المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد

المجلد: 07 العدد: 01 السنة: 2022 الصفحة: 37-70

زواج المسلمة من غير المسلم على ضوء التشريعات المغاربية للأسرة

- بين التمسّك والتراجع -

Marriage of a muslim woman to a non-muslim in the light of Maghreb family législation.

-Between holding on and holding back-

خدام هجيرة

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أبو بكر بلقايد / تلمسان **(الجزائر)**

hadjirakheddam@yahoo.com

تاريخ الإستلام: 25/ 01/ 2022 تاريخ القبول: 12/ 10/ 2022 تاريخ النشر: 15/ 10/ 2022

الملخص:

أثارت مسألة زواج المسلمة من غير المسلم جدلا واسعا، خاصة في ظل نتائج العولمة التي خلقت الالتقاء بين أشخاص من ذوي ديانات مختلفة، فأصبح من السهل زواج المسلمات بغير المسلمين، بل وازدادت نسبته على أرض الواقع.

وهو الأمر الذي يتطلب الوقوف عند الحكم الشرعي لهذا النوع من الزواج، وكيف عالجته التشريعات المغاربية للأسرة. فهل حافظت على تمسّكها بالمانع الشرعي؟ أم أنها تراجعت عنه إرضاء للمجتمع الدولي، وبعض الحركات التحررية، وآراء الفقه القانوني الداعي إلى إعادة النظر في المرجعية الشرعية ومسايرة التطور وما يفرضه الواقع؟

الكلمات المفتاحية: زواج، المسلمة، غير المسلم، مانع ديني مؤقت.

***Abstract*:**

The issue of muslim women's marriage of a non-muslim has raised a wide debate, especially in light of globalization's results that created convergence between people of diffrent religious, so it became easy for muslim women to marry non-muslims, and even increased it percentage on earth.

It is a matter that requieres a review of the legal ruling for this type of marriage and how the family's external legislation dealt with it, so did it maintain its adherence to the legal inpediment ? Or did it retreat from it to satisfy the international community, some of the liberation taboos and legal opinions jurisprudence calling for a review of the legal reference and keeping pace with developement and what reality imposes ?

Key words: *Marriage, muslim woman, non-muslim, temporary religious obstacle.*

المقدمة:

من شروط انعقاد الزواج أن تكون المعقود عليها محلا للعقد، أي ألا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج[1]. والتي بدورها تنقسم إلى نوعين: موانع مؤبدة، وهو ما كان سبب التحريم فيها وصفا لازما، أي قائما لا يزول أبدا، فتكون الحرمة هنا أبدية[2]. وموانع مؤقتة، وهي ما كان سبب التحريم فيها وصفا غير لازم، فيبقى التحريم ببقاء الوصف ويزول بزواله، فتكون الحرمة هنا وقتية فقط[3].

وإذا كان المستقر عليه والثابت شرعا أن زواج المسلمة من غير المسلم من المحرمات المؤقتة، أي عدم جواز تزويج المسلمة بغير المسلم سواء أكان مشركا أو كتابيا، وأن هذا المانع المؤقت يزول بإسلام الرجل. فإنّ الموقف الدولي لا يعترف مطلقا بهذا القيد ويعتبره تمييزا بين الجنسين على أساس الدّين وانتهاكا للحرية الشخصية، بل ويطالب الدول بإلغائه احتراما لمبدأ حرية المعتقد. ليجد المشرعين المغاربيين أنفسهم بين التمسّك بالمحافظة على الثابت الشرعي، أو التراجع والسير على خطى الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، وخاصة في ظل ما نصت عليه دساتيرها من ضرورة احترام الحرية الدينية[4].

ومن هنا تكمن أهمية الموضوع، إذ لم يعد بالوسع التغافل عن تحليل ظاهرة الزواج المختلط، ولا غض الطرف من مسألة زواج المسلمة من غير المسلم، وهي حالات أضحت تنتشر في عدد من المجتمعات بحكم الاستقرار في بلدان أجنبية، وتنامي فرضية إتباع أكثر من دين واحد داخل العائلة الواحدة، ناهيك عن غزو العولمة ونتائجها التي خلقت الالتقاء بين الأشخاص من ذوي ديانات وثقافات مختلفة، ففرضت زواج المسلمة من غير المسلم على أرض الواقع.

فنظرا لهذه الأهمية ولحساسية الموضوع، تم اختياره ليكون محل دراسة، خاصة وأنّه أثار جدلا كبيرا بين مؤيد ومعارض، وتضاربت الآراء حول لفظ "غير مسلم" إن كان عاما يشمل الكافر وأهل الكتاب،

---

[1]- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص. 287-288.

[2]- المحرمات المؤبدة تكون بسبب القرابة، أو بسبب المصاهرة، أو بسبب الرضاع، لمزيد من التفاصيل يراجع: نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، -دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار السلام، الجزائر، دون سنة نشر، ص. 71 وما بعدها.

[3]- المحرمات المؤقتة تكون في إحدى الأحوال التالية: زوجة الغير ومعتدته، الجمع بين محرمين، المطلقة ثلاثا، الجمع بين أكثر من أربع زوجات، وزواج المسلمة من غير مسلم، لمزيد من التفاصيل يراجع: بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، -دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-، الطبعة 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص. 93 وما بعدها.

[4]- مرت بلدان المغرب العربي بمراحل متعدّدة أثرت على نظامها الأسري، سواء في فترة الاستعمار وجزءا من فترة الاستقلال لتنتهي بصدور القانون المنظم للأسرة والأحوال الشخصية في كل دولة من دول المغرب العربي، لمزيد من التفاصيل يراجع: نوارة العشي، تاريخ تشريع الأحوال الشخصية في الدول المغاربية،- من الفتح الإسلامي إلى إصدار قوانين الأسرة-، مجلة تاريخ المغرب العربي، مخبر الوحدة المغاربية عبر التاريخ، جامعة الجزائر2، 2017، عدد 08، ص. 33- 44.

أم أنه يقتصر على من لا دين له. وكذا لحاجة الأسرة المسلمة في البلدان غير المسلمة إلى وجود مرجعية علمية شرعية ترجع إليها فيما يشكل عليها من أمور الدين.

علما وأنّ الدراسات السابقة حول هذا الموضوع قليلة جدا، فلا يخصص لهذه المسألة دراسة شاملة، وإنما يتم التطرق لها بصورة مقتضبة أثناء معالجة شروط صحة عقد الزواج وتحديدا موانع الزواج، أو دراسة "زواج المسلم بغير المسلمة"[5]. ولهذا، فإن الجديد من هذه الدراسة هو إحداث مقارنة بين التشريعات المغاربية الأسرية –الجزائر، المغرب، وتونس–[6]، وكيف تناولت هذه المسألة الحساسة. مع عرض حكمها من المنظور الشرعي، وأيضا الموقف الدولي، وأيّهما سارت على نهجه هذه التشريعات خاصة في ظل تعديل دساتيرها ومواكبتها للتطورات والمستجدات المستحدثة، وكذا مدى تأثير الضغوطات الدولية والحركات النسوية، التي كان لها انعكاس على التشريعات الأسرية سواء من خلال اتخاذ قرارات حكومية أو بالاتجاه نحو رفع التحفظات، وحتى انعكاسها على الصعيد القضائي.

وتبعا لذلك، فإنّ الأهداف المرجوة من هذه الدراسة تكمن في التأكيد على أنّ التمييز بين الرجل والمرأة على أساس الدين، فيه حماية للمرأة ورفعا لشأنها لا تمييزا لها ولا تقليلا لأهميتها، فمنع زواجها بغير مسلم له أسبابه ودوافعه. وبيان أنّ ما هو ثابت شرعي لا ينبغي المساس به لصلاحه لكل مكان وزمان. وأنّ المسائل الخاصة بأحكام الأسرة حساسة، فينبغي معالجتها وتنظيمها بدقة وحذر لكي لا تترتب عنها آثار وخيمة تلقي بظلالها عليها وعلى المجتمع كله. وأنّه لا بد من مراعاة أحكام الشرع والنظام العام والآداب العامة، لا الانبهار بما تدعيه المجتمعات الدولية والحركات التحررية تحت مسمى الحرية وعدم التمييز. كما وأنّها تهدف إلى عرض التشريعات المغاربية للأسرة –وعلى وجه الخصوص الجزائر، المغرب، وتونس– لمعرفة ما إذا تمسك مشرعوها بالثابت الشرعي، أم أنّهم رضخوا وسايروا مطالب المجتمع الدولي بتبنيهم لما أقرته المعاهدات والاتفاقيات الدولية سيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[7]. والأهم كيف يتعامل القضاء المغاربي مع زواج مسلمة بغير مسلم، فهل يقر بصحة هذا الزواج؟ أم يعتبره زواجا باطلا لمخالفته للنظام العام؟ [ii]

---

[5]– البندري بنت عبد الله الجليل، زواج المسلم بغير المسلمة والآثار المترتبة عليه، –دراسة فقهية–، الجزء 04، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، طنطا، مصر، 2017، العدد 32، ص. 1518 وما بعدها.

[6]– صدرت مجلة الأحوال الشخصية التونسية بالأمر المؤرخ في 13/ 08/ 1956، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، الصادر في 17/ 08/ 1956، ص. 1544–1554؛ ظهير شريف رقم 1.04.22، الصادر في 03/ 02/ 2004، المتعلّق بتنفيذ القانون رقم 70.03، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، جريدة رسمية 5184، الصادرة في 05/ 02/ 2004، ص. 418؛ الأمر 05/ 02، المؤرخ في 27/ 02/ 2005، المعدّل والمتمّم للقانون 84/ 11، المؤرخ في 09/ 06/ 1984، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15، الصادرة بتاريخ 27/ 02/ 2005، ص. 18.

[7]– اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضها للتوقيع والتصديق والانضمام بالقرار 180/ 34، في 18/ 12/ 1979، ودخلت حيز التنفيذ في 03/ 09/ 1981.

وبعد، فإن الإشكالية الرئيسية تتمحور حول مدى إباحة زواج المسلمة بغير المسلم من عدمه في ظل القوانين المغاربية للأسرة؟

وللإجابة عن ذلك، تم الاعتماد على المنهج العلمي الاستقرائي التحليلي باستقراء الأقوال وتحليلها وتفسيرها ونقدها بعرض الأدلة ومناقشتها والترجيح بينها. وكذا المنهج العلمي المقارن لكون الدراسة قائمة على المنظور الشرعي والتوجه الدولي، وأيضا على مقارنة مواقف التشريعات الأسرية –الجزائر، المغرب، وتونس–، فيما بينها، وأي مسلك انتهجت. ولا غنى عن المنهج العلمي التاريخي لكون المسألة تضرب بجذورها إلى الشريعة الإسلامية والتي تعتبر مصدرا أساسيا لقانون الأسرة، ولكونها أيضا تقوم على دراسة مواقف المشرعين –قبل وبعد–، لبيان مدى تمسكهم بالثابت الشرعي أو تراجعهم إرضاء للمجتمع الدولي.

وإزاء هذا وذاك، تقسم الدراسة كالتالي:

المطلب الأول: زواج المسلمة من غير المسلم بين المنظور الشرعي والتوجه الدولي

المطلب الثاني: موقف التشريعات المغاربية للأسرة من زواج المسلمة بغير المسلم...بين الحظر والإباحة

المطلب الأول: زواج المسلمة من غير المسلم بين المنظور الشرعي والتوجه الدولي

إن أفضل أنواع الزواج ما تلاقت عليه الرغبات، وخلصت له القلوب، فيبسط على الحياة الزوجية نسيج السكن والمودة والرحمة، لتطيب الحياة ويسعد الأبناء والأسرة على حد السواء. وإن ذلك لا يتحقق في الإسلام إلاّ إذا اتفق الزوجان في الدّين والعقيدة، وكانا مسلمين يأتمران بأمر الإسلام وينتهيان بنهيه[8]. ولهذا، ولعدّة اعتبارات أخرى عمدت الشريعة الإسلامية إلى جعل مانع الإسلام مانعا مؤقتا، فلا يجور للمسلمة الزواج بغير المسلم اللّهم إلاّ إذا زال المانع باعتناقه الدّين الإسلامي (الفرع الأول).

والحقيقة أن هذا الحكم أثار حافظة المجتمع الدولي والحركات التحررية، فاعتبروا أن قيد الدّين في الزواج يشكّل مساسا صارخا بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وتمييزا بينهما على أساس ديني، كما يعتبر خرقا لمبدأ الرضائية في عقد الزواج (الفرع الثاني).

[8]– محمود شلتوت، الفتاوى، دراسات لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة–، الطبعة 08، دار الشروق، القاهرة، مصر، 1975، ص. 276

الفرع الأول: المنع المؤقت لزواج المسلمة من غير المسلم شرعا –الأسباب والدوافع–

اتفق الفقهاء على عدم جواز تزويج المسلمة بغير المسلم سواء أكان مشركا أو كتابيا، مستدلين في ذلك من الكتاب بقول الله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾[9].

فقد نزلت هذه الآية في جماعة مشركي العرب الذين هم أهل أوثان، فحرّم نكاح نسائهم، كما يحرّم أن ينكح رجالهم المؤمنات، وهي ثابتة ليس فيها منسوخ[10]. كما يثبت هذا التحريم مصداقا لقوله عز وجلّ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾[11].

وفي نفس السياق، سار مجمع الفقه الإسلامي باعتباره أنّ: "زواج المسلمة بغير المسلم ممنوع شرعا بالكتاب والسنّة والإجماع. وإذا وقع فهو باطل، ولا تترتب عليه الآثار الشرعية المترتبة على النكاح، والأولاد المولودون عن هذا الزواج غير شرعيين، ورجاء إسلام الأزواج لا يغيّر من هذا الحكم شيئا"[12].

وعلى هذا، فحرمة زواج المسلمة من غير المسلم ثابتة وقطعية. وفي حالة ما إذا أسلمت الزوجة وامتنع زوجها عن الدخول في الإسلام يفرّق بينهما لاختلاف الدّين وكانت فسخا. أمّا إذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده، فالنكاح باق بحاله، لأنّه للمسلم أن يبتدئ نكاح كتابية، فاستدامته أولى[13]. وإنّ عدم قيام سبب من أسباب التحريم شرط لإنشاء النكاح، وشرط لبقائه، فلا ينشأ النكاح إلاّ إذا خلا الزوجان من أسباب التحريم، ولا يبقى إلاّ ببقاء الخلو من ذلك[14].

غير أنّه ورغم وضوح التحريم، إلاّ أنّه مؤخرا لم تخل هذه المسألة من إثارة الجدل، بالزعم أنّه يمكن للمسلمة الزواج من غير المسلم من أهل الكتاب، بحجة أنّ التحريم يقتصر على الكافر. وأمّا اليهودي

---

[9]– سورة البقرة، الآية رقم 221.

[10]– محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء 06، الطبعة 01، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 2001، ص. 14.

[11]– سورة الممتحنة، الآية رقم 10.

[12]– مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة الأرن، من 8–13 صفر 1407/ 11–16 تشرين الأول 1986، قرار رقم 23، منشور على موقع الإنترنيت: http://islamport.com/w/fqh/Web/2240/25.htm، اطلع عليه بتاريخ 04/ 01/ 2022، الساعة 09 صباحا.

[13]– موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء 10، الطبعة 03، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ص. 32.

[14]– محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1971، ص. 147.

والنصراني، فهم أهل كتاب يؤمنون بالله، والتحريم لا نص عليه[15]. وأنّ هذا المنع يمسّ بحرية الشخص الدّينية وكذا الشخصية في اختيار من ارتضاه شريكا. ناهيك عن الركض وراء التقليد الأعمى للغرب وإرضاء المجتمع الدولي[16].

فللمشككين في سورة البقرة، الآية 221، والقائلين أنّها لا تشمل أهل الكتاب، يرد عليهم بما ورد من الأثر عن السلف، فعن سفيان الثوري عن يزيد بن أبي زياد قال: سمعت زيد بن وهب الجهني يقول: كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول: "إنّ المسلم ينكح النصرانية ولا ينكح النصراني المسلمة"[17]. وما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنّه قال: "إنّ الله عزّ وجلّ بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق ليظهره على الدّين كله، فديننا خير الأديان، وملّتنا فوق الملل ورجالنا فوق نسائهم، ولا يكون رجالهم فوق نسائنا"[18]. وقال يزيد بن عياض وبلغني عن أبي طالب أنّه قال: "لا ينكح اليهودي المسلمة ولا النصراني المسلمة". ويونس عن ربيعة أنه قال: "لا يجوز لنصراني أن ينكح الحرة المسلمة". ومخرمة بن بكير عن أبيه قال: "سمعت عبد الله بن أبي سلمة يسأل هل يصح للمسلمة أن تنكح النصراني؟ قال: لا". وقال ذلك ابن قسيط والقاسم بن محمد قالا: "ولا اليهودي". وسليمان بن يسار وأبو سلمة بن عبد الرحمن قالوا: "فإن فعلا ذلك فرّق بينهما السلطان"[19].

وهو نفس اتجاه الأئمة الأربعة، فالإمام الكاساني الحنفي فسّر الآية بقوله: "والنص وإن ورد في المشركين، لكن العلّة وهي الدعاء إلى النّار يعم الكفرة أجمع، فيتعمّم الحكم بعموم العلّة، فلا يجوز إنكاح المسلمة الكتابي كما لا يجوز إنكاحها الوثني والمجوسي، لأنّ الشرع قطع ولاية الكافرين عن المؤمنين"[20]. وهو ذات التفسير الذي اعتمده الإمام الشافعي بأن قال: "وإن كانت الآية نزلت في تحريم نساء المسلمين على المشركين –من مشركي أهل الأوثان–، فالمسلمات محرمات على المشركين منهم، بالقرآن، بكل حال،

---

[15]– هو تصريح للدكتورة آمنة نصير، أستاذة الفلسفة والعقيدة في جامعة الأزهر، منشور بمقال تحت عنوان: "زواج المسلمة بغير المسلم"..رأي باحثة مصرية يثير جدلا واسعا، بتاريخ 19/ 11/ 2020، على موقع الانترنيت: https://www.google.com/amp/s/amp.dw.com/ar/، اطلع عليه بتاريخ 04/ 01/ 2022، الساعة 10 صباحا.

[16]– سيتم تحليل هذه الفكرة لاحقا من خلال الفرع الثاني المعنون ب: "الموقف الدولي الرافض للتمييز بين الرجل والمرأة على أساس الدّين والعقيدة، من هذا المقال.

[17]– مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، –رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم العتقي–، الجزء 04، دار سدار، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص. 298.

[18]– أبو بكر أحمد بن الحسين ابن علي البيهقي، السنن الكبرى، الجزء 7، الطبعة 01، مؤسسة جواد، بيروت، لبنان، 1415هـ، ص. 172.

[19]– مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، الجزء 02، الطبعة 01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص. 212.

[20]– علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 02، الطبعة 02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986، ص. 271–272.

وعلى مشركي أهل الكتاب، لقطع الولاية بين المسلمين والمشركين، وما لم يختلف النّاس فيه. علمته"[21]. وموقف الإمام مالك جاء صريحا، فتجلى في قوله: "ألا ترى أنّ المسلمة لا يجوز أن ينكحها النصرانيّ ولا اليهوديّ على حال، وهي إذا كانت نصرانية تحت نصراني فأسلمت، إنّ الزوج أملك بها ما دامت في عدّتها، ولو أنّ نصرانيا ابتدأ نكاح مسلمة كان نكاحا باطلا"[22]. وبدوره ابن قدامة الحنبلي ورد عنه: "وإن أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول، تعجلت الفرقة، سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابيّ، إذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة"[23].

فالواضح من هذه الحجج والأدلة، أنّ الآية الكريمة 221 من سورة البقرة، تدلّ صراحة على تحريم المسلمات على عموم الكفار لكفرهم، ولفظ الكفر عام يشمل من ليس بمسلم، فيتناول بعمومه أهل الكتاب وغيرهم. فالعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. وإنّ أساس منع زواج المسلمة بغير مسلم سواء كان مشركا أو من أهل الكتاب، يكمن في الخوف من وقوع المؤمنة في الكفر، لأنّ الزوج يدعوها إلى دينه، والنساء في العادات يتبعن الرجال فيما يؤثروا من الأفعال ويقلدونهم في الدّين، فيدعون المؤمنات إلى الكفر والدعاء إلى الكفر دعاء إلى النّار لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾[24]. فكان نكاح الكافر المسلمة سببا داعيا إلى الحرام، فكان حراما. وإنّ الإسلام يعلو ولا يعلى[25].

وتبعا لذلك، تمسّكت مؤخرا دار الإفتاء المصرية بمانع الدّين لحسم الجدل القائم حول إباحة زواج المسلمة ممن يدين بدين سماوي، من خلال بيان صادر عنها والذي جاء فيه ما يلي: "لا يجوز للمسلمة أن تتزوّج من غير المسلم، وهذا الحكم الشرعي قطعي، ويشكّل جزءا من هوية الإسلام، والعلّة الأساس في هذه المسألة تعبّدية"[26].

وعلى صعيد آخر، وبشأن السماح للرجل المسلم الزواج من الكتابية دون المرأة المسلمة، فذلك لم يكن بهدف التمييز بينهما على أساس الجنس أو الدّين، ولا بغية عدم احترام حرية العقيدة، كما تروج له

---

[21]– أبو بكر بن الحسين بن علي بن عبد الله ابن موسى البيهقي النيسابوري، أحكام القرآن للإمام الشافعي، الطبعة 01، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، 1990، ص. 204.

[22]– مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج. 02...المرجع السابق، ص. 214.

[23]– موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء 10...المرجع السابق، ص. 32.

[24]– سورة البقرة، الآية رقم 221.

[25]– علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، الجزء 02...المرجع السابق، ص. 271.

[26]– بيان دار الإفتاء منشور في مقال تحت عنوان: "دار الإفتاء تحسم الجدل المثار في مصر حول زواج المسلمة من غير المسلم"، بتاريخ 18 نوفمبر 2020، على موقع الإنترنيت: https://www.google.com/amp/s/arabic.rt.com/middle_eastL1174863-، اطلع عليه بتاريخ 04/01/ 2022، الساعة 10:15 صباحا.

بعض الأفكار التحررية العلمانية. وإنّما جاء التحريم لأسباب ودوافع جدّية. حيث أجمع العلماء على أنّه يحق للرجل الزواج من الكتابية، لكون الله عز وجلّ أحلّ لأهل الإسلام مؤاكلة أهل الكتاب ومصاهرتهم في قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾[27].

فالأصل إباحة زواج المسلم من ذات الدّين السماوي، على أن يتم التأكّد من أنّها فعلا تدين بدين سماوي، وتؤمن بالله ورسالاته والدار الآخرة، وأن تكون محصنة بمعنى مستقيمة وعفيفة عن الزنا، بعيدة عن الشبهات، مصداقا لقوله تعالى: ﴿مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ﴾[28]، وأن لا تكون من قوم يعادون المسلمين ويحاربونهم، حتى لا يؤدّي هذا الزواج إلى الفتنة ولا إلى الضرر[29].

وبهذا يمنع على الرجل الزواج من كافرة وإلاّ عدّ زواجه منها باطلا بطلانا مطلقا، لأنّه محرم بنص القرآن الكريم لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾[30]. والحكمة من هذا التحريم واضحة وهي عدم إمكانية التلاقي بين الإسلام والكفر، فعقيدة التوحيد الخالص تناقض عقيدة الشرك المحض، فهما على طرفي نقيض. وأمّا الكتابية، فتلتقي مع المسلم في الإيمان ببعض المبادئ الأساسية، مع الاعتراف بإله، والإيمان بالرسل واليوم الآخر، فوجود نواحي الالتقاء على هذه الأسس يضمن توفير حياة زوجية مستقرة غالبا، ويرجى إسلامها، لأنّها تؤمن بكتب الأنبياء والرسل.

هذا وتجدر الإشارة، أنّه وبالرغم من أنّ الأصل هو جواز زواج المسلم مع الكتابية، إلاّ أنّ هناك من يرى أنّه في بعض الحالات يكون من الأفضل سد باب الزواج من غير المسلمات، لأنّه إذا تحوّل إلى ظاهرة اجتماعية مألوفة، فإنّ عددا كبيرا من النساء المسلمات سيحرمن من الزواج، خاصّة وأنّ المسلمة لا يسمح لها بالارتباط من غير مسلم. وإذا تزوّج قلّة المسلمين المقيمين في بلد أجنبي بالأجنبيات، فهذا سيلحق ضررا بالمرأة المسلمة التي تتعرّض إمّا للزواج بغير مسلم، أو للانحراف، أو البقاء بدون زواج[31].

---

[27]- سورة المائدة، الآية رقم 05.

[28]- سورة النساء، الآية رقم 25.

[29]- يوسف القرضاوي، زواج المسلم في الغرب مقيّد بشروط من كتابية وغير جائز مطلقا من بهائية، مقال نشر بتاريخ 25-10-2011، على موقع الإنترنيت: https://www.google.com/amp/s/alghad.com/، اطلع عليه بتاريخ 04/01/2022، الساعة 11.15 صباحا.

[30]- سورة البقرة، الآية رقم 221.

[31]- يوسف القرضاوي، فتاوى وأحكام زواج المسلم من الكتابية، 2014/03/24، منشور على موقع سماحة الشيخ: https://www.al-qaradawi.net/، اطلع عليه بتاريخ 2022/01/04، الساعة 11.15 صباحا.

فعمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يرى صحة نكاح أهل الكتاب، إلاّ أنّه كان يكره هذا النكاح لأمرين: الأوّل، لأنّ الأولاد سيتأثرون بدين أمّهم، ولذلك اعتبر عمر هذه المرأة الكتابية جمرة من الخطر أن يضمّها بيت مسلم لاحتمال إشاعة الحريق فيه. والثاني، لأنّ في ذلك كساد للنساء المسلمات وترويجا لنساء أهل الكتاب[32].

وبخصوص الحكمة من أنّ المسلم يتزوّج بالكتابية دون السماح للمسلمة من الزواج بالكتابي، فذلك اعتدادا بقوة تأثير الرجل على المرأة، إذ في زواج المسلم منها ترغيبا لها في الإسلام، وتقريبا بين المسلمين وأهل الكتاب، وتوسيعا لدائرة التسامح والألفة وحسن العشرة بين الطرفين. ولأنّ المسلم يؤمن بكل الرسل وبالأديان في أصولها الصحيحة، فلا خطر منه على الزوجة في عقيدتها أو مشاعرها، فهو مأمور باحترام عقيدتها، ولا يجوز له أن يمنعها من ممارسة شعائر دينها. كما أنّ الله جلّت قدرته، جعل الرجال قوّامون على النساء في قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾[33]، ولأنّ النساء في العادة يتبعن الرجال فيما يأتونه من الأفعال ويقلّدونهم في الدّين، فمن شأن ذلك أن يدفعها وأولادها إلى إتباع دينه، وفي ذلك ضمان وحماية للأسرة من الانهيار[34].

وأمّا إذا تزوّج غير مسلم من مسلمة، فإنّ عنصر الاحترام لعقيدة الزوجة يكون مفقودا، وحتى إذا لم يصرّح بذلك أمام زوجته، فستظل تعيش تحت وطأة شعور عدم الاحترام[35]، وقد يتناول نبيّها بالإساءة والتجريح لأنّه لا يؤمن به[36]. كما أنّه يشرب الخمر ويزور الكنائس، فيؤثر ذلك عليها ويفتنها عن دينها، فتستجيب له ضعفا وخوفا[37].

وزيادة على ذلك، فإنّ الاختلاف في العقيدة سيؤثر على الأولاد الناجمين عن هذا الزواج، والذين سيجدون أنفسهم متذبذبين بين حضارة الأب بجميع مكوّناتها الدّينية والعقائدية واللغوية، وحضارة الأم المختلفة تماما والمتعارضة في كثير من الأحيان، خاصّة وأنّ الأخطر من ذلك عندما نجد حضارة الأم الغربية غير الإسلامية هي دائما التي تستميل الأطفال لقربهم من أمّهم في مرحلة الطفولة، فضلا عن أنّ الإقامة في الدول الغربية تهيئ المناخ الملائم لإتباعها. وأثر اختلاف الدّين لا يشمل على تبعة الأولاد فقط،

---

[32]– أبو بكر أحمد بن الحسين ابن علي البيهقي، السنن الكبرى...المرجع السابق، ص. 172.

[33]– سورة النساء، الآية رقم 34.

[34]– أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الصغير، السّفر الثالث، تحقيق –عبد المعطي أمين قلعجي–، الطبعة 01، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 1979، ص.47.

[35]– المجلس الإسلامي للإفتاء، ما هو حكم زواج المسلمة بغير المسلم؟، 2007/05/18، منشور على موقع الإنترنيت: http://www.fatawah.net/Fatawah/66.aspx، اطلع عليه بتاريخ 2022/01/04، الساعة 11.30 صباحا.

[36]– محمد الغزالي، حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، دار المعرفة، الجزائر، 2001، ص.88.

[37]– العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 90.

وإنّما ينصرف إلى الميراث، فحتى لو اعتبر زواج المسلم بمن تدين بدين سماوي صحيحا، فإنّه يمنع التوارث بينهما لكون اختلاف الدين يعدّ سببا من أسباب منع التوارث بين الزوجين لإتباعها[38].

وعليه، فإنّ حرمة زواج المسلمة بغير المسلم سواء كان مشركا أو كتابيا قطعية وثابتة شرعا، ومن تزوّجت غير مسلم معتقدة التحريم، فقد أتت بابا من أبواب الكبائر، وعدّ زواجها باطلا[39]. وإنّ أي دعوة للاجتهاد لتجاوز مشاكل الواقع –بحكم أنّ زواج المسلمات بغير المسلمين أضحى واقعا– لا ينبغي أن تكون على حساب الثوابت الشرعية ولا النظام العام.

ومع ذلك، ونظرا للانفتاح الذي فرضته العولمة والاتفاقيات الدولية، من المهم تحرّي الموقف الدولي من منع زواج المسلمة بغير المسلم؟

الفرع الثاني: الموقف الدولي الرافض للتمييز بين الرجل والمرأة على أساس الدين والعقيدة

تحظى حرية العبادة والمعتقد بدرجة القاعدة الملزمة في حقوق الإنسان الكونية بالنظر إلى كونها خاصية ملازمة للكائن البشري. لذا يمنع كل تمييز ناتج عن اللون أو الجنس أو الرأي أو المعتقدات، وهذا ما تضمنه الإعلان بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدّين أو المعتقد[40]، وأيضا ما نصت عليه المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[41].

فقيد الدّين من القيود التي اعتبرتها المواثيق الدولية من أكثر مظاهر التمييز بين البشر، وحاولت جاهدة محاربته عالميا بكل الطرق حتى تتحقّق المساواة ويشيع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات

---

[38]– سارة بن شويخ، أثر اختلاف الدّين بين الزوجين على بعض مسائل الزواج والطلاق، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015، عدد 19، ص. 144 وما بعدها.

[39]– جيلالي تشوار، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات لدولية المتعلّقة بحقوق المرأة الأسرية، –بين التراجع والتمسك–، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، العدد 12، ص. 17.

[40]– تؤكّد المادة الثالثة من الإعلان بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد على أنّ التمييز بين البشر على أساس الدين يشكل إهانة للكرامة الإنسانية وإنكارا لمبادئ ميثاق الأمم المتحدة ويجب أن يشطب بوصفه انتهاكا لحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي نادى بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والواردة بالتفصيل في العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان وبوصفه عقبة في وجه قيام علاقات ودية وسلمية بين الأمم، وتضيف المادة الثانية من نفس الإعلان: "وتتعهد كل دولة طرف في الاتفاقية الحالية باحترام وتأمين الحقوق المقررة في الاتفاقية الحالية لكافة الأفراد ضمن إقليمها والخاضعين لولايتها دون تمييز من أي نوع سواء كان ذلك بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الديانة. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 55/36 المؤرخ في 13 نوفمبر 1981، أنظر، الإعلان على الموقع الإلكتروني للجمعية العامة للأمم المتحدة: http://www.un.org/arabic/documents/instruments/docs_ar.asp ?type=declarat

[41]– الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد ونشر بقرار الجمعية العامّة 217 ألف (د–3)، المؤرخ في 1948/12/10، نصت المادة 16 منه على أنّه: " للرجل والمرأة، متّى أدركا سن البلوغ، حق التزوّج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدّين. وهما متساويان في الحقوق لدى التزوّج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله؛ لا ينعقد الزواج إلاّ برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه؛ الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتّع بحماية المجتمع والدولة ".

الأساسية للجميع دون أي شكل من أشكال التمييز ولا تفريق بين الرجال والنساء[42]. وهذا يظهر بوضوح من خلال اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو"[43]، إذا جاء في المادة 15 منها على أن: 1- تعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون. 2- تكفل للمرأة بوجه خاص حقوقا مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود".

وورد في المادة 16 من نفس الاتفاقية ما يلي: "1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

- نفس الحق في عقد الزواج؛
- نفس الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلاّ برضاها الحر الكامل".

وإذا كان ضمان الحق في الزواج يظهر بوضوح من خلال اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة، فإنّ هذا الحق أصبح فيما بعد موضوع اتفاقية دولية خاصّة بشأن الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقوده، المعروفة باتفاقية نيويورك[44]، والتي تناولت الأوجه المتعدّدة لضمان حق الزواج كيفما أقرّته بصفة عامّة المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

وقد استمرت دعوة الأمم المتّحدة إلى المساواة بين الجنسين في أمور الزواج من خلال عدّة مؤتمرات كانت تستهدف الأسرة بشكل عام والمرأة بشكل خاص، أهمّها المؤتمر العالمي الرابع للمرأة الذي أصدر إعلان بكين سنة 1995 للتضامن من أجل المساواة بين الجنسين والتنمية والسلام، حيث أكّدت الحكومات المشتركة في هذا المؤتمر التزامها بمضاعفة الجهود لضمان تمتّع جميع النساء والفتيات اللاتي يواجهن عقبات متعدّدة –تحول دون تمكينهن والنهوض بهن بسبب عامل مثل الأصل العرقي أو السن أو اللغة أو الثقافة أو الدّين–، تمتّعا كاملا بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية.

بالإضافة إلى المؤتمر العالمي الخامس للمرأة بكين سنة 2000 الذي خصّص لدراسة تطبيق التوصيات الصادرة عن مؤتمر بكين حول المرأة 1995، وذلك تحت شعار "المرأة 2000 المساواة بين الجنسين والتنمية والسلام في القرن الحادي والعشرين". وقد أكّد هذا المؤتمر على مبدأ المساواة بين

---

[42]- حفصة الوهابي، أثر الاتفاقيات الدولية بشأن اختلاف الدّين في القانون المغربي، 01/ 10/ 2013، منشور على موقع الانترنيت: http://www.marocdroit.com/photo/art/default/5917812-8817494.jpg، تاريخ الإطلاع 01/05/ 2022، الساعة 08:15.

[43]- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضها للتوقيع والتصديق والانضمام بالقرار 180/ 34، في 18/ 12/ 1979، ودخلت حيز التنفيذ في 03/ 09/ 1981.

[44]- اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، وقد عرضت للتوقيع والتصديق بقرار الجمعية العامة 1763 أ/ د- 17 المؤرخ في 07/ 11/ 1962، ودخلت حيز التنفيذ 09/ 12/ 1964.

الجنسين، كما حث الدول على الحدّ من نطاق التحفظات التي تبديها بشأن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وعلى صياغة هذه التحفظات بأكبر قدر ممكن من الدقّة وفي أضيق نطاق ممكن لضمان ألاّ تكون التحفظات غير متّفقة مع غرض الاتفاقية، وهدفها، أو مخالفة كذلك للقانون الدولي للمعاهدات، وعلى مراجعة تحفظاتها على نحو منتظم من أجل سحبها، وعلى سحب التحفظات التي تكون مخالفة لغرض الاتفاقية، وهدفها، أو التي لا تتفق مع القانون الدولي للمعاهدات.

ولم يقتصر تكريس مبدأ عدم التمييز بين الجنسين على المواثيق الدولية، وإنّما أكّد عليه أيضا إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان، الذي اعتبر أنّ جميع النّاس متساوون في أصل الكرامة الإنسانية، وفي أصل التكليف والمسؤولية دون تمييز بينهم بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو المعتقد الديني أو الانتماء السياسي أو الوضع الاجتماعي أو غير ذلك من الاعتبارات[45]. وهو نفس الأمر الذي أكّده الميثاق العربي لحقوق الإنسان، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب[46].

فمن خلال ما تقدّم، يتجلّى أنّ الموقف الدولي صريح في المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة، وعدم التمييز بينهما فيما يتعلّق بالتمتّع بحقوق الإنسان والحريات الأساسية سواء كان هذا التمييز بسبب اللون أو الجنس، أو العرق، أو اللغة أو الدّين. وصريح أيضا في رفع كل القيود عن المرأة في الزواج، فلها كامل الحرية في أن تختار شريك حياتها دون أيّة قيود دينية.

فهذه الاتفاقيات قد وضعت قواعد أساسية لضمان التمتّع بالحقوق والحريات، أساسها إلغاء الاعتبار الدّيني في هذا الأمر، لأنّه يشكّل مساسا بحقوق الإنسان المعترف بها دوليا، وتقتضي حرية المرأة ومساواة حقوقها بالرجل حسب هذه الاتفاقيات التي صادقت الدول المغاربية على غالبيتها تمتّعها بنفس الحرية في اختيار شريك حياتها، وهذا ما لا يتحقّق في ضوء منع زواج المسلمة من غير المسلم[47].

---

[45]- المادة الأولى من إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام، المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان الدورة الرابعة، جنيف 19 أفريل- 7 ماي 1993.

[46]- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، تمت إجارته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18 في نيروبي (كينيا)، يونيو 1981، جامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان، على موقع الانترنيت: http://hrlibrary.umn.edu/arab/a005.html، اطلع عليه بتاريخ: 2022/01/05، الساعة 10:40.

[47]- صادقت تونس على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 1968/11/29؛ وصادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، جريدة رسمية رقم 64، المؤرخة في 1963/09/10.، وانخرطت تونس في اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج دون أي تحفظ بمقتضى القانون عدد 41 لسنة 1967 المؤرخ في 1967/11/21، ونشرت بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 19، الصادر بتاريخ 10/ 05/ 1968، ص. 559؛ ولم يصادق عليها المغرب؛ وصادقت عليها الجزائر.، وأمّا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة، فصادقت عليها تونس بموجب القانون عدد 68 لسنة 1985، المؤرخ في 12/ 07/ 1985؛ وصادق عليها المغرب بمقتضى ظهير رقم 4. 93. 2، في 1993/06/21؛ كما صادقت عليها الجزائر في 22/ 01/ 1996 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 02 رمضان 1416 الموافق 1996/01/22، جريدة رسمية رقم 06، المؤرخة في 24/ 01/ 1996، ص. 04.

وعلى ذلك، اختلاف الدّين بين الجنسين لم يكن بمانع من موانع الزواج في الدول الأجنبية، غير أنّ الأمر على خلاف ذلك في القوانين العربية، فلا يزال يحتل الدّين مكانة كبيرة وهامّة في مسائل الأحوال الشخصية، ولا سيما مسائل الزواج. فهل تمسكت التشريعات المغاربية للأسرة بالحرمة القطعية الثابتة لزواج المسلمة بغير المسلم؟ أم أنّها تراجعت مسايرة الاتفاقيات الدولية، فرفعت مانع الدّين؟

المطلب الثاني: موقف التشريعات المغاربية للأسرة من زواج المسلمة بغير المسلم..بين الحظر والإباحة

ممّا لا شك فيه، أنّ الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا أساسيا للقوانين الأسرية، وأنّ منع زواج المسلمة من غير المسلم هو منع قاطع من الناحية الشرعية، فهل يعني ذلك أنّ كل من المشرعين الجزائري، المغربي، والتونسي ساروا على نهج الشريعة الإسلامية؟ أم أنّهم خرجوا عنها وساروا على درب الاتفاقيات الدولية المصادق عليها؟

والحقيقة، أنّه بدراسة مواقف التشريعات المغاربية للأسرة نجد أنّها جاءت مختلفة ومتباينة، فمنها من تمسك بالثابت الشرعي من خلال منع زواج المسلمة من غير المسلم منعا مؤقتا (الفرع الأول). ومنها من جاء موقفه متأرجحا بين الحظر تارة، والإباحة تارة أخرى (الفرع الثاني). وآخر سكت عنها، ليحسم قضاءه الموقف، معلنا صراحة تبنيه لما جاءت به الاتفاقيات الدولية بعد فترة من التضارب في قراراته، إلى أن تأكد ذلك بقرار حكومي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تمسّك المشرع الجزائري بموقفه المانع لزواج المسلمة من غير المسلم

عملا بمبادئ الشريعة الإسلامية، نص المشرع الجزائري صراحة بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 30 من قانون الأسرة على المنع المؤقت لزواج المسلمة بغير المسلم، دون أن يتعدّاه إلى الرجل.

ولخلق الملائمة والتوازن بين مصادقته على اتفاقية سيداو، وبين ما تضمنه الدستور الجزائري المعدّل لسنة 2020، وخاصة المادة 154 منه النّاصة على أنّ: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشّروط المنصوص عليها في الدّستور، تسمو على القانون"[48]. وحفاظا منه على

[48]– المرسوم الرئاسي رقم 20–442، المؤرخ في 15 جمادى الأول 1442هـ، الموافق 30 ديسمبر 2020، والمتعلّق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، جريدة رسمية عدد 82، الصادرة بتاريخ 15 جمادى الأول 1442هـ، الموافق 30 ديسمبر 2020؛ والمعدّل والمتمّم للقانون رقم 16–01، المؤرخ في 06/ 03/ 2016، جريدة رسمية عدد 14، الصادرة 07/ 03/ 2016، المعدّل والمتمّم للمرسوم الرئاسي رقم 96–438، المؤرخ في 07/ 12/ 1996، والمتضمن الدستور الجزائري، جريدة رسمية عدد 76، المؤرخة في 08/ 12/ 1996.

خصوصية تقنينه الأسري وعدم مساسه بالثوابت الشرعية، عمد إلى إبداء تحفظه على بعض مواد اتفاقية سيداو ومنها أيضا المادة 16، فأبقى على مانع زواج المسلمة بغير المسلم[49].

فهذه التحفظات التي تجد سندها في المادة 28 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، تدخل ضمن إجراءات سيادة الدولة للإدلاء بخصوصيتها الحضارية والثقافية وحتى الدّينية –كما هو الحال في هذه المسألة–، ولهذا هي تسمح للدول العربية بالدخول ومسايرة التطورات الدولية والانفتاح على العالم الخارجي في الحدود التي تسمح بها هويتها العربية وتعاليمها الدّينية.

ومع ذلك، هناك من الفقه من يعتبر عدم صحة هذه التحفظات لكونها منافية لموضوع وهدف المعاهدة، حسبما نصت عليه المادة 19 من اتفاقية فينا، وكذا الفقرة الثانية من المادة 28 من اتفاقية سيداو. وهذا من شأنه أن يفرغ الاتفاقية من أصلها، فيجعلها عديمة المعنى نصا وتطبيقا[50]. إذ أنّ التحفظات والبيانات العامّة التي تهدف من خلالها الدول إلى تغيير المفعول القانوني للمقتضيات ذات الصلة بحرية اختيار الشريك تتناقض كليا مع التزامات هذه البلدان الدولية من أجل النهوض بالسلم والمساواة وحقوق الإنسان[51].

فأمام هذا وذاك، يحسب للحكومة الجزائرية أنّها لم ترفع تحفظها على كامل المادة 16 من الاتفاقية، إذ أنّ المشرع وبمناسبة تعديله لقانون الأسرة سنة 2005، تراجع عن تحفظه في نصوص وتمسّك به في نصوص أخرى، كتمسّكه بمنع زواج المسلمة بغير المسلم[52].

وبخصوص من يرى أنّه لا يمكن الإنكار أنّ نتائج العولمة خلقت الالتقاء بين أشخاص ذوي ديانات وثقافات مختلفة، فأصبح من السهل زواج المسلمين بغير المسلمات، والمسلمات بغير المسلمين على حد السواء. ودون التضخيم من هذه الظاهرة ولا الإنقاص من قيمتها لوجودها في مجتمعاتنا، فإنّ منع زواج المسلمات بغير المسلمين يخلق حالات التمزّق ويفرض على الشريك اعتناق الإسلام[53]، ويخلق التمييز بين المنتمين للوطن الواحد، ويخالف فلسفة الدولة الحديثة التي تشترط في المواطنة مساواة الجميع أمام القانون[54].

---

[49]– جيلالي تشوار، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية...المرجع السابق، ص. 03-04-17.

[50]– جيلالي تشوار، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية...المرجع السابق، ص. 04-05.

[51]– مجموعة 95 المغاربية من أجل المساواة، دليل من أجل المساواة في الأسرة المغاربية، منشورات مجموعة 95 المغاربية، المغرب، ماي 2003، ص. 66،67.

[52]– جيلالي تشوار، تحفظات الجزائر...المرجع السابق، ص. 12 وما بعدها.

[53]– مجموعة 95 المغاربية من أجل المساواة...المرجع السابق، ص.64.

[54]– مجموعة 95 المغاربية من أجل المساواة...المرجع السابق، ص.68.

فإنّ هذا القول مردود عليه، نظرا لقطعية الحكم الذي يمنع زواج المرأة المسلمة بغير المسلم في الشريعة الإسلامية وبالتالي لا اجتهاد مع النص[55]. وتعدّ هذه المسألة من الثوابت الشرعية، فلا يجوز مخالفتها أو تجاوزها[56]. فحتى لو كان هذا الزواج صحيحا في نظر القانون الأجنبي، فإنّه يعتبر باطلا طبقا للقانون الجزائريّ[57]، وأساس هذا البطلان هو مخالفة الشروط الموضوعية المقرّرة في التقنين الأسري والقاضي بعدم جواز زواج المسلمة من غير المسلم.

وبدوره القضاء الجزائري، لا يزال متمسّكا بمانع الدّين، فمثلا قضت المحكمة العليا بتاريخ 12/ 04/ 2012 بما يلي: "المبدأ يحق للزوجة المسلمة طلب التطليق، في حالة ارتداد الزوج عن دين الإسلام؛

يحكم القاضي، فورا، بين الطرفين، مراعاة للنظام العام"[58].

والحق، أنّه كان من الأجدر أن تحكم ببطلان الزواج لردة الزوج لا التطليق، كون أن الزواج وإن نشأ صحيحا إلاّ أنّه أضحى مخالفا للنظام العام ولمقتضيات المادة 32 من قانون الأسرة، فوجب بطلانه سواء بطلب الزوجة أو كل من له مصلحة في ذلك أو بتدخل من النيابة العامة.

ولأنّ المنع مؤقت، يزول بزوال سببه، نص المشرع بمقتضى المادة 31 من قانون الأسرة على أنّه: "يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية". والمقصود هنا رخصة إدارية مسلمة من السيّد والي الولاية بناء على التعليمة الوزارية رقم 02، الصادرة بتاريخ 11/ 02/ 1980. إذ اشتملت هذه التعليمة على ثلاث فقرات، فتضمنت الفقرة ج والأخيرة منها نصا مفاده أنّه لا يمكن للوالي منح الترخيص للأجنبي المقبل بالزواج من جزائري إلاّ بعد تحقيق وموافقة الأجهزة الأمنية المسؤولة حول سلوك الأجنبي، كما نصت على أنّه يمنع زواج الجزائرية بأجنبي غير مسلم[59]. هذا ولا تسلّم الرخصة الإدارية إلاّ بعد الحصول على شهادة تثبت إسلام الطرف الأجنبي، تصدر عن مدير الشؤون الدينية والأوقاف، بعد أن يتأكد الأخير من استيفاء كل الوثائق والإجراءات اللازمة والتي نظمها القرار 580 المؤرخ في 16 سبتمبر 2019، والمحدّد لشروط وكيفيات إصدار شهادة إثبات الإسلام وشهادة اعتناق الإسلام.

---

[55]– يراجع الحكم الشرعي لزواج المسلمة من غير مسلم، والحكمة من هذا المنع من خلال المطلب الأول من هذا المقال.

[56]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، –الزواج والطلاق بعد التعديل–، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 34–35.

[57]– تنص المادة 32 من ق. أ. ج. على أن: "يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

[58]– محكمة عليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، 12/ 04/ 2012، ملف رقم 699785، مجلة المحكمة العليا، 2012، العدد 02، ص.274.

[59]– عيسى معيزة، الرخصة الإدارية في زواج الجزائريين بالأجانب على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 07، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2019، عدد 02، ص.367 وما بعدها.

وبعد، يتضح موقف المشرع الجزائري المتمسّك بمانع الدّين في زواج المسلمة بغير المسلم، وعدم رضوخه لضغوطات المجتمع الدولي والحركات النسوية التحررية فيما يخص هذه المسألة، على خلاف المشرع المغربي الذي جاء موقفه متأرجحا. فكيف ذلك؟

الفرع الثاني: تأرجح الموقف المغربي بين التمسّك بالثابت الشرعي، ومسايرة الاتفاقيات الدولية

في البداية جاء موقف المشرع المغربي واضحا وصريحا بخصوص منع زواج المسلمة بغير المسلم، حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة 39 من مدونة الأسرة على أنّ: "موانع الزواج المؤقتة هي:...4- زواج المسلمة بغير المسلم، والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية".

وتبعا لذلك، أصدرت وزارة العدل المغربية منشورا ينص على أنّ الإذن لمعتنق الإسلام بالزواج يخضع لما يلي[60]:

- إذا طلب من القاضي الإذن في عقد الزواج من ذكر، يتعيّن عليه قبل تخويله إجراء بحث عن وجود موانع أم لا؛
- يحرّر القاضي تقريرا يتضمن ما أنتجه البحث؛
- يرفع التقرير إلى وزارة العدل بواسطة وكيل الدولة؛
- ينتظر القاضي الإذن أو عدمه من الوزارة.

ولكنه، نظرا لتكاثر الطلبات التي تتلقاها الوزارة مباشرة من مختلف أنحاء المملكة وتحمل المعنيين بها مشاق التردّد عليها، أصبح إصدار هذا الإذن من صلاحية الوكلاء العامين للملك لدى محاكم الاستئناف بالنسبة للطلبات المقدّمة إلى القضاة الذين يباشرون مهامهم بدائرة نفوذ هذه المحاكم[61].

ففي الوهلة الأولى، يتضح جليّا أنّ المشرع المغربي وعلى غرار الشريعة الإسلامية، منع زواج المسلمة من غير المسلم منعا مؤقتا بموجب الفقرة الرابعة من المادة 39 من المدونة، بل واعتبره زواجا باطلا في حال حدوثه حسب مقتضيات المادة 57 منها. علما وأنّه بإسلام الكافر أو الكتابي يزول المانع، ويرجع حق المرأة في إبرام عقد زواجها معه، بعد التأكد من احترام بعض الإجراءات التي فرضتها وزارة العدل قصد معرفة ما إذا كان معتنق الإسلام جادا في إسلامه ولا يريد التحايل على القانون[62].

---

[60]- إبراهيم زعيم، الزواج المختلط -ضوابطه وإشكالاته-، مجلة القضاء والقانون، وزارة العدل، المغرب، 2005، عدد 147، ص. 56.

[61]- محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، - عقد الزواج وآثاره -، الطبعة 02، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2009، ص. 150.

[62]- محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، الطبعة 01، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2005، ص. 134.

وعملا بمقتضيات المادتين 39 و57 من مدونة الأسرة، قضت المحاكم المغربية ببطلان زواج مغربية مسلمة وأجنبي غير مسلم بقوة القانون، ولمخالفته النظام العام، رافضة طلب تذييل عقد زواج مدني بالصيغة التنفيذية[63].

غير أنّه، ولأنّ الدستور المغربي[64] أقرّ التزامه باحترام حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا[65]، وأنّ هذا الالتزام يجعله عضوا مؤثرا ومتأثرا بما تقرّره المجموعة الدولية في كل ماله علاقة بحقوق الإنسان، كما يفرض عليه احترام العهود والمواثيق الدولية. بل يفرض عليه إعطاءها الأولوية على التشريع الوطني، وذلك تطبيقا لمبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الوطنية المنصوص عليه دستوريا[66]، فلا شك أنّ هذا المبدأ سيطرح إشكالية مدى ملائمة التشريع الوطني مع الحقوق المضمنة بالاتفاقيات الدولية، والتي من بينها الحق في الزواج دون تمييز ديني.

إذ تتجلّى عدم الملائمة، في كون أنّه بينما تحتفظ المواثيق الدولية بمفهوم المساواة والعدالة بين الجنسين دون التمييز بسبب الدّين، ويتم الحديث عنها في الدستور على أنّها واحدة من مبادئ الدولة. فإنّ المادة 39 من مدونة الأسرة لم توضع على أساس من المساواة الكاملة، وذلك بنصها على منع زواج المسلمة بغير المسلم حتى وإن كان كتابيا، وعلى منع زواج المسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية. وهو ما اعتبره البعض خرقا لمبادئ الاتفاقيات الدولية المصادق عليها –خاصة المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة– والتزامه في الدستور باحترامها[67].

---

[63]– بعض أحكام المحاكم الابتدائية المغربية ذكرها: الحسين بلحساني، زواج المسلمة بغير المسلم بين أحكام مدونة الأسرة ومقتضيات الاتفاقيات الدولية، مجلة مغرب القانون، 2018/07/14، منشورة على موقع الانترنيت: https://www.maroclaw.com/، اطلع عليها بتاريخ: 09/ 01/ 2022، الساعة 14:00.

[64]– ظهير شريف رقم 91. 11. 1، الصادر في 27 شعبان 1432 الموافق 29 يوليو 2011 بتنفيذ نص الدستور المغربي، جريدة رسمية عدد 5964 مكرر الصادرة 30 يوليو 2011، ص. 3600.

[65]– جاء في ديباجة الدستور المغربي: "وإدراكا منها لضرورة تقوية الدور الذي تضطلع به على الصعيد الدولي، فإنّ المملكة المغربية، العضو العامل النشيط في المنظمات الدولية، تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات، وتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا. كما تؤكّد عزمها على مواصلة العمل للمحافظة على السلام والأمن في العالم".

[66]– جاء في ديباجة الدستور المغربي: "جعل الاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة، وهويتها الراسخة، تسمو فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات مع ما تتطلّبه تلك المصادقة".

[67]– عبد الرحمن بن عمر، أوجه الاختلاف والتعارض ما بين التشريع المغربي والمواثيق الدولية، مجلة المحاكم المغربية، المغرب، 1991، عدد 62، ص. 19.

فتبعا لذلك، تباينت آراء رجال القانون. إذ هناك من يرى أنّ احترام الدستور يقتضي حذف مانع الدين في الزواج من التشريع الداخلي، باعتبار أنّ هذه القاعدة تخالف الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ولمبدأ المساواة المنصوص عليه في الدستور. فالتناقض لم يقتصر على قانون الأسرة فقط، وإنّما امتد ليشمل مقتضيات الدستور نفسه. إذ تارة يجعل الإسلام دين الدولة، والدّين الإسلامي يتبوأ مركز الصدارة فيها. وتارة أخرى، يجعل الاتفاقيات الدولية المصادق عليها تسمو على التشريعات الوطنية. وبهذا تكون قواعد الدّين الإسلامي ومبادئ الاتفاقيات الدولية تحتلاّن مكانة الصدارة ضمن مقتضيات الدستور، وهذا ما يشكّل تنازعا بين قاعدتين دستوريتين: قاعدة "سمو الاتفاقيات الدولية"، وقاعدة "الإسلام دين الدولة"[68].

فضلا عن أنّ قضية الدّين، في عصرنا، هي قضية شخصية بحتة تهم علاقة الشخص بربّه، والمنطق يفرض أن لا يتأثّر القانون بهذه العلاقة الثنائية. ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن ينطلق المشرع بصفة عامّة من معطيات دينية بحتة لوضع قواعد قانونية تخصّ وتطبّق على المتقاضين بصفة عامّة، خصوصا وأنّ الدستور لم يتضمن أي إشارة لجعل الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للتشريع، وإنّما نص على أنّ الإسلام دين الدولة، وهذا يفيد أنّ الدستور يحمل الدولة واجبات تجاه الدين الإسلامي باعتباره دين غالبية الشعب، دون أن يمسّ ذلك بمبدأي الحرية الدينية والمساواة أمام القانون اللذين يكرسهما الدستور.

فعبارة "الإسلام دين الدولة" يمكن أن تعني أنّ دين الإسلام هو دين الأغلبية المسلمة، لكنّها لا تعني أنّ الإسلام هو الدّين الوحيد، لأنّ هذا ينفي وجود غير المسلمين. ولأنّ تطبيق قواعد الدّين الإسلامي على الجميع، ومن ضمنها قاعدة مانع الدّين في الزواج يعتبر تعسّفا ومن باب الظلم، ويتنافى مع مبدأي المساواة والحرية في ممارسة الشعائر الدينية المنصوص عليهما دستوريا. كما أنّ تطبيق الدّين الإسلامي على المسلمين فقط وحدهم يؤدّي كذلك إلى نفس النتيجة، لأنّه إذا تمّ إباحة هذا الزواج لليهودية ومنعه على المسلمة، فإنّ ذلك يعتبر من باب الإخلال بمبدأ المساواة بين المواطنين[69].

كما وأنّ المبادئ الدستورية تضمن حرية المعتقد وحرية أداء الشعائر الدينية، وعدم التمييز بين الرجل والمرأة على أساس الدّين[70]. فللدستور مرجعيتين أساسيتين يستمد منهما تشريعاته الداخلية، الإسلام من جهة، وهو دين الدولة الرسمي. والمرجعية الدولية التي تتبنّاها ديباجة الدستور، من جهة أخرى. وإنّ التوفيق بين هاتين المرجعيتين يتطلّب مجهودا لأنّهما غير منسجمتين تماما[71]. وأولى هذه الاختلافات تظهر

---

[68]- جاء في ديباجة الدستور المغربي أنّ: "المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة... كما أنّ الهوية المغربية تتميّز بتبوء الدين الإسلامي مكانة الصدارة فيها....". كما جاء في نفس الديباجة أنّ المملكة المغربية تلتزم: "بجعل الاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة تسمو على التشريعات الوطنية".

[69]- حفصة الوهابي، أثر الاتفاقيات الدولية...المرجع السابق.

[70]- أقرّ الفصل الثالث من الدستور المغربي بأنّ الإسلام دين الدولة وهذه الأخيرة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية.

[71]- نعيمة البالي، الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي المغربي، -اتفاقية حقوق الإنسان نموذجا-، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، جويلية- أوت 2007، العدد 75، ص. 53.

في المسائل ذات الصلة بالدّين الإسلامي، إذ لم يعد للدّين في معظم الدول الغربية أهمّية في القانون الداخلي، ولا يعتدّ في هذه الدول بالفوارق الدينية بين الأفراد التي يقرّرها قانون أجنبي وعلى الخصوص من حيث تأثيرها في حقوقهم الخاصّة[72].

وبخلاف هذا الاتجاه، هناك جانب آخر يرى ألا تعارض بين الدستور والاتفاقيات الدولية، ولا مجال للتخلي عن قاعدة شرعية ثابتة. فيقول الأستاذ الهادي كرو أنّ: "قاعدة الإسلام دين الدولة لها قوّة إلزامية خصوصا وأنّ الدستور يأتي في مرتبة أعلى من درجات القوانين الأساسية التي تخضع إليها كل دولة منظمة سياسيا، واجتماعيا، واقتصاديا. وأنّ رتبة مصدر القاعدة التي تمنع زواج المسلمة بغير المسلم وزواج المسلم بغير الكتابية، لا تقل عن رتبة الدستور باعتبار أنّ مصدر هذه القاعدة هو الإسلام. كما أنّ عبارة "الإسلام دين الدولة" تفيد أيضا، وبصفة ضمنية، ضرورة تطبيق قواعد الدّين الإسلامي، ومن ثم منع زواج المسلمة بغير المسلم. وأنّ أحكام زواج المسلمة بغير المسلم قد دلّت عليها بصفة ضمنية مبادئ احتواها الدستور ولم يبق مجال لمقارنتها من حيث الرتبة التشريعية إلاّ بالقواعد الدستورية، لأنّ مصدر هاته الأحكام هو الإسلام، والإسلام ليس هو الدّين فقط، وإنّما هو دين وشريعة"[73].

ولهذا، فعندما يتعلّق الأمر بالمسائل الدينية، ليس هناك أرجحية للاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي، وإنّما يجب التمييز بين ما يمكن إدخاله في القانون الداخلي وينتج عنه تعديل في التشريع الداخلي الحالي المطبّق، وبين ما لا يمكن إدخاله في التشريع أبدا. ومن القواعد التي لا يمكن تقبّلها في القانون الداخلي، قاعدة زواج المسلمة من غير المسلم، وهذا يعني أنّ المنع سيبقى ساري المفعول، بل وسيطغى بذلك على أحكام الاتفاقيات الدولية.

والمرجّح هو الرأي الثاني، لكون مانع الدّين قاعدة شرعية ثابتة بنص قرآني لا يجوز مخالفتها، بل لا بد من التمسّك بها. وللتوفيق بين ما يتضمنه القانون الداخلي وبين ما جاءت به الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، يمكن للدولة أن تبدي تحفظها على كل بند يمسّ ثوابتها الشرعية.

ومع ذلك، فالغريب في الأمر، أنّه وبعد أن تحفظ المغرب على المادة 16 من اتفاقية سيداو بالقول: "تتحفظ حكومة المملكة المغربية على مقتضيات هذه المادة وخصوصا ما يتعلّق منها بتساوي الرجل والمرأة في الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه. فالمساواة من هذا النوع تتنافى مع الشريعة الإسلامية التي تضمن لكل من الزوجين حقوقا ومسؤوليات في إطار من التوازن والتكامل بغية الحفاظ على رباط الزوجية المقدّس. إنّ الشريعة الإسلامية تلزم الزوج بتقديم مهر عند الزواج وبإعالة أسرته، في حين لا

[72]– صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص. 212-213.

[73]– الهادي كرو، زواج المسلمة بغير المسلم ومصادقة الدولة على اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10/ 12/ 1962، مجلة القضاء والتشريع التونسية، وزارة العدل، تونس، فيفري 1971، عدد 02، ص. 150-151.

يطلب من الزوجة قانونا إعالة أسرتها. وعلاوة على ذلك، يلزم الزوج بدفع النفقة عند فسخ الزواج. وعلى العكس من ذلك، تتمتّع الزوجة بالحرية التّامة في التصرّف في مالها أثناء الزواج وعند فسخه بدون إشراف الزوج، بحيث لا تكون للزوج ولاية على مال زوجته. ولهذه الأسباب، فإنّ الشريعة الإسلامية لا تخوّل حق الطلاق للمرأة إلاّ بقرار من القاضي الشرعي"[74]. تراجع عن تحفظه على المادة 16 بكاملها من هذه الاتفاقية، بموجب ظهير شريف رقم 1.11.51[75]. وهو ما يخلق تعارضا بين مدونة الأسرة المانعة لزواج المسلمة بغير المسلم، وما تضمنه هذا الظهير من رفع التحفظ كليا على المادة 16 من اتفاقية سيداو، فهل سيشهد تعديل المدونة مستقبلا رفع مانع الدّين في الزواج؟

وإذا كان المشرعان الجزائري والمغربي، قد نصا صراحة على مانع الدّين في التقنين الأسري، فإنّ المشرع التونسي سكت عن بيان موقفه منه ما أدّى إلى تضارب قرارات محكمة التعقيب.

الفرع الثالث: تراجع محكمة التعقيب التونسية عن مانع الدّين في ظل سكوت مجلة الأحوال الشخصية

المنع الصريح لزواج المسلمة بغير المسلم المقرّر في التقنينين الأسريين الجزائري والمغربي، لم تنص عليه مجلة الأحوال الشخصية التونسية. ومع أنّ سكوت المشرع التونسي راجع إلى إرادته في أن تكون المجلة مطبّقة على الجميع بقطع النظر عن ديانتهم، إلاّ أنّ هذا الموقف طرح إشكالا يتعلّق بمعرفة إذا كان هذا الزواج يعدّ صحيحا أم باطلا.

فلئن أوجب ضمن طالع أحكام الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية، ورتّب ضمن أحكام الفصلين 21 و22 من ذات المجلة عن عدم مراعاة ذلك الشرط فساد الزواج وبطلانه دون طلاق، فإنّه لم يورد أي ذكر لمانع الزواج المتصل باختلاف الدّين، لا صراحة ولا تلميحا، ضمن موانع الزواج التي نص عليها بالفصل 14 من نفس المجلة وصنّفها على غرار ما هو مألوف في مختلف مراجع الفقه الإسلامي إلى موانع مؤبدة وموانع مؤقتة.

ونظرا لعدم بيان موقفه صراحة، تعدّدت وتباينت آراء رجال القانون حول معنى الموانع الشرعية الواردة بالفصل الخامس من المجلة. فمنهم من فسّرها على أنّها تفيد الموانع التي جاءت بها الشريعة الإسلامية كون أنّ مجلة الأحوال الشخصية مستمدة أصالة منها، فالفقه الإسلامي مصدرا أساسيا للمجلة

---

[74]– محسن الندوي، إلى أين يتجه المغرب برفع تحفظاته عن اتفاقية سيداو، مقال نشر بتاريخ 2011/10/12، في الحوار المتمدن، موقع الانترنيت: https://www.m.ahewar.org/m.asp?i=3330، اطلع عليه بتاريخ 2022/01/09، الساعة 15:45.

[75]– ظهير شريف الصادر في 01 رمضان 1432 الموافق 02/ 08/ 2011، بنشر الإعلان عن رفع تحفظات المملكة المغربية المضمنة في وثائق الانضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتّحدة في 18/ 12/ 1979، جريدة رسمية عدد 5974، الصادرة بتاريخ 02 شوال 1432 الموافق 01/ 09/ 2011.

وقواعده مكمّلة لما قد يعتريها من نقائص، أو ما قد يشوب أحكامها من غموض، أو لبس. كما أنّ الدستور ينص على أنّ دين الدولة الإسلام، ما يدلّ على أنّ المشرع أراد أن يتبع قواعد الشريعة الإسلامية بالنسبة لزواج المسلمة بغير المسلم وأن يقرّر البطلان حال وقوعه[76].

وأمّا آخرون، فيرون أنّ الموانع الشرعية هي الموانع القانونية، ولو كان المشرع يعتبر أنّ التباين في الدّين هو مانع للزواج لكان نص عليه صراحة في الفصل 14 من المجلة. هذا ويستنجدون بالاتفاقية الدولية لنيويورك القائلة بأنّ المرأة حرّة في اختيارها لزوجها دون أيّ قيد ولا شرط متعلّقا خاصة بالدّين[77].

من هنا يتراءى بأنّ هناك إشكالا جدّيا يحوم حول معرفة معنى عبارة الموانع الشرعية، وهذا كلّه لغياب مانع التباين في الدّين، لا كمانع مؤقت ولا كمانع مؤبّد للزواج، ضمن الفصل 14 من مجلة الأحوال الشخصية.

ومن أجل وضع حدّ لهذا الإشكال، كان لابد من الرجوع إلى الموقف المتّخذ من قبل فقه القضاء التونسي، ليتبيّن أنّه هو الآخر شهد تضاربا في أحكامه وقراراته. والسبب راجع إلى مدى تشبّث القاضي بالشريعة الإسلامية، فإذا كان متشبّثا بأحكامها، فسيتمسك بضرورة بطلان أي زواج في صورة التباين في الدّين مطبّقا تطبيقا واضحا أحكام الفقه الإسلامي. وأمّا إذا كان متأثرا بالاتفاقيات الدولية ومنساقا نحو أفكار الغرب معتبرا المجلة لائكية علمانية، فسيعتبر مانع الدّين مانعا رجعيا لا يتماشى لا مع التقدّم الحضاري ولا مع حقوق الإنسان بصورة عامّة، وحقوق المرأة بصورة خاصة. وسيحتج بغياب نص قانوني صريح ينص على بطلان الزواج في صورة التباين في الدّين، فالمشرع نفسه لم يعتبره مانعا مؤبدا ولا مؤقتا، فكيف يحكم بالبطلان بدون نص؟

وقد كانت البداية مع القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 31 جانفي 1966، والذي عرف بقرار حورية، أين اعتبرت فيه زواج المسلمة بغير المسلم باطلا. وتتلخص وقائع القضية: في قسمة عقار كائن بسوسة بين أربعة أشقاء إرثا في والدتهم زينب، كانت من بينهم، المدعوة حورية التي تزوّجت سنة 1945 بأجنبي يحمل الجنسية الفرنسية، فاعتبرها أحد أشقائها (الطاعن) مرتدة عن دينها، وبالتالي لا ترث في والدتهم المسلمة. فقضت المحكمة الابتدائية لصالح دعوى القسمة لفائدة جميع الورثة بمن فيهم حورية، وقد تقرّر هذا الحكم من طرف محكمة الاستئناف. فتعقبّه الطاعن، وقضت محكمة التعقيب بالرفض أصلا معلّلة ذلك بأنّ: "تزوّج المسلمة بغير المسلم يعتبر من المعاصي العظمى؛ والشريعة الإسلامية تعتبر هذا الزواج باطلا من أساسه؛ لكن هذا الزواج لا يعتبر ردة إلاّ إذا ثبت أنّ الزوجة اعتنقت دين زوجها غير

[76]– محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي، –التجليات–، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006، ص. 530.

[77]– ساسي بن حليمة، زواج التونسية المسلمة بغير مسلم بطلان– لا طلاق، مجلة الأحداث القانونية التونسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2013، العدد 23، ص. 12–13.

المسلم؛ ولم يثبت أنّ المطعون ضدها حورية خرجت عن الدّين الإسلامي واعتنقت غيره من الأديان حتى يصح القول بأنّها مرتدة"[78].

وبعده وجهت وزارة العدل التونسية منشورا سنة 1973 إلى كافة المحاكم بمختلف درجاتها، عدا محكمة التعقيب، وإلى ضابط الحالة المدنية وعدول الإشهاد تذكّر فيه بضرورة تطبيق أحكام المجلة، وإبطال عقود الزواج التي أبرمت بين التونسيات المسلمات بغير المسلمين، وتعلن عن تحجير إبرام مثل هذه الزيجات، إلاّ في صورة الإدلاء بما يثبت اعتناق الزوج الدين الإسلامي[79]. وبناء على هذا المنشور، زواج المسلمة بغير المسلم لا يمكن إبرامه بالبلاد التونسية، وعند إبرام مثل هذه الزيجات بالخارج، فإنّه يستحيل تسجيلها وترسيمها بدفاتر الحالة المدنية التونسية باعتبار أنّها غير معترف بها[80].

ولكن بالرغم من هذا المنع، إلاّ أنّ ذلك لم يمنع الأزواج من التحايل على الشريعة الإسلامية من جهة، وعلى منشور وزارة العدل من جهة أخرى، كونهم يعلنون عن إسلامهم بهدف إتمام الزواج لا بهدف اعتناقهم الدّين الإسلامي، ومتى تمّ ذلك عادوا إلى دينهم وهذا يشكّل خطرا اجتماعيا[81]. فكيف إذا يتم التأكّد من أنّه أسلم؟

هذا المشكل طرح على محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 14 جويلية 1993، فأجابت بقضائها: "إنّ إعلان الإسلام والدخول في زمرة المسلمين يعتبر قانونا من قبيل الوقائع المادية الإرادية التي يرتّب عليها المشرع آثارا قانونية ويسمح بإثباتها بجميع وسائل الإثبات ومن ذلك شهادة الشهود". وأضافت: "إنّ من يصرّح أمام عدلين أو أمام أهل العلم والصلاح أنّه معتنق للدّين الإسلامي وينطق بالشهادتين لا يمكن أن يعتبر غير مسلم لمجرد كونه لم يعلن أمام فضيلة المفتي والأمر بالمثل لدى المراكز الإسلامية المنتصبة بكافة أنحاء العالم"[82].

وبهذا تكون المحكمة قد اعتدّت بظاهر الأشياء على غرار الفقه الذي يأخذ بالظاهر، فيعتبر الشخص مسلما متى نطق بالشهادتين على ألاّ يقترن بما يدلّ على التكذيب[83].

---

[78]- محكمة التعقيب، 31/ 01/ 1966، ملف رقم 3384، مجلة القضاء والتشريع، تونس، جوان 1967، ص. 37.

[79]- المنشور عدد 216 المؤرخ في 5 نوفمبر 1973، المرشد المعين، ج. 01، وثيقة مرقونة تتضمن تجميع مجموع المناشير الصادرة عن وزارة العدل منذ الاستقلال إلى 19 أوت 1979، ص. 162، 163، مقتبس عن: محمد اللجمي، قانون الأسرة، الطبعة 01، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، تونس، 2008، ص. 218.

[80]- عليا الشريف الشمّاري، الزواج، جمعية النساء التونسيات للبحث والتنمية، أليف-منشورات البحر الأبيض المتوسط، تونس، 1995، ص. 24-25.

[81]- ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011، ص. 75.

[82]- محكمة الاستئناف بتونس، قرار استئنافي مدني، 14/ 07/ 1993، عدد 8488، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 1993، العدد 09، ص. 120، -تعليق محمد الحبيب الشريف-.

[83]- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج...المرجع السابق، ص. 149.

وبقي فقه القضاء التونسي على موقفه، ففي قرار آخر كيّفت محكمة الاستئناف بسوسة عبارة "الموانع الشرعية" على أنّها الموانع التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، ولهذا اعتبرت زواج المسلمة بغير المسلم باطلا. إذ جاء في حيثيات قرارها: "حيث اقتضى الفصل 5 من م. أ. ش.، منذ صدورها في 13 أوت 1956، شرط إسلام الزوج واعتبرته من الشروط الجوهرية الأساسية التي لا بدّ من توفّرها واقعا وقانونا لتستحق العلاقة بين الرجل والمرأة صفة "عقد" ويطلق عليها اسم "زواج"، ولا دخل لإرادة الزوجين ورضا الزوجة وحريتها في ذلك...وحيث يعتبر عدم ثبوت إسلام الزوج لما تكون الزوجة مسلمة من الموانع الشرعية في القانون التونسي الذي أخذ ذلك من الفقه الإسلامي الذي منع زواج المسلمة بغير المسلم باعتباره مانعا مؤقتا وذلك ما أكّده جل الفقه التونسي وفقه قضاء المحاكم ولم يؤيّد كلا الطرفين في قضية الحال بما يثبت إسلام الزوج"[84].

غير أنّ هذا الاتجاه القضائي المانع لزواج المسلمة بغير المسلم لم يصمد في وجه المتأثرين بالحركات التحرّرية والمجتمع الدولي، إذ لوحظ وجود اتجاه قضائي آخر يقضي بعدم وجود ضمن موانع الزواج القانونية الواردة بمجلة الأحوال الشخصية ما يمنع زواج المسلمة بغير المسلم، وأنّ الدولة التونسية صادقت على الاتفاقية الدولية الموقع عليها في نيويورك، والتي تمنح الحرية الكاملة لكل شخص ذكرا أو أنثى في اختيار القرين.

وهذا الاتجاه وجد صداه أمام المحكمة الابتدائية بتونس التي كرسته في حكم صدر عنها سنة 1999، والتي أجازت بمقتضاه زواج التونسية المسلمة بغير مسلم، فجاء في الحيثيات على وجه الخصوص: "حيث وفي خصوص بطلان زواج المسلمة بغير مسلم فإنّه لا شيء بملف القضية يفيد بأنّ الزوج غير مسلم؛

وحيث فضلا عن ذلك إذا جارينا المدعى عليها فيما تمسكت به فقد اقتضى الفصل 5 من م. أ. ش. بأنّه يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية؛

وحيث عرّف الفصل 14 من م. أ. ش. الموانع الشرعية بأنّها مؤبدة ومؤقتة ولا وجود لتزوّج المسلمة بغير مسلم ضمن موانع الزواج؛

وحيث بالرجوع إلى الاتفاقية الدولية الموقع عليها في نيويورك 1962/12/10 والمصادق عليها من طرف الدولة التونسية يتبيّن بأنّه لكل مواطن ذكرا كان أو أنثى حرية اختيار قرينه؛

وحيث أنّ الاتفاقية الدولية أسمى درجة في سلم القوانين،

[84]– قرار ذكر بدون تفاصيل، مقتبس عن: ساسي بن حليمة، زواج التونسية...المرجع السابق، ص. 14–15.

وحيث والحالة ما ذكر فإنّ التمسّك ببطلان الزواج في غير طريقه واتجه لذلك رده"[85].

وبهذا تكون المحكمة الابتدائية قد خرقت مبدأ شرعيا ثابتا، بحجة عدم وجود ضمن موانع الزواج القانونية الواردة بمجلة الأحوال الشخصية ما يمنع زواج المسلمة بغير المسلم، ومستندة على ما اتجهت إليه اتفاقية نيويورك المصادق عليها من قبل تونس من تمتع كل شخص ذكرا كان أو أنثى بحرية اختيار القرين.

ليس هذا فحسب، بل فتحت المجال لاعتماده في قضايا أخرى، إذ اعتمدته المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 06 جانفي 2004 في قضية لم يكن الطلب فيها إبطال عقد زواج المسلمة بغير المسلم، إنّما تعلّق النزاع بمدى أحقية زوج المرأة المسلمة في أن يرثها وهو غير مسلم. فقضت بإدراج اسمه ضمن الورثة الشرعيين للمتوفية استنادا إلى أنّ زواجه بها ثابت بالعقد، رافضة الخوض في الدفع بفساد الزواج المؤسّس على كونه أبرم بين مسلمة وشخص غير مسلم.

الأمر الذي دفع بالورثة المحكوم ضدّهم بالاستئناف، طالبين الحكم بنقضه على أساس فساد زواج المستأنف ضدّه، باعتباره تزوّج من مسلمة حال أنّه لم يكن مسلما في تاريخ إبرام العقد، وأنّه لم يعتنق الإسلام إلاّ في تاريخ لاحق لإبرامه، بما يجعل زواجه باطلا بطلانا مطلقا. وبالتالي، فهو غير وارث للهالكة المسلمة. إلاّ أنّ محكمة الاستئناف أقرت بما جاء به الحكم الابتدائي، معلّلة ذلك بأنّ: "لب المشكل القانوني المطروح على المحكمة يتلخّص في مدى تأثير العقيدة على حقوق الأشخاص وحرياتهم وبالأخص على حرية الزواج والحق في الميراث، وأنّ المشرع لم يذكر أيّ شرط متعلّق بالدّين لا ضمن موانع الزواج بالفصلين 5 و14 من مجلة الأحوال الشخصية ولا ضمن موانع الإرث بالفصل 88 منها. وإنّ إقحام المنع الديني بالفصلين 5 و88 من م. أ. ش. يؤدّي حتما إلى خرق أحكام الفصل السادس من الدستور الضامن في مبدأ المساواة، وذلك بجعل الأشخاص مختلفين في الحقوق، فيكون للرجال حرية التزوّج بغير المسلمات بعكس النساء، وللبعض أهلية الميراث لمجرّد ممارستهم حرية اختيار معتقدهم؛ فلا وجود أي مجال لإعطاء الفصلين 5 و88 من م. أ. ش تأويلا ينقلب بهما من نصين منسجمين مع الدستور إلى نصين خارقين له؛ ولهذا ينتفي كل مبرّر لعدم تضمين المستأنف ضدّه بحجة وفاة زوجته".

فتم الطعن أمام محكمة التعقيب، والتي أيّدت سنة 2004 ما توصلت إليه المحكمة الابتدائية ومحكمة الدرجة الثانية، معتبرة أنّ تأويل أحكام الفصل 5 من م. أ. ش. استنادا لأحكام الدستور جاء مؤسسا تأسيسا مستساغا ونابعا من اجتهاد في فهم النصوص[86].

[85]- محكمة ابتدائية بتونس، قسم مدني، 29/ 06/ 1999، ملف عدد 26855، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 2002، العدد 10، ص. 113.

[86]- محكمة الاستئناف بتونس، 06/ 01/ 2004، عدد 120، مقتبس عن: محمد اللجمي، المرجع السابق، ص.227 وما بعدها.

وهكذا توجه فقه القضاء التونسي بمختلف درجاته إلى عدم الأخذ بمانع الدّين، في اتجاه يعكس مدى تأثره بالأفكار الدولية، معلنا أنّ المبادئ التي يقوم عليها القانون التونسي مبدأ الحرية الدينية وقاعدة المساواة، وأنّه لا وجه للتضييق من الحرية، فضمان الحرية الدينية بالدستور يتنافى مع تكريس الدّين كشرط للزواج وللطلاق، حتى يمكن اختيار المعتقد وممارسته دونما خشية أو التأثير على الحقوق الشخصية والمالية.

ولم يتغيّر هذا الموقف في القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 05 فبراير 2009، والذي عرف بقرار ثريا، وتمثلت وقائعه في: "قيام المدعين في الأصل ضد بنتي شقيقهم المدعوتين ثريا ودلال لطلب حرمانهما من إرث والدهما بالاستناد إلى الاختلاف في الدّين المترتب حسب قولهم عن زواج إحداهما ومعاشرة الأخرى بغير مسلم، فقضت محكمة البداية بعدم سماع الدعوى، فاستأنف المدعوون في الأصل هذا الحكم، وقضت محكمة الاستئناف بتونس بإقرار حكم البداية معتبرة خلو مجلة الأحوال الشخصية من كل قاعدة مكرّسة للدّين كمانع للزواج أو الإرث، فتعقبه الطاعنون". غير أنّ محكمة التعقيب قضت بالرفض هي الأخرى، معتمدة في ذلك على الأسانيد التالية: "عبارة (من) الواردة بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية في قوله "القتل العمد من موانع الإرث" لا تدلّ على وجوب موانع أخرى للإرث سكت عنها المشرع وإنّما تدلّ على إضافة المشرع بالفصل المذكور القتل العمد لموانع الإرث الأخرى المنصوص عليها بمجلة الأحوال الشخصية؛ وإنّ قراءة الفصل 88 من نفس المجلة لا تكون إلاّ بالرجوع إلى المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني التونسي كما وردت في الدستور والاتفاقيات الدولية المصادق عليها؛ والنظام القانوني التونسي يفصل بين معتقد الشخص وتمتّعه بحقوقه المدنية؛ كما أنّه يمنع التمييز بين الأفراد لاعتبارات دينية؛ ويمنع التمييز بين الجنسين"[87].

وبهذا ومن خلال قرار "ثريا" تكون محكمة التعقيب قد اتجهت منحى آخر لإقرار المساواة بين الجنسين يقوم على مبدأين هما: مبدأ الفصل بين حقوق الفرد ومعتقده الشخصي، ومبدأ عدم التمييز بين الأفراد على أساس معتقداتهم. ففي شأن المبدأ الأوّل، أفادت محكمة التعقيب أنّ المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني التونسي تقتضي: "الفصل بين تمتّع الشخص بحقوقه المدنية وبين معتقده الدّيني وذلك بمنع تعليق تمتّع الفرد بحقوقه على معتقداته"، واستندت في ذلك على جملة من النصوص منها الفصل الرابع من مجلة الالتزامات والعقود: "اختلاف الدّين لا يترتب عليه فرق في أهلية التعاقد"، والفصل 174 من مجلة الأحوال الشخصية بنصه على أنّه: "تصح الوصية مع اختلاف الدّين بين الموصي والموصى له". إضافة إلى غياب التنصيص على المانع الدّيني للإرث في الفصل 88 من نفس المجلة. ولتعزيز موقفها

[87] محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 05/ 02/ 2009، عدد 31115، مجلة القضاء والتشريع، تونس، مارس 2009، ص. 93.

أضافت قائلة "لا يمكن القول إنّ المشرع يضمن الحرية الدينية لكنّه يعاقب ممارستها بحرمانه من إرث سلفه".

وأمّا بخصوص المبدأ الثاني، فقد أوضحت محكمة التعقيب ذلك بقضائها: "إنّ ضمان مبدأ المساواة المنصوص عليه بالفصل السادس من الدستور والفصل 26 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يوجب عدم التمييز بين الأفراد لاعتبارات دينية ممّا يمنع تعليق الحق في الإرث على اعتبارات متعلّقة بعقيدة الوارث". وبالتالي، فإنّ إقحام المانع الدّيني بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية يؤدّي إلى خرق الفصل السادس من الدستور والاتفاقيات الدولية التي تضمن المساواة بين المواطنين. كما أضافت المحكمة في قرارها: "إنّ ضمان حرية زواج المرأة على قدم المساواة مع الرجل المكرّسة بالفصل 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة يمنع من القول بوجود أي تأثير لمعتقد المرأة على حريتها في الزواج وبالإثر على حقها في الميراث اعتبارا لإلزامية الاتفاقيات الدولية التي تفوق إلزامية القوانين العادية طبقا لأحكام الفصل 32 من الدستور".

فالمتصفح لقرار ثريا يلاحظ، من جهة، أنّه وضع حدّا للجدل الذي طال تأويل الفصلين الخامس و88 من مجلة الأحوال الشخصية. ومن جهة أخرى، أنّه تبنى صراحة اتفاقية كوبنهاغن المتعلّقة بمنع جميع أشكال التمييز ضد المرأة في حكم قضائي من طرف محكمة القانون.

وعلى الرغم من أنّ هذا التوجه الجديد لمحكمة التعقيب لاقى استحسانا من بعض شرّاح القانون، الذين رأوا أنّه يشكّل نقلة نوعية في فقه القضاء من حداثة ملتبسة إلى حداثة صريحة، وتأسيس لمفهوم جديد للمواطنة قائم على أساس المساواة والحقوق الأساسية دون تمييز. إلاّ أنّه لا يمكن تأييد موقفهم، كون أنّ المحكمة خرقت قاعدتين شرعيتين ثابتتين: قاعدة عدم زواج المسلمة بغير المسلم، وقاعدة عدم التوارث بين مسلم وغير مسلم. فتأويل نصوص مجلة الأحوال الشخصية ينبغي أن يكون قائما على أساس مبادئ الشريعة الإسلامية لا على ضوء مبادئ حقوق الإنسان والاتفاقيات الدولية، ولو حقيقة أنّ قانون الأسرة يجب أن يواكب التطوّرات المستجدة لئلا يقف عاجزا أمامها، إلاّ أنّ المسائل التي تمسّ الكيان الأسري وتشكّل خطرا على تماسكه، لا ينبغي الانسياق وراءها بل لا بد من التشبّث بثوابتنا الشرعية حفاظا على هويتنا العربية والإسلامية، وحتى لا نؤدّي بالأسرة والمجتمع إلى الانهيار.

وهكذا من قرار "حورية" إلى قرار "ثريا" تمحورت الإشكالية حول مدى تكريس القرار التونسي للمانع الدّيني في الزواج؟ وقد أجاب قرار "حورية" على ذلك بقيام المانع الدّيني للزواج والميراث. في حين أجاب قرار "ثريا" باستبعاد المانع الدّيني، مستندا إلى تأويل يقوم على قراءة أحكام مجلة الأحوال الشخصية بالرجوع إلى الدستور، والاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية كوبنهاغن، والميثاق الدولي المتعلّق بالحقوق المدنية والسياسية.

إلاّ أنّه وبصدور قرار عن رئيس الحكومة بتاريخ 2017[88]، لن يعرف فقه القضاء التونسي جدلا حول مسألة زواج المسلمة بغير المسلم، فلقد أعلن صراحة عن جواز زواج المرأة المسلمة بغير مسلم خارقا قاعدة شرعية ثابتة لاعتبارات سياسية، وحتى يقال عن تونس أنّها دولة متحرّرة، تحترم حقوق وحريات الإنسان دون تمييز على أي أساس ما كان حتى وإن كان دينيا.

الخاتمة:

ختاما، أثارت مسألة زواج المسلمة من غير المسلم جدلا واسعا داخل المجتمعات العربية عامّة، والمغاربية بصفة خاصّة. وما بين التمسّك بالثابت الشرعي والتراجع عنه مسايرة للاتفاقيات الدولية، تباينت المواقف. ففي الوقت الذي حافظ فيه المشرع الأسري الجزائري على مانع الدّين متمسكا بثوابت الشريعة الإسلامية. تأرجح موقف المشرع الأسري المغربي بين منع صريح تضمنته مدونة الأسرة، وتراجع واضح بموجب ظهير شريف 2011، ترتب عنه تعارض وتناقض بينهما. لينعكس سكوت المشرع التونسي سلبا على قرارات محكمة التعقيب، والتي استقرت على تراجعها عن مانع الدّين، فتعزّز موقفها الأخير بقرار حكومي يسمح بزواج المسلمة من غير المسلم.

وحبذا لو أنّ المشرع الجزائري يظل متمسّكا بموقفه هذا، كما ويستحسن أن يتراجع كل من المشرعين المغربي والتونسي عن موقفيهما، لأنّ منع زواج المسلمة بغير المسلم جاء لأسباب جدّية وبغرض الحفاظ على كرامة المرأة الدّينية لا بهدف تمييزها عن الرجل. وأنّه عندما يتعلّق الأمر بالمسائل الدينية ليس هناك أرجحية للاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي. فلا ينبغي تجاوز وحل مشكلات الواقع على حساب الثوابت الشرعية ولا النظام العام.

فالمساواة التي ينادي بها أنصار الحركات التحرّرية ما هي إلاّ مساواة رقمية لانبهارهم بمجتمع غربي لا يكترث للانفلات الدّيني والأخلاقي. أمّا المساواة الفعلية، فتتحقّق عند إعطاء كل ذي حق حقه بمراعاة الفوارق بين الرجل والمرأة.

وعليه، لا حاجة لخرق قاعدة شرعية ثابتة وتجاوز التحريم الصريح الوارد بنص قرآني، ومن بعدها التحدّث عن الانفلات وضياع الأسر. وإنّ ما يتناسب مع المجتمعات الغربية وبيئتهم لا يتماشى مع خصوصية المجتمعات العربية والإسلامية، فلا يجب الانسياق وراء إرضاء المجتمع الدولي بمسايرة كل ما

[88]– لم يتم نشر القرار وإنّما ذكرته مواقع الانترنيت مثل: سعيد طانيوس، رسميا...القوانين تنتصر للمرأة التونسية من زواجها من غير المسلم، 2017/09/14، على موقع الانترنيت:
https//www.google.com/amp/s/arabic.rt.com/middle_east/898916، أطلع عليه بتاريخ 2022/01/12، الساعة 08:00.

جاء في الاتفاقيات الدولية دون تحفظ على تلك التي تمس وتخالف الثوابت الشرعية، ومنها منع زواج المسلمة بغير مسلم، لما في ذلك من تهديد للأسرة والمجتمع[89].

[89]- هجيرة خدام، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة، -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017-2018، ص. 250.

قائمة المصادر والمراجع

أ- القرآن الكريم

ب- المراجع العامّة

1. أبو بكر أحمد بن الحسين ابن علي البيهقي، السنن الكبرى، الجزء 7، الطبعة 01، مؤسسة جواد، بيروت، لبنان، 1415هـ.
2. أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الصغير، السّفر الثالث، تحقيق -عبد المعطي أمين قلعجي-، الطبعة 01، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 1979.
3. أبو بكر بن الحسين بن علي بن عبد الله ابن موسى البيهقي النيسابوري، أحكام القرآن للإمام الشافعي، الطبعة 01، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، 1990.
4. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.
5. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، -دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-، الطبعة 01، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
6. ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011.
7. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، -الزواج والطلاق بعد التعديل-، دار هومة، الجزائر، 2007.
8. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 02، الطبعة 02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986.
9. مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، الجزء 02، الطبعة 01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
10. مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، -رواية الإمام سحنون بن سعيد النتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم العتقي-، الجزء 04، دار سدار، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
11. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1971.
12. محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي، -التجليات-، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006.
13. محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، الطبعة 01، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2005.
14. محمد الغزالي، حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، دار المعرفة، الجزائر، 2001.
15. محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، - عقد الزواج وآثاره -، الطبعة 02، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2009.

16. محمد اللجمي، قانون الأسرة، الطبعة 01، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، تونس، 2008.
17. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء 06، الطبعة 01، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 2001.
18. محمود شلتوت، الفتاوى، دراسات لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة-، الطبعة 08، دار الشروق، القاهرة، مصر، 1975.
19. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء 10، الطبعة 03، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.

ت- المراجع الخاصة

1- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، -دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية- ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
2- عليا الشريف الشمّاري، الزواج، جمعية النساء التونسيات للبحث والتنمية، أليف-منشورات البحر الأبيض المتوسط، تونس، 1995.
3- نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، -دراسة مقارنة مع قانون الأسرة-، دار السلام، الجزائر، دون سنة نشر.

ث-رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

1- هجيرة خدام، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة، -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017-2018.

ط- المقالات القانونية

1- إبراهيم زعيم، الزواج المختلط -ضوابطه وإشكالاته-، مجلة القضاء والقانون، وزارة العدل، المغرب، 2005، عدد 147.
2- البندري بنت عبد الله الجليل، زواج المسلم بغير المسلمة والآثار المترتبة عليه، -دراسة فقهية-، الجزء 04، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، طنطا، مصر، 2017، العدد 32.
3- جيلالي تشوار، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات لدولية المتعلّقة بحقوق المرأة الأسرية -بين التراجع والتمسك-، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، العدد 12.
4- سارة بن شويخ، أثر اختلاف الدّين بين الزوجين على بعض مسائل الزواج والطلاق، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015، عدد 19.

5- ساسي بن حليمة، زواج التونسية المسلمة بغير مسلم بطلان-لا طلاق، مجلة الأحداث القانونية التونسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2013، العدد 23.

6- عبد الرحمن بن عمر، أوجه الاختلاف والتعارض ما بين التشريع المغربي والمواثيق الدولية، مجلة المحاكم المغربية، المغرب، 1991، عدد 62.

7- عيسى معيزة، الرخصة الإدارية في زواج الجزائريين بالأجانب على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 07، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2019، عدد 02.

8- مجموعة 95 المغاربية من أجل المساواة، ، دليل من أجل المساواة في الأسرة المغاربية، منشورات مجموعة 95 المغاربية، المغرب، ماي 2003.

9- نعيمة البالي، الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي المغربي، -اتفاقية حقوق الإنسان نموذجا-، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، جويلية- أوت 2007، العدد 75.

10- نوارة العشي، تاريخ تشريع الأحوال الشخصية في الدول المغاربية - من الفتح الإسلامي إلى إصدار قوانين الأسرة-، مجلة تاريخ المغرب العربي، مخبر الوحدة المغاربية عبر التاريخ، جامعة الجزائر2، 2017، عدد 08.

11- الهادي كرو، زواج المسلمة بغير المسلم ومصادقة الدولة على اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10/ 12/ 1962، مجلة القضاء والتشريع التونسية، وزارة العدل، تونس، فيفري 1971، عدد 02.

ز- المقالات عبر الانترنيت

1- الإعلان على الموقع الإلكتروني للجمعية العامة للأمم المتحدة:
http://www.un.org/arabic/documents/instruments/docs_ar.asp ?type=declarat

2- آمنة نصير، أستاذة الفلسفة والعقيدة في جامعة الأزهر، منشور بمقال تحت عنوان: "زواج المسلمة بغير المسلم"..رأي باحثة مصرية يثير جدلا واسعا، بتاريخ 19/ 11/ 2020، على موقع الانترنيت: https://www.google.com/amp/s/amp.dw.com/ar/، اطلع عليه بتاريخ 04/ 01/ 2022، الساعة 10 صباحا.

3- بيان دار الإفتاء منشور في مقال تحت عنوان: "دار الإفتاء تحسم الجدل المثار في مصر حول زواج المسلمة من غير المسلم"، بتاريخ 18 نوفمبر 2020، على موقع الإنترنيت: https://www.google.com/amp/s/arabic.rt.com/middle_eastL1174863-، اطلع عليه بتاريخ 04/ 01/ 2022، الساعة 10:15 صباحا.

4- الحسين بلحساني، زواج المسلمة بغير المسلم بين أحكام مدونة الأسرة ومقتضيات الاتفاقيات الدولية، مجلة مغرب القانون، 14/ جويلية/ 2018، منشورة على موقع الانترنيت: https://www.maroclaw.com/، اطلع عليها بتاريخ: 09/ 01/ 2022، الساعة 14:00.

5- حفصة الوهابي، أثر الاتفاقيات الدولية بشأن اختلاف الدّين في القانون المغربي، 01/ 10/ 2013، منشور على موقع الانترنيت: http://www.marocdroit.com/photo/art/default/5917812-8817494.jpg، تاريخ الإطلاع 05/ 01/ 2022، الساعة 08:15.

6- سعيد طانيوس، رسميا...القوانين تتنصر للمرأة التونسية من زواجها من غير المسلم، 14/ 09/ 2017، على موقع الانترنيت: https//www.google.com/amp/s/arabic.rt.com/middle_east/898916، أطلع عليه بتاريخ 12/ 01/ 2022، الساعة 08:00.

7- المجلس الإسلامي للإفتاء، ما هو حكم زواج المسلمة بغير المسلم؟، 18/ 05/ 2007، منشور على موقع الإنترنيت: http://www.fatawah.net/Fatawah/66.aspx، اطلع عليه بتاريخ 04/ 01/ 2022، الساعة 11.30 صباحا.

8- مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة الأرن، من 8-13 صفر 1407/ 11-16 تشرين الأول 1986، قرار رقم 23، منشور على موقع الإنترنيت: http://islamport.com/w/fqh/Web/2240/25.htm، اطلع عليه بتاريخ 04/ 01/ 2022، الساعة 09 صباحا.

9- محسن الندوي، إلى أين يتجه المغرب برفع تحفظاته عن اتفاقية سيداو، مقال نشر بتاريخ 12/ 10/ 2011، في الحوار المتمدن، موقع الانترنيت: https://www.m.ahewar.org/m.asp?i=3330، اطلع عليه بتاريخ 09/ 01/ 2022، الساعة 15:45.

10- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، تمت إجارته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18 في نيروبي (كينيا)، يونيو 1981، جامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان، على موقع الانترنيت: http://hrlibrary.umn.edu/arab/a005.html، اطلع عليه بتاريخ: 05/ 01/ 2022، الساعة 10:40.

11- يوسف القرضاوي، زواج المسلم في الغرب مقيّد بشروط من كتابية وغير جائز مطلقا من بهائية، مقال نشر بتاريخ 25-10-2011، على موقع الإنترنيت: https://www.google.com/amp/s/alghad.com/، اطلع عليه بتاريخ 04/ 01/ 2022، الساعة 11.15 صباحا.

12- يوسف القرضاوي، فتاوى وأحكام زواج المسلم من الكتابية، 24/ 03/ 2014، منشور على موقع سماحة الشيخ: https://www.al-qaradawi.net/، اطلع عليه بتاريخ 04/ 01/ 2022، الساعة 11.15 صباحا.

هـ- القوانين والمراسيم

1- المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 15 جمادى الأول 1442هـ الموافق ل 30 ديسمبر 2020، يتعلّق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 01 نوفمبر 2020، جريدة رسمية 82، الصادرة بتاريخ 2020/12/30، المعدّل والمتمّم للقانون رقم 16-01، المؤرخ في 06/ 03/ 2016، جريدة رسمية عدد 14، الصادرة 2016/03/07، والمعدّل والمتمّم للمرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 1996/12/07، والمتضمن الدستور الجزائري، جريدة رسمية عدد 76، المؤرخة في 08/ 12/ 1996.

2- ظهير شريف رقم 91. 11. 1، الصادر في 27 شعبان 1432 الموافق 29 يوليو 2011 بتنفيذ نص الدستور المغربي، جريدة رسمية عدد 5964 مكرر الصادرة 30 يوليو 2011.

3- مجلة الأحوال الشخصية التونسية بالأمر المؤرخ في 1956/08/13، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، الصادر في 17/ 08/ 1956.

4- ظهير شريف رقم 1.04.22، الصادر في 2004/02/03، المتعلّق بتنفيذ القانون رقم 70.03، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، جريدة رسمية 5184، الصادرة في 05/ 02/ 2004.

5- الأمر 05/ 02، المؤرخ في 2005/02/27، المعدّل والمتمّم للقانون 84-11، المؤرخ في 1984/06/09، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15، الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

6- ظهير شريف الصادر في 01 رمضان 1432 الموافق 2011/08/02، بنشر الإعلان عن رفع تحفظات المملكة المغربية المضمنة في وثائق الانضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتّحدة في 1979/12/18، جريدة رسمية عدد 5974، الصادرة بتاريخ 02 شوال 1432 الموافق 2011/09/01.

سادسا: الاتفاقيات الدولية

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد ونشر بقرار الجمعية العامّة 217 ألف (د-3)، المؤرخ في 10/ 12/ 1948.

2- اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، وقد عرضت للتوقيع والتصديق بقرار الجمعية العامة 1763 أ/ د- 17 المؤرخ في 07/ 11/ 1962، ودخلت حيز التنفيذ 09/ 12/ 1964.

3- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضها للتوقيع والتصديق والانضمام بالقرار 180/ 34، في 18/ 12/ 1979، ودخلت حيز التنفيذ في 03/ 09/ 1981.

i