حرية الديانة
وموقف القوانين المغاربية للأسرة منها

أ.د. تشوار جيلالي
كلية الحقوق- جامعة تلمسان

الواقع أن المجتمعات الإسلامية تتحمل بالدرجة الأولى مسؤولية رعاية أطراف الكيان الأسري، مما ينبغي أن توفير لهم المناخ الضروري للعيش في وسط خلي من الرذيلة والأخلاق السيئة، ومن هنا تهيئة لهم الظروف التي تسمح لهم بالنمو السليم روحيا وعقليا، وسن التشريعات الضرورية لتحقيق هذا الهدف.

ومع ذلك تظل مسألة حماية الحريات العامة وعلى رأسها حرية الشخص في اختيار عقيدته الدينية من المسائل التي تتطلب أن تكون معالجتها من حيث النصوص القانونية معالجة خالية من الغموض والإبهام حتى لا تؤدي إلى الاختلافات في التأويل والاستنباط، مما يعكر مفهومها وينحرف تطبيقها عن ما كان ينوي من ورائه الشرع والتشريع.

ومما يدعو للأسى على حال المسلمين في الدول المغاربية أن تطالعنا الصحف اليومية وغيرها بأخبار متفرقة عن ظاهرة مفزعة وهي اعتناق المسلم ديانة أخرى غير الإسلام بهدف ربما لا يقدره في الحال ولا يعرف انعكاساته إلا بعد مرور السنين؛ ولا يحصى أثاره ليس على حياته الشخصية فقط، بل حتى على حياته الأسرية والاجتماعية.

والجدير بالذكر أنه فيما يتعلق بالمبادئ الدستورية المغاربية أن جلها قد أخذت بالتنصيص على مكانة الديانة في هذه الدول، ومن هنا يدفعنا التساؤل إلى تبيان ما المقصود بحرية الديانة من حيث المفهوم الإسلامي لها، وهل

مفهومها الغربي يختلف عنه ؟ 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 المغاربية للأسرة من حرية ديانة الشخص ؟ هل الديانة الإسلامية مشترطة في بعض المسائل دون الأخرى؟ وما هو الاختلاف الوارد بشأن هذه المسألة بين التشريعات الأسرية المغاربية؟ وهل ما تبنته هذه التشريعات يتماشى والاتفاقيات الدولية ؟

I.- مفهوم حرية الديانة في المنظورين أللائكي والإسلامي

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

آ.- مفهوم حرية الديانة في المنظور أللائكي :

فمن زاوية الاتفاقيات الدولية التي أشارت إلى مفهوم حرية العقيدة[1]، فأول ما نعود إليه هو الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[2] الصادر في 10 ديسمبر 1948[3] الذي نص في المادة 18 منه بأن "لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحريته في اعتناق

---

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

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

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

أي دين أو معتقد يختاره"[1]. ويعني بذلك، بأن الحق في حرية التفكير والضمير والدين يشمل حرية تغيير ديانة الشخص أو عقيدته، وحرية الإعراب عنهما بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها، سواء أكان ذلك سرا أم جهرا، منفردا أم مع الجماعة ونصت المادة 18 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1966 على أربع بنود بشأن هذه المسألة وهي كما يلي :

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

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

3- لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفردها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم 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[2].

---

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

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

وكما أن الجمعية العامة للأمم المتحدة صادقت في 25 نوفمبر 1981 على إعلان تم التنصيص في الفقرة الرابعة من المادة الرابعة[1] 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[2].

وفي هذا الاتجاه، بدرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان سنة 1993 [3] 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[4]، حيث نصت في المادة 9 على الحق في

---

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

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

[3] فهذه اللجنة تقوم بالإشراف على تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المتشكلة من 18 خبيرا تم انتخابهم من قبل الدول الأطراف في العهد.

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

حرية التفكير والعقيدة والديانة، وهذا الحق يشمل حرية اعتناق الديانة دون تدخل من السلطة العامة[1].

وفي نفس السياق، ينبغي الإشارة إلى الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب[2] الذي تم التوقيع عليه بنيروبي في 28 جويلية 1981[3]، إذ يلزم الدول في المادة 25 منه بواجب النهوض بالحقوق والحريات الواردة فيه وضمان احترامها، منها خاصة الحق في حرية اختيار العقيدة، ومن ثم عدم إهدار حقوق الأشخاص لاختلاف الدين، بل عدم إجبار الإنسان على عقيدة لا يريد اعتناقها. وجاء في المادة 8 منه على أن حرية العقيدة وممارسة الديانة مكفولة ولا يجوز تعريض أحد لإجراءات تقيد ممارسة هذه الحرية، مع مراعاة القانون والنظام العام.

وهذا ما تبنته أيضا اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لسنة 1989[4] 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[1].

---

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

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

[3] صادقت عليه الجزائر بالمرسوم رقم 87-37 مؤرخ في 1987/02/03 (الجريدة الرسمية الصادرة في 1987/02/04، عدد 6).

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

وهذا المفهوم قد عبر عنه أيضا القضاء المقارن[2]، إذ جاء عن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قرارها الصادر في 25 ماي 1993 أنه بدون حرية الاعتناق وحرية أ ن يعتنق، فحرية تغيير الدين أو العقيدة توشّك أن تظل رسالة ميتة. وعليه فإن حرية الدين التي تشكل إحدى أسس المجتمع الديمقراطي تقتضي قبل كل شيء الحق في اختيار الدين وفي تغييره[3].

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[4]. Ceci dit, de même, le détachement de l'Etat est exigé avec acuité en matière de liberté de pensée, de conscience et de religion[5]. 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,...[6]. Dès lors, sauf dans des cas exceptionnels, le droit à la liberté religieuse exclut toute appréciation

---

[1] ويرى بعض الفقه التونسي أن عدم إقرار حرية المعتقد للطفل رغم أن الدستور التونسي ضمنها لكل المواطنين، فهو راجع إلى ما هو وارد "في المبادئ العامة للمجلة المنصوص عليها بالفصل الأول وخاصة ما جاء بالفقرة الثانية منه والمتضمنة تنشئة الطفل على الاعتزاز بهويته الوطنية وبالانتماء الحضاري وطنيا ومغربيا وعربيا وإسلاميا". انظر، عبد الله الأحمدي، مجلة حماية الطفل وحقوق الإنسان، مجلة القضاء والتشريع، 1997، عدد 3، ص. 153.

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

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

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

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

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

étatique sur la légitimité des croyances[1] ou sur les modalités d'expression de celle-ci[2].

Devraient être ainsi condamnées les atteintes de l'islam à la laïcité, aux droits de l'homme[3].

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…»[4].

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 soin prochain d'adhérer à une religion déterminée…»[5].

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[6]

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

---

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

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

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

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

[5] Pls auteurs, Droit….., précité p. 415.

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

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[1].

وهذا ما يدفعنا إلى القول بأن العلمانية الفرنسية تقوم على رفض إلحاد الدولة بسبب احترامها لجميع المعتقدات، ورفض أية ديانة رسمية[2] (الفصل بين الكانسة والدولة)[3]. 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 سلبا 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 خاصية ديانة الدولة". وهو نفس النظام الذي أخذت به كل من البرتغال[4] وإيطاليا[5].

---

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

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

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

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

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

[4] انظر، الدستور البرتغالي الصادر في 2 أفريل 1976.

[5] انظر، الدستور الإيطالي الصادر في 27 ديسمبر 1947.

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

Les déclarations islamiques..., en tant que textes d'abord religieux et dogmatiques, outre qu'elles établissent une discrimination fondamentales selon la religion, écartent à la fois toutes désobéissance et tout possibilité d'application »[1]. 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»[2].

وهكذا، لقد شحذ الفقه همه للتعريف بالحرية وبحرية العقيدة خاصة، فاستعصى عليه أن يجد لها تعريفا جامعا مانعا، 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 بالبعض 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"[3].

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

---

[1] Pls. Auteurs, Droit des libertés fondamentales, éd. Dalloz, Paris, 2000, p.68.

[2] Pls auteurs, Droit des libertés fondamentales, précité, p.214.

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

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"[1].

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[2]. وأضافت الأستاذة V. Fortier أن حرية العقيدة تشمل حرية إتباع قواعد السلوك، والقيام بالممارسات والطقوس المحدّدة من قبل الدين والعقيدة المعتنقة[3]. ووضح الأستاذ De Naurois أن حرية العقيدة ليست فقط حرية اختيار الدين، بل حرية عدم اعتناق أي دين[4].

وذهب العميد J. Carbonnier إلى حد القول أن حرية العقيدة تعني "أن يترك الشخص وشأنه"[5]. ويعني بهذا أن يمارس الشخص بكل حرية اختياره الديني الذي أملاه عليه ضميره، وأن يعيش واقعيا اختياره هذا بدون أي إكراه.

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

---

[1] Cf. J. Rivéro, op. cit., p. 164.

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

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

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

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

أي ضرر سواء في حالته الشخصية (زواج، طلاق، حضانة، ميراث) أو في حقوقه السياسية والاجتماعية[1].

ب.- 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[2]، 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[3]، إذ عرفت الدساتير التي مرت بها[4] الكثير من المبادئ المكرسة للحقوق والحريات الفردية[1]، ومن جملتها تلك الخاصة بحرية المعتقد[2].

---

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

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

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

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

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

ففي الجزائر[3]، فإذا نص المؤسس الدستوري في المادة 36 من دستور 1996[4] على أنه "لا مساس بحرمة حرية المعتقد،..."، معنى هذا ألا يكون الشخص مكرها في اختيار عقيدته، فإنه مع ذلك نص في ديباجته على أن "الجزائر أرض الإسلام"[5]، وأقر في المادة الثانية منه أن "الإسلام دين الدولة"؛ بل وأوجب في المادة 76 منه على رئيس الدولة عند تأدية اليمين التعهد باحترام الدين الإسلامي وتمجيده، والمحافظة عليه والسهر على تطبيق أحكامه ومبادئه والالتزام بقيمه وأهدافه، وكذلك في اعتلاء منصب الرئاسة الذي أسند لمن يكون مسلما[6].

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

---

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

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

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

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

[5] انظر، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 1996/12/08، عدد 76، ص. 8.

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

المعمول بها، والنظام العام والآداب العامة، والحقوق والحريات الأساسية للغير[1].

وكما أن المادة السادسة من الدستور المغربي لسنة 1996 قد نصت أن الإسلام دين الدولة. وهو ما تبناه أيضا الدستور التونسي لسنة 1959 والمعدل سنة 1995 بالقول أن "...ديانة تونس هي الإسلام".

هذه التأكيدات الإسلامية المؤكدة لإسلامية الدولة في الدساتير المغاربية يفهم منها ابتعاد الدستور عن العلمانية، وما تذهب له من فصل الدين عن الدولة.

وما تجب الإشارة إليه هو أن الجزائر، على منوال المغرب وتونس، قد عبرت في المعاهدة المنشئة لاتحاد المغرب العربي عن ارتباطها بالتربية الإسلامية كأساس لتنمية الوعي الثقافي، واعتبار الدين الإسلامي أحد المقومات الأساسية التي تربط بين أفراد الشعوب المغاربية. وهذا يستشف صراحة من الفقرة الرابعة من المادة 3 منها بقولها "إقامة تعاون يرمي إلى تنمية التعليم على اختلاف مستوياته، وإلى الحفاظ على القيم الروحية والخلقية المستمدة من تعاليم الإسلام السمحة..."[2].

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

---

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

[2] انظر، محمد المدهون، الإسلامية والقومية في الدساتير المغاربية ومعاهدة الاتحاد المغاربي، مجلة الميادين، وجدة، 1990، عدد 6 ص. 94-95.

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 يكره على خلاف ما يقتضيه"[1]. وهذا التعريف قد تبناه أيضا الأستاذ زكريا البري[2].

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 بممالأة إحدى الديانات تحاملا على غيرها، سواء بإنكارها وازدرائها، 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"[3]، يقول تعالى "لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي"[4].

ومقارنة ما قيل بشأن حرية المعتقد في المنظور أللائكي لها، على أن معناها يلخّص في إبعاد أي تفرقة بين المواطنين بسبب الانتماء الديني من حيث الحقوق والواجبات. ومعنى ذلك أن تقوم الدولة بوضع قوانينها دون أن تنشغل

---

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

[2] انظر، د. زكريا البري، حقوق الإنسان في الإسلام، مجلة منبر الإسلام، 1982، ص. 12.

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

[4] سورة البقرة، الآية 256.

بالتعاليم الدينية التي يمكن أن تتعارض معها[1]، ومن ثم الأخذ بمبدأ العلمانية. وخلافا لذلك، تقررت حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية ذلك النظام الشامل لجميع مناحي الحياة[2]، 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[3].

وبالرغم من ذلك، ينبغي أن نقول إحقاقا للحق أن إقرار الدول المغاربية علنية وصراحة اعتناق دين الإسلام لا يعني أنها تمنع ممارسة على ترابها ديانة أخرى، بل تسمح بذلك[4]، لأنه "إذا كان الإسلام يسود بلا شريك، يقول الأستاذ

---

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

[2] انظر، قادبن بن علي، الأسس القانونية والدستورية للدولة في الإسلام، رسالة دكتوراه دولة، سيدي بلعباس، 2004/2003، ص. 283 وما بعدها.

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

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

H. Sanson، فإن المعتقدات الأخرى لها الحق في الوجود. والجزائر – كالمغرب وتونس – ذات عقيدة واحدة، هي كذلك متعددة العقائد"[1].

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

II.- مكانة حرية الديانة في القوانين المغاربية للأسرة

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

« Sans même parler…d'un ordre public social, conjoncturel par nature, dans le domaine du droit de la famille et des personnes, les interdits d'hier ont non seulement souvent totalement disparu des règles de droit positif, mais parfois très clairement fait place à la consécration de règles totalement contraires »[2]. 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 أللائكية 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

---

100. انظر، ص.ح.، الجزائر تدرج في أول تقرير لكتابة الدولة الأمريكية حول الديانات، جريدة الخبر اليومية، 2003/12/29، ص. 3.

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

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

لمنطق مكونات الواقع، لأن الأفراد كثيرا ما تستبد بهم أنانيتهم إبان تصرفاتهم في حقوقهم، وحرياتهم العامة، فيبغون في حق المجتمع والدولة معا"...وعلى هذا، فما تواضع عليه الأفراد بمحض إرادتهم الحرة أو جرى عرفهم به، كان نظاما معتدا به، يجب احترامه، ولزم تنفيذه دون اعتداد بمثل عليا، أو قيم إنسانية قارّة المفاهيم، ...، ومن ثم، يصبح "القانون نفسه صدى للإرادة الفردية المحضة،"[1]، بحيث "تتغير مفاهيم الأخلاق تبعا لتغير اتجاهات الإرادات"[2].

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[3] وكذلك على العهدين الدوليين[4] 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 (آ)، وكذلك في تغيير دينه وما تترتب عليه من آثار (ب).

---

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

[2] انظر، د/ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص. 47.

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

[4] وهما العهد الدولي للحقوق الإقتصادية، الاجتماعية والثقافية الذي اعتمدته الجمعية العامة بموجب قرارها (XXI) 2200 A بتاريخ 16 ديسمبر 1966 والذي دخل حيز التنفيذ في 03 جانفي 1976؛ والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي اعتمدته الجمعية العامة بموجب قرارها (XXI) A 2200 بتاريخ 16 ديسمبر 1966، والذي دخل حيز التنفيذ في 23 مارس 1976.

آ.- الحقوق الأسرية المرتبطة بديانة الشخص

مبدأ الإسلام دين الدولة، فهو أصل القوانين الأسرية المغاربية في استعمال الحقوق وتحمل الالتزامات؛ لأنها مقيدة بما شرع المستخلِف، 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 أخذا 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[1] في تعارض تام مع مبادئ الشريعة الإسلامية[1]، ذلك أن

---

[1] أما قبل هذا التاريخ، فقد كان المواطنون التونسيون يخضعون إلى الشريعة الإسلامية، وخاصة منها المذهبين المالكي والحنفي. أما المواطنون اليهود كانوا يخضعون إلى القانون العبري وكانت المحكمة العبرية[1] هي التي تنظر في القضايا الخاصة بهم. وقد قام المشرع التونسي بإصدار بتاريخ 12 جويلية 1956 مرسوما[1] حدد بمقتضاه خضوع المواطنين غير المسلمين وغير اليهود فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية إلى القانون المدني الفرنسي المعمول به، علما أن المحاكم التونسية هي التي كانت مختصة للنظر في القضايا الخاصة بهم. أما الأجانب فكانوا يخضعون إلى قانون الدولة التي ينتمون إليها.

Ce tribunal rabbinique a été créé par le décret beylical du 28 novembre 1898, complété par celui du 29 mai 1926.

ثم، تدخل بعد ذلك المشرع التونسي وألغى بمقتضى القانون رقم 57-40 المؤرخ في 27 سبتمبر 1957 المحكمة العبرية، مع إدماج موظفيها في محاكم الدولة، وقد ألغى كذلك الفصول 3، 4 و5 من مرسوم 13 أوت 1956. وابتداء من الفاتح من أكتوبر 1957[1]، أصبحت مجلة الأحوال التونسية تطبق على جميع التونسيين بصرف النظر عن اعتقاداتهم الدينية. انظر، حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، 2005، ص. 6 وما بعدها.

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[2] 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- اللاجئين بمن فيهم عديم الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة ب 28 يوليو لسنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئين.
3- العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا.
4- العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

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

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

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

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

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

وفي حالة الخلاف يرجح قانون الزوج أو الأدب".

أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية"[1].

ومما يتضح من هذا النص القانوني أن في المغرب مدونتين للأسرة إحداهما خاصة بالمغاربة المسلمين وأخراهما 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[2]، 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[3] والمغربية[1] والجزائرية وأغلبية

---

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

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

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

التشريعات الأخرى المقتبسة أحكامها من الشريعة الإسلامية[2]، دفع بالمشرعين "اعتناق عند وضع النصوص القانونية المنهجية المذهبية المقارنة[3]، بحيث استطاعت القوانين المغاربية للأسرة أن تبتعد عن الفكرة المذهبية، وأن تقتبس أحكامها من الآراء الفقهية المختلفة، ولو كانت من غير أهل المذاهب الأربعة[4]،

---

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

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

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

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

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

إذ ليس هناك مانع شرعي من الأخذ بقول غيرهم خصوصا إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك[1]، أي خصوصا إذا رعيت المصالح الاجتماعية في وضع تلك الأحكام"[2].

وكذلك، مما يؤكد الاعتماد على الأحكام الإسلامية في العلاقات الأسرية، ولا على مبدأ حرية الديانة بصفة مطلقة ومن ثم عدم الفصل بين القانون والدين في وضع النصوص التشريعية، هو ما نصت عليه هذه القوانين بشأن المصادر المعتمد عليها في غياب النص التشريعي. وهكذا، فالنص الجديد الوارد في المادة 400 من مدونة الأسرة لم يعفنا من الرجوع إلى الفقه الإسلامي في غياب النص التشريعي، وذلك بالتنصيص على أن "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

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

ولكن، مقارنة مع التشريعيين المغربي والجزائري، لم يحلنا المشرع التونسي ولا في مادة من مواد المجلة، في حالة انعدام النص التشريعي إلى

---

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

[2] انظر، حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 18-19.

أحكام الفقه الإسلامي[1]. 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[2]. وهذا ما أكدته المحكمة الاستئنافية بتونس بقولها "ويكون أوكد الواجبات محاولة الوصول إلى حل لهذه الإشكالية عبر القرآن والسنة واجتهاد الفقهاء المسلمين، باعتبار أن الفصل الأول من الدستور اقتضى أن "تونس جمهورية دينها الإسلام"، ولغتها العربية"[3].

ومادام أن هذه القوانين لم تتبن في هذا الإطار ما تبنته الدول اللائكية، نجد أن الأحكام التي جاءت بها والقائمة في البداية على عامل التمييز بسبب الديانة[4] نصت صراحة في التشريعين الجزائري والمغربي على أنه لا يجوز

---

[1]Cf. B. Ferchichi, op. cit., th. Tunis, 1983, p. 176.

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

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

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

[4] انظر، الشيخ محمد متولي الشعراوي، أحكام الأسرة والبيت المسلم، المكتبة العصرية، بيروت، 2004، ص. 41 وما بعدها

للمسلمة الزواج بغير مسلم[1]، مع هذا الفارق أن المدونة المغربية قد نصت أيضا بأنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج بغير المسلمة ما لم تكن كتابية[2]، 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 يؤمنّ"[3]. وبذلك يكونا قد كرس بخصوص هذه المسألة قاعدة تعتبرها الشريعة الإسلامية من النظام العام[4]. فإن كان ذلك كذلك، فبديهي ألا يجوز إسقاط هذا المانع وعدم المطالبة ببطلان الزواج بمرور الزمن ومهما استطال أمده.

وهذا ما أكدته، من جهة المدونة المغربية في المادة 2/57 منها بالتنصيص على بطلان الزواج في حالة وجود المانع[5]، 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

---

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

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

[3] سورة البقرة، الآية 221.

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

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

بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة نقول أن إجماع الفقهاء[1] 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[2].

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

وأما المشرع التونسي، لم ينص على هذا المانع لا في صياغته الأصلية للمجلة ولا في التعديلات التي أوردها عليها لاحقا، وكان ذلك مصدرا

---

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

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

لاختلافات فقهية بالغة الأثر، حيث منه من أجاز زواج المسلمة من غير المسلم ومنه من رفضه بصفة مطلقة [1]. غير أن القضاء قد رفع هذا اللبس، وقضى بأن "زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر زواجا باطلا من أصله"[2]. وهذا ما أكدته المحكمة ذاتها في قرار لها بالقول بأن "تزوج مسلمة بغير مسلم يكون زواجا واقعيا معقودا على غير الصيغة القانونية غير معترف به قانونا، موجبا للعقاب"[3].

ولكن أخذ على هذا الموقف أن المحكمة قد أغفلت مراعاة بعض المبادئ العامة للقانون منها مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بين كل المواطنين، وهو مبدأ دستوري، وحرية المرأة في اختيار زوجها دون تمييز على أساس عرقي أو ديني، وهي مبادئ أقرتها اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 ديسمبر 1962 المتعلقة بالرضا بالزواج والسن الأدنى للزواج والتي صادقت عليها الجمهورية التونسية سنة 1967 وهو ما يجعلها تطبق في التراب التونسي وتسمو على التشريع الوطني عملا بالفصل 32 من الدستور التونسي[4].

ولكن بدلا من تعديل الفصل الخامس من المجلة لجأت وزارة العدل إلى تكريس قاعدة الحظر بإصدارها منشورا مؤرخ في 05 نوفمبر 1973 يطلب

---

[1] راجع بشأن هذه المسألة، فيصل غديرة، زواج المسلمة بغير المسلم، مذكرة في القانون الخاص، تونس 1978؛

F. MACHATT, Disparité de culte et mariage dans les pays du Maghreb, Th. Etat, Tunis, 1976.

[2] انظر، مخكمة التعقيب التونسية، قرار مدني، 1966/01/31، عدد 3384، مجلة القضاء والتشريع، 1967، عدد 6، ص. 389.

[3] انظر، محكمة التعقيب، جزائي، 1973/06/27، نشرية محكمة التعقيب، قسم جزائي، 1973، ص. 21.

[4]Sur cette question, cons. E . De Lagrange, Le législateur tunisien et ses interprètes, R.T.D., 1968, pp. 11 et s. ; S. Bourraoui, La constante inégalité entre les sexes ou l'antinomie entre le droit interne et les conventions internationales, R.T.D., 1983, pp. 425 et s.

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

من ضبّاط الحالة المدنية التونسيين الامتناع عن إبرام عقد زواج بين تونسية مسلمة وشخص غير مسلم سواء كان تونسيا أو أجنبيا[1]. غير أنه أمام هذه النصوص، قضت المحكمة الابتدائية بتونس في حكمها الصادر في 29 جوان 1999بصحة زواج مسلمة بغير مسلم على أساس أن الموانع المذكرة 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 سالفة الذكر[2].

ومن الأثر المترتب على التمييز الديني، نجد أيضا أن القانون الجزائري، خلافا للمدونة المغربية[3] 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...[4]. وزيادة على ذلك اشترطت المادة 93 من قانون الأسرة في الوصي أن يكون كذلك مسلما.

والجدير بالذكر أيضا، في باب هذه الحرية الدينية، اشترط المشرع المغربي، على النقيض من التشريعين الجزائري والتونسي، في المادة 14 من المدونة على وجوب حضور شاهدين مسلمين في عقد الزواج. غير أن ما نص

---

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

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

[3] انظر، المادة 237 من المدونة.

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

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"[1]. ومن ثم، فإنه اعملا بالمصدر الثاني لقانون الأسرة نقول بأن المشرع الجزائري هو الآخر قد اشترط هذا الشرط ضمنيا نظر لدوره الفعال عند إبرام العقد.

وبما أن لهذا العقد، عند المالكية وغيرهم، اعتبارا دينيا فلابد من أن يكون الولي متحدا في الدين مع المولى عليه[2]، 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[3]، 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.

يضاف إلى ما قيل أعلاه، بشأن التمييز بسبب الدين الوارد في القوانين الأسرية المغاربية هو أن المشرع الجزائري، خلاف للمشرع التونسي قد اشترط في المادة 62 من قانون الأسرة على أن تتم تربية الطفل على دين أبيه، ومن ثم فمادام أنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج مع غير المسلم، فإنه ينبغي على الحاضنة، سواء أكانت مسلمة أم مسيحية أن تقوم بتربية المحضون على الديانة

---

[1] سورة النساء، الآية 141.

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

[3] بينما ينص الفصل 6 من المجلةعلى أن "زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي، والأم..."

التي يعتنقها أبوه، وإلا ستسقط عنها الحضانة. واكتفى المشرع المغربي بالتنصيص في المادة 173 من المدونة على إدراج ضمن شروط الحاضن "القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا...".

بقيت ملاحظة لابد من الإشارة إليها ونحن في باب هذه الحرية، وهي أن الأمر يدق في خاصة أحكام المواريث، والتي هي الأخرى تعتبر من النظام العام نظرا لقدسية مصدريها الأصليين المتمثلين في القرآن الكريم والسنة النبوية. فما لا ريب فيه أن موانع الميراث كافة كاعتبار الدين مانعا من التوارث تعد من كليات النظام الإسلامي في باب الميراث. وفي هذا الإطار قد نصت المادة 332 من المدونة المغربية "لا توارث بين مسلم وغير مسلم..."، علما أن المشرع الجزائري لم يأت في قانون الأسرة بنص واضح كهذا الذي جاءت به المدونة، ولكن بالرغم من ذلك، وإعمالا بالمادة 222 من ذات القانون، يرى جمهور الفقه الإسلامي على أن المسلم لا يرث الكافر ولا الكافر المسلم[1].

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 "[2]. وفي قرار آخر،

---

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

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

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 مخالفة للقانون"[1].

ولكن، فمن جانب المجلة التونسية، فالمسألة لازالت مطروحة، حيث اكتفت بالتنصيص في الفصل 88 منها على مانع القتل دون الموانع الأخرى المقتبسة من الشريعة الإسلامية، ولذلك لنا أن نتساءل عما إذا كان الاختلاف في الدين 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 فاختلاف 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

---

[1] انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.م.، 2001/06/20، ملف رقم 244899، المجلة القضائية، 2003، عدد 1، ص. 345.

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 معلّقا 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"[1].

ويلاحظ في النهاية أن النصوص القانونية السالفة توحي 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 أللائكية فقط[2]، وهي حالة لا وجود لها في الدول المغاربية، ذلك ما سنستشفه أيضا وبغير إبهام من خلال أثر الردة على حقوق الشخص الأسرية[3].

---

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

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

[3] انظر، تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 85 وما بعدها.

ب.- آثار الردة على حقوق الشخص الأسرية

أول ما يقدم كبيان لموقف القوانين المغاربية للأسرة هو من جهة المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 400 من المدونة المغربية، ومن جهة أخرى موقف القضاء التونسي بشأن مصادر مجلة الأحوال الشخصية، التي تعد مادة جامعة إذ تحيلنا،كما قدمنا في حالة انتفاء النص التشريعي أو قصوره، إلى مبادئ الشريعة الإسلامية. وعليه، إذا كانت هذه التشريعات تقر الإحالة إلى الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص التشريعي، فإن هذه الأخيرة، كما قلناه تقر صراحة حرية الديانة في القرآن الكريم في قوله تعالى"لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي"[1].

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[2]، ومن ثم يصبح من الخاسرين في الدنيا والآخرة[3]. وفي هذا يقول سبحانه وتعالى "ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها

---

[1] انظر، سورة البقرة، الآية 256.

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

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

خالدون"[1]، 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"[2]؛ وقوله جل جلاله "إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلا"[3].

وفي الحديث "فالعقاب الدنيوي لهذه الجناية، وهو القتل، فيثبته الفقهاء بحديث يروى عن ابن عباس رضى الله عنه قال: قال رسول لله صلى الله عليه وسلم" من بدل دينه فاقتلوه"[4]. وقال عليه الصلاة والسلام أيضا "لايحل دم أمري مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير حق"[5]. وكما أجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجوب قتل المرتد[6].

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"[7]. بل في الحقيقة، أن الشريعة الإسلامية لا تقبل أي دين

---

[1] سورة البقرة، الآية 217.

[2] سورة النحل، آية 106.

[3] سورة النساء، الآية 136.

[4] رواه ابن ماجة عن ابن عباس. انظر، ابن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، المرجع السابق، ص.276.

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

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

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

آخر غير الإسلام لقوله عز وجل "ومن يبتغ غير الإسلام دينا، فلن يقبل منه، وهو في الآخرة من الخاسرين"[1]، وقوله أيضا "إن الدين عند الله الإسلام"[2].

وهكذا لا يهم لإعمال هذا الموقف إن كان الشخص ذكرا أم أنثى، بل أنه يفهم منه بجلاء أن الشريعة الإسلامية لا تسمح بالتغييرات المزاجية[3] مهما كان جنس المعني[4]. 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[5].

وقد أظهر القضاء قبل الاستقلال [6] وبعده، تشبثها بالدين الإسلامي. وهذا يتضح بجلاء من خلال القرار الصادر عن المجلس الأعلى في 09 مارس 1987

---

[1] سورة آل عمران، الآية 85.

[2] سورة آل عمران، الآية 19.

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

[4] Cf. D. Tchouar, op. cit., th. Rennes, 1987, p. 278.

[5] انظر، المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 57 فقرة 2 من المدونة المغربية.

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

الذي قضى فيه بأن "حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا، وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات، فإن الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر"[1].

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

ولنا أن نتساءل عما إذا كان ذلك التعديل سيسمح لنا بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة. فالإجابة ممكن أن تكون بالنفي مادام أن المشرع قد 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. وأن 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

---

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