

الجمهورية التونسية

وزارة العدل

عدد: 164

تونس في 08 سبتمبر 2017

إلى السادة

الرؤساء الأول لمحاكم الاستئناف والوكلاء العامين بها
ورؤساء المحاكم الابتدائية ووكلاء الجمهورية بها وقضاة التواحي
وضباط الحالة المدنية

الموضوع : المنشور عدد 216 المؤرخ في 5 نوفمبر 1973.

المرجع : مراسلة السيد رئيس الحكومة بتاريخ 08 سبتمبر 2017.

حيث أصدر الوزير الأول بتاريخ 19 أكتوبر 1973 قرارا تحت عدد 606 يتضمن تعليمات موجهة إلى وزراء الداخلية والعدل والخارجية تقضي بعدم جواز إبرام عقود الزواج بين التونسية المسلمة وغير المسلم، إلا في صورة الإدلاء بما يثبت اعتناق الزوج للدين الإسلامي.

وحيث تبعا للقرار المذكور صدرت المناشير التطبيقية عن الوزراء المعنيين ومن بينها منشور وزير العدل عدد 216 المؤرخ في 5 نوفمبر 1973.

وحيث قرّر رئيس الحكومة بمقتضى مכתوبه المؤرخ في 08 سبتمبر 2017 إلغاء العمل بالقرار عدد 606 المؤرخ في 19 أكتوبر 1973 لتعارضه مع الفصلين 21 و46 من الدستور ومخالفته للاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة التونسية والتي لها مرتبة أعلى من القوانين طبقا للفصل 20 من الدستور، وطلب بناء على ذلك "إلغاء المنشور عدد 216 المؤرخ في 5 نوفمبر 1973 الصادر عن وزير العدل".

وحيث طالما أن المنشور سالف الذكر هو منشور تفسيري وأنّ المنشير بحكم طبيعتها لا تنشئ بذاتها أيّ حقوق وليس من شأنها المساس بالوضعيات القانونية، فإن إلغاء سنده القانوني يجعله غير ذي موضوع وملغى قانونا.

لذا المرغوب منكم إنهاء العمل بالمنشور عدد 216 المؤرخ في 05 نوفمبر 1973 وتعميم مقتضيات هذا المنشور على كافة المصالح الرّاجعة لكم بالنظر.

وزير العدل

غازي الحريبي


غازي الحريبي

العدد المقترح /20	عدد الورقة	الأستاذ	السنة الثانية من الإجازة الأساسية في القانون الخاص	المادة قانون العائلة	المداسي الأول للامتحانات النهائية للدورة الرئيسية جانفي 2018
----------------------	------------	---------	--	-------------------------	---

المقدمة

* مسألة التباين في الدين لم تطرح كمانع من موانع الزواج في م.أ.ش على عكس بعض التشريعات الأخرى (المادة 39 المدونة المغربية) منع زواج المسلمة بغير المسلم طرحت في التشريع الإسلامي (الآية 221 سورة البقرة/ الآية 10 سورة الممتحنة).

* التقديم المادي: منشور وزير العدل عدد 164 المؤرخ في 8 سبتمبر 2017 مستند للمكتوب الصادر عن رئيس الحكومة بتاريخ 8 سبتمبر 2017 والذي ألغى العمل بالقرار عدد 606 المؤرخ في 19 أكتوبر 1973.

* لمحة تاريخية عن المناشير والقرارات المانعة لزواج المسلمة بغير المسلم:
- المنشور عدد 23 الصادر عن وزارة الداخلية في 17 مارس 1962 أوجب على ضباط الحالة المدنية وعدول الإسهاد الامتناع من تحرير عقود الزواج بين مسلمة وغير المسلم باعتبار أن هذا الإجراء "غير قانوني" فهو يتنافى مع ما جاءت به م.أ.ش صراحة أو ضمناً وخاصة في الفصل 5 منها".

قرار الوزير الأول عدد 606 مؤرخ في 19 أكتوبر 1973 تضمن تعليمات موجهة إلى وزراء الداخلية والعدل والخارجية تقتضي بعدم جواز إبرام عقود الزواج بين التونسية المسلمة وغير المسلم.

المنشور عدد 216 المؤرخ في 5 نوفمبر 1973 الصادر عن وزير العدل جاء لتطبيق الأمر المذكور.

- منشور وزير الداخلية عدد 59 بتاريخ 23/11/2004.

* أفرز هذا الإطار القانوني:

- على مستوى التطبيق اشتراط إثبات الإسلام بتقديم شهادة يتحصل عليها المعني بالأمر (الأجنبي المشكوك في إسلامه القادم على الزواج بتونسية) من مفتي الجمهورية.

- على مستوى فقه القضاء والفقه برونز رأيين الأول مدافع والثاني رافض لزواج التونسية المسلمة بغير المسلم.

* أدى تطور النصوص التشريعية نحو تكريس أكبر للمساواة بين الرجل والمرأة على مستوى التشريع والدستور والمعاهدات الدولية إلى بروز خطاب سياسي رسمي (رئيس الجمهورية) يعزز المساواة التامة بين الجنسين وذلك فيما يخص زواج المسلمة بغير المسلم ومسائل أخرى كالمساواة في الميراث.

* الفكرة العامة: الإطار التشريعي الجديد من خلال هذا المنشور لزواج التونسية المسلمة بغير المسلم في تونس.

I- مدى تناسق منشور 8 سبتمبر 2017 مع الواقع التشريعي في تونس

الأسس القانونية للمنشور

أولاً: مكتوب رئيس الحكومة بتاريخ 8 سبتمبر 2017: مثل هذا المكتوب السند الأول الذي اعتمده المنشور وصدر على أساسه " المرجع: مراسلة السيد رئيس الحكومة.../ وحيث قرر رئيس الحكومة بمقتضى مكتوبه المؤرخ في...).

ثانياً: دستور 27 جانفي 2014: ذكر المنشور صراحة بأن قرار الوزير الأول بتاريخ 19 أكتوبر 1973 يتناقض مع الفصل 46: " تلترم بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة وتعمل على دعمها وتطويرها...".

وكذلك الفصل 6 من الدستور الذي لم يذكره المنشور وقد جاء فيه بأن الدولة "كافلة لحرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية".

ثالثاً: المعاهدات الدولية: " ومخالفته للاتفاقيات الدولية المصادق عليها...". والمقصود هنا:

- رفع التحفظات الواردة في القانون عدد 68 مؤرخ في 12 جويلية 1985 على بعض المواد بالمعاهدة الدولية لمناهضة كل أشكال التمييز تجاه المرأة بمقتضى المرسوم عدد 103 لسنة 2011 بتاريخ 24 أكتوبر 2011 وخاصة ما جاء بالمادة 16 من هذه الاتفاقية: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة: ج- نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه".

- اتفاقية نيويورك المتعلقة بالموافقة على الزواج و السن الأدنى للزواج وتسجيل عقود الزواج، الموقعة في 10 ديسمبر 1962، والتي تقر دينايتها بحق الزوج للرجل والمرأة دون ميز من حيث العنصر والجنسية والدين.

أولاً: لم يرفع المنشور الالتباس المتعلق بالفصل 5 من م أ ش الذي جاء فيه: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية"، حيث اعتبر موقف فقهي أن المقصود بالموانع الشرعية تلك الموانع الواردة في الشريعة الإسلامية.

ثانياً: مبدأ توازي الصيغ والإجراءات يقتضي أن القرار الوزاري يجب أن يقع إلغاءه بنص قانوني له نفس العلوية والدرجة في سلم القواعد القانونية. فهل يمكن أن يلغى قرار سابق للوزير الأول بمكتوب أو مراسلة صادرة عن رئيس الحكومة؟

ثالثاً: منشور وزير العدل لوحده لا يمكن أن يلغي من الناحية التشريعية كل الأحكام المانعة لزواج المسلمة بغير المسلم إذ أن هناك مناشير صدرت عن وزارات أخرى تكرس هذا المنع وآخرها المنشور الصادر عن وزير الداخلية عد 59 دد بتاريخ 23 نوفمبر 2004.

← أفراد مسألة زواج المسلمة بغير المسلم بنص قانوني خاص وواضح يقر بأن الدين لا يمكن أن يكون مانعاً من موانع الزواج في م أ ش يبقى هو الحل الأمثل.

II- تداعيات منشور 8 سبتمبر 2017 على المواقف الفقهية والقضائية السائدة

موقف فقهي وفقه قضائي رافض لما جاء في المرسوم

* قرار حورية.

* حجج الموقف الفقهي الرافض لزواج المسلمة بغير المسلم

أولاً: الاعتماد على الفصل 1 من دستور 1959 ويقابله الفصل 1 من دستور 27 جانفي 2014

ثانياً: الفصل 5 م أ ش يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية أي الواردة في الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: الرجوع إلى التشريع الإسلامي كمصدر من مصادر قانون العائلة التونسي.

رابعاً: إباحة زواج المسلمة بغير المسلم تتعارض مع النظام العام.

موقف فقهي وفقه قضائي يؤيد ما جاء بالمنشور

* قرار تعقيبي مدني عد 31115 دد بتاريخ 5 فيفري 2009 وقرار استئنافي عد 120 دد محكمة الاستئناف بتونس مؤرخ في 6 جانفي 2004 غير منشور.

* حجج الموقف الفقهي المكرسة لزواج المسلمة بغير المسلم

أولاً: سكوت المشرع مقصود والغاية منه عدم اعتماد هذا المانع. ويتدعم هذا الموقف بقراءة الفصل 14 م أ ش الذي عدد موانع الزواج دون أن يتطرق إلى مسألة الزواج بغير المسلم. كما أن حالات البطلان بالنسبة للزواج يجب أن يرد بشأنها نص خاص كما هو الحال بالنسبة للفصل 21 مجلة الأحوال الشخصية و36 قانون الحالة المدنية، هذه النصوص سكنت كذلك عن مسألة التباين في الدين كموجب للبطلان.

ثانياً: إن عبارة الشرعية الواردة في الفصل 5 مجلة الأحوال الشخصية يجب أن تفسر بكلمة القانونية، ويتأكد ذلك من خلال النسخة الفرنسية لهذا الفصل "Empêchement prévu par la loi".

ثالثاً: التشريع الإسلامي هو مصدر مادي وليس شكلي لمجلة الأحوال الشخصية والتي تعتبر مجلة وضعية تنطبق على كل التونسيين مهما كانت ديانتهم.

قرار استئنافي مدني لمحكمة الاستئناف بسوسة عد 3411 دد مؤرخ في 17 جانفي 1974 فسرت المحكمة عبارة الشرعية الواردة في موقع آخر من م أ ش بالقانونية، حيث أكدت محكمة الاستئناف عند تأويلها لأحكام الفصل 75 م أ ش أن وسائل الإثبات الشرعية لنفي النسب هي وسائل الإثبات التي نص عليها المشرع التونسي بالفصل 427 م أ ش. ع و ليست التي تعرض إليها الفقه الإسلامي.

رابعاً: مسألة إثبات الإسلام مسألة معقدة ولا يمكن نفيها أو تأكيدها فقط بوثيقة إدارية من المفتي وهي مسألة أثيرت في فقه القضاء. (استقر فقه القضاء على اعتبار أن الإسلام هي مسألة واقعية يمكن إثباتها بجميع الوسائل لا فقط بوثيقة من مفتي الجمهورية)