

جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص
المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

قانون الأسرة المقارن

مجموعة محاضرات أُلقيت على طلبة الماستر 2
تخصص القانون الخاص

من إعداد الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي

السنة الجامعية 2024/2025

أولاً.- الفلسفة التشريعية في وضع أحكام الأسرة المغربية

I.- أهم المناهج التي تبناها الفقه الإسلامي ومدى تأثيرها على القوانين الأسرية المقارنة

لم يقف الفقه الإسلامي جامدا إزاء ما طرأ من حوادث جديدة، بل أتيح له من المجتهدين في مختلف العصور من بذلوا غاية الجهد في تعرف حكم الله فيما عرض لهم من مسائل : تارة بالاستنباط من النصوص الشرعية، و تارة بقياس ما عرض لهم من حوادث على حوادث أخرى ورد بشأنها نص شرعي، وأخرى بتحكيم المصلحة إذا لم يسعفهم نص شرعي و لا قياس يعطي الشبيه حكم الشبيه والنظير حكم النظير¹.

وعلى العموم، قد بلغ توفر المسلمين على البحث والتحري درجة جعلتهم لا يفتقون نفس الموقف من المنهجية المتبعة. لذلك، لاشك أن تحديد الطريقة التي يسير عليها القاضي في بحثه عن الحكم بصدد المسألة المطروحة عليه يعتبر نوعا من التقنية القانونية، لأنها تقيد حرية القاضي في اختيار الحكم الذي يريد تطبيقه، كما أنه يمكن للأشخاص معرفة الأحكام التي يخضعون لها، فينظمون معاملاتهم على أساسها، حتى لا يقصر أي واحد منهم في الواجبات التي عليه، ولا يطالب بأكثر من حقوقه².

هذا، وقد تبدو العلاقة غير واضحة بين تلك المنهجية و بين الاجتهاد الفقهي المؤثر على تطور أحكام الأسرة. لكن بقليل من التأمل و التحليل يظهر العكس. و الواقع، إن ما نقرأه في الكتب الفقهية عن هذه المسائل، ترك أثره واضحا على واضعي قوانين الأسرة الذين وجدوا في تلك الآراء الفقهية فتاوى شرعية تبيح لهم سن مضمونها في نصوص تشريعية³.

وهذه الطريقة تبنتها معظم قوانين الأسرة في الدول الإسلامية إذ جعلت من اجتهاد وفتاوى الفقه مصدرا لها⁴. وهذا ما يمكن أن نستنتجه من الأحكام الشرعية الواردة في تلك القوانين. وأن تأثير الاجتهاد الفقهي في تطوير منهجية التشريع ظهر بجلاء بعد أن خطت تطورات التشريع الإسلامي خطوات بالغة في عصر نشوء المذاهب الفقهية⁵. ويكفي للتدليل على ذلك الإشارة إلى بعض هذه المناهج التشريعية.

ويبدو من خلال استقراءنا للفقه الإسلامي أن له اتجاها يلتزم مذهباً معيناً، دون مقارنة، مع ممارسة الاجتهاد عند الحاجة الملحة طبقاً لأصول المذهب وقواعده المنهجية وبناء على السوابق العدلية داخل المذهب والآراء الفقهية السابقة الخاصة به.

¹ انظر، عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي و أحكام الملكية و الشفعة و العقد، منشورات جامعة قاريونس، ط. 3 ، 1978، ص. 39.

² انظر، محمد صالح موسى حسين، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، طلاس، ط. 1، 1989، ص. 119 وما بعدها.

³ انظر، مناع القطان، المرجع السابق، ص. 32 وما بعدها؛ عبد السلام الترماني، القانون المقارن و المناهج القانونية الكبرى المعاصرة، ط. 1980؛ علي علي منصور، المدخل للعلوم القانونية و الفقه الإسلامي، دار الفتح، بيروت 1966.

⁴ انظر، الإمام محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة و تنظيم النسل، دار الفكر العربي، ص. 17 وما بعدها.

⁵ انظر، سمير عالية، المرجع السابق، ص. 66 و ما يليها؛ محمد صالح موسى حسين، المرجع السابق، ص. 47 وما بعدها؛ بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية، تاريخها و نظرية الملكية و العقود، مؤسسة شباب الجامعة، ص. 135 وما بعدها.

ومن أمثلة هذه المنهجية في ساحة أحكام الأسرة تنص القاعدة المالكية المذهبية أن ترشيد المرأة لا يتم إلا إذا أبرمت عقد القران و دخل بها زوجها وقضت في بيت الزوجية مدة سبع سنوات⁶. مع أن القران الكريم جعل بلوغ سن النكاح للرجال والنساء علامة على انتهاء الصغر في قوله سبحانه وتعالى {وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح، فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم}⁷. وعليه، فالبلوغ وظهور حسن التصرف يرشدان الرجل والمرأة معا دون التمييز بينهما.

تأثرت المحاولات الأولى للتقنين في الدول الإسلامية بهذه المنهجية؛ بحيث، حسب ما لدينا من معلومات، أصدرت الخلافة العثمانية، ما بين سنة 1869 وسنة 1876 أول قانون مكتوب بشكل منظم تضمن مجلة الأحكام العدلية للقانون المدني الإسلامي. واشتملت المجلة على 1851 مادة اقتصرت أحكامها على كتب الأحناف الأولين⁸، وجاءت تلك المواد مقسمة إلى كتب وأبواب، ومرقمة وفق ترتيب موضوعي. كما قد كتب محمد قادري باشا في مصر مدونة مرشد الحيران للقانون المدني الإسلامي في 31 ديسمبر 1883، وقد اقتصرت هي الأخرى على المذهب الحنفي، وذلك بخلاف مجلة الأحكام الشرعية للقانون المدني الإسلامي التي اشتملت على 2382 مادة، مأخوذة من المذهب الحنبلي⁹.

ولاشك أن مثل هذه المنهجية تأبأها روح الشريعة إذ أنها تحل المذهب محل الإسلام، و الفقه محل الشريعة؛ لذلك فإنه سرعان ما تبين أن الاعتماد على مذهب واحد قد يؤدي إلى الأخذ ببعض القواعد التي لا تتماشى وحاجيات العصر، مما أدى إلى ضرورة كتابة التقنين الشرعي من المذاهب السنية كلها، دون التقييد بمذهب منها، مع الأخذ ما هو صالحا للمسلمين وقوي الحجة من الكتاب والسنة.

لذلك، إن الرغبة في تطبيق الشريعة الإسلامية في مجال المسائل الأسرية، والحرص على استمرار هذا التطبيق وصموده دفع ببعض المشرعين اعتناق عند وضع النصوص القانونية، المنهجية المذهبية المقارنة. هذه المنهجية، وإن كانت تركز على مذهب معين، إلا أنها تقارن بالمذاهب الأخرى، مما يدفعها أحيانا ترجيح الرأي من غير المذهب المرتكز عليه، كما أنها تخبر القاضي أن يأخذ من أيها شاء عند انتقاء النص التشريعي.

ودخلت هذه الطريقة في تشريع الأحكام ميدان التقنين في الدول الإسلامية منذ قانون حقوق العائلة العثماني الصادر سنة 1917¹⁰. وقد أخذ هذا القانون معظم أحكامه من

⁶ انظر خاصة، مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)، المسألة رقم 52.

⁷ سورة النساء، الآية 6.

⁸ فهذه المجلة لم تأخذ بآراء المتأخرين من الأحناف إلا نادرا. انظر، محمضاني صبحي، فلسفة التشريع في الإسلام، ط.3، بيروت 1961، ص. 29 وما بعدها؛ الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 16-17؛ محمد فاروق النبهان، المدخل للتشريع الإسلامي، وكالة المطبوعات الكويت و دار القلم بيروت، ط. 1، 1977، ص. 354-357.

⁹ قام بتدوين هذه المجلة السيد أحمد بن عبد الله القاري، رئيس المحكمة الشرعية بمكة آنذاك.

¹⁰ انظر صبحي المحمضاني، الأوضاع التشريعية في الدول العربية، ماضيها وحاضرها، دار العلوم للملايين، بيروت 1965، ط. 3، ص. 180 وما يليها؛ شافيق شحاتة، القانون الإسلامي، دالوز 1980، ص. 54 وما بعدها.

المذهب الحنفي الذي كان المذهب الرسمي للدولة العثمانية، وأخذ في كثير من المسائل أحكاماً من المذاهب الفقهية الأخرى¹¹، كمنع زواج المجنون المجنونة إلا عند الضرورة (وهو رأي عند الشافعي وأحمد)¹²، وكاعتبار عقد الزواج صحيحاً والشرط معتبراً إذا اشترطت المرأة في العقد ألا يتزوج عليها وإن تزوج فهي أو المرأة الثانية طالق (مذهب الحنابلة)¹³، وكجواز التفريق بين الزوجين للضرر وإعطاء المرأة الخيار في فسخ الزواج إذا ظهر في الزوج مرض من الأمراض المزمنة كالسل والجنون (مذهب مالك)¹⁴.

وهذه الخطوة قد شجعت "الاتجاه اللامذهبي" لكي يتحرك في إطار سابقة رسمية مما جعل، فيما بعد، قوانين الأسرة توسع من ميدان الأخذ بأراء المذاهب الفقهية الأخرى¹⁵. ومن ثم، اعتنقت هذه المنهجية التشريعية أغلب تقنيات الدول الإسلامية، منها خاصة قانون الأحوال الشخصية المصري الصادر سنة 1929¹⁶؛ وقانون العائلة الأردني الصادر في 16 أوت 1951؛ وقانون الأحوال الشخصية السوري الصادر في 17 سبتمبر 1953¹⁷؛ ومدونة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة في 22 نوفمبر 1957¹⁸، وبعدها مدونة الأسرة الصادرة في 03 فبراير 2004، وقانون الأسرة الجزائري الصادر في 9 جوان 1984 والمعدل سنة 2005.

ويمضي الزمان، وتأتي المنهجية الثالثة، وانفردت بموقف لم يسبق له مثيلاً في مجال التقنين الإسلامي: إذا أخذت هذه المنهجية التشريعية تارة الأحكام من مذهب معين وحده، وتارة من الاختيار من مذهب آخر، فالخطوة الجديدة فيها هي أنها

¹¹ انظر، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج. 1 الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت 1967، ص. 3.

¹² انظر، الشرازي، المذهب، دار النشر حلبي، ج. 2 ص. 40؛ الرملي، نهاية المحتاج، دار النشر حلبي، ج. 6، 256 – 259؛ ابن قدامة، المغني ط. 3، المنار، ج. 6، ص. 499 – 500.

¹³ انظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 1983، ص. 33-34.

¹⁴ انظر، ابن رشد، بداية المجتهد، الاستقامة، ج. 2، ص. 50؛ دردير الدسوقي، الشرح الكبير، الأزهرية، القاهرة 1309 هـ. ج. 2، ص. 277 – 279؛ الإمام أحمد إبراهيم بك واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الخربوطلي، 1994، ص. 399 – 409.

¹⁵ إذ أنه "من الصعب الاعتقاد بأن الحركة اللامذهبية في مجال التقنين لم تصادف عقبات صعبة التجاوز، فمن الثابت تاريخياً أن "علماء المذهبين" وقفوا بصلابة في وجه المدرسة اللامذهبية، و حالوا دون صدور عدة قوانين للأحوال الشخصية في مصر لأخذها بأراء من المذاهب الأخرى". انظر، محمد فاروق النبهان، المرجع السابق، ص. 364.

¹⁶ وقد تخطى هذا القانون المذاهب الأربعة، وأخذ من آراء بعض الفقهاء المشهورين مثل ابن تيمية، واعتبر أن "الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلاقاً واحدة". وقد سبق هذا القانون قانون رقم 25 لسنة 1920 المنظم أحكام التطلاق لعدم الإنفاق أو للعيب أو الفقدان والعدة.

¹⁷ ويعد هذا القانون قانون متكامل للأحوال الشخصية إذ اشتملت مواده أحكام الزواج والطلاق والولاية والوصية والميراث.

¹⁸ وقد نصت المدونة في الفصل 82 على أن كل ما لم يشملها هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك. انظر، عبد العزيز توفيق، قانون الأحوال الشخصية مع آخر التعديلات، دار الثقافة، الدار البيضاء، 1988. وهذا ما نصت عليه كذلك المادة 400 من مدونة الأسرة بقولها "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي...".

استطاعت أن تستحدث أحكاماً جديدة خرجت بمقتضاها ليس على المذاهب الفقهية كلها فحسب، بل حتى على النصوص القرآنية والأحاديث النبوية.

وقد جاءت هذه المنهجية بقواعد تشريعية بعيدة كل البعد عن شريعتنا السمحاء متأثرة في ذلك بالغزو القانوني الغربي الذي تبلور بسهولة في بعض الدول الإسلامية لظروف اجتماعية واقتصادية وسياسية¹⁹، وهو ينتظر لو لا بؤادر الصحة الإسلامية ولولا حكمة بعض أولياء الأمر، أن يتبلور في باقي العالم الإسلامي.

فالمشرع التركي قد حذا حذو المشرع السويسري وأصبح بمقتضى القانون المدني التركي في المادة 58 { لا يمنع على المسلمة الزواج بغير المسلم } وألغت المادة 92 منه تعدد الزوجات وجعلت منه جريمة يعاقب عليها جنائياً، وسمح بموجب تعديل القانون المدني لسنة 1988 للشخص أن يقوم بتغيير جنسه. كما أن المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية لـ 1958 قد ألغى تعدد الزوجات في المادة 18 منه بل واعتبرها جريمة تستوجب العقاب بالحبس بسنة مع غرامة 100 ألف فرنك تونسي، أو الحكم بإحدى العقوبتين²⁰. وكما أضفى الصبغة القانونية على التبني حيث اعتبره في الفصل 15 "للمتبني نفس حقوق الابن الشرعي". وساوى بين الرجل والمرأة في الفصل 31 وسمح قانون 1998 للشخص أن يقوم بتغيير جنسه.

أما في تونس، ألغت مجلة الأحوال الشخصية، الصادرة سنة 1956، تعدد الزوجات (المادة 18 منها)²¹ و اعتبرتها جريمة تستوجب العقاب بالسجن مدة سنة

¹⁹ انظر، تشوار جيلالي، أسباب بطلان عقد الزواج و أسباب الطلاق في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه دولة، ران 1987، ص. 112 – 114.

²⁰ انظر، ز. فكري، محاولة تغيير قانون الأسرة في تركيا، رسالة دكتوراه، باريس 1936، ص. 19 و ما بعدها؛ تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 113.

²¹ و في هذا الإطار، بين محمود العنابي " العوامل الرئيسية التي حملت المشرع إلى منع التعدد و منها ترقية الأسرة بصفة عامة والمرأة بصفة خاصة و ضرورة السير على هذا المنوال، سلطة المشرع في تحديد مجال المباح إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك وأخيراً تحديد النسل...و أنه سعياً وراء استقرار الأسرة و حمايتها من التفكك، تقرر تعديل نظام الزواج أخذاً بمبدأ عدم إمكانية الزواج بأكثر من واحدة، و قد تبني المشرع فعلاً هذا التعديل نظراً لتشعب المشاكل الناتجة عن إباحة التعدد (تعقيدات أسرية، انتقامات، الخ). " . انظر محمود العنابي، تطور التشريع المتعلق بالأحوال الشخصية في تونس، ص. 10 - 11.

وبغرامة قدرها 240.000 فرنك أو بإحدى العقوبتين فقط²² . كما أنها أضفت الصبغة القانونية على التبني بحيث اعترفت في مادتها 15 للمتبنى بنفس الحقوق والواجبات للابن الشرعي؛ وسوت بين الرجل والمرأة في حق التطليق والتعويض (المادة 31 منها)²³. بينما القانون العراقي للأحوال الشخصية الصادر سنة 1959 سوى بين الرجل والمرأة في الإرث و ألغى ترتيب الورثة الشرعي²⁴.

II.- مكانة المنهجية اللامذهبية في قوانين الأسرة المغاربية

في بداية الأمر نقول إن التشريعات المغاربية اعتنقت لمنهجية اللامذهبية إلا فيما يتعلق بالمجلة التونسية الذي خرجت ليس فقط عن على المنهجية اللامذهبية وإنما كذلك على المنهجية وذلك بتقريره بعض الأحكام المستتبطة من القوانين الغربية منها مثلاً إجازة التبني وما يرتبه من آثار كلي بحيث أصبح يجوز للمتبنى أن يستفيد من نفس حقوق الطفل الشرعي وما عليه من التزامات منها خاصة موانع الزواج والحق في الإرث.

بينما ذهبت التشريعات الأخرى إلى الأخذ بالمنهجية اللامذهبية ومنها الجزائر، المغرب وتونس في بعض النصوص القانونية، الأمر الذي يدفع بالقاضي إلى البحث على الرأي الفقهي الذي يتماشى والوقائع المطروحة عليه وأن ذلك يستنبط من النصوص القانونية الواردة في هذه التشريعات، بحيث قد جاء التنصيص في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" وكما نصت المادة 400 من المدونة المغربية على أنه "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"، والمادة 311 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أنه "يرجع في تفسير مداولات هذه الدونة عند الإشكال إلى شهور الإمام مالك، وكل ما لم ينص عليه يعود فيه إلى مشهور الإمام مالك" (بالنسبة للقاضي فقط).

وفي باب المقارنة بين النصوص القانونية نستشف أن المشرع الجزائري فتح باب الاجتهاد على مصراعيه بحيث لم يحدد ما هو المذهب المعتمد عليه عند تفسير أو نقص أو إبهام وارد في قانون الأسرة ومن ثمة فما على القاضي إلا أن يجتهد برأيه في هذه الحالات بما يتفق والقيم الشرعية والعدالة الإسلامية وبناء على رأي من الآراء التي جاء بها الفقه الإسلامي بدون التمسك بمذهب ما.

²² انظر، م. لسكور، العلاقة الزوجية في تونس، رسالة دكتوراه، باريس 1958، ص. 321 و ما يليها، محمد شرفي، القانون التونسي بين الإسلام والعصرنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية 1974، عدد 3، ص. 11.

²³ و يرى الإمام محمد أبو زهرة فيما يتعلق بهذه المساواة أن " ذلك غير المعروف عن سلف هذه الأمة، و أن الأمر في الطلاق للرجل، وأن الطلاق منسوب إليه دائماً، و لكن خولف كل هذا، و لا حول و لا قوة إلا بالله العلي العظيم ". انظر محمد أبو زهرة، المرجع السابق، دار الفكر العربي، ص. 51.

²⁴ و حسن ما فعل الدستور العراقي لسنة 1964 حينما تنبأ للخروج الفاضح عن أحكام الشرع، ونص في فصله 12 على أن حق الإرث مكفول وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية

بينما ذهب المشرع المغربي على الابتعاد عما كان ينص عليه في مجلة الأحوال الشخصية المغربية في المادة 81 من حيث الرجوع إلى المذهب المالكي في حالة تفسير أو غياب أو إيهام في نص قانوني، أما مدونة الأسرة المغربية الصادرة في 2004 فقد فتحت باب الاجتهاد بحيث وإن كان المشرع ينص صراحة على أنه يرجع كأصل عام إلى المذهب المالكي فأضاف باستعماله الواو كأداة وصل الرجوع في هذه الحالات الرجوع في هذه الحالات إلى الاجتهاد الذي يراعى فيه قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف مما يتطلب بالقاضي المغربي أن يجتهد ويبحث عن الرأي الذي يتماشى والثابت الشرعية.

وذلك بخلاف لما هو عليه في المدونة الموريتانية بحيث أن المشرع وإن كان قد اعتمد في وضعه للنصوص القانونية على آراء مختلف المذاهب إلا أنه قيد سلطة القاضي، إذ أن هذا الأخير ينبغي عليه أن يبحث في حالة تفسير الأحكام أو نقصها عن الرأي الذي اشتهر به المذهب لمالكي، ولكن ما يعاتب على هذا الموقف أنه لم يقيد سلطة القاضي فقط من حيث الرجوع إلى المذاهب الأخرى بل كذلك بالنسبة للمذهب المالكي إذ أنه يجب عليه أن يطبق الرأي المشهور عند المالكية ولا يأخذ بالرأي المتطرف لهذا المذهب حتى ولو كان يتماشى من حيث العدل مع الواقعة المطروحة عليه.

أما شأن المشرع التونسي، فبالرغم من أنه قد اعتمد في الكثير من النصوص القانونية في المجلة على الأحكام المستنبطة من الشريعة الإسلامية إلا أنه لم يبين لنا ما هي مصادر المجلة في حالة غياب أو إيهام النص، فإن أخذنا بهذه المنهجية نقول أن المشرع قد تبنى منهجية مدرسة الشرح على المتن أي ينبغي على القاضي أن يتقيد بالنصوص القانونية وليس له الخروج عنها بحكم أن النص يفسر بعضه البعض.

إلا أنه بناء على ما قضت به محكمة التعقيب أن التشريع الإسلامي هو أحد مقومات الشعب التونسي بل أكثر من ذلك أن الدستور نص على أن الإسلام دين الدولة بحيث أن الإشكال الذي وقع عند تفسير النصوص القانونية الواردة في المجلة كان مرتبط بجواز أو منع زواج المسلمة بغير المسلم، إذ أن الفصل 5 منها بعدما نص على شرط خلو الزوجين من الموانع الشرعية (القانونية)، فجاء في الفصول 14 وما بعده بتحديد الموانع المؤقتة والمؤبدة للزواج ولكن دون تبيان حكم زواج المسلمة بغير المسلم، مما أدى إلى الاختلاف في تفسير النصوص القانونية. إذ أن هناك بعض المحاكم التونسية اعتبرت هذا الزواج صحيحا ومنها من لم تعترف به بتاتا، ولما وصل الأمر إلى محكمة التعقيب فقضت بعدم صحة هذا الزواج حيث جاء في قرارها الصادر في 1973/06/27 على أنه "تزوج المسلمة بغير المسلم يكون زواجا واقعيا على غير الصيغة القانونية غير معترف به قانونا، وموجب للعقاب"، وهذا ما أكدته في قراراتها الموالية حيث قررت في

قرارها الصادر في 1990/09/27 "أنه من الثابت في عن الصحابة رضوان الله عليهم أنهم قرروا أن صندوق الدولة لا يعتبر وارثاً إلا في صورة واحدة وهي فقدان قرابة البنت سواء أصحاب فروض أو عصة أو ذوي أرحام". وهذا جاء كله لتبيان أن الشريعة الإسلامية تعتبر إحدى مقومات الشعب التونسي بحيث أنه قد سبق لهذه المحكمة أن قضت في قرارها الصادر في 1966/01/31 "تزوج المسلمة بغير المسلم يعتبر باطلاً". وأن كل ذلك يبين مدى اهتمام القضاء التونسي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في غياب أي تفسير للنص القانونية، وتؤكد ذلك صراحة في قرارها الصادر في 1982/06/03 لقولها "حكم الطلاق لأجنبية من زوجها الصربي المسلم الصادر بالخارج وبإسناد حضانة ولدها لها وهو يعيش عند والده بتونس...ذلك يتعارض مع قواعد النظام العام التونسي التي منها العروبة والإسلام الذين هما من مقومات السيادة التونسية حسب دستورهما ولا يمكن الحياد عنهما، وكذلك الفصل 114 من مجلة الأحوال الشخصية (ميراث من لا وارث له)".

III.- تأكيد المنهجية اللامذهبية بحكم النصوص الواردة في القوانين الأسرية المغربية

الجدير بالإشارة أن المشرع الجزائري قد نص صراحة على في المادة 4 من قانون الأسرة على اعتبار عقد الزواج عقد رضائي وهو ما أخذت به كذلك التشريعات المغربية الأخرى، وهو ما نصت عليه المادة 5 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية والمادة 13 من مدونة الأسرة المغربية والفصل 3 من المجلة التونسية، كل هذا يبين لنا أن التشريعات هذه قد هجرت ما كان يعمل به في الفقه الإسلامي من حيث الزواج الجبري.

كما ينبغي الإشارة إلى أنه جاء التنصيص في المادة 5 من قانون الأسرة على التفرقة التي تبناها المذهب المالكي من حيث الآثار التي يرتبها العدول عن الخطبة خاصة ما تعلق بحكم الهدايا من حيث ما إذا كان العدول من جانب الخاطب أو المخطوبة وهو ما نصت عليه المادة 8 من المدونة المغربية، أما التشريع التونسي فقد اكتفى بالتنصيص على بعض أحكام الخطبة دون الدخول في التفاصيل، ولكن ورغم ذلك فإن ما ذهب إليه التشريع التونسي والموريتاني أيضا لا يخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية، وإن التشريع التونسي قد نص صراحة في الفصل 2 على أنه "لكل من الخاطبين أن يستردا الهدايا التي قدمها للآخر، الم يكن العدول منه، أو وجد شرط خاص"، فإن هذا الحكم الأخير والمتعلق بالاشتراط في حالة العدول عن الخطبة، قد استنبطه المشرع من المذهب المالكي حيث أن هذا الأخير يقضي صراحة على التفرقة بين العدول من المخطوبة وبين عدول الخاطب بشأن الهدايا.

أما فيما يخص أركان عقد الزواج فإن المشرع الجزائري نص في المادة 9 من قانون الأسرة على أن الركن الوحيد في عقد الزواج هو ركن الرضا، بينما نص المشرع الموريتاني على أن أركان عقد الزواج هي: "الزوجان، الولي، الصداق والصيغة"، أما الفصل 3 من المجلة التونسية قد اعتبر الرضا ركنا وحيدا في عقد الزواج، وهو ما يتبناه المشرع المغربي، أما كل من الصداق والشهادة فقد اعتبرتها هذه التشريعات الأخيرة شروط صحة لعقد الزواج وأن هذا الاختلاف في الأحكام مستنبط من الشريعة الإسلامية، حيث هناك من يرى أن الزوجين والصيغة هما الركنان الأساسيان في عقد الزواج، بينما هناك من أضاف المحل وهما الزوجان، وهناك من أضاف موانع الزواج.

إلا أنه عموما يظهر بجلاء من المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة والفصل 3 من المجلة التونسية والمادتين 10 و13 من المدونة المغربية والمادة 5 من المدونة الموريتانية، أنها جاءت غير مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية بل جاءت تطبيقا لما قضت به المذاهب الفقهية المختلفة مع تحديد أن كل هذه التشريعات اعتبرت الصداق شرط صحة ما عدا التشريع الموريتاني، وأن تكييف الصداق ما إذا كان ركن أو شرط لصحة عقد الزواج هو المعمول به في الفقه المالكي إذ أن المذاهب الأخرى اعتبرته حكما أو أثر من أحكام أو آثار عقد الزواج.

كذلك تأثرت هذه التشريعات بكل من المذهب المالكي والشافعي والحنبلي من حيث اشتراط الولي في عقد الزواج ذكرا، بحيث أن المذهب الحنفي يجيز للأم أن تكون وليا في عقد الزواج، وهو ما لم تأخذ به هذه التشريعات مع هذه التفرقة التي جاء بها المذهب الحنفي حيث قد نصت المجلة التونسية في الفصل 2 أن الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون ذكرا عاقلا، وتنص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها..."، وهو ما أكدته الفقرة 2 من ذات المادة بقولها "يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب..".

بينما اعتنقت المجلة التونسية المذهب الحنفي عندما سمحت للمرأة البالغة العاقلة أن تنفرد بعقد زواجها، والتي اقتصرت حضور الولي بالنسبة للقصر والمحجور عليهم لسفه في الفصل 6 و7، أما المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري نصت صراحة على أنه للمرأة البالغة العاقلة أن تنفرد باختيار وليها، وهذا لا وجود له في أي من المذاهب الفقهية حيث أن هذه المذاهب ورغم اختلافها في وضع الأحكام الخاصة بالولاية التي تكون تارة للأب وتارة أخرى للأم، إلا أنها لم تمنح المرأة حق الخيار، وإن ما ذهب إليه المشرع الجزائري قد نصت عليه المادة 24 من المدونة المغربية بقولها: "الولاية حق للمرأة تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها"، بينما جاء في المادة 9 من المدونة الموريتانية أنه

"لا يصح تزويج المرأة البالغة دون رضاها ولا أن تتزوج دون وليها" وإن ترتيب الأولياء حسب هذه الأخيرة-المدونة الموريتانية- فيتم على هذا المنوال: الابن فابنه، الأب فوصيه، الأخ...، وهذا يبين لنا بجلاء أن المرأة البالغة لا يمكن أن تتفرد بزواجها في المجلة الموريتانية بل ينبغي موافقة وليها، وليس لها الخيار في تحديد من هو ولي عليها.

لكن ما يعاتب على هذه المدونة أنها جعلت الابن في المرتبة الأولى قبل الأب، وهو ما جاء مخالفا لبعض أحكام الفقه الإسلامي.

والجدير بالملاحظة أن هذه المدونة قد اعتبرت الزواج التام دون ولي زواجا موقوفا أي أن صحته أو تنفيذه متوقف على موافقة الولي، فإذا لم يوافق عليه وجب فسخه بالطلاق بموجب المادة 52.

إلى جانب ذلك فإنه فيما يتعلق بمسألة تعدد الزوجات فقد خرج المشرع التونسي عن المذاهب الفقهية في الفصل 18، وذلك بمنعه التعدد بل اعتبره جريمة يعاقب مرتكبها جزائيا، أما التشريعات الأخرى فقد اعتبرته جائزا ولكن بتوافر شروط معينة في المادة 8 وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري، وإن هذه الشروط التي جاءت بها التشريعات المغاربية غير مستنبطة من الفقه الإسلامي-المذاهب السنية- بل جاءت بها نظرا لعدم احترام الأحكام الشرعية في الوقت الحالي وكذلك التطور الاجتماعي الراهن

ولكن بالرغم من ذلك فكل من المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 40 من المدونة المغربية والمادة 28 من المجلة الموريتانية، أنهم أجازوا للمرأة أن تشتترط على زوجها عدم التعدد وهو ما أخذ به المذهب الحنبلي، بل أكثر من ذلك فقد نصت المدونة الموريتانية أنه في حالة عدم احترام الزوج الشرط المتفق عليه يجوز للزوجة طلب التطلاق مع متعة يقدرها القاضي وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 9/53 من قانون الأسرة والمادة 53 مكرر حول التعويض.

أ.- المدونة المغربية

1.- الأخذ بالمذاهب الفقهية المختلفة:

من خلال النصوص التي جاءت بها المدونة المغربية يظهر أنها لم تأخذ بمذهب معين بل بعدة مذاهب وهذا في عدة مواضيع، فمن المذهب المالكي نجد تأثيره فيما يتعلق بآثار الخطبة، حيث قد جاء المشرع في المادة الثامنة منها بقيامه بالتفرقة فيما يتعلق برد الهدايا من الشخص الذي صدر منه العدول؛ والصداق كشرط لصحة الزواج في المادة 13؛ والطلاق للضرر في المادة 99 والطلاق للغيب في المادة 104، والطلاق للعيب في المادة 107. ومن المذهب الحنفي والحنبلي بشأن الخلوة الصحيحة لتأكيد كل الصداق في المادة 32؛ ومن المذهب الحنبلي شرط عدم التعدد بحيث اعتبره شرط جائز ويلزم به الزواج وإلا وإلا يجوز للزوجة طلب التطلاق في حالة عدم احترامه في المادة 40، ومن المذهب

الحنفي كأصل بين الزواج الباطل والزواج الفاسد في المادتين 57 و 58 من المدونة؛ ومن المذاهب كلها منع التبني في المادة 149 منها.

2.- الخروج عن كل المذاهب:

بينما خرج المشرع المغربي عن كل المذاهب في عدد من المواضيع التي جاءت بها المدونة، منها خاصة تعليق بمقتضى المادة 17 إبرام عقد الزواج عن طريق الوكالة على إذن القاضي في حالات معينة، وذلك خلافا للفقهاء الإسلاميين أين الوكالة جائزة لكن غير معلقة على إذن القاضي، بل يمكن للوكيل تمثيل كلي الزوجين. كما خرج بموجب المادة 19 عن المذاهب الفقهية بتحديد أهلية الزواج ببلوغ المقبل عليه بـ 18 سنة للرجل والمرأة معا، علما أن الفقه الإسلامي حدد أهلية الزواج بظهور أمارات من الأمارات الطبيعية. ويدخل في نفس السياق، ما نص عليه في المادة 24 بأن الولاية حق للمرأة البالغة تمارسه حسب اختيارها دون أن يكون للولي حق الاعتراض عليها.

وإذا تبين لنا من المادة 49 فقرة أولى من المدونة أن المشرع المغربي أخذ بما ذهب إليه الفقه الإسلامي من حيث الاستقلالية المالية بين الزوجين، غير أنه خرج كليا عن المذاهب الأربعة عندما نص على إمكانية اشتراط اختيار النظام المالي، وهو موقف يحسب له نظرا للتحويلات التي عرفها المجتمع المغربي في هذا الإطار وهو خروج المرأة إلى العمل. ودائما في إطار الحقوق، نجد أن المدونة خرجت كذلك عن آراء الفقه الإسلامي لما نصت في المادة 51 منها لما اعتبرت في كنف حقوق وواجبات الزوجين أن معظم الحقوق مشتركة دون التحديد الدقيق الذي جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية.

أما في باب الطلاق، نصت المادة 79 منها على إسهاد الطلاق أمام عدلين، علما أن المتفق عليه في كل المذاهب هو الطلاق اللفظي، بل أكثر من ذلك دفع الأمر بالمشرع إلى التنصيص في المادة 86 على أن عدم دفع المبالغ المحكوم بها في حالة الطلاق من نفقة، عدة...، يعد مراجعة عن الرغبة في الطلاق، وهذا لم يقل به أي فقيه من فقهاء المذاهب الأربعة. ومن زاوية التفرقة بين الطلاق الرجعي والبائن، من جهة أقرت المادة 122 بأن يكون الطلاق بائن في حالتي الإيلاء وعدم الإنفاق، ومن جهة أخرى، اعتبرت في المادة 124 بأنه يحق للزوجة رفض الرجوع في حالة الطلاق الرجعي.

ومن زاوية الآثار المترتبة عن الطلاق، نجد أن المشرع المغربي، اعتمادا على التطورات العلمية في مجالي الطب والبيولوجي، حدد في المادة 135 أقصى مدة الحمل بسنة واحدة، ومع العلم قد تضاربت آراء الفقهاء في هذا المجال، بل أن المشرع لم يأخذ بنظرية الطفل النائم التي اعتمدها الفقه الإسلامي.

كما أنه خرج عن آراء الفقه الإسلامي في ترتيبه لمستحقي الحضانة في المادة 171 من المدونة بجعله الأب في المرتبة الثانية بعد الأم. وأما خروجه بجلاء عن أحكام الشريعة الإسلامية هو ما نص عليه في المادة 156 من المدونة من حيث الاعتراف بإثبات النسب الشرعي في حالة الخطبة حتى ولو قيد ذلك بتوافر بعض الشروط التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

ب.- المجلة التونسية:

1.- الأخذ بالمذاهب الفقهية:

اعتمد المشرع التونسي في وضعه لأحكام الأسرة على عدد من آراء الفقه الإسلامي، منها اعتماده على المذهب المالكي لما نص في الفصل الثاني من المجلة بشأن الآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة من حيث أنه فرق فيما يخص بالهدايا، بينما إذا كان العدول من الخاطب أو المخطوبة، إذ أنه أجاز رد الهدايا إلى الطرف الآخر ما لم يكن العدول من قبله أو وجود شرط، فالمذهب المالكي إضافة إلى هذه التفرقة يضيف كذلك عبارة ما لم يكن العرف يقضي بخلاف ذلك. وأخذ بالمذهب ذاته في الفصل الثالث منها لما نص على أنه يشترط لصحة الزواج... تسمية المهر للزوجة، ونستشف من هذا النص أن المشرع التونسي اعتبر المهر شرط لصحة عقد الزواج أي أنه لا يمكن إبرام عقد الزواج دون تسمية المهر، وإن كان المذهب المالكي قد اعتبره ركنا من أركان عقد الزواج، وذلك كله خلافا لما ذهبت إليه المذاهب الأخرى عند تكييفها للمهر أنه أثر من آثار عقد الزواج، أي إمكانية إبرام عقد الزواج دون تسمية المهر. أما في الفصل 8 استأنس بالمذهب المالكي والحنبلي والشافعي لما اشترط في الولي الذكورة بقوله: "الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون ذكرا عاقلا، والقاصر ذكرا كان أو أنثى وليه أبوه أو من ينوبه". وعليه، فإنه لا يمكن للأمم ولا لغيرها أن تكون وليا على أبنائها بشأن الزواج. وإلى جانب كل هذه النصوص القانونية، فإن المشرع نص في الفصل 13 من المجلة على أنه: "يعتبر المهر بعد البناء دينا في ذمة الزوج"، وتفسيرا لذلك، أوضحت محكمة التعقيب ما المقصود بالبناء الوارد في هذا النص، إذ قضت صراحة في قرارها الصادر في 1988/12/13 على أن خلو الزوج بالزوجة يؤكد لها كل المهر، عملا بما ذهب إليه كل من المذهب الحنفي والحنبلي، وخلافا لما ذهب إليه المذهب الشافعي الذي اشترط الوطاء ليتأكد كل المهر للزوجة، والمذهب المالكي الذي قرر على أن للزوجة كل المهر بمكوتها مدة سنة في بيت زوجها.

كما أنه نص في الفصلين 21 و22 من المجلة على أحكام الزواج الفاسد والباطل، غير أنه ما يلاحظ على هذين النصين هو أن المشرع التونسي وعلى منوال المذهب المالكي والشافعي والحنبلي لم يفرق بين الزواج الباطل والفاسد فعنده كل ما هو باطل هو فاسد.

وأما من باب الطلاق، نص المشرع، من جهة، في الفصل 39 من المجلة، عملاً بالمذهب المالكي، على حق الزوجة في طلب الطلاق لعدم الإنفاق لدفع الضرر عنها، وهو سبب لا يعتد به في المذهب الحنفي، ومن جهة أخرى، في الفصل 40 بحقها في طلب الطلاق للغيبة وحتى ولو ترك الزوج لزوجته مالا، فإن مجرد الغيبة تمنحها حق طلب التطلق. وأخذاً برأي جمهور الفقهاء فيما عدا الأحناف، نص صراحة في الفصل 69 منها على أنه لا يمكن أن يثبت النسب ما لم يتم التلاقي بين الزوجين.

ومما تقدم، يمكن القول أن المشرع التونسي أخذ بالمنهجية اللامذهبية، فالنصوص التي جاء بها واستنبطها من الفقه الإسلامي لم ولن تكن حبيسة لمذهب واحد، بل أخذ بكل المذاهب الفقهية السنية، ومن ثمة يكون قد فتح باب الاجتهاد شريطة الاعتماد على نص صريح يؤكد من خلاله الرجوع إلى المبادئ الإسلامية في حالة غياب النص أو غموضه، أو على تفسير لمحكمة التعقيب بناء على المبادئ العامة للقانون.

2.- الخروج عن المذاهب الفقهية:

إذا كان المشرع التونسي قد تأثر بأحكام الشريعة الإسلامية في الكثير من النصوص التي أوردها في المجلة، فإذا به خرج عن الفقه الإسلامي في عدة حالات ومواضع، منها خاصة ما نص عليه في الفصل 4 منها الذي أصبح لا يعترف بالزواج العرفي، وذلك بقوله "لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص وهو قانون الحالة المدنية الصادر سنة 1957/08/01 خاصة منه الفصول 31 وما بعدها".

كما خرج بموجب الفصل 5 المعدل سنة 2007 عن المذاهب الفقهية بتحديد أهلية الزواج ببلوغ المقبل عليه بـ 18 سنة للرجل والمرأة معاً، علماً أن الفقه الإسلامي حدد أهلية الزواج بظهور أمانة من الأمارات الطبيعية. وما يلاحظ أن المشرع التونسي، شأنه شأن المشرعين الجزائري والمغربي، تأثر في هذا الفصل باتفاقية حماية الطفل لسنة 1989 والتي حددت نهاية الطفولة ببلوغ 18 سنة.

وكما أنه نص في الفصلين 5 و6 من المجلة على موافقة الولي والأم معاً على زواج القاصر، وهذا لم يرد في أي مذهب من المذاهب الفقهية، لأن جمهور الفقهاء يقول بموافقة الأب فقط (الولي)، والأحناف بموافقة الأم في بعض الحالات دون الأخرى.

وفي نفس الاتجاه، سمح للمرأة البالغة العاقلة، بمقتضى الفصل 9 من المجلة أن تتولى زواجها بنفسها متأثراً في ذلك بالمذهب الحنفي، ولكن خرج عنه بعدم اعتماده حق الأب في الاعتراض على زواج من في ولايته إذا رأى أن الزوج غير كفء، فيجوز له في رأي الأحناف طلب فسخ الزواج.

ويظهر بجلاء خروجه عن الأحكام الشرعية بمنعه في الفصل 18 تعدد الزوجات، أي أنه لا يمكن للزوج الزواج بأكثر من واحدة، بل أن فعل التعدد هو جريمة يعاقب عليها بالسجن مدة عام وغرامة...، وبعدم ذكره في الفصل 14 تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، مما أدى إلى التضارب الصريح في المواقف بين القضاة من جهة و الآراء الفقهية، من جهة أخرى. ومن جهة ثالثة، نص في الفقرة الأخيرة من الفصل 23 منها على مساهمة الزوجة "في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال"، علماً أن النفقة تقع شرعاً على عاتق رب الأسرة ألا وهو الزوج بدلاً من الزوجة.

وخروجه هذا نلتئمسه كذلك في تنصيبه على حالات الطلاق أين ساوى في الفصل 31 من المجلة بين الزوجين في طلب الطلاق بقوله:
"يحكم بالطلاق؛

بتراضي الزوجين؛

بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر؛

بناء على رغبة الزوج بإنشاء الطلاق، أو مطالبة الزوجة به".

وبناء على هذا النص، نستشف أن المشرع التونسي سمح للزوجة طلب الطلاق الانفرادي، أي أنه يمكن لها طلب التطليق حتى بدون سبب، وفي هذا خروج صارخ عن آراء الفقه الإسلامي ككل الذي حدد حالات معينة لحق الزوجة في طلب التطليق.

كما أنه حدد مدة العدة لغير الحامل في الفصل 35 بـ 3 أشهر سواء كانت من اليائسات أو ذوات الحيض، علماً أن القرآن الكريم قد فرق بين الحالتين حيث حدد عدة الحائض بـ 3 أقراء واليائسة من المحيض بـ 3 أشهر. ومن زاوية الآثار المترتبة عن الطلاق أو الوفاة، نجد أن المشرع التونسي، اعتمداً على التطورات العلمية، حدد في المادة 36 أقصى مدة الحمل بسنة واحدة، ومع العلم قد تضاربت آراء الفقهاء في هذا المجال إذ حددتها، بناء على أقوال النساء، بين سنتين و5 سنوات، وكما أن المشرع لم يأخذ بنظرية الطفل النائم التي اعتمدها الفقه الإسلامي.

وأخيراً، أصبح كذلك خروجه عن الفقه الإسلامي واضحاً لما قام بإسناد الولاية للأم الحاضنة بشروط أوردها الفصل 67 من المجلة، بحيث يمكن الحكم بإسقاط الولاية عن الولي ومنحها للأم.

وخلاصة مما تقد، نقول بأنه من خلال هذه النصوص التي خرجت مفاهيمها عن أحكام الفقه الإسلامي، نجد أن المشرع التونسي قد اختلط عليه الأمر، حيث أراد الإتيان بنص قانوني تقدمي حتى يطلق على الدولة التونسية أنها تحمي حقوق الإنسان داخل الأسرة من حيث المساواة بين الطرفين (الزوج والزوجة)، لكن الأخذ بهذه المنهجية يؤدي بطبيعة الحال إلى نوع من التناقض والتضارب في بعض الأحوال، إذا منعنا التعدد، نجبر حتما الزوج على تطليق زوجته رغم رضاها بالتعدد، أو أن يبقى على حاله ويرتكب ما حرم الله، وإن ارتكاب الزنا يؤدي إلى الحمل غير الشرعي ومن هنا يتحتم علينا الأمر بإباحة التبني حماية للطرف الضعيف في هذه العلاقة وهو الطفل، الخ.

ج.- قانون الأسرة الجزائري

وفي سياق نفس الحديث، نذكر على سبيل المثال بعض المواد التي تعكس إرادة المشرع الجزائري في عدم الاعتماد الكلي على مذهب واحد. بحيث استطاع هذا القانون أن يبتعد عن الفكرة المذهبية، وأن يقتبس أحكامه من الآراء الفقهية المختلفة، ولو كانت من غير أهل المذاهب الأربعة، وأنه ليس هناك مانع شرعي من الأخذ بقول غيرهم خصوصا إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك²⁵.

وغني عن البيان أن تلك المنهجية برزت بجلاء من حيث ما جاءت به المادة 222 من قانون الأسرة، وذلك بقولها "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". ومن هنا أصبح التطبيق القضائي يشكل عاملا مستقلا في ميدان تطوير التشريع العائلي، لأن الاجتهاد الفقهي مجرد أحكام نظرية، يملك القاضي وحده تكييف الوقائع التي تنطبق عليها. إذن، بما أن المشرع لم يحدد المذهب المعتمد عليه عند انتفاء النص التشريعي، سيلعب في هذا المجال الاجتهاد الفقهي والسلطة التقديرية للقاضي دورا هاما جدا في تطوير القواعد القانونية، بحيث سمح لهم المشرع أن يستنبط الحكم في غياب النص التشريعي من أي مذهب من المذاهب السنية.

وفي نفس الإطار، جاء التنصيص في المادة 5 المعدلة من قانون الأسرة بالترقية التي تبناه المذهب المالكي من حيث الآثار التي يربتها العدول عن الخطبة بشأن الهدايا المقدمة من قبل الخطبين، إذ فرق بين عما إذا كان العدول من قبل المخطوبة أو من قبل الخاطب.

وفي الزواج بأكثر من واحدة في آن واحد، قد اعتنق مشرعنا النظرية التي قيدت التعدد بالرخصة القضائية في المادة الثامنة المعدلة منه، وهو رأي لم يقل به الفقه القديم بسبب الظروف الاجتماعية التي كانت سائدة آنذاك، بل قال به اتجاه من الفقه المعاصر وعلق صحته على توافر عدد من الشروط حتى لا يكون هناك إجحاف في حق الزوجة على زوجها، وكذلك نتيجة لسوء تطبيقه وعدم رعاية تعاليم الإسلام²⁶.

²⁵ إذ تقتضي " الدقة في الإصلاح عدم إطلاق اسم الشرع على الآراء الفقهية المحضة، بل احتفاظها بتسمية الفقه فقط، لأن الشرع من عند الله و هو مستقر لا يمكن تبديله و تغييره، فإذا جوزنا إطلاق اسم الشرع على الآراء الفقهية التي تقبل التغيير، لأدى ذلك إلى القول بجواز تغيير بعض قواعد الشرع الأمر غير الجائز إسلاميا ". انظر، سمير عالية، المرجع السابق، ص. 69.

²⁶ راجع بشأن هذه المسألة، السيد سابق، فقه السنة، ج. 2، ط. بيروت، ص. 121.

وفي الوقت ذاته، نصت المادة 9 مكرر المعدلة من ذات القانون عند ذكرها لشروط صحة عقد الزواج أنه "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية : -أهلية الزواج، - الصداق، -الولي، -الشاهدان، - انعدام الموانع الشرعية للزواج"، علما أن الصداق يعد شرطاً من شروط صحة عقد الزواج عند المالكية فقط²⁷.

غير أنه أخذ في المادة 16 منه بمذهب الحنابلة والحنفية من حيث أنه قد اعترف للزوجة أن يتأكد لها كل الصداق بالدخول، سواء أكان هذا الأخير دخولا حقيقيا أم حكما، أي الخلوة الصحية، وهو ما لم يأخذ به المذهب الشافعي الذي اشترط في هذه الحالة الدخول الحقيقي دون الحكمي.

ومن زاوية الولاية في الزواج، انفرد المشرع الجزائري الأسري بنص لم نجد له مثيلا لا في المذاهب الفقهية ولا في النصوص القانونية المعاصرة، بحيث قد نص في المادة 11 المعدلة على أنه "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره". والواقع، إذا كان المذهب الحنفي قد سمح للمرأة البالغة الراشدة أن تتفرد بزواجها، غير أنه أعطى الحق للولي أن يعترض على هذا الزواج في حالة ما إذا كان الشخص الذي اخترته شريكا لحياتها غير كفؤ، وهو ما لم يأخذ به المشرع الجزائري.

كما نصت المادة 51 منه أن "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء". وهكذا، يتضح لنا بمفهوم المخالفة أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلاقاً واحدة، وهو رأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم²⁸.

كما نصت المادة 52 المعدلة منه على أنه "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". وما لاشك فيه، فالأخذ بهذا الرأي الخارج عن إطار المذاهب المعتمدة المشهورة يعد مبادرة حسنة إذ سيوسع من الأحكام المستحدثة التي تفرضها المصلحة الاجتماعية والتي لا تتعارض والضوابط والأصول الشرعية، بل يمكن أن تكون في بعض المرات وليس كلها حاجزا للتسرع في التلفظ بالطلاق.

وكما نصت، أخيراً، المواد من 169 إلى 172 من هذا القانون على التنزيل، وهو حكم يماثل نسبياً الوصية الواجبة التي أخذ بها المذهب الظاهري²⁹ (1).

وهكذا، فإذا فتحت هذه المنهجية التشريعية الباب أمام القوانين المقبلة لكي تأخذ بها وبالأحكام التي يفرضها الواقع الاجتماعي تحقيقاً للمصلحة العامة، فإنه مع ذلك يجب أن لا تأخذ على أنها ثغرة فاتحة الباب ليحكم الهوى في الأحكام الشرعية والعبث بها بشكل يخل بالمقاصد الشرعية وبالأحكام الثابتة.

²⁷ انظر، ابن رشد، بداية المجتهد، دار النشر الاستقامة، ج. 2، ص. 18؛ دردير الدسوقي، الشرح الكبير، الأزرية، ج. 2، ص. 271.

²⁸ انظر، ابن تيمية، فتاوى، مطبعة القردي، القاهرة 1328 هـ، ج. 2، ص. 13، 16 و 77 وما بعدها؛ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص. 17.

²⁹ انظر فيما يتعلق بآراء الفقهاء حول هذا الموضوع، هشام قبلان، الوصية الواجبة في الإسلام، بيروت 1981.

وخلاصة ما تقدم يتضح لنا أن سن القوانين مبني في مجال الأحوال الشخصية على مناهج تشريعية شتى، ومن ثم لنا أن نتساءل ما هي الأصلح لتطوير قوانين الأسرة ؟ أم أن تطوير القوانين وازدهار المجتمع يتم مهما كانت المنهجية المتبعة، أي سواء كانت تتماشى والأحكام الشرعية أو لا تتماشى معها نظرا لتعدد المنافع وتنوعها على حسب مقتضيات الأحوال التي توحى بها الأزمنة ومواقف الناس من الناس. أو بتعبير أدق، في ضوء الأسس السابقة والمناهج التشريعية التي عرضناها، ما هو الحل الذي نقترح الأخذ به؟

ولكن قبل عرض ذلك الحل يجب أن نوضح بعض الحقائق. ولاشك أن الدراسات والبحوث التي يجريها الباحثون والمختصون تؤكد كل التأكيد أن المنهجية المذهبية تعارض تطور المجتمع بسبب نظرتها الضيقة لأمر المسلمين، إذ أنها تحل آراء الفقهاء محل الوحي، أو بمعنى أدق بسبب تطرفها المذهبي الذي يضع آراء البشر في مواجهة الوحي: فإنه لا يجعل لنصوص الوحي أية رقابة على تلك الآراء. ولا نود هنا أن نناقش كل نقائص هذه المنهجية، وإنما نكتفي بأن نقول أن التجربة العملية قد أثبتت أن مساهمة تطور المجتمع لا يرتبط برأي من مذهب متطرف خاصة وأن عادات وتقاليد المسلمين تختلف باختلاف الدول والجماعات.

ولا شك أن المغالاة في تقديس المذهب، ولو على حساب الصالح العام للأفراد، قد يؤدي إلى الإضرار بالجماعة ذاتها، إذ أن ذلك يقتل في الأفراد روح المبادرة، ويخل من قيمة الاجتهاد. ولذلك، "علينا أن نفتح باب الاجتهاد، وأن نشجع العلماء عليه لأنه الطريق الوحيد الذي يؤدي إلى إعادة الفقه الإسلامي لدوره القيادي في مجال القضاء، ويجب أن نسلم في البداية أن الفقه الإسلامي ليس ما كان من آراء مدونة في كتب الفقهاء، وإنما يشمل كل رأي جديد يصدر عن أي فقيه معاصر أيضا، وإذا أردنا له النماء والثراء فعلى أن نشجع حركة الاجتهاد، وأن تحتضن كل رأي جديد، وأن نضيفه إلى ثروتنا الفقهية..."³⁰.

إذن، يجب نبذ التقليد الأعمى والتعصب المذهبية، وعدم التقيد بمواقف مذهب واحد من المذاهب الفقهية. بل يجب تشجيع الاجتهاد الصحيح في أمور الدين والفقه مع الأخذ بالعلوم العصرية والرجوع إلى مصادر الشريعة الإسلامية، وذلك بغية فهم روحها الحقيقية، وبغية توفير للإنسانية ما تطمح إليه من تقدم وازدهار واستقرار³¹. بحيث فإذا تميزت تلك المصادر بالتنوع والمرونة، فإنها حتما سببا لتكيفها بظروف الزمان والمكان، وتطورها وفق الحاجات والعادات.

أضف إلى ذلك، فالإمام مالك رضي الله عنه يقرر "أن كل مجتهد يمكن أن يؤخذ بعض كلامه، ويرد بعضه، وليس كل ما أثير عن المجتهدين صوابا، بل يجوز الخروج عليه ومخالفته لدليل أقوى منه، ويقول في هذا الصدد: "ما من أحد إلا وهو مأخذ من كلامه ومردود عليه إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم"³². "أنا بشر أخطئ وأصيب،

³⁰ انظر، محمد فاروق النبهان، المرجع السابق، ص. 322.

³¹ انظر، صبحي محمصاني، القانون والعلاقات الدولية في الإسلام، دار العلم للملايين، بيروت 1972، ص. 24 –

25.

³² انظر، عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص. 206.

يضيف قائلا، فانظروا في رأيي، فما وافق الكتاب والسنة فخذوا به، وما لم يوافق فاتركوه"33.

هذا الهدف وهو الدعوة إلى التحرر الفكري ، أي إلى الاجتهاد الذي يتماشى وأصول الدين الإسلامي. أما إذا كان من اليسير على المتحمسين للأفكار الغربية أن يدعموا رأيهم بحجة أن تغريب الأحكام الأسرية سيؤدي لا محالة له إلى تطوير المجتمع مع التوفير للإنسان ما يطمح إليه من استقرار وللمرأة ما ترجوه من مساواة قانونية بينها وبين الرجل في جميع الحقوق وعدم التمييز بينهما بسبب الجنس34.

غير أنه فمن الناحية القانونية وكذا العملية فإن هذه الحجة ليست صحيحة ولا يمكن الأخذ بمدلولها في هذا المجال إذ كيف ننهر بالحضارة الغربية ككل ونسبنا أن النظام الأسري لا يتماشى ومصلحة المجتمع إلا إذا صدر وفقا لدعوة الحق، دعوة الإسلام والإصلاح الإلهي35. وما منهجية التغريب إلا أثر من آثار الانحراف البشري في فهم المصادر بما توحيه العصبية الكريهة.

ويجب أن نوضح هنا أن وضع الأسرة مازال يعاني من مشاكل عويصة في الدول الغربية. وهذا الوضع لا يتعلق بقضية المساواة أو التفرقة بين الجنسين بمفهومها الإسلامي، وإنما يرجع ذلك إلى ما تعانيه هذه الدول من مشاكل اجتماعية خطيرة مثل الإنفكك الأسري: انخفاض مستوى الأخلاق، انتشار جريمة الزنا وكأثر لها ازدياد عدد الأطفال الطبيعيين، إعراض الشباب عن الزواج وازدهار العلاقة الحرة، زواج المثليين، التغيير الجنسي، عدم تجريم الزنا للمتزوجين وغير المتزوجين36.

ولذلك، فإذا كانت قضية المساواة وتحرير المرأة كما تنادي بها المنهجية التغريبية في الدول الإسلامية لا تعرف فلاحا في عقر دارها، فكيف نضمن لها الفلاح والنجاح في مجتمع تختلف عاداته وأعرافه وتقاليده اختلافا جذريا عما هي عليه في المجتمع الغربي المنفك37، بل يجب أن يرفع في تحديد التشريع الظروف الاجتماعية والأسس الدينية لمجتمعنا الإسلامي.

ولذلك يمكن القول بصفة مؤكدة بضرورة العمل على الوقوف ضد المنهجية التغريبية والتخلص منها نهائيا، ويجد هذا القول ما يبرره، كما سبقت الإشارة إليه، في اعتبارات الدين وصيانة الكائن البشري من الانحراف والمجتمع الإسلامي من الانحطاط. إذا جعل الله للإنسان مرتبة السيادة في الكون والخلافة في الأرض، فإن هذه الخلافة لا تتحقق إلا إذا عمل الإنسان طبقا للقوانين والضوابط التي أرادها سبحانه. ومن أجل هذا وذالك لا نرى فيما فعلته بعض البلدان الإسلامية وتحاول أن تفعله بعض البلدان الأخرى "إلا مجرد استرضاء للغربيين...، وهو في

33 انظر، عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص. 214.

34 انظر، قاسم أمين، تحرير المرأة، ص. 208 و ما بعدها؛ علي شريف شماري، المرأة و القانون في تونس، الجزائر، 1991، ص. 17.

35 انظر، الإمام محمود شلتوت، الإسلام، عقيدة و شريعة، الشروق، القاهرة 1980، ص. 132.

36 أهذه هي الحياة الكريمة التي تنادي بها المرأة الغربية و المنهجية التغريبية، أهذا هو تحرير المرأة و المساواة بينها و بين الرجل، بل هي انحلال خلقي و هو عبث و ترفا. انظر فيما يتعلق بهذه المسائل، تشوار جيلالي، المرجع السابق، رسالة دكتوراه، ران 1987.

37 أن المرأة بشكل أو بآخر ما زالت كما هي و كما كانت من قبل في هذا المجتمع مجرد أداة في كل ميدان من ميادين الحياة تقريبا : أداة لإشباع غريزة الرجل؛ أداة لإظهار علنيا ما تخفيه من جسدها لإرضاء رجال الأعمال و سلعة رخيصة تافهة مهما نالت من الشهرة .

الوقت ذاته دليل تهافت الشخصية، واحتقار الذات، وترام على أقدام المتعصبين الغربيين لاستجلاب عطفهم وثنائهم وثناء صحفهم ومنشوراتهم ومستشر فيهم على حساب أمتنا وكرامتنا وديننا³⁸.

إذ كيف نمنع تعدد الزوجات مع أن هذه الرخصة ذات الطابع الاستثنائي نص عليها القرآن الكريم صراحة³⁹؛ وكيف نحدد أحكام الميراث⁴⁰ ونقر التبني⁴¹ مع أن نظامهما غير قابل للاجتهاد والتغيير لأنهما من نطاق الثوابت التي نص عليها القرآن والسنة. فعوض التفكير في تشجيع المنهجية التغريبية للقوانين بأية طريقة كانت ومهما كان الثمن، وعوض التسرع في سن التشريعات التي تؤدي إلى أضرار بالغة في مستقبل الأمة الإسلامية، نحاول أن نعمل جاهدين في إيجاد المنهجية التشريعية التي بموجبها يتم تحقيق تطور الحياة الاجتماعية، أي المنهجية التي يبنى عليها ازدهار المجتمع وتساييره في تطوره الإيجابي قانونيا وواقعيا.

وانه لذلك يجب عدم الإخلال بما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية، وما انتهت إليه الاتجاهات الإسلامية المعاصرة من الأخذ بمنهجية المذهبية المقارنة⁴²، ولا التقيد المطلق بمذهب ما، وبما هو صالحا للمسلمين وقوي الحجة من الكتاب والسنة، لأن من الطبيعي أن يتفاوت الفقهاء في مقدار استيعابهم لمعاني القرآن نظرا لاختلاف المدارك وتباين القدرات اللغوية والبيانية.

وانطلاقا من هذه المنهجية والتقنية التشريعية في وضع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، يمكن لنا وضع الضوابط التي يتم بمقتضاها تطوير المذاهب الفقهية نفسها ومسايرة التشريع لحاجات الناس ومصالحهم⁴³، ومن ثم اجتناب الجمود والركود اللذان اتهمت بهما الشريعة الإسلامية، وذلك ما سنحاول تطبيقه على بعض مسائل الأحوال الشخصية الواردة في قانون الأسرة الجزائري نظرا لمخالفة أحكامها المذاهب الإسلامية كلها أو لعدم تحقيق عند تطبيقها المصلحة العامة، الخ.

38 انظر، مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط. 5، ص. 112.

39 إذ يقول سبحانه وتعالى {وإن خفتن ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء، مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم، ذلك أدنى ألا تعولوا}. سورة النساء، الآية 3.

40 هذا، وقد بين القرآن الكريم في سورة النساء، أنصباة الأبناء والوالدين والزوجين والإخوة في الآيات 11، 12 و 176. وقال عليه الصلاة والسلام في هذا الصدد "الحقوا الفرائض بأهلها،..." رواه الجماعة عن ابن عباس. وقال أيضا عليه الصلاة والسلام "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث" رواه أبو داود.

41 وفي هذا الصدد يقول تعالى {وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم، والله يقول الحق، وهو يهدي السبيل، أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين...}. سورة الأحزاب، الآيتين 4 و5.

42 ويرى الأستاذ محمد فاروق النبهان "أن أهم ما يلفت النظر في المؤلفات التي تظهر في هذا العصر "شيوخ ظاهرة الدراسات الفقهية المقارنة"، والموازنة بين آراء الفقهاء المختلفة، وترجيح ما يدل عليه الدليل، ولم تكن هذه الظاهرة معروفة قبل هذا العصر، لسيطرة الروح المذهبية التي كانت تحصر التأليف في إطار الفقه المذهبي". انظر، محمد فاروق النبهان، المرجع السابق، ص. 329.

43 و يقترح الأستاذ سليمان الطماوي في هذا الصدد "إن الصفات التي يتعين توافرها في المجتهد لا يمكن اكتسابها في الوقت الحاضر إلا فيمن تلقى قدرا معينا من الثقافة، ولما كانت الدولة هي التي تشرف على التعليم فإنه من الممكن حصر صفات الاجتهاد في جملة شهادات معينة تعترف بها الدولة رسميا بعد التثبت من أن تلك الشهادات لا تمنح إلا لمن يصل إلى مرتبة الاجتهاد، ثم يتكون من جملة هذه الشهادة مجلس استشاري، تعرض عليه كافة مشروعات القوانين قبل أن تتولى السلطة التشريعية إصدارها؛ ليقرر مدى مطابقتها للأصول العامة في التشريع الإسلامي، ثم يعرض هذا الرأي على السلطة التشريعية قبل أن تقرر التشريع بصفة ملزمة". انظر، سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الإسلام، ص. 241 وما بعدها.

ثانياً. عامل الديانة في قوانين الأسرة المغربية

فالمجتمعات الإسلامية تتحمل بالدرجة الأولى مسؤولية رعاية أطراف الكيان الأسري، ذلك يتطلب أن توفير لهم المناخ الضروري للعيش في وسط خلي من الرذيلة والأخلاق السيئة، ومن هنا تهيئة لهم الظروف التي تسمح لهم بالنمو السليم روحياً وعقلياً، وسن التشريعات الضرورية لتحقيق هذا الهدف.

ومع ذلك تظل مسألة حماية الحريات العامة وعلى رأسها حرية الأشخاص في اختيار عقيدتهم الدينية من المسائل التي تتطلب أن تكون معالجته من حيث المبادئ الدستورية والنصوص القانونية معالجة لا يكتنفها الإبهام حتى لا تؤدي في مسألة أساسية كهذه إلى الاختلافات في التأويل والاستنباط، مما يعكر مفهومها وينحرف تطبيقها عن ما كان ينوي من ورائه الشرع والتشريع.

وما ينبغي ملاحظته هو أن جل الدساتير المغربية قد أخذت بالتنصيص على مكانة الديانة في هذه الدول، ومن هنا يدفعنا التساؤل إلى تبيان ما المقصود بحق الشخص في اختيار عقيدته الدينية من حيث المفهوم الإسلامي لها، وهل مفهومها الغربي يختلف عنه؟ وهل مفهومها في الاتفاقيات الدولية يتماشى ومفهومها المغربي؟ وهل راهنت الدساتير المغربية، من خلال القوانين الأسرية على احترام المبدأ الدستوري الذي يجعل الرجل والمرأة سواسية أمام القانون، زيادة على الاتفاقيات الدولية التي تلك المساواة وتحرم كل أشكال التمييز بسبب الديانة؟

وإذا كان الأمر كذلك، هل أن الشخص حر في اعتناق الديانة الراغب فيها ويستبدلها متى يشاء دون أن يؤثر ذلك على حالته الأسرية؟ وبمعنى أدق ما هو موقف القوانين المغربية للأسرة من حرية ديانة الشخص؟ هل الديانة الإسلامية مشترطة في بعض المسائل دون الأخرى؟ وما هو الاختلاف الوارد بشأن هذه المسألة بين التشريعات الأسرية المغربية؟ وهل ما تبنته هذه التشريعات يتماشى والاتفاقيات الدولية؟ وما هي التحفظات التي أوردتها الدول المغربية على البنود المتعلقة بحرية العقيدة الدينية؟

I.- مفاهيم الحرية الدينية في الاتفاقيات الدولية والدساتير المقارنة

نشير في البداية بأنه ينبغي قبل تحديد القواعد المنظمة لتكوين الأسرة وكيفية ممارسة الحقوق الأسرية أن نبين ما المقصود بحرية الديانة في الاتفاقيات الدولية، ومن ثم في الفقه الغربي ألالكي؟ وهل أن المنظور الإسلامي حد حدواه بشأن هذا المفهوم، وإلا خرج عنه نظراً لما يتميز به كل موقف من هذين المذهبين.

آ.- مفاهيم الحرية الدينية في الاتفاقيات الدولية وفي الدساتير اللائكية

فمن زاوية الاتفاقيات الدولية التي أشارت إلى مفهوم حرية العقيدة⁴⁴، لقد جاء في المادة 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁴⁵ الصادر في 10 ديسمبر 1948⁴⁶ بأن

⁴⁴ Sur cette question, cons. particulièrement, P. Lanars, La liberté religieuse dans les conventions internationales et dans le droit public général, th. Genève, 1964, pp. 7, 125 et 209.

⁴⁵ صادقت عليه الجزائر سنة 1963، إذ جاء في المادة 11 من دستور 1963 أن الجمهورية تبدي مصادقتها على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

"لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحرية في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره"⁴⁷. ويعني بذلك، بأن الحق في حرية التفكير والضمير والدين يشمل حرية تغيير ديانة الشخص أو عقيدته، وحرية الإعراب عنهما بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها، سواء أكان ذلك سرا أم جهرا، منفردا أم مع الجماعة.

ونصت المادة 18 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1966 على أربع بنود بشأن هذه المسألة وهي كما يلي :

1- لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحرية في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحرية في إظهار دينه أو معتقده..."؛

2- لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأن أي يخل بحريته في أن يدين بدين ما، ...؛

3- لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحياتهم الأساسية؛

4- تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أولادهم دينيا وخلقيا وفقا لقناعاتهم الشخصية".

وأما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، قد أشارت في مادتها 16 إلى حقوق المرأة في مجال العلاقات داخل الأسرة⁴⁸.

وكما أن الجمعية العامة للأمم المتحدة صادقت في 25 نوفمبر 1981 على إعلان تم التنصيص في الفقرة الرابعة من المادة الرابعة⁴⁹ على أنه ينبغي على الدول اتخاذ الوسائل التشريعية الناجعة لاحتياط ومنع التمييز القائم على أساس

⁴⁶ Cf. E. Aroneanu, Des dix commandements, déclaration universelle des droits de l'homme, Rev. De Droit International des Sciences diplomatiques et politiques, Genève, 1960, n° 1, pp. 30-37 ; G. Vedel, La déclaration universelle des droits de l'homme, Dr. Soc., 1949, pp. 372-385.

⁴⁷ Ce texte dispose clairement que « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites ».

⁴⁸ وقد قدمت بعض الدول الإسلامية، منها الجزائر والمغرب وتونس، تحفظات على الأحكام الواردة فيها لتعارضها مع قوانينها الوطنية خاصة تلك المستنبطة من الشريعة الإسلامية.

⁴⁹ يفترض هذا الإعلان المتعلق بالقضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد إلى الطبيعة الإلزامية، غير أنه اتفاق ودب بين الدول تم اعتماده بعد عشرين سنة من المناقشات المعقدة، وبالرغم من مرور حوالي 27 سنة على اعتماده من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة لا تزال هناك بعض المواضيع الحساسة قائمة ليومنا هذا، منها خاصة القانون الديني، التبشير الديني، مكانة المرأة أمام الديانة، تغيير الدين...

الدين أو المعتقد، وذلك في جميع مجالات الحياة المدنية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية⁵⁰.

وفي هذا الاتجاه، بدرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان سنة 1993⁵¹ بتبيان ما المقصود بالدين أو المعتقد، حيث وصلت إلى القول بأن ذلك يتمثل في "معتقدات في وجود إله، أو في عدم وجوده أو معتقدات ملحدة، بجانب الحق في عدم ممارسة أي دين أو معتقد".

وكما قد أشارت إلى ذلك أيضا الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الموقعة بروما في 04 نوفمبر 1950⁵²، حيث نصت في المادة 9 على الحق في حرية التفكير والعقيدة والديانة، وهذا الحق يشمل حرية اعتناق الديانة دون تدخل من السلطة العامة⁵³. وفي نفس السياق، ينبغي الإشارة إلى المادة 25 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب⁵⁴ التي تفرض على الدول الموقعة عليه⁵⁵ النهوض بالحقوق والحريات الواردة فيه وضمان احترامها، منها خاصة الحق في حرية اختيار العقيدة، ومن ثم عدم إهدار حقوق الأشخاص لاختلاف الدين، بل عدم إجبار الإنسان على عقيدة لا يريد اعتناقها. وجاء في المادة 8 منه على أن حرية العقيدة وممارسة الديانة مكفولة ولا يجوز تعريض أحد لإجراءات تقيد ممارسة هذه الحرية، مع مراعاة القانون والنظام العام.

وهذا ما تبنته أيضا اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لسنة 1989⁵⁶ والتي نصت في المادة 14 منها على احترام الدول الموقعة عليها لحق الطفل في حرية الدين، أي أن تكون له الحرية في اختيار دينه وفي تغييره كلما شاء⁵⁷.

⁵⁰ ولكن رغم عدم إلزامية هذا الإعلان إلا أن بعض الدول أبدت محافظتها على بعض بنوده، من ذلك أن العراق قد قام بإبداء تحفظ جماعي نيابة عن منظمة المؤتمر الإسلامي بخصوص تطبيق أي بند أو نص في الإعلان من شأنه أن يخالف الشريعة الإسلامية أو أي تشريعات أو لوائح أساسها الشريعة الإسلامية.

⁵¹ فهذه اللجنة تقوم بالإشراف على تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المتشكلة من 18 خبيراً تم انتخابهم من قبل الدول الأطراف في العهد.

⁵² دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ، ابتداء من 3 سبتمبر 1953، وذلك بعد المصادقة عليها من قبل عشر دول تنفيذا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 66 منه. انظر، عبد العزيز محمد سرحان، الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص. 28 وما بعدها.

⁵³ Pour plus de détails sur cette question, cons. Velu et Ergéc, La convention européenne des droits de l'homme, éd. Bruylant, Bruxelles, 1990, pp. 139 et s. ; G. Cohen-Jonathan, La convention européenne des droits de l'homme, éd. Economica, Paris, 1989 ; H. Labayle, L'Union européenne et les droits fondamentaux (Un espace véritable de liberté ?), in Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Au carrefour des droits, éd. Dalloz, 2002, p. 587 et s.

⁵⁴ انظر، محمد أبو الوفاء، الملامح الرئيسية للميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، محاضرة القيت خلال المؤتمر حول "حقوق الإنسان والشعوب في الميثاق" المنعقد في القاهرة أيام 1-3 ماي 1984، تحت إشراف مركز الدراسات الدولية القانونية والاقتصادية بجامعة الزقازيق.

⁵⁵ تم التوقيع عليه بنيروبي في 28 جويلية 1981، وصادقت عليه الجزائر بالمرسوم رقم 87-37 مؤرخ في 1987/02/03 (الجريدة الرسمية الصادرة في 1987/02/04، عدد 6).

⁵⁶ صادقت عليها الجزائر بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 92-06 المؤرخ في 17 نوفمبر 1992، انظر الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الجزائرية، 1992/11/18، عدد 83، ص. 1742-1743.

⁵⁷ ويرى بعض الفقه التونسي أن عدم إقرار حرية المعتقد للطفل رغم أن الدستور التونسي ضمنها لكل المواطنين، فهو راجع إلى ما هو وارد "في المبادئ العامة للمجلة المنصوص عليها بالفصل الأول وخاصة ما جاء بالفقرة الثانية منه

وهذا المفهوم قد عبر عنه أيضا القضاء المقارن⁵⁸، إذ جاء عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرارها الصادر في 25 ماي 1993 أنه بدون حرية الاعتناق وحرية أن يعتنق، فحرية تغيير الدين أو العقيدة توشك أن تظل رسالة ميتة. وعليه فإن حرية الدين التي تشكل إحدى أسس المجتمع الديمقراطي تقتضي قبل كل شيء الحق في اختيار الدين وفي تغييره⁵⁹.

L'aspect classique de la démocratie libérale implique la neutralité de l'Etat à l'égard d'un certain nombre de libertés garanties par la CEDH⁶⁰. Ceci dit, de même, le détachement de l'Etat est exigé avec acuité en matière de liberté de pensée, de conscience et de religion⁶¹. Cette liberté représente l'une des assises d'une société démocratique au sens de la convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques,...⁶². Dès lors, sauf dans des cas exceptionnels, le droit à la liberté religieuse exclut toute appréciation étatique sur la légitimité des croyances⁶³ ou sur les modalités d'expression de celle-ci⁶⁴.

Devraient être ainsi condamnées les atteintes de l'islam à la laïcité, aux droits de l'homme⁶⁵.

Ainsi, «le législateur devient indifférent à la moralité des actes...Il faudrait une longue étude pour montrer le législateur moderne bannissant dans les rapports privés entre les hommes le respect des règles morales...»⁶⁶.

Ceci dit, aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, «la liberté de religion comporte principalement deux aspects. C'est d'abord le droit d'avoir ou de ne pas avoir de convictions ou une religion ainsi que d'y adhérer ou de ne pas y adhérer...C'est également, ensuite, le droit de manifester sa religion ou ses convictions sans être pour cela inquiété,...ainsi que la possibilité d'essayer de convaincre son prochain d'adhérer à une religion déterminée...»⁶⁷.

En d'autres termes, pour cette Cour, la liberté de religion implique non seulement celle de changer de religion ou de conviction, mais également celle d'adhérer ou non à une religion et celle de la pratiquer ou de ne pas la pratiquer⁶⁸.

وتنص المادة الثانية من الدستور الفرنسي لسنة 1958 على أنه "تعد فرنسا جمهورية غير قابلة للتجزئة وعلمانية وديمقراطية واجتماعية وهي تؤكد مساواة جميع المواطنين أمام القانون بدون أي تمييز في الأصل أو العرق أو الدين كما أنها تحترم جميع المعتقدات". ومن ثم، من المبادئ الأساسية التي

والمتضمنة تنشئة الطفل على الاعتزاز بهويته الوطنية وبالانتماء الحضاري وطنيا ومغربيا وعربيا وإسلاميا". انظر، عبد الله الأحمد، مجلة حماية الطفل وحقوق الإنسان، مجلة القضاء والتشريع، 1997، عدد 3، ص. 153.

⁵⁸ انظر، تشوار حميدو زكية، مدى حماية الطفل في اختيار عقيدته الدينية في ضوء الاتفاقيات الدولية والقوانين الوضعية والشرعية، م.ج.ع.ق.إ.س.، 2007، عدد 2، ص. 185 وما بعدها.

⁵⁹ Cf. Cour Européenne des droits de l'homme, 25/05/1993, Kokkinakisc Grèce, R.T.D.Hom., 1994, pp.137 et s.

⁶⁰ Pour plus de détails, cons. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L'Etat et la société démocratique dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de de l'homme, in Mélanges en hommage au Doyen G. COHEN-JONATHAN, édit. Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 64-66.

⁶¹ G. GONZALEZ, La convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions, édit. Economica, Paris, 1997 ;

⁶² Cour EDH ? ARR9ET Kokkinakis c. Grèce, 25/05/1993, s/s 31, GACEDH, n0 47, p. 413.

⁶³ Cour EDH arrçet Hassan et Tchaoutc c. Bulgarie, 26/10/2000, s/s 78.

⁶⁴ Cour EDH, arrêt Manoussakis e.a. c. Grèce, 26/09/1996, s/s 44, RTDH, 1997, p. 536, obs. G. Gonzalez

⁶⁵ Sur cette question, pls. Auteurs, Libertés et droits fondamentaux, édit Dalloz, -è éd., 2000, pp. 320-321 ; B. BASDEVANT-GAUDEMET ? Le statut juridique de l'Islam en France, RDP, 1996, pp. 350 et s. ; Y. GERALDY, La religion en droit privé, th. Limoges, 1978 ; A. BOYER, Le droit des religions en France, PUF, Paris, 1993 ;

⁶⁶ Cf. G. Ripert, Les forces créatrices des lois, éd. L.G.D.J., Paris, 1955, p. 181.

⁶⁷ Pls auteurs, Droit....., précité p. 415.

⁶⁸ Cf. Arrêt Buscarini et autres, par. 34, cité par M. De SALVIA, Liberté de religion et esprit de tolérance et laïcité dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, in Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan, V. 1, édit. Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 595-596.

تقوم عليها الدولة الفرنسية مبدأ الفصل بين الدولة والكنائس بمقتضى القانون الصادر في 09 ديسمبر 1905⁶⁹.

وهذا ما يدفعنا إلى القول بأن العلمانية الفرنسية تقوم على رفض إلحاد الدولة بسبب احترامها لجميع المعتقدات، ورفض أية ديانة رسمية⁷⁰ (الفصل بين الكنيسة والدولة)⁷¹. وبهذه النصوص لقد تم الفصل بين المواطنة والانتماء الديني، ومن ثم فقد الدين وظيفته كعامل رسمي في المجتمع الفرنسي.

وفي الاتجاه ذاته، صدق البرلمان الأسباني سنة 1980 على قانون محتواه أنه لن يكون للدولة أي دين رسمي، وأن الحقوق المتفرعة عن حرية العبادة والدين لن تؤثر سلباً على حقوق الآخرين، وذلك جاء بناء على ما نص عليه الدستور الأسباني المؤرخ في 27 ديسمبر 1978 بأن أسبانيا "دولة قانون اجتماعي وديمقراطي أين لا تكون لأي ديانة خاصة ديانة الدولة". وهو نفس النظام الذي أخذت به كل من البرتغال⁷² وإيطاليا⁷³.

ب.- مفاهيم حرية الديانة في الفقه الغربي

أما الفقه، يرى البعض منه بأن المعطيات... الدينية تظهر في بعض الأحيان بمثابة حاجز للاستقبال العادي لحقوق الإنسان، وعموماً كمبرر لتلاؤمهم التطبيقي.

Les déclarations islamiques..., en tant que textes d'abord religieux et dogmatiques, outre qu'elles établissent une discrimination fondamentales selon la religion, écartent à la fois toutes désobéissance et tout possibilité d'application »⁷⁴. Or, «La liberté de conscience, quant à elle, consiste en la faculté pour chaque individu d'adhérer à des croyances ou, et cela tout aussi important, de ne pas y adhérer»⁷⁵.

وهكذا، لقد شحذ الفقه هممه للتعريف بالحرية وبحرية العقيدة خاصة، فاستعصى عليه أن يجد لها تعريفاً جامعاً مانعاً، وذلك لاختلاف مفهوم الحرية باختلاف الأزمنة والأنظمة، أو كما قال الأستاذ عبد المنعم محفوظ "أن حرية العقيدة هي إحدى حريات الفكر، تلك الحريات التي يختلط بعضها ببعض الآخر، مما يؤدي إلى صعوبة التمييز بينها، ويرجع ذلك إلى التدخل بين الخطوات التي يمكن أن تمر بها الفكرة ذاتها من

⁶⁹ حيث تنص المادة الأولى منه على أن "الجمهورية تؤكد حرية الضمير. وهي تضمن الممارسة الحرة للديانات، وذلك فقط في ضوء الحدود الموضحة فيما بعد لمصلحة النظام العام"، وتنص المادة الثانية منه على أن "الجمهورية لا تعترف ولا تعطي ماهية ولا تمول أي ديانة...".

Cf. E. FOREY, Etat et institutions religieuses, contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques, Presses Universitaires de Strasbourg, 2007, pp. 25 et s.

⁷⁰ وبالرغم من أن فرنسا نصت صراحة في دستورها على أنها دولة علمانية، إلا أن بوادر بعض الأثر الدينية لا زالت قائمة فيها، منها خاصة اعترافها القانوني ببعض الأعياد الدينية كعيد ميلاد المسيح، وعيد صعود صعد العذراء، ... انظر بالتفصيل بشأن هذه المسألة

J. COSTA-LASCOUX, Les trois âges de la laïcité, éd. Hachette, Paris, 1996, pp. 12 et s.

⁷¹Cf. M. BARBIER, La laïcité, L'Harmattan, Paris, 1995 ; J. BOUBEROT, Histoire de la laïcité française, éd. PUF, série Que sais-je ?, 2000 ; J. BOUSSINESCQ, La laïcité française, éd. Le Seuil, Paris, 1994.

⁷² انظر، الدستور البرتغالي الصادر في 2 أبريل 1976.

⁷³ انظر، الدستور الإيطالي الصادر في 27 ديسمبر 1947.

⁷⁴ Pls. Auteurs, Droit des libertés fondamentales, éd. Dalloz, Paris, 2000, p.68.

⁷⁵ Pls auteurs, Droit des libertés fondamentales, précité, p.214.

ناحية، كما يعود إلى الخلط بين الفكر والرأي والعقيدة، وكلها يمكن أن ترتد إلى حركة داخلية واحدة، أو شعور يتأتى لوهلة واحدة أو اقتناع واحد⁷⁶.

ومن ذلك، فقد حاول الفقه الغربي بإعطاء تعريفا لحرية المعتقد، غير أن ما ينبغي الإشارة إليه هنا هو أن الغربيين يعنون بمصطلح "حرية العقيدة" معنا مغايرا لما اتفق عليه الفقه الإسلامي من حيث أنهم يقصدون به حق الإنسان في الإيمان أو عدم الإيمان أو الارتداد بعد إيمان والدعوة لمذهبه وإن خالف عقيدة سماوية. وبهذا المعنى، يرى الأستاذ J. Rivéro أن الحرية الدينية إنما "هي حرية معقدة، وهي تشمل في نفس الوقت حرية الاعتقاد بمعنى حرية الاختيار بين الإلحاد أو المعتقدات وبين الارتباط بعقيدة أو ديانة من العقائد التي تفرض على الإنسان، وحرية أداء الشعائر الدينية بمعنى الممارسة الجماعية أو الفردية لهذا الدين أو ذاك"⁷⁷.

وفي هذا الاتجاه، صرحت الأستاذة Y. Alhalel-Esnault أنه يعني بحرية العقيدة أن الشخص له أن يكون مؤمنا أو كافرا، وله أن ينتمي إلى عقيدة اختارها، وله أن يغير من دينه متى شاء⁷⁸. وأضافت الأستاذة V. Fortier أن حرية العقيدة تشمل حرية إتباع قواعد السلوك، والقيام بالممارسات والطقوس المحددة من قبل الدين والعقيدة المعتقد⁷⁹. ووضح الأستاذ De Naurois أن حرية العقيدة ليست فقط حرية اختيار الدين، بل حرية عدم اعتناق أي دين⁸⁰.

وذهب العميد J. Carbonnier إلى حد القول أن حرية العقيدة تعني "أن يترك الشخص وشأنه"⁸¹. ويعني بهذا أن يمارس الشخص بكل حرية اختياره الديني الذي أملاه عليه ضميره، وأن يعيش واقعا اختياره هذا بدون أي إكراه.

وفي هذا الاتجاه، يرى الأستاذ D. Gutmann

« Le corollaire logique de la laïcité en tant que liberté est l'égalité de tous devant la loi, quelle que soit leur religion. La laïcité procède donc à une véritable « neutralisation du fait religieux pour la définition des droits ». De ce fait, « la liberté religieuse, c'est aussi le droit de se définir comme non-religieux un jour, religieux le lendemain ». Il faut donc en⁸³ cette liberté ne s'arrête qu'à la lisière de l'ordre public Car, «⁸² assurer le libre exercice si l'on veut pleinement garantir la liberté religieuse⁸⁴.

ونستخلص من جانبنا من هذه التعاريف الغربية إن حرية العقيدة تكمن في أن الشخص له الحق أن يؤمن بالله أو أن لا يؤمن به، وأن له الحق أن يعتنق المعتقدات التي يختارها وأن يمارسها بكل حرية، حتى وإن لم تكن تعبير الأغلبية. ومن ثم، تكون له إمكانية تغيير دينه بدون أي إكراه، وبدون أن يحتمل أي ضرر سواء في حالته الشخصية (زواج، طلاق، حضانة، ميراث) أو في حقوقه السياسية والاجتماعية⁸⁵.

ج.- مفهوم حرية الديانة في المنظور الإسلامي

⁷⁶ انظر، عبد المنعم محفوظ، علاقة الفرد بالسلطة، المرجع السابق، المجلد الأول والثاني، ص. 102.

⁷⁷ Cf. J. Rivéro, op. cit., p. 164.

⁷⁸ Cf. Y. Alhalel-Esnault, Les problèmes religieux de la famille en droit privé français., th. Rennes, 1975, p. 24.

⁷⁹ Cf. V. Fortier, Justice civile, religions et croyances, R.R.J., Dr. Prospectif, 1998, n- 3, p. 975.

⁸⁰ Cf. L. De Naurois, Aux confins de droit privé et du droit public, la liberté religieuse, R.T.D. Civ., 1962, p. 249.

⁸¹ Cf. J. Carbonnier, Note sous Cons. d'Etat, 19/07/1943, D. 1944, p. 160.

⁸² Cf. D. Gutmann, Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille, éd. L.G.D.J., 2000, p. 416.

⁸³ Cf. R. Drago, Laïcité, neutralité, liberté ?, in Droit, liberté et foi, Mame Cujas, 1993, pp. 125 et s.

⁸⁴ Cf. J. Robert, La liberté de religion, de pensée et de croyance, in Libertés et Droits fondamentaux, éd. Dalloz, 2000, pp. 309 et s.

⁸⁵ Cf. D. Tchouar, Causes de nullité de mariage et causes du divorce en droit algérien., th. Etat, Rennes, 1987, p. 279.

ينص إعلان القاهرة لسنة 1990 لحقوق الإنسان في الإسلام في المادة 24 على أن جميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان تخضع للشريعة الإسلامية، وتنص المادة 25 منه على أن الشريعة الإسلامية هي المرجع الوحيد لتفسير أو توضيح أي مادة في هذه الوثيقة".

وإلى جانب هذا، إذا كانت دولة غير لائكية تكرس حرية العقيدة وفي قانونها الأساسي⁸⁶، فهذا الموقف يثير الفضول لفهم معنى حرية الديانة في هذه الدولة. ومعنى هذا إن إقرار مبدأ حرية الديانة وإعلان الدولة في الوقت ذاته عن دينها يشوق الكلام عنه. هذا الأمر ينطبق على الجزائر⁸⁷، إذ عرفت الدساتير التي مرت بها⁸⁸ الكثير من المبادئ المكرسة للحقوق والحريات الفردية⁸⁹، ومن جعلتها تلك الخاصة بحرية المعتقد⁹⁰.

ففي الجزائر⁹¹، فإذا نص المؤسس الدستوري في المادة 36 من دستور 1996⁹² على أنه "لا مساس بحرمة حرية المعتقد،..."، معنى هذا ألا يكون الشخص مكرها في اختيار عقيدته، فإنه مع ذلك نص في ديباجته على أن "الجزائر أرض الإسلام"⁹³، وأقر في المادة الثانية منه أن "الإسلام دين الدولة"؛ بل وأوجب في المادة 76 منه على رئيس الدولة عند تأدية اليمين التعهد باحترام الدين الإسلامي وتمجيده، والمحافظة عليه والسهو على تطبيق أحكامه ومبادئه والالتزام بقيمه وأهدافه، وكذلك في اعتلاء منصب الرئاسة الذي أسند لمن يكون مسلما⁹⁴.

وهذا ما أكدته لاحقا المادة الثانية من الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 28 فبراير 2006 المتعلق بشروط وقواعد ممارسة معتقدات أخرى غير الإسلام، حيث جاء في مضمونها بأن الدولة الجزائرية التي دينها الإسلام تضمن حرية ممارسة المعتقد في

⁸⁶ انظر، عبد المنعم محفوظ، علاقة الفرد بالسلطة و ضمانات ممارستها، دراسة مقارنة، المجلد الثاني، (بدون دار النشر)، ط. 2، 1989، ص. 275 وما بعدها؛ كريم يوسف أحمد كشاكش، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978، ص. 489 وما بعدها.

⁸⁷ Cf. J.L. Lajoie, Libertés, participation et ordre public en droit algérien, th. Lyon, 1983, pp. 216 et s.; H. Sanson, La laïcité islamique en Algérie, édit. C.N.R.S., Paris, 1983, pp. 33 et s.

⁸⁸ عرفت الجزائر منذ الاستقلال أربعة دساتير وهي : دستور 1963، ودستور 1976، ودستور 1989، وأخيرا دستور 1996.

Concernant la constitution de 1976, cons. A. Benmeghsoula, L'expression et les garanties des libertés fondamentales et des droits de l'homme et du citoyen dans la constitution du 22 nov. 1976, R.A.S.J.E.P., 1984, n° 2, pp. 453 et s.

⁸⁹ انظر، بن طيفور نصر الدين، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة، سيدي بلعباس، 2004، ص. 57 وما بعدها.

⁹⁰ انظر، المواد 4، و10 فقرة 8 و17 من دستور 1963. والمواد 2، و39، و53 من دستور 1976؛ والمادتين 2 و35 من دستور 1989.

⁹¹ انظر، عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، د.م.ج.، 1993، ص. 61-63.

⁹² انظر، المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 1996/12/7 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، الجريدة الرسمية، 1996، عدد 76، ص. 7 وما بعدها.

⁹³ انظر، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 1996/12/08، عدد 76، ص. 8.

⁹⁴ للمزيد من التفاصيل بشأن، هذه الحريات والحقوق، انظر، علي بن فليس، الحريات الفردية والجماعية في الدساتير الجزائرية، م.ج.ع.ق.إ.س.، 1998، عدد 2، ص. 49 وما بعدها؛ بوزيد لزهاري، تعديل 28 نوفمبر 1996 وحقوق الإنسان، مجلة الإدارة، 1997، عدد 1، ص. 87 وما بعدها.

إطار احترام أحكام الدستور وهذا الأمر والقوانين واللوائح المعمول بها، والنظام العام والآداب العامة، والحقوق والحريات الأساسية للغير⁹⁵.

وكما أن المادة السادسة من الدستور المغربي لسنة 1996 قد نصت أن الإسلام دين الدولة. وهو ما تبناه أيضا الدستور التونسي لسنة 1959 والمعدل سنة 1995 بالقول أن "...ديانة تونس هي الإسلام". وبالرغم من وضوح هذا المبدأ الأخير، تجرأ البعض إلى التساؤل عما إذا كان المقصود منه أن الدين الإسلامي هو دين الدولة أم دين المواطنين؟ هل يعني أن مصادر التشريع هي المصادر الإسلامية أم كل المصادر والمبادئ الإنسانية العالمية؟ هل تعني أن بعض المجالات مثل المجال العائلي لا تزال خاضعة للقواعد الدينية المقدسة وغير قابلة لأي تعديل وتطوير في اتجاه المساواة بين الجنسين؟⁹⁶. ورغم ذلك، فهذه التأكيدات الإسلامية المؤكدة لإسلامية الدولة في الدساتير المغربية يفهم منها ابتعاد الدستور عن العلمانية، وما تذهب له من فصل الدين عن الدولة.

وما تجب الإشارة إليه هو أن الجزائر، على منوال المغرب وتونس، قد عبرت في المعاهدة المنشئة لاتحاد المغرب العربي عن ارتباطها بالتربية الإسلامية كأساس لتنمية الوعي الثقافي، واعتبار الدين الإسلامي أحد المقومات الأساسية التي تربط بين أفراد الشعوب المغربية. وهذا يستشف صراحة من الفقرة الرابعة من المادة 3 منها بقولها "إقامة تعاون يرمي إلى تنمية التعليم على اختلاف مستوياته، وإلى الحفاظ على القيم الروحية والخلقية المستمدة من تعاليم الإسلام السمحة..."⁹⁷.

هذا من زاوية التشريع الأساسي، أما المسألة الأساسية الواجب طرحها تجاه هذه المبادئ تتجلى في معرفة عما إذا كانت هذه الأحكام توحى حقيقة عن وجود حرية المعتقد في الدول المغربية؟ ولكن، فمن البديهي الرجوع إلى تحديد في البداية مفهوم حرية المعتقد؛ وعلى ضوءه تتسنى لنا الإجابة على السؤال المطروح.

فمن جانب الفقه الإسلامي، فقد عرف الشيخ محمد أبو زهرة حرية المعتقد بقوله "ولقد احترم الإسلام حرية الاعتقاد، وجعل الأساس في الاعتقاد هو أن يختار الإنسان الدين الذي يرتضيه من غير إكراه ولا حمل وأن يجعل أساس اختياره التفكير السليم، وأن يحمي دينه الذي ارتضاه فلا يكرهه على خلاف ما يقتضيه"⁹⁸. وهذا التعريف قد تبناه أيضا الأستاذ زكريا البري⁹⁹.

وكما عرفها البعض الآخر بأنه بمقتضى الحرية الدينية "لا يلزم شخص بقبول عقيدة لا يؤمن بها أو الخروج من عقيدة دخل فيها، كما تعني عدم جواز إلزام شخص

⁹⁵ انظر، الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 28 فبراير 2006 المتعلق بشروط وقواعد ممارسة معتقدات أخرى غير الإسلام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 2006، عدد 12، ص. 23.

⁹⁶ انظر، حفيظة شقير، من أجل رفع التحفظات على الاتفاقيات الدولية الخاصة بإلغاء كل مظاهر التمييز ضد النساء،

موقع nissa.aljil-aljadid.info/spip.php

⁹⁷ انظر، محمد المدهون، الإسلامية والقومية في الدساتير المغربية ومعاهدة الاتحاد المغربي، مجلة الميادين، وجدة، 1990، عدد 6 ص. 94-95.

⁹⁸ انظر، الإمام محمد أبو زهرة، تنظيم الإسلام...، المرجع السابق، ص. 182. للمزيد من التفصيل، انظر، عبد الوهاب الشيشاني، الحريات العامة في النظام الإسلامي والنظم المعاصرة، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، 1975، ص. 42؛ محمود حلمي، نظام الحكم الإسلامي مقارنا بالنظم المعاصرة، ط. 1، دار الفكر العربي، 1970، ص. 64؛ عبد المتعال الصعيدي، الحرية الدينية في الإسلام، دار الفكر العربي، القاهرة، (بدون تاريخ الطبع)، ص. 7 وما بعدها.

⁹⁹ انظر، د. زكريا البري، حقوق الإنسان في الإسلام، مجلة منبر الإسلام، 1982، ص. 12.

بمبالاة إحدى الديانات تحاملا على غيرها، سواء بإنكارها وازدراءها، أو التهوين من شأنها والخط من قدرها، ومؤدى ذلك أنه لا يكره أحد على الدخول في عقيدة، لأن العقيدة اقتناع داخلي لا يجدي فيه إكراه"¹⁰⁰، يقول تعالى "لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي"¹⁰¹.

ومقارنة ما قيل بشأن حرية المعتقد في المنظور اللائكي لها، على أن معناها يلخص في إبعاد أي تفرقة بين المواطنين بسبب الانتماء الديني من حيث الحقوق والواجبات. ومعنى ذلك أن تقوم الدولة بوضع قوانينها دون أن تتشغل بالتعاليم الدينية التي يمكن أن تتعارض معها¹⁰²، ومن ثم الأخذ بمبدأ العلمانية. وخلافا لذلك، تقررت حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية ذلك النظام الشامل لجميع مناحي الحياة¹⁰³، وبغير حاجة لفصل الدين عن الدولة. وكما تختلف الشريعة الإسلامية عن النظم اللائكية من حيث أنها لا تقر حرية الإنسان في الإلحاد والدعوة إليه لتعارضه مع الفطرة الإنسانية¹⁰⁴. وبالرغم من ذلك، ينبغي أن نقول إحقاقا للحق أن إقرار الدول المغاربية علنية وصراحة اعتناق دين الإسلام لا يعني أنها تمنع ممارسة على ترابها ديانة أخرى، بل تسمح بذلك¹⁰⁵، لأنه "إذا كان الإسلام يسود بلا شريك، يقول الأستاذ H. Sanson، فإن المعتقدات الأخرى لها الحق في الوجود. والجزائر - كالمغرب وتونس - ذات عقيدة واحدة، هي كذلك متعددة العقائد"¹⁰⁶.

وعلى كل حال، ما ينبغي ملاحظته هو أن استخلاص مكانة حرية الديانة في التشريعات المغاربية للأسرة يجرون إلى التصفح بعضا من نصوصها.

¹⁰⁰ انظر، صوفي أبو طالب، بحث قدم لمؤتمر الإسلام والغرب، الماضي، الحاضر، المستقبل، ص. 313، مقتبس عن فاطمة محمد عبد العليم عبد الوهاب، أثر الدين في النظم القانونية، دراسة مقارنة بين الإسلام والمسيحية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001، ص. 747.

¹⁰¹ سورة البقرة، الآية 256.

¹⁰² Cf. J. Carbonnier, La religion, fondement du droit, in Droit et religion, 1983, T. 38, pp. 19 et s.; J.-M. Trigeaud, Droit et religion : observations finales, in Droit et religion, 1993, T. 38, pp. 233 et s.; Ph. Malaurie, Droit, sectes et religion, in Droit et religion, 1993, T. 38, pp. 211 et s.; R. Minnerath, La spécificité de la liberté religieuse par rapport aux autres libertés de l'esprit, Rev. Conscience et liberté, 1990, n° 40, pp. 17 et s.

¹⁰³ انظر، قادين بن علي، الأسس القانونية والدستورية للدولة في الإسلام، رسالة دكتوراه دولة، سيدي بلعباس، 2003/2004، ص. 283 وما بعدها.

¹⁰⁴ ولهذا، فقد أولى الإسلام إهتماما بالأديان السماوية الثلاثة : الإسلام، المسيحية واليهودية، باعتبار أصلهما واحد وهو الدعوة إلى توحيد الله. انظر، أحمد رشاد طاحون، حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص. 85.

¹⁰⁵ وفي هذا الإطار، يمكن الإشارة إلى التقرير السنوي المعنون "تقرير حول الحريات الدينية العالمية لعام 2003" الصادر عن مكتب الديمقراطية والعمل وحقوق الإنسان التابع لكتابة الدولة الأمريكية، أن الدولة الجزائرية بحكم دستورها تحترم الحريات الدينية في الممارسة وإن كانت هناك قيود وضوابط، وكما صرح التقرير بوجود رخص في حدود معينة لإقامة الشعائر الدينية لغير المسلمين دون تدخل السلطات، ودخول بعض المجموعات المسيحية غير المقيمة للزيارة، كما يسمح للبعثات المسيحية إذا كان عملها غير علني وبارز ولم تسع للتبشير...، موضحا أن هيئات ومسؤولي كنائس على اتصال مع الحكومة الجزائرية ولم ترد أي ضغوط واجهوها في الجزائر، بل أن المجموعات المسيحية تمارس شعائرها دون تدخل السلطات في بعض الكنائس الكاثوليكية والبروتستانتية. وأما عن عدد المقيمين من الأديان الأخرى في الجزائر، أوضح التقرير بأن هناك أكثر من 25 ألف مقيم يعتنقون الديانة المسيحية، لا سيما الكاثوليكية في الجزائر، وأما المجموعة اليهودية فعددها حوالي 100. انظر، ص.ح. الجزائر تدرج في أول تقرير لكتابة الدولة الأمريكية حول الديانات، جريدة الخبر اليومية، 2003/12/29، ص. 3.

¹⁰⁶ Cf. H. Sanson, op. cit., édit. C.N.R.S., Paris, 1983, p. 33.

II- الاندثار النسبي للحرية الدينية في القوانين المغربية للأسرة

إذا أصبحت الدول التي تبنت النظام اللائكي تبحث عن تغيير قوانينها، منها خاصة القوانين الأسرية بتغيير نظامها الاجتماعي، غير أنه ما يمكن قوله في هذا الإطار هو أن تلك الحرية التي قدستها تلك الدول لم تمس القيم الأساسية التي يقوم عليها الكيان الأسري فحسب، بل كل مجتمع يعز بمقوماته الأخلاقية، حيث جعلت من الإنسان يجري وراء إشباع حاجاته حتى ولو كانت بالطريقة الحيوانية بحذف الموانع الأخلاقية تاركتا المكان للإباحيات الماسة بكرامة العنصر البشري. وفي هذا يرى الفقه الغربي:

« Sans même parler... d'un ordre public social, conjoncturel par nature, dans le domaine du droit de la famille et des personnes, les interdits d'hier ont non seulement souvent totalement disparu des règles de droit positif, mais parfois très clairement fait place à la consécration de règles totalement contraires »¹⁰⁷. Ainsi en est-il du transsexualisme, de l'homosexualité, des mariages entre proches parents, de la dépénalisation de l'adultère, de la liberté sexuelle, de l'hétéro insémination, de la mère porteuse, etc.

وبهذا ظهرت مساوئ اللائكية من حيث الحرية شبه المطلقة التي تبنتها في الميدان الأسري، وذلك في تقديس هذه الحرية ومصالح الأفراد الذاتية، وما ذلك إلا إجحاف بالغ بحق الأمة والمجتمع، "مراده تجاهل مفتعل، ومكابرة لمنطق مكونات الواقع، لأن الأفراد كثيرا ما تستبد بهم أنانيتهم إبان تصرفاتهم في حقوقهم، وحيرياتهم العامة، فيبيعون في حق المجتمع والدولة معا"... وعلى هذا، فما تواضع عليه الأفراد بمحض إرادتهم الحرة أو جرى عرفهم به، كان نظاما معتدا به، يجب احترامه، ولزم تنفيذه دون اعتداد بمثل عليا، أو قيم إنسانية قارّة المفاهيم، ...، ومن ثم، يصبح "القانون نفسه صدى للإرادة الفردية المحضة"،¹⁰⁸ بحيث "تتغير مفاهيم الأخلاق تبعا لتغير اتجاهات الإرادات"¹⁰⁹.

ولذلك، فإنه لا يمكن القول بأن الدول المغربية كونها قد صادقت على المعاهدات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان، ومنها خاصة مصادقتها على الاتفاقية الدولية التي تم التنصيص فيها على القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري¹¹⁰ وكذلك على العهدين الدوليين¹¹¹ سيسمح بذلك على الأقل برفع

¹⁰⁷ Cf. P. De FONTBRESSIN, Les droits de l'homme, principes généraux de vie, in Mélanges en hommages au Doyen G. Cohen-Jonathan, précité, p. 556.

¹⁰⁸ انظر، د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، دار البشير، مؤسسة الرسالة، عمان، 1997، ص. 44-45.

¹⁰⁹ انظر، د/ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص. 47.

¹¹⁰ التي اعتمدها، كما تقدم، الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها 2200 A XX بتاريخ 16 ديسمبر 1966، والذي دخل حيز التنفيذ في 04 جانفي 1969.

¹¹¹ وهما العهد الدولي للحقوق الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية الذي اعتمدته الجمعية العامة بموجب قرارها (XXI) 2200 A بتاريخ 16 ديسمبر 1966 والذي دخل حيز التنفيذ في 03 جانفي 1976؛ والعهد الدولي للحقوق المدنية

دعوى قضائية بصرف النظر في بعض الحالات عن ديانة المتقاضين. وهذه المسألة لا تتعلق فقط بحق الشخص في الزواج، مهما كان جنسه ذكرا أو أنثى، وإنما تنصرف كذلك إلى حقوق أخرى، منها ما هو متعلق بالولاية والكفالة، وأخرى بالحضانة، وأيضا بالميراث (آ)، وكذلك في تغيير دينه وما تترتب عليه من آثار (ب).

آ- آثار ديانة الشخص على بعض الحقوق الأسرية

مبدأ الإسلام دين الدولة، فهو أصل القوانين الأسرية المغاربية في استعمال الحقوق وتحمل الالتزامات؛ لأنها مقيدة بما شرع المستخلف، وهو الله سبحانه وتعالى من أحكام لتحقيق قيام الأسرية على الوجه الأكمل. ومما يؤكد هذا المبدأ في التشريعات المغاربية مع اختلافاتها النسبية، أنها استنبطت الأحكام الأسرية من الشريعة الإسلامية، ولكن دون التفرقة في القانونين التونسي والجزائري بين المسلم وغيره كقاعدة عامة، حيث أخذ هذان القانونين بمبدأ الجنسية كأصل عام من حيث تطبيق القانون على المسائل الأسرية.

ومن ثم، فإننا نعتقد أن المثير للانتباه بهذا الخصوص أن القاعدة التي وردت على التوالي في المادتين 1 و221 من قانون الأسرة الجزائري وفي الفصل الأول من الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية¹¹² في تعارض تام مع مبادئ الشريعة الإسلامية¹¹³، ذلك أن المقرر فيهما هو أن المعيار الأصلي لتطبيق أحكام الأسرة لا يرتبط بديانة الشخص وإنما، كما تقدم بضابط جنسيته، مما دفع بهما إلى عدم الأخذ بنظام الطوائف، علما أن غير المسلم من المفروض لا يخضع إلى أحكام الشرع الإسلامي إلا بمحض إرادته، ولا جبرا ورغما عنه.

والسياسية الذي اعتمدته الجمعية العامة بموجب قرارها (XXI) A 2200 بتاريخ 16 ديسمبر 1966، والذي دخل حيز التنفيذ في 23 مارس 1976.

¹¹² أما قبل هذا التاريخ، فقد كان المواطنون التونسيون يخضعون إلى الشريعة الإسلامية، وخاصة منها المذهب المالكي والحنفي. أما المواطنون اليهود كانوا يخضعون إلى القانون العبري وكانت المحكمة العبرية¹¹² هي التي تنظر في القضايا الخاصة بهم. وقد قام المشرع التونسي بإصدار بتاريخ 12 جويلية 1956 مرسوما¹¹² حدد بمقتضاه خضوع المواطنين غير المسلمين وغير اليهود فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية إلى القانون المدني الفرنسي المعمول به، علما أن المحاكم التونسية هي التي كانت مختصة للنظر في القضايا الخاصة بهم. أما الأجانب فكانوا يخضعون إلى قانون الدولة التي ينتمون إليها.

Ce tribunal rabbinique a été créé par le décret beylical du 28 novembre 1898, complété par celui du 29 mai 1926. ثم، تدخل بعد ذلك المشرع التونسي وألغى بمقتضى القانون رقم 57-40 المؤرخ في 27 سبتمبر 1957 المحكمة العبرية، مع إدماج موظفيها في محاكم الدولة، وقد ألغى كذلك الفصول 3، 4 و5 من مرسوم 13 أوت 1956. وابتداء من الفاتح من أكتوبر 1957¹¹²، أصبحت مجلة الأحوال التونسية تطبق على جميع التونسيين بصرف النظر عن اعتقاداتهم الدينية. انظر، حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، 2005، ص. 6 وما بعدها.

Cf. M. Borrmans, Statut personnel et droit de la famille au Maghreb de 1940 à nos jours, édit. Mouton, 277Paris, 1977, p

¹¹³Sur cette question, cons. Particulièrement, M. CHARFI, Droits de l'homme, Droit musulman et Droit tunisien, R.T.D., 1983, pp. 70 et s.

غير أنه بالرجوع إلى التعديل الذي أدخل على مدونة الأحوال الشخصية المغربية وعلى ظهير 6 سبتمبر 1958¹¹⁴ بمقتضى القانون رقم 72-03 المتضمن مدونة الأسرة نجد أن المشرع المغربي فرق بين المغربي المسلم والمغربي اليهودي، بحيث تنص المادة الثالثة من مدونة الأسرة على أنه "تسري أحكام هذه المدونة على :

- 1- جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى.
 - 2- اللاجئين بمن فيهم عديم الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة ب 28 يوليو لسنة 1951 المتعلقة بوضع اللاجئين.
 - 3- العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا.
 - 4- العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.
- أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية"¹¹⁵.

ومما يتضح من هذا النص القانوني أن في المغرب مدونتين للأسرة إحداهما خاصة بالمغاربة المسلمين وأخرهما خاصة بالمغاربة اليهود، وأما المغاربة غير المسلمين وغير اليهود، كالمسيحيين مثلا، فإنهم يخضعون لمدونة الأسرة الخاصة بالمسلمين. ومن ثم، أصبح المغرب يفرق من حيث حرية الديانة واختيار القانون الواجب التطبيق في القضايا الأسرية بين فقط المغاربة المسلمين والمغاربة اليهود، حيث ألحق بالطائفة المسلمة المغاربة الآخرين من غير اليهود كالمشركين، والملحدين¹¹⁶، والبوذيين، والمسيحيين. ولكن، بمقارنة أحكام المادة الثالثة أعلاه مع ظهير 1958، نجد أن أحكام هذا الأخير كانت تتسم بالمنطقية من حيث تحريم تعدد الزوجات والطلاق اللفظي على أشخاص لا يبالون بأحكام الشريعة الإسلامية.

¹¹⁴ كان ينص الفصل الثالث من هذا الظهير على أنه "يطبق قانون الأحوال الشخصية والميراث الخاص بالمغاربة المسلمين على جميع المواطنين باستثناء المغاربة المعتنقين الديانة اليهودية فإنهم يخضعون لقانون الأحوال الشخصية المغربي العبري.

غير أن مقتضيات الآتية فيما بعد تطبق على المغاربة الغير المسلمين والغير اليهود :

- 1- يحرم عليهم تعدد الزوجات؛
- 2- لا تطبق عليهم القواعد المتعلقة بالرضاع؛
- 3- يجب أن يصرح بتطليقهم بطريقة قضائية بعد إخفاق محاولة التوفيق بين الزوجين وإجراء بحث حول أسباب طلب الفراق

وفي حالة الخلاف يرجح قانون الزوج أو الأدب".

¹¹⁵ ينقسم القانون المغربي العبري للأحوال الشخصية بخاصيتين، إذ أنه قانون ذو طبيعة دينية، وهو قانون غير مدون. انظر، د/محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، ج. 1، الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، 2006، ص. 23 وما بعدها؛ د/ إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، ج. 1، الزواج والطلاق، 2006، ص. 35 وما بعدها.

¹¹⁶ وللعلم، كما يقول الإمام محمود شلتوت، "فالإسلام ينكر على الملحدين الذين لم يؤمنوا بالإله الخالق إحداهم، وعلى المشركين الذين يعبدون مع الله غيره شركهم، وينكر على الذين لا يؤمنون بالملائكة والكتب واليوم الآخر عدم إيمانهم...". انظر، الإمام محمود شلتوت، الإسلام، عقيدة وشريعة، دار الشروق، القاهرة، 1980، ص. 44.

ويستخلص مما تقدم، هو أن الحرص على استمرار تطبيق الشريعة الإسلامية وصمود التشريعات التونسية¹¹⁷ والمغربية¹¹⁸ والجزائرية وأغلبية التشريعات الأخرى المقتبسة أحكامها من الشريعة الإسلامية¹¹⁹، دفع بالمشرعين "اعتناق عند وضع النصوص القانونية المنهجية المذهبية المقارنة¹²⁰، بحيث استطاعت القوانين المغاربية للأسرة أن تبتعد عن الفكرة المذهبية، وأن تقتبس أحكامها من الآراء الفقهية المختلفة، ولو كانت من غير أهل المذاهب الأربعة¹²¹، إذ ليس هناك مانع شرعي من الأخذ بقول غيرهم خصوصاً إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك¹²²، أي خصوصاً إذا رعت المصالح الاجتماعية في وضع تلك الأحكام"¹²³.

وكذلك، مما يؤكد الاعتماد على الأحكام الإسلامية في العلاقات الأسرية، ولا على مبدأ حرية الديانة بصفة مطلقة ومن ثم عدم الفصل بين القانون والدين في وضع النصوص التشريعية، هو ما نصت عليه هذه القوانين بشأن المصادر المعتمد عليها في غياب النص التشريعي. وهكذا، فالنص الجديد الوارد في المادة 400 من مدونة الأسرة لم يعفنا من الرجوع إلى الفقه الإسلامي في غياب النص

¹¹⁷ Cf. M. Charfi, Le droit tunisien de la famille entre l'Islam et la modernité, R.T.D. 1973, pp. 11 et s.; K. Meziou Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille, in Carlier et Verwilghen, 1992, pp. 247-274; A. Mezghani, Réflexions sur les relations du code de statut personnel avec le droit musulman classique, R.T.D. 1975, n° 2, pp. 53 et s.

¹¹⁸ انظر، عبد الكريم شهبون، التشريع والقضاء...، المرجع السابق، ص. 51 وما بعدها؛ علال الفاسي، تقريب، شرح مدونة الأحوال الشخصية، إصدار مؤسسة علال الفاسي، 1986، ص. 119 وما بعدها؛ امحمد جلال، المقال السابق، ص. 28-29.

¹¹⁹ وقد دخلت هذه الطريقة في تشريع الأحكام ميدان التقنين في الدول الإسلامية منذ قانون حقوق العائلة العثماني الصادر سنة 1917، وقانون الأحوال الشخصية المصري الصادر سنة 1929، وقانون العائلة الأردني الصادر في 16 أوت 1951، وقانون الأحوال الشخصية السوري الصادر في 17 سبتمبر 1953، ومدونة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة في 22 نوفمبر 1957. للمزيد من المعلومات، انظر، د. صبحي المحمصاني، الأوضاع التشريعية في الدول العربية، ماضيها وحاضرها، دار العلوم للملايين، بيروت، 1965، ط. 3، ص. 180 وما بعدها.

Cf. A. Moulay Rchid, Modernité et politiques législatives en matière de statut personnel dans les pays arabo-africains à majorité musulmane : familles et modernité, édit. Publisud, Paris, 1986, pp. 161 et s.; Y.L. de Bellefonds, Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte, R.I.D.C., 1955, pp. 26 et s.; Ch. Chehata, Le droit musulman, édit. Dalloz, Paris, 1970, pp. 95 et s.

¹²⁰ انظر، جيلالي تشوار، الاجتهاد الفقهي والتطور التشريعي في مسائل الأحوال الشخصية، محاضرة تم إلقاءها خلال الملتقى الدولي الذي نظمه المعهد الوطني للتعليم العالي للحضارة الإسلامية بوهان، أيام 21-22-23 نوفمبر 1998 حول "الإسلام والدراسات المستقبلية"، ص. 6 و7.

¹²¹ وفي هذا، يرى عبد الله البكري، رئيس غرفة محكمة الاستئناف بوجدة، أن إقرار الوصية الواجبة وتوسيع المستفيدين منها هو تأثير بمنهج ابن حزم الظاهري. انظر، عبد الله البكري، مناقشة المدونة من منظور فقهي ومنظور نقدي، الندوة الوطنية التي نظمتها جامعة محمد الأول بوجدة حول "مستجدات قانون الأسرة... مقاربات متعددة"، وذلك يومي 10 و11 مارس 2004، مجلة التجديد، 2004/03/21، عدد 889، ص. 1، وكما جاء في توصيات الندوة بأن المستجدات الواردة في مدونة الأسرة هي "من جهة تحرص على استلزام مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث تتخذ مسلكاً تأصيلياً بهدف التوافق مع المرجعية الأصولية، من خلال تبني بعض آليات الاجتهاد المعتمدة في الاختيارات الفقهية والترجيح بينها، والعمل بمبدأ المصلحة والاجتهاد المقاصدي". انظر، موقع الانترنت، WWW.attajdid.ma/tajdid

¹²² إذ تقتضي "الدقة في الاصطلاح عدم إطلاق اسم الشرع على الآراء الفقهية المحضة، بل احتفاظها بتسمية الفقه فقط، لأن الشرع من عند الله وهو مستقر لا يمكن تغييره، فإذا أجزنا إطلاق إسم الشرع على الآراء الفقهية التي تقبل التغيير، لأدى ذلك إلى القول بجواز تغيير بعض قواعد الشرع أمر غير جائز إسلامياً". انظر، سمير عالية، علم القانون والفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1996، ص. 69.

¹²³ انظر، حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 18-19.

التشريعي، وذلك بالتنصيص على أن "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف".

وكما أن المشرع الجزائري لم يكن، عند وضعه لقانون الأسرة في سنة 1984، بعيدا عن التأثير بموقف الفقه الإسلامي في هذا المجال. ولكن، خلافا للمشرع المغربي، فحرص بمقتضى المادة 222 من ذات القانون، على أن يطبق من أحكام المذاهب الإسلامية ما يسمح بقدر الإمكان تفسير ما هو غامض أو ناقص في الأحكام التي تبناها في مسائل الأسرة. وعند هذا الاقتباس نقول أن حرية الديانة لم يبق لها مجالا في هذا الميدان.

ولكن، مقارنة مع التشريعيين المغربي والجزائري، لم يحلنا المشرع التونسي ولا في مادة من مواد المجلة، في حالة انعدام النص التشريعي إلى أحكام الفقه الإسلامي¹²⁴. إذن، ما هي مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا المجال؟ وما هي أحكام تفسير نصوص المجلة؟

وللإجابة على ذلك، فإن تفسير تلك النصوص لا يمكن أن يبقى بعيدا كل البعد عما توصل إليه الفقه الإسلامي من حيث استنباط المبادئ ووضع الأحكام، ذلك ما جاء به القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 31 جانفي 1966، حيث سمح الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية من أجل سد الفراغ الوارد في مجلة الأحوال الشخصية¹²⁵. وهذا ما أكدته المحكمة الاستئنافية بتونس بقولها "ويكون وأكد الواجبات محاولة الوصول إلى حل لهذه الإشكالية عبر القرآن والسنة واجتهاد الفقهاء المسلمين، باعتبار أن الفصل الأول من الدستور اقتضى أن "تونس جمهورية دينها الإسلام"، ولغتها العربية"¹²⁶.

ومادام أن هذه القوانين لم تتبن في هذا الإطار ما تبنته الدول اللاتينية، نجد أن الأحكام التي جاءت بها والقائمة في البداية على عامل التمييز بسبب الديانة¹²⁷ نصت صراحة في التشريعيين الجزائري والمغربي على أنه لا يجوز للمسلمة الزواج بغير مسلم¹²⁸، مع هذا الفارق أن المدونة المغربية قد نصت أيضا بأنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج بغير المسلمة ما لم تكن كتابية¹²⁹، وهي المرأة التي لا تدين بدين سماوي كالمحددة والوثنية والبولونية، لأن هؤلاء لم يكن لهن كتاب منزل، فتعتبرن كالمشركات التي ورد

¹²⁴ Cf. B. Ferchichi, op. cit., th. Tunis, 1983, p. 176.

¹²⁵ Cf. C. cass., civ. 31/01/1966, arrêt n° 3384, R.T.D., 1966, p. 114, note E. de Lagrange.

وهذا الموقف قد صرحت به لاحقا محكمة ابتدائية تونس بقولها "م تتعرض م.أ.ش. إلى التفريق بين الثيب والعذراء ويتعين حينئذ الرجوع إلى الفقه الإسلامي الذي هو أهم المصادر التي استمدت منها مجلة الأحوال الشخصية أحكامها". انظر، ابتدائي مدني تونس، 1968/12/30، حكم عدد 7487، مجلة القضاء والتشريع، 1969، عدد 6 و7، ص. 164.

¹²⁶ انظر، محكمة استئناف تونس، 1994/12/22، قرار مدني، عدد 10298، مجلة القضاء والتشريع، 1994، عدد 1، ص. 109-110 (كان الأمر يتعلق في هذه القضية بحالة تغيير الجنس).

¹²⁷ انظر، الشيخ محمد متولي الشعراوي، أحكام الأسرة والبيت المسلم، المكتبة العصرية، بيروت، 2004، ص. 41

وما بعدها

¹²⁸ انظر، المادة 30 فقرة ثانية المعدلة من قانون الأسرة. وهذا ما أقيمت عليه أغلبية تشريعات الدول الإسلامية، منها مثلا المادة 85 من قانون حقوق العائلة اللبناني.

¹²⁹ وهذا جاء مصدقا لقوله تعالى "اليوم أحل لكم الطبيات وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم إذا أتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي أخدان..". سورة المائدة، الآية 5.

الحظر على الزواج بهن في قوله تعالى "ولا تتكحوا المشركات حتى يؤمن"¹³⁰. وبذلك يكونا قد كرس بخصوص هذه المسألة قاعدة تعتبرها الشريعة الإسلامية من النظام العام¹³¹. فإن كان ذلك كذلك، فبديهي ألا يجوز إسقاط هذا المانع وعدم المطالبة ببطلاق الزواج بمرور الزمن ومهما استطل أمده.

وهذا ما أكدته، من جهة المدونة المغربية في المادة 2/57 منها بالتنصيص على بطلان الزواج في حالة وجود المانع¹³²، كما أضافت المادة 2/58 منها على أنه يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، وكما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة.

ومن جهة أخرى، فإنه لا يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد سمح للمسلم، بسبب انتفاء النص التشريعي، الزواج بالمشرقة ومن في حكمها، بل أنه بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة نقول أن إجماع الفقهاء¹³³ قد انصب على عدم إجازة الزواج بهذه الطائفة من النساء، وذلك خلافا للكتابية التي أجاز الجمهور من العلماء الزواج بها مطلقا سواء اعتقدت التثليث أو أن عزيزا ابن الله¹³⁴.

وأما المشرع الجزائري، لم يأت بهذه التفرقة، بحيث قد اعترف بنسب الطفل في حالة الزواج مع المحرمات بعد الدخول، وذلك دون التفرقة بين سؤ النية وحسنها في هذه الحالة. وهل ما تبناه المشرع في المادة 34 من قانون الأسرة جاء به حماية لبراءة الطفل، أم أنه أراد من وراءه بوضع هذا النص أن يقوم بتطبيق الاتفاقية الدولية لحماية حقوق الطفل ؟ أم يمكن القول بأن هذه المادة ناقصة، ومن ثم ينبغي اللجوء إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة، ومن ثم الأخذ بعين الاعتبار في هذه الحالة سوء نية الزوج وحسنها. فالقول بنقص النص هو أفصح بشأن هذا النسب، وذلك راجعا لحماية إحدى الكليات الخمس التي أحاطتها الشريعة الإسلامية بنصوص دقيقة، وذلك حماية وصيانة للكيان الأسري الإسلامي.

وأما المشرع التونسي، لم ينص على هذا المانع لا في صياغته الأصلية للمجلة ولا في التعديلات التي أوردتها عليها لاحقا، وكان ذلك مصدرا لاختلافات فقهية بالغة الأثر، حيث منه من أجاز زواج المسلمة من غير المسلم ومنه من رفضه بصفة مطلقة¹³⁵. غير أن محكمة التعقيب قد رفعت هذا اللبس، وقضت بأن "زواج المسلمة بغير

¹³⁰ سورة البقرة، الآية 221.

¹³¹ راجع بشأن هذه المسألة، د/ عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، 2005، ص. 250 وما بعدها.

¹³² تنص المادة 07/30 من المدونة على أن المرأة التي لا تدين بدين سماوي تعد من المحرمات التي لا يجوز الزواج بها، وتنص المادة 08/30 من ذات المدونة بأنه لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم.

¹³³ والواقع، أن "الحكمة في حل الزواج بالكتابات هو التآلف لهم؛ ليروا حسن معاملة المسلمين وسهولة الشريعة، فالرجل هو القوام على المرأة وصاحب الولاية والسلطان عليها، فإذا أحسن معاملتها كان ذلك دليلا على أن هذا الدين يدعو إلى الإنصاف في المعاملة، وسعة الصدر بين المختلفين في الدين...". انظر، عماد بن عامر، الهجرة إلى بلاد غير المسلمين، حكمها، ضوابطها وتطبيقاتها، دار ابن حزم، بيروت، 2004، ص. 239.

¹³⁴ انظر، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج. 1، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص. 118؛ دا نصر سلمان ود/ سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الفجر للطباعة والنشر، قسنطينة، 2005، ص. 127 وما بعدها.

¹³⁵ راجع بشأن هذه المسألة، فيصل غديرة، زواج المسلمة بغير المسلم، مذكرة في القانون الخاص، تونس 1978؛ F. MACHATT, Disparité de culte et mariage dans les pays du Maghreb, Th. Etat, Tunis, 1976.

المسلم يعتبر زواجا باطلا من أصله¹³⁶. وهذا ما أكدته المحكمة ذاتها في قرار لها بالقول بأن "تزوج مسلمة بغير مسلم يكون زواجا واقعيا معقودا على غير الصيغة القانونية غير معترف به قانونا، موجبا للعقاب"¹³⁷. ولكن أخذ على هذا الموقف أن المحكمة قد أغفلت مراعاة بعض المبادئ العامة للقانون منها مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بين كل المواطنين، وهو مبدأ دستوري، وحرية المرأة في اختيار زوجها دون تمييز على أساس عرقي أو ديني، وهي مبادئ أقرتها اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 ديسمبر 1962 المتعلقة بالرضا بالزواج والسن الأدنى للزواج والتي صادقت عليها الجمهورية التونسية سنة 1967 وهو ما يجعلها تطبق في التراب التونسي وتسمو على التشريع الوطني عملا بالفصل 32 من الدستور التونسي¹³⁸.

ولكن بدلا من تعديل الفصل الخامس من المجلة لجأت وزارة العدل إلى تكريس قاعدة الحظر بإصدارها منشورا مؤرخ في 05 نوفمبر 1973 يطلب من ضباط الحالة المدنية التونسيين الامتناع عن إبرام عقد زواج بين تونسية مسلمة وشخص غير مسلم سواء كان تونسيا أو أجنبيا¹³⁹. وهو ما قرره سابقا المنشور الصادر عن الوزير الأول بتاريخ 19 أكتوبر 1973 تحت عدد 606.

غير أنه أمام هذه النصوص، قضت المحكمة الابتدائية بتونس في حكمها الصادر في 29 جوان 1999 بصحة زواج مسلمة بغير مسلم على أساس أن الموانع المذكورة في الفصل الخامس لا يمكن تفسيرها إلا بالرجوع إلى الفصل 14 من المجلة الذي حدد قائمة الموانع المؤبدة والموانع المؤقتة ولا يدخل من ضمنها زواج المسلمة بغير المسلم، وعززت المحكمة موقفها هذا باتفاقية نيويورك¹⁴⁰ سالفة الذكر¹⁴¹. وتماشيا مع هذا الموقف، جاءت ذات المحكمة مرة أخرى لتؤكد ما تبنته سالفا وذلك بالقول "في أن الانتساب لملة أو لأخرى هو مسألة عقائدية باطنية، الأمر الذي لا يمكن معه اعتبار أن مجرد زواج المرأة بشخص من غير دينها أو معاشرتها له يترتب عنه حتما وبالضرورة خروجها عن دينها واعتناقها ديناً آخر، طالما لم يثبت ممارستها لشعائر دينية مغايرة لدينها"¹⁴².

¹³⁶ انظر، محكمة التعقيب التونسية، قرار مدني، 1966/01/31، عدد 3384، مجلة القضاء والتشريع، 1967، عدد 6، ص. 389.

¹³⁷ انظر، محكمة التعقيب، جزائي، 1973/06/27، نشرية محكمة التعقيب، قسم جزائي، 1973، ص. 21.
¹³⁸ Sur cette question, cons. E. De Lagrange, Le législateur tunisien et ses interprètes, R.T.D., 1968, pp. 11 et s.; S. Bourraoui, La constante inégalité entre les sexes ou l'antinomie entre le droit interne et les conventions internationales, R.T.D., 1983, pp. 425 et s.

الهادي كرو، زواج المسلمة بغير المسلم ومصاغة الدولة التونسية على إتفاقية نيويورك في 10 ديسمبر 1962، المجلة القانونية التونسية، 1971، عدد 2، ص. 11 وما بعدها.

¹³⁹ انظر، محمود حسن، التجربة التونسية في مادة الأحوال الشخصية، المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية، دار البيضاء، 2004، عدد 50، ص. 79.

¹⁴⁰ إتفاقية نيويورك المؤرخة في 2 نوفمبر 1963 والمتعلقة بالرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، وقد صادقت عليها تونس، راجع الزائد الرسمي للجمهورية التونسية بموجب أمر مؤرخ في 4 ماي 1968.

¹⁴¹ المحكمة الابتدائية بتونس، حكم رقم 26855 الصادر في 29 جوان 1999، المجلة القانونية التونسية، 2000، ص. 403، ملاحظات س. بن عاشور.

¹⁴² المحكمة الابتدائية بتونس، 10 مارس 2008، حكم عدد 66229.

وقد تبنت الموقف ذاته محكمة الاستئناف بتونس في قرارها الصادر في 15 جويلية 2008 والتي أكدت فيه بأنه "لا يمكن للمحكمة أن تبحث في عقيدة الأشخاص احتراماً لمعتقداتهم التي هي من أهم مقومات حياتهم الخاصة، ومادام المبدأ هو حرية الإنسان فإن كل تقييد لها يجب أن يكون بنص خاص وصريح. وتأسيساً على ذلك، فإن خلُو مجلة الأحوال الشخصية من كل قاعدة مكرسة للدين كمانع للزواج أو الإرث يدلّ بوضوح على إرادة المشرع إقصاء الموانع"¹⁴³.

وتأكيداً لذات الاتجاه الجديد للقضاء التونسي، صدر عن محكمة التعقيب بتاريخ 5 فبراير 2009 قراراً يعكس موقفها السابق، بحيث قد اعتمدت على عدد من الأسانيد والضوابط القانونية المقتبسة ليس فقط من الدستور التونسي بل كذلك من المعاهدات الدولية التي صادقت عليها الدولة التونسية، وذلك بقوله "أنّ ضمان حرية زواج المرأة على قدم المساواة مع الرجل يمنع من القول بوجود أيّ تأثير لمعتقد المرأة على حريتها في الزواج وبالأثر على حقها في الميراث"¹⁴⁴.

ولتصدي لهذا التذبذب القانوني، تم تسجيل في تونس، ابتداء من 2011 إلى غاية 2017، 6200 حالة اعتناق الديانة الإسلامية¹⁴⁵، ولكن دون إمكانية التأكد من نسبة الحالات المبررة لمشروع الزواج. إذ ترى السيدة مونية بن جمية، رئيسة الجمعية التونسية للنساء الديمقراطيات، أن هذه التحويلات ما هي إلا عبارة عن تحويلات صورية، إجراءات بسيطة بغية الزواج، بل هذه التصرفات ما هي إلا إهانة للإسلام¹⁴⁶. لذلك كان ترحبها كبيراً لما ألغت الدولة التونسية المنشور المؤرخ في 1973/11/05 سالف الذكر، مما أضحى للمرأة التونسية حق اختيار شريك حياتها بغض النظر عن دينه بحكم أن ذلك المنشور أصبح يتناقض مع دستور 2014 وخاصة منه الفصلين 21 و 46، بل مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الدولة التونسية، منها خاصة اتفاقية نيويورك سالف الذكر واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد

¹⁴³ محكمة استئناف، تونس، 2008/07/15، قرار عدد 73928، مقتبس عن عبد الله الأحمد، دراسة قانونية: زواج التونسية المسلمة بغير المسلم في النظام القانوني التونسي، مجلة الشروق، 2017/08/31.

¹⁴⁴ محكمة التعقيب، 2009/02/05، قرار عدد 31115، مقتبس عن عبد الله الأحمد، المرجع ذاته.

¹⁴⁵ وللجدير بالذكر أنه قد صدر منشور عن الوزير الأول بتاريخ 1988/05/14 مسجل تحت عدد 39 أين نص صراحة أن مفتي الجمهورية هو الوحيد المرخص له بتسلم شهادة اعتناق الدين الإسلامي. ورغم وضوح هذا المنشور، جاءت محكمة التعقيب التونسية بالتنصيص في قرار لها أن اعتناق الإسلام هو واقعة قانونية يمكن إثباتها بجميع الوسائل وأن الشهادة التي يسلمها المفتي ليست الوسيلة الوحيدة لإثبات اعتناق الدين الإسلامي. محكمة التعقيب، 2001/01/02، قرار عدد 3396، مقتبس عن عبد الله الأحمد، المرجع ذاته.

¹⁴⁶ Depuis 2011, environ 6 200 conversions ont été enregistrées en Tunisie sans qu'il soit possible de déterminer la proportion de celles-ci motivées par un projet marital. « Il s'agissait de conversion de complaisance, de simples formalités en vue du mariage, dénonce M^{me} Ben Jemia. De telles pratiques étaient insultantes pour l'islam ». Cf. Frédéric Bobin, Les Tunisiennes musulmanes pourront dorénavant se marier avec des non-musulmans, in Le Monde Afrique, https://www.lemonde.fr/afrique/article/2017/09/15/la-tunisie-met-fin-a-l-interdiction-du-mariage-avec-des-non-musulmans_5185969_3212.html, Publié le 15 septembre 2017 à 09h55 - Mis à jour le 15 septembre 2017 à 15h32.

المرأة المؤرخة في 18 ديسمبر 1979، والتي صادقت عليها الجمهورية التونسية بمقتضى القانون المؤرخ في 12 جويلية 1985¹⁴⁷.

ومن الأثر المترتب على التمييز الديني، نجد أيضا أن القانون الجزائري، خلافا للمدونة المغربية¹⁴⁸ وللمجلة التونسية، قد اشترط في الكافل اعتناقه الديانة الإسلامية، حيث نصت المادة 118 من قانون الأسرة على أنه "يشترط أن يكون الكافل مسلما،...". وسدا لهذا الفراغ، نصت المادة 9 من القانون المغربي رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين على أنه تسند كفالة الأطفال الذين صدر حكم بإهمالهم إلى الأشخاص... الآتي ذكرها : 1- الزوجان المسلمان...؛ 2- المرأة المسلمة...¹⁴⁹. وزيادة على ذلك اشترطت المادة 93 من قانون الأسرة في الوصي أن يكون كذلك مسلما.

والجدير بالذكر أيضا، في باب هذه الحرية الدينية، اشترط المشرع المغربي، على النقيض من التشريعين الجزائري والتونسي، في المادة 14 من المدونة على وجوب حضور شاهدين مسلمين في عقد الزواج. غير أن ما نص عليه الفقه الإسلامي في هذا الإطار هو اشتراط الإسلام فيما إذا كان الزوجان مسلمين، وذلك راجعا لأن الشهادة تأخذ حكم الولاية في هذه الحالة ولا ولاية لغير مسلم على مسلم استنادا لقوله سبحانه وتعالى " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"¹⁵⁰. ومن ثم، فإنه اعتمدا بالمصدر الثاني لقانون الأسرة نقول بأن المشرع الجزائري هو الآخر قد اشترط هذا الشرط ضمنيا نظر لدوره الفعال عند إبرام العقد.

وبما أن لهذا العقد، عند المالكية وغيرهم، اعتبارا دينيا فلا بد من أن يكون الولي متحدا في الدين مع المولى عليه¹⁵¹، أي أن يكون من يدين بدين المولى عليه، لأنهما باتحاد الدين تتفق وجهات نظرهما في تقدير المصلحة، ولأن كذلك الولاية في الزواج تتبع الإرث ولا أرث بين المختلفين دينا، ومن ثم ينبغي القول بالأخذ بهذا الموقف الفقهي الإسلامي من قبل المدونة المغربية تنفيذا للمادة 400 منها. وهو ما ينطبق كذلك على الزوجة الجزائرية القاصرة¹⁵²، بحيث فالراشدة قد سمح لها المشرع أن تختار أي شخص أن يكون وليها في زواجها في المادة 11 فقرة أولى من قانون الأسرة. في حين، فالمجلة التونسية قد سمحت للراشدة أن تنفرد بزواجها ولا ولاية عليها في هذا الإطار.

¹⁴⁷ ولكن مهما يكن الأمر، لا زالت آراء الفقه التونسي متضاربة بعضها البعض، حيث يرى أحد شراح مجلة الأحوال التونسية بأنه "لا يمثل إلغاء منشور 73 حسما في اعتبار زواج التونسية المسلمة بغير المسلم صحيحا، حيث يظل دائما الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية الذي يفرض "خلو الزوجين من الموانع الشرعية" مرتكزا قانونيا للرأي المخالف. فرغم وجود إرادة سياسية، عكسها مؤخرا خطاب رئيس البلاد ومن ثم إلغاء وزارة العدل لمنشورها المذكور، فإن المحاكم تتولى تطبيق القانون حسب اجتهاداتها ولا يمكن أن يقع فرض توجه معين عليها ما لم يتم التصريح به وضوحا في نص القانون". فتحي بلعيد، إلغاء منشور يمنع زواج التونسية بغير المسلم.. هل انتهى الجدل فعلا؟ - 2017/09/18 <https://www.ultrasawt.com/%D8%A5%D9%84%D8%BA%D8%A7%D8%A1>

¹⁴⁸ انظر، المادة 237 من المدونة.

¹⁴⁹ انظر، القانون رقم 01-15 الصادر بتنفيذه ظهير 13 يونيو 2002، ج. ر.، 19 أكتوبر 2002، عدد 5031، ص. 2362.

¹⁵⁰ سورة النساء، الآية 141.

¹⁵¹ انظر، د/ محمد بلتاجي، مكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة الصحيحة، دار السلام، القاهرة، 2005، ص. 327 وما بعدها.

¹⁵² بينما ينص الفصل 6 من المجلة على أن "زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي، والأم..."

ويضاف إلى ما قيل أعلاه، بشأن التمييز بسبب الدين الوارد في القوانين الأسرية المغربية هو أن المشرع الجزائري، خلاف للمشرع التونسي قد اشترط في المادة 62 من قانون الأسرة على أن تتم تربية الطفل على دين أبيه، ومن ثم فمادام أنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج مع غير المسلم، فإنه ينبغي على الحاضنة، سواء أكانت مسلمة أم مسيحية أن تقوم بتربية المحضون على الديانة التي يعتنقها أبوه، وإلا ستسقط عنها الحضانة. واكتفى المشرع المغربي بالتنصيص في المادة 173 من المدونة على إدراج ضمن شروط الحاضن "القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايته ديناً...".

بقيت ملاحظة لا بد من الإشارة إليها ونحن في باب هذه الحرية، وهي أن الأمر يبدى في خاصة أحكام الموارث، والتي هي الأخرى تعتبر من النظام العام نظراً لقدسية مصدرها الأصليين المتمثلين في القرآن الكريم والسنة النبوية. فما لا ريب فيه أن موانع الميراث كافة كاعتبار الدين مانعاً من التوارث تعد من كليات النظام الإسلامي في باب الميراث. وفي هذا الإطار قد نصت المادة 332 من المدونة المغربية "لا توارث بين مسلم وغير مسلم..."، علماً أن المشرع الجزائري لم يأت في قانون الأسرة بنص واضح كهذا الذي جاءت به المدونة، ولكن بالرغم من ذلك، وإعمالاً بالمادة 222 من ذات القانون، يرى جمهور الفقه الإسلامي على أن المسلم لا يرث الكافر ولا الكافر المسلم¹⁵³.

وهذا ما أكدته القضاء الجزائري، إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/07/09 بأنه "متى كان من المقرر شرعاً، وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى، أن الشريعة الإسلامية لا تشترط الجنسية في باب الميراث ولكنها تأمر بإثبات التمسك بالدين الإسلامي... إذا ما تبين وأن المطعون ضده مسلم، حيث أنه من جنسية مغربية باعتراف الطاعن مما يحق له شرعاً الحصول على منابه في الميراث من مخلفات المرحومة التي يرثها"¹⁵⁴. وفي قرار آخر، قضت المحكمة العليا بأنه "يجب الميراث لمن كان مسلماً يوم موت المورث ومن أسلم بعد موته فلا حق له في الميراث حسب قول الإمام مالك، وأن القضاء بمنح صفة الوارثة للزوجة الأجنبية التي لم تعتنق الإسلام في حياة زوجها إلا بعد وفاته هو مخالفة للقانون"¹⁵⁵.

ولكن، فمن جانب المجلة التونسية، فالمسألة لازالت مطروحة، حيث اكتفت بالتنصيص في الفصل 88 منها على مانع القتل دون الموانع الأخرى المقتبسة من الشريعة الإسلامية، ولذلك لنا أن نتساءل عما إذا كان الاختلاف في الدين مانعاً من موانع الميراث؟ وللإجابة على هذا التساؤل، قضت محكمة التعقيب أن إكمال النقص الوارد بالفصل 88 من المجلة يتم بالرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي على أساس أن الفقه الإسلامي يشكل مصدراً مادياً أساسياً لمجلة الأحوال الشخصية، ومن ثم فالموانع التي جاءت بها المجلة فهي وردت على سبيل الذكر، ومن ثم فاختلاف الدين يعتبر هو الآخر مانعاً من موانع الميراث.

¹⁵³ ولكن قال بعض فقهاء الصحابة والتابعين، منهم معاذ بن جبل، ومعاوية والحسن... إن اختلاف الدين مانع من أن يرث غير المسلم من المسلم، أما إرث المسلم من غير المسلم فتأبى وغير ممنوع. ولكن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لورود الأحاديث الصحيحة الثابتة به. انظر، بدران أبو العينين بدران، الميراث المقارن بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار المعارف، مصر، 1971، ص. 89-90.

¹⁵⁴ انظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.ن. 1984/07/09، قرار رقم 33509، المجلة القضائية، 1989، عدد 3، ص. 60.

¹⁵⁵ انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.م.، 2001/06/20، ملف رقم 244899، المجلة القضائية، 2003، عدد 1، ص.

إلا أن هذا الموقف، لم تتبناه كعادتها المحكمة الابتدائية بتونس، حيث قضت في حكم لها بأن "إقصاء أرملة مورث أطراف النزاع من جملة الورثة بناء على معتقدها الديني زمن افتتاح التركة يتعارض مع الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية.. الذي حدد موانع الإرث وحصرها في القتل العمد مما يلزم معه عدم التوسع في مجاله عملاً بالفصل 540 من مجلة الالتزامات والعقود"

"وحيث أن منع التمييز لاعتبارات دينية هو من المبادئ التي تؤسس النظام القانوني التونسي سواء من مستلزمات الحرية الدينية كما كرست بالفصل 5 من الدستور وكما وقع تضمينه بالمواد 2، و16، و18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 وفي الفقرة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفي المادة الثانية فقرة أولى من العهد الدولي للحقوق السياسية والتي انخرطت فيها تونس"

"وحيث أن العمل بالدين كمانع من موانع الميراث يؤدي لجعل هذا الحق معقلاً على معتقد الشخص مما قد يؤدي إلى الضغط على حريته في اختيار دينه سعياً وراء ضمان نصيبه في التركة. كما كان العمل بهذا المانع يؤدي بالمحكمة كلما كان نزاع إلى إجبار المتقاضين على التصريح بديانته وهو ما يتعارض مع واجب احترام الشعور الديني وضرورة إبقائه في إيمان باطني للفرد"¹⁵⁶.

ويلاحظ في النهاية أن النصوص القانونية السالفة توحى لنا بكل وضوح أن حرية الديانة في التشريعات المغاربية للأسرة محدودة، فهي تمس فقط حرية اختيار الدين؛ وإذا اختار الشخص الدين الإسلامي، فلا يمكن له أن يتراجع عنه وإلا سيؤثر ذلك على حالته المدنية، كما تأثرت به عند اعتناقه هذا الدين. فحرية العقيدة بمعناها الواسع تبقى إذن لازمة ألائكية فقط¹⁵⁷، وهي حالة لا وجود لها في الدول المغاربية، ذلك ما سنستشفه أيضاً وبغير إبهام من خلال أثر الردة على حقوق الشخص الأسرية¹⁵⁸.

ب.- تأثير حقوق الشخص الأسرية بفعل الردة

أول ما يقدم كبيان لموقف القوانين المغاربية للأسرة هو من جهة المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 400 من المدونة المغربية، ومن جهة أخرى موقف القضاء التونسي بشأن مصادر مجلة الأحوال الشخصية، التي تعد مادة جامعة إذ تحيلنا، كما قدمنا في حالة انتفاء النص التشريعي أو قصوره، إلى مبادئ الشريعة الإسلامية. وعليه، إذا كانت هذه التشريعات تقرر الإحالة إلى الشريعة الإسلامية في حالة

¹⁵⁶ انظر، محكمة تونس، حكم ابتدائي مدني، عدد 7602، 1999/05/18، المجلة القانونية التونسية، 2000، ص. 247، تعليق علي المزغني.

¹⁵⁷ Sur cette question, cons. K. Elgeddawy, Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé, édit. Dalloz, Paris, 1971, pp. 3 et s.; J. Carbonnier, Terre et ciel dans le droit français du mariage, in Mélanges G. Ripert, édit. L.G.D.J., 1950, t. 1, pp. 325 et s.; Ph. Malaurie, Religion et droit international privé français, R.J.P.I.C., 1984, n° 2, pp. 600-602; P. Lampué, Les juridictions françaises devant le droit musulman, R.J.P.I.C., 1984, n° 2, pp. 604-610; I. Fadlallah, Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français, R.C.D.I.P., 1981, pp. 17 st s.; F. Monéger, Les musulmans devant le juge français, R.C.D.I.P., 1994, n° 1, pp. 345 et s.

¹⁵⁸ انظر، تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 85 وما بعدها.

غياب النص التشريعي، فإن هذه الأخيرة، كما قلناه تقر صراحة حرية الديانة في القرآن الكريم في قوله تعالى "لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي" ¹⁵⁹.

غير أن الملفت للانتباه هو أن هذه الحرية، إن كانت مطلقة في بدايتها فتقف بمجرد اعتناق الشخص الديانة الإسلامية بسبب العهد الذي أبرمه عن قناعة ورشد وتبصر مع الله سبحانه وتعالى، إذ يحظر عليه بعد ذلك تغييرها، وإلا فيدخل في طائفة المرتدين ¹⁶⁰، ومن ثم يصبح من الخاسرين في الدنيا والآخرة ¹⁶¹. وفي هذا يقول سبحانه وتعالى "ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون" ¹⁶²، وقوله عز من قائل "من كفر بالله من بعد إيمانه، إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان، ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله، ولهم عذاب عظيم" ¹⁶³؛ وقوله جل جلاله "إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلا" ¹⁶⁴.

وفي الحديث "فالعقاب الدنيوي لهذه الجناية، وهو القتل، فيثبته الفقهاء بحديث يروى عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "من بدل دينه فاقتلوه" ¹⁶⁵. وقال عليه الصلاة والسلام أيضا "لا يحل دم أمري مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحسان، وقتل نفس بغير حق" ¹⁶⁶. وكما أجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجوب قتل المرتد ¹⁶⁷.

وذلك مما دفع أحد الفقهاء إلى القول أن "في بلاد الإسلام، الحرية الدينية لا توجد فعليا إلا لغير المسلم، فالقانون يسمح له أن يحتفظ بعقيدته، بممارستها وأن يستمر في عيش حياته الجماعية والخاصة، دون خشية إكراه معين يجبره على اعتناق الإسلام" ¹⁶⁸. بل في الحقيقة، أن الشريعة الإسلامية لا تقبل أي دين آخر غير الإسلام لقوله عز وجل

¹⁵⁹ انظر، سورة البقرة، الآية 256.

¹⁶⁰ وفي تعريفه للردة، يقول الإمام الكاساني "أن ركنها: إجراء كلمة الكفر على اللسان بعد الإيمان - فالردة عبارة عن الرجوع عن الإيمان". انظر، الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج. 7، ص. 134. للمزيد من التفاصيل، انظر، أحمد رشاد طاحون، المرجع السابق، ص. 258 وما بعدها.

¹⁶¹ "ولذلك تعتبر العقيدة في الدولة الإسلامية من النظام العام فلا يجوز الاعتداء عليها ولا الطعن فيها ولا تجريحها وإعلان معارضتها، فإن ذلك يعتبر تخريبا للمجتمع وتهديبا للدولة وتقويضا للنظام وتفكيكا لروابط المجتمع... ولا تقبل الدولة إعلان الخروج عن العقيدة الإسلامية وتعتبر هذا العمل تمردا على نظام الدولة...، ويسمى هذا الخروج المعلن ردة وارتداد. وجزاء المرتد هو جزاء كل معلن لتهديب نظام دولة وكل داعية للثورة عليها والخروج على نظامها في الدول الملتزمة وهو القتل إذا أعلن ذلك...". انظر، محمد المبارك، نظام الإسلام، الحكم والدولة، دار الفكر، بيروت، 1980، ص. 117.

¹⁶² سورة البقرة، الآية 217.

¹⁶³ سورة النحل، آية 106.

¹⁶⁴ سورة النساء، الآية 136.

¹⁶⁵ رواه ابن ماجه عن ابن عباس. انظر، ابن ماجه القزويني، سنن ابن ماجه، المرجع السابق، ص. 276.

¹⁶⁶ ولحديث معاذ الذي حسنه الحافظ أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لما أرسله إلى اليمن "أيما رجل ارتدى عن الإسلام فادعه، فإن عاد، وإلا فاضرب عنقه، وأيما امرأة ارتدت عن الإسلام فادعها، فإن عادت، وإلا فاضرب عنقها". انظر، السيد سابق، المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 439.

¹⁶⁷ انظر بشأن هذا الاجماع، مسلم، صحيح بشرح النووي، باب أصناف المرتدين، ج. 1، ص. 171-177؛ البخاري، صحيح، باب قتل من أبي قبول الفرائض وما نسبوا إلى الردة، ج. 4، ص. 196.

¹⁶⁸ Cf. E. Rabbath, La théorie des droits de l'homme dans le droit musulman, R.I.D.C., 1959, pp. 682-683.

"ومن يبتغ غير الإسلام ديناً، فلن يقبل منه، وهو في الآخرة من الخاسرين" ¹⁶⁹، وقوله أيضاً "إن الدين عند الله الإسلام" ¹⁷⁰.

وهكذا لا يهم لإعمال هذا الموقف إن كان الشخص ذكراً أم أنثى، بل أنه يفهم منه بجلاء أن الشريعة الإسلامية لا تسمح بالتغييرات المزاجية ¹⁷¹ مهما كان جنس المعني ¹⁷². ولذلك فإن قانون الأسرة لم يبق تجاه هذا الحكم بلا تأثير، بل قيده ولكن بدرجة مختلفة، إذ جعل صراحة التشريع الجزائري من التغيير في العقيدة تغيير في الحالة ¹⁷³.

وقد أظهر القضاء قبل الاستقلال ¹⁷⁴ وبعده، تشبثها بالدين الإسلامي. وهذا يتضح بجلاء من خلال القرار الصادر عن المجلس الأعلى في 09 مارس 1987 الذي قضى فيه بأن "حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا، وخوفاً على العقيدة الإسلامية للبنات، فإن الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر" ¹⁷⁵.

وفي هذا السياق، كان المشرع الجزائري ينص صراحة في المادة 32 من قانون الأسرة قبل تعديلها على أن الزواج يبطل بسبب الردة، أي أن الردة كانت سبباً من أسباب بطلان الزواج. غير أن التعديل الذي أدخله بمقتضى الأمر الصادر في 27 فبراير 2005 ألغى هذه الحالة من البطلان، ولم يدرجها بعد ذلك لا في حالات الفسخ ولا في حالات الطلاق، مما يدفعنا إلى التساؤل عما إذا لازال مشرعنا يرتب على الردة بطلان الزوج، أو الحكم بانحلاله بأية طريقة من الطرق الواردة في الفقه الإسلامي.

ولنا أن نتساءل عما إذا كان ذلك التعديل سيسمح لنا بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة. فالإجابة ممكن أن تكون بالنفي مادام أن المشرع قد ألغى بعدما كان القانون الأصلي ينص عليها. ولكن، بالمقابل لا زال ينص في المادة 138 من ذات القانون على أنه "يمنع من الإرث اللعان والردة". ومن ثم يمكننا التصريح بأنه إذا كانت الردة مانعاً من موانع الميراث فأولى أن تكون مانعاً من موانع الزواج، بل سبباً من أسباب بطلانه أو فسخه إذا طرأت بعد إبرام الزواج.

وأما المشرع المغربي، فمن جانبه قد نص على أن اختلاف الدين في المادة 332 من المدونة واعتبارها مانعاً من موانع الميراث، فأولى أن تكون الردة كذلك. وأن القضاء التونسي تبنى هو الآخر نفس الحكم في انتفاء النص التشريعي نظر للمبادئ التي استقر

¹⁶⁹ سورة آل عمران، الآية 85.

¹⁷⁰ سورة آل عمران، الآية 19.

¹⁷¹ et encore moins comme cause Or, en droit français, le mari ne pourra invoquer, comme cause de divorce, de nullité l'adhésion de sa femme à telle ou telle religion. Par contre, sera débouté de sa demande en divorce, aux torts exclusifs de sa femme, l'époux qui n'établit pas à suffisance que l'adhésion de son épouse aux témoins de Jéhovah, expression de liberté de conscience, ait eu des répercussions néfastes sur la vie de famille, et se soit traduite par des actes fautifs ayant entraînés la dissociation du ménage

¹⁷² Cf. D. Tchouar, op. cit., th. Rennes, 1987, p. 278.

¹⁷³ انظر، المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 57 فقرة 2 من المدونة المغربية.

¹⁷⁴ "Attendu qu'il ne faut perdre de vue que les principes de cette religion ont une portée plus grande dans ses effets que les autres religions; qu'ainsi, s'il est vrai qu'on peut indifféremment adopter telle ou telle religion comme par exemple la religion catholique ou protestante sans que le droit civil ou la nationalité puissent être modifiés, il n'en est pas de même quand on embrasse l'islamisme; cette religion ayant par elle et par ses conséquences une influence directe sur la personne et les droits qu'elle peut revendiquer". Cf. Cour d'Alger, 14/04/1874, R. A., 1874, p. 92.

¹⁷⁵ انظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1987/03/09 ملف رقم 45186، غير منشور، مقتبس عن العربي بلحاج، مبادئ الاجتهاد القضائي...، المرجع السابق، ص. 131-132.

عليها في المسائل الأسرية والمستنبطة من الفقه الإسلامي. وفي هذا المجال، قضت محكمة التعقيب "إن شهادة مفتي الجمهورية في إعلان الزوجة الأجنبية إسلامها لديه ليست حجة على أنها لم تكن مسلمة قبل ذلك.

إذا تمسكت الزوجة الأجنبية بأنها عاشرت زوجها المسلم على دين الإسلام، كان على محكمة الموضوع التحقق من ذلك بجميع الوسائل...بالإضافة إلى أن بقية الورثة لم يعارضوا في إسلام تلك الدولة واستحقاقها للميراث حين إقامة حجة الوفاة الأولى وسكتوا عن ذلك عشرين عاما. وطول مدة سكوتهم تثير الاسترابة في جدية أقوالهم لأنها ترمي لمجرد جلب النفع لأصحابها"¹⁷⁶.

وفي نفس الموضوع، أي موضوع عدم استحقاق الإرث من قبل غير المسلم من تركة المسلم، قضت ذات المحكمة "أن الشهادة التي تصدر عن دار الإفتاء في خصوص اعتناق الإسلام هي تطبيقا لمقتضيات أمر 28 فيفري 1957 مجرد شهادة إدارية تصلح للاحتجاج بها لدى الجهات التي تطلبها، وثبت الإسلام في تاريخ تحريرها ولكنها لا تنفيه عن حررت لفائدته بالنسبة للفترة السابقة عن تحريرها، ولا تعني أيضا أن تاريخ تحريرها هو الحد الفاصل بين الكفر والإيمان لمن حررت لفائدته، وعليه يكون إثبات اعتناق الديانة الإسلامية في تاريخ سابق عن تحرير شهادة دار الإفتاء جائزا بكل الطرق"¹⁷⁷. وكما أكدت هذه المحكمة على أن "تزوج المسلمة بغير المسلم إن وقع لا يوجب ردها إلا إذا اعتنقت دين زوجها غير المسلم"¹⁷⁸.

III.- التحفظات الواردة على بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحرية الديانة والماسة بالحقوق الأسرية

في الحقيقة، أن المصادقة على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان المتمثلة في حرية الديانة من قبل الدول المغاربية لم تتم بصفة مطلقة، بل قدمت بشأنها تحفظات، وأن هذه الأخيرة قد شملت جميع الاتفاقيات، منها خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة¹⁷⁹، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الخ.

وهكذا فالجزائر التي صدقت على الاتفاقية الأولى أبدت تحفظات من شأنها استبعاد التطبيق المحلي لهذه الاتفاقية، علما أن هذه التحفظات استندت جلها إلى الشريعة الإسلامية، بل إلى عدم تماشي أحكام الاتفاقية مع التشريع الوطني الساري المفعول. وعليه، إذا كانت المادة الثانية من الاتفاقية تنص على أن تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة...، وتتعهد بالقيام

¹⁷⁶ انظر، محكمة التعقيب، قرار مدني، 1985/02/13، قرار رقم 10160، مجلة القضاء والتشريع، 1993، عدد 3، ص. 102.

¹⁷⁷ انظر، محكمة التعقيب، 1993/07/14، قرار مدني عدد 8488، مجلة القضاء والتشريع، 1993، عدد 9، ص. 120، تعليق محمد الشريف الحبيب.

¹⁷⁸ انظر، محكمة التعقيب، 1966/01/31، قرار مدني عدد 3384، المجلة القانونية التونسية، 1968، ص. 114.

¹⁷⁹ صادقت على هذه الاتفاقية كل من تونس سنة 1985، والمغرب سنة 1993 والجزائر سنة 1996.

بإدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى، والامتناع عن مباشرة أي عمل تمييزي أو ممارسة تمييزية ضد المرأة، فإن كل من الجزائر والمغرب قد أبدت تحفظا بأكمل هذه المادة، علما أن تونس لم تبد أي تحفظ بشأنها.

وإذا نصت المادة السادسة عشر منها على أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وتضمن في هذا الإطار نفس الحق بين الرجل والمرأة في عقد الزواج وفي اختيار الزوج وكذلك في الولاية والقوامة والوصاية، فإن كل من الجزائر والمغرب قد أبدتا تحفظات على المادة بأكملها، وذلك خلافا لتونس التي أبدت تحفظا فقط بشأن الفقرات (1-ج) و(1-د) و(1-و) و(1-ز) و(1-ح)¹⁸⁰.

ومن زاوية العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية، تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية منه على أن تتعهد كل دولة طرف في هذه العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب... الجنس... أو الدين... أو النسب أو غير ذلك من الأسباب.

وفي نفس السياق، قد أبدت الجزائر تحفظات على المواد 1 و8 و13/4 و14 و23/4 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966، هي المواد المتعلقة ببعض الحقوق الأسرية.

والواقع، أن هذه التحفظات التي أبدتها الدول المغاربية عللتها من حيث أنها تارة تتعارض مع الشريعة الإسلامية وتارة مع تشريعها الوطني، خاصة منه التشريع الأسري الذي أسس العديد من أحكامه على ديانة الشخص¹⁸¹، ومن ثم التمييز بين الرجل والمرأة كعدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم، وجواز للمسلم الزواج بالكتابية.

وبالمقابل جاء في الإعلان الصادر عن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بأن التحفظات على المادة 16 سالفة الذكر، سواء كانت معلة بأسباب وطنية أم دينية...، لا تتماشى مع الاتفاقية، ولذا فهي غير جائزة وينبغي إعادة

¹⁸⁰ ومع العلم قد أعلن مالك المغرب محمد السادس بتاريخ 2008/12/15 بسحب بلاده جميع تحفظاتها السابقة على الاتفاقية الدولية لإلغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة دون قيد أو شرط، وذلك بقوله " تعزيزا لمسار ملاءمة التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية نعلن عن سحب المملكة المغربية للتحفظات المسجلة بشأن الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي أصبحت متجاوزة بفعل التشريعات المتقدمة التي أقرتها بلادنا". انظر، عبدلاوي لخلافه، بنود سيداو الشائكة تنثير مخاوف إسلامي المغرب، إسلام أون لاين، 2008/12/24.

¹⁸¹ وفي هذا الإطار، قد أعلنت الجزائر بأنها على استعدادها لتطبيق أحكام المادة الثانية من معاهدة القضاء على التمييز ضد المرأة شريطة عدم تعارضها مع أحكام قانون الأسرة، وكذا الشأن بالنسبة للفقرة الثانية من المادة 9 منها والفقرة الرابعة من المادة 15 منها والمادة 16 من المعاهدة.

وعبر من جهته المغرب على استعداده لتطبيق المعاهدة بشرط ألا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثم مع النصوص الواردة في مدونة الأسرة.

النظر فيها وتعديلها أو سحبها، لأن الإبقاء عليها سيشكل انتهاكا لمبدأي المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان، ويعوق من ثم نمو المجتمع والأسرة. وفي هذا ترى الأستاذة حفيظة شاكر بأن "هذه التحفظات تبدو من الناحية القانونية منافية لموضوع الاتفاقية ولغرضها لأنها تقيد حقوق النساء وتبقي التمييز القائم على الجنس... فلا يمكن أن نقبل هذه التحفظات التي تعتمد الخصوصيات الثقافية والدينية لتأسيس التمييز ولتقييد عالمية حقوق النساء".

ولعله قد تبين مما تقدم كله أن الحرية الدينية في المسائل الأسرية لها مكانتها الخاصة، بحيث أن التشريعات المغاربية وإن كانت قد أخذت بضابط الجنسية من حيث القانون الواجب التطبيق، إلا أنها لم تتجاهل أن هذه المسألة لها ارتباطا وثيقا بالمجتمع، ومن ثم أخذت في بعض المواضيع بضابط الدين، بل بضابط الدين الإسلامي وعلى أساسه أوردت القاعدة القانونية المنظمة لحالة الأشخاص من حيث الزواج والطلاق والكفالة والوصية والميراث.

ويستخلص من كل ذلك أن هذه الدول ليست لائكية ولا ملحدة، باعتبارها أنها تعترف بحرية العقيدة وممارسة الطقوس الدينية في إطار قانوني، ولكن مع سمو الديانة الإسلامية على جميع الأديان الأخرى باعتبارها ديانة الدولة.

هذا والجدير بالملاحظة أن القوانين المغاربية أحاطت العلاقة الأسرية بالعديد من الضمانات المرتكزة أساسا على المنهج الإسلامي، بل المستنبطة أحكامها من الشريعة الإسلامية، مما دفعهم إلى الإبداء على عدة تحفظات على بعض نصوص الاتفاقيات الدولية، وذلك لرفع من قيمة الإنسان وحتى لا يختلط الحرام بالحلال، وحتى تبقى الخلية الأولى للمجتمع من حيث صيانة حقوق أفرادها اهتمام كل التشريعات العائلية المغاربية.

ثالثا- أحكام الخطبة

I. - الطبيعة القانونية للخطبة :

التكييف القانوني للخطبة يعد من المسائل الحساسة في المجال القانوني، إذ أنه ينبغي التمييز بين مسألتين تختلف الأولى عن الثانية، حيث ينبغي التفرقة بين الخطبة والزواج، إذ أن كل من هذين النظامين يخضعان لأحكام وشروط مختلفة في الأساس بل أكثر من ذلك الأثر الذي يترتب عليه الزواج ليس هو ذاته الذي تترتب عليه الخطبة، الأمر الذي أدى بالفقه والقضاء المقارن إلى ظهور نظريتين في هذا الإطار.

أ- النظرية العقدية:

أمام الفراغ القانوني لجأ القضاء في فرنسا وأيده الفقه إلى اعتبار الخطبة عقد، بمعنى أن النظام القانوني الخاص بالخطبة يركز على نظرية العقد، أي أن المسؤولية في حالة العدول تكون مسؤولية عقدية، مما يترتب عنه أحكام عبء الإثبات تختلف عن النظرية التقصيرية، لكن على الرغم من تكييف

الخطبة على أساس أنها عقد إلا أنها تختلف عن العقود ذات الصبغة المالية التي ينظم أحكامها القانون المدني، حيث لا يمكن أن نتصور في هذه العلاقة تطبيق ما يسمى بالغرامة التهديدية، أي أنه لا يمكن أن نجبر الطرفين إلى إبرام عقد الزواج بالرغم من أن الخطبة ترتب في نظرهم الآثار التي يربتها الزواج منها خاصة موانع الزواج، {المشرع الفرنسي سكت عن تكييف الخطبة مما يستدعي الرجوع للأحكام العامة}.

إلا أن هذه النظرية كانت محل نقد إذ أنه لا يمكن تكييف الخطبة على أساس أنها عقد، إذ أن المسألة تتعلق بين شخصين يريدان من ورائها بقاء العلاقة بينهما على مدى الحياة، وهذا ما لا نجده في العقود المالية إذ أن هذه العقود جُلها مؤقتة تنتهي بانتهاء المدة المقررة والمتفق عليها، وبما أن الزواج له آثار نجدها في العقود الأخرى <هبة، ميراث...>، وهذا الذي أدى إلى ظهور النظرية الثانية في 1830.

ب.- النظرية التقصيرية:

أن الخطبة وعد بالزواج، وقد هجر القضاء الفرنسي ومعه الفقه النظرية السابقة لما كانت ترتبه من أحكام تتناقض تماما مع أحكام الزواج، لذلك ظهرت النظرية القائلة بأن الخطبة وعد بالزواج وأن هذه القواعد تختلف عن الوعد في العقود ذات الصبغة المالية، إذ أن حق العدول فيها مقرر للطرفين حتى ولو لم يتم تسببيه.

وأمام هاتين النظريتين فقد أخذت التشريعات المغربية بالنظرية الثانية بوضوح من خلال النصوص التشريعية المنظمة لأحكام الخطبة، حيث نصت المادة 3 من مجلة الأحوال الشخصية الموريتانية بقولها {الخطبة طلب الزواج والوعد به}، وهذا ما أكدته المادة 4 في شطرها الثاني {...ولكل من الخاطب والمخطوبة الرجوع فيها}، كما نصت المادة 5 من المدونة المغربية {الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج}، وهو ما ذهبت إليه مجلة الأحوال الشخصية

التونسية في الفصل الأول {كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يُقضى به}، وهذا ما أكدته محكمة التعقيب في قرارها لـ 1976/05/05 {مجرد العزم على الزواج لا تأثير له على جريمة الموقعة} وهو ما أكدته ذات المحكمة في قرارها لـ 1992/06/02 {إن الفصل الأول من م.أ.ش.ت لم يرتب عند الخطبة زواجا ولا يقضى بأحكام الزواج بين الخاطبين، فكل من الوعد والمواعدة لا يعتبر زواجا ولا يُقضى به}، وقد تبني المشرع الجزائري هو لآخر هذا الموقف إذ نصّ في المادة 5 من ق.أس {الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة}.

ما هو التكييف القانوني للخطبة المقترنة بقراءة الفاتحة؟

للإجابة على التساؤل نستخلص من التشريعين الموريتاني والتونسي أنهما قد سكتا عن هذه الحالة خلافا لما هو عليه في التشريعين المغربي والجزائري، إذ تنص المادة 3/5 من م.أس.م على أنه {ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة، وما جرت به العادة والعرف} وهو ما كان يعتنقه المشرع الجزائري قبل تعديل 2005 إذ أنه هو الآخر كان يكيف قراءة الفاتحة على أساس أنها خطبة لا زواج، وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري في العديد من قراراته، حيث أن هذا الأخير كان يكيف اقتران الخطبة بالفاتحة على أساس أنها خطبة إذ جاء في القرار الصادر في 1992/03/13 على أن الخطبة مرحلة سابقة على الزواج تمهد له فقط ومن ثم يستوجب على قضاة الموضوع عدم الخلط بين الخطبة والزواج، غير أن هذه المحكمة تراجعت عن موقفها السابق وذلك في العديد من القرارات الصادرة عنها (2000/09/19) حيث جاء في إحدى حيثيات القرار على أنه: {متى كان الزواج العرفي متوفر على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافق للشرع والقانون}، وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري لتعديل المادة 6 في 2005، إذ بعدما كانت تكييف الفاتحة على أساس أنها خطبة فأصبحت في التعديل تكييف اقتران الفاتحة الخطبة في مجلس العقد على أنها زواج متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون، غير أن هذا الموقف الذي تبناه المشرع كان محل نقد لدى بعض الشراح، إذ ذهب البعض إلى القول أن تعديلات 2005 لم تحقق خطوة حقيقية وملموسة في هذا الشأن نحو الحد من ظاهرة الزواج العرفي أو تنظيمه بنصوص تشريعية واضحة تنسجم مع قانون الأسرة وتساير التطور والتحديث الحاصلين في المجتمع الجزائري، ذلك ما يدفعنا إلى القول أن هذا الموقف الفقهي يذهب إلى نقد الزواج العرفي، مما يترتب عليه عدة مشاكل أسرية إذ أن قراءة الفاتحة في

المجتمع الجزائري ما هي إلا زواج عرفي تم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية إذا توافرت كل الأركان والشروط التي جاءت بها المصادر الشرعية.

II.- آثار العدول عن الخطبة:

إذا انتهت الخطبة إلى إبرام عقد الزواج فإن ذلك لا يثير أي إشكال من حيث الخطبة، لكن خلافا لذلك إذا تم العدول عن الخطبة فذلك يثير إشكالات مختلفة منها ما هي مرتبطة بالمهر والأخرى بالتعويض، وفي بعض الحالات بأحكام النسب.

وللإجابة على كل هذه التساؤلات جاءت النصوص التشريعية المغاربية مختلفة، فمهما من نصت على أحكام آثار العدول عن الخطبة من حيث الهدايا والمهر والتعويض كالتشريع المغربي، ومنها من اكتفت بالتنصيص على الهدايا والتعويض كالتشريع الجزائري، ومنها من نصت فقط على الهدايا كالتشريع التونسي، ومنها من أغفلت تماما أحكام هذه المسائل في تشريعاتها كالتشريع الموريتاني، إذ أن هذه الأخيرة اكتفت بالتنصيص على حكم زواج مخطوبة الغير إذا جاء في المادة 4 منها على أنه: {إذا خطب الرجل على خطبة غيره وعقد لم يفسخ} بمعنى أن الخطبة على الغير يقصد به العدول الضمني على الخطبة الأولى فإذا انصرف ذلك للعقد يصبح هذا الأخير صحيحا، وهو ما يتنافى في جزئية منه لما ذهب إليه الفقه المالكي الذي اشترط الدخول في هذه الحالة حتى يتأكد العقد، أما بالنسبة لأحكام الهدايا والمهر والتعويض فينبغي الرجوع في هذه الحالة إلى المادة 311 من المدونة الموريتانية التي تنص على أنه: {يرجع في تفسير مدلولات هذه المدونة عند الإشكال إلى مشهور الإمام مالك}. كل ما لم ينص عليه في هذه المدونة يرجع إلى مشهور الإمام مالك}، وأخذاً بهذا المذهب فإنه ينبغي على المخطوبة أن ترد للخاطب المهر بأكمله، أما من حيث الهدايا فأخذ هذا المذهب بالتفرقة بين العدول من الخاطب والعدول من المخطوبة دون البحث عن المتسبب في العدول، وبالتالي يتم استرجاع الهدايا إذا كان العدول من المخطوبة أو العكس، ما لم يوجد عرف أو شرط يقضي بخلاف ذلك، أما بخصوص التعويض فلم ينص المذهب المالكي عليه.

أما بالنسبة للتشريع التونسي فقد اكتفى بالتنصيص على حكم الهدايا وذلك في الفصل الثاني بقوله: {لكل واحد من الخاطبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها للآخر ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص}.

ويستخلص من هذا النص أنه في حالة ما إذا تم العدول عن الخطبة، أنه ينبغي أن يسترد كل واحد من الخاطبين الهدايا التي قدمها للطرف الآخر شريطة ألا يكون العدول من طرفه أو إذا كان شرط يقضي بخلاف ذلك، وعليه فإن المشرع التونسي لا يبحث عما إذا كان المتسبب في العدول الطرف

العادل أو الطرف الآخر، إذ أنه علق الرجوع على أساس الطرف الذي بادر بالعدول وفيما يتعلق بحكم الهدايا قضت محكم التعقيب لقرارها الصادر في 14/04/1970 على أنه: {كل ما يعتبره العرف جزء من المهر لا يأخذ حكم الهدايا التي يقدمها الخاطب من تلقاء نفسه تودد ومجاملة، وتأسيسا على ذلك يتوجب رد المهر إلى الخاطب}، وقضت كذلك المحكمة ذاتها في قرارها لـ 27/10/1977 على أنه: {إذا تراكن رجل وامرأة على الخطوبة ثم نكلت هذه الأخيرة وجب عليها ارجاع الهدايا أو قيمتها إلى الخاطب.}، وأكّدت في قرارها لـ 10/03/1982 {الهدايا المقدمة إلى الخطيبة لا يستردها الخاطب منها إذا ما نكل عن خطبته، أمّا إذا مات واستحال الزواج بهذه الحديثة الطبيعية، فإن من حق ورثته استرداد تلك الهدايا}.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد نص في المادة 05 المعدلة في الفقرتين 3 و4 على أنه {لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، إن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته}، وعليه نستخلص من هذا النص أن المشرع قد فرق بين العدول الذي يكون صادرا من الخاطب والعدول الصادر عن المخطوبة، بحيث نص صراحة على أنه ينبغي على المخطوبة العادلة أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته، أما إذا كان العدول منه فهو لا يسترد شيئا مما أهداها زيادة على أنه ينبغي أن يرد لها ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، غير أنه ليس من العدل الإسلامي أن نأخذ بعين الاعتبار من حيث حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة صاحب العدول بل كان على المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار في هذا الصدد المتسبب في العدول بصرف النظر عن الشخص الذي صدر عنه العدول".

ما يستخلص مما سبق أن المشرع الجزائري حذا حذو المشرع التونسي من حيث الحكم المتعلق باسترداد الهدايا، إذ أنه هو الآخر لم يبحث عن المتسبب في العدول، وإنما علق الاسترداد على من وقع منه العدول وذلك باستعمال عبارة {...إن كان العدول منه...} في الفقرة الثالثة، والفقرة الرابعة ب {...وإن كان العدول من المخطوبة...}.

أما المدونة المغربية فتتص في المادة 8 على أنه: {لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا ما لم يكون العدول من قبله. ترد الهدايا بعينها أو بقيمتها بحسب الأحوال}.

ومقارنة بين هذا النص والنصوص سالفة الذكر يستخلص أن المشرع المغربي تأثر بما ذهب إليه المشرع التونسي من حيث الصياغة، وكان تأثر

التشريعين السابقين بما ذهب إليه المشرع التونسي من حيث عدم تعليق الهدايا على البحث عن الشخص المتسبب في العدول.

وفي حالة ما إذا قدمت الهدايا من أهل أحد الطرفين فإن حكمها مرتبطاً أولاً بالبحث عما إذا كان هناك عرف أو شرط يقضي بخلاف ما جاءت به النصوص القانونية، وعند انتفاء العرف أو الشرط، ففي هذه الحالة وأمام اختلاف الفقه فإنه من العدالة التي تتميز بها الشريعة الإسلامية ينبغي البحث عن المتسبب في العدول، فإن كان الخاطب فلا ترد له الهدايا حتى ولو كان مقدماً من أهل المخطوبة.

أما فيما يتعلق بالمهر فإن المشرع الجزائري لم ينص على أحكامه في حالة العدول عن الخطبة مما يستوجب تطبيق المادة 222 أي أحكام الشريعة الإسلامية التي ترى بإجماع الفقهاء أنه ينبغي على المخطوبة رد المهر بكامله دون البحث عن المتسبب في العدول بحكم أن المهر هو شرط من شروط عقد الزواج ولا علاقة له بالخطبة التي يمكن أن تتم بدون مهر.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نصت المادة 9 من المدونة على أنه: {إذا قد الخاطب الصداق أو جزء منه وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إذا كان قائماً، وإلا بمثله أو بقيمته يوم تسلمه}، أما الفقرة الثانية {إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حوّل إلى جهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدي فيه}

أما فيما يتعلق بحكم التعويض فجاءت المادة 7 من المدونة المغربية بالتعويض على أن: {مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرر للطرف الآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض}، ونستخلص من النص أن المشرع المغربي قد نص صراحة على حق الطرف المضرور في التعويض في حالة العدول عن الخطبة، لكنه لم يتناقض مع نفسه بحكم أنه نص في المادة 1/5 من المدونة على أن: {الخطبة تواعد...} وفي المادة 6 على أنه: {...ولكل من الطرفين حق العدول عنها}، ومن ثمة فإن حق العدول هو مقرر للخاطب والمخطوبة في آن واحد، ومن ثمة فإنه لا يمكن عقوبة أحدهما بإلزامه تعويض الطرف الآخر في حالة العدول وهذا يستخلص صراحة من الفقرة الأولى من المادة 7 سالفة الذكر.

بينما إذا سببت التصرفات الصادرة عن أحد الطرفين ضرر للطرف الآخر، فإنه يمكن للمضرور المطالبة بالتعويض ومن ثمة فإنه ينبغي على القاضي أن يبحث عن تلك التصرفات الناتجة عنها الأضرار ولا يبحث عن سبب العدول.

وخلافا لذلك جاء المشرع الجزائري ونص في المادة 2/5 ق.أس على أنه: {إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض}، وبهذا النص نرى أن المشرع الجزائري قد ربط المطالبة بالتعويض بالعدول عن الخطبة ولم يعلق ذلك بتصرفات صادرة من أحد الطرفين التي سببت للطرف الآخر ضرر مادي أو معنوي، بمعنى أنه بمجرد العدول للطرف الآخر طلب التعويض.

أما بالنسبة للتشريعين الموريتاني والتونسي فلم ينصا على حكم التعويض في حالة العدول عن الخطبة، غير أنه بحكم المادة 311 من المدونة الموريتانية فإن الفقه المالكي القديم لم ينص على حق الشخص في التعويض في حالة العدول عن الخطبة، ولكن عملا بالنسبة للتشريعين السابقين بالقواعد العامة والمتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، فإنه يمكن للطرف المضرور المطالبة بالتعويض بحكم أن كل من سبب ضررا للغير فإنه يتحمل التعويض في حالة المطالبة به من قبل المضرور.

III.- النسب في حالة الخطبة:

فإن المشرع الجزائري والتونسي والموريتاني لم يشر إلى حكم النسب في حالة الخطبة، إذ أن أي علاقة جنسية بين الطرفين فهي علاقة غير شرعية وما ينتج عنها في حالة الحمل، فإن الطفل يعتبر طفل غير شرعي ينتسب لأمه بدلا لأبيه.

أما التشريع المغربي خلافا للتشريعات نص في المادة 156 من م.أس.م على أنه: {إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، فإنه ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:

● اشتهاار الخطبة بين بين أسرتيهما وموافقة الولي؛

● حمل المخطوبة أثناء الخطبة؛

● إقرار الخاطبين أن الحمل منهما؛

وتتم معاينة هذه الشروط بمحرر قضائي غير قابل للطعن، وفي حالة انكار الخاطب الحمل فيمكن اللجوء لجميع الوسائل الشرعية لإثبات النسب، ويستخلص من هذا النص أن المشرع المغربي خلافا للشريعة الإسلامية قد أقر بإثبات النسب في حالة الخطبة، غير أنه علق ذلك بعدد من الشروط منها خاصة وجود ظروف قاهرة منعت الطرفين من توثيق عقد الزواج، ولكن الغريب في الأمر أن تقدير هذه الشروط من اختصاص القضاء، فإنه ينبغي على القاضي أن يقدر تلك الظروف التي حالت دون توثيق عقد الزواج، الأمر الذي يدفع بالقضاء على وجود أحكام متناقضة ومتضاربة بعضها البعض لأن هذه الظروف قد تأخذ بها محكمة دون الأخرى، أي في الحالة الأولى تثبت

فيها النسب أما الثانية فلا يثبت فيها، ومما يؤكد هذا التناقض والذي يبقى قائما مهما طالت المدة هو ما نص عليه المشرع في الفقرة 5 من المادة 156 التي منعت الطعن بشأن المحرر القضائي، وتطبيقا لهذه المادة 156 على أنه قرر المجلس الأعلى المغربي (محكمة النقض حاليا) في قراره الصادر في 2008/01/16 على أن عدم تحقق المحكمة من توافر شروط المادة 156 واعتمادها فقط على رفض المدعى عليه الخضوع للخبرة الطبية لإثبات النسب، تكون قد جعلت قرارها معرض للنقض}، وفي قرار آخر الصادر في 2007/04/18 على أنه إذا كانت المادة 156 من مدونة الأسرة تجيز لحق نسب حمل المخطوبة للخاطب للشبهة، فإن ذلك رهين باشتهاار الخطبة بين أسرتيهما وإقرار الخطيبين بأن الحمل منهما وثبوت وقوعه أثناء الخطبة، وهو ما لم تقم به محكمة استئناف مراكش، مما يتطلب نقض القرار المطعون فيه}.

رابعاً. - الرضا والأهلية والولاية

I. - ركن الرضا

لقد أولت التشريعات المغاربية اهتماما كبيرا بركن الرضا في عقد الزواج وجاء اهتمامها هذا بناء على أحكام الفقه الإسلامي، إذ أن هناك من يعتبر الرضا المتمثل في الصيغة أو الإيجاب والقبول هو الركن الواحد في عقد الزواج، ومن جانب الاتفاقيات الدولية نرى أن المادة 16 من ميثاق حقوق الإنسان تنص صراحة على أنه: {لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما زواجا كاملا لا إكراه فيه}، ونصت المادة 23 من العهد الدولي للحقوق الاجتماعية والثقافية والسياسية والمادة 10 من العهد الدولي

لحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أنه: {لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين}، وهو ما أكدته المادة 16 من اتفاقية سيداو إذ نصت صراحة على أنه: {للمرأة الحرية في اختيار الزوج وفي عدم الزواج إلا برضاها الحر والكامل} والواقع أن أهمية الرضا في عقد الزواج ومن ثمة أهلية الزواج اتفاقية بأكملها وهي اتفاقية نيويورك المصادق عليها في 1963/11/07 ودخلت حيز التنفيذ في 1964/12/09 وقد نصت في مادتها الأولى على أنه: {لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين كاملا لا إكراه فيه، وبإعرابهما فيه بشخصهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج وبحضور شهود وفقا لأحكام القانون}، وهو ما أخذ به المشروع العربي للقانون الموحد لقانون الأحوال الشخصية إذ نص في المادة 23 منه على أنه: {ينعقد الزواج بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر صادرين عن رضا تام}.

وبناء على هذه النصوص ذهبت كل التشريعات المغاربية إلى أن الرضا ركن أساسي في عقد الزواج حيث نصت المادة 4 من ق.أس في شطرها

الأول على أن: {الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة...}، وهو ما أكدته المادة 9 على أن: {الزواج لا ينعقد إلا بتبادل رضا الزوجين}، وهو ما تمسكت به المدونة المغربية في المادة 10 بقولها: {ينعقد الزواج بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر}، وانتهج المشرع التونسي نفس المنهج بقوله: {لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين}.

يستخلص من كل هذه النصوص أن التشريعات المغربية قد استغنت بنصوص صريحة عن الزواج الجبري أو ما يسمى بزواج الصغار الذي أخذ به جانب من الفقه الإسلامي، وذلك راجع بالأساس أن عقد الزواج هو من نوع خاص، أي أن الاعتبار الشخصي يلعب فيه دورا هاما، وهو ما يدفعنا إلى القول أنه لا يمكن أن يحل محل الرضا أي تصرف آخر وإلا كان العقد باطلا.

والحديث عن الرضا يجرنا إلى القول أن هذه التشريعات قد نصت على كيفية التعبير عن الإرادة، إذ جاء في المادة 10 في شطرها الثاني من م.م.أس.م. على أنه: {يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا شفويين عند الاستطاعة وإلا بالكتابة أو الإشارة المفهومة،

متطابقين في مجلس واحد باتين وغير مقيدين
بأجل أو شرط واقف أو فاسخ}.

المشرع الجزائري هو الآخر نص في المادة
10 على أنه: {يكون الرضا بإيجاب من أحد
الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد
معنى النكاح شرعا}، كما أنه يصح الإيجاب
والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح
لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة، ولكن بالرغم
من أن المشرع الجزائري أصبح لم يفرق فيما
يتعلق بالعاجز عن النطق بين الكتابة
والإشارة وجعلها في مرتبة واحدة، إلا أن
المشرع المغربي خالف هذا الموقف وأعطى
الأولوية للكتابة شريطة أن يكون المقبل على
الزواج عارفا بها وهو ما يستخلص من المادة
2/10 من المدونة.

أمّا المشرع التونسي فلم يبين في المجلة
طرق التعبير عن الإرادة، إذ كان هذا الأخير
مرتبط بالشخص ذاته المقبل على الزواج ومن
ثمة فما علينا إلا الرجوع إلى أحكام الشريعة
الإسلامية التي تتماشى مع الواقع الاجتماعي
التونسي، حيث لا يمكن تطبيق المذهب الشافعي
الذي اشترط أن يكون التعبير عن الإرادة
باللغة العربية، أمّا الجمهور فقد أجاز

التعبير بالكلام أو الكتابة أو الإشارة
المفهومة لأعضاء مجلس العقد.

ويستخلص كذلك من النصوص سالفه الذكر أن
المشرع المغربي كان أفصح بكثير عن
التشريعين الجزائري والتونسي، حيث قد نص
بنص صريح على شروط الإيجاب والقبول خاصة أنه
لا يمكن تعليق عقد الزواج بأجل أو شرط واقف
أو فاسخ، ومن ثمة يدفعنا إلى القول أن هذه
القاعدة عملا بأحكام الشريعة الإسلامية يأخذ
بها التشريعين الجزائري والتونسي، إذ لا
يمكن الاتفاق على تعليق الزواج على شرط
محتمل الوقوع، كاشتراط الزوج على زوجته
إتمام الزواج شريطة أن تترقى في عملها،
وخلافا إلى ما ذهب إليه المشرع الجزائري
فجاء التنصيص في كل من المدونة المغربية
والمجلة التونسية على أنه يجوز الزوا عن
طريق الوكالة حيث نصت المادة 17 م.أس.م:
{يتم عقد الزواج بحضور أطرافه، غير أنه
يمكن التوكيل على إبرامه بإذن من قاضي
الأسرة وفقا لشروط معينة}، ونص الفصل 9 من
م.أ.ش.ت على أنه: {للزوج أو الزوجة أن
يتولوا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلوا من شاء،
وللولي حق التوكيل أيضا}، والفرق بين النص

المغربي والتونسي أن هذا الأخير فتح باب الوكالة على مصرعيه، إذ أنه لم يقيدھا شرط وجود ظروف استثنائية بل يمكن لأحد الزوجين أو كلاهما أن يوكلأ عنهما أي شخص حتى ولو لم يتعذر عليه حضور مجلس العقد، أمّا المشرع المغربي فعلق الوكالة بوجود ظروف خاصة وأن هذه الظروف تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، بحيث لا يمكن للزوج أو الزوجة أن ينفردا بإجراء التوكيل، إذ أنّ المشرع المغربي علق الوكالة على إذن قاضي الأسرة، واشترط فيها أن تكون في ورقة رسمية، وخلافا لما كان معمول به في التشريع الجزائري فقد أجاز المشرع المغربي حتى الوكالة العرفية شريطة المصادقة عليها من طرف المصالح المختصة، أمّا الشرط المتعلق بالأهلية الواجب توافرها في الوكيل فهي قاعدة عامة تنصرف إلى كل التشريعات.

ويشترط في الرضا ألا يشوبه عيبا من عيوبه وأنّ هذه العيوب تنحصر في الغلط والتدليس والإكراه، ولكن ما يؤخذ على التشريع الجزائري أنه قد اعترف بعيب الإكراه في المادة 13 ق.أس وقام بحصره في الولي سواء كان أبا أو غيره، فلا يمكن لهذا الطرف أن

يجبر من هو في ولايته على الزواج والعيب الكبير أن المشرع قام بحصر عيب الإكراه إلا في هذه الحالة المتعلقة بالقاصرة وذلك بقوله: {لا يجوز للولي أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يُزوَّجها بدون موافقتها} فهذا النص يدفعنا إلى التّساؤل عمّا إذا كان يجوز زواج القاصر عن طريق الإكراه؟

أما المشرع التونسي فقد تغافل كلية عن تبين أحكام عيوب الإرادة في عقد الزواج مما دفع جانب من الفقه التونسي على الأخذ بالقواعد العامة الواردة في مجلة الالتزامات والعقود، حيث لا يمكن تطبيق الفصل 21 المتعلق بعيوب الإرادة لأن هذا الأخير قد نص على أحكام الزواج الفاسد بقوله الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل 3 التي تنص على أنه: {لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين}، ومن ثمة ذهب الفقه التونسي إلى الأخذ بالفصل 43 من مجلة الالتزامات والعقود التي نصت على بطلان العقد بسبب إصابته بعيب من عيوب الإرادة.

غير أن المشرع المغربي كان أكثر وضوح ودقة بشأن عيوب الإرادة حيث نص في المادة 12 من المدونة على أنه: {تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و64 بعده، حيث تنص الأولى على إمكانية الشخص الذي أبرم العقد تحت إكراه أو تدليس أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه أو من تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض}، ومن ثمة يكون المشرع المغربي أخذ بعيب من عيوب الإرادة وتجاهل هو الآخر على منوال التشريعين الجزائري و التونسي عيب الغلط.

ومن ثمة لنا أن نتساءل عمّا إذا كان إذا كان هذا الأخير عيب من عيوب الإرادة في الزواج؟

الإجابة على هذا التساؤل تكون بنعم وفي كل التشريعات، إذ أن الغلط أولى أن يكون عيباً من عيوب الإرادة من التدليس.

وخلاصة القول أن عيوب الإرادة من علط وتدليس وإكراهه لها المكانة الكافية في أحكام الزواج وذلك بالرجوع سواء للنصوص الواردة في التشريعات المغاربية أو لآراء

الفقه الإسلامي، وأنّ العقد في هذه الحالة حكمه البطلان النسبي، لأن من خلاله أراد المشرع أن يحمي مصلحة خاصة ومن ثمة لا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه لأنه لا يمس بالنظام العام، والجدير بالملاحظة أنه لا يمكن أن يبقى الزواج مترددا بين الصحة والبطلان مدة طويلة في حالة عيوب، إذ أنه لا يمكن تطبيق القواعد العامة بشأن هذه المسألة على عقد الزواج، إذ أن المدة محددة في القانون المدني بخمس سنوات.

كذلك من المستحسن على التشريعين الجزائري والتونسي أن يحدوا حذو المشرع المغربي من حيث تقادم الدعوى المقدرة بشهرين بدلا من خمس سنوات مما يترتب عليه استقرار العلاقة الزوجية.

كما أن الزواج الصوري حكمه البطلان المطلق في كل التشريعات المغاربية بحكم المادة 9 ق.أس، و10 من م.أس.م، والفصل 3 من م.أش.ت، لأن في هذا النوع من الزواج يكون عدم التطابق بين الإيجاب والقبول من حيث نية الأطراف كالزواج الأبيض.

II. - الإذن بالزواج أو الرخصة القضائية:

ملخص:

الأسرة كنظام اجتماعي قديمة قدم النوع الإنساني نفسه، فإن تكوينها يقوم أساسا على الزواج، ولكن ليست هي مجرد تزاوج الذكر بالأنثى لإنجاب الأطفال، بل، إلى جانب ذلك، فهي مسؤولية اجتماعية تترتب على أعضائها الذين يلتفون حول هدف منفرد هو الراحة النفسية. إذ أن لذلك التزاوج دور أقل مقارنة مع دورهما في رعاية الأطفال وإعدادهم للمستقبل.

وبناء على ما تقدم، إن فعالية وظائف الأسرة لا يمكن تحقيقها إلا بواسطة تنظيم ملائم لأعضائها مع فرض بعض الضوابط عليهم، منها عدم السماح لهم بالزواج إلا إذا كانوا ذو أهلية كاملة. غير أن هذه القاعدة أدخلت عليها التشريعات المغربية استثناء مراده أن القاصر يمكنه إبرام عقد الزواج بعد حصوله على الرخصة القضائية كوسيلة حمائية له، وهذه الأخيرة لا يمنحها القاضي إلا بعد تقديره للمعايير التي أقرتها تلك التشريعات، وإلا اعتبرت الرخصة فاسدة.

الكلمات المفتاحية: زواج، طفل، رخصة، حماية.

Abstract :

The family, being social system as old as human species itself, its composition is based mainly on marriage, but it is not only the man/woman relationship which consists in having children, but above all it is a social responsibility. This means that this relationship has a lesser role than their role in caring for children and preparing them for the future.

On the basis of the above, the effectiveness of family functions can only be achieved by an appropriate organization of its members with certain controls, including allowing them to marry only if they are fully capable. However, this rule contains an exception provided by Maghreb legislation where the minor can marry after having obtained a judicial authorization as a means of protection. The latter is granted by the judge only after having assessed the legally established criteria, otherwise the authorization is invalid.

Keywords: Marriage, child, authorization, protection.

أن مصلحة الأفراد والمجتمع بكامله يقتضيان بعدم تحويل القاصر حق الزواج إلا عند بلوغه سنا معينة مع الأخذ ببعض المعايير التي تبين لنا بوضوح قدرة القاصر على تحمل تكاليف الزواج المادية والمعنوية، هذا كله دفع بالمشرعين المغربيين تحديد المعايير التي ينبغي على القاضي أو الولي أخذها بعين الاعتبار في حالة منح الإذن.

ولذلك، أجازت التشريعات المغربية الزواج للقاصر الذي لم يبلغ بعد السن المقررة قانونا إلا بعد حصوله على الإذن، ومن ثمة يكون المشرعون المغربيون قد أجازوا، حسب الحالة، للقاضي منح تلك الرخصة المقررة بالزواج.

وتماشيا مع ما تم ذكره، فإن هذه الدراسة لها أهمية بالغة بحكم أنها تتعلق بالمصدر الأصلي لتكوين اللبنة الأولى للمجتمع، أي الزواج والأسرة. فإذا كان قاضي شؤون الأسرة له صلاحية منح الإذن، فهل اعترف له القانون بالسلطة التقديرية المطلقة أم قيده ببعض المعايير التي ينبغي أن لا يتجاهلها وقت منحه الإذن؟ وما هو حكم الزواج التام بدون الحماية التي قررها القانون للطفل، أي بدون الرخصة القضائية؟

وللإجابة على هذه الأسئلة، سنتبع المنهج التحليلي المقارن بين التشريعات محل الدراسة. وعليه، فالكلام عن الرخصة القضائية في عقد الزواج يجرنا إلى البحث على التوالي عن طلب الإذن للقاضي المختص بتقدير المعايير الحمائية للطفل (أولا)، ثم عن طبيعته القانونية (ثانيا)، وعن تقدير المعايير الحمائية لمنح الإذن للطفل القاصر (ثالثا)، وأخيرا، عن الجزاء المترتب على عدم احترامها (رابعا).

أولا- طلب الإذن للقاضي المختص بتقدير المعايير الحمائية للطفل القاصر

لقد أجازت التشريعات المغربية الزواج للقاصر الذي لم يبلغ بعد السن المقررة قانونا إلا بعد حصوله على الإذن، ومن ثمة يكون المشرعون المغربيون قد أجازوا، حسب الحالة، للقاضي منح تلك الرخصة المقررة بالزواج، ولكن من هو صاحب الطلب ومن هو القاضي المختص بمنح ذلك الإذن؟

إن طلب الإذن تدبير حمائي وبالتالي فهو تدبير وقائي تدعو إليه ضرورة المحافظة على سلامة الطفل حتى يتقن بتقدير مصلحة هذا الأخير. ويقتضي تقريره في كل ظرف تبدو فيها وكأنها الوسيلة الصالحة للمحافظة على الطفل معنوياً ومادياً.

فإذا تبين بداية لصاحب الحق في طلب الإذن أن في زواج الطفل مصلحة أو ضرورة، الخ، فما عليه إلا أن يرفع ذلك الطلب إلى القاضي. ومقدم الطلب في التشريع المغربي هو النائب الشرعي للطفل¹⁸²، وهو، حسب الترتيب التشريعي، الولي والأم¹⁸³ والوصي والقاضي والمقدم¹⁸⁴، علماً أن المادة 20 من المدونة المغربية سمحت للقاضي منح الإذن "...بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي..."¹⁸⁵، ولكن، رغم ذلك، تبقى الموافقة في ظل هذا التشريع محصورة في نائبه الشرعي استناداً للمادة 21 من المدونة. وهو ما يستخلص من المقرر الصادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة بتاريخ 12 نوفمبر 2007 حيث جاء فيه ما يلي "بناء على الطلب المقدم من طرف القاصرة... والموقع من طرفها ونائبها الشرعي..."¹⁸⁶

بينما ما هو مقرر في التشريع الجزائري أن هذه الصلاحية تعود إلى الولي وهو الأب في غالب الأحيان ولا تشاطره في ذلك الأم من الناحية القانونية البحتة¹⁸⁷. وليس هناك ما يمنع أن يستمع القاضي لأبوي القاصر مع هذا الفارق أن الاستماع لا يقصد به الموافقة، إذ أن هذه الأخيرة تنحصر في الولي وهو أب القاصر، أما الولاية الممنوحة للأم بحكم وفاة الأب أو الطلاق عند إسناد الحضانة لا يمنح لها هذا الحق إذ أنه يشترط فيه الولي أن يكون ذكراً في المسائل المتعلقة بإبرام عقد الزواج¹⁸⁸.

أما في التشريع التونسي وبمقتضى الفصل السادس فقرة أولى من المجلة إن الطلب يقدمه كل من الولي (وهو الأب وجوبا - الفصل 8 منها) والأم.

كذلك نشر إلى استثناء خاص قرر لصالح الطفل القاصر في التشريع المغربي، حيث نصت المادة 21 في فقرتها الثانية على أنه "تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج...". وبهذا يصبح الطفل يشاطر النائب الشرعي في طلب الإذن بالرغم من أنه لا يتمتع بعد بأهلية التقاضي. وقد تقرر هذا الحكم بالنظر إلى المصلحة محل الاعتبار، غير أن هذا الإجراء كان بإمكان المشرع أن يستغني عنه مادام سيعمل أمره بناء على الخبرة الطبية أو إجراء بحث اجتماعي.

¹⁸² المادة 21 فقرة أولى من مدونة الأسرة، كما تنص المادة 230 منها على أنه "يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب: 1- الولي وهو الأب والأم والقاضي؛ 2- الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم؛ 3- المقدم وهو الذي يعينه القضاء". وحددت المادة 231 منها الترتيب لأصحاب النيابة الشرعية، وهم الأب الراشد، ثم الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته، ثم وصي الأب، وصي الأم، القاضي، مقدم القاضي. أما "في حالة وجود قاصر تحت الرعاية الفعلية لشخص أو مؤسسة، يعتبر الشخص أو المؤسسة نائباً شرعياً للقاصر في شؤونه الشخصية ريثما يعين له القاضي مقدماً" (المادة 232 من المدونة).

¹⁸³ وأن السر من هذه الصلاحية للأم ترجع إلى أن المشرع التونسي يرى من ورائها تطبيق مبدأ المساواة بين الوالدين تطبيقاً سليماً ويخدم الأسرة أكثر من حيث تفسير شؤنها. مصطفى بن جعفر، حماية الأم في تونس في التشريع والقضاء، مجلة القضاء والتشريع، تونس، عدد 8، 1995، ص. 25.

¹⁸⁴ عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأسرة والأحوال الشخصية، مطبعة المعارف، دار البيضاء، المغرب، ط. 2، ج. 1، ص. 65.

¹⁸⁵ سعيد النقوب، زواج القاصر في النظام القانوني المغربي، رسالة ماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2009-2010، ص. 43-47؛ محمد الشنوي، الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق الزواج، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط. 1، 2004، ص. 147 وما بعدها؛ عبد اللطيف الدراز، الحماية القضائية لمصلحة القاصر في مدونة الأسرة، رسالة ماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد بن عبد الله، فاس، 2017-2018، ص. 14.

¹⁸⁶ المحكمة الابتدائية بوجدة، 2007/11/12، ملف رقم 535، مقرر رقم 515، عن إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، 2009، ج. 1، الزواج وانحلال ميثاق الزوجية، ص. 41.

¹⁸⁷ المادة 87 فقرة أولى من قانون الأسرة.

¹⁸⁸ طبقاً لما هو مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية تنفيذاً للمادة 222 من قانون الأسرة

لذلك، ظهر للتشريعين الجزائري والتونسي بأن هذا الإجراء لا أهمية له عمليا بالنسبة للحالة التي نحن بصدها الآن، إذ قد اكتفيا بالطلب الذي يقدمه المختص قانونا وهو، كما تقدم، الأب في التشريع الجزائري والولي الشرعي والأم في التشريع التونسي. وهذا لا يعني به أن القاضي أصبح مقيدا بما تقررره الخبرة الطبية أو غيرها، بل له واسع النظر في كل ما يعرض عليه، إذ هو صاحب القرار الأخير.

كذلك نشر في ذات السياق إلى حالة استثنائية أخرى تقررت في القانون المغربي، إذ نصت المادة أعلاه في الشطر الثاني من الفقرة الثانية على أنه "إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع". بمعنى أنه يجوز للقاصر في هذه الحالة أن يرفع أمره إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج ليبت في النزاع.

ومن مراجعة مقررات حديثة نسبيا للقضاء المغربي يتضح أن فيها ما يفصح عن تطبيق لرفع الطلب من قبل القاصر. ففي مقرر صادر بتاريخ 2007/11/21 ومتعلق بقاصرة لها من العمر خمس عشر سنة، فرأت ابتدائية وجدة أنه "بناء على الطلب المقدم من طرف القاصرة س.ن.ب.ب.المزدادة بتاريخ 1992/08/31 والموقع من طرفها ونائبها الشرعي (أو غير الموقع من طرف النائب الشرعي بسبب امتناعه) والذي يلتمس فيه الإذن بالزواج..."¹⁸⁹.

وقد أتى المشرع التونسي بنص مماثلا نسبيا لنص المادة 21 من المدونة بقصد عدم حرمان القاصر من الزواج تقتضيه مصلحته، وذلك بالتنصيص على أنه "وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي..."¹⁹⁰. ففي هذه الحالة، يجوز للولي الشرعي للقاصر طلب الإذن في حالة امتناع الأم¹⁹⁰، وبالمقابل يجوز للأم طلب الإذن في حالة امتناع الولي.

ولكن الإشكالية تثار في حالة امتناع كل من الولي الشرعي والأم، ففي هذه الحالة من الواجب أن يتقدم على القاصر شخص يتمتع بأهلية التقاضي. غير أن الفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية نص على حالة استثنائية متعلقة بالمسألة الإستعجالية، إذ "يمكن قبول القيام من طرف القاصر المميز إذا كان هناك خطر ملم". ولا ريب أن لهذا الحكم ما يبرره. فترك هذا القاصر وشأنه فيه خطر على مصلحته ومصلحة الأسرة، إذ يؤدي ذلك الخطر إلى تفاقم النزاع بينه وبين وليه وأمه، ولذلك من اللازم اعتبار أن هذه الحالة تكسي ظرفا استعجالا بسبب الخلاف حول زواج القاصر، مما يجعل الفصل 19 أعلاه قابلا للتطبيق بالمسألة التي نحن بصدها¹⁹¹. ويظهر هنا ضروريا أن يستمع القاضي إلى القاصر مما سيسمح له تقدير المعايير التشريعية تقديرا سليما.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، كانت المادة 12 من قانون الأسرة قبل إلغائها تنص على أنه "للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت"، والمقصود بالبكر في هذا النص الفتيات التي لم يسبق لها الزواج، سواء كانت رشيدة أم قاصرة، ورغم ذلك يسري هذا الحكم حتى بالنسبة للفتى القاصر. وقد يترأى أن منع تقدم الطلب من قبل الولي هو مما يبعث على القيام شخصيا بذلك الإجراء، وذلك خلافا للقواعد العامة الإجرائية التي تشترط أهلية التقاضي. ولكن هذا الإجراء ليس الغالب اجتهادا. وهو نفسه قد يحتمل في جوهره إقرار النزاع بين الطفل ووليّه. وقد يواجه، في مظاهر من أعماله، إلى التفكك الأسري ما دام الولي غير راضي بذلك الزواج ومادام أنه يجعل، رغم ذلك، تحقيق من توافر مصلحة الطفل من عدمها.

من الرجوع إلى اجتهاد المحكمة العليا الجزائرية بهذا الخصوص يتبين أنه كان من جانبه قد تبني الحل المبني على المصلحة البحتة للمقبل على الزواج في قضية تتلخص وقائعها أين الولي الشرعي رفض أن يبدي موافقته على تزويج بنته، فرفعت هذه الأخيرة أمرها إلى القضاء، حيث قضت في

¹⁸⁹ المحكمة الابتدائية بوجدة، 2007/11/12، مقرر رقم 515، مقرر رقم 515، عن إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، ج. 1 الزواج وانحلال ميثاق الزوجية، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، المغرب، ط. أولى، 2009، ص. 41.

¹⁹⁰ الأم ومن جانب الفقه " أن هذه الإضافة عقدت الأمر في مادة الأذن الخاصة بالزواج من الناحية الفقهية والتطبيقية رغم ما تحتويه من تثبيت لفكرة مؤسسة الأسرة". البشير زركونة، خواطر قراءة أولى للفصل السادس من م.أ.ش، شؤون قضائية، تونس، عدد 3، نوفمبر 1993، ص. 30.

¹⁹¹ محمد الحبيب الشريف، الإذن القضائي بالزواج، دار الميزان للنشر، حمام سوسة، تونس، 2000، ص. 34.

قرارها الصادر في 30 مارس 1993 بأنه "من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون..

ومتى تبين، في قضية الحال، أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"¹⁹².

وتسري هذه الأحكام بالنسبة للذكور والإناث على حد سواء، إذ أن كل تذكير في القانون يشمل التأنيت ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك وهذه القرينة منتفية في هذه الحالة.

والحق أن السماح للقاصر تقديم الطلب والسماع له في التشريعات المغاربية يتمشى مع ما قرره المادة 12 من اتفاقية حقوق الطفل¹⁹³ بالتنصيص على أنه "1- تكفل الدول الأطراف في هذه الاتفاقية للطفل القادر على تكوين آرائه الخاصة حق التعبير عن تلك الآراء بحرية في جميع المسائل التي تمس الطفل، وتولي آراء الطفل الاعتبار الواجب وفقاً لسن الطفل ونضجته"، علماً أن هذه الاتفاقية تحدد نهاية سن الطفولة بـ 18 سنة¹⁹⁴.

وهذا ما أكدته فعلاً التشريعات الوطنية، حيث نصت المادة 3 من قانون حقوق الطفل الجزائري لسنة 2015¹⁹⁵ على أنه يتمتع كل طفل، دون تمييز يرجع إلى... الجنس...، بجميع الحقوق التي نصت عليها اتفاقية حقوق الطفل، وغيرها من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة المصدق عليها...، وتضيف المادة 8 منه "للطفل الحق في التعبير عن آرائه بحرية وفقاً لسنه ودرجة نضجه. في إطار احترام القانون والنظام العام...".

كما ينص الفصل 10 في فقرته الأولى من مجلة حماية الطفل التونسية¹⁹⁶ على أنه "تكفل هذه المجلة للطفل حق التعبير على آرائه بحرية وتؤخذ هذه الآراء بما تستحق من الاعتبار وفقاً لسن الطفل ودرجة نضجه"، وتضيف الفقرة الثانية منه على أنه "ولهذا الغرض تتاح للطفل بوجه خاص الفرصة للإفصاح عن آرائه وتشريكه في الإجراءات القضائية وفي التدابير الاجتماعية والتعليمية الخاصة بوضعه".

هذا فيما يتعلق بصاحب الحق في تقديم الطلب، وزيادة على ذلك سنحاول في النقطة الموالية البحث عن المحكمة المختصة في منح الإذن بالزواج، أي المحكمة الابتدائية، أم محكمة الناحية، وأي قاضي يرجع له ذلك الاختصاص، قاضي قسم شؤون الأسرة أم رئيس المحكمة؟

للإجابة عن هذه التساؤلات، ينص قانون الأسرة في المادة 7 منه على أنه "...وللقاضي أن يرخّص قبل ذلك بالزواج..."¹⁹⁷، وهو النص ذاته الذي جاء به الفصل 5 من المجلة بقولها "...وإبرام

¹⁹² محكمة عليا، غ.أ.ش.م.، 1993/03/30، ملف رقم 90468، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص. 47.

¹⁹³ وقد صادقت تونس على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون عدد 92 لسنة 1991 المؤرخ في 1991/11/29 المتعلق بنشر اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل. راجع الأمر عدد 1865 لسنة 1991 المؤرخ في 1991/10/10، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 1991/10/10، ص. 1658؛ وصادق عليها المغرب بموجب الظهير 34-493 المؤرخ في 1993/06/14، وصادقت عليها الجزائر بالمرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 1992/12/19، ج.ر.ج.ج. عدد 91، 1992/12/23.

¹⁹⁴ المادة 2 فقرة 1 من قانون حقوق الطفل الجزائري، والفصل الثالث من مجلة حماية الطفل التونسية، والمادة 162 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، والمادة 209 من مدونة الأسرة المغربية.

¹⁹⁵ قانون رقم 15-12 مؤرخ في 2015/07/15، يتعلق بحماية الطفل، ج.ر.ج.ج. عدد 19 مؤرخة في 2015/07/19، ص. 4.

¹⁹⁶ قانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في 1995/11/09 يتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل، عدد الرائد الرسمي 90، بتاريخ 1995/11/10، ص. 2095.

¹⁹⁷ وبهذا الخصوص تجب الملاحظة أن هذه السلطة كانت تمنح بمقتضى الأمر الصادر في 1959/02/04 إلى رئيس محكمة المرافعة الكبرى، أما قانون 1963/06/29 كان يمنحها لرئيس المحكمة ولكن بعد استشارة وكيل الجمهورية. أما في فرنسا، وبمقتضى قانون 1970/12/23 أصبح وكيل الدولة الموجود بالمكان الذي سيبرم فيه الزواج هو المختص إقليمياً لمنح الإذن الذي نحن بصدد هنا، بعدما كان الأمر قبل ذلك يرجع إلى رئيس الدولة.

الزواج دون السن المقررة يتوقف على إذن خاص من الحاكم". وفي نفس السياق، نصت المادة 20 من المدونة المغربية على أنه "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليها في المادة 19 أعلاه". غير أن المشرع الموريتاني قد خرج عن هذه القاعدة حيث استغنى في هذا المجال عن الإذن القضائي باعترافه للولي حق منح الإذن بحكم المادة 6 فقرة أولى من المدونة التي تنص صراحة على أنه "يصح لولي ناقص الأهلية أن يزوجه...".

ومن خلال النصوص سالفة الذكر، نتشف أن النص الوارد في التشريع المغربي يتسم بالوضوح فيما يتعلق بالقاضي المختص بمنح الرخصة، وذلك بجعله هذا الاختصاص لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، وحسن ما فعل إذ أن هذا الأخير، بحكم إطلاعه يوميا على جميع المسائل الأسرية، يكون قد اكتسب بموجبها الخبرة الكافية بمنح الإذن من عدمه. أما التشريع الجزائري، اكتفى في المادة 7 من قانون الأسرة باستعماله مصطلح "وللقاضي" دون تحديد القاضي المختص في هذا المجال، وهو قاضي قسم شؤون الأسرة أم رئيس المحكمة، ولكن سدا لهذا النقص التشريعي جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية ونص صراحة على أن القاضي المختص هو قاضي قسم شؤون الأسرة (المواد 424-426).

غير أن المجال التطبيقي يوحي لنا سيطرة رئيس المحكمة على هذه الصلاحية وهذا يظهر بجلاء سواء على مما صدرت من تراخيص من محكمة بني صاف بالجزائر، أو من جميع المحاكم التابعة لمجلس قضاء تلمسان. وما يلاحظ أن هذا التصرف ليس في صالح طالب الإذن بالزواج، ولا في صالح الأسرة خاصة والمجتمع عامة بحكم أن رئيس المحكمة يمكن أن لا تكون له دراية كافية بالمسائل المتعلقة بشؤون الأسرة بسبب عدم توليه كقاضي قسم شؤون الأسرة.

وفي نفس السياق، نص المشرع التونسي صراحة، كما تقدم، على أن هذا الإذن يكون صادرا من الحاكم، ولنا أن نتساءل: ما المقصود بالحاكم؟ هل يتعلق بالحاكم الفردي، أم برئيس المحكمة الابتدائية؟ وهل الاختصاص يعد لحاكم الناحية في هذا المجال؟

الإجابة من حيث الواقع تكون بنعم فيما يتعلق بحاكم الناحية، إذ يسهل على القائمين بمكان لا توجد به المحكمة الابتدائية اللجوء إلى محكمة الناحية، وزيادة على ذلك، فمن الناحية القانونية لا يوجد مانع من حيث منح الاختصاص لمحكمة الناحية بحكم أن المشرع منح لها اختصاصات أخرى أكثر أهمية من منح الإذن، منها خاصة مادة التبنّي بمقتضى الفصل 13 من القانون رقم 58-27 الصادر في 1958/03/04.

ولكن بالرغم من هذه النصوص إلا أنه جرى العمل على إسناد الاختصاص في موضوع الإذن بالزواج إلى رئيس المحكمة الابتدائية وهذا ما جرى به العمل القضائي. وقد جاء في قرار لمحكمة التعقيب بأنه "تتعرض محكمة التعقيب إلى الإذن بالزواج الممنوح من طرف رئيس المحكمة الابتدائية"¹⁹⁸، ويفهم من هذه الصياغة، حسب جانب من الفقه التونسي "أن مسألة الاختصاص في هذا الشأن لا تثير أي إشكال في فقه القضاء"، غير أنه يضيف قائلا، "وقد كان أولى بالمشرع عند إدخاله تنقيح جويلية 1993 على م.أ.ش. وإحداث خطة قاضي الأسرة أن يسند الاختصاص بالنظر في هذه المسألة إلى هذا القاضي المتخصص توفيراً لأكبر حظوظ التوفيق في اتخاذ القرار، وتكريسا لسياسة التخصص القضائي عامة، وفي المسائل العائلية بالأخص"¹⁹⁹، بحكم أنه من المفروض أن تكوين الأسرة على أحسن ما يرام تبدأ العناية بصيانتها من قبل القاضي المختص في منح الإذن بالزواج²⁰⁰.

وتبقى الملاحظة على سبيل المقارنة، أنه إذا كانت المدونة المغربية قد اتسمت بطابع الشمول في تطبيقها على الاختصاص المحلي للمحكمة دون تمييز فيها أو تصنيف، وذلك أن المادة 65 منها فتحت الباب على مصراعيه بشأن توثيق عقد الزواج بحيث لم تقيّد المقبلين عليه بتقديم طلب الإذن به لدى قسم محدد من أقسام قضاء الأسرة المغربية، فإن المادة 426 فقرة 7 من قانون الإجراءات المدنية

¹⁹⁸ محكمة التعقيب، 1986/03/03، قرار عدد 13437، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، 1986، ج. 1، ص.

147.

¹⁹⁹ محمد الحبيب الشريف، المرجع السابق، ص. 39.

²⁰⁰ البشير زركونين المرجع السابق، ص. 32.

والإدارية الجزائري ارتسمت في إطار الحصر بتعيينها مكان قسم شؤون الأسرة لدى المحكمة المختصة، فكان ما عينته مقتصرًا على مكان طالب الترخيص.

ومثل هذا الموقف التشريعي المغربي لا تستسيغها القواعد التي تنظم الاختصاص بدقة غير مبهمة أو التي تستوحي العدالة وروحها²⁰¹، بحيث أن طالب الإذن، القاصر أو النائب الشرعي، بإمكانه، بناء على تمتعه بالحرية المطلقة، له أن يتجول في حالة الرفض بين قسم قضاء الأسرة التابع له محليا وبين القسم ذاته لدى محاكم أخرى مرنة في منح الأذن بالزواج، مما ينجم عنه في الوقت ذاته "التضارب في المقررات القضائية، والمساس بمصداقية القضاء"²⁰²، أي المساس بالأمن القانوني نتيجة لخرق الأمن القضائي.

ثانياً.- الطبيعة القانونية للإذن القضائي بزواج القاصر

وللإشارة إذا كانت للقضاء وظيفتين أساسيتين²⁰³، الأولى أمرية، أي ولائية والثانية قضائية، ومن ثم، عندما يرفع طلب الإذن إلى القضاء المختص، فهل يرفع إليه لينظر فيه بفعل وظيفته الأميرية أو القضائية؟

إذا قلنا أن طلب الإذن من طلبات الخصومة، فإنه ينبغي أن يفصله القضاء بفعل سلطته القضائية وليس بفعل سلطته الأميرية. غير أن هذه الفرضية لا تستقيم قانوناً فطلب الإذن لا يندرج ضمن طلبات الخصومة، ومن ثم فيقدم الطلب إلى القاضي بعريضة ويفصل فيه بفعل سلطته الأميرية أي بأمر على العريضة.

ولا ريب أن ذلك يتمشى تماماً مع ما سبق أن قلناه، حيث يتبين من النصوص المغربية السالفة أن سلطة القاضي تكيف في هذه الحالة بالطبيعة الولائية للإذن القضائي، وذلك عند تقديره لمصلحة القاصر والأسرة والمجتمع في آن واحد، و"يقرر ما يراه بكل تجرد وموضوعية، وكأنه ولي يبحث عن مصلحة منظورة"²⁰⁴. وهذا ما أكدته محكمة التعقيب التونسية، حيث جاء في قرارها الصادر في 03 مارس 1986 بأن "أ. الإذن بالزواج الممنوح من طرف رئيس المحكمة الابتدائية هو عمل ولائي ينقلب إلى عمل قضائي في صورة إذا وقع الرجوع فيه ممن يهمل الأمر حسب مقتضيات الفصل 219 م.م.ت، الذي أوجب التعليل خاصة عند الرجوع في الإذن"²⁰⁵.

ومع ذلك قد يثار الجدل والنقاش في تلك القوانين بخصوص النزاع القائم، حسب الحالة، بين القاصر ووليّه والأم، فهل في هذه الحالة تكيف سلطة القاضي على أنها عمل قضائي أم ولائي؟ للإجابة على هذا التساؤل، قد تضاربت الآراء الفقهية بشأنه²⁰⁶، حيث ارتأى أنصار الاتجاه الأول بأنه في حالة النزاع القائم بين القاصر ومن له حق الموافقة/ أو المشاطرة على طلب الإذن، فيكون القاصر بمثابة القاصر الذي لا ولي له، مما يسمح للقاضي أن يكون ولياً عليه، وبهذه الصفة سيحسم ذلك النزاع، ومن ثم كيف تصرفه هذا على أنه عمل ولائي.

غير أن الاتجاه الثاني لم يقر هذا التفسير إذ يرى أن فض النزاع، محل الاعتبار، أساسه تقدير لمصالح معتبرة بين مصلحة القاصر ومصلحة الأسرة ومصلحة المجتمع، ولذلك يكتسي عمل القاضي طابعاً نزاعياً، وبالتالي فالإذن الممنوح يكيف على أنه إذن قضائي.

²⁰¹ وهناك من الفقه المغربي من يرى عكس ذلك من حيث أن السر في التنصيص القانوني هذا يكمن في منح الخيار للطرفين القسم الراغبين في توثيق زواجهما عنده بدون أي عناء، الحسن بن دالي، المرشد العملي والقانوني لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، دراسة عملية وقانونية، 2013، ص.4.

²⁰² عبد الواحد الركيلي، محددات منح الإذن القضائي بزواج القاصر على ضوء التشريع المغربي، <http://C:/Users/pcpc/AppData/Local/Temp/محددات منح الإذن القضائي بزواج القاصر في ضوء التشريع المغربي.htm> بتاريخ 2020/09/08، بتاريخ 2020/09/08.

²⁰³ وذلك، إلى جانب وظيفته الرجائية والسلطات الرئاسية.

²⁰⁴ محمد الحبيب الشريف، المرجع السابق، ص.48.

²⁰⁵ محكمة التعقيب، قسم مدني، 1986/03/03، نشرية محكمة التعقيب، تونس، 1986، ج.1، ص.147.

²⁰⁶ محمد الحبيب الشريف، المرجع السابق، ص.49-50.

أما الاتجاه الثالث كيف الإذن القضائي على أنه عمل ولائي من نوع خاص، وحقته في ذلك أن سلطة القاضي هنا مبناها تحقيق مصلحة القاصر مما يفي أن الخلاف مناطه إقامة مصالح متضاربة، وأن القاضي باستعماله في هذا السياق ولايته العامة التي تبرز عن ولاية الولي الشرعي"، سيفض النزاع بناء على ما قررته النصوص القانونية.

ونحن وإن كنا نقر أنصار الاتجاه الثاني على تفسيرهم من حيث أن تصرف القاضي وكيف على أنه عمل قضائي بسبب قيامه بحسم الخلاف، إلا أننا لا نستطيع مجاراته في النتيجة التي توصل إليها، فمثل هذا التصرف لا يمكن أن يكون بحسب التشريع الراهن إلا تصرف ولائي. نعم، نحن، لا ننكر أن مصلحة القاصر ومصلحة المجتمع تقتضيان بأن يتجلى دور القاضي في البحث "على مصلحة القاصر بما لا يتعارض والمصلحة العامة للمجتمع". ولكن، لا يمكن أن يكيف على أنه إذنا قضائيا بناء على المبادئ العامة بل بنص صريح يضع الأمور في نصابها.

غير أنه يجب أن نلفت النظر في هذا الإطار إلى قابلية الطعن من عدمها في الأمر الصادر عن القاضي.

قد نظم هذه الإشكالية التشريع التونسي والمغربي، فقد جاء في الفصل السادس في فقرته الثانية من المجلة على أنه "والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه"، وقد سارت المدونة المغربية على عين الحكم، فنصت هي الأخرى في المادة 20 فقرة 2 بأن "مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن".

لم يفصح التشريع الأسري الجزائري عن ذلك الحكم، ولكن، بدهى أنه يجب هنا الرجوع إلى المبادئ العامة لمعرفة مدى قابلية الطعن في الإذن بزواج القاصر. وعلى كل حال، فإن الأمر الصادر عن القاضي بزواج القاصر مادام أنه أمر ولائي فلا يقبل لأي طعن. وخلافا لذلك، اكتفى المشرع الموريتاني بالتنصيص على في المادة السابعة من المدونة على أنه "إذا زوج الولي ناقص الأهلية دون مراعاة - مصلحة هذا الأخير، فإن الزواج يقع صحيحا" وبمفهوم المخالفة أن هذا الزواج غير قابل للطعن فيه بطلب إبطاله قضائيا، وكل ما في الأمر أن الولي يتعرض لعقوبات جزائية إذا تم الزواج مراعاة لمحض مصلحته.

والحق أن صياغة هذا الحكم في كل من تونس والمغرب والجزائر إنما ينطوي على المنطق المتماشي مع الأحكام الإجرائية العامة، ولكن ما الحكم لو أقر القاضي بعدم جواز منح الإذن بزواج القاصر، هل يجوز الطعن فيه؟

ويمكن القول إنه توجد في هذا الشأن آراء فقهية متضاربة بعضها البعض، رأي يبيح الطعن في حالة الرفض، والآخر يرفضه، ولكل واحد منهما دلائله. أما الرأي الأول فمبناه أن مقرر القاضي يعتبر أمر ولائي محض، بصرف النظر عن محتواه، الرفض أم قبول منح الإذن، ومن ثم فهو غير قابل للطعن بأي وجه²⁰⁷.

أما الرأي الثاني، خلافا لذلك، تبين له أن المشرع قد حدد الحالة التي لا يجوز فيها الطعن، وهي حالة منح الإذن بزواج القاصر، وبالتالي، وبمفهوم المخالفة، فإنه يجوز الطعن في حالة الرفض أمام محكمة الاستئناف. وهو ما تمسك به الأستاذ محمد الكشور بقوله "وإذا كان مقرر الموافقة على طلب الإذن بزواج القاصر أو القاصرة لا يقبل أي طعن، فمفهوم المخالفة لهذا الحكم التشريعي يقضي بأن مقرر الرفض يقبل ذلك الطعن أمام المحكمة الأعلى درجة، وهذه قاعدة سائدة في المجال الولائي عموما ومجال الأوامر المبنية على طلب، خصوصا (الفصل 148 من ق.م.م.)"²⁰⁸. وذلك راجع إلى أن الحكم بحق الطعن يعد وسيلة قانونية للدفع الضرر وجلب المنفعة، حيث يحق الطعن في المقرر من ذي مصلحة والذي غالبا ما يكون النائب الشرعي سواء أكان وليا أو وصيا في حالة عدم قبوله الزواج والموافقة عليه...، ثم من طرف النيابة باعتبارها طرفا أصليا في جميع قضائي شؤون

²⁰⁷ العربي المتقي، زواج القاصر بين القاعدة والاستثناء، ندوة حلقات دراسية حول مدونة الأسرة ودور الوساطة، الحلقة الدراسية الجهوية المنظمة من قبا وزارة العدل بطنجة، 2008، ص. 8 وما يليها.

²⁰⁸ محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 1، الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2015، ص. 263.

الأسرة²⁰⁹. ويكون الطعن بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف المختصة في حدود خمس عشر يوما من تاريخ تبليغ المقرر تنفيذا لما نص عليه الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية المغربية²¹⁰. فإذا كان قاضي شؤون الأسرة له صلاحية منح الإذن، فهل اعترف له القانون بالسلطة التقديرية المطلقة أم قيده ببعض المعايير التي ينبغي أن لا يتجاهلها؟

ثالثا- تقدير المعايير التشريعية لمنح الإذن بين الحماية النسبية ورعاية المصلحة

يتضح من النصوص الأسرية المغاربية أنها لم تحدد الحد الأدنى لمنح الإذن، ولكن هل يكون المشرع في هذه الدول قد منح للقاضي السلطة التقديرية الواسعة من حيث منح الإذن للشخص القاصر؟ وهل يفسر هذا النقص بالرجوع إلى ما تبناه الفقه الإسلامي في هذا المجال تنفيذا لما جاءت به نصوص الإحالة؟ نقول أنه بناء على الفلسفة التي اتبعتها المشرعون المغاربة في وضع النصوص التشريعية لا تكون إلا بالنفي، والسبب في ذلك، كما تقدم، أن جمهور الفقهاء²¹¹ يعترف بصحة زواج الصغير أو القاصر ممن دون سن البلوغ تنفيذا لقوله تعالى: «وَاللَّائِي يَئُسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ»²¹²، والمقصود باللائي لم يحضن حسب أهل التفسير هي الفتاة الصغيرة.

لا شك أن زواج الصغار يتنافى تماما مع تكاليف الميثاق الغليظ، وزيادة على ذلك لم تحدد تلك التشريعات، خلافا للفقه الإسلامي، أهلية الزواج بظهور أمرة من الأوامر الطبيعية للفتى أو الفتاة، بل بسن معينة يفترض فيها أن يكون المقبل على الزواج بالغاً عاقلاً قادر على تحمل تكاليف الزواج المعنوية والجسدية، أي يكون متمتعاً بالأهلية والتمييز والاختيار وفقاً لما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 67 من المدونة.

ومبدأ الحد الأدنى للسن، كما يتضح من معياره وطريقة تحديده التشريعي، هو عملي تطبيقاً إذ يتيح للقاضي أن يستعرض النازلة في واقعها وظروفها وأن يتقصى العوامل المساهمة فيه ويتنبّعها في تقدير المصالح المعتبرة ليستتقي منها ما كان مؤدياً بالوجه الموضوعي إلى النتيجة العادلة.

ولكن، هناك بعض الاجتهاد القضائي المغربي أقر، على منوال الفقه الإسلامي، أن أهلية القاصر المقبل على الزواج تقدر على أساس ظهور أمرة من الأوامر الطبيعية، حيث قرر بأنه "وبناء على الخبرة الطبية والتي مفادها أن البنت القاصر قادرة على الوطء والإنجاب نقرر الإذن بالزواج للقاصر"²¹³. وهو ما أكدته المحكمة ذاتها في مقرر آخر، حيث جاءت فيه بأنه "بناء على البحث الاجتماعي المجري من طرف المحكمة، والذي مفاده أن القاصر انقطعت عن متابعة دراستها وبدأت تحيض منذ بلوغها سن الثانية عشر من عمرها وترغب في الزواج وبكامل رضاها، نقرر الإذن للقاصر بالزواج"²¹⁴. ومع العلم "فاشترط توفر الرضا يفرض أن لا يسمح بالزواج إلا إذا كان

209 المادة 3 من مدونة الأسرة.

210 عبد الوحيد الركيلي، محددات منح الإذن القضائي بزواج القاصر على ضوء التشريع المغربي، [file:///C:/Users/pcpc/Desktop/محددات منح الإذن القضائي بزواج القاصر في ضوء التشريع المغربي، تاريخ الإطلاع، 2020/12/08](file:///C:/Users/pcpc/Desktop/محددات%20منح%20الإذن%20القضائي%20بزواج%20القاصر%20في%20ضوء%20التشريع%20المغربي,%20تاريخ%20الإطلاع,%202020/12/08).

211 وذلك خلافا لما يراه عدد قليل من الفقهاء منهم عبد الرحمن ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصبم، الذين قالوا بمنع زواج الصغار منعاً مطلقاً يترتب على مخالفته البطلان إذ أن القرآن الكريم جعل النكاح للبالغين في قوله تعالى: "وايتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم" (سورة النساء، الآية السادسة). ويتضح من هنا أن الله سبحانه وتعالى جعل بلوغ سن النكاح علامة على انتهاء الصغر. انظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص. 145؛ مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المكتب الإسلامي، ط. 5، ص. 57-59.

212 سورة النساء، الآية الرابعة.

213 محكمة طنجة، قسم قضاء الأسرة، 2010/11/25، ملف رقم 905، مقتبس عن عبد الهادي الشاوي، زواج القاصر بين النص القانوني والواقع العملي، مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية، دار السلام للطباعة والنشر، الرباط، عدد 8، 2020، ص. 15.

214 محكمة طنجة، 2013/04/19، ملف رقم 101-2013 والمقرر رقم 3218، مقتبس عن عبد الهادي الشاوي، المرجع نفسه، ص. 15.

المعني بالأمر يدرك جيدا المعنى القانوني للزواج وما يحمله من التزامات، وتتوفر لديه القدرة على الاختيار²¹⁵، إذ إعطاء السلطة التقديرية شبه المطلقة للقاضي أدى، كما تقدم، إلى صحة زواج الصغار تطبيقا للمادة 400 من المدونة التي تحيل القاضي، في حالة انتفاء النص التشريعي، إلى المذهب المالكي والاجتهاد وأن جمهور الفقهاء يعترف بهذا النوع من الزواج، أي زواج الصغير ممن دون سن البلوغ²¹⁶ بل بالزواج بمجرد ظهور أمره طبيعية كالحيض، والاحتلام، والإنزال.

وأنه لمن الغريب التمسك بالقدرة الجنسية دون غيرها لمنح الإذن، ومن ثم استبعاد باقي القدرات الأخرى اللازمة لبناء أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون. لذلك جاء في قرار لاجتهاد قضائي مغربي، تأييدا لمقرر ابتدائية طنجة صادر بتاريخ 16 فبراير 2005، بأنه "وحيث إن أهلية الزواج تكتمل عند الثامنة عسر من عمر الذكر والأنثى، والمشرع لما حدد سن الزواج لم يفصل ذلك عبثا، إذ أن الزواج يقتضي أن يكون المقبل عليه تتوفر فيه الكفاءة والقدرة البدنية والعقلية وتقديره لأمر ما هو مقبل عليه،...، والمحكمة بعد إطلاعها على الموجب فإن الشهود لم يبينوا بوضوح ما هو السبب الداعي إلى تزويج البنت، مكتفين بالقول بأنها محتاجة إلى تزويجها كما يخشى عليها من العنت، وهذه الشهادة غير كافية لتبرير الطلب. كما أن الشهادة الطبية وكذا التقرير الطبي وإن كان في صالح البنت، نرى خلافا ما يهدف إليه الطلب لكون البنت لا زالت في سن مبكرة أربعة عشر سنة، وأن مصلحتها عدم الزج بها في مشاكل الحياة الزوجية حتى يكتمل نضجتها، وأن الإسراع في تزويجها قد يؤدي بها إلى بما لا يحمد عقباه، الأمر الذي يكون معه الحكم المستأنف الذي قضى برفض الطلب قد صادف الصواب فيما قضى به ويتعين تأييده"²¹⁷.

ويستخلص من هذا الاجتهاد أن الطفل ناقص الأهلية تكون إرادته حتما ناقصة، وبالتالي ليس من مصلحته إبرام عقد الزواج الذي سيرتب له أضرار شنت، مما يستلزم الأمر على القاضي أخذ هذا الاستثناء بحذر، خاصة وأن المشرع لم يحدد الحد الأدنى لمنح الإذن بزواج القاصر²¹⁸.

لذلك، كان على المشرعين المغاربة أن يسلكوا في هذا المجال نفس الطريق الذي سلكه المشرع السوري، على منوال المشرع العراقي²¹⁹، من حيث المبدأ فقط²²⁰، إذ أنه حدد سنا معينة لا يجوز خرقها في حالة منح الإذن بالزواج وهي "13 سنة للفتاة، و15 سنة للفتى"²²¹، مع هذا الفارق أن تحديد السن بهذه الكيفية يحتوي على الكثير من التجاوز، إذ أن مصلحة الأفراد والمجتمع بكامله يقتضيان بعدم تخويل القاصر حق الزواج إلا عند بلوغه سنا معينة مع الأخذ ببعض المعايير التي تبين لنا بوضوح قدرة القاصر على تحمل تكاليف الزواج المادية والمعنوية، هذا كله دفع بالمشرعين المغاربة تحديد المعايير التي ينبغي على القاضي أو الولي أخذها بعين الاعتبار في حالة منح الإذن.

²¹⁵ عبد الحميد أخريف، الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة الجديد، منشورات المعارف، الرباط، المغرب، 2013، ص. 143.

²¹⁶ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983، ص. 145.

²¹⁷ محكمة استئناف، طنجة، 2005/06/09، قرار رقم 7/05/401، ملف رقم 07-05-164، عن إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، المرجع السابق، ص. 37-38.

²¹⁸ لعبد الهادي بوطالب، ثلاث مرجعيات لمدونة الأسرة، الشرع، والقانون، والحدثة، جريدة الاتحاد الاشتراكي، عدد 7541، 2004/04/14.

²¹⁹ وأن المشرع العراقي، هو الآخر، قد سمح بالنزول عن السن الأدنى مع تحديد السن الذي يمكن النزول إليه صراحة، إذ سمح بالنزول من الثامنة عشرة إلى الخامسة عشرة (المادة الثامنة من القانون العراقي المتعلق بالاحوال الشخصية).. انظر، أحمد الخليلي، الأسرة بين التنظير والواقع، مجلة الحق، 1995، عدد 2، ص. 67-68.

²²⁰ انظر، مصطفى السباعي، الزواج وانحلاله، مطبعة جامعة دمشق، 1962، ص. 124 وما بعدها؛ الأكل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982، ص. 142-143.

Cf. El-Jarah-Chafik, La formation du mariage en droit musulman classique et dans le nouveau code syrien de statut personnel, th. Paris, 1962, pp. 22 et s.

²²¹ إذ تنص المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بتاريخ 1953/09/17 على أنه " إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله 15 سنة أو المراهقة بعد إكمالها 13 سنة وطلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما ".

وإلى جانب ذلك، لقد نصت التشريعات المغربية على المعايير التي ينبغي على القاضي مراعاتها عند منحه الإذن بالزواج، حيث نص المشرع الأسري الجزائري في المادة 7 في شطرها الثاني على أنه "وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج". كما جاء في الفصل 5 من المجلة "ولا يعطى الإذن بالزواج إلا لأسباب خطيرة والمصلحة الواضحة للزوجين". ولم يخرج المشرعان المغربي والموريتاني على هذا المسلك، إذ أباحت المادة 20 من المدونة المغربية للقاضي منح الإذن بناء على "مقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك"²²²، وجاء التنصيص في المادة 6 فقرة ثانية من المدونة الموريتانية على أنه يتم زواج القاصر إذا كانت فيه مصلحة راجحة.

وعليه، من حيث تقييم المعايير التي ينبغي على القاضي أن يأخذها بعين الاعتبار، فقد حددها المشرع الجزائري بالمصلحة والضرورة، والتونسي بالأسباب الخطيرة ومصلحة الزوجين، واكتفى المشرع الموريتاني باستعمال مصطلح المصلحة، أما المشرع المغربي ألزم القاضي أن يبين الأسباب التي دفعته لمنح الإذن بناء على مصلحة الزوجين. فمن حيث الصياغة القانونية نجد أن المشرع المغربي قد استخدم مصطلح يقوم بتغطية كل المعايير، وهي المصلحة التي ينبغي على القاضي أن يحددها عند منحه الإذن، كما أنه كان أكثر واقعية حينما نص على أن القاضي لا يمكنه أن يعتمد فقط على خبرته بل ينبغي عليه الاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي وهو أمر وجوبي.

ومن زاوية الاجتهاد القضائي لا يمكن حرمان منح للقاصر الإذن بالزواج إذا اقتضت مصلحته ذلك مع رعاية مصلحة المجتمع، إذ قضت محكمة الناظر بأنه "أن معارضة أب القاصر وادعائه بأن الخاطب يكبر البنت سناً، كما سبق له الزواج من سيدة أخرى، ولكن بعد ما أجرى قاضي الأسرة المكلف بالزواج الاستماع في إطار البحث الاجتماعي لأم القاصر صرحت بأن الولي لم يعد ينفق على ابنته منذ طلاقها منه، وأن ما صرح به ليس صحيحاً بالمطلق، ليتضح للقاضي مع نهاية البحث الاجتماعي الذي أجري في النازلة، أن الخاطب ذو سلوك جيد وقويم، بل يصلح أن يكون زوجاً للقاصر"²²³.

كما أنه ليس هناك ما يمنع أن يحذو كل من القاضي الجزائري والتونسي حذو القاضي المغربي، إذ أن الاستعانة بالخبرة يلجأ إليها القاضي كلما طالبت الوقائع المطروحة عليه ذلك، بل أكثر من ذلك فإن المشرع الجزائري في تعديله لسنة 2005 اشترط على القاضي أن يتأكد على قدرة الطرفين من الزواج وهو أمر يتطلب اللجوء إلى الخبرة، لكن الإشكال يثار بمفهومه الواسع حول معنى المصلحة أو السبب الخطير أو الضرورة تطبيقاً لما جرى به العمل في القضاء الفرنسي²²⁴، وهل هذه المصلحة تتجلى في الحمل، بمعنى أن المرأة إذا حملت عن طريق العلاقة غير الشرعية فما على القاضي إلا أن يمنحها الإذن بالزواج. فهل يمكن تطبيق هذه القاعدة في التشريعات المغربية؟

للإجابة على هذا التساؤل يرى جانب من الفقه التونسي أن الأسباب الخطيرة المشار إليها في الفصل 5 من المجلة "تتصرف في بعض الحالات منها كون الزوجة حامل، إذ أنه يمكن أن يتعرف الشاب على فتاة مع نية الزواج بها، إلا أنه لا يمكنه ذلك إلا بعد إقامة العلاقة الجنسية بينهما. ففي هذه الحالة تصبح وضعية الفتاة حرجة خاصة في الأوساط المحافظة التي لا تقبل أن تكون العروس

²²² حساين عبود، قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة، الكتاب المتعلق بالزواج، مجلة القضاء والقانون، عدد 150، ص. 101.

²²³ المحكمة الابتدائية بالناظور، قسم قضاء الأسرة، عدد 9-12، ملف رقم 06-2009، غير منشور.

²²⁴ En droit français, il est également possible de descendre au-dessous de l'âge fixé par l'article 144 du code civil par la pratique des dispenses pour « motifs graves » (le motif grave étant le plus souvent, l'attente d'un enfant pour la femme. Cf. F. Boulanger, Droit civil de la famille, tome I, Economica, Paris, 1990, p. 168 ; (souvent en fait la grossesse de la femme qui démontre que la condition de puberté est satisfaite) A. Benabent, Droit civil, La famille, 5ème éd., Litec, 1984, p. 55 ; (... , uniquement, en pratique, en cas de grossesse de la femme, qui a ainsi démontré son aptitude physiologique) Ph. Malaurie et L. Aynes, Droit civil, La famille, éd. Cujas, 1987, p. 65 ; J. Carbonnier, Droit civil, la famille, L'enfant et le couple., édit. Thémis, PUF, Paris, 20ème éd., 1999, p. 393 ; (le motif généralement invoqué est la grossesse de la femme) H. L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. I, 6ème éd. par M. de Juglart, éd. Montchrestien, 1976, p. 73 ; Ph. Malaurie et H. Fulchiron, La mille, édit. Defrénois, Paris, 2006, p. 144.

منتسبة بمناسبة حفل الزفاف وحملها واضح للعيان، وأن الخطر هنا على صاعدين، على صاعد صمعة الفتاة وشرفها وشرف عائلتها من جهة، وعلى صعيد مآل الحمل الموجود في أحشائها الموجود في أعماؤها من جهة أخرى²²⁵، بل حتى على الجاني "المهدد بقضاء عقوبة سالبة للحرية (إن لم يحصل على "صك التوبة" المتمثل في الزواج) مع ما ينحصر عن ذلك من أثر سلبي على مستقبله من جوانب عدة"²²⁶ فإذا ولد الطفل بعد 6 أشهر من تاريخ العقد، فمن الممكن أن يعتبر متمتعاً بقرينة الفراش كما نص عليه الفصل 68 من المجلة، ومن ثمة لا يمكن للزوج أن ينفي نسبه عنه إلا بناء على الفصل 75 منها. أما إذا ولد قبل مضي مدة 6 أشهر من تاريخ الزواج، فإنه من الممكن أن ينتفي عنه نسب الزوج بمجرد مقارنة تاريخ الإنجاب وتاريخ الزواج.

فنرى بأن العمل بهذا الرأي يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية ومع السلطة المخولة للقاضي إذ أن أحكام الشرع تقتضي بأن الطفل الناجم عن علاقة غير شرعية فهو ابن غير شرعي حتى ولو حملته أمه قبل الزواج مع الشخص الذي تزوجت معه، بل أكثر من ذلك فإن المرأة الحامل تدخل في إطار موانع الزواج بمعنى أن زواجها لا يكون صحيحاً، رغم الاختلاف الفقهي، إلا بعد أن تضع حملها حتى ولو مع الشخص الذي حملت منه، وذلك حتى لا يختلط الحلال بالحرام، أما من حيث سلطة القاضي فإننا نجبره على الموافقة وهنا تصبح سلطته مقيدة بحكم الواقع.

وبالرغم من هذا الاستثناء الذي يرخص للقاضي منح الإذن بالزواج بالنسبة للزوج القاصر، فأصبح هذا الاستثناء في بعض الدول هو القاعدة، حيث جاء في تقرير التنمية البشرية الصادر عن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي لسنة 2016 أن نسبة زواج القاصرات في موريتانيا بلغ 34%، وفي المغرب 16%، بينما في الجزائر بلغ 3%، وفي تونس لا تتعد نسبته 2%. ففي المغرب مثلاً، أن عدد الزيجات التي تمت بناء على الرخصة القضائية، سنة 2004 كان محدد بـ 15 ألف حالة، وفي 2007 كان محدد بـ 29.847 حالة، وفي 2008 بـ 31 ألف حالة، وفي 2013 بـ 35 ألف حالة.

غير أن طلبات الرخصة، حسب وزير العدل المغربي، قد انخفضت ما بين سنة 2015 و2018 حيث خلال هذه السنة الأخيرة تم أكثر من 32 ألف طلب زواج للفتيات دون سن 18، قبل منها 26.240 طلب. وأن أسباب زواج القصر في المغرب تتجلى حسب بعض الاتجاهات الفقهية في العادات والجهل الفكري أي عدم تدارك الخطورة والضرر في تزويج الفتاة القاصرة. ويرى جانب من الفقه بأن السبب في ذلك يرجع إلى تطبيق مسطرة التوثيق التي تسمح بحالات الزواج دون عقد رسمي وهو الإجراء الذي مكن حل العديد من الحالات، غير أن البعض يستغله لزواج القاصرات. وهناك اقتراح في المغرب يقضي بمنع القضاء من السماح استثنائياً بزواج القاصرات تحت 16 سنة، وقد صادق مجلس المستشارين على هذا الاقتراح.

أما فيما يخص الاجتهاد القضائي المغربي، فقد وافق في العديد من قراراته على منح الإذن بالزواج، حيث منحت المحكمة الابتدائية بوجدة بتاريخ 2007/11/12 ترخيصاً بزواج القاصر البالغة 15 سنة وذلك بناء على الأسباب التالية: "وحيث أن مصلحة القاصرة في هذا الزواج تتمثل في تحصينها وحمايتها والتعاون على شؤون الحياة الزوجية، وحيث صرحت القاصرة أنها ترغب في الزواج بخاطبها لمعرفتها به وأنها قادرة على الزواج والولادة والأمومة، وحيث صرح أبو القاصرة أنه من المصلحة تزويجها بخاطبها لأنه أكفء وصالح لها، وحيث أوضحت الخبرة الطبية أن القاصرة قادرة على الزواج"²²⁷، وهو ما تبنته أيضاً في مقررها الصادر في 2007/11/21²²⁸.

غير أن بعض المحاكم الأخرى رفضت منح الإذن بالنسبة للفتاة البالغة 14 سنة، حيث قد جاء في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ 2005/06/9 بأنه: "ينبغي أن تتوافر في المقبل على الزواج الكفاءة والقدرة البدنية والعقلية ومدى استطاعته وتحمل أعباء الحياة الزوجية، وهذه المواصفات لا تتوافر إلا في الإنسان الذي يكتمل نضجه جسدياً وعقلياً وتقديره لأمر ما هو مقبل عليه، كما أن التقرير الطبي وإن كان لصالح البنت، ترى خلاف ما يهدف إليه الطلب لكون البنت

²²⁵ محمد الحبيب الشريف، زواج الجاني بالمجني عليها، مجلة القضاء والتشريع، تونس، عدد 2، 1995، ص. 21.

²²⁶ محمد الحبيب الشريف، المرجع السابق، 18-19.

²²⁷ المحكمة الابتدائية بوجدة، 2007/11/12، مقرر رقم 515، سابق ذكره، ص. 42.

²²⁸ المحكمة الابتدائية بوجدة، 2007/11/21، مقرر رقم 522، سابق ذكره، ص. 40.

لا زالت في سن مبكرة 14 سنة، وأن مصلحتها تقتضي عدم الزواج بها إذ أن الإسراع في تزويجها يؤدي بها إلى ما لا يحمد عقباه". وهذا ما ذهبت إليه كذلك محكمة استئناف وجدة في قرارها الصادر في 2012/12/14.

كما أن المسألة قد طرحت على القضاء التونسي لكن من ناحية أخرى، وهي إمكانية زواج الفتاة مع الشخص التي مارست معه الجنس دون عنف إذ أنه طبقا للفصل 227 مكرر من المجلة الجزائية التونسية، (والمادة 326 ق.ع جزائري²²⁹ والمادة 475 ق.ج مغربي)، يرفع تسليط العقوبة إذا تزوج الخاطف بالمخطوفة أو المبعدة. ولكن هذه المخطوفة أو المبعدة فهي بحاجة إلى إذن قضائي يرخّص لها الزواج بحكم أن سن الزواج غير متوفر فيها، فهل القاضي عند استعماله لسلطته هو مجبر أن يرخّص لها الزواج بناء على ما سمته هذه التشريعات بالمصلحة أو السبب الخطير؟

وتطبيقا لهذه النصوص القانونية، قضت الغرفة الجزائية لدى المحكمة العليا في قرارها الصادر في 03 يناير 1995 بأنه "في حالة زواج المختطفة مع خاطفها لا تقوم المتابعة إلا بعد إبطال الزواج ومن ثم فإن قضاة الموضوع الذين أدانوا المتهم دون مراعاة الزواج الذي أبرمه مع الضحية، على أساس أنه قد سجل في غير حضور ولي الزوجة وحتى هي نفسها، قد أساءوا تطبيق القانون"²³⁰. ويفهم من هذا القرار، إنه كان على المعنيين بالأمر أن يطلبوا بطلان عقد الزواج قبل المتابعة الجزائية.

وهذا ما يستنتج كذلك من القرار الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 2006/04/26 لما قضت بأنه "يخالف القانون القضاة الذين أدانوا متهما من أجل جنحة إبعاد قاصرة بدون عنف رغم معابنتهم لواقعة الزواج قبل المحاكمة وتنازل الطرف المدني"²³¹.

كما قد عرض النزاع على القضاء التونسي وقضت محكمة الكهف في حكم لها بتاريخ 2016/12/01 على الموافقة على منح الإذن وأن إبرام الزواج تم في 2016/12/15 تطبيقا لما نص عليه الفصل 227 مكرر علما أن الفتاة تبلغ 13 سنة و 11 شهر، وذلك تطبيقا لما نص عليه المشرع في النص سالف الذكر بقوله: "يعاقب بالسجن مدة 6 أعوام كل من وقع أنثى بدون عنف سنها دون 15 سنة كامل، وزواج الفاعل بالمجني عليها في الصورتين المذكورتين يوقف التتبعات أو أثر المحكمة"، غير أن التتبعات وأثر المحكمة تستأنف إذا انفض الزواج بطلاق محكوم به من الزوج طبقا للفقرة 3 من الفصل 31 من م.أ.ش.ت وذلك قبل مضي عامين من تاريخ الدخول بالمجني عليها".

وإن ما قام بوضعه المشرع التونسي في هذا النص حبذا لو أخذت به التشريعات المغاربية الأخرى من حيث استئناف التتبعات إذا تم الطلاق بين الشخصين قبل مضي سنتين من تاريخ الزواج بطلب من الزوج أو الزوجة، وذلك حتى لا نكون أمام ما يسمى بالزواج الصوري، إذ تبحث من خلاله الفتاة تغطية الفضيحة، أما الفتى الهروب من العقوبة، الأمر الذي دفع بالبرلمان المغربي بالمصادقة في بداية 2014 على مقترح يقضي بحذف الفقرة الثانية من المادة 475 ق.ج مغربي التي تتعلق بزواج القاصر بمختطفها أو المغرور بها.

وبالرجوع لقضية الفتاة البالغة 13 سنة و 11 شهر أن حفل زفافها لم يتم بل ألغي بعد أن تدخلت مصلحة حماية الطفولة بالكهف، والتي طلبت كذلك ببطلان هذا العقد بحكم أنه إذا تعلق الأمر بعقل بالغ 13 سنة لا يمكن الحديث عن علاقة جنسية بالتراضي بل هو اغتصاب وأن القرار القضائي لم يأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطفل الذي سيتزوج مع مغتصبه الذي يؤدي بالمساس بحالته الجسدية والمعنوية. أضف إلى ذلك، أبدى مجلس النواب المغربي موافقته بتاريخ 22 جانفي 2014 على إلغاء

²²⁹ تنص المادة 326 من قانون العقوبات المعدلة (قانون رقم 06-03 المؤرخ في 2006/12/20) على أن " كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج.

وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله".

²³⁰ انظر، محكمة عليا، غ.ج، 1995/01/03، ملف رقم 128928، المجلة القضائية، 1995، عدد 1، ص. 249.

²³¹ انظر، محكمة عليا، غ.ج، 2006/04/26، ملف 313712، المجلة القضائية، 2006، عدد 1، ص. 597.

الفصل 475 من قانون العقوبات الذي كان يعفي المغتصبين من المتابعة القضائية في حال زواجهم من الضحية.

رابعاً- الجزء المترتب على الزواج التام بدون الرخصة القضائية

بالرغم من أنّ كل التشريعات المغاربية قد حددت سن الزواج وأنها منحت للقاضي حق الترخيص بالزواج بالنسبة للشخص القاصر، إلا أنها لم تبين لنا بجلاء ما هو حكم الزواج التام بدون رخصة إذا كان المقبل عليه قاصر، فالمدونة الموريتانية تنص صراحة في المادة 7 على أنه: «إذا زوج الولي ناقص الأهلية دون مراعات مقتضيات المادة السابقة، فإن الزواج يقع صحيحاً» غير أنه إذا تبين أن ذلك لمحض مصلحة الولي فإنه يتعرض للعقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي، أما إذا تزوج ناقص الأهلية بغير إذن وليه لم يلزم النكاح إلا بعد موافقة الولي أو القاضي عند الاقتضاء وهذا بموجب المادة 8 من المدونة، لكن طبقاً للمادة 52: «إذا توقف لزوم النكاح على إجازة... الولي ولم يجزه من له إجازته يفسخ بالطلاق».

وعليه، نستشف من هذه النصوص أن المشرع الموريتاني نص صراحة على فسخ الزواج بالطلاق إذا لم يحصل صاحبه على إذن الولي، علماً أن المشرع لم يفرق بين الزواج الذي تم فيه الدخول والذي انعدم فيه الدخول. لكن بالرجوع إلى القانون التونسي، نرى أنه نص صراحة في الفصل 21 م.أ.ش.ت على حالات الزواج الفاسد وهي اقترانه بشرط يتنافى وجوه العقد، أو إتمام الزواج دون رضا الزوجين أو حالة موانع الزواج، غير أن مسألة أهلية الزواج والإذن المتعلق بها لم يشر المشرع إلى حكمها في حالة انتفاء الإذن.

وفي هذا المقام، هل يجوز التنسيق بين مواد الفصل 3 شطر 1 والفصل 21 من ذات المجلة، بمعنى هل يعتبر الزواج فاسداً إذا تم إبرامه من قبل القاصر، وهل أهلية القاصر تدخل في حكم رضا الزوجين أي أنّ أهليته ناقصة، ومن ثم الحكم بعدم صحة زواجه، أم أنه ينبغي الأخذ بالرضا مهما كان نوعه سواء صادر عن كامل الأهلية أو ناقصها أو عديم الأهلية. والحقيقة، أما كل هذه التساؤلات، فالأرجح أن الزواج المبرم من قبل القاصر بدون الرخصة القضائية يعد غير صحيحاً وينبغي الحكم بفسخه.

كذلك المشرع الأسري المغربي لم ينص هو الآخر على حكم زواج القاصر بغير الإذن القضائي إذ أنه اكتفى بالتنصيص في المادتين 62 و 63 على بعض الحالات التي يمكن أن يفسخ فيها الزواج، وجاء في المادة 56 على أن الزواج الغير صحيح يكون إما باطلاً أو فاسداً، ونصت المادة 57 على الزواج الباطل وحددته في انتفاء أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10، كذلك إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول، والمحكمة لها أن تحكم ببطالان الزواج من تلقاء نفسها بموجب المادة 58 أو كل من يعنيه الأمر. أما الزواج الفاسد هو الزواج الذي اختل فيه شرط من شروط صحته طبقاً للمادتين 60 و 61 من المدونة، وأن هذه الحالات هي: عدم توافر شروط الصداق، وفسخ قبل البناء، أو إذا تم في حالة المرض المخوف لأحد الزوجين، زواج المحلل والزواج الذي تم بدون ولي في حالة وجوبه. وبرجعنا إلى قانون الأسرة، نجد أن المشرع الجزائري لم ينظم صراحة حكم الجزء في حالة ما إذا انتفى شرط أهلية الزواج، مع العلم أنه قد رتب أهلية الزواج ضمن صحة شروط العقد في المادة 9 مكرر المعدلة من قانون الأسرة، وإذا بيّن لنا حكم جزء تخلف أحد شروط الصحة أو ركن الزواج في المواد من 32 إلى 35 من قانون الأسرة، غير أنه غفل عن الجزء المترتب على مخالفة سن الزواج.

وأمام هذا النقص التشريعي، فإن آراء الفقه الجزائري قد تضاربت بشأنه بحيث قد ذهب الرأي الأول إلى القول أن ما ورد في المادة 7 من قانون الأسرة و المحدد لسن الزواج فهو نهي دون جزاء، خاصة إذا علم الطرفان أن هناك مادة في قانون الأسرة تسمح لهم بإثبات الزواج العرفي قضائياً الذي

لا يراعى فيه في غالبية الأحيان سن الزواج²³². والمقصود من هذا التفسير أن قانون الأسرة لم ينص على حكم الجزاء المترتب على إتمام الزواج بدون الرخصة القضائية²³³.

بينما ذهب الرأي الثاني²³⁴ إلى أنه بالفعل المشرع لم يحدد الجزاء على مخالفة سن الزواج في قانون الأسرة و لكن حينئذ يمكن العمل بما نص عليه المشرع في قانون 29 جوان 1963²³⁵، الذي حدد الأحكام المتعلقة بسن الزواج بحيث أن الإلغاء يمس فقط المادة 1 منه ما يتعلق فقط بتحديد سن الزواج، أما باقي المواد الواردة في هذا القانون تبقى سارية المفعول، ومن ثم ينبغي استنباط الجزاء منه، وعليه فإن المشرع قد فرق فيما يتعلق بالجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج بين عدة حالات²³⁶.

الحالة الأولى: اعتبر الزواج باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تم بخلاف السن المقررة في هذا القانون، وبالتالي، يجوز لكل ذي مصلحة رفع دعوى بطلان هذا الزواج، وكذا الشأن بالنسبة للنيابة العامة، بل للقاضي أن يحكم ببطلانه من تلقاء نفسه، ولكن شريطة ألا يكون قد اتبعه دخول؛

الحالة الثانية: أما إذا اتبعه دخول، فيتحول البطلان من مطلق إلى بطلان نسبي، أي يصبح الحق في طلب البطلان مقتصرأ على الزوجين فقط؛

الحالة الثالثة: بينما أجاز المشرع تصحيح هذا النوع من الزواج في حالتين: **أإذا بلغ الطرفان أو أحدهما السن المقررة قانوناً:** وفي هذه الحالة لا يجوز لأي شخص كان أن يدعي بأن له حق رفع دعوى البطلان؛

ب-حالة حمل المرأة: فإذا حملت المرأة يصبح الزواج بعدما كان باطلاً صحيحاً حتى لو لم تبلغ بعد السن المقررة قانوناً، وهو نفس الحكم بالنسبة للرجل.

وأمام هذا التضارب في الآراء نقول، إنه لا يمكن الأخذ بما ذهب إليه الرأي الأول القائل بأنه نهى بدون جزاء، فإن حكماً كهذا يتنافى مع المبادئ القانونية العامة، بحيث أن من خصائص القاعدة القانونية نجد خاصية الجزاء، ومن ثم لا يمكن أن نتصور وجود قاعدة قانونية بدون جزاء²³⁷. أما الرأي الثاني هو الآخر لا يمكن الأخذ به إذ أن المشرع طبقاً للمادة 2 من القانون المدني ينص على أنه في حالة ما إذا نظمت مسألة ما من جديد بقانون جديد، فتعتبر النصوص السالفة ملغاة سواء بصفة صريحة أو ضمنية. وعليه، فإن قانون الأسرة باعتباره قانوناً جديداً قام بتنظيم مسألة من جديد فيعتبر بذلك قانون 29 جوان 1963 ملغاً²³⁸.

²³² أنظر، محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الجزء الأول في الخطبة والزواج، ط. أولى، ص. 62.

²³³ Cf. Gh. Benmalha, Le droit algérien de la famille, O.P.U., Alger, 1993, p. 52.

²³⁴ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط. 2، 1989، ص. 98-99؛ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 28. 27؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج. 1، الزواج والطلاق، 1994، ص. 62.

²³⁵ قانون رقم 63 - 224 لسنة 1963، الجريدة الرسمية رقم 47، 2 ديسمبر 1963، ص. 681.

²³⁶ تنص المادة الرابعة المعدلة من هذا القانون على أن " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

²³⁷ وما يجب ملاحظته هنا هو أن المشرع الجزائري قد تأثر كثيراً في هذه المسألة بالقانون الفرنسي، غير أنه يختلف عنه من حيث أن بلوغ الزوجين أو أحدهما سن الزواج، في نظر التشريع الفرنسي، لا يكفي وحده لتصحيح الزواج الباطل، بل لابد من التأكد من أنها قد مضت ستة أشهر من تاريخ البلوغ، كما أن حمل الزوجة غير البالغة وقت الزواج تنفيذاً للمادة 185 من القانون المدني الفرنسي، لا يكفي وحده لتصحيح زواجها وإنما لابد من بلوغها السن القانونية للزواج ولكن دون مراعاة انقضاء الأجل السابق. وإزاء هذين الموقفين فنحن نعتقد أن المشرع الجزائري كان في صيغته لهذه النصوص أحكم إذ لا مانع يمنع من أن تبدأ عدم قابلية الزواج للطعن من يوم بلوغ الزوجين السن القانونية أو حمل الزوجة.

²³⁸ أنظر، سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص. 59 وما بعدها؛ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993، ص. 25.

H. L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, T. I, Introduction à l'étude du droit, 8ème éd., par F. Chabas, Montchrestien, 1986, p. 16 :

²³⁸ Pour Planiol, " quand l'abrogation tacite porte sur une disposition principale, celle-ci entraîne dans sa chute toutes les dispositions qui en dépendent". Cf. M. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, refondu et complété par G. Ripert et J. Boulanger, T.1er, 5è éd., L.G.D.J., Paris, 1950, n° 223, p. 107; Mazeaud H.L.J.

كما أن الفلسفة التي تبناها المشرع عند وضعه لسن الزواج في قانون الأسرة تختلف تماماً عن تلك التي كانت سائدة يوم صدور قانون 1963، إذ أن هذا الأخير جاء به المشرع لوضع حد للأضرار التي كانت تعاني منها الزوجة خاصة نتيجة للدخول بها بعد إبرام العقد ولكن قبل بلوغها الطبيعي²³⁹. كما أنه حُدد سن الزواج في قانون الأسرة في نصه الأصلي بـ 18 سنة للفتاة و 21 سنة للفتى نتيجة للنمو الديمغرافي التي كانت تعيشه الجزائر آنذاك²⁴⁰، وكذلك حتى يكون الشخص المقبل على الزواج على دراية كافية ومعرفة تامة بما هو مقبل عليه من حيث التكاليف المادية والمعنوية التي يرتبها عقد الزواج.

ولكن، هل يمكن اعتبار هذا النوع من الزواج من بين العقود الموقوفة؟ في الفقه الإسلامي، كيف عقد الزواج على أنه من بين العقود الدائرة بين النفع والضرر²⁴¹، ونتيجة لذلك هل يخضع في هذا السياق إلى ما نصت عليه المادة 83 من قانون الأسرة بقولها على أنه "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر".

وبمعنى أدق، هل يمكن تطبيق هذه القاعدة في حالة ما إذا تم إبرام عقد الزواج دون مراعاة ما نص عليه المشرع في المادة 7 من قانون الأسرة؟ مراعاة للنصوص القانونية المنظمة لسن الزواج، تكون الإجابة بالنفي، إذ أن المشرع قد علق الإذن بالزواج لا على موافقة الولي بل على رخصة قضائية، التي ينبغي أن تكون سابقة لإبرام عقد الزواج ولا لاحقاً له، بحيث لا يمكن جعل القاضي أمام الأمر الواقع.

وهل يمكن تطبيق ما نص عليه المشرع في المادة 222 من قانون الأسرة من حيث الإحالة إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية؟ فإذا كانت الإجابة بنعم، فهذا سيؤدي بنا إلى الأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذي يجيز زواج الصغار²⁴²، ولذلك، فإن العمل بما جاءت به المادة 222 أعلاه يتنافى تماماً مع ما سطره المشرع في المادة 7 من قانون الأسرة، إذ أنه لم يحدد سن الزواج بناءً على ظهور أمارات من الأمارات الطبيعية، بل على سن محددة بتسعة عشر سنة للطرفين²⁴³.

et F. Chabas, Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, T.1, 9^{éd.}, édit. Montchrestien, Paris, 1990, n° 83, pp. 20 – 121.

²³⁹ Nous lisons dans l'exposé des motifs de la loi du 29 juin 1963 que «l'absence d'un âge minimum est une caractéristique du mariage, mais que cet âge ne peut demeurer sans limites pour des raisons morales et physiques », car «le mariage d'un homme avec une jeune fille impubère ou une fillette n'est pas un mariage, mais un véritable viol, aussi bien physique que moral et qu'aux conséquences morales et physiques s'ajoutent les conséquences tragiques de telles unions». Cf. Loi n° 63-224 du 29/06/1963, JO.R.A. 1963, n° 47, pp. 681 et s.

²⁴⁰ Sur les conséquences de cette loi sur le plan démographique, Cf. D. Sari, L'indispensable maîtrise de la croissance démographique en Algérie, Maghreb-Machrek, 1990, n° 129, pp. 23 et s.; R. Ben Khelil, Planification familiale et santé de la reproduction en Algérie, Impact du programme national sur la maîtrise de fécondité, Alger, 1996 ; K. Kouaouci, Familles, femmes et contraception. Contribution à une sociologie de la famille algérienne, CENEAP-FNUAP, Alger, 1992.

²⁴¹ انظر، بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة، ص. 502.

²⁴² انظر، محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص. 44-42؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج. 4، ط. 3، دار المعارف، القاهرة، 1967، ص. 178؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 109.

²⁴³ ففي العقد الموقوف "إن حصل دخول قبل الإجازة، كان معصية، ولكن تترتب عليه عند الحنفية آثار الزواج الفاسد، فيسقط الحد ويثبت النسب، ويجب الأقل من المسمى ومهر المثل، لكن لا عدة في زواج موقوف قبل الإجازة، ولا في باطل" (انظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 109). ولا فرق بين الزواج الفاسد والزواج الموقوف، إذ أن الأول "لا يقر بحال من الأحوال ولا يلحقه تصحيح، أما الموقوف فتلقه الإجازة ولو بعد الدخول فيصير نافذاً تترتب عليه كل آثاره الزوجية من وقت انشاء العقد، لأن الإجازة اللاحقة تنسحب على العقد من وقت إنشائه فينقلب نافذاً من وقت إنشائه... وهذا ويلاحظ أنه إذا دخل الرجل بالمرأة في العقد الموقوف بعد رده وبعد علمه بالرد يكون فعله زنى لا شبهة فيه فيترتب عليه ما يترتب على العقد الباطل". انظر، محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 342.

أمام هذه الأحكام المتضاربة بعضها بعضاً نعتقد أن الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج يمكن استنباطه من النصوص الواردة في قانون الأسرة، وذلك إذا ما راعينا أن أهلية الزواج تعد عنصراً من عناصر ركن الرضا²⁴⁴ الذي نص عليه المشرع في المادة 9 من قانون الأسرة، وأن المشرع نص في المادة 33 فقرة 1 على أنه يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، وأن مصطلح "اختل" الوارد في هذه المادة يمكن أن يفسر على أساس عدة مفاهيم، بحيث يمكن أن يأخذ معنى الانعدام، كما يمكن أن يأخذ معنى العيب أو يأخذ معنى النقص.

والخلاصة هي أنه ليس من نصوص صريحة وواضحة ومعقولة في القوانين المغاربية يستنبط منها حكم زواج القاصر التام بدون الإذن القضائي، بل يستخلص ذلك بالتنسيق بين النصوص المنظمة لركن الرضا وذلك حتى يتسنى لنا القول عما إذا كان هذا النوع من الزواج صحيحاً أم فاسداً. ولا يبدو مثل هذا الأمر طبيعياً ومنطقياً في الفلسفة التشريعية، بل هو الاستثناء الذي يرد على الأصل. وليس من المعقول أن ينفرد القاصر في إبرام زواجه، بل لابد أن يشاطره في ذلك وليه، وإلا القاضي ولي من لا ولي له.

ويتضح مما تقدم جميعه أن ليس للإذن القضائي بزواج القاصر أي اعتبار، بل أنه يكتسي أهمية بالغة في تحقيق أهداف الزواج، وذلك سعياً من التشريعات المغاربية لتقادي قيام زيجات مآلها الانحلال. فوضعت تلك التشريعات معايير لا يمكن للقاضي أن يحدو عنها وإنما يجب أن يقدرها تقديرًا متمائشاً مع مصلحة القاصر ومصلحة المجتمع الذي ينمو بداخله.

إن من بين ما كرسته القوانين المغاربية للأسرة للحفاظ على وحدة العائلة، باستثناء المدونة الموريتانية، ترسيخ دور القاضي في عملية منح الإذن بشأن النزالات المطروحة عليه، وهكذا نصت وبصيغة أمرة صلب المواد المعنية على أن الإذن لا يصدر إلا تحت مراقبة القاضي سواء أكان هذا الإذن متعلقاً بالقاصر أو بالقاصرة.

إن إسناد مراقبة الإذن للمحكمة كان لأهداف تصب كلها في اتجاه حماية القاصر والأسرة معا وضمان استقرارها، أو على الأقل صيانة حقوق الطرف الضعيف في هذا المجال ألا وهو القاصر. ولكن بالرغم من التنصيص على تلك المعايير والاختصاص القضائي في هذا المجال إلا أن النصوص القانونية لا زالت تحتوي على بعض النقائص التي تستلزم تدخل المشرع لسدها، ومنها عدم تحديد الحد الأدنى لمنح الإذن بزواج القاصر الذي ينبغي أن لا يكون أكثر من سنة من الحد الأدنى لسن الزواج المقرر تشريعاً؛ عدم تحديد بدقة وأمام كل النزالات المفترضة، صاحب الحق في طلب الإذن وخاصة ونحن هنا أمام قاصر لا يتمتع بأهلية التقاضي؛ كما أن طرق الطعن بشأن الإذن القضائي تارة ناقصة وتارة مبهمّة؛ وأخيراً عدم ضبط بدقة وبنصوص لا يسودها الغموض الجزاء المترتب على إتمام الزواج بدون الإذن القضائي، وهذه المسألة لا نجد لها حلاً مجدياً إلا بوضع حد للزواج العرفي.

وفوق هذا وذاك، ينبغي على النيابة العامة أن تتمسك بالدور الكبير الذي أناطتها القوانين الأسرية به من حيث جعلها طرفاً أصلياً في المسائل المتعلقة بمنح الإذن بزواج القاصر، مما جعل منها جهازاً متميزاً داخل المحكمة، جهازاً أساسه حماية المصالح المعتبرة كمصلحة الطفل القاصر المقبل على الزواج، إذ لها أن تتدخل أثناء كل المراحل الإجرائية سواء أثناء النظر في تحديد المعايير عن طريق إرشادها للقاضي المختص أو بعد استصدار مقرر الإذن.

III. - الولاية

²⁴⁴ خلافاً للمالكية والحنفية، يرى الشافعية والحنابلة أن الأهلية عنصران من عناصر الانعقاد فتخلفها يجعل العقد باطلاً. انظر، شمس الدين السرخسي، المبسوط شرح الكافي، مطبعة السعادة، مصر، 1331 هـ، ج. 24، ص. 182؛ أبو عبد الله الخطاب، مواهب الجليل شرح سيدي خليل، مطبعة السعادة، 1328، ج. 5، ص. 61 وما بعدها؛ الرافعي، فتح العزيز شرح الوجيز، ج. 8، ص. 106 وج. 10، ص. 275؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 18.

آ.- الولاية على المرأة البالغة العاقلة

لقد اتفقت التشريعات المغاربية {الجزائري والمغربي والتونسي} على حق المرأة أن تنفرد بعقد زواجها فلها الأهلية الكاملة لإبرام عقد الزواج، غير أن المشرع الجزائري على خلاف المشرع التونسي والمغربي اشترط حضور الولي بالنسبة للمرأة البالغة والعاقلة ولها الحق أن تختار ما تشاء من الأشخاص الذي لهم الحق في الولاية مع التدقيق أن المشرع الجزائري لم ينص على موافقة الولي واما اكتفى بحضوره في مجلس العقد، وكان المشرع الجزائري قبل تعديل 2005 ينص في المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري قبل تعديلها على أنه {يتولى زواج المرأة وليها، و هو أبوها...}، وقبل التعديل كان الولي يعتبر ركناً من أركان عقد الزواج طبقاً للمادة 9 من قانون الأسرة قبل التعديل، فبناءً على هذين النصين يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي جمهور الفقهاء بحيث نص صراحةً بأن الولي هو الذي يتولى الصيغة و ليست المرأة، و كانت المادة 33 من قانون الأسرة قبل تعديلها تنص على أن الزواج يفسخ

قبل الدخول إذا تم دون ولي، أما إذا أتبعه دخول فيصبح صحيح ولكن إذا انتفى ركن الولي مع ركن آخر (الصدّاق أو الشهادة) فيكون الزواج باطل حتى لو أتبعه دخول.

أما بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 02-05 لـ 27 فبراير 2005 أصبحت المادة 11 معدلة تنص على أنه: {تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره}، و يستشف من هذا النص أن المشرع قد خرج عن موقف جمهور الفقهاء حيث منح للمرأة الحق في اختيار وليها بل أكثر من ذلك فإنه لم يأخذ كذلك برأي الأحناف إذ أنه لم يسمح للولي الشرعي بحق المعارضة في حالة عدم وجود زوج كفاء.

وبالإضافة لذلك تنص المادة 33 قانون الأسرة بعد تعديلها على أنه: {...إذا تم الزواج بدون...ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صدّاق فيه ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل.}

أما المشرع التونسي نص في الفصل 9 على أنه للزوج أو الزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلّا من شاءا وللولي حق

التوكيل أيضا، أمّا المشرع المغربي نص صراحة في المادة 25: {للاشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها} وهذا ما تؤكدته المادة 24 من ذات المدونة بقولها: {الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها}.

وخلافا لهذه التشريعات جاءت المادة 2/9 من المدونة الموريتانية بالتنصيص على أنه: {لا يصح تزويج المرأة البالغة العاقلة دون رضاها، ولا أن تتزوج بدون وليها}، مع الاشتراط في المادة 10 أن يكون الولي ذكرا بالغاً عاقلاً ومسلماً إذا كانت المرأة مسلمة مع ترتيب ولاية الزواج في المادة 11 بالنسبة للأولياء على النحو التالي: {الابن فابنه، الأب فوصيه، الأخ، ابن الأخ، الجد لأب، العم، وأبناء العم...}، لكن ما يلاحظ على هذا الترتيب خلافا لما ذهبت إليه بعض المذاهب الفقهية أنه جعل الابن قبل الأب في ممارسة الولاية وهو أمر غير منطقي، كما أنه جعل الجد في المرتبة الخامسة علماً أن الجد أولى من الخ الشقيق بحكم أن الولاية تكون من الأب وإن علا ثم الابن وإن نزل، وفي حالة ما إذا رفض الولي تزويج من هي في ولايته في غياب أي

مبرر، ففي هذه الحالة يأمره القاضي بتزويجها، فإذا أصر الولي تولى القاضي تزويجها وهذا ما نصت عليه المادة 13، لكن تنص المادة 52 على أنه: {إذا توقف لزوم النكاح على إجازة... الولي ولم يجزه من له إجازته يفسخ بالطلاق} وهذا على أساس المادة 5 من ذات المدونة التي اعتبرت الولي على خلاف التشريعات السابقة كركن من أركان الزواج، لكن ما يؤخذ على هذا النص مقارنة مع المادة 52 أنه جعل الولي ركن للزواج في حين جاءت المادة 52 ونصت بأن الزواج التام دون ولي يفسخ بالطلاق، كأن الزواج المبرم دون ولي يعد صحيحا بحكم أنه يقابله الطلاق وذلك دون التفرقة بين ما إذا كان قد دخل بها أو لم يدخل بها مع الإشارة إلى أن نفس العيب كان موجه للمشرع الجزائري قبل تعديل 2005.

ب.- زواج مختل العقل:

خلافًا للتشريع الجزائري الذي لم يبين مدى صحة زواج مختلي العقل، هل هو صحيح وعلى أي أساس؟ غير أنه عملاً بالمادة 222 ق.أس ينبغي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص صراحة طبقاً للمذهب المالكي على أنه يجوز زواج مختلي العقل شريطة أن تكون مصلحة في

زواجه التي يقدرها الولي، وهناك بعض الآراء نصت صراحة على أنّ تقدير المصلحة تكون للقاضي، أمّا التشريع التونسي نص في الفصل 7 على أنه: {زواج المحجور عليه للسفه لا يكون صحيحا إلا بعد موافقة المحجور له، والمحجور له أن يطلب من الحاكم فسخه قبل البناء}، لكن عملا بهذا النص فإنه يحتوي على الكثير من الثغرات منها أنه قد حدّد مختلي العقل في حالة واحدة فقط وهي حالة حجر السفّيه، لكن لم يبين لناحكم زواج السفّيه دون حجر وما حكم المصاب بجنون أو عته، فعملا بالفصل 7 سالف الذكر يقتضي الأمر بنا إلى القول أن هذه الطائفة من الأشخاص يمكن أن تنفرد بعقد زواجها إذا أخذنا بالتفسير الضيق، أمّا إذا أخذنا بالتفسير الموسع لنص الفصل 7 فإن الزواج يقع صحيحا حتي ولو لم يوافق عليه المعني بالأمر الغير محجور عليه.

أمّا المدونة المغربية كانت أكثر فصاحة وذلك بمقتضى المادة 23 التي تنص صراحة على أن: {قاضي الأسرة له أن يأذن بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا أو أنثى بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طبيب خبير أو مختص}، وجاء في الفقرة الثانية بالتنصيص

على أنه: {ينبغي على القاضي أن يطلع الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر}، وأضاف كذلك المشرع المغربي في الفقرة الثالثة على أنه: {يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع الشخص المصاب بإعاقة}، وما يفهم من ذلك أنه لا يمكن للقاصر أن يبرم عقد زواج مع الشخص المصاب بإعاقة ذهنية.

أما بالنسبة للجزاء، فلم تنص التشريعات المغربية على الجزاء المترتب على مخالفة هذه النصوص، وبالتالي يمكن الرجوع إلى القواعد العامة.

رابعاً- أحكام النسب في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

تعد قوانين الأحوال الشخصية من ضمن التشريعات الكبرى في الدول المغربية، ولقد حاول المشرعون من خلال نصوص هذه القوانين أن يضعوا الأحكام التي تضبط التوازن واستقرار الخلية الأساسية للمجتمع، ومن ثم استقرار وتوازن المجتمع الذي يبنى عليها، حتى يتمكن من أن ينهض به ويحقق التطور والرقى ويضل به إلى بر الأمان تجنباً للصراعات التي تكتنفها ويعرفها المجتمع المغربي والمتوالدة عن الاختلاف في الإيديولوجية الواجبة الاتباع في المسائل الأسرية.

فوضع المشرعون مجموعة النصوص التي تحكم نشأة عقد القران وشروطه وتكوينه وآثاره وكيفية انحلاله، وذلك كون أن هذا العقد يعد من أهم النظم الاجتماعية والقانونية وأخطرها على الإطلاق، وهذا بالنظر إلى النتائج التي تترتب عليه، من ثبوت للنسب وقيام لموانع الزواج وثبوت التوارث زيادة على ما ينشئه من حقوق وواجبات لكل من الزوجين تجاه الآخر.

على أنه يعد من أهم هذه النظم باعتباره أيضاً يقي المجتمع من الظواهر والآفات الخطيرة ويهدف إلى صيانة المجتمع والفرد من الوقوع في الرذائل

والمنكرات، ويصونه من عواقب هذه الأمراض الاجتماعية. ففي حدود الأسرة وفي نطاق الزواج يتيح الإسلام للطاقة الجنسية مجالها الطبيعي المعقول، لذلك نجد أنه أحاط هذه العلاقة بسياج من القدسية حفاظا على الأنساب.

ولكن بالرغم من تشريع الشارع الحكيم هذا النظام وترغيه فيه، غير أننا نجد أن بعض المشرعين المغاربة قد أوجزوا أحكامه، حين أغفلوا وإن لم يكن ربما ذلك عن قصد تحديد أحكام بعض المسائل الهامة المتعلقة بالنظام الأسري، خاصة منها نسب الطفل غير الشرعي (أ). وكما أنه بعد تمحيص قوانين الأحوال الشخصية والمواد المنظمة للنسب تبين أن بعض الأحكام التي جاءت بها تحتاج إلى إعادة النظر شكلا وموضوعا (ب).

I.- حقا الطفل غير الشرعي

بادئ ذي بدء نود أن نتساءل معكم لماذا لم يعالج المشرعان الجزائري والتونسي، خلافا للتشريعين المغربي والليبي، نسب الطفل غير الشرعي؟ أو بعبارة أخرى لماذا لم ينظم المشرعان العلاقة النسبية لهذه الفئة من الأشخاص، بدلا من أن يبقيا ساكتين عنها كما في قانون الأسرة الجزائري²⁴⁵ ومجلة الأحوال الشخصية التونسية²⁴⁶؟

وتستلزم الإجابة على هذا التساؤل أن نطرح تساؤلا آخر يكمن في معرفة عما إذا كانت هذه الطائفة من الأطفال منعدمة الوجود في المجتمعين الجزائري والتونسي؟ وذلك راجع إلى أننا نعيش في مجتمع إنساني كريم نقي من الرذائل وبعيد عن المفساد ومجتنب الانحلال.

والواقع إن الإجابة عن هذا السؤال هي بالنفي القاطع إذ أن الأمر يسري على خلاف ذلك، حيث إن غيبة الفكر الديني والأخلاقي عن دنيا الناس، وتعطل حكمية الله في الأرض، وهيمنة النظريات المادية أصبحت العامل الأساسي في انحراف سير القافلة البشرية عن الطريق السوي.

والواقع هو أن الإحصاء يدل على كثرة الأطفال فير الشرعيين اليوم، إذ تزد نسبته في البلدين سنة بعد سنة، ودلت الإحصاءات التالية على اطراد

²⁴⁵ وما يجب توضيحه هنا هو أن الفقرة الرابعة من المادة 64 من قانون الحالة المدنية تنص على ما يلي : " يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء. يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي ". وكما تنص المادة 120 من قانون الأسرة على أنه " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية ". غير أن المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 يناير 1992 على أنه " يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة، ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب، بطلب تعبير اللقب باسم هذا الولد ولفائده، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي. وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل شرعي بالطلب ". بشأن هذه المسألة، انظر، تشوار جيلالي، أحكام الأسرة بين الاجتهاد والتقنين، مجلة الإحياء، 2001، عدد 4، ص. 232 وما بعدها.

²⁴⁶ ومع العلم أن المادة 152 من المجلة التونسية نصت صراحة على أنه " يرث ولد الزنا من الأم وقرابتها وترثه الأم وقرابتها"، هل يفهم من هذا أن ابن الزنا ينتسب إلى أمه في التشريع التونسي؟

تزايدهم²⁴⁷، ونؤكد، نظرا للأوضاع السخيفة الراهنة، أن هذه النسب ستكون مستقبلا في تزايد مستمر. فلا داعي إذن لأن تكون مسألة مهمة، لأن الإهمال هنا ليس بالإهمال النافع، وإنما أثره يدفع بالقضاة إلى البحث عن الحكم المناسب الذي يتحقق بمقتضاه العدل والعدالة.

وإذا ابتعد المشرع الجزائري، خلافا للمشرع التونسي، في هذا الإطار عن منهجية تقديس النص، مستهديا في ذلك بمنهجية جيني، أي منهجية العلم والصياغة، فإنه يكون بذلك قد دفع بالقاضي إلى البحث والتنقيب عن حكم نسب الطفل غير الشرعي من المنبع الأساسي لقانون الأسرة والمتمثل في مبادئ الشريعة الإسلامية، بحيث نصت المادة 222 منه على أنه " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وهكذا يبقى واضحا أنه رغم سكوت المشرع الجزائري عن المسألة التي نحن بصددتها، إلا أن المحكمة فهي مجبرة بإخضاع حكمها للنصوص الشرعية. ويتضح للمتتبع لأحكام الشرع، بخصوص نسب هذا الطفل، مدى الحماية التي أقرتها هذه الأحكام للمركز القانوني للطفل غير الشرعي باعتبارها وسيلة وقائية ووسيلة إثبات النسب بطريقة لا تقبل الشك، وهو ما يتأكد من خلال استعراضنا لهذه الأحكام.

اتفق الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة ينسب إلى زوجها، غير أنه إذا جاء الطفل نتيجة لعلاقة غير شرعية، فنسبه يكون على خلاف ذلك، ففي هذه الحالة ينسب إلى أمه. إذ أن نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة شرعية كانت أم غير شرعية، منعا من تغير الحقائق، وحفاظا لحقوق الآباء والأولاد من الضياع، وتوفيرا لوحدة الانسجام في الأسرة²⁴⁸.

وهكذا أبطلت الشريعة الإسلامية ما كان في الجاهلية من إلحاق الأولاد عن طريق الزنا، فقال صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر"²⁴⁹. وهذا ما يتضح كذلك من الموقف الذي تبنته المحكمة العليا الجزائرية، حيث قضت في قرارها الصادر في 17 ديسمبر 1984 بأن "ابن الزنا لا ينتسب إلى أبيه"²⁵⁰.

²⁴⁷ « Voici quelques chiffres relevés dans la presse : 12 mars 1987 « Durant le premier trimestre 1986 sur sept wilayas du pays, en plus d'un seul secteur au niveau d'Alger, notent 170 mères célibataires dont l'âge varie entre 13 et 45 ans ». De Guelma, sur toute l'année, le nombre parvenu au siège du Ministère de la protection sociale est de 48 mères célibataires âgées de 16 à 28 ans ». Cf. L. Aslaoui, Le statut juridique de l'enfant au Maghreb, R.A.S.J.E.P., 1990, n° 2, p.254.

²⁴⁸ انظر وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص. 674-675.

²⁴⁹ رواه الجماعة إلا الترمذي انظر، الشوكاني، نيل الأوطار، ج. 6، ص. 279.

²⁵⁰ مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1984/12/17، ملف رقم 35087، المجلة القضائية، 1990، عدد 1، ص. 86.

كذلك فإنه لا مجال هنا للتوازي بين الزنا والعلاقة الشرعية بشأن نسب الطفل، إذ " من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد " ²⁵¹؛ وكما أنها قضت " من المقرر شرعا أن الاتصال الجنسي قبل العقد يعد زنا،... " ²⁵².

وكان قرار المحكمة العليا أكثر تحديدا لما يعتبر من أثر العلاقات غير الشرعية عندما قال " أن العلاقة التي تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإحاق نسب الولد بأبيه... خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية " ²⁵³.

وتأكيدا لكل ذلك قضت المحكمة ذاتها في قرارها الصادر 22 يناير 1990 بأنه إذا كانت " مدة الحمل للمطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا، فإن قضاة المجلس بقضائهم إحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون " ²⁵⁴.

وكما أن محكمة النقض التونسية ²⁵⁵ قد قضت في قرارها الصادر في 31 ديسمبر 1963 بأن إقرار الأب لا يسري مفعوله بحيث يبين بوضوح الأصل غير الشرعي للطفل. وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض التونسية ²⁵⁶، واتبعتها في ذلك المحاكم الأدنى درجة ²⁵⁷. حيث أكدت المحكمة ذاتها في قرارها الصادر في 6 مارس 1973 بأن القانون لا يسمح بإقامة النسب الشرعي لولد غير شرعي ناتج عن علاقات ما قبل الزواج الشرعي، أو في مرحلة الخطبة، ذلك أنه لا ينسب الولد لأبيه إلا إذا كان هناك عقد زواج بصفة قانونية وشرعية " ²⁵⁸.

أما القانون المغربي، فيقضي صراحة أن ينسب الطفل غير الشرعي إلى أمه، وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من الفصل 83 من مدونة الأحوال الشخصية

²⁵¹ مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1984/11/19، ملف رقم 34046، المجلة القضائية، 1990، عدد 1، ص. 67.

²⁵² مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1984/12/17، ملف رقم 35087، المجلة القضائية، 1990، عدد 1، ص. 86.

²⁵³ مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1984/10/08، ملف رقم 34137، المجلة القضائية، 1989، عدد 4، ص. 79.

²⁵⁴ محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1990/01/22، ملف رقم 57756، المجلة القضائية، 1992، عدد 2، ص. 71.

²⁵⁵ Cf. S. Benhalima, Les problèmes de l'enfant naturel, R.A.S.J.E.P., 1968, n°4, p. 1171.

²⁵⁶ انظر، محكمة النقض التونسية، 1965/02/23، م.ت.ق.، 67/1966، ص. 200؛ 1968/04/12، م.ت.ق.، 70/1969، ص. 214؛

²⁵⁷ انظر، محكمة القصرين، 22 أبريل 1965، المجلة التونسية للقانون، 1965، ص. 97.

²⁵⁸ انظر، محكمة النقض، 6 مارس 1973، أ.ن.، 1973، ص. 142.

بقولها " البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب فلا يترتب عليها شئ من ذلك إطلاقاً ²⁵⁹ وهي بالنسبة للأم كالشرعية لأنه ولدها " .

لكن إذا كان هذا هو الذي اتجهت إليه المدونة المغربية، إلا أن المنشور رقم 352 الصادر عن وزارة الداخلية في 11 ديسمبر 1978 والمنشور رقم 130 الصادر عن الوزارة ذاتها بتاريخ 31 ماي 1979، قررا بأن الطفل غير الشرعي ينسب إلى أمه شريطة أن لا يعترض على ذلك أبوها أو القريب الذكر من عائلة الأم الأكبر سناً. وفي حالة الاعتراض هذا، يختار له لقباً آخر ما عدا لقب أمه ²⁶⁰.

ومن زاوية حماية الطفل الباري لا يبدو مستقيماً مع روح الشرع ومع المنطق منع الطفل أن ينتسب إلى أمه بسبب اعتراض أب أو أي شخص آخر، لأن نسبه هنا أمر غير مشكوك فيه، بل يركز على ظاهرة ثابتة وغير ارتيائية وهي الولادة. وزيادة على ذلك ينبغي في هذا الصدد التنبيه إلى أمر له دلالاته، وهو أن القاضي يحكم فيما يتعلق بالقضية المطروحة أمامه، بما يتفق ومبدأ تدرج القوانين، فهل من التطبيق السليم للنصوص القانونية أن نأخذ بما جاءت به المناشير ونترك ما قرره التشريع العادي ؟

ويختلف القانون الليبي هنا عن القانون المغربي في أنه يعترف صراحة بثبوت نسب الطفل إلى أمه دون قيد ولا شرط، حيث نصت المادة السادسة والخمسون من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما الصادر في 19 أبريل 1984 على أنه " يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت الولادة بغیر إقرارها دون قيد أو شرط، ويترتب على هذا النسب جميع نتائجه المقررة من الأمومة والبنوة، مالية كانت أو غير مالية " .

وإذ يظهر من النصوص والقرارات المتقدمة مدى إبقاء العمل من قبل التشريعات والقضاء المغربية بما جاءت به مبادئ الشرع الإسلامي في هذا المضمار، فإن هذا أمر يسجل لهم بكل فخر. إذ ما كان يجب لبيئة، تنتظر بعين الغضب لمحاولات الانحطاط والانحلال الخلقي، أن تهدر وسيلة مؤكدة في مجال كهذا، وخاصة أن المجتمعات التي خرقتها لم تعرف عناصرها بعد الفلاح ولا الراحة النفسية في المسائل الأسرية، بل أصابها التفكك والانحلال بفعل عدة عوامل، منها خاصة انعدام رابطة الأبوة والأمومة، ذلك أن الغربيين قد إلتجأوا إلى ما يسمى اليوم بشرعية النسب بواسطة الزواج اللاحق La

²⁵⁹ وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف للرباط في قرارها الصادر في 10 مارس 1961، بأن النسب غير الشرعي لا ينشئ أية علاقة قانونية بين الأب الطبيعي وابنه. انظر، محكمة استئناف الرباط، 1961/03/10، المجلة المغربية للقانون، 1961، ص. 312.

²⁶⁰ Cf. F. Serhane, Législation de droit comparé, Maroc, Juris-Class., 1999, n° 8, fasc. 2-1, parag. n° 266, p. 25.

مستعيزين بذلك عن البنوة الشرعية، والتبني، وإلى وسائل أخرى، légitimation post nuptio ou par mariage subséquent.

ومن هنا وترتيباً على ذلك فقد أثّرت التساؤلات الهامة التالية : هل يلتزم القضاة بتطبيق الفقه الذي يمنعهم من الحكم على الأب الطبيعي بتحمل نفقة الطفل ؟ وإذا كانت ظاهرة أبناء الزنا قد استقلحت في المجتمع المغربي فهل حمايتهم ولو نسبياً تعد خرقاً للأحكام الفقهية ؟ وبعبارة أدق هل من المنطق أن نترك الأب الطبيعي يجري وراء شهواته دون قيد ولا مسؤولية ؟

وإذا كان الأمر قد انتهى في الفقه الإسلامي بعدم جواز إلقاء المسؤولية على عاتقه نظراً لشدة العقوبة الجنائية المسلطة عليه²⁶¹، فإن هذه الواقعة يمكن أن تثير جدلاً قانونياً كبيراً في موضوع لا يخلو من الجدة والحادثة على الفقه القانوني.

والواقع أننا هنا أمام اعتبارين ينبغي أن نوازن بينهما لتطبيق ما يمكن أن يجعل حداً نوعاً ما للانحلال الخلقي الذي تعشه المجتمعات المغربية في الوقت الراهن، ينبغي العودة إلى ما قرره الشرع بشأن عقوبة الزنا. غير أن الإصرار بتطبيق ما جاءت به قوانين العقوبات المغربية في هذه الدول يدفعنا إلى التمسك بإلقاء المسؤولية على الأب الطبيعي من حيث الإنفاق على ابنه دون انتظار²⁶²، وندلل بهذا الرأي بالأسباب التالية :

أولاً : إن فوانين العقوبات المغربية قد أهملت الحدود المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية، فالعلاقة الجنسية مثلاً مباحة في أحكامها مادام لا إكراه فيها وقد تم ذلك بين شخصين غير متزوجين فوق سن 18 سنة بالنسبة للتشريع الجزائري. ومن ثم، يمكن القول بأن في نظر هؤلاء المشرعين فالزنى معناه خيانة العلاقة الزوجية ولا كل صلة جنسية محرمة بين رجل وامرأة²⁶³ كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية²⁶⁴. وعلى هذا الأساس فإن هذا العاصي يفلت من العقوبة الجنائية.

ثانياً : إن الاتجاهات المادية فشلت فشلاً ذريعاً في تحقيق الراحة النفسية والاستقرار للكائن البشري، بل أدت إلى الانحرافات الجنسية الخطيرة التي آل إليها المجتمع الجزائري. إن تصحيح الواقع الاجتماعي والأخلاقي لا يتحقق بمجرد استهجان القبيح واستنكاره، وإنما بتقويم المجتمع وبنائه على أسس

²⁶¹ انظر، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987، ص. 635-645.

²⁶² Loisel a dit « qui a fait l'enfant doit le nourrir ».

²⁶³ وهكذا، فمن عجائب القانون الوضعي، هو أن المشرع المدني يجعل المرأة غير أهل للتصرف في مالها إلا إذا بلغت 19 سنة (المادة 40 من القانون المدني والمادة 83 من قانون الأسرة)، وأباح لها المشرع الجنائي أن تسلم في عرضها متى بلغت سن 18 سنة، عرض في شرع القوانين الوضعية أهون من المال.

²⁶⁴ انظر، علي علي منصور، مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الفتاح، بيروت، ص. 46-49.

متينة، منها مسؤولية الأب الطبيعي حتى لا يظل مائعا منحلا غارقا في الشهوات.

ثالثا : وإذا كانت دعوى النفقة هي دعوى تقوم على أساس توافر ما يشير إلى أن الطفل يمكن أن يكون أبوه الشخص المدعى عليه، فإنه في الوقت الحاضر وفي ظل النتائج الحديثة للبصمات الوراثية²⁶⁵، يمكن للقاضي أن يلجأ لهذا الدليل العلمي لتحديد من من بين هؤلاء الذين كانوا على صلة بأب الطفل، يمكن أن يكون الأب الطبيعي بطريقة مؤكدة²⁶⁶.

وبناء على ذلك فإن هذا الموقف لم يأت لتأييد ما نهجه المشرعون بشأن تحديده لمعنى جريمة الزنا والعقوبة المسطرة على مرتكبها، وإنما لجعل حد عدم جواز إلقاء المسؤولية على شخص قد تسبب في عناء وشقاء طفل برئ وضحية لمجتمع لا ينظر إليه إلا بعين السخاء والاستنكار.

هي إذن ذات الأسباب لتحمل الأباء الطبيعيين نفقة الأطفال الأبرياء، لأنها أقرب إلى تحقيق العدالة. ولا شك أن الالتجاء إلى المحكمة لطلب النفقة فيه ضمانات لحماية الطفل والأسرة معا من أن تعصف بها الأنواء والأهواء.

وليس من واجب قوانين الأحوال الشخصية أن يقرروا الانحراف بشأن النسب وأن يستجيبوا لمتطلبات اجتماعية طارئة، فالقانون ملتزم بالعدل، ولا يجوز أن نطالبه بأن يكون مرآة لمجتمع منحرف، كما لا يمكن أن يكون مناقضا لأحكام الشريعة الإسلامية ومنافيا لقيمها.

وبعد ذلك، وخاصة في حالة السكوت التشريعي بشأن التشريعين الجزائري والتونسي، يبرز دور القاضي في تفسير الأحكام، فالقاضي هو القادر على تفسير النص بطريقة تأخذ بالاعتبار روح القانون وقيمه العادلة، وذلك حتى تكون النصوص القانونية مستجيبة للمصلحة الاجتماعية شريطة أن يتم التمييز هنا بين الأحكام الثابتة التي لا تقبل التغيير وبين ما ارتبط حكمه بالمصالح والأعراف. ومن هنا، لا يجوز أن تعطى للأراء الاجتهادية مكانة النصوص المقدسة.

ومع ذلك فإن عدم تبيان نسب الطفل غير الشرعي ليس هو العيب الوحيد في كل من التشريعين الجزائري والتونسي، فلم يذكر كل منهما موانع الزواج المنبثقة عن الزنى، ومن ثم هل توجب مثلا هذه الجريمة من التحريم في المصاهرة ما يوجبه النكاح أم لا ؟ بيد أن الحل المغربي، وكذلك الحل الليبي، هو حل وسط إذ يقرر المبدأ العام دون التفصيل بشأن هذه المسألة، فقد نص

²⁶⁵ انظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د.م.ج، 2001، ص.

166-167.

²⁶⁶ Sur cette question, cons. G. Ncolau, L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation, Presse Universitaire de Bordeaux, 1991 ; A. Miras, M. Mali et D. Malicier, L'identification en médecine légale, édi. A. Lacassagne, Lyon, 1991.

الفصل 83 فقرة 2 من المدونة المغربية على أن " البتة غير الشرعية... هي بالنسبة للأم كالشرعية لأنه ولدها"، وقضت المادة 56 من القانون الليبي بأنه " يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت الولادة...، وتترتب على هذا النسب نتائج المتفرعة من الأمومة والبتة، مالية كانت أو غير مالية".

ومع العلم أن السكوت عن هذه المسألة لا يتماشى مع طبيعة الأمور ولا مع متطلبات العصر، وخاصة وأن للفقه الإسلامي عدة آراء بشأنها. فقد قال مالك في القول المعتمد والشافعي إن الزنى لا يثبت به حرمة المصاهرة، فمن زني بامرأة لا يحرم عليه الزواج بأمرها ولا بإحدى بناتها، كما هي لا تحرم على أصوله ولا فروعه، ولو زني الرجل بأم زوجته أو ببنتها لا تحرم عليه زوجته، غير أنه خلافاً لذلك، يرى الحنفية وأحمد بن حنبل إن الزنى يثبت به حرمة المصاهرة بجميع أنواعها²⁶⁷.

وإذا كان هناك ليس ما يمنع من استحداث أحكام فقهية جديدة، تتسجم مع روح الإسلام ولا تناقض نصوصه الثابتة، إذا دعت إلى ذلك مصلحة اجتماعية مقررّة، فإن ذلك ينطبق بحذافيره على مسألة النسب الشرعي كون أن أحكامه ثابتة من حيث اشتراط قيام علاقة الزواج بين الرجل والمرأة.

II.- نقائص النصوص التشريعية المغربية المنظمة للنسب الشرعي

إذا كان البدء في دراسة الجوانب المختلفة لأحكام النسب الشرعي في التقنيات المغربية يمليه النقص التشريعي، فإنه مع ذلك لا نخفي إحساسنا بالرهبة بسبب ما يراودنا من نية اقتراح بعض التعديلات التي يملوها تغيير الزمان خاصة في مسألة تعد من أسمى الروابط الإنسانية وأقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، بل إحدى الكليات الخمس التي أحاطتها الشريعة الإسلامية بسياج يمنع أي عدوان عليها.

ولكن إعمالاً بقوله عليه الصلاة والسلام " من اجتهد وأصاب فله أجران ومن اجتهد وأخطأ فله أجر واحد"، فتضاءلت تلك الرهبة، حيث لم يبق على كنف الباحث إلا التدقيق والتمحيص في النصوص القانونية والالتزام بالمبادئ ومسايرة النصوص مع التطور الإيجابي.

²⁶⁷ انظر، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج. 2، ص. 258؛ الإمامين موقف الدين ابن قدامي وشمس الدين ابن قدامي، المغني والشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، ج. 7، ص. 482؛ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج. 1، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص. 92-93.

والملاحظ أن المشرعين المغاربة²⁶⁸، على غرار الشريعة الإسلامية²⁶⁹، قد قاموا علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج. فجعلوا الثانية سببا لثبوت الأولى. فإذا أثمرت مخالطة الرجل بالمرأة نسلا فإنه ينسب للزوج، إذ فكل نسل ينتج منها يعد ابنا شرعيا لهما. فالبنوة تثبت إذن للزوج الذي يربطه بمن أنجبت عقد قران قبل علوق الحمل الذي نشأ عنه ذلك المولود. ولذلك فقد وضع الفقه الإسلامي، نظرا لخطورة هذه المسألة، من الأحكام ما يكفل حماية الولد من الضياع، ويحظر من اختلاط الأنساب، ويصون الأعراض. وتطبيقا لذلك يثبت نسب الولد من الزوج دون حاجة إلى إقراره، أو بيئة تقيمها الزوجة²⁷⁰. ويلحق بالزواج الصحيح الزواج الفاسد، حيث أن هذا الأخير يأخذ حكم الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب. ويطبق عين الحكم بشأن الوطء بشبهة²⁷¹ من حيث أن الولد الذي تأتي به المرأة ينسب للرجل الذي خالطها.

جميع هذه القواعد والمبادئ التي سطرها الفقه الإسلامي اعتنقتها قوانين الأسرة المغربية، حيث نصت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على ما يأتي: " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيئة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون "؛ وكما نص الفصلان 68 و71 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر "، " وإذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا يثبت النسب من الزوج ". وأما المدونة المغربية نصت في الفصل 85 على أن " الولد للفراش... "، وفي الفصل 86 على أن " ولد الزوجة من زواج فاسد بعد الدخول... يثبت نسبه إلى الزوج حسب الفصل 37 "، وفي الفصل 87 بأن " الخالية من الزواج إذا وطئت بشبهة... يثبت نسبه من الوطئ ". وفي نفس السياق، نصت المادتان 53 و54 من القانون الليبي

²⁶⁸ هذا ومع ذلك أضفى المشرع التونسي الصبغة القانونية على التبني إذ نص الفصل 14 لقانون عدد 27 لسنة 1958 الصادر في 04 مارس 1958 والمتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني على أنه " يحمل المتبني لقب المتبني... "، وكما نص الفصل 15 من ذات القانون على أن " للمتبني نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني إزاء المتبني نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما... ".

Sur cette question, cons. E. de Gaudin de Lagrange, L'adoption ou une ancienne pratique tunisienne devenue loi, R.A.S.J.E.P., 1968, n° 4, pp. 1143 et s.; M. Bekli, L'enfant dans le droit tunisien, R.J.L. 1989, 10, pp. 7 et s.

²⁶⁹ ففي الشريعة الإسلامية يثبت المولود بالفراش الصحيح، ويقصد بالفراش الصحيح العلاقة الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة من وقت إبرام عقد الزواج وإمكانية الدخول. وأساس هذا الحكم هو قوله عليه الصلاة والسلام: " الولد للفراش، وللغاهر الحجر ".

²⁷⁰ انظر، بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، ص. 17؛ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، 1983، ص. 684 وما بعدها.

²⁷¹ الشبهة أن يقارب الرجل امرأة تحرم عليه مع جهله بالتحريم.

على أنه يثبت نسب الولد إلى أبيه في الزواج الصحيح... وفي الزواج الفاسد...

ومع ذلك، كما يقول علي سليمان، " فإن رجال القانون بمعاهد الحقوق، وهم نظريون أكثر منهم عمليون، لا يقنعون أبداً، ويبتغون الكمال، والكمال لله وحده، وتدفعهم مهنتهم إلى نقد النصوص مهما بلغ حظها من الكمال والإتقان، والنقد، كما يقول مثل فرنسي، سهل بينما الإنشاء عسير " La critique est aisée, mais l'art est difficile. " غير أن رجل القانون يقتضيه ضميره أن يقول كلمة القانون دون أن يخشى لومة لائم، لأن الحق أحق أن يتبع " ²⁷² وعلى هدى ما تقدم، فإنه من باب الاستحسان إبداء بعض الملاحظات الشكلية والموضوعية على المادة 40 السالفة الذكر والمواد التي تاليها، خاصة منها المواد 41، و42، و43 من ذات القانون التي نظم المشرع بمقتضاها النسب الشرعي.

و الملاحظة الأولى في هذا الصدد حاجة نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري إلى إعادة النظر فيما يتعلق بالصياغة التي جاء بها، فهو معيب شكلاً. ومما لا ريب فيه فإنه بجانب عنصر المضمون في القاعدة القانونية، وهو ما يطلق عليه جوهر القاعدة، يوجد عنصر آخر متمم له هو عنصر الشكل، وأن هذا الأخير يتحقق عن طريق الصياغة القانونية، علماً أنه كلما كانت الصياغة موفقة وملائمة زادت فرص نجاح القاعدة القانونية في التطبيق.

وما يعاب على هذا النص أنه أقر ثبوت النسب بنكاح الشبهة وبكل نكاح فاسد في آن واحد. لسنا ندري كيف يفهم من هذا النص ما قصده قانون الأسرة منه، لأن المعنى الظاهر منه وهو أن نكاح الشبهة شيء والنكاح الفاسد شيء آخر، وهذا المعنى فاسد وغير صحيح، لأن النكاح الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع نكاح بشبهة بدليل أن الفقه الإسلامي يقسم الشبهة إلى قسمين : شبهة العقد، وهو أن يتم إبرام عقد زواج بين رجل وامرأة، ثم يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب الموجبة للفساد؛ وشبهة الفعل، وهو أن يختلط الرجل بامرأة جنسياً من غير أن يكون بينهما عقد صحيح ولا فاسد كمن تزوج بامرأة لم يرها وتزف إليه أخرى وهو لا يدري فيدخل بها.

ومن هنا نرى أن الأمور قد اختلطت على المشرع الجزائري، إذ كان عليه أن يتكلم عن الوطء بشبهة بدلاً من النكاح بشبهة مادام أنه أقر ثبوت النسب بالنكاح الفاسد في النص ذاته. وهذا هو المعمول به فقهاً، حيث يثبت النسب وفقاً لمبادئه بالزواج الصحيح، وبالنكاح الفاسد وبالدخول بشبهة. وهذا

²⁷² انظر، علي علي سليمان، حول قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1986، عدد 2، ص. 443.

ما ذهبت إليه أيضا المدونة المغربية، بخلاف المجلة التونسية والقانون الليبي اللذين سكنا عن هذه الحالة، علما أنهما يتميزا بأنهما لم يحيدا القاضي إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عند انتفاء النص التشريعي²⁷³، فوضع الأحكام يبقى من اختصاص الدولة والدولة فقط، مما يقتضي القول بأن التشريع التونسي والليبي لا يعترفان بثبوت النسب بالوطء بشبهة.

وأمام هذه الملاحظات، لا مناص إذن من إعادة صياغة المادة 40 من قانون الأسرة، بحيث تصبح على النحو التالي " يثبت النسب بالزواج الصحيح، وبالزواج الفاسد، وبالإقرار وبالبينة وبالوطء بشبهة "، ولا داعي لإعادة تفصيل للنكاح الفاسد ما دامت المواد 32، و33، و34 قد تولت تفصيل البعض منه.

وبهذا التعديل يتسق نص المادة 40 مع النصوص الأخرى، خاصة منها ما يتعلق بالنكاح الفاسد وما يتعلق بالمصدر الذي استنبط منه قانون الأسرة أحكامه، ويكون بذلك المشرع الجزائري قد حقق الهدف الذي سعى إلى تحقيقه الفقه الإسلامي من تيسير ثبوت النسب بالزواج الصحيح وما يلحق به، وهو المخالطة بناء على عقد فاسد، أو بالدعوة في وطء بشبهة. وهذا التعديل ذاته ينبغي أن يطرأ على الفصل 89 من المدونة المغربية الذي اقتصر وسائل ثبوت النسب على الفراش أو إقرار الأب أو شهادة عدلين أو بيعة السماع. وكما أنه حتى نصل إلى نفس الغاية، كان على المشرع التونسي أن يعدل نص الفصل 68 من المجلة، باعتباره المبدأ العام لثبوت النسب الشرعي، ويدرج فيه صراحة الزواج الفاسد، بحيث تصبح صياغته كما يلي " يثبت النسب بالفراش وبالزواج الفاسد وبإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر "، وبهذا يتسق هذا النص مع نص الفصل 71 من ذات المجلة. وأما التشريع الليبي لم يأتي بنص خاص جامع لكل حالات النسب الشرعي.

ويؤخذ على المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري أيضا من حيث الشكل أنها قد استعملت في النص المدون بالفرنسية اصطلاح " Apparent " للتعبير على نكاح الشبهة، ونعتقد أن هذه ليست بالترجمة الموفقة، إذ كان ينبغي لقانون الأسرة أن يختار اصطلاحا آخر لتسمية نكاح الشبهة الذي وضعه، حتى لا يلتبس هذا الاصطلاح " بالزواج الظاهر " إذ يخشى أن يفهم من هذا المصطلح بمفهومه الدقيق الحالة التي يكون فيها رجل وامرأة يسكنان بيتا واحدا ويعاشر كل واحد منهما الآخر معاشرة الأزواج حتى يظهر في ذهن الأشخاص والجيران على أنه زواج وما هو بزواج كالعلاقة الحرة " L'union libre ". فليس من السائغ أن يكون لاصطلاح الشبهة معنيان في قانون

²⁷³ Cf. K. Meziou, Législation comparée, Tunisie, Mariage et filiation, Juris.-Class., 1997, Fasc. 1, parag. 7, p. 5.

واحد. ولذلك، فيعبر البعض عن الشبهة في الفرنسية باصطلاح " La vraisemblance " ²⁷⁴.

يضاف إلى ما يؤخذ على نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، أنه حصر ترتيب ثبوت النسب بالزواج الفاسد على الأنكحة التي تم فسخها بعد الدخول وفقا للمواد 32، و33، و34 من هذا القانون، و الحصر هنا غير موفق، لأنه يتنافى ومصلحة الطفل ويتعارض مع صيانة أحد حقوقه السامية المتمثلة في نسبه لأبيه. وإذن فلكي تتوافر الحكمة التي توخاها المشرع عند وضعه لهذا النص، كان ينبغي، على غرار التشريعات المغاربية الأخرى، أن يكتفي بالتنصيص على ثبوت النسب بالزواج الفاسد بدلا من ذكر المواد المتعلقة به، لأن التفسير الضيق لنص المادة 40 المذكورة أعلاه يؤدي إلى حرمان الطفل من النسب بالنسبة لحالات الفساد غير الواردة في تلك المواد. ومن قبيل هذه الحالات، نجد زواج المسلم دون علمه بالمشركة، وكذلك زواج الشخص الذي اتخذ قراره بالتعاقد عن غير اختبار كاف، أما نتيجة غلط وأما نتيجة تدليس، الخ.

وكذلك من المآخذ الموضوعية على نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري وعلى الفصلين 22 و71 من المجلة التونسية وعلى المادتين 54 و16 فقرة ب من القانون الليبي ما يبدو لأول وهلة من التنصيص على التساوي من حيث ثبوت النسب بين الزواج الباطل، كزواج المرأة المتزوجة أو المعتدة أو زواج المسلمة بغير المسلم، الذي كان فيه الرجل عالما بالحرمة وبين الذي لم يكن عالما بها، كما قضت بذلك المادة 34 من قانون الأسرة.

غير أنه مما لا ريب فيه أن جمهور الفقهاء اعتبر الوطء في الزواج الباطل زنا ووجب الحد، ولا يثبت النسب إذا كان الرجل عالما بالتحريم ²⁷⁵. وتأكيذا لذلك قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 24 فبراير 1986 بما يلي " حيث أن الطاعن أثبت خلال مراحل النزاع أن زوجته كانت في عصمة زوج آخر بموجب عقد مؤرخ في 1981/11/02، ولم تطلق منه وكان جاهلا هذه الحالة. حيث اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص إلى المحصنة تحرم على الزوج الثاني وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب... " ²⁷⁶. وكما قضى المجلس ذاته في قراره الصادر في 13 ماي 1986 بأنه " يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنتظر

²⁷⁴ Cf. Y. Linant de Bellefonds, Traité pratique de droit musulman comparé, édit. Mouton et Co, Paris, 1965, T. 3.

²⁷⁵ انظر، ابن جوزي، القوانين الفقهية، طبع تونس، 1926، ص. 204-211؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج. 2، ص. 31-39 و57-59؛ الدردير على مختصر خليل، الشرح الكبير، ج. 2، ص. 236-241؛ الشريبي الخطيب، معني المحتاج شرح المنهاج، مطبعة عيسى البابي الحلبي، 1933، ج. 3، ص. 142؛ الشيرازي، المهذب، مطبعة عيسى البابي الحلبي، 1343 هـ، ج. 2، ص. 46-47؛ ابن قامة، المعني، ج. 6، ص. 455 وما بعدها.

²⁷⁶ انظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1986/02/24، ملف رقم 39362، غير منشور.

الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاحة " 277.

فكيف يسوع إذن التوفيق بين تلك النصوص وهذه القرارات ونص المادة 222 من قانون الأسرة الذي يحيل القاضي إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية عند انتفاء النص التشريعي. ولذلك فإننا نعتقد أنه يراد بنص المادة 40 أن يقال : " يثبت النسب بالزواج الباطل والزواج الفاسد مهما كانت نية الزوج "، ولكن إذا كان هذا هو المعنى المراد بالنص فإنه يعتبر تحصيل حاصل، لأن المسألة هي مسألة نسب الطفل لأبيه وهي مسألة حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة. فهذا الحل تقتضيه مصلحة الطفل ومصلحة المجتمع في أن واحد.

وخلافا لذلك، قد فرقت المدونة المغربية بين الزواج الفاسد المجمع على فسادِه والزواج الفاسد غير المجمع على فسادِه، فأقرت بثبوت النسب بالنسبة للأول إلا في حالة جهل المانع من قبل الزوج، أما في الحالة الثانية تمسكت بثبوت النسب بصرف النظر عن نية الزوج. وهذا ما أفصح عنه الفصل 37 من المدونة المغربية، المحال إليه بالفصل 86 من ذات المدونة، حيث نص على أنه " كل زواج مجمع على فسادِه كالمحرمة بالصهر منفسخ بدون طلاق قبل الدخول وبعده ويترتب عليه تعيين الاستبراء وثبوت النسب إن كان حسن القصد...".

ويؤخذ كذلك على قانون الأسرة الجزائري من حيث الموضوع أنه أتى في نص المادة 41 بشروط وقيود في مسألة النسب الشرعي لا يمكن أن تتماشى مع الأحكام التي نص عليها في المادة 40 منه، وكما أنها تتعارض مع التطور العلمي الذي عرفته وسائل الحمل المعاصرة، حيث نصت المادة 41 على أنه " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة " 278. وهو نفس النقد يوجه إلى الفصل 85 من المدونة المغربية، لما نصت على أن " الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال...".

أما من حيث التعارض بين النصوص، يتبين من نص المادة 41 أنه يقضي صراحة بثبوت نسب الطفل لأبيه إلا إذا كان الزواج شرعي أي صحيح، في حين تنص المادة 40 على ثبوت نسبه حتى ولو كان الزواج فاسدا أو جاء نتيجة لو طء بشبهة، أي حتى إذا كان غير شرعي أو غير قائما تماما. وبتعبير آخر، لقد ساوت المادة 40 بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد والوطء بشبهة

277 انظر، مجلس أعلى، غ.ج، 13/05/1986، ملف رقم 271، غير منشور.

278 وفي هذا تنص المادة 28 من القانون المدني الجزائري على أنه " يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده ".

بشأن نسب الطفل فاعتبرته شرعيا في كل الحالات، في حين أن المادة 41 تقضي، بمفهوم المخالفة، أن الطفل لا ينسب لأبيه إذا كان الزواج غير صحيحا. أما من حيث عدم تماشيها مع ما توصلت إليه التطورات العلمية في المجال الطبي والبيولوجي، علقت المادة 41 في شطرها الثاني والفصل 85 من المدونة ثبوت النسب الشرعي بعبارة "وأمكن الاتصال" المعبر عنها بالفرنسية باصطلاح "de la possibilité des rapports conjugaux" أي "les rapports intimes"، بمعنى المخالطة الجنسية بين الزوجين²⁷⁹، علما أنه يمكن أن تصبح المرأة حاملا دون الاتصال الجنسي، وذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي. وعلى ذلك فينبغي على المشرعين المغاربة أن يحددوا لنا الطرق الشرعية للتلقيح الاصطناعي، سواء تعلق الأمر بالتلقيح الاصطناعي الداخلي أم التلقيح الاصطناعي الخارجي، إذ أنه يخشى أن يفهم من النصوص السابقة بمفهوم المخالفة أنه لا يثبت النسب بهذه الوسيلة الحديثة للحمل مع أن قانون الصحة الجزائري يسمح اللجوء إليها²⁸⁰، بل أن هناك العديد من المراكز الاستشفائية أصبحت متخصصة في عملية التلقيح الاصطناعي في الدول المغربية²⁸¹.

وكذلك من المآخذ الموضوعية على المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري وعلى الفصل 91 من المدونة والفصل 75 من المجلة أنها جاء على التوالي بعبارة "ما لم ينفه بالطرق المشروعة" أو بعبارة "على جميع الوسائل المقرر شرعا في نفي النسب"، أو بعبارة "جميع وسائل الإثبات الشرعية"، وهي عبارات تكتسي عدة معاني، لذلك يسوغ لنا أن نتساءل عما إذا كانت وسائل نفي النسب مقتصرة على اللعان أم هناك، إلى جانب هذا الطريق، طرق أخرى لم يفصح المشرع عنها في قانون الأسرة، تاركا بذلك المهمة للمحكمة؟ إذن، ما هي هذه الطرق؟

ويضاف إلى ما يؤخذ على نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري وعلى التشريعات المغربية الأخرى أنها تعتبر اللعان كوسيلة ظنية لنفي نسب

²⁷⁹ يرى ابن تيمية بأنه لا يكفي لتحقيق النسب إمكان التلاقي بل لابد من الدخول الحقيقي وتعليقه في ذلك هو أنه كيف تأتي الشريعة بالحاق النسب من لم يدخل بامرأته ولا اجتمع بها لمجرد إمكان ذلك، وهذا الإمكان قد يقطع بانتقائه عادة، فلا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق. في حين اكتفى الأحناف بعقد الزواج الصحيح دون اشتراط ثبوت اتصال الزوجين وتلاقيهما؛ إذ يرى هذا المذهب مادامت مظنة الاتصال بينهما قائمة، أي كان التقاؤهما ممكنا عقلا، فإن الولد الذي تضعه الزوجة ينسب لزوجها. وأما في الزواج الفاسد، يشترط الدخول الحقيقي لثبوت النسب. انظر، ابن عابدين، حاشية، ج. 2، ص. 247. أما جمهور الفقهاء الذي يرى بأنه لا يثبت نسب الولد من الزوج في عقد الزواج الصحيح، طالما لم يثبت إمكان التلاقي الفعلي بين الزوجين.

²⁸⁰ وذلك بموجب المادة 68 من القانون رقم 85-05 الصادر في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، حيث نصت على ما يلي: تتمثل حماية الأمومة والطفولة في جميع التدابير الطبية والاجتماعية والإدارية التي تستهدف على الخصوص في حماية الأم بتوفير أحسن الطبية والاجتماعية لها قبل الحمل وخلالها وبعده، وبموجب المادة الثالثة من القرار رقم 97 الصادر عن وزارة الصحة والسكن بتاريخ 1995/09/04 والمتضمن إنشاء مراكز المساعدة الطبية للإنجاب

الطفل²⁸²، ولكن دون تبيان الإجراءات الواجب اتباعها في هذا الإطار، وما هي الآثار المترتبة على تأدية اليمين بشأن العلاقة الزوجية وما سببها، هل تحرم المرأة بعد ذلك على زوجها السابق تحريما أبديا أم مؤقتا؟ فيما عدا المجلة التونسية التي نصت في الفصل 76 منها على أنه "إذا أثبت الحاكم نفي الأبوة طبق أحكام الفصل السابق فإنه يحكم بقطع النسب والفراق الأبدي بين الزوجين".

وأخيرا تنص المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري على أن "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر"، مما يعني أنه لا يمكن ثبوت نسب الطفل لأبيه إذا جاءت به الزوجة قبل مضي الستة أشهر من تاريخ إبرام العقد وعشرة أشهر من تاريخ الانفصال بوفاة أو طلاق أو بطلان (المادة 43 من قانون الأسرة)، وهذا غير واضح لأنها، على غرار المجلة التونسية²⁸³ والمدونة المغربية²⁸⁴ من جهة، وعلى خلاف المادة 53 فقرة أ من القانون الليبي²⁸⁵ من جهة أخرى، لم تحدد التقويم الواجب العمل به في هذه المسألة. ولذلك يحق لنا أن نتساءل هنا عما إذا كانت الستة أشهر الواردة في هذا النص تحسب على أساس التقويم الهجري أم على أساس التقويم الميلادي، علما أن المادة الثالثة من القانون المدني الجزائري تنص على أنه "تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"؟

سدا لهذا الفراغ التشريعي، جرى العمل في محاكمنا بمختلف درجاتها بالتقويم الميلادي، وهذا ما يؤكدته القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23 نوفمبر 1993، حيث قضت فيه "بأنه بالفعل فإن قضاة الموضوع قد قضوا بصحة الزواج العرفي الواقع في شهر نوفمبر 1988 لتوافر أركانه طبقا للمادة 9 من ق.أ. لعدم وجود أي نزاع بشأنه ولا بشأن الدخول الذي تم يوم 16/11/1988 وتاريخ ولادة الولد يوم 05 جوان 1989 بعد تاريخ الدخول والبناء بأكثر من ستة أشهر وأن المادة 42 من ق.أ. تنص بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر"²⁸⁶.

وهذا ما لا يتماشى والنصوص الشرعية²⁸⁷، حيث أنه بالنسبة لأقل مدة للحمل فلقد أجمع الفقهاء على أنها ستة أشهر قمرية²⁸⁸. وهذا ما ذهب إليه

²⁸² وهذا ما أكدته المادة 138 من ذات القانون بقولها "يمنع من الإرث اللعان والردة".

²⁸³ ينص الفصل 71 من المجلة على أنه "إذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا يثبت نسب الولد من الزوج".

²⁸⁴ ينص الفصل 84 من المدونة على أن "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنة مع مراعاة ما ورد في الفصل 76...".

²⁸⁵ حيث نصت هذه الفقرة على أن "أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية وأكثرها سنة".

²⁸⁶ انظر محكمة عليا، غ.أ.ش. 1993/11/23، ملف رقم 99000، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص. 65.

²⁸⁷ والسند في ذلك قوله تعالى "ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا" (سورة الأحقاف، آية 15)، وقوله تعالى "ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن

أغلبية التشريعات الإسلامية. ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة 166 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي بقولها بأن "أقل مدة للحمل ستة أشهر قمرية".

أما فيما يتعلق بأقصى مدة للحمل الذي يثبت به النسب، مادام لا يوجد بشأنها قرآن أو سنة، فلا مانع من أن تكون هذه المدة عشرة أشهر شمسية كما في القانون الجزائري²⁸⁹، أو سنة شمسية كما في القوانين المغربية الأخرى²⁹⁰ وبهذا لم تكن التشريعات المغربية بعيدة عن التأثير بما تمليه المستجدات العلمية الطبية والبيولوجية في شأن هذه المسألة²⁹¹.

وإذا كانت أغلبية القوانين المغربية قد حددت الحد الأقصى للحمل ولم ترد عليه أي استثناء، فإنه مع ذلك قررت المدونة المغربية عكس ذلك، حيث نصت في الفصل 76 منها على أن "أقصى أمد الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة فإذا انقضت السنة وبقيت الرية في الحمل رفع من يهمله الأمر أمره إلى القاضي ليستعين ببعض الخبراء من الأطباء على التوصل إلى الحل الذي يقضي إلى الحكم بانتهاء العدة أو امتدادها إلى أجل يراه الأطباء ضروريا لمعرفة ما في البطن هل علة أم حمل".

فإنه يمكننا القول بأن العمل بما جاء به هذا الفصل من المدونة المغربية يمكن أن يفتح الباب على بعض التأويلات غير السليمة وغير المستقيمة مع مصالح الناس، مما قد يؤدي إلى إفراغ الشطر الأول من الفصل 84 من ذات القانون من كل أثر له بشأن الحد الأقصى للحمل، وتعطيل تماشي الأحكام الشرعية مع التطورات العلمية، وخاصة وأنها لم تنص في أي فصل من فصولها على نظرية الطفل النائم "la théorie de l'enfant endormi" التي عرفها الفقه

وفصالة في عامين " (سورة لقمان، آية 14). ووجه الاستدلال بين هاتين الآيتين أن الأولى تدل على أن مدة الحمل والرضاع ثلاثون شهرا، والآية الثانية تدل على أن مدة الرضاع حولان، وبضم الإثنين بعضهما إلى بعض وإسقاط مدة الرضاع يكون الباقي للحمل ستة أشهر.

²⁸⁸ انظر، البيهقي، النن الكبرى، ج. 7، ص. 442؛ الدسوقي، حاشية، ج. 2، ص. 474؛ الشيرازي، المذهب، ج. 2، ص. 143؛ الرازي، التفسير الكبير، ج. 6، ط. 3، دار إحياء التراث العربي، ص. 119

²⁸⁹ حيث تؤكد المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري على أن "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

²⁹⁰ انظر، المادة 69 والمادة 35 فقرة 2 من المجلة التونسية، والمادتين 84 و76 من المدونة المغربية، والمادة 53

فقرة أ من القانون الليبي.

²⁹¹ وذلك خلافا للفقه الإسلامي الذي اختلف في تحديدها، حيث فهي عند أبي حنيفة سنتان (انظر، ابن عابدين، حاشية، ج. 3، ص. 539؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج. 3، دار الكتاب العلمية، بيروت، 1986، ص. 211)، وعند الشافعية أربعة سنوات (ابن قدامة، المعني، ج. 9، ص. 116)، وفي فقه مالك خمس سنين وقيل أربع (البيهقي، السنن الكبرى، ج. 7، ص. 1442) وقال محمد ابن الحكم من المالكية إنها سنة قمرية (ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج. 2، ص. 352) وحدها ابن حزم بتسع أشهر (المحلى، ج. 10، ص. 316-317).

الإسلامي²⁹². لأنه ليس من النص السليم أن نأتي بالاستثناء في مسألة كهذه وخاصة وأن المشرع المغربي قد أخذ بأطول مدة للحمل وهي سنة، ومع العلم أن العلوم الطبية تقر بأن الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرا²⁹³.

وإذا نظمت التشريعات المغاربية تاريخ بداية سريان الحدين الأدنى والأقصى للحمل، غير أنه لم يكن موقفها من هذه الحالة واحدا، فمنها ما سكت إطلاقا عن تاريخ بداية سريان الحد الأدنى كما هي الحال في التشريع الجزائري سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا²⁹⁴، ومنها ما ساوى بين الزواج الفاسد والزواج الصحيح مقرا، على غرار جمهور الفقهاء ورأي في الحنفية²⁹⁵، بأن الحد الأدنى يبدأ من تاريخ إبرام العقد كما في التشريع التونسي²⁹⁶. في حين أخذ كل من التشريعين المغربي²⁹⁷ والليبي²⁹⁸ بحل واحد تقريبا، فقد أقر، على غرار الرأي الثاني عند الأحناف²⁹⁹، بأن أقل مدة للحمل ستة أشهر تبدأ من تاريخ العقد في الزواج الصحيح ومن تاريخ الدخول في الزواج الفاسد، مع هذا الفارق أن التشريع الليبي اعترف حتى بالخلوة الصحيحة بشأن الزواج الفاسد³⁰⁰.

فإذا تأملنا في الحلول الواردة في هذه التشريعات الأربعة، فإننا لا نقر من سكت عن سكوته، بل نفضل الحل الذي تبنته المجلة التونسية من حيث كون أن بدء حساب المدة يكون من يوم إبرام العقد، وذلك بالنسبة للزواج الصحيح أو الزواج الفاسد.

²⁹² انظر، أحمد إبراهيم، الأحوال الشخصية، 1941، ص. 487 وما بعدها؛ بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، طبعة مؤسسة شباب الجامعة، ص. 9 و10. وأن هذا الاعتقاد لازال سائدا في المجتمع المغربي. انظر بشأن ذلك،

S. Naamame, Au-delà de la pudeur, Etude sur la sexualité de la femme marocaine, th. Socio., Paris VII, 1985, pp. 250-297

²⁹³ وفي هذا يقول الدكتور أحمد إبراهيم "إني تعرضت لهذه المسألة... وخلاصة ما قلته، بعد مذاكرة كثير من كبار الأطباء والاشتراك معهم في البحث أن الحمل لا يمكث في بطن أمه أكثر من المدة المعتادة وهي 277 يوما ثم يولد حيا. وقد يمكث نادرا إلى ثلاثمائة يوم، وقد يزيد عشرة أيام على الأكثر إذا وجد عائق، ولذا رأيت هناك أن أقصى مدة للحمل يجب أن تكون أحد عشر شهرا فقط ولكن أرى الآن أنه يجب أن تكون عشرة أشهر أي ثلاثمائة يوم، فإن من وراء ذلك من أندر النادر". انظر، د. أحمد إبراهيم، المواريث، ط. 1942، ص. 286.

²⁹⁴ تنص المادة 42 من قانون الأسرة على أن "أقل مدة الحمل ستة أشهر...".

²⁹⁵ وهو رأي أبي حنيفة وأبو يوسف، انظر، أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة والقانون، إعداد واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، 1994، 493 وما بعدها.

²⁹⁶ ينص الفصل 71 من المجلة التونسية للأحوال الشخصية على أنه "إذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا...".

²⁹⁷ انظر المواد 84، 85، و86 من مدونة الأحوال الشخصية.

²⁹⁸ انظر المادة 33 فقرة أ وب، من القانون الليبي لسنة 1984.

²⁹⁹ وهو رأي محمد بن الحسن. انظر، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي لإحياء ونشر التراث الإسلامي، ج. 3، ص. 171.

³⁰⁰ انظر المادة 34 من القانون الليبي لسنة 1984.

وبجانب المآخذ الموضوعية سالفه الذكر، يعاب كذلك على التشريعات المغربية (الجزائري والتونسي والليبي) عدم تعرض نصوصها إطلاقاً لتاريخ بدء حساب المدة الخاصة بالوطء بشبهة، فيما عدا المدونة المغربية التي نصت في الفصل 87 على أن "الخالية من الزواج إذا وطئت بشبهة وجاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها...". ومع ذلك فهذا الأخير فهو لا يخلو بدوره من عيب إذ وإن نص على الحد الأدنى والحد الأقصى للحمل بالنسبة للوطء بشبهة، غير أنه لم يحدد هو الآخر متى يبدأ حسابهما. ومن ثم، فكان ينبغي، في نظرنا، أن تأخذ هذه التشريعات بتاريخ الدخول لحساب الحدين ولا من تاريخ العقد، إذ يذهب الفقه الإسلامي إلى حساب مدة الستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي وحتى الولادة. ومن ثم إذا خالط الرجل المرأة بشبهة، ثم أتت بولد قبل مضي الستة أشهر فلا يثبت النسب.

وكذلك فإذا تأملنا في الحل الوارد في التشريع الجزائري بشأن بدء حساب المدة الأقصى للحمل، يظهر لنا أن هناك نوع من الإبهام بين المادة 43 والمادة 60 من قانون الأسرة، فقد نصت الأولى على أنه "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة" المعبر عنها بالفرنسية بعبارة "suivant la date de la séparation ou du décès"، في حين تقضي المادة 60 بأن "...، أقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة". فهل فكر المشرع ما هو الفرق بين اصطلاح "الانفصال" واصطلاح "الطلاق"؟ أليس من المتصور أن يتم الانفصال الجسدي بين الزوجين ويبقى مع ذلك متزوجين طالما لم يصدر حكم يقضي في حقهما بالطلاق، فمتى يبدأ الحساب هنا من تاريخ الانفصال أم من تاريخ الطلاق؟ والحال المغربي والليبي لا يقل كل منهما عيباً عن الحل السابق، إذ استعملت المدونة المغربية تارة اصطلاح "الفراق"³⁰¹، وتارة مصطلحات "الطلاق" و"التطليق" والفسخ والمفارقة"³⁰²، وأما القانون الليبي لسنة 1984 استعمل اصطلاحين "طلاق" و"فراق" في المادة 52 فقرة هـ دون تحديد الحالات التي يخضع لها كل واحد منهما.

وهكذا، إذا توخيت هذه التشريعات الدقة والتحري في صياغة بعض المصطلحات التي أقحمت فيها دون أن تكون منسجمة مع باقي المصطلحات الواردة في النصوص الأخرى، فكان ينبغي توضيح بعد المصطلحات التي تكون ربما مشتركة في اللفظ ولكن مختلفة في المعنى وحسم الاختلاف بينهما. وتبعاً لكل ما قيل أعلاه، فإن السعي لمراجعة قوانين الأحوال الشخصية المغربية يبقى أمراً مرغوباً فيه، لتنسجم النصوص مع المعطيات الجديدة

³⁰¹ انظر المادة 86 فقرة 2 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

³⁰² انظر المادة 78 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

للمجتمع المغربي، وذلك عن طريق إصلاح ما فيها من أخطاء، أو تغيير أو تبديل أو حذف ما لا يناسب التطور الواقعي أو إضافة ما يسدّد سير الأسرة المغربية طبقا لما تتطلبه الحقائق المغربية الخالية شريطة أن لا يخالف ذلك الثوابت الشرعية خاصة فيما يتعلق بروحها.

ومن ثم، فإذا كنا نروم حلا مغاربيا موحدا في هذا الصدد فيجب أن يقوم هذا الحل، في نظرنا، على عدم التقيد بمذهب مالك وحده كما هي الحال في المدونة المغربية، وعلى عدم تقديس النص كما في المجلة التونسية، بل ينبغي التفتح على مختلف المذاهب الفقهية ووضع نص يوفر للقاضي الحرية في اختيار الحل المتمشي مع متطلبات العصر، لأن أي قانون أو مذهب لا يستطيع أن يستوعب جميع المسائل التي يراد سن ذلك القانون من أجلها، وإن بلغ واضعوه من العلم والفقه أسمى مكان وأرفع منزلة.

وذلك كله يتطلب القيام بتكوين القضاة تكوينا جيدا ذو مستوى عالي كي تتكون لدى القاضي ملكة فقهية تمكنه من استيعاب المسائل المطروحة عليه ولا يجد نصا في التشريع فيغوص في أعماق المذاهب الفقهية المختلفة التي يكون قد استوفى ما يمكنه من استخراج حكم في المسألة غير مخالف للتشريع الإسلامي ومتماشيا مع المعروض عليه ومع معطيات ومتطلبات العصر. وبهذه المنهجية نستطيع أن نجد الحلول المتعلقة بمسائل النسب الشرعي وغير الشرعي وما يترتب عليهما من نتائج، مالية كانت أو غير مالية.

تطبيقات

مادة قانون الأسرة المقارن الإجابة النموذجية مسابقة الدكتوراه
2018/10/27

السؤال :

تشهد الدول المغربية تغيرات واسعة في نطاق العلاقات الأسرية، مما تطلب منها خضوع بعض الأشخاص، حماية لهم، لإجراءات قضائية خاصة من أجل إبرام عقد الزواج للمرة الأولى.
حلل وناقش مع تبيان النقائص الواردة في النصوص القانونية.

الإجابة :

- مقدمة :
- موقف الفقه الإسلامي من أهلية الزواج
- التغيرات
- طرح الإشكالية
- الإعلان عن الخطّة
- أولاً.- الإذن القاضي كإجراء حمائي تشريعي للقاصر

تنص المادة 7 من ق.أ.ج. على أنه: "...وللقاضي أن يرخّص قبل ذلك بالزواج..."، وهو النص ذاته الذي جاء به الفصل 5 من م.أ.ش.ت بقولها: "...وإبرام الزواج دون السن المقررة يتوقف على إذن خاص من الحاكم"، وفي نفس السياق نصت المادة 20 من المدونة المغربية على أنه: "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليها في المادة 19 أعلاه"، غير أن المشرع الموريتاني قد خرج عن هذه القواعد حيث أنه قد منح الموافقة على زواج القاصر للولي بدلا من القاضي بحكم المادة من المدونة الموريتانية التي تنص على أنه يصح لولي ناقص الأهلية أن يزوجه".

1.- القاضي المختص

من خلال النصوص سالفة الذكر يتضح لنا أن **المشرع المغربي** كان أفصح بشأن القاضي المختص بمنح الرخصة القضائية، وذلك بجعل هذا الاختصاص لقاضي الأسرة المكلف بالزواج. أما من حيث **التشريع الجزائري**، فإن قانون الأسرة استعمل مصطلح "وللقاضي" دون تحديد القاضي المختص في هذا المجال، وهو قاضي قسم شؤون الأسرة أم رئيس المحكمة، ولكن سدا لهذا النقض جاء قانون الإجراءات المدنية ونص صراحة على أن القاضي المختص هو قاضي قسم شؤون الأسرة، غير أن المجال التطبيقي يوحي لنا سيطرة رئيس المحكمة على هذه الصلاحية وهذا يظهر بجلاء سواء على مما صدرت من تراخيص من محكمة بني صاف، أو من جميع المحاكم التابعة لمجلس قضاء تلمسان.

بينما **المشرع التونسي** فقد نص صراحة على أن هذا الإذن يكون صادرا من الحاكم، ولنا أن نتساءل: ما المقصود بالحاكم؟ هل يتعلق بالحاكم الفردي، أم برئيس المحكمة الابتدائية؟ وهل يمكن أن يكون حاكم الناحية مختصا في هذا المجال؟

الإجابة من حيث الواقع تكون بنعم، حيث نسهل على القائمين بمكان لا توجد به المحكمة الابتدائية ومن ثمة يصبحون غير مضطرين للتنقل إلى المحكمة الابتدائية، ومن الناحية القانونية لا يوجد مانع من منح الاختصاص لمحكمة الناحية بحكم أن المشرع منح لها اختصاصات أخرى أكثر أهمية من منح الإذن، منها خاصة مادة التبني بمقتضى النصوص القانونية.

2.- عدم تحديد السن الأدنى لمنح الإذن: (نقطتين من 10)

تتفق كل التشريعات المغربية على أنها لم تحدد الحد الأدنى لمنح الإذن، ومن ثمة يكون المشرع في هذه الدول قد منح للقاضي السلطة التقديرية الواسعة من حيث منح الإذن للشخص القاصر، وهذا ما يجعلنا أن نذهب في بعض الحالات إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 ق.أ.س. و 311 م.أ.ج.م و 400 م.أ.م والقضاء التونسي، علما أن جمهور الفقهاء عملا بتلك الأحكام الشرعية يعترف بصحة زواج الصغير أو القاصر ممن دون سن البلوغ. لكن لا يمكن الأخذ بهذا التحديد إذ أنه يحتوي على الكثير من التجاوز، إذ أن مصلحة الأفراد والمجتمع بكامله يقتضيان بعدم تخويل القاصر حق الزواج إلا عند بلوغه سن معينة مع الأخذ ببعض

3.- معايير منح الإذن بالزواج

لقد نصت التشريعات المغربية على المعايير التي ينبغي على القاضي مراعاتها عند منحه الإذن بالزواج، حيث نص **المشرع الجزائري** في المادة 7 في شطرها الثاني على أنه للقاضي أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، كما جاء في **الفصل 5 من م.أ.ش.ت** "ولا يعطى الإذن بالزواج إلا لأسباب خطيرة والمصلحة الواضحة للزوجين" كذلك **المادة 20 من م.أ.م** التي أباحّت للقاضي منح الإذن بناء على: "مقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي". أما **المدونة الموريتانية** اشترطت على الولي أن يرخّص الزواج للقاصر إذا رأى مصلحة راجحة لذلك م2/6 م.أ.ج.م.

4.- الشخص المختص بطلب منح الإذن :

ينص **الفصل 6 من م.أ.ش.ت** على أن زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم، وبهذا فالمشرع التونسي فقد منح الاختصاص للأبوين معا "الأب(الولي) والأم" ولكن إذا وافق الولي دون الأم أو العكس وتمسك القاصر برغبته إبرام عقد الزواج فيرفع أمره إلى القاضي الذي يتفحص الطلب على أساس المعايير المنصوص عليها قانونا ألا وهي الأسباب الخطيرة ومصلحة الزوجين الواضحة. ولكن خلافا لذلك فإن المختص في **التشريع الجزائري** هو الولي بحكم أن القاصر تعد تصرفاته غير صحيحة في هذا المجال الذي يشترط فيه أهلية التقاضي، إذ أنّ هذه الأخيرة تنحصر في الولي وهو أب القاصر، أما الولاية الممنوحة للأم بحكم وفاة الأب أو الطلاق عند اسناد الحضانة لا يمنح لها هذا الحق إذ أنه يشترط فيه الولي أن يكون ذكرا في المسائل المتعلقة بإبرام عقد الزواج. كما أن **المشرع المغربي** قد منح ذلك الاستماع لأبوي القاصر، ولكن الموافقة في ظل هذا التشريع تبقى محصورة في نائبه الشرعي استنادا للمادة 21 من م.أ.م. وبناء على هذا النص يجوز للقاصر أن يرفع أمره إلى القاضي في حالة رفض النائب الشرعي، والقاضي في هذه الحالة سيقدر المصلحة محل الاعتبار مع استعانتة بأهل الخبرة من أطباء ومساعدة اجتماعية.

5.- المقصود بالمصلحة أو الضرورة أو الأسباب الخطير

أما من حيث تقييم المعايير التي ينبغي على القاضي أن يأخذها بعين الاعتبار، فقد حددها المشرع الجزائري بالمصلحة والضرورة، والتونسي بالأسباب الخطيرة ومصلحة الزوجين، واكتفى المشرع الموريتاني باستعمال مصطلح المصلحة، أما المشرع المغربي ألزم القاضي أن يبين الأسباب التي دفعته لمنح الإذن بناء على مصلحة الزوجين، ومن ثم، فالقاضي لا يمكنه أن يعتمد فقط على خبرته بل ينبغي عليه الاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي وهو أمر وجوبي. فإن المشرع الجزائري في تعديله سنة 2005 اشترط على القاضي أن يتأكد على قدرة الطرفين من الزواج وهو أمر يتطلب اللجوء إلى الخبرة.

يرى جانب من الفقه التونسي أن الأسباب الخطيرة المشار إليها في الفصل 5 من م.أ.ش.ت تنحصر في بعض الحالات منها كون الزوجة حامل، فرى بأن العمل بهذا الرأي يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية ومع السلطة المخولة للقاضي بحيث تصبح سلطته مقيدة.

وبالرغم من هذا الاستثناء الذي يخصص للقاضي منح الإذن بالزواج بالنسبة للزوج القاصر، فأصبح هذا الاستثناء في المغرب هو المبدأ من حيث عدد الزيجات التي تمت على أساس الرخصة القضائية، ويرى الاتجاه الفقهي بأن السبب في ذلك يرجع إلى تطبيق مسطرة التوثيق التي تسمح بحالات الزواج دون عقد رسمي. أما فيما يخص القضاء المغربي فقد وافق في العديد من قراراته على منح الإذن بالزواج، من حيث القبول والرفض.

كما أن المسألة قد طرحت على القضاء التونسي لكن من ناحية أخرى وهي إمكانية زواج الفتاة مع الشخص التي مارست معه الجنس دون عنف إذ أنه طبقا للفصل 227 ق.ع تونسي، والمادة 326 ق.ع جزائري، 475 ق.ج مغربي، فهذه المواد كلها ترفع تسليط العقوبة إذا لم يتزوج الخاطف المخطوفة أو المبعدة، ولكن هذه الأخيرة في حاجة إلى إذن حيث أن سن الزواج غير متوفر فيها، فهل القاضي عند استعماله لسلطته هو مجبر أن يخصص لها الزواج بناء على ما سمته هذه التشريعات بالمصلحة أو السبب الخطير.

ثانياً.- الجزاء المقرر لمخالفة سن الزواج:

كل التشريعات المغاربية لم تبين لنا بجلاء ما هو حكم الزواج التام بدون رخصة إذا كان المقبل عليه قاصر، فالمدونة الموريتانية تنص صراحة على أنه إذا تزوج ناقص الأهلية بغير إذن وليه لم يلزم النكاح إلا بعد موافقة الولي أو القاضي عند الاقتضاء. بينما إذا توقف لزوم النكاح على إجازة... الولي ولم يجزه من له إجازته بفسخ بالطلاق. لكن بالرجوع إلى القانون التونسي نرى بأنه نص صراحة في الفصل 21 م.أ.ش.ت على حالات الزواج الفاسد وهي اقترانه بشرط يتنافى وجوه العقد، أو إتمام الزواج دون رضا الزوجين أو حالة موانع الزواج، غير أن مسألة أهلية الزواج والإذن المتعلق بها لم يشر المشرع إلى حكمها في حالة انتفاء الإذن، مما يدفعنا إلى القول عمّا إذا يجوز التنسيق بين مواد الفصل 3 شطر 1 والفصل 21 من ذات المجلة، بمعنى هل يعتبر الزواج فاسدا إذا تم من قبل القاصر، وهل أهلية القاصر تدخل في حكم رضا الزوجين أي أنّ أهليته ناقصة، مما يدفعنا بالقول بعدم صحة زواجه أم أنه ينبغي الأخذ بالرضا مهما كان نوعه سواء صادر عن كامل الأهلية أو ناقصها أو عديم الأهلية.

كذلك المشرع المغربي لم ينص على حكم زواج القاصر بغير الإذن القضائي إذ أنه نص في المادة 62 و63 على بعض الحالات التي يمكن أن يفسخ فيها الزواج، وجاء في المادة 56 على أن الزواج الغير صحيح يكون إما باطلا أو فاسدا، ونصت المادة 57 على الزواج الباطل وحددته في انتفاء أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10، كذلك إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول، والمحكمة لها أن تحكم ببطلان الزواج من تلقاء نفسها بموجب المادة 58 أو كل من يعنيه الأمر، أما الزواج الفاسد منه الزواج الذي تم بدون ولي في حالة وجوبه.

برجعنا إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم ينظم صراحة حكم الجزاء في حالة ما إذا انتفى شرط أهلية الزواج، مع العلم أنه قد رتب أهلية الزواج ضمن صحة شروط العقد في المادة 9 مكرر المعدلة من قانون الأسرة، وإذا بين لنا حكم جزاء تخلف أحد شروط الصحة أو ركن الزواج في المواد من 32 إلى 35 من قانون الأسرة، غير أنه غفل عن الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج،

ذكر الآراء الفقهية حول النصوص الجزائرية (زواج صحيح، زواج يخضع لقانون 1963/06/29 التفارقة بين الحالتين الدخول من عدمه مع ذكر حالة تصحيحه، زواج باطل) .

فهل يمكن اعتبار هذا النوع من الزواج من بين العقود الموقوفة؟

كون أن عقد الزواج قد كُيف في الفقه الإسلامي على أنه تصرف يدور بين النفع والضرر ومن ثمّ نطبق ما جاء به المشرع في المادة 83 من قانون الأسرة، والتي تنص على أنه "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون

المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به، و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر".

ومن ثم هل يمكن تطبيق هذه القاعدة في حالة ما إذا تم إبرام عقد الزواج دون مراعاة ما نص عليه المشرع في المادة 7 من قانون الأسرة؟

أمام هذه الأحكام المتضاربة بعضها بعضاً نعتقد أن الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج يمكن استنباطه من النصوص الواردة في قانون الأسرة، وذلك إذا ما راعينا أن أهلية الزواج تعد عنصراً من عناصر ركن الرضا الذي نص عليه المشرع في المادة 9 من قانون الأسرة، وأن المشرع نص في المادة 33 فقرة 1 على أنه يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، أن مصطلح "اختل" الوارد في هذه المادة يمكن أن يفسر على أساس عدة مفاهيم، بحيث يمكن أن يأخذ معنى الانعدام، كما يمكن أن يأخذ معنى العيب أو يأخذ معنى النقص.

خلافاً للتشريع الجزائري الذي لم يبين مدى صحة زواج مختلي العقل، هل هو صحيح وعلى أي أساس؟ غير أنه عملاً بالمادة 222 ق.أس ينبغي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص صراحة طبقاً للمذهب المالكي على أنه يجوز زواج مختلي العقل شريطة أن تكون مصلحة في زواجه التي يقدرها الولي، وهناك بعض الآراء نصت صراحة على أن تقدير المصلحة تكون للقاضي، أما التشريع التونسي نص في الفصل 7 على أنه: {زواج المحجور عليه للسفه لا يكون صحيحاً إلا بعد موافقة المحجور له، والمحجور له أن يطلب من الحاكم فسخه قبل البناء}، لكن عملاً بهذا النص فإنه يحتوي على الكثير من الثغرات منها أنه قد حدّد مختلي العقل في حالة واحدة فقط وهي حالة حجر السفه، لكن لم يبين لناحكم زواج السفه دون حجر وما حكم المصاب بجنون أو عته، فعملاً بالفصل 7 سالف الذكر يقتضي الأمر بنا إلى القول أن هذه الطائفة من الأشخاص يمكن أن تنفرد بعقد زواجها إذا أخذنا بالتفسير الضيق، أما إذا أخذنا بالتفسير الموسع لنص الفصل 7 فإن الزواج يقع صحيحاً حتى ولو لم يوافق عليه المعني بالأمر الغير محجور عليه.

أما المدونة المغربية كانت أكثر فصاحة وذلك بمقتضى المادة 23 التي تنص صراحة على أن: {قاضي الأسرة له أن يأذن بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكراً أو أنثى بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طبيب خبير أو مختص}، وجاء في الفقرة الثانية بالتنصيص على أنه: {ينبغي على القاضي أن يطلع الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر}، وأضاف كذلك المشرع المغربي في الفقرة الثالثة على أنه: {يجب أن يكون الطرف الآخر راشداً ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع الشخص المصاب بإعاقة}، وما يفهم من ذلك أنه لا يمكن للقاصر أن يبرم عقد زواج مع الشخص المصاب بإعاقة ذهنية.

أما بالنسبة للجزء فلم تنص التشريعات المغربية على الجزاء المترتب على مخالفة هذه النصوص، وبالتالي يمكن الرجوع إلى القواعد العامة.

مسابقة الدكتوراه

يشهد العالم اليوم تغيرات واسعة في نطاق العلاقات بين أفراد الأسرة، وأن الدول المغربية لم تكن بمنأى عن هذه التغيرات، مما يتطلب منها البحث عن إيجاد التنظيم القانوني الذي يتماشى مع الثوابت الشرعية من جهة، والعصرنة من جهة أخرى.

بناءً على المناهج المدروسة، حلل وناقش المنهجية المعتمدة من قبل كل المشرعين المغاربة للأسرة مع تحديد مكانتها من الفقه الإسلامي وتبيان مزاياها ومساوئها.

الخطّة

مقدمة :

والحقيقة، فإن التطور الاجتماعي المعاصر يتطلب منا الأخذ بعامل الاجتهاد، وهو العامل الوحيد الذي يكون حاجزاً لعامل الجمود والتردد وما الدعوة إلى الاجتهاد ما هي إلا ضرورة ملحة ومسايرة للتشريع لحاجات الناس ومصالحهم المتعددة والمتشعبة والمختلفة بحسب المكان والزمان. لذلك فإن شريعة الله لم تأت فعلاً لوقت دون وقت، أو لعصر معين، أو لزمن محدد، وإنما هي شريعة كل عصر، وشريعة الزمن كله حتى يرث الله الأرض ومن عليها؛ ولا يتم ذلك كله إلا بالاجتهاد، وبفهم المسائل المطروحة المعاصرة فهماً علمياً ومادياً.

وأمام كل تلك التحولات الاجتماعية وإزاء كل ما قيل و أثر بشأن القوانين المغربية للأسرة من تفاسير وانتقادات وجهت إليه، غير أن الأسئلة التي كانت وما برحت مدار الجدل قبل وضعه وأثناء تعديله هي الكامنة في معرفة عما إذا كان أي تطور في الواقع الاجتماعي ينبغي أن يكون في ظل الأحكام الإسلامية للأسرة؟ أم يجب مراعاة التطورات التي عرفها المجتمع المغربي مع الأخذ بعين الاعتبار ضعف الوازع الديني الذي أصبح منبعاً انحرافياً لهذه الأمة.

هذا ما يدفعنا إلى البدء في تبيان المناهج الفقهية في وضع الأحكام الأسرية (أولاً)؛ ثم سنبين مدى تأثيرها على القوانين الوضعية المغربية (ثانياً)، وإبدأ الرأي الشخصي بشأن المناهج المدروسة (ثالثاً).

أولاً- المناهج في وضع الأحكام الأسرية

لم يقف الفقه الإسلامي جامداً إزاء ما طرأ من حوادث جديدة، بل أتيح له من المجتهدين في مختلف العصور من بذلوا غاية الجهد في تعرف حكم الله فيما عرض لهم من مسائل : تارة بالاستنباط من النصوص الشرعية، و تارة بقياس ما عرض لهم من حوادث على حوادث أخرى ورد بشأنها نص شرعي، وأخرى بتحكيم المصلحة إذا لم يسعفهم نص شرعي و لا قياس يعطي الشبيه حكم الشبيه والنظير حكم النظير.

وعلى العموم، قد بلغ توفر المسلمين على البحث والتحري درجة جعلتهم لا يققون نفس الموقف من المنهجية المتبعة لذلك، لاشك أن تحديد الطريقة التي يسير عليها القاضي في بحثه عن الحكم بصدد المسألة المطروحة عليه يعتبر نوعاً من التقنية القانونية، لأنها تقيد حرية القاضي في اختيار الحكم الذي يريد تطبيقه، كما أنه يمكن للأشخاص معرفة الأحكام التي يخضعون لها، فينظمون معاملاتهم على أساسها، حتى لا يقصر أي واحد منهم في الواجبات التي عليه، ولا يطالب بأكثر من حقوقه.

هذا، وقد تبدو العلاقة غير واضحة بين تلك المنهجية و بين الاجتهاد الفقهي المؤثر على تطور أحكام الأسرة. لكن بقليل من التأمل والتحليل يظهر العكس. و الواقع، إن ما نقرأه في الكتب الفقهية عن هذه المسائل، ترك أثره واضحاً على واضعي قوانين الأسرة الذين وجدوا في تلك الآراء الفقهية فتاوى شرعية تبيح لهم سن مضمونها في نصوص تشريعية.

وهذه الطريقة تبنتها معظم قوانين الأسرة في الدول الإسلامية إذ جعلت من اجتهاد وفتاوى الفقه مصدراً لها. وهذا ما يمكن أن نستنتجه من الأحكام الشرعية الواردة في تلك القوانين. وأن تأثير الاجتهاد الفقهي في تطوير منهجية التشريع ظهر بجلاء بعد أن خطت تطورات التشريع الإسلامي خطوات بالغة في عصر نشوء المذاهب الفقهية. وكفي للتدليل على ذلك الإشارة إلى بعض هذه المناهج التشريعية.

1.- المنهجية المذهبية

ويبدو من خلال استقراءنا للفقه الإسلامي أن له اتجاهاً يلتزم مذهباً معيناً، دون مقارنة، مع ممارسة الاجتهاد عند الحاجة الملحة طبقاً لأصول المذهب وقواعده المنهجية وبناءً على السوابق العدلية داخل المذهب والآراء الفقهية السابقة الخاصة به.

ومن أمثلة هذه المنهجية في ساحة أحكام الأسرة تنص القاعدة المالكية المذهبية أن ترشيد المرأة لا يتم إلا إذا أبرمت عقد القران و دخل بها زوجها وقضت في بيت الزوجية مدة سبع سنوات. مع أن القران الكريم جعل بلوغ سن النكاح للرجال والنساء علامة على انتهاء الصغر في قوله سبحانه وتعالى {وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم}. وعليه، فالبلوغ وظهور حسن التصرف يرشدان الرجل والمرأة معا دون التمييز بينهما.

تأثرت المحاولات الأولى للتقنين في الدول الإسلامية بهذه المنهجية؛ بحيث، حسب ما لدينا من معلومات، أصدرت الخلافة العثمانية، ما بين سنة 1869 وسنة 1876 أول قانون مكتوب بشكل منظم تضمن مجلة الأحكام العدلية للقانون المدني الإسلامي. واشتملت المجلة على 1851 مادة اقتضت أحكامها على كتب الأحناف الأولين، وجاءت تلك المواد مقسمة إلى كتب وأبواب، ومرقمة وفق ترتيب موضوعي. كما قد كتب محمد قادري باشا في مصر مدونة مرشد الحيران للقانون المدني الإسلامي في 31 ديسمبر 1883، وقد اقتضت هي الأخرى على المذهب الحنفي، وذلك بخلاف مجلة الأحكام الشرعية للقانون المدني الإسلامي التي اشتملت على 2382 مادة، مأخوذة من المذهب الحنبلي.

2.- المنهجية اللامذهبية

ولاشك أن المنهجية سألقة الذكر تأبأها روح الشريعة إذ أنها تحل المذهب محل الإسلام، و **الفقه محل الشريعة**؛ لذلك فإنه سرعان ما تبين أن الاعتماد على مذهب واحد قد يؤدي إلى الأخذ ببعض القواعد التي لا تتماشى وحاجيات العصر، مما أدى إلى ضرورة كتابة التقنين الشرعي من المذاهب السنية كلها، دون التقييد بمذهب منها، مع الأخذ ما هو صالحا للمسلمين وقوي الحجة من الكتاب والسنة.

لذلك، إن الرغبة في تطبيق الشريعة الإسلامية في مجال المسائل الأسرية، والحرص على استمرار هذا التطبيق وصموده دفع ببعض المشرعين اعتناق عند وضع النصوص القانونية، **المنهجية المذهبية المقارنة. هذه المنهجية**، وإن كانت تركز على مذهب معين، إلا أنها تقارن بالمذاهب الأخرى، مما يدفعها أحيانا **ترجيح الرأي من غير المذهب المرتكز عليه**، كما أنها تخير القاضي أن يأخذ من أيها شاء عند انتفاء النص التشريعي.

ودخلت هذه الطريقة في تشريع الأحكام ميدان التقنين في الدول الإسلامية منذ قانون حقوق العائلة العثماني الصادر سنة 1917. وقد أخذ هذا القانون معظم أحكامه من المذهب الحنفي الذي كان المذهب الرسمي للدولة العثمانية، وأخذ في كثير من المسائل أحكاما من المذاهب الفقهية الأخرى، كمنع زواج المجنون المجنونة إلا عند الضرورة (وهو رأي عند الشافعي وأحمد) ، وكاعتبار عقد الزواج صحيحا و الشرط معتبرا إذا اشترطت المرأة في العقد ألا يتزوج عليها و إن تزوج فهي أو المرأة الثانية طالق (مذهب الحنابلة) ، وكجواز التفريق بين الزوجين للضرر وإعطاء المرأة الخيار في فسخ الزواج إذا ظهر في الزوج مرض من الأمراض المزمنة كالسل والجنون (مذهب مالك). وهذه الخطوة قد شجعت **"الاتجاه اللامذهبي"** لكي يتحرك في إطار سابقة رسمية مما جعل، فيما بعد، قوانين الأسرة توسع من ميدان الأخذ بآراء المذاهب الفقهية الأخرى. ومن ثم، اعتنقت هذه المنهجية التشريعية أغلب تقنيات الدول الإسلامية، منها خاصة قانون الأحوال الشخصية المصري الصادر سنة 1929 ؛ و قانون العائلة الأردني الصادر في 16 أوت 1951؛ وقانون الأحوال الشخصية السوري الصادر في 17 سبتمبر 1953 ؛ ومدونة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة في 22 نوفمبر 1957، وبعدها مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية لسنة 2001، ومدونة الأسرة الصادرة في 03 فبراير 2004، وقانون الأسرة الجزائري الصادر في 9 جوان 1984 والمعدل سنة 2005.

3.- المنهجية بين اللامذهبية والتغربية

ويمضي الزمان، **وتأتي المنهجية الثالثة**، وانفردت بموقف لم يسبق له مثيلا في مجال التقنين الإسلامي : إذا أخذت هذه المنهجية التشريعية تارة الأحكام من مذهب معين وحده، و تارة من الاختيار من مذهب آخر، فالخطوة الجديدة فيها هي أنها استطاعت أن تستحدث أحكاما جديدة خرجت بمقتضاها ليس على المذاهب الفقهية كلها فحسب، بل حتى على النصوص القرآنية والأحاديث النبوية.

وقد جاءت هذه المنهجية بقواعد تشريعية بعيدة كل البعد عن شريعتنا السمحاء متأثرة في ذلك بالغزو القانوني الغربي الذي تبلور بسهولة في بعض الدول الإسلامية لظروف اجتماعية واقتصادية و سياسية، وهو ينتظر لو لا بؤادر الصحو الإسلامية و لولا حكمة بعض أولياء الأمر، أن يتبلور في باقي العالم الإسلامي.

تبلور ذلك الغزو وظهرت **هذه المنهجية التشريعية في كل من تركيا وتونس والعراق**. هذا المشرع التركي حذو المشرع السويسري، وأصبح بمقتضى المادة 58 من القانون المدني التركي، لا يمنع المسلمة أن تتزوج بغير المسلم؛ وألغت المادة 92 منه تعدد الزوجات وجعلته جريمة يعاقب مرتكبها جنائيا ، وسمح قانون 1998 للشخص أن يقوم بتغيير جنسه.

أما في تونس، ألغت مجلة الأحوال الشخصية، الصادرة سنة 1956، تعدد الزوجات (المادة 18منها) واعتبرتها جريمة تستوجب العقاب بالسجن مدة سنة وبغرامة قدرها 240.000 فرنك أو

بإحدى العقوبتين فقط. كما أنها أضفت الصبغة القانونية على التبني بحيث اعترفت في مادتها 15 من القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 1958/03/04 المتعلق... والتبني، للمتبنى بنفس الحقوق والواجبات للابن الشرعي؛ وسوت بين الرجل والمرأة في حق الطلاق والتعويض (المادة 31 منها). بينما القانون العراقي للأحوال الشخصية الصادر سنة 1959 سوى بين الرجل والمرأة في الإرث و ألغى ترتيب الورثة الشرعي.

ثانياً.- مكانة المناهج الفقهية في القوانين المغربية للأسرة

وفي سياق الحديث عن الاتجاه اللامذهبي نذكر على سبيل المثال بعض المواد التي تعكس إرادة المشرعين المغاربة في عدم الاعتماد الكلي على مذهب واحد. بحيث استطاعت هذه التشريعات الابتعاد عن الفكرة المذهبية، وأن تقتبس أحكامها من الآراء الفقهية المختلفة، ولو كانت من غير أهل المذاهب الأربعة، وأنه ليس هناك مانع شرعي من الأخذ بقول غيرهم خصوصاً إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك.

وغني عن البيان أن تلك المنهجية برزت بجلاء من حيث ما جاءت به المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، وذلك بقولها "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، والمادة 400 من المدونة، والمستخلص من النصوص الواردة في مجلة التونسية. ومن هنا أصبح التطبيق القضائي يشكل عاملاً مستقلاً في ميدان تطوير التشريع العائلي، لأن الاجتهاد الفقهي مجرد أحكام نظرية، يملك القاضي وحده تكييف الوقائع التي تنطبق عليها. إذن، بما أن المشرعين لم يحددوا المذهب المعتمد عليه عند انتفاء النص التشريعي، سيلعب في هذا المجال الاجتهاد الفقهي والسلطة التقديرية للقاضي دوراً هاماً جداً في تطوير القواعد القانونية، بحيث سمح لهم المشرع أن يستنبطوا الحكم في غياب النص التشريعي من أي مذهب من المذاهب السنية، فيما عدا المدونة الموريتانية (م. 311 منها).

* أمثلة

1.- المدونة المغربية :

أ.- الأخذ بالمذاهب الفقهية المختلفة

م. 8 آثار الخطبة (المالكي)؛ م. 13 الصداق : شرط صحة الزواج (المالكي)؛ م. 32 يتأد: الصداق بالبناء، أي الخلوة الصحيحة (م. 32) (الحنفي والحنبلي)؛ م. 40 شرط عدم التعدد (الحنبلي) ح. م. م. 57 الزواج الباطل، وم. 59 الزواج الفاسد (الحنفي)؛ م. 99 الطلاق للضرر (المالكي)؛ م. 104 الطلاق للغبية (المالكي)؛ م. 107 الطلاق للغيب (المالكي)؛ م. 149 التبني باطل (كل المذاهب)، الخ..

ب.- الخروج عن المذاهب الفقهية

م. 17، ابرام الزواج عن طريق الوكالة معلق على إذن القاضي في حالات معينة؛ م. 19 أهلية الزواج 18 سنة كأصل عام للطرفين؛ م. 24 الولاية حق للمرا' تمارسها حسب اختيارها؛ م. 1/49 شرط اختيار النظام المالي؛ م. 51 حقوق وواجبات الزوجين، منها التشاور في اتخاذ القرارات؛ م. 79 اشهاد بالطلاق أمام عدلين؛ م. 86 عدم دفع المبالغ المحكوم بها في حالة الطلاق يعد مراجعة عن الرغبة في الطلاق؛ م. 122 طلاق رجعي وبائن : بائن إلا في حالة الإيلاء وعدم الانفاق؛ م. 124 حق الزوجة في رفض الرجوع في الطلاق الرجعي؛ م. 135 أقصى مدة الحمل سنة؛ م. 156 إثبات النسب الشرعي في حالبة الخطبة؛ م. 171 ترتيب مستحقو الحضانة (الأم، الأب،...).

2.- المجلة التونسية :

أ.- الأخذ بالمذاهب الفقهية المختلفة

فصل 2، العدول عن الخطبة والهدايا (المالكي)؛ ف. 3 الصداق شرط صحة (المالكي) ن. ف. 8 شرط الذكورة في الولي كأصل عام (الشافعي، الحنبلي والمالكي)؛ ف. 9 زواج البالغة (الأحناف)؛ خلو الزوج بالزوجة يؤكد الصداق (قرار تعقيبي 1988/12/13)؛ الزواج الفاسد وعدم الإشارة إلى الزواج الباطل (جمهور الفقهاء ما هو باطل فهو فاسد)؛ ف. 39 الطلاق لعد الانفاق (مالكي)؛ ف. 40 الطلاق للغيبة (مالكي) ف. 69 لا يثبت النسب في حالة عدم التلاقي (جمهور الفقهاء ما عدا الأحناف)، الخ

ب.- الخروج عن المذاهب الفقهية

ف.ص 4، زواج رسمي عدم الاعتراف بالزواج العرفي؛ ف. 5 تحديد سن الزواج ب. 18 سنة كقاعدة عامة؛ ف. 5 و 6 موافقة الأم والولي على زواج القاصر؛ ف. 18 منع تعدد الزوجات؛ ف. 14 عدم ذكر تحريم زواج المسلمة بغير المسلم (موقف القضاء والفقه متضارب ومتناقض، هناك من اعترف به وهناك من منعه) (قرار تعقيبي 1966/01/31، تعقيبي 1973/06/27، ؛ ف. 23 حقوق وواجبات الزوجين : مساهمة الزوجة في الانفاق على الأسرة إذا كان لها مالا؛ ف. 31 حالات الطلاق : المساواة بين الزوجين في طلب الطلاق؛ ف. 35 عدة غير الحامل 3 أشهر (يائسة أو من ذوات الحيض)؛ ف. 36 الحد الأقصى للحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة؛ ف. 67 اسناد الولاية للأم الحاضنة في حالة تعذر الولي على ممارستها أو تعسف،.. الخ.

3.- المدونة الموريتانية

أ.- الأخذ بالمذاهب الفقهية المختلفة

م. 2/4 خطبة الرجل على خطبة غيره وعقد لم يفسخ (رأي الجمهور ما عدا المالكية)؛ م. 5، أركان الزواج، الصداق (المالكي)؛ م. 9 الولي ركن حتى بالنسبة للبالغة (جمهور الفقهاء ما عدا الأحناف)؛ م. 8 زواج القاصر موقوف على إرادة الولي (كل المذاهب)، استحقاق الصداق بمكوث الزوجة عند زوجها مدة سنة (مالكي)؛ م. 26 الوكالة في الزواج جائزة (كل المذاهب)؛ م. 28 و 29 اشتراط عدم التعدد وفي حالة عدم الاحترام لها الحق في الطلاق (الحنبلي) م. 34 حرمة الرضاع (كل المذاهب)؛ م. 2/44 الإصابة بمرض مخوف مانع مؤقت للزواج (المالكي)؛ م. 46 تحريم زواج المسلمة بغير المسلم (كل المذاهب)؛ م. 49 و 51 الزواج الفاسد بين المجمع على فساده قبل الدخول وبعده (المالكي)، الخ...

ب.- الخروج عن المذاهب الفقهية

م. 1/2 الزواج الرسمي أو بحكم قضائي؛ م. 9 رفض الولي الموافقة على الزواج يفسخ بطلاق؛ م. 6 سن الزواج 18 سنة لكلا الطرفين؛ م. 45 شرط إعلام الزوجتين في حالة التعدد؛ م. 35 التحريم بالرضاع يشترط أن يقع في 26 شهرا من تاريخ الميلاد؛ م. 2/19 حكم الخلوة والصداق وتأدية اليمين.

4.- موقف المشرع الجزائري :

وفي نفس الإطار، جاء التنصيص في المادة 5 المعدلة من قانون الأسرة من حيث الآثار التي يربتها العدول عن الخطبة بشأن الهدايا المقدمة من قبل الخطيبين، إذ فرق بين عما إذا كان العدول من قبل المخطوبة أو من قبل الخاطب.

وفي الزواج بأكثر من واحدة في آن واحد، قد اعتنق مشرعنا النظرية التي قيدت التعدد بالرخصة القضائية في المادة الثامنة المعدلة منه ، وهو رأي لم يقل به الفقه القديم بسبب الظروف

الاجتماعية التي كانت سائدة آنذاك **(خروج عن كل المذاهب)**، بل قال به اتجاه من الفقه المعاصر وعلق صحته على توافر عدد من الشروط حتى لا يكون هناك إجحاف في حق الزوجة على زوجها، وكذلك نتيجة لسوء تطبيقه وعدم رعاية تعاليم الإسلام.

وفي الوقت ذاته، نصت **المادة 9 مكرر المعدلة** من ذات القانون عند ذكرها لشروط صحة عقد الزواج أنه "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية : -أهلية الزواج، -الصداق، -الولي، - الشاهدان،- انعدام الموانع الشرعية للزواج"، علما أن الصداق يعد شرطا من شروط صحة عقد الزواج عند المالكية فقط.

غير أنه أخذ في **المادة 16 منه** بمذهب الحنابلة والحنفية من حيث أنه قد اعترف للزوجة أن يتأكد لها كل الصداق بالدخول، سواء أكان هذا الأخير دخولا حقيقيا أم حكما، أي الخلوة الصحية. ومن زاوية الولاية في الزواج، انفرد المشرع الجزائري الأسري بنص لم نجد له مثيلا لا في المذاهب الفقهية ولا في النصوص القانونية المعاصرة، بحيث قد نص في **المادة 11 المعدلة** على أنه "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره". والواقع، إذا كان **المذهب الحنفي** قد سمح للمرأة البالغة الراشدة أن تتفرد بزواجها، غير أنه أعطى الحق للولي أن يعترض على هذا الزواج في حالة ما إذا كان الشخص الذي اخترته شريكا لحياتها غير كفؤ، وهو ما لم يأخذ به المشرع الجزائري **(خروج عن كل المذاهب)**.

م. 19 اشتراط عدم التعدد (الحنبلي)

م. 22 الرسمية في الزواج والحكم القضائي (خروج عن كل المذاهب)

م. 33 الزواج بدون شاهدين يثبت بالدخول (خروج عن كل المذاهب)

م. 36 حقوق وواجبات الزوجين، إلغاء المادة 39 حق القوامة (خروج عن كل المذاهب)

م. 2/37 الاتفاق على النظام المالي (خروج عن كل المذاهب)

م. 41 امكانية الاتصال كشرط لثبوت النسب (جمهورية الفقهاء ما عدا الأحناف)

م. 42 أقصى مدة الحمل 10 أشهر (خروج عن كل المذاهب).

م. 46 تحريم التبني (كل المذاهب)

م. 50 عدم الاعتراف بآثار الطلاق الرجعي ((خروج عن كل المذاهب)).

م. 53 حق المرأة في التطليق (اعتراف كأصل عام المذهب المالكي)

م. 64 ترتيب مستحقو الحضانة (خروج عن كل المذاهب).

م. 45 التلقيح الاصطناعي (خروج عن كل المذاهب).

كما نصت **المادة 51 منه** أن "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء". وهكذا، يتضح لنا بمفهوم المخالفة أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلاقا واحدة، وهو رأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.

كما نصت **المادة 52 المعدلة** منه على أنه "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". وما لاشك فيه، فالأخذ بهذا الرأي الخارج عن إطار المذاهب المعتمدة المشهورة يعد مبادرة حسنة إذ سيوسع من الأحكام المستحدثة التي تفرضها المصلحة الاجتماعية والتي لا تتعارض والضوابط والأصول الشرعية، بل يمكن أن تكون في بعض المرات وليس كلها حاجزا للتسرع في التلفظ بالطلاق. وكما نصت، أخيرا، المواد من 169 إلى 172 من هذا القانون على التنزيل، وهو حكم يماثل نسبيا الوصية الواجبة التي أخذ بها المذهب الظاهري. وخلاصة ما تقدم يتضح لنا أن سن القوانين مبني في مجال الأحوال الشخصية على مناهج تشريعية شتى، ومن ثم لنا أن نتساءل ما هي الأصلح لتطوير قوانين الأسرة ؟ أو بتعبير أدق، في ضوء الأسس السابقة و المناهج التشريعية التي عرضناها، ما هو الحل الذي نقترح الأخذ به؟

ثالثا.- الموقف الشخصي من المناهج سالف الذكر (04 نقاط)

- تبيان نقائص المنهجية المذهبية (01)

- مساوئ المنهجية التغريبية لا تخدم المجتمع الإسلامي، فهي منحطة في عقر دارها (تغيير

جنسي، زواج مثليين، تلقيح بواسطة الغير، اختيار جنس الجنين، عدم عقوبة الزاني ولا

الزانية، الخ (01)

- مزايا الأخذ بالمنهجية اللا مذهبية (02)

بداية، لاشك أن الدراسات والبحوث التي يجريها الباحثون والمختصون تؤكد كل التأكيد أن المنهجية المذهبية تعارض تطور المجتمع بسبب نظرتها الضيقة لأمر المسلمين، إذ أنها تحل آراء الفقهاء محل الوحي، أو بمعنى أدق بسبب تطرفها المذهبي الذي يضع آراء البشر في مواجهة الوحي : فإنه لا يجعل لنصوص الوحي أية رقابة على تلك الآراء. ولا نود هنا أن نناقش كل نقائص هذه المنهجية، وإنما نكتفي بأن نقول أن التجربة العملية قد أثبتت أن مسايرة تطور المجتمع لا يرتبط برأي من مذهب متطرف خاصة وأن عادات وتقاليد المسلمين تختلف باختلاف الدول والجماعات.

ولا شك أن المغالاة في تقديس المذهب، ولو على حساب الصالح العام للأفراد، قد يؤدي إلى الإضرار بالجماعة ذاتها، إذ أن ذلك يقتل في الأفراد روح المبادرة، ويخل من قيمة الاجتهاد. ولذلك، "علينا أن نفتتح باب الاجتهاد، وأن نشجع العلماء عليه لأنه الطريق الوحيد الذي يؤدي إلى إعادة الفقه الإسلامي لدوره القيادي في مجال القضاء، ويجب أن نسلم في البداية أن الفقه الإسلامي ليس ما كان من آراء مدونة في كتب الفقهاء، وإنما يشمل كل رأي جديد يصدر عن أي فقيه معاصر أيضا، وإذا أردنا له النماء والثراء فعلينا أن نشجع حركة الاجتهاد، وأن تحتضن كل رأي جديد، وأن نضيفه إلى ثروتنا الفقهية..."

إذن، يجب نبذ التقليد الأعمى والتعصب المذهبية، وعدم التقيد بمواقف مذهب واحد من المذاهب الفقهية. بل يجب تشجيع الاجتهاد الصحيح في أمور الدين والفقه مع الأخذ بالعلوم العصرية والرجوع إلى مصادر الشريعة الإسلامية، وذلك بغية فهم روحها الحقيقية، وبغية توفير للإنسانية ما تطمح إليه من تقدم وازدهار واستقرار. بحيث إذا تميزت تلك المصادر بالتنوع والمرونة، فإنها حتما سببا لتكيفها بظروف الزمان والمكان، وتطورها وفق الحاجات والعادات.

أضف إلى ذلك، فالإمام مالك رضي الله عنه يقرر "أن كل مجتهد يمكن أن يؤخذ بعض كلامه، ويرد بعضه، وليس كل ما أثير عن المجتهدين صوابا، بل يجوز الخروج عليه ومخالفته لدليل أقوى منه، ويقول في هذا الصدد : "ما من أحد إلا وهو مأخذ من كلامه ومردود عليه إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم". "أنا بشر أخطئ وأصيب، يضيف قائلا، فانظروا في رأيي، فما وافق الكتاب والسنة فخذوا به، وما لم يوافق فاتركوه".

هذا الهدف وهو الدعوة إلى التحرر الفكري، أي إلى الاجتهاد الذي يتماشى وأصول الدين الإسلامي. أما إذا كان من اليسير على المتحمسين للأفكار الغربية أن يدعموا رأيهم بحجة أن تغريب الأحكام الأسرية سيؤدي لا محالة له إلى تطوير المجتمع مع التوفير للإنسان ما يطمح إليه من استقرار وللمرأة ما ترجوه من مساواة قانونية بينها وبين الرجل في جميع الحقوق وعدم التمييز بينهما بسبب الجنس.

غير أنه فمن الناحية القانونية وكذا العملية، فإن هذه الحجة ليست صحيحة ولا يمكن الأخذ بمدلولها في هذا المجال إذ كيف ننبر بالحضارة الغربية ككل ونسبنا أن النظام الأسري لا يتماشى ومصلحة المجتمع إلا إذا صدر وفقا لدعوة الحق، دعوة الإسلام والإصلاح الإلهي. وما منهجية التغريب إلا أثر من آثار الانحراف البشري في فهم المصادر بما توحىه العصبية الكريهة.

ويجب أن نوضح هنا أن وضع الأسرة مازال يعاني من مشاكل عويصة في الدول الغربية. وهذا الوضع لا يتعلق بقضية المساواة أو التفرقة بين الجنسين بمفهومها الإسلامي، وإنما يرجع ذلك إلى ما تعانيه هذه الدول من مشاكل اجتماعية خطيرة مثل الإنفك الأسري : انخفاض مستوى الأخلاق، انتشار جريمة الزنا وكأثر لها ازدياد عدد الأطفال الطبيعيين، إعراض الشباب عن الزواج وازدهار العلاقة الحرة، زواج المثليين، التغيير الجنسي، عدم تجريم الزنا للمتزوجين وغير المتزوجين.

ولذلك، فإذا كانت قضية المساواة و تحرير المرأة كما تنادي بها المنهجية التغريبية في الدول الإسلامية لا تعرف فلاحا في عقر دارها، فكيف نضمن لها الفلاح والنجاح في مجتمع تختلف عاداته وأعرافه وتقاليده اختلافا جذريا عما هي عليه في المجتمع الغربي المنفك، بل يجب أن يرفع في تحديد التشريع الظروف الاجتماعية والأسس الدينية لمجتمعنا الإسلامي.

ولذلك يمكن القول بصفة مؤكدة بضرورة العمل على الوقوف ضد المنهجية التغريبية والتخلص منها نهائيا، ويجد هذا القول ما يبرره، كما سبق الإشارة إليه، في اعتبارات الدين وصيانة الكائن البشري من الانحراف والمجتمع الإسلامي من الانحطاط. إذا جعل الله للإنسان مرتبة السيادة في الكون والخلافة في الأرض، فإن هذه الخلافة لا تتحقق إلا إذا عمل الإنسان طبقا للقوانين والضوابط التي أرادها سبحانه.

ومن أجل هذا و ذلك لا نرى فيما فعلته بعض البلدان الإسلامية و تحاول أن تفعله بعض البلدان الأخرى "إلا مجرد استرضاء للغربيين...، و هو في الوقت ذاته دليل تهافت الشخصية، واحتقار الذات، وترام على أقدام المتعصبين الغربيين لاستجلاب عطفهم وثنائهم وثناء صحفهم ومنشوراتهم ومستشر فيهم على حساب أمتنا وكرامتنا وديننا".

إذ كيف نمنع تعدد الزوجات مع أن هذه الرخصة ذات الطابع الاستثنائي نص عليها القرآن الكريم صراحة؛ وكيف نحدد أحكام الميراث ونقر التبني مع أن نظامهما غير قابل للاجتهاد والتغيير لأنهما من نطاق الثوابت التي نص عليها القرآن والسنة.

فعوض التفكير في تشجيع المنهجية التغريبية للقوانين بأية طريقة كانت ومهما كان الثمن، وعوض التسرع في سن التشريعات التي تؤدي إلى أضرار بالغة في مستقبل الأمة الإسلامية، نحاول أن نعمل جاهدين في إيجاد المنهجية التشريعية التي بموجبها يتم تحقيق تطور الحياة الاجتماعية، أي المنهجية التي يبنى عليها ازدهار المجتمع وتساييره في تطوره الإيجابي قانونيا وواقعيا.

وانه لذلك يجب عدم الإخلال بما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية، وما انتهت إليه الاتجاهات الإسلامية المعاصرة من الأخذ بمنهجية المذهبية المقارنة، ولا التقيد المطلق بمذهب ما، وبما هو صالحا للمسلمين وقوي الحجة من الكتاب والسنة، لأن من الطبيعي أن يتفاوت الفقهاء في مقدار استيعابهم لمعاني القرآن نظرا لاختلاف المدارك وتباين القدرات اللغوية والبيانية.

وانطلاقا من هذه المنهجية و التقنية التشريعية في وضع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، يمكن لنا وضع الضوابط التي يتم بمقتضاها تطوير المذاهب الفقهية نفسها ومسايرة التشريع لحاجات الناس و مصالحهم، ومن ثم اجتناب الجمود والركود اللذان اتهمت بهما الشريعة الإسلامية، وذلك ما سنعاول تطبيقه على بعض مسائل الأحوال الشخصية الواردة في قانون الأسرة الجزائري نظرا لمخالفة أحكامها المذاهب الإسلامية كلها أو لعدم تحقيق عند تطبيقها المصلحة العامة، الخ.

مسابقة الدكتوراه، نظام ل.م.د.، تخصص القانون الخاص

بالتأمل في النصوص القانونية من أعلى درجة إلى أدناها نجد أن للعامل الديني دورا أساسيا في وضع الأحكام الأسرية في الدول المغاربية.

حلل وناقش هذه المقولة بالتفصيل مع تبيان الفوارق الموجودة بين التشريعات المغاربية للأسرة.

الخطة : (03 نقطتين)

المقدمة : (02 نقطتين)

فالمجتمعات الإسلامية تتحمل بالدرجة الأولى مسؤولية رعاية أطراف الكيان الأسري، ذلك يتطلب أن توفير لهم المناخ الضروري للعيش في وسط خلي من الرذيلة والأخلاق السيئة، ومن هنا تهئية لهم الظروف التي تسمح لهم بالنمو السليم روحيا وعقليا، وسن التشريعات الضرورية لتحقيق هذا الهدف.

ومع ذلك تظل مسألة حماية الحريات العامة وعلى رأسها حرية الأشخاص في اختيار عقيدتهم الدينية من المسائل التي تتطلب أن تكون معالجته من حيث المبادئ الدستورية والنصوص القانونية معالجة لا يكتنفها الإبهام حتى لا تؤدي في مسألة أساسية كهذه إلى الاختلافات في التأويل والاستنباط، مما يعكر مفهومها وينحرف تطبيقها عن ما كان ينوي من ورائه الشرع والتشريع.

وما ينبغي ملاحظته هو أن جل الدساتير المغاربية قد أخذت بالتنصيص على مكانة الديانة في هذه الدول، ومن هنا يدفعنا التساؤل إلى تبيان ما المقصود بحق الشخص في اختيار عقيدته الدينية من حيث المفهوم الإسلامي لها، وهل مفهومها الغربي يختلف عنه ؟ وهل مفهومها في الاتفاقيات الدولية يتماشى ومفهومها المغربي ؟ وهل راهنت الدساتير المغاربية، من خلال القوانين الأسرية على

احترام المبدأ الدستوري الذي يجعل الرجل والمرأة سواسية أمام القانون، زيادة على الاتفاقيات الدولية التي تلك المساواة وتحرم كل أشكال التمييز بسبب الديانة ؟

وإذا كان الأمر كذلك، هل أن الشخص حر في اعتناق الديانة الراغب فيها ويستبدلها متى يشأ دون أن يؤثر ذلك على حالته الأسرية ؟ وبمعنى أدق ما هو موقف القوانين المغربية للأسرة من حرية ديانة الشخص ؟ هل الديانة الإسلامية مشترطة في بعض المسائل دون الأخرى؟ وما هو الاختلاف الوارد بشأن هذه المسألة بين التشريعات الأسرية المغربية ؟ وهل ما تبنته هذه التشريعات يتمشى والاتفاقيات الدولية ؟ وما هي التحفظات التي أوردتها الدول المغربية على البنود المتعلقة بحرية العقيدة الدينية ؟

I.- الحرية الدينية في الدساتير المغربية وفي الاتفاقيات الدولية

ففي الجزائر، فإذا نص المؤسس الدستوري في المادة 36 من دستور 1996 على أنه "لا مساس بحرمة حرية المعتقد،..."، معنى هذا ألا يكون الشخص مكرها في اختيار عقيدته، فإنه مع ذلك نص في ديباجته على أن "الجزائر أرض الإسلام"، وأقر في المادة الثانية منه أن "الإسلام دين الدولة"؛ بل وأوجب في المادة 76 منه على رئيس الدولة عند تأدية اليمين التعهد باحترام الدين الإسلامي وتمجيده، والمحافظة عليه والسهر على تطبيق أحكامه ومبادئه والالتزام بقيمه وأهدافه، وكذلك في اعتلاء منصب الرئاسة الذي أسند لمن يكون مسلما.

وهذا ما أكدته لاحقا المادة الثانية من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 28 فبراير 2006 المتعلق بشروط وقواعد ممارسة معتقدات أخرى غير الإسلام، حيث جاء في مضمونها بأن الدولة الجزائرية التي دينها الإسلام تضمن حرية ممارسة المعتقد في إطار احترام أحكام الدستور وهذا الأمر والقوانين واللوائح المعمول بها، والنظام العام والآداب العامة، والحقوق والحريات الأساسية للغير.

وكما أن الفصل 3 من الدستور المغربي لسنة 2011 قد نص أن الإسلام دين الدولة. وهو ما تبناه أيضا الدستور التونسي لسنة 1959 والمعدل سنة 1995 بالقول أن "...ديانة تونس هي الإسلام". وبالرغم من وضوح هذا المبدأ الأخير، تجرأ البعض إلى التساؤل عما إذا كان المقصود منه أن الدين الإسلامي هو دين الدولة أم دين المواطنين؟ هل يعني أن مصادر التشريع هي المصادر الإسلامية أم كل المصادر والمبادئ الإنسانية العالمية؟ هل تعني أن بعض المجالات مثل المجال العائلي لا تزال خاضعة للقواعد الدينية المقدسة وغير قابلة لأي تعديل وتطوير في اتجاه المساواة بين الجنسين؟ .

ورغم ذلك، فهذه التأكيدات الإسلامية المؤكدة لإسلامية الدولة في الدساتير المغربية يفهم منها ابتعاد الدستور عن العلمانية، وما تذهب له من فصل الدين عن الدولة.

وما تجب الإشارة إليه هو أن الجزائر، على منوال المغرب وتونس، قد عبرت في المعاهدة المنشئة لاتحاد المغرب العربي عن ارتباطها بالتربية الإسلامية كأساس لتنمية الوعي الثقافي، واعتبار الدين الإسلامي أحد المقومات الأساسية التي تربط بين أفراد الشعوب المغربية. وهذا يستتف صراحة من الفقرة الرابعة من المادة 3 منها بقولها "إقامة تعاون يرمي إلى تنمية التعليم على اختلاف مستوياته، وإلى الحفاظ على القيم الروحية والخلقية المستمدة من تعاليم الإسلام السمحة..." .

أما من زاوية الاتفاقيات الدولية التي أشارت إلى حرية العقيدة، لقد جاء في المادة 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 بأن "لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره". ويعني بذلك، بأن الحق في حرية التفكير والضمير والدين يشمل حرية تغيير ديانة الشخص أو عقيدته، وحرية الإعراب عنهما بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها، سواء أكان ذلك سرا أم جهرا، منفردا أم مع الجماعة.

ونصت المادة 18 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1966 على أربع بنود بشأن هذه المسألة وهي كما يلي :

5- لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحريته في إظهار دينه أو معتقده..."؛

- 6- لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأن أي يخل بحريته في أن يدين بدين ما، "...؛
- 7- لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية؛
- 8- تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أولادهم دينيا وخلقيا وفقا لقناعاتهم الشخصية".
- وأما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، قد أشارت في مادتها 16 إلى حقوق المرأة في مجال العلاقات داخل الأسرة.
- وكما أن الجمعية العامة للأمم المتحدة صادقت في 25 نوفمبر 1981 على إعلان تم التنصيص في الفقرة الرابعة من المادة الرابعة على أنه ينبغي على الدول اتخاذ الوسائل التشريعية الناجعة لاحتياط ومنع التمييز القائم على أساس الدين أو المعتقد، وذلك في جميع مجالات الحياة المدنية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية.
- وفي هذا الاتجاه، بدرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان سنة 1993 بتبنيان ما المقصود بالدين أو المعتقد، حيث وصلت إلى القول بأن ذلك يتمثل في "معتقدات في وجود إله، أو في عدم وجوده أو معتقدات ملحدة، بجانب الحق في عدم ممارسة أي دين أو معتقد".
- وفي نفس السياق، ينبغي الإشارة إلى المادة 25 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب التي تفرض على الدول الموقعة عليه النهوض بالحقوق والحريات الواردة فيه وضمان احترامها، منها خاصة الحق في حرية اختيار العقيدة، ومن ثم عدم إهدار حقوق الأشخاص لاختلاف الدين، بل عدم إجبار الإنسان على عقيدة لا يريد اعتناقها. وجاء في المادة 8 منه على أن حرية العقيدة وممارسة الديانة مكفولة ولا يجوز تعريض أحد لإجراءات تقيد ممارسة هذه الحرية، مع مراعاة القانون والنظام العام.
- وهذا ما تبنته أيضا اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لسنة 1989 والتي نصت في المادة 14 منها على احترام الدول الموقعة عليها لحق الطفل في حرية الدين، أي أن تكون له الحرية في اختيار دينه وفي تغييره كلما شاء.

II.- أ.- آثار ديانة الشخص على بعض الحقوق الأسرية

إذا أصبحت الدول التي تبنت النظام ألائكي تبحث عن تغيير قوانينها، منها خاصة القوانين الأسرية بتغيير نظامها الاجتماعي، غير أنه ما يمكن قوله في هذا الإطار هو أن تلك الحرية التي قدستها تلك الدول لم تمس القيم الأساسية التي يقوم عليها الكيان الأسري فحسب، بل كل مجتمع يعز بمقوماته الأخلاقية، حيث جعلت من الإنسان يجري وراء إشباع حاجاته حتى ولو كانت بالطريقة الحيوانية بحذف الموانع الأخلاقية تاركنا المكان للإباحيات الماسة بكرامة العنصر البشري. وفي هذا يرى الفقه الغربي:

وعليه، مبدأ الإسلام دين الدولة، فهو أصل القوانين الأسرية المغاربية في استعمال الحقوق وتحمل الالتزامات؛ لأنها مقيدة بما شرع المستخلف، وهو الله سبحانه وتعالى من أحكام لتحقيق قيام الأسس الأسرية على الوجه الأكمل.

ومما يؤكد هذا المبدأ في التشريعات المغاربية مع اختلافاتها النسبية، أنها استنبطت الأحكام الأسرية من الشريعة الإسلامية، ولكن دون التفرقة في القانونين التونسي والجزائري بين المسلم وغيره كقاعدة عامة، حيث أخذوا هذان القانونين بمبدأ الجنسية كأصل عام من حيث تطبيق القانون على المسائل الأسرية.

ومن ثم، فإننا نعتقد أن المثير للانتباه بهذا الخصوص أن القاعدة التي وردت على التوالي في المادتين 1 و221 من قانون الأسرة الجزائري وفي الفصل الأول من الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية في تعارض تام مع مبادئ الشريعة الإسلامية، ذلك أن المقرر فيهما هو أن المعيار الأصلي لتطبيق أحكام الأسرة لا يرتبط بديانة

الشخص وإنما، كما تقدم بضابط جنسيته، مما دفع بهما إلى عدم الأخذ بنظام الطوائف، علما أن غير المسلم من المفروض لا يخضع إلى أحكام الشرع الإسلامي إلا بمحض إرادته، ولا جبرا ورغما عنه. غير أنه بالرجوع إلى التعديل الذي أدخل على مدونة الأحوال الشخصية المغربية وعلى ظهير 6 سبتمبر 1958 بمقتضى القانون رقم 03-72 المتضمن مدونة الأسرة نجد أن **المشرع المغربي فرق بين المغربي المسلم والمغربي اليهودي**، بحيث تنص المادة الثالثة من مدونة الأسرة على أنه "تسري أحكام هذه المدونة على :

- 5- جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى.
- 6- اللاجئين بمن فيهم عديم الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة ب 28 يوليو لسنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئين.
- 7- العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا.
- 8- العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية". ومما يتضح من هذا النص القانوني أن **في المغرب مدونتين للأسرة إحداهما خاصة بالمغاربة المسلمين وأخرهما خاصة بالمغاربة اليهود**، وأما المغاربة غير المسلمين وغير اليهود، كالمسيحيين مثلا، فإنهم يخضعون لمدونة الأسرة الخاصة بالمسلمين. ومن ثم، أصبح المغرب يفرق من حيث حرية الديانة واختيار القانون الواجب التطبيق في القضايا الأسرية بين فقط المغاربة المسلمين والمغاربة اليهود، حيث ألحق بالطائفة المسلمة المغاربة الآخرين من غير اليهود كالمشركين، والملحدين، والبوذيين، والمسيحيين. ولكن، بمقارنة أحكام المادة الثالثة أعلاه مع ظهير 1958، نجد أن أحكام هذا الأخير كانت تنقسم بالمنطقية من حيث تحريم تعدد الزوجات والطلاق اللفظي على أشخاص لا يبالون بأحكام الشريعة الإسلامية.

ويستخلص مما تقدم، هو أن الحرص على استمرار تطبيق الشريعة الإسلامية وصمود التشريعات التونسية والمغربية والجزائرية وأغلبية التشريعات الأخرى المقتبسة أحكامها من الشريعة الإسلامية، دفع بالمشرعين "اعتناق عند وضع النصوص القانونية المنهجية المذهبية المقارنة، بحيث استطاعت القوانين المغربية للأسرة أن تبتعد عن الفكرة المذهبية، وأن تقتبس أحكامها من الآراء الفقهية المختلفة، ولو كانت من غير أهل المذاهب الأربعة، إذ ليس هناك مانع شرعي من الأخذ بقول غيرهم خصوصا إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك، أي خصوصا إذا رعت المصالح الاجتماعية في وضع تلك الأحكام".

وكذلك، مما يؤكد الاعتماد على **الأحكام الإسلامية في العلاقات الأسرية**، ولا على مبدأ حرية الديانة بصفة مطلقة ومن ثم عدم الفصل بين القانون والدين في وضع النصوص التشريعية، هو ما نصت عليه هذه القوانين بشأن المصادر المعتمد عليها في غياب النص التشريعي. وهكذا، فالنص الجديد الوارد في المادة 400 من مدونة الأسرة لم يعفنا من الرجوع إلى الفقه الإسلامي في غياب النص التشريعي، وذلك بالتنصيص على أن "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

وكما أن المشرع الجزائري لم يكن، عند وضعه لقانون الأسرة في سنة 1984، بعيدا عن التأثير بموقف الفقه الإسلامي في هذا المجال. ولكن، خلافا للمشرع المغربي، فحرص بمقتضى المادة 222 من ذات القانون، على أن يطبق من أحكام المذاهب الإسلامية ما يسمح بقدر الإمكان تفسير ما هو غامض أو ناقص في الأحكام التي تبناها في مسائل الأسرة. وعند هذا الاقتباس نقول أن حرية الديانة لم يبق لها مجالا في هذا الميدان.

ولكن، مقارنة مع **التشريعيين المغربي والجزائري**، لم يحلنا **المشرع التونسي** ولا في مادة من مواد المجلة، في حالة انعدام النص التشريعي إلى أحكام الفقه الإسلامي. إذن، ما هي مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا المجال؟ وما هي أحكام تفسير نصوص المجلة؟

وللإجابة على ذلك، فإن تفسير تلك النصوص لا يمكن أن يبقى بعيدا كل البعد عما توصل إليه الفقه الإسلامي من حيث استنباط المبادئ ووضع الأحكام، ذلك ما جاء به القرار الصادر عن **محكمة**

التعقيب بتاريخ 31 جانفي 1966، حيث سمح الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية من أجل سد الفراغ الوارد في مجلة الأحوال الشخصية. وهذا ما أكدته المحكمة الاستئنافية بتونس بقولها "ويكون أؤكد الواجبات محاولة الوصول إلى حل لهذه الإشكالية عبر القرآن والسنة واجتهاد الفقهاء المسلمين، باعتبار أن الفصل الأول من الدستور اقتضى أن "تونس جمهورية دينها الإسلام"، ولغتها العربية".

ومادام أن هذه القوانين لم تتبن في هذا الإطار ما تبنته الدول اللاتينية، نجد أن الأحكام التي جاءت بها والقائمة في البداية على عامل التمييز بسبب الديانة نصت صراحة في التشريعين **الجزائري والمغربي** على أنه لا يجوز للمسلمة الزواج بغير مسلم، مع هذا الفارق أن المدونة المغربية قد نصت أيضا بأنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج بغير المسلمة ما لم تكن كتابية، وهي المرأة التي لا تدين بدين سماوي كالمحددة والوثنية والبودية، لأن هؤلاء لم يكن لهن كتاب منزل، فتعتبرن كالمشركات التي ورد الحظر على الزواج بهن في قوله تعالى "ولا تتكحوا المشركات حتى يؤمن". وبذلك يكونا قد كرس بخصوص هذه المسألة قاعدة تعتبرها الشريعة الإسلامية من النظام العام. فإن كان ذلك كذلك، فبديهي ألا يجوز إسقاط هذا المانع وعدم المطالبة ببطان الزواج بمرور الزمن ومهما استطال أمده.

وهذا ما أكدته، من جهة **المدونة المغربية** في المادة 2/57 منها بالتنصيص على بطلان الزواج في حالة وجود المانع، كما أضافت المادة 2/58 منها على أنه يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، وكما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة.

ومن جهة أخرى، فإنه لا يمكن القول بأن **المشرع الجزائري قد سمح للمسلم**، بسبب انتفاء النص التشريعي، **الزواج بالمشاركة** ومن في حكمها، بل أنه بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة نقول أن إجماع الفقهاء قد انصب على عدم إجازة الزواج بهذه الطائفة من النساء، وذلك خلافا للكتابية التي أجاز الجمهور من العلماء الزواج بها مطلقا سواء اعتقدت التثليث أو أن عزيزا ابن الله.

وأما المشرع الجزائري، لم يأت بهذه التفرقة، بحيث قد اعترف بنسب الطفل في حالة الزواج مع المحرمات بعد الدخول، وذلك دون التفرقة بين سوء النية وحسنها في هذه الحالة. وهل ما تبناه المشرع في المادة 34 من قانون الأسرة جاء به حماية لبراءة الطفل، أم أنه أراد من وراءه بوضع هذا النص أن يقوم بتطبيق الاتفاقية الدولية لحماية حقوق الطفل ؟ أم يمكن القول بأن هذه المادة ناقصة، ومن ثم ينبغي اللجوء إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة، ومن ثم الأخذ بعين الاعتبار في هذه الحالة سوء نية الزوج وحسنها. فالقول بنقص النص هو أفصح بشأن هذا النسب، وذلك راجعا لحماية إحدى الكليات الخمس التي أحاطتها الشريعة الإسلامية بنصوص دقيقة، وذلك حماية وصيانة للكيان الأسري الإسلامي.

وأما المشرع التونسي، لم ينص على هذا المانع لا في صياغته الأصلية للمجلة ولا في التعديلات التي أوردها عليها لاحقا، وكان ذلك مصدرا لاختلافات فقهية بالغة الأثر، حيث **منه من أجاز زواج المسلمة من غير المسلم ومنه من رفضه بصفة مطلقة**. غير أن **القضاء قد رفع هذا اللبس**، وقضى بأن "زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر زواجا باطلا من أصله". وهذا ما أكدته المحكمة ذاتها في قرار لها بالقول بأن "تزوج مسلمة بغير مسلم يكون زواجا واقعا معقودا على غير الصيغة القانونية غير معترف به قانونا، موجبا للعقاب". ولكن أخذ على هذا الموقف أن المحكمة قد أغفلت مراعاة بعض المبادئ العامة للقانون منها مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بين كل المواطنين، وهو مبدأ دستوري، وحرية المرأة في اختيار زوجها دون تمييز على أساس عرقي أو ديني، وهي مبادئ أقرتها اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 ديسمبر 1962 المتعلقة بالرضا بالزواج والسن الأدنى للزواج والتي صادقت عليها الجمهورية التونسية سنة 1967 وهو ما يجعلها تطبق في التراب التونسي وتسمو على التشريع الوطني عملا بالفصل 32 من الدستور التونسي.

ولكن بدلا من تعديل الفصل الخامس من المجلة لجأت وزارة العدل إلى تكريس قاعدة الحظر بإصدارها منشورا مؤرخ في 05 نوفمبر 1973 يطلب من ضباط الحالة المدنية التونسيين الامتناع عن إبرام عقد زواج بين تونسية مسلمة وشخص غير مسلم سواء كان تونسيا أو أجنبيا. وهو ما قرره سابقا المنشور الصادر عن الوزير الأول بتاريخ 19 أكتوبر 1973 تحت عدد 606.

غير أنه أمام هذه النصوص، قضت المحكمة الابتدائية بتونس في حكمها الصادر في 29 جوان 1999 بصحة زواج مسلمة بغير مسلم على أساس أن الموانع المذكورة في الفصل الخامس لا يمكن تفسيرها إلا بالرجوع إلى الفصل 14 من المجلة الذي حدد قائمة الموانع المؤبدة والموانع المؤقتة ولا يدخل من ضمنها زواج المسلمة بغير المسلم، وعززت المحكمة موقفها هذا باتفاقية نيويورك سالف الذكر.

ومن الأثر المترتب على التمييز الديني، نجد أيضا أن القانون الجزائري، خلافا للمدونة المغربية والمجلة التونسية، قد اشترط في الكافل اعتناقه الديانة الإسلامية، حيث نصت المادة 118 من قانون الأسرة على أنه "يشترط أن يكون الكافل مسلما...". وسدا لهذا الفراغ، نصت المادة 9 من القانون المغربي رقم 15-01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين على أنه تسند كفالة الأطفال الذين صدر حكم بإهمالهم إلى الأشخاص... الآتي ذكرها : 1- **الزوجان المسلمان**...؛ 2- المرأة المسلمة.... وزيادة على ذلك اشترطت المادة 93 من قانون الأسرة في الوصي أن يكون كذلك مسلما.

والجدير بالذكر أيضا، في باب هذه الحرية الدينية، اشترط المشرع المغربي، على النقيض من التشريعين الجزائري والتونسي، في المادة 14 من المدونة على وجوب حضور شاهدين مسلمين في عقد الزواج. غير أن ما نص عليه الفقه الإسلامي في هذا الإطار هو اشتراط الإسلام فيما إذا كان الزوجان مسلمين، وذلك راجعا لأن الشهادة تأخذ حكم الولاية في هذه الحالة ولا ولاية لغير مسلم على مسلم استنادا لقوله سبحانه وتعالى " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا". ومن ثم، فإنه عملا بالمصدر الثاني لقانون الأسرة نقول بأن المشرع الجزائري هو الآخر قد اشترط هذا الشرط ضمنا نظرا لدوره الفعال عند إبرام العقد.

وبما أن لهذا العقد، عند المالكية وغيرهم، اعتبارا دينيا فلا بد من أن يكون الولي متحدا في الدين مع المولى عليه، أي أن يكون من يدين بدين المولى عليه، لأنهما باتحاد الدين تتفق وجهات نظرهما في تقدير المصلحة، ولأن كذلك الولاية في الزواج تتبع الإرث ولا أرث بين المختلفين دينا، ومن ثم ينبغي القول بالأخذ بهذا الموقف الفقهي الإسلامي من قبل المدونة المغربية تنفيذا للمادة 400 منها. وهو ما ينطبق كذلك على الزوجة الجزائرية القاصرة، بحيث فالراشدة قد سمح لها المشرع أن تختار أي شخص أن يكون وليها في زواجها في المادة 11 فقرة أولى من قانون الأسرة. في حين، فالمجلة التونسية قد سمحت للراشدة أن تتفرد بزواجها ولا ولاية عليها في هذا الإطار.

ويضاف إلى ما قيل أعلاه، بشأن التمييز بسبب الدين الوارد في القوانين الأسرية المغاربية هو أن المشرع الجزائري، خالف للمشرع التونسي قد اشترط في المادة 62 من قانون الأسرة على أن تتم تربية الطفل على دين أبيه، ومن ثم فمادام أنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج مع غير المسلم، فإنه ينبغي على الحاضنة، سواء أكانت مسلمة أم مسيحية أن تقوم بتربية المحضون على الديانة التي يعتنقها أبوه، وإلا ستسقط عنها الحضانة. واكتفى المشرع المغربي بالتنصيص في المادة 173 من المدونة على إدراج ضمن شروط الحاضن "القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا...".

بقيت ملاحظة لا بد من الإشارة إليها ونحن في باب هذه الحرية، وهي أن الأمر يدق في خاصة أحكام المواريث، والتي هي الأخرى تعتبر من النظام العام نظرا لقدسية مصدرها الأصليين المتمثلين في القرآن الكريم والسنة النبوية. فما لا ريب فيه أن موانع الميراث كافة كاعتبار الدين مانعا من التوارث تعد من كليات النظام الإسلامي في باب الميراث. وفي هذا الإطار قد نصت المادة 332 من المدونة المغربية "لا توارث بين مسلم وغير مسلم..."، علما أن المشرع الجزائري لم يأت في قانون الأسرة بنص واضح كهذا الذي جاءت به المدونة، ولكن بالرغم من ذلك، وإعمالا بالمادة 222 من ذات القانون، يرى جمهور الفقه الإسلامي على أن المسلم لا يرث الكافر ولا الكافر المسلم.

وهذا ما أكدته القضاء الجزائري، إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/07/09 بأنه "متى كان من المقرر شرعا، وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى، أن الشريعة الإسلامية لا تشترط الجنسية في باب الميراث ولكنها تأمر بإثبات التمسك بالدين الإسلامي...".

وأما المشرع التونسي، لم ينص على هذا المانع لا في صياغته الأصلية للمجلة ولا في التعديلات التي أوردها عليها لاحقا، وكان ذلك مصدرا لاختلافات فقهية بالغة الأثر، حيث منه من

أجاز زواج المسلمة من غير المسلم ومنه من رفضه بصفة مطلقة. غير أن القضاء قد رفع هذا اللبس، وقضى بأن "زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر زواجا باطلا من أصله". وهذا ما أكدته المحكمة ذاتها في قرار لها بالقول بأن "تزوج مسلمة بغير مسلم يكون زواجا واقعيا معقودا على غير الصيغة القانونية غير معترف به قانونا، موجبا للعقاب". ولكن أخذ على هذا الموقف أن المحكمة قد أغفلت مراعاة بعض المبادئ العامة للقانون منها مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بين كل المواطنين، وهو مبدأ دستوري، وحرية المرأة في اختيار زوجها دون تمييز على أساس عرقي أو ديني، وهي مبادئ أقرتها اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 ديسمبر 1962 المتعلقة بالرضا بالزواج والسن الأدنى للزواج والتي صادقت عليها الجمهورية التونسية سنة 1967 وهو ما يجعلها تطبق في التراب التونسي وتسمو على التشريع الوطني عملا بالفصل 32 من الدستور التونسي.

ولكن بدلا من تعديل الفصل الخامس من المجلة لجأت وزارة العدل إلى تكريس قاعدة الحظر بإصدارها منشورا مؤرخ في 05 نوفمبر 1973 يطلب من ضباط الحالة المدنية التونسيين الامتناع عن إبرام عقد زواج بين تونسية مسلمة وشخص غير مسلم سواء كان تونسيا أو أجنبيا. وهو ما قرره سابقا المنشور الصادر عن الوزير الأول بتاريخ 19 أكتوبر 1973 تحت عدد 606.

غير أنه أمام هذه النصوص، قضت المحكمة الابتدائية بتونس في حكمها الصادر في 29 جوان 1999 بصحة زواج مسلمة بغير مسلم على أساس أن الموانع المذكورة في الفصل الخامس لا يمكن تفسيرها إلا بالرجوع إلى الفصل 14 من المجلة الذي حدد قائمة الموانع المؤبدة والموانع المؤقتة ولا يدخل من ضمنها زواج المسلمة بغير المسلم، وعززت المحكمة موقفها هذا باتفاقية نيويورك سألغة الذكر.

كما أنها قضت في حكم آخر لها بأن "إقصاء أرملة مورث أطراف النزاع من جملة الورثة بناء على معتقدها الديني زمن افتتاح التركة يتعارض مع الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية.. الذي حدد موانع الإرث وحصرها في القتل العمد مما يلزم معه عدم التوسع في مجاله عملا بالفصل 540 من مجلة الالتزامات والعقود".

"وحيث أن منع التمييز لاعتبارات دينية هو من المبادئ التي تؤسس النظام القانوني التونسي سواء من مستلزمات الحرية الدينية كما كرست بالفصل 5 من الدستور وكما وقع تضمينه بالمواد 2، و16، و18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 وفي الفقرة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفي المادة الثانية فقرة أولى من العهد الدولي للحقوق السياسية والتي انخرطت فيها تونس"

"وحيث أن العمل بالدين كمانع من موانع الميراث يؤدي لجعل هذا الحق معلقا على معتقد الشخص مما قد يؤدي إلى الضغط على حريته في اختيار دينه سعيًا وراء ضمان نصيبه في التركة. كما كان العمل بهذا المانع يؤدي بالمحكمة كلما كان نزاع إلى إجبار المتقاضين على التصريح بديانتهم وهو ما يتعارض مع واجب احترام الشعور الديني وضرورة إبقائه في إيمان باطني للفرد".

التعديل الجديد زواج المسلمة بغير المسلم في تونس

ويلاحظ في النهاية أن النصوص القانونية السالفة توحى لنا بكل وضوح أن حرية الديانة في التشريعات المغاربية للأسرة محدودة، فهي تمس فقط حرية اختيار الدين؛ وإذا اختار الشخص الدين الإسلامي، فلا يمكن له أن يتراجع عنه وإلا سيؤثر ذلك على حالته المدنية، كما تأثرت به عند اعتناقه هذا الدين. فحرية العقيدة بمعناها الواسع تبقى إذن لازمة للألئكية فقط، وهي حالة لا وجود لها في الدول المغاربية، ذلك ما سنستشفه أيضا وبغير إبهام من خلال أثر الردة على حقوق الشخص الأسرية.

ب.- تأثير حقوق الشخص الأسرية بفعل الردة

أول ما يقدم كبيان لموقف القوانين المغاربية للأسرة هو من جهة المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 400 من المدونة المغربية، ومن جهة أخرى موقف القضاء التونسي بشأن مصادر مجلة الأحوال الشخصية، التي تعد مادة جامعة إذ تحيلنا، كما قدمنا في حالة انتفاء النص التشريعي أو قصوره، إلى مبادئ الشريعة الإسلامية. وعليه، إذا كانت هذه التشريعات تقر الإحالة إلى

الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص التشريعي، فإن هذه الأخيرة، كما قلناه تقر صراحة حرية الديانة في القرآن الكريم في قوله تعالى "لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي".

غير أن الملفت للانتباه هو أن هذه الحرية، إن كانت مطلقة في بدايتها فتقف بمجرد اعتناق الشخص الديانة الإسلامية بسبب العهد الذي أبرمه عن قناعة ورشد وتبصر مع الله سبحانه وتعالى، إذ يحظر عليه بعد ذلك تغييرها، وإلا فيدخل في طائفة المرتدين، ومن ثم يصبح من الخاسرين في الدنيا والآخرة. وفي هذا يقول سبحانه وتعالى "ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون"، وقوله عز من قائل "من كفر بالله من بعد إيمانه، إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان، ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله، ولهم عذاب عظيم"؛ وقوله جل جلاله "إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلا".

وفي الحديث "فالعقاب الدنيوي لهذه الجناية، وهو القتل، فيثبته الفقهاء بحديث يروى عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "من بدل دينه فاقتلوه". وقال عليه الصلاة والسلام أيضا "لا يحل دم أمري مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحسان، وقتل نفس بغير حق" وكما أجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجوب قتل المرتد. وذلك مما دفع أحد الفقهاء إلى القول أن "في بلاد الإسلام، الحرية الدينية لا توجد فعليا إلا لغير المسلم، فالقانون يسمح له أن يحتفظ بعقيدته، بممارستها وأن يستمر في عيش حياته الجماعية والخاصة، دون خشية إكراه معين يجبره على اعتناق الإسلام". بل في الحقيقة، أن الشريعة الإسلامية لا تقبل أي دين آخر غير الإسلام لقوله عز وجل "ومن يبتغ غير الإسلام ديناً، فلن يقبل منه، وهو في الآخرة من الخاسرين"، وقوله أيضا "إن الدين عند الله الإسلام".

وهكذا لا يهم لإعمال هذا الموقف إن كان الشخص ذكرا أم أنثى، بل أنه يفهم منه بجلاء أن الشريعة الإسلامية لا تسمح بالتغييرات المزاجية مهما كان جنس المعني. ولذلك فإن قانون الأسرة لم يبق تجاه هذا الحكم بلا تأثير، بل قيده ولكن بدرجة مختلفة، إذ جعل صراحة التشريع الجزائري من التغيير في العقيدة تغيير في الحالة. وقد أظهر القضاء قبل الاستقلال وبعده، تشبثها بالدين الإسلامي. وهذا يتضح بجلاء من خلال القرار الصادر عن المجلس الأعلى في 09 مارس 1987 الذي قضى فيه بأن "حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا، وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات، فإن الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر".

وفي هذا السياق، كان المشرع الجزائري ينص صراحة في المادة 32 من قانون الأسرة قبل تعديلها على أن الزواج يبطل بسبب الردة، أي أن الردة كانت سببا من أسباب بطلان الزواج. غير أن التعديل الذي أدخله بمقتضى الأمر الصادر في 27 فبراير 2005 ألغى هذه الحالة من البطلان، ولم يدرجها بعد ذلك لا في حالات الفسخ ولا في حالات الطلاق، مما يدفعنا إلى التساؤل عما إذا لازال مشرعنا يرتب على الردة بطلان الزوج، أو الحكم بانحلاله بأية طريقة من الطرق الواردة في الفقه الإسلامي.

ولنا أن نتساءل عما إذا كان ذلك التعديل سيسمح لنا بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة. فالإجابة ممكن أن تكون بالنفي مادام أن المشرع قد ألغى بعدما كان القانون الأصلي ينص عليها. ولكن، بالمقابل لا زال ينص في المادة 138 من ذات القانون على أنه "يمنع من الإرث اللعان والردة". ومن ثم يمكننا التصريح بأنه إذا كانت الردة مانعا من موانع الميراث فأولى أن تكون مانعا من موانع الزواج، بل سببا من أسباب بطلانه أو فسخه إذا طرأت بعد إبرام الزواج.

وأما المشرع المغربي، فمن جانبه قد نص على أن اختلاف الدين في المادة 332 من المدونة واعتبارها مانعا من موانع الميراث، فأولى أن تكون الردة كذلك. وأن القضاء التونسي تبني هو الآخر نفس الحكم في انتفاء النص التشريعي نظر للمبادئ التي استقر عليها في المسائل الأسرية والمستتبطة من الفقه الإسلامي. وفي هذا المجال، قضت محكمة التعقيب "إن شهادة مفتي الجمهورية في إعلان الزوجة الأجنبية إسلامها لديه ليست حجة على أنها لم تكن مسلمة قبل ذلك.

إذا تمسكت الزوجة الأجنبية بأنها عاشرت زوجها المسلم على دين الإسلام، كان على محكمة الموضوع التحقق من ذلك بجميع الوسائل...بالإضافة إلى أن بقية الورثة لم يعارضوا في إسلام تلك الدولة واستحقاقها للميراث حين إقامة حجة الوفاة الأولى وسكتوا عن ذلك عشرين عاما. وطول مدة سكوتهم تثير الاسترابة في جدية أقوالهم لأنها ترمي لمجرد جلب النفع لأصحابها".

وفي نفس الموضوع، أي موضوع عدم استحقاق الإرث من قبل غير المسلم من تركة المسلم، قضت ذات المحكمة "أن الشهادة التي تصدر عن دار الإفتاء في خصوص اعتناق الإسلام هي تطبيقا لمقتضيات أمر 28 فيفري 1957 مجرد شهادة إدارية تصلح للاحتجاج بها لدى الجهات التي تطلبها، وثبت الإسلام في تاريخ تحريرها ولكنها لا تنفيه عن حررت لفائدته بالنسبة للفترة السابقة عن تحريرها، ولا تعني أيضا أن تاريخ تحريرها هو الحد الفاصل بين الكفر والإيمان لمن حررت لفائدته، وعليه يكون إثبات اعتناق الديانة الإسلامية في تاريخ سابق عن تحرير شهادة دار الإفتاء جائزا بكل الطرق". وكما أكدت هذه المحكمة على أن "تزوج المسلمة بغير المسلم إن وقع لا يوجب ردتها إلا إذا اعتنقت دين زوجها غير المسلم".

III- التحفظات الواردة على بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحرية الديانة والماسة

بالحقوق الأسرية

في الحقيقة، أن المصادقة على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان المتمثلة في حرية الديانة من قبل الدول المغاربية لم تتم بصفة مطلقة، بل قدمت بشأنها تحفظات، وأن هذه الأخيرة قد شملت جميع الاتفاقيات، منها خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الخ.

وهكذا فالجزائر التي صدقت على الاتفاقية الأولى أبدت تحفظات من شأنها استبعاد التطبيق المحلي لهذه الاتفاقية، علما أن هذه التحفظات استندت كلها إلى الشريعة الإسلامية، بل إلى عدم تماشي أحكام الاتفاقية مع التشريع الوطني الساري المفعول. وعليه، إذا كانت المادة الثانية من الاتفاقية تنص على أن تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة...، وتتعهد بالقيام بإدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى، والامتناع عن مباشرة أي عمل تمييزي أو ممارسة تمييزية ضد المرأة، فإن كل من الجزائر والمغرب قد أبدت تحفظا بأكمل هذه المادة، علما أن تونس لم تبد أي تحفظ بشأنها.

وإذا نصت المادة السادسة عشر منها على أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وتضمن في هذا الإطار نفس الحق بين الرجل والمرأة في عقد الزواج وفي اختيار الزوج وكذلك في الولاية والقوامة والوصاية، فإن كل من الجزائر والمغرب قد أبدتا تحفظات على المادة بأكملها، وذلك خلافا لتونس التي أبدت تحفظا فقط بشأن الفقرات (1-ج) و(1-د) و(1-و) و(1-ز) و(1-ح).

ومن زاوية العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية، تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية منه على أن تتعهد كل دولة طرف في هذه العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب... الجنس... أو الدين... أو النسب أو غير ذلك من الأسباب.

وفي نفس السياق، قد أبدت الجزائر تحفظات على المواد 1 و8 و13/3 و4 و14 و23/4 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966، هي المواد المتعلقة ببعض الحقوق الأسرية.

والواقع، أن هذه التحفظات التي أبدتها الدول المغاربية عللتها من حيث أنها تارة تتعارض مع الشريعة الإسلامية وتارة مع تشريعها الوطني، خاصة منه التشريع الأسري الذي أسس العديد من

أحكامه على ديانة الشخص، ومن ثم التمييز بين الرجل والمرأة كعدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم، وجواز للمسلم الزواج بالكتابية.

وبالمقابل جاء في الإعلان الصادر عن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بأن **التحفظات على المادة 16 سالفة الذكر**، سواء كانت معللة بأسباب وطنية أم دينية... لا تتماشى مع الاتفاقية، ولذا فهي غير جائزة وينبغي إعادة النظر فيها وتعديلها أو سحبها، لأن الإبقاء عليها سيشكل انتهاكا لمبدأي المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان، ويعوق من نمو المجتمع والأسرة. وفي هذا ترى الأستاذة حفيظة شاكور بأن "هذه التحفظات تبدو من الناحية القانونية منافية لموضوع الاتفاقية ولغرضها لأنها تقيد حقوق النساء وتبقي التمييز القائم على الجنس... فلا يمكن أن نقبل هذه التحفظات التي تعتمد الخصوصيات الثقافية والدينية لتأسيس التمييز ولتقييد عالمية حقوق النساء". مما دفعنا بالدولة المغربية رفع كل التحفظات الواردة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

ولعله قد تبين مما تقدم كله أن الحرية الدينية في المسائل الأسرية لها مكانتها الخاصة، بحيث أن التشريعات المغربية وإن كانت قد أخذت بضابط الجنسية من حيث القانون الواجب التطبيق، إلا أنها لم تتجاهل أن هذه المسألة لها ارتباطا وثيقا بالمجتمع، ومن ثم أخذت في بعض المواضيع بضابط الدين، بل بضابط الدين الإسلامي وعلى أساسه أوردت القاعدة القانونية المنظمة لحالة الأشخاص من حيث الزواج والطلاق والكفالة والوصية والميراث. هذا والجدير بالملاحظة أن القوانين المغربية أحاطت العلاقة الأسرية بالعديد من الضمانات المرتكزة أساسا على المنهج الإسلامي، بل المستنبطة أحكامها من الشريعة الإسلامية، مما دفعهم إلى الإبداء على عدة تحفظات على بعض نصوص الاتفاقيات الدولية، وذلك لرفع من قيمة الإنسان وحتى لا يختلط الحرام بالحلال، وحتى تبقى الخلية الأولى للمجتمع من حيث صيانة حقوق أفرادها اهتمام كل التشريعات العائلية المغربية.

يجب مقارنة هذه الإجابة مع الإجابة أعلاه فيما يتعلق بالعامل الديني

الخطة :

المقدمة :

فالمجتمعات الإسلامية تتحمل بالدرجة الأولى مسؤولية رعاية أطراف الكيان الأسري، ذلك يتطلب أن توفير لهم المناخ الضروري للعيش في وسط خلي من الرذيلة والأخلاق السيئة، ومن هنا تهيئة لهم الظروف التي تسمح لهم بالنمو السليم روحيا وعقليا، وسن التشريعات الضرورية لتحقيق هذا الهدف.

ومع ذلك تظل مسألة حماية الحريات العامة وعلى رأسها حرية الأشخاص في اختيار عقيدتهم الدينية من المسائل التي تتطلب أن تكون معالجته من حيث المبادئ الدستورية والنصوص القانونية معالجة لا يكتنفها الإبهام حتى لا تؤدي في مسألة أساسية كهذه إلى الاختلافات في التأويل والاستنباط، مما يعكر مفهومها وينحرف تطبيقها عن ما كان ينوي من وراءه الشرع والتشريع. وما ينبغي ملاحظته هو أن جل الدساتير المغربية قد أخذت بالتنصيص على مكانة الديانة في هذه الدول، ومن هنا يدفعنا التساؤل إلى تبيان ما المقصود بحق الشخص في اختيار عقيدته الدينية من حيث المفهوم الإسلامي لها، وهل مفهومها الغربي يختلف عنه ؟ وهل مفهومها في الاتفاقيات الدولية يتماشى ومفهومها المغربي ؟ وهل راهنت الدساتير المغربية، من خلال القوانين الأسرية على احترام المبدأ الدستوري الذي يجعل الرجل والمرأة سواسية أمام القانون، زيادة على الاتفاقيات الدولية التي تلك المساواة وتحرم كل أشكال التمييز بسبب الديانة ؟

وإذا كان الأمر كذلك، هل أن الشخص حر في اعتناق الديانة الراغب فيها ويستبدلها متى يشأ دون أن يؤثر ذلك على حالته الأسرية ؟ وبمعنى أدق ما هو موقف القوانين المغربية للأسرة من حرية ديانة الشخص ؟ هل الديانة الإسلامية مشترطة في بعض المسائل دون الأخرى ؟ وما هو الاختلاف الوارد بشأن هذه المسألة بين التشريعات الأسرية المغربية ؟ وهل ما تبنته هذه التشريعات

يتماشي والاتفاقيات الدولية ؟ وما هي التحفظات التي أوردتها الدول المغاربية على البنود المتعلقة بحرية العقيدة الدينية ؟

I.- الحرية الدينية في الدساتير المغاربية وفي الاتفاقيات الدولية

ففي الجزائر، فإذا نص المؤسس الدستوري في المادة 36 من دستور 1996 على أنه "لا مساس بحرمة حرية المعتقد،..."، معنى هذا ألا يكون الشخص مكرها في اختيار عقيدته، فإنه مع ذلك نص في ديباجته على أن "الجزائر أرض الإسلام"، وأقر في المادة الثانية منه أن "الإسلام دين الدولة"؛ بل وأوجب في المادة 76 منه على رئيس الدولة عند تأدية اليمين التّعهد باحترام الدين الإسلامي وتمجيده، والمحافظة عليه والسهر على تطبيق أحكامه ومبادئه والالتزام بقيمه وأهدافه، وكذلك في اعتلاء منصب الرئاسة الذي أسند لمن يكون مسلما.

وهذا ما أكدته لاحقا المادة الثانية من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 28 فبراير 2006 المتعلق بشروط وقواعد ممارسة معتقدات أخرى غير الإسلام، حيث جاء في مضمونها بأن الدولة الجزائرية التي دينها الإسلام تضمن حرية ممارسة المعتقد في إطار احترام أحكام الدستور وهذا الأمر والقوانين واللوائح المعمول بها، والنظام العام والآداب العامة، والحقوق والحريات الأساسية للغير.

وكما أن الفصل 3 من الدستور المغربي لسنة 2011 قد نص أن الإسلام دين الدولة. وهو ما تبناه أيضا الدستور التونسي لسنة 1959 والمعدل سنة 1995 بالقول أن "...ديانة تونس هي الإسلام". وبالرغم من وضوح هذا المبدأ الأخير، تجرأ البعض إلى التساؤل عما إذا كان المقصود منه أن الدين الإسلامي هو دين الدولة أم دين المواطنين؟ هل يعني أن مصادر التشريع هي المصادر الإسلامية أم كل المصادر والمبادئ الإنسانية العالمية؟ هل تعني أن بعض المجالات مثل المجال العائلي لا تزال خاضعة للقواعد الدينية المقدسة وغير قابلة لأي تعديل وتطوير في اتجاه المساواة بين الجنسين؟ .

ورغم ذلك، فهذه التأكيدات الإسلامية المؤكدة لإسلامية الدولة في الدساتير المغاربية يفهم منها ابتعاد الدستور عن العلمانية، وما تذهب له من فصل الدين عن الدولة.

وما تجب الإشارة إليه هو أن الجزائر، على منوال المغرب وتونس، قد عبرت في المعاهدة المنشئة لاتحاد المغرب العربي عن ارتباطها بالتربية الإسلامية كأساس لتنمية الوعي الثقافي، واعتبار الدين الإسلامي أحد المقومات الأساسية التي تربط بين أفراد الشعوب المغاربية. وهذا يستشف صراحة من الفقرة الرابعة من المادة 3 منها بقولها "إقامة تعاون يرمي إلى تنمية التعليم على اختلاف مستوياته، وإلى الحفاظ على القيم الروحية والخلقية المستمدة من تعاليم الإسلام السمحة..." .

أما من زاوية الاتفاقيات الدولية التي أشارت إلى حرية العقيدة، لقد جاء في المادة 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 بأن "لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره". ويعني بذلك، بأن الحق في حرية التفكير والضمير والدين يشمل حرية تغيير ديانة الشخص أو عقيدته، وحرية الإعراب عنهما بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها، سواء أكان ذلك سرا أم جهرا، منفردا أم مع الجماعة.

ونصت المادة 18 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1966 على أربع بنود بشأن هذه المسألة وهي كما يلي :

9- لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحريته في إظهار دينه أو معتقده..."؛

10- لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأن أي يخل بحريته في أن يدين بدين ما،...؛

11- لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية"؛

12- تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أولادهم دينيا وخلقيا وفقا لقناعاتهم الشخصية".

وأما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، قد أشارت في مادتها 16 إلى حقوق المرأة في مجال العلاقات داخل الأسرة.

وكما أن الجمعية العامة للأمم المتحدة صادقت في 25 نوفمبر 1981 على إعلان تم التنصيص في الفقرة الرابعة من المادة الرابعة على أنه ينبغي على الدول اتخاذ الوسائل التشريعية الناجعة لاحتياط ومنع التمييز القائم على أساس الدين أو المعتقد، وذلك في جميع مجالات الحياة المدنية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية.

وفي هذا الاتجاه، بدرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان سنة 1993 بتبيان ما المقصود بالدين أو المعتقد، حيث وصلت إلى القول بأن ذلك يتمثل في "معتقدات في وجود إله، أو في عدم وجوده أو معتقدات ملحدة، بجانب الحق في عدم ممارسة أي دين أو معتقد".

وفي نفس السياق، ينبغي الإشارة إلى المادة 25 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب التي تفرض على الدول الموقعة عليه النهوض بالحقوق والحريات الواردة فيه وضمان احترامها، منها خاصة الحق في حرية اختيار العقيدة، ومن ثم عدم إهدار حقوق الأشخاص لاختلاف الدين، بل عدم إجبار الإنسان على عقيدة لا يريد اعتناقها. وجاء في المادة 8 منه على أن حرية العقيدة وممارسة الديانة مكفولة ولا يجوز تعريض أحد لإجراءات تقيد ممارسة هذه الحرية، مع مراعاة القانون والنظام العام.

وهذا ما تبنته أيضا اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لسنة 1989 والتي نصت في المادة 14 منها على احترام الدول الموقعة عليها لحق الطفل في حرية الدين، أي أن تكون له الحرية في اختيار دينه وفي تغييره كلما شاء.

II- أ. آثار ديانة الشخص على بعض الحقوق الأسرية

إذا أصبحت الدول التي تبنت النظام الألائكي تبحث عن تغيير قوانينها، منها خاصة القوانين الأسرية بتغيير نظامها الاجتماعي، غير أنه ما يمكن قوله في هذا الإطار هو أن تلك الحرية التي قدستها تلك الدول لم تمس القيم الأساسية التي يقوم عليها الكيان الأسري فحسب، بل كل مجتمع يعز بمقوماته الأخلاقية، حيث جعلت من الإنسان يجري وراء إشباع حاجاته حتى ولو كانت بالطريقة الحيوانية بحذف الموانع الأخلاقية تاركنا المكان للإباحيات الماسة بكرامة العنصر البشري. وفي هذا يرى الفقه الغربي:

وعليه، مبدأ الإسلام دين الدولة، فهو أصل القوانين الأسرية المغاربية في استعمال الحقوق وتحمل الالتزامات؛ لأنها مقيدة بما شرع المستخلف، وهو الله سبحانه وتعالى من أحكام لتحقيق قيام الأسس الأسرية على الوجه الأكمل.

ومما يؤكد هذا المبدأ في التشريعات المغاربية مع اختلافاتها النسبية، أنها استنبطت الأحكام الأسرية من الشريعة الإسلامية، ولكن دون التفرقة في القانونين التونسي والجزائري بين المسلم وغيره كقاعدة عامة، حيث أخذوا هذان القانونين بمبدأ الجنسية كأصل عام من حيث تطبيق القانون على المسائل الأسرية.

ومن ثم، فإننا نعتقد أن المثير للانتباه بهذا الخصوص أن القاعدة التي وردت على التوالي في المادتين 1 و 221 من قانون الأسرة الجزائري وفي الفصل الأول من الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية في تعارض تام مع مبادئ الشريعة الإسلامية، ذلك أن المقرر فيهما هو أن المعيار الأصلي لتطبيق أحكام الأسرة لا يرتبط بديانة الشخص وإنما، كما تقدم بضابط جنسيته، مما دفع بهما إلى عدم الأخذ بنظام الطوائف، علما أن غير المسلم من المفروض لا يخضع إلى أحكام الشرع الإسلامي إلا بمحض إرادته، ولا جبرا ورغما عنه. غير أنه بالرجوع إلى التعديل الذي أدخل على مدونة الأحوال الشخصية المغربية وعلى ظهير 6 سبتمبر 1958 بمقتضى القانون رقم 03-72 المتضمن مدونة الأسرة نجد أن المشرع المغربي فرق بين المغربي المسلم والمغربي اليهودي، بحيث تنص المادة الثالثة من مدونة الأسرة على أنه "تسري أحكام هذه المدونة على :

9- جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى.

10- اللاجئين بمن فيهم عديم الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة ب 28 يوليو لسنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئين.

11- العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا.

12- العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية".
ومما يتضح من هذا النص القانوني أن في المغرب مدونتين للأسرة إحداهما خاصة بالمغاربة المسلمين وأخرهما خاصة بالمغاربة اليهود، وأما المغاربة غير المسلمين وغير اليهود، فالمسيحيين مثلا، فإنهم يخضعون لمدونة الأسرة الخاصة بالمسلمين. ومن ثم، أصبح المغرب يفرق من حيث حرية الديانة واختيار القانون الواجب التطبيق في القضايا الأسرية بين فقط المغاربة المسلمين والمغاربة اليهود، حيث ألحق بالطائفة المسلمة المغاربة الآخرين من غير اليهود كالمشركين، والملحدين، والبوذيين، والمسيحيين. ولكن، بمقارنة أحكام المادة الثالثة أعلاه مع ظهير 1958، نجد أن أحكام هذا الأخير كانت تنقسم بالمنطقية من حيث تحريم تعدد الزوجات والطلاق اللفظي على أشخاص لا يبالون بأحكام الشريعة الإسلامية.

ويستخلص مما تقدم، هو أن الحرص على استمرار تطبيق الشريعة الإسلامية وصمود التشريعات التونسية والمغربية والجزائرية وأغلبية التشريعات الأخرى المقتبسة أحكامها من الشريعة الإسلامية، دفع بالمشروعين "اعتناق عند وضع النصوص القانونية المنهجية المذهبية المقارنة، بحيث استطاعت القوانين المغربية للأسرة أن تبتعد عن الفكرة المذهبية، وأن تقتبس أحكامها من الآراء الفقهية المختلفة، ولو كانت من غير أهل المذاهب الأربعة، إذ ليس هناك مانع شرعي من الأخذ بقول غيرهم خصوصا إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك، أي خصوصا إذا رعت المصالح الاجتماعية في وضع تلك الأحكام".

وكذلك، مما يؤكد الاعتماد على الأحكام الإسلامية في العلاقات الأسرية، ولا على مبدأ حرية الديانة بصفة مطلقة ومن ثم عدم الفصل بين القانون والدين في وضع النصوص التشريعية، هو ما نصت عليه هذه القوانين بشأن المصادر المعتمد عليها في غياب النص التشريعي. وهكذا، فالنص الجديد الوارد في المادة 400 من مدونة الأسرة لم يعفنا من الرجوع إلى الفقه الإسلامي في غياب النص التشريعي، وذلك بالتنصيص على أن "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

وكما أن المشرع الجزائري لم يكن، عند وضعه لقانون الأسرة في سنة 1984، بعيدا عن التأثير بموقف الفقه الإسلامي في هذا المجال. ولكن، خلافا للمشرع المغربي، فحرص بمقتضى المادة 222 من ذات القانون، على أن يطبق من أحكام المذاهب الإسلامية ما يسمح بقدر الإمكان تفسير ما هو غامض أو ناقص في الأحكام التي تيناها في مسائل الأسرة. وعند هذا الاقتباس نقول أن حرية الديانة لم يبق لها مجالا في هذا الميدان.

ولكن، مقارنة مع التشريعين المغربي والجزائري، لم يحلنا المشرع التونسي ولا في مادة من مواد المجلة، في حالة انعدام النص التشريعي إلى أحكام الفقه الإسلامي. إذن، ما هي مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا المجال؟ وما هي أحكام تفسير نصوص المجلة؟

وللإجابة على ذلك، فإن تفسير تلك النصوص لا يمكن أن يبقى بعيدا كل البعد عما توصل إليه الفقه الإسلامي من حيث استنباط المبادئ ووضع الأحكام، ذلك ما جاء به القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 31 جانفي 1966، حيث سمح الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية من أجل سد الفراغ الوارد في مجلة الأحوال الشخصية. وهذا ما أكدته المحكمة الاستئنافية بتونس بقولها "ويكون أوكد الواجبات محاولة الوصول إلى حل لهذه الإشكالية عبر القرآن والسنة واجتهاد الفقهاء المسلمين، باعتبار أن الفصل الأول من الدستور اقتضى أن "تونس جمهورية دينها الإسلام"، ولغتها العربية".

ومادام أن هذه القوانين لم تتبن في هذا الإطار ما تبنته الدول اللاتينية، نجد أن الأحكام التي جاءت بها والقائمة في البداية على عامل التمييز بسبب الديانة نصت صراحة في التشريعين الجزائري والمغربي على أنه لا يجوز للمسلمة الزواج بغير مسلم، مع هذا الفارق أن المدونة

المغربية قد نصت أيضا بأنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج بغير المسلمة ما لم تكن كتابية، وهي المرأة التي لا تدين بدين سماوي كالملحدة والوثنية وكالبوذية، لأن هؤلاء لم يكن لهن كتاب منزل، فتعتبرن كالمشركات التي ورد الحظر على الزواج بهن في قوله تعالى "ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن". وبذلك يكونا قد كرس بخصوص هذه المسألة قاعدة تعتبرها الشريعة الإسلامية من النظام العام. فإن كان ذلك كذلك، فبديهي ألا يجوز إسقاط هذا المانع وعدم المطالبة ببطالان الزواج بمرور الزمن ومهما استطال أمده.

وهذا ما أكدته، من جهة **المدونة المغربية** في المادة 2/57 منها بالتنصيص على بطلان الزواج في حالة وجود المانع، كما أضافت المادة 2/58 منها على أنه يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، وكما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة.

ومن جهة أخرى، فإنه لا يمكن القول بأن **المشروع الجزائري** قد سمح للمسلم، بسبب انتفاء النص التشريعي، الزواج بالمشاركة ومن في حكمها، بل أنه بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة نقول أن إجماع الفقهاء قد انصب على عدم إجازة الزواج بهذه الطائفة من النساء، وذلك خلافا للكتابية التي أجاز الجمهور من العلماء الزواج بها مطلقا سواء اعتقدت التثليث أو أن عزيزا ابن الله.

وأما المشروع الجزائري، لم يأت بهذه التفرقة، بحيث قد اعترف بنسب الطفل في حالة الزواج مع المحرمات بعد الدخول، وذلك دون التفرقة بين سوء النية وحسنها في هذه الحالة. وهل ما تبناه المشروع في المادة 34 من قانون الأسرة جاء به حماية لبراءة الطفل، أم أنه أراد من وراءه بوضع هذا النص أن يقوم بتطبيق الاتفاقية الدولية لحماية حقوق الطفل ؟ أم يمكن القول بأن هذه المادة ناقصة، ومن ثم ينبغي اللجوء إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة، ومن ثم الأخذ بعين الاعتبار في هذه الحالة سوء نية الزوج وحسنها. فالقول بنقص النص هو أفصح بشأن هذا النسب، وذلك راجعا لحماية إحدى الكليات الخمس التي أحاطتها الشريعة الإسلامية بنصوص دقيقة، وذلك حماية وصيانة للكيان الأسري الإسلامي.

وأما المشروع التونسي، لم ينص على هذا المانع لا في صياغته الأصلية للمجلة ولا في التعديلات التي أوردتها عليها لاحقا، وكان ذلك مصدرا لاختلافات فقهية بالغة الأثر، حيث منه من أجاز زواج المسلمة من غير المسلم ومنه من رفضه بصفة مطلقة. غير أن القضاء قد رفع هذا اللبس، وقضى بأن "زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر زواجا باطلا من أصله". وهذا ما أكدته المحكمة ذاتها في قرار لها بالقول بأن "تزوج مسلمة بغير مسلم يكون زواجا واقعيًا معقودا على غير الصيغة القانونية غير معترف به قانونا، موجبا للعقاب". ولكن أخذ على هذا الموقف أن المحكمة قد أغفلت مراعاة بعض المبادئ العامة للقانون منها مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بين كل المواطنين، وهو مبدأ دستوري، وحرية المرأة في اختيار زوجها دون تمييز على أساس عرقي أو ديني، وهي مبادئ أقرتها اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 ديسمبر 1962 المتعلقة بالرضا بالزواج والسن الأدنى للزواج والتي صادقت عليها الجمهورية التونسية سنة 1967 وهو ما يجعلها تطبق في التراب التونسي وتسمو على التشريع الوطني عملا بالفصل 32 من الدستور التونسي.

ولكن بدلا من تعديل الفصل الخامس من المجلة لجأت وزارة العدل إلى تكريس قاعدة الحظر بإصدارها منشورا مؤرخ في 05 نوفمبر 1973 يطلب من ضباط الحالة المدنية التونسيين الامتناع عن إبرام عقد زواج بين تونسية مسلمة وشخص غير مسلم سواء كان تونسيا أو أجنبيا. وهو ما قرره سابقا المنشور الصادر عن الوزير الأول بتاريخ 19 أكتوبر 1973 تحت عدد 606.

غير أنه أمام هذه النصوص، قضت المحكمة الابتدائية بتونس في حكمها الصادر في 29 جوان 1999 بصحة زواج مسلمة بغير مسلم على أساس أن الموانع المذكورة في الفصل الخامس لا يمكن تفسيرها إلا بالرجوع إلى الفصل 14 من المجلة الذي حدد قائمة الموانع المؤبدة والموانع المؤقتة ولا يدخل من ضمنها زواج المسلمة بغير المسلم، وعززت المحكمة موقفها هذا باتفاقية نيويورك سالف الذكر.

ومن الأثر المترتب على التمييز الديني، نجد أيضا أن القانون الجزائري، خلافا للمدونة المغربية والمجلة التونسية، قد اشترط في الكافل اعتناقه الديانة الإسلامية، حيث نصت المادة 118 من قانون الأسرة على أنه "يشترط أن يكون الكافل مسلما،...". وسدا لهذا الفراغ، نصت المادة 9 من

القانون المغربي رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين على أنه تسند كفالة الأطفال الذين صدر حكم بإهمالهم إلى الأشخاص...الآتي ذكرها : 1- الزوجان المسلمان...؛ 2- المرأة المسلمة.... وزيادة على ذلك اشترطت المادة 93 من قانون الأسرة في الوصي أن يكون كذلك مسلماً.

والجدير بالذكر أيضاً، في باب هذه الحرية الدينية، اشترط المشرع المغربي، على النقيض من التشريعين الجزائري والتونسي، في المادة 14 من المدونة على وجوب حضور شاهدين مسلمين في عقد الزواج. غير أن ما نص عليه الفقه الإسلامي في هذا الإطار هو اشتراط الإسلام فيما إذا كان الزوجان مسلمين، وذلك راجعاً لأن الشهادة تأخذ حكم الولاية في هذه الحالة ولا ولاية لغير مسلم على مسلم استناداً لقوله سبحانه وتعالى " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً". ومن ثم، فإنه اعملاً بالمصدر الثاني لقانون الأسرة نقول بأن المشرع الجزائري هو الآخر قد اشترط هذا الشرط ضمناً نظراً لدوره الفعال عند إبرام العقد.

وبما أن لهذا العقد، عند المالكية وغيرهم، اعتباراً دينياً فلا بد من أن يكون الولي متحداً في الدين مع المولى عليه، أي أن يكون من يدين بدين المولى عليه، لأنهما باتحاد الدين تتفق وجهات نظرهما في تقدير المصلحة، ولأن كذلك الولاية في الزواج تتبع الإرث ولا أرث بين المختلفين ديناً، ومن ثم ينبغي القول بالأخذ بهذا الموقف الفقهي الإسلامي من قبل المدونة المغربية تنفيذاً للمادة 400 منها. وهو ما ينطبق كذلك على الزوجة الجزائرية القاصرة، بحيث فالراشدة قد سمح لها المشرع أن تختار أي شخص أن يكون وليها في زواجها في المادة 11 فقرة أولى من قانون الأسرة. في حين، فالمجلة التونسية قد سمحت للراشدة أن تنفرد بزواجها ولا ولاية عليها في هذا الإطار.

ويضاف إلى ما قيل أعلاه، بشأن التمييز بسبب الدين الوارد في القوانين الأسرية المغاربية هو أن المشرع الجزائري، خلاف للمشرع التونسي قد اشترط في المادة 62 من قانون الأسرة على أن تتم تربية الطفل على دين أبيه، ومن ثم فمادام أنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج مع غير المسلم، فإنه ينبغي على الحاضنة، سواء أكانت مسلمة أم مسيحية أن تقوم بتربية المحضون على الديانة التي يعتنقها أبوه، وإلا ستسقط عنها الحضانة. واكتفى المشرع المغربي بالتنصيص في المادة 173 من المدونة على إدراج ضمن شروط الحاضن "القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايته ديناً...".

بقيت ملاحظة لا بد من الإشارة إليها ونحن في باب هذه الحرية، وهي أن الأمر يدق في خاصة أحكام الموارث، والتي هي الأخرى تعتبر من النظام العام نظراً لقدسية مصدرها الأصليين المتمثلين في القرآن الكريم والسنة النبوية. فما لا ريب فيه أن موانع الميراث كافة كاعتبار الدين مانعاً من التوارث تعد من كليات النظام الإسلامي في باب الميراث. وفي هذا الإطار قد نصت المادة 332 من المدونة المغربية "لا توارث بين مسلم وغير مسلم..."، علماً أن المشرع الجزائري لم يأت في قانون الأسرة بنص واضح كهذا الذي جاءت به المدونة، ولكن بالرغم من ذلك، وإعمالاً بالمادة 222 من ذات القانون، يرى جمهور الفقه الإسلامي على أن المسلم لا يرث الكافر ولا الكافر المسلم.

وهذا ما أكدته القضاء الجزائري، إذ قض المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/07/09 بأنه "متى كان من المقرر شرعاً، وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى، أن الشريعة الإسلامية لا تشترط الجنسية في باب الميراث ولكنها تأمر بإثبات التمسك بالدين الإسلامي...".

ولكن، فمن جانب المجلة التونسية، فالمسألة لازالت مطروحة، حيث اكتفت بالتنصيص في الفصل 88 منها على مانع القتل دون الموانع الأخرى المقتبسة من الشريعة الإسلامية، ولذلك لنا أن نتساءل عما إذا كان الاختلاف في الدين مانعاً من موانع الميراث؟ وللإجابة على هذا التساؤل، قضت محكمة التعقيب أن إكمال النقص الوارد بالفصل 88 من المجلة يتم بالرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي على أساس أن الفقه الإسلامي يشكل مصدراً مادياً أساسياً لمجلة الأحوال الشخصية، ومن ثم فالموانع التي جاءت بها المجلة فهي وردت على سبيل الذكر، ومن ثم فاختلاف الدين يعتبر هو الآخر مانعاً من موانع الميراث.

إلا أن هذا الموقف، لم تتبناه كعادتها المحكمة الابتدائية بتونس، حيث قضت في حكم لها بأن "إقصاء أرملة مورث أطراف النزاع من جملة الورثة بناء على معتقدها الديني زمن افتتاح

التركة يتعارض مع الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية.. الذي حدد موانع الإرث وحصرها في القتل العمد مما يلزم معه عدم التوسع في مجاله عملا بالفصل 540 من مجلة الالتزامات والعقود".

"وحيث أن منع التمييز لا اعتبارات دينية هو من المبادئ التي تؤسس النظام القانوني التونسي سواء من مستلزمات الحرية الدينية كما كرست بالفصل 5 من الدستور وكما وقع تضمينه بالمواد 2، و16، و18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 وفي الفقرة الثانية من العهد الدولي الخاص للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفي المادة الثانية فقرة أولى من العهد الدولي للحقوق السياسية والتي انخرطت فيها تونس"

"وحيث أن العمل بالدين كمانع من موانع الميراث يؤدي لجعل هذا الحق معلقا على معتقد الشخص مما قد يؤدي إلى الضغط على حريته في اختيار دينه سعيا وراء ضمان نصيبه في التركة. كما كان العمل بهذا المانع يؤدي بالمحكمة كلما كان نزاع إلى إجبار المتقاضين على التصريح بديانتهم وهو ما يتعارض مع واجب احترام الشعور الديني وضرورة إبقائه في إيمان باطني للفرد".

ويلاحظ في النهاية أن النصوص القانونية السالفة توحى لنا بكل وضوح أن حرية الديانة في التشريعات المغاربية للأسرة محدودة، فهي تمس فقط حرية اختيار الدين؛ وإذا اختار الشخص الدين الإسلامي، فلا يمكن له أن يتراجع عنه وإلا سيؤثر ذلك على حالته المدنية، كما تأثرت به عند اعتناقه هذا الدين. فحرية العقيدة بمعناها الواسع تبقى إذن لازمة لألألفية فقط، وهي حالة لا وجود لها في الدول المغاربية، ذلك ما سنستشفه أيضا وبغير إبهام من خلال أثر الردة على حقوق الشخص الأسرية.

ب.- تأثير حقوق الشخص الأسرية بفعل الردة

أول ما يقدم كبيان لموقف القوانين المغاربية للأسرة هو من جهة المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 400 من المدونة المغربية، ومن جهة أخرى موقف القضاء التونسي بشأن مصادر مجلة الأحوال الشخصية، التي تعد مادة جامعة إذ تحيلنا، كما قدمنا في حالة انتقاء النص التشريعي أو قصوره، إلى مبادئ الشريعة الإسلامية. وعليه، إذا كانت هذه التشريعات تقر الإحالة إلى الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص التشريعي، فإن هذه الأخيرة، كما قلناه تقر صراحة حرية الديانة في القرآن الكريم في قوله تعالى "لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي".

غير أن الملفت للانتباه هو أن هذه الحرية، إن كانت مطلقة في بدايتها فتقف بمجرد اعتناق الشخص الديانة الإسلامية بسبب العهد الذي أبرمه عن قناعة ورشد وتبصر مع الله سبحانه وتعالى، إذ يحظر عليه بعد ذلك تغييرها، وإلا فيدخل في طائفة المرتدين، ومن ثم يصبح من الخاسرين في الدنيا والآخرة. وفي هذا يقول سبحانه وتعالى "ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون"، وقوله عز من قائل "من كفر بالله من بعد إيمانه، إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان، ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله، ولهم عذاب عظيم"؛ وقوله جل جلاله "إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلا"

وفي الحديث "فالعقاب الدنيوي لهذه الجناية، وهو القتل، فيثبته الفقهاء بحديث يروى عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "من بدل دينه فاقتلوه". وقال عليه الصلاة والسلام أيضا "لا يحل دم أمري مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير حق" وكما أجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجوب قتل المرتد.

وذلك مما دفع أحد الفقهاء إلى القول أن "في بلاد الإسلام، الحرية الدينية لا توجد فعليا إلا لغير المسلم، فالفانون يسمح له أن يحتفظ بعقيدته، بممارستها وأن يستمر في عيش حياته الجماعية والخاصة، دون خشية إكراه معين يجبره على اعتناق الإسلام". بل في الحقيقة، أن الشريعة الإسلامية لا تقبل أي دين آخر غير الإسلام لقوله عز وجل "ومن يبتغ غير الإسلام ديناً، فلن يقبل منه، وهو في الآخرة من الخاسرين"، وقوله أيضا "إن الدين عند الله الإسلام".

وهكذا لا يهم لإعمال هذا الموقف إن كان الشخص ذكرا أم أنثى، بل أنه يفهم منه بجلاء أن الشريعة الإسلامية لا تسمح بالتغييرات المزاجية مهما كان جنس المعني. ولذلك فإن قانون الأسرة لم يبق تجاه هذا الحكم بلا تأثير، بل قيده ولكن بدرجة مختلفة، إذ جعل صراحة التشريع الجزائري من

التغيير في العقيدة تغيير في الحالة. وقد أظهر القضاء قبل الاستقلال وبعده، تشبثها بالدين الإسلامي. وهذا يتضح بجلاء من خلال القرار الصادر عن المجلس الأعلى في 09 مارس 1987 الذي قضى فيه بأن "حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا، وخوفاً على العقيدة الإسلامية للبنات، فإن الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر".

وفي هذا السياق، كان المشرع الجزائري ينص صراحة في المادة 32 من قانون الأسرة قبل تعديلها على أن الزواج يبطل بسبب الردة، أي أن الردة كانت سبباً من أسباب بطلان الزواج. غير أن التعديل الذي أدخله بمقتضى الأمر الصادر في 27 فبراير 2005 ألغى هذه الحالة من البطلان، ولم يدرجها بعد ذلك لا في حالات الفسخ ولا في حالات الطلاق، مما يدفعنا إلى التساؤل عما إذا لازلنا مشرعين يرتب على الردة بطلان الزوج، أو الحكم بانحلاله بأية طريقة من الطرق الواردة في الفقه الإسلامي.

ولنا أن نتساءل عما إذا كان ذلك التعديل سيسمح لنا بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة. فالإجابة ممكن أن تكون بالنفي مادام أن المشرع قد ألغى بعدما كان القانون الأصلي ينص عليها. ولكن، بالمقابل لا زال ينص في المادة 138 من ذات القانون على أنه "يمنع من الإرث اللعان والردة". ومن ثم يمكننا التصريح بأنه إذا كانت الردة مانعاً من موانع الميراث فأولى أن تكون مانعاً من موانع الزواج، بل سبباً من أسباب بطلانه أو فسخه إذا طرأت بعد إبرام الزواج.

وأما المشرع المغربي، فمن جانبه قد نص على أن اختلاف الدين في المادة 332 من المدونة واعتبارها مانعاً من موانع الميراث، فأولى أن تكون الردة كذلك. وأن القضاء التونسي تبني هو الآخر نفس الحكم في انتفاء النص التشريعي نظر للمبادئ التي استقر عليها في المسائل الأسرية والمستتبطة من الفقه الإسلامي. وفي هذا المجال، قضت محكمة التعقيب "إن شهادة مفتي الجمهورية في إعلان الزوجة الأجنبية إسلامها لديه ليست حجة على أنها لم تكن مسلمة قبل ذلك.

إذا تمسكت الزوجة الأجنبية بأنها عاشرت زوجها المسلم على دين الإسلام، كان على محكمة الموضوع التحقق من ذلك بجميع الوسائل... بالإضافة إلى أن بقية الورثة لم يعارضوا في إسلام تلك الدولة واستحقاقها للميراث حين إقامة حجة الوفاة الأولى وسكتوا عن ذلك عشرين عاماً. وطول مدة سكوتهم تثير الاسترابة في جذية أقوالهم لأنها ترمي لمجرد جلب النفع لأصحابها".

وفي نفس الموضوع، أي موضوع عدم استحقاق الإرث من قبل غير المسلم من تركته المسلم، قضت ذات المحكمة "أن الشهادة التي تصدر عن دار الإفتاء في خصوص اعتناق الإسلام هي تطبيقاً لمقتضيات أمر 28 فيفري 1957 مجرد شهادة إدارية تصلح للاحتجاج بها لدى الجهات التي تطلبها، وثبت الإسلام في تاريخ تحريرها ولكنها لا تنفيه عن حررت لفائدته بالنسبة للفترة السابقة عن تحريرها، ولا تعني أيضاً أن تاريخ تحريرها هو الحد الفاصل بين الكفر والإيمان لمن حررت لفائدته، وعليه يكون إثبات اعتناق الديانة الإسلامية في تاريخ سابق عن تحرير شهادة دار الإفتاء جائزاً بكل الطرق". وكما أكدت هذه المحكمة على أن "تزوج المسلمة بغير المسلم إن وقع لا يوجب ردتها إلا إذا اعتنقت دين زوجها غير المسلم".

III- التحفظات الواردة على بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحرية الديانة والماسة

بالحقوق الأسرية

في الحقيقة، أن المصادقة على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان المتمثلة في حرية الديانة من قبل الدول المغاربية لم تتم بصفة مطلقة، بل قدمت بشأنها تحفظات، وأن هذه الأخيرة قد شملت جميع الاتفاقيات، منها خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الخ.

وهكذا فالجزائر التي صدقت على الاتفاقية الأولى أبدت تحفظات من شأنها استبعاد التطبيق المحلي لهذه الاتفاقية، علماً أن هذه التحفظات استندت كلها إلى الشريعة الإسلامية، بل إلى عدم تماشي أحكام الاتفاقية مع التشريع الوطني الساري المفعول. وعليه، إذا كانت المادة الثانية من

الاتفاقية تنص على أن تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة...، وتتعهد بالقيام بإدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى، والامتناع عن مباشرة أي عمل تمييزي أو ممارسة تمييزية ضد المرأة، فإن كل من الجزائر والمغرب قد أبدت تحفظا بأكمل هذه المادة، علما أن تونس لم تبد أي تحفظ بشأنها.

وإذا نصت المادة السادسة عشر منها على أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وتضمن في هذا الإطار نفس الحق بين الرجل والمرأة في عقد الزواج وفي اختيار الزوج وكذلك في الولاية والقوامة والصاية، فإن كل من الجزائر والمغرب قد أبدتا تحفظات على المادة بأكملها، وذلك خلافا لتونس التي أبدت تحفظا فقط بشأن الفقرات (1-ج) و(1-د) و(1-و) و(1-ز) و(1-ح).

ومن زاوية العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية، تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية منه على أن تتعهد كل دولة طرف في هذه العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب... الجنس... أو الدين... أو النسب أو غير ذلك من الأسباب.

وفي نفس السياق، قد أبدت الجزائر تحفظات على المواد 1 و8 و13/4 و14 و23/4 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966، هي المواد المتعلقة ببعض الحقوق الأسرية.

وواقع، أن هذه التحفظات التي أبدتها الدول المغربية عللتها من حيث أنها تارة تتعارض مع الشريعة الإسلامية وتارة مع تشريعها الوطني، خاصة منه التشريع الأسري الذي أسس العديد من أحكامه على ديانة الشخص، ومن ثم التمييز بين الرجل والمرأة كعدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم، وجواز للمسلم الزواج بالكتابية.

وبالمقابل جاء في الإعلان الصادر عن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بأن التحفظات على المادة 16 ساقطة الذكر، سواء كانت معللة بأسباب وطنية أم دينية...، لا تتماشى مع الاتفاقية، ولذا فهي غير جائزة وينبغي إعادة النظر فيها وتعديلها أو سحبها، لأن الإبقاء عليها سيشكل انتهاكا لمبدأي المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان، ويعوق من ثم نمو المجتمع والأسرة. وفي هذا ترى الأستاذة حفيظة شاكرا بأن "هذه التحفظات تبدو من الناحية القانونية منافية لموضوع الاتفاقية ولغرضها لأنها تقيد حقوق النساء وتبقي التمييز القائم على الجنس... فلا يمكن أن نقبل هذه التحفظات التي تعتمد الخصوصيات الثقافية والدينية لتأسيس التمييز ولتقييد عالمية حقوق النساء". مما دفعا بالدولة المغربية رفع كل التحفظات الواردة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

ولعله قد تبين مما تقدم كله أن الحرية الدينية في المسائل الأسرية لها مكانتها الخاصة، بحيث أن التشريعات المغربية وإن كانت قد أخذت بضابط الجنسية من حيث القانون الواجب التطبيق، إلا أنها لم تتجاهل أن هذه المسألة لها ارتباطا وثيقا بالمجتمع، ومن ثم أخذت في بعض المواضيع بضابط الدين، بل بضابط الدين الإسلامي وعلى أساسه أوردت القاعدة القانونية المنظمة لحالة الأشخاص من حيث الزواج والطلاق والكفالة والوصية والميراث. هذا والجدير بالملاحظة أن القوانين المغربية أحاطت العلاقة الأسرية بالعديد من الضمانات المرتكزة أساسا على المنهج الإسلامي، بل المستنبطة أحكامها من الشريعة الإسلامية، مما دفعهم إلى الإبداء على عدة تحفظات على بعض نصوص الاتفاقيات الدولية، وذلك لرفع من قيمة الإنسان وحتى لا يختلط الحرام بالحلال، وحتى تبقى الخلية الأولى للمجتمع من حيث صيانة حقوق أفرادها اهتمام كل التشريعات العائلية المغربية.

مسابقة الدكتوراه، نظام ل.م.د.

تلعب الفلسفة التشريعية المتبعة من قبل المشرعين المغاربة دورا بارزا في تطوير الأحكام المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة.

حلل وناقش مع تحديد مكانة المساواة بين الجنسين معتمدا في ذلك على التعليق على النصوص المستنبطة من القوانين المغربية للأسرة.

مسابقة الدكتوراه، نظام ل.م.د.

يرى جانب من الفقه أن المنهجية المتبعة من قبل المشرعين المغاربة في وضع النصوص القانونية الأسرية تتميز بفتح باب الاجتهاد مقارنة مع المناهج الأخرى. حلل وناقش بالتفصيل هذه المقولة بالاعتماد على النصوص التشريعية مع تحديد مكانتها في الفقه الإسلامي.

مسابقة الدكتوراه، نظام ل.م.د.

تلعب المصادر المقتبسة في وضع النصوص القانونية وتفسيرها والمعتمدة من قبل المشرعين المغاربة دورا هاما في تطوير الأحكام المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة. حلل وناقش معتمدا في ذلك على أمثلة مستنبطة من قوانين الأسرة المغربية.

مسابقة الدكتوراه، نظام ل.م.د.

يرى البعض أن التشريعات المغربية للأسرة صاغت نصوص قانونية مرنة شكلا وموضوعا من حيث أنها ركزت على الثوابت الشرعية دون الإخلال بالتطور الذي عرفه المجتمع المغربي. حلل وناقش هذه المقولة معتمدا في ذلك على أمثلة مستنبطة من القوانين الأسرية المغربية مع تحديد ثغراتها ومكانتها في الفقه الإسلامي. مسابقة الدكتوراه،

السؤال :

تحتل قوانين الأسرة مكانة هامة داخل المنظومة القانونية المغربية، بحيث تلعب دورا بارزا في تنظيم أحكام الأسرة بناء على تحقيق العدل، ومن هذا المنطلق فهذه القوانين تتميز بمجموعة من الخصائص المتمثلة في قواعدها الموضوعية والإجرائية، كما أنها تعتبر الركيزة الأساسية للقاعدة القانونية وتطبيقها على الوقائع العارضة حسب ما تقتضيه المصلحة.

حلل وناقش مع تبيان عما إذا كانت هذه المصلحة قائمة كذلك في حالة انتفاء النص التشريعي؟

مسابقة الدكتوراه،

حلل وناقش مكانة مبدأ سلطان الإرادة في مجال الزواج في القوانين المغربية للأسرة.

الخطة

مقدمة :

- أولا.- مفهوم مبدأ سلطان الإرادة
- ثانيا.- مكانته في مقدمات الزواج
- ثالثا.- مكانته في إبرام عقد الزواج

رضا (شروطه، عيوبه، زواج صوري، الاشتراط في عقد الزواج
الأهلية (سن الزواج، الإذن، عدم احترامه)،
الولاية، (زواج القصر، زواج البالغة، زواج المجنون والمعتوه)
موانع الزواج، تقيد الحرية التعاقدية في اختيار الزوج أو الزوجة
الصداق (الاتفاق على ما قرره القانون، زواج بدون صداق

الفهرس

2

مقدمة

المبحث الأول

الفلسفة التشريعية في وضع أحكام الأسرة المغربية

المطلب الأول: أهم المناهج التي تبناها الفقه الإسلامي ومدى تأثيرها على

القوانين

4

الأسرية المقارنة

المطلب الثاني: مكانة المنهجية اللامذهبية في قوانين الأسرة المغربية

4

المطلب الثالث: تأكيد المنهجية اللامذهبية بحكم النصوص الواردة في القوانين

6

الأسرية المغربية

الفرع الأول: المدونة المغربية

8

8

أولاً.- الأخذ بالمذاهب الفقهية المختلفة

ثانياً.- الخروج عن كل المذاهب

9

الفرع الثاني: المجلة التونسية

10

أولاً.- الأخذ بالمذاهب الفقهية

10

ثانياً.- الخروج عن المذاهب الفقهية

11

الفرع الثالث: قانون الأسرة الجزائري

12

الفرع الرابع: مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية

14

14

أولاً.- الأخذ بالمذاهب الفقهية المختلفة

ثانياً.- الخروج عن المذاهب الفقهية

14

المطلب الثالث: المنهجية المرجحة

15

المبحث الثاني

عامل الديانة في قوانين الأسرة المغربية

17

المطلب الأول: مفاهيم الحرية الدينية في الاتفاقيات الدولية والدساتير المقارنة

18

الفرع الأول: مفاهيم الحرية الدينية في الاتفاقيات الدولية وفي الدساتير اللائكية

18

الفرع الثاني: مفاهيم حرية الديانة في الفقه الغربي

20

الفرع الثالث: مفهوم حرية الديانة في المنظور الإسلامي

21

المطلب الثاني: الاندثار النسبي للحرية الدينية في القوانين المغربية للأسرة

24

الفرع الأول: آثار ديانة الشخص على بعض الحقوق الأسرية

25

الفرع الثاني: تأثير حقوق الشخص الأسرية بفعل الردة

30

المطلب الثالث: التحفظات الواردة على بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحرية الديانة والماسة بالحقوق الأسرية

32

المبحث الثالث أحكام الخطبة

35

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للخطبة

35

المطلب الثاني: آثار العدول عن الخطبة

36

الفرع الأول: حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة

37

الفرع الثاني: حكم التعويض في حالة العدول عن الخطبة

38

الفرع الثالث: حكم النسب في حالة الخطبة

39

المبحث الرابع الرضا، الأهلية والولاية

40

المطلب الأول: ركن الرضا

40

المطلب الثاني: أهلية الزواج

44

44 الفرع الأول: تحديد أهلية الزواج

الفرع الثاني: الاستثناء الوارد على المبدأ العام

45

45 أولا- القاضي المختص

ثانيا- عدم تحديد السن الأدنى لمنح الإذن

46

47 ثالثا- معايير منح الإذن بالزواج

رابعاً- الجزء المقرر لمخالفة سن الزواج

50

53

المطلب الثالث: الولاية

الفرع الأول: الولاية على المرأة البالغة العاقلة

53

الفرع الثاني: زواج مختلي العقل

55

المبحث الخامس

تعدد الزوجات وزواج المسلمة بغير المسلم

55

المطلب الأول: تعدد الزوجات بين المنع والتقييد

55

الفرع الأول: منع التعدد بنص قانوني

56

الفرع الثاني: عدم منع التعدد مع تقيده بشروط

57

المطلب الثاني: زواج المسلمة بغير المسلم

62

الفرع الأول: منع زواج المسلمة بغير المسلم

62

الفرع الثاني: عدم منع التعدد مع تقيده بشروط

63

المبحث السادس

65

أحكام النسب في قوانين الأحوال الشخصية المغربية

المطلب الأول: حقا الطفل غير الشرعي

66

المطلب الثاني: نقائص النصوص التشريعية المغربية المنظمة للنسب

70

الشرعي

97

تطبيقات:

131

الفهرس: