الدكتور محسن الفضلاوي

الاجتهاد القضائي في قضايا الطلاق بين مدونة الأسرة والفقه المالكي

هل يُحقّق الأمن الأُسري؟

DAR AL AFAK
COPY

تقديم

الأستاذ: عبد السلام أحمد فيغو

أستاذ بجامعة محمد الخامس بالرباط

وعضو المجلس العلمي الأعلى

الطبعة الأولى

2024

فهرس الموضوعات

المقدمة 13

المدخل العام: الأساس القانوني والفقهي للأسرة المغربية 23

أولا- الأساس القانوني: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة 25

1. مدونة الأحوال الشخصية 25

2. مدونة الأسرة 28

ثانيا- الأساس الفقهي: الفقه المالكي مع اعتبار مقاصد الشريعة 30

1. الفقه المالكي مِن مصادر التشريع الأسري 30

2. الاجتهاد في الفقه المالكي واعتبار مقاصد الشريعة 31

الباب الأول: حقوق المطلّقة مِن النفقة والمتعة في الفقه المالكي ومدونة الأسرة والقضاء 37

الفصل الأول: مدى اعتبار العلاج من النفقات الواجبة للزوجة فِقهاً وقانوناً وقضاءً 39

المبحث الأول: مدى اعتبار العلاج من النفقات الواجبة للزوجة في الفقه المالكي 41

المطلب الأول: مشمولات النفقة الواجبة للزوجة 43

1. السكن 45

2. اللباس 45

3. الطعام والشراب 46

المطلب الثاني: عَدَم اعتبار العلاج من مشمولات نفقة الزوجة في المذاهب الفقهية 46

1. عند الحنفية 47

2. عند الحنابلة 47

3. عند الشافعية 47

4. عند المالكية 48

الفقرة الأولى: تقويم مستند الفقهاء في عدم اعتبار العلاج من مشمولات النفقة 49

السبب الأول: القياس على عقد الكراء 49

السبب الثاني: أن مصاريف العلاج ليست من النفقة الراتبة المعتادة وإنما يحتاج إليها لعارِض 52

DAR AL AFAK
COPY

الفقرة الثانية: سبب عدول الفقهاء رحمهم الله عن إلزام الزوج بنفقة العلاج لزوجته.....54
السبب الأول: أنهم أوجبوا على الزوج توفير الوسائل الوقائية والصحية حفاظا على صحة الزوجة 54
السبب الثاني: أن الطب في الماضي لم يكن متقدما كما عليه الحال اليوم.....55
المبحث الثاني: مدى اعتبار العلاج من النفقات الواجبة للزوجة في مدونة الأسرة ...61
المطلب الأول: مخالفة مدونة الأسرة للفقه المالكي في اعتبار العلاج من مشمولات النفقة 62
المطلب الثاني: دواعي مخالفة مدونة الأسرة للفقه المالكي.....65
المبحث الثالث: مدى اعتبار العلاج من النفقات الواجبة للزوجة في الاجتهاد القضائي..... 67
المطلب الأول: التحديد القضائي لمفهوم العلاج الذي يجب اعتباره من مشمولات النفقة..... 67
الفقرة الأولى: نص القرار القضائي..... 67
الفقرة الثانية: مستند القرار القضائي..... 68
الفقرة الثالثة: وجه مخالفة القرار القضائي للفقه المالكي 69
المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي بَيْن وَصْل مصاريف العلاج بمشمولات النفقة وفَصْلِها عنها 70
الفقرة الأولى: وصْلُ مصاريف العلاج بمشمولات النفقة..... 71
الفقرة الثانية: فصْلُ مصاريف العلاج عن مشمولات النفقة..... 72
1. نص القرارين 72
2. مستند القرارين..... 72
3. وجه مخالفة القرارين للفقه المالكي 74
الفصل الثاني: متعة المطلّقة فِقهاً وقانوناً وقضاءً 77
المبحث الأول: متعة المطلقة في الفقه المالكي 79
المطلب الأول: المتعة مفهوماً وحُكماً شرعياً 79
الفقرة الأولى: مفهوم المتعة 79
الفقرة الثانية: الحكم الشرعي للمتعة 82

DAR AL AFAK
COPY

المطلب الثاني: حكم المتعة في المذاهب الفقهية 84
الفقرة الأولى: المطلقة قبل الدخول وسُمِّي لها صَدَاقٌ 84
الفقرة الثانية: المطلقة قَبْل الدخول ولم يُسَمَّ لها صَدَاقٌ 86
الفقرة الثالثة: المطلقة بعد الدخول سواء أُسْمِيَ لها المهر أم لا 89
المطلب الثالث: تصنيف أقوال الفقهاء في حكم المتعة وتعليلهم لها 91
الفقرة الأولى: تصنيف أقوال الفقهاء في حكم المتعة 91
الفقرة الثانية: تعليل المتعة عند الفقهاء 94
المطلب الرابع: حكم المتعة في الفُرقة التي تختارها الزوجة 95
المبحث الثاني: متعة المطلقة في مدونة الأسرة 96
المطلب الأول: المتعة في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة 96
الفقرة الأولى: المتعة في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة قبل تعديل 10 شتنبر 1993 97
الفقرة الثانية: المتعة في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بَعْد تعديل 10 شتنبر 1993 98
المطلب الثاني: المتعة في مدونة الأسرة 100
الفقرة الأولى: النصوص القانونية المتعلقة بالمتعة 101
الفقرة الثانية: تمتيع طالبة التطليق للشقاق 103
المبحث الثالث: متعة المطلقة في الاجتهاد القضائي 105
المطلب الأول: متعة المطلقة في الاجتهاد القضائي قَبل صدور القرار عدد 433 106
الفقرة الأولى: الحكم بالمتعة للزوجة وبالتعويض للزوج 108
الفقرة الثانية: الحكم بالمتعة وبالتعويض للزوجة 109
الفقرة الثالثة: عدم التمييز بين المتعة والتعويض، واعتبارهما شيئا واحدا 110
المطلب الثاني: متعة المطلقة في الاجتهاد القضائي بناء على القرار عدد 433 110
الفقرة الأولى: مستند القرار 111
الفقرة الثانية: الأساس الفقهي للاختلاف في تمتيع طالبة التطليق للشقاق 114
1- الفريق المؤيد لعدم تمتيع طالبة التطليق للشقاق 114
2- الفريق المؤيد لتمتيع طالبة التطليق للشقاق 115
المطلب الثالث: متعة المطلقة في الاجتهاد القضائي بعْد صدور القرار عدد 433 115

DAR AL AFAK
COPY

الباب الثاني: حَقُّ الْحَضَانَةِ بعد الطلاق في الفقه المالكي ومدونة الأسرة والقضاء 125
الفصل الأول: شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها فِقهاً وقانوناً وقضاءً 127
المبحث الأول: شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها في الفقه المالكي..... 127
المطلب الأول: الشروط العامة 128
المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالحاضنين من الرجال 140
المطلب الثالث: الشروط الخاصة بالحواضِن من النساء..... 141
المبحث الثاني: شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها في مدونة الأسرة 147
المطلب الأول: الرشد القانوني لغير الأبوين..... 148
المطلب الثاني: الرعاية الدينية..... 150
المطلب الثالث: زواج الحاضنة 151
المطلب الرابع: الانتقال بالمحضون..... 153
المبحث الثالث: شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها في الاجتهاد القضائي 158
المطلب الأول: رأي الاجتهاد القضائي في سقوط الحضانة بالانتقال بالمحضون 158
الفقرة الأولى: بُعد المسافة وأثره في سقوط الحضانة 159
1) نص القرار..... 159
2) وجْهُ مخالفة القرار للفقه المالكي 161
الفقرة الثانية: سقوط الحضانة بانتقال الحاضنة وترك المحضون 163
1) نص القرار..... 163
2) حق المحضون في التأديب 164
3) حق المحضون في التوجيه الدراسي 165
4) مَبيتُ المحضون عند حاضنته 165
الفقرة الثالثة: عدم سقوط الحضانة بانتقال الحاضنة وترك المحضون..... 167
1) نص القرار..... 167
2) التأصيل الشرعي لخروج المرأة للعمل 168
3) خروج الحاضنة للعمل ومدى تعارضه مع مصلحة المحضون.. 170
المطلب الثاني: رأي الاجتهاد القضائي في زواج الحاضنة..... 174

DAR AL AFAK
COPY

الفقرة الأولى: لا يشترط في الزواج المسقط للحضانة الدخول بل مجرد العقد 174
1) نص القرار 174
2) اشتراط الدخول في الزواج المسقِط للحضانة في الفقه المالكي 175
3) مستند القرار 177
الفقرة الثالثة: عدمُ سقوط الحضانة بالزواج إذا لم يتجاوز الطفل سبع سنوات 179
1) نص القرار 179
2) قولُ الفقه المالكي في زواج الحاضنة إذا كان الطفل صغيرا 179
3) مستند القرار 180
الفصل الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة فِقهاً وقانوناً وقضاءً 185
المبحث الأول: ترتيب مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي 185
المطلب الأول: إجماع المذاهب الفقهية على تقديم الأم على غيرها في الحضانة 185
المطلب الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة في المذاهب الفقهية الأربعة 188
الفقرة الأولى: ترتيب مستحقي الحضانة عند الشافعية 188
الفقرة الثانية: ترتيب مستحقي الحضانة عند الحنابلة 191
الفقرة الثالثة: ترتيب مستحقي الحضانة عند الحنفية 192
الفقرة الرابعة: ترتيب مستحقي الحضانة عند المالكية 194
المطلب الثالث: سبب اختلاف الفقهاء في ترتيب مستحق الحضانة 197
المبحث الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة في مدونة الأسرة 199
المطلب الأول: ترتيب مستحقي الحضانة في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة 199
الفقرة الأولى: مقتضيات ما قبل تعديل الفصل 99 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة 200
الفقرة الثانية: مقتضيات ما بعد تعديل الفصل 99 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة 201
المطلب الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة في مدونة الأسرة 201
الفقرة الأولى: حق الأم في أولوية الحضانة 202
الفقرة الثانية: إسناد الحضانة للأب بعد الأم 204

DAR AL AFAK
COPY

أولا- وجه مخالفة مدونة الأسرة للفقه المالكي في إسناد الحضانة للأب بعد الأم 204
ثانيا- إسناد الحضانة للأب بعد الأم لأجل مصلحة المحضون 206
الفقرة الثالثة: إسناد الحضانة لغير الأبوين لأجل مصلحة المحضون 208
المبحث الثالث: ترتيب مستحقي الحضانة في الاجتهاد القضائي 209
المطلب الأول: إسناد الحضانة قبل إنهاء العلاقة الزوجية 209
الفقرة الأولى: نص القرار 209
الفقرة الثانية: مصلحة المحضون عند تسليمه لأمه قبل إنهاء العلاقة الزوجية 210
الفقرة الثالثة: القضاء الاستعجالي وتحقيق مصلحة المحضون 211
المطلب الثاني: أولوية الأم في الحضانة عند انحلال ميثاق الزوجية 213
الفقرة الأولى: نص القرار 213
الفقرة الثانية: أولوية الأم في الحضانة لشفقتها ومراعاة لمصلحة المحضون 214
الفقرة الثالثة: استيفاء الأم الشروط المنصوص عليها لمستحقي الحضانة 215
المطلب الثالث: إسناد الحضانة للأب بعد الأم عند انحلال ميثاق الزوجية 216
الفقرة الأولى: نص القرار 216
الفقرة الثانية: مستند القرار في تحقيق مصلحة المحضون بتقديم الأب على سائر الحاضنين غير الأم 217
المطلب الرابع: إسناد الحضانة لغير الأبوين 220
الفقرة الأولى: نص القرار 220
الفقرة الثانية: مستند القرار في تحقيق مصلحة المحضون بإسناد الحضانة لغير الأبوين... 221
الخاتمة 225
فهرس القرارات والأحكام 231
فهرس الآيات القرآنية 237
فهرس الأحاديث النبوية 241
لائحة المصادر والمراجع 245
فهرس الموضوعات 269

DAR AL AFAK



الدكتور محسن الفضلاوي

- عدل تابع للمحكمة الابتدائية بالرباط
- عضو المجلس العلمي المحلي لعمالة الصخيرات تمارة
- حاصل على دكتوراه في الدراسات الإسلامية العليا من مؤسسة دار الحديث الحسنية
- حاصل على دبلوم الدراسات العليا المعمقة من مؤسسة دار الحديث الحسنية
- مشارك في العديد من الندوات والمحاضرات

تناول الباحث الأستاذ محسن الفضلاوي في هذا المؤلف "الاجتهاد القضائي في قضايا الطلاق بين مدونة الأسرة والفقه المالكي هل يُحقق الأمن الأسري؟"

وقد ركز فيه على ضرورة الكشف عن الفلسفة التشريعية التي يقوم عليها الاجتهاد القضائي في قضايا الطلاق من خلال مدونة الأسرة في إطار مرجعيتها الفقهية، وبيان موقف الاجتهاد القضائي من نصوص المدونة في قضايا الطلاق المخالفة للفقه المالكي والرجوع إلى آراء فقهية خارج المذهب المالكي كلما اقتضى الأمر ذلك أو بيان القول الفقهي الذي يحقق المصلحة والعدل بالنسبة للعصر الحاضر...

وقد اعتمد الباحث في عمله مقاربة تشكل مزاوجة بين المنهج الفقهي الأصيل القائم على الشرح على المتون، والمنهج الحديث القائم على الجدل والتأليف.

ولعل من أبرز خصائص هذا المؤلف، نذكر على وجه الخصوص:

1 - أن هذه الدراسة تتصل بموضوع من مواضيع الساعة التي يثار فيها الجدل والنقاش، وستسد وبلا شك فراغا في الخزانة القانونية والشرعية المغربية وستجد ترحابا من رجال الفقه والقانون من ممارسين وباحثين.

2 - أن هذا المؤلف قد صيغ بلغة عربية فصيحة بليغة، هي من باب ما يسمى عادة بالسهل الممتنع، خاصة وأنه تناول مادة تطغى عليها الصياغة الفقهية التقليدية.

3 - أن الباحث قد تناول في بحثه بيان الاجتهاد القضائي في موضوع يتعلق بأحكام الحضانة باعتبارها أثرا من آثار الطلاق مقارنا إياها بأحكام الفقه وما أخذت به المدونة، موضحا موقف الاجتهاد القضائي، ومبينا سلامة المستند الفقهي الذي أخذت به المدونة والاجتهاد القضائي.

4 - أن هذه الدراسة التي أنجزها الأستاذ محسن الفضلاوي ترتبط بمدونة الأسرة، وهو قانون حديث، لذلك فهو في حاجة أكيدة وماسة للدراسة الرصينة والتأصيل الفقهي العميق، خاصة أنه يحتوي على مقتضيات استعصى على البعض فهمها فهما صحيحا

الأستاذ : عبد السلام أحمد فيغو

مكتبة دار السلام

9 789920 519168

الثمن: 90 درهما

DAR AL AFAK
COPY