمنت مجموعة من القواعد الإجرائية والموضوعية للإكراه البدني سواء تعلق الأمر بالديون الخصوصية أو العمومية.

وهكذا فمحاكم الموضوع تستطيع الحكم بتحديد مدة الإكراه البدني في الأحكام بالتعويض عن الضرر لإجبار المحكوم عليه على التنفيذ لكون العلاقة الزوجية انتهت بالطلاق أو التطليق أو تعويض عن تعسف في العدول عن الخطبة أو الإكراه أو التدليس أثناء إبرام عقد الزواج، وهو ما يستنتج بمفهوم المخالفة من نص المادة 636 من ق م ج[433] بمعنى آخر، إذا كانت الزوجية تشكل مانعا من تحديد وتطبيق مسطرة الإكراه البدني، فإن انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطليق يسمح باللجوء إلى هذه المسطرة من أجل إجبار المحكوم عليه على التنفيذ استنادا إلى المادة 638 من ق م ج والتي حددت مدد الإكراه البدني قياسا إلى المبالغ المحكوم بها للطرف المتضرر وأهميتها والحالة هاته من ستة أيام إلى عشرين يوما إذا كان مبلغ الغرامة أو ما عداها من العقوبات المالية يقل عن ثمانية آلاف درهم، من خمسة عشر يوما إلى واحد وعشرون يوما إذا كان المبلغ يعادل أو يفوق ثمانية ألاف درهم ويقل عن عشرون ألف درهم، من شهر واحد إلى شهرين إذا كان المبلغ يعادل أو يفوق عشرين ألف درهم ويقل عن خمسين ألف درهم من ثلاثة أشهر إلى خمسة أشهر إذا كان المبلغ يعادل أو يفوق خمسين ألف درهم ويقل عن مائتي ألف درهم من عشرة أشهر إلى خمسة عشر شهرا إذا كان المبلغ يعادل أو يفوق مليون درهم[434].

والمحكوم له بالتعويض عن ضرر الطلاق أو التطليق لا يمكنه المطالبة بتطبيق الإكراه البدني في حق المحكوم عليه مباشرة، وإنما من اللازم المرور عبر مجموعة من الإجراءات منها تقديم طلب تطبيق الإكراه البدني إلى السيد وكيل الملك

---

(433) تنص المادة 636 من ق م ج، ظهير شريف رقم 1.02.255، صادر في 25 من رجل 1423(3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، كما تم تعديله بقوانين أخرى، صيغة محينة بتاريخ 18 يونيو 2019، على أنه "... غير أنه لا يمكن الحكم بالإكراه البدني أو تطبيقه: ... ضد مدين لفائدة زوجه أو أصوله أو فروعه أو إخوته أو عمه أو خاله أو عمته أو خالته أو ابن أخيه أو ابن أخيه أو ابنة أخيه أو أخته أو من تربطه به مصاهرة من نفس الدرجة.

(434) محمد أمزيان: "تنفيذ الأحكام الأسرية" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2014-2015، من ص: 135إلى ص:145.

لمحل صدور الحكم بالتعويض مرفق بمجموعة من الوظائف والذي يسجل الطلب بكتابته ويرفعه إلى السيد قاضي تطبيق العقوبات بذات المحكمة. وهي مؤسسة جديدة تم إحداها مع دخول قانون المسطرة الجنائية لسنة 2002 حيز التطبيق. وهذا القاضي هو الذي يختص بإعطاء الأمر بالموافقة على تطبيق العقوبات من عدمه وهو ما نصت عليه المادة 640 من ق م ج، بعد أن يتحقق من توفر شروط ذكرت في هذه المادة وهي:

*توجيه إنذار من طرف طالب الإكراه إلى الشخص المطلوب تطبيق الإكراه البدني في حقه دون نتيجة بعد مرور أكثر من شهر واحد من تاريخ التوصل به

*تقديم طلب كتابي من المطالب بالإكراه البدني يرمي إلى الإيداع في السجن

*الإدلاء بما يثبت عدم إمكانية التنفيذ على أموال المدين

والهدف هو مراقبة سلامة إجراءات مسطرة الإكراه البدني.

وبعد أن يتأكد قاضي تطبيق العقوبات من صحة وسلامة إجراءات الإكراه البدني، يصدر أمره بالموافقة على تطبيق الإكراه البدني. ويرجع الأمر إلى السيد وكيل الملك الذي يعطي أوامره الضابطة القضائية من أجل إلقاء القبض على المحكوم عليه والزج به في السجن خلال المدة المحددة في الحكم إلا إذا أدى بطبيعة الحال المبلغ المحكوم به ففي هذه الحالة يطلق سراحه[435].

ولا شك أن هذه الآلية فيها ضمانة مهمة المضرور من أجل دفع المحكوم عليه قصد تنفيذ الحكم بالتعويض تحت طائلة الزج به في السجن.

ثانيا: تقييم توجه القضاء بشان الحماية الجنائية للتعويض عن طريق التجريم

يعتبر التعويض عن الضرر من الآثار المهمة التي تترتب عن إنهاء العلاقة الزوجية على نحو تعسفي. وإذا كان المشرع في مدونة الأسرة قد أقر الحق في

[435] عبد العالي بن الوزاني طهطوه: مرجع سابق، ص: 116.

التعويض وهذا في حد ذاته يعد ضمانة للمضرور، إلا أننا نتساءل في هذه النقطة على حدود حمايته وصدور الحكم بالتعويض وصيرورته نهائيا عن طريق التجريم. والمقصود بالحماية الجنائية هو إيراد المشرع الجنائي لنصوص في ق ج تجرم الأفعال التي تضرب في صميم هذا الحق. وفي هذا الإطار فإن القانون الجنائي جرم مجموعة من الأفعال من حماية كيان الأسرة وحقوقها ومنها الحق في النفقة[436].

وفي غياب نص واضح في القانون الجنائي المغربي يضمن تنفيذ التعويضات المحكوم بها. نتساءل عن توجه القضاء بهذا الشأن؟ وفي إطار التطبيقات القضائية التي تحمي حق المرور في التعويضات المحكوم به بمناسبة الطلاق أو التطليق، فقد اتجهت محكمة النقض في القرار الصادر عنها بتاريخ 18-01-2009 إلى أن المتعة هي من مستحقات الطلاق وهي مشمولة بالحماية الجنائية، حيث في هذا القرار " حيث إن القرار المطعون فيه عندما أيد الحكم الابتدائي القاضي بعدم قبول المتابعة اقتصر في تعليل ذلك على القول، حيث بالرجوع إلى الفصل محل المتابعة نجده يتعلق بالنفقة التي يمتنع الزوج عن أدائهما وليس مستحقات الطلاق كما ينبغي معه تأييد الحكم الابتدائي، في حين الفصل 480 من القانون الجنائي المتابع به المطلوب في النقض تعاقب على الامتناع عن أداء النفقة بصفة عامة وأن مستحقات الزوجة من الطلاق حسب المادة 83 من مدونة الأسرة تشمل الصداق المؤخر ونفقة العدة والمتعة وغيرها، والأمر الذي يكون معه القرار المطعون فيه عندما صدر على هذا النحو مشوبا بفساد التعليل الموازي لانعدامه وهو ما يعرضه النقض والإبطال[437].

---

(436) يعد الحق في المتعة من أهم الحقوق التي نص عليها قانون الأسرة المغربي، وهو مقرر لفائدة الزوجة والأبناء وكذا الأبوين والمشروع الجنائي المغربي، نص بصريح نص الفصل 479 من على جريمة الإمساك عمدا عن دفع نفقة صدر بشأنها حكم نهائي أو قابل التنفيذ المؤقت. مما نص الفصل 480 من القانون الجنائي على أنه "يعاقب بنفس العقوبة من صدر عليه حكم نهائي أو قابل التنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجه أو أحد أصوله أو فروعه وأمسك عمدا عن دفعها في موعدها المحدد وفي حالة العود يكون الحكم بعقوبة الحبس حتميا، والنفقة التي يحددها القاضي تكون واجبة الأداء في محل المستحق لها ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك.

(437) قرار الصادر عن محكمة النقض عدد 10/174 بتاريخ 2009/01/18 في الملف الجنائي عدد 2008/10/18687 منشور بمجلة محكمة النقض عدد 71 ص 415 وما يليها.

ويمكن أن نقول أنه لئن اعتبرت محكمة النقض أن المتعة باعتبارها من مستحقات المطلقة في التطليق أو الطلاق، تستفيد من الحماية الجنائية المقررة في الفصل 480 من ق ج.[438]

حسب الحقيقة التي استعملتها محكمة النقض. فإن سؤالا يفرض نفسه في هذا المقام وهو: هل التعويض المدني يستفيد هو الآخر من الحماية الجنائية المقررة بالفصل المذكور؟

إن اعتبار محكمة النقض أن المتعة باعتبارها من مستحقات المطلقة تشملها الحماية المقرة بنص الفصل 480 من القانون الجنائي يستتبع القول بكون التعويض المدني المحكوم به في الطلاق أو التطليق يستفيد أيضا من الحماية الجنائية المقررة في الفصل المذكور، ما دام أن المتعة تعد بمثابة تعويض عن الضرر لكون هذا الأخير عنصر هام في تقديرها...

إلا أن الاتجاه الذي سلكته محكمة النقض من خلال القرار المذكور فيه نظر.

وتأسيسا على ما سبق، وأخذا بعين الحسبان مبدأ الشرعية الجنائية أن لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص[439]، نعتقد أن نص الفصل 480 من القانون الجنائي، إنما يشمل بالحماية الجنائية فقط حق النفقة، ولا يمتد إلى حماية حق التعويض المدني، ومن نتائج مبدأ شرعية التجريم والعقاب قاعدتين اثنتين هما: أولا عدم رجعية القوانين، وثانيا قاعدة عدم التوسع في تفسير القانون الجنائي[440].

وبقراءتنا لمجموعة من الأحكام الزجرية الصادرة عن محاكم المملكة، يتضح أن الغالبية منها يسير على هدي قرار محكمة النقض المومأ إليه أعلاه. ومنها على سبيل المثال لا الحصر الحكم الصادر عن محكمة الابتدائية بميدلت بتاريخ

---

(438) الفصل 480 من القانون الجنائي، ظهير شريف رقم 1.59.413، صادر في جمادي الثانية 1382(26 نونبر 1962)، بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، صيغة محينة بتاريخ 25 مارس 2019،

(439) نص القانون الجنائي المغربي على مبدأ شرعية التجريم والعقاب في الفصل الثالث منه الذي جاء فيه "لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لا بعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقررها القانون".

(440) ميلود غلاب: "تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 10/174 بتاريخ 2009/01/28، في الملف الجنائي عدد 2008/10/6/18687"، مقال منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 8 يونيو2012، ص203 وما يليها.

2015/04/23( ) حيث جاء فيه "..حيث إن شكاية المشتكية جاءت معززة بحكم قابل للتنفيذ قضى على المتهم بأدائه لها مستحقاتها ومنها المتعة و مستحقات ابنتها ومحضر امتناع هذا الاخير عن التنفيذ.

وحيث إن المتهم أمهل15 يوما للوفاء بالحكم طبقا لمقتضيات الفصل481 من القانون الجنائي، وحيث إن امتناع المتهم عن تنفيذ الحكم القاضي بدفع النفقة بمفهومها العام المحكوم بها عليه للمشتكية وابنتها منه، يشكل الركن المادي لجنحة الإمساك عمدا عن أداء النفقة في موعدها المحدد[441].

والحقيقة أنه وأخذا بعين الحسبان قاعدة عدم التوسع في تفسير النص الجنائي، الذي هو نتيجة لمبدأ شرعية التجريم و العقاب، يمكن القول أن الفصل 480 من ق ج إنما يحمي بالمقتضيات الزجرية فقط حق النفقة، دون التعويض عن الضرر في إنهاء العلاقة الزوجية بطبيعة الحال. والمشرع المغربي مدعو، في إطار تعزيز حماية المضرور من الزوج أو الزوجة جراء الطلاق أو التطليق، إلى التدخل قصد تعديل المقتضيات الجنائية بإضافة نص صريح يقرر حماية جنائية للتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق أو التطليق في مسودة مشروع القانون الجنائي. ولو أن الجزاء الجنائي في حد ذاته لم تبق له الفعالية لضمان توصل المطلقات بمستحقاتهن وتعويضاتهن فالواقع دل على أنهن لا يتوصلن بما ذكر ولو تم الزج بالمطلق في السجن سواء عن طريق المتابعة أو الإكراه البدني. ويبقى السؤال المطروح هو البحث عن وسيلة أخرى تضمن توصل المطلقة بحقوقها ولعل إحداث صندوق التكافل العائلي جاء في هذا الإطار رغم أنه هو الأخر تعتريه العديد من المؤاخذات.

(441) حكم رقم 15/62، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بميدلت، عدد 102 بتاريخ 2015/04/23 ملف جنحي تلبسي، بتاريخ 23-04-2015، غير منشور.

خاتمة:

إن ما يمكن أن أخلص إليه من خلال هذا البحث المتواضع الذي قمت بإنجازه هو عبارة عن مجموعة من النتائج أو الخلاصات والمقترحات. فبخصوص النتائج أو الخلاصات التي تم التوصل إليها يمكن تجسيدها والإشارة إليها فيما يلي:

اذ توصلت إلى أن الخطبة علاقة قانونية واجتماعية تترتب عليها مجموعة من الآثار الأخلاقية والدينية والقانونية. فتحديد طبيعتها القانونية في التشريع المغربي وغيره من التشريعات العربية و الإسلامية لا يمكن أن يكون إلا في نطاق المرجعية الدينية التي تعتبر الخطبة مجرد وعد بالزواج رغم ما أفتى به بعض فقهاء الذين ارتقوا بالخطبة إلى منزلة الزواج. ورغم ذلك فإن هذا لا يلغي إلزاميتها من الناحية الأخلاقية والدينية وإن لم تحمل أي طابع إلزامي من الناحية القضائية يتجلى في الإجبار على إبرام عقد الزواج.

أما على الصعيد القانوني، فالخطبة في التشريع المغربي سواء في مدونة الأحوال الشخصية أو مدونة الأسرة لا تعدو أن تكون وعدا بالزواج لا تكتسي أي صيغة إلزامية من الناحية القانونية، وهذا المنظور التشريعي يتلاءم مع رؤية المجتمع لها، ورغم ترتيب المشرع أثرا من آثار عقد الزواج عليها المتمثل في النسب إذا ما توافرت شروطه. فإن هذا الإقرار هدفه الأساسي حماية نسب الطفل وليس تغيير التكييف القانوني للخطبة.

وهكذا تبين أن خصوصية رابطة الخطبة وتحديد الطبيعة القانونية لها هي التي كانت سبب تحديد الأساس القانوني لتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة. إذ اعتبره الفقه الإسلامي مبني على مبدأ التعسف في استعمال الحق أو مبدأ التعدي يوجب الضمان.

أما المشرع المغربي فقد أقر قاعدة مفادها أن التعويض في الخطبة لا يكون إلا عن الفعل المستقل عن ضرر العدول.

ورغم إمكانية الحسم النظري في أساس التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة استنادا إلى أحكام المسؤولية التقصيرية. فإنه يوجد في الفقه الإسلامي من الأحكام والقواعد الفقهية ما هو قادر على استيعاب مثل هذا التعويض.

كمبدأ التعدي يوجب الضمان وحضر التعسف في استعمال الحق. غير أن هذا التأصيل على ضوء قواعد الفقه الإسلامي لا يعفي بتاتا إلغاء الاستئناس بالقواعد العامة في مجال المسؤولية التقصيرية عند النظر في مثل هذه المسألة.

فتأصيل التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة في التشريع المغربي و التشريعات الوضعية العربية لا يمكن أن يكون إلا استنادا على أحكام المسؤولية التقصيرية التي تتلاءم في جوهرها مع قواعد الفقه الإسلامي التي تصبوا إلى جبر الضرر. كما أن النص الذي وضعه المشرع المغربي للتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة ما هو إلا تأكيد للقواعد العامة في نطاق المسؤولية التقصيرية. إذ لم يكن يوجد مانع للمتضرر في ظل مدونة الأحوال الشخصية يحول دون التجائه إلى القضاء للمطالبة بالتعويض في إطار هذه القواعد العامة، فالمشرع المغربي في مدونة الأسرة ارتأى وضع نص خاص لتفادي وقوع تضارب بين موافق المحاكم. وكذلك الاستفادة من إمكانية رفع الدعوى أمام قضاء الأسرة وليس القضاء العادي.

وفي الحقيقة فالخطبة من هذا المنظور الفقهي والتشريعي تقتضي من طرفيها أن يقومان بعناية الشخص المعتاد إذ لا يجوز إلحاق الضرر بالطرف الآخر حتى بعد العدول عن الخطبة لأن ذلك يتعارض مع قيم والمثل العليا والأخلاق الإسلامية. مما يوجب التعويض عند حدوث هذا الضرر على ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية التي توجب جبر الضرر لتلاؤمها مع طبيعة مصادر مدونة الأسرة، كما أنها لا تتعارض في جوهرها مع قواعد المسؤولية التقصيرية.

غير أنه من الناحية العملية، أعتقد أنه من الناذر جذا الالتجاء إلى القضاء بشأن التعويض عن الخطبة في ظل الأعراف والعادات الاجتماعية الحالية للمجتمع المغربي التي تجعل التستر في مثل هذه النوازل حلا ناجعا لتفادي فضائح أكبر خاصة في هذا

المجال رغم المدة غير اليسيرة على دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق. وحتى إن تم اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بتعويض لجبر ضرر العدول عن الخطبة. فتبقى أهم اشكالية تعترض المضرور. هو إثبات لعناصر المسؤولية التقصيرية والأكثر من ذلك إثباته لوجود الخطبة إذا أنكر الطرف العادل وجودها أصلا.

اما فيما يخص المسؤولية المدنية عند إبرام عقد الزواج فإن المشرع المغربي أقر في مدونة الأسرة ضمانة تشريعية هامة من أجل إبرام الزواج بإرادة حرة خالية من أي إكراه أو تدليس، وهذا يعد حماية لمبدأ سلطان الإرادة في إبرام عقد الزواج وانفتاحا على القواعد العامة التي يجب الرجوع إليها لتحديد شروط الإكراه و التدليس باعتبارهما خطأين موجبين للفسخ مع إمكانية التعويض مع استثناء بشأن مدة التقادم التي حددتها مدونة الأسرة في شهرين، بالإضافة إلى أن المشرع الأسري رغم اقتباسه المقتضيات القانونية المتعلقة بعيوب الإرادة المنصوص عليها في الفصول من 39إلى 56 من ق ل ع. و المحددة في الغلط والإكراه والتدليس، وبموجبها أعطت للضحية حق طلب فسخ عقد الزواج قبل البناء أو بعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه أو من تاريخ العلم بالتدليس إلى جانب حقه في المطالبة بالتعويض.

كما أن عيبي الإكراه والتدليس في ق ل ع. يختلف عن تطبيقها في المدونة. وهذا راجع إلى اختلاف آثارهما في كلا المجالين. حيث تخول عيوب الرضا في المجال المدني المطالبة بإبطال العقد، في مقابل ذلك نجد المدونة تنص على إمكانية الفسخ، إلى جانب تقادم دعوى المطالبة بإبطال في ق ل ع تحدد في سنة أما في قانون الأسرة فدعوى الفسخ تتقادم بمرور شهرين كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

بالإضافة إلى أن المشرع الأسري جعل المطالبة بالتعويض مرتبطا وجوبا بضرورة فسخ عقد الزواج بخلاف المطالبة بالتعويض في ظل ق ل ع الذي يمكن المطالبة به حتى في سريان حياة العقد.

كما أن الملاحظ أن المشرع لم يطبق الغلط رغم أن الفصل 39 من ق ل ع قد أدرجه ضمن عيوب الرضا.

وهذا راجع إلى خصوصية عقد الزواج لأنه لا يمكن تصور الغبن فيه لعدم وجود اداءات متقابلة بالشكل الذي يحصل معه الاختلال في المراكز الاقتصادية للطرفين. كما أن التنظيم المحكم لعقد الزواج في مدونة في مدونة الأسرة لا يتصور معه حصول الغلط.

فعقد الزواج إن كان في البداية ينشأ معه عقد الزواج. إلا أنه يمنح للطرف الذي عيبت إرادته حق فسخ العقد وجعله كأن لم يكن مع طلب التعويض في حالة وجود ما يبرره.

بناء على ما تقدم. تكون مدونة الأسرة قد أحسنت عندما أدخلت عيوب الرضا. وهو ما كان يشكل نقصا في مدونة الأحوال الشخصية، إذن يمكن القول بأن مبدأ سلطان الإرادة شهد ازدهارا ملحوظا في المجال الأسري. رغبة منه في حماية إرادة الزوجين وسلامتهما من كل العيوب التي قد تشوبها. وبهذا تكون مدونة الأسرة قد جاءت بمقتضيات خاصة لا نجد لها مثيلا في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

وما خلصت إليه أيضا أن التدليس بإخفاء أحد الزوجين عن الآخر عيب فيه لم يعلمه الزوج الآخر إلا بعد إبرام العقد، فبرغم من تضمين المشرع المغربي التطليق للعيب، فلا يوجد ما يمنع من اعتبار العيب الذي تم إخفاءه تدليس لخول فسخ عقد الزواج والمطالبة بالتعويض عن الضرر طبقا للمادة 63 من م أ.

وقد حاولنا استقراء السلطة التقديرية للقضاء من خلال التعرض لدور هذا الأخير في الحكم بهذا التعويض واتضح أن هذه السلطة التقدير نتج عنها اختلاف بين القضاء في تقدير التعويض كما تبين لنا أن القضاء يخلط أحيانا ما بين المتعة و مؤسسة التعويض المدني مع أن الفرق شاسع بينهما والسبب في ذلك هو غموض المواد المنظمة للتعويض المدني و المتعة في مدونة الأسرة خاصة المادة 97 والمادة 84 من المدونة.

وفيما يتعلق بطبيعة المسؤولية المدنية في الطلاق أو التطليق فهي تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية لا عقدية، نظرا لاختلاف عقد الزواج عن باقي العقود المالية. وأنه رباط مقدس يندرج في إطار النظام العام المغربي.

أما أركان المسؤولية المدنية المترتبة على إنهاء العلاقة الأسرية مع إحداث ضرر. فهي تتجلى في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

لذلك عرف المشرع المغربي الخطأ من خلال الفصل 78 من ق ل ع. والخطأ التقصيري في العلاقات الأسرية، يتجلى في الإخلال بالحقوق والوجبات المتبادلة بين الزوجين المنصوص عليها في المادة51 من مدونة الأسرة.

فلإخلال مثلا بواجب المساكنة الشرعية يعد خطأ تقصيريا موجبا للتعويض عند وضع حد للعلاقة الزوجية، وقد يكون ذو طابع جرمي كالعنف أو الإيذاء بالضرب والجرح أو الخيانة الزوجية أو إهمال الأسرة أو السكر وغير ذلك، بالإضافة إلى تعسف أحد الزوجين في استعمال حقه في إنهاء الرابطة الزوجية، فالطلاق أو التطليق الذي لا يستند على مبرر مشروع يعد تعسفا في استعمال الحق في التعويض.

وفيما يخص الضرر، قد عرفه المشرع المغربي من خلال الفقرة الأولى من الفصل 98 من ق ل ع، لذلك فإن الضرر الموجب للتعويض عند إنهاء العلاقة الزوجية هو ضرر مفترض لا يكفي المتضرر إثباته، فيكفي ثبوت التعسف في تقديم دعوى الطلاق أو التطليق للقول بتضرر الزوج المدعى عليه، والذي يعفى من إثبات الضرر الذي لحقه جراء ذلك كما أنه إذا أثبتت الزوج طالب الطلاق أو التطليق مبرر جدي و مشروع لطلبه فإنه يكون محقا في التعويض دون حاجة لتكليفه بإثبات الضرر. إذ لا يمكن أن نتصور إنهاء العلاقة الزوجية بطريقة تعسفية بدون ضرر مادي أو معنوي.

إضافة إلى أن العلاقة السببية في التطليق للشقاق، تتمثل في إخلال أحد الزوجين بواجباته اتجاه الزوج الآخر، وكذا استمرار الشقاق والخلاف بينهما و يكون هذا الاخلال و الشقاق ناتج عن خطأ تقصيري تولد عنه ضرر للطرف الآخر مما يؤكد

أيضا بأن العلاقة السببية بين خطأ أحد الزوجين و الضرر الحاصل للزوج الآخر قائمة ومحققة في التطليق للشقاق.

وفيما يخص مسؤولية الزوجين عن الطلاق والتطليق. قد جاءت مدونة الأسرة بمجموعة من المقتضيات الجديدة فيما يخص انحلال الرابطة الزوجية، كان أهمها ما يتعلق بالتعويض عن التطليق للشقاق، فمسطرة التطليق للشقاق يتساوى فيها الطرفان الزوج والزوجة سواء من حيث إنهاء العلاقة الزوجية، أو من حيث إمكانية الحصول على التعويض. على خلاف التطليق للضرر الذي جعله المشرع في يدي الزوجة دون الزوج. ومدى تطبق قواعد المسؤولية المدنية عند انحلال الرابطة الزوجية. حيث يتم هذا التعويض بناء على طلب مع إثبات المدعي الخطأ التقصيري.

وما يستفاد أيضا أن المشرع المغربي ترك للقضاء سلطة تقديرية في تقدير التعويض، هو ما خلق تباين واختلاف المحاكم من موقفها في تقدير التعويض.

بالإضافة إلى أن المشرع المغربي إذا كان قد أعفى طالب التطليق للشقاق من إثبات أسباب التي دفعته إلى طلب التطليق منه في الشق المتعلق بالتعويض، يكون ملوما بإثبات هذه الأسباب وإلا أعتبر متعسفا في طلبه ومسؤولة عن الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر، إذن بالضرر كل سلوك صادر عن الزوجين يؤدي إلى استحالة استمرار العلاقة الزوجية يكون سببا في انتهاء مسطرة الشقاق بالتطليق يحول للزوج الآخر المطالبة بالتعويض طبقا للمادة 97 من مدونة الأسرة، إلا أن هذه الأخيرة لم تتحدث عن القوة القاهرة أو الظروف الطارئة.

مما أن المشرع المغربي بإقرار التعويض في هذه المسطرة من شأنه أن يخفف من مساوؤها المتمثلة في سهولة إنهاء العلاقة الزوجية إلا أن المشرع بإحالته في المادة 97 من مدونة الأسرة على المواد 38.84.85 خلقت لبسا كبيرا من خلال الخلط بين المتعة والتعويض.

أما بخصوص الطلاق، فمن خلال قراءة المتأنية للمواد المنظمة للطلاق في مدونة الأسرة، نجد هذه الأخيرة لم تنص على التعويض المدني بكيفية صريحة، كما

نصت عليها عند انحلال الرابطة الزوجية بسبب التطليق للشقاق والتطليق للضرر. حيث جعلت التعويض عن الطلاق التعسفي يدخل ضمن المتعة، إذ في حالة تعسف الزوج في توقيع الطلاق فإن ذلك لا يرتب أي تعويض، بل يكون أثره في الرفع من قيمة المتعة.

أما على مستوى الضمانات القانونية لتنفيذ الحكم المتعلق بالتعويض نجد المشرع المغربي أقر حماية جنائية في الفصل 480 لحق المتعة دون التعويض.

أما بخصوص المقترحات فهي كتالي:

*دعوة المشرع المغربي إلى تكريس إلزامية وثيق التواعد بالزواج أو الخطبة.

* تدخل المشرع بنص صريح يقر فيه استثناء العيب من مجال التدليس أمام الإبقاء عليه بالتطليق للعيب أو العكس.

* تحديد أجل أطول للمطالبة بفسخ عقد الزواج للإكراه أو التدليس وأن يكون تمديد هذا الأجل بالموازاة مع تحديد أثار فسخ الزواج للإكراه أو التدليس خصوصا على الأبناء بشكل دقيق حماية لحقوق الأبناء خاصة.

* تدخل المشرع المغربي بنص صريح يحدد فيه الجهة القضائية المختصة بالبث في التعويض عن ضرر فسخ عقد الزواج للتدليس التدليس أو الإكراه.

* تعديل المواد 84 و97 من مدونة الأسرة وذلك من أجل تحديد الفرق بين المتعة والتعويض.

* تعديل المواد من 94 إلى 97 المنظمة مسطرة التطليق للشقاق وذلك بإدراجه بصريح العبارة للقوة القاهرة أو الظروف الطارئة كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية ومن بين هذه الأفعال إصابة الزوج بفيروس كرونا.

* تعديل المادة 98 من مدونة الأسرة وذلك بجعل طلب التطليق للضرر حق الزوج والزوجة، نظرا لما أصبحت تعرفه العلاقات الزوجية من توتر وإضرار بعض الزيجات بأزواجهم.

* تعديل المادة 101 وذلك بتحديد دقيق لعنصر الضرر ومعايير تحديده على سبيل الحصر.

* إقرار المشرع الجنائي بنص صريح يقرر فيه الحماية الجنائية لتعويض عن الضرر.

* أن يعمل القضاء على التوسيع في اعتماد المصادر التكميلية، المنصوص عليها في المادة 400 من مدونة الأسرة.

* دعوة القضاء الأسري إلى حسن تعليل الأحكام والقرارات القاضية بالتعويض عن ضرر الطلاق والتطليق وتحديد الأساس القانوني للتعويض والمتمثل في المسؤولية التقصيرية بالاعتداد بالضوابط المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود.

* أن يتم تأهيل القضاء الأسري من الجانب الأسري والمدني، أوجعه قضاء متخصص في قضايا الأسرية دون المدنية.

* التنصيص على حق الزوجة في المتعة إلى جانب حقها في التعويض وحق الزوج في التعويض في حالة الطلاق التعسفي.

* وضع المشرع المغربي لمعايير دقيقة من أجل تحديد التعويض عن الضرر.

لائحة المراجع

الكتب

✓ الخطيب الشربيني: "مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج"، الجزء الثالث، مطبعة دار المعرفة، الطبعة الأولى، 1997.

✓ ابن حزم الأندلسي: "المحلي" المجلد السابع، الجزء العاشر، مطبعة دار الفكر، بدون دكر الطبعة

✓ أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي: "البهجة في شرح التحفة"، الجزء الأول، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت، 1998.

✓ أحمد الخمليشي: "التعليق على قانون الأحوال الشخصية"، الجزء الثاني: آثار الولادة والأهلية والنيابة، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى، 1994.

✓ أحمد الخمليشي: "من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة"، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، طبعة2016.

✓ أحمد فرج حسين: "أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية" مطبعة دار الجامعة الجديدة للنشر؛ الطبعة الأولى 2007.

✓ إدريس اجويلل: "شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج والطلاق"، مطبعة أنفو-برانت، بدون ذكر الطبعة وسنة الطبع.

✓ إدريس الفاخري: "انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة" مع رصد لأهم التوجهات الصادر عن محكمة النقض ومحاكم الموضوع، الجزء الثاني، مطبعة المعرفة مراكش، الطبعة الثانية 2018، ص: 19.

✓ إدريس الفاخري: "قانون الأسرة المغربي أحكام الزواج"، دراسة مقارنة معززة بأحداث التطبيقات القضائية لمحكمة النقض ومحاكم الموضوع، مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 2016.

✓ توفيق حسن فرج: "الطبيعة القانونية للخطبة وآثار العدول عنها"، مطبعة الإسكندرية، طبعة 1963.

✓خالد بن مومن، "المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة"، سلسلة أعمال جامعية، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، طبعة 2016.

✓سليمان مرقس: "المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية"، القسم الأول، الأحكام العامة، أركان المسؤولية، الضرر، الخطأ، العلاقة السببية، بدون ذكر المطبعة، صبغة 1971.

✓عادل حمدي: "التطليق للشقاق وإشكالاته القضائية"، -دراسة فقهية وقضائية مسبوكة بأخر الاجتهادات القضائية في ضوء مدونة الأسرة والقانون المقارن-، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الثانية 2015.

✓عبد الباقي الزرقاني: "شرح الزرقاوي على مختصر سيدي خليل"، المجلد الثاني، الجزء الثالث، دار الفكر.

✓عبد الحق الصافي: "القانون المدني الجزء الأول المصدر الإرادي للالتزامات العقد"، الكتاب الأول (تكوين العقد) مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2006.

✓عبد الحق صافي: "الوجيز في القانون المدني، الجزء الأول، المصادر الإرادية للالتزام (العقد والإرادة المنفردة، دراسة في ق ل ع وفي القوانين الأخرى"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2020.

✓عبد الحق صافي: الوجيز في القانون المدني، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية للالتزام (المسؤولية المدنية والإثراء بدون سبب) دراسة في ق ل ع وفي قوانين الأخرى"، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 2015.

✓عبد الرحمان الشرقاوي: "القانون المدني مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب"، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثالثة 2018.

✓عبد الرحمان الصابوني: "نضام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام"، مطبعة دار التوفيق النموذجية، الطبعة الثانية 1983.

✓عبد الرحمان بن أبي بكر جلال الدين السيوطي: "الحاوي للفتاوى"، مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، طبعة 2004، الجزء الأول.

✓ عبد الرزاق السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام"، الجزء الأول، التراث العربي، بيروت لبنان، دون ذكر السنة.

✓ عبد الرزاق أيوب: "أحكام الزواج والطلاق في ضوء مدونة الأسرة"، مطبعة قرطبة حي السلام، أكادير، الطبعة الثانية، بدون ذكر سنة الإصدار.

✓ عبد العالي دقوقي: "الوجيز في القانون المدني، النظرية العامة للالتزام (المصادر الإرادة للإلتزام)"، مطبعة سجلماسة مكناس، الطبعة الثانية 2019

✓ عبد القادر العرعاري: "المسؤولية المدنية دراسة مقارنة على ضوء النصوص التشريعية"، مطبعة دار الأمان، الطبعة الثالثة 2014.

✓ عبد القادر العرعاري: "نظرية العقد، الكتاب الأول، دراسة على ضوء التعديلات الجديدة التي عرفها قانون الالتزامات والعقود المغربي"، مطبعة الكرامة، الطبعة الثانية، 2005.

✓ عبد القادر ببكري: "محاضرات في المسؤولية المدنية"، مطبعة سجلماسة، طبعة 2015-2016.

✓ عبد الكبير الصوصي العلوي: "المختصر في مدونة الأسرة على ضوء العمل القضائي، الخطبة والزواج، الطلاق، الولادة، الأهلية، النيابة الشرعية"، مطبعة سجلماسة، بدون دكر الطبعة، 2018-2019.

✓ عبد الكريم الطالب: "التوجهات المدنية لمدونة الأسرة، مغانم ومغارم عشر سنوات من التطبيق"، مطبعة الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2014.

✓ عبد الكريم زيدان: "المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية"، مطبعة مؤسسة الرسالة، بيروث.

✓ عبد الكريم شهبون: "الشافي في شرح مدونة الأسرة"، الجزء الأول، الكتاب الأول، الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 2000.

✓ عبد الله السوسي التناني: "مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته"، الكتاب الأول، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة الثانية، 2014.

✓ عبد الله محمد الأنصاري: "الرصاع شرح حدود بن عرفة المرسوم الهدايا الكافية والشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية"، القسم الأول، تحقيق محمد أبو الأجفان الطاهر المعمور، مطبعة دار العربي الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى، 1993.

✓ عبد الناصر توفيق العطار: "خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين وغير المسلمين"، مطبعة السعادة، طبعة 1976.

✓ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي: "كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، الجزء السابع، مطبعة دار الكتب بيروت الطبعة الأولى 1910.

✓ علي حسب الله: "أصول التشريع الإسلامي"، مطبعة دار المعارف، مصر، الطبعة الخامسة 1976.

✓ عمرو لمزرع: "غمز العيون في أحكام الزواج وانحلاله"، مطبعة آنفو-برينت، بدون ذكر الطبعة.

✓ فتحي الدريني: "التعسف في استعمال الحق"، مطبعة مؤسسة الرسالة بيروت.

✓ فتحي الدريني: "الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده"، مطبعة مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية 1977.

✓ فتحي الدريني: "بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله"، بدون ذكر مطبعة، الطبعة الثانية 2008.

✓ فؤاد عبد الباقي: مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، دون ذكر تاريخ الإصدار.

✓ لبنى الغومرتي: "النظرية العامة للالتزامات"، بدون ذكر المطبعة، طبعة ماي 2020.

✓ مأمون الكزبري: " نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزام"، بدون ذكر المطبعة، الطبعة الثانية 1972.

✓محمد أبو زهرة: "محاضرات في عقد الزواج وآثاره"، مطبعة دار الفكر العربي، بيروت، (بدون ذكر الطبعة).

✓محمد أبو سعد، "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"، سلسلة مستقبل التشريع الإسلامي، رقم 3، مطبعة الناشر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، بدون دكر سنة الإصدار.

✓محمد الأزهر: "شرح مدونة الأسرة"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة الثامنة ،2017.

✓محمد الخطاب: "مواهب الجليل شرح مختصر الخليل"، المجلد الثالث، مطبعة دار الفكر بيروت، طبعة 1988.

✓محمد الخطاب، "تحرير الكلام في مسائل الالتزام"، مطبعة دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1984.

✓محمد الشافعي: " الزواج في مدونة الأسرة"، سلسلة البحوث القانونية رقم 9، مطبعة الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2005.

✓محمد الشافعي: "الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة"، سلسلة البحوث القانونية 24، مطبعة الوراقة الوطنية، بدون ذكر الطبعة.

✓محمد الشافعي: "الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة"، سلسلة البحوث القانونية 18، مطبعة الوراثة الوطنية، الطبعة الأولى، بدون ذكر سنة الإصدار.

✓محمد الشافعي: "قانون الأسرة في دول المغرب العربي"، مطبعة الوراقة الوطنية مراكش، سلسلة البحوث القانونية 16، الطبعة الأولى 2009.

✓محمد الشرقاني: "المسؤولية المدنية"، مطبعة سجلماسة مكناس، طبعة 2011-2012

✓محمد الشرقاني: "النظرية العامة الالتزامات (العقد)"، مطبعة سجلماسة مكناس، طبعة 2010-2011.

✓محمد الكشبور: "الوسيط في شرح مدونة الأسرة"، انحلال الرابطة الزوجية"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 2015.

✓محمد الكشبور، يونس الزهري وحسن فتوخ: "التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة"، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة11، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 2006.

✓محمد بودلاحة: "أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ومدونة الأسرة"، مطبعة فاس بريس، طبعة 2017.

✓محمد خيري: "تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية بين المدلول القانوني والمدلول الاجتماعي، مدونة الأسرة عام من التطبيق الحصيلة والآفاق"، سلسلة الندوات، العدد الأول يومي 18-17 فبراير 2005.

✓محمد رياض: "التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي"، مطبعة الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 1992.

✓محمد عثمان بشير: "التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية"، مطبعة دار القلم، دمشق، بدون ذكر الطبعة.

✓محمد مصطفى شبلي: "أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، مطبعة دار النهضة العربية للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 1977.

✓مصطفى السباعي: "شرح قانون الأحوال الشخصية"، مطبعة التيربين للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة التاسعة 2001.

✓موقف الدين وشمس الدين بن قدامة: "المقنع في فقه الإمام أحمد ابن حنبل"، المجلد السابع، مطبعة دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى 1984.

✓واصل علاء الدين إبراهيم: "أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون"، مطبعة الخربوطي، طبعة 1994

✓وصال الزرباخ: "دعاوى التطليق، بين النص القانوني والواقع العملي"، المحكمة الإبتدائية بتطوان نموذجا"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2006-2007.

✓وهبة الزحلي: "الفقه الإسلامي وأدلته" الجزء السابع، مطبعة دار الفكر دمشق، الطبعة الثالثة 1996.

✓وهبة الزحلي، "نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي"، -دراسة مقارنة- مطبعة دار الفكر، دمشق ، طبعة 1982.

✓يوسف حامد العالم: "المقاصد العامة للشريعة الإسلامية"، مطبعة دار السودانية للكتب، الطبعة الثالثة 1997.

✓يوسف قاسم: "حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي"، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1984.

✓الشيخ الكليني: "كتاب الكافي"، الجزء الخامس، بدون ذكر المطبعة، الطبعة الثالثة 1367، منشور على الموقع الإلكتروني www.shianlinelibrarg.com

✓ Daniell Sterckx : « Le mariage En Droit Civil », Imprimerie De Bock Et Lancier, Bruxelles 2004.

الأطروحات والرسائل

أ- الأطروحات:

✓حسن رحو: "النظام القانوني الزواج"، محاولة في التأصيل، أطروحة لنيل الدكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، السنة الجامعية 2002.

✓خالد بن مومن: "إعمال قواعد المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، السنة الجامعية 2013-2014.

✓خديجة البوهالي: "أثر الإثبات في ضوء مدونة الأسرة، دراسة مقارنة بقوانين الأسرة لدول المغرب العربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2016-2017.

✓سليمان المقداد: "مركز الإرادة في العقود"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2013-2016.

✓محمد أمزيان: "تنفيذ الأحكام الأسرية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2014-2015.

✓محمد يوب: "تعويض الضرر الناتج عن العلاقة الزوجية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم العلوم الاسلامية، باتنة، السنة الجامعية 2012-2013.

✓موحى ولحسن ميموني: "حق الأسرة في التعويض عن الضرر الممتد على ضوء القانون المغربي، دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2009-2010.

ب-الرسائل

✓إبراهيم لقيروح: "التعويض في دعاوى التطليق للشقاق بين النص القانوني والعمل القضائي"، بحث نهاية التدريب، وزارة العدل المعهد العالي للقضاء، الفوج 41، فترة التدريب2015/2017.

✓ابتسام القصير: "متطلبات تعديل مقتضيات مدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2018-2019.

✓أحلام علمي: "واقع انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق، جهة طنجة تطوان نموذجا"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية، السنة الجامعية 2005-2006

✓أحمد الخمليشي: "الشروط الإرادية لعقود الزواج"، أعمال ندوة مستجدات مدونة الأسرة، جامعة محمد الخامس السويسي الرباط، 2005.

✓أمال ركاني: "مدونة الأسرة وسؤال المرجعية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، 2005-2006.

✓أنس بلعربي: "المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة المغربية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2007-2008.

✓بسحاب الروفي: "أحكام المتعة والتعويض في مدونة الأسرة والعمل القضائي"، بحث نهاية التدريب الملحقيين القضائيين، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، فوج 41، فترة التديب 2015-2017.

✓بلعيد الشريف، "متعة الطلاق ومبدأ التعويض عند انحلال العلاقة الزوجية"- دراسة مقارنة -، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، -أكدال-، السنة الجامعية 2009-2010.

✓بوبكر أمزياني: "خصوصية مسطرة الطلاق والتطليق في القانون المغربي"، رسالة لنيل شهادة الماستر القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، -وجدة-الموسم الجامعي 2017-2018.

✓بومعي عبد اللطيف: التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة الشهيد لخضر بالوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2014-2015.

✓جميلة بوهرو: "مفهوم السبب عند الأصوليين وأثره على الضمان"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، السنة الجامعية 2002-2003.

✓حاتم دايدو: "المسؤولية المدنية في الخطبة والزواج، محاولة في التأصيل"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية، 2005-2006.

✓الحسنية لعديري: "المسؤولية المدنية للزوجين في ظل مدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2012-2013.

✓خالد التومي: "الطابع المدني لمدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2011-2012.

✓خديجة الفيلالي علاش: "العنف الأسري ضد المرأة بالمغرب أية حماية؟ - العنف الزوجي نموذجا-"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2005-2006.

✓رشيد غيدور، "واقع انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق للشباب في أقسام قضاء الأسرة، المحكمة الابتدائية بتزنيت نموذجا خلال الفترة الممتدة بين سنتي 2012-2016، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكادير، السنة الجامعية 2016-2017.

✓سعيد مقوش: "متعة المرأة المطلقة دراسة شرعية قانونية مسبوكة بآخر الاجتهادات القضائية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي اسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2014-2015.

✓الصابي لطيفة: "التعويض عن الضرر في قضايا التطليق على ضوء العمل القضائي"، بحث نهاية التدريب الملحقيين القضائيين، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، الفوج 39، فترة التدريب 2015-2017.

✓عائشة أفقير: "الالتزامات المدنية في مدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، 2017-2018.

✓عبد الحميد أخريف: "نظرية الضمان - محاولة في تأصيل- المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 1993-1994.

✓عبد العالي بن الوزاني طهطوه: "التعويض عن ضرر إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق والتطليق"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2015-2016.

✓عبد العزيز معلاوي: "المسؤولية المدنية الناتجة عن التدليس في عقد الزواج"، دراسة على ضوء الاجتهاد القضائي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، السنة الجامعية 2017-2018.

✓عبد الله سكور: "التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة فقها وقانونا وقضاء"، رسالة لنيل دبلوم ماستر في القانون الخاص، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، السنة الجامعية 2017-2018.

✓عبد المالك جبور: "التعويض عن الضرر الناتج عن التطليق للشقاق"، بحث نهاية التدريب الملحقيين القضائيين، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، فوج41، فترة التدريب، 2015-2017.

✓عبد الله عابدي: "حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية"، بحث لنيل شهادة الماستر، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية الجزائر، السنة الجامعية 2006

✓ عزيزة السهلي: "المادة 400 من مدونة الأسرة على ضوء العمل القضائي" -كتاب الزواج نموذجا- رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال السنة الجامعية 2015-2016.

✓فاطمة الزهراء العربي، "مبدأ سلطان الإرادة بين القانون المدني ومدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي اسماعيل كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس، السنة الجامعية 2015-2016.

✓فتيحة الشافعي: "التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2002-2003.

✓فؤاد بن شكرة: "اثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة"، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة السنة الجامعية: 2009-2010.

✓فؤاد الشرفاوي: "الإختصاص القضائي في المنازعات الأسرية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2018-2019.

✓فؤاد قريشي: "أحكام المتعة والتعويض عند انتهاء الرابطة الزوجية"، - دارسة مقارنة – رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة ، السنة الجامعية 2007-2008.

✓لطيفة الصابي: "التعويض عن الضرر في قضايا التطليق على ضوء العمل القضائي"، بحث نهاية التدريب المعهد العالي للقضاء، الفوج 41، فترة التدريب 2015-2017.

✓لوبنة أكريكر: "مدى انفتاح مدونة الأسرة على القانون المدني دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة.

✓محمد باخيي: "التدبير التعاقدي في مدونة الأسرة "، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، – الرباط -السنة الجامعية 2010-2011.

✓محمد قاسمي: "التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكادير، السنة الجامعية 2016-2017.

✓محمد كريكر: "المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة، الفسخ والطلاق والتطليق نماذج"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة إبن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكادير، السنة الجامعية 2016-2017.

✓محمد لزعر: "مبدأ سلطان الإرادة في العلاقات الزوجية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2018-2019.

✓محمد خيري: "تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية بين المدلول القانوني والمدلول الاجتماعي"، مدونة الأسرة عام من التطبيق الحصيلة والآفاق، سلسلة الندوات، العدد الأول يومي 18-17 فبراير 2005.

✓المصطفى الرزيني: "إشكالية التنفيذ في المادة الأسرية بين النص القانوني وإكراهات الواقع العملي، عمل كتابة الضبط نموذجا"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2018-2019.

✓مولاي أحمد سيدي عمي: "التطليق بسبب الشقاق بين مدونة الأسرة والعمل القضائي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي الرباط، السنة الجامعية 2007-2008.

✓هجر شبيه محمد الزرزاري: "أحكام المتعة والتعويض على ضوء العمل القضائي"، بحث نهاية التدريب الملحقيين القضائيين، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، الفوج 39، فترة التدريب 2013-2015.

✓وصال الزرباخ: "دعاوى التطليق، بين النص القانوني والواقع العملي"، المحكمة الابتدائية بتطوان نموذجا"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2006-2007.

المقالات

✓إدريس الفاخري: "تعويض المضرور في العلاقات الأسرية بين نصوص قانون الالتزامات والعقود ومدونة الأسرة"، مقال منشور بمجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، العدد المزدوج 17.16، دجنبر 2014.

✓إدريس الفاخري: "دور الإرادة في إبرام عقود الزواج في ظل نصوص مدونة الأسرة الجديدة"، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 9، شتنبر 2004.

✓إدريس كركين: "متعة المطلقة في دعوى التطليق للشقاق"، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، العدد الأول أكتوبر 2011.

✓أفقير نوال: "المسؤولية التقصيرية للأطر التربوية في التشريع المغربي"، مقال منشور بالموقع الاكتروني

✓أمال ناجي: "موقف القضاء الأسري من إعمال قواعد المسؤولية المدنية"، مقال منشور بمجلة استشراف الدراسات والأبحاث القانونية، عدد ماي 2018.

✓أمنية الخطيب: "المسؤولية في القانون المدني المغربي"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني: www.9anoni.com.blog-post.21 أطلع عليه بتاريخ 10-092020، على الساعة العاشرة صباحا

✓البشير عدي: "الطبيعة القانونية للخطبة وتكييفها القانوني"، مقال منشور بمجلة القضاء المدني، العدد العاشر 2014.

✓جواد شهباوي: "ركن الضرر في المسؤولية التقصيرية"، مقال منشور على الموقع الإلكتروني www.hesbress.com، أطلع عليه بتاريخ 5-10-2020، على الساعة الخامسة مساءا.

✓الحسن العباقي: "تنفيذ الإكراه البدني بين المقتضيات القانونية وآثار تنزيل الرسائل الدورية لرئاسة النيابة العامة"، مقال منسور بالموقع الالكترون Maroc droit-com.cdn.ampproject أطلع عليه بتاريخ 4-10-2010، على الساعة التاسعة صباحا.

✓حفيظ توتة: "التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة"، مقال منشور بمجلة المعيار، العدد 41 يونيو 2009.

✓خالد التومي: "جنوح مدونة الأسرة نحو تطبيق بعض القواعد المدنية، عيوب الإرادة نموذجا"، مقال منشور بمجلة دفاتر القانونية، العدد الأول، ماي2005

✓خالد التومي: "جنوح مدونة الأسرة نحوى تطبيق بعض القواعد المدنية عيوب الإرادة نموذجا"، مقال منشور بمجلة دفاتر قانونية، بدون ذكر المطبعة، العدد الأول ماي 2015،

✓خالد التومي: "مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية."، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية، عدد مزدوج 5/4، مطبعة الأمنية الرباط، بدون ذكر سنة الإصدار

✓الساسي بن حليمة: تعليق على حكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس تحث عدد12347 بتاريخ 17 مارس1981 مقال منشور بمجلة دراسات قانونية العدد 2 سنة 1992.

✓الشيخ الكليني: "كتاب الكافي"، الجزء الخامس، بدون ذكر المطبعة، الطبعة الثالثة 1367، ص332، منشور على الموقع الإلكتروني

✓الطاهري كركري: "الخطبة والزواج في مدونة الأسرة"، مقال منشور بمجلة الشارة، العدد 1 مطبعة دار السلام للطباعة والنشر، طبعة 2007.

✓عبد الحميد أخريف: "بعض ملامح دعوى المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي"، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد 14، 1997.

✓عبد الرحيم بن سلامة: "الاكراه البدني والغرامة التهديدية"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني http://assabah.ma/399862.htm/ أطلع عليه بتاريخ 04-10-2020.

✓عبد العزيز ايت المكي: "التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، والتعويض عن ضرره فقها وقانونا"، مقال منشور بمجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية العدد الرابع عشر، يوليوز 2016.

✓عبد العزيز توفيق: "المسؤولية المدنية"، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 21، دون ذكر السنة.

✓عمر الخضر: "الخطأ في المسؤولية التقصيرية"، مقال منشور بمجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية، العدد 2 أكتوبر 2019.

✓فواز صالح: "التعويض" مقال منشور على الموقع الاكتروني www.arab-amcy.com.sglawdetail .أطلع عليه بتاريخ: 25-07-2020، على الساعة العاشرة صباحا.

✓كريم متقي: "التطور التاريخي لقوانين الأسرة بالمغرب"، مقال منشور بمجلة المنبر، سنة 2018، العدد المزدوج 13.14.

✓لبنى الغومرتي: "المساواة بين الزوجين على ضوء نصوص مدونة الأسرة والعمل القضائي"، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 12، أكتوبر 2019

✓محمد التريكي: "الضرر في الطلاق"، مقال منشور بمجلة التشريع والقضاء عدد 5 السنة 1998.

✓محمد المهدي: "مركز ق ل ع في كل ما لم يرد به نص في غيره من القوانين ذات الصلة مدونة الأسرة ومدونة الأوقاف نموذجان"، مقال منشور بمجلة القانون المدني، مطبعة الأمنية الرباط، العدد الثاني 2015.

✓محمد بلعربي: "توثيق القواعد بالزواج أو الخطبة"، مقال منشور بمجلة المرافعة، العدد 23، دجنبر 2015.

✓محمد بن أبو سعد: "تعريف المسؤولية المدنية بوصفها جانبا من الضمان في الفقه الإسلامي"، مقال منشور بمجلة جامعة محمد بن مسعود الإسلامية، العدد السادس، محرم 1992.

✓المختار عطار: "موجب الزوجين بين الواقع والطموح" مقال منشور بمجلة سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 25، الطبعة الأولى 2006.

✓مصطفى الكيلة: "التقدير القضائي للتعويض"، دراسة مقارنة في مجال المسؤولية المدنية"، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، العدد الأول، مطبعة الأمنية الرباط، طبعة 2009.

✓موحى اسيدي اعمر: "المسؤولية المدنية والتعويض من خلال الزواج وانحلال ميثاقه"، مقال منشور بمجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد الخامس ماي-يونيو2015.

✓ميلود غلاب: "تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 10/174 بتاريخ 2009/01/28، في الملف الجنائي عدد 2008/10/6/18687"، مقال منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 8 يونيوو2012

✓هشام علالي: "الأمن التعاقدي"، مقال منشور بمجلة الإرشاد القانوني، مطبعة المعرفة العدد المزدوج الثاني والثالث 2018.

✓يوسف بناصر: "هل من محل لإعمال نظرية التعسف في استعمال الحق بصدد دعوى الطلاق في ظل العمل القضائي المغربي"، مقال منشور بمجلة القصر، العدد ماي 2004.

✓نبيل البكوري: "التعويض عن الضرر بسبب العدول عن الخطبة"، مقال منشور بمجلة محيط للدراسات والأبحاث القانونية العدد الأول، مطبعة الأمنية، بدون ذكر الطبعة.

✓أحمد زوكاغي: "الطلاق التعسفي"، مقال منشور بمجلة رحاب المحاكم، مطبعة النجاح الجديدة، العدد الخامس أبريل 2010.

قوانين

✓القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 03.70 بمثابة مدونة الأسرة، كما تم تعديله بالقانون رقم 08.09 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.10.103 بتاريخ 3 شعبان 1431(16 يوليوز 2010)؛ الجريدة الرسمية عدد 5859 بتاريخ 13 شعبان 1431 (يوليوز 2010)، ص 3837.

✓الجريدة الرسمية رقم 5477 الصادرة يوم الإثنين 27 نونبر 2006 ظهير شريف رقم 1-06-169 صادر في 30 من شوال 1427 (22نونبر 2006) بتنفيذ القانون رقم 30-06 الرامي إلى تعديل أحكام الظهير الشريف رقم 1-60-305 الصادر في 4 رمضان 1380 (20 فبراير 1961) بشأن استعمال الإكراه البدني في القضايا المدنية.

✓القانون الجنائي، ظهير شريف رقم 423.59.1، صادر في جمادي الثانية 1382(16 نونبر 1962)، بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، صيغة محينة بتاريخ 25 مارس 2019.

✓ظهير شريف رقم 1.02.255، صادر في 25 من رجب 1423(3 أكتوبر 2002)، بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق المسطرة الجنائية، كما تم تعديله بقوانين أخرى، صيغة محينة بتاريخ 18 يونيو 2019.

الأحكام القضائية والقرارات القضائية

أ-الأحكام القضائية

✓حكم رقم 718، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بمكناس قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 2019/1607/4382، بتاريخ 04-03-2020، غير منشور.

✓حكم 14/1220، الصادر عن المحكمة الابتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 749/1607/2014، بتاريخ 13-11-2014، غير منشور

✓حكم بدون دكر رقم، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتزنيت قسم قضاء الأسرة، بتاريخ 24-10-2016، بدون ذكر رقم الملف، غير منشور.

✓حكم بدون ذكر الرقم، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، في ملف رقم 2018/1626/398، بتاريخ 14-05-2018، غير منشور.

✓حكم بدون ذكر الرقم، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بمكناس قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 2014/1607/1010، بتاريخ 2015-01-08، غير منشور.

✓حكم بدون ذكر الرقم، صادر عن المحكمة الإبتدائية بمكناس قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 17/1620/1114، بتاريخ 18-07-2017، غير منشور

✓حكم بدون ذكر الرقم، صادر عن المحكمة الإبتدائية بيني ملال قسم قضاء الأسرة، في ملف عدد 1119/2019، بتاريخ 3-12-2020، غير منشور

✓حكم بذون دكر الرقم، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، بتاريخ 29-7-2013، ملف رقم 1607/977/ 12، غير منشور.

✓حكم بذون دكر الرقم، الصادر عن المحكمة الابتدائية بتزنيت قسم قضاء الأسرة، بتاريخ 08-05-2017،غير منشور

✓حكم بذون ذكر الرقم، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالرباط قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 16/1626/25، بتاريخ 25-06-2016، غير منشور.

✓حكم بذون ذكر الرقم، الصادر عن المحكمة الابتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، ملف رقم 2019/1626/153، بتاريخ 18-03-2019، غير منشور.

✓حكم رقم 10/1197، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، في ملف عدد 16/1607/491 بتاريخ 21-11-2016، غير منشور.

✓حكم رقم 1246 الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، في ملف عدد 2018/1626/1172، بتاريخ 29-10-2018، غير منشور.

✓حكم رقم 7/1383، صادر عن المحكمة الإبتدائية بوحدة قسم قضاء الأسرة، في ملف شرعي عدد 08/29، بتاريخ 03-11-2008، منشور بمجلة المحاماة، عدد 57، دجنبر 2009.

✓حكم رقم 17/2005 صادر عن المحكمة الإبتدائية بالرباط، قسم قضاء الأسرة، في ملف رقم 2005/101، بتاريخ 14-01-2005، منشور بمجلة القبس المغربية، العدد الثاني، يناير 2012.

✓حكم رقم 13/399، الصادر عن المحكمة الابتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، في ملف عدد 19/1607/2013، بتاريخ 08-04-2013، غير منشور.

✓الحكم رقم 480، الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس قسم قضاء الأسرة، في ملف عدد 3018/30/1620/2019، بتاريخ 11-06-2020 غير منشور.

✓حكم رقم 508، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، في ملف عدد 226/1626/2018، بتاريخ 27-05-2019، غير منشور.

✓حكم رقم 2018/566، صادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، في ملف الأحوال الشخصية عدد 1892، بتاريخ 11-12-2018، غير منشور.

✓حكم رقم 15/62، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بميدلت، عدد 102 بتاريخ 2015/04/23 ملف جنحي تلبسي، بتاريخ 23-04-2015، غير منشور.

✓حكم رقم 16/667، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 2015/1607/1465، بتاريخ 30-05-2016، غير منشور.

✓حكم رقم 680 صادر عن المحكمة الإبتدائية بمكناس، قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 2019-1607/4689، بتاريخ 2020/03/03، غير منشور.

✓حكم رقم 690، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالناظور قسم قضاء الأسرة، ملف رقم 05/8006، بتاريخ 20016/04/19، غير منشور.

✓حكم رقم 14/798، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالفقيه بن صالح قسم قضاء الأسرة، ملف رقم 2014/1607/178، بتاريخ 26-06-2014، غير منشور.

✓حكم رقم 2016/803، الصادر عن المحكمة الإبتدائية بسلا قسم قضاء الأسرة، في ملف عدد 216/1607/15، بتاريخ 30-03-2016 غير منشور.

ب-القرارات القضائية

✓قرار الصادر عن محكمة النقض عدد 10/174 بتاريخ 2009/01/18 في الملف الجنائي عدد 2008/10/18687 منشور بمجلة محكمة النقض عدد 71 ص 415 وما يليها.

✓قرار رقم 101 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحكمة النقض، بتاريخ 2016/01/26، في ملف شرعي عدد 2015/1/2/98، غير منشور.

✓قرار رقم 1487 الصادر عن محكمة الإستئناف بدار البيضاء الغرفة الشرعية والأحوال شخصية، ملف رقمه بالمحكمة الإبتدائية 2016/11225، ورقمه بمحكمة الإستئناف 2018/1620/160، بتاريخ 02-07-2018.غير منشور

✓قرار رقم 203 صادر المجلس الأعلى محكمة النقض حاليا في الملف الشرعي عدد07/2/457، بتاريخ 6-4-08.

✓قرار رقم 2357 صادر عن محكمة الإستئناف بالدار البيضاء غرفة الأحوال الشخصية والميراث، في ملف رقم 18/1620/2154، بتاريخ 14-11-2018. غير منشور

✓قرار رقم 795 الصادر عن محكم الإستئناف بالدار البيضاء، عن الغرفة الشرعية أحوال الشخصية والميراث، ملف شرعي عدد 2019/1622/328، بتاريخ 15-04-2019، غير منشور.

✓قرار رقم 90 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحكمة النقض، في ملف شرعي عدد 2016/1/2/329، بتاريخ 14-02-2017، غير منشور.

✓القرار عدد1/651، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحكمة النقض، في ملف شرعي عدد 2015/1/2/327، بتاريخ 29-12-2015، غير منشور

الفهرس

مقدمة.....1

الفصل الأول: المسؤولية المدنية عند إبرام عقد الزواج.....12

المبحث الأول: المسؤولية المدنية في مرحلة الخطبة.....17

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للخطبة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية.....19

الفقرة الأولى: الخطبة في الفقه الإسلامي.....19

أولا: الخطبة وعد بالزواج.....20

ثانيا: الخطبة بمثابة زواج استثناء.....23

الفقرة الثانية: الخطبة في مدونة الأسرة وتشريع المقارن.....24

الفقرة الثالثة: تأثير المادة 400 من مدونة الأسرة على التكييف القانوني للخطبة.....27

أولا: اختلاف الفقه المالكي بخصوص تكييف القانوني لطبيعة الخطبة.....28

ثانيا: رضائية عقد الزواج في الفقه المالكي وتأثيره على طبيعة الخطبة.....29

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي والقانوني للتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة.....30

الفقرة الأولى: موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة.....32

أولا: مبدأ حضر التعسف في استعمال الحق.....32

ثانيا: مبدأ التعدي يوجب الضمان.....35

الفقرة الثانية: أساس التعويض في التشريع المغربي والمقارن.....38

أولا: موقف المشرع المغربي.....38

ثانيا: موقف التشريعات المقارنة.....40

الفقرة الثالثة: خصوصية أركان المسؤولية التقصيرية في الخطبة.....42

أولا: الخطأ.....43
ثانيا: الضرر.....45
ثالثا: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.....48
الفقرة الرابعة: إشكالية الإثبات.....49
المبحث الثاني: المسؤولية المدنية عند توثيق عقد الزواج.....54
المطلب الأول: التكييف القانوني لرابطة الزواج.....55
الفقرة الأولى: النظرية التعاقدية للزواج.....55
الفقرة الثانية: الزواج باعتباره نظام ومؤسسة قانونية.....57
الفقرة الثالثة: النظرية المختلطة لرابطة الزواج.....58
المطلب الثاني: الحماية القانونية لرضائية عقد الزواج.....62
الفقرة الأولى: عقد الزواج المشوب بعيب الإكراه.....63
أولا: شروط قيام عيب الإكراه في عقد الزواج.....64
ثانيا: آثار قيام عيب الإكراه في عقد الزواج.....66
الفقرة الثانية: عقد الزواج المشوب بعيب التدليس.....68
أولا: شروط قيام عيب التدليس في عقد الزواج.....69
ثانيا: آثار قيام التدليس في عقد الزواج.....72
الفقرة الثالثة: التدليس والإكراه بين الخصوصية والمحدودية.....77
أولا: خصوصية عيوب الإرادة في مدونة الأسرة.....77
ثانيا: بعض إشكاليات عيوب الإرادة في مدونة الأسرة.....79
الفصل الثاني: المسؤولية المدنية عند انحلال الرابطة الزوجية.....84

المبحث الأول: الأساس القانوني لتعويض الضرر وعلاقته بالمتعة 88
المطلب الأول: الأساس القانوني لتعويض في قضايا الطلاق والتطليق 89
الفقرة الأولى: المسؤولية المدنية كأساس قانوني للتعويض عن الضرر 89
الفقرة الثانية: خصوصية أركان المسؤولية التقصيرية في مدونة الأسرة 96
أولا: الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية عند الطلاق أو التطبيق 98
ثانيا: الضرر الموجب للمسؤولية عند الطلاق أو التطليق 100
المطلب الثاني: المتعة والحق في التعويض 104
الفقرة الأولى: تمييز المتعة عن التعويض 104
الفقرة الثانية: الموقف القضائي من المتعة والتعويض 106
الفقرة الثالثة: المحددات القضائية لتقدير التعويض 109
المبحث الثاني: المسؤولية المدنية للزوجين في قضايا الطلاق والتطليق 113
المطلب الأول: المسؤولية المدنية للزوجين في الطلاق 113
الفقرة الأولى: طبيعة الطلاق الموجب للتعويض 114
أولا: تعسف الزوج في إيقاع الطلاق 115
ثانيا: تعسف الزوجة في إيقاع الطلاق 116
الفقرة الثانية: المسؤولية المدنية المترتبة عن الطلاق التعسفي 118
الفقرة الثالثة: التعويض الاتفاقي 123
المطلب الثاني: المسؤولية المدنية للزوجين في التطليق للشقاق والتطليق للضرر 125
الفقرة الأولى: المسؤولية المدنية للزوجين في التطليق للشقاق 126
أولا: مسؤولية الزوج 128

ثانيا: مسؤولية الزوجة.....134

ثالثا: مسؤولية الزوجين معا 143

الفقرة الثانية: المسؤولية المدنية للزوجين عند التطليق لضرر.....146

الفقرة الثالثة: آليات حماية التعويض عن الضرر جنائيا.....155

أولا: حماية تنفيذ التعويض عن طريق مسطرة الإكراه البدني.....157

ثانيا: تقييم توجه القضاء بشأن الحماية الجنائية للتعويض عن طريق التجريم 159

خاتمة.....163

لائحة المراجع.....171

الفهرس.....192