المركز الديمقراطي العربي برلين - ألمانيا

أحكام الزواج المختلط وإشكالاته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص

إشراف وتنسيق:

د. عمر بن عيشوش-مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة (CRSIC) الأغواط-الجزائر

الجزء الثاني

وقائع اعمال المؤتمر الدولي الافتراضي أيام 24 يونيو - حزيران 2023

المركز الديمقراطي العربي

أحكام الزواج المختلط وإشكالاته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص

المركز الديمقراطي العربي ألمانيا – برلين
&
جامعة إب – اليمن
Demokratisches Deutsches Zentrum für MENA Studien, Berlin, Deutschland

VR . 3383 – 6816 B

DEMOCRATIC ARABIC CENTER
Germany: Berlin 10315 Gensinger- Str: 112
http://democraticac.de
TEL: 0049-CODE
030-89005468/030-898999419/030-57348845
MOBILTELEFON: 0049174274278717

كتاب وقائع المؤتمر الدولي العلمي:

أحكام الزواج المختلط وإشكالاته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص

Provisions of mixed marriage and its problems in Islamic jurisprudence and private international law

الجزء الثاني

إشراف وتنسيق:

د. عمر بن عيشوش-أستاذ باحث – مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة (CRSIC) الأغواط – الجزائر

النـــاشر

المركز الديمقراطي العربي

للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية

ألمانيا/برلين

Democratic Arabic Center

Berlin / Germany

لا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو أي جزء منه أو تخزينه

في نطاق استعادة المعلومات أو نقله بأي شكل من الأشكال، دون إذن خطي مسبق من الناشر.

جميع حقوق الطبع محفوظة

All rights reserved

No part of this book may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, without the prior written permission of the publisher

المركز الديمقراطي العربي

للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية ألمانيا/برلين

البريد الإلكتروني

book@democraticac.de

المركز الديمقراطي العربي-برلين-ألمانيا

جامعة إب –اليمن

ينظمون المؤتمر الدولي العلمي الموسوم بـ:

أحكام الزواج المختلط وإشكالاته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص

Provisions of mixed marriage and its problems in Islamic jurisprudence and private international law

يوم 24 يونيو، حريزان، 2023

إقامة المؤتمر بواسطة تقنية التّحاضر المرئي عبر تطبيق Zoom

ملاحظة: المشاركة مجانا بدون رسوم

لا يتحمل المركز ورئيس المؤتمر واللجان العلمية والتنظيمية مسؤولية ما ورد في هذا الكتاب من آراء، وهي لا تعبر بالضرورة عن قناعاتهم ويبقى أصحاب المداخلات هم وحدهم من يتحملون كامل المسؤولية القانونية عنها

الرئاسة الشرفية:

أ.عمار شرعان، رئيس المركز العربي الديمقراطي-برلين-ألمانيا

أ.د نصر محمد الحجيلي – رئيس، جامعة إب – اليمن

أ.د فؤاد عبد الرحمن حسان – نائب رئيس جامعة إب للدراسات العليا والبحث العلمي – اليمن

رئيس المؤتمر : د .عمر بن عيشوش -أستاذ باحث – مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة (CRSIC)الأغواط – الجزائر

هيئة المؤتمر– :

رئيس اللجنة العلمية : د. محمد الفاروق عاجب-أستاذ باحث مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة (CRSIC) الأغواط الجزائر

مدير المؤتمر : د. فضل قاسم الحضرمي – جامعة إب – اليمن

رئيس لجنة المتابعة : د. مراد يحي الجحافي – جامعة إب – اليمن

رئيس اللجنة التحضيرية : د. أحمد بوهكو – المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا – برلين
التنسيق والنشر: د. حنان طرشان – جامعة باتنة1 – الجزائر
رئيس اللجنة التنظيمية :أ. كريم عايش – المدير الإداري – المركز الديمقراطي العربي – ألمانيا –

أعضاء اللجنة العلمية:

أ د. محمد ورنيقي / جامعة الأغواط(الجزائر)	أد. إبراهيم رحماني/ جامعة الوادي(الجزائر)
أ د. محمد بن السايح / جامعة الأغواط(الجزائر)	أد. مناد سعودي / جامعة الجزائر1(الجزائر)
أد. عبد المنعم نعيمي / جامعة الجزائر1(الجزائر)	أ د. عباس حفصي / جامعة الأغواط(الجزائر)
أ د. مصطفي شطة / جامعة الأغواط(الجزائر)	أد. بلخيرعمر اني / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)
أ د. أحمد برادي / جامعة تامنغست(الجزائر)	أد. مسعودة عمارة / جامعة البليدة02(الجزائر)
أد. فريد صحراوي / جامعة الجزائر1(الجزائر)	د. حنان طرشان/ جامعة باتنة1(الجزائر)
د . علي لطرش /جامعة تلمسان(الجزائر)	د. عصام عيروط، جامعة نابلس للتعليم المهني والتقني(فلسطين)
د. الجيلالي بن طيب / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)	د. حسين شنينة / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)
د. أم الخير شتاتحة / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)	د. توفيق برغوثي ، مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)
د.سمية سعال / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)	د. محمد بن عزوزي/ مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)
د. مراح سميرة / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)	د. فريحة بوفاتح، مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)
د. عتيقة عايسي / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)	د. سليمان شلباك / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)
د. علي غربي / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)	د. علي دني / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)
د. بوزيدي أحمد التيجاني / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)	د. فاطمة بالطيب / جامعة الجزائر1(الجزائر)
د. أحمد رباج / جامعة الجزائر1(الجزائر)	د. عبد الله بكراوي / جامعة أدرار(الجزائر)
د. فاطمة عامر / جامعة الأغواط(الجزائر)	د. الأزهاري دمانة / جامعة الأغواط(الجزائر)
د. عبد الرحمن مايدي/ جامعة الأغواط(الجزائر)	د. أمحمد علالي / جامعة الأغواط(الجزائر)
د. أحمد شطة / جامعة الأغواط(الجزائر)	د. مسعود فشيت / المركز الجامعي تيبازة(الجزائر)
د. حسان بوسرسوب/ جامعة سطيف2(الجزائر)	د. مرصالي حورية / جامعة المدية(الجزائر)
د. حياة حسين / جامعة البليدة02(الجزائر)	د. فاطمة الزهراء رباح /جامعة الجزائر1(الجزائر)

د. خيرالدين شرقي / جامعة الأغواط(الجزائر)	د. محمد عيشوبة / جامعة الأغواط، (الجزائر)
د. الطيب بوفاتح / جامعة الأغواط(الجزائر)	د. السعيد جقيدل/ مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)
د. أحمد بوفاتح / جامعة الأغواط ،(الجزائر)	د. العيد قعدة / جامعة الأغواط ،(الجزائر)
د. نعيمي زيغمي/ جامعة الأغواط،(الجزائر)	

ديباجة المؤتمر:

تعد رابطة الزواج من أسمى الروابط الإنسانية وأقدسها، إذ به تتوطد صلة الرحمة والمودة بين الزوجين، فالزواج عقد شرعي وميثاق متين بين الرجل والمرأة، وهو على سبيل الدوام بهدف العفاف و الإحصان، والغاية منه تأسيس أسرة مسلمة، وإنجاب أبناء وتربيتهم التربية الصالحة الحسنة؛ وهو الذي وصفه المولى عز وجل بالميثاق الغليظ في قوله:﴿ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ سورة النساء، جزء من الآية 21 ، وبكونه إحدى آياته الإعجازية في قوله: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ سورة الروم،الآية 21 .، ومن باب تحقيق خلافة سيدنا آدم لله في الأرض قال تعالى:﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾سورة البقرة جزء من الآية30 ، وشرع الزواج أيضاً للحفاظ على النفس البشرية وللتناسل والتكاثر قال رسول ﷺ: (تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الْأُمَمَ)

ويعد الزواج في الإسلام من أهم المنظومات الاجتماعية، ولضمان استمرار هذا النظام ونجاحه؛ وضح الإسلام حقوق وواجبات كل فرد من أفراد الأسرة، ومع التطور التكنولوجي السريع الذي تشهده وسائل الإعلام والاتصال في عصرنا هذا أضحت ظاهرة التعارف بقصد الزواج عبر الأنترنت ومنصات التواصل الاجتماعي منتشرة بكثرة في أوساط الشباب في المجتمعات العربية، فقد أقبل الكثير منهم على البحث عن الطرف الثاني من جنسية مختلفة؛ فالشباب العربي أضحى في الوقت الحالي أكثر تقبّلا للزواج عبر الأنترنت، حيث شهدت مواقع الزواج الإلكتروني انتشارا كبيرا في الآونة الأخيرة، وفي الكثير من الأحيان يكون الزواج صوريا بغرض حصول أحد الزوجين على الجنسية أو الإقامة في البلد المضيف.

ويقصد بالزواج المختلط (الزواج الدولي)، كل زواج يبرم بين رجل وامرأة يحمل كل منهما جنسية مختلفة عن الآخر، وهذا الوضع الجديد يثير العديد من الإشكالات خاصة في شأن تنازع القوانين.

هذا ويمثل الزواج المختلط أحد الروافد التي تتلاقح فيه الحضارات تارة وتتصادم فيما بينها تارة أخرى، وباعتباره يمثل ضرب من ضروب العلاقات الدولية الخاصة؛ وهو ميدان خصب لتنازع القوانين بين أنظمة قانونية علمانية وأنظمة قانونية تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية.

إشكالية المؤتمر– :

الإشكالية التي يعالجها هذا المؤتمر هي : ما هو حكم الزواج المختلط في نظر الشرع والقانون وإلى أي حد استطاعت التشريعات الوطنية المتعلقة بالأحوال الشخصية تخطي العقبات والحواجز القانونية

والقضائية التي تضعها الدول الأجنبية في وجه تطبيق القانون الوطني على أفراد الجالية العربية والإسلامية المقيمة بالخارج ؟

أهداف المؤتمر الدولي :

- تسليط الضوء على موضوع الزواج المختلط (الزواج الدولي) وفق المنظور الشرعي والقانوني.
- الاطلاع على أهم المستجدات الفقهية والقانونية في قضايا الزواج المختلط.
- إثراء الرصيد العلمي والمعرفي وطرح الأفكار وتبادل الآراء بخصوص التجارب الدولية في موضوع المؤتمر.
- فتح المجال لتبادل الخبرات والآراء بين أساتذة وطلبة الجامعات والمعاهد المتخصصة في الشريعة والقانون

محاور المؤتمر الدولي– :

- **المحور الأول: الإطار المفاهيمي (تعريف عقد الزواج بصفة عامة والزواج المختلط بصفة خاصة، الحقوق والواجبات الزوجية)**
- **المحور الثاني: الأحكام المتعلقة بانعقاد الزواج المختلط في الفقه الإسلامي (حكم زواج المسلم بغير المسلمة (الكتابية)، زواج المسلمة بغير المسلم ،حكم الزواج المختلط الصوري، الذمة المالية للزوجة)**
- **المحور الثالث : الشروط الشكلية والموضوعية لإبرام عقد الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص**

المحور الرابع :الإشكاليات المترتبة عن الزواج المختلط (تنازع القوانين – جنسية الزوج، الزوجة ،الأبناء، فك الرابطة الزوجية، الحضانة، النفقة

فهرس المحتويات

الصفحة	عنوان المداخلة	الباحث
26-13	قراءة قانونية للأثار المالية للزواج المختلط في الشريعة الإسلامية وفي التشريع الجزائري	د. قايد حفيظة
38-27	اختصاص المحاكم الدولية المبني على ضابط الجنسية في مسائل الزواج المختلط	د.رحاوي آمنة د.بن أحمد نادية
60-39	المواجهة الجنائية للاستيلاء على الميراث المترتب على الزواج المختلط	د.جمعة فرج شرف الدين
76-61	إشكالية جهة الحضانة في الفرقة الناتجة عن الزواج المختلط- دراسة مقارنة-	د. مراد عليون د.أسماء صوكو
90-77	أثر الزواج المختلط على جنسية الأبناء	د . يحي غريبي أ . د . فاطمة الزهراء غريبي
114-91	النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة بين التنظيم القانوني وعوائق التطبيق	د. عصام منصور
126-115	زواج المسلم بغير المسلمة أحكامه وضوابطه الشرعية في الفقه الإسلامي	د. لبيض بوبكر د.بوداوي كريم
144-127	مركز القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط أمام القضاء الوطني	د. شيخي نبية د. دويدي عائشة
164-145	الضوابط الشرعية لإباحة الزواج بالكتابية – دراسة فقهية تأصيلية –	د. سليمة طلحاوي
180-165	الحضانة كأثر لانحلال الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين	ط د. جمعة براهيمي أد.عبد الرحمن رداد
190-181	القانون الواجب التطبيق على النسب في القانون الدولي الخاص	د.عبد الحكيم بوجاني د.صورية غربي

208-191	الصراع الديني لدي الأنباء بزواج المسلم بالكتابية-رؤية مقاصدية-	د.كريمة مريني أد.بلخير عمر اني
220-209	حق الحضانة في الزواج المختلط على ضوء القانون الدولي الخاص المغربي: الو اقع والتحديات.	ط د.مليكة المسعودي
232-221	زواج المهاجرين بالمهجر بغية الحصول على الوثائق الرسمية بين المقاصد والأحكام	د.حكوم السنية د.بن لسبط لدمية
244-233	أثر النظام العام في القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد عقد الزواج المختلط	م م .سبأ يحي يونس العبيدي

قراءة قانونية للأثار المالية للزواج المختلط في الشريعة الإسلامية وفي التشريع الجزائري

A legalreading of the financialeffects of mixed marriage in Islamiclaw and in Algerian legislation

د. قايد حفيظة

أستاذة محاضرة قسم أ- كلية الحقوق -جامعة مستغانم – الجزائر

الملخص:

يثير الزواج المختلط عدة إشكالات قانونية أهمها تحديد القانون المختص عند تنازع القوانين حول أثار هذا الزواج والذي بدوره يثير منذ البداية التنافس والتزاحم بين قوانين الدول التي يعنيها الأمر، ويتم حل هذا التنازع بترجيح أحد القوانين المتنازعة سواء أكان وطنيا أو أجنبيا لتطبق قواعد إسناد على أثار هذا الزواج المختلط ونسلط الضوء في بحثنا تحديدا ، على الآثار المالية لعقد الزواج المختلط في الشريعة الإسلامية وفي النظام القانوني الجزائري من خلال دراسة في مفاهيم الزواج المختلط وحكمه في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة الجزائري، و موقف الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري من الآثار المالية لعقد الزواج المختلط والقيود الواردة على تطبيق قواعد إسناد في إشكالية الأثار المالية للزواج المختلط في القانون المدني الجزائري.

الكلمات المفتاحية: الزواج المختلط – الأثار المالية – جنسية الزوج- قانون الأسرة الجزائري

Abstract:

Mixed marriageraisesseverallegalproblems, the most important of whichisdefining the relevant lawwhenlawsconflict over the effects of thismarriage, which in turnraisesfrom the outsetcompetition and competitionbetween the laws of the countries concerned. Mixed marriage. In ourresearch, we shed light specifically on the financialeffects of the mixed marriagecontract in Islamiclaw and in the Algerian legal system through a study in the concepts of mixed marriage and itsruling in Islamiclaw and in Algerian familylaw, and the position of Islamiclaw and Algerian legislation on the financialeffects of the mixed marriagecontract and the restrictions Contained on the application of the rules of attribution in the problematic of the financialeffects of mixed marriage in the Algerian civil law.

Keywords: mixed marriage - financial implications - husband'snationality - Algerian familylaw

المقدمة:

أصبح الزواج المختلط يعتبر من أهم مسائل الأحوال الشخصية ومن أوسع الروابط العائلية مجالا في تنازع القوانين، ونظرا للاعتبارات اجتماعية، ودينية وخلقية، أدى بذلك بالتشريع الجزائري وغيره من التشريعات إلى الحاجة لوضع

قواعد قانونية وحلول لبعض للإشكاليات التي تعتري هذا الزواج وذلك يكون بما يتناسب مع أحكام الشريعة الإسلامية والنظام الجزائري والدولة الأجنبية، فإن القاضي يتدخل عن طريق التكييف وتحكيمه فيما يعتبر بالزواج وما هو خارج عن إطار الزواج ، وأيضا نظرة المجتمع إليه وما لهذا النوع وعليه فان تنازع القوانين قائم منذ اللحظة التي يحكم وضعها من الناحية الشكلية والموضوعية ، و الآثار الناتجة عن الزواج المختلط،وتحديد هذا القانون يثير منذ البداية التنافس والتزاحم بين قوانين الدول التي يعنيها الأمر، ويتم حل هذا التنازع بترجيح أحد القوانين المتنازعة سواء أكان وطنيا أو أجنبيا، ويكون ذلك بالرجوع إلى قواعد قانونية يضعها المشرع الوطني بهدف تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يكون إما قانونا وطنيا أو أجنبيا، وهنا يبرز دور القانون الدولي الخاص في إيجاد الحلول المناسبة لأطراف العالقة القانونية.

ويترتب عن الزواج المختلط بعض الأثار القانونية فنجد في هذا الصدد بعض الأنظمة القانونية، تفصل بين الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج وتخضع كلا منهما لقانون مختلف، ويرجع هذا إلى القانون الواجب التطبيق وهذه المسألة مختلف فيها فقها وقضاء، لأنّها تتوقف على مسألة تكييف النظام نفسه. وهذه الآثار غير معروفة عندنا، إذ لا ترتب الشريعة الإسلامية أي أثر مالي على ما يملك الزوجان من أموال .و إذا اعتبرنا النظام المالي ضمن الأحوال العينية، وأخرجناه من دائرة الأحوال الشخصية فيسري عليها قانون الإرادة كان المبدأ المستقر عليه لدى القضاء الفرنسي، هو إخضاع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة. وفي حالة عدم الاتفاق، فيخضع إما لقانون الجنسية المشتركة أو لقانون الموطن المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج. وذهبت بعض دول القارة الأوروبية، إلى اعتبار النظام المالي للزوجين داخلا ضمن روابط الأسرة، وبالتالي يخضع لقانون الجنسية كالقانون الألماني مثلا.

على ضوء هذه المعطيات نطرح الإشكالية القانونية التالية:

ما المقصود بالزواج المختلط؟ وكيف واجه المشرع الجزائري الأثار المالية الناجمة عن الزواج المختلط؟

إجابة على هذه الإشكالية قسمت الورقة البحثية إلى محورين، استعرض في المحور الأول: دراسة في مفاهيم الزواج المختلط وحكمه في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة الجزائري، وفي المحور الثاني : موقف الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري من الآثار المالية لعقد الزواج المختلط.

المحورالأول: دراسة في مفاهيم الزواج المختلط وحكمه في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة الجزائري

يعتبر الزواج المختلط من أهم مسائل الأحوال الشخصية ومن أوسع الروابط العائلية مجالا في تنازع القوانين، ونظرا لاعتبارات اجتماعية، ودينية وخلقية، أدى بذلك بالتشريع الجزائري وغيره من التشريعات إلى الحاجة لوضع قواعد قانونية وحلول لبعض الإشكاليات التي تعتري هذا الزواج وذلك يكون بما يتناسب مع أحكام الشريعة الإسلامية والنظام الجزائري والدولة الأجنبية فإن القاضي يتدخل عن طريق التكييف وتحكيمه فيما يعتبر بالزواج وما هو خارج عن إطار الزواج ، وأيضا نظرة المجتمع إليه وما لهذا النوع من الزيجات من آثار على المجتمع الجزائري كظهور ثقافات وتقاليد وعادات دخيلة على المجتمع والأسرة الجزائرية.

أولا: تعريف زواج المختلط:

وردت تعاريف مختلفة للزواج المختلط من رجال القانون ومختصين في علم الاجتماع، فعرفه الكاتب Yacine CHAÏB بأنه الإتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلف الثقافة والجنسية والديانة".

وعرفه اللواء محمد فتح قاضي : "أن الزواج عقد يربط أحد الزوجين بالآخر برباط قانوني واجتماعي ، وإذا تم بين الزوجين مختلفي الجنسية سمي بالزواج المختلط" (عكاشة،، 1987، صفحة 247)

وهنان من عرفه أيضا: "هو الزواج الذي يتم فيه كل طرف من أطرافه إلى جنسية مختلفة،

وهذا الاختلاف يتحقق ساعة إبرام الطرفين لعقد الزواج".

وإذا ما تمعنا في هذه التعريفات من الناحية القانونية نستنتج أنها تشترك في نظرتها للزواج المختلط على أنه يقوم على الاختلاف في الجنسية.

ثانيا: حكم الزواج المختلط في الشريعة الإسلامية:

أساس المجتمع أسر تشكّل بنيانه، وأفراد يشكّلون تلك الأسر، وعقيدة تربط أولئك الأفراد ، و أرض يقيمون فوقها ، فالمجتمع الإسلامي بهذا المفهوم هو ذلك الذي يحكمه الإسلام ، و يطبقفيه: عقيدة ، و شريعة ، و أخلاقا و معاملات .

و المجتمع الإسلامي مجتمع الوسطية و العدل في كافة أموره .يقول الله عزّ وجل:﴿ **وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا** ﴾ 142 البقرة والأجنبي الذي يعيش في دار الإسلام بعهد و أمان لا تخفر ذمته، ولا يظلم، و نفسه و ماله محفوظان بحفظ الدين . يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ألا من ظلم معاهدا أو انتقصه أو كلفه فوق طاقته أو أخذ منه شيئا بغير طيب نفس ، فأنا حجيجه يوم القيامة) (والبيهقي، 2013، صفحة 205).

في ظل هذا الجو السليم لم يكن الزواج المختلط شائعا في بلاد المسلمين ، و لكنه كان موجودا، وأبرم الصحابة الكرام زيجات مختلطة عديدة ، اقتداء بسيرة نبيهم صلى الله عليه و سلم الذي تزوج بيهودية كتابية هي صفية بنت حيي بن أخطب أحد رؤوس يهود بني قريضة . كانت في سبي خيبر . تزوجها النبي ، و أعتقها و جعل عتقها مهرها ، ففي الحديث الذي رواه البخاري : (عن أنس بن مالك ﷺ قال: قدم النبي صلى الله عليه و سلم خيبر فلما فتح الله عليه الحصن ذكر له جمال صفية بنت حيي بن أخطب و قد قتل زوجها و كانت عروسا ، فاصطفاها رسول الله صلى الله عليه و سلم لنفسه ، فخرج بها حتى بلغنا سد الروحاء حلت فبنى بها ، ثم صنع حيسا في نطع صغير ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (البخاري، بدون تاريخ، صفحة الحديث رقم 2235ص3). كما تزوج الكثير من الصحابة بكتابيات، منهم الخليفة الثاني عثمان بن عفان ﷺ . تزوج بالكتابية نائلة بنت القرافصة النصرانية ، التي أسلمت تحته بعد ذلك ، و نالها يوم مقتله عنت كبير (.، ، ط. 1405 1 هـ/ 1984، صفحة 15)

وأصبح الأجانب مقبولون في المجتمع المسلم الجديد ، و يشكلون جزءا أصيلا من بنائه الداخلي ، بل يحرص الإسلام حرصا كبيرا على أمنهم و اطمئنانهم وسط هذا المجتمع مثل غيرهم من المواطنين، واجتمعت عدة عوامل ساهمت في شيوع الزواج المختلط في المجتمع الإسلامي، منها غياب أداة ، أو أدوات مقاومة انتشار هذا الزواج المستشري في الأوساط

المثقفة ثقافة فرنسية غربية ، و التي تعتبر الزواج المختلط وسيلة اندماج في المجتمع الفرنسي الغربي ، و مخرج من حالة التخلف التي يعانيها المجتمع الذي تنتمي إليه ، و واسطة للتقدم والتطور الذي ترغب في بلوغه .

ثانيا: حكم الزواج المختلط في قانون الأسرة الجزائري:

قبل الاحتلال الفرنسي للجزائر خلال سنة 1830 م. كانت الجزائر ولاية من العثمانية. الولايات العثمانية، تخضع شكليا للباب العالي في الآستانة عاصمة الخلافة كانت الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع القضائي الذي يحكم به قضاة معدون خصيصا لتلك المهمة. مهمة الفصل في المنازعات القائمة بين اطراف الخصومة بناء على مقترحات تقدمها و تهيئها مجالس فقهية ، حسب النزاع قضائي شرعي . المطروح، يحكم على ضوئها القاضي ، ورغم ذلك ظلت الشريعة الإسلامية هي المخولة لحكم مسائل الأحوال الشخصية وهي جهة قضائية عليا استحدثها النظام القضائي الفرنسي خصيصا لذلك، للمواطنين المسلمين الجزائريين. لكن يطعن في أحكامها أمام غرفة الطعون الإسلامية، كان قضاة المحاكم الشرعية الإسلامية تصدرون أحكامهم في مجال الزواج والطلاق والوصية والميراث و(يطبقون أحكام الشريعة الإسلامية ... باعتبار أنه لا توجد هناك نصوص شرعية تنظم إجراءات التقاضي، باستثناء ما نص عليه مرسوم 1890/12/29 الذي نظم الأحكام الواجبة التطبيق حسب المذهب الإباضي في 1 جنوب البلاد . وما تضمنه مرسوم 1922/08/12 بشأن تطبيق التقاليد القبائلية.) (سعد، . 1406هـ. 1986، صفحة 10)

وبعد استقلال الجزائر مباشرة عن فرنسا، شرعت في اتخاذ نظام قضائي مستقل. فأصدرت القانون رقم 63.218 بتاريخ 1963/05/18 الذي ألغى التبعية لمحكمة النقض الفرنسية ، و أنشأ المجلس القضائي الأعلى . كما قامت أيضا بإصدار المرسوم رقم 63.261 بتاريخ 22 جويلية 1963 (فألغى المحاكم الشرعية أو الإسلامية و نقل اختصاصاتها إلى المحاكم العادية . وأبقى على الهيكل العام للنظام القضائي المبني على ثلاثة أنواع من المحاكم هي المحاكم الابتدائية .و المحاكم الابتدائية الكبرى. و محاكم الاستئناف تحت ظل المجلس القضائي الأعلى ... و بقيت المحاكم تطبق قواعد الأمر الصادر في 1944/11/23 على القضايا التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية ، و تطبق 3 قواعد الإجراءات المدنية الفرنسية على القضايا المطروحة أمام المحاكم العادية، ظل ذلك الأمر ساريا حتى صدور الأمر رقم 154.66 بتاريخ 1966/06/08 المعدل و المتمم ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الذي كرس الإجراءات المتبعة أمام أقسام الأحوال الشخصية بالمحاكم المدنية . الاستقلال القضائي للجزائر، و الذي يحكم كافة الإجراءات المدنية ، بما فيها ثم صدر مؤخرا قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بموجب الأمر رقم 09.08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لتاريخ 2008/02/25 المتضمن فيما تضمنه الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية ، و الإجراءات الخاصة الإدارية .. بكل جهة قضائية على حدة .

بالإضافة للإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية هذا القانون يتناول فيما يتناوله في الفصل الثاني من الكتاب الثاني منه الإجراءات المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة المدمج حاليا في المحاكم المدنية، تحدد المادة 423 من القانون اختصاص قسم شؤون الأسرة بالدعاوى المتعلقة و الشروط المذكورة في قانون الأسرة . بالزواج والرجوع إلى بيت الزوجية و انحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات هذا في الفصل الأول منها . أما الفصول الأربعة الأخرى فتتناول دعاوى المتعلقة بالولاية و الحجر و الفقدان و التقديم . النفقة و الحضانة و الزيارة ، و إثبات الزواج والنسب

، و الكفالة . و أخيرا الدعاوى خصص الأمر المذكور ستة وسبعين مادة ، من المادة 423 إلى المادة 499 1 لحكم إجراءات سير الدعوى أمام قسم شئون الأسرة.

1 - قانون الأسرة الجزائري في ضوء الممارسة القضائية، المعدل و المتمم . مطبوعات برتي للنشر. ط. 10.

من رجال القضاء بغية صياغة قانون يلم بشؤون الأسرة قاطبة و يتناول جميع المسائل التي تواجهها ، ومنها قضايا الزواج المختلط . و بتاريخ التاسع من شهر رمضان عام 1404 هـ الموافق 1984/06/09م صدر الأمر رقم 11.84 المتضمن قانون الأسرة ، المعدل و المتمم بالأمر رقم . 27/02/2005 في المؤرخ 05.02 الكتاب الأول يتناول الزواج وانحلاله . الكتاب الثاني يتناول مسائل النيابةالشرعية .يتناول هذا القانون جميع مسائل الأسرة التي يحصرها في أربعة كتب . التبرعات كالوصية و الهبة و الصدقة . الكتاب الثالث يتطرق لمسائل الميراث . أما الكتاب الرابع فيتناول مسألة أعمال و تنص المادة الأولى منه على أنه : (تخضع جميع العلاقات بين أفراد 1 الأسرة لأحكام هذا القانون .) كما تنص المادة 19 المعدلة بموجب الأمر رقم 05.02 المؤرخ في 2005/02/27 على أنه يجوز : (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانهاضرورية ، و لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون .) وفي المادة 222 منه نص القانون على أن (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية (رشيد، 2018، صفحة 89)

المحور الثاني : موقف الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري من الآثار المالية لعقد الزواج المختلط

يرتب عقد الزواج نوعين من الآثار، شخصية ومالية، أما الآثار الشخصية فهي تلك المتعلقة بالحقوق والواجبات الزوجية، والتي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة ،أهمها النفقة، القوامة. وأما الآثار المالية فهي ما يتعلق بملكية أموال الزوجين من حيث إراداتها وادارتها، والالتزامات والحقوق الواردة عليها، والنظام المطبق عليها يختلف من دولة إلى أخرى.

بالنسبة للدول التي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية فتأخذ بنظام الانفصال المالي أي استقلالية الذمة المالية لكلا الزوجين، مما يعني أنه ليس للزواج أي أثر على الجانب المالي.

أما بالنسبة للدول الغربية فيرتب الزواج آثارا مالية على الطرفين، بحيث يتم تطبيق ما يسمى بـ "نظام الزوجية "، " Régime Matrimonial "وهو مجموعة القواعد القانونية التي يتألف منها النظام القانوني الذي تخضع له أموال الزوجين أثناء الزواج وعند حله، وهي تنقسم طبقا للتشريعات الحديثة في فرنسا.

وعليهسنتطرق في هذا المحور إلى موقف الشريعة من الآثار المالية لعقد الزواج المختلط ، وإلى موقف التشريع الجزائري من هذه الآثار لعقد الزواج .

و تتمثل الآثار المالية لعقد الزواج في النظام القانوني التي تخضع له العلاقات المالية بين الزوجين حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية الأموال وإدارتها والانتفاع بها أثناء الحياة الزوجية، وكيفية تصفيتها بعد انحلال العلاقة الزوجية و توزيعها بعد الوفاة .

ففي الشريعة الإسلامية لا يعرف النظام المالي عقدا بالنسبة الآثار المالية للزوجين لأن القاعدة العامة هي انفصال الذمة المالية للزوجين، أما في الدول الغربية فيوجد خلاف ذلك وهو النظام المالي للزوجين والذي يكون قانوني أو اتفاقي ومن ثم فإن لكل طرف أمواله الخاصة ولا يمكن للطرف الأخر التصرف في أموال الأخر إلا في إطار الحقوق المالية التي يرتبها عقد الزواج.

أولا:موقف الشريعة الإسلامية من فكرة النظام المالي للزوجين:

تعتبر الشريعة الإسلامية في أحكامه، في أحكامها، أن عقد الزواج لا يرتب أثار المالية بالرغم من اهتمام البالغ بالمال، أين حفظته من الضياع ووضعت له قواعد وأحكاما تنظمه وتحميه، ففي الشريعة مبدأ الذمة المالية المستقلة للزوجين وتعني بالذمة المالية : " مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية في الحال و المستقبل". كما عرف الأستاذ مصطفى الزرقا الذمة بأنها: " هي محل اعتباري في الشخص، تشغله الحقوق التي تتحقق عليه " وعرفها الأستاذ أبو زهرة بأنها: " أمر فرضي اعتباري، يفرض ليكون محال للالتزام و الإلزام"، كما تعرف الذمة المالية في الفقه الإسلامي بأنها وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان يصير به أهال للإلزام والالتزام، أي صالحا بأن تكون له حقوق وعليه واجبات مالية، وهي بذلك تقترب من مفهوم أهلية الوجوب التي تعني صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، فهي مترتبة على وجود الذمة وكلاهما تلازم الإنسان منذ ميلاده إلا أنها تختلف عن الذمة المالية في كونها تتعلق بالالتزامات عامة. وبالتالي، فالذمة مقتضاها عنصران، عنصر إيجابي، المتمثل في الحقوق العينية و الشخصية، وعنصر سلبي يتمثل في الالتزامات المالية (حزاب،، جوان 2019، صفحة 308).

وقد أثبت الفقه الإسلامي هذه الاستقلالية، وقد قدر فقهاء المالكية هذا الأمر أين أثبتوا حرية المرأة في التصرف في أموالها عموما والزوجة خصوصا . حيث تظل الزوجة في الشريعة الإسلامية سيدة أموالها والمالكة الوحيدة لكل ما كانت تملكه قبل الزواج ولكل ما يؤول إليها بعده من مال منقول أو عقار،وليس لزوجها التدخل في إدارة أموالها المالية، بل لها مطلق الحرية في كل ما يتعلق بأموالها، وليست مجبرة على المساهمة في حمل أعباء المعيشة وال تحمل مصاريف تربية أبنائها، ويبقى الزوج هو المسؤول الوحيد عن ذلك ، تطبيقا لمبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين.

ومع ذلك ال يمنع في الإسلام، أن يتفق الزوجان على جعل أموالهما مشتركة بينهما عن طريق الاتفاق شريطة أن لا يكون هذا الاتفاق وإدارة الأموال وفق للأنظمة الغربية لأنه في هذا مخالفة للآداب العامة و النظام العام ، وهذا متى ما كان هذا الاشتراك في الحياة الزوجية، أما عدا ذلك فليس هناك ما يمنع ذلك. والواقع أن الشريعة الإسلامية لا تعرف نظاما ماليا معقدا فيما يخص أثر الزواج على أموال كل من الزوجين، لأن القاعدة العامة هي انفصال الذمم المالية للزوجين، وهذا على خالف ما هو حاصل في الدول الغربية التي تعرف ما يسمى بالنظام المالي للزوجين والذي يكون إما قانوني أو اتفاقي. ويقوم مبدأ استقلال الذمة لكل من الزوجين في التشريع الإسلامي على دعائم أساسية وهي :

- استقلال كل من الزوجين بأمواله.

- إن تصرفات الزوجين فيما بينهما تحكمها القواعد العامة.

- مسؤولية كل من الزوجين عن ديون المترتبة تجاه الغير مسؤولية شخصية.

ويتميز نظم الفصل بين ذمم الزوجين في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية بخصائص تختلف عن تلك التي تميز نفس المبدأ في القانون الفرنسي،

ففي ظل هذا الأخير يستطيع الزوج أن يحتفظ بأمواله الخاصة، إذا أراد ذلك والتصرف فيها دون إشراك زوجه، فيظل كل واحد منهما أجنبيا عن الآخر من الناحية المالية ويبقى مسؤولا عن ديونه سواء قبل أو بعد الزواج باستثناء الديون الناتجة عن تكاليف الحياة الزوجية أو عن تربية الأولاد ، بينما تبقى الزوجة في الإسلام محتفظة بنفس الحقوق والسلطات على أموالها، كما كان وضعها قبل الزواج دون أن تكون ملزمة بالمساهمة بمالها في تكاليف الحياة وتربية الأولاد. (وهيبة، 2020/2019، صفحة 9)

ثانيا: موقف التشريع الجزائري من فكرة النظام المالي للزوجين:

أدخلت عدة تغييرات على قانون الأسرة الجزائري مسايرة للمتطلبات الاجتماعية الجديدة، وفي هذا الإطار استحدث المشرع بعض العقود يهدف من ورائها إلى تعزيز الحماية الأسرية منها ما يتعلق بقضية الذمة المالية أو الأموال المشتركة بين الزوجين، فيعطي لكلا الزوجين الحق في التصرف في أمواله الخاصة تطبيقا لمبدأ استقلال الذمة المالية . وفي إطار نظام الأموال بين الزوجين استحدث المشرع الجزائري أحكاما جديدة نصت عليها المادة 37 من تعديل 05-02 قانون الأسرة الجزائري :" لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر، غير أنه يجوز أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي آخر الحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما ". وعليه من خلال هذه المادة يتبين أن المشرع الجزائري اعتمد مبدأ الاستقلال المالي للزوجين وفق ما تقتضيه أحكام الشريعة الإسلامية، غير أنه أجاز للزوجين الاتفاق على خالف ذلك من خلال الاتفاق على تسيير أموالهما المكتسبة خلال حياتهما الزوجية وهو ما يعد نقلة نوعية في اتجاه اعتماد نظام مالي وفق المنظور الغربي الذي يقوم على الشراكة بين الزوجين بالدرجة الأولى وهو موقف يعزز فكرة الشراكة بين الزوجين وفق تيار الحداثة. و يرجع أساس هذه الفكرة إلى مبدأ سلطان الإرادة وتطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، غير أن هذا المبدأ على إطلاقه قد يشكل أكبر مهددا لعقد الزواج المختلط في الدول التي تعتمد نظام الاشتراك، ذلك أن الاتفاقات التعاقدية غالبا ما تكون تنصب على فكرة الانفصال الذمة المالية ضمن عقد زواج مختلط يخضع في تسجيله ضمن دائرة المصالح الأجنبية الفرنسية مثال، وهو ما يشكل بالنسبة للقانون الفرنسي شرط منافي للعقد قد يستبعد لأنه يتعارض والنظام العام في فرنسا، لذلك تم تعديل قانون المدني الفرنسي وأقر نظام الانفصال المالي (القاد، 2020، صفحة 118).

وإذا سكت الزوجان ولم يصرحا بالنظام المالي الذي يختارانه عند إبرام عقد الزواج، فإن ذلك يعد منهما اختيارا لنظام الفصل في الأموال، باعتباره المبدأ والأصل، وعلى المأمور العمومي المحرر لعقد الزواج أن يذكر الطرفين

بمحتوى هذا النظام وشروطه. وينطبق نظام الاشتراك على العقارات المكتسبة بعد تاريخ الزواج والمعدة للاستغلال العائلي، وال ينسحب أثره على المنقولات والعقارات غير المعدة للاستعمال العائلي على غرار العقار المعد للاستعمال المهني ألحد الزوجين، وكذلك على العقارات المكتسبة بعد الزواج، أي بإرث أو هبة أو وصية أو ما شابه ذلك، ولو كان مخصصا للاستعمال العائلة، ويتبين مما سبق إن نظام الاشتراك في الأملاك يسري فقط على العقارات المكتسبة بمقابل مالي أثناء قيام العالقة الزوجية، والتي هي معدة لمصلحة العائلة كأن تكون مخصصة للسكنى المستمرة أو القنصلية أو أن يكون العقار مسوغ للغير وتنتفع العائلة من مداخيله، واقتضى الفصلان 14 و15 من قانون 9 نوفمبر 1998 إشهار نظام الاشتراك ، وذلك بالتنصيص عليه في دفاتر الحالة المدنية للزوجين وفي مضامين دفاتر الملكية العقارية وشهادات الملكية. (لاتي،، 20012002، صفحة 07)

وتأصيلا على حكم الشريعة الإسلامية التي أقرت هذا المبدأ باعتبارها مصدرا لتشريع الأسرة الجزائري ولسائر تشريعات الأحوال الشخصية العربية. وأضطر للتجاوز عن بعض العناصر منها أهمية الذمة المالية وخصائصها وأقتصر على ذكر مكونات الذمة المالية لعلاقتها بموضوع الدراسة وهي: العقارات والمنقولات المكتسبة قبل إنشاء الرابطة الزوجية، وما يدخل في الملكية من أموال عن طريق الإرث أو الهبة أو الوصية أو الوقف. والتعويضات المادية الناشئة عن التصرفات الضارة ضررا ماديا أو معنويا. والديون المترتبة بالذمة لصالح الغير. الديون التي تتعلق بذمة الغير لصالح الدائن. وتنفرد المرأة بعناصر أخرى تدخل في ذمتها وهي ما يسمى أيضا بالحقوق المالية للمرأة: كالصداق الذي يدفعه الزوج كشرط يفرضه القانون لصحة عقد الزواج (م9مكرر من قانون الأسرة). النفقة حيث أوكل المشرع مسؤولية الإنفاق على الزوجة وعلى الفروع إلى الزوج باعتباره صاحب القوامة والعصمة، فالنفقة حق مالي للزوجة نظير احتباسها لحق الزوج، ويسري هذا الحق ابتداء من تاريخ الدخول كقاعدة عامة وقد يتوجب قبل ذلك إذا دعته للبناء ببينة وتماطل في الاستجابة(م74 من قانون الأسرة) . وتشمل النفقة كل ما يعد من الضروريات في العرف والعادة من المأكل والمشرب والكسوة والعلاج والمسكن ولوازمه دون توقف على الوضع المادي للزوجة فقيرة أو ثرية عاملة أو ماكثة بالبيت(م78 من قانون الأسرة). وإذا أعسر الزوج بالنفقة وصدر حكم ضده بالإنفاق –لاسيما أن النفقة من قضايا الاستعجال- وامتنع عن التنفيذ كان ذلك مبررا لتأسيس متابعة جزائية ضده ورفع دعوى التطليق بناء على الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة .

- كيفية تسيير الأموال المشتركة:

منح المشرع حرية إفراغ اتفاق الزوجين حول المكتسبات الزوجية وكيفية إدارتها واستثمارها ونسب الاستحقاق في الربع في قالب شكلي قانوني يتمثل في وثيقة تتضمن شروط الاتفاق المبرم بينهما، هذا الاتفاق يكون ملازما ومصاحبا لواقعة إبرام عقد الزواج، أو يأتي لاحقا من غير تحديد الأجل وهذا ما تضمنته المادة 37 من قانون الأسرة: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهم.

ويمكن تلخيص معالم وخصائص نظام الأموال بين الزوجين في حدود نصي المادة 19 و 37 من قانون الأسرة في النقاط الآتية:

- إقرار مبدأ الذمة المالية المستقلة لكل طرف كقاعدة أصلية.

- فسح المجال أمام الزوجين لتحديد واختيار نظام لتسيير ممتلكاتهما المشتركة بينهما التي يكسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما.

- وجوب إفراغ اتفاقهما في قالب قانوني – عقد رسمي -.

- الاتفاق يكون إما مصاحبا لواقعة إبرام عقد الزواج أو لاحقا في عقد مستقل مفتوح الأجل.

- مادام الاتفاق يفرغ في عقد رسمي فإنه يخضع لحكم العقد شريعة المتعاقدين فيمكن تعديله أو استبداله أو توقيفه حسب إرادتهما سواء في ظل الرابطة الزوجية أو في حالة انفكاكها.

الجزاء المترتب على مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج – خاصة تلك المنصوص عليها في المادة 19 -هو الحكم بالتطليق لصالح الزوجة بناء على الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة وهي" مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"، والحكم بالطلاق المؤسس والمبرر لصالح الزوج وهو وإن لم يصرح به في قانون الأسرة لكن مادام الطلاق غير المبرر يستجاب له سيرا على اجتهادات وقرارات المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية (فمن باب أولى إذا كان طلاقا مبررا سببه إخلال الزوجة بالشروط المتفق عليها.

- حالة انعدام اتفاق بين الطرفين حول الثروة المكتسبة سويا والتنازع على الاستحقاق من عدمه نضطر لإعمال قواعد الإثبات العامة التي يسري العمل بها قانونا. (العربي، 2000، الصفحات 65-67)

ثالثا: موقف النظم الغربية من الآثار المالية لعقد الزواج المختلط :

بالرجوع للنظم الغربية، فيترتب على الزواج من حيث ملكية هذه الأموال والانتفاع بها وإدارتها آثار تدخل في النظام المالي للزوجين، و نجده في الدول الأوروبية على وجه الخصوص، ويقصد به حقوق وواجبات

كل من الزوجين من حيث ملكية الأموال وإدارتها والانتفاع بها أثناء الحياة الزوجية وكيفية تصفيتها بعد انحلال الرابطة الزوجية، وقد يكون النظام المالي للزوجين نظاما قانونيا، وبالتالي واجب الإتباع في جميع الحالات التي ال يتفق فيها الزوجان على نظام آخر، وقد يكون نظاما اتفاقيا يعتمده الطرفان بمقتضى عقد خاص غير عقد الزواج . وهناك نظم اتفاقية يختارها الزوجان حسب النظام الذي يلائم اتفاقهما، لكن بشرط أن يتم الاختيار كتابة وقبل شهر الزواج، وتوجد عدة نظم مالية قانونية وهي كالتالي:

1- نظام الاشتراك القانوني وبموجبه تكون أموال الزوجين مملوكة على الشيوع بينهما بنسبة النصف، وتخصص هذه الأموال لإشباع حاجات الأسرة، و يتمتع الزوج بصالحية إدارة الأموال، ويظهر بمظهر المالك لها، وله أيضا أن يتولى إدارة أموال زوجته التي احتفظت بها لنفسها، وعند انتهاء الزوجية يقسم المال المشترك بين الزوجين أو بين ورثتهما وذلك حسب المواد1421، 1422 من القانون المدني الفرنسي، إذ جاء نص المادة 1422 منه بقوله " لا يستطيع أحد الزوجين دون الآخر أن يتصرف في الأموال المشتركة على سبيل الهبة " ولهذا النظام **القانوني ثلاث صور** :

- **الصورة الأولى: نظام الاشتراك** La communauté universelle وبمقتضاه تكون أموال الزوجين مشتركة بينهما، بنظام الاشتراك العام .

- **لصورة الثانية: نظام الاشتراك في المنقولات و المكاسب**la communauté mobiles et acquêts و بموجبه تكون الأموال التي يكتسبها الزوجان بعد الزواج مشتركة بينهما، وكذلك تكون المنقولات العائدة لهما عند إبرام الزواج مشتركة بينهما، أما العقارات التي اكتسباها قبل الزواج فتكون مستقلة عن النظام المالي المشترك، وال تتأثر بالزواج، ويبقى كل واحد محتفظا بما يملكه.

- **الصورة الثالثة:نظام الاشتراك المخفض**réduite communauté La aux acquêts وفيه تبقى لكل من الزوجين أمواله المملوكة عند إبرام الزواج، في المنقولات والعقارات، ولكن ما يمتلكانه أثناء الزواج وما يدخرانه يكون شركة بينهما، وهذا النظام القانوني هو المقرر في فرنسا للزوجين إذا لم يختارا نظاما آخر عند الزواج. وللإشارة أن نظام الاشتراك المالي هو النظام المتبع أيضا في إسبانيا أما في ألمانيا فالنظام السائد فيها هو نظام الاشتراك المختلف وفيه يستقبل كل من الزوجين بإدارة أموالها وقت الزواج، غير انه ال يجوز ألحدهما التصرف في كل أمواله دون موافقة الطرف الآخر (حنان،، 2017/2016، صفحة 82)

والا اعتبر التصرف باطلا، كما ينتهي هذا النظام بمجرد التصريح القضائي بالطلاق .

2- :نظام انفصال الأموال Régime de la séparation de biens: هو نظام يقر مبدأ استقلال الذمة المالية لكل واحد من الزوجين خلال الحياة الزوجية وبمقتضي نظام فصل الأموال يؤكد الزوجان في العقد ما يلي : طريقة إدارة أموالهما وحدود حرية التصرف بشأنها بالنسبة لكل من الزوجين مع بقاء كل منهما متحملا للديون الشخصية التي كان قد التزم بها قبل الزواج أو بعده فهو مسؤول وحده عن تصرفاته الشخصية قبل وبعد إبرام عقد الزواج وبإبرام الزوجين لعقد الزواج في إطار فصل الأموال فإنهما يخرجان أنفسهما من النظام القانوني العام ويدخلان في إطار النظام الاتفاقي الخاص. وهذا النظام شائع في الدول الأنجلوسكسونية، وهو غير معمول به في الدول اللاتينية

. **أ-الفصل القضائي**و يكون بناءا على طلب من الزوجة في حالة إفلاس الزوج، أو في حالة ثبوت سوء تسييره أموال الزوجة.

ب-**الفصل الاتفاقي في الأموال** وبمقتضى هذا النظام يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في إدارة أموالهما الخاصة، ويقرر الزوجان فصل أموالهما منذ إبرامهما عقد الزواج بحيث، يحتفظ كل زوج بملكية أمواله، وتسيرها بصفة مستقلة، على أن يساهم كل منهما في تحمل نفقات الأسرة، و المساهمة في المقتنيات بعد الزواج، وبعد انحلال العالقة الزوجية تعتبر العالقة المالية مبنية على أساس الاشتراك فيما يخص الأشياء المقتناة أثناء قيام العالقة الزوجية، ويعمد الزوجان إلى عملية حسابية تحدد مدى ثراء كل من الزوجين، ثم يدفع الزوج الفرق المثرى به إلى الزوج الآخر.

وبحسب هذا النظام يحتفظ كل من الزوجين بأموالهما الخاصة على أن يساهم كل منهما في تحمل مصاريف الأسرة، و تتمتع الزوجة في ظل هذا النظام سلطات مستقلة عن الزوج في إبرام التصرفات البنكية، وأعمال البورصة، مع بقاء كل واحد منهما متحملا لديونه الشخصية قبل وبعد إبرام عقد الزواج.

3- نظام الدوطة أو البائنة doal Régime وبمقتضاه كانت الزوجة تقدم مهرا لزوجها، ليتولى إدارتها واستغلالها والانتفاع بأرباحها في نفقات الأسرة، غير أن هذه الأموال تبقى حبيسة ولا يمكن التصرف فيها، ولا يجوز الحجز عليها، أما غيرها من الأموال فتستقل به لوحدها، ولها حرية التصرف فيها واستغلالها. ولقد ألغي هذا النظام في فرنسا بقانون 13_07_1965 من خلال الصالح الذي قام به المشرع في نظام الأموال، وكان العقد في السابق يتصف بالجمود، إذ يعتبر دستورا جامدا مقدسا للنظام المالي للأسرة، لا يمكن تعديله أصال بعد العقد. أما حاليا فيمكن تعديل النظام المالي الاتفاقي أو القانوني من طرف الزوجين من أجل مصلحة الأسرة، عن طريق عقد توثيقي مصادق عليه من طرف محكمة محل إقامة الزوجين، طباق لنص المادة 1397 من القانون المدني الفرنسي (رشيد،، 2005-2006 ، صفحة 07).

ويكون للزوجين الاتفاق على النظام التي سيأخذان به عند إبرام عقد الزواج، وهو ما يصطلح على تسميته بالنظام الاتفاقي، فإذا أهملا ذلك يتم الأخذ بنظام الاشتراك المخفض بالضرورة، فإذا اختارا نظاما طبق عليه القانون الذي يختارانه، أما إذا لم يختارا نظاما طبق عليهما حسب القانون الفرنسي قانون موطنهما.

وإذا اختار الزوجين نظاما آخر غير النظام المالي القانوني، يجب أن يتم الاتفاق على النظام المختار كتابة قبل شهر الزواج، ولكنه ال ينتج آثاره إلا بعد انعقاد الزواج، وال يجوز تعديل النظام المالي بعد الزواج إلا بمقتضى حكم صادر من القضاء حسب المادة 1396/ 3 من القانون المدني الفرنسي و الا يجوز طلب هذا التعديل إلا بعد مضي سنتين من انعقاد الزواج. (سليمان، 2008، الصفحات 74-75)

رابعا: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج المختلط في التشريع الجزائري :

أما موقف المشرع الجزائري، فقد أخضع الآثار المالية والشخصية في المادة 12 الفقرة الأولى من القانون المدني المعدلة، لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج . وأخضعت المادة السالفة الذكر جميع آثار الزواج، من آثار شخصية ومالية لقاعدة إسناد واحدة، هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج . أما القانون الواجب التطبيق على النفقة، في القانون الجزائري فيثير إشكالا لتحديده. فهل تعتبر النفقة الزوجية من أثار الزواج، وبالتالي تخضع لنص المادة 12 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري، والتي تخضعها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. أم تعتبر من قبيل النفقة بين الأقارب، وبالتالي تخضع لنص المادة 14 من القانون المدني والتي تخضعها للقانون الوطني للمدين بها؟ برجوعنا لنص المادة 12 فقرة 1 نجدها، قد أخضعت النفقة لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، على أساس أن النفقة من الآثار الشخصية ذات الطابع المالي، تترتب كنتيجة مباشرة للزواج وهذا ما ذهب إليه الفقه الجزائري . وهذا الرأي معمول به أيضا لدى الفقه المصري واستقر القضاء المصري على هذا الحل، أي أن النفقة الزوجية هي أثر من أثار الزواج وتخضع لقانون جنسية الزوج (الطيب، 2002، صفحة 166).

ولقد نص المشرع الجزائري على أن يسري قانون جنسية الزوج على الآثار المالية لعقد الزواج وهذا حسب م 12 /1 ق.م.ج، كما أن القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية لعقد الزواج فهو حسب نص م 12 /1 ق.م.ج قانون جنسية الزوج عند إبرام عقد الزواج.

وطبقا لنص م 13 ق.م.ج، يطبق القانون الجزائري على آثار الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرام عقد الزواج، ويطبق هذا الاستثناء ولو غير الزوج الجزائري جنسيته، بأن تخلى عن الجنسية الجزائرية واكتسب جنسية أجنبية، بحيث يكون أجنبيا عندما يثور النزاع. (باي، ديسمبر2018)

غير أنه فيما يخص النسب وعلى الرغم من كونه أثر من آثار الزواج، فقد خصه المشرع بنص خاص في م13 مكرر ق.م.ج، حيث أخضعه لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، والأمر نفسه فيما يتعلق بالاعتراف بالنسب وانكاره، فإذا ما توفي الأب قبل ميلاد الطفل طبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة.

وهذايتحدد نطاق تطبيق قانون جنسية الزوج طبقا للمادة 12 فقرة 1 مدني الشروط الموضوعية لمشارطة الزواج ما عدا شرط الأهلية الذي يظل خاضعا لجنسية الزوجين و في آثارها مع استثناء أحكام قانون موقع المال في هذا الشأن وفي شكلها مع ملاحظة أن القانون المحي قد يطبق استنادا للمادة 19 مدني وكذلك فيما يخص
مدى إمكانية تغيير النظام المالي للزوجين وطرق تصفية أموالها بعد انتهاء الزواج، **ولكن ترد القيود الهامة على اختصاص قانون جنسية الزوج تتمثل فيما يلي:**

1 -**اختصاص قانون موقع المال**: فيما يخص ما يرد على الأموال العقارية الداخلية في المشاطرة الزوجية من حقوق عينية أصلية وتبعية مثال فَي نظام الدوطة لا يُمكن الاحتياج به على أموال عقارية موجودة بالخارج إذا لم تراع إجراءات الشهر المقررة في هذا البلد، لا يمكن الاحتياج به أُيضا فيما يقره من عدم قابلية التصرف والحجز على الأموال التي يتناولها إلا إذا تم قيده أُيضا، وكذلك بالنسبة للرهن القانوني لصالح الزوجة على أموال زوجها ضمانا لحسن إدارته لهذه الأموال لا يجوز الاحتجاج بالقانون المختص بالمشارطة المالُية إلا إذا كان نظام الرهن القانونً مقررا معروفا في قانون موقع المال .

-2- **لا يجوز الاحتجاج بتصفية أموال الزوجين** وتقسيمها بعد انحلال الزواج في مواجهة الغير إلا إذا روعيت الإجراءات المقررة في قانون موقع المال.

3- **في حالة الأخذ بالإحالة** لا يُطبق قانون جنسية الزوج إذا كان هذا الأخر يسمح للطرفين باختيار القانون الذي يسري على مشارطة الزواج وانتهى القاضي إلى استخلاص هذا القانون فعلا ولكن قيد غير وارد في القانون الجزائري لأنه لا يؤخذ بالإحالة وبالتالي يطبق قانون جنسية الزوج وقت الزواج. وعلى هذا الأساس يؤكد أن القانون الجزائري الأصل أن آثار الزواج الشخصية والمالية تخضع لقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج باعتبار أن الزوج هو رب الأسرة، غير أنه إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، فاستثناء من الأصل تخضع كل آثار الزواج للقانون الجزائري وحده، ومعنى ذلك أن تخضع كل آثار الزواج للقانون الجزائري إذا كانت الزوجة جزائرية وقت إبرام الزواج وكان زوجها أجنبيا، أما إذا كان الزوج وحده جزائريا فإن القانون الجزائري هو الذي يسري طبقا للأصل.

غير أن ما يمكن ملاحظته هو أن مشكلة التنازع المتحرك تزداد أكثر حدة في مجال آثار الزواج، ما دام الأمر يتعلق بحقوق مكتسبة، ولحل هذا المشكل ظهر جدل فقهي حول
المسألة، لكنه كان محل انتقاد ، وعلى هذا الأساس حل المشرع الجزائري التنازع المتحرك على أساس فكرة المفاضلة والملاءمة بين القوانين المتنازعة، ففضل قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج بالنسبة لآثاره.

الخاتمة:

نلاحظ من خلال البحث المتواضع الّذي أجريناه، أن ا لقواعد التنازع أهمية كبرى في حل النزاعات الدولية الخاصة. ويثير الزواج المختلط مشاكل عويصة داخل الأنظمة القانونية، لذلك سعت الدول إلى تنظيمه بقواعد قانونية لتحكم هذه المنازعات الّتي يتخللها عنصرا أجنبيا، ويبلغ هذا التنازع حده خاصة في مجال الزواج وانحلاله وقد يرتب عقد الزواج آثار تنقسم منها إلى آثار مالية وأخرى شخصية، وأخضعها المشرع الجزائري لضابط الإسناد واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بصريح المادة 12 في فقرتها الأولى من القانون المدني المعدلة،أما الآثار المالية أسندها لقانون الجنسية المشتركة للزوجين عند انعقاد الزواج وعلى هذا نادى الفقه الحديث، بإخضاع هذه الآثار لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، على أساس أن القانون الّذي يحكم هذه الآثار يكون معلوم للأطراف معا .

وبصفة عامة إن المشرع الجزائري نظم مسائل الزواج المختلط في مجال القا نون الدولي الخاص وأوجد حلول للمنازعات والمشاكل التي يثيرها من الناحية القانونية و القضائية دون أن يجعل لأحكام القانون الدولي الخاص تشريعا خاصا ومستقلا لذلك من السهل مسأيرة كل التطورات. وإضافة إلى ذلك نجد المشرع الجزائري قد نظم مسألة الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأثار المالية الناجمة عن الزواج المختلط في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ حدد بموجب المواد 41 و 42 اختصاصه في مسائل الزواج المختلط بناءا على ضابط الجنسية واعتد بالجنسية الجزائرية وكذلك نص على اختصاص المحاكم الجزائرية في مسائل الزواج **المختلط غير اننا نقترح:**

- تغير الوقت الذي يعتد به في قانون جنسية الزوج فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية والمالية المنصوص عليها في المادة (12) الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري، أو إتباع الأراء الفقهية الحديثة التي تخضعها إلى قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك.

قائمة المراجع:

- راشدي بن زادي. (2018). جامعة الجزائر . 1 . : ي2018. تأليف *2018* (صفحة 89). قسنطينة: كلية العلوم الإسلامية قسم شريعة و قانون رسالة جامعيةلنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامى .

- زايدي رشيد. (2018). *سالة جامعيةلنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامى* . قسنطينة: كلية العلوم الإسلامية قسم شريعة و قانون رسالة جامعيةلنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامى .

- زروتيالطيب. (2002). ، *القانون الدولي الخاص مقارنة بالقوانينالعربية، تنازع القوانين،ج 01*.القاهرة : مطبعة الكاهنة.

- علي عليسليمان. (2008). ، *مذكرا ت في القانون الدولي الخاص*، .الجزائر : ط 05 ، ديوان المطبوعات بن عكنون .

- غوالة أحالم، لعرابة حنان،. (2017/2016). *تنازع القوانين حول موضوع الزواج*، م . جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل: ذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية.

- فتيحة يعقوبي، ربيعة حزاب،.(جوان 2019). *آثار عقد الزواج المختلط في تنازع القوانين،مجلة آفاق للعلوم، ، ، .* جامعة زيان عاشور جلفة : مجلة آفاق للعلوم،.

- قسوري فهيمة، يزيد عربي باي. (ديسمبر2018). *. ، عقد الزواج و إشكاليات النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، .* جامعة باتنة1،: مجلة أبحاث قانونية وسياسية،العدد السابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية،.

- محمد لاتي،. (20012002). *المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، "رسالة ماجستير في القانون الخاص"،.* جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان: كلية الحقوق تلمسان.

- مسعودي رشيد،. (2005-2006). *النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، .* كلية الحقوق، جامعة تلمسان،: رسالة دكتوراه في القانون الخاص،.

الاختصاص الدولي لمحكمة الجنسية في دعاوى الزواج المختلط

"The International Jurisdiction of the Nationality Court in Mixed Marriage Lawsuits"

د. رحاوي آمنة dr. amina Rahaoui
أستاذة محاضرة قسم أ، جامعة جيلالي ليابس، بلعباس / الجزائر
Djilali Liabes University, Bel Abbes / Algeria
د. بن أحمد نادية dr. nadia benahmed
أستاذة محاضرة قسم أ، جامعة جيلالي ليابس، بلعباس / الجزائر
Djilali Liabes University, Bel Abbes / Algeria

الملخص:
يلعب ضابط الجنسية دورا بارزا في إسناد منازعات الزواج المختلط للمحكمة المختصة لحل مشكل تنازع الاختصاص القضائي الدولي، وإن كان هذا الاختصاص القضائي قيد استثناء، فهو بمثابة امتياز، له نطاق من حيث الأشخاص، ومن حيث الدعاوى.
و قد يثار بصدد إعمال هذا الاختصاص بعض المشاكل تظهر في صورة منازعات الجنسية، غير أن ذلك لا يقلل من أهمية اختصاص محاكم الجنسية في دعاوى الزواج المختلط، مادام أن التشريع أوجد لذلك حلولا.

الكلمات المفتاحية : محكمة الجنسية ،دعاوى الزواج المختلط، نطاق الامتياز، منازعات الجنسية

Abstract:
A national officer plays a prominent role in supporting the resolution of mixed marriage disputes for the competent court to solve the problem of international jurisdictional conflicts, even if this jurisdiction is an exception, it is a privilege with a scope in terms of persons and claims. However, there may be some problems related to the exercise of this jurisdiction in the form of nationality disputes, but this does not diminish the importance of the jurisdiction of nationality courts in mixed marriage claims, as the legislation has provided solutions for that.

Keywords: Nationality court, mixed marriage claims, privilege scope, nationality disputes.

مقدمة:

ترتب على اختلاط المجتمعات وتعايشها وانفتاحها، نوع جديد من الروابط والعلاقات القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا، وعليه لم تعد الحياة القانونية مجرد قواعد تحكم العلاقات الوطنية الداخلية، بل أصبحنا أمام مجتمع دولي، يتميز بموضوعاته وقواعده القانونية الآخذة بالازدياد، والتطور والتميز، كما لم تعد الحياة الدولية تقتصر غلى العلاقات

القائمة بين الدول، وإنما تعدتها إلى كافة العلاقات الناشئة بين الأفراد التابعين لدول مختلفة، والذين يجرون تصرفاتهم وينقلون أموالهم خارج دولهم.

وبذلك وجد إلى جانب المجتمع الدولي، الذي يضم الدول، والذي تحكمه مبادئ القانون الدولي العام، مجتمع دولي آخر، يسمى بالمجتمع الدولي للأفراد، هذا الأخير تحكمه قواعد القانون الدولي الخاص، فهو الذي يتولى تنظيم ما قد تستحدثه الحياة الدولية الخاصة من علاقات ومراكز متزايدة كما ونوعا، والتي تعتبر الناتج الطبيعي للتقدم التكنولوجي والاقتصادي العالمي المتسارع، الذي نشهده في أيامنا الحاضرة، والذي أسهم من دون شك في بروز العنصر الأجنبي في شتى المجالات لاسيما منها مجال الأحوال الشخصية حيث ظهر ما يسمى بالزواج المختلط.

فقد يحدث أن يتزوج الأجنبي مع أحد مواطني الدولة المستضيفة، مما يضفي على هذه الرابطة وصف الزواج المختلط، لكونها تمت بين أشخاص مختلفي الجنسية، هذه العلاقة قد تترتّب عنها منازعات سواء عند قيامها أو بعد ذلك، فترفع عدّة دعاوى متعلّقة بها، كدعوى مدى صحّة عقد الزواج، أو الطعن فيه بالبطلان، أو دعوى النسب، أو دعوى النفقة، أو الدعاوى المرتبطة بالأموال المشتركة بين الزوجين، وهنا تظهر أهمية البحث عن المحكمة المختصّة للنظر في النزاع المطروح، والفصل فيه بتطبيق القانون المختصّ بحكم العلاقة حسب ما تشير إليه قواعد تنازع القوانين.

وتعد الجنسية أحد المعايير المعتمدة في تحديد اختصاص المحاكم بمنازعات الزواج المختلط التي يكون وطنيوها طرفا فيها ولو نشأ النزاع في الخارج، ووفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي القائمة على ضابط الجنسية، يتم تقرير اختصاص المحاكم بالنظر إلى المركز القانوني لأحد أطراف الدعوى(الزوج أو الزوجة) وهو إما المدعي أ والمدعى عليه، مما يعني أن هذا الاختصاص هو بمثابة امتياز للمواطن.

وبناء على ذلك، متى يثبت امتياز رفع الدعوى القضائية المرتبطة بمسائل الزواج المختلط أمام محكمة جنسية أحد الزوجين ، وماهي أهم المشاكل المصاحبة لإعماله؟

ونظراً لأهمية دور الجنسية في تحديد المحكمة المختصة دولياً في دعاوى الزواج المختلط، سنتطرق في المحور الأول إلى موقف التشريعات من إسناد الاختصاص القضائي لمحاكم الجنسية في دعاوى الزواج المختلط، ونوضح في المحور الثاني طبيعة هذا الاختصاص. وعلى الرغم من الدور الإيجابي الذي تلعبه الجنسية في هذا الإطار، إلا أن لها أيضاً دور سلبي يتجلى في المشاكل التي يمكن أن تنشأ في مجال الاختصاص القضائي الدولي. ولذلك، سنتناول في المحور الثالث المشاكل المترتبة على إعمال ضابط الجنسية في مجال الاختصاص القضائي الدولي، مع إبراز الحلول المقترحة لذلك.

أولا: موقف التشريعات من إسناد الاختصاص لمحاكم الجنسية في دعاوى الزواج المختلط

إنّ اختصاص المحاكم في منازعات الزواج المختلط ، يكون بناء على قواعد قانونية تسمّى بقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ويراد باصطلاح الاختصاص القضائي الدولي، بيان القواعد التي تحدّد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصرًا أجنبيا، إزّاء غيرها من محاكم الدول الأخرى، وذلك بالمقابلة لقواعد الاختصاص الدّاخلي التي تحدّد اختصاص كل محكمة من محاكم الدولة إزّاء غيرها من محاكم نفس الدولة. فقواعد الاختصاص الدولي تبيّن للقاضي الوطني ما إذا كانت المحاكم الوطنية تختصّ بالنظر في النزاع المطروح أمامه، والمتضمن عنصرًا أجنبيا من عدمه، فإذا تبيّن له أنّ النزاع ممّا يدخل في اختصاصه الدّاخلي كان له الرجوع بعد ذلك إلى قواعد الاختصاص الداخلي لبيان المحكمة المرفوع أمامها النزاع إزّاء غيرها من محاكم نفس الدولة(صادق، 2002، صفحة 5).

وما تجدر إليه الإشارة، أن هذه القواعد تبيّن الحدود التي تباشر فيها الدول سلطتها القضائية، في مقابل الحدود التي تباشر فيها دول أخرى لهذه السلطة(الفتلاوي، 2022، صفحة 250)، وهي على الرغم ممّا توحي به تسميتها ليست قواعد تنازع، وإنّما قواعد مادية تحدّد بذاتها الاختصاص القضائي، حيث تعلن المحكمة التابعة لدولة معينة اختصاصها أم لا، تطبيقا لقواعد دولتها حصرًا(إسعاد، 1968، صفحة 09).

وقد اعتدت التشريعات بضابط الجنسية، حتى ينعقد الاختصاص لمحاكمها مع اختلاف في مواقفها، إذ نجد أنّ بعضها أخذ فقط بجنسية المدّعى عليه، في حين أنّ البعض الآخر ينعقد الاختصاص لمحاكمه متى تمتّع المدّعي أو المدّعى عليه بجنسية دولة المحكمة.

1-إسناد دعاوى الزواج المختلط لمحكمة جنسية أحد الزوجين في الدول العربية:

تختلف مواقف التشريعات العربية حيال ضابط الجنسية ومتى ينعقد الاختصاص لمحاكمها. ومن بين هذه التشريعات نجد التشريع الجزائري، والذي إعتدّ المشرّع الجزائري فيه بضابط جنسية المدّعي أو المدّعى عليه، فمتى تمتع أحدهما بالجنسية الجزائرية، يجوز رفع الدعوى أمام المحاكم الجزائرية، وهذا ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في المادّتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول حاليا، حيث نصّت المادّة 41 من هذا القانون على: "يجوز أن يكلّف بالحضور كلّ أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري. كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين ونصّت المادّة 42 من ذات القانون على التالي: "يجوز أن يكلّف بالحضور كلّ جزائري، أمام الجهات القضائية الجزائرية، بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي". ومن ظاهر المادّتين، قد يستنتج أنّ مجال تطبيقها ينحصر في الالتزامات التجارية دون غيرها، غير أن الاجتهاد وسّع في تفسير المادّتين ليشمل مجال تطبيقهما دعاوى الأحوال الشخصية عموما، ودعاوى الزواج محلّ الدراسة خصوصا، وتبعا لذلك ينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية، إذا كان أحد أطراف الدعوى جزائريا سواءً كان مدّعيا أو مدّعا عليه، وأيّا ما كان نوع الدّعوى التي عسى أن يرفعها الجزائري أو ترفع عليه، وحتى لو كان متوطّنا أو مقيما في الخارج، باستثناء الدعاوى العينية العقارية. (هوزيه، 2008، صفحة 273)

ومن التشريعات التي جسّدت الاتجاه القائم على جنسية المدّعى عليه فقط، نذكر التشريع التونسي ،حيث تنص المادة 2 من قانون المرافعات المدنية والتجارية التونسية. (المادّة 2 من قانون 1959/130)على أنّه: " كما تنظر في الدعاوى التي ترفع إليها ضدّ التونسي المقيم في الخارج"، كما ساير الموقف نفسه المشرّع المصري في المادة 28 من قانون المرافعات لعام 1968، والتي نصّت على :"تختصّ محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري، ولو لم يكن له موطن أو محلّ إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية." وطبقًا للنصين المتقدمين لا يهمّ نوع الدعوى المرفوعة ضدّ المدّعى عليه، فقد تكون مدنية أو تجارية أو أحوال شخصية، كالدعاوى المرتبطة بالزواج وآثاره. وبناء على ذلك ينعقد الاختصاص للمحاكم التونسية متى تمّ إبرام عقد زواج بين مواطن تونسي ومواطنة أجنبية، سواء تمّ هذا الزواج خارج تونس أو داخلها، ورفعت الزوجة الأجنبية، دعوى ضد زوجها أمام المحاكم التونسية. (خالد، 2003، صفحة 33)

وقد جسّدت غالبية التشريعات هذا الموقف مكتفية فقط بجنسية المدعى عليه دون المدّعي، ممّا يترتب عليه انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بنظر دعوى صحّة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي، متى كان المدعى عليه يتمتّع بجنسية دولة المحكمة (سلامة، 1997، صفحة 468)، فينعقد مثلا الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم اليمنية إذا كان المدعى عليه يمني الجنسية، فإذا قام مواطن يمني بالزواج من مواطنة ايطالية، يحقّ للزوجة أن ترفع دعوى ضدّ زوجها اليمني أمام المحاكم اليمنية.*

2-إسناد دعاوى الزواج المختلط لمحكمة جنسية أحد الزوجين في الدول الغربية:

تنتهج العديد من الدول الغربية مثل الولايات المتحدة الأمريكية نظمًا قانونية تعتمد ضابط الجنسية كأساس لتحديد اختصاص محاكمها.

فبموجب القانون الأمريكي، يحق للأمريكيين تقديم دعاوى قضائية أمام المحاكم الأمريكية حتى وإن كانوا متوطنين أو مقيمين خارج الولايات المتحدة الأمريكية، وتتمتع هذه المحاكم بسلطة تقديرية واسعة في تحديد اختصاصها الدولي، بما في ذلك في الدعاوى المتعلقة بصحة الزواج أو نفاذ عقده . (خالد، 2003، صفحة 68)

ويأخذ المشرّع الفرنسي بالضابط في المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي وحرّرت المادّتين بكلمات مشدّدة حصريا، فهما تشيران إلى الدعاوى المتعلّقة " بالالتزامات" من قبل الفرنسيين أو ضدهم، ولكن الاجتهاد اعتمد تأويلا موسّعا، وبالتالي فاختصاص المادّتين، يتسع ليشمل كلّ الدعاوى، باستثناء الدعاوى العينية العقارية، وطلبات القسمة التي تتناول العقارات في الخارج، وكذا الطلبات المتعلّقة بطرق التنفيذ المتبعة خارج فرنسا.

وينعقد الاختصاص القضائي للمحاكم الإيطالية، إذا كان المدعى عليه متمتّعا بالجنسية الإيطالية، رغم عدم وجود نص على ذلك في المادّة 04 من قانون المرافعات الإيطالي، ووفقا للمادّة 28 من قانون المرافعات اليوناني، يتقرر الاختصاص للمحاكم اليونانية إذا كان المدعى عليه يونانيا. (Derreuppé, 2001, p. 112)

والأكثر من ذلك ذهبت بعض الدول إلى المغالاة في حماية وطنيها، وذلك عن طريق تقرير قاعدة قانونية لديها، تفيد اعتبار الجنسية الوطنية للمدعي ضابط لاختصاص القضائي الدولي، ومنها نذكر المادة 14 ق.م. فرنسي.[**] .

ونخلص ممّا سبق إلى أنّ القوانين الخاصّة بالعديد من الدول، تجعل من جنسية المدّعى عليه الوطنية ضابط عامّا للاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها، وأنّ بعض الدول الأخرى تعتدّ كذلك بجنسية المدّعي، وقد نصّت اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي في المادة 26 منها على أنّه : "تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي يكون الشخص من مواطنيه وقت تقديم الطلب مختصّة في قضايا الأهلية والأحوال الشخصية، إذا كان النزاع يدور حول أهلية هذا الشخص أو حالته الشخصية" (دلاندة، 2005، صفحة 99) .

ثانيا: طبيعة الاختصاص

تتمثل أهمية انعقاد الاختصاص القضائي لمحكمة الجنسية في المنازعات المرتبطة بعقد الزواج وآثاره في ضرورة تحديد مجال تطبيق الاختصاص، وتحديد مدى إمكانية التنازل عنه، بالإضافة إلى تحديد المحكمة المختصة محليًا التي يمكن رفع الدعوى لها بناءً على هذا الاختصاص الذي يعتبر بمثابة امتياز.

1- نطاق الاختصاص:

نتعرّض هنا لمجال تطبيق الامتياز من حيث الأشخاص من جهة، ومن حيث الدعاوى من جهة أخرى.

أ/ الأشخاص المستفيدون من الامتياز:

بالنسبة للتشريعات التي تمنح هذا الامتياز لكلّ من أطراف الدعوى، مدّعي كان أو مدّعى عليه، فيكفي أن يكون أحد الطرفين وطنيا حتى يثبت لمحاكم الدولة الاختصاص، أمّا التشريعات التي تمنح الامتياز فقط للمدعى عليه الوطني فالامتياز قاصر عليه دون غيره، ويعتدّ بالصفة الوطنية لأحد أطراف الدعوى بوقت رفعها، فلا يؤثر بالتالي الاستفادة من هذا الامتياز أن يكون أحد أطراف الدعوى أجنبيا وقت نشوء الحق المتنازع عليه إذا كان متمتّعا بالجنسية الوطنية وقت رفعها، ولا يشترط إلى جانب الصفة الوطنية في أحد أطراف العلاقة للاستفادة من الامتياز أيّ شرط آخر، كأن يشترط في الزوج أن يكون له موطن في الجزائر، أو يكون للزوجة موطن فيها، كما لا يشترط في النزاع أن يكون له ارتباط من حيث موضوعه بدولة المحكمة وبما أنّ الامتياز يرتكز على الجنسية، فإنّه يكفي توافرها يوم تسجيل التكليف بالحضور، وأنّ التغيير الطارئ على الجنسية بصورة لاحقة لا يؤثر على اختصاص النظام القضائي وجنسية المتقاضي، هي التي تؤخذ بعين الاعتبار لا جنسية خلفه، وقد مدّ القضاء الفرنسي الاستفادة من هذا الامتياز إلى عديمي الأهلية واللاّجئين. (بلقاسم، 2008، صفحة 39)

ب/ الدعاوى المشمولة بالامتياز:

من خلال استقراء نص المادتين41 و42 ق.إ.م.إ. الجزائري المقابلتين لنص المادتين 14 و15 مدني فرنسي، يظهر أنّ تطبيقهما قاصرًا فقط على الالتزامات التعاقدية، ولكن هذا التفسير يعدّ تفسيرًا ضيّقا، وإنّ القضاء الفرنسي لم يلتزم بالتفسير الضيّق وعمّم تطبيق المادتين على جميع الالتزامات، بل وطبّقهما حتى على الدعاوى غير المالية (الأحوال الشخصية)، وذلك لأنّ الامتياز المقرّر في المادتين، مبني على الجنسية لا على طبيعة النزاع، ولا يستثنى من هذا التعميم إلاّ الدعاوى العينية العقارية (الحدّاد، صفحة 48)، والدعاوى المتعلّقة بطرق التنفيذ الممارسة في الخارج، ويجد هذا الاستثناء تبريره في كون المادّتين متعلّقتين بسيادة الدولة الأجنبية، ممّا يجعل الأحكام الصادرة بشأنها في الخارج لا تلقى تطبيقا لها فيها، ولا مانع من أخذ القاضي الجزائري بالتفسير الموسّع.

ج/ إمكانية التنازل عن الامتياز:

إنّ الاختصاص المرتكز على الجنسية، هو اختصاص اختياري (جوازي)، ويترتب على ذلك منطقيا أنه لا يحقّ للمحاكم أن تثير تلقائيا تطبيق هذه النصوص، وممّا يزيد في وجوب احترام هذه القاعدة ، أنّ المدّعي قد يرغب في رفع دعواه أمام الهيئات القضائية الوطنية على أساس معيار اختصاص غير معيار امتياز الجنسية، كما يترتّب على ذلك إمكانية التنازل عن الامتياز، ويكون ذلك إمّا بموجب اتفاق صريح بين الطرف الوطني والطرف الأجنبي على عقد الاختصاص لمحكمة أجنبية، وإمّا عن طريق رفع الطرف الوطني لدعواه أمام محكمة أجنبية، أو أنّ الدعوى مرفوعة ضدّه أمام محكمة أجنبية، ولا يدفع أمامها بعدم اختصاصها استنادا إلى الامتياز المقرّر لصالحه في قانون هو لكي يكون التخلّي فعالا، يجب أن يصدر عن الشخص المستفيد من عرض الصلاحية، فإذا كان الامتياز ممنوح للمدّعي الوطني، فهو الذي يمكنه التخلّي عنه، وبوجهه يقدّم التخلّي. أمّا إذا كان الوطني مدّعى عليه، فيكون للخصمين مصلحة، والامتياز مقرّر لكلا الطرفين، ولا يتصوّر التخلّي عن الامتياز إلاّ بالاتفاق بينهما. (بلقاسم، 2008، صفحة 37) ولا يؤخذ التنازل بعين الاعتبار إذا تبيّن أنّ المستفيد من الامتياز لم يفعل ذلك سوى تحت ضغط الإكراه، ولكي يتحاشى مثلا تطبيق تدابير زجرية بحقه أو حجز أمواله.

2- تحديد المحكمة المختصّة:

تثور الصعوبة في تحديد المحكمة المختصّة محليا، لمّا يكون الاختصاص معقودًا للمحاكم بناء على ضابط الجنسية. وقد ترك القضاء الفرنسي في هذه الحالة الحرية للمدّعي في اختيار المحكمة التي يرفع إليها دعواه، شريطة ألاّ يكون متعسّفا في هذا الاختيار، ثم سرعان ما ربط هذا الاختيار، بما يمليه أداء العدالة. فللمدّعي أن يرفع دعواه أمام محكمة موطنه، أو المحكمة القريبة من حدود البلد الأجنبي الذي فيه موطن المدّعى عليه، أو أمام محكمة باريس نظرًا لموقعها الجغرافي. وهذا الحلّ الذي أخذ به القضاء الفرنسي نظرًا لواقعيته، وهذا هو الحلّ الذي ينبغي أن نأخذ به في الجزائر (جمال، 2009،2008، صفحة 353).

وتتعقّد القضية حين لا يكون للمدّعي أو المدّعي عليه موطن أو إقامة في الجزائر، وفي هذه الحالة، يسمح الاجتهاد الفرنسي برفع الدعوى أمام المحكمة التي يمكن القيام بالتنفيذ الجبري في دائرة اختصاصها، وفي حالة انعدام ذلك يقبل الاجتهاد المحكمة التي يختارها المدعي مع التحفظ فيما يتعلّق بالتحايل.***

إن القضية المتعلّقة برفع الدعوى أمام المحكمة تطرح نفسها بحدّة في الجزائر ولا يبدو أنها لفتت نظر هيئات القضاء في الأساس، والواقع أنّ عددًا من المتزوجين القاطنين في الخارج يفضّلون رفع دعواهم أمام القضاء الجزائري في حالات الطعن ببطلان الزواج أو فسخه، ويتعلّق الأمر غالبا بمبادرة صادرة عن الأزواج أكثر من الزوجات نظرًا لثقتهم، وهكذا فإنّ سفرة سريعة بالطائرة ، تسمح لهم بتوكيل محام واختيار موطن في مكتبه، ومن ثم العودة في ذات المساء، ويترتب على ذلك أنّ الزوجة تضطرّ للدخول في عملية إجرائية شديدة التعقيد، في مدينة لم يسبق لها أن وطأت على أرضها، الأمر الذي يؤدي إمّا إلى صدور حكم غيابي أو الدخول في إجراءات تحضيرية مذهلة. ومن الأفضل في هذه الحالة

أن يكلّف المدعي المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة التي تنطوي على أقل قسط من المزعجات بالنسبة لهذا الأخير، كالبلدة أو القرية الأصلية. (إسعاد، 1968، صفحة 39)

ثالثا: المشاكل المترتبة على إسناد الاختصاص لمحاكم الجنسية في مسائل الزواج المختلط

قد يتمسّك أحد الزوجين، بتمتّعه بالجنسية الوطنية حتى يثبت الاختصاص للمحاكم الوطنية، غير أنّ الطرف الآخر، يدفع بعدم اختصاص المحاكم الوطنية، المبني على ضابط الجنسية، بحجّة عدم تمتّع المعني بجنسية دولة المحكمة، وهنا تثور المنازعات المتعلّقة بالجنسية هي منازعات مدنية ترفع إلى المحاكم العادية وفقا لإجراءات رفع الدعوى المدنية، وتخضع لشروط رفع الدعوى وقبولها (عبيدة عبد الحفيظ، 2005، صفحة 194) ، ويعدّ القضاء الحكم الوحيد المختص بالفصل في منازعاتها هذه الأخيرة التي تطرح إشكالا فيما يتعلّق بصورها وكذا الفصل فيها. (التحيوي، 1999، صفحة 250) .

1- صور منازعات الجنسية:

تتّخذ منازعات الجنسية صورتين، صورة دعوى أصلية وصورة دعوى فرعية.

-صورة الدعوى الأصلية:

هي تلك الدعوى التي يختصم فيها الفرد الدولة بصفة أصلية، ويطلب فيها الحكم بثبوت الجنسية أو نفيها، وقد أقر تنظيمها في التشريع الجزائري، المادة 38 من قانون الجنسية الجزائرية بنصها:" لكل شخص الحق في إقامة دعوى تكون الغاية الرئيسية والمباشرة منها، استصدار حكم بتمتعه أو عدم تمتعه بالجنسية الجزائرية...."

- صورة الدعوى الفرعية

قد يحدث أن يثار الدّفع الخاص بالجنسية بمناسبة نزاع أصلي، كالمنازعات الخاصة بمسائل الزواج المختلط، وذلك لتقرير مدى ثبوت الاختصاص للمحاكم الوطنية من عدمه، ويكون الفصل في الدفع المثار الخاص بالجنسية ضروريا قبل الفصل في النزاع الأصلي لأن هذا الأخير يتوقف على البث في الجنسية المتنازع فيها، ومن أمثلة منازعات الجنسية كدعوى فرعية، اختصاص محكمة جنسية الزوج في نزاع متعلق بالنفقة كأثر من آثار الزواج، ودفع الزوجة أثناء المرافعة بأن الزوج أجنبي بالجنسية، فهنا لابد للمحكمة أن تنظر في هذا الدفع، وتثبت في جنسية الزوج أولا، قبل إصدار حكم في تقسيم التركة رغم أنها غير مختصة أصلا بالنظر في دعاوى الجنسية فيما لو عرضت عليها بصورة أصلية (الطيب، 2002، صفحة 58) .

وقد نصّ المشرع الجزائري على هذه الصورة في المادة 55 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" تقوم حالة الارتباط عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية، أو أمام جهات قضائية مختلفة، والتي تستلزم لحسن سير العدالة أن ينظر ويفصل فيها معا". كما نصّت المادة 56 من نفس القانون على أن التخلي عن النزاع بسبب الارتباط بين القضايا، يؤمر به من طرف آخر جهة قضائية، أو آخر تشكيلة طرح عليها النزاع، لصالح جهة قضائية أو تشكيلة أخرى، بموجب حكم مسبب بناء على طلب أحد الخصوم أو تلقائيا. هذا وقد تم النص في المادة 57ق.إ.م.إ ، على أن الأحكام الصادرة بالتخلي بسبب الارتباط ملزمة للجهة القضائية أو التشكيلة المحال إليها، وهي غير قابلة لأي طعن. وطبقا للمادة 58 ق.إ.م.إ تقضي جهة الإحالة بالضم تلقائيا في حالة وجود ارتباط بين خصومات مطروحة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية، أو أمام جهات قضائية مختلفة بعد التخلي لها.

وبتصفّح قانون الجنسية الجزائري، نجد أن المادة 37 فـ02 منه تنص:" عندما تثار هذه المنازعات عن طريق الدفع أمام المحاكم الأخرى، تؤجل هذه الأخيرة الفصل فيها حتى يبث من قبل المحكمة المختصة محليا، التي يجب أن يرفع إليها الأمر خلال شهر من قرار التأجيل من قبل الشخص الذي ينازع في الجنسية وإلا أهمل الدفع".

2- الفصل في منازعات الجنسية:

إن إشكال الفصل في منازعات الجنسية يدفعنا إلى دراسة نظام إثبات الجنسية، و إلى مدى حجية الحكم الصادر والفاصل في منازعاتها.

- إثبات الجنسية

إن مبدأ استقلالية كل دولة بتنظيم جنسيتها يقتضي في إثبات الجنسية، الرجوع إلى قانون جنسية الدولة التي يدعى أحد الزوجين تمتعه بها أو نفيها عنه، أو عدم الدخول فيها. ويجري الإثبات وفق أحكام هذا القانون. وتقضي القاعدة العامة بأن الإثبات يقع على عاتق المدعي، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 31 من قانون الجنسية :" يتحمل الإثبات في قضايا الجنسية كل شخص سواء بواسطة الدعوى أو عن طريق الدفع يدعي هو نفسه أو شخص آخر بأنه يحمل الجنسية الجزائرية". غير أنّ نص المادة 138 ف1 من قانون الجنسية الفرنسية، المعدلة بموجب قانون 1973/01/09 جاء فيها:" عبئ الإثبات في مسألة الجنسية الفرنسية يقع على عاتق من كانت جنسيته محل نزاع، ويفيد ذلك أن عبئ الإثبات يقع على عاتق من كانت جنسيته محل نزاع مدعيا كان أو مدعا عليه.

وفيما يخصّ طرق إثبات التمتّع أو عدم التمتع بالجنسية الوطنية، يجب التمييز بين إثبات الجنسية الأصلية، وإثبات الجنسية المكتسبة، وإثبات فقدان الجنسية.

أ-إثبات الجنسية الأصلية:

إذا ادّعى الزوج الجنسية الوطنية كجنسية أصلية، يمكن إثباتها عن طريق النسب بوجود أصلين ذكرين من جهة الأب والأم، كما يمكن إثباتها بكافة الوسائل وخاصة عن طريق حيازة الحالة الظاهرة. وتتكوّن الحالة الظاهرة للشخص من ثلاث عناصر: الاسم، الشهرة، والمعاملة، فمن يحمل اسما يدل على انتمائه إلى دولة معينة، وأشتهر في محيطه الاجتماعي على انتمائه لتلك الدولة، وعومل من قبل السلطات العمومية لتلك الدولة ومن قبل الأفراد على أنه ينتمي إليها، توافرت لديه عناصر الحالة الظاهرة (طيبة، 2005، صفحة 54).

ب-إثبات الجنسية المكتسبة:

إذا كانت الجنسية الوطنية محل نزاع هي الجنسية المكتسبة، فيتطلب إثباتها تقديم وثائق الحالة المدنية للمعني مرفقة بمرسوم التجنس، وعند الاقتضاء إرفاق نسخة من الجريدة الرسمية التي تتضمن مرسوم تجنسه. كما يثبت اكتساب الجنسية بنظير المرسوم المانح للجنسية، أو بالإدلاء بشهادة الجنسية يسلّمها وزير العدل أو السلطات المؤهلة لذلك، أما إذا كانت الجنسية الوطنية مكتسبة بمقتضى معاهدة يجبأن يتم الإثبات وفقا لهذه المعاهدة. (جليلة، 2009، صفحة 163) .

ج-إثبات زوال الجنسية الوطنية:

هنا يجب على من ينازع في الصفة الوطنية أن يثبت زوالها عنه، وإثبات الزوال يتحقق بتقديم القرار المرخص بالتخلي عن الجنسية، أو القاضي بالتجريد أو السحب، أو تقديم نسخة من الجريدة الرسمية التي نشر فيها. ولأحد أطراف الدعوى أن يعمد إلى هذه الوسيلة الأخيرة لإثبات زوال الجنسية عن الطرف الآخر، وقد يحدث أن يفقد أحد الأطراف الدعوى جنسيته بسبب زواجه بأجنبي، وهنا يكتفي بإثبات تحقق السبب المؤدي إلى الفقد (الطيب، 2002، صفحة 62).

2- حجية الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية:

يتضمن الحكم الصادر عن القضاء بالفصل في نزاع معين، قرينة على أنه يعبر عن الحقيقة وهي قرينة لا تقبل إثبات العكس، أساسها أن ما فصل فيه يعد صحيحا من الناحية الشكلية، ويمثل الحقيقة موضوعا، ولا يجوز إلغاء الحكم أو إبطاله إلا بمراعاة طرق الطعن المقررة قانونا إذا كان الأصل هو الحجية النسبية للأحكام، إلا أن هذا المبدأ يتقرّر عنه أوضاع غير مقبولة تجعل مركز الشخص في الجماعة الوطنية مضطربا، مرة يعتبر وطنيا بموجب حكم،

وأخرى غير وطني بموجب حكم آخر، والحال أن هذا المشكل يقتضي أن يفصل فيه على وجه واحد لا يتغير ما دامت الوقائع المؤسس عليها لم تتغير، وهو ما تقتضيه طبيعة الجنسية. ولذلك تتقرر الحجية المطلقة للأحكام الصادرة بصددها

وتبعا لذلك، متى فصلت المحكمة في مسألة مدى تمتع أحد أطراف الدعوى بجنسيتها في الدعوى الفرعية المرفوعة أمامها، أصبح من الجائز النظر في دعوى الزواج المختلط كدعوى أصلية بناء على ضابط الجنسية.

الخاتمة:

وفي الأخير يتضح أن لضابط الجنسية دورا بارزا في مجال القانون الدولي الخاص بصفة عامة، وفي مجال الاختصاص القضائي الدولي بصفة خاصة، لاسيما إذا تعلق الأمر بتنازع الاختصاص القضائي في مسائل الزواج المختلط، حيث يمكن لأحد الزوجين مباشرة دعواه أمام محكمة جنسيته باعتبارها محكمة جنسية المدعي، أو أمام محكمة جنسية الزوج الآخر باعتبارها محكمة جنسية المدعى عليه .

إن هذا الاختصاص، وإن كان يعتبر امتيازا يمنح للمدعي أو المدعى عليه، إلا أنه يبقى اختصاصا جوازياً لا قاصرا، بمعنى أنه يمكن رفع الدعاوى المرتبطة بالزواج وآثاره أمام محاكم أخرى بناء على ضوابط عامة مجردة كضابط موطن المدعي أو المدعى عليه مثلا، مما قد يؤدي إلى رفع دعوى واحدة بين نفس الأطراف ولنفس السبب مرتين أمام محكمتين مختلفتين، وفي هذه الحالة يتقرر الاختصاص بالنظر في الدعوى للمحكمة التي رفع لها النزاع أوّلا .وإضافة إلى ذلك، للاختصاص الجوازي للمحاكم في المنازعات المرتبطة بالزواج نطاق محدد من حيث الدعاوى، فمحكمة الجنسية تختص بالنظر في الدعاوى المرتبطة بالزواج ذات الطابع الشخصي فقط، كدعوى مدى صحة عقد الزواج أو بطلانه أو إثباته أو دعوى النسب مثلا، وتستبعد النظر في دعاوى الزواج ذات الطابع المالي، كالدعاوى المرتبطة بالآثار المالية للزواج، فهذه الأخيرة يرجع فيها الاختصاص لمحكمة موقع المال دون غيرها، وإذا ثبت أن محكمة الجنسية قد فصلت في مثل هذه المسائل فإن حكمها و العدم سواء.

ومن خلال ما تقدم يتّضح أن لجنسية أطراف دعوى الزواج المختلط دورا في تحديد الاختصاص الجوازي للمحاكم الدولية، ولكن اختصاص هذه الأخيرة يبقى مقيّدا.

ومنه يمكن إجمال النتائج المتوصل عليها فيما يلي:

-يمكن لأحد الزوجين رفع دعوى مرتبطة بمنازعات الزواج المختلط أمام المحاكم الجزائرية متى كان أحدهما جزائريا.

-يعتد المشرع الجزائري بجنسية المدعي أو المدعى عليه لتقرير الاختصاص القضائي من عدمه.

-يكفي أن يكون أحد الزوجين جزائريا حتى يرفع دعواه أمام المحاكم الجزائرية ويستوي في ذلك أن تكون الجنسية الجزائرية أصلية أو مكتسبة.

-تخرج من نطاق اختصاص محكمة الجنسية الدعاوى المرتبطة بالآثار المالية للزواج المختلط.

-إن اختصاص محكمة الجنسية في مسائل الزواج المختلط يبقى اختصاصا جوازيا، إذ يمكن رفع الدعوى نفسها أمام محاكم أخرى بناء على ضوابط أخرى كضابط موطن المدعي أو المدعى عليه.

- للمدّعي الجزائري أن يرفع دعواه أمام محكمة موطنه، أو المحكمة القريبة من حدود البلد الأجنبي الذي فيه موطن المدّعى عليه، وذلك متى كانت له إقامة بالجزائر، وإلا أمام المحكمة التي يمكن القيام بالتنفيذ الجبري في دائرة اختصاصها، وفي حالة انعدام ذلك يقبل الاجتهاد المحكمة التي يختارها المدعي مع التحفظ فيما يتعلّق بالتحايل.

-يقع إثبات التمتع بجنسية المحكمة من عدمه على المدعي(الزوج الذي يتمسك بنفي تمتع الزوج الأخر بجنسية المحكمة ليدفع بعدم الاختصاص)

-تتقرر الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في منازعات الجنسية وذلك حماية لمركز الشخص في الجماعة الوطنية.

-التوصيات:

-حبذا لو أن المشرع الجزائري اختصر المادتين 41-42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مادة واحدة فينص:" يجوز رفع الدعوى أمام المحاكم الجزائرية ،إذا كان المدعي أو المدعى عليه جزائريا..."

-حبذا لو أن المشرع الجزائري يضيف عبارة الأحوال الشخصية للمادة حتى يفهم أن تطبيقها يمتد إلى المسائل التى تدخل في إطارها بما فيها الزواج المختلط.

-يفضل أن ينص المشرع الجزائري على الوقت الذي يعتد به بضابط الجنسية وذلك بأن يتمتع المدعي أو المدعى عليه بالجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى.

-حبذا لو أن المشرع الجزائري يضمّن أحكام القانون الدولي الخاص ضمن قانون خاص يطلق عليه تسمية القانون الدولي الخاص، وذلك حتى يسهل التعرف على أحكامها ،كما فعل المشرع التونسي.

الإحالات:

* وهو ما نصّت عليه المادّة 03 من قانون أصول المحاكمات السوري لسنة 1953، ويستفاد منها أنّ الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم السورية ينعقد كلّما كان المدّعى عليه سوري الجنسية، أيّا ما كان نوع الدعوى التي عسى أن ترفع عليه، راجع في ذلك ، ويقابل هذه المادّة، نص المادة 23 من قانون المرافعات الكويتي، والمادة 03 من قانون المرافعات الليبي، كما أخذ بذلك أيضا القانون الأردني ، راجع في ذلك ، (الهدّاوي، 1997، صفحة 248)، وأخذ به أيضا القانون اليمني ،راجع في ذلك، (المؤيد، 1998-1999 ، صفحة 56) وهذه القاعدة مستقرّ على العمل بها في المغرب مع عدم وجود نص صريح يقرّها ،راجع في ذلك، (عبود، صفحة 330)

** وتقابل هذه المادة : المادة 14 من القانون المدني لدولة لكسمبورغ، المادّتين 53 و54 من القانون البلجيكي المؤرخ في 25 مارس 1876، المادة 4/4 من قانون المرافعات الإيطالي، المادة 126 فـ03 من قانون المرافعات الهولندي، المادة 67 من قانون المسطرة المدنية المغربي.راجع في ذلك ، (خالد، 2003، صفحة 78).

*** هذا الحل القضائي تعزّز بنص تشريعي هو مرسوم 1981/05/12 الذي أضاف فقرة ثالثة للمادة 42 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، جاء فيها أنه: "إذا لم يكن للمدعى عليه لا موطن ولا محل إقامة معروف، جاز للمدعي اللّجوء إلى الجهة القضائية الذي يتواجد فيها، أو تلك التي يختارها إذا كان متواجدا بالخارج".

قائمة المراجع:

-المادّة 2 من قانون 1959/130. (بلا تاريخ). الصادر في 02 ربيع الثاني عام 1379هـ/ 05 أكتوبر 1959. والمتعلّق بإدراج مجلّة المرافعات المدنية والتجارية التونسية.

-Derreuppé, J. (2001). Droit International Privé (14ème édition ed.). Dalloz.

-أحمد سلامة. (1997). الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، دراسة مقارنة. الرياض: جامعة الملك سعود.

-أعراب بلقاسم. (2008). القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، الجنسية (المجلد الجزء 2). دارهومة للطباعة.

-بعوني خالد و بن عياد جليلة. (2009). الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة. الجزائر: د.د.ن.

-بن عصمان جمال. (2009،2008). المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص . رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص. جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق.

-بيار ماير فانسان هوزيه. (2008). القانون الدولي الخاص (الإصدار ط1). المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.

-حسن الهدّاوي. (1997). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة. عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.

-حفيظة السيد الحدّاد. (بلا تاريخ). الوجيز في القانون الدولي الخاص، الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذالأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم . بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

-زروتي الطيب. (2002). الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي. الجزائر: مطبعة الكاهنة.

-سهيل حسين الفتلاوي. (2022). القانون الدولي الخاص . القاهرة: المكتب المصري لتوزيع المطبوعات.

-عبيدة عبد الحفيظ. (2005). الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري. دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع.

-محمد طيبة. (2005). الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي. الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع.

-محمد عبد الله المؤيد. (1998- 1999). ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامّة والحلول المقرّرة في القانون اليمني . أوان للخدمات الإعلامية.

-محمود عمر التحيوي. (1999). أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

-موحند إسعاد. (1968). القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية . الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

-موسى عبود. (بلا تاريخ). الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي . المركز الثقافي العربي.

-هشام خالد. (2003). دعوى صحّة ونفاد عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصّة دوليا بنظرها . الإسكندرية : دار الفكر الجامعي.

-هشام علي صادق. (2002). تنازع الإختصاص القضائي الدولي . دار المطبوعات الجامعية.

-يوسف دلاندة. (2005). إتفاقيات التعاون القضائي والقانوني . الجزائر: دار هومة.

المواجهة الجنائية للاستيلاء على الميراث المترتب على الزواج المختلط

Criminal confrontation against the seizure of inheritance resulting from mixed marriage

د/جمعة فرج شرف الدين /كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية /مصر
-Dr. Gomaa Farag Sharaf El Din/ Faculty of Law Alexandria University/ Egypt

ملخص الدراسة:

شرع الإسلام الزواج، وحرم العلاقات الأخرى لإعمار الأرض باعتباره اللبنة الأولى لتكوين الأسرة. وغالبا ما تفرض الظروف الاقتصادية الملحة الزواج المختلط على الشباب كاليه جديد للهجرة ووسيلة لاكتساب المواطنة والجنسية في ظل تقدم وسائل الاتصال العصرية. ويتحقق الزواج المختلط باختلاف طرفاه سواء في الدين أو الجنسية أو العرق أو الموطن. ومن أهم المسائل الخلافية بين التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية والمترتبة على الزواج المختلط هو الميراث . وتختلف أحكام الميراث في الزواج المختلط من دولة إلى أخرى بتحديد القانون الواجب التطبيق عليه؛ لاختلاف مرجعيتها الدينية وعقديتها مما ينتج عنه إشكاليات عند تقسيم التركة بخصوص موانعها، وكيفية توزيعها، وتحديد نصيب كل مستحق. ويترتب علي الميراث في الزواج المختلط إشكالية قصور الحماية الجنائية للتركة؛ نتيجة الفراغ التشريعي لمعظم التشريعات بتوفير المواجهة الجنائية لحماية التركة من اعتداء بعض الورثة على حقوق بعضهم البعض بالامتناع عن تسليم التركة والاستيلاء عليها ووجوب تنفيذ الحكم القضائي الصادر بها واعتبار أي خروج على قواعد توزيع التركة جريمة جنائية. ويتحقق ذلك من خلال تجريم الاستلاء على التركة وفرض العقوبات الجنائية لكل وارث معتد على حق غيرة من الورثة.

الكلمات المفتاحية:

المواجهة الجنائية ، الاستيلاء على الميراث، الزواج المختلط.

Abstract:

Islam initiated marriage and the prohibition of other relationships to reconstruct the land as the first building block of the family. Urgent economic conditions often impose mixed marriages on new Calais youth to migrate and a means of acquiring citizenship and nationality in the advancement of modern means of communication. Mixed marriages are achieved in different respects, whether in religion, nationality, race or domicile. One of the most important issues of controversy between positive legislation and Islamic sharia law resulting from mixed marriage is inheritance. Inheritance provisions in mixed marriages differ from State to State by determining the applicable law; Because its religious authority and belief differ, which results in problems when dividing the estate regarding its inhibitions, how it is distributed, and determining the share of each due. Inheritance in mixed marriages creates a problem of inadequate criminal protection of the estate; As a result of the legislative vacuum of most legislation providing criminal confrontation to protect the estate from infringement by some heirs of each other's rights by refraining from extraditing and seizing the estate, enforcing its judicial judgement and establishing any derogation from the rules on the distribution of the estate as a criminal offence. This is

achieved through the criminalization of the seizure of the estate and the imposition of criminal penalties for each heir who infringes

upon the right of jealousy of the heirs.

Keywords:

-Criminal confrontation, seizure of inheritance, mixed marriage

المقدمة

تطورت أساليب الجريمة وصورها وفقا لتغير أنماط الحياة في وقتنا الحاضر، فلم تسلم منها الأسرة حيث امتدت إلى الاستيلاء على الميراث لدرجة أصبحت مواجهتها أمرا حتميا على المستويين الوطني والعالمي للمحافظة على الأسرة واستقرارها . ونظرا لتغير الظروف الاقتصادية خاصة في مجتمعنا العربي انتشرت ظاهرة الزواج من الأجانب فيما بين الشباب ويطلق علية الزواج المختلط أو الزواج الدولي. ويقصد بالزواج المختلط (الزواج الدولي)، كل زواج يبرم بين رجل وامرأة يحمل كل منهما جنسية مختلفة عن الآخر، والذي يثير العديد من الإشكاليات خاصة في مجال تنازع القوانين.وينشئ عن الموت الميراث ويعد الميراث من أهم العناصر الأساسية المترتبة على الزواج المختلط والتي يثار بشأنه الكثير من المشاكل في الحياة العملية سواء من ناحية تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق أو من ناحية ما يرتكب من قبل احد الورثة أو من يدعي بحق على التركة أو حتي من الغير للاستيلاء على التركة في الزواج المختلط.

ويركز موضوع المواجهة الجنائية للاستلاء على الميراث وبخاصة المترتب علي الزواج المختلط على محوري التجريم والعقاب بهدف تأمين حماية حقوق الأشخاص في الميراث ولإيجاد حل لظاهرة الاستيلاء على الميراث الإجرامية والحد منها. وانطلاقاً من مفهوم السياسة الجنائية التشريعية التي ترتبط باحتياجات المجتمع كان من المنطقي اتجاها نحو حماية الميراث عن طريق تجريم الاعتداء عليه أو تشويه.

وبالرغم من كثرة تشعب الدراسات والأبحاث التي عنيت بموضوع الميراث المترتب على الزواج المختلط إلا أن الجانب القانوني الجنائي لهذا الموضوع لم يلق اهتماماً كافياً .وفي عام 2017م خطى المشرع الجنائي خطوات ذات أهمية بالغة نحو توفير الحماية الجنائية للميراث بصفة عامة. فمنذ صدور القانون رقم 77 لسنة 1943م بشأن المواريث لم توجد أية حماية جنائية فعالة وخاصة بالميراث أو المسندات المؤكدة لنصيب الورثة عن الزواج العادي أو المختلط ؛ لذا تم تعديله بالقانون رقم 219 لسنة 217م فأضاف له الباب التاسع بعنوان (العقوبات) والذي سيكون محور هذا البحث.

أولا: موضوع الدارسة وأهميتها:

تكمن أهمية بحث موضوع المواجهة الجنائية للاستيلاء على الميراث في الزواج المختلط من الأوجه الآتية:

1- دفعت الظروف الاقتصادية الصعبة التي تشهدها بعض الدول لزيادة الإقدام على الزواج المختلط لاكتساب الجنسية وبالتالي كثرة المشاكل المترتبة علية خاصة الميراث الناشئ عنة والاستيلاء علية.

2- زيادة الوعي والإدراك لمفهوم جرائم الميراث التي لازالت غريبة وغير مفهومة لدى الكثير من عامة الناس، فالجانب الجنائي في مجال دراسات الميراث هو الجانب المفقود في معظم التشريعات الجنائية الوطنية مما أدى إلى وجود فراغ تشريعي في قوانين الميراث ، فالمواطن المصري والعربي يتعامل مع التركة بعيداً عن التجريم ، فيقوم بالتصرف غير المشروع بها بيعاً وشراء وحيازة و..... الخ، كما لو كانت ملكاً خاصاً له بعيدا عن باقي الورثة.

3- تحديد مظاهر الحماية الجنائية للميراث المترتب على الزواج العادي أو الزواج المختلط ، سواء على مستوى القانون الجنائي الداخلي أو على مستوى القانون الجنائي الدولي. وكثرة النزاعات والدعاوى المرفوعة أمام القضاء المصري سواء بالنسبة للاستيلاء على الميراث المترتب على الزواج الوطني أو الزواج المختلط وتوسع نطاقها.

4- يساعد البحث في الوقوف على تحديد مفهوم الميراث المترتب على الزواج المختلط والاستيلاء علية وضوابطه والقانون الواجب التطبيق في التفسير الصحيح للنصوص القانونية التي وضعت لحمايته مما يسهل تطبيقها.

5- بيان مدى كفاية أو قصور الحماية الجنائية للميراث المترتب على الزواج المختلط وكشف أوجه القصور وكيفية مواجهتها.

5- يعالج هذا البحث موضوعاً لا يزال بكراً لم يشبعه الباحثون بعد دراسة وتمحيصاً لوجود جوانب كثيرة منه لازالت غامضة ومجهولة ، تحتاج إلى من يسبر أغوارها ويرتاد مجاهلها ، حيث لوحظ ندرة الدراسات والبحوث في هذا الموضوع، وقد يكون لحداثة قوانين الحماية الجنائية للميراث سببا في ذلك أيضا.

ونامل أن يكون هذا البحث مساهمة في فتح الباب وإنارة الطريق أمام دراسات قادمة، ومساهمة في تجميع النصوص الجنائية المتعلقة بحماية الميراث المترتب على الزواج سواء على المستوى الوطني أو الدولي لمعالجة الاستيلاء على الميراث كجريمة وطنية تخضع لأحكام القانون الوطني الاستيلاء على الميراث المترتب على الزواج المختلط كجريمة عالمية يثار بشأنها تنازع القوانين الجنائية للدول وتخضع لأحكام القانون الجنائي الدولي (الشاذلي ف.، 2002م، صفحة 18 وما بعدها؛ شرف، 2011، صفحة 7 وما بعدها)[i].

ثانيا: إشكاليات البحث وصعوباته :

يعد الميراث الناتج عن الزواج المختلط (الزواج الدولي)الذي تختلف فيه جنسية الزوجين عن بعضهما البعض، من أهم مسائل الخلاف بين التشريعات الوطنية. ولذ؛ قد يؤدي الاستيلاء على الميراث في الزواج المختلط إلى مشكلة قضائية بين ورثة ينتمون بجنسياتهم لدولتين أو أكثر، وبالتالي فمتابعة الميراث بعد الاستيلاء عليه قضائياً يحتاج إلى نفقات لمتابعة الدعاوى القضائية الخاصة بها. ومن المهم أيضا الإشارة إلى أن المعاهدات الدولية التي تعقد بين الدول والمتعلقة بالميراث والخاصة باسترجاع وإعادة الميراث المترتب على الزواج المختلط لا تطبق بأثر رجعي واغلبها يتطلب دمجها بالتشريع الداخلي لتصبح جزءاً منه كي تستطيع الدول الاستفادة من بنود المعاهدة. فقد صدر عن الاتحاد الأوربي اتفاقية توحيد قوانين الميراث بين دول الاتحاد الأوروبي رقم 650 لسنة 2012م والتي دخلت حيز التنفيذ في 2015/8/17م ، وتخص تلك الاتفاقية قوانين الميراث الخاصة بدول الاتحاد الأوروبي ، ويعد أبرز ما جاء في الاتفاقية القانونية، تقسيم الميراث وفقاً للقوانين المُتبعة في البلد الذي يموت فيه الشخص، بغض النظر عن الجنسية التي يحملها(لباح)[ii].

ومن الصعوبات التي واجهتنا في البحث هو ندرة المراجع المتخصصة في هذا الموضوع سواء من ناحية القانون الدولي الخاص أو القانون الجنائي عندما يتعلق الأمر بالميراث المترتب على الزواج المختلط فيكاد لا يوجد مراجع قانونية عالجت هذا الموضوع بسبب خصوصيته.

كما تدور إشكالية البحث أيضا حول بيان مدى كفاية النصوص القانونية الواردة في القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م وتعديلاته بشأن المواريث في توفير الحماية الجنائية للميراث والاستيلاء علية والتي أخذت تزداد في الآونة الأخيرة خاصة في حالات الزواج المختلط والكشف عن أوجه القصور والثغرات القانونية التي تعتري هذه النصوص القانونية والتي يمكن من خلال هذه الدراسة سد هذه الثغرات.

ونطرح الدراسة للإجابة عن مدى كفاية أليات المواجهة الجنائية لحماية الميراث المترتب على الزواج العادي والزواج المختلط من الاستيلاء عليه؟ وسيتم مناقشة هذه الإشكالية وفق تساؤلات أساسية هي:

- ماهية الزواج المختلط وضوابطه؛ وما هو القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط؛
- ماهية الميراث وأسبابه وموانعه وما هو القانون الواجب التطبيق على الميراث المترتب على الزواج المختلط؛
- ما هي الأحكام الموضوعية لجريمة الاستيلاء على الميراث في الزواج الوطني والزواج المختلط مع تحديد الأساس الذي يقوم عليه التجريم؛.
- هل الجزاءات التي أقرها المشرع الوطني لمواجهة جريمة الاستيلاء على الميراث في الزواج الوطني والزواج المختلط كافية وما مدى فعاليتها.

ثالثاً: منهج البحث:

اتساقا مع طبيعة موضوع البحث اعتمادنا في كتابة البحث على المنهج الوصفي بتحديد الزواج المختلط والميراث المترتب علية وضوابطه والقانون الواجب التطبيق. كما تم اتباع المنهج التحليلي لنصوص القوانين المتعلقة بالموضوع من خلال الاستقراء والمقارنة باستعراض النصوص القانونية التي أوردها المشرع بهذا الخصوص سواء كانت في صلب القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م وتعديلاته بشأن المواريث أو النصوص الواردة في القانون المدني أو التشريعات الأخرى التي تخص الزواج المختلط وأثارة في الميراث والقانون الواجب التطبيق محاولين تحليلها ومناقشتها لبيان مدى كفايتها لتوفير المواجهة الجنائية للحيلولة دون الاستيلاء على الميراث مع الإشارة لبعض التشريعات المقارنة بقدر الإمكان وفي حدود ما يخدم البحث.

رابعاً: هيكلية البحث:

لغرض الإحاطة بموضوع البحث من كل جوانبه المتعلقة بالقانون الدولي الخاص والقانون الجنائي والقانون الجنائي الدولي[iii] فقد ارتأينا تقسيمه إلى ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول ماهية الزواج المختلط والميراث والقانون الواجب التطبيق عليهما. ونتناول في المبحث الثاني المواجهة الجنائية التجريمية للاستيلاء على الميراث من خلال تحديد البنيان القانوني للجريمة. أما المبحث الثالث فسنتناول فيها أليات المواجهة العقابية للاستيلاء على الميراث في الزواج المختلط وطرق الحماية الجنائية العقابية للميراث.

المبحث الأول

ماهية الزواج المختلط والميراث والقانون الواجب التطبيق

يعد الميراث المترتب على الزواج المختلط من أهم اكثر القضايا الخلافية بين تشريعات الدول في اطار القانون الدولي الخاص ، حيث تختلف نظرتها إلى الميراث من بلد إلى آخر، نظرا لاختلاف المرجعيات التي تقوم عليها هذه التشريعات. فتعتبر الدول الإسلامية الشريعة الإسلامية مرجعا أساسا فيها للزواج وما يترتب علية من أثار واهمها الميراث. وتبني تشريعات الدول القائمة على أسس علمانية أحكام الزواج والميراث على نظريات مادية صرفة، مما ترتب على هذا الاختلاف ظهور صعوبات بشأن تكييف الميراث، و تحديد القانون الواجب التطبيق عليه.

المطلب الأول

ماهية الزواج المختلط وضو ابطه

الزواج في الشريعة الإسلامية هو عقد يربط بين رجل وأمراءه يفيد استمتاع كل من المتعاقدين بالأخر شرعا طلبًا للنسل ويحدد لكل منهما ما له من حقوق وما عليه من واجبات.. و في الشريعة الإسلامية يختلف مفهوم الزواج لأنه رابطة يمكن أن تتعدد، ويمكن أن تنحل بإرادة منفردة (امام، 2006م، الصفحات 25-28)[iv].ويتفق المفهوم السابق للزواج في عمومه مع معناه في بلاد العالم الغربي المسيحي.

صور الزواج:

الزواج إما أن يكون وطنيا إذا تم إبرامه بين رجل وآمراه يتمتعان بنفس الجنسية ففي هذه الحالة سوف يخضع للقانون الوطني. أما إذا تم الزواج فيما بين رجل وامرأة مختلفي الجنسية في هذه الحالة نكون أمام ما أصطلح علية فقهاء القانون الدولي الخاص بالزواج المختلط. ويكاد يجمع فقهاء القانون الدولي الخاص على تعريف الزواج المختلط بانة هو الزواج الذي يبرم فيما بين زوجين من جنسيتين مختلفتين (عبدالعال، 2010م، صفحة 708؛ سلامة، بدون، الصفحات 273-276) [v]. ويرتب الزواج المختلط أثارة ومنها الميراث كما يعد سبب لاكتساب الجنسية، ويؤثر فقط في جنسية الزوجة دون جنسية الزوج. والجدير بالذكر ان المشرع المصري لم ينظم الخطبة التي تسبق الزواج أما الزواج فقد نظمت أحكامه قواعد دولية وردت في بعض الاتفاقيات وقواعد تشريعية وردت في جميع قوانين دول العالم (صادق، 2014م، الصفحات 253-256) [vi].

تنص المادة (3/16)من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن : (الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة). وبالتالي لا فرق بين الأجنبي والوطني بالنسبة لحق الزواج. وبينما تعد رابطة الزوجية رابطة دينية محضة في بعض النظم، تعتبر رابطة مدنية بحتة في أنظمة قانونية أخرى. فتبيح الدول الإسلامية تعدد الزواج وتسمح بانحلاله بإرادة منفردة،بعكس الدول المسيحية التي تحرم تعدد الزواج وتعتبره جريمة، وبعضها يعتبره رابطة أبدية غير قابلة للانحلال.

إشكاليه القانون الواجب التطبيق عليه:

إذا ابرم الزواج فيما بين مختلفي الجنسية فيثور تنازع قانوني بين قانون جنسية الزوج وقانون جنسية الزوجة، الأمر الذي يستلزم اللجوء إلى قواعد التنازع لحل هذا الإشكال. والمستقر علية في التنازع بين القوانين بمسائل الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص اذا تعلق النزاع بشروط انعقاد الزواج المختلط نجدها تفرق بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلة المتعلقة بالزواج، فتخضع كل منهما لقانون معين، كما تخضع تكيف الشروط فبما إذا كانت موضوعية أو شكلية لقانون آخر (عبدالعال، 2010م، الصفحات 709-713؛ سلامة، بدون، الصفحات 374-388) [vii].

ويعتبر الزواج المختلط من اهم مسائل الأحوال الشخصية المرتبطة بقواعد القانون الدولي الخاص وافسحها مجالا لتنازع القوانين واختلاف التشريعات المنظمة لأحكامه ومرجعتها الدينية أو العلمانية. ولذ؛ يترتب على عقد الزواج الدولي عدة إشكالات منذ لحظة إبرامه وذلك بشروط محددة وترتيبه لأثارة إلى غاية انحلاله، فمثلا إبرام عقد زواج ما بين مصري و جزائرية في فرنسا فتمت هذه الرابطة بعدة دول، فرنسا تعتبر البلد الذي أبرم فيها هذا العقد، والمغرب بلد لجنسية الزوجة، ومصر بلد لجنسية الزوج، ومنه يجب تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة الزوجية التي ارتبطت بثلاث قوانين القانون الفرنسي، والقانون المغربي، والقانون المصري.

المطلب الثاني

ماهية الميراث محل التجريم وضوابطه

أصبح المساس بالميراث يشكل هاجسا للأفراد والحكومات وشغل فكر القانونيين والباحثين لحمايته والحفاظ عليه من الاستيلاء عليه من احد الورثة أو ممن يدعى انه وارث أو من الغير. ويختلف فقهاء الشريعة عن فقهاء القانون عند تحديد ماهية الميراث؛ لان موضوعة التركة فكل منهم يعرفه وفق مرجعتيه الدينية أو العلمانية. ولذلك؛ تباينت التشريعات عند تصديها لتوفير الحماية القانونية للميراث، إلا أن غالبيتها حصرت الميراث محل الحماية الجنائية في عناصر متفق على الغالب الأعم منها بينهم، اللهم إلا في تحديد الأنصبة وكيفية توزيعه للحد من الاعتداء عليه بالاستيلاء.

ولذ؛ وجب علينا تحديد ماهية الميراث لغة واصطلاحا، ثم بيان عناصره، وأسبابه، وموانعه، والقانون الواجب التطبيق علية بقدر من الإيجاز وفي حدود ما يخدم البحث.

الفرع الأول

الميراث في اللغة والاصطلاح

أولا -تعريف الميراث لغة :

بالرجوع للمعاجم اللغوية يلاحظ أن اللغويين يطلقون لفظ (الإرث) ويريدون به (الميراث) وبالعكس، أي انهم يجعلون هذين اللفظين مترادفين ، وذلك لان كلٍ منهما مادة واحدة فمصدرهما واحد وهو لفظ (وَرِثَ) وان اصل الهمزة في (الإرث) هي الواو من باب وَرِثَ ، يَرِثُ ، وِرثاً ، ووَرثاً ،وإرْثاً ، وميراثاً والفاعل وارث ، والجمع ورّاث وورثة. ولفظ (الإرث) يعني المواريث جمع ميراث , ولفظ ميراث في اللغة مصدر من الفعل ورث ، يقال: ورث أباه ، وورث الشيء من أبية ، والمضارع منه يرثه، والميراث لغةً يطلق بإطلاقين: الأول بمعنى المصدر، أي الوارث , والثاني بمعنى أسم المفعول أي الشيء الموروث (منظور، 1414هـ، صفحة 199، 200)[viii].

وأما الميراث بمعنى أسم المفعول أي الشيء الموروث - وهو محل بحثنا- فهو مرادف للإرث وكذلك لمصطلح (التركة) ، ومعناه في اللغة: الأصل والبقية. سمي به ما يتركه الميت من مال إرثاً ، لأنه بقية تركها للوارث . فيقال هذا المال ميراثٌ لفلان أي موروث له ، والمال الموروث عن الميت هو التراث أو التركة (مجمع، 1994م، صفحة 11 ،664)[ix].

ثانيا: تعريف الميراث اصطلاحا:

لم نجد تعريفا واحدا للميراث يجمع عليه الفقهاء فقد عرف الميراث بانه : أسم لما يستحق الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث، أو هو انتقال مال الشخص إلى الغير على سبيل الخلافة. بينما عرفه أخرون باعتباره : كل حق قابل للتجزئة يثبت لمستحقه بعد موت من كان له ، وذلك لقرابة أو زوجية أو ولاء (الشرنباصي، 2002م، الصفحات 4-6)[x].ومصدر مشروعيته الميراث هو الكتاب والسنة والإجماع.

وبذلك تكون كلمة الميراث هي من قبيل الألفاظ المشتركة، متعددة الاستعمالات، فيطلق الميراث ويراد منه إما الموروث أو علم المواريث ، أو يراد منه الإرث ، وهو ما نقصده في البحث.

ولم تتناول أغلب التشريعات العربية بما فيها القانون 77 لسنة1943م بشان أحكام الميراث وقانون الأحوال الشخصية المصري تعريف الميراث[xi].ويقترب معنى الميراث الاصطلاحي مع مفهومة الشرعي. والميراث بالمعنى الاصطلاحي المتقدم، يعد من أسباب كسب الملكية ، ونظاماً

شرعيا وقانونيا يشمل القواعد والأحكام الخاصة بنقل الملكية من السلف إلى الخلف، سواء كان الموروث مالا أو عقارا، أو حقا من الحقوق الشرعية التي تقبل الميراث.

ولما كان الميراث نظام قانونيا فليس لإرادة المورث أو من يخلفه تدخل في تحديد قواعد هذا النظام وأحكامه، وإنما يرجع في ذلك للمشرع الذي يوضح ما يصح أن يكون موضوعاً للميراث وطبيعته ووقت خلافة الوارث لمورثه ، وتحديدهم ومقدار استحقاق كل منهم، وما يرتبط بذلك من أركان وأسباب وشروط وموانع للميراث ومن هنا كانت قواعد الميراث من النظام العام في القانون الداخلي وفي سائر الأنظمة القانونية .

ثالثا: إشكالية الطبيعة القانونية للميراث وتجريم الاستيلاء علية:

تثار إشكالية التنازع فيما بين القوانين في مسائل الميراث المترتب على الزواج المختلط عند تحقق شروط قيام حالة التنازع عموماوتتمثل الشروط في تضمين مسالة الميراث الناشئ عن الزواج المختلط محل التنازع على عنصر أجنبي، سواء في أطرافها بسبب اختلاف جنسيتهم، أو مكان انعقادها، أو مكان تنفيذها، أو مكان وجود المال، وإفساح المشرع الوطني المجال لتطبيق القوانين الأجنبية على الميراث وفق ما تستلزمه حاجات المعاملات الدولية الخاصة، بالإضافة إلى وجوب صدور القوانين محل التنازع عن دول ذات سيادة، وأن تكون تلك القوانين مختلفة في الأحكام المتعلقة بالميراث المترتب على الزواج المختلط. فاذا كانت أحكام القوانين التي لها صلة بالميراث متشابهة وموحدة كما هو الحال بالنسبة للدول العربية والإسلامية فلا جدوى ولا مصلحة من قيام التنازع في الميراث. فمتى تحققت الشروط السابقة كنا أمام مشكلة تنازع القوانين التي تتطلب البحث عن القانون المناسب لحكم النزاع الارثي المترتب على الزواج المختلط المشتمل على عنصر أجنبي.

اذا تعلق الأمر بواقعة الاستيلاء على ميراث من تركة مصري متوطن في إنجلترا ومتزوج من إنجليزية ولدية أبوين مصريين وله أموال عقارية ومنقولة تم الاستيلاء علية في كل من فرنسا وايطاليا، فهذا النزاع يرتبط بعدة دول مما يجعل كل من القانون المصري والقانون الإنجليزي والقانون الفرنسي والإيطالي في حالة تنازع لحكم العلاقة محل النزاع. وهذا يثير إشكالية تطبيق القانون الجنائي الدولي والقانون الدولي الخاص.

فلو أن كل دولة ذات صلة بالزواج المختلط والميراث المترتب علية تمسكت بتطبيق قانونها على الميراث فسيؤدي ذلك إلى إهدار الحقوق ؛ لان مسائل الأحوال الشخصية ومنها الميراث أشد ارتباطا بمعتقدات الشعوب والمجتمعات؛ فتشكل منازعاتها مجالا خصبا لتنازع التشريعات متى اقترنت بعنصر أجنبي. مسائل الميراث تختلف فيها القوانين اختلافا جوهريا، سواء من حيث الحقوق أو الالتزامات التي تنتقل إلى الورثة، أو في كيفية ووقت انتقال التركة. فنلاحظ أن الدول الإسلامية التي استمدت أحكامها من الشريعة الإسلامية، تعتبر الميراث إجباري ويثبت للورثة بحكم الشرع والقانون، ولا يمكن للوارث رفضه. كما حصرت الإرث في الحقوق المالية ولا يتعدى للالتزامات. وفي المقابل نلاحظ أن القوانين الغربية تعتبر الميراث حق اختياري يشمل الحقوق والالتزامات التي كانت في ذمة المورث.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على الميراث وضوابطه

إشكالية القانون الذي يحكم الميراث:

تتنوع المسائل الداخلة في قضايا المواريث المترتب على الزواج المختلط: لنوعين. مسائل شخصية، تتعلق بشروط استحقاق الميراث وموت المورث حقيقة أو حكما وحياة الوارث حقيقةً أو حكما وكذلك أهلية الوارث وتحديد انصبه الورثة وموانع الميراث ومراتب الاستحقاق. أما المسائل المالية للميراث المترتب على الزواج المختلط فتتعلق بأموال التركة وطبيعتها وآلية انتقال ملكيتها من ذمة السلف إلى ذمة الخلف ووقت انتقال الملكية .

ولقد ظهرت عدة اتجاهات ونظريات لحل التنازع الناتج عن مسألة الميراث، بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق علها ، فبينما تميز بعضها بين الميراث في العقار والميراث في المنقول ،فتخضع الميراث في العقار لقانون موقعه ، والميراث في المنقول إما لقانون موطن المتوفى كفرنسا وبريطانيا ،وإما لقانون جنسية المتوفى كالنمسا والمجر ورومانيا . نجد بعضها الآخر تخضع الميراث لقانون واحد ، بغض النظر عن نوع المال

الموروث وإن اختلفت فيما بينها ، فمنها من تؤيد تطبيق قانون موطن المورث وقت موته ،ومنها من تأخذ بقانون جنسية المورث (الدين، 1974م، الصفحات 333-338)[xii].

ولذا؛ يتنوع القانون الواجب التطبيق على الميراث في الزواج المختلط على مستوى القانون المقارن ، لاختلاف قوانين الميراث فيما بين معظم الدول. فالدولة التي تكييف المواريث والوصايا بانها من مسائل الأحوال العينية تحدد الاختصاص لحساب القانون الإقليمي على مسائل الأحوال العينية (العقار يخضع لقانون موقع العقار – المنقول يخضع لقانون الموطن الأخير للمتوفي) مثل بريطانيا وأمريكا وفرنسا . وفي الاتجاه المقابل تتجه دولا أخرى وجميع الدول العربية ومنها مصر إلى تكيف مسائل الميراث والوصية والوقف على أنها من مسائل الأحوال الشخصية (شروط استحقاقه –موانعه- تحديد الأنصبة) فتخضع لقانون جنسية المورث أو الموصي وهذا موقف المشرع المصري على نحو ما سنرى.

1- تطبيق قانون جنسية المورث وقت موته :

وضع المشرع المصري قاعدة إسناد خاصة بالميراث نص عليها بالفقرة الأولى من المادة السابعة عشر في القانون المدني (مدني، 17/ 1) [xiii]. ويفهم من نص هذه المادة أن القانون الواجب التطبيق على الميراث هو قانون جنسية المتوفي وقت وفاته ، حيث اعتبر المشرع المصري الميراث متصلا بنظام الأسرة فجعله من الأحوال الشخصية ولم يعتبره من الأموال العينية ، سواء أكان الميراث منقولا أو عقارا فكلاهما يخضعان لقانون واحد. ويأخذ المشرع العربي كقاعدة عامة بمبدأ وحدة التركة فلم يفرق بين الميراث في العقار والميراث في المنقول، بعكس ما استقر عليه القضاء الفرنسي الذي يفرق بينهما، فالميراث في العقار يخضعه لقانون موقع العقار، بينما يخضع الميراث في المنقول لقانون آخر موطن للمتوفي (صادق، 2014م، صفحة 312 وما بعدها) (xiv).

ويرجع الاختلاف الذي تعرفه القواعد القانونية في مادة المواريث بين الدول في الزواج المختلط ، باعتبارها قواعد غير موحدة، إلى اختلاف مرجعيتها الدينية أو العلمانية.ولذلك يكون من الصعب على كل الدول توحيد قواعد الميراث، الأمر الذي يعطي للتشريع الداخلي لكل دولة صلاحية تعيين القانون الذي يحكم توزيع ونقل التركات الدولية لأن قواعد الإسناد في كل دولة هي التي تعين هذا القانون. وبالتالي تبني قواعد الإسناد في كل دولة حكمها إما على عينية المواريث، ناظرة إلى قانون موقعها، أو أن تبني حكمها على شخصيتها، ناظرة بذلك إلى الشخص المتوفى، ومن ثم تخضع الميراث لقانونه الوطني، أي قانون الدولة التي يحمل جنسيتها، أو قانون موطنه حسب الأحوال (عبدالعال، 2010م، الصفحات 708-711) [xv].

2- أسباب الإرث :

وفقا لأحكام القانون المصري رقم 77 لسنة 1934م بشان المواريث تتمثل أسباب الإرث في القرابة والزوجية والعصوبة السببية (الشرنباصي، 2002م، الصفحات 43- 45)[xvi].

3- أركان الميراث في الزواج المختلط:

أ-الوارث: هو الشخص الذي يخلف الميت في أمواله، بسبب الزواج المختلط .

ب-المورث :هو الميت الذي ترك مالا أو حقا وكان احد طرفي الزواج المختلط الزوج أو الزوجة.

ج-الموروث :وهي الأموال أو الحقوق التي تنتقل من المورث إلى الوارث بناء على زواج مختلط بعد التجهيز، وقضاء الديون، وتنفيذ الوصايا. وفي القانون تتفق أركان الميراث مع ما جاء في الشريعة الإسلامية.

4-شروط استحقاق الميراث وأركانه : يشترط لاستحقاق الميراث وفقا لأحكام القانون المصري رقم 77 لسنة 1934م بشان المواريث ما يلي[xvii]:

أ- موت الموروث حقيقة أو حكما.

ب- التحقق من حياة الوارث بعد موت المورث.

ج- العلم بجهة الإرث وهي الزوجية والقرابة

وبخصوص الميراث المترتب على الزواج المختلط فيشترط في رابطة الزوجية حتى يتم التوارث بين الزوجين ما يلي:-

1-ان يكون الزوج المختلط زواج صحيح . معنى ذلك لا توارث بين الزوجين بعقد زواج مختلط غير صحيح سواء أكان باطلا أو فاسدا .

2-ان تكون الزوجية قائمة وقت الوفاة. ويحقق ذلك في الزواج المختلط بان يموت من مات من الزوجين والزوجة غير مطلقة.

إشكالية:

لم تكن هناك مواجهة جنائية كاملة وكافية للورثة بصدد الاستيلاء على الميراث أو المسندات المؤكدة لنصيب الورثة، منذ صدور القانون رقم 77 لسنة 194م بشأن المواريث سوى المادة (889) مدني والتي جرمت كل سلوك يؤدي إلى الاستيلاء على أي شيء من أموال التركة غشا لمن كان تحت يده شيء من هذه الأموال حتى لو كان دائناً أو موصي له أو وارثاً. فقد اعتبرتهم المادة السابقة في حكم المبددين وعوقبوا بعقوبة التبديد حتى لو كان من فعل ذلك زوجة الميت أو أولاده. ولذا؛ صدر القانون رقم 219 لسنة 2017م الذي أضاف إلى القانون رقم 77 لسنة 1943م بشأن المواريث بابًا تاسعًا بعنوان (العقوبات) يتضمن مادة جديدة برقم (49) تضمن صورا للاستيلاء على الميراث تشكل جرائم جديدة.

المبحث الثاني

البنيان القانوني لجريمة الاستلاء على الميراث في الزواج المختلط

يعد الاستيلاء على الميراث بصفة عامة من أخطر الجرائم التي تهدد أمن واستقرار الأسرة على المستويين الدولي والوطني، لذلك كان من الضروري أن تكون هناك آليات لمواجهة تلك الجريمة؛ لكل دولة من خلال تشريعاتها الوطنية للعمل على الحد من جرائم الاستيلاء على الميراث. ومصر لم تكن بمعزل عن ذلك فقد سعت لإيجاد السبل للحد من الاستيلاء على الميراث بصفة عامة وبالتبعية الميراث المترتب على الزواج المختلط موضوع بحثنا ومن أهم هذه الآليات الخطوات التشريعية التي اتخذتها السلطنة فأصدرت القانون رقم 219 لسنة 2017م الذي أضاف مادة جديدة برقم (49) إلى القانون رقم 77 لسنة 1943م بشأن المواريث.

وتعتبر جريمة الاستيلاء على أموال التركة من الجرائم العمدية الواقعة علي المال حيث تشكل اعتداء أو تهدد بالخطر للحقوق والمصالح المالية. ويجب لتحقق الجريمة بصفة عامة توافر ثلاثة أركان هي الركن المادي والركن المعنوي ويضاف إليهما الركن الشرعي، وجريمة الاستيلاء على التركة كغيرها من الجرائم لها نفس الأركان.

وسنقسم المبحث لمطلبين يتناول المطلب الأول الركن المادي لجريمة الاستلاء على الميراث في الزواج المختلط بينما يتناول المطلب الثاني الركن المعنوي في لجريمة الاستلاء على الميراث في الزواج المختلط بينما يسبقهما فرع تمهيدي يتناول الركن الشرعي لجريمة الاستلاء على الميراث في الزواج المختلط

فرع تمهيدي

الركن الشرعي

يعد نص التجريم في القوانين الجنائية الداخلية مصدر الصفة غير المشروعة للسلوك ويتضمنه قانون العقوبات، أو القوانين المكملة له، سواء أكانت قوانين جنائية خالصة أو قوانين غير جنائية تتضمن نصوصًا جنائية. وتطابق السلوك الذي أتاه الجاني مع النموذج القانوني الموجود بنص التجريم من ناحية التجريم والعقاب، يعبر عنه بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات (الشاذلي، 2001م، صفحة 128) (بلال، 2002م، صفحة 244)[xviii]. ويعد مبدأ الشرعية الجنائية من أهم مبادئ قانون العقوبات إن لم يكن أكثرها أهمية على الإطلاق.

نصوص التجريم:

أولا: جرم المشرع المصري فعل الاستيلاء على مال من التركة في المادة(٨٨٩)من القانون المدني فنصت على أنه : "يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشًا على شيء من مال التركة ولو كان وارثًا" (فتوح، 2002م، الصفحات 606-612) (المرصفاوي، 1991م، الصفحات 562-569) (xix).

إشكالية:

تلاحظ في الواقع العملي ان مجرد تدخل المشرع بنصوص لتنظيم الميراث غير كاف لتحقيق الحماية القانونية للتركة خاصة أن الموضوع يتعلق بنوع جديد من الجرائم لم تكن معروفة لوقت قريب في القانون الجنائي. ولا يمكن إخضاع هذه الجرائم للقواعد العامة للجريمة سواء من حيث بنيانها القانوني وأسس المسؤولية الجنائية وأحكام العقاب فهي جريمة ذات طبيعة خاصة من حيث مرتكبها أو المجني عليهم أو المصلحة المحمية.

ثانيا: نظرا لنقص الحماية الجنائية للميراث؛ تدخل المشرع الجنائي بتعديل قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943 بالقانون 219 لسنة 2017 فنصت المادة (٤٩) منة على انه :(مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر

وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من امتنع عمدًا عن تسليم أحد الورثة نصيبه الشرعي من الميراث، أو حجب سندًا يؤكد نصيبًا لوارث، أو امتنع عن تسليم ذلك السند حال طلبه من أي من الورثة الشرعيين. وتكون العقوبة في حالة العود الحبس الذى لا تقل مدته عن سنة.

ويجوز الصلح في الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة في أي حالة تكون عليها الدعوى ولو بعد صيرورة الحكم باتًا. ولكل من المجنى عليه أو وكيله الخاص، ولورثته أو وكيلهم الخاص، وكذلك للمتهم أو المحكوم عليه أو وكيلهما الخاص، إثبات الصلح في هذه الجرائم أمام النيابة أو المحكمة بحسب الأحوال.

ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر، وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها، ولا يكون للصلح أثر على حقوق المضرور من الجريمة) (xx).

المطلب الأول

الركن المادي

يتمثل الركن المادي للجريمة بصفة عامة، في سلوك إجرامي سواء أكان فعلاً أو امتناعًا، يترتب عليه نتيجة إجرامية، ترتبط بالسلوك الجرمي برابطة سببيه. ومن ثم، يتكون الركن المادي للجريمة من ثلاثة عناصر هي:

العنصر الأول: السلوك الإجرامي.

العنصر الثاني: النتيجة الإجرامية.

العنصر الثالث: رابطة السببية بين السلوك الجرمي والنتيجة الإجرامية التي تحققت.

وفي جريمة الاستيلاء على الميراث المترتب على الزواج المختلط ،لا يختلف الركن المادي بعناصره الثلاثة كثيرًا عما هو مستقر عليه في التشريعات الجنائية الداخلية، ولكن بما يتفق والطبيعة القانونية لجريمة الاستيلاء على الميراث في الزواج المختلط باعتباره محل الحماية الجنائية.

وبالرجوع إلى قانون العقوبات لم يعرف الاستيلاء على أموال الميراث. ولكن أحال نص المادة (889) من القانون المدني لعقوبة جريمة التبديد بعناصرها وهي السلوك الجرمي ومحل الاستيلاء التي سنوضحها بشيء من التفصيل:

الفرع الأول

السلوك الإجرامي

لقيام السلوك الإجرامي لجريمة الاستيلاء على الميراث المترتب على الزواج الوطني أو الزواج المختلط لا بد من توفر عناصر أساسية لا غنى عنها تتمثل فيما يلي:-

1- عنصر الاستيلاء المادي:

لم يعطي النص السابق اسما للجريمة إلا أنه نص على واقعة الاستيلاء على الميراث وتعرض لأركانه. ومن ثم نكون إمام نص قانوني يحيل إلى نص تجريمي ليحدد معالم الجريمة والتي تتحقق بأي سلوك يصدر من شخص طبيعي له صفة معينة يستولي على الميراث، ويمارس السيطرة عليه بطريقة غير مشروعة. ويقوم عنصر الاستيلاء على الميراث في الزواج المختلط بظهور الجاني على عناصر الميراث بمظهر المالك. فلا يكفي مجرد الإهمال في التبليغ عن أموال الميراث أو تعمد عدم التبليغ ما دام غير مصحوب بنية الاستيلاء على شيء من مال الميراث المترتب على الزواج المختلط وبقصد حرمان الورثة منه.

ويستلزم تحقق عنصر الاستيلاء المادي لقيام جريمة الاستيلاء على عناصر الميراث في الزواج المختلط بتوافر فعل الاستيلاء المباشر على بعض أو كل العناصر أو الأشياء المكونة للتركة بدون حق، وحرمان بعض أو كل الورثة من التمتع بما يستحقونه من نصيبهم في التركة التي لازالوا شركاء فيها على الشيوع كأن يتوفى مصري الجنسية متزوج من مغربية أو جزائرية ويترك مزرعة أو محلات تجارية وأموالا نقدية مودعة في أحد البنوك، فيأتي احد الورثة ويستولي على الأموال، ويستثمرها لحسابه الخاص، دون أن يأخذ بالاعتبار حصص باقي الورثة، أو بعض الورثة ممن يعتبرون شركاء في التركة .

ولذلك؛ يحقق عنصر الاستيلاء على الميراث في الزواج المختلط باستئثار الجاني الوارث بعناصر التركة؛ بمعنى تغيير صفة وضع يده على تلك الأشياء من الحيازة الناقصة للحيازة الكاملة.

إشكالية: كان يثير إخفاء عقود التركة الكثير من المشاكل والقضايا عند إجراء القسمة بين الورثة. وفي ظل نص المادة (889) مدني كان يتم تكيف إخفاء الوارث الذي يضع يده على عقود التركة التي كانت في حوزة مورثه قبل وفاته بانة يشكل جريمة استيلاء على شيء من التركة حيث تعتبر هذه العقود لديه على سبيل الوديعة بالنسبة لباقي الورثة، ولو لم يباشر مع الورثة عقد وديعة لأن تلك الأشياء اعتبرت وديعة في هذه الحالة بنص من القانون.ونظرا لوجود فراغ تشريعي لمواجهة هذا السلوك الإجرامي تدخل المشرع بإضافة المادة (49) من القانون رقم 77 لسنة 1943 م المعدل بالقانون رقم 219 لسنة 2017م.

2- صفة مرتكب السلوك:

العنصر الثاني من عناصر قيام جريمة الاستيلاء على الميراث في الزواج العادي والزواج المختلط هي توافر صفة خاصة في مرتكب السلوك الجرمي فيلزم ان تتوافر فيه إحدى الصفتين التاليتين:

أ- صفة وارث: يجب لقيام الركن المادي لجريمة الاستيلاء على الميراث في الزواج الوطني أو الزواج المختلط ان يكون مرتكب السلوك الجرمي وارثًا معترف به شرعًا وقانونًا.

ب- صفة شخص يدعي أنه وارث: يتحقق الركن المادي لجريمة الاستيلاء على ميراث في الزواج الوطني والزواج المختلط عندما يكون مرتكب السلوك الجرمي ليس وارثا معترف به شرعًا وقانونًا، ولكن يزعم أن له حقًا في التركة التي قام بالاستيلاء عليها أو بجزء منها. وترجع العلة في ذلك لاعتبار أن هذا العنصر هو الذي ينشئ شبهة في كون أن ما استأثر به المتهم، أو استولى عليه من الميراث يمتلك جزء مشاعًا منه. وبالتالي؛ لا يستوجب ارتكابه السلوك الجرمي مدعيًا انه من الورثة معاقبته كمرتكب لجريمة السرقة، فتخلف هاتين الصفتين معا في وقت واحد يفقد الجريمة أحد أركانها الخاصة ويعاقب عن جريمة السرقة.

3- استعمال الغش: من العناصر الأساسية المكونة لجريمة الاستيلاء على الميراث في الزواج الوطني والزواج المختلط استعمال طريقة أو وسيلة من وسائل الغش، أو الخديعة أو التحايل بغية الوصول إلى الاستيلاء على كل أو بعض التركة التي لم تقسم بعد، والتي لازالت مملوكة لجميع الورثة على الشيوع بينهم. ومن هذه الصور التي تتحقق فيها الجريمة حالة ادعاء الزوجة في زواج عادي أو مختلط بشراء ما استولت عليه من أموال التركة، وتظهر وثائق أو مستندات وهمية أو مزورة كأن يختلق أو يصطنع وارث أو مدعي صفة الوارث شرطًا أو حكمًا قضائيًا يتضمن قسمة غير صحيحة يحصل بموجبه على مال لا يستحقه من التركة.

4- ارتكاب الاستيلاء قبل القسمة:

لتحقق الركن المادي للجريمة يجب ارتكاب الاستيلاء المادي على كل أو بعض أموال الميراث المترتبة على الزواج الوطني أو الدولي قبل القسمة الرضائية أو القضائية. وبالتالي تنتفي الجريمة لو تمت القسمة القانونية بين الورثة في زواج مختلط، وبشكل شرعي، وتملك وحاز كل وارث نصيبه -حيازة مادية أو حكمية- ثم جاء احدهم واستولى على نصيب غيره من الورثة لتخلف هذا العنصر.

وفي هذه الحالة يعتبر الاستيلاء على الميراث في الزواج الوطني أو المختلط مشكلا لجريمة سرقة أو جريمة سرقة بين الأقارب والأزواج أو اختلاس أموال الغير حسب توافر النموذج القانوني لكل جريمة منها (فتوح، 2002م، الصفحات 377-523) (المرصفاوي، 1991م، صفحة 264 وما بعدها) [xxi].

ثانيا :محل الجريمة (الميراث):

لم يحدد المشرع تعريفًا واضحًا لمفهوم الاستيلاء واكتفى بالإحالة لعقوبة جريمة التبديد في مواد قانون العقوبات كما لم يتناول المشرع الجنائي تحديد مفهوم الميراث ولكن يرجع في شانه لأحكام الشريعة وقوانين الميراث (فتوح، 2002م، الصفحات 606-627؛ بنهام، 1982م، الصفحات 526-572) [xxii]. فالميراث هو ما يتركه الشخص لورثته من أموال وحقوق؛ فبوفاة المورث في زواج وطني أو مختلط تنتقل ملكية المنقولات والعقارات وكل ما يملكه المورث إلى ورثته.

معنى ذلك أن جريمة الاستيلاء على شيء من التركة تقع بإخفاء الوارث عن زواج مختلط والذي يضع يده على أموال التركة التي كانت في حوزة مورثه قبل وفاته، وتعتبر هذه الأموال لديه على سبيل الوديعة بالنسبة لباقي الورثة، ولو لم يباشر مع الورثة عقد وديعة لأن تلك الأشياء اعتبرت وديعة هنا بنص من القانون.

ويشترط لقيام الجريمة أن يقع الاستيلاء على عناصر الميراث وهو محل هذه الجريمة كما سبق وذكرنا في بداية البحث. وتتمثل عناصر الميراث فيما يتركه الميت بعد زواج المختلط من أموال سواء أكانت عقارا أو منقولا.

ولا يؤثر في تحقق جريمة الاستلاء على الميراث في الزواج المختلط أن يكون مرتكبها وارثا. ويرجع ذلك؛ لان الوارث كزوجة الميت أو احد أولاده اذا استئثار بعناصر التركة أو بعضها كان يخفي مثلاً شيئًا من نقود الميت أو أوراقه المالية أو ما يمتلكه من حلى ومجوهرات فتغيرت صفة وضع يده على تلك الأشياء من الحيازة الناقصة للحيازة الكاملة تحققت الجريمة طالما وضع يده عليها وحده بنية الاستئثار بها وقصد حرمان باقي الورثة.

الفرع الثاني

صور خاصة لجريمة الاستلاء على التركة

نصت المادة (49) من القانون رقم 77 لسنة 1943م المعدل بالقانون رقم 219 لسنة2017م على ثلاث صور خاصة للاستلاء على التركة تتعلق بتجريم الامتناع أو حجب سندات توجب الميراث أو تسليمة. ورأينا فيما سبق أن المشرع المدني لم يضع تعريفًا واضحًا للاستيلاء على التركة كما لم يعطي اسما للجريمة واكتفى بالإحالة لعقوبة جريمة التبديد في مواد قانون العقوبات.

ويلزم لتحقق تلك الصور الخاصة من صور الاستيلاء على الميراث أن تتوافر شروط مسبقة لقيام الجريمة في صورة الامتناع عن تسليم الميراث الشرعي أو حجب سندات توجب الميراث أو تسليمة مع وجود تركة مملوكة للموروث (ميراث) . كما يلزم لتحقق الركن المادي للجريمة أن تكون التركة محل الميراث في الزواج العادي أو المختلط تحت يد أحد الورثة أو من الغير (تحت حيازته).

وكشرط مفترض لتحقق جريمة الاستلاء على الميراث في الزواج الوطني أو الدولي يجب أن يكون المدعي بالحق المدني في الدعوى العمومية من ضمن الورثة المستحقين لنصيب في الميراث كزوج أو زوجة أو ابن وارث يستحق نصيبًا في التركة. فلا يكفي لقيام الركن المادي للجريمة كون الطالب أو المجني عليه وارثًا فقط، وإنما وارثًا يستحق نصيبًا في التركة، فقد يكون وارثًا محجوبًا لسبب ما من أسباب الحَجب.

1-الامتناع عن تسليم الميراث:

إذا كانت جرائم الميراث ترتكب بسلوك إيجابي، فلا مانع من إمكانية ارتكابها بسلوك سلبي أيضًا، يتمثل في الإحجام عن الإتيان بعمل معين يفرض القانون الجنائي إتيانه، مما يترتب عليه عدم تحقق نتيجة يستلزم القانون تحقيقها.

وتنص المادة (49) من القانون رقم 77 لسنة 1943 م المعدل بالقانون رقم 219 لسنة2017م على: (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين .كل من امتنع عمدًا عن تسليم أحد الورثة نصيبه الشرعي من الميراث،....).

السلوك السلبي في جر ائم الميراث:

المستقر عليه في الفقه الجنائي، أنه لا وجود للامتناع في نظر القانون إلا إذا كان مخالفًا لواجب قانوني يفرض القيام بفعل معين, فالامتناع لا يوصف كذلك إلا بالنظر إلى هذا الفعل ،ولا يكون للفعل أهمية قانونية إلا إذا كان القانون يفرضه (الصيفي، بدون، صفحة 186؛ مصطفى، 1974م، صفحة 268) [xxiii].ويتمثل السلوك السلبي، في إحجام الشخص إراديًا عن إتيان سلوك إيجابي معين، كان يجب عليه قانونًا القيام به في ظل ظروف معينة؛ فيترتب على الامتناع عدم تحقيق نتيجة يستلزم القانون تحقيقها (بلال، 2002م، صفحة 498 ،499؛ السعيد، 1957م، صفحة 51، 52) [xxiv].

ويختلف السلوك السلبي عن السلوك الإيجابي في جرائم الميراث. فالسلوك الإيجابي هو فعل الشخص ما كان يجب علية الامتناع عن فعله فيؤدي سلوكه الإيجابي إلى نتيجة يحظر القانون تحقيقها. وفي السلوك السلبي، يمتنع الوارث أو الغير عن فعل ما كان يجب عليه أن يفعله، فيترتب علي امتناعه تخلف نتيجة يتطلب القانون تحقيقها. وفي كلا الحالتين، يلزم أن يكون الفعل أو الامتناع صادرًا عن إرادة قادرة على الوفاء

بالواجب القانوني. وإذا حالت ظروف قهرية دون قيام الشخص بالواجب المفروض عليه، استحال قانونًا مساءلته جنائيًا عن الامتناع الذي تنتفي عنه الصفة الإرادية (الشاذلي، 2001م، صفحة 373) [xxv].

فالامتناع عن تسليم حصته من الميراث لوارث في زواج وطني أو دولي هو إحجام الجاني عن القيام بفعل يوجب عليه القانون القيام به، داخلا في استطاعته ذلك. ونلاحظ أن النص السابق يضع التزامًا قانونيًا على كل من له سلطة على تركة مورث أن يسلم كل صاحب نصيب شرعي في التركة نصيبه منها. ولكي يتحقق هذا الامتناع يجب أن يسبقه طلب بتسليم الحصه الميراثية بموجب إنذار رسمي على يد محضر يعقبه امتناع عن التسليم.وسبق انتهينا إلى أن محل الجريمة هو الميراث .وفي هذه الصورة يلزم أن يكون محل الامتناع حصة في الميراث تعد نصيبًا لوارث، سواء أكانت شائعة أم كانت مفرزة.

فيلزم لتحقق تلك الصورة وجود تركة مملوكة للموروث (ميراث) وأن يكون الميراث بعناصره تحت يد أحد الورثة (تحت حيازته) .فتقوم الجريمة إذا أتي الجاني الفعل المادي المكون لتلك الجريمة وهو الامتناع عن تسليم الميراث الشرعي لأحد الورثة المستحق لنصيبة فقد يكون وارثا ولكن محجوبا كما سبق .وتقوم هذه الصورة عندما يثبت المجني عليه أن نصيبة الشرعي من الميراث المختلط تحت يد الجاني وفي حيازته وإن ذلك الجاني قد امتنع عن أداء ذلك النصيب.

ولرفع الدعوى العمومية وموضوعها الامتناع عن تسليم حصة ميراث يلزم أن تتوافر المستندات القانونية المدعمة لها، ومنها وجود إعلام شرعي للمورث عن زواج وطني أو دولي ، وسندات تؤيد ملكية المورث لعناصر التركة، مع وجود ما يفيد حيازة الممتنع عن التسليم ووجود حكم قضائي يتعلق بالريع أو الفرز والتجنيب للتركة أو تقرير الخبير. ويضاف لذلك، وجوب إثبات امتناع حائز الميراث عن إعطائه للمستحقين، ويثبت ذلك عن طريق إنذار المتضرر لواضع اليد على التركة. ولا يشترط أن يكون الممتنع عن تسليم حصة ميراث في زواج وطني أو دولي وارثا، بل قد يكون مستأجر حائزًا لأرض أو عقار من ضمن تركة المورث.

2- حجب سند الميراث:

نصت المادة 49على انه: (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر، يعاقب بالحبس .....، أو حجب سندًا يؤكد نصيبًا لوارث،) وفقا لأحكام هذا النص يتحقق الاستيلاء على الميراث في صورة حجب سند موجب نصيبا لوراث ، باي نشاط يترتب علية إخفاء الوارث الذي يضع يده على عقود التركة التي كانت في حوزة مورثه قبل وفاته [xxvi].

ويقصد بالسند في هذه الحالة كل ما يثبت به نصيب لوراث في تركة مورثه عن زواج وطني أو مختلط كعقد الزواج. فيلزم لقيام الركن المادي لجريمة حجب السندات التي تؤكد نصيب الورثة عن زواج وطني أو دولي -كاحتجاز عقود ملكية المورث وخلافه- أن يكون هذا المسند متعلقا بالميراث المحدد به نصيب المدعي الوارث، ويكون من شأنه تسليم النصيب المستحق للوارث من الزواج العادي أو المختلط.

ويتحقق الركن المادي لهذه الصورة بحجب سند الميراث عن صاحب المصلحة فيه وبالتالي لا يتمكن من المطالبة بتسليمه نصيبه المستحق له في الميراث عن الزواج المختلط. ويدخل في معنى حجب السند إخفاءه أو إتلافه عمدا أو تسليمه لآخر من الورثة المحجوبين أو لغيرهم. ولا يشترط أن يكون الممتنع عن تسليم السند أو الحاجب له من بين الورثة في الزواج المختلط فقد يكون شخصًا آخر له عليه يد أمانة على المستند أو منوطا به حفظه وقد يكون هو الوصي.

3-الامتناع عن تسليم سند الميراث فورطلبة:

نصت المادة(49) من القانون السابق على انه:(مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر، يعاقب بالحبس....، أو امتنع عن تسليم ذلك السند حال طلبه من أي من الورثة الشرعيين).

يعالج هذا النموذج القانوني صورة أخرى للاستيلاء على الميراث لا يقل خطورة عن الصور السابقة وهو امتناع أحد الورثة عن تسليم المستندات الدالة على استحقاق الميراث. فكثيرا ما يلجأ حائز التركة إلى إخفاء بعض المستندات التي تؤكد هذه التركة مما يصعب على باقي الورثة الشرعيين المطالبة بذلك الحق. فلا يستطيع الوارث المطالبة القضائية لجهله بالتركة كلها أو بعضها فجاء هذا النموذج بتجريم ذلك السلوك الذي يقوم بفعل الامتناع أو الحجب لأي مستند متعلق بالميراث يثبت نصيبًا لوارث أو يؤكد ملكية المورث للتركة حالة طلبه من أي من الورثة الشرعيين في الزواج الوطني أو المختلط.

وقد اشترط المشرع لتحقق الركن المادي لهذه الجريمة أن يكون الوريث قبل تحريك الدعوى الجنائية قد طالب من تحت يده المستند وامتنع عن تسليمه؛ ويتحقق الطلب والعلم اليقيني في هذه الصورة إما بتوجيه إنذار رسمي على يد محضر أو بخطاب مسجل بعلم الوصول.

الطبيعة القانونية لجرائم الميراث في الزواج المختلط:

يشكل فعل الاستيلاء على الميراث بالغش في الزواج المختلط وفعل الامتناع عن تسليم حصة لوارث أو الامتناع عن تسليمه سند مثبت لهذه الحصة أو حجبه سندًا يتعلق بها، جرائم مستمرة متتابعة طالما كان الوارث الممتنع مستمرًا في استيلائه على الميراث بالامتناع عن تسليم نصيب المدعي أو حجب أو امتنع عن تسليم عقد الزواج أو مستندات ملكية التركة لاحد الورثة عند طلبة.

المطلب الثاني

الركن المعنوي

وفقًا للنظرية العامة للجريمة، يتخذ الركن المعنوي للجريمة صورتين هما: القصد الجنائي والخطأ غير العمدي. ولا تقوم جريمة الاستيلاء على الميراث المترتب على الزواج المختلط بالخطأ غير العمدي، لأنها من الجرائم العمدية بطبيعتها. ويشترط لقيام جريمة الاستيلاء على الميراث، توافر القصد الجنائي الخاص إلى جانب القصد الجنائي العام.

ولذا؛ يتحقق الركن المعنوي لجريمة الاستيلاء على أموال التركة، العلم بعناصر الجريمة، مع اتجاه الإرادة إلى ارتكاب الجرم أو الفعل، وهو ما يعرف بالقصد العام، كما يجب أن تتوفر في هذه الجريمة تواجد نية الجاني لتملك مال التركة محل الاستيلاء عليه، وهو ما يعرف بالقصد الجنائي الخاص وسنأتي على تعريف كل من القصدين.

الفرع الأول

القصد الجنائي العام

يعني القصد الجنائي العام، علم مرتكب الفعل الإجرامي بتوافر عناصر الجريمة، واتجاه إرادته إلى ارتكاب ذلك الفعل، لإحداث النتيجة التي تفترضها الجريمة. ومن ثم يقوم القصد الجنائي العام على عنصرين هما العلم والإرادة[xxvii] (شرف، 2011، صفحة 191، 192). وتتطلب جريمة الاستيلاء على الميراث المترتب على الزواج المختلط، أن يكون مرتكبها متمتعًا بإرادة حرة واعية معتبرة قانونًا، فإذا ارتكب فردًا ما الأفعال المشكلة لجريمة الاستيلاء على التركة، تحت الإكراه، أو الجنون، أو تحت تأثير مخدر أو تنويم مغناطيسي، فلا تقوم الجريمة في حقه لانعدام إرادته، وبالتالي يتخلف الركن المعنوي للجريمة[xxviii]. كما يتطلب البناء القانوني لجريمة الاستيلاء على الميراث المترتب على الزواج المختلط أيضًا، أن تتجه إرادة الجاني إلى اقتراف السلوك الإجرامي، مع العلم بأن فعله يقع على أموال من الميراث.

قوام القصد الجنائي العام في جريمة الاستيلاء على أموال الميراث توافر عنصر العلم وعنصر الإرادة. ويتحقق هذا الركن بتوافر عنصري القصد الجنائي، وهما علم الجاني بوجود تركة، واستعماله وسائل الغش لإخفائها عن باقي الورثة أو احدهم أو بحجب سندًا يؤكد نصيبًا للوارث أو يمتنع عن تسليم ذلك السند عند طلبه من أي من الورثة الشرعيين أو أي جهة مختصة مع توافر نية الاستيلاء عليها بقصد حرمان باقي الورثة .فالقصد الجنائي العام في جريمة الاستيلاء على أموال التركة يعني انصراف إرادة الجاني لتحقيق الجريمة بجميع أركانها مع العلم بان القانون يعاقب على ذلك وعليه يشترط في هذه الجريمة أن يكون الجاني مدركا بان أموال الميراث ليست ملكه بمفردة، وان له شركاء آخرين في الميراث لا يحق له أن يأخذ حقوقهم، ومع ذلك تتجه إرادته نحو أموال غيره من الشركاء في الميراث المترتب على الزواج المختلط باستعمال وسائل الغش للاستلاء عليه أو بالامتناع عن تسليمة أو بحجب مستند يؤكد نصيبًا للوارث أو يمتنع عن تسليم ذلك المستند حال طلبه من أي من الورثة الشرعيين أو أي جهة مختصة.

1- عنصرالعلم : يقصد بالعلم كعنصر من عناصر القصد الجنائي في الجرائم العمدية، إحاطة الجاني بعناصر الواقعة الإجرامية، وبكافة العناصر القانونية الأخرى التي تتكون منها الجريمة وفق نموذجها القانوني. وتتمثل هذه العناصر في عناصر الركن المادي، والشروط المفترضة في الجريمة، ويلحق بها كافة الظروف التي تغير من وصف الجريمة، لأنها تعتبر من العناصر المكونة للجريمة. فإذا جهل الجاني بأحد هذه العناصر، أو وقع في غلط جوهري بشأنها، انتفى القصد الجنائي لديه (الصيفي، بدون، الصفحات 314-331؛ عوض، 2000م، الصفحات 225-229)[xxix].

ويتحقق عنصر العلم في جريمة الاستيلاء على الميراث المترتب عن الزواج المختلط أن يحيط علم الجاني بالجريمة فيكون عالما بانة يقوم بالاستيلاء على مال الغير محل ميراث المترتب على زواج مختلط، بنقلة من حيازته وإدخاله في حيازة أخرى بدون رضى المجني عليه باستخدام وسائل الغش أو بحجبه مستندًا يؤكد نصيبًا لوارث أو بامتناعه عن تسليم ذلك السند حال طلبه من أي من الورثة الشرعيين أو أي جهة مختصة.

ولذا؛ لا تتحقق الجريمة على هذه الصورة عندما يقع الجاني في غلط فيأخذ المال المملوك للغير المترتب على زواج مختلط ظنا منة وتوهما انه مملوك له، فهنا لا يعتبر السلوك مجرمًا تتحقق به الجريمة محل البحث بل نزاع مدني محض يحكمه قواعد القانون المدني.

2- عنصر الإرادة: تتمثل الإرادة كعنصر في القصد الجنائي، في نشاط نفسي يهدف إلى تحقيق غرض معين غير مشروع. ولتوافر القصد الجنائي في الجريمة العمدية، يجب أن يهدف هذا النشاط النفسي (الإرادة الإجرامية) إلى تحقيق النشاط الإجرامي، وإحداث النتيجة الإجرامية التي ينهى عنها القانون باختيار حر (شرف، 2011، صفحة 192) [xxx]. فيجب لتوافر القصد الجنائي في جريمة الاستلاء على الميراث المترتب على الزواج المختلط اتجاه إرادة المتهم نحو ارتكاب الفعل الإجرامي الذي يحقق ماديات الجريمة في احدى صورها، والى تحقيق النتيجة لهذا الفعل وهي نقل المال من حيازة المجني عليه و إدخاله في حيازته أو حيازة شخص آخر.

وهذا يفترض أن تكون الغاية الإجرامية التي يعتد بها قانونًا أن تكون إرادة الجاني حرة مميزة ومدركة خالية من العوارض وموانع الأهلية. فلا تقوم الجريمة في احدى صورها اذا كان الجاني الوارث صغيرا غير مميز أو كان مجنونا غير محجور عليه ،أو كان مكرها على حجب سندًا يؤكد نصيبًا للوارث في زواج مختلط أو امتنع عن تسليم ذلك السند حال طلبه من أي من الورثة الشرعيين أو أي جهة مختصة لا تتحقق الجريمة لانعدام مسؤوليته الجنائية.

الفرع الثاني

القصد الجنائي الخاص

يتطلب الركن المعنوي في بعض الجرائم العمدية، توافر قصد جنائي خاص إلى جوار القصد العام. وينطوي القصد الخاص على علم وإرادة من الجاني لا ينصرفان إلى أركان الجريمة، وإنما ينصرفان إلى وقائع أخرى لا تدخل ضمن عناصر الجريمة. بمعنى، أن القصد الجنائي الخاص يقوم على علم وإرادة من الجاني ينصرفان إلى وقائع خارجة عن ماديات الجريمة، كما في جريمة التزوير وجريمة البلاغ الكاذب (الشاذلي، 2001م، صفحة 455، 456؛ بلال، 2002م، صفحة 822، 823) [xxxi].

وإذا كان القصد الجنائي العام يقوم على توجيه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع علمه بأركانها؛ فلا يكتفي القصد الخاص بذلك، بل يتطلب عنصرًا أخر يضاف إليهما وهو نية الجاني التي دفعته إلى ارتكاب الفعل لغاية معينة أو باعث خاص (السعيد، 1957م، صفحة 822، 823) [xxxii].

والقصد الخاص لا يوجد بصفة مستقلة ولا تقوم الجريمة به وحده، بل يلزم أن يتوفر بالإضافة إليه القصد العام. فكل الجرائم العمدية يتطلب فيها القانون قصدًا عامًا كأصل عام.

ولكن قد يتطلب القانون لتحقق بعض الجرائم العمدية ومنها جريمة الاستيلاء على الميراث بكافة صورها أن يتوفر بالإضافة إلى القصد العام قصدًا خاصًا. وبالتالي، فالبحث عن توافر القصد الخاص في الجريمة يفترض أولاً البحث عن توافر القصد العام. ونعتقد أن جرائم الميراث الواردة بالمادة (889) مدني والمادة (49) من قانون الميراث رقم 77 لسنة 1943م المعدل بالقانون رقم 219 لسنة 2017م تعتبر من جرائم القصد الخاص، والذي يتمثل في نية الاستيلاء على أموال الميراث كلها أو بعضها بقصد حرمان باقي الورثة. وكقاعدة عامة، يلزم أن يعاصر القصد الجنائي-العام أو الخاص- جميع عناصر الركن المادي لجرائم الميراث كجريمة عمديه؛ فيجب أن يتحقق وقت اقتراف السلوك الإجرامي، ويظل قائمًا لحين تحقق النتيجة الإجرامية.

ولذا؛ تعتبر جريمة الاستيلاء على الميراث بكافة صورها من الجرائم العمدية، فلا يكفي لتحققها قانونا مجرد قيام القصد الجنائي العام، بل يلزم أن يتوافر لجانبه القصد الخاص. وتتحقق الجريمة، عندما يتجه قصد الجاني إلى نية الاستيلاء على التركة من خلال استعمال وسائل للغش لذلك، أو حجب سندًا يؤكد نصيبًا للوارث، أو يمتنع عن تسليم ذلك السند عند طلبه من أي من الورثة الشرعيين أو أي جهة مختصة،

فهذه النية تقوم الجريمة وبدونها لا تتوافر الجريمة، وإن أمكن عقاب الفاعل عن جريمة أخرى. ولذلك، يمكن القول بأن جريمة الاستيلاء على أموال الميراث من جرائم القصد الخاص، المتمثل في اتجاه نية الجاني نحو الاستيلاء على الميراث المترتب على الزواج المختلط.

ولذلك؛ يتطلب الركن المعنوي لجريمة الاستيلاء على الميراث في الزواج المختلط إلى جانب القصد العام توافر القصد الخاص، أي نية خاصة ومحددة هي نية تملك الشيء المستولى عليه من الميراث وحرمان مالكه منه نهائيا، فاذا كان غرض الوارث هو سلب الشيء من الميراث بهدف الحيازة المؤقتة للانتفاع به، فلا يعد ذلك استيلاء على الميراث. ولذا؛ لا تقوم جريمة الاستيلاء على الميراث في الزواج الوطني أو الدولي بمجرد أخذ الوارث المال المملوك للورثة عن علم وادراك، بل يلزم أن تكون نية الوارث في الزواج المختلط قد اتجهت إلى تمليك هذا المال.

وتتخذ نية التمليك المجرمة كنية خاصة تقوم بها الجريمة عنصرين أولهما سلبي، ويتمثل في حرمان المالك الشرعي للمال المورث المترتب على الزواج المختلط من سيطرته الفعلية على أموال التركة، والثاني إيجابي قوامه إرادة الجاني أن يحل محل المالك في سيطرته وتملكه على المال محل الميراث. بمعنى ان يستعمل الجاني جزء من المال المورث أو كلة وينتفع به ويتصرف به بالبيع والتبرع.

ولذلك؛ تنتفي نية التمليك إذا توهم الجاني بان المال المستولى عليه من ميراث ناتج عن زواج مختلط مملوك له، أو إذا أخذ المال بقصد الاطلاع عليه، أو لحيازته مؤقتا للانتفاع به ليرجعه عقب ذلك عند طلب باقي الورثة له، فينتفي القصد الجنائي ولا تتحقق الجريمة في هذه الحالة لعدم توافر نية التمليك .كما لا يتحقق الركن المعنوي عندما يكون حجب الجاني لسندًا يؤكد نصيبًا للوارث أو يمتنع عن تسليمه ذلك السند حال طلبه من أي من الورثة الشرعيين أو أي جهة مختصة راجع لضياع المستند أو إتلافه، أو لخروجه من حوزته لتسليمة لجهة قضائية مثلا .

انتهينا فيما مضى إلى انه يلزم لتحقق الركن المعنوي لجريمة الاستيلاء على الميراث المترتب على الزواج العادي والزواج المختلط توافر عنصري القصد الجنائي، وهما علم الجاني بوجود الميراث، واستعماله الغش في إخفاء التركة عن باقي الورثة وتوافر نية الاستيلاء عليها بإحدى صور الاستيلاء الخاصة أو بحجب سندًا يؤكد نصيبًا للوارث أو يمتنع عن تسليم ذلك المسند حال طلبه من أي من الورثة الشرعيين أو أي جهة مختصة بقصد حرمان باقي الورثة من المال محل الميراث.

ولذا؛ تقوم المسؤولية الجنائية عن الاستيلاء على الميراث من زواج مختلط في حق المتهم حتى ولو كان وارثًا اذا استعمل الغش بنية الاستيلاء علية طالما كان تحت يده ولم يبلغ عنه لقصد تملكه؛ ويتحقق الاستيلاء بظهور الجاني على عناصر وأموال التركة بمظهر المالك. ولا يكفي لتحقق الجريمة مجرد الإهمال في التبليغ عن أموال التركة أو تعمد عدم التبليغ عن هذه الأموال وطبيعتها، ما دام غير مصحوب بنية الاستيلاء على أي شيء من مال التركة، وبدون قصد حرمان الورثة منه.كما تقوم الجريمة اذا امتنع الوارث من زواج مختلط عمدًا عن تسليم أحد الورثة نصيبه الشرعي من الميراث رضاءً أو قضاءً نهائيا. وتقوم الجريمة في حق الوارث أيضا اذا حجب سندًا يؤكد نصيبًا للوارث أو امتنع عن تسليم ذلك السند حال طلبه من أي من الورثة الشرعيين أو أي جهة مختصة.

المبحث الثالث

المواجهة الجنائية العقابية للاستيلاء على الميراث

يمكن لكل وارث متضرر من جريمة الاستيلاء على نصيبه من الميراث في الزواج العادي والزواج المختلط إقامة الدعوى بالادعاء المباشر باعتبارها من الجنح التي يجوز إقامتها بطريق الادعاء المباشر.

ولا اثر للحكم الجنائي الصادر بالبراءة أو بالإدانة في جرائم الامتناع في الميراث على الدعوى المدنية اللاحقة، فلا يمنع من المطالبة بالميراث أمام القضاء المدني لاختلاف الأساس في الدعويين. ومرد ذلك؛ لان القاضي المدني لا يرتبط بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا [xxxiii].

المطلب الأول

منهج المشرع في العقاب على جرائم الميراث

اتبع المشرع المصري في المادة (49) من القانون رقم 77 لسنة 194م المعدل بالقانون رقم (219) لسنة 2017م منهج السياسة الجنائية العقابية القائمة على التشجيع والمكافأة؛ كما اخذ بالسياسة الجنائية القائمة على الردع والصرامة لمواجهة جرائم الميراث.

ويلاحظ من خلال استقراء نصوص تجريم الاستيلاء على الميراث، أن التشريع الجنائي يأخذ بالسياسة الجنائية العقابية القائمة على الصرامة والموادعة لمواجهة جرائم الميراث .وسوف نتناولها بإيجاز وفي حدود ما يخدم الدراسة على النحو التالي.

أولاً- سياسة الصرامة والترهيب:

تتحقق السياسة الجنائية العقابية القائمة على الصرامة والترهيب في التشريع الجنائي لمواجهة جرائم الميراث، بتشديد العقاب عليها وخضوعها لنظم خاصة بها من الإجراءات الجنائية.

ومن مظاهر التشديد أن نص التجريم بالمادة (49) فتح الباب نحو تطبيق عقوبة اشد عما هو وارد به حيث فرض العقوبة للجريمة مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر. كما نلاحظ اتجاه المشرع نحو تشديد العقوبة على مرتكبي هذه الجرائم في حالة العود لتكون العقوبة الحبس الذي لا تقل مدته عن سنة. كما أجاز للقاضي الجنائي أن يطبق عقوبة الحبس التي لا تقل مدته عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه.

ثانيًا - سياسة الموادعة والترغيب:

تعد سياسة الموادعة والترغيب، سياسة جنائية استثنائية من الأصل العام القائم على تشديد العقاب في جرائم الميراث. ونلاحظ إتباع المشرع الجنائي لسياسة الموادعة فقد تضمن النص حكماً يجيز التصالح في أي حالة كانت عليها الدعوى وذلك حفاظاً من المشرع على الروابط الأسرية وصلة الرحم في إقرار الصلح سواء كان هذا التصالح من كل الورثة أو من بعضهم. كما خير المشرع القاضي الجنائي بين أن يحكم بعقوبة الحبس أو بعقوبة الغرامة.

وكذلك وضع المشرع عقوبة واحدة في حالة الامتناع عن تسليم أحد الورثة نصيبه الشرعي أو في حالة حجب مستند يؤكد نصيباً لأحد الورثة لأن المغايرة في العقوبة لا محل لها، بل أن الصورة الثانية أشد خطراً على الورثة من الصورة الأولى.

المطلب الثاني

مقومات الجزاءات الفعالة لمواجهة جرائم الميراث

لا تتحقق العدالة الجنائية إلا بتوقيع العقوبة الجنائية على كل من أخل بقواعد الميراث في الزواج العادي والمختلط بارتكاب احدى صور جرائمه. ولا يمكن أن تكون الجزاءات الجنائية محلاً للتطبيق إلا بعد ثبوت المسئولية الجنائية عن جريمة الاستيلاء على الميراث؛ لأن الجزاءات الجنائية والمسئولية القانونية أثر من آثار ارتكاب الجريمة محل البحث. والعقوبة الجنائية هي كل جزاء يمكن أن يحقق احترام القانون الجنائي ويمنع انتهاكه. ولكي يؤدي الجزاء دوره في حماية النظام القانوني للميراث بصفه عامة، ومكافحة الأنشطة غير المشروعة للاستيلاء علية، لابد أن يتوافر فيه خاصيتان هامتان هما:

أولاً: أن يكون الجزاء الجنائي شرعيًا ومشروعًا:

ويقصد بشرعية الجزاء ،أن يتفق الجزاء مع النظام القانوني حيث يتقرر وفقًا لقواعده، وتتم ممارسته بالأجهزة التي أرساها ذلك النظام وأسند إليها هذا الاختصاص. ويلزم أن يكون الجزاء مشروعًا، بمعنى اتفاقه مع مجموعة المبادئ والقيم السائدة في المجتمع الوطني والدولي، سواءً تم تكريسها بمقتضى قواعد القانون الوضعي أم لا.

ثانيًا: ينبغي أن يكون الجزاء الجنائي فعالاًوفعليًا:

الجزاء الفعال على جرائم الميراث، هو الجزاء الذي يتضمن عقوبات و تدابير من شأنها ردع كل من يريد انتهاك قواعد النظام القانوني للميراث. ويكون الجزاء على ارتكاب جرائم الميراث فعليًا، حيث تتوافر له إمكانية توقيعه فعلا في كل حالة يقع فيها استيلاء على التركة وانتهاك لأحكام الميراث .والجزاء الجنائي الذي يقرره القانون الجنائي لجرائم الميراث يتخذ احدى صورتين :صورة العقوبة عندماتثبيت المسؤولية الجنائية للشخص عن الجريمة والتدابير الاحترازية حيث تتنوع أنماط العقوبة الجنائية بتنوع صور جريمة الاستيلاء على الميراث.

المطلب الثاني

العقوبات الجنائية ووسائل انقضاء الجريمة

تتنوع العقوبات الجنائية التي يمكن تطبيقها علي الأشخاص الطبيعيين المدانين بارتكاب جرائم الميراث ما بين عقوبات سالبة للحرية وعقوبات مالية.

أولا:- عقوبة الحبس:

1-الاستيلاء على الميراث بطريق الغش:

نصت المادة (889) من القانون المدني المصري على أنه يعاقب بعقوبة التبديد كل من يستولي بطريق الغش على شيء من مال التركة ولو كان وارثًا[xxxiv]. ومن ثم يتعين على القاضي الجنائي الرجوع لنص المادة (341) من قانون العقوبات لتحديد العقوبة وهي الحبس والغرامة .ونلاحظ ان المشرع في المادة (341) عقوبات قد أورد لجريمة خيانة الأمانة والتبديد عقوبة الحبس مجرداً من أي قيد بحيث يخضع للقواعد العامة فيكون الحبس بين حدية العامين باعتباره عقوبة اصليه فحده الأدنى أربعاً وعشرين ساعة وحده الأقصى ثلاث سنوات[xxxv].

وقد أجاز المشرع للقاضي الجنائي أن يقضى مع الحبس بغرامة لا تزيد على مائة جنيه[xxxvi]. وهذه العقوبة تكون للاستيلاء على الميراث بطريق الغش والمترتب على الزواج العادي والمختلط كجريمة تامة .ولا شروع في جريمة الاستيلاء على التركة بطريق الغش.

2- منع الميراث أوحجب سندات توجب الميراث أوتسليمة.

عقوبة الحبس واحدة في حالة الامتناع عن تسليم أحد الورثة نصيبه الشرعي أو في حالة حجب مستند يؤكد نصيباً لأحد الورثة وهي الحبس لمدة لا تقل عن ستة أشهر. ويرجع ذلك لان المغايرة في العقوبة الجنائية لا محل له، بل أن الصورة الثانية أشد خطراً على الورثة من الصورة الأولى[xxxvii] .فقررت المادة 49 من قانون الميراث بانة مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من امتنع عمدًا عن تسليم أحد الورثة نصيبه الشرعي من الميراث.

ثانيا: الغرامة المالية:

يجوز للقاضي الجنائي أن يحكم في جريمة الاستيلاء على الميراث بطريق الغش والمترتب على الزواج المختلط كجريمة تامة مع عقوبة الحبس بغرامة لا تزيد على مائة جنيه ؛لان المشرع في المادة (889) مدني إحالة لعقوبة التبديد.

أما في جريمة منع تسليم الميراث أو حجب مسندات توجب الميراث أو الامتناع عن تسليمها في الزواج المختلط، فقد حدد المشرع عقوبة الغرامة فلا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه.

ثالثا: انقضاء الجريمة:

تتعد أسباب انقضاء الدعوى العمومية عن جريمة الاستيلاء على الميراث في الزواج العادي والزواج المختلط .فتنقضي الدعوي العمومية بوفاة المتهم ، وبصدور عفو شامل وبمضي المدة بانقضاء ثلاث سنوات[xxxviii] وبإلغاء نص التجريم.كما يمكن ان تنقضي الدعوى العمومية عن جريمة الاستيلاء على الميراث في الزواج العادي والزواج المختلط لأسباب خاصة تتعلق بالصلح الجنائي. وحفاظاً على العلاقات الأسرية وصلة الأرحام أجاز القانون التصالح في أي حالة كانت علها الدعوى الجنائية وعند أي درجة من درجات التقاضي[xxxix].

الخاتمة

<u>النتائج والتوصيات:</u>

يمكن إيجاز بعض الاستنتاجات والتوصيات التي توصل إلها البحث المعنون بالمواجهة الجنائية للاستيلاء على الميراث المترتب على الزواج المختلط على النحو التالي:

أولا: النتائج:

حاولنا في هذه البحث معالجة إشكالية بالغة الأهمية بعد تفشي ظاهرة الزواج من الأجانب وهي إشكاليات الميراث المترتب على الزواج المختلط وما يستتبع ذلك من محاولات الاستيلاء علية وقد توصل البحث لعدد من النتائج نوجزها فيما يلي:

1- تتمثل الآليات التي وضعها المشرع المصري لحماية الاستلاء على الميراث المترتب على الزواج الوطني أو الزواج المختلط وما يثيره من تنازع بين القوانين في الحماية الجنائية والعقابية في القانون المدني والقانون الجنائي وبخاصة المادة (49) من قانون المواريث رقم 77 لسنة 194م و المعدل بالقانون رقم (219) لسنة 2017م.

2- تلاحظ لنا أ ن المشرع المصري- مقارنة بغيرة - وضع آليات فعالة للحماية الجنائية لمواجهة الاستيلاء على الميراث بصفة عامة والمترتب على الزواج الوطني أو الزواج المختلط بالتبعية باعتباره احد أسباب استحقاقه.

3-أوضحنا البنيان القانوني لجريمة الاستيلاء على الميران بكافة صورها في اطار النظرية العامة للتجريم ، كما بينا مدي فعالية الجزاءات الجنائية المرصودة لكل جريمة للحد من انتشار تلك الظاهرة في المجتمع.

ثانيا: التوصيات:

هذا هو الواقع الذي تم رصدة بشان المواجهة الجنائية للاستيلاء على الميراث المترتب على الزواج المختلط وهذه هي التوصيات التي توصلنا الهيا والتي نوجزها فيما يلي:

1- ندعو الباحثين بالاتجاه مستقبلا نحو تأصيل هذا الموضوع وتفصيله، وتعزيز الدراسات الفقهية والقانونية المعمقة في الحماية الجنائية للميراث بصفة عامة وبخاصة ما يترتب على الزواج المختلط باعتباره مجالا خصبا لتنازع القوانين. ،

2- ضرورة إعادة النظر في السياسة الجنائية العقابية وتحقيق حماية أفضل لأموال التركة؛ لان العقوبات الحالية غير كافية وغير رادعة لما يمثله الاستيلاء على الميراث من أثار خطيره على العلاقات الأسرية وفي الاتجاه المقابل على المشرع الجنائي التعامل مع مثل هذه الجريمة من منطق المعالجة الوقائية قبل المعالجة الردعية و التصدي لكل محاولة للتحايل على مبادئ العدالة.

3- ندعو المشرع العربي والأجنبي أن يحذو حذو المشرع المصري بسن تشريع لتجريم الاستيلاء على الميراث بصفة عامة ليشكل فيما بعد منظومة قانونية لاعتبار جرائم الاستيلاء على الميراث المترتب على الزواج المختلط من الجرائم العالمية التي تخضع لأحكام القانون الجنائي الدولي.

وهذا ما جاد به الله علينا و انعم

الهوامش

(i) في تعريف القانون الجنائي الدولي وضوابط الجريمة العالمية انظر تفصيلاً أستاذنا الدكتور/ فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي (النظرية العامة للجريمة الدولية)،دار المطبوعات الجامعية، سنة 2002م، ص 18 وما بعدها؛ ورسالتنا للدكتورة ؛ جرائم الإرهاب الدولي في ميزان الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الجنائي، مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية لعام 2011م ،ص7 وما بعدها.

(ii) انظر تفصيلاً ؛محمد ابداح، توحيد قوانين الميراث في دول الاتحاد الأوروبي؛ مقال منشور على الموقع الالكتروني
https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=515678-
https://sverigesradio.se/artikel/6234815-
للمزيد من المعلومات حول نص ومضمون الاتفاقية الأوروبية لقوانين الميراث، اضغط على الرابط
https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-en.do?init=true -
www.testamentsregister.de

(iii) في تعريف القانون الجنائي الدولي وضوابط الجريمة العالمية انظر تفصيلاً ؛ رسالتنا للدكتورة ؛ جرائم الإرهاب الدولي في ميزان الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الجنائي، مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية لعام 2011م ،ص7 وما بعدها.

(iv) انظر تفصيلا في تعريف الزواج في الشريعة الإسلامية وأركانه ؛ د/ مُحَمَّد كمال الدين أمام، الزواج في الفقه الإسلامي (دراسة تشريعية وفقهية)، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر،2006م، ص25-28

(v) انظر تفصيلاً ؛ د/ عكاشة عبدالعال، تنازع القوانين-دراسة مقارنة- الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،2010م ، ص ؛ د/ احمد عبدالكريم سلامة(التنازع الدولي للقوانين، المرافعات الدنية الدولية)، القاهرة ، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص273-276.

(vi) انظر تفصيلاً ؛ د/ هشام على صادق، تنازع القوانين(دراسة مقارنة) الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر،2014م، ص256/255 .

(vii) انظر تفصيلاً ؛ د/ عكاشة عبدالعال، المرجع السابق ، ص 709-740 وما بعدها ؛ د/ احمد عبدالكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين-المرافعات المدنية الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر،ص275-288.

(viii) . انظر تفصيلاً ؛ مُحَمَّد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ، بيروت، الطبعة: الثالثة دار صادر ، ١٤١٤ هـ. ج2 ، ص199-200

(ix) انظر تفصيلاً ؛ مجمع اللغة العربية المعجم الوجيز، القاهرة الهيئة العامة لشؤن المطابع الأميرية، ص11 ، 664.

(x) انظر تفصيلاً ؛أستاذنا الدكتور / رمضان الشرنباصي، أحكام الميراث بين الشريعة والقانون، الإسكندرية، منشاءه المعارف،2002م،ص 4-6.

(xi) عرف الإرث قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) /2005 بالمادة (313) من القانون على أنه "الإرث انتقال حتمي لأموال وحقوق عن عبارة " : وتعرفة المادة (٢٩٩) من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢ المعدل بأنه. مالية بوفاة مالكها لمن استحقها الأوربي رقم 650 لسنة 2012م والمتعلقة بالميراث في الفقرة الاتحاد لائحة . هذا وقد تناولت) " يرثه من إلى بالميت الخاصة والحقوق الأموال انتقال أو إرادي، نقل عقد بموجب سواء الوفاة، بسبب والالتزامات والحقوق الملكية نقل أشكال من شكل كل يتضمن مفهوما الأولى من المادة الثالثة باعتباره القانون . بموجب

للاطلاع على نصوص الاتفاقية الأوروبية لقوانين الميراث، اضغط على الرابط https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-en.do?init=true-

(xii) انظر تفصيلاً ؛ د/ عزا الدين عابد الدولين، الجزء القضائي الاختصاص وتنازع القوانين تنازع الخاص، الدولي القانون الله، الثاني،القاهرة ، دار النهضة العربية،1974م ،ص331-338.

(xiii) تنص المادة (1/17) من القانون المدني المصري رقم 131لسنة 1948م على انه:(يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة لما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته). في ذات الاتجاه انظر تفصيلا؛ د/هشام على صادق ، تنازع القوانين(دراسة مقارنة) الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر،2014م،ص315 وما بعدها

(xiv) يرجع ذلك لان الميراث في الشريعة الإسلامية مبني على الزوجية والقرابة وبالتالي يدخل ضمن الأحوال الشخصية وليس في الأحوال العينية.

(xv) انظر تفصيلاً وفي ذات الاتجاه ؛ د/ عكاشة مُحَمَّد عبدالعال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 807-811.

(xvi) انظر تفصيلاً ؛ المادة السابعة من القانون. وبخصوص تفصيلات هذه الأسباب انظر تفصيلا؛ أستاذنا الدكتور رمضان الشرنباصي ، المرجع السابق، ص 43- 45.

(xvii) تنص المادة ٤٣). المادة في علية نص ما فيه توافر إذا للإرث مستحقا الحمل ويكون. ميتا باعتباره الحكم وقت أو المورث موت وقت الوراث حياة تحقق الإرث لاستحقاق الثانية على: (يجب بينما تنص المادة. القاضي). بحكم ميتا باعتباره أو المورث بموت الإرث الأولى على انه: (يستحق لا أو واحد حاث موتهما في أكان سواء الأخر تركة في لاحدهما استحقاق فلا أولا مات إيهما يعلم ولم اثنان مات الثالثة على: (إذا وتنص المادة .

(xviii) راجع؛ أستاذنا الدكتور/ فتوح الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الكتاب الأول (أوليات القانون الجنائي، النظرية العامة للجريمة) الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2001م ،ص128؛ د/ أحمد عوض بلال، محاضرات في النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، سنة 2002م ، ص224.

(xix) جريمة التبديد هي احد أنواع جرائم خيانة الأمانة ويحكمها نص المادة(341) من قانون العقوبات و هي: (كل من اختلس ، أو استعمل ، أو بدد مبالغ أو امتعه أو بضائع أو نقوداً أو تذاكر أو كتابات أخرى مشتملة علي تمسك أو مخالصة أو غير ذلك أضرارا بمالكيها أو أصحابها أو واضعي اليد عليها ، وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم إلا علي وجه الوديعة ، أو الإجارة ، أو علي سبيل عارية الاستعمال أو الرهن ، أو كانت سلمت له بصفة كونه وكيلاً باجره أو مجاناً بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها في امر مُعين لمنفعة المالك لها أو غيره يحكم عليه بالحبس و يجوز ان يزداد عليه انظر تفصيلاً في جريمة التبديد ؛ أستاذنا الدكتور/ فتوح الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصري)

الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ،2002م ،ص 606 وما بعدها ؛د/ حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في القانون الخاص، الإسكندرية، منشاة المعارف،1991م، ص 562

يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات (:العقوبات قانون من (363) المادة في (xx) نص المشرع الجزائري على تجريم الاستيلاء على التركة وبغرامة من 500إلى3.000 دينار الشريك في الميراث أو المدعي بحق في تركة الذي يستولي بطريق الغش على كامل الإرث أو على جزء منه قبل قسمته. وتطبق العقوبة ذاتها على الشريك في الملك أو على أحد المساهمين الذي يستولي بطريق الغش على أشياء مشتركة أو على مال الشركة. ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة14 وبالمنع من الإقامة لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر. ويعاقب على الشروع في الجنح المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التام).

(xxi)في جريمة السرقة راجع تفصيلا؛ أستاذنا الدكتور/ فتوح الشاذلي جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، المرجع السابق، ص 377-523 ؛ د/ حسن المرصفاوي، المرجع السابق، ص 264 وما بعدها .

(xxii) راجع تفصيلا؛ في جريمة خيانة الأمانة أستاذنا الدكتور / فتوح الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، المرجع السابق، ص 606-627؛ د/ رمسيس بنهام، القسم الخاص في قانون العقوبات، الإسكندرية، منشأة المعاف، 1982م، ص 526-572.

(xxiii) راجع في السلوك السلبي؛ د/ عبد الفتاح مُحَّد الصيفي، قانون العقوبات (النظرية العامة)، الإسكندرية، دار الهدى للمطبوعات، بدون تاريخ ، ص 186؛ د/ محمود محمود مصطفى ،. شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة التاسعة، دار النهضة العربية، 1974م ، ص 268.

(xxiv)في الامتناع في القانون الجنائي انظر تفصيلا ؛ د/ أحمد بلال، المرجع السابق، ص 498، 449؛ د/ السعيد مصطفى السعيد : الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار المعارف، سنة 1957م، ص 51، 52.

(xxv) من أمثلة هذه الجرائم، امتناع القاضي عن الحكم في الدعوى، وامتناع شاهد عن أداء شهادته. في جرائم الامتناع انظر تفصيلاً؛ أستاذنا الدكتور/ فتوح الشاذلي، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 373.

(xxvi) قضي بأن الوارث الذي يضع يده على العقود التي كانت في حوزة أبيه قبل وفاته تعتبر هذه العقود لديه على سبيل الوديعة بالنسبة لباقي الورثة ولا يقلل من هذا النظر أنه لم يباشر مع الورثة عقد وديعة لأن القانون حين عرّف جريمة خيانة الأمانة في المادة (341) عقوبات لم ينص على أن تكون الوديعة باعتبارها سببًا من الأسباب التي أوردها على سبيل الحصر لوجود المال المختلس لدى المتهم وليدة عقد بل اكتفى في ذلك بعبارة عامة وهي أن يكون تسليم المال قد حصل على وجه الوديعة أو صار وديعة بيد المتهم ويكون مصدره القانون وليس العقد. (الطعن رقم 519 س 13 ق 1943/2/28م).

(xxvii) في تعريف القصد العام انظر تفصيلا؛ رسالتنا للدكتوراه ص190، 191.

(xxviii) وفي هذا الصدد تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: "وقد نصت المادة من المشروع على عقوبة جنائية هي عقوبة التبديد، توقع على كل من استولى غشًا على مال التركة حتى لو كان وارثًا. فمن كان في يده مال للتركة ولم يبلغ عنه بنية تملكه، وُقعت عليه عقوبة التبديد حتى لو كان وارثًا، وليس للوارث أن يحتج بأنه يملك بالميراث ما استولى عليه. وهذا لا يخل بتوقيع عقوبات أخرى أشد من عقوبة التبديد، كعقوبة السرقة، إذا كان هناك محل لذلك. أما مجرد الإهمال في التبليغ عن أموال التركة أو تعمد عدم التبليغ، ما دام غير مصحوب بالاستيلاء على مال التركة، فلا يدخل في حكم المادة .. " مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 242.

(xxix) عنصر العلم في القصد الجنائي راجع؛ د/ عبد الفتاح الصيفي، قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 314؛ د/ عوض مُحَّد عوض: قانون العقوبات (القسم العام)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000م.، ص 225- 239.

(xxx) في عنصر الإرادة انظر تفصيلاً؛ رسالتنا للدكتوراه ص 192.

(xxxi) انظر؛ أستاذنا الدكتور/ فتوح الشاذلي، المرجع السابق، الكتاب الأول ، ص 455، 456؛ د/ أحمد بلال، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 822، 823.

(xxxii) راجع؛ د/ السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق، ص 365.

(xxxiii) راجع المادة (102) من قانون الإثبات.

(xxxiv)تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد :"قد نصت المادة من المشروع على عقوبة جنائية هي عقوبة التبديد ، توقع على كل من استولى غشاً على مال التركة حتى لو كان وارثاً . فمن كان في يده مال للتركة ولم يبلغ عنه بنية تملكه ، وقعت عليه عقوبة التبديد حتى لو كان وارثاً ، وليس للوارث أن يحتج بأنه يملك بالميراث ما استولى عليه . وهذا لا يخل بتوقيع عقوبات أخرى أشد من عقوبة التبديد ، كعقوبة السرقة ، إذا كان هناك محل لذلك . أما مجرد الإهمال في التبليغ عن أموال التركة أو تعمد عدم التبليغ ، ما دام غير مصحوب بالاستيلاء على مال التركة ، فلا يدخل في حكم المادة . . . . . ” مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 242.

(xxxv)عقوبة الحبس هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية أو العمومية المدة المحكوم بها عليه، ولا يجوز أن تنقص هذه المدة عن أربع وعشرين ساعة، ولا أن تزيد على ثلاث سنين إلا في الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانونا.

(xxxvi) في عقوبة التبديد انظر تفصيلاً ؛ أستاذنا الدكتور/ فتوح الشاذلي ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، المرجع السابق، ص 626 ،627 ؛د/ حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ص 559-561.

(xxxvii) راجع تفصيلاً تقرير لجنة الشؤن الدستورية والتشريعية الخاص بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث والصادر بالقانون رقم ٢١٩ لسنة ٢٠١٧م ص4

(xxxviii)تنص المادة 1/15 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه: "تنقضي الدعوى الجنائية في مواد الجنايات بمضي عشرة سنوات من يوم وقوع الجريمة، وفي مواد الجنح بمضي ثلاث سنوات، وفي مواد المخالفات بمضي سنة.."

(xxxix) راجع تفصيلاً تقرير لجنة الشؤن الدستورية والتشريعية الخاص بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث والصادر بالقانون رقم ٢١٩ لسنة ٢٠١٧م ص4 ،6.

قائمة المراجع

1. **احمد عبدالكريم سلامة**: (التنازع الدولي للقوانين، المرافعات الدنية الدولية)، القاهرة ، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
2. **أحمد عوض بلال**: محاضرات في النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، سنة 2002م ،
3. **جمعة فرج شرف الدين**: جرائم الإرهاب الدولي في ميزان الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الجنائي، مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية لعام 2011م .
4. **حسن صادق المرصفاوي**: المرصفاوي في القانون الخاص، الإسكندرية، منشاة المعارف،1991م،
5. **رمسيس بنهام**: القسم الخاص في قانون العقوبات، الإسكندرية، منشأة المعاف، 1982م،
6. **رمضان الشرنباصي**: أحكام الميراث بين الشريعة والقانون، الإسكندرية، منشاءه المعارف،2002م.
7. **السعيد مصطفى السعيد** : الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار المعارف، سنة 1957م،
8. **عبد الفتاح مُحَمَّد الصيفي**: قانون العقوبات (النظرية العامة)، الإسكندرية، دار الهدى للمطبوعات، بدون تاريخ ،
9. **عز الدين عبد الله**: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الجزء الثاني،القاهرة ، دار النهضة العربية،1974م ،ص331-338.
10. **عكاشة عبدالعال**: تنازع القوانين-دراسة مقارنة- الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،2010م ،
11. **عوض مُحَمَّد عوض**: قانون العقوبات (القسم العام)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000م.
12. **فتوح عبدالله الشاذلي**: جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ،2002م .
13. .....: شرح قانون العقوبات، القسم العام، الكتاب الأول (أوليات القانون الجنائي، النظرية العامة للجريمة) الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2001م ،
14. **مجمع اللغة العربية**: المعجم الوجيز، القاهرة الهيئة العامة لشؤن المطابع الأميرية، 1994م
15. **مُحَمَّد بن مكرم ابن منظور**: لسان العرب ، بيروت، الطبعة: الثالثة دار صادر ، ١٤١٤ هـ، ج2 ،
16. **مُحَمَّد كمال الدين أمام**: الزواج في الفقه الإسلامي (دراسة تشريعية وفقهية)الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر،2006م.
17. **محمود محمود مصطفى**: شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة التاسعة، دار النهضة العربية، 1974م

18. **هشام على صادق**: تنازع القوانين(دراسة مقارنة) الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر،2014م

تقارير ومقالات ومواقع على الشبكة الدولية:

1- **لجنة الشؤن الدستورية والتشريعية**: تقرير لجنة الشؤن الدستورية والتشريعية الخاص بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث والصادر بالقانون رقم ٢١٩ لسنة ٢٠١٧م.

2- محمد ابداح: توحيد قوانين الميراث في دول الاتحاد الأوروبي؛ مقال منشور على الموقع الإلكتروني https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=515678

3- للاطلاع على نص ومضمون الاتفاقية الأوروبية لقوانين الميراث، اضغط على الرابط https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-en.do?init=true-www.testamentsregister.de

إشكالية جهة الحضانة في الفرقة الناتجة عن الزواج المختلط- دراسة مقارنة-

The Problem of The Custodian in The Separation of Spouses Resulting from Mixed Marriage- A Comparative Study-

د.صوكو أسماء د. عليون مراد

Dr. alioune mourad Dr. soukkou asma ,

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة/ الجزائر

University of Emir Abd el kader , constantine /algeria

الملخص:

تعتبر الحضانة إحدى الآثار المترتبة على الفرقة الزوجية، وهي وإن كانت واضحة الجهة في حال الفرقة الناتجة عن الزواج العادي إلاّ أنّها ليست كذلك في حال الزواج المختلط؛ حيث تختلف الديانات والقوانين والأعراف بين الزوجين، وعليه انطلقنا في هذه الورقات من إشكالية رئيسة مفادها: أيّ الزوجين تسند له حضانة الولد في حال الزواج المختلط بعد الفرقة بين الزوجين، لذا نهدف من خلال الإجابة عنها إلى التعرف على الجهة التي تؤول إليها عند حدوث الفرقة بين الزوجين مختلفي الدين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وقد خلصنا إلى أنّ الفقه الإسلامي راعى اختلاف الدين فلم يسند الحضانة للكافر من الزوجين سواء أكان الأب أم الأم، أما في القانون الجزائري فإن المسألة تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

الكلمات المفتاحية: الحضانة، الزواج المختلط، الفرقة الزوجية، جنسية الزوج.

Abstract:

Custody is considered one of the consequences of marital separation , and although it is clear in the case of separation resulting from an ordinary marriage, it is not so in the case of mixed marriage , as religions, laws and customs differ between the spouses . Therefore, we started in these papers from a major problem : which spouses is assigned custody the child in the case of a mixed marriage after the separation between the spouses, and through this we aimed to identify the party to which it reverts when the separation occurs between spouses of diffrrents religions in Islamic jurisprudence and law, and we have concluded that Islamic jurisprudence took into account the difference of religion, and did not assign custody to the inbeliever of the spouses, whether the father or the mother . As for Algerien law that governs the dissolution of marriage, which is the law of the husbands nationality at the time of filing the law suit .

Key words: custody, mixed marriage, the separation between the spouses, husbands nationality .

مقدمة:

لقد خلق الله الناس شعوبا وقبائل ليتعارفوا جاعلا من أهم آليات ذلك التزواج، ولكون العالمية من خصائص الدين الإسلامي فقد وسّع الإسلام من دائرة الزواج، فأباح مناكحة المسلم لغير المسلمة، وهو ما يُعْرَف بالزواج المختلط، ورتّب عليه آثارا مقيّدا إيّاه بضوابط، وجعل في المقابل الفرقة حلّا للزوجين في حال استحالت الحياة بينهما ولم يكن هناك بدّ من تحقق مقاصد النكاح الشرعية فيه، ولم يغفل ما يمكن أن يسفر عنها من آثار، لعلّ من أبرزها حضانة الأولاد إن كانوا قصّرا(دون السن القانونية)؛ إذ هم محتاجون للرعاية والحنان، فسارعت الشريعة ومن بعدها القوانين الوضعية إلى حماية حقوقهم؛ حتى لا يكونوا عرضة للإهمال والضياع بعد انحلال الرابطة الزوجية، فضَبطت جهة الحضانة وسِنّها، إلا أنّ الأمر في الزواج المختلط ليس على سهولته كما هو الحال في الزواج العادي، حيث تتشابك هذه القضية مع تنازع الديانات والأعراف وكذا قوانين البلد الذي ينتمي إليه كل طرف، فيحاول كل زوج الاستئثار بهذا الولد لنفسه؛ لأنّ كسب جهة الحضانة في الحقيقة لا يعني شيئا سوى تنشئة المولود المحضون على ديانة وعادات الحاضن، ومن هنا تنشأ النزاعات والخلافات بين الزوجين حال الطلاق.

وعليه تأتي هذه الورقات للإجابة على التساؤل الرئيسي الآتي: إلى أيّ الزوجين تسند حضانة الأولاد في حال الزواج المختلط؛ أي هل يتبعون المسلم منهما سواء كان الأب أو الأم بعد إسلامها، أم يتبعون الأم مطلقا ولو كانت كافرة أم الأب مطلقا؟

هذا ونهدف من وراء طرق هذا الموضوع إلى تبيين الجهة التي تؤول إليها(الحضانة) عند حدوث الفرقة حال اختلاف الدِّين بين الزوجين؛ وعليه اخترنا المناهج الآتية:

المنهج الوصفي: وذلك عند التعريف بالمصطلحات الواردة في البحث.

المنهج المقارن: سواء عند المقارنة في مسألة جهة الحضانة بين المذاهب الفقهية الشرعية المعتبرة، أو المقارنة بينها وبين القوانين الوضعية، والترجيح.

المنهج الاستنباطي: وذلك عند استخراج حكم الزواج بالكتابيات، وكذا حكم أولوية الحضانة؛ أي لمن تؤول حضانة الولد في الزواج المختلط.

ومنه وروما منا إلى الإجابة على الإشكالية الرئيسة، وتحقيق الأهداف المرجوة، سرنا وفق الخطة الآتية:

أولا: في التعريف بالمصطلحات وحكم الزواج المختلط

1- تعريف الزواج المختلط وحالاته وحكم كلّ حالة

2- تعريف الفرقة الزوجية

3- تعريف الحضانة

ثانيا: جهة الحضانة في الفرقة الناتجة عن الزواج المختلط في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

1- جهة الحضانة في الفرقة الناتجة عن الزواج المختلط في الفقه الإسلامي

2- جهة الحضانة في الفرقة الناتجة عن الزواج المختلط في القانون الجزائري

أولا: في التعريف بالمصطلحات وحكم الزواج المختلط

نتناول في هذا العنصر: تعريف الزواج المختلط وحالاته وحكم كلّ حالة، تعريف الفرقة الزوجية، وتعريف الحضانة.

1- تعريف الزواج المختلط وحالاته وحكم كلّ حالة

أ-تعريف الزواج المختلط:

تعريف الزواج: لغة: بالفتح من التزويج، يقال تزاوج القوم أي تزوّج بعضهم بعضا، وزوّج الشيء بالشيء وزوّجه إليه قرنه، وكلّ شيء اقترن أحدهما بالآخر فهما زوجان (منظور ا.، لسان العرب، صفحة 2/ 291)(الزبيدي، صفحة 6/ 25). أما اصطلاحا: عقد يثبت ملك متعة الرجل بالمرأة قصدا على الوجه المشروع(نجيم، صفحة 85/3).

تعريف" المختلط": من خلط الشيء بالشيء يخلطه خلطا، وخلّطه فاختلط مزجه، واختلطا وخالط الشيء مخالطة وخلاّطا مازجه، ويقال لبن خليط ومختلط وهو أن يجمع بين صنفين، والخلط من التمر أي المختلط من أنواع شتى، وخالط الرجل امرأته خلاطا جامعها (منظور ا.، لسان العرب، صفحة 7/ 296).

تعريف الزواج المختلط باعتبار التركيب: عرّف بتعريفات عدة، منها: -هو الاتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفي الثقافة والجنسية والديانة.

-هو كل اتحاد رسمي أو غير رسمي يكون فيه أحد طرفيه مسلما.

-هو عقد يربط أحد الزوجين بالآخر برباط قانوني واجتماعي، وإذا تم بين الزوجين مختلفي الجنسية سمّي بالزواج المختلط.

-هو الزواج الذي ينتمي فيه كل طرف من أطرافه إلى جنسية مختلفة، وهذا الاختلاف يتحقق ساعة إبرام الطرفين لعقد الزواج.

الحق أنّنا لم نقف على تعريف شرعي للزواج المختلط وكل ما وجدناه فيما توفّر بين أيدينا من مصادر هو تعريفات قانونية واجتماعية.

وما يمكن قوله حول التعريفين الأول والثاني أنهما تعريفان غير جامعين ولا مانعين حيث جعلا الزواج اتحاد مثله مثل أي جمعية تأسس ولم يحتفظ فيه بقدسية الزواج من كونه عقد ورباط مقدّس، كما أن التعريف الأول جعل من أي اتحاد بين طرفين مختلفي الثقافة والجنسية والديانة زواجا وهذا غير دقيق؛ إذ إنّه يجعل من زواج المثليين(زواج الرجل بالرجل أو المرأة بالمرأة) مثلا زواجا مختلطا إذا كانوا مختلفي الدين أو الجنسية أو الثقافة، وهذا مخالف للأعراف العربية والديانة الإسلامية، كما أنّ الثورة المعلوماتية الحاصلة في عصرنا جعلت من اختلاف الثقافة أمرا لا يصلح أن يكون ضابطا.

التعريف الثاني يجعل من الزواج العرفي وهو الزواج الذي يتم بطريق غير رسمي زواجا مختلطا إذا تم بين طرفين وكان أحدهما مسلما مهما كان هذان الطرفان رجلين أو امرأتين...

التعريف الثالث وإن نص فيه صاحبه على كون الزواج المختلط عقد إلا أنّه لم يحدد طبيعة هذين الطرفين، إذ يشمل هذا الإطلاق زواج المثليين أيضا، كما أنّه جرّد عقد الزواج من كونه رباط شرعي؛ حيث بين أن الرابطة التي تنشأ من خلاله(الزواج المختلط) هي رابطة اجتماعية وقانونية فقط، أضف إلى ذلك أنّه أسس فقط على اختلاف الجنسية مما يعني أنّه إذا تم زواج بين رجل يحمل الجنسية الفرنسية وامرأة تحمل الجنسية الجزائرية اعتبر هذا زواجا مختلطا وما عدا هذا من الحالات ليس زواجا مختلطا، كأن يتم تزوج رجل مسلم بامرأة من أهل الكتاب، وعليه فهذا تعريف غير جامع لمختلف الحالات التي يتردد عليها الزواج المختلط، وهذا النقد ينسحب على التعريف الرابع أيضا حيث إنّ فيه دورا وهذا عيب في التعاريف العلمية إذ تم فيه تعريف الزواج(المختلط) بالزواج، كما أن حصره في اختلاف الجنسية تضييق لواسع، ضف إلى ذلك أنّ قصره على الاختلاف في الجنسية ساعة إبرام العقد غير سديد إذ قد تتغيّر الجنسية قبل انعقاد الزواج ويبقى هذا الزواج مختلطا كما هو حاصل في حال حصول أحد الزوجين على جنسية الآخر قبل إبرام العقد.

وما يمكن قوله حول التعريف الشرعي للزواج المختلط أنّ عدم وجود تعريف بالمصطلح الشرعي لهذا الزواج ليس معناه إغفال الفقهاء لهذا النوع من الزيجات، إنّما الأمر راجع إلى حداثة المصطلح، وما وجد في معناه قديما زمن الصحابة ومن جاء بعدهم: زواج المسلم بالكتابية، أو تحت مسألة المرأة تسلم وزوجها باق على الكفر.. أي حالات يعقد فيها الزواج بين رجل وامرأة أحدهما مسلم . وعليه يمكننا وضع التعريف الآتي للزواج المختلط: هو عقد يثبت ملك متعة الرجل بامرأة مختلفي الدين قصدا على الوجه المشروع .

ولم ندرج اختلاف الجنسية هنا في التعريف لأنّ الجنسية تختلف وتزدوج أما الدين فلا وعليه فهو أكثر انضباطا.

ب-حالات الزواج المختلط وحكم كل حالة:

تتمثل حالات الزواج المختلط في: زواج المسلم بغير الكتابية، زواج المسلم بالكتابية، زواج المسلمة بالكافر، وفيما يأتي بيان حكم كل حالة:

حكم زواج المسلم بغير الكتابية

اتفق الفقهاء من الحنفية(الكاساني، 1982، صفحة 2/ 270) والمالكية(اللخمي، 1432هـ- 2011م، صفحة 5/ 2110)(القرافي، 1994م، صفحة 4/ 330) والشافعية(الماوردي، 1414هـ- 1994م، صفحة 9/ 255) والحنابلة (النجدي، 1397هـ، صفحة 6/ 305) على عدم جواز تزوج المسلم من الكافرة المشركة الوثنية والمجوسية وغيرهما؛ للأدلة الآتية:

-قوله تعالى:﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنّ ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم﴾[البقرة: 221]، ووجه الدلالة أن ازدواج الكافرة والمخالطة معها مع قيام العداوة الدينية لا يحصّل السكن والمودة الذين هو قوام مقاصد النكاح(الكاساني، 1982، صفحة 2/ 270).

-قوله تعالى:﴿ ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾[الممتحنة: 10] (رشد ا.، 1395هـ- 1975م، صفحة 2/ 44)، وقال أيضا:﴿ فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلّون لهنّ﴾[الممتحنة: 10].

قال القرطبي:" والمراد بالعصمة هنا النكاح، يقول من كانت له امرأة فقد انقطعت عصمتها وكان الكفار يتزوجون المسلمات والمسلمون يتزوجون المشركات ثم نسخ ذلك في هذه الآية"(القرطبي، 1423هـ- 2003م، صفحة 18/ 65).

حكم زواج المسلم بالكتابية

ذهب جمهور الفقهاء من حنفية(الكاساني، 1982، صفحة 2/ 270) ومالكية (رشد ا.، 1395هـ- 1975م، صفحة 2/ 44) وشافعية(الماوردي، 1414هـ- 1994م، صفحة 9/ 255) وحنابلة(قدامة، 1405هـ، صفحة 7/ 500) إلى القول بجواز تزوج المسلم بالكتابية ، ولم يشذ في المسألة غير ابن عمر ﷺ الذي رأى عدم الجواز، وأدلة الجمهور كالآتي:

- قول الله تعالى:﴿ اليوم أحل لكم الطيبات﴾ إلى قوله:﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن﴾[المائدة: 05]، حيث رأوا أن هذه الآية وهي آية المائدة إما مخصصة لعموم قوله سبحانه:﴿ ولا تنكحوا المشركات﴾[البقرة: 221]، وإما ناسخة لها؛ لأن نزول سورة المائدة متأخر عن نزول سورة البقرة، فروي عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الأخرى؛ لأنهما متقدمتان والآية التي في آخر المائدة متأخرة عنهما، وقال آخرون ليس هذا نسخ؛ فإن لفظ المشركين بإطلاقه لا يتناول أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه:﴿ لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين﴾[البينة: 01]، وقال:﴿ إن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين﴾[البينة: 06]، وقال:﴿ لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا ﴾[المائدة: 80-82]، وقال:﴿ ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين﴾[البقرة: 105]، وسائر آي القرآن يفصل بينهما فدل على أن لفظة المشركين بإطلاقها غير متناولة لأهل الكتاب، وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقتادة، ولأن ما احتجوا به عام في كل كافرة وآيتنا خاصة في حل أهل الكتاب والخاص يجب تقديمه(قدامة، 1405هـ، صفحة 7/ 500).

-إجماع الصحابة؛ منهم عثمان بن عفان وحذيفة بن اليمان وطلحة بن عبيد الله... ولا يلتفت إلى قول ابن عمر لأنّه كرّه زواج المسلم بالكتابية ولم يحرّمه، وقد صرّح بعدم التحريم عندما أمر حذيفة أن يفارق امرأته اليهودية فكتب إليه حذيفة: أحرام هي؟ فكتب إليه عمر: لا، ولكن أخاف أن تواقعوا المومسات منهن، كما أن الجصاص نقل أن ابن عمر كان متوقفا في المسألة فقال:" فكرهه في الحديث الأول ولم يذكر التحريم، وتلا في الحديث الثاني الآية ولم يقطع فيها بشيء، وإنّما أخبر أنّ مذهب النصارى شرك، ثم ذكر عنه رواية أخرى استنبط منها أن ابن عمر كان متوقفا في الحكم فروى بسنده عن ميمون بن مهران قال قلت لابن عمر إن بارض قوم يخالطنا فيها أهل الكتاب فننكح نساءهم ونأكل طعامهم؟ فأعاد عليّ آية التحليل وآية التحريم، ثم قال الجصاص قال أبو بكر عدوله بالجواب بالإباحة والحظر إلى تلاوة الآية دليل على أنه كان واقفا في الحكم غير قاطع فيه بشيء وما ذكره عنه من الكراهة يدل على أنّه ليس على وجه التحريم"(الجصاص، 1405هـ، صفحة 2/ 15).

-جوّز نكاح الكتابية رجاء إسلامها لأنّها آمنت بكتب الأنبياء والرسل في الجملة، وإنّما نقضت الجملة بالتفصيل بناء على أنّها أخبرت عن الأمر على خلاف حقيقته فالظاهر أنّها متى نبّهت على حقيقة الأمر تنبّهت وتأتي بالإيمان على التفصيل على حسب ما كانت أتت به على الجملة(الكاساني، 1982، صفحة 2/ 270).

أما ابن عمر -رضي اللَّه عنهما- فقد كان لا يرى نكاح الكتابية، فقد أخرج البخاري عنه: أنه إذا سئل عن نكاح اليهودية والنصرانية قال: إن اللَّه حرّم المشركات على المؤمنين، ولا أعلم من الإشراك شيئًا أكبر من أن تقول المرأة ربها عيسى وهو عبد من عباد اللَّه.

قال ابن حجر:" هذا مصير منه- أي من ابن عمر- إلى استمرار حكم عموم آية البقرة-﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: 221]- فكأنه يرى أن آية المائدة-﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: 5]- منسوخة(حجر، 1379هـ، صفحة 417/9)(القحطاني، 1433هـ/ 2012م، صفحة 246/3).

حكم زواج المسلمة بالكافر

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية(الكاساني، 1982، صفحة 2/ 270) والمالكية(اللخمي، 1432هـ- 2011م، صفحة 5/ 2110) (القرافي، 1994م، صفحة 4/ 330) والشافعية(الضبي، 1416هـ، الصفحات 296- 297) (الماوردي، 1414هـ- 1994م، صفحة 9/ 255) والحنابلة (النجدي، 1397هـ، صفحة 6/ 305) إلى القول بعدم جواز تزوج المسلمة بالكافر ولا بالكتابي؛ لقوله تعالى:﴿ ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا﴾[البقرة: 221]، ولأنّ في نكاح المؤمنة للكافر خوف من وقوعها في الكفر لأنّ الزوج يدعوها إلى دينه، والنساء في العادات يتّبعن الرجال وهذا ما أشارت إليه الآية في الأخير بقوله تعالى:﴿ أولئك يدعون إلى النار﴾[البقرة: 221]، لأنّهم يدعون المؤمنات إلى الكفر والدعاء إلى الكفر دعاء إلى النار(الإسلامية، 1404هـ، صفحة 35/ 27).

ولقد ورد بشأن هذه الحالات قرار لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في القرار الثالث، حيث جاء فيه ما نصّه:" إن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة في الفترة من 7 إلى 17 شهر ربيع الآخر سنة 1401هـ وفي دورته الرابعة بعد أن اطلع على اعتراض الجمعيات الإسلامية في سنغافورة... على ما جاء في ميثاق حقوق المرأة من السماح للمسلم والمسلمة بالتزوج ممن ليس على الدين الإسلامي وما دار في ذلك ، فإن المجلس يقرر بالإجماع ما يلي:

أولا: إن تزوج الكافر للمسلمة حرام لا يجوز باتفاق أهل العلم، ولا شك في ذلك لما تقتضيه نصوص الشريعة، قال تعالى :﴿ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾[البقرة: 221] وقال تعالى:﴿ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُمْ مَا أَنْفَقُوا﴾[الممتحنة: 10] والتكرير في قوله تعالى:﴿ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلّونَ لَهُنَّ﴾[الممتحنة: 10] بالتأكيد والمبالغة بالحرمة وقطع العلاقة بين المؤمنة والمشرك، وقوله تعالى:﴿ وَآتُوهُمْ مَا أَنْفَقُوا﴾[الممتحنة: 10] أمر أن يعطى الزوج الكافر ما أنفق على زوجته إذا أسلمت فلا يجمع عليه خسران الزوجية والمالية ، فإذا كانت المرأة المشركة تحت الزوج الكافر تحرم عليه بإسلامها ولا تحل له بعد ذلك فكيف يقال بإباحة ابتداء عقد نكاح الكافر على المسلمة ، بل أباح الله نكاح المرأة المشركة بعدما تسلم وهي تحت رجل كافر لعدم إباحتها له بإسلامها فحينئذ يجوز للمسلم تزوجها بعد انقضاء عدتها كما نص عليه قوله تعالى:﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[الممتحنة: 10].

ثانيا: وكذلك المسلم لا يحل له نكاح مشركة لقوله تعالى:﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾[البقرة: 221]، ولقوله تعالى:﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾[الممتحنة: 10]، وقد طلّق عمر ﷺ امرأتين له كانتا مشركتين لما نزلت هذه الآية،

وحكى ابن قدامة الحنبلي أنه لا خلاف في تحريم نساء الكفار غير أهل الكتاب على المسلم، أما النساء المحصنات من أهل الكتاب فيجوز للمسلم أن ينكحهن لم يختلف العلماء في ذلك إلا أن الإمامية قالوا بالتحريم. والأولى للمسلم عدم تزوجه من الكتابية مع وجود الحرة المسلمة، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: يكره تزوجهن مع وجود الحرائر المسلمات قال في الاختيارات وقاله القاضي وأكثر العلماء لقول عمر ﷺ للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب: طلقوهن فطلقوهن إلا حذيفة امتنع عن طلاقها ثم طلقها بعد، لأن المسلم متى تزوج كتابية ربما مال إليها قلبه ففتنته وربما كان بينهما ولد فيميل إليها والله أعلم بذلك".

2- تعريف الفرقة الزوجية

لابد أولا من تعريف الفرقة ثم الزوجية فالفرقة الزوجية باعتبار التركيب.

تعريف الفرقة: أصلها الفعل الثلاثي فرق بمعنى فصل، يقال فارق فلان امرأته مفارقة وفراقا باينها، والفرق خلاف الجمع، وقيل فَرّق للصلاح فرقا وفرّق للإفساد تفريقا (منظور ا.، لسان العرب، صفحة 10/ 299) (الزبيدي، صفحة 26/ 279).(الفيومي، صفحة 2/ 471)

تعريف الزوجية: مأخوذ من الزوج، وهو كل اثنين ضد الفرد، والزوج عند الحساب خلاف الفرد، والرجل زوج المرأة وهي زوجه(الفيومي، صفحة 1/ 259).

تعريف الفرقة الزوجية باعتبار التركيب: هي انحلال قيد النكاح بين الزوجين(البهوتي، كشاف القناع، 1402ه، صفحة 232/5).

3- تعريف الحضانة

لغة: مأخوذة من الفعل الثلاثي حضن، مصدر الحاضن والحاضنة، والحضن ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان (منظور ا.، لسان العرب، صفحة 122/13)، (الزبيدي، صفحة 34/ 442) (فارس، 1423ه- 2002م، صفحة 2/ 58)، وهي تدور حول معنيين هما:

- الضم: يقال حضن الطائر بيضه إذا ضمّه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها؛ جعلته في حضنها (منظور ا.، لسان العرب، صفحة 122/13)، (الزبيدي، صفحة 34/ 442) (فارس، 1423ه- 2002م، صفحة 2/ 58).

- حفظ الشيء وصيانته: حضن الصبيَّ يحضنه حضنا إذا ربّاه، والحاضن والحاضنة الموكّلان بالصبي يحفظانه ويربّيانه، والحاضن هو المربي والكافل، ومنه الاحتضان وهو احتمالك الشيء (منظور ا.، لسان العرب، صفحة 13/ 122) (الزبيدي، صفحة 34/ 442) (فارس، 1423ه- 2002م، صفحة 2/ 58).

اصطلاحا: هي حفظ الولد والقيام بمصالحه(الدردير، صفحة 2/ 526).

وتكون حضانته من خلال القيام بشؤونه في المبيت والطعام والملبس والمضجع وتنظيف جسمه؛ لأنّ الطفل الصغير مخلوق ضعيف محتاج إلى من يقوم به، وهي من فروض الكفاية إذا قام به واحد سقط التكليف عن الباقين، وإن امتنع الجميع عوقبوا جميعا (الحطاب، صفحة 4/ 214).

تعريف الحضانة في القانون الوضعي الجزائري: عرّف قانون الأسرة الجزائري الحضانة من خلال المادة 62 بأنّها: رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.

وما يمكن قوله ها هنا أنّ هناك مناسبة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي وحتى القانوني للفظة الحضانة، فهي لا تعني شيئا سوى ضم الولد وتربيته والقيام بشؤونه ورعايته وصيانته من كل سوء.

ثانيا: جهة الحضانة في الفرقة الناتجة عن الزواج المختلط في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

1- جهة الحضانة في الفرقة الناتجة عن الزواج المختلط في الفقه الإسلامي

ذهب الحنفية إلى القول بأنّ جهة الحضانة عند حصول الفرقة أو الخصام بين الزوجين للأم ولو كانت كافرة؛ إذ هي أحق بولدها المسلم ما لم يخف عليه الكفر، وكذلك الكتابية أحق بولدها المسلم، وإن كانت مرتدة فحتى تسلم لأنّها تحبس، أو فاجرة فجورا يضيع الولد به، جاء في الاختيار لتعليل المختار:" وإذا اختصم الزوجان في الولد قبل الفرقة أو بعدها فالأم أحق... والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يخف عليه الكفر..."(الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 1356هـ- 1937م، صفحة 40)، وجاء في الدر المختار:" تثبت الحضانة للأم النسبية ولو كتابية أو مجوسية أو بعد الفرقة إلاّ أن تكون مرتدة فحتى تسلم لأنّها تحبس أو فاجرة فجورا يضيع الولد به قال المصنف والذي يظهر العمل بإطلاقهم كما هو مذهب الشافعي أنّ الفاسقة بترك الصلاة لا حضانة لها، وفي القنية الأم أحق بالولد ولو سيئة السيرة معروفة بالفجور ما لم يعقل ذلك أو غير مأمونة" (عابدين، 1386هـ، الصفحات 3/ 555- 556)، وقال الكاساني في بدائعه:" وأهل الذمة في هذه الحضانة بمنزلة أهل الإسلام"(الكاساني، 1982، صفحة 4/ 40).

وذهب المالكية إلى القول بأن الأم أحق بحضانة ولدها المسلم حتى لو أسلم زوجها وأبت هي الإسلام كان لها الحق في الحضانة بشرطين هما: إن كانت في حرز ولم يخش عليها من تغذيتهم الخمر والخنزير، وإن خيف أن تفعل معهم ذلك ضمّت إلى ناس من المسلمين ولا ينزعون منها إلا أن تبلغ الجارية وتكون عندها في غير حرز(الخرشي، صفحة 4/ 212)(التسولي، 1418هـ- 1998م، صفحة 1/ 651) (البر، 1400هـ- 1980م، الصفحات 2/ 626- 627).

والمذهب عند الشافعية هو عدم أحقية الأم الكافرة في حضانة ولدها ولم يخالف في ذلك إلا الإصطخري الذي رأى أن لها الحق في ذلك، وإذا أسلم أبوه وأبت هي الإسلام لا حق لها أيضا، وهو مذهب الحنابلة أيضا؛ جاء في المجموع:" لا تثبت الحضانة للكافر على المسلم، وقال أبو سعيد الإصطخري تثبت للكافر على المسلم"(النووي، 1405هـ، الصفحات 9/ 98- 99) (قدامة، 1405هـ، صفحة 11/ 412)..

ونورد أدلة المذاهب مجملة كالأتي:

أدلة الشافعية والحنابلة:

استدلوا لما ذهبوا إليه من عدم جواز حضانة الكافرة بما يأتي:

- عن رافعِ بنِ سنان:« أنه أسلَمَ وأبَتِ امرأتُه أن تُسْلِمَ، فأتتِ النبيَّ- ﷺ- فقالت: ابنتي، وهي فَطيمٌ أو شبهه، وقال رَافِعٌ: ابنتِي، فقال له النبيُّ- ﷺ-: اقعُدْ ناحيةً، وقال لها: اقعُدِي نَاحِيةً قال: وأقعَدَ الصبيّةَ بينهما، ثم قال: ادعُواها فمالت

الصبيةُ إلى أُمها، فقال النبيُّ- ﷺ-: اللهُمَّ اهدِهَا، فمالتْ إلى أبيها فأخَذَهَا»(داود، 1430هـ- 2009م، صفحة 559/3)، جاء في البدر المنير:" رواه الحاكم في مستدركه .. ثم قال: هذا حديث صحيح الإسناد"(الملقن، 1425هـ- 2004م، صفحة 318/8).

- أن عدم الجواز أحوط للولد؛ لما يخشى عند انقطاعه إليها أن تقذف في قلبه شرا فيعتقده ويتدين به(اللخمي، 1432هـ- 2011م، صفحة 6/ 2570) (البهوتي، كشاف القناع، 1402هـ، صفحة 5/ 498).

- أن الأم المسلمة إذا كانت يثنى عليها ثناء سوء نزعوا منها، فكيف بنصرانية(اللخمي، 1432هـ- 2011م، صفحة 6/ 2570)، أي لا تثبت الحضانة للكافرة على مسلم قياسا على سقوطها عن الأم المسلمة إذا كانت يثنى عليها ثناء سوء؛ بجامع أنّ في ذلك ضررا يلحق الولد في دينه إن هو كان تحت حضانة كافرة، إذ لا يُؤمن أن تُعلّمه على مبادئ دينها وتربيه على عاداتها.

- لا تثبت الحضانة لكافر على مسلم قياسا على عدم ثبوت ولاية الكافر على المسلم في النكاح والمال؛ بجامع أنّ الحضانة أيضا ولاية(قدامة، 1405هـ، صفحة 11/ 412).

- أنّ الولاية لم تثبت للفاسق فالكافر أولى؛ لأنّ ضرره أكبر، فإنّه يفتنه عن دينه، ويخرجه من الإسلام بتعليمه الكفر، وتزيينه له، وتربيته عليه، وهذا أعظم الضرر(قدامة، 1405هـ، صفحة 11/ 413) (البهوتي، كشاف القناع، 1402هـ، صفحة 5/ 498) (النجدي، 1397هـ، الصفحات 7/ 155- 156)(النووي، 1405هـ، الصفحات 9/ 98- 99).

- أنّ الحضانة إنّما تثبت لحظ الولد، فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه (قدامة، 1405هـ، صفحة 11/ 413) (البهوتي، كشاف القناع، 1402هـ، صفحة 5/ 498) (النجدي، 1397هـ، الصفحات 7/ 155- 156)

أدلة المالكية والحنفية

استدلوا لما ذهبوا إليه من الجواز بما يأتي:

- أنّ الباعث على الحضانة هو الشفقة على الولد وهي متوفرة في الكافرة؛ إذ الشفقة لا تختلف باختلاف الدين (عابدين، 1386هـ، صفحة 5/ 253).

- أنّ الحضانة حق للولد، وهو حق لا علاقة له باتحاد الدين أو اختلافه(الكاساني، 1982، صفحة 4/ 42).

الترجيح

إنّ الرّاجح- والله أعلم- هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من أن الحضانة لا تكون للكافرة؛ وذلك لما يأتي:

- أنّ أصول الشريعة تقوي هذا القول وتشهد بصحته، كقوله تعالى:﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾[النساء: 141]، فإذا جعلنا لهم حق الحضانة كان نوع ولاية والإسلام يعلو ولا يعلى عليه، وقوله ﷺ:« كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه»(البخاري، 1407هـ- 1987م، صفحة 465/1)، فبيّن أنّ الصغير يتأثر بمن يليه(الشنقيطي، صفحة 344).

-أنّ القول بعدم الجواز راجح نظرا للمآل؛ إذ العادة قاضية بأنّ الأم إذا كانت على دين أنشأت ابنها عليه؛ ولذا فلا تجوز حضانة الأم الكافرة احتياطا للدين.

2- جهة الحضانة في الفرقة الناتجة عن الزواج المختلط في القانون الجزائري

عرّفت الحضانة في قانون الأسرة الجزائري من خلال القانون رقم 84/ 11 المؤرخ في 09رمضان 1404 الموافق لـ 9يونيو 1984م، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05- 02 المؤرخ في فبراير 2005 المنشور بالجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة بتاريخ 02/27/ 2005، بأنّها:" رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

والملاحظ على هذا التعريف أنّه تضمّن الهدف من الحضانة وشروط الحاضن، وهو تعريف لم يخرج عن المعنى الفقهي المراد من الحضانة.

ولقد اعتنى المشرّع الجزائري بالمحضون وراعى مصلحته أولا تطبيقا لقواعد الشريعة والقانون؛ حيث ركّز على كفاءة الحاضن ومدى تحمّله المسؤولية من خلال العديد من القرارات الصادرة من قبل المحكمة العليا، منها: القرار رقم(457038) الصادر بتاريخ 10/ 09/ 2008(آمنة، أكتوبر 2019م).

أما عن موقف المشرّع الجزائري فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط، فيمكن تفصيله في نقطتين هما:

- إن موضوع الحضانة الناتجة عن انحلال رابطة زوجية بأجنبي يستوجب تفعيل مضمون نص المادة 21مكرر التي تنص على:" يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات، وبالتالي إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري من الناحية الإجرائية سيتم إخضاع ذلك وفقا لما تقرّره أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، خاصة فيما يتعلّق بالاختصاص المحلي والنوعي مع الأخذ بعين الاعتبار حالة وجود معاهدة نافذة أو نص خاص يقضي غير ذلك وفقا لما تقرره أحكام المادّ 154 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020"(الكريم، صفحة 919).

- وفيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على الموضوع بالنسبة للقانون الجزائري فإن الأمر جار على إخضاعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج باعتبارها من آثاره، وعلى هذا الأساس يطبّق القانون الجزائري على الحضانة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقا لنص المادة 2/12 من القانون المدني، ويطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج استنادا للمادة13 من القانون المدني، وعليه يرجع إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بها، كتحديد من تثبت له الحضانة، أسباب انقضائها وسقوطها، وتحديد نفقة المحضون(الكريم، صفحة 919).

فقد اعتمدت الجزائر في مسائل الأحوال الشخصية على قانون الجنسية لمن كانت له جنسية، وهذا ما يتيح إمكانية تطبيق القوانين الإسلامية على المسلمين المقيمين، وهذا على عكس ما لو تبنت قانون الموطن الذي قد يؤدي إلى تطبيق

قوانين غير إسلامية على المسلمين، خاصة الجالية العربية المسلمة بما فيها الجزائرية المقيمة في الخارج(آمنة، أكتوبر 2019م).

أما بالنسبة لعديم الجنسية فإن المشرع الجزائري ينص على تطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة من خلال المادة 22/ 3 من القانون المدني.

أما في حالة تغيير الجنسية فقد جاء حكم المشرع الجزائري قاصرا على بعض مواد الأحوال الشخصية دون أخرى، فأخذ بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بالنسبة للآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج حسب نص المادة 12/ 01، وأسند انحلال الزواج والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى كما جاء في المادة 02/12، وأنّ إسناد الشروط الموضوعية للزواج وآثاره وانحلاله إلى القانون المدني الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج باستثناء شرط الأهلية فيبقى خاضعا للقاعدة العامة أي قانون الجنسية وذلك وفقا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري(آمنة، أكتوبر 2019م).

أما في حالة الإسناد لقانون بلد تتعدد فيه الشرائع في مسائل الحضانة فهنا يتولى التشريع الداخلي للدولة التي أسند الحكم إلى قانون جنسيتها حلّ هذه المشكلة فيحيل إلى القانون الواجب التطبيق، وتسمى هذه بالحالة الداخلية أو التفويض، وقد أخذ بها المشرع الجزائري في نص المادة 23 من القانون المدني الجزائري، أي أنّ الحل الذي أخذ به المشرّع الجزائري في هذه الحالة هو ترك القانون الأجنبي المختص في تحديد القانون الواجب تطبيق الشريعة الإقليمية أو الطائفية(آمنة، أكتوبر 2019م).

أمّا في حالة تعذر تفسير القانون الأجنبي الخاص بالحضانة فإنّه إذا تمكّن القاضي من الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي انتقل إلى تطبيقه على النزاع المطروح أمامه ويلجأ إلى تفسير هذا القانون في حال غموضه متبعا في ذلك أسلوب التفسير الذي تأخذ به المحاكم الأجنبية مبتعدا عن الاجتهاد الشخصي، مع خضوع التفسير لرقابة المحكمة العليا، وفي نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نجد أنّها حدّدت موقفه حول هذه النقطة من حيث أنها تبسط الرقابة إلاّ فيما يخص الخطأ في تطبيق قانون أجنبي متعلّق بالأحوال الشخصية(آمنة، أكتوبر 2019م).

واستقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على أنّه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإنّ من يقيم بالجزائر أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، وأنّه من المقرر قانونا أنّ الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها(آمنة، أكتوبر 2019م).

وهذا في حالة ما إذا تم عرض النزاع أمام القاضي الجزائري، لكن في حالة ما تمّ عرضه على القاضي الأجنبي فإنّه لا يطبّق القانون الجزائري خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي، وهذا ما جعل تطبيق القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف القاضي الأجنبي خاصة إذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها الحضانة(آمنة، أكتوبر 2019م).

إنّ الواقع العملي يؤكد الآثار الوخيمة لهذا التطبيق خاصة أنّ قاعدة استئثار قانون القاضي يحكم العلاقة كلما كان أحد مواطنيه طرفا فيها مقررة في جل التشريعات، وعليه برز اتجاه حديث يطالب بتكريس فكرة الحل الوظيفي لتطبيق القانون الذي يحقق مصلحة المحضون(آمنة، أكتوبر 2019م).

وعليه فإن تضارب الآراء حول المقصود بمصلحة المحضون دفع بعض الفقه الغربي إلى إقرار حق الاستماع للطفل وأخذ رأيه، بينما أكّد البعض الآخر على وجوب إبقاء الطفل بعيدا عن الجهات القضائية لاسيما أنّه لا يمكن له أن يفرض إرادته على الحاضنين القانونيين ولا على القاضي، وكحل وسط اتجه الرأي الثالث إلى وجوب الاستماع للطفل في بحث اجتماعي بمعرفة أخصائيين كالطبيب النفسي والمرشدة الاجتماعية على أن يبقى للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بما يقرّره البحث، وهو ما كرّسه المشرّع الجزائري في المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري(آمنة، أكتوبر 2019م).

خاتمة:

خلصنا مما سبق إلى النتائج الآتية:

1- الزواج المختلط هو: عقد يثبت ملك متعة الرجل بامرأة مختلفي الدين قصدا على الوجه المشروع.

2- الفرقة الزوجية: هي انحلال قيد النكاح بين الزوجين.

3- هناك مناسبة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي وحتى القانوني للفظة الحضانة، فهي لا تعني شيئا سوى ضم الولد وتربيته والقيام بشؤونه ورعايته وصيانته من كل سوء.

4- إنّ الرّاجح- والله أعلم- هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من أن الحضانة لا تكون للكافرة، وذلك بالنظر إلى المآل؛ إذ العادة قاضية بأنّ الأم إذا كانت على دين أنشأت ابنها عليه؛ ولذا فلا تجوز حضانة الأم الكافرة احتياطا للدين.

5- اعتنى المشرّع الجزائري بالمحضون وراعى مصلحته أولا تطبيقا لقواعد الشريعة والقانون؛ حيث ركّز على كفاءة الحاضن ومدى تحمّله المسؤولية من خلال العديد من القرارات الصادرة من قبل المحكمة العليا، منها: القرار رقم(457038) الصادر بتاريخ 10/ 09/ 2008.

6- أما عن موقف المشرّع الجزائري فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط، فيمكن تفصيله في نقطتين هما:

- إن موضوع الحضانة الناتجة عن انحلال رابطة زوجية بأجنبي يستوجب تفعيل مضمون نص المادة 21مكرر التي تنص على:" يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات، وبالتالي إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري من الناحية الإجرائية سيتم إخضاع ذلك وفقا لما تقرّره أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، خاصة فيما يتعلّق بالاختصاص المحلي والنوعي مع الأخذ بعين الاعتبار حالة وجود معاهدة نافذة أو نص خاص يقضي غير ذلك وفقا لما تقرره أحكام الماد 154 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020."

- وفيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على الموضوع بالنسبة للقانون الجزائري فإن الأمر جار على إخضاعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج باعتبارها من آثاره، وعلى هذا الأساس يطبّق القانون الجزائري على الحضانة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقا لنص المادة 2/12 من القانون المدني، ويطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد

الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج استنادا للمادة13 من القانون المدني، وعليه يرجع إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بها، كتحديد من تثبت له الحضانة، أسباب انقضائها وسقوطها، وتحديد نفقة المحضون.

7- اعتمدت الجزائر في مسائل الأحوال الشخصية على قانون الجنسية لمن كانت له جنسية، وهذا ما يتيح إمكانية تطبيق القوانين الإسلامية على المسلمين المقيمين، وهذا على عكس ما لو تبنت قانون الموطن الذي قد يؤدي إلى تطبيق قوانين غير إسلامية على المسلمين، خاصة الجالية العربية المسلمة بما فيها الجزائرية المقيمة في الخارج، أما بالنسبة لعديم الجنسية فإن المشرع الجزائري ينص على تطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة من خلال المادة 22/ 3 من القانون المدني.

8- أما في حالة الإسناد لقانون بلد تتعدد فيه الشرائع في مسائل الحضانة فهنا يتولى التشريع الداخلي للدولة التي أسند الحكم إلى قانون جنسيتها حلّ هذه المشكلة فيحيل إلى القانون الواجب التطبيق، وقد أخذ بها المشرع الجزائري في نص المادة 23 من القانون المدني الجزائري.

9- أمّا في حالة تعذر تفسير القانون الأجنبي الخاص بالحضانة فإنّه إذا تمكّن القاضي من الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي انتقل إلى تطبيقه على النزاع المطروح أمامه ويلجأ إلى تفسير هذا القانون في حال غموضه متبعا في ذلك أسلوب التفسير الذي تأخذ به المحاكم الأجنبية مبتعدا عن الاجتهاد الشخصي، مع خضوع التفسير لرقابة المحكمة العليا، وفي نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نجد أنّها حدّدت موقفه حول هذه النقطة من حيث أنها تبسط الرقابة إلاّ فيما يخص الخطأ في تطبيق قانون أجنبي متعلّق بالأحوال الشخصية.

10- واستقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على أنّه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإنّ من يقيم بالجزائر أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، وأنّه من المقرر قانونا أنّ الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، وهذا في حالة ما إذا تم عرض النزاع أمام القاضي الجزائري، لكن في حالة ما تمّ عرضه على القاضي الأجنبي فإنّه لا يطبّق القانون الجزائري خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي، وهذا ما جعل تطبيق القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف القاضي الأجنبي خاصة إذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها الحضانة.

11- إنّ الواقع العملي يؤكد الآثار الوخيمة لهذا التطبيق خاصة أنّ قاعدة استئثار قانون القاضي يحكم العلاقة كلما كان أحد مواطنيه طرفا فيها مقررة في جل التشريعات، وعليه برز اتجاه حديث يطالب بتكريس فكرة الحل الوظيفي لتطبيق القانون الذي يحقق مصلحة المحضون، وعليه فإن تضارب الآراء حول المقصود بمصلحة المحضون دفع بعض الفقه الغربي إلى إقرار حق الاستماع للطفل وأخذ رأيه، بينما أكّد البعض الآخر على وجوب إبقاء الطفل بعيدا عن الجهات القضائية لاسيما أنّه لا يمكن له أن يفرض إرادته على الحاضنين القانونيين ولا على القاضي، وكحل وسط اتجه الرأي الثالث إلى وجوب الاستماع للطفل في بحث اجتماعي بمعرفة أخصائيين كالطبيب النفسي والمرشدة الاجتماعية على أن يبقى للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بما يقرّره البحث، وهو ما كرّسه المشرّع الجزائري في المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

قائمة المراجع:

1. أمحمدي، بوينة آمنة(2019م): إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط(دراسة مقارنة)، مجلة الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، ع02، جامعة محمد خيضر بسكرة.

2. البهوتي، منصور بن يونس(1402ه): كشاف القناع، بيروت، دار الفكر.

3. البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل(1407ه- 1987م): صحيح البخاري، اليمامة- بيروت، دار ابن كثير.

4. الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي(1405ه): أحكام القرآن، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

5. أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني(1430ه- 2009م): سنن أبي داود، دار الرسالة العالمية.

6. الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد: الشرح الكبير، دار الفكر.

7. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية(1404ه- 1427م): الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفوة.

8. الزبيدي، أبو الفيض محمّد بن محمّد : دار الهداية.

9. ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي شهاب الدين العسقلاني(1379ه): فتح الباري، بيروت، دار المعرفة.

10. الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد شمس الدين(1423ه- 2003م): مواهب الجليل، دار عالم الكتب.

11. الكاساني، أبو بكر بن مسعود علاء الدين(1982م): بدائع الصنائع، بيروت، دار الكتاب العربي.

12. اللخمي، أبو الحسن علي بن محمد الربعي(1432ه- 2011م): التبصرة، قطر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

13. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد(1414ه- 1994م): الحاوي في فقه الشافعي، بيروت، دار الكتب العلمية.

14. موكه، عبد الكريم: القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط، مخبر القانون البنكي والمالي، مجلة طبة للدراسات العلمية الأكاديمية، ع 3.

15. الموصلي، أبو الفضل عبد الله بن محمود مجد الدين(1356ه- 1937م): الاختيار لتعليل المختار، القاهرة، مطبعة الحلبي.

16.ابن الملقن، أبو حفص عمر بن علي سراج الدين(1425ه- 2004م): البدر المنير، الرياض، دار الهجرة.

17. ابن منظور، محمد بن مكرم: لسان العرب، بيروت، دار صادر.

18. النجدي، عبد الرحمن بن محمد(1397ه): حاشية الروض المربع.

19. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم: البحر الرائق، بيروت، دار المعرفة.

20. النووي، أبو زكريا يحي بن شرف محي الدين(1405ه): المجموع شرح المهذب، بيروت، المكتب الإسلامي.

21. النووي، أبو زكريا يحي بن شرف محي الدين(1405ه): روضة الطالبين، بيروت، المكتب الإسلامي.

22. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر(1386هـ): الدر المختار، بيروت، دار الفكر.

23. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري(1400هـ- 1980م): الكافي في فقه أهل المدينة، الرياض، مكتبة الرياض الحديثة.

24. ابن فارس، أبو الحسين أحمد(1423هـ- 2002م): مقاييس اللغة، اتحاد الكتاب العربي.

25. الفيومي، أحمد بن محمد: المصباح المنير، بيروت، المكتبة العلمية.

26. ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد(1405هـ): المغني، بيروت، دار الفكر.

27. القحطاني أسامة بن سعيد، والخضيري، علي بن عبد العزيز(1433هـ- 2012م): موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، الرياض، دار الفضيلة.

28. القرافي، أحمد بن إدريس شهاب الدين(1994م): الذخيرة، بيروت، دار الغرب.

29. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد شمس الدين (1423هـ- 2003م): الجامع لأحكام القرآن، الرياض، دار عالم الكتب.

30. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد الحفيد: بداية المجتهد، مصر، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده.

31. الشنقيطي، محمد بن محمد المختار: شرح زاد المستقنع.

32. التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام(1418هـ- 1998م): البهجة شرح التحفة، بيروت، دار الكتب العلمية.

33. الخرشي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله: شرح مختصر خليل،بيروت، دار الفكر.

34. الضبي، أبو الحسن أحمد بن محمد(1416هـ): اللباب في الفقه الشافعي، المدينة المنورة، دار البخاري.

أثر الزواج المختلط على جنسية الأبناء

The impact of mixed marriages on the nationality of children

د . يحي غريبي / جامعة الأغواط / الجزائر
Dr . Yahia Ghribi / University of Laghouat /Algeria
أ . د . فاطمة الزهراء غريبي / جامعة الأغواط / الجزائر
Pr . Fatima Zahraa Ghribi / University of Laghouat /Algeria

الملخص:

الزواج المختلط هو الذي ينعقد بين زوجين من جنسيتين مختلفتين، سواء كان هذا الاختلاف في الجنسية قائما وقت الزواج أو لاحقا على انعقاده، والإشكال الذي يثور يتمحور حول جنسية الأبناء الناتجين عن الزواج أو قبله. فاختلاف جنسية الزوجين قد ينطوي على صعوبات عملية فيما يتعلق بتحديد جنسية الأبناء في الدول التي تأخذ بحق الدم كأساس لمنح جنسيتها الأصلية، وذلك عندما يقضي قانون كل زوج بفرض الجنسية على الأبناء فهنا نكون أمام ازدواج جنسية معاصر للميلاد بالنسبة للأبناء، أما إذا كان الآباء يحملون جنسية واحدة فسيؤدي ذلك إلى فرض جنسية واحدة عليهم، وهي الجنسية التي يحملها هؤلاء الآباء، وفي حالات أخرى قد يكتسب الطفل فور ميلاده ثلاث جنسيات أصلية مختلفة، ومن خلال ما سبق نسعى في هذه الورقة البحثية تسليط الضوء حول الإشكالات التي يثيرها الزواج المختلط وما يترتب عنه بالنسبة لجنسية الأبناء.

الكلمات المفتاحية: الزواج المختلط– الجنسية – الأبناء – قانون الجنسية الجزائري – القانون المقارن.

Abstract:

Mixed marriage is the one that takes place between a couple of two different nationalities, whether this difference in nationality exists at the time of marriage or later on its convening, and the problem that revolves around the nationality of the children resulting from marriage or before. The difference in the nationality of the spouses may involve practical difficulties with regard to determining the nationality of children in countries that take the right to blood as a basis for granting their original nationality, when the law of each pair requires imposing citizenship on the children, so we will be in front of a contemporary nationality of the birth of the birth for children, but if the parents hold citizenship One will lead to the imposition of one nationality on them, which is the nationality that these parents hold, and in other cases the child may acquire three different original nationalities, and through the foregoing we seek in this research paper to highlight the problems raised by mixed marriage and the consequent in relation to For the nationality of children.

Key words: Mixed marriage - nationality - children - Algerian nationality law - Comparative law.

مقدمة:

لا شك أن موضوع الجنسية يكتسب أهمية حيوية وجوهرية بالنسبة للأبناء، فالجنسية هي العلاقة القانونية والسياسية التي تربط الطفل منذ لحظة ميلاده بدولة معينة، والحق في الجنسية تتحدد ملامحه وعناصر اكتسابه عند ولادة الطفل، بالنظر إلى جنسية أبويه من ناحية ومكان ولادته من أخرى، أو المكان الذي يقيم فيه عادة، وهي المعايير التي تمنح الدول المختلفة لشخص ما جنسيتها، وفقا لها أو بعض منها.

ورغم أن كلمة الجنسية في حد ذاتها اصطلاح غني بالعديد من المعاني الاجتماعية والقانونية والسياسية، فإنها تعرف على أنها رابطة قانونية ذات طابع سياسي تربط فردا بدولة معينة، فترتب الولاء من جانب الفرد مقابل الحماية من جانب الدولة، وعلى الرغم من أن الدول وحدها تملك حق تقرير الأحكام الخاصة بكسب جنسيتها أو فقدها، إذ تستطيع أن تبني جنسيتها بناء على رابطة الدم أو الإقليم أو عن طريق الزواج المختلط أو التجنس، كما أنها تحدد وفقا للأهداف التي تسعى إليها بمقتضى سياستها التشريعية أحكام فقد الجنسية سواء بالسحب أو الإسقاط، إلا أن اتصال الجنسية بالقانون الداخلي على النحو المتقدم، يقابله أيضا اتصال الجنسية بالقانون الدولي العام بالقدر ذاته على أساس أنه حق من حقوق الإنسان (زيدان، 2018، صفحة 232).

وبالتالي فالتزام الدول باحترام المعاهدات التي تبرمها في مجال الجنسية لا يخرج عن كونه التزاما عاما يقع على عاتقها بمقتضى أحكام القانون الدولي العام، وهذا الالتزام لا يتعارض مع مبدأ حرية الدولة في تنظيم جنسيتها أو مع الطبيعة السيادية لمسائل الجنسية، نظرا لأن الدولة هي التي ألزمت نفسها بنفسها وبمحض إرادتها بهذه المعاهدات، إلا أن عليها احترام ما التزمت به من قيود.

وعلى ضوء التشريعات الدولية فإن المشرع الجزائري نظم قواعد الجنسية الجزائرية انطلاقا من قانون الجنسية رقم 63-96 المؤرخ في 27 مارس 1963 مرورا بإلغائه بموجب الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 وصولا إلى تعديله بمقتضى الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الذي استحدث فيه مسألة اكتساب الجنسية للأبناء عن طريق الزواج المختلط، وعليه فالمشرع الجزائري واكب مختلف التشريعات المقارنة من خلال تحديده لمسألة أثر الزواج المختلط على جنسية الأبناء، وهو ما هدفت إليه هذه الدراسة لتحقيق جملة من الشروط والآثار المترتبة عن اكتساب الأبناء للجنسية عن طريق الزواج المختلط، لنبحث في الأخير تحديد موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة من فكرة تبعية الأبناء للجنسية المكتسبة للأب أو الأم عن طريق الزواج المختلط وما تثيره من تعدد الجنسيات بالنسبة للأبناء.

وفي سياق المتقدم يدفعنا البحث في هذا الموضوع إلى تسليط الضوء حول أثر الزواج المختلط على جنسية الأبناء وذلك وفقا لأحكام قانون الجنسية الجزائري والقانون المقارن، وعلى هذا الأساس يثور التساؤل حول **مدى توفيق المشرع الجزائري في تنظيمه لأحكام اكتساب الجنسية للأبناء عبر الزواج المختلط وما هي الآثار المترتبة عليه؟** وتجسيدا لذلك وللإجابة على التساؤل محل الدراسة اعتمدنا

المنهجين الوصفي والتحليلي وقسمنا البحث إلى محورين اثنين، حيث تناولنا بالدراسة في المحور الأول حق الأبناء في اكتساب الجنسية، أما المحور الثاني نسلط الضوء فيه على الآثار المترتبة عن اكتساب الجنسية بالنسبة للأبناء في إطار الزواج المختلط.

المحور الأول: حق الأبناء في اكتساب الجنسية:

تعمل أغلب الدول على تنظيم طرق الحصول على الجنسية ومنحها، وبالتالي فإنه من الطبيعي أن يكتسب كل شخص جنسية دولة ما، والوضع العادي والغالب أن يتم هذا الاكتساب بمجرد الميلاد، وتسمى الجنسية حينئذ بالجنسية الأصلية (أولا)، وقد يتم هذا الاكتساب بعد الميلاد، حين يكتسبها الفرد بصفة عرضية أو طارئة في حياته، وتسمى الجنسية عندئذ بالجنسية المكتسبة (ثانيا).

أولا: حق الطفل في الحصول على الجنسية الأصلية:

الجنسية الأصلية هي التي تثبت للشخص بمجرد الميلاد، فهي تعتمد على واقعة الميلاد بغض النظر على أساس منحها، بناء على رابطة الدم، أو حق الإقليم، فالجنسية في كلتا الحالتين أصلية، ويكمن وجه أصالتها أنها تلحق الشخص عند اتصاله بالحياة، ولذلك تسمى بجنسية الميلاد (زمزم، 2016، صفحة 45). وبالتالي فإن المستقر عليه في القانون الدولي أن الجنسية الأصلية تكتسب بناء على أحد هذين الأساسين، حق الدم أو حق الإقليم، ولقد تضمنت المادة (06) فقرة 02 من الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالجنسية على حق الأطفال بالتمتع بالجنسية الأصلية بحكم القانون أو بناء على طلب الأفراد الذين ولدوا على أراضي الدولة.

أ – حصول الطفل على الجنسية الأصلية بناء على حق الدم:

يقصد بحق الدم كأساس لمنح الجنسية، حق الفرد في اكتساب جنسية الدولة التي ينتمي إليها آباؤه بمجرد الميلاد، فالجنسية الأصلية عن طريق الدم تعتمد على الأصل العائلي وتتخذ من عمود النسب معيارا لها، فهي تثبت للفرد بقوة القانون سواء ولد الطفل في إقليم الدولة أو خارجها، فالمكان لا يؤثر على منح الجنسية، كما يطلق عليها بعض الشُرّاح بمصطلح جنسية الأبوّة، حيث تعتد الدولة هنا بجنسية الأب، فتمنحها لولده الشرعي، فمتى تثبت بنوة الولد من أبيه تثبت له جنسية هذا الأب (زمزم، 2016، صفحة 46).

إلا أن التشريعات اختلفت حول الاعتراف للأبوين أو لأحدهما بمنح الجنسية الأصلية بحق الدم، فذهب الاتجاه الأول إلى تبني حق الدم بصفة جزئية، حيث قصر إعمال حق الدم على الانتساب لأب وطني دون الانتساب لأم وطنية، حيث أن كثيرا من الدول أخذت بمنح الجنسية للطفل المولود لأب وطني سواء أكان الميلاد داخل حدود الدولة أو خارجها، أما الطفل المولود لأم وطنية وأب أجنبي، فقد حرمته العديد من التشريعات من حق اكتساب جنسية الأم (خوات، 2008، صفحة 135)، وقد أدى الأخذ بهذا المبدأ إلى

حرمان الكثير من الأطفال من الحصول على جنسية الأم في حالة زواجها بأجنبي، حيث يعامل الطفل في دولة الأم معاملة الأجنبي (البنا، 2017، صفحة 96)، وبالتالي يصبح الطفل عديم الجنسية بناء على قوانين الدول التي تضع معايير متباينة لأجل اكتساب الوالدين الجنسية، حيث يأتي التمييز بين الرجل والمرأة في مسائل الجنسية مناقضا مع القانون الدولي لحقوق الإنسان تمام التناقض، لأجل ذلك برز اتجاه ثاني، يتبنى حق الدم بصفة مطلقة، حيث اتجه إلى المساواة بين الأم والأب، تحت تأثير التوجهات والأفكار التي تطالب بإعمال المساواة التامة بين الرجل والمرأة في مجال نقل الجنسية لأبنائها (هواري، 2016، صفحة 114).

وهو ما ضمنته المادة (09) فقرة 02 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979، حيث أقرت للمرأة الحق في إكساب أطفالها جنسيتها، فنصت على "وجوب إعطاء المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها".

وفي هذا السياق وإعمالا لهذه المادة ولأن الدولة الجزائرية طرفا في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979، فقد عَدَلَ المشرع الجزائري عن الحكم الذي كان يأخذ بالاتجاه الأول بتعديله للأمر رقم 86-70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27 فبراير2005 والمتضمن قانون الجنسية الجزائري، وأصبحت المادة (06) المعدلة تنص على ما يلي: "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية".

ويمكن القول من خلال الصياغة الجديدة لنص المادة (06) أن من حق الأم الجزائرية أن تنقل جنسيتها الأصلية إلى أبنائها على قدم المساواة مع الأب، سواء كان الأب جزائريا أو أجنبيا، ويستوي في ذلك كونه يتمتع بالجنسية أو عديم الجنسية أو مجهول الجنسية (بلعيور، 2011، صفحة 145)، كما أنه لم يفرق بين الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي، حيث يُعتبر من الجنسية الجزائرية الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين المادة (1/07)، وتطبيقا للنص يكفي أن يحمل المولود للجنسية جزائرية وقت الميلاد، دون أي شرط آخر كالأخذ بمكان الميلاد (محروق، 2015، صفحة 477).

ب – حصول الطفل على الجنسية الأصلية بناء على حق الإقليم:

يقصد بحق الإقليم كأساس لمنح الجنسية حق المولود في اكتساب جنسية الدولة التي يولد فيها، ويستثنى من حكم هذا الأساس أبناء الدبلوماسيين المولودين في دول تأخذ بحق الإقليم المطلق وهو ما أكدته اتفاقية لاهاي لعام 1930 (مقداد آل دولة و عدالة، 2018، صفحة 15)، بغض النظر عن جنسية آبائه أو الأصل الذي ينحدر منه، فالجنسية الأصلية تتأسس هنا على الصلة التي تربط الفرد بأرض دولة معينة، بحيث يكتسب جنسيتها إذ ولد على أراضيها دون اعتبار لأي مؤثر آخر كالأصل العائلي وبغض النظر عما إذا كان أبواه يحملان جنسية نفس الدولة أم لا (زمزم، 2016، صفحة 49).

وبالتالي فالدولة لا تعتد بالأصل العائلي للمولود وتمنحه جنسيتها بصرف النظر عن جنسية الأب، فالدولة تؤسس الرابطة بينها وبين الفرد على اتصال الوالد بإقليم الدولة اتصالا وثيقا، قوامه استقرار أسرته على إقليمها (هواري، 2016، صفحة 117)، وفي هذا السياق نظم المشرع الجزائري حالتين تكون فيها الجنسية الأصلية مبنية على حق الإقليم وهما:

1- حالة الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين:

يشترط لبناء الجنسية الجزائرية على حق الإقليم أن يكون ميلاد الطفل فوق الإقليم الجزائري، ويقصد هنا بالإقليم كل أجزائه مثل البر والبحر والجو ووسائل النقل التي تستعمل العلم الجزائري، بالإضافة إلى جهل الأبوين معا، والمقصود من ذلك عدم إثبات نسب الطفل إلى الأب والأم أو لهما معا (أعراب، 2008، صفحة 192)، وهذا هو حكم اللقيط الحديث العهد بالولادة، إذ تعطى له الجنسية الجزائرية الأصلية حماية له من أن يكون عديم الجنسية.

غير أنه وردت على هذه القاعدة استثناء يتمثل في الحالة التي يفقد فيها الطفل جنسيته بأثر رجعي، إذا ثبت انتسابه وهو قاصر إلى أجنبي أو أجنبية وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي أو هذه الأجنبية وفقا لقانون جنسية أحدهما (المادة (1/7) من قانون الجنسية الجزائري) ، وبالتالي يصبح الطفل أجنبيا إذا كان قانون مدعى النسب يمنحه الجنسية الأجنبية، وإذا لم تمنح له جنسية الأجنبي مدعى النسب سواء كان الأب أو الأم ففي هذه الحالة فإن الجنسية الجزائرية تبقى قائمة، فسقوط الجنسية الجزائرية في حالة ظهور نسب الطفل مشروطة بأن يعطيه قانون هذا الأجنبي جنسيته، تجنبا في أن يصبح الطفل عديم الجنسية، وإن ظهور إثبات النسب لأحد الأبوين الأجنبيين، بعد بلوغ الطفل سن الرشد، والمحدد بـ 19 سنة، لا يؤثر في الجنسية الجزائرية وبالتالي قد يصبح الشخص مزدوج الجنسية، وفي مثل هذه الحالات إذا ثار نزاع بين الجنسيتين أمام القاضي الجزائري فيطبق حكم المادة (22) من القانون المدني الجزائري التي تقضي بالأخذ بالجنسية الجزائرية دون غيرها (بلعيور، 2011، الصفحات 151-152).

2- حالة الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها:

ويكون ذلك بالنسبة إلى الطفل المولود فوق الإقليم الجزائري بمفهومه الواسع (المادة (05) المعدلة من قانون الجنسية الجزائري) من أب مجهول غير معلوم في نظر القانون، وأم معروفة فقط من خلال اسمها المسجل في شهادة ميلاده الذي صرحت به عند الوضع، دون أية معلومات أو بيانات أو وثائق أخرى تؤدي إلى معرفة الجنسية التي كانت تتمتع بها عند وضعها لهذا الطفل. والحكمة من تنظيم المشرع لهذه الحالة الواردة في الفقرة الثانية من المادة (07) هو إيجاد الحلول القانونية الكفيلة للحد من ظاهرة انعدام الجنسية بالنسبة إلى فئة معتبرة من الأطفال الذين يولدون في الجزائر سواء في المستشفيات أو المراكز التي تأوي النساء أو أي مكان آخر من الإقليم الجزائري من طرف الأمهات العازبات التي يرفضن التصريح أو

الإدلاء بالمعلومات أو الوثائق التي تمكن معرفة هويتها وبالتالي إمكانية إثبات جنسيتها، وقد أجاز لها قانون الصحة، كتمان وعدم إعطاء المعلومات الخاصة بها إذا كان الأب مجهولا (بلعيور، 2011، الصفحات 154-155).

ثانيا: حق الطفل في الجنسية المكتسبة:

إذا كانت الجنسية الأصلية تمنح بقوة النظام القائم في الدولة، فإن الجنسية المكتسبة أو الطارئة أو اللاحقة أو جنسية ما بعد الميلاد مسميات لمعنى واحد يشير إلى الجنسية التي تثبت للشخص في تاريخ لاحق على الميلاد، حتى وإن كانت واقعة الميلاد عاملا وسببا في اكتسابها، فطالما أن دخول الفرد في الجنسية لم يتم إلا في تاريخ لاحق للميلاد فإنها تعتبر طارئة لكونها تطرأ عليه أثناء حياته، ويعد هذا الأمر منطقيا باعتبار أن الجنسية تثبت – في مثل هذه الأحوال – لشخص ليس بينه وبين الدولة أي صلة سابقة، وتعتبر إرادة الفرد ركنا إذ يتمتع الشخص بالحرية في قبولها أو رفضها، فالإرادة الفردية - على عكس الجنسية الأصلية - لها دور أساسي في اكتساب الجنسية الطارئة (زمزم، 2016، صفحة 105).

إذ تعتبر الآثار التي تطال أولاد المُتَجَنّس القاصرين الصورة المنطقية والغالبة التي وردت في أغلب التشريعات، لأنها ترتكز من جهة قوية على فكرة التبعية العائلية، ومن ثانية ما يبررها من الناحية الإنسانية التي تمس استقرار رعاية الأطفال القصر.

أ- اكتساب الطفل الجنسية عن طريق التجنس:

يعتبر التجنس أهم طريق للدخول في جنسية الدولة دخولا لاحقا على الميلاد، ولا تربطه بها أي علاقة انتماء سابقة، فهو الطريق العادي المفتوح لكل من يريد اكتساب جنسية الدولة بإرادته (عبد المنعم رياض، 1983، صفحة 43)، ويتم التجنس عادة بتعبير الأجنبي عن رغبته صراحة في الانضمام إلى شعب الدولة، عن طريق التقدم إلى سلطتها المختصة، ويخضع تقدير هذا الطلب لسلطات الدولة التي يكون لها القبول أو الرفض رغم توافر الشروط المقررة قانونا، ودون أن يكون للشخص حق الاعتراض.

ومن آثار التجنس حق أطفال المُتَجَنّس في الحصول على الجنسية تباعا لوالدهم إذا اكتسب هذا الأخير جنسية الدولة، فمن الدول ما يقرر امتداد جنسيتها بقوة القانون لأبناء المُتَجَنّس القصر، وأساس هذا الامتداد حلول إرادة الأب محل إرادة الأبناء، وهو ما يعكس حرص الدول على تحقيق اندماج العائلة في الجماعات الوطنية، والقضاء على ظاهرة اختلاف الجنسيات التي قد تنشأ داخل الأسرة الواحدة، فهناك من الدول ما يعلق هذا الامتداد على إقامة الأبناء القصر مع والدهم المُتَجَنّس وتخليهم عن إقامتهم في الخارج (المادة 14 من نظام الجنسية السعودي)، كما تتضمن بعض التشريعات بالإضافة إلى إقامة الأبناء القصر في كنف والدهم، ضرورة تضمن القرار الصادر بتجنس الأب أو الأم السماح أيضا للابن القاصر بالحصول على جنسيتها (المادة 1/22 من قانون المدني الفرنسي)، ومن الجدير بالذكر أن عدد

الأطفال الذين حصلوا على الجنسية الفرنسية عام 1997 بالتبعية لتجنس الآباء، تطبيقا لهذا النص قد بلغ 17486 طفل (زمزم، 2016، الصفحات 120-121).

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، حيث ميز في هذا الصدد بين التجنس العادي الذي يتم وفقا للمادة (10) من قانون الجنسية والتجنس الاستثنائي الذي يخضع لأحكام المادة (11) من ذات القانون. ووفقا للمادة (17) من قانون الجنسية الجزائري، فإن الآثار الجماعية المتعلقة بالأولاد القصر، فإن تجنس أحد الوالدين طبقا للمادة (10) تمتد إلى أولاده القصر الذين يصبحون بذلك جزائريين بقوة القانون في نفس الوقت مع والدهم أو والدتهم، كما أن للطفل مطلق الحرية في التنازل عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين ابتداءً من بلوغه سن الرشد، ويمكن حسب المادة (11) من قانون الجنسية الجزائري للدولة أن تمنح جنسيتها للأجنبي الذي تتوافر فيه صفات محددة، كاستثناء عن التجنس الوارد في المادة (10) من قانون الجنسية، وفي هذه الحالة أجاز المشرع الجزائري لأبناء الأجنبي القُصَّر الذي توفي وكان بإمكانه الحصول على الجنسية الجزائرية، من حصولهم على الجنسية الجزائرية.

وفي المقابل فإنه لا تقرر التشريعات أي امتياز لأبناء المُتَجَنّس البالغين، إذ لا يمكن افتراض الإرادة الضمنية بشأنهم، حيث يتواجد هؤلاء في مركز قانوني مستقل، ويكون لمن يريد منهم أن يكتسب جنسية الدولة أن يسلك طريق التجنس مثل سائر الأجانب العاديين.

ب- اكتساب الطفل الجنسية عن طريق الزواج المختلط:

الزواج المختلط هو الزواج الذي ينعقد بين زوجين من جنسيتين مختلفتين، سواء كان هذا الاختلاف في الجنسية قائما وقت الزواج أو لاحقا على انعقاد الزواج، والإشكال الذي يثور يتمحور حول جنسية الأطفال سواء الناتجين عن الزواج أو قبله (هواري، 2016، الصفحات 119-120). فاختلاف جنسية الزوجين قد ينطوي على صعوبات عملية فيما يتعلق بتحديد جنسية الأبناء في الدول التي تأخذ بحق الدم كأساس لمنح جنسيتها الأصلية، وذلك عندما يقضي قانون كل زوج بفرض الجنسية على الأبناء، فهنا يتواجد الأبناء في حالة ازدواج جنسية معاصر للميلاد، أما إذا كان الآباء يحملون جنسية واحدة فسوف يؤدي ذلك إلى فرض جنسية واحدة عليهم، وهي الجنسية التي يحملها هؤلاء الآباء (زمزم، 2016، صفحة 128).

ومن الآثار الجماعية لاكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج مدى تأثير اكتساب أحد الزوجين الجنسية الجزائرية وانتقالها إلى الأولاد، فمن المتصور أن يكون للزواج أثر في جنسية الزوجة سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة عملا بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة، إما بفرض جنسية الزوج على الزوجة بقوة القانون دون اعتداد بإرادتها، أو منحها لها بطلبها أو العكس.

ولأن جنسية الطفل ذات أهمية بالغة كونها تعبر عن هويته، وتمثل جزء من حالته المدنية، فيفهم ضمنيا من نص المادة (09) من قانون الجنسية الجزائري، أن المشرع حرص على حماية الطفل من أن يعامل بوصفه أجنبيا في وطنه، وذلك بمنح الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج إذا ما توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة (09) أعلاه.

وفي المقابل لم يتطرق المشرع الجزائري في الأمر رقم 05-01 إلى انصراف الجنسية الجزائرية إلى الأولاد بعد الزواج المختلط، وإنما ضيق في امتداد آثار اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط، أي أن الأولاد يبقون على جنسيتهم ولا تنتقل إليهم جنسية الوالدين، لكن بالمقابل أقر باكتساب الأولاد الجنسية الجزائرية عن طريق الانتساب إلى الأم الجزائرية بدون قيد أو شرط، ولعل عدم ترتيب المشرع الجزائري أي أثر على جنسية الأولاد من جراء اكتساب أحد والديهما الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط مقصود، لأنه اكتفى بالمساواة بين الرجل والمرأة في نقل الجنسية للأولاد (هواري، 2016، صفحة 120).

ومع ذلك فإن المشرع الجزائري جانبه التوفيق عند سكوته عن حكم أولاد الزوج الأجنبي القصر ومدى اكتسابهم للجنسية الجزائرية بفضل اكتساب أحد أبويه الجنسية عن طريق الزواج بجزائري أو جزائرية كأثر من آثار اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط ، وتظهر أهمية ذلك في الحالة التي تسحب من الزوج جنسيته من دولته الأم نتيجة هذا الزواج والذي قد يلحق أولاده القصر كأثر للسحب فيصبح هؤلاء الأولاد نتيجة لذلك عديمي الجنسية، فلا هم متمتعون بجنسية الدولة التي كان يحمل والدهم جنسيتها، ولا جنسية والدهم الجديدة، وما يؤكد ذلك أن المشرع لم يشمل هذه الحالة خلال تنظيمه لآثار التجنس الجماعية، خاصة وأن المادة (17) تحيل في الآثار الجماعية للتجنس إلى المادة (10) فقط وهي تخص حالة اكتساب الجنسية بالتجنس وتجعل من أبناء المتجنس يكتسبون جنسية والدهم (عمارة، 2021، صفحة 74).

وفي المحور الموالي سنتطرق إلى آثار الزواج المختلط على جنسية الأبناء وفقا لأحكام قانون الجنسية الجزائري والقانون المقارن على النحو التالي.

المحور الثاني: الآثار المترتبة عن اكتساب الجنسية بالنسبة للأبناء في إطار الزواج المختلط:

يترتب عن أثر الزواج المختلط على جنسية الزوجة بشكل مباشر تبعية الأبناء من جهة وتعدد الجنسيات من أخرى، لا سيما وأن معظم التشريعات تعتنق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مجال الجنسية. خصوصا وأن كل دول العالم تمنح الجنسية الأصلية للأبناء بناء على حق الدم أو النسب المنحدر من جهة الأب، وحتى المشرع الجزائري بموجب المادة (06) من الأمر 05-01 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية فإنه منح الجنسية الأصلية لكل مولود من أب أو أم جزائرية على حد سواء، وعليه سنتطرق في ورقتنا البحثية هاته إلى تحديد كل من تبعية الأبناء لجنسية الأب أو الأم وما تثيره من إشكالات سيما تعدد الجنسيات بالنسبة للأبناء في إطار هذا الزواج.

أولا: تبعية الأبناء لجنسية الأب أو الأم المكتسبة عن طريق الزواج المختلط:

في هذا الخصوص فغالبية التشريعات العربية نجدها تأخذ بعدم تبعية الأبناء للأم التي اكتسبت الجنسية عن طريق الزواج المختلط فالأصل هو تبعية الأولاد القصر لتجنس الأب وهكذا فالأجنبي الذي يكسب الجنسية الوطنية لأي سبب يكتسب في المقابل أولاده القصر تلك الجنسية الوطنية معه بالتبعية وبقوة القانون من يوم اكتسابه لها ولا مجال للسلطة التقديرية للجهة المختصة بمنح الجنسية من عدمها. وبالتالي لم تجعل هذه القوانين لاكتساب المرأة الأجنبية الجنسية الوطنية بالزواج أي أثر جماعي أو عائلي بالنسبة لأطفالها من زواج سابق فهم لا يكتسبون الجنسية الوطنية بالتبعية للأم. والغالب أن هؤلاء الأولاد لهم جنسية دولة الأب الذي توفى أو طلق الأم وبالتالي تنتفي علة منح الجنسية الوطنية بل إن منحهم تلك الجنسية قد يثير إشكالية تعدد الجنسيات.

أضف إلى ذلك أن الجماعة الوطنية في بعض الأحيان لا تحتمل مزيدا من الأفراد الذين لا تربطهم بالدولة غير جنسية والدتهم بحيث لا يكون أمام هؤلاء الأبناء إن رغبوا في الالتحاق بجنسية أمهم الوطنية غير ولوج طريق التجنس العادي. ومما سبق سنعالج بالدراسة كل من الآثار المترتبة عن الزواج المختلط على جنسية الأبناء وفقا لأحكام قانون الجنسية الجزائري والقانون المقارن وذلك في الآتي: (مدان و مقني، 2023، الصفحات 45-46)

أ - آثار الزواج المختلط على جنسية الأبناء على ضوء قانون الجنسية الجزائري:

بالرغم من أن المشرع الجزائري قد خالف أغلب التشريعات العربية بخصوص أثر الزواج المختلط على جنسية الزوج فسوى بين الرجل والمرأة في حق اكتساب الجنسية الجزائرية بمقتضى الرابطة الزوجية، إلا أنه بخصوص الآثار العائلية لاكتساب الجنسية الجزائرية فلم يذكر سوى تلك الآثار الجماعية لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية بموجب التجنس فقرر أن يصبح أولاده القصر جزائريون في نفس الوقت كوالدهم على أن لهم حرية التنازل عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين ابتداء من بلوغهم سن الرشد حيث تنص المادة (17) من القانون 05-01 على أن الآثار الجماعية يصبح الأولاد القصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية بموجب المادة (10) من هذا القانون جزائريين في نفس الوقت مثل والدهم، على أن لهم حرية التنازل عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين ابتداء من بلوغهم سن الرشد" وعليه يمنح هذا النص للطفل الذي امتد إليه أثر تجنس أبيه أو أمه فرصة للتخلي عن الجنسية الجزائرية المكتسبة خلال سنتين من بلوغه سن الرشد.

ولعل عدم ترتيب المشرع الجزائري أي أثر على جنسية الأولاد من جراء اكتساب أحد والديهم الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط مقصود مادام أنه في ظل القانون -وعملا بمبدأ المساواة التامة بين الرجل والمرأة في نقل جنسية الأولاد فتح طريق اكتساب الجنسية الجزائرية بمجرد الانتساب إلى أم جزائرية أو ب جزائري على حد سواء طبقا لنص المادة (06) من قانون الجنسية الجزائري التي نصت

على أنه يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية فبمقتضى هذا النص أصبحت الأم الجزائرية مثلها مثل الأب الجزائري تنقل جنسيتها الأصلية والمكتسبة لأبنائها بصفة مطلقة سواء حصل الميلاد بالجزائر أو خارج الجزائر فلم يعد يشترط أن يكون الزوج عديم الجنسية أو مجهول الجنسية سواء كان الزوج أجنبيا أو وطنيا ولو كان الطفل غير شرعي، وعليه أصبح الأولاد الذين يولدون بعد انعقاد الزواج المختلط يكتسبون الجنسية الجزائرية بناء على حق النسب من جهة الأب أو الأم على حد سواء حسب الحالة. ويلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد ضيق من آثار امتداد اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط لكنه أقر باكتساب الأولاد الجنسية الجزائرية عن طريق انتسابهم إلى أم جزائرية دون قيد (مدان و مقني، 2023، صفحة 46).

ب - آثار الزواج المختلط على جنسية الأبناء على ضوء القانون المقارن:

على ما سبق فإن التشريع المقارن سيما المشرع الفرنسي الذي كان قد أقر بموجب أحكام المادة (48) من قانون الجنسية الفرنسي لسنة 1973 على أنه إذا اكتسب أحد الوالدين الجنسية الفرنسية فإن الطفل القاصر يصبح فرنسيا بقوة القانون، هذا وقد خالف التشريع اللبناني اتجاه أغلبية التشريعات العربية فقرر الاعتراف بالأثر الجماعي لاكتساب الجنسية اللبنانية فطبقا للفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من القرار 15 لسنة 1925 فإنه يكتسب الأبناء القصر جنسية أمهم التي دخلت في التابعية اللبنانية ولكن بشرط أن تظل الأم على قيد الحياة بعد وفاة الأب مع منحهم خيار ردها في السنة التالية لبلوغهم سن الرشد وبذلك فإنه حتى يكتسب الابن الجنسية اللبنانية استنادا للام التي دخلت في الجنسية اللبنانية يشترط أن يكون الطفل لم يبلغ سن الثامنة عشرة وأن تكتسب الأم التابعية اللبنانية، وتبقى على قيد الحياة بعد وفاة زوجها، وبالتالي يكتسب الأبناء الجنسية اللبنانية بقوة القانون دون الحاجة لصدور قرار بذلك.

يستطاع القول أننا نكون أمام إشكالية تتعلق بالدول التي تأخذ تشريعاتها بالمساواة بين الأب والأم في تحديد جنسية الأبناء ففي هذه الدول قد تنقل الأم جنسيتها المكتسبة بناء على رابطة الزوجية إلى أبناءها القصر عملا بالأثر الجماعي للتجنس، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة (22) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب القانون رقم 05-759 المؤرخ في 04 جويلية 2005 والذي دخل حيز النفاذ في شهر جوان 2006 بأن الطفل القاصر الذي يكتسب أحد والديه الجنسية الفرنسية يصبح فرنسيا بقوة القانون إذا كانت إقامته المعتادة مع هذا الوالد أو إذا كان يقيم بالتناوب مع والده في حالة الانفصال أو الطلاق. وفي هذه الحالة نلاحظ أن المشرع الفرنسي اشترط لكي يستفيد الأبناء من الأثر الجماعي لاكتساب الجنسية على أساس الزواج المختلط أن يكون الابن قاصرا مقيما مع والده الذي اكتسب الجنسية الفرنسية بصفة دائمة في فرنسا أو أنه يقيم بالتناوب مع والده سواء كان في حالة انفصال أو طلاق.

ومن جهة أخرى نص قانون الجنسية التركي لسنة 1964 المعدل والمتمم بالقانون الصادر في 13 جوان 1981 في المادة (16) منه على أن الأبناء القصر من أم أجنبية اكتسبت الجنسية التركية بالزواج من تركي يكتسبون الجنسية التركية إذا كان الأب توفي أو غير معروف أو بدون جنسية، أو في الحالة التي يكون فيها الابن بدون جنسية إذا كان سوف يتبع أباه وكانت الولاية على الابن للأم، شريطة أن يكون قانون دولة الابن لا يتعارض مع تغيير الجنسية وهذا الموقف يتعارض مع ما هو مقرر بالنسبة للأب الذي يتجنس بالجنسية التركية فإن الأبناء القصر يكتسبون الجنسية التركية مع حقهم في الاحتفاظ بالجنسية التي كانت ثابتة لهم من قبل.

كما ينص قانون الجنسية الخاص بالولايات المتحدة الأمريكية الصادر في 30 أكتوبر 2000 بموجب المادتين (320) و(322) منه على أن ابن المتجنس يحصل تلقائيا على الجنسية الأمريكية ولكن بشرط أن يكون مقيما مع والده ولا يتجاوز سن الثامنة عشرة على أن تكون حضانة الابن للوالد الذي يتمتع بالجنسية الأمريكية وتكون إقامته بطريقة شرعية وهنا لا يكون الابن أو والده محتاجا ن لتقديم طلب ولكن تثبت له الجنسية بقوة القانون ، ويلاحظ أن القانون لا يسرى بأثر رجعي فالأبناء الذين وصلوا لسن الثامنة عشرة بتاريخ نفاذ هذا القانون لا يستفيدوا من هذا الحكم ولكن يتعين عليهم تقديم طلب التجنس الخاص بهم كما بقية البالغين (مدان و مقني، 2023، الصفحات 46-47).

ثانيا: إشكالية تعدد الجنسيات المكتسبة عن طريق الزواج المختلط بالنسبة للأبناء:.

تعود أسباب تعدد الجنسية أساسا إلى تباين طرق اكتساب الجنسية من دولة إلى أخرى بالنظر إلى حرية كل دولة في تحديد رعاياها مما يجعل تلك الطرق متعددة ومتباينة فيما بينها، وحيث تنحصر أسباب تعدد الجنسيات أساسا في الآثار التي يرتبها الزواج المختلط على جنسية الأبناء وغالبا ما تكون الجنسيات في هذه الحالة أصلية كأن يولد الطفل لأبوين مختلفي الجنسية حيث تمنح كل من دولتها على أساس حق الدم مع اختلافهما في تحديد الطرف الذي سيستمد منه هذا الحق كأن يأخذ قانون دولة الأب بحق الدم من جهة الأب، في حين يأخذ قانون دولة الأم بحق الدم من جهتها فيصبح الطفل منذ ميلاده مزدوج الجنسية، وقد يكتسب ذلك الطفل فورميلاده ثلاث جنسيات أصلية إذ ولد في دولة تمنح جنسيتها على أساس حق الإقليم كأن يولد طفل من أب جزائري وأم فرنسية في الولايات المتحدة الأمريكية، لا سيما وأن بعض الدول تبنت مبدأ المساواة بين لرجل والمرأة في منح الجنسية إلى زيادة حالات تعدد الجنسيات، حيث أصبحت العديد من التشريعات الوطنية الحديثة ترتب اكتساب جنسيتها بناء على حق النسب من جهة الأب والأم على حد سواء، كالتشريعين السويسري والفرنسي وقد تبنى المشرع الجزائري مؤخرا هذا المبدأ بموجب أحكام المادة (06) من الأمر 05-01 المتضمن قانون الجنسية الجزائري .

كما أنه يمكن للزواج المختلط الناشئ بعد الزواج أن يؤدي إلى تعدد جنسية الابن كأن يولد طفل لأبوين لهما نفس الجنسية، **بعدها غير أحدهما جنسيته كالأب مثلا في الفترة ما بين الحمل والولادة، ففي هذه الحالة يكتسب الولد جنسية أبيه الأولى إذا كانت دولته تمنح جنسيتها للمولود بالنظر إلى جنسية الأب وقت الحمل إضافة لاكتسابه جنسية أبيه الجديدة إذا كانت تأخذ بجنسية الأب وقت ميلاد الطفل** (مدان و مقني، 2023، صفحة 48)

خاتمة:

نخلص في الأخير أن اكتساب الأبناء للجنسية عن طريق الزواج المختلط تضمن شروطا وآثار يتولد عنها مسألة مهمة تتعلق بتعدد الجنسيات، فالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل لقانون الجنسية الجزائري كانت له أهمية في سد الثغرات وتدارك العثرات القانونية التي كان تعتري أحكام الأمر 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 شكلا وموضوعا، آخذا بعين الاعتبار التحولات السياسية والاجتماعية التي عرفتها الدولة الجزائرية وكذا موائمة التشريع الوطني المتعلق بالجنسية مع الاتفاقيات التي أبرمتها أو انضمت إليها الجزائر ، ومما سبق يستطاع القول أن المشرع الجزائري بالرغم من استحداثه عدة حالات من شأنها تمكين الأبناء من التمتع بالجنسية الجزائرية جراء الزواج المختلط إلا أن ذلك لم يخلو من بعض النقائص التي أغفل المشرع عن إقرارها، وهو ما نعرضه في **النتائج** التالية:

1. إن اختلاف جنسية الزوجين قد ينطوي على صعوبات عملية فيما يتعلق بتحديد جنسية الأبناء في الدول التي تأخذ بحق الدم كأساس لمنح جنسيتها الأصلية، وذلك عندما يقضي قانون كل زوج بفرض الجنسية على الأبناء، فهنا يتواجد الأبناء في حالة ازدواج جنسية معاصر للميلاد، أما إذا كان الآباء يحملون جنسية واحدة فسوف يؤدي ذلك إلى فرض جنسية واحدة عليهم، وهي الجنسية التي يحملها هؤلاء الآباء.
2. لم يتطرق المشرع الجزائري لتبيان آثار اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط على أبناء الزوج الأجنبي من زواج سابق، وبذلك يكون قد ضيق آثار امتداد اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط.
3. لم يتطرق المشرع الجزائري في الأمر رقم 05-01 إلى انصراف الجنسية الجزائرية إلى الأولاد عن طريق الزواج المختلط، وإنما ضيق في امتداد آثار اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط، أي أن الأولاد يبقون على جنسيتهم ولا تنتقل إليهم جنسية الوالدين، لكن بالمقابل أقر باكتساب الأولاد الجنسية الجزائرية عن طريق الانتساب إلى الأم الجزائرية بدون قيد أو شرط، ولعل عدم ترتيب المشرع الجزائري أي أثر على جنسية الأولاد من جراء اكتساب أحد والديهما الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط مقصود، لأنه اكتفى بالمساواة بين الرجل والمرأة في نقل الجنسية للأولاد.

وعلى ضوء نتائج الدراسة وما انعكس منها نتبعها **بالتوصيات** التالية:

1. إن إلغاء المادة (09) من الأمر 05-01 والذي كان ينص على اكتساب الجنسية بقوة القانون يشكل إهدارا لحق الطفل في الجنسية، لذا كان على المشرع ضرورة تعديله للنص وجعل كل من يولد لأبوين أجنبيين ويكون مقيما في الجزائر مدة محددة تمنح له الجنسية الجزائرية إذا بلغ سن الرشد.
2. أضاف المشرع المادة (09) مكرر والتي تنص على اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية، غير أنه أغفل النص على مصير أبناءه القصر من زواجه الأول بحيث لا تمنح لهم الجنسية الجزائرية لا بموجب المادة (09) مكرر ولا بموجب المادة (17)، والتي تحيل ذلك إلى المادة (10) فقط، وبالتالي كان من الأجدر أن تسرى الآثار الجماعية لاكتساب الجنسية الجزائرية على التجنس والزواج أيضا لذا يقترح على المشرع تعديل المادة (17) لتصبح تحيل الآثار الجماعية على المادتين (09) مكرر والمادة (17).
3. حين عدل المشرع المادة (17) من الأمر 70-86 بالأمر 05-01 إذ يتضح بموجب هذا النص الأثر الجماعي للاسترداد عندما يفقد الأولاد القصر جنسيتهم كأثر تبعي لفقد جنسية أبيهم مما قد يؤدي إلى انعدام الجنسية، في حين كان النص السابق من الأمر 70-86 من المادة (17) فقرة 02 على أنه يسترد أو يكتسب الجنسية الجزائرية بحكم القانون الأولاد القصر غير المتوجين لشخص استرد الجنسية الجزائرية إذا كانوا فعلا مقيمين معه، مما يدل على أن صياغة هذا النص أحسن من النص الجديد إذ ينبغي هنا مراعاة المصلحة الفضلى للطفل والأخذ بالقانون الأكثر ملائمة له.

قائمة المراجع:

1. **أعراب ,ب .(2008). *القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي الجنسية)*. (éd. 05) الجزائر :دارهومة للطباعة والنشروالتوزيع.**
2. البنا ,م .ع .(2017). *العولمة وحقوق الطفل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)دراسة مقارنة .(* الإسكندرية :دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
3. بلعيور ,ع .ا .(2011). الجنسية الأصلية الجزائرية على ضوء التعديل الجديد لقانون الجنسية . *المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية* .(01) *48* ,
4. خوات ,م .ج .(2008). *الحماية الدولية لحقوق الطفل* .القاهرة :دار النهضة العربية.
5. زمزم ,ع .ا .(2016). *.، الجنسية ومركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري المقارن .* القاهرة :مركز جامعة القاهرة للطباعة والنشر.
6. زيدان ,ف .ش .(2018). *مركز الطفل في القانون الدولي العام* .الإسكندرية :دار الجامعة الجديدة للنشر.

7. عبد المنعم رياض ,ف .(1983) .*الوسيط في الجنسية، دراسة مقارنة لأحكام القانون المصري* . القاهرة :دار النهضة العربية.

8. عمارة ,ع .(2021) .الحماية القانونية لحق الطفل في الجنسية في ظل الامر 01-05المعدل والمتمم للامر 86-70المتضمن قانون الجنسية .*مجلة الدراسات والبحوث القانونية* .(02) *06* ,

9. كريمة محروق. (ديسمبر, 2015). إطلاق الجنسية الأصلية من جهة الأم في ظل المتغيرات الداخلية والدولية. *مجلة العلوم الإنسانية ، أ* (44).

10. ليلى هواري. (2016). حماية حق الطفل في الجنسية في التشريع الجزائري. *مجلة القانون* (07).

11. مدان ,ا & .,مقني ,ب .ع ,2023) .أفريل .(اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط، .*مجلة النبراس للدراسات القانونية* .(04) *06* ,

12. مقداد آل دولة ,ر & .,عدالة ,ع .ا ,2018) .مارس .(اعتبارات الطفولة في ثبوت واكتساب الجنسية العراقية .*مجلة جامعة تكريت للحقوق* .(02) *02* ,

اَلنَّقْل غَيْرُ اَلْمَشْرُوعِ لِلْأَطْفَالِ فِي اَلرَّوَابِطِ اَلدَّوْلِيَّةِ اَلْخَاصَّةِ بَيْنَ اَلتَّنْظِيمِ اَلْقَانُونِيِّ وَعَوَائِقُ اَلتَّطْبِيقِ

Unlawful Transport of Children in Private International Links Between Legal Regulation and Implementation Obstacles

د. عصام منصور

Dr : issam Mansour

جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية ظهر مهراز – فاس/ المملكة المغربية

Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Faculté des Sciences Juridiques et Economiques, Dahr Mehraz – Fès - Le Royaume du Maroc

الملخص:

تعتبر زيارة المحضون من الحقوق الثابتة لغير الحاضن في حالة انفصال الأبوين، إلا أنها تعتبر أيضا من المسائل التي قد تجعل الحضانة أكثر تعقيدا في الروابط الدولية الخاصة، والتي تنتج عنها آثار سلبية وخيمة على الحاضن والمحضون معا، ويتعلق الأمر بالحالة التي يرغب فيها الزوج المحروم من الحضانة في اصطحاب أبنائه معه ليعيشوا في كنفه وتحت رقابته، إذ الصراع عادة ما يصل إلى المحاكم الجنائية وليس فقط إلى ساحات محاكم الأحوال الشخصية بسبب خطف الأبناء من الطرف الآخر، وما يسمى بالنقل غير المشروع للأطفال ومن تم خرق أحكام حق الزيارة.

الكلمات المفتاحية:

النقل غير المشروع للأطفال – الحضانة – الزواج المختلط – خطف الأبناء

Abstract:

Visiting the fostered child is one of the inalienable rights of the non-custodian in the event of the separation of the parents, but it is also considered one of the issues that may make custody more complicated in private international relations, which results in severe negative effects on both the custodian and the fostered child, and it is related to the situation that the deprived husband desires. From custody to taking his children with him to live under his protection and under his supervision, as the conflict usually reaches the criminal courts and not only to the squares of the personal status courts because of the kidnapping of children from the other side, and the so-called illegal transfer of children and those who violate the provisions of the right of visitation

Key words:

Unlawful transportation of children – nursery - Mixed marriage - Kidnapping children

مقدمة:

عرفة الإمام مالك الحضانة بأنها: " **تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء** "، وقد اتفق جمهور العلماء على أن الحضانة حق من حقوق الطفل وهي حق أيضا وواجب على والديه أو من يحل محلها لأن الطفل إذ ترك ضاع وهلك، وهي فرض كفاية إذا قام بها البعض سقط الإثم عن الباقين، و دليل وجوبها قوله تعالى: ﴿ **فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَ أَنبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِندَهَا رِزْقًا قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنَّى لَكِ هذا قَالَتْ هُوَ مِنْ عِندِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَرْزُقُ مَن يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ** ﴾ (سورة آل عمران، الآية 37)، وقوله أيضا: ﴿

﴿وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾ (سورة الإسراء، الآية 24)، ووجه الدلالة في الآية الأولى أن زكريا كفل الطفل أي حضنه وقام بالعناية به، أما الآية الثانية أن الله سبحانه وتعالى ذكر تربية الصغير وهذه التربية حضانته والقيام بشؤونه.

ومما لا شك فيه أن غياب الأبوين يحدث شرخا في التمسك العائلي الشيء الذي سيفقد الطفل شعوره بالطمأنينة والاستقرار ولذا فتنظيم حق الزيارة يعتبر من أهم الحقوق التي تضمن للطفل الارتباط بمحيطه العائلي والحفاظ على هويته وروابطه الخاصة مع أبويه، ولعل هذا ما جعل تنظيم هذا الحق يحظى باهتمام كبير ويشغل حيزا مهما على صعيد الاتفاقيات الدولية، وهو حق محل اتفاق بين مختلف القوانين ومنصوص عليه في الاتفاقيات الدولية المهتمة بحماية الأطفال، لما يضمنه عليه من ارتباط بمحيطه العائلي والحفاظ على هويته.

وإذا كانت تنظيم حق الزيارة لا يثير إشكالات كبرى في إطار الروابط الداخلية، فإن الأمر ليس كذلك عند انحلال رابطة الزواج المختلط، إذ أفرز الواقع مجموعة من المشاكل من أهمها النقل غير المشروع للأطفال، حيث يعمد الشخص المحروم من حق الحضانة في الغالب إلى استغلال حق الزيارة من أجل ترحيل الطفل عبر الحدود الدولية، فالنزاعات التي من المحتمل قيامها حول حق الزيارة تأخذ طابعا دوليا وتصبح من قبيل المنازعات الخاصة الدولية، ويكون أثرها على حق المحضون في الزيارة أكثر حدة وتعقيدا، إذ قد يصبح هذا الطفل وسيلة للضغط والابتزاز بين الأبوين، الأمر الذي يدفع أحدهما إلى الاستئثار بهذا الابن وحرمان الطرف الآخر منه، والنقل غير المشروع للأطفال يمس جميع الدول دون استثناء، وهو فعل على درجة كبيرة من الخطورة،، إذ بالإضافة إلى أن فيه حرمانا للطرف الآخر من ممارسة حقه في الحضانة، فإنه يعرض الطفل لعواقب وأضرار وخيمة، فظاهرة النقل غير المشروع للأطفال من قبل الآباء تتميز بكونها تشكل خليط من الأفعال المادية والوسائل القانونية المتحلية في قيام أحد الأبوين بإبعاد جغرافي وعاطفي للطفل عن الأب الآخر بطريقة التعسف في ممارسة حقه في الزيارة وإخفاء الطفل خارقا بذلك للقانون.

فظاهرة النقل غير المشروع للأطفال هي نتيجة تكاد تكون حتمية لروح العداء والضغينة التي تثيرها المنازعات الخاصة الدولية بشأن حق الحضانة وحق الزيارة على الأطفال، وتتميز هذه الظاهرة بكونها خليطا من الأفعال المادية والوسائل القانونية المتجلية في قيام أحد الأبوين بإبعاد جغرافي وعاطفي للطفل عن الأب الآخر سواء بتعسفه في ممارسته حقه في الحضانة أو حق الزيارة، بالاعتماد على سند قضائي محصل عليه بصورة احتيالية في دولة أجنبية، أو حتى عن طريق إخفاء الطفل خرقا لسند واجب التطبيق على هذا الأخير وإبعاده عن السلطة المكلفة بتطبيقه. (Sturlese, 1994, p. 10)

فمسألة الزواج المختلط تثير عدة إشكالات قانونية معقدة قد يصعب حلها خاصة إذا تعلق الأمر بالنظام العام، ويزداد الأمر تعقيدا في حالة طلاق الزوجين بعد إنجابهما للأطفال، ولعل أهم مشكلة يتعرضان لها هي مسألة حضانة الأطفال وما ينجر عنها من ممارسة حق الزيارة والرقابة، لذلك سعت أغلب التشريعات إلى إبرام الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف من أجل وضع الحلول المناسبة التي تعتري انفصال الزوجين في الزواج المختلط وأوردت أحكاما خاصة لحماية الأطفال بعد انفصال أبويهم، والمغرب على غرار باقي الدول فقد أبرمت اتفاقية الزواج المختلط مع فرنسا وإسبانيا، فمن الحقوق المهمة التي يتولى تنظيمها القانون الذي يحكم الحضانة حق والد المحضون في زيارة المحضون ورؤيته، ويقيد هذا الحق حركة الحاضنة الأجنبية في السفر بالمحضون إلى دولة أجنبية أخرى حتى لا يعيق ذلك حق الأب في زيارة أبنائه ورعايتهم، ومع ذلك وفي الكثير من الحالات يلجأ الوالد الذي ليس له الحق في الحضانة إلى خطف المحضون ونقله إلى بلد آخر، وتفاديا لمثل هذه المشكلات أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية التي أكدت على حق الطفل في الاستقرار أثناء فترة حضانته وإعادته إلى موطنه المعتاد، ومن هذه الاتفاقيات نذكر منها:

- اتفاقية نيويورك لحقوق الطفل الموقعة عليها في 20 نوفمبر 1989.

❖ اتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال الموقع عليها في 25 أكتوبر 1980

وقد أكدت المادة 7 من هذه الاتفاقية على ضرورة: " **تعزيز التعاون بين السلطات المختصة في الدول المعنية لضمان العودة الفورية للأطفال، وعلى وجه الخصوص اتخاذ التدابير اللازمة لتحديد موقع الطفل وضمان العودة الطوعية له، وكذا تسهيل الإجراءات القضائية والإدارية اللازمة لعودة الطفل** "، وقد عرفت هذه الاتفاقية نجاحا كبيرا إذ بلغ عدد الدول التي صادقت عليها سنة 1988 حوالي 49 دولة، وبمراجعة هذه الاتفاقية نجدها حاولت إبراز مفهوم ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال في المادة الثالثة التي نصت على أنه: " يعتبر نقل الطفل أو احتجازه عملا غير مشروع في الأحوال التالية:

أ. عندما يكون في ذلك انتهاك لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسسة أو هيئة سواء بصورة مشتركة أو فردية، والتي ينص عليها قانون الدولة التي كان الطفل يقيم بها بصفة اعتيادية قبل نقله أو احتجازه مباشرة.

ب. إذا كانت هذه الحقوق تمارس فعليا وقت النقل أو الاحتجاز بصورة مشتركة أو فردية، أو كان بالإمكان ممارستها لولا حدوث هذا النقل أو الاحتجاز.

وقد تمنح حقوق الحضانة المذكورة أعلاه في الفقرة (أ) بصفة خاصة بمقتضى قانون أو بناء على قرار قضائي أو إداري أو تسوية قانونية بموجب قانون الدولة المعنية ".

وعلى صعيد الاتفاقيات الثنائية نجد تلك الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين المملكة المغربية والمملكة الاسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال.(ظهير شريف رقم 1.99.113 صادر في 13 ماي 1999 الموافق لـ 26محرم 1420 هـ، بنشر الاتفاقية الموقعة في 30 ماي 1997 بمدريد بين المملكة المغربية والمملكة الاسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف والتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال، الجريدة الرسمية، عدد 4700، صادر في 17 يونيو 1999 الموافق 03 ربيع الأول 1420 هـ، ص 1544).

وكما هو ملاحظ أن الغاية من هذه الاتفاقيات كانت منصبة أساسا على حماية الطفل ذاته، وتحديد ضمانات ممارسة حق الحضانة، وزيارة المحضون وحرية التنقل بين البلدين، إذ تسيطر عليها جميعا فكرة مصلحة المحضون، وحماية القصر بالدرجة الأولى دون إعطاء أي اهتمام لشروط الحاضن خلافا للقانون الداخلي، حيث أضحت ظاهرة خطف الأطفال الناتجين عن زواج مختلط من الظواهر المتفشية في واقعنا اليوم، وساهم في ذلك تزايد عدد حالات الزواج المختلط المبرم بين أجانب ووطنيين وقد عرفت هذه الظاهرة انتشارا كبيرا خاصة بين مواطني دول المغرب العربي وأوروبا، ونظرا لاختلاف مضمون القواعد القانونية التي تحكم المسائل الموضوعية للحضانة بين هذه البلدان، الأمر الذي يطرح بحدة إشكالية تنازع القوانين في مسألة الحضانة.

ومما يؤسف له في هذا الإطار أن ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال تعرف منذ السبعينيات من القرن الماضي تصاعدا مستمرا وتطورا مطردا في عدد من دول العالم، حيث تشير الإحصائيات في بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية إلى رصد أكثر من 350.000,00 عملية نقل غير مشروعة تمت إلى دول أجنبية. (manéger, 1991, p. 354)، وقد واكب شيوع هذه الظاهرة اتساع دائرة الاهتمام بها وذلك في اتجاه محاولة فهمها وحصر العوامل التي تولدها وتؤدي إلى تفاقمها لتشمل إلى جانب رجال القانون علماء النفس والاجتماع. (Ngabonziza, 1995, p. 184)

الإشكالية:

❖ هل استطاعت تشريعات الدول وضع إطار قانوني لمعالجة ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال؟

- هل حققت هذه الاتفاقيات، (أي اتفاقية نيويورك لحقوق الطفل الموقعة عليها في 20 نوفمبر 1989 – اتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال الموقع عليها في 25 أكتوبر 1980)، الأهداف المرجوة منها ؟، وما هو الحل في حالة عدم وجود مثل هذه الاتفاقيات؟
- كيف ساهم التعاون الدولي في التصدي لظاهرة النقل غير المشروع للأطفال؟، وما هي العراقيل التي تعترض الدول وهي بصدد معالجة هذه الظاهرة؟

التصميم المعتمد للدراسة:

- المبحث الأول: التنظيم القانوني لظاهرة النقل غير المشروع للأطفال من قبل الآباء.
- المبحث الثاني: التعاون الدولي ودوره في القضاء على النقل غير المشروع للأطفال من قبل الآباء.

المبحث الأول: التنظيم القانوني لظاهرة النقل غير المشروع للأطفال

أمام التوسع الذي عرفته ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال، وما تخلفه من مآسي إنسانية يكون الطفل هو ضحيتها بالأساس وما يترتب عن ذلك من تأثير على استقراره الاجتماعي وتوازنه النفسي، نتيجة حرمانه من علاقاته مع أحد أبويه إضافة إلى المخاطر التي يتعرض لها بفعل التنقل من دولة إلى أخرى (الوهابي، السنة الجامعية 2007/ 2006)، فقد أدى تفاقم هذه الظاهرة إلى لفت أنظار المجتمع الدولي إليها، حيث حاولت وضع مفهوم لهذه الظاهرة وتبيان الأساس القانوني والواقعي لها (**المطلب الأول**)، الشيء الذي كان له تداعيات سلبية للأساس القانوني للنقل غير المشروع، هذا ما دفع الدول إلى رصد آليات لمواجهة ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال هذه الظاهرة (**المطلب الثاني**)

المطلب الأول: ماهية النقل غير المشروع للأطفال

أمام تعدد مظاهر النقل غير المشروع للأطفال واختلاف صوره، فإن الأمر دفع بالتشريعات الدولية إلى ضرورة وضع مفهوم دقيق له، وهي عملية مهمة من أجل تمييزه عن غيره من الحالات المشابهة، وكذا من أجل معرفة وفهم أسبابه والعوامل التي تساهم في انتشاره في الروابط الدولية الخاصة، أتساءل عن ماهية النقل غير المشروع للأطفال وهل استطاع المنتظم الدولي إبرازها وفك كل الغموض الذي يشوبها ؟، وما هي انعكاساته السلبية ؟، وما هي آليات التصدي لهذا المشكل الدولي ؟.

الفقرة الأولى: مفهوم النقل غير المشروع للأطفال وأساسه القانوني والواقعي

من المؤكد أن تحديد المفهوم القانونية لظاهرة النقل غير المشروع للأطفال عملية تكتسي أهمية بالغة ليس فقط بالنسبة لحصر صور هذه الظاهرة وتمييزها عن غيرها من الحالات المشابهة، وإنما كذلك من أجل فهمها ومعرفة أسبابها والعوامل التي تؤدي إلى تفاقمها وكذلك من أجل إيجاد حلول مناسبة لها، ويبدو أن هذه الاعتبارات مجتمعة كان لها صدى في توجيه صياغة مفهوم لهذه الظاهرة بحيث دفعت واضعي الاتفاقيات الدولية إلى البحث عن عنصر قانوني مشترك بين مختلف صورها من أجل اعتماده كأساس لتقرير عدم مشروعية النقل.

أولا – مفهوم النقل غير المشروع للأطفال

إن النقل غير المشروع للأطفال هو من المصطلحات التي تعددت واختلفت بخصوصها التشريعات حول تسميتها، فإذا كانت الاتفاقيات الدولية الثنائية التي أبرمها المغرب مع كل من فرنسا واسبانيا في لغتها العربية قد استعملنا مصطلح "**النقل**"، كما ورد في المادة 20 من الاتفاقيات المغربية الفرنسية والمادة السابعة من الاتفاقية المغربية الاسبانية، فإن لهذه الظاهرة الدولية مصطلحات متعددة في اتفاقية لـ 25 أكتوبر 1980 حيث استعملت مصطلح الاختطاف الدولي ومصطلح النقل أو الاحتجاز، كما أن التعدد حاصل حتى في التسميات المستعملة في اللغة الفرنسية مثل:

Enlèvement international Et Déplacement ou illicite أو Soustraction internationale d'enfant.

فبعدما وافق مجلس أوروبا على أول اتفاقية دولية تهتم بالنقل غير المشروع للأطفال وهي اتفاقية لوكسمبورغ لـ 20 ماي 1980 التي تهم التعاون بشأن إيجاد الحلول الممكنة بمواجهة كل المشاكل التي قد تعترض ممارسة حق الحضانة المخول لأخذ الطرفين بادرت إلى وضع تعريف قانوني للنقل غير المشروع للأطفال فقد جاء في مادتها الأولى أنه: " يقصد بالنقل دون وجه حق، نقل طفل عبر الحدود الدولية خرقا لقرار بشأن حضانته صادر في إحدى الدول المتعاقدة وقابل للتنفيذ فيها، ويعتبر كذلك نقلا دون وجه حق عدم إرجاع طفل عبر الحدود الدولية بعد انتهاء مدة ممارسة حق الزيارة على هذا الطفل أو أية مدة أخرى مؤقتة قضاها الطفل خارج الدولة حيث يمارس فيها عليه حق الحضانة...."، بمراجعة العديد من الاتفاقيات الدولية المنظمة لظاهرة النقل غير المشروع للأطفال سواء الثنائية منها أو المتعددة الأطراف، نجدها تصب في اتجاه ما سارت عليه اتفاقية لاهاي الفقرتين الأولى والثانية من المادة الثالثة التي تنص على أنه: " يعتبر نقل الطفل أو احتجازه عملا غير مشروع في الأحوال التالية:

عندما يكون ذلك انتهاكا لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسسة أو هيئة سواء بصورة مشتركة أو فردية، والتي ينص عليها قانون الدولة التي كان الطفل يقيم بها بصفة اعتيادية قبل نقله أو احتجازه مباشرة.

وإذا كانت هذه الحقوق تمارسا فعليا وقت النقل أو الاحتجاز بصورة مشتركة أو فردية أو إذا كانت قد جرت ممارستها وإنما قبل النقل والاحتجاز"، فمن خلال مقتضيات هذه المادة يتبين أن الأساس القانوني الذي تبنته اتفاقية لاهاي لتحديد الحالات التي يكون فيها نقل الطفل غير مشروع يتمثل بالأساس في خرق حق الحضانة الثابت بمقتضى سند قانوني صحيح للأب أو الأم أو غيرها وفقا لقانون الدولة التي كان يقيم فيها الطفل بصفة اعتيادية قبل نقله، وبالتالي فإنه لا يكفي لاعتبار النقل غير مشروع وجود علاقة واقعية بين الطفل وأحد أبويه ثم خرقها بفعل هذا التصرف المادي.

ثانيا – توفر سند الحضانة وفق قانون دولة محل الإقامة الاعتيادية للطفل (الأساس القانوني)

النقل غير المشروع للأطفال بتبني الأساس القانوني يصير هو ذلك النقل لطفل من دولة محل الإقامة الاعتيادية إلى دولة أخرى لحق الحضانة فعلا، هذا ما أكدته المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980 إذ جاء في فقرتها الأولى على أنه: "**يعتبر نقل الطفل أو احتجازه عملا غير مشروع في الأحوال التالية: - عندما يكون في ذلك انتهاك لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسسة أو هيئة سواء بصورة مشتركة أو فردية، والتي ينص عليها قانون الدولة التي كان الطفل يقيم بها بصفة اعتيادية قبل نقله أو احتجازه مباشرة** "، فلاعتبار النقل غير المشروع لا يكفي فقط وجود علاقة واقعية بين الطفل وأحد أبويه أو كلاهما تم خرقها بفعل هذا التصرف المادي بلا لا بد من أن يكون لهذه الرابطة مضمون قانوني يجسده توفر هذا الأب على سند صحيح لحق الحضانة، وأن يكون هذا السند موافقا في مظهره لقانون دولة محل الإقامة الاعتيادية للطفل أي حسب قانون الدولة التي كانت تمارس فيها هذه الرابطة قبل نقل الطفل بما في ذلك قواعد نظام قانونها الدولي الخاص، بحيث تم تجاوز العبارة التقليدية بشأن القانون المطبق والتي تتحدد بقانون داخلي معين.

فحق الحضانة المسند بناء على القانون هو ما يميز اتفاقية لاهاي لسنة 1980 والاتفاقية المغربية الاسبانية عن اتفاقية لوكسمبورغ لـ 20 ماي 1980، إذ إن هذه الأخيرة تحضي حق الحضانة المقرر بمقتضى حكم أو قرار قضائي.

L'Article 1 Alinéa (d) Stipule que : « Déplacement d'un enfant à Travers une frontière international en Violation d'une décision relative à sa garde rendue dans un Etat Contractant et exécutoire dans untel Etat..... ».

ومن الشروط أيضا الواجب توفرها حتى يصح القول بأن النقل كان غير مشروع هو أن يكون القرار المتعلق بحق الحضانة قد صدر قبل نقل الطفل، إذ لا يكن للشخص الاحتجاج بحكم صدر بعد النقل لادعاء خرق حقه في الحضانة (Gannagé, Léna, 2003)، فمختلف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذه الظاهرة تتفق على ضرورة توفر

الحاضن على قرار يتعلق بالحضانة والذي يشكل خرقه نقلا غير مشروع، وهنا يجب الأخذ بالمفهوم الواسع لهذا القرار سواء أكان قضائيا أو إداريا صادرا عن قضاء محل الإقامة الاعتيادية للطفل أو من أي دولة أخرى (عادل أزرقان، 2004/2005)، فالأساس القانوني الذي تبنته الاتفاقيات الدولية في معالجتها لقضايا النقل غير المشروع للأطفال المتمثل في خرق حق الحضانة قد يثير الكثير من الصعوبات خاصة الحضانة المشتركة للأبوين المنفصلين التي تأخذ بها الكثير من الدول الأوروبية، والتي تضمن للطفل الخضوع لسلطة أبويه في كل ما يتعلق بتربيته ورعايته رغم انفصالها (طارق المغربي، 2011/2009)

ورغبة في حماية السند القانوني بشأن الحضانة في التشريع المغربي نجد أن القانون الجنائي جرم الاعتداء على هذا الحق، واعتبره جنحة معاقب عليها، إذ نص الفصل 477 منه على أنه: " إذا صدر حكم قضائي بالحضانة وكان نهائيا أو نافذا بصفة مؤقتة، فإن الأب أو الأم أو أي شخص يمتنع عن تقديم القاصر إلى من له الحق في المطالبة بذلك، وكذلك إذا اختطفه أو غرر به، ولو دون تدليس أو عنف أو حمل غيره على التغرير به أو اختطافه ممن عهد إليه بحضانته أو من المكان الذي وضعه فيه، فإنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائتين إلى ألف درهم، فإذا كان مرتكب الجريمة قد حرم من الولاية الأبوية على القاصر، فإن الحبس يمكن أن يصل إلى ثلاث سنوات".

غير أن الأساس القانوني للنقل غير المشروع للأطفال والمعتمد من طرف الاتفاقيات الدولية كانت له نتائج عكسية، حيث ساهم بشكل كبير في تكريس أزمة الأطفال في الروابط الدولية الخاصة، إذ إنه سواء تم قبول إعلان عدم مشروعية النقل وبالتالي إرجاع الطفل إلى محل إقامته الاعتيادية أو تم رفض ذلك، فإن النتيجة تكون واحدة وهي فقدان الطفل نهائيا لعلاقاته مع أحد أبويه وفي أحسن الأحوال عرقلة ممارسة حق الزيارة بالنسبة لأحدهما (خالد برجاوي، الطبعة الثانية 2001)

فإلى جانب الصعوبات التي يثيرها المفهوم القانوني الذي تبنته الاتفاقيات الدولية لظاهرة النقل غير المشروع للأطفال، فإن اعتماد فكرة خرق حق الحضانة كأساس لها أدى إلى اختلال التوازن بين أطراف الروابط الدولية الخاصة، ويتجلى ذلك في حماية حقوق الحاضن على حساب حق الطفل في الاستقرار والإبقاء على علاقات مباشرة ومنتظمة مع أبويه، ويبرز ذلك أساسا في عدم شمول مفهوم النقل غير المشروع للأطفال الذي حددته الاتفاقيات الدولية للحالة التي يتم فيها نقل الطفل من طرف الحاضن إضرارا بحق الزيارة والاحتفاظ غير المشروع للأطفال أو عدم إرجاعهم إلى محل إقامتهم بعد انتهاء مدة ممارسة حق الزيارة في إحدى الدول الأجنبية كأبرز صورة لهذه الظاهرة، وذلك في الحالة التي يعمد فيها الأب الذي حرم من حق الحضانة إلى استغلال فرصة ممارسة لحقه القانوني المتمثل في الزيارة من أجل ارتكاب فعل مجرم قانونا ألا وهو نقل الطفل بطريقة غير مشروعة إلى بلد آخر غير بلد الإقامة الاعتيادية للطفل مما ينعكس سلبا على ممارسة حق الزيارة عبر الحدود الدولية (النجاري، العدد 4 نونبر 2004).

وبهذا فقد أصبح حق الزيارة على رأس الأسباب المباشرة التي أدت إلى هذه الظاهرة، الشيء الذي يستغل في الكثير من الأحيان من جانب أصحاب حق الحضانة كمسوغ من أجل عرقلة ممارسة هذا الحق عبر الحدود أو إلغائه بصفة نهائية، إذ إن أي طلب لمنحه أصبح يواجه معارضة شديدة من جانب الحاضن بعلة التخوف من عدم إرجاع الطفل، وهذا ما دفع بالقضاء إلى التردد قبل منح الزيارة (وسيم حسام الدين الأحمد، الطبعة الأولى 2009)، وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها إلى رفض السماح للأب المغربي باصطحاب ابنه المقيم في فرنسا إلى المغرب من أجل ممارسة حق الزيارة على أساس وجود تخوف من عدم إرجاعه إلى أمه صاحبة حق الحضانة والمقيمة في فرنسا (Arrête de la cour de Cassation , 1 ère chambre civil du Février 1982, Revue critique de droit (international Privé, N° 2, 1982, P 558

ثالثا – الممارسة الفعلية لحق الحضانة (الأساس الو اقعي)

رغبة في الحفاظ على التوازن النفسي والاجتماعي للطفل وتحقيق حماية فعالة له وضعت الاتفاقيات الدولية بشأن التصدي للنقل غير المشروع للأطفال مقتضى بأن يكون حق الحضانة ممارسا بصورة فعليه حتى يمكن التمسك بشرعية نقل الطفل أمام القضاء، إذ لا يتحقق هذا النقل بوجود الشرط القانوني فقط ألا وهو ضرورة توفر صاحب الحق في الحضانة على سند صحيح، بل لا بد من توفر الشرط الواقعي والذي يتمثل في إثبات الممارسة الفعلية لهذا الحق، فالمفهوم الذي استقر عليه واضعو الاتفاقيات الدولية للنقل غير المشروع للأطفال، لا يروم فقط حماية حق الحضانة الذي تم الإضرار به بفعل هذا العمل المادي، بل هناك اعتبارات أخرى تتعلق أساسا بحماية الطفل وعدم المس بوضعيته الواقعية والفعلية، فالبند المنشئ لحق الحضانة لا يعدو أن يكون سوى أساس قانوني لوضعية واقعية أجدر بالحماية (عادل أزرقان، 2004/2005)، وأهمية هذا الشرط تبرز بالأساس في حالة وجود حكمين متضاربين بشأن شرط الممارسة الفعلية لهذا الحق وفقا لقانون الإقامة الاعتيادية للطفل قبل نقله.

فالمعايير المعتمدة من أجل إثبات الممارسة الفعلية لحق الحضانة تبقى في يد السلطة التقديرية للقضاء، هذه الأخيرة التي تقرر مدى جديتها ففي قرار للمحكمة العليا بباريس، ذهبت فيه إلى القول في قضية أم اختطفت الابن بأنه على الرغم من أن هناك انفصالا بين الأبوين، فإن علاقة الأب بابنه لم تنقطع ما دام أنهما يقيمان في نفس البناية، لذا فليس هناك ما يدل على عدم وجود الممارسة الفعلية لحقوق الأب في الحضانة المشتركة على هذا الطفل (Arrêt du Tribunal de grand instance de paris, du 8 févier 1993, Revue Critique de droit international privé, N° 4 – (1993, P 651

فالرابطة الفعلية بين الحاضن والمحضون ذات أهمية لإقرار عدم مشروعية فعل النقل وعليها بتوقف الأمر بالإرجاع الفوري للأطفال وبالتالي فعبء إثبات ممارستها من عدمها يقع على عاتق الحاضن والخاطف معا، فالأول عليه إثبات الممارسة الفعلية لحق الحضانة حتى يتأتى للقضاء الأمر بالإرجاع الفوري للطفل، والثاني يقع على عاتقه إثبات انتفاء هذه الممارسة في حالة تمسكه أمام السلطات القضائية بمقتضى البند (أ) من المادة 13 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، فعلى الرغم من الغموض الذي أبانه شرط الممارسة الفعلية لحق الحضانة، إلا أنه لا يعدو أن يكون سوى جزء من ضمن مجموعة من الصعوبات التي تعترض مفهوم النقل غير المشروع للأطفال.

الفقرة الثانية: الصعوبات الملازمة لمفهوم النقل غير المشروع للأطفال

تتجلى الصعوبات الملازمة لمفهوم النقل غير المشروع للأطفال في عدم وضوح مضمون حق الحضانة في الروابط الدولية الخاصة (**أولا**)، بالإضافة إلى غموض مفهوم الإقامة الاعتيادية كعنصر منظم لماهية النقل غير المشروع للأطفال (**ثانيا**).

أولا – عدم وضوح مضمون حق الحضانة في الروابط الدولية الخاصة

لقد عملت الاتفاقات الدولية بشأن التصدي للنقل غير المشروع للأطفال على وضع معايير بمقتضاها يتحدد نطاق حقوق الحضانة، وهذا التوجه يمكن تفسيره بوعيها المسبق بالاختلاف الذي قد يحصل شأنها في التشريعات الداخلية للدول، فالمادة الخامسة من اتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980 نصت على أنه: " **تتضمن (حقوق الحضانة) الحقوق المتعلقة برعاية شخص الطفل، وبوجه خاص الحق في تعيين مكان إقامته**"، كما أن المادة الأولى من اتفاقية لوكسمبورغ نصت على أنه: " **يقصد بقرار حق الحضانة: كل قرار صادر عن إمكانية تحديد مكان الإقامة أيضا، لذا فنقل المحضون خرقا بذلك لهذه الحقوق بشكل نقلا غير مشروع** "، لكن الأمر يدق إذا تعلق الأمر في حالة توزيع صلاحيات الحضانة بين الأبوين أو ما يسمى بالحضانة المشتركة بين الطرفين، فالرعاية والمسؤولية المشتركة قد تتحقق لكن تحديد الإقامة يبقى صعبا من الناحية العملية، لهذا يطرح التساؤل حول النقل الحاصل خرقا لهذا الحق هل يدخل في إطار ما هو معلن عنه في اتفاقيات التصدي لهذه الظاهرة ؟.

ثانيا – غموض مفهوم الإقامة الاعتيادية كعنصر منظم لماهية النقل غير المشروع للأطفال

اعتمد واضعو الاتفاقيات الدولية بشأن التصدي للنقل غير المشروع للأطفال على قانون الإقامة الاعتيادية كأحد عناصر مفهوم النقل غير المشروع للأطفال، فهو القانون الذي بموجبه يقدر سند الحضانة وكذا الممارسة الفعلية لهذا الحق، باعتباره هو قانون البلد الذي اندمج فيه الطفل وحقق استقراره الواقعي فيه، لذا فهو الأفضل لمفهوم هذه الظاهرة، فالاعتماد على ضابط الإقامة الاعتيادية له أهمية خاصة من حيث بقاء الطفل في بيئته العائلية والاجتماعية، على خلاف ضابط الموطن الذي يمكن أن ينتج عنه إسناد غير طبيعي لقانون ذلك الموطن، هذا الأخير الذي ليس له أية رابطة حقيقية مع شخص الحدث، فهو لا يلائم مفهوم النقل غير المشروع للأطفال لعدم توفر الرابطة الفعلية بهذا المكان (Georges A-L Dros, 1973)، فإذا كان محل الإقامة الاعتيادية للطفل يعتبر عنصرا من العناصر المنظمة لمفهوم النقل غير المشروع للأطفال، فإن غياب تعريف دقيق له سيطرح لا محالة صعوبة في فهم هذه الظاهرة، فتحديد مكان هذه الإقامة هي عملية تفوق تقدير مدى مشروعية النقل غير المشروع للأطفال من عدمه أمام غياب تعريف دقيق لهذا الضابط، الشيء الذي دفع بالفقه والقضاء إلى البحث عن معايير معينة تحدد معناها(Barriere-brousse, 1996.)

فحسب بعض الفقه لا يمكن القول تلقائيا بأن بلد الإقامة الاعتيادية للطفل هو البلد الذي تم اختطافه منه، على أساس أن الأب الوصي والذي له حق الحضانة مؤهل لتغيير مكان إقامته الاعتيادية قبل أن يتحقق رجوع الطفل، بالإضافة إلى ذلك فإن الاتفاقيات والأحكام الخاصة بالحضانة المشتركة وكذلك الإقامة التناوبية التي تحدد الفترات الزمنية التي يقضيها الطفل مع أحد والديه تجعل من الصعب كذلك إعطاء تحديد للإقامة الاعتيادية للطفل عندما يغفل الاتفاق أو الحكم عن تحديدها(Mohammed Zerouali, 13 – 14 et 15 mars 2002, p. 224)

جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا لإقليم كبيك أنه على الرغم من أن الإقامة الاعتيادية غير محددة المعالم، إلا أنه لا يجب اعتبارها مجردة وأنه من اللازم إعطاؤها مفهوم واسع وبالتالي إلغاء كل مقاربة مختزلة حتى لا يتأتى حصول خلط فيما بينها وبين الإقامة الحقيقية، وعلى الرغم من هذه المحاولات التي تسعى إلى وضع معايير في تحديد مفهوم الإقامة الاعتيادية، إلا أن القضاء قد يخطئ في بعض الأحيان أو قد يغفل بعض الضوابط التي تساهم في تحديد مكان هذه الإقامة.

ثالثا – الانعكاسات السلبية لمفهوم النقل غير المشروع للأطفال على أطراف العلاقة الدولية الخاصة

فالاتفاق حاصل لدى أحد فقه القانون الدولي الخاص، هو أن الخاطف والحاضن لا يمكن الجمع بينهما، فهذا المبدأ لن يعطي للأب المحروم من حقه في الزيارة بسبب النقل غير المشروع الحق في المطالبة بالإرجاع الفوري للطفل المختطف من قبل الحاضن، فأي استجابة لهذا الطلب حسب هذا الرأي هو مخالفة صريحة للمفهوم القانوني للظاهرة وكذا للمواثيق الدولية المتعلقة بالتصدي للنقل غير المشروع، فلا يخفى على أحد ما يمكن أن يقوم به الحاضن من عرقلة على ممارسة حق الزيارة للطرف الآخر أو رفضها مطلقا خوفا من عدم إرجاعه (Horatia Muiret Bertrand Ance, p. 342)،كما أن القضاء قد يتعسف في منح هذا الحق بتنبيه مجموعة من التدابير كضرورة أن يكون الحكم القضائي الخاص بحق الحضانة قد ذيل مسبقا بالصيغة التنفيذية في الدولة التي يطلب فيها ممارسة حق الزيارة (Chatin, Séance du 12 Mai 1982)

المطلب الثانية: الآليات الدولية المرصدة لمواجهة النقل غير المشروع للأطفال

التفاقم الكبير لظاهرة النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة، أدى إلى لفت الانتباه أمام أنظار المجتمع الدولي إليها ومحاولة وضع آليات كفيلة من أجل التصدي لها، إن الاهتمام بهذا المشكل الخطيرة ظل ولا يزال محور اهتمام المجتمع الدولي، فوعيا بهذه الأضرار تم بذل جملة من الجهود على المستوى الدولي، انتهت إلى وضع إطار قانوني للمعالجة والحد من ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال، ويظهر ذلك أساسا في مجموعة من الاتفاقيات الدولية

التي أبرمت منذ بداية الثمانينيات من القرن الماضي، والتي كرست بشكل واضح إجراءات من شأنها تأمين إرجاع الأطفال الذين نقلوا أو تم الاحتفاظ بهم بطريقة غير مشروعة في إحدى الدول المتعاقدة.(famille, 2004)

الفقرة الأولى: الاتفاقيات الدولية المرصدة المتعددة الأطراف المنظمة للنقل غير المشروع للأطفال

التعاون الدولي في مجال رعاية الأطفال وحمايتهم أفرز مجموعة من الاتفاقيات المتعددة الأطراف رغبة في النهوض بأوضاع وقضايا حقوق الطفل، فتعتبر اتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980 أهمها إلى جانب اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

أولا – الحد من ظاهرة النقل غير المشروع في اتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980 (أهمية اتفاقية لاهاي في مواجهة النقل غير المشروع للأطفال)

من شروط تطبيق اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل نورد قرار غرفة الأحوال الشخصية والميراث الصادر بتاريخ 26 يناير 2016 في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/286 (قضاء محكمة النقض عدد 81- قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث – ص 47-50) والذي جاء فيه: " يتم تطبيق اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل المؤرخة في 25 أكتوبر 1980 حينما يكون نقل الطفل أو احتجازه عملا غير مشروع قصد ضمان إعادته فوريا وضمان الاحترام الفعلي لحقوق الحضانة والزيارة طبقا للمادتين 3 و 2 من هذه الاتفاقية، والمحكمة لما أيدت الحكم الابتدائي القاضي على الطاعن بتسليم الأبناء المحضونين للمطلوبة من أجل حضانتهم والحال أنهم يتوفرون على الإقامة الاعتيادية بالمغرب، يكون قرارها غير مرتكز على أساس "

وينضوي تحت لواء هاته الاتفاقية جملة من المقتضيات والأحكام التي ترمي بالأساس إلى تكريس ضمان العودة الفورية للأطفال الذين لم يتجاوزوا 16 عاما، والذين نقلوا أو احتجزوا من أي دولة متعاقدة في هذه الاتفاقية بطريقة غير شرعية، وذلك بغية حل المشاكل المتمخضة عن حالات النقل غير الشرعي للأطفال، وتعتبر اتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980 واحدة من بين مجموعة من الاتفاقيات التي أصدرها هذا المؤتمر، والتي تعنى بالتصدي للنقل غير المشروع للأطفال فالإطار القانوني لمعالجة قضايا النقل غير المشروع للأطفال يجد سنده أساسا في مجموعة من الاتفاقيات الدولية التي أبرمت منذ بداية الثمانينيات من أجل التخفيف والتعليل من هذه الظاهرة تأتي في مقدمتها هذه الاتفاقية، اتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980 كرست بشكل واضح مبدأ جوهريا وهو مبدأ تقديم الطفل على ما عداها من المصالح، وهو ما تفترض الاتفاقية أنه يتحقق عبر إبقائه في البيئة التي اعتادها وألفها، و إبعاده عن النزاعات القانونية بين والديه (الورفلي، الزواج المختلط ومصلحة المحضون، يناير 2002)، فقد عملت الاتفاقية على تحديد نطاق تطبيقها، والذي يتجلى في كل طفل يبلغ عماه أقل من 16 عاما ويقيم بصفة اعتيادية بدولة متعاقدة قبل أي انتهاك لحقوق الحضانة أو الزيارة والاتصال المباشر (المادة 4 من الاتفاقية).

إن تنفيذ وإنجاز المهام التي تؤكد عليها هذه الاتفاقية رهين بضرورة توفر سلطات مركزية في كل الدول المتعاقدة من أجل القيام بالمهام والالتزامات التي تلقي بها الاتفاقية على عاتقها، فالسلطات المركزية تتعاون فيما بينها من أجل ضمان الإعادة الصورية للأطفال، إذ يبقى على عاتقها القيام بمجموعة من الإجراءات الملائمة من بينها الكشف عن مكان وجود الطفل الذي نقل أو احتجز بصورة غير مشروعة مع منع إلحاق أي ضرر إضافي به، وتوفير الترتيبات الإدارية التي تكون ضرورية ومناسبة لضمان الإعادة الآمنة للطفل (المادة 7 من الاتفاقية)، فعلى الرغم من المقتضيات المهمة التي أتت بها هذه الاتفاقية، إلا أن بعض العوائق قد تقف حائلا دون تطبيقها من بينها ما يرجع للإطار الجغرافي لهذه الاتفاقية، فدائرة تطبيقها تبقى نسبية بالنظر إلى قلة الدول الموقعة عليها، وخاصة الدول العربية والإسلامية التي لا ترى أية

مصلحة لها فيها لكونها تحتوي على مقتضيات مخالفة لمفهوم الإسلام لحقوق الإنسان والطفل (Mohammed Zerouali, 13 – 14 et 15 mars 2002, p. 226)

فقد نصت هذه الاتفاقية على إلزام جميع الدول المتعاقدة فيها على تعيين سلطة مركزية للقيام بالالتزامات المترتبة عنها، ومنها العمل على اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة من أجل حماية الطفل وضمان سلامته كخطوة أولى في انتظار العمل على إرجاعه، كما أن السلطة المركزية لها دور أساسي في مسطرة إرجاع الأطفال الذين حصل نقلهم بصورة غير مشروعة، وذلك بمجرد تحريك المسطرة عن طريق قيام الطرف المعني بإرجاع الطفل بتقديم طلب في الموضوع إلى هذه السلطة، والتي تقوم بدورها بمراسلة وزارة العدل بالدولة المعنية من أجل العمل على تحديد مكان تواجد الطفل وضمان سلامته وحمايته واتخاذ جميع الإجراءات الملاءمة من أجل التوصل إلى الإعادة الطوعية للطفل إلى المكان الذي يقيم به قبيل عملية نقله، وهذه الإجراءات تتميز بطابعها الودي نظرا لافتقار السلطة المركزية إلى سلطة الإلزام بالإجراءات التي تتخذها (الدين، الطبعة الأولى 2004، صفحة 84)

ومما تجدر إليه الإشارة أن المغرب يعتبر البلد الوحيد الذي بادر إلى الانضمام إلى هذه الاتفاقية، وهذا إن دل فإنما يدل على أنه بالفعل يسير في إطار تكريس مبادئ حقوق الإنسان عامة وحقوق الطفل بشكل خاص، وهذا يدخل في إطار الإصلاحات التشريعية التي عمدت المملكة في السنوات الأخيرة إلى القيام بها، ومع دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ بادر القضاء المغربي إلى تطبيقها على أرض الواقع، كما هو الشأن بالنسبة لحكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الذي أمر فيه المواطن المغربي بإرجاع الابن إلى أمه الأمريكية المتواجدة بواشنطن والذي يعتبر هو مكان الاعتيادية للطفل استنادا إلى مقتضيات اتفاقية لاهاي التي وقع التصديق من قبل الدولتين معا (الفاخوري، الطبعة الأولى 2003، صفحة 33)

ثانيا – الحد من ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال في اتفاقية حقوق الطفل

لقد ترسخ الاهتمام لحقوق الطفل بتبني الأمم المتحدة لاتفاقية حقوق الطفل التي تعتبر امتدادا لميثاق الأمم المتحدة وللإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين لسنة 1966، فهي اتفاقية تجمع من خلال بنودها أرضية ترتكز عليها الدول في صياغة تشريعاتها المرتبطة بحقوق الطفل، واتفاقية حقوق الطفل تعد أول اتفاقية في هذا المجال، فهي اتفاقية تعطينا أساسا معقولا للدفاع عن قضية حقوق الأطفال على المستوى العالمي (البالي، 2003/2002)، وبالتالي ضرورة بذل كل جهد ممكن من طرف الدول للحيلولة دون فعل الأطفال عن أسرهم، وفي كل حالة يفصل عن أسرته لأسباب قهرية أو من أجل مصلحة الطفل العليا، ينبغي القيام بكل الترتيبات اللازمة لضمان توفير العناية الملاءمة البديلة للأسرة (عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، الطبعة الأولى 1997)، ففي مجال اختطاف الأطفال من قبل آبائهم تعد اتفاقية حقوق الطفل ذات صبغة عالمية نظرا لعدد الدول المصادقة عليها من جهة، وكونها تضم دول غير منضمة لاتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980 من جهة ثانية، فاتفاقية حقوق الطفل أضافت هي أيضا بعض الأساسات تصب في إطار الحماية القانونية للطفل على المستوى الدولي، فهي اتفاقية تشجع في العديد من مقتضياتها التعاون بين الدول من أجل تحقيق مبتغاها وخاصة ما يهم مادتها 11 التي تمنع الاختطاف الدولي للأطفال (Gosseline, n 7 Aout 2002)

ولكي تتخذ الدول الأطراف تدابير لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج فإن الاتفاقية تنص في الفقرة الثانية من المادة 11 على أن تبرم الدول اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أو الانضمام إلى اتفاقيات قائمة، فهذه المادة هدفها مكافحة خطف الأطفال سواء كان ذلك عن طريق أحد الوالدين بعد انفصالهما بسبب انحلال عقد الزواج أو كان الاختطاف عن طريق أي شخص آخر في أحوال خطف الطفل لاستغلاله والمتاجرة به (حمودة، الطبعة الأولى 2007، صفحة 78)

الفقرة الثانية: دور الحلول الاتفاقية الثنائية في التصدي للنقل غير المشروع للأطفال

نظرا لما يلعبه التعاون الدولي في مجال حماية الأطفال عبر الحدود الدولية، عمد المغرب إلى إبرام مجموعة من الاتفاقيات الثانية مع عدة دول عربية، كالاتفاقيات بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية، والاتفاقية المغربية الكويتية، والاتفاقية المغربية البحرينية، وفي المقابل أبرم اتفاقيات أخرى مع دول أجنبية كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقية المغربية الفرنسية، والاتفاقية المغربية الإسبانية، نظرا لما تعرفه الجالية المغربية من نسبة مهمة في تلك الدول، وبخصوص الاتفاقيتين الأخيرتين (المغربية الفرنسية – والمغربية الإسبانية)، فقد جاءت ببعض المقتضيات التي ترمي إلى تحقيق التعاون بين السلطات المركزية والسلطات القضائية، وذلك من أجل تحقيق الإرجاع الفوري للطفل المنقول نقلا غير مشروع لإحدى أبويه المخول له حق حضانته.

فللحد من هذه الظاهرة أو على الأقل التخفيف من حدتها عمل المغرب على إبرام اتفاقيات مع البلدان التي تتمركز بها نسبة مهمة من الجالية المغربية كفرنسا وإسبانيا، فهاتين الاتفاقيتين جاءتا ببعض المقتضيات التي ترمي إلى تحقيق التعاون بين السلطات المركزية والسلطات القضائية، وذلك من أجل تحقيق الإرجاع الفوري للطفل المنقول نقلا غير مشروع لإحدى أبويه المخول له حق حضانته.

أولا – مظاهر نجاعة مضامين الاتفاقية المغربية الفرنسية في التخفيف من حدة المشاكل التي تطرحها ظاهرة النقل غير الشرعي للأطفال

ساهمت الاتفاقية المغربية الفرنسية في ممارسة حق الزيارة في إطار الالتزام بالتعاون في هذا المجال إذ نصت في الفصل 25 على أنه: " **يأمر القاضي في الدولة التي نقل إليها الطفل أو احتفظ به فيها بتسليمه فورا بصفة وقتية** "، بمعنى أنه عمليا تبقى المسألة إجراء وقتيا في حالة ما لم يثبت نقل الطفل واحتفظ به في إحدى الدولتين التاليتين وأن الحاضن لم يكن يمارس حضانة الطفل فعليا أو بحسن نية، طبعا التجربة العملية أكدت على أنه يتعين التمييز بين حالتين وهي حالة ممارسة الحضانة فعليا من جهة وحالة ممارسة الحضانة عن حسن نية، بالنسبة للحالة الأولى يصعب تحديد الحالات التي تكون فيها الحضانة غير فعلية ما دام أن الأصل أن الحضانة غير فعلية ويمكن تحديد كون الحضانة غير فعلية في حالة واحدة، كوجود الحاضن في بلد والمحضون في بلد آخر، أما والحال أن يكون الحاضن والمحضون في بلد واحد، فإنه يصعب إثبات ممارسة الحضانة الفعلية من عدمه، ومادامت أنها مسألة واقع فهي تخضع بطبيعة الحال للسلطة التقديرية للمحكمة وأن من يدع العكس يقع عليه الإثبات، أما الحالة الثانية وهي ممارسة الحضانة بحسن نية، يمكن طرح سؤال في الموضوع وهو كيف يمكن إثبات أن الحاضن يمارس الحضانة عن سوء النية لا سيما أن الحضانة تسند للأبوية، كما أن مفهوم سوء النية في حد ذاته قد يختلف بين الطرفين، إذ ما قد يعتبر حسن نية عند طرف قد يعتبر سوء نية لدى الطرف الآخر، وعلى الرغم من أن المادة المذكورة أعلاه عالجت نسبيا الموضوع حينما نصت على أنه: " **لا يؤخذ بعين الاعتبار إلا مصلحة الطفل دون أي اعتبار مستمد من التشريع الداخلي**"، لكن ذلك لن يحل المشكل لأن ما يعتبره أحد الأطراف فيه مصلحة للمحضون قد يعتبره الآخر عكس ذلك (غزال، العدد 13 دجنبر 2017)

تطبيقا للاتفاقية المغربية الفرنسية فقد صدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية (Arrêt de la cour de cassation, première chambre civil en de 9 juillet 2002, Revu Critique de droit international privé 92-3 juillet – septembre 2003, P 466-467.) اعتبرت فيه أن قرار محكمة الاستئناف لم يكن قانونيا عندما حدد الإقامة الرئيسية للأطفال بجانب أمهم بفرنسا على اعتبار أن في ذلك مخالفة صريحة للفصل 25 من الاتفاقية المغربية الفرنسية، لذا لم يكن من حقها رفض طلب إرجاع الأبناء إلى المغرب ما دام أن الأم هي من غادرت بيت الزوجية الموجود بالمغرب في اتجاه فرنسا.

أما عن القضاء المغربي فقد صدر حكم عن المحكمة الابتدائية بوجدة، (حكم المحكمة الابتدائية بوجدة صادر في الملف المدني 96-3540 بتاريخ 1997/04/10، منشور بمجلة الإشعاع، ع السابع عشر 1988، ص 222-223-224)،تم

بمقتضاه إلزام المدعى عليه بتسليم الطفلين إلى والدتهما تسليما مؤقتا مع النفاذ المعجل، إذ جاء في إحدى حيثياته على أنه: " وحيث إن المحكمة باستقرائها لوثائق الملف إلى ما تطالب به الجهة المدعية تبين أن موضوع الدعوى يرمي إلى التسليم المؤقت للطفلين الذي يجد سنده في الفصل 25 من الاتفاقية المغربية الفرنسية المصادق عليها بمقتضى الظهير الشريف رقم 197-83 بتاريخ 14/11/1986 الذي ينص صراحة على أن البت في طلب التسليم المؤقت لا يجب أن يمس جوهر الحق في الحضانة وما دام الأمر كذلك فإن ما دفع به المدعى عليه من أن الحضانة من حق الأبوين يرد عليه بأنه يجب عدم الخلط بين التسليم المؤقت وهو أساس موضوع الدعوى وبين البت في الحضانة ما دام أن هناك دعوى جارية بين المدعى عليه وزوجته حسب ما أفضى به في مذكرته الجوابية فضلا على أن تسليم الطفلين كانا عند أمهما ونقلا إلى المغرب لحرمانهما من عطفها وحنانها... وحيث إن الاتفاقية المذكورة تعطي الحق لقاضي الدولة التي نقل إليها الطفلان أو احتفظ بهما فيها أن يستجيب لطلب تسليمه بصفة مؤقتة ضمن الشروط، والحال أن الطفلين كانا عند أمهما فانتزعهما منها ونقلها من فرنسا إلى المغرب، الأمر الذي يتعين معه التصريح بالاستجابة للطلب"، وحكم المحكمة الابتدائية هذا تم تأييده من قبل محكمة الاستئناف، وكذا المجلس الأعلى استنادا إلى الفصل 25 من الاتفاقية والذي طبقته المحكمة الابتدائية التطبيق السليم.

وهو نفس ما جاء في حكم، صدر عن قسم قضاء الأسرة بالقنيطرة تم فيه الحكم على المدعي عليه بتسليم الطفلين إلى والدتهما الفرنسية استنادا إلى الاتفاقية المغربية الفرنسية، هذا بخصوص تطبيق الاتفاقية الفرنسية، أما بشأن الاتفاقية المغربية الاسبانية فقد صدر حكم عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء أنفا أعلنت فيه عدم مشروعية نقل طفلة من اسبانيا إلى المغرب، إذ جاء في إحدى حيثيات هذا الحكم ما يلي: " وحيث تأسيسا على مقتضيات الفصل 7 من اتفاقية التعاون القضائي المذكور، وعلى اعتبار أن نقل الطفلة من جانب والدها بالمغرب قد تم خرقا لمقرر قضائي ولاختلاف جنسيتي الأب والأم ولكون الحضانة مقررة الفائدة الأم وهي إسبانية الجنسية، فإن نقل البنت إلى المغرب يعتبر غير مشروع ويتعين القضاء بإرجاعها فورا إلى والدتها الإسبانية.

ثانيا – مدى نجاعة الحلول المقررة في الاتفاقية المغربية الإسبانية لمعالجة قضايا النقل غير المشروع للأطفال

إن من أبرز المعاهدات الثنائية التي أبرمها المغرب كذلك من أجل الحد من ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال، الاتفاقية التي تربط بينه وبين اسبانيا بتاريخ 30 ماي 1997، والتي تضمنت مجموعة من المساطر والإجراءات التي لا تخرج هي أيضا عن الحلول المعتمدة في اتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980، وهذا بديهي ما دام هذه الأخيرة تشكل الإطار المتخصص والمنظم لظاهرة النقل غير المشروع للأطفال على المستوى العالمي، وتعتبر هذه الاتفاقية ثاني معاهدة وقعها المغرب في هذا الموضوع مع دولة أوروبية هي اسبانيا، وقد التزمت كلا من الدولتين على حرصهما على تدعيم علاقة التعاون من أجل ضمان حماية أفضل للأطفال لاقتناعها بأن مصالح هؤلاء تفرض عدم نقلهم أو الاحتفاظ بهم بصورة غير قانونية.

وتعرف الاتفاقية المغربية الإسبانية النقل غير المشروع للأطفال في المادة السابعة منها بأنه كل نقل تم خرقا لمقرر قضائي صدر حضوريا وأصبح قابلا للتنفيذ فوق تراب الدولة الطالبة لحق الحضانة، أو إذا وقع خرق لهذا الحق الممنوح للأب وحده أو للأم وحدها بمقتضى قانون الدولة التي ينتمي إليها الحاضن أو الحاضنة، أو إذا كان هذا النقل مخالفا لاتفاق مبرم بين الطرفين المعنيين ومصادق عليها من طرف سلطة قضائية تابعة لإحدى الدولتين المتعاقدتين، وعليه فإن الاتفاقية المغربية الإسبانية تعكس بجلاء مضمون اتفاقية لاهاي 1980، وبالتالي يرجع لها الفضل في تحديد بعض الأسس التي بتوفرها تتحقق واقعة الاختطاف.

ولأجل تحقيق هذا المبتغى جاءت الاتفاقية بمجموعة من المبادئ منصوصا عليها في المادة الأولى من الاتفاقية على ما يلي:

1. يتعلق موضوع هذا الاتفاقية بما يلي:
   أ. ضمان رجوع الأطفال المنقولين أو المحتفظ بهم بصفة غير قانونية في إحدى الدولتين المتعاقدين
   ب. الحصول على الاعتراف بالمقررات القضائية المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة الصادرة فوق تراب إحدى الدولتين المتعاقدين وتنفيذها فوق تراب الدولة الأخرى.
   ت. تسهيل حرية ممارسة حق الزيارة فوق تراب الدولتين.
2. تعمل الدولتان المتعاقدتان على اتخاذ كل الإجراءات المناسبة لضمان تحقيق أهداف هذا الاتفاقية، ولهذا الغرض يلجأ إلى المساطر الاستعجالية المنصوص عليها في قانونهما الداخلي.

ومن أجل الوصول إلى الهدف المنشود لهذه المبادئ المقررة في هذه الاتفاقية وخاصة ما يهم الإرجاع الفوري للأطفال نصت المادة الثالثة من الاتفاقية

1. تعين وزارة العدل في كل من البلدين كسلطة مركزية بتطبيق الالتزامات فيما بينهما مباشرة كما تقومان عند الاقتضاء بالالتجاء إلى سلطاتهما المختصة.
2. يمكن للسلطة المركزية المحال عليها الطلب رفض التدخل إذا لم تتوفر الشروط المتطلبة بمقتضى هذه الاتفاقية.
3. لا تحول هذه الاتفاقية دون حق كل شخص يهمه الأمر في الالتجاء مباشرة إلى السلطات القضائية بالبلدين المتعاقدين في أية مرحلة من مراحل المسطرة.

فالسلطات المركزية المحال عليها طلبات إرجاع الأطفال المنقولين نقلا غير مشروع تتخذ مجموعة من الإجراءات التي نصت عليها المادة الرابعة من الاتفاقية المغربية الإسبانية فق فقرتها الثانية والتي تتمثل فيما يلي:

أ. تحديد المكان الذي نقل إليه الطفل بصورة غير قانونية
ب. تجنيب الطفل مخاطر جديدة وخاصة منها نقله إلى تراب بلد آخر
ت. تسهيل حل حبي، وضمان التسليم الإداري للطفل وممارسة حق الزيارة.
ث. إعطاء معلومات حول وضعية الطفل
ج. ضمان ترحيل الطفل
ح. إعطاء معلومات حول تشريعات بلد الطفل والمتعلقة بتطبيق هذه الاتفاقية
خ. إقامة دعوى قضائية أو إدارية – عند الاقتضاء – بواسطة النيابة العامة أو محامي الدولة أمام المحكمة المختصة ترمي إلى إرجاع الطفل
د. اتخاذ كل التدابير المؤقتة في جميع الأحوال، ولو كانت غير حضورية لتجنيب الطفل مخاطر جديدة أو لدرء الضرر عن الأطراف المعينة.

وتفعيلا لما جاءت به الاتفاقية المغربية الإسبانية، فقد صدر حكم عن المحكمة الابتدائية بطنجة جاء في إحدى حيثياته أنه: " وحيث أن نقل البنت من التراب الإسباني إلى المغرب غير المشروع لخرقه مقرر قضائي صدر حضوريا وأصبح قابلا للتنفيذ فوق تراب الدولة الطالبة والحال أن البنت القاصرة محل إقامة اعتيادية مع والدتها في مدينة غرناطة، الشيء الذي لا يسعنا إلا الحكم بإلزام المدعى عليه بتسليم بنته المذكورة إلى الحاضنة قصد تمكينها من الرجوع الفوري إلى إسبانيا، وحيث إنه بناء على مقتضيات المادة 7 من الاتفاقية المغربية الاسبانية وجب شمول الحكم بالنفاذ المعجل" (حكم المحكمة الابتدائية بطنجة، عدد 1392 بتاريخ 30 دجنبر 2004، في ملف رقم 1607-04)

وقد اعتبر أحد الفقه، أن دعوى الإرجاع الفوري للأطفال تشبه إلى حد كبير دعوى الحيازة في الحقوق العينية، وهذا القول له ما يبرره، فدعوى الإرجاع الفوري التي يرفعها الشخص الذي خرق في حق الحضانة تروم تحقيق غايتين، فهي إلى جانب أنها ترمي إلى الحد من النقل غير المشروع للمحضون فهي ترمي بالأساس إلى إعادة الوضعية السابقة أي إرجاع الطفل المحضون إلى صاحب الحق فيه، وبالتالي إعادة تلبية حق الحضانة (Batiffol, 1981)

المبحث الثاني: التعاون الدولي ودوره في القضاء على النقل غير المشروع للأطفال من قبل الآباء

نجد الاتفاقية المغربية الفرنسية بتاريخ 10 أغسطس، والاتفاقية المغربية الإسبانية بتاريخ 30 مايو 1997 بمدريد، جاءتا ببعض المقتضيات التي ترمي إلى تحقيق التعاون بين السلطات المركزية والسلطات القضائية، وذلك من أجل تحقيق الإرجاع الفوري للطفل المنقول نقلا غير مشروع لأحد أبويه المخول له حق حضانته فالسلطات المركزية تقوم بأدوار ودية، إذ تتعاون على البحث فوق ترابها عن مكان إقامة الطفل الذي وقع نقله إليها، مع اتخاذ كل تدبير من شأنه أن يساعد على التسليم الإداري، وفي حالة الاستعجال تأمر باتخاذ كل تدبير مؤقت يظهر مفيدا لحماية الطفل من أخطار جديدة، وعند فشل السلطات المركزية في تحقيق أهدافها، يبدأ دور السلطات القضائية للدول بالقيام بتسريع الإجراءات الكفيلة لحماية الطفل والأمر بتسليم هذا الأخير فوري إلى من له الحق في حضانته (إدريس، العدد 32 - 2016)، وبغية الإحاطة بالتعاون الدولي للقضاء على النقل غير المشروع للأطفال لابد من التطرق إلى السلطات المركزية (**المطلب الأول**)، والسلطات القضائية كآليتين لتجاوز النقل غير المشروع للأطفال (**المطلب الثاني**)

المطلب الأول: السلطات المركزية كآلية لتجاوز النقل غير المشروع للأطفال

نظرا لما للسلطات المركزية من دور أساسي في حل المنازعات المرتبطة بحماية القاصرين عبر الحدود الدولية، فإن إرجاع الأطفال المنقولين بطريقة غير مشروعة في الروابط الدولية الخاصة مسطرة تستدعي أساسا تدخل هذه السلطات، فهي تكاد تكون العمود الفقري في معالجة مشكل الأطفال المنقولين أو المحتفظ بهم بطريقة غير مشروعة، ومحاولة تحقيق التسليم الطوعي، وهو بالفعل ما أعلنت عنه مختلف الاتفاقيات الدولية سواء المتعددة الأطراف أو الثنائية.

الفقرة الأولى: دور السلطات المركزية في إيجاد الحلول الودية وتحقيق التسليم الطوعي للطفل

إن التسوية الودية لقضايا النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة تتولى القيام بها السلطات المركزية بالدول وهو ما أقرته مختلف الأوقاف الدولية وخاصة اتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980، فبالرجوع إلى المادة السادسة من اتفاقية لاهاي نجد أنها تلزم الدول المتعاقدة بتعيين سلطة مركزية تناط بها المهام المنصوص عليها في هذه الاتفاقية إذ جاء فيها: " تعين الدولة المتعاقدة سلطة مركزية لإنجاز المهام التي تلقى بها الاتفاقية على عاتق مثل تلك السلطات، للدول الفيدرالية أو الدول ذات النظم القانونية المتعددة أو الدول ذات المنظمات الإقليمية التي تتمتع بحكم ذاتي حرية تعيين أكثر من سلطة مركزية وتحديد المدى الإقليمي لسلطاتها، إذا عينت دولة ما أكثر من سلطة مركزية واحدة، فيجب أن تحدد من بينها تلك التي يجب أن تتلقى الطلبات لتوجيهها بعد ذلك إلى السلطة المركزية المعنية داخل هذه الدولة ".

ورغبة في تحقيق هذه الأهداف جاءت المادة السابعة من اتفاقية لاهاي بمجموعة من الإجراءات التي تدعم التعاون فقد نصت على أنه: " تتعاون السلطات المركزية فيما بينها وتشجع سبل التعاون بين السلطات المعنية في دولها لضمان الإعادة الفورية للأطفال ولتحقيق الأهداف الأخرى لهذه الاتفاقية، وبوجه خاص، سواء بصورة مباشرة أو من خلال أي وسيط تتخذ السلطات المركزية الإجراءات الملائمة من أجل:

- الكشف عن مكان وجود الطفل الذي نقل أو احتجز بصورة غير مشروعة.
- منع إلحاق أي ضرر إضافي بالطفل، أو الإضرار بالأطراف المعنية نتيجة اتخاذ أو التسبب في اتخاذ إجراءات شرطية.

- ضمان الإعادة الطوعية للطفل، أو التوصل إلى حل سلمي للمسائل المعنية
- تبادل المعلومات المتعلقة بالخلفية الاجتماعية للطفل، عندما يقتضي الأمر ذلك
- توفير المعلومات ذات الصبغة العامة المتعلقة بدولها والخاصة بتطبيق الاتفاقية.
- البدء في تسهيل الإجراءات القضائية أو الإدارية بهدف إعادة الطفل، ووضع الترتيبات اللازمة لتنظيم أو لضمان الممارسة الفعلية لحقوق الزيارة والاتصال.
- أينما اقتضت الظروف ذلك التدبير أو تسهيل شرط المساعدة القانونية والاستشارة بما في ذلك مشاركة المحامين والمستشارين القانونيين
- توفير الترتيبات الإدارية التي قد تكون ضرورية ومناسبة لضمان الإعادة الآمنة للطفل
- تبادل المعلومات المتعلقة بأداء هذه الاتفاقية، وبقدر المستطاع إزالة أي عقبات تقف في طريق تطبيقها

كما أن المادة 20 من الاتفاقية المغربية الفرنسية والمادة 4 من الاتفاقية المغربية الإسبانية جاءتاهم أيضا بمجموعة من الإجراءات على السلطات المركزية القيام بها لضمان الإعادة الفورية للطفل والتي لا تخرج عما تم إقراره في اتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980، وبالنسبة للمغرب تشكل مصلحة التعاون القضائي المتبادل في المادة المدنية الموجودة بوزارة العدل هي السلطة المركزية المكلفة بتسوية ملفات الأطفال المنقولين بطريقة غير مشروعة، فهي تتولى مهمة التكفل بالإجراءات القانونية اللازمة المنصوص عليها في العديد من الاتفاقيات الدولية خصوصا اتفاقية لاهاي لسنة 1980، ولأجل التوصل لإعادة الطفل وتحقيق الحماية له إثر انتقاله من حدود إلى أخرى، فإن المادة الثامنة من اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980 خولت لكل من يهم الأمر التقدم بطلب بذلك إلى السلطة المركزية المختصة إذ جاء في فقرتها الأولى أنه: " يحق لأي شخص أو مؤسسة أو هيئة تدعي أن طفلا قد نقل أو احتجز بأسلوب يعتبر انتهاكا لحقوق الحضانة التقدم بطلب سواء إلى السلطة المركزية في مكان إقامة الطفل الاعتيادية أو إلى السلطة المركزية بأي دولة متعاقدة أخرى للمساعدة في ضمان إعادة الطفل ".

الفقرة الثانية: مُثَبِّطَات عمل السلطات المركزية في قضايا النقل غير المشروع للأطفال

تؤكد اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980 على ضرورة توفر كل دولة على سلطة إدارية، ما هو إلا دليل على الرغبة في تسوية هذه القضايا بشكل ودي، وباعتبارها هي المؤهلة بشكل أفضل لاتخاذ القرارات التي تساهم في تحقيق العودة الفورية للطفل، إلا أن مجموعة من العراقيل قد تعيق سير عملها، فالسلطات المركزية على المستوى العملي تعترضها مثبطات تجعلها غير قادرة على تحقيق الأهداف المتوخاة منها، من بينها:(Caroline Gosseline, P 26)

- التأخر أو الجمود في الإجراءات المطلوب منها اتخاذها.
- صعوبة حصول الاتصال في وقت معقول بشكل يتماشى مع سير المساطر (تاريخ الحكم – التواصل البطيء جد بشأن الأحكام الصادرة)
- صعوبة الحصول على النسخ الكاملة والواضحة من وثائق رسمية (الأحكام – القرارات – التقارير)
- غياب التعاون بخصوص تحديد مكان الطفل المختطف
- التأخر في الالتزام بالمساطر القضائية

فمشكل البطء في العمل وغياب التعاون بشأن تحديد مكان الطفل وغيرها من المشاكل قد تقف عائقا نحو تحقيق الأهداف المتوخاة، فالبطء أو الفشل في اتخاذ هذه الإجراءات السريعة من قبل السلطات المركزية سيؤدي إلى إضعاف مكانة الاتفاقية، لأنه كما هو معلوم أن السرعة في اتخاذ الإجراءات هي من مبادئ العمل الأساسية حسب دليل الممارسة السليمة، لأن مصالح الطفل تقتضي ذلك من أجل:

- تقليل احتمال تشريد الطفل أو انتزاعه من بيئته إلى الحد الأدنى
- تقليل إلحاق ضرر بالطفل إلى الحد الأدنى
- لمنع أو الحد من استفادة المختطف من عامل الزمن (دليل الممارسة السليمة، الجزء الأول الخاص بممارسة السلطة المركزية)

ومن العراقيل أيضا انعدام أو قلة الفاعلين والمهتمين في ميدان النقل غير المشروع للأطفال، يعتبر كذلك من بين الصعوبات التي قد تعترض السلطات المركزية في عملها، فالتطبيق الفعال للمهام المستندة للسلطات المركزية يبقى رهين بتخصص هؤلاء الفاعلين فيها كما هو الأمر بالنسبة للمحامين والمستشارين القانونيين، فعدد المحامين المؤهلين والمختصين في مجال النقل غير المشروع للأطفال هو حسب أحد الفقه ضعيف جدا، ففي ألمانيا مثلا يوجد ما بين 10 و 20 محاميا لهم الخبرة التي تتطلبها اتفاقية لاهاي 1980، مع العلم أن تخصص المحامين في هذا الميدان يجب أن يكون عاما وقويا في جميع الدول دون استثناء، وأن التكوين الدائم لهؤلاء في الجامعة وكذا في الحياة المهنية يعتبر أمرا ضروريا، ومن بين المثبطات أيضا التي يمكن أن تقف حائلا دون قيام السلطات المركزية بالتزاماتها، نجد حالة عدم التزام الدول بالمقتضى الوارد بالمادة 24 من اتفاقية لاهاي الذي نص في فقرته الأولى على أنه: " تصاغ أي طلبات أو مراسلات أو وثائق أخرى ترسل إلى السلطة المركزية في الدولة المقدم إليها الطلب باللغة الأصلية وترفق بها ترجمة لها باللغة الرسمية أو إحدى اللغات الرسمية للدولة المقدم إليها الطلب، أو عندما يكون ذلك غير ممكن ترجمة إلى اللغة الفرنسية أو الإنجليزية "

المطلب الثانية: السلطات القضائية كآلية لتجاوز النقل غير المشروع للأطفال

الأساس القانوني للتعاون القضائي الدولي يجد مصدره في مختلف الاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية، لأنها الأولى في التطبيق بصريح مجموعة من النصوص الداخلية لمختلف التشريعات الوطنية باعتبارها هي أنجع الطرق التي يتم من خلالها تحديد أحكام التعاون القضائي بين الدول (أرباح، السنة الجامعية 2009/2010، صفحة 4).

الفقرة الأولى: التدابير الاستعمالية المتخذة من قبل السلطات القضائية لحماية الطفل المختطف

أمام الصعوبات التي قد تعترض طلبات الإرجاع الفوري للطفل المختطف والمتمثلة أساسا في رفض الأب المدعى عليه بإرجاع الطفل للأب المدعي، الشيء الذي يستدعي اللجوء للقوة لتطبيق القرار ويتعلق الأمر بالتسوية القضائية، فمختلف الدول تنظم مساطر خاصة للجوء إلى القضاء من أجل وضع حل لمشكل النقل غير المشروع للأطفال، وبالنسبة لدعوى الإرجاع الفوري للطفل، فإنها تتميز بطابعها التحفظي وكذا الاستعجالي، لوجود هذا الطفل في وضعية حرجة تتمثل في نقله من مكانه الأصلي والطبيعي إلى مكان آخر لهذا شددت اتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980 على ضرورة تدخل السلطات القضائية واتخاذ مختلف المساطر الاستعجالية وتحريك الدعوى العمومية في هذا الصدد يحصل إما بطلب من السلطة المركزية أو من قبل الشخص المعني بالأمر، وهو ما أكدته المادة 22 من الاتفاقية المغربية الفرنسية في فقرتها الأولى، والتي جاء فيها: "يجب على السلطات المركزية أن ترفع في أقصر الآجال إلى السلطة القضائية المختصة، عن طريق النيابة العامة لدى هذه المحاكم، وهي تبت في المادة المدنية، طلبا يتعلق إما بمنح القوة التنفيذية في الدولة المطلوبة للأحكام القابلة للتنفيذ في الدولة الطالبة أو للبت في تسليم الطفل"، وكذا المادة 4 من الاتفاقية المغربية الإسبانية في فقرتها الثانية، والتي جاء فيها : "2- تتخذ السلطة المركزية مباشرة أو بواسطة النيابة العامة أو محامي الدولة أو تعمل على اتخاذ كل إجراء مناسب من أجل:.... ز) إقامة دعوى قضائية أو إرادية – عند الاقتضاء – بواسطة النيابة العامة أو محامي الدولة أمام المحكمة المختصة ترمي إلى إرجاع الطفل.."، وتبث المحكمة في طلب الإرجاع الفوري للطفل قبل أي طلب.

وإيمانا بما لعنصر الزمن من دور كبير في التصدي لظاهرة النقل غير المشروع للطفل، فقد شددت اتفاقية لاهاي لسنة 1980 على ضرورة اتخاذ السلطات القضائية والإدارية للدولة المطلوبة للمساطر الاستعجالية في مادتها الثانية والحادية عشر، فالمادة 2 من الاتفاقية تنص على أنه: " تتخذ الدول المتعاقدة كافة الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ الاتفاقية داخل حدودها، وتستخدم من أجل تحقيق ذلك أكثر الوسائل المتاحة"، أما المادة 11 فقد أكدت فقرتها الأولى على أنه: " تتخذ السلطات القضائية أو الإدارية في الدولة المتعاقدة إجراءات قضائية عاجلة لإعادة الأطفال"، والنظر والبت بشكل استعجالي في دعوى الإرجاع الفوري للطفل منصوص عليه حتى في الاتفاقيات الثنائية كما هو الشأن بالنسبة للمادة 23 من الاتفاقية المغربية الفرنسية التي نصت فق فقرتها الأولى على أنه: " يجب على السلطة القضائية للدولتين التي أحيل إليها الطلب أن تبت فيه باستعجال "، كما أن المادة 7 من الاتفاقية المغربية الإسبانية ألزمت فيها الدولتان السلطة القضائية بضرورة إصدار الأمر بإرجاع الطفل فورا متى ثبت أن الطفل قد نقل بشكل غير مشروع، إذ جاء في فقرتها الأولى: " يعتبر نقل طفل من تراب دولة متعاقدة (الدولة الطالبة) إلى تراب الدولة المتعاقدة الأخرى (الدولة المطلوبة) غير مشروع وتأمر السلطة القضائية عندئذ بإرجاعه فورا "، فهذا المصطلح الأخير يوحي بأن الأمر استعجالي ويستدعي التدخل بسرعة.

كما أن اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980 أوردت أجلا على السلطات القضائية الالتزام به والبت في قضايا النقل غير المشروع داخله، وهو حسب المادة 11 هو ستة أسابيع من تاريخ بدء الإجراءات، إذ إنه في حالة عدم التوصل إلى قرار أو أي تأخير بعد ذلك يعطي الحق لمقدم الطلب أو للسلطة المركزية للدولة المقدم إليها الطلب بناء على مبادرتها الخاصة أو طلب السلطة المركزية للدولة مقدمة الطلب، المطالبة ببيان أسباب التأخير، وأي رد تتلقى به السلطة المركزية المقدم إليها الطلب فإن عليها إرساله إلى السلطة المركزية للدولة مقدمة الطلب أو لمقدم الطلب ذاته، هذا ما نصت عليه المادة 23 والتي جاء فيها: " يجب على السلطة القضائية للدولتين التي أحيل إليها الطلب أن تبت فيه استعجالا ويجب على السلطة المركزية للدولة المطلوبة إذا لم يقع البت داخل أجل ستة أسابيع ابتداء من تاريخ الإحالة أن تشعر السلطة المركزية للدولة الطالبة بالمرحلة التي وصلت إليها القضية ".

كما أن الوعي لدى الأشخاص بخطورة ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال قد يدفعهم أحيانا إلى اللجوء إلى المحاكم الدولية وليس المحاكم الوطنية، خاصة إذا تعسفت هذه الأخيرة في الاستجابة لطلبهم، وهو بالفعل ما حصل، إذ في قضية لجأت فيها أم متضررة إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان واستجيب لطلبها، بعدما تعسفت رومانيا ولم تعمل على تنفيذ الحكم الصادر من القضاء الفرنسي والذي يلزم الأب بإرجاع الأطفال المنقولين بشكل غير مشروع إلى فرنسا استنادا على مقتضيات اتفاقية لاهاي لسنة 1980.

والمغرب بعض انضمامه لاتفاقية لاهاي نجد أنه بادر إلى تطبيق هذه الاتفاقية، كما هو الشأن بالنسبة للأمر الاستعجالي الذي صدر عن المحكمة الابتدائية بمكناس الذي أمر المدعى عليه بإرجاع البنتين إلى مكان إقامتهما الاعتيادية إذ جاء في إحدى حيثياته أمه: "حيث تهدف المدعية من طلبها الحكم على زوجها المدعى عليه بتسليمها لبنتيها منه....، وحيث استندت في طلبها على كون المدعى عليه قام باختطافهما من الديار الفرنسية وأتى بهما إلى المغرب، وحيث لا نزاع بين الطرفين على كون بيت الزوجية يوجد بمقر إقامتهما بفرنسا، وحيث الثابت من ظاهر وثائق الملف وسيما من الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية الكبرى بسان يريوك بفرنسا بتاريخ 8 مارس 2011 الذي يعتبر حجة للإثبات دون حاجة تذييله بالصيغة التنفيذية طبقا للفقرة الثانية من المادة 418 من قانون الالتزامات والعقود – على أنه تم تحديد مقر إقامة البنتين.... و..... مع أمهما المدعية بمدينة بليران بفرنسا.... وحيث إن المدعى عليه لا ينازع في واقعة تسفيرهما من فرنسا إلى المغرب فهو يعتبر في حكم المقر بذلك.

وحيث تنص المادة 3 من اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980 الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل المصادق عليها من طرف المغرب على أنه:" يعتبر نقل الطفل... عملا غير مشروع في الأحوال التالية: - عندما يكون في ذلك انتهاكا لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسسة أو هيئة سواء بصورة مشتركة أو فردية، والتي ينص عليها قانون الدولة التي كان الطفل يقيم بها بصفة اعتيادية قبل نقله...، وحيث إن نقل المدعى عليه لبنتيه من مقر إقامتهما الاعتيادية لفرنسا إلى المغرب انتهاكا لما قرره الحكم القضائي أعلاه، ليعتبر اختطافا في مدلول اتفاقية لاهاي المذكورة، ... نأمر المدعى عليه... بتسليم البنتين... إلى أمهما مع تحميله الصائر والتصريح بالنفاذ المعجل مقرر بقوة القانون " (أمر استعجالي صادر عن محكمة الابتدائية بمكناس عدد 385/2011 في ملف عدد 2011/8/74 بتاريخ 2011/05/10)

الفقرة الثانية: القيود الواردة على عمل السلطات القضائية بشأن إرجاع الطفل

لقد خولت اتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980 بمقتضى مادتيها 12 – 13 للسلطة القضائية إمكانية رفض طلب الإرجاع، ويتعلق الأمر أولا بمرور مدة سنة على واقعة النقل غير المشروع، متى قدمت البراهين على أن الطفل مستقر في بيئته الجديدة، وثانيا بإثبات الخاطف – الذي يعارض أمر إعادة الطفل – أن الحاضن لم يكن يمارس حقوق الحضانة بصفة فعلية أو إثبات أن إعادة الطفل إلى محل إقامته الاعتيادية سيشكل مخاطر جسيمة قد تعرضه للأذى الجسدي أو النفسي أو وجوده في وضع لا يطاق، وثالثا إذا رأت السلطات القضائية أو الإرادية أن الطفل برفض إعادته وأنه قد بلغ من العمر والرشد الدرجة التي تسمح بالأخذ بوجهة نظره، وفي جميع الأحوال فعلى السلطات القضائية والإدارية الأخذ بعين الاعتبار كل المعلومات المرتبطة بالخلفية الاجتماعية للطفل

في هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى عدم الاعتداد بطلب الأب الكرواتي الجنسية الرامي إلى الإرجاع الفوري للطفل المنقول نقلا غير مشروع من طرف أمه الفرنسية، استنادا إلى المادة 13 من اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980 على أساس أن الأب لم يكن يقوم بواجبات الحضانة وما يفرضه ذلك من التزامات يومية سواء أكانت مادية أو معنوية، واعتبرت قرار محكمة الاستئناف برفض الرجوع الفوري للطفل إلى ألماني مكان تواجد بيت الزوجية قرارا معللا.

(Cour de Cassation, Chambre Civile 1, N de pourvoi 05-22119 daté 12 décembre 2006 – www.legifrance.Gouv.fr)

وعلى نفس النهج سارت الاتفاقية المغربية الفرنسية حيث أورت حالتين متى تم إثباتها لا يأمر القاضي بإعادة الطفل، وهي تماثل ما أكدته اتفاقية لاهاي ويتعلق الأمر بإثبات أن الحاضن وقت الخرق المثار لم يكن يمارس حضانة الطفل فعليا أو بحسن نية، أو أن تسليم الطفل إلى الحاضن قد يعرض صحته أو سلامته للضرر نتيجة حادث يكتسي خطورة استثنائية وظهرت إماراته منذ تاريخ الحضانة، وتأخذ السلطة القضائية دائما بعين الاعتبار عند تقرير هاتين الحالتين جميع المعلومات التي تدلى بها السلطة المركزية لدولة الإقامة العادية للطفل وخصوصا ما تتعلق بالحالة الاجتماعية والمقتضيات التشريعية المتعلقة بحق الحضانة في هذه الدولة.

كما أن الاتفاقية المغربية الاسبانية هي أيضا جاءت باستثناءات تبيح للسلطات القضائية للدولة المطلوبة إمكانية رفض الإرجاع الفوري للطفل وهو ما جاء في مادتيها 8 و 9، وإن كان البعض منها يختلف تماما عما هو منصوص عليه في اتفاقية لاهاي لسنة 1980، فقد ميزت بين حالتين وأفردت لكل حالة أسباب معينة، ومعيار هذا التمييز كان هو عنصر الزمن، إذ إنه إذا قدم لكل حالة أسباب معينة، ومعيار هذا التمييز كان هو عنصر الزمن، إذ إنه إذا قدم طلب الإرجاع للسلطة المركزية لإحدى الدولتين المتعاقدين داخل أجل ستة أشهر فإن ما جاء في المادة 8 هو الواجب العمل به، أما إذا كان هذا الطلب قد تم تقديمه بعد انصرام هذا الأجل فإن أسباب الرفض التي جاءت بها المادة 9 هي الواجبة

التطبيق فهذا الأجل المنصوص عليه في هاتين المادتين يطابق ذلك الوارد في المادة 8 من اتفاقية لوكسمبورغ لـ 20 ماي 1980.

خاتمة:

إن مشاكل الحضانة في الزواج المختلط لا تقف عند حد بيان القانون الذي سيحكمها، بل إن الأمر يزداد حدة من الناحية العملية حتى بعد تحديد هذا القانون، وذلك بنقل الأطفال نقلا غير مشروع عبر الحدود الدولية من طرف أحد الأبوين، مستغلا بذلك حق الزيارة الممنوحة له وضدا على حق الحضانة الممنوح للطرف الآخر، إذ يصبح الطفل وسيلة للابتزاز في يد أحد الأبوين وضحية الازدواجية المرجعية، الأمر الذي دفع بالمنتظم الدولي إلى تكثيف الجهود من أجل الحد من آثار هذا النقل وذلك بواسطة الاتفاقيات الدولية سواء الثنائية منها أو المتعددة الأطراف من أجل مواجهة هذه الظاهرة.

النتائج:

ختاما لما توصلنا إليه وعلى غرار ما تطرقنا إليه في بحثنا فمن النتائج التي توصلنا إليها هو:

- إشكالية الحضانة الناتجة عن الزيجات المختلطة تتعدى مسألة التأرجح بين اعتماد ضابط إسناد دون الآخر لتصل إلى ما بات يعرف بظاهرة النقل غير مشروع للأطفال، حيث يعمد الشخص المحروم من حق الحضانة إلى استغلال حقه في الزيارة من أجل ترحيل الطفل عبر الحدود الدولية، وهو فعل على درجة كبيرة من الخطورة، لما فيه من حرمان للطرف الآخر من ممارسة حقه في الحضانة، وهو ما أثار استنكار كافة الدول فعمدت إلى مكافحة هذه الظاهرة من خلال التعاون الدولي في مجال رعاية الأطفال وحمايتهم والذي ترتبت عنه إبرام جملة من الاتفاقيات متعددة الأطراف، وتؤكد جميعها ضرورة التصدي لظاهرة النقل غير المشروع.
- تعتبر الاتفاقية المغربية الإسبانية لبنة أساسية في تنظيم العلاقات بين الدولتين بشأن المواضيع التي تناولتها، ولكن حسن تطبيقها واحترام ثقافة واعتقادات كل طرف وحسن المعاملة بينهما، كما يتطلب من الجهة الدبلوماسية المشار إليها في المادة 21 من الاتفاقية عقد بروتوكولات إضافية لتذليل الصعوبات التي قد تعترض أحيانا تطبيق الاتفاقية، أما فيما يتعلق بالجانب الديني المرتبط بقضايا الأحوال الشخصية، فإن القضاء قد أكد احترامه لقوانين الأحوال الشخصية للأجانب غير المسلمين، وتطبيقها عليهم كما تطبق في بلادهم، وذلك تطبيقا لمبادئ الشريعة الإسلامية وكان هذا قبل صدور ظهير 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للأجانب بالمغرب، ونتمنى أن تعطى لهذا الجانب أهميته من طرف القضاء الإسباني بالنسبة للمغاربة المسلمين، بحيث يتم احترام قانون أحوالهم الشخصية في كل ما يتعلق به من حضانة الأطفال وزيارتهم ورعايتهم، وينبغي للأعوان الدبلوماسيين والقناصلة المغاربة أن يساعدوا في حل النزاعات التي يمكن أن تقع، ولكن عدم تطبيق الاتفاقية بصورة متكافئة بدعوى معارضتها لاتفاقية إقليمية أو دولية سيفرغها من محتواها وسيجعل مواطني البلدين في وضعية تتسم بعدم التكافؤ.
- عدم قدرة القوانين الوطنية وحتى الجنائية على توفير حماية كافية للمحضون مما دفع بالمشرع إلى إبرام اتفاقيات دولية كسبيل لإيجاد حلول مناسبة لمواجهة هذه الظاهرة.
- المشرع المغربي بذل مجهودا للحد من استفحال ظاهرة النقل غير المشروع للمحضون، إلا أن ما يمكن ملاحظته أنها في تزايد مستمر مما يدفع إلى تفعيل القوانين والاتفاقيات على أرض الواقع تجنبا لتكرار تلك الجرائم بحيث تشمل جميع الدول، وهذا التفعيل يكون عن طريق إعادة النظر في مختلف الأحكام التشريعية من أجل تحقيق التفعيل الأحسن والأمثل لضمان توفير حماية كافية للمحضون.
- يزداد المشكل تعقيدا عندما تُستعمل الحدود كسلاح من طرف أحد الأبوين؛ وهو ما يكون في الغالب نتيجة تصرف نابع عن فرض الأمر الواقع، أو شطط للسلطة وخرق للحقوق، الذي يترجم من خلال نقل الطفل أو احتجازه

بشكل غير مشروع خارج حدود الدولة التي كان يعيش فيها بصفة اعتيادية، وكذا عن طريق الحرمان الكلي والنهائي من حق الزيارة والاتصال.

- تعتبر الاتفاقية المغربية الإسبانية لبنة أساسية في تنظيم العلاقات بين الدولتين بشأن المواضيع التي تناولتها، ولكن حسن تطبيقها يتطلب إبداء ما يقتضيه الأمر من التسامح واحترام ثقافة واعتقادات كل طرف وحسن المعاملة بينهما، كما يتطلب من الجهة الدبلوماسية المشار إليها في المادة 21 من الاتفاقية عقد بروتوكولات إضافية لتذليل الصعوبات التي قد تعترض أحيانا تطبيق الاتفاقية.
- إذا كانت الاتفاقية الثنائية لها أهمية كبيرة في حل مختلف المشاكل الناجمة عن النقل غير المشروع للأطفال فإن الانضمام للاتفاقيات المتعددة الأطراف وخاصة اتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980 المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال يعتبر من الأمور التي تعزز الحماية التشريعية للطفل على المستوى الدولي والتي قد تحقق الإرجاع الفوري للطفل لمكان إقامته الاعتيادية، فانضمام المغرب لاتفاقية لاهاي يبين عن حق مدى رغبته في توطيد أواصر التعاون وتكتيف الجهود بين الدول للحد من استفحال ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال ومن تم تحقيق الحماية للأطفال من كل الآثار الضارة لاختطافهم أو لاحتجازهم خارج الحدود الدولية عن طريق اعتماد إجراءات سريعة تمكن من عودتهم.
- على الرغم من وجود القوانين الداخلية والاتفاقيات والمواثيق الدولية المصادق عليها من طرف المغرب، التي تتصدى لظاهرة اختطاف الأطفال، إلا أن الملاحظ أن هذه الجرائم في حالة تصاعد في ارتباط بالجريمة الدولية، يمكن إيعاز ذلك إلى التساهل الذي يلاقيه مرتكبو تلك الجرائم، ما يساهم في تكرارها.

خلاصة القول؛ إنه مهما وفرت التشريعات من حماية للمحضون إلا أنها غير كافية نظرا لعدم وجود التطبيق الفعلي لتلك القوانين والاتفاقيات، فمهما حاولنا توفير مصلحة المحضون إلا أن تلك الظاهرة ما زالت تتفاقم، لذا لا بد من التطبيق على أرض الواقع لأنه لا جدوى من إبرامها دون تنفيذها.

الاقتراحات:

نخلص إلى تقديم بغض الاقتراحات التي تكتسي أهمية بالغة، في سبيل إيجاد إطار وطني ملائم للتعامل بشكل أفضل مع هذا النوع من القضايا، الذي يستوجب استحضار الالتزامات الدولية للمغرب، والرغبة في حماية ضحايا النقل غير المشروع للأطفال على المستوى الدولي، مع ما يطرح ذلك من تحديات كبرى:

- توعية الأسر ضحايا النقل غير المشروع للأطفال بالدور الهام الذي تلعبه السلطات المركزية ومدى إسهامها في تحقيق الإرجاع الفوري للطفل.
- فرض رقابة صارمة على مختلف الحدود الدولية لفحص وثائق السفر، مع استخدام التكنولوجيا الحديثة لضمان رقابة أشد صرامة لوضع حد للنقل غير المشروع للأطفال.
- إلزام الحصول على موافقة كلا الوالدين قبل إصدار وثائق السفر الخاصة بالأطفال
- العمل على إيجاد قضاء متخصص في مجال النقل غير مشروع للأطفال
- إلغاء الشرط الوارد بالمادة السابعة من الاتفاقية المغربية الإسبانية والذي يقضي بأن يكون المقرر القضائي قابلا للتنفيذ حتى يتأتى بالتالي تحريك مسطرة الأمر بالإرجاع لأنه شرط لا يتلاءم وهذه الطلبات الاستعجالية بحسب طبيعتها.
- المصادقة على الاتفاقية المغربية البلجيكية حتى يتأتى تحقيق الاستقرار للطفل بشكل أكبر، والتعجيل بإبرام الاتفاقيات مع باقي الدول التي لا توجد هناك اتفاقية بينهما وبين المغرب

- حث واضعو الاتفاقيات الدولية بشأن التصدي للنقل غير المشروع للأطفال على تحديد مفهوم الإقامة الاعتيادية الذي يشكل عنصرا مهما في تحديد معنى النقل غير المشروع للأطفال.
- ضرورة التفعيل الصحيح للقوانين الداخلية والاتفاقيات والمواثيق الدولية المصادق عليها من طرف المغرب، التي تتصدى لظاهرة اختطاف الأطفال على أرض الواقع، وعدم محاباة الجناة مهما كانت وضعيتهم الاعتبارية التي أضحت تشكل حماية لبعضهم من المتابعة وتشجع على تنامي هذا النوع من الجرائم.

قائمة المراجع:

- Barriere-brousse, I. (1996.). L'enfant et les conventions internationales journal de droit international (clunet) 4.
- Batiffol, H. (1981). La quatorzième Session de la Conférence de la Haye de droit international privé. Privé: Revue critique de droit international.
- Centre de droit de la famille .(2004) .Conflit familial déplacements d'enfant et coopération judiciaire en Europe .Les enlèvement d'enfants A travers les frontières 20 ،et 21 Novembre 2003: Acte du Colloque organisé par le centre de droit de la famille Lyon.
- Gannagé, Léna. (2003). Les Déplacements illicites d'enfanteur entre et Etatte arabes dus pour tout méditerranée. tunis les 12-13 et 14 décrmbre 2002: Acualités juridique Tinisiennes N°16.
- Georges A-L Dros. (1973). La Protection des mineurs en droit international privés L'entrée Vigueur de la Convention de la haye dus octobre du 5 octobre 1961. N° 3: Journal du droit international.
- Gosseline, C. (n 7 Aout 2002). Enlèvement d'enfants et droit de visite Transfrontière : Conventions bilatérales et Etats de tradition Islamique. Conférence de la Haye de droit international privé document préliminaire.
- Horatia Muiret Bertrand Ance .(بلا تاريخ) .Note sur l'arrêt de la Cour Suprême du Canadel, 26 janvier .1994Revue Critique de la droit intertional privé.(2) 84
- Louis Chatin) .Séance du 12 Mai 1982 .(Les conflits relatifs à la garde des enfante et au droit de visite en droit international privé .Travaux du comité français de droit international privé :Publication du ministère de la Justice.
- manéger, F. (1991). Les enlévéments internationaux des enfants (ou comment permetre à un enfant de conserver les relations avec ses deux parents). juris chasseur périodique - N 32.
- Mohammed Zerouali, e. A. (13 – 14 et 15 mars 2002). Enlèvement parentaux internationaux d'enfants . Revue marocaine d'études internationales: Le mariage mixte dans les relations euromaghrébines, Actes du Colloque international des .
- Ngabonziza, D. (1995). los derechos de guarda y visita la sustraccion de menorss los micanismas de prevencion. revista de infancia y sociedad n 33.

- Sturlese, B. (1994). Soustraction internationale de mineurs et droit conventionel de l'entraide Judiciaire civile . juris- classeurs de droit international, Fsc 549.

- أحمد الورفلي. الزواج المختلط ومصلحة المحضون. العدد 1 يناير 2002. مجلة القضاء والتشريع.
- أحمد الورفلي. الزواج المختلط ومصلحة المحضون. العدد الأول. مجلة القضاء والتشريع.
- إدريس الفاخوري. (الطبعة الأولى 2003). مدخل لدراسة مناهج العلوم القانونية وجدة. وجدة: دار النشر الجسور.
- الفاخوري إدريس. (العدد 32 - 2016). النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة. المغرب: منشورات مجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية (2020).
- خالد برجاوي. (الطبعة الثانية 2001). قانون الطلاق بالمغرب بين مدونة الأحوال الشخصية والجدل حول التغيير. سلسلة دليل قانون الأسرة بالمغرب: دار القلم للطباعة.
- صلاح الدين جمال الدين. (الطبعة الأولى 2004). مشكلات حضانة الأطفال في الزواج الأجانب – دراسة مقارنة. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- طارق المغربي. (2011/2009). الحضانة ومراعاة المصلحة الفضلى على ضوء العمل القضائي. الرباط: المعهد العالي للقضاء.
- عادل أزرقان. (2004/2005). النقل غير المشروع للأطفال - دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص، الاتفاقية المغربية الإسبانية نموذدا.
- عبد العزيز مخيمر عبد الهادي. (الطبعة الأولى 1997). حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي - دراسة مقارنة. الكويت: مطبوعات جامعة الكويت.
- فاطمة الزهراء أرباح. (السنة الجامعية 2009/2010). آليات التعاون القضائي الدولي في المادة الجزائية بين التشريع الوطني والاتفاقيات الدولية. وجدة: بحث نهاية التكوين في ماستر القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول.
- محمد النجاري. بعض الإشكالات التي تطرحها مدونة الأسرة المستوى التطبيقي. مقال منشور بمجلة محكمة.
- محمد الوهابي. (السنة الجامعية 2007/ 2006). طلاق المغاربة أمام القضاء الأوروبي - إشكاليات النطق وآفاق التنفيذ. تأليف طلاق المغاربة أمام القضاء الأوروبي - إشكاليات النطق وآفاق التنفيذ (صفحة ص 120). طنجة: كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية .
- منتصر سعيد حمودة. (الطبعة الأولى 2007). حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام الإسلامي الطبعة الأولى 2002. مصر: دار الجامعة الجديدة.
- نعيمة البالي. (2003/2002). ملائمة التشريع المغربي لاتفاقية حقوق الطفل. شعبة القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة محمد الأول- وجدة، 41-42.
- وردة غزال. (العدد 13 دجنبر 2017). الصعوبات القانونية والواقعية للحضانة. المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، صفحة 73.

- وسيم حسام الدين الأحمد. (الطبعة الأولى 2009). حماية حقوق الطفل في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية. القاهرة - مصر: منشورات الحلبي الحقوقية.

زواج المسلم بغير المسلمة أحكامه وضوابطه الشرعية في الفقه الإسلامي

Marriage of a Muslim to a non-Muslim woman - its legal provisions and controls in Islamic jurisprudence

د. لبيض بوبكر، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر
د. بوداوي كريم، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، ألجزائر
Dr. Labaid Boubaker,University of Amar Thliji, Laghouat, Algeria
Dr. Boudaoui Karim, Amar Thliji University, Laghouat, Algeria

الملخص:

يهدف هذا البحث إلى معرفة حكم زواج المسلم من غير المسلمة في الفقه الإسلامي عبر مذاهبه الأربعة، حيث تجلى لنا وبشكل واضح جدا أن الشريعة الإسلامية تفرق بين المرأة الكتابية يهودية أو نصرانية، وبين غيرها من النساء الداخلات في أديان أخرى مثل البوذية وعبدة الأصنام والبقر، حيث أباحت الشريعة الإسلامية مع الكراهة زواج المسلم بالكتابية اليهودية أو النصرانية وفقا لشروط وضوابط معينة.

ومن أجل الوصول إلى هاته النتيجة البحثية الأساسية فقد استخدمنا المنهج الوصفي التحليلي في كونه يساعد على في فهم المسألة الفقهية من كل وجوهها المحتملة كما استخدمنا المنهج المقارن لمعرفة أكثر الأقوال دقة ورجحانا من غيرها من الأقوال، ليتبين لنا أن الشريعة الإسلامية لا تطلق حكما شرعيا إلا ويحمل من ورائه عدة مقاصد ومصالح تحمي الفرد والمجتمع على حد سواء.

الكلمات المفتاحية: الزواج المختلط، المسلم، غير المسلمة، الكتابية.

Abstract:

This research aims to know the ruling on the marriage of a Muslim to a non-Muslim in Islamic jurisprudence through its four schools, where it became clear to us very clearly that Islamic law differentiates between Jewish or Christian biblical women, and between other women involved in other religions such as Buddhism, idol-worshippers and cows, where Islamic law with hatred allowed Muslim marriage in Jewish or Christian biblical according to certain conditions and controls.

In order to reach this basic research result, we have used the descriptive analytical approach in that it helps to understand the jurisprudential issue in all its possible aspects, and we have also used the comparative approach to know the most accurate and likely statements than other sayings, to show us that Islamic law does not launch a legal ruling unless it carries behind it several purposes and interests that protect the individual and society alike.

Key words: Mixed marriage, Muslim, non-Muslim, biblical

مقدمة:

لا شك في أن الأسرة هي الوضع الفطري الذي ارتضاه الله تعالى لحياة الناس منذ فجر الخليقة وفضله لهم، ونظرا لأهمية هذا الأمر وهاته القاعدة في تكوين النظام الاجتماعي ربطها الإسلام بجاذبية الفطرة بين الجنسين، حيث أودع في كل طرف رغبة ملحة للطرف الآخر لتحقيق المودة والسكينة التي يبحث عنها كل منهما لدى الآخر، وما ذاك إلّا لتتجه إلى إقامة الأسرة القوية وتكوين البيت الصالح الذي يتكون من مجموعهما المجتمع الصالح والدولة الآمنة القوية. حيث إن النظام الإسلامي يجعل الأسرة هي العمود الفقري الذي يقوم عليه المجتمع الإسلامي، وعلى هذا الأساس فقد أحاطها الإسلام برعايةٍ عظيمةٍ في كل مراحل تكوينها، وقد استغرق تنظيمها وحمايتها وتطهيرها من فوضى الجاهلية جهدًا كبيرًا، وأحاطها كذلك بكلِّ المقومات اللازمة لإقامة هذه القاعدة الأساسية الكبرى للمجتمع المسلم.

والأصل أن الإنسان يتزوج بمن يستطيع التوافق معه من كل النواحي الاجتماعية والدينية والنفسية والاقتصادية، ولهذا كانت الكفاءة بين الطرفين أمرا مطلوبا ومحببا من أجل نجاح هاته العلاقة التي قدسها الإسلام وجعل الرباط بين الزوجين من أكثر المواثيق أهمية.

ولكن هذا الأصل العام لا يعد قاعدة لا يمكن الخروج عنها إذ قد تحدث ظروف وتتغير معايير معينة تجعل الإنسان وتدفعه إلى ضرورة التوافق مع متغيرات الحياة، ومن بينها تواجد المسلم في بلاد غير إسلامية وفيها الكثير من الناس الذين يدينون بغير الإسلام، فهل ينبغي على المسلم ألا يختلط بهم ولا يعاشرهم ولا يجاورهم؟ وهنا نجد أن الإسلام قد أقام أسسا متينة للتعامل بين البشر، فالناس جميعا إخوة مهما اختلفت أديانهم ولغاتهم وألوانهم، وقد خلق الله الناس من أب واحد وجعلنا شعوبا وقبائل لنتعارف ونتعاون، ولو كان الناس لا يتعاونون ولا يتعايشون إلا إذا اتحدت دياناتهم لما استطعنا أن نعمر الأرض ولحصل اختلال في ميزان الاجتماع البشري والعمراني.

والدين الإسلامي يعتبر الزواج من أهم المنظومات الاجتماعية لكونه يمثل الجسر المؤسس لنواة الأسرة الأولى ولهذا وضع تشريعات تحدد فيها واجبات وحقوق كل فرد من أفراد هاته الأسرة

تأسيسا على كل ما سبق نجد أن الشريعة الإسلامية بكل ما وضعته من قوانين وقواعد للتعامل مع الآخر مسلما كان أم غير مسلم، والدين الإسلامي بكل ما أسس من مبادئ عليا وأخلاق سامية بشكل عام، ولكننا عند الولوج في موضوع الأسرة والزواج المختلط بالذات نجد الشريعة الإسلامية انطلاقا من الأصلين كتابا وسنة قد اهتمت بمسألة الزواج المختلط اهتماما كبيرا جدا، فنزلت من أجله نصوص قرآنية خالدة وواضحة في المعنى وفي الدلالة والحكم على مثل هاته المسائل مثل زواج المسلم بغير المسلمة وزواج المسلمة بغير المسلم.... الخ

وقد فصلت النصوص القرآنية في هذه المسائل بما لا يدع مجالا للشك في أن هاته المسائل والوقائع لها من التداعيات ومن المصالح ما تؤثر في الحكم عليها على أجيال كثيرة ومتعاقبة هذا من جهة، ومن جهة أخرى في كون هذا الدين يعد دينا خاتما للأديان وعالمي التوجه لذلك فتح المجال أمام الأديان السماوية

ليتعارف الناس على بعضهم ولعل بعض من أهل الكتاب من اليهود أو النصارى يتعرفون عن قرب للدين الصحيح الخاتم لكل الأديان فيهتدوا بسبب نظامه وتشريعاته حول الأسرة وحول حقوق المرأة والزوجة.

أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية هذا البحث في كونه يدرس مسألة من أهم مسائل الزواج المختلط وهي مسألة زواج المسلم بغير المسلمة، حيث يبين أحكام هذا الزواج وصوره الجائز منها وغير الجائز مع بيان الضوابط والشروط الشرعية المتفق عليها بين الفقهاء والمدارس الفقهية.

إشكالية البحث:

إذا كان الزواج يعد أحد أهم الروابط الاجتماعية في الدين الإسلامي حيث حددت الشريعة حقوق وواجبات كل زوج من أجل تنظيم أسري شامل وفعال، وإذا كان الإسلام يعد الدين الأكثر انفتاحا على الآخر وتقبلا له وترحيبا به فهل يجوز في الشريعة الإسلامية أن يتزوج المسلم من غير المسلمة بشكل مطلق أم أن هناك أنواعا من غير المسلمات لا يجوز الارتباط بهن برباط الزوجية؟ وهل يجوز أن للمسلم أن ينكح كتابية مطلقا؟ أم أن هناك شروطا وضوابط لابد من توافرها للقول بصحة هذا الزواج؟

منهج البحث:

من أجل تحرير هاته المسألة العلمية وضبط صورها وبيان أحكامها استدعت منا كتابتها وفقا للمناهج العلمية التالية:

أولا المنهج الوصفي التحليلي: حيث قمنا بوصف كل مسألة فقهية وتحليلها تحليلا فقهيا وعرض أقوال الفقهاء وتحليلها ومحاولة البحث في المقصد الشرعي وراء تلكم الأقوال

ثانيا المنهج المقارن: وذلك عبر عرض كل قول ومقارنته بالقول الآخر مع بيان المدرسة الفقهية التي ينتمي إليها كل اتجاه وقول مع محاولة بيان الراجح من هاته الأقوال قدر المستطاع.

ويجب أن أشير إلى أنني قد اعتمدت على كتب التفاسير كثيرا كتفسير الجصاص وتفسير الطبري وابن كثير والتفسير المنير للدكتور وهبة الزحيلي ، لأن أصل هاته المسألة آيات قرآنية نزلت حول مسألة زواج المسلم بغير المسلمة ، وعلى هذا الأساس فقد جاء هذا المقال البحثي على النحو التالي:

أولا: حكم زواج المسلم بغير الكتابية

يطلق على لفظ الكتابية مصطلح المشركة أيضا والمقصود بها من كانت تتبع ديانة غير اليهودية والنصرانية كالهندوسية والبوذية والكنفوشية وغيرها من الديانات (عبد اللطيف بن الخطيب: 1964، ص41-42) وعلماء الشريعة يجمعون هنا على أن هذا النوع من الزواج غير جائز، ولهذا قال أبو حيان الأندلسي:" وأجمعوا على تحريم نكاح الأمة الكافرة غير الكتابية: كالمجوسية، والوثنية، وغيرهما" (أبو حيان الأندلسي:2001، ص230). وسنورد الأدلة العلمية على هذا الحكم على النحو التالي:

1- من القرآن الكريم:

قوله تعالى: " ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن" (البقرة: آية 221) فقد ذكر الله –عز وجل- تحريم نكاح المشركات في سورة البقرة، ثم نسخ منها نساء أهل الكتاب فأحلهن في سورة المائدة فصارت الآية عامة في ظاهرها وخاصة في باطنها (الطبري:2000، ص 365).

2- من الإجماع:

لقد نص كثير من الفقهاء على حكاية الإجماع في هاته المسألة فقد ذكر الكمال بن الهمام في فتح القدير أن هاته المسألة مجمع عليها فهي ثابتة بالإجماع والنص، وهو ما نص عليه أيضا بن رشد المالكي حيث قال:" واتفقوا على أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح الوثنية" (ابن رشد: 1995: ص 36).

وهناك الكثير من النصوص الفقهية التي تؤكد على هذا الحكم وتدلل على عدم مشروعية هذا الزواج حتى قال أبو زهرة:" اتفق الفقهاء على المسلم لا يجوز له أن يتزوج من لا تدين بدين سماوي" (أبو زهرة: 1950، ص99). ولا شك أن هذا التحريم ينطوي على تحقيق مقصدين اثنين:

المقصد الأول: المفاصلة بين عباد الله المؤمنين وغيرهم في تكوين نواة الأمة الأساسية وهي الأسرة، وهنا يتبين لنا مدى مقصدية تكوين الأسرة وحماية مصالحها في الشريعة الإسلامية.

المقصد الثاني: تأكيد فكرة الولاء بين المسلمين وتقويته في أساس الأمة.

ثانيا: حكم زواج المسلم بالكتابية

لقد جاء الإذن بحل طعام أهل الكتاب ونسائهم للمسلمين، على وجه الخصوص في قوله تعالى: "اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي أخدان ومن يكفر بالإيمان فقد حبط عمله وهو في الآخرة من الخاسرين " (المائدة: الآية 5).

والفقهاء يقسمون ينظرون للكثير من الأحكام الفقهية من عدة حيثيات ومن بينها جهة دار الإسلام ودار الحرب وعلى أساس هذه الحيثية يوقعون الحكم الفقهي فدار الإسلام هي تلكم الدار والبلاد التي ترتفع فيها راية الإسلام، ويقام بها هذا الدين، وتنفذ فيها أحكامه الشرعية، أما دار وبلاد الحرب فهي التي يكون في حرب دائمة مع المسلمين (الأحمدي: 2004، ص 331-332). وعلى هذا الأساس فإننا سنقسم هاته المسألة الفقهية إلى القسمين التاليين:

1. زواج المسلم بالكتابية في دارالإسلام:

نص جمهور الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة على جواز نكاح المسلم للكتابية (أبو زهرة: 1950، ص 101) لكنهم قالوا بأن هذا العقد هو خلاف الأولى بمعنى أنه جائز مع الكراهة التنزيهية ولهذا قال ابن

عابدين:" وصح نكاح كتابية وإن كره تنزيها" (ابن عابدين:1992، ص45)، وقال النفراوي في شرحه للرسالة :" قال خليل بالعطف على المحرم: والكافرة إلا الحرة الكتابية بكره وتأكد بدار الحرب، وإنما كره نكاحها في بلاد المسلمين لأن الزوج ليس له منعها من أكل الخنزير ولا من شرب الخمر ولا من الذهاب إلى الكنيسة، وهذا يؤدي إلى تربية الولد على دينها، وأيضا ربما تموت وهي حامل فتدفن في مقبرة أهل الشرك، والولد الكائن في بطنها محكوم له بالإسلام"(النفراوي: 1997،ص31)، وقال الأنصاري: "نكاح الكتابية ذمية أو حربية مكروه لئلا تفتنه أو ولده " (زكريا الأنصاري، ص 161). ويمكننا أن نبين الأدلة العلمية على قول جمهور الفقهاء على النحو التالي:

أ. من القرآن الكريم:

أول الأدلة وأضحها هو قوله تعالى:" اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم، والمحصنات من المؤمنات، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم، إذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي أخدان " (المائدة: الآية 5)، حيث يرى جمهور الفقهاء أن الآية الكريمة في قوله تعالى:" والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم" في سورة المائدة تحمل احتمالين اثنين من حيث الدلالة فهي إما مخصصة لعموم قوله تعالى في سورة البقرة:" ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن" أو ناسخة لهذا الحكم، أو أن لفظ المشركين هنا لا يتناول أهل الكتاب ولا يعنيهم إطلاقا (سيد سابق: 1977، ص92).

ب. من السنة النبوية:

عن جابر أنه سئل عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية، قال:" تزوجناهن زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أبي وقاص، ونحن لا نكاد نجد المسلمات كثيرا، فلما رجعنا طلقناهن، وقال: لا يرثن مسلما ولا يرثونهن، ونساؤهم لنا حل، ونساؤنا حرام عليهم" (البيهقي: 2003، ص279)، وهذا النص يدل بشكل واضح على أن هذا الزواج وقع للحاجة لذلك قال:" لا نكاد نجد المسلمات" مما يعني أن زواج الكتابية جائز مع الكراهة كما قلنا سابقا.

ت. من المعقول:

هناك عدة احتمالات عقلية تدعوا لجواز هذا النوع من النكاح مع الكراهة في بعض صوره نذكر منها ما يلي:(ابن قدامة: 1985، ص546)

- ربما كانت سببا في فتنته عن دينه وتحوله عن ملته
- قد تفسد هاته الزوجة دين أولاده وتطعمهم الحرام وتسقيهم الخمر
- قد يقال باستحباب نكاحها إذا رجي إسلامها، وقد روي عن عثمان ﷺ أن تزوج من نصرانية فأسلمت وحسن إسلامها (الشربيني: 1994، ص 312).

2. زواج المسلم بالكتابية في دار الحرب:

قلنا سابقا أن النظر التشريعي عند فقهاء المسلمين يعتمد على أصول معينة وحيثيات مختلفة منها حيثية دار الحرب والإسلام، ولهذا السبب اختلف الفقهاء في هذه المسألة وذهبت أنظارهم التشريعية إلى اتجاهين اثنين نبينها كما يلي:

أ. حرمة نكاح الكتابية الحربية:

اشتهر هذا المذهب عن الصحابي الجليل عبد الله بن عمر ﷺ وابن عباس وإبراهيم والنخعي أيضا، وهو رواية عند الحنفية وإحدى الروايتين عند الحنابلة (يسري إبراهيم: 2013، ص 956)، ولهذا قال المرداوي: "قيل يحرم نكاح الحربية مطلقا، وقيل يجوز في دار الإسلام، لا في دار الحرب، وإن اضطر، وهو منصوص كلام أحمد" (الأحمدي: 2004، ص،241)، ويمكننا أن نلخص أدلة هذا الاتجاه على النحو التالي:

- قال تعالى:" قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذيم أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون" (التوبة: الآية 29)، وهذا النص الرباني على قتال أهل الكتاب الحربيين يعني أن هناك أمرا إلزاميا بعدم محبتهم ومودتهم والتقرب إليهم، وبالتالي لا يحل التزوج من نسائهم الحربيات لما في الزواج من معاشرة وألفة ومحبة تقرب بين الطرفين وتنسي المسلم الأمر الإلهي (الجصاص: 1992، ص 326).
- سئل ابن عباس ﷺ عن نكاح الحربية فقال: "من نساء أهل الكتاب من يحل لنا، ومنهم من لا يحل لنا، ثم قرأ:" قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله.. "من سورة التوبة قال فمن أعطى الجزية حل لنا نساؤه، ومن لم يعط الجزية لم يحل لنا نساؤه (الطبري: 2001، ص 146).
- المسلم الذي يتزوج من الكتابية الحربية يكون في الغالب مقيما معها في دار الحرب مع أنه مأمور شرعا بالهجرة من دار الحرب الدار التي يقتل في المسلمون ويحاربون من أجل عقيدتهم وهويتهم الدينية، قال تعالى: " ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها" (النساء: الآية 97) والرسول ﷺ يقول:" أنا بريء من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين" (أبوداود: 2009،ص 281)، والبراءة هنا لا تكون إلا على فعل محرم ذلك أن في هذا الزواج تكثير لسواد الكفار الحربيين وتقليل لعدد المسلمين.

ب. جواز نكاح الحربية مع الكراهة:

يكره نكاح الحربية وهو قول جماهير الفقهاء من الحنفية والمالكية والرواية الثانية للحنابلة والشافعية (إبراهيم يسري، ص 990)، وقد ترتفع الكراهة في حالتين اثنتين: الأولى أن يخشى المسلم على نفسه الوقوع في الفاحشة ولا توجد مسلمة في تلك البلاد، والثانية: أن يرجو إسلامها فهنا يرتفع الحكم إلى الندب والسنية (الجويني: 2007، ص 243- 244)، وتتمثل أدلة هذا الاتجاه في:

- قوله تعالى:" والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم " (المائدة: الآية 5) والآية عامة في إباحة نساء أهل الكتاب للمسلمين، حتى قال الجصاص:" وظاهر الآية يقتضي جواز نكاح جميع الذميات والحربيات لشمول الاسم لهن" (الجصاص، ص 326).

- لا شك بأن نكاح الحربية في دار الحرب يؤدي إلى أمور عديدة تستوجب الحكم بكراهته منها: أن التزوج بالحربية يفضي إلى الإقامة معها في دار الحرب وهذا أمر مخالف للشرع بشكل عام، والزوج في دار الحرب ليس قادرا على منع زوجته من أكل لحم الخنزير وشرب الخمر وبالتالي فإن هذا الأمر سيتعدى إلى الأولاد وستفسد تربيتهم (محمد عليش:1989، ص 533)، (الهيتمي: 1983، ص257).

الترجيح بين القولين:

وبعد هذا العرض البسيط لكلا الأقوال وأدلة كل مذهب فإن الراجح من هذين القولين حسب رأيينا هو الكراهة التنزيهية لأن التحريم يحتاج إلى دليل قطعي ولا يوجد هذا الدليل وأما الكراهة فللمفاسد الكثيرة الواقعة من هذا النوع من الزواج.

ثالثا: ضوابط الزواج من الكتابية

انطلاقا من آية المائدة السابقة والتي تعد نصا أصيلا في هذا الباب فقد وضع الفقهاء ضوابط وشروط معينة لتحديد المراد بالكتابية التي جوز الشرع نكاحها نوردها كما يلي:

1. ضابط الإحصان:

نصت آية المائدة على أن الكتابية لا بد أن تكون محصنة حيث وصفتها بالمحصنة دون غيرها من الأوصاف قال تعالى في محكم تنزيله:" والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم "وهو قيد يفهم منه أن غير المحصنة لا يجوز نكاحها والسؤال هنا من هي المحصنة هنا؟ وقد اختلف الفقهاء في تحديد معنى المحصنة على قولين اثنين:

- القول الأول: أن المقصود بالمحصنات هن الحرائر فالإحصان يعني الحرية وهو قول جماهير الفقهاء من الأئمة الأربعة (ابن جزي: 1996، ص223)، (الزحيلي: 1998، ص99)، وهو ما رجحه الإمام الطبري في تفسيره الكبير (الطبري: 2000، ص 581-582)
- القول الثاني: أن المقصود بالمحصنات هن العفيفات عن الزنا وهو قول الحسن من الحنفية وقال الإمام الشعبي (البغوي: 2000، ص 19-20)، وهناك من الأئمة من رأى أنه يمكن الجمع بين هذين القولين لأنه لا يوجد في الحقيقة تناقض كبير بينهما فقال إن المراد بالمحصنة هنا تلكم المرأة الكتابية الحرة والعفيفة عن الزنا في نفس الوقت (ابن كثير:1999، ص 39-40).

2.أن تكون الزوجة فعليا من أهل الكتاب:

لا بد أن تكون زوجة المسلم إما مسلمة أو من أهل الكتاب وأهل الكتاب يراد بهم اليهود أو النصارى، فلا بد أن تكون المرأة على إحدى هاتين الديانتين (ابن قدامة المقدسي: 1985، ص 130)، وهذا يعني ضرورة التوثق من دين الزوجة غير المسلمة هل هي حقا تدين بدين المسيحية أو اليهودية لأن الواقع الحالي ينبئ بوجود الكثير من الديانات الإلحادية في البلاد الغربية مع أن المجتمع الغربي مسيحي أو يهودي بشكله العام لكن الكثير من النساء هن ملحدات أو يعتقدن معتقدات تخالف اليهودية والنصرانية.

3. **أن يتم الزواج وفق الإطار الشرعي لعقد الزواج الصحيح:**

وهو الأمر الذي نصت عليه الآية الكريمة في سورة المائدة عبر لفت النظر إلى حق الكتابية في المهر وضرورة توافر النية الطيبة إلى إقامة وإنشار أسرة وعلاقة إنسانية مستقرة، وضرورة أن تكون هاته العلاقة بعيد تمام البعد عن النزوات البشرية الطارئة قال تعالى في سورة المائدة: "إذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي أخدان"، وهو ما يعني أن الزواج بالكتابية هو نكاح وعقد شرعي وليس من قبيل السفاح أو المخادنة أو ما يسمى اليوم بالمساكنة (القواسمي:2014، ص 77-82).

رابعا: زواج المسلم بالكتابية في الو اقع المعاصر

لقد أباح الله سبحانه لنا الكتابيات دون المشركات لأن الكتابية تؤمن بالألوهية، وتقر بمبدأ الرسالات السماوية، كما أنها تؤمن بالبعث والنشور، فهي تلتقي مع المسلم في ذلك وفي لب الفضائل الاجتماعية، فدوام العشرة متوقَّع فكان هذا الجواز بغرض تألُّفِهم ليعرفوا حقيقة الدين الذي هو أصل دينهم، وإزالة الجفوة والبدع التي دخلت عليهم من باب الدين، والتي تحجبهم عن محاسن الإسلام، فكان في نكاح المسلم إياها رجاء إسلامها، لأنها متى تنبهت إلى حقيقة الأمر رُجي إسلامها، وإن لم تسلم فإنها تعيش ضمن الإسلام من حيث آدابه الاجتماعية وتقاليده العريقة.

1.الزواج من أجل الحصول على الإقامة:

يمكنا أن نسأل حول هذا الزواج إن كان صوريا فقط وقصد من ورائه أن يحصل المسلم على الإقامة في البلاد الغربية أو كان بغيةَ استكمال الإجراءات من غير أن تكون نية لطرفي هذا العقد في استباحة استمتاع كلٍّ منهما بالآخر، فهل يأثم أيٌّ منهما؟ وإذا صنع مسلم راغب في الإقامة هذا العقد مع كتابية، فهل تترتب عليه أحكام ملزمة تجاهها، وتجاه تصرفاتها، ولو أتت بأولاد من غيره سفاحًا، هل ينسبون إليه بسبب ما بينهما من الصلة القانونية؟

لا شك أن في هذا الزواج المدني لأجل الإقامة، أو لأجل الحصول على مصلحة معينة في بلاد الأقليات نازلةٌ مستجدةٌ تُبحث أحكامُها في باب عقود الزواج المستحدثة والآثار المترتبة على مثل هذه العقود.

وسوف نبين حكم هذه الحالة بشكل بسيط من خلال النقاط التالية: (يسري إبراهيم، 984- 990)

- هذا الزواج يحتمل صورا متعددة منها زواج المسلم الذي يريد الإقامة بالمسلمة التي المقيمة زواجا صوريا فقط هي تريد المال منه وهو يريد الأوراق الإدارية من أجل الإقامة، ومنها زواج المسلمة التي تريد الإقامة من غير المسلم المقيم.
- ومنها زواج المسلم غير المقيم من المقيمة الكتابية زواجا صوريا أيضا
- وقد أفتى المجلس الأوروبي للإفتاء بالدنمارك بحرمة الصورة الأولى لكونها تشبه زواج المتعة فهي صورة مطابقة له مع أن كلا الزوجين مسلمين، كما أنه أفتى بحرمة الزواج الثاني لكون المسلمة لا ينكحها إلا مسلم مثلها.

- وأما الصورة الثالثة فقد ورد سؤال إلى اللجنة الدائمة للإفتاء في المملكة العربية السعودية كما يلي: "هل يُسْمَحُ بالزواج من أمريكية مسيحية للحصول على (البطاقة الخضراء) عن طريقها دون معاشرتها، أو الانفراد بها (على الورق فقط) نيتي هي الزواج على النحو المذكور حتى أستطيع زيارة بلد الزوجة ومساعدة والِدَيَّ اللذَين يعيشان في وطني الأصلي، والعمل بالشهادة التي أحملها (برمجة كمبيوتر) وجزاكم الله خيرًا. جاء الجواب على هذا النحو: الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد: لقد عرضنا هذا السؤال على سماحة الشيخ العلامة عبد العزيز بن عبد الله بن باز فأجاب ليس هذا من مقصود النكاح في الشريعة الإسلامية أن يتزوج بغرض الحصول على حق الإقامة، ثم يطلق، والذي يظهر لي عدم الجواز. انتهى"، قد وجه مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا قراره هذا وعلله باشتمال الزواج الصوري على مفاسدَ كثيرةٍ، منها:
- العبث بمقاصد النكاح واتخاذ آيات الله هزوًا.
- كثيرًا ما يتضمن هذا العقد تأقيتًا عند إبرامه وعقده، فينقلب مباشرة إلى نكاح مؤقت فيكون متعة باطلة، لأن عقد النكاح المؤقت يعد من زواج المتعة وهو باطل عند أهل السنة بالإجماع. بالإضافة إلى أن صورة الزواج المدني الذي تتولاه المحاكم خارج ديار الإسلام، واستنادًا إلى قوانين تلك الديار الوضعية لا ينعقد به النكاح شرعًا، وذلك لأمور اجتمعت فيه، بحيث لم يقل فقيه واحد بصحة العقد مع اجتماع تلك المخالفات في عقد واحد، وهذه بعض المخالفات:

1. خلو العقد عن الولي حيث إن المرأة إذا بلغت سنَّ الرشد فإنها تزوج نفسها بنفسها.
2. يُكتفَى في هذا العقد المدني بشاهد واحد غير مسلم.
3. يخلو هذا العقد عن المهر فلا يشار إليه أصلًا.
4. لا يتضمن عقد الزواج تلفظًا بإيجاب أو قبول، وإنما هي أوراق تكتب وإجراءات إدارية.

وقد أجاز بعض الباحثين في الفقه الإسلامي هذه الصورة ولكن بشروط وضوابط كالتالي:(إبراهيم يسري،997-998)

- أن يكون هذا العاقد ممن تحل له تلك الإقامة الدائمة، أو المؤقتة بتلك الديار، أو ممن يباح له التجنس بجنسيتها.
- إذا كانت المرأة غير مسلمة فيشترط فيها ما يلي:
- أن تكون متدينة بدين أهل الكتاب، وإلا اعتُبِرَتْ مشركة كافرة.
- ألَّا تكون من أهل دار الحرب، وإلا استباح بالعقد من تحرم عليه.
- أن تكون عفيفة ليست بعاهرة، ولا ذات أخدان، وإلا جاءته بأبناء سفاح ونسبتهم إليه بالقانون.
- أن يخلو العقد عن كل سبب يُبطله أو يُفسده، من الخلو عن الولي، أو الشهود، أو التصريح بأي لفظ يجعل العقد مؤقتا، ونحوه. فإذا خلا العقد المدني عن ذلك أو بعضه، فليصحح بطريقة شرعية.

خاتمة:

بعد أن درسنا مسألة زواج المسلم بغير المسلمة وبينا أقسامه وحكم كل صورة منه والضوابط الشرعية الخاصة به، توصل الباحث إلى النتائج الدراسية والتوصيات البحثية التالية:

3- لا يجوز للمسلم أن يزوج من امرأة غير مسلمة وغير كتابية، وذلك كأن تكون المرأة بوذية أو ملحدة، أو من عبدة البقر والأصنام.

4- يجوز للمسلم أن ينكح الكتابية المقيمة في بلاد الإسلام، وبعض الفقهاء يقول بأن هذا العقد جائز مع الكراهة خوفا على دين الأولاد وطريقة تربيتها لهم والتي ستكون على طريقة فيها بعض المخالفات الشرعية مثل شرب الخمر وأكل لحم الخنزير .... الخ.

5- اختلف الفقهاء في حكم الزواج من الكتابية الحربية على قولين اثنين: الأول يقول بحرمة هذا النكاح وهو مذهب ابن عباس والثاني على جوازه مع الكراهة الشديدة وهو قول الجمهور.

6- يسن ويندب للمسلم أن يتزوج الكتابية الحربية في حال مع ترجح لديه إسلامها بالمعاشرة والتعامل الطيب منه أو خشية على نفسه الوقوع في الفاحشة.

7- هناك ضوابط أساسية ومهمة لا بد من توافرها حتى يقع زواج المسلم من الكتابية صحيحا وهي:

8- ضابط الإحصان وقد فسره الجمهور بالحرية وفسره بعض الحنفية بالعفاف والراجح الجمع بين القولين بالقول بأن معنى المحصنة هي الحرة العفيفة

9- أن تكون كتابية بالفعل تدين بإحدى الديانتين اليهودية أو المسيحية

10- أن يتم العقد وفقا للنظام العام للشريعة الإسلامية في إقامة عقود النكاح بصفة عامة

وأما فيما يخص توصيات هذا البحث فقد جاءت على النحو التالي:

11- توصي الدراسة بعدم نصح الشباب بالزواج بالكتابية إلى في حالات خاصة جدا والتي تعد استثنائية لأن الزواج بالمسلمة أولى

12- توصي الدراسة بإعطاء المزيد من الأهمية للأقليات المسلمة المقيمة في الخارج بالنصح ومحاولة فهم مشاكلهم وتحدياتهم العامة والخاصة ودراسة واقعهم والظروف المحيطة به من أجل بناء أحكام شرعية يمكن القول إنها خاصة بهم وبأحوالهم.

13- ضرورة تقرب المسلمين هناك إلى الهيئات والمؤسسات الإسلامية لمزيد من التعارف بين المسلمين وتقوية أواصر الروابط بينهم ومن ثم تحدث كل أنواع التقرب التي قد تؤدي إلى الزواج بين المسلمين.

14- ضرورة أن يتقرب المسلم المتزوج من الكتابية في بلاد الغرب من المؤسسات والهيئات الدعوية الإسلامية ليعرف زوجته على الإسلام بشكل صحيح يجعلها تفهم هذا الدين الحنيف فهما يقودها إلى اعتناقه ومحبته بشكل سريع وصحيح.

15- نوصي المسلم المتزوج من كتابية وله أولاد منها أن يربط أولاده بتاريخ المسلمين المجيد وبأقرب المساجد والمؤسسات الدعوية إلى مسكنه حتى يتشرب أولاد عقيدة الإسلام تشربا عميقا وقد يكون الأولاد سببا في هداية أمهم ودخولها إلى الإسلام.

قائمة المراجع:

1. محمد ابن جرير الطبري (2001): جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ج8، مصر.
2. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي (1992): رد المحتار على الدر المختار، ج3، دار الفكر، بيروت.
3. محمد عبد اللطيف بن الخطيب (1964): أوضح التفاسير، ط6، المطبعة المصرية، مصر.
4. أحمد بن غانم بن سالم بن مهنا شهاب الدين النفراوي (1995): الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت.
5. سيد سابق (1977): فقه السنة، ج2، دار الكتاب العربي، بيروت.
6. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (1985): المغني شرح مختصر الخرقي، ج9، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
7. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخرساني أبوبكر البيهقي (2003): السنن الكبرى، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت.
8. شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (1994): مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت.
9. محمد يسري إبراهيم (2013): فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتطبيقا، دار اليسر، مصر.
10. أحمد بن علي أبوبكر الرازي الجصاص (1992): أحكام القرآن، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت.
11. أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن عمرو الأزدي السجستاني (2009): سنن أبي داود، دار الرسالة العالمية، ج4، دمشق.
12. أبو المعالي، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني (2007): نهاية المطلب في دراية المذهب، ج12، دار المنهاج، الرياض.
13. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش (1989): منح الجليل شرح مختصر خليل، ج1، دار الفكر، بيروت.
14. أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (1983): تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج7، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.
15. أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزي الكلبي الغرناطي (1996): التسهيل لعلوم التنزيل، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت.

16. وهبة بن مصطفى الزحيلي (1998): التفسير المنير، ج6، دار الفكر المعاصر، دمشق.

17. أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي (2000): نعالم التنزيل في تفسير القرآن، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

18. أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي (1999): تفسير القرآن العظيم، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت.

19. القواسمي، أمل يوسف عمر (2014): فقه الأقليات المسلمة في مسائل الأحوال الشخصية، دار النفائس، الأردن

مركز القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط أمام القضاء الوطني

The Foreign Law Center specialized to rule on matters of mixed marriage in the national judiciary

د. شيخي نبية د. دويدي عائشة
Dr. CHIKHI NEBIA Dr. DOUIDI AICHA
أستاذة محاضرة (ب)، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم/ الجزائر
University Abdelhamid ibn Badis, Mostaganem/ Algeria

الملخص:

من المعلوم أنّ قاعدة التنازع هي قاعدة مزدوجة تشير أحيانا إلى تطبيق القانون الوطني (قانون دولة القاضي)، وتشير أحيانا أخرى إلى تطبيق القانون الأجنبي، ومتى أدّى إعمالها إلى تطبيق القانون الوطني ، فهنا لا تثور أيّة مشكلة، غير أنّه إذا أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي، فهنا يثور الإشكال، وينصبّ بالضرورة حول كيفية معاملة هذا القانون وذلك من حيث تحديد طبيعته، ومن حيث عملية إثباته ، وكذا من حيث وضعيته أمام المحكمة العليا، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى، إنّ القاضي قد يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي المنعقد له الاختصاص أصلا نظرًا لمخالفته للنظام العام في دولته.

وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية: كيف يعامل القاضي الوطني القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط؟

الكلمات المفتاحية: الزواج المختلط؛ القانون الأجنبي؛ قانون أو واقعة؛ قاعدة الإسناد؛ محكمة القانون.

Abstract:

It is known that the rule of conflict is a double rule that sometimes refers to the application of national law (the law of the state of the judge), and other times refers to the application of foreign law, and when its implementation leads to the application of national law, then there is no problem here, but if it refers to the application of foreign law Here, the problem arises, and necessarily focuses on how to deal with this law, in terms of determining its nature, and in terms of the process of proving it, as well as in terms of its status before the Supreme Court, on the one hand, and on the other hand, that the judge may refrain from applying the foreign law that has jurisdiction. Originally due to his violation of public order in his country. Accordingly, the following problem can be raised: How does the national judge treat the foreign law applicable to mixed marriages?

Key words:

Attribution rule ; law court mixed marriage; foreign law; law or fact;

مقدمة:

إنّ الاختلاف بين قوانين الدول وأنظمتها، يثير بدون شك نزاعا فيما بينها متى كانت لها علاقة قانونية أو مركز قانوني بدولة أجنبية أخرى، مما يترتّب عنه أنّ النزاع أصبح في الوقت الحالي علما شائعا لتشابك العلاقات الدولية واتصالها

نتيجة التطوّر الحضاري الهائل، الأمر الذي أدّى إلى اكتساب العنصر الأجنبي أهمية كبرى. وكما هو واضح فَإنّ العلاقة القانونية إن لم تتصل بدولة أجنبية من أي ناحية خضعت لقواعد القانون الوطني، لكن الحال يختلف إذا اتصلت العلاقة القانونية بدولة أجنبية أو أكثر في أحد عناصرها، ففي هذه الحالة يتعيّن حل التنازع بترجيح أحد القوانين المتنازعة وذلك بالرجوع إلى قواعد قانونية يطلق عليها تسمية "قواعد التنازع" يضعها المشرع الوطني لفض التنازع بإستاد العلاقة القانونية لقانون يحكمها)رحاوي،2021 ،صفحة(657 .

إن قاعدة التنازع هي قاعدة مزدوجة تشير أحيانا إلى تطبيق القانون الوطني، وتشير أحيانا أخرى إلى تطبيق القانون الأجنبي. ويقصد بالقانون الأجنبي مجموعة القواعد التي تصدر عن سلطة التشريع في بلد أجنبي وتتصف بالإلزام؛ سواء كانت مدّونة كالقوانين والمراسيم، أو غير مدّونة؛ مصدرها العرف أو الفقه أو الاجتهاد القضائي، ويحدّد كل قانون مصادره الخاصّة به، حيث يلزم الرجوع إليها حين يتم اختيار تطبيق القانون الأجنبي.

فمتى أدى إعمال قواعد التنازع إلى تطبيق القانون الوطني؛ فهنا لا تثور آيّة مشكلة، غير أنه إذا أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي؛ فهنا تثور الإشكالية التالية: كيف يعامل القانون الوطني القانون الأجنبي المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في دولته؟ وبمعنى آخر ما مركز القانون الأجنبي المختص بعلاقات الزواج المختلط؟

للإجابة على هذه الإشكالية سنتعرض إلى معاملة القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط (أولا)، ثم إلى إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق (ثانيا).

أولا: معاملة القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط

يقصد بالقانون الأجنبي مجموعة القواعد التي تصدر عن سلطة التشريع في بلد أجنبي، وتتصف بالإلزام، سواء كانت مدّونة كالقوانين والمراسيم، أو غير مدّونة مصدرها العرف أو الفقه أو الاجتهاد القضائي، ويحدّد كلّ قانون مصادره الخاصّة به، وأهمية كلّ مصدر، حيث يلزم الرجوع إليها حين تطبيق القانون الأجنبي، والعبرة في تحديد صفة القانون الأجنبي هي السلطة التي صدر عنها، فإذا قامت دولة بضمّ دولة أخرى، أو جزء منها إليها، فإنّ قوانين هذه الدولة تصبح بالنسبة للدولة الضامّة، كما لو صدرت عن سلطتها التشريعية.)المصري،2009 ،صفحة(228

ومتى عيّنت قاعدة التنازع اختصاص قانون أجنبي على مسائل الزواج المختلط، تطرح عدّة تساؤلات هامّة: هل يعتبر القانون الأجنبي المختصّ مجرّد واقعة أو قانونا بطبيعته؟ وهل يقع عبء إثبات القانون الأجنبي على القاضي أو على أطراف الخصومة؟ و ما هي الحلول التي يقترحها التشريع إذا تعذر إثباته؟ وهل يخضع الخطأ في تفسير القانون الأجنبي المختص لرقابة المحكمة العليا؟

وعليه سنبحث تبعا كلّ من:

- الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط(1) ثم موقف التشريعات الوضعية من طبيعة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط(2).

1- الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المختصّ بحكم مسائل الزواج المختلط

تطرح مسألة تطبيق القانون الأجنبي، تحديد المركز القانوني للقانون الأجنبي أمام المحاكم، عندئذ فالسؤال المطروح هو عندما تعيّن قاعدة تنازع القوانين قانونا أجنبيا كقانون واجب التطبيق، فهل يعتبر هذا الأخير قانونا أم واقعة بالنسبة لقاضي الموضوع؟، وفيما يتعلّق بتكييف هذا القانون وتحديد طبيعته، وجدت نظريات فقهية وآراء مختلفة، فمن الآراء من اعتبرته مجرّد واقعة)صابر،2019 ،صفحة(252 ، ومنها من اعتبرته قانونا بطبيعته.

1.1- القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط مجرّد واقعة:

ينكر أنصار هذا الاتجاه، الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية ، واعتبروه مجرّد عنصر من عناصر الواقع، وتزعّم هذا الرأي الفقيه "Batiffol"(Batiffol Henri, 1993, p. 18)، وتبعًا لذلك فالقاضي الوطني لا يطبّقه بوصفه قانون يلزمه به المشرع الأجنبي ، لأنّه لا يذعن إلاّ لأوامر مشرّعة ، فإذا كان القاضي الوطني يطبّق القانون الأجنبي، فبصفته واقعة فقط، مع عدم قدرته على الاحتفاظ بأيّ صفة إلزام خارج حدود دولته.

وفق هذا الاتجاه تتكوّن كلّ قاعدة قانونية من عنصرين، عنصر مادّي يتمثل في مضمونها، وعنصر معنوي يظهر من خلال الأمر بالتنفيذ، وهو الذي يكسبها القوّة التنفيذية اللاّزمة، وتتمتع القاعدة القانونية عادة بهذين العنصرين طالما اقتصر تطبيقها على حدود الدولة التي سنّتها، ولكنّها تفقد بمجرّد خروجها من هذه الدولة عنصر الإلزام وتصبح واقعة كبقية الوقائع.)فوضيل ,نادية،2001 ،صفحة(27

وإن اعتبار القانون الأجنبي مجرّد واقعة يقوم على مجموعة من الأسس، كما أن إلحاق هذا الوصف به يترتب عنه بعض الآثار.

1.1.1. أساس اعتبار القانون الأجنبي مجرّد و اقعة:

إنّ أنصار هذا الاتجاه اختلفوا حول الأساس الذي بني عليه تطبيق القانون الأجنبي:

- **تطبيق القانون الأجنبي على أساس المجاملة الدولية:** (الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، 2000، صفحة 253)

إنّ الرأي الراجح في الفقه الهولندي ، يرى أنّ أساس تطبيق القانون الأجنبي هو مبدأ المجاملة الدولية، حتى أن المدرسة الهولندية عرفت بمدرسة المجاملة ، وهو كما يبدو أساس يقترب إلى الأخلاق أكثر منه إلى القانون الملزم، ما دام لا يوجد التزام في القانون الدولي يملي على الدولة أن تسمح للقانون الأجنبي بالامتداد داخل إقليمها، ومع ذلك فإنّ المجاملة المقصودة هي مجاملة المشرّع عند وضع قواعد الإسناد واختيار الضوابط المناسبة لكلّ طائفة من النظم ، وليس مجاملة القاضي للقانون الأجنبي، لأنّ القول بذلك مدعاة لتحكّم القضاة حسب ميولهم ، فيسمحون له بالتطبيق إن وافق مزاجهم، أو يرفضون السماح له في الحالة العكسية ، والمفروض أنّ القاضي ملزم بتطبيق ما تشير به قواعد التنازع الوطنية.

- **تطبيق القانون الأجنبي احتراما للحق المكتسب:**

سادت في الدول الأنجلوسكسونية نظرية الحق المكتسب، ومقتضاها أنّ القاضي الوطني وهو يطّبق القانون الأجنبي ، إنّما يعترف بالحق المكتسب تحت سلطان هذا القانون، وكأنّ الاعتراف بهذا القانون، هو اعتراف بواقعة نتجت تحت سلطانه لصاحب الحق بواسطة قاعدة الإسناد الوطنية.)البستاني،2004 ،صفحة(197

وقد انتقدت هذه النظرية من حيث عدم الشمول، لأنّ تطبيق القانون الأجنبي لا يقتصر على حالات احترام الحقوق المكتسبة، بل يتعيّن تطبيقه أيضا في حالة إنشاء حقوق ومراكز لم تكن موجودة من قبل ، كإبرام عقد الزواج.)سليمان، 2003،الصفحات(135 -134

- **تطبيق القانون الأجنبي على أساس التفويض:**

ويسود في الفقه الفرنسي والألماني اتجاه مبناه أنّ القانون الأجنبي يطبّق بموجب تفويض Délégation من المشرع الأجنبي الذي اختار قاعدة التنازع الوطنية تطبيق قانونه، ولكن هذا الموقف يصطدم باجتهاد القضاء الفرنسي الذي يجعل القانون الأجنبي عنصرًا من عناصر الواقع، وفي محاولة للتوفيق بين الرأيين يذهب الفقيه Batiffol(Henri, p. 531) إلى القول أن القانون الأجنبي يختلف عن قانون القاضي من ناحية مكان نشره ومن ناحية قوّة نفاده في الخارج، ولكن مع ذلك، يطبّقه القاضي الوطني مؤتمرًا بأمر مشرّعه عن طريق الاختيار التي أملته قاعدة التنازع الوطنية، باعتباره عنصرًا من عناصر الواقع وليس القانون، وأساس هذه المعاملة أنّ القاعدة القانونية تتكوّن من عنصرين، عنصر عقلي وهو الفكرة المعالجة أو المنظمة، وبالنسبة لقاعدة الإسناد هو مضمون الفكرة المسندة، وعنصر الأمر أو الإلزام المتمثل في القوّة الملزمة للقاعدة القانونية، وإذا كان القانون في بلد صدوره يتمتّع بالعنصرين معا ، فإنّه يفقد عنصر الإلزام أمام محاكم أجنبية.

1.1.2- الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي مجرّد واقعة:

ومن الآثار المترتبة على الاتجاه الذي يجعل من القانون الأجنبي مجرّد واقعة عدّة نتائج نذكر منها:

- عدم تطبيق قاعدة الجهل بالقانون ليس بعذر في شأن القانون الأجنبي بما أنه واقعة، وبالتالي التمسك بجهله مقبول.
- لا يطبّقه القاضي من تلقاء نفسه، بل لابدّ من تمسك الخصوم به وإثارته صراحة أمامه، فالقاضي ليس ملزما بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ولو كان عالما بأحكامه، بل على الخصوم التمسّك بتطبيقه.
- إنّ الطرف الذي يتمسّك بتطبيق القانون الأجنبي، هو الذي يلتزم إثباته، فهو الذي يقيم الدليل على مضمونه،(Loussouarn Yvon, 2001, p. 277)ولا يمكن للقاضي البحث في مضمون القانون الأجنبي، وذلك لأنّه عمليا من العسير على القاضي أن يلمّ بكلّ قوانين العالم.)سليمان،2003 ،صفحة(137
- إن القاضي ليس ملزما بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، إلاّ إذا تمسّك أحد الخصوم بتطبيقها، والخصوم هم الذين يسردون الوقائع على القاضي، وهذا الأخير يقول كلمة القانون في هذه الوقائع.)فوضيل،2005 ،صفحة(29
- لا يجوز للمحكمة أن تحكم بعلمها الشخصي بمضمون القانون الأجنبي.
- تتمتع المحكمة بسلطة كاملة في إثبات وتفسير القانون الأجنبي، ولا تخضع في هذا الشأن لأيّ رقابة. كما أنه إذا تعذّر إثبات القانون الأجنبي من طرف أحد الخصوم، فالقاضي ملزما بالفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون الوطن ي، وإلاّ اعتبر مرتكبًا لجريمة إنكار العدالة.)المصري،2009 ،صفحة(232

وقد أخذ بهذا التكييف القضاء الفرنسي في القرار الشهير Bisbal(Arrêt, 1993, p. 531)، الصادر بتاريخ 12 ماي 1959 قرّر القضاء الفرنسي في هذه القضية طلاق إسبانيين مقيمين في فرنسا بعد أن طبّق القانون الفرنسي، كما لو كان النزاع وطنيا بحتا دون أن يرجع إلى قاعدة الإسناد التي تشير إلى اختصاص القانون الشخصي للزوجين (الإسباني) الذي كان يحظر الطلاق حينها، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية، قرار قاضي الموضوع بأنّ قواعد التنازع الفرنسية ليست من النظام العام عندما تقضي بتطبيق قانون أجنبي، وأنّه على الأطراف التمسّك بتطبيقها ولا يلتزم قاضي الموضوع بإثارتها من تلقاء نفسه، فهو يجوز له العمل بها دون أن يكون مجبرًا على ذلك.)المصري،2009 ،صفحة(219

كما رفض القضاء الأنجلوسكسوني أيضا، منح الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد، ويستند موقفه إلى عدم وجود ضرورة أصلا لتطبيق هذه القاعدة بسبب افتراض المطابقة التامّة بين القانون الأجنبي والقانون الوطني، فالمبدأ يقضي بتطبيق القانون الوطني مباشرة على النزاع طالما أنّ القانونين متشابهان، ولا يمكن إذا إلاّ للخصوم بصفتهم أصحاب المصلحة التمسك بإثارة قاعدة الإسناد، إذا أثبتوا اختلاف مضمون القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني.)عرموش، 1998،صفحة(234

1.2- معاملة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط كقانون:

وفق هذا الرأي يحتفظ القانون الأجنبي بالصفة القانونية، غير أنّ أنصاره قد اختلفوا حول مسألة أساس تطبيق القانون الأجنبي.

1.2.1. أساس معاملة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج كقانون:

تبنّت المدرسة الإيطالية الحديثة التطوّرات التي وصل إليها الفقيه "Anzilotti" في بداية القرن العشرين والمتمثلة في الازدواجية الكاملة للنظام الداخلي والنظام الدولي، فاعتبر القانون الأجنبي قانونا لا واقعة، وحاول تفسير ذلك باستناده إلى نظرية الاستقبال وا لاستيعاب (La réception et l'incorporation سليمان، 2003، صفحة 135).

وإنّ هذه القاعدة تستوعب القانون الأجنبي، فيندمج فيها، وكأنّ القاضي وهو يطبّق القانون الأجنبي، إنّما يطبّق قاعدة التنازع في قانونه، ولقد غالى بعض الفقهاء في هذه النظرية، وقالوا أنّ الاندماج مادّي La réception matérielle بحيث تفقد القاعدة الأجنبية صفتها الأجنبية وتندمج في القاعدة القانونية، وعندما يطبّق القاضي هذه القاعدة، فكأنه يطبق قاعدة التنازع في قانونه الوطني، ولكن يؤخذ على هذا اتجاه أن القانون الأجنبي يتفرغ من محتواه ويصبح تفسيره كتفسير القانون الوطني، والبعض الآخر قال أنّ الاندماج شكلي (La Réception formelle فهمي, محمد كمال، صفحة 476) بحيث تحتفظ القاعدة الأجنبية بمعناها وبمقوّماتها وبطبيعتها الأجنبية، غير أنّ القاضي يطبّقها باعتبارها قد اندمجت شكلا فقط في قاعدة التنازع في قانونه، ولكن عيب هذا الرأي من حيث أن قانون القاضي لا يستطيع أن يستوعب كافة القوانين ولو شكليا، (كمال، 2006، صفحة 117) لذلك يرى أنصار نظرية التفويض أنّ القانون الأجنبي يحتفظ بصفته الأجنبية فهو يسري بقوّة إلزامية، أي بوصفه أمرًا صادرًا من المشرّع الأجنبي بناءً على تفويض أو إنابة (Délégation) صادر من المشرع الوطني، ففي كلّ حالة يثبت فيها الاختصاص لقانون أجنبي طبقا لقاعدة الإسناد، يتخلّى المشرّع الوطني عن الاختصاص التشريعي للمشرّع الأجنبي وينيبه عنه في التشريع بالنسبة للحالة المعروضة عليه (فوضيل, نادية، 2001، صفحة 476).

1.2.2. النتائج المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي قانونا:

يترتب على إضفاء الصفة القانونية على القانون الأجنبي نتائج مخالفة للنتائج المترتبة عن إعتباره مجرّد واقعة وهي كالآتي:

- يطبّق القاضي المعروض عليه النزاع القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ويلتزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي.
- إنّ القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه.
- يحقّ للمحكمة العليا أن تمدّ رقابتها للتفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع بشأن تطبيقهم للقانون الأجنبي.
- إنّ العذر بجهل القانون الأجنبي غير مقبول.

وقد أخذ بهذا التكييف القضاء الألماني منذ بداية القرن العشرين، (راشد، 1996، صفحة 53) فالمشرع الوطني بسنّه قواعد الإسناد إنّما أراد أن يحلّ مشكلة تنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصّة، وعليه يأتي عنصر الإلزام لهذه القواعد من صفتها الوطنية، ممّا يستتبع تطبيق القاضي لها من تلقاء نفسه، ودون حاجة لتمسك أطراف الدعوى بها. كما قضت محكمة النقض الفرنسية بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي بدون تمسّك الخصوم بذلك حسب ما جاء في

القرارين، القرار الأوّل (Rebouh) الصادر في 11 أكتوبر 1988 [*]، والقرار الثاني صدر بتاريخ 18 أكتوبر 1988 (قرار شيل)[1]، إذ عاملت القانون الأجنبي معاملة قانون ، ونقضت القرار على أساس أن قضاة الموضوع لم يطبّقوا القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الفرنسية، واعتبرت ذلك خرقا لنص المادّة 01/12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الحديد[*].

غير أنّ القضاء الفرنسي تراجع عن التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي إذا تعلّق الأمر بحقوق يكون للأطراف حرية التصرّف فيها.)العال،2004 ،صفحة(348

2- موقف التشريعات الوضعية من طبيعة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج

إنّ القضاء الفرنسي يقضي بالصفة الإلزامية لقاعدة التنازع في بعض الحالات، مما يترتّب على ذلك إضفاء الطبيعة القانونية على القانون الأجنبي، بينما يكرّس في حالات أخرى الصفة الاختيارية لقاعدة التنازع، وهو بذلك يضفي الصفة الواقعية على القانون الأجنبي.

وتتمتّع قاعدة التنازع بالصفة الإلزامية إذا تعلّقت الدعوى بحقوق لا يمكن للخصوم التصرّف فيها)العال، 2004،صفحة(348 ، أي عندما تتعلّق القضيّة بمسائل لها صفة النظام العام، فيتوجّب على قضاة الموضوع أن يطبّقوا من تلقاء أنفسهم قاعدة التنازع كالمسائل المتعلّقة بانعقاد الزواج وآثاره، وهذا ما قرّرته محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر في 06- 05- 1999(1ère, 2002, p. 87)، وكان قد سبق لمحكمة النقض أن قرّرت الصفة الإلزامية لقاعدة التنازع، ليس فقط إذا كان الحق المدّعى به غير قابل للتصرّف من قبل الخصوم، وإنّما أيضا إذا كان مصدر قاعدة التنازع اتفاقية دولية، وفي مقابل ذلك تتمتع قاعدة التنازع بالصفة الاختيارية، إذا تعلّقت الدعوى بحقوق يمكن للأطراف التصرّف فيها، وهنا يجوز للقاضي ولكنّه غير ملزم بذلك، إثارة قاعدة التنازع التي تشير إلى اختصاص قانون أجنبي، إلاّ إذا اتفق الأطراف خلاف ذلك، وفي هذه الحالة لا يمكن إعمال قاعدة التنازع، ويتوجب تطبيق القانون الوطني.)المصري، 2009،صفحة(222

واستنتاجا ممّا ذهب إليه القضاء الفرنسي، فإنّ هذا الأخير يكيّف القانون الواجب التطبيق على الزواج قانونا- لا واقعة- ويكون القاضي ملزما بتطبيقه من تلقاء نفسه.

أمّا القضاء المصري فتعرّض بصفة عرضية لمسألة إعمال قاعدة التنازع من طرف القاضي، وذلك في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية في 07 نوفمبر 1960، إذ اعتبرت المادّة 14 من القانون المدني المصري)

---

[*] تتلخص وقائع قرارً ربوح : في طلب إثبات نسب طفل طبيعي من أم جزائرية، حيث أشارت قاعدة التنازع الفرنسية إلى تطبيق قانون جنسية الأم وفقا لنص المادة 311- 14 ق.م.ف، فطبّق قضاة الموضوع في هذه القضيّة القانون الفرنسي ، فنقضت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار على أساس أنّ قضاة الموضوع تجاهلوا تطبيق القانون الجزائري باعتباره القانون الشخصي للأم.

[*] تتلخص وقائع قرار شيل ، بطلب إبطال هبة مستترة تبرّع بها متوفّى مقيم بسويسرا ، وأشارت قاعدة التنازع الفرنسية إلى تطبيق القانون السويسري ، ولكن قضاة الموضوع طبّقوا القانون الفرنسي ، فنقضت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار.Derruppé Jean: « droit international privé », Dalloz, 14ème édition, 2001., p101

[*] Art. 12 al. 01 du nouveau code de procédure civile français qui dispose « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicable. »

تقابلهذهالمادةفيالتشريعالجزائري،المادة 13 منالقانونرقم 10 -05 المؤرخفي 20 جوان 2005 المعدلوالمتمماللقانونالمدني(. من النظام العام، لأنّ نص هذه المادّة يقضي بتطبيق القانون الوطني في مسائل الأحوال الشخصية التي تندرج ضمن النظام العام للقانون الداخلي، والمحكمة هنا لم توضّح فيما إذا كان الوصف مرجعه جميع قواعد التنازع من النظام العام، أم أنّ هذا الوصف يرجع إلى اعتبارات تتعلّق بنص المادّة 14 من القانون المدني المصري فقط.)راشد، 1996،صفحة(53.54

أمّا المشرّع التونسي فقد سار على وتيرة القضاء الفرنسي، إذ نصّ في المادّة 28 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998* ، على أنّ قاعدة التنازع من النظام العام إذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي، وكان موضوع الحقوق المتنازع عليها بين الأفراد لا يجوز التصرّف فيها، وهي ليست من النظام العام إذا كان موضوع الحقوق المتنازع عليها ، يمكن للأطراف التصرّف فيها، ومنه فإنّ المشرع التونسي يعامل القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج وآثاره معاملة قانون.

أمّا المشرّع الجزائري، فقد نص في المادّة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول في فقرتها الثامنة: " لا يبنى الطعن بالنقض إلاّ على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: ... 8- مخالفة القانون الأجنبي المتعلّق بقانون الأسرة..."قانونرقم(09 -08 ، وطبقا لذلك هو يعامل القانون الأجنبي المتعلّق بقانون الأسرة كقانون، فمتى أشارت قاعدة التنازع الجزائرية إلى العمل بمقتضى هذا القانون، فيطبّقه القاضي من تلقاء نفسه، ويترتب على مخالفة تطبيقه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، أمّا إذا تعلّق الأمر بغير قانون الأسرة، فالقاضي غير ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه ، وعلى هذا الأساس يعتبر القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج قانونا لا واقعة.

ثانيا: إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق

متى تقرّر أنّ القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره، هو قانون أجنبي بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، تطرح تساؤلات بالغة الأهمية أهمّه : على من يقع عبء إثبات القانون الأجنبي المختص؟ ما هي طرق الإثبات؟ وما الحلّ في حالة استحالة إثبات القانون الأجنبي المختص؟ وعلى هدي أيّ قانون يتمّ تفسير القانون الأجنبي المختص؟ وهل تخضع عملية التفسير لرقابة المحكمة العليا؟

1- إثبات القانون الأجنبي المختص

ليس كافيا أن تحدّد قاعدة التنازع القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط، بل يجب أن يقوم القاضي بتطبيقه على المنازعة المطروحة، وهذا يفترض معرفة القاضي بمضمون القواعد المادية للقانون الأجنبي، الأمر الذي يحملنا على التساؤل عن كيفية تكوين هذه المعرفة بالقانون الأجنبي.)غصوب،2008 ،صفحة(136 لذلك سنتعرّض إلى عبء إثبات القانون الأجنبي، ثم إلى طرق إثباته، وكذا إلى كيفية حل مشكلة تعذّر إثبات القانون الأجنبي.

1.1- عبء إثبات القانون الأجنبي المختصّ:

* Art. 28 du loi N° 98- 97 Tunisienne, qui dispose : « la règle du conflit est d'ordre public l'or quelle a pour objet une catégorie de droits dont les parties n'ont pas la libre disposition. Dans les autre cas, la règle est obligatoire pour le juge à moins que les parties n'aient explicitement manifesté leur volonté de décliner son applications. »

يقصد بإثبات القانون الأجنبي، إقامة الدليل على محتواه وبيان أحكامه القانونية، والقاضي قد تعترضه صعوبات للكشف عن أحكامه والتعرّف على مضمونه، لذلك انقسم الفقه في تحديد من يقع عليه عبء إثبات القانون الأجنبي إلى اتجاهين:

- الإتجاه التقليدي:

يؤكد الفقه والقضاء الفرنسي الغالب أنّ عبء إثبات القانون الأجنبي يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك به، وقد رأينا أنّ جانبا من الفقه الفرنسي، قد برّر هذا القضاء على أساس أنّ تكليف القاضي بتطبيق قوانين العالم و العلم بها هو تكليف مستحيل، فالاعتبارات العملية وحدها هي التي تبرّر تكليف الخصوم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي.)صادق، 2003 ،صفحة(154

وقد كانت محكمة النقض الإيطالية هي أوّل من اعتنق الاتجاه نحو إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي، مستخدما كافّة الوسائل المتاحة، بما في ذلك طلب معاونة الخصوم، وهو ما انتهت إليه في حكمها الصّادر بدوائرها المجتمعة في 16 فبراير 1966(Cass, p. 552)، بل إنّ القانون الألماني قد واجه المشكلة بنص صريح يلزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه مستخدما كافة الوسائل المتاحة*، كما ألزمت محكمة النقض المصرية القاضي المصري بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي، وله أن يستعين بجهد الخصوم ويكون ملزما بتطبيقه إذا علم بمضمونه.[1])الوكيل،1968 ،صفحة(160

كما نص في هذا الصدد المشرع التونسي بصفة صريحة في الفصل 32 من مجّلة القانون الدولي الخاص التونسي على ما يلي : "يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعيّن بقاعدة الإسناد في حدود إمكانيات عمله به، وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الاقتضاء وفي الحالات الأخرى فإنّ الطرف الذي تكون دعواه مستندة على القانون الأجنبي، مطالب بإثبات محتواه ... ويجب في جميع الأحوال احترام مبدأ المواجهة".

أمّا موقف القانون الجزائري من هذه المسألة فيتمثّل في أن إثبات القانون الأجنبي المتعلّق بقانون الأسرة، يكون من طرف القاضي المعروض أمامه النزاع، وله أن يستعين بجهد الخصوم في ذلك، وإذا تعلّق الأمر بقانون غير متعلّق بالأسرة، فيكون إثباته من طرف الخصوم، وذلك استنتاجا من نص المادّة 8/358 من قانون رقم 08-09- لسنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، إذ رتّب المشرّع الجزائري على الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلّق بالأسرة، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، ومن الآثار المترتبة على ذلك ضمنيا، التطبيق التلقائي لقاعدة الإسناد التي تشير إلى تطبيق قانون أجنبي متعلّق بالأسرة، والتزام القاضي تبعا لذلك بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي.

وفي فرنسا)الوكيل،1968 ،صفحة(154 إن الخصم المتمسّك بتطبيق القانون الأجنبي، هو صاحب المصلحة الحقيقية في الكشف عن مضمون هذا القانون، ولذلك فمن الطبيعي أن يلقى عليه عبء إثبات القانون الذي يتمسّك بأحكامه.

---

* تنص الم 293 من قانون الإجراءات المدنية الألماني على ما يلي : " إنّ القواعد العرفية والقواعد النظامية وكذلك القانون في دولة أخرى ، ليست في حاجة إلى إثبات ، إلاّ في حدود عدم علم المحكمة بها . وتلزم المحكمة في تحديد مضمون هذه القواعد بما قام الخصوم ببيانه، وإنّ لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم وأن تأمر بما تراه ضروريا لمعرفة هذا الهدف".

وقد حاول البعض أن يستخلص من هذه الحقيقة أنّ القانون الأجنبي يعامل في فرنسا معاملة الوقائع، ولكن الواقع يبيّن عكس ذلك إذا تعلّق الأمر بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط، وذلك لأنّ القضاء الفرنسي قد خوّل للقاضي تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه متى ارتبط ذلك بالحقوق التي لا يجوز التصرف فيها.

وإنّ إلزام الخصوم بإثبات القانون الأجنبي يتبنّاه النظام الإنجليزي الذي يلزم القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد.)فوضيل ,نادية،2001 ،صفحة(206

- الإتجاه الحديث:

يؤكد الفقه الحديث، أنّ البحث عن مضمون القانون الأجنبي التزام على القاضي بمعاونة الخصوم، وقد أكّد على ذلك أيضا القضاء الفرنسي الحديث، وفي هذا الفرض قد يكون القاضي عالما بالقانون الأجنبي، إذ من الممكن نظرا لاتّساع ثقافة القضاة، وتقدّم الطرق العملية والفنية، والاهتمام بالدراسات القانونية المقارنة، واتساع المعارف وانتشارها، أن يحاط القاضي علما بالقانون الأجنبي، وفي هذا الوضع يمكن للقاضي من تلقاء نفسه أن يتحرّى عن مضمون القانون الأجنبي ويطبّقه ولا يقيّده في ذلك إلاّ احترام مبدأ الوجاهية في الدعوى، فيتيح للأطراف أن يناقشوا مضمون هذا القانون،)البستاني،2004 ،صفحة(206 كما أنه في هذا الفرض قد يكون القاضي جاهلا بالقانون الأجنبي، وفي هذه الحالة عليه أن يبحث عن مضمون هذا القانون، إذ يكون له دور إيجابي في إثباته، ويمكنه أن يستعين بجهد الخصوم، وله عند الاقتضاء أن يتخذ إجراءات التحقيق في الدعوى بقصد الوقوف على القانون الأجنبي، كما أنّ عناصر الإثبات التي يدلي بها أطراف النزاع لا تلزمه إن هو شكّ بشأنها، وله أن يعتمد في تقييم ذلك على معرفته الشخصية بالقانون الأجنبي،)غصوب،2008 ،صفحة(139 وحسب هذا الاتجاه لا يمكن للقاضي أن يتنصّل عن الفصل في النزاع بمجرّد عجز الخصوم عن إثباته، ويكون من واجبه الفصل في الدعوى.)راشد،1996 ،صفحة(89

1.2- طرق إثبات القانون الأجنبي:

ليس هناك نظام خاص بإثبات القانون الأجنبي المعيّن، وتستعمل مبدئيا كلّ وسائل الإثبات، غير أنه لقاضي الموضوع سلطة تقديرية بالأخذ أو عدم الأخذ بها،)كمال،2006 ،صفحة(127 والملاحظ في الدول التي تعتبر أنّ القاضي ملزم بأن يطبّق من تلقاء نفسه ودون طلب من الخصوم في الدعوى، القانون الأجنبي الذي تعيّنه قاعدة الإسناد الوطنية، أنه يسعى القضاة في هذه الدول بوسائلهم الخاصّة، ووسائل حكوماتهم للتعرّف على القانون الأجنبي المراد تطبيقه، ولهم أن يطلبوا من وزارة الخارجية، بواسطة وزارة العدل تزويدهم بالقانون الأجنبي المراد تطبيقه، وبالاجتهادات الصادرة عن محاكم الدولة التي صدر فيها هذا القانون وبآراء الفقهاء فيها، ولهم أيضا أن يستعينوا بجهود الخصوم ومساعيهم وذلك بالتقديم للمحكمة شهادة صادرة عن فقهاء من الدولة المراد تطبيق قانونها، يبيّنون فيها نصوص هذا القانون، وتسمّى هذا الشهادة – شهادة العرف- " Certificats de coutume ")كمال،2006 ،صفحة(127 ويمكنهم اللّجوء إلى طرق أخرى كاللجوء إلى نصوص القانون الأجنبي أو ترجمتها، وإلى المؤلفات الفقهية والأحكام القضائية،)سيوفي، – 1966 1967،صفحة(908 وللقاضي أن يستخلص الحكم الصحيح لنص القانون الأجنبي، ويتحقق من صحّة مصدره ويحدّد مجال تطبيقه من حيث الزمان كما هو مقرّر في البلد الأجنبي. (الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، 2000، صفحة 260)

وإن كان المبدأ يقضي بحرية القاضي في إثبات مضمون القانون الأجنبي، فيكون له الاتجاه إلى كافة الوسائل العلمية، التي تمكّنه الوقوف على مضمونه، ولا يكون مقيّدًا بالطرق المنصوص عليها في التشريع، بل يمكنه فقط أن يسترشد بما يراه مناسبا منها، ويقوده في ذلك هدف يتمثّل في الكشف عن مضمون القانون الأجنبي.)غصوب،2008 ،صفحة(146 إلاّ

أنّ الفقه والقضاء في فرنسا استقرّا على استبعاد الإقرار واليمين من وسائل إثبات القانون الأجنبي، رغم أنّها من أكثر الطرق استخداما لإثبات الوقائع، والأخذ بالشهادة والقرائن ووسائل المعرفة الأخرى، وعمليّا يتم إثبات مضمون القانون الأجنبي إمّا عن طريق شهادة تصدر عن الجهات الدبلوماسية والقنصلية للدول الأجنبية، أو عن طريق شهادة من المختصين والخبراء،)البستاني،2004 ،صفحة(206 أو بواسطة الشهادات العرفية، أو السعي نحو وزارة الخارجية وسؤالها عن رأيها بشأن حكم القانون الأجنبي في المنازعات التي تعرض أمام المحاكم الوطنية.)الوكيل،1968 ،صفحة 307)

وفي هذا الشأن أنشأت فرنسا جهاز خاص، مهّمته تلقّي طلبات الاستعلام على القوانين الأجنبية، وذلك من خلال استحداث مكتب للقانون الدولي تابع لوزارة العدل، تتمثل وظيفته في إعطاء تفسير للقانون الأجنبي للقاضي الفرنسي.)منصور،1994 ،صفحة(206

أمّا المشرّع التونسي فقد اعتمد على الكتابة والشهادات العرفية كوسيلتي إثبات للقانون الأجنبي، وهو ما نصّ عليه صراحة في الفصل 32 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي في فقرتها الثالثة : "ويكون الإثبات كتابة بما في ذلك الشهادات العرفية".[*]

أمّا الإثبات في التشريع الجزائري فيكون بكافة طرق الإثبات ما عدا الإقرار واليمين، والسبب في استبعادهما ينطلق من أنّه لا يجوز للقاضي أن يأخذ باعتراف الخصوم، واتفاقهم على مضمون معيّن للقانون الأجنبي، فواجبه يتمثّل في تطبيق القانون الأجنبي، لا تطبيق قانون وهي فرضته إرادة الخصوم.)غصوب،2008 ،صفحة(146

1.3- تعذّر إثبات القانون الأجنبي:

إذا استنفد القاضي جميع الوسائل المتاحة لإثبات مضمون القانون الأجنبي، ولم يتوصّل إلى إثباته، فما هي الحلول التي يقترحها التشريع لحل هذا المشكل؟ ، وما موقف المشرع الجزائري من ذلك؟

قدّمت في هذا الشأن ثلاثة حلول:

- ردّ الطلب:

بناءًا على هذا الحلّ، يلزم القاضي برفض طلب المدّعي عند تحققه من استحالة إثبات القانون الأجنبي، ولكنّ هذا الطلب هو مجحف بحق الخصوم، ويجعل القاضي يتنكّر لمهمّته في الفصل بالدّعاوى التي يتوجّب عليه القيام بها في جميع الأحوال.)عرموش،1998 ،صفحة(277

- تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الذي يتعذّر إثباته:

وحسب هذا الحلّ يؤخذ بالقانون الذي يأتي في الدرجة الثانية بعد القانون الذي يتعذّر إثباته، وذلك من جهة اتصاله بالعلاقة، أو يعتمد على طريقة التشابه بين القوانين، كأنّ يطبّق القانون الإنجليزي لتعذّر إثبات القانون الأمريكي أو السوري بدلا من المصري.

ويؤخذ على هذا الموقف صعوبة تطبيقه من الناحية العملية بسبب استحالة التحقق من التشابه بين التشريعات المتعدّدة، كما أنّ الظروف التي يمرّ بها كلّ مجتمع، والتعديلات التي تطرأ على قوانينه ، تجعل من الصعب الجزم بتشابه

[*] Art .32 Al .03 du code de D.I.P tunisienne qui dispose : « la preuve est établie par écrit y compris les certificats de coutume »

قوانين الدول بصورة مستمرّة، حتّى إنّه من الصعب القول بذلك داخل المجتمع الواحد، فكيف بين عدّة دول؟)الوكيل، 1968،صفحة(219

- تطبيق قانون القاضي:lex fori

بناءً على هذا الموقف، يتحتّم على القاضي الفصل في النزاع على أساس أنّ هذا الالتزام الذي يقع على عاتقه على المستوى الداخلي، يفرض بالقوّة نفسها على صعيد العلاقة الدولية الخاصّة، ويطبّق القانون الوطني هنا كصاحب اختصاص احتياطي بعد تعذّر إثبات القانون الأجنبي ذو الاختصاص الأصيل لحكم المنازعة المطروحة.)المصري، 2009،صفحة(240

ويرى الفقيه" Batiffol" أنّ للقانون الوطني اختصاص عام لحكم جميع العلاقات الدولية الخاصّة، وبما أنّ القاضي لا يستطيع الامتناع عن حسم النزاع بذريعة استحالة إثبات القانون الأجنبي، إذ يؤدي ذلك إلى إنكار العدالة، وسيكون الحكم بمقتضى نصوص القانون الوطني أقرب إلى العدالة.(Henri, p. 544)

وهذا الاتجاه قد استقرّ عليه معظم الفقه وتشريعات الدولي في العالم)نصّتعليهالمادة 28 منالقانونالإماراتيالإتحاديرقم 05 لسنة(1985 ، غير أنّ دعاة هذا الاتجاه، قد اختلفوا فيما بينهم حول أساس تطبيقه، فالقاضي الإنجليزي يطبّق القانون الإنجليزي في حالة تعذّر إثبات القانون الأجنبي، استنادا إلى القرينة التي بناها النظام الإنجليزي في هذا المجال، وهي أنّ مضمون القانون الأجنبي يعد مماثلا أو مشابها للقانون الإنجليزي طالما لم يلتزم الخصوم بتقديم الدليل على عكس ذلك،)فوضيل،2005 ،صفحة(37 وقد انعقد هذا الأساس باعتباره مجرّد حيلة لجأ إليها النظام الإنجليزي حتى يجنّب القاضي عبء البحث عن القانون الأجنبين،)راشد،1996 ،صفحة(80 غير أنّ البعض)سليمان،2003 ،الصفحات(137-136 أشاروا إلى أنّ تطبيق قانون القاضي يجد أساسه في كونه صاحب الاختصاص العام لحكم كافة علاقات القانون الخاص، متى تعذّر إثبات القانون الأجنبي المعيّن بموجب قاعدة الإسناد الوطنية.

وبناءً على ذلك يثبت الاختصاص الاحتياطي لقانون القاضي، وهو ما نصّ عليه صراحة المشرّع التونسي في الفصل 32 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي في فقرتها الرابعة :" إدا تعذّر إثبات محتوى القانون الأجنبي، فإنه يقع العمل بالقانون التونسي".[1]

وتأييدا لهذا الاتجاه نصّ المشرّع الجزائري في المادة 23 مكرّر بمقتضى القانون رقم 10- 05 المعدّل والمتمّم للقانون المدني الجزائري، على ما يلي: " يطبّق القانون الجزائري إذا تعذّر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق." وطبقا لما تقدم، كلما استحال على القاضي الجزائري إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط، يرجع إلى قانون الأسرة الجزائري ويطبق أحكامه على هذه العلاقة سواء تعلق الأمر بانعقادها أو بآثارها.

2- تفسير القانون الأجنبي:

إذا ثبت مضمون القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع، كان عليه أن يطبّقه على المنازعة المطروحة أمامه، ولكن على هدي أيّ قانون يقوم القاضي المعروض أمامه النزاع بتفسير القانون الأجنبي؟ وهل تخضع عملية التفسير لرقابة محكمة

[1] Art. 32 AL .4 du loi N° 98- 97 Tunisienne, op.cit, qui dispose: « Si le contenu de la loi étrangère ne peut être établi il sera fait application de la loli Tunisienne ».

القانون؟، لذلك سنتعرّض إلى دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي، ثم إلى مدى رقابة محكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي.

2.1- دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي:

إنّ القاضي متى تمكّن من التعرّف على القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط وأثبت مضمونه، فإنّه يطبّقه بالصورة والكيفية التي يطبّق بها أمام محاكم الدولة المشرعة له، فيتقيّد بالحلول القضائية والمبادئ العامّة الحاكمة لتفسير القانون في هذه الدولة.)العال،2004 ،صفحة(406

ويرى البعض أنّ دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا يختلف عن دوره في تفسير قانونه، فهو يبحث في الحالتين عن نيّة المشرّع، وما يستهدفه من وراء القواعد التي صدرت عنه، متحرّيا في ذلك قواعد العدالة وفقا للمفاهيم السائدة في دولة القاضي، فإذا كان للقاضي أن يستأنس في تفسيره للقوانين الأجنبية بالآراء السائدة في الفقه والقضاء الأجنبي، إلاّ أنّه غير ملزم بالأخذ بها، لأنّه إذ يحكم بالعدل فإنّما يفعل ذلك باسم الدولة التي يتبعها وتحت مسؤوليتها .

غير أنّ هذا الرأي محلّ انتقاد لأنّ حكمة التشريع تقتضي تقيّد القاضي بالحلول القضائية المستقرّة في الدولة التي يطبّق قانونها، حتى لو لم يكن القضاء هناك مصدرا رسميا لقواعد القانون،)الوكيل،1968 ،صفحة(172 ولعلّ في القول بغير ذلك انحراف بقاعدة الإسناد عن هدفها، وإعطاء القانون الأجنبي معنى ليس له، على نحو قد يؤدي إلى تطبيقه بصورة مشوّهة، فيخالف بذلك ليس إرادة المشرع الأجنبي واضع هذا القانون، وإنمّا كذلك إرادة المشرّع من خلال قاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي بالمعنى المقرّر في الدولة المشرعة له)العال،2004 ،صفحة(406 ، لذلك يتوجّب على القاضي، إتباع أسلوب التفسير الذي تأخذ به المحاكم الأجنبية، والابتعاد عن الاجتهاد الشخصي في التفسير ، ويتوجّب عليه تطبيق القانون الأجنبي كما هو مطبّق في بلاده الأصلية، آخذًا بعين الاعتبار ليس فقط نصوص قوانينها، وإنّما أيضا ما استقرّ عليه قضاؤها. ونتيجة لذلك فالقاضي، لا يكون ملزما بالتفسير الذي قد يتمسّك به أحد الخصوم لمعنى القانون الأجنبي.)البستاني،2004 ،صفحة(210

وعليه فإنّ القاضي الوطني لا يتمتّع بحريّة كاملة في تفسير القوانين الأجنبية، فهو مقيّد دائما بالتفسير المتبع في الدولة الأجنبية التي يكون قانونها مختصّا. وهذا الرأي ينسجم مع احتفاظ القانون الأجنبي بصفته الأجنبية، واستقلاله عن قانون القاضي، ولو أنّ تطبيقه حصل في غير بلده.

وقد نصّت بعض القوانين)راجعالمادّةالتاسعةمنمجموعةالقا. الد. الخاليوغسلافيةلسنة(1983 (الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، 2000، صفحة 265)، على وجوب التقيّد بالتفسير المقرّر في القانون الأجنبي، وخضوع القاضي في تفسيره لرقابة محكمة القانون، حيث أنّ المشرع التونسي نصّ في الفصل 34 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي: " يطبّق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه".

كما أنّ محكمة النقض الفرنسية تقرّ الرقابة على الأحكام التي تخطئ في تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره، وهو الموقف نفسه الذي تبنّته محكمة النقض المصرية كما سيتم بيانه.

2.2- رقابة محكمة القانون على تفسير القانون الأجنبي:

بداهة إنّ الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد يخضع لرقابة المحكمة العليا، لأنّه خطأ في تطبيق القانون الوطني، ومثال ذلك أن يطبّق القاضي على الأهلية قانون الموطن، بدلا من قانون الجنسية الذي تأخذ به قاعدة التنازع الوطنية.)سيوفي،1967 – 1966 ،صفحة(312 غير أنّ الخطأ في تفسير القانون الأجنبي هو محلّ خلاف في القانون

المقارن، فيما إذا كان يخضع، أولا لرقابة المحكمة العليا ، فهناك دول ترفض مدّ رقابة المحكمة العليا على التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع ، مثل: بلجيكا؛ هولندا؛ سويسرا، ومعظم قضاء الدول الأوربية، وذلك على أساس أنّ القانون الأجنبي طابقه، وأنّ مهمّة المحكمة العليا هي توحيد الاجتهاد القضائي الوطني ويصعب عليها عمليا التكفّل بهذه المهمّة بالنسبة لمختلف القوانين الأجنبية.)صادق، 2003 ،صفحة(175

غير أنّ هذا الموقف لا تحمد عقباه، وإن حاول أن يخفّف العبء على مهمّة القاضي إلاّ أنه يسمح لقضاة الموضوع من جهة أخرى بتفسير القانون الأجنبي على أهوائهم، وهم مقتنعون مسبقا بإفلات قضائهم من رقابة محكمة القانون. (الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، 2000، صفحة 265)

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية مدّ رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، ومن أهم الحجج التي بررت بها موقفها،)سيوفي،1967 – 1966 ،صفحة(312 أنّ مهمّة محكمة النّقض هي المحافظة على وحدة تطبيق القانون الفرنسي وتحقيق الانسجام بين أحكامه، فليس من وظيفة المحكمة الإشراف على تنسيق أحكام القوانين الأجنبية، كما أن تصدّي المحكمة لهذه المهمّة يعرضها لتحريات واقعية في سبيل البحث عن مضمون القانون الأجنبي، وهو ما يخرج عن اختصاصها. وأخيرا إنّ التعرّض لتفسير القوانين الأجنبية قد يوقع المحكمة في الخطأ والانحراف عن فهم مضمونه الحقيقي، ممّا يؤثر على سمعتها وكرامتها.

غير أنّ هذه الحجج التي استند إليها الفقه القديم لتبرير موقف المحكمة العليا، ضربت في أساسها من قبل الفقه الحديث الذي نادى بممارسة الرقابة على القانون الأجنبي، ممّا دفع بمحكمة النقض الفرنسية إلى محاولة التصدّي لرقابة التفسير، مستترة وراء فكرة أخرى، هي فكرة الرقابة على مسخ القانون الأجنبي، كما أجازت الرقابة على القانون الأجنبي في القرارين الشهرين الصادرين بتاريخ 11 أكتوبر 1988 (ربوح) و18 أكتوبر 1988 (شيل) (وقدسبقالتعرضللقرارين(.

وفي إنجلترا يجوز للمحكمة العليا أن تقبل الطعن بالنقض أمامها لأوّل مرّة من طرف الخصوم بشأن القوانين الأجنبية، لأنّها تعدّ بمثابة محكمة درجة ثالثة من درجات المحاكم، وليس محكمة اجتهاد.)البستاني،2004 ،صفحة(212

أمّا القضاء المصري، فقد مرّ بنفس المرحلة التي مرّ بها القضاء الفرنسي، بحيث كانت محكمة النقض المصرية لا تبسط رقابتها على القوانين الأجنبية، بشأن التفسير الّذي يعطيه قضاة الموضوع في حالة تطبيق القانون الأجنبي. وعلى إثر هذه المرحلة أصدر القضاء المصري حكما بتاريخ 14 أفريل 1970[*]. ولكن استنادا إلى نص المادّة 425 من قانون المرافعات المصري، أصبح من الجائز الطعن بالنقض إذا تعلّق الأمر "بمخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله".[*]

---

[*] صدر حكم بتاريخ 14 أفريل 1970 جاء فيه : " إنّ الاستناد إلى قانون أجنبي هو وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها ، ولمّا كانت الطاعنة، لم تقدّم ما يثبت أنّها تمسّكت بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع ، فإنّه يكون سببا جديدًا ، لا يجوز التحدّي به لأوّل مرّة أمام محكمة النقض "، راجع في ذلك عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، سنة 1986.، ص600.

[*] وكتحليل لنص المادّة 425 قا. مرافعات مصري ، إنّ عبارة القانون وردت مطلقة ، إذ تشتمل على القوانين الوطنية والأجنبية على حدّ سواء.

كما نصّ المشرّع التونسي صراحة في مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي في فصلها 34 فقرة 2: "يخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب".

أمّا بالنسبة للجزائر، فمن خلال استقراء نص المادة 8- 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 فإنّ الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي لا يشكل وسيلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، كما ذهب إليه بعض شرّاح القانون الجزائري.* ومن ثمّ فالخطأ في تفسير القانون الواجب التطبيق على الأحوال الأسرية يخضع لرقابة محكمة النقض، إذ سوّى المشرّع هنا بين القانون الداخلي والقانون الأجنبي، المتعلّق بالأحوال الأسرية، ويستنتج تبعا لذلك أنّ القاضي الجزائري إذا أخطأ في تفسير أو تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط، فإنّ ذلك يكون سببا من أسباب قبول الطعن بالنقض.

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة؛ تبيّن لنا أن التشريعات المقارنة في تحديدها لطبيعة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، تتباين بين ما إذا كانت مرتبطة بالأحوال الشخصية أي بحقوق لا يجوز التصرف فيها، أو مرتبطة بغير ذلك من المسائل أو الحقوق التي يجوز التصرف فيها، ففي الحالة الأولى يكيّف القانون الأجنبي باعتباره قانونا، وفي الحالة الثانية يعتبر واقعة، مما يترتب عنه نتائج تختلف باختلاف التكييف الذي يضفى على هذا القانون. وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الموقف صراحة بنصه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 358 فقرة 6.

ومتى أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي، فإن الخطأفي تطبيق هذه القاعدة يعتبر خطأ في تطبيق القانون الوطني ويخضع لرقابة المحكمة العليا، وهذا ما تتفق عليه التشريعات المقارنة بما فيها المشرع الجزائري. غير أن مواقفها تختلف إذا تعلق الأمر بتفسير القانون الأجنبي، إذ ثبت أنّ هناك تشريعات ترفض مد رقابة محكمة القانون في حال الخطأ في تفسيره، وهناك تشريعات أخرى تقر الرقابة على الأحكام التي تخطأ في تطبيق القانون الأجنبي أو تفسيره.أما المشرع الجزائري فيميّز بين ما إذا كان هذا القانون واجب التطبيق على العلاقات الأسرية أو على غيرها من المسائل؛ فإذا أخطأ القاضي في تطبيق أو تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقات الأسرية دون سواها فإنّ ذلك يخضع لرقابة المحكمة العليا استنتاجا من نص المادة 6/358من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

واستنادا إلى موقف المشرع الجزائري من معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، يمكن إجمال **أهم النتائج المتوصل إليها فيما يلي:**

- يعتبر القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية الجزائرية قانونا بطبيعته إذا ارتبط بالعلاقات الأسرية، باعتبارها حقوقا لا يجوز التصرف فيها؛ويعتبر مجرد واقعة متى ارتبط بحقوق يجوز التصرف فيها.
- يخضع الخطأ في تطبيق أو تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإستاد الوطنية لرقابة المحكمة العليا، وذلك متى كان هذا القانون يفصل في المنازعات المرتبطة بالعلاقات الأسرية دون سواها.
- على القاضي الجزائري التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقات الأسرية، كما يقع على عاتقه عبء إثباته.
-يمكن للخصم المطالبة بتطبيق القانون الأجنبي المختص نتيجة إعمال قاعدة الإسناد الوطنية في غير مسائل العلاقات

* ومن هذا الإتجاه عليوش قربوع كمال، المرجع السابق ، ص149، وأعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة العاشرة، سنة 2008.، ص 157.

الأسرية، ويقع عليه عبء إثبات مضمونه.

-يطبق القاضي الجزائري القانون الأجنبي بالصورة والكيفية التي يطبق بها أمام محاكم الدولة المشرّعة له.

بناء على هذه النتائج المتوصل إليها، تم الخروج ببعض **المقترحات أو التوصيات**:

- ضرورة وجود نصوص تشريعية صريحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسد الثغرات القانونية الموجودة في التشريع الجزائري.

- يتوجب على القاضي الجزائري التطبيق التلقائي والفوري للقانون الأجنبي الواجب التطبيق على علاقات الزواج المختلط مع تحمّل عبء إثباته.

- لقد اكتفى المشرع الجزائري بالنص المادة 6/358منه على أن مخالفة القانون الأجنبي المتعلّق بالأسرة يعتبر وجها من أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا وأغفل النص صراحة على الآثار المترتبة على ذلك، لذلك من الضروري تدارك المشرع هذا النقص بنصوص كافية، ملمة وشاملة في هذا المجال

قائمة المراجع:

_ راجع المادّة التاسعة من مجموعة القا الد الخ اليوغسلافية لسنة .1983المادة 2055 من القانون المدني البيروفي المطبّق منذ 1984 ،المادّة 16 ف 01 من القانون المدني المكسيكي المعدّل في 11 ديسمبر.1987

_ تقابل هذه المادة في التشريع الجزائري،المادة 13 من القانون رقم05- 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني) . .بلا تاريخ .(الجريدة الرسمية رقم 44 سنة.2005

_ نصّت عليها المادة 28 من القانون الإماراتي الإتحادي رقم 05 لسنة .1985 ،المادة 16 من القانون السويسري لعام 1987،المادة 04 من قانون 1978 لدولة النمسا. .

_ 1ère, C. C. (2002). 4 Décembre 1990, Gutmann Daniel: « Droit international privé » (3ème édition ed.). Dalloz.

_ Batiffol Henri, l. P. (1993). Traité de droit International privé, L.G.D.J.T.

_ Bisbal Arrêt. (1993). Cass.civ, 12 Mai 1959 la cour de cassation avait jugé : « que le régles français de conflits de lois, entant du moins qu'elles perscrivent l'application d'un loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartie. L.G.D.J. tome 1: 8ème édition.

_ Bourel Pierre Loussouarn Yvon. (2001). Droit international privé (الإصدار 7ème édition). Dalloz,.

_ Cass. (s.d.). 16 février 1966, v. Batiffol Henri. journal, Droit International Privé 1968, 369,.

_ Henri, B. (n.d.). Lagarde Paul . op.cit.

_ آمنة رحاوي .(2021) .معاملة تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني . مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،.(1)8

_ زروتي الطيب .(2000) .القانون الدولي الخاص الجزائري،مقارنا بالقوانين العربية،الجزء الأول،تنازع القوانين .الجزائر : مطبعةالكاهنة.

_ سامي بديع منصور .(1994) .الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة. بيروت، لبنان : دارالعلوم العربية.

_ سعيد يوسف البستاني .(2004) .القانون الدولي الخاص، تطوّر وتعدّد طرق حلّ النزاعات الخاصّة الدولية. بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية.

_ عبده جميل غصوب .(2008) .دروس في القانون الدولي الخاص) الإصدار ط .(1المؤسسة الجامعية للدراسات والنشروالتوزيع.

_ عكاشة محمد عبد العال .(2004) .تنازع القوانين دارسة مقارنة) الإصدار ط .(1بيروت،لبنان :منشورات الحلبي الحقوقية.

_ علي علي سليمان .(2003) .مذكرات في القانون الدولي الخاص) الإصدارط .(2الجزائر :ديوان المطبوعات الجامعية.

_ عليوش قربوع كمال .(2006) .القانون الدولي الخاص الجزائري،الجزءالأول،تنازع القوانين.الجزائر :دار هومة.

_ فتيحة بن صابر .(2019) .دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي وفق التشريع الجزائري . مجلة الدراسات القانونية والسياسية،.(2)5

_ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد .(1996) .الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزءالثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي. دارالنهضة العربية.

_ فوضيل ,نادية .(2001) .تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني.الجزائر :دارهومة.

_ قانون رقم) .09 -08 بلا تاريخ .(المؤرخ في 18 صفر عام.1429 المواقف 25 فبراير سنة 2008 ،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

_ محمد وليد المصري .(2009) .الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص،دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي.

_ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش .(1998) .القانون الدولي الخاص،الأردني والمقارن،الجزء الأول، تنازع القوانين. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.

_ نادية فوضيل .(2005) .الغش نحو القانون.الجزائر :دارهومة.

_ نعوم سيوفي .(1967 – 1966) .الحقوق الدولية الخاصّة،محاضرات للسنة الرابعة حقوق. جامعة حلب :مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية.

_ هشام علي صادق .(2003) .دروس في تنازع القوانين. دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية.

_ هشام علي صادق وشمس الدين الوكيل .(1968) .مركز القانون الأجنبي أمام القضاءالوطني، دراسةمقارنة.الإسكندرية :منشأةالمعارف.

الضوابط الشرعية لإباحة الزواج بالكتابية – دراسة فقهية تأصيلية –

سليمة طلحاوي
دكتورة، جامعة غرداية/ الجزائر

الملخص:

تعتبر الأسرة في الإسلام اللبنة الأولى للمجتمع، تهتم بسلوك الفرد وتنظم علاقاته بغيره، وتزداد أهميتها إذا تعلق الأمر بزواج المسلم من الكتابية؛ كي تنشأ الأجيال القادمة على هدي الإسلام وأحكامه، وقد كرست هذه الورقة البحثية لدراسة الضوابط الشرعية لإباحة الزواج بالكتابية؛ موضحة مفهوم الكتابية في الفقه الإسلامي، كما تطرقت إلى إبراز الأحكام الشرعية المتعلقة بزواج المسلم بالكتابية في دار الإسلام، وفي دار الحرب؛ مبينة الضوابط الشرعية الحاكمة لهذه الإباحة، خاصة في ظل إفرازات العولمة المهيمنة.

الكلمات المفتاحية: الكتابية، الزواج، دار الإسلام، دار الحرب.

Abstract:

The family in Islam is considered the first building block of society. It cares about individual's behavior and regulates his relationships. Its importance increase, when it comes to the marriage of a Muslim to a Scriptural woman. For future generations to grow up on Islam's guidance. This research paper was devoted to the study of legality controls for the marriage of a Muslim to a Scriptural woman permissibility. Explaining the concept of Scriptural woman In Islamic jurisprudence. It also highlighted the legal rulings related to the marriage of a Muslim to a Scriptural woman in Islam country, and in Enemy territory. Indicating the legal controls governing this permissibility, especially in the light of dominant globalization results.

Key words: Scriptural woman, Marriage, Islamic country, Enemy territory.

مقدمة:

جرت سنة الله في خلقه التعامل على أساس الإنسانية بينهم، مهما تباينت ديانتهم ولغاتهم وأجناسهم، لقوله تعالى: **[يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أَتْقَاكُمْ][الحجرات: 13]**، فلو كان التعاون والتعايش لا يتم إلا باتحاد الدين واللغة والجنس، لاختل ميزان الاجتماع البشري والعمراني، قال تعالى: **[وَلَوْلَا دَفْعُ اللهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهُدِمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللهِ كَثِيرًا][الحج: 40]**، وهذا التعامل بين الشعوب إذا انضم إليه حق آخر زادت المودة بينهم، وتوطدت الصلة أكثر، سواء كان ذلك بالجوار، أو بالإسلام، أو بالقرابة، ونحو ذلك من العلاقات التي توطد رابط الأخوة والإنسانية بين هذه الشعوب المتغايرة.

ولما كانت العلاقات بين المسلمين وغيرهم قائمة على أسس تحكمها قواعد المصالح والمفاسد، المرتبطة بالواقع الذي يختلف من وقت لآخر، ومن بين هذه العلاقات علاقة الزواج؛ التي تعد الرابط الوحيد الذي يترتب عليه قرابة ونسب أبدي، فإن الإسلام قد أباح للمسلم نكاح الكتابية دون غيرها، وقيده في هذا الزواج بضوابط تضمن له تأسيس أسرة قوية الإيمان، محكمة البناء، محاطة بقواعد متينة من أحكام دينه وآدابه، تحفظ له كيانه ونسله ودينه، ومن هنا جاءت هذه المداخلة موسومة بـ: **الضوابط الشرعية لإباحة الزواج بالكتابية – دراسة فقهية تأصيلية –**

أهمية الموضوع:

– تكمن أهمية الموضوع في أن نكاح الكتابيات له أهمية خاصة في الإسلام؛ حيث إنه لم يبح للمسلم الزواج من أصحاب الديانات المختلفة، باستثناء الكتابية؛ لذلك يستوجب ضرورة العلم بالضوابط الشرعية التي يستند إليها في هذه الإباحة، خاصة في العصر الراهن.

أهداف الموضوع: يهدف الموضوع إلى:

– تسليط الضوء على حال الكتابية في وقتنا الحالي، وبيان أراء الفقهاء المتقدمين والمعاصرين المختلفة في حكم الزواج منها، بالنظر إلى الأوضاع السياسية بين المسلمين والغرب بصفة عامة، وبين المسلمين واليهود بصفة خاصة.

– بيان الضوابط الشرعية التي يجب الالتزام بها في إباحة الزواج من الكتابية، لا سيما في ظل إفرازات العولمة المهيمنة.

إشكالية البحث:

قسمت إشكالية البحث إلى جانبين؛ جانب رئيسي، وجانب فرعي.

الإشكالية الرئيسية:

– ما هي الضوابط الشرعية التي يستند إليها في إباحة زواج المسلم بالكتابية؟

الإشكاليات الفرعية:

– ما المقصود بالكتابية؟ وما حكم زواج المسلم بها في دار الإسلام وفي دار الحرب؟
– هل يرتبط هذا الحكم بحال الكتابية وبالظروف المحيطة بها التي لها تأثير على المجتمع الإسلامي؟

وللإجابة على هذه الإشكاليات اتبعت الخطة التالية:

– **مقدمة**
– **أولا: مفهوم الكتابية في الفقه الإسلامي.**
– **ثانيا: حكم زواج المسلم بالكتابية في دار الإسلام.**
– **ثالثا: حكم زواج المسلم بالكتابية في دار الحرب.**
– **رابعا: ضوابط زواج المسلم بالكتابية.**

- خاتمة.

أولا: مفهوم الكتابية في الفقه الإسلامي.

1- تعريف الكتابية لغة: كتب الشيءَ يكتبه وكتابا وكتابة وكتبه: خطه، والكتاب اسم لما كُتب مجموعا، وفسر الزجاج قوله تعالى: **[نَبَذَ فَرِيقٌ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ]**؛ بالتوراة، وقوله: كتاب الله؛ جائز أن يكون القرآن، وأن يكون التوراة. (ابن منظور، د.ت، 398/2-399).

2- تعريف الكتابية في اصطلاح الفقهاء: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أن أهل الكتاب هم أهل التوراة والإنجيل، بدليل قوله تعالى: **[أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا] [الأنعام: 156]**. (ابن قدامة، 1997م، 546/9).

وقد فصّل الشافعية في الكتابية فقالوا: إن كان آباؤها دخلوا في الدين المسيحي أو اليهودي قبل التحريف فتعتبر من أهل الكتاب؛ أي أنها من الذين أوتوا الكتاب حقيقة، وإن كانوا قد دخلوا في الدين بعد التحريف فلا تعتبر كتابية.(النووي، د.ت، 340/17)، وأن أهل الكتاب هم اليهود والنصارى من بني إسرائيل؛ لأن موسى وعيسى عليهما السلام أرسلا لبني إسرائيل فقط، أما الأمم الأخرى التي انتحلت اليهودية أو النصرانية فلا تطلق عليها كلمة "أهل الكتاب"، (المودودي، 1980، ص117) ومن الأقوام الذين انتحلوا اليهودية والنصرانية من العرب (بنو تغلب)، فإنهم لم يتمسكوا من النصرانية إلا بشرب الخمر (الخازن، 2004م، 13/2)، وبناء على ذلك فلفظ كتابي تعبير عن هوية لجنس تلاشت معالمه.(الجبري، 1983م، ص24).

وقول الشافعية هذا ليس عليه دليل، وهو مرجوح لما جاء في الكتاب الذي بعثه رسول الله ﷺ إلى هرقل وفيه: (أما بعد: فإني أدعوك بدعاية الإسلام أسلم تسلم، يؤتك الله أجرك مرتين فإن توليت فإن عليك إثم الأريسيين و **يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلاَّ اللهَ وَلَا نُشْرِكَ بِهِ شَيْئًا وَلَا يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضًا أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللهِ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَقُولُوا اشْهَدُوا بِأَنَّا مُسْلِمُونَ**".(الغماري، https://www.startimes.com/f.aspx?t=7674875، يوم 2023/05/14، على الساعة: 10:40).

ثم إن الرسول ﷺ لم يفتش عن كتابي زمانه، وكذلك صحابته، ولم يحدث السؤال منهم لأحد هل دخل آباؤه الديانة قبل التبديل أو بعده، بل كانت معاملتهم مطلقة وفي الحدود المرسومة المقررة شرعا، وكيف لا تكون نصارى بني تغلب من أهل الكتاب مع انتحالهم نحلتهم وتوليهم لهم، ثم إن دفعهم للجزية يدل على أنهم يندرجون في زمرة أهل الكتاب، ودخولهم في حكمهم. (بدران، 1984م، ص42).

- الصابئة والسامرة: اختلف السلف كثيرا في الصابئة، فقيل: الصابئون صنف من النصارى، والسامرية صنف من اليهود.(اللخمي، د.ت، ص2111). "وروي عن أحمد أنهم جنس من النصارى، ونص عليه الشافعي(النووي، د.ت، 343/17)... والصحيح إن كانوا يوافقون النصارى أو اليهود في أصل دينهم، ويخالفونهم في فروعه، فهم ممن وافقوه".(ابن قدامة، 1997م، 547/9).

وذكر أبو حنيفة أن الصابئة قوم يؤمنون بكتاب، فهم يقرؤون الزبور ولا يعبدون الكواكب، ويخالفون غيرهم من أهل الكتاب في بعض دياناتهم (الكاساني، 1997م، 465/3)، كذلك ذكر القاضي الحنبلي فيهم؛ بأن من تمسكت بصحف شيث، أو زبور داود، أو شيء من الصحف الأولى، أو من زبر الأولين، وتقر بالجزية، فهي كأهل الكتاب (المرداوي، 1997م، 134/8)، أما عند الشافعية والحنابلة فهذه لا يجري عليها حكم أهل الكتاب، وحكمها كحكم من لا كتاب لها، وتعليل ذلك أن هذه الكتب مواعظ ووصايا، وليس فيها أحكام وفروض فخالفت التوراة والإنجيل، كما أنها ليست كلام الله، وإنما هي وحي منه. (الماوردي، 1994م، 226/9) (ابن قدامة، 1997م، 547/9).

– **حالة ارتداد الكتابية:** إذا تمجست الكتابية، أو انتقلت إلى دين آخر من الكفر غير دين أهل الكتاب، فهي كالمرتدة؛ أجبرت على الإسلام، فإن أبت صار حكمها حكم الوثنية وإن ادعت أنها من أهل الكتاب، بخلاف اليهودية إذا تنصرت أو عكسه.(ابن نجيم، 111/3) (ابن قدامة، 1997م، 549/9-552).

– **حالة تولدها من أبوين أحدهما غير كتابي: عند الشافعية والحنابلة:** إذا كان أحد أبويها غير كتابي، سواء كان وثنيا أو مجوسيا، أو مرتدا، وسواء كان ذلك من جهة الأب أو من جهة الأم، فهي غير متمحضة من أهل الكتاب ويحتمل أن تكون كتابية بكل حال؛ لأنها تقر على دينها، فأشبهت من أبواها كتابيان، والحكم في من أبواها غير كتابيين، كالحكم في من أحد أبويها كذلك. (الشربيني، د.ت، ص251) (ابن قدامة، 1997م، 549/9).

عند الحنفية: من كان أحد أبويه كتابيا والآخر مجوسيا، كان حكمه حكم أهل الكتاب؛ لأنه لو كان أحد أبويه مسلما يعطى له حكم الإسلام؛ لأن الإسلام يعلو ولا يعلى، فكذا إذا كان كتابيا يعطى له حكم أهل الكتاب، ولأن الكتابي له بعض أحكام أهل الإسلام، وهو المناكحة وجواز الذبيحة، والإسلام يعلو بنفسه وبأحكامه؛ ولأن رجاءه الإسلام من الكتابي أكثر؛ فكان أولى بالاستتباع.(الكاساني، 1997م، 465/3).

"في علاقات المسلمين بغيرهم في هذا العصر، وفي هذه الديار، قلما يحتاجون إلى معرفة حكم الشرع في التزوج بالصابئة أو السامرية؛ لانقراض هذا النوع أو لغيابه عن مسرح الحياة الواقعية، وإنما يحتاجون إلى دراسة الكيانات الموجودة فعلا على أرض الواقع كمعتنقي العلمانية، والوجودية، والشيوعية، والقاديانية، والبهائية، والإباحيين، وما إلى ذلك من الفرق"، فهل هذه الفرق تعد من أهل الكتاب، أو من أهل الشرك؟ (العمراني،2001م، 13/2).

قد يقال: إن سكان المجتمعات الغربية المعاصرة أهل كتاب؛ باعتبار أن الدين الذي ساد وما زال غالبا على هذه الديار لمئات السنين هو دين النصرانية، الذي هو في أصله دين التوحيد، فنقول إن العبرة بما هم عليه الآن، لا ما كان عليه آباؤهم، كما يحسن التنبيه إلى أن معظم شعوب المجتمعات الغربية المعاصرة قد تخلت عن الدين، ولم يبق له عندهم أي سلطان على حياة الناس العقدية والعملية، ووجود الكنائس بها لا يعني أكثر من مظهر لا أثر له في الفكر ولا في السلوك، بل لم تعد الكنيسة قادرة على مواجهة التيار الإلحادي، الذي يأتي على كل أثر من آثار التدين. (العمراني، 2001م، 17/2).

من خلال ما سبق يتضح أن القول المختار في مفهوم الكتابية في الفقه الإسلامي: هي التي تنتسب لليهودية أو النصرانية، ولا عبرة بأصلها أو نسبها، بل العبرة بدينها وعقيدتها.

ثانيا: حكم زواج المسلم بالكتابية في دار الإسلام.

– يقصد بدار الإسلام؛ الدار التي نزلها المسلمون وجرت عليها أحكام الإسلام (ابن القيم، 1997م، ص366/1).

اختلف العلماء في حكم زواج المسلم بالكتابية الحرة، وذلك على ثلاثة أقوال على النحو التالي:

1– أقوال الفقهاء في حكم زواج المسلم بالكتابية في دار الإسلام:

أ– القول الأول: يجوز نكاح المسلم بالكتابية في دار الإسلام، وهو قول الحنفية (ابن نجيم، د.ت، 111/3)، وهو مذهب بعض المالكية (اللخمي، د.ت، ص2111)، والشافعية (الشربيني، د.ت، 249/3)، والحنابلة (ابن قدامة، 1997م، 545/9)، والظاهرية (ابن حزم، 1349هـ، 445/9)، وروي ذلك عن جماعة من السلف منهم: عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر من الصحابة رضوان الله عليهم. (ابن قدامة، 1997م، 545/9).

ب– القول الثاني: لا يجوز نكاح الكتابية مطلقا، وهذا الرأي منقول عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، وذهب إلى ذلك أيضا بعض العلماء المعاصرين، منهم: سيد قطب(سيد قطب، 2003م، 241/1)، ومُحَمَّد علي الصابوني (الصابوني، 1980م، ص537) وعبد الحميد بن باديس (ابن باديس، 1984م، 309/3).

ت– القول الثالث: يجوز نكاح الكتابية مع الكراهة، وعند الحنفية لا يتزوج المسلم بالكتابية إلا لضرورة (ابن نجيم، د.ت، 111/3)، وهو قول مالك (سحنون، 1994م، 219/2)، وقال الشافعية والحنابلة بالكراهة بشرط إيجاد المسلم للمسلمة، أما عند فقدانها فلا كراهة (الشربيني، د.ت، 249/3) (ابن القيم ، 1997م، 794/2).

2– تصور المسألة وتحرير محل النزاع: يرجع اختلافهم في فهم الآية الكريمة: **[وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ] [البقرة: 221]**، فروي عن ابن عباس رضي الله عنهما بأن الله عز وجل حرم نكاح المشركات في سورة البقرة، ثم نسخ هذا الحكم من هذه الجملة نساء أهل الكتاب، فأحلهن في سورة المائدة، في قوله تعالى: **[وَالْمُحْصَنَاتِ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ] [المائدة:05]** (القرطبي، 2006م، 454/3–455)، "فآية المائدة متأخرة النزول عن آية البقرة، فكانت آية المائدة أصلا في جواز نكاح الحرائر الكتابيات؛ لتأخر نزولها". (اللخمي، د.ت، ص2111)، وبه قال مالك وسفيان الثوري والأوزاعي، ومذهب مالك أن نكاح اليهودية والنصرانية وإن كان حلالا مستثقل مذموم. (القرطبي، 2006م، 454/3–455).

وقال قتادة وسعيد بن جبير؛ بأن هذا ليس نسخا، فإن لفظة المشركات عام في كل كافرة لا تتناول أهل الكتاب؛ بدليل قوله سبحانه: **[لَمْ يَكُنْ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِّينَ] [البينة:01]**، وغيرها من الآيات التي ورد فيها الفصل بين المشركين وأهل الكتاب، فدل على أن لفظة المشركين بإطلاقها غير متناولة لأهل الكتاب(ابن قدامة، 1997م، 545/9–546) بينما آية المائدة خاصة بالكتابيات، ولم يتناول العام الكتابيات، وهذا أحد قولي الشافعي (القرطبي، 2006م، 455/3)، وذهب آخرون إلى أن الآية التي في البقرة هي الناسخة والتي في المائدة هي المنسوخة، وبالتالي يحرم نكاح كل مشركة كتابية وغير كتابية (القرطبي، 2006م، 455/3).

3– أدلة المذاهب:

أ- أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول على جواز نكاح المسلم للكتابية في دار الإسلام بالقرآن وبعمل الصحابة:

- **الدليل الأول:** قوله تعالى: **[الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتِ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ] [المائدة:05]**.

- **وجه الدلالة:** دلت الآية الكريمة على حل نكاح المحصنات من أهل الكتاب، وظاهر الآية يدل على الجواز من غير كراهة. (الدسوقي، د.ت، 267/2).

- **الدليل الثاني:** قوله تعالى: **[وَأَحَلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ] [النساء:24]**.

- **وجه الدلالة:** دلت الآية الكريمة أن الله جل ثناؤه بيَّن لعباده المحرمات من النساء (الطبري،2001م، 582/6)، ولم تذكر معهن الكتابيات، وبالتالي يحل الزواج بهن بصريح الآية. (أبو رعد، 2007م، ص49).

- **الدليل الثالث:** ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال: "المسلم يتزوج النصرانية ولا يتزوج النصراني المسلمة" (البيهقي، 2003م، 280/7).

- **الدليل الرابع:** أن عثمان بن عفان ﷺ تزوج نائلة بنت الفرافصة وهي نصرانية ثم أسلمت عنده (البيهقي، 2003م، 279/7).

ب- أدلة القول الثاني: استدل القائلون بعدم جواز نكاح الكتابية مطلقا بما يلي:

- **الدليل الأول:** قوله تعالى: **[وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ] [البقرة: 221]**.

- **وجه الدلالة:** دلت الآية الكريمة على تحريم نكاح المشركات، والكتابية مشركة فيحرم نكاحها (بدران، 1984م، ص43).

- **الدليل الثاني:** قوله تعالى: **[يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تُلْقُونَ إِلَيْهِمْ بِالْمَوَدَّةِ وَقَدْ كَفَرُوا بِمَا جَاءَكُمْ مِنَ الْحَقِّ] [الممتحنة: 01]**.

- **وجه الدلالة:** أن الله سبحانه وتعالى نهى عن اتخاذ الكفار أولياء من دون المؤمنين، والزواج سبب من أسباب المودة، وبالتالي يحرم الزواج بالكافرة مطلقا سواء كانت كتابية أو غير كتابية. (أبو رعد، 2007م، ص52).

- **الدليل الثالث:** كان عبد الله بن عمر إذا سئل عن نكاح الرجل اليهودية والنصرانية قال: "إن الله حرم المشركات على المؤمنين، ولا أعلم من الإشراك شيئا أكبر من أن تقول المرأة ربها عيسى وهو عبد من عباد الله" (البخاري،1998م، ص1046).

– **الدليل الرابع**: ما روي أن حذيفة تزوج يهودية فكتب إليه عمر أن يفارقها، فقال: "إني أخشى أن تدعوا المسلمات وتنكحوا المومسات، ولم يطلق؛ فقال: "إن حل طلاقهن فقد حل نكاحهن، ولكن أنتزعهن منكم" فكان التفريق دلالة على حرمة ابتداء نكاحهن. (البيهقي، 2003م، 280/7) (الرازي،1981م، 63/6).

– **الدليل الخامس**: الأصل في الأبضاع الحرمة، وقد ورد في الزواج بالكتابيات آيتين؛ إحداهما تحل الزواج بهن، وهي في قوله تعالى: **[وَالْمُحْصَنَاتِ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ] [المائدة:05]**، والأخرى تنص على حرمته وهي: **[وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ]**، فلما تعارضا تساقطا، فوجب بقاء حكم الأصل، والأولى الأخذ بالتحريم احتياطا للأبضاع. (الرازي،1981م، 62/6).

– **الدليل السادس**: "أن الكتابية تدين بكتاب، يحتمل أنه نسخ أو أنه بدل، وفي كلتا الحالتين زالت عنه صفة الكتاب، فأصبح حكم الكتابية كحكم من لا كتاب لها، وبالتالي يحرم نكاحها". (الماوردي، 1994م، 221/9).

–**الدليل السابع**: "الحياة الزوجية تدعو إلى المحبة، وربما قويت المحبة فصارت سببا إلى ميل الزوج إلى دينها، والأولاد يميلون إلى أمهم أكثر، فربما كان هذا سببا في تأثرهم بدين النصرانية أو اليهودية، فيكون هذا الزواج خطرا على الأولاد، فإذا كان ثمة خشية من الفتنة على الزوج أو الأولاد فيكون الزواج قطعا محرما".(الصابوني، 1980م، 537/1).

– **الدليل الثامن**: ما نراه اليوم أن هذه الزيجات شر على البيت المسلم، فنجد الزوجة الكتابية تصبغ بيتها وأطفالها بصبغتها، وتخرج جيلا أبعد ما يكون عن الإسلام، خاصة في هذا المجتمع المعيش. (سيد قطب، 2003م، ص241).

ت– أدلة القول الثالث: استدل مذهب القائلين بجواز نكاح الكتابية مع الكراهة بما يلي:

– **الدليل الأول**: عن جابر ﷺ سئل عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية، قال: "تزوجناهن زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أبي وقاص، ونحن لا نكاد نجد المسلمات كثيرا، فلما رجعنا طلقناهن، وقال: لا يرثن مسلما ولا يرثهن، ونساؤهم لنا حل، ونساؤنا حرام عليهم". (البيهقي، 2003م، 279/7).

وفيه جواز ارتكاب المكروه للحاجة إليه، وهو نكاح الكتابيات حال عدم وجود المسلمات، ولهذا حين رجعوا طلقوهن، مع نصهم على حلهن، فأفاد هذا الكراهة. (الشافعي، 2001م، 16/6).

– **الدليل الثاني**: يكره نكاح الكتابية؛ "لاستلزام النكاح مصاحبة الكافرة وموالاتها، وتعريض الولد على التخلق بأخلاق الكفار؛ لأجل مصاحبة الأمر ومؤانستها". (المظهري، 2004م، 72/3)، كما لا يؤمن أن تفتن الزوج المسلم عن دينه. (العِمراني، 2000م، 264/9).

– **مناقشة أدلة المانعين**:

– قوله تعالى: **[وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ] [البقرة: 221]**؛ فلفظ المشرك لا يتناول أهل الكتاب، فقد فرق بين المشركين وأهل الكتاب في مواضع عديدة، والواو تفيد المغايرة، كقوله تعالى: [ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين] [البقرة: 105]، وعلى فرض أنه يعمهم، فهذا العموم مخصوص بآية المائدة (الشوكاني، د.ت، 393/1).

– قوله تعالى: **[يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تُلْقُونَ إِلَيْهِمْ بِالْمَوَدَّةِ وَقَدْ كَفَرُوا بِمَا جَاءَكُمْ مِنَ الْحَقِّ] [الممتحنة: 01]**، فالزواج بالكتابية يدعو إلى مودتها وموالاتها، وهذا محرم شرعا، والجواب عنه أن هذا مجرد احتمال، والأحكام لا تبنى على مجرد الاحتمالات، وإلا وقع الناس في ضيق وحرج. (أبو رعد، 2007م، ص59).

– الرد على المعقول؛ أن من بُدِّل كتابها أو نسخ، صح أن يكون حكمها كحكم من لها شبهة كتاب، وهناك فرق في الأحكام بين من لا كتاب لها، ومن لها شبهة كتاب هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهي على أحد الأقوال كتابية، لقوله ﷺ: [سنوا بهم سنة أهل الكتاب].(أبو رعد، 2007م، ص59).

مناقشة أدلة القائلين بالكراهة: كره عمر لطلحة وحذيفة نكاح اليهودية والنصرانية؛ حذرا من اقتداء الناس بهما في ذلك، فيزهدوا في المسلمات، أو لغير ذلك من المعاني. (الطبري،2001م، 366/4).

القول المختار: والمختار بعد عرض أدلة الأقوال الثلاثة، والمناقشات التي طرأ على أدلة المانعين، هو القول بحل زواج المسلم بالكتابية، وذلك لقوة أدلتهم ووضوحها، وسلامتها من المناقشة؛ لأنه الأصل، لتحقيق مقاصد كثيرة منها ترغيبا لها في الإسلام، وتقريبا بين المسلمين وأهل الكتاب، وتوسيعا لدائرة التسامح والألفة وحسن العشرة بين الفريقين. (القرضاوي، 1990م، 468/1)، إلا أن الوقائع الكثيرة المشاهدة تؤكد فشل هذا الزواج، وتأثير الزوجة الواضح على الأولاد، كما لا يخفى على أحد أن أهل الكتاب اليوم أصبحوا حربا على الإسلام والمسلمين، فالقول بالجواز عند الضرورة. (المحمدي، 1992م، ص340).

ثالثا: حكم الزواج بالكتابية في دار الحرب: يقصد بدار الحرب: "البلاد التي ليس للمسلمين عليها ولاية سلطان، ولا تقام فيها أكثر شعائر الإسلام". (الزحيلي، 1997م، 39/8).

تباينت آراء الفقهاء بين الزواج بالكتابية في دار الإسلام – ويقصد بها الذمية– وبين الكتابية في دار الحرب، ومن أسباب الخلاف؛ الخوف على الولد من الفتنة التي غالبا ما قد تلحق به في حال الزواج بالحربية، وهي أشد وآكد منها في حال زواجه بالكتابية في دار الإسلام، فمن هي الحربية؟ (أبو رعد، 2007م، ص66).

أهل الحرب أو الحربيون: هم غير المسلمين الذين يقيمون في دار الحرب، وهي الدار التي يغلب عليها حكم الكفر، وتكون المنعة فيها للكفار.(الكاساني، 1986م، 130/7).

1– أقوال الفقهاء في حكم نكاح المسلم للكتابية في دار الحرب:

أ– القول الأول: يرى الجواز مع الكراهة، وهو قول الجمهور من الحنفية (السرخسي، المبسوط، 50/5)، والمالكية (الدسوقي، د.ت، 267/2)، والشافعية (النووي، د.ت، 343/17)، ورواية عند الحنابلة (ابن القيم، 1997م، 809/2).

ب– المذهب الثاني: حرمة الزواج بالكتابية إذا كانت من قوم يعادون المسلم ويحاربونهم، وهو رواية عند الحنفية (الكاساني، 1997م، 458/3) وقول عند المالكية (القرطبي، 2006م، 69/3)، وإحدى الروايتين عند الحنابلة (الإنصاف،1997م، 135/8)، وهو قول ابن عباس وعمر وابنه ﷺ، وأيده القاسمي (القاسمي، 1958م، 1872/6)، وذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين منهم: يوسف القرضاوي (القرضاوي، 2001م ص99–100).

2– أدلة المذاهب:

أ– أدلة القول الأول: استدل الجمهور على جواز نكاح الكتابية في دار الحرب مع الكراهة بأدلة كثيرة نذكر منها:

– الدليل الأول: قوله تعالى: **[وَالْمُحْصَنَاتِ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ] [المائدة:05].**

– وجه الدلالة: يقتضي عموم الآية الكريمة جواز نكاح المسلم لكل كتابية سواء كانت ذمية أو حربية (النقشبندي، 2004م، 72/3)، "واختلاف الدار لا تأثير له في حل الزواج بها أو عدمه، لكن لما ورد قوله تعالى: **[لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللهَ وَرَسُولَهُ] [المجادلة: 22]**، كرهه أصحاب هذا القول؛ لأن النكاح موجب للمودة، وقد نهينا عن موادة أهل الحرب". (الجصاص، 1335هـ، 326/2).

– الدليل الثاني: من المعقول: – أن الحربية من أهل الكتاب يجوز نكاحها اعتبارا بالكتاب دون الدار، ويكره نكاحها لئلا تفتن مسلما في دينه" (العمراني، 2000م، 264/9)، إضافة إلى أنه يفضي إلى الإقامة معها في دار الحرب، وفي هذا مخالفة لأمر الله ورسوله ﷺ بالهجرة منها، وتكثير سواد الكفار، وهذا مما يقوي سلطة الكتابية الحربية على زوجها المسلم، وشدة تأثيرها عليه، إضافة إلى أن الزوج ليس له منع زوجته الكتابية من أكل لحم الخنزير، وشرب الخمر، ولا من الذهاب إلى الكنيسة، وهذا يؤدي إلى تربية ولد المسلم على دينها، وتعريضه للضياع، وتنشئته على طبائع أهل الحرب، ويتخلق بأخلاقهم فلا يستطيع المسلم قلعه عن تلك العادة". (ابن نجيم، د.ت، 111/3)، أو يتنصروا، وتجري عليهم أحكامهم" (ابن العربي، 2003م، 46/2). فلهذه المفاسد وغيرها كثير، كان النكاح بالكتابية في دار الحرب أشد كراهة منه في دار الإسلام. (سحنون، 1994م، 218/2–219).

قال محقق المجموع: "يكره لأنه لا يؤمن أن تفتنه عن دينه، أو تزعزع عقيدة أبنائه منها، ولطالما رأينا ملحدين وخونة وعملاء يرجع سبب ذلك إلى تأثرهم بأمهاتهم غير المسلمات أو خلطائهم ممن يطوون على الإسلام كشحا، ولا يودون لأمته عزا، فيزلزلون المثل الرفيعة في ضمائر هؤلاء المتفرنجين، فينقلبون حربا على أمتهم وعلى عقائدها وشرائعها". (النووي، د.ت، 343/17).

2– أدلة القول الثاني: استدل الجمهور على حرمة الزواج بالكتابية في دار الحرب بما يلي:

– الدليل الأول: قوله تعالى: **[وَالْمُحْصَنَاتِ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ] [المائدة:05].**

– وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة على إباحة نكاح الكتابيات، "والمراد بهن الذميات دون الحربيات؛ لأنهن اللاتي يتمكن المسلمون من الركون إليهن، وتطمئن النفوس إلى نكاحهن". (بدران، 1984م، ص 62).

– **الدليل الثاني**: قوله تعالى: **[لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللهَ وَرَسُولَهُ] [المجادلة: 22]**.

– **وجه الدلالة**: دلت الآية الكريمة نفي المولى جل ثناؤه عن المؤمنين بالله حقا محبة ومودة أعداء الله الذين عصوا الله، ونصبوا أشد العداوة والبغضاء لعباده المسلمين، ولما كانت هذه الصفات متحققة في الكتابية الحربية، فهي تندرج تحت ما نهى الله عز وجل عن موادتهم ومحبتهم، فلا يحل التزوج بها لما فيه من المودة والرحمة؛(المودودي، 1980م، ص117). (بدران، 1984م، ص 63) "لأن قوله تعالى:**[يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللهَ وَرَسُولَهُ]** إنما يقع على أهل الحرب؛ لأنهم في حد غير حدنا" (الجصاص، 1335هـ، 326/2).

– **الدليل الثالث**: عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن نكاح الكتابية الحربية، فقال: "لا يحل نكاح نساء أهل الكتاب إذا كانوا حربا" (تفسير القرطبي، 2006م، 69/3)، وقال أيضا: "من نساء أهل الكتاب من يحل لنا، ومنهم من لا يحل لنا، ثم قرأ: **[قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الآخِرِ، وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللهُ وَرَسُولُهُ، وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ]**، قال: "فمن أعطى الجزية حل لنا نساؤه، ومن لم يعط الجزية لم يحل لنا نساؤه"(تفسير الطبري، 2001م، 107/6).

فابن عباس حرم الزواج بالكتابية الحربية، مستندا في ذلك إلى كتاب الله، فالتي تدفع الجزية هي التي تحل، أما الحربية التي لا تدفع الجزية فلا تحل. (الجليل، 2017م، ص1529)، قال القاسمي: "وهذا الاستدلال دقيق جدا فليتأمل". (القاسمي،1958م، 1872/6).

– **الدليل الرابع: من المعقول**: التزوج بالكتابية الحربية محرم؛ لأنه يؤدي إلى الإقامة معها في دار الحرب، وفي هذا مخالفة لأمر الله ورسوله ﷺ بالهجرة منها، قوله ﷺ: «**أَنَا بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ مُسْلِمٍ يُقِيمُ بَيْنَ أَظْهُرِ الْمُشْرِكِينَ**» (أبو داود، 1430هـ، 281/4)، والبراءة لا تكون إلا على فعل محرم. (بدران، 1984م، ص 63).

– المآسي والمصائب التي حلت ولا تزال تحل بأبناء المسلمين جراء زواجهم بالكتابيات، كلها تصب في مصب واحد، وهو ضياع أولاد المسلمين، وخروجهم عن ملة الإسلام، واعتناقهم لليهودية والنصرانية. (الغماري، https://www.startimes.com/f.aspx?t=7674875، يوم 2023/05/14، على الساعة: 10:40).

– التبعية الثقافية لبلد الأم، وهذا هو الرق الفكري، وتأثيره واضح في كل من تزوج من غير المسلمات، بل هم أشد خطرا في بعض الأحيان من أهل الكتاب أنفسهم. (بدران، 1984م، ص341).

القول المختار: والمختار بعد عرض الأقوال وأدلتها؛ هو حرمة زواج المسلم بالكتابية الحربية، أو المقيمة في دار الحرب؛ لقوة أدلتهم، ووجاهة آرائهم في القول بأن رابطة الزواج مبنية على المودة والرحمة، ولا يتأتى ذلك مع قوم يحاربون المسلمين، وبناء عليه لا يحل التزوج باليهوديات ما دامت الحرب قائمة بيننا وبين إسرائيل. (أبو رعد، 2007م،ص 78-80).

يقول الجبري: "ونحن حين نتأمل أعمال الكفار اليوم، نجدها كلها حربا للمسلمين، أو قائمة على أساس خصومة محاربة، ولذا واجب أن لا نتزوج غير المسلمات أبدا مهما اختلفت نحلتهم وملتهم". (الجبري، 1983م، ص101)، ويعلل رأيه لما للأم

من أثر تربوي في تربية الأولاد: "وقد ولدت أجيال تدين بالولاء لأخوالهم المستعمرين، ولأمهاتهم من أصل صليبي أو يهودي..."(الجبري، 1983م، ص102).

– **رابعا: ضوابط زواج المسلم بالكتابية:** إن المقصد من الزواج هو تكوين أسرة مسلمة، وتناسل الإنسان لعمارة الكون، وتحقيق مصلحة الأمة، وتحقيق العبودية لله وحده، ومن أجل ذلك عمد العلماء إلى وضع ضوابط لزواج المسلم بالكتابية، وهي كالتالي:

– **الضابط الأول: التحقق من كونها كتابية:** ويقصد بذلك أن تكون مؤمنة بدين له أصل سماوي كاليهودية والنصرانية، "لأنها تشترك مع المسلم في الإيمان بالله وبرسالاته، وبالدار الآخرة، وبالقيم الأخلاقية، والمثل الروحية التي توارثتها الإنسانية عن النبوءات، وذلك في الجملة... وهذا يجعل المسافة بينها وبين الإسلام قريبة؛ لأنه يعترف بأصل دينها، ويقر بأصوله في الجملة، ويزيد عليها ويتممها بكل نافع وجديد" (القرضاوي، 2001م، ص103)، ويجب ألا تكون مرتدة عن دينها، أو ملحدة لا كتاب لها، ولا يكفي أن تعيش في مجتمع معروف عن أهله أنهم أهل كتاب، أو أنها تنحدر من أبوين كتابيين، بل يجب أن تكون هي بذاتها يهودية أو نصرانية، متمسكة بدينها؛ وهذا يقتضي من راغب الزواج بها دراسة دين زوجته ومخالطتها حتى يعرف مدى الالتزام الفعلي لها بهذا الدين. (القرضاوي، 1990م، 469/1) (العمراني، 2001م، 24/2) (الجبري، 1983م، ص93).

وبالنظر إلى واقع الشرائع الموجودة في الغرب، نرى أن أتباع هاتين الشريعتين قد خرجوا عن أصول دينهم وعقيدتهم، ومن البديهي أن خروج المرأة عن أصول دينها وعقيدتها يخرجها عن كونها من أهل هذه الملة، وكذلك الحال بالنسبة للكتابية. (القرضاوي، 1990م، 469/1)

"فلا بد من التوثق من كونها كتابية تؤمن بأصول دينها، معتقدة بها اعتقادا لا تشوبه الأفكار الإلحادية والشيوعية والعلمانية وغيرها من الأفكار السائدة في المجتمعات الغربية، فحل الزواج منها لإيمانها بنبيها المرسل، والكتاب المنزل عليه، وليس لمجرد انتمائها لمجتمعات تدعي في الظاهر رفع شعار المسيحية، وفيها ما فيها من بُعدِها عنها ومخالفتها لأصولها".(الجليل، 2017م، ص1536).

والواقع يشهد أن معظم المسلمين الذين تزوجوا بكتابيات لا يكون عندهم استبصار بأقطار دينهم، وهذا علاوة على أن تمسك المرأة بدينها لا تتم إلا بالوقوع في محظورات كثيرة منها: ضرورة المخالطة، ودخول الكنيسة حين مرافقتها إلى صلاتها في بلاد النصارى، وغيرها من المحظورات مما يؤدي إلى القول تعذر تحقق هذا الشرط. (الجبري، 2001م، ص93).

– **الضابط الثاني: الإحصان:** وذلك لقوله تعالى: **[وَالْمُحْصَنَاتِ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ] [المائدة:05]**، وقد اختلف العلماء في المراد من المحصنات على قولين: (البغوي، 1989م، 19/3).

– **القول الأول:** المراد من المحصنات الحرائر، ونسب هذا القول إلى الأئمة الأربعة، وأجازوا نكاح كل حرة مؤمنة كانت أو كتابية، فاجرة أو عفيفة، ولا يجوز للمسلم نكاح الأمة الكتابية، وجوزوا نكاح الأمة بشرط أن تكون مؤمنة، كما جوز أكثرهم نكاح الحربية ورجح الطبري هذا القول (الطبري، 2001م، 146/8-147)؛ حيث ذكر بأن المولى عز وجل عنى بقوله في آية المائدة حرائر أهل الإيمان وأهل الكتاب؛ لأنه لم يأذن بنكاح الإماء الأحرار في الحال التي أباحهن لهم إلا أن يكنَّ مؤمنات، قال

تعالى: **[وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ] [النساء: 25]**، "فلم يبح منهن إلا المؤمنات، فلو كان المراد بقوله المحصنات العفائف، لدَخَل العفائف من إمائهم في الإباحة، وخرج منها غير العفائف من حرائرهم وحرائر أهل الإيمان، وقد أحل الله لنا حرائر المؤمنات وإن كن قد أتين بفاحشة بقوله تعالى: **[وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ] [النور: 32]**، فنكاح حرائر المسلمين وأهل الكتاب حلال للمؤمنين، كنَّ قد أتين بفاحشة أو لم يأتين بفاحشة، ذمية كانت أو حربية؛ بعد أن تكون بموضع لا يخاف الناكح فيه على ولده أن يجبر على الكفر بظاهر الآية". (الطبري، 2001م، 147/8).

القول الثاني: المراد من المحصنات بمعنى العفائف، بمعنى أن تستعف عن الزنا وتغتسل من الجنابة. (البغوي، 1989م، 19/3). وإلى هذا القول ذهب ابن حزم من الظاهرية (ابن حزم، 1349هـ، 445/9)، وابن كثير (ابن كثير، 2009م، 21/2)، وابن القيم (ابن القيم، 1997م، 794/2)، وقال الحنفية أنه بيان للندب لا أن العفة فيهن شرط، فالمراد من ذكره حث الإنسان على التخير لنطفته (ابن نجيم، د.ت، 110/3).

أما المودودي فيرى أن مقصود الشارع من كلمة "الإحصان" الواردة في آية المائدة، ليس لجعل العفة أو الشرف شرطا لجواز الزواج بنساء أهل الكتاب، "وإنما مقصوده بذلك إظهار الأفضلية الأولوية" (المودودي، 1984م، ص119)؛ أي إن كان للمسلم الزواج بالكتابية، فالأفضل أن تكون تلك المرأة عفيفة شريفة، "وقد قيدت كثير من أحكام القرآن بأمور ليست بشروط لثبوت الحكم، وإنما كقيود إضافية لإظهار أفضل ناحية في فعل من الأفعال المباحة... حتى يبذل أهل الإيمان اهتمامهم لاختيار الأفضل". (المودودي، 1984م، ص119- 120).

والقول المختار من هذه الأقوال، أن سياق الآية وظاهرها يرجح القول بأن المراد بالمحصنة العفيفة عن الزنا، وقد علل ابن القيم ترجيحه للعفة لعدة وجوه: (ابن القيم، 1997م، 794/2)

أحدها: أن الحرية ليست شرطا في نكاح المسلمة، والثاني: أن الله سبحانه وتعالى ذكر الإحصان في جانب الرجل أيضا، وليس في جانب المرأة فقط؛ حيث قال في محكم تنزيله: **[إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ] [المائدة:05]**، وهو إحصان عفة بدلالة قوله تعالى: **[غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ]**؛ أي ليسوا بزناة، أو لا يرتدعون عن معصية ولا ذوي عشيقات(ابن كثير،2009م، 21/2).

والوجه الثالث: في قوله تعالى: **[الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ]** جاء قبل قوله: **[وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتِ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ]**؛ فقد أحل الله سبحانه الطيبات من المطاعم والمشارب، وكذلك المناكح، وحرّم علينا الخبائث، والزانية من الخبائث بلا شك.(ابن القيم، 1997م، 794/2-795).

واستدل ابن حزم: على أن المراد بالإحصان العفة، بقوله تعالى: **[وَمَرْيَمَ ابْنَتَ عِمْرَانَ الَّتِي أَحْصَنَتْ فَرْجَهَا] [التحريم: 12]**؛ أي عفت فرجها. (ابن حزم، 1349هـ، 445/9).

– ما روي أن حذيفة تزوج يهودية فكتب إليه عمر أن يفارقها، فقال: "إني أخاف أن توقعوا المومسات" (الجصاص، 1335هـ، 334/2).

"وأما الكتابيات: إذا كن عفائف يستحقن هذا الاسم؛ لأن الإحصان في كلام العرب عبارة عن المنع، ومعنى المنع يحصل بالعفة والصلاح؛ كما يحصل بالحرية والإسلام والنكاح؛ لأن كل ذلك مانع المرأة عن ارتكاب الفاحشة، فيتناولهن عموم اسم المحصنات".(الكاساني،1997م، 463/3).

وما دام موضوع الرق قد انتهى بالمفهوم القديم في هذا الزمان باتفاق دولي عالمي، فيبقى تفسير الإحصان بالعفة أقرب إلى الصواب في عصرنا الراهن؛ لأن تفسير الإحصان بالحرية لا يتناسب مع الحال الراهنة، أما العفة فقد ضعفت في هذا الزمان، إن لم تكن قد اندثرت، خاصة ما عليه المجتمعات الغربية (العمراني، 2001م، 24/2)؛ فالعفة أصبحت عند نسائهم خلاف الأصل، بل إنهم يستهزئون بكل فتاة تحافظ على عفتها وشرفها، ويعتبرونها رجعية، والمنصف فيهم يعتبرها مريضة مرضا نفسيا.(أبو رعد، 2007م، ص61).

وقد أفتى القرضاوي بأن القرآن قيَّد العفاف كشرط لحل الزواج من الكتابيات، وعلل ذلك بقوله: "حتى لا يتعاطى المسلم زواج الفاجرات والمومسات". (القرضاوي، 1990م، 473/1).

– **الضابط الثالث: أن لا يؤدي الزواج بالكتابية إلى ترك المسلمات:** وهذا الضابط مرتبط بضابط الإحصان، فلما تساهل المسلمون في شرط الإحصان، وتزوجوا بالغربيات اللاتي غالبا لا صلة لهن بأهل الكتاب، بل يغلب عليهن الفجور، وتركوا الزواج بالمسلمات، مما ينجم عنه تزوجهن بغير المسلم، وهو محرم شرعا، وإما الحرمان الدائم من الحياة الزوجية والأمومة، وربما الانسياق بعدها إلى طريق الفحش والرذيلة، (العمراني، 2001م، 24/2–25)، وكل هذا مما لا يرضاه الإسلام، وهذا هو الضرر الذي خشيه عمر بن الخطاب حين طلب من حذيفة بن اليمان أن يفارق زوجته اليهودية، وقد أفتى القرضاوي بحرمة زواج المسلم بغير المسلمة إذا كان المسلمون في بلد ما يمثلون أقلية محدودة؛ مثل بعض الجاليات في أوروبا وأمريكا، وبعض الأقليات في آسيا وإفريقية، فمنطق الشريعة وروحها يقتضي تحريم زواج الرجال المسلمين من غير المسلمات، ؛ وذلك خوفا على بنات المسلمين. (القرضاوي، 2001م، ص101).

فإذا أصبح التزوج بغير المسلمات ظاهرة اجتماعية مألوفة؛ حيث يؤثر على الفتيات المسلمات الصالحات للزواج. ، فإن مثل عددهن من بنات المسلمين سيحرمن من الزواج، ولا سيما أن تعدد الزوجات في عصرنا أصبح أمرا نادرا، فلا حل لهذه المعادلة إلا سد باب الزواج من غير المسلمات إذا خيف على المسلمات. (القرضاوي، 2001م، ص100).

– **الضابط الرابع: أن لا تكون كتابية حربية:** (القرضاوي، 1990م، 470/1) بمعنى أن تكون ذمية خاضعة لسيطرة المسلمين، وحتى الكتابية في دار الإسلام يحرم نكاحها إذا رفضت دفع الجزية، وهذا ما يفهم من كلام ابن عباس رضي الله عنهما، عندما سُئل عن نكاح نساء أهل الكتاب، فقال: "من نساء أهل الكتاب من تحل لنا، ومنهن من لا تحل لنا، ثم تلا قوله تعالى: **[[قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الآخِرِ، وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللهُ وَرَسُولُهُ، وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ] [التوبة: 29]**، (الخازن، 2004م، 432/1).

قال الرازي عند تفريقه بين الكتابية والمشركة، وأن الحربية تحمل زوجها على مقاتلة المسلمين: "وهذا المعنى غير موجود في الذمية؛ لأنها مقهورة راضية بالذل والمسكنة" (الرازي، 1981م، 64/6)، وهذا قول باطل، فحال الكتابية اليوم لا مقهورة ولا راضية بالذل والمسكنة، وإنما تجدها كثيرا ما تعلن أنها صاحبة بلاد المسلمين، وأن المسلمين مغتصبون لأملاك النصارى، كما أن وصف المشركة هو الوصف القائم بالكتابية اليوم، فتعلن بكل اعتزاز واستعلاء المخالفة بإظهار الصلبان الذهبية الكبيرة المعلقة على الصدور، أو في مقدمة سيارتها، وغير ذلك من كل صور الاستفزاز والاستعلاء. (الجبري، 1983م، ص94-95).

واليهود لا يزالون في موقف الاستعلاء وفرض سلطانهم على مقدسات المسلمين، فضلا على أن النصارى في بلادهم التي هم فيها أقلية، يملكون النفوذ والمال ومراكز السيطرة الاقتصادية والإعلامية والسياسية، ومجالات الخدمة كالطب والصيدلة ونحوها، ما جعلهم فوق مظنة الخضوع لسيطرة المجتمع الإسلامي. (الجبري، 1983م، ص94).

– **الضابط الخامس: توفر أركان وشروط العقد الشرعي للزواج:** فلا يكتفى بالعقد المدني الذي يتولى إجراء مراسمه موظف الحالة المدنية، وهذا شأن أغلب الأنكحة بين المسلمين والنساء الغربيات. (العمراني، 2001م، 25/2)، فلا بد أن يتم عقد زواج المسلم بالكتابية وفق الإطار الشرعي المتضمن لمقومات عقد الزواج الصحيح، وهذا ما أكدته الآية الكريمة بلفت النظر إلى إعطائهن حقهن في المهر، مع توفر النوايا الطيبة لإقامة العلاقة الإنسانية المعروفة في الزواج وتكوين أسرة مستقرة، والبعد عن كون هذه العلاقة من باب النزوات الطارئة. قال تعالى: **[إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ] [المائدة:05]**، فهو نكاح شرعي، وليس بسفاح أو مخادنة. (الجليل، 2017م، ص1536-1537).

وجاء في ختام هذه الآية بقوله تعالى: **[وَمَنْ يَكْفُرْ بِالإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ] [المائدة: 05]**، بمثابة إنذار قوي إلى أن التفريط بما ينبغي أن تكون عليه هذه العلاقة محبط للعمل في الدنيا وفي الآخرة. (الجليل، 2017م، ص1537).

– **الضابط السادس: أن لا يترتب على الزواج بالكتابية فتنة أو ضرر محقق:** إن إباحة الزواج بالكتابية مقيدة بعدم الضرر، فإذا كان الإتيان بالمباح يؤدي إلى أضرار معينة، فلولي الأمر السلطة في تقييد بعضها؛ إذ ليس كل مباح يجوز فعله بإطلاق (القرضاوي، 1990م، 471/1).

ومن الأضرار المحققة التي تنبني على زواج المسلم بغير المسلمة، خاصة إذا كانت غريبة عن الوطن واللغة والثقافة والتقاليد، أن يعود بها الزوج إلى بلده المسلم بعد أن قضى سنين طويلة في بلد زوجته للدراسة أو العمل أو نحو ذلك، فإذا رضيت العيش في وطنه، فالبيت بمادياته ومعنوياته أمريكي الطابع أو أوروبي، في كل شيء، وهي القوامة عليه، وليس هو القوام عليها. (القرضاوي، 1990م، 473/1-474).

والنظر إلى هذه المسألة ما تؤول إليه هذه الأسرة باعتبار المآل، هو أن نشأة الأطفال سيكون على ما تربيهم عليه أمهاتهم، باعتبارها لصيقة بهم وأقرب من أبيهم بحكم موقعها من الأسرة، وقد يصل بهم الأمر إلى اعتناق دينها. (القرضاوي، 1990م، 474/1؛ العمراني، 2001م، 25/2).

– الضابط السابع: أن يكون الرجل المسلم مقيما تحت سلطان المجتمع الإسلامي: فلا بد من أن يكون ملتزما بتعاليم الإسلام ومتمسكا بالشريعة قولا وعملا، فتتأثر الزوجة بأخلاقيات مجتمعه، وتفقد القدرة في التأثير بأفكارها ومعتقداتها سواء على الزوج أو على الأولاد، وأن يكون الزوج قد اختارها شريكة لحياته عن اقتناع، لا عن مصلحة كطمعه بالجنسية، أو انبهار بالحضارة الغربية الزائفة، ويحتمل اعتناقها الإسلام اعتقادا وعملا، فإن لم تفعل فهي حتما ستدخل الإسلام من حيث هو تقاليد وآداب اجتماعية؛ أي أنها إن لم تذب فيه عقائديا ستذوب داخل المجتمع الإسلامي سلوكيا، وبهذا لا يُخشى منها أن تؤثر في زوجها أو أولادها؛ "لأن سلطان المجتمع الإسلامي من حولها أقوى وأعظم من أي محاولة منها لو حدثت".(القرضاوي، 2001م، ص103).

أما في عصرنا فيمكن القول: إن سلطان الرجل قد ضعف أمام شخصية المرأة الغربية المثقفة، وأما سلطان المجتمع المسلم الحقيقي الذي يتبنى الإسلام عقيدة وشريعة ومفاهيم وتقاليد وأخلاقا وحضارة شاملة، فهو غير موجود اليوم بالصورة المنشودة، فإذا كان كذلك، فيجب أن تبقى الأسرة المسلمة موجودة؛ لتعويض النقص الناتج عن غياب سلطان المجتمع الإسلامي. (القرضاوي، 1990م، 475/1).

إن الناظر في الواقع المعيش يجد أن اتجاه الشباب للزواج بالكتابية لا تنطبق عليه هذه الضوابط، ولا تحقق المقصد الأساسي للزواج، بل إن مقصود الشباب اليوم منه، هو الحصول على الجنسية أو الإقامة في بلد ما؛ بدليل عدم اكتراثهم لهذه الضوابط التي وضعها الفقهاء، خاصة ضابط العفة، وبالتالي ينبغي لولاة الأمر الاقتداء بما فعله عمر بن الخطاب ﷺ؛ فقد روي أن حذيفة تزوج يهودية، فكتب إليه عمر بن الخطاب ﷺ أن يفارقها، وقال: "إني أخشى أن تدعوا المسلمات وتنكحوا المومسات". (البيهقي، 2003م، 279/7)، فلا بد من التشدد في الأخذ بهذه الرخصة إلا إذا دعت الضرورة لذلك، أو توفرت فيه الضوابط الشرعية المذكورة.(أبو رعد، 22007م، ص65).

وهذا ما ذهب إليه القرضاوي، بل يرى منع زواج المسلم بالكتابية سدا لذريعة الفساد، ومن القواعد المقررة شرعا: "درء المفسدة أولى من جلب المصلحة"، والمفاسد المترتبة على هذا الزواج أكثر بكثير من بعض المصالح المجتلبة، والتي في الغالب تكون فردية، ومن المقرر شرعا: أن مصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الفرد، ولا يسوغ القول بجوازه إلا لضرورة حتمية أو حاجة ماسة(القرضاوي، 1990م، 476/1). وعلى تقدير ذلك فإن القاعدة المقررة أن "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها". (الزركشي، 1982م، 320/2).

وهذا القول ينسجم تماما مع روح الشريعة وأبرز مقاصدها في الحفاظ على هوية الأسرة، خاصة في وسط ظروف الأقليات الإسلامية، إلا أن القول بإباحة هذا الزواج بضوابطه الشرعية قد يرفع حرجا أو ضيقا في وضع خاص أو عام، يتحرى فيه الزوج المسلم تحقيق المقاصد الشرعية الموجوة من مثل هذا الزواج، مع بقاء الأصل المتفق عليه، والذي جاءت الآية الكريمة لتلفت الانتباه إليه لفتا جميلا، فمع أن السياق هو لبيان حل الزواج من الكتابيات، إلا أن الآية قد عرضت المحصنات المؤمنات بين يدي الراغبين في الزواج قبل الحديث عن حل الكتابيات، وكان الظن بالسياق تأخير المؤمنات أو طي ذكرهن، لكن للفت النظر أن الزواج بالمؤمنة المحصنة هو القاعدة، والزواج بالكتابية استثناء من الأصل والقاعدة، فهو توجيه رباني نحو الأفضل والأولى للفرد والأسرة والمجتمع. (الجليل، 2017م، ص1547).

خاتمة:

في ختام بحثي هذا توصلت إلى النتائج الآتية:

– اتفق الفقهاء على أن الكتابية هي من أهل التوراة والإنجيل، واختلفوا في كونها منهم إذا كان آباؤها دخلوا في الدين المسيحي أو اليهودي بعد التحريف، كما اختلفوا فيها أيضا في الصابئة والسامرة ، وكذلك إن كانت متولدة من أبوين أحدهما غير كتابي.

– اختلف الفقهاء في حل نكاح المسلم للكتابية في دار الإسلام، وذلك نتيجة تفاوت العلم بالناسخ والمنسوخ للآيات الواردة في تحريم المشركات في سورة البقرة، وحل نساء الكتاب في سورة المائدة، والقول المختار بين هذه الأقوال هو القول بإباحة نكاح المسلم للكتابية في دار الإسلام؛ لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة.

– احتدم النقاش بين الفقهاء في إباحة زواج المسلم بالكتابية في دار الحرب بين مجيز ومانع، والقول المختار هو الجزم بالمنع خاصة في عصرنا الراهن، لما تفضي إيه من عواقب وخيمة على المسلمين وذريتهم.

– لما كان الأصل حل الكتابية الذمية للمسلم، كان لزاما على الفقهاء وضع ضوابط شرعية لهذا النكاح، حتى يتحقق المقصد الأساسي منه، وهو تكوين أسرة ترتكز على التوحيد.

– من بين الضوابط التي وضعها الفقهاء: أن تكون الكتابية ذات دين سماوي، ومتمسكة به، وعلى المسلم الراغب في الزواج منها التوثق من ديانتها.

– يجب أن يتحقق ضابط الإحصان في الكتابية، وإن كان قد أثار معناه اختلاف بين الفقهاء بين من يقول: إنه يقصد منه الحرية، وبين من يقول: إنه يقصد منه العفة والشرف، إلا أن في عصرنا الحاضر يرجح القول بالعفة، والتي لا بد منها في زمن كثر فيه الفجور في البلاد الغربية.

– على المسلم الذي يود نكاح الكتابية أن يكون ذو عقيدة متينة وقوية، ومتمسكا بتعاليم الإسلام، فلا تزعزع هذه العقيدة فتن الغربيات ، كما عليه التيقن أن لا يترتب على زواجه مفسدة، أو ضرر تلحق به أو بأولاده أو بالأمة الإسلامية جمعاء.

توصيات:

– دعوة الباحثين إلى دراسة موضوع الزواج المختلط دراسة ميدانية؛ لبيان الآثار المترتبة عليه.

– طرح هذا الموضوع في الدورات التأهيلية للمقبلين على الزواج، والتأكيد على ضرورة العلم بالضوابط الشرعية التي لا بد من توافرها في الكتابية حتى يحل الزواج بها.

قائمة المصادر والمراجع:

– ابن باديس، عبد الحميد، (1405هـ – 1984م)، **آثار الإمام عبد الحميد بن باديس**، دار البعث للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط1.

- البخاري، أبو عبد الله مُحَمَّد بن إسماعيل، (1419هـ-1998م)، **صحيح البخاري**، اعتنى به: أبو صهيب الكرمي، بيت الأفكار الدولية، الرياض، د.ط.

- بدران، أبو العينين بدران، (1984م)، **العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين في الشريعة الإسلامية واليهودية والمسيحية**، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، د.ط.

- البغوي، أبو مُحَمَّد الحسين بن مسعود، (1409هـ - 1989م)، **تفسير البغوي "معالم التنزيل"**، تح: مُحَمَّد عبد الله النمر، عثمان جمعة ضميرية، سليمان مسلك الحرش، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط1.

- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، (1424هـ - 2003م)، **السنن الكبرى**، تح: مُحَمَّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3.

- الجبري، عبد المتعال، **جريمة الزواج بغير المسلمات فقها وسياسة**، (1403هـ - 1983م)، دار التوفيق النموذجية للطباعة والجمع الآلي، القاهرة، ط3.

- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، (1335هـ)، **أحكام القرآن**، طبع بمطبعة الأوقاف الإسلامية، دار الخلافة العلية، د.ط .

- الجليل، البندري بنت عبد الله، (2017م)، **زواج المسلم بغير المسلمة والآثار المترتبة عليه (دراسة فقهية)**، مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، ع32، ج4.

- ابن حزم، أبو مُحَمَّد علي بن أحمد بن سعيد (1349هـ)، **المحلى**، تح: عبد الرحمن الجزيري، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط1.

- الخازن، علاء الدين علي بن مُحَمَّد بن إبراهيم البغدادي (1425هـ - 2004م)، **تفسير الخازن المسمى لباب التأويل في معاني التنزيل**، ضبطه وصححه: عبد السلام مُحَمَّد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

- الدسوقي، مُحَمَّد عرفة، (د.ت)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير**، مع تقريرات الشيخ مُحَمَّد عليش، دار إحياء الكتب العربية، (د.ب)، (د.ط).

- الرازي، مُحَمَّد فخر الدين بن ضياء الدين عمر، (1401هـ - 1981م)، **تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب**، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط1.

- أبو رعد، أميرة مازن عبد الله (2007م)، **أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجيستير، إشراف: د. مروان علي القدومي، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين.

- الزحيلي، وهبة، (1418هـ - 1997م)، **الفقه الإسلامي وأدلته**، (دار الفكر- دمشق) (دار الفكر المعاصر - بيروت)، ط4.

– الزركشي، بدر الدين مُحَمَّد بن بهادر الشافعي، (1402هـ – 1982م)، **المنثور في القواعد**، تح: تيسير فائق أحمد محمود، راجعه: عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1.

– السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث، (1430هـ – 2009م)، **سنن أبي داود**، تح: شعيب الأرناؤوط، مُحَمَّد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، دمشق، طبعة خاصة .

– سحنون بن سعيد التنوخي،(1415هـ – 1994م)، **المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط.1

– سيد قطب، (1423هـ – 2003م)، **في ظلال القرآن**، دار الشروق، القاهرة، ط32

– الشافعي، مُحَمَّد بن إدريس، (1422هـ – 2001م)، **الأم**، تح: د. رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ط1.

– الشربيني، مُحَمَّد بن الخطيب، (د.ت)، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي**، اعتنى به: مُحَمَّد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، (د.ط).

– الشوكاني، مُحَمَّد بن علي بن مُحَمَّد، (د.ت)، **فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير**، تح: عبد الرحمن عميرة، وضع فهارسه وشارك في تخريج أحاديثه: لجنة التحقيق والبحث العلمي، دار الوفاء، (د.ب)، (د.ط).

– الصابوني، مُحَمَّد علي (1400هـ – 1980م)، **روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن**، (مكتبة الغزالي – دمشق)، (مؤسسة مناهل العرفان – بيروت)، ط3.

– الطبري، أبو جعفر مُحَمَّد بن جرير، (1422هـ – 2001م)، **تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن**، تح: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الدكتور عبد السند حسن يمامة، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، جيزة، ط1.

– ابن العربي، أبو بكر مُحَمَّد بن عبد الله، (1424هـ – 2003م)، **أحكام القرآن**، راجع أصوله وخرَّج أحاديثه وعلق عليه: مُحَمَّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3 .

– العِمراني، أبو الحسن يحيى بن أبي الخير بن سالم، (1421هـ – 2000م)، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، اعتنى به: قاسم مُحَمَّد النوري، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، ط1 .

– العمراني، مُحَمَّد الكدي، (1422هـ– 2001م)، **فقه الأسرة المسلمة في المهاجر (هولندا أنموذجا)**، رسالة دكتوراه، إشراف: د. مُحَمَّد الروكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 .

– الغماري، عبد الله بن مُحَمَّد بن الصديق، **دفع الشك والارتياب عن تحريم نساء أهل الكتاب**، https://www.startimes.com/f.aspx?t=7674875، يوم 2023/05/14، على الساعة: 10:40.

– القاسمي، مُحَمَّد جمال الدين، (1377هـ – 1958م)، **تفسير القاسمي المسمى محاسن التأويل**، وقف على طبعه وتصحيحه، ورقمه وخرَّج آياته وأحاديثه، وعلق عليه: مُحَمَّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ط1.

– ابن قدامة، موفق الدين أبو مُحَمَّد عبد الله بن أحمد بن مُحَمَّد، (1417هـ -1997م)، **المغني**، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح مُحَمَّد الحلو، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، ط3.

– القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، (1994م)، **الذخيرة**، تح: مُحَمَّد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1.

– القرضاوي، يوسف، (1422هـ – 2001م)، **في فقه الأقليات المسلمة** حياة المسلمين وسط المجتمعات الأخرى، دار الشروق، مصر، ط1 .

– القرضاوي، يوسف، (1410هـ – 1990م)، **هدى الإسلام فتاوى معاصرة**، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط5 .

– القرطبي، أبو عبد الله مُحَمَّد بن أحمد بن أبي بكر، (1427هـ – 2006م)، **الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان**، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1.

– ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله مُحَمَّد بن أبي بكر، (1418هـ – 1997م)، **أحكام أهل الذمة**، تح: أبو براء يوسف بن أحمد البكري، أبو أحمد شاكر بن توفيق العاروري، رمادي للنشر، المملكة العربية السعودية، ط1.

– الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، (1418هـ-1997م)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، تح: علي مُحَمَّد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

– ابن كثير، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل، (1430هـ – 2009م)، **تفسير القرآن العظيم**، تخريج الأحاديث على كتب: العلامة مُحَمَّد بن ناصر الدين الألباني، اعتنى بالطبعة: محمود بن الجميل، دار الإمام مالك، الجزائر، ط2.

– اللخمي، أبو الحسن علي بن مُحَمَّد، (د.ت)، **التبصرة**، تح: أحمد عبد الكريم نجيب، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، (د.ط) .

– الماوردي، أبو الحسن علي بن مُحَمَّد بن حبيب، (1414هـ – 1994م)، **الحاوي الكبير في فقه الإمام مذهب الشافعي ﷺ وهو شرح مختصر المزني**، تح: الشيخ علي مُحَمَّد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، قدم له وقرظه: أ.د. مُحَمَّد بكر إسماعيل، أ.د. عبد الفتاح أبو سنّة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

– المحمدي، علي مُحَمَّد يوسف، (1413هـ – 1992م)، **أحكام العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغيرهم**، حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، ع10.

– المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد، (1418هـ – 1997م)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، تح: أبو عبد الله مُحَمَّد حسن مُحَمَّد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

– ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين مُحَمَّد بن مكرم، (د.ت)، **لسان العرب**، دار صادر، بيروت، لبنان، (د.ط).

- المودودي، أبو الأعلى، (1400هـ – 1980م)، **الإسلام في مواجهة التحديات المعاصرة**، تعريب: خليل أحمد الحامدي، دار القلم، الكويت، ط4.

- ابن نجيم، زين الدين، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، غير مفهرس.

- النقشبندي، مُحَمَّد ثناء الله العثماني الحنفي المظهري (1425هـ – 2004م)، **تفسير المظهري**، تح: أحمد عزو عناية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1.

- النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف (د.ت)، **كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي**، تح: مُحَمَّد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، المملكة العربية السعودية، (د.ط).

الحضانة كأثر لانحلال الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين

Custody as an effect of the dissolution of mixed marriages and the problem of conflict of laws

ط د. جمعة براهيمي
Djemaa Brahimi

أ د. عبد الرحمن رداد
Abderrahmane Reddad

كلية العلوم الإسلامية –جامعة باتنة1-الجزائر Faculty of Islamic Sciences - University of Batna 1 - Algeria

الملخص

تهدف هذه الورقة البحثية إلى دراسة مشكلة حضانة الأطفال الناجمة عن انحلال الزواج المختلط، هذه المشكلة التي طالما أرقت فقهاء القانون الدولي الخاص واسترعت اهتمامهم، ذلك أنّ حماية الطفل والقيام بشؤونه وتربيته تربية سليمة لينشأ سويا يستوجب مراعاة مصلحة المحضون خاصة مع اختلاف جنسية الأبوين المنفصلين أو ديانتهما، وهنا تثور الإشكالية حول القانون الواجب التطبيق وكذا الاختصاص القضائي في ظل غياب قاعدة الاسناد لدى معظم التشريعات بما فيها التشريع الجزائري، ولتذليل العقبات التي تعترض مسألة الحضانة عمدت أغلب التشريعات المقارنة إلى إبرام اتفاقيات دولية ثنائية أو متعددة الأطراف لتسهيل تسوية النزاعات بين الزوجين بطريقة ودية، وتوفير حماية أفضل للمحضون.

الكلمات المفتاحية: الحضانة، القانون الواجب التطبيق، تنازع القوانين، الزواج المختلط، مصلحة المحضون

Abstract

This research paper aims to study the problem of child custody resulting from the dissolution of mixed marriages, this problem that has long troubled the jurists of private international law and attracted their attention, because protecting the child and carrying out his affairs and raising him properly so The interest of the fostered must be taken into account especially with the difference in the nationality or religion of the separated parents And here the problem arises about the applicable law as well as the judicial jurisdiction in light of the absence of a rule of attribution in most legislation, including the Algerian legislation, and in order to overcome the obstacles that impede the issue of custody, most of the comparative legislation resorted to the conclusion of international bilateral or multilateral agreements to facilitate the settlement of disputes between spouses in an amicable manner. and provide better protection for the incubated

Keywords: custody, applicable law, conflict of laws, mixed marriage, interest of the fostered child

المقدمة

تعتبر الأسرة اللبنة الأساسية في تكوين المجتمعات، وهي أساس تنشئة الأطفال وتربيتهم تربية سوية وتوجيههم لما فيه صلاح الدين والدنيا، ولا شك أنّ محور بناء الأسرة في أي مجتمع من المجتمعات يرتبط ارتباطا وثيقا بالعقيدة والقيم والعادات والتقاليد، غير أنّ انفتاح المجتمعات على بعضها البعض أدى إلى تنامي ظاهرة الزواج المختلط، ونظرا للاختلاف والتباين في الدين والاعراف والقيم فإنّ هذا النوع من الزواج لا يكتب له النجاح في كثير من الأحيان وغالبا ما يؤدي إلى انفصام العروة الزوجية فيترتب عليه الكثير من المشاكل من بينها حضانة الأطفال وما يتعلق بها كحق الزيارة والنفقة وما إلى ذلك .

ولما كانت الحضانة هي القيام بتربية الطفل وصيانته وحفظه صحة وخلقا مما قد يضر به، فهذا يتطلب كون الحاضن أهلا لذلك حتى يستطيع القيام بما يناط به تحقيقا لمصلحة المحضون، ولا إشكال إذا كان الزوجان من نفس الجنسية ويقيمان في بلد واحد، غير أن الأمر يختلف بشأن حضانة الأطفال الناجمين عن الزواج المختلط ويزداد الأمر تعقيدا في حال اختلاف الجنسية والملة مما يؤدي إلى تنازع القوانين حول القانون الواجب التطبيق على حضانة هؤلاء الأطفال، وقد أخضعها المشرع الجزائري للقانون الذي يحكم انحلال الزواج وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للمادة 2/12 من القانون المدني، واستثناء يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج بموجب نص المادة 13 من ذات القانون.

ولتذليل العقبات التي تعترض مسألة الحضانة عمدت أغلب التشريعات المقارنة بما فيها التشريع الجزائري؛ إلى عقد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف في محاولة منها لتسهيل تسوية النزاعات بين الزوجين بطريقة ودية، وتوفير حماية أفضل للمحضون، وتعزيز حرية تنقله بين والديه.

واستنادا إلى ما سبق تطرح المداخلة الإشكالية التالية: **ما القانون الواجب التطبيق على الحضانة المترتبة على انحلال الزواج المختلط؟**

وتنبثق عن هذه الإشكالية جملة من التساؤلات التي تشكل في مجملها إطارا منهجيا لبحث هذا الموضوع، وقد تمت صياغتها على النّحو التالي: ما موقف التشريعات المقارنة حول القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة المترتبة على الزواج المختلط؟

ما الإشكالات التي يثيرها ضابط الجنسية؟ ما مضمون المسائل التي يشملها الحكم بالحضانة؟

ما الحلول التي اعتمدتها التشريعات المقارنة في حل مشكلات حضانة الأطفال من الزواج المختلط؟

أهداف الدراسة

تهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على أهم الإشكالات التي تواجه مسألة الحضانة المترتبة على الزواج المختلط، وكذا الحلول التي اعتمدتها التشريعات المقارنة بما فيها التشريع الجزائري لتحديد القانون الواجب التطبيق في موضوع الحضانة

المنهج المتبع

تحقيقا لأهداف الدراسة واستجابة لأسبابها، اعتمدت المنهج الوصفي التحليلي عبر تتبع النصوص القانونية الخاصة بمسألة الحضانة وتحليلها واستخراج دلالات الموضوع ومتعلقاته، كما استعنت بالمنهج المقارن لمقارنة هذه النصوص بالقواعد الجزائرية.

الخطة المعتمدة

من أجل تأصيل الموضوع وتكيفه والإجابة على الإشكالية فيه ارتأيت تقسيم هذه الورقة البحثية إلى محورين:

المحور الأول: القانون الواجب التطبيق على تنازع القوانين في مسائل الحضانة

المحور الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق على مسائل الحضانة

خاتمة :وتتضمن نتائج البحث المتوصل إليها، وتوصياته.

أولا: القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة

1- تحديد قاعدة الاسناد الخاصة بالحضانة في التشريعات المقارنة

اختلفت الرؤى وتعددت مواقف التشريعات المقارنة حول القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة المترتبة على الزواج المختلط، ففي الوقت الذي لم تنص فيه أغلب التشريعات العربية بقاعدة إسناد خاصة بالحضانة، حسمت بعض الدول الأمر وخصت الحضانة بقاعدة إسناد صريحة، وهذا ما سنبينه من خلال الفروع التالية تباعا.

1.1. غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة

من التشريعات التي آثرت السكوت ولم تنص على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة؛ التشريع المصري والتشريع الفرنسي والتشريع الجزائري

1.1.1. التشريع المصري

كيّف بعض الفقه الحضانة على أنّها ولاية على المال وبالتالي تخضع لقانون الشخص الذي تجب حمايته، وفقا للمادة 16 من القانون المدني المصري التي نصت على أنّه:" تسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجوزين والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته"، إلاّ أنّ الذي استقر عليه غالبية الفقه في الوقت الراهن هو اعتبار الحضانة أثرا من آثار انحلال الزواج، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج، وهو قانون جنسية الزوج طبقا لنص المادة 13 الفقرة الثانية من القانون المدني المصري التي نصت على أنّ: "الطلاق يسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الزواج" (يوبي، 2019/2018، صفحة 120)

1.1.2. التشريع الفرنسي

جاء التشريع الفرنسي خاليا من أحكام الحضانة فلم يخصها بقاعدة إسناد، في حين كيفّها القضاء الفرنسي على أنّها من آثار انحلال الزواج وبالتالي يسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الزواج، بيد أنّ الرأي الراجح لدى القضاء الفرنسي ينادي بإخضاع الحضانة للقانون الشخصي للطفل باعتباره القانون الذي يحقق مصلحة المحضون، علاوة على تطبيق قانون محل إقامة الطفل (موكا، 2021، صفحة 918)

1.1.3. التشريع الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري على القانون الواجب التطبيق على الحضانة، إلاّ أنّه اعتبرها من آثار انحلال الزواج وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج ويطبق عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للمادة 12 الفقرة الثانية من القانون المدني التي تنص على أنّه: "يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الابتدائية لبئر مراد رايس في قضية تتعلق بطلاق زوجة جزائرية وزوج إيطالي بإسناد الحضانة لقانون جنسية الزوج أي للقانون الإيطالي بموجب الفقرة الثانية من للمادة 12 السالفة الذكر، غير أنّ الزوجة(ي-ف) طعنت في حكم المحكمة لدى المحكمة العليا على أساس أنّها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج، ولم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، وقضت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بأن تطبيق القانون الإيطالي على النزاع بدلا من القانون الجزائري مخالف للقانون، وقررت على هذا الأساس قبول الطعن شكلا وموضوعا ونقض القرار المطعون فيه. (المحكمة العليا، 2000، صفحة 170)

كما أنّه استثناء وعملا بمصلحة المحضون يمكن تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج طبقا للمادة 13 من القانون المدني التي نصت على أنّه: يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

وقد كرس القضاء الجزائري هذا المبدأ في العديد من القضايا التي فصلت فيها المحكمة العليا؛ منها على سبيل المثال القرار رقم 457038 الصادر بتاريخ 2008/9/10، المتعلق بقضية (م-ع) ضد (ب-ف) والتي قضت فيها المحكمة بإسناد حضانة الأبناء الخمسة للأم رغم حصولها على الجنسية الفرنسية تطبيقا للمبدأ القائل:" لا يسقط اكساب الحاضنة جنسية أجنبية حقها في الحضانة طالما لم تثبت ردتها عي الدين الإسلامي"، وبناء عليه وحيث أنّه لا يوجد أمام المحكمة ما يثبت ردة المرأة عن الاسلام فإنّها أولى بحضانة أبنائها وفق المادة 64 من قانون الأسرة. (الشخصية، 2008، صفحة 313)

وبالتالي فإنّ القانون الجزائري وحده يطبق على انحلال الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام العقد، ويكون القضاء الجزائري وحده المختص لحل مثل هذا النزاع؛ ولكن ماذا لو طرح الإشكال أمام محكمة أجنبية؟

لا شك أن القاضي الأجنبي في هذه الحالة يطبق قانونه الوطني ولا يطبق القانون الجزائري خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي، وإذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها الحضانة حتما ستربي الطفل على غير دين أبيه، وتكريسا لهذا المبدأ فقد قضت محكمة ليبورك ببولونيا قسم العائلات والأطفال في الحكم الصادر في 1995/11/28 تحت رقم III RC/95 بإسناد حضانة الطفلة المولودة لأب جزائري وأم بولونية إلى الأم، ومنحها السلطة الأبوية وألزمت الأب بدفع النفقة الغذائية. (كحلة، 2017، صفحة 163)

1.2. وضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة

من التشريعات التي خصت الحضانة بقاعدة إسناد صريحة؛ التشريع الكويتي والتشريع التونسي والتشريع العراقي.

1.2.1. التشريع الكويتي

أخضع التشريع الكويتي الحضانة إلى قاعدة أسناد خاصة بموجب المادة 43 من القانون رقم 5 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي والتي تنص على أن:" يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس والحضانة"

وقد بينت المذكرة التوضيحية للمادة السالفة الذكر أسباب الأخذ بقاعدة الإسناد التي تضمنتها؛ فنصت على أنّه:" ولما كانت الولاية على النفس فرعا من البنوة، فإنّ القانون الذي يسري في شأنها هو قانون جنسية الأب، فيحدد هذا القانون

ولاية الأب على ابنه الصغير، وما يملك عليه من حق التأديب، وما يقع على عاتقه من واجب التربية، وغير ذلك مما يتعلق بالولاية على النفس، ولما كانت الحضانة هي المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس وجب أن تخضع للقانون الذي تخضع له الولاية وهو قانون جنسية الأب، فيتوحد بذلك القانون الذي يسري على البنوة الشرعية والولاية على النفس والحضانة وهي ثلاث مسائل يتصل بعضها ببعض اتصالا وثيقا". (يوبي، 2019/2018، الصفحات 115-116)

1.2.2. التشريع التونسي

خص التشريع التونسي الحضانة بقاعدة إسناد في نص الفصل 50 من القانون 97-1998 المتضمن المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص على أنّه:" تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، ويطبق القانون الأفضل للطفل"

يستشف من نص المادة السابقة أن الحضانة من آثار انفصام الزواج، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم انفصام الزواج، ويعتبر هذا الحل كضابط إسناد أصلي، وفي حالة عدمه يمنح القاضي السلطة التقديرية لتطبيق القانون الأفضل للطفل، سواء قانونه الشخصي أو موطنه. (بوزينة، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، 2018، صفحة 239)

1.2.3. التشريع العراقي

خص التشريع المدني العراقي رقم 40 لعام 1951 جميع مسائل البنوة والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد بقاعدة إسناد خاصة وهي قانون جنسية الأب، وقد طبق القضاء العراقي المادة 19 الفقرة الرابعة في قضية زوجين مصريين مسيحيين يعملان في العراق، حيث رفعت الزوجة أمام المحكمة الشرعية في الموصل دعوى تفريق ضد زوجها، وأثناء نظر الدعوى أشهرت الزوجة إسلامها أمام القاضي وصدرت بإسلامها الحجة الشرعية المرقمة 1042 سجل 576 بتاريخ 1978/10/28، وبموجب ذلك طبقت المحكمة الشرعية قانون الأحوال الشخصية المصري باعتباره القانون الواجب التطبيق، وعرضت الإسلام على الزوج فأبى فحكمت لصالح الزوجة بحضانة الأطفال، ميز الزوج بعد ذلك الحكم أمام محكمة التميز والتي صادقت على قرار المحكمة الشرعية في الموصل وقضت بأن (الأطفال الصغار بموجب الشريعة الإسلامية هم تبعا لمن أسلم من الأبوين، لهذا فإن الحكم المميز الذي يقضي بالتفريق بين الزوجين وتسليم الأطفال إلى أمهم صحيح وموافق للشرع والقانون)، وبذلك تكون المحكمة الشرعية في الموصل قد طبقت قانون جنسية الأب المصري، وأيدتها في ذلك محكمة التميز بموجب المادة 19 الفقرة الرابعة من القانون المدني العراقي (فراس كريم و حسين نعمة، صفحة 167)

2. الإشكالات التي يثيرها ضابط الجنسية

يترتب على إعمال ضابط الإسناد الخاص بالحضانة المتعلق بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى العديد من الاشكالات

منها: حالة تعدد الجنسيات، حالة انعدام الجنسية، حالة التنازع المتحرك، حالة الإسناد لقانون بلد تتعدّد فيه الشّرائع

2.1. حالة تعدد الجنسيات (اتنازع الإيجابي)

يعترض القاضي عند محاولة حل النزاع المتعلق بمسائل الحضانة صعوبات تعدد الجنسية التي تثبت للشخص الواحد في نفس الوقت، مما يثير مشكلة تحديد من بين هذه الجنسيات الجنسية التي يعتد بها القاضي الوطني عند تعينه للقانون الواجب التطبيق، وهنا نكون أمام فرضين:

الفرض الأول: أن تكون من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص جنسية القاضي، ففي هذه الحالة يجب الأخذ بجنسية دولة القاضي دون غيرها بغض النظر عن قوانين الجنسيات الأخرى التي يتمتع بها الشخص، وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الحل في المادة 2/22 من القانون المدني، كما أخذت به التشريعات العربية، وأخذت به أيضا اتفاقية لاهاي لعام 1930 الخاصة ببعض مسائل تنازع الجنسيات؛ حيث نصت المادة الثالثة منها على ما يلي:" دون إخلال بأحكام هذه الاتفاقية إذا كان الشخص متمتعا بجنسيتين أو أكثر فيمكن لكل دولة يتمتع بجنسيتها أن تعتبره من تابعيها" (سليمان، 2005، صفحة 188)

الفرض الثاني: حالة تنازع بين جنسيات أجنبية ليس من بينها جنسية دولة القاضي، فعلى القاضي في هذه الحالة أن يتحرى عن الجنسية الفعلية، وهي الجنسية التي يعيش الشخص في كنفها ويستعمل فيها الحقوق التابعة لها ويكون أكثر ارتباطا بها من غيرها، ويستعين القاضي لترجيح هذه الجنسية بعدة عناصر كالإقامة العادية في إقليم، أو الالتحاق بإحدى الوظائف العامة فيه، أو اتخاذ الإقليم موطنا لممارسة جميع أنشطته، أو البلد الذي أدى فيه واجب الخدمة العسكرية إلى غير ذلك من العناصر، وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الحل بموجب المادة 1/22من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنّه:" في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية"، كما أخذ به الفقه والقضاء الفرنسيان على أساس أن مسألة تعدد الجنسيات مسألة واقع لا مسألة قانون، وعليه فإن ترجيح إحدى الجنسيات على الأخرى يكون على أساس الواقع والاعتبارات العملية. (أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، 2008، الصفحات 206-207)

2.2. حالة انعدام الجنسية (التنازع السلبي)

اختلف الفقه في كيفية تعيين القانون الواجب التطبيق في حالة عديم الجنسية، وتعددت المعايير المقترحة لحل هذا الاشكال، فذهب بعض الفقه إلى القول بإعمال قانون آخر جنسية كان يحملها الشخص قبل انعدام جنسيته، غير أنّ هذا الحل انتقد على أساس أنّ هذا الشخص يمكن أن يكون عديم الجنسية منذ ولادته، بينما يذهب البعض الآخر إلى القول بتطبيق جنسية البلد الذي ولد فيها عديم الجنسية، إلاّ أنّ هذا الحل انتقد أيضا لأنّ واقعة الولادة قد تكون بصفة عرضية في دولة معينة، في حين يذهب الرأي الراجح إلى الاعتداد بقانون الموطن، وفي حالة ما إذا لم يكن له موطن وتعذر إعمال هذا المعيار يعتد بقانون محل إقامته، فإذا تعذر ذلك يطبق عليه قانون القاضي. (أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، 2008، الصفحات 207-208)، وقد عالج المشرع الجزائري هذه الاشكالية بموجب المادة 3/22 من القانون المدني؛ حيث نصت على أنّه:" في حالة عديم الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة" (زروتي ط.، 2011، صفحة 143)

2.3. التنازع المتحرك

يعتبر ضابط الجنسية من الضوابط التي تثير مسألة التنازع المتحرك، ذلك أنّ الشخص يستطيع تغيير جنسيته بين وقت إنشاء الواقعة القانونية ووقت رفع الدعوى أما القضاء، فيكتسب بموجب هذا التغير جنسية دولة أخرى وبذلك يتم تغيير الضابط، وهنا يجد القاضي المعروض أمامه النزاع نفسه بين قاعدتين مختلفتين، فهل يأخذ بقانون الجنسية القديم أم الجديد؟

ولحل مشكلة التنازع هنا اقترح الفقه اتجاهين؛ أحدهما يقول بالاستبعاد المطلق للقانون الجديد استنادا إلى فكرة الحقوق المكتسبة، واتجاه آخر ينادي بإعمال مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد متأثرين في ذلك بالحل المطبق على تنازع القوانين من حيث الزمان لتشابههما، إلاّ أنّ هذا الاتجاه يؤخذ عليه تشبيهه للتنازع المتحرك من حيث الزمان، ذلك أنّ في هذا الأخير يكون القانونان المتعاقبان صادرين من نفس المشرع، حيث يلغي التشريع الجديد التشريع القديم، بينما في التنازع المتحرك فإنّ القانونين المتعاقبين لم يصدرا من نفس المشرع، وكلاهما لا يزال ساري المفعول في إقليم الدولة التي صدر فيها، ورغم هذه الانتقادات فقد أخذ بهذا الاتجاه معظم التشريعات بما فيها التشريع الفرنسي (سعيد بوعلي و نسرين شريقي، 2021، صفحة 41)

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حسم الأمر طبقا لنص المادة 12من القانون المدني التي تنص على تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج بالنسبة لآثار الزواج المالية والشخصية، إلاّ أنّه إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج يطبق القانون الجزائري كاستثناء وارد في المادة 13 من القانون المدني (زروتي ط.، 2011، صفحة 134)

2.4. الإسناد لقانون بلد تتعدّد فيه الشّرائع في مسائل الحضانة

قد تعترض القاضي صعوبات لتطبيق قانون الجنسية في حالة ما إذا أحيل الحكم الى قانون دولة تتعدّد فيها شرائع الأحوال الشّخصية، سواء كان تعدّدا إقليميا كما في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا أم طائفيا كما في أغلب الدول الشرقية؛ فهنا يتولّى التشريع الدّاخلي للدولة التّي أسند الحكم الى قانون جنسيتها حل هذه المشكلة، فيحيل الى القانون الواجب التطبيق، وتسمى هذه بالإحالة الداخلية أو التفويض، وقد أخذ بها معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة في سنة 1880 ،كما أخذت بها بعض التشريعات الوضعية مثل: القانون البولوني الصّادر في سنة 1926، والقانون السّويدي الصّادر في سنة 1937. (سليمان، 2005، صفحة 62)، كما أخذ بها المشرع الجزائري في نص المادة 23 من القانون المدني التي تنص على أنّه في حالة ما إذا تعين أنّ القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فإنّ القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يتولى مهمة تحديد الشريعة التي يجب تطبيقها، أما إذا لم يتطرق القانون الداخلي إلى هذا النوع من التنازع طبق التشريع الغالب في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي، وفي حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق يطبق القانون الجزائري.

كما أخذ بها القانون المدني المصري في المادة 26، والقانون المدني الليبي في المادة 26 أيضا، والمادة 28 من القانون المدني السوري، والمادة 2/32 من القانون العراقي. (بوزينة، اشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط، 2019، صفحة 186)

2.5. إشكالية تفسير القانون الأجنبي الخاص بالحضانة

قد يجد القاضي الوطني نفسه أثناء تطبيقه للقانون الأجنبي أمام قانون غامض فيلجأ إلى تفسيره، ففي هذه الحالة يرى الرأي الراجح أنّه يتوجب على القاضي الابتعاد عن الاجتهاد الشخصي في التفسير واتباع أسلوب التفسير الذي تأخذ به المحاكم الأجنبية، وعليه تطبيق القانون الأجنبي كما هو مطبق في بلده الأصلي والأخذ بما استقر عليه القضاء، بيد أنّ هذا التفسير يخضع لرقابة المحكمة العليا التي تتمثل مهمتها في توحيد الاجتهاد القضائي، إلاّ أنّ غالبية الدول الأوروبية ترفض رقابة المحكمة العليا على التفسير الذي يعطيه القضاة.

أما بالنسبة للتشريعات العربية؛ فقد أجاز قانون المرافعات المصري بموجب المادة 425 الطعن بالنقض في حالة المخالفة الصريحة للقانون أو الخطأ في تفسيره أو تطبيقه، كما نص المشرع التونسي في الفصل 2/34 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنّه:" يخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب"، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بأسلوب الرقابة بموجب المادة 358/ 6 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في حالة مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة. (بوزينة، اشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط، 2019، صفحة 186)

ثانيا: نطاق القانون الواجب التطبيق على مسائل الحضانة

يتوجب على القاضي عندما يحكم في إسناد الحضانة أن يراعي مصلحة المحضون، وأن ينظر إلى كل المسائل المرتبطة بالحضانة، وهو ما سنتطرق إليه من خلال المطلبين التاليين:

1. مضمون المسائل التي يشملها الحكم بالحضانة

سوف نتطرق فيما يلي إلى بعض المسائل التي يثيرها نطاق إعمال قاعدة الإسناد في الحضانة كمدة الحضانة، الحق في الزيارة ورؤية المحضون، السفر بالمحضون ونقلة إلى بلد أخر، النفقة على المحضون، إسقاط الحضانة ومخالفة الترتيب وهذا ما سنعالجه من خلال الفروع التالية:

1.1. مدة الحضانة

يسري القانون الواجب التطبيق على السن التي يتحدد بناء عليها حق الحاضن في حضانة الطفل، وقد حددها المشرع الجزائري بموجب المادة 65 من قانون الأسرة ببلوغ عشر سنوات من العمر بالنسبة للذكور والزواج بالنسبة للإناث، حيث نصت على:" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، كما يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"

1.2. رؤية المحضون وزيارته

يترتب على انحلال الرابطة الزوجية عدة آثار من بينها زيارة المحضون، وهو حق ثابت شرعا وقانونا لكل من الأبوين وللأجداد في حالة عدم وجود الأبوين، وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا حددها القاضي، وبحسب المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري أنّه يتعين على القاضي حين يقضي بإسناد حضانة الأبناء إلى أمهم أن يمنح الأب حق الزيارة، بأن يتفقد أبناءه ويراقبهم ويحميهم من أي خطر يراه محدقا بهم، وعلى القاضي تحديد مدة الزيارة وقد حددتها المحكمة العليا بمرة في كل أسبوع على الأقل.

وبهذا الشأن تطرح الإشكالات المتعلقة بالزيارة مادام الطفل يقيم في الخارج مع أمه كما جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، وقد صدرت عدة أحكام قضائية منها: أن حق الحضانة الذي يرجع للأم مقيد بتربية الولد على دين أبيه، وحق الزيارة، وحق الحضانة للحاضن الذي يسكن في الجزائر عندما لا يقيم الأبوان في بلد واحد، وهذا هو المبدأ الذي أخذ به المجلس الأعلى: "أن تسند الحضانة لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا". (عليوش، 2006، صفحة 240)

فإذا كان الأبوان يقيمان معا في بلد واحد فذلك لا يطرح إشكالا بالنسبة للرقابة والزيارة وتربية الأطفال على دين أبيهم، ولكن الإشكال يطرح عندما لا يقيم الأبوان في بلد واحد، أي أن أحدهما يقيم ببلد أجنبي، وغالبا ما تكون الأم ففي هذه الحالة تسقط عنها الحضانة، جاء في حيثيات المجلس الأعلى ما يلي: وحيث أن المجلس الأعلى قد سبق له وأن أصدر قرارات في مسألة الحضانة واتخذ مبدأ وهو أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ويتأكد كل هذا أكثر إذا كان كل من الأبوين مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه.

وهذا ما ذهب إليه المجلس لموافقته على الحكم الرافض لطلب وضع الصيغة التنفيذية على الحكم أو القرار الأجنبي المستدل بمقتضاه حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا كان على صواب، فبقاء البنتين بفرنسا يغيّر من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما ومن عادات قومهما ويمس بقواعد النظام العام، فضلا عن ذلك أن الأب له الحق في الرقابة وإبعادهما عنه بحرمه من هذا الحق، ومن ثم النعي عن القرار بما ورد في السبب غير المعقول (عليوش، 2006، صفحة 243)

1.3. السفر بالمحضون ونقله إلى الخارج

عاجل المشرع الجزائري مسألة السفر بالمحضون خارج التراب الوطني بقصد الإقامة والاستيطان في بلد أجنبي بموجب المادة 69 من قانون الأسرة، التي تنص صراحة على أنه: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

يتضح من خلال نص المادة أنّ المشرع الجزائري قيد سفر الحاضن بالمحضون خارج التراب الوطني قصد الاستيطان في بلد أجنبي وربطه بإذن القاضي الذي له السلطة التقديرية في السماح له بالسفر أو منعه، وذلك مراعاة لمصلحة المحضون.

وحسنا فعل المشرع الجزائري حين اشترط بموجب المادة 62من قانون الأسرة في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك وأن يربي المحضون على دين أبيه، علاوة على ذلك فقد أسقط الحضانة على الأم بالإقامة في دولة أجنبية بموجب المادة 69 من قانون الأسرة حفاظا على مصلحة المحضون من جهة، وضمانا لحق الأب في زيارة أبنائه وتربيتهم والسهر على حمايتهم صحة وخلقا.

1.4. النفقة على المحضون

إن من بين الحقوق المقررة للمحضون؛ حقه في النفقة مالم يبلغ سن الرشد بالنسبة للذكور والدخول بالنسبة للإناث، وتستمر في حالة كون الولد غير قادر على كسب المال لعجز عقلي أو بدني أو لمزاولته للدراسة وهي واجبة على الأب،

وتشمل النفقة حسب المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وكل ما يعتبر من الضرورات في العرف والعادة.

وفي مجال تنازع القوانين أخضعها المشرع الجزائري لقانون جنسية المدين بالنفقة طبقا لأحكام المادة 14 من القانون المدني الجزائري، حيث جاء فيها: يطبق على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها"، فقانون جنسية المدين بالنفقة أو قانون موطنه هو الذي يسري على التزامه بالنفقة نحو أقاربه، أما في فرنسا فقد سار القضاء على اعتبار القواعد القانونية المتعلقة بالنفقة تمس النظام العام ويجب ان تسري حتى على الأجانب

ونصت المادة الأولى من اتفاقية لاهاي لعام 1956 الخاصة بالالتزام بالنفقة نحو الأطفال على جعل الاختصاص لقانون الموطن العادي للطفل، فإذا كان هذا القانون يرفض الحق في النفقة فإن الاختصاص يكون للقانون الذي تعينه قواعد التنازع في دولة القاضي المعروض عليه النزاع (سليمان، 2005، صفحة 78)

1.5. إسقاط الحضانة ومخالفة الترتيب في حالة تنازع القوانين

نص المشرع الجزائري في المادة 69 من قانون الأسرة على أنّ استيطان صاحب الحق في الحضانة ببلد أجنبي يسقط حقه في الحضانة، كما تسقط حضانة الأم بالزواج بغير قريب محرم، وبالتنازل عنها بموجب المادة 66 من ذات القانون، والجدير بالذكر أنّ القضاء الجزائري لم يحدد موقفه في هذه المسألة، حيث أنّه تارة يجعل من قاعدة إسقاط الحضانة بسبب تزوجها بغير قريب محرم قاعدة آمرة، وتارة أخرى يجعل منها قاعدة جوازية عندما قضى بأنّ زواج الحاضنة الذي يسقط حقها في الحضانة لا يعتبر قاعدة مطلقة ويجب أن تخفف أمام متطلبات مصلحة الطفل التي يجب أن تقدم على كل اعتبار (بوزينة، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، 2018، صفحة 258)

وتراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب في المادة 64 من قانون الأسرة ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وهو ما كرسته المحكمة العليا بموجب القرار رقم 613469 بتاريخ 2011/3/10 في (م، ي) ضد (ع، ز)، حيث جاء فيه أنّ مدار الحضانة مصلحة المحضون وليس بالترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، وأنّ تقدير المصلحة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وقد عبروا عن هذه السلطة بأسباب كافية وسائغة من خلال المفاضلة بين الأب والجدة وترجيحهم بأن مصلحة البنت تقضي بقائها مع جدتها التي تعيش معها منذ وفاة والدتها عام 2001، وطبقوا بذلك نص المادة 64 المشار إليها تطبيقا سليما مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض (قرار غرفة الأحوال الشخصية المحكمة العليا، 2012، الصفحات 285-288)

2. دور اتفاقيات التعاون القضائي في حل مشكلات حضانة الأطفال المترتبة على الزواج المختلط

لتذليل العراقيل والصعوبات التي تواجه مسألة الحضانة المترتبة على الزواج المختلط وعلى رأسها الحق في الزيارة، لجأت بعض الدول إلى عقد اتفاقيات ثنائية أو جماعية في محاولة منها لتسوية النزاعات بين الزوجين بطريقة ودية، وتوفير حماية أفضل للمحضون، وتعزيز حرية تنقله بين والديه، ومن أبرز هذه الاتفاقيات:

2.1. الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988 المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال: الموقعة في مدينة الجزائر بتاريخ 21 يونيو 1988 والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 144/88، وتسعى هذه الاتفاقية لحماية الأطفال الناجمين عن الزواج المختلط، وبيان كيفية ممارسة صاحب الحق في

الزيارة من ممارسة حقه، وتعتمد في ذلك على تدخل السلطات المركزية لكلا البلدين مع التعاون القضائي. (طاهري، 2020، صفحة 153)

وتضمنت هذه الاتفاقية طبقا لنص المادة الثانية عدة إجراءات يجب أن تتبع من طرف السلطتين المركزيتين لكلا البلدين لتسهيل حماية الطفل المحضون؛ ومن أبرز هذه الإجراءات:

-البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.

-تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية والمتعلقة بإجراء قضائي يخصه لاسيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.

-تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة.

-تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا.

-ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يُمنح حق تنفيذ الحكم.

-تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد الرعايا لدولة أخرى في ترابها أو انطلاقا منه

-إطلاع السلطة المركزية الملتمسة على التدابير المتخذة والنتائج المخصصة لها.

وفي إطار المحافظة على علاقات الطفل بوالديه، ألزمت الاتفاقية بموجب المادة السادسة الجهات القضائية للطرفين المتعاقدين عند إصدار أي حكم قضائي يتعلق بحضانة طفل، ضمان ممارسة حق الزيارة للوالد الآخر غير الحاضن في الوقت نفسه داخل حدود أحد البلدين وفيما بين حدودهما، كما وضعت على عاتق القاضي مهمة تكييف طرق ممارسة حق الزيارة بما يحقق مصلحة الطفل في حال وجود ظروف استثنائية تعرض صحة هذا الأخير الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر.

وتتجسد آليات ممارسة حق الزيارة من خلال هذه الاتفاقية كما يلي:

-اتصاف الحكم القضائي الذي يمنح الحضانة والزيارة بالنفاذ المؤقت ولوكان محلا للطعن، إذ أنّ توقيف النفاذ بسبب الطعن مهما كانت صفة ودرجة الجهة القضائية التي صدر عنها يتعارض مع ما جاءت به الاتفاقية من حق غير الحاضن في الزيارة.

-اعتبار الحكم القضائي المانح للحضانة والزيارة كرخصة لصاحب الحق في الزيارة للخروج رفقة المحضون من التراب الوطني، دون الحاجة إلى استصدار رخصة من الجهات المعنية كما هو معمول به في الاجراءات التنظيمية المعروفة

-نطاق ممارسة الزيارة يكون داخل حدود البلدين فيما بينهما، وبالتالي فإنّ الاتفاقية اعترفت بحق الزيارة العابر للحدود، الذي يتمثل في سفر الوالد للبلد وإمكانية أخذ المحضون إلى بلده الأصلي

-تقديم المساعدة لتيسير وتسهيل ممارسة الزيارة بواسطة البحث عن الطفل، واقتراح الحلول الودية لتسليمه.

-يمنح الوالد غير الحاضن حق الزيارة بهدف تحقيق مصلحة الطفل المتمثلة في المحافظة على علاقات هادئة ومنتظمة مع الوالدين في مكان إقامتهما.

- يتعرض الوالد الحاضن الذي يرفض تسليم الطفل لصاحب الحق في الزيارة للمتابعة الجزائية بموجب المادة 11 من الاتفاقية، كما يمكن لوكيل الجمهورية المختص إقليميا استعمال القوة العمومية لتنفيذ إجباري يضمن عودة لطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء فترة الزيارة. (زيطة، 2021، صفحة 270)

رغم ما تحمله هذه الاتفاقية في طياتها من حلول لبعض مشاكل الحضانة الناجمة عن الزواج المختلط إلاّ أنه يؤخذ عليها أنّ الأحكام الصادرة سواء من القضاء الفرنسي أو القضاء الجزائري تصادف صعوبة في التنفيذ لاختلاف النظام العام في البلدين، علاوة على أنّ إسناد الحضانة للأم الفرنسية المقيمة في فرنسا إذا كانت على غير دين الإسلام يشكل خطرا جسيما على عقيدة المحضون، لأنّ هذا الأخير سيألف ويكتسب عقائد وعادات غير المسلمين ويتربى على غير دين أبيه وفي هذا تناقض مع ما تضمنته المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على تربية الولد على دين أبيه، كما أنّ استخدام القوة العمومية من طرف وكيل الجمهورية لإعادة الطفل إلى التراب الذي غادره لا يلقى تطبيقا على أرض الواقع لعدم تنفيذ الإنابة القضائية الدولية (بوزينة، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، 2018، صفحة 242)

2.2. الاتفاقية المغربية الفرنسية الخاصة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي: وضعت الاتفاقية على عاتق الدولتين مسؤولية ضمان ممارسة حق الحضانة، حيث جاء في الفصل التاسع عشر:" تلتزم الدولتان عن طريق المعاملة بالمثل؛ بأن تضمن فوق ترابهما، وتحت مراقبة سلطتهما القضائية، حرية ممارسة حق الحضانة على الطفل القاصر، مع التقيّد فقط بمصلحته دون أي اعتبار آخر مستمد من قانونهما الداخلي وكذا ممارسة حق الزيارة، وتلتزم كل منهما عن طريق التبادل بحسن تنفيذ الأحكام الصادرة في الدولة الأخرى في هذا الميدان".

كما شملت الاتفاقية في الفصل العشرين على مختلف الإجراءات والتدابير التي يجب على الدولتين اتخاذها لضمان تسهيل ممارسة الزيارة، التسليم الإرادي للأطفال، تنظيم حق الزيارة والإيواء لمصلحة صاحب الحق في الزيارة فوق تراب إحدى الدولتين، إضفاء الصبغة التنفيذية على الأحكام الصادرة فوق تراب إحدى الدولتين في مادة الحضانة وممارسة حق الزيارة من طرف محاكم الدولة الأخرى. (ظهير، 1986)

2.3. الاتفاقية التونسية الفرنسية لعام 1982: تم توقيع الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي في مواد الحضانة والزيارة والنفقة بباريس في 8 مارس 1982، حيث تضمنت هذه الاتفاقية ما يلي:

-تلتزم الدولتان فوق ترابهما وتحت مراقبة سلطتهما القضائية بضمان حرية ممارسة حق الحضانة وحق الزيارة على الطفل القاصر مع التقيد بشرط مصلحته دون أي اعتبار

-التعاون بين السلطات المركزية للبلدين على البحث فوق ترابها على الأطفال الذين تم نقلهم إليها وتحديد مكان إقامتهم، وتسهيل تنفيذ أحكام الزيارة.

-يمكن للسلطات المركزية للدولتين أن تطلب من الجهات القضائية البت في الدعاوي الرامية إلى حماية حق الزيارة، أو إيواء الطفل في إحدى الدولتين لفائدة صاحب الحق في الزيارة، وتفصل السلطات القضائية في الأمر المرفوع إليها على وجه السرعة في مدة أقصاها ستة أسابيع من تاريخ رفع الأمر إليها.

-تنفيذ الأحكام الصادرة في مادة النفقة من الجهة القضائية المختصة للدولة الأخرى، ولا يحق لإحدى الدولتين أن ترفض إقرار وتنفيذ حكم صادر عن الدولة الأخرى في مادة الحضانة. (صخري، 2005، الصفحات 198-199)

2.4. الاتفاقية المصرية الفرنسية: تم توقيعها بباريس في 15 مارس 1982، حيث تضمنت جملة من الآليات تمثلت في:

-التعاون بين السلطات القضائية للدولتين عن طريق الإنابة القضائية في مباشرة إجراءات التحقيق، أو أية إجراءات قضائية أخرى تتعلق بدعوى قائمة أمامها في مسألة الحضانة.

-التعاون بين السلطات المركزية للبلدين من أجل:

•تبادل كافة المعلومات المتعلقة بالتدابير المتخذة لحضانة الصغار وحمايتهم.

•تبادل البحث على إقليمها عن الصغار المنقولين دون سند من القانون.

•اتخاذ التدابير الملائمة أو العمل على اتخاذها سواء لكفالة التسليم الطوعي للصغير أو لتيسير الوصول إلى حل ودي.

•اتخاذ إجراء قضائي عاجل مباشرة أو تيسير اتخاذه لاستعادة الصغير، وفي سبيل ذلك، يكون للسلطات المركزية أن توجه الطلبات الرامية إلى الاعتراف بالأحكام القضائية الخاصة بحضانة الصغار أو تنفيذها.

•تنظيم حق الرؤية وتدبير الإيواء لصالح صاحب الحق في الزيارة من أجل تذليل كل عقبة قانونية تعترضه، وكفالة احترام الشروط الموضوعة سواء من قبل الهيئات المختصة أو التي التزم بها الخصوم، لإعمال حق الرؤية وحرية ممارسته.

كما تقضي المادتان 36 و37 من الاتفاقية بضرورة تسليم المحضون في حالة انتقاله بالمخالفة لحكم قضائي واجب النفاذ من المحكمة المختصة بالحضانة، وعلى السلطة القضائية التي تنظر طلب تسليم الصغير أن تفصل في القضية على وجه السرعة وإذا لم تفصل هذه السلطات في أجل غايته ستة أسابيع من تاريخ رفع الأمر إليها ويكون على السلطة المركزية في الدولة المطلوب إليها أن تحيط السلطة المركزية في الدولة الطالبة علما بذلك مع إفادتها بأسبابه. (الاتفاقية المصرية و الفرنسية، 1982)

خاتمة

وختاما ينبغي الإشارة إلى أنّ حضانة الطفل المترتبة عن الزواج المختلط مشكلة عويصة تهدد أمن الأسر الإسلامية، خاصة في ظل انتشار زواج المسلمين من أجنبيات غير مسلمات، فإذا كان القانون أعطى حق الحضانة للأم بشرط تربية الطفل على دين أبيه، فمتى كانت هذه الأم على غير دين الإسلام فإنّها تشكل خطرا جسيما على عقيدة المحضون، لأنّ هذا الأخير حتما سيألف ويكتسب عقائد وعادات غير المسلمين وربما تربى على غير دين أبيه، لذلك ينبغي على الشباب المسلم التفكير مليا قبل الإقدام على هذا النوع من الزواج.

وقد خلصت الدراسة إلى جملة من النتائج منها:

-خصت بعض التشريعات المقارنة الحضانة بقاعدة إسناد صريحة مثل التشريع التونسي والتشريع الكويتي.

-المشرع الجزائري لم يخص الحضانة بقاعدة إسناد خاصة، وأخضعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج ويطبق عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للمادة 12 الفقرة الثانية من القانون المدني، واستثناء وعملا بمصلحة المحضون يمكن تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج طبقا للمادة 13 من القانون المدني.

-لتذليل العقبات التي تعترض مسألة الحضانة عمدت أغلب التشريعات المقارنة بما فيها التشريع الجزائري؛ إلى عقد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف لتسهيل تسوية النزاعات بين الزوجين بطريقة ودية، وتوفير حماية أفضل للمحضون، وتعزيز حرية تنقله بين والديه

-للقاضي السلطة التقديرية في إعمال مصلحة المحضون

التوصيات

-ضرورة إعادة النظر بالنسبة للاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال لقصورها في كثير من الحالات، وتعديلها بما يحقق مصلحة المحضون.

-على المشرع الجزائري العمل على إدراج قاعدة إسناد خاصة بمسألة الحضانة المترتبة عن الزواج المختلط.

-اقترح سن قانون يفرض شروطا صارمة بالنسبة للزواج من الأجنبيات غير المسلمات، حفاظا على مصلحة الطفل

المصادروالمراجع

1. آسية طاهري. (ديسمبر, 2020). تنازع القوانين في الحضانة. *المفكر، 4*(2)، الصفحات 137-164.
2. الاتفاقية المصرية، و الفرنسية. (15 3, 1982). الاتفاقية المصرية الفرنسية. باريس، الجريدة الرسيمة، العدد 38، سبتمبر 1983.
3. المحكمة العليا, غ. ا .(2000). المجلة القضائية، رقم الملف 170082، الصادر بتاريخ 17/ 2/ 1998.*(1)* .
4. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 457038 (المحكمة العليا 2008).
5. أمنة أمحمدي بوزينة. (جوان 1, 2018). الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة. *المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم القانونية، 3*(1)، الصفحات 236-265.
6. أمنة أمحمدي بوزينة. (17 أكتوبر, 2019). اشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط. *مجلة الاجتهاد القضائي، 12* (2)، الصفحات 175-198.
7. بلقاسم أعراب. (2008). *القانون الدولي الخاص الجزائري* (الإصدار 10). الجزائر: دار هومة.
8. سعاد يوبي. (2019/2018). الحضانة في القانون الدولي الخاص. تلمسان: جامعة أبي بكر بلقايد.
9. سعيد بوعلي، و نسرين شريقي. (2021). *القانون الدولي الخاص الجزائري* (الإصدار 1). الجزائر: دار بلقيس.
10. سليمان, ع. ع .(2005). *مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري* .(éd. 3)الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.
11. شريف رقم 183197 ظهير. (14 نوفمبر, 1986). الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة بالرباط في 10 أغسطس 1981. الرباط.
12. شعبان فراس كريم، و نغيمش حسين نعمة. (بلا تاريخ). تنازع القوانين في الحضانة. *المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية*(1).
13. صخري, م .(2005) .*الاتفاقيات القضائية الدولية وأحكامها ونصوصها*) .éd(د ط .((الاسكندرية: المكتب الجامعي الحديث.

14. طيب زروتي. (2011). *القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين* (الإصدار 3). الجزائر: دار هومة.

15. عبد الكريم موكا. (2021). القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط. *مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، 4*(3).

16. عبد الهادي، بن زيطة. (2021). تنظيم حق الزيارة في الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائرين الفرنسيين في حالة الانفصال. *حوليات جامعة الجزائر-1-، 35*(2)، الصفحات 261-275.

17. غالي كحلة. (2017). الاشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط. *القانون، 6*(2)، الصفحات 146-175.

18. قرار غرفة الأحوال الشخصية المحكمة العليا, 613469)المحكمة العليا .(2012

19. كمال قربوع عليوش. (2006). *القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين* (الإصدار 3). الجزائر: دار هومة.

القانون الواجب التطبيق على النسب في الزواج المختلط

The law applicable to lineage in mixed marriages

غربي صورية
Soreya GHERBI

أستاذة جامعية، جامعة عين تموشنت ، عين تموشنت/ الجزائر
University Ain Temouchent, City Ain Temouchent / college professor
عبد الحكيم بوجاني
BOUDJANI Abdelhakim
أستاذ جامعي، جامعة عين تموشنت ، عين تموشنت/ الجزائر
University Ain Temouchent, City Ain Temouchent / college professor

الملخص:

ويعتبر النسب من أهم المسائل القانونية البالغة الأهمية فهو يعد من بين الحقوق اللصقية بالطفل، وحتى الشريعة الإسلامية اعتبرته من الكليات الخمس، ومن هنا أعطاه المشرع عناية خاصة حيث أحاطه بسياج منيع وقننه في قانون الأسرة الجزائري وضبط أحكامه القانونية.

ونظرا لماله من أهمية في قانون الداخلي فإن أهميته تزداد في الإطار القانون الدولي الخاص، حينها نكون بصدد زواج مختلط مبني على علاقة شرعية أو غير شرعية حينها يتصادم أكثر من قانونين في إطار إثبات النسب سواء من طرف زوج أو الزوجة، فيجدوا القاضي صعوبة في تطبيق القانون المختص.

الكلمات المفتاحية: الزواج المختلط؛ النسب؛ القانون الدولي الخاص.

Abstract:

Lineage is considered one of the most important legal issues of great importance, as it is considered among the rights attached to the child, and even Islamic law considered it one of the five colleges, and from here the legislator gave him special attention as he surrounded him with an impenetrable fence and codified him in the Algerian Family Law and regulated its legal provisions.

And given his importance in the law Therefore, its importance increases within the framework of private international law, when we are in the process of a mixed marriage based on a legal or illegitimate relationship. At that time, more than two laws collide in the context of proving parentage, whether by a husband or wife, and the judge finds it difficult to apply the relevant law

Key words: pedigree; Private international law.

مقدمة:

تعتبر الأسرة الخلية الأساسية في المجتمع، إذا بنيت على اسس صحيحة كان المجتمع قوي ومترابط، ه توفر عده أسس وشروط معينة مأخوذة من الشريعة الإسلامية.

ويعتبر النسب من أهم المسائل القانونية البالغة الأهمية فهو يعد من بين الحقوق اللصقية بالطفل، وحتى الشريعة الإسلامية اعتبرته من الكليات الخمس، ومن هنا أعطاه المشرع عناية خاصة حيث أحاطه بسياج منيع وقننه في قانون الأسرة الجزائري وضبط أحكامه القانونية.

ونظرا لماله من أهمية في قانون الداخلي فإن أهميته تزداد في الإطار القانون الدولي الخاص، حينها نكون بصدد زواج مختلط مبني على علاقة شرعية او غير شرعية حينها يتصادم اكثر من قانونين في إطار إثبات النسب سواء من طرف زوج او الزوجة، فيجدوا القاضي صعوبة في تطبيق القانون المختص.

وعليه نطرح الإشكال الآتي: ما هو القانون الواجب بتطبيق على النسب وخاصة النسب الناتج عن الزواج المختلط؟

للإجابة على هذا الإشكال سنعتمد في بحثنا على المنهج التحليلي والنقدي.

وتجدر الإشارة إلى أنّ النسب من مواضيع الأحوال الشخصية الهامة نظرا لاختلاف القواعد المنظمة للنسب، ويعد النسب جزءا لا يتجزأ من حاله الشخص ولهذا ولهذا يطبق عليه القانون الشخصي، بل لقد فرق الفقه بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي، فالأول نظمه المشرع الجزائري ضمن قواعد قانون الأسرة ووضع له قواعد ووسائل حتى يمكن التحقيق من شرعيته، أما النسب الطبيعي فلم يتطرق له قانون الأسرة الجزائري، بينما تم آثاره المسائل الخاصة به على مستوى القضاء.

فما هي القواعد الموضوعية التي تحكم النسب؟ (المبحث الأول)، وما هي قاعدة التنازع الخاصة به؟ (المبحث الثاني)

المبحث الأول: القواعد الموضوعية الخاصة بالنسب

يعتبر الزواج من أكثر المواضيع والعلاقات القانونية إثارة لتنازع القوانين لاختلاف مفهومه باختلاف انظمه القانونية ونظرتها له، حيث تراه بعض الأنظمة رابط مدنيه بحث ينعقد بالتقاء الإيجاب والقبول امام موظف مختص قانونا، وتراه انظمه اخرى رابطه دينيه ابديه غير قابله للانحلال، وبالنسبة للقانون الجزائري فقد واكب الفقه الاسلامي في ثبوت النسب سواء اثناء قيام رابطه الزواج (المطلب الأول) او بعد الانفصال (المطلب الثاني)

المطلب الأول

ثبوت النسب أثناء قيام الرابطة الزوجية

تبدأ رابطة الزواج بواقعة الزواج بين الرجل والمرأة، ولكي يعتبر عقد الزواج صحيحا لابد أن يكون مستوفيا لركنه وجميع شروطه المنصوص عليهما في المادتان9 و9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، فإذا كان الزواج صحيحا أصبح صالحا لإثبات النسب دون اشتراط بينه من الزوجة أو إقرار من الزوج، لكن هذا الإثبات يتوقف على جمله من الشروط منها ما يتعلق بالزوجين معا إذ يشترط إمكانية الاتصال بين الزوجين بعد العقد الشرعي (الفرع الأول)، ومنها ما يتعلق بالولد إذ يجب أن يولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل (الفرع الثاني)، وأن لا يقوم الزوج بنفيه بطرق المشروعة (الفرع الثالث)

الفرع الأول: إمكانية الاتصال بين الزوجين

إن من أسباب ثبوت النسب الولد بأبيه هو أن تكون هناك إمكانية الاتصال بين والديه، وهذا الاتصال قد يكون إما بطريقه طبيعية وهو الاتصال الجنسي، وقد يكون بطريقه غير طبيعية وهو التنقيح الاصطناعي.

فبالنسبة للاتصال طابع فالمشرع الجزائري لم يكتفي بمجرد العقد لثبوت النسب، لان ذلك قد يؤدي إلى ضياع الانساب وهذا طبقا للمادة 41 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة" .

في نفس الوقت لم يشترط الدخول الحقيقي بل اشترط إمكانيه الاتصال وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 23 نوفمبر 1982: " من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة" (العليا،، 2001).

أما بالنسبة للتلقيح الغير الطبيعي بين الزوجين والمتمثل في التلقيح الاصطناعي، فقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 45 مكرر من القانون الأسرة، ومن شروطه أن يكون الزواج شرعي، وأن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، وأن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما، كما لا يجوز اللجوء إلى تلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

الفرع الثاني: مدة الحمل

لكي ينسب الولد لأبيه لابد أن يكون المولود قد وضعته الزوجة الحامل بين أقل لمده الحمل وأقصاها (بن شويخ الرشيد، 2008، صفحة ص.32.).

وهذا ما نصت عليه المادة 42 من قانون الأسرة: " أقل مده الحمل سته أشهر وأقصاها 10 اشهر".

غير أن القانون الجزائري لم يبين متى تبدأ حساب المدة الأدنى من تاريخ العقد أم من تاريخ الدخول، لاحتمال وجود فارق زمني بينهما، ويرى الأستاذ بن شويه الرشيد أنه يجب الاعتماد على تاريخ الزواج من حيث المبدأ لأنه هو الأصل، ولكن بقرينه بسيطة قابله لإثبات العكس، لأن العبرة هي بالدخول أي بتلاقي الزوجين (بن شويخ الرشيد، 2008، صفحة ص.33).

أما بالنسبة للمدة الأقصى للحمل فقد حددها القانون ب 10 اشهر وذلك لكون أنه قد تحدث متاعب صحيه للمرآه فتتأخر ولادتها الا ما بعد 10 اشهر.

الفرع الثالث: عدم نفي نسب الولد بالطرق الشرعية

تكلمت عنها المادة 41 من قانون الأسرة وهي إن كانت بصيغه الجمع فهي تتمثل في اللعان، فعندما يظهر حمل الزوجة فإنه يجب على الزوج إذا تبين له زنى زوجته أن يدعي أن حملها ليس منه لسبب ما، وإذا لم يستطع إثبات دعواه أمام القضاء، فإنه يلجا دائما إلى اللعان كإجراء شرعي لنفي النسب (العربي، 1999، صفحة 364).

والمدة التي يتم فيها اللعان هي ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يريد نفيه أو من يوم رؤيه الزنا، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بتاريخ 20 اكتوبر 1998: " من المقرر قانونا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوه اللعان التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل ورؤيه الزنا..."

المطلب الثاني: ثبوت النسب بعد الانفصال

إن من أهم مقاصد الزواج الصحيح المحافظة على الانساب، فقد حرصت كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على ذلك، وتعتبر حالات الانفصال في الزواج الصحيح كل من الطلاق (الفرع الأول)، والوفاة (الفرع الثاني) الزوج عن زوجته (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: ثبوت نسب ولد المطلقة

قانون الجزائري لا يعتبر الزوجة مطلقه الأبناء على حكم القاضي وهذا ما جاء في المادة 49 من قانون الأسرة حيث تنص على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عده محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

كما نصت المادة 43 من نفس القانون على انه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

وعليه فبمجرد الانفصال تحسب مده 10 أشهر لاحتمال الحمل قبل الطلاق، لكن ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يحدد المقصود بالانفصال ما إذا كان الانفصال يعني تباعد الزوجين عن بعضهم البعض بسبب الشقاق أم المقصود به الطلاق بينهما؟

وكذلك قد يحدث أن يطلق الزوج بالإرادة المنفردة بمده قبل رفع الدعوى وقبل الحكم وهنا حتما سيختلف حساب المدة بين طلاق الزوج والذي يقع شرعا بمجرد تلفظ به وبالتالي حساب المدة يكون من هذا التاريخ، إلا أن المشكلة تكمن في المادة 49 سابقه الذكر والتي تأخذ بطلاق القاضي في حساب المدة وبالتالي سيكون هناك تناقض كبير بينهما (بن شويخ الرشيد، 2008، صفحة 37).

ومن تم يستحسن على المشرع ان يضبط المصطلحات بحيث يتم حساب المدة القصوى للحمل من يوم انفصال الجنس الفعلي ليكون بذلك الولد الذي وضعته الأم المطلقة خلال هذه المدة فعلا ابن الزوج ومنسوبا له شرعا وقانونا.

الفرع الثاني: نسب ولد المرأة المتوفي عنها زوجها:

لقد ذهب جمهور الفقهاء على انه يثبت النسب من الزوج المتوفى إذا كانت المدة المنقضية بين الوفاه والولادة لا تتجاوز أقصى مده الحمل، لاحتمال أن الحمل كان قائما وقت الوفاه، وبذلك لا يثبت النسب إذا جاءت به الزوجة بأكثر من أقصى مده الحمل، لان الحمل كان بعد الوفاه وبالتالي ينتفي تلقائيا دون الحاجه لإجراء اللعان (تقية،، 2007، صفحة 287).

الفرع الثالث: ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها:

لقد عرفت المادة 110 من قانون الأسرة الغائب بأنه الغائب الذي منعته ظروف قاهره من الرجوع إلى محل اقامته، أو إداره شؤونه بنفسه أو بواسطة سنه وتسبب غيابه في ضرر غيرك يعتبر كالمفقود.

وعليه إذا تزوجت إمراه برجل بعقد شرعي ودخل بها ثم غاب عنها لكن يعلم مكانه وحياته كان يكون يؤدي الخدمة الوطنية او العمل في الخارج... الخ، هذا الغياب مده طويله دون ان يثبت خلالها اي تلاقي او اتصال بينهما وكانت الزوجة قد اتت بولد بعد انقضاء اقصى مده الحمل، ان هذا الولد يعتبر ولدا للفراش ويمكن اسناد نسبه الى ابيه، الا اذا كان هذا الأخير قد نفاه باللعان، لأن سكوته وقبول التهنئة بولادته أو تقديم الهدايا له أو لأمه يعتبر إقرار بأن الولد ولده ولا يقبل بعد ذلك نفيه[1].

المبحث الثاني
قواعد التنازع التي تحكم النسب

يعتبر موضوع تحديد القانون الشخصي في موضوع النسب واثباته، من بين المسائل التي اختلف حولها الفقه والقضاء، ولما كانت مساله النسب تتعلق بحاله الشخص فإنها تعد من الأحوال الشخصية، ومن ثم يغلب أن يحكمها القانون الشخصي لواحد من أطرافها، الوالد المراد الانتساب إليه أو الولد المراد إثبات نسبه، وهو ما يختلف فيه التشريعات اختلافا كبيرا، وتزداد صعوبته كلما كان أطراف النزاع من جنسيات أو ديانات مختلفة، أو كلما غيروا جنسيتهم فيما بين يوم الحمل أو الولادة ويوم رفع دعوى البنوة أو الأبوة.

عليه سنتكلم بداية عن قواعد التنازع التي جاءت في مجالها النسب (المطلب الأول) ثم نتطرق الى موقف المشرع الجزائري في القانون الدولي الخاص (المطلب الثاني)

المطلب الأول:

ضوابط الإسناد الخاصة بالنسب الشرعي وموقف المشرع الجزائري منه

الفرع الأول

الضوابط الخاصة بالنسب

هناك عدة ضوابط ظهرت لتحكم مسالة النسب، هناك من يرجح مصلحة الطفل، وهناك من يرجح الذهاب الى جنسية الأم، وهناك من يذهب الى قانون الدولة التي يختارها الأب....الخ.

فبالنسبة لتطبيق قانون جنسيه الطفل، فهناك من يرى أنه لابد أن نطبق قانون الابن لأن النسب يعتبر عنصر من عناصر حالته الشخصية فهو يعد من الحقوق اللصيقة بشخصيته كدرجة أولى (زروتي،، 2000، صفحة 187)، وبالتالي يقطع إلى قانونه الشخصي أي قانون الدولة التي يتمتع هذا الطفل بجنسيتها من يوم ميلاده حتى ولو تم تغيير تلك الجنسية يبقى دائما يخضع لقانون الجنسية الأولى، بشرط أن لا يكون قانون الجنسية متعارض مع النظام العام لدولة القاض (الداودي،، 2013، صفحة 183).

وهناك اتجاه ذهب إلى اخضاع النسب إلى قانون جنسيه الأم لأنها تمثل العنصر الاساسي في هذه العلاقة، كما أنها لا يمكن أن تكون مجهولة لأن إثبات النسب يثبت لها مباشره عن طريق الولادة الطبيعية بغض النظر إلى الأب الذي يكون في غالب الاحيان مجهول (،، 2014، صفحة 133).

ويرى اتجاه آخر أنه لابد أن يخضع إثبات النسب إلى القانون الذي يختاره الابن، فللابن الحرية بالاختيار إلى أي من الوالدين ينتسب إلى الأب أو إلى إلام وهذا من أجل تسهيل على القاضي تطبيق عليه قانون الجنسية المناسبة.

وهناك من يرى أنه يجب تطبيق القانون في النسب تطبيقا جامعا أي اخضاع البنوة لقانون جنسيه كل من الأب والإبن معا.

وفي الأخير هناك من اعتبرها من أثار الزواج وطبق عليها قانون جنسيه الزوج، وهناك من حصرها في جنسيه الأب فقط وهذا ما سنراه في القانون الجزائري.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري في الضابط الخاص بالنسب الشرعي

إن مسالة النسب تعتبر من أهم المواضيع الحساسة إلا أنا نجد أن المشرع قبل تعديل 2005 للقانون المدني لم يعطيه أي أهميه، أي أنه لم يخصص له أي قاعده إسناد خاصة يمكن للقاء الرجوع إليها حتى يحسم النزاع بل ترك الأمر وأعطى الاختصاص للاجتهاد الفقهي بخصوص قواعد التنازع المتعلقة بالنسب.

وبما أن البنوة تعد أثر من آثار الزواج فلابد من اخبارها إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إبرام عقد الزواج، وهذا ما ذهب إليه القانون المدني الجزائري في المادة 12 الفقرة الأولى من القانون المدني بقولها يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الاثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج.

أي أنه متى كان الأب الجزائري وقت إبرام عقد الزواج وتم عرض النزاع امام القاضي بشأن مسأله النسب ما على القاضي فتطبيق القانون الجزائري على هذا النزاع حتى ولو تم تغيير الجنسية بعد الزواج، ومثال ذلك لو كان شخص يحمل الجنسية الجزائرية وقت إبرام عقد الزواج ثم غير جنسيته إلى الجنسية الفرنسية، وعرض النزاع أمام القاضي الجزائري فيطبق القانون الجزائري لكن إذا كان العكس أي الزوج فرنسي في هذه الحالة يبقى تطبيق القانون الجزائري لأن المادة 13 من القانون المدني جعلت سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان الزوج جزائريا واقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهليه الزواج.

إلا أن النسب ورغم اعتباره من آثار الزواج فقد استأثر بقاعدة إسناد خاصة به، لاعتباره علاقه ثلاثية الأطراف تربط الابن والاب والام. المشرع الجزائري بعد إن كان ملتزما بالصمت إزاء مسأله النسب في قواعد التنازع قبل تعديل القانون المدني 2005، فإنه قد حسم ذلك صراحه في خلال المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري بقولها يسري على النسب والاعتراف به وانكاره قانون جنسيه الأب وقت ميلاد الطفل وفي حاله وفاه الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسيه الأب وقت الوفاه"

ويرجع تفضيلا المشرع الجزائري لقانون جنسيه الأب على قانون جنسيه الأم إلى الدور المعترف للرجل به وفق بما تقرره أحكام الشريعة الإسلامية، كما يصعب تصور تطبيق جامع لقانون الأبوين، ومتى تبين أن القانون الجزائري هو الواجب تطبيق على النسب استنادا إلى المادة 13 مكرر شركه الذكر فإن المواد من 40 الى 46 من قانون الأسرة الجزائري هي التي تنظم هذه المسالة، وقد اختار المشرع قانون جنسيه الأب وقت الميلاد لأن في هذا الوقت بالذات تتحقق فيه رابطه النسب، أما إذا مات الأب قبل الميلاد فتكون العبرة بقانون جنسيه الأب عند الوفاه ويستند في ذلك أن الأب هو الذي أوجد الابن. (موكه، 2021، صفحة 95)

وفي هذه الحالة يستوجب على القاضي الذي يفصل في الموضوع أن يربط بين معيارين من أجل تحديد القانون المختص، المعيار الشخصي المتعلق بجنسيه الأب والمعيار الزمني المرتبط بزمن ميلاد الطفل، واذا توفي الاب قبل ميلاد الطفل يتم الاعتداد بجنسيه الأب وقت وفاته، كما أنه قد يثار إشكال في هذه الحالة عند اقتران النسب بتعدد الجنسية لدى الأب، وفي هذه الحالة يجب على القاضي اللجوء إلى تفعيل نص المادة 22 من القانون المدني التي تنصه على أنه "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي قانون الجنسية فعليه غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كان للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دوله أو عده دول أجنبيه جنسيه تلك الدولة. وفي حاله انعدام الجنسية، يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الاقامة".

كما تثار إشكالية أخرى ترتبط بتخلي الأب عن الجنسية الجزائرية قبل ميلاد الطفل مما يؤدي الى تطبيق القانون الأجنبي الذي قد يكون يتنافى وحق الطفل في نسبه إلى أبيه من جهة ومن جهة أخرى قد يكون القانون الأجنبي يمس بالنظام العام الجزائري.

المطلب الثاني
أثر بطلان الزواج المختلط على طبيعة نسب الأولاد

الفرع الأول:

أثر بطلان الزواج المختلط على طبيعة نسب الأولاد

أجمع الفقهاء المسلمون من أن النسب نعمه عظمى انعم الله بها على الانسان ولا يمكن تبع لذلك أن تأتي من طريق حرام فيبقى ابن زنا غير شرعيا مقطوع النسب من أبيه ولو كان هذا الأب معروفا أو ممكن معرفته.

فالقاعدة العامة في معظم التشريعات أن البطلان في العقود يكون بأثر رجعي، ليعتبر العقد وكان لم يكن فلا تترتب عنه آثار قانونيه، وعليه فإن الباطل من الزواج لا يوجب أثرا وإن اتصل بدخول، بل أن الدخول فيه زنا يوجب الحد شرعا ولأن زواج المسلم بغير مسلم أو مسلم بغير كتابيه ممنوع شرعا بالكتاب والسنه والاجماع، فإن وقع فهو باطل ولا تترتب عليه الاثار الشرعية المترتبة عن الزواج الصحيح، وأهمها أن الأولاد الناتجين عن هذا الزواج يكونون غير شرعيين، على أن يكون هذا الحكم منذ لحظه الحكم بالبطلان دون أن يسري بأثر رجعي، وهو الحال في الفترة الممتدة بين سريان الزواج والحكم ببطلانه وهو مصطلح على تسميته بالزواج الظن او الوهمي.

وهو المبدأ الذي صار عليه المشرع الجزائري، إذ يثبت النسب حتى من الزواج الغير الصحيح مهما كانت جسامه الخلل وفقا لقرينه الولد للفراش التي تقضي أن الولد الذي يولد على فراش الزوجية ينسب للزوجة حتى وإن كان الزواج باطلا طبقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة وعملا بالشريعة الإسلامية التي تسعى لا لمحاربه هؤلاء الاولاد بل محاربه اختلاط الأنساب وزواج المحارم وشيوع الفاحشة. بذلك توسع المشرع في فرص إثبات النسب وضيق من فرصه انكاره، فكل ولد على فراش الزوجية ثبوت نسبه لأبيه ولو كان الزواج غير صحيح خشيه من ضياع نسبه، وذلك حرصا على مصالح الأسرة والأولاد خصوصا مع حسن نيه الزوجين أو ثبوت رده الزوجة المسلم منهما وخروجه عن الاسلام أو كفره بعد إسلامه فقد أجمع الفقه على اعتبار مثل هذا الزواج الوهمي صحيح وقائم في الواقع من لحظه انعقاده حتى لحظه الحكم ببطلانه وبالتالي فإن جميع ما ترتب عن هذا الزواج خلال هذه الفترة من آثار ومراكز قانونيه تبقى قائمة وصحيحة سواء كانت شخصيه أو ماليه وكذلك بالنسبة لثمار هذا الزواج من أولاد إذ يعتبرون شرعيين وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 199/10/28 إذ جاء فيه من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات الناس بالزواج الصحيح والاقرار والبينة وشهاده الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لان ثبوت النسب يعد احياء له ونفيه قتل له (ذهبية، 2015، الصفحات 181-182-187).

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق لإثبات النسب الطبيعي

البنوة غير الشرعية هي البنون الناتجة خارج إطار الزواج أو من زواج باطل ثبتت فيه سوء نيه الزوجين، وإذا كان إثبات البنوة الشرعية لأحد الوالدين هو في ذاته إثبات للبنوه للوالد الآخر، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة للبنوة الطبيعية، إذ قد تكون قاصره على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر.

فالنسب هو انتماء الشخص إلى أصل معلوم وهو رابطه ساميه وصله عظيمه تجمع الأولاد بالآباء، لكنها ليست مجرد علاقه دموية فحسب بل لثبوتها لابد أن تكون علاقه شرعيه ذلك أن انتساب الولد لأمه يثبت في غالب الحالات بمجرد الولادة سواء كانت شرعيه أو غير شرعيه. وحسب شريعة الإسلامية لا يترتب عن النسب الغير الشرعي آثار النسب الشرعي لكن في قوانين الأسرة في البلدان الأجنبية المطبوعة بمبادئ الحرية والمساوات أفرزت نوع من التجاذب بين نماذج مختلف من المؤسسات الأسرية، وعليه أضحى النسب الطبيعي يحتل مكانه مهمه داخل هاته المجتمعات، إذ تم الاعتراف للطفل غير الشرعي بنفس حقوق الطفل الشرعي سواء تعلق الأمر بالنفقة أو الجنسية أو الاسم والإرث. في مقابل ذلك وفي الدول المسلمة لا زال الطفل الناتج عن علاقه غير شرعيه يعاني الحرمان من العناية الأبوية.

أما عن موقف المشرع الجزائري فيثبت نسب الولد الطبيعي لأمه فقط سواء كان الاب معروفا أو مجهولا فلا تسري عليه أحكام المادة 13 مكرر من القانون المدني لعدم الاعتراف بالأسرة الطبيعية وبالتالي لا يمكن تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج بعدم وجود حقوق مكتسبه لحمايتها أصلا. غير أنه تصور الصعوبة بالنسبة للنسب الغير الشرعي في الزواج المختلط في تلك الحالة التي يرفع فيها صاحب الشأن دعوه لتثبيت حاله ضد أبويه، إذ يطول التساؤل عن الشخص الذي يتوجب الاعتداد بجنسيته في هذا الصدد، ويمكن تصور ذلك في تشريع الجزائري في الحالة المنصوص عليها في المادة السابعة المعدلة والمتممة من قانون الجنسية في فقرتها الأولى والتي تنص على أنه يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر: 1- الولد المولود في الجزائر من ابوين مجهولين...، ففي هذه الحالة قد يتنازع قانونين فاكثر، قانون الولد وقانون ابويه (ذهبية، 2015، صفحة 192) .

في هذا الشأن ومن خلال التباين في الفلسفة العامة المؤطرة للوضعية الحقوقية للأطفال الغير الشرعيين الناتجين عن الزواج المختلط، تتبعها الإشكالية العامة للتنازع القوانين من أجل تحديد القانون الواجب تطبيق على البنوة الطبيعية، لهذا يرى محمد اسعاد أنه من الأفضل تطبيق القانون الأكثر ملائمه لمصلحه الولد إلا إذا تعارض ذلك مع النظام العام وذلك أخذا بالحل الوظيفي الذي يجعل مصلحه الطفل فوق كل اعتبار. وفي تقدير الأستاذ اعراب القاسم يستحسن وتطبيق قانون القاضي لما له من اختصاص عام للتقليل من استعمال النظام العام الاسلامي في مواجهه القانون الاجنبي الذي يأخذ بنسب طبيعي ذلك ان الشريعة الإسلامية التي هي روح النظام العام في الجزائر لا تعترف بالنسب الطبيعي.

لكن استقر القضاء والتشريع في مختلف الدول العربية منذ امد طويل على اعتبار الديانة الإسلامية عنصرا من عناصر الإسناد بالنسبة للمسلم، ويحجب هذا الضابط قانون الجنسية ومن ثم لا يسري على الاجنبي المسلم امام القاضي المسلم قانون جنسيته ان كان مخالفا للإسلام وإنما تطبق عليه قواعد الشريعة الاسلامية بالنسبة لكل ما يتعلق بأحواله الشخصية.

لا شك أن هذا الامتياز الديني يجد أساسه في القوانين العربية باعتبارها مستمده من أحكام الشريعة الاسلامية لكن هذا لم يمنع البعض من توجيه الانتقاد له ووصفه بعدم تحقيق العدالة والانصاف لأنه حسب نظرهم يجب وضع القوانين المتنازعة في مرتبه واحده واعطائها فرص متساوية في التطبيق على أن يتم ترجيح أحدها على الآخر عن طريق تحديد مركز الثقل في العلاقات القانونية المشتملة على عنصر اجنبي، ويكون ذلك بالاستناد الى معايير منطقيه وموضوعيه بعيدا عن أي نزعه وطنيه أو دينيه متحيزة فضوابط الإسناد في مادة الأحوال الشخصية هي مقتصرة على الموطن والجنسية .

خاتمة:

يستحسن بالمشرع الجزائري تعديل نص المادة 13 مكرر من خلال إضافة القانون الشخصي للطفل، خاصة عندما يرتبط الأمر بتخلي الأب عن جنسيته الجزائرية مما يؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي الذي قد يمس بمصلحة الطفل يستحسن بالمشرع الجزائري منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي للفصل في منازعات النسب المرتبطة بعقود الزواج المختلطة من خلال سعيه إلى البحث على القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية المطروحة أمامه بما يحقق الحماية خاصة بالنسبة لنسب الطفل، لذلك مان عليه الاقتداء بالمشرع التونسي، بما يحقق حماية نسب الطفل وحماية النظام العام الجزائري.

قائمة المراجع:

يوسفات علي هشام .(2014) .*أحكام النسب في التشريع الجزائري* .جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان : الجزائر.

الداودي، غ .ع .(2013) .*القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين* .عمان، الأردن :دار الثقافة للنشر والتوزيع.

العربي ,ب .(1999) .*الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق* .الجزائر :المطبوعات الجامعية.

المحكمة العليا، (2001). *غ.أش، 1993/11/23*، . العاصمة، الجزائر: ملف رقم 99000، م.ق، 2001، العدد الخاص، ص.64.

بن شويخ الرشيد .(2008) .*شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل* .الجزائر :دار الخلدونية.

تقية، ع .ا .(2007) .*مباحث في قانون الأسرة* .الجزائر :ديوان المطبوعات الجامعية.

ذهبية ,م .(2015) .*إشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا بين التشريع وعوائق التطبيق* .بجاية :الجزائر.

زروتي، ا, .(2000) .*القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية*، .الجزائر :مطبعة الكاهنة.

موكه ,ع .ا .(2021) .*القانون الواجب التطبيق على النسب في عقود الزواج الدولية* .الجزائر :تيزي وزو.

الصّراع الدّيني لدى الأبناء بزواج المسلم بالكتابيّة –رؤية مقاصديّة-

The Religious Conflict in the Children of a Muslim mixed marriage, Marrying a Person of the Book: A Teleological perspective

د. كريمة مريني
karima merini
جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر01، الجزائر
University of Algiers 1
Benyoucef Benkhedda Algeria

أ.د بلخير عمراني
Belkheir omrani
مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة - الجزائر (CRSIC)
Research centre for islamic sciences and
– cevilization – algeria

الملخص:

لقد أباح الدّين الإسلامي زواج المسلم بالكتابيّة كما جاء في القرآن وطبّقه الصّحابة، إلّا أنّ هذه الإباحة لم تكن مطلقة فقد احتكمت إلى ضوابط دقيقة رامية إلى تحقيق مقاصد تعود على الأسرة بالاستقرار وعلى الأمّة بتكثير السّواد، ولا يخفى أنّ تغيّر الزّمان والمكان اليوم وتغيّر طبائع النّاس وصدور الأحكام الوضعيّة، قد جعل هذه المسألة حسّاسة وجب تحريرها حفاظا على نِتاج الأسرة الأوّل، ألّا وهم الأبناء لما قد يحدث لهم من تضارب وصراع في أهم جانب من جوانب حياتهم ألا وهو الجانب الدّينيّ.

الكلمات المفتاحية: الصّراع الدّيني، الأبناء، الزوّاج، الكتابيّة.

Abstract:

According to the Quran and as practiced by the Prophet's companions, the Islamic religion permits marriages between Muslims and members of the People of the Book (which includes Jews and Christians). This authorization was conditional upon following specific rules designed to promote family stability and grow the Muslim population, therefore it wasn't absolute. It is obvious that this issue has become sensitive due to changes in time, place, and people's nature, as well as the enactment of secular laws, and that it requires careful consideration in order to protect the offspring of the original family, namely the children, who may encounter conflicts and difficulties in the important aspect of their lives, namely their religious upbringing.

Key words: Religious conflict, Sons, Marriage, People of the Book.

مقدمة:

بسم الله الرّحمن الرّحيم

الحمد لله ربّ العالمين والصّلاة والسّلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وبعد:

إنّه لا يخفى على المتمعّن في نصوص الشّريعة الإسلاميّة، حرصها على تكوين الأسرة المسلمة ودوام استقرارها، إذ جاءت الكثير من النّصوص مفصّلة لأحكام كثيرة متعلّقة بالأسرة، كونها اللّبنة الأساسيّة لهذه الأمّة الخيّرة، فمن بين تلك الأحكام جاءت أحكام الزّواج متبلورة وَفق منظومة متكاملة وشديدة الضّوابط، وقد جاءت من بين أحكام الزّواج بصفة خاصّة أحكام زواج الرّجل بالمسلم بالكتابيّة، راغبة في مقاصد معيّنة، وكما هو معروف لا بدّ في كلّ زواج من ثمرة ذُريّة حرصت الشّريعة الإسلامية على تنبيه الزّوجين إلى حسن تربيتها وتكوينها، فإذا حدث الزّواج بهذه الشّاكلة، قد يترتّب عليه صراع دينيّ لدى الأبناء إذ سيواجهون انفصامات متكرّرة على مستويات عدّة، ومن هنا جاءت هذه الدّراسة لتسلّم الضّوء على موضوع غاية في الأهميّة ألا وهو موضوع: " الصّراع الدّيني لدى الأبناء بزواج المسلم بالكتابيّة –رؤية مقاصديّة-"، وعليه نطرح الإشكالات الآتي:

ما المقصود بالكتابية؟

وما هو حكم الزواج المسلم بها؟

ما هي شروط ومقاصد زواج المسلم بالكتابية؟

وما هي الآثار المترتّبة من زواج المسلم بالكتابيّة لدى الأبناء؟

ولقد اتّبعنا في هذا البحث المنهج التّحليليّ، وذلك بتحليل النصوص وأقوال العلماء في مسألة زواج المسلم بالكتابية وشرحها، كما اتّبعنا المنهج الوصفي الذي تمثّل في تصوير هذه المسألة وبيان الآراء فيها.

كما جاءت معالجة هذه الإشكاليّة وفق الخطّة التّالية:

مقدّمة: وفيها التّعريف بالموضوع والإشكاليّة.

أولا: زواج المسلم بالكتابيّة

ثانيا: شروط زواج المسلم بالكتابيّة

ثالثا: مقاصد زواج المسلم بالكتابيّة

رابعا: الصّراع الدّيني لدى الأبناء المترتّب على ذلك

خاتمة: وفيها أهمّ النّتائج والتّوصيات

أولا: زواج المسلم بالكتابيّة

يتطرّق هذا المطلب إلى بيان مفهوم الكتابية وأنواعها، وإلى حكم زواج المسلم بالكتابيّة.

1- مفهوم الكتابيّة، وأنواعها

1.1 مفهوم الكتابيّة:

لفظة الكتابيّة مشتقّة من أهل الكتاب وهو لفظ قرآنيّ كثر ذكره، وهم القوم الذّين يؤمنون بنبيّ ويقرّون بكتاب، إذ المقصود بهم على وجه الخصوص النّصارى الذين يعتقدون بأنّ المسيح ابن مريم هو ابن الله، واليهود الذين يعتقدون أنّ عزير ابن الله، قال تعالى: **(وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرٌ ابْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ) [التّوبة/30]** (محمّد المكي، 1985، صفحة 140).

2.1 أنواع الكتابيّة:

أ. **الكتابيةّ الذميّة:** وهي الكتابية التي تعيش في دار الإسلام، وتدفع الجزية عن يد وهي صاغرة، إذ تلتزم بأحكام الإسلام العامّة وتطّلع على محاسن هذا الدّين الحنيف (عبد العزيز بن مبروك الأحمدي، 2004، صفحة 240)

ب. **الكتابية الحربيّة:** وهي التي يكون مُقامها بدار الحرب، وتكون السّلطة والهيمنة لهم، وغلبة الأحكام فيها للكفار الذين يحكمون بالأحكام الوضعية المخالفة لدين الإسلام (عبد العزيز بن مبروك الأحمدي، 2004، صفحة 240)

2- حكم زواج المسلم بالكتابيّة:

وقد فصّل الفقهاء في حكم الزّواج بالكتابية على النّحو الآتي:

1.2 حكم الزّواج بالكتابيّة مطلقا:

يكمن مدار الحكم في زواج المسلم بالكتابية في قول الله عزّ وجلّ: **(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 وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ)[المائدة/5].**

والبيّن من الآية الكريمة أنّ الله عزّ وجلّ قد أحلّ نكاح المسلم بالكتابيّة من حيث العموم، وقد فعله الصّحابة الكرام رضوان الله عليهم، حيث تزوّج عثمان بن عفّان ﷺ نصرانيّة، ولبثت عنده مدّة ثمّ أسلمت، وحسُن إسلامها وعُلم منها استجابة الدّعاء (محمّد بن يوسف بن أبي القاسم أبو عبد الله المواق، 1994، الصفحات 133-134)، كما تزوّج حذيفة بن اليمان ﷺ يهوديّة، وكذلك فعل أيضا كعب بن مالك (محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدّين السّرخسي، 1993، الصفحات 210-211).

إلّا أنّ عبد الله بن عمر ﷺ كان لا يجوّز زواج المسلم بالكتابية إذ يعدّها مشركة، ودلّل على قوله هذا بقول الله تعالى: **(وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ) [البقرة/221]**، وكان يقول عن معنى آية المائدة واللاتي أسلمن من أهل الكتاب (محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدّين السّرخسي، 1993، الصفحات 210-211)، وعن نافع أنّ ابن عمر ﷺ كان إذا سئل عن نكاح النصرانية واليهودية، قال: "إنّ الله حرمّ المشركات على المؤمنين، ولا أعلم من الإشراك شيئا أكبر من أن تقول المرأة: ربّها عيسى، وهو عبد من عباد الله" (محمّد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، 2006، صفحة 755)، قال الباجيّ: "ولا أعلم أحدا منعه غير عبد الله بن عمر ﷺ" (سليمان بن خلف أبو الوليد الباجي، 1332، صفحة 130).

وإطلاق الجواز دون تفصيل قال به الظّاهريّة (علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، 2003، صفحة 12).

2.2 حكم الزّواج بالكتابيّة الحربيّة:

أ. يحرّم الزّواج بالكتابيّة الحربيّة المقيمة في دار الحرب، وقد ذهب إلى ذلك ابن عبّاس ﷺ، فقد روي عنه أنّ الإذن في الذميّات خاصة، وكان يتلو قول الله تعالى: **(قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ) [التوبة/29]** وقال: "فمن أعطى حلّ، ومن لا، فلا" (محمّد جمال الدّين القاسمي، 2003، صفحة 56).
وقال عن ذات المسألة أيضا: "لا تحلّ نساء أهل الكتاب إذا كانوا حربا" وتلا ذات الآية، وممّا يُحتج به لقول ابن عباس ﷺ، قوله تعالى: **(لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ) [المجادلة/22]**، والنّكاح يوجب المودّة بقوله تعالى: **(وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) [الروم/21]**، وإليه ذهب الحنفيّة في أحد أقوالهم (محمّد الأمير بن عابدين، 2003، صفحة 45).

ب. يكره الزّواج بالكتابيّة الحربيّة، وقد شدّد في كراهة الزّواج بالحربية الإمام مالك ﷺ لما يترتّب على عيشها في دار الحرب من سلطانها على زوجها وحريّتها التّامة في المأكل والمشّرب

وزيارة الكنائس وما يترتّب عليه من تأثّر الأولاد بها (محمّد بن يوسف بن أبي القاسم أبو عبد الله المواق، 1994، الصفحات 133-134)، وإليه ذهب الشّافعيّة أيضا (محمود بن أحمد برهان الدّين أبو المعالي بن مازة، 2004، صفحة 80)، وكذا الحنابلة (أحمد بن عليّ أبو بكر الرّازي الجصّاص، 1992، صفحة 326)، بل وقد ذُكر الإجماع على ذلك (عثمان بن عليّ فخر الدّين الزّيلعي، 1313، صفحة 109).

ت. يحل للمسلم نكاح الكتابية الحربيّة (عليّ بن الحسين بن محمّد السّغديّ، 1984، صفحة 261)، وقد ذكر الشّافعيّ أنّه خلاف الأولى، إلّا أنّه لا بأس به (محمّد بن إدريس أبو عبد الله الشّافعيّ، 2006، صفحة 584)، وهو ما ذهب إليه جمهور الحنفيّة في الصّحيح والمالكيّة والشّافعيّة والحنابلة في الصّحيح من المذهب (عبد العزيز بن مبروك الأحمدي، 2004، صفحة 240)

3.2 حكم الزّواج بالكتابية الذميّة:

يجوز نكاح الذّميّة مع الكراهة، قال مالك: "أكره نكاح نساء أهل الكتاب - اليهودية والنصرانية - وما أحرمه (مالك بن أنس الأصبحيّ، 1994، صفحة 219)، وهو مذهب الشّافعيّة والحنفيّة والحنابلة أيضا (البندري بنت عبد الله الجليل، 2017، الصفحات 1531-1532)

4.2 حكم الزّواج بالكتابية الحرّة:

أ. كرّه الإمام مالك زواج المسلم بالحرّة في أحد أقواله (محمّد بن يوسف بن أبي القاسم أبو عبد الله المواق، 1994، الصفحات 133-134)

ب. اتّفق الأئمة الأربعة على أنه يجوز أن يتزوّج المسلم الكتابية الحرة (محمّد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبيّ، 2004، صفحة 67).

5.2 حكم الزّواج بالكتابيّة الأمة:

أ. لا يجوز التزوّج بالأمة الكتابية، وهو قول مجاهد، وسعيد، والحسن، ومذهب مالك، والشافعي (عليّ بن أحمد أبو الحسن الواحدي، 1994، صفحة 36).

ب. كرّهه أبو يوسف الحنفيّ زواج المسلم بالأمة الكتابية، إذ روي عنه أنّه قال: "أكره نكاح الأمة الكتابيّة إذا كان مولاها كافر، والنّكاح جائز" (يوسف بن عبد الله أبو عمر بن عبد البرّ، 2002، صفحة 493)، وذلك لاختصاص الآية بالإمام المؤمنات، قال تعالى: **(وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ) [النساء/25].**

ت. جوّز الثّوريّ زواج المسلم بالأمة الكتابيّة، ووافقه على ذلك أبو حنيفة (عليّ بن أحمد أبو الحسن الواحدي، 1994، صفحة 36)، ووافقه أيضا محمّد بن الحسن على أن ينكحها عبد مسلم (يوسف بن عبد الله أبو عمر بن عبد البرّ، 2002، صفحة 493).

3. تحرير القول في حكم زواج المسلم بالكتابيّة:

لقد تباينت أحكام الفقهاء في مسألة زواج المسلم بالكتابية، حسب كلّ صفة كانت فيها، سواء كانت حربيّة أو ذميّة أو حرّة أو أمة، فمنهم من جوّز زواج المسلم بالكتابية مطلقا كما فعل الظّاهرية، وذلك لعموم آية المائدة، واختصّ عبد الله بن عمر ﷺ بقوله بحرمة هذا الزّواج، ذلك أنّ الكتابيّة مشركة، وتجدر الإشارة إلى أنّ آية المائدة كانت من أواخر ما نزل من القرآن الكريم، وبذلك رُدّ عليه ﷺ، فهي ناسخة لآية البقرة السّالفة الذّكر.

إنّ تحريم الصّحابيّ الجليل عبد الله بن عبّاس ﷺ، لزواج المسلم بالكتابيّة الحربيّة، مردّه إلى أنّ الزّواج هو أعظم موالاة للكتابيّين الحربيّين وهذا لا يصدر من مسلم يعبد الله عزّ وجلّ، كما كرّه الإمام مالك تزوّج المسلم بالكتابيّة التي تعيش في دار الكفر كراهة شديدة، لعلمه بما في دار الكفر من عدم تطبيق لتعاليم ديننا الحنيف، فكيف إذا عاش في وقتنا ورأى البغض الذي يفرضه الإعلام على الإسلام والمسلمين، خصوصا في دار الكفر، بل وقد تأثّر به المسلمون في بلدانهم فأصبح التّفكير والتّطبيق لتعاليم الدّين من قبيل الرّجعيّة والتّخلّف، فكيف بغير المسلم وهو في بلد غير مسلم؟

وقد كانت سبب هذه الكراهة مخافة ضياع الولد أو تغير الدّين (عبد الحق بن غالب أبو محمّد بن عطيّة ، 1422، صفحة 159).

أمّا من أحلّ ذلك من العلماء فهو لعموم آية المائدة، وفيما يخصّ الذميّة فقد اتّفق جمهور الفقهاء على كراهة الزّواج بها، كما اتّفق الجمهور على جواز زواج المسلم بالكتابيّة الحرّة، وكرّهه مالك في أحد أقواله، أمّا الأمة فقد اختلفوا في حكم زواج المسلم بها، بين محرّم ومجيز –من باب العموم- وقائل بالكراهة، وذلك مخافة أن يقع ولد المسلم في رقّ الكفّار.

والجدير بالذّكر أنّ الحالة المنتشرة اليوم في زواج المسلم بالكتابية، هي كونها حربيّة تعيش في دار الكفر بين أهلها، وذلك لأنّ شباب المسلمين اليوم قد كثرت هجرتهم إل أوروبا ابتغاء تحسين الحال الماديّة، أو لأجل دراسة أو ما شابه.

ثانيا: شروط زواج المسلم بالكتابيّة:

لقد سبق أنّ الأصل في إباحة زواج المسلم بالكتابيّة من حيث العموم كان استنادا إلى قول الله 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 وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ)[المائدة/5]**، وقد استنبط العلماء شروط جواز هذا الزّواج من دلالاتها، وهي كالآتي:

1. الإحصان:

اختلف في دلالته، فقيل هو الحريّة، أي أن تكون الكتابيّة حرّة وقيل هو العفاف، فقد قال مجاهد: "هنّ الحرائر"، وقال الضّحّاك: "هنّ العفائف" (محمّد بن عليّ بن محمّد الشّوكاني، 1998، صفحة 20)، وقيل: "هنّ العفائف حرائر كنّ أو إماء" (إسماعيل بن عمر عماد الدّين أبو الفداء بن كثير، 1998، صفحة 267)، وقيل هما معا (محمّد الأمين بن محمّد المختار الجكني الشّنقيطي، 1995، صفحة 529).

إلّا أنّ سياق الآية الكريمة يشرح معنى الإحصان، وذلك في قوله تعالى: **(مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ)** فقد أمر به الله عنّ وجلّ في جانب الرّجل كما أمر به في جانب المرأة، وذلك في قوله: **(مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ) [النساء/25]**، أي: "العفيفات عن الزّنا وهو قول الجمهور، وهو الأشبه لئلا يجتمع فيها أن تكون ذميّة ومع ذلك هي غير عفيفة فيفسد حالها بالكليّة، ويتحصّل زوجها على ما قيل في المثل: حشفا وسوء كيلة!" (إسماعيل بن عمر عماد الدّين أبو الفداء بن كثير، 1998، صفحة 42)، ذلك أنّ الآية افتتحت بأنّ المولى عزّ وجلّ قد أحلّ الطيّبات لعباده المؤمنين، والزّانية خبيثة بنصّ القرآن الكريم، قال تعالى: **(الْخَبِيثَاتُ لِلْخَبِيثِينَ وَالْخَبِيثُونَ لِلْخَبِيثَاتِ وَالطَّيِّبَاتُ لِلطَّيِّبِينَ وَالطَّيِّبُونَ لِلطَّيِّبَاتِ) [النور/26]**، وهذا يرجّح دلالة العفّة والله تعالى أعلم.

والمتّفق عليه أنّه لا يجوز للمسلم بحال أن يتزوّج بامرأة تسلّم زمامها لأيّ رجل، بل يجب أن تكون مستقيمة نظيفة بعيدة عن الشّبهات (يوسف القرضاوي، 2001، صفحة 97)، لكن أين هي هذه الكتابيّة اليوم ومعلوم أنّ الإحصان عند نساء الغرب اليوم، أمر نادر إن لم نقل شاذ، إذ لا قيمة عندهم للعرض، بل يتسابقون في الفواحش بداية من سنّ مبكرة، كيف لا والفتيات تتفاخرن بالصّاحب والحبيب، ويعشن معه تحت سقف واحد، دون عقد ولا غيره!

2. الاستيثاق من كونها من أهل الكتاب:

والآية صريحة في أنّ هذا الحلّ خاصّ بزواج نساء أهل الكتاب، وهنّ اليهوديّات والنّصرانيّات، فالاستيثاق من أنّها تؤمن بدين سماويّ الأصل كاليهوديّة والنّصرانيّة واجب، وإذا ما نظرنا إلى واقع الغرب اليوم، نجد قلّة من الذين ينطبق عليهم لفظ أهل الكتاب كما أرادها الشّارع الحكيم، إن لم نقل ندرة في

ذلك، وذلك لتنصّلهم من التّديّن عموما، بل ولإلحادهم في الغالب، أمّا المتديّنون منهم فهم يكيدون للإسلام، رافعين بذلك راية العداء.

3. أن يتمّ هذا الزّواج وَفق الشّروط الشّرعيّة المعروفة:

وقد أبانت الآية أنّ هذا الزّواج لا يتمّ إلّا بمهر، ذلك أنّه زواج شرعيّ ليس بسفاح، ابتُغي منه الاستقرار وتكوين أسرة مبنيّة على المودّة والرّحمة، كان المقصد الأوّل منه أن تدخل هذه المرأة للإسلام، فلذلك وجب على الزّوج أن يعاملها معاملة المسلم المتخلّق وأن يصبر عليها ويحبّبها في الإسلام الذي تراه متجسّدا فيه، فتسلم جرّاء ذلك وتنجب أبناء يكثرون سواد هذه الأمّة المحمّديّة.

4. ألّا يكون وراء هذا الزّواج ضرر:

إنّ القاعدة الفقهية تقول: "لا ضرر ولا ضرار"، والمعروف أنّ استعمال المباحات كلّها مقيّدة بعدم الضّرر، فإذا علم أن في إطلاق استعمالها ضررا عامّا، مُنعت منعا عامّا، أو ضررا خاصّا منعت منعا خاصّا، فإذا انتشر زواج المسلم بالكتابيّات، وتركت الفتيات المسلمات الصّالحات من غير زواج، وأصبح الأمر ظاهرة مألوفة، كان هذا من قبيل الضّرر، خصوصا إذا حدث ذلك في المجتمعات الغربيّة، حيث إنّ عدد الرّجال المسلمين قليل، والمعلوم أنّ المسلمة لا يجوز لها الزّواج بغير المسلم، فبهذا قد يحدث مالا تحمد عقباه، من زواجها بغير المسلم الذي يكون زواجا باطلا، أو يسبّب لها الأمر انحرافا خُلقيّا فتنكبّ على ارتكاب المحرّمات، أو تحرم من الزّواج والذرّية الذين هما من قبيل الفطرة (يوسف القرضاوي، 2001، صفحة 101)، وهو الأمر الذي ارتآى عمر بن الخطّاب ﷺ لمّا بلغه أنّ حذيفة بن اليمان قد تزوّج يهوديّة، فكتب إليه قائلا: " أعزم عليك ألّا تضع كتابي هذا حتى تخلي سبيلها، فإنّي أخاف أن يقتدي بك المسلمون، فيختاروا نساء أهل الذمّة لجمالهنّ وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين" (يوسف القرضاوي، 2001، صفحة 101).

ومن جهة أخرى قد يتساهل النّاس فيقدموا على الزّواج بالفاجرات والمومسات وهي العلّة التي ذكرها الطّبري في رواية أخرى للأثر الوارد عن عمر ﷺ حيث قال: "تزوّج حذيفة يهودية، فكتب إليه عمر:" خلِّ سبيلها"، فكتب إليه:" أتزعُمُ أنها حرامٌ فأخلي سبيلها؟ "، فقال:" لا أزعم أنها حرام، ولكن أخاف أن تعاطوا المومسات منهنّ" (محمّد بن جرير أبو جعفر الطّبري، 2000، الصفحات 366-367).

ومن الأضرار المترتّبة على ذلك أيضا ضعف الرّجل المسلم وسيطرة زوجته الكتابيّة عليه، خصوصا إن كان بين قومها، وما يترتّب على ذلك من بعد عن المقصد الأساسي الذي من شأنه أحلّ هذا الزّواج.

5. قوامة الزّوج المسلم عليها:

إنّ من بين أهمّ الشّروط التي تحلّ زواج المسلم بالكتابيّة، قوامته عليها فهو ربّ الأسرة والمسيّر لها الحاكم لها بأحكام الدّين الإسلاميّ، فإن انتفى هذا الشّرط كما نلاحظه اليوم في حال كثير من أبناء

المسلمين المقيمين بدار الغرب وانكسار شوكتهم كونهم أقليّة، وإعطاء زمام أمر الأسرة للزّوجة الكتابية، فتسّيرها على ما ترعرعت عليه وتربيّ أبناءها على ما تربّت عليه فتنشؤهم تنشئة غير إسلاميّة، فهذا أمر لا يحمد، ذلك أنّه إن ضعف الرّجل وجب المنع (محمود شلتوت، 2004، صفحة 279)، حيث إنّ هذا قد يفضي إلى تخلّي الزّوج عن دينه أيضا كونه في ضعف وقوام الأمر بيد زوجته الكتابية، وهذا بالذّات هو سبب حرمة زواج المسلمة من الكتابي، كونها ضعيفة يسهل تأثّرها بدين زوجها.

ثالثا: مقاصد الزّواج بالكتابية:

لقد كان مقصد الإسلام الأسمى من الزّواج هو تكوين أسرة مسلمة، قائمة على تعالم هذا الدّين الحنيف، وذلك أنّ الإسلام قد جاء بأحكام تفصيليّة مضبوطة لهذه العلاقة الخاصّة بين الرّجل والمرأة حتى إذا تمّ تطبيقها على أكمل وجه حدث الاستقرار المرجوّ ومن ثمّ الاستمرار الذي ينتج عنه إنجاب ذريّة تتربّى على مبادئ الإسلام وأحكام، تعبد الله عزّ وجلّ، قال تعالى: **(وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ) [الذاريات:/56]**، فيكثر بذلك سواء هذه الأمّة، ولقد حثّ الإسلام على أفضليّة الزّواج بالمسلمة بل حثّ على أخصّ من ذلك فأعلى شأن ذات الدّين، قال صلى الله عليه وسلّم: "فاضفر بذات الدّين تربت يداك" (مسلم بن الحجّاج أبو الحسين النّيسابوري، 1991، صفحة 1086)، ولا يخفى أفضليّة المتدّينة على غيرها في علاقتها بزوجها أو في تربيتها لأولادها.

إلّا أنّ الإسلام قد أباح الزّواج من الكتابيّة وفق شروط معيّنة، كما سبق تفصيل ذلك، وكان من مقاصد هذه الإباحة ما يلي:

1- **رغبة في إسلامها:**

ذلك أنّ الرّجل هو صاحب القوامة على المرأة وصاحب السّلطان والتّوجيه في الأسرة والأبناء، فيكون بزواجه بالكتابة رسولا للمحبّة والألفة بينها وبين الإسلام، محاولا إزالة ذلك الجفاء الذي في قلبها تجاه الإسلام إذا ما علمت حقيقة هذا الدّين، ذلك أنّ هذا الزّوج المسلم قد أمدّها بكامل حقوقها، وهي كتابيّة فكيف إن أسلمت (محمّد الطّاهر بن عاشور، 1984، صفحة 363)، وهو الأمر الذي حدث مع عثمان ﷺ فقد تزوّج بيهودية ثمّ حسن إسلامها حتى باتت مستجابة الدّعاء، لكن إذا أصبحت شوكة الرّجل ضعيفة وأصبح هو المتأثّر بزوجته الكتابيّة، كما يحدث اليوم خصوصا إذا كان الزّوج المسلم في أصله ينقصه التّدين ثمّ يتزوّج بكتابيّة ويقيم معها في بلدها الكافر، فأنّى يمكن له تطبيق هذه الحكمة التي شُرع الزّواج بالكتابيّة من أجلها؟ خصوصا وأنّ الأحكام الوضعية التي يحتكم إليها الغرب مخالفة تمام المخالفة لديننا الإسلامي، فيصبح الزّوج المسلم بزواجه هذا ذليلا تابعا لزوجته، مخافة أن يحدث الانفصال الذي

من شأنه أن يحبط كلّ مخطّطاته في الاستقرار سواء معها أو في تلك البلد التي ذهب إليها من أجل حياة كريمة.

2- **مخافة الوقوع في الفاحشة:**

ذكر الفقهاء أنّ مخافة وقوع الرّجل المسلم في الفاحشة، علّة من علل جواز هذا الزّواج، والظّاهر أنّه كان محتكما لزمنهم، فقد روي عن عطاء أنّه قال: "إنّما رّخص الله تعالى في التّزوّج بالكتابية في ذلك الوقت لأنّه كان في المسلمات قلة، وأمّا الآن ففيهنّ الكثرة العظيمة، فزالت الحاجة فلا جرم زالت الرخصة" (محمّد بن عمر فخر الدّين الرّازي، 1420، صفحة 294)، فكيف بوقتنا الذي نرى فيه الجاليات المسلمة في كلّ دول أوروبا وأمريكا، فللمسلم أن يتزوّج بالمسلمة هناك، غير أنّه إذا وجدت شروطا تعجيزيّة في ذلك خصوصا إن كانت ماديّة، ووجد من كتابيّة بساطة وقبولا وخاف الوقوع في الفاحشة فله الزّواج بها بعد تحقّقه من الشّروط السّالفة الذّكر.

3- **توسيع دائرة الألفة بين المسلمين وأهل الكتاب:**

ذلك أنّ رابطة المصاهرة هي أقوى الرّوابط بين البشر بعد رابطة النّسب والدّم، قال سبحانه: **(وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا) [الفرقان/54]**، فربّما بهذه المصاهرة يزداد الوئام والوداد بين أهل زوجته النّصرانية أو اليهوديّة وبينه، فيرون من طيب خلقه وتعامله معها ومعهم، فيتعلّموا بحقّ سماحة الإسلام وحبّه للخير وإرادته في أن يعيش الغير بسلام، ولربما يتأثّرون به فيدخلون في دين الله أفواجا (يوسف القرضاوي، 2001، صفحة 97).

رابعا: الصراع الديني لدى الأبناء المترتب على هذا الزّواج:

إنّنا نرى في مجتمعاتنا الإسلاميّة اليوم، ما آل إليه حال الكثير من الأسر من عدم التّحكّم الكامل في تربيّة الأبناء، وذلك لما يعتري هذا الزّمن من كثرة الفساد وقوّة الانحراف وبُعد عن كلّ ما يمتّ للأخلاق بصلة، تحت مسمّى التّحضّر ومواكبة الرّكب والالتحاق بالغرب، في طريقة عيشهم وحريّتهم، والتي تخالف جملة وتفصيلا تعاليم ديننا الحنيف، ولا يخفى أنّ المحيط الذي يعيش فيه الطّفل يؤثّر تأثيرا كبيرا على حسن تربيته من عدمها، ابتداء من الأصحاب الذين يخالطهم، بعد تفتّحه على الواقع الذي يعيش فيه، وإذا ما رجعنا للخلف قليلا وجدنا أنّ الطّفل مزاج أمّه في الغالب، وذلك لقوّة علاقة الأمومة بالبنوّة، فالأبناء على دين أمّهاتهم كما يقال ولذلك قيل إنّ أُولى أسس التّربية للأبناء تبدأ بالاختيار الجيّد لشريكة الحياة.

لذلك أصبح همّ الكثير من الأولياء ممّن يحملون همّ التّربيّة الصالحة لأبنائهم، إنقاذهم من هذا التيّار الأخلاقي والفكري الجارف، فيستنصحون أهل العلم، ويحضرون الدّورات والدّروس والأيّام الدّراسية

والملتقيات التي تفيدهم في طرق التّقرّب من الأبناء وتربيتهم التّربية الحسنة، كحثّهم على اتّباع القدوات الصّالحين ابتداء من النّبيّ المختار صلى الله عليه وسلّم، والتزام المساجد وتعلّم القرآن والسّيرة وغيرها...

هذه المخاوف أصبحت فعلية في مجتمعاتنا المسلمة، وداخل أسرٍ آباؤها صالحون، فكيف لك أن تتصوّر حال أسرة الزّوج فيها مسلم مستضعف وزوجته يهوديّة أو مسيحيّة، يعيش في إحدى الدّول الغربيّة، التي تحكمها الأحكام الوضعيّة الجائرة في حقّ المسلمين خصوصا، وانتشار العنصريّة المطبّقة في حقّهم، فكيف للأب إن كان يحمل همّ أبنائه هؤلاء أن يربيهم التّربية الإسلاميّة الصّالحة، وكلّ ما حولهم ضدّ ذلك ابتداء من الأمّ التي هم أكثر تأثّرا بها من أبيهم في الغالب.

إنّ الصّراع الدّيني لدى الأبناء الذي سينتج عن زواج المسلم بالكتابية خطير جدا، فهم يكادون ينقسمون على مستوى جوانب عدّة، فما هم إلى جهة الأب وما هم إلى جهة الأمّ، وتفصيل هذه الجوانب على النّحو الآتيّ:

1- في جانب العبادات:

إنّنا إن سلّمنا جدلا وجود كتابيات تتوفّر على الشّروط السّالفة الذّكر والتي تبيح الزّواج بهنّ، نجد أنّ الأبناء في شقاق مستمرّ في جانب الدّين، فالأب مسلم يؤدّي صلواته الخمس يوميا، ويصوم شهر رمضان سنويّا علاوة على صيام النّوافل، ويعطي من الزّكاة ما وجب ويزايد بالصّدقات، ويحرص على أداء فريضة الحجّ ما استطاع إلى ذلك سبيلا وقد يؤدّي العمرات، كلّ ذلك وهو يردّد شهادتي الإسلام في كلّ وقت وحين، هذا على المستوى الفعليّ، أمّا المستوى القوليّ فهو حريص على قراءة الذّكر من قرآن وأدعية، ويروي الأحاديث والآثار في المجالس، كطبع أيّ مسلم، وغير ذلك ممّا يكون في حياة المسلم اليوميّة، أمّا الأمّ فهي إن كانت نصرانيّة فهي مؤمنة بأنّ عيسى عليه السّلام هو ربّها أو ابن ربّها، تدعوه وتستنجد به، وتزور تمثاله في الكنائس، وتقوم بصلواتها على نحو ما يفعل المسيحي، غير مؤمنة بأنّ محمّدا صلى الله عليه وسلّم عبد الله ورسوله، ولا بأنّ القرآن كلام الله تعالى، فتنسف بذلك كلّ ما جاءنا به الوحيان، من تعاليم وأحكام، أمّا إذا كانت يهوديّة فهي تؤمن بأنّ عزير بن الله، فكيف يكون حال الطّفل جرّاء هذا الشّقاق؟ بل زد عليه كيف يعيش في أسرة قبطاناها يختلفان على طعام وشراب فوق مائدة واحدة، فلحم الخنزير والخمر حرام عندنا، والمسيحيّون واليهوديّون يعظّمونهما ويأكلونهما خصوصا في المناسبات، بل في أيّ صفّ سيقف في قضيّة بيت المقدس التي تعدّ عندنا عقيدة، أمع أبيه المسلم أم مع أمّه اليهوديّة!

2- في جانب المعاملات:

وأقصد به المعاملات الماليّة، ذلك أنّه عندنا أحكام خاصّة لا يجوز للمسلم أن يتعدّاها، كحرمة التّعامل بالرّبا بأنواعها في الورق والذّهب والفضّة وغيرها، وكأحكام بعض البيوع التي وجب على المسلم

التّحرّز فيها وإلّا وقع في الحرام، ومعلوم أنّ غير المسلم ليس معنيّا بها، فكيف للطّفل إن كبر ودخل عالم التّجارة أن يستبيح ما حرّمه الله تعالى من معاملات، إذا كان غير مهتمّ بتعلّمها جرّاء الاختلافات الشّديدة في مثل هذه المعاملات بين أبيه وأمّه.

3- في جانب الأخلاق:

جاء في الحديث الشّريف: "إنّما بعثت لأتمّم مكارم الأخلاق" (أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي، 2003، صفحة 323)، ذلك أنّ أولى ما يجب أن يتمثّله المسلم في شخصيّته هي الأخلاق، لما جاء به ديننا الحنيف حاثّا ومفضّلا به بعض المسلمين على بعض بسبب كريم وجود أخلاقهم، فالمسلم لا يكذب ولا يسرق ولا يشتم ولا يغتاب، والمسلمة حييّة في أصلها حافظة لفرجها متحشّمة في لباسها وحجابها، تعرف حدود تعاملاتها وعلاقاتها مع الرّجل، والمعلوم أنّ الغرب بعيد كلّ البعد عن هذه الأخلاق.

وإن كانت ستترجّح كفّة ولا بد فهي جهة الأمّ، لأنّ كل القرائن ترجّحها، ابتداء بتأثّرهم بها لخصوصية علاقة الأمومة، وانتهاء بالواقع الذي يعيشون فيها فله أثره البالغ في التّكوين الدّيني لا محالة، فهم لا يزعهم دين ولا يزعهم سلطان، من ارتكاب الفواحش والذّهاب لأماكن الفجور، فكيف للأب المسلم في هذه الحالة أن يلتمس أعلى مقصد أحلّت بسببه هذه الزّيجة، وكيف له أن يحافظ على دين أبنائه إن كان هو في أصله مستضعفا، وكيف للأبناء أن يعيشوا عيشة سويّة وسط بيت فيه شقاق ديني، ممّا قد يؤثر سلبا على شخصيّتهم في المستقبل غالبا.

4- في جانب احتقاروازدراء أحد الدّينين:

لا يخفى على كلّ عاقل أنّ الغلبة للأقوى، وأنّ الأقليّة المسلمة اليوم مضطهدة في عيشها على أرض الغرب الكافر، وأنّ شخصيات الرّجال والنّساء قد اختلفت عن سابق عهدها، خصوصا إذا كان الحكم لغير الإسلام، وإذا وجد المسلم كتابيّة متوفّرة على شروط إباحة الزّواج بها، فلن تكون في الغالب إلّا متديّنة متشدّدة في دينها، معتزّة بتعاليهم، مبطلة كلّ ما سواه من ديانات، ومع انكسار شوكة الإسلام في دار غير داره، فلن ينشأ الأبناء إلّا محتقرين له، ناظرين إليه بازدراء وأنّه دين إرهاب وحرب ورجعيّة وتخلّف، وقد يحدث الانفصال بين الأبوين ولن تكون القوانين الغربيّة في صالح المسلم البتة، وبذلك ينشأ الأبناء على دين أمّهم محتقرين للدّين الإسلاميّ.

5- في جانب انفصام شخصيّة الإبن:

إنّ الأمّ إن كانت كتابيّة حقّا وتوفّرت فيها صفة الإحصان في هذا الوقت فهذا دليل تديّنها واستمساكها بدينها، فلها صلواتها وزياراتها للكنيسة، وهذا مخالف لما عليه الإسلام، من صلاة وصيام وزكاة وحجّ كما

سبق ذكره، وهنا يرى الطّفل هذه الفروق التي لا يمكن لها أن تجتمع بأيّ حال من الأحوال، وقد يتسبّب هذا في نفوره من التّديّن جملة وتفصيلا فيلجأ إلى الإلحاد وسط تيه داخليّ اعترى شخصيّته، خصوصا إذا كان الوالدان كلّ يحاول جذبه لدينه الذي يرى الخلاص فيه والخطأ في غيره.

ممّا سبق في هذا البحث يمكن القول أنّ الزّواج بغير المسلمات في عصرنا والإقامة معهنّ في ديار الكفر، ينبغي أن يُجتنب سدّا للذّريعة ودرءا لأنواع شتّى من الفساد والضّرر، فإنّ درء المفسدة مقدّم على جلب المصلحة، ولا يسوغ القول بجوازه إلّا لحاجة ملحّة وضرورة حتميّة وهي تقدّر بقدرها (يوسف القرضاوي، 2001، صفحة 104)، خصوصا أنّ البدائل متوفرّة في وقتنا، وواجب على المسلم أن يقدّم جانب الدّين على أيّ جانب آخر.

وتجدر الإشارة إلى أن ننوّه على أنّه إذا أحلّ الشّرع الزّواج بالكتابيّة من حيث العموم، فإنّه لا يختلف اثنان في أنّ الزّواج بالمسلمة الصّالحة هو المقدّم للزّوج المسلم، لما في ذلك من توافق ديني وخلقي، واشتراك في مسار هذه الحياة التي يرتجى منها تكوين أسرة مسلمة تعبد الله تعالى، وتطبّق أحكامه سبحانه، وأنّ الحفاظ على هويّة الأسرة هو أحد مقاصد الشّريعة الإسلاميّة من الزّواج بشكل عام.

خاتمة:

1.1 النّتائج:

خلص البحث بعد دراسة موضوع الصّراع الدّيني لدى الأبناء بزواج المسلم بالكتابية إلى النّتائج الآتية:

- ❖ المقصود بالكتابية عند جمهور الفقهاء، هي التي اليهوديّة أو النّصرانيّة.
- ❖ الكتابيّة إمّا ذميّة وهي التي تعيش بين ظهرانيّ المسلمين وتدفع الجزية، وإمّا حربيّة وهي التي تعيش في دار الكفر.
- ❖ اختلف الأئمّة والفقهاء في حكم زواج المسلم بالكتابية، ونقل عن الواحد منهم أكثر من رأي، وقد دارت أحكامهم بين الجواز والمنع والكراهة وهي الغالبة.
- ❖ لابد من توّفر شروط في الكتابيّة وأخرى محيطة بهذا الزّواج حتى يحلّ للمسلم وهي كالآتي:
  - ✓ الإحصان.
  - ✓ الاستيثاق من كونها من أهل الكتاب.
  - ✓ أن يتمّ هذا الزّواج وفق الشّروط الشّرعيّة.
  - ✓ ألّا يكون وراء هذا الزّواج ضرر عام أو خاص.
  - ✓ ثبوت قوامة المسلم على زوجته الكتابيّة.
- ❖ راعت الشّريعة الإسلامية مقاصد تكمن وراء إباحة زواج المسلم بالكتابيّة، وهي:
  - ✓ الرّغبة في إسلام الزّوجة الكتابيّة.
  - ✓ التّحصّن بهذا الزّواج اتّقاء الفتن والوقوع في الحرام.
  - ✓ توسيع دائرة الألفة بين المسلمين وأهل الكتاب.
- ❖ ترتّب صراعات دينيّة في مستويات عدّة عند الأبناء النّاتجين عن زواج المسلم بالكتابية في وقتنا الحاضر، تتلخّص في الآتي:
  - ✓ صراع على مستوى جانب العبادات
  - ✓ صراع على مستوى جانب المعاملات المالية
  - ✓ صراع على المستوى الأخلاقي.
  - ✓ ازدراء للدّين الذي يعتنقه الأب.
  - ✓ انفصام في الشّخصيّة.
- ❖ حرمة زواج المسلم بالكتابيّة في عصرنا وذلك لعدم توفّر شروط هذا الزّواج، ولسقوط المقاصد التي كانت مرجوّة منه، وللصّراع الدّيني والنّفسي الذي يحدث للأبناء المنجبين عن طريقة.

2.1 التّوصيات:

استنادا إلى ما تمّت دراسته، وإلى ما خلصت إلى الدّراسة من نتائج، يوصى بالآتي:

❖ ضرورة التّوسّع في دراسة هذا الموضوع والآثار المترتّبة عليه في دراسة أكاديميّة مع العناية الفائقة بفقه الواقع ومتغيّراته.

قائمة المصادروالمراجع:

محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدّين السّرخسي. (1993). *المبسوط* (الإصدار دط، المجلد 4). بيروت، لبنان: دار المعرفة.

أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي. (2003). *السّنن الكبرى* (الإصدار 3، المجلد 10). بيروت، لبنان: دار الكتب العلميّة.

أحمد بن عليّ أبو بكر الرّازي الجصّاص. (1992). *أحكام القرآن* (الإصدار دط، المجلد 3). بيروت، لبنان: دار إحياءالتّراث العربيّ.

إسماعيل بن عمر عماد الدّين أبو الفداء بن كثير. (1998). *تفسير القرآن العظيم* (الإصدار 1، المجلد 2). بيروت، لبنان: دار الكتب العلميّة.

البندري بنت عبد الله الجليل. (31 12, 2017). زواج المسلم بغير المسلمة والآثار المترتّبة عليه (دراسة فقهيّة). *مجلّة كليّة الشّريعة والقانون، 2017*(32)، الصفحات 1518 - 1557.

النّاصري محمّد المكي. (1985). *التّيسير في أحاديث التّفسير* (الإصدار 1، المجلد 1). بيروت، لبنان: دار الغرب الإسلامي.

سليمان بن خلف أبو الوليد الباجي. (1332). *المنتقى شرح الموطّأ* (الإصدار دط، المجلد 5). القاهرة، مصر: دار الكتاب الإسلامي.

عبد الحق بن غالب أبو محمّد بن عطيّة . (1422). *المحرّر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز* (الإصدار 1، المجلد 2). بيروت، لبنان: دار الكتب العلميّة.

عبد العزيز بن مبروك الأحمدي. (2004). *إختلاف الدّارين وأثره في أحكام الشّريعة الإسلاميّة* (الإصدار 1، المجلد 2). المدينة المنوّرة، المملكة العربيّة السّعوديّة: مكتبة الملك فهد.

عثمان بن عليّ فخر الدّين الزّيلعي. (1313). *تبيين الحقائق شرح كنز الدّقائق* (الإصدار 1، المجلد 2). القاهرة، مصر: المطبعة الكبرى الأميريّة.

عليّ بن أحمد أبو الحسن الواحدي. (1994). *الوسيط في تفسير القرآن المجيد* (الإصدار 1، المجلد 2). بيروت، لبنان: دار الكتب العلميّة.

علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي. (2003). *المحلّى بالآثار* (الإصدار 3، المجلد 9). بيروت، لبنان: دار الكتب العلميّة.

عليّ بن الحسين بن محمّد السّغديّ. (1984). *النّتف في الفتوى* (الإصدار 2، المجلد 1). بيروت، لبنان: مؤسّسة الرّسالة.

مالك بن أنس الأصبحيّ. (1994). *المدوّنة* (الإصدار 1، المجلد 2). بيروت، بيروت: دار الكتب العلميّة.

محمّد الأمير بن عابدين. (2003). *حاشية ابن عابدين* (الإصدار ط خ، المجلد 3). الرّياض، المملكة العربيّة السّعوديّة: دار عالم الكتب.

محمّد الأمين بن محمّد المختار الجكني الشّنقيطي. (1995). *أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن* (الإصدار دط، المجلد 5). بيروت، لبنان: دار الفكر.

محمّد الطّاهر بن عاشور. (1984). *تفسير التّحرير والتّنوير* (الإصدار دط، المجلد 2). تونس، تونس: الدّار التّونيبّة للنّشر.

محمّد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبيّ. (2004). *بداية المجتهد ونهاية المقتصد* (الإصدار دط، المجلد 3). القاهرة، مصر: دار الحديث.

محمّد بن إدريس أبو عبد الله الشّافعيّ. (2006). *تفسير الإمام الشّافعيّ* (الإصدار 1، المجلد 2). الرّياض، المملكة العربيّة السّعوديّة: دار التّدمريّة.

محمّد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري. (2006). *صحيح البخاري* (الإصدار 2). الرّياض، المملكة العربيّة السّعوديّة: مكتبة الرّشد.

محمّد بن جرير أبو جعفر الطّبري. (2000). *جامع البيان في تأويل القرآن* (الإصدار 1، المجلد 4). بيروت، لبنان: مؤسّسة الرّسالة.

محمّد بن عليّ بن محمّد الشّوكاني. (1998). *فتح القدير الجامع بين فنّي الرّواية والدّراية من علم التّفسير* (الإصدار 2، المجلد 2). بيروت: دار الكلم الطّيّب.

محمّد بن عمر فخر الدّين الرّازي. (1420). *مفاتيح الغيب* (الإصدار 3، المجلد 11). بيروت، لبنان: دار إحياء التّراث العربيّ.

محمّد بن يوسف بن أبي القاسم أبو عبد الله المواق. (1994). *التّاج والإكليل لمختصر خليل* (الإصدار 1، المجلد 5). بيروت، لبنان: دار الكتب العلميّة.

محمّد جمال الدّين القاسمي. (2003). *محاسن التّأويل* (الإصدار 2، المجلد 4). بيروت، لبنان: دار الكتب العلميّة.

محمود بن أحمد برهان الدّين أبو المعالي بن مازة. (2004). *المحيط البرهاني في الفقه النّعماني* (الإصدار 1، المجلد 3). بيروت، لبنان: دار الكتب العلميّة.

محمود شلتوت. (2004). *الفتاوى دراسات لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليوميّ العامّة* (الإصدار 19). القاهرة: دار الشّروق.

مسلم بن الحجّاج أبو الحسين النّيسابوري. (1991). *صحيح مسلم* (الإصدار 1، المجلد 2). بيروت، لبنان: دار الكتب العلميّة.

يوسف القرضاوي. (2001). *في فقه الأقلّيّات المسلمة حياة المسلمين وسط المجتمعات الأخرى* (الإصدار 1). القاهرة، مصر: دار الشّروق.

يوسف بن عبد الله أبو عمر بن عبد البرّ. (2002). *الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمّنه الموطّأ من معاني الرّأي والآثار وشرح ذلك كلّه بالإيجاز والاختصار* (الإصدار 2، المجلد 5). بيروت، لبنان: دار الكتب العلميّة.

حق الحضانة في الزواج المختلط على ضوء القانون الدولي الخاص المغربي: الو اقع والتحديات.

Custody Right in Mixed Marriage under Moroccan Private International Law: Reality and Challenges.

مليكة المسعودي
Malika EL MASSAOUDI
طالبة باحثة بسلك الدكتوراه، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس/المغرب
Sidi Mohamed Ben Abdellah, Fez/Morocco

الملخص:
تعد الحضانة من آثار انحلال الزواج، حيث إنها الوسيلة التي يتم من خلالها حماية الطفل وتحقيق رعايته، ولهذا فالنصوص القانونية في كل دولة تحاول وضع تشريعات وأحكام لتحقيق هذه الحماية والوصول للمصلحة الفضلى للمحضون. إلا أن الإشكاليات التي يطرحها هذا الموضوع كثيرة، خصوصا إذا كان الزواج زواجا مختلطا ينتج عنه تنازع القوانين، ترتبط بإشكالية القانون الواجب التطبيق، وتنازع الاختصاص القضائي لتحديد الجهاز القضائي الذي له الاختصاص في البت في النزاعات الناتجة عن الحضانة. وهذا طبعا يثير العديد من الآثار والتحديات على مستوى الواقع العملي.

في هذا السياق جاءت هذه الورقة البحثية، والتي تهدف إلى التعرف ضوابط اسناد الحضانة من زواج مختلط على ضوء القانون الدولي الخاص المغربي، والاتجاه القانوني والقضائي المغربي بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الزواج المختلط. وذلك من خلال اعتماد منهجية استقرائية تحليلية، تنطلق من النصوص القانونية الوطنية والدولية والأحكام القضائية في المجال، وتحليلها من أجل كشف واقع حق الحضانة وفق القانون الدولي الخاص المغربي والتحديات التي يطرحها ذلك خصوصا في مسألة السفر بالمحضون اجراءاته وأحكامه.

وقد خلصت هذه الورقة إلى أن القانون الدولي الخاص المغربي من خلال الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها جعل مصلحة المحضون هي معيار تحديد القوانين المطبقة، مع الميل إلى اعتبار امتياز الديانة والذكورة فيما يتعلق بالحضانة واسنادها. أما فيما يتعلق بالاجتهادات القضائية فقد تبين أنها اتجهت في نفس معيار مصلحة المحضون خلال تطبيقها لسلطتها التقديرية في تناول قضايا اسناد حق الحضانة. وهو نفس التوجه فيما يتعلق بمسألة السفر بالمحضون الذي راعى فيه المشرع المغربي مصلحة المحضون وعدم عسر مراقبة النائب الشرعي.

الكلمات المفتاحية: الزواج المختلط، الحضانة، القانون الدولي الخاص المغربي، السفر بالمحضون.

Abstract:
Among the effects of marriage dissolution is child custody, one of the most significant means of protecting and caring for a child. Consequently, legal texts in every country seek to establish legislation and provisions to achieve this protection and reach the best interests of the child.

However, the issues raised by this topic are numerous, especially if the marriage is a mixed marriage. This leads to conflicts of laws regarding the applicable law, as well as conflict of jurisdiction to determine which

judicial system has jurisdiction to decide custody disputes. Of course, this raises a number of implications and challenges in practice.

In this context, this study aimed to identify the controls for awarding custody from mixed marriages under Moroccan Private International Law, as well as Moroccan legal and judicial approaches to determining the law applicable to custody in mixed marriages.

This was accomplished by applying an inductive and analytical methodology to national and international legal texts and judicial rulings in the field, and then analyzing them in order to reveal the reality of the custody right according to Moroccan Private International Law and its challenges, particularly with regard to travel with the child, its procedures, and its provisions.

The study concluded that Moroccan Private International Law, as a result of international agreements ratified by it, focuses on the interests of the child when determining what laws apply, with the tendency to give religious and masculine privileges priority in custody.

In terms of jurisprudence, it was found that it tended in applying its discretionary authority in dealing with cases of awarding the right of custody to use the same criterion, which is the interest of the child. The Moroccan legislator adopted the same approach in regard to travel with the child, taking into account the interests of the child and the ease with which the legal guardian could observe the child.

Key words: Mixed Marriage, Custody, Moroccan Private International Law, Travel with the Child.

مقدمة:

تعتبر رابطة الزواج أقدس الروابط الإنسانية وأعظمها، إذ إن بها تتكون الأسر ويولد الأطفال وتتوطد صلات الرحمة والمودة والاستقرار الأسري والمجتمعي بشكل عام، وبها يتم حماية المجتمع وضمان استمراريته. وفي ذلك يقول المولى عز وجل :﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ﴾ (قرآن كريم، الروم: 21)، فرابطة الزواج هي الرابطة الشرعية والقانونية الوحيدة التي تستمد الأسرة مشروعيتها باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع (دستور المملكة المغربية، 2011، مادة: 32).

وبهذا فالأسرة بالنسبة للطفل هي الحضن الطبيعي الذي وُجد له من أجل أن يكمل نموه الجسمي والعقلي والمعرفي، وأن يأخذ جميع حاجياته الطبيعية والمدنية، إلا أن هذا الحضن قد لا يُكتب له الاستمرار، فيحدث الطلاق بين الزوجين. وهو الوضع الذي يخلق إشكالات قانونية وأسرية حول مصلحة المحضون وحقوقه بالموازاة مع حقوق والديه المفترقين في حضانته.

ولأن ظاهرة الزواج المختلط ظاهرة بشرية فرضتها المدَنية الحديثة والتلاقح الثقافي والحضاري الذي صار بين الشعوب والثقافات في ظل العولمة والتطور التكنولوجي، اللذان سهلا عملية التواصل بين النساء والرجال في كل أنحاء العالم، وبالتالي تزايد عقود الزواج التي تتم بين أزواج من دول مختلفة. ففي المغرب مثلا، ونظرا لموقعه القريب من أوروبا والممتد في افريقيا، وللقواسم المشتركة بينه وبين الدول العربية والإسلامية وغيرها، يعرف عددا كبيرا من حالات الزواج المختلط

كل سنة. ففي إحصائية للمحكمة الابتدائية الاجتماعية بالدار البيضاء وحدها، تم ابرام 1295 عقد زواج مختلط سنة 2019 (العمري، 2020).

ولعل حدوث الطلاق في هذا النوع من الزواج يطرح العديد من الإشكالات القانونية، نظرا لكون رابطة الزواج قائمة بين أنظمة قانونية مختلفة لدولتين قائمتي السيادة القانونية والقضائية، سواء فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، أو بتنازع الاختصاص القضائي لتحديد الجهاز القضائي الذي له الاختصاص في البت في النزاعات الناتجة عن الحضانة.

ومن أجل تناول هذه الإشكالات والمسائل في إطار القانون الدولي الخاص ومدونة الأسرة المغربية، جاءت هذه الورقة البحثية، إذ أن واقعة الزواج المختلط يؤدي إلى تنازع قوانين وطنية لبلدين مختلفين، قد تختلف هذه القوانين من حيث المرجعية الدينية والمدنية، ومن حيث مكانة الأب والأم وترتيبها في استحقاق حق الحضانة وترتيبها. وللإحاطة بالموضوع أكثر فالورقة البحثية تحاول الإجابة عن هذين السؤالين الرئيسيين:

- **ما هي ضوابط اسناد الحضانة في الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص المغربي؟**
- **ما أحكام وشروط السفر بالمحضون من الزواج المختلط وفق التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية؟**

ولأجل ذلك، فقد حاولت تطبيق منهجية التحليل المقارن، بغية تناول النصوص القانونية وتأويلاتها وأثرها على الواقع القضائي وتطبيقاته. من خلال محورين؛ المحور الأول يتناول تعريفا للمفاهيم التي يتمحور حولها البحث بطريقة موجزة، كما يناقش أحكام القانون المغربي فيما يرتبط بالحضانة من الزواج المختلط وتوجهاته، ثم المحور الثاني فينصب حول الاجتهاد القضائي المغربي وتحليل الأحكام الصادرة في الموضوع واختياراتها. وكذا إشكالية السفر بالمحضون بين الاتفاقيات الدولية والثنائية في هذا الشأن والقانون المغربي.

أولا: مفهوم الطلاق في الزواج المختلط وأحكام الحضانة المترتبة عنه وفق القانون المغربي

الأصل في العلاقة الزوجية الدوام والاستمرار فهي تنبني على ميثاق غليظ يعقده الطرفان عن تراض لبناء بيت زوجي قوامه المودة والرحمة والعيش في السراء والضراء، لكن قد تحدث أمور تجعل استمرار هذه العلاقة مستحيلا بل ومضرا لطرفي العلاقة وكذا للأبناء مما يحتم إنهاءها. وتعتبر الحضانة عند وجود الأبناء من الأمور المترتبة، والتي يجب إيلاء الاهتمام لها حماية لمصلحة المحضون كطرف ضعيف في القضية، خاصة في الزواج المختلط التي تتداخل في قوانين مختلفة نظرا لاختلاف جنسيات الأطراف. لذا سيتم أولا تناول مفهوم الطلاق في الزواج المختلط والحضانة ثم القانون الواجب التطبيق على أحكام الحضانة بناء على القانون الدولي الخاص.

1- مفهوم الطلاق في الزواج المختلط واستحقاق الحضانة

يقصد بالطلاق عموما في مدونة الأسرة المغربية "حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة كل حسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة" (مدونة الأسرة المغربية، 2004، المادة 78). أما حل ميثاق الزوجية من زواج مختلط فيقصد به انقضاء تلك الروابط الزوجية التي قامت صحيحة بين رجل وامرأة يختلفان في جنسيتهما، وذلك بسبب لاحق على نشوئها غير متصل بصحتها أو بطلانها. وانحلال الزواج يتميز عن البطلان والإبطال من ناحيتين، أن يكون انحلال الزواج لسبب لاحق لنشوء الزواج، حيث يكون الزواج قد نشأ صحيحا أولا. ثم يحدث بعد ذلك ما يؤدي إلى

انحلالـه كموت أحد الزوجين أو وقوع الطلاق أما البطلان أو الإبطـال فإن سببه يكون معاصر لنشوء الزواج أو سابق عليه لهذا فقد يختلف أثر واقعه بحسب زمن حدوثه. (مقداد، 2017).

أما مفهوم الحضانة كمفهوم فقهي وقانوني، أولاه الفقه الإسلامي منذ القدم أهمية كبيرة باعتباره من مقاصد الشريعة الإسلامية وغاياتها الكبرى في حفظ الكليات الخمس للإنسان، حيث عرفها المالكية بأنها: "حفظ الولد والقيام بمصالحه" (الدسوقي، د.ت، 526).

كما تناولته أغلب القوانين الوطنية نظرا لارتباطه بحق أساسي للطفل وبحقوق الوالدين أو أحدهما والتزامهما في نفس الوقت. إذ عرّفتها مدونة الأسرة المغربية بكونها: "حفظ الولد عما يضره، والقيام بتربيته ومصالحه" (مدونة الأسرة المغربية، 2004، المادة. 163). أي أنها تشمل حفظ الطفل المحضون وحمايته مما يضره أو قد يضره ماديا ومعنويا، بالإضافة إلى توفير الرعاية والتربية والقيام بكل شؤونه وتوفير حاجياته المادية والمعنوية أيضا.

ولهذا وضع الفقه الإسلامي ومنه القوانين الوضعية المعاصرة بعده ترتيبات مختلفة لمستحقي الحضانة حسب اعتباراتها وأولوياتها، وحسب تقديرها لمصلحة المحضون أولا، وللأقرب فالأقرب له من حيث صلة الدم والمصاهرة، وباعتبار جنسه وسنه. ففي التشريع المغربي نجد أن المشرع جعل الأم أولا ثم الأب ثم أم الأم، وإذا تعذر الأمر على هؤلاء الثلاثة فالمحكمة هي التي تقرر بناء على ما توفر لديها من قرائن تعطي الأولوية لمصلحة المحضون في اسنادها لطرف آخر أو مؤسسة رعاية معينة (مدونة الأسرة المغربية، 2004، المادة. 171). كما تربط إعطاء هذا الحق بتوفر شروط الأمانة والاستقامة في الحاضن بالإضافة لشرط عدم زواج الحاضنة الأم إلا في الحالتين التي ذكرتهما المادة 175 من مدونة الأسرة واللتين تتعلقان بكون زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون، أو كانت هي نائبا شرعيا له.

2- القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الزواج المختلط

تختلف الدول في تشريعاتها المتعلقة بطبيعة حق الحضانة ومعيار تقدير مصلحة المحضون الناتج عن زواج مختلط، إذ أن هناك دول نصت قوانينها على قواعد اسناد خاصة تحدد القانون الواجب التطبيق، ومنها القانون والقطري والتونسي والكويتي، هذا الأخير مثلا الذي ينص في المادة 43 من قانون العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على أنه "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة" (قانون العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي، 1961، المادة. 43). كما أن الفصل 50 من المجلة التونسية للقانون الدولي جعل الحضانة تخضع في تنظيمها للقانون الذي وقع بمقتضاه الطلاق أو القانون الشخصي للطفل المحضون أو قانون مقر سكناه، على أنه يطبق القاضي القانون الأصلح للطفل في كل الأحوال.

في حين أن قوانين لدول أخرى كالقانون الفرنسي والجزائري والإماراتي (أمحمدي، 2018)، وكذلك المغربي، تخلو من نصوص قانونية تحكم مسألة تنازع القوانين في موضوع الحضانة. حيث أنه بتصفح نصوص مدونة الأسرة وقانون الجنسية وغيرهما من القوانين المغربية، نجد أن المشرع المغربي نظم أحكام الحضانة للوطنيين فقط، دون إشارة للحضانة الناتجة عن زواج مختلط. وهو نفس التوجه الذي سار عليه سابقا مع ظهير 12 غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب. والذي لم يحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة بعد حصول الطلاق بين الزوجين اللذين أحدهما أجنبي، إذ اكتفى الفصل التاسع من هذا القانون بتحديد القانون الواجب التطبيق على الطلاق فقط

دون أن ينسحب ذلك إلى آثارهما، التي من أهمها الحضانة.. وقد اتجه بعض الفقه إلى الربط بين الحضانة وآثار الطلاق والانفصال، أي قانون الأحوال الشخصية للزوج وقت رفع الدعوى (الزيداني، 2013).

وعلى العموم فإنه بتمحيص نصوص كثيرة من مدونة الأسرة نجد أن المشرع المغربي يميل لتطبيق القانون الأصلح للطفل المحضون، ففي المادة 166 نجد في مسألة اختيار الحاضن بعد الخامسة عشر أنه نص على: "في حالة عدم وجودهما -أي المستحقين- يمكنه اختيار أحد أقربائه.. شريطة ألا يتعارض هذا مع مصلحته... يرفع الأمر للقاضي ليبث وفق مصلحة القاصر". كما نجد في المادة 169 أنه يقول: "وفي حالة الخلاف بين النائب الشرعي والحاضن، يرفع الأمر للمحكمة للبت وفق مصلحة المحضون".

وهذا التوجه أكدته صراحة المادة 186 والتي جاء فيها: "تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب". وهو الاختيار الذي يأتي مسايرا لدستور 2011 الذي أكد على اعتبار المصلحة الفضلى للطفل. وكذا للاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب في هذا الشأن، وفي مقدمتها اتفاقية لاهاي لسنة 1966. هذه الاتفاقية التي آلت الأهمية لامتياز الإقامة الاعتيادية في حل النزاعات التي يكون طرفا فيها قاصر، ومنها ما يتعلق بالحضانة وإشكالياتها، إذ أن المغرب مطالب، بموجبها، بأن يأخذ بمعيار الإقامة الاعتيادية مثل باقي الدول المكرسة لهذا الضابط في حل النزاعات المرتبطة بالقاصرين، ومنها النزاعات الناشئة عن الحضانة ومسائلها.

كما أن الاتفاقية الثنائية المغربية الفرنسية لسنة 1981 أعطت الاعتبار لقانون الإقامة، حيث جاء في مادتها 19: "تلتزم الدولتان عن طريق المعاملة بالمثل بأن تضمنا فوق ترابهما، وتحت مراقبة سلطتها القضائية حرية ممارسة حق الحضانة على الطفل القاصر مع التقيد فقط بمصلحته دون أي اعتبار آخر مستمد من قانونهما الداخلي".

ونرى أن أخذ المشرع المغربي بمبدأ القانون الأصلح للطفل في اسناد الحضانة في الزواج المختلط، يقصد منه المصلحة بمفهومها الشامل الذي يجعل القاضي يستحضر خصوصية القوانين الوطنية والقيم والعقيدة، كما يستحضر خصوصية كل حالة، إذ مصلحة الأطفال تختلف باختلاف وضعيتهم الاجتماعية والأسرية والاقتصادية والعمرية وغيرها. وهو ما يستمد أساسه من دستور المملكة ومن قوانينها، وهو أيضا ما يؤكد تحفظ المملكة من المادة 14 من اتفاقية حقوق الطفل والتي تتعلق بالحق في تغيير العقيدة، وذلك لمخالفتها للدين الإسلامي الذي هو دين الدولة. إذ أن الحضانة تشمل رعاية الطفل دينيا وتربيته على القيم الإسلامية التي تعتمدها الدولة، وهذا ما نجده في المادة 54 التي عددت حقوق الأطفال على الآباء والتي منها "التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل". وهذا الوضع يخلق امتيازا أساسيا وهو امتياز الدين، الذي يتم استحضاره أثناء اسناد الحضانة واختيار القانون الأصلح للتطبيق والشخص الأنسب لاستحقاق الحضانة.

بالإضافة إلى امتياز آخر وهو امتياز الذكورة، هذا الامتياز الذي ربطته مدونة الأسرة بمصحة الطفل في متابعة الأب لشؤونه وما يستلزمه ذلك من قربه وتتبعه له، وهو ما نصت عليه المادة 178: "لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب، إلا إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط، مراعاة لمصلحة المحضون والظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي، والمسافة التي تفصل المحضون عن نائبه الشرعي". وهو نفس ما تؤكده المادة 179 المرتبطة بالسفر بالمحضون، الذي يتم تقييده في العديد من الأحوال بموافقة الأب أو النائب الشرعي، حيث جاء في هذه المادة أنه: "يمكن للمحكمة بناء على طلب من النيابة العامة، أو النائب الشرعي للمحضون، أن تضمن في قرار إسناد الحضانة، أو في قرار لاحق، منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب، دون موافقة نائبه الشرعي. تتولى النيابة العامة تبليغ

الجهات المختصة مقرر المنع، قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ ذلك. في حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب، يمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات لاستصدار إذن بذلك.

أي أن القاضي يمكن أن يستند على امتياز الذكورة أو الدين في ترجيح القانون الأصلح للمحضون وتطبيقه فيما يتعلق بمستحق الحضانة أو السفر بالمحضون. وهذا ما جاء في قرار للمجلس الأعلى حيث نص على أن "المحاكم لها سلطة تقدير عسر مراقبة أحوال المحضون، إذ الحضانة شرعت لمصلحة المحضون وعلى المحاكم أن تلمس هذه المصلحة في كل قضية" (المجلس الأعلى، 1970).

ثانيا: الاجتهاد القضائي المغربي في مسائل الحضانة في الزواج المختلط

تطرح الحضانة الكثير من الإشكالات في الميدان العملي يصعب حلها في بعض الحالات التي توضحها بعض التطبيقات القضائية سواء قبل إصدار الحكم أو بعده أي عند التنفيذ، خاصة وأن الزواج المختلط يحتم على القاضي استحضار المصلحة الفضلى للطفل إلى جانب القانون الواجب التطبيق وقواعد الإسناد وتنازع القوانين، وكذا الجهة القضائية المختصة في النظر في القضية. وهذا المحور سيعطي أولا فكرة عن توجه القضاء المغربي في مسائل الحضانة في الزواج المختلط، ثم إجراءات وأحكام السفر بالمحضون من الزواج المختلط بين الاتفاقيات الدولية والثنائية في هذا الشأن والقانون المغربي.

1- توجه القضاء المغربي في مسائل الحضانة في الزواج المختلط

لقد درج القضاء المغربي بمختلف درجاته على اعتماد المبدأ الأساس في مسائل الحضانة من الزواج المختلط وغيره، والذي هو المصلحة الفضلى للطفل المحضون، حيث أنه بتحليل مجموعة من الأحكام والقرارات نلاحظ أن السلطة التقديرية للقضاة تنضبط لمصلحة الطفل بشكل أكبر، وما تقتضيه هذه المصلحة من توفير ملاذ آمن وظروف للرعاية السليمة له. وهذا ما نستشفه في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) والذي جاء فيه: "بخصوص اسقاط حضانة الطالبة عن ابنها المذكور، فإنه بمقتضى المادة 186 من مدونة الأسرة، من واجب المحكمة مراعاة مصلحة المحضون في تطبيق ما يتعلق بشروط استحقاق الحضانة، ومنها القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينيا وصحة وخلقا... والمحكمة لما ثبت لها أثناء جلسة البحث أن الطالبة تسافر بانتظام خارج الوطن وأن بعدها عن المحضون خلال فترات المتكرر يحول دون قيامها بتربيته والسهر على مصالحه.. وحكمت بناء على ذلك على تأييد حكم القاضي بإسقاط حضانتها" (المجلس الأعلى، 2009).

وعلى العموم فما يمكن استخلاصه من مسألة الحضانة في الزواج المختلط هو أن القانون المغربي، بالنظر للاتفاقيات الدولية والثنائية التي وقع عليها، يقيم مسألة تنازع القوانين على مبدأ إقليمية القوانين والإقامة الاعتيادية، حيث أن موطن إقامة المحضون هو الذي تحكم قوانينه مسائل الحضانة واسنادها، وكذا القرارات اللاحقة لها سواء بحق الزيارة أو السفر بالمحضون، وبفض النزاعات التي قد تنشأ عن الحضانة.

وذلك على ضوء قواعد مدونة الأسرة وقوانين الدولة المتعلقة بالجنسية وغيرها، التي تؤسس لمصلحة المحضون الفضلى ولامتيازات الذكورة والدين. حيث أنه يمكن افراغ الاتفاقيات من مضمونها على أسس الدفع بالنظام العام من أجل تطبيق قوانينه الداخلية كلما بدا له أن ذلك هو الأنسب والأكثر توافقا للتوجهات الوطنية، ومع اختيارات الدولة الاجتماعية والدينية والسياسية والديموغرافية (المازغي، 2022).

2- إجراءات وأحكام السفر بالمحضون من الزواج المختلط وفق التشريع المغربي

إن مسألة السفر بالمحضون شكلت دائما ولا تزال في المجتمع المغربي، كما في غيره من المجتمعات، مجالا للجدال والنقاش العمومي والقانوني، حيث أنه يخلف إشكالات قانونية إذا كان في إطار الزواج المختلط. حيث أن السفر بالمحضون كإجراء لا يتعلق فقط بزيارة المحضون للأب أو الأم الذي ليس معه حق الحضانة، وإنما بمسألة النقل غير المشروع للأطفال.

ولأجل الحد من هذه الإشكالية الإنسانية والقانونية جاءت اتفاقية لاهاي لسنة 1980، لوضع مجموعة من القواعد الأساسية التي تتعلق بحماية المحضون والطفل عموما من النقل غير المشروع، إذ جاء في ديباجتها: "إن الدول الموقعة على هذه الاتفاقية، إذ هي على قناعة تامة بأن لمصالح الأطفال أهمية قصوى في الأمور المتعلقة بحضانتهم، ورغبة منها في حماية الأطفال دوليا من التأثيرات الضارة لنقلهم أو احتجازهم بطريقة غير مشروعة، و اتخاذ الإجراءات التي تضمن عودتهم الفورية إلى دولة مقر إقامتهم الاعتيادية، بالإضافة إلى ضمان حماية حقوق الزيارة و الاتصال، قررت أن تقر اتفاقية لهذا الغرض". كما نصت مادتها الثالثة على أنه: "يعتبر نقل الطفل أو احتجازه عملا غير مشروعا في الأحوال التالية:

أ-عندما يكون في ذلك انتهاكا لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسسة أو هيئة سواء بصورة مشتركة أو فردية، والتي ينص عليها قانون الدولة التي كان الطفل يقيم بها بصفة اعتيادية قبل نقله أو احتجازه مباشرة.

ب-إذا كانت هذه الحقوق تمارس وقت النقل أو الاحتجاز بصورة مشتركة أو فردية، أو إن كانت قد جرت ممارستها، وإنما قبل النقل أو الاحتجاز.

وقد تمنح حقوق الحضانة المذكورة أعلاه في الفقرة (أ) بصفة خاصة بمقتضى قانون أو بناء على قرار قضائي أو إداري، أو تسوية قانونية بموجب قانون الدولة المعنية" (اتفاقية لاهاي، 1980).

أي أن الاتفاقية تؤكد على استحضار مصلحة الطفل وابعاده عن النزاعات القانونية لوالديه، وعلى اعتبار قرار أو حكم الحضانة هو الذي يشكل خرقه نقلا غير مشروع.

وهو نفس ما ذهبت إليه الاتفاقية المغربية الاسبانية لسنة 1999، والتي أكدت ضرورة توفر الحاضن على قرار يتعلق بالحضانة، سواء كان هذا القرار قضائيا أو إداريا، صادرا عن قضاء محل الإقامة الاعتيادية للطفل أو أي دولة أخرى، مع ضرورة أن يكون هذا القرار قابلا للتنفيذ في الدولة الطالبة، وصادرا قبل نقل الطفل، حيث أنه لا يمكن للشخص المسافر بالمحضون أن يتحجج بقرار بعدي لادعاء خرق حقه في الحضانة (المازغي، 2022). إذ أن هذه الاتفاقية تنص في المادة السابعة على أنه: "يعتبر نقل طفل من تراب دولة متعاقدة (الدولة الطالبة) إلى تراب الدولة المتعاقدة الأخرى (الدولة المطلوبة) غير مشروع وتأمر السلطة القضائية عندئذ بإرجاعه فورا وذلك:

1- إذا وقع النقل خرقا لمقرر قضائي صدر حضوريا وأصبح قابلا للتنفيذ فوق تراب الدولة الطالبة وكان الطفل عند تقديم طلب الارجاع: ...إذا وقع خرق لحق الحضانة الممنوح للأب وحده أو للأم وحدها بمقتضى قانون الدولة التي ينتمي إليها الحاضن أو الحاضنة.." (اتفاقية المملكة المغربية والمملكة الاسبانية، 1999، المادة.7).

وبالتالي يمكن القول أن مسألة نقل المحضون تخضع بالأساس لقانون الدولة التي بتت في الحضانة في الأول وحكمت بإسنادها لطرف ما، لكون المحضون يقيم فيها بطريقة اعتيادية، ولا يمكن نقل المحضون إلا بصدور قرار قضائي بالموافقة وفق شروط قانون هذه الدولة.

وهذا ما سار عليه القانون المغربي، الذي أكد على ضرورة موافقة النائب الشرعي على السفر بالمحضون، وهو نفس توجه القضاء المغربي في العديد من الأحكام القضائية، نذكر منها حكما لمحكمة وجدة الابتدائية في حكمها عدد: 307 بتاريخ 23-01-2006 في الملف عدد: 1103/05. والذي جاء ضمنه أن الحاضنة لا حق لها في اللجوء إلى الإذن لها بالسفر بالمحضون في حالة امتناع النائب الشرعي في الإذن لها بذلك، وذلك بناء على المادة 179 من مدونة الأسرة.

وبالتالي فالحكم القضائي الصادر بإسناد الحضانة في زواج مختلط بجعل الحضانة لأم أجنبية تعيش في المغرب، يمنع عليها نقل المحضون للخارج إلا بموافقة الأب أو النائب الشرعي، أو بسلوك المسطرة القضائي إذا لم يوافق النائب الشرعي، متى كانت هنالك ظروف تجعل هذا السفر مبررا وتبرز صفته العرضية أو فيه مصلحة للطفل المحضون (المرابط وحياني، 2011).

كما أن الإشكالية الأخرى الذي أظهرها الواقع العملي فيما يخص السفر بالمحضون في الزواج المختلط، تتجلى في بديله الذي هو حق الزيارة للطرف الآخر الذي ليس له حق الحضانة، إذ أن الحاضن كثيرا ما يحاول منع هذا الحق وعرقلته إذا كان صاحب حق الزيارة يسكن في بلد آخر غير بلد الحاضن، وذلك بسبب التخوف من عدم ارجاع المحضون أو الاضرار به. وهذا ما يجعل القضاء يتردد كثيرا في منح هذا الحق. وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها إلى رفض السماح للأب المغربي باصطحاب ابنه المقيم بفرنسا إلى المغرب من أجل ممارسة حق الزيارة، على أساس وجود تخوف من عدم إرجاعه إلى أمه صاحبة حق الحضانة والمقيمة في فرنسا (المازغي، 2022).

أما بالنسبة للقانون المغربي، فقد منح للقضاء السلطة التقديرية في مسألة السفر العرضي للمحضون خارج الوطن للزيارة أو غيرها، حيث جُعلت مؤسسة قاضي المستعجلات هي الهيئة القضائية التي لها الحق في البت في مسائل السفر العرضي بالمحضون إذا لم يوافق نائبه الشرعي، سواء بالموافقة إذا ظهرت لها مصلحة المحضون في السفر، ووجدت الضمانات الكافية لإرجاعه للحاضن في الآجال المحددة (مدونة الأسرة المغربية، 2004. المادة: 179). وهذا ما قضت به المحكمة الابتدائية بفاس في حكم قضائي جاء فيه: "أن قاضي المستعجلات لا ينعقد له الاختصاص إلا وفق مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 179 من مدونة الأسرة، التي تخوله حق النظر في طلب الموافقة على سفر المحضون خارج المغرب بصفة مؤقتة وعرضية" (مجلة المعيار، 2006، ص.284).

ولعل من الإشكالات أيضا فيما يتعلق بالسفر بالمحضون وتحقق شروط موافقة النائب الشرعي والعرضية، ما يتعلق بمسألة السفر بالمحضون والخروج من بلد لا يقيم فيه النائب الشرعي نفسه، والانتقال به إلى مكان اقامته، فإذا لم يوافق النائب الشرعي على سفر الأم مثلا بابنها للإقامة في بلد يقيم فيه أصلا النائب الشرعي. فهل هنا تشترط الموافقة من

النائب الشرعي والالتزام بنص المادتين 178 و179 من مدونة الأسرة، أم أنه لا حاجة لها ما دام أن الغاية من موافقته هي عدم ابعاده عن مراقبته، حيث أن السفر بالمحضون هنا يحقق هذه الغاية؟

إن النص القانوني لا يشير إلى هذه الحالة، غير أن الاجتهاد القضائي يسير نحو التغاضي عن هذا الشرط اعتبارا لمقصد الشارع من وضع هذا الشرط والذي هو جعل المحضون قريبا من نائبه الشرعي، ومن ذلك ما جاء في حكم قضائي للمحكمة الابتدائية بالرشيدية رقم: 525 في الملف رقم: 03-05-3253 بتاريخ: 08-12-2005.، حيث طالبت المدعية بموافقة القضاء على نقل المحضون للديار الفرنسية رغم معارضة النائب الشرعي الذي هو الأب، والذي يقطن هو أيضا بالديار الفرنسية، وقد جاء ضمن الحكم "أن نية المشرع كانت تنصب على الحالة التي يكون فيها النائب الشرعي يقيم داخل المغرب حماية لحقه في القيام بواجب العناية بشؤون المحضون في التأديب والتوجيه الدراسي خلاف نازلة الحال التي ثبت من خلال الوثائق المدلى بها أن المدعى عليه يقيم هو الآخر في الديار الفرنسية".

وقد أيد المجلس الأعلى هذا الحكم في قرار نص فيه على أن تواجد البيت الزوجية بفرنسا، ولكون المحضون ازداد في فرنسا، وبالتالي فمطالبة المدعى عليه بمنع السفر بالمحضون لا مبرر لها لكونه يعيش في فرنسا واعتبارا لصلة الرحم ومراقبته تتحقق بسفر المحضون (المجلس الأعلى، 2009).

وبالتالي يمكن القول إن الواقع العملي في مسائل السفر بالمحضون يتم تدبيرها قضائيا كحالات منفردة، تخضع للسلطة التقديرية للقضاة وفق ما تنص عليه النصوص المنظمة أولا ووفق ظروف كل حالة، مع الاتجاه نحو التشديد في هذه المسألة باعتبارها تؤدي في كثير من الأحيان إلى ضياع حقوق الحاضن أو النائب الشرعي، وبالتالي الوقوع في النقل غير المشروع للأطفال الذي تحاول الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية الحد منه حماية للأطفال أولا، وتحقيقا لغايات الحضانة ومقاصدها الشرعية والتشريعية.

خاتمة:

إن مسألة الحضانة في الزواج المختلط تطرح إشكاليات عدة فيما يرتبط بالقانون الواجب التطبيق، من حيث الاعتبارات التي يقوم عليها تحديد هذا القانون، ولعل ما يزيد من هذه الإشكاليات عدم وجود نصوص قانونية من القانون الدولي الخاص أو قوانين الأحوال الشخصية تحدد بشكل واضح مسألة تنازع القوانين في الحضانة وتبين القانون الذي يتم تطبيقه والجهاز القضائي الذي يتم اسناد قضايا الحضانة له.

والملاحظ مما سبق تناوله في هذه الورقة البحثية، أن ما يسير عليه القانون المغربي، وما تروم إليه الاتفاقيات الدولية والثنائية هو اعتماد معيار الإقامة الاعتيادية، باعتباره القانون الأصلح للمحضون، لكونه يمثل الدولة التي يعيش فيها، ولكونه تَأقلَم مع قوانينها وأنظمتها التربوية والاجتماعية. وذلك في حدود ما تمليه القوانين الوطنية وسيادة الدول وتوجهاتها الديمغرافية والسكانية، وما تفرضه معتقداتها وتوجهاتها الدينية والعقائدية. ولهذا نجد أن المشرع المغربي، أعطى مجموعة من الامتيازات سواء للعقيدة أو الذكورة، وذلك حفاظا على مصلحة المحضون في تربيته داخل مجتمع إسلامي يحافظ له على هويته وعقيدته، وفي كنف نيابة شرعية تراقبه.

ولعل السؤال المهم الذي نطرحه في نهاية هذه الورقة البحثية هو: ما مدى ثبات معيار "المصلحة الفضلى للطفل المحضون"؟ إذ أن مصلحة الطفل تختلف حسب قوانين كل دولة، إذ مثلا هناك قوانين ترى أن مصلحة الطفل في حريته الدينية كما تنص على ذلك اتفاقية حقوق الطفل، في حين قوانين أخرى ترى عكس ذلك. وأيضا فيما يرتبط رقابة الأب

لحضانة المحضون، فهناك من التشريعات من تساوي بين نيابة الأب والأم. وبالتالي فتحديد مصلحة المحضون هي في الأخير تكون في إطار مصالح الأنظمة والتوجهات التي تتبناها الدول، وليس وفق مصلحته الفعلية في كثير من الأحيان.

ولهذا يمكن تقديم مجموعة من التوصيات وهي:

- ضرورة وضع اتفاقيات خاصة بالحضانة والسفر بالمحضون وإلزام الدول بضوابط تراعي حق المحضون أولا في رعاية الأبوين معا قدر المستطاع، إذ أنه لا مصلحة تعلو عن مصلحة رعاية الأبوين ولو بعد الطلاق لأبنائهما.

- التشديد فيما يتعلق بالطلاق من زواج مختلط، إذ أنه أصبح الزواج في كثير من الأحيان زواجا مصلحيا واقتصاديا تكون غايته أبعد من غايات الزواج السامية، وبالتالي ضياع ثمرة هذا الزواج الذي هم الأبناء.

- على المشرع المغربي، استثمار هذا النقاش الاجتماعي حول مدونة الأسرة، من أجل وضع مواد صريحة تتعلق بالحضانة من الزواج المختلط، وتحديد القوانين المطبقة ووضع ضوابط قانونية لمسائل السفر بالمحضون وحق الزيارة وغيرها، من أجل تلافي الاختلاف في الأحكام القضائية.

قائمة المراجع:

1. اتفاقية لاهاي. (1980). المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال، تم إقرارها بتاريخ 25 أكتوبر 1980، ودخلت حيز التنفيذ في فاتح دجنبر 1983.
2. اتفاقية لاهاي (1966). المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في ميدان المسؤولية الأبوية وتدابير حماية الأطفال المؤرخة في 19 أكتوبر 1996. وقد صادق عليها المغرب بموجب الظهير الشريف رقم 1-2-136 صادر في 12 ذي القعدة 1423 الموافق ل 22 يناير 2003 الاتفاقية المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مجال السلطة الأبوية وإجراءات حماية الأطفال، الموقعة في لاهاي 19 أكتوبر 1996، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5108-13 (15 ماي 2003).
3. أمحدي، بوزينة أمنة. (2018). الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، دراسة مقارنة على ضوء التشريعات العربية والاجتهاد القضائي بالجزائر. المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية. (5)، 236-265.
4. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي. (د.ت). الشرح الكبير للدردير، دار الفكر. ج: 2.
5. الزيداني، عادل. (2013). *إسقاط الحضانة بين التشريع والعمل القضائي*. [رسالة لنيل دبلوم الماستر غير منشورة]. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل.
6. المملكة المغربية. (1913). ظهير 12 غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، منشور بالجريدة الرسمية عدد: 46 بتاريخ 12 شتنبر 1913.
7. الاتفاقية بين المملكة المغربية والمملكة الاسبانية. (1999). ظهير شريف رقم1.99.11 صادر في 26 محرم 1420 بنشر الاتفاقية الموقعة في 30 ماي 1997 بمدريد بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الطفال، الجريدة الرسمية رقم 4700، بتاريخ: 17 يونيو 1999.
8. العمري، رشيد. (2020). مقال حول انخفاض الزواج المختلط بالدار البيضاء سنة 2020. جريدة وكالة المغرب العربي للأنباء. استرجع بتاريخ: 04-05-2023 https://short-link.me/pVXi .
9. قانون العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي. (1961). القانون رقم (5).

10. المازغي، لطيفة. (2022). سناد الحضانة في الزواج المختلط والإشكالات المرتبطة بها. مجلة قانون الأعمال الدولية. جامعة الحسن الأول .
11. مجلة القانون الدولي الخاص التونسية. (1998). القانون رقم 97 بتاريخ 27 نونبر .
12. مدونة الأسرة المغربية. (2004). القانون رقم: 70.03 الصادر بتاريخ: 5 فبراير 2004، نشر بالجريدة الرسمية عدد: 5184.
13. المرابط، عبد الإله؛ حياني، نبيل. (2011). السفر بالمحضون بين النص القانوني والواقع العملي. [بحث نهاية التدريب]. المعهد العالي للقضاء، المغرب. ص: 30.
14. مقداد، زهرة. (2017). انحلال الزواج المختلط وأثره في ممارسة الحضانة. [رسالة ماستر غير منشورة]. جامعة الشهيد حمه لخضر، الجزائر.
15. المملكة المغربية. (2011). دستور المملكة المغربية. الظهير الشريف رقم: 91-11-1 الصادر 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011).

زواج المهاجرين بالمهجر بغرض الحصول على الأوراق الرسمية بين المقاصد والأحكام

Marriage of immigrants abroad for the purpose of obtaining official papersbetween the purposes and provisions

د.حكوم السنية
D.hakkoum.sennia

د. بن لسبط لدمية
D. Benlasbet Ledmia

جامعة عمار ثليجي الأغواط/الجزائر

الملخص

يعتبر الزواج الرابط الأول للأسرة في الإسلام واللبنة الأساسية للمجتمع، والميثاق المقدس لها، الذي ينظم الإسلام بنوده ويحرص على توثيقه من أجل نجاح وتكوين أسرة ناجحة تنشء جيل مسلم. كما يختلف الزواج بحسب الغرض من إبرام العقد ونية المتعاقدين، وخاصة إذا كان بين شخصين مختلفين من حيث العرق والديانة واللغة والبلد، ومن هذه الحالات زواج الشباب المسلم (الجزائريين خاصة) في بلد الهجرة (فرنسا، ألمانيا، إسبانيا....) من الأجنبيات، ومن فئة معينة (غير المسلمات) على اختلاف معتقداتهن، وذلك لأجل الاستفادة من الأوراق الرسمية والقانونية، كالإقامة ببلد الهجرة والحصول على الجنسية للبلد المقيم فيه لتسهيل إجراءات العمل أو الدراسة، وهذه الورقة البحثية تبحث هذا الزواج المختلط بغير المسلمات من حيث الأحكام والمقاصد، وإشكالات أخرى قد تنتج عن هذا الزواج .

الكلمات المفتاحية: الزواج المختلط ، مقاصد الزواج وأحكامه، الوثائق الرسمية، الإقامة، الجنسية؛

Abstract

Marriage is considered the first bond of the family in Islam and the first building block of the community, which establishes it and the sacred charter for it, which regulates Islam and its provisions and is keen to document it in order to succeed and form a successful family that raises a Muslim generation. The concept of a marriage contract also differs according to the purpose of concluding the contract and the intention of the contracting parties, especially if it is between two people who are different in terms of race, religion, language and country. Among these cases is the marriage of Algerians in the country of immigration (France, Germany, Spain...) to foreign women, and from the category of Certain (non-Muslim women) regardless of their beliefs, in order to benefit from official and legal papers, such as residence in the country of immigration and obtaining citizenship for the country of residence in which to facilitate work or study procedures.

This research paper discusses this mixed woman with non-Muslims in terms of provisions, purposes, and other problems that may result from this marriage.

Keywords: mixed marriage, purposes and rulings of marriage, official documents, residency, nationality.

مقدمة

الحمد لله حمدا يدوم بدوام نعمه والصّلاة والسّلام على نبيه المصطفى وعلى آله وصحبه ومن ولاه إلى يوم الدين، وبعد:

لقد شرّع الإسلام الزواج لغايات ومقاصد عظيمة، وفيه مصلحة للفرد والجماعة، ومن أهم مقاصد الزواج المحافظة على النوع الإنساني وحفظ الأنساب، والاستقرار لتحصيل النسل، وتحقيق السكن الروحي والنفسي للزوجين وتحصينهما وتأبيد العلاقة بينهما، قال الله تعالى:﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾الروم آية 21

لذا يُعدُّ الزواج من أهم العقود في حياة الإنسان، وقد سماه الله تعالى الميثاق الغليظ قال الله تعالى:﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ النساء 21

ومصطلح الزواج المختلط لا يوجد في المنظومة الشرعية، وهو مصطلح قانوني بحت،لأن الزواج هو ذلك العقد الرباني المقدس بين والمرأة (بشروطه وأركانه الشرعية)، الذي شرعه الله لعباده من أجل الحفاظ على استمرارية الحياة، ولم يحدد الدين الإسلامي انتماء الشخص إلاّ بالإسلام، لأن الأمة الإسلامية اختلفت فيها الأجناس بين العرب والعجم وكان يجمعهم الدين ولا فرق بينهم، وبمرور الزمن وتغير الموازين، أصبحت هناك ضوابط أخرى لاعتبار انتماء الأشخاص كالجنسية والهوية وقوانين البلد الخاضعين له، وذلك لاختلاف القوانين من مجتمع إلى آخر، ومن بلد لآخر، والزواج المختلط مصطلح مترجم، عرّفه العلماء على أنه الذي يختلف طرفاه (الزوج أو الزوجة)، سواء من حيث الدين (الاختلاف العقدي)، أو الجنسية أو العرق أو الموطن، ويُعدّ هذا النوع من الزواج من أهم القضايا الفقهية والقانونية المعاصرة التي أسالت الكثير من الحبر بسبب الاختلافات القانونية والشرعية، وله شروط موضوعية وشكلية ويختلف من دولة إلى أخرى، ويخضع بحسب البلد والقانون الخاص بها؛ ويعتبر الزواج المختلط من المسائل التي أثارت تدخل الفقه الإسلامي في محاولة إيجاد صيغ شرعية له بحسب التكييف القانوني لكل بلد، وذلك من خلال فقه الأقليات الذي يهتم بالنوازل التي تقع على الأسرة المسلمة الخاضعة لقوانين تحكمهم بحكم إقامتهم في بلدان الغرب، والاجتهاد في استنباط تلك الأحكام من النصوص والقواعد الشرعية ، تتناسب مع الشريعة السمحاء في قيّمها البناءة الخالدة بخلود هاته الشريعة.

أهمية البحث وأهدافه: تزداد أهمية البحث بازدياد عدد الشباب المهاجرين غير الشرعيين من دول العالم العربي على شاكلة دول المغرب العربي وخاصة الجزائر، ودراسة إشكالية سبب لجوئهم للزواج المختلط، والزواج الصوري بغية الحصول على الجنسية، أو بطاقة الإقامة.

تكمن أهداف البحث في النظر في آثار الزواج المختلط على الفرد والمجتمع وعواقبه الوخيمة عليهما من عدة نواح على المجتمع ،وأهمها الشرعية من حيث صحة العقد وآثاره على الزوجين.

أسباب اختيار البحث:

1انتشار ظاهرة الهجرة غير شرعية للشباب المسلم، مما اضطر الكثير منهم اللجوء للزواج المختلط أو الصوري في بعض الحالات من أجل البقاء في المهجر مقابل الحصول على الوثائق الرسمية.

2تنازع الأحكام الشرعية مع التشريعات الأخرى (قوانين دولية) في مسائل كثيرة من الزواج المختلط، ووجود إشكالات كثيرة تمخضت عن هذا التنازع.

صعوبات البحث:

1وجود صعوبات كثيرة من ناحية تحديد مصطلح (الزواج المختلط)، ولم يتطرق الفقهاء لهذا الزواج إلا بضابط الدين، لأن الشريعة الإسلامية محددة وواضحة.

2 قلة وجود دراسات شرعية مقارنة مع الدراسات القانونية والاجتماعية.

الدراسات السابقة:

في إطار بحثي البسيط لم أقف على دراسة تتكلم على مفهوم الزواج المختلط وإشكالاته بهذا المفهوم، والسبب أن مصطلح "المختلط" مصطلح قانوني مترجم حرفيا، وعندنا نحن المسلمين حتى وإن كان الزواج بين زوجين مختلفين في الجنسية أو العقيدة أو الوطن نسميه زواجا ونضبطه بالأحكام الشرعية، بغض النظر في الاختلاف بين الزوجين، وإنما يدخل ضمن فقه الأقليات، ولكن هناك العديد من الدراسات والأبحاث والمقالات تناولت الزواج المختلط بالمفهوم القانوني حسب القوانين الوضعية التي تختلف من دولة إلى أخرى، ومن أهم الدراسات التي وقفت عليها:

1-حكم الزواج بين المسلمين وأهل الكتاب للمؤلف الدكتور علي منصور سويط، كلية الشريعة، بغداد، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، المجلد الثالث، العدد التاسع، آذار 2011م.

2-الزواج بالأجانب وإشكالاته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- حق الحضانة أنموذجا- مذكرة ماستر في العلوم الإسلامية، من إداد الطالب عزيز شيباني، إشراف الدكتور حاج محمد قاسم، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية قسم العلوم الإسلامية، سنة 2019/ 2020م، جامعة غرداية- الجزائر.

3-الزواج المختلط بين مدونة الأسرة وقانون البلد المضيف، رسالة دكتوراه في الدراسات الإسلامية، للباحثة الدكتورة عائشة الفتى، جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب، سنة 2014م. (علما أنني لم أتحصل على الأطروحة كاملة وإنما ملخص شديد الاختصار اطلعت عليه في الأنترنت).

منهج البحث: : يعتمد البحث على المنهج الاستقرائي التحليلي لاستقراء الجوانب الشرعية للزواج المختلط، والمنهج الاستدلالي والمقارن وهو من آليات المناهج التشريعية للتكييف الفقهي، بالاستدلال بنصوص التشريع، والمقارنة مع الزواج بمعناه الشرعي.

إشكالية البحث: ما مدى مشروعية الزواج المختلط بغرض مصالح أخرى وبعده المقاصدي في حل إشكاليته ؟

الخطة البحث

مقدمة:

المبحث الأول: حقيقة الزواج المختلط.

المطلب الأول: مفهوم الزواج لغة واصطلاحا

المطلب الثاني: الزواج المختلط الخلفية التصورية والمفهوم.

المبحث الثاني: أحكام الزواج المختلط بغية الحصول على الوثائق الرسمية

المطلب الأوّل: أحكام الزواج المختلط بالأجنبيات الكتابيات

المطلب الثاني: أحكام الزواج المختلط بالأجنبيات غير الكتابيات

المطلب الثالث: البعد المقاصدي للزواج المختلط بغرض الحصول على الجنسية والإقامة

الخاتمة

المبحث الأول: حقيقة الزواج المختلط.

نتطرق في هذا المبحث لحقيقة الزواج ومفهومه اللغوي والاصطلاحي من خلال مطلب الأول، وفي المطلب الثاني لحقيقة الزواج المختلط من حيث مفهومه الاصطلاحي وتصوره بين الشريعة والمنظومة القانونية.

المطلب الأول: مفهوم الزواج لغة واصطلاحا.

الفرع الأول: تعريف الزواج لغة

الزواج لغة هو الاقتران والاختلاط. (مجمع اللغة العربية ج1 ص 407)، أي قرن بعضها ببعض، وزوج المرأة بعلها، وزوج الرجل إمرأته،(ابن منظور، ص430)، ويساويه في المعنى مصطلح النكاح وهو الزواج لغة، قال الله تعالى:﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾النساء آية3

الفرع الثاني: تعريف الزواج اصطلاحا

اختلف الفقهاء في تعريف الزواج رغم تقارب التعاريف بعضها ببعض، قال المالكية الزواج هو:" إنه عقد حل استمتاع بأنثى غير محرم ومجوسية، وأمة كتابية بصيغة لقادر محتاج، وراج النسل". (الدرديري ،ص332)".

وقال الحنفية:" الزواج هو عقد يفيد ملك المتعة(ابن عابدين ج4، ص58) " وقال الشافعية: "إنه عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ أنكاح أو تزويج أو ترجمة".(الشربيني،ج3 ص123)

تشترك فيما بينها أن الزواج هو حل استمتاع الرجل بالمرأة، وهناك من أضاف قيودا للحدّ مثل كون المرأة غير محرمة أو غير ذلك من القيود في تحديد الزواج الشرعي، ولا خلاف بين الفقهاء أن اللفظ النكاح يصدق على العقد كما يصدق على الوطء، ولا يتحقق ذلك إلا بالمرأة والرجل، لأن الفطرة السليمة للإنسان تتماشى مع هذا العقد الشرعي، خلاف ما يقال عنه أنه زواج أو عقد بين غير ذلك.

الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية الزواج

أولا: وسيلة لحفظ النسل والعنصر البشري

يحافظ الزواج على مطلب التناسل والحصول على الذرية، وبه يتحقق النوع الإنساني من الإنقراض أو الزوال، قال الله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ من الطيبات﴾النحل 72 وحفظ الأنساب من الاختلاط، وحفظ الفروج والأبضاع بالإحصان والعفة.

ثانيا: تحقيق الاستقرار بالمودة والرحمة

قال الله في محكم تنزيله:﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾الروم آية 21

إنّ تحقيق السكينة والمودة بين المرأة والرجل لا تكون إلاّ بالزواج، والاستقرار العائلي واستمرار الحياة قائماً على الحياة الزوجية بين الذكر والأنثى، وأخرج منهما ذرية ونسلاً، وأنشأ حولهما نسباً وصهرا، ووصل ما بينهما رَحِماً وقربى.

ثالثا: التماسك الاجتماعي بين أفراد المجتمع

لا يتماسك المجتمع و يتواصل ويتحقق الترابط فيما بينهم إلاّ بالأسرة التي تتكون بالزواج الذي يربط الأطراف يما بينهم برابطة مقدسة مثل الزواج الشرعي.

المطلب الثاني: مفهوم الزواج المختلط وتصوره الشرعي

نظرا لاختلاف مفهوم الزواج المختلط بين الشريعة والقانون، والضوابط التي يعتبر بها هذا الاختلاط، هل من الانتماء الديني بين الزوجين أو لاختلاف الجنسية كل منهما أو الاختلاف العرقي لهما؟ فما الضابط لاعتبار الاختلاف لإطلاق مصطلح الزواج المختلط بين الزوجين.

الفرع الأول: مفهوم الزواج المختلط

عرّفه الكثير على اعتبارات عديدة، ومن أراد تجنب النقد جمع بين كل الاختلافات بين الزوجين، الدين، العرق، الجنسية الموطن، الثقافة، والقيم، وغير ذلك من الاختلافات بين الشعوب والأمم، في قوله:﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أتقكمالحجرات 13

فعُرِّف أنه: "الزواج المختلط مبني على أسس شرعية وقانونية بين رجل وامرأة ولقاء عابر للحدود الجغرافية تتحكم فيه متغيرات مختلفة كالثقافة والعادات وطرق التفكير ولغة التواصل وطريق والحوار والاختلاف الديانة والقيم". (عون عمار، ص45).

وعرّف في القانون الدولي الخاص أنه:" هو ذلك الزواج الذي يكون فيه كل من الزوج والزوجة يحمل جنسية بلد تختلف عن جنسية الآخر".(يوسف فرج حضيري، ص91)

الفرع الثاني: ضوابط الزواج المختلط

اعتبر الكثير من المفكرين أن الزواج يكون لضوابط أربعة هي الدين والجنسية والعرق والموطن، ومنهم من أضاف اختلافات أخرى ليكون الزواج مختلط بين طرفين أحدهما في بلده والآخر من لإقليم آخر، ويختلفان في الكثير من الأمور.

أولا: الدين يعرف أنه المنهج الرباني الذي بعثه الله لعباده، وهو الشرع الإلهي المتلقى عن طريق الوحي، ويسوق إلى الحق في المعتقد، ﴿إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ﴾ آل عمران19وتعددت الأديان منذ الأزل واتفقت جميعها على عقيدة التوحيد، إلاّ ما اختُلف فيما بينها في الشرائع، وختمت بالرسالة المحمدية التي جمعت كل الشرائع.

ثانيا: الجنسية إن فكرة الجنسية لم تنشء إلا في العصور الوسطى، وهي نظام قانوني وسياسي يربط بين الدولة والشعب تقوم على فكرة الولاء، وهي المعيار التي يعرف بها الوطني من الأجنبي، وقد عرفت أنها تبعية قانونية وسياسية تحددها الدولة ويكتسب الفرد بموجبها الصفة القانونية ".(الوكيل شمس الدين،ص28)، " وينتمي الفرد بمقتضاها إلى دولة

معينة، وهناك نوعين من الجنسية الأصلية تثبت للفرد منذ ولادته، ومكتسبة التي تكتسب بعد الولادة بالتجنس، أو الزواج.

ثالثا: العرق يستخدم في تصنيف البشر إلى مجموعات، تدعى أعراق أو أصناف البشر بحسب اختلاف أصولهم، من صفات بدنية وصفات اجتماعية وثقافية، ووراثية مما يميز الشعوب بعضها ببعض، ويظهر ذلك الاختلاف جليا في العادات والتقاليد والأعراف والثقافات المختلفة.

رابعا: اختلاف البيئات والأعراف الاجتماعية

لكل مجتمع خصوصيته وبيئته التي يتميز بها، والثقافة التي يكتسبها من تلك البيئة بموجب الثوابت التي يتمسك بها والمتغيرات التي تطرأ عليه بالتطور المستمر، فالجاليات المسلمة في الغرب ليست مثل باقي مسلمين العالم العربي الذي هم بدورهم مرتبطين بمنشئهم الوطن الأم.(أمينة بخاوي، ص57)

المبحث الثاني: أحكام الزواج المختلط بغية الحصول على الوثائق الرسمية

يختلف الزواج المختلط الذي ينعقد من أجل مصلحة معينة مثل الزواج بغرض الحصول على الجنسية أو بطاقة الإقامة، من الزواج الحقيقي بين طرفي العقد(الرجل والمرأة) أو زواج على الورق فقط أي صوري، فهذا الأخير لا نتطرق له لأنه لا يمثل أصلا عقد زواج بالمعنى الحقيقي (الشرعي)وإنما هو عقد مدني على الورق له صفة قانونية، تكون نية طرفي العقد على عكس الحقيقة المبرمة بينهما، وهما على اتفاق في إخفاء النية الحقيقة للعقد المبرم بينهما لأجل مصلحة مُبَيَتة وهو مخالفة الحقيقة، أي العقد صوري لا يقصد به الارتباط ولا تحقيق مقصد الزواج ولا تترتب عليه حقوق وواجبات، فهو مبني على الغش والخداع، وهو فاسد منعدم من الناحية الشرعية لعدم توجه الإرادة الحقيقية في إبرامه، وعدم توفر أركانه وشروطه، وخير مثال على ذلك زواج المحلل الذي نهى عنه لقوله رسول اللهρ " لعَنَ اللهُ المُحَلِل والمُحَلَلَ له" (أخرجه الترمذي،ج7 ،ص45)، وأبطل حل المرأة لزوجها الذي طلقها ثلاثا، لأن في الشريعة الإسلامية النهي يقتضي الفساد، ولا تعتد بالعقود الباطلة وإن كانت صحيحة إداريا أو مدنيا لأن الإرادة الحقيقية لم تكتمل وتتوفر في العقد.

وما نتكلم عنه ونتطرق له هو الزواج المختلط الصحيح من أجل تحصيل مصالح، مثل الحصول على الوثائق الرسمية كالجنسية أو بطاقة الإقامة، ولهذا نفصل في أنواع الزواج، نحو أن يكون الرجل مسلما والزوجة أجنبية كتابية أو غير كتابية ، بنية الطلاق أو لا، هل يستوفي شروط الزواج الصحيح ومقاصده؟.

المطلب الأوّل: أحكام الزواج المختلط بالأجنبيات الكتابيات

إذا تطرقنا لأحكام الزواج المختلط، نتكلم على أركان العقد ومدى صحته من الناحية الشرعية، وقد أباح الدين الإسلامي الزواج بالكتابية، وما عليه جمهور المسلمين منذ عهد الصحابة قال الله تعالى: ﴿اليَومَ أُحِلَ لَكُمْ الطَّيِبَات وَ طَعَامُ الذِينَ أُوتُوا الكِتَابِ حِلُ لَكُمْ وَ طَعَامُكُمْ حِلٌ لَهُمْ﴾ المائدة: ٥

وقد خالف ابن عمر ذلك لأنه أنكر زواج الكتابية من النصارى واليهود واعتبرهم من المشركين ، وقال:"ولا أعلم من الإشراك شيئاً أكبر من أن تقول المرأة ربها عيسى وهو عبد من عباد الله". (صحيح بخاري ج7، ص48).

وقال مالك رحمه الله:" أكره نكاح نساء أهل الذمة اليهودية والنصرانية وما أحرمه". (الإمام مالك ج2، ص306)

وقد استخلص ابن عاشور من فحوى الخطاب الآية الخيرية في الزواج بالمؤمنات، في مقابل الأمة المؤمنة التي هي أولى من المشركة.(ابن عاشور،ص111)

وقال الشافعي رحمه الله:" أحب إلي" لو لم ينكحهن مسلم".(الشافعي،ج5، ص7)

وقد أفتى بعض المعاصرين بمعارضة الزواج بالكتابية رغم وجود النَّص الذي يبيح الزواج بها، وذلك سدّا لذَّريعة إذ يقولون بالمنع في العصر الحالي أولى، معللاً ذلك بواقع المرير الذي يعيشه المسلمون، وقد أجازوا ذلك بقيود وضوابط. (القرضاوي ج2، ص102)

الشرط الأوّل: التأكد من كونها كتابية أي ذات ديانة سماوية الأصل، وتؤمن بالله تعالى كأن تكون نصرانية(مسيحية) أو يهودية.

الشرط الثَّاني: أن تكون الزوجة الكتابية عفيفة محصنة بعيدة عن الشُّبهات راجحة في قوله﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فتياتكم المؤمنات﴾ النساء: ٢٥

الشرط الثالث: ألَّا تكون من الشعوب التي تناصب العداء للإسلام والمسلمين، ويكره إذا كانت بدار حرب لأنه إن كان له ولد ثم يتركه في دار شرك تربيه أمه على دينها .

الشرط الرابع: ألَّا يكون من وراء الزواج من الزوجة الكتابية أي ضرر راجح أو أكيد ، ويخشى أن ينتشر الزواج من الكتابيات مما يؤدي إلى عزوف الشباب عن الزواج بالمسلمات.

وما يلاحظ أن هذه الشروط أو القيود قلما توجد في امرأة كتابية ترعرعت في مجتمع غربي منحل أخلاقيا، وضعف المجتمع الإسلامي من جوانب عدة، وأهمها الجانب الأسري وتماسك المجتمع.

وقال بعض المعاصرين:"إن هذا اجتهاد لا يتجاوز النّص ولا يلغي حكمه على نحو دائم، لأن الفتوى تتغيَّر في ضوء الظروف والملابسات، فهو ينصح ويحبذ، ولا يحرّم الزواج بالكتابية، وهذا ما أثر عن عمر من القول كذلك بالمنع ولم يكن هذا خرقًا للنّص أو تعطيلاً له، وليس تحريماً لما أحلَّه الله تعالى، وإنما كان عملاً بمبدأ سدّ الذَّرائع لظروف خاصة رآها ولمصلحة

توخاها، وعلَّله بالخشية أن يتهاونوا في شرط الإحصان، ويتزوجوا غير المحصنة، والخوف من افتتان المسلمات، كأن يتمادوا في الزواج من الكتابيات ويعزفوا عن المسلمات، وربما يؤدي الأمر إلى مفاسد كبيرة، ولأنَّ الكتابية ليست ممَّا يعين المسلم على دينه، فكانت رعاية المصلحة وسدّ الذَّرائع وراء موقف سيدنا ابن عمر. (القرضاوي ص56)

وهي نفسها المصلحة التي تتحرَّاها الدول سدًّا للذَّريعة في منع بعض المباحات من طرف ولاة الأمور، مثل منع كبار ضباط وجنرالات الجيش ورجال السلك الدبلوماسي ورجال المخابرات والأمن من الزواج بأجنبيات سدًّا للذَّريعة، بناءً على مصالح واعتبارات وطنية وحفاظاً على أسرار الدولة، خشية تسربها إلى جهات معادية عن طريق النّساء.(المرجع نفسه ص 77)

المطلب الثاني: أحكام الزواج المختلط بالأجنبيات غير الكتابيات

الفرع الأول: الأجنبيات غير الكتابيات وأصنافهن

تختلف أصناف النساء غير الكتابيات من الوثنيات والمشركات، والشيوعية والعلمانية وعبدة البقر والنار، والكواكب، وغير ذلك من أنواع الكفر، اللواتي لايدينون بأي دين سماوي، ولا ينتمون إلى أي عقيدة ، إلا عقيدة هم اختلقوها من هوى أنفسهم، كما كان في الماضي من المشركين عبدة الأصنام والأوثان، ومن ملحدين الذين لا يعتقدون بعدم وجود المعبود نهائيا، ولا حول ولا قوة إلا بالله منهم.

ولا ننكر تأثير الفكر الغربي والحضارة الغربية على حياة المجتمعات المسلمة أو العربية، فالغرب يصدر العلم والتقنية والصناعة ويصدر مع كل ذلك نمط عيشه وأسلوب حياته: طريقة لباسه ونوعية أكله ومختلف معاملاته وتصرفاته، انه يفرضها فرضا بواسطة الكتب والمجلات والصحف والإذاعات المسموعة والمرئية وغيرها من الوسائط الإعلامية والمعلوماتية، إن الأسرة في الغرب تفككت أواصرها وتهدمت دعائمها وتفكك تبعا لذلك المجتمع وصدق عليه قول الله تعالى :﴿تحسبهم جميعا وقلوبهم شتىٰ﴾الحشر 14

لأجل ذلك فإن الأسر المسلمة المقيمة في الغرب تواجهها تحديات عديدة ولا عاصم لها إلا تلك القيم والمبادئ السامية الإسلامية التي أشرنا إليها سابقاً، ولا يتأتى إلاّ كانت الزوجة تحترم الدين الإسلامي ولا تحاربه.

أفتى بعض العلماء المعاصرين إلى تحريم زواج المسلم بالكتابية في ظل الأوضاع الراهنة التي فقد فيها المجتمع المسلم مكانته، وطغت القوانين الوضعية على أحكام الشريعة، واستعلى فيها أهل الكتاب على المسلمين وأذاقوهم صنوف الاستعمار والغزو الثقافي، فقد يرى بعضهم عدم جواز زواج المسلم من الكتابيات في هذا الزمان، لما يتسبب فيه من طغيان ونصرة القوانين الغربية للمرأة إذا اختطفت أطفاله، مما يجعلهم عرضة لإتلاف دينهم؛ في حين يقيد هذا الحكم الشيخ يوسف القرضاوي ويحصره في الجاليات الإسلامية في الخارج حيث يقول: " إذا كان عدد المسلمين قليلا في بلد – كجالية من الجاليات – فالراجح هنا أن يحرم على رجالهم زواجهم بغير المسلمات لأن زواجهم بغيرهن في هذا الحال مع حرمة زواج المسلمات من الآخرين قضاء على بنات المسلمين أو على فئة غير قليلة منهن بالكساد والبوار، و في هذا ضرر محقق على المجتمع المسلم، وهو ضرر يمكن أن يزال بتقييد هذا المباح وتعليقه إلى حين(يوسف القرضاوي1976ص176)، وأما حيث يقول بعضهم:" والجمهور على أن الكتابية إذا كانت زانية لا يجوز زواجها، ونفهم من هذا حكم الزواج بالغربيات إذ يندر في عصرنا أن توجد غربية محصنة، إلا إذا وجد العنت فيأخذ الإنسان في هذه الحالة بالقول الآخر(المرجع نفسه).

الفرع الثاني: حكم الزواج المختلط بغير الكتابيات

قال الله تعالىﷻ وَلا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَى يُؤمِنُوا وَلَعَبِد مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمﷻالبقرة: ٢٢١

لا يجوز الزواج بغير الكتبيات وهنّ على أصناف كثيرة ولا سيما في عصرنا الحاضر، لأنها كثرت المعتقدات والخروج على الفطرة السليمة وذلك كل جرّه التطور التكنولوجي، إضافة للموروث الذي تركه السابقون من الأمم من معتقدات

مظلمة وفاسدة أدت إلى كثير من الانحراف العقدي على الأمم عامة، وهذا ما نراه في عبدة النار والبقر والكواكب، وغيرها من المعتقدات الكفر والشرك، قال الله تعالى:﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ ممتحنة 10

ليس المراد بالزوجية قضاء الشهوة فقط، وإنما المراد بها تعاقد الزوجين على المشاركة في شؤون الحياة والاتحاد في كل شيء، وإنما يكون ذلك بكون المرأة محل ثقة الرجل يأمن منها على نفسه وولده ومتاعه، عالما أن حرصها على ذلك كحرصه، لأن حظها منه كحظه، وما كان الجمال الذي يروق الطرف ليحقق في المرأة هذا الوصف، ولكن قد يمنعه التباين في الاعتقاد الذي يتعذر معه الركون والاتحاد، والمشركة ليس لها دين يحرم الخيانة ويوجب عليها الأمانة ويأمرها بالخير وينهاها عن الشر، فهي موكلة الى طبيعتها وما ترتب عليه في عشيرتها، وهو خرافات الوثنية وأوهامها وأماني الشيطان وأحلامها، فقد تخون زوجها وتفسد عقيدة ولدها، فإن ظل الرجل على إعجابه بجمالها كان ذلك عونا لها على التوغل في ضلالها وإضلالها؛ ولهذا حرم الشرع بنصوصه وبالإجماع الزواج من الكافرة والمشركة والوثنيات، وهو عقد باطل بطلان تحريم.

المطلب الثالث: البعد المقاصدي للزواج المختلط بغرض الحصول على الجنسية والإقامة

قال ابن عاشور:" فمن نظام الزواج، ونظام النسب، ونظام المصاهرة، تكون العائلة". (ابن عاشور، ص251).

والمستقرئ لمجمل الأحكام الشرعية المتعلّقة بالزواج يجد أنّها محكومة كلّها بمقاصد يبغي الشارع تحقّقها في هذا الزواج ليحقق بدوره للمقاصد العليا للشريعة فيما يتعلّق بالإنسان والغاية من وجوده والدور المناط بدوره في الحياة.

الفرع الأول: مقاصد الزواج

1-**مقصد حفظ النسل:** لعلّ المقصد الأوّل من مقاصد أحكام الشريعة في الزواج هو حفظ النوع البشري، فاستمرارية هذا النوع مثل كلّ الأنواع الحيّة لا تتمّ إلاّ بالتزاوج، والإنسان بالنظر إلى الدور المطلوب منه لا يمكن حفظ نوعه على الوجه الذي يقتضيه ذلك الدور إلاّ من خلال التزاوج الأسري، ومن ثمّة شرّعت الأحكام المتعلّقة بالأسرة قاصدة إلى حفظ النوع الإنساني بما يتلاءم مع الهدف من وجوده.

2-**مقصد الإفضاء:**

قال الله تعالى﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾النساء 21 ومن هذا القول يمكن استنتاج مقصد عظيم من مقاصد أحكام الأسرة، وهو مقصد إفضاء الزوجين إلى بعضهما، والإفضاء في اللغة هو الوصول إلى المكان والانتهاء إليه بعد قطع الفضاء الحائل دونه، وقد استعير لفظ الإفضاء للكناية عن العلاقة بين الزوجين ويكون بالإفضاء الجنسي والنفسي.

والإفضاء الجنسي: المتعة تحسب غاية من غايات الزواج، وقد أولتها الشريعة الإسلامية في أحكامها وتوجيهاتها الأهمّية البالغة التي تتناسب مع هذه المقصدية، وجماع ذلك ما جاء في الدين من حثّ على التمتّع بهذه النعمة حثّا يبيح أن يبلغ ذلك التمتّع أقصى ما يمكن من الكمال قال الله تعالى﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ ﴾ البقرة: ٢٢٣

أما الإفضاء النفسي المقصود به ما يحصل بزواج من راحة نفسية بالمودّة والألفة والسكن والأمن، وقد أفادت آيات وأحاديث كثيرة أنّ هذا الضرب من الإفضاء هو أحد المقاصد الأساسية للشريعة في شأن الأسرة، ومن ذلك وقول تعالى﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾الأعراف: ١٨٩

مقصد التماسك الاجتماعي:

إذا كانت للأحكام الشرعية مقاصد تروم تحقيقها في ذات الزواج، في عيش أفراد الأسرة المشترك فيما بينهم، وإشباعا لأشواقهم في البقاء بحفظ النسل، فإنّ لها مقاصد تروم تحقيقها في المجتمع من خلالها؛ ذلك لأنّ تكوين الأسرة وهي الخليّة الأولى من خلايا المجتمع، فمستقبلها من نهضة يتوقّف إلى حدّ كبير على ما تكون عليه تلك الأسرة من حال التماسك أو التفكك، وإذن فإنّ الزواج في الشريعة الإسلامي ميثاقا غليظا، وبه يكتمل بناء مجتمع قويم متماسك، فينبغي إذن أن تُبنى الأحكام الشرعية المنظّمة له على ما يؤدّي إلى مقاصدها في المجتمع بالإضافة إلى ما يؤدّي إلى مقاصدها في ذاتها قال الله تعالى: (يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله رقيبا) النساء: ١

الفرع الثاني: مقاصد الزواج المختلط بغرض الحصول على الجنسية وبطاقة الإقامة

إنّ أفضل أنواع الزواج ما تلاقت فيه الرغبات وتعارفت فيه الأرواح من خلال اتحاد العقيدة والأهداف في تناسق تتلاقح فيه المودة والرحمة، فتطيب الحياة وتسعد الأسرة وتتأصل أواصر المجتمع، وهذا هو منطق القوانين الاجتماعية عبر التاريخ في إيجاد التناغم والتوازن والتلاحم بين مختلف المجالات، ومنها الزواج بمفهومه الحقيقي.

إن المتتبع لواقع الشباب المهاجرين بطرق غير شرعية لأروبا وخاصة دول الحوض البحر الأبيض المتوسط، يجد أن هذه الفئة تلجأ للزواج من أجل اكتساب الجنسية والإقامة ببلد الهجرة، لما تمليه قوانين ذلك البلد، وهناك حالات كثيرة لمثل هذه الزيجات ، منها ما هو صوري فقط، ومنها ما هو زواج صحيح فيه بعض الشبهة من حيث عدم تكافؤ الزوجين، من حيث فارق السن، أو الحالة الاجتماعية والصحية والأخلاقية للزوجة، فهناك فارق يلغي الكفاءة بين الزوجين لمصلحة الزوج وربما كذلك مصلحة الزوجة التي قد تكون مادية تنتهز فيها فرصة حاجة الشاب للوثائق اللازمة له من أجل إقامته الشرعية في بلد الهجر(عائشة الفتي ص21)، وقد يشترط فيه الطلاق بعد الحصول على مقصوده، أو أنه لا يشترط ولكن يقصده بمجرد حصوله على وثائقه، ينقلب عليها أو يهجرها، وهذا المبدأ يسلكه غالبية الذين يبرمون هذه العقود الزائفة.

قاعدة القصود في العقود معتبرة

ورغم أن الرغبة في الزواج بحقيقته وأركانه وشروطه غير متحققة، لأن النية هي روح العمل، ونية المتزوج من أجل مصالح أخرى ترتبط بإقامته وعمله أو دراسته، قال ابن القيم رحمه الله:" فالنية روح العمل ولبه وقوامه وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها والنبي صلى الله قد قال كلمتين قد كفتا وشفتا وتحتهما كنوز العلم وهما قوله (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى)". (ابن القيم الجوزيةج3، ص111)، فهل يمكن القول أن مقاصد الزواج قد تحققت في هذا النوع من الارتباط المدني من أجل مصالح أخرى التي تقتضي بذلك العقد المدني قاصدا بها مآربه قال الله تعالى:(ل لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ) البقرة: ٢٢٥

وإن اعتبر العقد صحيح والرضا بين طرفي العقد بمصلحة لكل منهما، فالعقد مدنيا صحيح، لكنه شرعا هو عقد فاسد باطل، وفيه تحيّل على كتاب الله وميثاقه وإن يقصد بها حلالا، فهو استهزاء بمواثيق لله وكتابه، وما ينجر عنه من مفسدة في آثاره التي تنعكس عليه أو على الطرف الآخر، ومن ذلك العقوبات المدنية والتجريم في مخالفة القوانين التي اعتبرها لمصلحته دون النظر إلى المفسدة المحققة من ذلك الزواج.

قاعدة اعتبار المآل

إن الأسرة المسلمة الناشئة على مقاصد الدين وأحكام الشريعة هي الآن خط الدفاع الأول في وجه الاستهداف العلماني الذي ينشر الكفر والفسوق والخروج عن الفطرة السليمة، ويتزين بالشعارات البراقة، ويمارس العنف والكراهية لاختراق الأسرة المسلمة، وللإحاطة بمقوماتها وأن نشد بنيانها، ونعلي أركانها على المنهاج القويم الذي يبلغنا سعادة الحياة الدنيا وصلاح العقب(قزويني مصطفى مرتضى، ص123)، فمآل هذه الزيجات هو تحطيم الشباب المسلم وهدم بنيان لأسرة الحقيقي والسليم، بالتالي طمس تعاليم الإسلام بهذه القوانين الجائرة، التي تقضي علة مقومات الفرد المسلم في الغرب، وتحاصره ليرتد على دينه، فهذا الزواج الذي يرام منه الدعوة إلى الله وتربية نشء مسلم بالغرب ونشر تعاليم المحمدية السمحاء، ينقلب على ذلك الشاب بالنكبة وخسران الدنيا والآخرة.

كما أنه إذا نوى المفارقة بمجرد الحصول على وثائقه الرسمية من جنسية وإقامة، اعتُبِر عقده فاسد،بعلمها أوبدونه، لأن فيه التأقيت ويشبه زواج المتعة المشروط (الباطل)أو زواج المحلل المنهي عنه، الذي لا ينبني على أسس حقيقة ترعاها الشريعة الإسلامية في تشريع الزواج منها العشرة الدائمة، وإنجاب الولد والسكن، أي التأبيد وكلها منعدمة في هذا اعقد الظاهر منه الصحة بالتراضي، ولكن مل ما يؤدي إليه هو المفسدة راجحة تسيء إل سمعة الإسلام والمسلمين (مجمع الفقه الإسلامي دورة 18 ، 2006).

خاتمة

الحمد لله الذي تتم به الصالحات، فبعد هذا الجهد الزهيد نستطيع القول أننا استخلصنا بعض النتائج هي:

1إنّ مفهوم الزواج المختلط ليس له مرجعية شرعية، وإنما هو مفهوم قانوني بحت، أطلق لاختلاف الجنسية والبلد.

2 لم تنصف القوانين الوضعية والدولية كل من الشباب المهاجرين والجالية التي تضطر للبقاء في المهجر.

3 العقود التي مقاصدها لا تتفق مع المقاصد الشرعية تعتبر فاسدة بموجب الأحكام والقواعد الشرعية الضابطة لها.

4 إن حكم الزواج بغير الكتابيات فاسد وليس له مرجعية فقهية ولا يعتبر عقدا بالمفهوم الشرع.

5 تمزيق آصرة الزواج بهذه العقود الباطلة، ولو كان في مقصدها مصلحة للفرد المسلم.

6 عواقب الزواج المختلط لمصلحة أخرى على الأبناء والأجيال القادمة، وإنعكاساته السلبية على الجالية المسلمة في المستقبل.

توصيات

1 حث الشباب المسلم على التحري بالشرع الإسلامي واليقظة من التدني في معاملات غير شرعية تؤدي به إلى الهاوية، كما يجب على منظمة الاجتهادية لفقه الأقليات النصح لهذه الفئة بكل الوسائل الإرشادية والإصلاحية.

2إصلاح المنظومة القانونية الدولية التي تخص المهاجرين، من أجل عدم لجوء المهاجرين للعقود غير شرعية.

3 تعويض قانون اكتساب الجنسية بقوانين أخرى بديلة تناسب كل بلد حسب ثقافته، لتفادي اللجوء للمواثيق المقدسة.

قائمة المصادروالمراجع

- **القرآن الكريم**
- أبو بركات الدرديري، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف مصر ص332
- الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، ط3 ، ص123
- أمينة بخاوي ، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير في القانون الولي الخاص ، جامعة تلمسان 2011/2010
- الترميذي، سنن الترميذي، تح أحمد شاكر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ط2 1395هـ ح 1120
- البخاري صحيح البخاري، تح :محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق الحمامة، ط1، 1422هـ كتاب الطلاق، باب ولا تنكحوا المشركات، ح رقم 5285 ج7 ص48
- مالك المدونة ادار الفكر ، بيروت
- الشافعي، الأم ،مكتبة الكليات الأزهرية
- القرضاوي فتاوى معاصرة دار الفكر بيروت ج1
- ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مكتبة الأزهرية ، قاهرة (د ط ت)، ج2،
- قزويني مصطفى مرتضى، أحكام الزواج المختلط في لفقه الإسلامي على المذاهب الإسلامية الخمسة، دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع، 2011
- مغني المحتاج الشربيني، دار الفكر ،بيروت
- مجمع الفقهي الإسلامي، عقود النكاح المستحدثة،مكة المكرمة، دورة18، 12-04-2006م
- ابن عاشور طاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية،تح: محمد الحبيب ابن خوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2004م،
- عون عمار الزواج المختلط دراسة مقارنة جزائري عربي وجزائري أجنبي رسالة ماجستير كلية العلوم الاجتماعية وهران ص45
- الوكيل شمس الدين، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشأة المعارف الإسكندرية ط1 1964م، ص28
- القرضاوي، يوسف، الحلال والحرام في الاسلام مصر، مكتبة وهبه، ط 10، 1976، ص(176 – 177).
- معجم الوسيط مجمع اللغة العربية القاهرة ط5، 2011م

النظام العام في القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد عقد الزواج المختلط

The effect of public order in the applicable law on the conditions of the mixed marriage contract

م. م سبأ يحيى يونس العبيدي
مدرس القانون المدني المساعد جامعة الامام جعفر الصادق (ع) / كركوك جمهورية العراق
Sabaa Yahya Younis Al-Obeidi
Imam Jaafar Al-Sadiq University / Kirkuk - Assistant teacher of civil law
The Republic of Iraq

الملخص:
إن الزواج على ارتباط وثيق بالنظام العام لاتصاله بأسس دينية فالشريعة الإسلامية ضبطت الزواج المختلط وقيدته بقيود لا يجوز مخالفتها , وإذا كان الزواج المختلط ظاهرة قانونية في مجال القانون الدولي الخاص، كونه أكثر العلاقات تعرضا للتنازع بين القوانين، لأن الأنظمة التشريعية الدولية أخضعت مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة والزواج بصفة خاصة إلى قواعد وأحكام آمرة كونه وثيق الصلة بالمفاهيم السياسية والاجتماعية والدينية ,فهذه الاختلافات التشريعية شكلت المنبع الرئيسي لنشؤ النزاعات القانونية الدولية، وهي اختلافات تتمحور في غالب الأحيان حول أحكام عقد الزواج و شروط انعقاده ، وهي اختلافات سائدة خاصة بين الأنظمة العربية الإسلامية والدول الغربية. كل هذه الاختلافات جعلت القاضي يعلق تطبيق القانون الأجنبي المختص بشرط عدم المساس بالأسس الجوهرية لنظامه القانوني الوطني وهذا ما يعرف بالنظام العام , ان الدفع بالنظام العام في نطاق العلاقات الخاصة الدولية استثناء على القاعدة الأصلية التي تقضي بتطبيق القانون الأجنبي، فيعمل على استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق متى كانت أحكامه متعارضة مع النظام العام في دولة القاضي. وعليه، يلعب النظام العام دورا هاما في حماية الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي

الكلمات المفتاحية: النظام العام, الشروط الموضوعية , الشروط الشكلية، الزواج المختلط

Abstract:
Marriage is closely linked to the public order due to its connection with religious foundations. Islamic law regulated mixed marriage and restricted it with restrictions that may not be violated. In general, and marriage in particular to peremptory rules and rulings being closely related to political, social and religious concepts. These legislative differences constituted the main source for the emergence of international legal disputes They are differences centered in the spreadsheets of Islamic and Western countries. All these technical forms of common charges in some other rights that I added to the previous community, abroad, abroad, the new law whenever its provisions are inconsistent with the public order in the state of the judge. Accordingly, public order plays a role in protecting the fundamental foundations of the law.

Key words: general order, objective conditions, formal conditions, mixed marriage .

المقدمة

نظرا لخصوصية هذا الموضوع, فأننا سنتناول في مقدمة الموضوع ما يلي:

أولا: مدخل تعريفي بالموضوع

يعد الزواج المختلط من أهم القضايا في المجتمع، لأنه يمثل حالة استثنائية من الزواج الذي يتم بين طرفين مختلفين في الجنسية والولاء السياسي والمرجعية الاجتماعية والثقافية وبالأخص الدينية , حيث يؤثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق في شأن شروط انعقاد عقد الزواج المختلط المشار إليها في قواعد الاسناد, فالزواج قد يكشف عن تميزه وخصوصيته التشريعات الوطنية بشكل واضح باعتبار انه مرتبط بنواحي أساسية لتنظيم المجتمع, و ان الانظمة القانونية مختلفة فالبعض يعتبرها رابطة دنية محضة و البعض الآخر يعتبرها رابطة مدنية بحتة ,ومن هنا انفسح المجال لتنازع القوانين و برز دور النظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يختلق و مفاهيم النظام العام للبلد المراد تطبيق القانون فيه.

ثانيا: أسباب اختيار الموضوع

نحاول في تحديد مفهوم هذا البحث الإجابة على جملة من التساؤلات في مقدمتها ما هو النظام العام و ما هي شروط انعقاد عقد الزواج .

بيان مدى دور النظام العام باعتباره صمام الأمان الذي يحمي الاسس الجوهرية في مجتمع قانون القاضي بمنع تسرب و انفلات القوانين الأجنبية المتعارضة جذريا مع هذه الاسس.

ممارسة القاضي سلطته التقديرية في كون المسألة من النظام العام أم منعدمه, و هل هي مسألة واقع ام قانون و رقابة محكمة التميز عليها.

تسليط الضوء على انواع خاصة من الزواج كزواج الموتى وزواج المثليين و غيرها التي سيتم التطرق اليها في البحث.

ثالثا : منهجية البحث

اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي لنصوص القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

أولا/مفهوم أثر النظام العام في القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد عقد الزواج المختلط

لبيان مفهوم أثر النظام العام في القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد عقد الزواج المختلط يتعين علينا أن نبين تعريف النظام العام أولا و بيان تعريف شروط انعقاد عقد الزواج المختلط ثانيا, من أجل توضيح فكرة مفهوم النظام العام و مضمونه وكذلك توضيح مفهوم شروط الانعقاد و مضمونها, من ثم بيان أثر النظام العام في القانون ا لواجب التطبيق على شروط انعقاد عقد الزواج.

لذا ارتئينا لتقسيم الموضوع إلى ما يلي:

1_تعريف النظام العام و شروط انعقاد عقد الزواج المختلط

لبيان التعريف بشكل دقيق لابد من تقسيمه ووفقا للاتي:

أ/تعريف النظام العام في القانون الدولي الخاص

إن فكرة البحث في تحديد تعريف للنظام العام هو بحد ذاته مغامرة في الرمال المتحركة (مالوري، 1953، صفحة 3).

إذ أن فكرة النظام العام متغيرة بتغير المكان والزمان , لذا من غير الممكن تبني تعريف مشترك للنظام العام لوسع نطاقه , لكن فقهاء القانون الدولي الخاص اتفقوا على تعريف الكامن من الفكرة.

فعرفه جانب من الفقه (الهداوي و الداودي، 2017، صفحة 179)، بأنه سلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يمكن تطبيقه لازما في الأصل إذا ما ظهر تعارض أحكامه للمفاهيم الوطنية الجوهرية , و أخذت الكثير من التشريعات هذا المبدأ ومنها القانون العراقي على الرغم من أن القانون العراقي لم يورد تعريفا للنظام العام لأنه التزم السكوت في تعريف النظام العام الدولي لعدم تعريف قواعد الاسناد له , حيث أنه اكتفى في نص المادة (32) من القانون المدني العراقي بإيراد مفهوم عام للنظام العام جاء فيه بمنع تطبيق القانون الأجنبي في حال تعارض أحكامه مع فكرة النظام العام. (*)

و بذلك نستنتج أن المشرع العراقي قد ترك تحديد المقصود بالنظام العام لسلطة القاضي التقديرية ليحدد ما إن كان القانون الأجنبي يتعارض مع فكرة النظام العام لدولته .بمعنى افساح المشرع العراقي الأمر للقاضي في كل واقعة تعرض عليه لينظر ما إذا كان حكم القانون الأجنبي المختص فيها يتعارض مع النظام العام في دولته أم لا، وهو يحدد مفهوم النظام العام السائد في دولته في الوقت الذي يصدر حكمه، لأنه هو الوقت الذي يتم فيه تطبيق القانون الأجنبي، وعندما يصطدم ذلك القانون وقت تطبيقه مع المفاهيم القانونية السائدة في بلد القاضي، فإنه يمتنع عن العمل به، ولكن تمتع القاضي بهذه السلطة التقديرية في تحديد ما هو من النظام العام لا يعني أن في مقدوره أن يفرض في هذا المجال نظرته الشخصية للأمور، بل يجب عليه أن يتقيد في تقديره للنظام العام بالأفكار السائدة في مجتمعه والتي تتماشى مع مصالح الجماعة, وأن يبني تصوره في ذلك على تصور الجماعة بأسرها ويستقرى الأوضاع العامة السائدة في المجتمع من جميع النواحي ويتقيد بما تعارفت عليه الأكثرية الساحقة من الناس الأسوياء بهذا الشأن ويتجرد من محاولة إحلال الآراء الشخصية محل العدل ورأي المجتمع، وأن يهتدي بتروي وحكمة بالأفكار السائدة في مجتمعه وبيئته ويراعي الشعور العام لدى الجماعة بعيدا عن تفكيره الخاص ومثله الذاتية ومعتقداته وتصوراته الشخصية (الهداوي و الداودي، 2017، صفحة 185).

مهمة القاضي في هذا الصدد لا شك عسيرة عند تقديره وتحديده متطلبات النظام العام، ويخضع هذا التقدير والتحديد كأية مسألة قانونية أخرى لرقابة محكمة التمييز. ولكنه بما أوتي من ثقافة قانونية وفطنة قضائية وحكمة ونفاذ بصيرة ومن ورائه محكمة التمييز، فإنه يستطيع التوصل إلى المبادئ السليمة في ذلك (نصر الله، 1962، صفحة 85) .

وقد يثار التساؤل هل يتعين على القاضي الرجوع إلى وقت نشوء العلاقة لتبين مدى معارضتها للنظام العام أم عليه التقييد بالمفهوم السائد للنظام العام وقت نشوء النزاع؟

* نصت المادة(32)من القانون المدني العراقي على (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق)

للإجابة على هذا التساؤل نذهب مع رأي جانب من الفقه (رياض و راشد، 1998، صفحة 137)، وجوب تقيد القاضي بمفهوم النظام العام السائد في بلده وقت رفع النزاع , فإن ثبت تعارض القانون الأجنبي يتم استبعاده وإن لم يكن متعارضا مع فكرة النظام العام وقت نشوء العلاقة موضوع النزاع.

عليه ووفقا لما سبق يمكننا تعريف فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص بأنه ((وسيلة اجرائية لاستبعاد القانون الأجنبي الذي لا يتلاءم و الأسس الجوهرية لقانون دولة القاضي , و هو فكرة مرنة تتطور وفقا للظروف المكانية و الزمانية و مسألة تقديرها مناطة لسلطة القاضي التقديرية وتخضع لرقابة محكمة التمييز))

ب/تعريف شروط انعقاد عقد الزواج المختلط

قبل البدء بتعريف شروط انعقاد عقد الزواج المختلط لابد أن نبين ما المقصود الزواج المختلط و من ثم نبين تعريف شروط انعقاده.

عقد الزواج المختلط هو ذلك الزواج الذي يتم بين طرفين من جنسيتين مختلفتين, و عرفه جانب من الفقه بأنه (العبودي، 2015، صفحة 88).

الزواج الذي يكون فيه الزوجين مختلفي الجنسية عند إبرام عقد زواجهما، أي الزواج الذي لا يكون فيه الزوجين من جنسية واحدة. ويترتب على الزواج المختلط آثارا قانونية على جنسية الزوجين.

تتنوع شروط عقد الزواج بحسب ما اذا كانت تتعلق بأثبات عقد الزواج و اضفاء الصفة الشرعية على مستنده وهو ما يصطلح عليها بالشروط القانونية أو كانت تتعلق بانعقاد عقد الزواج ويطلق عليها شروط الانعقاد , أو بصحته و يطلق عليه شروط الصحة, أو بنفاذه و تسمى شروط النفاذ, أو بلزومه و تسمى بشروط اللزوم و هي الشروط الشرعية او الموضوعية لتعلقها بالجانب الشرعي إلا أن المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية لم تفصلها وإنما أجملتها, أو تكون شروط لتوثيق العقد وهي الشروط الشكلية ، عليه فإن شروط عقد الزواج هي نوعين:

النوع الأول : الشروط الموضوعية:

الشرط الموضوعي في عقد الزواج هوما يتوقف وجود الشيء على تحقيقه, وهي حجر الأساس في عقد الزواج في جميع الأنظمة القانونية باعتبارها العنصر الجوهري لإعطاء العقد الصفة الشرعية , ولأهميته نظمته كافة التشريعات ونظمها المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 في المادة السادسة حيث نصت على (1- لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد أو الصحة المبينة فيما يأتي : -

(أ) اتحاد مجلس الإيجاب والقبول .

(ب) سماع كل من العاقدين كلام الآخر واستيعابهما بأن المقصود منه عقد الزواج .

(ج) موافقة القبول للإيجاب .

(د) شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج .

(هـ) أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة)وإن تخلف أي شرط من الشروط الموضوعية يؤدي إلى بطلان عقد الزواج, أما بالنسبة لشروط الصحة وهي الشروط التي لو تخلفت كان العقد فاسدا , وهذه الشروط هي الشهادة على عقد الزواج (*) والتأبيد فلا يصح ان يكون العقد مؤقتا .

وفيما يتعلق لقواعد الاسناد المتعلقة بهذه الشروط فقد نظمها القانون المدني العراقي في المادة (19/1) حيث نصت على (1- يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين....)

بعد تحديد ما يعتبر من الشروط الموضوعية نصل إلى جوهر الموضوع الا وهو تحديد القانون الواجب التطبيق عليها في عقد الزواج المختلط, وإن المشرع العراقي اسند المنازعات بهذا الشأن إلى قانون كلا الجنسين ففي فرض ان كلاهما من جنسية واحدة فلا إشكال في ذلك لكن الاشكال يثار عند اختلاف الجنسيات فكيف نواجه هذه الاشكالية و ما هي حلول الفقه؟ أخذ المشرع العراقي بضابط الجنسية كما هو في كافة مسائل الأحوال الشخصية ولم ينص على تحديد وقت معين لإسناد الشروط الموضوعية إلى قانون كلا الزوجين وهذا خلل في النص يستوجب المعالجة, ففي هذه الحال سنكون أمام تنازع متحرك فلا بد من تحديد وقت الاعتداد بالقانون الشخصي للزوجين لأن الجنسية يمكن تغيرها .

كما أن هناك حالة تعدد الجنسيات فكيف نختار ما يطبق على الشروط الموضوعية؟ و في أي وقت؟ بالعودة للفقه نرى أن جانب من الفقه (الهداوي و الداودي، 2017، صفحة 105) يذهب إلى اخضاع الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية كلا الزوجين وقت انعقاد العقد لا وقت النزاع أما في حال تعدد الجنسيات لأحد الأطراف وكان من بينهم الجنسية العراقية فالقانون العراقي هو الذي يطبق ,أما إن لم تكن موجودة فيختار القاضي الجنسية الفعلية أي الأكثر ارتباطا بها ,وهذا ما نستخلصه من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا إذ لا يوجد نص يحدد الجنسية الفعلية في القانون العراقي حيث نصت المادة 30 من القانون المدني العراقي على (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا)

والاشكالية تثار في هذه الحالة عند تطبيق قانون كلا الزوجين في حال اختلاف جنسيتهما , يذهب الرأي السائد من الفقه (جمال الدين، 2006، صفحة 223) .

يرى البعض تطبيق القاعدة التي تعطي الاختصاص في الزواج إلى قانون كل من الزوجين تطبيقا جامعة Application Commulative ويكون باستيفاء الشروط الموضوعية المقررة في قانون الزوج والزوجة في كل منهما أي اجتماع شروط القانونين معا في كل واحد منهما ويؤدي تطبيق هذه القاعدة عملا إلى ترجيح القانون الأشد ، فالقانون الإسباني مثلا يمنع الزواج من مطلقة أجنبية ، والقانون السويدي يمنع الزواج بسبب الإصابة بأمراض معينة . فالتطبيق الجامع يؤدي إلى العمل به وإن لم ينص عليه في قانون الزوج الآخر ويرى آخرون بتطبيقهما تطبيقا موزعة Application Distributive أي يكفي لانعقاد الزواج صحيحا أن يتوافر في كل من الزوجين الشروط التي يتطلبها قانونه فقط دون الأخذ بنظر الاعتبار ما يقرره قانون الزوج الآخر (منصور، 2001، صفحة 396).

النوع الثاني: الشروط الشكلية تعد الشكلية في عقود الزواج من المستلزمات الأساسية لإثبات واقعة الزواج عند انكار أحد أطرافه, فضلا عن ذلك هو مستند رسمي و وسيلة قانونية لازمة في أي نزاع قانوني ينظره القضاء سواء فيما يخص اثاره أو انقضاءه. أما بالنسبة لقاعدة اسنادها فقد نظمها المشرع العراقي في نص المادة (19/1) حيث نصت على

(*) ينظر الفقرة (د/المادة السادسة)من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

(...، أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين)) فزواج عراقي من عراقية في فرنسا يخضع بحسب قواعد الاسناد الفرنسية للقانون العراقي فيما يتعلق بشروطه الموضوعية اما من جانب شروطه الشكلية فالزواج يعد صحيحا اذا استوفى الشكلية المقررة في قانون محل الابرام (القانون الفرنسي)، أ الشكلية المقررة في القانون العراقي عن طريق توثيق العقد أمام القنصل العراقي في باريس مثلا، وإذا اختلفت جنسية الزوجين كما لو كان أحدهما عراقي و الآخر ألماني فالعقد يعد صحيح شكلا إذا استوفى الأشكال المقررة في القانونين ،ويقتضي هنا من الزوجين توثيق العقد أمام القنصل العراقي ثم أمام القنصل الألماني في فرنسا ،ويسري القانون الذي يحكم الشروط الشكلية على اثبات الزواج للصلة الوثيقة ما بين شكلية العقد واثباته لأن كلاهما عبارة عن صيغ فنية وقد أكدت المادة (1/13) على هذا الحكم فأخضعت اثبات التصرف القانوني لقانون محل اجرائه (1*).

ثانيا/أثر النظام العام في القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد عقد الزواج المختلط

بعد ان بينا المفاهيم لكل من النظام العام و شروط انعقاد عقد الزواج سنسلط الضوء على أثر النظام العام في القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد عقد الزواج المختلط و لأجل ذلك لا بد أن نبين ما هو الأثر على الشروط الموضوعية و الشكلية كلا على حدا لذا ارتئينا لتقسيم الموضوع وفقا للاتي:

1_أثر النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية في عقد الزواج المختلط

نالت الشروط الموضوعية مكانة مهمة في التشريعات العربية بشكل عام و التشريع العراقي بشكل خاص لأنها مستمدة من الشريعة الإسلامية، فحماها القانون بقواعد امرة غير قابلة للخرق حتى بالنسبة للقواعد الأجنبية الواجبة التطبيق بموجب قاعدة الاسناد الوطنية, في حال كانت الأخيرة تنتهك بأحكامها النظام العام لقانون القاضي و لكي يدفع و يستبعد القاضي القانون الأجنبي لا بد من توافر شروط:

1- أن لا يكون عقد الزواج مبرما في دولة القاضي لان نشؤه في دولة القاضي بصورة قانونية لا يستدعي المساس بالنظام العام.
2- أن تتضمن القاعدة الأجنبية الواجبة التطبيق حكما يخل بالمبادئ التي تبنى عليها عقود الزواج (زكي، 1969، صفحة 173).

كالقانون الذي يبيح الزواج بين كتابي ومسلمة , فلو عرض نزاع امام محكمة الأحوال الشخصية في كركوك حيث ادعت المدعية أنها من جنسية ألمانية و أنها تعتنق الديانة الإسلامية و تطالب زوجها المسيحي ألماني الجنسية بتصديق الزواج الخارجي .

فالقاضي في هذا الفرض سيقوم بتكييف النزاع المعروض حيث نصت المادة (17) من القانون المدني على (1 – القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها ومن ثم يعطي الاختصاص في النزاع لقانون جنسية الزوج حسب(1 /19) من

(*) المادة (13/ 1) من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 المعدل نصت على (1– يسري في شأن ادلة الاثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة ان تطبق القانون العراقي اذا كان دليل الاثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الاجنبي.).

القانون المدني العراقي التي تسند الشروط الموضوعية لقانون كلا الزوجين و من ثم يقوم باستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لأنه مخالف للنظام العام و يحل محله القانون العراقي الذي يرفض الاعتراف بهذا الزواج استنادا للمادة (32) من القانون المدني نصت المادة (32) على (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق.).

ومن هنا تبين أثر النظام استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المتعارضة مع النظام العام في دولة القاضي، فالأثر الأساس لإعمال الدفع بالنظام العام هو عدم السماح لقواعد القانون الأجنبي المخالفة للمبادئ و القانون بالاندماج في النظام القانوني الوطني .

لذا نستطيع القول بأن النظام العام أداة إسعاف للقضاء من مجافاة القانون الأجنبي الذي لا يصلح تطبيقه في دولة القاضي و استبعاد أحكامه امتثالا لإلزامية القواعد القانونية المنظمة لعقد الزواج.

٢_أثر النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية في عقد الزواج المختلط

في ظل القانون المدني العراقي حددت ضوابط الشكلية في عقود الزواج الدولية و الشكلية ما هي الا توثيق للزواج المختلط و وسيلة اثبات كما سبق التوضيح, أما عدا ذلك فالشكلية ليست ذات أهمية لصحة عقد الزواج أو بطلانه لأن عقود الزواج رضائية و ليست شكلية في الشريعة الإسلامية, و هذا ما يخرجها من نطاق الحماية التي يوفرها النظام العام, لأن ابرام عقد الزواج الشرعي و توثيقه بشكل قانوني لدى المحاكم أو القنصليات يقطع الشك من بحجيته كدليل اثبات .

ثانيا_ تطبيقات عقود الزواج المختلط المخالفة للنظام العام

نسلط الضوء في هذا المبحث لـ تطبيقات على أثر النظام العام على شروط انعقاد عقد الزواج المختلط وفقا للآتي:

1_ تطبيقات عقود الزواج المختلط المخالفة للنظام العام.

في الآونة الاخيرة انتشر ابرام العديد من عقود الزواج (المثليين) و (المتحولين جنسيا) فضلا عن أنواع أخرى من عقود الزواج نحدد منها زواج الموتى المنصوص عليه في القانون المدني الفرنسي , و يثار التساؤل عن مدى دور النظام العام من استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على هذه النماذج من العقود

أ_أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق لعقود زواج المتحولين جنسيا و المثليين

يلعب النظام العام دورا حمائيا لعقود الزواج التي لا تتوافر فيها الشروط الموضوعية والشكلية في القانون العراقي و أغلب القوانين المستمدة احكامها من الشريعة الإسلامية ولبيان ذلك سنتناول كل عقد ووفقا لما يلي:

_ عقد زواج المتحولين جنسيا المختلط

قبل بيان أثر النظام العام على عقود زواج المتحولين جنسيا تقتضي الضرورة لبيان مفهوم التحول الجنسي , فالتحول الجنسي يعرف بأنه (التناقض في الجنس الجسدي الظاهري المحدد وراثيا و هرمونيا و الجنس النفسي) (مكرلوف، 2015، صفحة 29).

و يراد به أيضا تلك العمليات التي يتجه أصحابها لتغيير جنسهم من الذكورة إلى الأنوثة أو بالعكس, و هذه الصورة لا تعد صور معالجة تشوهات الأعضاء الجنسية التي يكون فيها العلاج بتصحيح الجنس, و إنما تجري هذه العمليات على أعضاء ظاهرة لا لبس فيها, فيراد تحويل الجنس من ذكر إلى أنثى , أو بالعكس في هذه الحالة يكون الشخص طبيعيا على صعيد الكروسومات و الأعضاء التناسلية الداخلية و الخارجية و لكن تكون لديه رغبة في التحول نحو الجنس الآخر , و هذه العمليات تحدث في الغرب كثيرا بحجة احترام الرغبات الشخصية مع أنه غير مقبول من الناحية الطبية إذ لا يوجد لها مسوغ طبي. (السباعي و علي ، 1993، صفحة 324), والحكم الشرعي لهذه الحالة اختلف فيها فقهاء الفقه المعاصر ذهب جانب منهم إلى تحريمه قطعا و القول للآخر يجيزه و لكل منهما حججه و أدلته (العبيدي و الاضي و حسين، 2020، صفحة 33) إن التحول الجنسي من ذكر إلى أنثى، والعكس له حالات تختلف فيهما الأحكام:

الحال الأول: إذا كان هذا التحول لإظهار حقيقة أصل الجنس وحقيقته، سواء كان أصل الجنس أنثى، أو العكس، وظهر عليه صفات الذكورة أو الأنوثة، فإن إزالة هذه الصفات الظاهرية لا حرج فيه، ويجري عليه أحكام الجنس الأصلي، فمثلاً إذا كان أصل الجنس أنثى، وظهر على الشخص صفات الذكورة فيجوز إزالة هذه الصفات بما يسر الله من أسباب طبية، وحينئذ يرجع الشخص إلى أصل جنسه وهو الأنثوية كما في هذا المثال، وتثبت له جميع أحكام الأنثى، ومن ذلك أنه يجوز أن يعقد عليها النكاح رجل.

والحال الثانية: إذا كان هذا التحول لإخفاء صفات الجنس الأصلي التي خلق الله تعالى الإنسان عليه، وإظهار صفات الجنس الآخر التي جاءت من جراء التحويل، فهذا من عظائم الإثم، وكبائر الذنوب، فهو تغيير لخلق الله تعالى موجب للعقوبة. وهذا العبث الذي حصل بإظهار صفات الأنوثة، وإخفاء صفات الذكورة، أو العكس لا يغير حقيقة الشخص، فيبقى له أحكام أصل جنسه من الذكورة أو الأنوثة، فإذا أجرى ذكر عملية تحول إلى أنثى، فإنه يبقى له أحكام الذكورة، ولا يجوز لرجل أن يعقد عليه النكاح.

فتعقيبا على ما سبق فلو أراد شخصا عراقيا ذكرا في الأصل وحول جنسه إلى أنثى دون ضرورة تقتضي ذلك و أراد الزواج من ذكر أخر أجنبي الجنسية أمام المحاكم العراقية فأن الزواج لا يتم لأنه مخالف للنظام العام الشرعي و القانوني وإن لم ينص عليه تنظيم قانوني خاص كون القانون العراقي مستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية فيما يخص مسائل الأحوال الشخصية.

و كذلك الحال لو أبرم شخص عراقي الجنسية المتحول جنسيا إلى أنثى إبرام عقد زواج من أخر أجنبي الجنسية و قانون دولته التي يبيح زواج المتحولين جنسيا و اكتسب الزواج الشكلية الدولة الأجنبية و من ثم أراد تسجيل زواجه في المحاكم العراقية فأن هذا الزواج يعد مخالفا للنظام العام لأنه و وفقا للقانون العراقي غير شرعي و غير مستوفي لشروط الصحة و الانعقاد ,على الرغم من صحته في الدولة الأخرى.

أما بالنسبة للتنظيم القانوني فأن المشرع العراقي لم ينظم هذا الموضوع بتشريع خاص على العكس من دولة الامارات العربية المتحدة فهي من الدول التي نظمت هذا الموضوع بتشريع خاص بموجب المرسوم الاتحادي رقم 4لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية .

_: عقد زواج مثليين الجنس المختلط

قبل بيان أثر النظام العام على عقود زواج مثليين الجنس تقتضي الضرورة بيان مفهوم مثلي الجنس, ومن ثم دور النظام العام زواج هذه الفئة.

تعرف المثلية الجنسية بأنها الانجذاب العاطفي من قبل شخص لشخص آخر من نفس الجنس، أي الذكر للذكر والأنثى للأنثى. وتعد المثلية الجنسية في الدول العربية جناية يعاقب عليها القانون بالسجن أو عقوبات أخرى.

في حين اجازته دول أخرى و أجازت زواجهم كما هو الحال في الولايات المتحدة الامريكية و دول أجنبية أخرى , فالولايات المتحدة- المحكمة العليا تؤيد زواج المثليين و الولايات المتحدة تنضم إلى 18 دولة أخرى تعترف بمساواة الزواج و إن المحكمة العليا الأمريكية في قرار لها في 26 يونيو/حزيران 2015، بأن يمنح دستور الولايات المتحدة الزوجين من نفس الجنس الحق في الزواج و اعتبرته انتصار تاريخي للمساواة بين حالات الزواج في الولايات المتحدة والذي يمكن أن يحث على التغيير في جميع أنحاء العالم.

في قضية أوبيرغفيل ضد هودجز، نظرت المحكمة إلى ما إذا كان الدستور الأمريكي يتطلب أن ترخص الولايات الأمريكية زواج شخصين من نفس الجنس. وقال القاضي أنتوني كينيدي الباحث عن أغلبية 5-4 إن الزواج حق أساسي يحق لجميع الأزواج بموجب التعديل الرابع عشر للدستور والذي ينص على حماية متساوية لجميع المواطنين وفقا للقانون. وأضاف "ليس ثمة اتحاد أكثر عمقا من الزواج، لأنه يجسد المُثُل العليا من الحب والإخلاص، والتفاني والتضحية والأسرة [...] تطلب حفظاً متساوياً للكرامة في نظر القانون. إذ يمنح الدستور في [الولايات المتحدة] لهم هذا الحق".

ويأتي هذا القرار بعد سلسلة من الأحكام القضائية الهامة التي وسعت من حقوق الأشخاص المثليين والمثليات وذوي التفضيل الجنسي المزدوج والمتحولين جنسياً في الولايات المتحدة. ففي يونيو/حزيران 2003، قضت محكمة في قضية لورنس ضد ولاية تكساس بأن حظر الدولة الفعل الخاص، بالتراضي بين شخصين من نفس الجنس قد انتهك الحق الدستوري في الخصوصية. وفي يونيو/حزيران 2013، قضت محكمة في قضية الولايات المتحدة ضد وندسور بأن المادة 3 من الدفاع عن قانون الزواج 1996، والتي تحظر إدخال أي اعتراف اتحادي بالزواج من نفس الجنس الذي دخل حيز التنفيذ على مستوى الدولة، كانت غير دستورية.

وبعد وندسور، رفضت المحكمة النظر في الطعون في عدة قرارات للمحاكم الأدنى التي وجدت حظر الزواج من نفس الجنس على مستوى الدولة غير دستوري. في نوفمبر/تشرين الثاني 2014، أيدت محكمة الاستئناف الأمريكية للدائرة السادسة، في قرارها في قضية أوبيرغفيل ضد هودجز الدولة بحظر الزواج من نفس الجنس في ولايات أوهايو، وميتشيغان، وكنتاكي، وتينيسي. كان القرار الاول من نوعه منذ قرار المحكمة العليا في وندسور والذي وجدت فيه محكمة الاستئناف الاتحادية حظر الدولة لزواج المثليين غير دستوري. إن قرار المحكمة العليا ينقض قرار المحكمة الابتدائية، القاضي بأن الحظر ينتهك الحق الدستوري للمثليين والمثليات في الحماية المتساوية بموجب القانون.

وقبل الحكم، اعترفت 36 ولاية أمريكية ومقاطعة كولومبيا بالحق القانوني في الزواج من نفس الجنس. بالإضافة إلى حظر الولايات الأربع التي اعتُبرت غير دستورية في حكم اليوم، تستمر 10 ولايات أخرى حاليا بحظر زواج المثليين. ومن غير الواضح ما إذا كانت الولايات التي تبقي على حظر زواج المثليين سوف تمتثل لقرار المحكمة العليا وتبدأ بإصدار تراخيص الزواج للأزواج من نفس الجنس. (الهداوي و الداودي، 2017، صفحة 211)

قدمت هيومن رايتس ووتش في مارس/آذار، مذكرة صديق المحكمة إضافة إلى نقابة المحامين في مدينة نيويورك وعدة منظمات غير حكومية مقراتها في بلدان أخرى. طلبت المذكرة من المحكمة النظر في سياسات بلدان مثل الأرجنتين وكندا، وهولندا، ونيوزيلندا، وجنوب أفريقيا، والتي تمنح تراخيص الزواج أو الإذن التنظيمي المماثل للأشخاص من نفس الجنس للزواج. لدى وضع هذه السياسات عملت حكومات ومحاكم تلك البلدان على الموازنة بين المسائل القانونية والدستورية المماثلة لتلك التي تتناولها المحكمة العليا في الولايات المتحدة.وقد حذت دول أخرى حذوها. إذ أضحى الزواج من نفس الجنس الآنقانونياً في الأرجنتين، وبلجيكا، والبرازيل، وكندا، والدنمارك، وفرنسا، وايسلندا، وايرلندا، ولوكسمبورغ، وهولندا، ونيوزيلندا، والنرويج، والبرتغال، وجنوب وافريقيا، واسبانيا، والسويد، والمملكة المتحدة، وأوروغواي، وكذلك في أجزاء من المكسيك. في شهر مايو/أيار، قام الناخبون في ايرلندا بالموافقة بأغلبية ساحقة على استفتاء يمنح الحق في المساواة في الزواج في دستور البلاد. ومن المتوقع أن يدخل القانون حيز التنفيذ في وقت لاحق من هذا العام.بدأ ديتريش النقاش حول المساواة بين الزواج بصفته عضوا في البرلمان الهولندي في 1994. وبعد مناقشات ساخنة في البرلمان وفي المجتمع ككل، وافق البرلمان على تشريع زواج المثليين في 2001، مما جعل هولندا أول دولة في العالم تعترف قانونيا بالزواج من نفس الجنس. (نصر الله، 1962، صفحة 76)

فتأسيسا لما سبق لو تزوج عراقي او عراقية من نوع جنسهم من جنسية أجنبية يبيح قانون دولتها هذا النوع من العقود فأن القاضي العراقي يدفع بالنظام العام و إن كان القانون قد أسند هذه الواقعة إلى قانون الجنسين في نص المادة التاسعة عشر من القانون المدني العراقي.و يكون النظام العام بمثابة درع يستبعد القانون الأجنبي و يحمي قانون دولة القاضي و افراده و يحافظ على القيم الشرعية و الاخلاقية للبلد.

_:أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق لعقد زواج الموتى

القانون الذي يعطي الحق للفرنسيين بالزواج من شخص ميت. استنادا الى نص المادة 171من القانون المدني الفرنسي وحسب الموقع الرسمي لوزارة العدل في فرنسا، فإنه لا تجوز الموافقة على طلب الزواج من ميت إلا من طرف رئيس الجمهورية بشكل شخصي، ثم يليه موافقة النائب العام والمدعي العام. وفي هذه الحالة، يجب تقديم أسباب منطقية، لكي تتم الموافقة على طلب الزواج، أهمها إثبات أن الشخص الميت كان ينوي فعلاً الزواج من الشخص صاحب الطلب، عن طريق إحضار بطاقات دعوة لحفل الزفاف، أو محادثات بين الطرفين تبين نية الزواج، أو حتى فاتورة فستان الزفاف، أو البدلة التي كان سيتم ارتداؤها خلال الاحتفال بالعرس. وبعد تقديم جميع الأوراق، من بينها موافقة عائلة المتوفي، يتم التحقق من الطلب، إذ تفرض محكمة النقض عملية تحقق إضافية تتمثل في الوصول إلى حفاظ الميت على موافقته إلى آخر يوم قبل الوفاة، بموجب الحكم الصادر في 28 فبراير/شباط سنة 2006 عن الدائرة المدنية الأولى في فرنسا و على الرغم من أن الزواج يتم بشكل قانوني، إلا أنه يعتبر إجراءً شكلياً، وذلك انطلاقاً من الأسباب المؤدية له، والتي قد تكون نفسية، بسبب حالة الحب الكبيرة التي كانت تجمع الطرفين، والتي كان من المفترض أن تتوج بزواج عادي، ورغبة الطرف الحي في الارتباط بالطرف الآخر حتى وإن كان ميتاً. (منصور، 2001، صفحة 123)

وهناك أسباب أخرى، من بينها تحقيق رغبة الشخص الميت في الزواج من الشخص الذي يحب، أو إعطاء أحقية النسب للأطفال في حال كان المتوفي رجلاً، وكانت المرأة حاملاً بطفله. وفي هذه الحالة، لا يحق للشخص المتزوج من الميت الحصول على الميراث، أو أي حقوق أخرى ينص عليها القانون، في حال كانت الوفاة خلال زواج قائم منذ فترة .فيما يحق له الحصول على المعاش التقاعدي من الضمان الاجتماعي، الذي يتم صرفه للزوج أو الزوجة، بعد وفاة الطرف الثاني. وفي حال كان سبب الوفاة عبارة عن جريمة قتل، يحق للزوج الحي أن يقاضي مرتكب الفعل من أجل الحصول على

تعويض مادي. وحسب قانون البنوة الصادر في 3 يناير/كانون الثاني سنة 1972، فإن الأطفال المولودين بعد زواج الأم من الأب بعد وفاته، لا يملكون نفس حقوق الأطفال الآخرين، خصوصاً فيما يتعلق بمسائل الميراث.

و رغم ذلك فأنه وفقا للمنظور الشرعي والقانون العراقي فلا يمكن اعتباره عقدا صحيحا لعدم توافر الشروط الموضوعية فيه فلو توفي شخص عراقي الجنسية في فرنسا و تقدمت امراة بطلب الزواج منه بعد وفاته في فرنسا و استكمل زواجهما الشكل القانوني فأنه لا يسري في العراق لان المتوفي عراقي الجنسية وهذا الزواج يخالف النظام العام الشرعي والقانوني.

الخاتمة

بعد الانتهاء من الدراسة توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات

أولا: النتائج

لقد وضع المشرع العراقي احكام عقد الزواج بصورة عامة وشروط انعقاده بصورة خاصة لأحكام امرة لا يجوز مخالفتها و اعتبرها من النظام العام الامر الذي جعل منه ميدانا خصبا لتنازع القوانين مع انظمة مغايره له في عقود الزواج المختلط .

ان المشرع العراقي دمج بين شروط الصحة و شروط الانعقاد في قانون الأحوال الشخصية العراقي دون تمييز بينهما.

نظم القانون المدني العراقي قواعد الاسناد الخاصة بالشروط الموضوعية و الشكلية لعقد الزواج الا انه في اسناد النزاع بشأن الشروط الموضوعية لم يعالج التنازع لأنه أعطى الاختصاص لقانون كلا الزوجين و هذا الاسناد لا اشكال فيه ما ان كان كلا الزوجين من نفس الجنسية أما إن كانا من جنسيات مختلفة فيبقى النزاع قائما.

النظام العام هو فكرة متغيرة وفقا للمكان والزمان لكن القانون المدني العراقي جهلها وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع المبادئ الجوهرية الشرعية القانونية لدولة القاضي و إن قواعد النظام العام تتسم بالمرونة والتطور نتيجة لتأثرها بالنواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في المجتمعات التي توجد فيها، مما يجعل هذه القواعد تتسم بعدم الثبات، فضلاً عن أنها غير واضحة المعالم.

ثانيا: التوصيات

ندعو إلى أن يعمل الفقه والقضاء على إيجاد مبادئ قانونية توضح باستمرار معالم هذه القواعد التي تعتبر من النظام العام . وأن يسعى المشرع الدولي في القوانين المتنوعة إلى وضع وتحديد القواعد الآمرة التي يتضمنها هذا المبدأ ضمن نطاقه ومحتواه المتشعب

ضرورة تعديل نص المادة الثالثة عشر من قانون الأحوال الشخصية و ضرورة تمييز شروط الانعقاد عن شروط الصحة لان تخلف احد شروط الانعقاد ينتج عنه بطلان العقد اما تخلف شروط الصحة يترتب عليه فساد العقد.

ضرورة تعديل نص المادة التاسعة عشر من القانون المدني العراقي بشأن اسناد النزعات في الشروط الموضوعية في الزواج المختلط لان قاعدة الاسناد لا تحل التنازع بين زوجين من جنسيات مختلفة انما يبقى التنازع قائما ونحبذ ان يكون التعديل بضابط قانون القاضي لان قانون الأحوال الشخصية العراقي مستمد احكامه من الفقه الاسلامي و بهذا نتجنب اسناد العلاقة الى قانون كلا الزوجين واثارة النزاع من جديد وبالنتيجة يؤدي ذلك الى طول امد النزاع.

قائمة المصادر

1- د. حسن الهداوي ، و غالب الداودي. (2017). القانون الدولي الخاص, الجزء الثاني. بيروت: شركة العاتك.
2- د. سامي بديع منصور. (2001).ا لوسيط في القانون الدولي الخاص. بيروت: دار العلوم.
3- د. صدام حسين العبيدي و الاضي ، و القاضي عواد حسين. (2 3, 2020). التحول الجنسي في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي,بحث منشور. مجلة الباحث للعلوم القانونية , المجلد الاول , العدد الاول ,.
4- د. عباس العبودي. (2015). شرح احكام قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006. بيروت: دار السنهوري.
5- د. فؤاد عبد المنعم رياض ، و د. سامية راشد. (1998). تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي و اثار الاحكام الأجنبية. القاهرة: دار النهضة العربية.
6- د. محمود جمال الدين زكي. (1969). دروس في مقدمة الدراسات القانونية. القاهرة: دروس في مقدمة الدراسات القانونية ,ط2.
7- د. مرتضى نصر الله. (1962). مبادى القانون الدولي الخاص التجاري. النجف الاشرف: مطبعة النعمان .
8- د. وهيبة مكرلوف. (2015). الاحكام القانونية لنظام تغيير الجنس ,دراسة مقارنة , اطروحة دكتوراة. تلمسان: جامعة ابو بكر بلقايد , كلية الحقوق و العلوم السياسية , قسم القانون الخاص.
9- زهير احمد البار السباعي، و د.محمد علي . (1993). الطبيب و ادبه و فقهه. دمشق: الدار الشامية للطباعةو النشر و التوزيع.
10- صلاح الدين جمال الدين. (2006). قانون العلاقات الخاصة الدولية, دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية,ط1. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.
11- فيليب، مالوري. (1953). اطروحة عن النظام العام والعقد. باريس: بدون مكان نشر.

المركز الديمقراطي العربي
للدراسات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية
Democratic Arabic Center
for Strategic, Political & Economic Studies

المؤتمر الدولي العلمي:

أحكام الزواج المختلط وإشكالاته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص

Provisions of mixed marriage and its problems in Islamic jurisprudence and private international law

أ.عمار شرعان، رئيس المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا

التنسيق والنشر: د.حنان طرشان

رقم تسجيل الكتاب

VR .3383-6816. B

يونيو/حزيران2023