منشورات مجلة المنارة
للدراسات القانونية والإدارية

كمال أوجبور

أثر النظام العام الأسري في أحكام مدونة الأسرة

تقديم
الدكتور إبراهيم قضا
أستاذ التعليم العالي بجامعة ابن زهر
محام بهيئة أكادير
مقبول لدى محكمة النقض

طبعة
2022

سلسلة البحوث الجامعية
العدد 28

فهرس الموضوعات

تقديم 9
مقدمة 11
الفصل الأول: النظام العام الأسري إشكالية المفهوم 21
المبحث الأول: إشكالية ضبط مصطلح النظام العام الأسري 21
الفقرة الأولى: مفهوم الأسرة 22
أولا: المدلول اللغوي والاصطلاحي للأسرة 22
أ- الأسرة في اللغة: 22
ب- الأسرة في الاصطلاح: 24
ثانيا: المفهوم الاجتماعي والقانوني للأسرة 25
أ- المفهوم الاجتماعي للأسرة: 26
ب- المفهوم القانوني للأسرة: 27
الفقرة الثانية: مفهوم النظام العام الأسري 29
أولا: المفهوم الفقهي والقانوني للنظام العام 30
أ- تعريف النظام العام في الفقه الإسلامي: 30
ب- تعريف النظام العام عند القانونيين: 33
ثانيا: أقسام النظام العام 37
ثالثا: تعريف النظام العام الأسري 39
المطلب الثاني: التنظيم الأسري المغربي وعلاقته بالنظام العام 40
الفقرة الأولى: كرونولوجيا تنظيم الأسرة 40
أولا: تنظيم الأسرة من رسالة سماوية إلى قوانين وضعية 40
ثانيا: مفهوم الأحوال الشخصية 45
ثالثا: تنظيم الأسرة والنظام العام في المغرب 47
الفقرة الثانية: دور النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية 53
المبحث الثاني: النظام العام الأسري مرجعياته وقواعده وملامحه 55
المطلب الأول: مرجعيات النظام العام الأسري 56
الفقرة الأولى: المقاربة الدينية للنظام العام الأسري 56
الفقرة الثانية: المقاربة الأممية للنظام العام الأسري 63
المطلب الثاني: قواعد النظام العام الأسري وملامحه في التشريع المغربي 71
الفقرة الأولى: قواعد النظام العام الأسري 71

أولا: التمييز داخل القواعد الآمرة بين ما يُعد نظاماً عاماً وما لا يُعد كذلك 71
ثانيا: النظام العام الأسري وقواعد مدونة الأسرة 74
الفقرة الثانية: ملامح النظام العام الأسري في التشريعات المنسجمة مع مدونة الأسرة..... 77
أولا: ملامح النظام العام الأسري في القانون العام المغربي..... 78
أ - في القانون الدستوري 78
ب - في القانون الجنائي 79
ثانيا: ملامح النظام العام الأسري في القانون الخاص المغربي 80
أ - في قانون الالتزامات والعقود: 80
ب - في قانون الحالة المدنية: 83
ج - في قانون المسطرة المدنية: 84
د – في قانون المسطرة الجنائية: 87
ه- في القانون الدولي الخاص: 88
الفصل الثاني: تجليات النظام العام الأسري في مدونة الأسرة 92
المبحث الأول: مظاهر ثبات النظام العام الأسري في مدونة الأسرة..... 93
المطلب الأول: ثبات النظام العام الأسري من خلال الحقوق الشخصية الناتجة عن الزوجية والقرابة ...94
الفقرة الأولى: النظام العام الأسري من خلال الحقوق الشخصية الناتجة عن الزوجيّة 94
أولا: المحرمات من النساء 94
ثانيا: تعدد الزوجات..... 95
ثالثا: المانع الديني في الزواج 98
الفقرة الثانية: النظام العام الأسري من خلال الحقوق الشخصية الناتجة عن القرابة 99
أولا: النظام العام الأسري وتحريم التبني 99
ثانيا: النظام العام الأسري وحماية النسب الشرعي 101
ثالثا: النظام العام الأسري من خلال قواعد الحضانة 107
المطلب الثاني: ثبات النظام العام الأسري من خلال الحقوق المالية الناتجة عن الزوجية والقرابة 112
الفقرة الأولى: مدى وجود النظام العام الأسري في قواعد النفقة والوصية 112
أولا:النظام العام الأسري من خلال قواعد النفقة..... 112
ثانيا: النظام العام الأسري من خلال قواعد الوصية..... 114
الفقرة الثانية : ثبات النظام العام الأسري من خلال قواعد الميراث 116
المبحث الثاني: وجوه تطور فكرة النظام العام الأسري في مدونة الأسرة..... 121
المطلب الأول: مدى تطور فكرة النظام العام الأسري على مستوى الزواج وانحلاله وآثارهما 122

الفقرة الأولى: تطور فكرة النظام العام على مستوى الزواج وآثاره 122
أولا: تطور النظام العام الأسري على مستوى الرابطة الأسرية 123
أ- التراضي في إبرام عقد الزواج 123
ب - تبسيط مسطرة الزواج 123
ج - رفع سن الزواج 126
د - عدم فرض قيود تمييزية على النساء 127
ثانيا: الحقوق والواجبات بين الزوجين والنظام المالي للزواج 129
أ - الحقوق والواجبات الزوجية 129
ب - النظام المالي للزواج 131
الفقرة الثانية: تطور النظام العام الأسري على مستوى الفرقة الزوجية وآثارها 133
أولا: تبني مبدأ الإرادة في إنهاء العلاقة الزوجية 135
ثانيا: إقرار ضمانات قانونية ومالية للزوجة بعد الفرقة الزوجية 139
المطلب الثاني: مدى تأثير تطور نطاق فكرة النظام العام الأسري في دور النيابة العامة 144
الفقرة الأولى: طبيعة دور النيابة العامة في حماية النظام العام الأسري 144
الفقرة الثانية: ملامح تدخل النيابة العامة في الحفاظ على النظام العام الأسري 149
أولا: أثناء إبرام عقد الزواج 149
ثانيا: في حالة التعدد 150
ثالثا: الطرد من بيت الزوجية 150
رابعا: السهر على حماية حقوق الطفل 151
خامسا: أثناء مرحلة انفصام عرى الزوجية 152
أ- أثناء مسطرة الصلح 152
ب- بعد الخطاب على وثيقة الطلاق 153
سادسا: الحضانة 153
سابعا: الأهلية والنيابة الشرعية 154
الفصل الثالث: أثر مراعاة النظام العام الأسري 156
في تنفيذ الأحكام الأجنبية الأسرية 157
المبحث الأول: النظام العام الأسري من خلال قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية الأسرية 158
المطلب الأول: النظام العام الأسري وتنفيذ الأحكام الأجنبية وفق قواعد المسطرة المدنية 159
الفقرة الأولى: النظام العام الأسري من خلال الشروط الإجرائية لتنفيذ الأحكام الأجنبية 160
أولا: شرط صحة الحكم الأجنبي 160

ثانيا: شرط اختصاص المحكمة المصدرة للحكم الأجنبي 163
الفقرة الثانية: النظام العام الأسري كشرط جوهري لتنفيذ الأحكام الأجنبية 167
أولا: عدم المساس بالنظام العام الأسري المغربي 167
ثانيا: أشكال تعارض النظام العام الأسري مع الأحكام الأجنبية 168
أ- تعارض مضمون الحكم الأجنبي مع النظام العام الأسري: 169
ب- تعارض الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم الأجنبي مع النظام العام الأسري: 170
ج- تعارض الحكم الأجنبي الجزئي مع النظام العام الأسري: 171
المطلب الثاني: النظام العام الأسري وتنفيذ الأحكام الأجنبية وفق المادة 128 من مدونة الأسرة 175
الفقرة الأولى: تلطيف مفعول النظام العام الأسري عند تنفيذ الأحكام الأجنبية 177
الفقرة الثانية: التوفيق بين شرطي عدم مخالفة النظام العام وعدم التنافي مع مقتضيات م. أ..... 181
المبحث الثاني: أثر النظام العام الأسري على مستوى تنفيذ الأحكام الأجنبية والاتفاقيات الثنائية .. 183
المطلب الأول: أثر النظام العام الأسري على فاعلية الأحكام الأجنبية 184
الفقرة الأولى: أثر النظام العام الأسري على فاعلية الأحكام الأجنبية قبل صدور مدونة الأسرة 185
الفقرة الثانية: أثر النظام العام الأسري على فاعلية الأحكام الأجنبية بعد صدور مدونة الأسرة 189
أولا: بعض الاجتهادات القضائية الخاصة بقبول تذييل الأحكام الأجنبية لعدم مخالفتها للنظام العام الأسري 190
ثانيا: بعض الاجتهادات القضائية برفض الأحكام والعقود الأجنبية لمخالفتها للنظام العام الأسري 197
المطلب الثاني: أثر الاتفاقية المغربية الفرنسية في إعمال فكرة النظام العام الأسري 202
الفقرة الأولى: أثر النظام العام الأسري على مستوى التطبيق القضائي لاتفاقية 1981/08/10 203
الفقرة الثانية: ضرورة وضوح الاتفاقية الثنائية 210
خاتمة 215
قائمة المصادر والمراجع 218
فهرس الموضوعات 227

تم بحمد الله وتوفيقه
والحمد لله رب العالمين

تقديم

بسم الله الرحمن الرحيم
والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

ناقش الطالب الباحث كمال أوجبور في جلسة علمية علنية يوم 13 ماي 2015، برحاب جامعة ابن زهر كلية الشريعة أيت ملول، أكادير، رسالة جامعية في موضوع: "أثر النظام العام الأسري في أحكام مدونة الأسرة"، حيث نال بها شهادة الماستر، تخصص أحكام الأسرة في الفقه والقانون، تحت إشراف لجنة علمية تتكون من الدكتور إبراهيم قضا محرر هذا التقديم (مشرفا)، والدكتور أحمد إد الفقيه (رئيسا)، والدكتور حسن القصاب (عضوا).

بادئ ذي بدء، لابد من شهادة في حق الباحث، فهو على غرار طلبتنا الذين نعتز بهم ونقدرهم، معروف بجديته التي يترجمها عمله، وقد وفق في اختيار هذا الموضوع الذي يستحق أن يحظى ممن سيأتي من الطلبة والباحثين ببحث جوانب كثيرة منه، لأنه حينما يتم ربطه بقضية الحلية والحرمة يمكن الإبداع فيه أكثر، فهو يستحق أكثر من رسالة؛ لأن مجال البحث فيه مازال خصباً.

الرسالة التي بين أيدينا، سعى من خلالها الباحث إلى إبراز فكرة النظام العام الأسري كمصطلح قانوني مركب مستقل بذاته، يتجلى مضمونه في جّل القواعد الآمرة التي ترمي إلى حماية الأسرة وإن كان المشرع المغربي لم يستعمله كمصطلح في مدونة الأسرة.

ميزة هذه الرسالة أنها تناولت الجانب الشرعي والقانوني والقضائي، فعلى المستوى الشرعي أشارت إلى أن القواعد المنظمة للنظام العام في التشريع الأسري، إما أن تكون ثابتة لا تقبل التغيير، أو تكون متغيرة تقبل الاجتهاد والتأويل، أما على المستوى القانوني فقد بينت الدور الذي غذت تؤديه فكرة النظام العام في كافة فروع القانون المغربي الخاص والعام، أما على المستوى القضائي فقد أكدت على أن القضاء المغربي ينطلق من تصور معين مفاده أن قضايا الأسرة من النظام العام، فكان العمل القضائي يجسد هذا التوجه.

ولم يكتف الباحث بذلك، بل وسع دائرة نطاق بحثه ليشمل إعمال فكرة النظام العام سواء على مستوى الأحكام والعقود الأجنبية من خلال التأكيد على أن الاتجاه القضائي أصبح يتعامل بنوع من المرونة في إعمال فكرة النظام العام، أو على مستوى الاتفاقيات الثنائية حيث شدّد على ضرورة إعادة النظر في بعضها مع استحضار الطابع الديني لنصوص المدونة.

قسم الباحث رسالته إلى ثلاثة فصول، تناول في الفصل الأول إشكالية مفهوم النظام العام الأسري، وفي الفصل الثاني انتقل لدراسة قواعد النظام العام في مدونة الأسرة، مع بيان خاصيتي الثبات والتطور لهذا المفهوم، أما الفصل الثالث فقد تطرق إلى أثر فاعلية النظام العام الأسري في تنفيذ الأحكام والعقود الأجنبية الأسرية والاتفاقيات الثنائية. وكما ابتدأ هذه الرسالة بمقدمة أنهاها بخاتمة ضمنها أهم النتائج والتوصيات.

أشكر مجددا الباحث على شجاعته في اختيار هذا الموضوع رغم صعوبته، فهو موضوع يصلح أن يكون منطلقا لدراسات أخرى في مجالات علمية مختلفة، نظرا لما سيعرفه المجتمع من مستجدات قد تطرح العديد من الإشكاليات.

الدكتور إبراهيم قضا
أستاذ التعليم العالي بجامعة ابن زهر
محام بهيئة أكادير- مقبول لدى محكمة النقض

مكتبة دار السلام

الثمن : 80 درهما

الهاتف - الفاكس : 05 37 72 58 23
Site web : www.darassalam.ma
E-mail : contact@darassalam.ma