انفتاح مدونة الأسرة المغربية على المصادر التشريعية الأخرى المؤيدات والتجليات

د. أحمد الوجدي
كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية
جامعة عبد المالك السعدي المغرب

ملخص :

الغايات المقصودة من الزواج ربما تكون أقوى وأسمى من الغايات الأخرى ، فالزواج مؤشر على العلاقات العامة بما فيها التراحم والوئام بين الرجل والمرأة، وتبقى غاية بناء الأسرة متوقف على رغبتهما، وهو مقْصدٌ آخر وغايةٌ مقدسة ، يجب الاستعداد لها على الوجه المطلوب، ومن باب الفارق مقارنة السياسات الأسرية الأوربية في مجال الرعاية الأسرية ، مع سياساتنا في جانبها الاجتماعي والاقتصادي ، فغاية أية قاعدة قانونية هو تحقيق المصالح العامة ، وهذا يتطلب الانفتاح والتحديث والملاحظ أن مدونة لم تعد مدونة فقهية ذات القواعد الموضوعية الصرفة، فقد استعانت بالعديد من القواعد الشكلية الوضعية تحقيقا لمبدأ الانفتاح.

Abstrac

purpose of marriage is to establish a family in which compassion, and harmony prevail between men and women. Paradoxically, comparing European family policies in the field of family care, with our policies in its social and economic aspects. The goal of any rule of law is to achieve public interests, and this requires openness and modernization.

مقدمة

إن تأثير قانون مدونة الأسرة[1] في تغيير الواقع أضعف من القوانين الأخرى، لأن قانون الأسرة مرتبط بنمط التعايش الذي هو روح استمرار الحياة بين أفراد المجتمع، وبطبيعة ثقافته المتجذرة والممتدة، بينما باقي القوانين الأخرى مرتبطة في الغالب بالجانب المادي المتغير والعابر، لذا كان للجانب المالي في العلاقات الزوجية أهمية كبيرة، فالأمور المالية قد تنتج عنها مشكلات أسرية معقدة ، لا قبل للزوجين بها إذا لم ينتبها جيدا، فالغايات المقصودة من الزواج ربما تكون أقوى وأسمى من الغايات الأخرى ، فالزواج مؤشر على العلاقات العامة بما فيها التراحم والوئام بين الرجل والمرأة، وتبقى غاية إنشاء أسرة متوقف على رغبتهما، وهو مقْصدٌ آخر وغايةٌ مقدسة ، يجب الاستعداد لها على الوجه المطلوب ، فلابد من وجود تفاهم وتعاون وتكافل وحوار للحفاظ على التوازن والاستقرار الأسري ، ولا يتصور بلوغ رقي المجتمع إلا بالحفاظ على مصالح جميع مكونات الأسرة ، وعلى رأس هذا المكون المرأة التي منحها المشرع ما منحه للرجل من حقوق وواجبات.

والملاحظ أن التشريعات الأوربية المعاصرة تبدي أهمية قصوى للأسرة، من حيث اعتبار الجانب المادي والأخذ بالتجارب والانفتاح على كل ما يحقق المصالح ، فحفظ كرامة الأسرة ضد كل أنواع الإذلال ، هو مبدأ ذو قيمة دستورية ، ومنصوص عليه في قانون المجموعة الأوربية التي تأسست على مبدأ الانفتاح والتحديث، وجعلت السياسات الأسرية في قلب نظام الرعاية الاجتماعية، حيث تختلف عن السياسات الاجتماعية في طرق التوزيع المعمول بها من أجل التعويض عن تكاليف الأسرة ، وكذا إعادة توزيعها بين الأسر المعيشية بدون أطفال، وتلك التي تضم أطفالا، ويعتبر وجود الأطفال المحدد الوحيد للأسرة في أوربا، بغض النظر عن أنماط الارتباط والأبوة التي تطورت منذ ثلاثين سنة، كما نلاحظ اهتمام السياسات الأسرية بالأطفال منذ ولادتهم إلى حدود بلوغ استقلاليتهم والمحددة في غالبية القوانين في سن الثامنة عشر، ومن باب الفارق مقارنة السياسات الأسرية الأوربية في مجال الرعاية الاسرية ، مع سياساتنا في جانبها الاجتماعي والاقتصادي.

وينبغي التأكيدُ أن مبدأ الانفتاح لا يعني التخلي عن الثوابت، بل يجب الوقوف عندها مع التحلي في الوقت ذاته بالمرونة تجاهَ المتغيرات، والقدرةِ على الاستماع وتفهم المخالف، فالتعايش مع الحضارة الحديثة أمر محتوم علينا ولا مناص منه، لأنها هي الميدان الذي يحصل فيه اليوم تنازع البقاء بين الأمم، ومن يسعى إلى الانفتاح وهو يعتقد أن كل الناس سيؤيدونه لابد أن يبوء بالفشل.

وللإحاطة بموضوع انفتاح مدونة الأسرة ارتأيت تناوله من خلال محورين اثنين، تناولت في أولهما الحديث عن مؤيدات انفتاح مدونة الأسرة، وفي ثانيهما عن تجليات هذا الانفتاح ، ثم خاتمة القول في الموضوع.

المحور الأول: مؤيدات انفتاح مدونة الأسرة.

إن غاية أية قاعدة قانونية هو تحقيق المصالح العامة ، وبناءً على ذلك فإن قاعدة المصالح ليست مدعاة للقول بأن في الشريعة منطقة فراغ، أو وقائع سكت عنها الشرع ولم يبين حكمها ، ويجري الحكم عليها بناء على المصالح، فمثل هذا القول مردود ، لأن المصالح أنفسها لا تعرف إلا بالشرع، فليس هناك شيء سكت عنه الشرع بمعنى لم يبين حكمه، وإنما هناك أشياء لم يدل عليها الدليل عيناً، وإنما دل عليها بعمومات وأقيسة، فهي تندرج تحت قواعد عامة أو كلية، وليس هناك سكوت من الشرع بمعنى عدم البيان، قال الشاطبي: " إن سكوت الشارع عن الحكم على ضربين: أحدهما أن يسكت عنه لأنه لا داعية له تقتضيه، ولا موجب لأجله كالنوازل التي حدثت بعد رسول الله فإنها لم تكن موجودة ثم سكت عنها مع وجودها، وإنما حدثت بعد ذلك فاحتاج أهل الشريعة إلى النظر فيها وإجرائها على ما تقرر في كلياتها، وما أحدثه السلف الصالح راجع إلى هذا القسم، كجمع المصحف ، وتدوين العلم، وتضمين الصناع وما أشبه ذلك مما لم يجر له ذكر في زمن رسول الله ، ولم تكن من نوازل زمانه، ولا عرض للعمل بها موجب يقتضيها، فهذا القسم جارية فروعه على أصوله المقررة شرعاً بلا إشكال"2.

فهذا السكوت ليس سكوتاً بمعنى عدم البيان، وإنما هو مثل السكوت عن بيان حكم الحاسوب ، أو استعمال أسلحة الدمار الشامل، أو السيارة، أو الاستنساخ، وفي هذا السياق وفي نطاق ترسيخ ودعم مبادئ العدل والإنصاف بين أفراد الأسرة[3]، استحضر أعضاء اللجنة التي كلفت بإعداد مدونة الأسرة مقاصد الشريعة ومحكم نصوصها ، وتنزيل الأحكام منازلها ، من حيث مراعاة الضرورة والمصلحة العامة ، والفهم العميق للمجتمع ، مع استحضار روح الشريعة.

يقول شيخنا الدكتور أحمد الخمليشي : " إن أهم موضوع وردت فيه نصوص تفصيلية في القران هو الأسرة والعلاقات بين أفرادها ... وأن مقصد تحقيق المصالح ودرء المفاسد إلى جانب مبادئ أخرى هي المرجع الأساس في تنظيم الأسرة.[4]"

جاء في الأعمال التحضيرية لمدونة الأسرة : " وقد تم عمل هذه اللجان الفرعية في إطار من الحوار الجاد، والاستحضار الكامل للثوابت التالية:

أ- اعتبار الفقه المالكي المرجعية الأولى، والمادة الأساسية لعمل اللجنة لا يمكنها أن تحيد عنه إلا لضرورة اقتضتها ظروف خاصة وأوضاع استثنائية.

ب- الأخذ في الاعتبار عند مراجعة المدونة الملاحظات والاقتراحات المقدمة من قبل الجمعيات النسائية والمنظمات الحقوقية، وسائر الجهات الأخرى ذات الصلة ، والتي سبق للجنة الإصغاء إليها أو التوصل بتقارير ومذكرات عنها ، حيث بلغ عدد هذه الفئات من المجتمع المغربي ما يربو على مائة وثمانية وثلاثين جمعية أو منظمة أو هيئة.

جـ - الاستعانة بالدراسات العلمية والبحوث الاجتماعية وغيرها والوقوف على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادق أو انضم إليها المغرب وما أبداه من تصريحات وتحفظات بشأنها."[5]

ونقصد بانفتاح مدونة الأسرة، وجود نوعين من القواعد القانونية الموكل إلى قاضي الأسرة مراعاتهما، مختلفتين نتيجة اختلاف مصدر كل منهما ، أحدهما هو الفقه الإسلامي ، وثانيهما الاتفاقيات الدولية ، وفي ظل تشبث المغرب بقيم الانفتاح والاعتدال والتسامح والحوار، فان مقتضيات دستور 2011 ، أعطت للاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب ، مكانة تسمو على التشريعات الوطنية، مع ضرورة اعتبار مبدأ ملاءة التشريعات الوطنية مع ما تتطلبه تلك المصادقة[6].

ومن ذلك اتفاقية 28 يوليوز 1951 المتعلقة بوضعية الأجانب، وقد نصت مدونة الأسرة في المادة الثانية على انه " تسري أحكام هذه المدونة على: .....2) اللاجئين بما فيهم عديمو الجنسية ، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة ....".

إن البعد الحقوقي حاضر بقوة في صياغة مدونة الأسرة، فرضته المتغيرات التي عرفها المجتمع المغربي ، وانعكست بشكل كبير على التشريع الأسري المغربي، المؤسس لفكر تشريعي جديد، ومتفاعل، ومتأثر ومؤثر بواقعه الاجتماعي، غايته تجديد تنظيم العلاقات الأسرية، سيما وان ثمة مشاكل عملية خاصة عندما يتعلق الأمر بزواج مختلط يحكمه قانون بلدين مختلفين، أو بزواج من منتميين لديانتين مختلفتين، وما يطرحه من تباين القانون الواجب التطبيق.

فعلى سبيل المثال، نصت مدونة الأسرة في المادة الثانية على انه " تسري هذه المدونة: على:

1) جميع المغاربة...."، فالمغربي هو كل من يحمل الجنسية المغربية الأصلية أو المكتسبة، دون الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات اتفاقية 1880م . فاليهود المغاربة تطبق عليهم مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية العبرية، وهناك مسيحيون يحملون الجنسية المغربية، وطائفة أخرى من مكتسبي الجنسية المغربية بدأت تتكاثر في الآونة الأخيرة، مستقرة ومقيمة بالمغرب بشكل دائم. فملاءمة التشريع الأسري مع المواثيق الدولية ضرورة فرضتها دواعي اجتماعية وإنسانية، تحقيقا لمبدأ العدل والمساواة في الحقوق والواجبات، ومن تلك المواثيق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، لسنة 1948م ، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة 1966م ، والاتفاقية الدولية المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979م ، فهذه الاتفاقية ربطت بين إلغاء التمييز ضد المرأة ورفاهية الأسرة وأشادت بدور المرأة العظيم في بناء الأسرة والمجتمع، وهو مبدأ قررته النصوص القران والسنة الصحيحة.

فالظاهر أن انفتاح المشرع الأسري على الاتفاقيات الدولية في قضايا الأسرة، أملته مؤيدات واقعية ضمانا وتكريسا لمبدأ العدل والمساواة وإعطاء الإرادة للزوجين عند إنشاء عقد الزواج،

وأثناء سيرانه، وكذا عند انحلاله ، لما لذلك من اثر ايجابية في التخفيف من المشكلات التي قد تكون حائلا دون التوافق بينهما، وبهذا يكون المشرع الأسري قد خطى خطوة ايجابية بالقدر الذي تسمح به المرجعية الدينية والوطنية.

إن مسالة الانفتاح في مجال قانون الأسرة نسلمها نظريا ، لكن يستوجب التفكير في التطبيق العملي ، لان الأمر يتطلب التوقف عند أمور كثيرة، سواء على مستوى التشريع الداخلي ، أو الخارجي، فمثلا قد يبدو واضحا أن زواج المغربي بيهودية مغربية لا إشكال فيه ، لأن اليهودية تطبق عليها مقتضيات قانون الأحوال الشخصية العبري، والمُسْلِم تطبق عليه مقتضيات قانون الأسرة، لكن المشكل هو أن قانون الأحوال الشخصية العبري لا يعترف بزواج اليهودية من غير اليهودي، في حين قانون الأسرة يعتبر هذا الزواج صحيحا، ويعترف بآثاره، في حين لا أثر له من وجهة نظر الطرف الآخر.

ومعلوم أن التشريع ما هو إلا صورة متطورة ، وناضجة من حياة القاعدة القانونية، وعند تعديلها أو إعمال النظر فيها ينبغي استحضار ثوابت المجتمع والوقوف عندها قصد تحصينه، والتحلي في الوقت ذاته بالمرونة تجاه المتغيرات، والقدرة على الاستماع، فمن لا يَستمعُ لن يُسمعَ، مع وجوب الحذر الشديد إذا ما أردنا الانفتاح على أية ثقافة ، فسكان العالم أصبحوا اليوم يعيشون كأنهم في غرفة أو قاعة صغيرة ، بعد ما اعتقدوا أنهم يعيشون في قرية صغيرة، لكن أدوات الانفتاح والتقارب قلصت المسافات بينهم.

ولما كان المجتمع سواء اتخذ شكل دولة أو غيرها، يتطور بتطور الظروف المحيطة به ، فإن القاعدة القانونية تتأثر بهذه التطور، لهذه كانت القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية تواكب التغيرات الاجتماعية، التي تلازم المجتمع الإنساني وتجعل العلاقة بين السلوك الاجتماعي الواقعي، وبين السلوك الذي تتطلبه المعايير القانونية، تواجه باستمرار قدرا معينا من الاختلاف، مما يفرض

ضرورة التجديد والتغيير، فالمجتمع البارد الذي لا يتحمس لثوابته وقضاياه العامة ، قد يكون طعمة لكل فاتح طامع، أو مستغل ظالم.

فالتقيد بالانفتاح أثناء إنشاء أو تعديل أية قاعدة قانونية ، هو السبيل للخروج من الجمود والتسيب، ومن الفوضى إلى النظام ، مع التأكيد والحث على الثوابت التي هي وزن لقضايا المجتمع ، ومعياره الذي لا يتغير، سيما في الواقع الذي نعيشه اليوم، ونواجه فكرا ماديا عاتيا، يملك الكثير من الزحف والتأثير.

والملاحظ أن المشرع الأسري المغربي ، عند إصداره مدونة الأسرة، وضع نصب أعينه العوامل المؤثرة في تطوير قانون الأسرة المغربي[7] ، وتجلى ذلك في مضامينها، مما أعطى لأحكامها أبعادا متعددة، تتناسب وروح المرحلة التي وضع لها هذا التشريع، تجسيدا للإرادة العامة للمجتمع، وليست القوانين هي التي ستعمل على تهذيب الأشخاص ، وإنما المسالة تكمن في قناعة وإيمان كل شخص بمبادئه وثوابت أمته، فالعبرة ليست بالغنى أو الفقر وإنما بالتربية الحسنة.

ومن مؤيدات انفتاح مدونة الأسرة مؤيد ترسيخ البعد الاجتماعي، عن طريق تنظيم العلاقات بين جميع مكونات الأسرة، لتبقى متماسكة مجتمعة، من خلال سنها مجموعة من القواعد الجديدة ، والاستفادة من تجارب الآخرين، يقول ابن خلدون: " وأهلُ الدوَل أبداً يُقلّدون في طور الحضارة وأحوالها للدولة السابقة قَبْلَهم، فأحوَالُهم يشاهدون ، ومنهم في الغالب يأخذون ... فبلغوا الغاية في ذلك ، وتطوَّرُوا بطورِ الحضارة والترَف في الأحوال ... فأتوا من ذلك وراء الغاية"[8].

وفي ضوء تطورات العصر الحاضر ومستجداته الحديثة، وتطوراته العلمية والتكنولوجية المتلاحقة فان الأسرة المغربية تواجه فترة تحول وتغيير، تعيشه وترزح تحت ضغوطه الكبيرة، وخاصة في المجال الاجتماعي الذي يواجه على مستوى العالم فترة تغيير وتكييف لا مثيل لها،

نتيجة تقدمه نحو مجتمع يعتمد على المعرفة واكتسابها بطرق عديدة ، وتحديثها واستخدامها بمختلف الجوانب.

يقول عالم الاجتماع الدكتور علي الوردي ما نصه: " إن الفرد الذي يعيش طلية حياته في بيئة مغلقة – كما هو الحال في القبائل والقرى المنعزلة – يظل خاضعا للتنويم الاجتماعي في كبره، فيرى الأمور من خلال ما أوحى به إليه في مجتمعه الضيق، وهو يبقى كذلك حتى ساعة موته، اما الذي يعيش في بيئة مفتوحة فانه عندما يكبر يقع تحت تأثير ايحاءات اجتماعية من أنماط شتى ، وبهذا يخرج من قوقعته الفكرية التي نشا عليها في بيئته الأولى، ويدخل في عالم جديد يحتوي على الكثير من وجهات نظر وصراع الأفكار والجماعات"[9].

تلك كانت أهم مؤيدات انفتاح مدونة الأسرة ، وهي مؤيدات فرضتها متغيرات واقعية تحقيقا لمقاصد الإسلام السمحة، من العدل والمساواة والإنصاف والتكافل ، والتفعيل الأمثل للاجتهاد في انفتاح على واقع المجتمع المغربي، ولهذا الانفتاح اثر وتجليات نجمل القول في ذلك من خلال المحور الموالي.

المحور الثاني: تجليات انفتاح مدونة الأسرة.

إن مدونة الأسرة عند صياغة نصوصها كانت تتوخى هدفا واحدا وهو تحقيق المصالح العليا للمجتمع بصفة عامة، ومصلحة الأسرة بصفة خاصة، وحماية المركز القانوني لأفرادها.

ومفهوم المصلحة ليس غريبا على عالمي الأصول والفقه، ففي الفقه المالكي مثلا تعد المصلحة المرسلة والعرف من المصادر التشريعية المعتبرة، ولهذا فإن نظام الأسرة ونظام المجتمع إذا كان

ثابتا في العقيدة والمقاصد الشرعية والقيم الأخلاقية، فهو غير ثابت في مجال الركائز والأحكام والتشريعات المفضية إلى تحقيق هذه المقاصد نظرا للتحولات التي تطرأ عليها[10].

وعليه وإن لقواعد المذهب المالكي أبلغ الأثر في صياغة نصوص مدونة الأسرة ودورا تكميليا[11] فيما لا نص فيه فإن المشرع في حالة تحقق هدف المصلحة قد أقر في بعض المقتضيات القانونية بالانفتاح على المذاهب الفقهية الأخرى[12].

الحقيقة، أنه ليس هناك مانع شرعي من الأخذ بأقوال الفقهاء سواء كانوا من أصحاب المذاهب الأربعة أو غيرهم، خصوصا إذا كان الأخذ بأقوالهم يؤدي إلى جلب صالح عام، أو رفع ضرر عام بناء على ما هو الحق من أراء علماء أصول الفقه، لكون المذاهب الإسلامية غير متباعدة و لم يكن بينها خلاف في العقائد، و إنما هو خلاف ثانوي في الفروع التي هي محل الاجتهاد، يأخذ فيها كل واحد بما قام عليه الدليل عنده للاكتفاء في أدلتها بالظنيات[13]، فتنزيل النصوص العامة أو الكلية على جزئيات الحياة وواقعها الخاصة، فليس في أصول الفقه ضوابط محددة يتلقاها الدارس ويطبقها على هذا التنزيل ، وإنما يتم ذلك بعد التأكد من تحقيق مناط الحكم في الواقعة المراد تطبيق النص العام عليها، لذلك كان كل واحد من الأئمة يجل الآخر، فقد أخذ أبو حنيفة ، كما أخذ مالك عنه و أخذ الشافعي عن مالك، وقال فيه : جعلته حجة بين و بين ربي، و أخذ ابن حنبل عن الشافعي و أثنى بعضهم عن بعض علما و دينا، و هكذا لم يقع بينهم الخلاف في كل نوع، بل في بعض الفروع التي قامت لكل حجة على رأيه[14].

وهكذا فإذا وقعت حادثة جديدة، أو أراد إنسان استخلاص رأي راجح من بين آراء الأئمة، استجمع العالم المجتهد كل ما يتصل بنواحي الموضوع، ثم ينظر في الواقعة بدون تعصب لمذهب معين[15]، لأنه ما من إمام إلا وقد خولف مذهبه في بعض المسائل إما لدليل وإما لضرورة أو حاجة، وباعثهم في ذلك أمران إما قوة الدليل عند المخالف ، أو عدم النص على المسألة في

المذهب[16]، مع ضرورة التمييز بين إعمال النظر في تفسير النصوص الجزئية ، وبين الاجتهاد في تطبيق الكليات.

فحركة الخروج من دائرة المذهب في بعض الفروع لم تقتصر على نفر من العلماء، و إنما امتدت إلى نطاق أوسع، فقد عرف عن أهل الأندلس مخالفة مذهب مالك في أربع مسائل وهي ألا يحكموا بالخلطة، و لا بالشاهد و اليمين، و أجازوا كراء الأرض بالجزء مما يخرج منها، و أجازوا غرس الشجر في المساجد، و علل بعضهم ذلك بسبب ضيق بلادهم، و قد أخذ بمذهبهم هذا إقليم غمارة لضيق بلادهم أيضا و لمجاورتهم الأندلس، و هذا الخروج عن المذهب في بعض المسائل هو سبب راجع من نبذ للتعصب و تخلص من الجمود ، فإذا جاز للمجتهد على ظنه المستفاد من المشرع فلم لا يجوز له الاعتماد على ظن المجتهد المعتمد على أدلة الشرع[17]، فالاكتفاء بالتقليد واعتماد رأي الآخرين ، لا يشكل معرفة، ولا يساهم في بناء وتقدم المجتمع، بل هو زبد يذهب جفاء ، وليس مما ينفع الناس فيمكث في الأرض.

واستدل بعضهم على هذا الخروج بأنه لا واجب إلا ما أوجبه الله تعالى والحكم له وحده، ولم يوجب الله على أحد أن يتمذهب بمذهب رجل من الأئمة، فاختلاف الأئمة رحمة بالنصر وترفيه في حق الخلق، يقول عبد الله بن الحاج إبراهيم العلوي الشنقيطي في نظمه مراقي السعود:

أما التمذهب بغير الأول & فصنع غير واحد مبجل

كحجة الإسلام والطحاوي & وابن دقيق العيد في الفتاوي

إذ ينتقل لغرض صحيح & ككونه سهلا أو الترجيح

وجاء في شرح تنقيح الفصول[18] أن الانتقال من مذهب جائز لأنه فعله كثير من العلماء المبجلين، لأن كل المذاهب على صواب، و يشترط في جواز الانتقال أن يكون لغرض صحيح

يجيزه الشرع ككون المذهب المنتقل إليه أسهل من المنتقل عنه أو أرجح لوضوح أدليته و قوتها [19]، و عليه فإذا كان الانتقال من مذهب جائز، فبالأحرى الخروج عنه في حالة الضرورة، غير أنه من أجاز خروج مقلد مذهب إلى مذهب آخر في بعض المسائل قيد ذلك الجواز بشروط، أولا أن يعتقد فضل المذهب الذي انتقل إليه وان لا يكون المنتقل بالكسر مبتدعا بما يخالف الإجماع كالتلفيق[20].

و كما هو معلوم هو أن المذاهب الفقهية التي استقر عليها أهل السنة مذاهب يكمل بعضها بعضا، وربما استطاع أحدها أن يقدم اجتهادات فقهية لمسائل طرأت أمام فقهائه، و لم تطرأ أمام فقهاء المذاهب الأخرى[21]، لهذا نجد فقهاء المالكية انطلقوا في نظرتهم الفقهية إلى آراء المذاهب الأخرى يختارون منها ما يرتضونه من أقوال محررة، و نفس الأمر أخذت به مدونة الاسرة و سابقتها مدونة الأحوال الشخصية، حيث استمد المشرع المغربي أحكامها من مبادئ الفقه المالكي، إلا أنه رجع في حالات كثيرة بانفتاحه على المذاهب الفقهية الأخرى كلما لاحظ أن لتلك المذاهب آراء أكثر تحقيقا لمصلحة الأسرة المغربية أو أكثر مسايرة للظروف المستجدة [22]. فما هي إذن تجليات وآثار هذا الانفتاح؟ .

إن السمة المميزة لمدونة الأسرة تكمن في أن أحكامها جاءت متوافقة مع واقع المجتمع المغربي، ولم يكن ليتحقق لها هذا الهدف لو أنها اقتصرت في نصوصها على المذهب الرسمي للدولة وهو المذهب المالكي، حيث نجد أن المدونة وبانفتاحها على غيره من المذاهب، استطاعت أن تجد الحلول لعدة مشاكل أسرية ظلت عالقة أو مسكوت عنها في المدونة السابقة.

والملاحظ أن هذه المدونة وسعت من مجال الخروج عن الفقه المالكي وقد تجلى ذلك في مظهرين:

المظهر الأول: ورود أحكام جديدة تخالف الفقه المالكي.

المظهر الثاني: الإحالة الواردة في المادة 400 من م.أ، التي لا تحيل على المذهب المالكي فحسب، بل حتى على غيره من المذاهب، فمما لا شك فيه هو انه عند وضع أي قانون أو تشريع معين في أي عصر ، لابد من أن يتناسب وروح العصر الذي ولد فيه ، ووضع من اجله أخذا بعين الاعتبار الحالات الموجودة على ارض الواقع والتي يبحث لها عن حل ليأتي النص حكما لها حين الخلافات بين الناس، ونص المادة المذكورة: " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة ، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

ومن أثار انفتاح مدونة الأسرة:

1- ورود أحكام جديدة في المدونة خارج عن إطار الفقه المالكي:

الملاحظ أن مدونة الأسرة هنا اعتمدت على المذاهب السنية الأربعة[23] إلى جانب المذهب الظاهري[24]، غير أن هذه لم تبق في أماكنها كما كانت في المدونة الملغاة، إذ طرأ تحول في بعض مواقعها، كما يلاحظ هذه المدونة لم تعد مدونة فقهية ذات القواعد الموضوعية الصرفة، فقد استعانت بالعديد من القواعد الشكلية الوضعية [25]، كتنصيصها على المسطرة الاستثنائية للزواج : زواج القاصر، والزواج المختلط، ومسطرة التعدد، وتحديد الإجراءات الشكلية لإبرام عقد الزواج، واجراءات الطلاق والتطليق ، ومسطرة تفويت أموال القاصر...

ونشير إلى أن قضايا الأسرة مستبعدة من نطاق تطبيق مقتضيات الظهير الشريف رقم 129-07-1 صادر في 30 نوفمبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية[26].

ومن أمثلة الأحكام التي خرجت فيها المدونة عن المذهب المالكي نذكر ما يلي[27]:

- أركان الزواج المادة 10 من م أ " ينعقد الزواج بإيجاب من احد المتعاقدين وقبول من الأخر بألفاظ تفيد معنى الزواج...".

جاء في رد المختار للإمام محمد بن عابدين الحنفي: وينعقد بإيجاب من احدهما وقبول من الأخر... إنما قلنا هذا لان الشرع يعتبر الإيجاب والقبول أركان عقد النكاح، لا أمورا خارجية كالشرائط...[28] .

- الإشهاد على عقد الزواج "المادة 13" يعتبر شرط من شروط الصحة، أخذا من المذهب الشافعي والمذهب الحنفي، أما المالكية فيعتبرونه شرط كمال، يلزم عند الدخول.

فالمالكية جعلوا الأركان والشروط مجملة، ولم يفصلوا ، قال القاضي ابن عاصم في تحفته :

والمهر والصيغة والزوجان & ثم الولي جملة الأركان

وفي الدخول الحتم بالإشهاد & وهو مكمل في الانعقاد[29].

وجاء في الأعمال التحضيرية لمدونة الأسرة: " ... وفي تدخل لأحد الأعضاء أشار إلى ضرورة التمييز بين الركن والشرط، نظرا للآثار المترتبة عن تخل كل واحد منهما... فالفرق عمليا وليس لفظيا، لان هناك ما يمكن إصلاحه واستدراكه وما لا يمكنه ذلك... فالأصوليون وكذلك الفقهاء الذين حذوا حذوهم قرروا أن الركن هو العنصر الضروري اللازم توافره في الماهية ... فالزواج لا يمكن القول بأنه حقيقة مدنية صرفة، بل هو حقيقة شرعية..."[30]

قال ابن رشد : " وسبب اختلافهم انه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح ، فضلا على أن يكون في ذلك نص ، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج

بها عند من يشترطها هي كلها محتملة، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها ، هي أيضا محتملة في ذلك، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في ورودها ، إلا حديث ابن عباس ، وان المسقط لها ليس عليه دليل لان الأصل براءة الذمة"[31].

- عدم إجبارية الولاية بالنسبة للرشيدة مطلقا، أي سواء كان لها أب أم لا " المادة 24 و25"، أخذا من المذهب الحنفي[32]، كما هو شائع في أفهام كثير من الفقه[33].

- جعل ملكية المرأة للصداق ملكية مطلقة، تتصرف فيه كيف شاءت والمادة 29 م.أ أخذا من مذهب الحنفية والحنابلة.

- جواز تأجيل الصداق كله "المادة 30"، أخذا من مذهب الجمهور بخلاف مذهب مالك الذي يرى في ذلك حكم الكراهة.

- ليس للصداق حد أدنى " حسب الإطلاق الوارد في المادة 28" أخذا من مذهب الشافعية والحنابلة. قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي: " ليس لأقل الصداق حد عندنا ، بل كل ما يجوز أن يتمول ... جاز أن يكون صداقا"[34]. وقال عبد الله بن قدامة الحنبلي: " الصداق غير مقدر لا اقله ولا أكثر، بل ما كان مالا جاز أن يكون صداقا"[35].

- أما المالكية فإنهم جعلوا للصداق حدا أدنى دون الأقصى، قال القاضي ابن عاصم في تحفته:

وربع دينار اقل المُصدق & وليس للأكثر حد ما ارتُقي[36].

- جواز أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، وهو شرط ملزم له إذا قبل به "المادة 40" وهذا ما قال به الحنابلة ، جاء في منار السبيل: " باب الشروط في النكاح:

وهي قسمان: صحيح لازم للزوج ، فليس له فكه، فمتى لم يف بما شرط كان لها الفسخ على التراخي ، ولا يسقط إلا بما يدل على رضاها من قول أو تمكين مع العلم" [37]، وهذا على خلاف المالكية فإنهم يقولون باستحباب الوفاء به.

- الشروط التي تتنافى مع مقتضى العقد ومقصوده الأصلي وتخالف أحكام الشرع، كاشتراط عدم الوطء، تعتبر باطلة والعقد يبقى صحيحا "المادة 47" أخذا بمذهب أبي حنيفة، ومخالفة لمذهب المالكية الذين يرون أن الشروط تبطل الزواج يفسخ قبل الدخول ويصح بعده بمهر المثل على المشهور.

- زواج المكره "المادة 63" لم تأخذ فيه المدونة بالمذهب المالكي ولا بغيره من المذاهب، بل ولم تطبق عليه الأحكام المذكورة في قانون الالتزامات والعقود المغربي[38].

2- الإحالة على المذهب المالكي وعلى غيره من المذاهب من خلال المادة 400.

نصت مدونة الأسرة في المادة 400 على أن " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة وبالمعروف".

وهذه الإحالة تعّبر بوضوح عن إمكانية الاجتهاد بهدف إيجاد الحل للنازلة المعروضة التي لا يجد القاضي لها حكما في ضوء النصوص، والاجتهاد حسب المادة أعلاه مفتوح في إطار الفقه المالكي وكذلك الاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق العدالة والمساواة، سواء تم التماسهما داخل المذهب الحنفي أو الشافعي أو في غيرهما من المذاهب، فحيث المصلحة فثمة شرع الله ، ولان علاقة النص التشريعي بالواقع علاقة جدلية ، من حيث التأثير والتأثر ، فالظروف الواقعية تتسم بالتغيير فتنشأ وقائع جديدة تقتضي أحكاما جديدة، وفي هذا السياق وعلى ضوء ما سبق تنبه المشرع لما يقع من تطور للمجتمع تم تأكيد على هذا المقتضى من خلال المادة 400 من م أ ،

وتنصيصها على مبدأ العدل والمساواة ومقاصد الشريعة، والاجتهاد يعتبر الاكثر انسجاما مع قضايا الاسرة ومثيلاتها ، برؤية لا افراط ولا تفريط ، والاخذ بالأيسر فالأيسر، مع مراعاة الواقع وتقدير اعتبار المآلات ، فالمعيار العالمي المعتبر اليوم لمعرفة قوة الامم هو تشريعاتها من حيث قوتها واستجابتها لكل مستجد ، او نازلة طرأت على حياة الناس.

ان شعار الشريعة الاسلامية هو رفع الحرج ودفع المشاق والتكليف بما يطاق، خاصة في مجال العلاقات الاجتماعية ، والوقائع وكل مرافق التنظيم الاجتماعي التي لم يرد فيها نص او ورد نص ظني الدلالة .

وهذا التطور في التعامل مع المذهب المالكي ينم عن رغبة المشرع في الاستفادة من المذاهب الأخرى، باعتبارها ثروة جديرة بالاهتمام، كما ينم عن أن المستجدات الجديدة يمكن تأصيلها بالمصلحة كما ذكرنا سابقا، والمصلحة كما يقال تبنى عليها الأحكام في شريعة الإسلام شريطة أن تستوفي الشروط المطلوبة.

غير أن هذه الخطوة التي أقدم عليها المشرع ستثير من دون شك الكثير من الصعاب على قاضي الموضوع، فإن احالت المادة 400 على الاجتهاد داخل الفقه المالكي أو في سواه، فهي بذلك تفرقه في بحر من الأقوال والآراء قد لا يخرج منها بما يخرج به من غيره من القضاة، وما قد يراه بعض القضاة اجتهادا محققا للعدالة والمساواة قد لا يراه آخرون كذلك.

وإذا قيل بأن وظيفة محكمة النقض الرئيسة تكمن في توحيد الاجتهادات القضائية بالمملكة المغربية، فإنه كما يقول الأستاذ موسى عبود: "لا يمكن القول بان وجود محكمة عليا يؤدي حتما إلى توحيد الاجتهاد، ويعود ذلك إلى تنظيم محاكم النقض نفسها وتقسيمها إلى غرف، فنجد في بعض الأحيان غرفتين تتخذان موقفا متباينا، لا بل متناقضا حول بعض النقط[39].

خلاصة:

والذي يمكن استنتاجه من خلال هذا العرض الموجز أن الفقه المالكي فقد مركزه نسبيا في التشريع المغربي بخصوص مجال الأسرة، ليفسح المجال للمذاهب الفقهية الأخرى كما تم التماس العدالة والإنصاف فيهما، وهذا ليس عيبا، بل على العكس من ذلك هو خطوة نعتبرها محسوبة للمشرع لا عليه، وتأسيسا على هذا يمكن القول بان المشرع المغربي عند إصداره مدونة الأسرة وضع نصب أعينه العوامل التي أنتجتها والتي ساهمت في تشكيل مضامينها وأعطت لأحكامها أبعادا متعددة ، أهمها البعد الاجتماعي وذلك عن طريق وضع أفضل القواعد القانونية وأنجع الصيغ التشريعية الحديثة ، استجابة لتطلعات المجتمع وملاءمة لأرض الواقع.

الهوامش:

[1] جاء في الأعمال التحضيرية لمدونة الأسرة المغربية ما نصه: " ... وبعد نقاش جاد وبناء، ساهم فيه جميع السادة الأعضاء ، تم الاتفاق بالإجماع على تغيير الاسم، حيث اقترح بعض الأعضاء أن تكون التسمية " مدونة الأسرة" لما ترمز إليه كلمة المدونة من دلالة ، تجد سندها في تاريخ المملكة ، (الفقه الإسلامي المالكي) وفي القوانين الصادرة حديثا (مدونة التجارة، مدونة الجمارك...) ، بينما اقترح البعض الآخر إضافة كلمة أحكام أو قانون لتصبح التسمية مدونة أحكام الأسرة، أو مدونة قانون الأسرة، حتى يكون المقصود حسب رأيهم " مجوعة من الأحكام والقوانين التي تعالج قضايا الأسرة" ، وفي الأخير استقر الرأي وبالإجماع على أن تكون التسمية "مدونة الأسرة" ، فالاسم سلس ومختصر ومفهوم".

ينظر مجموع الأعمال التحضيرية لمدونة الأسرة.

2 الشاطبي: الموافقات 288/2.

3 تُقدّم السياسات الأسرية في أوربا المساعدات للآباء ، مع الأخذ بعين الاعتبار قضايا التضامن بين الأجيال، تحقيقا للمصلحة العامة للمجتمع ، كما ترمي السياسات الأسرية في أوربا منذ بداياتها إلى تحقيق هدفين اثنين: الهدف الأول هو تشجيع الولادات ، والثاني يكمن في إعادة التوزيع ، وذلك عن طريق التعويض عن الأعباء والتكاليف الأسرية. جاء في المادة 16 من القانون المدني الفرنسي " يؤمّن القانون أولوية الشخص ، ويمنع أي مساس بكرامته، ويضمن احترام الكائن البشري منذ بدء حياته". ينظر القانون المدني الفرنسي بالعربية . مطبعة دالوز. 2009م .جامعة القديس يوسف . بيروت.

[4] الدكتور أحمد الخمليشي. من مدونة الاحوال الشخصية الى مدونة الاسرة. ج 1 .ص:57. منشورات المعارف." 2012.

[5] الأعمال التحضيرية.

[6] ينظر تصدير الدستور المغربي لسنة 2011.

[7] اطلاق " مدونة الاسرة " اطلاق جديد لاول مرة في المغرب ، فاول قانون للاسرة في المغرب اطلق عليه " مدونة الاحوال الشخصية" وهي ترجمة لعبارة "statu personne" المتداولة عند الغرب، وقد نادى البعض بتغيير هذا التعبير ، لاعتبارات منها انه لا يستقيم ومقتضيات احكام الاسرة ، فتم اطلاق اسم " مدونة الاسرة" لغاية قانونية، ومصلحة مجتمعية، فهذا الاسم يعطي التاثير العام باهمية الاسرة ، بحيث اصبحنا اما نظام للاسرة ومدونة لها ، وامام قضاء وقاض للاسرة.

[8] عبد الرحمن بن خلدون. تاريخ ابن خلدون. 130/1. دار ابن حزم 2011.

[9] علي الوردي .لمحات اجتماعية من تاريخ العراق الحديث. ج 3 ص: 7. ط1.

[10] محمد أحمد بوركاب، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 1423هـ-2002م، ص: 119.

[11] تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على أنه: "كل ما لم يورد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف...انطلاقا من هذه المادة يتضح أن المدونة جاءت متمسكة بالفقه المالكي فيما لا نص فيه، فلقد أحالت على المذهب المالكي لتكميل نصوص المدونة.

[12] المذاهب الفقهية هي مذاهب اجتهادية في مسائل الشريعة الإسلامية الفرعية، و هي جميعا لا تختلف حول أصول الشريعة و لو في جزئية واحدة، و الأصل أنه لا فقهية، و لكن الضرورة دعت إلى تتبع اجتهادات فقهاء المدارس الفقهية من أجل التمكن من حل المشكلات العملية بيسر وبسهولة، و لقد نشأت هذه المذاهب كمدارس فقهية من أجل تلبية حاجة الناس الماسة إلى معرفة كيفية إنزال الأحكام على الوقائع الجديدة، و هذه الحاجة إلى الفقه قائمة في كل زمان لتنظيم علاقات الناس الاجتماعية من خلال معرفة حقوق كل انسان وواجباته و تبيان المصالح المتجددة و درء المفاسد المتأصلة و الطارئة، و هي مذاهب اجتهادية أعوزت إليها الوقائع اللامتناهية والتي لا يمكن أن تضبطها النصوص المتناهية، فقامت لإيجاد حل لكل حدث مستجد.

(أنظر محمد تاجا، المذاهب الفقهية الإسلامية والتعصب المذهبي، دار قتيبة، سوريا، الطبعة الأولى 1425هـ-2004م، ص: 54).

[13] إن الأدلة الظنية هي التي تكون في عبارتها تدل على كونها مثارا للاجتهاد وبذلك يخرج اللفظ غالبا عن المعنى الواحد إلى معان متعددة وكذا تفرع معان عن كل معنى فيها.

فالظن لغة: يقول ابن فارس: " الظاء والنون أصل صحيح يدل على معنيين مختلفين: يقين وشك، فأما اليقين فيقول القائل ظننت ظنا، أي أيقنت ...ومن هذا الباب مظنة الشيء وهو معله ومكانه ويقولون: هو مظنة كذا...والاصل الأخر الشك، يقال: ظننت الشيء إذا لم تتيقنه ومن ذلك الظنة: التهمة والظنين، المتهم، والظنون: البئر لا يدري فيها ماء أم لا...والباب كله واحد"

(انظر أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة تأليف. تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الكتب العلمية، ، بدون طبعة مادة "ظن" م3 ص:.462-463

والظن اصطلاحا: هو الحكم القبلي غير الجازم (فالحكم: مبنى يخرج التصورات والشكوك، والقبلي: قيد لإخراج حكم اللسان من غير موافقة القلب، وغير جازم، قيد لإخراج القطع.

(انظر سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشتري، القطع والظن عند الأصوليين حقيقتهما وطرق استفادتهما وأحكامهما1، ص:99

[14] عبد المالكي السفياني، م.س، ص: 75.

[15] وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، 1998م، دار الفكر المعاصرة للطباعة والنشر، دمشق، سوريا، ص: 1110.

[16] عبد العزيز بن صالح الخليفي، الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، مصطلحاته وأسبابه، المطبعة الأهلية، قطر، الطبعة الأولى 1414هـ-1993م، ص: 145.

[17] محمد نعيم السباعي. الجامع في القواعد والضوابط. ج 2.ص:622. دار السلام . ط. الاولى 2011.

[18] جاء في كتاب شرح تنقيح الفصول: "بأن الانتقال في الحوادث والوقائع من مذهب لآخر جائز ولكن بشروط:
أولا: عدم الجمع بين المذهبين على وجه مخالف للإجماع.
ثانيا: اعتقاد المنتقل عن مذهبه فيما ينتقل إلى مذهبه الفضل.
ثالثا: عدم تتبع المنتقل عن مذهبه لرخص المذاهب، فعلى ذلك لا يكون هناك مانع من الأخذ بأي مذهب من المذاهب على سبيل التلفيق إذ المذاهب كلها مسالك إلى الجنة وطرق إلى الخيرات".

[19]الشنقيطي محمد الأمين، نشر الورود على مراقي السعود، دار المنارة، الطبعة الثالثة، 2002، ص: 657.

[20] إن التلفيق في الاجتهاد هو الاتيان بكيفية لا يقول بها المجتهد، و معناه أن يترتب على العمل بتقليد المذاهب، و الأخذ في قضية واحدة ذات أركان أو جزئيات بقولين أو أكثر للوصول إلى حقيقة مركبة، لا يقرها أحد سوى الإمام الذي كان على مذهبه، أو الإمام الذي انتقل إليه، و من أمثلة التلفيق في الأحوال الشخصية أن يتزوج امرأة بلا ولي و لا صداق و لا شهود، مقلدا كل مذهب فيما لا يقول به الآخر، و هذا من التلفيق المؤدي إلى المحظور، لأنه يخالف الاجماع و لم يقل أحد بهذه الصورة، و مثاله أيضا أن يطلق شخص زوجته ثلاثا، ثم تتزوج بابن تسع سنين بقصد التحليل مقلدا زوجها في صحة الزواج للشافعي، فأصابها، ثم طلقها في صحة الطلاق و عدم العدم للإمام أحمد فيجوز لزوجها الأول العقد عليها.
فضابط جواز التلفيق وعدم جوازه هو أن كل ما أفضى إليه تقويض دعائم الشريعة والقضاء على سياستها وحكمتها فهو محظور وخصوصا الحيل، وان كل ما يؤديه دعائم الشريعة وما ترمي إليه حكمتها وسياستها لإسعاد الناس في الدارين، بتيسير العبادات عليهم وصيانة مصالحهم في المعاملات فهو جائز مطلوب.

(أنظر عمر عبد الله كامل، الرخصة الشرعية في الأصول والقواعد الفقهية، المكتبة الملكية، مكة المكرمة، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1999م، ص: 215، وجمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي، نهاية السول في شرح منهاج الأصول للقاضي ناصر الدين عبد الله البيضاوي، عالم الفكر، دون ذكر رقم الطبعة والتاريخ، الجزء الرابع، ص: 627).

ذكره عبد المالك السفياني، مدونة الاسرة بين الفقه المالكي والانفتاح على المذاهب الفقهية الأخرى، م.س، ص: 78-79.

[21] عبد العزيز بن صالح الخليفي، الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، مصطلحاته وأسبابه، المطبعة الأهلية، قطر، الطبعة الأولى 1414هـ-1993م، ص: 144.

[22] محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1427هـ-2006م، ص: 178.

[23] تسمى أيضا بمذاهب الأئمة الأربعة وهم حسب ترتيبهم التاريخي كالآتي:

1- المذهب الحنفي: ينسب هذا المذهب لأبي حنيفة النعمان بن ثابت الذي ولد بالكوفة – العراق (80 -150 هـ/ 699-767م)، كان يعتمد في فقهه على ستة مصادر هي: القرآن الكريم والسنة النبوية والاجماع والقياس والاستحسان والعرف والعادة.
2- المذهب المالكي: ممثله أبو عبد الله بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي الحميري المدني، ولد بالمدينة المنورة (93-179هـ /711-795م)، ويعد كتابه الموطأ من أوائل كتب الحديث النبوي وأشهرها وأصحها، وكان يعتمد في فتواه على عدة مصادر تشريعية وهي: القرآن الكريم والسنة النبوية، والاجماع وعمل أهل المدينة، والقياس والمصادر المرسلة، والاستحسان، والعرف والعادات، وسد الذرائع، والاستصحاب.

3- المذهب الشافعي: صاحب هذا المذهب هو أبو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي المطلبي القرشي، ولد بغزة، وانتقلت به أمه إلى مكة وعمره سنتان (150-204 هـ / 767-820 م) وهو أول من دون كتابا متكاملا في العلم المعروف بأصول الفقه وذلك دونه أولا في العراق، ثم أعاد تأليفه وغير مذهبه في بضع عشرة مسألة فقهية فيه عندما سكن القاهرة وسمي الكتاب (الأم).

4- المذهب الحنبلي: صاحبه هو أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني الذهلي ولد في بغداد ونشأ فيها يتيما (164-241هـ / 780-855 م)، يعد كتابه "المسند" من أشهر كتب الحديث وأوسعها.

اطلع عيه بموقع الموسوعة الحرة ويكيبيديا: https://ar.wikipedia.org بتاريخ 27-12-2016

[24] المذهب الظاهري هو مذهب فقهي، وقيل منهج فكري وفقهي، نشأ المذهب في بغداد في منتصف القرن الثالث الهجري (وبذلك يعتبر من ضمن الثلاث القرون الأولى)، إمامهم داود بن علي الظاهري ثم تزعمهم وأظهر شأنهم وأمرهم الإمام علي بن حزم الأندلسي . وتعد بعض المصادر أن الظاهرية هو المذهب السني الخامس.كما أن الظاهرية تنادي بالتمسك وفق رؤيتها بالقرآن الذي هو كلام الله وسنة الرسول وذلك بحسب الدلالة المتيقنة منهما وإجماع الصحابة، وطرح كل ما عدا ذلك من الأمور الظنية دلالة وورودا (كالرأي والقياس واستحسان ومصالح مرسلة وسد الذرائع وشرع من قبلنا...)، فالظاهرية تسعى لتقرير مراد الله من العباد في اتباع البراهين وهي الأدلة الثابتة من كتاب الله والسنة وإجماع الصحابة، وشاع كثيرا أن أتباع المدرسة الظاهرية يقولون بالقياس الجلي، وهذا باطل إذ الظاهرية المنتسبون للظاهر ينكرون هذا وعلى رأسهم الإمام ابن حزم في المحلى، وقد نقل ابن الصلاح عنهم أنهم لا يقولون به وعد هذا من الشذوذ.

اطلع عيه بموقع الموسوعة الحرة ويكيبيديا: https://ar.wikipedia.org بتاريخ 27-12-2016

[25] محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، النكاح، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 1427 هـ-2006م، ص: 18-19.

[26] الجريدة الرسمية رقم 5584 الصادرة يوم الخميس 6 دجنبر 2007.

[27] ومع أن المدونة خرجت عن المذهب المالكي، فإنها عادت إليه في بعض المسائل من قبيل:
- السن وهو علم على البلوغ، فقد حدد في 18 سنة، المادة 209 أخذا عن التصور في المذهب المالكي.
- العدد المحرم من الرضعات، فقد أصبحت المدونة تأخذ بحسب الاطلاق الوارد في عدد الرضعات بمذهب المالكية الذي يرمي أنه ليس من شرط الرضاع بل يحرم قليله وكثيره.

[28] محمد أمين(ابن عابدين) . رد المختار. ج 4. ص: 68. دار الكتب العلمية.ط 2011م.

[29] شرح ميارة الفاسي على تحفة ابن عاصم . ج 2 ص: 245.دار الكتب العلمية .ط 2000م.

[30] ينظر الأعمال التحضيرية لمدونة الأسرة. مناقشة المادة 10.

[31] الامام ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج 2. ص: 17.دار الجيل. ط الاولى 1989م.

[32] ذهب الحنفية إلى أنه لا يشترط الولي أصلا، ويجوز ان تتزوج المرأة نفسها ولو بغير إذن وليس لأن الشرع لم يشرع لنا في ذلك نصا صحيحا صريحا، فلو قصد اشتراط الولي لبين جنس الأولياء واصنافهم ومراتبهم، وقد كان عموم.....في هذه المسألة يقتضي أن ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواترا، أو قريبا من التواتر، ولكنه لم ينقل، وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز على النبي صلى الله عليه وسلم.

(أنظر عبد الله ابن الطاهر السوسي التناني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته بدراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة مع مناقشة وترجيع دون تعصب لقول أو لمذهب، الكتاب الأول: الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى

1426هـ-2005، ص: 103، نقلا عن السرخسي شمس الدين، المبسوط، المجلد 5، دار المعرفة، بيروت، 1409هـ -1989م، ص: 10-13.

[33] إن هذا الموقف التشريعي الجديد لا ينطبق في رأينا على أي من المواقف الفقهية، إذ إن كان يبدو في نظر البعض منطبقا على رأي أبي حنيفة، والحقيقة أن معظم فقهاء الحنفية لا يمنحون للمرأة صلاحية مطلقة في أن تزوج نفسها بمن تشاء، وإنما يقيدون صلاحيتها لذلك بان تزوج نفسها بالكفء. (ينظر حسين محمد يوسف، أداب العقد والزفاف في الإسلام، دار الاعتصام للطبع والنشر والتوزيع بالقاهرة، دون تاريخ، ص: 75).

[34] ابو اسحاق الشيرازي. تكملة المجموع شرح المهذب. ج 17 ص:10.دار الحديث. ط 2010م.

[35] عبد الله بن قدامة.المُغْني. ج 9.ص: 450. دار الحديث. ط 2004.

[36] م س 250/2

[37] ينظر : ابراهيم بن ضريان . منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الامام احمد بن حنبل. 2/ 122. ط 2001. دار الحديث.

[38] ينظر الفصول 46 الى 51. ضمن عيوب الرضى .

[39] ينظر : موسى عبود، الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي، مجلة المحاماة، العدد الثالث، ص: 19. ومحمد المهدي، فلسفة نظام الأسرة، مقاربات في ضوء الفقه والقانون والعمل القضائي، دار السلام للطباعة و النشروالتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 2011، ص: 23 و ما بعدها.