|  |  |
| --- | --- |
| **الملتقى الدولي الافتراضي الأول:لتكوين الأكاديمي والتبادل المعرفي**  **من 14 إلى 20 ديسمبر2020**  **برنامج يوم 15 ديسمبر 2020 الورشة التكوينية الأولى من تأطير:**  **الدكتور نعمان رقيق أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بصفاقس توتس.**  **تكوين حول: القوانين المدنية بين مخلفات الاستعمار وفرض السيادة التشريعية**  **تقرير الطالب قدوري فؤاد كلية الحقوق صفاقس تونس**  **عنوان الأطروحة: الحقوق المالية للمطلقة بين القانون التونسي والقانون الجزائري** | **C:\Users\h soft\Desktop\استمارة الملتقى الافتراضي\قدوري فؤاد.jpg**  **الطالب: قدوري فؤاد**  **كلية الحقوق صفاقس تونس**  [gueddouri.fouad@yahoo.com](mailto:gueddouri.fouad@yahoo.com) |

كيف يتعاطى الباحث مع قوانين فرضت زمن الاستعمار أو وجدت بتأثير منه لاحقا في أطروحته؟ - على مستوى التأويل؟

كيفية قراءة فقه القضاء بالنسبة لأطروحتك؟ احكام متأثرة بفكر حداثي؟ -هل تقترح إلغائها وتعويضها بالفقه الإسلامي؟ وكيف تعاطى فقه القضاء معها؟ -هل هي قوانين استعمارية حقيقية؟ -هل هي مجرد أن يكون القانون من تأثير الأجنبي يجب تغييره، يجب تفسيره، قانون العائلة مثالا؟

-نقطة الانطلاق في المحور هي: وجود قوانين في الدول العربية أقرت من قبل المستعمر وورثتها دول الاستقلال كالمحلات المدنية والعقارية وأحكام التجارة والشركات.

وجود قوانين تم اعتمادها من دولة الاستقلال والتي تأثرت بالقوانين الغربية والمعاهدات الدولية؟ كيف يتعاطى الباحث مع هذه القوانين؟ هل حقا فيها تجاوز لسيادة الدولة ويستوجب الأمر إلغائها قصد فرض حلول أخرى، فكل باحث يتناول المسالة من خلال موضوع أطروحته ويقدم أفكار في خصوصها.

الاشكال الموالي: هل يمكن القول إن القوانين التي خلفها المستعمر هي قوانين أصبحت وطنية بدورها ويتعين النظر إليها من هذه الزاوية؟ إن كان الأمر كذلك كيف يتم النظر إلى هذه المقاربة ومن أي زاوية؟

-هل إن اعتماد قوانين من مخلفات الاستعمار أو امتداد لمعاهدات دولية يشكل صورة من صور النبتات الحضاري والثقافي؟ أم يمكن ننظر من المسالة من زاوية أخرى؟ كل طالب يناقش المسالة من زاوية موضوعه لمدة وجيزة؟

شهدت البلاد التونسية وقت الاستعمار باختصاص القضاء الشرعي في الاحوال الشخصية للمسلمين ، وفي بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر والذي ادى اصدار "عهد الامان"سنة 1857 ودستور 1861 وقانون الجنايات والاحكام العرفية ، في ذات السنة تم الابقاء على الاحوال الشخصية خارج مجال التدوين والاصلاح، وقد كان ذلك محل اجماع ضمنى حتى حين اثيرت مسالة الفصل بين القضاء المدني والقضاء الشرعي .

نفس هذا التمشى الحذر الذي سلكته لاحقا سلطات الحماية الفرنسية،بالرغم ان تغيير الواقع القانوني كان من اولوياتها حيث تم الزام الباي بموجب اتفاقية المرسى بالقيام بالاصلاحات الادارية والقضائية والمالية التى تراها الحكومة الفرنسية ضرورية ، لكن منذ البداية كان القرار بابقاء الاحوال الشخصية خارج مجال عمل لجنة تدوين "القوانين التونسية في المادة المدنية والتجارية والجزائية " التي كونها المقيم العام ميلي millet 6سبتمبر 1896.

1924 هذا الانطباع تغير حيث اضحى اصلاح المحاكم الشرعية التى تختص في الاحوال الشخصية للمسلمين طبق الفقه الاسلامي محل نظر وتدارس صلب وزارة العدل .

وقد لخص مدير الشؤون القضائية انذاك المحاولة الاصلاحية كالتالي: "هل يمكننا علاج القضاء الشرعي من داء التحكم والتعسف وغيره من المساوئ العديدة التى يعاني منها ، ام انه من المستحسن الغاء هذه المحاكم والتسريع بتوزيع مرجع نظرها على المحاكم المدنية ؟

فكان مايلي:-تدوين القواعد الاجرائية المتبعة امام هذه المحاكم

تقنين نظام التقاديم ونظام التصرف في الاحباس الخاصة

تدوين قواعد الاحوال الشخصية والمواريث.

وبالرغم من طموح السلطة الاستعمارية لم يكن ليصل الى التجديد والتغيير وانما اكتفى بتثبيت القواعد الموجودة .

لم تنجح سلطات الحماية في تمرير مشروع اصلاح اجراءات التقاضى امام المحاكم الشرعية لان شيخ الاسلام الحنفي بيرم محمد عارض المشروع بحجة ان الفقه الاسلامي لايمييز بين القواعد الاجرائية والقواعد الاصلية.

لهذا السبب كان منى الضروري انتضار ربع قرن اي الى حين تعيين شيخ الاسلام المالكي محمد العزيز جعيط وزير العدل في حكومة مصطفى الكعاك 1947 لكي يعود مشروع اصلاح المحاكم الشرعية واحكام الاحوال الشخصية الى الحياة من جديد .

بسسب اعتلاء شيخ الاسلام منصب سياسي حصل انطباع لدي سلطات الحماية ان الظروف اضحت مواتية لا فقط لاصلاح اجراءات التقاضي بل ايضا لتقنين مادة الاحوال الشخصية ، فقد تم :

-الاسراع باصدار مجلة المرافعات الشرعية في 2/9/1948 .

- 16جويلية 1949 امر علي بتكوين لجنة للنظر في النظر في مجلة شرعية .حنفي –مالكي

اللجنة مكونة من 20عضوا برئاسة الشيخ جعيط (استقال من الوزارة 1950) لكنه بقى رئيس اللجنة اشتهر بلائحة الشيخ جعيط للاحوال الشخصية احتوت 2463مادة منها 769 للاحوال الشخصية ، غير ان الوزارة ترجعت عن المشروع؟

لكن اللائحة بمثابة الحمل المستكن اذ سرعان ماعادت الي الحياة ولو بصفة مؤقته كاداة عمل بين يدي مشرع الاستقلال .

مباشرة بعد الامضاء على وثيقة الاستقلال وتكوين اول حكومة وطنية في افريل1956 شرع احمد المستير وزير العدل الذي كلفه رئيس الحكومة الحبيب بورقيبة اعداد مشروع المجلة ، كانت لائحة الشيخ جعيط نقطة الانطلاق .

13 اوت 1956 ميلاد م.ا.شيعتر حدثا بالغ الاهمية في تاريخ تونس المعاصر اذ ارسى المشرع نموذجا اسريا جديدا ينبني على المساواة بين الجنسين وعلى الحفاظ على كرامة المراة وذلك باقرار عدة قواعد تقطع مع الموروث ومن اهمها الغاء تعدد الزوجات وتجريمه،وفرض الصبغة الشكلية لعقد الزواج واشتراط سنا دنيا لابرامه ورفض الولاية على الزوجة فيه ومنع حق الجبر ، وجعل الطلاق قضائيا وحقا لكلا الزوجين يمارسانه على قدم المساواة .

وبالرغم من التراوح بين الصمت والمعاداة الا ان المجلة صمدت وبقيت رائدة في العالم العربي فريدة من نوعها تضمن للمراة حقوقا لا تضمنها لها اية دولة عربية اخرى ، وواصلت مختلف التنقيحات التي اتت على المجلة هذا النفس التقدمي ومن اهمها:

تنقيح 19 جوان 1959 المتعلق بالوصية الواجبة

تنقيح 18 فيفري 1981 الذي اقر حق الزوجة وجعل الام ولية على ابنائها القصر في صورة وفاة الاب أو فقدان اهليته.

تنقيح 12 جويلية 1993 الذي الغى واجب الطاعة واسند للام الحاضنة البعض من صلاحيات الولاية

تنقيح 04 مارس 2008 الذي ارسى حماية مدنية وجزائية لسكنى الحاضنة .

وبقيت قوانين الدول العربية بعيدة عن التوجه التشريعي التونسي ومنها التي سبقتها مصر1920و1929 والمدونة المغربية 1957 و1958 والجزائر 1984 و2005...

الفلسفة العامة للنصوص:

من حيث مجال التطبيق :

م.ا.ش لاتتطبق سوى على المسلمين حسب صريح الفصل3 من الامر العلي المؤرخ في 13اوت 1956 ، وكانوا يخضعون الى المحاكم الشرعية ثم الى المحاكم التونسية الحديثة بعد الغاء المحاكم الشرعية بمقتضى امر 25/9/1956.

كان اليهود من التونسيين يخضعون الى محاكم الاحبار وتطبق عليهم الشريعة العبرية .

اما باقي التونسيين يخضعون تم اخضاعهم بصفة وقتية الى القانون المدني الفرنسي والى المحاكم التونسية الحديثة بمقتضى الامر العلي 12 جويلية 1956.

هذه الوضعية لم تدم طويلا تدخل المشرع الشاب لتوحيد القضاء وتوحيد ق.ا.ش واسند للمحاكم التونسية اختصاصا شاملا للنظر في مسائل ا.ش.لكل التونسيين مهما كان انتمائهم الديني .

اذن المشرع التونسي اختار منطق الدولة ومنطق القانون الوضعي وخير الانتماء الوطني على الانتماء الديني مؤسسا بذلك دولة حديثة تقوم على المواطنة والمساواة لاتمييز بين مواطنيها.

من حيث العلاقة مع الشريعة:

تمثل الشريعة مصدرا ماديا للعديد من مقتضيات المجلة ومن اهمهاموانع الزواج واحكام المهر والعدة وقواعد الميراث والوصية واحكام النسب وشروط الحضانة ولاتبتعد كثيرا عما جاء في القوانين العربية .

لقد اختار المشرع التونسي ان يضع فاصلا بين الشريعة والقانون الوضعي فكان الاخذ باحكام الشريعة محدودا ولكن فقه القضاء تردد في التعامل مع الشريعة.

يبرز الحد من الاخذ باحكام الشريعة في القانون التونسي من خلال امرين:ااولها/المشرع رفض عددا من الاحكام الشرعية ومنها تعدد ىالزوجات والولاية في الزواج والطلاق الخلعي والرجعة في الطلاق واسناد الحضانة حسب ترتيب تفاضلي ...وسكت عن مسائل اخرى مثل منع زواج المسلمة بغير المسلم والتوارث بين ملتين ، ويتميز القانون التونسي عن جل قوانين الدول العربية التي بقيت متاثرة باحكام الشريعة.

وثانيها: اختار المشرع الا يجعل من الشريعة مصدرا شكليا ثانويا للمجلة ، وتلك ميزة للقانون التونسي على بقية قوانين الدول العربية

بالرغم من سعي المشرع التونسي الى وضع حد للاخذ بالشريعة وحصرها في دور المصدر المادي الا ان فقه القضاء في مرات عديدة تردد في التعامل مع الشريعة ، فالتجات المحاكم في اكثر من مرة الى الشريعة لسد الثغرات او لتاويل البعض من مقتضياتها الغامضة .

من ذلك ما اقرته محكمة الاستئناف بتونس في قرارها الشهير والصادر بتاريخ 22/12/1994 حين رفضت الطلب الذي تقدم به شخص سجل بدفاتر الحالة المدنية على انه ذكر يدعى سامي لتغيير اسمه بسامية والتنصيص على انه انثى بعد اجراء عملية جراحية باسبانيا.

ومن ذلك ايضا العديد من الاحكام الصادر من محكمة الاصل ، وعدد من القرارات الصادرة من محكمة التعقيب فيما يتعلق بمسالة التوارث بين ملتين فالتجات عدة محاكم الى الشريعة عند تاويلها للفصل 88 من المجلة لكي ترفض التوارث بين ملتين ،فصدر قرار حورية الشهير في 31/1/1966 وتلته عدة قرارات صادرة من محكمة التعقيب في نفس الاتجاه ، يمكن ان نذكر من بينها القرار الصادر 2/1/1995 في قضية روزاريا كلثوم بن جبيرة ،والقرار الصادر 6/7/1999 في قضية جمال والقرار 28/4/2000 في قضية جانيين ستمبوليي ، والقرار 16/1/2007 قضية جورج جابر.

في حين ذهبت احكام وقرارت اخرى الى اتجاه معاكس فلرفضت الالتجاء الى الشريعة ، ومن ابرز القرارات قرار ثريا الصادر عن محكمة التعقيب 5/2/2009 برئاسة السيدة فاطمة الزهراء بن محمود، وسيبقى هذا القرار احد منارات فقه القضاء التونسي فقد توخى بناء منهجيا حديثا واهتدى بالحقوق الاساسية لتاويل الفصل 88 من م.ا.ش.

هذا القرار استند الى حرية المعتقد المكرسة في الفصل 5من الدستور والفصل 18 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية واعتبر ان حرية المعتقد تقتضي الفصل بين مسالة التمتع بالحقوق المدنية ومسالة المعتقدات الدينية وذلك بمنع تمتع الفرد بحقوقه على معتقداته، ويضيف القرار ان القول بان المشرع يكرس من جهة الحرية الدينية ويمنع من جهة اخرى التوارث بين ملتين هو قول يؤدي الى تناقض.

ويستند القرار الى مبدا المساواة المنصوص عليه بالفصل 6من دستور 1959 والفصل 26 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية .

وما من شك ان التاويل الذي توخاه القاضي يكسي المجلة وقد بلغت سن الرشد ثوبا جديدا يتماشى مع متطلبات العصر فهل تبقى المجلة وهي ترتدي هذا الثوب نموذجا عربيا من حيث محتواها ؟وياليت قوانين الدول العربية تاخذ بالنموذج التونسي لتلتحق بركب الحداثة .

كان للقضاء دور افتائي خلاق ساهم تثبيت العديد من الحقوق الاساسية في بلورة العديد من المؤسسات والمفاهيم ودعم الكثير من المكتسبات القانونية التي تحققت للاسرة والمجتمع عموما وللمراة خصوصا سواء في ما يتعلق بحقوقها الاصلية المباشرة او بحقوقها المتولدة عن صفتها كزوجة او كام في اطار ذهنية متاصلة تراعي حقوق الانسان بمفهومها الكوني

-لضمان ديمومة هذا التصور التشريعي تم اللجوء الى التدوين من جهة والى الشكلية من جهة اخرى.

-جاء دستور 2014 لتبني مفهوم الدولة المدنية لكن هذا لا يمنع من القول ان ماتضمنته المجلة من الضروري العمل على ترسيخه في الاذهان وان ياصل على قراءة نيرة للاسلام وايضا على مزيد تطويره في اتجاه مساواة حقيقة .

فمسؤولية الوالدين ومصلحة العائلة ودفع المساواة الى اقصاها في خصوص النفقة والجراية العمرية وسكنى الحاضنة ورئاسة العائلة والميراث وهي امور من الضروري الحرص على انجازها حتى تحافظ المجلة على رمزيتها وقدرتها على التقدم بالمجتمع والتاقلم مع مقتضياته.

كما يمكن القول ان المجلة تتضمن مجموعة من المكاسب الهامة المنسجمة مع احكام الاتفاقيات الدولية وتتعلق اهمها بمرحلة ماقبل الزواج وفترة الزواج وعند الطلاق ، ومجموعة من النقائصفي تضارب مع الاتفاقيات الدولية ومبرر التحفظ التي قدمت في شان بعض احكامها .