

مركز دراسات الدكتوراه: اللغات والتراث والتهيئة المجالية

تكوين: التاريخ والتراث

محور: الدراسات الإسلامية

مختبر: البحث في العلاقات الثقافية المغربية المتوسطة

أطروحة لنيل الدكتوراه في الآداب والعلوم الإنسانية

في موضوع:

ولاية غير المسلمين على المسلمين

في النوازل الأسرية

- دراسة فقهية تشريعية قضائية -

إشراف الأستاذ:

الدكتور عبد الرزاق وورقية

إعداد الطالب الباحث:

رشيد طهريوي

رقم التسجيل: 225CED/14

تاريخ المناقشة: 2019/12/25

أعضاء لجنة المناقشة:

- | | |
|---------|--|
| / رئيسا | - الدكتور عبد الله معصر (كلية الآداب والعلوم الإنسانية سايس فاس) |
| / عضوا | - الدكتور إدريس اجويلل (كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس) |
| / عضوة | - الدكتورة ناجية أقحوج (كلية الآداب والعلوم الإنسانية ظهر المهراز فاس) |
| / مشرفا | - الدكتور عبد الرزاق وورقية (كلية الآداب والعلوم الإنسانية ظهر المهراز فاس) |

السنة الجامعية:

1440 / 1441 هـ

2019 / 2020 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « من يريد الله به خيراً، يقرمه في الدين ».

رواه البخاري ومسلم.

وعاء

الحمد لله الذي علم الإنسان بعد جهل، وهداه بعد ضلال، وفقهه بعد غفلة. نستغفره و نستعينه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، ونشهد ألا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأن محمدا عبده ورسوله.

اللهم اقسم لنا من خشيتك ما تحول به بيننا وبين معصيتك، ومن طاعتك ما تبلغنا به جنتك، ومن اليقين ما تهون به علينا مصائب الدنيا. ومتعنا اللهم بأسماعنا وأبصارنا وقواتنا أبدأ ما أحبيتنا، واجعل ثأرنا على من ظلمنا، وانصرنا على من عادانا، ولا تجعل مصيبتنا في ديننا، ولا تجعل الدنيا أكبر همنا، ولا مبلغ علمنا، ولا إلى النار مصيرنا، واجعل الجنة هي دارنا، ولا تسلط علينا بذنوبنا من لا يخافك فينا ولا يرحمنا. وانفعنا اللهم بما علمتنا، وعلمنا ما ينفعنا، وزدنا علما، وجنبنا اللهم الظلم، ووقفنا إلى خير القول والعمل، وحقق اللهم أمنياتنا، واختم بالصالحات أعمالنا، وأدخلنا برحمتك في عبادك الصالحين.

وصل اللهم وسلم على سيّدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

إهداء

إلى معنى الحب والحنان، ومصدر العطاء والتضحية، إلى من كان دعاؤها سر نجاحي، ومن كانت سندا لي في كل مراحل حياتي: أمي الحبيبة رضي الله عنها وأرضاها، وأطال الله في عمرها.

إلى الذي أحمل اسمه بكل فخر، وعلمي المثابرة والثقة بالنفس، والصمود أمام صعوبات الحياة، إلى الذي كنت أتمنى وجوده في هذا اليوم السعيد: والذي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته.

إلى زوجتي العزيزة، وأبنائي الأعزاء: هبة ومحمد اليزيد.

إلى أختي الوحيدة رضي الله عنها وأرضاها.

إلى إخواني وزوجاتهم وأبنائهم.

إلى كل أفراد عائلتي نسبا وصهرا حفظهم الله ورعاهم.

إلى أساتذتي الأفاضل.

إلى أصدقائي الأوفياء.

إلى كل هؤلاء أهدي هذه الرسالة.

كلمة شكر وتقدير

أتقدم بأسمى معاني الشكر والتقدير إلى أستاذي الفاضل الدكتور عبد الرزاق وورقية، الذي تكرم بقبول الإشراف على إعداد هذه الرسالة، كما لم يبخل عليّ بالتوجيه والنصيحة رغم انشغالاته الكثيرة.

وأقدم بالشكر والامتنان الخالصين للصديق العزيز الدكتور عز الدين الإبراهيمي الذي كان له الفضل الكبير في وجود هذه الرسالة.

والشكر موصول إلى الصديق العزيز الدكتور يوسف مروان الذي تكلف بالتدقيق اللغوي.

والشكر موصول أيضا إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد من أساتذة وأصدقاء في إنجاز هذه الرسالة، ولو بكلمة تشجيع، وإلى كلية الآداب - سايس - التي احتضنتني.

ولا تفوتني الفرصة لأتقدم مسبقا بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى السادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على كريم اهتمامهم، ومجهوداتهم من أجل العناية بهذا البحث قراءة وتقويما وتصويبا.

فجازى الله سبحانه وتعالى الجميع خير الجزاء، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين.

ولاية غير المسلمين على المسلمين

في النوازل الأسرية

- دراسة فقهية تشريعية قضائية -

المقدمة:

اهتمت الشريعة الإسلامية بغير المسلمين المقيمين بالدولة الإسلامية، حيث أمرت بالعدل والقسط إليهم، وحرّمت ظلمهم، والاعتداء عليهم بالباطل، كما حضت على دعوتهم بالحكمة والموعظة الحسنة، وشرعت برّهم والإحسان إليهم، قال تعالى: ﴿لَا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين﴾⁽¹⁾، ويقول عز وجل: ﴿ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن﴾⁽²⁾.

كما أباح الإسلام مصاهرة أهل الكتاب والتزوج من نساءهم المحصنات العفيفات، مع ما قرره القرآن من قيام الحياة الزوجية على المودة والرحمة في قوله تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾⁽³⁾.

هذا الأمر أدى إلى انتشار الإسلام وتكون الجماعات المسلمة في بلدان غير إسلامية، وإذا أضفنا إلى ذلك هجرة المسلمين في العقود الأخيرة للإقامة بين ظهران غير المسلمين، بحثا منهم عن فرص أفضل في العمل والدراسة، فإن كل هذا أفرز واقعا ذا خصائص مختلفة عن الإسلام داخل الدولة الإسلامية، من آثار علاقات المسلمين بالآخرين من غير المسلمين، وانضوائهم تحت سلطة وقوانين دولة غير مسلمة.

1- سورة الممتحنة: الآية 8

يقول الطبري في ذلك: لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين، من جميع أصناف الملل والأديان أن تبروهم وتصلوهم، وتقسطوا إليهم، إن الله عز وجل عمّ بقوله: "الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم" جميع من كان ذلك صفته، فلم يخصص به بعضا دون بعض.

- ابن جرير الطبري: تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل أي القرآن: ج 22 ص 574. دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1422هـ/2001م.

2- سورة النحل: الآية 125.

3- سورة الروم: الآية 20.

في ظل هذا المناخ وجد علماء الإسلام أنفسهم أمام ظاهرة لم تكن مألوفة من قبل ، ولا عهد لسلفهم بها ؛ فبدلاً من إقامة المسلمين في بلاد الإسلام ، والتنعم في ظل مجتمع مسلم ، إذا بهم أو بكثير منهم يؤثرون الحياة في مجتمع لا يمت إلى الشريعة بصلة.

ومما لا شك فيه ، أن اختلاط المسلمين مع غير المسلمين في ظل نظام عالمي جديد ليس من صنع المسلمين ، يختلف اجتماعياً وسياسياً وثقافياً عن معهود المسلمين في خلافتهم السابقة ، يطرح عدداً من التساؤلات على مستوى التأصيل العلمي الفقهي لقضايا المسلمين في البلاد غير الإسلامية.

ومن القضايا التي اشتدت الحاجة إليها وكثر السؤال عنها ، ما تعلق بالأسرة ، ومعلوم أن فقه مسائل النكاح والطلاق والقضاء مما له تعلق بالولايات يجب أن يخضع للشرع ؛ هذا الخضوع لا بد منه لتنضبط أمور الأسرة وفق فقه دقيق وفهم عميق ، وعلم ببواطن الأمور.

والمقصود الواجب بالولايات كما يقول ابن تيمية : «إصلاح دين الخلق ، الذي متى فاتهم خسروا خسارانا مبینا ، ولم ينفعهم ما نعموا به في الدنيا ، وإصلاح ما لا يقوم الدين إلا به من أمر دنياهم»⁽⁴⁾.

فالعصر الذي نعيشه ، يتميز بوجود أعداد كبيرة من المسلمين في البلاد غير الإسلامية ، وهم يحاولون الالتزام بأحكام دينهم على قدر استطاعتهم ، لكن نظراً لعدم وجود ولاية إسلامية تقوم بتطبيق أحكام الشريعة ، وتتولى العناية بهم في القضايا التي تحتاج إلى ولاية ، وليس من ولي ، فقد اشتدت الحاجة إلى تبيين الحكم الشرعي في أمثال هذه القضايا الحادثة ، وكيف يتم التعامل معها حتى تكون موافقة للشرع.

4- ابن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية. دار عالم الفوائد، دون ذكر سنة الطبع، ص 30.

ولا شك أن هذه القضايا، قد تطرق لها الفقهاء بالتفصيل، ووضعوا لها أحكاماً، باعتبار أنها أحكام خاصة بالمسلمين في ديار الإسلام، إلا أنهم لم يعنوا ببحث أحكام الجاليات الإسلامية الموجودة في البلاد غير الإسلامية، حيث لا يوجد إمام للمسلمين، هؤلاء يحتاجون إلى من يرشدهم ويفصل في خصوماتهم للمطالبة بحقوقهم والدفاع عن مصالحهم، كما يحتاج الأمر إلى من يشهد ويوثق عقود نكاحهم وطلاقهم.

هذا الأمر يقتضي طرح الإشكالية التالية:

هل يمكن لغير المسلم في البلاد غير الإسلامية القيام بمثل هذا العمل الذي يحتاج مثله إلى ولاية شرعية تخول لصاحبها القيام به؟

وإذا كانت الولاية تعرف بأنها قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله، أو على نفس الغير وماله⁽⁵⁾، فالولاية حسب التعريف كلمة تشعر بالتدبير والقدرة على الفعل والتصرف في شؤون الغير جبراً عنه، سواء أكان ذلك في الشؤون العامة كالتقضاء والشهادة، أم في الشؤون الخاصة كالحضانة والكفالة. وثبتت هذه الولاية للولي على الصغير وأمثاله قائم على أن الولي قادر على ذلك لكمال رأيه وعقله، ومن ثم يجب أن يقوم بها عوناً للضعيف وغوثاً للمحتاج.

والولاية - سواء أكانت عامة أم خاصة - لا تسند إلى أي شخص، وإنما تراعى فيه صفات وشروط، ومن المعلوم أن كل قوم يهتمون بأمر ولايتهم، لأن صلاحها بصلاح الولي، وإسناد الولاية إلى شخص لا يصلح لها يؤدي إلى خسران وهلاك، وخوض غير المسلم ودخوله في هذا

5 - عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج 6 ص 339، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى سنة 1413 هـ / 1993م.
وهناك من عرفها بكونها سلطة يثبتها الشرع لإنسان معين تمكنه من رعاية المولى عليه من نفس ومال، وحفظه وتنميته بالطرق المشروعة.
- حسن الشاذلي: الولاية على النفس، ص 5، الطبعة الأولى 1399 هـ / 1989م، دار الطباعة المحمدية بالأزهر.

المجال يحتاج إلى وقفة مع نصوص الكتاب والسنة لمعرفة حكم الشرع الحكيم فيه، خاصة في قضية ذات اهتمام كبير وخطر عظيم مثل الولاية.

هذا وقد تكلم في قضية ولاية غير المسلم على المسلم العديد من الفقهاء الأقدمين، إلا أن ما طرأ عليها اليوم من إقامة أهل الإسلام بديار غير المسلمين، ومع ما في هذا العصر وتلك الديار من مستجدات اجتماعية وسياسية؛ كل ذلك جعل هذه النازلة تبدو جديدة في سياقاتها المعاصرة، وتعلقاتها الحاضرة، وتعقيداتها المتشابكة، مما أوجد لها انعكاسات وآثارا لا بد لها من حلول شرعية.

من منطلق ما سبق ذكره جاءت فكرة إنجاز هذا البحث الذي أسميناه: ولاية غير المسلم على المسلم في الفقه الإسلامي، مع التركيز على المجال الأسري.

ويستمد هذا البحث أهميته من كونه يمس جانبا مهما من جوانب الحياة الاجتماعية وهو الجانب الأسري، ويرتبط ارتباطا وثيقا بواقع الناس، فهو يساير النسق المعيش في هذا العصر الذي يتميز بتنامي الوجود الإسلامي في البلدان الغربية أساسا. وإذا كان علماؤنا اليوم يستشعرون صعوبة الموازنة الدقيقة، بين الحفاظ على الهوية الإسلامية للجيل الحالي والمساهمة الفاعلة في مجتمع أصبح جزءا لا يتجزأ منه، فلا ريب أنهم أكثر استشعارا وإحساسا بالخطورة على الأجيال الجديدة التي ولدت وترعرعت وتشربت ثقافة وقيم مجتمع مختلف في جوانب عديدة عن قيمنا ومفاهيمنا الإسلامية. ومن منطلق حرص الوجود الإسلامي في الغرب على الامتثال لأحكام الإسلام، كان لزاما على أهل العلم إجابة الجالية المسلمة على كثير من الأسئلة التي تبرز خلال عيشهم في هذا المجتمع، لتجعل من حياتهم حياة إيجابية متجانسة.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب عدم الانكفاء على ما كتب قديما في الموضوع فقط، وذلك لوجود جوانب إجرائية من فقه القضاء متعلقة بفقه الموضوع، وذات مساس مباشر ومؤثر فيه،

تحتاج إلى إعادة صياغة وإخراج ، وإعادة دراسة فيما استجد من أحكام وفقه إجرائي ، حيث إن فقه الموضوع ممتزج في هذه الدراسة بفقه القضاء. وبذلك يتيح الموضوع إمكانية معالجة مشكلة ظاهرة لها أهميتها من وجهة النظر العلمية المعرفية ، ومن وجهة النظر الشرعية الدينية ، ومن وجهة النظر القانونية والقضائية.

ولهذا لم أكتف في هذا البحث ببيان أحكام الشريعة الإسلامية في نوازل الموضوع ، وإنما توسعت في دراسة القانون المغربي - المتمثل في مدونة الأسرة - المتعلق بموضوعات البحث ، كما ربطتها بالأحكام والقرارات القضائية الصادرة في شأنها ، ليكون البحث عمليا يمزج بين فقه الموضوع وفقه القضاء. ولهذا كانت الدراسة فقهية وتشريعية وقضائية.

وهذا ما يجعله موضوعا عمليا لا ينطلق من الافتراضات والتأملات غير الواقعية ، وإنما من النوازل والوقائع التي راجت وتروج أمام المحاكم وصدرت أحكام بشأنها ، لذا فهو على الأقل عمل توثيقي لتوجهات قضائية في أعمال بعض القواعد القانونية ذات الصلة بموضوعات البحث من حضانة وكفالة وقضاء وشهادة.

هذا وقد تناولت في بحثي هذا ، نموذجين من الولاية الخاصة وهما الحضانة والكفالة ، ومثلهما من الولاية العامة وهما القضاء والشهادة.

وعليه ، فقد قسمت الموضوع إلى مقدمة وبابين ، وخاتمة.

أما المقدمة ، فقد خصصتها للحديث عن أهمية الولاية في الإسلام ، وعن إمكانية ممارستها من غير المسلم على المسلم في البلاد غير الإسلامية ، هذا الأمر يفرضه وجود عدد كبير من المسلمين المقيمين بين أظهر غير المسلمين ، كما يفرضه التطورات الاجتماعية والثقافية والسياسية التي تعرفها تلك البلاد ، هذا بالإضافة إلى طغيان القوانين الوضعية التي لا تفرق بين مسلم وغير مسلم ، ولا تقيم أي اعتبار للجانب الديني.

وما دامت قوانين الأسرة تحتاج إلى القضاء الذي يجبر الفرد في المجتمع على التزام هذه الأحكام إذا جار وانحرف، فقد خصصت الباب الأول لولاية الشهادة والقضاء.

فبالنسبة لولاية الشهادة (الفصل الأول)، فقد اقتصرنا بالدراسة والتحليل على مسألة مهمة من مسائلها؛ وهي مسألة شهادة غير المسلم، فهل هناك من تخريج مقبول لها في الفقه الإسلامي؟ خصوصا في وقتنا الحاضر، حيث توجد جاليات إسلامية كبيرة في البلاد غير الإسلامية، وقد يحدث في تلك البلاد نزاع بين طرفين أحدهما على الأقل مسلم، وفي مكان لا يوجد فيه أحد من المسلمين أثناء جريان الحوادث ووقوع الأسباب، وأهل المكان جميعا من غير المسلمين قد شهدوا الحوادث وعلموا الأسباب. فهل يمكن لغير المسلمين أداء الشهادة في مثل هذه الأحوال؟ وهل من حلول ولو استثنائية لمثل هذه المشكلة تُخرج الناس من الضيق والحرج، وتطمئنهم على حقوقهم وتحفظ لهم مصالحهم؟

وحيث إن من محددات هذا البحث النظر في المسألة في حدود موضوعات الأسرة؛ فهل يمكن لغير المسلم أن يشهد على عقد زواج المغاربة المسلمين المبرم بالخارج؟

كما هو معلوم، فالعصر الذي نعيشه يتميز بوجود أعداد كبيرة من المسلمين في البلاد غير الإسلامية، وهؤلاء يحتاجون إلى من يفصل في خصوماتهم للمطالبة بحقوقهم والدفاع عن مصالحهم، كما يحتاجون إلى من يشهد على عقود نكاحهم ويوثق طلاقهم. فما موقف الإسلام من تولية غير المسلم لمنصب القضاء؟ وهل من استثناء يدعو إلى تصحيح وقبول أحكام القضاة غير المسلمين؟ وبالنظر لطبيعة البحث، هل يجوز للقاضي غير المسلم أن يفرّق بين زوجين مسلمين؟ وهل يعتد بهذا الطلاق من الناحية الشرعية؟ وهل يمكن اعتبار الأحكام القضائية الصادرة على المغاربة المسلمين في الدول غير الإسلامية حجة ويمكن تنفيذها، كما الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية المغربية؟ (الفصل الثاني).

أما الباب الثاني، فقد تناولت فيه مرحلة مهمة من مراحل حياة الإنسان، وهي مرحلة الطفولة التي تحتاج إلى ولاية التربية والحفظ؛ من منطلق أن مهمة الولي على النفس لها دور حاسم في حياة المولى عليه. لذا فمن المتفق عليه اشتراط أن يكون من له الولاية على النفس أمينا في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه، كولاية الحضانة وولاية الكفالة بالنسبة للفاقد لأبويه.

وكما هو معلوم فالطفل في مرحلته الأولى يكون في سن لا يميز فيه تمييز العقلاء؛ لذا يعتمد في مصالحه الشخصية والضرورية على غيره، الأمر الذي جعله غير مكلف في نظر الشارع في حق نفسه، وكان غيره شرعا هو الذي يقوم مقام نفسه في كل ما يتعلق به بالولاية الشرعية، وهي مع الطفل للأب والأم. وولاية الأم الشرعية للطفل في هذه المرحلة تسمى ولاية الحضانة (الفصل الأول)، وحسب محددات موضوع البحث، فقد خصصت الحديث عن الأم الكتابية، وخصوصا بعد طلاقها من زوجها المسلم وتحملها لهذه الولاية تُجاه طفلها ذي العقيدة الإسلامية، مع الأخذ بعين الاعتبار إقامتها في بلاد غير إسلامية. فهل ستكون الأم غير المسلمة أمينة على عقيدة المحضون إذا أسندت الحضانة لها؟

أما ولاية الأب فتسمى ولاية الحفظ والرعاية، وبالنسبة للطفل الفاقد لأبويه كاليتيم واللقيط، فهذه الرعاية تسند للكفيل وتسمى ولاية الكفالة (الفصل الثاني). وبالنظر لطبيعة البحث، فقد خصصت هذا الفصل لإمكانية تربية الطفل اللقيط أو المهمل من غير المسلم، فهل لهذا الأخير أن يتحمل هذه الولاية، ويقوم بالتقاط الطفل المسلم وتربيته؟

صحيح أن القانون المغربي يشترط على الأجنبي اعتناق الإسلام للحصول على كفالة طفل مهمل، لكن هل يعتبر ذلك كافيا للحفاظ على هوية الطفل المكفول وعقيدته؟ خاصة إذا علمنا أن الأجنبي عندما يحصل على الكفالة يعود إلى وطنه صحبة المكفول، وفي الغالب يتقدم بطلب تحويل الكفالة إلى تَبَنٍ، الشيء الذي يؤثر على هوية الطفل المكفول وعقيدته.

أما الخاتمة فقد ضمنتها خلاصة لموضوع البحث ومجموعة من التوصيات.

أسباب اختيار الموضوع:

أما الدواعي التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع، فمنها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي، ويمكن رصدها فيما يلي:

- رغبتني في خوض غمار حقل معرفي يتسم بالحركية والتطور المستمر ونقاش فقهي دائم، هو المجال الأسري، خاصة أنه مجال تخصصي في الدراسات العليا، حيث حصلت على دبلوم الدراسات العليا المعمقة بشعبة فقه الأحوال الشخصية والتبرعات، من كلية الشريعة بفاس التابعة لجامعة القرويين حينذاك.

- البحوث التي أنجزتها طيلة مسيرتي الدراسية ارتبطت بمجال الأسرة، حيث كان موضوع البحث الذي نلت به الإجازة هو « مسطرة الطلاق والتطليق في التشريع المغربي»، وحصلت على دبلوم الدراسات العليا المعمقة يبحث تحت عنوان: « موقف المجلس الأعلى من ثنائية الفقه والقانون في مجال النسب».

- معاشتي لبعض الأسر التي تقطن بالخارج، الشيء الذي جعلني أتعرف عن قرب على الصعوبات التي تعيشها هذه الأسر بالمهجر، وسط مجتمع أرخى للحرية الفردية العنان وأصبح يعيش معها في تناقض؛ فما حرّمه الدين لأسباب منطقية، يُحلّه القانون في عصر تحكمه الشهوات والنزوات التي لا يقبلها عقل ولا دين، ولا ترضاها الفطرة السليمة.

- لأنه موضوع شديد الصلة بواقع المسلمين، وأقصد بذلك واقع الجالية المغربية خاصة والجالية المسلمة عامة الموجودة بكثرة في الدول غير الإسلامية، وما يتفرع عن واقعهم من احتياجات

ومسائل ، في ظل طغيان القوانين الوضعية التي لا تفرق بين مسلم وغير مسلم ، الشيء الذي أنتج كثيرا من الآثار السلبية.

- اخترت هذا الموضوع لأهميته البالغة كما ذكرت ، وزادت أهميته في هذا العصر بسبب التزايد المستمر لظاهرة هجرة المسلمين نحو الدول غير الإسلامية ، وما يفرزه ذلك من مشاكل على مستوى العلاقات الأسرية ، في ظل التغيرات الاجتماعية والثقافية والسياسية التي شهدتها تلك البلاد ، الشيء الذي يتطلب تدخلا فقهيا لإيجاد حلول لتلك النوازل المستجدة.

- الرغبة في الوقوف على أحوال المسلمين في البلاد غير الإسلامية ، خاصة من حيث نظامها الأسري ، ومن ثم وضع اليد على المعاناة التي يواجهونها بسبب التآرجح بين قوانين متنافرة يعتمد بعضها مرجعية دينية خاصة في مجال الروابط العائلية ، وأخرى قائمة على فكر علماني لا يقيم أي اعتبار للجانب الديني.

- إن النوازل المرتبطة بمجال الأسرة جديرة بالدراسة والبحث وتعميق النقاش حولها ، ويستدعي ذلك فهما عميقا للنصوص الشرعية ، ولقاصد الشرع في سنه لها ، خاصة وأن الموضوع مفرق بين كتب الفقه والسياسة والحديث والتفسير في عدة أبواب ، والكلام فيه يسير ، وأحيانا اكتفى الفقهاء بالإشارة لوضوح الأمر عندهم ، لكن الأمر اليوم أصبح صعبا في تزايد عدد المسلمين في البلاد غير الإسلامية ، فأردت أن أستخلص الموضوع من الكتب الأولى وأجمعه وأتناوله بالمناقشة.

- تقييم مستجدات مدونة الأسرة في معالجة المشاكل القانونية والاجتماعية للجالية المغربية المقيمة بالخارج ، مع رصد تطور العمل القضائي المغربي في كيفية التعامل مع الإشكالات المترتبة عن مثل هذه المواضيع.

أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى فتح النافذة الشرعية المنظمة فقهيًا في مؤلفات تراثنا الفقهي الأصيل، وفي أمهات مصادر المذهب المالكي وغيره، التي تحتاج إلى قراءة جديدة على ضوء نوازلنا المعاصرة، كي تعصر قواعدها الشمولية المرنة، وتستنبط منها الأحكام الموائمة للقيم الإسلامية الخالدة. كما تروم تحقيق جملة من الأهداف والغايات التي يمكن تلخيصها فيما يلي:

- إيجاد لبنة معرفية مرتبطة بالاجتهادات الفقهية والقضائية التي تقف على معالجة موضوعات مهمة من مسائل الأسرة كالحضانة والكفالة والقضاء والشهادة وغيرها من المسائل التي تعتبر من الولايات، والتي يحتاج صاحبها إلى ولاية شرعية تحوّل له القيام بهاته المهام. هذه الاجتهادات يجب أن تشكل اللبنة الأساس لفقّه خاص بالجالية المسلمة المقيمة بالبلدان غير المسلمة، و يجب أن تجتمع في هذا الفقه الجوانب الفقهية والقضائية، في محاولة لضبط مثل هذه المسائل وفق مناهج الفقهاء في إطار شمولي يستند إلى بيان المفاهيم والمقومات، ومجالات الاجتهاد والتوقيف في المسألة؛ مع ضرورة ربط كل ذلك بالواقع؛ بحيث تراعي الجوانب التطبيقية المعاصرة للمفاهيم الفقهية السابقة.

هذا الفقه يجب ألا يكون بمعزل عن الفقه الإسلامي العام، ولا هو مستمد من مصادر غير مصادره، أو قائم على أصول غير أصوله، وإنما هو فرع من فروعِهِ يشاركه ذات المصادر والأصول، ولكنه يبنى على خصوصية وضع الجالية المسلمة المقيمة في البلاد غير الإسلامية، فيتجه إلى التخصص في معالجتها في نطاق الفقه الإسلامي وقواعده، استفادة منه وبناء عليه،

وتطويراً له فيما يتعلق بموضوعه، وذلك من حيث ثمرات ذلك الفقه من الأحكام، أو من حيث الأصول والقواعد التي بُنيت عليه واستنبطت بها⁽⁶⁾.

- بيان نماذج القواعد الأصولية التي يمكن إدراجها ضمن قواعد فقه الجالية المسلمة المقيمة في البلاد غير الإسلامية: قاعدة: «مآلات الأفعال»، وقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»، وقاعدة: «الموازنة بين المصالح»، وقاعدة: «يجوز فيما لا يمكن تغييره ما لا يجوز فيما يمكن تغييره»، وتحديد أهميتها في الزمان والمكان المعاصرين. خاصة وأن النوازل موضوع الدراسة - كما تناولتها آيات وأحاديث في بيان حكمها - قد تعلق بها اجتهادات فقهية من لدن الصحابة ومن بعدهم ضمن إطار من الدراسة الواقعية، ونظرٍ في الأعراف الجارية، وتأملي في قواعد أصولية وفقهية ومقاصدية تتعلق بالحاجة أحياناً وبالضرورة أحياناً أخرى، وتتصل بمآلات الأفعال ونتائج التصرفات من جهة أخرى.

- فتح النافذة القانونية المعاصرة المتمثلة في تراكم الخبرة الإنسانية على مستوى التنظيم العلائقي لبنية المجتمع، والتي تدخل في إطار التوجيه النبوي الذي يقول بأن الحكمة هي ضالة المؤمن⁽⁷⁾، فمن الواجب على الباحث الاستفادة من هذه الجهود القانونية، واستثمارها بما يناسب الأهداف التشريعية الكبرى والقيم الإسلامية البناءة، كي يكتسب الفقه الإسلامي من القدرات التجديدية ما يُمكنه من الموازنة بين الثابت والمتحول، والمطلق والنسبي، في معالجة إشكالات نوازلنا المعاصرة المرتبطة بالجالية المغربية بالخارج.

6- عبد المجيد النجار: نحو تأصيل فقهي للأقليات المسلمة في الغرب. الموقع الإلكتروني www.feqhweb.com أنظر كذلك موقع إسلام أون لاين. www.islam online.net

7-حدثنا عبد الرحمان بن عبد الوهاب، ثنا عبد الله بن نمير عن ابراهيم بن الفضل، عن سعيد المقبري، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الكلمة الحكمة ضالة المؤمن، حيثما وجدها، فهو أحق بها».

أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الزهد، باب الحكمة، ج 2 ص 1395 حديث رقم 4169. مطبعة دار إحياء الكتب العربية.

كما أخرجه الترمذي في الجامع الكبير، في أبواب العلم، باب ما جاء في فضل الفقه على العبادة، ج 4 ص 417 حديث رقم 2687 .

- تقييم مدى قدرة التشريعات الوطنية على تجاوز الإشكالات القانونية والقضائية الناتجة عن وجود الجالية المغربية بالخارج، عن طريق رصد مختلف الاتجاهات القضائية والفقهية في كيفية معالجتها لمثل هاتهما لمشكلات.

- البحث عن مدى إمكانية توفير حلول توفيقية لمثل هذه النوازل، التي من شأنها التخفيف من حدة اختلاف المرجعيات، وذلك لصيانة الأسر المغربية وتقوية مناعتها، باعتبارها ممثلاً للقيم الحضارية المغربية بالمهجر، وهذا يدعونا إلى ضرورة حماية الشخصية المغربية، وتمكينها من الاستقرار الذاتي، مع الاندماج الحضاري والاقتصادي والاجتماعي والسياسي الذي يفرضه وجودها خارج أرض الوطن، لكن دون ذوبان، وإنما بتفاعل واع، وتأثير نافع، وانتفاع مشترك.

منهج البحث:

- لقد اعتمدت في معرض إنجازي لهذا البحث، ومقاربتي لموضوعاته ومسائله، على مجموعة من المناهج التي يتم توظيفها في البحث العلمي بشكل عام، ومن هذه المناهج:
- المنهج الاستقرائي: وظفته في استقراء النصوص الشرعية والآراء الفقهية، ثم استقراء القواعد القانونية وكذا الأحكام والقرارات القضائية المرتبطة بموضوعات الدراسة.
 - المنهج التحليلي: اعتمدت هذا المنهج في تحليل نوازل البحث وتفصيلاتها، للوقوف على كل جزئية مرتبطة بها، تساعد على توضيح اللبس فيها. كما استثمرته في تحليل التفاعل بين العناصر المستقرأة من النصوص الشرعية والأقوال الفقهية من جهة، والنصوص القانونية والأحكام القضائية من جهة أخرى.
 - كما استعنت بالمقاربة المقارنة على المستويات الفقهية والقانونية.

هذا، وقد اتبعت في إعداد هذا البحث المنهجية الآتية :

- الاعتناء بالتقديم للمسائل بما يوضحها بحسب المقام، مع طرح الإشكالية الرئيسة للمسألة وما يتفرع عنها من تساؤلات جزئية.
- التمهيد للمسائل ببيان التعريف اللغوي والاصطلاحي للمصطلحات الواردة.
- تتبع مصادر كل مسألة، والاطلاع على مصادرها القديمة ومراجعتها الحديثة بحسب الإمكان.
- تحرير محل الخلاف في المسائل الخلافية، سواء أكانت من المسائل القديمة التي اشتهر الخلاف فيها بين أهل العلم، أو كانت من النوازل التي اختلف المعاصرون في حكمها.
- ذكر الأقوال في تلك المسائل بأدلتها، وبيان وجه دلالتها، وما يرد عليها من مناقشات غالباً، ثم ترجيح ما يظهر رجحانه، ومراعاة السابق من اللاحق حسب تاريخ الوفاة في ترتيبها، مع إعطاء الأولوية لفقهاء المذهب المالكي.
- عزو الآيات القرآنية إلى السور، وتخريج الأحاديث النبوية من مصادرها.
- توثيق نصوص العلماء بالرجوع إلى كتبهم مباشرة، والعناية بالنقل الحرفي لإثبات صحة النسبة، إلا ما دعت الحاجة إلى اختصاره أو الإشارة إليه في مظانه.
- دراسة القانون المغربي المتعلق بموضوعات البحث، وأعني بذلك مدونة الأسرة، وقانون كفالة الأطفال المهملين، مع الاستئناس بالقوانين المماثلة العربية وخصوصاً منها المغاربية، وربط كل ذلك بالأحكام والقرارات القضائية الصادرة بشأنها، ليكون البحث عملياً يمزج بين فقه الموضوع وفقه القضاء.
- وضع خاتمة وفهارس تفصيلية للموضوعات والمصادر والمراجع التي ورد ذكرها في الرسالة.

خطة البحث:

المقدمة

الباب الأول: ولاية الشهادة والقضاء من غير المسلمين

الفصل الأول: ولاية الشهادة من غير المسلمين

المبحث الأول: شروط ولاية الشهادة

المبحث الثاني: شهادة غير المسلم على عقد الزواج

الفصل الثاني: ولاية غير المسلمين لمنصب القضاء

المبحث الأول: شروط ولاية القضاء في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: التفريق بين الزوجين من طرف قاض غير مسلم

الباب الثاني: ولاية التربية والحفظ من طرف غير المسلم

الفصل الأول: ولاية الحضانة من غير المسلمة للمسلم

المبحث الأول: ولاية حضانة غير المسلمة في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: ولاية حضانة غير المسلمة في مدونة الأسرة المغربية

المبحث الثالث: ولاية حضانة غير المسلمة من خلال الاتفاقيات الدولية

الفصل الثاني: ولاية كفالة الطفل المهمل من طرف غير المسلمين

المبحث الأول: كفالة الطفل اللقيط في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: كفالة الطفل المهمل في القانون المغربي.

خاتمة.

صعوبات البحث:

لا شك أن البحث العلمي ليس بالعمل الهين واليسير، بل هو عمل مضمّن وشاق، ويتطلب الخوض في غماره وإنجازه على الوجه الأمثل همّة وجهداً وجلداً، وذلك بالنظر لما تعترض الباحث من صعوبات ومعوقات ذاتية وموضوعية، لذا فالعمل الذي قمت به، وعلى غرار باقي الأبحاث الجامعية، لم يكن طريقه هيناً، بل اعترضته عقبات كثيرة من بدايته إلى نهايته، يمكن إجمالها فيما يلي:

- معظم الكتب الفقهية تناولت نوازل الموضوع باختصار شديد، وفي كثير من الأحيان أشارت إليها بإشارات فقط، ربما لأن الأمر كان واضحاً ومحسوماً عند الفقهاء، على اعتبار أن المسلمين كانوا يعيشون في البلاد الإسلامية، وقلما تجد مسلماً مقيماً بين أظهر غير المسلمين.

- بالإضافة لذلك، فالموضوع تجميع لأفكار مفرقة في ثنايا الكتب، وحتى تنتظم متكاملة في نسق واضح، يسد الخلل ويفي بالمقصود، على الباحث أن يدرس الكثير من المصنفات على تنوعها وتعددتها، من أجل الظفر بفوائد في الموضوع، ولاريب أن مثل هذا الصنيع يحتاج إلى أوقات طويلة وجهود مضيئة.

- بعض الجزئيات الفقهية المرتبطة بنوازل هذا البحث، أخذت مني وقتاً طويلاً نظراً لتشعب فروعها وتعدد الآراء الفقهية حولها، سواء تعلق الأمر بالخلاف العالي؛ أي الخلاف بين المذاهب الفقهية الكبرى، أو بالنسبة للخلاف النازل، وهو الخلاف داخل المذهب الواحد، خصوصاً بالنسبة للمذهب المالكي الغني بأقواله ورواياته.

الباب الأول:

ولاية الشهادة والقضاء من غير المسلمين

ليس موضوع الدراسة في هذا الباب هو القضاء والشهادة بصفة عامة، وإنما إمكانية ممارسة هذه المهام من طرف غير المسلم؛ خاصة في أوقاتنا المعاصرة التي تتميز بوجود أعداد كبيرة من المسلمين في البلاد غير الإسلامية، ويحتاج هؤلاء إلى من يفصل في خصوماتهم للمطالبة بحقوقهم والدفاع عن مصالحهم، كما يحتاجون إلى من يشهد على عقود نكاحهم ويوثق طلاقهم.

ففيما يخص ولاية الشهادة، اقتصرنا بالدراسة والتحليل على مسألة مهمة من مسائلها؛ وهي مسألة شهادة غير المسلم، فهل هناك من تخريج مقبول لها في الفقه الإسلامي؟ خصوصا في وقتنا الحاضر، حيث توجد جاليات إسلامية كبيرة في البلاد غير الإسلامية، وقد يحدث في تلك البلاد نزاع بين طرفين أحدهما على الأقل مسلم، وفي مكان لا يوجد فيه أحد من المسلمين أثناء جريان الحوادث ووقوع الأسباب، وأهل المكان جميعا من غير المسلمين قد شهدوا الحوادث وعلموا الأسباب. فهل يمكن لغير المسلمين أداء الشهادة في مثل هذه الأحوال؟ وهل من حلول ولو استثنائية لمثل هذه المشكلة تُخرج الناس من الضيق والحرَج، وتطمئنهم على حقوقهم وتحفظ لهم مصالحهم؟

وحيث إن من محددات هذا البحث النظر في المسألة في حدود موضوعات الأسرة؛ فهل يمكن لغير المسلم أن يشهد على عقد زواج المغاربة المسلمين المبرم بالخارج؟

أما بخصوص ولاية القضاء، فمن منطلق الواقع الذي يعيشه المسلمون المقيمون في البلاد غير الإسلامية، والذي يفرض عليهم الخضوع لنظام غير إسلامي، والاحتكام إلى غير التشريع الإسلامي، والتقاضي إلى القاضي غير المسلم، فما موقف الإسلام من تولية غير المسلمين لمنصب القضاء؟ وهل من استثناء يدعو إلى تصحيح وقبول أحكام القضاة غير المسلمين؟ ثم هل يجوز للقاضي غير المسلم أن يفرّق بين زوجين مسلمين؟ وهل يعتد بهذا الطلاق من الناحية الشرعية؟ وهل يمكن اعتبار الأحكام القضائية الصادرة على المغاربة المسلمين في الدول غير الإسلامية حجة ويمكن تنفيذها، كما هو شأن الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية المغربية؟

ومن منطلق ما سبق، فقد قسمت هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: ولاية الشهادة من غير المسلمين

الفصل الثاني: ولاية غير المسلمين لمنصب القضاء.

الفصل الأول:

ولاية الشهادة من غير المسلمين

الشهادة هي إحدى وسائل إثبات الحق المدعى به، بل قال بعض الفقهاء هي: «أكد الحجج والطرق، لأنه لا خلاف في وجوب العمل بها في الحدود والقصاص، والأموال والفروج»⁽⁸⁾، ولهذا فإن كثيرا من الفقهاء إذا أطلقوا اسم "البينة" فإنهم يريدون بهذا الاسم الشهادة، باعتبار أنها أظهر من غيرها في إظهار الحق وإثباته.⁽⁹⁾

ولا شك أن الشهادة كوسيلة من وسائل إثبات الحقوق، قد تناولها الفقه الإسلامي، ببيان جوانبها وشروطها وأركانها التي ما إن توفرت تعتبر من أهم وسائل الإثبات الحقوقية، وهي على ما هي عليه في التحديدات الفقهية، وقد يشعر الباحث الإسلامي أنه لا مجال لقيام كثير من الشهادات خصوصا في عصرنا الحاضر، حيث اختلطت التفاعلات الاجتماعية، وتأثر الإنسان المسلم في كثير من تفاصيل هذه الحياة التي شوّهت أو قد تُشوّه الشاهد في بعض مواصفاته، بحيث يصعب معه الأخذ بها وبالتالي إثبات الحقوق للناس.

ولعل الأصبغ من ذلك هو اختلاط الناس على اختلاف عقائدهم وتلوّناتهم الدينية وغير الدينية، حيث قد لا يجد الإنسان لإثبات حقه وسيلة، خاصة إذا أخذنا والتزمنا بتلك الصفات التي أبرزها الفقهاء في حق الشاهد، مع أن حقوقه هذه قد يشهد عليها عشرات الناس الذين ليسوا على دين ومذهب هذا الإنسان، بل قد لا يملكون دينا على الإطلاق.

من هنا سأحاول في هذا الفصل إلقاء الضوء بالدراسة والتحليل على مسألة مهمة من مسائل الشهادة وهي مسألة شهادة غير المسلم، وهل هناك من تخريج مقبول لها في الفقه الإسلامي؟ خصوصا في وقتنا الحاضر، حيث تستقر جاليات إسلامية كبيرة في البلاد غير الإسلامية.

8- أبو القاسم علي السمناني: روض القضاة وطريق النجاة ج1، ص: 196. مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع ببيروت، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية 1404هـ/1984م.
9- قال ابن قدامة: وتسمى بينة، لأنها تبين ما التبس، تكشف الحق فيما اختلف فيه.
- المغني، ج14، ص: 125. دار عالم الكتاب، الطبعة الثالثة، سنة 1417هـ/1997م.

وقد يحدث في تلك البلاد نزاع بين طرفين أحدهما على الأقل مسلم، وفي مكان لا يوجد فيه أحد من المسلمين أثناء جريان الحوادث ووقوع الأسباب، وأهل المكان جميعا من غير المسلمين قد شهدوا الحوادث وعلموا الأسباب.

وعليه، فالإشكالية المطروحة هي:

هل يمكن لغير المسلمين أداء الشهادة في مثل هذه الأحوال، وهي المهمة التي تحتاج ولاية شرعية تخول لصاحبها القيام بها، وتكون الولاية غير معتبرة في مثل هذه الأحوال، أم أن شهادتهم لا تقبل لانتفاء الولاية لديهم، وتبقى الولاية معتبرة في جميع الأحوال؟

وبعبارة أخرى، هل ترفض شهادة غير المسلمين ولا تقبل في مثل هذه الأحوال، لأنه لا

ولاية لغير المسلم على المسلم؟ وهل تضيع الحقوق في مثل هذه الظروف؟

ثم هل يقف الفقه الإسلامي جامدا أمام هذا الوضع، ولا يجد حلولا - ولو استثنائية-

لمثل هذه المشكلة تخرج الناس من الضيق والخرج، وتطمئنهم على حقوقهم وتحفظ عليهم مصالحهم؟

للإجابة على هذه الإشكالية والتساؤلات المتفرعة عنها قسمت هذا الفصل إلى مبحثين:

خصصت المبحث الأول لشروط الشاهد في الإسلام، ولطبيعة البحث، خصصت مطلباً

مستقلاً لشرط الإسلام في الشاهد، وهل من تخريج مقبول لشهادة غير المسلم في الفقه الإسلامي؟ خصوصا في حالات الضرورة.

وحيث إن من محددات هذا البحث النظر في المسألة في حدود موضوعات الأسرة، فقد

خصصت المبحث الثاني لمسألة عقد الزواج بشهادة غير المسلم.

مبحث تمهيدى: تعريف الشهادة لغة واصطلاحاً

المطلب الأول: تعريف الشهادة لغة

الشهادة في اللغة⁽¹⁰⁾ مصدر من فعل "شهد"، وشهد له بكذا شهادة: أي أدى ما عنده من الشهادة فهو شاهد، وشهد فلان على فلان بحق، فهو شاهد وشهيد. قال أبو إسحاق: الشهيد من أسماء الله، الأمين في شهادته. قال: وقيل: الشهيد الذي لا يغيب عن علمه شيء.

والشهادة: خبر قاطع، تقول منه، شهد الرجل على كذا، أي أخبر به. وأشهدته على كذا فشهد عليه: أي صار شاهداً عليه. وأصل الشهادة: الإخبار بما شاهده. وأشهد بكذا أي أحلف، والمشاهدة: المعاينة. وشاهده: عاينه. وشهده شهوداً أي حضره، فهو شاهد، وقوم شهود أي حضور. واستشده: سأله أن يشهد. وأشهد أن لا إله إلا الله: أي أعلم وأبّين. وشهد الشاهد عند الحاكم أي يبين ما يعلمه وأظهره. قال ابن سيده: الشاهد العالم الذي يبين ما علمه، شهد شهادة. وعليه، فالشهادة في اللغة تطلق على عدة معان أهمها:

1- الحضور: يقال شهده: أي حضره فهو شاهد، وقوم شهود: أي حضور ومنه قوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ الشَّيْءَ فَلْيُصِمِّهِ﴾⁽¹¹⁾، والشاهد يرى ما لا يرى الغائب، أي: الحاضر يعلم ما لا يعلمه الغائب.

10- محمد الرازي، مختار الصحاح، باب الشين، ص: 147. مكتبة لبنان، 1986م.
- ابن منظور: لسان العرب: مجلد 4، ج 26، باب الشين، كلمة شهد، ص: 2348. دار المعارف، دون ذكر تاريخ الطبع.
- الفيروز أبادي: القاموس المحيط، باب الدال، فصل الشين، ص: 292. مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، سنة 1426هـ/2005م.
11- سورة البقرة، الآية: 184.

2- العلم والبيان: فتقول شهد فلان عند الحاكم، أي: بين ما يعلمه وأظهره عنده. ومنه قوله تعالى: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ﴾⁽¹²⁾، أي: علم ذلك وبيّنه للناس، لأن الشاهد هو العالم الذي يبيّن ما يعلمه.

قال أبو عبيدة: معنى شهد الله: قضى الله أنه لا إله إلا هو، وحقيقته علم الله وبيّن الله.⁽¹³⁾ وقال أبو العباس: شهد الله، بين الله وأظهر.⁽¹⁴⁾

وكذا قول المؤذن: أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله، أي: أعلم وأبين أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله.

جاء في شرح الزرقاني: الشهادة معناها البيان، وبه سمي الشاهد لأنه يبيّن عند الحاكم الحق من الباطل.⁽¹⁵⁾

وتسمى الشهادة بينة لأنها تبين ما التبس، وتكشف الحق فيما اختلف فيه⁽¹⁶⁾.

3- الحلف: ومنه قولهم شهد بكذا، أي حلف، ومنه قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾⁽¹⁷⁾ أي: تحلف، وكذا قوله تعالى: ﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾⁽¹⁸⁾ أي: نحلف.

4- الإخبار: تقول شهد بكذا، إذ أخبر به خبراً قاطعاً، وأدى ما علمه بالمعاينة أو السماع. فالذي يظهر من معاني الشهادة في اللغة نجد أن بينها علاقة، من حيث أن العلم بالخبر القاطع، قائم على مشاهدة ومعاينة الشيء، وإدراكه تماماً بأحد الحواس مع الحضور والحلف بالله تعالى على التحمل والأداء في مجلس القضاء.

12- سورة آل عمران، الآية: 18.

13- ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج4، ص: 2348.

14- نفس المرجع، ونفس الصفحة.

15- عبد الباقي الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل: ج7، ص: 287. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1422هـ/2002م.

16- ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج14، ص: 125.

17- سورة النور، الآية: 8.

18- سورة المنافقون، الآية: 1.

المطلب الثاني: تعريف الشهادة في الإصطلاح

لقد عرّف الفقهاء الشهادة⁽¹⁹⁾ بناء على المعنى اللغوي، واتفقت تعاريفهم على: إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه.⁽²⁰⁾

جاء في الفروق للقرافي أن الشهادة هي: إخبار عدل حاكماً بما علم، ولو بأمر عام، ليحكم بمقتضاه.⁽²¹⁾

كما عرّفها ابن عرفة بقوله: الصواب أن الشهادة قول بحيث يوجب على الحاكم سماعه للحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه.⁽²²⁾

غير أن ابن مرزوق اعترض على هذا التعريف بكونه غير جامع، لأنه لا يشمل شهادة الواحد.⁽²³⁾

19- لقد فرّق الفقهاء بين الرواية والشهادة: يقول القرافي في الفرق الأول من كتابه الفروق أنه أقام ثمان سنين يطلب الفرق بين الشهادة والرواية، ويسأل الفضلاء عنه، قال: ولم أزل كذلك في شدة قلق حتى طالعت شرح البرهان للمازري فوجدته حقق المسألة وميّز بين الأمرين فقال: هما خبران غير أن المخبر عنه إن كان أمراً عاماً لا يختص بمعين فهو الرواية، كقوله علي الصلاة والسلام «إنما الأعمال بالنيات»، أو الشفعة فيما لا ينقسم لا يختص بشخص معين، بل ذلك على جميع الخلق وفي جميع الأعصار والأمصار، بخلاف قول العدل عند الحاكم: «لهذا عند هذا دينار» إلزام لمعين لا يتعداه إلى غيره، فهذا هو الشهادة المحض، والأول هو الرواية المحض.

- شهاب الدين القرافي: الفروق: الفرق الأول، ج1، ص: 74-75-76. دار السلام، الطبعة الأولى، سنة 2001/1421. وقال ابن فرحون: أما حدّ الشهادة: فهو أخبار تتعلق بمعين، ويقيد التعيين تفارق الرواية.

- برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج1، ص: 175. دار عالم الكتب، طبعة خاصة، سنة 1423هـ/2003م.

كما جاء في البهجة: والفرق بين الرواية والشهادة مع أن كلا منهما خبر، هو أن الخبر إن تعلق بجزئي وقصد به ترتيب فصل القضاء عليه، كقولك: لفلان على فلان كذا، فهو شهادة. وإن تعلق بأمر عام لا يختص بمعين، كالأعمال بالنيات، والشفعة فيما لا ينقسم، أو تعلق بجزئي لكن من غير قصد ترتيب فصل القضاء عليه، كحديث: «يخرب الكعبة ذو السويقتين من الحبشة»، ونحوه مما يقصد به تعريف دليل الحكم الشرعي لا ترتيب فصل القضاء، فهو الرواية.

- التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج1، ص: 138. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1418هـ/1998م.

ومن هذه المقارنة بين الرواية والشهادة نستخلص أن الشهادة هي: إخبار بجزئي بقصد أن يترتب عليه فصل القضاء.

- محمد ابن معجوز: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ص: 53. مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 1416هـ/1995م.

20- الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ص: 164. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دون ذكر تاريخ الطبع.

21- القرافي: الفروق، مرجع سابق، ج1، ص: 74. الهامش رقم 2.

22- محمد الأنصاري الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص: 582. دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة 1993م. أنظر كذلك شرح الزرقاني على مختصر خليل، مرجع سابق، ج7، ص: 288.

23- الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، مرجع سابق، ج7، ص: 288.

وعرفت الحنفية الشهادة بأنها: إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء. (24)

كما عرّفت الحنابلة الشهادة بأنها: الإخبار كما شوهد أو علم، ويلزم من ذلك انعقادها (25).

أما الشافعية فعرفت الشهادة بأنها: إخبار عن شيء بلفظ خاص. (26)

والملاحظ من تعريفات الفقهاء أن الشهادة مبنية على لفظ الإخبار، فاعتبروها خبراً واستلزموا لفظها في الأداء.

يتضح مما سبق أن المعنى الاصطلاحي للشهادة مشتق من المعنى اللغوي، فالإنسان لا يؤدي الشهادة إلا إذا عاين المشهود به، وحضره وتأكد من الخبر يقيناً، وقد يستلزم أن يقوم بالحلف على شهادته.

24- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص: 339. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1424هـ/2003م. ومن تعريفات الحنفية للشهادة نجد: الشهادة أخبار صدق لإثبات حق.
- ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين، ج11، ص: 77. دار عالم الكتاب، الرياض، طبعة خاصة، سنة 1423هـ/2003م.
25- ابن المفلح: المبدع شرح المقنع، ج8، ص: 281. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1428هـ/1997م. وعرّف البهوتي بدوره الشهادة فقال: الإخبار بما علمه الشاهد بلفظ خاص.
- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، ج9، ص: 3295. دار عالم الكتاب، الرياض، طبعة خاصة، سنة 1423هـ/2003م.
26- شمس الدين محمد الرملي: نهاية المحتاج، ج8، ص: 292. دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، 1424هـ/2003م.

المبحث الأول: شروط ولاية الشهادة في الفقه الإسلامي

تعتبر الشهادة في الفقه الإسلامي أهم وسيلة لإثبات الحقوق بعد الإقرار، وهي حجة شرعية تظهر الحق، توجب على القاضي أن يحكم بمقتضاها إذا اطمأن إليها، وكانت مستوفية لشروطها.

ونظرا لما يترتب على شهادة الشهود من آثار جسيمة، فقد اشترط الفقهاء مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوفر في الشاهد حتى تقبل شهادته، اتفقوا على بعضها واختلفوا على البعض الآخر (المطلب الأول).

ومما اختلف فيه الفقهاء صفة الإسلام في الشاهد، خاصة في حالة الضرورة، وما يترتب على ذلك من حكم قبول شهادة غير المسلم على المسلم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط الشهادة

تمر الشهادة بمرحلتين: المرحلة التي يتلقى فيها الشاهد شهادته، ويحصل له العلم بها، وهذه تسمى بمرحلة التحمل.

والمرحلة التي يؤدي فيها الشاهد شهادته أمام القاضي وتسمى بمرحلة الأداء.

قال ابن راشد: وللشاهد في شهادته حالان: حال تحمل الشهادة وحال أدائها⁽²⁷⁾.

وبما أن الشهادة أمرها عظيم وخطبها جسيم، فقد اشترط الفقهاء فيمن تقبل شهادته شروطا كثيرة تختلف من مرحلة لأخرى، وذلك ضمانا وصيانة لحقوق الناس وأعراضهم.

27- ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص: 184.

وقد صح عند ابن العربي أن المقصود من قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَى الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ سورة البقرة، الآية: 281، حالة

تحمل الشهادة، لأن حالة الأداء مبينة بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَكْتُمها فَإِنَّه آثَم قلبه﴾، سورة البقرة، الآية: 282.

- ابن العربي: أحكام القرآن، ج 1 ص 338. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، سنة 1424هـ/ 2003م.

الفرع الأول: شروط تحمل الشهادة.⁽²⁸⁾

لمّا كان للتحمل أهمية قصوى في الشهادة، بصفته الطريق الوحيد الذي يحصل به العلم للشاهد بما يشهد به، وَجَبَ على من يتحمل الشهادة أن يستوعب ما يشهد به، وأن يستقصي جميعه بحيث لا يفوته شيء مما سيؤديه.

وعليه، لا يشترط فيمن يتحمل الشهادة إلا شرط واحد، وهو أن يكون عاقلاً عند المالكية، وزاد الحنفية شرطين هما: البصر وأن يعاين المشهود عليه.

1- أن يكون الشاهد عاقلاً، لأن التحمل يتطلب الفهم والإدراك، وهو يحصل بالعقل. والمراد بالعقل هنا: الضبط والتمييز⁽²⁹⁾. والمقصود بالضبط: حسن السماع، والفهم والضبط إلى وقت الأداء⁽³⁰⁾.

قال السمرقندي في تحفة الفقهاء: إنما يصح التحمل ممن له عقل وتمييز، ليفهم كلام الخصمين، أو يعلم ما يفعله، سواء كان حراً أو عبداً، أو فاسقاً أو كافراً، أو صغيراً عاقلاً أو بالغاً، حتى إذا زالت هذه المعاني وحدث ضدها تقبل شهادته⁽³¹⁾.

وعليه، فلا يصح إذن تحمل الشهادة من المجنون الذي لا يعقل. لأن تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها، ولا يحصل ذلك إلا بآلة الفهم والضبط وهي العقل⁽³²⁾.

والدليل على ذلك حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل»⁽³³⁾.

28- عرّف ابن عرفة التحمل بقوله: التحمل تحصيل علم ما يشهد به بسبب اختياري. - الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، مرجع سابق، ص: 594.
كما عرّفها وهبة الزحيلي بقوله: تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها بالمعاينة أو بالسماع. - الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص: 558. دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، سنة 1405هـ/1985م.
29- ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص: 184. - الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، مرجع سابق، ج7، ص: 290.
30- السرخسي: المبسوط، ج16، ص: 113. دار المعرفة، بيروت، دون ذكر تاريخ الطبع.
31- علاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج3، ص: 361. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1405هـ/1984م.
32- الكاساني: بدائع الصنائع، ج9، ص: 7. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1424هـ/2003م.
33- تخريج الحديث:

وبهذا يظهر أنه في تحمل الشهادة، لا يشترط في الشاهد إلا كونه على صفة واحدة، وهي الضبط والتمييز، صغيراً كان أو كبيراً، حراً كان أو عبداً، مسلماً كان أو كافراً، عدلاً كان أو فاسقاً. (34)

2- أن يكون الشاهد بصيراً وقت التحمل، فلا يصح التحمل من الأعمى، لأن شرط التحمل هو السماع من الخصم، ولا يعرف الخصم إلا بالرؤية، لأن نغمات الأصوات يشبه بعضها بعضاً. (35)

قال ابن قدامة: مدرك الشهادة الرؤية والسمع، وهما بالبصر والسمع. (36)

غير أنه عاد وقال: يجوز للأعمى أن يشهد فيما يتعلق بالسمع كالبيع والإجارة وغيرهما من الأقوال، إذا عرف المتعاقدين، وتيقن أنه كلامهما. (37)

أما ما يتعلق بالأفعال كالقتل، والغصب والزنا والسرقه، فلا بد من شرط البصر. (38)

فالأعمى لا تقبل شهادته فيما إذا شهد بشيء لا يتوصل الإنسان إلى معرفته إلا عن طريق البصر، لكن للأعمى حواس أخرى يمكن أن يتوصل بها إلى معرفة أشياء كثيرة، لأن البصر ليس هو الطريق الوحيد للعلم. فإن كان الأعمى قد لازم شخصاً كثيراً وسمعه مراراً، ثم سمعه يُقر مثلاً، أو أشهد على بيع أو غيره، فإن شهادته تقبل حينئذ. (39)

ومما استدل به المالكية على جواز شهادة الأعمى:

حدثنا موسى بن إسماعيل، حدثنا وهيب، عن خالد، عن أبي الضحى، عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: الحديث.

- رواه أبو داود في سننه: كتاب الحدود. باب في المجنون يسرق أو يصيب أحداً. ص: 790 حديث 4403. مكتبة التعارف للنشر والتوزيع، دون ذكر تاريخ الطبع.

وأخرجه النسائي في السنن الكبرى: كتاب الرجم: باب المجنونة تصيب أحداً. ص: 487 حديث 7303 إلى 7307. مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، سنة 1421هـ/2001م.

كما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب السرقه. باب المجنون يصيب أحداً. ج8، ص: 459 إلى 461. حديث من رقم 17210 على 17214. دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، سنة 1423هـ/2003م.

34- ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص: 184.

35- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج6، ص: 558.

36- ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج14، ص: 138.

37- نفس المصدر، ص: 139.

38- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج9، ص: 7. الهامش رقم 1.

39- محمد بن معجوز: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 64.

- يقول تعالى: ﴿وَأَمْتَشْهُدُوا شَمِيخِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾⁽⁴⁰⁾ ، وهذا يقتضي العموم، ويدخل فيه الأعمى لأنه من رجالنا، فتقبل شهادة الأعمى على ما يتحققه ويعلمه.⁽⁴¹⁾
- أن الصحابة كانوا يسألون أزواج النبي صلى الله عليه وسلم عن المسائل، ويعلمون بقولهن، ولا يسمعون منهن غير الأصوات.
- قول النبي صلى الله عليه وسلم: «إن بلالا ينادي بليل، فكلوا واشربوا حتى تسمعوا نداء ابن أم مكتوم»⁽⁴²⁾. فقد أمر بالإمساك عند نداءه، ولا يعلم إلا بصوته.
- وروي عن ابن عباس وعلي رضي الله عنهم جواز قبول شهادة الأعمى، وبه قال الزهري والليث وشريح، وعطاء وابن أبي ليلى⁽⁴³⁾.
- وعليه، فالشاهد لا يجوز أن يكون أعمى فيما يحتاج للرؤية. فما يقع بالرؤية من الأفعال كالغصب والزنا وشرب الخمر، وسائر الأفعال، وكذلك الصفات المرئية كالعيوب في المبيع ونحوها، فهذا لا تُتحمل الشهادة فيه إلا بالرؤية.
- أما شهادة الأعمى فتصح في المسموعات، إذا عرف المشهود عليه يقينا، لأن العلم قد يحصل بالسمع يقينا. فإذا عرف الأعمى صوت إنسان وتمكن منه كانت شهادته مقبولة، وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور⁽⁴⁴⁾.

40- سورة البقرة، الآية: 281.

41- ابن العربي: أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1، ص: 333.

42- تخريج الحديث: حدثنا عبد الله بن مسلمة عن مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: الحديث.

- أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الأذان. باب أذان الأعمى إذا كان له من يخبره. ص: 157. حديث رقم 617. كما أخرجه في باب الأذان بعد الفجر بسند: حدثنا عبد الله بن يوسف أخبرنا مالك عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال: الحديث. ص: 157. حديث رقم 620. دار ابن كثير، الطبعة الأولى، سنة 1423هـ/2002م.

43- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج9، ص: 8، الهامش رقم 1. - أنظر كذلك المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ج14، ص: 139.

44- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج9، ص: 8، الهامش رقم 1. وأضاف في نفس الموضوع: والذي نميل إليه هو قبول شهادة الأعمى إذا كان المشهود عليه لازمه كثيرا، حتى يقطع بأن ما سمعه هو صوته. وقد شاهدنا كثيرا ممن فقدوا البصر يميزون بين من يعرفونهم بمجرد أن يسمعو أصواتهم. وختم ذلك بقوله: فمن الحق الاعتماد على شهادة أمثال هؤلاء.

3- أن يكون تحمل الشهادة عن علم أو معاينة المشهود به بنفسه لا بغيره، إلا فيما تصح فيه الشهادة بالتسامع من الناس والاستفاضة. (45)

فالأصل أن الإنسان لا يشهد إلا بما تحمل به مباشرة عن طريق عقله وحواسه، إلا أنه قد يحصل له العلم بالشيء من غير أن يعاينه بنفسه أو يحضره، وذلك بواسطة السماع ممن رأى ذلك وحضر.

وقد اختلف الفقهاء في قبول شهادة السماع (46)، فذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بالتسامع، إلا إذا كان ما يشهد به أمراً متواتراً أو مشتتهراً. فتجوز الشهادة بذلك في مسائل معينة وهي: النسب، والموت، والنكاح، والدخول، وولاية القاضي، والوقف، والولاء، والعتق. (47)

فللشاهد أن يشهد بهذه الأشياء، إذا أخبره بها من يثق به استحساناً، لأن هذه الأمور يختص بمعاينة أسبابها خواص الناس، ويترتب عليها أحكام دائمة على مر السنين والأعوام، فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع، لأدى ذلك إلى الحرج وتعطيل أحكام الناس. (48)

وللشاهد في هذه الأشياء المخصوصة، أن يتحمل الشهادة بالتسامع من الناس، وإن لم يُعاين بنفسه، لأن مبنى هذه الأشياء على الاشتهار، فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة. (49)

45- الاستفاضة هي الاشتهار الذي يتحدث به الناس ويفيض بينهم، فيرتفع من درجة خبر الأحاد ولا يصل إلى درجة التواتر، وهذه الشهادة تفيد ظناً يقرب من القطع.

- التسولي: البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج1، ص: 212.

46- عرّف ابن عرفة شهادة السماع بقوله: هي لقب لما يصرح الشاهد فيه بإسناد شهادته لسماع من غير معين.

- الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، م س، ص: 539. انظر كذلك: البهجة في شرح التحفة، م س، ج1، ص: 212.

47- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج9، من ص 9 إلى ص11.

48- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج6، ص: 559.

49- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج9، ص: 9.

أما فقهاء المالكية فقد اختلفوا في قبول شهادة السماع⁽⁵⁰⁾، لكن الراجح عندهم أنها تقبل في مسائل معدودة، وقع النص عليها على سبيل الحصر⁽⁵¹⁾، وقد ذهب إلى ذلك ابن شاس، وابن حاجب والشيخ خليل وناظم التحفة وغيرهم.⁽⁵²⁾ فقد ذهب هؤلاء إلى قبول شهادة السماع في مواضع كثيرة إذا توفرت شروطها⁽⁵³⁾، للضرورة التي تدعو إلى قبولها، وإن كانت خلاف الأصل الذي يقضي بأن الإنسان لا يشهد إلا بما تدركه حواسه.⁽⁵⁴⁾

وعليه، فالمالكية يقبلون بشهادة السماع على القول الراجح عندهم في مواضع كثيرة حتى قال صاحب القبس: ما اتسع أحد في شهادة السماع اتساع المالكية.⁽⁵⁵⁾

وقال ابن قدامة الحنبلي: أجمع أهل العلم على صحة الشهادة بالسماع في النسب والولادة. وأضاف أن النكاح والملك المطلق والوقف والموت والعتق والولاء والولاية والعزل، هي أشياء تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها، أو مشاهدة أسبابها، فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب.⁽⁵⁶⁾

50- الأقوال التي في شهادة السماع هي: أنها لا تصح في أي شيء، أنها تصح في كل شيء، أنها تجوز في كل شيء إلا في أربعة أشياء: النسب، القضاء، النكاح والموت، عكس القول الثالث: أي أنها لا تقبل إلا في تلك الأشياء الأربعة، والقول الخامس وهو الراجح أنها تقبل في مسائل معدودة.

-التسولي: البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج1، ص: 213.

51- لقد نظم الناظم المواضع التي تقبل فيها شهادة السماع حسب لقول الراجح من المذهب المالكي.

- وأُعمِلت شهادة السماع	في الحمل والنكاح والرضاع
- والحيض والميراث والميلاد	وحال إسلام أوارتداد
- والجرح والتعديل والولاء	والرشد والتسفيه والإيصاء
- وفي تملك لمالك بيد	يقام فيه بعد طول الممدد
- وحبس من جاز من السنينا	عليه ما يناهز العشرينا
- وعزل حاكم وفي تقديمه	وضرر الزوجين من تنميمة

-ابن عاصم: تحفة الحكام، ص: 15، الأبيات من 177 إلى 182، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دون ذكر سنة الطبع.

52- التسولي: البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج1، ص: 212.

53- شروط قبول عدلين بالسماع:

- أن يشهد عدلان بالسماع؛
- أن يقولوا عند الأداء: سمعنا، من غير تحديد من سمعوا منه، وإلا أصبحت شهادة نقل؛
- أن لا تكون في الشهادة ريبية؛
- أن يحلف المشهود له بشهادة السماع. قاله ابن محرر.

انظر البهجة في شرح التحفة للتسولي، مرجع سابق ج1، من ص: 220 إلى 222.

54- محمد بن معجوز: رسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 73.

55- شهاب الدين القرافي: الذخيرة، ج10، ص: 163. دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة 1994م.

56- ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج14، ص: 141-142.

أما في المذهب الشافعي، فالأصح عندهم جواز الشهادة بالتسامع أو الاستفاضة، في النسب والموت والوقف والنكاح وملكية الأشياء، لأنها أمور مؤبدة، فإذا طالت مدتها عسر إقامة البينة على ابتدائها، فمست الحاجة إلى إثباتها بالاستفاضة. (57)

وعليه، يمكن القول إن قبول شهادة السماع في المواضع التي ذكرها الفقهاء إنما كانت للضرورة التي تدعو إلى قبولها، لأن الأصل يقضي بأن الإنسان لا يشهد إلا بما تدركه حواسه، وذلك لما ورد عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم «سئل عن الشهادة فقال: هل ترى الشمس؟ قال: نعم. قال: على مثلها فأشهد، وإلا فعد». (58)

هذا ولم يشترط الفقهاء لتحمل الشهادة: البلوغ، الحرية، الإسلام والعدالة، لأنها شروط الأداء.

الفرع الثاني: شروط أداء الشهادة. (59)

لا شك أن روح الشهادة وثمرتها هو أداؤها، لأنه متى لم تؤد فهي كالعدم. (60) وأداء الشهادة عند القاضي يترتب عليه وجوب الحكم بمقتضاها، وبذلك تثبت الحقوق وتقام الحدود. (61)

57- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج4، ص: 597. دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1418هـ/1997م.
ومن الصور التي تثبت بالاستفاضة: القضاء والجرح والتعديل والرشد والإرث واستحقاق الزكاة والرضاع. نفس المصدر، ص: 598.

58- تخريج الحديث: عن محمد بن سليمان بن مشمول حدثنا أبي حدثنا عبيد الله بن سلمة بن وهرام عن أبيه عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة، فقال: الحديث.
- جمال الدين الزيلعي: نصب الراية لأحاديث الهداية، ج4، ص: 82، حديث رقم 6591. كتاب الشهادات. مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، دون ذكر تاريخ الطبع.
كما أخرجه البيهقي في سننه لكن بصيغة أخرى:

أخبرنا أبو عبد الله الحافظ أنبأ أبو أحمد محمد بن محمد بن الحسن الشيباني، ثنا أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البوشنجي، ثنا عمرو بن مالك البصري، ثنا محمد بن سليمان بن مسلم المكي، ثنا عبيد الله بن سلمة بن وهرام المكي عن أبيه عن طاوس، عن ابن عباس، قال: ذكر عند رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل يشهد بشهادة فقال: «أما أنت يا ابن عباس فلا تشهد إلا على أمر يضيء لك كضياء هذه الشمس وأوما رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده إلى الشمس».

- البيهقي: السنن الكبرى. كتاب الشهادات، باب التحفظ في الشهادة والعلم بها، ج10، ص: 263، حديث رقم 20579.

59- عرّف ابن عرفة الأداء بقوله: إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به.

- الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، مرجع سابق، ص: 598.

60- التسولي: البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج1، ص: 158.

وأضاف في نفس الموضوع: لذلك كانت شروط الشهادة كلها ما عدا العقل، إنما تشترط حال الأداء لا حال التحمل.

61- محمد بن معجوز: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 87.

ولما كان لأداء الشهادة كل هذا الخطر، ونظرا لهاته الأهمية البالغة، فقد توجهت عناية الفقهاء إلى تقصي شروط الشاهد والصفات المعتبرة فيه. وعليه، فقد وضعوا مجموعة من الشروط في الشاهد حتى تقبل شهادته، اتفقوا على بعضها واختلفوا في البعض الآخر.

قال ابن راشد: في حال أداء الشهادة يجب أن يجتمع في الشاهد خمسة أوصاف، متى عَرِيَ عن واحد منها لم تجز شهادته، وهي: البلوغ، والعقل، والحرية والإسلام والعدالة.⁽⁶²⁾
وزاد ابن رشد شرط نفي التهمة.⁽⁶³⁾

أولاً:- أهلية العقل والبلوغ:

يشترط أن يكون الشاهد عاقلاً باتفاق الفقهاء، فلا تقبل شهادة من ليس بعقل إجماعاً.⁽⁶⁴⁾ فلا تقبل شهادة المجنون والسكران، لأن من لا يعقل لا يعرف الشهادة، وبالتالي لا يقدر على أدائها.⁽⁶⁵⁾

كما يشترط البلوغ في الشاهد، لأن الطفل لا تحصل الثقة بقوله⁽⁶⁶⁾، والشهادة تحتاج إلى سكون النفس إليها. فلا تقبل شهادة صبي بالغ⁽⁶⁷⁾، لأنه لا يتمكن من أداء الشهادة على الوجه المطلوب. والأدلة على ذلك: قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُوبٍ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾⁽⁶⁸⁾، وقوله عز وجل: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُوبٍ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾⁽⁶⁹⁾ يقول ابن رشد: ومن شرط العدالة البلوغ.⁽⁷⁰⁾ كما أن الصبي ليس من رجالنا.⁽⁷¹⁾

62- ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص: 184.
63- ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص: 379. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1989/1419.
64- ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج14، ص: 145.
65- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج9، ص: 12.
66- ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج14، ص: 146.
67- قال الامام مالك، وهو رواية عن الإمام أحمد، تقبل شهادة الصبيان في الجراح فيما بينهم إذا شهدوا قبل تفرقهم عن الحالة التي تجارحوا عليها، لأن الظاهر صدقهم وضبطهم، فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم، لأنه يحتمل أن يلقنوا، إلا أن يكونوا قد أشهدوا الشهود العدول على شهادتهم قبل أن يتفرقوا.
-الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج9، ص: 6. - أنظر كذلك المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ج14، ص: 146.
68- سورة البقرة، الآية: 281.
69- سورة الطلاق، الآية: 2.
70- ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص: 379.
71- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج9، ص: 6.

ومن الأدلة قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْلَمُونَ عَلِيمٌ﴾⁽⁷²⁾ ووجه الدلالة من الآية، أن الصبي لا يلحقه إثم، لأنه غير مكلف،

فدل ذلك على أن البلوغ شرط في الشهادة، لا بد من تحققه، لأن به قوام الشهادة.⁽⁷³⁾

كما أن الصبي لو كانت له الشهادة، لَلَزِمَتْهُ الإِجَابَةُ عِنْدَ الدَّعْوَةِ لِلآيَةِ الْكَرِيمَةِ، وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَى الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾⁽⁷⁴⁾ أي: دُعُوا لِلأَدَاءِ، فلا يلزمه إجماعاً.⁽⁷⁵⁾ لأن العقل والبلوغ شرطان في التكليف، والتكليف شرط في الأمر والنهي.⁽⁷⁶⁾

ثانياً:- الحرية:

يرى المالكية⁽⁷⁷⁾ أن الشاهد يجب أن يكون حراً عند أدائه الشهادة. وذهب مذهب المالكية جمهور الفقهاء من الحنفية⁽⁷⁸⁾ والشافعية⁽⁷⁹⁾. وذلك لقوله تعالى: ﴿ضَرْبُ اللَّهِ مِثْلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾⁽⁸⁰⁾. والشهادة شيء، فلا يقدر على أدائها بظاهر الآية.⁽⁸¹⁾ ولأن الشهادة فيها معنى ولاية، وهو لا ولاية له.

كما أن المناصب الدينية من القضاء والشهادة بها إلزام، والنفوس تأبى أن يلزمها من دونها ممن فيه شائبة رق، لأنه أثر كفر.⁽⁸²⁾

وذهب الحنابلة والظاهرية إلى قبول شهادة العبد، لعموم آيات الشهادة، وقيدتها الحنابلة فيما عدا الحدود والقصاص.

72- سورة البقرة، الآية: 282.

73- يقول ابن قدامة إن الله تعالى أخبر في هذه الآية أن الشاهد الكاتم لشهادة آثم، والصبي لا يآثم، فيدل على أنه ليس بشاهد، ولأن الصبي لا يخاف من مآثم الكذب، فيزعه عنه، ويمنعه منه، فلا تحصل الثقة بقوله، ولأن من لا يُقبل قوله على نفسه في الإقرار، لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون.

-المغني، مرجع سابق، ج14، ص: 147.

74- سورة البقرة، الآية: 281.

75- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج9، ص: 12.

76- ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص: 185.

77- ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص: 380. - شرح الزرقاني على مختصر خليل، مرجع سابق، ج7، ص: 289. -التسولي: البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج1، ص: 139.

78- السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج16، ص: 113. - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج9، ص: 12.

79- الشربيني: مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص: 569.

80- سورة النحل، الآية: 75.

81- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج9، ص: 12.

82- التسولي: البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج1، ص: 139.

يقول ابن حزم: وشهادة العبد والأمة مقبولة في كل شيء لسيدهما ولغيره كشهادة الحر والحررة ولا فرق. (83)

وقال ابن حامد: تقبل شهادتهم في غير الحدود والقصاص. (84)

أما ابن القيم فقد انتصر للرأي الذي يرى قبول شهادة العبد بقوله: لم يأت عن الشارع حرف واحد أنه قال: لا تقبلوا شهادة العبد، بل ردوها... بل الذي دلّ عليه كتاب الله وسنة رسوله، وإجماع الصحابة، والميزان العادل، قبول شهادة العبد، فيما تقبل فيه شهادة الحر. (85)

وأضاف: فالشهادة على الشارع بأنه أبطل شهادة العبد وردّها، شهادة بلا علم، ولم يأمر الله برد شهادة صادق أبدا، وإنما أمر بالتثبت في شهادة الفاسق. (86)

ثالثا: العدالة. (87)

الشرط الأساسي الذي يشترط في الشاهد هو أن يكون عدلا حين أدائه لشهادته. وقد اتفق المسلمون على اشتراط العدالة في قبول شهادة الشاهد. (88) وذلك لقوله تعالى: ﴿مَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾ (89)، وقوله عز وجل: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ (90). هذا واختلف الفقهاء في المقصود بالعدالة: فذهب الجمهور إلى أنها صفة زائدة على الإسلام، في حين ذهب أبو حنيفة إلى الاكتفاء بظاهر الإسلام في العدالة. (91)

83- ابن حزم: المحلي، ج9، ص: 412. دار الطباعة المنيرية، سنة 1352هـ.

84- ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج14، ص: 146.

85- ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج2، ص: 80. دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، رجب 1423هـ.

86- نفس المصدر ونفس الصفحة.

87- عرّف ابن رشد العدالة بقوله: هو أن يكون ملتزما لواجبات الشرع ومستحباته، مجتنباً للمحرمات والمكروهات،

- بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص: 379.

أما لونشريسي فقد عرّفها بكونها الاستقامة في الأحوال الدينية والدنيوية؛ ففي الدينية هي التقوى بحسب الاستطاعة في مجاري العادات، والدنيوية هي المروءة، وهي التلبس بالخصال التي تليق بمحاسن العادات واجتناب ما لا يليق.

-المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، ج10، ص: 202-203. نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، سنة 1401هـ/1981م.

88- ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص: 379.

89- سورة البقرة، الآية: 281.

90- سورة الطلاق، الآية: 2.

91- ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص: 379.

فالظاهر أن أبا حنيفة يرى أن كل مسلم عدل إلا أن يثبت خلاف ذلك، والجمهور يرى أن كل مسلم لا يحكم بعدالته إلا إذا أثبت توفره على شروطها.⁽⁹²⁾

والذي دفع بأبي حنيفة إلى ذلك القول هو حسن حال المسلمين في زمانه، وكثرة عدولهم وندرة غير العدول، ولو أنه عاش بعد ذلك القرن لقال بقول الجمهور.

وفي هذا يقول الجصاص الحنفي: «من قال من السلف بتعديل من ظهر إسلامه، فإنما بنى ذلك على ما كانت عليه أحوال الناس من ظهور العدالة وقلة الفساق فيهم... وأبو حنيفة كان في القرن الثالث الذي شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والصلاح، فتكلم على ما كانت الحال عليه، وأما لو شهد أحوال الناس بعد، لقال، بقول الآخرين في المسألة عن الشهود، ولما حكم لأحد منهم بالعدالة إلا بعد المسألة.»⁽⁹³⁾

وعليه، يمكن القول أن الاختلاف بين المذهبين هو اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان.

وبهذا يظهر أن العدالة شيء زائد على الإسلام كما قال جمهور الفقهاء، وأنها صفة لا توجد في كل المسلمين، لذلك لا تُقبل الشهادة إلا ممن توفرت فيه صفة العدالة.

وبناء عليه، لا تقبل شهادة الفاسق بإجماع الفقهاء⁽⁹⁴⁾ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾.⁽⁹⁵⁾

ولأن الفاسق غير موثوق به، نظراً لكونه قليل المبالاة بدينه، وليس في قلبه من خوف الله ما يمنعه من تعمد الكذب.

92- ابن معجوز: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 88، الهامش 4.
93- أبو بكر الجصاص: أحكام القرآن، ج2، ص: 238. دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة 1412هـ/1992م.
94- ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص: 379.
95- سورة الحجرات، الآية: 6.

يقول ابن قدامة: ولأن دين الفاسق لم يَزَعُهُ عن ارتكاب محظورات الدين، فلا يؤمن أن لا يزعجه عن الكذب، فلا تحصل الثقة بخبيره.⁽⁹⁶⁾

وهذا ما دفع ابن تيمية إلى التحقق من توفر صفة الصدق في الشاهد، فقال، العدل في المقال هو الصدق والبيان، الذي هو ضد الكذب والكتمان، كما بينه الله تعالى في قوله: ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ﴾⁽⁹⁷⁾

وأضاف: وبهذا يمكن الحكم بين الناس، وإلا فلو اعتبر في شهود كل طائفة ألا يشهد عليهم إلا من يكون قائماً بأداء الواجبات وترك المحرمات كما كان الصحابة لبطلت الشهادات كلها أو غالبها.⁽⁹⁸⁾

رابعاً:- نفي التهمة:

اشتراط الفقهاء أن لا يكون الشاهد متهما في شهادته، لأن التهمة تُردُّ بها الشهادة. والتهمة هي أن يجلب الشاهد إلى المشهود له نفعاً أو يدفع عنه ضرراً.⁽⁹⁹⁾ ومادام هذا الأمر قد يدفع الشاهد إلى الشهادة بغير الحق أو يتحيز في شهادته، فشهادته لا تقبل.

ومما استدل به العلماء على رد الشهادة بالتهمة قوله صلى الله عليه وسلم: «لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين».⁽¹⁰⁰⁾

96- ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج14، ص: 148. واتفق الفقهاء على أن الفاسق إذا تاب، وعرفت توبته فإن شهادته تقبل حينئذ، إلا من كان فسقه من قبل الفذف، فإن أبا حنيفة يقول: لا تقبل شهادته، وإن تاب. والجمهور يقولون: تقبل.

-ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص: 379.

97- سورة الأنعام، الآية: 153.

98- ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، ج5، ص: 574. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1408هـ/1987م. ونقل عن أبي العباس قوله: ويتوجه أن تقبل شهادة المعروفين بالصدق، وإن لم يكونوا ملتزمين للحدود عند الضرورة مثل الحبس، وحوادث البدو، وأهل القرية الذين لا يوجد فيهم عدل.

-نفس المصدر، ج5، ص: 575.

99- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج6، ص: 568.

100- تخريج الحديث: أخبرنا أبو عبد الرحمن السلمي، ثنا أبو الحسن الكازري، أنبأ علي بن عبد العزيز عن أبي عبيد، ثنا حفص بن غياث عن محمد بن زيد بن مهاجر عن طلحة بن عبد الله بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث منادياً حتى انتهى إلى الثنية أنه لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين.

- أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الشهادات، باب لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة، ج10، ص: 339. رقم 20860.

كما أخرجه مالك في الموطأ مرفوعاً إلى عمر بن الخطاب حيث قال: «لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين».

- كتاب الأقضية. باب ما جاء في الشهادات، ج2، ص: 720. دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1406هـ/1985م.

يقول ابن قدامة: «الظنين هو المتهم، والأب يتهم لولده، كتهمة العدو في الشهادة على عدوه». (101)

وعليه، فقد أجمع العلماء⁽¹⁰²⁾ على أن التهمة التي سببها المحبة مؤثرة في إسقاط الشهادة.⁽¹⁰³⁾ قال الإمام مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد في رواية عنه، وإسحاق والشعبي والنخعي: إن شهادة الأصل لفرعه، والفرع لأصله غير مقبولة.⁽¹⁰⁴⁾

وقال ابن فرحون: «من موانع قبول الشهادة: الشفقة بالنسب: كالأبوة والأمومة وإن علت». (105) كما لا تقبل شهادة العدو⁽¹⁰⁶⁾ على عدوه عند الجمهور،⁽¹⁰⁷⁾ فيما إذا كانت العداوة دنيوية، لأن العداوة تورث التهمة، ولا يؤمن التقول فيها.

كما أن الشهادة في هذا الموضع، تبعث على اتهام الشاهد بأنه أراد أن يشهد على عدوه بقصد أن يتشفى فيه. يقول ابن قدامة: «العدو شهادته غير مقبولة على عدوه في قول أكثر أهل العلم». (108) أما أبو حنيفة فقد ذهب إلى قبول شهادة العدو على عدوه.⁽¹⁰⁹⁾

-
- 101- ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج14، ص: 182.
102- في حين ذهب ابن حزم الظاهري إلى قبول شهادة الأقارب بعضهم لبعض مطلقا كالأجنبي.
- المحلي، مرجع سابق، ج9، ص: 415.
103- ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص: 380.
104- - ابن رشد: بداية المجتهد، م س، ج2، ص: 380. - ابن فرحون: التبصرة، م س، ج1، ص: 190، الكاساني: بدائع الصنائع، م س، ج9، ص: 35، الهامش 1. - ابن قدامة: المغني، م س، ج14، ص: 181، - الشريبي: مغني المحتاج، م س، ج4، ص: 580/579.
وأضاف الكاساني أن شهادة سائر القرابات الأخرى تُقبل عند هؤلاء الفقهاء، واشترط مالك في شهادة الأخ لأخيه ألا يكون في عياله.
في حين ذهب شريح وأبو ثور وداود إلى قبول شهادة الأب لابنه فضلا عمّن سواه إذا كان الأب عدلا.
- ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص: 380-381.
105- ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص: 190.
106- العدو: هو من يبغض المشهود عليه، بحيث يتمنى زوال نعمته، ويجزن بسروره، ويفرح بمصيبته.
- الشريبي: مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص: 580.
107- ابن فرحون: تبصرة الحكام، م س، ج1، ص: 192. - التسولي: البهجة في شرح التحفة، م س، ج1، ص: 211.
- ابن قدامة: المغني، م س، ج14، ص: 174. - الشريبي، مغني المحتاج، م س، ج4، ص: 580.
108- ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج14، ص: 174.
109- ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص: 380.

ومما استدل به جمهور الفقهاء على ردّ شهادة العدو قوله صلى الله عليه وسلم: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا ذي غمير على أخيه، ولا تجوز شهادة القانع لأهل بيته»⁽¹¹⁰⁾. وتجدر الإشارة إلى أن الشاهد الذي يتهم في شهادته لقربته للمشهود له أو لعداوته للمشهود عليه، لا تُردّ شهادته لاتهامه بالكذب، لأن الغالب أن من ثبتت عدالته لا يكذب، وإلا لسقطت عدالته. وإنما تردّ شهادته لأنه يتهم على أنه قد يتأول ويتجاوز، ولا يستقصي الأمر، ولا يتثبت، بل يدفعه الحرص على طلب النفع، أو دفع الضرر عن المشهود له، إلى أن يقوم بأشياء يؤتى عليه بسببها، حتى لا ينظر فيها، أو ينظر نظر بادي الرأي، والطبع يصرفه عن التأنى والتثبت، فيؤدي ذلك إلى نقص في شهادته⁽¹¹¹⁾.

إذا كانت العداوة الدنيوية مؤثرة ومسقطّة للشهادة، فماذا عن العداوة الدينية؟

المطلب الثاني: شهادة غير المسلم

110- تخرج الحديث: حدثنا أيوب بن محمد الرقي، ثنا معمر بن سليمان، حدثنا محمد بن يحيى، ثنا يزيد بن هارون: قال: ثنا حجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا محدودة الإسلام، ولا ذي غمير على أخيه». أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، باب من لا تجوز شهادته، ج2، ص: 792، حديث رقم 2366. مطبعة دار إحياء الكتب العربية. كما أخرجه أبو داود في سننه في كتاب القضاء، باب من تردّ شهادته، ص: 646 حديث رقم 3600 وفي حديث رقم 3601. قال أبو داود: الغمير الحقد والشحناء. وأخرجه البيهقي في سننه: كتاب الشهادات، باب لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة، ج10 ص: 338، حديث رقم 20855. 111- الونشريشي: المعيار المعرب، مرجع سابق، ج10، ص: 209-210.

اتفق الفقهاء على شرط الإسلام في الشهادة، وضد الإسلام الكفر، وعليه فلا تقبل شهادة الكافر على المسلم؛ لأنه متهم في حقه، إلا أنهم اختلفوا في شهادة الكافر في الوصية في السفر.

وسأتناول في هذا المطلب شهادة غير المسلم على إطلاقها (الفرع الأول)، ثم شهادته في حال الضرورة سواء كانت في السفر أو في الحضر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الموقف الشرعي من شهادة غير المسلم.

اتفق العلماء على عدم قبول شهادة غير المسلم على المسلم إذا كانت شهادة المسلم غير متعذرة. وقد حكى هذا الاتفاق غير واحد من العلماء؛ قال ابن رشد الحفيد: «أما الإسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول، وأنه لا تجوز شهادة الكافر، إلا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر» (112).

كما نقل الشيخ الدسوقي الإجماع على ذلك، فقال: «اعلم أن شهادة الكافر على المسلم لا تقبل إجماعاً» (113).

وقال الزركشي: «يشترط للشاهد... الإسلام، وهو والله أعلم إجماع في الجملة» (114).

ومن نصوص الفقهاء في منع شهادة غير المسلم نجد قول ابن الجلاب: «لا تجوز شهادة النصارى ولا اليهود بعضهم على بعض، ولا على المسلمين ولا لهم» (115).

112- ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج4، ص: 1773.

113- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج4، ص: 154.

وتعقب القول بالإجماع ابن مرزوق بأنه غير واقع، لتتحقق النقل عن بعض الأئمة بأن ذلك جائز عند الوصية في السفر للضرورة فيما نقله عنه الشيخ عليش؛ حيث قال: «وتعقب ابن مرزوق حكاية الإجماع على عدم صحة شهادة الكافر على المسلم، بأن من الأئمة من قال بجوازها على وصية مسلم في السفر للضرورة، عزاه ابن سهل لشريح وابن المسيب وسعيد بن جبيرة وعبيدة وابن سيرين وغيرهم».

- محمد عليش: منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج8، ص: 389. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1404هـ/1984م.

114- شمس الدين الزركشي: شرح الزركشي على متن الخرقى، ج4، ص: 485. توزيع مكتبة الأسد، مكة المكرمة، الطبعة الثالثة، سنة 1430هـ/2009م.

115- أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري: التفريع، ج2، ص: 237. دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة 1408هـ/1987م.

وقال أيضا القاضي عبد الوهاب: «شهادة أهل الذمة غير مقبولة على كل حال».

- عيون المجالس، ج4، ص: 1551. مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م.

وجاء في المدونة: «قال يونس: وقال ربيعة: ليس لأهل الكفر على المسلمين شهادة».(116)

وقال القرافي: «يمنع شهادة الكافر على المسلم».(117)

الأمر نفسه عبر عنه فقهاء المذاهب الأخرى، حيث قال السرخسي الحنفي: «ولهذا لا يُجعل - أي الكافر - من أهل الشهادة في حق المسلمين».(118)

وقال ابن قدامة الحنبلي: «مذهب أبي عبد الله أن شهادة أهل الكتاب لا تقبل في شيء، على مسلم ولا كافر غير ما ذكرنا - الوصية في السفر -».(119)

كما قال الشرييني الشافعي: «لا تقبل شهادة الكافر على مسلم ولا على كافر».(120)

وجاء في الموسوعة الفقهية: «الأصل أن يكون الشاهد مسلماً، فلا تقبل شهادة الكفار سواء أكانت الشهادة على مسلم أو على غير مسلم».(121)

هذا، وقد استدال الفقهاء فيما ذهبوا إليه من عدم جواز قبول شهادة غير المسلم على المسلم بأدلة منها: (122)

- قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا شَهِدُوا شَمِيخِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾.(123)

-
- 116- الإمام مالك: المدونة الكبرى، ج4، ص: 21. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1415هـ/1994م
117- القرافي: الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص: 224.
118- السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج16، ص: 113.
119- ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج11، ص: 173.
كما قال ابن المفلح: «لا تقبل شهادة كافر على مسلم، ولا كافر».
-المبدع، مرجع سابق، ج8، ص: 301.
120- الشرييني: مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص: 569-568.
وقال النووي في روضة الطالبين: «لا تقبل شهادة... كافر، سواء شهدنا على مسلم أو كافر».
- النووي: روضة الطالبين، ج11، ص: 222. المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، سنة 1412هـ/1991م.
121- الموسوعة الفقهية الكويتية، ج26، ص: 222. إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الطبعة الثانية، سنة 1410هـ/1990م.
122- ابن رشد: المقدماتالممهديات، ج2، ص: 285. دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1408هـ/1988م. - القرافي: الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص: 224-225.
-السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج16، ص: 113 -ابن نعيم: البحر الرائق، ج7، ص: 158. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، سنة 1417هـ/1997م. -ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج14، ص: 173. - شرح الزركشي على متن الخرقى، مرجع سابق، ج4، ص: 485. - البهوتي: كشف القناع، مرجع سابق، ج9، ص: 3306.
123- سورة البقرة، الآية 281.

ووجه الدلالة من الآية الكريمة: أن الخطاب في الآية للمسلمين لقوله تعالى: ﴿من رجالكم﴾ أي: نحن المسلمين، ولذلك فإن الشاهد لا يكون إلا مسلماً.

- قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾. (124)

وجه الدلالة من الآية أن الكافر تنتفي فيه العدالة، إذ هو فاسق وزيادة، والفاسق من زالت عدالته، فالكافر أولى.

وهناك وجه آخر؛ وهو قوله تعالى: "منكم" حيث جعل الشهود من المسلمين لا من غيرهم، وإلا كما قال ابن النجار: لم يكن لقوله "منكم" فائدة. (125) فالكافر ليس بعدل وليس من المسلمين، ولأنه أفسق الفاسق، ويكذب على الله تعالى، فلا يؤمن منه الكذب على خلقه. (126)

- قوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾. (127)

وجه الدلالة من الآية أن الشهادة فيها معنى الولاية، وقد نفى سبحانه أن يكون للكافر على المؤمن سبيلاً، فلا ولاية له على المسلم، فإذا انتفت ولايتهم، فمن باب أولى أن تنتفي شهادتهم.

- قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض﴾. (128)

وجه الدلالة من الآية أن الله تعالى نفى ولاية أهل الكتاب على المسلمين، وحصر ولايتهم فيما بينهم، والشهادة في القضاء نوع من الولاية تسري إلى المشهود عليه عن طريق القضاء. (129)

124- سورة الطلاق، الآية: 2.
125- محمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار: معونة أولى النهي شرح المنتهى، ج11، ص: 429. توزيع مكتبة الأسد، مكة المكرمة، الطبعة الخامسة، سنة 1429هـ/2008م.
126- الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج26، ص: 222.
127- سورة النساء، الآية: 140.
128- سورة المائدة، الآية: 53.

- قوله تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ (130).

وجه الدلالة من الآية أن قبول الشهادة مخصوص بالرضا، والكافر ليس مرضيا. (131)

كما استدلوا على ذلك بأدلة عقلية منها:

- إذا كانت العدالة شرطا في الشهادة، فالإسلام أساس العدالة، ولهذا فإن الله تعالى

دائما يضيف الشهود إلى ضمير المخاطبين، وهم المؤمنون فيقول: ﴿فأشهدوا شهيدين من

رجالكم﴾، ويقول أيضا: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ (132).

- وإذا كانت شهادة الفاسق غير مقبولة، فشهادة الكافر أولى بعدم القبول.

ومن الحجج يقول الشيخ الدسوقي القياس الجلي: وهو قياس الكافر على الفاسق،

فالحكم بشهادة الفاسق لا يجوز، والكافر أشد فسقا وأبعد عن المناصب الشرعية، فبمقتضى

القياس لا يجوز الحكم بشهادته. (133)

- الكافر لا ولاية له على المسلم، والشهادة نوع من أنواع الولاية، لأنه يترتب عليها

حكم قضائي ملزم، ولهذا لا تجوز شهادة الكافر على المسلم، لما فيها من الولاية.

وفي هذا يقول الزيلعي بأن الشهادة نوع ولاية لما فيها من إلزام الغير. (134)

- أن الكافر يتقوّل على المسلم لأنه يغيظه قهره إياه. (135) فهو غير مأمون لأنه يعتقد

عداوة للمسلمين. (136)

129- محمد سعيد رمضان البوطي: محاضرات في الفقه المقارن، ص: 190. دار الفكر، دمشق، الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1401هـ/1981م.

130- سورة البقرة، الآية: 281.

131- الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 4 ص: 224. المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة الأولى 1313

132- محمد بن صالح العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج 15، ص: 419. دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، رمضان 1428هـ.

133- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 4، ص: 154.

134- الزيلعي: تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج 4، ص: 224.

135- ابن الهمام: شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 7، ص: 391.

- ابن نجيم: البحر الرائق، مرجع سابق، ج 7، ص: 158.

136- السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج 16، ص: 113.

- أن القول بقبول شهادة الكفار على المسلمين، فيه إلزام للقاضي بالحكم بشهادة غير المسلمين، ولا يصح إلزام القاضي بذلك. ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم بالإجماع، كي لا يلزمه شيء يتضرر به بشهادة الكافر. (137)

وفي هذا يقول ابن الهمام: «لأننا لو قبلنا شهادتهم، لأوجبنا على القاضي القضاء بشهادتهم». (138)

- أن الكافر ليس من أهل التكريم ولا الرفعة، والقول بقبول شهادة الكافر - وبخاصة على المسلمين - فيه تزكية وتعديل للشاهد وترفع لمقداره. (139)

من هذا يظهر أن الشاهد لا بد أن يكون مسلماً بدلالة القرآن الكريم و النظر الصحيح. والنظر الصحيح كما يقول ابن عثيمين هو أن الكافر محل الخيانة، وهو غير مأمون لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بِالْكَافِرِينَ أَهْلًا وَلَا يَأْتُواكُمْ بِخَبَرٍ خَيْرٍ فِيهِ. (141)

كما أنهم لا يجتنبون الكذب كما يقول الإمام الشافعي، فالله تعالى أخبر عنهم بأنهم ينكرون الآيات عناداً مع علمهم بأنه حق، قال تعالى: ﴿وَجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلماً وعلواً﴾، (142) فكان ذلك كذباً منهم، والكذاب لا تقبل شهادته. (143)

137- الزيلعي: تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص: 224.

138- ابن الهمام، شرح فتح التقدير، مرجع سابق، ج7، ص: 390.

139- محمد الطاهر بن عاشور: التحرير والتنوير، ج7، ص: 96. الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م.

140- سورة آل عمران، الآية: 118.

- ﴿من دونكم﴾ أي: من دون أهل دينكم وملتكم، يعني من غير المؤمنين.

- ابن جرير الطبري: تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل أي القرآن، ج5، ص: 708. دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1422هـ/2001م. - ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، ج2، ص: 106. دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1410هـ/1999م.

- ﴿لا يألونكم خبالاً﴾: لا يقصرون فيما فيه الفساد عليكم.

خبالاً: فساداً. وتعني الآية: لا يتركون الجهد في إفسادكم.

- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص: 272-273. مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1420هـ/2000م.

- ﴿وخذوا ما عنتم﴾: يعني وخذوا عنتكم. يقول يتمنون لكم العنت والشر في دينكم.

-تفسير الطبري، مرجع سابق، ج5، ص: 709.

141- محمد بن صالح العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستمعت، مرجع سابق، ج15، ص: 419.

142- سورة النمل، الآية: 14.

وعليه ، فشهادة الكافر لا تقبل ولو كان مبرزاً في الصدق ، إذا كانت شهادته مستندة فقط على مجرد خبره ، فهي غير مقبولة لا شك وليس مؤتمناً ، لكن إذا كان يصور لنا الواقع صورة لا ارتياب فيها ،⁽¹⁴⁴⁾ حينئذ يقبل ما قدمه من أدلة لا خبره ، لأن القرآن الكريم قال : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾⁽¹⁴⁵⁾ ، يعني اطلبوا البيان ، حتى يتبين لكم الأمر ، فإذا تبين الأمر ، فلا مانع من قبول شهادته.⁽¹⁴⁶⁾

وهذا ما دفع ابن القيم إلى القول بأن الشريعة لا ترد حقاً ، ولا تكذب دليلاً ، ولا تبطل أمانة صحيحة ، وقد أمر الله سبحانه بالتثبت والتبين في خبر الفاسق ، ولم يأمر برده جملة. فإن الكافر والفاسق قد يقوم على خبره شواهد الصدق ، فيجب قبوله والعمل به ، وقد استأجر النبي صلى الله عليه وسلم في سفر الهجرة دليلاً مشركاً على دين قومه ، فأمنه ، ودفع إليه راحلته⁽¹⁴⁷⁾ . فلا يجوز لحاكم ولا لوال رد الحق بعدما تبين ، وظهرت أمارته لقول أحد من الناس⁽¹⁴⁸⁾ .

الفرع الثاني: شهادة غير المسلم على المسلم في حالة الضرورة.

لقد أجمع العلماء على رفض شهادة غير مسلم على المسلم في غير حالة الضرورة ، أما في حالة الضرورة وهي حالة الوصية في السفر ، وكانت شهادة المسلم متعذرة ، ولم توجد إلا شهادة الكافر ، ففي مثل هذه الحالة ، هل تقبل شهادة غير المسلم على المسلم أم لا ؟

143- الزيلعي: تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص: 224.

144- كأن يكون مع الكافر آلة تصوير أو آلة فيديو تنقل الوقائع والأحداث.

145- سورة الحجرات، الآية: 6.

146- ابن عثيمين، الشرح الممتع، مرجع سابق، ج 15، ص: 420.

147- تخريج الحديث:

حدثني إبراهيم بن موسى أخبرنا هشام بن معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها « واستأجر النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلاً من بني الدَّيْلِ ثم من بني عبد بن عدي هادياً خريّتا - الخريت: الماهر بالهداية - قد غمس يمين حلف في آل العاصي بن وائل، وهو على دين كفار قريش، فأمناه، فدفعنا إليه راحلتيهما، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحلتيهما صبيحة ليال ثلاث فارتحلا، وانطلق معهما عامر بن فهيرة، والدليل الديلي فأخذ بهم أسفل مكة وهو طريق الساحل».

- أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة، أو إذا لم يوجد أهل الإسلام، حديث رقم 2263، ص 539 - 540.

148- ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، سنة 1428هـ، ص 63.

اختلف العلماء في جواز قبول شهادة غير المسلم على المسلم في حالة الوصية في السفر،
واختلفوا في ذلك على مذهبين :

المذهب الأول الذي يمثله جمهور الفقهاء من المالكية⁽¹⁴⁹⁾ والحنفية⁽¹⁵⁰⁾ والشافعية،⁽¹⁵¹⁾

يقول بعدم قبول شهادة الكافر على وصية المسافر المسلم الذي مات في سفره.

وهكذا، جاء في مدونة مالك: قلت رأيت إذا هلك رجل في سفر وليس معه من أهل
الإسلام أحد، أتجوز شهادة أهل الكفر الذين معه إن أوصى بوصية؟ قال: لم يكن مالك يجيز
شهادة أحد من أهل الكفر، لا في سفر ولا في حضر، ولا أرى أن تجوز شهادتهم.⁽¹⁵²⁾

كما تم رفض قبول شهادة النساء من الكفار في مسائل الولادة، حيث جاء في المدونة:
قلت: هل تجوز شهادة نساء أهل الذمة في الولادة في قول مالك؟ قال: لا. وقال: شهادة
رجالهم لا تجوز في شيء من الأشياء، فكيف تجوز شهادة نسائهم.

وقد ردّ شهادة أهل الذمة غير واحد من أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه
وسلم والتابعين.⁽¹⁵³⁾ يقول ابن رشد الجد في المقدمات: «وإنما شرطنا في ذلك الإسلام، خلافا
لمن أجاز شهادة الكافر في الوصية في السفر».⁽¹⁵⁴⁾

ويقول القرافي: «يمنع شهادة الكافر على المسلم أو الكافر من أهل ملتهم أو غيرها. وكذا في
وصية ميت مات في سفره، فإن لم يحضره مسلمون».⁽¹⁵⁵⁾

149- ابن الجلاب: التفريع، مرجع سابق، ج2، ص: 237. - ابن رشد: المقدمات الممهيات، م س، ج2، ص:
284.القرافي: الذخيرة، م س، ج10، ص: 224. -

150- السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج10 ص: 134. - الزيلعي: تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص: 224.

151- الشربيني: مغني المحتاج، م س، ج4، ص: 569. - الرملي: نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج8، ص: 292.

152- المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج4، ص: 22.

153- نفس المصدر، ونفس الصفحة.

154- ابن رشد الجد: المقدمات الممهيات، مرجع سابق، ج2، ص: 284-285.
وقال كذلك ابن الجلاب المالكي: ولا تجوز شهادة النصارى ولا اليهود بعضهم على بعض، ولا على المسلمين ولا لهم.
وقد قيل أنها جائزة في السفر.

- التفريع، مرجع سابق، ج2، ص: 237.

155- القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص: 224. بل ذهب القرافي إلى أبعد من ذلك عندما أشار إلى عدم قبول
شهادة النساء من الكفار في الاستهلال والولادة. - نفس المصدر ونفس الصفحة.

ويبدو من هذه النصوص والأقوال أن شهادة غير المسلم على المسلم لا تقبل على الإطلاق في المذهب المالكي.

وهو الموقف نفسه الذي عبّر عنه فقهاء المذهب الحنفي، حيث قال الكاساني: «لا شهادة للكافر على المسلم أصلاً»⁽¹⁵⁶⁾.

وأوضح السرخسي في المبسوط أن شهادة الكفار كانت جائزة على وصية المسلم الذي مات في سفره، إلا أنها انتسخت بحكم انتساح حكم ولا يتهم على المسلمين⁽¹⁵⁷⁾.

كما جاءت آراء فقهاء المذهب الشافعي مطابقة لما سبق ذكره في المذهب المالكي والحنفي، وفي هذا يقول الغزالي: «اتفق أهل العلم على أن شهادة الكافر على المسلم لا تقبل، أما شهادة أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم، فهي غير مقبولة في مذهب الحنفية والمالكية والشافعية، ومقبولة في مذهب الحنابلة»⁽¹⁵⁸⁾.

وقال الشرييني في مغني المحتاج: «لا تقبل شهادة لكافر على مسلم ولا على كافر خلافاً لأحمد في الوصية»⁽¹⁵⁹⁾.

أما المذهب الثاني الذي يمثله الحنابلة⁽¹⁶⁰⁾ والظاهرية⁽¹⁶¹⁾، فيقول بقبول شهادة الكافر على المسلم في الوصية في السفر، إذا حضر المسلم الموت، وتعدرت شهادة المسلم ولم توجد إلا شهادة الكافر.

156- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج9، ص:8. وقال في موضع آخر: «شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة».
- نفس المصدر: ج9، ص:22.
157- السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج16، ص:134.
- أنظر كذلك تبيين الحقائق للزليعي، مرجع سابق، ج4، ص:224.
158- محمد الغزالي: الوسيط في المذهب، ج7، ص:347، الهامش رقم 2. دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1417هـ/1997م.
وقال في الوجيز: لا تقبل شهادة كافر أصلاً.
- الغزالي: الوجيز في الفقه الشافعي، ج2، ص:248. دار الأرقم، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1418هـ/1997م.
159- الشربيني: مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص:568-569.
160- ابن قدامة: المغني، ج14، ص:170. - ابن النجار: منتهى الإرادات، ج2، ص:403.

وفي هذا يقول ابن قدامة: «إذا شهد بوصية المسافر الذي مات في سفره شاهدان من أهل الذمة، قبلت شهادتهما، إذا لم يوجد غيرهما.» (162)

وقال المرادوي وهو يستعرض شروط الشهادة: «الإسلام، فلا تقبل شهادة كافر إلا أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم، وحضر الموصي في الموت فتقبل شهادتهم.» (163)

أما ابن حزم فقد عمّم القبول على كل كافر سواء كان من أهل الكتاب أم لا، فقال: «لا يجوز أن يقبل كافر أصلاً، لا على كافر ولا على مسلم، حاش الوصية في السفر فقط، فإنه يقبل في ذلك مسلمان أو كافران من أي دين كانا، أو كافر وكافرتان أو أربع كوافر.» (164)

وقد استدلل الجمهور على عدم قبول شهادة غير المسلم على المسلم مطلقاً سواء في الوصية في السفر أو في غيرها بعموم النصوص القرآنية التي سبق وأشرت إليها في الفقرة السابقة، فهي تمنع الشهادة من غير المسلم على المسلم سواء في الوصية في السفر أو غيرها. (165)

– علاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج12، ص: 39. مطبعة السنة المحمدية، الطبعة الأولى، سنة 1375هـ/1956م.

قال ابن المنذر: وبهذا قال أكابر الماضيين، وممن قاله: شريح، والنخعي والأوزاعي، ويحيى بن حمزة. وقضى بذلك ابن مسعود، وأبو موسى رضي الله عنهما.

-ابن قدامة: المغني، ج14، ص: 171.

161- ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج9، ص: 405-406.

162 -ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 14 ص 170.

وقال ابن النجار: لا تقبل - الشهادة - من كافر غير رجلين كتابيين، عند عدم، بوصية ميت بسفر، مسلم أو كافر.

- منتهى الإرادات: مرجع سابق، ج 2 ص 403.

163 -المرادوي: الإنصاف، مرجع سابق، ج 12 ص 39.

وأضاف في نفس الموضوع: الصحيح من المذهب قبول شهادة أهل الكتاب بالوصية في السفر بشرطه. وعليه الأصحاب، وجزم به كثير منهم، ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله حتى قال في المصنف وصاحب الروضة والشيخ تقي الدين: إنه نص القرآن:

164 - ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج 9 ص 405-406.

165- النصوص القرآنية التي احتج بها أصحاب هذا الرأي لرفض شهادة الكافر على المسلم هي:

- قوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ سورة النساء، الآية: 140.

- قوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾ سورة البقرة، ص: 281.

ووجه الاستدلال بهذه الآية: أن الكافر لا يستشهد لأنه ليس من المؤمنين، ولا ممكن يرضى، وكلتا الصفتين موجودة فيه، سواء شهد على مسلم في وصيته في السفر، أو غيرها.

- قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ سورة الطلاق، الآية: 2.

ووجه الاستدلال أن الكافر غير عدل فلا تصح شهادته.

كما استدلووا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تصدقوا أهل الكتاب ولا تكذبوهم».(166)

ووجه الدلالة منه أن النهي عن تصديق أهل الكتاب فيما قالوه عام شامل لشهادتهم وأخبارهم، وهو دليل على عدم جواز قبول شهادة الكافر على المسلم إلا ما استثناه الشرع. وفي هذا يقول ابن حجر وهو يشرح الحديث الشريف: «الغرض منه النهي عن تصديق أهل الكتاب فيما لا يعرف صدقه من قبل غيرهم، فيدل على ردّ شهادتهم وعدم قبولها».(167) واستدلووا بأدلة عقلية منها:

- أن الكافر لا تقبل شهادته على المسلم في الوصية في السفر، كما لا تقبل شهادته عليه في غير الوصية في السفر بجامع الكفر في كل منهما.

- أن شهادته على المسلم في هذه الحالة ولاية عليه، ولا يجوز للكافر أن يكون والياً على مسلم شرعاً. يقول الكاساني: لأن الشهادات تجري مجرى الولايات.(168)

- لا تقبل شهادة الكتابي على المسلم في الوصية في السفر، كما لا تقبل شهادة الفاسق، بجامع الكذب في كل منهما.

جاء في المغني: «وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: لا تقبل؛ لأن من لا تقبل شهادته على غير الوصية، لا تقبل في الوصية، كالفاسق لا تقبل شهادته، فالكافر أولى».(169)

أما المذهب الثاني القائل بجواز شهادة غير المسلم على المسلم في الوصية في السفر، فقد استدلووا على صحة مذهبهم بالأدلة الآتية: (170)

166- رواه البخاري بدون سند، ص 655. باب لا يسأل أهل الشرك عن الشهادة وغيرها.
167- ابن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج5، ص: 366. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1410هـ/1989م.
168- الكاساني: بدائع الصنائع، ج9، ص: 12.
169- ابن قدامة: المغني، ج14، ص: 171.
170- ابن حزم: المحلى، ج9، ص: 406. - ابن قدامة: المغني، ج14، ص: 170-171.
- ابن المفلح: المبدع شرح المقنع، ج8، ص: 301-302. - ابن النجار: شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج11، ص: 430. - البهوتي: كشف القناع، ج9، ص: 3307.

1- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتَ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسَبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرَقْتُمْ لِأَنْ تُشْتَرِيَ بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنْ آذَاكُمْ مِنَ الْإِنَّمِينِ﴾. (171)

ووجه الدلالة من الآية أن قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ خطاب لعامة المؤمنين، وقوله تعالى: ﴿إِثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ أي: من ملتكم، لأنه الذي يدل عليه السياق، ولوصفهم بالعدالة. وقوله تعالى: ﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ﴾ أي: من غير ملتكم.

ومن طريق ابن عباس أنه قال في هذه الآية: هذا لمن مات وليس عنده أحد من المسلمين، فأمره الله تعالى أن يشهد على وصيته رجلين من غير المسلمين. (172)

ويدل ظاهر هذا النص على جواز استشهاد اثنين من غير المسلمين في الوصية في السفر إذا لم يوجد أحد من المسلمين.

قال ابن قدامة: وهذا نص الكتاب، وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه. (173)

171- سورة المائدة، الآية: 108.

172- ابن حزم: المحلي، ج9، ص: 407.

وجاء في نفس الموضوع أيضا: ومن طريق ابن عباس أيضا في قوله تعالى: ﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ قال: من غير المسلمين من أهل الكتاب.

ومن طريق وكيع عن شعبة عن قتادة عن سعيد بن المسيب في قوله عز وجل: ﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ قال: من أهل الملة. وفي رواية عنه: «من غير أهل ملتكم».

ومن طريق وكيع عن عبد الله بن عوف عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني في قوله تعالى: ﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ قال: من غير أهل الملة.

173- ابن قدامة: المغني، ج14، ص: 171.

وقال ابن المنذر: وبهذا قال أكابر الماضيين - يعني الآية التي في سورة المائدة - وممن قال بذلك: شريح، والنخعي والأوزاعي، ويحيى بن حمزة، وقضى بذلك عبد الله بن مسعود وأبو موسى الأشعري رضي الله عنهما. (174)

قال شريح لا تجوز شهادة المشركين على المسلمين إلا في الوصية ولا تجوز في الوصية إلا أن يكون مسافرا. (175)

كما أن قوله تعالى: ﴿إِن أَنْتُمْ ضَرِيتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مَصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسَبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسَمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ﴾، يفهم منه أنه إن لم ترتابوا فلا حاجة إلى الحبس، وهذا يدل على أننا قد لا نرتاب في شهادة الكافر. وهذا دليل واضح على قبول شهادة غير المسلم في وصية في سفر لم يحضره غيرهما من المسلمين.

كما استدل هؤلاء بأحاديث من السنة، منها ما رواه أبو داود في سننه:

حدثنا زياد بن أيوب، ثنا هشيم، أخبرنا زكرياء عن الشعبي: أن رجلا من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقاء (176) هذه، ولم يجد أحدا من المسلمين يُشهد على وصيته، فأشهد رجلين من أهل الكتاب، فقدا الكوفة، فأتيا أبا موسى الأشعري، فأخبراه، وقدما بتركته ووصيته. فقال الأشعري: هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأحلفهما بعد العصر بالله ما خانا ولا كذبا ولا بدلا ولا كتما ولا غيرا، وإنها لوصية الرجل وتركته، فأمضى شهادتهما. (177)

174- ابن النجار: شرح منتهى الإرادات، ج11، ص: 430. أنظر كذلك المغني لابن قدامة، ج14، ص: 171.

175- ابن حزم: المحلي، ج9، ص: 407.

قال شريح في قوله تعالى: ﴿أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾: إذا مات الرجل في أرض غربة، فلم يجد مسلما، فأشهد من غير المسلمين شاهدين، فشادتهما جائزة.

- السنن الكبرى للبيهقي، ج10، ص: 279. أنظر كذلك تفسير الطبري، ج9، ص: 72.

كما صرح شريح القاضي أنه لا يجوز استنهاد الذميين عند فقد المؤمنين إلا بشرطين وهما: أن يكون ذلك في سفر، وأن يكون في وصية.

- تفسير ابن كثير، مرجع سابق، ج3، ص: 216.

176- دقوقاء: مدينة بين إربل وبغداد. - شهاب الدين الحموي: معجم البلدان، ج2، ص: 459. دار صادر، بيروت، سنة 1397هـ/1977م.

177- سنن أبي داود، كتاب القضاء. باب شهادة أهل الذمة، والوصية في السفر، ص: 647، حديث رقم 3605.

ووجه الدلالة هنا أن أبا موسى الأشعري رضي الله عنه قضى بقبول شهادتهما على الوجه المذكور، ورفع فعله إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فدلّ على أن ذلك القضاء من السنة. كما يستنتج من قضائه بذلك بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم أن الحكم غير منسوخ. قال الطحاوي: فهذا يدل على أن الآية محكمة عند أبي موسى وابن عباس، ولا أعلم لها مخالفا من الصحابة في ذلك، وعلى ذلك أكثر التابعين. (178)

وفي حديث آخر عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري وعدي بن بداء، فمات السهمي بأرض ليس بها مسلم، فلما قدما بتركته فقدموا جاماً من فضة مخصوصاً من ذهب، (179) فأحلفهما رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم وجد الجمام بمكة، فقالوا: ابتعناه من تميم وعدي، فقام رجلان من أولياء السهمي فحلفا: لشهادتنا أحق من شهادتهما وإن الجمام لصاحبه، قال: وفيهم نزلت هذه الآية (180): ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتَ﴾. (181)

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر شهادة الكتابيين ولم يردّها ابتداءً، فدلّ ذلك على جوازها، واعتبارها، ما لم يعثر على خيانة الشهود وكذبهم فيها، وليس أدل على الجواز من الوقوع. ثم إن الآية نزلت تقريراً لعمل الرسول صلى الله عليه وسلم في ذلك.

أنظر كذلك السنن الكبرى للبيهقي، ج10، ص: 278، حديث رقم 20626. باب من أجاز شهادة أهل الذمة في الوصية في السفر عند عدم من شهد عليها من المسلمين.
178- العيني: عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، ج14، ص: 104. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1421هـ/2001م.
179- الجمام هو الكأس، ومخصوصاً: بمعنى منقوشاً فيه خطوط دقاق طوال كالخوص، وهو ورق النخل.
- العيني: عمدة القارئ، مرجع سابق، ج14، ص: 107.
180- الآية 108 من سورة المائدة.
181- أخرجه البخاري بالتخريج الآتي:
وقال لي علي بن عبد الله: حدثنا يحيى بن آدم حدثنا ابن أبي زائدة عن محمد بن أبي القاسم عن عبد الملك بن سعيد بن جبير عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: الحديث.
-صحيح البخاري: كتاب الوصايا، باب قول الله عز وجل: الآية: 106-107 من سورة المائدة. ص: 688، حديث رقم 2780.
وأخرجه أبا داود في سننه بنفس السند. كتاب القضاء. باب شهادة أهل الذمة والوصية في السفر. ص: 647، حديث رقم 3606.
كما أخرجه الترمذي في الجامع الكبير، باب تفسير سورة المائدة، ج5، ص: 146-147، حديث رقم 3059.

لكن الجمهور الرافض لشهادة غير المسلم على المسلم ناقش أدلة المجيزين فقالوا:

1- إن آية الوصية في السفر منسوخة بآية الدين،⁽¹⁸²⁾ وهي قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا

الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾، الكافر غير مرضي، فلا تجوز شهادته، لأن استشهاده مخالف لهذه الآية لنزولها بعد آية الوصية، وأن آية الدين من آخر ما نزل.⁽¹⁸³⁾

قال الشافعي رحمه الله: وقد سمعت من يذكر أنها منسوخة بقول الله عز وجل:

﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾.⁽¹⁸⁴⁾

وجاء في الذخيرة: قال الأصحاب: وناسخ الآية قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ

مِنْكُمْ﴾.^{(185) (186)}

وجاء في المبسوط: قوله تعالى: أو آخران من غيركم: أي من غير دينكم.. ففيه تنصيص

على جواز شهادتهم على وصية المسلم.. ثم انتسخ في حق المسلم بانتساح حكم ولايتهم على المسلمين.⁽¹⁸⁷⁾

قال الشافعي رحمه الله: ففي هاتين الآيتين (يقصد: "وأشهدوا ذوي عدل منكم" و"من

ترضون من الشهداء") والله أعلم أن الله تعالى إنما عنى المسلمين دون غيرهم. من قبل إن رجالنا ومن نرضى من أهل ديننا لا المشركون لقطع الله تعالى الولاية بيننا وبينهم بالدين.⁽¹⁸⁸⁾

ومما اعتبروه دليلا على النسخ ما رواه ابن جرير بسنده عن زيد بن أسلم أنه قال: كان

ذلك في رجل توفي، وليس عنده أحد من أهل الإسلام، وذلك في أول الإسلام، والأرض

182- سورة البقرة، الآية: 281.

183- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ج8، ص: 261.

184- السنن الكبرى للبيهقي، ج10، ص: 276.

185- سورة الطلاق، الآية: 2.

186- القرافي: الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص: 226.

187- السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج16، ص: 134.

- أنظر كذلك تبیین الحقائق للزيلعي، مرجع سابق، ج4، ص: 224.

188- السنن الكبرى للبيهقي، ج10، ص: 273.

حرب، والناس كفار، إلا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه بالمدينة، وكان الناس يتوارثون بالوصية، ثم نسخت الوصية وفرضت الفرائض، وعمل المسلمون بها.⁽¹⁸⁹⁾ والقول بأن هذه الآية منسوخة مروى أيضا عن ابن عباس رضي الله عنهما.⁽¹⁹⁰⁾

2- كما قالوا أن المراد بقوله تعالى: ﴿أَوْ آخِرِينَ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ أي: من غير قبيلتكم، ومن غير عشيرتكم، كلهم من المسلمين.⁽¹⁹¹⁾ قاله الحسن البصري وعكرمة والزهري.⁽¹⁹²⁾

ويكون معنى قوله: "منكم" أي: من عشيرتكم وقرابتكم، لأنهم أحفظ وأضبط وأبعد عن النسيان. ومعنى قوله: ﴿أَوْ آخِرِينَ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ أي: من غير القرابة والعشيرة.⁽¹⁹³⁾ يقول ابن العربي: إن في قوله تعالى: ﴿ذُولَ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ ثلاثة أقوال: أحدها: من المسلمين، قاله ابن عباس ومجاهد، لأن الخطاب للمؤمنين.

189- تفسير الطبري، مرجع سابق، ج9، ص: 67.
أما سند الطبري في ذلك فهو: حدثني يونس، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني عبد الله بن عياش، قال: قال زيد بن أسلم: الحديث.
- أنظر كذلك تفسير ابن كثير، ج3، ص: 217.
190- أخبرنا أبو عبد الله الحافظ، أنبأ أحمد بن كامل، أنبأ محمد بن سعد بن محمد بن الحسن بن عطية، ثنا أبي، ثنا عمي، حدثني أبي عن أبيه عطية بن سعد عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما في هذه الآية قال: هي منسوخة.
- السنن الكبرى للبيهقي، ج10، ص: 276، حديث رقم 20622.
191- تفسير الطبري، مرجع سابق، ج9 ص 68.
192- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: مرجع سابق، ج8، ص: 262.
وجاء في الطبري:
حدثني الحارث بن محمد، قال: ثنا عبد العزيز، قال: ثنا مبارك، عن الحسن: ﴿أَوْ آخِرِينَ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ قال: من غير عشيرتك، ومن غير قومك، كلهم من المسلمين.
حدثنا عمرو بن علي، قال: ثنا أبو داود، قال: ثنا ثابت بن زيد، عن عاصم الأحول، عن عكرمة في قوله تعالى ذكره: ﴿أَوْ آخِرِينَ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾، قال: من غير أهل حيه. يعني من المسلمين.
حدثنا عمرو، قال: ثنا أبو داود، قال: ثنا صالح بن أبي الأخضر، عن الزهري، قال: مضت السنة ألا تجوز شهادة كافر في حضر ولا سفر، إنما هي في المسلمين.
-تفسير الطبري، ج9، ص: 68.
193- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ج8، ص: 262.
وقال النحاس: ذلك أن معنى (آخر) في العربية: (آخر) من جنس الأول، نقول: مررت بكريم وكريم آخر، فقوله: آخر، يدل على أنه من جنس الأول، ولا يجوز عند أهل العربية: مررت بكريم وخسيس آخر، ولا مررت برجل وحمار آخر.
هنا يقول القرطبي: فوجب من هذا أن يكون معنى قوله: ﴿أَوْ آخِرِينَ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ أي: عدلان، والكفار لا يكونون عدولا، فيصح على هذا قول من قال: «من غيركم»: من غير عشيرتكم من المسلمين.
-الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ج8، ص: 262-263.

الثاني: من قبيلتكم: قاله الحسن، وسعيد بن المسيب والزهري وغيرهم؛ لأن قبيل الميت وعشيرته أعلم بحاله.

والثالث: من أهل البيت، لأن الكلام منهم ومعهم، والحجة لهم، ويؤكد أنه قال في أول الآية: ﴿يا أيها الذين آمنوا﴾، ثم قال: ﴿من غيركم﴾ يعني أو آخران عدلان من غيركم، وبه يصح العطف. وقال ﴿تحبسونهما من بعد الصلاة﴾ فدلّ على أنهما من أهل الصلاة. وإذا كانا مؤمنين احتمل أن يكون ذلك من القبيلة أو من الورثة. ويترجح ذلك بحسب ما تقدم. (194)

وقال في تقدير الآية: يا أيها الذين آمنوا إذا ضربتم في الأرض، وحضركم المرض الذي هو سبب الموت، وأردتم الوصية فأشهدوا ذوي عدل منكم من قرابتكم أو آخران من غيركم. (195)

قال الشافعي رحمه الله في هذه الآية: قد سمعت من يتأول هذه الآية على من غير قبيلتكم من المسلمين، ويحتج فيها بقول الله تبارك وتعالى: ﴿تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمنا قليلا﴾ والصلاة المؤقتة للمسلمين ويقول الله: ﴿ولو كان ذا قربى﴾ وإنما القرابة بين المسلمين الذين كانوا مع النبي صلى الله عليه وسلم من العرب، ويقول الله: ﴿ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين﴾، وإنما يتأثم من كتمان الشهادة للمسلمين، المسلمون لا أهل الذمة. (196)

فالذي يظهر من هذه الأقوال هو أن المقصود هو إما اثنان من قبيلة الميت، أو أهل قرابته. وليس المراد من غير ملتكم، مما يدل على عدم جواز شهادة غير المسلم على المسلم.

194- ابن العربي: أحكام القرآن، ج2، ص: 240-241.

195- نفس المصدر: ج2، ص: 253.

196- السنن الكبرى للبيهقي، ج10، ص: 275-276.

3- وهناك من أهل التفسير من حمل الشهادة المذكورة في هذه الآية على اليمين، كما سميت أيمان المتلاعنين شهادة. (197)

ذهب الطبري إلى أن الشهادة جاءت بمعنى اليمين، (198) فيكون المعنى: يمين ما بينكم أن يحلف اثنان، واستدل على أن ذلك غير الشهادة التي تؤدي للمشهود له، بأنه لا يُعلم لله حكم يجب فيه على الشاهد يمين. واختار هذا القول القفال. وسميت اليمين شهادة، لأنه يثبت بها الحكم كما يثبت بالشهادة. (199) وهذا ما دفع القرطبي إلى القول: فصح أن الشهادة قد تكون بمعنى اليمين. (200)

واعتبر الطبري أن قوله تعالى: ﴿تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله﴾ أوضح الدليل على صحة ما قال، من أن الشهادة فيه الأيمان، دون الشهادة التي يقضي بها للمشهود له على المشهود عليه، وفساد ما خالفه. (201)

قال ابن العربي: أما قوله تعالى: ﴿شهادة بينكم﴾ في هذه الآية فهي عند العلماء على ثلاثة أقوال: أحدهما بمعنى الحلف، والثاني: بمعنى حضر للتحمل، والثالث: بمعنى الأداء عند الحاكم. (202)

197- نفس المصدر، ص: 276.

198- تفسير الطبري، ج9، ص: 58. وقال في موضع آخر:

معنى قوله تعالى: ﴿شهادة بينكم﴾ إنما هو: قسم بينكم، ﴿إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية﴾ أن يقسم ﴿إنان ذولا عدل منكم﴾ إن كان اذتمنا على ما قال فارتيب بهما، أوذتمن آخران من غير المؤمنين فاتهما. وذلك أن الله تعالى ذكره لما ذكر نقل اليمين من اللذين ظهر على خيانتها إلى الآخرين، قال: ﴿فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما﴾.

ومعناه: قسمنا أحق من قسمهما. وكان قسم اللذين عثر على أنهما أتما، هو الشهادة التي ذكر الله تعالى ذكره في قوله: ﴿أحق من شهادتهما﴾، صح أن معنى قوله: ﴿شهادة بينكم﴾ بمعنى الشهادة في قوله: ﴿لشهادتنا أحق من شهادتهما﴾، وأنها بمعنى القسم.

- تفسير الطبري، ج9، ص: 94-95.

199- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج8، ص: 257.

200- نفس المصدر، ج8، ص: 278.

201- تفسير الطبري، ج9، ص: 59.

202- ابن العربي: أحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص: 236.

واختار ابن العربي من هذه الأقوال، القول الأول حيث قال: والصحيح أن الشهادة اليمين، وهي ها هنا يمين الوصيين، كما سميت اليمين في اللعان شهادة. (203)

وهذا ما أشار إليه ابن قدامة في المغني بقوله: ومنهم من قال: الشهادة في الآية اليمين. (204) وعليه، فالذي يظهر من هذه الأقوال أن آية الوصية لا تدل على شهادة غير المسلمين على المسلمين، وذلك أن معنى قوله: ﴿شهادة بينكم﴾ أي: الأيمان بدليل أنه لم يرد في الشرع إيجاب اليمين على الشاهد، فيكون المراد أيمان الوصي.

4- وهناك من ذهب إلى أن المراد من الآية تحمل الشهادة دون الأداء. (205)

جاء في المغني: «واختلفوا في تأويل الآية: فمنهم من حملها على التحمل دون الأداء». (206)

وأجاب أصحاب المذهب الثاني وهم الحنابلة ومن وافقهم عن ذلك فقالوا:

1- أن حمل الآية على أنه أراد بقوله تعالى: ﴿أو آخرا من غيركم﴾ من غير عشيرتكم أو قبيلتكم، لا يصح من وجهين:

الوجه الأول: أن الآية نزلت في قصة عدي وتميم بلا خلاف بين المفسرين (207)، وكان وقتها نصرانيين. (208)

203- نفس المصدر، ص: 251.

204- ابن قدامة: المغني، ج14، ص: 171.

205- القرافي: الذخيرة، ج10، ص: 225.

206- ابن قدامة: المغني، ج14، ص: 171.

- أنظر كذلك: شرح منتهى الإرادات لابن النجار، ج11، ص: 431.

207- ابن قدامة: المغني، ج14، ص: 172. -ابن النجار: شرح منتهى الإرادات، ج11، ص: 432.

208- أخبرنا أبو سعيد بن أبي عمرو، ثنا أبو العباس الأصم، ثنا الربيع بن سليمان، أنبأ الشافعي، أنبأ أبو سعيد معاذ بن موسى الجعفري عن بكير بن معروف عن مقاتل بن حيان قال بكير قال مقاتل: أخذت هذا التفسير عن مجاهد والحسن والضحاك في قول الله تبارك وتعالى: ﴿انفلان ذولا عدل منكم أو آخرا من غيركم﴾ إن رجلين نصرانيين من أهل دارين أحدهما تميمي والآخر يمانى صحيان مولى قرشي في تجارة فركبوا البحر ومع القرشي مال معلوم فذكر معنى ماروينا.

-السنن الكبرى للبيهقي، ج10، ص: 277، حديث رقم 20624.

- أنظر كذلك تفسير الطبري، ج9، ص: 92 وص: 89.

وقالوا: لو صح ما ذكره الجمهور، لم تجب الأيمان، لأن الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم. (209)

الوجه الثاني: أن الله خاطب المؤمنين في صدر الآية، ثم قال لهم: ﴿من غيركم﴾ وغير المؤمنين هم الكافرون. (210)

وعليه، فمن قال من غير قبيلتكم فلا يخفى بطلانه وفساده كما يقول ابن حزم وابن القيم، لأنه ليس في أول الآية خطاب لقبيلة دون قبيلة، إنما أولها (يا أيها الذين آمنوا)، ولا يشك منصف في أن غير الذين آمنوا، الذين لم يؤمنوا. (211)

يقول القرطبي: «وقد عورض هذا القول بأن أول الآية: "يا أيها الذين آمنوا" فخطب الجماعة من المؤمنين». (212)

كما اعترض ابن القيم على ذلك بقوله: لا يصح أن يكون المراد بقوله (من غيركم) من غير قبيلتكم، فإن الله سبحانه خاطب بها المؤمنين كافة بقوله ﴿يا أيها الذين آمنوا﴾ بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم، ولم يخاطب بذلك قبيلة معينة حتى يقول قوله (من غيركم) أيتها القبيلة، والنبى صلى الله عليه وسلم لم يفهم هذا من الآية، بل إنما فهم ما هي صريحة فيه، وكذلك أصحابه من بعده. (213)

قال سعيد بن المسيب في قوله تعالى: ﴿أو آخران من غيركم﴾: من أهل الكتاب، (214) وفي رواية أخرى عنه: من غير أهل ملتكم. (215)

209- ابن قدامة: المغني، ج14، ص: 172. - ابن النجار: شرح منتهى الإرادات، ج11، ص: 432.
- البهوتي: كشف القناع، ج9، ص: 3307.
210- ابن العربي: أحكام القرآن، ج2، ص: 240.
211- ابن حزم: المحلى، ج9، ص: 409. - ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 499. دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، سنة 1428هـ.
212- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج8، ص: 263.
213- ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج1، ص: 91.
214- أخرجه الطبري بقوله: حدثنا حميد بن مسعدة وبشر بن معاذ، قالا: ثنا يزيد بن زريع، عن سعيد، عن قتادة، عن سعيد بن المسيب: ﴿أو آخران من غيركم﴾ من أهل الكتاب.

وقال ابن عباس رضي الله عنهما: «أو آخران من غيركم: من غير أهل الإسلام.»⁽²¹⁶⁾

وقال مجاهد: من غير أهل الإسلام.⁽²¹⁷⁾ وغيرهم كثير من الصحابة والتابعين الذين قالوا بأن المقصود من قوله تعالى: ﴿أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ من غير المسلمين.⁽²¹⁸⁾

وقال الطبري بعد أن ساق الرأيين المختلفين: «وأولى التأويلين في ذلك عندنا بالصواب تأويل من تأوله: أو آخران من غير أهل الإسلام، وذلك أن الله تعالى ذكره عرف عباده المؤمنين عند الوصية شهادة اثنين من عدول المؤمنين، أو اثنين من غير المؤمنين، ولا وجه لأن يُقال في الكلام صفة شهادة مؤمنين منكم، أو رجلين من غير عشيرتكم، وإنما يقال: صفة شهادة رجلين من عشيرتكم، أو من غير عشيرتكم، أو رجلين من المؤمنين أو من غير المؤمنين. فإذا كان لا وجه لذلك في الكلام، فغير جائز صرف معنى كلام الله تعالى ذكره إلا إلى أحسن وجوهه.»⁽²¹⁹⁾

2- أما الجواب على قولهم أن المراد بالشهادة التحمل وليس الأداء فلا يصح. قال ابن المفلح: ولا يصح حملها على التحمل لأنه لا إيمان فيه.⁽²²⁰⁾

وقال ابن النجار: وحملها على التحمل لا يصح؛ لأنه أمر بإحلافهم ولا يمين في التحمل.⁽²²¹⁾

- تفسير الطبري: ج9، ص: 61.

215- أخرجه الطبري بقوله: حدثني يعقوب، قال: ثنا هشيم، قال: أخبرنا مغيرة، عن إبراهيم، وسليمان التميمي، عن سعيد بن المسيب، أنه قال في قوله: ﴿أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ قال: من غير أهل ملتكم.

- تفسير الطبري: ج9، ص: 62.

216- أخرجه الطبري بقوله: حدثني محمد بن سعد، قال: ثنى أبي، قال: ثنى عمي، قال: ثنى أبي، عن أبيه، عن ابن عباس: ﴿أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾، من غير أهل الإسلام.

- تفسير الطبري: ج 9 ص 66.

217- أخرجه الطبري بقوله: حدثني عمرو، قال: ثنا أبو داود، قال ثنا حماد بن زيد، عن ابن أبي نجیح، عن مجاهد، قال: من غير أهل ملتكم.

تفسير الطبري: ج9، ص: 66.

218- هذه الآية على هذا المعنى على مذهب أبي موسى الأشعري، وسعيد بن المسيب، ويحيى بن يعمر، وسعيد بن جبیر، وأبي مجلز وإبراهيم وشريح وعبيدة السلماني، وابن سيرين ومجاهد، وقتادة والسدي وابن عباس وغيرهم.

-القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج8، ص: 260.

219- تفسير الطبري، ج9، ص: 70.

220- ابن المفلح: المبدع، مرجع سابق، ج8، ص: 302.

221- ابن النجار: شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج11، ص: 432.

وأما من حمل الشهادة على أنها أيمان الموصي فغير مقبول لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ﴾، ولأنه عطف على ذوي العدل من المؤمنين وهما شاهدان. (222)

وقد ردّ ابن القيم على من اعتبر الشهادة يمينا، كما سميت أيمان المتلاعنين شهادة، فقال: «فإن قيل: فقد سمى الله عز وجل، أيمان اللعان شهادة في قوله: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾، (223) وقال: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ (224) أجاب ابن القيم: إنما سمى أيمان الزوج شهادة؛ لأنها قائمة مقام البيعة، ولذلك تُرجم المرأة إذا نكلت، وسمى أيمانها شهادة، لأنها في مقابلة شهادة الزوج. وأضاف: وأيضا، فإن هذه اليمين خُصّت من بين الأيمان بلفظ "الشهادة بالله" تأكيدا لشأنها وتعظيمها لحظرها». (225)

3- وأما الجواب عن قولهم بأنها آية منسوخة فهو مردود، حيث إن سورة المائدة محكمة لا ناسخ فيها. وقد عمل بها الصحابة في حق المسلمين بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، فإن أبا موسى الأشعري رضي الله عنه أمضى شهادة الكافرين في وصية المسلم. (226) ويؤيد ذلك ما صح عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت فيما يرويه جبير بن نفير: هل تقرأ سورة المائدة؟ قلت: نعم، قالت: فإنها آخر سورة نزلت، فما وجدتم فيها حلالا فأحلوه، وما وجدتم فيها من حرام فحرموه. (227)

222- ابن المفلح: المبدع شرح المقنع، ج8، ص: 302. - أنظر أيضا شرح منتهى الإرادات لابن النجار، مرجع سابق، ج11، ص: 432. - البهوتي: كشف القناع، ج9، ص: 3307
223- سورة النور، الآية: 6.
224- سورة النور، الآية: 8.
225- ابن القيم: الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص: 501.
لقد أظهر ابن القيم بطلان من قال أن المراد بالشهادة في الآية المذكورة في اليمين، من ثلاثة عشر وجها. - أنظر الطرق الحكمية من الصفحة: 499 إلى الصفحة 501.
226- الزيلعي: تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص: 224.
227- تخريج الحديث:
حدثنا عبد الله، حدثني أبي، حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا معاوية عن أبي الزاهرية عن جبير بن نفير، قال: «دخلت على عائشة، فقالت: هل تقرأ سورة المائدة، قال: قلت: نعم، قالت: فإنها آخر سورة نزلت فما وجدتم فيها من حلال فاستحلوه، وما وجدتم فيها من حرام فحرمه».
- مسند أحمد، ج10، ص: 421، حديث رقم 26292. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، سنة 1429هـ/2008م.

كما أن للقرطبي ردّ على من ادعى النسخ حيث قال: «ولم يأت ما ادعيتموه من النسخ عن أحد ممن شهد التنزيل، وقد قال بالأول ثلاثة من الصحابة⁽²²⁸⁾، وليس ذلك في غيره، ومخالفة الصحابة إلى غيرهم ينفر عنه أهل العلم». (229)

وقال الطحاوي: «الآية محكمة عند أبي موسى وابن عباس، ولا أعلم لهما مخالفا من الصحابة في ذلك، وعلى ذلك أكثر التابعين». (230)

وأضاف القرطبي: «ويقوي هذا أن سورة المائدة من آخر القرآن نزولا، حتى قال ابن عباس⁽²³¹⁾ والحسن وغيرهما⁽²³²⁾، إنه لا منسوخ فيها. وما ادّعوه من النسخ لا يصح، فإن النسخ لا بد من إثباته على وجه يتنافى الجمع بينهما مع تراخي النسخ، فما ذكره لا يصح أن يكون ناسخا، فإنه في قصة غير قصة الوصية، وأمكن تخصيص الوصية به لمكان الحاجة والضرورة، ولا يمتنع اختلاف الحكم عند الضرورات، ولأنه ربما كان الكافر ثقة عند المسلم، ويرتضيه عند الضرورة، فليس فيما قالوه ناسخ». (233)

وهناك من ذهب إلى أن القول بأن الآية منسوخة - حتى لا تعتمد في قبول شهادة الكافر - هو أبعد الأقوال، لعدم استناده إلى دليل قوي. وفي ذلك يقول الزركشي الحنبلي: «وأبعد من

228- الصحابة الثلاثة الذين شاهدوا التنزيل، وقالوا بعدم نسخ الآية هم: أبو موسى الأشعري، وعبد الله بن قيس، وعبد الله بن عباس، رضي الله عنهم جميعا.
- تفسير القرطبي، ج8، ص: 259.
229- تفسر القرطبي، ج8، ص: 261-262.
230- العيني: عمدة القارئ، مرجع سابق، ج14، ص: 104.
231- وقال ابن عباس في رواية أخرى أن حكمها منسوخ.
- أحكام القرآن لابن العربي، ج2، ص: 251.
232- وممن قال بعدم نسخها عمرو بن شربيل.
جاء في المحلي: ومن طريق عبد الرحمن بن مهدي عن سفيان الثوري عن أبي إسحاق عن أبي ميسرة - هو عمرو بن شربيل - قال: لم ينسخ من سورة المائدة شيء.
- ابن حزم: المحلي، ج9، ص: 407.
وكذلك الزهري وعكرمة حيث قالوا إن الآية لا نسخ فيها.
- تفسير القرطبي، ج8، ص: 262.
233- تفسير القرطبي، ج8، ص: 262.

هذه الأقوال من زعم نسخ الآية الكريمة، إذ لا دليل على ذلك، مع أن السلف حملت عليه،
ومن ثم أخذ أكثر السلف بظاهر الآية». (234)

الأمر نفسهاختاره الطبري وعلله، حيث قال بأن الصواب من القول في ذلك أن حكم
الآية غير منسوخ (235)، لأنه غير جائز أن يقضي على حكم من أحكام الله تعالى ذكره أنه
منسوخ، إلا بخبر يقطع العذر، إما من عند الله، أو من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم، أو
بورود النقل المستفيض بذلك، فأما ولا خبر بذلك، ولا يدفع صحته عقل، فغير جائز أن يقضي
عليه بأنه منسوخ. (236)

هذا، وقد أورد ابن كثير حجة أخرى قوية تعزز هذا الرأي، وتفند من زعم أن الآية
منسوخة فقال: «ذكروا أن إسلام تميم بن أوس الداري رضي الله عنه، كان في سنة تسع من
الهجرة، فعلى هذا يكون هذا الحكم متأخرا، ويحتاج مدعي نسخه إلى دليل فاصل في هذا
المقام». (237)

كما اعتبر ابن القيم أن حكم هذه الآية حكم به النبي صلى الله عليه وسلم، والصحابة
من بعده، وأكد على أن الآية صريحة في قبول شهادة الكافرين على الوصية في السفر عند عدم
الشاهدين المسلمين، وقد حكم به النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة من بعده (238)، ولم
يجيء بعدها ما ينسخها، فإن المائة من آخر القرآن نزولا، وليس فيها منسوخ، وليس لهذه الآية
معارض البتة. (239)

واختار الطاهر بن عاشور كذلك القول بأن حكم الآية غير منسوخ، وأنه رخصة في
الوصية دون غيرها من العقود، فقال: والأظهر عندي أن حكم الآية غير منسوخ، وأن قبول

234- الزركشي: شرح الزركشي على متن الخرقى، مرجع سابق، ج4، ص: 493.

235- تفسير الطبري، ج9، ص: 108.

236- نفس المصدر، ج9، ص: 109.

237- تفسير ابن كثير، ج3، ص: 220.

238- روى أبو عبيدة في الناسخ والمنسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك في زمن عثمان.

- ابن النجار: شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج11، ص: 432.

239- ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج1، ص: 91.

شهادة غير المسلمين خاص بالوصية في السفر، حيث لا يوجد مسلمون للضرورة، وأن وجه اختصاص الوصية بهذا الحكم، أنها تعرض في حالة لا يستعد لها المرء من قبل، فكان معذوراً في إسهاد غير المسلمين في تلك الحالة خشية الفوات، بخلاف غيرها من العقود فيمكن الاستعداد لها من قبل والتوثق لها بغير ذلك، فكان هذا الحكم رخصة. (240)

فالظاهر إذن من هاته الأقوال أن دعوى النسخ لا يصح، ولا يجب العمل به إلا بنص صحيح، ولا يوجد نص صحيح يوجب النسخ. وعليه، فالآية محكمة، ومن ادعى النسخ فعليه البيان كما قال ابن كثير. (241)

وتجدر الإشارة إلى أن ابن القيم قد اعترض على الرافضين لقبول شهادة غير المسلم الواردة في آية الوصية في السفر فقال: كيف يقوله أصحاب مالك، وهم يجيزون شهادة طبيين كافرين حيث لا يوجد طبيب مسلم، وليس ذلك في القرآن، فهلاً أجازوا شهادة كافرين في الوصية في السفر، حيث لا يوجد مسلم، وهو في القرآن، وقد حكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه من بعده؟ (242)

الترجيح:

بعد النظر في آراء المجيزين وغير المجيزين من الفريقين، ومناقشة أدلة كل منهما، فإن الذي يترجح لي والله أعلم هو قول فريق الحنابلة ومن وافقهم على ذلك، الذين ذهبوا إلى القول

240- الطاهر بن عاشور: التحرير والتنوير، مرجع سابق، ج7، ص: 96. غير أن أحمد بن حنبل قال بقياس بقية العقود المشهود فيها في السفر على شهادة الوصية، فقال بأن شهادة أهل الذمة على المسلمين في السفر ماضية.

نفس المصدر ونفس الصفحة.

241- تفسير ابن كثير، ج3، ص: 215.

242- ابن القيم: الطرق الحكمية، ص: 504.

فقهاء المذهب المالكي لا يعتبرون قول الطبيب الكافر شهادة، وإنما علم يخبر به. جاء في الذخيرة: قال مالك وابن القاسم: الطبيب يُقبل قوله وإن كان كافراً، لأنه عنده علم يخبر به. وقال عبد الملك: يُقبل الطبيب الواحد في عيوب الرقيق، وإن كان غير مسلم، لأنه علم يؤخذ عن عنده، مرضي أو غير مرضي.

-القرافي: الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص: 240.

كما جاء في التبصرة: يُقبل قول الطبيب الذي ليس على الإسلام، لأنه ليس على جهة الشهادة، وإنما علم يأخذه الحاكم عن يبصره ويعرفه، مرضياً أو مسخوطاً.

-ابن فرحون: تبصرة الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص: 243.

بقبول شهادة غير المسلم⁽²⁴³⁾ على المسلم في الوصية في السفر، إذا لم يوجد مسلمين. وذلك لأن أدلة هذا الفريق ناطقة صراحة وبصورة واضحة لا لبس فيها ولا غموض.

أما استدلال القائلين بعدم قبولها فيجاب عنه بما يلي:

1- أن الآية الكريمة الدالة على عدم جواز شهادة غير المسلم على المسلم عامة⁽²⁴⁴⁾

وآية المائدة خاصة، ولا تعارض بين العام والخاص، كما أن الخاص يخصص العام. يقول ابن حزم الظاهري: وجب أخذ حكم الله تعالى كله، وأن يستثنى الأخص من الأعم ليتوصل بذلك إلى طاعة الجميع، ومن تعدى هذا الطريق فقد خالف بعض أوامر الله تعالى وهذا لا يحل.⁽²⁴⁵⁾ وكذلك حديث أبي هريرة فهو عام مخصص بما ورد في الآية الكريمة، ومحدث أبي موسى الأشعري في قصة الرجل.

2- لقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله، وقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقضاء الصحابة به، وعملهم بما ثبت في الكتاب والسنة، فتعين المصير إليه والعمل به.⁽²⁴⁶⁾

3- قياس شهادة غير المسلم على شهادة الفاسق، غير صحيح؛ لأنه لا قياس في مورد النص، وحيث ورد النص فلا يلتفت إلى القياس، ويجب العمل بما قرره النص، ولهذا يجب العمل بشهادة غير المسلم تمسكا بالآية والحديث الوارد في ذلك.

243- اختلف الفقهاء في غير المسلم، هل يشترط أن يكون من أهل الكتاب أم لا؟ إذا نظرنا إلى القرآن الكريم وجدنا أنه يشترط، والدليل هو قوله تعالى: ﴿من غيركم﴾ ولم يقل من أهل الكتاب، مع أن الله عز وجل إذا أراد تخصيص أهل الكتاب بالحكم خصص كقوله تعالى: ﴿والمحصنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم﴾ سورة المائدة، الآية: 6، وقوله أيضا: ﴿ولصعاب الذين أتوا الكتاب حل لكم﴾ سورة المائدة، الآية: 6، لكن هنا قال من غيركم. وفي هذا يقول ابن تيمية: «وإذا قبلنا شهادة الكفار في الوصية في السفر، فلا يعتبر كونهم من أهل الكتاب، وهو ظاهر القرآن».

-الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج5، ص: 576. وهو ما رجحه ابن القيم حيث قال: وفي اشتراط كونهم من أهل الكتاب روايتان، وظاهر القرآن أنه لا يشترط، وهو الصحيح؛ لأنه سبحانه قال للمؤمنين ﴿أو آخرا من غيركم﴾ وغير المؤمنين: هم الكفار كلهم، ولأنه موضوع ضرورة، وقد لا يحضر إلا كفار من غير أهل الكتاب، ولأن تقييده بأهل الكتاب لا دليل عليه؛ ولأن ذلك يستلزم تضييق محل الرخصة، مع قيام مقتضى لعمومه. ابن القيم: الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص: 512-513.

244- المقصود بها قوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ سورة النساء، الآية: 140.

245- ابن حزم: المحلى، ج9، ص: 406.

246- ابن قدامة: المغني، ج14، ص: 172.

4- أما معنى الشهادة في الآية، فالقاعدة الفقهية تقول بأن «الأصل في الكلام الحقيقة، وأنه لا يُصار إلى المجاز إلا بعد تعذر الحقيقة». (247) والمعنى الحقيقي للشهادة هو أن يشهد الرجل لآخر أو عليه بما رآه وعلمه أمام القضاء، وتفسير الكلمة بهذا المعنى ليس متعذراً في هذه الآية حتى نتحول منه إلى المعاني المجازية الأخرى، وإذا فتسيريها باليمين ونحوه إخراج للكلمة عن معناها الحقيقي بدون مسوغ ومن غير ضرورة. (248)

5 - أن شهادة غير المسلم وإن كانت ولاية خاصة، فإن النص جاء بجوازها، فتكون مستثناة من الأدلة الدالة على منع تولية الكافر على المسلم، لأن شهادة غير المسلم على الوصية في السفر فيها ضرورة وحاجة بخلاف غيرها. فلا يمتنع اختلاف الحكم عند الضرورات، أخذاً بالقاعدة الفقهية التي تقول: "الضرورات تبيح المحظورات" خصوصاً إذا وثق المسلم بغير المسلم فلا مانع من استشهاده فيها. (249)

ويتحصل من ذلك رجحان القول بقبول شهادة غير المسلم على المسلم في الوصية في السفر للضرورة.

لكن السؤال المطروح هو: هل الضرورة تقتصر فقط على الوصية في السفر، أم تمتد إلى غيرها من الحالات الضرورية الأخرى؟

ذهب جمهور القائلين بصحة شهادة غير المسلمين في وصية السفر، إلى أن هذا الحكم مستثنى من عموم القاعدة الشرعية المعمول بها في باب الشهادة، فينبغي ألا يتجاوز بها حدود النص ودائرته، وعلى هذا فلا تجوز شهادة غير المسلمين في أي قضية وخصومة أخرى غير الوصية في السفر.

247- صالح بن غانم السدلان: القواعد الفقهية الكبرى، ص: 165. دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، سنة 1417هـ.

248- محمد سعيد رمضان البوطي: محاضرات في الفقه المقارن، مرجع سابق، ص: 197.

249- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج8، ص: 262.

يقول ابن قدامة: مذهب أبي عبد الله أن شهادة أهل الكتاب لا تقبل في شيء على مسلم ولا كافر غير ما ذكرنا. (250)

وجاء في الشرح الكبير: صرح المصنف أن شهادة الكافر لا تقبل في غير هذه المسألة بشروطها. (251)

في حين ذهب ابن تيمية وابن القيم إلى القول بقبول شهادة غير المسلمين على المسلمين مع أيمانهم في جميع الحقوق الإنسانية عند الحاجة والضرورة.

وحجتهم في ذلك أن آية المائدة الواردة في قبول شهادة غير المسلمين على المسلمين في الوصية في السفر تعم الوصية وغيرها من العقود الحياتية، كما تعم السفر والحضر. إذ لا خصوصية في الوصية، ولا خصوصية في السفر، وإنما الأمر يرجع إلى الحاجة والمصلحة حتى لا يضيع حق المسلم إذا لم يشهده غير المسلمين.

وفي هذا يقول ابن تيمية: «ولو قيل تقبل شهادتهم - أي غير المسلمين - مع أيمانهم في كل شيء عدم فيه المسلمون لكان وجهها، وتكون شهادتهم بدلا مطلقا». (252)

وأضاف كما ينقل عنه ابن القيم: «وقول أحمد أقبل شهادة أهل الذمة إذا كانوا في سفر ليس فيه غيرهم، هذه ضرورة، يقتضي هذا التعليل قبولها في كل ضرورة حضراً وسفراً، وصية وغيرها وهو منحة». (253)

وهذا هو الذي اختاره رمضان البوطي فقال: «ما دامت الضرورة هي التي سوغت صحة شهادة غير المسلم في وصية السفر التي نزل بها النص القرآني، فلا يبعد قياس الحالات الأخرى عليها بجامع الضرورة في كل، إذ مما لا شك فيه أن خصوصية الوصية والسفر لا مدخل

250- ابن قدامة: المغني، ج14، ص: 173.
251- موفق الدين ابن قدامة المقدسي - شمس الدين ابن قدامة المقدسي - علاء الدين المرداوي: المقنع والشرح الكبير والإنصاف، ج29، ص: 330. دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1417هـ/1996م.
252- ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج5، ص: 576.
253- ابن القيم: الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص: 509-510.
واعتبر الضرورة التي تدفع إلى قبول شهادة غير المسلم مثلها مثل الضرورة التي تجيز قبول شهادة النساء في الحدود في الأماكن الخاصة بهن، حيث قال: «كما قيل شهادة النساء في الحدود إذا اجتمعن في العرس والحمام». ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، ج5، ص: 576.

لهما في تسويغ شهادة الكافر، فهما خارجان عن مناط الحكم، وتبقى الضرورة وحدها هي المؤثر.» (254)

وهذا ما رجّحه أيضا عبد الكريم زيدان بقوله: «والذي أميل إلى ترجيحه أن شهادة غير المسلم على المسلم تجوز في كل ضروري في حضر أو سفر، ولا تقتصر الضرورة على وصية المسلم في السفر، ويترك للقاضي تقدير الضرورة التي تجوز فيها شهادة غير المسلم على المسلم.» (255)

وأعتقد أن حالة الضرورة مازالت قائمة، لأن الكثير من المسلمين اليوم، يسافر ويختلط بالكافرين في البلاد غير الإسلامية، ولهذا يرجح قبول شهادة غير المسلم، حتى لا تضيع حقوق المسلمين، لأن الأمر إذا ضاق اتسع، وإذا اتسع ضاق، والإسلام يعالج بأحكامه كل الظروف والأحوال.

وخلاصة لما سبق، يبدو أن كل المذاهب الإسلامية تتفق على عدم قبول شهادة غير المسلمين على المسلمين في الأحوال العادية، نظرا للأدلة الكثيرة التي يفهم منها اشتراط الإسلام في الشاهد. (256) فإذا تعذر وجود الشاهد المسلم، بأن كان المسلم محتاجا إلى شهادة، وتعذر عليه أن يشهد المسلم، لكونه في سفر ببلد لا يوجد فيها مسلم يشهده على وصيته، فإن الحنابلة والظاهرية يرون قبول شهادة غير المسلم في هذه الحالة للضرورة.

أما المالكية والفقهاء الآخرون فيرون أن شهادة غير المسلم على المسلم لا تقبل أبداً. ولعل الحكمة التي من أجلها لم تقبل في شريعة الإسلام شهادة غير المسلمين إلا في الضرورة عند من رأى إعمالها في الضرورة، أن قبول الشهادة تزكية وتعديل للشاهد وترفع

254- محمد سعيد رمضان البوطي: محاضرات في الفقه القانون، مرجع سابق، ص: 194.
255- عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص: 176. مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، سنة 1409هـ/1989م.
256- محمد ابن معجوز: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 101.

لقداره ؛ إذ جعل خبره مقطعا للحقوق. فقد كان بعض القضاة من السلف يقول للشهود: اتقوا الله فينا، فأنتم القضاة ونحن المنفذون.

ولما كان رسولنا صلى الله عليه وسلم قد دعا الناس إلى اتباع دينه، فأعرض عنه أهل الكتاب، لم يكونوا أهلا لأن تزكيهم أُمَّتُهُ وتسمهم بالصدق وهم كذبوا رسولنا، ولأن من لم يكن دينه ديننا لا نكون عالمين بحدود ما يزرعه عن الكذب في خبره، ولا لمجال التضييق والتوسع في أعماله الناشئة عن معتقداته، خاصة إذا كانت شهادته في حق من يخالفه في الدين، فإننا عهدنا منهم أنهم لا يتوخون الاحتياط في حقوق من لم يكن من أهل دينهم. قال تعالى حكاية عنهم: ﴿ليس علينا في الأيمين سبيل﴾⁽²⁵⁷⁾ أي في المسلمين، فمن أجل ذلك لم يكن مظنة للعدالة، ولا كان مقدارها فيه مضبوطا، وهذا حال الغالب منهم، وفيهم من قال الله في شأنه: ﴿من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك﴾⁽²⁵⁸⁾ ولكن الحكم للغالب.⁽²⁵⁹⁾

لكن هناك من ردّ ذلك، واعتبر اسم العدالة والرضا ثبت في حق غير المسلم في المعاملات بصفة الأمانة، لأن الله تعالى وصفهم بالكذب، فقال: ﴿ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك﴾، فخرجت الآية مخرج الوصف لهم بالأمانة. والأمانة مرضية وإن لم يكن الكافر مرضيا لكفره، ولما كان مؤتمنا في المعاملات كان مؤتمنا في الشهادة؛ لأنها من أداء الأمانة.⁽²⁶⁰⁾

أما إظهارهم الكفر والعناد الذي حكى الله تعالى عنه في قوله: ﴿وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا﴾⁽²⁶¹⁾ فيُجاب عنه بأن هذا كان في الأخبار الذين كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، حتى تواطأوا على كتمان بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم ونبوءته، فلا شهادة لأولئك عندها، فأما من سواهم يعتقدون الكفر لأن عندهم أن الحق ما هم

257- سورة آل عمران، الآية: 74.

258- نفس السورة ونفس الآية.

259- الطاهر بن عاشور: التحرير والتنوير، مرجع سابق، ج7، ص: 96.

260- الزيلعي: تبیین الحقائق، ج4، ص: 224. - أنظر كذلك المبسوط للسرخسي، ج16، ص: 135.

261- سورة النمل، الآية 14.

عليه ، قال تعالى : ﴿ ومنهم أُميون لا يعلمون الكتاب إلا أمانين ﴾ (262) وقوله عز وجل :

﴿ ولئن فريقا منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون ﴾ (263) واختتم السرخسي كلامه بقوله :

« وبهذا التحقيق يتبين أن فسقهم فسق اعتقاد ، وأن هذا لا يمكن تهمة الكذب في الشهادة. » (264)

وفي هذا يقول الزيلعي : « والفسق من حيث الاعتقاد لا يمنع القبول ، لأنه يمتنع عن

محذور دينه أشد الامتناع ، والكذب محذور في الأديان كلها. » (265)

وهذا ما ذهب إليه وهبة الزحيلي بقوله : « وأما وصفهم بالكذب والفسق فهو بسبب

ذات العقيدة لا لمجرد المعاملة ، ولا يعد قبول شهادتهم إكراما لكفرهم ، فهذا من جملة المصالح

التي لا غنى عنها. » (266)

وهذا ما دفع بعض الفقهاء المعاصرين إلى القول بقبول شهادة غير المسلم في كل القضايا

وفي كل الأحوال. (267) ونجد منهم عبد المعطي بيومي (268) الذي ذهب إلى أنه لا مانع من قبول

شهادة غير المسلمين في كل قضايا الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والميراث والمشاجرات ،

أو المشكلات التي تحدث في وجودهم ، كأن يكونوا جيرانا لزوجين مسلمين وقع بينهما تنازع

قضائي ، ورأى هؤلاء ما لم يره غيرهم. وأضاف أن القاضي يستطيع أن يدرك زيف الشهادة أو

صدقها من خلال القرائن والأدلة المرتبطة بها ، بصرف النظر عن ديانة صاحبها.

262- سورة البقرة، الآية: 77.

263- سورة البقرة، الآية: 145.

264- السرخسي: المبسوط، ج16، ص: 135، - أنظر كذلك تبیین الحقائق للزيلعي، ج4، ص: 224.

265- الزيلعي: تبیین الحقائق، ج4، ص: 224.

وهو ما أكده السرخسي بقوله أن الكافر يترجح لديه جانب الصدق، وذلك بانزجاره عما يعتقد حراما في دينه.. فتقبل شهادته.

ثم عاد وبيّن أن شهادة غير المسلمين لا تقبل على المسلمين ليس بسبب فسقهم وكذبهم، وإنما بسبب انقطاع ولايتهم عن المسلمين.

- السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج16، ص: 135.

266- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج6، ص: 585-586.

267- أنظر الموقع الإلكتروني: www.islam.online.net

268- عضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر، والعميد السابق لكلية أصول الدين بالأزهر.

ويؤيده في ذلك جمال قطب⁽²⁶⁹⁾ قائلاً بأن من حق القاضي أن يستحضر أي إنسان أيا كان دينه أو عقيدته، ويستمع لشهادته وبيحث كيفية الاستفادة منها في سير القضية المنظورة أمامه، إذا كانت القضية عامة، وليست في أمر شائك يمس خلاف عقائدي أو مشكلة أحد طرفيها للشاهد مصلحة فيها.⁽²⁷⁰⁾ وأشار إلى أن الشهادة في معاملات الناس مرتبطة بواقع المجتمع والمشكلات التي تحدث فيه يومياً، سواء كانت من الأحوال الشخصية أو غيرها، لأن مجتمع اليوم أصبح يجمع المسلمين وغير المسلمين.

من هنا يقرر قطب أن الأصل هو المساواة أمام القانون أو القاضي في الشهادة، ما لم يوجد مانع، كأن يكون موضوع القضية يمس عقيدته، ومع هذا فإن للقاضي أن يستيقن عدالة الشهود وأهليتهم بغض النظر عن دينهم، ويرفض ويقبل من يشاء حسب ما تمليه عليه القرائن والأدلة الموجودة أمامه ويطمئن إليها، فعلى القاضي أن يدقق في أقوال الشهود، ثم يستبعد من يجد لديه شبهة منفعة أو ضرر بغيره، أو متحامل على المشهود عليه بغض النظر عن اختلاف الدين من عدمه.

ويستند قطب في ذلك إلى قواعد فقهية عامة من قبيل «المشقة تجلب التيسير»، مؤكداً على أن الإسلام لا يرضى لأتباعه أن يظلموا غيرهم، أو أن يرضوا بالظلم في كل شؤون الحياة، وليس في الشهادة فقط.

كما ذهب أحمد الخليلي إلى القول بقبول شهادة غير المسلمين في كل القضايا، وسنده في ذلك آية الوصية،⁽²⁷¹⁾ أما قصر تطبيق الآية على الوصية وحدها فقد كان اجتهاداً فقهيًا مرتبطاً بالتكييف الذي فسر به الشهادة، وهذا الاجتهاد تغير الآن بإجماع القضاء في كل العالم الإسلامي على قبول الاستماع إلى الشهود يومياً في آلاف القضايا دون ربط ذلك بعقيدة

269- الرئيس الأسبق للجنة الفتوى بالأزهر.

270- موضوع المصلحة لا يقتصر على اختلاف الدين فقط، بل يمتد إلى الإخوة والأصهار، أو من تجمعهم أي صلة أو مصلحة قد تؤثر على صدق وعدل الشاهد.

271- الآية 106 من سورة المائدة.

الشاهد، ويبنى تقدير القوة الإثباتية لشهادته على التحقيق الذي يجريه معه حول طريقة العلم بالمشهود به وملابساته. (272)

وفي الأخير، يمكن القول على الأقل أن الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة، أعطى الحاكم المسلم سلطة تقديرية في ذلك، ليقرر ما يراه مناسباً، وفق ما تقتضيه المصلحة في كل زمان ومكان.

المبحث الثاني: شهادة غير المسلم على عقد الزواج

لا شك أن لعقد الزواج في الإسلام قدر كبير من الأهمية والخطورة، ويكفي أنه عقد لمدى الحياة، يتعلق بالإنسان في أدق خصائصه، ولقد وصف الله تعالى هذا العقد بالميثاق الغليظ في قوله تعالى: ﴿وَأَخْزَنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾. (273)

272- أحمد الخليلي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 302. مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، سنة 1994م.
273- سورة النساء، الآية: 21.

جاء في التفسير الكبير للفخر الرازي: «وصفه الله تعالى بالغلظة لقوته وعظمته وقالوا: صحبة عشرين يوما قرابة، فكيف بما يجري بين الزوجين من الاتحاد والامتزاج». (274)

ولما كانت مكانة الزواج في الإسلام بهذه الدرجة من السمو والرفعة، فقد أحاطها الشرع بمجموعة من الشروط التي من شأنها درء الشبهات واثقاء الفتن، وعلى رأس هذه الشروط إشهار الزواج وإعلانه والإعلام به، وفي ذلك يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف». (275)

لكن السؤال المطروح هو بماذا يتحقق هذا الإشهار، هل لابد في ذلك من شهادة عدلين؟ أم يمكن أن يتحقق بأية وسيلة أخرى كضرب الدفوف وإقامة الوليمة؟ وبتعبير آخر، هل الإشهاد على عقد الزواج شرط لصحته؟ أم ليس شرطاً في صحته، ولا يترتب على عدم إحضار العدلين للشهادة أي خلل في العقد، متى تم إعلانه بوسيلة إشهار أخرى غير الشهود.

هذا ومن المسائل المرتبطة بموضوع البحث، والتي لمست الحاجة إلى مزيد بيانها وإظهارها في موضوع الشهادة على عقد النكاح، شهادة غير المسلمين على نكاح المسلمين، والمقيمين منهم في البلاد غير الإسلامية خاصة. فبالنظر إلى السياقات الواقعية المعاصرة، هل يتجه القول إلى القبول بشهادة غير المسلمين باعتبار ذلك حالة ضرورة؟

للإجابة على هذه التساؤلات، تناولت في هذا المبحث، حكم الإشهاد على عقد الزواج (مطلب أول) ثم توقفت عند الموقف الشرعي من شهادة غير المسلمين على عقد الزواج، وخصوصاً إذا كانت الزوجة كتابية (مطلب ثان)، وأخيراً شرط الشاهدين المسلمين على عقد زواج المغاربة بالخارج (مطلب ثالث).

274- الفخر الرازي: التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، ج10، ص: 17، دار الفكر، الطبعة الأولى 1401هـ/1981م.
275- تخريج الحديث: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا عيسى بن ميمون الأنصاري، عن القاسم بن محمد، عن عائشة، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف».

- أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب النكاح، باب إعلان النكاح، ص: 611، حديث رقم 1895.
- كما أخرجه الترمذي في الجامع الكبير، كتاب النكاح، باب ما جاء في إعلان النكاح، ج2، ص: 384، حديث رقم 1089. دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة 1996م.

المطلب الأول: حكم الإشهاد على الزواج

لقد شرع الإسلام إعلان النكاح وإشهاره حتى يتميز الحلال من الحرام، فالرجل إذا تزوج المرأة بلا شهود ولا إعلان، لا تتميز علاقته بها في الظاهر عن يتخذ صاحبة يزني بها، ولأدى هذا إلى اختلاط الحلال بالحرام، فلا يشاء من يزني بامرأة ثم يكتشف أمره إلا قال تزوجتها سرا.⁽²⁷⁶⁾ فالحكمة من اشتراط الإشهاد على الزواج بيان خطورته وأهميته، وإظهار أمره بين الناس لدفع التهمة عن الزوجين.

ولأن التمييز بين الحلال والحرام يتحقق بالشهادة على الزواج، فشان الحلال الإظهار، وشأن الحرام التستر عادة. ويتحقق بالشهادة التوثيق لأمر الزواج، والاحتياط لإثباته عند الحاجة إليه. لهذا كله ندب الشرع إلى إعلان النكاح وإشهاره، فقال صلى الله عليه وسلم: «فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت في النكاح».⁽²⁷⁷⁾

لكن العلماء اختلفوا فيما يتم به الفصل بين الحلال والحرام، فهل يكفي في ذلك إعلان الزواج وإشهاره فقط؛ وإن بدون حضور الشهود، أم الواجب هو الإشهاد على ذلك بشهادة عدلين؟⁽²⁷⁸⁾

ذهب الإمام مالك وأصحابه وأهل الظاهر ورواية عن الإمام أحمد، إلى أن الإشهاد على عقد النكاح غير واجب، بل هو أمر مستحب، وشرط لصحة الدخول فقط. وفعل ذلك ابن

276- كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه ينهى عن نكاح السر، كما أورد ذلك مالك في الموطأ حيث قال: «حدثني عن مالك، عن أبي الزبير المكي، أن عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال: هذا نكاح السر، ولا أجيزه، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت». - مالك بن أنس: الموطأ، ج2، ص: 535، حديث رقم 26. كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح. - كما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج7، ص: 204، حديث رقم 13726. كتاب النكاح. باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين.

277- تخريج الحديث: أخبرنا مجاهد بن موسى البغدادي، قال: حدثنا هشيم عن أبي بلج عن محمد بن حاطب، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «فصل ما بين الحلال والحرام الدف، والصوت في النكاح». -أخرجه ابن ماجة في سننه، ص: 611، حديث رقم 1896، كتاب النكاح. باب إعلان النكاح. - كما أخرجه الترمذي في الجامع الكبير، ج2، ص: 384، حديث رقم 1088. كتاب النكاح. باب ما جاء في إعلان النكاح. - وأخرجه النسائي في السنن الكبرى، ج5، ص: 240، حديث رقم 5537، كتاب النكاح، باب إعلان النكاح بالصوت وضرب الدف

278- سبب اختلاف الفقهاء في ذلك، هو اختلافهم في النكاح، هل حكمه حكم سائر العقود فلا تشترط الشهادة في صحته، أو ليس حكمه بقية العقود، وأنه لا بد فيه من الشهادة. -الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3، ص: 390، الهامش رقم 1.

عمر رضي الله عنه، والحسن بن علي، وابن الزبير، وسالم وحمزة ابنا عبد الله بن عمر، وبه قال عبد الله بن إدريس، وعبد الرحمن بن مهدي، ويزيد بن هارون، والعنبري، وأبو ثور، وابن المنذر، وهو قول الزهري. (279) وهذا الرأي هو الذي اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية.

فيصح عند المالكية، ومن قال بقولهم، إبرام عقد النكاح دون شهود، ثم قبل أن يدخل بها يشهد على ذلك. فلو زوج الأب ابنته دون حضور الشهود، ثم خرج مع زوجها، وتحديثا بذلك مع الناس، أو جاء الشهود والناس بعد العقد وأخبروهم بأنه تزوجها، كان هذا كافيا. (280) قال مالك رحمه الله: وعقد النكاح جائز بغير شهادة، ويستحب فيه الإعلان والإشاعة والإشهاد عليه. (281)

وهذا ما أكده ابن عبد البر حين قال: «وينعقد النكاح بغير شهود عند مالك» (282).

وقال ابن رشد: «...الإشهاد إنما يجب عند الدخول، وليس من شروط صحة العقد، فإن تزوج ولم يشهد فنكاحه صحيح». (283)

وأوضح ابن شاس المالكي ذلك بقوله: ليس بالإشهاد بركن ولا شرط فيه، نعم هو شرط في كمال العقد وجواز الدخول. وأضاف أن المقصود هو: «إعلان النكاح وإشهاره ليتميز من السر وهو الزنا... وعلى هذا جرت أنكحة الصحابة رضي الله عنهم، ما كانت قط بشهادة، وإنما كانوا يعلنون لأمنهم التدارؤ بينهم». (284)

وجاء في الواضحة أن مالكا قال: «ومن نكح ولم يشهد لم يضره، لكن لا يبني حتى يشهد» (285). وفي ذلك يقول ابن عاصم:

279- ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج9، ص: 347.
280- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج32، ص: 129.
281- ابن الجلاب: التفریع، مرجع سابق، ج2، ص: 33-34.
282- ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج2، ص: 519. مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الأولى، سنة 1398هـ/1978م.
283- ابن رشد: المقدمات الممهدة، مرجع سابق، ج1، ص: 479.
وأضاف: ويستحب إعلان النكاح وإشهاره وإطعام الطعام عليه.. وإنما يستحب الطعام في الوليمة لإثبات النكاح وإظهاره ومعرفته، لأن الشهود يهلكون. نفس المرجع، ص: 481.
284- ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج2، ص: 414. دراسة وتحقيق حميد بن محمد لحممر، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، دار الغرب الإسلامي، دون ذكر سنة الطبع.
285- التسولي: البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج1، ص: 381.

وفي الدخول الختم في الإشهاد وهو مكمل في الانعقاد.

فعلم منه أن الإشهاد ليس شرطاً في صحة النكاح، ولا ركناً فيه، لوجود العقد وصحته بحصول الإيجاب من الولي والقبول من الزوج، وإنما هو شرط الدخول. (286)

وقال أبو ثور وجماعة: «ليس الشهود من شرط النكاح، لا شرط صحة ولا شرط تمام، وفعل ذلك الحسن بن علي، روي عنه أنه تزوج بغير شهادة، ثم أعلن النكاح.» (287)

وهو ما ذهب إليه ابن لب في فتواه حيث قال: «ذكر أهل المذهب أن الإعلان بالنكاح وشهرته مع علم الزوج والولي بذلك تكفي، وإن لم يحصل إشهاد، وهكذا كانت أنكحة كثير من السلف وهو مروى عن ابن القاسم.» (288)

والذي يظهر من أقوال فقهاء المذهب المالكي، أن الإشهاد ليس ركناً ولا شرطاً في الزواج، وإنما المقصود هو إشهار الزواج وإعلانه، حتى يتميز عن نكاح السر.

وهذا ما عبّر عنه الباجي بقوله: «إن الإفشاء في النكاح والإعلان به أبلغ في إظهاره من الإشهاد؛ لأنه لو انفرد الإشهاد، واقترن به الكتمان لفسد العقد، وبالإعلان يفارق صفة الزنا، ويمتنع فساده، فإذا وجد الإعلان به انتفى الحد.» (289)

وهذا القول مروى أيضاً عن الإمام أحمد بن حنبل، جاء في المغني: «وعن أحمد أنه يصح بغير شهود.» (290)

وقال ابن تيمية: «وأما النكاح فلم يرد الشرع فيه بإشهاد واجب ولا مستحب، وذلك أن النكاح أمر فيه بالإعلان، فأغنى إعلانه مع دوامه عن الإشهاد.» (291)

286- نفس المرجع ونفس الصفحة.

287- ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص: 964.

288- أبو عبد الله محمد الفاسي: الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكام، ج1، ص: 302. دار الحديث، القاهرة، سنة 1432هـ/2011م. دون ذكر الطبعة.

289- الباجي: المنتقى شرح موطأ مالك، ج5، ص: 101. تحقيق عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1420هـ/1999م.

290- ابن قدامة: المغني، ج9، ص: 347.

291- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج32، ص: 129. مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1415هـ.

وهو مذهب أهل الظاهر كذلك، قال ابن حزم: «ولا يتم النكاح إلا بإشهاد عدلين فصاعدا، أو بإعلان عام.»⁽²⁹²⁾

وذهب جمهور الفقهاء: أبي حنيفة⁽²⁹³⁾ والشافعي⁽²⁹⁴⁾ والمشهور عن الإمام أحمد،⁽²⁹⁵⁾ إلى أن الإشهاد على عقد النكاح واجب، لا يصح النكاح إلا به. وأن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين.

وروي هذا الرأي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم، وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقتادة والثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي.⁽²⁹⁶⁾

قال الإمام الشافعي: «ولا نجز نكاحا إلا نكاحا عقد بحضرة شاهدين عدلين.»⁽²⁹⁷⁾
جاء في بدائع الصنائع: «ذهب الجمهور في القول بأن الشهادة شرط في النكاح.»⁽²⁹⁸⁾
وقال ابن قدامة في المغني أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين وهذا المشهور عن أحمد.⁽²⁹⁹⁾
وقد استدلل الجمهور على ما ذهبوا إليه من وجوب حضور الشهود عقد الزواج بأحاديث من السنة النبوية، منها ما روته عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:
« لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل.»⁽³⁰⁰⁾

وأوضح ذلك بقوله أن المرأة تكون عند الرجل، والناس يعلمون أنها امرأته، فكان هذا الإظهار الدائم معيناً عند الإشهاد كالنسب، فإن النسب لا يحتاج إلى أن يشهد فيه أحداً على ولادة امرأته، بل هذا يظهر ويعرف أن امرأته ولدت هذا، فأغنى هذا عن الإشهاد، بخلاف البيع، فإنه قد يجحد ويتعذر إقامة البينة عليه.
نفس المرجع ونفس الصفحة.

- 292- ابن حزم: المحلى، ج9، ص: 465.
293- الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص: 390. - الزيعلي: تبيين الحقائق، ج2، ص: 98.
294- النووي: روضة الطالبين، ج7، ص: 45. - الشريبي: مغني المحتاج، ج3، ص: 194.
295- ابن مفلح: المبدع، ج6، ص: 119. - ابن قدامة: المغني، ج9، ص: 347. - البيهوتي: كشف القناع، ج7، ص: 2420.
296- ابن قدامة: المغني، ج9، ص: 347.
297- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: كتاب الأم، ص: 885. بيت الأفكار الدولية، دون ذكر تاريخ الطبع.
كما أن الإمام الشافعي يؤكد على أن الفرق بين النكاح والسفاح الشهود.
- البيهقي: السنن الكبرى، ج7، ص: 203.
298- الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص: 390، الهامش رقم1. أنظر كذلك الفتاوى الهندية ج1، ص: 295.
299- ابن قدامة: المغني، ج9، ص: 347.
300- تخريج الحديث:

ووجه الدلالة من الحديث، أن الظاهر أن النفي يتوجه إلى نفس الفعل، ونجد أن الفعل يوجد من غير شهود، فتعين توجه النفي في الحديث إلى الصحة وذلك يستلزم أن يكون الإشهاد شرطاً في صحة النكاح؛ لأنه قد استلزم عدمه عدم الصحة، وما كان كذلك فهو شرط (301).
وبحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بيّنة». (302).

ووجه الدلالة من الحديث، أن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق على النساء اللاتي ينكحن من غير بيّنة بغايا، فدل ذلك على اشتراط الشهادة في النكاح، وإلا لما سماهن بغايا. (303).

وكذلك بحديث عائشة رضي الله عنها قالت، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أيا امرأة نكحت بغير إذن وليها وشاهدي عدل، فنكاحها باطل». (304).

-
- أخبرنا عمر بن محمد الهمداني من أصل كتابه، حدثنا سعيد بن يحيى بن سعيد الأموي، حدثنا حفص بن غياث، عن ابن جريج، عن سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: رسول الله صلى الله عليه وسلم: الحديث.
- أخرجه ابن حبان في صحيحه ج9، ص: 386، حديث رقم 4075، كتاب النكاح. باب الولي.
- كما أخرجه البيهقي: السنن الكبرى، ج7، ص: 202، حديث رقم 13719، كتاب النكاح. باب لانكاح إلا بشاهدين عدلين.
- وقال ابن حبان: لم يقل أحد في خبر ابن جريج عن سليمان بن موسى، عن الزهري هذا «وشاهدي عدل» إلا ثلاثة أنفس: سعيد بن يحيى الأموي عن حفص بن غياث، وعبد الله بن عبد الوهاب الحنبلية، عن خالد بن الحارث، وعبد الرحمن بن يونس الرقي، عن عيسى بن يونس. ولا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر.
- الأمير علاء الدين علي بن بليان الفارسي: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ج9، ص: 387. مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1412هـ/1991م.
- 301- الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص: 391، الهامش رقم 1.
- 302- تخريج الحديث: حدثنا يوسف بن حماد البصري، قال: حدثنا عبد الأعلى، عن سعيد، عن قتادة، عن جابر بن زيد، عن ابن عباس، أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: الحديث.
- أخرجه الترمذي في الجامع الكبير، ج2، ص: 396، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا ببيّنة، حديث رقم 1103.
- كما أخرجه البيهقي في سننه، ج7، ص: 204، حديث رقم 13723، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين.
- 303- الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص: 391، الهامش 1.
- 304- تخريج الحديث:
- حدثنا أبو عبد الله الحافظ، حدثني أبو علي الحافظ، ثنا إسحاق بن أحمد بن إسحاق الرقي، ثنا أبو يوسف محمد بن أحمد بن الحجاج الرقي، ثنا عيسى بن يونس، ثنا ابن جريج، عن سليمان بن موسى، عن الزهري عن عروة، عن عائشة رضي الله عنها، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أيا امرأة نكحت بغير إذن وليها وشاهدي عدل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر، وإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له».
- أخرجه البيهقي في سننه، ج7، ص: 202، حديث رقم 13717، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين.

ووجه الدلالة من الحديث ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبر بأن نكاح المرأة بدون إذن وليها ، وشاهدي عدل باطل ، فدل ذلك على اشتراط الشهادة في النكاح. (305)

واستدلوا أيضا بآثار مروية عن عدد من الصحابة منها :

روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة ، فقال : «هذا نكاح السر ولا أجزئه ، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت». (306)

وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : «لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد». (307)

كما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال : «لا نكاح إلا بولي ، ولا نكاح إلا بشهود» (308)

واستدلوا أيضا بالمعقول حين قالوا بأن النكاح يتعلق به حق غير المتعاقدين ؛ وهو الولد ، فاشتراط الشهادة فيه ، لئلا يجحده أبوه ، فيضيع نسبه. (309)

فاشترط الشهادة في النكاح حسب هذا الرأي أكد من اشتراطها في البيع ؛ لأن النكاح يتعلق به حق غير المتعاقدين ، وهو الولد ، لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه ، بخلاف البيع. (310)

قال الزركشي : «وخص النكاح - والله أعلم - باشتراط الشهادة ، دون غيره من العقود ، لما فيه من تعلق حق غير المتعاقدين وهو الولد». (311)

305- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3، ص: 391، الهامش 1.

306- سبق تخريجه.

307- تخريج الحديث: أخبرنا أبو زكرياء يحيى بن إبراهيم، ثنا أبو العباس محمد بن يعقوب، أنبأ الربيع بن سليمان، أنبأ الشافعي، أنبأ مسلم بن خالد، وسعيد بن سالم القداح، عن ابن جريج، عن عبد الله بن عثمان بن خثيم، عن سعيد بن جبير، عن مجاهد، عن ابن عباس، قال: الحديث.

-أخرجه البيهقي في سننه، ج7، ص: 204، حديث رقم 13725. كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين. وأخرجه كذلك في نفس الجزء، ص: 182، حديث رقم 13650، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي.

308 - أخرجه البيهقي في سننه بالسند الآتي: أخبرنا أبو الفتح محمد بن عبد الله الريس بالري، ثنا جعفر بن عبد الله بن يعقوب، ثنا محمد بن هارون، ثنا أبو كريب، ثنا أبو خالد الأحمر، وعبيد بن زياد الفراء، عن حجاج، عن حصين، عن الشعبي، عن الحارث، عن علي رضي الله عنه قال: الحديث.

- سنن البيهقي: ج7، ص: 181، حديث رقم 13645. كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي.

309- ابن قدامة: المغني، ج9، ص: 348.

310- ابن قدامة: المغني، ج9، ص: 348. أنظر كذلك كشف القناع للبهوتي، ج7، ص: 2420 و2421.

كما قالوا بأن اشتراط الشهادة في عقد النكاح احتياطيا للأبضاع، وصيانة للأنكحة من الجحود. (312) وهذا ما أشار إليه السرخسي حيث قال: «واشترط الشهود في نكاح المسلمين لإظهار خطر البضع». (313)

أما فريق المالكية ومن وافقهم، الذين ذهبوا إلى أن الإشهاد على النكاح غير واجب، وإنما يكفي في ذلك إعلانه وإشهاره فقط، فقد استدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿فَانكحوا ما ههنا لکم من النساء﴾. (314)

ووجه الدلالة أن الله تعالى لم يذكر الشهادة، فيبقى النص على عمومته ولا تشترط الشهادة. (315)

وبعموم قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ (316)، ووجه الدلالة أن النكاح عقد من العقود، فلم يكن الإشهاد شرطاً في انعقاده كسائر العقود. (317)

كما استدلوا بأدلة من السنة النبوية، منها ما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: أقام النبي صلى الله عليه وسلم بين خيبر والمدينة ثلاثاً يُبنى عليه بصفية بنت حيي، فدعوت المسلمين إلى وليمته. فما كان فيها من خبز ولا لحم، أمر بالأنطاع، فألقي فيها التمر والأقط والسمن، فكانت وليمته. فقال المسلمون: إحدى أمهات المؤمنين، أو ما ملكت يمينه؟ فقالوا: إن حجبها فهي من أمهات المؤمنين، وإن لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه، فلما ارتحل وطأ لها خلفه، ومدّ الحجاب بينها وبين الناس. (318)

311- شرح الزركشي على متن الخرقى، ج3، ص: 117.
312- الشريبي: مغني المحتاج، ج3، ص: 194. - أنظر كذلك الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لصاحبه شمس الدين الشريبي، ج2، ص: 241. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 1425هـ/2004م.
313- السرخسي: المبسوط، ج5، ص: 36.
314- سورة النساء، الآية: 3.
315- الماوردي: الحاوي الكبير، ج9، ص: 58. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994م.
316- سورة المائدة، الآية: 1.
317- القاضي عبد الوهاب البغدادي: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج3، ص: 296. دار ابن القيم، الرياض، ودار ابن عفان، القاهرة، الطبعة الأولى، 1429هـ/2008م.
318- أخرجه البخاري في صحيحه بسند: حدثنا محمد بن سلام أخبرنا إسماعيل بن جعفر عن حميد عن أنس قال: الحديث.
-كتاب النكاح، باب البناء في السفر، ص: 1315، حديث رقم 5159.

ووجه الدلالة من الحديث أن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، استدلوا على أنها من أمهات المؤمنين بالحجاب، (319) ولو كان أشهد على نكاحها لعلموا ذلك بالإشهاد، (320) وهذا يدل على أن صحة العقد لا تتوقف على الإشهاد.

قال ابن شاس: وعلى هذا جرت أنكحة الصحابة رضي الله عنهم، ما كانت قط بشهادة، وإنما كانوا يعلنون لأمنهم، التدارؤ بينهم. (321)

واستدلوا أيضا بأن بعض السلف تزوج بغير شهود، وممن فعله عبد الله بن عمر، وولده سالم وحمزة، والحسن بن علي، وابن الزبير. (322)

كما استدلوا بالمعقول فقالوا بأن النكاح عقد على منفعة، فلم تكن مفارقة الشهادة شرطا في صحته كالإجارة. (323)

كما قاموا بقياس النكاح على الرهن والكفالة في عدم اشتراط الإشهاد فيهما، بجامع أن كلا منهما عقد توثيق. (324)

وقالوا أيضا: «ولأن كل شخص لا يحتاج إليه في إيجاب ولا قبول، لم يكن حضوره شرطا في انعقاد النكاح كالزوجة وسائر الأجانب.» (325)

وهكذا، اعترض القائلون بعدم اشتراط الإشهاد على القائلين به، بقصة صفية رضي الله عنها، بحجة أن النبي صلى الله عليه وسلم، تزوجها بدون إشهاد.

كما أن اشتراط الإشهاد ليس له أصل في الكتاب ولا في السنة، فإنه لم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فيه حديث. ومن الممتنع أن يكون الذي يفعله المسلمون دائما له شروط لم

كما أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمته ثم يتزوجها. ج1، ص: 645 و646، حديث رقم 1365.

319- ابن قدامة: المغني، ج9، ص: 348.

320- الباجي: المنتقى شرح موطأ مالك، مرجع سابق، ج5، ص: 101.

321- ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، مرجع سابق، ج2، ص: 414.

322- ابن قدامة: المغني، ج9، ص: 347.

323- الباجي: المنتقى شرح موطأ، مرجع سابق، ج5، ص: 101.

324- عبد الوهاب البغدادي: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، مرجع سابق، ج3، ص: 296 و297.

325- نفس المرجع ونفس الصفحة.

بينها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهذا مما تعم البلوى، فجميع المسلمين يحتاجون إلى معرفة هذا. (326) وقال ابن المنذر: «لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر.» (327) وقال أحمد بن حنبل وغيره من أئمة الحديث: «لم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في الإشهاد على النكاح شيء.» (328)

ويبدو من هذه الأقوال، أن الأحاديث الواردة باشتراط الشهادة في النكاح، لم تصح عندهم. (329)

هذا، وقد شئع يزيد بن هارون على أصحاب الرأي عندما اشترطوا هم الشهادة للنكاح، فقال: «أمر الله تعالى بالإشهاد في البيع دون النكاح، فاشترطوا هم الشهادة للنكاح، ولم يشترطوها للبيع.» (330)

ثم أن الشهادة لو كانت شرطا في النكاح، لنقل ذلك عن الصحابة واشتهر بينهم، فإن الهمم والدواعي تتوافر على نقل ذلك. وهم قد حفظوا نهيه صلى الله عليه وسلم عن نكاح الشغار، ونكاح المحرم، ونحو ذلك من الأمور التي تقع قليلا، فكيف النكاح بلا إشهاد إذا كان الله ورسوله قد حرمه وأبطله، كيف لا يحفظ في ذلك نص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ (331)

326- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج32، ص: 127. وأضاف: وإذا كان هذا شرطا كان ذكره أولى من ذكر المهر وغيره، مما لم يكن له ذكر في كتاب ولا حديث ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فتبين أنه ليس مما أوجبه الله على المسلمين في مناكحهم. - نفس المرجع، ص: 127-128.

327- ابن قدامة: المغني، ج9، ص: 347.

328 - ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج32، ص: 128.

329- الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص: 390، الهامش 1.

330- ابن قدامة: المغني، ج9، ص: 348.

وبوافقه القول ابن تيمية حينما قال: وهو كما قال، والإشهاد في البيع إما واجب وإما مستحب، وقد دلّ القرآن والسنة على أنه مستحب. وأما النكاح فلم يرد الشرع فيه بإشهاد واجب ولا مستحب.

- مجموع الفتاوى، ج32، ص: 129.

331- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج32، ص: 128.

كما أجاب ابن تيمية على من قال بأن مقصود الشهادة إثبات الفراش عند التجاحد، حفظاً
لنسب الولد، بقوله: «هذا حاصل بإعلان النكاح، ولا يحصل بالإشهاد مع الكتمان مطلقاً.
فالذي لا ريب فيه، أن النكاح مع الإعلان يصح، وإن لم يشهد شاهداً».(332)

ولعل عدم اشتراط الإشهاد في النكاح، لأنه معنى يقصد به التوثيق، فلم يكن شرطاً في
انعقاد النكاح.(333) والقصد من تشريعه كما يقول ابن شاس هو لرفع الخلاف المتوقع بين
الزوجين، وإثبات حقوقهما، فكانت كسائر الحقوق، لا تشترط الشهادة فيها شرعاً.(334)

وقد اعترض كذلك القائلون باشتراط الإشهاد على غيرهم، بكون قصة صفية رضي الله
عنها، لا حجة فيها، لأنها حادثة عين تحتمل تأويلات شتى، كأن تكون من خصائصه صلى الله
عليه وسلم،(335) أو خاصة بمن تزوج أمته، فإن السيد إذا أعتق أمته ثم تزوجها، لا يكون
مستحلاً لفرج كان محرماً عليه، لأن الأمة توطأ بملك اليمين، فإذا أعتقها وتزوجها، وطؤها
بالزواج، فلم يكن وطؤها قبل الزواج حراماً عليه، بخلاف من تزوج بامرأة أجنبية عنه، فإنه
يستحل منها ما كان حراماً عليه.

فاقتضت حكمة التشريع، التشديد على الثاني بالإشهاد بخلاف الأول، احتياطاً للأبضاع
ومن الابتدال، وصيانة للأنكحة عن الجحود،(336) وحماية للحلال من الاختلاط بالحرام.

332- ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، ص: 130.
وأضاف أن المشترطين للشهادة من أصحاب أبي حنيفة من لا يعلل ذلك بإثبات الفراش، لكن كان المقصود حضور اثنين
تعظيماً للنكاح، وهذا يعود إلى مقصود الإعلان.

نفس المرجع، ص: 131.
333- القاضي عبد الوهاب البغدادي: المعونة على مذهب عالم المدينة، ج2، ص: 745. المكتبة التجارية للنشر، مكة
المكرمة، دون ذكر تاريخ الطبع.

334- ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، مرجع سابق، ج2، ص: 414.
335- ويؤكد ذلك ما ورد في الأثر عن أبي سعيد بسند: أخبرنا أبو طاهر الفقيه، وأبو سعيد بن أبي عمرو، قالوا: ثنا أبو
العباس محمد بن يعقوب، ثنا محمد بن إسحاق، أنبا ابن الأصبهاني، ثنا شريك، عن أبي هارون، عن أبي سعيد، قالوا: «لا
نكاح إلا بولي وشهود ومهر، إلا ما كان من النبي صلى الله عليه وسلم».

-أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج7، ص: 90، حديث رقم 13359، كتاب النكاح، باب ما أبيح له من النكاح بغير
ولي وبغير شاهدين.
336- الشريبي: مغني المحتاج، ج3، ص: 194.

جاء في المغني: «فأما نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بغير ولي وغير شهود، فمن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره.» (337)

ومما يؤيد أن ذلك من الخصوصيات، ما ورد عنه صلى الله عليه وسلم من الأحاديث القاضية باشتراط الشهادة في النكاح. وهذه الأحاديث بانضمامها يقوي بعضها بعضاً، فيصح الاحتجاج بها. لا سيما أن النكاح شرع لمقاصد جليلة يتعلق بها وجود النوع الإنساني على الوجه الأكمل، فلذلك وجب أن يمتاز عن سائر العقود باشتراط الشهادة فيه. (338)

وكما اعترض القائلون بعدم اشتراط الإشهاد على القائلين به بقصة صفية رضي الله عنها، بحجة أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها بدون إشهاد. فلهؤلاء أيضاً أن يعترضوا عليهم بأنه صلى الله عليه وسلم دخل بها بدون إعلان، إذ لو كان ثمة إعلان، لما احتاج الصحابة إلى الاستدلال بمسألة الحجاب. ومعلوم أن الذين يوجبون الإعلان يشترطونه قبل الدخول.

وأما قولهم إن بعض السلف تزوج بغير شهود، فالجواب أن السلف اختلفوا في هذه المسألة، فلا يجعل قول بعضهم حجة دون الآخر، وقد ورد في المسألة حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن قلنا بثبوتة وهو الأحوط فلا حجة لأحد معه، ويعتذر للمخالف من السلف، بأن الحديث لم يبلغه، أو بلغه على وجه لا يحتج بمثله، وإن قلنا بعدم ثبوتة، فيرجع في معرفة الراجح إلى دليل خارج عن قول الصحابة وفعالهم، لأنهم اختلفوا، ولا خلاف بين العلماء في أن قول الصحابي لا يعتبر حجة على صحابي آخر، لاستوائهما في الصحبة والمنزلة. (339)

الترجيح:

337- ابن قدامة: المغني، ج9، ص: 348.. أنظر ذلك شرح الزركشي على متن الخرقى، ج3، ص: 117.
338- الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص: 391.
339- ابن قدامة: روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، ج1، ص: 466، مؤسسة الريان، بيروت. الطبعة الأولى، سنة 1419هـ/1998م.

عند النظر في القولين وتأمل الأدلة والاعتراضات، والنظر في أوضاع الناس وواقع المجتمعات، يظهر لي - والله أعلم - رجحان القول القائل باشتراط الشهادة في عقد النكاح، وذلك للأسباب الآتية:

1- أن أحاديث اشترط الشهادة كثيرة، وقد ذكرت بطرق مختلفة وأسانيد متعددة، وهذه الأحاديث بانضمامها يقوي بعضها بعضاً، فيصح الاحتجاج بها. (340)

2- أن اشتراط الشهادة في عقد النكاح له فوائد عدة منها:

أولاً: إثبات النكاح عند العقد وصيانة له عن الجحود، خصوصاً ونحن في زمن تهاون فيه كثير من الناس في التقاء الزوجين قبل الدخول ببعضهما، وأحياناً الخلوة بالزوجة والخروج معها وقد يُواقعها، مما استدعى الأمر معه إلى إثبات النكاح عند العقد، وليس عند الدخول.

ثانياً: أن من المقرر عند الفقهاء أن الأصل في الأبضاع الحرمة، فإذا تعارض دليلان أحدهما موجب للحل والآخر موجب للحرمة، رجح الموجب للحرمة للأصل. (341)

ثالثاً: الناس يختلفون في إعلان النكاح بحسب أعرافهم وواقعهم، وقد يطرأ عليهم ما يمنع من إعلانه، ثم إن ضابط الإعلان مختلف فيه، فكان اشتراط الشهادة في العقد أولى من عدمه؛ لأن الشهادة لا مجال فيها للتفاوت أو الاختلاف.

3- إن عدم اشتراط الشهادة في عقد النكاح انتشار لنكاح السر، مما يؤدي إلى مفسد وأضرار على الأفراد والمجتمعات، لا سيما هذا الواقع الذي كثر فيه التحايل على الحرام، وماتت الغيرة في نفوس فئة من المسلمين، بل وانتشرت الدياثة التي تأبأها الشريعة والفطرة السليمة.

المطلب الثاني: الموقف الشرعي من شهادة غير المسلمين على عقد الزواج.

340- الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص: 391.
341- جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ص: 61. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. الطبعة الأولى، سنة 1403هـ/1983م.

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الزوجان مسلمين، فلا بد أن يكون الشهود مسلمين، فلا ينعقد نكاح المسلم بالمسلمة بشهادة غير المسلمين؛ لأن الشهادة من باب الولاية، فلا يكون الكافر واليا على المسلم، لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾⁽³⁴²⁾. ولأن من غايات الشهادة على هذا العقد إعلانه وتكريمه، وشهادة غير المسلمين على زواج المسلمين لا تكريم فيها، ولا يتحقق بها إشهاره بين المسلمين.

ولأن لهذا العقد اعتباراً دينياً، فلا بد من أن يشهده من يدين بدين الزوجين. وفي ذلك يقول السرخسي: «ولا يجوز النكاح بين مسلمين بشهادة كافرين»⁽³⁴³⁾. وجاء في بدائع الصنائع للكاساني: «لا ينعقد نكاح المسلم بالمسلمة بشهادة الكفار، لأن الكافر ليس من أهل الولاية على المسلم... وكذا لا يملك الكافر قبول نكاح المسلم»⁽³⁴⁴⁾. وهذا ما أكده الزيلعي في تبين الحقائق بقوله: «ولا بد من اشتراط الإسلام في أنكحة المسلمين؛ لأنه لا شهادة للكافر على المسلم، إذ لا ولاية له عليه»⁽³⁴⁵⁾.

وعليه، فلا بد في الشاهد على عقود نكاح المسلمين أن يكون مسلماً، لكن عندما يختلف دين الزوجين، فيكون الزوج مسلماً والزوجة كتابية، فهل تقبل شهادة غير المسلمين في مثل هذه الحالة، أم لا بد أن يكون الشهود من المسلمين رغم اختلاف دين الزوجين؟

اختلف الفقهاء في انعقاد نكاح المسلم على الكتابة بشهادة غير المسلمين على قولين:

- **القول الأول:** لا ينعقد نكاح المسلم على الكتابية بشهادة غير المسلمين، وهو مذهب

المالكية⁽³⁴⁶⁾ والشافعية⁽³⁴⁷⁾ والمذهب عند الحنابلة⁽³⁴⁸⁾ ومحمد بن الحسن وزفر من الحنفية⁽³⁴⁹⁾.

342- سورة النساء، الآية: 140.

343- السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج5، ص: 35.

344- الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص: 395-396.

345- الزيلعي: تبين الحقائق، مرجع سابق، ج2، ص: 99.

346- خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني أبو سعيد البراذعي: التهذيب في اختصار المدونة، ج2، ص: 164.

دار البحوث الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، سنة 1423هـ/2002م.

- أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب: مواهب الجليل، ج5، ص: 27. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، سنة 1416هـ/1995م.

لأن الإسلام عندهم شرط في الشهود مطلقاً، مسلمة كانت الزوجة أو كتابية.
ومن أقوال الفقهاء في منع شهادة غير المسلمين على نكاح المسلمة بالكتابية نجد ما أورده
البرادعي المالكي في التهذيب: «وإن نكح مسلم ذمّية بشهادة ذميين لم يجز» (350).
كما قال الإمام الشافعي: «ولا تنكح الكتابية إلا بشهادة عدلين مسلمين، وبولي من أهل
دينها» (351).

وقال الجويني: «ولا ينعقد نكاح مسلم على كافر بحضور ذميين، خلافاً لأبي
حنيفة» (352).

وقال ابن قيم الجوزية: «قال مهنا: سألت أحمد عن رجل مسلم تزوج يهودية بشهادة
نصرانيين أو مجوسيين، قال: لا يصلح إلا عدول» (353).

وجاء في الإنصاف أنه لا ينعقد نكاح مسلم بشهادة ذميين. هذا المذهب المنصوص عن
الإمام أحمد، والمشهور عند أصحابه (354).

واستدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بأدلة منها:

استدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا شَهِيدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ (355).

-
- 347- عبد المالك بن عبد الله بن يوسف الجويني: نهاية المطلب في دراية المذهب، ج12، ص: 53. دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، الطبعة الأولى، سنة 1428هـ/2007م.
- الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ج2، ص: 241.
348- المرادوي: الإنصاف. مرجع سابق، ج 8 ص 104.
349- الزيلعي: تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج2، ص: 100، - ابن نجيم: النهر الفائق، ج2، ص: 183.
350- البرادعي: التهذيب في اختصار المدونة، ج2، ص: 163. - أنظر كذلك مواهب الجليل للحطاب، ج5، ص: 27.
351- الأم للشافعي، مرجع سابق، ج6، ص: 17-18.
وقال في موضع آخر: «ولو شهد النكاح من لا تجوز شهادته وإن كثروا من أحرار المسلمين، أو شهادة عبيد المسلمين، أو أهل الذمة لم يجز النكاح حتى ينعقد بشهادة عدلين».
- نفس المصدر، ص: 58.
352- الجويني: نهاية المطلب في دراية المذهب، مرجع سابق، ج12، ص: 53.
353- ابن قيم الجوزية: أحكام أهل الذمة، ص: 788، رمادي للنشر المملكة العربية السعودية. الطبعة الأولى، سنة 1418 هـ/ 1997م.
354- المرادوي: الإنصاف، مرجع سابق، ج8، ص: 104.

وجه الدلالة: أن الآية طلبت أن يكون الشاهدان من رجالنا - أي من المسلمين - والكفار ليسوا من رجالنا، فلا يدخلون في عموم الآية، ولا تصح شهادتهم في عقد النكاح. جاء في شرح الزركشي: «وخرج بذلك شهادة أهل الذمة، وإن كانت المرأة ذمّية، وهو المنصوص والمشهور عند الأكثرين».(356)

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُويَ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾(357).

وجه الدلالة: اشترطت الآية في قبول شهادة الشاهد أن يتصف بالعدالة، لكي تقبل شهادته ويؤخذ بها، والكافر ليس عدلاً، فلا تصح ولا تقبل شهادته مطلقاً في النكاح وغيره. كما استدلوا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل».(358)

ووجه الدلالة من الحديث أنه دلّ على عدالة الشهود، والعدالة لا تتحقق لغير المسلمين، فلا ينعقد النكاح بشهادة الكافر.

ويقول محمد وزفر من الحنفية على أن المراد بالعدالة عندنا هي عدالة الدين، لا عدالة السلوك والتعاطي، لإجماعنا على أن الفسق لا يمنع انعقاد النكاح.(359)

واستدلوا كذلك من المعقول فقالوا بأن عقد النكاح الذي تكون فيه الزوجة كتابية هو نكاح مسلم، فلا ينبغي أن ينعقد إلا بما ينعقد به نكاح المسلمين فيما بينهم، ولا تقبل فيه شهادة غير المسلم. جاء في المبدع: «ولأنه نكاح مسلم، فلم ينعقد بشهادة ذميين، كنكاح المسلمين، ولا فرق بين أن يكون الزوجان مسلمين أو الزوج وحده».(360)

355- سورة البقرة، الآية: 281.

356- الزركشي: شرح الزركشي على متن الخرقى، مرجع سابق، ج3، ص: 118.

357- سورة الطلاق، الآية: 2.

358- سبق تخريجه.

359- الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص: 397-398.

360- ابن المفلح: المبدع شرح المقنع، مرجع سابق، ج6، ص: 120-121. - أنظر كذلك المغني، ج9، ص: 349.

ونفس الأمر أكده الشربيني فقال: «أما الشاهدان فالإسلام شرط فيهما، سواء أكانت المنكوحة مسلمة أو ذمية، إذ الكافر ليس أهلاً للشهادة».(361)

ولأن الإشهاد شرط جواز العقد، والعقد يتعلق وجوده بطرفيه - طرف الزوج، وطرف المرأة - ولم يوجد الإشهاد على الطرفين، لأن شهادة الكافر حجة في حق الكافر، وليست بحجة في حق المسلم، فكانت شهادته في حقه ملحقة بالعدم، ولو كان كذلك لم يجز النكاح.(362)

وأوضح ذلك السرخسي بقوله: وحقيقة المعنى أن هذا السماع شهادة، ولا شهادة للكافر على المسلم، فلم يصح سماعهما كلام المسلم بطريق الشهادة، وشرط الانعقاد، سماع البينة من كلا شطري العقد، ولم يوجد، فكان هذا بمنزلة ما لو سمع الشاهدان كلام المرأة دون كلام الزوج.(363)

وعلاوة على ذلك، فالشهادة إنما شرطت لإثبات الفراش عند التجاحد، ولا يمكن إثباته بشهادة الكفار، وبأن شهادتهم كلا شهادة، فقد خلا النكاح عن الشهادة، وبأن النكاح لو انعقد بشهادتهما، لسمعت شهادتهما على المسلم فيما يرجع إلى حقوق النكاح، من وجوب المهر والنفقة والسكنى: وهذا ممتنع.(364)

- القول الثاني: بنعقد نكاح المسلم على كتابية بشهادة ذميين، وهو قول أبي حنيفة وأبي

يوسف(365)، ووجه في مذهب الحنابلة.(366)

جاء في المبسوط: «ولو تزوج مسلم نصرانية بشهادة نصرانيين، جاز النكاح في قول أبي

حنيفة وأبي يوسف».(367)

361- الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ج2، ص: 241.

362- الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص: 398.

363- السرخسي: المبسوط، ج5، ص: 33- أنظر كذلك النهر الفائق شرح كنز الدقائق، لصاحبه سراج الدين عمر بن ابراهيم ابن نجيم الحنفي، ج2، ص: 183. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1422هـ/2002م.

- الزيلعي، تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج2، ص: 100.

364- ابن قيم الجوزية: أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ص: 789.

365- الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص: 396.

366- ابن قدامة: الكافي، ج3، ص: 16. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1414هـ/1994م.

-المرداوي: الإنصاف، مرجع سابق، ج8، ص: 104.

وقال ابن قدامة: «ويتخرج أن ينعقد نكاح المسلم للذمية بشهادة ذميين، بناء على قبول شهادة بعضهم على بعض». (368)

وقال ابن رزين الحنبلي: «وإن قلنا: تقبل شهادة بعضهم على بعض، صح النكاح بشهادة ذميين، إذا كانت المرأة ذمية». (369)

أما الزيلي فقال: «وصح تزويج مسلم ذمياً بشهادة ذميين». (370)

والظاهر من هذه الأقوال، أن من ذهب من الحنابلة إلى القول بقبول شهادة غير المسلمين فيعقد النكاح، بناء على قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض. (371)

وقد استدل هذا الفريق على ما ذهب إليه، بعموم الآيات الكريمة الواردة في النكاح، والتي خلت من اشتراط الشهود، منها:

قوله تعالى: ﴿فَانكحُوا مَا لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (372) وقوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ

لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾. (373)

وجه الدلالة من العمومات: أن الله تعالى أطلق النكاح من غير شرط، إلا أن أصل الشهادة صار شرطاً باتفاق المسلمين، وإسلام الشاهدين صار شرطاً في نكاح الزوجين المسلمين بالإجماع. فمن ادعى كونه شرطاً في نكاح المسلم الذمية فعليه الدليل. (374)

واستدلوا من السنة بقوله صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بشهود». (375)

367- السرخسي، المبسوط، ج5، ص: 33.
368- ابن قدامة: الكافي، مرجع سابق، ج3، ص: 16. - أنظر كذلك المبدع لابن مفلح، ج6، ص: 121.
369- المرادوي: الإنصاف، مرجع سابق، ج8، ص: 104.
370- الزيلي، تبيين الحقائق، ج2، ص: 100.
371- وهذا ما أكده ابن تيمية بقوله: «وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة أهل الذمة لم ينعقد، إلا إذا قبلنا شهادة بعضهم على بعض، ففيه وجهان.
-مجد الدين أبو البركات ابن تيمية: المحرر في الفقه، ج2، ص: 18. إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، دون ذكر تاريخ الطبع.
372- سورة النساء، الآية: 3.
373- سورة النساء، الآية: 24.
374- الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص: 396، الهامش رقم 1.
375- سبق تخريجه.

ووجه الدلالة من هذا الحديث، أنه عليه الصلاة والسلام لم يشترط في انعقاد النكاح، إلا وجود الشهود، وهذا نكاح قد وجد فيه الشهود.

كما استدلووا من المعقول فقالوا: ولأن الشهادة في اللغة عبارة عن الإعلام والبيان، وغير المسلم من أهل الإعلام والبيان، لأن ذلك يتوقف على وجود العقل واللسان والعلم بالمشهود به، وكل ذلك موجود في غير المسلم. (376)

وإذا كان الكافر يصلح أن يكون وليا في العقد، ويصلح أن يكون قابلا لهذا العقد بنفسه، فيصلح أن يكون شاهدا فيه أيضا كالمسلم، وهذا الاستدلال بطريق الأولى، فإن الإيجاب والقبول ركن العقد، والشهادة شرطه، فإذا كان يصلح للكافر القيام بركن هذا العقد بنفسه، فلأن يقوم بشرطه كان أولى. (377)

وهذا ما دفع الكاساني إلى القول: «من مشايخنا من أصل في هذا أصلا فقال: كل من صلح أن يكون وليا في النكاح بولاية نفسه يصلح شاهدا فيه، وإلا فلا». (378)

وأصل ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِعُهُمُ أَوْلِيَاءُ بَعْضُهُمْ﴾ (379) فالآية الكريمة دلت على أن الكفار بعضهم أولياء بعض، يتناصرون بدينهم ويتعاملون باعتقادهم، (380) حتى إن بعض العلماء قالوا في الكافرة يكون لها الأخ المسلم، لا يزوجها، إذ لا ولاية بينهما، ويزوجها أهل ملتها. فكما لا يزوج المسلمة إلا المسلم، فكذلك الكافرة لا يزوجها إلا كافر قريب لها، أو أسقف ولو من مسلم. (381)

وفي رواية أخرى: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا بد في النكاح من أربعة: الولي، والزوج، والشاهدين». أخرجه الدارقطني بالسند الآتي: نا محمد بن مخلد، نا أبو وائلة المروزي عبد الرحمن بن الحسين منولد بشر بن المحتفز، نا الزبير بن بكار، نا خالد بن الواضح، عن أبي الخصيب، عن هشام، عن عروة، عن أبيه، عن عائشة، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الحديث.

- أخرجه الدارقطني في سننه، ج 3 ص 151. كتاب النكاح، حديث رقم 19/3475

376- الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص: 396، الهامش رقم 1.

377- السرخسي: المبسوط، ج5، ص: 33.

378- الكاساني: المرجع السابق، ج3، ص: 395.

379- سورة الأنفال، الآية: 74.

380- ابن العربي: أحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص: 441.

381- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج10، ص: 87.

وعليه، فالنص القرآني أثبت الولاية لبعضهم على بعض، وهي أعلى رتبة من الشهادة، وغاية الشهادة أن تشبه بها، وإذا كان له أن يزوج ابنته وأخته، ويولي مال ولده، فقبول شهادته عليه أولى وأحرى. (382)

وهكذا، إذا خطب المسلم إلى كتابي ابنته، فزوجها منه جاز النكاح، ولأن الكافر من أهل الولاية على نفسه وماله على الإطلاق، فيكون من أهل الولاية على غيره عند وجود شرط تعدي ولايته إلى الغير، والشهادة نوع ولاية، فإذا ثبتت الأهلية للولاية، ثبتت الأهلية للشهادة. (383)

والأكثر من ذلك، فشهادة غير المسلمين على النكاح ليس فيه شهادة على المسلم، بل شهادة للمسلم، بإثبات ملك المتعة له على الكتابية الذمّية. (384) وشهادة أهل الذمة على الذميين جائزة، وعلى هذا، فالنكاح صحيح بشهادة الذميين من أهل الكتاب.

قال ابن القيم: «قال المجوزون: الشهادة في الحقيقة للمسلم على الكافرة، لأنهما يشهدان عليها بإثبات ملك بضعها له أصلاً، فهي في الحقيقة شهادة كافر على كافر، ونحن نقبلها فنصح العقد بها». (385)

هذا، وقد ردّ هذا الفريق الآية التي احتج بها الجمهور (386)، بكونها وردت في الإشهاد على الطلاق والرجعة، وليست واردة في النكاح، كما أن الشهادة فيهما جاءت على سبيل الاستحباب والندب لا على سبيل الوجوب.

382- ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص: 478.

383- السرخسي: المبسوط، ج16، ص: 135.

384- الزيلعي: تبيين الحقائق، ج2، ص: 100.

أما عند إنكار الزوجية، فينظر إن كان إنكار الزوجية من الزوجة، فإن شهادة شهود النكاح من أهل الذمة تقبل؛ لأنها شهادة للمسلم لا عليه، وإن كان الإنكار من الزوج فلا تقبل شهادتهم؛ لأنها شهادة على المسلم، وشهادة غير المسلم على المسلم لا تجوز، لما فيها من معنى الولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم.

-الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص: 396، الهامش رقم 1. - أنظر كذلك تبيين الحقائق للزيلعي، ج2، ص: 100.

385- ابن قيم الجوزية: أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ص: 789.

386- الآية المقصودة هنا هي قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُورِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾، سورة الطلاق، الآية: 2.

لكن الجمهور ردّ هذا القول، بكون العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، كما أنه إذا اعتبرت العدالة في الخروج من النكاح والرجعة فيه، فلأن تعتبر في حالة الدخول أولى.

وأما القول بأن الشهادة فيهما على سبيل الاستحباب والندب، فلا يفيد يقول الكاساني؛ لأنه إذا اعتبرت العدالة في شهادة الاستحباب فأولى أن تعتبر في الشهادة الواجبة. (387)

كما ردّ الجمهور على العموميات التي استدلت بها المجوزون لشهادة الذميين على عقد نكاح المسلم بالكتابية، بكون هذه العموميات سواء من القرآن أو السنة، مقيدة بالأحاديث التي وردت باشتراط العدالة في الشهود، لأن المطلق يحمل على المقيد. (388)

كما أن هذه العمومات لا تنافي اشتراط عدالة الشهود، كما لم تناف أولاً اشتراط أصل الشهادة، ومن فرق بينهما فإنما يفرق بين المتماثلين.

وهذا ما دفع بدران أبو العينين بدران إلى ترجيح قول المانعين لشهادة غير المسلم على المسلم، وقال بأن العموميات التي استدلت بها الفريق الآخر لم تبق على عمومها، وإنما خصصتها الأحاديث الواردة في اشتراط عدالة الشاهدين. (389)

أما ما اعتبروه بكون الشهادة هي على الكتابية لا على المسلم، فلا ينهض حجة كما يقول الكاساني، لأن الشهادة هنا واردة على العقد، لا على ملك الاستمتاع، وعلى فرض تسليمه فهو معقول في مقابلة النص لا ينهض. (390)

كما ردّ ابن قدامة على من قال إن من صلح أن يكون ولياً في النكاح، صلح أن يكون شاهداً فيه بقوله إن الشهود يرادون لإثبات النكاح عند الحاكم، بخلاف الولاية. (391)

387- الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص: 397.

388- نفس المرجع ونفس الصفحة.

389- بدران أبو العينين بدران: العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين في الشريعة الإسلامية واليهودية والمسيحية، ص: 229. مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، سنة 1984م.

390- الكاساني: بدائع الصنائع، ج3، ص: 397.

391- ابن قدامة: المغني، ج9، ص: 378.

بعد استعراض أدلة الفريقين واعتراضاتهما، يترجح لي والله أعلم، القول القائل باشتراط الإسلام في الشهود، لأنه الأحوط، ⁽³⁹²⁾ وذلك للأسباب الآتية:

- أن الشهادة ليست شرطا أن تكون للزوج، بل قد تكون عليه عند الاختلاف. والشهادة نوع من الولاية، فلو جوزنا للكافر الشهادة في عقد النكاح، فيكون ذلك نوعا من الولاية، وهذا غير جائز لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ ⁽³⁹³⁾.
- أن الزواج فيه معنى العبادة، فلا ينبغي أن نجيز شهادة الكافر على مثل هذا العقد، لتعارضه مع معنى العبادة في هذا العقد.

- أن الحديث الشريف: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل» ⁽³⁹⁴⁾، ينصرف إلى عدالة الشهود المسلمين، ولم يقيد الحديث الشريف النكاح الذي يشترط فيه هذا الشرط بنكاح المسلم مسلمة، فيجب إذن اشتراط هذا الشرط في أي نكاح يعقده المسلم، أي سواء كان زواجه بمسلمة أو كتابية.

- أن الشهادة في عقد النكاح الذي فيه الزوجة الكتابية، ليست شهادة على الزوجة وحدها، بل هي شهادة على زواج مشترك بين الرجل والمرأة، فإن قلنا بأن الشهادة في حق الزوجة الكتابية جائزة، فلا تكون كذلك في حق الزوج المسلم.

كما أن شهادة غير المسلمين وإن أثبتت حق الرجل على المرأة، إلا أنها لا تحقق إعلانا للزواج وإشهاره بين المسلمين، كما في شهادة غير المسلمين على زواج المسلم بالمسلمة. ⁽³⁹⁵⁾

392- إن اشتراط الإسلام في شاهدي عقد نكاح المسلم لغير المسلمة أكد وأبعد عن شبهة الخلاف، حفظا لحق الولد، كما أن غير المسلمين لا يتورعون عن الزنا ومقدماته، لذا فإني أرى تأكيد اشتراط الإسلام من الشهود والحالة هذه.

393- سورة النساء، الآية: 140.

394- سبق تخريجه.

395- محمد مصطفى ثلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص: 133، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت. الطبعة الرابعة، 1403هـ/1983م.

أما عبد الكريم زيدان، فقد رجّح قول أبي حنيفة ومن قال برأيه، وهو جواز شهادة غير المسلم على المسلم في عقد النكاح، وعلل ذلك بكون الواجب في عقد النكاح إعلانه، والعلانية تتحقق بالشهادة، ولو كان الشهود من غير المسلمين.⁽³⁹⁶⁾

غير أنه يمكن القول بأنه في حالة الضرورة كعدم توفر الشهود من المسلمين، يمكن قبول شهادة غير المسلمين، خاصة إن كانوا من الضابطين، وكانت أخلاقهم تأبى عليهم الكذب ونحوه مما يخل بالشهادة، مادام الغرض من الإشهاد هو إعلان الزواج، فإن تحقق هذا الإعلان بهذا النوع من الإشهاد، فلا حرج في استشهادهم.

ونحن قد رأينا كيف أجاز القرآن الكريم شهادة غير المسلم على المسلم في الوصية في السفر، وهو جواز يدل على التوثيق والقبول عند الحاجة والضرورة.⁽³⁹⁷⁾

وهذا هو الموقف الذي تبناه واختاره مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، فقد رجّح ابتداءً الأخذ بمذهب الجمهور القائل بمنع شهادة غير المسلم على عقد زواج مسلم بكتائية؛ لأنه الأحوط، لكنه عاد وقال بتصحيح العقد وتجويزه شرعا في حالة أخذ العاقدين بمذهب الحنفية، والاختصار على شهادة غير المسلمين، رفعا للحرج الذي يواجهه بعض العاقدين من عدم توفر شاهدين مسلمين في مكان العقد، أو عدم بحث العاقدين عن شهود مسلمين إما جهلا، وإما تقليدا لمن أفتى بصحة ذلك، فراعى قرار المجمع هذه الاعتبارات⁽³⁹⁸⁾، وجاء نصه كما يلي: «الأصل في الشهود على هذا العقد أن يكونوا من المسلمين، فإن أجري بشهادة غيرهم، أجزى اعتبارا للرأي من قال بجواز ذلك من أهل العلم».⁽³⁹⁹⁾

396- عبد الكريم زيدان: أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، ص: 348، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت. طبعة 1402 هـ / 1982 م.

397- انظر المطلب الأول من المبحث الأول من هذا الفصل.

398- كتاب المؤتمر الثاني لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، المنعقد في كوبنهاجن، الدانمارك، في الفترة 4-7 جمادى الأولى 1425 هـ/ 22-25 يونيو 2004، ص: 56.

الموقع الإلكتروني للمجمع: www.amjaonline.org
399- نفس المرجع، ص: 55.

وهو الأمر الذي تبناه المجمع لاحقاً، حينما أصدر وثيقة رتب فيها أحكاماً للأسرة المسلمة خارج ديار الإسلام حيث نص في المادة 57 من هذه الوثيقة، على أن: «الإشهاد على النكاح شرط لصحته، لما يتضمنه من الإقرار الاجتماعي بقيام أسر جديدة، وإشراك الأمة في بنائها، ونصاب الشهادة في نكاح المسلمين رجالان من المسلمين، أما إذا كانت المرأة كتابية، وأبرم العقد بشهادة رجل وامرأتين أو بشهادة اثنين من أهل ملتها، لم يفسخ، اعتباراً لمن أجاز ذلك من الفقهاء». (400)

400- وثيقة مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا للأحوال الشخصية للمسلمين في الدول غير الإسلامية. المؤتمر الثامن للمجمع، المنعقد بالكويت في جمادى الأولى 1433 هـ/ مارس 2012م.

المطلب الثالث: الإشهاد على عقود الزواج المغاربة بالخارج

لقد أولى المشرع المغربي عناية خاصة لموضوع الزواج، وأحاطه بمجموعة من الضمانات، وذلك حفاظا على قدسية هذا الميثاق، اعتبارا للغايات المتوخاة منه؛ من الإحصان وإنشاء أسرة مستقرة، واعتبارا كذلك لأهمية الآثار المترتبة عليه.

ومن الضمانات التي أقرها المشرع المغربي، شرط الإشهاد على عقد الزواج، بالإضافة إلى توثيقه تحت إشراف القضاء، وبذلك يكون المشرع المغربي قد انتقل من مفهوم الإشهاد على عقود الزواج إلى مفهوم التوثيق، أو يمكن القول أنه جمع بين الإشهاد والتوثيق.

غير أنه يجب التمييز بين عقود الزواج التي تبرم بالمغرب، والتي يشترط فيها أن تكون أمام عدلين منتصبين للإشهاد، وبين العقود التي يعقدها المغاربة خارج المغرب طبقا للإجراءات الإدارية لبلدان الإقامة. فهل يشترط في هذه الأخيرة حضور شاهدين عدلين؟ أم فقط حضور شاهدين من عامة الناس؟ وماذا عن العقود التي تبرم طبقا للإجراءات الإدارية لبلدان الإقامة، وتكون خالية من شرط الشاهدين المسلمين؟

للإجابة على هذه التساؤلات، سأتناول هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: الإشهاد على عقود الزواج المبرمة طبقا للقانون المغربي؛

الفرع الثاني: اشتراط شاهدين مسلمين لتوثيق عقود الزواج المنعقدة طبقا للإجراءات

الإدارية لبلدان إقامة مغاربة المهجر.

الفرع الأول: الإشهاد على عقود الزواج المبرمة مسبقاً للقانون المغربي

اشتترت مدونة الأسرة إشهاد عدلين على عقود الزواج بسماعهما للإيجاب والقبول متطابقين في مجلس واحد من الزوجين، واشتترت إضافة إلى ذلك توثيق شهادتهما، حيث نصت المادة 13 على أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج شروط⁽⁴⁰¹⁾ منها: «4- سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه».

وعليه، فالإشهاد حسب نص المدونة أعلاه شرط صحة في عقد الزواج، فلا بد من حضور الشاهدين العدلين عند العقد ابتداء؛ لأن العقد لا يكون صحيحاً بعدم وجودهما، بل لابد من اجتماع كل من الزوج والزوجة والعدلين، ويسمعان التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين معاً وفي مجلس واحد⁽⁴⁰²⁾، ويقوم العدلان بتوثيق الإيجاب والقبول في عقد الزواج وتوقيعه وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المدونة⁽⁴⁰³⁾.

وبذلك تكون مدونة الأسرة بهذا الشرط قد خالفت رأي المالكية، الذي يُعد عندهم الإشهاد شرط انتهاء لا ابتداء⁽⁴⁰⁴⁾، وسارت مع جمهور الفقهاء الذين يعتبرون الإشهاد شرط صحة في عقد الزواج.

وفيما يخص حالات الزواج التي لم يتم توثيقها وفق مقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 13 (أي سماع العدلين الإيجاب والقبول وتوثيقه) لأسباب وظروف قاهرة حالت دون ذلك، فالمادة 16 بعد أن نصت في الفقرة الأولى منها على قاعدة مفادها: أن وثيقة عقد الزواج هي

401- شروط عقد الزواج، بالإضافة إلى الشرط المذكور أعلاه هي:

- أهلية الزوج والزوجة؛

- عدم الاتفاق على إسقاط الصداق؛

- ولي الزوجة عند الاقتضاء؛

- انتفاء الموانع الشرعية.

402- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، ص 57. مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، سنة 2006م.

403- يخضع توثيق شهادة العدلين لمجموعة من النصوص القانونية، ولا سيما المادتين 65 و 67 من مدونة الأسرة، والمواد من 27 إلى 35 من القانون 16.03 المنظم لخطة العدالة.

404- سبق ورأينا في المطلب الأول من هذا المبحث، أن الإشهاد عند المالكية لا يعد من الأركان ولا من الشروط، لوجود النكاح الشرعي بدونه، وإنما يشترط فقط في جواز الدخول، وبذلك يعتبر شرط انتهاء لا ابتداء.

الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج، عادت ونصت في الفقرة الثانية؛ وذلك استثناء من هذه القاعدة، على جواز سماع دعوى الزوجية أمام المحكمة، وبيّنت في ذلك إمكانية الاعتماد في هذا الصدد على جميع وسائل الإثبات⁽⁴⁰⁵⁾، وعلى رأسها شهادة الشهود.

وبذلك يمثل الإشهاد وسيلة هامة يعتمد عليها أمام القضاء للحكم بوجود رابطة زوجية بين طرفي العقد⁽⁴⁰⁶⁾.

فالذي يظهر هو أن المشرع المغربي يعتمد بالدرجة الأولى على التوثيق لإثبات عقود الزواج، كما أنه يعتبر الإشهاد شرطاً في صحة الزواج.

هنا يحق لنا أن نتساءل: هل الإشهاد وسيلة لإعلان الزواج وإشهاره؟ أم أنه وسيلة لإثبات الزواج، إذا ما أثير نزاع حول وقوعه، عند تعذر توثيقه؟ وهل الإشهاد على العقد يقصد به توثيقه، أم أن هناك فرقاً بينهما؟

لقد أرشد الله تعالى إلى كتابة الدّين حينما قال: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِحَرِينِ إِلَى أَجَلٍ مَسْمُومٍ فَارْتَبِعُواهُ﴾⁽⁴⁰⁷⁾، لكن هذه الكتابة ليست واجبة لورود قرينة صرفت الأمر في قوله تعالى ﴿فَارْتَبِعُواهُ﴾ من الوجوب إلى الندب والاستحباب، وهي قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾⁽⁴⁰⁸⁾، فهذا ترخيص من الله تعالى بترك الكتابة، لكن ذلك لا يتنافى مع الإشهاد لقوله تعالى عقب

405- جاء نص المادة 16 كما يلي:

« تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج.

إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة.

تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين.

يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمس سنوات، ابتداء من دخول هذا القانون حيز التنفيذ».

406- محمد الكشور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ص 227.

407- سورة البقرة: الآية 281

408- نفس السورة ونفس الآية.

الرخصة: ﴿وأشهدوا إذا تباعتم﴾، إلا إذا أمن صاحب الحق صاحبه، لقوله سبحانه: ﴿فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته﴾ (409).

كما ميّز الله سبحانه بين الكاتب الذي يكتب بالعدل، وبين الشاهد الذي يكون من عامة الناس حينما قال: ﴿ولا يضار كاتب ولا شهيد﴾ (410).

ويتبين من كل هذا، أن لكل من التوثيق والإشهاد حكمه الذي يميزه (411).

وليس الزواج بأقل أهمية من المداينة أو المعاوضة، بل هو أشرف العقود قدرا، كيف لا وقد قال عنه سبحانه: ﴿وأخزن منكم ميثاقا غليظا﴾ (412)، لذلك رغب الشرع في التوثيق ونهى من أسندت إليه هذه المهمة عن الضجر في تدوين المشهود به، سواء كان دقيقا أو جليلا، قال تعالى في نفس الآية السابقة: ﴿ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا﴾.

أما في القانون المغربي، فلفظ الإشهاد يُطلق ويُراد به التوثيق، لأن الشاهدين العدلين هما بالضرورة موثقان، وما يؤكد توجه المدونة بأن الإشهاد إنما هو التوثيق، هو استدلال العمل القضائي في كل مناسبة بكون الإشهاد ليس شرطا لصحة الزواج، وهو يقصد بذلك التوثيق، وكمثال على ذلك ما جاء في قرار للمجلس الأعلى الذي قال فيه: «الإشهاد على الزواج ليس ركنا في العقد، وإنما هو من باب المندوب، ويكفي لصحة الزواج اشتهاره بين الناس» (413).

409- سورة البقرة: الآية 282.

410 - سورة البقرة: الآية 281.

411- محمد العبدلاوي: وقفات مع المادة 16 من مدونة الأسرة.

منشور في الموقع الإلكتروني: www.maroc.droit.com

412- سورة النساء: الآية 21.

413- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2005/11/9م، تحت عدد 505 في الملف عدد 04/319. منشور بمجلة المناهج عدد 11 و12 ص 201 وما يليها.

كما أكد المجلس الأعلى في قرار آخر له ، على أن كتابة العقد هي الإشهاد فقال : «فالغاية من كتابة عقد الزواج هو إثبات تحققه ، وليس ركنا في العقد ، لكن إن تعذر الإشهاد في حينه ، اعتمدت المحكمة سائر وسائل الإثبات ، ومن ذلك شهادة الشهود المزكاة باليمين»⁽⁴¹⁴⁾ .

والمدونة إذا كانت قد فتحت الباب لسماع دعوى الزوجية إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق عقد الزواج ، فإن العمل القضائي لا يقبل في ذلك شهادة اثنين من عامة الناس - حتى ولو كانوا من العلماء الأفاضل - سبق لهما أن شهدوا على واقعة الزواج بين الطرفين المعروض إثباتهما على المحكمة ، وإنما يشترط للحكم بثبوت الزوجية شهادة عدلين أو ما يعادلها من شهادة اللفيف⁽⁴¹⁵⁾ ، وهذا ما أكده المجلس الأعلى حينما قال : «نصاب الشهادة الشرعي هو شاهدان عدلان أو ما يعادلها من لفيف يتكون من اثني عشر شاهدا كما هو مقرر في المشهور من الفقه المالكي»⁽⁴¹⁶⁾ ، بينما الشرع يكتفي بشهادة رجلين مسلمين بالغين عاقلين ذكرين عدلين⁽⁴¹⁷⁾ لصحة الزواج.

-
- 414 - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2006/09/13، تحت عدد 511 في الملف الشرعي عدد 05/581. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 66 ص 128 وما يليها.
- 415 - يقصد بشهادة اللفيف: شهادة عدد كثير من الناس لا تتوفر فيهم شروط العدالة المقررة، بحيث يحصل به العلم على وجه التواتر.
- عمر الجبدي: مباحث في المذهب المالكي بالمغرب. ص 215. مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى 1993. وقد أُطلقت كلمة اللفيف مجازا على الوثيقة التي تُضمَّن بها شهادة عدد من الناس، هم في الغالب اثنا عشر.
- ابراهيم بحماني: القوة الإثباتية لشهادة اللفيف أمام القضاء المدني وأفاقها المستقبلية. مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 146 ص 42.
- 416 - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2006/07/12، تحت عدد 465 في الملف الشرعي عدد 06/67. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 66 ص 122 وما بعدها.
- 417 - العدل لا يقتصر على الشخص المنتصب للتوثيق كما استقر عليه الحال في أيامنا هذه، بل العدل في الشرع صفة يمكن أن تتحقق في الكثير من الناس؛ لأن المقصود بها كل مسلم يجتنب الكبائر ويتقي في الغالب الصغائر ولا يصدر منه ما يخل بمروءته. قال ابن عاصم في ذكر صفات العدل:
- | | |
|-------------------------|-------------------------|
| والعدل من يجتنب الكبائر | ويتقي في الغالب الصغائر |
| وما أبيض وهو في العيان | يقدح في مروءة الإنسان |

وعليه، فالذي يظهر من خلال استقراء نصوص مدونة الأسرة⁽⁴¹⁸⁾، والعمل القضائي، أن الإشهاد لا يُقصد به الشهادة المعروفة في الفقه الإسلامي، وإنما يُراد به التوثيق وكتابة العقد. وإذا كان الأمر كذلك، فالإشهاد لا يعتبر شرطا ولا ركنا في صحة عقد الزواج⁽⁴¹⁹⁾، كما صرح بذلك المجلس الأعلى في القرار السابق ذكره.

ولعل السبب في الخلط بين الإشهاد والتوثيق الذي هو أمر زائد على الإشهاد، هو أن العدلين المنتصبين للإشهاد هما شاهدان وموثقان في آن واحد.

وعليه، يمكن القول إن حضور العدول في مجلس العقد يكون أولا باعتبارهما شاهدين على عقد الزواج، ثم بعد ذلك توثيق تلك الشهادة، وهذا ما نصت عليه المادة 13 عندما عدّدت شروط عقد الزواج، وذكرت منها: « سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه ».

وإذا كان حضور شاهدين عدلين شرطا جوهريا؛ لا يصح عقد الزواج إلا به، بالنسبة لعقود الزواج التي توثق بالمغرب، فماذا عن العقود التي يبرمها المغاربة بالخارج طبقا للإجراءات الإدارية لبلدان الإقامة؟ هل يشترط فيها كذلك حضور عدلين للشهادة والتوثيق، أم يكفي فيها فقط حضور شاهدين مسلمين من عامة الناس؟ وماذا لو كانت هذه العقود خالية من شرط الشاهدين المسلمين؟ هذا ما سنتعرف عليه في الفرع الموالي.

418 - بعض مواد مدونة الأسرة التي استعملت فيها لفظ الإشهاد أو التوثيق:
- المادة 6 تقول: « يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج.. »
- الفقرة الرابعة من المادة 13 تقول: « 4 - سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه »
- الفقرة الثالثة من المادة 67 تقول: « ثالثا: يأذن هذا الأخير للعدلين بتوثيق عقد الزواج »
- الفقرة العاشرة من المادة 67 تقول: « - اسم العدلين وتوقيع كل واحد منهما بعلامته وتاريخ الإشهاد على العقد »
يتبين من هذه المواد أن لفظ الإشهاد يُقصد به توثيق عقد الزواج.
419 - ورغم ذلك أصبح الإشهاد - كتابة العقد - من ضروريات الحياة، ويُحتاج إليه أكثر في وقتنا الحاضر، الذي أصبح يتميز بتضييع الأمانة وانتشار النكران والجحود بين الناس، فالناس أحوج اليوم أكثر من أي وقت مضى إلى كتابة العقد للرجوع إلى الوثيقة إذا وقع خلاف بين الزوجين، ولتعلق حقوق الغير بالزواج؛ كإثبات نسب الولد، واستحقاق النفقة، وغير ذلك من المسؤوليات التي تعتبر الوثيقة السند الأوضح والأقرب في إثباتها.

الفرع الثاني: شرع الشاهدين المسلمين على عقد زواج المغاربة بالخارج.

في إطار البحث عن حلول لمشاكل زيجات المغاربة المقيمين بالخارج، شرع المشرع المغربي حلا مرنا بمقتضى المادة 14 من مدونة الأسرة، والذي زواج فيه بين الثوابت الدينية والمستجدات الحياتية، فصاغ بذلك فقها واقعيا يستجيب للحاجيات الضرورية ويرفع الحرج عن الناس.⁽⁴²⁰⁾ وهكذا نصت المادة 14 على أنه: «يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج أن يبرموا عقود زواجهم وفق الإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، إذا توفر الإيجاب والقبول والولي عند الاقتضاء، وانتفت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق، وحضره شاهدان مسلمان مع مراعاة أحكام المادة 21 بعده».

فقد يرغب بعض المغاربة المقيمين بديار المهجر في إبرام عقود زواجهم في بلدان إقامتهم، ويتم ذلك وفق الإجراءات الإدارية المحلية لهذه البلدان، وحتى تصبح هذه العقود مكتسبة لقوتها القانونية، جاءت المدونة بهذا المقتضى الجديد، على شرط توفر الشروط الموضوعية المشار إليها في المادة 14، وهي الإيجاب والقبول، والأهلية والولي عند الاقتضاء وانتفاء الموانع الشرعية، وعدم التصريح بإسقاط المهر، مع الإشارة إلى حضور شاهدين مسلمين مجلس العقد.⁽⁴²¹⁾

فمن غايات هذه المادة التخفيف عن الجالية المغربية المقيمة بالخارج، مما يعانين أفرادها من مشاكل حول مدى القوة الاحتجاجية لعقود الزواج المنعقد وفق الإجراءات الإدارية المحلية لبلد الإقامة⁽⁴²²⁾. لأن القانون المغربي كما هو معلوم، كان يلزم مغاربة المهجر باحترام قانون أحوالهم الشخصية أينما حلوا وارتحلوا، الشيء الذي كان يدفع المغاربة إلى تحرير عقد زواج

420- أحمد خرطة: زواج المغاربة المقيمين بالخارج بين الإشهاد والتوثيق، قراءة في المادة 14 من مدونة الأسرة. مجلة العلوم القانونية. الموقع الإلكتروني: www.marocdroit.com

421- دليل عملي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، 2004م، مطبعة إلبت، الطبعة الثالثة، فبراير 2007، ص: 25.

422- المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة من خلال أجوبة السيد وزير العدل والسيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية عن الأسئلة والاستفسارات المثارة أثناء مناقشة مشروع المدونة أمام مجلس البرلمان، وزارة العدل. منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، مطبعة فضالة، المحمدية، الطبعة الأولى، 2004، ص: 59.

مدني لأجل الاعتراف به أمام سلطات بلد الإقامة،⁽⁴²³⁾ إلى جانب ذلك عليهم إبرام عقد ثان في القنصلية أمام العدلين، والذي قد لا يتحقق عمليا، إما لعدم وجود العدلين أصلا، أو لُبعد القنصلية عن محل السكنى، أو لتقاعس الزوجين عن إبرام العقد العدلي، وكانت النتيجة وجود وثيقة زواج غير معترف بها أمام البلد الأصلي، مع ما يترتب عن هذا الرفض من آثار سلبية متعددة.⁽⁴²⁴⁾

ولذلك حاول المشرع المغربي من خلال المادة 14 من المدونة أن يجمع بين احترام القواعد الجوهرية لإبرام عقد الزواج حسب القانون المغربي، وأن تحظى بالاعتراف بالزواج قانونيا من طرف بلد الإقامة، ما دام أنه تم احترام القواعد الشكلية للبلد الأجنبي عن إبرام العقد. وتجدر الإشارة إلى أن أحكام هذه المادة لا تسري على المغاربة غير المقيمين بالخارج، الذين تسري عليهم أحكام الزواج المنظمة في المواد من 65 إلى 69 من مدونة الأسرة، ونفس الشيء بالنسبة للمغاربة المقيمين بالخارج في حال إبرام عقود زواجهم بالمغرب، ولو كانوا يحملون جنسية دولة أخرى... لأن الأمر يتعلق بكل زواج يكون أحد طرفيه مغربيا... وحتى في حالة الزواج المختلط بين مغربي وأجنبية.⁽⁴²⁵⁾

وبذلك أصبح بإمكان المغاربة المقيمين بالخارج إبرام عقود زواجهم وفق الإجراءات المحلية لبلدان إقامتهم، ولم تعد تلك العقود المبرمة أمام ضابط الحالة المدينة بالخارج مخالفة للنظام العام، كما كان عليه الوضع في ظل المدونة الملغاة، مادامت هذه العقود محترمة للشروط

423- مغاربة المهجر ملزمون باحترام القواعد الشكلية لبلد إقامتهم، عملا بقاعدة إخضاع العقد من حيث الشكل لمحل إبرامه. - محمد بادن: عقود الزواج المبرم طبقا للمادتين 14 و15 من مدونة الأسرة، المسطرة والإشكالات. مجلة القضاء والقانون، العدد 158، سنة 2010، ص: 37.

وقاعدة إخضاع شكل التصرفات، ومنها عقود الزواج، لقانون مكان إبرام العقد تعتمده مجموعة من التشريعات المقارنة، فعلى سبيل المثال نص الفصل 45 من القانون المدني السويسري على أن: «الشروط الشكلية لعقد الزواج تخضع لقانون محل الإبرام»، كما ينص الفصل 170 من القانون المدني الفرنسي على خضوع شكل التصرفات لمحل إبرامها.

أما على مستوى الاتفاقيات الدولية، فقد نصت اتفاقية لاهاي الصادرة بتاريخ 14 مارس 1978، والمتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته في فصلها الثاني عشر على أن: «الشروط الشكلية لعقد الزواج تخضع لمحل الإبرام».

424- أحمد خرطة: زواج المغاربة المقيمين بالخارج بين الإشهاد والتوثيق، مرجع سابق.

425- محمد بادن: عقود الزواج المبرمة طبقا للمادتين 14 و15 من مدونة الأسرة.

مقال منشور في منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، جامعة محمد الأول، وجدة، ص 28.

المنصوص عليها في المادة 14، ومن التطبيقات العملية لذلك، أذكر ما ذهبت إليه ابتدائية فاس، حينما صادقت على عقد زواج مدني مبرم بالخارج، باعتباره عقداً لا يخالف القانون المغربي، طالما أنه يتضمن جميع الشروط الموضوعية الواردة في المادة 14 من مدونة الأسرة، وقد جاء الحكم كما يلي: «... وحيث ثبت للمحكمة من خلال الاطلاع على عقد الزواج المدلى به، أنه تم بحضور شاهدين برضا الطرفين ويتمتعان بالأهلية لإبرام هذا العقد لكونهما راشدين، كما أن الصداق محدد في مبلغ.. وحيث إن هذا الزواج بناء عليه لا يخالف النظام العام، مما يتعين معه الاستجابة لطلب تذييله بالصيغة التنفيذية».(426)

الموقف نفسه اتخذته المحكمة الابتدائية بالناظور حينما قالت: «وحيث يتضح من رسم الزواج الرابط بين الطرفين أنه عقد أمام ضابط الحالة المدينة بمدينة ليل الفرنسية بحضور شاهدين مسلمين، فهو مطابق للمقتضيات الواردة بمدونة الأسرة».(427)

والذي يستفاد من كل هذا، أن عقد زواج المغاربة بالخارج أصبح يجمع في الآن الواحد، ما بين الشكل المدني المعمول به في الدول المضيفة، وبين القواعد الجوهرية لمدونة الأسرة المغربية.(428)

وبالرجوع إلى شروط المادة 14، نجد أنها اشترطت توفر الإيجاب والقبول، والأهلية والولي عند الاقتضاء، وانتفاء الموانع وعدم التنصيص على إسقاط الصداق، مع التأكيد على حضور شاهدين مسلمين.

والذي يهمنا من هذه الشروط حسب طبيعة البحث هو شرط الشاهدين المسلمين. فالمسطرة الأصلية المنصوص عليها في المادة 65 من مدونة الأسرة، تستوجب ضرورة

426- حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بفاس في الملف 08/7409 بتاريخ 2008/12/01. غير منشور أورده إدريس الفاخوري في كتابه انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية. دار أبي رقرق، الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2012، ص: 365.

427- حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالناظور عدد 07/1353 بتاريخ 2007/09/24، ملف 07/1080. أورده منصور خليل في بحثه النظام القانوني لزواج وطلاق المغاربة المقيمين بالخارج. بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس، السنة الجامعية: 2009-2010، ص: 29.

428- محمد شتوي: الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق عقد الزواج، الطبعة 2004، ص: 109.

الاستناد على عقد زواج بواسطة شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد للإيجاب والقبول، بعد الإذن لهما في ذلك من طرف قاضي الأسرة المكلف بالزواج.

في حين لم يشترط المشرع في المادة 14 لصحة عقد الزواج، الإشهاد عليه بواسطة العدول المنتصبين للإشهاد، وإنما اكتفى بحضور شاهدين مسلمين أمام ضابط الحالة المدنية المختص في إبرام عقد الزواج طبقا لقانون بلد الإقامة. وحسنا فعل المشرع طالما أن الشرط المذكور - الإشهاد على عقود الزواج بواسطة العدول المنتصبين للإشهاد - يصعب تحقيقه في جميع الأحوال، لاستحالة تغطية مصالح التوثيق لجميع الأمكنة التي قد يوجد بها أفراد الجالية بالخارج. (429)

ولعل الغرض الأساسي من سن هذا المقتضى، هو الحفاظ على مصالح أفراد الجالية المغربية بالخارج، والإسلام يأخذ بكل ما يحقق مصلحة لا تخالف نصا شرعيا، ومادامت هذه الإجراءات تحقق المصلحة، يجوز الأخذ بها. (430)

والجدير بالذكر، أن الفقهاء بعد أن اتفقوا على وجوب إشهار عقد الزواج وإعلانه، اختلفوا في تكييف حضور الشاهدين ضمن عناصر عقد الزواج، والهدف من هذا الحضور، فمنهم من يرى أن إشهاد الشاهدين هو إحدى وسائل إشهار الزواج، وبالتالي يمكن إشهاره بإحضار الشاهدين أو بأي وسيلة أخرى كضرب الدفوف وإقامة الوليمة، وهناك من يرى في إحضار الشاهدين شرطا لصحة عقد الزواج، لأن الهدف من شهادتهما توثيق العقد وإثباته، لذا وجب أن يكونا عدلين؛ لأن شهادة غير العدل في الإثبات القضائي غير مقبولة.

والخلاصة من كل هذا، يتبين أن حضور شاهدين في عقد الزواج ليس حكما قطعيا لا محيد عنه ولا متفقا عليه في الاجتهاد الفقهي، كما أن حضورهما الوارد في المادة 14 يختلف عن

429- نجيب شوقي: قراءة في مسطرة إبرام عقود الزواج طبقا لأحكام المادتين 14 و15 من مدونة الأسرة. مدونة الأسرة عام من التطبيق الحصيلة والآفاق. أشغال الندوة الوطنية المنعقدة بكلية الحقوق بوجدة يومي 17 و18 فبراير 2005، منشورات مجموعة البحث في القانون والأسرة، سلسلة الندوات، العدد الأول 2005م، مطبعة التنوير 2006م، ص: 244.

430- عبد الله بن الطاهر السوسي: مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته. الكتاب الأول، الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، الطبعة الأولى، 2005م، ص: 64.

المنصوص عليه في الفقه مضمونا وهدفا⁽⁴³¹⁾، لذلك لم يكن في الاستغناء عنه إخلال بحكم شرعي لازم، وقد يضر بالمواطنين المغتربين إذا كان قانون بلد الإقامة لا يفرض حضور شاهدين.⁽⁴³²⁾

أما تعامل القضاء المغربي مع شرط الشاهدين المسلمين، فنجد أنه لا يعتد بالزواج المدني المبرم بالخارج، إذا خالف الشروط المقررة في المادة 14 من المدونة، وخاصة شرط حضور الشاهدين المسلمين، وقد تأكد ذلك أكثر من مرة، من خلال أحكام وقرارات صادرة عن المحاكم المغربية، منها الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية ببني ملال الذي اعتبر عقد الزواج المبرم بالخارج فاسداً، لأنه لم يحضره شاهدان مسلمان، وجاء الحكم كما يلي: «وحيث إن الثابت من عقد الزواج المدني المنجز بفرنسا تبين بأن المدعي المغربي تزوج بفرنسية زواجا مدنيا، إلا أنه لم يحترم المادة 14 من مدونة الأسرة المغربية التي تقتضي حضور شاهدين مسلمين في الزواج، وهو الشيء الذي لم يثبت في النازلة مما يبقى معه العقد فاسداً».⁽⁴³³⁾

كما أن هناك أحكاما قضائية تعتبر العقد الذي لم يحضره شاهدان مسلمان، مخالفا للنظام العام المغربي، ومعنى ذلك أن العقد يعتبر في حكم العدم وتطبق عليه أحكام العقد الباطل. ومن تطبيقات ذلك، ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بوجدة، حينما اعتبرت أن عقد الزواج المبرم بالخارج مخالفا للنظام العام المغربي بسبب حضور شاهدة امرأة غير مسلمة.⁽⁴³⁴⁾

431- يختلف عنه المضمون لأنه لا ينص في العقد على سماع الشاهدين الإيجاب والقبول من المتعاقدين، ويختلف عنه في الهدف سواء كان التوثيق أو الإشهار.

432- أحمد الخليلي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، الجزء الأول، الزواج، دار نشر المعرفة، الرباط. مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 2012م، ص: 288.

433- حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية ببني ملال تحت عدد 545، ملف عدد 06/629، بتاريخ 2006/08/29. غير منشور، أورده محمد الحاتمي في بحثه: تطبيقات محاكم الموضوع للقواعد القانونية المستجدة في قضايا الأسرة ورقابة محكمة النقض عليها. بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة لجامعية 2016/2017، ص: 47.

434- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة تحت عدد 870 في الملف عدد 06/291 بتاريخ 2006/02/28، منشور في كتاب مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي لمحمد بفقير، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربيين، ص: 158.

وفي حكم آخر لنفس المحكمة قالت: «وحيث يرجوع المحكمة إلى عقد زواج المدعية بالمدعى عليه، والذي تم وفق الإجراءات الإدارية للجمهورية الفرنسية، اتضح لها أنه ليس بالعقد ما يفيد إعلان الزوج إسلامه، كما أنه حضره شاهدين غير مسلمين، وبذلك فهو مخالف لمقتضيات المادتين 39 و14 من المدونة، وحيث مادام العقد مخالفاً للمقتضيات أعلاه، فهو بذلك يخالف النظام العام المغربي».(435)

كما امتنعت المحكمة الابتدائية بمكناس عن تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية بعلّة أن «عقد الزواج المدلى به لا يتوفر على الأركان والشروط المنصوص عليها في المادة 14 من مدونة الأسرة، ومن ضمنها حضور شاهدين مسلمين، وبذلك يبقى عقد الزواج المذكور مخالف لمقتضيات النظام العام المغربي».(436)

المنحى نفسه سلكته المحكمة الابتدائية بوجدة حينما قالت: «وبالرجوع إلى العقد المطلوب تذييله فقد تم أمام ضابط الحالة المدنية وأمام شاهدين غير مسلمين، وبذلك تكون قد انتفت شروط المادة 14 من مدونة الأسرة، وبذلك يكون الحكم غير قابل للتنفيذ في المغرب، ومخالف للنظام العام»(437).

لكن الملاحظ من خلال النتيجة التي انتهت إليها هذه الأحكام القضائية، وهي بطلان عقد الزواج أو فساد، أنها لا تستند على أساس قانوني؛ لأن المشرع حصر حالات بطلان عقد الزواج في المادة 57، كما حصر حالات فساد في المواد 59 و61، وليس من ضمنها عدم حضور شاهدين مسلمين.

435- حكم صادر بتاريخ 2008/12/01، ملف عدد 08/7409، أورده إدريس الفخوري في كتابه: انحلال رابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، مرجع سابق، ص: 365.

436- حكم رقم 3136 الصادر في الملف رقم 5/06/3315، بتاريخ 2006/09/26. أورده عبد السلام زوير: تذييل الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية. مقال منشور ضمن مجلة قضاء الأسرة، تصدرها وزارة العدل، العدد 4 و5 فبراير 2009، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، ص: 94، الهامش 58.

437- حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بوجدة تحت عدد 10/2131 في الملف عدد 10/771 بتاريخ 2010/04/23. أورده إدريس الفخوري في كتابه: انحلال رابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، مرجع سابق، ص: 371.

وعموماً، إذا كان غرض المشرع المغربي من المادة 14 من مدونة الأسرة هو الاعتراف بالزواج المدني الجاري به العمل في الدول الغربية حيث تقيم الجالية المغربية، ومن ثم تفادي كل المشاكل الناتجة عن مثل هذا الزواج تُجاه القانون المغربي⁽⁴³⁸⁾، فإن الملاحظ هو صعوبة تطبيق الشروط التي قيدت بها المادة 14 إبرام عقد زواج المغاربة بالخارج أمام ضابط الحالة المدنية الأجنبي، خاصة شرط حضور شاهدين مسلمين.⁽⁴³⁹⁾

هذا وإن اشتراط المادة 14 من مدونة الأسرة حضور شاهدين مسلمين، سي طرح من دون شك إشكالات حول مدى التزام ضابط الحالة المدنية في بلد الإقامة بتضمين عقود الزواج واقعة حضور الشاهدين المسلمين، وما يتعلق بضبط هويتهما، فضلاً عن صعوبة إثبات أنهما مسلمان. صحيح أن هناك اهتماماً بتوفر شرط الشهود حتى في العقد المدني لدى بعض الدول الغربية، غير أن الإشكال يتجلى في أن موثقي العقد المدني يكتبون بأي شاهد حضر إليهم دون قيد ولا شرط⁽⁴⁴⁰⁾، بينما في العقد الشرعي لا يقبل للشهادة على نكاح المسلمين إلا شهود تتوفر فيهم صفات معينة وعلى رأسها صفة الإسلام.

فالقانون الفرنسي مثلاً ينص على ضرورة الإشهاد على عقد الزواج، حيث يجب على المقبلين على الزواج أن يحضرا شخصياً مع شاهدين لكل واحد منهما أمام ضابط الحالة

438- محمد الشافعي: الزواج المدني في القانون الفرنسي، مجلة المحامي، العدد 35، السنة 2003، ص: 117.
439- إما باعتبار ذلك يتنافى مع القانون الداخلي لهذه الدول، أو مع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان بشأن الحرية والحقوق الشخصية، أو بسبب ما تعتبره هذه الدول من النظام العام.
- محمد الشافعي: الزواج في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية رقم 9، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، سنة 2004، ص: 188.

440- تنص المادة 83 من القانون المدني الهولندي مثلاً على أن الزواج ينعقد أمام المأ أو الجمهور بحضور شاهدين على الأقل أو أربعة على الأكثر راشدين أمام ضابط الحالة المدنية.
فرغم أن القانون الهولندي يشترط الشهود على عقد الزواج، إلا أنه يقبل أي شاهد كان، دون اشتراط أي صفة أو ميزة، حيث يمكن لمن يريدان الإشهاد على زواجهما أن يخرجوا أو أحدهما إلى الشارع، ويعرض على المارة احتياجهما إلى شاهدين، فأى شخص يؤل أن يشهد لهما على ذلك الزواج، يمكن أن يلج معهما البلدية ويحضر معهما، ويوقع على محضر العقد، ويتم الزواج.

-محمد الكدي العمراني: فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، ج 1، ص: 373. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1422هـ/2001م.

المدينة طبقا للفصل 75 من القانون المدني الفرنسي ، كما يمكن للشهود أن يكونوا من الأقرباء أو الأصدقاء ، كما لا يمنع من حضور النساء كشاهدات على عقد الزواج. (441)

وعليه ، فالإشكال المطروح هو صفة الإسلام في الشاهدين الحاضرين للشهادة على إبرام عقد الزواج ، حيث يطرح التساؤل حول مدى احترام هذا المقتضى من طرف ضابط الحالة المدنية الأجنبي.

الجواب بالطبع سيكون بالنفي ، أي إن ضابط الحالة المدنية الأجنبي غير ملزم باحترام هذا المقتضى ، وإنما سيكتفي بدون شك بمراقبة مدى توفر الشروط الجوهرية لعقد الزواج في قانونه ، على اعتبار أن قوانين الزواج في هذه البلدان لا تنص على ديانة الشاهدين ، وتستبعد كل ما يرتكز على أساس ديني.

فمن المؤكد إذن أن ضابط الحالة المدنية الأجنبية لا يشير في العقد إلى ديانة الشاهدين ، بل بمقتضى العلمانية ، يمنع عليه إقحام موضوع الديانة في عقد الزواج. (442)

ليبقى السؤال المطروح هو: ماذا لو طعن أحد الزوجين في إسلام الشاهدين ، أو أثير الموضوع تلقائيا باعتباره من شروط صحة العقد؟ فبأي وسيلة تثبت للشاهد صفة الإسلام؟ خصوصا وأن النزاع يُثار أمام القضاء المغربي وليس في البلد الذي أبرم فيه العقد ، فهل يتطلب الأمر شهادة بالديانة؟ أم يتم الاكتفاء بالجنسية؟ أم يكفي أن يكون اسم الشاهد عربيا؟

الواقع أنه لا وسيلة عملية لهذا الإثبات ، فالجنسية باعتبارها علاقة قانونية وسياسية تربط الفرد بالدولة ، لا تعكس مطلقا عنصر الديانة ، فليس كل مغربي مسلما ، وليس كل أجنبي غير مسلم ، كما أن الاسم العربي لا يعكس حقيقة أن الشاهد مسلم (443) ، فعدد من الحاملين للأسماء العربية في العالم الإسلامي لا علاقة لهم بالإسلام ، كما دخل إلى الإسلام الآلاف مع

441- محمد الشافعي: الزواج المدني الفرنسي، مرجع سابق، ص: 115.

442- أحمد الخليلي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 289.

443- محمد المهدي: النظام القانوني لزيجات وأطلة المغاربة المقيمين بالخارج بين النص وإشكالات التطبيق، الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة بالمهجر، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، سلسلة الندوات4، دار الأفق المغربية، الدار البيضاء، سنة 2011م، ص: 289.

احتفاظهم بأسمائهم القديمة. هذا فضلا عن كون عدد من الأسماء يستعملها المسلمون وغيرهم، كل ذلك يؤثر على تصنيف الاسم ضمن الأسماء الإسلامية أو العكس.

أما تعامل القضاء المغربي مع هذا الأمر، فإننا نلاحظ أنه اعتمد في أغلب قراراته وأحكامه على الاسم العربي كدليل على إسلام صاحبه أو العكس، ومثال ذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بفاس الذي قضى بتذليل عقد زواج بالصيغة التنفيذية بين مغربية وفلسطيني مقيمين بولاية فلوريدا الأمريكية، دون إثارة ديانة الزوج من منطلق أن اسمه عربي. (444)

وعلى العكس من ذلك تقدمت مغربية متزوجة من مسلم سويسري لقبه كارسيا بمقال من أجل تذليل عقد زواجهما المدني المبرم بهولندا سنة 2003 بالصيغة التنفيذية وذلك في مارس 2010 بابتدائية فاس، المحكمة أثارت ضرورة الإدلاء بما يفيد أن الزوج مسلم على اعتبار أن اسمه غير عربي. (445)

ونفس الأمر قضت به المحكمة الابتدائية بالناظور الذي جاء فيه: «المحكمة بعد اطلاعها على عقد الزواج المدني المدلى به، تبين لها مخالفته الصريحة لمقتضيات المادة 14 من مدونة الأسرة، التي تستلزم بالنسبة للمغاربة المقيمين بالخارج بعد التأكد من انتفاء الموانع، وعدم التنصيص على إسقاط الصداق وحضور شاهدين مسلمين. وحيث إن عقد الزواج المبرم وفقا للإجراءات الإدارية لبلد إقامة الطالبين، لم يتم فيه احترام الشروط الموضوعية المقررة قانونا بموجب المادة المذكورة، لا سيما وأن أحد طرفي الزواج لم يثبت إسلامه أو كتابته». (446)

كما رفضت المحكمة الابتدائية بالحسيمة تذليل عقد زواج مدني بالصيغة التنفيذية أبرمته مغربية بزواج أجنبي، واعتبرته زواجا باطلا، لكون الزوج لم يثبت إسلامه، وجاء الحكم كما

444- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس، ملف قضاء الأسرة عدد 09/1/1151 بتاريخ 2009/05/21.

أورده محمد المهدي في المرجع السابق، ص: 290.

445- حكم أورده محمد المهدي في مقاله: النظام القانوني لزيجات وأطلقت المغاربة المقيمين بالخارج بين النص وإشكالات التطبيق، مرجع سابق، ص: 290.

446- حكم عدد 24 صادر بتاريخ 13 فبراير 2006 في الملف رقم 05/1839، غير منشور. أورده محمد بادن في مقاله: عقود الزواج المبرمة طبقا للمادتين 14 و15 من مدونة الأسرة في الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، مرجع سابق، ص: 153-154.

يلي: «تبين للمحكمة من خلال اطلاعها على وثائق الملف أن المدعية قد أبرمت عقد الزواج بأجنبي غير مسلم، مما يعد ذلك من الموانع المؤقتة لعقد الزواج، وبالتالي تجعل عقد الزواج المدني الرابط بين المدعية والسيد ج. ف، الذي لم يثبت كونه مسلماً عقد باطل»⁽⁴⁴⁷⁾.

في حين أبدت بعض الأحكام نوعاً من المرونة، ولم تعتبر الاسم العربي معياراً لتحديد إسلام الشخص، وإنما اعتبرت أن الأصل هو الإسلام ما لم تتم المنازعة في ذلك، حتى ولو كان الاسم غير عربي. وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء، «وحيث إن إدلاء الطرف الأجنبي بما يفيد إعلانه إسلامه ليس من الوثائق الجوهرية في الزواج المنعقد بالخارج، طالما أن إسلامه لم يكن محل أية منازعة، ولم يثبت خلافه، والإسلام دين الفطرة، ولا غضاضة في عدم إعلان الأجنبي المسلم إسلامه بدليل كتابي في عقد مبرم ببلد يخضع إبرام النكاح فيه للشكل المدني»⁽⁴⁴⁸⁾.

و بالتعليق نفسه عللت محكمة الاستئناف بالحسيمة قرارها الذي ورد فيه: « لكنه بالرجوع إلى القواعد الشرعية وإلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم بأن الإنسان يولد على الفطرة والتي هي فطرة الله التي فطر الناس عليها ألا وهي الإسلام، فإن الأصل أن كل إنسان فهو مسلم إلى أن يثبت من وثائقه ما ينافي الإسلام، وعندها يطلب منه (ولا يلزم) تأكيد إسلامه...»⁽⁴⁴⁹⁾.

الذي يظهر من هذه الأحكام والقرارات القضائية، هو عدم وجود معيار محدد لإثبات صفة الإسلام للأطراف المكونة لعقد النكاح، سواء أكان زوجاً أو شاهداً، الشيء الذي يجعل الأمر خاضعاً لاجتهاد القاضي.

447- حكم عدد 156 صادر بتاريخ 1 مارس 2007 في الملف رقم 2006/837، غير منشور. أورده محمد بادن في مقاله: عقود الزواج المبرمة طبقاً للمادتين 14 و15 من مدونة الأسرة، المسطرة والإشكالات. منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 158، سنة 2010، ص: 43.

448- قرار عدد 1413 بتاريخ 23 ماي 2007 عن الغرفة الشرعية، أحوال شخصية في الملف رقم 2007/71. مجلة المحام المغربية، العدد 109، السنة يوليو-غشت، 2007، ص: 146.

449- قرار صادر بتاريخ 14 يوليو 2007 في الملف رقم 2006 /798. المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد 10، السنة: فبراير 2009، الصفحة 100.

ومادامت هناك أحكام قضائية قضت ببطلان بعض عقود الزواج المدني التي أبرمها المغاربة بالخارج لإخلالها بأحد شروط عقد الزواج، وعلى رأسها شرط حضور شاهدين مسلمين، فالأمر يدفعنا للتساؤل: ما مصير هذه العقود المرفوضة من قبل القضاء المغربي بسبب خلوها من شرط الشاهدين المسلمين؟ وهل يمكن تصحيحها وتدارك الإخلال الواقع بها؟

إن إغفال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 14، لا يترتب عليه بطلان عقد الزواج المدني، بل يمكن تدارك هذا الإغفال، وهذا ما أشار إليه المنشور الصادر عن وزارة العدل⁽⁴⁵⁰⁾، والذي جاء فيه: «نظراً لأن مدونة الأسرة سمحت بإبرام عقود الزواج وفق الإجراءات الإدارية المحلية لبلد الإقامة وأكدت - لاعتبار صحتها وحجيتها في المغرب - على توفر الشروط المتطلبة في المادة 14 من المدونة، وبالأخص حضور الشاهدين المسلمين...

ويمكن التنسيق بين القاضي والمصالح القنصلية ل يتم الاطلاع على هذه العقود، والتأكد من مطابقتها لما يفرضه القانون قصد تدارك كل نقص، وفي هذه الحالة يجب إبلاغ المعني بعقد الزواج بإتمام الإجراءات وإضافة البيانات التي تعالج كل نقص، ومن ذلك الاستماع إلى شهادة الشهود أو أي إجراء آخر»، ويضيف: «وبعد تحرير هذا الملحق وتضمينه في السجل المعد لذلك يضم إلى العقد المنجز، طبقاً للإجراءات القانونية المحلية».

وعليه، إذا لم يحضر عقد الزواج المدني الشاهدان المسلمان، أو رفض ضابط الحالة تضمين حضورهما، فإنه يمكن جبر هذا الخلل بتحرير ملحق يشهد فيه شاهدان مسلمان على هذا الزواج.

غير أن هذا المنشور يطرح إشكالات ويشير ملاحظات كما يقول الأستاذ أحمد الخمليشي⁽⁴⁵¹⁾، منها: أن المنشور جزم بأن العقود المبرمة بالخارج والتي خلت من بعض

450- أصدر وزير العدل منشوراً تحت عدد 13 س 2 بتاريخ 12 أبريل 2004 موجه إلى السادة القضاة الملحقين بسفارات المملكة بالخارج والمكلفين بمهام التوثيق ومهام قاضي الأسرة المكلف بالزواج، وذلك من أجل تطبيق مقتضيات مدونة الأسرة على أفراد الجالية المغربية بالخارج.
451- أحمد الخمليشي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 297 - 298.

الشروط المنصوص عليها في المادة 14 من المدونة، وخاصة صفة الإسلام للشاهدين التي أكد المنشور عليها صراحة، عقود لا يعترف بصحتها وحجيتها في المغرب، وهذا يعني أنها عقود باطلة. بيد أن المشرع حصر حالات بطلان عقد الزواج في المادة 57 وحالات فساده الراجعة إلى العقد في المادتين 59 و61 وليس من بينها صفة الإسلام للشاهدين الواردة في المادة 14.

والمنشور الذي جزم بعدم صحة العقد ونفاذه في المغرب لخلوه من شرط حضور الشاهدين المسلمين، قرر وسيلة لتصحيحه بالاستماع لشهادة مسلمين، لكن كيف يتحقق ذلك عمليا؟
فالمادة 14 تقول «وحضره شاهدان مسلمان»، بمعنى أن المطلوب هو حضور الشاهدين وتضمن وثيقة العقد لهذا الحضور، فإذا لم يتحقق هذا، فبم سيشهد الشاهدان بعد أشهر أو سنوات؟ هل يشهدان بأنهما حضرا مجلس العقد ولو لم يحضراه فعلا؟ أو يشهدان بمعرفتهما للمشهود لهما وأنهما تزوجها منذ كذا؟ وما الغاية من شهادتها اللاحقة، مادام هناك وثيقة تثبت هذا الزواج؟

كل ذلك لا يحقق ما تطلبه المادة 14 وهو حضور الشاهدين مجلس العقد وتوثيق هذا الحضور في وثيقة الزواج. (452)

أما بالنسبة للتطبيق القضائي لمقتضيات المنشور المذكور فقد جاء متباينا، فقد اعترفت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بعقد زواج أبرم بالخارج رغم خلوه من شرط حضور الشاهدين المسلمين، لأنها اعتبرت هذا النقص لا يؤدي إلى بطلان العقد أو فساده، وجاء حكمها كما يلي: «... حضور الشاهدين لمجلس نكاح مبرم بالخارج وفق إجراءات بلد الإقامة لا يعتبر شرطا جوهريا من شأنه أن يؤدي لبطلان هذا العقد، أو فساده أو فسخه، لأن مقتضيات المواد 57-59 من المدونة حددت حالات بطلان عقد الزواج وحالات فساده، وكذا حالات فسخه

452- وبعبارة أخرى حسب تفسير المنشور: المشرع يعتبر وثيقة العقد غير صحيحة ولا حجية لها بالمغرب لمجرد خلوها من النص على حضور شاهدين مسلمين، وبانتهاء تحريرها دون الإشارة إلى هذا الحضور يستحيل قانونيا وعمليا تدارك الخلل باستدعاء شاهدين للحضور أمام جهة أخرى غير التي حررت العقد.
-أحمد الخليلي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 298.

على وجه الحصر، وليس من بينها انتفاء حضور الشاهدين لعقد نكاح أبرم صحيحا وفق قانون بلد الإقامة». (453)

لكن المجلس الأعلى كان له رأي آخر عندما نقض قرارا صادرا عن محكمة الاستئناف قضى بتذليل حكم أجنبي، عندما اعتبرت هذه الأخيرة أن حضور شاهدين مسلمين مجلس العقد لا يعتبر من الشروط الجوهرية، مما جعل قرارها معرضا للنقض. (454)

وفي قرار آخر احتكمت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء إلى منشور وزارة العدل، وطالبت بتصحيح العقد بملحق يسجل فيه حضور الشاهدين، ومما جاء في هذا القرار: «ولانتفاء الصفة الجوهرية للحضور المذكور، فقد أصدرت وزارة العدل منشورا لإمكانية إقامة ملحق لعقد الزواج المبرم بالخارج دون حضور هذين الشاهدين يتمم البيان الناقص». (455)

وتجدر الإشارة إلى أن الزيجات المدنية المبرمة قبل دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ يمكن تصحيحها هي الأخرى، وتدارك الإغفالات اللاحقة بها، بحيث يتم تحرير إسهاد يتضمن التنصيب على مراجعة الزواج المدني، والإشارة إلى الشروط المنصوص عليها في المادة 14 من المدونة، وهذا ما أكد عليه صراحة المنشور السابق الذكر، حيث ورد فيه: «علما أنه إذا أراد كل مغربي يتوفر على زواج مدني، إبرام عقد الزواج وفق ما يتطلبه القانون المغربي، فإنه يمكن أن يجر له إسهاد، يتضمن التنصيب على الزواج المدني، ثم الإشارة إلى حضور الشاهدين، والصداق والولي عند الاقتضاء أو المفوض له».

وأضاف المنشور: «وإذ أصر بعض الأطراف على تسجيل أبنائهم بسجلات الحالة المدنية، والحال أنهم لا يتوفرون إلا على عقد زواج مدني، ففي هذه الحالة، إذا كان العقد متوفرا على

453- قرار عدد 1041 الصادر بتاريخ 18 أبريل 2007، من غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم 494 / 2007. مجلة المحاكم المغربية، العدد 109، السنة يوليو - غشت 2007، الصفحة 137.

454- قرار عدد 450 في الملف الشرعي عدد 2007/1/2/706، المؤرخ في 2008/10/08. أورده إبراهيم بحماني في: العمل القضائي في قضايا الأسرة. مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة. المجلد الثاني، تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية، مكتبة دار السلام، طبعة 2009، ص: 265.

455- قرار عدد 1413 صادر بتاريخ 23 ماي 2007 عن الغرفة الشرعية، أحوال شخصية في الملف رقم 71 / 2007. مجلة المحاكم المغربية، العدد 109، السنة يوليو - غشت 2007، الصفحة 146.

الشروط المنصوص عليها في المادة 14 من المدونة فلا إشكال حيث يعتمد عليه في تسجيل الأبناء، وإلا فيقع تدارك النقص الذي قد يشوبه كعدم حضور الشاهدين المسلمين قبل اعتماده فيما ذكر».

والظاهر من هذا المنشور أن المعني بالأمر إذا قام بتصحيح عقد زواجه المبرم بالخارج، وتدارك ما به من نقص، فإنه يرتب آثاره بأثر رجعي من تاريخ وجوده.

وبالنظر إلى الآثار الاجتماعية الخطيرة المترتبة على الحكم ببطلان عقد الزواج أو بفساده وفسخه - سيما بعد وجود حمل أو أطفال - فإنه يتعين الوقوف في حدود الحالات التي أوردها المشرع حصرا، وتجاوز ذلك يعتبر تشريعا وليس تفسيرا لنصوص القانون.⁽⁴⁵⁶⁾

وهذا ما دفع المجلس الأعلى إلى القول بأن شرط الشاهدين المسلمين يصبح متجاوزا إذا تم العقد وطالت الحياة الزوجية، ونشأ عنها أبناء، ومما جاء في حيثيات قراره ما يلي: «لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما عللت قرارها بأن النيابة العامة لم تدل بما يثبت كون الشاهدين موضوع عقد الزواج المراد تذييله بالصيغة التنفيذية غير مسلمين إضافة إلى أن الشاهدين المسلمين إنما يطلب حضورهما عند إبرام العقد، أما بعد إبرام العقد وقيام العلاقة الزوجية وإنجاب الأطفال، فإن شرط حضور شاهدين مسلمين يكون متجاوزا، مما يكون ما دفعت به النيابة العامة لا يرتكز على أساس سليم ويتعين رده، وتكون المحكمة قد أقامت قضاءها على أساس ولم تخرق المادة المحتج بها، فكان ما بالنعي غير قائم على أساس».⁽⁴⁵⁷⁾

ثم كان بعد ذلك أكثر وضوحا عندما ذهب في قرار موالٍ إلى أن المشرع المغربي لم يرتب أي جزاء على انتفاء هذا الشرط، وأن خلو العقد منه ليس فيه أي مخالفة للنظام العام، حيث جاء في حيثيات هذا القرار: «لكن حيث إن حضور شاهدين مسلمين إنما يكون مطلوبا عند العقد كما تنص على ذلك المادة 14، أما وقد أبرم العقد وتم تحريره وحصل البناء، فإن هذا

456- أحمد الخليلي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 298.
457- قرار عدد 510، صادر بتاريخ 2 نونبر 2010م، ملف شرعي عدد 10/2/2009، مجلة قضاء محكمة النقض، عدد 75، سنة 2010، ص: 107.

المقتضى قد أصبح متجاوزا، خاصة وأن المشرع لم يرتب أي جزاء على خلو عقد الزواج المبرم بالخارج أمام ضابط الحالة المدينة والمتوفر على ركن الزواج الأساسي وهو الرضا، من حضور شاهدين مسلمين، كما أن ذلك لا يتعارض مع النظام العام المغربي مادام الزواج قد أبرم بدون موانع مؤقتة أو مؤبدة، مما يبقى معه القرار مرتكزا على أساس ولم يخرق مقتضيات الفصلين المحتج بهما، وما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار». (458)

بناء على ما سبق ذكره، يظهر أن العقيدة الدينية للشاهد التي قيدت بها المادة 14 من مدونة الأسرة صحة عقد الزواج المبرم بالخارج، تطرح صعوبات على مستوى التطبيق، لذلك كان من الممكن تجاوز ذلك والاكتفاء بحضور شاهدين دون تقييدها بصفة المسلمين، وذلك للاعتبارات الآتية: (459)

- عدم التقييد هذا يجد سنده في آية الوصية التي رخصت بقبول شهادة غير المسلم في حالة الضرورة (460)، ويمكن القول بأن حالة الضرورة قائمة هنا، مادام عقد الزواج يعقد خارج البلاد الإسلامية، ومن طرف ضابط حالة مدنية غير المسلم للبلد الأجنبي.

- اتفق الفقه على انعقاد الزواج بإشهاره، احتياطا للأبضاع وحفظا للأنساب، وهو ما يتأكد يقينا من خلال الوثيقة المكتوبة من طرف الموظف العمومي والمضمن ملخصها في السجل العمومي.

- الفقه بنى تمييزه بين المسلم وغير المسلم على أساس أن شهادة الشاهدين ينعقد بها عقد الزواج، في حين أن حضور الشاهدين في القوانين الغربية لا ينعقد به الزواج، وإنما هو أحد الإجراءات الشكلية العديدة إلى جانب الشروط الموضوعية التي يراعيها ضابط الحالة المدنية

458- قرار عدد 399، صادر بتاريخ 09/08/2011، ملف عدد 2010/1/2/676، غير منشور. أورده محمد الحاتمي في بحثه: تطبيقات محاكم الموضوع للقواعد القانونية المستجدة في قضايا الأسرة ورقابة محكمة النقض عليها، مرجع سابق، ص: 48.

459- ذهب الحنابلة إلى تعميم حالة الضرورة في قبول شهادة غير المسلم، وعدم اقتصرها فقط على الوصية في السفر، انظر المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل.

460- أحمد الخليلي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 301-302.

الأجنبي المسند إليه قانونا إبرام العقد. فانعقاد الزواج لا يتم بحضور الشاهدين الذي قد يكون اختياريا، وإنما بشهادة ضابط الحالة المدنية بإنجاز ما يفرضه القانون شكلا وموضوعا، وتسجيله ذلك في وثيقة الزواج المكتوبة.

- المادة 14 لما أجازت إبرام العقد وفق شكليات القانون الأجنبي مع مراعاة الشروط الموضوعية للقانون الوطني، قصدت بذلك التخفيف عن المهاجر المغربي، لكن باشتراطها حضور شاهدين مسلمين وهو يبرم عقد زواجه بدولة غير إسلامية، فإن ذلك سيرهقه ويعرضه لصعوبات من خلال رفض تذييل هذا العقد بالصيغة التنفيذية من طرف القضاء المغربي.

- وفي الأخير نلاحظ أن المشرع المغربي لم يقرر أي جزاء عند الإخلال بشرط حضور الشاهدين المسلمين، كما لا وجود له ضمن أسباب بطلان عقد الزواج أو فساده التي نصت عليها المدونة، مما يدل على شكلية هذا الإجراء.

الفصل الثاني:

ولاية غير المسلمين لمنصب القضاء

للقضاء أهمية كبيرة في الحياة الإنسانية، فهو من فروض الكفايات، وهو وسيلة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ونصرة المظلوم، وردع الظالم عن ظلمه، وإيصال الحق إلى أهله، والإصلاح بين الناس⁽⁴⁶¹⁾، والحكم بالحق، والله يحب من يقضي بالحق، قال تعالى: ﴿وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين﴾⁽⁴⁶²⁾.

والإسلام معني بالقضاء وما يتعلق به غاية العناية، ويبيّن الفقهاء رحمهم الله، ما يشترط في القاضي، وما ينبغي أن يكون عليه من آداب ليكون صالحاً لولاية القضاء.

فإذا كان الفقهاء قد اهتموا بولاية القضاء للفصل في الخصومات بين الناس مسلمين وغيرهم، حيث الدولة الإسلامية التي تحتكم إلى شريعة ربها، وتعتني بالأقليات الساكنة في ذمتها وتحت رعايتها، إلا أنهم لم يتعرضوا إلى وجود أقليات مسلمة في دول ذات نظام غير إسلامي على العكس من واقعهم⁽⁴⁶³⁾.

فالعصر الذي نعيشه يتميز بوجود أعداد كبيرة من المسلمين في البلاد غير الإسلامية، وهم يحاولون الالتزام بأحكام دينهم على قدر استطاعتهم، لكن نظراً لعدم وجود ولاية إسلامية تقوم بتطبيق أحكام الشريعة، وتتولى العناية بهم في الأمور التي تحتاج إلى ولاية، وليس من ولي، فقد اشتدت الحاجة إلى تبيين الحكم الشرعي في أمثال هذه الأمور الحادثة، وكيف يتم التعامل معها حتى تكون موافقة للشرع.

ومن النوازل التي اشتدت الحاجة إليها وكثر السؤال عنها: مسألة التفريق بين زوجين مسلمين⁽⁴⁶⁴⁾ من طرف القضاء غير المسلم.

461- ابن قدامة: المغني، ج 14 ص 6.

462- سورة المائدة: الآية 44.

463- لا نكاد نجد أحكاماً للأقليات المسلمة في البلاد غير الإسلامية، سوى الإشارة إلى بعض الأحكام المتعلقة بتغلب الكفار على المسلمين في ديارهم، وتعيين ولاية أو قضاة عليهم من المسلمين أو من غير المسلمين.

464- أو أحدهما على الأقل مسلماً في حال الزواج بالكتابية.

قضية التفريق بين الزوجين وغيرها من القضايا، تطرق إليها الفقهاء بالتفصيل، ووضعوا لها أحكاماً، باعتبار أنها أحكام خاصة بالمسلمين في ديار الإسلام، إلا أنهم لم يعنوا ببحث أحكام الجاليات الإسلامية الموجودة في البلاد غير الإسلامية، حيث لا يوجد إمام للمسلمين، هؤلاء يحتاجون إلى من يرشدهم ويفصل في خصوماتهم للمطالبة بحقوقهم والدفاع عن مصالحهم، كما يحتاج الأمر إلى من يوثق عقود نكاحهم وطلاقهم.

هذا الأمر يقتضي طرح الإشكالية التالية:

هل يحق للجهات القضائية في البلاد غير الإسلامية القيام بهذا العمل، الذي يحتاج مثله إلى ولاية شرعية تخول لصاحبها القيام به؟

للإجابة على هذه الإشكالية قسمت هذا الفصل إلى مبحثين:

خصصت المبحث الأول لشروط ولاية القضاء في الإسلام، لكن وحسب طبيعة البحث فقد ركزت على شرط الإسلام في القاضي، وموقف الإسلام من تولية غير المسلم لمنصب القضاء؟ وهل من استثناء يدعو إلى تصحيح وقبول أحكام القضاة غير المسلمين؟ وهل من ضوابط تقيد هذا الاستثناء؟

وحيث إن من محددات هذا البحث النظر في المسألة في حدود موضوعات الأسرة، فقد خصصت المبحث الثاني لمسألة التفريق بين الزوجين المسلمين من طرف القاضي غير المسلم، فهل يُعتد بطلاق هذا الأخير من الناحية الشرعية؟ وهل يمكن اعتبار الأحكام القضائية الصادرة على المغاربة المسلمين في الدول غير الإسلامية حُجّة، ويمكن تنفيذها، كما الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية المغربية؟

مبحث تمهيدى: تعريف القضاء لغة واصطلاحاً

المطلب الأول: تعريف القضاء لغة

القضاء في اللغة مصدر من قضى يقضى قضاءً، وأصله: قضاي، لأنه من قضيت، فلما جاءت الياء بعد الألف الأخيرة قلبت همزة، والجمع أقضية⁽⁴⁶⁵⁾.

وأصلاً لقضاء: القطع والفصل، يقال قضى يقضى قضاءً فهو قاض، إذا حكم وفصل. وقضاء الشيء: إحكامه وإمضاؤه والفراغ منه، فيكون بمعنى الخلق.

وقال الزهري: القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتماه. وكل ما أحكم عمله، أو أتم أو ختم، أو أدي أو أوجب أو أعلم، أو أنفذ، أو أمضى، فقد قضى، ومنه القضاء المقرون بالقدر، والمراد بالقدر: التقدير، وبالقضاء الخلق⁽⁴⁶⁶⁾.

وعليه، فالقضاء في اللغة يأتي في عدة معان منها⁽⁴⁶⁷⁾:

- الحكم: قضى يقضى أي حكم ومنه قوله تعالى: ﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه﴾⁽⁴⁶⁸⁾ أي حكم.
- الصنع والتقدير: يقال قضاه أي صنعه وقدره، ومنه قوله تعالى ﴿ففضاهن سبع سموات في يومين﴾⁽⁴⁶⁹⁾ ومنه القضاء والقدر.

465- ابن منظور: لسان العرب، المجلد الخامس، ج 41، باب القاف، كلمة قضى، ص: 3665.

466- ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، حرف القاف، باب القاف مع الضاد، ص: 759.

- ابن منظور: لسان العرب، م س، ص: 3665.

467- مختار الصحاح: الرازي، باب القاف، ص: 226. ابن منظور: لسان العرب، م س، ص: 3665-3666.

468- سورة الإسراء، الآية 23.

469- سورة فصلت، الآية 11.

- الأداء والإنهاء: يقال: قضى دينه أي أداه، ومنه قوله تعالى: ﴿وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب﴾⁽⁴⁷⁰⁾، وقوله عز وجل ﴿وقضينا إليه ذلك الأمر﴾⁽⁴⁷¹⁾، أي أنهيناه إليه وأبلغناه ذلك. ومنه أيضا⁽⁴⁷²⁾ قوله تعالى: ﴿فإذا قضيتم مناسككم﴾⁽⁴⁷³⁾.

- الهلاك والفراغ: يقال: قضى حاجته أي فرغ منها، ومنه قوله تعالى: ﴿فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكم﴾⁽⁴⁷⁴⁾، وضربه فقضى عليه أي قتله، كأنه فرغ منه، ومنه قوله تعالى: ﴿فوكزه موسى فقضى عليه﴾⁽⁴⁷⁵⁾.

- الماضي: ومنه قوله تعالى: ﴿ثم اقبضوا إلي ولا تنظرون﴾⁽⁴⁷⁶⁾، أي امضوا.

- ومنه القضاء للفصل في الحكم: وهو قوله تعالى: ﴿ولولا كلمة سبقت من ربك إلى أجل مسمى لقضى بينهم﴾⁽⁴⁷⁷⁾، أي لفصل الحكم بينهم، ومثل ذلك قولهم: قد قضى القاضي بين الخصوم، أي قطع بينهم في الحكم.

والذي يظهر أن معاني القضاء في الأصل ترجع إلى الحكم والفراغ، ومنه سمي القاضي قاضيا، إذا قضى: حكم وفرغ من القضية.

قال أهل الحجاز: القاضي - معناه في اللغة - القاطع للأمور المحكم لها. واستقضي فلان أي جعل قاضيا يحكم بين الناس⁽⁴⁷⁸⁾.

470- سورة الإسراء: الآية 4.

471- سورة الحجر: الآية 66 .

472- أحمد الفيومي المقرئ: المصباح المنير، كتاب القاف، ص: 193.

473- سورة البقرة: الآية 199 .

474- سورة الأحزاب: الآية 37.

475- سورة القصص: الآية 14 .

476- سورة يونس: الآية 71

477- سورة الشورى: الآية 12.

478- ابن منظور: لسان العرب، م س، ص: 3665.

وهناك معان أخرى يطول الكلام فيها: كالإعلام والعمل والحكم والأمر والعهد...إلا أن كل هذه المعاني لا تخلو من الفصل وحسم الأمر وقطعه.

المطلب الثاني: تعريف القضاء اصطلاحاً

بعد النظر في تعريفات الفقهاء للقضاء، يتبين أنها تدور حول معنى واحد، يتمثل في (الحكم)، وهو المعنى اللغوي الأول له، ومن هذه التعريفات ما يلي:

- فقد عرّفه المالكية بأنه: إخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام⁽⁴⁷⁹⁾.
- وعرّفه الحنفية بأنه: الحكم بين الناس والحكم بما أنزل الله⁽⁴⁸⁰⁾.
- وعرّفه الشافعية بأنه: إظهار حكم الشرع في الواقعة ممن يجب عليه إمضاؤه⁽⁴⁸¹⁾.
- بينما عرّفه الحنابلة بأنه: تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات⁽⁴⁸²⁾.

يلاحظ من هذه التعريفات أن مضمونها واحد، وإن اختلفت الألفاظ، إلا أن تعريف الحنابلة أوضح وأولى في تعبيره (بالتبيين) بدلا عن الإخبار.

لكن يُرد على هذه التعريفات، بأنها غير مانعة من دخول حكم من له الإلزام غير القاضي أيضا، كالإمام والمحتسب والشرطة والحكم ونحوهم، فلذا ينبغي أن يراد في التعريف (على وجه الخصوص)، فيصبح التعريف كما يلي:

479-برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج 1 ص: 9. دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 1423هـ/ 2003م.

وقد أورد تعريفا آخر لابن طلحة الأندلسي الذي قال أن القضاء معناه الدخول بين الخالق والخلق ليؤدي فيهم أوامره وأحكامه بواسطة الكتاب والسنة.

نفس المصدر ونفس الصفحة.

480-الكاساني: بدائع الصنائع، م س، ج 9 ص: 83.

ومثله تعريف ابن عابدين الذي قال أن القضاء هو إنهاء الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص.

-ابن عابدين: حاشية رد المختار على الدر المختار، م س، ج 8 ص: 20.

481-محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، م س، ج 4 ص: 497.

وفي تعريف آخر للرملي، فقد عرّف القضاء في الشرع بقوله: «الولاية الآتية والحكم المترتب عليها، أو إلزام من له الإلزام بحكم الشرع».

- نهاية المحتاج، م س، ج 8 ص: 235.

482- ابن النجار: منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، ج 2، ص: 353. مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، سنة 1421هـ/ 2000م.

وكان البهوتي قد عرّفه بكونه: الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات.

-كشاف القناع، م س، ص: 3185.

تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات على وجه مخصوص (483).

ومثله عرف عبد الكريم زيدان القضاء بكونه: الحكم بين الخصوم بالقانون الإسلامي بكيفية مخصوصة (484).

من خلال ما سبق، يمكن تعريف القضاء بأنه: مجموعة من النظم والقوانين الشرعية التي سنّها الإسلام للفصل والحكم بين الناس في خصوماتهم.

وهذه النظم والقوانين مستمدة من كتاب الله تعالى ومن سنة رسول صلى الله عليه وسلم، ثم من إجماع المسلمين وقياساتهم واجتهاداتهم في العصور الأولى للإسلام، وما يمكن أن تصل إليه اجتهادات المجتهدين في كل زمان، تحقيقاً لمبدأ العدالة الذي يهدف إليه القضاء.

483-حافظ محمد أنور: ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، ص 205، الطبعة الأولى، سنة 1420هـ، دار بلنسية، الرياض.

هذا التعريف يدلنا على أنه لا بد للقضاء من أمور:

أ-بيان الحكم وإظهاره سواء أكان بالقول أم بالكتابة أم بالإشارة أم بالفعل؛

ب-الحكم الشرعي: فلا بد أن يكون الحكم شرعياً أي مستنداً إلى دليل من الكتاب أو السنة، أو مما استنبط منهما، فلو بين القاضي حكماً غير شرعي كالحكم اللغوي أو العقلي ونحو ذلك، فلا يكون قضاء، كما لا يجوز القضاء بقانون وضعي بل يبطل ويجب نقضه.

ج-الإلزام بالحكم الشرعي: أي تنفيذه على المقضي عليه طوعاً منه أو كرهاً، وبهذا خرجت الفتوى من التعريف، لأن الفتوى بيان للحكم الشرعي ولكن ليس على سبيل الإلزام.

د-القضية المتنازع فيها التي يراد فيها الحكم، فلو لم تكن هناك حادثة أو واقعة يُراد فيها الحكم لما كان هناك مجال للقاضي أن يحكم.

هـ-على وجه مخصوص: أي إجراءات الدعوى وسماعها وطرق الإثبات ونحوها، وبذلك يخرج غير القاضي.

نفس المرجع أعلاه: ص: 205-206.

484-عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص: 13. مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، 1989/1409. وأوضح زيدان بكونه يُريد بالكيفية المخصوصة: كيفية رفع الدعوى إلى القاضي، والأساليب والضوابط التي يلتزم بها القاضي والخصوم في إجراء التقاضي والترافع أمام القاضي، ووسائل الإثبات للحق المدعى به، ووسائل دفع الدعوى، والتي على أساس هذه الوسائل للإثبات والدفع للدعوى يصدر القاضي حكمه للنزاع وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. نفس المرجع ونفس الصفحة.

المبحث الأول: شروط ولاية القضاء في الفقه الإسلامي

للفقهاء في تحديد ما يشترط في القاضي ليكون صالحا لولاية القضاء مناهج كثيرة، غير أن الملحوظ في تعدد تلك المناهج هو ثراء الفقه الإسلامي بالأقوال والخيارات.

والأجمل من هذا، أن المجتمعات المسلمة في القرون الأولى من الهجرة كانت تتقبل الاجتهادات في تحيين تلك الشروط بين الحين والآخر، دون استنكار ولا تحسس، فكلما رأى أحد الفقهاء أن أمرا أو شرطا لا بد أن يكون متوافرا في القاضي - لتكامل صفاته، وتحسن طريقتة، ويقل خطأه - فما من شيء يمنعه من القول به والدعوة إليه، لا من المجتمعات التي عاشوا فيها، ولا من حكوماتها، بل ولا من أقرانه المعاصرين له، فهم الذين إن رأوا وجهة الشرط الجديد أيّدوه، أو نقلوا عنه أو قلّدوه فيه، وإن رأوا ضد ذلك لم يمنعهم مانع من الرد عليه وتفنيده قوله بالحجة والبرهان⁽⁴⁸⁵⁾.

وللباحث أن يرى تطور الأقوال في شروط القاضي بنظرة سريعة في كتب الفقه والسياسة الشرعية والقضاء، حيث يجد أن أقل الشروط ستة⁽⁴⁸⁶⁾، وأكثرها خمسة عشر، وإن كان بعضها يتداخل مع شروط أخرى.

ولاشك أن تفاوت هذه الاشتراطات نتج عن اجتهادات شخصية أولا، وعن استدراك من اللاحق على السابق ثانيا، فقد يعرض لبعض اللاحقين أن يرى لزوم إضافة شرط بحسب اجتهاد متجدد، وقد يرى بعضهم إلغاء شرط قديم بعد أن يستقر لديه أنه غير لازم لأي علة يراها⁽⁴⁸⁷⁾.

485-ناصر بن زيد بن داود: شروط القاضي بين الحاضر والماضي.
مقال منشور في الصحيفة الاقتصادية عدد 4955، مركز الدراسات القضائي التخصصي بتاريخ 19 ربيع الثاني 1428هـ الموافق ل 6 ماي 2007، الموقع الإلكتروني. www.cojss.com
486-يقول ابن رشد: القضاء خصال مشتركة في صحة الولاية وهي أن يكون ذكرا مسلما بالغاً عاقلاً واحداً، فهذه ستة خصال لا يصح أن يولى القضاء إلا من اجتمعت فيه.
-المقدمات الممهدة: ج 2، ص: 258. دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1408هـ/ 1988م.
487- ناصر بن زيد بن داود: شروط القاضي بين الحاضر والماضي. المرجع السابق.

وبناء على ما سبق ، فقد اشترط الفقهاء في من يتولى منصب القضاء مجموعة من الشروط :
الإسلام ، الحرية ، الذكورة ، سلامة الحواس ، التكليف (العقل والبلوغ) ، العدالة ، وغيرها من
الشروط (488) .

وباستعراض هذه الشروط في كتب الأئمة ، تكاد لا تجد شرطا واحدا سالما من الخلاف ، أو
من الاستثناء.

وانسجاما مع موضوع البحث ، يمكن طرح التساؤل التالي :

ما موقف الشرع من تولية غير المسلم لمنصب القضاء؟ وهل من استثناءات تدعو إلى
تصحيح وقبول أحكام القضاة غير المسلمين؟

للإجابة على هذه التساؤلات ، يقتضي تناول الشروط الواجب توافرها في القاضي لصحة
تولية هذا المنصب ، وصحة ما يصدر عنه من أحكام (المطلب الأول).

ثم تخصيص شرط الإسلام في القاضي بالدراسة ، والوقوف على آراء الفقهاء في ذلك ، ثم
هل من استثناء لهذا الشرط؟ (المطلب الثاني).

488- قال القاضي عياض رحمه الله تعالى: وشروط القضاء التي لا يتم القضاء إلا بها، ولا تنعقد الولاية ولا يستدام عقدها إلا معها عشرة: الإسلام، والعقل، والذكورية، والحرية، والبلوغ، والعدالة، والعلم، وكونه واحدا، وسلامة حاسة السمع والبصر من العمى والصمم، وسلامة اللسان من البكم.
- ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج 1 ص 21، دار عالم الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة خاصة، 1423هـ/2003م.

المطلب الأول: شروط القاضي

اشترط العلماء شروطاً يجب توفرها في القاضي لصحة توليه هذا المنصب، وصحة ما يصدر عنه من أحكام⁽⁴⁸⁹⁾، إلا أن الفقهاء لم يتفقوا على هذه الشروط مجتمعة، فهناك شروط مختلف عليها، وأخرى متفق عليها ولا تخلو بدورها من استثناءات.

أولاً:- التكليف: العقل والبلوغ⁽⁴⁹⁰⁾

اشترط الفقهاء في من يتولى مهمة القضاء أن يكون مكلفاً، ولا يتأتى ذلك إلا بالعقل والبلوغ، فوظيفة القضاء تحتاج إلى العقل الناضج المدرك، ولا يتحقق ذلك قبل البلوغ، وينعدم قطعاً مع الجنون⁽⁴⁹¹⁾.

والأكثر من ذلك، فالفقهاء اشترطوا في القاضي أن يكون فطناً نزهاً مهيباً حليماً⁽⁴⁹²⁾، ذا فطنة وتيقظ، بعيداً عن السهو والغفلة، يتوصل بذكائه إلى إيضاح ما أشكل، وفصل ما أعضل⁽⁴⁹³⁾، لا يخدع بغيره، رشيداً ذا رأي ومشورة. وإذا قلت غير العاقل، فلا يصح قضاؤه، لهذا لا يصح تولية المجنون للقضاء، ولا السفهية ولا المعتوه، ومختل النظر لكبر أو مرض.

كما لا يجوز تقليد القضاء للصغير، سواء كان مميزاً أو غير مميز، لأنه لا تنعقد تصرفاته لنفسه، فمن باب أولى أن لا تنعقد لغيره.

قال الماوردي: فأما البلوغ، فإن غير البالغ لا يجري عليه قلم ولا يتعلق بقوله على نفسه حكم، وكان أولى أن لا يتعلق به على غيره حكم⁽⁴⁹⁴⁾.

489- يقول الماوردي: لا يجوز أن يقلد القضاء إلا من تكاملت فيه شروطه التي يصح معها تقليده وينفذ بها حكمه.
- الأحكام السلطانية، ص 88، مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت، الطبعة الأولى، 1409هـ/1989م.
490- الكاساني: بدائع الصنائع، م س، ج 9، ص: 85. - ابن قدامة: المغني، م س، ج 14 ص 12.
- الشريبي: مغني المحتاج، م س، ج 4، ص: 501. - ابن فرحون: تبصرة الحكام، م س، ج 1 ص 21.
491- عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، م س، ص 25.
492- ابن فرحون: تبصرة الحكام، م س، ج 1، ص: 23.
493- الماوردي: الأحكام السلطانية، م س، ص: 88. - القرافي: الذخيرة، م س، ج 10، ص: 18.
494- الماوردي: الأحكام السلطانية، م س، ص: 88.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق»⁽⁴⁹⁵⁾.

ثانياً:- الحرية:

ومن الشروط التي اشترطها الفقهاء⁽⁴⁹⁶⁾ في القاضي، أن يكون حراً، لأن نقص العبد عن ولاية نفسه يمنع من انعقاد ولايته على غيره⁽⁴⁹⁷⁾.

ويضيف عبد الكريم زيدان أن القضاء من باب الولايات، وليس للعبد أهلية لأدنى الولايات، فكيف يكون أهلاً لولاية القضاء، وهي أعلى من غيرها⁽⁴⁹⁸⁾.

ثالثاً:- الذكورة:

اشترط جمهور الفقهاء⁽⁴⁹⁹⁾ الذكورة لتولي منصب القضاء، فلا يجوز عندهم تقليد المرأة القضاء، في حين ذهب الحنفية إلى جواز تولي المرأة القضاء في غير الحدود والقصاص، لأنه لا شهادة لها في هذه الجنایات، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة⁽⁵⁰⁰⁾.

495-تخريج الحديث:

حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، حدثنا يزيد بن هارون، حدثنا محمد بن خالد بن خدّاش، ومحمد بن يحيى، قالوا: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، حدثنا حماد بن سلمة، عن حماد عن إبراهيم عن الأسود، عن عائشة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: الحديث.

-أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم. حديث رقم 2041، ص: 658.
- وأخرجه أبي داود في سننه: كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، ص: 789 حديث رقم 4398. مكتبة التعارف، الطبعة الثانية، دون ذكر تاريخ الطبع.

- كما أخرجه الترمذي في الجامع الكبير، أبواب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد. ج 3 ص: 93، حديث رقم 1423.

- و أورده البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب من رد شهادة الصبيان، ج 10، ص: 272.

496-القرافي: الذخيرة، م س، ج 10، ص: 16. - ابن فرحون: تبصرة الحكام، م س، ج 1، ص: 21

-الكاساني: بدائع الصنائع، م س، ج 9، ص: 85. - ابن قدامة: المغني، م س، ج 14، ص: 12.

- النووي: روضة الطالبين، م س، ج 11 ص: 99. - الشربيني: مغني المحتاج، م س، ج 4، ص 501 .

قال ابن رشد: ولا أعلم بينهم اختلاف في اشتراط الحرية.

-بداية المجتهد: ج 2، ص: 377. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1419هـ/ 1998م.

إلا أن ابن حزم قال: وجائز أن يلي العبد القضاء، لأنه مخاطب بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ويقوله تعالى:

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُوَدُّوا أَلْمَانَاتٍ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حُكِمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾. - سورة النساء:

الآية 57. وهذا متوجه إلى الرجل والمرأة، والحر والعبد، والدين كله واحد إلا حيث جاء النص بالفرق بين الرجل والمرأة

وبين الحر والعبد، فيستثنى حينئذ من عموم إجمال الدين. -المحلى: م س، ج 9، ص: 430.

497-الماوردي: الأحكام السلطانية، م س، ص: 88.

498- عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، م س، ص: 25.

499- ابن رشد: بداية المجتهد، م س، ج 2- ص: 377. - ابن فرحون: تبصرة الحكام، م س، ج 1، ص: 21.

والسبب في اشتراط الذكورة من طرف الجمهور كما قال الكاساني، هو أن القضاء يحتاج إلى الإقدام والعزم، وسعة الصدر، والمرأة لا إقدام عندها للين قلبها، ورقة مزاجها، ولا جلادة لها⁽⁵⁰¹⁾.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن تكون المرأة قاضيا فيما تشهد فيه، وهو الأموال، لا على الدوام، بل في بعض الأوقات، كأن تحكم في حادثة، أو تستتاب في قضية⁽⁵⁰²⁾.

وذهب ابن جرير الطبري وفقهاء المذهب الظاهري⁽⁵⁰³⁾، إلى أن الذكورة ليست شرطا لتولي القضاء، وعلى هذا يجوز للمرأة أن تكون قاضية في جميع الأمور والقضايا بلا استثناء.

يقول ابن حزم: «وجائز أن تلي المرأة الحكم وهو قول أبي حنيفة، وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ولي الشفاء امرأة من قومه - السوق، فإن قيل: قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لن يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة»⁽⁵⁰⁴⁾، قلنا إنما قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم في الأمر العام الذي هو الخلافة، ولم يأت نص من منعها أن تلي بعض الأمور»⁽⁵⁰⁵⁾.

- ابن قدامة: المغني، م س، ج 14، ص: 12. - الشريبي: مغني المحتاج، م س، ج 4، ص: 501. وقال الشوكاني: أن الفقهاء اتفقوا على اشتراط الذكورية في القاضي إلا الحنفية. - نيل الأوطار، ج 10، ص: 524. دار ابن القيم بالرياض و دار ابن عفان بالقاهرة، الطبعة الأولى 1426هـ/ 2005م. 500-الكاساني: بدائع الصنائع، م س، ج 9، ص: 86. 501- نفس المصدر ونفس الصفحة. 502- نفس المصدر، ص: 88، الهامش رقم 1. 503- ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص: 429. 504- تخريج الحديث: حدثنا عثمان بن الهيثم، حدثنا عوف بن الحسن عن أبي بكره قال: لقد نفعني الله بكلمة سمعتها من رسول الله صلى الله عليه وسلم أيام الجمل بعدما كدت أن ألحق بأصحاب الجمل فأقاتل معهم، قال لما بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أهل فارس قد ملأوا عليهم بنت كسرى قال: لن يفلح قوم ولتوا أمرهم امرأة. - صحيح البخاري: كتاب المغازي: باب كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى كسرى وقيصر، م س، ص 1086، حديث رقم 4425. 505- ابن حزم: المحلى: ج 9، ص 429-430.

وجاء في المغني عن ابن قدامة: «وحكى عن ابن جرير أنه لا تشترط الذكورة، لأن المرأة يجوز أن تكون مفتية، فيجوز أن تكون قاضية»⁽⁵⁰⁶⁾.

وقد حكى ابن رشد عن الطبري أنه قال: «يجوز أن تكون المرأة حاكما على الإطلاق في كل شيء»⁽⁵⁰⁷⁾.

رابعاً:- سلامة الحواس: البصر - السمع - النطق

اشترط الفقهاء في القاضي سلامة الحواس، فقالوا يجب أن يكون متكلماً سميحاً بصيراً، لأن الأخرس لا يمكنه النطق ولا يفهم جميع الناس إشارته، والأصم لا يسمع قول الخصمين، والأعمى لا يعرف المدعي من المدعى عليه، والشاهد من المشهود له⁽⁵⁰⁸⁾.

ويضيف ابن قدامة أن هذه الحواس تؤثر في الشهادة، فيمنع فقدها ولاية القضاء⁽⁵⁰⁹⁾.

أما المالكية فقالوا لو وُلِّي الأعمى والأصم القضاء وأصدروا أحكاماً، فإن أحكامهم هذه تنفذ ولكن يجب عزلهم⁽⁵¹⁰⁾.

لكن هناك من ردَّ ذلك، فقد ورد في كتاب الذخيرة، قال صاحب التنبهات: «الإجماع على اشتراط السمع والبصر إلا ما يحكى عن مالك في جواز قضاء الأعمى، فغير معروف ولا يصح عن مالك»⁽⁵¹¹⁾.

506- ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 14، ص: 12.
لكن ابن قدامة رد ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «ما أفلح قوم ولّو أمرهم امرأة»، وكذلك أن المرأة لا تصلح للأمانة العظمى، ولا لتولية البلدان، ولهذا لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم، ولا عن أحد من خلفائه الراشدين من بعده أنهم ولو امرأة قضاء ولا ولاية بلد، ولو جاز ذلك لوقع مرة واحدة، ولم يخل منه جميع الزمان غالباً.

- المغني: ج 14، ص: 12-13.

507- ابن رشد: بداية المجتهد، ج 2، ص 377. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1419هـ/ 1998م.

508- ابن قدامة: المغني، ج 14، ص 13.

509- نفس المصدر ونفس الصفحة.

يقول ابن قدامة: ولنا أن هذه الحواس تؤثر في الشهادة، فيمنع فقدها ولاية القضاء كالسمع، وهذا لأن منصب الشهادة دون منصب القضاء، والشاهد يشهد في أشياء يسيرة يُحتاج إليه فيها، وربما أحاط بحقيقة علمها، والقاضي ولايته عامة، ويحكم في قضايا الناس عامة، فإذا لم تُقبل منه الشهادة، فالقضاء أولى.

510- ابن رشد: بداية المجتهد، ج 2، ص 377.

ويجب التنبيه إلى أنه إذا كان لا يجوز تولية الأصم للقضاء، لأنه لا يسمع قول الخصوم وشهادة الشهود، فيجب أن يستثنى عن ذلك من يملك بعض الأجهزة الحديثة، كوضع السماع في الأذن فيسمع الكلام، فهنا ينتفي المحذور ويزول المانع.

خامسا:-العدالة(512):

اشترط جمهور الفقهاء⁽⁵¹³⁾ العدالة لمن يتولى مهمة القضاء، مستدلين على ذلك بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾⁽⁵¹⁴⁾، ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة أن الله أمر بالتبين عند قول الفاسق، ولا يجوز أن يكون الحاكم ممن لا يقبل قوله ويجب التبين عند حكمه، وأيضا فالفاسق لا يصلح أن يكون شاهدا، فلا يكون قاضيا من باب أولى⁽⁵¹⁵⁾.

قال سحنون: «من لا تجوز شهادته لا تصح ولايته»⁽⁵¹⁶⁾.

فالفاسق لا يولى لعدم الوثوق بقوله، ولأنه ممنوع من النظر في مال ولده مع وفور شفقتة، فنظره في أمر العامة أولى بالمنع⁽⁵¹⁷⁾.

511-القرافي: الذخيرة، م س، ج 10، ص 19.

512-العدالة هي أن يكون صادق اللهجة ظاهر الأمانة، عفيفا عن المحارم متوقيا للمأثم، بعيدا عن الريب، مأمونا في الرضى والغضب، مستعملا لمروءة مثله في دينه ودنياه.

- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 89.

وأضاف الماوردي في نفس الموضوع: فإذا تكاملت فيه هذه الخصال، فهي العدالة التي تجوز بها شهادته وتصح معها ولايته، وإذا انخرم منها وصف مُنْع من الشهادة والولاية، فلم يُسمع له قول ولم ينفذ له حكم.

513-القرافي: الذخيرة، ج 10 ص 16.- ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج 1 ص 21.- ابن قدامة: المغني، ج 14، ص 13.- الشربيني: مغني المحتاج، ج 4، ص 502.

514-سورة الحجرات: الآية 6.

515- ابن قدامة: المغني، ج 14، ص 14.

516-ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج 1، ص 21.

517- الشربيني: مغني المحتاج، ج 4، ص 502.

أما فقهاء الحنفية فقالوا إن العدالة ليست شرطا لتولي القضاء، وإنما هي شرط الكمال، فيجوز تقليد الفاسق القضاء، وتنفيذ أحكامه، إذا لم يجاوز فيها حدود المشرع (518).

والظاهر أن شرط العدالة مختلف فيه حتى داخل المذهب الواحد، قال القاضي عياض: «وفي الفاسق خلاف بين أصحابنا، هل يُردُّ ما حكم فيه وإن وافق الحق وهو الصحيح، أو يُمضي إذا وفق الحق ووجه الحكم؟» (519).

قال ابن رشد: «وقد قيل في المذهب: إن الفسق يوجب العزل ويمضي ما حكم به.» (520).

سادسا:- الاجتهاد

يشترط في القاضي أن يكون من أهل الاجتهاد، وبهذا قال المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية (521)، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ (522)، والرد إلى كتاب الله وإلى سنة رسول الله لا يكون إلا من مجتهد (523). كما استدلوا أيضا بقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن الجبل رضي الله عنه عندما أرسله إلى اليمين قاضيا: «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله؟ قال أجتهد برأبي ولا آلو، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره فقال:

518-الكاساني: بدائع الصنائع، ج 9، ص 91.

519- ابن فرحون: تبصرة الحكام: ج 1، ص 21.

520- ابن رشد: بداية المجتهد، ج 2 ص 377.

521- القرافي: الذخيرة، ج 10 ص 16. - ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج 1 ص 20 - 21.

-ابن قدامة: المغني، ج 14، ص 14. - الشريبي: مغني المحتاج: ج 4، ص 502-503.

522-سورة النساء، الآية 58.

523-المجتهد هو أن يعرف من الكتاب والسنة ما يتعلق بالأحكام، خاصه وعامه، مجمله ومبينه، ناسخه ومنسوخه، ومتواتر السنة وغيره، والمتصل والمرسل، وحال الرواة قوة وضعفا، ولسان العرب لغة ونحوها، وأقوال العلماء من الصحابة فمن بعدهم، إجماعا واختلافا، والقياس أنواعه.

-الشريبي: مغني المحتاج، ج 4، ص 503.

الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله»⁽⁵²⁴⁾. فهذا نص واضح وصريح في أن القاضي لابد أن يكون مجتهدا.

كما أنهم قاسوا القضاء على الفتيا، فإن المفتي يشترط فيه الاجتهاد، والقضاء أولى بهذا الشرط من الإفتاء، ولأن الحكماء أكد من الفتيا، لأنه فتيا وإلزام، ثم المفتي لا يجوز أن يكون عاميا مقلدا، فالحكم أولى⁽⁵²⁵⁾.

وفي ذلك يقول القرافي: «أن يكون القاضي من أهل الاجتهاد والنظر، لأن بالعلم يعتصم من المخالفة لحدود الله»⁽⁵²⁶⁾.

وقال الماوردي في المقلد أن: «الذي عليه جمهور الفقهاء أن ولايته باطلة وأحكامه مردودة»⁽⁵²⁷⁾.

كما قال الشربيني: «لا يولى الجاهل بالأحكام الشرعية ولا المقلد»⁽⁵²⁸⁾، لأنه لا يصلح للفتوى، فللقضاء أولى»⁽⁵²⁹⁾.

في حين ذهب جمهور الحنفية وبعض المالكية إلى عدم اشتراط الاجتهاد في القاضي، بل جعلوا الاجتهاد شرط أولوية واستحباب⁽⁵³⁰⁾، مستدلين على ذلك بكون المقصود من القضاء

524- تخريج الحديث: حدثنا حفص بن عمر، عن شعبة، عن أبي عون، عن الحارث بن عمرو بن أخي المغيرة بن شعبة، عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ بن الجبل، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذًا إلى اليمن، قال: الحديث.

-أخرجه أبو داود في سننه: كتاب القضاء، باب اجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم 3592، ص 644.
- كما أخرجه الترمذي في الجامع الكبير بسند مختلف: حدثنا هناد، قال: حدثنا وكيع، عن شعبة، عن أبي عون الثقفي، عن الحارث بن عمرو، عن رجال من أصحاب معاذ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذًا إلى اليمن فقال: الحديث.
أخرجه الترمذي في الجامع الكبير: ج 3، ص 9-10، حديث رقم 1327، أبواب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي.

525- ابن قدامة: المغني، ج 14، ص 14-15.

526- القرافي: الذخيرة، ج 10، ص 16.

527- الماوردي: الأحكام السلطانية، م س، ص 90.

528- المقلد: هو من حفظ مذهب صاحبه لكنه غير عارف بغوامضه وقاصر عن تقرير أدلته.

-الشربيني: مغني المحتاج، ج 4، ص 503.

529- نفس المصدر، ص 502-503.

530- ابن رشد: المقدمات الممهدة، م س، ج 2، ص 259. - الكاساني: بدائع الصنائع، ج 9، ص 90

هو إيصال الحق إلى مستحقه، وأن هذا يحصل من القاضي المقلد، الذي يمكنه أن يقضي بعلم غيره، وبالرجوع إلى فتوى غيره من العلماء (531).

وعليه، يجوز عندهم أن يكون القاضي عامياً فيحكم بالتقليد، لأن الغرض منه فصل الخصائم، فإذا أمكنه ذلك بالتقليد جاز (532).

وقال بعض العلماء بجواز تقليد المقلد للقضاء عند الضرورة (533)، فعندما لا يكون هناك قاض مجتهد، يجوز أن يتولى المقلد، حتى لا تتعطل مصالح الناس، وتكثر الخصومات، فلا بد من تعيين أفضل المقلدين الذين يمكن أن يقضي بفتوى غيره من أهل العلم (534).

قال ابن شاس: لا تصح تولية مقلد في موضع يوجد فيه عالم، فإن تقلد فهو جائز متعدد (535).

وخلاصة لما سبق، فالفقهاء اشترطوا في من يتولى مهمة القضاء مجموعة من الشروط، غير أنهم اختلفوا في جُلِّها ووضعوا استثناءات لبعضها. والذي يظهر هو أنه يصعب أن تجتمع هذه الشروط في شخص واحد، وهذا ما دفع الإمام مالك إلى القول: لا أرى الخصال تجتمع اليوم في أحد، فإن اجتمع فيه خصلتان العلم والورع، رأيت أن يولى (536).

وقال ابن حبيب: «فإن لم يكن فالعقل والورع، فإنه بالعقل يسأل وبالورع يعف. وهذا قول مالك في أهل زمانه، فما ظنك بزماننا؟» (537)

وأضيف، فإذا قال مالك وابن حبيب ذلك في زمانهم، فما نقول نحن في زماننا هذا؟

531-الكاساني: بدائع الصنائع، ج 9، ص 90-91. ابن قدامة: المغني، ج 14، ص: 14.
532-ابن قدامة: المغني، ج 14، ص: 14.
533-ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 21.
534-أبو عبد الله محمد بن محمد بداع الرحمان المغربي المعروف بالخطاب: مواهب الجليل، ج 8، ص: 68. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416هـ/1995م.
535-ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج 1، ص: 22.
536-الخطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج 8، ص 63.
537-ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج 1، ص: 24.

أما شرط الاسلام الذي هو موضوع بحثنا فقد خصصت له مطلباً مستقلاً.

المطلب الثاني: توكلي القضاء من لغير المسلم

تميز هذا العصر بوجود هجرات كثيرة من المسلمين إلى الديار غير الإسلامية، لأسباب عديدة، وأصبح وجودهم في تلك الديار ظاهرة ملموسة لا تخفى، وهم يحاولون الالتزام بأحكام دينهم على قدر استطاعتهم، ولكن نظراً لعدم وجود ولاية إسلامية تقوم بتطبيق أحكام الشريعة، وتتولى العناية في الأمور التي تحتاج إلى ولاية، وليس من ولي، فقد اشتدت الحاجة إلى تبين الحكم الشرعي في أمثال هذه الأمور الحادثة، وكيف يتم العمل فيها، حتى تكون موافقة للشرع.

ومن هذه النوازل التي اشتدت إليها الحاجة وكثر السؤال عنها: مسألة التفريق بين زوجين مسلمين (أو أحدهما مسلماً في حال الزواج بالكتابية) من طرف القضاء الأجنبي غير المسلم.

إن موضوع التفريق بين الزوجين، وما يتعلق به من أحكام وتفصيلات، من الموضوعات المعروفة المطروقة في كتب الفقه، مع ما يوجد من اختلاف بين العلماء في بعض تفاريع هذه الأحكام، وقد بحثها الفقهاء - رحمهم الله - باعتبارها أحكاماً خاصة بالمسلمين في ديار الإسلام، واجتهدوا في الوصول إلى الحكم الراجح الذي يحكم به ولي الأمر أو القاضي - الذي ينوب عنه في الفصل في الخصومات بعامة أو في بعضها - وتضمنت بحوثهم كذلك الحكم على غير

المسلمين، كما بحثوا مسائل الصلح وما يجري فيه وشروطه، ومسائل التحكيم، باعتبار أن هذه من وسائل فصل الخصومات، وإن لم تكن من باب القضاء (538).

ولكنهم لم يعنوا ببحث أحكام الجاليات الإسلامية التي كثر وجودها في هذا الزمن في غير الديار الإسلامية، حيث لا يوجد إمام للمسلمين، وهؤلاء يحتاجون إلى من يرشدهم ويفتيهم، وإلى من يوثق لهم عقود نكاحهم وطلاقهم، ويصلي على موتاهم، ويطالب لهم ببعض حقوقهم، ويدافع عنهم بحسب ما تيسر في تلك البلاد، وقد يحتاج الأمر إلى فسخ نكاح قائم بين زوجين مسلمين، بناء على توافر دواعي هذا التفريق المعروفة عند أهل العلم، والتي يقوم بها القاضي في بلاد المسلمين. ولعل الأمر يقتضي طرح التساؤل التالي:

هل يحق للجهات القضائية في البلاد غير الإسلامية القيام بهذا العمل، الذي يحتاج مثله إلى ولاية شرعية تخول لصاحبها القيام به؟

للإجابة على هذا التساؤل، ينبغي معرفة الموقف الشرعي من تولية غير المسلم للقضاء (الفرع الأول)، وما إذا كانت هناك استثناءات أو ضرورة تستوجب ذلك، فهل من ضوابط للتحاكم إلى غير الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الموقف الشرعي من تولية غير المسلم للقضاء

لقد اتفق الفقهاء على أن غير المسلم لا يجوز له أن يتولى القضاء على المسلمين، لأن القضاء ولاية، ولأن غير المسلم ليس أهلاً لهذه الولاية، ولا ولاية للكافر على المسلم (539).

538- حمزة بن الحسين الفعر: حكم تولي المراكز والجمعيات الإسلامية عقود تزويج المسلمين وفسخ أنكحتهم. ص: 275. مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 15، سنة 1423هـ/2002.

539- ابن رشد: بداية المجتهد، ج 2، ص 460. - ابن حزم: المحلى، م س، ج 8، ص 363.

- النووي: روضة الطالبين، م س، ج 11، ص 96. - حاشية ابن عابدين: م س، ج 8، ص 24. - حاشية ابن عابدين: م س، ج 8، ص 24.

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ (540). ومعنى ذلك أن لا تجعلوا للكافرين على المؤمنين أي سبيل من السبل، والقضاء من أعظم السبل وأقواها، والقضاء نوع من أنواع الولاية العامة والهامة جدا، فلو ولى القضاء شخص غير مسلم، لكان لهذا القاضي نوع ولاية عليهم، وكان له سبيل عليهم، فلا يولى كافر على المسلمين (541).

قال القرطبي في معنى السبيل الواردة في الآية: «أي: حجة عقلية ولا شرعية يستظهرون بها إلا أبطلها الله ودحضت» (542).

كما أن تولية غير المسلم القضاء عزّة له على المسلمين ونفوذاً له عليهم، والله سبحانه يقول: ﴿ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين﴾ (543)، وليس في هذا تمييز لطائفة المسلمين، بدليل أن الفاسق منهم ممنوع من تولية القضاء مع أنه أحسن حالا من الكافر، إذ تجري عليه أحكام الإسلام (544).

ومما استدلوا به كذلك أن القضاء مبناه أداء الشهادة على المسلم، وقد منعها الله سبحانه وتعالى من الكافر على المسلم، والقضاء والشهادة ولاية، فإذا كان الكافر لا يملك أدنى الولايات على المسلم وهي أداء الشهادة، فلا يكون له أعلاها وهي القضاء (545).

قال الماوردي: «لا يجوز أن يقلد القضاء إلا من تكاملت فيه شروطه التي يصح معها تقليده وينفذ بها حكمه، وهي سبعة... الرابع: الإسلام، لكونه شرطا في جواز الشهادة» (546).

540- سورة النساء: الآية 140.

541- الشربيني: مغني المحتاج، م س، ج 4، ص 501.

542- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، م س، ج 7، ص: 188-189.

543- سورة المنافقون: الآية 8.

544- الماوردي: أدب القاضي، ج 1، ص: 632. مطبعة الإرشاد، بغداد، 1391هـ/1971م.

545- الكاساني: بدائع الصنائع، م س، ج 9، ص 86.

546- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 88-89.

وجاء في المجموع شرح المهذب: «ولا يجوز أن يكون القاضي كافرا، ولا فاسقا ولا عبدا، ولا صغيرا، لأنه إذا لم يجز أن يكون واحدا من هؤلاء شاهدا، فلن يجوز أن يكون قاضيا من باب أولى» (547).

كما استدل الفقهاء بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ (548)، وقوله سبحانه: ﴿لَا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (549)، وقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ أَلْتُرِيدُونَ أَنْ تَجْعَلُوا لِلَّهِ عَلَيْكُمْ سُلْطَانًا مُبِينًا﴾ (550).

هذه الآيات تدل على الأمر بعدم موالاة الكفار من دون المؤمنين (551)، فكيف نوليهم القضاء، حيث نهى الله عز وجل المؤمنين أن يتخذوا الكفار أعوانا، وأنصارا وظهورا، يُسندون إليهم أمورهم (552).

قال أبو بكر الجصاص: «واقترض الآية النهي عن الاستنصار بالكفار والاستعانة بهم والركون إليهم والثقة بهم، وهو يدل على أن الكافر لا يستحق الولاية على المسلم بوجه» (553).

ثم إن القاضي يطبق أحكام الشريعة الإسلامية، وهي دين، وتطبيق الدين يحتاج إلى الإيمان به من قبل من يطبقه، وخوف من الله يمنعه من الحيدة عن التطبيق السليم لأحكامه، ولا

547- النووي: المجموع شرح المهذب، م س، ج 22، ص 319.

548- سورة المائدة: الآية 53.

549- سورة آل عمران: الآية 28.

550- سورة النساء: الآية 143.

551- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 8، ص: 46-47.

552- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 5، ص: 272.

553- أبو بكر الجصاص: أحكام القرآن، ج 3، ص: 280. دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1412هـ/1992م. ويضيف أن الولي هو الذي يتولى صاحبه بما يجعل له من النصرة والمعونة على أمره، والمؤمن ولي الله بما يتولى من إخلاص طاعته، والله ولي المؤمنين بما يتولى من جزائهم على طاعته. نفس المصدر ونفس الصفحة.

يتأتى ذلك من غير المسلم الذي لا يؤمن بهذا الدين، بل ربما حمله كفره بالإسلام على تعمد مخالفة أحكامه أو العبث بها⁽⁵⁵⁴⁾.

قال ابن تيمية: «الولاية لها ركنان: القوة والأمانة، فالقوة في الحكم ترجع إلى العلم بالعدل وتنفيذ الحكم، والأمانة: ترجع إلى خشية الله عز وجل»⁽⁵⁵⁵⁾.

يتضح مما سبق أن اشتراط الإسلام في القاضي المولى لم يختلف فيه فقيهان من المسلمين⁽⁵⁵⁶⁾، فغير المسلم لا يصح تقليده القضاء على المسلمين، لأنه ممنوع من القيام على شؤون المسلمين، حيث إن النظر في أقضية المسلمين وتطبيق أحكام الإسلام عليهم - وهي دين - لا يؤديها حقها ويفهمها فهمها إلا مؤمن بها متبع لها، إضافة إلى أن الصفات الأخرى التابعة إنما يحوطها دين الشخص بالرعاية والحماية والحفظ. حتى إن الفقهاء اشترطوا أن يتولى المسلم القضاء ولو كان المتقاضيان غير مسلمين، لأن القانون العام الواجب التطبيق في الدولة الإسلامية هو القانون الإسلامي⁽⁵⁵⁷⁾.

554- عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، م س، ص: 26.
555- ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، ج 5، ص: 555. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1408هـ/1987م.
556- أقوال الفقهاء في اشتراط الإسلام في القاضي:
قال ابن رشد: القضاء خصال مشتركة في صحة الولاية، وهي أن يكون ذكرا حرا، مسلما، بالغا، عاقلا، فهذه ستة خصال لا يصح أن يولي القضاء إلا من اجتمعت فيه، فأولى من لم تجتمع فيه لم تنعقد له الولاية.
-المقدمات الممهدة: م س، ج 2، ص: 258.
قال ابن فرحون: قال القاضي عياض رحمه الله: وشروط القضاء التي لا يتم القضاء إلا بها، ولا تنعقد الولاية ولا يستدام عقدها إلا معها، عشرة: الإسلام، العقل، الذكورية، الحرية، البلوغ، العدالة، العلم، كونه واحدا، سلامة حاسة السمع والبصر من العمى والصمم، وسلامة اللسان من البكم، فالثمانية الأول هي المشترطة في صحة الولاية، والثلاثة الأخرى ليست بشرط في الصحة، ولكن عدمها يوجب العزل، فلا تصح من الكافر اتفاقا ولا من المجنون.
-تبصرة الحكام: م س، ج 1، ص: 21.
ورد في المغني أن ابا القاسم قال: ولا يولي قاضي حتى يكون بالغا عاقلا، مسلما، حرا، عدلا، عالما، فقيها، ورعا.
-ابن قدامة: المغني، م س، ج 14، ص: 12.
جاء في المجموع شرح المذهب: ولا يجوز أن يكون القاضي كافرا، ولا فاسقا، ولا عبدا ولا صغيرا.
- النووي: المجموع شرح المذهب، ج 22، ص: 319.
قال ابن عابدين: وحاصله أن شروط الشهادة من الإسلام والعقل والبلوغ... شروط لصحة توليته ولصحة حكمه بعدها.
رد المحتار على الدر المختار: م س، ج 8، ص: 23-24.
وجاء في الفتاوى الهندية: ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة، كذا في الهداية من الإسلام والتكليف والحرية..
-الفتاوى الهندية: م س، ج 3، ص: 295.
557- يقول ابن حزم: لا يحل أن يلي القضاء والحكم في شيء من أمور المسلمين وأهل الذمة إلا مسلم.
-المطلى: م س، ج 9، ص: 363.

قال الماوردي: «ولا يجوز أن يُقلد الكافر القضاء على المسلمين ولا على الكفار. وقال أبو حنيفة: يجوز تقليده للقضاء بين أهل دينه، وهذا وإن كان عُرف الولاية بتقليده جاريا فهو تقليد زعامة ورئاسة وليس بتقليد حكم وقضاء، وإنما يلزمهم حكمه لالتزامهم له، لا لزومه لهم، ولا يقبل الإمام قوله فيما حكم به بينهم، وإذا امتنعوا من تحاكمهم إليه لم يُجبروا عليه، وكان حكم الإسلام عليهم أنفذ» (558).

إلا أن هذا الفقه السائد قديما، إنما هو فقه يعبر عن واقع كان قائما آنذاك، حيث الدولة الإسلامية التي تحتكم إلى شريعة ربها، وتعتني بالأقليات الساكنة في ذمتها وتحت رعايتها، ولم يتعرض الفقهاء إلى وجود أقليات مسلمة تعيش في دول ذات نظام غير إسلامي على العكس من واقعهم، فلا نكاد نجد من رتب لهم أحكامهم سوى مما ذكر من أحكام تغلب الكفار على المسلمين في ديارهم وتعيين ولاية أو قضاة عليهم من المسلمين أو من غير المسلمين.

هذا الأمر يقتضي طرح التساؤلات الآتية: هل يمكن تغيير الشروط التي اشترطها الفقهاء فيمن يتولى مهمة القضاء؟ وهل لهذه الشروط - وأخص بالذكر شرط الإسلام - من استثناءات على الأقل؟ وذلك انطلاقا من مبدأ الضرورات تبيح المحظورات، واعتمادا على قاعدة المشقة تجلب التيسير. وبمعنى أوضح: هل يجوز للمسلمين الاحتكام إلى قاض غير مسلم في بلد غير إسلامي؟

يبدو أن الشروط التي اشترطها الفقهاء فيمن يتولى مهمة القضاء، إنما هي شروط اجتهادية، قد تتغير وتتبدل من زمان لآخر، بحسب الأحوال والأزمات التي جرت بها الفتيا، وأنه

ويقول الشربيني: لا يولي كافر على مسلمين.. ولا على كفار، لأن القصد به فصل الأحكام، والكافر جاهل بها. -مغني المحتاج: م س، ج 4، ص: 501.

558-الماوردي: الأحكام السلطانية، م س، ص: 89.
وقال الشرواني: وشرط القاضي من تصح توليته للقضاء أن يكون مسلما، لأن الكافر ليس أهلا للولاية، ونصبه على مثله مجرد رئاسة لا تقليد حكم وقضاء، ومن تم لا يلزمون بالتحاكم عنده، ولا يلزمهم حكمه إلا إن رضوا به.
- عبد الحميد الشرواني: حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج: ج 10، ص: 106. المكتبة التجارية الكبرى، مصر، سنة 1357هـ/1938م.

لا يوجد هناك نصوص واضحة جلية قاطعة تفيد اشتراط شرط بعينه لتولية القضاء. وقد أورد عدد من الفقهاء، ومن شيوخ المذاهب الفقهية ما يشير إلى ذلك، بل نصوا على تعذر تطبيق ما أوردته من كان قبلهم من شروط، واكتفى بعضهم بالعلم والعدالة، وقال آخر يولى الأمثل فالأمثل، وكل ذلك خوفا من تعطل هذا المرفق الهام في حياة الناس، بداعي عدم وجود من يصلح له.

ولهذا قال الإمام مالك رضي الله عنه: لا أرى خصال القضاة اليوم تجتمع في واحد، فإن اجتمع فيه منها خصلتان العلم والورع رأيت أن يولى (559).

وقال ابن تيمية رحمه الله: وهذه الشروط تعتبر حسب الإمكان، ويجب تولية الأمثل فالأمثل، وعلى هذا يدل كلام الإمام أحمد (560) - رحمه الله - وغيره، فيولى لعدمه أنفع الفاسقين، وأقلهما شرا، وأعدل المقلدين، وأعرفهما بالتقليد، وإن كان أحدهما أعلم والآخر أروع: قُدم فيما قد يظهر حكمه ويخاف الهوى فيه، الأروع، وفيما ندر حكمه ويخاف فيه الاشتباه، إلا أعلم (561).

وقال البهوتي: وهو كما قال، وإلا تعطلت الأحكام واختل النظام (562).

أما بالنسبة لشرط الإسلام، فالفقهاء ولو أنهم اتفقوا على القول باشتراطه في القاضي، إلا أنه لم يخل من الاستثناء. ولو أننا عدنا إلى ما ذكره أهل العلم من قياس القاضي على الشاهد في

559- ابن فرحون: تبصرة الحكام، م س، ج 1، ص: 24.
وأضاف ابن حبيب: فإن لم يكن فالعقل والورع، فإنه بالعقل يسأل وبالورع يعف، وهذا قول مالك في أهل زمانه، فما ظنك بزماننا؟ يتساءل ابن حبيب:
- نفس المصدر ونفس الصفحة.
وبدوري أتساءل كما تتساءل ابن حبيب فأقول: وهذا قول ابن حبيب في أهل زمانه، فما ظنك بأهل زماننا؟
560- قال أحمد: لا بد للناس من حاكم لئلا تذهب حقوق الناس.
-البهوتي: كشف القناع، م س، ص: 3185.
561- ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، م س، ج 5، ص: 556.
562-البهوتي: كشف القناع، ص: 3195.

الشروط⁽⁵⁶³⁾، ومن قولهم: بجواز تحميل غير المسلم الشهادة في حال الضرورة، لما ورد في تفسير آية الوصية في السفر⁽⁵⁶⁴⁾، لتأتى القول: بجواز تولية غير المسلم القضاء في حال الاضطرار⁽⁵⁶⁵⁾.

وقد أشار كثير من الفقهاء - عند ذكر قاضي الضرورة - إلى تصحيح أحكام القضاة غير المسلمين، إذا كانت لهم دولة على ديار الإسلام.

فقد سئل المازري المالكي عن أحكام تأتي من صقلية من عند قاضيها... هل يقبل ذلك أم لا؟ مع أنها ضرورة ولا تدرى إقامتهم هناك تحت أهل الكفر هل هي اضطرار أم اختيار؟ فأجاب: وإن كان باطلا تولية الكافر لهذا القاضي، إلا أن الضرورة تحتم إقامته لهم، لذلك فهذا لا يقدح في تنفيذ أحكامه كما لو ولاءه سلطان مسلم⁽⁵⁶⁶⁾.

يقول العز بن عبد السلام: «ولو استولى الكفار على إقليم عظيم فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة، فالذي يظهر إنفاذ ذلك كله جلبا للمصالح العامة ودفعاً للمفاسد

563-ومناط أهلية الحكم عند الفقهاء هو أهلية الشهادة، فمن صلح شاهدا صح أن يكون قاضيا. قال الماوردي: لا يجوز أن يقلد القضاء، إلا من تكاملت فيه شروطه التي يصح معها تقليده وينفذ بها حكمه: وهي... الإسلام، لكونه شرطاً في جواز الشهادة.

- الأحكام السلطانية، ص: 88-89.
وجاء في تبيين الحقائق للزيلعي: الكافر لا يصلح قاضيا لانعدام أهلية الشهادة.
-الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 4، ص: 193. المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الأولى، 1314هـ.
وقال ابن عابدين: وحاصله أن شروط الشهادة... شروط لصحة تولية القضاء.
رد المحتار على الدر المختار، ج 8، ص: 23.
جاء في الفتاوى الهندية: ولا تصح ولاية القاضي حتى تجتمع في المولى شرائط الشهادة...
-الفتاوى الهندية: ج 3، ص: 295.

564-قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتَ حِينَ الْوَصِيَّةِ إِنَّنَا نَحْنُ عَدْلٌ مِنْكُمْ أَوْ آخَرُونَ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ﴾، سورة المائدة، الآية 108.

565-قال شريح القاضي: عن إبراهيم، قال: كتب هشام بن هبيرة إلى شريح يسأله عن شهادة المشركين على المسلمين؟ فكتب إليه: أن لا تجوز شهادة المشركين على المسلمين إلا في وصية، ولا تجوز في وصية إلا أن يكون مسافرا.
وقال أيضا: لا تجوز شهادة اليهودي ولا النصراني إلا في السفر، ولا تجوز في السفر إلا في الوصية.
- أبو جعفر الطحاوي: شرح مشكل الآثار: ج 11، ص: 463-464. مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1415هـ/1994م.
قال أحمد بن حنبل: شهادة أهل الذمة جائزة على المسلمين في السفر عند عدم المسلمين.
- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 8، ص: 260.

566- الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، ج 10، ص: 107-108-109. نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، سنة 1401هـ/1981م.

الشاملة، إذ يبعد عن رحمة الشرع ورعايته لمصالح عباده، تعطيل المصالح وتحمل المفاصد الشاملة لفوات الكمال فيمن يتعاطى توليتها لمن هو أهل لها» (567).

وقال ابن حجر الهيتمي: «ورجح البلقيني نفوذ تولية امرأة وأعمى فيما يضبطه، وقن وكافر، والأوجه ما قاله. ويقول الداغستاني معلقا على هذا القول: ويفيد كلام ابن حجر أن القضاء ينفذ عن المرأة والكافر إذا وليا بالشوكة» (568).

وقال أيضا: «وشرط القاضي أن يكون مسلما، لأن الكافر ليس أهلا للولاية، ونصبه على مثله مجرد رئاسة لا تقليد حكم وقضاء، ومن تم لا يلزمون بالتحاكم عنده ولا يلزمهم حكمه، إلا إن رضوا به» (569).

وفيد قوله هذا، أن المتخاصمين إذا رضوا بحكم، يلزمهم حكمه وإن كان كافرا (570).
ويظهر من أقوال هؤلاء الأعلام، أنه يجوز للمسلمين الذين يعيشون في بلاد الكفار، أو في بلاد المسلمين التي استولى عليها الكفار، أن ينقلوا القضايا التي يتنازعون فيها إلى القاضي غير المسلم للضرورة، لكي يدافعوا عن حقوقهم ويعيشوا بأمن وسلام.

فالمسلم الذي يتعامل مع غير المسلمين فيبلدهم، يضطر أن يتحاكم إلى محاكمهم لكي يدافع عن حقوقه، وأن لا يكون عرضة للظلم والعدوان. وربما يكون هناك حكام لا يألون جهدا في الدفاع عن الحق والعدالة، والحفاظ على المساواة والعدل بين الناس سواء كانوا مواطنين أو غير مواطنين لهم.

567-العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 1، ص: 85-86. مكتبة الكليات الأزهرية، 1994/1414
568- الشرواني: حواشي تحفة المحتاج، مرجع سابق، ج 10، ص: 114
569- نفس المصدر: ج 10، ص: 106.
وكان قد أشار إلى ذلك الشيخ زكرياء الأنصاري بقوله: ومن نصب من الكفار فهو رئاسة لا تقليد حكم، وإنما يلزمهم حكمه بالتزامهم لا بإلزامه.
-أسنى المطالب: ج 4، ص: 279. تاريخ النشر 1313هـ، دون ذكر باقي البيانات.
570- خليل عبد الكريم كوننج: القضاء في الإسلام ورفع القضايا إلى القوانين الوضعية: مقال ورد ضمن مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة العشرون للمجمع المنعقدة في مكة المكرمة: أيام 25 إلى 29 دجنبر 2010، ص: 16.

وتجدر الإشارة إلى أن القصد من تطبيق الأحكام الشرعية هو إقامة وتحقيق العدل بين الناس، وإعطاء كل ذي حق حقه، والعدل والظلم لا يخضعان دائماً لقوة الدين وسلطانه⁽⁵⁷¹⁾، فكم من دولة كافرة تنشر العدل بين رعاياها وتنصف المظلوم من الظالم، دون اعتبار لدين ولا لون، ولا جنس⁽⁵⁷²⁾، فينفعها ذلك في استتباب الأمن فيها وبقائها.

وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية: إن أمور الناس تستقيم في الدنيا مع العدل الذي فيه الاشتراك في أنواع الإثم، أكثر مما تستقيم مع الظلم في الحقوق وإن لم تشترك في إثم، ولهذا قيل: إن الله يقيم الدولة العادلة وإن كانت كافرة، ولا يقيم الظالمة وإن كانت مسلمة. ويقال: الدنيا تدوم مع العدل والكفر ولا تدوم مع الظلم والإسلام.

ويضيف: إن العدل نظام كل شيء، فإذا أقيم أمر الدنيا بعدل قامت وإن لم يكن لصاحبها في الآخرة من خلاق، ومتى لم تقم بعدل، لم تقم وإن كان لصاحبها من الإيمان ما يجزى به في الآخرة⁽⁵⁷³⁾.

وقد بين التاريخ أن الصحابة الكرام الذين اضطهدوا في مكة المكرمة، واشتد عليهم البلاء، قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن بأرض الحبشة ملكاً لا يظلم أحد عنده، فالحقوا ببلادهم حتى يجعل الله لكم فرجاً ومخرجاً مما أنتم فيه»⁽⁵⁷⁴⁾.

571- عبد الله محمد عبد الله: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 9، ج 4، ص: 146. الدورة التاسعة للمؤتمر، سنة 1417هـ/1996م.

572- محمد الكدي العمراني: فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، م س، ج 2، ص: 228.

573- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، م س، ج 28، ص: 146. وأضاف في موضع آخر: إن الناس لم يتنازعوا في أن عاقبة الظلم وخيمة وعاقبة العدل كريمة، ولهذا يروى: «الله ينصر الدولة العادلة وإن كانت كافرة ولا ينصر الدولة الظالمة وإن كانت مؤمنة». -ابن تيمية: الحسبة في الإسلام، ص: 7. دار الكتب العلمية، دون ذكر تاريخ الطبع.

574- تخريج الحديث: أخبرنا أبو عبد الحافظ، ثنا أبو العباس محمد بن يعقوب، ثنا أحمد بن عبد الجبار، عن أم سلمة رضي الله عنها زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت: لما ضاقت علينا مكة وأوذى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفتنوا ورأوا ما يصيبهم من البلاء والفتنة في دينهم، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يستطيع دفع ذلك عنهم، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم في منعة من قومه، وعمه لا يصل إليه شيء مما يكره ما ينال أصحابه، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن بأرض الحبشة ملكاً لا يظلم أحد عنده فالحقوا ببلادهم حتى يجعل الله لكم فرجاً ومخرجاً مما أنتم فيه»، فخرجنا إليها أرسالا حتى اجتمعنا ونزلنا بخير دار إلى خير جار أمنا على ديننا ولم نخش منه ظلماً.

-البيهقي: السنن الكبرى، كتاب السير، باب الإذن بالهجرة رقم الحديث 17734، ج 9، ص: 16.

ومفاد قوله عليه الصلاة والسلام: لا يظلم أحد عنده، أنه لو تعرض لهم أحد من رعاياه أو غيرهم ورفعوا أمره إليه، لرفع عنهم الظلم⁽⁵⁷⁵⁾.

وهذا ما حدث بالضبط، لأن قريشا أرسلت وفدا منها إلى الحبشة في طلب رد المهاجرين الفارين إلى بلادهم التي فروا منها، وبعد سماع النجاشي ادعاء رُسل قريش ورد جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه، اتضح له أن المسلمين مظلومون، فأصدر حكمه قائلاً للمسلمين: «أذهبوا فأنتم شيوع بأرضي والشيوع الآمنون - من سبكم غرم، ثم قال من سبكم غرم، ثم قال: من سبكم غرم، ما أحب أن لي ديرا من ذهب وإني آذيت رجلا منكم»⁽⁵⁷⁶⁾.

فقول الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك على النجاشي ملك الحبشة، وهو غير مسلم ولكنه عادل، دليل على جواز التحاكم للحاكم الكافر إذا ظن فيه العدل وعدم الظلم عند الاضطرار إلى ذلك، لعدم وجود حاكم شرعي، ودليل ذلك مثل الصحابة ومرافعة جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه أمام ملك الحبشة.

والشاهد من هذه الرواية أن الصحابي جعفر بن أبي طالب ترفع أمام ملك الحبشة النجاشي، ولم يكن قد أسلم الملك في ذلك الوقت، ولم يقل أنا لا أترافع أمام ملك غير مسلم سوف يحكم علي بحكمه، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد وصفه بالعدل.

ومن الأدلة كذلك على جواز التحاكم إلى الحاكم غير المسلم، طالما أنه يحقق العدل، ويرفع الظلم عن المظلوم، نجد حلف الفضول الذي عقده سادة قريش قبل الإسلام، وأثنى عليه الرسول صلى الله عليه وسلم بعد الإسلام. قال ابن هشام: وأما حلف الفضول فحدثني زياد بن عبد الله البكائي، عن محمد بن إسحاق، قال: تداعت قبائل من قريش إلى حلف،

575- عبد الله محمد عبد الله: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، م س، ص: 147.
576- القصة كلها في الروض الأنف في تفسير السيرة النبوية لابن هشام لصاحبه عبد الرحمن الخثعمي السهيلي. ج 2 ص 108 وما بعدها، دار الكتب العلمية، بيروت، دون ذكر تاريخ الطبع.
وتعليقا على هذه القصة، يمكن القول أنها قضية كأقوى ما تكون عليه قضية في عصرنا، ومرافعة لم يشهد التاريخ لها مثيلا، ودفاع لم يأت بمثله غير جعفر بن أبي طالب ثم كان الحكم العدل.

فاجتمعوا له في دار عبد الله بن جُدعان بن عمرو، بن كعب، بن سعد، بن تيم، بن مرة، بن كعب، بن لؤي، لشرفه وسنّه، فكان حلفهم عنده: بنو هاشم وبنو المطلب، وأسد بن عبد العزّي، وزهرة بن كلاب، وتيم بن مرة، فتعاقدوا وتعاهدوا على أن لا يجدوا بمكة مظلوما من أهلها وغيرهم ممن دخلها من سائر الناس إلا قاموا معه، وكانوا على من ظلمه حتى تُرد عليه مظلّمته، فسمت قريش ذلك الحلف: حلف الفضول. قال ابن إسحاق: فحدثني محمد بن زايد بن المهاجر بن قنفذ التيمي، أنه سمع طلحة بن عبد الله بن عوف الزهري يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلفا، ما أحب أن لي به حُمر النعم، ولو أدعى به في الإسلام لأجبت» (577).

والشاهد من ذلك أن حلف الفضول أسسه سادة قريش وكبار مشركيها لنصرة المظلوم وأخذ حقه من الظالم، وأن أي إنسان كان في وسعه أن يلجأ إلى هذا الحلف الذي هو أقرب إلى محكّمة بالمعنى المتعارف عليه حديثا... حيث تُسمع دعوى المدعي ويتم استدعاء المدعى عليه، ثم بعد الاستماع إلى حجة الطرفين يحكمون بنصرة المظلوم وأخذ حقه.

وقد مدح رسول الله صلى الله عليه وسلم صنيع هؤلاء المشركين في حلفهم، وما أحبّ أن ينكثه ولو أعطي حمر النعم، لأن صنيع هؤلاء ولو مشركين في تحالفهم، ونصرتهم للمظلوم، لا يتعارض مع مقاصد الشريعة الإسلامية في نطاق المظلوم ورفع الضرر عنه.

ومن الأدلة كذلك ما افترضه محمد بن الحسن الشيباني من صور لمسلم يدخل دار الحرب فيتعرض للغصب من مسلم أو غيره، فيرفع الأمر إلى سلطان تلك البلاد الكافرة، فيقضي بينهما فيترتب على حكمه كما لو قضى به حاكم مسلم في دار الإسلام (578). يقول محمد بن حسن الشيباني: «ولو استودع مسلم مسلما شيئا وأذن له إن غاب أن يخرج معه، فارتد المودع

577-سيرة ابن هشام: ج 1، ص: 153-154-155. دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة، 1410هـ/1990م.
578-عبد الله محمد عبد الله: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، م س، ص: 149.

ولحق بدار الحرب، فلحقه صاحبه، وطلب منه فمنعه، واختصما فيه إلى سلطان تلك البلاد». (579)

وقال أيضا في صورة أخرى: ولو أن رجلين أسلما في دار الحرب، ثم غضب أحدهما صاحبه شيئا وجحده، فاختصما إلى سلطان تلك البلاد، فسلمه للغاصب لكونه في يده ثم أسلم أهل الدار والرجلان مسلمان على حالهما، فالمغصوب مردود على المغصوب منه.

قال في الشرح: لأن رد العين مستحق على الغاصب بحكم اعتقاده، فإسلام أهل الدار لا يزيده إلا وكادة وبقوة سلطان أهل الحرب (580).

والظاهر من هذه المسائل، أن المسلم لما لم يُمنع من رفع خصومته إلى السلطان الكافر في بلاد الكفر، دلّ على جواز ذلك (581).

وقريب من ذلك، صورة ذكرها الخرشي، مفادها أنه لو تغلب الكفار على المسلمين واضطر ولي أمر المسلمين إلى مهادنتهم على شروط فيها حط من شأن المسلمين، كبقاء أسرى المسلمين بأيديهم، أو سكناهم في قرية للمسلمين أو فصلهم في خصومة بين كافر ومسلم أو دفع مال إليهم، فيجوز إذا كان في كل ما تقدم تحقيق مصلحة (582).

579- محمد بن الحسن الشيباني: شرح السير الكبير، ج 4، ص: 168. دار الكتب العلمية، دون ذكر تاريخ الطبع .

580- نفس المصدر، ج 4، ص: 169.

581- عبد الله محمد عبد الله: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، م س، ص 150.

وأضاف في نفس الموضوع: وعندي أن المسألة لها وجه آخر، وهي تدخل في باب الاستعانة بالكافر على تحصيل الحق ورفع الظلم.

582- جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل: للإمام المهادنة لمصلحة إن خلال عقدها عن شرط فاسد، وإلا لم يجز كشرط بقاء مسلم أسير بأيديهم أو بقاء قرية للمسلمين خالية منهم، وأن يحكموا بين مسلم وكافر، أو أن يأخذوا منا مالا، إلا لخوف منهم فيجوز كل ما منع.

-شرح الخرشي على مختصر خليل: ج 2، ص: 479. مطبعة محمد أفندي مصطفى، الطبعة الأولى، 1307هـ.

وخلاصة لما سبق، إذا كان الفقهاء قد اتفقوا على عدم جواز تولية غير المسلم للفصل في منازعات المسلمين مع بعضهم البعض، أو في منازعاتهم مع غيرهم، لكن إذا أُلجأت الضرورة المسلم إلى الترافع لقاضي غير مسلم، فإن قضاء هذا القاضي يُنفذ حتى لا تتعطل مصالح الناس. وعليه، فالمسلم لا يمنع من رفع خصومته إلى السلطان الكافر في بلاد الكفر، بدليل ما وقع للمسلمين الأوائل عند الهجرة إلى الحبشة، بعدما أثنى الرسول صلى الله عليه وسلم على النجاشي - وهو لا يزال على دين النصرانية - بأنه ملك لا يُظلم بأرضه أحد، ولما أثر عن غير واحد من السلف بأن العدل لا يتأتى من المسلم فقط، بل يتأتى من غير المسلم ولا شك.

كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم بارك أي عمل يحفظ للإنسانية كرامتها ويصون أمنها وسلامتها من غير نظر إلى من قام به، ولهذا أبدى رضاه عن الأحلاف التي تعاقدها العرب في جاهليتهم قبل الإسلام، لأن فيها خيراً لبني البشر، قال صلى الله عليه وسلم: «لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلفاً، ما أحب أن لي به حُمُر النعم، ولو أدعى به في الإسلام لأجبت» (583).

وقوله أيضاً: «ما كان من حلف في الجاهلية، فإن الإسلام لم يزد إلا شدة» (584).

583-سبق تخريجه: الروض الأنف، ج 1، ص: 244.

584-نفس المصدر: ج 1، ص: 248.

- تخريج الحديث: تخريج الحديث: حدثنا عبد الله، حدثني أبي، حدثنا حجاج، أخبرنا شريك عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال: «كل حلف كان في الجاهلية لم يزد الإسلام إلا شدة أو حدة».

- مسند أحمد: مسند عبد الله بن العباس، حديث رقم 2965، ج 2، ص: 306. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، سنة 1429هـ/2008م

وأخرجه أبي داود في سننه: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، نامحمد بن بشر وابن نمير وأبو أسامة، عن زكرياء عن سعد بن إبراهيم، عن أبيه، عن جبير بن مطعم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا حلف في الإسلام، وأيما حلف كان في الجاهلية، لم يزد الإسلام إلا شدة».

- سنن أبي داود: كتاب الفرائض، باب في الحلف حديث رقم 2925، ص: 520.

ومن ذلك كله، يظهر أن شرط الإسلام في تنصيب القاضي وإن كان لازماً في مجتمعاتنا الإسلامية، إلا أنه غير لازم في سائر المجتمعات بحسب أحوالها. كما أن تحقيق العدالة لا يتوقف على وجوده.

وعليه، وجواباً على الإشكالية المطروحة، يمكن القول أنه يجوز استثناء للمسلم أن يرفع خصومته إلى المحاكم غير الإسلامية إذا اضطر إلى ذلك (585).

لكن هذا التحاكم إلى المحاكم غير الإسلامية هل هو مطلق أم له ضوابط تقيده؟ الجواب على هذا التساؤل هو مضمون الفرع الثاني.

الفرع الثاني: ضوابط التحاكم إلى المحاكم غير الإسلامية

لا اختلاف بين الفقهاء على أنه لا يجوز الاحتكام إلى غير المسلم في شؤون أهل الإسلام، فكل مسلم مأمور بالاحتكام إلى الشرع المطهر في كل زمان ومكان، وفي داخل ديار الإسلام وخارجها، لا يُعفى من هذا أحد، ولا يسقط التكليف به عن أحد.

لكن، وبالنظر لأوضاع المسلمين في ديار غير المسلمين - حيث لا يُسمح لهم بإنشاء محاكم إسلامية يتحاكمون أمامها، وتخضع منازعاتهم بالكلية لقوانين قضاة البلد الذي يقيمون فيه - تجعل حالتهم مندرجة ضمن الضرورات التي لها أحكامها، والتي تتخذ من المصالح معياراً للحكم. والإمكان والاستطاعة أساساً للتكليف، لقوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا

585- ومما يركي جواز التحاكم إلى المحاكم غير الإسلامية قرار صادر عن المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بشأن الرواية التي كتبها المدعو سلمان رشدي:

«يعلن المجلس أنه يجب ملاحقة هذا الشخص بدعوى قضائية جزائية، تقدم عليه وعلى دار النشر التي نشرت له هذه الرواية في المحاكم المختصة في بريطانيا، وأن تتولى رفع هذه الدعوى عليه منظمة المؤتمر الإسلامي التي تمثل الدول الرواية، في المحاكم المختصة في بريطانيا، وأن تتولى رفع هذه الدعوى منظمة المؤتمر الإسلامي التي تمثل الدول الإسلامية، وأن تُؤكل في هذه الدعوى أقوى المحامين المتمرسين في القضايا الجنائية، أمام محاكم الجزاء البريطانية».

-مجلة مجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد 4، ص: 488.

واضح من القرار تجويزهما للتحاكم إلى المحاكم البريطانية في تلك النازلة.

استطعتم ﴿586﴾ وحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: كنا إذا بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة يقول لنا: «فيما استطعتم» ﴿587﴾.

وعليه، فالتحاكم إلى المحاكم الأجنبية في هذه الحالة لاستخلاص حق أو دفع مظلمة رخصة، لا تثريب على من يلجأ إليها عندما يكون السبيل الوحيد لتحقيق الحق ﴿588﴾. غير أن هذا اللجوء وهذه الرخصة مقيدة بمقيدات حاكمة وقواعد ضابطة، منها:

1- تعذر استخلاص الحق أو الوصول إليه إلا بهذه الطريقة فحسب.

2- كراهية القلب الاحتكام إلى غير القضاء الشرعي.

3- الاقتصار على المطالبة بالحق فحسب، وأخذه عند الحكم به من غير زيادة.

القيد الأول: تعذر استخلاص الحق أو الوصول إليه إلا باللجوء إلى المحاكم غير الإسلامية.

يجوز للمسلم الاحتكام إلى سلطة البلد غير المسلمة، لرفع الظلم عن نفسه، واسترداد الحق المسلوب منه، ما لم يجد المظلوم جهة يحتمي بها غير تلك السلطة، لأنه في حكم الضرورة، والضرورات تبيح المحظورات كما هو مقرر في قواعد الفقه الإسلامية ﴿589﴾.

وهذه القاعدة المتفق عليها مأخوذة من نصوص قرآنية منها قوله تعالى: ﴿وقد فصل لكم

ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾ ﴿590﴾، ومنها قوله تعالى في نفس السورة بعد ذكر

586- سورة التغابن: الآية 16.

587- تخريج الحديث: حدثنا عبد الله بن يوسف، أخبرنا مالك عن عبد الله بن دينار، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: كنا إذا بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة، يقول لنا: فيما استطعتم.

-أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الأحكام، باب كيف يبايع الإمام الناس، حديث رقم 7202، ص 1780.

-كما أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب البيعة على السمع والطاعة فيما استطاع، حديث 1867 ص 904.

588- محمد يسري إبراهيم: فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلاً وتطبيقاً، ص: 1053. دار اليسر، الطبعة الأولى، سنة 1434هـ/2013م.

589- محمد الكدي العمراني: فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، م س، ج 2 ص 234.

590- سورة الأنعام: الآية 120.

محرمات الأطعمة: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم﴾ (591).

قال الجصاص: ذكر الله تعالى الضرورة في هذه الآيات، وأطلق الإباحة في بعضها بوجود الضرورة من غير شرط ولا صفة، وهو قوله تعالى: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾، فاقضى ذلك وجود الإباحة بوجود الضرورة في كل حال وجدت الضرورة فيها⁽⁵⁹²⁾. والمعنى الذي ذكره الجصاص هو وجود الإباحة حيثما وجدت الضرورة⁽⁵⁹³⁾.

كما يمكن الاستناد في هذه الرخصة إلى قاعدة التيسير ورفع الحرج: «المشقة تجلب التيسير». قال أبو إسحاق الشاطبي: «فإن الشارع لم يقصد إلى التكليف بالشاق والإعنات فيه، والدليل على ذلك أمور، أحدها: قوله تعالى: ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾⁽⁵⁹⁴⁾، وقوله عز وجل: ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾⁽⁵⁹⁵⁾، وقوله أيضا: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾⁽⁵⁹⁶⁾، وقوله سبحانه: ﴿يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا﴾⁽⁵⁹⁷⁾ إلى أشباه ذلك مما في هذا المعنى. ولو كان قاصدا للمشقة لما كان مريدا لليسر ولا للتخفيف، ولكان مريدا للحرج والعسر، وذلك باطل. وثانيها: ما ثبت أيضا من مشروعية الرخص، وهو أمر مقطوع به، ومما علم من دين الأمة ضرورة، كرخص القصر، والفطر، والجمع، وتناول المحرمات في الاضطرار. فإن هذا نمط يدل قطعا على مطلق رفع الحرج والمشقة. وكذلك ما جاء من النهي عن التعمق والتكلف والتسبب في الانقطاع عن دوام الأعمال،

591-سورة البقرة: الآية 172.

592-الجصاص: أحكام القرآن، م س، ج 1، ص: 156.

593- يجب أن لا نغفل القاعدة الأخرى الضابطة والمكملة لقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» وهي أن ما أُبيح للضرورة يقدر بقدرها.

594-سورة البقرة: الآية: 285.

595- سورة البقرة: الآية 184.

596- سورة الحج: الآية 76.

597- سورة النساء: الآية: 28.

ولو كان الشارع قاصداً للمشقة في التكليف لما كان ثم ترخيص ولا تخفيف» (598). ومثله قال الشوكاني: «وليس المصير إلى الأشد بمتعين، بل ملاحظة التخفيف من مقاصد الشريعة المألوفة» (599).

وبناء عليه، فالاحتكام إلى محاكم غير إسلامية غير جائز ما لم يحدث ضرر أو حرج، وإلا يصبح الاحتكام جائزاً مع الحرج والضرر لقوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾، حيث يدل على أن كل حكم يلزم منه الحرج فليس بمجعول، بإطلاق عدم جواز الاحتكام إلى محاكم غير إسلامية بالنسبة لحالة الحرج يقيد بالآية، بل الآية حاکمة على أدلة عدم الجواز، فتضييق دائرتها (600).

وإلى هذا الرأي ذهب الدكتور إسماعيل إبراهيم البدوي لما قال: «فإذا ألجأت الضرورة المسلم إلى الترافع أمام قاض غير مسلم، فإن قضاء هذا البلد ينفذ حتى لا تتعطل مصالح الناس» (601).

والواقع أن أغلب المسلمين الموجودين في ديار الهجرة، لا يميزون بين الاحتكام لشرع الله، والاحتكام للقوانين الوضعية، لانعدام المحاكم التي تحكم بالشرع الإسلامي، فهم مضطرون للجوء إليها، للمطالبة بحقوقهم، أو دفع الحيف عنهم (602).

598- الشاطبي: الموافقات، ج 2، ص: 93. دار الكتب العلمية، بيروت، دون ذكر تاريخ الطبع.
599- الشوكاني: نيل الأوطار، ج 1، ص: 213. دار ابن القيم بالرياض/ دار ابن عفان بالقاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1426هـ/2005م.
600- محمد علي التسخيري: التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، م س، عدد 9، ج 4، ص: 250.
601- إسماعيل إبراهيم البدوي: نظام القضاء الإسلامي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1998م، ص: 176.
602- محمد الكدي العمراني: فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، م س، ج 2، ص: 224.

— القيد الثاني: كراهية القلب الاحتكام إلى غير القضاء الإسلامي.

إذا رغب المسلم الاحتكام لشرع الله، وكره الوقوع في ما يخالف الشرع الإسلامي، ولم يجد من يحمل معه نفس الرغبة، ولا من له نفس الهم، ولم يستطع الخروج من ذلك المجتمع، كما لم يستطع مجابهة هذا المنكر الشائع في المجتمع كله، فإنه يدخل ضمن الذي قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم: «...فمن كره فقد برئ»⁽⁶⁰³⁾.

قال الإمام النووي أثناء شرحه لهذا الحديث: «وفيه دليل على أن من عجز عن إزالة المنكر لا يَأْتُم بمجرد السكوت بل إنما يَأْتُم بالرضا به، أو بأن لا يكرهه بقلبه أو بالمتابعة عليه»⁽⁶⁰⁴⁾.

ويقصد من هذا الحديث أمن استطاع الإنكار وأنكر فقد سلم، ومن لم يستطع وكره ما فُرض عليه بالقوة فقد برئ⁽⁶⁰⁵⁾. ويصدق عليه كذلك قوله تعالى: ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مغمَّن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم﴾⁽⁶⁰⁶⁾.

والاحتكام المذكور والرضا به ليس متفقا على جوازه، وإنما له صور كثيرة يتردد حكمها بين الكفر والفسق وبين الجواز للضرورة⁽⁶⁰⁷⁾.

603-تخريج الحديث: حدثني أبو غسان المسمعي ومحمد بن بشار، جميعا عن معاذ (واللفظ لأبي غسان)، حدثنا معاذ (وهو ابن هشام الدستوائي)، حدثني أبي عن قتادة، حدثنا الحسن عن ضبة بن محصن العنزلي، عن أم سلمى زوج النبي صلى الله عليه وسلم: عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: « إنه يُستعمل عليكم أمراء. فتعرفون وتتكرون، فمن كره فقد برئ، ومن أنكر فقد أسلم، ولكن من رضي وتابع، قالوا: يا رسول الله ألا نقاتلهم؟ قال: لا ما صلوا. » (أي من كره بقلبه وأنكر بعقله).

-أخرجه مسلم في كتاب الإمارة، باب وجوب الإنكار على الأمراء فيما يخالف الشرع وترك قتالهم ما صلوا، ونحو ذلك. حديث رقم 1854، ص: 899.

-كما أخرجه الترمذي في الجامع الكبير: ج 4، ص: 113، حديث رقم 2265.

604-النووي: شرح صحيح مسلم، م س، ج 12، ص: 243.

605-محمد الكندي العمراني: فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، م س، ج 2، ص: 221.

606-سورة النحل: الآية 106.

607-محمد يسري إبراهيم: فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتطبيقا، م س، ص: 1053.

ولا يلزم من هذا، أن كل من تحاكم إلى المحاكم التي تحكم بالقوانين الوضعية لا بد أن يكون كافراً؛ بل قد يضطر المسلم لتخليص حقوقه ونحو ذلك، إلى التحاكم إليها مع عدم رضاها عنها، فلا يكون كافراً، بل يكون حكمه حكم المضطر⁽⁶⁰⁸⁾، وحتى لا يتعرض المضطر للإثم، لا بد أن ينضبط بضوابطه، قال تعالى: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم﴾⁽⁶⁰⁹⁾.

وهذا هو حال أغلب المسلمين المقيمين في غير المجتمعات المسلمة، حيث يشاهدون الحكم بغير ما أنزل الله، ويعانون من وطأته، ويتخرجون من الاحتكام إليه، لكنهم لا يستطيعون تغيير ما عليه المجتمع؛ لأنهم قلة من جهة، ولأن المجتمع في أصله، ومبادئه وتصورات، وقناعاته لا يمت إلى الإسلام بصلة، إن لم يكن يعاديه. فكيف تطلب القلة المستضعفة من الكثرة الغالبة الحاكمة، التخلي عن مبادئها وقناعاتها وتصوراتها، لتطبق ما تؤمن به تلك الفئة المستضعفة يتساءل محمد الكدي العمراني⁽⁶¹⁰⁾.

فالمسلم لا يستطيع أن يقيم أحكام الشرع، المدنية والمالية والسياسية والقضائية ونحوها مما يتعلق بالنظام العام في مجتمع لا يؤمن بالإسلام، لأن هذا ليس في وسعه، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها، قال تعالى: ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾⁽⁶¹¹⁾.

القيد الثالث: الاقتصار على المطالبة بالحق فحسب دون زيادة.

يجب الاقتصار على المطالبة بالحق فحسب، وأخذه عند الحكم به من غير زيادة، لأن المطالبة بزيادة على حكم الشرع ظلم، والظلم حرام⁽⁶¹²⁾. دلّ على ذلك الكتاب والسنة والإجماع، فمن أدلة الكتاب، قوله تعالى: ﴿أن لعنة الله على الظالمين﴾⁽⁶¹³⁾.

608- عبد الله القرني: ضوابط التكفير عند أهل السنة والجماعة، ص 174، مؤسسة الرسالة بيروت. الطبعة الأولى، سنة 1413هـ/1992م.

609- سورة البقرة: الآية 172.

610- محمد الكدي العمراني: المرجع السابق، ص: 223.

611- سورة البقرة: الآية 285.

ومن أدلة السنة، الحديث القدسي: «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا»⁽⁶¹⁴⁾. ومن دلائل ذلك: أن المسلم يجب عليه في حالة سلوك الوسيلة المباحة - وهي التحاكم إلى الشرع - ألا يأخذ مال غيره، وإن حكم له به الحاكم الشرعي، لقوله صلى الله عليه وسلم: «إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم، فلعل بعضكم أن يكون أبغ من بعض، فأحسب أنه صادق فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم، فإنما هي قطعة من النار، فليأخذها أو ليركها»⁽⁶¹⁵⁾. فمن باب أولى لا يُسمح له حكم الحاكم غير الشرعي أن يظلم غيره⁽⁶¹⁶⁾.

ومن دلائل ذلك أيضاً: القاعدة الفقهية: «الضرورة تقدر بقدرها» ودلائلها المعروفة، ولأن الضرورة أباحت سلوك وسيلة محرمة لاستخلاص الحق ورفع الظلم، ولم تُبح سلوكها لظلم الآخرين وأخذ ما ليس بحق⁽⁶¹⁷⁾.

وهذا ما أشار إليه المستشار محمد بدر يوسف المياوي أثناء حديثه عن احتكام أبناء الجالية المسلمة المقيمة في غير المجتمعات الإسلامية إلى المحاكم غير الإسلامية، حيث قال: ...وقد تجد

612-محمد يسري إبراهيم: المرجع السابق، ص: 1054.

613-سورة الأعراف: الآية 43.

614-تخريج الحديث: حدثنا عبد الله بن عبد الرحمن ابن بهرام الدارمي، حدثنا مروان (يعني ابن محمد الدمشقي) حدثنا سعيد بن عبد العزيز عن ربيعة ابن يزيد، عن أبي إدريس الخولاني، عن أبي ذر، عن النبي صلى الله عليه وسلم، فيما روى عن الله تبارك وتعالى: أنه قال: «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا».

-أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب البر والصلاة والأداب، باب تحريم الظلم، حديث رقم 2577، ص: 1198.

615-تخريج الحديث: حدثنا عبد العزيز بن عبد الله، حدثنا إبراهيم بن سعد عن صالح عن ابن شهاب قال أخبرني عروة بن الزبير أن زينب بنت أبي سلمة أخبرته أن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أخبرتها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سمع خصومة بباب حجرته فخرج إليهم فقال: الحديث.

- أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الأحكام، باب من قضى له بحق أخيه فلا يأخذه، فإن قضاء الحاكم لا يُحل حراماً ولا يُحرم حلالاً. حديث رقم 7181، ص 1774/1775.

- كما أخرجه مسلم برواية أخرى: حدثنا يحيى بن يحيى التميمي: أخبرنا أبو معاوية، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن زينب بنت أبي سلمة، عن أم سلمة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إنكم تختصمون إلي، لعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو مما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار».

-أخرجه مسلم: كتاب الأفضية: باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة، حديث رقم 1713، ص: 818.

616-محمد يسري إبراهيم: المرجع السابق، ص: 1054.

617-نفس المرجع، ص: 1055.

الرعية الإسلامية ضرورة تُلجئها إلى تلك المحاكم كمدعٍ أو مدعى عليه، فيكون في هذه الحال فيوضع أشبه بالخضوع إلى قاضي الضرورة في دار الإسلام، فإذا قضى القاضي نفذ حكمه، وإن كان هذا لا يبيح للمحكوم له أن يقتضي ما ليس حقا له، أو يأخذ ما يستند إلى قاعدة تتعارض مع أحكام الشريعة الغراء (618).

ونفس المنحى سلكه علماء اللجنة الدائمة للإفتاء، حينما سئلوا عن حكم تحكيم القضاء الأمريكي في النزاع بين المسلمين؟ فأجابت اللجنة بأنه لا يجوز للمسلم التحاكم إلى المحاكم الوضعية إلا عند الضرورة، إذا لم توجد محاكم شرعية، وإذا قضى له بغير حق له، فلا يجمل له أخذه (619).

وعليه، فالزوج لا يتحمل من الأعباء المالية إلا مؤخر الصداق، والنفقة أثناء العدة والمتعة، فإن فرضت عليه المحكمة أقل من الواجب الشرعي، فعليه أن يكمله، وإن فرضت عليه أكثر من الواجب الشرعي - وهذا هو الغالب - فعلى المرأة ألا تأخذه إلا إذا رضي زوجها، وإلا أثمت بأكلها المال الحرام (620).

وخلاصة لما سبق ذكره، يمكن القول بأنه يجوز للمسلمين المقيمين في البلاد غير الإسلامية، أن يتحاكموا إلى قضاة تلك البلاد لاستخلاص حقوقهم ورد المظالم، طالما لا يُسمح لهم بإنشاء محاكم إسلامية تحكم بشرع الله، لكن هذا الحكم يعتبر استثناء لما أجمع عليه الفقهاء من تحريم التحاكم إلى غير المسلم، وسند هذا الاستثناء هو قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» وقاعدة: «المشقة تجلب التيسير»، مع الاقتصار على المطالبة بالحق فقط دون زيادة، انضباطا

618-محمد بدر يوسف المنياوي، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 9، ج 4، ص: 79، مرجع سابق.

619-فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب أحمد عبد الرزاق الدويش، دار المؤيد، الرياض، الطبعة الأولى، 1424هـ.السؤال الثالث عشر في الفتوى رقم 19504، المجلد 23، ص: 502.

620-سالم بن عبد الغني الرافعي: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، مرجع سابق، ص: 619. دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1423هـ/ 2002م.

للقاعدة التي تقول إن «الضرورة تقدر بقدرها»، هذا بالإضافة إلى كراهية القلب التحاكم إلى غير القضاء الإسلامي، وذلك حتى لا يتعرض المضطر للإثم، مصداقا لقوله تعالى: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم﴾ (621).

المبحث الثاني: التفريق بين الزوجين من لُصْفِ قاض غير مسلم

الطلاق من محاسن الشريعة الإسلامية، به تنحل عقدة النكاح، ويرتفع الحُلُّ الذي كان بين الزوجين عندما يكون الطلاق هو آخر العلاج والدواء، وكما يقع التفريق بالطلاق فإنه يقع بالتطليق.

والأصل في الإسلام أن الطلاق بيد الزوج بما جعل الله للرجال من القوامة، والقدرة على تحمل المسؤولية، كما أثبت الإسلام للمرأة حق التطليق، وهي أن تطلب من القاضي التفريق حين تكون بالزوج عيوب مَرَضِيَّة تمنع الحياة المستقرة معه، أو إذا غاب غيبة طويلة تتضرر بها المرأة، أو إذا ثبت أنه يُؤذيها بما لا تتحمله، ولا يليق بأمثالها، كما هو معروف عند المالكية⁽⁶²²⁾.

وبالجمله، فإن هناك أسباب كثيرة تحمل على التفريق القضائي تندرج جميعاً تحت اسم "الضرر"، وقد نهى الله تعالى الأزواج عن مضارة الزوجات، فقال سبحانه: ﴿ولا تمسكوهن ضرراً لتعتدون﴾⁽⁶²³⁾، كما قررت السنة أيضاً أنه: «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁶²⁴⁾.

وبناء على ما تقدم، فإن المرأة إذا لم تجد مع زوجها حلاً لمشكلات مزمنة، ولم تفلح محاولات الصلح، أو إذا كان الزوج مستبداً بالضرر والإضرار بها، فإن لها أن ترفع أمرها بطلب إلى القاضي في بلاد الإسلام فينظر في قضيتها بما يدفع الظلم عنها.

ولكن كيف يكون الأمر إذا كانت تعيش في بلاد غير إسلامية، حيث تغيب الأحكام الشرعية، وتحل محلها القوانين الوضعية؟

622- المدونة الكبرى للإمام مالك، رواية سحنون، ج 2 ص 269-270. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، 1994/1415
623- سورة البقرة، الآية 229.
624- تخريج الحديث: حدثني يحيى عن مالك، عن عمرو بن يحيى المازني، عن أبيه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضرر ولا ضرار».
-أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الأفضية: باب القضاء في المرفق. ج 2، ص: 745 حديث رقم 31.
-أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، باب من بني في حقه ما يضر بجاره، ج 2، ص: 784، حديث رقم 2340.
- كما أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الأفضية والأحكام، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، ج 3، ص: 469، حديث رقم 4459. دار المعرفة، الطبعة الأولى 1422 هـ/2001م.

وهل إذا توجهت إلى القاضي غير المسلم لا تكون آثمة، باحتكامها إلى غير شريعة دينها، وبالتقاضي أمام غير مسلم، وبالاختصاص إلى قوانين لا صلة لها بدينها؟ وإذا قضى القاضي غير المسلم بطلاقها، هل يُعتد - والحال هذه - بحكمه؟ وهل يلزمها ديانة، فتحل للأزواج بعد صدور هذا الحكم مباشرة، كما لو كانت في بلاد الإسلام؟ وماذا لو تعارض الحكم الشرعي والقانون الوضعي في هذا الأمر المهم من العلاقات بين الرجل والمرأة؟

للإجابة على هذه التساؤلات، سيتم تحديد الموقف الشرعي من حكم قضائي بالطلاق أو التطلق من طرف قاض غير مسلم (مطلب أول)، وكذلك الوقوف على مدى حجية الأحكام الأجنبية الصادرة في قضايا الطلاق، أمام المحاكم المغربية سواء قبل تعديل مدونة الأسرة المغربية أو بعدها (مطلب ثان).

المطلب الأول: الموقف الشرعي من حكم قضائي بالطلاق أو

التكليف صادر من قاضي غير مسلم.

لقد أتى الفقهاء جميعاً على ذكر شرط الإسلام فيمن يتولى القضاء، وعليه؛ فالأصل عدم جواز احتكام المسلم إلى القاضي غير المسلم.

إلا أنه تم بسط أقوال فقهاء وعلماء يُجيزون لجوء المسلم إلى القاضي غير المسلم، إذا اقتضت الضرورة ذلك، وتم التوصل إلى أنه يجوز استثناء للمسلمين المقيمين في البلاد غير الإسلامية اليوم، الاحتكام إلى المحاكم غير الإسلامية لاستخلاص حقوقهم وردّ مظالمهم⁽⁶²⁵⁾. وهذه الرخصة تنزل منزلة الضرورة، ومقيدة بمجموعة من الضوابط، كما تم البسط فيها في المبحث السابق.

لكن قد يُقبل الاحتكام إلى القاضي غير المسلم، في حال تعلق الأمر بالقضايا المدنية أو الجنائية التي يُمكن أن تتفق العقول إلى الاهتداء إلى إحقاق الحق فيها، أما أن تشمل قضايا الأحوال الشخصية التي هي الصق بالعقيدة أكثر من غيرها، والتي تولى صاحب التشريع سبحانه وتعالى تنظيمها بتفصيل لم ينل أي جانب من التشريع مثل ذلك التفصيل، فهذا لا يسلم، وبالتالي فلا وجه لاحتمال اتفاق العقول، وتوصلها إلى ما حكم به الشرع الإسلامي في مجال الأحوال الشخصية⁽⁶²⁶⁾.

وهذا ما نبّه إليه المستشار محمد بدر يوسف المياوي عندما تحدث عن احتمال التجاء الرعية الإسلامية للاحتكام إلى المحاكم غير الإسلامية، ولزوم تنفيذ حكم القاضي غير المسلم، فاستطرد

625-أقصى ما حققه المسلمون في البلاد غير الإسلامية هو إنشاء المراكز التي ترعى الجالية الإسلامية وتهتم بشؤونها، إلا أن هذه المراكز لا تتمتع بحق قانوني لإجراء عقود الزواج، والطلاق بين المسلمين، كما أنه لا يعترف بعقودها، فالعقود التي تجري في المراكز الإسلامية ليس لها صيغة قانونية لا في الغرب ولا حتى في البلاد الإسلامية. ومسألة الطلاق أمرها مختلف، لأن الطلاق غالباً ما يصحب بالتنازع والخلاف، فيحتاج إلى قاض له من السلطة التنفيذية ما يحسم مادة النزاع ويحكم في المسألة بما يرضي الشرع، وهذا غير موجود. لذلك يقف المركز عاجزاً عن تنفيذ الطلاق، فضلاً عن تنفيذ أحكامه المترتبة عليه من حضانة ونفقة وغيرها، ويضطر الرجل والمرأة الذهاب للمحاكم الغربية.

-سالم بن عبد الغني الرافي: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ص: 617-618، دار ابن حزم بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1423هـ-2002م.

626-محمد الكدي العمراني: فقه الأسرة في المهاجر، ج 2، ص: 229.

وقال: «غير أن الأمر قد لا يكون بهذه البساطة، فقد يؤدي تطبيق القانون الأجنبي على موضوع الدعوى إلى نتائج وخيمة، كما إذا اتصلت هذه الدعوى بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وكان الطرفان المسلمان يتمتعان بجنسية دولة لا تطبق الشريعة الإسلامية، أو تحكم بأحكام تختلف معها، كنظام التبني أو نظام توريث مختلف، أو لا يجيز الطلاق، وكانت قواعد الإسناد الواجبة التطبيق لا تسمح بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، ففي هذه الحالات وأمثالها قد لا يستطاع إصلاح الآثار التي تترتب على أحكام القضاء الأجنبي»⁽⁶²⁷⁾.

وموضوع الدراسة منحصر في مجال الأسرة، بل في قضية الطلاق على وجه الخصوص الذي تطالب به المرأة أمام المحاكم الأجنبية، فتحكم المحكمة بذلك دون مراعاة لنظام الطلاق أو العدة أو النسب أو غير ذلك مما هو مبسوط في التشريع الإسلامي.

هذا، وقد أفتى بعض العلماء المعاصرين بصحة الطلاق الواقع في المحاكم الغربية، ومنهم علماء اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء⁽⁶²⁸⁾ الذين قالوا حينما سئلوا عن حكم تحكيم القضاء الأمريكي في النزاع بين المسلمين في أمور الطلاق والتجارة وغيرها من الأمور: لا يجوز للمسلم التحاكم إلى المحاكم الوضعية إلا عند الضرورة إذا لم يوجد محاكم شرعية، وإذا قضي له بغير حق له فلا يجل له أخذه⁽⁶²⁹⁾.

ومن العلماء الذين قالوا بصحة الطلاق الذي تصدره المحاكم الغربية نجد فيصل مولوي⁽⁶³⁰⁾ الذي شارك المجلس الأوروبي للإفتاء في إصدار القرار الآتي:

627-محمد بدر يوسف المنياوي: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 9، ج 4، ص 79.
628-اللجنة تتكون من العلماء: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ، صالح الفوزان، بكر بن عبد الله أبو زيد.

629- فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، م س، ص: 502.

630-الشيخ فيصل مولوي من العلماء المشاركين في بيان الأحكام الشرعية للجاليات المسلمة خارج العالم الإسلامي، وهو كذلك في المجلس الأوروبي للإفتاء، كما أنه نائبا لرئيس الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين.
وكان الشيخ فيصل مولوي قد أصدر فتوى قبل ذلك يرى فيها عدم اعتماد أحكام المحاكم الأجنبية ما لم تقر من جهة شرعية بصحتها، حيث قال: «إن الطلاق الذي تحكم به المحكمة السويدية بين زوجين مسلمين مقيمين في السويد، وقد يكون أحدهما أو كلاهما سويدي الجنسية، هذا الطلاق ليس له مفعول شرعي...»

«الأصل أن المسلم لا يرجع في قضاؤه إلا إلى قاضٍ مسلم، أو من يقوم مقامه، غير أنه بسبب غياب قضاء إسلامي حتى الآن يتحاكم إليه المسلمون في غير البلاد الإسلامية، فإنه يتعين على المسلم الذي أجرى عقد زواجه وفق قوانين هذه البلاد، تنفيذ قرار القاضي غير المسلم بالطلاق، لأن هذا المسلم لما عقد زواجه وفق هذا القانون غير الإسلامي، فقد رضي - ضمنا - بنتائجه، ومنها: أن هذا العقد لا يجل عُروته إلا القاضي، وهو ما يمكن اعتباره تفويضا من الزوج جائزا له شرعا عند الجمهور، ولو لم يصرح بذلك، لأن القاعدة الفقهية تقول: المعروف عرفا كالمشروط شرطا، وتنفيذ أحكام القضاء ولو كان غير إسلامي جائز من باب جلب المصالح ودفع المفاسد وحسما للفوضى، كما أفاده كلام غير واحد من حُذّاق العلماء، كالعز بن عبد السلام، وابن تيمية، والشاطبي» (631).

يقول الشيخ فيصل مولوي: «والذي أراه والله أعلم، أن هذا الحكم ملزم للطرفين شرعا كما هو ملزم لهما قانونا، وذلك للأدلة التالية (632):

1- إن عقد الزواج الذي تم بين الطرفين، إذا كان مستكملا شروطه الشرعية الأساسية، فهو ملزم للزوجين، والله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (633).

ومقتضى العقد أن يخضع الطرفان لحكم القاضي في التطليق، فإذا رفض أحدهما فقد غدر بصاحبه، وقد ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «يرفع لكل غادر لواء يوم القيامة بقدر غدرته، فيقال: هذه غدرة فلان بن فلان» (634).

-مأخوذ عن أشرف يحيى العمري: نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا الجامعية الأردنية سنة 2005، ص: 142-143.
والفتوى منشورة كذلك في الموقع الإلكتروني www.fatwa.islamonline.net
لكنه تراجع عن هذه الفتوى لاحقا، بالفتوى التي نحن بصدد دراستها في متن هذا الموضوع.
631-قرار 15 (3/5) الدورة الخامسة، دبلن - إيرلندا، بتاريخ 30 محرم إلى 3 صفر 1421 هـ الموافق 4-7 ماي 2000م، منشور في الموقع الإلكتروني للمجلس الأوروبي للبحوث والافتاء www.e-CFr.org
632-رأيت من المفيد جدا عرض الأدلة التي اعتمد عليها الشيخ مولوي ومعه المجلس الأوروبي للإفتاء في إصداره للقرار المجيز للطلاق الذي تصدره المحاكم الغربية، دون تصرف، اللهم توثيق المصادر وتخريج الأحاديث.
633-سورة المائدة، الآية 1.

2- إن أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية تجعل الطلاق أساساً بيد الرجل ، لكنها تجيز له أن يتنازل عن هذا الحق ، ويفوض زوجته أو غيرها بالطلاق ، هذا رأي جمهور الفقهاء ، ولم يخالف في ذلك إلا الظاهرية ، يقول الدكتور مصطفى شلبي : «والطلاق مما يقبل الإنابة ، فكما جاز له أن يوقعه ، جاز أن ينيب عنه غيره في إيقاعه ، سواء أكان ذلك الغير هو الزوجة أو شخصاً آخر» (635).

والقوانين الأوربية إجمالاً تجعل الطلاق بيد القاضي ، وعندما يجري الرجل المسلم عقد زواجه وفق هذه القوانين ، فهو يعلن صراحة التزامه بها ، ومن ذلك جعل الطلاق بيد القاضي ، وهذا يمكن اعتباره تفويضاً من الزوج وهو أمر جائز له . ولو قال قائل بأن هذا التفويض ليس صريحاً ، فلا يُعمل به ، قلنا إنه على الأقل يعتبر عرفاً في المجتمعات الأوربية ، والقاعدة الفقهية تقول : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (636).

يقول الشيخ أحمد الزرقا في شرح القواعد الفقهية : «في كل محل يعتبر ويراعى فيه شرعاً صريح الشرط المتعارف ، وذلك بأن لا يكون مصادماً للنص بخصوصه . إذا تعارف الناس واعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مرعي ، ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح» (637).

634-تخريج الحديث:

حدثنا سليمان بن حرب، حدثنا حماد بن زياد، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: « سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: لكل غادر لواء ينصب يوم القيام بغدرته».

- أخرج البخاري في صحيحه: كتاب الجزية والموادعة، باب إثم الغادر للبر والفاجر، ص 788، حديث رقم 3188.

كما أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الجهاد والسير، باب تحريم الغدر، مجلد 2، ص: 830، حديث رقم 1735.

حدثنا يحيى بن أيوب وقتيبة وابن حجر، عن إسماعيل بن جعفر، عن عبد الله بن ، أنه سمه عبد الله بن عمر يقول، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إن الغادر ينصب الله له لواء يوم القيامة، فيقال: ألا هذه غدرة فلان».

635-مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص: 541، الطبعة الرابعة 1403هـ-1983م، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت.

636-مجلة الأحكام العدلية، المادة 43. المؤلف: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية. طبعت في بيروت بالمطبعة الأدبية سنة 1306هـ. ص 28.

637-أحمد محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص: 237، القاعدة 42 . دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، 1409-1989.

3- ومعروف أن الإمام أحمد بن حنبل يرى أن كل شرط لم يقم الدليل من النص على بطلانه يعتبر صحيحا، ويجب الوفاء به، وخاصة ما كان منها مقرونا بعقد الزواج لقوله صلى الله عليه وسلم: «إن أحق الشروط أن توفوا بها، ما استحلتتم به الفروج»⁽⁶³⁸⁾.

ولقوله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم، إلا شرطا أحلّ حراما أو حرم حلالا»⁽⁶³⁹⁾. ولقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن شرط لزوجة أن يسكنها دارها، ثم أراد نقلها إلى داره، فتخاصما لدى عمر فقال: «لها شرطها، فقال الرجل: إذا يطلقنا، فأجابه عمر بتلك الكلمة الدستورية الخالدة: مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت»⁽⁶⁴⁰⁾.

فإذا كان الشرع يبيح اشتراط كل من الزوجين ما يراه لنفسه إلا ما نص على إبطاله الكتاب أو السنة، ويكون الشرط ملزما شرعا، فإن رضاهما بإجراء العقد وفق القوانين الأوربية يعتبر التزاما بهذه القوانين، وتعتبر مواد هذه القوانين كأنها شروط ملحقة بالزواج، وتخضع بالتالي لأحكام الشروط في العقود، والتي نرى فيها الرجوع إلى مذهب الإمام أحمد، باعتباره من المذاهب المعتمدة، وهو في هذا الباب أكثرها تيسيرا على المسلمين في أوربا.

638-تخريج الحديث:

حدثنا عبد الله بن يوسف حدثنا الليث، قال: حدثني يزيد بن أبي حبيب عن أبي الخير عن عقبه بن عامر رضي الله عنه: قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الحديث.
- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، ص 666، حديث رقم 2721.
وأخرجه كذلك في: كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، ص: 133، حديث رقم 5151.
- وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، المجلد الأول، ص: 641، حديث رقم 1418.
- كما أخرجه الترمذي في الجامع الكبير، كتاب النكاح، باب ما جاء في الشروط عند عقدة النكاح، ج 2، ص: 420 و 421، حديث رقم 1127.
- و أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، ج 7، ص: 405، حديث رقم 14430.

639-تخريج الحديث:

أخبرنا أبو سعد الماليني، أنبأ أبو أحمد بن عدي الحافظ، ثنا محمد بن خريم القزاز، ثنا هشام بن خالد، ثنا مروان بن معاوية، عن كثير بن عبد الله المزني عن أبيه عن جده، قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو شرطا أحل حراما».
-أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، ج 7، ص: 406، حديث رقم 14433.

640- أخرجه البيهقي في سننه بالسند التالي:

أخبرنا أبو محمد بن يوسف الأصبهاني، أنبأ أبو سعيد بن الأعرابي، ثنا سعدان بن نصر وأخبرنا أبو الحسين بن بشران، أبناء إسماعيل بن محمد بن صفار وأبو جعفر الرزاز، قالوا: ثنا سعدان، ثنا سفيان، عن يزيد بن يزيد بن جابر، عن إسماعيل بن عبيد الله بن أبي المهاجر، عن عبد الرحمن بن غنم قال: شهدت عمر رضي الله عنه سئل عنه فقال: لها دارها، قال له الرجل: يا أمير المؤمنين إذا يطلقنا، قال: إن مقاطع الحقوق عند الشروط.
-أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، ج 7، ص: 407، حديث رقم 14438.

4- إن الزواج عقد لا يتم إلا باتفاق ورضا الطرفين ، وقد انعقد الاتفاق على التحاكم إلى القانون الذي نشأ الزواج على أساسه. فالتزام أحكام القانون أصبح واجبا شرعا بمقتضى العقد الذي التزم به ، إذا لم يخالف نصا شرعيا.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية : «وأصل العقود أن العبد لا يلزمه شيء إلا بالتزامه ، أو بإلزام الشارع له ، فما التزمه فهو ما عاهد عليه ، فلا ينقض العهد ولا يغدر. وما أمره الشارع به فهو مما أوجب الله عليه أن يلتزمه وإن لم يلتزمه ، ولهذا يذكر الله تعالى في كتابه هذا وهذا ، كقوله : ﴿الذين يوفون بعهد الله ولا ينقضون الميثاق والذين يصلون ما أمر الله به أن يوصل﴾⁽⁶⁴¹⁾ ، فما أمره الله به أن يوصل فهو إلزام من الله به ، وما عاهد عليه الإنسان فقد التزمه ، فعليه أن يوفي بعهد الله ، ولا ينقض الميثاق إذا لم يكن مخالفا لكتاب الله»⁽⁶⁴²⁾.

وحكم هذا القانون بجعل أمر الطلاق بيد القاضي لا يصادم نصا شرعيا ، طالما أنه يجوز شرعا باتفاق الفقهاء أن يفوض الرجل الطلاق إلى من يريد ، فهو بالتالي جائز شرعا. وحين يتم الزواج وفق القوانين الأوروبية يصبح الطلاق تلقائيا بيد القاضي ، وهو جائز شرعا بتفويض الزوج ، وجائز من باب أولى إذا اتفق عليه الزوجان ، أو فرضه القانون الذي تراضى عليه الزوجان. وحين يوافق الرجل على إعطاء حق الطلاق للقاضي بمقتضى عقد زواجه الأوربي ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يرفض حكم القاضي ؛ لأن القاعدة الفقهية تقول : إن من سعى في نقض ما تم من جهته ، فسعيه مردود عليه⁽⁶⁴³⁾.

5- إن عقد الزواج يوجب على طرفيه التزامات ذكرت فيه ، أو في قانون الأحوال الشخصية ، وإن الحكم القضائي لا يصدر عادة إلا بناء لطلب أحد الزوجين. وهو يعطي هذا

641-سورة الرعد: الآيتان: 22-23.

642-ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج 29، ص: 341 - 342. طبع في مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالسعودية، سنة 1425هـ - 2004م.

643-مجلة الأحكام العدلية، المادة 100. المؤلف: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية. طبعت في بيروت بالمطبعة الأدبية سنة 1306هـ. ص 33.

الطرف حقا، ويوجب على الطرف الآخر التزاما. فإذا رفض هذا الطرف القيام بالتزاماته المحددة بالعقد أو بالقانون اختل التوازن بين طرفي العقد، وأصبح التزام الطرف الآخر أمرا غير مقبول في كل القوانين والأعراف، لأنه يناقض العدالة. ولذلك أعطت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية الطرف الثاني حق طلب إلغاء العقد، إذا تخلف الطرف الأول عن تنفيذ التزاماته، بل وشرعت له المطالبة بالتعويض.

فإما أن يلتزم الطرفان بموجبات العقد، وإما أن يلغى العقد. أما أن يفرض أحد الطرفين على الآخر ما يريده بإرادته المنفردة ودون أن يقبل الطرف الآخر بذلك، فهذا يناقض مقتضى العقد، ويؤدي إلى إبعاده، والعقد كما هو معروف شريعة المتعاقدين، وهو توافق إرادتين.

وقد تم هذا التوافق على عقد زواج خاضع لقانون معين، فلا يجوز لأحد الطرفين أن يرفض الخضوع لهذا القانون، لأنه عند ذلك يفرض على الطرف الآخر إرادته المنفردة، وهذا يناقض العقد.

فإذا طلبت الزوجة الطلاق وحكم به القاضي، فلا يجوز للزوج أن يتحجج بأن طلاق القاضي غير شرعي، لأنه بذلك يناقض العقد الذي تم على أساسه الزواج.

6- إن رفض هذا الحكم من جهة الزوج بحجة الشرع، يؤدي إلى تناقض خطير لا يُقره شرع ولا عقل، إذ يظل عقد الزواج قائما بالنسبة للرجل ومنحلا بالنسبة للمرأة، ويفسح المجال أمام الرجل للتعسف في استعمال حقه بالطلاق بحيث يؤدي إلى مضارة المرأة وهو الأمر الذي منعه النص القرآني بوضوح، قال تعالى: ﴿وَلَا تَضَارُوهُنَّ لِتَضَيَّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾⁽⁶⁴⁴⁾، بل يؤدي إلى مناقضة الشرع نفسه الذي يعتبر (الزواج عقدا مؤبدا في الأصل، ولكنه قابل للانحلال)، بينما يريد الرجل المتعسف أن يحتفظ بالمرأة رغما عنها حتى وفاتها، طالما أنه ليس هناك جهة شرعية قادرة

644-سورة الطلاق، الآية 6.

على الحكم بالطلاق في زواج معقود وفق قانون أوربي وبين طرفين أو أحدهما من جنسية أوربية. فإذا كان الحكم القضائي الأوربي غير مقبول عنده، وليس هناك إمكانية لصدور حكم شرعي، فقد أصبح هذا الزواج غير قابل للفسخ إلا بوفاة أحد الزوجين. وهذا مخالف للأحكام الشرعية المتعلقة بالزواج وبال عقود، وهو مخالف لمقتضى العقل وبديهيات الأمور، وهو يؤدي إلى ضرر كبير يلحق بالمرأة، والشرع نهى عن إلحاق الضرر، والقاعدة الفقهية تقول: «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁶⁴⁵⁾، وهذا نص حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني، واتفق العلماء على صحة معناه وجعلوه قاعدة فقهية مطردة.

هذه القاعدة ليست مقيدة إلا بما أذن به الشرع من الضرر، كما يقول الشيخ أحمد الزرقا في شرحه للقواعد الفقهية⁽⁶⁴⁶⁾. والشرع لم يأذن بمضارة المرأة وبقائها مقيدة بزواج لم تعد تستطيع الوفاء بالتزاماته.

وقد ذكرت المجلة ثلاثة قواعد بشأن الضرر⁽⁶⁴⁷⁾:

- الأولى: للنهي عن إيقاعه وهي هذه القاعدة.
- الثانية: لوجوب إزالته إذا وقع وهي: الضرر يزال⁽⁶⁴⁸⁾.
- الثالثة: إن إزالته مطلوبة بقدر الإمكان وهي: الضرر يدفع بقدر الإمكان⁽⁶⁴⁹⁾.

فإذا كان رفع الضرر عن المرأة - التي تزوجت وفق قانون أوربي - ولم تستطع إكمال حياتها الزوجية، وتعسف زوجها فرفض طلاقها، وليس لها حجة شرعية إلزامية تشتكي لديها، ولم يعد

645-سبق تخريجه.

646- أحمد محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، م س، ص: 165. وأضاف في نفس الموضع أن هذه القاعدة لم تشرع في الحقيقة إلا لدفع الضرر.

647-نفس المرجع، ص: 166.

648-مجلة الأحكام العدلية، المادة 20. مرجع سابق، ص 26.

649-مجلة الأحكام العدلية، المادة 31. مرجع سابق، ص 27.

ممكنا دفع هذا الضرر عنها إلا باعتبار الحكم القضائي الأوربي، لكان ذلك واجبا شرعا من قبيل إزالة الضرر، حتى ولو لم نأخذ بالأسباب الأخرى المذكورة آنفا.

7- تنفيذ أحكام القضاء - ولو كان غير إسلامي - جائز من باب جلب المصالح ودفع المفسد، يقول سلطان العلماء العز بن عبد السلام: «ولو استولى الكفار على إقليم، فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة، فالذي يظهر إنفاذ ذلك كله، جلبا للمصالح ودفعاً للمفسد الشاملة، إذ يبعد عن رحمة الشرع ورعايته لمصالح العباد تعطيل المصالح العامة وتحمل المفسد الشاملة لفوات الكمال فيمن يتعاطى توليتها ممن هو أهل لها، وفي ذلك احتمال بعيد»⁽⁶⁵⁰⁾. فكيف إذا أضيف إلى ذلك أن تنفيذ هذه الأحكام القضائية ملزم قانونا، وملزم شرعا باعتبار العقد، ولا يتعارض مع أحكام الشريعة؟»

انتهت فتوى الشيخ فيصل مولوي وما استند إليه من أدلة⁽⁶⁵¹⁾.

بعد استعراض فتوى فيصل مولوي وما اعتمد عليها من أدلة، يتضح أنه أخذ بعين الاعتبار مكان إجراء العقد، واستند إلى تفويض الزوج، وأن الشرط المعروف كالمخصوص، وقواعد رفع الضرر، ليخلص في النهاية إلى أن الزواج الذي يتم في بلد غير إسلامي يحتمل ضمنا اتفاق الزوجين على إعطاء القاضي هناك الحق الذي يعطيه الشرع للزوج في إيقاع الطلاق، وذلك من قبيل تفويض الرجل حق الطلاق إلى القاضي، وليس للرجل بعد ذلك رفض هذا الكلام بحجة أنه لم يطلق طلاقا شرعيا.

لكن هناك من اعترض على ما جاء في قرار المجلس الأوربي للإفتاء ومعه فتوى فيصل مولوي، لأنه لاحظ أن هذا القرار استند إلى أن الزوج بعقده للنكاح في ظل قوانين هذا البلد التي

650-العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، م س، ج 1، ص: 85-86.
651-الفتوى وردت في المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، العدد الأول ربيع الثاني، 1423هـ/ يونيو 2002م، من الصفحة 59 إلى 63.

تسمح للقاضي غير المسلم بإيقاع الطلاق، كأنه وكّل القاضي غير المسلم بحل العصمة بدلا منه، وهي وكالة ممتدة طيلة بقاء النكاح بين الزوجين، وفي هذا التخريج من البعد ما لا يخفى يقول عبد الله بن أبيه، فالأعمّ كما يقول العلماء - لا إشعار له بأخص معين، فعقد النكاح في تلك البلاد قد يكون صاحبه ذاهلا وغافلا عن مسألة الطلاق، فضلا عن أن يكون عاقدا توكيلا، فكل ما احتاج إلى إذن، فإنه يحتاج إلى تصريح كما تقول القاعدة⁽⁶⁵²⁾.

كما أن هذا القرار يرى أن ثبوت النكاح إنما تم من جهة القضاء، فكذا التفريق. والحق أن النكاح المدني لا يُعتدّ به حتى يستكمل أركان العقد الشرعي وشروطه، فإذا انعقد العقد شرعا، فلا مانع من توثيق العقد الشرعي توثيقا مدنيا، وذلك لضمان الحقوق في المستقبل، لا أنه جهة يستمد منها المسلم الشرعية. وعليه، فإنّ حلّ عقد النكاح أولا، وصحّته، وترتب آثاره عليه إنما يستند إلى العقد الشرعي لا غير⁽⁶⁵³⁾.

كما أنه اعتبر عقد النكاح المذكور بمنزلة التفويض من الزوج، وهو جائز عند الجمهور، ولو لم يصرح به، لأن «المعروف عرفا كالمشروع شرطا».

ويردّ عليه محمد يسري إبراهيم بأنه ليس بمنزلة التفويض، لأن الزوج عند التفويض لا يسقط حقه في التطليق، فالطلاق حق من حقوق الزوج، فله أن يطلق زوجته بنفسه، وله أن يفوضها في تطليق نفسها، وله أن يوكل غيره في التطليق، وكلّ من التفويض والتوكيل لا يسقط حقه، ولا يمنعه من استعماله متى شاء⁽⁶⁵⁴⁾، بينما الزوج هنا لا حق له في ذلك، كما جاء في القرار: «إن هذا العقد لا يحلّ عروته إلا القاضي»⁽⁶⁵⁵⁾.

652- عبد الله بن أبيه: صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص: 354. منشور على الموقع الإلكتروني للشيخ www.binbawayah.net

653- محمد يسري إبراهيم: فقه النوازل للأقليات المسلمة، م س، ص: 1061-1062.

654- يقول ابن قدامة: أن الطلاق لا ينتقل عن الزوج، وإنما ينوب فيه غيره عنه، فإذا استناب غيره فيه كان توكيلا لا غير... والتصرف فيما وكل فيه يبطل الوكالة... كما تبطل الوكالة بفسخ الوكيل.

-ابن قدامة: المغني، م س، ج 10، ص: 382.

655- محمد يسري إبراهيم: فقه النوازل للأقليات المسلمة، م س، ص: 1062.

وقولهم: «كالمشروط شرطا»، لا يعني كل شرط على الإطلاق، وإنما شرط يوافق الحقّ، كما قال صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم فيما وافق الحق»⁽⁶⁵⁶⁾، وحرمان الزوج من ذلك يخالفه، لأنه إسقاط لحقّ قرره الكتاب، وأكدته السنة للزوج، لأن الطلاق حل عقدة النكاح فلا يملكه من ليست بيده، وقد قال تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ
النِّكَاحِ﴾⁽⁶⁵⁷⁾، وقوله صلى الله عليه وسلم: «الطلاق لمن أخذ بالساق»⁽⁶⁵⁸⁾. لكن الشرع أباح أن يطلق القاضي نيابة عن الزوج، إذا كان الزوج عاجزا عن الطلاق أو ممتنعا عنه، وكان في بقاء عصمة الزوجية ضررا أو ضرارا، لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁶⁵⁹⁾، فللقاضي المسلم في بعض الأحوال أن يطلق على الزوج للإعسار في النفقة، أو الغيبة المنقطعة أو الأسر والسجن ونحو ذلك.

وبالمقابل هناك من دافع عن قرار المجلس الأوربي للإفتاء، والأدلة التي استند إليها فيصل مولوي في تقريره، واعتبره تعليلا منطقيا ومنسجما مع القواعد العامة يقول الدكتور أشرف يحيى العمري⁽⁶⁶⁰⁾، ويضيف إلى ما ورد في الفتوى أن التعاقد مع المرأة في تلك الدول مع العلم بالتقاضي إلى ذلك القانون، بموجب العقد الناشئ عندهم أو الموثق بعد نشوئه لديهم، حيث اعتبر أن هذه الصورة تقترب من صيغة الاتفاق التحكيمي، الذي يتم إنشاؤه عند التعاقدات المختلفة

656-تخريج الحديث: أخبرنا أبو بكر بن الحارث الفقيه، أنبأ أبو محمد بن حيان الأصبهاني، أنبأ ابن أبي عاصم، ثنا ابن كاسب، ثنا ابن أبي حازم، وسفيان بن حمزة، عن كثير بن زيد، عن الوليد بن رباح، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم فيما وافق الحق».
-أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، ج 7، ص: 406، حديث رقم 14434.
657-سورة البقرة، الآية 235.

658-تخريج الحديث: حدثنا محمد بن يحيى، ثنا يحيى بن عبد الله بن بكير، ثنا ابن لهيعة، عن موسى بن أيوب الغافقي، عن عكرمة، عن ابن عباس، قال: أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال: يا رسول الله: إن سيدي زوجني أمته، وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال: فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال: «يا أيها الناس، ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما؟ إنما الطلاق لمن أخذ بالساق».
-أخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، ج 1، ص: 672، حديث رقم 2081.
- كما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الخلع والصداق، باب طلاق العبد بغير إذن سيده، ج 7، ص: 590-591، حديث رقم 15116.
659-سبق تخريجه.

660-أشرف يحيى العمري: نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، م س، ص: 147.

لتعيين المرجعية القانونية والإجرائية حال حصول أي نزاع بين المتعاقدين ، مع عدم سلب الطرفين حرية اللجوء إلى القضاء إذا رغبا بذلك اتفاقا، والأخذ بذلك قد يرفع الحرج ، خاصة إذا تم الأخذ بالرأي القائل بأن الاتفاق التحكيمي⁽⁶⁶¹⁾ إذا تم إنشاؤه مع العقد كشرط من شروطه ، له صفة الإلزام بعد ذلك⁽⁶⁶²⁾. وبهذا يتم نقل الاختصاص القضائي للمحكمة غير الإسلامية من الصفة القضائية إلى الصفة التحكيمية.

إلا أن هذا الأمر قد يُعترض عليه بأن المحكم لا بد أن يكون مسلما وأن يحكم بموجب الشرع ، هذه المسألة أجاب عنها الدكتور عبد الحميد الأحذب بأن هناك اتجاهها يميز بأن يعهد بالتحكيم إلى محكمين غير مسلمين ، انطلاقا من قوله تعالى : ﴿وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريجا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيراً﴾⁽⁶⁶³⁾ ، فبموجب هذه الآية للتحكيم في حالة ما إذا كانت الزوجة غير مسلمة ، أن يقع خيارها على حكم غير مسلم ، لأنه ليس هناك في النص القرآني الوارد أعلاه ، أي استثناء فيما يتعلق بتطبيق هذه القاعدة على غير المسلمين. وبالتالي ، فإن القرار التحكيمي يصدره في هذه الحالة حكمان : مسلم وغير مسلم. وهذه النظرية ترى أنه ليس هناك أي نص يمنع تحكيم غير المسلمين المنتمين إلى دين سماوي كتابي ، بل هناك نص صريح يميز لهم ذلك ، وهذه تميز هذا الاستثناء بالقياس مع الآية القرآنية التي تميز للمسلم في حال الضرورة أن يشهد على وصيته غير المسلمين⁽⁶⁶⁴⁾.

661-مع عدم مخالفة ذلك الاتفاق للنظام العام، وكونه من الأمور التي يجوز الاتفاق عليه.

662- أشرف يحيى العمري: نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، م س، ص: 147.

663- سورة النساء: الآية 35.

664-عبد الحميد الأحذب: التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي، ص: 166-167.

منشور في كتاب التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون، الطبعة الأولى 1421هـ/2000م، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية في لبنان التابع لجمعية الإصلاح الإسلامية.

ومما يؤيد ذلك ما جاء في قرار لمجمع الفقه الإسلامي حيث أجاز لجوء الدول الإسلامية إلى هيئات التحكيم الدولية غير الإسلامية، لعدم وجود محاكم دولية إسلامية، وذلك حينما قامت رابطة العالم الإسلامي برفع دعوى قضائية أمام المحاكم البريطانية ضد المدعو سلمان رشدي (665).

وهناك فتوى أخرى في نفس الموضوع لعبد الله جديع (666)، يبين فيها جواز أن يكون القاضي غير مسلم حال تعذر التقاضي إلى المسلم يقول فيها: «لابد أولاً أن يتم اللجوء إلى حكمين مسلمين أحدهما من طرف الزوج والآخر من طرف الزوجة، وإن كان ذلك بغير رضا الزوج، كما قال تعالى: ﴿وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾ (667)، وللحكمين أن يفرقا بينهما عندما يتعذر الإصلاح، فإن تعذر، وكانت الزوجة يمكنها المطالبة بفسخ النكاح في بلاد فيها قضاء إسلامي، فعليها أن لا تتجاوز ذلك، وهذا في علمنا ممكن في بعض الحالات خصوصاً إذا كان الزواج مسجلاً في بلاد إسلامية، والزوجة يمكنها القيام بذلك في تلك البلاد ولو بالوكالة، فإن لم يمكن ولم يكن أمام الزوجة إلا اللجوء إلى القضاء المدني في بلد إقامتها فلا مانع أن تلجأ إليه، وإن كان القاضي ليس مسلماً، لأن إرغام الزوج على فسخ عقد النكاح لا يكون إلا من الحكمين أو ذي السلطان، ولما تعذر تحكيم حكمين وتعذر السلطان المسلم فلا مانع من أن يكون السلطان غير مسلم» (668).

665- ومما جاء في هذا القرار: «يعلن المجلس أنه يجب ملاحقة هذا الشخص بدعوى قضائية جزائية تُقدم عليه، وعلى دار النشر التي نشرت له هذه الرواية، في المحاكم المختصة في بريطانيا، وأن تتولى رفع هذه الدعوى عليه منظمة المؤتمر الإسلامي التي تمثل الدول الإسلامية، وأن تُوكَل في هذه الدعوى أقوى المحامين المتمرسين في القضايا الجنائية أمام محاكم الجزاء البريطانية».

-مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد 4، ص: 488.

666-عبد الله جديع عضو المجلس الأوربي للإفتاء.

667- سورة النساء، الآية 35.

668- مأخوذ من بحث حجية الأحكام الصادرة على المسلمين في الدول غير الإسلامية لصاحبه: أشرف يحيى العمري المنشور على الموقع الإلكتروني: www.farrajlawyer.com

لكن قد يردُّ اعتراض على القول باعتماد حكم التطلق من غير المسلم، وهو أن الزوج لم يتلفظ بالطلاق، وأن المحكمة غير الإسلامية لا تملك أن تطلق عليه بالنيابة عنه، لأنها لا ولاية لها عليه.

والجواب على هذا الاعتراض كما يقول الدكتور أشرف يحيى العمري أن هذا الاعتراض على فرض التسليم بفرضية الولاية وحكمها، فهو اعتراض ناشئ من اعتبار أن تفريق القاضي هو طلاق بالنيابة عن الزوج، وهذا التكييف صحيح وفق واحد من منهجين للفقهاء في تكييف الفرقة التي يوقعها القاضي بين الزوجين، أما المنهج الآخر فغير ذلك، وهو يعتبر أن حكم القاضي إنما هو فسخ لعقد الزواج وليس تطليقا على الزوج، وهذا الفسخ ناتج عن الولاية العامة للقاضي في الدولة التي تمكنه من النظر في جميع العقود والتصرفات، والزواج واحد منها، ولا يتعلق بالنيابة المحكمة المجردة عن الزوج (669).

بعد استعراض الموقفين، والأدلة التي استند إليها كل فريق، يظهر أن اللجوء إلى القضاء الوضعي لاستصدار حكم بالطلاق من الجهة القانونية لا يكفي للحكم بانحلال عقدة النكاح وحصول الطلاق والفراق حتى يُطلق الزوج بعبارته، ذلك أن الطلاق تصرف قولي يناط بالزوج، لأنه الذي بيده عقدة النكاح (670).

وعندما لا يتأتى للزوج أن يطلق بعبارته، لامتناعه أو لغير ذلك من الأسباب، آنذاك يتأتى البحث عن جهة شرعية تنزل منزلة القاضي المسلم في الحكم بالتفريق، على أن ثمة حالات لا يُحتاج معها إلى بحث عن جهة تقوم هذا المقام، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

669-أشرف يحيى العمري: حجية الأحكام الصادرة على المسلمين في الدول غير الإسلامية، جمادى الآخر 1428هـ الموافق ل /حزيران 2007م، مرجع سابق.
670أو يوقع على القرار الصادر من المحكمة بموافقتة على الطلاق، وهذا ما يجري عادة.

1- إذا تقدم الرجل إلى المحكمة بطلب الطلاق، وصدر الحكم فالراجع صحة هذا الطلاق ووقوعه شرعا ولو كان القاضي غير مسلم؛ لأن الزوج وكله بذلك، وتوكيل غير المسلم في الطلاق والنكاح جائز عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

جاء في شرح مختصر خليل للخرشي: «لا بأس أن يوكل الرجل نصرانيا أو عبدا أو امرأة على عقد نكاحه»⁽⁶⁷¹⁾.

وجاء في المبسوط: إذا وكلت امرأة رجلا أو رجل امرأة أو مسلم ذميا أو ذمي مسلما أو حر عبدا أو مكاتبا له أو لغيره بإذن مولاه، فذلك كله جائز لعموم الحاجة إلى الوكالة في حق هؤلاء⁽⁶⁷²⁾.

وقال ابن قدامة: «وإن وكل مسلم كافرا فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذميا أو مستأمنا أو حربيا أو مرتدا، لأن العدالة غير مشترطة فيه... وإنوكل مسلما فارتد لم تبطل الوكالة سواء لحق بدار الحرب أو أقام»⁽⁶⁷³⁾.

كما جاء في المبدع أنه إذا وكل في الطلاق من يصح توكيله صح طلاقه، لأنه إزالة ملك فصح التوكيل فيه، كالتعق، وقوله من يصح توكيله يجتزئ به عن الطفل والمجنون، فلو وكل عبدا أو كافرا صح⁽⁶⁷⁴⁾.

وفي أسنى المطالب: «ويصح توكيل كافر في نكاح كتابية ولو لمسلم لأنه يملك نكاحها لنفسه وكذا في طلاق المسلمة لأنه يملك طلاقها»⁽⁶⁷⁵⁾.

671-الخرشي: شرح مختصر خليل، م س، ج 3، ص: 29.

672-السرخسي: المبسوط، م س، ج 19، ص: 8.

وجاء في الفتاوى الهندية كذلك: ولو كان أحد الزوجين مسلما والوكيل كافرا جاز الخلع ويبطل الجعل كذا في المبسوط.

-الفتاوى الهندية، ج 3، ص: 561.

673- ابن قدامة: المغني، ج 7 ص 237.

674-ابن المفلح: المبدع، م س، ج 6، ص: 299.

675- زكريا الأنصاري: أسنى المطالب، م س، ج 2، ص: 265.

2- وإذا كانت المرأة هي الراغبة في الطلاق والطالبة للتفريق لسوء معاملتها بما لا يليق بمثلها، وصدر الحكم به في المحكمة، وقع الطلاق؛ لأنه موافق للشرع، قال ابن رشد: «والسلطان يُطلق للضرر عند مالك إذا تبين» (676).

على أن هذه الحالة فيها المحذور، وإن وافق حكم القاضي غير المسلم مذهباً لفقهاء المسلمين، إذ العلة في المنع ليست الموافقة أو المخالفة، وإنما أصل الولاية والتي لا تكون لكافر على مسلم أو مسلمة. وهذه الحالة تفارق سابقتها من حيث أن الزوج يقع الطلاق بإذنه وطلبه، ويمكن أن يُشفعه بالتلفظ به بعد صدوره لتوثيقه وتأكيده شرعاً (677).

3- وإن كانت الكراهية منهما معا، فإن طلب الزوج التفريق وقع، لأنه توكيل وإن طلبت الزوجة الفرقة وصدر الحكم، ووقع عليه الزوج وقع، لأنه إجازة «والإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة» (678)، وعليها تبعاته.

وبكل حال، فإنه إذا صدر الطلاق ممن يملكه بصيغة شرعية صحيحة، فلا مانع من توثيقه مدنياً أمام المحاكم المختصة لحفظ الحقوق، إذ لا محذور شرعاً في التوثيق بمجرد، بل هو مطلوب لتفادي التبعات والمسؤوليات التي قد تنشأ عن بقاء هذا العقد قانوناً مع انحلاله شرعاً. وكذلك إذا صدر الطلاق من المحاكم الغربية، فلا بد من تأكيده شرعاً إما بلفظ الزوج أو بالتوجه به إلى جهة شرعية كالمراكز الإسلامية الموجودة في الدول الغربية للتأكد من عدم مخالفتها لشرع الله ودينه.

وهذا ما أكده البيان الختامي للمؤتمر الثاني لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، حيث جاء فيه أنه إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً شرعياً فلا حرج في توثيقه أمام المحاكم الوضعية، أما إذا تنازع

وقال أيضاً في فتح الوهاب: وصح من كل من الزوجين توكيل كافر ولو في خلع مسلمة كالمسلم، ولصحة خلعه في العدة ممن أسلمت تحته ثم أسلم فيها، وامرأة لاستقلالها بالإختلاع، ولأن لها تطبيق نفسها بقوله لها طلقي نفسك، وذلك إما تملك الطلاق أو توكيل به، فإن كان توكيلاً فذاك أو تملكاً، فمن جاز تملكه الشيء أجاز توكيله فيه.

زكرياء الأنصاري: فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، ج 2، ص: 68. دون ذكر دار الطبع ولا سنة الطبع.

676- ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ص: 79.

677- محمد يسري إبراهيم: فقه النوازل للأقليات المسلمة، م س، ص: 1066.

678- الكاساني: بدائع الصنائع، م س، ج 6، ص: 58.

الزوجان حول الطلاق، فإن المراكز الإسلامية تقوم مقام القضاء الشرعي عند انعدامه بعد استيفاء الإجراءات القانونية اللازمة، وأن اللجوء إلى القضاء الوضعي لإنهاء الزواج من الناحية القانونية لا يترتب عليه وحده إنهاء الزواج من الناحية الشرعية، فإذا حصلت المرأة على الطلاق المدني، فإنها تتوجه به إلى المراكز الإسلامية وذلك على يد المؤهلين في هذه القضايا من أهل العلم لإتمام الأمر من الناحية الشرعية، ولا وجه للاحتجاج بالضرورة في هذه الحالة لتوافر المراكز الإسلامية وسهولة الرجوع إليها في مختلف المناطق⁽⁶⁷⁹⁾.

المطلب الثاني: حجية الأحكام الأجنبية⁽⁶⁸⁰⁾ الصادرة في قضايا

الطلاق أمام المحاكم المغربية:

المشرع المغربي في تنظيمه للروابط الأسرية لم يهمل الوضعية القانونية والاجتماعية للمواطنين المغاربة المقيمين خارج أرض الوطن، حيث يفرض عليهم واقع الإقامة في دول أجنبية - غير إسلامية - اللجوء إلى قضاء هذه الدول، لاستصدار أحكام قضائية من أجل إنهاء النزاعات القائمة بسبب الروابط الأسرية.

وفي هذا السياق جاءت المادة 128 من مدونة الأسرة التي نصت صراحة على جواز تنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية، متى كانت الأسباب المعتمد عليها لا تتعارض مع الأحكام الواردة في المدونة.

679-كتاب المؤتمر الثاني لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا المنعقد بكونهاجن، الدانمارك، مع الرابطة الإسلامية في الفترة الممتدة من 4 إلى 7 من شهر جمادى الأولى لعام 1425 هـ الموافق لـ 22-25 من يونيو عام 2004، ص: 117-118. دون ذكر سنة الطبع ولا دار الطبع.

كما يوجد في الموقع الإلكتروني www.amjaonline.org
680-يقصد بالحكم الأجنبي: الحكم الصادر عن هيئة قضائية باسم سيادة دولة أجنبية بين أشخاص معينين بصرف النظر عن مكان صدوره.

-إبراهيم الحماني: تنفيذ الأحكام الأجنبية في المغرب. مجلة القضاء والقانون، العدد 148، ص: 72.

وبذلك يكون المشرع المغربي قد أنهى الخلاف الذي ظل إلى وقت قريب يحول دون رسم عمل قضائي واضح وموحد في شأن الاعتراف بالأحكام الأجنبية، في قضايا إنهاء العلاقة الزوجية التي يكون أحد طرفيها على الأقل مغربيا مسلما.

ولعل هذا الأمر يقتضي طرح الإشكالية التالية:

متى يمكن اعتبار الأحكام القضائية الصادرة على المغاربة المسلمين في الدول الأجنبية غير الإسلامية حجة، يجوز اعتمادها وتنفيذها، وتترتب عليها أحكامها، كما هي الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية المغربية؟

للإجابة على هذه الإشكالية، لابد من الوقوف على حجية الأحكام الأجنبية الصادرة على المغاربة في قضايا الطلاق قبل تعديل مدونة الأسرة (الفرع الأول)، ثم التطور الذي حصل في الموقف المغربي بعد تعديل مدونة الأسرة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حجية الأحكام الأجنبية الصادرة في قضايا الطلاق

قبل تعديل مدونة الأسرة:

في ظل مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، كانت مجموعة من الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية، والقاضية بطلاق المغاربة لم تكن تذيّل بالصيغة التنفيذية بالمغرب⁽⁶⁸¹⁾، بعلّة صدورها عن قاض غير مسلم أو لم تصدر وفقا للقانون المغربي.

681-يقصد بمنح الصيغة التنفيذية، المسطرة القضائية التي تُخول الأحكام (وكذلك العقود الرسمية) الأجنبية القوة التنفيذية داخل المغرب، وذلك عن طريق صدور حكم قضائي عن محكمة مغربية، يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي كما لو كان حكما مغربيا.

-موسى عبود: الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، ص 338. الطبعة الأولى أكتوبر 1994، المركز الثقافي العربي.

الفقرة الأولى: رفض تنفيذ أحكام أجنبية في قضايا الطلاق لأنها صدرت عن قاضٍ غير مسلم

لم يكن القضاء المغربي يسمح بتنفيذ بعض الأحكام الأجنبية فوق التراب الوطني، وحثته في ذلك هو أن مسائل الأحوال الشخصية مستمدة من الشريعة الإسلامية، لذلك وجب على القاضي الذي يفصل في هذا النوع من القضايا أن يكون متشبعاً بروح القانون الإسلامي، الشيء الذي يستلزم توفر شرط الإسلام فيه، والحال أن الأحكام الأجنبية صدرت عن قاضٍ غير مسلم، كما أنه لا ولاية للكافر على المسلم.

ومن الأمثلة على ذلك، حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط جاء فيه: «وحيث إنه في هذا النطاق، فالتطبيق وهو مسألة تتعلق بالأحوال الشخصية يجب أن يستمد إمكانيته حتماً من الشريعة الإسلامية شكلاً ومضموناً، وبالتالي يشترط لمن يفصل فيه الإسلام، وهو غير متوفر في النازلة الحالية، مما نرى معه رفض الطلب...» (682).

وجاء في قرار آخر لمحكمة الاستئناف بالرباط: «وبالنظر إلى مكان صدور المطلوب إعطاؤه الصيغة التنفيذية ومقاصده، فلم يثبت للمحكمة توفر شرط الإسلام في من أصدره، إذ لا ولاية للكافر على المسلم... لذلك فالحكم المطلوب إعطاؤه الصيغة التنفيذية يمس مقتضى من مقتضيات النظام العام المغربي» (683).

682- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 1990/04/23 عدد 489، ملف عدد 6-89-90. غير منشور أوردته جميلة أوحيدة في كتابها: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا، واقع وأفاق، م س، ص: 180-181. 683- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط رقم 4180 بتاريخ 1998/06/01، الملف رقم 97/2393. غير منشور، أوردته جميلة أوحيدة في المرجع السابق، ص: 180. كما أصدرت نفس المحكمة في وقت لاحق، قراراً رفضت فيه تنفيذ الحكم الأجنبي بنفس التعليل، حيث جاء فيه: «ما دام المشرع المغربي ووفق الشريعة الإسلامية، أمر بأن يتم الزواج وفق الإجراءات المشار إليها أعلاه، فإن انفصام العلاقة يجب أن يتم على نفس النحو وأمام قاضٍ مسلم». قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2004/05/27 في الملف رقم 03/1/473. غير منشور، أوردته جميلة أوحيدة في المرجع السابق، ص: 181 الهامش 99. ويمكن تعزيز هذه الأمثلة بنازلة عرضت على محكمة الاستئناف بعمان الأردنية قضت فيه ببطان طلاق المحكمة الأجنبية؛ لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم، رغم ما ترتب على ذلك الطلاق من آثار، وملخص هذه النازلة جاء كما يلي: مسلم أردني تجنس بالجنسية الأمريكية، وكان تزوج مسلمة وأنجب منها، ثم تم الطلاق بطلبها بحكم محكمة في أمريكا، ثم تزوج بأخرى بناء على هذا الطلاق، وأنجب منها ومات، فعند تسجيل حصر إرثه من قبل أولاده من الثانية طلب منهم القاضي وثيقة طلاق الأولى، فأبرزوا حكم المحكمة الأمريكية المصدق والمكتسب للدرجة القطعية، وشهادة

كما ذهبت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء إلى أن: «الطلاق استوجب المشرع الإشهاد به أمام عدلين، لذا فلما صدر عن قاضٍ غير مسلم يكون له مساس بالنظام العام المغربي»⁽⁶⁸⁴⁾.

وفي الاتجاه نفسه سار المجلس الأعلى حينما قال: «يجب على المحكمة التي يقدم إليها الطلب بقصد تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية، أن تتحقق من عدم مساس محتواه بالنظام العام المغربي، والحال أن موضوع الفصل في الطلاق أوجب المشرع الإشهاد به أمام عدلين، لا أن يقضي به قاضٍ أجنبي غير مسلم، ويكون القرار خارقا لمقتضيات الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية، إذا لم يتحقق من اختصاص الحكم الأجنبي للفصل في الدعوى»⁽⁶⁸⁵⁾.

ويبدو من هذه الأحكام والقرارات، أن القضاء المغربي يعتمد أحيانا على العقيدة الدينية كمعيار لرفض الأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي بشأن طلاق المغاربة، وذلك من خلال رفض منح الصيغة التنفيذية لها، بعلّة صدورها عن قاضٍ غير مسلم، وبالتالي مخالفته للنظام العام المغربي.

وهذا التوجه الذي سلكه القاضي المغربي في هذا الصدد يُجانب الصواب وغير سليم تقول جميلة أوحيدة، فالعقيدة الدينية للقاضي الأجنبي لا تعتبر من ضوابط الاختصاص القضائي

تنفيذية له من الأحوال المدنية الأردنية، فرفض القاضي قبوله لأنه حكم أجنبي، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم، وورثها كزوجة له؛ لعدم صحة طلاق المحكمة الأمريكية، فقالوا: إنها وقت وفاة أبنينا كانت متزوجة بغيره وأنجبت منه، ولا زالت تعيش معه إلى الآن، فقال: زواجها باطل؛ لعدم صحة طلاقها بحكم المحكمة الأمريكية؛ لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم...

- القرار الاستئنافي رقم 2007/1657، محكمة استئناف عمان الشرعية. مأخوذ من بحث فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتطبيقا، لصاحبه محمد يسري إبراهيم، مرجع سابق، ص 1049.

684-قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، رقم 1/1765 الملف الشرعي عدد 03/3401 بتاريخ 2004/4/8. أوردته جهاد أكرم في رسالتها: تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص بالمغرب. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة بوحدة التكوين والبحث في القانون المدني المعمق، كلية الحقوق جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2005-2006، ص: 86.

685-قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2001/01/24، تحت عدد 90 في الملف الشرعي عدد 2000/1/2/212. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 59-60، ص: 182.

وكان المجلس الأعلى قد أصدر قبل ذلك قرارا مماثلا جاء فيه: « والحال أن الحكم الأجنبي المذيل بالصيغة التنفيذية فصل في موضوع له علاقة بالنظام العام المغربي هو الطلاق الذي أوجب المشرع الإشهاد به أمام عدلين، لا أن يقضي به قاضي أجنبي غير مسلم.»

- قرار المجلس الأعلى عدد 1632 صادر في الملف عدد 84/465 بتاريخ 29 نونبر 1983. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 36/35 ص 105.

الدولي المعمول به في القانون المغربي في قانون المسطرة المدنية، والاتفاقيات المتعلقة بالتعاون القضائي التي أبرمها المغرب مع الدول الأجنبية⁽⁶⁸⁶⁾.

فللقاضي المغربي رفض تنفيذ الحكم الأجنبي، لكن بتعليل سليم وتطبيق صحيح للمادة 430 من قانون المسطرة المدنية في فقرتها الثانية، التي لا تشترط ضمن شروط تنفيذ الحكم الأجنبي في المغرب أن يصدر عن قاض مسلم، وإنما أن يصدر عن قاض مختص⁽⁶⁸⁷⁾.

ولعل السير في هذا الاتجاه والأخذ به، سيؤدي إلى رفض أغلب طلبات تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية المقدمة من طرف أفراد الجالية المغربية المقيمة بالدول الأوربية، وُبيّنها بدون أثر في المغرب، الشيء الذي يفرغ المقتضيات الاستثنائية للفصلين 430 و431 من قانون المسطرة المدنية من أي محتوى⁽⁶⁸⁸⁾. فالحكم الأجنبي يجب أن يعرض على الشريعة بمجمله، دون فصل جانبه الموضوعي عن جانبه الإجرائي، وإذا اكتفينا بالجهة التي أصدرت هذا الحكم والمتمثلة في قاض غير مسلم، فإننا لن نرفض منح الصيغة التنفيذية لبعض الأحكام دون الأخرى، بل سنصادر فاعلية الأحكام الأجنبية كلها، وافقت أم لم توافق الأحكام الموضوعية للأحوال الشخصية⁽⁶⁸⁹⁾، لأن الشريعة لا تجيز أن يكون لقاض غير مسلم الولاية في إيقاع الطلاق بين زوجين أحدهما مسلم، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه الإسلامي، فلا نفاذ لقضاء الكافر، لكن يجوز استثناء التحاكم إلى غير المسلم وتنفيذ أحكامه⁽⁶⁹⁰⁾.

686-جميلة أوحيدة: نظام الأموال الشخصية الجالية المغربية بهولندا، م س، ص: 182.
687-جميلة أوحيدة: مستجدات مدونة الأسرة وانعكاساتها على المغاربة المقيمين بأوروبا، ص: 155. مقال ورد ضمن الندوة الجهوية الثانية المنظمة من طرف المجلس الأعلى، وذلك بمكناس يومي 8-9 مارس 2007 تحت عنوان قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، الرباط 2007م.
والقاضي الأجنبي عندما نظر في هذه القضية كان مختصا وفقا للقواعد المنصوص عليها في قانونه.
688- سفيان ادريوش: كيف نقرأ مقتضيات تنفيذ الأحكام الأجنبية على ضوء المادة 128 من مدونة الأسرة. مجلة القضاء والقانون، عدد 152، سنة 2006، ص: 104.
689-جمال الطاهري: النظام العام المغربي كقيد على فاعلية الأحكام القضائية الأجنبية بانحلال الزواج المختلط. المجلة المغربية للدراسات الدولية، عدد خاص، أكتوبر 2003، ص: 96.
690-لقد بسطت القول في جواز تحاكم المسلم إلى القضاء غير المسلم استثناء في المطلب السابق.

ويجب مراعاة المستند الاعتباري الذي بُنيَ عليه هذا الاستثناء، وهو اضطرار مواطنينا إلى الإقامة بالخارج، وتحقيق مصلحتهم من تنفيذ الأحكام الصادرة لهم أو عليهم من قاض غير مسلم، شرط ألا تمس بالنظام العام الإسلامي⁽⁶⁹¹⁾.

وعليه، يمكن القول إن العبرة في المساس بالنظام العام، ليس بصدور الحكم الأجنبي من قاض مسلم أو غير مسلم⁽⁶⁹²⁾، وإنما بمدى مخالفة مضمون الحكم المذكور للقواعد القانونية والشرعية لمؤسسة انحلال ميثاق الزوجية.

أما الاشتراط في القاضي الذي أصدر الحكم الأجنبي موضوع الدعوى أن يكون مسلماً، فهو إفراط من القضاء المغربي في فهم النظام العام يقول الطاهر كركري، ويضيف أن ذلك يعتبر إشكالية تحتاج إلى دراسة عميقة، خاصة وأنه بالرجوع إلى القانون الأساسي لرجال القضاء، لا نجد أي فصل فيه يشترط في القاضي لكي يمتن وظيفة القضاء أن يكون مسلماً، فأحرى أن يشترط ذلك في قاض تابع لدولة أجنبية⁽⁶⁹³⁾.

الفقرة الثانية: رفض تنفيذ أحكام أجنبية في قضايا المطلق لأنها لم تصب القانون المغربي

إن الاتجاه القضائي المغربي كان يرفض تذييل الأحكام الأجنبية التي تخرق أو تتجاهل قاعدة الإسناد في القضايا الأسرية، وكان يرى أن القضاء الأجنبي ملزم بتطبيق مدونة الأحوال الشخصية، كلما تعلق الأمر بنزاع شخصي بين طرفين على الأقل أحدهما مغربي مسلم. ومن ثم لا يمكن القبول بتنفيذ الحكم الأجنبي متى هجر قاعدة الإسناد، وطبق غير قانون الأحوال

691-جمال الطاهري، المرجع السابق، ونفس الصفحة.

692-إن منع التحاكم إلى غير المسلم أياً كان القانون الذي يطبقه، أي ولو كان هذا القانون المطبق هو القانون المغربي للأحوال الشخصية يطرح إشكالية مفادها: أن الأحكام القانونية التي تصدر عن القضاة المغاربة غير المسلمين، هل هي باطلة بالنسبة للمتقاضين المسلمين، ما دام القانون المغربي يسمح بتقلد وظيفة القضاء لجميع المواطنين دون اعتبار للعقيدة الدينية، تتساءل جميلة أوحيدة.

-جميلة أوحيدة: نظام الأحوال الشخصية الجالية المغربية بهولندا، مرجع سابق، ص: 183.

693- الطاهر كركري: مسطرة تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية لدى المحاكم المغربية في ضوء مدونة الأسرة. مجلة القبس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 5 يوليو 2013، ص267، دار الأفق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء.

الشخصية للزوجين أو للزوج المغربي ، والحجة في ذلك هي ارتباط قاعدة الإسناد وقواعد الأحوال الشخصية بفكرة النظام العام ومقومات الدين الإسلامي .

وقد كان التوجه الفقهي والقضائي بصفة عامة يرى في ذلك مخالفة للنظام العام⁽⁶⁹⁴⁾، وتطبيقا لذلك صدر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، قرارا جاء فيه : «إن المحكمة الهولندية طبقت القانون الهولندي على طلب الطلاق مستبعدة بذلك تطبيق قانون الأحوال الشخصية المغربي ، والحال أن القانون المغربي هو الواجب التطبيق، مما يكون معه الحكم المطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية مخالف للنظام العام»⁽⁶⁹⁵⁾.

كما تبني المجلس الأعلى التوجه نفسه حينما قضى بأنه «لما نصت المحكمة الألمانية على عدم إمكانية تطبيق القانون المغربي ، رغم أن النزاع يتعلق بالأحوال الشخصية لمغاربة مسلمين ، فإن الحكم المطلوب تذييله يعتبر مخالفا للنظام العام المغربي»⁽⁶⁹⁶⁾.

يتضح من هذه القرارات أن رفض تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية ، كان بسبب استبعاد تطبيق قانون الأحوال الشخصية على القضايا التي يكون فيها أحد الأطراف على الأقل مغربيا مسلما.

694- سفيان ادريوش: كيف نقرأ مقتضيات تنفيذ الأحكام الأجنبية على ضوء المادة 128 من مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 105.

695- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، رقم 5820 في الملف عدد 2002/1/1903 بتاريخ 2003/11/12، أوردته جهاد أكرم في رسالتها: تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص بالمغرب، مرجع السابق، ص: 79.

ومثله حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس قضى برفض إضفاء الصيغة التنفيذية على حكم صدر عن إحدى المحاكم الفرنسية، قضى بطلاق زوجين مغربيين استنادا إلى القانون المدني الفرنسي، وقد عللت محكمة فاس رفضها بكون القانون الواجب التطبيق هو القانون المغربي المتمثل في مدونة الأحوال الشخصية.

-حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس عدد 283 صادر بتاريخ 1990/01/25 ملف رقم 89/1962 غير منشور أوردته الأستاذ ناصر متيوي مشكوري في كتابه: مبادئ القانون الدولي الخاص، ص 166 الهامش رقم 1، مكتبة المعارف الجامعية، فاس، 1998.

696-قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2000/09/20 بدون ذكر باقي البيانات. قرار غير منشور أوردته سفيان ادريوش في مقاله، كيف نقرأ مقتضيات تنفيذ الأحكام الأجنبية على ضوء المادة 128 من مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 106.

ومما كان يترتب على رفض تذييل الأحكام الأجنبية القاضية بطلاق المغاربة، معاناة المواطنين المغاربة المقيمين بالخارج، حيث كانوا يواجهون صعوبات ومشاكل؛ فالزوج لا يستطيع معاودة الزواج بالمغرب، لأنه وفق القانون المغربي يعتبر مازال متزوجا، كما أن المرأة المغربية توجد في وضعية صعبة ومعقدة؛ حيث كان مصير الزوجة يبقى معلقا أمام رفض الزوج المغربي التصريح بطلاقها أمام العدلين، فهي في نظر القانون الأجنبي امرأة مطلقة، وفي نظر القانون المغربي زوجة شرعية مكلفة بجميع واجباتها الزوجية⁽⁶⁹⁷⁾.

وهذا أمر غير مقبول، أن تفصم العلاقة الزوجية بين مواطنين مغربيين بالنظر إلى القانون الأجنبي للدولة التي يقيمان فوق ترابها، وتبقى مستمرة منتجة لآثارها بالنظر إلى قانونهما الوطني، فواقع كهذا لاشك أنه ستنجم عنه تداعيات سلبية على قواعد النظام العام الوطني⁽⁶⁹⁸⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن موقف المجلس الأعلى عرف تحولا حتى قبل صدور مدونة الأسرة، حيث إنه نقض أحكاما وقرارات لمحاكم الموضوع رفضت تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية، بحجة أنها صادرة عن قضاة غير مسلمين، وكمثال على ذلك ما جاء في القرار التالي: «لا تنفذ في المغرب الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه، أو لمكان التنفيذ عند عدم وجودهما. لا

697-حنان سعدي: أثر النظام العام المغربي على فاعلية الحكم الأجنبي بفرقة الزوجين، مقال ضمن ندوة دولية تحت عنوان: تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، رقم 4، ص: 338. وهذه الوضعية التي كانت تعيشها الزوجة المغربية المقيمة بهولندا في ظل مدونة الأحوال الشخصية، كانت تجبرها أحيانا على رفع دعوى أخرى أمام القضاء الهولندي، لإرغام الزوج على إيقاع الطلاق بالمغرب. وقد أتيت لمحكمة النقض الهولندي فرصة النظر في مثل هذه القضايا، حيث نقضت في هذا الشأن حكما صادرا عن محكمة بلاهاي التي استجابت فيه لطلب الزوجة المغربية، وقد عللت محكمة النقض موقفها في هذا الشأن بأن: «الطابع الديني للطلاق المغربي يصعب فهمه من قبل القاضي الهولندي، ومن ثم فإن إجبار الزوج على الطلاق يشكل مساسا بالعقيدة الدينية للأطراف المعنية...بالإضافة إلى أن رفض الزوج إيقاع الطلاق لا يشكل عملا غير مشروع حسب القانون الهولندي».

-جميلة أوحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا، مرجع سابق، ص: 184-185.

698-نجيب شوقي: الأحكام القانونية الجديدة المتعلقة بتنفيذ الحكم الأجنبي وفق قواعد مدونة الأسرة، ص: 257. مقال ورد في كتاب: مجموعة البحث في قانون الأسرة. في إطار ندوة: مدونة الأسرة عام من التطبيق، الحصيلة والآفاق، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة يومي 17 و18 فبراير 2005. سلسلة الندوات، العدد الأول.

يوجد نص قانوني يستثني الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية في قضايا الأحوال الشخصية من إمكانية تذييلها بالصيغة التنفيذية متى تحققت الشروط المنصوص عليها قانوناً.

إن رفض المحكمة تذييل الحكم بالتطبيق بالصيغة التنفيذية، لمجرد أنه صدر عن قضاة غير مسلمين دون أن تبحث في الشروط المنصوص عليها قانوناً، يجعل قضاءها غير مؤسس»⁽⁶⁹⁹⁾.

وفي قرار آخر أيد المجلس الأعلى ما حكمت به محكمة الموضوع، بالرغم من أن الحكم الأجنبي لم يطبق القانون المغربي حسب قاعدة الإسناد، حيث قضى: «بأن الحكم الأجنبي الصادر بالتطبيق لهجر الزوج وزوجته والمطلوب تنفيذه بالمغرب ليس به أي مساس بالنظام العام المغربي، والمحكمة لما قضت بتذييله بالصيغة التنفيذية لم تخرق ما ورد في الفصل 431 من قانون المسطرة المدنية»⁽⁷⁰⁰⁾.

من خلال ما ذكر، يتضح حجم المشاكل التي كان يعيشها المغاربة المقيمون بالخارج، في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، بسبب رفض الاعتراف بالأحكام الأجنبية القاضية بإنهاء علاقاتهم الزوجية، بحجة أنها صدرت عن قضاة غير المسلمين، أو أنها لم تطبق القانون المغربي. الشيء الذي كان يتطلب اهتماماً خاصاً وحلاً استثنائياً، وهو ما تحقق من طرف المشرع المغربي بعد تعديل مدونة الأسرة.

699-قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2003/04/24 تحت عدد 180 في الملف الشرعي عدد 99/277. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 63، ص: 52.

700-قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2001/11/28 تحت عدد 1108 في الملف عدد 99/1/2/503. أورده حسن منصف في مقاله: الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها بالمغرب. ص 197 شارك به في مؤتمر دولي بالرباط حول موضوع: التعاون الدولي في المادة المدنية والتجارية من خلال اتفاقيات لاهي، مطبعة الأمنية، الرباط، سنة 2015.

وفي قرار آخر قضى المجلس الأعلى أنه: «إذا صدر الحكم الأجنبي بالطلاق الواقع برضى الطرفين، فإنه يعتبر وثيقة رسمية طبقاً للفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود، وما دام لا يوجد به ما يمس بالنظام العام المغربي، لأن الطلاق حسب مدونة الأحوال الشخصية يقع من الزوج، وقد وقع برضى منه، فإنه لا مانع من تذييل هذا الحكم بالصيغة التنفيذية في المغرب، باعتباره عقداً رسمياً حرراً في دولة أجنبية ليصبح قابلاً للتنفيذ بالمغرب».

قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت رقم 244 بتاريخ 2001/02/28. غير منشور، أورده إبراهيم بحماني في مقاله: تنفيذ الأحكام الأجنبية في المغرب، مجلة القضاء والقانون، العدد 148، ص: 87.

الفرع الثاني: حجية الأحكام الأجنبية الصادرة في قضايا الطلاق

بعد تعديل مدونة الأسرة⁽⁷⁰¹⁾

رغبة في معالجة الصعوبات التي كانت الجالية المغربية تعاني منها في ميدان مؤسسة الطلاق خصوصا، عملت مدونة الأسرة على إقرار مجموعة من القواعد القانونية التي تُسهل تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الأوربية.

وبهدف معالجة الإشكالات التي طرحها التطبيق العملي للفصلين 430 و431 من قانون المسطرة المدنية بخصوص إنهاء الرابطة الأسرية للجالية المغربية المقيمة بأوروبا - الدول الغربية عموما - فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية، جاءت مدونة الأسرة في المادة 128 في فقرتها الأخيرة بمقتضيات جديدة تتعلق بشروط تذييل هذه الأحكام بالصيغة التنفيذية.

الفقرة الأولى: جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بإنهاء العلاقة الزوجية

نص المشرع المغربي في الفقرة الثانية من المادة 128 من مدونة الأسرة على ما يلي: «الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ، تكون قابلة للتنفيذ إذا صدرت عن محكمة مختصة وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية، وكذا العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين بعد استيفاء الإجراءات القانونية بالتذليل بالصيغة التنفيذية، طبقا لأحكام المواد 430، 431، 432 من قانون المسطرة المدنية».

وبنص المشرع المغربي على مقتضيات الفصل المذكور، يكون قد سد الثغرة التي كانت مدونة الأحوال الشخصية تعاني منها، وبالتالي خوّل للمحكمة تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية

701-ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 3 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 70.30 بمثابة مدونة الأسرة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004، ص: 418.

شريطة عدم خرق مقتضياته للنظام العام المغربي، وإن لم تتم الإشارة إلى نصوص القانون المغربي، وإنما يكفي أن يكون غير مناف للأسباب المقررة في المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية⁽⁷⁰²⁾.

ولاشك أن إيراد المشرع المغربي لمسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية في مدونة الأسرة الجديدة، قد جاء في سياق الاهتمام بأوضاع الجالية المغربية المقيمة بالخارج، واستحضار المشاكل التي كانت تطرحها مدونة الأحوال الشخصية الملغاة. فجاء هذا التدخل التشريعي، لمعالجة أصل تلك المشاكل وتهيئ الحلول القانونية المناسبة لتوحيد المراكز القانونية لدى التشريع الوطني والتشريع الأجنبي، وبذلك فالمشرع المغربي بتطرقه صراحة إلى جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية في مدونة الأسرة، قد خلق موقفا واضحا، سيساعد على رسم عمل قضائي موحد في شأن استقبال الأحكام الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية على وجه الخصوص⁽⁷⁰³⁾.

وهكذا، فالثابت عمليا، أن العديد من الأحكام الصادرة عن المحاكم الأوربية القاضية بطلاق المغاربة، بعد صدور هذه المقتضيات الجديدة، قد حظيت بالتنفيذ في المغرب، بغض النظر عن ديانة من أصدر الحكم الأجنبي.

ومن الأمثلة على ذلك قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط قضى فيه: «أن مقتضيات الفصل 430 وما يليه من قانون المسطرة المدنية متوفرة، وأن المشرع قصد بتذليل الأحكام الأجنبية كل حكم صدر عن دولة أجنبية سواء كانت هذه الدولة مسلمة أو مسيحية أو يهودية الديانة، وبطبيعة الحال فإن قضاة بلجيكا مبدئيا لا يشترط فيهم الإسلام لتولي القضاء، وبالتالي فإن مناط قبول طلب تذليل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية ليس لدين من أصدر الحكم، وإنما لتوفر هذا

702-ورد في التقرير السنوي للمجلس الأعلى - محكمة النقض - سنة 2010.
دراسة مقدمة من طرف الأستاذ حسن مزوزي، رئيس غرفة بالمجلس الأعلى، ص: 119.
مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2011م.
703- عبد القادر قرموش: الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، ص: 289-290. منشورات المعارف، مطبعة المعارف، الرباط، طبعة 2013م

الحكم على شروط قبوله، وعدم مساسه بثوابت دين الدولة وهو الإسلام، وكذا بنظامها العام حسب قواعده المتعارف عليها»⁽⁷⁰⁴⁾.

وفي قرار مماثل صدر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، ورد أن: «الطلاق تم تحت مراقبة القضاء بحكم صحيح أضحى باتا، وانفصمت به دعوى الزوجية بين طرفيه المغربيين حسب القانون البريطاني... ولذا فإن الحكم المستأنف لما استجاب للطلب يكون قد أسس قضاءه على ما يكفي لحمله عليه...»⁽⁷⁰⁵⁾.

وبذلك تكون المحكمة قد استجابت لطلب التذييل، رغم تطبيق القانون البريطاني على مواطنين مغاربة فيما يخص إنهاء علاقتهم الزوجية.

وسار المجلس الأعلى في نفس الاتجاه حينما قضى بأنه: «لما ثبت للمحكمة أن الحكم الأجنبي الصادر عن المحكمة الهولندية قد تضمن إجراء مسطرة الصلح وقضى بإنهاء العلاقة الزوجية للشقاق، واستوفى باقي شروط تنفيذه، وقضت بتذييله بالصيغة التنفيذية تكون قد التزمت التطبيق السليم للقانون»⁽⁷⁰⁶⁾.

وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى أن: «صدور الحكم باسم سيادة دولة أجنبية معترف بها دوليا غير تلك التي يُراد تنفيذ الحكم فيها، من غير نظر إلى مكان صدور الحكم، ولا جنسية القضاة الذين أصدره ولا إلى دينهم...»⁽⁷⁰⁷⁾. وجاء مضمون هذا القرار ردًّا على ما أثاره الطاعن

704-قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2004/10/19 رقم 171 في الملف رقم 10/2003/165. غير منشور، وأوردته جميلة أوحيدة في نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا، م س، ص: 109 الهامش 116.

705-قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، عدد 946 في الملف الشرعي عدد 2007/328 بتاريخ 2007/4/11. غير منشور، وأورده إدريس الفاخوري في كتابه: انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، ص: 357. دار أبي رقراق الرباط، الطبعة الأولى 2012م.

706-قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 546 بتاريخ 2007/11/7 ملف عدد 2007/1/2/313. غير منشور، وأورده حسن منصف في مقاله: الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها في المغرب، مرجع سابق، ص: 200.

707-قرار المجلس الأعلى عدد 180 بتاريخ 2013/04/24 في الملف عدد 99/1/2/277. غير منشور، وأورده إبراهيم بحماني: العمل القضائي في قضايا الأسرة، مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، ص 113. مطبعة دار السلام، طبعة 2009.

في وسيلة الطعن من اختلاف دين القاضي مصدر الحكم الأجنبي عن دين القاضي الوطني، بعلّة أن الفصلين 430 و431 من قانون المسطرة المدنية لم يستثنيا الأحكام الصادرة في مادة الأحوال الشخصية⁽⁷⁰⁸⁾.

يتضح من خلال هذه الأحكام والقرارات أن المحاكم المغربية لم تعد ترفض تذييل الأحكام الأجنبية القاضية بفرقة الزوجين بالصيغة التنفيذية، لأنها صدرت عن قاض غير مسلم أو أنها لم تطبق القانون المغربي. فالقضاء المغربي بعد صدور المادة 128 من مدونة الأسرة، لم يعد يراقب مدى تطبيق القاضي الأجنبي للقانون المغربي في دعاوى إنهاء العلاقة الزوجية، وإنما يراقب مضمون الحكم الأجنبي، سواء طبق القانون الأجنبي أو القانون الوطني ومدى مساسه بالنظام العام⁽⁷⁰⁹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 128 من المدونة لا تخص إنهاء العلاقة الزوجية في حد ذاتها، وإنما مراقبة القضاء لمدى توفر شروط تذييل الحكم الأجنبي القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية⁽⁷¹⁰⁾.

هذا الأمر يقتضي طرح التساؤل الآتي: ما هي شروط تذييل الحكم الأجنبي التي على القضاء المغربي مراقبتها فيما يخص إنهاء العلاقة الزوجية؟

وأضاف الأستاذ إبراهيم بحماني: وبدون النظر أيضا إلى القانون المطبق في الحكم الأجنبي، سواء طبقت الهيئة القضائية قانون الدولة التي صدر فيها أو طبقت قواعد القانون الدولي الخاص في العلاقة ذات العنصر الأجنبي.
708- إبراهيم بحماني، نفس المرجع، ص: 113.
709- عبد القادر قرموش: الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، مرجع سابق، ص: 291.
710- نفس المرجع، ص: 293.

الفقرة الثانية: شروط تنفيذ الحكم الأجنبي وفق قواعد الأسرة

إن مدونة الأسرة نظمت بمقتضى المادة 128 قواعد وإجراءات وشروط تذييل الأحكام الأجنبية في المادة الأسرية، وأحالت على قواعد قانون المسطرة المدنية، فيما يخص الإجراءات المسطرية للتذييل وعلى وجه الخصوص المواد 430 و431 منها.

تنص المادة 128 من مدونة الأسرة في فقرتها الثانية على أن: «الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ تكون قابلة للتنفيذ، إذا صدرت عن محكمة مختصة، وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية، وكذا العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط الموظفين العموميين المختصين بعد استيفاء الإجراءات القانونية بالتذييل بالصيغة التنفيذية طبقاً لأحكام المواد 430 - 431 - 432 من قانون المسطرة المدنية».

وباستقراء هذه المادة، يتضح أن المشرع نص صراحة على جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية في المغرب، لكنه ربط ذلك بشروط يمكن حصرها على الشكل التالي:

- 1- أن يكون الحكم الأجنبي صدر بالطلاق أو بالتطليق، أو بالخلع أو الفسخ؛
- 2- أن يكون الحكم الأجنبي صدر عن محكمة مختصة؛
- 3- أن يكون الحكم الأجنبي تأسس على أسباب لا تتعارض مع التي قررتها المدونة بشأن إنهاء العلاقة الزوجية؛
- 4- أن تستوفي إجراءات التذييل المقررة في قانون المسطرة المدنية.

أولاً: شرط كون الحكم الأجنبي قد صدر بإنهاء العلاقة الزوجية

يتضح من خلال استقراء محتوى هذه المادة، أن المدونة وفي إطار تناولها لموضوع تنفيذ الحكم الأجنبي، كانت أكثر دقة عندما حصرت مجال هذا التنفيذ وجعلته مقصوراً فقط على الحكم الذي يصدر في الطلاق أو التطليق أو الفسخ أو الخلع، بحيث لم تسمح بتذليل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية في جميع الأحوال وكيفما كان الموضوع الذي بثت فيه.

فالمدونة قد عدت على سبيل الحصر والتحديد طبيعة الأحكام التي يمكن إعطاء الأمر بتنفيذها، والمتمثلة في تلك التي قضت بإنهاء العلاقة الزوجية.

فالمؤكد إذن أن المادة 128 قد حصرت نوعية الأحكام الأجنبية المسموح بتنفيذها في المغرب، وهي تلك التي قضت في دعوى إنهاء العلاقة الزوجية دون غيرها، وهذا التعداد من المشرع كان مقصوداً بكل دلالاته ونتائجه، وبالتالي لا نرى أي مبرر للقول بأن ذلك كان على سبيل المثال فقط، وذلك حتى لا يؤدي مثل هذا القول إلى توسيع مجال تذليل الحكم الأجنبي في هذا الإطار⁽⁷¹¹⁾.

وهذا ما أكده المجلس الأعلى بقوله: «إن الأحكام الأجنبية القاضية بإنهاء العلاقة الزوجية، والقابلة للتذليل بالصيغة التنفيذية هي الصادرة بالطلاق أو التطليق أو بالخلع أو الفسخ، وهي حالات وردت على سبيل الحصر ولا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها...»⁽⁷¹²⁾.

وبناء عليه، يمكن القول بأن المادة 128 لا يجب أن تُحمل أكثر مما تحمله، خاصة وأن الأمر هنا يتعلق بقانون الأسرة، فقانون الأسرة ليس كأبي قانون آخر، وعليه فقراءته لا ينبغي أن تكون

711-نجيب شوقي: الأحكام القانونية الجديدة المتعلقة بتنفيذ الحكم الأجنبي وفق قواعد مدونة الأسرة. م س، ص: 260.
712-قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2007/12/5 تحت عدد 618 في الملف عدد 07/194.
منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 157 سنة 2010، ص: 149.
منشور كذلك في: نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، ص 23. يصدرها المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، الرباط، سنة 2010م.

واسعة، درءاً لكل انحراف عن الغاية المقصودة عند وضعه، ودرءاً كذلك لكل تفسير خاطئ قد يؤدي إلى تباين الاجتهادات القضائية في هذا المجال⁽⁷¹³⁾.

ثانياً: شرط كون المحكمة مختصة

نصت المدونة كذلك كشرط لازم لإعطاء الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي في نطاق هذه المادة، على ضرورة تحقق الاختصاص القضائي للمحكمة الأجنبية، وهذا الشرط هو نفسه الذي نص عليه المشرع المغربي من قبل في المادة 430 في فقرتها الثانية من قانون المسطرة المدنية التي ورد فيها: «بأنه يجب على المحكمة التي يقدم إليها الطلب أن تتأكد من صحة الحكم، واختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته...».

وعليه، يتعين على القضاء المغربي مراقبة المحاكم الأجنبية، في مدى احترام هذه الأخيرة لحدود اختصاصها عند إصدارها للحكم الأجنبي المراد إعطاؤه الصيغة التنفيذية⁽⁷¹⁴⁾.

والمقصود باختصاص المحكمة الأجنبية، هو اختصاصها للبت في النزاع تبعاً لمقتضيات قانونها الداخلي⁽⁷¹⁵⁾، لأن القاضي الأجنبي عندما ينظر في النزاع لا يستحضر في الغالب سوى قانونه الوطني، ولا شأن له بقواعد الإجراءات المعمول بها لدى دولة أخرى⁽⁷¹⁶⁾.

وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف بالرباط حينما نصت على: «أن الحكم الهولندي المطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية المغربية صدر عن محكمة أجنبية ذات الاختصاص، وليس في أي مقتضى

713-نجيب شوقي: الأحكام القانونية الجديدة المتعلقة بتنفيذ الحكم الأجنبي وفق قواعد مدونة الأسرة، م س، ص: 260.

714-عبد الغني سليم: تذييل الأحكام الأجنبية الصادرة في القضايا الأسرية بالصيغة التنفيذية. ص 328. ورد ضمن الندوة الدولية المنظمة من طرف مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة. بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة في موضوع: تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، رقم 4، مطبعة دار أبي رقراق للطباعة والنشر 2011.

715-موسى عبود: الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، مرجع سابق، ص: 311.

716-ما لم تكن ثمة اتفاقية ثنائية تدفعه لزاماً إلى أعمال بنودها على حساب القواعد الداخلية.

من مقتضياته مساس بالنظام العام المغربي، ولا بالشريعة الإسلامية، الأمر الذي يتعين معه الاستجابة للطلب»⁽⁷¹⁷⁾.

المجلس الأعلى بدوره حريص على تحقق هذا الشرط، وذلك تنفيذاً لمقتضيات الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية وللمادة 128 من مدونة الأسرة، وهكذا جاء في قرار له على أنه: «بمقتضى الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية، فإنه يجب على المحكمة التي قدم لها طلب تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية أن تتأكد من صحة الحكم الأجنبي، واختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته، وأن تتحقق أيضاً من عدم مساس أي محتوى من محتوياته للنظام العام المغربي...»⁽⁷¹⁸⁾.

وبالمقابل رفضت محاكم مغربية أحكاماً أجنبية لأنها لم تحترم الشرط المذكور، وهكذا ذهبت محكمة الاستئناف بوجدة إلى أنه: «...حيث إن مقتضيات الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية في الفقرة الثانية، توجب على المحكمة التي يقدم إليها طلب التذييل أن تتأكد من اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المطلوب تذييله، وبما أن المستأنف يسكن بالمغرب، فإن المحكمة بكندا إقليم كيبك غير مختصة»⁽⁷¹⁹⁾.

كما رفضت المحكمة الابتدائية بطنججة قسم قضاء الأسرة تذييل حكم أجنبي بعلّة أن: «...الحكم لم يصدر عن جهة قضائية أي محكمة مختصة، لأن للقاضي المغربي تذييل الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية»⁽⁷²⁰⁾.

717-قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2004/10/11، رقم 10/2003/254. غير منشور، وأوردته جميلة أوحيدة في كتابها: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا، مرجع سابق، ص: 189.

718-قرار المجلس الأعلى بغرفتين في الملف الشرعي عدد 2003/1/2/673 بتاريخ 2004/12/22، مجلة القضاء والقانون، عدد 152، ص: 211-214.

719- قرار محكمة الاستئناف بوجدة رقم 333 في الملف 05/939 بتاريخ 2006/4/19م. غير منشور، وأورده إدريس الفاخوري في كتابه: انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية. مرجع سابق، ص 359.

720-حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بطنججة رقم 05-109 في الملف رقم 05/121، بتاريخ 2005/11/30. غير منشور، وأورده الأستاذ إدريس الفاخوري في المرجع سابق، ص: 359.

وتجدر الإشارة إلى أن الحكم الأجنبي الذي رفضته محكمة طنجة، صادر عن عامل عمالة أو سلو عاصمة النرويج القسم العدلي، وهو قرار طلاق نهائي، والمحكمة التي رفضت تذييل هذا الحكم أو "القرار الإداري"، كانت على صواب يقول الأستاذ ادريس الفاخوري، لأنه صدر عن جهة غير قضائية أصلاً، وأحرى أن تكون هذه الجهة المختصة أو غير مختصة⁽⁷²¹⁾.

ثالثاً: شرط كون الحكم الأجنبي قد اعتمد على سبب لا يتعارض مع الأسباب المقررة في المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية

نصت الفقرة الثانية من المادة 128 من مدونة الأسرة، على إمكانية تذييل الأحكام الأجنبية القاضية بإنهاء العلاقة الزوجية، شريطة أن تؤسس على أسباب لا تتنافى مع تلك الواردة في المدونة. ومدونة الأسرة وسّعت من دائرة إنهاء الرابطة الزوجية بإيرادها لحالات جديدة، وأسباب لم تكن موجودة في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

فالأحكام الأجنبية القاضية بإنهاء الرابطة الزوجية، تجدها في مدونة الأسرة المغربية أسباباً مماثلة لتلك التي بنيت عليها في المحاكم الأجنبية، خاصة وأن المشرع لم ينص على أن يبني الحكم الأجنبي على نفس السبب المنصوص عليه صراحة في مدونة الأسرة، وإنما فقط عدم التنافي، وترك السلطة التقديرية للقضاء، لتكييف الأسباب الواردة في الأحكام الأجنبية بما يتلاءم مع فلسفة المدونة، الرامية إلى التيسير على أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج⁽⁷²²⁾.

ويمكن القول بأن هذا الشرط يُعد شرطاً جديداً بالمقارنة مع الشروط المذكورة في قانون المسطرة المدنية، وهو أهم جديد يمكن ملاحظته على الإطلاق. فالمادة 128 عندما نصت صراحة على جواز تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر بإنهاء العلاقة الزوجية بين طرفين أحدهما مغربي مسلم

721 - ادريس الفاخوري: انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، ص 360/359.
722 - إدريس الفاخوري: نفس المرجع، ص: 373.

داخل المغرب ، نص كذلك على أن يكون السبب المعتمد في الحكم الأجنبي لا يتنافى مع الأسباب التي قررتها المدونة⁽⁷²³⁾.

وهذا ما جسده القضاء المغربي في العديد من قراراته نذكر منها :

جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة قسم قضاء الأسرة ما يلي : «...وحيث اتضح للمحكمة بعد اطلاعها على ترجمة الحكم المراد تذييله بالصيغة التنفيذية ، أنه قضى بالطلاق بين طرفيه ، وتأسيسا على مغادرة الزوج لبيت الزوجية ، وتعنيف الزوجة وهو في حالة سكر. وحيث إن هذا السبب المؤسس عليه الحكم القاضي بالطلاق ، لا يتنافى مع ما قرره مدونة الأسرة المغربية لإنهاء العلاقة الزوجية... وحيث تبعا لذلك يكون الحكم المذكور غير مخالف لمقتضيات النظام العام المغربي...»⁽⁷²⁴⁾.

ومثله ما جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط ، على أنه : «بالرجوع إلى الطلب يتبين أنه أرفق بالوثائق المنصوص عليها في الفصل 431 ، وأسس على أسباب لا تتنافى مع مقتضيات مدونة الأسرة ، مما يكون معه مرتكزا على أساس ويتعين الاستجابة له»⁽⁷²⁵⁾.

النهج نفسه سار عليه المجلس الأعلى حينما قال في قرار له : «إنه بمقتضى المادة 128 من مدونة الأسرة ، فإن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق تكون قابلة للتنفيذ إذا صدرت

723-نجيب شوقي: الأحكام القانونية الجديدة المتعلقة بتنفيذ الحكم الأجنبي وفق قواعد مدونة الأسرة، م س، ص: 263.
724-حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة عدد 2975، ملف عدد 2008/1233 صدر بتاريخ 2008/6/9.
غير منشور أورده حنان سعدي في مقالها: أثر النظام العام المغربي على فاعلية الحكم الأجنبي بفرقة الزوجين، مرجع سابق، ص: 341.

وفي حكم آخر صادر عن المحكمة الابتدائية بإنزكان ذلت فيه حكما أجنبيا بالصيغة التنفيذية صادر عن المحكمة المتنقلة لولاية أريكون بالولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ 00/03/15، الذي قضى بتطبيق الزوجة بسبب استحالة استمرار العلاقة الزوجية، نظرا للخلافات الحادة بينها وبين زوجها. واعتبرت محكمة إنزكان أن الخلافات الحادة بين الزوجين تعد سببا تنحل به الرابطة الزوجية في ظل مدونة الأسرة المغربية.

-حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بإنزكان بتاريخ 2005/08/12، دون ذكر باقي البيانات. أورده الصديق بلعربي في مقاله: إشكالية مفهوم النظام العام في تذييل الأحكام والعقود الأجنبية المتعلقة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية.

منشور بمجلة المرافعة عدد مزدوج 18-19 سنة 2008، ص: 61.

725-قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2007/01/17، رقم 01/2006/201.

غير منشور، أورده جميلة أوحيدة في: نظام الأحوال الشخصية للمهاجرين المغاربة بهولندا، مرجع سابق، ص: 189.

عن محكمة مختصة ، وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية ، وتم تذييلها بالصيغة التنفيذية طبقاً للإجراءات القانونية المنصوص عليها في الفصلين 430 و431 من قانون المسطرة المدنية ، ولما كان الحكم الأجنبي المذكور قد صدر بحضور الطرفين ، وقضى بإنهاء علاقتهما الزوجية ، بسبب الشقاق المستمر بينهما حسبما اتفقا عليه ، فإنه لم يكن مخالفاً في ذلك لما قرره مدونة الأسرة بشأن إنهاء العلاقة الزوجية في حالة استمرار الشقاق بين الزوجين ، وكذلك ليس فيه ما يخالف النظام العام... فإنها بذلك تكون قد طبقت أحكام المادة 128 من مدونة الأسرة تطبيقاً سليماً ، وعللت قرارها تعليلاً صحيحاً..»⁽⁷²⁶⁾.

والموضح من هذه الأحكام والقرارات أن المحاكم المغربية في ظل مقتضيات الحالية لمدونة الأسرة ، لم تعد ترفض تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية ، إلا إذا كانت مبنية على أسباب تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية ، كما أنه في إطار المادة 128 لم يعد إلزامياً تطبيق القانون المغربي من طرف القضاء الأجنبي ، بل يجوز له تطبيق القانون الأجنبي بشرط أن تكون هذه الأحكام الأجنبية مؤسسة على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها المدونة ؛ أي لا تتعارض مع النظام العام المغربي⁽⁷²⁷⁾.

وبذلك تكون المدونة قد حسمت في نقطة ظلت خلافية ، وشكلت عبر مراحل طويلة مصدر اختلاف بين توجهين بارزين في العمل القضائي المغربي ، عندما يتعلق الأمر بموضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية ، حيث كان هناك فريق يعتبر قاعدة الإسناد ملزمة للقضاء الأجنبي كلما تعلق الأمر بنزاع شخصي بين طرفين أحدهما مغربي مسلم ، ومن ثم لا يمكن القبول بتنفيذ الحكم الأجنبي متى هجر القاعدة المذكورة ، وطبق غير قانون

726-قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2006/05/17 تحت عدد 312 في الملف الشرعي عدد 2005/1/2/672 ، منشور بمجلة المعيار عدد 38 دجنبر 2007 ، ص: 161.
727-عبد القادر قرموش: الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، مرجع سابق، ص: 290.

الأحوال الشخصية للزوجين أو للزوج المغربي ، ومبررهم في ذلك ارتباط قاعدة الإسناد وقواعد الأحوال الشخصية بفكرة النظام العام ومقومات الدين الإسلامي.

وبالمقابل ذهب فريق آخر منحى مغايرا ومرونا ، بحيث لم يكن يرى قاعدة الإسناد هي المدخل الأساسي للقبول بتنفيذ الحكم الأجنبي ، وإنما كان يشترط فقط أن لا يتضمن الحكم الأجنبي المراد تنفيذه ، ما يتعارض صراحة أو ضمنا مع قواعد قانون الأحوال الشخصية المغربي ، فلم يكن تطبيق هذا الأخير من طرف القاضي الأجنبي شرطا لازما لتنفيذ الحكم الأجنبي الصادر بإنهاء العلاقة الزوجية⁽⁷²⁸⁾.

وبذلك يتضح أن المادة 128 قد تبنت هذا المسلك الأخير ، بحيث لم تشترط بدورها أن تكون الأسباب المعتمدة في الحكم الأجنبي نفسها الأسباب الواردة في المدونة وبنفس المصطلح ، وإنما يكفي أن تكون غير متنافية أو متعارضة معها.

وعليه ، يمكن القول أن هذا الاختيار لتطبيق من المشرع المغربي ، انطلاقا من قاعدة أن العبرة هي بالمقاصد والمعاني ، لا بالألفاظ والمباني⁽⁷²⁹⁾.

وحسنا فعل المشرع ، لأنه من الناحية العملية يتبين أن الأسباب التي يبني عليها القضاء الأجنبي حكم الطلاق أو التطلق ، غالبا ما لا يتنافى مع الأسباب المنصوص عليها في مدونة

728-نجيب شوقي: الأحكام القانونية الجديدة المتعلقة بتنفيذ الحكم الأجنبي وفق قواعد مدونة الأسرة، م س، ص: 263.
729- عبد السلام زوير: تذييل الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية. ورد في مجلة قضاء الأسرة وهي مجلة متخصصة. منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد مزدوج 4 و5 فبراير 2009، ص: 91-92.

وذلك خلافا لما ذهب إليه المحكمة الابتدائية بنطوان حيث قضت برفض تذييل أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية بهارليم، إذ جاء فيه: «حيث تبين للمحكمة بعد الاطلاع على الوثائق المرفقة بالطلب أن الحكم الأجنبي المطلوب تذييله يقضي في منطوقه بفسخ المعاشرة الرسمية بين الطرفين... وحيث إن الحكم المذكور مخالف للنظام العام المغربي الذي لا يعترف بنظام فسخ المعاشرة الرسمية كطريقة لإنهاء العلاقة الزوجية، إذ يتنافى والأحكام التي قررتها مدونة الأسرة... وحيث إن من شروط تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية ألا يمس بالنظام العام المغربي، طبقا لأحكام الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية، مما يبقى معه الطلب عديم الأساس القانوني، ويتعين رفضه».

-حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بنطوان بتاريخ 2006/11/27 في الملف عدد 06/1423، غير مرقم. وغير منشور، أورده عبد الغني سليم في: تذييل الأحكام الأجنبية الصادرة في القضايا الأسرية بالصيغة التنفيذية، م س، ص 332.

الأسرة، خاصة بعد إضافة الشقاق كسبب من أسباب التطلاق بالمغرب، فأسباب التطلاق بأوروبا غالبا ما تكون الخيانة الزوجية أو الضرر أو سوء المعاملة، أو وجود نزاع مستحکم بين الزوجين⁽⁷³⁰⁾.

رابعا: شرط استيفاء الحكم لإجراءات التذليل بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادتين 430 و431 من قانون المسطرة المدنية

يظهر من الفصلين 430 و431 من قانون المسطرة المدنية، أن المشرع المغربي أجاز تنفيذ الحكم الأجنبي بعد تذييله بالصيغة التنفيذية، وفق مسطرة قضائية يتم بمقتضاها مراقبة الحكم المذكور مراقبة خارجية تثبتا من صحته. وهكذا نص الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية على أنه: «لا تنفذ في المغرب الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية، إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه أو لمكان التنفيذ عند عدم وجودهما.

يجب على المحكمة التي يقدم إليها الطلب أن تتأكد من صحة الحكم، واختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته، وأن تتحقق أيضا من عدم مساس أي محتوى من محتوياته بالنظام العام».

كما نص الفصل 431 من ذات القانون على أنه:

«يقدم الطلب - إلا إذا نصت مقتضيات مخالفة في الاتفاقيات الدبلوماسية على غير ذلك -

بمقال يرفق بما يلي:

- 1- نسخة رسمية من الحكم؛
- 2- أصل التبليغ أو كل وثيقة أخرى تقوم مقامه؛
- 3- شهادة من كتابة الضبط المختصة تشهد بعدم التعرض والاستئناف والنقض؛

730- سفيان ادريوش: كيف نقرأ مقتضيات تنفيذ الأحكام الأجنبية على ضوء المادة 128 من مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 107.

4- ترجمة تامة إلى اللغة العربية عند الاقتضاء للمستندات المشار إليها أعلاه مصادق على صحتها من طرف ترجمان محلف.

يصدر الحكم بإعطاء الصيغة التنفيذية في جلسة علنية».

يستخلص من الفصلين المذكورين، أن المشرع المغربي اشترط مجموعة من الشروط (731)، لتذليل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية، غير أن الناظر في هذه الشروط يجد مردها إلى أمرين اثنين: الأول يتعلق بمسألة سيادة الدولة، ويندرج تحت هذا الشرط عدم المساس بالنظام العام، والثاني يتعلق بالحكم الأجنبي نفسه، ويندرج تحته شرط التثبيت أولا من صحته، وثانيا من اختصاص المحكمة المصدرة له، وثالثا من نهائيته (732).

والتساؤل المطروح حسب موضوع الدراسة هو:

متى يعتبر الحكم الأجنبي مخالفا للنظام العام المغربي في القانون الأسري بصفة عامة وإنهاء العلاقة الزوجية بصفة خاصة؟

لقد أوجب المشرع المغربي في الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية على محكمة التذليل أن تتأكد من عدم مساس الحكم الأجنبي بالنظام العام المغربي.

ويبقى أهم مجال تستعمل فيه فكرة النظام العام، هو مجال العلاقات الأسرية، والتي تعكس الخصوصيات الثقافية والعقائدية للمجتمع، خاصة في العلاقات الدولية الخاصة، والتي كثيرا ما تؤدي إلى تصادم بين أنظمة قانونية تختلف من حيث مرجعياتها، مما يجعل القضاء يأخذ بفكرة

731-شروط تذليل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية حسب مواد قانون المسطرة المدنية:

-التأكد من صحة الحكم الأجنبي؛

-التأكد من اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته؛

-أن يكون الحكم الأجنبي نهائيا؛

-أن لا يمس النظام العام المغربي في أي محتوى من محتوياته.

732-حسن منصف: الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها في المغرب، مرجع سابق، ص: 196.

النظام العام لاستبعاد كل مقتضى قانوني أجنبي يتنافى مع السياسة التشريعية لدولة القاضي المعروض عليه الحكم القضائي الأجنبي لتذييله.

وتزداد حدة هذا التصادم حينما يكون التعارض قائما بين قوانين عقائدية تستمد مقوماتها من مرجعيات دينية بالأساس، وقوانين لائكية لا تقيم أي اعتبار للمعطى الديني، ولقواعده في تنظيم الروابط الأسرية⁽⁷³³⁾.

ولذلك يجب على محكمة التذييل أن تراقب مدى مخالفة الحكم الأجنبية للقواعد القانونية والشرعية في طريقة إنهاء العلاقة الزوجية من عدمها⁽⁷³⁴⁾.

وعليه يكون الحكم الأجنبي مخالفا للنظام العام عندما يؤسس على أسباب تتنافى مع الأسباب التي قررتها مدونة الأسرة لإنهاء العلاقة الزوجية، وما يترتب عن الإنهاء المذكور من آثار⁽⁷³⁵⁾.

أما التعامل القضائي مع مفهوم النظام العام في مجال الأحكام الأجنبية المتعلقة بالقضايا الأسرية، فقد تميز بنوع من الصرامة في ظل المدونة الملغاة، وذلك برفض تنفيذ الأحكام الأجنبية التي كان يصدرها القضاة غير المسلمين، أو التي كانت تصدر وفقا للقانون الأجنبي عوض القانون المغربي، حسبما تنص عليه قاعدة الإسناد.

وكان القضاء المغربي ينطلق من تصور معين، مفاده أن قانون الأحوال الشخصية من النظام العام، ما دامت قواعد الأحوال الشخصية مستنبطة من أحكام الفقه الإسلامي، وأن مصدرها

733- إدريس الفاخوري: انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة، م س، ص: 361. ويضيف الأستاذ في نفس الموضوع أن هذا الإشكال يُطرح بصفة خاصة بالنسبة للجالية المغربية المقيمة بالخارج، حيث أن استقرار هذه الجالية بمختلف أرجاء المعمور وخاصة في الدول الأوروبية، وانتمائهم إلى المغرب الذي يجعل من الشريعة الإسلامية المرجعية الأولى في التنظيم القانوني للعلاقات الأسرية، بينما الأنظمة القانونية في الدول الغربية لا تُقيم للدين أي اعتبار.

734- إبراهيم بحماني: تنفيذ الأحكام الأجنبية في المغرب، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 148، ص: 57.

735- الصديق بلعربي: إشكالية مفهوم النظام العام في تذييل الأحكام والعقود الأجنبية المتعلقة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية، مرجع سابق، ص: 54.

الشريعة الإسلامية، لذلك فهي من صميم النظام العام، وأن أي خرق لنصوص مدونة الأحوال الشخصية هو خرق للنظام العام الداخلي⁽⁷³⁶⁾.

وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف بالرباط حينما اعتبرت أن: «كل خرق لقانون الأحوال الشخصية هو خرق للنظام العام الداخلي المغربي»⁽⁷³⁷⁾.

أما في ظل مدونة الأسرة، فقد عمل المشرع المغربي على تليين فكرة النظام العام عند انتهاء الرابطة الزوجية، من أجل التيسير على المواطنين المغاربة المقيمين بالخارج، ويتضح ذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة 128 من مدونة الأسرة، حيث اشترط المشرع لتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة بإنهاء الرابطة الزوجية بالمغرب بأن تؤسس على أسباب لا تتنافى مع تلك الواردة في المدونة.

وهكذا يقول الأستاذ الفاخوري: يكون المشرع قد منح القاضي المغربي معياراً موضوعياً، يسترشد به لتقدير ما إذا كان محتوى الحكم الأجنبي يتنافى مع أسباب إنهاء العلاقة الزوجية المنصوص عليها في المدونة، بصرف النظر عن القانون المطبق⁽⁷³⁸⁾، وبصرف النظر عن كون القاضي مصدر الحكم الأجنبي مسلماً أو غير مسلم.

وعليه، فالقضاء المغربي بعد صدور مدونة الأسرة، لم يعد يراقب مدى تطبيق القضاء الأجنبي للقانون المغربي في دعاوى إنهاء العلاقة الزوجية، وإنما يراقب مضمون الحكم الأجنبي، سواء طبق القانون الأجنبي أو المغربي ومدى مساهمته بالنظام العام⁽⁷³⁹⁾.

736-جمال الطاهري: النظام العام المغربي كقيد على فاعلية الأحكام القضائية الأجنبية بانحلال الزواج المختلط، مرجع سابق، ص: 93.

737-قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 18/05/1962، بدون ذكر باقي البيانات، منشور بمجلة القضاء والقانون: عدد مزدوج: 59-60، ص: 550.

738-إدريس الفاخوري: انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، م س، ص: 366.

739-سفيان ادريوش: كيف نقرأ مقتضيات تنفيذ الأحكام الأجنبية على ضوء المادة 128 من مدونة الأسرة، ص 107.

ويظهر ذلك من خلال قرار للمجلس الأعلى الذي قضى بأن: «ما أثاره الطاعن من خرق الحكم المطعون فيه للمواد 70، 80، 81، 88، 97، 113، 128 من مدونة الأسرة لا محل له،...وبذلك فإنه لا يوجد بالحكم الأجنبي أي خرق للمواد المحتج بها.ومن ثم فإن المحكمة قد عللت قرارها على صواب، بأن الحكم الأجنبي المراد تذييله بالصيغة التنفيذية مترجم ومرفق بشهادة بعدم الطعن فيه، لأنه أصبح نهائيا، وأن الزوج هو الذي يسعى إلى طلب التطلاق، وقد استجيب لطلبه من طرف المحكمة الأجنبية، وليس في ذلك ما يخالف النظام العام المغربي، وبذلك يكون القرار معللا»⁽⁷⁴⁰⁾.

وخلافا لذلك، فإذا حدث خرق لنصوص مدونة الأسرة، فإنه يكون مخالفا للنظام العام، كما هو الشأن بالنسبة للحكم الأجنبي الذي يقضي بالانفصال الجسماني بين مغربيين مسلمين أو بين الزوج المسلم والزوجة الكتابية، مثل هذا الحكم يكون مخالفا للنظام العام المغربي، لأن أحكام الطلاق بالمدونة لا تُقر بذلك الانفصال، وبالتالي رفض منحه الصيغة التنفيذية.

وهذا ما قضى به المجلس الأعلى حينما رفض منح الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي قضى بالانفصال الجسماني، وذلك لمخالفته للنظام العام المغربي⁽⁷⁴¹⁾، الذي يجهل هذه المؤسسة القانونية المكرسة في النظم الغربية: «إن الحكم الصادر من طرف المحكمة بلا بسبب الدامبوردا والمطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية قضى بالانفصال الجسماني بين الطرفين المطلوبين في النقض، وهو سبب للفرقة، أجنبي عن مدونة الأسرة التي تضمنت على سبيل الحصر وسائل إنهاء العلاقة

740-قرار صادر عن مجلس الأعلى رقم 188 بتاريخ 30-03-2005 في الملف الشرعي رقم 2004/1/2/622، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 63 دجنبر 2006، ص: 112.

وفي قرار مماثل جاء فيه: أن «طلب تذييل الحكم الأجنبي القاضي بانفصال العلاقة الزوجية ليس به ما يخالف النظام العام المغربي، ما دام أن الزوج قد وافق على التخلي على بيت الزوجية، حسبما يُستفاد من الحكم المذكور، والذي حكم بالطلاق للشقاق لتعذر الحياة الزوجية بين الطرفين».

قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 133 بتاريخ 15/06/2005، ملف رقم 04/668. منشور بالنبشة الإخبارية للمجلس الأعلى، عدد 16 سنة 2006، ص: 17. مطبوعة الأمنية، الرباط.

741-مفهوم النظام العام في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية يضطلع بوظيفة أساسية، هي منع تخويل الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية، كلما لاحظ القاضي الوطني بأن الحكم ينطوي على إهدار القيم والأسس التي يقوم عليها المجتمع في دولة التنفيذ. -إدريس الفاخوري: انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 362.

الزوجية، ولا يمكن التوسع فيها أو القياس عليها، والمحكمة لما عمدت إلى قياس ما قضى به الحكم الأجنبي المذكور على الحالة المذكورة في المادة 114 من المدونة، بالرغم من أن الانفصال الجسماني لا يترتب عنه إنهاء العلاقة الزوجية، وإنما الانفصال في المساكنة فقط، تكون قد أساءت تطبيق المادة 128 المذكورة وعرضت قرارها للنقض»⁽⁷⁴²⁾.

واضح أن القضاء المغربي لا يتردد في رفض تذييل أي حكم أجنبي لا يحترم مقومات الأسرة المغربية، أو يتعارض مع تعاليم الدين الإسلامي المشكلة للنظام العام المغربي، رغم التلين الكبير الذي عرفته نصوص مدونة الأسرة في اتجاه توسيع دائرة الاعتراف بالأحكام الأجنبية الصادرة بالخارج⁽⁷⁴³⁾.

وفي الأخير، وانطلاقاً من الأحكام والقرارات القضائية التي تم استعراضها، أخلص إلى أن رفض تذييل الحكم الأجنبي القاضي بفرقة الزوجين بالصيغة التنفيذية بعد صدور مدونة الأسرة لم يعد ناتجاً عن صدوره عن قاض غير مسلم، وإنما أصبح ناجماً عن مناقشة الأسباب التي بُني عليها الحكم، للنظر في موافقتها للأسباب التي جاءت بها المدونة من معارضتها، وبالتالي الاستجابة لثوابت النظام العام المغربي وعدم المس بها.

وعليه، يمكن القول بأن الاتجاه القضائي الغالب أصبح يتعامل بنوع من المرونة مع مفهوم النظام العام المغربي، وسنده في ذلك المادة 128 من مدونة الأسرة. هذه المرونة التي أظهرها المشرع المغربي في المادة المذكورة أملاها تزايد عدد القضايا التي تُردُّ على المحاكم المغربية، والمتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية التي تكون قد قضت بإنهاء العلاقة الزوجية، مستحضراً المشرع - البعد الإنساني في مثل هذه القضايا أكثر من أي بُعد آخر⁽⁷⁴⁴⁾، خاصة في ظل تزايد عدد الأسر المغربية المقيمة خارج المغرب.

742-قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 618 بتاريخ 2007/12/5 الملف الشرعي عدد 2007/1/2/194. منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 157، سنة 2010، ص: 149-150.
743-إدريس الفاخوري: انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 368.
744-ما لم يتعارض ذلك مع تعاليم الدين الإسلامي وثوابته.

الباب الثاني:

ولاية التربية والحفظ من غير المسلم

إن الإنسان منذ استهلال الحياة صار خا يحتاج إلى رعاية خاصة، تمتد زمنا ليس بالقصير حتى يستقل بشؤون نفسه، لأن الإنسان يولد ضعيفا، قال تعالى: ﴿وخلق الإنسان ضعيفا﴾⁽⁷⁴⁵⁾، ويقول سبحانه وتعالى: ﴿اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْقَدِيرُ﴾⁽⁷⁴⁶⁾. ولهذا فقد نظمت الشريعة الإسلامية له أنواعا من الولاية، حفظا له، وعناية به، إلى أن يقوى على مواجهة صعاب الحياة.

ولقد اهتم هذا الباب بموضوع الولاية على النفس في هذه المرحلة المهمة في حياة الإنسان، لأن مهمة الولي على النفس خطيرة جدا؛ لما لها من دور حاسم في حياة المولى عليه؛ لذلك يشترط في من تكون له الولاية على النفس أن يكون آمينا في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه، كولاية الحضانة وولاية الكفالة والتربية بالنسبة للفاقد لأبويه.

وكما هو معلوم، فالطفل في مرحلته الأولى يكون في سن لا يميز فيه تمييز العقلاء؛ لذا يعتمد في مصالحه الشخصية والضرورية على غيره، الأمر الذي جعله غير مكلف في نظر الشارع في حق نفسه، وكان غيره شرعا هو الذي يقوم مقام نفسه في كل ما يتعلق به بالولاية الشرعية، وهي مع الطفل للأب والأم. وولاية الأم الشرعية للطفل في هذه المرحلة تسمى ولاية

745- سورة النساء الآية: 28

746- سورة الروم الآية 53.

الحضانة. وحسب محددات موضوع البحث فقد خصصت الحديث عن الأم الكتابية، وخصوصا بعد طلاقها من زوجها المسلم وتحملها لهذه الولاية تجاه طفلها ذي العقيدة الإسلامية، مع الأخذ بعين الاعتبار إقامتها في بلاد غير إسلامية. فهل ستكون الأم غير المسلمة أمينة على عقيدة المحضون إذا أسندت الحضانة لها؟

أما ولاية الأب فتسمى ولاية الحفظ والرعاية، وبالنسبة للطفل الفاقد لأبويه كاليتيم واللقيط، فهذه الرعاية تسند للكفيل وتسمى ولاية الكفالة. وبالنظر لطبيعة البحث، فقد خصصت هذا الفصل لإمكانية تربية الطفل اللقيط أو المهمل من غير المسلم، فهل لهذا الأخير أن يتحمل هذه الولاية، ويقوم بالتقاط الطفل المسلم وتربيته؟

صحيح أن القانون المغربي يشترط على الأجنبي اعتناق الإسلام للحصول على كفالة طفل مهمل، لكن هل يعتبر ذلك كافيا للحفاظ على هوية الطفل المكفول وعقيدته؟ خاصة إذا علمنا أن الأجنبي عندما يحصل على الكفالة يعود إلى وطنه صحبة المكفول، وفي الغالب يتقدم بطلب تحويل الكفالة إلى تَبْنٍ، الشيء الذي يؤثر على هوية الطفل المكفول وعقيدته.

من منطلق ما سبق، قسمت هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: ولاية الحضانة من غير المسلمة

الفصل الثاني: ولاية كفالة الطفل المهمل من غير المسلمين.

الفصل الأول:

ولاية الحضارة من غير المسلمة

لقد اهتم الفقه الإسلامي بموضوع الحضانة، وأولى له أهمية بالغة من خلال التنظيم المحكم لمختلف الجوانب المرتبطة به. وللعناية بالطفل وإعداده أفضل إعداد، وضع الفقهاء مجموعة من القواعد والشروط التي تحقق له مصلحته، لأن الحضانة ترتبط بحق الطفل في الحماية والرعاية والتربية والتوجيه. لذلك تعتبر الأحكام المتعلقة بها أساسها مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، وإن كانت تُعد حقا للحاضن والمحضون معا، إلا أن حق المحضون أقوى لأن الطفل الذي حرم من حنان أسرته، نتيجة انفصال أبويه عن بعضهما، يكون في أشد الحاجة إلى العناية والرعاية من أجل تجنب المخاطر التي تعترض سبيله. (747)

وقد أولت مدونة الأسرة المغربية بدورها أهمية بالغة للحضانة، من خلال وضع نصوص قانونية مصدرها الشريعة الإسلامية، من أجل توفير حماية أفضل للمحضون. وقد أجمع الفقه الإسلامي ومعه مدونة الأسرة، على أحقية الأم في حضانة أبنائها بعد الطلاق، لأنها مصدر الحنان والرفق والشفقة إذا توفرت فيها الشروط الموضوعية اللازمة لقيامها بمصالحهم، ويبقى للأب في مقابل منح الحضانة للأم حق ممارسة الزيارة للأبناء ومراقبة تربيتهم باعتباره وليهم. وبهذا أصبحت الحضانة تراحم الولاية؛ إذ امتدت صلاحيات الحاضن إلى بعض صلاحيات الولي، فيما يتصل بنظر شؤون الطفل من حيث دراسته وسفره والتصرف في حساباته، حتى أضحى في حقيقتها ضربا من ضروب الولاية على النفس. (748)

ولما كانت الحضانة لا تطرح صعوبات في حالة كون العلاقة الزوجية مستمرة بين الأبوين وكانا متحدي الديانة، فإن الأمر على العكس من ذلك في حالة انتهاء الزوجية، خاصة إذا كان هناك اختلاف الديانة بين الأبوين. بحيث تكون مسؤولية الأب هي تربية أبنائه على دينه، مقابل

747- ادريس الفاخوري: انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية ص 285.

دار أبي رقرق، الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2012م.

748- فاطمة الزهراء بن محمود: تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة، ص 28. مجلة القضاء والتشريع. العدد 44 سنة 2002م.

رغبة الأم في استدراج أبنائها إلى دينها، الشيء الذي يطرح مشاكل حقيقية تنعكس بشكل سلبي على تربية الأطفال.

وأمام وضع كهذا، فهل تستحق الأم غير المسلمة ممارسة ولاية الحضانة على أبنائها المسلمين؟ وما موقف الفقه الإسلامي من حضانة الكتاتبية لأبنائها المسلمين بعد انفصالها عن زوجها المسلم؟ خاصة إذا علمنا أن الحضانة لا تقتصر على حفظ المحضون في بدنه فقط، وإنما تمتد لحفظه في خلقه ودينه، وبناء عليه، يتعين على الحاضن أن يكون مستقيماً وأميناً على عقيدة المحضون. ولذلك هل ستكون الأم غير المسلمة أمينة على عقيدة المحضون إذا أسندت الحضانة لها؟ وهل استطاعت الاتفاقيات التي أبرمها المشرع المغربي مع بعض البلدان الأوربية أن تحافظ على عقيدة المحضون؟

للإجابة على هذه التساؤلات، قسمت هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول خصصته لشرط الإسلام في الحاضن حتى يستحق حضانة المسلمين، بمعنى آخر هل اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون يؤثر على ولاية الحضانة أم لا؟ وختمت هذا المبحث بالحديث عن تأثير الردّة على الحضانة.

أما المبحث الثاني فقد خصصته لموقف مدونة الأسرة المغربية من ممارسة الزوجة غير المسلمة لولاية الحضانة على أبنائها من زوجها المسلم، ومقارنة ذلك ببعض القوانين المغاربية خاصة منها الجزائرية والتونسية. وختمت المبحث بالحديث عن الإشكالات القانونية والواقعية الناجمة عن إسناد ولاية الحضانة لغير المسلمة.

أما المبحث الثالث فقد تناولت فيه ولاية الحضانة من غير المسلمة حسب الاتفاقيات الدولية، مع التركيز على الاتفاقيات الثنائية التي أبرمها المغرب مع بعض الدول الغربية.

مبحث تمهيدي: مفهوم الحضانة وصاحب الحق فيها

سأتناول في هذا المبحث: مفهوم الحضانة (المطلب الأول)، وصاحب الحق فيها (المطلب الثاني)، ثم الفرق بين الحضانة والولاية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

سأقف في هذا المطلب عند التعريف اللغوي للحضانة (الفرع الأول)، والتعريف الاصطلاحي (الفرع الثاني)، ثم التعريف القانوني (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التعريف اللغوي للحضانة

الحضانة بفتح الحاء المهملة مصدر: حضن يحضن حضنا وحضانة، والحاء والضاد والنون أصل يدور معناه على حفظ الشيء وصيانتته⁽⁷⁴⁹⁾، وتستعمل بمعنى جعل الشيء في ناحية، يقال حضن الرجل الشيء: أي اعتزله فجعله في ناحية، وتطلق على الضم إلى الجنب، يقال: حضن الطائر بيضه، إذا ضمه تحت جناحيه، والحاضن والحاضنة: الموكولان بحفظ الصغير وتربيته.⁽⁷⁵⁰⁾

والحضن - بكسر الحاء - هو الجنب مما دون الإبط والكشح، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما والجمع أحضان⁽⁷⁵¹⁾.

فحضانة الأم ولدها: هي ضمها إياه إلى جنبها، واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتراه، وتقوم بحفظه، وصيانتته وإمساكه، وغسل ثيابه ونحو ذلك.

749- ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، باب الحاء والضاد وما يثلاثهما، كلمة حضن، ج 2 ص 73. دار الفكر، سنة 1399هـ/ 1979م. دون ذكر رقم الطبعة.
750- ابن منظور: لسان العرب، مجلد 2، ج 11، باب الحاء، ص 911. دار المعارف دون ذكر تاريخ الطبع.
751- الفيروز أبادي: القاموس المحيط، حرف الحاء، كلمة حضن، ص 1190. مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، سنة 1426هـ/ 2005م.

وحضانة الصبي هي رعايته وتربيته، فحضان الرجل الصبي: أي رعاه وربّاه، فهو حاضن، والجمع حضنه وحضّان، وهي حاضنة، والجمع حواضن (752).

وبناء على ما سبق، فالحضانة عند الإنسان تطلق على عملية الحنان حين تضم الأم ابنها إلى صدرها وهي تعنقه وتلتصق به، فتعطى هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه (753).

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للحضانة

عرّف الفقهاء الحضانة بتعريفات وإن تغيرت ألفاظها، فإن معانيها تقترب في عمومها من معنى: حماية الصغير والاهتمام بشؤونه وتربيته ممن هو أولى بذلك شرعا.

قال ابن عرفة المالكي في تعريفها: الحضانة: «حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه» (754).

كما عرفها الزرقاني بكونها: «صيانة العاجز والقيام بمصالحه» (755).

وقال الشافعية في تعريفها: «هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عمّا يؤذيه، لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون، وتربيته» (756).

-
- 752 - أنظر النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير، ص 215. دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، 1421 هـ. أنظر كذلك لسان العرب لابن منظور، مج 2 ج 11 ص 911.
- يقول عبد الرحمان الجزيري أن الحضانة بفتح الحاء وكسرها، والفتح أشهر، معناها لغة: مصدر حضنت الصغير حضانة، تحملت مؤنته وتربيته، مأخوذة من الحضن - بكسر الحاء - وهو الجنب، لأن الحاضنة تضم الطفل إلى جنبها.
- عبد الرحمان الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4 ص 520. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1424 هـ/2003 م.
- 753 - فضيل سعد: شرح قانون الأسرة الجزائري: الجزء الأول في الزواج والطلاق ص 369. المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1986 م.
- 754 - الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص 324. دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة 1993 م.
- 755 - عبد الباقي الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر الشيخ خليل ج 4 ص 469. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى سنة 1422 هـ - 2002 م.
- كما عرفها الدردير بقوله: «حفظ الولد والقيام بمصالحه»
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ج 2 ص 526، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دون ذكر تاريخ الطبع.
- ويشرح الدسوقي هذا التعريف بقوله: «قوله وهي حفظ الولد: أي في مبيته وذهابه ومجيئه، وقوله بمصالحه: أي من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه».

وعرفها البهوتي الحنبلي بقوله: «حفظ صغير ومجنون ومعتوه وهو المختل العقل، مما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم» (757).

وعرفها ابن عابدين الحنفي بكونها: تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة (758).

وللزيدية تعريف دقيق للحضانة، قال العنسي: «هي حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه عند من هو أولى بذلك» (759).

يلاحظ أن تعريف المالكية و الحنفية اقتصر على تعريف الحضانة بمعناها الخاص؛ وهو حضانة الطفل والولد، أما الشافعية والحنابلة فقد كان تعريفهم للحضانة أعم؛ حيث شمل الطفل ومن في حكمه كالمجنون الذي لا يقدر على القيام بمصالح نفسه.

وبمقارنة تعريفات المذاهب للحضانة، يتضح أن تعريف الزيدية أدقها، لأنه يفسح المجال لدخول غير الطفل ممن لا يستقل بأموره، وتوسعة مسؤوليات الحاضن أو الحضنة لتشمل فضلا عن القيام بواجبات الحفظ والعناية الشخصية، التربية الصالحة، هذا فضلا عن التنويه بأساس استحقاق الحضانة.

أما الفقهاء المعاصرون، فإنهم يعرفون الحضانة بأنها تربية الطفل والقيام بشؤونه في سن معينة ممن له حق في تربيته من محارمه (760).

756- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. ج 3 ص 592. الطبعة الأولى سنة 1418هـ/1997م. دار المعرفة بيروت لبنان.

757- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع ص 2848. طبعة خاصة 1423هـ/2003م. دار عالم الكتاب، الرياض.

758- حاشية ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. ج 5 ص 252. طبعة خاصة، سنة 1423هـ/2003م. دار عالم الكتاب. الرياض.

759- أحمد بن قاسم العنسي: التاج المذهب لأحكام المذهب في فقه الأئمة الأطهار. ج 3 ص 367. سنة 1366هـ. طبعة دار إحياء الكتب العلمية.

760- عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص 194. الطبعة الثانية، سنة 1990/1410، دار القلم. الكويت.

يتضح من التعريفات السابقة أن الطفل يحتاج - منذ ولادته - إلى من يقوم بتربيته وتنشئته وحفظه والقيام على شؤونه، إلى أن يستغني عن ذلك، وأولى الناس بحضانة الطفل أمه؛ لأنها أكثر الناس شفقة عليه وقدرة على تربيته، فيثبت لها حق الحضانة عليه أولاً⁽⁷⁶¹⁾.

الفرع الثالث: التعريف القانوني للحضانة

عرّف المشرع المغربي الحضانة بكونها: «حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه»⁽⁷⁶²⁾. وأضاف المشرع فقرة أخرى، عبارة عن شرح وتوضيح وتفصيل لما أجمل في التعريف أعلاه، ونص هذه الفقرة: «على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي وفي حالة الضرورة، إذا خيف ضياع مصالح المحضون»⁽⁷⁶³⁾.

ويلاحظ أن المشرع المغربي في تعريفه للحضانة من خلال الفقرة الأولى من المادة 163 من مدونة الأسرة، قد حافظ على نفس صياغة المادة 97 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، والتي كانت تنص على أن الحضانة هي حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع، والقيام بتربيته ومصالحه.

وهناك تعريفات أخرى قريبة من تعريف عبد الوهاب خلاف، يقول أبو زهرة: الحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعاً.
- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية ص 406. الطبعة الثانية 1957م. دار الفكر العربي.
ويقول مصطفى شلبي أن الحضانة هي القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمره برعاية شؤونه، من تدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ووقايته عما يهلكه أو يضره.
- مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام. دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون. ص 733. الدار الجامعية، بيروت. الطبعة الرابعة 1983م.
761- عبد الكريم زيدان: أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، ص 450. سنة 1982/1402 مكتبة القدس. مؤسسة الرسالة بغداد، العراق.
762- المادة 163 من مدونة الأسرة المغربية.
763- الفقرة الثانية من المادة 163 من مدونة الأسرة.
أضاف الأستاذ محمد الكشور أن العناصر التي أشار إليها النص أعلاه، وهي حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته والاعتناء بمصالحه، إنما وردت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، وهكذا فسبب الحضانة الصغر، وإن كان هنالك من يقررها بشأن كل عديم التمييز.
- محمد الكشور: أحكام الحضانة، دراسة في الفقه المالكي ومدونة الأسرة. سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة. الطبعة الثانية. سنة 2004 ص 17.

أما بالنسبة لبعض التشريعات المغاربية، فالشرع الجزائري قد عرفها بقوله: «الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك» (764).

كما عرفتها المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها: «حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته» (765).

وعموما، فالتعاريف التي أوردتها القوانين المغاربية متشابهة ومتقاربة المعنى، وإن اختلفت ألفاظها وتعابيرها، وجاءت منسجمة مع تعريفات المذاهب الفقهية لمادة الحضانة.

المطلب الثاني: صاحب الحق في الحضانة وترتيب الحاضنين

سأتحدث في هذا المطلب عن صاحب الحق في الحضانة (الفرع الأول)، وعن ترتيب الحاضنين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صاحب الحق في الحضانة.

حضانة الأطفال الصغار واجبة باتفاق الفقهاء، لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته، فهي من فروض الكفاية، لا يحل أن يترك الصغير دون كفالة ولا تربية حتى يهلك ويضيع، وإذا قام به قائم سقط عن الناس (766).

كما أن الفقهاء متفقون على أنه إذا افرق الأبوان، وبينهما ولد، فالأم أحق به من الأب ما لم يقيم بالأم ما يمنع تقديمها، أو بالولد وصف يقتضي تخييره (767).

غير أن الفقهاء اختلفوا فيمن يملك هذا الحق، هل الحاضن أم المحضون؟

764- المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري .

765- المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية .

766- ابن رشد: المقدمات الممهدة، ج 1 ص 564، دار الغرب الإسلامي، بيروت. الطبعة الأولى 1408هـ/1988م.

767- ابن قيم الجوزي: زاد المعاد. ج 5 ص 390. مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1418هـ/1998م.

لقد ذكر الباجي في المنتقى أنه قد اختلف عن مالك في ذلك، فقال الشيخ أبو القاسم: هو من حقوق المرأة، فإن شاءت أخذته، وإن شاءت تركته. وقال القاضي أبو محمد: فإذا قلنا إنه من حقوق الأم فلقوله صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به مالم تنكحي» (768).

ومن جهة المعنى، أنه يلحقها الضرر بالتفرقة منها، مع ما جُبل عليه النساء من الإشفاق من ذلك والتوجه له، قال: «وإذا قلنا إنه حق للولد، فلأن الغرض حفظه ومصالحه، ولذلك يؤخذ منها إذا تزوجت، وإن لحقها الضرر بأخذه» (769).

ونقل الباجي أيضاً عن القاضي أبي الوليد بن رشد قوله: والذي عندي أن فيه حقا لكل منهما، والله أعلم وأحكم. وقد روى ابن حبيب عن سحنون: إن رضي الأب والأم والولد أن يكون الولد عند أبيه، ولم تتزوج أمه، فلا بأس بذلك، فاعتبر رضا الأم والولد (770).

وذكر التسولي أربعة أقوال في المسألة (771) عند شرحه لقول ابن عاصم:

الحق للحاضن في الحضانة	وحال هذا القول مستبانه
لكونها يسقطها فتسقط	وقيل بالعكس فما أن تسقط

- القول الأول: أن الحضانة حق للحاضن، لكون الحاضن إذا أسقط الحضانة بعوض الخلع أو بغير عوض، فإنها تسقط، ولو كانت حقا للمحضون أو حقا للهاؤ لهما ما سقطت

768- روي من حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن العاص، أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني. فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به ما لم تنكحي».

- رواه أبو داود في سننه، باب من أحق بالولد، الحديث رقم 2276 ص 397. مكتبة التعارف للنشر والتوزيع، دون ذكر تاريخ الطبع.

769- الباجي: المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق عبد القادر أحمد عطا، ج 8، ص 150. دار الكتب العلمية بيروت. الطبعة الأولى 1420هـ/1999م.

770- نفس المرجع والصفحة.

771- التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج 1 ص 645 - 646. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1418هـ/1998م.

بإسقاطه، ولكونها أيضا لا أجره للحاضن على الحضانة، إذ الإنسان لا يأخذ أجرا على فعل شيء واجب عليه، ولو كانت حقا للمحضون لكانت له الأجرة (772).

- القول الثاني: أن الحضانة حق للمحضون لا تسقط بإسقاطها من قبل الحاضن، وهو مذهب ابن الماجشون (773).

- القول الثالث: أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون، وهو اختيار ابن محرز والباجي.

- القول الرابع: أن الحضانة حق لله تعالى، فلا تسقط أيضا بإسقاطها.

وهكذا يتضح من هذه الأقوال، أن المسألة خلافية في الفقه المالكي، وإن كان الأظهر أنها حق مشترك بين الحاضن والمحضون (774).

أما بالنسبة لموقف مدونة الأسرة المغربية، فيلاحظ أنها لم تفصل في هذه المسألة بنص صريح، غير أن القراءة المتأنية لنصوصها تفيد أن الحضانة حق للحاضن والمحضون معا، فالمادة 165 (775) يفهم منها أن مستحق الحضانة له أن يرفضها، فعلى هذا الأساس فهي حق له، غير أن استحقاق الحاضنة لأجرة الحضانة، وتكاليف سكن المحضون حسب نصي المادتين 167 (776) و168 (777)، يُفهم منه أن الحضانة حق للمحضون، وهو ما يستنتج أيضا من مقتضيات المادة 54 (778) من نفس المدونة.

772- وأضاف التسولي أن هذا على المشهور من أنه لا أجره له، كما قال الشيخ خليل: « ولا شيء لحاضن لأجلها »، أي لأجل مجرد الحضانة التي هي حفظ الولد في بيته، وأما خدمته من طحن وعجن وسقي ماء وطبخ وغسل ثياب، فلها الأجرة على ذلك، لأن الأب يلزمه إخدام ولده.

773- ذكر ذلك ابن رشد في المقدمات الممهدة، مرجع سابق، ج 1 ص 570.

774- محمد الكشيبور: أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص 48.

775- تنص المادة 165 من مدونة الأسرة على أن: «إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبلها، أو وجد ولم تتوفر فيه الشروط، رفع من يعنيه الأمر أو النيابة العامة الأمر إلى المحكمة، لتقرر اختيار من تراه صالحا من أقارب المحضون أو غيرهم، وإلا اختارت إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك».

776- تنص المادة 167 من مدونة الأسرة في فقرتها الأولى على أن: «أجرة الحضانة ومصاريفها، على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجره الرضاعة والنفقة».

ويرى الأستاذ إدريس حمادي، أن الحضانة حق للمحضون والحاضن معا، إلا أن حق الطفل أصلي وحق الحاضن تابع له، وهو ثابت، إذ ليس معنى تبعيته أنه حق هامشي يمكن الاستغناء عنه، بل هو كالوسيلة التي لا يمكن أن يتحقق المقصد إلا عن طريقها، ولذلك وقع التنصيص في المادة 170 على أن الحضانة: «تعود لمستحقها إذا ارتفع العذر الذي منعه منها»⁽⁷⁷⁹⁾.

أما التوجه القضائي، فقد ذهب المجلس الأعلى في أحد قراراته إلى أن: «المشرع توخى بالدرجة الأولى مصلحة المحضون..»⁽⁷⁸⁰⁾، معتبرا في هذا القرار أن الحضانة حق للمحضون، وفي قرار آخر له فقد ذهب إلى أن الحضانة حق للحاضنة حيث قال: «الحضانة حق للحاضنة إذا أسقطتها تسقط، كما يلزمها تنازلها عنها»⁽⁷⁸¹⁾.

ويتضح من قرارات المجلس الأعلى أنه اختار الرأي القائل بأن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون.

وللفقيه وهبة الزحيلي خلاصة طريفة لهذا الأمر، حيث قال بأن الظاهر لدى العلماء المحققين أن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معا: حق الحاضنة، وحق المحضون، وحق الأب أو من يقوم مقامه، فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليه، وإن تعارضت قدم حق المحضون على غيره⁽⁷⁸²⁾.

777- تنص المادة 168 في فقرتها الأولى: «تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما.»

778- تنص المادة 54 من مدونة الأسرة على أن: «للأطفال على أبويهم الحقوق الآتية...النسب والحضانة...، عند وفاة أحد الزوجين أو كليهما تنتقل هذه الواجبات إلى الحاضن...».

779- إدريس حمادي: البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة. ص 205. إفريقيا الشرق، الدار البيضاء، 2005م.

780- قرار للمجلس الأعلى صادر في 22 يناير 1981، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 28 ص 129.

781- قرار للمجلس الأعلى عدد 406، صادر بتاريخ 1992/04/21، ملف شرعي عدد 89750، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46 ص 145.

782- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته. ج 7 ص 719. دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1405هـ/1985م.

ويشير الأستاذ محمد الكشور إلى أن ما استخلصه هذا الفقيه، يمكن استنتاجه من القراءة المتأنية لشرح ما قرره ابن عاصم الغرناطي في التحفة، بل هو ينسجم إلى حد ما مع ما قرره مدونة الأسرة⁽⁷⁸³⁾ بهذا الخصوص⁽⁷⁸⁴⁾.

وخلاصة لما سبق ذكره، يمكن القول إن الأصل التوفيق بين هذه الحقوق الثلاثة ومراعاتها كلها إن أمكن الجمع بينها، أما إذا تنافرت واختلفت، فلا بد من تقديم حق المحضون ورعايته أولاً، وذلك لغلبته ورُجحانه، وتُجبر الأم على حضانه ولدها إذا لم يوجد غيرها، أما إذا وُجد غيرها فهي الأولى، إلا أن يكون عندها مانع، ولا يصح أن يأخذ الأب الولد لحضانه من الأم إلا لأمر شرعي؛ كأن تكون الأم قد تفسد الولد في التربية والأب سيصلحه، وهذا كله خاضع لتقدير القاضي واجتهاده.

الفرع الثاني: ترتيب الحاضنين

لقد أخذ ترتيب الحواضن اهتماماً بالغاً من قبل الفقه الإسلامي، حيث قد اعتمد في سبيل ذلك تحري الأشخاص الأقرب للطفل والأكثر جوداً للعطف والشفقة، والأكثر حرصاً على تربية الصغير وتأديبه. وهذا المبدأ هو الذي تبنته مدونة الأسرة المغربية، وسار على نهجه القضاء المغربي.

وبناء على ذلك سأستعرض في هذه الفقرة آراء الفقه الإسلامي من مستحقي الحضانه (الفقرة الأولى) وموقف مدونة الأسرة المغربية من ذلك (الفقرة الثانية).

783- تنص المادة 186 من مدونة الأسرة على أنه يجب أن: «تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب».

784- محمد الكشور: أحكام الحضانه، م س، ص 50.

الفقرة الأولى: ترتيب الحاضنين في الفقه الإسلامي

اتفق الفقه الإسلامي على إعطاء الأولوية في الحضانة للنساء قبل الرجال، لأنهن أليق بالحضانة، ولأنهن مطبوعات على الحنان والشفقة، وهن أهدي إلى التربية وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال⁽⁷⁸⁵⁾. وفي هذا الصدد يقول ابنعاصم:

وصرفها إلى النساء أليق لأنهن في الأمور أشفق⁽⁷⁸⁶⁾.

وإتباعا لذلك، رتب الفقهاء النساء الحواضن بعضهن مقدم على بعض حسب قرابتهن أو شفقتهن، وذلك وفقا لنظرة كل منهم لما يصلح للطفل المحضون، ثم الرجال حسب تربيتهم في الإرث.

كما أجمع الفقهاء على أن الأم أولى من غيرها في تربية أطفالها، استنادا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: « أنت أحق به »⁽⁷⁸⁷⁾. ولا ريب أن لهذا الإجماع ما يبرره واقعا أيضا، فالأم أعرف بالتربية وأقدر عليها⁽⁷⁸⁸⁾، وأشفق وأرفق بولدها من غيرها، - بما في ذلك أبوه - فهي أقدر وأصبر على تحمل المشاق والصعاب في سبيل الاعتناء بشؤونه، وخاصة في السنوات الأولى من حياته⁽⁷⁸⁹⁾.

785 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته. مرجع سابق: ج 7 ص 719 .
ويعلل القرافي تقديم النساء على الرجال في الحضانة بقوله: « ولما كانت الحضانة تفتقر إلى وفور الصبر على الأطفال، في كثرة البكاء والتضجر من الهيئات العارضة للصبيان، ومزيد الشفقة والرقة الباعثة على الرفق بالضعفاء والرفق بهم، وكانت النسوة أتم من الرجال في ذلك كله فقدم عليهم، لأن أنفات الرجال، وأباية نفوسهم، وعلو همهم تمنعهم من الإنسلاخ في أطوار الصبيان، وما يليق بهم من اللطف والمعاملات وملازمة القاذورات وتحمل الذنابات... »
- القرافي: الفروق، الفرق الثامن والسبعون بعد المائة، ج 3 ص 1006. دار السلام، الطبعة الأولى، 2001/1421م.
786 - وهذا يعني أن صرف الحضانة وجعلها للنساء أليق من جعلها للرجال، لأن المقصود منها القيام بمؤنة الصبي، لأنه خلق ضعيف لا يقوم بنفسه، فقدم الشارع لحضانتها من هو في طبعه أشفق على المحضون وأرأف به وأدرى بمصالحه من غيره .
- أنظر البهجة في شرح التحفة للتسولي. مرجع سابق، ج 1 ص 646.
787 - سبق تخريجه.
788 - ابن قيم الجوزية: زاد المعاد. مرجع سابق. ج 5 ص 392.
789 - محمد الكشور: أحكام الحضانة. مرجع سابق. ص 21.

ويعلل السرخسي الحنفي أحقية الأم في حضانتها لولدها بقوله: «... اعلم بأن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لأنفسهم، والقيام بجوائجهم جعل الشرع ولاية ذلك إلى من هو مُشفق عليهم، فجعل حق التصرف إلى الآباء لقوة رأيهم والتصرف يستدعي قوة الرأي، وجعل حق الحضانات إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيت، والظاهر أن الأم أحن وأشفق من الأب على الولد، فتتحمل في ذلك من المشقة مالا يتحمله الأب، وفي تفويض ذلك إليها زيادة منفعة للولد...» (790).

وإذا اتفق الفقهاء على أحقية الأم في حضانة أبنائها، فإنهم اختلفوا في الترتيب الذي يلي الأم حسب المذاهب، كما اختلفوا داخل المذهب الواحد.

فقد ذكر ابن رشد اختلاف فقهاء المذهب المالكي في هذه المسألة بقوله: «اختلف في الأب بعد الإجماع على أن الأم أحق منه على أربعة أقوال: أحدها: أنه أحق من قراباته وقرابات الأم، والثاني: أن قراباته وقرابات الأم أحق منه، والثالث: أنه أحق من قراباته، وأن قرابات الأم أحق منه، والرابع: أن قرابات الأم وبعض قراباته أحق منه، وأنه أحق من بعض قراباته، فإن لم يكن أب ولا أم، فلا اختلاف في أن قرابات الأم أحق من قرابات الأب» (791).

790 - السرخسي: المبسوط، ج 5 ص 207. دار المعرفة، بيروت، دون ذكر تاريخ الطبع.
791 - ابن رشد: البيان والتحصيل، تحقيق محمد العرايشي، ج 5 ص 414. دار الغرب الإسلامي، بيروت الطبعة الثانية، سنة 1408هـ/1988م.
كما اختلف فقهاء المذاهب الأخرى في مسألة ترتيب الحاضنين، بعد إجماعهم على أحقية الأم في الحضانة وأسبقيتها في ذلك على غيرها:
فقد رتب الشافعية الحاضنين كالاتي: الأم، ثم أمهاتها المدليات بالإناث، ثم أم الأب وجداته المدليات بالإناث، ثم أم الجدة وجداته، ثم أم أب الجد وجداته، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الإخوة، ثم العمات، ثم لكل ذي محرم وارث من العصابات على ترتيب الإرث.
- انظر الغزالي، الوجيز في الفقه الشافعي، ج 2 ص 123 وما يليها. دار الأرقم، لبنان، الطبعة الأولى، 1997/1418.
ورتب الحنفية الحاضنين كما يلي: الأم، ثم أم الأم ثم أم الأب، ثم الأخوات، وتقدم الشقيقة على التي لأم والتي لأم على التي لأب، ثم الخالات، ثم بنات الأخت، ثم بنات الأخ، ثم العمات، ثم لكل ذي محرم وارث من العصابات .
- انظر هذا الترتيب مع بعض الاختلافات المروية عن أبي حنيفة في ذلك، في بدائع الصنائع للكاساني، ج 5 ص 205 وما بعدها. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1424هـ/2003م.
أما الحنابلة فمذهبهم في ترتيب الحاضنين ففيه أقوال كثيرة، منها هذا الترتيب لإبن قدامة: الأم، ثم أمهاتها، ثم الأب، ثم أمهاته، ثم الجد، ثم أمهاته، ثم جد الأب، ثم أمهاته، وإن كن غير وارثات؛ لأنهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة، ثم الأخوات وتقدم الأخت من الأبوين، ثم الأخت من الأب، ثم الأخت من الأم ثم الأخ، ثم الخالات، وترتيبهن كترتيب الأخوات، ثم العمات ثم الأعمام، ولا حضانة للعم من الأم ثم أبناء العم ثم خالات الأب، ثم عمات الأب.

وأشار ابن القيم إلى الضابط الذي يجب اعتماده في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، وهو ضابط نقله عن شيخه ابن تيمية ودافع عنه بقوله: «لما كانت الحضانة ولاية تعتمد الشفقة والترية والملاطفة، كان أحق الناس بها أقومهم بهذه الصفات، وهم أقاربه يقدم منهم أقربهم إليه وأقومهم بصفات الحضانة، فإن اجتمع منهم اثنان فصاعدا، فإن استوت درجاتهم قدم الأنتى على الذكر، فتقدم الأم على الأب والجدة على الجد...» (792).

ويبدو من ترتيب الحواضن في الفقه الإسلامي أنه مؤسس في مبدئه على القرابة، فالأقرب عندهم هو الأشفق ومنه الأصلح.

وانطلاقاً من كل ما سبق بيانه، ففي حالة وقوع طلاق ووجود أطفال بين الزوجين المنفصلين، فالحضانة تثبت بالأسبقية للأم عن الأب.

بعد أن استعرضت آراء الفقه الإسلامي في مسألة ترتيب الحواضن، أتساءل كيف تعامل القانون المغربي المتمثل في مدونة الأسرة مع هذه المسألة؟

الفقرتين الثانية: ترتيب الحاضنين مدونة الأسرة المغربية

في إطار توجه المشرع المغربي لإعطاء حماية أكبر للأطفال المحضونينانسجاماً مع أحكام الفقه الإسلامي، فإنه كان يُعيد النظر في ترتيب الحاضنين عند كل تعديل للمدونة (793)، إلى أن استقر

- انظر زاد المعاد لابن القيم، مرجع سابق، ج 5 ص 405.
792 - ابن قيم الجوزية: زاد المعاد . مرجع سابق، ج 5 ص 402.
793 - قاعدة ترتيب الحاضنين عرفت تغييراً مضطرباً مع كل تعديل للمدونة، فبالنسبة لمدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 فقد رتب الحاضنين في الفصل 99 كما يلي: « الحضانة من واجبات الأبوين مادامت الزوجية قائمة بينهما، فإذا انفكت فالأم أولى بحضانة ولدها من غيرها ثم أمها ثم أمها، ثم أخت أمها الشقيقة ثم التي للأم ثم للأب ثم الأب ثم أم الأب من أمه وأبيه وإن علت ثم أخت المحضون ثم عمته ثم عمه الأب ثم خالة الأب ثم ابنة الأخ ثم ابنة الأخت ثم أخ المحضون ثم الجد من قبل الأب ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابنه. ويقدم في الجميع الشقيق ثم الذي للأم ثم الذي للأب ».
غير أن المشرع عدل عن هذا الترتيب في التعديل الذي خضعت له المدونة سنة 1993، حيث جاء في الفصل 99: « الحضانة من واجبات الأبوين ما دامت الزوجية قائمة بينهما، فإذا انفكت فالأم أولى بحضانة ولدها من غيرها ثم أبوه ثم أمها... » والترتيب الباقي احتفظ به المشرع دون تغيير.
والذي يظهر من هذا التعديل أن الأب أصبح في المرتبة الثانية بعد الأم، بعدما كان في المرتبة السادسة في مدونة 1997، وهو تعديل حضى باستحسان جميع المهتمين. يقول الأستاذ أحمد الخليلي: أن وضع الأسرة اليوم

نظره في آخر تعديل على حصر المحضونين في الأم ثم الأب وبعدهما لأم الأم، لأن هؤلاء الثلاثة هم أقرب الأقرباء إلى الطفل وأحنتهم عليه وأحرصهم على مصالحه⁽⁷⁹⁴⁾. وبعد ذلك تُسند الحضانة لمن تحدده المحكمة من الأقارب في إطار سلطتها التقديرية .

حيث جاء في المادة 171 من مدونة الأسرة: «تحويل الحضانة للأم ثم للأب ثم للأم الأم، فإذا تعذر ذلك فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة».

وحسنا فعل المشرع بهذا التوجه، كما يقول الأستاذ إدريس الفاخوري، لأن الترتيب بشكل آلي قد لا ينفع المحضون، خاصة إذا كان الحاضن قليل الشفقة فض الطباع، لذلك أصبحت العبرة ليست بالقرب للمحضون، بل بمدى قناعة المحكمة بمن هو أرفق وأصلح لرعاية المحضون، وهذا لا يتأتى للمحكمة إلا بعد إجراء بحث اجتماعي في الموضوع، والاستعانة بكل ما تراه أفيد للأداء بما لديه من معلومات وحقائق حول الشخص المرشح للحضانة من قبلها⁽⁷⁹⁵⁾.

ويرى الأستاذ محمد الكشور أن إسناد الحضانة للأم ثم بعدها للأب ثم بعده لأم الأم بهذا الترتيب، يعتبر مسألة قانونية لادخل من حيث المبدأ للسلطة التقديرية للمحكمة فيها .

بمعنى أنه متى سقطت عن أحدهم أو تخلى عنها، انتقلت للذي يليه بهذا الترتيب الوارد في النص، مع الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 166 من المدونة والتي تنص على أنه: «بعد انتهاء العلاقة الزوجية يحق للمحضون الذي أتم الخامسة عشرة سنة، أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمه»⁽⁷⁹⁶⁾.

الاجتماعيوالاقتصادي والسكني يفرض قصر واجب الحضانة على الأبوين، ولا يبدو مبرر لتقديم الجدات والخالات على الأب كما كان قبل تعديل 1993...».

- أحمد الخليلي: التعليق على مدونة الأحوال الشخصية ج 2 ص 187. مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1994م.

794 - محمد الكشور: أحكام الحضانة. مرجع سابق، ص 30.

795 - إدريس الفاخوري: انحلال الرابطة الزوجية. مرجع سابق، ص 294-295.

796 - محمد الكشور: أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص 29-30.

أما إذا تعذرت الحضانة من طرف مستحقيها، إما لعدم توفرهم على شروط استحقاقهم للحضانة، أو لرفضهم لها، على المحكمة أن تختار الحاضن ولو من غير الأقارب، أو تضع المحضون في مؤسسة مخصصة لهذا الغرض، وذلك بناء على طلب من يعنيه الأمر أو بطلب من النيابة العامة، كما تنص على ذلك المادة 165 من مدونة الأسرة: «إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبلها أو وجد ولم تتوفر فيه الشروط، رفع من يعنيه الأمر أو النيابة العامة إلى المحكمة لتقدر من تراه صالحا من أقارب المحضون أو غيرهم، وإلا اختارت إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك».

أعتقد أن الذي دفع المشرع المغربي إلى الاقتصار فقط على الأم والأب والجدة من جهة الأم في المستحقين للحضانة، والتخلي عن الترتيب الذي أورده الفقهاء، السبب هو التفكك الأسري الذي يعرفه المغرب كغيره من الدول المغاربية⁽⁷⁹⁷⁾، لذلك بات من الضروري حصر أصحاب الحق في الحضانة على أساس الواقع الاجتماعي المعاش، ويؤيد ذلك الأستاذ أحمد الخمليشي الذي يعتبر أن وضع الأسرة اليوم الاجتماعي والاقتصادي والسكني يفرض قصر واجب الحضانة على الأبوين⁽⁷⁹⁸⁾.

أما من زاوية القضاء، فالمجلس الأعلى⁽⁷⁹⁹⁾ حريص على احترام الترتيب الوارد في المادة 171 من مدونة الأسرة، طالما توفرت شروط الحضانة في مستحقيها ولم يثبت ما يخالف ذلك، وهذا ما يُستشف من قراراته الصادرة بهذا الشأن، فقد جاء في قرار له: «...لكن حيث إنه من

797 - قاعدة ترتيب الحاضنين تركز على مصلحة المحضون كما قدرها الفقهاء منذ صدر الإسلام في ظروف كانت فيها الروابط العائلية سواء من جهة الأم أو من جهة الأب قوية متماسكة، وأن هذه الظروف قد تغيرت اليوم بتفكك العائلات الكبرى، وانحلالها إلى أسر صغيرة تتألف من الأبوين في الغالب.

798 - أحمد الخمليشي: التعليق على مدونة الأحوال الشخصية. ج 2 ص 187.

799 - المجلس الأعلى كان يراقب احترام ترتيب الحاضنين بصريح العبارة تطبيقا للمادة 99 من مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1993 الملغاة، حيث جاء في قرار له صدر بتاريخ 04 أكتوبر 1994: «...رتبة الأب مولية لرتبة الأم ومقدمة على رتبة الجدة، ولما لم تعتبر المحكمة ما ذكر وقضت للجدة باستحقاق الحضانة رغم ثبوت سكونها مع بنتها التي سقطت حضانتها تكون خالفت القانون وعرضت قضاءها للنقض». قرار رقم 1208، مجلة القضاء والقانون عدد 47 ص 163.

جهة، فإن المادة 171 المحتج بها لما خولت للأب الحق في الحضانة بعد الأم، فإنها افترضت فيه القدرة على ذلك ما لم يثبت ما يخالفه...» (800).

وذهب في قرار آخر: «لكن حيث إنه بمقتضى المادة 171 من مدونة الأسرة، فإن الأم هي أولى الناس بحضانة أولادها وتحمل على الأهلية في ذلك كأصل ما لم يثبت عكس ذلك، والثابت من أوراق الملف أن الطاعن لم يعزز ادعاءه بانعدام أهلية المطلوبة في حضانة ابنها منه، والمحكمة لما استدعت ما تمسك به من متابعة المطلوبة من أجل العنف ضد طفل قاصر دون الخامس عشر سنة، بعله أن ذلك لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقدر في أهليتها، طالما لم يثبت ذلك في حقها بحكم قضائي نهائي، تكون قد عللت قرارها تعليلا سليما ويبقى ما أثير بدون أساس» (801).

يتضح من قرارات المجلس الأعلى، أن هذا الأخير يحافظ على ترتيب الحاضنين الوارد في المادة 171 من مدونة الأسرة طالما توفرت فيهم الشروط التي تؤهلهم للقيام بمهمة الحضانة، وهو ما يتفق ومبدأ حماية حقوق الطفل ومصالحه، وينسجم كذلك مع المادة 186 من المدونة التي أكدت على وجوب مراعاة مصلحة المحضون في تطبيق المواد المتعلقة بالحضانة وجعلها فوق كل اعتبار.

800- قرار المجلس الأعلى عدد 22 صادر بتاريخ 2009/01/14، ملف عدد 2008/2/1/124، منشور بأهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق الكتاب الثالث من مدونة الأسرة ص 130 – 131.

801- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2007/11/14، ملف شرعي عدد 2006/1/2/28، نشره ادريس الفاخوري في مؤلفه «العمل القضائي الأسري». ج 1 ص 390. مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى، 2009م.

وجاء في قرار آخر: «حيث تبين صحة ما ورد في هذه الوسيلة، ذلك أن محكمة الاستئناف أجرت بحثا واستمعت فيه إلى الطفل وصرح بأنه يختار العيش مع والده الطاعن ومن ثم فإن مصلحته في بقائه عنده، لا سيما وأن الطاعن أدلى بقرار استئنافي جنحي أيد الحكم الابتدائي أدان المطلوبة في النقص من أجل جنحة إهمال الأسرة، وبتقرير طبي حول الحالة النفسية بشأن الطفل وبما يفيد دراسته، وكتاب صادر عن الطفل نفسه يبدي فيه رغبته في البقاء مع والده، والمحكمة لما لم تناقش هذه الوثائق وصرحت في تعليل قرارها بأن الطاعن لم يثبت ما يخل بصلاحية المستأنف عليها لممارسة حقها في الحضانة واعتبرت أن الأصل هو حضانة الأم دون الرد عما أدلى به الطاعن والبحث فيه كما يجب، ودون مراعاة مصلحة المحضون وعند من تكمن مصلحته، تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا وهو بمثابة انعدامه وعرضته للنقض»

- قرار المجلس الأعلى عدد 199 صادر بتاريخ 2011/04/26 ملف شرعي عدد 2009/2/1/346 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض ص 71. غرفة الأحوال الشخصية والميراث، السلسلة 3، ج 10، مطبعة الأمنية، الرباط، يونيو 2012م.

المطلب الثالث: الحضانة والولاية

يصعب التمييز بين الحضانة والولاية، فهما نظامان يقتربان من بعضهما، بل ويتداخلان بشكل غريب⁽⁸⁰²⁾. والمقصود هنا هي الولاية على النفس؛ لأن الولاية كما هو معلوم على ضريين: ولاية على المال وولاية على النفس.

فالولاية على المال هي التي تجعل لصاحبها سلطة استثمار أموال المولى عليه، وإجراء التصرفات القانونية الخاصة بها في الإطار الذي يسمح به القانون⁽⁸⁰³⁾.

أما الولاية على النفس هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من صيانة وحفظ وتأديب وتعليم وتزويج⁽⁸⁰⁴⁾.

فمن خلال تعريف الولاية على النفس يتضح أنها تنصب على الجوانب المرتبطة بشخص الإنسان، وهي مجمل المصالح والحاجات التي تتعلق بذاته جسما وروحا، سواء كانت مادية أو معنوية. وعلى الرغم من أن الشؤون الشخصية للإنسان لا يمكن حصرها بكل سهولة ويسر، إلا أنه من الممكن على وجه التقريب إجمالها في عدة أمور كالحضانة والتربية مثلا⁽⁸⁰⁵⁾.

وحتى التعريف الذي اعتمده مدونة الأسرة للحضانة في فقرتها الأولى من المادة 163، يُستفاد منه أن الحضانة نوعا من الولاية على النفس⁽⁸⁰⁶⁾.

ولقد حاول الأستاذ أحمد الخليلي أن يميز بين الحضانة والولاية بقوله: « الحضانة خدمة مادية تقدمها الحاضنة لصالح المحضون بتوفيرها إياه حاجاته التي يعجز عنها بسبب صغر

802 - محمد الكشيبور: أحكام الحضانة . مرجع سابق، ص 34.

803 - محمد الكشيبور: نفس المرجع. ص 33.

804 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 7 ص 746.

805 - محمد الكشيبور: أحكام الحضانة : مرجع سابق. ص 33 الهامش 42.

806 - الفقرة الأولى من المادة 163 من مدونة الأسرة تقول: « الحضانة حفظ الولد مما يضره، والقيام بتربيته ومصالحه».

سنه ؛ من تغذية ولباس وفراش ونظافة وتمريض... بينما الولاية تعني سلطة التقرير، وإصدار الأوامر عند الاقتضاء، وتوجيه المولى عليه وإعداده للحياة والحفاظ على حقوقه المعنوية...».

إلا أنه عاد وقال: من المتعذر الفصل التام بين مفهومي الحضانة والولاية؛ فالحضانة لا يمكن أن تخلو من « سلطة التقرير والتوجيه » في تنظيم الأنشطة اليومية المتصلة برعاية المحضون، كما أن الولاية لا تخلو بدورها من العناية المادية بشؤون المولى عليه مثل إيوائه في السكن وتوفير حاجاته الضرورية وحمايته من الأخطار والاعتداءات التي قد يتعرض لها... (807)

وهو ما دفع الأستاذ محمد الكشبور إلى القول بأن التمعن الجيد في موضوع كل من الحضانة والولاية على النفس، يتضح معه أنه من الصعب وضع حد فاصل بينهما (808).

وعلى هذا الاعتبار فالحضانة نوع ولاية وسلطنة (809).

أما بالنسبة لفقهاء المسلمين فقد كانوا يعتبرون الحضانة نوعا من الولاية، يقول الفقيه المالكي الإمام القرافي وهو بصدد التمييز بين الحضانة والولاية: أن قاعدة الشرع أن يقدم في كل موطن وكل ولاية من هو أقوم بمصالحها... (810)

أما الفقيه الحنفية الكاساني فقد استعمل مصطلح الولاية نيابة عن مصطلح الحضانة في كثير من المواقع، ومن ذلك قوله: « ولأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأم » (811). ويقصد هنا الحضانة.

807 - أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2 ص 117-118. مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، سنة 1994م.

808 - محمد الكشبور: أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص 39.

809 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 7 ص 718.

810 - القرافي: الفروق، مرجع سابق، ج 3 ص 206.

811 - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5 ص 206، الهامش رقم 2. وقوله أيضا وهو بصدد الحديث عن شروط الحضنة: أن تكون حرة، فلا حق للأمة وأم الولد في حضانة الولد الحر، لأن الحضانة ضرب من الولاية، وهما ليستا من أهل الولاية، فإما إذا أعتقتا فهما في الحضانة كالحرة، لأنهما استفادتتا الولاية بالعتق. نفس المرجع. ص 212.

كما اعتبر ابن تيمية الحضانة ولاية بقوله: لما كانت الحضانة ولاية تعتمد الشفقة والتربية والملاطفة، كان أحق الناس بها أقومهم بهذه الصفات، وهم أقاربه، يقدم منهم أقربهم إليه وأقومهم بصفات الحضانة... (812)

وهذا ما دفع ابن قيم الجوزية إلى القول بأن الولاية على الطفل نوعان:

نوع يقدم فيه الأب على الأم ومن في جهتها، وهي ولاية المال والنكاح، ونوع تقدم فيه الأم على الأب، وهي ولاية الحضانة والرضاع... (813)

ومثلهم الصنعاني الذي قال بأن الحضانة ولاية، لا بد فيها من مراعاة مصلحة المولى عليه. (814)

يتضح إذن من أقوال الفقهاء، أنهم يعتبرون الحضانة نوعاً من أنواع الولاية على النفس (815)، والسبب يرجع فيما أعتقد إلى أن كلا منهما يهدف إلى حماية الطفل من الضياع ورعاية مصالحه.

812 - ورد في زاد المعاد لابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ج 5 ص 402.

813 - ابن قيم الجوزية: زاد المعاد، مرجع سابق، ج 5 ص 392.

وزاد ابن القيم في نفس الموضوع: وقدّم كل من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد، وتوقف مصطلحه على من يلي ذلك من أبويه، وتحصل به كفايته.

ولما كانت النساء أعرف بالتربية، وأقدر عليها، وأصبر وأرف وأفرغ لها، لذلك قدّمت الأم فيها على الأب. ولما كان الرجال أقوم بتحصيل مصلحة الولد والاحتياط له في البضع، قدّم الأب فيها على الأم، فتقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة والاحتياط للأطفال، والنظر لهم، وتقديم الأب في ولاية المال والتزويج كذلك. - نفس المرجع ونفس الصفحة.

814 - محمد بن إسماعيل الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج 3 ص 622. مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 1427هـ/2006م.

815 - رغم التشابه والتداخل بين كل من الحضانة والولاية على النفس، إلا أن هناك اختلافات بينهما، يمكن إجمال أهمها فيما يلي:

أ- الاختلاف من حيث موضوعهما:

يقول الأستاذ محمد الكشور بهذا الصدد: «... وحسب جانب من الفقه، فالحضانة عبارة عن خدمات مادية أنية تقدمها الحاضنة للطفل، ومن ذلك الأكل والشرب واللباس وتنظيف الجسم والدواء والتربية والتدريس...، أما الولاية على النفس، فتعني عموماً التقرير بشأن مستقبل الطفل وإعداده لمعترك الحياة، بالإضافة إلى المحافظة على حقوقه المعنوية كتوجيهه الديني...». إلا أنه عاد وقال: وعلى الرغم من ذلك فإن التمتع الجيد في موضوع كل من الحضانة والولاية على النفس، يتضح معه أنه من الصعب وضع حد فاصل بينهما.

- محمد الكشور: أحكام الحضانة مرجع سابق، ص 39.

ب - الاختلاف من حيث الشخص الممارس لهما:

وارتباطا بموضوع البحث ، أتساءل : ما موقف الفقه الإسلامي من ممارسة هذه الولاية من طرف الأم غير المسلمة؟

بمعنى آخر: هل يمكن للزوجة الكتابية أن تمارس ولاية الحضانة على أولادها المسلمين بعد انفصالها عن زوجها المسلم؟ وما حدود ممارسة هذه الولاية من طرف غير المسلمة؟

الولاية على النفس تمارس من الأب وغيره من العصبة حسب ترتيبهم في الإرث.
- وهبة الزحلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 7 ص 747.
بينما الحضانة تسند للنساء وفي مقدمتهن الأم.

ج - الاختلاف من حيث سن الطفل:
تمارس الحضانة على الطفل منذ ولادته إلى مرحلة أولى من طفولته، ومن ثم فإن سن المحضون أصغر من سن الطفل الممارس عليه الولاية على النفس من الناحية الشرعية، وفي ذلك يقول عبد الرحمان الصابوني: «...وعلى ولي النفس ضم الولد إليه بعد انتهاء فترة حضانة النساء...»
- عبد الرحمان الصابوني: نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، ص 219. دار الفكر المعاصر، بيروت دار الفكر، دمشق 2001م.

المبحث الأول: حضانة غير المسلمة للمسلم في الفقه الإسلامي

تكاد تكون مرحلة الطفولة في حياة الإنسان من أهم المراحل وأكثرها حاجة إلى الرعاية والعناية، فالطفل قبل سن البلوغ يحتاج إلى من يحضنه ويعتني به ويربيه، ولا يحصل ذلك على أكمل وجه إلا من خلال النساء مصدر الحنان والرفق والشفقة، وعلى رأسهم الأم⁽⁸¹⁶⁾.

وفي هذا يقول ابن عاصم: (817)

وصرفها إلى النساء أليق لأنهن في الأمور أشفق

وبما أن الحضانة من الولايات الخاصة، باعتبارها نوع حفظ ورعاية وصيانة⁽⁸¹⁸⁾، فهي لا تتأتى من الحاضن - سواء كان ذكراً أو أنثى - إلا إذا كان مستجمعاً لشروط تمكنه من ذلك⁽⁸¹⁹⁾.

وهذه الشروط التي حددها الفقهاء، اتفقوا في أكثرها واختلفوا في بعضها، وهي شروط عامة في الحضّان جميعاً، ذكرانهم وإنائهم فيها سواء، إلا شروطاً قليلة تخص النساء وحدهن، وأخرى تخص الرجال.

ومن الشروط التي اختلفوا فيها اختلافاً متبايناً شرط الإسلام، ومعنى ذلك:

-
- 816 - عبد الكريم زيدان: أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، مرجع سابق، ص 450.
ويضيف ابن القيم أن تقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة، والاحتياط للأطفال والنظر لهم.
- ابن القيم الجوزية: جامع الفقه. ج 6 ص 273. دار الوفاء للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1421 هـ/2000 م.
817 - ابن عاصم: متن العاصمية المسمى بتحفة الحكام في نكت العقود والأحكام. البيت 655. ص 42. دار الفكر دون ذكر سنة الطبع.
818 - الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية ج 17 ص 305. مادة حضانة. الطبعة الثانية. سنة 1410 هـ / 1990 م
819 - شروط الحاضن على سبيل الإجمال، كما أوردها الفقهاء:
- العقل والبلوغ: ليس للصبوي ولا المجنون الحق في الحضانة؛
- الأمانة في الدين والاستقامة: لكون الحضانة غير مقتصرة على حفظ الطفل في بيته فقط، وإنما هي لحفظه في نفسه وأدبه وخلقه، وسلوكه المأمور به دينياً، وأخلاقياً واجتماعياً؛
- القدرة على القيام بشؤون المحضون: إذ لا حضانة لمن لا قدرة له عليها، إما لكبر سن أو لمرض معيق؛
- الرشد: ألا يكون الحاضن سفياً؛
- الإسلام: أن يكون الحاضن مسلماً حتى يمكن من الحضانة.
هذا بالإضافة لشروط أخرى كالخلو من الأمراض المضرة بالمحضون، وفي حالة ذكورية الحاضن أن يكون محرماً للمحضونة، وأمن المكان.
- عبد الرحمان الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج 4 ص 522-523.

هل يجوز لغير المسلمة أيا كانت ، كتابية أم غير كتابية أن تحضن طفلا مسلما؟

انقسم الفقه الإسلامي بشأن أحقية غير المسلم في حضانة المسلم إلى فريقين ، الفريق الأول يقول بوجوب شرط الإسلام في الحاضن حتى يستحق الحضانة ، وعليه فاختلاف الدين يؤثر على ولاية الحضانة (المطلب الأول) ، أما الفريق الثاني فيقول بعدم وجوب هذا الشرط ، وبالتالي لا تأثير لاختلاف الدين على ولاية الحضانة (المطلب الثاني) ، تم أختتم هذا المطلب بالحديث عن تأثير الردّة على الحضانة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: اختلاف الغين بين الحاضن والمحضون يؤثر على

ولاية الحضانة :

ذهب الشافعية ⁽⁸²⁰⁾ والحنابلة ⁽⁸²¹⁾ ومعهم ابن حزم الظاهري ⁽⁸²²⁾ إلى أنه لا بد من اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون ، فلا حضانة لغير المسلم مطلقا ، ولا يجوز بحال أن تتولى غير مسلمة أمر طفل مسلم .

وقد دَعَمَ أنصار هذه الرأي وجهة نظرهم بحجج نظرية وأخرى عملية ، فقالوا بأن الحضانة نوع ولاية ، وهي باطلة من غير المسلم على المسلم لقوله تعالى : ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ ⁽⁸²³⁾ .

وفي هذا يقول ابن قدامة بقوله : «ولنا أنها ولاية ، فلا تثبت لكافر على مسلم» ⁽⁸²⁴⁾ .

820 - النووي: روضة الطالبين. ج 9 ص 98. المكنب الإسلامي، الطبعة الثالثة، 1412هـ/1991م.
- الشربيني: مغني المحتاج، م س، ج 3 ص 595. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ج 5 ص 265.
821 - ابن قدامة: المغني، م س، ج 11 ص 412 . - ابن قيم الجوزية: زاد المعاد، م س، ج 5 ص 410 .
822 - ابن حزم: المحلي، مرجع سابق، ج 10 ص 323.
823 - سورة النساء: الآية 140.
824 - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 11 ص 413 .

ويوضح ذلك ابن القيم بقولها أن الله قطع الموالاتة بين المسلمين والكفار، وجعل المسلمين بعضهم أولياء بعض، والكفار بعضهم من بعض، والحضانة من أقوى أسباب الموالاتة التي قطعها الله بين الفريقين (825).

بالإضافة لذلك، فإن عدم اتحاد الدين في الحضانة يترتب عنه أضرار عملية كبيرة للطفل المحضون وللأسرة (826). فحضانة غير المسلم للطفل المسلم فيه ضرر، لأنه ينشئه على دينه ويصعب عليه بعد ذلك أن يتحول عنه، وهذا ما دفع ابن القيم إلى الاستدلال بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «ما من مولود إلا يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه» (827). فلا يؤمن تهويد الحاضن أو تنصيره للطفل المسلم، لكون الحاضن حريص على تربية الطفل على دينه وأن ينشأ ويتربى عليه، فيصعب بعد كبره وعقله انتقاله عنه، وقد يُغيره عن فطرة الله التي فطر عليها عباده فلا يراجعها أبداً (828).

-
- 825- ابن القيم: زاد المعاد، مرجع سابق، ج 5 ص 410.
- 826- مبدأ اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون يعمل على حماية مصالح الأسرة، إذ يؤدي إلى إيجاد أسرة مسلمة في جميع عناصرها. وبهذا يصلح أمره ويبعد الضرر عنه، ويجعله بمنجى من الهلاك بضياح دينه، لأن ضياح الدين هلاك، والحضانة إنما شرعت للحفاظ والصيانة ومراعاة مصلحة الولد في المقام الأول.
- سعاد ابراهيم صالح: علاقة الآباء بالأبناء في الشريعة الإسلامية ص 108. مؤسسة دار التعاون للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، سنة 1400هـ/1980م.
- 827- متفق عليه، أخرجه البخاري: كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات، هل يصلى عليه وهل يعرض على الصبي الإسلام. حديث رقم 1359، ص 327.
- وأخرجه مسلم في كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة، وحكم موت أطفال الكفار وأطفال المسلمين . حديث رقم : 2658 ص 1226 .
- تخريج الحديث في صحيح البخاري هو: حدثنا عبدان أخبرنا عبد الله أخبرنا يونس عن الزهري أخبرني أبو سلمة بن عبد الرحمن أن أبا هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « ما من مولود إلا يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه، كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء، هل تحسون فيها من جدعاء». أما تخريجه في صحيح مسلم فهو كما يلي: حدثنا حاجب بن الوليد، حدثنا محمد بن حرب عن الزبيدي، عن الزهري، أخبرني سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أنه كان يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الحديث .
- 828- ابن القيم: زاد المعاد، مرجع سابق، ج 5 ص 410.
- وزاد ابن القيم: فإن قيل: الحديث إنما جاء في الأبوين خاصة، قيل: الحديث خرج مخرج الغالب، إذ الغالب المعتاد نشوء الطفلين أبويه، فإذا قُتد الأبوان أو أحدهما قام ولي الطفل من أقاربه مقامهما. - نفس المرجع ونفس الصفحة .

ومثله قال البهوتي أنه لا حضانة لكافر على مسلم، لأنه يفتنه عن دينه ويُخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتربيته عليه، وفي ذلك كله ضرر (829).

فمن أين يتعلم هذا الصغير حدود ما أنزل الله على رسوله صلى الله عليه وسلم، إن كان من يحضنه كافراً، فهل يُنتظر من هذا الحاضن أن يُعلّمه الصلاة في سبع سنين، هذا إن لم يُعلمه الكفر أو يُفسد عليه فطرته، ذلك أن توقع الضرر على عقيدة الطفل وإفساد فطرته أمر لا يستبعد، وأي ضرر أعظم من أن ينشأ الطفل جاهلاً حدود ما أنزل الله على رسوله.

أما ابن حزم فقد استدل بعموم القرآن فقال: وأما تقديم الدين، فلقول الله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ (830)، وقوله عز وجل: ﴿كونوا قوامين بالقسط﴾ (831)، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وذروا نساء الإثم وبأهلهن﴾ (832). فمن ترك الصغير والصغيرة حيث يدربان على سماع الكفر، ويتمرنان على جحد نبوة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وعلى ترك الصلاة، والأكل في رمضان، وشرب الخمر والأنس إليها، حتى يسهل عليهما شرائع الكفر، أو على صحبة من لا خير فيه، والانهماك على البلاء، فقد عاون على الإثم والعدوان، ولم يعاون على البر والتقوى، ولم يقيم بالقسط، ولا ترك ظاهر الإثم وباطنه، وهذا حرام ومعصية يقول ابن حزم.

ويضيف أن من أزالهما عن المكان الذي فيه ما ذكرنا، إلى حين يدربان على الصلاة والصوم وتعلم القرآن وشرائع الإسلام، والمعرفة بنبوة رسول الله صلى الله عليه وسلم، والتنفير

829- البهوتي: كشاف القناع، مرجع سابق، ص 2850. ومثله قاله ابن المفلح في المبدع، ج 7 ص 185. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1428هـ/1997م.

830- سورة المائدة: الآية 3.

831- سورة النساء: الآية 134.

832- سورة الأنعام: الآية 121.

عن الخمر والفواحش ، فقد عاون على البر والتقوى ، ولم يعاون على الإثم والعدوان ، وترك ظاهر الإثم وباطنه ، وأدى الفرض في ذلك (833) .

ومن الأدلة التي استدلت بها أصحاب هذا الرأي لمنع حضانة غير المسلمة للطفل المسلم ، هو قياس ذلك على الفسق ، فالفسق مانع من الحضانة حتى عند المالكية (834) ، مع أنه أخف - من منظور الإسلام - من الكفر ، فمتى مُنعت الحضانة مع الأخف ، مُنعت من الأشد من باب أولى .

يقول ابن قدامة بأن الحضانة إذا لم تثبت للمسلم الفاسق ، فعدم ثبوتها لغير المسلم أولى ، لأن ضرر المخالفة في الدين أكثر من ضرر الفسق ، لما في المخالفة في الدين من الفتنة عن دين الإسلام (835) .

ويتعجب ابن القيم من الذين لا يشترطون اتحاد دين الحاضن والمحضون بقوله : «ومن العجب أنهم يقولون : لا حضانة للفاسق ، فأى فسق أكبر من الكفر؟ وأين الضرر المتوقع من الفاسق بنشوء الطفل على طريقته إلى الضرر المتوقع من الكافر» (836) .

وزاد أصحاب هذا الرأي أن الحضانة إنما شرعت لحفظ الولد ، ومراعاة لمصلحته ، فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه ، في حالة ما إذا كانت الحاضنة غير مسلمة (837) .

833- ابن حزم: المحلى، ج 10 ص 324. إدارة الطباعة المنيرية، 1352هـ.

834- شمس الدين الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. مرجع سابق، ج 2 ص 528.

835- ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 11 ص 413 .

836- ابن القيم: زاد المعاد، مرجع سابق، ج 5 ص 411.

ولابن القيم رأي في شرط العدالة، إذ يقول: «مع أن الصواب لا تشترط العجالة في الحاضن قطعاً، وإن شرطها أصحاب أحمد والشافعي وغيرهم، واشتراطها في غاية البعد. ولو اشترط في الحاضن العدالة لضاع أطفال العالم، ولعظمت المشقة على الأمة، واشتد العنت. ويتساءل ابن القيم: ومتى وقع في الإسلام انتزاع الطفل من أبويه أو أحدهما بفسقه؟ ويؤكد أنه لم يمنع النبي صلى الله عليه وسلم، ولا أحد من الصحابة فاسقاً من تربية ابنه ولا حضانته له. ويختم قوله في هذا الأمر: ولو كان الفسق ينافي الحضانة، لكان من زنى أو شرب الخمر، أو أتى كبيرة، فرّق بينه وبين أولاده الصغار، والتمس لهم غيره.»

- زاد المعاد، مرجع سابق، ج 5 ص 411 - 412.

837- ابن مفلح: المبدع، مرجع سابق، ج 7 ص 185. - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 11 ص 413 .

وعليه، يمكن القول بأن الولد الصغير إذا كان بين المسلم والكافر، فإن المسلم أحق به (838). وتجدر الإشارة إلى أن ابن حزم الظاهري قد فرّق في الحضانة بين الرضيع والمفطوم، فذهب إلى أن شرط اتحاد الدين إنما يكون بعد انتهاء مدة الرضاعة وليس قبلها.

وعليه، فالأم الكافرة أحق بالصغيرين مدة الرضاع، فإذا بلغا من السن والاستغناء مبلغ الفهم، فلا حضانة لكافرة ولا لفاسقة (839).

واستدل لذلك بقوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ (840)، فلا يجوز نقله أو نقلها عن موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص، كما أن الصغيرين في هذه السن وما بعدها بقليل لافهم لهما، ولا معرفة لهما بما يشاهدان، فلا ضرر عليهما في ذلك، أما إذا بدأ الولد في القدرة على التمييز والفهم، فإنه لا يصح ائتمان الكافرة على مسلم بأي حال من الأحوال (841).

المطلب الثاني: اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون لا يؤثر

على ولاية الحضانة.

اختلاف الدين بين الحاضنة والمحضون لا يؤثر في أحقية الحاضنة لحضانة صغيرها، لأن الحضانة مبنية على الشفقة والرفق، وهذا الأمر تستوي فيه غير المسلمة مع المسلمة. وهذا رأي الحنفية (842) والمالكية في المشهور (843).

838- الخطابي: معالم السنن، ج 3 ص 262. المطبعة العلمية، حلب، الطبعة الأولى، 1352هـ/1933م.

839- ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج 10 ص 323.

840 - سورة البقرة: الآية 231

841- ابن حزم: نفس المرجع ص 323 - 324.

842- السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج 5 ص 210 .

843- شمس الدين الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2 ص 529.

-الشوكاني: نيل الأوطار أن هذا الرأي هو لأبي حنيفة وأصحابه، وابن القاسم وأبو ثور من المالكية.
-الشوكاني: نيل الأوطار ج 8 ص 405. دار ابن القيم، الرياض/ دار ابن عفان، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005/1426

وعليه، فلا تسقط عندهم حضانة غير المسلم على المسلم، سواء كانت كتابية أو غير كتابية، كالمجوسية⁽⁸⁴⁴⁾.

جاء في مدونة الإمام مالك: «قلت رأيت إن طلقها زوجها وهو مسلم وهي نصرانية أو يهودية، ومعها ولد صغار، من أحق بولدها؟ قال هي أحق بولدها وهي كالمسلمة في ولدها... قلت فإن كانت مجوسية؟ قال الأم أحق بالولد، واليهودية والنصرانية والمجوسية في هذا سواء بالمسلمة»⁽⁸⁴⁵⁾.

وهذا ما نجده في فقه النوازل، فقد ورد في الأحكام الكبرى: «وفي أحكام ابن زياد: ... ما كاشفت عنه من أمر الصبيتين المسلمتين اللتين توفيت أمهما وتركت أما نصرانية، وللصبيتين جدة لأب نصرانية أيضا، والذي يجب فيه: أن الحضانة للجدة للأم النصرانية، وهي أحق من الجدة للأب ولو كانت مسلمة، قاله ابن لبابة وأيوب وابن الوليد. قال القاضي: هذا مذهب المدونة، وهو قول سحنون»⁽⁸⁴⁶⁾.

ويقول الكاساني بأن أهل الذمة في هذه الحضانة بمنزلة أهل الإسلام، لأن هذا الحق إنما يثبت نظرا للصغير، وأنه لا يختلف بالإسلام والكفر، وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق حتى لو كانت الحضانة كتابية والولد مسلما، كانت في الحضانة كالمسلمة⁽⁸⁴⁷⁾.

844- جاء في المبسوط أنه يستوي إن كانت الأم مسلمة أو كتابية أو مجوسية، لأن حق الحضانة لها للشفقة على الولد، ولا يختلف ذلك باختلاف الدين.

- السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج 5 ص 210 .
وهذا ما ذهب إليه فريق من الفقه الحديث:

- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية ص 408، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1377هـ/1957م.
- بدران أبو العينين بدران: أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ص 336. مطبعة دار التأليف، الطبعة الثانية، 1961م.
- عبد الكريم زيدان: أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، مرجع سابق، ص 455 .

- عبد الرحمان الصابوني: الأحوال الشخصية السوري . ج 2 ص 226
- محمد مصطفى شلبي: أحكام الاسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 765 .

845 - الإمام مالك: المدونة الكبرى . ج 2 ص 260. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ/1994م.

846- أبو الأصبع عيسى ابن سهل: الإعلام بنوازل الأحكام المعروف بالأحكام الكبرى. ج 1 ص 226.
تحقيق نورة محمد عبد العزيز التويجري. الطبعة الأولى. سنة 1415 هـ / 1995م، دون ذكر دار النشر.

847 - الكاساني: بدائع الصنائع. مرجع سابق، ج 5 ص 212 .

ومن الأدلة العقلية التي استدلت بها أصحاب هذا الرأي، كونُ الغاية من الحضانة أمران: الرضاع وخدمة الطفل، وكلاهما يجوز من الكافرة⁽⁸⁴⁸⁾. كما اعتبروا أن الحضانة مبنية على الشفقة والرفق، كما قال ابن عاصم: ⁽⁸⁴⁹⁾

وصرفها إلى النساء أليق لأنهن في الأمور أشفق

والشفقة حاصلة من غير المسلمة كما تحصل من المسلمة، لأن شفقة الأم على ولدها طبيعي فيها، لا يؤثر عليها كونها على دين يختلف عن دين ولدها المحضون.

كما استدلوا بما روى عبد الحميد بن سلمة الأنصاري عن أبيه عن جده رافع بن سنان: «أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبهه، وقال رافع: ابنتي، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: اقعد ناحية، وقال لها: اقعدي ناحية، وأقعد الصبية بينهما، ثم قال: ادعواها: فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: اللهم اهداها، فمالت إلى أبيها، فأخذها»⁽⁸⁵⁰⁾.

ففي الحديث دليل على ثبوت حق الحضانة للأم غير المسلمة، وإن كان المحضون مسلماً، لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير الطفل، ولم يلزمه أباه مع كفر أمه.

لكن هناك من اعتبر أن هذا الحديث قد يحتج به على صحة مذهب من اشترط الإسلام، وليس العكس، فالصبية لما مالت إلى أمها دعا النبي صلى الله عليه وسلم لها بالهداية، فمالت

848- ابن القيم: زاد المعاد، مرجع سابق، ج 5 ص 410 .
849- ابن عاصم: متن العاصمية المسمى بتحفة الحكام. مرجع سابق، البيت 655 ص 42.
850- رواه أبو داود في كتاب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد. حديث رقم 2244، ص 391-390 .

أما تخريج الحديث: حدثنا ابراهيم بن موسى الرازي، أنا عيسى، ثنا عبد الحميد بن جعفر، أخبرني أبي، عن جدي رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: الحديث. وفي رواية أخرى: أخبرنا محمود بن غيلان المروزي، قال حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا سفيان الثوري، عن عثمان البتي عن عبد الحميد الأنصاري عن أبيه عن جده: أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاء ابن لهما صغير لم يبلغ الحلم، فأجلس النبي صلى الله عليه وسلم الأب ها هنا، والأم ها هنا، ثم خيرها، فقال: اللهم اهده، فذهب إلى أبيه. - رواه النسائي: كتاب الطلاق. إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد . حديث رقم 5659. ج 5 ص 292. مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1421هـ/2001م.

إلى أبيها، وهذا يدل على أن كونها مع الكافرة خلاف هدى الله الذي أراده من عباده، ولو استقر جعلها مع أمها، لكان فيه حجة، بل أبطله الله سبحانه بدعوة رسوله صلى الله عليه وسلم (851).

بالإضافة لذلك، فالحديث قد يُحمل على أنه صلى الله عليه وسلم عرف أنه يُستجاب دعاؤه، وأنه يختار الأب المسلم، وقصد بتخييره فقط استمالة قلب أمه، وبأنه لا دلالة فيه. إذ لو كان لأمه حق لأقرها عليه ولما دعا (852).

وهذا ما أوضحه ابن حزم بقوله: لاشك في أن رسول صلى الله عليه وسلم لا يُخير بين خير وشر، فلا شك في أنه عليه الصلاة والسلام لا يُخَيِّر إلا بين خيرين، وكذلك نحن على يقين من أنه عليه الصلاة والسلام لا يترك أحدا على اختياره ما هو فساد له في دينه أو في حالته، فقد يسوء اختيار الصغير لنفسه، ويميل إلى الراحة والإهمال، فلا شك في أنه عليه الصلاة والسلام إن كان خيرا الصبي، فلم ينفذ اختياره إلا وقد اختار الذي يجب أن يختار، لا يجوز غير ذلك أصلا (853).

ويوضح ابن القيم هذا الأمر بقوله: ...إذا قدّمنا أحد الأبوين فلا بد أن نُراعي صيانته وحفظه للطفل... فمن قدّمناه بتخيير أو قرعة، فإنما قدّمه إذا حصلت به مصلحة الولد، ولو كانت الأم أصون من الأب قدّمت عليه، ولا التفات إلى قرعة ولا اختيار الصبي في هذه الحالة؛ فإنه ضعيف العقل يؤثر البطالة واللعب، فإذا اختار من يُساعده على ذلك، لم يُلتفت إلى اختياره، وكان عند من هو أنفع له وأخير، ولا تحتل الشريعة غير هذا (854).

851 - ابن القيم: زاد المعاد، مرجع سابق، ج 5 ص 411.
852 - الشريبي: مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3 ص 596.
853 - ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج 10 ص 327.
854 - ابن قيم الجوزية: جامع الفقه، ج 6 ص 298-299. دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م.

وهناك من ذهب إلى ردّ الحديث وتضعيفه لما فيه من الاضطراب والجهالة، قال ابن حزم: هذا خبر لم يصح قط، لأن الرواة له اختلفوا فقال عثمان البتي: عبد الحميد الأنصاري عن أبيه عن جده، وقال مرة أخرى: عبد الحميد بن يزيد بن سلمة: أن جده أسلم، وقال مرة أخرى: عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده، وقال عيسى: عبد الحميد بن جعفر أخبرني أبي عن جدي رافع بن سنان، وكل هؤلاء مجهولون ولا يجوز تخيير بين كافر ومسلم أصلاً⁽⁸⁵⁵⁾.

كما أشار ابن القيم إلى أن الذين يسقطون حضانة الكافرة قد ضعّفوا هذا الحديث، بقوله: قال الآخرون: هذا الحديث ضعّفه إمام العلل يحيى بن سعيد القطان، وكان سفيان الثوري يحمل عليه، وضعّف ابن المنذر الحديث، وضعّفه غيره، وقد اضطرب في القصة، فروى أن المخير كان بنتا، وروى أنه كان ابناً⁽⁸⁵⁶⁾.

لكن ابن القيم ردّ ذلك واعتبار هذا الحديث حسن، وأن سفيان الثوري إنما ضعّفه من أجل مذهبه، ويحيى بن سعيد مرّة وثقه ومرة ضعّفه، وقد وثقه ابن معين وأحمد، وأبو حاتم والنسائي، وابن عدي، وابن سعد، والساجي، فحديثه لا ينزل عن رتبة الحسن⁽⁸⁵⁷⁾.

وكان الشوكاني قد اعترض كذلك على أدلة الفريق الأول، القائلين بعدم جواز حضانة غير المسلم للمسلم بقوله: وذهب الجمهور إلى أنه لا حضانة للكافرة على ولدها المسلم، وأجابوا عن الحديث بما فيه من الاضطراب، ويُجاب بأن الحديث صالح للاحتجاج به، والاضطراب ممنوع باعتبار محل الحجة. وأما احتجاجهم بمثل قوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾⁽⁸⁵⁸⁾، فغير نافع، لأنه عام وحديث الباب خاص⁽⁸⁵⁹⁾.

855- ابن حزم: نفس المرجع ونفس الصفحة.

856- ابن القيم: زاد المعاد، مرجع سابق، ج 5 ص 411.

857- ابن القيم: نفس المرجع ونفس الصفحة.

858- سورة النساء: الآية 140.

859- الشوكاني: نيل الأوطار، مرجع سابق، ج 8 ص 405.

وكانت دار الإفتاء المصرية، قد أفتت بأن اختلاف الدين لا يؤثر على حق الحضانة، أخذاً بالمذهب الحنفي، فإن كان المحضون مسلماً والحاضنة غير مسلمة معتنقة ديناً سماوياً أو غير سماوي، فلها أن تحتضن الولد وتربيته متى كانت أهلاً للحضانة ومستوفية لشرائطها، إلا إذا خيف على الولد أن يألف ديناً غير دين الإسلام⁽⁸⁶⁰⁾.

ويستمر حق الحاضنة ثابتاً لها مع اختلاف الدين⁽⁸⁶¹⁾، إلا أن يضر ذلك بدين الطفل، ولذلك ينزع الطفل من يدها، إذا خيف عليه إفساد دينه، وذلك في حالتين: (862)

الأولى: إذا كان الطفل في سن التمييز، فيعقل الأديان ويفهمها، ويخشى من تأثره بدينها إذا رآها تقوم بصلواتها وطقوسها الدينية.

الثانية: إذا لم يبلغ الطفل سن التمييز، ولكن ثبت أنها تحاول تلقينه دينها، وتعويد عاداتها، وتنشئه عليه، فإنه في هذه الحال يُنزع من يدها، إذ تصبح غير آمنة على دينه، والأمانة من شروط الحضانة.

وفي هذا يقول السرخسي: «ومن مشايخنا من يقول: إذا كانت كافرة فعقل الولد، فإنه يُؤخذ منها جارية كانت أو غلاماً، لأنه مسلم بإسلام الأب، وأنها تعلمها الكفر، فلا تؤمن الفتنة إذا تركت عندها»⁽⁸⁶³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن سن التمييز قدّر عند أغلب الفقهاء بسبع سنين، جاء في حاشية ابن عابدين: والحاضنة الذمية ولو مجوسية بأن أسلم زوجها وأبت، كالمسلمة ما لم يعقل ديناً ينبغي

860- فتوى صادرة بتاريخ 1918/10/28، منشورة في الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، مجلد 1 ص 362. الصادرة عن المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر، سنة النشر 1413هـ/1993م.
861- على مذهب الحنفية والمالكية القائلين بجواز حضانة الكافرة لولدها المسلم، فهذا الحكم مقيد غير مطلق.
862- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 408.
- عبد الكريم زيدان: أحكام الذميين والمستأمنين ص 452.
863- السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج 5 ص 210.
ومثله ما جاء في بدائع الصنائع: « كان أبوبكر بن علي الرازي يقول: إنها أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا، فإذا عقلا سقط حقها، لأنها تعودهما على أخلاق الكفرة وفيه ضرر عليهما».
- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5 ص 212

تقديره بسبع سنين لصحة إسلامه حينئذ، أو أن يخاف أن يألف الكفر، فينزِع منها وإن لم يعقل ديناً (864).

أما المالكية فقد اشترطوا أن تُضمَّ الحاضنة غير المسلمة إلى المسلمين إذا كان المحضون مسلماً، أي أن تسكن بينهم، ليكونوا رقباء عليها، ولا يُنزِع منها، وذلك إن خيف على المحضون منها فساد؛ كأن تغذيه بلحم خنزير أو خمر (865).

وجاء في المدونة: «قلت: رأيت إن طلقها زوجها وهو مسلم وهي نصرانية أو يهودية ومعها أولاد صغار، من أحق بولدها؟ قال: هي أحق بولدها وهي كالمسلمة في ولدها إلا أن يخاف عليها إن بلغت منهم جارية أن لا يكونوا في حرز، قلت: هذه تسقيهم الخمر وتغذيهم بلحوم الخنازير فلم جعلتها في ولدها بمنزلة المسلمة؟ قال: قد كانت عنده قبل أن يفارقها، وهي تغذيهم إن أحببت بلحوم الخنازير وبالخمر، ولكن إن أرادت أن تفعل شيئاً من ذلك مُنعت من ذلك، ولا ينزع الولد منها، وإن خافوا أن تفعل ضُمت إلى ناس من المسلمين لئلا تفعله» (866).

وفي هذا الصدد يقول الشيخ خليل في مختصره: «ورشد لا إسلام، وضمَّت إن خيف لمسلمين وإن مجوسية أسلم زوجها» (867).

لكن ما يلاحظ على القول بضم الحاضنة إلى أناس من المسلمين عند الخوف على المحضون من الحاضنة، قول إن تحقق لا يُبعد خطر التأثير على الولد مطلقاً، فهي تظل ألصق الناس به وأقربهم إليه، ثم إن هذا القول فيه صعوبات عملية خاصة في وقتنا الحاضر، فالمرأة غير المسلمة الحاضنة لولدها المسلم، تذهب لتعيش مع أهل ملّتها عندما تنفصل عن زوجها المسلم، ومن غير الممكن أن تخضع تصرفاتها لرقابة المسلمين من أجل حماية عقيدة ابنها.

864- ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 5 ص 265.

865-الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2 ص 529 .

866- الإمام مالك: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 2 ص 260.

867- خليل بن اسحاق المالكي: المختصر، ص 168. دار الفكر، بيروت، 1415هـ/1995م.

وتجدر الإشارة إلى أن جواز اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون عند الحنفية إذا تعلق الأمر بالأم، أما إذا انتقل حق الحضانة إلى الرجال العصبية، فعندها يشترط اتحاد الدين، لأن العصابات ما استحقوا الحضانة إلا لأحقية الإرث، ولا إرث مع اختلاف الدين ومن ثم لا حضانة (868).

وفي هذا يقول الكاساني: «لاحق للعصبة في الصبي إلا أن يكون على دينه، كذا ذكر محمد وقال: هذا قول أبي حنيفة وقياسه، لأنه هذا الحق لا يثبت إلا للعصبة، واختلاف الدين يمنع التعصيب» (869).

أما إذا انتقلت الحضانة إلى الرجال المحارم من غير العصبية، فعندئذ لا يشترط اتحاد الدين، ولعل السبب في ذلك كما يقول عبد الكريم زيدان يرجع إلى أنثوت حق الحضانة للرجال المحارم من غير العصبية إنما يثبت لهم بناء على محض القرابة المحرمية؛ أي بوصفهم من محارم الصغير، وهذا الوصف لا يستلزم اتحاد الدين ولا يزول بزواله. أما بالنسبة للعصابات، فثبوت حق الحضانة لهم بوصفهم عصبية، وهذا الوصف لا يبقى مع اختلاف الدين، فكان الشرط لثبوته لهم، اتحاد الدين (870).

أما المالكية، فلم يشترطوا الإسلام في الحاضن سواء كان ذكراً أو أنثى (871).

بعد استعراض آراء الفقهاء وأدلتهم في مسألة إسناد حضانة الولد المسلم لأمه غير المسلمة، يمكن القول أن استحضر البعد الديني في مسألة إسناد الحضانة أمر لا بد منه، ذلك أن الحاضن حريص على تربية المحضون على دينه، وفي حضانة غير المسلمة تنشئة للمسلم على عقيدة

868- الشريبي: مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3 ص 594 .

869- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5 ص 216 .

870- عبد الكريم زيدان: أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، مرجع سابق، ص 454.

871- عبد الرحمان الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج 4 ص 523 .

الكفار، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول: « ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه» (872).

فالنفس إذا كانت على الفطرة الأولى، كانت متهيئة لقبول ما يرد وينطبع فيها من خير أو شر، وفي هذا يقول أبو حامد الغزالي: اعلم أن الطريق في رياضة الصبيان من أهم الأمور وأوكدها، والصبي أمانة عند والديه، وقلبه الطاهر جوهرة نفيسة ساذجة خالية عن كل نقش وصورة. وهو قابل لكل ما نقش، ومائل إلى كل ما يمال به إليه. فإن عودته الخير وعلمه نشأ عليه وسعد في الدنيا والآخرة... وإن عوده الشر وأهمله إهمال البهائم شقي وهلك (873).

ويضيف الغزالي: «ينبغي للأب أو الوالي أن يراقب الولد من أول أمره، فلا يستعمل في حضنته وإرضاعه إلا امرأة صالحة متدينة تأكل الحلال، فإن اللبن الحاصل من الحرام لا بركة فيه، فإذا وقع عليه نشو الصبي، انعجت طينته من الخبث، فيميل طبعه إلى ما يناسب الخبائث» (874).

فالذي تدعمه الأدلة العقلية والتجارب الواقعية في الدول الغربية اليوم، أن حضانة غير المسلمة للطفل المسلم شر محض، وكم من ابن فسدت عقيدته وتغيرت نحلته بسبب حضانة أمه غير المسلمة له، حيثإنها تختار له نمط الحياة الذي اختارته لنفسها، لأنها ترى فيه نمط الحياة المعاصرة.

وهذا الأمر يدعو إلى إعادة النظر في زواج المسلم بالكتابية اليوم، فإن المصلحة تقتضي عدم الزواج، وذلك لأن القانون الغربي هو المسيطر على العالم اليوم، يقضي بالطفل لأمه سواء كانت يهودية أو نصرانية، ثم هي يحق لها الذهاب بالطفل المسلم إلى الكنيسة أو إلى

872- أخرجه البخاري: كتاب الجنائز: باب إذا أسلم الصبي فمات، هل يصلى عليه، وهل يعرض على الصبي الإسلام. حديث رقم 1359، ص 327، سبق تخريجه.

873- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي: إحياء علوم الدين. ج 3 ص 69-70. مكتبة ومطبعة: "كرياطة فوتررا" سماراغ اندونيسيا. دون ذكر سنة الطبع.

874- أبو حامد الغزالي: نفس المرجع، ص 70.

المعبد، وهذا ما نراه اليوم مع كثير من المسلمين المتزوجين بكتابات، فقدوا أولادهم، وهم اليوم في حضانة أمهاتهم يذهبن بهم إلى دورالعبادة (875).

والشاهد على ما ذهبت إليه ما صدر عن محكمة الاستئناف بباريس حينما قالت: «إن الأم الفرنسية الكاثوليكية الديانة، اتبعت مراسم الكاثوليكية عند ولادة طفلتها لإعطائها هذا الدين، غير أن الأب المسلم طالب القضاء الفرنسي ببطلان هاته المراسم، الشيء الذي جعل المحكمة تحكم بعدم الاختصاص، كما أكدت أن الأب لا يمكنه أن يثبت أن الأم باختيارها الدين المسيحي تكون قد أساءت للطفلة» (876).

صحيح أن الزواج بالكتابات مباح بنص القرآن الكريم (877)، لكن الفتوى تتغير بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات كما قال ابن القيم (878)، أما دعوى تغير الأحكام بتغير الزمان، وإناطة التشريع بالمصلحة، فهي لا شك من أصول الاجتهاد الإسلامي، والتفريط في اعتبارها، مخالفة للشرع، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين (879).

وهذا ما دفع عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أمر الصحابي الجليل حذيفة بن اليمان، بترك المرأة اليهودية التي تزوجها، وذلك حتى لا تترك نساء المسلمين، ويتزوج المسلمون

875- وجنات عبد الرحيم ميمني: لمن الحضانة. مقال منشور بمجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها. عدد 27 جمادى الثانية 1424 هـ، ج 15 ص 381.

876- قرار لمحكمة الاستئناف بباريس صادر بتاريخ 15 ماي 1984 (دون ذكر باقي البيانات). قرار أورده جمال العبودي في بحثه: الحقوق المعنوية للأطفال الناتجين عن الزواج المختلط. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة. تخصص الوضعية الشرعية والقانونية للجالية المغربية المقيمة بالخارج، كلية الشريعة، جامعة القرويين، فاس، السنة الجامعية: 2004/2003م. ص 82.

877- يقول تعالى: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾. سورة المائدة. الآية 6

878- ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 4 ص 337. دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، رجب 1423 هـ.

879- القرافي: كتاب الفروق، مرجع سابق، ج 1 ص 314.

بالكتابات⁽⁸⁸⁰⁾ ، فالسبب اليوم أقوى في عدم التزوج بالكتابات ، وهو أنه يقضى بالطفل المسلم لأمه غير المسلمة ، وما لذلك من تأثير على عقيدته .

فالأم تحرص دائما على تنشئة أبنائها على خلقها وعاداتها ؛ لأنها أقرب لهم من أبيهم ، فعطفها وحنانها له تأثير كبير على سلوكهم وأخلاقهم ، ولكون الدين المحيط بهم هو الكفر ، والخلق والعادات المحيطة بهم هي خلق وعادات الكفار ، فهذا له الأثر البالغ في ميل الأبناء إلى دين أمهم وأخلاقها .

وهذا ما أكده محمد رشيد رضا بقوله : « أحلّ الله العفاف من أهل الكتاب ، وهو جائز بالنص ، وأنه لا يحرم إلا لسبب آخر يدخل في باب سد الذرائع ، كأن يستلزم شيئا من المفسد المحرمة وأشدها أن يتبع الأولاد كلهم أو بعضهم الأمّ في دينها ؛ إما بحكم قوانين تلك البلاد ، وإما لكون المرأة أرقى علما وعقلا وتأثيرا بحيث تغلبه على أولاده فتربيهم على دينها»⁽⁸⁸¹⁾ .

وخلاصة لما سبق ، يمكن القول بأنه ليس من المضمون أن تتربى الروح الدينية الإسلامية في نفوس الأبناء الذين وُلدوا من العلاقة الرابطة بين المسلم وغير المسلمة ، وحتى إذا تآتى ذلك ؛ فإن العلاقة بين هؤلاء الأطفال وبين المجتمع الذي ينتمي إليه الأب لا تكون وثيقة بالقدر اللازم ، نظرا لاختلاف العادات والتوجيه التربوي . وهذا ما دفع جانبا من الفقه إلى القول باشتراط اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون .

880- جاء في تفسير الطبري: وإنما كره عمر لطلحة وحذيفة، رحمة الله عليهم، نكاح اليهودية والنصرانية، حذرا من أن يقتدي بهما الناس في ذلك، فيزهدوا في المسلمات، أو لغير ذلك من المعاني ، فأمرهما بتخليتهما .
كما حدثنا أبو كريب، حدثنا ابن ادريس، حدثنا الصلت بن بهرام، عن شقيق قال: تزوج حذيفة يهودية، فكتب إليه عمر: خلّ سبيلها، فكتب إليه: أتزعم أنها حرام فأُخلى بسبيلها ؟ فقال: لا أزعم أنها حرام، ولكني أخاف أن تعاطوا المومساتمنهن .

- ابن جرير الطبري: تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن. ج 3 ص 716. دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1422هـ/2001م.
881 - محمد رشيد رضا: الفتاوى، ج 4 ص 1596. دار الكتاب الجديد، بيروت، الطبعة الأولى، 1426هـ/2005م.

من أجل ذلك، أعتقد والله أعلم، أن الأسلم هو جعل الحضانة على الولد لمن اتفق معه في الدين، وبهذا يصلح أمره ويبعد الضرر عنه، ويجعله بمنجى من الهلاك بضياع دينه؛ لأن ضياع الدين هلاك. فإن كان ولا بد، فيمكن حضانتهم في زمن الرضاعة وبعد ذلك يُسلم إلى من يسعى في إصلاحه وتربيته تربية إسلامية من أقاربه المسلمين⁽⁸⁸²⁾. وذلك لحماية المحضون من الفتنة في دينه. أما ما ذهب إليه الرأي المشهور من المذهب المالكي من وضع الحاضنة غير المسلمة تحت رقابة مسلم يمنعها أن تغذي المحضون بالمحرمات، أو تلقنه أمور دينها فهو قيد غير عملي ويتعذر تحصيله في الواقع.

أما عدم اشتراط الإسلام في الحاضن فإنه يناقض الأصل في مشروعية الحضانة، التي ما شرعت إلا للعمل على تحقيق ما هو أصلح للمحضون⁽⁸⁸³⁾.

المطلب الثالث: أثر الرخوة على الحضانة.

يشترط في الحاضن ذكرًا كان أو أنثى، ألا يكون مرتدًا⁽⁸⁸⁴⁾ عن دين الإسلام، حيث إن رذته قد تدفعه إلى أن يغيّر دين المحضون، فلا يؤمن عليه، فلا يكون له بناء على ذلك الحق في الحضانة⁽⁸⁸⁵⁾.

882- أخذًا بمذهب ابن حزم الظاهري الذي ذهب إلى أن شرط اتحاد الدين إنما يكون بعد انتهاء مدة الرضاعة وليس قبلها، لأن اختلاف الدين في مدة الرضاعة لا ضرر فيه، لكون الصغير في هذه السن لا فهم له.
- ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج 10 ص 323.
وأضاف ابن حزم أنه إن لم تكن الأم مأمونة في دينها ودنياها، نظر للصغير أو الصغيرة بالأحوط في دينهما ثم دنياهما، فحيثما كانت الحياطة لهما في كلا الوجهين، وجبت هنالك عند الأب أو الأخ أو غيرهما، وذو الرحم أولى من غيرهم بكل حال، والدين مغلب على الدنيا.
- ابن حزم: نفس المرجع ونفس الصفحة.
883- رشدي شحاتة أبو زيد: شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية. ص 196. الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة. سنة 2001.
884- المرتدة هي الخروج عن دين الإسلام بعد اعتناقه، سواء لحقت بدار الحرب، أو لا، لأن حكمها الحبس والضرب حتى تعود إلى الإسلام.
- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5 ص 211، الهامش رقم 3.
885- يقول أبو زهرة أنه يشترط ألا تكون مرتدة، لأن المرتدة غير أمينة، ولأنها تحبس، فلا تكون قادرة على إمساكه والقيام على مصالحه.
- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 407.

وعليه، فالمرتدة لا حق لها في الحضانة، لأنها تحبس وتضرب، فلا تتفرغ لولدها، ولا في دفعه إليها نظرا له (886).

وفي هذا يقول السرخسي: « الأم أحق بالولد، إلا أن تردت فحينئذ... لا حق لها في الحضانة، إلا أن تتوب، فإن تابت فهي أحق بالولد.» (887)

ومثله ما جاء في بدائع الصنائع للكاساني: « لو ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة؛ لأن المرتدة تحبس فيتضرر به الصبي، ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع» (888).

وبهذا المعنى جاء في فتوى دار الإفتاء المصرية بأن: المرتدة ليست أهلا للحضانة، لأن جزاءها الحبس حتى تتوب أو تموت، فلا تصلح لحضانة طفل وتربيته ما بقيت على ردّها، ولأنها برجوعها عن الإسلام تكون مبغضة لدين الطفل المسلم، ولا تؤمن أن توجهه إلى غير الإسلام، فينزع من يدها محافظة عليه (889).

وجاء في فتوى أخرى: « ... أن سقوط حق المرتدة في الحضانة ليس لذات الردة، بل لما يترتب عليها من الحبس بالفصل وعدم التفرغ للحضانة، فإذا لم تحبس لم يكن ضرر على الصغير من بقاءه عند الحاضنة، فلا يكون هناك مقتضى لزوال حق الحضانة عنها، أما إذا بلغ المحضون مبلغ من يعقل دينا، بأن بلغ السابعة كما هو الشأن في ولد الذمية المسلم، أو خيف

886- الزيلعي: تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 3 ص 49. المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة الأولى، سنة 1313هـ.

887- السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج 6 ص 171 .

888- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5 ص 211- 212 .

889- فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1967/12/26، الفتاوى الإسلامية، مرجع سابق، مجلد 5 ص 1957.

عليه أن يألف الكفر: فإنه يسقط حقها في حضانتها لتضرر المحضون من البقاء عند الحاضنة». (890)

وعليه، يمكن القول بأن منع المرتدة من حق الحضانة يرجع إلى الأسباب الآتية: (891)

- المرتدة لا دين لها، والحضانة نوع من الولاية، والمرتدة لا ولاية لها على المحضون، إذا كان مسلماً؛

- ولأن المرتدة تحبس عقوبة لها على الردة حتى تعود إلى الإسلام أو تموت، وما دام ذلك حالها، فإنها تكون غير قادرة على الحضانة، كما أنه ليس في مصلحة الصغير إمساكها له، لأنها غير مأمونة، فيخشى أن تغير دينه، ولهذا فهي ليست أهلاً للحضانة؛

- وكما أن الحضانة ثقة بها وتكريم لها، فالمرتدة لا تستحق أي ثقة أو تكريم، ومثلها لا يعتمد عليه في التحمل بالأحكام الشرعية، وتربية النشء على المبادئ والخلق، ويخشى على الولد منها أن تؤثر على عقيدته أو تزرع فيه بذور الإلحاد والزيغ.

ولكن، إذا كان جانب من الفقه الإسلامي يرجع سبب عدم ثبوت حق الحضانة للمرتدة إلى حبسها لتتوب أو تموت (892)، إذ وهي في هذه الحالة، لا تتمكن من القيام بتربية أولادها والعناية بأمرهم. لنا أن نتساءل عما إذا كان هذا المنع يبقى قائماً مهما كانت سن الطفل المحضون؟ أم يقتضي الأمر هنا، قياساً على ما سبق قوله بشأن مسألة اتحاد الدين، أن تُسند الحضانة إليها إلى أن يعقل الصغير ويعرف الأديان؟

890- فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1931/1/6. نقلاً عن رشدي شحاتة أبو زيد: شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 223.

891 - رشدي شحاتة أبو زيد: شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية. مرجع سابق، ص 222.

892- هذا ما ذهب إليه الحنفية بقولهم أن المرأة المرتدة تُسنتاب، فإن لم تنب حبست وضربت حتى تقع منها التوبة، على أساس أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء، أما حديث قتل المرتدة، فقد خصّه الحنفية بالذكر دون الأنثى. بينما يرى جمهور الفقهاء أن المرتدة يقتل، ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة لقوله عليه الصلاة والسلام: «من بدل دينه فاقتلوه».

- الشوكاني: نيل الأوطار، مرجع سابق، ج 9 ص 243 .

لا يمكن بأي حال، قياس أحكام الأم المرتدة بالأحكام التي تخضع لها الأم المسيحية أو اليهودية، بحيث إذا كان الأمل قائما نحو هذه الأخيرة في اعتناقها الديانة الإسلامية، فإن المرتدة أصبحت مبغضة لهذه الديانة⁽⁸⁹³⁾.

فالمرتدة يسقط حقها في الحضانة، إلا إذا كان المحضون في فترة الرضاعة، وكانت الحضانة المرتدة أمه ولم يقبل غيرها، فينبغي بقاء المحضون معها حفاظا على حياته و رعاية له، أخذا بالاستنتاج عن طريق القياس من فعل الرسول صلى الله عليه وسلم، لما حكم بتأخير عقوبة الرجم للزانية الحامل حتى يفطم الولد ويستغني عنها⁽⁸⁹⁴⁾.

واعتقد أنه مع الردة تقوى شبهة بغض الإسلام، لذلك يكون من الحرص توجيه المحضون إلى غيرها، فلا تكون مصلحته في بقائه في يدها.

وعليه، فممنع إسناد الحضانة للأم المرتدة، إنما كانت لحماية الطفل الصغير، ومن ثم البنیان الاجتماعي للجماعة المسلمة من عبث العابثين، وزجرا لمن يريد تشكيك الأمة في دينها.

893- حميدو زكية: مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، - دراسة مقارنة - ص 319. رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة تلمسان. السنة الجامعية 2004 - 2005.
894- الشوكاني: نيل الأوطار، مرجع سابق، ج 9 ص 61 .

المبحث الثاني: ولاية حضانة غير المسلمة لأبنائها المسلمين في القانون

المغربي:

لقد اعتبر المشرع المغربي الحضانة في ظل مدونة الأسرة حقا للزوجين ما دامت الزوجية قائمة بينهما، طبقا للمادة 164⁽⁸⁹⁵⁾، وفي حالة الطلاق فالحضانة تثبت للأم في المقام الأول، إذا توافرت فيها الشروط القانونية، وهذا بصريح المادة 171 بالنص على أنه: «تحويل الحضانة للأم...»⁽⁸⁹⁶⁾.

وموقف المدونة هذا يوافق مذهب الإمام مالك، لأن الأم بدون منازع أحق بحضانة ولدها من غيرها، لأنها أرفق وأقدر على حسن الرعاية في هذه المرحلة من العمر⁽⁸⁹⁷⁾.

لكن ماذا لو كانت الأم غير مسلمة؟ هل تستحق حضانة أبنائها في ظل مدونة الأسرة؟ صحيح أن المشرع المغربي ألزم الحاضن بضرورة توفير الرعاية الدينية للمحضون من أجل الحفاظ على هويته الإسلامية، لكن هل للزوجة الغربية غير المسلمة أن تمتثل لشروط استحقاق الحضانة المنصوص عليها في المدونة⁽⁸⁹⁸⁾، وتحرص على تربية أطفالها وفق دين مطلقها؟ وهل للأب المغربي المسلم أن يمارس ولايته الشرعية على أطفاله، فيما يخص تربيتهم وتوجيههم أو حتى رؤيتهم؟ خاصة وأن الزوجة الكتابية تسافر بمحضونها لبلدها الأصلي، إن لم نقل حيثما شاءت. وكيف تعامل القضاء المغربي مع مثل هذه القضايا؟

895- تنص المادة 164 من مدونة الأسرة على أن: «الحضانة من واجبات الأبوين، مادامت علاقة الزوجية قائمة». 896- النص الكامل للمادة 171 من المدونة: «تحويل الحضانة للأم ثم للأب، ثم للأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب أكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة».

897- ادريس الفاخوري: انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 290. 898- تنص الفقرة 3 من المادة 173 من المدونة على أن من شروط استحقاق الحضانة: «القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايته دينيا وصحة وخلقاً وعلى مراقبة تدرسه».

للإجابة على هذه التساؤلات، سأستعرض أولاً موقف مدونة الأسرة من ممارسة الزوجة غير المسلمة لولاية الحضانة (المطلب الأول)، ثم سأقف عند الإشكالات القانونية والواقعية الناجمة عن إسناد ولاية الحضانة لغير المسلمة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ولاية الحضانة من تصرف غير المسلمة في مدونة الأسرة

لقد تبنى المشرع المغربي ما ذهب إليه مذهب الجمهور - الحنفية والمالكية - في عدم اشتراطه إسلام الحاضنة، حتى تستحق حضانة أبنائها من زوجها المسلم، لكنه - المشرع - حرص على تربية المحضون تربية دينية. وهذا ما أكدته مدونة الأسرة المغربية في مادتيها 54 و173، فالمادة 54 نصت في فقرتها السادسة على أن للأطفال على أبيهم: «التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل...»، أما المادة 173 فقد أكدت في فقرتها الثالثة على: «القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايته ديناً...»⁽⁸⁹⁹⁾.

فالظاهر من نصوص المدونة أنها لا تعتبر اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون شرطاً لاستحقاق الحضانة، فالأم غير المسلمة لها الحق في حضانة أولادها بعد انفصالها عن زوجها المسلم، سيرا من المدونة على ما أقره المذهب المالكي.

لكن ما المقصود بالرعاية الدينية للطفل التي أشارت إليها المادتين 54 و173 من مدونة الأسرة؟ هل هي نفس ما كانت قد أقرته مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، ومن ثم ضرورة تربية المحضون على دين أبيه، أم أن التوجيه الديني يبقى مطلقاً سواء على دين أبيه أو على دين الأم؟ إن الرعاية الدينية تفيد أنه تجب المحافظة على الهوية الإسلامية للطفل المسلم الموجود تحت الحضانة، بحيث يجب على الحاضن أن يوفر له جواً يساعد على ترسيخ تلك الهوية. وهكذا

899- الأمر نفسه كانت تنص عليه مدونة الأحوال الشخصية في فصلها 108، غير أنها كانت تميز بين حالتين بخصوص حضانة غير المسلمة؛ إذ كانت المادة 108 تنص على أنه: «إذا كانت الحاضنة على غير دين أب المحضون ولم تكن أمًا، لم يكن لها حق الحضانة إلا في السنين الخمس الأولى من عمر المحضون، فإذا كانت الحاضنة أمًا صحت حضانتها بشرط ألا يتبين استغلالها للحضانة لتنشئة المحضون على غير دين أبيه.»

فشارب الخمر ومن يمارس القمار، ومن يأكل لحم الخنزير أمام الطفل، أو يشركه في ذلك، أو يمارسه معه أو يدفعه إلى ممارسة طقوس مخالفة للشريعة الإسلامية، لا يكون أهلا للحضانة⁽⁹⁰⁰⁾.

وعليه، فالتنشئة الدينية الإسلامية للطفل اعتبرت أساسا من مسؤوليات الآباء نحو الأبناء في المجتمعات الإسلامية⁽⁹⁰¹⁾.

وبالرجوع لمدونة الأسرة المغربية، يظهر أن المشرع المغربي وإن ترك مسألة الرعاية الدينية هكذا مطلقة⁽⁹⁰²⁾، فإنه من الضروري أن تكون تنشئة المحضون على دين أبيه المغربي المسلم، على اعتبار أن غير ذلك يُعد مخالفة صريحة للنظام العام⁽⁹⁰³⁾ المغربي⁽⁹⁰⁴⁾.

فمادامت الأسرة وثيقة الصلة بهوية الفرد وثقافته، فإن النظام العام الأسري يؤطره الدين الإسلامي بالدرجة الأساسية. وللشخص داخل أسرته حقوق وواجبات تحكمها نصوص متعلقة بالنظام العام، ويستمد الطابع الأمر لنصوص مدونة الأسرة من طبيعة الحقوق التي يتناولها هذا القانون، وهو ما دفع بالقضاء المغربي إلى التأكيد صراحة على تعلق نصوصها بالنظام العام، حيث ذهبت ابتدائية الناظور إلى أن: «هذه القواعد أمرية ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها باعتبار أن مصدرها هو الشريعة الإسلامية وتعتبر من النظام العام»⁽⁹⁰⁵⁾.

900- محمد الكشور: أحكام الحضانة. دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 63.
901- محمد يعقوبي خبيزة: حقوق الطفل التربوية في الشريعة الإسلامية، ص 154، مطبعة فضالة، المحمدية، طبعة 2002م.
902- على عكس ما كان عليه الأمر في مدونة الأحوال الشخصية، إذ كانت تنص بصريح العبارة على أن دين المحضون هو دين أبيه في المادة 108.
903- النظام العام هو أداة الدولة في حماية سيادتها، فهو صمام الأمان لحماية المبادئ والقيم العليا التي يقوم عليها المجتمع، وهو الأداة الفعالة لمنع تنفيذ الأحكام الأجنبية حال تعارضها مع قيم ومبادئ دولة التنفيذ.
- حسن منصف: الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها بالمغرب. مقال منشور في مجلة دفاتر محكمة النقض، عدد 24 ص 196، سنة 2015، مطبعة الأمنية الرباط. منشورات: مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض.
904- مستند ذلك هو أن المملكة المغربية دولة إسلامية، وأن المرجعية الأساسية لمدونة الأسرة هي الشريعة الإسلامية.
905- حكم ابتدائية الناظور عدد 465، صادر في الملف الشخصي عدد 97/1208 بتاريخ 1998/04/06 غير منشور. أورده الباحث معمرو بومكوسي في بحثه تذييل الأحكام الأجنبية في المادة الأسرية بين النص القانوني والعمل القضائي. ص 28. رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2009/2008م.

ويظهر ذلك أيضا من مفهوم بعض مواد المدونة في مواضيع أخرى غير الحضانة، فانطلاقا من المادة 145 يظهر بجلاء اتباع الابن أباه في دينه، إذا نصت المادة على أنه: «متى ثبتت بنوة ولد مجهول النسب بالاستلحاق أو بحكم القاضي، أصبح الولد شرعيا يتبع أباه في نسبه ودينه...»، كما يظهر ذلك ضمنا من المادة 157 من المدونة⁽⁹⁰⁶⁾، التي رتبت على النسب حق الشخص في الإرث، ويُفهم من ذلك أن يكون الطفل على دين أبيه، لأنه لا ميراث مع اختلاف الدين⁽⁹⁰⁷⁾.

وبالنسبة لبعض التشريعات العربية المقارنة، فقد أكدت كلها على أن تربية المحضون يجب أن تكون على دين أبيه، فبالنسبة للمشرع الجزائري، كان الأمر واضحا عندما اشترط أن تكون التربية الدينية للمحضون طبقا لدين أبيه، وذلك في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أن: «الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه...».

كما أن الفصل 59 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية جاء فيه: «إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون، فلا تصح حضانتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره، وأن لا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه...».

كما أعطى قانون الأحوال الشخصية الأردني الأم الحق في حضانة الطفل، مسلمة كانت أو غير مسلمة، بشرط ألا تكون مرتدة⁽⁹⁰⁸⁾. وهو نفس ما اشترطته المادة 64 من القانون الليبي لسنة 1984 والتي نصت على ما يلي: «تستحق الأم الكتابية حضانة أولادها المسلمين ما لم يتبين منها تنشئة الأولاد على غير دين أبيهم المسلم».

906- تنص المادة 157 من مدونة الأسرة على أنه: «متى ثبت النسب ولو في زواج فاسد أو بشبهة أو بالاستلحاق، تترتب عليه جميع نتائج القرابة. فيمنع الزواج بالمصاهرة أو الرضاع، وتستحق به نفقة القرابة والإرث».

907- تنص المادة 332 من مدونة الأسرة على أنه: «لا توارث بين مسلم وغير مسلم، ولا بين من نفى الشرع نسبه».

908- تنص المادة 171 من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010 على ما يلي: «يشترط في مستحق الحضانة أن يكون... أمينا على المحضون، قادرا على تربيته وصيانته دينيا وخلقيا وصحة، وأن لا يكون مرتدا...».

وهو نفس الموقف الذي عبر عنه مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا حينما نص في المادة 213 على أن: «اختلاف الدين لا يسقط حضانة الأم، فهي أحق بحضانة الصغير، وإن كانت كتابية أو مجوسية؛ لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين، وعلى ولي المحضون الحرص على تعليمه الدين وتأديبه، ومن ذلك أن يعهد به إلى دور حضانة ومدارس إسلامية، فيكون فيها في الصباح، وعند أمه في المساء» (909).

يستنتج مما سبق، أن المبدأ القانوني الذي تركز عليه التشريعات العربية والإسلامية، هو أن الطفل ينشأ على دين أبيه وليس على دين والديه، وهذا الحكم يُعد من النظام العام، أي من القواعد الآمرة التي تجعل من الاتفاق المخالف لها اتفاقاً باطلاً، بمعنى أن كل اتفاق بين زوجين مختلفي الدين يمس بدين أطفالهما يُعد لاغياً، وكذا الشأن بالنسبة للاتفاق الذي يحرم الأب من ممارسة حقه في تربية طفله على دينه (910).

ومن زاوية القضاء، فالقضاء المغربي حرص على تطبيق ما جاءت به مدونة الأسرة، وهو عدم اشتراط اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون. وهذا ما أكده المجلس الأعلى حينما قال بأن: «المشروع لم يشترط في الحاضن كونه مسلماً سواء أمّاً أو غيرها، ما دام قصد تنشأة المحضون على غير دين أبيه في حالة كون الحاضنة غير مسلمة غير ثابت» (911).

909- مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا: وثيقة المجمع للأحوال الشخصية للمسلمين في الدول غير الإسلامية، المؤتمر الثامن للمجمع المنعقد بالكويت في جمادى الأولى 1433هـ/ مارس 2012م.
الموقع الإلكتروني للمجمع www.amjaonline.org
910- حميدو زكية: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة- دراسة مقارنة -، مرجع سابق، ص 298 .
911- قرار صادر بتاريخ 1992/01/21 في الملف الشرعي رقم 90/5902. أوردته السعدية بلمير بندوة الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية. ص 201. الطبعة الأولى، دجنبر 2002. مطبعة فضالة المحمدية

وجاء في قرار آخر، صدر عن محكمة الاستئناف بالرباط، يقضي بأحقية أم يهودية لحضانة ابنها، بعد أن كانت المحكمة الابتدائية لقضاء الأسرة بالرباط، قد قضت بجرمان الأم من الحضانة نظرا لعامل الديانة (912).

وبالنسبة للقضاء الجزائري، فلم يجد مانعا في ممارسة الحضانة من قبل أم غير مسلمة، وقد طبق المجلس الأعلى الجزائري هذه القاعدة في كثير من قراراته، ومنها قراره الصادر بتاريخ 08/مارس 1982 حيث قال: «إن المجلس الأعلى لحد الآن لم يعتبر الاختلاف في الدين من مسقطات الحضانة، فالمسيحية... لها الأولوية فيها بالجزائر كما للمسلمة الحق فيها، وأن الشريعة الإسلامية تولي الأهمية في مسألة الحضانة للأم، وتعطى لها الأسبقية فيها بقطع النظر عن دينها» (913).

وفي قرار آخر قرر المجلس بتاريخ 13 مارس 1989 أنه: «من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خشي على دينه» (914).

أما بالنسبة للقضاء التونسي، فقد سار على منوال القضاة المغربي والجزائري، وذلك بإسناد الحضانة للأم ولو غير مسلمة، مع حرصه على أن يتبع الابن ديانة أبيه، الذي يُلقنه مبادئ الشريعة الإسلامية، وأن الأم ليس لها حق الاعتراض على ذلك. وكانت محكمة التعقيب التونسية قد قضت بأنه: «إذا اختلف الزوجان في الحضانة وكانا مختلفين في الدين، فلا يمنع ذلك من إسناد الحضانة للأم» (915).

912- قرار غير منشور صدر عن محكمة الاستئناف بالرباط في فبراير 2006. أورته أديبة بواضيل في رسالتها: المصلحة الفضلى للطفل في الروابط الدولية الخاصة. ص 72. رسالة نيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص. كلية الحقوق ظهر المهرز فاس. السنة الجامعية 2005 / 2006.

913- قرار أصدرته غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى بتاريخ 08 مارس 1982، ملف رقم 29293. غير منشور أورده حميدو زكية في رسالتها: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، مرجع سابق، ص 311.

914- قرار أصدرته غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى بتاريخ 13/03/1989، ملف رقم 52221. المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الأول. ص 49.

915- قرار لمحكمة التعقيب صدر بتاريخ 13/09/1972، قرار مدني عدد 9393. غير منشور، مقتبس عن محمد الحبيب الشريف: الإذن القضائي بالزواج، ص 162. دار الميزان للنشر، سوسة 2000م.

يتضح من هذه القرارات القضائية، أن الذي عليه القضاء المغربي والمغاربي هو أخذه بمذهب الإمام مالك في هذه المسألة، وهو أولية الأم بحضانة أولادها ولو كانت غير مسلمة، بشرط أن تكون أمينة على دينهم⁽⁹¹⁶⁾.

لكن الملاحظ في واقعنا المعاصر، أن إسناد الحضانة للأم غير المسلمة، أفرز مجموعة من الإشكالات القانونية و الواقعية، الناجمة عن اختلاف المرجعية وتصادم القيم بين القانون المغربي والقوانين الأوربية، مما يؤثر على الهوية الدينية والثقافية والأخلاقية للطفل المحضون.

المطلب الثاني: الإشكالات المترتبة عن إسناد الحضانة للأم غير

المسلمة.

إذا كان الفقه المالكي، ومعه مدونة الأسرة المغربية يرون أن اختلاف الدين بين الحاضنة والمحضون لا يؤثر في استحقاق الأم غير المسلمة لحضانة أبنائها المسلمين، بشرط أن لا تتأثر عقيدة المحضون، وإذا ثبت أن الحاضنة غير أمينة على ديانة المحضون، وأنها تحاول أن تلقنه ديانتها تسقط حضانتها، لأنها تفتقر لشرط الأمانة والاستقامة، وتسقط كذلك إذا سافرت بمحضونها إلى بلدها وأصبح عسيرا على أب المحضون أن يراقبه ويؤدبه ويعلمه .

لكن يجدر بي في هذا المقام أن أتساءل: كيف يعتقد واقعيًا أن اختلاف العقائد بين الزوجين يمكن أن يمارس في احترام متبادل لآراء الطرف الآخر، وخاصة إذا تعلق الأمر بتربية الطفل؟ وكيف ستتعامل الحاضنة مع المحضون وهي على غير دينه؟ هل ستكون أمينة على دينه؟ أليس هناك خطر يحدق بدين المحضون وهويته؟ وعلى الأخص في حالة ما إذا نشب نزاع بين الأبوين وانتهى الأمر بالطلاق، فتنفرد الأم غير المسلمة بتربية أطفالها؟

916- كما قضت محكمة العطارين بمصر بأن: « المنصوص عليه أن الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الأديان...أو يخاف عليه من أن يألف الكفر ولو لم يعقل الأديان». - قرار صادر بتاريخ 1978/04/20، عدد 48/295. مجلة المحاماة الشرعية عدد 20 ص 34.

للإجابة على هذه التساؤلات والإشكالات، سأقسم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول سأخصه لتربية الطفل في ظل اختلاف عقيدة الزوجين، والفرع الثاني سأحدث فيه عن سفر الحاضنة بمحضونها إلى بلدها وأثر ذلك على عقيدة الطفل المحضون.

الفرع الأول: تربية الصغرى في ظل اختلاف عقيدة الزوجين

صحيح أن الفقه الإسلامي⁽⁹¹⁷⁾ أعطى للأم الأولوية في حضانة أبنائها، ولو كانت غير مسلمة، لأن المحضون في حاجة إلى رعاية وعناية، ولا سيما في السنوات الأولى من عمره، أكثر من تلقينه تعاليم دينه؛ لأن ما يحتاجه في هذه السن هو الحماية المعنوية والاستقرار اللذان يتأتيان للمحضون بغض النظر عن دين الحاضنة، لأن مناط الحضانة الشفقة، وهذه تتوافر في الأم المسلمة وغير المسلمة⁽⁹¹⁸⁾.

بالإضافة إلى ذلك، فإن تربية الولد تربية دينية، لا يعقلها المحضون إلا بعد بلوغه سن معينة حددها الفقهاء بسبع سنوات، وفي ذلك يقول الحنفكي: «... أن الحاضنة الذمية ولو مجوسية كالمسلمة، مالم يعقل ديناً، وأنه ينبغي تقديره بسبع سنين لصحة إسلامه حينئذ»⁽⁹¹⁹⁾. والرسول صلى الله عليه وسلم يقول: «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين، وفرقوا بينهم في المضاجع»⁽⁹²⁰⁾.

917- أقصد بالفقه الإسلامي هنا، المذهب القائل بعدم اشتراط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون (المالكية و الحنفية).

918- وهذا من الأدلة التي استند إليها من ذهب إلى عدم اشتراط الإسلام في الحضانة.

919- محمد الحنفكي: الدر المختار شرح تنوير الأبصار. ص 255. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى،

سنة 1423هـ/2002م.

920- تخريج الحديث:

حدثنا مؤمل بن هشام - يعني اليشكري -، ثنا إسماعيل، عن سوار أبي حمزة، - قال أبو داود: وهو سوار بن داود أبو حمزة الدارقطني الصيرفي -، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الحديث.

- أبو داود في سننه: كتاب الصلاة، باب متى يُؤمر الغلام بالصلاة؟ حديث رقم 495، ص 91.

كما أخرجه الدارقطني في سننه: كتاب الصلاة، باب الأمر بتعليم الصلوات والضرب عليها. حديث رقم 875، ص 505.

وأخرجه الترمذي في الجامع الكبير، أبواب الصلاة، باب ما جاء متى يُؤمر الصبي بالصلاة، حديث رقم 407 ص 432.

لكن وقبل بلوغ هذه السن، قد تنطبع في ذهن الصغير صور المرثيات والمسموعات في سن مبكرة، قبل بلوغ السن التي يعقل فيها الأديان، فيكون لها تأثير في حياته وفي سلوكه المستقبلي ليستقر في ذهنه ما يفسد عليه عقيدته⁽⁹²¹⁾.

فالنفس إذا كانت على الفطرة الأولى، كانت متهيئة لقبول ما يرد عليها وينطبع فيها من خير أو شر⁽⁹²²⁾. وفي هذا يقول ابن أبي زيد القيرواني: «واعلم أن خير القلوب أوعاها للخير، وأرجى القلوب ما لم يسبق الشر إليه، وأولى ما عُنِيَ به الناصحون ورغب في أجره الراغبون، إيصال الخير إلى قلوب أولاد المؤمنين ليرسخ فيها... فقد روي أن تعليم الصغار لكتاب الله يطفئ غضب الله، وأن تعليم الشيء في الصغر كالنقش في الحجر... وقد جاء أن يؤمروا بالصلاة لسبع سنين ويضربوا عليها لعشر ويفرق بينهم في المضاجع، فكذلك ينبغي أن يعلموا ما فرض الله على العباد من قول وعمل قبل بلوغهم، ليأتي عليهم البلوغ وقد تمكن ذلك من قلوبهم وسكنت إليه أنفسهم وأنست بما يعملون به من ذلك جوارحهم»⁽⁹²³⁾.

وهو ما أكده الإمام أبو حامد الغزالي حينما قال: «أعلم أن الطريق في رياضة الصبيان من أهم الأمور وأوكدها، والصبى أمانة عند والديه، وقلبه الطاهر جوهره نفيسة خالية من كل نقش وصورة، وهو قابل لكل نقش، ومائل إلى كل ما يمال به إليه، فإن عودَه الخير وعلمه، نشأ عليه وسعد في الدنيا والآخرة... وإن عودَه الشر وأهمله إهمال البهائم شقي وهلك»⁽⁹²⁴⁾.

921- سعاد إبراهيم صالح: علاقة الآباء بالأبناء في الشريعة الإسلامية. ص 108. مؤسسة دار التعاون للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، 1400هـ/1980م.

922- عبد الرحمان بن خلدون: المقدمة. ج 1 ص 248. دار يعرب دمشق، الطبعة الأولى 1425هـ/2004م.

923- ابن أبي زيد القيرواني: الرسالة في فقه الإمام مالك، ص 6، دار الكتب العلمية، بيروت، دون ذكر تاريخ الطبع.

924- الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي: إحياء علوم الدين، ج 3 ص 69-70. مكتبة ومطبعة كرياضة فوترا" سمارغ"، اندونيسيا، دون ذكر تاريخ الطبع.

ومعنى كل هذا، أن التقويم السلبي والتقويم الإيجابي للأشياء، يتحدد على أساس إطار المرجع الذي يكونه الطفل، والتربية هي التي تؤدي إلى تكوين إطار مرجع معين. فإذا نشأ الطفل في بيئة متدينة، كان له إطار مرجع يختلف عن إطار المرجع للطفل الذي ينشأ في بيئة متحررة، فمن ينشأ ويتربى في ثقافة إسلامية، يكون سلوكه سوي، لأن الإسلام هو الدين الذي ينسجم مع الفطرة الإنسانية في أصالة نقائنها وصفائنها، أما من ينشأ في ثقافة غربية فإنه يُقوم الأشياء كما تملئها عليه أوضاع هذه الثقافة.

- فوزية دياب: القيم والعادات الاجتماعية. ص 55. دار النهضة العربية، بيروت 1980.

لذلك، يجب أن لا يفهم أن ترك المحضون بجانب حاضنته غير المسلمة يبعده عن تأثره بعقيدها، لأن الشفقة وإن كانت أصلية في الحاضنة بالنسبة للمحضون، إلا أنها قد تعتبر من الشفقة عليه أن ينشأ على دينها، لأنها اختارته، واختيارها له مظنة إيمانها بأنه في نظرها الدين الحق⁽⁹²⁵⁾. ولهذا يجب أن يكون إسناد الحضانة بشكل يحفظ به شخص الولد ودينه⁽⁹²⁶⁾.

وعليه، فإن كان الإسلام قد استشعر حاجة الأم غير المسلمة إلى تعميق مشاعر الأمومة لديها تجاه طفلها، وخولها من ثم الحضانة إلى المدى الذي يقف عند حدود طمس الأم الحاضنة لمعالم الهوية الإيمانية للطفل، أو الانحراف به عن تنشئته الإسلامية، وتلقيه تعاليم دين آخر غير دين الإسلام، أو تعويده شعائر غير المسلمين، وبث شعائر الدين المخالف، وممارسته لرسوم وطقوس دين الزوجة غير المسلمة، فإذا أقدمت الأم على ذلك يسقط حقها في حضانة ابنها. وذلك بسبب خروجها عن حدود مهمتها في التربية والتهذيب وولوجها إلى ما هو محظور، إذ بذلك تكون قد خانت الأمانة التي ائتمنها عليها الإسلام، واستغلتها لمراميها الخاصة، ومقاصدها الخفية.

غير أن القول بأن المحضون يُنتزع من الحاضنة إذا عقل الأديان أو خيف عليه أن يألّف الكفر قول فيه مخاطرة بالنسبة له، وصعوبة في التطبيق العملي. فالولد مع حاضنته تحت سقف واحد، وقلما يُعرف ما تقوم به من حيث تربيته على دينها، فقد تتخذ في سبيل ذلك كل حيلة لإخفاء قصدها وفعالها⁽⁹²⁷⁾.

ولذلك، فكلما كان التصور بين الزوجين موحدًا إلا وكانت التربية مصقولة وموجهة بطريقة موحدة تنعدم فيها الازدواجية، فيستشعر الأبناء وحدة العقيدة تجمع بين الوالدين، فتتوحد نفوسهم ولا تتشتت. أما إذا كان الأمر عكس ذلك، فسوف ينعكس بالسلب على تربية

925- حميد وزكية: مصلحة المحضون مرجع سابق، ص 313.

926- عبد الله بن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 9 ص 297-298.

927- سعاد إبراهيم صالح: علاقة الآباء بالأبناء في الشريعة الإسلامية مرجع سابق، ص 108.

الأطفال ورعايتهم ، لأن الأم غير المسلمة في الغالب تلحق أضراراً بالطفل في دينه ، لأنه بطبيعتها حريصة على تنشئة ولدها على دينها ، وعند كبره من الصعب أن يتحول عن الدين الذي عرفه وليداً ، وتربى على رسومه يافعا.

أما بالنسبة للتشريع المغربي ، فمدونة الأحوال الشخصية الملغاة ، فبالرغم من اعترافها للأم غير المسلمة بالحضانة ، إلا أنها اشترطت عليها أن لا تمارس تأثيرها لتنشئة المحضون على غير دين أبيه⁽⁹²⁸⁾. لكن مدونة الأسرة في صياغتها الحالية للأسف الشديد حذفت هذا الشرط وسكتت عنه.

ويرى الأستاذ عبد الكريم شهبون بشأن هذه المسألة ، أن اختيار المدونة (قبل التعديل) اختيار حسن ، وهو اتجاه مقبول يتلاءم مع ظروف وأحوال الطفل ، ومصلحته الخلقية والدينية ، خصوصا أن الطفل يتبع أباه في الدين شرعا ، فإذا ثبت أن الحاضنة الكتابية تحاول تلقين محضونها دينها ، وتعوده عاداتها وتنشئته عليه ، فإنه في هذه الحال يُنزع من يدها ، إذ تصبح غير أمينة على دينه ، وقد علمت يضيف عبد الكريم شهبون أن الأمانة والاستقامة شرط في الحضانة⁽⁹²⁹⁾.

وبالنسبة لبعض التشريعات العربية المقارنة ، فالقانون الجزائري يسير في نفس الاتجاه ، ويستشف ذلك من نص المواد 62 و 67 من قانون الأسرة ، فالمادة 62 تنص على أن : «الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً» ، وتضيف المادة 67 : « تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في

928- تنص المادة 108 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة: « إذا كانت الحاضنة على غير دين أب المحضون ولم تكن أمًا، لم يكن لها حق الحضانة إلا في السنين الخمس الأولى من عمر المحضون، فإذا كانت الحاضنة أمًا صحت حضانتها بشرط ألا يتبين استغلالها للحضانة لتنشئة المحضون على غير دين أبيه».

929- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح مدونة الأسرة، ص 423. مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2006م.

المادة 62 أعلاه». ويظهر من خلال الجمع بين مقتضيات المادتين: أنه قد تمنع الزوجة غير المسلمة من حضانة الأبناء، إذا كان هناك خطر تربيتهم على غير دين أبيهم المسلم⁽⁹³⁰⁾.

وكذلك الشأن بالنسبة للقانون الليبي الذي نص على هذه القاعدة في المادة 64، والتي أقرت إمكانية إسقاط حضانة الأم الكتابية؛ إذا تبين منها تنشئة الأولاد على غير دين أبيهم المسلم⁽⁹³¹⁾. في حين نجد المشرع التونسي قد فرق بين الأم وغيرها في حالة كون الحاضنة غير مسلمة، فلم يُعط للحاضنة غير الأم حق الحضانة إلا بتوفر شرطين: أن يكون المحضون دون الخامسة من عمره، وأن لا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه⁽⁹³²⁾. وهذا ما أقره أيضا المشروع العربي الموحد للأحوال الشخصية، حيث نص في مادته 135: «إذا كانت الحاضنة على غير دين أب المحضون ولم تكن أمًا، سقطت حضانتها بإكمال المحضون السنة الخامسة من عمره، أما إذا كانت أمًا، فتستمر حضانتها ما لم يتبين استغلالها للحضانة لتنشئة المحضون على غير دين أبيه»⁽⁹³³⁾.

ونفس الأمر تبناه مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا مع تغيير طفيف في سن المحضون حينما نص في المادة 214: «تمتد حضانة الأم غير المسلمة للصغير حتى يبلغ السنة السابعة من عمره إن كان ذكرا والتاسعة إن كان أنثى، إلا إذا قدر القاضي أو من يقوم مقامه من المحكمين خلاف

930- خالد برجوي: القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية. ص 66. نشر دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، طبعة 2001.

931- نص المادة 64 من القانون الليبي هو: «تستحق الأم الكتابية حضانة أولادها المسلمين ما لم يتبين منها تنشئة الأولاد على غير دين أبيهم المسلم».

932- الفصل 59 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية يقول: «إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها، إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره، وأن لا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه، ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانت هي الحاضنة».

يلاحظ الأستاذ خالد برجوي أن الاجتهاد القضائي التونسي نظر إلى هذا الأمر بوجه آخر، ومدد المنع من الحضانة إلى الأم الكتابية بالرغم من استثنائها في النص المشار إليه.

- خالد برجوي: القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 67.

933- أعتقد انه يجب استبدال عبارة «تربية المحضون على دين أبيه»، التي استعملتها التشريعات العربية، بعبارة «تربيته على دين الإسلام»، لأنه قد تنحل الرابطة الزوجية بإسلام أحد الزوجين أو ردة أحدهما، حينئذ يظهر قصور هذه العبارة، فمما لا شك فيه أن أبوي الطفل يكون أحدهما كافرا والآخر مسلما، ولو فرضنا أن أب الولد كافر، فإنه بمقتضى هذه العبارة يكون الحاضن ملزما بتربية الولد على دين أبيه الكافر، وهو ما يخالف شرع الله، وبناء على ذلك، أقترح أن تستبدل عبارة: «دين أبيه» بعبارة «دين الإسلام»، حتى تتفق الصياغة مع ما تقرره الشريعة الإسلامية.

ذلك لمصلحة المحضون، فإن خاف الأب على أولاده إلف دين غير الإسلام، لزمه ديانة أن يحرص على استنقاذ ولده بما تيسر له من سبل مشروعة في دار إقامته»⁽⁹³⁴⁾.

أما من زاوية القضاء، فالقضاء المغربي يسقط الحضانة عن الحاضنة - سواء كانت مسلمة أو غير مسلمة - إذا كانت غير أمينة على دين المحضون وعلى أخلاقه، وهذا ما قرره المجلس الأعلى في أحد قراراته بقوله: «... لكن حيث إنه بمقتضى المادة 173 المحتج بها، فإنه من الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضنة الاستقامة والأمانة والقدرة على تربية المحضون وصيانتهم، ورعايته دينا وصحة وخلقا، والثابت أن المحكمة الابتدائية أجرت بحثا مع الطرفين، وعرضت خلاله الصور الفوتوغرافية المخلة بالحياء على الطالبة، ولم تفندھا بمقبول، ... وبالتالي فإن المحكمة لما قدرت ما راج في جلسة البحث والصور الفوتوغرافية المذكورة في سلطتها التقديرية، واستنتجت من ذلك أن الطالبة غير مؤهلة للحضانة، لافتقارها أهم شروط الحضانة، وهي الاستقامة والوازع الديني والخلقي، ومن شأن ذلك التأثير على مصلحة المحضون التي يجب مراعاتها طبقا للمادة 170 من مدونة الأسرة، ثم قضت بتأييد الحكم الابتدائي»⁽⁹³⁵⁾.

ونفس التوجه ثابت في قرارات المجلس الأعلى الجزائري، حيث إنه في قرار له صادر بتاريخ 16 أبريل 1979 نقض قرار مجلس القضاء الجزائري (محكمة الاستئناف)، الذي احتفظ للأمم المسيحية بحضانة الأبناء، وقد ورد في حيثيات هذا القرار: «وحيث إن المجلس مع هذا العمل المبطل للحضانة (تمسيح الأطفال) أبقى للمرأة حق الحضانة، مع أن الطاعن تقدم بطلب إسقاطها ولم يُجبه المجلس على ذلك، فإنه خالف المبدأ المذكور (أن يبقى الأولاد على دين أبيهم)، ويستوجب النقض»⁽⁹³⁶⁾.

934- وثيقة مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا للأحوال الشخصية للمسلمين في الدول غير الإسلامية. مرجع سابق.
935- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2008/01/23، الملف رقم 2007/1/2/248، تحت عدد 2. ورد في نشرة قرارات المجلس الأعلى في تطبيق الكتاب الثالث من مدونة الأسرة ص 137.
936- قرار صادر عن المجلس الأعلى الجزائري تحت رقم 19287، ورد بنشرة القضاء لسنة 1981، عدد 2 ص 108.

يتضح مما سبق، أن الفقه والقضاء المغربي والمغاربي لا يرى مانعا من إسناد الحضانة للأم غير المسلمة، بشرط أن لا تؤثر على عقيدة المحضون، ومتى ثبت أن الحاضنة غير أمينة على دين المحضون سقطت حضانتها بقوة القانون .

لكن الواقع يدفعنا للتساؤل: إذا ثبت للأب أن الحاضنة تستغل حضانتها للتأثير على دين المحضون، هل يستطيع إسقاط حضانتها؟ خاصة إذا كان الطرفان يعيشان في دولة غربية. وهل للأب المغربي المسلم أن يطالب بإسقاط الحضانة عن طليقته غير المسلمة نظرا لإخلالها بشرط الاستقامة والأمانة، لكونها مثلا تعاشر رجلا غربيا في نفس البيت الذي تُقيم فيه مع محضونها، أو تشرب الخمر أمام أطفالها؟

الجواب هو أنني لا أعتقد أن المحكمة الأوربية ستستجيب لطلب الأب المتضرر الذي يدفع بعدم قيام الحاضنة بتربية أبنائه تربية إسلامية، لتعارض ذلك مع أحد المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الأنظمة الغربية، و التي تقضي بمنع أي تمييز بين الناس على أساس الدين .

لذلك في اعتقادي الشخصي، أرى أن اختلاف دين الحاضنة، عن دين محضونها يجعلها غير أمينة على دين أبنائها، مما يفقدها حقها في الحضانة، هذا إذا أردنا أن نحافظ على هوية أبنائنا المسلمين وعقيدتهم الإسلامية. وهذا ما ذهب إليه القضاء العراقي، الذي اعتبر أن اختلاف دين الحاضنة عن دين المحضون من مسقطات الحضانة، وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز العراقية بأنه: «إذا كان دين الحاضنة يختلف عن دين المحضون تكون غير أمينة على دينه، وتفقد بذلك أحد شروط الحضانة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 57 من قانون الأحوال الشخصية المعدل» (937).

937- محكمة التمييز العراقية بتاريخ 1980/2/16 قرار رقم 79/635. مجلة المحاماة العراقية عدد 1 لسنة 1980، ص31.

لكن الملاحظ - للأسف الشديد - أن المتزوج من الكتابية اليوم يخضع لأحكام دولتها في شؤون الزواج والطلاق والحضانة رضي أو سخط، والواقع يشهد أن أطفالاً وُلدوا لآباء مسلمين قد تحولوا كفارا بسبب أمهاتهم اللائي طُلّقن من أزواجهن، فاستحققن حضانة الذرية فدفعن بهم نحو الكفر.

وكمثال على ذلك ما رواه أحد الباحثين المقيمين في الغرب فقال: « صديق لي تزوج بامرأة ألمانية نصرانية، ولم يكن حسن الالتزام بدينه، وكانت هي أيضا بعيدة عن دينها، ويسّر الله لهذا الرجل أن تعرّف على المسلمين الملتزمين وعلى المسجد حتى أصبح من رواده، وأصبح داعية للإسلام. وكان له من زوجته خمسة أولاد لا تتجاوز أعمارهم السبع سنوات، وصار يُحضرهم معه إلى المسجد ويُعلمهم الإسلام، وبدأت العداوة تكبر في صدر امرأته حتى اشتعل صدرها بغيض هذا الدين، ودفعتها هذا البغض إلى الاقتراب من الكنيسة والدفاع عنها، وكانت تثار في البيت المجادلات الدينية، والتي لم تنته إلا بطلب الطلاق، وصدر الحكم بالطلاق، وكانت الأم قد أطلّعت القاضي على سبب العداوة بينها وبين زوجها، الذي انقلب إلى رجل متعصب بزعمها، ويريد أن يُربي أولاده على الإسلام ويأخذهم إلى المسجد، فمال القاضي إليها وحكم لها بحضانة الأطفال الخمسة، ولم يُعد يُسمح للأب أن يزور أولاده إلا مرة واحدة في الأسبوع، وحرصت الأم بعد ذلك على غرس الكفر في نفوس الأطفال، فصارت تصحبهم إلى الكنيسة بعد أن كانت الكنيسة لا تعني شيئا لها، تطبخ لهم الخنزير وتنفرهم من الإسلام، وكان الأب في غضون زيارة الأولاد له يحرص على تعليمهم الصلاة وتحييهم بها، فلما علمت الأم بذلك أخبرت القاضي، الذي قام بإنذار الأب بجرمانه من زيارة أطفاله له، إذا حدّثهم عن

الإسلام أو الصلاة، أو حتى صلى إحدى الصلوات أمامهم. وهذا غيظ من فيض مما يجري في بلاد الغرب، من حرب الإسلام وأهله والاعتداء على أبناء المسلمين لإبعادهم عن دينهم»⁽⁹³⁸⁾.

وختم الباحث حديثه بقوله: «لذلك يجب على المسلم أن لا يُقدم على الزواج من كتابية في بلاد الغرب؛ إلا إذا استوثق لعرضه ودينه ودين أولاده، وإلا فهو مضيع للأمانة التي حمّله الله إياها، وسيسأل عن ذلك يوم القيامة».

من خلال هذا يمكن القول بأن غلبة الظن حاصلة في زواج كهذا بعدم الاستقرار، وبالتالي ضياع الذرية دينيا وتربويا. إلا إذا أمكن للزوج أن يشترط الاحتكام إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند التنازع مع زوجته الكتابية، فيما يتعلق بالأحوال الشخصية كالْحضانة. وهذا ما أشارت إليه وثيقة مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا حينما قالت في المادة 15: «عند اقتران المسلم بكتابية خارج ديار الإسلام فعليه أن يشترط في عقد الزواج أن الإسلام هو دين الأولاد، وأن يحتكم الزوجان إلى أحكام الشريعة، فيما يتعلق بالأحوال الشخصية كالنكاح والطلاق والإرث والوصية والحضانة، وأن مرد الأمر عند التنازع إلى جهة إسلامية»⁽⁹³⁹⁾.

الفرع الثاني: استقرار المحضون مع أمه غير المسلمة في بلد غير مسلم

عندما كانت الدولة الإسلامية في أوج قوتها وازدهارها⁽⁹⁴⁰⁾، كان الأمر محسوما بالنسبة للزوجة غير المسلمة التي تتزوج المسلم، فهي التي عليها الاندماج داخل المجتمع الإسلامي، باعتبار أنها أم لأطفال مسلمين أبا عن جد، وما كان ليخطر على بال أي مسلم متزوج

938- سالم بن عبد الغني الرافعي: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ص 418 - 419. دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1423هـ/2002م.

939- المادة 15 من وثيقة مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا للأحوال الشخصية للمسلمين في الدول غير الإسلامية. مرجع سابق.

940- لا نعود كثيرا إلى الوراء، وإنما فقط عندما كان الإسلام في الأندلس.

بكتابية، أن يأتي يوم يُؤخَذ منه أطفاله قسرا ليرحلوا إلى بلد غير مسلم دون رضاه، ليعيشوا ويتربوا تربية بعيدة عن تعاليم الإسلام⁽⁹⁴¹⁾.

غير أن الوضع تغير اليوم، فبمجرد انحلال رابطة الزواج بغير المسلمة، غالبا ما تحصل عودة الأم إلى بلدها الأصلي⁽⁹⁴²⁾، مما يصعب معه الحفاظ على الهوية الوطنية والإسلامية للمحضون، نظرا لعسر المراقبة من طرف الأب.

فالحضانة حينما تُسند لأي شخص، يجب أن تراعى فيها مصلحة الأطفال، ومصلحة المحضون تقتضي أن يكون قريبا من رقابة الأب، الذي له حق المراقبة على أبنائه في جميع شؤونهم، ويتحقق تطبيق مقتضيات المادة 54 من مدونة الأسرة المتعلقة بالتربية والتوجيه الديني.

وعليه، فمتى استوطنت الأم بلدا أجنبيا، يصعب فيه على الأب ممارسة ولايته الشرعية على أبنائه، يفقدها حقها في الحضانة، و لذلك جعل المشرع المغربي سفر الحاضنة بمحضونها خارج الوطن خاضعا لرقابة القضاء، إذ نصت المادة 179 من المدونة في فقرتها الأولى على 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 نائبها الشرعي»⁽⁹⁴³⁾.

941- لطيفة شائل: ظاهرة الزواج المختلط في المغرب، أسبابها ونتائجها على الأسرة.

مقال ورد في مجلة البحوث، العدد 1 السنة الأولى مارس 2002 ص180.

942- عودة الزوجة غير المسلمة إلى بلدها الأصلي بعد انحلال رابطة الزوجية، في حالة إذا كان الزوجان مقيمان في بلد مسلم، أما أغلبية الحالات يكون الطرفان مستقرين في بلد غير مسلم، مما يجعل الوضع أكثر تعقيدا.

943- نص المادة 179 من مدونة الأسرة: « 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.

لايستجاب لهذا الطلب، إلا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب».

وسار على نفس النهج المشرع الجزائري الذي أكد على ذلك في المادة 69 من قانون الأسرة بقوله: « 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».

وفي هذا الأمر يقول الأستاذ كمال عليوشقربوع بأن الحضانة تمنح للأم الأجنبية (مثلا الفرنسية)، وذلك طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، غير أنه إذا كانت الأم الأجنبية تُقيم بالخارج، فإن القاضي الجزائري يسحب منها الحضانة، بسبب أن الولد يجب أن تتم تربيته على دين أبيه (944).

وهو نفس الأمر الذي أقره المشرع التونسي في الفصل 61 من مجلة الأحوال الشخصية (945).

هذا ويظهر من هذه النصوص، أنها جعلت انتقال الولد إلى بلد أجنبي يخضع لرقابة القاضي، ما دام الأمر يتعلق بالتربية الدينية للطفل، خشية تأثيره بدين البلد الأجنبي وعاداته وتقاليده، ولكي يبقى الطفل خاضعا للرقابة الأبوية.

أما من زاوية القضاء، فقد اعتبر القضاء المغربي أن إقامة الأم - سواء كانت مسلمة أو غير مسلمة - ببلد أجنبي يجعل مراقبة ولي المحضون عسيرة، مما يسقط حضانتها.

ويمكن التمثيل لذلك بقرار صادر عن محكمة الاستئناف بطنجة: « وحيث إن التعليل المذكور يفيد أن المجلس الأعلى قد حسم في نقطة قانونية تتعلق بمن من الأبوين أحق بحضانة

فحسب الفقرة الأخيرة من المادة أعلاه، فالسفر المقصود بالمنع، هو الانتقال من أجل إقامة الدائمة والمستمرة بنية الاستقرار، وعليه فالسفر خارج الوطن إلى بلد أجنبي من أجل قضاء عطلة أو للعلاج لا يخضع لحكم المادة 179، التي يُفهم منها أن الصفة العرضية لسفر المحضون يستجيب لها قاضي المستعجلات إذا تأكد من عودة المحضون إلى المغرب.

944- كمال عليوشقربوع: القانون الدولي الخاص الجزائري. الجزء الأول. ص 240. دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع. الجزائر. الطبعة الأولى 2005 م.

945- الفصل 61 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية يقول: «إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها».

الابن ... وانتهى إلى القول بأن إقامة الحاضنة - المستأنف عليها - خارج المغرب استنادا إلى الوثائق التي استدلت بها المستأنف يسقط حضانتها. وحيث إنه تأسيسا على ما ذكر، فإن المستأنف عليها التي ثبت إقامتها خارج المغرب يسقط حضانتها لابنها... وأن هذه الحضانة تنتقل إلى الأب باعتبارها أحق بها...» (946).

أما المجلس الأعلى، فقد أكد في الكثير من قراراته على إسقاط الحضانة عن الأم إذا استقرت ببلد أجنبي، حتى ولو كان الأب هو الذي فضل الانتقال من المهجر إلى المغرب. فقد جاء في أحد قراراته: « إذا كانت المادة 178 من مدونة الأسرة تنص على سقوط الحضانة بانتقال الحاضنة للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب، فإن انتقال الحاضنة بالمحضور خارج المغرب لا تتم إلا بموافقة نائبه الشرعي، والثابت من أوراق الملف أن الطاعن أصبح يعيش بالمغرب، ولم يوافق على إقامة ابنته مع حاضنتها بفرنسا، والمحكمة لما ردت طلبه الرامي إلى إسقاط حضانتها بعلّة أنه هو الذي انتقل من المهجر إلى أرض الوطن وليست الحاضنة، تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا» (947).

وجاء في قرار آخر له أنه: « يستفاد من المفهوم المخالف للمادة 178 من مدونة الأسرة أن استيطان الحاضنة ببلد خارج المغرب يسقط حضانتها، والبيّن من أوراق الملف أن المطلوبة في النقض استقرت مع محضونتها ببلجيكا في الوقت الذي يقيم فيه الطالب بالمغرب، الأمر الذي يجعل مراقبة هذا الأخير لأحوال بناته أمرا عسيرا، والمحكمة لما اعتبرت مصلحة المحضونات وحدها دون ظروف الأب وحقه في مراقبة أولاده وتوجيههم المكفول له بقوة القانون، والذي لا

946- قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ 2009/09/28 الملف عدد 06/297.
ورد في نشرة وزارة العدل: المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة. الجزء الأول، ص 314. منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية عدد 10 فبراير 2009.
947- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 15 أكتوبر 2008. ورد في نشرة قرارات المجلس الأعلى عدد 1 سنة 2009 ص 88. وفي مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 70 سنة 2009 ص 162.

يجوز أن يُحرم منه باستقرار المطلوبة في النقض خارج المغرب، والذي يشكل عائقا دون ممارسته لذلك الحق، فتكون بذلك المحكمة قد خرقت المادة المذكورة وعرضت قرارها للنقض»⁽⁹⁴⁸⁾.

أما بالنسبة للقضاء المغاربي، فإنه يسند الحضانة للطرف المستقر ببلد إسلامي، لأن ذلك يحقق مصلحة المحضون، وقد طبق المجلس الأعلى الجزائري هذه القاعدة في قرار صادر في 02 يناير 1989، فقضى بأنه: «من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإنه من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة»⁽⁹⁴⁹⁾.

وهذا ما أكدته المحكمة ذاتها في قرار لاحق، حيث قضت بأنه: «وحيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتبين أن قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم على أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القانون في المادة 69 من قانون الأسرة... وذلك كون رعاية الأبناء وتربيتهم بالمراقبة عن طريق الزيارة تكون للأب، غير أن بعد المسافة بين إقامة الأب والحاضنة لا يمكن الأب من القيام بمسؤوليته، خاصة وأن الحاضنة تقيم في بلد أجنبي مما يفقد الأب حق الزيارة والمراقبة،

948- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 26 أبريل 2006، في الملف عدد 04/333

منشور بالمنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة. الجزء الأول ص 311.

منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية - سلسلة الشروح والدلائل - العدد 10 فبراير 2009.

منشور أيضا في نشرة قرارات المجلس الأعلى في تطبيق الكتاب الثالث من مدونة الأسرة ص 144.

منشور أيضا في نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة يصدرها المجلس الأعلى، ص 41. مطبعة الأمنية. الرباط سنة 2010.

وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى: « أنه عملا بمفهوم المخالفة للمادة 178... فإنه إذا كان انتقال الحاضنة للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب لا يسقط حضانتها، فإن استيطان الحاضنة ببلد خارج المغرب يسقط حضانتها، والمحكمة التي ثبت لها أن الأب الطالب عاد إلى المغرب، وأن الحاضنة بمعية محضونها ظلا يعيشان بالخارج واستبعدت الطلب بعلة أنه هو الذي انتقل من مكان إقامة المحضون، بعلة مراعاة مصلحة هذا الأخير وحده دون تقدير مصلحة والده الذي من حقه العودة إلى وطنه، وذلك لا يبرر حرمانه من ممارسة حقوقه على ولده المكفولة قانونا...»

- قرار عدد 434 صادر بتاريخ 23 غشت 2011 في الملف الشرعي عدد 2010/1/2/35

ورد في نشرة قرارات محكمة النقض غرفة الأحوال الشخصية والميراث عدد 10 ص 83.

949- قرار صادر عن المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - بتاريخ 19/01/1989، ملف رقم 52207، المجلة القضائية لسنة 1990 عدد 4 ص 74.

وجاء في قرار آخر له: « من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون، والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم، فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب، كما هو حاصل في قضية الحال، يُعد قضاء مخالفا للشرع والقانون، ويستوجب نقض القرار المطعون فيه».

- قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 19/02/1990، ملف رقم 59013.

المجلة القضائية عدد 4 سنة 1991 ص 116.

وهذا يؤدي إلى حرمانه من العطف والحنان على الأبناء المحضونين، هي أسس سليمة وأسباب كافية تجعل القرار سليما في قضائه»⁽⁹⁵⁰⁾.

ويظهر من قرارات القضاء الجزائري، أن هذا الأخير كان صارما في تطبيق مقتضيات المادة 62 على الحاضن المستوطن في بلد غير إسلامي، إذ كان يعتبر الأمر من النظام العام⁽⁹⁵¹⁾.

أما المحاكم التونسية، فقد اعتمدت المادة 61 من مجلة الأحوال الشخصية أساسا لحكمها، إذ تنص على أنه: «إذا سافرت الحاضنة سفر نُقلة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها».

وهكذا قضت محكمة التعقيب التونسية على أنه: «إذا كان لا يُشترط لصحة حضانة الأم اتحادها في الدين مع الأب المحضون، باعتبار الأم أحق بالحضانة، إلا أنه متى تبين أن في حضانتها خطرا على المحضون من حيث تنشئته في محيط غير محيطه العربي والإسلامي، فإن حق الحضانة يصبح متعارضا مع حق الصغير، وحق الصغير مقدم على حق والديه، لأن المعترف في الحضانة هو مصلحة الصغير»⁽⁹⁵²⁾.

وكانت المحكمة نفسها في قرار آخر لها، قد امتنعت عن إعطاء الصيغة التنفيذية لقرار قضائي فرنسي منح الحضانة للزوجة الفرنسية غير المسلمة، وقد جاء في حيثيات هذا القرار: «أن إقامة الابن مع أبيه بتونس... من شأنها أن تضمن له تربية عربية إسلامية وطنية...وأضافت المحكمة: وأن انسلاخ الابن عن بيئته التي ترعرع فيها، أو حذق لغتها نطقا وكتابة وتشبع

950- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2001/12/26، ملف رقم 273526. قرار غير منشور أورده الباحثة حميدو زكية في بحثها: مصلحة المحضون. مرجع سابق، ص 569.
951- حميدو زكية: مصلحة المحضون مرجع سابق، ص 569.
952- قرار صادر عن محكمة التعقيب التونسية عدد 69523 بتاريخ 12 يونيو 2000.
أورده أحمد الورفلي في مقاله: الزواج المختلط ومصلحة المحضون لمحة عامة. ص 105. مجلة القضاء والتشريع عدد 1 سنة 2002.

بعاداتها وتقاليدها، واجتثائه من مجتمعه العربي الإسلامي، يجعله يعيش في غربة أبدية مرتدا عن دينه، وذلك يمس قطعاً بالنظام العام للبلاد ويتنافى مع ما اقتضاه دستورها» (953).

يتضح من خلال استعراض قرارات القضاة الجزائريين والتونسي، أنهما أجازا إسناد الحضانة مع اختلاف الدين بين الحضانة والمحضون، لكن شريطة أن تمكث الأم الحاضنة أثناء فترة الحضانة في البلد الإسلامي - الجزائر أو تونس وإلا فلا حضانة لها.

وخلاصة لما سبق، فالقضاء المغربي والمغربي عارض سفر الحاضنة - سواء كانت مسلمة أو غير مسلمة بمحضونها إلى بلد غير مسلم، لأن ذلك يتعارض مع مصلحة الطفل المحضون، خوفاً عليه من فساد دينه وخلقه. وهذا الموقف ينسجم مع الرأي الفقهي الذي يرى أن الحاضنة غير المسلمة يجب أن تخضع لرقابة المسلمين، وفي هذا الصدد يقول الشيخ خليل: «ورشد لا إسلام وضمت إن خيف للمسلمين وإن مجوسية أسلم زوجها» (954).

وفي اعتقادي، لا أرى ما هو أفضل للطفل المسلم من أن يقيم ويتربص في بيئة إسلامية، وتحت مراقبة وليه المسلم، ضماناً لعقيدته من الانحراف.

وإذا كان المشرع المغربي - فقها وقضاء - قد أسند الحضانة للأم وإن غير مسلمة على أولادها، بعد انفصالها عن زوجها المسلم، لكن ماذا عن حق الأب في تتبع وتوجيه أبنائه بعد الطلاق؟ بمعنى آخر، هل يمارس الأب ولايته الشرعية على أبنائه القاصرين؟ أم تنتقل هذه الولاية مع الحضانة للأم؟ وهل يمكن للأم غير المسلمة أن تمارس الولاية الشرعية على أبنائها المسلمين؟

953- قرار لمحكمة التعقيب عدد 7422 بتاريخ 1982/06/03. المجلة العربية للفقهاء والقضاء عدد 3 سنة 1986. ص 59.

954- الشيخ خليل بن اسحاق: مختصر خليل، ص 167. دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1415 هـ/1995 م.

إذا كان فقهاء المسلمين قد اختلفوا في إسناد الحضانة للأم غير المسلمة⁽⁹⁵⁵⁾، إلا أنهم أجمعوا على استحقاق الأب لولايته الأبوية والشرعية على أبنائه، فالفقه الإسلامي يشترط في الولي أن يكون ذكراً، ومسلماً في حق المولى عليه المسلم أو المسلمة⁽⁹⁵⁶⁾.

يقول ابن رشد: « فإنهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الإسلام والبلوغ والذكورة»⁽⁹⁵⁷⁾.

ويقول الماوردي: « اتفاق الدين شرط في ثبوت الولاية ... »⁽⁹⁵⁸⁾.

فالولاية على النفس في الفقه الإسلامي من مسؤوليات الرجل المسلم⁽⁹⁵⁹⁾، تمارس من الأب وغيره من العصبة حسب ترتيبهم في الإرث⁽⁹⁶⁰⁾. ولا تستحق الأم غير المسلمة هذه الولاية على أبنائها المسلمين بأي حال من الأحوال.

وإذا كان هذا هو الموقف الشرعي، فماذا عن الموقف القانوني؟

بالنسبة لمدونة الأسرة، وإن أسندت الحضانة للأم وإن غير مسلمة، فإنها ضمنت للأب ممارسة ولايته الأبوية على أبنائه القاصرين حتى بعد الطلاق، فالحق في النيابة الشرعية على

955- انظر المبحث الثاني من هذا الفصل.
956- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 7 ص 748.
957- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2 ص 11
تنقيح وتصحيح: خالد العطار. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان 1998/1419
958- الماوردي: الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي. وهو شرح مختصر المزني، ج 9 ص 115. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان. الطبعة الأولى 1414 هـ/1994 م.
وقال الكاساني في هذا الموضوع: « من شروط الولاية: إسلام الولي إذا كان المولى عليه مسلماً، فإن كان كافراً لا تثبت له عليه ولاية، ولأن تنفيذ الولاية للكافر على المسلم يشعر بالذل به، وهذا لا يجوز». - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 6 ص 584 - 585 .
كما قال ابن قدامة: « أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال، بإجماع أهل العلم، وأضاف: قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم». - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 9 ص 377 .
959 - لأن الصغار لما عجزوا عن مصالحهم، جعل الشرع ولايتهم إلى غيرهم، فجعل ولاية التصرف في النفس والمال إلى الآباء، أو من يقوم مقامهم؛ لأن الرجال أقوى رأياً مع الشفقة الكاملة ... وجعل الحضانة إلى الأمهات... - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5 ص 206 الهامش رقم 1.
960 - وهبة الزحيلي: المرجع السابق ص 747.

الأطفال القاصرين يعود للأب وحده⁽⁹⁶¹⁾، حسب المادة 236 من المدونة التي تقول: «الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع...»⁽⁹⁶²⁾.

وفي هذا الأمر يقول الأستاذ محمد الكشبور: «وفي حالة الطلاق، رغم ثبوت حضانة الأطفال من أمهم، فإن الأب يظل...صاحب الولاية الشرعية عليهم»⁽⁹⁶³⁾. وفي حالة عدم وجود الأب بسبب وفاته أو غيابه، ينتقل الحق في الولاية للأم⁽⁹⁶⁴⁾، حسب ما تنص عليه المادة 238 من المدونة إذ تقول: «يشترط لولاية الأم على أولادها:

1- أن تكون راشدة؛

2- عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان الأهلية أو بغير ذلك».

والظاهر من هذه المادة، أن المشرع المغربي لم يشترط أن تكون الأم مسلمة، وعلى هذا، فإذا كانت الأم كاتبة يمكن لها أن تمارس مهمة الولاية على أبنائها المسلمين. وهذا الأمر غير مقبول في اعتقادي، خاصة إذا أضفنا لذلك أن المشرع قد جعل من مهام النائب الشرعي التوجيه الديني للمحجور، حسب ما تنص عليه المادة 235 من المدونة⁽⁹⁶⁵⁾.

961- جميلة أوحيدة: مستجدات مدونة الأسرة وانعكاساتها على المغاربة المقيمين بأوروبا. ص 158. ورد في الندوة الجهوية الثانية المنظمة بمكناس يومي 8-9 مارس 2007. منشور ضمن مجلة قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى.

962- النص الكامل للمادة 236 من المدونة يقول: «الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرد من ولايته بحكم قضائي، وللأم أن تقوم بالمصالح المستعجلة على أولادها في حالة حصول مانع للأب».

963- محمد الكشبور: أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص 174.

964- تشير الأستاذة جميلة أوحيدة إلى أنه على الرغم من أن مدونة الأسرة قد وسعت من مجال ولاية الأم على أبنائها القاصرين، إلا أن هذه الأحكام قد تستبعد من قبل القاضي الأوربي لكونها تكرر الميز بين الجنسين.

- جميلة أوحيدة: مستجدات مدونة الأسرة وانعكاساتها على المغاربة المقيمين بأوروبا، مرجع سابق، ص 158.

965- تنص المادة 235 من مدونة الأسرة في فقرتها الأولى: «يقوم النائب الشرعي بالعناية بشؤون المحجور الشخصية من توجيه ديني وتكويني وإعداد للحياة، كما يقوم بكل ما يتعلق بأعمال الإدارة العامة لأموال المحجور».

كما تنص المادة 169 من مدونة الأسرة في فقرتها الأولى على واجب التأديب والتهديب والتربية الحسنة للمحزون بالنص على ما يلي: «على الأب أو النائب الشرعي والأم الحاضنة واجب العناية بشؤون المحزون في التأديب والتوجيه الدراسي...».

وشرح هذه المادة كما جاء على لسان الأستاذ إدريس الفاخوري أنه: «يتعين مراقبة تصرفات المحزون، وتهذيب أخلاقه وتأديبه وتربيته التربوية السليمة، والتنشئة السوية، المشبعة بروح التأخي والمحبة والصدق والأمانة وحب الدين و...مراقبته خلال فترة التنشئة وعلاقاته بأصدقائه وإبعاده عن رفقاء السوء...».

- إدريس الفاخوري: انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، مرجع سابق، ص 304.

وبالنسبة لبعض التشريعات المغاربية المقارنة، فالمادة 87 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه: «يكون الأب وليا على أولاده القصر...»، هذا صحيح إذا كانت الزوجية لازالت قائمة، أما بعد الطلاق تسند الولاية إلى من تُسند له الحضانة⁽⁹⁶⁶⁾، طبقا للفقرة الثالثة من ذات المادة التي تقول: « وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت إليه الحضانة » أما كانت أو أبا أو غيرهما⁽⁹⁶⁷⁾.

وفي نفس الاتجاه، سارت مجلة الأحوال الشخصية التونسية، بحيث جعلت الأب في المرتبة الأولى في الولاية قبل الأم⁽⁹⁶⁸⁾، حسبما ينص عليه الفصل 154 الذي يقول بأن: « القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته...»، إلا أن الفصل 67 من المجلة ينص على أنه بعد طلاق الزوجين، تتمتع الأم الحاضنة « بصلاحيات الولاية فيما يتعلق بسفر المحضون ودراسته والتصرف في حساباته المالية »، كما يجوز للقاضي « أن يسند مشمولات الولاية لها، إذا تعذر على الولي ممارستها، أو تعسف فيها أو تهاون في القيام بالواجبات المنجزة عنها على الوجه الاعتيادي، أو تغيب عن مقره وأصبح مجهول المقر، أو لأي سبب يضر بمصلحة المحضون»⁽⁹⁶⁹⁾.

ويلاحظ الأستاذ خالد برجايوي، أن القانون التونسي منح صلاحيات واسعة للأم فيما يخص التدخل في التقرير في شؤون الأبناء القصر ولو في حياة أبيهم⁽⁹⁷⁰⁾.

966- حميدو زكية: مصلحة المحضون، مرجع سابق، ص 298 ، الهامش رقم 374.

967 - حميدو زكية: نفس المرجع، ص 94 .

968- خالد برجايوي: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 223.

969- حميدو زكية: المرجع السابق، ص 95.

970- خالد برجايوي: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 223.

وهكذا يبدو أن النصوص التي تنظم الولاية في التشريعات المغربية، لم تفرق بين ما إذا كانت الحاضنة مسلمة أو غير مسلمة، وبناء عليه، فالولاية بجميع أقسامها⁽⁹⁷¹⁾، تنتقل للأم غير المسلمة في حالة الطلاق وإسناد الحضانة إليها، وذلك بقوة القانون⁽⁹⁷²⁾.

وعيب هذه النصوص أنها أهدرت حق الأب في ممارسة ولايته الشرعية على أبنائه القاصرين بعد طلاقه من زوجته غير المسلمة، وفي سلب ولاية الأب بالكلية إضراراً به، والله تعالى يقول: ﴿لن تضار والدة بولدها ولن مولود له بولده﴾⁽⁹⁷³⁾. والأكثر من ذلك، هو أن هذه النصوص جاءت بما يخالف قواعد الفقه الإسلامي الذي يمنع غير المسلم من ممارسة ولايته على المسلم.

لذلك أعتقد أنه يجب على التشريعات المغربية أن تتدخل لحل هذه الإشكالية، ويشترط فيمن يمارس الولاية على أبنائه القاصرين، أن يكون مسلماً، حتى توافق ما أقره الفقه الإسلامي في هذه المسألة، ولا تناقض قوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾⁽⁹⁷⁴⁾.

971- يقول الإمام محمد أبو زهرة أن الطفل تثبت عليه منذ ولادته ثلاث ولايات وهي: ولاية تربية (الحضانة) وولاية على النفس، وولاية على ماله.

- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 404.

972- ورغم ذلك يقول الأستاذ خالد برجاوي: أن مقتضيات القوانين المغربية التي تعتمد هذا المبدأ قد تكون عرضة للاستبداد من قبل المحاكم الأجنبية، بحيث سيتم رفضها بمرر تعارضها مع النظام العام، والأحكام والقرارات المغربية التي صدرت بناء على هذا الأساس لن تذبل بالصيغة التنفيذية.

- خالد برجاوي: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 224 .

973- سورة البقرة: الآية 231.

974- سورة النساء: الآية 140.

المبحث الثالث: ولاية حضانة غير المسلمين من خلال الاتفاقيات الدولية:

ينص الفقه الإسلامي ومعه نصوص مدونة الأسرة، على أنه يشترط فيمن يتولى ممارسة حضانة الأولاد بعد انحلال الزواج أن يقوم بتربيتهم على دين أبيهم المسلم، وطبقا لذلك، وفي حالة الزواج المختلط بين مسلم وغير مسلمة، ثم حصل طلاق بينهما، فإنحق الأم يسقط في الحضانة إذا أساءت لعقيدة محضونها، لكن هذا الحكم غير مقبول ولا تُقرّه النظم القانونية الغربية التي لا تعتد بالحالة الدينية للشخص، مما ينبني عليه حصول تنازع بين القانون الشخصي للأب المسلم والقانون الشخصي للأم غير المسلمة حول ممارسة الحضانة⁽⁹⁷⁵⁾.

وأمام صعوبة التنسيق بين النظام القانوني المغربي والنظام القانوني الغربي، وما ترتب عنه من مشاكل على مستوى الروابط الأسرية المختلطة، ومن أجل تلافي الآثار السلبية المترتبة عنها وخاصة ولاية الحضانة، وحتى تجد الأحكام الأجنبية طريقها للاعتراف والتنفيذ، كان لا بد من التفكير في إيجاد حلول تمكن من تجاوز هذه الوضعية. فكان أن وقع الاختيار على الحل الاتفاقي، عن طريق إبرام بعض المعاهدات الثنائية بين الدول المستقبلية والدول المصدرة للهجرة، بُغية تنظيم بعض مسائل الأحوال الشخصية تنظيما يكفل تحقيق مصالحها المشتركة⁽⁹⁷⁶⁾.

وعلى هذا الأساس سأتناول الموضوع في هذا المبحث من خلال مطلبين، سأتحديث في المطلب الأول عن إمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بحضانة غير المسلم للمسلم، وفي المطلب الثاني سأطرق لبعض الاتفاقيات الثنائية التي أبرمها المغرب مع بعض البلدان الأوروبية.

975- الطيب زروتي: أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط. ص 931.

المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية. العدد 4 سنة 1993.

976- بدر حافيظي: الوضعية القانونية الأسرية للجالية المغربية بأوروبا ومستجدات مدونة الأسرة. ص 65. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الشريعة، فاس، السنة الجامعية: 2004م/ 2005م.

المطلب الأول: تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بحضانة غير المسلمة للمسلم:

لقد أكدت التشريعات الحديثة أن المشرع الحديث، حتى في الدول المتبينة للنظام العلماني، ليس مشرعا محايدا تمام الحياد، فهو يسعى دائما إلى تكريس قيم يؤمن بها، سواء كانت دينية أو غير دينية. وفي هذا الحضم، يلعب القانون دورا أساسيا في تكريس هذه القيم وضمان احترامها، وذلك عبر قواعد القانون الدولي الخاص، التي تتدخل لتأطير كل العلاقات والخلافات التي تكتسي طابعا دوليا.

فالقانون الدولي الخاص يهدف بالأساس إلى منع تغلغل القيم الداخلية أو المناوئة لقيم مشرع بلد ما، إلى النظام القانوني الذي كرّسه ذلك المشرع، سواء كان ذلك عبر ضمان اختصاص محاكمه الوطنية، التي يُفترض فيها أنها تدينُ بنفس قيمه، أو عبر ضمان استبعاد تطبيق الأحكام القانونية التي لا يرتضيها ذلك المشرع، أو عبر رفض إعطاء الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية المكرسة لقيم مخالفة لتلك التي أقامها ذلك المشرع⁽⁹⁷⁷⁾.

وأمام هذا الوضع القائم على الاختلاف بين أحكام القانون المغربي والقانون الغربي، يمكن التساؤل عن القانون الواجب تطبيقه في حالة حدوث تنازع بين زوجين من عقيدتين مختلفتين زوج مغربي مسلم وزوجة غربية غير مسلمة - حول حضانة أبنائهما؟

وحرصا من القضاء المغربي على المحافظة على عقيدة المحضون، دأب على اعتبار القانون المغربي هو الذي يحقق مصلحة المحضون في مثل هذه المنازعات. وبالمقابل تبنت المحاكم الأجنبية مواقف مماثلة، مما أدى في أغلب الأحيان إلى تمزق الأبناء القصر، حيث يصدر حكم لأحد

977- أحمد الورفلي: الزواج المختلط ومصلحة المحضون، لمحة عامة. ص 84.
مقال منشور بمجلة القضاء والتشريع التونسية، العدد 1 السنة 44، يناير 2002.

الأبوين في بلده، ويتعذر إكساء ذلك الحكم صيغة التنفيذ في البلد الثاني لمخالفة مضمونه للنظام العام المحلي (978).

والإشكال الذي يقع هنا هو عندما تريد الزوجة - غير المسلمة - التي حصلت على حكم في بلدها يقضي بحضانة أبنائها، وتطلب تنفيذه في المغرب بعد عودة الأب المغربي وبجوزته الأبناء، فلا شك أن حظوظ تنفيذ مثل هذا الحكم تبقى ضعيفة، والسبب في ذلك لا يرجع إلى أن إسناد الحضانة للأم غير المسلمة يخالف مقتضيات المدونة، وإنما السبب يكمن في أن القانون المغربي ضمن للأب ممارسة ولايته الأبوية على أبنائه القاصرين بعد الطلاق، وتفادي تربية المحضون على غير ديانة أبيه، وذلك حماية لمصلحته، وهكذا فالقاضي المغربي لا يتردد في رفض تنفيذ مثل هذه الأحكام إذا انتابه خوف من نشأة الطفل على غير الديانة الإسلامية (979).

ومن قرارات القضاء المغربي التي كرست هذا التوجه، نجد حكما صادرا عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ 2006/07/18، قضى بعدم منح الصيغة التنفيذية لحكم المحكمة الابتدائية بأورليان بفرنسا في القضية عدد 03/01033 الصادرة سنة 2005/05/12، والذي قضى بمنح الحضانة للزوجة الفرنسية المطلقة من مغربي، وقد علّلت المحكمة رفضها هذا بمخالفة الحكم أعلاه لمقتضيات المادة 430 من قانون المسطرة المدنية، ومخالفة النظام العام المغربي (980).

978- أحمد الورفلي: الزواج المختلط ومصلحة المحضون، لمحة عامة. مرجع سابق، ص 86.
979- جميلة أوحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا. واقع وأفاق. ص 205. دار أبي رقرق، الرباط، الطبعة الأولى 2012.
980- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش، رقم 337 ملف عدد 5/06-265 بتاريخ 2006/07/18. غير منشور.
قرار آخر صدر عن محكمة الاستئناف بوجدة الذي ألغى حكم المحكمة الابتدائية ببركان التي منحت الصيغة التنفيذية لحكم صادر عن المحكمة الابتدائية ببروكسيل يقضي بحضانة الأم البلجيكية لابنيها من مغربي.
قرار محكمة الاستئناف بوجدة صادر بتاريخ 17 نونبر 1993 رقم 498 ملف عدد 92/524. قرار غير منشور.
أورده الحسين والقيّد: مجموعة الاجتهادات في مادة القانون الدولي الخاص. سلسلة قضائية توثيقية رقم 6. الطبعة السادسة 2001. مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء ص 137.

وهذا التوجه هو الذي سلكه القضاء المغربي، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى الجزائري: «إن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم، القاضي برفض طلب الطاعة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين، لكون بقاء البنّتين بفرنسا يُغيّر من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلا عن أن الأب له الحق في الرقابة وبعدهما عنه يجرمه من هذا الحق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا، طبقوا صحيح القانون» (981).

وعلى نفس المنوال سار القضاء التونسي، حيث قضت محكمة التعقيب بأن: «حكم طلاق الأجنبية من زوجها التونسي المسلم الصادر بالخارج وبإسناده حضانة الولد لها، وهو يعيش عند والده بتونس، أين يمكن تنفيذ الحكم بالنسبة للحضانة بعد اكتسابه الصفة التنفيذية من طرف القضاء التونسي حسب القانون الذي أوجب عدم تعارض ذلك الحكم مع قواعد النظام بتونس، التي منها العروبة والإسلام اللذان هما من مقومات السيادة التونسية حسب دستورهما، ولا يمكن الحياد عنها، وبذلك فإن ما ذهب إليه الحكم التونسي من اكتساب الحكم الأجنبي الصفة التنفيذية فيه خرق للقانون يوجب نقضه» (982).

981- قرار المجلس الأعلى الجزائري الصادر بتاريخ 1989/01/02 ملف رقم 52207. أوردته حميدوزكية: حماية الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة، ص 55. مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 38، رقم 1، 2000م.

982- قرار لمحكمة التعقيب التونسية صدر بتاريخ 1982/06/03، عدد 7422، ورد بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء. عدد 3 ص 59.

كما قضت محكمة التعقيب في 19 أكتوبر 1985 بأنه: «لا يكتسي الحكم الأجنبي بإسناد الطفل التونسي إلى أمه الأجنبية المستقرة بألمانيا، الصيغة التنفيذية إذا ما تضمن ما يخالف قواعد النظام العام التونسي...».

- قرار مدني عدد 14220، صدر عن محكمة التعقيب بتاريخ 1985/10/19، ورد بنشرة محكمة التعقيب لسنة 1985، ج 2 ص 61.

لكن الباحث مالك الغزواني أشار إلى أن القضاء التونسي تراجع في تحديده لمضمون النظام العام عن الاعتبارات الدينية والروحية والوطنية والثقافية، وركز في قرارات لاحقة على أن مصلحة الطفل هي الأولى في الاعتبار دون غيرها من الاعتبارات الأخرى، وأكد أنه يقصد المصلحة المادية الضيقة الأنبية، مما سيكون لهذا التوجه من انعكاسات سلبية على عقيدة الطفل. واستشهد على هذا التحول بقرار صادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 02 مارس 2001، الذي اعتبر أن تنفيذ الحكم الأجنبي الذي يسند الحضانة للأُم الأجنبية لتقيم مع المحضون بالخارج لا يخالف في شيء النظام العام، وإنما يكون مراعيًا لما تقتضيه مصلحة المحضون: «وحيث لا شك أن المشرع التونسي راعى في إسناد الحضانة مصلحة المحضون، واعتبر أن الحق في الحضانة مرتبط أشد الارتباط بمصلحة المحضون، وقد ارتأت محكمة الموضوع بدرجتها أن مصلحة المحضون تكمن في إسناده لوالدته، وعلاّت وجهة نظرها من هذه الناحية بما هو سائغ ومؤدّي للنتيجة التي انتهت إليها دون تحريف.

يتضح من هذه القرارات أن القضاء المغربي والمغاربي يرفض إعطاء الصيغة التنفيذية للأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية، إذا كانت تشكل خطرا على عقيدة المحضون.

في المقابل نجد القضاء الأجنبي يمتنع هو الآخر عن منح الصيغة التنفيذية للأحكام الصادرة في المغرب لصالح الأب، مثلا لو كان الأبناء بحوزة الأم بهولندا، وأراد الأب التمسك بالحكم الصادر لصالحه - في المغرب - أمام المحاكم الهولندية، فإن القاضي الهولندي لن يتردد في إعلان رفضه لتنفيذ هذا الحكم، بل قد يقوم بإصدار حكم معاكس يخول الحضانة للأم⁽⁹⁸³⁾. وقد يُعلّل القاضي الهولندي موقفه هذا، بكون الحكم الصادر عن القاضي المغربي يقوم على مفهوم سيطرة الزوج، ويستند إلى معيار غير موضوعي يعطي الامتياز للزوج، ولا يولي أي اعتبار لقانون الزوجة. وبالتالي لا يأخذ بعين الاعتبار مصلحة الابن، أو يكون تحويل الحضانة للأب وإن كان في مصلحة الابن، فإنه في الواقع يهدف إلى حماية امتيازات الأب وتقويتها⁽⁹⁸⁴⁾.

وعلاوة على ذلك، فالقضاء الأوربي عندما يعرض عليه النزاع الذي يتضمن طرفا أجنبيا، فإنه يطبق قانون القاضي، فإذا أخذنا مثلا المادة التاسعة من الاتفاقية المغربية

وحيث بالإضافة إلى ذلك، فإن إسناد حضانة البنت لوالدها ليس فيه ما يتأذى به النظام العام أو يخالف السياسة التشريعية للبلاد التونسية، سيما وأن الأمر من مشمولات علاقة قانونية ذات طابع دولي يتعلق بحضانة طفلة قاصرة مصطلحتها تكون هي الأولى في الاعتبار دون غيرها من الاعتبارات الأخرى».

- قرار عدد 7286 مؤرخ في 02 مارس 2001. مالك الغزواني في مقاله: « تنفيذ القرارات الأجنبية في مادة الأحوال الشخصية ». المضمن في مجلة القضاء والتشريع. عدد 1 لسنة 2002 ص 139 - 140 - 141 - 142 .
الذي يظهر من هذا القرار، أن هناك تحولا في قضاء محكمة التعقيب، فأصبح يسمح بتنفيذ الحكم الأجنبي بحجة أن هذا التحول يحقق مصلحة الطفل المحضون، الذي يكون في حاجة أكيدة لرعاية وعطف أمه لتوازنه النفسي والعاطفي والفكري. لكن للأسف الشديد هذا التحول أغفل المحافظة على عقيدة الطفل، فالحرص على عقيدته هي التي تمنحه التوازن النفسي والفكري.

983- جميلة أوحيدة: تنازع قوانين الطلاق بين المغرب وهولندا. ص 132. مقال منشور بسلسلة الندوات رقم 1، النساء ودولة الحق والقانون. 2004.

984- جميلة أوحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالأراضي المنخفضة، مرجع سابق، ص 206.
وتضيف الباحثة جميلة أوحيدة أن هذه الصعوبات التي تُطرح في مجال الحضانة في إطار العلاقات المغربية الهولندية، راجع لعدم وجود اتفاقية ثنائية بين البلدين تقضي بالاعتراف المتبادل للأحكام الصادرة عن محاكم إحدى الدولتين. ومن هنا تبرز أهمية إبرام معاهدة مغربية هولندية في مجال حالة الأشخاص وأهليتهم من شأنها ضمان الحرية في ممارسة الحضانة وحق الزيارة وحسن تنفيذ الأحكام الصادرة في كل من الدولتين في هذا المجال .

وتشير الباحثة إلى وجود فقط لجنة استثمارية مختلطة محدثة بين البلدين بتاريخ 1995/01/24 للقانون القضائي في مجال الأحوال الشخصية، غير أنها ليست كافية لمعالجة المشاكل التي تعانيها الجالية المغربية المقيمة بهولندا في مجال أحوالها الشخصية .

- جميلة أوحيدة: نفس المرجع، ص 206.

الفرنسية فإنها تنص على أنه: «يطبق في الفرقة - إذا كان أحد الزوجين مغربيا و الآخر فرنسيا - قانون الدولة التي يقع بها موطن الزوجين المشترك أو آخر موطن مشترك لهما». وهذا يعني أن إسناد الاختصاص للقانون المغربي لا يشمل إلا الحالة التي يكون فيها الطرفان معا من جنسية مغربية، أما إذا كان الأمر يتعلق بزواج مختلط فإن القانون الفرنسي هو الذي يطبق (985).

ويمكن تأكيد ذلك بقرار صادر عن محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 15 ماي 1993، حيث قام زوج جزائري بتطليق زوجته بمجرد دخولها إلى الجزائر وصدر حكم بذلك، إلا أن المحكمة الفرنسية رفضت تنفيذ هذا الحكم، وعللت ذلك بكون المشاكل التي لها طابع عائلي أو شخصي، والتي تكون بسبب الطلاق، سواء ما بين الزوجين أو تتصل بالأبناء، يعتبر النزاع فيها مرتبطا ارتباطا وثيقا بالمصالح الفرنسية، إذ بها نشأت المشاكل، وفيها يُقيم الأبناء، وبذلك فإن النزاع يرتبط ارتباطا وثيقا بالمحاكم الفرنسية التي يعود لها الاختصاص وحدها دون القاضي الجزائري (986).

فإذا كان القانون المغربي - ومعه القوانين المغاربية - يجعل من تخلف شرط الرعاية الدينية، سببا من الأسباب التي تمكن الطرف غير الحاضن من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإسقاط الحضانة عن الأم الحاضنة، فإن هذا الأمر غير مستساغ من القضاء الأوربي، والذي غالبا ما يعمل على استبعاد القانون المغربي في هذا الصدد، أو يرفض تذييل الأحكام المغربية الصادرة بإسقاط الحضانة بناء على السبب المشار إليه، بالصيغة التنفيذية، وذلك استنادا إلى أن مصلحة المحضون تبقى في عيشه مع أمه في جميع الأحوال والظروف من جهة، وأن إسقاط الحضانة بناء

985- موحى ولحسن ميموني: وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد. ص 109.

مقالة منشورة في مجلة الملف. عدد 4، شتنبر 2004 م.

986-قرار أورده محمد المهدي في كتابه: فلسفة نظام الأسرة. مقاربات في ضوء الفقه المقارن والعمل القضائي، ص 274-275. مطبعة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى، 2011م.

على اختلال شرط الرعاية الدينية، يعد من المسائل التي تخالف روح الاتفاقية الأممية لحقوق الطفل، والتي تقضي بحرية الدين من جهة أخرى (987).

وعليه، فالقاضي الأوربي - الغربي عموماً - لن يتردد في استبعاد أحكام مدونة الأسرة، أو رفض منح الصيغة التنفيذية للأحكام المغربية التي تسقط الحضانة عن غير المسلمة لعدم التزامها بمقتضيات المادة 173 من مدونة الأسرة، التي تنص على شرط الرعاية الدينية للطفل المحضون، ونفس الأمر بالنسبة للأحكام التي تمنع الحاضنة من السفر بالمحضون إلى خارج المغرب إلا بموافقة وليه وضمان عودته للمغرب، وذلك كله بحجة أن هذه المقتضيات فيها تكريس للميز بين الرجل والمرأة على أساس الدين في مجال حضانة الأطفال، وبالتالي مخالفتها للنظام العام لدى القاضي الأوربي.

ويمكن التمثيل لذلك، بما استندت عليه محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الصادر بتاريخ 9 نونبر 1996، من أن النظام العام الفرنسي يقف ضد القيود ذات الطبيعة الدينية التي تضعها بعض القوانين الأجنبية... (988).

ولذلك قد يحل القانون الأوربي محل القانون المغربي، لتنظيم مسألة الحضانة بالنسبة لأفراد الجالية المغربية باسم النظام العام الأوربي، كما قد يطبق القانون الأوربي في هذا المجال بالاستناد إلى معيار الموطن أو الإقامة الاعتيادية (989).

وأمام هذا الوضع، يجب على المشرع المغربي أن يحافظ على مصالح أبنائه ومواطنيه، عبر إبرام اتفاقيات مع الدول التي يتواجد بها جالية مغربية، مع عدم التفريط في الخصوصيات الدينية للمجتمع المغربي، خصوصاً وكما يعلم الجميع مدى الضغوط التي تمارس على الدول

987- السعدية بلمير: الروابط العائلية في القانون الدولي الخاص، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، سنة 1988م، ص 101.

988- محمد المهدي: نفس المرجع، ص 278.

989- جميلة أوحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا، مرجع سابق، ص 204.

الإسلامية لدفعها نحو الابتعاد عن الدين والشريعة الإسلامية فيما يخص الزواج والأسرة، والدفع بها قُدمًا لجعل الزواج مؤسسة مدنية خاضعة للقانون المدني الوضعي (990).

وعلى هذا الأساس، يمكن أن أتساءل هل استطاعت الاتفاقيات الثنائية التي أبرمها المغرب مع بعض الدول الأوروبية أن تحافظ على عقيدة المحضون؟

المطلب الثاني: الاتفاقيات الثنائية ودورها في حماية عقيدة المحضون:

بعد طلاق الزوجين مختلفي الديانة، تبرز مشكلة حادة بينهما تتعلق بحضانة وتربية الأبناء، حيث يقيم كل من الزوجين في دولته ويرغب في اصطحاب أبنائه معه ليعيشوا في كنفه وتحت بصره يعلمهم وفق تقاليد وشرعيته، وعادة ما يصل الصراع إلى ساحات المحاكم الجنائية، وليس فقط ساحات محاكم الأسرة، بسبب خطف الأبناء من الطرف الآخر، أو الامتناع عن تنفيذ أحكام الزيارة والرؤية وفقا لقانون هذا البلد أو ذلك. ويعود سبب هذا الصراع إلى تضارب قوانين دولتي الطرفين، بين مدونة الأسرة المغربية ومثلها من التشريعات العربية، التي تستمد مشروعيتها من الشريعة الإسلامية، وبالتالي تفرض شروطا ذات طبيعة دينية، وبين قوانين دول أوروبية غير مسلمة تعتبر ذلك مخالفا للنظام العام لديها، لأنه يشكل تمييزا بين الجنسين على أساس الدين (991).

ولتجاوز هذه الإشكالات، عمد المشرع المغربي إلى إبرام اتفاقيات ثنائية مع بعض الدول الأوروبية على علتها؛ لأنها أفرزت عيوباً كثيرة ومشاكل عديدة على مستوى التطبيق القضائي (الفرع الأول)، مما يستوجب معه إعادة النظر في مضامينها، مع الأخذ بعين الاعتبار الخصوصية الدينية للمغرب (الفرع الثاني).

990- شايل لطيفة: ظاهرة الزواج المختلط في المغرب، أسبابها ونتائجها على الأسرة. ص 192.

مجلة البحوث، العدد الأول، السنة الأولى، مارس 2002م.

991- حمدي عبد الرحمان: بعض المشكلات الناجمة عن الزواج المختلط. ص 70. مقال منشور بالمجلة المغربية للدراسات الدولية، الزواج المختلط في العلاقات الأورو- مغاربية. عدد خاص. أكتوبر 2003. مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

الفرع الأول: مضمون الاتفاقيات الثنائية وولاية الحضانة :

في ظل المشاكل والعوائق التي تقف كعائق أمام تطبيق أحكام الأسرة لدى القاضي الأوربي ، حاول المشرع المغربي أن يُحسن من الوضعية القانونية لجاليته المقيمة بديار المهجر ، عن طريق إبرام اتفاقيات التعاون في مجال الأحوال الشخصية والمجال القضائي ، مع بعض الدول الأوربية ، ولعل أبرز هذه الاتفاقيات ؛ الاتفاقيتان اللتان أبرمهما المغرب مع كل من فرنسا وإسبانيا ، وذلك محاولةً لسد التباين الموجود بين التشريعين ، وإيجاد حلول للمسائل الأكثر تعقيدا وعلى رأسها ولاية الحضانة.

وعلى هذا الأساس ، ما هي أبرز مضامين الاتفاقيات التي وقعها المغرب من أجل تحقيق حماية المحضون؟ وهل استحضرت هذه الاتفاقيات الخصوصية الدينية للمغرب؟

بالنسبة للاتفاقية المغربية الفرنسية ، فقد خصص الفرع الثالث منها للحضانة وحق الزيارة ، وأكدت الاتفاقية في فصلها 19 على أنه : « تلتزم الدولتان عن طريق المعاملة بالمثل بأن تضمنا فوق ترابهما وتحت مراقبة سلطتهما القضائية حرية ممارسة حق الحضانة على طفل قاصر مع التقيد بمصلحته دون أي اعتبار آخر مستمد من قانونهما الداخلي ، وكذا بجرية ممارسة حق الزيارة ، وتلتزم كل منهما عن طريق التبادل ، بحسن تنفيذ الأحكام الصادرة في الدولة الأخرى في هذا الميدان»⁽⁹⁹²⁾.

وقد أكدت المواد من 20 إلى 25 من نفس الاتفاقية ، على تبادل المعلومات والبحث واتخاذ التدابير الملائمة فيما يتعلق بحضانة الأطفال المنقولين دون سند ، وكفالة التسليم الإداري لهم وإيجاد حل ودي لمشاكلهم ، والعمل على تنظيم حق الزيارة ، وتسهيل عملية الإيواء

992- الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية. ظهير شريف رقم 1.83.197 صادر في 11 ربيع الأول 1407 هـ الموافق ل: 14 نونبر 1986. منشور بالجريدة الرسمية عدد 3910 بتاريخ 12 صفر 1408 هـ الموافق ل: 07 أكتوبر 1987. ص 931.

لمصلحة من ليست له الحضانة من الأبوين فوق تراب إحدى الدولتين، وكيفية توجيه الطلبات الرامية إلى الاعتراف بالأحكام القضائية الخاصة بحضانة الصغار أو تنفيذها⁽⁹⁹³⁾.

كما وقع المغرب اتفاقية أخرى مع المملكة الإسبانية، وتهم التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال. وقد جاءت مضامين هذه الاتفاقية متشابهة إلى حد كبير مع الاتفاقية المغربية الفرنسية، وقد نصت هذه الاتفاقية في مادتها الأولى على ما يلي:

« 1- يتعلق موضوع هذه 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 وتنفيذهما فوق تراب الدولة الأخرى؛

ج - تسهيل حرية ممارسة حق الزيارة فوق تراب الدولتين.

2 - تعمل الدولتان المتعاقدتان على اتخاذ كل الإجراءات المناسبة، لضمان تحقيق أهداف هذه الاتفاقية...»⁽⁹⁹⁴⁾.

يتضح من هاتين الاتفاقيتين، أنهما ركزت على موضوع الحضانة بالأساس، وذلك راجع للمشاكل والمآسي الكثيرة التي تطرحها، خصوصا عندما يتعلق الأمر بالزيجات المختلطة.

993- عبد القادر بوعصبية: حق الحضانة وإشكالات التطبيق في المهجر. ص 379. ورد في الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة بالمهجر، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، سلسلة الندوات 4، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، سنة 2011م.

994- الاتفاقية الموقعة بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية المتعلقة بالتعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال. ظهير شريف رقم 1.99.113 صادر في 26 من محرم 1420 هـ الموافق ل 13 ماي 1999، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4700 بتاريخ 3 ربيع الأول 1420 هـ الموافق ل 17 يونيو 1999، ص 1544.

ويظهر من الاتفاقيتين أن هناك جهدا مبذولا في سبيل تطبيق القانون الأسري المغربي على قضايا الجالية المغربية بأوروبا، إلا أن الأمر لم يكن في مستوى الطموحات⁽⁹⁹⁵⁾، فإذا أخذنا مثلا الاتفاقية المبرمة مع إسبانيا⁽⁹⁹⁶⁾، فإنها تطرح مجموعة من التساؤلات والإشكاليات⁽⁹⁹⁷⁾ على مستوى التطبيق، يمكن إجمالها في مايلي:

- إن الاتفاقية قد سكتت عن اختلاف ديانة الوالدين، وذلك قد يطرح إشكالا عندما يتعلق الأمر بالحضانة، وتطبيق المادة 173 من مدونة الأسرة، المتعلقة بشروط استحقاق الحضانة، ومنها القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايتهم دينا وصحة وخلقاً، وعلى مراقبة تدرسه.

- إن الاتفاقية قد سكتت عن جنسية الطرفين المسلمين، واكتفت بذكر الجنسية في المواد 2 و 7 و 15 ولم تتعرض للدين، وذلك لأنه عندما يكون الوالدان مسلمين أو أحدهما، فإنه يتعين تطبيق المادة 2 من مدونة الأسرة⁽⁹⁹⁸⁾ عليهما، وذلك يقتضي بالتبعية تطبيق نصوص هذه المدونة المتعلقة بالحضانة.

وأضاف الأستاذ إبراهيم بحماني، أن الاتفاقية سكتت أيضا عن الحالة التي يكون فيها المقرر القضائي المطلوب الاعتراف به مخالفا للنظام العام لإحدى الدولتين⁽⁹⁹⁹⁾.

995- محمد المهدي: فلسفة نظام الأسرة. مرجع سابق، ص 173.
996- يمكن تعميم هذه الملاحظات على باقي الاتفاقيات التي وقعها المغرب؛ خاصة مع فرنسا لأن مضامينها متشابهة.
997- أشار إليها الأستاذ إبراهيم بحماني، رئيس غرفة الأحوال الشخصية والميراث بالمجلس الأعلى، في اللقاء القضائي المغربي الإسباني الأول، بين المجلس الأعلى والمجلس العام للسلطة القضائية، بالرباط. في 27 و 29 يونيو 2001. ورد في كتابه: العمل القضائي في قضايا الأسرة: مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة. المجلد الثاني، طبعة 2009 ص 73.
998- تنص المادة 2 من مدونة الأسرة على أن: « أحكام هذه المدونة تسري على...
- على العلاقات التي يكون أحد الطرفين فيها مغربيا؛
- على العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلما...»
999- ينص الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية المغربي على أنه: « يجب على المحكمة التي يُقدم إليها طلب تنذيل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية أن تتأكد من صحة الحكم واختصاص المحكمة التي أصدرته، وأن تتحقق أيضا من عدم مساس أي محتوى من محتوياته بالنظام العام المغربي.»

و لا شك أن الحكم الأجنبي الذي يكون مخالفا لمواد مدونة الأسرة، يعتبر مخالفا للنظام العام المغربي (1000).

أما الفقرة الثانية من المادة 10 التي تنص على أن الحكم الذي يأمر بالإرجاع الفوري للطفل، لا يمس بجوهر حق الحضانة، تطرح سؤالاً مفاده: كيف يمكن الحكم بإرجاع الطفل إلى شخص وهو غير حاضن له، أو لا حَقَّ له في الحضانة؟ فهل مجرد وجود الطفل عند شخص ولو ليس من والديه يخول لهذا الشخص طلب إرجاع الطفل إليه ونزعه من والده؟

وصورة هذه الحالة: لو فرضنا أن طفلاً كانت ترعاه جدته بعد وفاة أمه الإسبانية، ولكن أباه انتقل إلى المغرب وصحبه معه، فإنه سيكون لجدته بمقتضى المادة 10 الفقرة 2 من الاتفاقية أن تطلب إرجاعه لها، ولو كان أبوه مسلماً، رغم أن المادة 171 من مدونة الأسرة المغربية تعطي للأب حق الحضانة مباشرة بعد الأم.

أما فيما يتعلق بحق الزيارة، فيمكن أن يُحرم الأب المسلم من ممارسة حقه في الزيارة وذلك بسبب عدم حصوله على التأشيرة، لأن الاتفاقية لم تتعرض للتأشيرة بالمرّة، وإنما وردت فيها ألفاظ عامة تشير إلى اتخاذ قدر الإمكان التدابير الملائمة من أجل إزالة العراقيل التي تحول دون ممارسة حق الزيارة ممارسة هادئة، واتخاذ هذه التدابير مطلوب بعد أن يتمكن من يطلب

1000- يمكن التمثيل لذلك بحكم صدر عن قسم قضاء الأسرة بتطوان بتاريخ 2006/11/27، قضى برفض تذييل أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية بهارليم، إذ جاء فيه: « حيث تبين للمحكمة بعد الاطلاع على الوثائق المرفقة بالطلب، أن الحكم الأجنبي المطلوب تذييله يقضي في منطوقه بفسخ المعاشرة الرسمية بين الطرفين... وحيث أن الحكم المذكور مخالف للنظام العام المغربي، الذي لا يعترف بنظام فسخ المعاشرة الرسمية كطريقة لإنهاء العلاقة الزوجية، إذ يتنافى والأحكام التي قررتها مدونة الأسرة... وحيث إن من شروط تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية ألا يمس بالنظام العام المغربي طبقاً لأحكام الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية، مما يبقى معه الطلب عديم الأساس، ويتعين رفضه».

- حكم صدر عن قسم قضاء الأسرة بتطوان بتاريخ 2006/11/27، في الملف عدد 06/1423. أوردته عبد الغني سليم في مقاله: تذييل الأحكام الأجنبية الصادرة في القضايا الأسرية بالصيغة التنفيذية. ص 332. منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة مرجع سابق.

كما رفضت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في حكم صادر عنها في 23 نونبر 1962، رفضت منح الصيغة التنفيذية لحكم ألماني يلزم الأب المغربي بالنفقة على طفله غير الشرعي، وذلك بعلّة أنه يعتبر: « مخالفاً للقوانين السياسية والدينية المكونة للنظام الاجتماعي والعام المغربي».

- جميلة أوحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا، مرجع سابق، ص 138 - 139.

حق الزيارة من الحصول على التأشيرة، أما إذا لم يحصل عليها، فإنها سيكون محروما من حق الزيارة، وهذا يهم المغاربة، أما الإسبان فإن قضية التأشيرة غير مطروحة بالنسبة لهم⁽¹⁰⁰¹⁾.

لذا يقترح الأستاذ إبراهيم بحماني، على القضاء المغربي ألا يأمر بإرجاع الطفل الذي يوجد أحد أبويه بالمغرب إلى إسبانيا، إلا إذا تحقق من أن من له حق الزيارة لن يجد صعوبة في الحصول على التأشيرة، ولكن إذا ثبت أنه سيجد صعوبة في ذلك، فإن من حقه أن يرفض طلب الإرجاع طبقا للمادتين 1 و 13 من الاتفاقية، التي تنص كل منهما على أن الدولتين تضمنان تسهيل حرية ممارسة حق الزيارة⁽¹⁰⁰²⁾.

لكن، رغم النقائص التي تعترى الاتفاقيات التي أبرمها المغرب مع بعض البلدان الأوربية، تبقى هذه الاتفاقيات خيارا لا بد من تبنيّه وتدعيمه، باعتباره الأرضية القانونية الوحيدة للتعامل بين البلدين المتعاقدين في مجال أحكام الأسرة. غير أن السؤال المطروح هو: هل مضامين هذه الاتفاقيات - على علتها - ملزمة للقاضي الأوربي؟ أم أن تشبّهه بسيف النظام العام يؤدي به إلى تعطيل أحكام هذه الاتفاقيات وإفراغها من محتواها؟ وهل استطاعت هذه الاتفاقيات أن تحقق الأهداف المنتظرة منها خاصة بالنسبة للطرف المغربي؟

لقد مرّ على إبرام المغرب للاتفاقيتين مدة كافية لرصد حصيلة أولية على الأقل حولهما، وما يمكن التأكيد عليه للأسف الشديد، هو أن الاتفاقيتين لم تحققا شيئا من أهداف إبرامهما خاصة من الجانب الأوربي، وأن الخاسر الأكبر من الاتفاقيتين، هم المواطنون المغاربة، حيث ظلت المحاكم الأوربية - الفرنسية والإسبانية المعنيتين بالاتفاقيتين - في غالب الأحوال تتعامل مع الاتفاقيتين وكأنهما غير موجودتين، بل كانت تعمد بعد التذكير بهما، إلى الإعلان بأن القانون المغربي المختص بموجب الاتفاقيتين يتعين استبعاده لمخالفته النظام العام الأوربي⁽¹⁰⁰³⁾. فالمادة 4

1001- إبراهيم بحماني: العمل القضائي في قضايا الأسرة، مرجع سابق، ص 76-77.

1002- إبراهيم بحماني: نفس المرجع، ص 77.

1003- أحمد زوكاغي: حصيلة الاتفاقية المغربية الفرنسية. ص 61.

من الاتفاقية الموقعة بين المغرب وفرنسا، تنص على ذلك بصريح العبارة، إذ تقول: «لا يمكن العدول عن تطبيق قانون إحدى الدولتين بمقتضى هذه الاتفاقية من طرف محاكم الدولة الأخرى، إلا إذا كان منافيا بصورة واضحة للنظام العام».

ولا شك أن تعليق تطبيق بنود الاتفاقية الثنائية على شرط عدم مخالفتها للنظام العام، يفرغها من الأهمية التي أبرمت لأجلها⁽¹⁰⁰⁴⁾. هذا فضلا عن المعيار الذي أضحى يعتمد من طرف القضاء الأوربي، والذي يتجاوز مختلف القوانين الوطنية، والمتمثل في معيار المصلحة الفضلى للطفل⁽¹⁰⁰⁵⁾.

ولا يخفى، أن إعطاء الاختصاص في مادة الحضانة للقوانين الأوربية، استنادا إلى معيار المصلحة الفضلى للطفل قد يؤدي إلى نتائج مخالفة للنظام العام المغربي، مما يجعلها غير قابلة للتنفيذ بالمغرب⁽¹⁰⁰⁶⁾.

وهكذا، فقد يحكم القاضي الأوربي بالحضانة للأم، بناء على الانفصال الجسماني⁽¹⁰⁰⁷⁾ بين أبوي الطفل، وهو ما يتعذر تنفيذه بالمغرب، لأن الحكم بالانفصال الجسماني مخالف للنظام العام المغربي.

ومن أمثلة ذلك، القرار الصادر عن المجلس الأعلى عدد 451 المؤرخ في 2003/10/15، وملخصه أن وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بتزيت طلب في

مجلة المناهج. العدد 2، مطبعة النجاح الجديدة.الدار البيضاء 2002م.
1004- عبد السلام بن زروع: أثر النظام العام اللاتكي على تطبيق قانون الأسرة بالخارج. ص 230.
ندوة دولية حول: تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة.
1005- ومعنى هذا المعيار، أنه إذا كان القانون الوطني للطفل يوفر له الحماية الكافية، أمكن تطبيقه، أما إذا تبين أن هذا القانون لا يحقق هذه المصلحة ولا يوفر له الحماية، فإنه يتم استبعاده ويطبق قانون موطن الطفل أو قانون القاضي.
- موحى ولحسن ميموني: وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطور ضوابط الإسناد. مرجع سابق، ص 103.
1006- عبد القادر بوعصيبة: حق الحضانة وإشكالات التطبيق في المهجر. مرجع سابق، ص 382.
1007- الانفصال الجسماني: هو نظام غربي من خلق القانون الكنسي، يقصد به إضعاف الرابطة الزوجية، بإيقاف العمل ببعض آثارها دون الوصول إلى إنهاؤها بالمرّة، وهو يحاول أن يوفق بين فكرة أن الزواج علاقة أبدية لا تنقسم غراها إلا بالموت، وبين وجوب التفريق بين طرفي الزواج الفاشل، ونتيجته أن يعيش الزوجان بعيدين عن بعضهما البعض مع بقاء رباط الزوجية.
- عبد الفتاح عبد الباقي: الزواج: قيامه، آثاره، انقضاؤه في القانون الفرنسي. ص 224. مطبعة نهضة مصر دون تاريخ.

1998/5/8 الحكم على المسمى (أ) بتسليم أبنائه إلى أمهم (ف) لتحضنهم في فرنسا، وذلك استنادا إلى الفصل 25 من اتفاقية 10 غشت 1981 وإلى تنفيذ حكم أجنبي، وتقدم الأب بطلب، عرض فيه أن العلاقة الزوجية لازالت قائمة، وأنه صدر حكم على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية في 4/10/1995، وتأييد استئنافيا في 3/1/1997، وأن الحضانة لهما معا طبقا للفصل 99 من مدونة الأحوال الشخصية. فحكمت المحكمة الابتدائية بتسليم الأبناء إلى والدتهم، لأنه صدر حكم بذلك عن محكمة «نانتير» الفرنسية في 3/9/1996، كما سبق حكم بين الزوجين بالانفصال الجسماني في 14/02/1995.

لكن المجلس الأعلى نقض الحكم، واستبعد تطبيق الاتفاقية، لأن العلاقة الزوجية قائمة، ولأن حق الحضانة للزوجين معا، طبقا للفصل 99 من مدونة الأحوال الشخصية، ولأن الحكم بالفصل الجسماني مخالف للنظام العام المغربي، ولأن الزوجة قد صدر عليها حكم بالرجوع لبيت الزوجية بالمغرب وقد تأيد استئنافيا، وهي ملزمة بالالتحاق بزوجها حيث يقيم (1008).

ويمكن القول إن القضاء في أغلب الدول الأوروبية قد درج على منح حق الحضانة في الروابط المختلطة للأب الذي يحمل جنسية المحكمة، حيث تكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة تدفعه في معظم الأحيان إلى التعسف في تفسير مفهوم مصلحة الطفل، وتحديد معالم هذه المصلحة وفق منظوره الخاص للروابط العائلية (1009).

ونتيجة لذلك، استطاع القضاء الأوروبي أن يخلق من المصلحة الفضلى للطفل ضابطا يقفز به على مختلف الاعتبارات القانونية الوطنية، مما يعني أنه عندما يتعلق الأمر بنزاع يهم

1008- قرار للمجلس الأعلى رقم 451، المؤرخ في 15/10/2003، ملف 2002/1/2/66. أشار إليه إبراهيم بحماني في كتابه: العمل القضائي في قضايا الأسرة. مرجع سابق. ص 60-61.
1009- عبد القادر بوعصيبة: حق الحضانة وإشكالات التطبيق في المهجر. م.س.ص 384.

الطفل، سواء في نسبه أو حضانته أو نفقته أو تربيته، فإن الاختصاص يمكن أن يسحب من بساط قانونه الوطني ليعطى لقانون القاضي، إذا كان هذا القانون يحقق له المصلحة الفضلى (1010).

وقد عبّرت محكمة النقض الفرنسية، بصريح العبارة على ذلك، في قرار صادر عنها جاء فيه: «أن إسناد الحضانة بعد الطلاق اعتمادا على معايير محددة مسبقا وبشكل مبدئي، وليس انطلاقا من معايير موضوعية تخدم مصلحة الطفل يُعد مخالفا للنظام العام الأوربي» (1011).

ويمكن التمثيل لذلك، بقرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 يناير 2005، أيد الحكم الاستثنائي القاضي بنقل الحق في حضانة طفلين إلى أبيهم، وحرمان الأم منها بعد انتقالها للعيش في المغرب، ليس بحجة أن السفر سيحرم الأب حق التوجيه، وإنما بحجة أن مصلحة الأطفال تقتضي عدم فصلهم عن بيئتهم التي تربوا فيها، وإلا كان في ذلك إضرار نفسي بهم (1012).

في هذا السياق، يحكي أحد الباحثين عن تجربة مريرة، انتصر فيها القانون الأجنبي على القانون الوطني، بدعوى حماية مصلحة الطفل، وكانت النتيجة حرمان الأب من مراقبة أحوال أطفاله، وإلحاق أضرار جسيمة بتربية وعقيدة الأبناء، وجاءت وقائع التجربة على لسان الباحث كما يلي: «تزوجت من سيدة فرنسية الجنسية بتاريخ 30 يوليوز 1988 بالجمهورية الفرنسية بناء على عقد مدني مصحح بالتقارير بقنصلية المملكة المغربية بليل بتاريخ 19/4/1991، طبقا لمقتضيات المنشور الوزاري عدد 12 الصادر عام 1960 عن وزارة العدل. ولقد استمرت المعاشرة الزوجية بيننا بشكل طبيعي منذ ذلك الحين واتفقنا على أن نستقر بالمغرب ونلتحق به بمجرد حصولي على شهادة الدكتوراه؛ وأنجبنا خلال هذه الفترة طفلين. وبعد انتهاء الدراسة

1010- محمد المهدي: فلسفة نظام الأسرة. مرجع سابق ص 276.

1011- قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 يناير 1979. أورده موحى ولحسن ميموني في: وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطور ضوابط الإسناد. مرجع سابق. ص 111.

1012- قرار أورده محمد المهدي في كتابه: فلسفة نظام الأسرة. مرجع سابق، ص 277. هامش رقم 711

قررت مغادرة فرنسا رفقة زوجتي وأبنائي، إلا أن الزوجة رفضت بدون مبرر مشروع وغادرت بيت الزوجية ضاربة عرض الحائط حقوق الزوج والتزاماتها الشرعية، ثم تقدمت بدعوى ممارسة العنف والاستبداد أمام القضاء الفرنسي. وأمام نكث الزوجة للعهد والالتزام المتفق عليه، وحفاظا على حقوقي وحقوق أبنائي غادرت فرنسا إلى المغرب وبدأت حياتي المهنية والاجتماعية وتنشئة أبنائي على القيم الدينية والتربوية والاجتماعية والثقافية. وتابعت حياتي بشكل طبيعي مع أبنائي واستمرت العلاقة الزوجية بيني وبين زوجتي التي تزورنا بين الفترة والأخرى، وتقضي الوقت الكافي مع أبنائها لصلة الرحم ثم تعود إلى وطنها وحياتها.

وبما أن المدعية فرنسية فقد أصدرت محكمة ليل حكما لصالحها، وعند استدعائي لأول مرة قصد الصلح، لم يستفسر القاضي الفرنسي عن الأسباب الحقيقية، وإنما راح يهددني بالاعتقال حالا، وأصدر بعد اللقاء بأيام قليلة حكما مؤقتا يقضي بعدم نجاح الصلح فيما بيننا ثم أمر بأداء النفقة. ومن بين الحجج التي اعتمد عليها القاضي الفرنسي لإصدار هذا الحكم:

- أن الزواج تم على الطريقة الفرنسية فقط ؛

- أن الأطفال لهم جنسية فرنسية فقط ؛

- أن الزوجة كانت في خطر متهمه إياي بالعنف، بدون أية حجة، ولهذا غادرت بيتها ؛

- أن الأطفال تم اختطافهم وأنهم في ظروف خطيرة جدا.

ولجأت إلى القضاء المغربي حيث رفعت دعوى أمام المحكمة الابتدائية بوجدة، واستصدرت حكما بتاريخ 10/3/1997 يلزم الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية مع شمول الحكم بالنفذ المعجل. لكن ما يشير الاستغراب هو أن النيابة العامة قد تبنت القضية بنفسها نيابة عن زوجتي وقامت باستصدار حكم ابتدائي يقضي بتسليم الطفلين لزوجتي، وأيد استئنافيا بمقتضى القرار

الاستثنائي عدد 125 بتاريخ 18/2/1998 (ملف شخصي عدد 97/324)؛ والمدهش أن الحكمين الصادرين لم يُعيرا أي اعتبار لقانون مدونة الأحوال الشخصية.

وبعدما أشار الباحث إلى مجموعة من الخزقات للقوانين المغربية، أكد على أن تسليم الطفلين للحاضنة، التي ستأخذهما معها إلى فرنسا، سيؤدي لا محالة إلى حرمان من مراقبة أحوال الطفلين والقيام بالواجبات الشرعية، كما سيؤدي إلى إلحاق أضرار جسيمة وخطيرة على مستقبلهما الديني والديني، لكونهما يمران بمرحلة النمو والتنشئة التربوية الأولية والأساسية التي ستحدد هويتهم الحضارية إلى الأبد. وفي الأخير خلص الباحث إلى أن الدول القوية هي التي تفرض أحكامها وقوانينها على الدول الضعيفة»⁽¹⁰¹³⁾.

في الأخير، يمكن التأكيد على أن الطرف الثاني - فرنسا وإسبانيا - في الاتفاقيات التي أبرمها المغرب، فرض أحكامه الوضعية في بنود هذه الاتفاقيات، ما دام أنه لم يُراع القواعد المنظمة للحضانة التي أدرجها المشرع المغربي في مدونة الأسرة.

الفرع الثاني: إعادة صياغة الاتفاقيات الثنائية الحالية بالشكل الذي يحافظ على عقيدة المحضون

يلاحظ من الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين المغرب وبعض الدول الأوروبية، أنها لا تُعبر صراحة عن الحماية الكاملة لقيم ومؤسسات الأنظمة الإسلامية، في المقابل تخول للأنظمة العلمانية الغربية مجموعة من الامتيازات⁽¹⁰¹⁴⁾. لذلك يجب إعادة النظر في هذه الاتفاقيات مع

1013- عبد القادر السباعي: الزواج المختلط: اعتماد الاتفاقية المغربية - الفرنسية على حساب قانون مدونة الأحوال الشخصية. المجلة المغربية للدراسات الدولية. عدد خاص أكتوبر 2003م. من الصفحة 117 إلى الصفحة 121.
1014- عبد العزيز بن عثمان التويجري: الأمة الإسلامية في مواجهة التحدي الحضاري. سلسلة المعرفة للجميع. العدد 3 السنة 1999. ص 88.

عدم المس بالمقومات الدينية⁽¹⁰¹⁵⁾ للمجتمع المغربي ، وذلك حتى يتم تجاوز الثغرات التي أفرزها التطبيق العملي للاتفاقيات الحالية.

علاوة على ذلك ، يجب تعميم هذه الاتفاقيات على سائر الدول التي توجد بها جالية مغربية مهمة ؛ كهولندا⁽¹⁰¹⁶⁾ وألمانيا وإيطاليا مثلا. مع العمل على استثمار أسلوب الاتفاقيات وأشغال اللجان الثنائية ، التي يمكن من خلالها حمل الأطراف في هذه الاتفاقيات على عدم الاكتفاء بتقرير قاعدة إسناد تحيل على القانون المغربي ، مع منح القضاء الأجنبي وسيلة تعطيلها ، عن طريق إعمال قواعد النظام العام ، وإنما يجب الإصرار على أن تتضمن الاتفاقيات قواعد مادية موضوعية تشير إلى وجوب مراعاة ديانة أفراد الجالية المغربية⁽¹⁰¹⁷⁾.

إن إبرام اتفاقيات تشتمل على قواعد مادية واجبة التطبيق مباشرة على الأحوال الشخصية للجالية المغربية بأوروبا ، هو الحل الملائم لتحقيق الانسجام بين الأنظمة القانونية لكل من بلد الإقامة والبلد الأصلي ، وكذا تحقيق التعايش ما بين أفراد الجالية والمجتمع الأوربي - والغربي عموما ..

ولعل الدعوة إلى توحيد القواعد الموضوعية تُستتبع حتما بالقضاء على تنازع القوانين ، إذ لا محل لقاعدة الإسناد طالما كان النزاع منظما بمقتضى قواعد مادية. ومن إيجابيات هاته القواعد الموضوعية ، المساهمة في الحد من تحايل الأطراف المعنية بالنسبة للقانون الواجب تطبيقه على أحوالهم الشخصية ، وكذا الحد من النزعة الوطنية التي قد تطغى على القاضي المختص عندما

1015- ما دامت حرية الدين والاعتقاد تعتبر من الحقوق الأساسية للإنسان، وما دامت الأحوال الشخصية للمسلمين منظمة بنصوص دينية مقدسة، فإن احترامها واجب التطبيق من طرف الجميع، سواء باعتبارها من حقوق الإنسان، أو تطبيقا لنظرية شخصية القوانين المعمول بها في القانون الدولي الخاص، عندما يتعلق الأمر بتطبيق قوانين الأحوال الشخصية للأجانب .

- إبراهيم بحماني: العمل القضائي في قضايا الأسرة. مرجع سابق. ص 79.

1016- تقول الباحثة جميلة أوحيدة أن الصعوبات التي تُطرح في مجال الحضارة في إطار العلاقات المغربية الهولندية جاءت نتيجة لعدم وجود اتفاقية ثنائية بين البلدين تقضي بالاعتراف المتبادل للأحكام الصادرة عن محاكم إحدى الدولتين. - جميلة أوحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا. مرجع سابق، ص 206.

1017- حسن الزاهر: إشكالية تطبيق أحكام الأسرة في بلاد المهجر. ورد ضمن عدد خاص بندوة: قضايا المغاربة المقيمين بالخارج فقها وقانونا وثقافة. التي نظمتها كلية الشريعة بفاس يومي 18/19 ماي 2000. ص 59. العدد 24، مجلة كلية الشريعة.

يتعلق الأمر بروابط عائلية مختلطة، ما دام أن هذه القواعد تتضمن حلولاً منصفة لكلا طرفي النزاع. هذا فضلاً عن الحيلولة دون تدخل النظام العام لكل من البلدين لاستبعاد تطبيق القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد، أو لرفض تذييل الأحكام الصادرة عن محاكم إحدى الدولتين، ما دام أن القاضي المعروض عليه النزاع، سيعمل على تطبيق القواعد المادية مباشرة على هذا النزاع المطروح أمامه (1018).

وينبغي أن تكون القواعد المادية المضمنة في هذه الاتفاقيات، على شكل حلول لكل مشكل من المشاكل الحقيقية التي تعاني منها الجالية المغربية بالمهجر، وألا تمس بالمقومات الدينية للمجتمع المغربي (1019).

ولم لا يتم التفكير، في صياغة قانون للأحوال الشخصية خاص بالمسلمين المقيمين في أوروبا مستمد من القانون الإسلامي، يتم تطبيقه على كل المسلمين المقيمين بأوروبا.

إن هذا الحل له أهمية قصوى على مستوى الروابط الأسرية للجالية المسلمة بأوروبا، وبالذات غير الإسلامية عموماً، لما سيحققه من منافع وإيجابيات، سواء للدول أو للأفراد الذين سيسهل عليهم الحصول على حقوقهم أينما كانوا (1020). بل إن هذا التوحيد من شأنه أن يشكل قوة ضغط مهمة من شأنها، الدفع بالطرف الأوربي إلى احترام هوية وخصوصية الجالية المسلمة، كما سيسهل على الجهاز القضائي الأجنبي التعامل مع قضايا هذه الجالية، ما دام أنه سيتعامل مع قانون واحد، عوض قوانين متعددة بسبب تشبث كل دولة إسلامية بالمذهب السائد فيها (1021).

1018- بلمامي عمر: أثر الاتفاقيات الدولية في إعمال فكرة النظام العام. دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص. مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية. العدد الأول. سنة 1995 ص 172-173.

1019- عبد الوهاب المريني: تقرير ختامي حول واقع المرأة المغربية بالمهجر، ص 173. منشورات الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء. العدد 3. نونبر 2001.

1020- الحسن لحلو لموخي: القانون الدولي الخاص المغربي والمسطرة المدنية، ص 8. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط. السنة الجامعية 1997/1998م.

1021- خالد بوعروس: الزواج المختلط - الإشكالات القانونية والانعكاسات الاجتماعية - ص 185. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة. السنة الجامعية: 2006-2007م.

الفصل الثاني:

ولاية كفالة الحفل الموهل من غير المسلمين

لقد أولت الشريعة الإسلامية الأطفال عناية بالغة، وتعرض الفقهاء لنوع خاص منهم، وهو الأجدر بالعناية، نظرا لفقده من يعوله ويتعهده من أب أو قريب، وذلك النوع هو الطفل المهمل، سواء كان يتيما أو لقيطا أو من كان في حكمهما. فالشريعة الإسلامية قد عنت بحفظ حقوق هذا الطفل البريء، ورتبت أحكاما كثيرة لحفظ هاته الحقوق، وحمايته من التعدي عليها. كما أوصت بكفالته، ولم يسمح للكفيل أن يسلبه نسبه الشرعي مقابل كفالته إياه. وحرّم في مقابل ذلك التبني لاعتباره نظاما دخيلا على الأسر ويهدد استقرارها.

وفي نفس الاتجاه سار المشرع المغربي، حيث عمل على حماية الطفل الفاقد للرعاية، من خلال تشريع قوانين تضمن حقوقه وتسعى إلى إيجاد حلول ملائمة للوضعية الصعبة التي يعيشها. ويعتبر قانون كفالة الأطفال المهملين أحد أهم التشريعات المنظمة لحقوق الطفل المهمل، والموجهة نحو ضمان حياة أسرية متوازنة، تحقق له الاندماج الاجتماعي، وتساعده على تجاوز الظروف القاسية المفروضة عليه. (1022)

ونظرا لأهمية الكفالة في إرجاع التوازن النفسي والاجتماعي للطفل المهمل، فقد اشترط الفقه الإسلامي ومثله قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي مجموعة من الشروط، وأهمها أن يكون الكفيل مسلما، ليكون بهذا قد خرج من حق الكفالة كل من كان غير مسلم.

لكن التساؤل المطروح هو: ما مدى التزام الكفيل بالضوابط المقررة فقها وقانونا حتى يمارس ولايته الشرعية على الطفل المكفول؟ وهل اشتراط الإسلام في الزوجين الأجنبيين، كافيا للحفاظ على هوية وعقيدة الطفل المكفول؟ وماذا لو تم تحويل الكفالة إلى تبني؟

1022- حكيمة الحطري: كفالة الأطفال المهملين في البلاد الإسلامية وديار المهجر. الواقع والأفاق، مقال منشور بالبريد

الإلكتروني لديوان العرب بتاريخ 2012/12/27 www.diwanalarab.com

للإجابة على هذه التساؤلات ، قسمت هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول خصصته لكفالة الطفل المهمل في الفقه الإسلامي ، وركزت فيه على دراسة أشد أنواع الإهمال وهو الطفل اللقيط. فالفهاء قد وسعوا القول في أحكام اللقيط ، من حيث وجوب التقاطه ، والعمر الذي يعتبر فيه لقيطا ، وانتسابه والنفقة عليه ، واعتباره مسلما أو غير مسلم ، وغير ذلك مما يتعلق بأحكام اللقيط في أغلب كتب الفقه الإسلامي ، لكن وحسب طبيعة البحث ، فالذي يعنيني من موضوع اللقيط هو لمن تكون ولايته؟ وهل يجوز لغير المسلم التقاطه؟ وماذا لو تنازع المسلم وغير المسلم على التقاطه؟

أما المبحث الثاني فقد خصصته لكفالة الطفل المهمل في القانون المغربي ، وركزت في الدراسة على الأجنبي الذي يعتنق الإسلام ، ويتقدم بطلب كفالة الطفل المغربي المسلم.

فهل اعتناقه للإسلام كاف لضمان عيش الطفل المهمل تحت كنف المسلمين؟ وكافل للحفاظ على هوية الطفل المكفول وعقيدته؟ خاصة إذا علمنا أن الأجنبي عندما يحصل على الكفالة يعود إلى وطنه صحبة مكفوله ، وفي الغالب يتقدم بطلب تحويل الكفالة إلى تبني^١ الشيء الذي يؤثر على هوية الطفل المكفول وعقيدته.

مبحث تمهيدي: مفهوم الكفالة والفرق بينها وبين التبني

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

الفرع الأول: الكفالة لغة

الكفالة في اللغة مصدر من الفعل الثلاثي: كفل، يكفل، كفلا، كفولة وكفالة، وذلك كله بمعنى ضمن. (1023)

والكاف والفاء واللام، أصل صحيح يدل على تضمّن الشيء للشيء. (1024)

والكافل: العائل، كفله يكفله وكفّله إياه، وجمع الكافل: كفّل: والكافل والكفيل بمعنى الضامن، قال الأعرابي: كفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد. (1025)

ووردت مشتقات الفعل كفل في القرآن الكريم في آيات متعددة، لها معان ذات صلة بهذا البحث، منها قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾. (1026) أي هو كفل مريم لينفق عليها، حيث ساهموا على نفقتها حين مات أبواها، فبقيت بلا كافل. (1027) وقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ

1023- ابن منظور: لسان العرب، المجلد 5، باب الكاف، ج 43 ص 3906. - الزبيدي: تاج العروس، مادة كفل ج30 ص 334
1024- ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج5 ص 187 باب الكاف والفاء وما يتلثهما. دار الفكر، دون ذكر الطبعة ولا سنة الطبع.

1025- ابن منظور: لسان العرب، م س، ص 3906

1026- سورة آل عمران: الآية 37.

قرأ الكوفيون: "كفّلها" بالتشديد: أي ضمنها إليه وضمن القيام بها. والمعنى: كفّلها ربها زكرياء: أي ألزمه كفالتها، وقدّر ذلك عليه، ويسره له. وخفف الباقون على إسناد الفعل إلى زكرياء، فأخبر الله تعالى عنه أنه هو الذي تولى كفالتها والقيام بها بدلالة قوله تعالى: ﴿أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾.

- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 5 ص 106. مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى سنة 1420هـ/ 2000م
1027- الخليل بن أحمد الفراهيدي: كتاب العين، باب الكاف، ج 4 ص 40 دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، سنة 1424هـ/ 2003م

لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم⁽¹⁰²⁸⁾ بمعنى أن الكل يريد لها في كنفه ورعايته⁽¹⁰²⁹⁾ وقوله تعالى في قصة داود عليه السلام: ﴿اكفلنيها وعزني في الخطاب﴾⁽¹⁰³⁰⁾ أي انزل لي عنها حتى أكفلها⁽¹⁰³¹⁾ وعلى هذا، فالكافل هو الذي يكفل إنسانا ويعوله وينفق عليه⁽¹⁰³²⁾.

وعلى هذا الأساس انبنى مصطلح الكفالة، الذي يحمل في معناه ما يحمل من معاني السمو البشري، والقيام بأمر الإنسان وضمانه والتحمل به، والالتزام بشؤونه، ما يحقق التكافل الاجتماعي والأمن الأسري⁽¹⁰³³⁾.

الفرع الثاني: الكفالة اصطلاحاً

تعدد استعمال الفقهاء للفظ الكفالة في مباحثهم الفقهية، وغالب استعمالهم لها، هو في مبحث الضمان⁽¹⁰³⁴⁾، كما استعملوها أيضاً في مبحث الحضانة وهو المعنى المراد هنا، وإن كان استعمالاً نادراً، حيث جعلوها مرادفة لها.

1028- سورة آل عمران الآية 44

1029- محمد علي الصابوني: صفوة التفاسير، ج 1 ص 202، دار الفكر 1420هـ/2000م.

1030- سورة ص: الآية 22.

1031- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن: م س، ج 18 ص 166

1032- الفراهيدي: كتاب العين، م س، ج 4 ص 40 -. ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، م س، ج 5 ص 187.

- الزبيدي: تاج العروس، م س، ج 30 ص 334.

1033- إدريس اجويلل: إسناد كفالة الأطفال في إطار التشريع الداخلي والمواثيق الدولية ص 353.

ورد ضمن الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة في المهجر. منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة. سلسلة الندوات 4، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، سنة 2011م.

1034- أورد الفقهاء الكفالة بمفهوم الضمان وهي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً؛ أي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في المطالبة بنفس أوبدين أو عين كمغصوب ونحوه.

- أحمد الدردير: الشرح الصغير، ج 3 ص 429، دار المعارف، دون ذكر الطبعة ولا سنة الطبع.

- علاء الدين الكاساني: بدائع الصنائع، ج 7 ص 389. دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية 1424هـ/2003م.

- حاشية ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ج 7 ص 553. دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 1423هـ/2003م.

جاء في كفاية الطالب من كتب المالكية بأن الحضانة في الشرع هي الكفالة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحته. (1035)

وقال ابن قدامة في المغني إن كفالة الطفل وحضانته واجبة، لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك، ويتعلق بهاق لقربته؛ لأن فيها ولاية على الطفل واستصحابا له، فتعلق بها الحق، ككفالة اللقيط. (1036)

وقال الإمام النووي وهو يتحدث عن كافل اليتيم: «القائم بأموره من نفقة وكسوة وتأديب وتربية وغير ذلك» (1037). ولذلك قال الإمام القرافي إن الكفيل حافظ لما التزمه، وأصل ذلك من الحفظ والحياطة (1038).

وعليه، فكفالة الولد يقصد بها أن يعوله من يثبت له هذا الحق، ويقوم بأمره ويرعى مصالحه، ويربيه، وينفق عليه (1039).

الفرع الثالث: الكفالة في التعريف القانوني

الكفالة في القانون لها معنيين: معنى حسب القانون المدني (1040)، ومعنى حسب قانون الأسرة. والكفالة المقصودة في هذا البحث هي كفالة الأطفال - حسب قانون الأسرة -، وقد

-
- شهاب الدين القرافي: الذخيرة، ج 9 ص 189. دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1994م.
- 1035- أبو الحسن المالكي: كفاية الطالب الرباني، ج 3 ص 270 الطبعة الأولى سنة 1989/1409 مطبعة المدني. المؤسسة السعودية بمصر.
- 1036- ابن قدامة: المغني، ج 11 ص 412، كتاب النفقات، باب من أحق بكفالة الطفل. دار عالم الكتاب، الطبعة الثالثة، سنة 1417هـ/ 1997م.
- 1037- الإمام النووي: شرح النووي على صحيح مسلم، ج 18 ص 113. كتاب الزهد، باب فضل الإحسان إلى الأرملة والمسكين واليتيم. المطبعة المصرية بالأزهر، الطبعة الأولى 1349هـ/ 1930م.
- 1038- القرافي: الذخيرة، م س، ج 9 ص 190-1038
- 1039- ابن بطال الركيبي: النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، ج 2 ص 230. دون ذكر دار الطبع، سنة 1411هـ/ 1991م.
- 1040- الكفالة حسب القانون المدني يفيد الضمان، بحيث يعتبر الكافل ضامنا للمدين في أداء الدين أوفي تنفيذ التزام معين.التعاون الدولي في المادة المدنية والتجارية من خلال اتفاقيات لاهاي: ص 79 منشورات: مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض، مطبعة الأمنية، الرباط، 2015.

عرّفها المشرع المغربي تعريفا دقيقا في المادة الثانية من قانون 01/15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين (1041)، والتي نصت على أن الكفالة هي: «الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه، كما يفعل الأب مع ولده، ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث».

وبمقتضى هذه المادة تم تحديد مفهوم الكفالة وتحديد عناصرها في نطاق هذا القانون، وهي تنصب على كل شؤون الطفل، سواء منها ما يتعلق بالجوانب المعنوية المتمثلة في التربية والرعاية بما يحمله ذلك من معاني الحضانة والصيانة، سواء في الجانب الصحي أو الجانب الأخلاقي. وحفظه مما قد يضره قدر المستطاع، والقيام بالعناية بشؤونه في التهذيب والتوجيه والدراسة، أو ما يتعلق بالجوانب المادية المتمثلة في النفقة ومشمولاتها من السكنى والطعام والكسوة والتمريض بالقدر المعروف، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وكذا التعليم (1042).

والتنصيب في هذه المادة عقب ذكر عناصر الكفالة، على عبارة «كما يفعل الأب مع ولده» يفيد التأكيد على أن الكافل سواء كان شخصا طبيعيا، أو مؤسسة يقوم مقام الأبوين في كل شؤون الطفل (1043).

ويقول الأستاذ عبد السلام فيغو في هذا الصدد: «إن الكفالة تعني الضمان الذي يتبرع به الكفيل لأداء الحقوق التي هي في ذمة المكفول في حال عجزه عن أدائها. وعلى هذا الاعتبار فالكفالة عقد من عقود الضمان عند الفقهاء، ووظيفتها مقصورة على توفير الضمان للدائن في حصوله على حقه، سواء كان ذلك من مدينة الأصلي أو من الكفيل باعتباره مدينا احتياطيا في حالة تخلف المدين الأصلي عن الوفاء به.» عبد السلام فيغو: العقود المدنية الخاصة في القانون المغربي ص 346/345. دار الأمان للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، سنة 2008م.

1041- القانون رقم 01/15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الصادر بتنفيذه ظهير فاتح ربيع الثاني 1423هـ/ الموافق ل 13 يونيو 2002م. صدر بالجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 19 أكتوبر 2002 م.

1042- محمد أكديد: كفالة الأطفال في التشريع المغربي، ورد ضمن مجلة القضاء والقانون عدد 147 لسنة 2003، ص 89.

1043 - نفس المرجع ونفس الصفحة.

وبناء عليه ، فالكفالة عبارة عن التزام تطوعي للتكفل برعاية طفل قاصر وتربيته وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه.

وبالنسبة للمشرع الجزائري ، فقد عرّف الكفالة على أنها التزام على وجه التبوع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية ، قيام الأب بابنه ، وتتم بعقد شرعي (1044).

ويظهر من هذا التعريف أن الكفالة يقصد بها رعاية الولد الصغير من وجوه عدة على سبيل التبوع (1045).

كما عرّفها المشرع التونسي في الفصل الثالث من قانون 1958 عدد 27 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني: « الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة ، بكفالة طفل قاصر».

وخلاصة لما سبق ، يتبين لنا أن مصطلح الكفالة سواء في اللغة أو في الاصطلاح الفقهي والقانوني يحمل معانٍ إنسانية نبيلة ، بل هي عمل من أعمال البر والإحسان ، والتحمل بالغير وضمانه ورعايته وحمايته وتربيته والنفقة عليه لا شك أنها أعمال إنسانية دالة على الخير (1046) ،

1044-المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري.

1045- غير أن المشرع الجزائري ميّز بين حالتين من الكفالة:

- حالة الكفالة بعقد شرعي قانوني يبرم أمام الموثق، بحضور أهل المكفول، أي الأبوين، مع اشتراط الموافقة الصريحة لهم.

- حالة الكفالة بعقد قضائي، إذا كان المكفول مجهول الأبوين، بسبب الوفاة أو لقيط مجهول النسب.

وفي كلتا الحالتين لا بد من إبرام عقد الكفالة أمام القاضي، وهذا ما نصت عليه المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: « يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق، وأن تتم برضا من له أبوان».

- خالد رمول: المركز القانوني للطفل اللقيط – دراسة مقارنة - ص 225-226، ورد ضمن أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة، يومي 15/16 مارس 2007 بكلية الحقوق بوجدة. منشور ضمن سلسلة الندوات 2 مدونة الأسرة: بعد ثلاث سنوات من التطبيق، الحصيلة والمعوقات. إعداد وتنسيق: إدريس الفاخوري.

1046- إدريساجويل: إسناد كفالة الأطفال في إطار التشريع الداخلي والمواثيق الدولية، مرجع سابق، ص 354.

قال تعالى: ﴿يسألونك ماذا ينفقون قل ما أنفقتم من خير فللوالدين والأقربين
واليتامى والمساكين وابن السبيل وما تفعلوا من خير فإن الله به عليم﴾ (1047).

وبالإضافة إلى أن الكفالة من أجل أعمال البر، فإنها قد فتحت الباب أمام الأسر التي
ترغب في الإنجاب، ولكن لسبب ما، لم يرزقهم الله بالأولاد، فكانت الكفالة بمثابة المفتاح
الشرعي والقانوني لحل مثل هذه المشاكل.

المطلب الثاني: الفرق بين الكفالة والتبني:

لقد غدت قضية التبني في عصرنا ظاهرة متفشية في مجتمعاتنا الإسلامية، بالرغم من إجماع
الأمة على تحريمه، ولعل الأمر يعود إلى ضعف الوازع الديني لدى الناس، ولاسيما في عصر
غلب فيه الجانب المادي والغريزي على الجانب الشرعي والأخلاقي عند تعارضهما. الأمر الذي
دفعني إلى الوقوف على مفهوم التبني، وبيان حكمه وبدائله بما يتناسب مع الفطرة البشرية في
إطار شرعنا الحنيف، إذ أن جبلة الإنسان والشرع مصدرهما واحد، هو الله سبحانه وتعالى، فلا
يعقل تعارضهما، وما يبدو للناس من تعارض بينهما، سببه تلوث الفطرة بالغرائز الحيوانية التي
جُعلت في الإنسان، ليدخل دائرة الاختبار (1048).

الفرع الأول: مفهوم التبني

الفقرة الأولى: التبني لغة:

مصدر من تبني يتبنى تبنيًا، وتبنى الجسم اكتنز وامتلاً، وفلانا اتخذنا ابناً (1049). وأصله
بنى، وهو بناء الشيء يضم بعضه إلى بعض (1050)، ومنه ضم الولد إلى الرجل. ويقال تبنيته: أي

1047- سورة البقرة: الآية 213.

1048- فواز إسماعيل محمد: التبني وبدائله، ص 2. ورد بمجلة كلية العلوم الإسلامية، المجلد 7 العدد 13،
سنة 1437هـ/2013م.

1049- مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، حرف الباء كلمة بني، ص 72 مكتبة الشروق الدولية، 1425هـ/2004م.

1050- ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، م س، ج 1 ص 302

ادّعت بنوته، وتبّناه: اتخذها ابنا. وقال الزجاج: تبّنى به يريد: تبّناه، وفي حديث أبي حذيفة أنه تبّنى سالما أي اتخذها ابنا⁽¹⁰⁵¹⁾.

الفقرة الثانية: التبني اصطلاحاً

لا يخرج استعمال الفقهاء للفظ التبّني عن المعنى اللغوي، فقد جاء في تفسير الطبري: التبّني هو إذا ادعى رجل رجلاً وليس بابنه⁽¹⁰⁵²⁾.

وعرّفه عبد الرحمان الصابوني بقوله: أن يدعي شخص بنوة ولد معروف النسب من شخص معين أو مجهول النسب⁽¹⁰⁵³⁾. كما عرّفه عبد العزيز سعد بقوله: «تزييف النسب (التبني) هو ادعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبه إلى أبيه، وإعطائه نسب شخص آخر»⁽¹⁰⁵⁴⁾.

غير أن يوسف القرضاوي عرّفه على معنيين: الأول؛ وهو أن يضم الرجل طفلاً إلى نسبه مع علمه أنه ولد غيره، ومع هذا يلحقه بنسبه وأسرته، ويثبت له كل أحكام البنوة وآثارها، مع إباحة اختلاط الأنساب وحرمة الزواج واستحقاق الميراث. أما الثاني، فهو أن يضم الرجل إليه طفلاً يتيماً أو لقيطاً ويجعله كابنه في الحنان عليه والعناية به وتربيته، فيطعمه ويكسوه ويعامله كابن من صلبه، ومع هذا لم ينسبه لنفسه، ولم يثبت له أحكام البنوة⁽¹⁰⁵⁵⁾.

1051- ابن منظور: لسان العرب، م س، المجلد الأول ج 5، باب الباء، مادة (ب ن ي) ص 364.

1052- ابن جرير الطبري: جامع البيان عن تأويل أي القرآن، ج 19 ص 11، دار هجر، الطبعة الأولى، سنة 1422هـ/ 2001م.

1053- عبد الرحمان الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج 2 الطلاق و آثاره، ص 192. منشورات جامعة دمشق الطبعة الثامنة سنة 2001/2000م.

1054- عبد العزيز سعد: الجرائم الواقعة على الأسرة، ص 151. المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر سنة 2002م.

1055- يوسف القرضاوي: الحلال والحرام في الإسلام، ص 218، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة عشرة، سنة 1400هـ/ 1987م.

نفس التقسيم ذهب إليه محمد شلتوت حينما قال أن للتبني في الشريعة الإسلامية صورتان: الأولى تتمثل في التبني المشروع، وهي أن يضم الرجل الطفل الذي يعرف أنه ابن غيره إلى نفسه، فيعامله معاملة الأبناء، دون أن يلحق به نسبه، فلا يكون ابناً شرعياً ولا يثبت له شيء من أحكام البنوة. والتبني بهذا المعنى يلجأ إليه بعض المحسنين وأرباب الخير،

كما عرّف قاموس الاصطلاحات القانونية الجزائري التبني على أنه رابطة أبوية تقوم على الإرادة دون روابط الدم، تستهدف إيجاد روابط بين المتبني والمتبني، شبيهة بالبنوة الشرعية⁽¹⁰⁵⁶⁾.

وبناء على ما سبق، يتضح أن التبني هو إلحاق الشخص ولدَ غيره بنسبه، واتخاذه ولدا له⁽¹⁰⁵⁷⁾. وذلك تجاوبا مع النزعة الفطرية في حب الأولاد حال العقم أو اليأس من الإنجاب⁽¹⁰⁵⁸⁾.

الفرع الثاني: موقف الشرع والقانون من التبني

الفقرة الأولى: موقف الشرع الإسلامي من التبني

كان العرب في الجاهلية يتبنون أبناء غيرهم وينسبونهم إليهم، ويورثونهم كأبنائهم، ويجري عليهم ما يجري على أبنائهم، وبقي هذا التبني إلى صدر الإسلام⁽¹⁰⁵⁹⁾. وقد تبني رسول

الذين يرون فيه قرابة إلى الله. أما الثانية فتتعلق بالتبني المحذور، وهي المفهومة من كلمة تبني عند إطلاقها، وفي عُرف الشرائع وما هو متعارف عليه بين الناس، بأنه أن ينسب الشخص إلى نفسه طفل يعرف أنه ولد غيره، وينسبه إلى نفسه نسبة الابن الصحيح، ويثبت له أحكام البنوة الصحيحة الحقيقية. - محمد شلتوت: الفتاوى، دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية والعامة، ص 321 - 322، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثامنة عشرة، 1421هـ/2001م.

1056- ابتسام القرام: المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، ص 17 قصر الكتاب، البلدية، الجزائر 1992 م .
1057- الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 10 ص 120، صادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت. الطبعة الثانية، 1407هـ/1987م. طباعة ذات السلاسل، الكويت.

1058- وربما كان سبب التبني، أو الباعث هو رعاية ولد لقيط أو مفقود أو مجهول النسب، أو لا عائلة له ولا مربي له، فيقوم بتبنيه حفاظا عليه من الضياع أو الموت والهلاك.

1059- هذا الوضع المتعلق بالتبني، شأنه في ذلك كشأن كثير من الأوضاع والمسائل، التي ظلت سائدة فترة زمنية بعد ظهور الإسلام، مثل الخمر والربا وبعض عادات الجاهلية، ثم حرم الإسلام كل ذلك، لأن رسالة الإسلام والقرآن الإصلاحية، كانت تعالج أوضاع المجتمع العربي تدريجيا. وفي السنة الخامسة للهجرة أبطل الله جلت حكمته التبني وحرّمه تحريما صريحا.

- محمد صبحي نجم: محاضرات في قانون الأسرة ص 59، سلسلة دروس العلوم القانونية. الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992.

الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة وأعتقه قبل الوحي (1060) ، وكان يسمى زيد بن محمد ، إلى أن نسخ الله تعالى ذلك ، وحرّمه تحريماً باتاً ، وذلك في قوله تعالى : ﴿وما جعل أدياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم﴾ (1061) .

فالكلام لا ينشئ رابطة الدم ، ولا علاقة الوراثة ؛ للخصائص التي تحملها النطفة ، ولا المشاعر الناشئة من كون الولد هو بضعة حية من جسم والده الحي ، وإنما كل هذا لا يكون إلا بالدم والأبوة والبنوة الحقيقية (1062) .

والقرآن الكريم كان صريحاً في منع نسب الشخص إلى غير أبيه منعا لا يدع مجالاً للشك ، وذلك في قوله تعالى : ﴿أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم﴾ (1063) .

قال النحاس : كان هذا ناسخاً لما كانوا عليه من التبني ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد تبني زيد بن حارثة ، فنسخ التبني ، وأمرنا أن يدعوا من دعوا إلى أبيه المعروف ، فإن لم يكن له أب معروف نسبه إلى ولائه المعروف ، فإن لم يكن له ولاء معروف ، فهو أخ في الدين (1064) . قال تعالى : ﴿إنما المؤمنون إخوة﴾ (1065) .

لما نسخ الإسلام نظام التبني أبطل كل آثاره ، ومنها إباحة زواج المتبني بزوجة من تبناه ، إذا فارقتها بموت أو طلاق ، وقد ثبت هذا الإبطال لما قضى جل وعلا أن يتزوج النبي صلى الله عليه وسلم بزینب بنت جحش بعد طلاقها من زيد بن حارثة رضي الله عنه ، في قوله تعالى : ﴿فلما

1060- محمد علي الصابوني:صفوة التفاسير، مرجع سابق، ج 2 ص 1060.512

1061- سورةالأحزاب، الآية 04

1062 -أحمدأحمد: موضوع النسب في الشريعة والقانون، ص 214 دار القلم، بيروت، الطبعة الأولى سنة 1983

1063 - سورة الأحزاب الآية 05

1064 - أبو جعفر النحاس: الناسخ والمنسوخ ص 209 المكتبة العلامية. مصر، طبعة 1357هـ/1938م.

1065 -سورة الحجرات: الآية 10

قضى زينه منها وحصرا زوجها كما لكري لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج
أدعيائهم إذا قضاوا منهن وحصرا وكان أمر الله مفعولا ﴿1066﴾.

الآية جاءت لإباحة ما كان محرما في الجاهلية، من تحريم زواج المتبني من زوجة متبنيه،
فجعله تعالى حلالا طيبا. ولعل الحكمة من زواج النبي صلى الله عليه وسلم بزینب رضي الله
عنها، هي تثبيت نسخ التبني، وإبطال آثاره، ورفع الحرج عن المسلمين في نكاح أزواج أدعيائهم
الذين لم يعودوا أبناءهم بالتبني، كما أنهم ليسوا بأبنائهم في الحقيقة والواقع ﴿1067﴾.

وجاءت السنة النبوية الشريفة مؤكدة هي الأخرى على تحريم التبني، في الحديث الذي
رواه سعد رضي الله عنه قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «من ادعى إلى غير
أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام» ﴿1068﴾. وهذا صريح في غلظ تحريم انتماء
الإنسان إلى غير أبيه، لما فيه من كفر النعمة وتضييع حقوق الإرث وغير ذلك مع ما فيه من قطيعة
الرحم والعقوق ﴿1069﴾.

-
- 1066-سورة الأحزاب: الآية 37.
1067- محمد الكدي العمراني: فقه الأسرة المسلمة في المهاجر ج 2 ص 246، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة
الأولى، سنة 1422هـ/ 2001م.
1068- ابن حجر العسقلاني: فتح الباري على شرح صحيح البخاري، كتاب الفرائض باب: من ادعى إلى غير أبيه،
ج 12 ص 62 الحديث رقم 6766، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1410هـ/ 1989م.
وتخريج الحديث كاملا جاء كما يلي:
حدثنا مسدد حدثنا خالد - هو ابن عبد الله - حدثنا خالد عن أبي عثمان «عن سعد رضي الله عنه قال: سمعت النبي صلى
الله عليه وسلم يقول: من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام».
- 1069- النووي: شرح النووي على صحيح مسلم، م س، ج 9 ص 144
ومع أن التبني كذب وافتراف على الله والناس كما صرحت بذلك النصوص الشرعية، فإنه يؤدي إلى مفاصد كثيرة منها:
- أنه يأتي بشخص أجنبي يعيش مع أجنبيات عنه، لا تربطه بهن رابطة مشروعة، فيطلع منهن على ما حرم الله الاطلاع
عليه، ويحرم عليه الزواج منهن مع أنهن محلات له.
- إن قرار التبني وترتيب آثار البنوة الحقيقية عليه يؤدي إلى تحمل الأقارب واجبات تترتب على ذلك؛ فتجب نفقة المتبني
عند الحاجة والعجز، وفي ذلك تحميل للأقارب تبعات لشخص لا تربطهم به قرابة حقيقية ولا رحم موصول.
- قد يستعمل المتبني وسيلة لحرمان بعض الورثة من الميراث، ويحرم منه أصحاب الحق من الميراث من إخوة وأخوات،
فيغرس بذلك بذور الشقاوة والحقد والكراهية بين الأسر. ولو لم يكن في التبني من هذه المفاصد إلا إحداها، لكان خليقا
بالإلغاء والإهدار.
- محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 704، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة
الرابعة، 1403هـ/ 1983م.

وبهذا أبطل التبني بالتشريع العملي بعدالتشريع القولي⁽¹⁰⁷⁰⁾ ، وانتهى أمره في التشريع الإسلامي ، وأصبح رابطة غير معترف بها ، لا يترتب عليه أي حكم ، ومن أقدم عليه كان آثما ، وكان عمله عملا باطلا .

الفقرة الثانية: موقف المشرع المغربي من التبني

يقصد بالتبني في الاستعمال العام، اتخاذ شخص ولد غيره ولدا له ، وجعله مثل ولده الحقيقي المولود من صلبه ، فينسب إليه كما ينتسب إليه ابن الصلب ، ويتمتع بنفس الحقوق الثابتة للابن الحقيقي ، ويلتزم المتبني اتجاه المتبنى بما يلتزم به ابن الصلب⁽¹⁰⁷¹⁾ .

فالتبني من هذا المنظور قرابة بين شخصين ، مبنية فقط على حكم قضائي وليس على رابطة الدم ، فالتبني يخلق بين المتبني والمتبنى علاقة نسب اصطناعية ، تترتب عنها في بعض الحالات نفس الآثار الناجمة عن النسب الشرعي⁽¹⁰⁷²⁾ .

والمغرب كباقي الدول الإسلامية⁽¹⁰⁷³⁾ ، يجهل هذه المؤسسة ويعتبرها مخالفة للنظام العام والأخلاق ، وجاء ذلك صريحا في المادة 149 من مدونة الأسرة ، التي نصت في فقرتها الأولى على أنه : « يعتبر التبني باطلا ، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية » ، كما منع المشرع الجزائري التبني صراحة⁽¹⁰⁷⁴⁾ بموجب المادة 46 من قانون الأسرة التي نصت على أنه : « يمنع

1070- يوسف القرضاوي: الحلال والحرام في الإسلام، مرجع سابق، ص 217.

1071 - محمد الكدي العمراني: فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، م س، ج 2 ص 243.

1072- محمد الشافعي: الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية وحالات شاذة. سلسلة البحوث القانونية رقم 3، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش ص 73.

1073- باستثناء تونس، فبالرغم من انتمائها إلى العالم العربي والإسلامي، إلا أنها أقرت نظام التبني وأسسته بالقانون المؤرخ في 1958/03/04.

1074- لكن الذي يبدو من موقف المشرع الجزائري، أنه لم يوصد باب التبني بإحكام، بل إنه شقه بالمرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 1992/01/13، الذي جاء في مادته الأولى بأنه: « يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة، ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب، بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب

التبني شرعا وقانونا»⁽¹⁰⁷⁵⁾ ، ومعنى ذلك أنه لا يجوز لأي جزائري أن يتبنى طفلا أو أن ينسبه إلى نفسه أو يسجله على اسمه في سجلات الحالة المدنية، وكل تصرف مخالف لذلك يعرض فاعله لتهمة التزوير في الوثائق الرسمية، المعاقب عليها في قانون العقوبات⁽¹⁰⁷⁶⁾.

كما نصت المادة 241 من وثيقة مجمع الأحوال الشخصية للمسلمين في الدول غير الإسلامية على أن: «التبني محرم في الشريعة، ولا يتعارض ذلك مع كفالة حقوق الرعاية الاجتماعية بكافة صورها للأيتام واللقطاء أيا كان انتماءهم، واعتبار ذلك من أجلّ القربات»⁽¹⁰⁷⁷⁾.

ومن زاوية القضاء، فالقضاء المغربي لم يجعل من التبني طريقا لإثبات النسب، وهو ما أكدته في أحد قراراته الصادرة عنه حيث جاء فيه: «التشطيب على البنت المذكورة من كُنْاش الحالة المدنية للمدعى عليه... وكذا من السجلات المسوكة لدى ضابط الحالة المدنية لكونها ليست من صلبه ولا من صلب مفارقتة»⁽¹⁰⁷⁸⁾.

الولد المكفول بلقب الوصي. وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن تترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب». (الجريدة الرسمية، الصادرة في 1992/01/22، عدد 05 ص 138، 139)
وبهذا النص يُستلحق المكفول بالكافل عن طريق اللقب، وبمعنى آخر، فإن هذا المرسوم قد أقر صراحة التبني حتى ولو اقتصر آثاره على اكتساب لقب الكافل، فهذا النوع من التبني هو التبني البسيط.
- جيلالي تشوار: تغيير اللقب اتجاه الصلاحيات الدستورية للسلطتين التشريعية والتنفيذية. مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، سنة 2004م، عدد 02، ص 10.
1075- القانون رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن لقانون الأسرة الجزائري.
1076 - المادة 223 من قانون العقوبات الجزائري.
1077- مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا: وثيقة المجمع للأحوال الشخصية للمسلمين في الدول غير الإسلامية، المؤتمر الثامن للمجمع المنعقد بالكويت في جمادى الأولى 1433 هـ/مارس 2012 م
1078- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط ملف عدد 91/1405/10 رقم 314 بتاريخ 1994/02/20، وهو حكم غير منشور أوردته جميلة أوحيدة في نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا، مرجع سابق، ص 318.

وواضح من هذا القرار، أن القضاء أصدر أمرا بالتشطيب على متبنى من دفتر الحالة المدنية، بعدما تأكد من عدم ثبوت نسبه.

كما يرفض القاضي المغربي تذييل الأحكام الصادرة عن المحاكم الأوربية في مجال التبني⁽¹⁰⁷⁹⁾ بالصيغة التنفيذية، كلما كان أحد أطراف النزاع على الأقل مسلما، وذلك عندما يراد التمسك بالآثار المترتبة عليه في مجال النفقة والميراث⁽¹⁰⁸⁰⁾، إذ لا يمكن للقاضي المغربي الاعتراف بالتبني الذي تتم إجراءاته بين زوجين مغربيين مسلمين خارج المغرب في بلد يسمح به، ولو تعلق الأمر بطفل أجنبي، يسمح قانونه الوطني به، كما لا يجوز للأجانب ولو غير مسلمين تبني طفل مغربي مسلم⁽¹⁰⁸¹⁾. وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الذي جاء فيه: «لا يجوز تبني طفل مسلم في المغرب من قبل أجنبي ولو كانوا لا ينسبون إلى الديانة الإسلامية»⁽¹⁰⁸²⁾.

وتجدر الإشارة، إلى أن تبني طفل مغربي مزداد من زواج مختلط فوق التراب الفرنسي مثلا، مسألة ممكنة خصوصا بالنسبة للطفل المزداد في فرنسا والذي يحمل الجنسية الفرنسية، لكن هذا التبني لن يكون له أي أثر في المغرب، لأن هذه المؤسسة تخالف النظام العام المغربي، الذي لا يعترف بها ولا ينتج عنها أي أثر من آثار البنوة الشرعية...⁽¹⁰⁸³⁾

1079- وذلك حسب المادة 148 من مدونة الأسرة: «لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية».

1080- جميلة أوحيدة: مستجدات مدونة الأسرة وانعكاساتها على المغاربة المقيمين بأوروبا، ص 153. ورد في مجلة: قضايا الأسرة: من خلال اجتهادات المجلس الأعلى. الندوة الجهوية الثانية، القصر البلدي، مكناس 8-9 مارس 2007م.

1081- ناصر متيوي مشكوري: الطفل المغربي بين الكفالة والتبني في العمل القضائي المغربي، مجلة للطفل حقوق، عدد مزدوج 3-4 يناير 2002 ص 33 .

1082- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 15 يناير 1969 - عدد 87، ملف عدد 22851 غير منشور، أوردته: جميلة أوحيدة في المرجع السابق، ص 153 الهامش 48.

1083- وذلك حسب المنشور الصادر عن وزارة العدل المغربية الذي اعتبر أن التبني: يشكل خرقا للقانون الداخلي للمملكة وخرقا للنظام العام المغربي ... وهو تصرف مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية. - منشور وزارة العدل رقم 2/23126 صادر بتاريخ 23 يناير 1985م.

وفي الاتجاه نفسه سار القضاء الجزائري، الذي أبطل التبني ولم يجعل منه طريقا لثبوت النسب، وهذا ما تبين من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، حيث جاء في أحد القرارات: «من المقرر أنه يمنع التبني شرعا وقانونا، ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني، فإن للمدعي الحق في إخراجه من الميراث، لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا، وعليه فإن قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي برفض إبطال التبني على أساس أن المتبني لم ينكر الولد المتبني، قد أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان ذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽¹⁰⁸⁴⁾. وفي قرار آخر، قضت بأنه «يمنع التبني شرعا وقانونا، وأن تكييف القضية على أنها تبني دون إبطال عقد ميلاد المتبني، هو مخالف للقانون»⁽¹⁰⁸⁵⁾.

وهكذا، يتبين من القضاءين المغربي والجزائري أنه يبطل التبني ويعتبره مؤسسة مجهولة ولا يترتب عليه أي أثر، وذلك تماشيا منهما مع ما أقرته الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث: الفرق بين التبني والكفالة

لقد حرم الإسلام التبني، مع أنه قد يُرى فيه جانب إنساني وإيجابي، يتعلق بحصول الولد المتبني على الرعاية اللازمة والاهتمام الضروري من طرف الأسرة التي تبنته، وتحريم التبني على هذا الاعتبار، فيه تفويت لهذه الرعاية على الولد المتبني.

إلا أن الإسلام وهو دين الرحمة، لم يغفل أبدا هذا الجانب المهم من حياة الكثير من الأطفال، الذين حرموا لسبب أو لآخر من الرعاية الضرورية داخل أسرهم الطبيعية والأصلية،

1084- قرار صادر عن المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1994/06/28، ملف رقم 122761 ورد بالمجلة القضائية، عدد خاص سنة 2001، ص 155.

1085- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بتاريخ 2000/11/21 ملف رقم 246924، ورد بالمجلة القضائية عدد 02 سنة 2001 ص 297.

فشرع لأجل هذا نظاما للعناية بهؤلاء الأطفال المحرومين، ألا وهو نظام الكفالة. هذا النظام الذي لفتني في صورته الظاهرية وجانبه العملي مع التبني، ويتمثل ذلك في الرعاية الأسرية المقدمة لهؤلاء الأطفال، إلا أن نظام الكفالة يفارق التبني من حيث مشروعيتها ومن حيث الآثار المترتبة عن كل منهما.

- من حيث المشروعية: تعتبر الكفالة مشروعة بكتاب الله عز وجل وبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم و بإجماع العلماء. يقول تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَهُمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ (1086). وقوله أيضا: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ (1087). وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنا وكافل اليتيم، كهاتين في الجنة» (1088). والعلماء أجمعوا على جواز الكفالة، ولا يزال المسلمون يكفل بعضهم بعضا من عصر النبوة، دون تكفير من أحد.

أما التبني فهو محرم تحريما قطعيا بالكتاب والسنة، يقول تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ لَدَعْوَاهُمْ لَابْنَاءَهُمْ هُوَ أَقْسَمُ عِنْدَ اللَّهِ فَمَنْ لَمْ يَعْلَمْ آبَاءَهُمْ فَمَاخِرَانَكُمْ فِي الرِّجَالِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ (1089). ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: «من ادعى إلى غير أبيه، وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام» (1090).

- من حيث الآثار: تترتب عن التبني آثار هامة بالنسبة للدول التي تأخذ به (1091)، إذ يخول للمتبنى أن يأخذ نسب العائلة المتبنية (1092)، كما يرتب جميع آثار النبوة من حقوق وواجبات

1086- سورة آل عمران: الآية 44.

1087- سورة آل عمران: الآية 37

1088- سبق تخريجه.

1089- سورة الأحزاب: الآيتان: 4 و5

1090- ابن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، م س، ج 12 ص 62. سبق تخريج الحديث .

كحرمة الزواج والنفقة⁽¹⁰⁹³⁾، كما يؤثر في العلاقة الميراثية بسبب النسب الاعتباري، إذ يصبح المتبنى وارثا متى توافرت شروط الميراث.

أما بالنسبة للكفالة، فالولد المكفول يبقى محافظا على نسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب يبقى كذلك ولا ينسب إلى الكافل نسب الابن إلى أبيه.

فالإسلام جعل لكل نظام سببا أصليا، فقد ربط الإرث بصلة الدم والقربة الحقيقية، يقول تعالى: ﴿الوالدين والأقربين﴾⁽¹⁰⁹⁴⁾ وهو ما لا يتوفر عند المتبنى والمكفول، أما في الزواج فيقول تعالى: ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾⁽¹⁰⁹⁵⁾، حيث جعل القرآن الكريم من المحرمات حلائل الأبناء الصليبين، لا الأدعياء، لأنهم ليسوا من الصلب.

هذا وقررت الشريعة الإسلامية أن النسب لا يثبت إلا بولادة حقيقية وفعلية ناشئة عن علاقة شرعية.

وبناء على ما سبق، وبعد تحريمها لنظام التبني، جاءت الشريعة الإسلامية بنظام الكفالة كنظام بديل، وذلك لحفظ الأنساب وتطهير المجتمعات من المفاصد المترتبة عن نظام التبني.

وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الوضعي، فالتشريعات العربية والإسلامية - باستثناء تونس - قد منعت التبني، وفي هذا الصدد تقول المادة 149 من مدونة الأسرة المغربية: «يعتبر التبني

1091- أما في الشريعة الإسلامية، فالتبني لا يرتب أي أثر بحكم تحريمه القاطع، فلا ميراث للمتبنى، ولا نسب له، إذ لا يمكن إلحاقه بالشخص الذي يريد تبنيه، ومن خالف هذه الأحكام يُعدّ أثما.

1092- وعليه فالتبني يؤثر في النسب، لأنه يُحدث نسبا جديدا اعتباريا، وهو النسب بالتبني، لكنه نسب مزيف.

- عبد العزيز سعد: الجرائم الواقعة على الأسرة، م س، ص 185.

1093- حميدو زكية: مصلحة المحضون، مرجع سابق، ص 102.

غير أن الفصل 15 من قانون 1958/03/04 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني بتونس يقول على أن موانع الزواج تبقى قائمة بين المتبنى وأقاربه إذا كانوا معروفين.

1094- سورة النساء: الآية 134.

1095- سورة النساء: الآية 23.

باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية»⁽¹⁰⁹⁶⁾. ويقول المشرع الجزائري: «يمنع التبني شرعا وقانونا»⁽¹⁰⁹⁷⁾.

ومعنى ذلك، لا يجوز لأي مغربي مسلم أن يدعي أن الولد الفلاني ابنه بالتبني، ولا يجوز أبدا أن ينسب إليه⁽¹⁰⁹⁸⁾، ويسجل على لقبه واسمه بسجلات الحالة المدنية. وفي مقابل هذا المنع، نظم المشرع المغربي الكفالة في القانون 15.01⁽¹⁰⁹⁹⁾، سيرا منه على هدي الشريعة الإسلامية.

والمشرع المغربي حسب المادة الثانية من قانون 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، يعتبر الكفالة التزاما برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه، كما يفعل الأب مع ولده، ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث.

يقول الأستاذ محمد أكديد إن العبارة الأخيرة من هذه المادة: «... ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث»، وضعت حدا لأي تأويل في هذا الأمر، وذلك علما من المشرع، بأنه كثيرا ما يقع اللبس أو الخلط لدى عدد من الناس بين النسب ونظام الكفالة والتبني، فيعتبرون عن خطأ المكفول كالابن الشرعي، أو الولد المتبني في النظم التي تأخذ بالتبني، فينسب المكفول إلى الكافل ويعتبره أنه يرث منه، ولوضع حد لهذا الخلط أو التأويل جاء النص بالعبارة المذكورة⁽¹¹⁰⁰⁾.

1096- و تضيف المادة 149 من مدونة الأسرة المغربية على أن تبني الجراء أو التنزيل منزلة الولد لا يثبت به النسب وتجري عليه أحكام الوصية.

1097- المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري.

1098- تقول المادة 150 من مدونة الأسرة المغربية على أن: «النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف».

1099- القانون 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

1100- محمد أكديد: كفالة الأطفال في التشريع المغربي. مجلة القضاء والقانون، عدد 147 سنة 2003م، ص 90.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد نص في المادة 120 من قانون الأسرة على أنه «يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي، إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب، تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية»⁽¹¹⁰¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الكفالة تخول للكافل، الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي، طبقا للمادة 121 من قانون الأسرة الجزائري⁽¹¹⁰²⁾.

كما تنص المادة 242 من وثيقة المجمع للأحوال الشخصية للمسلمين في الدول غير الإسلامية، على أنه: «يرخص في تسجيل المهجرين من يتامى المسلمين خارج ديار الإسلام بأسماء القائمين على كفالتهم، إذا تعين ذلك سبيلا لإنقاذهم، مع اتخاذ الاحتياطات العملية التي تمنع من الاختلاط المحرم، أو الإخلال بنظام التوريث في الشريعة»⁽¹¹⁰³⁾.

وبالنسبة للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة سنة 1989⁽¹¹⁰⁴⁾، فقد نصت في المادتين 20 و 21 منها على التبني وبديله الكفالة، حيث جاء في المادة 20 على أن الطفل المحروم من بيئته العائلية، له الحق في التمتع بحماية ومساعدة الدولة، والمتمثلة خاصة في توفير رعاية بديلة له.

1101- تنص المادة 64 من قانون الحالة المدنية الجزائري، على أن ضابط الحالة المدنية نفسه هو الذي يعطي الأسماء الشخصية للأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من آباء مجهولين.

1102- خال رمول : المركز القانوني للطفل اللقيط، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 227.

1103- مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا : وثيقة مجمع الأحوال الشخصية للمسلمين في الدول غير الإسلامية، مرجع سابق.

1104- الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة بتاريخ 20 نونبر 1989، والمصادق عليها من طرف المغرب

بتاريخ 21 يونيو 1993م، و قد نُشرت هذه الاتفاقية بالجريدة الرسمية بتاريخ 21 نونبر 1996م.

وهذه الاتفاقية تُعد القانون الدولي لحقوق الطفل، لأنها تضمنت كافة المواثيق الدولية المعنية بهذه القضية، وأضافت إليها كذلك بعض الحقوق والحريات وآليات التنفيذ ووسائل الحماية الجديدة، لكي تشكل مرجعا هاما قانونيا وملزما في مجال حقوق الطفل في العالم. - منتصر سعيد حمودة: حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي، ص 69 . دار الجامعة الجديدة 2007م.

فالطفل قد يولد محروما من وسطه العائلي ، وقد يكون وسطه العائلي غير ملائم لتنشئته نشأة صالحة⁽¹¹⁰⁵⁾ ، لذلك أكدت الاتفاقية على ضرورة إيجاد وسط عائلي بديل للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من هذه البيئة ، ويتعين على الدول الأطراف في الاتفاقية أن تُوجد مثل هذا الوسط ، وفقا لقوانينها وتشريعاتها الوطنية.

والمغرب صادق على هذه الاتفاقية ، لكن هذه الأخيرة لم تأتِ أمرة ، وإنما قالت التي تقرّ أو تجيز نظام التبني ، تخصّ الدول التي تجيز نظام التبني ، والمغرب أبطله حسب المادة 148 من مدونة الأسرة ، وتبقى الغاية حسب المادة 20 من هذه الاتفاقية أن يُهتم بالطفل المحروم ، وذلك برعايته في مختلف الأنظمة ، حتى في الدول التي تأخذ بنظام الكفالة الذي جعلته بديلا عن نظام التبني.

وبناء عليه ، فالاتفاقية قد أخذت بنظام التبني باعتباره أحد وسائل الرّعاية البديلة في القوانين الوضعية ، كما أنها راعت موقف الدول الإسلامية التي ترفض نظام التبني لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية ، فأقرت لها نظام الكفالة كوسيلة للرعاية البديلة ، أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال.⁽¹¹⁰⁶⁾

1105- محمد سعيد الدقاق: الحماية القانونية للأطفال في إطار مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، دراسات حول الوثائق العلمية والإقليمية، ص 116، دار الملايين للعلم، لبنان 1989م.

1106- علال أمال برزوق: أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة. ص 220 . أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، السنة الجامعية 2015/2014م.

المبحث الأول: كفالة اللقطة في الفقه الإسلامي:

لقد جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيق مصالح العباد وتكثيرها، ودرء المفسد عنهم وتقليلها، وتتخذ في سبيل هذا، الوسائل الكفيلة بتحقيق ذلك، إذ لم يحرم الإسلام شيئاً وجبلة الإنسان بحاجة إليه، إلا وجعل له بدائل، ولما كان التبني يلبي بعض احتياجات الإنسان، بيد أن فيه مفسد كثيرة وخطيرة، فقد حرمه الشرع وجعل له بدائل تحقق المقاصد المرجوة من التبني، وتجنبنا الآثار السلبية الناتجة عنه.

وتعتبر الكفالة إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه، سواء كان معلوم أو مجهول النسب (1107).

وسأخص بالدراسة مجهول النسب، وهو الطفل اللقطة. فقد أوصت الشريعة الإسلامية بالتقاطه وكفالاته، لكنها قيدت ذلك بشروط، ورتبت أحكاماً، بهدف حفظ حقوق هذا الطفل البريء. (1108).

1107- محمد عبد الجواد محمد: حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر. ص 67 - 68.

1108- الطفل اللقطة بريء؛ إذ لا ذنب له ولم يرتكب جريمة، ومن القواعد العظيمة في الشريعة الإسلامية، أن الإنسان لا يحمل جريمة غيره، قال تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾. سورة الأنعام الآية 166.

لا بد من الإشارة إلى الفرق بين الطفل المتبني واللقطة:

اللقطة من وُجد في مكان يصعب فيه التعرف على أبويه، وادعاء نسبه هو في الأصل ردّ إلى نسب حقيقي في الظاهر، فإذا ادعى الملتقط أو غيره أن اللقطة ابنه، وثبتت دعواه بوجه من الوجوه ثبتت بنوته، وحينئذ يثبت نسبه، وجميع آثاره من المدعي، إذا توافرت شروط الادعاء وهذه الدعوة إقرار بالنسب.

- عبد العزيز إسماعيل صقر: إبطال القرآن الكريم لعادة التبني ص 140. مجلة الشريعة، جامعة الكويت، السنة 10 العدد 25 ذو القعدة 1415هـ/1995م.

أما التبني فيكون لمجهول النسب، كما يكون لمعلوم النسب، ولا يكون ابناً للمتبني ولا يثبت له شيء من ذلك، فالتبني عبارة عن تصرف قانوني منشئ لنسب تختلف أحكامه عن النسب الحقيقي، فإذا تبني رجل ولداً فإن البنوة لا تكون حقيقية، كالبنوة التي تترتب على الإقرار بالنسب، بل هي بنوة قولية ينظمها القانون الوضعي للابن المتبني.

- عبد السلام الدويبي: ملامح رعاية وتربية الطفل في الإسلام. طبعة دار الملتقى للنشر، الطبعة الأولى سنة 1993م ص 126.

وهكذا، لا يثبت النسب بالتبني، ولو كان الولد المتبني مجهول النسب، بعكس ادعاء بنوة اللقطة، حيث يُصدق المدعي ويثبت نسبه منه، على اعتبار أن اللقطة ابنه حقيقة، لا على أساس الاعتراف بنظام التبني الذي أبطله الإسلام.

- مريم أحمد الداغستاني: أحكام اللقطة في الإسلام، الطبعة الأولى دون ذكر دار النشر سنة 1413هـ/1992م ص 122.

والتساؤل المطروح هو: ماهي ديانة الطفل اللقيط؟ وماذا عن شروط الملتقط؟ وهل يجوز لغير المسلم التقاط اللقيط؟ ولمن تكون ولايته؟
المطلب الأول خصصته لتعريف اللقيط، أما المطلب الثاني فتناولت فيه الإجابة على التساؤلات تحت عنوان أحكام اللقيط، بينما خصصت المطلب الثالث لكفالة اللقيط.

المطلب الأول: تعريف اللقيط

الفرع الأول: التعريف اللغوي للقيط

اللقيط لغة فعيل بمعنى مفعول، أي ملقوطة، اسم لما يُلقط، ومنه اللقطة وهو أخذ الشيء من الأرض⁽¹¹⁰⁹⁾. ولقطة الشيء لقطا أصله الأخذ من حيث لا يُحسُّ فهو ملقوطة ولقيط⁽¹¹¹⁰⁾.

قال الكاساني: اللقيط هو الملقوطة وهو الملقى والمأخوذ والمرفوع عادة، لما أنه يؤخذ فيرفع⁽¹¹¹¹⁾. لكن غلب في استعمال العرب اسم اللقيط على الولد المنبوذ أو المطروح، أي الملقى على الطريق، قال الليث: اللقطة بسكون القاف: المنبوذ من الصبيان. والذي يأخذ الصبي أو الشيء الساقط يقال له: الملتقط⁽¹¹¹²⁾.

وجاء في الذخيرة للقرافي: «اللقيط والملقوطة والمنبوذ اسم للطفل الذي يوجد مطروحا»⁽¹¹¹³⁾. قال تعالى في قصة سيدنا موسى عليه السلام: ﴿فالتقطه آل فرعون﴾⁽¹¹¹⁴⁾.

1109- ابن منظور: لسان العرب المجلد الخامس، باب اللام، ص 4060. محمد الرازي: مختار الصحاح، باب اللام، ص 251، مكتبة لبنان 1986م.
1110- أحمد الفيومي المقرئ: المصباح المنير، كتاب اللام، ص 212، مكتبة لبنان 1987م.
1111- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8 ص 317.
1112- ابن منظور: لسان العرب، ص 4060. الفيروز أبادي: القاموس المحيط، حرف اللام، ص 686، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، 1426هـ/ 2005م.
1113- القرافي: الذخيرة، مرجع سابق، ج 9 ص 129.
1114- سورة القصص: الآية 7.

وفي قصة سيدنا يوسف عليه السلام: ﴿وَأَلْقَاهُ فِي غِيَابَاتِ الْجُبِّ يَلْتَقِطُهُ بَعْضُ السَّيَّارَةِ﴾ (1115).

وتسميته كذلك لقيطا، باعتبار أنّ ماله وعاقبته الالتقاط، وتسمية الشيء باعتبار ماله أمر شائع في اللغة، كما في قوله تعالى: ﴿إِنِّي أُرَانِي أَعْرَصُ خَمْرًا﴾ (1116)، فسمي العنب خمرا لأنه يصير بعد العصر خمرا (1117).

والالتقاط أن يعثر على الشيء من غير قصد ولا طلب (1118).

قال القرطبي: الالتقاط: هو تناول الشيء من الطريق، ومنه اللقيط أي يجده من غير أن يحتسبه (1119).

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للقيط

اختلفت تعبيرات الفقهاء في تعريف اللقيط، وذلك تبعا لاختلافهم في الملحظ الذي لاحظته كل منهم عند تعريفه له، فمن لاحظ فيه سبب النبذ والطرح، فقد عرفه بقوله: «اللقيط في الشريعة اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الريبة، أي الزنا» (1120). ومثله جاء في بدائع الصنائع أن اللقيط هو المولود الذي طرحه أهله خوفا من العيلة (الفقر) أو فرارا من تهمة الزنا (1121).

ومن لاحظ فيه العجز عن تعاهد النفس وعدم القدرة على رعايتها، عرفه بقوله: «اللقيط هو كل صبي ضائع لا كافل له» (1122).

1115- سورة يوسف: الآية 10

1116- سورة يوسف الآية 36

1117- الكاساني: بدائع الصنائع، م س، ج 8 ص 318.

1118- ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، حرف اللام، ص 840، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، جمادى الأولى 1421هـ.

1119- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج 11 ص 265.

1120- السرخسي: المبسوط، م س، ج 10 ص 209

1121- الكاساني: بدائع الصنائع، م س، ج 8 ص 317 الهامش رقم 1.

وقال الرملي في نهاية المحتاج: «اللقيط صغير منبوذ في شارع أو مسجد أو نحو ذلك، لا كافل له معلوم، ولو مميزا لحاجته إلى التعهد» (1123).

أما من لاحظ فيه جهالة النسب، عرفه بقوله:

«اللقيط شرعا طفل نبذ أو مطروح بنحو شارع لا يُعرف له مدّع» (1124).

بينما من لاحظ فيه جهالة الحرية مع جهالة النسب، فقد عرفه بقوله: اللقيط صغيرا آدمي لم يعلم أبواه ولارقه (1125).

ومثله تعريف البهوتي: اللقيط طفل لا يُعرف نسبه ولا يعرف رقه، نُبذ في شارع أو باب مسجد أو ضل الطريق ما بين ولادته إلى سن التمييز (1126).

وجاء في الفتاوى الهندية بأنه: اسم لحي مولود، طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا، مضيعه آثم ومحزره غانم (1127).

1122- النووي: روضة الطالبين، ج 5 ص 418، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة 1416هـ/ 1991م.
وجاء في حاشية الدسوقي أن اللقيط هو صغير لا قدرة له على القيام بمصالح نفسه.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 4 ص 124
1123- محمد بن الخطيب الشريبي: معني المحتاج، ج 2 ص 540، دار المعرفة، الطبعة الأولى، 1418هـ/ 1997م.
1124- شمس الدين محمد الرملي: نهاية المحتاج، ج 5 ص 446، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، 1424هـ/ 2003م.

1125- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 4 ص 124، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دون ذكر تاريخ الطبع.
1126- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي: كشف القناع، ج 6 ص 2016، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، سنة 1423هـ/ 2003م.

1127- الفتاوى الهندية: ج 2 ص 304. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1421هـ/ 2000م.
- السرخسي: المبسوط، م س، ج 10 ص 209.
ما يمكن ملاحظته من هذه التعريفات هو:

- اشتراكها في معنى جامع بينها، وهو النذب والطرح دون الإشارة إلى معنى الالتقاط وهو أولى، باعتبار المعنى الحقيقي للقيط الذي إليه يؤول أمره وعليه معقد جميع أحكامه.

- لا يمكن حصر أسباب النذب فيما ذكر، الخوف من الفقر والفرار من تهمة الزنا، بل يمكن أن يضيع من أهله، إما بنفسه كأن يضل الطريق، أو بسبب غيره كأن يضل يُختطف ويُبعد عن أهله، ولا يمكن الوصول إليه، أو بسبب الحروب والفتن، حيث يفقد الكافل والمعين، وكل هذا ما يستوجب التقاطه.

- الاتفاق بين هذه التعريفات على أن السن المعتبرة في اللقيط هو من يوم ولادته حتى بلوغه، أو سن التمييز مع اختلاف يسير.

هذه الملاحظات تدفع المرء إلى ضرورة تمييز اللقيط عن الطفل الضال:

فالطفل الضال، هو الطفل الذي يفقد أهله أو يضل طريقه إليهم، لأي سبب خارج عن إرادتهم، على العكس من اللقيط يتخلى عنه أهله عن قصد وإرادة، خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا.

_ علال برزوق أمال: أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، م س، ص 181

وتجدر الإشارة إلى أن ما سبق ذكره يتعلق بطفل غير معروف النسب، فإن علم نسبه ورقه، وأخذه من يعرفه أو غيره فليس بلقيط، ومقتضى هذا؛ أن من كان معروف الأبوين، ثم طراً عليه بعد ذلك أن جهل أبواه لا يسمى لقيطاً، ورغم ذلك تثبت له أحكام اللقيط من أجل حفظه ورعايته (1128).

وبناء على ما سبق، فاللقيط هو الإنسان المولود الذي يُعثر عليه حياً، ولا يعرف له نسب، بغض النظر عن الأسباب التي أوجدته في هذا الوضع، فقد يكون متروكاً بسبب الفقر أو بسبب الضياع، أو ترك خشية العار لكونه ابن زنا، وقد يوجد نتيجة القوة القاهرة ويضيع بسبب الحروب والكوارث الطبيعية التي قد تصيب المجتمع (1129).

الفرع الثالث: تعريف التشريعات الوضعية للقيط:

إن المشرع المغربي لم يعط تعريفاً للقيط، وإنما تمت الإشارة فقط إلى مجهول النسب في الكتاب الثالث من مدونة الأسرة في قضية البنوة والنسب (1130).

غير أنه بالرجوع إلى مواد قانون الحالة المدنية، نجد أنه أشار إلى المولود مجهول الأبوين، الذي تم التخلي عنه بعد الوضع في المادة 16 التي نصت في فقرتها الثالثة: «... إذا تعلق الأمر بمولود من أبوين مجهولين، أو بمولود وقع التخلي عنه بعد الوضع، يصرح بولادته وكيل الملك بصفة تلقائية، أو بناء على طلب من السلطة المحلية، أو من كل من يعنيه الأمر، معززا تصريحه

1128 - محمد ربيع صباهي: أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25 العدد الأول سنة 2009م ص 794.

1129 - هشام قبيلان: الوصية الواجبة في الإسلام، ص 181. منشورات البحر الأبيض المتوسط، بيروت، سنة 1982م. ومن أسمائه؛ المنبوذ، وقد فرق بعضهم بين المنبوذ واللقيط: فخص المنبوذ بمن طرح عندما وُلد، وشأنه فيمن كان ولد زنا، أما اللقيط فهو ما طرح في الشدائد والحرب لا عند ما ولد، ولهذا قال مالك فيمن قال لرجل يا منبوذ: « لا يعلم منبوذ إلا ولد زنا».

– حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 4 ص 124.

1130- استعرضت مدونة الأسرة المغربية في كتابها الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها في القسم الأول، كل ما يتعلق بالبنوة و النسب في المواد 142 إلى 161.

بمحضر منجز في هذا الشأن، وبشهادة طبية تحدد عمر المولود على وجه التقريب، ويختار له اسم شخصي واسم عائلي، وأسماء أبوين أو اسم أب إذا كان معروف الأم...»⁽¹¹³¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن من عثر على وليد (لقيط)، يجب عليه أن يخبر به ضابط الحالة المدنية أو يسلمه للسلطات المحلية⁽¹¹³²⁾، ثم يتم تسليمه إلى دور الرعاية الاجتماعية المخصصة لاستقبال اللقطاء وتربيتهم وحمايتهم.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد عرّف اللقيط في المادة 67 من قانون الحالة المدنية على النحو الآتي: « هو كل مولود حديث العهد بالولادة لا يعرف له أب ولا أم، وطرحه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا في مكان يغلب الظن على هلاكه لو ترك فيه».⁽¹¹³³⁾

1131- المادة 16 من قانون الحالة المدنية الصادر في شأنه ظهير شريف رقم 1.02.239 بتاريخ 25 رجب 1423 (03 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 02 رمضان 1423 (7 نونبر 2002) ص 3150.

1132- يعاقب المشرع المغربي على ترك أو تعريض وليد أو طفل للخطر في مجموعة من فصول القانون الجنائي، أذكر منها الفصل 469 الذي ينص على أنه: «من عثر على وليد، ولم يخطر به ضابط الحالة المدنية ولا السلطات المحلية، يعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين، وغرامة من مائة وعشرين إلى مائتي درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط» كما أنه يعاقب كل من ترك أو عرض طفل للخطر بعقوبات حبسية ومالية، وتكون العقوبة أشد، إذا كان مرتكب هذه الجرائم أحد أصول الطفل أو أحد الأشخاص الذين لهم سلطة عليه أو المكلفين برعايته، كما تنص على ذلك الفصول 459 و 460 و 461 من القانون الجنائي المغربي.

1133- المادة 67 من قانون الحالة المدنية الجزائري، الصادر بموجب الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19/02/1970. منقول عن خالد رمول: المركز القانوني للطفل المهمل، دراسة مقارنة، ص 207. منشور ضمن سلسلة الندوات -2- الصادرة عن كلية الحقوق بوجدة.

وتضيف المادة أعلاه أنه « يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه». هذا الأخير يقوم بتحرير محضر يذكر فيه المعلومات المتعلقة بالحادث، كما يقوم بإعطاء الأسماء إلى الأطفال اللقطاء أو الأطفال المولودين من أبوين مجهولين، كما تنص على ذلك المادة 64 من نفس القانون.

- علال برزوق أمال: أحكام النسب، مرجع سابق، ص 194.

المطلب الثاني: أحكام اللقيط

لقد وسع الفقهاء القول في أحكام اللقيط من حيث وجوب التقاطه، والعمر الذي يعتبر فيه لقيطاً، والإشهاد على التقاطه، وانتسابه والنفقة عليه، واعتباره مسلماً أو غير مسلم، وغير ذلك مما يتعلق بأحكام اللقيط في أغلب كتب الفقه الإسلامي، لكن الذي يعنيني من موضوع اللقيط هو لمن تكون ولايته؟ وهل يجوز لغير المسلم التقاطه؟ وماذا لو تنازع المسلم وغير المسلم على التقاطه؟ وعليه، سأتناول في هذا المطلب ديانة اللقيط (الفرع الأول) وشروط الملتقط (الفرع الثاني) ثم الولاية على اللقيط (الفرع الثالث).

الفرع الأول: ديانة اللقيط.

إن حاجة اللقيط إلى الدين ملحة ومتزايدة، نتيجة الوضع الخاص الذي يعيشه، والذي قد يسبب له كثيراً من العقد النفسية والمشكلات الاجتماعية، التي تؤثر سلباً عليه وعلى طبيعة نظره للمجتمع.

ومن بين أهم ما يساعد اللقيط على تجاوز هذه المؤثرات والضغوط، ما يحمله من رصيد ديني في نفسه وما يمتلكه من قوة العقيدة والإيمان.

وليست حاجة اللقيط إلى الدين متوقفة على هذا الجانب النفسي فحسب، بل وحتى من الجانب الحقوقي، حيث إن كثيراً من الأحكام التي تثبت بها الحقوق للقيط متوقفة على أمر الدين⁽¹¹³⁴⁾، أذكر منها :

- ميراث اللقيط من الغير متوقف على أمر الدين، إذ لا توارث بين المسلم وغير المسلم؛

1134- فمن هنا تظهر أهمية هذا المطلب وضرورته بالنسبة للقيط، وسيظهر ذلك من خلال تركيز الفقهاء على أمر هام، يتمثل في ضرورة نسبة اللقيط إلى الإسلام، باعتباره يمثل المنفعة الخالصة له في الدنيا والآخرة؛ أما في الدنيا، فلأثره النفسي على اللقيط، وثبوت الحقوق له. وأما في الآخرة فلتحقق النجاة بالالتزام به، لقوله تعالى: ﴿ومن يبتغ غير الإسلام

ديننا فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين﴾. - سورة آل عمران الآية 84.

- تغسيله والصلاة عليه إذا مات ، ودفنه في مقابر المسلمين متوقف على الدين ، فغير المسلم لا يغسل ولا يصلى عليه ولا يدفن في مقابر المسلمين ؛

- ثبوت الولاية على اللقيط متوقفة على أمر الدين ، فلا ولاية للكافر على المسلم .

ولقد وضع الفقهاء مجموعة من المعايير الأساسية التي يجب اعتبارها للتعرف على دين اللقيط :

- أولاً: دين الملتقط؛

- ثانياً: مكان الالتقاط ونوع الدين السائد أو الغالب في البلد.

أولاً: دين الملتقط

إن مراعاة دين الملتقط يفرضه أحقيته في الولاية على اللقيط والإشراف على شؤونه. من أجل هذا، كان لا بد من مراعاة دين الواجد لامتلاكه الأحقية في تبعية اللقيط له، بل إن ذلك من مقتضى ثبوت الولاية عليه، إذ من الطبيعي أن من بين المهام التي يقوم بها الملتقط في رعاية اللقيط تربيته وتنشئته، ولا شك أن أهم عامل من عوامل التربية التي يحرص على تربيته عليها، نجد العامل الديني، ولا شك أنه يربيه على دينه وينشئه عليه وليس على دين آخر (1135).

ولأجل هذا السبب، صرح الفقهاء بوجوب نزع اللقيط المحكوم بإسلامه من يد ملتقطه غير المسلم، حذراً من أن يربيه على الكفر.

1135- حنان قرقوتي: رعاية اليتيم في الإسلام، ص 222 . دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت 1424 هـ. وتضيف الباحثة أن من بين الأهداف الأساسية في إقامة الملاجئ ودور الرعاية لليتامى واللقطاء، خصوصاً بعد الحرب العالمية الأولى، في بلاد النصارى وفي بلاد المسلمين من طرف النصارى؛ تنشئة هؤلاء الأطفال على النصرانية، ولهذا كانوا يرحبون بأكثر عدد منهم، ولا يسمحون بعد استلامه من استرجاعه مهما كانت الظروف. ويمكن أن أضيف لذلك، ما يقع حالياً من إيداع الأطفال اللاجئين من سوريا والعراق وغيرها من الدول الإسلامية التي تشهد الحروب والنزاعات، إيداعهم في الملاجئ الموجودة بالدول الغربية، وهي فرصة ممتازة يقول الدكتور محمد الكدي العمراني لحاملي لواء التنصير، لاحتواء هؤلاء المشردين والعطف عليهم، وتبني الأطفال منهم. - محمد الكدي العمراني: فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، مرجع سابق، ج 2 ص 251. وتفايداً لذلك اقترح الدكتور يوسف الشبيلي جواز اللجوء إلى التبني إذا كان سبيلاً لاستنقاذ المهجرين إلى الغرب من أطفال المسلمين من أخطار تبني الكنائس والجمعيات غير الإسلامية لهم، ولم تنيسر كفالتهم بدون هذا التبني، بشرط أن تتخذ الإجراءات العملية التي تحصر هذه العلاقة في حدود الكفالة، وتحول دون اختلاط الأنساب، وتجنب الاختلاط غير المشروع، وبذل الأسباب الشرعية التي تُعين على ذلك؛ ومن ذلك إسهام الجالية المسلمة على هذه الواقعة، وتسجيلها أما المركز الإسلامي، وإرضاع الطفل من زوجه إن كانت ذات لبن أو أختها مثلاً، حلاً لمشكلة الاختلاط في المستقبل، وهكذا. - موقع الدكتور يوسف بن عبد الله الشبيلي www.shubily.com نوازل الأسرة المسلمة في المجتمع الأمريكي.

فمن قولهم: وينزع اللقيط المحكوم بإسلامه من يد ملتقطه الكافر، خوف تربيته على دينه واسترقاقه (1136).

ولما كان للملتقط التأثير الكبير في توجيه ميول الطفل الديني، راعى الفقهاء تبعية اللقيط لدين الملتقط في تحديد الدين، ولعل السند الشرعي في ذلك:

1- ما تقرر عند الفقهاء من تبعية الابن لأبيه في الدين، لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة: « كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه...» (1137).

قال النووي في شرح هذا الحديث: « معناه أن كل مولود يولد متهيئاً للإسلام، فمن كان أبواه أو أحدهما مسلماً، استمر على الإسلام في أحكام الدنيا والآخرة، وإن كان أبواه كافرين، جرى عليه حكمهما في أحكام الدنيا، وهذا معنى: يهودانه وينصرانه ويمجسانه أي يحكم له بحكمهما في الدنيا، فإن بلغ استمر عليه حكم الكفر ودينهما» (1138).

ونقل ابن حجر في فتح الباري عن ابن القيم قوله: « وقد جاء عن أحمد أجوبة كثيرة يحتج فيها بهذا الحديث، على أن الطفل إنما يحكم له بكفر أبويه، فإذا لم يكن بين أبوين كافرين فهو مسلم» (1139).

2- تبعية ولد السبي للسببي في الدين، إذا لم يوجد معه أحد أبويه.

1136- صالح عبد السميع الأبي الأزهرى: جواهر الإكليل، ج 2 ص 222، المكتبة الثقافية بيروت. دون ذكر الطبعة ولا تاريخ الطبع.

1137- إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين، حديث رقم 1385، ص 334.

تخريج الحديث: حدثنا ابن أبي ذئب عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: الحديث.

كما أخرجه مسلم في صحيحه، بسند مختلف في كتاب القدر: باب معنى كل مولود يولد على الفطرة وحكم موت أطفال الكفار وأطفال المسلمين، المجلد الثاني، ص 1226، حديث رقم 2657. دار طيبة، الطبعة الأولى، 1427هـ/ 2006م.

1138- النووي: شرح صحيح مسلم، م س، ج 16 ص 208

1139- ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، مرجع سابق، ج 3 ص 318.

جاء في المجموع: أما إذا سبي الصغير ولم يكن مع أحد أبويه، فحكمه حكم ساقيه، ويصير مسلماً بإسلامه، ولأنه صار تحت ولايته كالأبوين⁽¹¹⁴⁰⁾. ولأن الطفل هنا يعتبر في الدين بغيره، ولا يصح مع عدم التكليف أن يعتبر بنفسه⁽¹¹⁴¹⁾.

وهذه التبعية التي أثبتها الفقهاء للسابي، مبنية على ثبوت الحضانة والكفالة للسابي، فهو بمنزلة الأب. يقول النووي في هذا الشأن: « فجعل تابعا للسابي لأنه كالأب في حضانته وكفالته، فتبعه في الإسلام»⁽¹¹⁴²⁾.

وكذلك الحال هاهنا بالنسبة للملتقط، فإن حضانة اللقيط وكفالته ثابتة له، فاستحق تبعيته له في الدين كالأب تماماً. فإذا ثبت وجه اعتبار دين الملتقط في الحكم على دين اللقيط، فإنه يمكننا أن نجمل أحكام تبعية اللقيط للملتقط في الدين في الحالات الآتية:

- الحالة الأولى: إذا كان الطفل محكوماً بإسلامه، فإنه لا يقر في يد ملتقطه الكافر، ولا يتبعه في دينه لسبيين⁽¹¹⁴³⁾:

السبب الأول: لأن إقراره في يده معناه إثبات حق الكفالة له، والكفالة ولاية، ولا ولاية للكافر على المسلم في دينه، لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾⁽¹¹⁴⁴⁾.

1140- النووي: المجموع شرح المذهب: ج 16 ص 237، مكتبة الإرشاد، دون ذكر الطبعة ولا سنة الطبع.

1141- نفس المصدر: ج 21 ص 194. - القرافي: الذخيرة، م س، ج 9 ص 134

1142- النووي: المجموع شرح المذهب: م س، ج 21 ص 195.

1143- ابن قدامة: المغني، م س، ج 8 ص 364. - النووي: المجموع، م س، ج 16 ص 211.

1144- سورة النساء: الآية 140.

السبب الثاني: مخافة أن يفتنه عن دينه ويحمله على الكفر.

- الحالة الثانية: إذا كان الطفل محكوما بكفره، أقر في يد الملتقط الكافر؛ لأنه على دينه

فهو أولى به، لأن الذين كفروا بعضهم أولياء بعض⁽¹¹⁴⁵⁾. ويجوز للمسلم التقاطه ويقر في يده، نظرا لمصلحة الطفل في ثبوت الإسلام له⁽¹¹⁴⁶⁾.

- الحالة الثالثة: إذا لم يحكم للقيط بشيء لا بكفر ولا إسلام، فهو مسلم، تغليباً

لمصلحته في الإسلام، وقد قال الإمام أحمد في أمة نصرانية ولدت من فجور: «ولدها مسلم، لأن أبويه يهودانه أو ينصرانه، وهذا ليس معه إلا أمّه...»⁽¹¹⁴⁷⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء مع قولهم بتبعية اللقيط للملتقط في دين الكفر في الأحوال والمواضع التي نصوا عليها، إلا أنهم ومراعاة للأصلح والأنفع للقيط، فإنهم يقولون باستحباب أن يسلم اللقيط المحكوم بكفره إلى المسلم حتى يبلغ، احتياطاً للإسلام، فإذا بلغ واختار الكفر أقر عليه وحكم له بالكفر، حماية لحقه في العقيدة وحرية في اختيار الدين الذي يشاء، وإن اختار الإسلام حكم له به من وقته.⁽¹¹⁴⁸⁾

ثانياً: مكان الالتقاء

من ضمن القواعد التي اعتمدها الفقهاء في الحكم على دين اللقيط، المكان الذي وجد فيه والموضع الذي التقط منه.

واعتبار المكان هاهنا من حيث الدين السائد فيه والغالب عليه، وقد نقل ابن المنذر الإجماع من العلماء، الذي يشير إلى اعتبار المكان في الحكم على دين اللقيط، فقال رحمه الله

1145- النووي: المجموع شرح المذهب، م س، ج 16 ص 213 . - ابن قدامة: المغني، م س، ج 8 ص 364.

1146- ابن قدامة: المغني، م س، ج 8 ص 364. - ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2 ص 251.

1147- ابن قدامة: المغني، م س، ج 8 ص 353.

1148- النووي: المجموع شرح المذهب، م س، ج 16 ص 219.

تعالى: «أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين ميتا في أي مكان وجد، أن غسله ودفنه في مقابر المسلمين واجب...» (1149).

وهذا الحكم الذي نقل الإجماع عليه، مؤسس على الحكم بإسلام الصبي الذي مات في بلاد المسلمين، ولا مستند لهذا الحكم - إسلام الصبي الميت في بلاد المسلمين - إلا تبعيته في الدين للمكان الذي مات فيه.

يقول السرخسي في المبسوط: «إذا مات اللقيط قبل أن يعقل يصلى عليه، سواء وجدته مسلم أو ذمي، لأنه حكم بإسلامه تبعا للمكان» (1150).

ثم إن الحكم على اللقيط بتبعيته للدين السائد في المكان حكم بالظاهر، حيث إن ظاهر من يسكن موضعا أو يوجد به يلتزم أحكام الدين الظاهر في المكان. (1151)

ومعلوم أن الأخذ بالظاهر والتمسك به، أصل يجب التزامه ولا يعدل عنه إلا ببيّنة. (1152)

يقول الكاساني: «فإن وجدته مسلم في مصر من أمصار المسلمين، أو في قرية من قراهم، يكون مسلما، حتى لومات يغسل، ويصلى عليه، ويدفن في مقابر المسلمين، وإن وجدته ذمي في بيعة أو كنيسة، أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذميا، تحكيما للظاهر» (1153).

1149-ابن قدامة: المغني، م س، ج 8 ص 352.

1150- السرخسي: المبسوط، م س، ج 10 ص 214.

1151- الأصل أن من كان في دار، فهو من أهلها يثبت له حكمهم، ما لم يقم على خلافه دليل. -ابن قدامة: المغني، ج 3 ص 478.

1152- وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، ج 1 ص 318، الطبعة الأولى، دار الفكر 1406 هـ/1986 م.

1153 -الكاساني: بدائع الصنائع، م س، ج 8 ص 320.

يقول القرافي فيما يخص تبعية الدار: «كل لقيط وُجد في قرى الإسلام ومواقعهم فهو مسلم، أو في قرى الكفر ومواقعهم فهو كافر».

-القرافي: الذخيرة، م س، ج 9 ص 134.

ومع ذلك، فقد ذكر السرخسي أن هناك من يعتبر يد الواجد أقوى من المكان، فقال: «راوية ابن سماعترضني الله عنهان يد الواجد أقوى لأنه إجرار له ... وإنما تعتبر تبعية المكان عند عدم يد معتبرة».

- السرخسي: المبسوط، م س، ج 10 ص 215.

وعلى ضوء ما سبق، قرر الفقهاء أحكام التبعية للدار - المكان - في الحكم على دين اللقيط، من حيث نوع الدار وساكنها والدين السائد فيها. فقسموا الدار إلى: دار إسلام ودار كفر.

القسم الأول: دار الإسلام: وهي الدار التي يسكنها المسلمون، وتظهر فيها أحكام الإسلام، ويكون فيها المسلمون آمنين⁽¹¹⁵⁴⁾. وهذه الدار على ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: دار يسكنها المسلمون، فاللقيط الموجود فيها مسلم، وإن كان فيها أهل ذمة، تغلبا للإسلام⁽¹¹⁵⁵⁾. وقيد المالكية الحكم بإسلام اللقيط في هذه الحالة، بما إذا التقطه مسلم، كما في جواهر الإكليل: «وحكم بإسلامه في قرى المسلمين، كأن لم يكن فيها إلا بيتان إن التقطه مسلم»⁽¹¹⁵⁶⁾.

وقيد بعض الحنفية بما إذا لم يلتقطه من بيعة أو كنيسة أو قرية من قراهم فيكون ذميا؛ لأن الظاهر أن أولاد المسلمين لا يكونون في مواضع أهل الذمة وكذلك العكس⁽¹¹⁵⁷⁾.
وعلل الفقهاء هذا الحكم، بقولهم إنه اجتمع له حكم الدار وإسلام من فيها، ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه⁽¹¹⁵⁸⁾.

الحالة الثانية: دار فتحها المسلمون وأقروها في يد الكفار بجزية ولم يملكوها، ذهب الشافعية إلى أنه يحكم بإسلام اللقيط في هذه الحال، إن كان فيها مسلم واحد فأكثر، لأنه يحتمل

1154- قال الجمهور: دار الإسلام هي التي نزلها المسلمون وجرت عليها أحكام الإسلام.
- ابن قيم الجوزية: أحكام أهل الذمة، رمادي للنشر، الدمام، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة 1418هـ/ 1997م. ج 2 ص 728.
ولقد عرّف ابن بيه دار الإسلام تعريفا لطيفا فقال: هي كل دولة أكثر سكانها من المسلمين وحكامها مسلمون حتى ولو كانوا لا يطبقون بعض الأحكام الشرعية.
- عبد الله بن بيه: صناعة الفتوى وفقه الأقليات، مرجع سابق، ص 361.
1155- النووي: روضة الطالبين، م س، ج 5 ص 433.
1156- صالح عبد السميع الآبي الأزهرى: جواهر الإكليل، م س، ج 2 ص 222.
1157- يقول السرخسي: المسلمون لا يضعون أولادهم في البيعة عادة، وكذلك أهل الذمة لا يضعون أولادهم في مساجد المسلمين عادة، فيبنى على الظاهر ما لم يعلم خلافه. - المبسوط، م س، ج 10 ص 215.
1158- ابن قدامة: المغني، م س، ج 8 ص 351.

أن يكون لذلك المسلم، تغليباً للإسلام، وإن لم يكن فيها مسلم؛ بل كل أهلها ذمة، حُكم بكفره، لأن تغليب حكم الإسلام إنما يكون مع الاحتمال⁽¹¹⁵⁹⁾. وقيل بل يحكم له بالإسلام، لأنه يحتمل أن يكون ولداً لمن يكتنم إسلامه⁽¹¹⁶⁰⁾. لكن الصحيح هو الرأي الأول، كما جزم بذلك النووي في الروضة وابن قدامة في المغني، لأنه لا حاجة به إلى كتم إيمانه في دار الإسلام.⁽¹¹⁶¹⁾

الحالة الثالثة: دار كان يسكنها المسلمون ثم أُخرجوا منها وغلبهم الكفار، فإن لم يكن فيها من يُعرف بالإسلام، فاللقيط كافر على الصحيح في مذهب الشافعية. وقال أبو إسحاق: مسلم، لاحتمال أن فيها كاتم إسلامه⁽¹¹⁶²⁾.

القسم الثاني: دار الكفر: وهي الدار التي تظهر فيها أحكام الكفر. بأن كانت دار كفر أصيلة - أي لم تكن للمسلمين أصلاً - ومن يملكها كفار أصليون فهي على ضربين :
- إن لم يوجد فيها مسلم، فاللقيط كافر، لأن الظاهر أنه ولد بين كافرين وهو مذهب الشافعية والحنابلة.⁽¹¹⁶³⁾

- أما إن وجد فيها المسلمون - مثل المقيمين للتجارة أو الدراسة وغيرها - بحيث يكون لهم أثر، بخلاف ما إذا كان مسجوناً أو سائحاً مثلاً فلا أثر له، ففيه وجهان:

الوجه الأول: يحكم بإسلامه تغليباً للإسلام، وصححه النووي مذهباً للشافعية.⁽¹¹⁶⁴⁾

الوجه الثاني: يحكم بكفره تغليباً للدار وعملاً بالظاهر، وذهب ابن القاسم من المالكية إلى أنه يحكم له بالكفر حتى ولو التقطه مسلم⁽¹¹⁶⁵⁾، وبه قالت الحنفية⁽¹¹⁶⁶⁾.

1159- ابن قدامة: المغني، ج 8 ص 351.

1160- النووي: روضة الطالبين، ج 5 ص 433.

1161- ابن قدامة: المغني، ج 8 ص 351.

1162- النووي: روضة الطالبين، ج 5 ص 433. - ابن قدامة: المغني، ج 8 ص 351.

1163- النووي: المجموع شرح المذهب، ج 16 ص 202. - القرافي: الذخيرة، ج 9 ص 135.

1164- النووي: روضة الطالبين، ج 5 ص 434.

1165- صالح عبد السميع الأبى الأزهرى: جواهر الإكليل، ج 2 ص 222. أما أشهب فقال: إن التقطه مسلم في هذه

الحالة حكم بإسلامه. وقال القرافي في الذخيرة: الأصح أنه كافر تغليباً لحكم الكفار. - القرافي: الذخيرة، ج 9 ص 135.

1166- الكاساني: بدائع الصنائع، ج 8 ص 320.

وضمن هذه الحالة الأخيرة، حال الجاليات المسلمة التي تعيش في بلاد الغرب، ومعلوم أن أغلب المسلمين هناك لهم حضور وتأثير داخل تلك المجتمعات، بل ولهم فاعلية في صنع بعض القرارات والتوجهات المختلفة للبلاد التي يعيشون فيها، فأصبحوا بهذا يشكلون مجتمعات إسلامية مصغرة داخل المجتمعات الكبيرة التي ينتمون إليها. وإذا كان الفقهاء قد ذكروا حكم دين اللقيط في مثل هذه الحالة مع الخلاف المذكور، وحتى مع اعتماد القول الأول في الحكم بإسلام اللقيط تغليبا للإسلام، ومراعاة للمصلحة والمنفعة له في الدارين، فلا شك أن تطبيق هذا الحكم وتحقيقه من الصعوبة بمكان، إذ من المعلوم أن الجهات التي تتولى إدارة مراكز رعاية اللقطاء هي جهات حكومية، وهي تعمل بلا أدنى شك على توجيه هؤلاء الأطفال إلى التوجه الديني العام للحكومة، الذي ليس الإسلام طبعاً. (1167)

ولهذا يجب على المسلمين في البلاد غير المسلمة، أن يعملوا على إنشاء مراكز خاصة لرعاية الأطفال المسلمين اللقطاء واليتامى والمهجرين، كما يفعل النصارى وغيرهم في بلاد المسلمين، حتى يتمكنوا من توجيه هؤلاء الأطفال نحو دينهم الإسلامي، وهذا الأمر تحتمه مسؤولية الدعوة إلى الله التي تعتبر فريضة على جميع المسلمين أينما وجدوا.

خلاصة لما سبق، يبدو أن الفقهاء اتفقوا على أنه إذا ما اتحد دين الملتقط والمكان الذي وُجد فيه اللقيط والتقط منه، حكم بهذا الدين للقيط. غير أنهم اختلفوا في اعتبار أحدهما عند اختلاف صفة المكان والواجد من حيث الدين، هل العبرة في الحكم بدين اللقيط للمكان أم العبرة لدين الواجد؟

ومجمل القول في هذه المسألة، حرصاً على الحكم بإسلام اللقيط، اعتبار الإسلام فيهما جميعاً، فإن حصل في دار الإسلام فهو مسلم، التقطه مسلم أو ذمي، وإن التقطه مسلم فهو مسلم، سواء وجد في دار الإسلام أو في غيرها. وقد ذكر الكاساني هذا الترجيح عن بعضهم،

1167- حنان قرقوتي: رعاية اليتيم في الإسلام، م س، ص 223.

فقال: وفي كتاب الدعوى اعتبر الإسلام إلى أيهما نسب إلى الواجد أو إلى المكان (1168).
ووجه ذلك بأن اعتبار أحدهما يوجب الإسلام، واعتبار الآخر يوجب الكفر، فيترجح الموجب
للإسلام، لأن في ترجيح الموجب للإسلام منهما حكم بالمصلحة والمنفعة للقيط أولاً، وقياساً
على الحكم بإسلام الصبي بين مسلم وكافر، حيث يحكم به للوالد المسلم (1169).

أما إن التقطه ذمي من ديار المسلمين، فإنه يعود إلى المسلمين ولا يكلف بولايته حرصاً
على مصلحة اللقيط.

هذا من ناحية مراعاة مصلحة اللقيط الدينية، أما إن كان أريد التحري عن دينه لأجل
التعرف على أهله، فهذا الأمر من مسائل القضاء التي يستخدم فيها ما أمكنه من صنوف
الأدلة (1170).

ولهذا ختم ابن قدامة مسائل دين اللقيط بقوله: في الموضع الذي حكمنا بإسلامه، إنما
يثبت ذلك ظاهراً لا يقيناً، لأنه يحتمل أن يكون ولد كافر، فلو أقام كافراً بينه أنه ولده وُلد على
فراشه حكمنا له به. (1171)

1168- الكاساني: بدائع الصنائع، ج 8 ص 320.

1169- نور الدين بولحية: الحقوق الشرعية للأولاد القاصرين، ص 20. دار الكتاب الحديث. القاهرة الطبعة الأولى،
دون سنة الطبع.

1170- وقد أشار إلى ذلك الفقهاء، عندما اعتبر بعضهم الزي والعلامة المميزة للصبي من وسائل التعرف على دينه.
قال السرخسي: «وفي بعض النسخ قال يحكم زيهِ وعلامته... وأضاف: ووجه الرواية التي يعتبر فيها الزي، قال: عند
الاشتباه اعتبار الزي والعلامة أصل، كما إذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار، يعتبر الزي والعلامة للفصل، والأصل
في هذا الاعتبار، قوله تعالى: «تعرفهم بسيماهم» سورة البقرة الآية 273. فهذا اللقيط إذا كان عليه زي المسلمين يحكم
بإسلامه، وإذا كان عليه زي الكفار بأن كان في عنقه صليب، فيحكم بكفره وإن وجده مسلم في قرية فيها مسلمون».

- السرخسي: المبسوط، م س، ج 10 ص 215.

1171- ابن قدامة: المغني، م س، ج 8 ص 352.

الفرع الثاني: شروط الملتقط

يثبت للملتقط حق الولاية على من التقطه، وإثبات الولاية على اللقيط إنما هو لغرض المحافظة عليه وضمان تربيته تربية سليمة. غير أن تحقق هذا الهدف منوط بمدى قدرة الملتقط على القيام بمهام هذه الولاية وواجباتها. وهذا الأمر الأخير منوط أيضا بمدى أهلية الملتقط، وتمتعه بالكفاءة اللازمة التي تمكنه من أداء واجباته في هذه الولاية.

من هنا اشترط الفقهاء شروطا⁽¹¹⁷²⁾ فيمن يلتقط اللقيط ويولي أمره، فليس كل واحد له الحق في التقاط اللقيط وإمساكه في يده، لأن اللقيط نفس إنسانية محترمة، يجب صونها وحمايتها، ومن أجل ذلك يجب أن توضع في يد من هو أهل لتربيتها والقيام بما يصلحها. وحسب طبيعة البحث وسياقه، سأكتفي بالحديث عن شرط الإسلام في الملتقط، - اتحاد الدين بين اللقيط والملتقط - وبناء عليه أتساءل:

هل يجوز لغير المسلم التقاط اللقيط المسلم؟ وماذا لو تنازع المسلم وغير المسلم على التقاطه؟

اشترط جمهور الفقهاء⁽¹¹⁷³⁾ أن يكون الملتقط مسلما؛ إذا كان اللقيط محكوما بإسلامه للدار، وعليه ليس لغير المسلم التقاط المسلم، فإن التقطه نزع منه ولم يقر في يده.

1172- يجب أن تتحقق في الملتقط شروطا معنية حتى يُقر اللقيط في يده، أما إذا انتفت كلها أو بعضها نزع اللقيط من يده وسلم إلى غيره ليقوم بحفظه ورعايته، وأهم ما اشترطه الفقهاء في هذا الأمر:

- اتفق الفقهاء على أن التكليف (وشرطه العقل والبلوغ) شرط في الملتقط، فلا يصح لغير المكلف وهو صبي والمجنون أن يلتقط اللقيط.

- كما اتفق الفقهاء على أن الذكورة أو الأنوثة ليستا شرطا في الملتقط، فالرجل والمرأة في هذا سواء، فكلاهما أجنبي عن اللقيط، وإن كانت الإناث أليق بإسناد ولاية الالتقاط لها. ويترجح هذا النظر الفقهي، لأنه يقوم على قاعدة مراعاة الأنفع والأصلح للقيط.

- العدالة والأمانة: أن يكون الملتقط عدلا، فليس للفاسد الالتقاط، ولو التقط انتزع منه لأنه ليس أهلا للأمانة، وهذا مذهب المالكية والشافعية.

- ابن رشد: بداية المجتهد، ج 2 ص 251. -القرافي: الذخيرة، م س، ج 9 ص 131. - حاشية الدسوقي ج 4 ص 124

- النووي: روض الطالبين، م س، ج 5 ص 419. - الشربيني: مغني المحتاج، م س، ج 2 ص 541

1173- ابن رشد: بداية المجتهد، م س، ج 2 ص 251. - الأبي: جواهر الاكليل، م س، ج 2 ص 222

- السرخسي: المبسوط، م س، ج 10 ص 215. - ابن قدامة: المغني، م س، ج 8 ص 363

ويستند الفقهاء في اشتراط هذا الشرط إلى مجموعة من الأدلة من ذلك (1174) :

- أنه لا ولاية للكافر على المسلم ؛

- أنه لا يؤمن أن يفتنه ويعلمه الكفر، بل الظاهر أنه يربيه على دينه وينشئه على ذلك ؛

- ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه (1175) .

أما إذا كان الطفل محكوما بكفره، فله التقاطه، لأن الذين كفروا بعضهم أولياء بعض.

والذي يظهر من الأدلة أعلاه، أن الفقهاء إنما اشتراطوا شرط الإسلام بالنظر لما يترتب عليه، حيث إن للملتقط ولاية على اللقيط، ولا ولاية للكافر على المسلم، ولأنه لا يؤمن

عليه، والاحتمال أن يؤثر فيه ويفتنه ويعلمه الكفر كبير جدا، ولا يزول هذا المحذور إلا بنزعه

منه وتسليمه إلى مسلم، ودليلهم في هذا، قوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على

المؤمنين سبيلا﴾ (1176). قال القرطبي عن المؤمنين والمؤمنات: قلوبهم متحدة في التواد

والتحاب والتعاطف (1177). ولهذا لن يأتي الخير من غير مسلم لمسلم لذلك لا سلطان له عليه.

وقد خالف الحنفية (1178) جمهور الفقهاء بعدم اشتراط إسلام الملتقط، وعليه يصح أن

يكون الملتقط غير مسلم، ويبقى في يده إلى أن يعقل الأديان، فإذا عقل الأديان نزع منه وجوبا.

وعليه، فاشتراط هذا الشرط له أهمية بالغة، لما يترتب عليه من سلوك اجتماعي ينعكس

على تربية اللقيط، فالهدف هو تربيته على عقيدة سليمة تنمي فيه الصفات الكريمة، حتى إذا ما

- لقد بسطت القول في آراء الفقهاء في هذا الأمر عندما تحدثت عن ديانة اللقيط في الفرع السابق.

1174- ابن قدامة: المغني، م س، ج 8 ص 363 - 364. - النووي: المجموع، م س، ج 16 ص 211.

1175- ابن قدامة: المغني، م س، ج 8 ص 351.

1176- سورة النساء: الآية 140.

1177- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، م س، ج 10 ص 298.

1178- السرخسي: المبسوط، ج 10 ص 217. - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، م س، ج 6 ص 423.

نضجت عقليته واكتمل نموه، كان عضوا نافعا لمجتمعه، ونكون بذلك قد أضفنا إلى المجتمع الإسلامي فردا ينتمي إليه ويدافع عنه (1179).

لكن ماذا لو تنازع مسلم و غير مسلم على اللقيط؟ (1180)

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة (1181) على أن الكافر والمسلم إذا تنازعا لقيطا محكوما بإسلامه، فإنه يحكم به للمسلم، لأنه أولى بحفظه، ولأنه يعلمه أحكام الإسلام بخلاف الكافر (1182)، ولأن الكفالة ولاية، ولا ولاية لكافر على مسلم (1183).

أما إذا تنازع كافرين حول أحقية كفالة اللقيط المسلم، فإنه في هذه الحالة يُنزع منهما ويُسلم إلى غيرهما، لأن كلاهما لا يصلح لكفالاته (1184).

لكن الفقهاء اختلفوا فيما لو التقط مسلم وغير مسلم طفلا محكوما بكفره، فكلاهما يصلح لكفالاته، ولكن مصلحة اللقيط الدينية عند المسلم منهما، على قولين:

1179- محمد ربيع صباهي: أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية، م س، ص 800.
وتأكيدا لذلك، حتى الفاسق لو التقط اللقيط لم يقرّ في يده، لأنه لا يؤمن أن يسيء في تربيته، ولأن الكفالة ولاية، والفاسق ليس من أهل الولاية.

- الشيرازي: المهذب، ج 2 ص 314، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416هـ/ 1995م.
1180- وكذلك إذا تراحم رجلان فأكثر على أخذ اللقيط، وأراده كل منهما لنفسه، وهما أهل للالتقاط، فيرجع الأمر للقاضي، وعليه أن يتحرى الأصلح للقيط، فيقدم الغني على الفقير والعدل على الفاسق، لأنه أنفع للقيط، وفيه ضمان محقق لتوفير الأمن والحياة الكريمة له. وهذا ما ذهب عليه جمهور الفقهاء.

- أحمد الدردير: الشرح الصغير، م س، ج 4 ص 182. - النووي: روض الطالبين، م س، ج 5 ص 420.
- الشربيني: مغني المحتاج، م س، ج 2 ص 541-542.

1181 - أحمد الدردير: الشرح الصغير، م س، ج 4 ص 182.-السرخسي: المبسوط، م س، ج 10 ص 217.

-ابن قدامة: المغني، م س، ج 8 ص 364- النووي: روض الطالبين، م س، ج 5 ص 420.

- الشربيني: مغني المحتاج، ج 2 ص 541.

1182- ابن نجيم المصري: البحر الرائق: ج 5 ص 157، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1417هـ/ 1997م.

1183-الشيرازي: المهذب، م س، ج 2 ص 314.

1184- ابن قدامة: المغني، م س، ج 8 ص 364.

القول الأول: المسلم أحق بكفالاته، ولو كان المسلم فقيرا وغير المسلم موسرا، ومن الأدلة التي استدلووا بها على ذلك:

- أن دفعه إلى المسلم أحظ له، لأنه يصير مسلما فيسعد في الدنيا والآخرة.
 - أن الترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار، الذي إنما يتعلق به توسعة عليه في الإنفاق، وقد لا تحصل التوسعة فيما لو كان الموسر بخيلا.
- ويضيف ابن قدامة: النفع الحاصل له بإسلامه أعظم من النفع الحاصل له بيساره مع كفره⁽¹¹⁸⁵⁾.

القول الثاني: أنهما سواء في حق الكفالة، وهو قول الحنابلة والشافعية، ومن الأدلة على ذلك أن للكافر ولاية على الكافر، ويقر في يده إذا انفرد بالتقاطه، فساوى المسلم في ذلك⁽¹¹⁸⁶⁾.

وفي هذا يقول النووي في روضة الطالبين: «الكافر يلتقط الكافر دون المسلم لأنه أولى به، وللمسلم التقاط الصبي المحكوم بكفره»⁽¹¹⁸⁷⁾.

والأرجح في هذه المسألة هو القول الأول، لأنه لا يمكن مقارنة المصالح التي ينالها اللقيط من المسلم مع المصالح التي ينالها من الكافر⁽¹¹⁸⁸⁾. وكذلك لأن الأصل في الأولاد الإسلام

1185- نفس المصدر ونفس الصفحة.

1186- نفس المصدر والصفحة.

1187- النووي: روضة الطالبين، م س، ج 5، ص 419.

ومثله يقول الشريبي: إن كان محكوما بكفره بالدار، فللكافر التقاطه، لأنه من أهل الولاية عليه.

- الشريبي: مغني المحتاج، ج 2 ص 541.

1188- ابن قدامة: المغني، م س، ج 8 ص 364

لا الكفر، لأن كفرهم لا يتحقق إلا بتربيتهم، وهي لم تحصل بعد، فكيف يحكم عليه بالكفر (1189).

الفرع الثالث: الولاية على اللقيط:

إن موضوع الولاية، وخصوصا الولاية على النفس منها، موضوع له خطر وشأن في المجتمع، وذلك لأنه يتعلق برعاية النشء منذ نعومة أظفارهم، إذ يوجههم بالتهذيب والتأليف القلبي مع الجماعة لخيرها، والابتعاد عما يقوض بنيانها في أي ناحية من نواحيه (1190).

1189 - نور الدين بولحية: الحقوق الشرعية للأولاد القاصرين، م س ص 41
أما إذا وقع التنازع بين المسلم والكافر على نسب اللقيط، وليس لأحدهما بيّنة على الآخر، فالفقهاء اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: أنهما سواء في حق الادعاء، وهو قول أحمد والشافعي، ومن أدلتهم على ذلك:

- أن كل واحد منهم إذا انفرد صحة دعواه، فإذا تنازعا تساوا في الدعوى كالأحرار المسلمين.
- وأن النسب لا يشبه الحضانة.

القول الثاني: أن المسلم أولى من الذمي، وهو قول أبي حنيفة، فكان إلحاقه بالمسلم أولى.

- ابن قدامة: المغني، م س، ج 8 ص 370

أما ابن حزم فقد اختار القول الثاني، وذلك تغليباً للإسلام، حيث قال: «وكل من ادعى أن ذلك اللقيط ابنه من المسلمين... صدق، إن أمكن أن يكون ما قال حقا، فإن تيقن كذبه لم يلتفت». ويضيف ابن حزم أن برهان ذلك، هو أن الولادات لا تعرف إلا بقول الأباء والأمهات، وهكذا أنساب الناس كلهم، ما لم يتيقن الكذب، وإنما قلنا للمسلمين، للثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قوله: « كل مولود يولد على الفطرة وعلى الفطرة وعلى الفطرة». فإن ادعاه كافر لم يصدق، لأن في تصديقه إخراجة عن ما قد صح له من الإسلام، ولا يجوز ذلك، إلا من حيث أجازته النص ممن ولد على فراش كافر من كافرة فقط.

- ابن حزم: المحلى، ج 8 ص 276، إدارة الطباعة المنيرية، دون ذكر الطبعة ولا تاريخ الطبع.

والأرجح في هذه المسألة، هو أنها من مسائل القضاء، فهو الذي يستخدم أساليبه في التحري، وينسبه لأحدهما بحسب ما تدل عليه الأدلة اليقينية. ولا يمكن أن ينسب للمسلم بمجرد إسلامه، لأن دعوى النسب من الأمور التي لا علاقة لها بهذا، وقد قال تعالى: «ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله». - سورة الأحزاب الآية 5 .

- نور الدين بولحية: الحقوق الشرعية للأولاد القاصرين، م س، ص 45 .

1190- أبو زهرة: الولاية على النفس، ص 03. دار الفكر العربي، دون ذكر تاريخ الطبع.

وهذا ما يفسر عناية الشريعة الإسلامية بهذا الموضوع وحرصها عليه، بما نصت عليه من مبادئ تتعلق بتربية ورعاية الصغار، وأحكام أيضا تتعلق بالفئة المحرومة منهم من الأيتام واللقطاء، وما توجبه من المحافظة على حقوقهم وحمايتهم ووقايتهم من عوامل الانحراف. فكان تشريع الولاية على النفس والمال من أحكام، إحدى الوسائل التي سلكتها الشريعة الإسلامية تحقيقا لتلك الغاية النبيلة.

ولعل التساؤل المطروح هنا هو: لمن تثبت الولاية على نفس اللقيط؟

اتفقت المذاهب الأربعة على أن الذي يحتاج إلى الولاية لا يبقى بدون أن تثبت له، ومع اختلافهم في ترتيب الأولياء والمستحقين لها، فإنهم متفقون على أن من ضمن الأولياء الذين تثبت لهم الولاية، السلطان أو نائبه كالقاضي ونحوه، إذا انعدم باقي الأولياء⁽¹¹⁹¹⁾.

وعلى هذا الأساس، يتضح أن المستحق للولاية على نفس اللقيط هو السلطان العام أو نائبه وهو القاضي، لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «... السلطان ولي من لا ولي له»⁽¹¹⁹²⁾.

ولأنه لا يمكن أن يتصور أن يعيش الصغير بلا ولاية عليه ولا إشراف على شؤونه، وإلا كان عرضة للهلاك، فكان ثبوت الولاية إحياء وإنقاذ له من الهلاك، وقد قال تعالى: ﴿وَمِنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾⁽¹¹⁹³⁾.

ولما كان السلطان بحكم ولايته العامة مسؤولا عن الجميع، ووظيفته حماية من يحتاج إلى الحماية، إما بإلزام من يثبت لهم حق الولاية من العصابات والأقارب، بالقيام بواجب الولاية

1191- ابن المفلح: المبدع شرح المقنع، ج 6 ص 107، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1418هـ/ 1997م.

- ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، م س، ج 6 ص 430.

1192- الترمذي: الجامع الكبير، حديث رقم 1102 ج 2 ص 393، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1996م.
تخريج الحديث هو: حدثنا ابن أبي عمر قال: حدثنا سفيان بن عيينة عن ابن جرير عن سليمان بن موسى، عن الزهري عن عروة، عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «... فالسلطان ولي من لا ولي له».

1193- سورة المائدة الآية 34.

على أكمل وجه وأتمه، ومراقبة عملهم في ذلك، أو بالتزام الولاية على من لم يجد لهم أولياء من العصابات والأقارب كالأيتام واللقطاء، وذلك بأن يتعهد بولايتهم إلى من يثق به للقيام بمهام الولاية، وتكون للملتقط الأولوية على غيره بحكم سبق الالتقاط، إذا كان جديرا بالولاية عليه.

وفي هذا يقول الكاساني: «السلطان له الولاية في مال اللقيط ونفسه، فيزوج اللقيط ويتصرف في ماله، وليس للملتقط أن يفعل شيئا من ذلك، لأنه لا ولاية له عليه، لانعدام سببها، وهو القرابة والسلطنة، إلا أنه يجوز له أن يقبض الهبة له، ويسلمه في صناعة ويؤجره، لأن ذلك ليس من باب الولاية عليه، بل من باب إصلاح حاله وإيصال المنفعة المحضة إليه من غير ضرر» (1194).

غير أن فقهاء المذهب المالكي يقدمون في استحقاق الولاية وثبوتها: كافلا لتيتم ومثله اللقيط وإن كان أجنبيا عنه على القاضي والسلطان (1195).

وهذا الرأي له وجاهته باعتبار أن الولاية تكون لمن عني بالفعل، وهو هنا الكافل، لأنه هو الذي قام بواجب الحفظ والصيانة، فينبغي أن يستمر له هذا الحق نظير ما ابتداء (1196).

ويقول أبو زهرة معلقا على هذا الرأي الفقهي: «وإنه بتطبيق هذا المبدأ تكون الولاية على النفس بالنسبة للقيط لمن التقطه، لأنه هو الذي تكفل به ورباه. وهذا مبدأ قويم جدير بالاعتبار، لأنه إذا كان أهل القاصر قد أهملوه فقد قطعوا ما أمر الله به أن يوصل، فحق عليهم الحرمان من

1194- الكاساني: بدائع الصنائع، م س، ج 8 ص 323.

1195- محمد بن أحمد ميارة الفاسي: الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، ج 1 ص 316، دار الحديث القاهرة، سنة 1432هـ/ 2011م. دون ذكر الطبعة.

1196- وأضيف، أن من يعهد إليه بحفظ اللقيط والعناية به، تجتمع لديه كل من الحضانة والولاية على النفس، فيقوم بأداء الوظائف معاً، لأنه يصعب الفصل بين الحضانة والولاية على النفس، فكلاهما تدريب للطفل وتهذيب لغرائزه. فالغاية التي شرعت لها كل واحدة منهما هي نفسها، والمتمثلة في حماية اللقيط ورعايته والعناية بجميع شؤونه. وعليه فالشروط الواجب توافرها في كل من تثبت له الحضانة والولاية واحدة.

سلطان الولاية، وهذا الذي تبرع بالكفالة والتربية وكفلها حتى أنبتها نباتا، هو الجدير بأن يرعى ما أنبت» (1197).

وبناء على ذلك، فولاية اللقيط تكون على ملتقطه، وعليه تربيته وتثقيفه بالعلم النافع في الحياة، ونفقته واجبة على بيت المال، ينفق عليه وهو في يد ملتقطه، ويكون الملتقط مسؤولا عنه في كل ما يحتاجه وينفعه من عمل وتوجيه (1198).

والذي يدعم هذا الرأي، ما روي عن سنين أبي جميلة من بني سليم، أنه وجد منبوذا في زمان عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: فجئت به إلى عمر بن الخطاب فقال: ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ فقال: وجدتها ضائعة فأخذتها، فقال له عريفه (1199): يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح، فقال عمر: أكذلك هو؟ قال: نعم، فقال عمر بن الخطاب اذهب فهو حر، ولك ولاؤه وعلينا نفقته. (1200).

1197- أبو زهرة: الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 91.

وأشير إلى أنه من مهام الولي على النفس أنه يقوم بحماية الصغير وتربيته وتهذيبه والقيام على إصلاحه، ويحفظ له دينه وأخلاقه. وفي هذا يقول وهبة الزحيلي: « صلاحيات ولي النفس هي التأديب والتهذيب، ورعاية الصحة والنمو للجسم والتعليم والتنقيف في المدارس، والإشراف على الزواج، وإذا كان القاصر أنثى وجب حمايتها وصيانتها، ولا يجوز للولي تسليمها إلى من يعلمها صناعة أو حرفة تختلط فيها بالرجال».

- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7 ص 747، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1405هـ/ 1985م.

1198- محمود شلتوت: الفتاوى، مرجع سابق، ص 319 - 320.

1199 - العريف: من يعرف أمور الناس حتى يعرف بها من فوقه عند الحاجة. وجمعه عرفاء .

- محمد الزرقاني: شرح الزرقاني على الموطأ ج 3 ص 196، المطبعة الخيرية، دون ذكر تاريخ الطبع.

1200- البيهقي: السنن الكبرى، رقم الحديث 12133 ج 6 ص 332، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة 1423/ 2003 تخريج الحديث هو: أخبرنا أبو محمد عبد الله يحيى السكري ببغداد، ثنا إسماعيل الصفار، ثنا أحمد بن منصور، ثنا عبد الرزاق، أنبأ مالك وأخبرنا أبو زكرياء بن أبي إسحاق، وأبو بكر القاضي قالوا: ثنا أبو العباس هو الأصم، أنبأ الربيع بن سليمان، أنبأ الشافعي، أنبأ مالك، عن ابن شهاب عن سنين أبي جميلة رجل من بني سليم أنه وجد منبوذا زمان عمر بن الخطاب رضي الله عنه: الحديث

وقال ابن المنذر: « ويحتمل أن عمر رضي الله عنه، عنى بقوله: ولك ولاؤه، أي لك ولايته، والقيام به وحفظه. لذلك ذكره عقب قول عريفه: إنه رجل صالح. وهذا يقتضي تفويض الولاية إليه، لكونه مأمونا عليه...» (1201).

وقال ابن القاسم: «إذ لعله أراد أن يتولى تربيته والقيام بأمره، لأن ملتقطه أحق به من غيره» (1202).

ويخصص القرافي هذا الأمر بقوله: وما في أثر عمر رضي الله عنه ... محمول على ولاية الإرضاع والتربية دون الميراث والنكاح (1203).

وفي هذا يقول أبو زهرة أن اللقيط ما دام لم يثبت نسبه من أحد، يكون في يد ملتقطه، ويكون له عليه ولاية الحفظ والصيانة والتربية، فيكون له كل حقوق الولي على النفس ما عدا التزويج (1204).

وخلاصة ما سبق، للملتقط الرعاية والإشراف والتربية، كالعناية بصحته وتعليمه، وتنمية ماله، وقبول الهبة له، أي تولي شؤون الطفل اللقيط، ورعاية ما في مصلحته، دون أن يترتب

1201- ابن قدامة: المغني، م س، ج 8 ص 360.

وفي هذا يقول الشربيني: إن في الالتقاط معنى الأمانة والولاية من حيث أن الملتقط أمين فيما التقطه، والشرع ولاه حفظه، كالولي في مال الطفل.

-الشربيني: مغني المحتاج، م س، ج 2 ص 525.

1202 - شرح الزرقاني على الموطأ ج 3 ص 196.

1203- القرافي: الذخيرة، م س، ج 9 ص 131

1204- أبو زهرة: تنزيهاً للإسلام للمجتمع، ص 131 دار الفكر العربي، دون ذكر تاريخ الطبع.

وفيما يخص نفقة اللقيط، يضيف أبو زهرة أنها تكون على الملتقط من ماله الخاص، لأن الالتقاط أوجب عليه المحافظة على نفسه من الهلاك، ومن المحافظة على النفس من الهلاك الإنفاق، ولكنه ليس بملزم بالاستمرار على الإنفاق في المستقبل، فإذا أراد ألا ينفق، طلب من القاضي أن يأمر بيت مال المسلمين بالإنفاق على اللقيط.

على هذه العلاقة بينهما نسب، ولا إرث أحدهما الآخر، ولو لم يكن لكل منهما وارث، لأن القصد من التقاط اللقيط هو تقديم النفع والإحسان إليه ابتغاء مرضاة الله. (1205)

المطلب الثالث: كفالة اللقيط:

لقد رغب الشرع الحنيف في كفالة اللقطاء، ورعايتهم، وتقديم كل مساعدة لهم، ورتب على ذلك الثواب الجزيل والأجر العظيم. فالنصوص الواردة في فضل كفالة اليتيم والإحسان لليتامى تشمل كفالة اللقيط والإحسان إليه، فاللقيط وإن لم يكن يتيماً بالمعنى الشرعي واللغوي لليتيم (1206)، إلا أنه يأخذ حكم اليتيم (1207).

وعلى هذا فكل ما ورد في شأن الإحسان لليتامى وعدم قهر اليتيم، وفضل كفالته ورعايته، ينطبق على اللقيط من باب أولى، وقد أمر الله تعالى بالإحسان إلى اليتامى، وقرن

-
- 1205- محمد الكدي العمراني: فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، م س، ج 2، ص 257.
- 1206- اليتيم لغة: مأخوذ من اليتيم بالضم، وهو الانفراد واليتيم: الفرد. وكل شيء يعرّ نظيره فهو يتيم، واليتيم و اليتيم: فقدان الأب.
- محمد الفيروز أبادي: القاموس المحيط. فصل الباء. ص 1172. مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت، الطبعة الثامنة 1426 هـ / 2005 م.
- وقيل إن أصل اليتيم: الغفلة وبه سمي اليتيم يتيماً لأنه يتغافل عن بره وقيل إن أصل اليتيم: الإبطاء ومنه أخذ اليتيم لان البر يبطئ عنه
- ابن منظور: لسان العرب، م س، باب الباء مجلد 6 ص 4948
- أما اليتيم اصطلاحاً: فقد عرّفه الجرجاني بقوله: اليتيم هو المنفرد عن الأب، لأنه نفقته عليه لا على الأم.
- الجرجاني: التعريفات. باب الباء، ص 279 مكتبة لبنان، طبعة 1985 م .
- وقال الشيرازي: اليتيم الذي لا أب له، ولا يسمى بعد البلوغ يتيماً.
- الشيرازي: المهذب في فقه الشافعي. كتاب السير، باب قسم الخمس، م س، ج 3 ص 301.
- كما عرّفه ابن كثير بقوله: اليتامى هم الصغار الذين لا كاسب لهم من الآباء. وقد أوردته في تفسير الآية 83 من سورة البقرة .
- ابن كثير: تفسير القرآن الكريم، ج 1 ص 317، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى. 1410 هـ / 1999 م
- إن المتأمل في تعريف الفقهاء لليتيم، يجدها تفيد نفس المعنى؛ وهو أن اليتيم من مات أبوه وهو دون سن البلوغ.
- 1207- بل إن حال اللقيط أشد من حال اليتيم، فاليتيم - على الأقل - نسبه معروف فلا يعير به، ثم قد تكون أمه موجودة، بينما اللقيط نسبه غير معروف، وقد يعير به، وله أب وأم تخليا عنه، وكان هو ضحية لجريرتهما، وهذا أشد في الألم والبؤس ممن فقد أباه أو أبويه.
- سعد بن تركي الخثلان: أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا، ص 3. مقال ورد ضمن الدورة العشرين للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة من 19 إلى 23 محرم 1432 هـ الموافق ل 25 إلى 29 ديسمبر 2010. منشورات المجمع الفقهي الإسلامي.

الأمر بالإحسان إليهم بالأمر بتوحيده، فقال تعالى: ﴿واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً وبذي القربى واليتامى﴾⁽¹²⁰⁸⁾. ولا نرى موضعاً من مواضع الإحسان في القرآن الكريم، إلا ويكون اليتيم أحد المحسن إليهم. ففي الإنفاق العام ورد قوله تعالى: ﴿يسألونك ماذا ينفقون قل ما أنفقتم من خير فللوالدين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾⁽¹²⁰⁹⁾، وفي أموال الغنائم يكون اليتيم من أوائل من له الحظ فيها بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾⁽¹²¹⁰⁾. وبالإضافة إلى ذلك، فقد تكرر لفظ اليتيم في القرآن الكريم بالجمع والمثنى والمفرد، ثلاثاً وعشرين مرة⁽¹²¹¹⁾.

أما في السنة النبوية، فقد وردت نصوص كثيرة تدل على فضل كفالة اليتيم، وتعتبر الإحسان إلى اليتامى من خير أعمال البر، ومن ذلك ما جاء في صحيح البخاري عن سهل بن

1208- سورة النساء الآية 36.

1209- سورة البقرة الآية 213.

1210- سورة الأنفال الآية 41.

1211- في سورة البقرة الآيات: 83، 177، 215، 220 - وسورة النساء: الآيات: 2، 3، 8، 10، 36، 127، وسورة الأنعام: الآية: 153، وسورة الأنفال: الآية 41، وسورة الإسراء الآية 34، وسورة الكهف الآية 82، وسورة الحشر الآية 7، وسورة الإنسان الآية: 8، وسورة الفجر الآية 17، وسورة البلد الآيات: 11، 15، وسورة الضحى الآيات 6، 9، وسورة الماعون الآية 2 .

وهاته الآيات كلها تتمحور حول: دفع المضار عن اليتيم، وجلب المصالح له في ماله وفي نفسه، وفي حالة الزواج، والحث على الإحسان إليه، ومراعاة الجانب النفسي لديه.

- عبد الله السدحان: فضل كفالة اليتيم، دعوة إلى مرافقة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجنة، ص 9. الطبعة الثالثة 1423هـ/2002م. دون ذكر دار الطبع.

سعد رضي الله عنه وقال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئاً» (1212).

وفي صحيح مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كافل اليتيم له أو لغيره، أنا وهو كهاتين في الجنة» وأشار بالسبابة والوسطى (1213).

يقول الإمام النووي في شرح هذا الحديث: أن كافل اليتيم هو القائم بأمره من نفقة وكسوة وتأديب وتربية وغير ذلك، وهذه الفضيلة تحصل لمن كفله من مال نفسه، أو من مالا لليتيم بولاية شرعية. وأما قوله: (له أو لغيره) فالذي له؛ أن يكون قريباً له كجده وأمه وجدته وأخيه وأخته وعمه وخاله وعمته وخالته وغيرهم من أقاربه، والذي لغيره أن يكون أجنبياً (1214). وذلك حتى لا يحرم اليتيم الذي ليس له من قرابته وعائلته من يستطيع أن يضمه إليه وأن يكفله، جعل الأمر لكل من أراد أن ينال قرب النبي صلى الله عليه وسلم (1215).

1212- تخريج الحديث: حدثنا عمرو بن زرارة، أخبرنا عبد العزيز بن أبي حازم، عن أبيه، عن سهل، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئاً».

- إسماعيل البخاري: صحيح البخاري: مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب اللعان ج 7 ص 53 حديث رقم 5304، دار ابن كثير، الطبعة الأولى، 1423هـ/2002م.

1213- صحيح مسلم: م س، كتاب الزهد والرقائق، باب الإحسان إلى الأرملة والمسكين واليتيم، ص 1360، حديث رقم 2983. دار طيبة، الطبعة الأولى، 1427هـ/2006م.

- تخريج الحديث: حدثني زهير بن حرب، حدثنا إسحاق بن عيسى، حدثنا مالك عن ثور بن زيد الديلي قال: سمعت أبا الغيث يحدث عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كافل اليتيم له أو لغيره، أنا وهو كهاتين في الجنة»، وأشار مالك بالسبابة والوسطى .

1214- النووي: شرحه على صحيح مسلم، م س، كتاب الزهد. باب فضل الإحسان إلى الأرملة والمسكين واليتيم، ج 18 ص 113.

1215- وقال الحافظ ابن حجر العسقلاني: لعل الحكمة في كون كافل اليتيم يشبهه في دخول الجنة، أو شبهت منزلته في الجنة بالقرب من النبي صلى الله عليه وسلم، لكون النبي صلى الله عليه وسلم شأنه أن يبعث إلى قوم لا يعقلون أمر دينهم فيكون كافلاً لهم ومعلماً ومرشداً، وكذلك كافل اليتيم يقوم بكفالة من لا يعقل أمر دينه بل ولا دنياه، ويرشده ويعلمه، ويحسن أدبه فظهرت مناسبة ذلك.

- ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، كتاب الأدب، باب فضل من يُعول يتيماً، مرجع سابق، ج 10، ص 536.

وقوله صلى الله عليه وسلم: «خير بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يُحسَن إليه، وشر بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يُساء إليه» (1216).

فهاته النصوص وإن دُكر فيها اليتيم، فإنها تشمل اللقيط أيضا لتماثل حالتها واشتراكهما في المعنى الذي لأجله رغب النبي صلى الله عليه وسلم في كفالة اليتيم وهو الحاجة والعوز، وهي حالة اللقيط أيضا؛ بل هو على هذا المعنى أولى من اليتيم، لأن اليتيم في الغالب يكون محل شفقة وعطف، بخلاف اللقيط الذي يكون في الغالب محل استهجان للشبهة التي تحيط به بسبب جهالة نسبه، وهو ما يؤدي به إلى الإهمال.

1216- سنن ابن ماجة، كتاب الأدب، باب حق اليتيم، ص 1213، حديث رقم 3679. مطبعة دار إحياء الكتب العربية. تخريج الحديث: حدثنا علي بن محمد، ثنا يحيى بن آدم، ثنا ابن المبارك عن سعيد بن أبي أيوب، عن يحيى بن سليمان عن زيد بن أبي عتاب، عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «خير بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يحسن إليه، وشر بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يساء إليه». والناظر في القرآن الكريم والسنة النبوية، يلتمس بوضوح عناية الإسلام باليتيم، من حيث الحجم الذي أعطي له في الوصاية به والقيام بشؤونه، ومن حيث الجوانب المتعددة التي شملتها هذه الوصاية. وظهرت هذه العناية باليتيم في القرآن الكريم منذ الفترة الأولى، حين بدأ الوحي إلى الفترة الأخيرة، حيث قارب الوحي الكمال والتمام. - محمد شلتوت: تفسير القرآن الكريم. ص 127 الطبعة السابعة، دار الشروق بيروت 1399 هـ. بدأها الله عز وجل بتذكير نبيه صلى الله عليه وسلم، بما كان عليه من حال اليتيم لما كان أحوال ما يكون إلى عطف غيره وإحسانه. يقول الله تعالى: ﴿لَمْ يَجِدْكَ يَتِيمًا فَآوَى﴾. سورة الضحى الآية 6.

وبعد هذا التذكير يأمره بشكر نعمته عليه لما رعاه يتيما، بأن يعطف على اليتيم بقوله تعالى: ﴿وَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَمْ﴾. سورة الضحى الآية 9 كما تظهر هذه العناية في صورة أخرى من شأنها أن تجعل القلوب، مهما كانت قاسية، تنفجر بالرحمة والعطف على اليتيم، حيث يجعل قهر اليتيم أية واضحة منآيات التكذيب بيوم الدين قال سبحانه وتعالى: ﴿أَرَأَيْتَ الَّذِي يَكْذِبُ بِالْعِينِ فَذَلِكَ الَّذِي يَدْعُمُ الْيَتِيمَ﴾. سورة الماعون الآيات 1، 2،

كما أوصى سبحانه وتعالى بالعناية بمال اليتيم بقوله: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾. سورة الأنعام الآية 153. ولم تقتصر العناية باليتيم على أمواله فحسب، بل تمتد إلى العناية بتقويم أخلاقه وحسن تربيته بإرشاده إلى ما هو خير ونافع وتحذيرهم مما هو شر وفساد.

- محمد شلتوت: تفسير القرآن الكريم، م س، ص 183 وتظهر العناية باليتيم كذلك في السنة النبوية، فقد وردت نصوص كثيرة تعتبر الإحسان لليتيم من أفضل أعمال البر، وليس لصاحبه من الجزاء إلا الجنة، فقد روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من قبض يتيما بين المسلمين إلى طعامه وشرابه أدخله الله الجنة البتة، إلا أن يعمل ذنبا لا يُغفر له». - الترمذي: الجامع الكبير، باب ما جاء في رحمة اليتيم وكفالاته. ج 3 ص 478 حديث رقم 1917 .

تخريج الحديث: حدثنا سعيد بن يعقوب الطالقاني، قال حدثنا المعتمر بن سليمان بن سليمان، قال: سمعت أبي يحدث عن حنش عن عكرمة عن أبي عباس ن أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: الحديث .

والأكثر من ذلك، فاللقيط قد جمع معاني اليتيم والمسكنة والأسر، فهو يتيم فقد أباه ومن يرعاه، ومسكين أسكن في التراب وفي الزقاق، وأسير شد وثاقه، وكبلت حياته، وعقدت عليه سبلها. فهو إذن أحق بالعطف والرعاية، والحض على إطعامه من كل ذي حاجة سواه⁽¹²¹⁷⁾.

وتأكيدا لهذا الأمر، فقد صدرت فتوى من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالسعودية، وجاء في أول فقرة منها ما يلي: «من أبواب الإحسان في شريعة الإسلام، حضانة اللقيط المجهول النسب، والإحسان إليه في كفالاته وتربيته تربية إسلامية صالحة، وتعليمه فرائض الدين وآداب الشرع وأحكامه، وفي هذا أجر عظيم وثواب جليل، ويدخل في الأجر المترتب على كفالة اليتيم لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم: أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئا»⁽¹²¹⁸⁾.

وقد ورد ما يدل بشكل خاص على مشروعية كفالة اللقيط، وهو حديث الغامدية التي زنت وجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تريد أن يطهرها من الزنا بإقامة الحد عليها، فأخراها رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الوضع ثم بعده إلى الفطام، فلما أراد أن يقيم عليها الحد، دفع بالصبي إلى رجل من المسلمين⁽¹²¹⁹⁾.

1217- محمود شلتوت: الفتاوى، مرجع سابق، ص 321.
1218- فتوى صادرة عن اللجنة الدائمة للجواب العلمية والإفتاء بالسعودية تحت رقم 21145 مؤرخة بتاريخ 1420/10/22هـ، أوردها عبدالله السدحان في كتابة فضل كفالة اليتيم م س ص 8. وكانت اللجنة قد أصدرت فتوى أخرى في وقت سابق وقد جاء فيها ما نصه: «إن مجهولي النسب في حكم اليتيم لفقدهم لوالديهم بل هم أشد حاجة للعناية والرعاية من معروف في النسب لعدم معرفة قريب يلجؤون إليه عند الضرورة، وعلى ذلك فإن من يكفل طفلا من مجهولي النسب، فإنه يدخل في الأجر المترتب على كفالة اليتيم».

- فتوى رقم 20711 مؤرخة في 1419/12/24هـ، وردت في المرجع أعلاه ص 8.

1219- صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ص 811 حديث رقم 1695.

بالإضافة لذلك، فقد أعطى الإسلام اللقيط جميع الحقوق التي لغيره من المسلمين، فقد منع من أن يعامل معاملة دونية، أو يحتقر، أو يعير بجريرة والديه (1220). ومن غيرّه، فيحدّد حد القذف إذا توفرت شروطه (1221).

وخلاصة لما سبق، فالشريعة الإسلامية أولت اللقيط عناية خاصة، وحثّت على رعايته والمحافظة عليه، وأهابت بالمحسنين أن يقوموا بتهذيبه وتربيته كما يرعى الوالد أولاده. كما شرعت له حقوقاً اجتماعية تكفل رعايته كفرد فقد كفيله، وتضمن له العطف والحنان والترية الصالحة بما ينأى به عن سلوك الانحراف.

1220- الطفل اللقيط بريء، ولا ذنب له ولم يرتكب جريمة، ومن القواعد العظيمة في الشريعة الإسلامية، أن الإنسان لا يحمل جريمة غيره، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾. - سورة الانعام الآية 166.

بخلاف بعض الأحاديث الموضوعية التي تنفّر من اللقطاء وتعتبرهم مجرمين، وهو كلام مناقض للقرآن الكريم، ومناقض للسنة المطهرة ومناقض للشريعة السمحة العادلة، ومنها ما روي في الحديث المكذوب: « لا يدخل الجنة ولد زنا ولا ولده ولا ولد ولده». ومنها ما روي أن « أولاد الزنا يحشرون يوم القيامة في صورة القردة والخنازير».

- نور الدين بولحية: الحقوق الشرعية للأولاد القاصرين. م. س، ص 6 الهامش رقم 1 .

1221 - ابن قدامة: المغنى، م. س، ج 8 ص 354. -النوي: روضة الطالبين، م. س، ج 5 ص 452.

يقول السرخسي: « ويحد قاذف اللقيط في نفسه ... لأنه محصن، فإنه عفيف عن الزنا».

- السرخسي: المبسوط، م. س. ج 10 ص 219.

المبحث الثاني: كفالة الأهل الممهلين في القانون المغربي:

حرمت الشريعة الإسلامية السمحاء التبني بعدما كان معمولا به في الجاهلية وفي صدر الإسلام، إلا أن هذا التحريم كان له بديل، وذلك لحماية شريحة من المجتمع، كانت ضحية تصرفات سلبية، نتج عنها أطفال مجهولي النسب ولقطاء⁽¹²²²⁾.

وهذا البديل يتمثل في نظام الكفالة الذي عملت به العديد من الدول الإسلامية، ومنها الدولة المغربية التي استبعدت ومنعت نظام التبني، طبقا لقانون الكفالة 15/01 الصادر بتاريخ 13 يونيو 2002، وذلك سيرا من المشرع المغربي على هدي الشريعة الإسلامية.

وعليه، فالكفالة تعتبر إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه، سواء كان معلوم أو مجهول النسب⁽¹²²³⁾. ويعني بها - الكفالة - رعاية الطفل من قبل أسرة غير أسرته النووية، سواء كانت من أقاربه أو غريبة عنه⁽¹²²⁴⁾.

كما تعتبر الكفالة من المواضيع الأكثر جدلا ونقاشا بين الأوساط العلمية القانونية والشرعية وفي المجتمعات الخيرية، خاصة تلك المكلفة برعاية الطفولة. وقد أخضعت الكفالة لشروط دقيقة وعديدة من قبل المشرع المغربي قصد تفريقها عن التبني، وحتى يُتجنب كل خلط ودمج بينهما، ولنع أي عملية احتيالية يكون من شأنها إدخال نظام التبني في القانون المغربي في صور مستترة.

1222- فريدة زاوي: مدى تعارض المرسوم التنفيذي 92 - 24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية. مجلة القضاء الجزائري، عدد 02، سنة 2000، ص 69.

1223- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية ص400، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1377هـ/ 1957م.

1224- محمد أحمد قاسم: أطفال بلا أسر. ص 48، مركز الإسكندرية للكتاب، مصر، الطبعة الأولى، سنة 1998م.

هذا الأمر يدفعنا للتساؤل: ماهي الشروط الواجب توافرها في الكافل حتى يحصل على حق التكفل بطفل مهمل؟ وما هي الجهات الساهرة على ضمان توفر هذه الشروط؟ وهل يتحقق تتبع ومراقبة مدى وفاء الكفيل بالتزاماته؟ وكيف يتحقق ذلك؟

للإجابة على هذه التساؤلات، ارتأيت أن أتناول في هذا المبحث الشروط التي اشترطها المشرع المغربي في الكافل حتى يحصل على حق التكفل بطفل مهمل، وركزت على شرط الإسلامحتى يتناسب وموضوع البحث (المطلب الأول)، ثم تناولت في (المطلب الثاني) كيفية تحقق مراقبة وتتبع مدى وفاء الكفيل خاصة الأجنبي بالتزاماته، سيما وأن له الحق في السفر بالمكفول للإقامة الدائمة خارج المغرب، وما يفرزه ذلك من صعوبات.

المطلب الأول: شروط التكفل بطفل مهمل حسب القانون المغربي

لما كانت كفالة الأطفال تهدف إلى بناء الإنسان وتكوينه، ليكون مواطنا صالحا في المجتمع، فقد اشترط المشرع المغربي، فيمن يتولى هذه الكفالة شروطا معينة، وجعل النيابة العامة والقضاء مسؤولين عن مراقبة تطبيق هذه الشروط، وتنفيذ القرار الصادر بإسناد الكفالة، وذلك باعتبار موضوع كفالة الأطفال يتعلق بالنظام العام⁽¹²²⁵⁾. فما هي شروط التكفل بطفل مهمل؟⁽¹²²⁶⁾

1225- تنص المادة الأول من قانون 15/01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، على أن الطفل يعتبر مهملا من كل الجنسين الذي لم يبلغ سنة ثمان عشرة سنة شمسية كاملة، إذا وُجد في إحدى الحالات الآتية:
- إذا ولد من أبوين مجهولين أو ولد من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها؛
- إذا كان يتيما أو عجز أبواه عن رعايته وليست له وسائل مشروعة للعيش؛
- إذا كان أبواه منحرفين، ولا يقومان بواجبهما في رعايته وتوجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن، كما في حالة سقوط الولاية الشرعية، أو كان أحد أبويه الذي يتولى رعايته بعد فقد الآخر أو عجزه عن رعايته منحرفا، ولا يقوم بواجبه المذكور إزاءه.

1226- مؤتمر دولي بالرباط حول موضوع: التعاون الدولي في المادتين المدنية والتجارية من خلال اتفاقيات لاهايص 80. منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض. مطبعة الأمنية، الرباط 2015. دفاتر محكمة النقض عدد 24.

لقد حددت المادة 9 من قانون 15.01 الأشخاص والمؤسسات والهيئات التي تسند إليها كفالة الأطفال الذين صدر الحكم بإهمالهم، كما حددت الشروط والأوصاف المطلوبة في هؤلاء الأشخاص أو هذه الهيئات، وذلك وفق ما يلي: « تسند كفالة الأطفال الذين صدر حكم بإهمالهم إلى الأشخاص والهيئات الآتي ذكرها:

1- الزوجان المسلمان اللذان استوفيا الشروط الآتية:

أ- أن يكونا بالغين لسن الرشد القانوني، صالحين للكفالة أخلاقيا واجتماعيا ولهما وسائل مادية كافية لتوفير احتياجات الطفل؛

ب- ألا يكون قد سبق الحكم عليهما معا، أو على أحدهما من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال.

ج- أن يكونا سليمين من كل مرض معد أو مانع من تحمل مسؤولياتهما.

د- أن لا يكون بينهما وبين الطفل الذي يرغبان في كفالته أو بينهما وبين والديه، نزاع قضائي، أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المكفول.

2- المرأة المسلمة التي توفرت فيها الشروط الأربعة المشار إليها في البند الأول من هذه المادة.

3- المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال، والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامة، المتوفرة على الوسائل المادية والقدرات البشرية، المؤهلة لرعاية الأطفال وحسن تربيتهم وتنشئتهم تنشئة إسلامية».

ويظهر من هذه المادة، أن المشرع يشترط فيمن يكفل طفلا مهملا أن يكون مسلما، إذا كان فردا من الأفراد، أما إن كان مؤسسة اجتماعية يعهد إليها بكفالة الأطفال، فيشترط فيها أن تنشئهم تنشئة إسلامية.

وعليه، فالمشرع المغربي عندما اشترط في الزوجين الكافلين أو المرأة الكافلة أن يكونوا مسلمين. فهذا يعني أنه لا يمكن لغير المسلمين التكفل بطفل مهمل مغربي مسلم، كما هو الحال بالنسبة لزوجين مغربيين يهوديين أو مسيحيين. ويفهم منه كذلك، أن المغاربة المسلمين المتزوجين من كتابيات يُمنع عليهم التكفل بالأطفال المهملين، في حين يسمح للأجانب الذين يعتقدون الإسلام بكفالة هؤلاء، طالما أن المادة أعلاه⁽¹²²⁷⁾ لم تشترط شرط الجنسية المغربية لإسناد الكفالة⁽¹²²⁸⁾.

كما يستفاد من مقتضيات قانون الكفالة المغربي، حرص المشرع على توفر الكافل على شروط أخلاقية ودينية، تجعله ينشئ المكفول تنشئة إسلامية، وبذلك جعل المشرع نظام الكفالة، لصيقا بقيم المجتمع الأساسية، وبالمبادئ التي نص عليها الدستور المغربي، والتي تعتبر من المقدسات في المغرب⁽¹²²⁹⁾. وبهذا المفهوم، فإن كفالة الأطفال من صميم النظام العام المغربي. وعليه جعل المشرع النيابة العامة هي المسؤولة عن إجراء المسطرة المتعلقة بالأطفال

1227 - المادة 9 من قانون 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

1228 - جميلة أوحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا. الواقع والأفاق، ص 299، الطبعة الأولى، سنة 2012 م.

1229 - لما كان الدستور المغربي ينص على أن المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة، وفي الفصل الثالث منه أن الإسلام دين الدولة، والدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية، فإن نظام الكفالة يعتبر لصيقا بالنظام العام المغربي.

- مؤتمر دولي بالرباط حول موضوع: التعاون الدولي في المادة المدنية والتجارية من خلال اتفاقيات لاهاي، م س، ص 82.

المهملين، من حيث التحقق من توفر من تُسند إليه الكفالة على الشروط القانونية المذكورة في المادة 9 من قانون 15.01 (1230).

وبالنظر إلى بعض التشريعات العربية المقارنة، نجد أنها بدورها تشترط شرط الإسلام فيمن كانت له الرغبة في التكلف بالأطفال المسلمين.

فالمشرع الجزائري مثلا، أوجب شرط الإسلام في الكافل، وذلك حسب المادة 118 من قانون الأسرة، التي نصت على أنه: «يشترط أن يكون الكافل مسلما»⁽¹²³¹⁾. فالكافل يجب أن يكون مسلما يدين بالإسلام حتى يُمكنه أن يتكفل بطفل، وأساس ذلك يرجع إلى أن الكافل سيمارس الولاية على نفس المكفول ويتولى كل أموره. وما دامت الكفالة تركز أساسا على رعاية وتربية المكفول، فإن الإسلام هو الديانة الفضلى في تربية الفرد وتكوين أخلاقه.

وعليه فالمشرع الجزائري اعتبر شرط الإسلام شرطا ضروريا، وبالتالي فغير المسلم، سواء أكان مسيحيًا أو يهوديًا الديانة، عندما يُقدم طلب كفالة طفل جزائري قاصر يُرفض طلبه⁽¹²³²⁾.

أما من زاوية القضاء، فالقضاء المغربي حريص على توفر الكافل على شروط الكفالة المنصوص عليها في المادة 9 من قانون 15/01، وهذا ما أكده المجلس الأعلى، حيث جاء في أحد قراراته: «لما ثبت أن المطلوبة طبيبة مسلمة ودخلها السنوي 65000 أورو، وأدلت بتقرير صادر عن نقابة الأطباء ببرشلونة، يفيد أنها لا تعاني من أي مرض أو اضطراب، كما أن حكومة كاتالونيا تتعهد بحماية كل قاصر تتكفل به، ولما أيدت المحكمة أمر قاضي شؤون

1230- نفس المرجع: ص 90-91 .

1231 - المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري.

1232- علال برزوق أمال: أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، م س، ص 252-253 .

القاصرين الذي أسند لها كفالة الطفل المهمل ، فإنها راعت المصلحة الفضلى للطفل ، وطبقت قانون الأطفال المهملين تطبيقاً سليماً» (1233).

وفي مقابل ذلك ، أصدر قرار آخر رفض فيه إسناد الكفالة لعدم توفر الشروط المنصوص عليها قانوناً ، وجاء في حيثيات هذا القرار: « لما أيدت المحكمة أمر قاضي شؤون القاصرين بتسليم الطفل المغربي لأجنبي قصد كفالته ، دون إبداء الجهات المنصوص عليها في المادة 16 من قانون الأطفال المهملين رأيها في الموضوع ، ودون التأكد من وجود البحث الخاص المنجز من طرف قاضي القاصرين ، وتوفر الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون المذكور ، فإن قرارها غير مبني على أساس ومعرض للنقض» (1234).

لكن السؤال المطروح هو: هل اشتراط الإسلام في الزوجين الأجنيين، أو في المرأة الأجنبية، كافٍ لضمان عيش الطفل المهمل تحت كفالة المسلمين؟ وما دور ممثل وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في إسناد الكفالة للأجنبي المسلم؟

- شروط إسناد الكفالة للأجنبي:

لقد حرص المشرع المغربي من خلال قانون الكفالة؛ على الحفاظ على عقيدة الطفل المكفول، وتنشئته تنشئة إسلامية، لذلك اشترط أن يكون الكافل مسلماً، وأن يلتزم بتربية

1233- قرار صادر عن محكمة النقض رقم 429 بتاريخ 2013/05/21، ملف 2012/337.

ورد في دفاتر محكمة النقض، ص 91، عدد 24 سنة 2015. منشورات: مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض.

1234- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت رقم 22 بتاريخ 2013/01/08، ملف 2012/1/2/110.

ورد في دفاتر محكمة النقض، م س، ص 91 عدد 24 سنة 2015.

المكفول وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده، وأن يحرص على التوجيه الديني للمكفول كما تنص على ذلك المادة الثانية من قانون 15.01⁽¹²³⁵⁾.

وحتى يتحقق الحفاظ على هوية الطفل وعقيدته، فقد أوكلت المادة 16 من هذا القانون للقاضي المكلف بشؤون القاصرين قبل إسناد الكفالة، مهمة جمع المعلومات والمعطيات المتعلقة بالظروف التي ستم فيها كفالة الطفل المهمل، عن طريق بحث خاص يُجرى بواسطة لجنة مكونة من (1236) :

- ممثل النيابة العامة : وكيل الملك أو نائبه بصفته رئيسا.
- ممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف والشؤون الإسلامية.
- ممثل للسلطة المحلية الموجودة بدائرة نفوذها مقر الطفل المهمل.
- ممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالطفولة. (مساعدة اجتماعية تقترحها السلطة الحكومية المكلفة بالصحة).

ويمكن للقاضي أن يستعين بمن يراه مفيدا لمعرفة توفر شروط الكفالة، وإذا أسفر البحث عن توفر الشروط المطلوبة للكفالة، أصدر القاضي أمرا بإسناد الكفالة لمن توفرت فيه الشروط. وهنا أعود وأتساءل مرة أخرى: هل رأي هذه اللجنة إلزامي أم استشاري بالنسبة لقاضي شؤون القاصرين الأمر بإسناد الكفالة؟

1235- تنص المادة الثانية من قانون كفالة الأطفال المهملين 15.01 على أن: « كفالة طفل مهمل بمفهوم هذا القانون، هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده، ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث».

1236 - صدر مرسوم بتطبيق المادة 16 في 07 يونيو 2004، جريدة رسمية عدد 5223 بتاريخ 20 يونيو 2004م.

يقول الأستاذ إبراهيم الأيسر بأنه صدرت أوامر بإسناد الكفالة إلى أشخاص أجنبى، دون احترام المقتضىات القانونية، ولا سيما المادة 16 المتعلقة بإجراء البحث، لأن هناك - يضيف الأستاذ - بعض القضاة الذين يقولون بأنه لا حاجة إلى إجراء البحث، وأن رأى اللجنة هو رأى استشارى وليس إلزامى، وبالتالي ولو لم يتوصل القاضى بنتيجة إجراء البحث من طرف هذه اللجنة، فإنه يصدر أمرا بإسناد هذه الكفالة إلى شخص أجنبى (1237).

والأكثر من ذلك، أن الكافل الأجنبى بعد حصوله على الكفالة، يحصل كذلك على الإذن بمغادرة التراب الوطنى رفقة المكفول، وتستأنف النيابة العامة على أساس أن الأمر بالكفالة لم يكن مستندا إلى مقتضىات قانونية، وتلغى محكمة الاستئناف الأمر بإسناد الكفالة. إذن، أى وضعية هذه أمامنا يتساءل الأستاذ إبراهيم الأيسر (1238). أى أن السند القانونى الذى تسلّم بمقتضاه ذلك الشخص الأجنبى الطفل الذى غادر به، أصبح غير قانونى، وهذا شىء غير مقبول يحتّم الأستاذ قوله (1239). وهذا ما دفع وزارة العدل والحريات إلى إصدار منشور رقم 16 بتاريخ 28 مارس 2005، موجه إلى السادة المسؤولين القضائىين والسادة المشرفىين المكلفىين، والذى تم التأكيد فيه على ما يلى :

- إنجاز الأبحاث وجمع المعلومات المتعلقة بالظروف التى ستتم فيها كفالة الطفل المهمل، بكل دقة وعناية، مع تسهيل الدور الذى تقوم به اللجنة المنصوص عليها فى المادة 16 من القانون المنظم للكفالة، لأن دور هذه اللجنة دور أساسى وضرورى، لإعطاء فكرة عن

1237 - إبراهيم الأيسر: دور وزارة العدل فى تكريس ضمانات قانون الكفالة، ص 53-54. ورد ضمن سلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 22 سنة 2015، تحت عنوان: كفالة الأطفال المهملىين بين تقوية الضمانات وتذليل الإكراهات. منشورات مركز النشر والتوثيق القضائى بمحكمة النقض.

1238 - إبراهيم الأيسر: المدير السابق لمديرية الشؤون المدنية بوزارة العدل والحريات.

1239 - إبراهيم الأيسر: نفس المرجع أعلاه ص 54.

وضعية طالب الكفالة، ويحث كذلك المسؤولين القضائيين قبل الأمر بإسناد الكفالة، على أن يكون هناك تفعيل لدور هذه اللجنة.

- تعميق الأبحاث من طرف الضابطة القضائية حول أهلية طالب الكفالة، ومدى مؤهلاته للتكفل بالطفل، خاصة إذا كان أجنبياً (1240).

أما قضاة محكمة النقض فهم حريصون على تفعيل دور اللجنة المذكورة، ويعتبرون البحث الذي تنجزه ضروري وجوهري لضمان حق المكفول، من خلال التأكد من توفر الشروط المطلوبة في الكافل، حسبما تنص عليه المادة 9 من القانون 15.01.

وهكذا نقضت محكمة النقض في قرارها عدد 22 الصادر بتاريخ 2013/01/08 القرار الاستثنائي، المؤيد للأمر القاضي بتعيين الزوجين السويسريين (ستار كلي كرستيان إيريك المسمى بعد إسلامه جمال، وإيفاغريس المسماة بعد إسلامها نجمة) كافلين للطفل « نيل الإمام » المولود في الرباط في 2010/08/09 ومقدمين عليه بعدما طعنت النيابة العامة في الأمر ملتزمة إلغاء لغياب البحث وتقرير المندوب الجهوي للشؤون الإسلامية، وأجابت محكمة النقض بقولها: «حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أن مقتضيات المادة 16 من القانون رقم 01 - 15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين تنص على أن القاضي

1240- إبراهيم الأيسر، المرجع السابق ص 49

خاصة في ظل الطلب المتزايد للأجانب على كفالة أطفال مغاربة، حيث سجلت سنة 2009 استفادة 1936 طالب كفالة من أوامر إسناد الكفالة، شكل الأجانب منهم نسبة تقارب 8 في المائة، بعدد وصل إلى 147 كافل أجنبي. وفي سنة 2010 بلغ عدد الكافلين ما مجموعه 1716 من ضمنهم 227 أجنبي، بنسبة 13 في المائة. أما في سنة 2011 فقد بلغ عدد الكافلين 2756 من ضمنهم 254 كافل أجنبي، أي بنسبة 9.22 في المائة. وفي سنة 2012 وصل عدد الكافلين 2814 منهم 201 كافل أجنبي. وهذا يعني أن عدد الأجنبيات الكفالة يرتفع من سنة إلى أخرى. وتجدر الإشارة إلى أن العدد الأكبر من الأطفال المكفولين يقل عمرهم عن أربع سنوات، حيث بلغت نسبتهم من مجموع الأطفال المكفولين في سنة 2009 ما يقارب 98 في المائة، وفي سنة 2010 بلغت 89 في المائة، وفي 2012 بلغت 99،65 في المائة.

- إبراهيم الأيسر: دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون الكفالة، م س، ص 52.

المكلف بشؤون القاصرين يجمع المعلومات المتعلقة بالظروف التي ستم فيها كفالة الطفل المهمل عن طريق بحث خاص يجريه بواسطة لجنة، منها ممثل النيابة العامة وسلطة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ويهدف البحث إلى معرفة ما إذا كان الشخص الراغب في الكفالة مستوفياً للشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون أعلاه، والمحكمة لما أيدت أمر السيد قاضي شؤون القاصرين بقسم قضاء الأسرة بإسناد كفالة الطفل نبيل الإمام للمطلوبين وهما شخصان أجنبيان عن المجتمع المغربي وباستلامه، معللة قرارها بأن السيد قاضي شؤون القاصرين راسل جميع الجهات المحددة في المادة 16 أعلاه، وأن لا تأثير لملاحظة المندوب الجهوي لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مع أنه إنما طلب الوثائق ليبيد رأيه في الموضوع، ولم يقدم بعد رأيه حتى يمكن للمحكمة تقويمه، ودون التأكد من وجود البحث الخاص المنجز من طرف قاضي شؤون القاصرين بواسطة الجهات الواردة أسماؤها بالفصل المذكور، ونتيجة البحث الإيجابية المؤيدة لتوفر شروط المادة 9 من نفس القانون، تكون بذلك خرقت القانون، وعرضت قرارها للنقض»⁽¹²⁴¹⁾. كما نقضت محكمة النقض في قرار آخر لها، القرار الاستثنائي المؤيد للأمر الصادر عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين، بتعيين السيد سلفادور بيكيرو والسيدة ريبكابارير إسباني الجنسية، كافلين على الطفلة " نور الهدى " المتخلى عنها، والنزيلة بمركز للامريم ومقدمين عليها، لعدم وجود ما يفيد توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون المذكور في الراغبين في الكفالة، وذلك لعدم تفعيل دور اللجنة الرباعية في المادة 16 من القانون الموماً إليه⁽¹²⁴²⁾.

1241- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد: 22 بتاريخ 2013/11/08، ملف شرعي عدد 2012/2/1/110. منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 22 تحت عنوان: كفالة الأطفال المهملين بين تقوية الضمانات وتذليل الإكراهات، مرجع سابق، ص 98-99 .

1242- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 528 بتاريخ 2013/06/18، ملف شرعي عدد: 2012/1/2/109. أورده الأستاذ عمر لمين في مقاله: كفالة الأطفال المهملين على ضوء الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض. المنشور سلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 22 سنة 2015، م س، ص 65 .

ويشير الأستاذ عمر لمين، وهو بصدد التعليق على هذه القرارات، إلى عدم بيان ما إذا كانت الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون المذكور متوفرة في الراغب في الكفالة أم لا، راجع إلى عدم تفعيل دور اللجنة بعدم إنجازها الأبحاث المطلوبة حول الراغب في الكفالة، لبيان ما إذا كان متوفرا على الشروط المذكورة في المادة 9 أم لا.

لذا يؤكد الأستاذ، على أنه يجب الحرص على تفعيل دور اللجنة المذكورة من أجل القيام بالدور المنوط بها، وذلك حماية للطفل المراد التكفل به واحتراما للقانون⁽¹²⁴³⁾.

هذا ويتضح من هذه القرارات، أن دور اللجنة المذكورة في المادة 16 من قانون 15.01 ضروري وجوهري، وأن غاية المشرع منها هو بيان ما إذا كان الشخص أو الجهة الراغبة في الكفالة متوفرا على الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون المذكور أم لا، وخاصة شرط الإسلام بالنسبة للأجانب.

1243- عمر لمين: كفالة الأطفال المهملين على ضوء الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض، م س، ص 65. وفي نفس السياق، نقضت محكمة النقض قرارا استئنافيا أيد حكما ابتدائيا قضى بتمكين السيدة ماريا بيلا بيريتبلانكو إسبانية الجنسية من كفالة الطفل المتخلى عنه "شعيب الرشدي"، بعدما استأنفته النيابة العامة وطعنت فيه ملتزمة رفض الطلب، لأنه صدر دون القيام بجمع معلومات عن الظروف التي تتم فيها كفالة الطفل المهمل، عن طريق بحث بواسطة لجنة منصوص عليها في الفصل 16 من قانون كفالة الأطفال المهملين، فزيادة عن كون الملف خاليا مما يفيد إشعار وتوصل أغلب الجهات المعنية، فإن مندوب الشؤون الإسلامية لم تتم الاستجابة لطلبه بتمكينه من وثائق الملف اللازمة لإبداء رأيه، واستجابت محكمة النقض لطلب النيابة العامة فنقضت القرار معللة قرارها بما يلي: «حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أن مقتضيات المادة 16 من القانون 15.01 المتعلقة بكفالة الأطفال المهملين، تنص على أن: «القاضي المكلف بشؤون القاصرين يجمع المعلومات المتعلقة بالظروف التي ستنتم فيها كفالة الطفل المهمل عن طريق بحث خاص يجريه بواسطة لجنة منها ممثل النيابة العامة، وسلطة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ويهدف البحث إلى معرفة ما إذا كان الشخص الراغب في الكفالة مستوفيا للشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون المذكور أعلاه»، والمحكمة لما أيدت أمر قاضي شؤون القاصرين بقسم قضاء الأسرة بإسناد كفالة الطفل " شعيب الرشدي" والإذن للمطلوبة، وهي أجنبية عن المجتمع المغربي باستلامه، معللة قرارها بأن قاضي شؤون القاصرين كاتب النيابة العامة ولم تقم بإنجاز المحضر المطلوب، وكاتب المندوب الجهوي لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ودون التأكد من وجود البحث الخاص بالمنجز من طرف قاضي شؤون القاصرين بواسطة الجهات الواردة أسماؤهم بالفصل المذكور، ونتيجة البحث الإيجابية المؤيدة لتوفر شروط المادة 9 من نفس الظهير، خصوصا البحث الذي تجريه السلطة الحكومية المكلفة بالطفولة، تكون قد خرقت مقتضيات الفصلين المحتج بهما، وعرضت قرارها للنقض».

- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 639 بتاريخ 2013/07/23، ملف شرعي عدد 2012/1/2/417، منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض، العدد 22 سنة 2015، م س، ص 139-140.

لكن، هل يكفي توفر شرط الإسلام في الأجنبي لضمان الحفاظ على عقيدة المكفول وهويته؟ وماذا لو جاء رأي ممثل المندوبية الجهوية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية سلبيا؟

صحيح أن من أهم الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من قانون كفالة الأطفال المهملين لإسناد الكفالة إلى أجنبي هو شرط اعتناقها للإسلام، حتى يحافظ على هوية المكفول، المغربي المسلم، وأن يُنشئه تنشئة إسلامية. لكن الغاية من وضع هذا الشرط لم تتحقق، طالما أن الأجنبي يكون حديث العهد بالإسلام، ويجهل اللغة العربية، وحتى الأمور البسيطة لممارسة الشعائر الإسلامية، كما أن مدة إقامته بالمغرب تكون قصيرة ومؤقتة في غالب الأحيان.

في هذا السياق يقول الأستاذ إبراهيم الأيسر إن مجموعه من الأجانب يتقدمون بطلب الكفالة، و ينتظرون البث في طلباتهم وهم يقيمون في فندق لمدة 15 يوما أو شهرا قبل تقديم الطلب، فكيف تتصورون يتساءل الأستاذ إمكانية البحث حول وضعية هؤلاء، ومعرفة مدى أهليتهم، وقدرتهم على الاستجابة للشروط المنصوص عليها في القانون؛ من حيث التربية، من حيث الأخلاق، من حيث التوفر على الإمكانيات المادية، من حيث القدرة... (1244)

وعليه، فبملاحظة الواقع العملي، من خلال تتبع هذه الحالات، سنجد أن شرط اعتناق الإسلام يتمثل في استصدار ورقة إدارية لاستكمال عناصر الملف، يمكن توفيرها في يومين (1245).

وهذا ما تُنبه إليه بعض تقارير مندوبية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، التي تشير إلى أن الأجنبي طالب الكفالة حديث العهد بالإسلام، أو يجهل أصول الدين، أو يجهل اللغة

1244- إبراهيم الأيسر: دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون الكفالة، م س، ص 49-50.

1245- إبراهيم الأيسر: نفس المرجع، ص 55.

العربية وغيرها، الشيء الذي يجعل ممثل النيابة العامة يلتمس من السيد قاضي شؤون القاصرين رفض الطلب لهذه العلل (1246).

لكن للأسف الشديد، ورغم ذلك، تسند الكفالة للأجنبي، لأنه ليس من بين الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من قانون كفالة الأطفال المهملين، لإسناد الكفالة، أن يكون طالب الكفالة قد اعتنق الإسلام مدة معينة، أو أن يكون على دراية كافية بأصول الدين أو يُجيد اللغة العربية.

وهذا ما أكدته قضاة المجلس الأعلى في الكثير من قراراتهم، منها القرار رقم 928 الصادر بتاريخ 2013/12/24، الذي قضى بنقض القرار الاستثنائي المؤيد للحكم الابتدائي القاضي برفض طلب الأجنبية (1247) الراغبة في الكفالة، لكونها لا تتوفر على شروط الكفالة، وخاصة فيما يتعلق باللغة والدين، وبأن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية أوضحت في تقريرها، أن الراغبة في الكفالة يصعب عليها تربية المكفولة نظرا لحداثة عهدها بالدين الإسلامي، وجهلها باللغة العربية وأصول الدين. وتم الطعن في هذا القرار بالنقض، وقضت محكمة النقض بنقض القرار الاستثنائي المطعون فيه، بعلّة أن المادة 9 من ظهير 13 يونيو 2002، ليس فيها من بين الشروط التي نصت عليها لإسناد كفالة الأطفال ما علل به القرار المطعون فيه. فضلا على أن الطاعنة استدلت خلال مرحلة النقض، بكتاب صادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية مؤرخ في 2013/09/03 عدد 2023 يتضمن موافقة

1246- نادية مزاورير: معيقات إسناد الكفالة، ص 79. ورد ضمن سلسلة دفاتر محكمة النقض، مرجع سابق، العدد 22 سنة 2015 م.

1247- تقدمت السيدة ماريا البابرينا فيطار فليار إسبانية الجنسية بطلب أمام المحكمة الابتدائية بتارودانت، تعرض فيه أنها مسلمة، وترغب في كفالة الطفلة خديجة بنموسى المزداة في 2012/01/16.

المندوبية على طلب الطاعنة، مما كان معه القرار المطعون فيه فاسد التعليل، الذي هو بمثابة انعدامه ومعرضا للنقض (1248).

وفي قرار آخر، قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائي، القاضي برفض طلب السيدة فيطو بيطران نوريا إسبانية الجنسية، الراغبة في التكفل بالطفل المهمل عبد الله الخطيب المزاد بتاريخ 2011/12/24، وعللت المحكمة رفضها بكون طالبة الكفالة ليست لها حصيلة دينية تؤهلها لتنشئة الطفل المراد التكفل به، بناء على ما جاء في تقرير المجلس العلمي لأكادير. وتم الطعن في هذا القرار بالنقض، وقضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه بقولها: حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أن المادة 16 من قانون 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الصادر بتنفيذه ظهير 2002/06/19، حددت الجهات الموكول لها إنجاز تقرير بشأن موضوع كفالة الأطفال المهملين ويكون معتمدا قضاء، والمحكمة إذ استبعدت الطلب بعلّة أن طالبة الكفالة لا تتوفر على حصيلة علمية دينية، استنادا إلى تقرير المجلس العلمي، مع أن المادة 9 من القانون المذكور لم يضع شرطا خاصا بذلك، وإنما اشترطت الإسلام فقط، يكون قرارها فاسد التعليل، الذي هو بمثابة انعدامه ومعرضا للنقض (1249).

1248- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 928 بتاريخ 2013/12/24، ملف شرعي عدد 2013/2/1/471. منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض، العدد 22 سنة 2015، م س، ص 146 - 147.

1249- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت رقم 591 بتاريخ 2014/07/22، ملف شرعي عدد 2014/1/2/57. منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 22 سنة 2015، م س، ص 182.

وعلى نفس المنوال، قضت محكمة النقض بنقض القرار الاستئنافي المؤيد للحكم الابتدائي، الذي قضى برفض الطلب الذي تقدم به الزوجان الأجنبيان أدولفوبيدارتماتياس يوسف وزوجته جورجيناكورتوريكس مرجانة الراغبين في كفالة الطفل يوسف المزاد في 2012/04/09، وقد علل الرفض بكون طالبي الكفالة لا يتوفران على درجة معينة من العلم بالشريعة الإسلامية، حسبما جاء في تقرير المجلس الأعلى المدرج في الملف، وتم الطعن في هذا القرار بالنقض.

وقضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه بقولها: « حيث صح ما عابته الوسيلة على القرار ذلك أن المادة 16 من قانون 15-01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الصادر بتنفيذه ظهير 2002/06/13، حددت الجهات الموكول لها إنجاز تقرير بشأن موضوع كفالة الأطفال المهملين ويكون معتمدا قضاء، والمحكمة إذ استبعدت الطلب بعلّة أن طالبي الكفالة لا يتوفران على حصيلة علمية دينية استنادا إلى تقرير المجلس العلمي، مع أن المادة 9 من القانون المذكور لم تضع شرطا خاصا بذلك...».

- قرار عدد 173 صادر بتاريخ 2014/03/04، ملف شرعي عدد 2013/1/2/753. منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 22 سنة 2015 ص 157 - 158.

ودافع الأستاذ عمر لمين عن موقف قضاة محكمة النقض، وهو بصدد التعليق على القرارات السالفة الذكر، بقوله إن الراغب في الكفالة، غالبا ما لا يعتقد الإسلام إلا حينما يأخذ نظرة عنه، وعن مبادئه وسماحته وعدالته وخصائصه ومزاياه، وبأن الثابت من النصوص أن الإسلام يرتب أثره بمجرد النطق بالشهادتين، ويُضيف أن اشتراط توفر اللغة وأحكام الدين في الراغب في الكفالة، يبدو أن فيه تحميل النص القانوني أكثر من مراد المشرع منه، وفي هذا مصادرة لحق الراغب في الكفالة⁽¹²⁵⁰⁾.

لكنني أعتقد أنه يجب الأخذ بجوهر النص وروحه وليس بظاهره، فالمشرع عندما اشترط الإسلام في الكافل، كان هدفه الحفاظ على هوية الطفل المكفول وعقيدته، وهو لا يتحقق إلا بتعلم اللغة العربية، والاطلاع على الحد الأدنى من مبادئ الشريعة الإسلامية، وهو ما لا نلمسه في الأجنبي الذي يعتقد الإسلام بهدف الحصول على كفالة طفل. وفي الغالب يعود به إلى بلده الأصلي، وبالتالي يربيه كما يشاء بعيدا عن رقابة القاضي المكلف بشؤون القاصرين، الذي يبقى يمارس عن بُعد الولاية على المكفول. هذا إذا لم يقوم الكافل الأجنبي بتحويل الكفالة في بلده الأصلي إلى تبني، وما قد يترتب على ذلك من تغيير لعقيدة الطفل المكفول، وهو أمر خطير، خاصة إذا علمنا أن أغلب الأطفال المكفولين - إن لم نقل كلهم - يقل عمرهم عن أربع سنوات⁽¹²⁵¹⁾.

وهذا الأمر هو الذي سأطرق إليه في المطلب الموالي، من خلال الحديث عن سفر الكافل الأجنبي بالمكفول للإقامة الدائمة خارج المغرب، وما ينتج عن ذلك من صعوبات.

1250- عمر لمين: كفالة الأطفال المهملين على ضوء الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض، م س، ص 68.
1251- سبق وأشرت لبأن العدد الأكبر من الأطفال المكفولين يقل عمرهم عن أربع سنوات، حيث بلغت نسبتهم من مجموع الأطفال المكفولين في سنة 2009 ما يقارب 98 في المائة، وفي سنة 2010 بلغت 89 في المائة، وفي 2012 بلغت 99.65 في المائة.

- إبراهيم الأيسر: دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون الكفالة، م س، ص 52.

المطلب الثاني: سفر الكافل الأجنبي بالمكفول خارج المغرب:

رغم الجهود التي بُذلت من أجل التطبيق الأمثل لمقتضيات القانون 15.01، فقد تبين أن بعض الممارسات ما زالت تحد من بلوغ الأهداف والمرامي السامية التي سُنَّ من أجلها هذا القانون، خاصة فيما يتعلق بطلبات الكفالة المقدمة من طرف أشخاص أجنب. إذ لوحظ بهذا الخصوص، أن التأكد من توفر الكافل على الشروط الواردة في المادة 9 من طرف اللجنة المنصوص عليها في المادة 16، وخاصة ما يتعلق منها بالصلاحية الأخلاقية والاجتماعية لطالب الكفالة، والقدرة على تنشئة المكفول تنشئة إسلامية، فهذا الأمر لا يطرح إشكالا كبيرا حينما يتعلق بطالب الكفالة المقيم بصفة اعتيادية فوق التراب الوطني. غير أن الأمر يختلف ويطرح مجموعة من الإشكالات حينما يكون طالب الكفالة من جنسية أجنبية وغير مقيم بالمغرب⁽¹²⁵²⁾.

صحيحاً المادة 24 من قانون 15.01 حولت إمكانية السفر بالمكفول للإقامة الدائمة خارج المغرب، بعد الحصول على إذن بذلك من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين، غير أن هذه المادة تقبل أكثر من قراءة، إذ ظاهرها يوحي أن الأمر يقتصر على الأشخاص المقيمين في المغرب، وما انتقلهم للعيش بصفة دائمة بالخارج إلا لظروف طارئة، وباطنها لا يستثني كل كفيل مستقر بالخارج، ما دام مستوفيا لشروط الحصول على كفالة⁽¹²⁵³⁾. إلا أن هذا الأمر أفرز مجموعة من الصعوبات والإشكاليات، اقتضت مني طرح بعض التساؤلات:

فهل تتحقق بالفعل مسألة تتبع أحوال المكفول، ومراقبة وفاء الكافل بالتزاماته خاصة خارج المغرب؟ هل تسمو مقتضيات الكفالة، أمام القوانين الأجنبية التي تبيح التبني؟

1252- إبراهيم الأيسر: دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون الكفالة، م س، ص 52.

1253- ورد في كلمة السيد وكيل العام للملك لدى محكمة النقض، ص 17. منشور بسلسلة فاطر محكمة النقض العدد 22 سنة 2015 م، مرجع سابق.

الفرع الأول: مراقبة وتبعم أحوال المكفول بالخارج

نص قانون كفالة الأطفال المهملين على عدة آليات تمكن القاضي المكلف بشؤون القاصرين من تتبع أحوال المكفول، ومراقبة مدى وفاء الكافل بالتزاماته سواء داخل المغرب أو خارجه.

فإذا كان الكافل مقيما بالمغرب سواء أكان مغربيا أو أجنبيا، فمهمة المراقبة تُعهد للنيابة العامة أو إلى اللجنة المنصوص عليها في المادة 16، وذلك حسب المادة 19 من القانون 15.01. (1254)

أما إذا كان الكافل يقيم خارج المغرب مع مكفوله، فقد أوجبت المادة 24 في فقرتها الثانية على المصالح القنصلية المغربية الموجودة في محل أو مكان إقامة الكافل، السهر على احترام الكافل لالتزاماته تجاه الطفل المكفول، حيث يعمل القنصل المعني بالأمر، على توجيه تقارير تتعلق بأحواله. ويمكن للقاضي بناء على هذه التقارير أن يتخذ كل التدابير والإجراءات التي يراها

1254- المادة 19 من قانون 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين تنص على ما يلي: « يعهد إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر إقامة الكافل، بمهمة تتبع ومراقبة شؤون الطفل المكفول، ومدى وفاء الكافل بالتزاماته، وله أن يعهد من أجل ذلك بإجراء الأبحاث التي يراها مناسبة إلى:

- أ - النيابة العامة والسلطة المحلية أو المساعدة الاجتماعية المؤهلة لذلك قانونا أو الجهات المختصة الأخرى؛
- ب- أو اللجنة المنصوص عليها المادة 16.

توجه الجهات المذكورة أو اللجنة تقارير إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حول البحث الذي تم إجراؤه. يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين، بناء على التقارير المقدمة إليه، أن يأمر بإلغاء الكفالة وأن يتخذ ما يراه ملائما لمصلحة الطفل.

يمكن للجهات أو اللجنة التي تضع التقارير المشار إليها أعلاه أن تقترح على القاضي التدابير التي تراها ملائمة ومنها الأمر بإلغاء الكفالة».

ملائمة لمصلحة الطفل المتكفل به، وذلك إما تلقائياً، أو بناء على طلب من وكيل الملك أو ممن له مصلحة في ذلك. (1255)

لكن الملاحظ أن مسألة تتبع أحوال المكفول وشؤونه، ومدى وفاء الكافل بالتزاماته غير موجودة عملياً، حيث يتعذر مراقبة شؤون الطفل المكفول المقيم بالمغرب، وبالأحرى بالنسبة للمكفول المقيم بصفة دائمة خارج المغرب (1256).

يقول الأستاذ إبراهيم الأيسر إن المتابعة خارج المغرب، ليست متبعة بالشكل الذي نتظره، والذي يحقق تلك الصورة التي نتظرها جميعاً من نظام الكفالة (1257). فإذا كان المشرع قد حوّل للمصالح القنصلية محل إقامة الكافل تتبع الطفل المكفول، فالملاحظ أن هذه المصالح لا تقوم بهذا الدور المنوط بها، وهذا يرجع لعدة أسباب من بينها؛ تغيير الكافل لسكنه من مكان لآخر، وبعده المسافة بين مقر القنصلية ومحل إقامة الطفل مع كافلة (1258).

وأمام هذا الوضع، يمكن أن نتساءل عن دور وزارة العدل والحريات، هل هناك من تدابير متخذة لمتابعة تنفيذ نظام الكفالة على مستوى التطبيق؟

انطلاقاً من الأهمية التي خصصها المشرع لوضعية الأطفال المهملين وكفالتهم، فقد عملت وزارة العدل والحريات منذ صدور القانون المذكور على تتبع ومواكبة التطبيق، من خلال اتخاذ مجموعة من التدابير تمثلت في إصدار عدة مناشير تطبيقية منها:

1255- محمد الشافعي: كفالة الأطفال المهملين، ص 59. سلسلة البحوث القانونية 14، مراكش 2007م.

1256- سميرة برادة: كفالة الأطفال الملتخى عنهم بين النظرية والتطبيق. مقال مقدم ضمن أشغال الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، عدد 5 سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية شتنبر 2004 ص 204 .

1257- إبراهيم الأيسر: دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون الكفالة، م س، ص 47.

1258- محمد الشافعي: كفالة الأطفال المهملين، م س، ص 58.

المنشور رقم 16 بتاريخ 28 مارس 2005 موجه للسادة المسؤولين القضائيين والسادة المشرفين المكلفين، والذي نص على تعميق الأبحاث المتعلقة بالكفالة، والتأكد من مؤهلات الأجانب الراغبين في كفالة الأطفال المهملين، ومدى توفرهم على الضمانات التي تمكن الرقابة القضائية من تتبع أحوال الطفل المكفول⁽¹²⁵⁹⁾.

كما قامت وزارة العدل والحريات، بمكاتبة وزارة الشؤون الخارجية والتعاون بمقتضى كتاب مؤرخ في 2010، لتفعيل دور القنصليات في تتبع وضعية الأطفال المتكفل بهم في الخارج، مع العمل على موافاة وزارة العدل والحريات بنسخ من التقارير المنجزة في هذا الإطار، على أن يوجه الأصلا إلى السادة القضاة المكلفين بشؤون القاصرين المختصين، وذلك تماشيا مع مقتضيات المادة 24 من القانون المذكور، التي أناطت بالمصالح القنصلية المغربية في محل إقامة الكافل دور تتبع وضعية الطفل المكفول ومراقبة مدى وفاء الكافل بالتزاماته⁽¹²⁶⁰⁾.

ومن الأجوبة التي قدمتها القنصليات المغربية بالخارج، وهي بصدد القيام بتتبع شؤون الطفل المكفول، والتي جاءت على لسان الأستاذ إبراهيم الأيسر، يقول فيها: «...يتعذر علينا أننفيدكم بوضعية الطفل المكفول»، والأكثر من هذا، وردت صيغة تقول: «إننا اتصلنا بالكافل وهو أجنبي، فأجابنا بأن الطفل أصبح ذا جنسية غير الجنسية المغربية، ولم يعد للمغرب علاقة به».

ومعنى ذلك يوضح الأستاذ إبراهيم الأيسر، أنه عندما تقدم الأجنبي بطلب الكفالة، كان يقول: إنني أفعل ذلك في إطار القانون، وأطلب الكفالة وألتزم بمقتضيات القانون المغربي،

1259- مؤتمر دولي بالرباط حول موضوع: التعاون الدولي في المادة المدنية والتجارية من خلال اتفاقيات لاهاي، مرجع سابق، ص 84.

1260- إبراهيم الأيسر: دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون الكفالة، م س، ص 51.

ولكنه بمجرد ما منحت له الكفالة، وأُذِنَ له بإخراج الطفل المكفول من أرض المغرب، أصبح يعتبر أن ذلك الطفل لم يُعد مغربيا، ولا سيما بعد أن أُعطيت له جنسية ذلك الكافل (1261).

وهكذا فمسألة تتبع الأطفال المتكفل بهم بالخارج مسألة صعبة ومعقدة، وبالتالي لا نعرف ما إذا كان المكفول يعيش في وضع يلقي فيه كامل الرعاية والعناية والتربية وفق ما يستوجبه القانون (1262).

وأمام صعوبة هذه المراقبة وتعقدها، يقوم الكافل الأجنبي باستغلال هذا الوضع، ويرفع دعوى لتحويل الكفالة إلى تبني³ الشيء الذي يصبح معه المكفول المغربي خاضعا لقانون بلد الكافل (1263). هذا فضلا عن تربيته على غير الدين الإسلامي، إذ الغالب أن الكافل لا يعتنق الإسلام إلا من أجل ضمان التكفل بطفل مهمل، مما يفتح المجال أمام تنشئة الطفل تنشئة غير إسلامية، وتربيته في محيط تسوده تقاليد وعادات تبتعد كثيرا عن العادات والتقاليد السائدة في البلد الأصلي للطفل المكفول (1264).

ولذلك نجد أن الكافل الأجنبي يفضل الإقامة في بلده الأصلي مع الطفل المكفول، أما الإقامة في المغرب فتبقى أمرا نادر التحقق، وأمرا غير مرغوب فيه من قِبَل الكافل الأجنبي، وذلك نظرا للعديد من الآثار القانونية التي قد تترتب عن هذه الإقامة، وخاصة على صعيد أحواله الشخصية (1265).

1261- إبراهيم الأيسر: نفس المرجع ونفس الصفحة.

1262- نادية امزاوير: معيقات إسناد الكفالة، م س، ص 82 .

1263 - محمد الشافعي: كفالة الأطفال المهملين، م س، ص 58.

1264 - جميلة أوحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا. واقع وآفاق، م س، ص 308.

1265- في إطار القانون المغربي بخصوص الروابط الدولية الخاصة، ذات الطرف المسلم يُسند الاختصاص إلى القانون الإسلامي، ولو كان القانون الوطني للطرف الأجنبي هو المختص أصلا بمقتضى قواعد الإسناد، أوله ارتباط وثيق بالنزاع. فبمقتضى ظهير 24 ابريل 1959 الذي أسند الاختصاص للمحاكم الشرعية للبت في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين سواء كانوا مغاربة أو أجانب، وعملا في تلك المرحلة بالمبدأ القائل بأن القاضي المسلم لا يطبق إلا الشريعة الإسلامية، مَدَّت تلك المحاكم الاختصاص القضائي إلى الاختصاص التشريعي، فأخضعت الأجانب المسلمين، متى كان كل الأطراف أو أحدهم مسلما لمقتضيات مدونة الأحوال الشخصية وحدها دون مقتضيات القانون الوطني لذلك الأجنبي، حيث

الفرع الثاني: تحويل الكفالة إلى تبني^١.

إن الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من قانون كفالة الأطفال المهملين، قد لا تطرح أي إشكال في الحالة التي يكون فيها الكافل مقيما بالمغرب، لكن الأمر يختلف، وينتج عن إسناد الكفالة إشكالات متعددة، في الحالة التي يكون فيها الكافل أجنبيا مسلما مقيما خارج المغرب ويريد السفر بمكفوله، للإقامة معه هناك بصفة دائمة. حيث يتجلى الإشكال المطروح عندما يريد الكافل الأجنبي السفر بمكفوله إلى دولة غير إسلامية، في أن قانون كفالة الأطفال المغربي يختلف تماما عن قوانين تلك الدول، فقانون التجمعات العائلية في تلك الدول لا يعترف بقانون كفالة الأطفال في الدول الإسلامية، وإنما المعمول به هناك قانون التبني، الذي تعارضه جميع الدول العربية الإسلامية باستثناء تونس، وهو مخالف للنظام العام المغربي⁽¹²⁶⁶⁾.

وباعتبار أن القانون المغربي يحظر التبني، ويأخذ في مقابل ذلك بالكفالة، وهذا الأمر يدفعني للتساؤل: ما موقف السلطات الأوربية⁽¹²⁶⁷⁾ - غير الإسلامية عموما - من كفالة الأطفال المغاربة سواء أكان الكافل من الجالية المغربية أم كان أجنبيا⁽¹²⁶⁸⁾؟ وما السبيل إلى سمو مقتضيات الكفالة، أمام القوانين الأجنبية التي تبيح التبني؟

يرجح الانتماء الديني على الانتماء السياسي والقانوني للشخص. فتطبيق مدونة الأسرة على زواج الكافل الأجنبي المسلم (في حالة الزوجين الأجنبيين) المنتمي إلى نظام قانوني غير إسلامي، ينجم عنه مثلا الاعتراف بصحة تعدد الزوجات في نظر القانون المغربي، وبطلانه في نظر قانونه الوطني، كما أن تطبيق نفس المدونة على زواج الكافلة الأجنبية المسلمة المنتمية إلى نظام قانوني غير إسلامي، يوجب احترام الشروط الموضوعية والشكلية التي تستوجبها المدونة، فيمنع مثلا الزواج بغير المسلم متى كان الطرفان مقيمين بالمغرب، ويتعين تسمية مهر للزوجة المسلمة، وإبرام عقد الزواج بحضور شاهدين عدلين.

- جميلة أوحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا، م س، ص 308-309.
1266- إدريساجويل: إسناد كفالة الأطفال في إطار التشريع الداخلي والمواثيق الدولية، ورد في منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، جامعة محمد الأول وجدة. م س، ص 367 - 368.

1267- الدول الأوربية ليست مقصودة بحد ذاتها، وإنما المقصود جميع الدول غير الإسلامية.
1268- هناك أيضا مغاربة منحت لهم الكفالة وهم مقيمون بالخارج، ولما ينتقلون إلى البلد الذي يقيمون فيه بالخارج، يبدؤون في محاولات الحصول على التعويضات، غير أن هذه الأخيرة لا تُمنح لهم في إطار الكفالة، بل بالتبني، الشيء الذي يدفعهم إلى رفع دعاوي لتحويل الكفالة إلى التبني.

إن قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي جاء منسجما مع الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب، والتي اعتبرت الكفالة وسيلة من وسائل الرعاية البديلة للأطفال، مما يعكس اعترافا دوليا بهذا النظام وخصوصياته⁽¹²⁶⁹⁾.

وفي هذا الصدد أوجبت اتفاقية حقوق الطفل سنة 1989 في المادة 20، تدخل الدولة لتوفير الرعاية البديلة للطفل الذي حُرِم من أسرته الطبيعية، وتركت لكل دولة حرية اختيار شكل الأسرة البديلة التي تتفق مع طبيعة نظامها القانوني، ونصت على إمكانية شمول هذه الرعاية الحضانة أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني عند بعض القوانين، أو عند الضرورة الإقامة في إحدى المؤسسات المناسبة لرعاية الأطفال، ونبّهت في فقرتها الأخيرة من المادة 20، على أنه عند اختيار أحد هذه الأشكال من الرعاية، ينبغي إيلاء الأهمية الواجبة لاستمرار تربية الطفل، وكذا لأصوله الفكرية والدينية والثقافية واللغوية.

كما نصت اتفاقية لاهاي الدولية، المؤرخة في 19 أكتوبر 1996، على مجموعة من المقتضيات الحماية لشخص الطفل وأمواله، وإجراءات التعاون الدولي الضروري لتحقيق هذه الحماية.

وتماشيا مع هذا المناخ الدولي، تبني المشرع المغربي نظام الكفالة كوسيلة من وسائل الرعاية البديلة للأطفال⁽¹²⁷⁰⁾، وأصبحت بالتالي الكفالة تشكل البيئة الأساسية لتنشئة الطفل المهمل

- إبراهيم الأيسر: دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون الكفالة، م س، ص 51.

1269- إبراهيم الأيسر: نفس المرجع، ص 47.

1270- تجدر الإشارة هنا، إلى أن المغرب قد قام بدور هام لإدخال مفهوم الكفالة إلى نطاق تطبيق هذه الاتفاقية، وبرز هذا الدور منذ الاجتماع المنعقد للجنة المتعلقة بإعمال المعاهدة الموقعة في 29 ماي 1993 حول حماية الأطفال والتعاون القضائي في مادة التبني الدولي، حيث تقدم الوفد المغربي خلال الاجتماع باقتراح يتعلق بإمكانية إدخال الكفالة في نطاق تطبيق هذه الاتفاقية، لكن هذا الاقتراح تحفظت عليه أغلبية الدول الأعضاء في الاتفاقية، لكنها غيرت موقفها لاحقا وتم إدخال الكفالة في نطاق تطبيق هذه الاتفاقية في أكتوبر 1996 بموجب المادة الثالثة الفقرة الثانية.

- جميلة أوحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا، م س، ص 157 الهامش رقم 37.

ورعايته، سواء كان معروف النسب أو مجهوله، لتؤكد مدونة الأسرة هذا الاختيار، حينما اعتبرت في المادة 149 التبني باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية (1271).

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب استشارة الدولة المستقبلة قبل إصدار الأمر بإسناد الكفالة لأجنبي، كما تنص على ذلك المادة 33 من اتفاقية لاهاي لسنة 1996، والتي جاء فيها: «- إذا كانت السلطة المختصة بناء على مقتضيات المواد من 5 إلى 10 تعترض وضع طفل في عائلة استقبال، أو في مؤسسة أو التكفل به قانونا بمقتضى الكفالة، أو أي مؤسسة أخرى مماثلة، وكان هذا الوضع أو التكفل بدولة أخرى متعاقدة، فإنها تعمد إلى التشاور مسبقا مع السلطة المركزية أو السلطة المختصة الأخرى في هذه الدولة، وتوجه إليها لهذا الغرض تقريرا حول الطفل، والأسباب التي دعت إلى اقتراح وضعه أو التكفل به.

- لا يمكن اتخاذ قرار الوضع أو التكفل بالدولة الطالبة، إلا إذا وافقت السلطة المركزية أو السلطة المختصة الأخرى بالدولة المطلوبة على وضع الطفل أو احتضانه، مع مراعاة مصلحتها العليا».

لكن للأسف هذه المادة لا تطبق في كثير من الأحيان من طرف السادة قضاة شؤون القاصرين. ونتيجة لذلك، عندما تسند الكفالة ويُمنح الإذن بمغادرة التراب الوطني، ترفض الدولة المستقبلة استقبال الطفل، بناء على أنها لم تُستشر في ذلك قبل إسناد الكفالة طبقا لمقتضيات المادة 33 (1272).

وتفاديا للوضع الذي قد يترتب عن عدم اعتراف دول الإقامة برابطة الكفالة، أصدرت وزارة العدل والحريات منشورا بتاريخ فاتح يوليوز 2003 موجهة للسادة المسؤولين القضائيين والسادة القضاة المكلفين بالتوثيق وشؤون القاصرين، يؤكد على ضرورة التحقق من وجود

1271- إبراهيم الأيسر: دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون الكفالة، م س، ص 44.

1272- إبراهيم الأيسر: دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون الكفالة، م س، ص 50-51.

اتفاقية قضائية تسمح بنظام الكفالة، أو إدلاء الكافل بشهادة مسلمة من سلطات ذلك البلد، تثبت سلامة الوضعية القانونية التي سوف يعيشها المكفول في بلد الاستقبال، وذلك قبل الترخيص بمغادرة الطفل المكفول للتراب الوطني في اتجاه الدولة التي يريد الكافل أخذه إليها⁽¹²⁷³⁾.

وهذا ما أكدته القضاء المغربي في الكثير من قراراته، من بينها القرار الصادر عن محكمة النقض الذي نقض القرار الاستثنائي المؤيد للحكم الابتدائي، القاضي بإسناد كفالة الطفل المهمل "طه العتيقي" للسيدان السويسريين "برجر دانييل" وزوجته "كلوديا ريبير"، إلا أن النيابة العامة استأنفته، بحجة أن قاضي شؤون القاصرين لم يستجب لطلب ممثل الأوقاف والشؤون الإسلامية، بتزويده بالوثائق اللازمة لإبداء رأيه، وهو إجراء ضروري خاصة وأن المطلوبين لم يدليا بموافقة بلدهما بالتكفل بطفل مهمل، كما تقتضيه اتفاقية لاهاي. واستجاب قضاة المجلس الأعلى لطلب النيابة العامة وقضوا بنقض القرار كما يلي: « حيث ثبت صحة ما ورد بالنعي، ذلك أن طالبي الكفالة استندا إلى وثائق تنص على أنهما أبوان متبنيان، وبمقتضى المادة 2 من قانون 15.01، فإن الكفالة لا يترتب عنها الحق في النسب ولا في الإرث، وهذا خلاف ما ورد في التقرير الصادر عن مديرية الاقتصاد والداخلية ببلدية "ارغوفي" بسويسرا بتاريخ 2010/07/30، من أنه لا يجب أن يكون التبني موضوعا محرما بالنسبة للطفل، الأمر الذي يُعد خرقا لقانون الكفالة وللمادة 149 من مدونة الأسرة التي تنص على أن التبني

1273 - جميلة أوحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا، م س، ص 307.

الأمر الذي خلق عدة صعوبات لبعض الأجانب، وللكتير من المغاربة الذين يحملون أحيانا جنسيات أجنبية، حيث لم يفلحوا في السفر بأطفال أسندت لهم كفالتهم، لأن سفارات الدول المستقبلية تمتنع عن تسليم التأشيرة لهؤلاء الأطفال المكفولين، (فرنسا مثلا رغم وجود المادة 3 من الاتفاقية الدولية لاهاي الصادرة بتاريخ 1996/10/19، المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في ميدان المسؤولية الأبوية وتدابير حماية الأطفال).

- نادية امزاوير: معيقات إسناد الكفالة، م س، ص 81 .

باطل، والمحكمة مصدره القرار المطعون فيه، لما لم تراعي ما ذكر، ولم تركز قضاءها على أساس، وخرقت المادة المحتج بها، مما يجعله عرضة للضياع». (1274)

وهذا التوجه تم تأكيده في قرارات لاحقة، حيث قضت محكمة النقض بنقض القرار الاستثنائي المؤيد للحكم الابتدائي، القاضي بإسناد كفالة الطفلة المهملة "ضحى العلمي" المولودة بتاريخ 2012/04/10 إلى السيد ألبير فرانك وزوجته السيدة كايوفانسيا وتعيينهما مقدمين على الطفلة المكفولة، وبعد استئنافه من طرف النيابة العامة قضت محكمة النقض بما يلي: «حيث إنه بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 2 من القانون رقم 15.01 المتعلق بالأطفال المهملين، فإنه لا يترتب عن الكفالة الحق في النسب ولا في الإرث، والمطلوبان قدما شهادة مؤرخة في 15 فبراير 2012 صادرة عن سلطات البلد المستقبل للطفلة، بأنهما أهل لتبني الطفلة ضحى العلمي، ومعلوم أن التبني في قانون البلد المستقبل يترتب عنه النسب والإرث، وذلك خلافاً للفقرة الأولى من المادة المذكورة، والمحكمة لما قضت بإسناد الكفالة للمطلوبين، فإنها خرقت الفقرة الأولى من المادة المذكورة، والمادة 149 من مدونة الأسرة التي تعتبر التبني باطلاً، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية، لذلك يتعين نقض القرار» (1275).

كما أيدت محكمة النقض، ما ذهب إليه قضاة محاكم الموضوع عندما رفضوا طلب كفالة الطفل المهمل "سهيل" نزيل بدار الأطفال للاحسناء المزداد في 2012/01/12، من طرف السيدين جرفي ستيفاني برنارد وزوجته بومعروف مريم، ومما جاء في قرار النقض: «حيث إنه بمقتضى المادة 149 من مدونة الأسرة، فإن التبني باطل ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية، والثابت من وثائق الملف، وخاصة الإشهاد أو الموافقة الصادرة عن السلطات الفرنسية

1274- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 216 بتاريخ 2014/03/18، ملف شرعي عدد 2013/1/2/53، منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض، العدد 22 سنة 2015، م س، ص 168 – 169.

1275- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 296 بتاريخ 2014/04/15، ملف شرعي عدد 2013/1/2/ 226 منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض عدد 22 سنة 2015، م س، ص 173 – 174.

بتاريخ 2011/12/22، والذي يعطي الموافقة للطاعنين بالتبني وليس من أجل الكفالة، ومن تم فإن ذلك مخالف للنظام العام المغربي، لذلك يتعين رفض الطلب»⁽¹²⁷⁶⁾.

يتضح من هذه القرارات، أن القضاء المغربي، وخاصة قضاة محكمة النقض حريصون على الحفاظ على عقيدة وهوية الطفل المكفول من طرف أجنبي، وإجبارهم على إحضار وثيقة من بلد الاستقبال، تعترف بالكفالة كنظام يختلف عن التبني المعمول به في الدول غير إسلامية⁽¹²⁷⁷⁾.

ورغم ذلك فالكثير من الأشخاص الأجنب - إن لم نقل كلهم - عندما يحصلون على الكفالة في المغرب، وبعد انتقالهم إلى بلد الإقامة، يتقدمون بطلب تحويل الكفالة إلى تبني^١، وقد سايرت بعض المحاكم مثل هذه الطلبات، ومثال ذلك موقف القضاء الإسباني، حيث أصدرت محكمة محافظة أسبينا بتاريخ 2008/07/08، قرارا قبلت فيه طلب تبني طفل مغربي مقيم بإسبانيا، أسندت كفالته قضائيا لكافلة إسبانية مع تقديمها عليه، والمحكمة الإسبانية عللت موقفها بكون القانون الإسباني هو المطبق في هذه الحالة، وذلك باعتبار محل إقامة الطفل موضوع

1276- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 615 بتاريخ 2014/09/16، ملف شرعي عدد 2013/1/2/671. منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 22 سنة 2017، م س، ص 191-192.

وفي قرار مماثل، أمر قاضي شؤون القاصرين بالرباط بتاريخ 28 مارس 2011، بتعيين السيدين سلفادور إيتشغار وزوجته ريببكا بارييرو كفيلين مقدمين على الطفلة المهملة "جهان لحلو"، وهو الأمر الذي أكدته محكمة الاستئناف، مما دفع النيابة العامة إلى الطعن فيه، بحجة عدم الاستجابة لطلب مندوب الشؤون الإسلامية بتعزيز الملف بوثيقة رسمية تثبت إقرار قوانين الديار الإسبانية بمبدأ الكفالة، كما هو منصوص عليه في الشريعة الإسلامية، والحفاظ على هوية الطفل. وهو الأمر الذي استجابت له محكمة النقض وقضت بنقض القرار.

- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 528 بتاريخ 2013/06/18، ملف شرعي عدد 2012/1/2/109.

منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 22 سنة 2015، م س، ص 123 إلى 126.

1277- يقول الأستاذ إبراهيم الأيسر: لقد مارسنا جهادا إنسانيا تمكننا من جعل هذه الدول تعترف في إطار تنفيذ اتفاقية لاهاي لسنة 1996 بنظام الكفالة، حيث كان المسؤولون لا يؤمنون ولا يقبلون بنظام الكفالة ولا يعترفون إلا بالتبني.

- إبراهيم الأيسر: دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون الكفالة، م س، ص 55.

التبني، وبكونه سيكتسب الجنسية الإسبانية بحكم تبنيه من طرف كافلة تحمل الجنسية الإسبانية⁽¹²⁷⁸⁾.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي، وإن كان توجه محكمة النقض الفرنسية، يميل إلى التراجع عن تحويل الكفالة إلى التبني بالنسبة للأطفال الذين يمنع قانون بلدهم الأصلي التبني، بناء على مقتضيات المادة 3/370 من القانون المدني الفرنسي، فإن الإشكال يظل قائماً عندما تُمنح الجنسية الفرنسية للطفل المكفول، إذ يعمد الكافل إلى تقديم طلب إلى القضاء الفرنسي لتحويل الكفالة إلى تبني^١، الشيء الذي يجعل الضمانة المنصوص عليها قانوناً في المحافظة على جنسية وهوية وعقيدة الطفل المكفول مفقودة⁽¹²⁷⁹⁾.

وكذلك بالنسبة للقضاء الهولندي، فالثابت عنه هو رفضه للكفالة التي تتم بالمغرب، حيث صدرت عنه قرارات عدة في هذا الشأن كما تقول الأستاذة جميلة أوحيدة⁽¹²⁸⁰⁾.

وهكذا، قد يجد الكافل الأجنبي في عدم الاعتراف بالكفالة في بلده الأصلي ضالته، حيث يسهل عليه تحويل الكفالة إلى تبني^٢، خاصة وأن المشرع المغربي لم يشترط في إطار الظهير المتعلق بالأطفال المهملين أن يكون طالب الكفالة مقيماً بالمغرب، الشيء الذي يفتح المجال واسعاً أمام الأجانب للتكفل بالأطفال المغاربة المسلمين، خصوصاً وأن مسألة اعتناق الإسلام تبقى صورية ومجرد ذريعة للحصول على الطفل والتوجه به نحو بلدانهم، وتنشئتهم تنشئة غير إسلامية⁽¹²⁸¹⁾.

1278- إبراهيم الأيسر: نفس المرجع ونفس الصفحة.

1279 - إبراهيم الأيسر: دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون الكفالة، م س، ص 56.

1280 - جميلة أوحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية المقيمة بهولندا، م س، ص 158.

1281 - جميلة أوحيدة: نفس المرجع ونفس الصفحة.

لذلك، يجب إعادة النظر في مسألة تكفل الأجانب بالأطفال المغاربة المسلمين، كما يجب الاشتراط عليهم الإقامة بالمغرب، بهدف ضمان التنشئة الإسلامية لهؤلاء الأطفال، أو قصر التكفل بالأطفال المغاربة على الأجانب المقيمين بصفة دائمة بالمغرب دون غيرهم⁽¹²⁸²⁾.

وهذا ما استجابت له وزارة العدل والحريات، حينما أصدرت منشورا رقم 40 س 2 بتاريخ 19 شتنبر 2012، موجهها إلى الوكلاء العامين للملك لدى محاكم الاستئناف، ووكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية، يحثهم فيه على التأكد بواسطة البحث من كون الأجنبي الراغب في الكفالة يقيم بصفة اعتيادية فوق التراب الوطني، مع تقديم ملتزمات إلى القضاة المكلفين بشؤون القاصرين على ضوء نتيجة البحث، بعدم إسناد الكفالة للأجانب غير المقيمين بصفة اعتيادية بالمغرب⁽¹²⁸³⁾.

وعزا الوزير هذا الموقف خلال مناقشة الموضوع بمجلس النواب، إلى عدة اعتبارات تتمثل أساسا في تعذر مواكبة الحالة الاجتماعية للمكفولين المنتقلين إلى خارج المغرب، ومدى التزام الأسرة الحاضنة بالشروط الواردة في المادة 9 من القانون 15.01، خاصة ما يتعلق منها بالصلاحية الأخلاقية والاجتماعية لطالب الكفالة، والقدرة على ضمان تنشئة إسلامية للمكفول.

1282- سميرة برادة: كفالة الأطفال المتخلي عنهم بين النظرية والتطبيق، م س، ص 199.

1283- هذا المنع نجد له أصلا في الشرع الإسلامي، حيث أنه يمنع الانتقال باللقيط إذا كان السفر بهدف الإقامة الدائمة، ويُرخص للملتقط السفر باللقيط، إذا كان مأمونا عليه، وأن يكون السفر مؤقتا وليس دائما. وفي هذا يقول ابن قدامة: «الملتقط إذا عرفت عدالته بالاختبار، فله أن ينتقل باللقيط، ويسافر به، لأنه مأمونا عليه ولا يُخشى منه، إذا كان سفره لغير النقلة - الإقامة الدائمة -، أما إذا كان الملتقط مستور الحال - لم تُعرف ولم تُختبر عدالته - فليس له أن يسافر باللقيط، سواء كان السفر طارئاً أو دائما، لأنه بهذا السفر يبعده عن عرف حاله، أي كونه لقيطا، ولا يُؤمن عليه أن يسرقه ويبيعه، فإذا أصر على السفر به نزع من يده».

- ابن قدامة: المغني، م س، ج 8 ص 361-362.

وأضاف الوزير استنادا إلى المعطيات المتوفرة لديه، أن عددا من الكافلين الأجانب قد غيروا أسماء المكفولين وعقيدتهم، وهو ما نبهت إليه بعض المداخلات من داخل مجلس النواب، والتي أشارت إلى مخاطر الكفالة من طرف الأجانب، وما قد يترتب عنها من تغيير للعقيدة، والاستغلال الجنسي للفتيات والأطفال على حد سواء، أو سقوط الأطفال المكفولين ضحايا لتجارة الأعضاء البشرية⁽¹²⁸⁴⁾.

لكن هذا المنشور، أثار بعض ردود الفعل من طرف بعض الجمعيات المغربية، ومن طرف ممثلي عدد من الدول الأوربية، التي دافعت عن مصالح مواطنيها والتي تنتظر البث في طلبات كفالة سبق وأن تقدمت بها أمام المحاكم المغربية.

ولتجاوز هذا الغموض، أصدرت وزارة العدل والحريات بلاغا، توضح فيه بأن ظهير 2002/06/13 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، أعطى للقاضي المكلف بشؤون القاصرين وحده صلاحية قبول طلبات إسناد الكفالة أو رفضها، بعد إجراء الأبحاث اللازمة حولهم، والتأكد من توفر المصلحة الفضلى للطفل المهمل من عدمها، مضيفا أن المنشور المذكور لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يغير قانون الكفالة، بل يوضح بعض الجوانب المرتبطة به، وأنه لم يوجه إلى قضاة الحكم، بل إلى النيابة العامة باعتبارها ترأس لجنة البحث المنصوص عليها في

1284- سناء كريم: كفالة الأجانب لأطفال المغرب، شروط ومخاوف. مقال نشر بجريدة التجديد، بتاريخ 2013/05/21م. وكمثال على ذلك، أن بعض الجمعيات تلجأ وتحت يافطة الرعاية الاجتماعية إلى كفالة الأطفال لغرض دنيء وغير أخلاقي، من قبيل تهجيرهم إلى الخارج، وتنصيرهم وتربيتهم على غير دينهم، وكانت وزارة الداخلية المغربية قد كشفت عن طرد مجموعة من المنصرين منجنسيات مختلفة، استغلوا الوضعية الاجتماعية لبعض العائلات في نواحي مدينتي خنيفرة وآزرو، لاستهداف أبنائهم القاصرين، من خلال التكفل بهم، دون احترام ومراعاة للإطار القانوني المتعلق بكفالة الأطفال للمتخلى عنهم أو اليتامي، وأشارت إلى أنه وتحت غطاء العمل الخيري، كانت هذه المجموعة تمارس أنشطة تنصيرية، مستهدفة أطفالا في سن مبكرة.

- إدريس اجويلل: إسناد كفالة الأطفال في إطار التشريع الداخلي والمواثيق الدولية، م س، ص 359 الهامش، رقم 1.

المادة 16 من القانون المذكور، وبناء عليه فالنيابة العامة هي الجهة المخاطبة بمقتضياته دون غيرها (1285).

وهذا ما أوضحها الأستاذ إبراهيم الأيسر، حينما أكد على أن هذا المنشور لا يتعلق بالعمل القضائي، وإنما موجه للنيابة العامة عند تقديم ملتمساتها، أن يكون من ضمن هذه الملتمسات مسألة الإقامة الاعتيادية (1286).

وتأكيدا لذلك، أصدر القضاء المغربي قرارات لم يعتبر فيها الإقامة الاعتيادية للأجانب بالمغرب شرطا من شروط إسناد الكفالة. وقد جاء في حيثيات أحد القرارات أن: «القاضي المكلف بشؤون القاصرين أسند كفالة طفل مهمل للزوجين الراغبين فيها، طعن فيه بالاستئناف، فألغته محكمة الاستئناف بعلّة أنهما غير مقيمين بالمغرب بصفة مستمرة، فطعن فيه الزوجان بالنقض. وقضت محكمة النقض في قرارها عدد 584 الصادر بتاريخ 2011/10/18، بنقض القرار الاستئنافي الموماً إليه، بعلّة أن المحكمة لم تناقش الوثائق المدلى بها من قبل الطالبين، وأنه ليس في ظهير 13 يونيو 2002 الإقامة المستمرة بالمغرب كشرط في أهلية الكفالة، فجاء القرار خارقا للقانون، فكان معرضا للنقض» (1287).

كما أصدرت محكمة النقض قرارات أخرى لم تتقيد فيها بالمنشور المذكور، منها: (1288)

- القرار عدد 145 الصادر بتاريخ 2012/02/21 في الملف الشرعي عدد 2011/1/2/55؛

1285 - نادبة مزاوير: معيقات إسناد الكفالة، م س، ص 80.

1286 - إبراهيم الأيسر: دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون الكفالة، م س، ص 56.

1287- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 584 بتاريخ 2011/10/18، ملف شرعي عدد 2011/1/2/311. أوردته: عمر لمين في مقاله: كفالة الأطفال المهملين على ضوء الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض، المنشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض، العدد 22 سنة 2015، م س، ص 68.

1288 - نادبة مزاوير: معيقات إسناد الكفالة، م س، ص 80 .

- القرار عدد 928 الصادر بتاريخ 2013/12/24 في الملف الشرعي عدد
2013/1/2/471.

وأشار الأستاذ إبراهيم الأيسر أنه استقبل بعد صدور المنشور المذكور، مجموعة من الجمعيات، وعددا من ممثلي الدول الأوروبية كفرنسا وإسبانيا وهولندا، وأفهمهم أن هذا المنشور لا يلزم القضاء⁽¹²⁸⁹⁾. وإن كانت قراءة المادة 24 من قانون الأطفال المهملين يفهم منها أن الأصل في إسناد الكفالة هو لشخص يُقيم بالمغرب، له إقامة اعتيادية بالمغرب وأنه إذا استجدت لديه ظروف تدعو إلى مغادرة التراب الوطني مع المكفول، يمكنه أن يلجأ إلى قاضي شؤون القاصرين لطلب الإذن له بهذه المغادرة⁽¹²⁹⁰⁾.

وعليه، فإجمال القول يكمن في أن المشاكل المتعلقة بتتبع المكفول، ومراقبته بالمغرب وبالخارج ليست مرتبطة فقط بإقامة أو عدم إقامة الكافل بالمغرب، وإنما بأسباب أخرى نذكر منها:

- عدم احترام بعض الدول الأجنبية لالتزاماتها الدولية في حماية الأطفال المتكفل بهم.
- عدم تنفيذ مقتضيات اتفاقية لاهاي لسنة 1996.
- انعدام التواصل بين السلطات القضائية المغربية ونظيراتها الأجنبية.

1289- إبراهيم الأيسر: دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون الكفالة، م س، ص 57.
كما قامت مجموعة من الأسر من بلدان غربية مختلفة، بتوجيه رسالة إلى الملك محمد السادس يلتمسون فيها التدخل من أجل الموافقة على ملفات الكفالة المعلقة بالمغرب، رفض وزير العدل والحريات الموافقة عليها، لعدم استجابتها لشروط تضمن متابعة أحوال المتكفل به. وأوضحت وكالة الأنباء الإسبانية إيفي - التي نشرت الخبر- أن الرسالة التي وقعت عليها 40 أسرة من إسبانيا وكذا من الولايات المتحدة الأمريكية، لديهم طلبات كفالة بالمغرب، جرى توجيهها إلى الملك محمد السادس في نهاية دجنبر المنصرم، يطلبون فيها تدخله لصالح الموافقة على ملفات الكفالة وإنهاء انتظارهم.
كما أشارت إيفي- وكالة الأنباء الإسبانية - إلى أن ذات الأسر وجهت الرسالة عينها للعاهل الإسباني، بغرض التدخل بدوره أمام الملك محمد السادس من أجل الموافقة على طلبات الكفالة.

- سناء كريم: كفالة الأجانب لأطفال المغرب، شروط ومخاوف. مقال نشر بجريدة التجديد بتاريخ 2013-05-21.
- 1290- إبراهيم الأيسر: مرجع سابق، ص 49.

- عدم وجود اتفاقيات ثنائية تتعلق بالكفالة.
- انعدام التواصل بين القاضي المكلف بشؤون القاصرين والمصالح الدبلوماسية المغربية⁽¹²⁹¹⁾.
يتضح مما سبق، أن المشرع المغربي حاول أن يحيط نظام الكفالة بمجموعه من الضمانات، توخى منها تحقيق الحماية للطفل المهمل، وتوفير بيئة سليمة لتنشئته تنشئة إسلامية، للمحافظة على هويته وعقيدته، لكن الواقع العملي أفرز مجموعة من الإشكاليات والصعوبات، خاصة عندما يكون الكافل أجنبيا، مما يفرض على المشرع أن يتدخل لتصحيح الأمور من خلال:

- إعادة النظر في مسألة تكفل الأجانب بالأطفال المغاربة المسلمين؛ لأن اعتناقهم الإسلام في الغالب يكون صوريا، فقط من أجل استكمال عناصر الملف، لذا يجب على المشرع أن يشترط مثلا أن تمر مدة معينة على عقد إسلام الأجنبي⁽¹²⁹²⁾، وأن يتحدث اللغة العربية، ويستطيع أداء الشعائر الإسلامية.

- اشتراط الحصول على الجنسية المغربية من أجل التكفل بطفل مهمل، أو على الأقل أن يقتصر التكفل بالأطفال المغاربة على الأجانب المقيمين بصفة دائمة بالمغرب دون غيرهم⁽¹²⁹³⁾.
- إبراماتفاقيات ثنائية مع الدول الغربية، من أجل ضمان احترام قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي.

هذا بالإضافة إلى تفعيل دور اللجنة المنصوص عليها في المادة 16 من القانون 15.01، وأن يكون ما توصلت إليه في تقرير البحث ملزما وحاسما في إسناد الكفالة من عدمها.

1291- نادية مزاورير: مرجع سابق، ص 82.

1292- إدريس اجويلل: إسناد كفالة الأطفال في إطار التشريع الداخلي والمواثيق الدولية، مرجع سابق، ص 359 الهامش رقم 1.

1293- سميرة برادة: كفالة الأطفال المتخلي عنهم بين النظرية والتطبيق، م س، ص 199.

خاتمة:

إن الإسلام دين كامل، ونظام شامل لكل ما يحتاجه الإنسان في حياته الشخصية والاجتماعية، وهو يهتم بالفرد أولاً، ويشرع له من الأحكام ما يناسب فطرته ونفسيته، وينظم علاقته بالخالق والمخلوق، ليسعد في الدنيا والآخرة. وبتطبيق الفرد لهذا النظام وبعمله به في حياته ينشأ مجتمع صالح؛ لأن الفرد لبنة أولى في المجتمع. ثم يهتم بالحياة الاجتماعية ثانياً، ويقرر للناس ما يجعلهم أمة واحدة، ويأمرهم بأن يولوا عليهم الأصلاح منهم، ويجعلوا إليه أمورهم، حتى لا تكون حياتهم فوضى، وبهذه الولاية يقترب بعضهم من بعض، ويتناصرون ويجمعون. فالولاية إذن تطلق على القرابة والنصرة والإمارة والسلطان والبلاد التي يتولى أمرها الوالي، وهذه كلمة تشعر بالتدبير والقدرة والفعل، ومن لم يجمع ذلك فيه لم ينطبق عليه اسم الوالي.

ومن أهم الشروط التي تشترط في الوالي ليقوم بأمر غيره، أن يكون عدلاً مرضياً عند قومه، ورعاً أميناً، وفوق هذا وذاك أن يكون مسلماً. فلا يجوز أن تسند الولاية لغير المسلم، سواء أكانت الولاية عامة أم خاصة. فلا يكون غير المسلم إماماً على المسلمين، ولا قاضياً عليهم، ولا شاهداً، ولا ولاية له في زواج مسلمة، ولا حضانة له لمسلم، ولا يكون ولياً عليه ولا وصياً. وعلى ذلك أجمع الأئمة والفقهاء والعلماء من السلف والخلف؛ فلم يجز أحد لغير المسلم أن يتولى هذه المسؤوليات، وذلك للأدلة الصحيحة الظاهرة على منع تولي غير المسلم شيئاً من الولاية، كقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين

سبيلاً» (1294) ، وقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تَلْقَوْنَ إِلَيْهِم بِالْمَوَدَّةِ﴾ (1295).

ولحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم أن: «الإسلام يعلو ولا يعلى» (1296) ، فالحديث واضح في دلالة على عدم جواز علو غير المسلم عبر الولاية أو غيرها على المسلم ، وفي المعنى ذاته جاء قول الله تعالى: ﴿وجعل كلمة الذين كفروا السفلى﴾ (1297).

والإسلام لما منع ولاية غير المسلم ، فلا يعني ذلك أنه ظلمه أو سلبه حقه ، وإنما راعى في ذلك تحصيل المصالح العظمى للمجتمع كله - المسلمين وغيرهم - لأن الخير والعدل كله في سياسة الدنيا بالدين ، والتحاكم إلى شرع الإسلام ، والعيش في ظل شريعته التامة السمحة السامية. وهذا ما يميز الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية ، إذ إنها ربطت الناس بالإيمان ، فعلى المسلم في كل معاملاته أن يراقب الله سبحانه وتعالى ، وهذا ما يحقق العدل في المجتمع ، وخاصة فيما يخفى على الناس. فالمسلم في المجتمع الإسلامي عليه رقيبان: رقيب في نفسه يخوفه من الله إن تعدى حدوده ، ورقيب متمثل في خليفة المسلمين.

أما غير المسلم ، فإنه لا يراقب إلا الدولة في تصرفاته ، والدولة مهما استطاعت أن تراقب ، فإنها لا تحصى كل شيء خاصة فيما يتعلق بالأسرة.

1294- سورة النساء الآية 140.

1295- سورة الممتحنة الآية 1.

1296- أخرجه الدارقطني في سننه بالسند الآتي: حدثنا محمد بن عبد الله بن إبراهيم، نا أحمد بن الحسين الحنّاء، نا شباب بن خياط، نا حشرج بن عبد الله بن حشرج ، حدثني أبي، عن جدي، عن عائذ بن عمرو المزني، عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: «الإسلام يعلو ولا يعلى».

- سنن الدارقطني، كتاب النكاح، باب المهر، ج 3 ص 181 حديث رقم 3564.

- كما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب اللقطة، باب ذكر من صار مسلماً بإسلام أبيه. ج 6 ص 338 حديث رقم 12155.

- كما ذكره البخاري موقوفاً على ابن عباس رضي الله عنهما، في كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلّى عليه، وهل يعرض عليه الإسلام؟ ص 326 حديث رقم 1353.

1297- سورة التوبة الآية 40.

ولكل ذلك، فإن من لوازم تلك المهمة ومقوماتها أن يتولاها من يؤمن بهذا الدين الكامل، ويحرص على حفظه، ويدين لله تعالى بتطبيق شريعته التامة، ولذلك كان اشتراط الإسلام في الولي يتفق مع قواعد الشرع والعقل.

لكن ما يجب التنبيه إليه، هو أن هذه الأحكام إنما يسهل تطبيقها في مجتمع يحكمه سلطان الدين، الذي به تنتظم حركة العلاقات الاجتماعية كلها، من قبل الأفراد فيما بينهم، ومن طرف الدولة التي تدير الأمة بالسياسة الشرعية. وفي المقابل يصعب تطبيقها في مجتمع لا يحكمه سلطان الشرع، وإنما يحكمه قانون وضعي، وضعه وينفذه غير المسلمين عليهم وعلى غيرهم.

لذلك فمسألة الولاية مستثناة للضرورة في البلاد غير الإسلامية؛ لأنها بلاد لا سلطة للمسلم فيها، وليست له عزّة الاحتكام ولا قوة يلجأ إليها. والمنتظم لهذه البلاد يطبق عليه القانون الوضعي، مهما كان وضعه العرقي أو الديني، وهذا التطبيق يمتد من أحوال الفرد إلى أحوال الأسرة إلى المجتمع بأكمله، بحيث لا يترك استثناء لخصوصية فرد أو مجموعة تمارس فيها تلك الخصوصية خارج سلطان القانون.

وقد حاول هذا البحث، معالجة بعض الإشكالات المرتبطة بمسألة الولاية في موضوعات الحضارة والكفالة والقضاء والشهادة. هذه الإشكالات أفرزها الوجود الإسلامي في الدول غير الإسلامية، خاصة ما تعلق منه بالمجال الأسري.

ولم يكن الغرض من هذه الدراسة جرد ما قاله فقهاء السلف الصالح في هذه الموضوعات، بقدر ما سعت إلى التعرف على كيفية تنزيل ذلك في هذا الواقع الجديد؛ الذي انتقلت فيه الأمة الإسلامية من وضعية الغالب إلى وضعية المغلوبية، فأصبحت فيه تابعة بعدما كانت متبوعة. فالبحث في هذا الاتجاه هو الذي يمكن أن يساعد على تجاوز الإشكالات الراهنة والمستقبلية، بالشكل الذي يحفظ للجالية المسلمة هويتها الإسلامية، ويجعلها تتمسك بدينها.

هذا وقد توصل البحث إلى مجموعة مهمة من النتائج ، يمكن إجمالها فيما يلي :

- بالنسبة لولاية القضاء ، فقد اتفق فقهاء الإسلام على أن غير المسلم لا يجوز له أن يتولى هذه المهمة على المسلمين ؛ لأن غير المسلم ليس أهلا لهذه الولاية ، إذ لا ولاية للكافر على المسلم.
- يجوز للمسلمين المقيمين بالديار غير الإسلامية ، التحاكم إلى القاضي غير المسلم ، حيث إنالتحاكم إلى قضاء أفراد غير مسلمين ونظامه القضائي مستقل وعادل أجدى في حفظ الحقوق والمصالح للمسلمين ، من قضاء أفراد مسلمون لكن نظامه غير مستقل وغير عادل ، ولا يحتكم أصلا لقوانين الشريعة.
- إذا طلق المسلم زوجته طلاقا شرعيا ، فلا مانع من توثيقه أمام المحاكم الوضعية في الدول غير الإسلامية ؛ وذلك حفظا للحقوق.
- اللجوء إلى القضاء الوضعي - في الدول غير الإسلامية - لإنهاء الزواج من الناحية القانونية ، لا يترتب عليه وحده إنهاء الزواج من الناحية الشرعية ، بل لابد من تأكيده شرعا ؛ إما بلفظ الزوج أو بتدخل أهل العلم لإتمام الأمر من الناحية الشرعية.
- أما بالنسبة للقانون المغربي ، فإن الأحكام الأجنبية القاضية بإنهاء العلاقة الزوجية للمغاربة المقيمين بالخارج ، أصبحت تنفذ في المغرب بغض النظر عن ديانة من أصدر الحكم الأجنبي ، وذلك طبقا للمادة 128 من مدونة الأسرة. بعدما كانت لا يُعترف بها حسب المدونة الملغاة ، وذلك بحجة أنها صدرت عن قضاة غير مسلمين.
- أما بالنسبة لولاية الشهادة ، فقد أجمع فقهاء الإسلام على رفض شهادة غير المسلم على المسلم في غير حالة الضرورة. لكنهم اختلفوا في حالة الضرورة ؛ وهي حالة الوصية في السفر ، وكانت شهادة المسلم متعذرة ، ولم توجد إلا شهادة غير المسلم ، فذهب جمهور الفقهاء الذي يمثله المالكية والحنفية والشافعية إلى القول بعدم قبول شهادة غير المسلم على وصية المسلم الذي مات في سفره ، في حين ذهب الحنابلة والظاهرية إلى قبول شهادة غير المسلم في هذه الحالة.

- ذهب ابن تيمية ومعه ابن القيم إلى القول بقبول شهادة غير المسلم على المسلم في كل ضرورة، سواء في الحضر أو في السفر، ولا تقتصر الضرورة على وصية المسلم في السفر فقط، ووافقهم على ذلك بعض الفقهاء المعاصرين.

- اتفق الفقهاء على اشتراط الإسلام في الشهود على عقد النكاح؛ إذا كان طرفاه مسلمين، فلا ينعقد نكاح المسلم بالمسلمة بشهادة غير المسلمين؛ لأن الشهادة من باب الولاية، فلا يكون غير المسلم واليا على المسلم. أما إذا كانت الزوجة كتابية، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين؛ حيث ذهب الجمهور الذي يمثل المالكية والشافعية والمذهب عند الحنابلة ومحمد بن الحسن وزفر من الحنفية إلى اشتراط الإسلام في الشهود مطلقا؛ مسلمة كانت الزوجة أو كتابية. في حين ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى القول بجواز انعقاد نكاح المسلم على الكتابية بشهادة ذميين، وهذا وجه في مذهب الحنابلة.

- أما بالنسبة للقانون المغربي، فقد اشترط لصحة عقد الزواج الذي يبرمه المغاربة بالخارج أن يحضره شاهدان مسلمان، وذلك حسب المادة 14 من مدونة الأسرة، لكن ذلك يطرح صعوبات على مستوى التطبيق، لذلك كان من الممكن تجاوز ذلك، والاكتفاء بحضور شاهدين دون تقيدهما بصفة المسلمين، على اعتبار ذلك حالة ضرورة؛ خاصة وأن عقد الزواج يعقد خارج البلاد الإسلامية، ومن طرف ضابط الحالة المدنية غير المسلم للبلد الأجنبي.

- وفيما يخص ولاية الحضانة، فقد انقسم فقهاء الإسلام بشأن أحقية الأم غير المسلمة في حضانة طفلها المسلم إلى فريقين؛ حيث ذهب الفريق الذي يمثل الشافعية والحنابلة ومعهم ابن حزم الظاهري، إلى القول بوجود توفر شرط الإسلام في الحاضن حتى يستحق الحضانة؛ فلا يجوز بأي حال أن تتولى غير مسلمة أمر طفل مسلم. في حين ذهب الحنفية والمالكية في المشهور عنهم، إلى أن الكفر لا يسقط الحضانة، فالأم غير المسلمة تستحق حضانة طفلها المسلم، لكن المالكية اشترطوا أن تسكن الحاضنة غير المسلمة بين المسلمين حتى تخضع لرقابتهم.

- الشرط الذي اشترطه المالكية من وضع الحاضنة غير المسلمة تحت رقابة المسلمين، هو قيد غير عملي، ويتعذر تحصيله في وقتنا الحاضر.
- أما بالنسبة للقانون المغربي، فإنه أخذ بمذهب الإمام مالك الذي يعطي الأولوية للأم في حضانة أولادها ولو كانت غير مسلمة، بشرط أن تكون أمينة على دينهم.
- لا توجد ضمانات تجعل الأم غير المسلمة تحافظ على عقيدة الإسلام لأطفالها، سواء في ظل قيام الرابطة الزوجية، أو عند انفصالها، خاصة إذا كانت الأسرة تقيم في مجتمع غير مسلم.
- يصعب في وقتنا الحاضر على الأب المسلم أن يمارس ولايته الشرعية على أبنائه بعد انفصاله عن زوجته غير المسلمة، بل وحتى زيارتهم، والشواهد كثيرة في هذا الباب.
- يمكن للأم غير المسلمة أن تمارس مهمة الولاية على أبنائها المسلمين، عند غياب الأب أو فقده، حسب ما يستفاد من المادة 238 من مدونة الأسرة المغربية، وهذا يخالف ما أجمع عليه فقهاء الإسلام.
- أما ولاية الكفالة، فقد اشترط جمهور الفقهاء باستثناء الحنفية، أن يكون الملتقط مسلماً، وليس لغير المسلم التقاط؛ لأن الفقهاء اعتبروا أن للملتقط ولاية على اللقيط، ولا ولاية للكافر على المسلم. في حين ذهب الحنفية إلى عدم اشتراط إسلام الملتقط إلى أن يعقل الأديان.
- أجمع الفقهاء على اشتراط الإسلام في الكافل، وذلك حفاظاً على عقيدة المكفول، ولأن الكفالة ولاية فلا يجوز أن تسند لغير المسلم.
- اشترط المشرع المغربي من خلال قانون الكفالة، أن يكون الكافل مسلماً يدين بالإسلام، حتى يمكنه أن يتكفل بطفل مغربي مسلم، وأساس ذلك يرجع إلى أن الكافل سيمارس الولاية على نفس المكفول ويتولى كل أموره، الشيء الذي يضمن الحفاظ على عقيدة الطفل المكفول، وتنشئته تنشئة إسلامية.

- تسند الكفالة في المغرب لأجنبي حديث العهد بالإسلام، يجهل اللغة العربية ويجهل أصول الدين، وفي الغالب يكون إسلامه صوريا، فقط من أجل استكمال الوثائق الإدارية للحصول على الكفالة، الشيء الذي يشكل خطرا على عقيدة المكفول.
- يصحب الكافل الأجنبي المكفول إلى بلده، الشيء الذي يجعل مسألة التتبع والمراقبة صعبة ومعقدة، خاصة عندما يحصل المكفول على جنسية بلد الإقامة، وفي الغالب يقوم الكافل بتحويل الكفالة إلى تَبَنٍّ، مما ينتج عنه طمس لهوية المكفول وعقيدته.

التوصيات:

- لعل من تميم الفائدة، أن أقترح جملة من التوصيات، وهي عبارة عن مجموعة من الإجراءات والمبادرات والاقتراحات، التي أرى والله أعلم، أنها قد تخفف من المشكلات التي تعاني منها الجالية المسلمة عامة والجالية المغربية خاصة، المقيمة بالدول غير المسلمة، ويمكن إجمالها فيما يلي:
- وجوب الاستهداء بالرصيد الفقهي للسلف الصالح، لخلق مدونة فقهية معاصرة تقدم حولا ناجعة لإشكالات الجالية المسلمة بالديار غير الإسلامية، في إطار تعاليم الكتاب والسنة النبوية، تأخذ بعين الاعتبار متغيرات العصر، وبلورتها في فقه خاص - يمكن تسميته بفقه الجالية - يراعي الخصوصيات، بما يحقق الاندماج في المجتمعات الغربية، دون تضييع للالتزامات الدينية.
- يجب أن يكون الموجه الأول لفقه الجالية المسلمة هو حفظ الدين، في مناخ يغري بانحلاله، والموجه الثاني أن ينطلق من فقه الواقع؛ فيكون الاجتهاد مبنيا على علم بالموضوع المتبغى علاجه.

- ينبغي التفريق بين النصوص الشرعية والاجتهادات الفقهية عند صياغة فقه الجالية، مع مراعاة أوضاع المسلمين بالديار غير الإسلامية، باعتبارها أوضاع حاجة و ضرورة، مما يقتضي اجتهادا فقهيا أساسه التيسير ورفع الحرج.
- صوغ قانون إسلامي موحد للأحوال الشخصية - وإن كان ذلك صعب المنال -، وذلك لتسهيل عمل الجهاز القضائي الأجنبي مع قضايا الجالية المسلمة؛ لأنه حينئذ سيتعامل مع قانون واحد عوض قوانين متعددة، بسبب تشبث كل دولة بالمذهب السائد فيها.
- إصلاح المراكز الإسلامية القائمة في الدول الغربية، مع الزيادة في عددها، لتقوم بدور أكبر في توعية المسلمين بأمور دينهم، تجنباً لاستيعابهم وطمس هويتهم.
- يتوجب على المغرب أن يقوم بتنظيم ندوات علمية بالدول التي تحتضن الجالية المغربية، من أجل التعريف بمضامين مدونة الأسرة، وذلك بإشراك فقهاء وعلماء وقضاة وأساتذة متخصصين في مجال القانون الدولي الخاص.
- تأسيس خلية مكونة من فقهاء وأطر مغاربة ذوي تكوين قانوني وشرعي، متخصصين في مجال الروابط الأسرية، وذلك بالتنسيق بين وزارة الشؤون الخارجية ووزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ووزارة العدل، لمراقبة وتتبع زواج وطلاق مغاربة الخارج، من أجل صياغة قواعد قانونية في إطارها الشرعي، وذلك لمعالجة مشاكل الجالية، أو على الأقل التخفيف منها.
- فيما يخص شهود عقد الزواج الذي يبرمه المغاربة بالخارج، فينبغي الاكتفاء بحضور شاهدين دون تقييد ذلك بكونهما مسلمين، وذلك أخذاً بمذهب من قال بأن حضور الشهود هو لإعلان الزواج وإشهاره وليس لإثباته، والإعلان يتحقق من المسلمين ومن غيرهم. خاصة وأن المشرع المغربي لم يرتب أي جزاء على انتفاء هذا الشرط.
- إعادة النظر في مسألة تكفل الأجانب بالأطفال المغاربة المسلمين، لأن اعتناقهم الإسلام في الغالب يكون صورياً، فقط من أجل استكمال عناصر الملف، لذا يجب على المشرع أن يشترط

مثلا أن تمر مدة معينة على عقد إسلام الأجنبي، وأن يتحدث اللغة العربية، ويستطيع أداء الشعائر الإسلامية.

- اشتراط الحصول على الجنسية المغربية من أجل التكفل بطفل، أو على الأقل أن يقتصر التكفل بالأطفال المغاربة على الأجانب المقيمين بصفة دائمة بالمغرب دون غيرهم.
- يجب على المسلمين المقيمين في البلاد غير الإسلامية، أن يعملوا على إنشاء مراكز خاصة لرعاية الأطفال المسلمين اللقطاء واليتامى والمهجرين، حتى يتمكنوا من توجيه هؤلاء الأطفال نحو دينهم الإسلامي.

المصادر والمراجع

كتب تفسير القرآن الكريم:

- ابن عاشور محمد الطاهر: التحرير والتنوير. الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م.
- ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله: أحكام القرآن، راجع أصوله وخرّج أحاديثه وعلاّق عليه محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، سنة 1424هـ/ 2003م.
- ابن كثير الدمشقي، الحافظ اسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1410هـ/ 1999م.
- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي: أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة 1412هـ/ 1992م.
- شلتوت محمد: تفسير القرآن الكريم، الطبعة السابعة، دار الشروق بيروت 1399هـ.
- الصابوني محمد علي: صفوة التفاسير، دار الفكر، 1420هـ/ 2000م.
- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير: جامع البيان في تأويل آي القرآن، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1422هـ/ 2001م.
- الفخر الرازي: التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، دار الفكر، الطبعة الأولى 1401هـ/ 1981م.
- القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1420هـ/ 2000م.

كتب السنة النبوية وشروحها:

- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني: سنن أبي داود، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة التعارف للنشر والتوزيع، دون ذكر تاريخ الطبع.
- البخاري، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل: صحيح البخاري، دار ابن كثير، الطبعة الأولى، سنة 1423هـ/ 2002م.

- الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف: **المنتقى شرح الموطأ**، تحقيق عبد القادر أحمد عطا، ج 8، ص 150. دار الكتب العلمية بيروت. الطبعة الأولى 1420هـ/1999م.
- ابن الأثير، مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري: **النهاية في غريب الحديث والأثر**، تحقيق علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، 1421هـ.
- بن بلبانعلي الفارسي، الأمير علاء الدين: **الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان**، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1412هـ/1991م.
- ابن حجر، أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني: **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1410هـ/1989م.
- ابن حنبل، الإمام أحمد: **المسند**، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، سنة 1429هـ/2008م.
- ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني: **سنن ابن ماجة**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية.
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي: **السنن الكبرى**، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، سنة 1423هـ/2003م.
- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى: **الجامع الكبير**، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة 1996م.
- الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد البستي: **معالم السنن**، طبعه وصححه محمد راغب الطباخ، المطبعة العلمية، حلب، الطبعة الأولى، 1352هـ/1933م.
- الدارقطني، علي بن عمر: **سنن الدارقطني**، تحقيق عاد أحمد عبد الموجود و علي محمد معوص، دار المعرفة، الطبعة الأولى 1422هـ/2001م.
- الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف: **شرح الزرقاني على الموطأ**، المطبعة الخيرية، دون ذكر تاريخ الطبع.
- الزيلعي، جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف: **نصب الراية لأحاديث الهداية**، تصحيح محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، جدة، دون ذكر تاريخ الطبع.

- العيني، بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد: **عمدة القارئ شرح صحيح البخاري**، دار الكتب العلمية، ضبطه وصححه عبد الله محمود محمد عمر، بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ/2001م.
- مسلم، أبو الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوري: **صحيح مسلم**، دار طيبة، الطبعة الأولى، 1427هـ/2006م.
- مالك بن أنس، الإمام: **الموطأ**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1406هـ/1985م.
- النسائي، أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب: **السنن الكبرى**، تحقيق حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، سنة 1421هـ/2001م.
- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف: **صحيح مسلم بشرح النووي**، المطبعة المصرية بالأزهر، الطبعة الأولى 1349هـ/1930م.

القولميس والمعاجم:

- ابن فارس، أحمد ابن زكرياء القزويني: **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ/1979م. دون ذكر رقم الطبعة.
- ابن منظور، محمد بن مكرم: **لسان العرب**، دار المعارف، دون ذكر تاريخ الطبع.
- الحموي، شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله: **معجم البلدان**، دار صادر، بيروت، سنة 1397هـ/1977م.
- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر: **مختار الصحاح**، مكتبة لبنان، بيروت 1986م.
- الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني: **تاج العروس من جواهر القاموس**، تحقيق مصطفى حجازي، مطبعة حكومة الكويت، سنة 1419هـ/1998م.
- الفراهيدي، الخليل بن أحمد: **كتاب العين**، تحقيق عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى سنة 1424هـ/2003م.
- الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب: **القاموس المحيط**، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، سنة 1426هـ/2005م.

● الفيومي المقرئ، أحمد بن محمد بن علي: **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، مكتبة لبنان 1987م.

● مجمع اللغة العربية: **المعجم الوسيط**، مكتبة الشروق الدولية، 1425هـ / 2004م.

المصادر الشرعية:

● الآبي الأزهري، صالح عبد السميع: **جواهر الإكليل**، المكتبة الثقافية بيروت. دون ذكر الطبعة ولا تاريخ الطبع.

● الأنصاري، أبو يحيى زكرياء: **أسنى المطالب**. تاريخ النشر 1313هـ، دون ذكر باقي البيانات.

● الأنصاريزكرياء بن محمد بن أحمد بن زكريا: **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب**. دون ذكر دار الطبع ولا سنة الطبع.

● البراذعي أبو سعيد خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني: **التهذيب في اختصار المدونة**. تحقيق محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، سنة 1423هـ / 2002م.

● ابن بطلال الركبي، بطلال بن أحمد بن سليمان: **النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المذهب**. تحقيق مصطفى عبد الحفيظ سالم، دون ذكر دار الطبع، 1411هـ / 1991م.

● ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام: **السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية**. تحقيق علي بن محمد العمران، دار عالم الفوائد، دون ذكر سنة الطبع.

● ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم: **الحسبة في الإسلام**. دار الكتب العلمية، دون ذكر تاريخ الطبع.

● ابن تيمية مجد الدين أبو البركات عبد السلام بن عبد الله: **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**. إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، دون ذكر تاريخ الطبع.

● ابن تيمية، تقي الدين: **الفتاوى الكبرى**. تحقيق محمد عبد القادر عطا و مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1408هـ / 1987م.

● ابن تيمية، أحمد: **مجموع الفتاوى**. مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1415هـ.

- ابن الجلاب، عبيد الله بن الحسين بن الحسن: **التفريع**. تحقيق حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة 1408هـ/1987م.
- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد: **المحلى**. تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الطباعة المنيرية، سنة 1352هـ.
- ابن خلدون عبد الرحمان بن محمد: **مقدمة ابن خلدون**. تحقيق عبد الله محمد الدرويش، دار يعرب دمشق، الطبعة الأولى 1425هـ/2004م.
- ابن رشد، أبو الوليد: **البيان والتحصيل**، تحقيق محمد العرايشي. دار الغرب الإسلامي، بيروت الطبعة الثانية 1408هـ/1988م.
- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد: **المقدمات الممهدات**. تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1408هـ/1988م.
- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد: **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1419هـ/1989م.
- ابن سهل أبو الأصبع عيسى بن عبد الله الأسدي: **الإعلام بنوازل الأحكام المعروف بالأحكام الكبرى**. تحقيق نورة محمد عبد العزيز التويجري. الطبعة الأولى. سنة 1415 هـ / 1995م، دون ذكر دار النشر .
- ابن شاس، عبد الله بن نجم: **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة**، دراسة وتحقيق حميد بن محمد لحمر، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، دار الغرب الإسلامي، دون ذكر سنة الطبع.
- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد النمري: **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي**، تحقيق محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الأولى، سنة 1398هـ/1978م.
- ابن عابدين، محمد أمين: **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين**. تحقيق عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض، دار عالم الكتاب، الرياض، طبعة خاصة، سنة 1423هـ/2003م.
- ابن عاصم، أبو بكر بن محمد بن محمد الأندلسي الغرناطي: **متن العاصمية المسمى بتحفة الحكام في نكت العقود والأحكام**. دار الفكر دون ذكر سنة الطبع.
- ابن فرحون، برهان الدين ابراهيم بن علي: **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**. دار عالم الكتب، طبعة خاصة، سنة 1423هـ/2003م.
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله: **الكافي**. تحقيق محمد فارس و مسعد عبد الحميد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1414هـ/1994م.

- ابن قدامة، محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد: **المغني**. تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتاب، الطبعة الثالثة، سنة 1417هـ/1997م.
- ابن قدامة موفق الدين المقدسي - ابن قدامة شمس الدين المقدسي - المرادوي علاء الدين: **المقتع والشرح الكبير والإنصاف**. تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1417هـ/1996م.
- ابن قدامة، محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد: **روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه**، تحقيق شعبان محمد إسماعيل، مؤسسة الريان، بيروت. الطبعة الأولى، 1419هـ/1998م.
- ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبي عبد الله محمد أبي بكر: **جامع الفقه**. دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م.
- ابن قيم الجوزي، شمس الدين أبي عبد الله محمد أبي بكر: **زاد المعاد في هدي خير العباد**. تحقيق شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1418هـ/1998م.
- ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب: **إعلام الموقعين عن رب العالمين**. دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، رجب 1423هـ.
- ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب: **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، سنة 1428هـ.
- ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبي عبد الله محمد أبي بكر: **أحكام أهل الذمة**، تحقيق يوسف بن أحمد البكري و شاكر بن توفيق العروزي، رمادي للنشر، الدمام، المملكة العربية السعودية. الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م.
- ابن المفلق، أبو اسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد: **المبدع شرح المقتع**. تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1428هـ/1997م.
- ابن النجار، محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى: **منتهى الإيرادات في جمع المقتع مع التنقيح وزيادات**. تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م.
- ابن النجار، محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى: **معونة أولى النهى شرح المنتهى**. تحقيق عبد الملك بن عبد الله دهيش، توزيع مكتبة الأسدى، مكة المكرمة، الطبعة الخامسة، سنة 1429هـ/2008م.

- ابن نجيم، سراج الدين عمر بن إبراهيم: **النهر الفائق شرح كنز الدقائق**، تحقيق أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1422هـ/2002م.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد: **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، سنة 1417هـ/1997م.
- ابن هشام، أبو محمد عبد الملك المعافري: **السيرة النبوية**، دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة، 1410هـ/1990م.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري: **شرح فتح القدير**. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1424هـ/2003م.
- البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس: **كشاف القناع عن متن الإقناع**. تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار عالم الكتاب، الرياض، طبعة خاصة، سنة 1423هـ/2003م.
- التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام: **البهجة في شرح التحفة**. ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1418هـ/1998م.
- الجرجاني علي بن محمد الشريف: **التعريفات**. مكتبة لبنان، طبعة 1985 م.
- الجزيري عبد الرحمان: **الفقه على المذاهب الأربعة**. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1424هـ/2003م.
- الجويني، عبد المالك بن عبد الله بن يوسف: **نهاية المطالب في دراية المذهب**. تحقيق عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، الطبعة الأولى، سنة 1428هـ/2007م.
- الحصفكي، محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمان: **الدر المختار شرح تنوير الأبصار**. تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1423هـ/2002م.
- الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي: **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، سنة 1416هـ/1995م.
- الخثعمي السهيلي عبد الرحمن: **الروض الأنف في تفسير السيرة النبوية لابن هشام**. دار الكتب العلمية، بيروت، دون ذكر تاريخ الطبع.
- الخرشي، أبو عبد الله محمد: **شرح الخرشي على مختصر خليل**. مطبعة محمد أفندي مصطفى، الطبعة الأولى، 1307هـ.
- خليل بن اسحاق المالكي: **مختصر خليل**. دار الفكر، بيروت، 1415هـ/1995م.

- الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد: **الشرح الصغير على أقرب المسالك** إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، دون ذكر الطبعة ولا سنة الطبع.
- الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد عرفة: **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دون ذكر تاريخ الطبع.
- الرحبي السمناني، أبو القاسم علي بن محمد بن أحمد: **روض القضاة وطريق النجاة**. تحقيق صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع ببيروت، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية 1404هـ/1984م.
- الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري: **شرح حدود ابن عرفة**. تحقيق محمد أبو الأجناب و الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة 1993م.
- الرملي، شمس الدين محمد: **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**. دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، 1424هـ/2003م.
- الزرقا أحمد محمد: **شرح القواعد الفقهية**. دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، 1409هـ/1989م.
- الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد: **شرح الزرقاني على مختصر خليل**. ضبطه وصححه عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1422هـ/2002م.
- الزركشي، شمس الدين أبو عبد الله بن محمد بن عبد الله: **شرح الزركشي على متن الخرقى**. تحقيق عبد الملك بن عبد الله دهيش، توزيع مكتبة الأسد، مكة المكرمة، الطبعة الثالثة، سنة 1430هـ/2009م.
- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي: **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**. المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة الأولى 1313هـ.
- السرخسي، شمس الدين: **المبسوط**. دار المعرفة، بيروت، دون ذكر تاريخ الطبع.
- السمرقندي، علاء الدين: **تحفة الفقهاء**. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1405هـ/1984م.
- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر: **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية**. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1403هـ/1983م.
- الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب: **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**. دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1418هـ/1997م.

- الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 1425هـ/2004م.
- الشرواني عبد الحميد: حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج. المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1357هـ/1938م.
- الشاطبي، أبو اسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي: الموافقات. ضبط نصه أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار الكتب العلمية، بيروت، دون ذكر تاريخ الطبع.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، دار ابن القيم بالرياض و دار ابن عفان بالقاهرة، الطبعة الأولى 1426هـ/2005م.
- الشيباني محمد بن الحسن: شرح السير الكبير. دار الكتب العلمية، دون ذكر تاريخ الطبع.
- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف: المهذب، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416هـ/1995م.
- الصنعاني محمد بن اسماعيل: سبل السلام شرح بلوغ المرام. مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، سنة 1427هـ/2006م.
- الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة: شرح مشكل الآثار، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1415هـ/1994م.
- العثيمين محمد بن صالح: الشرح الممتع على زاد المستقنع. دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، رمضان 1428هـ.
- العز بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز: قواعد الأحكام في مصالح الأنام. مكتبة الكليات الأزهرية، 1414هـ/1994م.
- عlish، محمد بن أحمد بن محمد: منح الجليل على مختصر العلامة خليل. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1404هـ/1984م.
- العنيسي أحمد بن قاسم: التاج المذهب لأحكام المذهب في فقه الأئمة الأطهار. طبعة دار إحياء الكتب العلمية، سنة 1366هـ.-
- الغزالي أبو حامد محمد بن محمد: إحياء علوم الدين. مكتبة ومطبعة: "كرياطة فوترا" سماراغ اندونيسيا. دون ذكر سنة الطبع.

- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد: **الوجيز في الفقه الشافعي**. تحقيق علي معوض و عادل عبد الموجود، دار الأرقم، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1418هـ/1997م.
- الغزالي محمد بن محمد بن محمد: **الوسيط في المذهب**، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1417هـ/1997م.
- القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان: **الفروق**. تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام، الطبعة الأولى، سنة 1421هـ/2001م.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس: **الذخيرة**. تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة 1994م.
- القاضي عبد الوهاب، بن علي نصر البغدادي: **المعونة على مذهب عالم المدينة**، تحقيق حميش عبد الحق، المكتبة التجارية للنشر، مكة المكرمة، دون ذكر تاريخ الطبع.
- القاضي عبد الوهاب، بن علي نصر البغدادي: **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان أبو عبيدة، دار ابن القيم، الرياض، ودار ابن عفان، القاهرة، الطبعة الأولى، 1429هـ/2008م.
- القاضي عبد الوهاب، بن علي نصر البغدادي: **عيون المجالس**. تحقيق امباي بن كيبا كاه، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م.
- القيرواني، محمد عبد الله بن أبي زيد: **الرسالة في فقه الإمام مالك**، ضبطه وصححه عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، دون ذكر تاريخ الطبع.
- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**. تحقيق علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1424هـ/2003م.
- محمد رشيد رضا: **الفتاوى**. دار الكتاب الجديد، بيروت، الطبعة الأولى، 1426هـ/2005م.
- المرदाوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان: **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، الطبعة الأولى، سنة 1375هـ/1956م.
- مالك بن أنس الأصبحي: **المدونة الكبرى**. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1415هـ/1994م.

- المنوفي، أبو الحسن علي بن خلف المالكي: **كفاية الطالب الرباني**، تحقيق أحمد حمدي إمام، الطبعة الأولى سنة 1989/1409 مطبعة المدني. المؤسسة السعودية بمصر.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد حبيب: **أدب القاضي**، تحقيق محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1391هـ/1971م.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد حبيب: **الأحكام السلطانية والولايات الدينية**، تحقيق أحمد بن مبارك البغدادي، مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت، الطبعة الأولى، 1409هـ/1989م.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب: **الحاوي الكبير**. تحقيق علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994م.
- ميارة، أبو عبد الله محمد بن أحمد الفاسي: **الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكام**، تحقيق محمد عبد السلام محمد سالم، دار الحديث، القاهرة، 1432هـ/2011م. دون ذكر الطبعة.
- النحاس أبو جعفر محمد بن أحمد بن إسماعيل: **الناسخ والمنسوخ**، المكتبة العلامة. مصر 1357هـ/1938م.
- نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام: **الفتاوى الهندية**. تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م.
- النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف: **المجموع شرح المهذب**، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، دون ذكر الطبعة ولا سنة الطبع.
- النووي، محي الدين أبو زكريا يحيي بن شرف: **روضة الطالبين وعمدة المفتين**. المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، سنة 1412هـ/1991م.
- الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيي: **المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب**. نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، سنة 1401هـ/1981م.

المراجع الفقهية والقانونية:

- أبو زهرة محمد: **الأحوال الشخصية**. الطبعة الثانية 1957م . دار الفكر العربي.
- أبو زهرة محمد: **الولاية على النفس**. دار الفكر العربي، دون ذكر تاريخ الطبع.
- أبو زهرة محمد: **تنظيم الإسلام للمجتمع**، دار الفكر العربي، دون ذكر تاريخ الطبع.

- الأحدث عبد الحميد: التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي. منشور في كتاب التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون، تأليف مجموعة من المؤلفين، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية في لبنان التابع لجمعية الإصلاح الإسلامية، الطبعة الأولى 1421هـ/2000م.
- أحمد أحمد: موضوع النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، بيروت، الطبعة الأولى سنة 1983م.
- أوحيدة جميلة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا. واقع وآفاق. دار أبي رقرق، الرباط، الطبعة الأولى 2012.
- بحماني إبراهيم: العمل القضائي في قضايا الأسرة. مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة. المجلد الثاني، تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية، مكتبة دار السلام، طبعة 2009م.
- بدران أبو العينين بدران: العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين في الشريعة الإسلامية واليهودية والمسيحية. مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، سنة 1984م.
- بدران أبو العينين بدران: أحكام الزواج والطلاق في الإسلام. مطبعة دار التأليف، الطبعة الثانية، 1961م.
- البدوي إسماعيل إبراهيم: نظام القضاء الإسلامي. دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1998م.
- برجوي خالد: القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية. نشر دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، طبعة 2001م.
- بلمير السعدية: الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية، مطبعة فضالة المحمدية، الطبعة الأولى، دجنبر 2002م.
- بلمير السعدية: الروابط العائلية في القانون الدولي الخاص. منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، سنة 1988م.
- بن بيه عبد الله: صناعة الفتوى وفقه الأقليات. منشور على الموقع الإلكتروني للشيخ www.binbayyah.net
- البوطي محمد سعيد رمضان: محاضرات في الفقه المقارن. دار الفكر، دمشق، الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1401هـ/1981م.
- بولحية نور الدين: الحقوق الشرعية للأولاد القاصرين. دار الكتاب الحديث. القاهرة الطبعة الأولى، دون سنة الطبع.

- الداغستاني مريم أحمد: أحكام اللقيط في الإسلام، الطبعة الأولى دون ذكر دار النشر سنة 1413هـ/1992م.
- الدقاق محمد سعيد: الحماية القانونية للأطفال في إطار مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، دراسات حول الوثائق العلمية والإقليمية، دار الملايين للعلم، لبنان 1989 م.
- الدويبي عبد السلام: ملامح رعاية وتربية الطفل في الإسلام. طبعة دار الملتقى للنشر، الطبعة الأولى سنة 1993م.
- دياب فوزية: القيم والعادات الاجتماعية. دار النهضة العربية، بيروت 1980م.
- الجيدي عمر: مباحث في المذهب المالكي بالمغرب. مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى 1993م.
- حافظ محمد أنور: ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة 1420هـ، دار بلنسية، الرياض.
- حمادي ادريس: البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة. افريقيا الشرق، الدار البيضاء، 2005م.
- خلاف عبد الوهاب: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. دار القلم، الكويت، الطبعة الثانية، سنة 1410هـ/1990م.
- الخمليشي أحمد: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، سنة 1994م.
- الخمليشي أحمد: التعليق على مدونة الأحوال الشخصية. مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1994م.
- الرافي سالم بن عبد الغني: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1423هـ-2002م.
- الزحيلي وهبة: أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر 1406هـ/1986م.
- الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته. دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، سنة 1405هـ/1985م.
- زيدان عبد الكريم: أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت. طبعة 1402 هـ / 1982م.
- زيدان عبد الكريم: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية. مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، سنة 1409هـ/1989م.

- زيدان عبد الكريم: **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم**، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى سنة 1413 هـ / 1993 م.
- السدحان عبد الله: **فضل كفالة اليتيم**، دعوة إلى مرافقة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجنة. الطبعة الثالثة، 1423 هـ / 2002 م. دون ذكر دار الطبع.
- السدلان صالح بن غانم: **القواعد الفقهية الكبرى**. دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، سنة 1417 هـ.
- سعاد ابراهيم صالح: **علاقة الآباء بالأبناء في الشريعة الإسلامية**. مؤسسة دار التعاون للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، 1400 هـ / 1980 م.
- السوسي عبد الله بن الطاهر: **مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته**. الكتاب الأول، الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، الطبعة الأولى، 2005 م.
- شتوي محمد: **الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق عقد الزواج**، الطبعة 2004 م.
- شحاتة أبو زيد رشدي: **شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية**. الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2001 م.
- الشاذلي حسن: **الولاية على النفس**، دار الطباعة المحمدية بالأزهر، الطبعة الأولى، 1399 هـ / 1989 م.
- الشريف محمد الحبيب: **الإذن القضائي بالزواج**. دار الميزان للنشر، سوسة 2000 م.
- شلبي محمد مصطفى: **أحكام الأسرة في الإسلام**، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت. الطبعة الرابعة، 1403 هـ / 1983 م.
- شلتوت محمد: **الفتاوى**، دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية والعامية، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثامنة عشرة، 1421 هـ / 2001 م.
- الشافعي محمد: **الزواج في مدونة الأسرة**، سلسلة البحوث القانونية رقم 9، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، سنة 2004 م.
- الشافعي محمد: **الأسرة في فرنسا**، دراسات قانونية وحالات شاذة. سلسلة البحوث القانونية رقم 3، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش.
- الشافعي محمد: **كفالة الأطفال المهملين**. سلسلة البحوث القانونية رقم 14، مراكش 2007 م.
- شهبون عبد الكريم: **الشافعي في شرح مدونة الأسرة**. مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، سنة 2006 م.
- صبحي نجم محمد: **محاضرات في قانون الأسرة**، سلسلة دروس العلوم القانونية. الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992 م.

- الصابوني عبد الرحمان: نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام. دار الفكر المعاصر، بيروت دار الفكر، دمشق 2001.
- الصابوني عبد الرحمان: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني، الطلاق و آثاره. منشورات جامعة دمشق الطبعة الثامنة سنة 2001/2000م.
- عبد الفتاح عبد الباقي: الزواج: قيامه، آثاره، انقضاؤه في القانون الفرنسي. مطبعة نهضة مصر دون تاريخ.
- عبد العزيز سعد: الجرائم الواقعة على الأسرة. المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر سنة 2002م.
- عبود موسى: الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي. الطبعة الأولى أكتوبر 1994، المركز الثقافي العربي.
- عليوشقربوع كمال: القانون الدولي الخاص الجزائري. دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع. الجزائر. الطبعة الأولى 2005 م.
- العمراني محمد الكدي: فقه الأسرة المسلمة في المهاجر. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1422هـ/2001م.
- الفاخوري إدريس: انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية. دار أبي رقرق، الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2012م.
- الفاخوري إدريس: العمل القضائي الأسري. مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى، 2009م.
- فضيل سعد: شرح قانون الأسرة الجزائري. المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1986م.
- فيغو عبد السلام أحمد: العقود المدنية الخاصة في القانون المغربي. دار الأمان للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، سنة 2008م.
- قبلان هشام: الوصية الواجبة في الإسلام. منشورات البحر الأبيض المتوسط، بيروت، سنة 1982م.
- القرضاوي يوسف: الحلال والحرام في الإسلام، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة عشرة، 1400هـ/1987م.
- قرقوتي حنان: رعاية اليتيم في الإسلام، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت 1424 هـ.
- القرام ابتسام: المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر 1992 م .

- قرموش عبد القادر: **الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي**. منشورات المعارف، مطبعة المعارف، الرباط، طبعة 2013م.
- القرني عبد الله: **ضوابط التكفير عند أهل السنة والجماعة**، الطبعة الأولى 1992/1413، مؤسسة الرسالة بيروت.
- الكشبور محمد: **شرح مدونة الأسرة**، الطبعة الأولى، نشر مطبعة النجاح الجديدة، سنة 1427هـ/2006م.
- الكشبور محمد: **أحكام الحضانة**، دراسة في الفقه المالكي ومدونة الأسرة. سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة. الطبعة الثانية. سنة 2004م.
- متيوي مشكوري ناصر: **مبادئ القانون الدولي الخاص**، مكتبة المعارف الجامعية، فاس، 1998م.
- **مجلة الأحكام العدلية**، المؤلف: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية. طبعت في بيروت بالمطبعة الأدبية سنة 1306هـ.
- محمد أحمد قاسم: **أطفال بلا أسر**، مركز الإسكندرية للكتاب. مصر، الطبعة الأولى، سنة 1998م.
- محمد عبد الجواد محمد: **حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
- عبد الأحمدلا رجب: **أحكام اليتيم في الفقه الإسلامي**، دار أطلس للنشر والتوزيع، الرياض، طبعة 1991م.
- منتصر سعيد حمودة: **حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي**. دار الجامعة الجديدة، سنة 2007م.
- المهدي محمد: **فلسفة نظام الأسرة**. مقاربات في ضوء الفقه المقارن والعمل القضائي. مطبعة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى، 2011م.
- الموسوعة الفقهية الكويتية. إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الطبعة الثانية، سنة 1410هـ/1990م.
- والقيد الحسين: **مجموعة الاجتهادات في مادة القانون الدولي الخاص**. سلسلة قضائية توثيقية رقم 6. مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء. الطبعة السادسة 2001م.
- يسري إبراهيم محمد: **فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلاً وتطبيقاً**. دار اليسر، الطبعة الأولى، 1434هـ/2013م.
- يعقوبي خبيرة محمد: **حقوق الطفل التربوية في الشريعة الإسلامية**، مطبعة فضالة، المحمدية. طبعة 2002م.

المقالات القانونية والفقهية:

- أكديد محمد: كفالة الأطفال في التشريع المغربي، مجلة القضاء والقانون عدد 147 لسنة 2003م.
- أوحيدة جميلة: تنازع قوانين الطلاق بين المغرب وهولندا. مقال منشور بسلسلة الندوات رقم 1، النساء ودولة الحق والقانون. 2004م.
- أوحيدة جميلة: مستجدات مدونة الأسرة وانعكاساتها على المغاربة المقيمين بأوروبا. ورد في الندوة الجهوية الثانية المنظمة بمكناس يومي 8-9 مارس 2007م. منشور ضمن مجلة قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى.
- أوحيدة جميلة: مستجدات مدونة الأسرة وانعكاساتها على المغاربة المقيمين بأوروبا. مقال ورد ضمن الندوة الجهوية الثانية المنظمة من طرف المجلس الأعلى، وذلك بمكناس يومي 8-9 مارس 2007 تحت عنوان قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، الرباط 2007م.
- الأيسر إبراهيم: دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون الكفالة. ورد ضمن سلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 22 سنة 2015، تحت عنوان: كفالة الأطفال المهملين بين تقوية الضمانات وتذليل الإكراهات. منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض
- بحماني إبراهيم: تنفيذ الأحكام الأجنبية في المغرب. مجلة القضاء والقانون، العدد 148.
- بحماني إبراهيم: القوة الإثباتية لشهادة الليف أمام القضاء المدني وآفاقها المستقبلية. مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 146.
- بادن محمد: عقود الزواج المبرم طبقا للمادتين 14 و15 من مدونة الأسرة، المسطرة والإشكالات. مجلة القضاء والقانون، العدد 158، سنة 2010م.
- بادن محمد: عقود الزواج المبرمة طبقا للمادتين 14 و15 من مدونة الأسرة. مقال منشور في منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، جامعة محمد الأول، وجدة.
- برادة سميرة: كفالة الأطفال المتخلى عنهم بين النظرية والتطبيق. مقال مقدم ضمن أشغال الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، عدد 5 سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية شتنبر 2004م.

- بلعربيي الصديق: إشكالية مفهوم النظام العام في تذييل الأحكام والعقود الأجنبية المتعلقة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية. منشور بمجلة المرافعة عدد مزدوج 18-19 سنة 2008م.
- بلمامي عمر: أثر الاتفاقيات الدولية في إعمال فكرة النظام العام. دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص. مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية. العدد الأول. سنة 1995م.
- بن داود ناصر بن زيد: شروط القاضي بين الحاضر والماضي. مقال منشور في الصحيفة الاقتصادية عدد 4955، مركز الدراسات القضائي التخصصي بتاريخ 19 ربيع الثاني 1428هـ الموافق ل 6 ماي 2007م، الموقع الإلكتروني: www.cojss.com
- بن زروع عبد السلام: أثر النظام العام اللائكي على تطبيق قانون الأسرة بالخارج. ندوة دولية حول: تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة.
- بن محمود فاطمة الزهراء: تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة. مجلة القضاء والتشريع. العدد 44 سنة 2002م.
- بو عصبية عبد القادر: حق الحضانة وإشكالات التطبيق في المهجر. ورد في الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة بالمهجر، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، سلسلة الندوات 4، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، سنة 2011م.
- تشوار جيلالي: تغيير اللقب اتجاه الصلاحيات الدستورية للسلطتين التشريعية والتنفيذية. مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، سنة 2004م، عدد 02.
- التويجري عبد العزيز بن عثمان: الأمة الإسلامية في مواجهة التحدي الحضاري. سلسلة المعرفة للجميع. العدد 3 السنة 1999.
- اجويلل إدريس: إسناد كفالة الأطفال في إطار التشريع الداخلي والمواثيق الدولية. ورد ضمن الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة في المهجر. منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة. سلسلة الندوات 4، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، سنة 2011م.
- الحطري حكيم: كفالة الأطفال المهملين في البلاد الإسلامية وديار المهجر. الواقع والآفاق، مقال منشور بالبريد الإلكتروني لديوان العرب بتاريخ 12/27/2012م www.diwanalarab.com

- حمدي عبد الرحمان: بعض المشكلات الناجمة عن الزواج المختلط. مقال منشور بالمجلة المغربية للدراسات الدولية، الزواج المختلط في العلاقات الأورو- مغربية. عدد خاص. أكتوبر 2003. مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- حميدو زكية: حماية الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة. مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 38، رقم 1، 2000م.
- الخثلان سعد بن تركي: أحكام الأولاد الناتجين عن الزنى. مقال ورد ضمن الدورة العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة من 19 إلى 23 محرم 1432هـ الموافق ل 25 إلى 29 ديسمبر 2010. منشورات المجمع الفقهي الإسلامي.
- خرطة أحمد: زواج المغاربة المقيمين بالخارج بين الإشهاد والتوثيق، قراءة في المادة 14 من مدونة الأسرة. مجلة العلوم القانونية. الموقع الإلكتروني: www.marocdroit.com
- ادريوش سفيان: كيف نقرأ مقتضيات تنفيذ الأحكام الأجنبية على ضوء المادة 128 من مدونة الأسرة. مجلة القضاء والقانون، عدد 152، سنة 2006م.
- ادريوش سفيان: كيف نقرأ مقتضيات تنفيذ الأحكام الأجنبية على ضوء المادة 128 من مدونة الأسرة، ص 107. مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 63 دجنبر 2006م.
- رمول خالد: المركز القانوني للطفل اللقيط - دراسة مقارنة - ، ورد ضمن أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة، يومي 15/16 مارس 2007م، بكلية الحقوق بوجدة. منشور ضمن سلسلة الندوات 2 مدونة الأسرة: بعد ثلاث سنوات من التطبيق، الحصيلة والمعوقات. إعداد وتنسيق: ادريس الفاخوري.
- زروتي الطيب: أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتها في الزواج المختلط. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية. العدد 4 سنة 1993م.
- الزاهر حسن: إشكالية تطبيق أحكام الأسرة في بلاد المهجر. ورد ضمن عدد خاص بندوة: قضايا المغاربة المقيمين بالخارج فقها وقانونا وثقافة. التي نظمتها كلية الشريعة بفاس يومي 18/19 ماي 2000م. مجلة كلية الشريعة، العدد 24.
- زوكاغي أحمد: حصيلة الاتفاقية المغربية الفرنسية. مجلة المناهج. العدد 2، مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء 2002م.
- زاوي فريدة: مدى تعارض المرسوم التنفيذي 92 - 24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية. مجلة القضاء الجزائري، عدد 02، سنة 2000م.

- زوير عبد السلام: تذييل الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية. مقال منشور ضمن مجلة قضاء الأسرة، تصدرها وزارة العدل، العدد 4 و5 فبراير 2009، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية.
- السباعي عبد القادر: الزواج المختلط، اعتماد الاتفاقية المغربية - الفرنسية على حساب قانون مدونة الأحوال الشخصية. المجلة المغربية للدراسات الدولية. عدد خاص أكتوبر 2003م.
- سليم عبد الغني: تذييل الأحكام الأجنبية الصادرة في القضايا الأسرية بالصيغة التنفيذية. ورد ضمن الندوة الدولية المنظمة من طرف مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة. بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة في موضوع: تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، رقم 4، مطبعة دار أبي رقرق للطباعة والنشر 2011م.
- سعدي حنان: أثر النظام العام المغربي على فاعلية الحكم الأجنبي بفرقة الزوجين، مقال ضمن ندوة دولية تحت عنوان: تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، رقم 4.
- شايل لطيفة: ظاهرة الزواج المختلط في المغرب، أسبابها ونتائجها على الأسرة. مقال ورد في مجلة البحوث، العدد 1 السنة الأولى مارس 2002م.
- الشافعي محمد: الزواج المدني في القانون الفرنسي، مجلة المحامي، العدد 35، السنة 2003م.
- شوقي نجيب: الأحكام القانونية الجديدة المتعلقة بتنفيذ الحكم الأجنبي وفق قواعد مدونة الأسرة. مقال ورد في كتاب: مجموعة البحث في قانون الأسرة. في إطار ندوة: مدونة الأسرة عام من التطبيق، الحويلة والآفاق، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة يومي 17 و18 فبراير 2005م. سلسلة الندوات، العدد الأول.
- شوقي نجيب: قراءة في مسطرة إبرام عقود الزواج طبقاً لأحكام المادتين 14 و15 من مدونة الأسرة. مدونة الأسرة عام من التطبيق الحويلة والآفاق. أشغال الندوة الوطنية المنعقدة بكلية الحقوق بوجدة يومي 17 و18 فبراير 2005، منشورات مجموعة البحث في القانون والأسرة، سلسلة الندوات، العدد الأول 2005، مطبعة التيسير 2006م.
- صباهي محمد ربيع: أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25 العدد الأول سنة 2009م.
- صقر عبد العزيز إسماعيل: إبطال القرآن الكريم لعادة التبني. مجلة الشريعة، جامعة الكويت، السنة 10 العدد 25 ذو القعدة 1415هـ/1995م.

- الطاهري جمال: النظام العام المغربي كقيد على فاعلية الأحكام القضائية الأجنبية بانحلال الزواج المختلط. المجلة المغربية للدراسات الدولية، عدد خاص، أكتوبر 2003م.
- عبد الله محمد عبد الله: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 9، ج 4. الدورة التاسعة للمؤتمر، سنة 1417هـ/1996م. مأخوذ من بحث حجية الأحكام الصادرة على المسلمين في الدول غير الإسلامية لصاحبه: أشرف يحيى العمري المنشور على الموقع الإلكتروني: www.farrajlawyer.com
- الفجر حمزة بن الحسين: حكم تولي المراكز والجمعيات الإسلامية عقود تزويج المسلمين وفسخ أنكحتهم. مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 15، سنة 1423هـ/2002م.
- فواز إسماعيل محمد: التبني وبدائله. ورد بمجلة كلية العلوم الإسلامية، المجلد 7 العدد 13 سنة 1437هـ/2013م.
- كركري الطاهر: مسطرة تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية لدى المحاكم المغربية في ضوء مدونة الأسرة. مجلة القبس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 5 يوليوز 2013، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء.
- كريمسنا: كفالة الأجنبي لأطفال المغرب، شروط ومخاوف. مقال نشر بجريدة التجديد بتاريخ 21-05-2013م.
- كونج خليل عبد الكريم: القضاء في الإسلام ورفع القضايا إلى القوانين الوضعية، مقال ورد ضمن مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة العشرون للمجمع المنعقدة في مكة المكرمة: أيام 25 إلى 29 دجنبر 2010م.
- لمين عمر: كفالة الأطفال المهملين على ضوء الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض، المنشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض، العدد 22 سنة 2015م.
- متيوي مشكوري ناصر: الطفل المغربي بين الكفالة والتبني في العمل القضائي المغربي، مجلة للطفل حقوق، عدد مزدوج 3-4 يناير 2002م.
- المريني عبد الوهاب: تقرير ختامي حول واقع المرأة المغربية بالمهجر. منشورات الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء. العدد 3. نونبر 2001م.
- مزوير نادية: معوقات إسناد الكفالة. ورد ضمن سلسلة دفاتر محكمة النقض، العدد 22 سنة 2015م.

- منصف حسن: الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها بالمغرب. شارك به في مؤتمر دولي بالرباط حول موضوع: التعاون الدولي في المادة المدنية والتجارية من خلال اتفاقيات لاهاي، مطبعة الأمنية، الرباط، سنة 2015م.
- منصف حسن: الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها بالمغرب. مقال منشور في مجلة دفاتر محكمة النقض، عدد 24، سنة 2015م، مطبعة الأمنية الرباط. منشورات: مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض.
- المنياوي محمد بدر يوسف: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 9.
- المهدي محمد: النظام القانوني لزيجات وأطلقة المغاربة المقيمين بالخارج بين النص وإشكالات التطبيق، الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة بالمهجر، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، سلسلة الندوات4، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، سنة 2011م.
- ميموني موحى ولحسن: وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد. مقالة منشورة في مجلة الملف. عدد 4، شتنبر 2004م.
- ميموني وجنات عبد الرحيم: لمن الحضارة. مقال منشور بمجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها. عدد 27 جمادى الثانية 1424 هـ، ج 15.
- النجار عبد المجيد: نحو تأصيل فقهي للأقليات المسلمة في الغرب. الموقع الإلكتروني www.feqhweb.com أنظر كذلك موقع: www.islam online.net
- الورفلي أحمد: الزواج المختلط ومصلحة المحضون، لمحة عامة. مقال منشور بمجلة القضاء والتشريع التونسية، العدد 1 السنة 44، يناير 2002م.

الأصروحات والرسائل الجامعية:

- أكرم جهاد: تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص بالمغرب. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة بوحدة التكوين والبحث في القانون المدني المعمق، كلية الحقوق جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، السنة الجامعية 2005-2006م.
- برزوق أمال علال: أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة. أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، السنة الجامعية 2014/2015م.

- بواضيل أديبة: **المصلحة الفضلى للطفل في الروابط الدولية الخاصة**. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص. كلية الحقوق ظهر المهرارز فاس. السنة الجامعية 2005 / 2006م.
- بوعروس خالد: **الزواج المختلط – الإشكالات القانونية والانعكاسات الاجتماعية** – رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة. السنة الجامعية: 2006-2007م.
- بومكوسي معمرو: **تذليل الأحكام الأجنبية في المادة الأسرية بين النص القانوني والعمل القضائي**. رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2008/2009م.
- الحاتمي محمد: **تطبيقات محاكم الموضوع للقواعد القانونية المستجدة في قضايا الأسرة ورقابة محكمة النقض عليها**. بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة لجامعية 2016/2017م.
- حافيظي بدر: **الوضعية القانونية الأسرية للجالية المغربية بأوروبا ومستجدات مدونة الأسرة**. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الشريعة، فاس، السنة الجامعية: 2004م / 2005م.
- حميدو زكية: **مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق بجامعة تلمسان. السنة الجامعية 2004 – 2005م.
- العبودي جمال : **الحقوق المعنوية للأطفال الناتجين عن الزواج المختلط**. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة. تخصص الوضعية الشرعية والقانونية للجالية المغربية المقيمة بالخارج، كلية الشريعة، جامعة القرويين، فاس، السنة الجامعية: 2003/2004م.
- العمري أشرف يحيى: **نظرية التفريق القضائي بين الزوجين**، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الدراسات العليا الجامعية الأردنية سنة 2005م.
- لموخي الحسن لحو: **القانون الدولي الخاص المغربي والمسطرة المدنية**. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط. السنة الجامعية 1997/1998م.
- منصوري خليل: **النظام القانوني لزواج وطلاق المغاربة المقيمين بالخارج**. رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس، السنة الجامعية: 2009-2010م.

الدلائل ومراجع الأحكام القضائية والمناشير الوزارية والاتفاقيات الدولية:

- أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق الكتاب الثالث من مدونة الأسرة، المجلس الأعلى، إيدل للطباعة والنشر، الرباط، 2010م.
- الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية. ظهير شريف رقم 1.83.197 صادر في 11 ربيع الأول 1407 هـ الموافق ل: 14 نونبر 1986م. منشور بالجريدة الرسمية عدد 3910 بتاريخ 12 صفر 1408 هـ الموافق ل: 07 أكتوبر 1987م.
- الاتفاقية الموقعة بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية المتعلقة بالتعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال. ظهير شريف رقم 1.99.113 صادر في 26 من محرم 1420 هـ الموافق ل 13 ماي 1999، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4700 بتاريخ 3 ربيع الأول 1420 هـ الموافق ل 17 يونيو 1999.
- الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة بتاريخ 20 نونبر 1989م، والمصادق عليها من طرف المغرب بتاريخ
- التقرير السنوي للمجلس الأعلى - محكمة النقض - سنة 2010م.
- دفاتر محكمة النقض، عدد 24 سنة 2015م. منشورات: مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض.
- دليل عملي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، 2004م، مطبعة البيت، الطبعة الثالثة، فبراير 2007م.
- ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 3 فبراير 2004م، بتنفيذ القانون رقم 70.30 بمثابة مدونة الأسرة. منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004م، ص: 418.
- الفتاوى الإسلامية الصادرة عن المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر، دار الإفتاء المصرية، مجلد1، سنة النشر 1413 هـ/1993م.
- فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب أحمد عبد الرزاق الدويش، دار المؤيد، الرياض، الطبعة الأولى، 1424 هـ.
- قانون الحالة المدنية الصادر في شأنه ظهير شريف رقم 1.02.239 بتاريخ 25 رجب 1423 (03 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 02 رمضان 1423 (7 نونبر 2002) ص 3150.

- القانون رقم 01/15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الصادر بتنفيذه ظهير فاتح ربيع الثاني 1423هـ/ الموافق ل 13 يونيو 2002م. صدر بالجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 19 أكتوبر 2002م.
- القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27/02/2005م، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن لقانون الأسرة الجزائري.
- كتاب مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي لمحمد بفقير، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربيين.
- كتاب المؤتمر الثاني لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، المنعقد في كوينهاجن، الدانمارك، في الفترة 4-7 جمادى الأولى 1425هـ الموافق 22-25 يونيو 2004، الموقع الإلكتروني للمجمع: www.amjaonline.org
- اللقاء القضائي المغربي الإسباني الأول، بين المجلس الأعلى والمجلس العام للسلطة القضائية، بالرباط. في 27 و 29 يونيو 2001م.
- المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، وزارة العدل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 10، دار القلم، الجزء الأول، سنة فبراير 2009م.
- مجلة المحاكم المغربية (مجلة تصدر عن نقابة المحامين بالدار البيضاء)
- مجلة المعيار. (تصدر عن نقابة المحامين بفاس).
- المجلة القضائية. (تصدر عن المحكمة العليا بالجزائر).
- مجلة القضاء والتشريع. (تصدر عن وزارة العدل التونسية).
- مجلة قضاء محكمة النقض
- مجلة قضاء المجلس الأعلى
- مجلة القضاء والقانون.
- مجلة المحاماة الشرعية.
- مجلة المحاماة العراقية.
- المجلة العربية للفقهاء والقضاء.
- مجلة المناهج.
- مجلة مجمع الفقهاء الإسلامي.
- المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، العدد الأول ربيع الثاني، 1423هـ/ يونيو 2002م.
- مؤتمر دولي بالرباط حول موضوع: التعاون الدولي في المادتين المدنية والتجارية من خلال اتفاقيات لاهاي. منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض. مطبعة الأمنية - الرباط 2015م. دفاتر محكمة النقض عدد 24.

- المقترضات الجديدة لمدونة الأسرة من خلال أجوبة السيد وزير العدل والسيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية عن الأسئلة والاستفسارات المثارة أثناء مناقشة مشروع المدونة أمام مجلس البرلمان، وزارة العدل. منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، مطبعة فضالة، المحمدية، الطبعة الأولى، 2004م.
- مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا: وثيقة المجمع للأحوال الشخصية للمسلمين في الدول غير الإسلامية، المؤتمر الثامن للمجمع المنعقد بالكويت في جمادى الأولى 1433هـ/ مارس 2012م.
- منشور وزارة العدل رقم 2/23126 صادر بتاريخ 23 يناير 1985م.
- الندوة الدولية المنظمة من طرف مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة. بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة في موضوع: تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، رقم 4، مطبعة دار أبي رقرق للطباعة والنشر 2011م.
- نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة. يصدرها المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، الرباط، سنة 2010م.
- النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى، عدد 16 سنة 2006م. مطبعة الأمنية، الرباط.
- نشرة قرارات محكمة النقض. غرفة الأحوال الشخصية والميراث، السلسلة 3، ج 10، مطبعة الأمنية، الرباط، يونيو 2012م.
- نشرة محكمة التعقيب التونسية.

المواقع الإلكترونية

- www.binbayyah.net الموقع الإلكتروني للشيخ عبد الله بن بيه.
- www.amjaonline.org الموقع الإلكتروني لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا.
- www.e-CFr.org الموقع الإلكتروني للمجلس الأوروبي للبحوث والافتاء.
- www.shubily.com موقع الدكتور يوسف بن عبد الله الشبيلي.
- www.marocdroit.com الموقع الإلكتروني لمجلة العلوم القانونية.
- www.fatwa.islamonline.net
- www.islam.online.net

الفهارس

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث النبوية
- فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية:

الآية:

رقمها:

الصفحة:

البقرة

- ﴿ومنهم أमीون لا يعلمون الكتاب إلا أمانى﴾ 77..... 74
- ﴿ولن فريقا منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون﴾ 145..... 74
- ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم﴾ 172..... 159-156 - 162
- ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾ 184..... 27
- ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾ 184..... 156
- ﴿فإذا قضيتم مناسككم﴾ 199..... 127
- ﴿يسألونك ماذا ينفقون قل ما أنفقتم من خير فلولوالدين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل وما تفعلوا من خير فإن الله به عليم﴾ 213..... 306 - 346
- ﴿ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا﴾ 229..... 163
- ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ 231..... 237
- ﴿لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾ 231..... 277
- ﴿أو يعفوا الذي بيده عقدة النكاح﴾ 235..... 175
- ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ 281..... 103-58

- ﴿وَأَشْهَدُوا شَهِيدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ 281 92-47-38-34
- ﴿مَنْ تَرْضَوْهُ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾ 281 48-40
- ﴿وَأَشْهَدُوا شَهِيدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾ 281 54
- ﴿وَإِذَا يَبَى الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ 281 39-31
- ﴿وَإِذَا تَسَاءَلُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَمُ عِنْدَ اللَّهِ وَاقْضُوا لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ 281 104
- ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾ 281 103
- ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ 281 104
- ﴿وَإِذَا يَضَارَ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ 281 104
- ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي لَوَّعِنَ أَمَانَتَهُ﴾ 282 104
- ﴿وَإِذَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمُ قَلْبًا وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾ 282 39
- ﴿وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمُ قَلْبًا﴾ 282 31
- ﴿لَا يَكْفُرُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ 285 159-156

• آل عمران

- ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ﴾ 18 28
- ﴿لَا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ 28 143
- ﴿وَكَفَلَهَا زَكَرِيَّا﴾ 37 315-301
- ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ 44 315-302
- ﴿وَمَنْ أَهْلُ الْكِتَابِ مِنْ أَنْ تَأْمَنَهُ بَقِنَصَرٍ يُوَدِّعُ إِلَيْكَ﴾ 74 73
- ﴿لَيْسَ عَلَيْنَا فِي الْأُمِّيِّينَ سَبِيلٌ﴾ 74 73

- ﴿ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين﴾ 84.....326
- ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا بكفانة من دونكم لا يألونكم خيالاً وخذوا ما عتتم﴾ 118.....49

• النساء

- ﴿فانكحوا ما هبب لكم من النساء﴾ 3.....94-84
- ﴿وأخزن منكم ميثاقاً غليظاً﴾ 21.....104-77
- ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾ 23.....316
- ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين﴾ 24.....94
- ﴿يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً﴾ 28.....156
- ﴿وخلق الإنسان ضعيفاً﴾ 28.....208
- ﴿ولن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً﴾ 35.....177-176
- ﴿واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً وبذي القربى واليتامى﴾ 36.....346
- ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ 57.....133
- ﴿فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول﴾ 58.....137
- ﴿كونوا قوامين بالقسط﴾ 134.....235
- ﴿الوالدين والأقربين﴾ 134.....316

- ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ 140..... 69-5447-90-98-141-233-241-277-329-337-384
- ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا الكافرين أولياء من دون المؤمنين أتريدون أن تجعلوا لله عليكم سلطاناً مبيناً﴾ 143..... 143

• المائدة .

- ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ 1..... 167-84
- ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ 3..... 235
- ﴿ولصعاب الذين أتوا الكتاب حلّ لكم﴾ 6..... 69
- ﴿والمحصنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم﴾ 6..... 69-246
- ﴿ومن أحيائها فكأنما أحيى الناس جميعاً﴾ 34..... 341
- ﴿إن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين﴾ 44..... 124
- ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض﴾ 53..... 142-47
- ﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذو عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتكم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمناً ولو كان ذا قربي ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين﴾ 108..... 147-59-55

• الأنعام .

- ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾ 120..... 156-155
- ﴿وذروا نساء الإثم وبالهنه﴾ 121..... 235
- ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده﴾ 153..... 348
- ﴿وإذا قتلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربي﴾ 153..... 42

• ﴿ولا تزواجرة وزرأخرى﴾ 166.....350-320

• الأعراف .

• ﴿إن لعنة الله على الظالمين﴾ 43..... 159

• الأنفال .

• ﴿واعلموا أنما غنمتم فإن لله خمسة وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين

ولبن السيل﴾ 41..... 346

• ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ 74..... 95

• التوبة .

• ﴿وجعل كلمة الذين كفروا السفلى﴾ 40..... 384

• يونس .

• ﴿ثم اقصوا إلي ولا تنظرون﴾ 71..... 127

• يوسف .

• ﴿وألقوه في غيابات الجب يلتقطه بعض السيارة﴾ 10..... 322

• ﴿إني أراني أعصر خمرا﴾ 36..... 322

• الرعد .

• ﴿الذين يوفون بعهد الله ولا ينقضون الميثاق والذين يصلون ما أمر الله به أن

يوصل﴾ 22-23.....

170

• الحجر .

• ﴿وقضينا إليه ذلك الأمر﴾ 66..... 127

• النحل .

• ﴿ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء﴾ 75..... 39

- ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم﴾
106.....158
- ﴿ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن﴾125.....
7....

• الإسراء

- ﴿وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب﴾4.....127
- ﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه﴾23.....126

• الحج

- ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾76.....157-156

• النور

- ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾6.....65
- ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين﴾8.....65-28

• النمل

- ﴿وحجروا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا﴾14.....74-50

• القصص

- ﴿فالتقطه آل فرعون﴾7.....321
- ﴿فوكزه موسى فقضى عليه﴾14.....127

• الروم

- ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾20.....7

- ﴿اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْقَدِيرُ﴾ 53..... 208

• الأَحْزَاب

- ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ﴾ 4..... 309
- ﴿أَدْعَوْهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ 5..... 309
- ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُهُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ 4-5..... 315
- ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَكَلَّهَا زَوْجَانُكَا لَكِي لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَكَلَّ وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا﴾ 37..... 310- 127

• ص

- ﴿اكَفَلْنَاهَا وَعَزَّيْنِي فِي الْخَطَابِ﴾ 22..... 302

• فَصَلت

- ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾ 11..... 126

• الشورى

- ﴿وَلَوْ لَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ إِلَى أَجْلِ مَسْمَرٍ لَقَضِيَ بَيْنَهُمْ﴾ 12..... 127

• الحجرات

- ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ 6..... 136-50-41

- ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ 10..... 309

• الممتحنة

- ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوِّكُمْ أَوْلِيَاءَ تَلْقَوْنَ إِلَيْهِمْ بِالْمُودَةِ﴾ 1.....
384 ..

- ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِصُوا إِلَيْهِمْ إِنْ اللَّهُ يَحِبُّ الْمَقْسُصِينَ﴾ 8.....7

• المنافقون

- ﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ 1..... 28

- ﴿وَاللَّهُ الْعَزِيزُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ﴾ 8..... 142

• التغابن

- ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَضَعْتُمْ﴾ 16..... 154

• الطلاق

- ﴿وَأَشْهَدُوا خَوْيَ عَدْلِ مِنْكُمْ﴾ 2..... 97-92-58-5447-40-38

- ﴿وَلَا تَضَارَوْهُنَّ لِتَضِيقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ 6..... 171

• الضحى

- ﴿أَلَمْ يَجِدْكَ يَتِيمًا فَأَوَى﴾ 6..... 348

- ﴿فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ﴾ 9..... 348

• الماعون

- ﴿أَرَأَيْتَ الَّذِي يَكْذِبُ بِالْعِينِ فَذَلِكَ الَّذِي يَدْعُ الْيَتِيمَ﴾ 1-2..... 348

فهرس الأحدث النبوة:

- ✓ « الكلمة الحكمة ضالة المؤمن، حيثما وجدها، فهو أحق بها» 17
- ✓ « رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل» 32
- ✓ « إن بلالا ينادي بليل، فكلوا واشربوا حتى تسمعوا نداء ابن أم مكتوم» 34
- ✓ « سئل عن الشهادة فقال: هل ترى الشمس؟ قال: نعم. قال: على مثلها فأشهد، وإلا فدع» 37
- ✓ « أما أنت يا ابن عباس فلا تشهد إلا على أمر يضيء لك كضياء هذه الشمس وأوما رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده إلى الشمس» 37
- ✓ « لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين» 42
- ✓ « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا ذي غمر على أخيه، ولا تجوز شهادة القانع لأهل بيته» 44
- ✓ « واستأجر النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بني الدليل ثم من بني عبد بن عدي هاديا خريتا - الخريت: الماهر بالهداية - قد غمس يمين حلف في آل العاصي بن وائل، وهو على دين كفار قريش، فأمناه، فدفعنا إليه راحلتيهما، وواعداه غار ثور

بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحتيهما صبيحة ليل ثلاث فارتحلا، وانطلق معهما عامر بن فهيرة، والدليل الديلي فأخذ بهم أسفل مكة وهو طريق الساحل».....50

- ✓ « لا تصدقوا أهل الكتاب ولا تكذبوهم».....54
- ✓ « أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف».....77
- ✓ « فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت في النكاح».....78
- ✓ « لا نكاح إلى بولي وشاهدي عدل».....82-92-98
- ✓ « البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بيثة».....82
- ✓ « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها وشاهدي عدل، فنكاحها باطل».....83
- ✓ « لا نكاح إلا بشهود».....95
- ✓ «رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يحتلم، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق».....132
- ✓ «لن يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة».....134
- ✓ «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله؟ قال أجتهد برأبي ولا آلو، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره فقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله».....137
- ✓ «إن بأرض الحبشة ملكا لا يظلم أحد عنده، فألحقوا ببلاده حتى يجعل الله لكم فرجا ومخرجا مما أنتم فيه».....149
- ✓ «لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلفا، ما أحب أن لي به حمر النعم، ولو أُدعى به في الإسلام لأجبت».....151-153
- ✓ «ما كان من حلف في الجاهلية، فإن الإسلام لم يزد إلا شدة».....153
- ✓ « إنه يُستعمل عليكم أمراء. فتعرفون وتتكرون، فمن كره فقد برئ، ومن أنكر فقد أسلم، ولكن من رضي وتابع، قالوا: يا رسول الله ألا نقاتلهم؟ قال: لا ما صلوا».....158
- ✓ «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا».....160
- ✓ «إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم، فلعل بعضكم أن يكون أبغ من بعض، فأحسب أنه صادق فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم، فإنما هي قطعة من النار، فليأخذها أو ليركها».....160

✓ «لا ضرر ولا ضرار».....

175-163

- ✓ «يرفع لكل غادر لواء يوم القيامة بقدر غدرته، فيقال: هذه غدره فلان بن فلان».....168
- ✓ «إن أحق الشروط أن توفوا بها، ما استحللتم به الفروج».....169
- ✓ «المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرم حلالاً».....169

- ✓ «المسلمون عند شروطهم فيما وافق الحق» 175
- ✓ «الطلاق لمن أخذ بالساق» 175
- ✓ «أنت أحق به مالم تتكحي» 219
- ✓ «ما من مولود إلا يولد إلا يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه»
..... 246-235-
- 329
- ✓ « أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبيهه، وقال رافع: ابنتي، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: اقعد ناحية، وقال لها: اقعدي ناحية، وأقعد الصبية بينهما، ثم قال: ادعواها: فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: اللهم اهدها، فمالت إلى أبيها، فأخذها» 240
- ✓ «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين، وفرقوا بينهم في المضاجع» 260
- ✓ « من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام» 316-311
- ✓ «... السلطان ولي من لا ولي له» 342
- ✓ «أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئاً»
..... 350-348
- ✓ « كافل اليتيم له أو لغيره، أنا وهو كهاتين في الجنة » 348
- ✓ « خير بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يحسن إليه، وشر بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يُساء إليه» 349
- ✓ « الإسلام يعلو ولا يعلى » 385

فهرس الموضوعات

- المقدمة: 7
- الباب الأول: ولاية الشهادة والقضاء من غير المسلمين 23
- الفصل الأول: ولاية الشهادة من غير المسلمين 25
- مبحث تمهيدي: تعريف الشهادة لغة واصطلاحاً 28
- المطلب الأول: تعريف الشهادة لغة 28
- المطلب الثاني: تعريف لشهادة في الاصطلاح 30
- المبحث الأول: شروط ولاية الشهادة في الإسلام 32
- المطلب الأول: شروط الشهادة 32

33	الفرع الأول: شروط تحمل الشهادة.
38	الفرع الثاني: شروط أداء الشهادة.
39	أولاً:- أهلية العقل والبلوغ:
40	ثانياً:- الحرية
41	ثالثاً:- العدالة
43	رابعاً:- نفي التهمة:
45	المطلب الثاني: شهادة غير المسلم
46	الفرع الأول: الموقف الشرعي من شهادة غير المسلم.
51	الفرع الثاني: شهادة غير المسلم على المسلم في حالة الضرورة.
77	المبحث الثاني: شهادة غير المسلم على عقد الزواج.
79	المطلب الأول: حكم الإشهاد على الزواج
90	المطلب الثاني: الموقف الشرعي من شهادة غير المسلم على عقد الزواج.
102	المطلب الثالث: الإشهاد على عقود زواج المغاربة بالخارج.
103	الفرع الأول: الإشهاد على عقود الزواج المبرمة طبقاً للقانون المغربي
108	الفرع الثاني: شرط الشاهدين المسلمين على عقد زواج المغاربة بالخارج.
124	الفصل الثاني: ولاية غير المسلمين لمنصب القضاء
127	مبحث تمهيدي: تعريف القضاء لغة واصطلاحاً
127	المطلب الأول: تعريف القضاء لغة
129	المطلب الثاني: تعريف القضاء اصطلاحاً
131	المبحث الأول: شروط ولاية القضاء في الإسلام
133	المطلب الأول: شروط القاضي
133	أولاً:- التكليف: العقل والبلوغ
134	ثانياً:- الحرية:
134	ثالثاً:- الذكورة:
136	رابعاً:- سلامة الحواس: البصر - السمع - النطق

- 136 خامسا:-العدالة
- 137 سادسا:-الاجتهاد:
- 140المطلب الثاني: تولية القضاء من طرف غير المسلم
- 141الفرع الأول: الموقف الشرعي من تولية غير المسلم للقضاء
- 154الفرع الثاني: ضوابط التحاكم إلى المحاكم غير الإسلامية
- 163المبحث الثاني: التفريق بين الزوجين من طرف قاضي غير مسلم
- المطلب الأول: الموقف الشرعي من حكم قضائي بالطلاق أو التطلق صادر من قاضي غير مسلم.
- 165المطلب الثاني: حجية الأحكام الأجنبية⁰الصادرة في قضايا الطلاق أمام المحاكم المغربية
- 181الفرع الأول: حجية الأحكام الأجنبية الصادرة في قضايا الطلاق قبل تعديل مدونة الأسرة.
- 182الفقرة الأولى: رفض تنفيذ أحكام أجنبية في قضايا الطلاق لأنها صدرت عن قاض غير مسلم.
- 183الفقرة الثانية: رفض تنفيذ أحكام أجنبية في قضايا الطلاق لأنها لم تطبق القانون المغربي
- 186الفرع الثاني: حجية الأحكام الأجنبية الصادرة في قضايا الطلاق بعد تعديل مدونة الأسرة
- 190الفقرة الأولى: جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بإنهاء العلاقة الزوجية... 190
- 195الفقرة الثانية: شروط تنفيذ الحكم الأجنبي وفق قواعد الأسرة
- 195أولا: شرط كون الحكم الأجنبي قد صدر بإنهاء العلاقة الزوجية
- 196ثانيا: شرط كون المحكمة مختصة
- ثالثا: شرط كون الحكم الأجنبي قد اعتمد على سبب لا يتعارض مع الأسباب المقررة في المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية
- 198رابعا: شرط استيفاء الحكم لإجراءات التذليل بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادتين 430 و 431 من قانون المسطرة المدنية
- 202

208	الباب الثاني:ولاية التربية والحفظ من غير المسلمين
210	الفصل الأول:ولاية الحضانة من غير المسلمة
213	مبحث تمهيدي: مفهوم الحضانة وصاحب الحق فيها
213	المطلب الأول: مفهوم الحضانة
213	الفرع الأول: التعريف اللغوي للحضانة
214	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للحضانة
216	الفرع الثالث: التعريف القانوني للحضانة
217	المطلب الثاني: صاحب الحق في الحضانة وترتيب الحاضنين
217	الفرع الأول: صاحب الحق في الحضانة
221	الفرع الثاني: ترتيب الحاضنين
222	الفقرة الأولى: ترتيب الحاضنين في الفقه الإسلامي
224	الفقرة الثانية: ترتيب الحاضنين في مدونة الأسرة المغربية
228	المطلب الثالث: الحضانة والولاية
232	المبحث الأول: حضانة غير المسلمة للمسلم في الفقه الإسلامي
234	المطلب الأول: اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون يؤثر على ولاية الحضانة
	المطلب الثاني: اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون لا يؤثر على ولاية الحضانة
237	
248	المطلب الثالث: أثر الردّة على الحضانة
252	المبحث الثاني: ولاية حضانة غير المسلمة لأبنائها المسلمين في القانون المغربي
253	المطلب الأول: ولاية الحضانة من طرف غير المسلمة في مدونة الأسرة
258	المطلب الثاني: الإشكالات المترتبة عن إسناد الحضانة للأم غير المسلمة
259	الفرع الأول: تربية الطفل في ظل اختلاف عقيدة الزوجين
267	الفرع الثاني: استقرار المحضون مع أمه غير المسلمة في بلد غير مسلم
278	المبحث الثالث: ولاية حضانة غير المسلمين من خلال الاتفاقيات الدولية
279	المطلب الأول: تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بحضانة غير المسلمة للمسلم

- المطلب الثاني: الإتفاقيات الثنائية ودورها في حماية عقيدة المحضون.....285
- الفرع الأول: مضمون الإتفاقيات الثنائية وولاية الحضانة286
- الفرع الثاني : إعادة صياغة الإتفاقيات الثنائية الحالية بالشكل الذي يحافظ على عقيدة المحضون.....295
- الفصل الثاني: ولاية كفالة الطفل المهمل من غير المسلمين**.....298
- مبحث تمهيدي: مفهوم الكفالة والفرق بينها وبين التبني301
- المطلب الأول: مفهوم الكفالة301
- الفرع الأول: الكفالة لغة302
- الفرع الثاني : الكفالة اصطلاحا302
- الفرع الثالث : الكفالة في التعريف القانوني303
- المطلب الثاني : الفرق بين الكفالة والتبني.....307
- الفرع الأول : مفهوم التبني306
- الفقرة الأولى: التبني لغة.....306
- الفقرة الثانية: التبني اصطلاحا.....307
- الفرع الثاني: موقف الشرع والقانون من التبني.....308
- الفقرة الأولى: موقف الشرع الإسلامي من التبني.....308
- الفقرة الثانية: موقف المشرع المغربي من التبني312
- الفرع الثالث: الفرق بين التبني والكفالة.....314
- المبحث الأول: كفالة الطفل اللقيط في الشرع الإسلامي.....320
- المطلب الأول : تعريف اللقيط321
- الفرع الأول: التعريف اللغوي للقيط321
- الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للقيط.....322
- الفرع الثالث: تعريف التشريعات الوضعية للقيط324
- المطلب الثاني : أحكام اللقيط326
- الفرع الأول: ديانة اللقيط.....326

336	الفرع الثاني: شروط الملتقط
341	الفرع الثالث: الولاية على اللقيط
346	المطلب الثالث: كفالة اللقيط
351	المبحث الثاني : كفالة الاطفال المهملين في القانون المغربي
352	المطلب الأول: شروط التكفل بطفل مهمل حسب القانون المغربي
366	المطلب الثاني : سفر الكافل الأجنبي بالمكفول خارج المغرب
367	الفرع الأول: مراقبة وتتبع أحوال المكفول بالخارج
372	الفرع الثاني: تحويل الكفالة الى تبني
384	خاتمة
392	المصادر والمراجع
418	الفهارس