

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

قانون الأسرة المقارن

محاضرات أقيمت على طلبة الماستر 2
تخصص القانون الخاص

تأليف

أد/ تشوار جيلالي

السنة الجامعية 2022/2021

المبحث الأول

الفلسفة التشريعية في وضع أحكام الأسرة المغربية

المطلب الأول

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 النظير.

وعلى العموم، قد بلغ توفر المسلمين على البحث والتحري درجة جعلتهم لا يقفون 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 حقوقه.

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 تشريعية.

وهذه الطريقة تبنتها معظم قوانين الأسرة في الدول الإسلامية إذ جعلت من اجتهاد وفتاوى الفقه مصدرا 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 خبطت تطورات التشريع الإسلامي خطوات بالغة في عصر نشوء المذاهب الفقهية. ويكفي للتدليل على ذلك الإشارة إلى بعض هذه المناهج التشريعية.

ويبدو من خلال استقراءنا للفقه الإسلامي أن له إتجاها يلتزم مذهبا معيناً، دون مقارنة، مع ممارسة الاجتهاد عند الحاجة الملحة طبقا لأصول المذهب وقواعده المنهجية وبناء 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 أنستم منهم رشدا 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 اقتصرت 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 اقتصرت هي الأخرى على المذهب الحنفي، وذلك بخلاف مجلة الأحكام الشرعية للقانون المدني الإسلامي التي اشتملت على 2382 مادة، مأخوذة من المذهب الحنبلي.

ولاشك أن مثل هذه المنهجية تأبها 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 تحير 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 تقنينات 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 الأسرة الصادرة في 03 فبراير 2004، وقانون الأسرة الجزائري الصادر في 9 جوان 1984 والمعدل سنة 2005.

ويعمضي 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 وسياسية؛ وهو ينتظر لو لا بؤار الصحوة الإسلامية ولولا حكمة بعض أولياء الأمر، أن يتبلور في باقي العالم الإسلامي.

فالمشروع التركيبي قد حذا حذو المشروع السويسري وأصبح بمقتضى القانون المدني التركيبي في المادة 58 « لا يمنع على المسلمة الزواج بغير المسلم» وألغت المادة 92 منه تعدد الزوجات وجعلت منه جريمة يعاقب عليها جنائيا، وسمح بموجب تعديل القانون المدني لسنة 1988 للشخص أن يقوم بتغيير جنسه. كما أن المشروع 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 العقوبتين. وكما أضفى الصبغة القانونية على التبني حيث اعتبره في الفصل 15 "للمتبنى 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) 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 للمتبنى بنفس الحقوق والواجبات للابن الشرعي؛ وسوت بين الرجل والمرأة في حق التطليق والتعويض (المادة 31 منها).

بينما القانون العراقي للأحوال الشخصية الصادر سنة 1959 سوى بين الرجل والمرأة في الإرث وألغى ترتيب الورثة الشرعي.

المطلب الثاني

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 المستنبطة من القوانين الغربية منها مثلا إجازة التبني وما يرتبه من آثار كلي بحيث أصبح يجوز للمتبنى أن يستفيد من نفس حقوق الطفل الشرعي وما عليه من التزامات منها خاصة مواعن الزواج والحق في الإرث.

بينما ذهبت التشريعات الأخرى إلى الأخذ بالمنهجية اللامذهبية ومنها الجزائر، والمغرب 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 والمعايشة 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 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.

بينما ذهب المشرع المغربي على الابتعاد عمّا كان ينص عليه في مجلة الأحوال الشخصية المغربية في المادة 81 من حيث الرجوع إلى المذهب المالكي في حالة تفسير أو غياب أو إبهام في نص قانوني، إذ أن 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 إلى الاجتهاد الذي يراعى فيه قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف مما يتطلب بالقاضي المغربي أن يجتهد ويبحث عن الرأي الذي يتماشى والثوابت 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 لمالكى وفقا لما نصت عليه المادة 311 من المدونة. 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 إبهام النص، فإن أخذنا بهذه المنهجية نقول أن المشرع قد تبني منهجية مدرسة الشرح على المتن أي ينبغي على القاضي أن يتقيد بالنصوص القانونية وليس له الخروج عنها بحكم أن النصوص تفسر بعضها 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 بجزء 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 الرؤى 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 قضت في قرارها الصادر في 1990/09/27 "أنه من الثابت في عن الصحابة رضوان الله عليهم أنهم قرروا أن صندوق الدولة لا يعتبر وارثا إلا في صورة واحدة وهي فقدان قرابة البنت سواء أصحاب فروض أو عصابة 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 بأن "تزوج المسلمة بغير المسلم يعتبر باطلا". وأن كل ذلك يبين مدى اهتمام القضاء التونسي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في غياب أي تفسير للنص القانونية، وتأكد ذلك صراحة في قرارها الصادر في 1982/06/03 بقولها "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 دستورها ولا يمكن الحياد عنهما، وكذلك الفصل 114 من مجلة الأحوال الشخصية (ميراث من لا وارث له)".

المطلب الثالث

تأكيد المنهجية اللامذهبية بحكم النصوص الواردة في القوانين الأسرية المغاربية

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 المغاربية الأخرى، إذ 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 يترتبها 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 التشريعات

التونسي والموريتاني أيضا لا يخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية، إذ نص التشريع التونسي في الفصل 2 من المجلة على أنه "لكل من الخاطبين أن يستردا الهدايا التي قدمها للآخر، لم 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 الركبان الأساسيان في عقد الزواج، بينما هناك من أضاف المحل وهما الزوجان، وهناك من أضاف مواعن 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 تكليف 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 أن يكون الولي في عقد الزواج ذكرا، بينما يميز المذهب الحنفي للأُم أن تكون وليا في عقد الزواج، وهو ما لم تأخذ به هذه التشريعات مع هذه التفرقة التي جاء بها المذهب الحنفي حيث نصت المجلة التونسية في الفصل 2 منها على أن الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون ذكرا عاقلا، وتنص الماد 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 اقتضت حضور الولي بالنسبة للقصر والمحجور عليهم لسفه في الفصلين 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 مذهب من المذاهب الفقهية حيث أن هذه الأخيرة ورغم اختلافها في وضع الأحكام الخاصة بالولاية التي تكون تارة للأب وتارة أخرى للأُم، 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 ومصحتها". بينما جاء في المادة 9 من المدونة الموريتانية بأنه "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 تنفرد 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 تنفيذه متوقف على موافقة الولي، فإذا لم يوافق عليه وجب فسخه بالطلاق بموجب المادة 52.

إلى جانب ذلك، ففيما يتعلق بمسألة تعدد الزوجات، فقد خرج المشرع التونسي عن المذاهب الفقهية في الفصل 18 من المجلة، 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، أجازت للمرأة أن تشتتر على زوجها عدم التعدد وهو ما أخذ به المذهب الحنبلي، بل أكثر من ذلك فقد نصت المدونة الموريتانية على 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.

وفي الختام تجدر الإشارة إلى هذه التشريعات تارة أخذت بالمنهجية اللامذهبية في صياغتها للنصوص القانونية، وتارة خرجت عنها تماما.

الفرع الأول

المدونة المغربية للأسرة

أولا. - 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 بالترقية فيا 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 يجوز للزوجة طلب التطلاق في حالة عدم احترامه في المادة 40، ومن المذهب الحنفي كأصل بين الزواج الباطل والزواج الفاسد في المادتين 57 و58 من المدونة؛ ومن المذاهب كلها منع التبني في المادة 149 منها.

ثانيا. - 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 كلى 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 أمانة 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.

الفرع الثاني

مجلة الأحوال الشخصية التونسية:

أولا. - 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 فيا 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 ذهب 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 ينيبه". وعليه، فإنه لا يمكن للأُم 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 بمكوثها 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، عملا 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 للغيبه وحتى ولو ترك الزوج لزوجته مالا، فإن مجرد الغيبه تمنحها حق طلب التطلق. وأخذا 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 لمحنة التعقيب بناء على المبادئ العامة للقانون.

ثانياً. - 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 العربي، 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 الإمارات 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 من المجلة تعدد الزوجات، أي أنه لا يمكن للزوج الزواج بأكثر من واحدة، بل أن فعل التعدد هو جريمة يعاقب عليها بالسجن مدة عام وبغرامة مالية، وبعدم ذكره في الفصل 14 تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، مما أدى إلى التضارب الصريح في المواقف بين القضاة من جهة والآراء 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 ولا مشاركتها في ذلك.

وخروجه هذا نلتمسه 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 ب 3 أشهر سواء كانت من اليائسات أو من ذوات الحيض، علما أن القرآن الكريم قد فرق بين الحالتين حيث حدد عدة الحائض ب 3 أقرء واليائسة من الحيض ب 3 أشهر. ومن زاوية الآثار المترتبة عن الطلاق أو الوفاة، نجد أن المشرع التونسي، اعتمادا على التطورات العلمية، حدد في المادة 36 من المجلة أقصى مدة الحمل بسنة واحدة، ومع العلم قد تضاربت آراء الفقهاء في هذا المجال إذ حددتها، بناء على أقوال النساء، بين سنتين و 5 سنوات، وكما أن المشرع لم يأخذ بنظرية الطفل النائم التي اعتمدها الفقه الإسلامي.

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

وخلاصة مما تقدم، 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، نجر 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 لحماية للطرف الضعيف في هذه العلاقة وهو الطفل، الخ.

الفرع الثالث

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 يتعد 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 ذلك.

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 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، 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، كما تقدم، بنص لم نجد له مثيلا لا في المذاهب الفقهية ولا في غالبية 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 تنفرد 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 طلقة 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 التلطف 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.

الفرع الرابع

مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية

أولا. - 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 المجمع على فساده قبل الدخول وبعده (المالكي)، الخ...

ثانيا. - 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. 2/1/19 حكم الخلوة والصداق وتأدية اليمين.

وهكذا، فإذا فتحت هذه المنهجية التشريعية الباب أمام القوانين المقبلية لكي تأخذ بها وبالأحكام التي يفرضها الواقع الاجتماعي تحقيقا 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.

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؟

المطلب الرابع

المنهجية المرجحة

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. و لا نود هنا أن نناقش كل نقائص هذه المنهجية، و إنما 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 و الجماعات.

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، و يخل 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، و إنما 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 للدليل 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 ننبهر بالحضارة الغربية ككل ونسينا 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 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 الانفكاك 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 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 المنفك، بل يجب أن يرمى 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 وذاك لا نرى فيما فعلته بعض البلدان الإسلامية وتحاول أن تفعله بعض البلدان الأخرى" إلا مجرد استرضاء للغربيين...، وهو في الوقت ذاته دليل تحافت 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 للاجتهد 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 التقيّد المطلق بمذهب ما، وبما هو صالحا للمسلمين وقوي الحجّة 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 ومصالحهم، ومن ثم اجتناب الجمود والركود اللذان اتهمت بهما الشريعة الإسلامية. وهذا يظهر بموجبه مكانة العامل الديني في القوانين المغربية للأسرة.

المبحث الثاني

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 تهتئ 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 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 يتماشى والاتفاقيات الدولية ؟ وما هي التحفظات التي أوردتها الدول المغربية على البنود المتعلقة بحرية العقيدة الدينية ؟

المطلب الأول

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 ألاثيقي؟ وهل أن المنظور الإسلامي حد حدواه بشأن هذا المفهوم، وإلا خرج عنه نظرا لما يتميز به كل موقف من هذين المذهبين.

الفرع الأول

مفاهيم الحرية الدينية في الاتفاقيات الدولية وفي الدساتير اللاتينية

فمن زاوية الاتفاقيات الدولية التي أشارت إلى مفهوم 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، وحرته 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 اعتمده 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، وحرته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحرته في إظهار دينه أو معتقده...؛
- 2- لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأن أي يحل 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 وحريةهم الأساسية؛
- 4- تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أولادهم دينيا وخلقيا وفقا لقناعتهم 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".

وكما قد أشارت إلى ذلك أيضا الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الموقعة بروما في 04 نوفمبر 1950، حيث نصت في المادة 9 على الحق في حرية التفكير والعقيدة والديانة، وهذا الحق يشمل حرية اعتناق الديانة دون تدخل من السلطة العامة.

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 تقييد 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.

وهذا المفهوم قد عبر عنه أيضا القضاء المقارن، 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 تغييره.

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 CEDH. Ceci dit, de même, le détachement de l'Etat est exigé avec acuité en matière de liberté de pensée, de conscience et de religion. 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,.... Dès lors, sauf dans des cas exceptionnels, le droit à la liberté religieuse exclut toute appréciation étatique sur la légitimité des croyances ou sur les modalités d'expression de celle-ci.

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

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...».

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...».

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 pratiquer.

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 تقوم عليها الدولة الفرنسية مبدأ الفصل بين الدولة والكنائس بمقتضى القانون الصادر في 09 ديسمبر 1905.

وهذا ما يدفعنا إلى القول بأن العلمانية الفرنسية تقوم على رفض إلحاد الدولة بسبب احترامها لجميع المعتقدات، ورفض أية ديانة رسمية (الفصل بين الكنيسة والدولة). 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 البرتغال وإيطاليا.

الفرع الثاني

مفاهيم حرية الديانة في الفقه العربي

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 fondamentale selon la religion, écartent à la fois toute désobéissance et toute possibilité d'application». 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».

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

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".

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 يغيّر من دينه متى شاء. وأضافت الأستاذة V. Fortier أن حرية العقيدة تشمل حرية إتباع قواعد السلوك، والقيام بالممارسات والطقوس المحددة من قبل الدين والعقيدة المعتنقة. ووضح الأستاذ De Naurois أن حرية العقيدة ليست فقط حرية اختيار الدين، بل حرية عدم اعتناق أي دين.

وذهب العميد J. Carbonnier إلى حد القول أن حرية العقيدة تعني "أن يترك الشخص شأنه". 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 ». Car, « cette liberté ne s'arrête qu'à la lisière de l'ordre public ». Il faut donc en assurer le libre exercice si l'on veut pleinement garantir la liberté religieuse.

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 والاجتماعية.

الفرع الثالث

مفهوم حرية الديانة في المنظور الإسلامي

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 الأساسي، 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 الجزائر، إذ عرفت الدساتير التي مرت بها الكثير من المبادئ المكرسة للحقوق والحريات الفردية، ومن جملة تلك الخاصة بحرية المعتقد.

ففي الجزائر، فإذا نص المؤسس الدستوري في المادة 51 من تعديل دستور 2020 على أن "حرية ممارسات العبادات مضمونة..."، معنى هذا ألا يكون الشخص مكرها في اختيار عقيدته، فإنه مع ذلك نص في ديباجته على أن المكونات الأساسية لهوية الجزائر "الإسلام..."، وأقر في المادة الثانية منه أن "الإسلام دين الدولة"؛ بل وأوجب في الفقرة الثالثة من المادة 87 منه على أن يدين رئيس الدولة بالإسلام، وعند تأدية اليمين التعهد وفقا للمادة 90 منه باحترام الدين الإسلامي وتمجيده.

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.

وهو ما تبناه أيضا الدستور التونسي لسنة 2014 حيث جاء في ديباجته "وتعبيرا عن تمسك شعبنا بتعاليم الإسلام ومقاصده..."، من نص في الفصل الأول منه بالقول أن "الإسلام دينها"، وفي الفصل 74 منه نص على أنه "الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكل ناخبة أو ناخب تونسي...، دينه الإسلام". ومع ذلك نص في الفصلين 6 منه على أن "الدولة راعية للدين، كافلة لحرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية..."، وفي الفصل 39 من الدستور ذاته نص على أن الدولة التونسية "...تعمل على تأصيل الناشئة في هويتها العربية الإسلامية...".

وبالرغم من وضوح هذه المبادئ، 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؟.

وأما المؤسس الدستوري المغربي نص هو الآخر في تصدير دستور 2011 على أن "المملكة المغربية دولة إسلامية..."، بإنصار كل مكوناتها، العربية الإسلامية..."، وجاء في الفصل 3 منه أن "الإسلام دين الدولة، والدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية"، وفي الفصل 41 نص على أن "الملك، أمير المؤمنين وحامي حمى الملة والدين، والضامن لحرية ممارسة الشؤون الدينية".

وكما أن ديباجة الدستور الموريتاني لسنة 1991 نصت على أن "الشعب الموريتاني، شعب مسلم،..."، ونص في المادة الأولى منه على أن "موريتانية جمهورية إسلامية..."، وأكدته في المادة 5 منه على أن "الإسلام دين الشعب والدولة"، واشترطت المادة 23 منه على أن يكون رئيس الجمهورية من دين إسلامي. ورغم ذلك، فهذه التأكيدات لإسلامية الدولة في الدساتير المغاربية يفهم منها ابتعاد الدساتير 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 والحلقية المستمدة من تعاليم الإسلام السمحة...".

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 المغاربية؟ 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". وهذا التعريف قد تبناه أيضا الأستاذ زكريا البري.

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

ومقارنة ما قيل بشأن حرية المعتقد في المنظور ألائكي 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 تنشغل بالتعاليم الدينية التي يمكن أن تتعارض معها، ومن ثم الأخذ بمبدأ العلمانية. وخلافا لذلك، تقررت حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية ذلك النظام الشامل لجميع مناحي الحياة، 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 الإنسانية.

وبالرغم من ذلك، ينبغي أن نقول إحقاقاً للحق أن إقرار الدول المغاربية علنية وصراحة اعتناق دين الإسلام لا يعني أنها تمنع ممارسة على ترابها ديانة أخرى، بل تسمح بذلك، 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".

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

المطلب الثاني

الاندثار النسبي للحرية الدينية في القوانين المغاربية للأسرة

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 بمحذ الموانع الأخلاقية تاركنا 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 ». 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 الألائكية 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 كثيراً ما تستبد بهم أنانيتهم إبان تصرفاتهم في حقوقهم، وحررياتهم العامة، فيبغون في حق المجتمع والدولة معا"...وعلى هذا، فما تواضع عليه الأفراد بمحض إرادتهم الحرة أو جرى عرفهم به، كان نظاماً معتداً به، يجب احترامه، ولزم تنفيذه دون اعتداد بمثل عليا، أو قيم إنسانية قارة المفاهيم، ...، ومن ثم، يصبح "القانون نفسه صدى للإرادة الفردية المحضة"، بحيث "تتغير مفاهيم الأخلاق تبعاً لتغير اتجاهات الإرادات".

ولذلك، فإنه لا يمكن القول بأن الدول المغاربية 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 العنصري وكذلك على العهدين الدوليين سيسمح بذلك على الأقل برفع 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 (الفرع الأول)، وكذلك في تغيير دينه وما تترتب عليه من آثار (الفرع الثاني).

الفرع الأول

آثر 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 لتحقق 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 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 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:

- 1- جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى.
- 2- اللاجئيين بمن فيهم عديم الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة ب 28 يوليو لسنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئيين.
- 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".

ومما يتضح من هذا النص القانوني أن في المغرب مدونتين للأسرة إحداها خاصة بالمغاربة المسلمين وأخرها 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 تتسم 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 المغاربية 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 رعيت 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 تبنها في مسائل الأسرة. وعند هذا الاقتباس نقول أن حرية الديانة لم يبق لها مجالاً في هذا الميدان. وكما أن المشرع الموريتاني قد نص صراحة في المادة 311 من المدونة على الرجوع إلى مشهور الإمام مالك في حالة تفسير مدلولات المدونة عند الإشكال أو في حالة انتفاء النص التشريعي، أي الرجوع إلى الفقه الإسلامي.

ولكن، مقارنة مع التشريعات السابقة، المغربي والجزائري والموريتاني، لم يخلنا 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 أوكذ 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 اللائكية، نجد أن الأحكام التي جاءت بما 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 ببطان 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 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 بالمشركة 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 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.

ونص المشرع الموريتاني من جانبه، هو الآخر، نص صراحة في المادة 46 من المدونة على عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم مع تأكيده في المادة ذاتها في شرطها الثاني على صحة زواج المسلم بالكتابية. كما نص في المادة 51 من المدونة على أنه يفسخ بلا طلاق الزواج المجمع على فساده قبل الدخول وبعده، وإذا تم

الدخول يترتب عليه الاستبراء مطلقا وثبوت النسب والتحریم بالمصاهرة إن درأ الحد، علما أنه قد اعتبر الزواج فاسدا في المادة 49 منها إذا وقع على محرمة تحريما مؤبدا أو مؤقتا.

وأما المشرع التونسي، لم ينص على هذا المانع لا في صياغته الأصلية للمجلة ولا في التعديلات التي أوردها عليها لاحقا، وكان ذلك محلا، كما سنراه لاحقا، لتضارب الآراء الفقهية من جهة وعدم توحيد الأحكام والقرارات القضائية من جهة أخرى، لاختلافات فقهية بالغة الأثر، حيث منه من أجاز زواج المسلمة من غير المسلم ومنه من رفضه بصفة مطلقة.

ولتصدي لهذا التذبذب القانوني، تم تسجيل في تونس، ابتداء من 2011 إلى غاية 2017، 6200 حالة اعتناق الديانة الإسلامية، ولكن دون إمكانية التأكد من نسبة الحالات المبررة لمشروع الزواج. ولجعل حدا للإشكالية المتعلقة بهذه المسألة، أصدرت وزارة العدل التونسية بتاريخ 14 سبتمبر 2017 منشورا يميز للتونسية الزواج بغير المسلم دون تقديم وثيقة تثبت اعتناق الزوج الدين الإسلامي، ومن ثم إلغاء المرسوم الحكومي الصادر سنة 1973 الذي كان يحظر زواج التونسيات المسلمات من غير المسلمين.

ومن الأثر المترتب على التمييز الديني، نجد أيضا أن القانون الجزائري، خلافا للمدونة المغربية 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.... وزيادة على ذلك اشترطت المادة 93 من قانون الأسرة في الوصي أن يكون كذلك مسلما. وأما المدونة الموريتانية نصت في المادة 181 منها على أنه يشترط في الوصي أن يكون مسلما، وللقاضي أن يقوم بعزله، استنادا للمادة 198 منها، إذا اختل فيه شرط الديانة.

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 الملكية 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 تنفرد بزواجها ولا ولاية عليها في هذا الإطار. وفي نفس السياق، جاء التنصيص في المادة 10 من المدونة الموريتانية على أنه "يشترط في ولي النكاح أن يكون...مسلمًا إن كانت المرأة مسلمة".

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 كتابية 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 دينًا...". واشترطت المادة 122 في فقرتها السابعة من المدونة الموريتانية في الحاضن "الإقامة في وسط إسلامي بالنسبة للحاضن غير المسلم فيما يتعلق بالولد ذي الأب المسلم".

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 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 كل من المادة 332 من المدونة المغربية والمادة 237 من المدونة الموريتانية على أنه "لا توارث بين مسلم وغير مسلم..."، علما أن المشرع الجزائري لم يأت في قانون الأسرة بنص واضح كهذا الذي جاءت به المدونتين، 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 أكده القضاء الجزائري، إذ قض 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... إذا ما تبين وأن المطعون ضده مسلم، حيث أنه من جنسية مغربية باعتراف الطاعن مما يحق له شرعا الحصول على منابه في الميراث من مخلفات المرحومة التي يرثها". وفي قرار آخر، قضت المحكمة العليا بأنه "يجب الميراث لمن كان مسلما 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 مخالف للقانون".

ولكن، فمن جانب المجلة التونسية، فالمسألة لازالت مطروحة، حيث اكتفت بالتنصيص في الفصل 88 منها على مناع القتل دون الموانع الأخرى المقتبسة من الشريعة الإسلامية، ولذلك لنا أن نتساءل عما إذا كان الاختلاف في الدين مانعا 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 مصدرا ماديا أساسيا لمجلة الأحوال الشخصية، ومن ثم فالموانع التي جاءت بها المجلة فهي وردت على سبيل الذكر، ومن ثم فاختلف الدين يعتبر هو الآخر مانعا 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 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 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 سالفة الذكر 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 فقط، وهي حالة لا وجود لها في الدول المغاربية، ذلك ما سنستشفه أيضا وبغير إهام من خلال أثر الردة على حقوق الشخص الأسرية.

الفرع الثاني

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، والمادة 311 من المدونة الموريتانية، 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 غياب النص التشريعي، فإن هذه الأخيرة، كما قلناه تقرر 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 الديني لهذه الجناية، وهو القتل، فيثبته الفقهاء بحديث يروى عن ابن عباس رضی الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "من بدل دينه فاقتلوه". وقال عليه الصلاة والسلام أيضا "لا يجل 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، 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 الجزائري قبل الاستقلال وبعده، تشبها 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 بالخلاله 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 ألغها 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. والحكم ذاته اعتنفته المدونة الموريتانية بما نصت عليه في المادة 237 منها. كما أن القضاء التونسي تبنى هو الآخر نفس الحكم في انتفاء النص التشريعي نظر للمبادئ التي استقر 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 عاشت 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 وسكنوا 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 لفائده بالنسبة للفترة السابقة عن تحريرها، ولا تعني أيضا أن تاريخ تحريرها هو الحد الفاصل بين الكفر والإيمان لمن حررت لفائده، 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 ردها إلا إذا اعتنقت دين زوجها غير المسلم".

المطلب الثالث

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 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 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 أنه 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، يوم أن صادقت على الاتفاقية سنة 1993، 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 و13/3/4 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 الشخص، ومن ثم التمييز بين الرجل والمرأة كعدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم، وجواز للمسلم الزواج بالكنائية.

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 ثم نمو المجتمع والأسرة. وفي هذا ترى الأستاذة حفيظة شاعر من تونس 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 عملية حقوق النساء".

غير أن المملكة المغربية قد رفعت كل التحفظات الواردة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والمتعلقة بالمادة 2 والمادة 9 فقرة 2 والمادة 15 فقرة 4 والمادة 16 والمادة 29، حيث نشرت الحكومة المغربية في الجريدة الرسمية بتاريخ 1 سبتمبر 2011 ظهيرا شريفا أعلنت بموجبه "إيداع وثائق المملكة المغربية لرفع التحفظات المضمنة في وثائق الانضمام إلى الاتفاقية المذكورة (سيداو)، الموقع بنيويورك في 18 أبريل 2011". زيادة على ذلك صادق البرلمان المغربي بتاريخ 7 جويلية 2015 على مشروع القانون المتعلقين بالموافقة على البروتوكول الاختياري لاتفاقية سيداو والبروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (الجريدة الرسمية 2015/08/17) وذلك لإمكانية استقبالتها في القوانين الداخلية.

وأن تونس نهجت هي الأخرى نفس المنهج المغربي، حيث أكدت الأمم المتحدة بتاريخ 2014/04/23 أن تونس أعلمتها بشكل رسمي برفع جميع تحفظاتها على اتفاقية (سيداو)، علما أنها قد أصدرت في 24 أكتوبر 2011 مرسوما تحت رقم 103 رفعت بمقتضاه تحفظاتها على المواد 9 و15 و16 و29 من الاتفاقية ذاتها. بينما الجزائر، رفضت رفع جميع التحفظات، مع هذا الفارق أنها قد رفعت التحفظ على المادة التاسعة فقرة 2 من الاتفاقية، حيث أقرت بمقتضى المادة السادسة من قانون الجنسية المعدل سنة 2005 للمرأة حق منح جنسيتها لأولادها.

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، بداية بالمرحلة الأولى للشروع في الزواج والمتمثلة في الخطبة.

المبحث الثالث

أحكام الخطبة

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للخطبة:

التكليف 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 يترتب عليه الخطبة، الأمر الذي أدى بالفقه والقضاء المقارن إلى ظهور نظريتين في هذا الإطار، النظرية العقدية والنظرية التصديرية.

وأمام هاتين النظريتين فقد أخذت التشريعات المغاربية بالنظرية الثانية بوضوح من خلال النصوص التشريعية المنظمة لأحكام الخطبة، حيث نصت المادة 3 من مجلة الأحوال الشخصية الموريتانية على أن "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 على أن "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج"، وهو ما ذهب إليه مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل الأول بقولها "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به"، وهذا ما تبنته محكمة التعقيب في قرارها لـ 1976/05/05 "بمجرد العزم على الزواج لا تأثير له على جريمة المواعدة" وأكدت 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 يقضى به". وقد تبنيّ المشرع الجزائري هو لآخر هذا الموقف إذ نصّ في المادة 5 من قانون الأسرة على أن "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".

ولكن، ما هو التكليف 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 المدونة 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 اقتتران الخطبة بالفاتحة على أساس أنها خطبة إذ جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 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 العربي 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 بالمشروع الجزائري لتعديل المادة 6 في 2005، إذ بعدما كانت تكييف الفاتحة على أساس أنها خطبة فأصبحت في التعديل تكييف اقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد على أنها زواج متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون.

ولابد من الإشارة 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 العربي 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 العربي، بسبب ترتيبه عنه عدة مشاكل أسرية إذ أنّ قراءة الفاتحة في المجتمع الجزائري ما هي إلا زواج عربي تم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية إذا توافرت كل الأركان والشروط التي جاءت بها المصادر الشرعية. وفي الختام إذا كيف تلك العلاقة على أنها خطبة، ما هي الآثار المترتبة عنها في حالة العدول؟

المطلب الثاني

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 هذا الأخير اكتفى 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"، وأخذًا بهذا المذهب فإنه ينبغي على المخطوبة أن ترد للخاطب المهر بأكمله، أما من حيث الهدايا تبني هذا المذهب التفرقة 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.

الفرع الأول

حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة

اكتفى التشريع التونسي بالتنصيص على حكم الهدايا وذلك في الفصل الثاني من المجلة 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.

وفي هذا السياق، قضت محكمة التعقيب في قرارها 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 في قرارها لها بتاريخ 27/10/1977 على أنه "إذا تراكن رجل وامرأة على الخطوبة ثم نكلت هذه الأخيرة وجب عليها ارجاع الهدايا أو قيمتها إلى الخاطب"، وأكدته في قرارها لـ 10/03/1982 بقولها "الهدايا المقدمة إلى الخطيبة لا يستردها الخاطب منها إذا ما نكل عن خطبته، أما إذا مات واستحال الزواج بهذه الحديثة الطبيعية، فإن من حق ورثته استرداد تلك الهدايا".

بينما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 05 المعدلة في الفقرتين 3 و4 من قانون الأسرة على أنه "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً 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 صادراً 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 شيئاً مما أهداها زيادةً 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 طالب 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 نظيره 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 فتنص 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.

وفيما يتعلق بالهدايا المقدمة من أهل أحد الطرفين، فإن حكمها مرتبطا أولا 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، البحث عن المتسبب في العدول، فإن كان الخاطب فلا ترد له الهدايا حتى ولو كان مقدمة من أهل المخطوبة.

ومن زاوية أخرى، فإن المشرع الجزائري لم ينص على أحكام المهر 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.

وانفرد المشرع المغربي بنص لا مثل له في باقي التشريعات المغربية، حيث 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 قائما، وإلا بمثله أو بقيمته يوم تسلمه"، ونصت الفقرة الثانية منها على أنه "إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حُوّل إلى جهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدي فيه". وبهذا يكون المشرع المغربي قد تبني أحسن الحلول في هذا المجال أخذا في ذلك الطرف المتسبب في العدول هو الذي يتحمل الخسارة بدلا من الشخص العادل.

الفرع الثاني

حكم التعويض في حالة العدول عن الخطبة

من الآثار التي يترتبها العدول عن الخطبة نجد مسألة التعويض، فجاءت المادة 7 من المدونة المغربية بالتنصيص على أنه "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 هذه المادة 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 منها على أنه: "...ولكل من الطرفين حق العدول عنها". ومن ثمة، فإن حق العدول هو مقرر للخاطب والمخطوبة في آن واحد، وبذلك، 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 ضررا للطرف الآخر، فإنه يمكن للمضرور المطالبة بالتعويض، مما يتطلب من القاضي البحث عن تلك التصرفات الناتجة عنها الأضرار ولا يبحث عن صاحب العدول.

وخلافا لذلك، جاء المشرع الجزائري ونص في المادة 2/5 من قانون الأسرة على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"، وبهذا النص يتضح أن المشرع قد ربط المطالبة بالتعويض بالعدول عن الخطبة ولم يعلق ذلك بتصرفات صادرة من أحد الطرفين التي سببت للطرف الآخر ضررا ماديا أو معنويا، بمعنى أنه بمجرد العدول للطرف الآخر الحق في طلب التعويض. وفي باب المقارنة دائما، نجد أن التشريعين الموريتاني والتونسي لم 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. وهل يجوز القياس في هذا المجال بالنسبة للطفل الناتج حالة إقامة الخطبة بين من تسبب في إنجابه؟

الفرع الثالث

حكم النسب في حالة الخطبة:

فإن المشرع الجزائري ونظيره التونسي والموريتاني لم يشروا إلى حكم النسب في حالة الخطبة، إذ أن أي علاقة جنسية بين الطرفين وقت الخطبة، تعد علاقة غير شرعية ويعتبر الطفل الناجم عن هذه العلاقة طفلا غير شرعيا ينتسب لأمه بدلا لأبيه.

أما التشريع المغربي، خلافا للتشريعات السابقة، نص في المادة 156 من المدونة 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:

- اشتها الخطبة بين بين أسرتيهما وموافقة الولي؛
- حمل المخطوبة أثناء الخطبة؛
- إقرار الخاطبين أنّ الحمل منهما؛

وتتم معاناة هذه الشروط بمحرر قضائي غير قابل للطعن، وفي حالة انكار الخاطب الحمل فيمكن اللجوء لجميع الوسائل الشرعية لإثبات النسب".

يستخلص من هذا النص أن المشرع المغربي، خلافاً 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. وأن تقدير هذه الشروط يدخل في اختصاص القضاء، إذ 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 يثبت فيها النسب، أما الثانية فلا يثبت فيها. ومما يؤكد هذا التناقض والذي يبقى قائماً مهما طالّت المدة هو ما نص عليه المشرع في الفقرة 5 من المادة 156 التي منعت الطعن بشأن المحرر القضائي.

وتطبيقاً للمادة 156 أعلاه قرر المجلس الأعلى المغربي (محكمة النقض حالياً) في قراره الصادر في 2008/01/16 على 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 صادر في 2007/04/18 قضى بأنه "إذا كانت المادة 156 من مدونة الأسرة تجيز لحق نسب حمل المخطوبة للخاطب للشبهة، فإن ذلك رهين باشتهار الخطبة بين أسرتيهما وإقرار الخطيبين بأن الحمل منهما وثبت وقوعه أثناء الخطبة، وهو ما لم تقم به محكمة استئناف مراكش، مما يتطلب نقض القرار المطعون فيه".

وإذا تمت الخطبة مستوفية شروطها المقررة تشريعاً وشرعاً، وبها أصبحت الخطبة تامة محققة أهدافها والحكمة من وجودها، مما يؤدي بالطرفين إلى إبرام عقد زواجهما. غير أن هذا الأخير قد علقت التشريعات المغاربية صحته على توافر، حسب التشريع المعني، بعض الأركان وبعض شروط الصحة، منها الرضا والأهلية والولاية.

المبحث الرابع

الرضا، الأهلية والولاية في عقد الزواج

ويفهم، مما تقدم، أن التشريعات المغاربية قد اعترفت للخاطبين بالحق في الزواج، غير أنه لا يمكن لهما إبرام عقد الزواج كيفما شاء، بل علقت على توافر ركن الرضا (المطلب الأول) المستوفي لشروطه كالأهلية (المطلب الثاني) وكما علقت بتوافر الولاية مع بعض الفوارق في النصوص التي جاءت بها (المطلب الثالث).

المطلب الأول

ركن الرضا في عقد الزواج

لقد أولت التشريعات المغاربية اهتماماً كبيراً بركن الرضا في عقد الزواج وجاء اهتمامها هذا بناءً 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 كاملاً لا إكراه فيه»، ونصت المادة 23 من العهد الدولي

لحقوق 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 خصصت له اتفاقية بأكملها وهي اتفاقية نيويورك المصادق عليها في 1963/11/07 ودخلت حيز التنفيذ في 1964/12/09، ونصت في مادتها الأولى على أنه: «لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين كاملا لا إكراه فيه، وبإعراجهما 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».

وعملا بهذه النصوص، ذهبت كل التشريعات المغاربية إلى اعتبار الرضا ركن أساسي في عقد الزواج حيث نصت المادة 4 من قانون الأسرة في شطرها الأول على أن «الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة...»، وهو ما أكدته المادة 9 منه على أنّ «الزواج لا ينعقد إلا بتبادل رضا الزوجين». وهذا ما تمسكت به المدونة المغربية في المادة 10 بقولها «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر»، وانتهج المشرعان التونسي والموريتاني نفس المنهج، حيث نص الفصل 3 من المجلة على أنه «لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين» والمادة 5 من المدونة على أن الصيغة ركن من أركان عقد الزواج.

يستخلص من كل هذه النصوص أنّ التشريعات المغاربية 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 عقد 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، إن لم نقل منعدما.

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 مدونة الأسرة على أنه "يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا شفويين عند الاستطاعة وإلا بالكتابة أو الإشارة المفهومة، متطابقين في مجلس واحد باتين وغير مقيدتين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ". كما أن 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"، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة. ولكن بالرغم من أن المشرع الجزائري، كالمشرع الموريتاني، أصبح لا يفرق فيما يتعلق بالعاجز عن النطق بين الكتابة والإشارة وجعلهما في مرتبة واحدة، إلا أن المشرع المغربي خالف هذا الموقف وأعطى الأولوية للكتابة شريطة أن يكون المقبل على الزواج عارفا بما وهو ما يستخلص من المادة 2/10 من المدونة.

أما المشرع التونسي فلم يبين في المجلة طرق التعبير عن الإرادة، مما يتطلب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تتماشى مع الواقع الاجتماعي التونسي، ولكن مع استبعاد ما قرره المذهب الشافعي باشتراطه أن يكون التعبير عن الإرادة باللغة العربية، أما الجمهور فقد أجاز التعبير بالكلام أو الكتابة أو الإشارة المفهومة لأعضاء مجلس العقد. وفي نفس السياق، كيفت المدونة الموريتانية الصيغة في المادة 26 منها على أنها الإيجاب والقبول الصادرين من قبل الزوجين عن طريق ألفاظ تفيد مقتضى النكاح لغة أو عرفاً، وفي حالة العجز عن الكلام، تضيف الفقرة الثانية من المادة ذاتها، تعتبر الكتابة أو الإشارة المفهومة كالنطق إيجاباً وقبولاً.

ويستنتج كذلك من النصوص سالفة الذكر أن المشرع المغربي كان أفصح بكثير عن التشريعين الجزائري والتونسي، حيث قد نص بنص صريح على شروط الإيجاب والقبول، خاصة منها أنه لا يمكن تعليق عقد الزواج بأجل أو شرط واقف أو فاسخ. ولكن عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية، فإنه لا يمكن في ظل التشريعين الجزائري والتونسي تعليق عقد الزواج بأجل أو شرط مهما كان نوعه، إذ لا يمكن الاتفاق على تعليق الزواج على شرط محتمل الوقوع، كاشتراط الزوج على زوجته إتمام الزواج شريطة أن تترقى في عملها. وأما المشرع الموريتاني قد اكتفى في المادة 48 من المدونة بالتنصيص على أنه لا يجوز تحديد الزواج بأجل دون الإشارة إلى عدم صحة تعليق الزواج على شرط واقف أو فاسخ، ومع ذلك، استثناساً بالمادة 311 منها، فالزواج المعلق على شرط واقف أو فاسخ حكمه البطلان.

وختاراً لما ذهب إليه المشرع الجزائري، أجازت المدونتين المغربية والموريتانية والمجلة التونسية الزواج عن طريق الوكالة حيث نصت المادة 17 من مدونة الأسرة على أنه: «يتم عقد الزواج بحضور أطرافه، غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه بإذن من قاضي الأسرة وفقاً لشروط معينة»، ونص الفصل 9 من المجلة على أنه: «للزوج أو الزوجة أن يتولوا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلوا من شاء، وللولي حق التوكيل أيضاً» وانتهجت المدونة الموريتانية نفس المنهج.

والفرق بين النص المغربي من جهة، والتونسي والموريتاني من جهة أخرى، أن هذين الأخيرين فتحا باب الوكالة على مصراعيه، إذ أنهما لم يقيداها بشرط وجود ظروف استثنائية بل يمكن لأحد الزوجين أو كلاهما أن يوكلوا عنهما أي شخص حتى ولو لم يتعذر عليه حضور مجلس العقد. أما 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، وختاراً لما كان معمول به في التشريع الجزائري، فقد أجاز المشرع المغربي حتى الوكالة العرفية شريطة أن تتم المصادقة عليها من طرف المصالح المختصة. أما الشرط المتعلق بالأهلية الواجب توافرها في الوكيل فهي قاعدة عامة تنصرف إلى كل التشريعات.

ويشترط في الرضا ألا يشوبه عيباً من عيوبه وأنّ هذه العيوب تنحصر في الغلط والتدليس والإكراه، ولا مكان للاستغلال كعيب من عيوب الإرادة في عقد الزواج، ولكن ما يؤخذ على التشريع الجزائري أنه قد اعترف بعيب الإكراه في المادة 13 من قانون الأسرة وقام بحصره في الولي سواء كان أباً أو غيره، بمعنى فلا يمكن لهذا الأخير

أن يجبر من هو في ولايته على الزواج، والعيب الكبير الوارد في هذا النص 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 يُزوّجها بدون موافقتها". فهذا النص، وفقا للصياغة التي جاء بها، يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كان يجوز زواج القاصر عن طريق الإكراه؟

أما المشرع التونسي، فقد تغافل كلية عن تبيان أحكام عيوب الإرادة في عقد الزواج مما دفع جانب من الفقه التونسي إلى القول بالأخذ 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، كعادته، كان أكثر وضوحا 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". وبهذا الحكم يكون المشرع المغربي قد أخذ بعيين من عيوب الإرادة وتجاهل هو الآخر على منوال التشريعين الجزائري و التونسي عيب الغلط.

ولذلك، لنا أن نتساءل عما إذا كان الغلط عيبا من عيوب الإرادة في الزواج؟

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

وخلاصة القول أن عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه لها المكانة الكافية في أحكام الزواج، وذلك بالرجوع سواء للنصوص الواردة في التشريعات المغاربية أو لآراء الفقه الإسلامي التي تمسكت بها، وأن العقد في هذه الحالة حكمه الفاسد والتعويض للشخص المضرور، لأن من خلاله أراد المشرع أن يحمي مصلحة خاصة، بمعنى أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه لأنه لا يمس النظام العام. والجدير بالملاحظة أنه لا يمكن أن يبقى الزواج مترددا بين الصحة والبطلان مدة طويلة في حالة عيوب الإرادة، إذ أنه لا يمكن تطبيق القواعد العامة بشأن هذه المسألة على عقد الزواج، علما أن تلك المدة بشأن سقوط الحق حددها مثلا القانون المدني الجزائري بخمس سنوات (المادة 1/101) وكما لا يجوز التمسك بحق الإبطال إذا نقضت عشر سنوات من وقت إبرام العقد (المادة 2/101).

وفي هذا المقام، فإنه من المستحسن أن التشريعين الجزائري والتونسي يحدوا حدو المشرع المغربي من حيث المدة المقدرة لفسخ العقد بشهرين بدلا من خمس سنوات مما يترتب عليه حتما استقرار العلاقة الزوجية، بل المجتمع بكامله.

مما تقدم، يتضح أن التدليس أو التغيرير وإن كان يشبه الغلط في بعض صورته في حال الزواج، فإن مجرد هذا الشبه لا يجعله غلط في طبيعته ولا في أحكامه وإن كان يسوده بوجه عام أحكام الغلط، غير أنه يختلف عنه من حيث التصرف إذ أساسه يبني على استعمال الطرق الاحتيالية من أجل دفع الطرف الآخر للتعاقد، منها الإدعاء عدم ارتباطه بزواج سابق في حالة التعدد أو إدعائه نسبا وهو دون ذلك.

كما أن الزواج الصوري حكمه البطلان المطلق في كل التشريعات المغاربية بحكم المادة 1/32 من قانون الأسرة، و57 من المدونة المغربية، والفصل 1/21 من المجلة، والمادة 49 من المدونة الموريتانية، لأن هذا النوع من الزواج يتم بدون تطابق الإيجاب بالقبول من حيث نية الأطراف، إذ يتم بنية الطلاق لاحقا. إذن، فهو زواج مشتببه به لأن رضا طرفيه يتجه نحو تحقيق منفعة ما من هذا العقد وليس لديهما أية نية للعيش الحقيقي المشترك ولا للمسؤولية الاجتماعية للزواج، أي من غير قصد لحقيقته، ولا إرادة لمفهومه، ولا لترتيب آثاره، ومن التسميات التي أطلقت عليه، نجد تسمية الزواج الأبيض، أو الزواج الرمادي، أو زواج المصلحة، أي الزيجات الاحتيالية.

هذا مع لفت النظر إلى أن جميع أحكام إبرام عقد الزواج تتعلق بالنظام العام عندما تكون الغاية منها صيانة المصلحة العامة. فإذا كان الاتفاق على إبرامه قرر للمساس بتلك المصلحة يكون مخالفا للنظام العام ويحكم ببطلانه. هل هذه القاعدة تسري إذا كان أحد طرفيه قاصرا أي لم تتوفر فيه السن المقررة قانونا لإبرامه؟

المطلب الثاني

الأهلية المتطلبة لإبرام عقد الزواج

الفرع الأول

تحديد أهلية الزواج ببلوغ المقبل عليه بسن

اتفقت القوانين المغاربية للأسرة على أن أهلية الزواج يتم تحديدها بسن معينة، وذلك خلافا للفقهاء الإسلامي الذي حددها بظهور أمرة من الأمرات الطبيعية، كالحيض عن النساء والاحتلام عند الرجال. وعليه، حددتها المجلة التونسية في الفصل 5 منها ب 18 سنة حيث نصت على أنه "فكل من لم يبلغ ثمانية عشر سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد زواجه. وفي نفس السياق، نصت المادة 19 من المدونة المغربية على أنه "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية". ونفس السن أخذت به كذلك مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية إذ جاء التنصيص في مادتها 6 على أنه "تكتمل أهلية الزواج بالعقل وإتمام الثماني عشرة من العمر. أما المشرع الأسري الجزائري حددها في المادة 7 ب 19 سنة لكلا الجنسين حيث نص صراحة على أنه "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة...".

الفرع الثاني

الاستثناء الوارد على المبدأ العام

غير أن التشريعات المغاربية للأسرة قد أوردت استثناء على المبدأ المقرر لسن الزواج، إذ سمحت للقاضي أن يمنح الإذن لكل من لم يبلغ السن القانونية للزواج، ولكن وفقا لشروط معينة. إذن في الحديث عن الرخصة القضائية في عقد الزواج يجرنا إلى البحث عن القاضي المختص لمنحها (أولا)، ثم إلى السن الأدنى لمنحها (ثانيا) المقيدة ببعض المعايير التشريعية (ثالثا)، وأخيرا، إلى الجزء المترتب على عدم احترامها (رابعا).

أولا. - القاضي المختص:

لقد أجازت التشريعات المغاربية 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 القاضي المختص بمنح ذلك الإذن؟

للإجابة عن هذا التساؤل، ينص قانون الأسرة في المادة 7 منه على أنه "...وللقاضي أن يرخص قبل ذلك بالزواج..."، وهو النص ذاته الذي جاء به الفصل 5 من المجلة 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 القاعدة حيث استغنى في هذا المجال عن الإذن القضائي باعتدافه 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 يجعله هذا الاختصاص لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، وحسن ما فعل إذ أن هذا الأخير هو من حيث الواقع الذي يطلع يوميا على جميع المسائل الأسرية 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، أهو 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، 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 فقد نص 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 التبري 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.

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؟

ثانيا. - عدم تحديد السن الأدنى لمنح الإذن:

يتضح من النصوص الأسرية المغربية 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 أن جمهور الفقهاء يعترف بصحة زواج الصغير أو القاصر ممن دون سن البلوغ تنفيذا لقوله تعالى: «وَاللَّائِي يَكْسَنُ مِنَ الْمُحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ»، والمقصود باللأئي لم يحضن حسب المفسرين 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 آمرة من الأمرات الطبيعية للفتى أو الفتاة، بل بسن معينة يفترض فيها أن يكون المقبل على الزواج بالغا عقلا. لذلك، كان على المشرعين المغاربة أن يسلكوا في هذا المجال نفس الطريق الذي سلكه المشرع السوري من حيث المبدأ فقط، إذ أنه حدّد سنا معينة لا يجوز خرقها في حالة منح الإذن بالزواج وهي "13 سنة للفتاة، و15 سنة للفتى"، مع هذا الفارق أن تحديد السن بهذه الكيفية يحتوي على الكثير من التجاوز، إذ 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.

ثالثا. - معايير منح الإذن بالزواج

لقد نصت التشريعات المغاربية على المعايير التي ينبغي على القاضي مراعاتها عند منحه الإذن بالزواج، حيث نص المشرع الأسري الجزائري في المادة 7 في شرطها الثاني على أنه "وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج". كما جاء في الفصل 5 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 بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي"، وجاء التنصيص في المادة 6 فقرة ثانية من المدونة الموريتانية على أنه يتم زواج القاصر إذا كانت فيه مصلحة راجحة.

لكن قبل تبيان ما المقصود بالمصلحة أو الضرورة أو الأسباب الخطيرة، فينبغي تحديد من هو الشخص المختص بتقديم الطلب، أهو الولي أم القاصر بمفرده.

للإجابة على ذلك ينص الفصل 6 من المجلة على أنّ زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم، بينما جعل المشرع الجزائري هذه الصلاحية للولي بحكم أن القاصر تعد تصرفاته غير صحيحة في هذا المجال الذي يشترط فيه أهلية التقاضي، وليس هناك ما يمنع أن يستمع القاضي لأبوي القاصر مع هذا الفارق أنّ الاستماع لا يقصد به الموافقة، إذ أنّ هذه الأخيرة تنحصر في الولي وهو أب القاصر، أمّا الولاية الممنوحة للأم بحكم وفاة الأب أو الطلاق عند اسناد الحضانة لا يمنع لها هذا الحق إذ أنّه 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 استنادًا للمادة 21 من المدونة بقولها: "زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه، تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج غير أنه إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة، بثّ قاضي شؤون الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع". 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 المختصين زيادة على المساعدة الاجتماعية.

وبالرجوع إلى المشرع التونسي، قلنا أنه منح هذا 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.

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، أمّا المشرع المغربي ألزم القاضي أن يبين الأسباب التي دفعته لمنح الإذن بناء على مصلحة

الزوجين. فمن حيث الصياغة القانونية نجد أنّ المشرع المغربي قد استخدم مصطلح يقوم بتغطية كل المعايير، وهي المصلحة التي ينبغي على القاضي أن يحددها عند منحه الإذن، كما أنّه كان أكثر واقعيًا 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.

كما أنه ليس هناك ما يمنع أن يجذو كل من القاضي الجزائري والتونسي جذو 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 يثور بمفهومه الواسع حول معنى المصلحة أو السبب الخطير أو الضرورة تطبيقًا لما جرى به العمل في القضاء الفرنسي، 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 المغاربية؟

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 أنّه 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 منتصبة 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 أعمائها من جهة أخرى". فإذا ولد الطفل بعد 6 أشهر من تاريخ العقد، فمن الممكن أن يعتبر متمتعًا بقريّة 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.

فترى 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 طية موانع الزواج بمعنى أنّ زواجها لا يكون صحيحًا إلا بعد أن تضع حملها حتى ولو مع الشخص الذي حملت منه، وذلك حتى لا يختلط الحلال بالحرام، أمّا من حيث سلطة القاضي فإننا نجيّره 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%، و في المغرب 16%، بينما في الجزائر بلغ 3%، وفي تونس لا تتعد نسبتته 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 استثنائيا بزواج القاصرات تحت 16 سنة، وقد صادق مجلس المستشارين على هذا الاقتراح.

أما فيما يخص القضاء المغربي، فقد وافق في العديد من قراراته على منح الإذن بالزواج، حيث قضت المحكمة الابتدائية بوجدة بتاريخ 2007/11/21 بترخيص زواج القاصر البالغة 15 سنة وذلك بناء على الأسباب التالية: "وحيث أنّ مصلحة القاصرة في هذا الزواج تتمثل في تحصيلها وحمايتها والتعاون على شؤون الحياة الزوجية، وحيث صرحت القاصرة أنّها ترغب في الزواج بخاطبها معرفتها به وأنها قادرة على الزواج والولادة والأمومة، وحيث صرح أبو القاصرة أنه من المصلحة تزويجها بخاطبها لأنه أكفء وصالح لها، وحيث أوضحت الخيرة الطبية أن القاصرة قادرة على الزواج"، وهو ما تبنته أيضا في حكمها الصادر في 2007/11/12.

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 تتوفر في المقبل على الزواج الكفاءة والقدرة البدنية والعقلية ومدى استطاعته وتحمل أعباء الحياة الزوجية، وهذه المواصفات لا تتوفر إلا في الإنسان الذي يكتمل نضجه جسديا وعقليا وتقديره لأمر ما هو مقبل عليه، كما أن التقرير الطبي وإن كان لصالح البنت، ترى خلاف ما يهدف إليه الطلب لكون البنت لازالت 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، (المادة 326 ق.ع جزائري والمادة 475 ق.ج مغربي)، يرفع تسليط العقوبة إذا تزوج الخاطف بالمخطوفة أو المبعدة. ولكن هذه المخطوفة أو المبعدة فهي بحاجة إلى إذن قضائي يرخص لها الزواج بحكم أن سن الزواج غير متوفر فيها، فهل القاضي عند استعماله لسلطته هو مجبر أن يرخص لها الزواج بناء على ما سمته هذه التشريعات بالمصلحة أو السبب الخطير؟

لقد 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 و11 شهرا، 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 بالجنبي عليها في صورتين المذكورتين يوقف التبعات أو أثر المحكمة"، غير أن التبعات 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 بالجنبي عليها".

وإن ما قام بوضعه المشرع التونسي في هذا النص حيدا لو أخذت به التشريعات المغاربية الأخرى من حيث استئناف التبعات 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 و11 شهرا أن حفل زفافها لم يتم بل ألغى 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 معتصبه الذي يؤدي بالمساس بحالته الجسدية والمعنوية. أضف إلى ذلك، أبدى مجلس النواب المغربي موافقته بتاريخ 22 جانفي 2014 على إلغاء الفصل 475 من قانون العقوبات الذي كان يعفي المعتصبين من المتابعة القضائية في حال زواجهم من الضحية.

رابعاً- الجزء المقرر لمخالفة سن الزواج:

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 قاصراً، 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 وجوهه 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 فاسدا 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 صحيحا 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 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 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 طبقا للمادتين 60 و61 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 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، و إذا بيّن 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.

و أمام 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 الزواج.

بينما ذهب الرأي الثاني إلى أنه بالفعل المشرع لم يحدد الجزاء على مخالفة سن الزواج في قانون الأسرة و لكن حينئذٍ يمكن العمل بما نص عليه المشرع في قانون 29 جوان 1963، 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 حالات:

الحالة الأولى: اعتبر الزواج باطلاً بطلاً 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 مقتصرًا على الزوجين فقط؛

الحالة الثالثة: بينما أجاز المشرع تصحيح هذا النوع من الزواج في حالتين:

أ- إذا 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 نهي 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 جزاء. 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 ملغاً. 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 خاصةً نتيجة للدخول بها بعد إبرام العقد ولكن قبل بلوغها الطبيعي. 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 آنذاك، 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، وكيف عقد الزواج على أنه من بين العقود الدائرة بين النفع والضرر، ونتيجة لذلك هل يخضع في هذا السياق إلى ما نصت عليه المادة 83 من قانون الأسرة التي تنص صراحة على أنه "من بلغ سن التمييز و لم 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 و الضرر".

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

المشروع قد علق الإذن بالزواج لا على موافقة الوالي 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 المشروع 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 يميز زواج الصغار، ولذلك، فإن العمل بما جاءت به المادة 222 أعلاه يتنافى تماماً مع ما سطره المشروع في المادة 7 من قانون الأسرة، إذ أنه لم يحدد سن الزواج بناءً على ظهور أمانة من الأمارات الطبيعية، بل على سن محددة بتسعة عشر سنة للطرفين.

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 المشروع في المادة 9 من قانون الأسرة، وأن المشروع 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 أو 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 لا بد أن يشاطره في ذلك وليه.

المطلب الثالث

الولاية

الفرع الأول

الولاية على المرأة البالغة العاقلة

لقد اتفقت التشريعات المغاربية - الجزائري والمغربي والتونسي - على حق المرأة أن تنفرد بعقد زواجها، إذ لها الأهلية الكاملة لإبرام عقد الزواج، مع هذا الفارق أن المشروع الجزائري، خلافاً للتشريعين التونسي والمغربي، اشترط حضور الوالي بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة في مجلس العقد، ولها الحق أن تختار وليها في هذا المجال. ومن الرجوع إلى تحليل ما ورد في نص المادة 11 من قانون الأسرة ومع التدقيق في التفسير، يتضح أن المشروع الجزائري لم ينص على موافقة الوالي، بل اكتفى بحضوره في مجلس العقد، علماً أنه قبل تعديل 2005 كان ينص في المادة ذاتها "يتولى زواج المرأة وليها، وهو أبوها..."، وأن الوالي كان ركناً من أركان عقد الزواج طبقاً للمادة 9 من قانون الأسرة قبل التعديل.

وبناءً على هذين النصين، يتضح لنا أن المشرع الجزائري كان يأخذ برأي جمهور الفقهاء بتنصيبه صراحةً على أن الولي هو الذي يتولى الصيغة وليست المرأة، وكما أن المادة 33 من قانون الأسرة قبل تعديلها كانت تنص على أن الزواج يفسخ قبل الدخول إذا تم دون ولي، أما إذا أتبعه دخول فيصبح صحيحاً، مع هذا الفارق إذا انتفى ركن الولي مع ركن آخر (الصدّاق أو الشهادة) فيكون الزواج باطلاً حتى لو أتبعه دخول.

أما بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02 لـ 27 فبراير 2005 أصبحت المادة 11 المعدلة تنص على أنه "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخصٍ تختاره"، والجديد في هذا النص هو خروج المشرع عن موقف جمهور الفقهاء بالاعتراف لها حق اختيار وليها، بل أنه لم يأخذ كذلك برأي الأحناف الذي منح للولي حق الاعتراض في حالة عدم وجود زوج كُفء. والأكثر من ذلك، أصبح دور الولي لا معنى له بالنسبة للبالغة العاقلة، بحيث ما نص عليه في المادة 33 فقرة ثانية المعدلة، أضحي الأمر يتعلق بزواج القاصرة.

أما المشرع التونسي نص في الفصل 9 من المجلة على أنه للزوج أو الزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلوا من شاءا وللولي حق التوكيل أيضاً. كما أن المشرع المغربي نص صراحة في المادة 25 من المدونة على أنه "للاشادة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها". وهذا ما تؤكده المادة 24 من ذات المدونة بقولها "الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصحتها".

وخلال هذه التشريعات، جاءت المادة 2/9 من المدونة الموريتانية بالتنصيب على أنه "لا يصح تزويج المرأة البالغة العاقلة دون رضاها، ولا أن تتزوج بدون وليها"، مع الاشتراط في المادة 10 أن يكون الولي ذكراً بالغاً عاقلاً ومسلماً إذا كانت المرأة مسلمة مع احترام ترتيب الأولياء الزواج في المادة 11 بقولها "الابن فابنه، الأب فوصيه، الأخ، ابن الأخ، الجد لأب، العم، وأبناء العم...". لكن ما يلاحظ على هذا الترتيب، خلافاً 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 أنّ الجد أولى من الأخ 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 وأصرّ على ذلك، ففي هذه الحالة توّلى القاضي تزويجها وفقاً لما نصت عليه المادة 13 من المدونة.

ومن زاوية أخرى، تنص المادة 52 من المدونة على أنه "إذا توقف لزوم النكاح على إجازة... الولي ولم يجزه من له إجازته يفسخ بالطلاق"، علماً أن المادة 5 من ذات المدونة اعتبرت الولي، خلافاً للتشريعات المغربية الأخرى، ركناً من أركان الزواج. ولعل في الطلاق يوحى بأن الزواج تم مكتملاً أركانه وشروط صحته، وهو ما لا يستقيم مع الحكم بالطلاق الوارد في المادة 52 من المدونة في حالة إبرام الزواج التام بدون ولي، فهذا الزواج فاسداً ويتبعه البطلان بدلاً من الطلاق، مع الإشارة إلى أن نفس العيب كان موجه للمشرع الجزائري قبل تعديل 2005.

الفرع الثاني

زواج مختلي العقل

فالمشرع الجزائري لم يبين مدى صحة زواج مختلي العقل، هل هو صحيح وعلى أي أساس أم حكمه البطلان؟ مما يلزمنا الرجوع إلى ما ورد عن الفقه الإسلامي في هذا المضمار، حيث ذهب الفقه المالكي إلى جواز زواج مختلي العقل شريطة أن تكون مصلحة في زواجه التي يقدرها الولي. كما أن هناك بعض الآراء التي نصت صراحة على أنّ تقدير المصلحة تكون للقاضي. أما المشرع التونسي نص في الفصل 7 من المجلة على أن "زواج المحجور عليه للسفه لا يكون صحيحا إلا بعد موافقة المحجور له، والمحجور له أن يطلب من الحاكم فسخه قبل البناء".

ينطوي هذا الموقف على الكثير من الثغرات، منها أنه قد حدّد مختلي العقل في حالة واحدة فقط وهي حالة الحجر للسفه، وبذلك يكون قد تغافل عن حكم زواج السفه غير المحجور عليه، وعن حكم المصاب بجنون أو عته، فعملا بالفصل السابع سالف الذكر، يقتضي الأمر بنا إلى القول أن هذه الطائفة من الأشخاص يمكن أن تنفرد بعقد زواجها إذا أخذنا بالتفسير الضيق للفصل، أما إذا أخذنا بالتفسير الموسع له، فإن الزواج يقع صحيحا 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 ذكرا أو أنثى بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طبيب خبير أو مختص"، وجاء في الفقرة الثانية منها بالتنصيص على أنه "ينبغي على القاضي أن يطلع الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر"، وأضاف كذلك في الفقرة الثالثة منها 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 للجزء، فلم تنص التشريعات المغاربية على الجزاء المترتب على مخالفة هذه النصوص، وبالتالي فإنه يمكن الرجوع إلى القواعد العامة التي لا يمكن الاعتماد عليها في الأحكام المتعلقة بتنظيم النسب الشرعي وغير الشرعي.

المبحث الخامس

تعدد الزوجات وزواج المسلمة بغير المسلم

المطلب الأول

تعدد الزوجات بين التقييد والمنع

تباينت النصوص القانونية المغاربية في مسألة تعدد الزوجات، إذ هناك من منعه واعتبره جريمة كالتشريع التونسي (الفرع الأول) وهناك من قيده بالإذن القضائي الذي ينبغي أن يتم وفقا للمعايير والشروط التي قررها

المشرع (التشريعين الجزائري والمغربي)، وهناك من نص على تعليق التعدد على شروط نية العدل التي لا يقدرها القاضي (التشريع الموريتاني)(الفرع الثاني).

الفرع الأول

منع التعدد بنص قانوني

ألغى المشرع التونسي التعدد تماما بنص الفصل الثامن عشر من المجلة، بل كيفه على أنه جريمة يعاقب كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق، بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها 240 د. أو بإحدى العقوبتين فقط، وذلك حتى ولو تم إبرام الزواج الثاني مخالفا لأحكام مجلة الأحوال الشخصية. والجدير بالملاحظة لم يكتف المشرع التونسي بمعاقبة الجاني، بل ابعده ظروف التخفيف على الجرائم المقررة بالفصل 18 أعلاه، وبهذا يكون المشرع قد نص صراحة على عدم تطبيق ما وارد في الفصل 53 من القانون الجنائي في حالة تعدد الزوجات. أضف إلى ذلك أن الفصل 36 من قانون الحالة المدنية قد نص بشأن هذه المسألة على أنه "يعتبر الزواج المبرم خلافا لأحكام الفصل 31 أعلاه باطلا ويعاقب الزوجان زيادة على ذلك بالسجن مدة ثلاثة أشهر.

وإذا وقعت تبّعات جزائية بمقتضى أحكام الفقرة السابقة يقع البتّ بحكم واحد في الجريمة وإبطال الزواج. وإذا استأنف أو استمرّ الزوجان على المعاشرة رغم التصريح بإبطال زواجهما يعاقبان بالسجن مدة ستة أشهر. ولا ينطبق الفصل 53 من القانون الجزائي على المخالفات المقررة بهذا الفصل". وانطلاقا مما سلف، إذا اكتشفت زوجة أنّ زوجها تحت عصمته زوجة أولى، فبإمكانها رفع الأمر إلى وكيل الجمهورية بحكم أن ما قام به يشكل جريمة في القانون التونسي يقع تبّعتها جزائيا مع إبطال الزواج الثاني مدنيا.

ولعل من المفيد أن نؤكد أن الفصل المانع جاء في فقرته الأولى ونص على أن "تعدد الزوجات ممنوع". غير أن هذه الفقرة قد أثرت إشكالية تتجلى في معرفة عما إذا كان الأمر بشأنه ينطبق كذلك ليس فقط بمنع تعدد الأزواج بل هل يعد جريمة يعاقب عليها؟

والذي يلفت إليه هو أن الدائرة الجنائية بتونس أخذت تستبعد تطبيق هذه الفقرة في حالة تعدد الأزواج، أي في حالة المرأة التي لا زالت في عصمة رجل أول وتتزوج بثان، وتبريره في ذلك أن الفقرة الأولى من الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية نصت على تعدد الزوجات دون الأزواج، ونظرا أن النص هو نص جزائي لا يمكن أن نحمله أكثر مما يطاق من حيث التفسير الذي ينبغي أن يكون ضيقا، ومن ثم لا وجه لتسليط العقوبة على المرأة التي تتزوج بثان.

غير أن محكمة التعقيب رأت أن الإعفاء من التبعة لعلّة التفسير الضيق يجب إبعاده في هذه المسألة إذ لا يمكن الاكتفاء بتفسير فقرة من النص القانوني دون باقي الفقرات الواردة فيه. وبناء على ذلك، قضت محكمة التعقيب سنة 1966 بنقض القرار الجنائي معللة موقفها، كما تقدم، بأن ما نص عليه المشرع في الفصل 18

من أن تعدد الزوجات ممنوع ليس تحت عنوان هذا الفصل الأخير بل هو فقرة مستقلة بذاتها، وزيادة على ذلك أن المشرع قد استعمل في الفقرة الثانية منه عبارات تفيد أن المنع يمس الجنسين معا الرجل والمرأة وذلك بقوله "كل من تزوج..."، ومن هذا المنطلق اعتبرت أن الفصل 18 يسلط العقوبة كذلك على المرأة في حالة تعدد أزواجها.

من الرجوع إلى اجتهاد المجلس الأعلى الجزائري بهذا الخصوص يتبين أنه من جانبه تبني الحل أن تعدد الأزواج ممنوع. وهذا يستخلص من عدة قرارات قضائية، منها أنه بتاريخ 1983/01/03 قضى المجلس ذاته بأنه " من الموانع المؤقتة المانعة لزواج المرأة هو وجودها في عصمة رجل آخر...ومن ثم فالزواج بها ولو توافرت أركانها فهو غير صحيح...". وتماشيا مع الموقف ذاته لا يكفي أن تكون إجراءات الطلاق متواصلة للسماح للمرأة الزواج مع شخص آخر، إذ في قرار آخر قضى المجلس ذاته بتاريخ 1986/05/13 بأنه "من المقرر قانونا أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاتحة رغم عدم صدور الحكم بالطلاق". وهو ما أكدته في قرار آخر "بأن اقتران الزوجة بزواج ثان رغم وجود الروابط الشرعية مع زوجها الأول، فإنها قامت باقتراح جريمة الزنا بكل إرادة ولا مجال لتفسير آخر".

وهذه الوجهة المبررة من ناحية الأصول تجدها من ناحية الأساس تغطية قانونية في المادة 30 من قانون الأسرة، كما فسرت واعتبرت قاعدة عامة في ظل موانع الزواج، وهي قاعدة تنطبق من غير أن تحتوي على أي استثناء مهما طال الزمن. ولكن لا يفوتنا أن نوه أن هذا المنع لا ينصب على الرجل، بل له الحق في التعدد في باقي التشريعات المغاربية للأسرة.

الفرع الثاني

عدم منع التعدد مع تقيده بشروط

أمام انخفاض الوازع الديني وانتشار الرذيلة والفاحشة في بعض الأوساط الاجتماعية المغاربية، فأصبحت نفس الشخص تذهب وراء التمتع بالنساء، فيجد منهن ما يرضى شهوته فقط في غير الحاجة الملحة للقران وما التعدد في نظره إلا وسيلة لإشباع تلك الغريزة الجنسية أو تلبية للنزوات. فأصبحت بذلك رخصة التعدد عديمة الحكمة والإصلاح، ولكن "فإن العيب ليس في تشريع إباحة التعدد، وإنما هو في تطبيقه أو في سوء استعمال الحق الذي أباحه الإسلام وجعله في دائرة ضيقة محدودة"، ذلك مما تطلب من المشرعين الجزائريين والمغربيين وبجد أقل من المشرع الموريتاني، التدخل ليجعل حدا لهذا الاستهزاء بالزوجة الصالحة، وذلك حتى يؤخذ نظام التعدد بكل يسر ووضوح وحسم وينبغي أن تعرف الملابس الحقيقية والواقعية التي تحيط به.

ومن أجل ذلك، اشترط المشرعان الجزائري والمغربي لإمكانية التعدد أن يكون للمقبل عليه المبرر الشرعي الذي لم تأت النصوص التشريعية الجديدة على تحديده ولا تبيان المعيار الذي ينبغي أن يقتضي به القاضي في هذا المجال تاركة بذلك للقاضي الحرية التامة في ممارسة سلطته لتقدير المبرر الشرعي من عدمه. حيث جاء التنصيص في

المادة 8 المعدلة من قانون الأسرة على أنه "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوافرت شروط ونية العدل". ومع العلم، ففي الجزائر فمُنشور وزارة العدل الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1984 تحت رقم 84-102 كتفسير للمادة الثامنة من قانون الأسرة نص على أنه يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكيد من وجود المبرر الشرعي ولا يكتفي فيه بالمشافهة أو الإقرار، بل لابد من شهادة طبيب اختصاصي يثبت ذلك. فإن لم يثبت ذلك رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية إبرام العقد. كما نصت المادة 41 فقرة 1 من المدونة على أنه "لا تأذن المحكمة بالتعدد إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي".

وأن النص الجزائري أعلاه كان ساري المفعول بعد صدور قانون الأسرة في وقت لم يكن المشرع يعلق التعدد على رخصة القاضي. وأما بعد التعديل، فأصبح القاضي وبحق هو الذي يقدر مبرر التعدد مثله مثل القاضي المغربي. والواقع، فمبررات التعدد كثيرة ومتعددة، نذكر منها خاصة مرض الزوجة المزمن الذي يقعدها عن واجباتها الزوجية وعقمها في الحالات العادية. ونحن لا نريد تضيق ساحة التعدد بحيث أن هناك من المبررات ما يعظم شأنها ليصل بالزوج إما إلى درجة الخروج عن حدود الله أو تطليق الزوجة مع أنها راضية بالضررة والزوج راضي أن يبقىها معه وينفق عليها ويمنحها حقوقها الزوجية.

وتبدو مهمة القاضي في هذا المجال عسيرة، لأن الأمر يتعلق بمسألة دقيقة حساسة لها في أحد جوانبها طابع ديني، وهذا ما جعلنا نثرث كثيرا أمام ما يمكن اعتباره مبررا شرعيا للتعدد، وخاصة لما عرفه المجتمع اليوم من تحولات وتغيرات في بنية الكيان الأسري. ولهذا اكتفينا بذكر أعلاه بعض الأمثلة علها توضح لنا الحالات التي يستحسن فيها تطبيق التعدد.

وواضح جلي من القرارات القضائية الصادرة خاصة عن المحكمة العليا أن العدل بين الزوجات من الأمور الضرورية التي لا يمكن الاستغناء عنها إذا أردنا إقامة أسرة أساسها المودة والرحمة ورعاية الأولاد على التربية الحسنة. غير أن إقامة ذلك العدل لا يتم ولا تكون له قائمة إلا بتوافر الشروط الضرورية للحياة الزوجية، أو كما نص عليه المشرع المغربي بأنه لا يمكن الترخيص بالتعدد "إذا لم تكون لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمن جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة"، بل يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات كما قرره المادة 40 في شرطها الأول من المدونة.

والمقصود بهذا الشرط وهو أن تكون للمقبل على التعدد القدرة الكافية على تحمل تكاليفه ماديا وجسديا. فالقاضي يبحث في هذه الحالة عما إذا كانت الشروط الضرورية للتعدد مجتمعة، إذ أن هذا النظام وما ينسلك من أولاد يحتاج إلى مال كثير نظرا للغلاء الفاحش المعاش حاليا، وذلك لا يقدر عليه إلا الميسير من الرجال، فإذا لم يكن الزوج قادرا على تحمل تكاليف التعدد ازداد بزوجاته ونجله عدد الفقراء وهذا ما يؤدي إلى ما لا يحمد عقباه.

ومعنى ذلك، فإنه من زاوية الواقع، فالإنفاق في وقتنا الحاضر لا يندرج في طبقاته المأكل والملبس والمسكن والتطبيب فحسب، بل يشمل كذلك التعليم ومتطلبات حاجيات العصر الأخرى التي أصبحت من مستلزمات

الحياة الاجتماعية عامة والأسرية خاصة. فبدون هذا الشرط ستفتقر الأسرة مع ما ينجر عن ذلك من مآسي، علما أن الإسلام حث على بناء الأسرة القوية حتى من حيث اختيار الزوجة الصالحة وغير القريبة بدلا من الأسرة الضعيفة.

وبناء على هذا الفهم الذي يتماشى مع واقع الأمور، فإن السلطة التقديرية التي يمتلكه القاضي في هذا الصدد تدفعه عن البحث على مجال قدرة المقبل على التعدد واستطاعته وملكه، وهو توافره على الماديات من نفقة ومبيت ورعاية وقسم وسكنى، الخ. ولا يمكن أن يرفض الرخصة لما يتجاوز نطاق وسع الإنسان وما أتاه الله له من قدرة واستطاعة كالميل القلبي، لأن أمور القلوب لا سلطان عليها لغير الله. ذلك كله يتطلب من القاضي أن يتأكد من توفر الشروط الضرورية للحياة الزوجية المطلوبة للتعدد، وعند الاقتضاء، يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الزوج على تحمله أعباء التعدد.

أما عن إبلاغ الزوجتين السابقة واللاحقة بالتعدد، فإذا كان تدخل المشرع الجزائري أمرا ضروريا في تحديد شروط التعدد وأقر من بينها، بحسب المصطلحات القانونية المستعملة إبلاغ الزوجتين في قانون الأسرة، فإنه مع ذلك لم يبين لنا الوسيلة أو الإجراء القانوني الواجب إتباعه في هذا المجال. ولذلك لنا أن نتساءل عما إذا كان هذا الإجراء هو ذاته الإجراء المطلوب في المسائل القانونية الأخرى من حيث التبليغ، أم هنا الأمر يختلف لأنه يتعلق بتكوين أسرة؟

قبل الإجابة على هذا السؤال، نقول أن سكوت المشرع عن هذه الوسيلة لن يقف حجرة عثرة، وإنما ينبغي الإشارة إلى أن منشور وزارة العدل رقم 84-102 المؤرخ في 23 ديسمبر 1984 كان ينص على أنه "وإن تحقق المبرر الشرعي لديه (ضابط الحالة المدنية أو الموثق) أخبر كل من الزوجتين السابقة واللاحقة، إن حضرتنا برغبة الزوج في إبرام الزواج بثانية، وسجل في صلب العقد رضا كل منهما، أو اعترضت الزوجة السابقة ليكون حجة يرجع إليها عند التنازع. فإن تعذر حضور هذه الأخيرة يتعين إخطارها في أجل معقول بعقد غير قضائي بواسطة مصلحة التبليغ بالمحكمة بالتاريخ والمكان الذي سيرم فيه عقد الزواج الثاني...".

وإتباعا لهذا النص، يمكننا أن نستخلص بعد تعديل المادة الثامنة من قانون الأسرة التي أصبحت تشترط الرخصة القضائية للتعدد، فإنه ينبغي على المقبل على التعدد أن يقوم بإبلاغ الزوجتين السابقة واللاحقة برغبته، وذلك لا يتأتى إلا عن طريق الوسيلة المعمول بها حاليا أمام القضاء الجزائري بشأن التبليغ وهو أن يقوم بإبلاغهما عن طريق المحضر القضائي، ويستوجب الأمر في هذه الحالة على القاضي أن يتأكد من تبليغ الزوجتين عن طريق المحضر القضائي، وإلا رفض الطلب لعدم توافر الشرط الذي نحن هنا بصدد.

وكما أنه بتنسيق النصوص القانونية بعضها ببعض نصل إلى النتيجة التالية: إذا كانت المادة 488 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أنه "يتم التبليغ الرسمي للأمر الذي يصرح بافتتاح التقديم أو برفض الطلب، بتسخيرة من النيابة العامة، عن طريق المحضر القضائي..."، وأن المشرع قد نص صراحة في عدد من مواد هذا القانون على أنه ينبغي أن يكون التبليغ رسميا، وأنه يقصد بالتبليغ الرسمي بحسب الفقرة الأولى من المادة

406 من ذات القانون "التبليغ الذي يتم بموجب محضر يعده المحضر القضائي"، فإنه لا يتم تبليغ الزوجتين السابقة واللاحقة إلا عن طريق المحضر القضائي، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ذاتها على أنه "يمكن أن يتعلق التبليغ الرسمي بعقد قضائي أو عقد غير قضائي أو أمر أو حكم أو قرار".

وأما المشرع المغربي كان أكثر فصاحة ودقيق في الإجراءات الواجب إتباعها في هذا الشأن، وذلك بمقتضى المواد من 42 إلى 44 من المدونة، حيث أقرت من جهة على أنه ينبغي على الزوج تحديد في طلبه للعدد الأسباب الموضوعية الاستثنائية المبررة له وأن يكون مرفقا بإقرار عن وضعيته المالية. وبد ذلك تقوم المحكمة باستدعاء الزوجة المراد التزوج عليها للحضور، وفي حالة عدم حضورها توجه إليها المحكمة عن طريق عون كتابة الضبط إنذارا ليشعرها بأنه في حالة الرفض ستبت المحكمة في طلب الزوج في غيابها.

وتضيف المادة 46 من المدونة بأنه في حالة الإذن بالعدد، لا يتم العقد مع الزوجة الثانية إلا بعد إشعارها من قبل القاضي بأنها ستتزوج مع شخص متزوج غيرها، وإذا أبدت موافقتها، يضمن هذا الإشعار وذلك التعبير عن موافقتها في محضر رسمي. بينما إذا رفضت الزوجة الأولى الضرة وطلبت التطلاق، فما على المحكمة إلا الاستجابة لطلبها مع تحديد مبلغ لاستيفاء جميع حقوقها وحقوق أولادها، وهو المبلغ الذي يجب على الزوج إيداعه في أجل لا يتعدى سبعة أيام وإلا سيعتبر تراجعاً عن طلب الإذن بالعدد (المادة 45 من المدونة).

وإذا تمسك الزوج بالعدد وكانت الزوجة الأولى غير راضية به ولم تطلب التطبيق بسببه، فما على المحكمة إلا اللجوء في هذه الحالة إلى تطبيق من تلقائي نفسها مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 من المدونة (المادة 5/45 من المدونة).

وبعد، فهل فيما سبق كله مهانة للمرأة أو إهانة لها؟ بل إنه التوجيه الشرعي الحقيقي، لذلك يشترط أن تكون جميع الشروط المشار إليها أعلاه متوافرة حتى يتسنى للقاضي منح رخصة العدد. ولعله ليس من المصادفة أن نرى المشرع قد أشار، حفاظاً على كرامة المرأة ومصصلحة الأسرة إلى الترخيص القضائي الذي جاء مخالفاً للنصوص القانونية.

أما إذا تم استصدار ترخيص قضائي مخالفاً للنصوص القانونية، فما هو إذن حكم هذا العدد؟ وهل حمى المشرع المرأة بمقتضى التعديلات الواردة على نصوص قانون الأسرة؟

فالمشرع الجزائري شأنه في ذلك شأن نظيره المغربي يريد للقران أن يتم على أسس قوية من الحقائق الصلبة، وليس على أساس الكذب والخداع والتغريب، حتى ينشأ ويستمر بطريقة سليمة، ولا تتوفر لهذا فرصة حقيقية إذا قام على التدليس من الرجل بما ليس حقيقياً. ولذلك جاء التنصيص في المادة الثامنة مكرر من قانون الأسرة على أنه "في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطبيق".

وهكذا يدخل في حكم التدليس كتم الزواج الأول وعدم إظهاره للعائد الآخر. وهذا الكتمان يعطي المخدوع حق طلب التطلاق. وكما هو منصوص عليه في المادة 8 مكرر أعلاه، فإن المشرع قد منح حق الخيار

للزوجتين في رفع دعوى التطليق، وذلك باستعماله عبارة "يجوز"، وبذلك يكون قد اعتبر الزواج الذي تم نتيجة التدليس زواج صحيح ولا يمكن حله إلا عن طريق التطليق.

والواقع، وإن كان هذا التفسير سليماً في باب شرح النصوص القانونية، إلا أنه لا يستطيع أن يقف على قدميه من الناحية القانونية البحتة، إذ أن النصوص التشريعية لا تنقصها الأمثلة المبينة أن التدليس يعيب الإرادة مما يجعل العقد المبرم على أساسه غير صحيح، وهذا ما يدل على أن ما تبناه المشرع هنا لا يتماشى مع المبادئ القانونية العامة التي ينبغي العمل بها في هذا الإطار.

ولا شك أنه استنتاجاً لهذه الشروح، فكان على المشرع أن يفرق بشأن هذه المسألة بين الزوجة الأولى والثانية، بحيث إذا كان يجوز للأولى أن تطلب التطليق بسبب التدليس بحكم أن زواجها قد تم صحيحاً، فالزوجة الثانية مع ذلك كانت إرادتها يوم إبرام العقد غير سليمة بل معيبة بعيب التدليس، ومن ثم كان على المشرع أن يسمح لها برفع دعوى البطلان بدلاً من دعوى التطليق خاصة إذا تم اكتشاف الحقيقة قبل الدخول، ويكون هنا البطلان نسبياً بحيث وضع أساساً لمصلحة خاصة وهي مصلحة الزوجة المتضررة.

وعلى كل، فالنتيجة التي تستخلص من هذا التفسير الذي كان ينبغي على المشرع أن يأخذ به هي أن التعدد التام عن طريق التدليس يتم ولكن على خطر الإبطال بطلب من تضرر من بقائه إذا تعلق الأمر بالزوجة الثانية، وأما الزوجة الأولى فيبقى حقها محصور في طلب التطليق بناء على المادتين 8 مكرر و 53 فقرة 10 من قانون الأسرة.

هذا من زاوية التعدد التام نتيجة استعمال الطرق الاحتمالية، أما المسألة الأساسية الأخرى الواجب طرحها تجاه النصوص القانونية تتجلى في معرفة عما إذا لم ينعقد التعدد بحسب الشروط التي بينها أعلاه، أيفسخ العقد أم لا يفسخ؟

للإجابة على ذلك، تنص المادة الثامنة مكرر 1 المعدلة من قانون الأسرة على أنه "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه". ويكون قانون الأسرة بهذا قد استوحى نصه من المبادئ العامة والتي تؤكد على أن التعدد الذي تم بدون احترام ما قرره المشرع من شروط غير صحيح، أي يفسخ الزواج في هذه الحالة.

ولكن ما تجدر الإشارة إليه هو أن نص المادة 8 مكرر 1 مع وضوحه النظري تعثر به بعض الصعوبات في الميدان التطبيقي، حيث أنه بالرغم من وضوح الجزاء المشار إليه أعلاه إلا أن المشرع باستعماله لمصطلح "الفسخ" قد يوحي لنا أن التعدد في هذه الحالة يعد صحيحاً، ولكن يجوز للزوجة الثانية أن تطلب الفسخ شريطة أن لا يكون قد اتبعه دخول. ولكن أيعني بذلك أنه يمكن للقاضي أن يحكم بالفسخ من تلقاء نفسه إذا تم التعدد مخالفة لشروطه التشريعية؟

فالإجابة على هذا السؤال لا تكون إلا بالنفي، وللدلالة على ذلك نقول أنه من جهة الفقه الإسلامي المقارن، فالفسخ في العقد الفاسد عند من قال به يقابله البطلان النسبي الذي وضع لمصلحة جانب من

المتعاقدين دون الآخر، وأن هذا لا يمكن الإدلاء به إلا من قبل لمن قرر لمصلحته، أي الزوجة الثانية في المسألة التي نحن هنا بصدددها. ومن ثم فنحن لسنا هنا أمام البطلان الذي يمس المصلحة العامة، أي البطلان المطلق أين يجوز فيه لكن ذي مصلحة أن يدلي به. وهذا ما تؤكد من جهة أخرى، الإجازة التي نص عليها المشرع من حيث أن الفسخ لا يتم إلا قبل الدخول، أما بعده لا فسخ.

وعليه، فما الفائدة من تعليق التعدد على الرخصة القضائية إذا أجزنا التعدد التام بدون مراعاة الشروط التي جاءت بها المادة الثامنة من قانون الأسرة؟ هل أن الدخول في هذه الحالة يحل محل إرادة الزوجة على موافقة التعدد من عدمها؟ وهل صنا حقوق المرأة بوضع مثل هذا النص؟ وبهذا أصبحت مسألة التعدد تمس المصلحة الخاصة بدلا من مساسها بالمصلحة العامة، لأن المشرع قد نص بمفهوم المخالفة على صحة التعدد إذا اتبعه دخول، بل أنه منح للزوجة الثانية بتنسيق هذا النص مع المادة الثامنة مكرر من ذات القانون حق الخيار بين مواصلة الحياة الزوجية مع هذا الرجل أو طلب التطلاق.

وتجدر الإشارة في هذا السياق أن كل من التشريع الأسري الجزائري (المادة 19) والمغربي (المادة 42) والموريتاني (المادة 28) قد اعتبروا شرط عدم التعدد الذي تشترطه الزوجة على زوجها بأنه شرط لا ينافي المقصود من عقد الزواج. إلا أنه على الرغم من صحة هذا الشرط، فيجوز أن لا يتمسك به الزوج مما يتيح للزوجة حق طلب التطلاق وفقا لما نصت عليه المادة 9/53 من قانون الأسرة والمادة 1/99 من المدونة المغربية والمادة 29 من المدونة الموريتانية.

المطلب الثاني

زواج المسلمة بغير المسلم

اختلفت التشريعات المغاربية في مسألة زواج المسلمة بغير المسلم، إذ هناك من منعه واعتبره علاقة غير شرعية متنافية لأحكام الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، وهناك من أباحه بنص قانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

منع زواج المسلمة بغير المسلم

نص المشرع الموريتاني على منع زواج المسلمة بغير المسلم في المادة 46 من المدونة مع تأكيده في المادة ذاتها في شرطها الثاني على أنه لا يجوز زواج المسلم بغير المسلمة إلا إذا كانت كتابية. وتماشيا مع النهج الذي تبناه المشرع الجزائري، نص في المادة 51 من المدونة على أنه يفسخ بلا طلاق الزواج المجمع على فساده قبل الدخول وبعده، وإذا تم الدخول يترتب عليه الاستبراء مطلقا وثبوت النسب والتحریم بالمصاهرة إن درأ الحد، علما أنه قد اعتبر الزواج فاسدا في المادة 49 منها إذا وقع على محرمة تحريما مؤبدا أو مؤقتا.

وفي نفس السياق، نص المشرعان المغربي والجزائري، على منوال نظيرهما الموريتاني، بعدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم، للمسلمة. كما أشارت المدونة المغربية إلى أن هذا المانع يتعلق كذلك بزواج المسلم بغير المسلمة أو الكاتباية. وبمعنى أدق، فإنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج بامرأة لا تدين بدين سماوي كالمملحة والوثنية وكالبوذية، تنفيذاً لقوله تعالى "ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن". بل، ما دام أن هذا المانع من النظام العام، نصت المادة 2/57 من المدونة على بطلان هذا النوع من الزواج، ولكن يترتب عليه بعد البناء الصداق والاستبراء (المادة 2/58 من المدونة)، وكما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، فإنه، في غياب النص التشريعي، لا يمكن التمسك بأن المشرع قد سمح للمسلم الزواج بالمشركة ومن في حكمها، إذ عملاً بالمادة 222 من قانون الأسرة نقول أن إجماع الفقهاء قد انصب على عدم إجازة الزواج بهذه الطائفة من النساء، وذلك خلافاً للكتايب التي أجاز الجمهور من العلماء الزواج بها مطلقاً.

الفرع الثاني

إباحة زواج المسلمة بغير المسلم

بداية نرى أن المشرع التونسي لم ينص على هذا المانع لا في صياغته الأصلية للمجلة الصادرة في 13 أوت 1956، ولا في التعديلات التي أوردتها عليها لاحقاً بمقتضى القانون عدد 70 المؤرخ في 4 جويلية 1958، ولا بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أبريل 1964 ولا بموجب القانون عدد 7 المؤرخ في 18 فيفري 1981، ولا بالقانون عدد 74 المؤرخ في 12 جويلية 1993 (الرائد الرسمي عدد 53 بتاريخ 1993/07/20) ولا بالقانون عدد 10 المؤرخ في 6 مارس 2006، ولا بموجب القانون عدد 32 المؤرخ في 9 ماي 2007، ولا بالقانون عدد 20 المؤرخ في 4 مارس 2008، وكان ذلك مصدراً لاختلافات فقهية بالغة الأثر، حيث منه من أجاز زواج المسلمة من غير المسلم ومنه من رفضه بصفة مطلقة. غير أن محكمة التعقيب قد رفعت هذا اللبس، وقضت بأن "زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر زواجا باطلاً من أصله".

وهذا ما أكدته المحكمة ذاتها في قرار لها بالقول بأن "تزوج مسلمة بغير مسلم يكون زواجا واقعياً معقوداً على غير الصيغة القانونية غير معترف به قانوناً، 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 عملاً 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 سالفه الذكر. وتماشيا مع هذا الموقف، جاءت ذات المحكمة مرة أخرى لتأكد ما تبنته سالفها وذلك بالقول "في أنّ الانتساب لملة أو لأخرى هو مسألة عقائدية باطنية، الأمر الذي لا يمكن معه إعتبار أنّ مجرد زواج المرأة بشخص من غير دينها أو معاشرتها له يترتب عنه حتما وبالضرورة خروجها عن دينها واعتناقها دينًا آخر، طالما لم يثبت ممارستها لشعائر دينية مغايرة لدينها".

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 فإنّ كل تقييد لها يجب أن يكون بنصّ خاص وصریح. وتأسيساً على ذلك، فإنّ خلُّو مجلّة الأحوال الشخصية من كل قاعدة مكرّسة للدين كمانع للزواج أو الإرث يدلّ بوضوح على إرادة المشرّع إقصاء الموانع".

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".

ولتصدي لهذا التذبذب القانوني، تم تسجيل في تونس، ابتداء من 2011 إلى غاية 2017، 6200 حالة اعتناق الديانة الإسلامية، 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 للإسلام. لذلك كان ترحبها كبيرا 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 سالفة الذكر واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 18 ديسمبر 1979، والتي صادقت عليها الجمهورية التونسية بمقتضى القانون المؤرخ في 12 جويلية 1985. وأمام هذا التضارب في الآراء والتعارض في الأحكام القضائية، أصدرت وزارة العدل التونسية بتاريخ 14 سبتمبر 2017 منشوراً يجيز للتونسية الزواج بغير المسلم دون تقديم وثيقة تثبت اعتناق الزوج الدين الإسلامي، ومن ثم إلغاء المرسوم الحكومي الصادر سنة 1973 الذي كان يحظر زواج التونسيات المسلمات من غير المسلمين.

المبحث السادس

أحكام النسب في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

تعد قوانين الأحوال الشخصية من ضمن التشريعات الكبرى في الدول المغاربية، ولقد حاول المشرعون من خلال نصوص هذه القوانين أن يضعوا الأحكام التي تضبط التوازن واستقرار الخلية الأساسية للمجتمع، ومن ثم استقرار وتوازن المجتمع الذي يبني عليها، حتى يتمكن من أن ينهض به ويحقق التطور والرقى ويضلل به إلى بر الأمان تجنباً للصراعات التي تكتنفها ويعرفها المجتمع المغاربي 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 أيضا 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 حفاظاً على الأنساب.

ولكن بالرغم من تشريع الشارع الحكيم هذا النظام وترغيبه 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 (المطلب الأول). وكما أنه بعد تمحيص قوانين الأحوال الشخصية والمواد المنظمة للنسب تبين أن بعض الأحكام التي جاءت بها تحتاج إلى إعادة النظر شكلاً وموضوعاً (المطلب الثاني).

المطلب الأول

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 الجزائري ومجلة الأحوال الشخصية التونسية؟ 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 ويعيد عن المفاسد ومجتبأ 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 نسبتهم في البلدين سنة بعد سنة، ودلت الإحصاءات التالية على اطراد تزايدهم، ونؤكد، نظرا للأوضاع السخيفة الراهنة، أن هذه النسب ستكون مستقبلا في تزايد مستمر. فلا داعي إذن لأن تكون مسألة مهملة، 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 بصدددها، 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 ينتسب 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 الأسرة.

وهكذا أبطلت الشريعة الإسلامية ما كان في الجاهلية من إحقاق الأولاد عن طريق الزنا، فقال صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر ". 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".

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" ؛ وكما أنها قضت " من المقرر شرعا أن الاتصال الجنسي قبل العقد يعد زنا... ". 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 وإحقاق نسب الولد بأبيه... خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية".

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 إحقاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون".

وكما أن محكمة النقض التونسية 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، واتبعتها في ذلك المحاكم الأدنى درجة. 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".

أما القانون المغربي، فيقضي صراحة أن ينسب الطفل غير الشرعي إلى أمه، وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من 148 من المدونة بقولها "لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية"، وبمقتضى المادة 146 منها التي تنص على أنه "تستوي البنوة للأُم في للآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو علاقة غير شرعية"، وتثبت بالنسبة لها عن طريق واقعة الولادة (المادة 2/147 من المدونة).

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 سنا. وفي حالة الاعتراض هذا، يختار له لقباً آخر ما عدا لقب أمه. إذا كان تطبيق هذين المنشورين في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة جائزا، فإننا نعتقد بأنه أضحى لا مجال لهما فيما جاءت به مدونة الأسرة في هذا المجال، بل نصت صراحة على أن الطفل غير الشرعي ينتسب إلى أمه، ولم تعلق ذلك على موافقة أي شخص آخر.

أضف إلى ذلك، فإنه من زاوية حماية الطفل البارئ 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 مرتكز على ظاهرة ثابتة وغير ارتيابية وهي الولادة. وزيادة على ذلك ينبغي في هذا الصدد التنبيه إلى أمر له دلالة، 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؟

ويذهب القانون الليبي إلى الاعتراف صراحة بثبوت نسب الطفل إلى أمه دون قيد ولا شرط، حيث نصت المادة السادسة و الخمسون من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها الصادر في 19 أبريل 1984 على أنه "يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت الولادة بغير إقرارها دون قيد أو شرط، ويترتب على هذا النسب جميع نتائجه المتفرعة من الأمومة والبنوة، مالية كانت أو غير مالية". وسلك المشرع الموريتاني نفس المسلك إذ أكدت المادة 71 من المدونة على أنه تعتبر البنوة بالنسبة للأم إذا كانت شرعية أم غير شرعية، ومن ثم يترتب بمقتضاها استناداً للمادة 70 منها ثبوت الحقوق والواجبات كالنفقة والإرث وحرمة الزواج بالنسب والمصاهرة.

وإذ يظهر من النصوص والقرارات المتقدمة مدى إبقاء العمل من قبل التشريعات والقضاء المغاربية بما جاءت به مبادئ الشرع الإسلامي في هذا المضمار، فإن هذا أمر يسجل لهم بكل فخر. إذ ما كان يجب لبيئة، تنظر بعين الغضب لمحاولات الانحطاط والانحلال الخلقي، أن تهدر وسيلة مؤكدة في مجال كهذا، وخاصة أن المجتمعات التي خرقها 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 légitimation post nuptio ou par mariage* *subsequent*، والتبني، وإلى وسائل أخرى، مستعاضين بذلك عن البنوة الشرعية، بل سمحوا حتى للمثليين، ذكورا كانوا أم نساء، بعد زوجهما تبني طفل فأكثر مع كل ما يترتب عنه من آثار قانونية ولا فرق بين هذه الحالة وحالة الزواج التام بين الرجل والمرأة.

ومن هنا وترتبا على ذلك، فقد أثيرت التساؤلات الهامة التالية: هل يلتزم القضاء بتطبيق الفقه الذي يمنعهم من الحكم على الأب الطبيعي بتحمل نفقة الطفل؟ وإذا كانت ظاهرة أبناء الزنا قد استفلحت في المجتمع المغاربي، فهل حمايتهم ولو نسبياً تعد خرقاً للأحكام الفقهية؟ وبعبارة أدق، هل من المنطق أن نترك الأب الطبيعي يجري وراء شهواته دون قيد ولا مسؤولية تقع عليه؟

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

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

أولا : إن فوانين العقوبات المغاربية قد أهملت الحدود المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية، فالعلاقة الجنسية مثلا مباحة في أحكامها مادام لا إكراه فيها وقد تم ذلك بين شخصين غير متزوجين فوق مثلا 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 وامرأة كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية. وعلى هذا الأساس، فإن هذا العاصي يفلت من العقوبة الجنائية.

ثانيا : إن الاتجاهات المادية فشلت فشلا ذرعا في تحقيق الراحة النفسية والاستقرار للكائن البشري، بل أدت إلى الانحرافات الجنسية الخطيرة التي آل إليها المجتمع المغاربي. إن تصحيح الواقع الاجتماعي والأخلاقي لا يتحقق بمجرد استهجان القبيح واستنكاره، وإنما بتقويم المجتمع وبنائه على أسس 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 الوراثية، يمكن للقاضي أن يلجأ لهذا الدليل العلمي لتحديد من بين هؤلاء الذين كانوا على صلة بأب الطفل، يمكن أن يكون الأب الطبيعي بطريقة مؤكدة.

وبناء على ذلك، فإن هذا الموقف لم يأت لتأييد ما نهجه المشرعون بشأن تحديده لمعنى جريمة الزنا والعقوبة المسلطة على مرتكبها، وإنما لجعل حد لعدم 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 للآراء 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 مثلاً 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 نصت المادة 146 من المدونة المغربية على أن "تستوي البنوة للأُم في للآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو علاقة غير شرعية"، وقضت المادة 56 من القانون الليبي بأنه "يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت الولادة...، وتترتب على هذا النسب نتائجه المتفرعة من الأمومة والبنوة، مالية كانت أو غير مالية".

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

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

المطلب الثاني

نقائص النصوص التشريعية المغاربية المنظمة للنسب الشرعي

إذا كان البدء في دراسة الجوانب المختلفة لأحكام النسب الشرعي في التقنينات المغاربية يمليه النقص التشريعي، فإنه مع ذلك لا نخفي إحساسنا بالرهبة بسبب ما يراودنا من نية اقتراح بعض التعديلات التي يملها تغيير الزمان خاصة في مسألة تعدد 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 والتحصيص في النصوص القانونية والالتزام بالمبادئ ومسايرة النصوص مع التطور الإيجابي.

والملاحظ أن المشرعين المغاربة، على غرار الشريعة الإسلامية، قد قاموا علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورباطة الزواج. فجعلوا الثانية سبباً لثبوت الأولى. فإذا أثمرت مخالطة الرجل بالمرأة نسلاً، 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 بينة تقيمها الزوجة. ويلحق بالزوج الصحيح الزواج الفاسد، حيث أن هذا الأخير يأخذ حكم الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب. ويطبق عين الحكم بشأن الوطاء بشبهة من حيث أن الولد الذي تأتي به المرأة ينسب للرجل الذي خالطها.

جميع هذه القواعد والمبادئ التي سطرها الفقه الإسلامي اعتنقتها قوانين الأسرة المغاربية، حيث نصت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على ما يأتي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون". وكما نص الفصلان 68 و 71 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر"، وتضيف قائلة "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 المادة 154 على أنه "يثبت نسب الولد بفراش الزوجية سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا...". وفي المادة 152 منها نص على أن "أسباب لحوق النسب: الفراش، الإقرار والشبهة"، بحيث إذا نجم عن الاتصال بشبهة حمل...، ثبت نسب الولد من المتصل (المادة 155 من المدونة). بل أن المشرع المغربي لم يكتف بهذه النصوص إذ جاء، أمام الاختلافات الفقهية، بنص صريح يعترف فقط ببنوة الأمومة في حالة الاغتصاب (المادة 4/147 من المدونة)، ولا يعتبرها نسبا شرعيا كما ذهب إلى ذلك قضاء المحكمة العليا في الجزائر. وفي نفس السياق، نصت المادتان 53 و 54 من القانون الليبي على أنه يثبت نسب الولد إلى أبيه في الزواج الصحيح... وفي الزواج الفاسد. وقد حد المشرع الموريتاني حذوا التشريعات المغاربية الأخرى بحيث نص في المادة 59 من المدونة على أنه ينسب الولد لأبيه في حالة الزواج الشرعي، وأضافت المادة 63 منها على أن الحمل الناتج عن الوطاء بشبهة يثبت به نسب الولد لصاحب الشبهة.

ومع ذلك، كما يقول علي سليمان، "فإن رجال القانون بمعاهد الحقوق، وهم نظريون أكثر منهم عمليون، لا يقنعون أبدا، ويتغنون 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".

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.

والملاحظة الأولى في هذا الصدد حاجة نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري إلى إعادة النظر فيما يتعلق بالصياغة التي جاء بها، فهو معيب شكلا. 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، علما 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 جنسيا من غير أن يكون بينهما عقد صحيح ولا فاسد كمن تزوج بامرأة لم يرها وتزف إليه أخرى وهو لا يدري فيدخل بها. وإذا كان المراد من النص العلاقة الجنسية فيما يتعلق بعبارة "النكاح بشبهة"، فمن الأجدر استعمال عبارة "الوطء بشبهة"

ومن هنا نرى أن الأمور قد اختلطت على المشرع الجزائري، إذ كان عليه أن يتكلم عن الوطاء بشبهة بدلا من النكاح بشبهة مادام أنه أقر ثبوت النسب بالنكاح الفاسد في النص ذاته. وهذا هو المعمول به فقها، حيث يثبت النسب وفقا لمبادئه بالزواج الصحيح، وبالنكاح الفاسد وبالدخول بشبهة. وهذا ما ذهبت إليه أيضا المدونة المغربية، بخلاف المجلة التونسية والقانون الليبي اللذين سكتا عن هذه الحالة، علما أنهما يميزا بأنهما لم ينجسا القاضي إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عند انتفاء النص التشريعي، 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 والبيينة 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 أدخله المشرع المغربي إذ حل محل المادة 89 من مدونة الأحوال الشخصية المادة 158 من المدونة المغربية التي أصبحت تنص على أن وسائل ثبوت النسب تكمن في الفراش أو إقرار الأب أو شهادة عدلين أو بينة السماع وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية. 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 وإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر"، وبهذا يتسق هذا النص مع نص الفصل 71 من ذات المجلة. وأما التشريع الليبي لم يأت بنص خاص جامع لكل حالات النسب الشرعي، شأنه في ذلك شأن المشرع الموريتاني الذي نص في المادة 67 من المدونة على أنه يثبت النسب بشهادة ذوي عدل بالقطع أو بالسماع الفاشي مع طول الزمن.

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 يلبس هذا الاصطلاح "بالزواج الظاهر" إذ يخشى أن يفهم من هذا المصطلح بمفهومه الدقيق الحالة التي يكون فيها رجل وامرأة يسكنان بيتا واحدا ويعاشر كل واحدا 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 واحد. ولذلك، فيعبر البعض عن الشبهة في الفرنسية باصطلاح "La vraisemblance". 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، والحصر هنا غير موفق، لأنه يتنافى ومصالحة 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 بالمشاركة، 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، كنكاح 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 الجزائري.

غير أنه مما لا ريب فيه أن جمهور الفقهاء اعتبر الوطاء في الزواج الباطل زنا ووجب الحد، ولا يثبت النسب إذا كان الرجل عالماً بالتحريم. وتأكيداً 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 جاهلاً هذه الحالة. حيث اعتمدا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص إلى المحصنة تحرم على الزوج الثاني وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب...". وكما قضى المجلس ذاته في قراره الصادر في 13 ماي 1986 بأنه "يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاخرة".

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 آن واحد. أما إذا تفسير المادة 34 أعلاه مرتبط بمصادقة الجزائر على اتفاقية حقوق الطفل، فإن النسب يتقرر للطفل حالة الزواج الباطل أو الفاسد بصرف النظر عن نية الأب عند إبرامه.

وخلافاً لذلك، كانت المدونة المغربية للأحوال الشخصية تفرق قبل إلغائها بين الزواج الفاسد المجمع على فساده والزواج الفاسد غير المجمع على فساده، 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 كان يفصح عنه الفصل 37 منها، المحال إليه بالفصل 86 من ذات المدونة، حيث كان ينص على أنه "كل زواج مجمع على فساده كالحرمة بالصهر منفسخ بدون طلاق قبل الدخول وبعده ويترتب عليه تعين الاستبراء وثبوت النسب إن كان حسن القصد...". وهذا الموقف تبنته كذلك مدونة الأسرة في مادتها 58 فقرة 2 حيث علقت بثبوت النسب حالة الزواج الباطل "حسن النية"، وهو الموقف الذي أقره الفقه الإسلامي، وتأسيساً على ذلك، لا يثبت النسب الشرعي بالنسبة للأب إذا كان عالماً وقت إبرام العقد بسبب بطلان الزواج.

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 شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة". والنقد ذاته يوجه إلى المادة 153 من المدونة المغربية، حيث جاء في مضمونها بأنه يثبت نسب الولد بفراش الزوجية إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال، وخلال سنة من تاريخ الفراق. كما أن المدونة الموريتانية تبنت نفس الأحكام في المواد من 59 إلى 61.

أما من حيث التعارض بين النصوص، يتبين من نص المادة 41 والمادة 59 من المدونة الموريتانية أنه يقضي صراحة بثبوت نسب الطفل لأبيه إلا إذا كان الزواج شرعي أي صحيح، في حين تنص المادة 40 من القانون ذاته والمادة 63 من المدونة على ثبوت نسبه حتى ولو كان الزواج فاسدا أو جاء نتيجة لوطء بشبهة، أي حتى إذا كان غير شرعي أو غير قائما تماما. وبتعبير آخر، لقد ساوت هذه المواد بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد والوطء بشبهة بشأن نسب الطفل، فاعتبرته شرعيا في كل الحالات، في حين أن المادتين 41 و58 تقضيا، بمفهوم المخالفة، أن الطفل لا ينسب لأبيه إذا كان الزواج غير صحيحا، أي مخالف لأحكام الشرع.

أما من حيث عدم تماشيها مع ما توصلت إليه التطورات العلمية في المجال الطبي والبيولوجي، علقت المواد 41 في شطرها الثاني والمادة 59 أعلاه والمادة والمادة 154 من المدونة المغربية بثبوت النسب الشرعي بعبارة "وأمكن الاتصال" المعبر عنها بالفرنسية في النص الجزائري باصطلاح "de la possibilité des rapports conjugaux" أي "les rapports intimes"، بمعنى المخالطة الجنسية بين الزوجين، علما أنه يمكن أن تصبح المرأة حاملا دون الاتصال الجنسي، وذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي.

وعلى ذلك فينبغي على المشرعين المغاربة أن يأخذوا بعين الاعتبار 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 لسنة 1985 يسمح باللجوء إليها، بل أن تعديل قانون الأسرة سنة 2005 نص عليها صراحة وأكده قانون الصحة لسنة 2018؛ كما نص عليها القانون الليبي بمقتضى القانون رقم 175 لسنة 1972، وبعده المشرع التونسي في القانون رقم 93 لسنة 2001 المتعلق بالقانون الإنجابي، وأخيرا المشرع المغربي بموجب القانون الذي صادق عليه البرلمانات بتاريخ 24 جويلية 2018 ودخل حيز التنفيذ في 04 أبريل 2019، وأن هناك العديد من المراكز الاستشفائية أصبحت متخصصة في عملية التلقيح الاصطناعي في الدول المغربية.

وكذلك من المآخذ الموضوعية على المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري وعلى الفصل 91 من المدونة المغربية قبل إلغائه والفصل 75 من المجلة والمادة 59 من المدونة الموريتانية 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 المشرعون عنها في تلك النصوص، تاركينا بذلك المهمة للمحاكم؟ إذن، ما هي هذه الطرق؟ غير أن المشرع المغربي قام باستبدال الواردة في الفصل 75 أعلاه بنص أكثر وضوحا ومتماشيا مع التطور العلمي حيث نص في المادة 158 من المدونة على أنه يثبت النسب بكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية، وهو ما تبناه لاحقا المشرع الجزائري حين أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب (المادة 2/40 من قانون الأسرة).

ويضاف إلى ما يؤخذ على نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري وعلى التشريعات المغاربية الأخرى (المواد 68 مدونة موريتانية و153 مدونة مغربية) أنها تعتبر اللعان كوسيلة ظنية لنفي نسب الطفل، ولكن دون تبيان الإجراءات الواجب إتباعها في هذا الإطار، وما هي الآثار المترتبة على تأدية اليمين بشأن العلاقة الزوجية وما سيترتب عنها، هل تحرم المرأة بعد ذلك على زوجها السابق تحريماً أبدياً أم مؤقتاً؟ فيما عدا المجلة التونسية التي نصت في الفصل 76 منها على أنه "إذا أثبت الحاكم نفي الأبوة طبق أحكام الفصل السابق (وهو المتعلق باللعان)، فإنه يحكم بقطع النسب والفرق الأبدي بين الزوجين".

وأخيراً 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 الفصل 71 من المجلة التونسية والمادة 154 من المدونة المغربية من جهة، وعلى خلاف المادة 53 فقرة أ من القانون الليبي والمادة 61 من المدونة الموريتانية 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 أي السنة القمرية أم على أساس التقويم الميلادي أي بما يعرف بالتقويم الغريغوري، علماً أن المادة الثالثة من القانون المدني الجزائري تنص على أنه "تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"؟

وجدير بالذكر أن هذه المدة التي تقل ب11 يوماً في السنة القمرية عن السنة الميلادية، غالباً ما تكون حاسمة في الموافقة من عدمها على تسجيل المولود في الحالة المدنية وانتسابه لأبيه. ولكن نعتقد فيما يتعلق بالحد الأدنى للحمل والمقدر بستة أشهر ينبغي اعتماده بتقويم السنة الهجرية بحكم أن تلك القوانين لا يمكنها أن تتعارض مع ما ورد في القرآن الكريم من تفسير لهذه المسألة. أما فيما يتعلق بالحد الأقصى للحمل، الذي يختلف في ظل تلك القوانين من 10 أشهر إلى سنة، يمكن حسابه بالسنة الميلادية نتيجة للتطورات العلمية في هذا المجال.

سدا لهذا الفراغ التشريعي، جرى العمل في المحاكم الجزائرية 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 قضاوا بصحة الزواج العرفي الواقع في شهر نوفمبر 1988 لتوافر أركانه طبقاً 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".

وهذا ما لا يتماشى والنصوص الشرعية، حيث أنه بالنسبة لأقل مدة للحمل، فلقد أجمع الفقهاء على أنها ستة أشهر قمرية. وهذا ما ذهب إليه 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 توجد بشأنها أحكام قرآنية ولا أحاديث نبوية، فلا مانع، كما تقدم، من أن تكون هذه المدة عشرة أشهر شمسية كما في القانون الجزائري، أو سنة شمسية كما في القوانين المغاربية الأخرى. وبهذا لم تكن التشريعات المغاربية بعيدة عن التأثير بما تمليه المستجدات العلمية الطبية والبيولوجية في شأن هذه المسألة.

وإذا كانت غالبية القوانين المغاربية قد حددت الحد الأقصى للحمل ولم ترد عليه أي استثناء، فإنه مع ذلك قررت المدونة الموريتانية عكس ذلك، حيث نصت بالتنسيق بين المادتين 60 و 61 منها على أن أقصى أمد الحمل سنة قمرية من تاريخ الطلاق أو الوفاة، غير أنه إذا كانت هناك ريبية في الحمل بعد هذه المدة رفع المعنى أمره إلى القاضي ليستعين بالخبرة الطبية، وذلك من أجل التوصل إلى الحل الذي يقضي إلى الحكم بانتهاء العدة أو امتدادها إلى أجل يراه الأطباء ضروريا لمعرفة ما في البطن هل علة أم حمل، كما كان ينص عليه الفصل 76 من المدونة المغربية قبل إلغائه.

فإنه يمكننا القول بأن العمل بما جاء به هذا الفصل من المدونة الموريتانية يمكن أن يفتح الباب على بعض التأويلات غير السليمة وغير المستقيمة مع مصالح الناس، مما قد يؤدي إلى إفراغ الشرط الأول من المادتين 60 و 61 أعلاه من كل أثر له بشأن الحد الأقصى للحمل، وتعطيل تماشي الأحكام الشرعية مع التطورات العلمية، وخاصة وأنها لم تنص في أي مادة من موادها على نظرية الطفل النائم " la théorie de l'enfant endormi " التي عرفها الفقه الإسلامي. لأنه ليس من النص السليم أن نأتي بالاستثناء في مسألة كهذه وخاصة وأن المشرع الموريتاني 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 نادرا.

وإذا نظمت التشريعات المغاربية تاريخ بداية سريان الحدين الأدنى والأقصى للحمل، غير أنه لم يكن موقفها من هذه الحالة واحدا، فمنها من سكت إطلاقا عن تاريخ بداية سريان الحد الأدنى كما هي الحال في التشريعين الجزائري (المادة 42 من ق.أ.) والمغربي (المادة 1/154 من المدونة)، سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا، ومنها ما ساوى بين الزواج الفاسد والزواج الصحيح مقرا، على غرار جمهور الفقهاء ورأي عند الحنفية، بأن الحد الأدنى يبدأ وفقا للفصل 71 من المجلة التونسية، من تاريخ إبرام العقد. في حين أخذ التشريع الليبي (المادة 33 فقر أ و ب) بحل واحد تقريبا، فقد أقر، على غرار الرأي الثاني عند الأحناف، بأن أقل مدة للحمل ستة أشهر تبدأ من تاريخ العقد في الزواج الصحيح ومن تاريخ الدخول في الزواج الفاسد، مع هذا التذكير أن التشريع الليبي اعترف حتى بالخلوة الصحيحة بشأن الزواج الفاسد (المادة 34).

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.

وبجانب المآخذ الموضوعية سالفة الذكر، يعاب كذلك على التشريعات المغربية (الجزائري والتونسي والليبي، والموريتاني) عدم تعرض نصوصها إطلاقاً لتاريخ بدء حساب المدة الخاصة بالوطء بشبهة، فيما عدا المدونة المغربية التي نصت في المادة 155 منها على أنه "إذا نتج عن الاتصال بشبهة وولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها...". ومع ذلك فهذه المادة هي الأخرى لا تخلو بدورها من عيب إذ وإن نصت على الحد الأدنى والحد الأقصى للحمل بالنسبة للوطء بشبهة، غير أنها لم تحدد هي الأخرى 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 قضائي يقضي في حقهما بالطلاق، فمتى يبدأ الحساب هنا من تاريخ الانفصال أم من تاريخ الطلاق؟ والحلان المغربي والليبي لا يقل كل منهما عيباً عن الحل السابق، إذ استعملت المدونة المغربية تارة اصطلاح "الفراق" (المادة 154 منها)، وتارة مصطلحات "الطلاق والتطليق والفسخ" (المادة 129 منها)، وأما القانون الليبي لسنة 1984 استعمل اصطلاحين "طلاق وفراق" في المادة 52 فقرة هـ دون تحديد الحالات التي يخضع لها كل واحد منهما. كما أن المدونة الموريتانية هي الأخرى لم تأت بمصطلحات مضبوطة ومنسجمة بعضها البعض، إذ استعملت في المادة 60 منها عبارة "من يوم الطلاق.."، وفي المادة 117 منها قررت أن حساب العدة يبدأ من تاريخ... أو التطليق أو الطلاق أو الفسخ، وزيادة على ذلك نصت في المادة 115 منها على أن أمد الحمل... يبدأ من تاريخ انفصال الزوجية مهما كان سببه.

وهكذا، إذا توخت 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. هل هذه النقائص واردة كذلك في النصوص المنظمة لنظام تعدد الزوجات؟

الفهرس

مقدمة

2

المبحث الأول

الفلسفة التشريعية في وضع أحكام الأسرة المغاربية

المطلب الأول: أهم المناهج التي تبناها الفقه الإسلامي ومدى تأثيرها على القوانين

4

الأسرية المقارنة

4

المطلب الثاني: مكانة المنهجية اللامذهبية في قوانين الأسرة المغاربية

المطلب الثالث: تأكيد المنهجية اللامذهبية بحكم النصوص الواردة في القوانين

6

الأسرية المغاربية

8

الفرع الأول: المدونة المغربية

8

أولاً. - الأخذ بالمذاهب الفقهية المختلفة

9

ثانياً. - الخروج عن كل المذاهب

10

الفرع الثاني: المجلة التونسية

10

أولاً. - الأخذ بالمذاهب الفقهية

11

ثانياً. - الخروج عن المذاهب الفقهية

12

الفرع الثالث: قانون الأسرة الجزائري

14

الفرع الرابع: مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية

14

أولاً. - الأخذ بالمذاهب الفقهية المختلفة

14

ثانياً. - الخروج عن المذاهب الفقهية

15

المطلب الثالث: المنهجية المرجحة

المبحث الثاني

17

عامل الديانة في قوانين الأسرة المغاربية

18

المطلب الأول: مفاهيم الحرية الدينية في الاتفاقيات الدولية والدرساتير المقارنة

18

الفرع الأول: مفاهيم الحرية الدينية في الاتفاقيات الدولية وفي الدرساتير اللائكية

20

الفرع الثاني: مفاهيم حرية الديانة في الفقه الغربي

21	الفرع الثالث: مفهوم حرية الديانة في المنظور الإسلامي
24	المطلب الثاني: الاندثار النسبي للحرية الدينية في القوانين المغاربية للأسرة
25	الفرع الأول: آثار ديانة الشخص على بعض الحقوق الأسرية
30	الفرع الثاني: تأثير حقوق الشخص الأسرية بفعل الردة
	المطلب الثالث: التحفظات الواردة على بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة
32	بحرية الديانة والماسة بالحقوق الأسرية
	المبحث الثالث
35	أحكام الخطبة
35	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للخطبة
36	المطلب الثاني: آثار العدول عن الخطبة
37	الفرع الأول: حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة
38	الفرع الثاني: حكم التعويض في حالة العدول عن الخطبة
39	الفرع الثالث: حكم النسب في حالة الخطبة
	المبحث الرابع
40	الرضا، الأهلية والولاية
40	المطلب الأول: ركن الرضا
44	المطلب الثاني: أهلية الزواج
44	الفرع الأول: تحديد أهلية الزواج
45	الفرع الثاني: الاستثناء الوارد على المبدأ العام
45	أولاً. - القاضي المختص
46	ثانياً. - عدم تحديد السن الأدنى لمنح الإذن
47	ثالثاً. - معايير منح الإذن بالزواج
50	رابعاً. - الجزاء المقرر لمخالفة سن الزواج
53	المطلب الثالث: الولاية
53	الفرع الأول: الولاية على المرأة البالغة العاقلة

55	الفرع الثاني: زواج محتلي العقل
	المبحث الخامس
55	تعدد الزوجات وزواج المسلمة بغير المسلم
55	المطلب الأول: تعدد الزوجات بين المنع والتقيد
56	الفرع الأول: منع التعدد بنص قانوني
57	الفرع الثاني: عدم منع التعدد مع تقيده بشروط
62	المطلب الثاني: زواج المسلمة بغير المسلم
62	الفرع الأول: منع زواج المسلمة بغير المسلم
63	الفرع الثاني: عدم منع التعدد مع تقيده بشروط
	المبحث السادس
65	أحكام النسب في قوانين الأحوال الشخصية المغربية
66	المطلب الأول: حقا الطفل غير الشرعي
70	المطلب الثاني: نقائص النصوص التشريعية المغربية المنظمة للنسب الشرعي
81	الفهرس: