إصلاح تشريع الأسرة في مجالي الحضانة وتحديد سن الزواج

الأستاذ الدكتور عبد الهادي بوطالب - -
محاضرة ألقاها البروفيسور عبد الهادي بوطالب
بدعوة من الرابطة الديمقراطية لحقوق المرأة
بفندق فرح – السفير يوم 25 يناير 2003

وقع الشروع في إعداد تدوين (قانون) الأحوال الشخصية في السنة الثانية من عهد استرجاع المغرب سيادته واستقلاله بصدور الظهير الذي حمل طابع جلالة الملك محمد الخامس بتاريخ 19 غشت 1957 وأُحدِثت بموجبه لجنة مكونة من عدة فقهاء لوضع "مدونة أحكام الفقه الإسلامي". وكان وزيرُ العدل رئيس هذه اللجنة، التي اشتغلت سبعة اشهر لتقدم لجلالة الملك مشروع القانون الذي كان يحتوي على ستة كتب هي : الزواج، وانحلال ميثاق الزواج، والولادة ونتائجها، والأهلية والنيابة الشرعية، والوصية، والميراث.

وكان وزير العدل الأستاذ عبد الكريم ابن جلون نقيب المحامين هو وحده الذي كان يحمل من بين أعضاء اللجنة إجازة الحقوق. أما سائر أعضاء اللجنة فكان لهم تكوين فقهي، لأن مرجعية تشريع المدونة كانت بدون جدال فقهية فقط.

كان المطلوب من أعضاء اللجنة أن يدونوا الأحكام الفقهية المتعارَف عليها في المذاهب الإسلامية الأربعة بانتقائية لكن مع تغليب المذهب المالكي. و لما كانوا متخصصين في المذهب المالكي فقد اعتمدوه في تدوين أغلبية الأحكام ولم يأخذوا من المذاهب الأخرى إلا نادرا . وهذا النادر المعتمَد من اللجنة كان على قِلَّته مؤشر تطور وانفتاح، لأن المغرب كان منذ العصور في الفقه مالكيا، وفي العقيدة أشعريا، وفي الصوفية جُنَيْديا كما قال الفقيه ابن عاشر في متنه المشهور :

فـي عَـقْـد الأَشْـعَـري وفـقـه مـــالك
وفـــي طـــريـقـــة الـجُـــنَـيْـد الـــسالك

وتلا ذلك صدور ظهائر تقضي بتطبيق هذه الكتب على مراحل انطلاقا من مرحلة تطبيق كتابي الزواج (الأول)، وانحلال ميثاق الزوجية (الثاني) بتاريخ 22 نونبر سنة 1957 ، فالكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها بتاريخ 18 دجنبر 1957، فالكتاب الرابع المتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية بتاريخ 25 يناير 1958، فكتاب الوصية (الخامس) الصادر بظهير 20 يبراير 1958. و أخيرا الكتاب السادس عن الميراث الذي صدر بظهير 3 أبريل 1958.

ومن هذا التاريخ الأخير دخلت المدونة في حيز التطبيق. وجاءت تحتوي على عشرة أبواب و 297 فصلا إلى أن أُدخلت عليها تعديلات 29 شتنبر 1993 حيث صدر الظهير الملكي الذي تـمَّم وغيَّر الفصول 5 و12 ، و30 ، و48 ، و99 و102 ، و119 ، وأضاف إليها الفصلين 52 و156 المكررين، وحذف الفصل الستين منها.

وقد شملت التعديلات أربعة مجالات هي المتعلقة بولاية الرجل على المرأة، والطلاق، والتعددية الزوجية، والحضانة. واقتصرت على الفصول التي أجمعت اللجنة الملكية على تعديلها مما استبعد تعديل فصول أخرى لم تحظ بالإجماع.

بعد إنهاء اللجنة أعمالها وتقديمي تقريرها لجلالة الملك اقتنع أن التعديلات ليست إلا خطوة متقدمة على طريق إصلاح المدونة في أجل لاحق.

ولقد كنت اتفقت مع وزير العدل على أن يُصدر للقضاة الشرعيين مذكرة تطبيقية في شكل قرار وزيري يعزز المكتسبات الحقوقية التي جاءت بها التعديلات ليتقيد القضاة بمضامينها ويرتِّبوا عليها تسهيل و تسريع مساطر التطبيق حتى تعطي التعديلات ثمراتها بفعالية. وكان المفروض أن يكون تطبيق المسطرة بمقتضى قرار وزير العدل مساعدا على تلبية عدد من المطالب التي تقدمت بها الجمعيات النسائية والتي لم تنظر اللجنة في الفصول المتصلة بها، ولأن تدوين المدونة لم يشمل إصلاح المساطر القضائية، ولأن سوء الكثير منها كان يؤدي إلى نسف الإصلاح من محتواه، وشله عن بلوغ مقصده الأساسي وهو عدالة الاحكام المتصلة بعلاقات الأسرة، ورفع الحيف و الظلم عما كان يسمى الجنس الضعيف أي المرأة. ولسوء الحظ لم يتعامل الكثيرون من القضاة مع هذه المذكرة لأنهم اعتبروها فاقدة صبغة الإلزام، أو لأن بعضهم رأى فيها جنوحا مجازِفا إلى تطوير الأحكام الشرعية وهم يعارضون مبدأ النظر فيها، أو لأن بعضهم الآخر اعتمد حل السهولة بالسير على الروتينية المعتادة التي لا تتطلب جهدا و لا تكلف عناء.

وقد تبين من تطبيق أحكام المدونة طيلة ما يقرب من أربعين عاما أن بعض أحكامها في حاجة إلى مراجعة، لأن بعضها كان صالحا لعصر مضى، أو كان تكريسا لأعراف كان معمولا بها في بعض الجهات التي دخلت إلى الإسلام بالفتح الإسلامي، ولأن بعضها الآخر كان ناتجا عن سوء فهم لنصوص القرآن والسنة الصحيحة، وأيضا لأن أوضاع الأسرة في عالمنا قد تغيرت عما كانت عليه من قبل، وأصبحت في حاجة إلى ضبطها بأحكام مستقاة من نصوص الشريعة الإسلامية ولكن بعد فهمها فهما جيدا معمَّقا بما يوضح مقاصدها وغاية المشرِّع منها، وباستنباط أحكام جديدة عن طريق آلية الاجتهاد الذي يتغَيَّى تيسير الفقه والبعد عن التعسير، وعدم التكليف بالحرج وما لا يطاق، وعدم المس بحقوق أي عضو من أعضاء الأسرة، واستبعاد ترجيح سلطة أحد طرفي الزوجية على حرية الطرف الآخر.

وخلال الأربعين سنة الأولى من حياة المدونة قطعت الإعلانات الأممية والمواثيق والاتفاقيات الدولية أشواطا كبرى في مسار إحقاق الحقوق الإنسانية على أساس المساواة بين الرجل والمرأة. وقنَّنت اتفاقيات دولية حقوق المرأة، وحقوق الطفل، وحقوق الأم، وخاصة الاتفاقية الصادرة عن الجمعية العمومية لهيأة الأمم المتحدة في العاشر من دجنبر 1979 بشأن القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. وقد نصت في ديباجتها على مساواة الرجل والمرأة، وعلى أن تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة يتطلب إحداث تغيير في الدور التقليدي للرجل وفي دور المرأة في المجتمع والأسرة. وجميع هذه المعاهدات والاتفاقيات

أمضى عليها المغرب ولم يتحفظ إلا على النادر من مقتضياتها. وجميعها جاء يقضي بأن تلتزم الدول الممضية عليها بالعمل بها بوصفها قوانين دولية وإخضاع قوانينها الوطنية الداخلية لمقتضياتها عملا بسمو قوة القانون الدولي على القانون الداخلي.

و بذلك تبين أن بعض مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية يتنافى مع مقتضيات القوانين والمواثيق الدولية، كفرض سلطة الزوج المطلقة على الزوجة، وإخضاع إبرام عقد الزواج لإذن الولي، وإباحة تعدد الزوجات بدون قيود، وحرمان المطلَّقة من مُتْعتها الواجبة شرعا، وربط سفر الزوجة بإذن زوجها، وسجنها فيما يسمى بيت الطاعة الذي يُفهَم خطأ على أنه يعني ممارسة الزوج سلطة مطلقة على زوجته فهو يأمر وهي تطيع، ولا تملك أن تتصرف في أحوالها الشخصية إلا بإرادته.

ونظرا لما بين مرجعيتي الشريعة والشرعية الدولية في بعض مقتضياتهما من تعارض في الظاهر (وهو موضوع قابل للنقاش) تعثر مشروع إصلاح المدونة في خضم الخلاف على اعتماد أي منهما، واحتدم الخلاف بعد الإعلان عن مشروع خطة إدماج المرأة في التنمية. ورُفع الأمر إلى تحكيم جلالة الملك محمد السادس الذي ألف لجنة استشارية للنظر في الإصلاح على أن ترفع اللجنة مقترحات تعديل بعض فصول المدونة إليه للحسم فيها. ويظهر أن عمل اللجنة الذي امتد طيلة سنة تأثر بالخلاف القائم بين المتعصبين للتطبيق الحرفي لأحكام الفقه والمتفتحين على أفق التعديل الذي حدد جلالة الملك مهامه بحصره فيما لا يتنافى مع نصوص الشريعة الثابتة، أي ما جاء في القرآن والسنة الصحيحة ولا يتسع لقراءة جديدة.

وقد حددت لجنة إعداد أعمال هذه الندوة لمداخلتي مجالين اثنين : هما الحضانة، وتحديد سن الزواج. وعالج زملاء سبقوني وسيعالج آخرون بعدي مجالات أخرى.

(1) في الحضانة

قنَّن الباب الثالث من المدونة (التي صدرت سنة 1957 في نصها الأول) أحكام الحضانة من الفصل 97 إلى الفصل 111 بدءا بتعريفها الفقهي وذِكْر شروط أهليتها وتحديد مسؤولياتها، وترتيب الحاضنين والحاضنات، وتحديد سن الحضانة، وسقوطها وعودتها إلى من يستحقها. وجاء في الفصل 97 تعريفها كالتالي : "الحضانة حفظُ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيامُ بتربيته ومصالحه". وهو تعريف لا يُوفِّي بالمراد ويسوده الغموض، إذ تعبير"ما قد يضره" لا يعرب بوضوح عن المراد، ويزداد إبهاما بتقيده "بقدر المستطاع". كما أن تعبير "القيام بتربيته ومصالحه" فضفاض ويكاد لا يحدد شيئا. فلْتلمس الوضوح في التمييز المعروف في الفقه بين مسؤولية الولاية، والنفقة، والحضانة' حيث تُذكَر الولاية على أنها "تدبير شؤون القاصر أو المحجور ومراقبة أحواله". ويخولها الفقه للأب مادام حيا ولوصيه إذا أوصى له الوالد الهالك، أو للمقَدَّم أو القاضي في حالة وفاة الأب، أو فيما يسمى بحالة الإهمال التي لا يترك فيها الأب المتوفَّى وصيته.

أما مسؤولية الحضانة كما يحددها الفقه الإسلامي فهي القيام بلوازم الطفل من أكل وشرب وتنظيف. ويزيد الفقهاء أنها من مسؤوليات النساء. وتمتد ممارستهن لها إلى حين استغناء الصغير منهن.

بينما النفقة هي "إنفاق الأب على ابنه القاصر إلى حين بلوغه سن الرشد وهو سليم غير مصاب بعاهة تمنعه من الكسب". (أي العمل بمقابل). (والرشد القانوني في المغرب كان هو 20 سنة، ونزل إلى 18 بالأمر الملكي الأخير). و تستمر النفقة على البنت إلى حين تزوجها حيث تصبح نفقتها على زوجها.

والفصل 99 من المدونة اعتبرالحضانة واجبا على الأبوين القيام به وليس حقا لهما فقط، أي أنها مسؤولية مُلزِمة. وهذا مهم في حد ذاته لأن الواجب يُلزِم ، بينما يمكن تنازل ذي الحق عن حقه.

ونص هذا الفصل على ما يلي :
"الحضانة من واجب الأبوين ما دامت الزوجية قائمة بينهما، فإذا انفكَّت فالأم أولى بحضانة ولدها من غيرها، ثم أمها" إلى آخر قائمة الحاضنين والحاضنات التي ذكرها الفصل المذكور مرتَّبةً أولوياتُها".

لكن التعديل الذي طرأ على هذا الفصل سنة 1999 أضاف تحديدات جديدة ووزع مسؤولية الحضانة المتقاسَمة بين الزوجين، ونص على أن الأب يتكفل برعاية الأسرة، وتقديم كل ما تحتاج إليه من أكل وشرب ولباس ومسكن وعلاج ونفقة دراسية. والأم تقوم بشؤون الطهي والتنظيف، ورعاية الأسرة داخل المسكن.

كان الفصل 99 في نص المدونة لسنة 1957 يرتب الحاضنين ذكورا وإناثا على الشكل التالي :
" الحضانة من واجبات الأبوين ما دامت الزوجية قائمة بينهما. فإذا انفَكَّتْ فالأم أولى بحضانة ولدها من غيرها ثم أمها" (إلى آخر الفصل). لكن التعديل الذي جرى على هذا الفصل في سنة 1993 جعل الأب في حالة انفكاك الزوجية الأَوْلى بالحضانة لا أُم الزوجة التي كانت في الدرجة الثانية بعد ابنتها، وذلك اعتبارا لضمان استمرار الطفل بجانب أبيه الذي هو أقرب إليه من جدته للأم. لأن ترتيب أولويات الحاضنين يراعي مصلحة المحضون بالأساس. وكان الفصل المذكور قبل تعديله يعفي الأب نهائيا من مسؤولية الحضانة بمجرد انفكاك عقد الزوجية سواء بطلاق أُم المحضون أو وفاتها. وقد تكون اللجنة الجديدة المكلفة بتعديل المدونة قد غيرت هذا المقتضى واقترحت للحاضنين والحاضنات ترتيبا جديدا أصبح معه الأب لا يصنف في الترتيب في الدرجة الثانية بعد أمه.

ولم يرد في السنة عن درجات ترتيب الحاضنين إلا حديث رواه عبد الله بن عمر الذي قال إن امرأة جاءت إلى الرسول (عليه السلام) وقالت :" يا رسول الله إن ابني هذا بطني له

وعاء، وحِجْري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أن ينزعه مني" فرد عليها قائلا :" أنتِ أحقُّ به ما لم تُنكَحي " أي تَتزوَّجي .

وعلى ذلك اتفقت المذاهب الأربعة على أن الحضانة تعود للأم بالدرجة الأولى. وورد عن مسؤولية الأب تجاه ولده حديث نبوي آخر يقول : "حق الولد على أبيه أن يختار اسمه ويعلِّمه".

وجمعا بين الحديثين جعلت المدونة الحضانة من واجبات الأبوين، واشترطت في تقاسم هذه المسؤولية بين الزوجين بقاء الزوجية وإلا فالأم أولى بها عملا بقوله عليه السلام في الحديث السابق : "أنتِ أحق به ما لم تُنكَحي" .

كما لم يرد في القرآن ولا في السنة ما اعتمده اجتهاد الفقهاء في تقسيم مهام الحضانة بين الزوجين طيلة استمرار الزوجية التي تحدث عنها الفصل 99 من أن الزوج الأب يقوم بحضانة أولاده بتقديم الأكل والشرب واللباس والمسكن والعلاج ونفقات الدراسة، وأن الزوجة الأم تقوم بشؤون الطهي والتنظيف. فهذا التقسيم أصبح متجاوَزا بما طرأ علىعلاقات الأسرة في الزمن الحاضر من متغيرات، لأن الزوجة المتعلمة تتقاسم اليوم مع زوجها مراقبة تعليم التلميذ وتتابع معه أمر القيام بواجباته الدراسية في البيت، وتنظر في النقط الذي يعطيها له المعلمون في المدرسة، إلى غير ذلك من المهام التي لم تكن في عهد الفقهاء الذين اجتهدوا في توزيع مهام بيت الزوجية بين الزوجين طبقا لما كان عليه شأن مجتمعهم الذي كان ينظر إلى المرأة نظرةً دُونية.

وفي تعديلات سنة 1993 عرف الفصل 101 تعديلا هاما لما كان عليه هذا الفصل في المدونة الأصلية لسنة 1957 في موضوع نهاية الحضانة، إذ كان ينص على أنها "تمتد إلى أن تدخل الأنثى ويبلغ الذكر". وهي استحقاقات غير محددة بسن بالرغم من أن الفقهاء القدامى كانوا حددوا البلوغ بثمان عشرة سنة، وبظهور علامات البلوغ، بينما البلوغ يختلف حسب اختلاف الأجواء والمناطق واختلاف التكوين البدني ضعفا وقوة عند شخص وآخر.

ولرفع كل التباس جاء الفصل 102 المعدَّل ينص على "امتداد الحضانة بالنسبة للذكر إلى بلوغه سن الثانية عشرة، وللأنثى سن الخامسة عشرة". ويُخيَّر المحضون بعد ذلك في الإقامة مع من يشاء من أبيه أو أمه أو غيرهما من أقاربه المنصوص عليهم في الفصل التاسع والتسعين.

ومع أن فصول الحضانة بلغت 14 فقد بقيت في أحكام الحضانة ثغرات لم تُسد ويشكوالقُضاة من فراغها القانوني. ومن ذلكم التنصيص على شروط أهلية الحضانة التي حُصِرت في العقل والبلوغ والاستقامة والقدرة على تربية المحضون وصيانته صحة وخلقا، وسلامة الحاضن من كل مرض مُعْدٍ أو مانع من قيامه بالواجب كما جاء في الفصل 98. وكان من الممكن أن يُوضَّح ذلك أكثر لو أضيف استبعاد إسقاط الحضانة عن الأم التي تشتغل والتنصيص على أن عملها ليس من مسقطات الحضانة عنها. وهو ما جعل بعض القضاة

يحكمون به بذريعة أن التي تشتغل تصبح عاجزة عن القيام بحضانة ابنها. وهو ما يؤول إلى تحريم حق عمل المرأة التي ضمنته لها المواثيق الدولية ونصت على التزام الدول الموقعة بتوفيره لها. كما لم ينص تقنين المدونة على حكم الحضانة في حالة وجود خلاف يصل إلى حالة شقاق بين الزوجين تؤدي إلى استحالة تقاسم واجب الحضانة بينهما وسَعْي كل طرف إلى الاستئثار بها مما يترتب عليه أحيانا اختطاف الأولاد من لدن كل واحد منهما. وهو ما يعاقب عليه القانون، وتسكت المدونة عن إثارته وتدوين أحكامه.

(2) تحديد سن الزواج

لا يوجد في المرجعية الإسلامية تحديد لسن الزواج. فهل يعني ذلك أن الزواج مباح في أي سن من العمر، أم يعني ذلك أن الشرع ترك للمجتمعات تحديد سن الزواج على حسب خصوصيات الأجواء والبيئات وما يتواضع عليه المجتمع من أعراف وتقاليد وعادات ؟ ولأن الجواب على هذا السؤال باختيار أحد شقيه اختلف بين الفقهاء فإن المرجعية الدينية لم تحسم في الأمر. لكن المدونة حسمت بمقتضى ما جاء في كتاب الزواج، وفي الباب الثاني والفصل الثامن الذي نص على ما يلي :

"تكمل أهلية النكاح في الفتى بتمام الثامنة عشرة. فإن خيف العَنَت رُفِع الأمر إلى القاضي، وفي الفتاة بتمام الخامسة عشرة من العمر". والعنَت المشار إليه في هذا النص يعني الوقوع في الإثم والحرام بعد تغليب الشهوة وارتكاب معصية الزنى. وكلمة "خِيف" تعني التأكد وليس التخوف من الوقوع في الشيء.

وتلاه الفصل التاسع الذي جاء فيه :"الزواج دون سن الرشد القانوني يتوقف على موافقة الولي. فإن امتنع من الموافقة وتمسك كلٌّ برغبته رُفع الأمر إلى القاضي".

والذين يعارضون تحديد السن لا في أدناه ولا في أقصاه يستدلون بزواج الرسول بعائشة وهي في سن تسع سنوات، بل قيل وهي في سن ست سنوات. وهذا الأخير من الأقوال الشاذة. فالمشهور هو تسع سنوات. ومع ذلك فإنه لا ينبغي في نظري أن يُفهَم أن هذا الزواج يعني وجود علاقة جنسية لا يمكن تصورها في هذا السن، علما بأن عقد الزواج لا يتضمن قيام هذه العلاقة بين الزوجين حتما ولزوما، لأن مقاصد الشريعة الإسلامية من حكمة الزواج لا تنحصر في الاتصال الجنسي، بل فيما يقوم بين الزوجين من علاقات المودة والتفاهم وسكون كل طرف إلى الآخر. والعلاقة بين الرسول وعائشة كانت في سن زواجها المبَكِّر علاقة رعاية لطفلة هي بنت ابي بكر الصديق أقربِ الأحباء والأصفياء من بين الصحابة إلى نبينا عليه السلام. وكان بيت زوجات الرسول مدرسة للتربية على الهدْي النبوي ورسالة الإسلام أكثر مما كان مهدا لإشباع الشهوة الجنسية، خاصة وقد كان من بين زوجاته من كن أكبر منه سنا. وكان النبي يقضي أكثر أوقاته في الدعوة إلى الله وتلقي الوحي ليلا ونهارا والعبادة وقيام الليل والصلاة والتعبد والصيام وقيادة الغزوات وإعداد الخطط للانتصارفيها، أي أنها كانت حياة مليئة بالأعمال الصالحة وأداء الرسالة التي من أجلها بعثه الله رحمة للعالمين.

ومن بيت النبوءة الذي نطلق عليه اسم مدرسة الرسول للنساء تخرجت عائشة راويةً للحديث، ومفتيةً في شأن الدين، ومدوّنة سيرة الرسول في أهله، ومشارِكةً في الغزوات، وخطيبةً في الجماهير. ويمكن أن نضيف وقائدةَ حركةٍ سياسية شكلت حزبا كان له برنامج للحكم. وعنها قال الرسول "خذوا نصف دينكم عن هذه الحُمَيْراء".

كما أن زوجات النبي الأخْريات نهلن من ينابيع المدرسة النبوية وسجل التاريخ بعضهن كمستشارات للرسول (عليه السلام). ومن أجل الدور الذي قمن به في التعليم والتثقيف والتربية سُمّين "أمهات المؤمنين".

والمؤيدون لتحديد سن الزواج يثيرون تأثير الزواج المبكِّر على فساد صحة الفتاة البدنية والنفسية، ويشيرون إلى مضاعفات الزواج المبكِّر بما يترتب عليه من تكاثر الحمل، وتضاعف الأخطار خلال وضع الحامل. ويذهبون إلى القول إن الإحصائيات الوطنية وتقارير المنظمات العالمية تؤكد هذه الأخطار.

وإذ يقول مؤيدو الزواج المبكِّر إنه يدرأ الفساد عن الفتاة، يرد عليهم المعارضون بأن الفساد الخلقي مرده إلى فقد التربية ولا يدرأ الزواجُ المبكر الفسادَ ما لم تعم التربية الخلقية المجتمع. ويضيفون أن الدول الغربية المتفوقة تيكنولوجيا والتي أخذت بمبدأ تحديد سن الزواج في 18 سنة للذكر و الأنثى تتناقض في توجهاتها لأنها هي التي قنَّنت إباحة الاتصال الجنسي بسن 14.

ويقول الفقهاء المعارضون لتحديد سن الزواج إن الشرع يقرر أن الأصل في الأحكام هو الإباحة. وحيث أنه لم يرد نص شرعي محدِّد للسن فإن الزواج مباح في أي سن إذا اتفق الزوجان.

وأرى حسما لهذا الخلاف أن يَطول التعديلُ الفصلَ الثامن كما يلي :
"تكمل أهلية النكاح في الفتى والفتاة ببلوغ سن الثامنة عشرة من العمر الذي هو سن الرشد القانوني" وأن يعدل الفصل التاسع كما يلي :
"الزواج دون سن الرشد القانوني متوقف على موافقة القاضي"

والمرجعية الدينية لهذين التعديلين هو المبدأ الإسلامي القائم على مساواة الذكور والإناث في الأحكام إلا ما استثناه الشرع بنص قطعي ثابت داخل نطاق تقسيم الأدوار بين الجنسين. وقد جاء عن الرسول قوله:"النساء شقائق الرجال" وفي رواية أضيف "في الأحكامَ" .

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المذهب المالكي يعتبر بلوغ سن الثامنة عشرة شرطا في التكليف بالأحكام، بالنسبة للذكور والإناث على السواء. والزواج تكليف ديني ينطبق عليه ما ينطبق على كل تكليف شرعي بالأحكام.

أما تفعيل الفصل التاسع في الصيغة التي ذكرتها فيمكن للقاضي ـ الذي يخوّل له هذا التعديل سلطة تقديرية ـ أن يُجيز الزواج قبل بلوغ سن الثامنة عشرة لمن لا يؤدي دورا لنفسه أو للمجتمع من الذكور و الإناث الذين انقطعوا مثلا عن الدراسة أو للفتاة التي لا تجد من يعولها إذا توفرت شروط الزواج كاملة قبل بلوغ سن الرشد القانوني، ليدخل الذكر والأنتى في مسؤولية تأسيس أسرة وبناء بيت، ويصبح الزوجان عامليْن في المجتمع يأخذان ويعطيان. وخلاف ذلك سينطبق على من بقي منهم عازبا ولا عمل له قول الشاعر الحكيم :

إن الــشبــــاب والــفــراغ والْــــجـــدَة
مَـــــفْسَـدَةٌ للــمــرء أَيَّ مَـفْـــسَـدَة.

إصلاح تشريع الأسرة في مجالي الحضانة وتحديد سن الزواج
ـ الأستاذ الدكتور عبد الهادي بوطالب ـ

وقع الشروع في إعداد تدوين (قانون) الأحوال الشخصية في السنة الثانية من عهد استرجاع المغرب سيادته واستقلاله بصدور الظهير الذي حمل طابع جلالة الملك محمد الخامس بتاريخ 19 غشت 1957 وأُحدِثت بموجبه لجنة مكونة من عدة فقهاء لوضع "مدونة أحكام الفقه الإسلامي". وكان وزيرُ العدل رئيس هذه اللجنة، التي اشتغلت سبعة اشهر لتقدم لجلالة الملك مشروع القانون الذي كان يحتوي على ستة كتب هي : الزواج، وانحلال ميثاق الزواج، والولادة ونتائجها، والأهلية والنيابة الشرعية، والوصية، والميراث.

وكان وزير العدل الأستاذ عبد الكريم ابن جلون نقيب المحامين هو وحده الذي كان يحمل من بين أعضاء اللجنة إجازة الحقوق. أما سائر أعضاء اللجنة فكان لهم تكوين فقهي، لأن مرجعية تشريع المدونة كانت بدون جدال فقهية فقط.

كان المطلوب من أعضاء اللجنة أن يدونوا الأحكام الفقهية المتعارَف عليها في المذاهب الإسلامية الأربعة بانتقائية لكن مع تغليب المذهب المالكي. و لما كانوا متخصصين في المذهب المالكي فقد اعتمدوه في تدوين أغلبية الأحكام ولم يأخذوا من المذاهب الأخرى إلا نادرا . وهذا النادر المعتمَد من اللجنة كان على قِلَّته مؤشر تطور وانفتاح، لأن المغرب كان منذ العصور في الفقه مالكيا، وفي العقيدة أشعريا، وفي الصوفية جُنَيْديا كما قال الفقيه ابن عاشر في متنه المشهور :

فـي عَـقْـد الأَشْـعَـري وفـقـه مـــالك
وفـــي طـــريـقـــة الـجُـــنَـيْـد الـــسالك

وتلا ذلك صدور ظهائر تقضي بتطبيق هذه الكتب على مراحل انطلاقا من مرحلة تطبيق كتابي الزواج (الأول)، وانحلال ميثاق الزوجية (الثاني) بتاريخ 22 نونبر سنة 1957 ، فالكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها بتاريخ 18 دجنبر 1957، فالكتاب الرابع المتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية بتاريخ 25 يناير 1958، فكتاب الوصية (الخامس) الصادر بظهير 20 يبراير 1958. و أخيرا الكتاب السادس عن الميراث الذي صدر بظهير 3 أبريل 1958.

ومن هذا التاريخ الأخير دخلت المدونة في حيز التطبيق. وجاءت تحتوي على عشرة أبواب و 297 فصلا إلى أن أُدخلت عليها تعديلات 29 شتنبر 1993 حيث صدر الظهير الملكي الذي تـمَّم وغيَّر الفصول 5 و12 ، و30 ، و48 ، و99 و102 ، و119 ، وأضاف إليها الفصلين 52 و156 المكررين، وحذف الفصل الستين منها.

وقد شملت التعديلات أربعة مجالات هي المتعلقة بولاية الرجل على المرأة، والطلاق، والتعددية الزوجية، والحضانة. واقتصرت على الفصول التي أجمعت اللجنة الملكية على تعديلها مما استبعد تعديل فصول أخرى لم تحظ بالإجماع.

بعد إنهاء اللجنة أعمالها وتقديمي تقريرها لجلالة الملك اقتنع أن التعديلات ليست إلا خطوة متقدمة على طريق إصلاح المدونة في أجل لاحق.

ولقد كنت اتفقت مع وزير العدل على أن يُصدر للقضاة الشرعيين مذكرة تطبيقية في شكل قرار وزيري يعزز المكتسبات الحقوقية التي جاءت بها التعديلات ليتقيد القضاة بمضامينها ويرتِّبوا عليها تسهيل و تسريع مساطر التطبيق حتى تعطي التعديلات ثمراتها بفعالية. وكان المفروض أن يكون تطبيق المسطرة بـمقتـضى قـرار وزيـر العـدل مساعـدا على تلبـية عدد من المـطالب الـتي تقدمت بها الجمعيات النسائية والتي لم تنظر اللجنة في الفصول المتصلة بها، ولأن تدوين المدونة لم يشمل إصلاح المساطر القضائية، ولأن سوء الكثير منها كان يؤدي إلى نسف الإصلاح من محتواه، وشله عن بلوغ مقصده الأساسي وهو عدالة الاحكام المتصلة بعلاقات الأسرة، ورفع الحيف و الظلم عما كان يسمى الجنس الضعيف أي المرأة. ولسوء الحظ لم يتعامل الكثيرون من القضاة مع هذه المذكرة لأنهم اعتبروها فاقدة صبغة الإلزام، أو لأن بعضهم رأى فيها جنوحا مجازِفا إلى تطوير الأحكام

الشرعية وهم يعارضون مبدأ النظر فيها، أو لأن بعضهم الآخر اعتمد حل السهولة بالسير على الروتينية المعتادة التي لا تتطلب جهدا و لا تكلف عناء.

وقد تبين من تطبيق أحكام المدونة طيلة ما يقرب من أربعين عاما أن بعض أحكامها في حاجة إلى مراجعة، لأن بعضها كان صالحا لعصر مضى، أو كان تكريسا لأعراف كان معمولا بها في بعض الجهات التي دخلت إلى الإسلام بالفتح الإسلامي، ولأن بعضها الآخر كان ناتجا عن سوء فهم لنصوص القرآن والسنة الصحيحة، وأيضا لأن أوضاع الأسرة في عالمنا قد تغيرت عما كانت عليه من قبل، وأصبحت في حاجة إلى ضبطها بأحكام مستقاة من نصوص الشريعة الإسلامية ولكن بعد فهمها فهما جيدا معمَّقا بما يوضح مقاصدها وغاية المشرِّع منها، وباستنباط أحكام جديدة عن طريق آلية الاجتهاد الذي يتغَيَّى تيسير الفقه والبعد عن التعسير، وعدم التكليف بالحرج وما لا يطاق، وعدم المس بحقوق أي عضو من أعضاء الأسرة، واستبعاد ترجيح سلطة أحد طرفي الزوجية على حرية الطرف الآخر.

وخلال الأربعين سنة الأولى من حياة المدونة قطعت الإعلانات الأممية والمواثيق والاتفاقيات الدولية أشواطا كبرى في مسار إحقاق الحقوق الإنسانية على أساس المساواة بين الرجل والمرأة. وقنَّنت اتفاقيات دولية حقوق المرأة، وحقوق الطفل، وحقوق الأم، وخاصة الاتفاقية الصادرة عن الجمعية العمومية لهيأة الأمم المتحدة في العاشر من دجنبر1979 بشأن القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. وقد نصت في ديباجتها على مساواة الرجل والمرأة، وعلى أن تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة يتطلب إحداث تغيير في الدور التقليدي للرجل وفي دور المرأة في المجتمع والأسرة. وجميع هذه المعاهدات والاتفاقيات أمضى عليها المغرب ولم يتحفظ إلا على النادر من مقتضياتها. وجميعها جاء يقضي بأن تلتزم الدول الممضية عليها بالعمل بها بوصفها قوانين دولية وإخضاع قوانينها الوطنية الداخلية لمقتضياتها عملا بسمو قوة القانون الدولي على القانون الداخلي.

و بذلك تبين أن بعض مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية يتنافى مع مقتضيات القوانين والمواثيق الدولية، كفرض سلطة الزوج المطلقة على الزوجة، وإخضاع إبرام عقد الزواج لإذن الولي، وإباحة تعدد الزوجات بدون قيود، وحرمان المطلَّقة من مُتْعتها الواجبة شرعا، وربط سفر الزوجة بإذن زوجها، وسجنها فيما يسمى بيت الطاعة الذي يُفهَم خطأ على أنه يعني ممارسة الزوج سلطة مطلقة على زوجته فهو يأمر وهي تطيع، ولا تملك أن تتصرف في أحوالها الشخصية إلا بإرادته.

ونظرا لما بين مرجعيتي الشريعة والشرعية الدولية في بعض مقتضياتهما من تعارض في الظاهر (وهو موضوع قابل للنقاش) تعثر مشروع إصلاح المدونة في خضم الخلاف على اعتماد أي منهما، واحتدم الخلاف بعد الإعلان عن مشروع خطة إدماج المرأة في التنمية. ورُفع الأمر إلى تحكيم جلالة الملك محمد السادس الذي ألف لجنة استشارية للنظر في الإصلاح على أن ترفع اللجنة مقترحات تعديل بعض فصول المدونة إليه للحسم فيها. ويظهر أن عمل اللجنة الذي امتد طيلة سنة تأثر بالخلاف القائم بين المتعصبين للتطبيق الحرفي

لأحكام الفقه والمتفتحين على أفق التعديل الذي حدد جلالة الملك مهامه بحصره فيما لا يتنافى مع نصوص الشريعة الثابتة، أي ما جاء في القرآن والسنة الصحيحة ولا يتسع لقراءة جديدة.

وقد حددت لجنة إعداد أعمال هذه الندوة لمداخلتي مجالين اثنين : هما الحضانة، وتحديد سن الزواج. وعالج زملاء سبقوني وسيعالج آخرون بعدي مجالات أخرى.

(1) في الحضانة

قنَّن الباب الثالث من المدونة (التي صدرت سنة 1957 في نصها الأول) أحكام الحضانة من الفصل 97 إلى الفصل 111 بدءا بتعريفها الفقهي وذِكْر شروط أهليتها وتحديد مسؤولياتها، وترتيب الحاضنين والحاضنات، وتحديد سن الحضانة، وسقوطها وعودتها إلى من يستحقها. وجاء في الفصل 97 تعريفها كالتالي : "الحضانة حفظُ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيامُ بتربيته ومصالحه". وهو تعريف لا يُوفِّي بالمراد ويسوده الغموض، إذ تعبير"ما قد يضره" لا يعرب بوضوح عن المراد، ويزداد إبهاما بتقيده "بقدر المستطاع". كما أن تعبير "القيام بتربيته ومصالحه" فضفاض ويكاد لا يحدد شيئا. فلْتلمس الوضوح في التمييز المعروف في الفقه بين مسؤولية الولاية، والنفقة، والحضانة' حيث تُذكَر الولاية على أنها "تدبير شؤون القاصر أو المحجور ومراقبة أحواله". ويخولها الفقه للأب مادام حيا ولوصيه إذا أوصى له الوالد الهالك، أو للمقَدَّم أو القاضي في حالة وفاة الأب، أو فيما يسمى بحالة الإهمال التي لا يترك فيها الأب المتوفَّى وصيته.

أما مسؤولية الحضانة كما يحددها الفقه الإسلامي فهي القيام بلوازم الطفل من أكل وشرب وتنظيف. ويزيد الفقهاء أنها من مسؤوليات النساء. وتمتد ممارستهن لها إلى حين استغناء الصغير منهن.

بينما النفقة هي "إنفاق الأب على ابنه القاصر إلى حين بلوغه سن الرشد وهو سليم غير مصاب بعاهة تمنعه من الكسب". (أي العمل بمقابل). (والرشد القانوني في المغرب كان هو 20 سنة، ونزل إلى 18 بالأمر الملكي الأخير). و تستمر النفقة على البنت إلى حين تزوجها حيث تصبح نفقتها على زوجها.

والفصل 99 من المدونة اعتبرالحضانة واجبا على الأبوين القيام به وليس حقا لهما فقط، أي أنها مسؤولية مُلزِمة. وهذا مهم في حد ذاته لأن الواجب يُلزِم ، بينما يمكن تنازل ذي الحق عن حقه.

ونص هذا الفصل على ما يلي :

"الحضانة من واجب الأبوين ما دامت الزوجية قائمة بينهما، فإذا انفكَّت فالأم أولى بحضانة ولدها من غيرها، ثم أمها" إلى آخر قائمة الحاضنين والحاضنات التي ذكرها الفصل المذكور مرتَّبةً أولوياتُها".

لكن التعديل الذي طرأ على هذا الفصل سنة 1999 أضاف تحديدات جديدة ووزع مسؤولية الحضانة المتقاسَمة بين الزوجين، ونص على أن الأب يتكفل برعاية الأسرة، وتقديم كل ما تحتاج إليه من أكل وشرب ولباس ومسكن وعلاج ونفقة دراسية. والأم تقوم بشؤون الطهي والتنظيف، ورعاية الأسرة داخل المسكن.

كان الفصل 99 في نص المدونة لسنة 1957 يرتب الحاضنين ذكورا وإناثا على الشكل التالي :

" الحضانة من واجبات الأبوين ما دامت الزوجية قائمة بينهما. فإذا انفَكَّتْ فالأم أولى بحضانة ولدها من غيرها ثم أمها" (إلى آخر الفصل). لكن التعديل الذي جرى على هذا الفصل في سنة 1993 جعل الأب في حالة انفكاك الزوجية الأَوْلى بالحضانة لا أُم الزوجة التي كانت في الدرجة الثانية بعد ابنتها، وذلك اعتبارا لضمان استمرار الطفل بجانب أبيه الذي هو أقرب إليه من جدته للأم. لأن ترتيب أولويات الحاضنين يراعي مصلحة المحضون بالأساس. وكان الفصل المذكور قبل تعديله يعفي الأب نهائيا من مسؤولية الحضانة بمجرد انفكاك عقد الزوجية سواء بطلاق أُم المحضون أو وفاتها. وقد تكون اللجنة الجديدة المكلفة بتعديل المدونة قد غيرت هذا المقتضى واقترحت للحاضنين والحاضنات ترتيبا جديدا أصبح معه الأب لا يصنف في الترتيب في الدرجة الثانية بعد أمه.

ولم يرد في السنة عن درجات ترتيب الحاضنين إلا حديث رواه عبد الله بن عمر الذي قال إن امرأة جاءت إلى الرسول (عليه السلام) وقالت :" يا رسول الله إن ابني هذا بطني له وعاء، وحِجْري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أن ينزعه مني" فرد عليها قائلا :" أنتِ أحقُّ به ما لم تُنكَحي " أي تَتزوَّجي .

وعلى ذلك اتفقت المذاهب الأربعة على أن الحضانة تعود للأم بالدرجة الأولى. وورد عن مسؤولية الأب تجاه ولده حديث نبوي آخر يقول : "حق الولد على أبيه أن يختار اسمه ويعلِّمه".

وجمعا بين الحديثين جعلت المدونة الحضانة من واجبات الأبوين، واشترطت في تقاسم هذه المسؤولية بين الزوجين بقاء الزوجية وإلا فالأم أولى بها عملا بقوله عليه السلام في الحديث السابق : "أنتِ أحق به ما لم تُنكَحي" .

كما لم يرد في القرآن ولا في السنة ما اعتمده اجتهاد الفقهاء في تقسيم مهام الحضانة بين الزوجين طيلة استمرار الزوجية التي تحدث عنها الفصل 99 من أن الزوج الأب يقوم بحضانة أولاده بتقديم الأكل والشرب واللباس والمسكن والعلاج ونفقات الدراسة، وأن الزوجة الأم تقوم بشؤون الطهي والتنظيف. فهذا التقسيم أصبح متجاوَزا بما طرأ علىعلاقات الأسرة في الزمن الحاضر من متغيرات، لأن الزوجة المتعلمة تتقاسم اليوم مع زوجها مراقبة تعليم التلميذ وتتابع معه أمر القيام بواجباته الدراسية في البيت، وتنظر في النقط الذي يعطيها له المعلمون في المدرسة، إلى غير ذلك من المهام التي لم تكن في عهد الفقهاء الذين اجتهدوا

في توزيع مهام بيت الزوجية بين الزوجين طبقا لما كان عليه شأن مجتمعهم الذي كان ينظر إلى المرأة نظرةً دُونية.

وفي تعديلات سنة 1993 عرف الفصل 101 تعديلا هاما لما كان عليه هذا الفصل في المدونة الأصلية لسنة 1957 في موضوع نهاية الحضانة، إذ كان ينص على أنها "تمتد إلى أن تدخل الأنثى ويبلغ الذكر". وهي استحقاقات غير محددة بسن بالرغم من أن الفقهاء القدامى كانوا حددوا البلوغ بثمان عشرة سنة، وبظهور علامات البلوغ، بينما البلوغ يختلف حسب اختلاف الأجواء والمناطق واختلاف التكوين البدني ضعفا وقوة عند شخص وآخر.

ولرفع كل التباس جاء الفصل 102 المعدَّل ينص على "امتداد الحضانة بالنسبة للذكر إلى بلوغه سن الثانية عشرة، وللأنثى سن الخامسة عشرة". ويُخيَّر المحضون بعد ذلك في الإقامة مع من يشاء من أبيه أو أمه أو غيرهما من أقاربه المنصوص عليهم في الفصل التاسع والتسعين.

ومع أن فصول الحضانة بلغت 14 فقد بقيت في أحكام الحضانة ثغرات لم تُسد ويشكوالقُضاة من فراغها القانوني. ومن ذلكم التنصيص على شروط أهلية الحضانة التي حُصِرت في العقل والبلوغ والاستقامة والقدرة على تربية المحضون وصيانته صحة وخلقا، وسلامة الحاضن من كل مرض مُعْدٍ أو مانع من قيامه بالواجب كما جاء في الفصل 98. وكان من الممكن أن يُوضَّح ذلك أكثر لو أضيف استبعاد إسقاط الحضانة عن الأم التي تشتغل والتنصيص على أن عملها ليس من مسقطات الحضانة عنها. وهو ما جعل بعض القضاة يحكمون به بذريعة أن التي تشتغل تصبح عاجزة عن القيام بحضانة ابنها. وهو ما يؤول إلى تحريم حق عمل المرأة التي ضمنته لها المواثيق الدولية ونصت على التزام الدول الموقعة بتوفيره لها. كما لم ينص تقنين المدونة على حكم الحضانة في حالة وجود خلاف يصل إلى حالة شقاق بين الزوجين تؤدي إلى استحالة تقاسم واجب الحضانة بينهما وسَعْي كل طرف إلى الاستئثار بها مما يترتب عليه أحيانا اختطاف الأولاد من لدن كل واحد منهما. وهو ما يعاقب عليه القانون، وتسكت المدونة عن إثارته وتدوين أحكامه.

(2) تحديد سن الزواج

لا يوجد في المرجعية الإسلامية تحديد لسن الزواج. فهل يعني ذلك أن الزواج مباح في أي سن من العمر، أم يعني ذلك أن الشرع ترك للمجتمعات تحديد سن الزواج على حسب خصوصيات الأجواء والبيئات وما يتواضع عليه المجتمع من أعراف وتقاليد وعادات ؟ ولأن الجواب على هذا السؤال باختيار أحد شقيه اختلف بين الفقهاء فإن المرجعية الدينية لم تحسم في الأمر. لكن المدونة حسمت بمقتضى ما جاء في كتاب الزواج، وفي الباب الثاني والفصل الثامن الذي نص على ما يلي :

"تكمل أهلية النكاح في الفتى بتمام الثامنة عشرة. فإن خيف العَنَت رُفِع الأمر إلى القاضي، وفي الفتاة بتمام الخامسة عشرة من العمر". والعنَت المشار إليه في هذا النص يعني

الوقوع في الإثم والحرام بعد تغليب الشهوة وارتكاب معصية الزنى. وكلمة "خِيف" تعني التأكد وليس التخوف من الوقوع في الشيء.

وتلاه الفصل التاسع الذي جاء فيه :"الزواج دون سن الرشد القانوني يتوقف على موافقة الولي. فإن امتنع من الموافقة وتمسك كلٌّ برغبته رُفع الأمر إلى القاضي".

والذين يعارضون تحديد السن لا في أدناه ولا في أقصاه يستدلون بزواج الرسول بعائشة وهي في سن تسع سنوات، بل قيل وهي في سن ست سنوات. وهذا الأخير من الأقوال الشاذة. فالمشهور هو تسع سنوات. ومع ذلك فإنه لا ينبغي في نظري أن يُفهَم أن هذا الزواج يعني وجود علاقة جنسية لا يمكن تصورها في هذا السن، علما بأن عقد الزواج لا يتضمن قيام هذه العلاقة بين الزوجين حتما ولزوما، لأن مقاصد الشريعة الإسلامية من حكمة الزواج لا تنحصر في الاتصال الجنسي، بل فيما يقوم بين الزوجين من علاقات المودة والتفاهم وسكون كل طرف إلى الآخر. والعلاقة بين الرسول وعائشة كانت في سن زواجها المبَكِّر علاقة رعاية لطفلة هي بنت ابي بكر الصديق أقربِ الأحباء والأصفياء من بين الصحابة إلى نبينا عليه السلام. وكان بيت زوجات الرسول مدرسة للتربية على الهدْي النبوي ورسالة الإسلام أكثر مما كان مهدا لإشباع الشهوة الجنسية، خاصة وقد كان من بين زوجاته من كن أكبر منه سنا. وكان النبي يقضي أكثر أوقاته في الدعوة إلى الله وتلقي الوحي ليلا ونهارا والعبادة وقيام الليل والصلاة والتعبد والصيام وقيادة الغزوات وإعداد الخطط للانتصارفيها، أي أنها كانت حياة مليئة بالأعمال الصالحة وأداء الرسالة التي من أجلها بعثه الله رحمة للعالمين.

ومن بيت النبوءة الذي نطلق عليه اسم مدرسة الرسول للنساء تخرجت عائشة راويةً للحديث، ومفتيةً في شأن الدين، ومدوِّنة سيرة الرسول في أهله، ومشارِكةً في الغزوات، وخطيبةً في الجماهير. ويمكن أن نضيف وقائدةَ حركةٍ سياسية شكلت حزبا كان له برنامج للحكم. وعنها قال الرسول "خذوا نصف دينكم عن هذه الحُمَيْراء".

كما أن زوجات النبي الأخْريات نهلن من ينابيع المدرسة النبوية وسجل التاريخ بعضهن كمستشارات للرسول (عليه السلام). ومن أجل الدور الذي قمن به في التعليم والتثقيف والتربية سُمّين "أمهات المؤمنين".

والمؤيدون لتحديد سن الزواج يثيرون تأثير الزواج المبكِّر على فساد صحة الفتاة البدنية والنفسية، ويشيرون إلى مضاعفات الزواج المبكِّر بما يترتب عليه من تكاثر الحمل، وتضاعف الأخطار خلال وضع الحامل. ويذهبون إلى القول إن الإحصائيات الوطنية وتقارير المنظمات العالمية تؤكد هذه الأخطار.

وإذ يقول مؤيدو الزواج المبكِّر إنه يدرأ الفساد عن الفتاة، يرد عليهم المعارضون بأن الفساد الخلقي مرده إلى فقد التربية ولا يدرأ الزواجُ المبكر الفسادَ ما لم تعم التربية الخلقية المجتمع. ويضيفون أن الدول الغربية المتفوقة تيكنولوجيا والتي أخذت بمبدأ تحديد سن

الزواج في 18 سنة للذكر و الأنثى تتناقض في توجهاتها لأنها هي التي قنَّنت إباحة الاتصال الجنسي بسن 14.

ويقول الفقهاء المعارضون لتحديد سن الزواج إن الشرع يقرر أن الأصل في الأحكام هو الإباحة. وحيث أنه لم يرد نص شرعي محدِّد للسن فإن الزواج مباح في أي سن إذا اتفق الزوجان.

وأرى حسما لهذا الخلاف أن يَطول التعديلُ الفصلَ الثامن كما يلي :
"تكمل أهلية النكاح في الفتى والفتاة ببلوغ سن الثامنة عشرة من العمر الذي هو سن الرشد القانوني" وأن يعدل الفصل التاسع كما يلي :
"الزواج دون سن الرشد القانوني متوقف على موافقة القاضي"

والمرجعية الدينية لهذين التعديلين هو المبدأ الإسلامي القائم على مساواة الذكور والإناث في الأحكام إلا ما استثناه الشرع بنص قطعي ثابت داخل نطاق تقسيم الأدوار بين الجنسين. وقد جاء عن الرسول قوله:"النساء شقائق الرجال" وفي رواية أضيف "في الأحكامَ".

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المذهب المالكي يعتبر بلوغ سن الثامنة عشرة شرطا في التكليف بالأحكام، بالنسبة للذكور والإناث على السواء. والزواج تكليف ديني ينطبق عليه ما ينطبق على كل تكليف شرعي بالأحكام.

أما تفعيل الفصل التاسع في الصيغة التي ذكرتها فيمكن للقاضي ـ الذي يخوّل له هذا التعديل سلطة تقديرية ـ أن يُجيز الزواج قبل بلوغ سن الثامنة عشرة لمن لا يؤدي دورا لنفسه أو للمجتمع من الذكور و الإناث الذين انقطعوا مثلا عن الدراسة أو للفتاة التي لا تجد من يعولها إذا توفرت شروط الزواج كاملة قبل بلوغ سن الرشد القانوني، ليدخل الذكر والأنثى في مسؤولية تأسيس أسرة وبناء بيت، ويصبح الزوجان عامليْن في المجتمع يأخذان ويعطيان. وخلاف ذلك سينطبق على من بقي منهم عازبا ولا عمل له قول الشاعر الحكيم :

إن الـشبـاب والـفـراغ والْـجـدَة
مَـفْسَـدَةٌ للـمـرء أَيَّ مَـفْـسَـدَة.