كلية الآداب والعلوم الإنسانية مراكش
ⵜⴰⴳⴷⴰⵡⵜ ⵏ ⵜⵓⵔⵉⵎⵜ ⴰ ⵜⵎⴰⵡⴰⵙⵜ ⵜⵉⵏⵙⴰⵏⵉⵢⵜ ⵎⵔⵕⵓⵛ
Faculté des Lettres et des Sciences Humaines - Marrakech

مركز دراسات الدكتوراه

تكوين الدكتوراه

مدارك الاجتهاد في المستجدات الإنسانية المعاصرة

أطروحة جامعية

لنيل شهادة الدكتوراه في موضوع:

الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالخارج بين قوانين بلدان الإقامة وأحكام الفقه الإسلامي

إعداد الطالب:
مصطفى العبسي

إشراف الأستاذ الدكتور:
عبد اللطيف أيت عمي

الموسم الجامعي

1443-1444ه/2022-2023م

إهـــــداء

إلى روح والدي ، فاللهم ارحمهما كما رباني صغيرا.

إلى زوجتي رفيقة دربي: خديجة أفاغرو.

إلى أبنائي أنس ،أسية ،محمد رضى ومحسن ،وأسأل المولى الكريم أن يحبّب إليهما العلم والعمل، وأن ينفع بهم الإنسانية جمعاء.

إلى روح الراحل عبد الله الصانع الذي ترشحت معه لهذه الأطروحة، رحمه الله وأسكنه فسيح الجنان، عسى الله أن يوصل ثواب هذا العمل إليه، ويبارك في أبنائه.

إلى كل من علمني حرفا.

إلى إخوتي وأصدقائي وزملائي في العمل وجميع عائلتي.

إلى كل من ساعدني في إعداد هذه الأطروحة.

إليكم جميعا أهدي هذا العمل المتواضع، الذي أدعو الله أن يتقبّله مني، ويجعله في ميزان حسناتي وحسنات كل من ساعدني من قريب أو بعيد.

آمين

كلمة شكـــــر

أقدم شكري السابغ ، وثنائي العاطر لأساتذتي الأفاضل :

الدكتور **عبد اللطيف أيت عمي** بقبوله الاشراف على هذا البحث وتذليله للعقبات التي اعترضتني خلال مسيرته، فله من الله أجر المؤمنين وثواب العلماء العاملين.

الدكتور **ميمون بريش** وجميع المشرفين على مختبر الدراسات والبحوث الفقهية وقضايا الهجرة والأقليات .

السادة أعضاء لجنة المناقشة التي تفضلت وقبلت مناقشة هذا العمل.

فاللهم بارك في عمرهم، وعلمهم، وعملهم، وأسرهم، وجعلهم منارا لأجيال الباحثين الناشئين .

وجزى الله خيرا كل من ساهم في إنبات هذه البذرة المتواضعة

آميـــن

مقـــدمـــــة

الحمد لله رب العالمين، نحمده و نستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه، ومن سار على نهجه، واقتفى أثره إلى يوم الدين.

الأسرة عموما هي الخلية الأساس في المجتمع، وأهم جماعاته الأولية؛ إذ في صلاحها صلاح المجتمع، وفي فسادها فساده. و تعد الأسرة المسلمة على وجه الخصوص، فضلا عن كونها نعمة من نعم الله عز وجل التي يمن بها على عباده: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٞ ﴾[1] ،اللبنة الأساس في بناء الفرد الصالح والمجتمع الراشد. فبقدر ما تكون الأسرة صالحة متماسكة يكون المجتمع أخويا وقويا.

ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالأسرة وغمرتها بعناية فائقة، و يكفي في بيان ذلك ما وضعه الشرع الإسلامي من أحكام وقواعد في كتاب الله عز وجل، تنظم شؤونها وتقيم صلبها وتعالج مشاكلها وتحصنها مما يهددها ويزعزع تماسكها وقوتها. كما كانت سيرة الرسول صلى الله عليه وسلم خير مثال على حسن رعاية الأسرة والمحافظة عليها والقيام بحقوقها.

ووعيا من المشرع المغربي بأهمية التشريع الأسري في تنظيم شؤون الأسرة، ليس على مستوى استقرار الفرد والمجمع فحسب، بل في ارتباطه بتنمية الوطن واستقراره أيضا؛ فقد سن مجموعة من القوانين المنظمة للأسرة. و التي عرفت منذ سنها لأول مرة وإلى الآن؛ تعديلات عميقة مواكبة تطور المجتمع والإشكالات والنوازل

1 سورة الحجرات الآية 13

المستجدة. مستندا في ذلك كله إلى ما يمليه الاجتهاد الشرعي سواء أكان هذا الاجتهاد انتقائيا منتخبا من تراث المذاهب الفقهية، أو إنشائيا باستحداث رأي جديد.

ويزداد هذا الاهتمام أكثر حين يتعلق الأمر بأفراد الجالية المغربية بالخارج، حيث يعد مجال الأحوال الشخصية لهذه الفئة من المغاربة عموما، أحد أهم المجالات ذات الراهنية الدائمة والمتأججة؛ لارتباطها بالقيم الدينية والثقافية وبالتغيرات المجتمعية والمؤشرات السياسية.

ولما كان مجال الأحوال الشخصية مجالا متعدد الجوانب من زواج وطلاق ونسب و ميراث... فسأقتصر في هذا البحث على مؤسسة الطلاق؛ لما تثيره من إشكالات مختلفة الأبعاد: منها ما هو ذو بعد قانوني، حيث أن مختلف القوانين المرتبطة بالأسرة في أي دولة تقوم على مفاهيم اجتماعية وأخلاقية ودينية تنعكس آثارها على تكوين عقود الزواج وانحلالها. وأخرى ذات بعد اجتماعي تتمثل فيما يخلفه الطلاق من مآس اجتماعية كثيرة ومتشعبة، تؤثر سلبا على توازن أفراد الجالية واستقرارهم في المجتمع الأوربي. تحول معها الطلاق من حل لمشكلة إلى مصدر لمشكلات عدة.

أمام هذا الوضع، وبسبب تراكم عدد كبير من ملفات النزاعات الزوجية، وحرصا على ضمان استمرار الروابط الوطنية بأبنائه في المهجر؛ يبذل المغرب مجهودات كبيرة من أجل التوصل الى حلول مناسبة تخفف من حدة تلك المشكلات؛ استدعت من المشرع المغربي التدخل لإعادة النظر في كثير من أحكام الأحوال الشخصية. لعل أبرزها ما تضمنته مدونة الأسرة لسنة 2004[1] من مستجدات؛ كان من أهمها : العناية بالقضايا الأسرية لأفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج، حيث تم التنصيص ولأول مرة على أحكام جديدة تهم هذه الشريحة من المواطنين التي لم تكن النصوص المعمول بها في ظل مدونة الأحوال الشخصية السابقة

[1] ظهير شريف رقم 22-04-1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، نشر بالجريدة الرسمية عدد 84-51 بتاريخ 5فبراير 2004.ص 418.

تتلاءم مع أوضاعها ولا تسايرها، خصوصا إذا علمنا أن غالبية مغاربة المهجر ؛ الذين يتجاوز عددهم الخمسة ملايين؛ يصرون على الاحتكام في مجال الأحوال الشخصية إلى مقتضيات المشرع الأسري المغربي.

وقد همت هذه التعديلات بصفة أساسية؛ ما يتعلق بإبرام عقد الزواج وانحلاله من خلال السماح لهم بإبرام عقد زواجهم طبقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد الإقامة وتكريس مبدأ الإرادة في إنهاء العلاقة الزوجية فضلا عن توسيع أسباب طلب التطليق من طرف الزوجة؛ ثم ما يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية من خلال إدخال نوع من المرونة على النظام العام المغربي عند النظر في طلبات منح الصيغة التنفيذية للأحكام الصادرة في حق الجالية المغربية بالخارج.

وهي تعديلات من شأنها تعزيز القدرة التنافسية للقانون المغربي للأحوال الشخصية حين نظره في النزاعات الأسرية التي تهم الجالية المغربية. فهل فعلا الأمر كذلك؟ خصوصا وأن الواقع العملي يؤكد أنه رغم أهمية المستجدات الجديدة التي أتت بها مدونة الأسرة في هذا الجانب؛ وجود بعض الإشكالات التي أفرزها واقع التطبيق، إن على المستوى القانوني أو القضائي. سواء في بلدان الاستقبال، أوفي البلد الأصلي.

أسباب اختيار الموضوع:

لم يكن اختياري للموضوع من قبيل الصدفة وإنما جاء نتيجة تراكم دواع عدة يمكن تقسيمها إلى أسباب ذاتية، و أخرى موضوعية.

فمن الأسباب الذاتية:

- اهتمامي بمجال الأسرة، وذلك من خلال البحث الأكاديمي، الذي كان منطلقه بحث الإجازة و كان موضوعه "اتفاقية سيداو والتحفظات المغربية عليها"، في فترة علت فيها الأصوات والنقاش المحتدم بعد الخطاب الملكي الذي أعلن فيه عاهل البلاد الملك محمد السادس عن رفع المغرب لتحفظاته حول

اتفاقية رفع جميع أنواع التمييز ضد المرأة، والمعروفة اختصارا باتفاقية "سيداو"[1]. وبعده بحث الماستر الموسوم ب: "المقاصد الشرعية في مجال الأسرة"؛

- مشاركتي في تأطير مجموعة من الأنشطة المرتبطة بمجال الأسرة، ببعض جمعيات المجتمع المدني؛ وبخلية الأسرة التابعة للمجلس العلمي المحلي بتارودانت.

ومن الأسباب الموضوعية:

- جدة البحث في المادة الأسرية وخصوصيتها، خصوصا مع استمرار المطالبة بين الفينة والأخرى بالاجتهاد ولو مع وجود النصوص التوقيفية المحكمة؛

- كثرة القضايا المعروضة على القضاء، وما يستتبع ذلك من آثار سلبية على الأمن الأسري والاجتماعي؛

- ارتفاع نسبة الأسر المغربية المقيمة بالخارج مما يستوجب إثارة الانتباه إلى واقع هذه الأسر؛ سيما في ظل التحولات العميقة التي عرفها القانون المغربي المنظم لشؤون الأسرة؛

- رصد تطور العمل القضائي الأوربي في كيفية تعامله مع القانون الوطني المنظم للروابط العائلية للجالية المغربية؛

- الرغبة في الوقوف على أحوال الجالية المغربية من حيث نظام أحوالها الشخصية، ومن تم وضع اليد على المعاناة التي تواجهها بسبب التمفصل بين قوانين متنافرة يعتمد بعضها مرجعية دينية في مجال الروابط العائلية، وأخرى قائمة على الفكر العلماني المؤسس على ثقافة الحرية والمساواة التامة بين الجنسين؛

- قصور الحلول المعتمدة لتجاوز الإشكالات التي يطرحها هذا التنازع؛ مما يستوجب تقييم أهمية المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة من أجل معالجة المشاكل التي تعاني منها الجالية المغربية في المهجر؛

[1] الخطاب الملكي في الذكرى الستين للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بتاريخ 10 دجنبر 2008.

- الرغبة في المساهمة في البحث عن خيارات مناسبة لتدعيم مكانة قانون الأسرة المغربي في مجال الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالخارج.

أما **أهمية الموضوع:**

فتتجلى من حيث:

- كونه يهتم بالأسرة الوحدة البنائية الأساسية في بناء صرح المجتمع ووحدته؛
- اهتمامه بفئة من المواطنين المغاربة المتواجدين بالخارج، خصوصا إذا علمنا أنهم يمثلون نسبة مهمة، إذ تمثل ما يقارب 15٪ من مجموع سكان المغرب[1]؛
- ظهور نوع آخر من الأسئلة الخاصة بأفراد هذه الجالية، سيما عند الجيل الثاني والثالث الناشئ ببلدان الإقامة، لم تعد مرتبطة بالإقامة والعمل فحسب، بل تعدت ذلك إلى قضايا جديدة مثل: قضايا الزواج والطلاق والميراث والحضانة وغيرها، وبالتالي كان من الواجب الاهتمام بقضاياهم والسعي لإيجاد الحلول لمختلف مشاكلهم. وهو ما أكد عليه الخطاب الملكي "تجسيدا لإرادتنا الملكية في العناية بالأعزاء المقيمين بالخارج لرفع المعاناة عنهم".[2]

ولئن كانت الدولة المغربية قد أحدثت مؤسسات لتتبع ذلك في الواقع العملي، فإن موضوع هذه الأطروحة يأتي مساهمة في المجال، وإن كان على المستوى النظري حيث يركز على الدراسة القانونية والفقهية، من خلال الوقوف على أهم على الإشكالات القانونية والفقهية المتعلقة بهذه الفئة. وهو ما سيساعد المشرع المغربي في تقييم تلك المواد القانونية التي جاءت بها مدونة الأسرة لسنة 2004م بما يخدم القضايا الأسرية للجالية، وما يتطلب ذلك أيضا من اجتهادات فقهية للنوازل المعاصرة المتعلقة بأفراد الجالية المقيمة بالخارج.

وسأتناول الموضوع إن شاء الله من خلال زاويتين اثنتين:

---

[1] حسب الدراسة التي أعدها "مرصد المجتمع المغربي القاطن بالخارج (ocmre)"، والتي نشرتها مؤسسة الحسن الثاني للمغاربة القاطنين بالخارج تحت عنوان"مغاربة الخارج" 2013م.

[2] الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح السنة التشريعية 2003-2004م بتاريخ 10أكتوبر2003م.

- أولاهما الزاوية القانونية: مستندا بالأساس إلى مدونة الأسرة لسنة 2004، خاصة ما تعلق بقضايا الطلاق وآثاره المتعلقة بالجالية المغربية على مستوى الزوجين أو الأولاد إن وجدوا، وما يترتب عنه من تنازع لقوانين الدول المعنية، ومن خلال دور القضاء واجتهاداته في الموضوع؛

- و ثانيهما الزاوية الفقهية: من خلال ما أثله السادة الفقهاء رحمهم الله تعالى، واتجاهات الفكر الإسلامي في مجال الأسرة المسلمة المقيمة بالمهجر.

وأما **إشكالية البحث:**

تشكل الأحوال الشخصية للجالية المغربية في المهجر عموما والطلاق خاصة، ميدانا خصبا للتنازع بين أنظمة قانونية علمانية وأنظمة قانونية إسلامية. فيجد الزوج والزوجة أنفسهم أمام تجاذب التشريعات، وتنازع القوانين، ورفع الدعاوى والدعاوى المضادة. وللحد من تلك المشاكل الفقهية والقانونية المرتبطة بمسائل الطلاق وآثاره ومعالجة مخلفاتها، وضع المشرع المغربي قواعد إجرائية مسطرية تشريعية و تنظيمية إدارية. أبرزها ما تضمنته مدونة الأسرة 2004م من مقتضيات خاصة بأفراد هذه الجالية.

فإلى أي حد نجح التشريع المغربي عموما؛ ومدونة الأسرة الجديدة على وجه الخصوص في تجاوز ذلك التعارض وإيجاد الحلول الملائمة والمناسبة؟

وترتبط بهذه الإشكالية الرئيسية إشكالات فرعية:

- الإشكالية المرتبطة بتعارض مدونة الأسرة مع قوانين بلدان الإقامة والنظام العام لهذه البلدان؛ فما هي حدود إمكانية تطبيق مدونة الأسرة على الجالية المغربية المقيمة بالخارج في إطار مبدأ شخصية القوانين والاتفاقيات الثنائية مع البلدان المستقبلة ؟؛

- الإشكالية المتعلقة بتنازع الاختصاص الدولي -سواء القضائي منه أو التشريعي- فإلى أي حد استطاع القضاء الأسري المغربي ترجمة الإرادة التشريعية والتعامل بمرونة مع موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية في المادة الأسرية؟ ؛

- قضايا الحضانة و ما تثيره من إكراهات واقعية؛ و قضايا النفقة والتي ولو بعد أن تناولتها العديد من الاتفاقيات الدولية بالتنظيم من أجل تسهيل عملية استيفائها بالخارج، فلا زالت تطرح عدة مشاكل. فإلى أي حد تم تحقيق الحماية المطلوبة للحق في النفقة؟؛

- يضاف إلى ما سبق مسألة تدبير الأموال المكتسبة والأوضاع المالية للزوجين والأطفال؛ خاصة بعد انتهاء الرابطة الزوجية؛ وما تثيره من صعوبات قانونية قد تفرز بعض الأوضاع الاجتماعية المأساوية؛

- ما موقف القضاء، سواء في المغرب، أو في بلدان الاستقبال من القضايا المعروضة عليه، والتي تهم طلاق أفراد الجالية المغربية؟ وماهي الاتجاهات المختلفة التي نحت نحوها أحكامه؟

ولما كان من غير الممكن أن أتناول واقع الأسرة المغربية بالمهجر، ومن خلاله وضعية قانون الأسرة المغربي في جل الأنظمة القضائية الأوربية. فقد اقتصرت على نماذج قضائية لبعض الدول الأوربية التي تستقطب نسبة مهمة من الجالية المغربية، وذلك بالنظر لما يوجد بين هذه النماذج والقانون المغربي من اختلافات جوهرية راجعة لعدم تماثل مرجعيتها الإيديولوجية والثقافية والدينية والأخلاقية.

أهداف البحث:

تم تحديد مجموعة من الأهداف ؛ تتغيى خدمة الأسرة المغربية أينما كان موطنها. وقد حصرتها في :

- المساهمة في سلسلة البحوث المنجزة في الموضوع ؛سواء في شقها الفقهي أو القانوني؛ آملا أن أضيف لبنة أخرى إلى المكتبة الشرعية والقانونية؛
- تحديد التشريعات المنظمة للقضايا الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج على الصعيد الوطني والدولي؛
- معرفة أهم خصائص النظام الأسري للجالية المغربية في الخارج، ومقاربته من الجوانب الفقهية والقانونية؛

- مناقشة أهم القضايا القانونية والفقهية المرتبطة بانحلال ميثاق الزوجية لدى أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج؛
- مناقشة أهم القضايا القانونية والفقهية المرتبطة بالآثار المترتبة عن انحلال ميثاق الزوجية لدى أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج؛
- المساهمة في تقديم بعض الحلول العملية والمطبقة من خارج قانون الأسرة المغربي.

منهج البحث:

تقوم هذه الدراسة على مقاربة تعتمد الإحاطة بمختلف جوانب الموضوع؛ مما يستلزم دراسة تحليلية لمستجدات مدونة الأسرة في هذا الإطار، مع محاولة استقراء المضامين بشكل يوازي الجانب العملي، والاستشهاد بالأحكام والقرارات القضائية.

وإجمالا فقد سلكت في هذه الدراسة:

- المنهج الوصفي: وذلك من خلال الدراسة التوثيقية للقوانين سواء الوطنية أو الأجنبية والفتاوى الفقهية والأحكام القضائية وتحليلها ومناقشتها؛
- المنهج المقارن: ويشمل، من جهة، الجانب القانوني والفقهي، وذلك بالوقوف على أهم المقارنات والخلاصات المتعلقة بمدونة الأحوال الشخصية في حد ذاتها. تتبعا لما عرفته من تعديلات منذ بدايتها إلى مدونة الأسرة لسنة 2004. ومن جهة أخرى، الوقوف على أوجه الاتفاق والاختلاف بين مدونة الأسرة وقوانين البلدان المستقبلة للمهاجرين، والاتفاقيات الثنائية، والمواثيق الدولية.

صعوبات البحث:

تواجه الباحث في سبره لموضوع البحث الكثير من المشكلات والصعوبات والتي تعيقه من إنجاز بحثه العلمي . فمنها ما هو مرتبط بالأساس بمرحلة الانتقال بالأهداف من التنظير إلى التطبيق، ومنها ما هو مرتبط

بطبيعة التنزيل، وهو عام في أغلب الأبحاث، ومنها ما هو مرتبط بطبيعة كل بحث على حدة. كما أن نوع الدراسة يفرض أيضا تحدياته الخاصة.

وباعتبار أن هذا العمل ليس بدعا من الأبحاث، فقد واجهه ما يواجهها من تحديات وصعوبات، أجملها فيما يأتي:

أولا: إنه من المواضيع التي تتسم بالتجدد؛ ومن ثم لابد من متابعة مستمرة ودائمة؛

ثانيا: تستوجب طبيعة الدراسة الخوض في مجموعة من المجالات تتميز بالتشابك والتباعد، لعل أبرزها وأوضحها مجال القانون الدولي الخاص، والذي يعتبر من أعقد فروع القانون الخاص لِاتسامه بالتغير والتجدد والتداخل بفعل ضوابط إسناده المختلفة التي لا تقتصر على قانون بلد واحد بل قوانين بلدان مختلفة ومتناقضة أحيانا، واتفاقيات ثنائية ومواثيق دولية؛

ثالثا: البعد الجغرافي لعينة الدراسة والتي تتواجد خارج أرض الوطن، الأمر الذي يتطلب من الباحث التنقل إلى مكان تواجدها للتواصل المباشر معها وإجراء مقابلات شفوية، وملء استمارات تتعلق بموضوع البحث، وزيارة الهيئات التي تعنى بها، وهو ما عسر خاصة في ظل الجائحة التي أصابت العالم بأسره؛

رابعا :صعوبة الحصول على أحكام وقرارات قضائية في موضوع البحث، بسبب تعقيدات الإجراءات الإدارية.

الدراسات السابقة:

نجد مجموعة من البحوث التي تناولت موضوع الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالخارج، غير أن جلها كان في ظل مدونة الأحوال الشخصية السابقة المختلفة عن مدونة الأسرة. أما بعد صدور المدونة، أي بعد سنة2004م، فجل البحوث تميزت بمعالجة الموضوع من الزاوية القانونية الصرفة.

و ما يميز هذه الأطروحة، اقتصارها على مسألة الطلاق والآثار المترتبة عنه، ومحاولة معالجة الموضوع من زاويتين علميتين مختلفتين وهما الزاوية الفقهية الشرعية، والزاوية القانونية.

وأذكر بعضا مما وقفت عليه من الدراسات التي لها علاقة بموضوع البحث:

- فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، الدكتور محمد الكدي العمراني، ، كتاب مطبوع في جزأين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، طبعة2001م؛
- أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، الدكتور سالم بن عبد الغنى الرافعي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، دار بن حزم، بيروت، لبنان؛
- طلاق المغاربة بأوروبا وإشكالاتها الفقهية والقانونية، محمد اليوبي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الشريعة، وحدة الشريعة والقانون، كلية الشريعة فاس، السنة الجامعية 2004 /2005م؛
- أحكام الأسرة للمغاربة المسلمين بفرنسا، الحبيب عنان، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في الشريعة ،تخصص فقه الأحوال الشخصية كلية الشريعة أيت ملول، السنة الجامعية 2007/2006 م؛
- فقه الأقليات بين التنظير والممارسة، العربي اد ناصر، أطروحة دكتوراه ،جامعة القرويين كلية الشريعة أيت ملول، تاريخ التسجيل 2011م؛
- الزواج المختلط بين مدونة الأسرة وقانون البلد المضيف، عائشة الفتى، أطروحة لنيل الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة القاضي عياض، مراكش، الموسم الجامعي 2014/2013م.

خطة البحث:

بدأت البحث بالتطرق للجهاز المفاهيمي المرتبط بموضوع الدراسة والمتمثل في الأحوال الشخصية والجالية مع ذكر التطور التاريخي عند الاقتضاء.

كما عالجت هذه القضايا من المنظور القانوني التي تصل إلى حد التقابل والتناقض أحيانا لتباين الخلفيات بين القوانين الغربية العلمانية، والقوانين الوطنية التي تجعل المرجعية الإسلامية؛ خاصة في مجال الأسرة؛ المرجع الأساس، وهو ما أسس لتنازع النظام القانوني بين المنظومتين المتباينتين.

ولما كانت الأحكام القضائية هي التنزيل العملي للمقررات التشريعية، كان لابد من الوقوف على العمل القضائي سواء في البلد الأصلي وهو المغرب أو في بلدان الإقامة، وهو ما سيمكن من معرفة مدى مواكبتها لحاجات الناس في إحقاق الحقوق ورفع المظالم.

كما قدمت من خلال هذا البحث بعض الحلول لتجاوز إشكالات الجالية المغربية في الخارج في مسائل قضايا الطلاق أو على الأقل التخفيف من حدتها، والمتمثل في الطلاق الاتفاقي كحل من داخل المدونة، أو تطليق المراكز الإسلامية كنموذج حقق نتائج طيبة في البلدان المطبق فيها.

وعموما واستحضارا لأهداف البحث و منهجيته؛ بنيت خطة البحث كالتالي:

مقدمة عرفت فيها بموضوع الأطروحة، وبينت أسباب اختياري له وكذلك أهميته والأهداف المتوخاة من البحث، وأهم الصعوبات التي واجهتني أثناء إعداده، ثم الدراسات السابقة في الموضوع، وبعد ذلك سردت مراحل البحث والتصميم الذي انتهيت إليه. وأردفت المقدمة بمدخل تمهيدي مهدت به للموضوع الرئيسي، تطرقت فيه إلى بعض المفاهيم والأحكام المرتبطة بالجالية وموضوع الأحوال الشخصية.

وقسمت الدراسة إلى بابين: الباب الأول المعنون بطلاق المغاربة بالخارج أحكام وإكراهات، واشتمل على فصلين: تناولت في الفصل الأول حكم الطلاق الصادر عن المحاكم الأجنبية، وتحته مبحثان: خصصت أولهما للحديث عن أحكام الطلاق بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية الأجنبية؛ و خصصت الثاني لحكم الطلاق الصادر عن المحاكم الأجنبية.

أما الفصل الثاني فتطرقت فيه إلى طلاق المغاربة بالخارج في مواجهة القضاء الأوروبي، من خلال مبحثين: خصصت الأول للمقتضيات القانونية الوطنية والأجنبية المتعلقة بالجالية المغربية بالخارج؛ أما المبحث الثاني فتناولت فيه بالدراسة مؤسسة الطلاق (انحلال الزواج بالإرادة المنفردة) أمام القضاء الأوروبي.

وفي الباب الثاني والذي عنونته بإشكالات الطلاق وآثاره وجهود مدونة الأسرة أمام القضاء الأوروبي. فهو الآخر مكون من فصلين: تناولت في الفصل الأول إشكالات الطلاق وآثاره، واشتمل على مبحثين: المبحث الأول حول الإشكالات المرتبطة بالطلاق. أما المبحث الثاني فتناولت فيه نظيرتها المرتبطة بآثار الطلاق.

وخصصت الفصل الثاني للحديث عن جهود مدونة الأسرة في تقوية القانون المغربي أمام القضاء، وذلك من خلال مبحثين أيضا: سقت في المبحث الأول الطلاق الاتفاقي كنموذج من جهود المشرع المغربي في تقوية مركز القانون المغربي أمام القضاء الأوروبي. و تطرقت في المبحث الثاني للمراكز الإسلامية كنموذج عملي تطبيقي من خارج مدونة الأسرة.

وذيلت البحث بخاتمة استعرضت فيها النتائج المتوصل إليها حول الموضوع والخلاصات، والاقتراحات التي بدت لي ذات أهمية لتجاوز الإشكالات، وختمته بلائحة المصادر و المراجع المعتمدة.

مدخل تمهيدي:

لا شك أن تحديد المصطلحات والمفاهيم ومعرفة خلفياتها الفكرية و تطورها التاريخي، يعتبر أمرا في غاية الأهمية؛ لذلك مهدت لبحثي بمدخل يروم تحديد الدلالة الحقيقية لأهم المفاهيم الأساسية في موضوع البحث، وبيان الخلفية الفكرية لها سواء في المنظومة الإسلامية أو المنظومة الغربية.

أولا: مصطلح أو مفهوم الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي والتشريع الغربي

1- مفهوم الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي

قصد الإلمام والإحاطة بهذا المفهوم، سأحاول تناوله من خلال ثلاث محددات أساسية : بدءا بالمحدد اللغوي ، فالمحدد الفقهي، ثم أختم بالمحدد القانوني.

أ- المحدد اللغوي:

❖ باعتباره مركبا إضافيا:

يتركب من كلمتين: الحال و الشخصية. فكلمة "الحال" في اللغة "يقال: حال يحول حولاً. وحال [الرجل] في متن فرسه [يحول] حؤولاً، [إذا] وثب عليه، وأحال أيضاً. وحال الشخصُ يحول، [إذا تحرك] . و كذلك كل متحولٍ عن حاله."[1]. وقيل أيضا : "وكذلك تركتهم صرعين : أي ينتقلون من حال إلى حال"[2]. ومن ثم فحال الإنسان هو ما يختص به من أموره المتغيرة سواء الحسية منها أو المعنوية.

وأما تعريف "الشخص" في اللغة فيطلق" على كل جسم له ارتفاع وظهور"3. وقيل أيضا: "شخص الشخص سواد الإنسان إذا رأيته من بعيد ، وجمعه شخاص وشخوص . والشخوص ارتفاع ، شخص الجرح إذا ورم"[4]

---

[1] مجمل اللغة ،لابن فارس ،مادة (حول) ،ج1،ص258، الطبعة الثانية - 1406 هـ - 1986 م ، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة – بيروت.

2 المحيط في اللغة، أبو القاسم الطالقاني، مادة (صرع) ،ج1،ص330، الطبعة الأولى ،تحقيق: الشيخ محمد حسن آل ياسين، عالم الكتب - بيروت - لبنان - 1414هـ -1994 م.

3 تاج العروس من جواهر القاموس، المرتضى الزبيدي ، مادة (شخص) ،ج9،ص295 ، الطبعة الأولى /1414 هـ ، دار الفكر – بيروت.

[4] المحيط في اللغة، أبو القاسم الطالقاني ،مادة (شخص)،ج4،ص218.

فمفهوم الشخص يرتكز على الجوانب الظاهرة في تحديد الشخص، وتدور معانيه حول السواد، واللون، والظهور، والارتفاع، والضخامة، وغير ذلك مما هو موجود في معاجم اللغة العربية.

❖ باعتباره اللقبي العلمي

تعددت التعاريف المقدمة لمفهوم الأحوال الشخصية، وأذكر منها :

- "الأحوال الشخصية هي الأحكام والمبادئ والمسائل المنظمة للعلاقات داخل الأسرة، بما يشمل أحكام الخطبة والزواج، والمهر، ونفقة الزوجة وواجباتها تجاه زوجها، والطلاق وتفريق القاضي بين الزوجين والخلع والنسب والرضاع وحضانة الأولاد والميراث والوصية والوقف. وتتضمن مسائل الأحوال الشخصية بعض الأمور المالية كالميراث "[1]؛

- وعرفته مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة: "الأحوال الشخصية هي حالة الشخص كإنسان، وما يعرض لها من نشاط في هذا الميدان، كالزواج وما ينشأ عنه من مصاهرة ونفقة الزوجة والأولاد وحضانتهم، وما ينشأ عن انحلال الرابطة الزوجية "الطلاق" من نفقة المطلقة وكالئ الصداق، والمتعة وحضانة الأولاد، وما ينشأ عن الوفاة من إرث ووصية، فكل النزاعات التي تنشأ عن هذا النشاط تدخل ضمن مفهوم الأحوال الشخصية[2].

ويبقى أشهر تعريف هو ما جاءت به محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 06/21م/1934 بقولها: " المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب عليها القانون أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى، وكونه متزوجا أو

1 موسوعة المفاهيم الإسلامية العامة، المؤلف المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، مصر، ج1، ص8.

[2] مدونة الأحوال الشخصية مع آخر تعديلات ظهير 10-9-1993. ظهير شريف معتبر بمثابة قانون رقم 1.93.347 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتغيير وتتميم بعض فصول مدونة الأحوال الشخصية.

أرملا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا، أو كونه كامل الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو لسفه أو ذي غفلة ،أو عديمها لعته أو جنون"[1]

ب المحدد الفقهي:

اهتم فقهاء المسلمين بقضايا الأسرة اهتماما كبيرا ؛ يشهد لذلك ما أثلوه رحمهم الله تعالى من كتب ومؤلفات، وبالرجوع إلى هذه الأخيرة فإننا لا نكاد نجد لهذا المصطلح "الأحوال الشخصية" ذكرا . إذ كان المعهود عند فقهاء المسلمين السابقين تسمية القضايا المتعلقة بالأسرة بأسماء خاصة، وهي: كتاب النكاح وكتاب الطلاق وكتاب الوصية وكتاب المواريث أو الفرائض؛ أو جعلها في إطار أبواب، وليست كتبا، كباب النكاح وباب الطلاق.. وهكذا.

لكن مع الغزو الثقافي والفكري الغربي الجامح؛ تأثر المحيط العربي الإسلامي بمجموعة من الألفاظ والمصطلحات الأجنبية الوافدة إلى العالم العربي مع القوانين الأجنبية، خاصة مع توالي الحملات الغربية على كثير من الدول العربية كمصر والمغرب؛ فظهر مصطلح الأحوال الشخصية.

ولعل أول من استعمل هذا المصطلح في الفقه الإسلامي الفقيه المصري محمد قدري باشا؛ وذلك في مطلع القرن العشرين (1886م) " فقد وضع مجموعة فقهية سماها" الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية "تمثل الراجح من المذهب الحنفي تضمنت أحكام الوصية والزواج والأهلية والميراث..."[2]

وشاع هذا الكتاب وانتشر في أكثر الأقطار العربية والإسلامية فشاع معه مصطلح" الأحوال الشخصية " وانتشر انتشارا كبيرا، سواء بين الفقهاء أو القانونيين.

[1] مفهوم الأحوال الشخصية وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، د حبار أمال، ص187. مجلة تنوير للدراسات الأدبية والإنسانية ،العدد الثالث شتنبر 2017.

[2] قانون الأحوال الشخصية السوري، عبد الرحمن الصابوني، ج 2، ص6، الطبعة الأولى، المطبعة الجديدة، دمشق.

وقد ظهرت كتب كثيرة بهذا الاسم أو ما هو قريب منه بعد ذلك، نذكر منها: كتاب" الأحوال الشخصية " للشيخ محمد أبي زهرة، وكتاب " الأحوال الشخصية لغير المسلمين "لأحمد سلامة، و كتاب " الأحوال الشخصية " لأحمد إبراهيم وغير ذلك من الكتب المشهورة.

بل صدرت قوانين وتشريعات عربية كثيرة بهذا الاسم منها: " قانون الأحوال الشخصية المصري"[1] و" قانون الأحوال الشخصية السوري"[2]، و"مجلة الأحوال الشخصية التونسية"[3] ، و"مدونة الأحوال الشخصية المغربية"[4] وغيرها.

وبالتالي، فإن مصطلح الأحوال الشخصية مصطلح حادث ومبتدع لم يعرفه الفقه الإسلامي قديما، فهو مصطلح غربي دخيل على البلدان الإسلامية والفقه الإسلامي.

إلا أن هذا، لا يعني أن مضمون مصطلح الأحوال الشخصية حديث عهد بالفقه الإسلامي؛ بل هو قديم قدم التشريع الإسلامي. وقد وردت مفرداته ومشتملاته في القرآن الكريم والسنة النبوية وسائر المذاهب الفقهية، ولكن تحت أسماء أخرى مغايرة كما أشرت إلى ذلك سابقا.

ج- المحدد القانوني: الأحوال الشخصية في التشريع المغربي

كانت الشريعة الإسلامية منذ دخول الإسلام إلى المغرب مرجع المغاربة في سائر مجالات حياتهم، فابتداء من القرن الثالث الهجري أخذ المغاربة بالمذهب المالكي وتمسكوا به، إن على مستوى العبادات أو على مستوى الأحكام. وكان القضاة المغاربة يفصلون في القضايا المعروضة عليهم، ومنها ما يتعلق بالأحوال الشخصية من زواج وطلاق وإرث حسب ما ورد عن أئمة المذهب، أو حسب الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى؛ كل ذلك من خلال القواعد المتضمنة في أمهات كتب المذهب، وخاصة شروح

---

[1] قانون الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985.

[2] القانون 59 لعام 1953 قانون الأحوال الشخصية، نشر بتاريخ07-09-1953 .

[3] وصدرت مجلة الأحوال الشخصية بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 13 أوت 1956 المنشور بالرائد الرسمي عدد 66 بتاريخ 17 أوت 1956 والتي دخلت حيز التطبيق بداية من غرة يناير 1957.

[4] صدرت مدونة الأحوال الشخصية بموجب 5 ظهائر، أولها في نونبر 1957 وآخرها في أبريل 1958، سبقها إلى الوجود ظهير 19 غشت1957 .

مختصر خليل ،وغيرها كالموطأ، والمنتقى والمدونة الكبرى، وفي ذلك يقول القاضي عياض رحمه الله تعالى: " وأما أفريقية وما وراءها من المغرب فقد كان الغالب عليها في القديم مذهب الكوفيين، إلى أن دخل علي بن زياد وأبن أشرس والهلول بن راشد، وبعدهم أسد بن الفرات وغيرهم بمذهب مالك فأخذ به كثير من الناس ولم يزل يفشو إلى أن جاء سحنون فغلب في أيامه..."[1]

وقد تميزت هذه الفترة بعدم تدوين قواعد الفقه في كتاب واحد. واستمر الحال على ذلك إلى أن تم صدور مدونة الأحوال الشخصية في 17 غشت 1957م، والذي عرف مراحل مختلفة وكان لكل مرحلة ما يميزها عن غيرها، ويمكن حصرها في:

❖ <u>المرحلة الأولى: فترة الحماية</u>

قامت الدولة الاستعمارية بمجموعة من الإجراءات، حاولت من خلالها القضاء على ما تبقى للدولة المغربية من روابط تربطها بماضيها. من بينها:

- ✓ إصدار عدة مناشير وقوانين قصد تضييق نطاق القضاء المغربي وحصره في مجال الأحوال الشخصية؛
- ✓ إصدار ما سمي ب"الظهير البربري"[2] الذي استهدفت من خلاله إخراج طائفة كبيرة من المسلمين عن أحكام الشريعة الإسلامية، فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية؛
- ✓ إنشاء ما سمته "المحاكم العرفية"[3]، وإخضاع أبناء المناطق الجبلية للأحكام الصادرة عن هذه المحاكم، وهي أحكام بعيدة عن الشرع، ومن أمثلة هذه الأحكام أن :"المرأة لا ترث" بنتا كانت أو زوجة أو أما أو أختا.

[1] ترتيب المدارك وتقريب المسالك، أبو الفضل القاضي عياض، ج1 ،ص22، الطبعة الأولى، مطبعة فضالة - المحمدية، المغرب.

[2] هو قانون أصدره الاحتلال الفرنسي للمغرب في 17 ذي الحجة1340 هـ 16/مايو1930 م .و نص هذا الظهير على جعل إدارة المنطقة البربرية تحت سلطة الإدارة الاستعمارية، فيما تبقى المناطق العربية تحت سلطة "حكومة المخزن" والسلطان المغربي.

[3] أنشأت بمقتضى 11ظهيرشتنبر1914

❖ المرحلة الثانية: فترة الاستقلال

بعد حصول المغرب على الاستقلال؛ قام المغفور له محمد الخامس بإنشاء جهاز قضائي، حيث أصدر ظهيرا شريفا بتاريخ 19غشت 1957م، أحدث بمقتضاه لجنة لوضع أحكام الفقه الإسلامي، ثم مرسوما بتاريخ 21غشت 1957م عين بمقتضاه مجموعة من الفقهاء أعضاء في هذه اللجنة؛ التي كان من ثمارها المصادقة على العدد الأول من هذا القانون والمتعلق بالأحوال الشخصية، فتم إصدار المدونة في ستة كتب. وتوالت التعديلات على هذه المدونة إلى أن تم صدور القانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة[1]

و باستقرائنا سواء لقانون الأحوال الشخصية الملغاة أو مدونة الأسرة الحالية، نجد أن المشرع المغربي إن سكت عن إعطاء تعريف للأحوال الشخصية؛ فقدحصر نطاقها في المواضيع التي نظمتها مدونة الأسرة وهي كالتالي:

- الكتاب الأول: الزواج؛
- الكتاب الثاني: انحلال ميثاق الزوجية وآثاره؛
- الكتاب الثالث: الولادة ونتائجها؛
- الكتاب الرابع: الأهلية والنيابة الشرعية؛
- الكتاب الخامس: الوصية؛
- الكتاب السادس: الميراث.

" وعليه فإن قانون الأحوال الشخصية في نظرنا يتمثل في مجموع القواعد القانونية التي تحكم الزواج والطلاق والولادة ونتائجها والأهلية والنيابة الشرعية والوصية والميراث (مدونة الأسرة) بالإضافة إلى قانون الحالة المدنية. وهكذا يكون قانون الأحوال الشخصية في مفهومه العام والشامل أوسع نطاقا من مدونة الأسرة."[2]

[1] ظهير شريف رقم 22-04-1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، نشر بالجريدة الرسمية عدد 84-51 بتاريخ 5فبراير 2004.ص 418.

[2] شرح مدونة الأسرة، الدكتور محمد الكشبور ، ج1، ص44، الطبعة الأولى2006.

2- مصطلح الأحوال الشخصية في التشريع الغربي

بعد أن تحدثت عن مصطلح الأحوال الشخصية ومدلوله ونشأته في التشريع الإسلامي في الفقرات السابقة. سأنتقل للحديث عنه في التشريع الغربي. من خلال :

أ- الناحية النظرية و الاصطلاحية:

كان الفقه الإيطالي هو أول من ابتدع هذا المصطلح وذلك في القرنين الثاني عشر والثالث عشر الميلاديين، ويرجع سبب ظهوره في هذه الفترة إلى" بروز مشكلة تنازع القوانين وذلك نتيجة تبلور نظامين قانونيين هما: القانون الروماني الذي كان له التطبيق العام في إيطاليا كلها، والقانون المحلي الذي كان يطبق في مدينة معينة أو مدن معينة دون الأخرى تتمتع باستقلال نسبي"[1]. وتمييزا لهذين النظامين لجأ القانون الروماني إلى "إطلاق لفظ حال على القانون المحلي، وقام بتقسيم هذه الأحوال إلى قسمين: الأحوال العينية وهي التي تتعلق بالأموال، والأحوال الشخصية وهي التي تتعلق بالأشخاص.

و بعد ذلك أخذت القوانين الغربية بهذا التقسيم وطورته خاصة المدرسة الفرنسية، حيث أصبح يطلق مصطلح الأحوال الشخصية على تلك القواعد الخاصة بالروابط الشخصية في مقابل الأحوال العينية المتعلقة بالأموال."[2]

ب- الناحية التاريخية:

ارتبطت نشأة مصطلح الأحوال الشخصية بنشأة مشكل "تنازع القوانين" والذي "لم يظهر إلى الوجود ويتكامل إلا بعد قيام أحوال وظروف تاريخية ساعدت على قيامه في العلاقات القانونية الخاصة الدولية وظهور

[1] دراسات أحكام الأسرة للأحوال الشخصية للمواطنين غير المسلمين، أحمد سلامة، ص26-28، بتصرف، الطبعة 2، دار الفكر الغربي.
[2] دراسات أحكام الأسرة للأحوال الشخصية للمواطنين غير المسلمين ،أحمد سلامة، ص26-28 .بتصرف.

نظريات مختلفة لحل هذا النزاع، تحت ضغط تزايد العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي"[1]. وذلك في العهود الأولى للإمبراطورية الرومانية.

وهكذا فإن قواعد تنازع القوانين لم تظهر بصورة فجائية، إذ مع ازدهار الفتوحات خضعت الكثير من البلدان والشعوب لسلطان أباطرة روما، وقد حدث تطور في هذه المرحلة حيث لم يعد ينظر إلى أهالي تلك البلاد على أنهم أعداء، بل صاروا مجرد أجانب غرباء لهم شخصية وأهلية قانونية تسمح لهم بتأمين حمايتهم وفقا لنظام الاستجارة أو الضيافة، والدخول معهم في روابط وعلاقات اقتصادية واجتماعية[2]. فبموازاة ضغط تزايد العلائق بين القوانين المختلطة، ونقصد بها تلك المشوبة بعنصر أجنبي؛ ظهرت بصورة تدريجية قواعد تنازع القوانين.

فقد كانت الإمبراطورية الرومانية مثلا تحتوي ثلاثة طوائف مختلفة من حيث الدرجة: حيث نجد المواطنين الرومانيين، واللاتين، والأجانب، وتبعا لذلك اختلفت في القانون المطبق على كل طائفة من هذه الطوائف. فأما الرومان واللاتين فقد طبق عليهم القانون المدني الروماني لكونهم كانوا أعلى درجة من الأجانب، أما الطائفة الأخيرة فيمكن التمييز فيها بين طائفتين: الطائفة الأولى يعترف لهم ببعض الحقوق والضمانات، ويخول لهم الخضوع لقوانينهم الوطنية الأصلية في شأن أحوالهم الشخصية أو روابطهم الأسرية، لانتمائها إلى مدن غير رومانية ترتبط مع روما بمعاهدات دولية. و الطائفة الثانية من الأجانب، تنتمي لمدن لا ترتبط مع روما بمعاهدات دولية. و من ثم لا يسمح لهم بتطبيق قانونهم الوطني إلا في أضيق الحدود وبناء على ترخيص مسبق من الإمبراطورية الرومانية .

لكن هذا الوضع سيتغير بالنسبة للأجانب سنة 242 قبل الميلاد، فنتيجة تطور العلاقات التجارية والاقتصادية؛ ابتكرت روما ما يسمى" بقانون الشعوب"، الذي هو أدنى مرتبة من القانون الروماني. و استهدف هذا القانون تنظيم مسائل الأحوال الشخصية لهذه الطائفة من جهة، ومن جهة ثانية تنظيم العلاقات

[1] القانون الدولي الخاص، غالب علي الداودي ، حسن محمد مهداوي، ج1،ص39، وزارة التعليم والبحث العلمي الجمهورية العراقية / قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص ،محمد دوفضيل، مجلة روح القوانين ، ص17،العدد 95 ، إصدار يوليو 2021.

[2] .القانون الدولي الخاص 2 ، مجد الدين خربوط ، ص40، طبعة 2008، مديرية الكتب المطبوعات الجامعية ،سوريا.

التجارية التي تربط سواء بين الرومان والأجانب أو اللاتين والأجانب. واصطلح على هذه العلاقات بالعلاقات المدنية المختلطة. فظهر التطبيق الأولي لقانون أجنبي في روما قبل معرفة ما يسمى بتنازع القوانين .

و هكذا فتحت روما الباب إلى التنازع بين القانون الروماني وقوانين الأجانب؛ لما سمحت للأجانب والغرباء بتطبيق قوانينهم الوطنية خاصة ما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، فكان من نتائج هذا الوضع ظهور فكرة شخصية القوانين. و التي بدأ يكثر تطبيقها بعد غزو القبائل الجرمانية للبلاد الرومانية، خاصة وأن هذه الأخيرة حملت معها قوانينها الخاصة التي ترتبط بالسكان لا بالأقاليم. فظهرت أنظمة قانونية مختلفة تتنازع لحكم علاقة قانونية مختلفة بعناصرها، فتم الاستناد إلى تبني قاعدة شخصية القوانين بصفة مطلقة قصد حل التنازع. فالرومانيون طبق عليهم القانون الروماني، وكل شخص من تلك القبائل أخضعت علاقاته القانونية لقانون القبيلة التي ينتسب لها. وبهذا الشكل طغت شخصية القوانين التي قضت على كل تنازع بين القوانين، لأن القانون الواجب التطبيق قد عين سلفا بالقانون الشخصي.[1]

وفي العصور الوسطى، أو ما عرف أيضا بالعهد الإقطاعي؛ فتميز باندماج سكان مختلف الشعوب ضمن الإقليم الواحد، فتوحدت العادات والنظم القانونية وأصبح الأفراد يتميزون لا بأصولهم بل بمكان إقامتهم[2]. فظهر ما يسمى "بالإقليمية المطلقة" وذلك نتيجة استقرار القبائل الفاتحة وتمسك كل رئيس إقليم أو قبيلة بسلطته الإقليمية التامة في إقليمه، مع فرض أنظمته على جميع الأشخاص المقيمين في إقليمه بما فيهم الأجانب. فلم يسمح بتطبيق قانون آخر غير القانون الإقليمي، مما يعني عدم بروز مشكلة تنازع القوانين.

لكن الأمر لم يكن كذلك في شمال إيطاليا بسبب ضعف الإقطاع ونشوء مدن مستقلة نسبيا تكونت فيها أنظمة محلية متعددة ومختلفة، هذا إضافة إلى العامل الأساسي المتمثل في انتشار العلاقات التجارية بين أبناء هذه المدن. وبازدياد وانتشار هذه العلاقات التجارية المتشابكة ظهرت قواعد تنازع القوانين مرة أخرى.

[1] القانون الدولي الخاص ، حسن الهداوي، ص30، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان.

[2] القانون الدولي الخاص، سعد يوسف البستاني، ص70، الطبعة الأولى 2004، منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان.

و لدراسة القانون الواجب التطبيق عند التنازع وجد علماء إيطاليا أنفسهم أمام مبدأين: مبدأ "شخصية القوانين" ومبدأ "إقليمية القوانين"، ولكل منهما نواقصه وعيوبه، وهو ما دفع بالإيطاليين إلى التخلي عنهما معا، والبحث عن حل مشترك يحقق العدالة ويضمن الحقوق المكتسبة.

ولأجل تحقيق هذا الهدف طبقوا ما يسمى "بالإقليمية النسبية"، وذلك بالأخذ بمبدأ "إقليمية القوانين" وفي نفس الوقت الاستعانة بمبدأ "شخصية القوانين"، أو بعبارة أخرى الاعتماد على معايير تستند إلى "الإقليمية النسبية" ومعايير أخرى تستند إلى "الشخصية النسبية". وعلى هذا المنوال ظهرت عدة نظريات ومدارس- ابتداء من القرن الثاني- حاولت إيجاد حل لمسألة تنازع القوانين على غرار ما فعله هؤلاء الفقهاء[1].

ثانيا: مفهوم الجالية و الأقلية المسلمة

سأحاول بيان مدلول هذا المفهوم من خلال أربع محددات أساسية، بدءا بالمحدد اللغوي، مثنيا بالمحدد الفقهي، فالمحدد القانوني، منتهيا بالمحدد التاريخي.

1- المحدد اللغوي

يقول ابن فارس " جلى ببصره، [إذا رمى ببصره] . وجلا القوم عن موضعهم جلاء، وأجليتهم إجلاء. وجلا لي الخبر جلاء، إذا وضح. "[2]. و "الجلاء ممدود : أن يجلو قوم عن بلادهم ، أي يتحولون عنها ويدعونها ، يقال : أجليناهم عن بلادهم وأجلوا : أي تنحوا . والجالية : هم أهل الذمة ، والجميع الجوالي . وجلى الرجل عن بلده . واستعمل فلان على الجالة والجالية . ويقال للقوم إذا كانوا مقبلين على شيء محدقين به ثم أفرجوا عنه قيل : أجلوا عنه"[3].

وقيل إن الجالية هم : " الذين جلوا عن أوطانهم وجماعة من الناس تعيش في وطن جديد غير وطنهم الأصلي"[4].

---

[1] القانون الدولي الخاص، حسن الهداوي ، ص 30 وما بعدها، بتصرف.

2 مقاييس اللغة، ابن فارس ، مادة (جلو) ،ج1،ص193، المحقق: عبد السلام محمد هارون ،دار الفكر 1399هـ - 1979م.

[3] المحيط في اللغة، الطالقاني، مادة (جلو) ،ج7،ص178.

4 المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مادة (جلى)، ج1،ص132 ، دار الدعوة.

أما الأقلية مأخوذة من " القلة خلاف الكثرة والقل خلاف الكثر وقد قل يقل قلة وقلا فهو قليل وقلال وقلال بالفتح عن ابن جني وقلله وأقله جعله قليلا وقيل قلله جعله قليلا[1]، والأقلية خلاف الأكثرية[2]. قال تعالى: ﴿ وَاذْكُرُوٓاْ إِذْ كُنتُمْ قَلِيلًا فَكَثَّرَكُمْ ﴾[3]. "وقد يعبر عن القلة عن العدم، فيقال: قليل الخير أي لا يكاد يفعله"[4]. و"رجل قل بالضم: فرد لا أحد له"[5]، "وقلل من الناس بضمتين: ناس متفرقون من قبائل شتى فإذا اجتمعوا جمعا فهم قلل"[6]

وقد ورد مفهوم القلة في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم بمعناه اللغوي الدائر حول القلة والكثرة العدديتين، في مثل قوله تعالى ﴿ وَاذْكُرُوٓاْ إِذْ كُنتُمْ قَلِيلًا فَكَثَّرَكُمْ ﴾[7]، وفي قوله عز وجل: ﴿ وَاذْكُرُوٓاْ إِذَ اَنتُمْ قَلِيلٌ مُّسْتَضْعَفُونَ فِي اِلَارْضِ تَخَافُونَ أَنْ يَتَخَطَّفَكُمُ ٱلنَّاسُ فَـَٔاوِىٰكُمْ وَأَيَّدَكُم بِنَصْرِهِۦ وَرَزَقَكُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾[8]، جاء معنى القلة في سياق التذكير بالنعمة وإظهار الفضل والمنة. أما في قوله تعالى: ﴿ وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَ ٱلنَّاسِ لَايَعْلَمُونَ ﴾[9]، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَمَآ أَكْثَرُ ٱلنَّاسِ وَلَوْ حَرَصْتَ بِمُؤْمِنِينَ ﴾[10]، فارتبط مفهوم الكثرة بقلة الإيمان والعلم.

"فالأكثرية والأقلية يستخدمان بمعنى الكثرة العددية، والقلة العددية، فقط لا غير، دونما أية ظلال مفهومية لصيقة بالكثرة أو القلة، وإنما العبرة بالمعايير التي تجتمع عليها وتؤمن بها وتنتمي إليها الأكثريات

---

1 لسان العرب، ابن منظور، مادة (قلل)، ج11، ص563، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ ، دار صادر - بيروت.

2 المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مادة (قلل)، ج2، ص 756.

3 سورة الأعراف الآية 86 .

4 تحاكم الأقلية المسلمة أمام القضاء الأجنبي، د محمد عبد الصمد إبراهيم، ص5.

5 القاموس المحيط، الفيروز أبادى ، مادة (قل)،ج1،ص1049، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثامنة، 1426 هـ - 2005 م ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان.

6 معجم متن اللغة، أحمد رضا، مادة (ق ل ل)، ج4، ص639، دار مكتبة الحياة – بيروت، 1379 هـ - 1960 م.

7 سورة الأعراف الآية 85.

8 سورة الأنفال الآية 26.

9 سورة الأعراف الآية 187.

10 سورة يوسف الآية103.

والأقليات، فالمدح والذم، والإيجاب والسلب، والقبول والرفض إنما هو للمعايير والمكونات والهويات والمواقف، ولا أثر في ذلك للكثرة أو القلة العددية"[1].

2- المحدد القانوني:

اختلف في تعريف مفهوم الأقليات، تبعا إما للخلفية الفكرية والحضارية للذي يقدم المفهوم، أو لاختلاف المنظمة المعنية بحقوق الأقليات، هل هي منظمة إقليمية أو محلية؟ وأذكر منها:

- "مجموعة من سكان قطر أو إقليم أو دولة ما تختلف عن الأغلبية في الانتماء الأمني أو اللغوي أو الديني" أو هي "مجموعة من الناس يعرفون بمحددات عرقية وطنية أو ثقافية أو دينية" حسب اسبيرون ايدي Asbjiron Eide المقرر الخاص للجنة الفرعية المكلفة بمكافحة التمييز وحماية الأقليات[2].
- وهناك من عرف الأقلية حسب المعيار العددي وذلك بالرجوع إلى مفهوم الأقلية من الناحية اللغوية : "مجموعة من الأفراد داخل الدولة وتختلف عن الأغلبية من حيث الجنس أو العقيدة أو اللغة"[3].
- وهناك من عرفها تبعا للمعيار السياسي باعتبار أن الأقلية هي جماعة غير مهيمنة سياسيا، فهذا الاتجاه لم يركز على الجانب العددي بل ركز على علاقات القهر والسيطرة بين الأغلبية والأقلية. فإن الأقلية "هي جماعة من الأشخاص تتمتع بجنسية الدولة، ولها مميزات خاصة بها تميزها عن باقي أفراد المجتمع"[4]، ولكنها في وضع غير مهيمن وغير مسيطر من الناحية السياسية والاقتصادية[5].

---

[1] الإسلام والأقليات الماضي والحاضر والمستقبل، الدكتور محمد عمارة، ، ص7، الطبعة الأولى 2003م.

[2] تحاكم الأقليات المسلمة أمام القضاء الأجنبي ،د محمد عبد الصمد إبراهيم ، ص21.

[3] الصراعات العرقية واستقرار العالم المعاصر، دراسة في الأقليات والحركات العرقية، أحمد وهبان، ص78، الطبعة 2، دار الجامعة الجديد 1999م.

[4] الصراعات العرقية واستقرار العالم المعاصر، أحمد وهبان، ص79.

[5] تحاكم الأقليات المسلمة أمام القضاء الأجنبي، د محمد عبد الصمد إبراهيم، ص24.

- وهناك اتجاه زاوج بين المعيارين حيث اعتبر الأقلية "جماعات لها وضع اجتماعي داخل المجتمع أقل من وضع الجماعات المسيطرة في المجتمع نفسه، وتمتلك القليل من القوة والنفوذ، وتمارس عدد أقل من الحقوق مقارنة بالجماعات المسيطرة في المجتمع"[1].
- "كل جماعات تعيش خارج حدود الدولة التي تنتمي إليها، بحيث يتمتع جميع أفراد الجماعة بما يسمى اليوم بالجنسية"[2].
- "مجموعة من سكان قطر أو إقليم أو دولة ما تخالف الأغلبية في الانتماء العرقي أو اللغوي أو الديني، دون أن يعني ذلك بالضرورة موقفا سياسيا متميزا"[3].
- وفي العرف الدولي مئات من رعايا دولة من الدول تنتمي من حيث الجنس أو اللغة أو الدين إلى غير ما تنتمي إليه أغلبية رعاياها[4].

مما سبق يمكن أن نستنتج الفرق بين الجالية والأقلية؛ فإذا كانت الأولى فئة من الناس خرجت من بلدها الأصلي لدوافع مختلفة، ثم استقرت في بلد آخر شكلت فيه مجموعة أطلق عليها فيما بعد اسم "أقلية". فالأقلية قد تكون من أبناء البلد الأصلي غير أنها تتميز عن بقية السكان في خاصية أو مجموعة من الخصائص.

و رغم أن هناك فرق جوهري بينهما إلا أن المصطلحين في العرف المعاصر يعدان مصطلحان مترادفان.

3- المحدد الفقهي:

لم يكن مصطلح الأقليات المسلمة معروفا ولا متداولا عند الفقهاء المتقدمين، فهو مصطلح حديث "وافد من المفاهيم الغربية منذ احتكاك حضارتنا الإسلامية والحضارة الغربية في العصر الحديث "[5]. لكن يمكن استنتاج تعريف لهذا المصطلح من خلال ما أورده الفقهاء المعاصرون في مؤلفاتهم ،أذكر منها:

---

[1] أزمة الأقليات في الوطن العربي، حيدر إبراهيم علي وميلاد حنا ،ص24، الطبعة الأولى 2002م ، دمشق دار الفكر.

[2] الأحكام السياسية للأقليات في الفقه الإسلامي، سليمان محمد توبلياك ،ص27، ، الطبعة الأولى سنة1997م، دار النفائس.

[3] موسوعة السياسة، عبد الوهاب الكياني، ج1، ص244، الطبعة الأولى سنة1987م، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت.

[4] القاموس السياسي، أحمد عطية الله، ص96، الطبعة 2 سنة 1968م، دار النهضة العربية القاهرة.

[5] القاموس السياسي، أحمد عطية الله، ص7.

- ✓ "الأقلية المسلمة هي كل مجموعة بشرية تعيش بين مجموعة أكبر منها، وتختلف عنها في كونها تنتمي إلى الإسلام، وتحاول بكل جهدها الحفاظ عليه"[1].
- ✓ "كل جماعة مسلمة من الناس تختلف عن باقي الجماعات الأخرى في الدين وتعيش داخل دولة ذات سيادة"[2].

ويمكن التمييز بين نوعين من الأقليات المسلمة:

أ- الأقليات المسلمة الأصلية في أوطانها:

والمقصود بهم من أسلم من سكان البلد الأصليين منذ القدم، لكن يعتبرون أقلية بالنظر إلى كون أغلبية سكان البلد من غير المسلمين، كالأقلية المسلمة في الهند مثلا.

ب- الأقليات المسلمة الوافدة أو المتجنسة:

و تتألف من المسلمين الذين هاجروا إلى البلاد غير الإسلامية لأسباب متعددة، وحصلوا على إقامة قانونية بتلك البلاد، وبعضهم حصل على جنسية ذلك البلد، وتمتعوا بمجموعة من الحقوق التي يتمتع بها مواطنوه.

و هو ما أكده المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث في بيانه الختامي لدورته السادسة عشرة على أن المسلمين الذين يعيشون في البلاد الأوروبية هم إما مواطنون قد ضمنت لهم القوانين جميع حقوق المواطنة، ومنها حرية التدين والمحافظة عليه، والتمكين من التعريف به...، وإما مقيمون وعليهم جميعا التقيد بأحكام الشرع وآدابه، وأخلاق أهل الإسلام[3].

---

[1] الأحكام السياسية للأقليات في الفقه الإسلامي، سليمان محمد توبلياك ،ص29.

[2] تغير الفتوى وتطبيقاته في فقه الجالية المسلمة ببلاد المهجر ،محمد غلبان ،ص 68، الطبعة الأولى سنة2017،منشورات مختبر الدراسات والبحوث الفقهية وقضايا الهجرة والأقليات ،كلية الآداب والعلوم الإنسانية –مراكش، المطبعة والوراقة الوطنية.

[3] المجلة العلمية المجلس الأوروبي للإفتاء، العدد10-11،مايو 2007م/جمادى الأولى 1428هـ،ص685.

أخلص من خلال ما سبق ذكره ،أن مصطلح الأقلية مصطلح حديث على الفقه الإسلامي من جهة ، كما أن الاختلاف الحاصل بين التعريفات المقدمة لهذا المصطلح راجع بالأساس لأمرين اثنين، الخلفية الفكرية والحضارية للذي يقدم المفهوم، أو اختلاف طبيعة المنظمة المعنية بحقوق الأقليات.

4- المحدد التاريخي:

تعددت طرق نشوء الأقليات المسلمة بالغرب، نذكر منها:

- ✓ اعتناق بعض أهل بلد من البلدان الدين الإسلامي، حيث يمثلون قلة من السكان؛
- ✓ الهجرة التي يقدم عليها بعض المسلمين نحو بلدان أجنبية لأسباب متعددة قد يكون بعضها اقتصادي "نتيجة تدني مستوى المعيشة في الوطن الأم والازدهار الاقتصادي المتنامي المغري في البلدان الغربية"[1]، وبعضها سياسي وبعضها اجتماعي... ؛
- ✓ احتلال دولة من الدول الإسلامية من قبل دولة أجنبية غير مسلمة، كما هو الحال في الهند، فيسعى المحتل إما لطرد المسلمين من أرضهم أو الإدماج القسري لهم.

وبما أن الأقليات المسلمة من ناحية هي جزء من الأمة الإسلامية لكونها تشمل كل مسلم أيا كان في أنحاء العالم، ومن ناحية أخرى هي جزء من المجتمع الذي تعيش فيه وتنتمي إليه. فإنها تتميز بجملة من الخصائص ،يستحسن ذكرها ،لعل من أهمها :

- ✓ إن نشأة هذه الأقليات المسلمة كانت نتيجة هجرة إجبارية، أو ما يطلق عليهم اليوم مسمى اللاجئين، وإما نتيجة هجرة اختيارية بهدف العمل أو الإقامة، أو بناء على ظروف شخصية... على أن هذه الهجرة الاختيارية وإن كانت قد ارتبطت في بدايتها بأسباب طارئة "مع رغبة أكيدة في العودة إلى الوطن، غير أن تمادي أسباب الهجرة، بالنسبة لوضعه الخاص، يحول هذه الهجرة إلى "استيطان دائم" بل قد تنشأ من الظروف ما يجعل أمر العودة أمرا صعبا، فيتحول إلى مستوطن، خاصة إذا ما اكتسب

[1] فقه الأقليات المسلمة في مسائل الأحوال الشخصية، د امل يوسف عمر القاسمي ، ص23 ، الطبعة الأولى 2014 ،دار النفائس.

جنسية الدولة المقيم فيها، وأصبح حائزا على حقوق المواطن الأصلي"[1]. بل أكثر من ذلك نجدها قد قامت بتشييد مجموعة من المؤسسات الإسلامية كالمساجد والمدارس والمراكز وتصبح هذه بذاتها أسبابا إضافية للاستيطان تضمن في نظره حدودا مقبولة في وجود إسلامي معقول؛

- ✓ أصبحت العلاقات في هذه الجاليات قوية مع دولها الأصلية، "فمن فطرة الإنسان السوي أن يحب الوطن الذي تنسم هواه وتضلع بمائه وتنعم بخيراته واعتز بتراثه "[2]. وهو ما أدركته بعض الدول الإسلامية والمنظمات العالمية الإسلامية؛ فأحدثت مؤسسات تهتم بشؤونهم تعزيزا لهذا الارتباط. فنجد في المغرب مثلا مجموعة من المؤسسات الرسمية التي تهتم بأفراد الجالية، كالوزارة المنتدبة المكلفة بالحالية المغربية المقيمة بالخارج، و مؤسسة الحسن الثاني للجالية المغربية المقيمة بالخارج وغيرها؛
- ✓ الانتقال من مرحلة الشعور بالهوية إلى " مرحلة التفاعل الإيجابي مع المجتمع، فلا مجال في هذه المرحلة للعزلة والانكفاء على الذات، والحذر من مواجهة الآخرين، فقد غدت الأقليات المسلمة واقفة على أرض صلبة، واثقة من نفسها، معتزة بذاتها، قادرة على التعبير عن هويتها، والدفاع عن كينونتها، وإبراز خصائصها، وتقديم ما عندها من رسالة حضارية للبشرية.." [3]
- ✓ حاجة هذه الجالية إلى الدعم في مجموعة من الجوانب بدءا من" الدعم اللغوي الذي يمكن من التواصل مع لغة القرآن"[4]، ثم الدعم التربوي و العلمي والاجتماعي والسياسي والديني.

وختاما يعد مصطلح الأقلية من المصطلحات الوافدة علينا من الحضارة الغربية، وفي هذا الصدد يقول الدكتور محمد عمارة "مصطلح الأقلية في استخداماتنا الثقافية والاجتماعية الحديثة والمعاصرة، مصطلح وافد من المفاهيم الغربية التي وفدت إلى واقعنا الثقافي والاجتماعي منذ الاحتكاك بين حضارتنا الإسلامية

---

[1] فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتنزيلا ،محمد يسري إبراهيم ، المجلد الأول ،ص112، الطبعة الأولى خاصة لوزارة الأوقاف والشؤن الإسلامية قطر.

[2] الضوابط المنهجية لفقه الأقليات المسلمة، صلاح الدين سلطان، ص20، المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للبحوث والإفتاء ، العدد الرابع والخامس ،جوان 2004م/ربيع الثاني 1425.

[3] في فقه الأقليات المسلمة، يوسف القرضاوي ، ص23 ، الطبعة الأولى سنة2001،دار الشروق.

[4] فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتنزيلا ،محمد يسري إبراهيم ، ص115.

والحضارة الغربية في العصر الحديث، لذلك فهو مصطلح محمل بالمعاني والظلال (العنصرية – الاثنية – العرقية) التي ارتبط بها في الثقافة الغربية"[1]. ومن ثم اقترح البعض ومنهم الدكتور النشمي استبداله بمصطلح "فقه تعايش المسلمين ".

[1] تغير الفتوى وتطبيقاته في فقه الجالية المسلمة ببلاد المهجر، محمد غلبان، ص70.

الباب الأول: طلاق المغاربة بالخارج أحكام وإكراهات.

الفصل الأول: حكم الطلاق الصادر عن المحاكم الأجنبية

الزواج سنة من سنن الله عز وجل، قال تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾[1]، و وصفه الله عز وجل بالميثاق الغليظ، فسن قوانين ووضع قواعد، حماية له، وتحقيقا لحياة رغيدة ملؤها الود والاستقرار.

واعتبرت الشريعة الإسلامية وباقي الشرائع السماوية الزواج عقدا أبديا، وهوما سار عليه المشرع المغربي حين اعتبره "ميثاق تراض و ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام"[2]، فكان لابد من أن تكون المودة بين كل من الزوجين قائمة.

إلا أن هذه العلاقة قد يعتريها ما يعتري سائر العلاقات من تنافر للقلوب، وقد ينتج عن ذلك خلاف بين الزوجين؛ فيقع الضرر على الزوجين أو أحدهما ومعهما الأولاد، بل قد يتعداهما إلى الأهل والأصحاب، فتفوت بهذا الحكمة التي من أجلها شرع الزواج. فيصبح الشرع بين أمرين إما أن يأمر بالإبقاء على الزوجة، وقد ينجم عن هذه الحالة فتنة وربما جرائم من قبيل أن يفكر كل واحد من الزوجين بالتخلص من صاحبه، ولو بوسائل غير مشروعة: كالقتل أو الالتجاء إلى الخيانة الزوجية، تنفيسا عن نفسه كما هو الحال في المجتمعات التي تمنع الطلاق؛ وإما أن يراعي الشرع المفاسد والمصالح بأن يقدم الضرر الأخف على الضرر الأشد، فيختار أهون الشرين فيبيح الطلاق مع الحرص على حفظ الحقوق للجميع بوضع ضوابط وأصول.

لكن مع هذا الاهتمام من الشرع الحكيم بالحياة الزوجية السعيدة، فقد يذب للأسرة ما يعكر صفوها، فينقلب جو الهدوء والمودة إلى الشحناء والتنافر والبغضاء؛ فتصبح معه الحياة الزوجية جحيما لا يطاق. فكان لابد من علاج لهذا الوضع، لذلك شرع الطلاق كحل من الحلول.

---

[1] سورة الروم الآية:21.

[2] المادة الرابعة من مدونة الأسرة لسنة2004.

المبحث الأول: أحكام الطلاق بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية الأجنبية

كما وضع الشارع الحنيف أحكاما وشروطا للزواج، فقد سن أحكاما حين تنتهي العلاقة الزوجية بالطلاق. وهوما سارت عليه أيضا القوانين الغربية، وسأبين ذلك من خلال الحديث عن أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية (المطلب الأول)، ثم أحكام الطلاق في القوانين الوضعية الغربية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية

سأتناول خلال هذا المطلب تعريف الطلاق ومشروعيته وشروطه (الفرع الأول)، وأقسام الطلاق وكيفية توقيعه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته وشروطه:

أولا: تعريف الطلاق

1. الطلاق في اللغة:

- أصل الفعل الثلاثي طلق طلوقا ،طَلَّقت البلاد فارقْتها وطَلّقْت القوم تركتُهم، الطالِقُ من الإبل التي طُلِقت في المرَعى وقيل هي التي لا قَيْد عليها وكذلك الخلَّية، يقال للإنسان إذا عَتَق طَلِيقٌ أي صار حرّاً وأَطْلَق الناقة من عِقَالها وطَلَّقَها فطَلَقَت هي بالفتح وناقة طَلْق وطُلُق لا عِقال عليها، والطَّليق الأَسير الذي أُطْلِق عنه إِسارُه وخُلِّيَ سبِيلُه[1] ،وأطلق المرأة حررها من قيد الزواج وأطلق له العنان أرسله وتركه[2].
- وعرف لغة أيضا بأنه "إزالة القيد والتخلية"[3]
- وقيل: "طلاق المرأة يكون بمعنيين: أحدهما: حل عقدة النكاح، والآخر: بمعنى الترك والإرسال"[1]

[1] لسان العرب، ابن منظور، مادة (طلق)، ج10، ص227.

[2] المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مادة(طلق)، ج2، ص 563.

[3] كتاب التعريفات، الجرجاني، ج 1، ص141، الطبعة الأولى 1403هـ-1983م ، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان.

- وجاء أيضا أن "الطلاق أصله في اللغة الانطلاق والذهاب المتيطي مأخوذ من قولك أطلقت لناقة فانطلقت إذا أرسلتها من عقال وكان ذات الزوج موثوقة عند زوجها فإذا فارقها أطلقها من وثاق"[2]

- وقيل "الطلاق في اللغة حل الوثاق، مشتق من الإطلاق وهو الإرسال والترك، وفلان طلق اليد بالخير أي كثير البذل"[3].

- رفع القيد مطلقاً سواء أكان حسياً أم معنوياً جاء في مختار الصحاح "أطلق الأسير خلاه وأطلق الناقة من عقالها فطلقت، والطليق الأسير الذي أطلق عنه أسره وخلي سبيله" وجاء فيه أيضا طلق امرأته تطليقاً وطلقت هي تطلق بالضم طلاقاً فهي طالق وطالقة أيضاً قال الأخفش ولا يقال طُلقت بالضم[4]. لكن العرف خص الطلاق بحل القيد المعنوي، وهو في المرأة، والإطلاق في حل القيد الحسي في غير المرأة[5] ، فيقال السجين مطلق سراحه ولا يقال طالق سراحه ويقال طلق الرجل زوجته ولا يقال أطلقها[6]

2. الطلاق اصطلاحا:

عرف الطلاق اصطلاحا بعدة تعريفات :

---

[1] تاج العروس من جواهر القاموس، الزَّبيدي ، مادة (طلق)، ج 13، ص303، الطبعة الأولى 1414 هـ ،دار الفكر – بيروت.

[2] مواهب الجليل شرح مختصر الشيخ خليل، الحطاب الرُّعيني، ج 5، ص 268 ، تحقيق زكرياء عميرات ، طبعة خاصة 1423هـ -2003م ، دار عالم الكتب .

[3] نيل الأوطار ،الشوكاني، ،المجلد الرابع ،ص3، تحقيق عصام الدين الصبابطي ، الطبعة الأولى1413هـ / 1993م ،دار الحديث، مصر.

[4] مختار الصحاح، الرازي، مادة (ط ل ق)، ج1،ص192 ، المحقق يوسف الشيخ محمد، الطبعة الخامسة، 1420هـ - 1999م ، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا.

[5] الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج 9 ،ص 6873. الطبعة الرابعة المنقحة المعدلة، دار الفكر - سوريَة – دمشق.

[6] أحكام الأحوال الشخصية، عبد الوهاب خلاف، ص 129، الطبعة الأولى سنة 1438هـ-2017م، دار الكتب العلمية.

- عرفه ابن عرفة الفقيه المالكي بأنه: "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته"[1]،ومعنى قوله صفة حكمية أن الطلاق معنى يقدره الشرع ويعتبره، وليس شيئا محسوسا. وعرفه صاحب البهجة بأنه: "رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح"[2]. وهو عند الدسوقي: "إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ أو كناية ظاهرة أو بلفظ مع نية".[3]
- و عرفه الحنفية بأنه: "رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص"[4].
- و عرفه الشافعية بأنه "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، وهو تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب، فيقطع النكاح."[5].
- أما في المذهب الحنبلي فعلى تعبير ابن قدامة فالطلاق:" هو حل قيد النكاح"[6]، وعرفوه بأنه: "حل قيد النكاح أو بعضه"[7].
- حل رباط الزوجية الصحيحة من جانب الزوج أو من يقوم مقامه في الحال والمآل"[8].
- حل رباط الزواج وإنهاء العلاقة الزوجية[9] .
- حل عقدة التزويج فقط[10].

وعرفته مدونة الأسرة بكونه " حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء، وطبقا لأحكام هذه المدونة"[11].

---

[1] شرح ميارة الفاسي، أبي عبد الله المالكي، ج1،ص:217، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ،دار الكتب العلمية لبنان.

[2] البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن التسولي، ص336.، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1998م ،دار الكتب العلمية – لبنان .

[3] الشرح الكبير للشيخ الدردير و حاشية الدسوقي ، الدسوقي ، ج2،ص347، دون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر.

[4] البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم ،ج3،ص410، الطبعة الأولى 1418 هـ - 1997 م ، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

5 مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشربيني،ج3،ص279، دار الفكر- بيروت.

[6] المغني، ابن قدامة ، المجلد 7 ، ص 363، مكتبة القاهرة 1388هـ / 1968م.

[7] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الكاساني، ج3 ،ص88، الطبعة الثانية سنة 1406هـ - 1986م، دار الكتب العلمية .

[8] الطلاق في الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، د تيسير الركابي ، ص 119، مجلة المنتدى، العدد 41 سنة 2020 ،.

[9] تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار ،علي الطهطاوي، ص85، الطبعة الأولى سنة 1424هـ/2003 م ، دار الكتب العلمية لبنان.

[10] نيل الأوطار ، الشوكاني ، المجلد الرابع ،ص 3.

[11] مدونة الأسرة المادة:78.

والظاهر من خلال هذه التعاريف المختلفة للطلاق، أن تعريف الأحناف أدق وأشمل لاستغراقه الطلاق بنوعيه : البائن والرجعي . وكذلك تمييزه عن الفسخ . إذ "يقصدون بقولهم "حالا" الطلاق البائن، لكونه يرفع قيد النكاح في الحال، أما قولهم "مآلا" فيقصدون به الطلاق الرجعي، لكونه يرفع قيد النكاح بعد انتهاء العدة، أما قولهم "بلفظ مخصوص" فخرج الفسوخ كخيار عتق وبلوغ وردة، فإنه فسخ لا طلاق[1].

ثانيا: الفرق بين الطلاق والفسخ:

- الفسخ لغة: فسخ الشيء يفسخه فسخا فانفسخ نقضه فانتقض، وتفاسخت الأقاويل تناقضت .والفسخ زوال المفصل عن موضعه. ويقال فسخت البيع بين البيعين والنكاح فانفسخ البيع والنكاح أي نقضته فانتقض.[2] فالفسخ يأتي بمعنى النقض والإزالة والطرح .

- الفسخ اصطلاحا: حل ارتباط العقد[3]، أو هو ارتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم يكن [4]. فصم عرى الحياة الزوجية، أو هو إعلان ترتفع به أحكام عقد الزواج في الحال ولا يؤثر على ما كان قبله[5]، أي: إن الفسخ لا يؤثر في صحة نسب الأولاد الحاصلين للزوجية قبل الفسخ ولا تعتبر المعاشرة الزوجية التي حصلت بين الزوجين قبل الفسخ فعلا آثما.

ويفترق الفسخ عن الطلاق من ثلاثة أوجه:

الأول: حقيقة كل منهما: فالفسخ نقض للعقد من أساسه، وإزالة للحل الذي يترتب عليه، أما الطلاق فهو إنهاء للعقد، ولا يزول الحل إلا بعد البينونة الكبرى (الطلاق الثلاث)؛

---

[1] البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم ،ج 3 ،ص 225. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، الحصكفي، ج1،ص185، المحقق عبد المنعم خليل إبراهيم، الطبعة الأولى1423هـ- 2002م ، دار الكتب العلمية .

[2] لسان العرب، ابن منظور ، مادة (فسخ)،ج3 ، ص 45

[3] الأشباه والنظائر ،ابن نجيم، ج1 ،ص 292 ، الطبعة الأولى، 1419 هـ - 1999 م ،دار الكتب العلمية، بيروت لبنان. الأشباه والنظائر للسيوطي ، ج 1، ص 287، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1990م ،دار الكتب العلمية.

[4] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الكاساني ، الجزء 5 ، ص 182.

[5] المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، الشماع، ص 154، الطبعة الأولى 1995، دار القلم دمشق.

الثاني: أسباب كل منهما: الفسخ يكون إما بسبب حالات طارئة على العقد تنافي الزواج، أو حالات مقارنة للعقد تقتضي عدم لزومه من الأصل. فمن أمثلة الحالات الطارئة: ردة الزوجة أو إباؤها الإسلام أو الاتصال الجنسي بين الزوج وأم زوجته أو بنتها. ومن أمثلة الحالات المقارنة: أحوال خيار البلوغ لأحد الزوجين، وخيار أولياء المرأة التي تزوجت من غير كفء أو بأقل من مهر المثل، ففيها كان العقد غير لازم.

أما الطلاق فلا يكون إلا بناء على عقد صحيح لازم، وهو من حقوق الزوج، فليس فيه ما يتنافى مع عقد الزواج أو يكون بسبب عدم لزومه؛

الثالث: . أثر كل منهما: فالفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل، أما الطلاق فينقص به عدد الطلقات.

ثم إن الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئاً من المهر، أما الطلاق قبل الدخول فيوجب نصف المهر المسمى، فإن لم يكن المهر مسمى استحقت المتعة (تعويض بمثابة هدية).[1]

وعليه فإن كان:

- الطلاق إنهاء في الحال أو المآل لزواج صحيح، فإن الفسخ نقض لعقد ظهر أن فيه خللا عند إنشائه؛
- الطلاق ينقص العدد الذي يملكه الزوج على زوجه من الطلقات، فإن الفسخ لا ينقص من العدد شيئا؛
- الطلاق منه الرجعي الذي يملك فيه الزوج حق الرجعة قبل انقضاء عدتها، ومنه البائن بينونة صغرى ويحق للزوجين أن يعودا إلى عش الزوجية بعقد جديد ومهر جديد. ومنه البائن بينونة كبرى والذي لا تحل فيه الزوجة لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره. أما الفسخ فهو رفع للعقد من الأصل وجعله كأن لم يكن.

[1] الفقه الإسلامي وأدلته ،وهبة الزحيلي، ج4،ص3153 .

ثالثا: الحكمة من مشروعيته:

من المسلم به أن الله عز وجل لا يشرع إلا ما فيه المصلحة والمنفعة والخير لعباده، حتى وإن ظهر منذ الوهلة الأولى أن الأمر على خلاف ذلك، فقد يبدو للبعض أن في تشريع الطلاق مفاسد على الأسرة عموما؛ غير أنه شرع الطلاق في الإسلام ليستطيع الزوجان التخلص من رابطة الزوجية، إذا تبين أنها مصدر الشقاء وأنه لا يمكن أن يتعاشر الزوجان بالمعروف ولا أن يقوم كل واحد منهما بحقوق الزوجية، وواجباتها .

وهكذا فقد تدعو الحاجة القاهرة إلى حل عقد الزواج، سواء من قبل الزوجين معا أو من قبل أحدهما؛ فلو لم يشرع الله سبحانه وتعالى الطلاق كوسيلة لحل عقدة الزواج لصارت العلاقة الزوجية مصدر شقاء على عكس المقصد منها وهو المودة والرحمة.

على أن الإسلام قبل ذلك شرع شرعة الحكمين، درءا لهذا الخلاف وسعيا لإعادة المودة إلى سابق صفوها، قال تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾[1].

إلا أنه إذا استعصى تحقيق ذلك، سواء بالتحكيم أو غير التحكيم، يصبح سلوك طريق الطلاق ضرورة لا غنى عنها. يقول ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: " ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة وضررا محضا بإلزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة، فاقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه"[2].

[1] سورة النساء الآية 35.

[2] المغني ،لابن قدامة ، ج7،ص363.

ويقول العلامة الكاساني رحمه الله: " شرع الطلاق في الأصل لمكان المصلحة لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما وعند اختلاف الأخلاق لا يبقى النكاح مصلحة، لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد -أي مقاصد النكاح- فتغلب المصلحة إلى الطلاق ليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه"[1].

و هذا ما حدا بكثير من البلاد الأوروبية التي كانت تحرم الطلاق وفقا لمذهبها ودينها أن تتراجع أمام الإشكاليات الكثيرة التي تقع نتيجة لتحريم الطلاق وتصدر القوانين التي تسمح بالانفصال والطلاق.

رابعا: مشروعية الطلاق وكيفية توقيعه:

1-مشروعية الطلاق

الطلاق مشروع بنص القرآن الحكيم و السنة المطهرة و إجماع الأمة.

أ- الكتاب: وردت نصوص عدة تدل على مشروعيته منها، قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ وَاتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ ﴾ [2]، فهذا الخطاب وإن كان خاصا بالنبي صلى الله عليه وسلم فهو من باب الخاص الذي أريد به العموم، وقال تعالى:﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ [3]. وقال تعالى أيضا: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ [4]، وقال عز وجل: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [5].

[1] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الكاساني ، ج3 ،ص112.
[2] سورة الطلاق الآية1.
[3] سورة البقرة الآية 227.
[4] سورة البقرة الآية 230.
[5] سورة البقرة الآية 234.

ب- السنة: فقد وردت أيضا أخبار كثيرة تدل على مشروعيته، فقد روي عن ابن عمر أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق" [1]، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة" [2]، وثبت أنه صلى الله عليه وسلم طلق حفصة بنت عمر بن الخطاب رضي الله عنهما طلقة واحدة ثم راجعها، فعن ابن عباس، عن عمر بن الخطاب، "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، طلق حفصة، ثم راجعها".[3]

ت- الإجماع: فقد أجمعت الأمة على مشروعيته، فلا تكاد تجد كتابا من كتب الأحاديث أو الفقه الجامعة إلا وفيها باب يتحدث عن الطلاق، بل إن هناك من العلماء من أفرده بمؤلف خاص.

فمشروعية الطلاق مُؤصلة بالكتاب والسنة والإجماع.

2-من يقع منه الطلاق وكيفية توقيعه:

إن كان الشرع الحنيف اشترط التوافق والتراضي بين الزوجين لعقد الزواج، فإنه لم يشترط توافق إرادة كل من الزوجين لتوقيع الطلاق، "لأن الحاجة الملجئة للطلاق قد تدعو أحدهما إلى الخلاص ويتعنت الآخر ولا يوافقه، فزوجة المسلول تريد الخلاص من زوجيته وهو لا يرضى، وزوج المريبة يريد الخلاص من زوجيتها وهي لا ترضى".[4]

على أن الأصل أن الطلاق يكون بيد الرجل، دل على ذلك ما رواه 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

---

[1] أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق، الحديث رقم 2178،و ابن ماجة في سننه ،كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، الحديث رقم 2018 .ورواه الحاكم في المستدرك عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق» ثم قال: (هذا) حديث صحيح الإسناد،انظرالبدر المنير ،ابن الملقن،65/8. ضعفه الألباني في "إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل".106/7 ،الحديث رقم 2040 .

[2] أخرجه أبو داود في سننه ،كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل ، الحديث رقم 2194، والترمذي في سننه، أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق ،الحديث رقم 1184 ،وقال :حديث حسن غريب .ورواه الحاكم في "المستدرك - في أول الطلاق"، وقال: صحيح الإسناد،انظرنصب الراية للزيلعي 294/3. وابن ماجة، في سننه، كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا، الحديث رقم 2039 ، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. حسنه الألباني في "إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل". 224/6،الحديث رقم 1826.

[3] أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب في المراجعة، الحديث رقم 2283 ، والنسائي في سننه ،كتاب الطلاق، باب الرجعة ،الحديث رقم 3560، وابن ماجة في سننه ،كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد ،الحديث رقم 2016. صححه الحاكم في المستدرك على شرط الشيخين، الحديث رقم 2856.ووافقه الذهبي. صححه الألباني في "سلسلة الأحاديث الصحيحة"،15/5، الحديث رقم 2007.

[4] أحكام الأحوال الشخصية، عبد الوهاب خلاف، ص131.

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"[1]. وهذا الحديث" وإن كان في إسناده ما فيه، فالقرآن يعضده ، وعليه عمل الناس[2]. قال ابن فرحون: " إن الطلاق للرجال إلا ما وقع فيه تخيير أو تَمليك، فذلك بيد المرأة، لما جعل الزوج إليها، أو وضعه بيدها، وما سوى ذلك مما فيه حكم الحاكم فالطلاق إليه"[3].

وإنما جعل الشرع الحنيف الطلاق بيد الرجل دون المرأة يوقعه بإرادته المنفردة لحكم بالغة منها:

- ✓ أن المرأة تغلب عليها العاطفة سواء في الغضب أو الرضا، ويكثر اندفاعها لتلبية دواعي هذه العاطفة، وهي سريعة التأثر، شديدة الغضب، لا تبالي كثيرا بالنتائج وهي في ثورتها وغضبها[4] ،بخلاف الرجل الذي في غالب الأحيان الأحرص على استبقاء الزوج، والأنفذ نظرا في مصلحة العائلة[5]. باعتباره في الأعم الغالب أضبط أعصابا، وأكثر تقديرا للنتائج في ساعات الغضب و الثورة؛
- ✓ أن الرجل هو الذي يقع عليه العبء الأكبر في الزواج، فلا يقدم على الطلاق إلا عن يأس من إمكان سعادته الزوجية مع زوجته ومع علم بما يجره الطلاق عليه من خسارة، وما يقتضيه[6]. فهو الذي يدفع المهر، والمطالب بتأسيس بيت الزوجية، و بالنفقة على المرأة، وعلى الأولاد؛ إضافة إلى أن الزوج هو الذي يتحمل تبعات الطلاق من الناحية المادية، حيث يؤدي مؤخر

---

[1] أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، حديث رقم 2081 ، و قال الزيلغي في "نصب الراية" في إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف 165/4. حسنه الألباني في "إرواء الغليل" ،108/7،الحديث رقم 2041.

[2] زاد المعا د في هدي خير العباد، ابن القيم الجوزية، ج 5 ، ص 255، الطبعة السابعة والعشرون , 1415هـ - 1994م ، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت.

[3] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ،ابن فرحون، ج 1 ،ص110،الطبعة الأولى، 1406هـ - 1986م ، مكتبة الكليات الأزهرية مصر.

[4] المرأة بين الفقه والقانون، مصطفى بن حسني السباعي، ج 1، ص103، الطبعة السابعة 1420 هـ - 1999 م، دار الوراق للنشر والتوزيع، بيروت.

[5] مقاصد الشريعة الإسلامية، الطاهر بن عاشور ،ج 2، ص 575، المحقق محمد الحبيب ابن الخوجة، الناشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425 هـ - 2004 م.

[6] المرأة بين الفقه والقانون، مصطفى بن حسني السباعي، ص104.

الصداق والمتعة ونفقات العدة، وإذا أراد الزواج من جديد فإنه يتحمل التبعات المادية لهذا الزواج.

لكن هذا لا يعني بأي حال من الأحوال أن الإسلام حين جعل هذا الحق بيد الرجل، أرخى له العنان، فيطلق متى شاء وكيف شاء؛ وذلك احتياطا لوقوع تعسف أو جور أو ظلم من طرف الزوج تجاه الزوجة ف"قد يظلم الرجل المرأة ويسيء معاشرتها، وليس يحتاج الى إيقاع الطلاق عليها، لأنه يسلب منها كل حقوقه ولا يعطيها من حقوقها شيئا، ففي هذه الحالة جعل الإسلام للقاضي الحق في التفريق بين الرجل والمرأة، وإنقاذ المرأة من أسره، ولو كان الرجل لا يريد الطلاق"[1].

وهكذا فللزوجة الحق في:

- ✓ أن تفتدي نفسها بإرجاع ما قدمه الزوج لها من مهر قال تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[2]؛
- ✓ رفع أمرها إلى القاضي ليطلقها من زوجها إذا ألحق بها ما يوجب التفريق من أذى أو عدم إنفاق، فيجب عليه في هذه الحالة أن يستجيب لطلبها إذا ثبت له ما تدعيه من أضرار. فمن تمام عدل شريعة الإسلام، فإلى جانب حق القاضي في تطليق الزوجة من زوجها إذا لزم الأمر ذلك ولو كان الزوج رافضا، فقد أعطى للزوجة الحق في طلب الطلاق عن طريق القضاء حين تصبح لا تطيق العيش مع زوجها." وقد يخرج عن هذا الأصل (الأصل أن الطلاق بيد الرجل) إذا تعسف الزوج في استعمال هذا الحق، ووقع الضرر على الزوجة، فلها أن ترفع أمرها إلى القضاء، وللقاضي عندها أن يطلق على الزوج رغما

[1] أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، سالم بن عبد الغني الرافعي، ص553-554، الطبعة الأولى، سنة 1423هـ 2002م ،دار ابن حزم .
[2] سورة البقرة، الآية 227.

عنه، إذا ثبت له الضرر الواقع على الزوجة باستمرار العلاقة الزوجية بينهما، وذلك تَمشيا مع الأصول العامة فِي الإسلام التي تأمر بالعدل والإحسان والمعاشرة بالمعروف بين الزوجين"[1]؛

- ✓ أن تشترط لنفسها عند العقد أن تكون العصمة بيدها.

فالشرع الحنيف لم يظلم المرأة كما يزعم بعض العلمانيين في مسألة الطلاق ، "وقد يقول قائل إن الشارع الإسلامي أهمل ناحية المرأة، وقد تكون هي الأخرى لا تطيق زوجها بغضا ، فكان المنطق يقتضي أن يكون لها الافتراق من زوجها، ونقول إن ذلك الاعتراض وارد لو كان الشارع الإسلامي أهمل ناحية المرأة وشعورها، لكن الشارع لم يهملها، بل جعل لها بمقتضى ما استنبطه كثير من فقهاء المسلمين الحق فِي طلب التفريق إذا تضررت من زوجها، وثبت أنه يؤذيها بما لا يليق بأمثالها، بل أجاز مالك إذا ثبت النشوز من قبلها، وكانت لا تطيقه بغضا أن يخلعها القاضي من زوجها بإشارة من الحكمين، على أن تدفع له ما قدمه فِي هذا الزواج من مال"[2].

وهكذا "فحين جعل الاسلام الطلاق بيد الرجل، عصم الحياة الزوجية من أن تنتهي عند أول مشاحنة، وحين أعطى القاضي الحق في التفريق، حمى المرأة من استبداد الرجل وتعسفه، وحين أعطى المرأة الحق في طلب الطلاق حافظ على حقها في العيش بهناء وسعادة"[3].

خامسا: شروط الطلاق:

1- <u>شروط المطلق:</u>

يشترط في وقوع الطلاق من الزوج أن يكون:

[1] نظرية القضاء خارج ديار الإسلام ، سالم بنشيخي، كتاب المجلس رقم 7 ،ص100، إصدارات المجلس الأوروبي للبحوث والإفتاء .

[2] الأحوال الشخصية، محمد أبوزهرة، ص282، الطبعة 3 ،1377هـ-1957م، دار الفكر العربي.

[3] أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، سالم بن عبد الغني الرافعي، ص 557. الطبعة الأولى سنة 1423ه/ 2002م،دار ابن حزم.

أ- عاقلا: يشترط لنفوذه أي الطلاق من المطلق (التكليف) أي أن يكون مكلفا ...ولا يصح من غير مكلف كصبي ومجنون ومغمى عليه ونائم لا تنجيزا ولا تعليقا [1] وذلك لعدم أهليتهم لعقده، إذ الطلاق تصرف لا يصلح شرعا إلا من كامل العقل يقدر المصلحة من إيقاعه؛

ب- بالغا: يشترط سادتنا المالكية في موقع الطلاق أن يكون بالغا، خلافا للحنابلة الذين يجيزون طلاق الصبي المميز الذي يعقل الطلاق، ويعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه إن طلقها[2]. ورغم اختلاف الفقهاء في وقوع الطلاق من غير المميز. فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوع طلاق الصغير مميزا أو غير مميز، مراهقا أو غير مراهق، أذن له بذلك أم لا، أجيز بعد ذلك من الولي أم لا، على سواء، ذلك لأن الطلاق ضرر محض، فلا يملكه الصغير ولا يملكه وليه[3] لقوله صلى الله عليه وسلم: " رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المبتلى حتى يبرأ، وعن الصبي حتى يكبر "[4]، إضافة إلى أن الطلاق يعد من التصرفات الضارة التي يشترط في صحتها منه أن يكون الصبي أهلا لها ،وهوما لا يتم إلا ببلوغ الحلم ،ويتم ببلوغه عقله.

ومقارنة بما نصت عليه مدونة الأسرة ،نجد هذه الأخيرة سمحت بزواج من لم يبلغ سن الثامنة عشرة ، بعد الحصول على إذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج ، وفقا لمقتضيات المادتين 20 و 21 من مدونة الأسرة ، كما ان المادة 22 تكسبه جميع الآثار المترتبة عن هذا الزواج ؛ ولعل أهم هذه الآثار هو الطلاق ، وبالتالي يمكن القول أن مدونة الأسرة أخذت بالمذهب الحنبلي.

---

[1] مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الشربيني، ج 4، ص 455 ، الطبعة الأولى، 1415هـ - 1994م ، دار الكتب العلمية.

[2] الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ص 364

[3] الدر المختار، الحصكفي، ج 1، ص 205. مغني المحتاج،الشربيني، ج 3 ص279. الشرح الكبير، ج2،ص 365.

[4] أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا ،الحديث رقم 4398 ، من رواية عائشة رضي الله عنها .وأخرجه الترمذي في سننه، باب فيمن لا يجب عليه الحد، الحديث رقم 1423.و أخرجه النسائي ،كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، الحديث رقم 3432 ، وابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم ،الحديث رقم 2041 من رواية عائشة رضي الله عنها .صححه الألباني في "إرواء الغليل"،4/2، الحديث رقم 297.. و أخرجه أحمد، من مسند الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه، الحديث رقم 940، وإسناده صحيح. وأخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب الطهارة، الحديث رقم 949 من حديث علي بن أبي طالب، وصححه و وافقه الذهبي.

ت- مختارا اختيارا صحيحا: أي غير مكره، والإكراه نوعان:

- ✓ إكراه بحق: كإكراه الحاكم المولى على الطلاق بعد التربص إذا لم يفئ، فالطلاق يقع؛
- ✓ إكراه بغير حق: اختلف فيه الفقهاء، فالجمهور على عدم وقوع الطلاق، مستندهم قوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[1]. أما أبو حنيفة وصاحباه والزهري والثوري فقد ذهبوا إلى وقوعه، وقد احتجوا بما روى صفوان بن عمر الطائي أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما، فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت: لتطلقني ثلاثا، وإلا ذبحتك، فناشدها الله فأبت، فطلقها ثلاثا ثم جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك، فقال صلى الله عليه وسلم: "لا قيلولة في الطلاق"[2]"

وعموما فلا يقع طلاق المكره لأنه لم يكن بإرادته بل بإرادة غيره "فهو خضوعا لهذا الباعث الخارجي، وتوقيا من الخطر المهدد به، أوقع طلاقا لا يريده فاختياره أهون الشرين اختيار غير صحيح وهو كعدمه"[3]. ويدخل معه طلاق السكران والنائم لأنه لا يعي ما يقول ومن ثم فلا إرادة له، وهو مذهب المالكية والشافعية والإمام أحمد والحنفية، وإن كان المذهب الأخير كان العمل جاريا عندهم بوقوع طلاق كل من المكره والسكران إذا سكر بشراب محرم باختياره.

ويقع، عند الأحناف أيضا على كل من:

---

[1] أخرجه ابن ماجة ،كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، الحديث رقم 2045، من رواية ابن عباس رضي الله عنه، في الزوائد إسناده صحيح إن سلم من الانقطاع. والظاهر أنه منقطع بدليل زيادة عبيد بن نمير في الطريق الثاني وليس ببعيد أن يكون السقط من جهة الوليد بن مسلم فإنه كان يدلس. صححه الألباني في "إشفاء الغليل"،123/1،الحديث رقم 82.

[2] الأصل للشيباني، كتاب الإكراه، رواه العقيلي من عدة طرق عن الغار بن جبلة. انظر: الضعفاء للعقيلي، 2/ 211، 3/ 441. قال البخاري: صفوان بن الأصم عن بعض أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم -، روى عنه الغار في طلاق المكره، وهو لا يتابع عليه، حديثه منكر. انظر الضعفاء الصغير للبخاري، 60. وقال أبو حاتم: يكتب حديثه وليس بالقوي. انظر: الجرح والتعديل لابن أبي حاتم، 4/ 422. وذكره ابن حبان في الثقات، 4/ 380. والغار ذكره بعضهم بالزاي: الغازي، وأنكروا عليه هذا الحديث. انظر: الجرح والتعديل لابن أبي حاتم، 7/ 58؛ ولسان الميزان لابن حجر، 4/ 412. وانظر: نصب الراية للزيلعي، 3/ 222.

[3] أحكام الأحوال الشخصية، عبد الوهاب خلاف، ص133.

✓ المحجور عليه للسفه، و الهازل وهو الذي يلعب باللفظ ولا يقصد معناه ولا ترتيب حكمه عليه؛

✓ المخطئ وهو من أراد التكلم بغير الطلاق فسبق لسانه إلى الطلاق؛

✓ الغافل والساهي وهو من صدر منه اللفظ غافلا عن أن معناه الطلاق.[1]

على أن إيقاع الطلاق من كل من المحجور والمخطئ والغافل فيه نظر، لعدم اتفاقه مع الحكمة من مشروعية الطلاق. فكيف يقبل تصرف السفيه في عصمة زوجته ولا يقبل في قليل ماله أو كثيره لعدم رشده مع أن التصرف الأول أولى بالاحتياط من التصرف الثاني؟ أضف إلى ذلك ما يتبع إيقاعه الطلاق من تبعات مالية ليس هو أهلا للالتزام بها.

أما بالنسبة للهازل والمخطئ والناسي والغافل فلم يقصد كل واحد منهما الطلاق، والعبرة بالإرادة والقصد لا مجرد حركة اللسان. عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[2]، "ولما لاحظ الفقهاء الأحناف هذا قالوا من نطق بالطلاق خطأ يعمل به قضاء فقط، وأما ديانة أي فيما بينه وبين ربه فلا يقع عليه طلاق وزوجته حلال له"[3].

و قد اعتمدت مدونة الأسرة رأي الجمهور، واعتبرت أنه لا يقبل طلب الإذن بطلاق المكره وهو ما نصت عليه المادة 90 من مدونة الأسرة" لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح والمكره وكذا الغضبان إذا كان مطبقا".

ج- القصد في الطلاق: ومعناه قصد اللفظ الذي يقع به الطلاق . فإن قصد الزوج لفظا غير لفظ الطلاق، وسبق لسانه إلى لفظ الطلاق، لم يقع طلاقه عند الجمهور" أما الطلاق، فلا يقع من النائم، لأن

[1] الدر المختار وحاشية ابن عابدين(رد المحتار) ابن عابدين، ج3، ص241-250، الطبعة الثانية، 1412هـ - 1992م، دار الفكر-بيروت.

[2] سبق تخريجه، ص49.

[3] أحكام الأحوال الشخصية، عبد الوهاب خلاف، ص134.

شرطه قصد الإيقاع، ولا قصد للنائم، بل كلامه في منامه، ككلام المبرسم في برسامه."[1]. وأما إذا قصد الزوج لفظ الطلاق ولم يرد إيقاعه، كالهازل واللاعب بالطلاق، فيقع طلاقه عند جماهير العلماء"[2]. واستدلوا بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: الطلاق والنكاح والرجعة"[3].

2- **شروط المطلقة:**

كما وضع الشارع الحنيف شروطا في المطلق، سن شروطا في المطلقة، فاشترط أن تكون الزوجية بينها وبين زوجها قائمة حقيقة أو حكما.

ويكون قيام الزوجية حقيقة، وذلك بأن تكون المطلقة زوجة للمطلق بعقد زواج صحيح لم يطرأ عليه ما يرفعه في الحال أو المآل. أما قيام الزوجية حكما، فينطبق على المعتدة من طلاق رجعي"[4] .

و اختلف الفقهاء في المطلقة طلاقا بائنا ، فالجمهور على أنه لا يلحقها طلاق آخر لانتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق البائن ، فلا تكون محلا للطلاق"5

في حين يميز الحنفية بين المطلقة طلاقا بائنا بينونة صغرى ، وبين من المطلقة طلاقا بائنا بينونة كبرى . فيعتبرون الأولى محلا للطلاق، لأن بعض أحكام الزواج قائمة كوجوب النفقة، وبقائها في بيت الزوجية، وعدم حل زواجها من رجل آخر. أما الثانية فلا يعتبرونها محلا للطلاق، لانتهاء الملك و الحل"[6]

---

[1] شرح مختصر الروضة، نجم الدين الطوفي ، ج1، ص190 ، الطبعة الأولى 1407 هـ / 1987 م ، المحقق عبد الله بن عبد المحسن التركي ،مؤسسة الرسالة.

[2] البحر الرائق،ابن نجيم، ج3، ص 450. فتح القدير، الشوكاني ، ج1، ص279، الطبعة الأولى - 1414 هـ، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت. بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص100.

[3] سبق تخريجه، ص45.

[4] الفقه الإسلامي وأدلته ،وهبة الزحيلي ، ج9،ص 6795.

[5] الفقه الإسلامي وأدلته ،وهبة الزحيلي ، ج9،ص 6888.

[6] أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ، مصطفى شلبي، ص 504، الطبعة الرابعة 1983 ، الدار الجامعية للطباعة والنشر.

غير أن " الأحناف توسعوا في هذه المسألة، فألحقوا الطلاق بكل معتدة، سواء من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى أو من فرقة تعتبر فسخا لا ينقض العقد من أصله"[1].

أما بالنسبة لمدونة الأسرة فلم تتطرق إلى محل الطلاق في أي بند من بنودها ، غير أن إعمال مقتضيات المادة 400 ، يتيح أمام الأزواج إمكانية تقديم طلب الإذن بطلاق مطلقته رجعيا مادامت العدة قائمة.

سادسا: حكمه:

اختلف العلماء في الحكم الأصلي للطلاق هل هو الإباحة أو الحظر: فريق يرى أن الأصل فيه الإباحة، وذهب فريق آخر إلى أن الأصل فيه الحظر.

والأولى أن يقال إن الطلاق كالزواج تعتريه الأحكام الخمسة، حسب الظروف والأحوال التي ترافقه ، جاء في الشرح الكبير للدردرير: " واعلم أن الطلاق من حيث هو جائز وقد تعتريه الأحكام الأربعة من حرمة وكراهة ووجوب وندب "[2]. فقد يكون :

1- واجبا: و هو طلاق الحكمين في الشقاق بين الزوجين، إذا رأيا أن الطلاق هو الوسيلة لقطع الشقاق، كما لو علم أن بقاء الزوجة يوقعه في محرم من نفقة أو غيرها. ويجب طلاق المولي (حالف يمين الإيلاء) بعد انتظار أربعة أشهر من حلفه إذا لم يفئ، أي يطأ،[3] لقوله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝ ﴾[4]. وكل طلاق يكون عدم توقيعه فيه ضرر للحياة الزوجية لا يحتمل.

2- مكروها: إذا لم تكن حاجة ماسة إليه، وحال استقامة الزوجين، وعدم القدرة على الصبر وتحمل الأذى من الزوجة[5]. لأنه ضرر بنفس الزوج، ضرر بزوجته مثل إتلاف المال. فعن عبادة بن

---

[1] الأحوال الشخصية لأبي زهرة، ص292-293.

[2] الشرح الكبير للشيخ الدردرير ، الدسوقي ، ج 2،ص361.

[3] الفقه الإسلامي وأدلته ،وهبة الزحيلي، ج9 ، ص6880.

[4] سورة البقرة الآية 226.

[5] موسوعة الفقه الإسلامي ، التويجري ، ص179، الطبعة الأولى، 1430 هـ - 2009 م ، بيت الأفكار الدولية.

الصامت: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن لا ضرر ولا ضرار"[1]، إضافة إلى أن في توقيعه فوات للمصلحة القائمة بينهما من غير حاجة. وكما لو كان له رغبة في الزواج، أو يرجو به نسلا ولم يقطعه بقاء الزوجة عن عبادة واجبة، ولم يخش زنا إذا فارقها[2].

3- حراما: وهو الطلاق في الحيض أو في طهر جامعها فيه وهو المسمى عند الفقهاء بطلاق البدعة. وكذلك الطلاق من غير سبب. إذا كان الطلاق بدعيا، كأن يطلق الزوجة في حيض أو نفاس، أو في طهر جامعها فيه، أو يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو كلمات، أو يطلق زوجته من غير حاجة،[3] و كما لو علم أنه إن طلق زوجته وقع في الزنا لتعلقه بها، أو لعدم قدرته على زواج غيرها[4]

4- مباحا: قال ابن عابدين: إن كونه مبغوضا لا ينافي كونه حلالا[5]، وذلك إذا احتاج الزوج إليه لسوء خلق المرأة، أو كراهته لها.[6] لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"[7].

5- مندوبا: إذا احتاجت الزوجة إليه لسوء خلق الرجل، أو إذا فرطت المرأة في حقوق الله الواجبة كالصلاة ولا يمكنه إجبارها، أو إذا تضررت الزوجة ببقاء النكاح لبغض أو غيره ونحو ذلك،[8] و إذا كانت بالمرأة بذية اللسان يخاف منها الوقوع في الحرام لو استمرت عنده.[9] قال تعالى: ﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ﴾[10].

---

[1] أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر به جاره ،الحديث رقم 2340 . قال ابن عساكر في أطرافه: وأظن إسحاق لم يدرك جده، انظر "نصب الراية" للزيلغي 384/4. صححه الألباني في "إرواء الغليل" ،408/3،الحديث رقم 896.

[2] الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج9، ص6880.

[3] موسوعة الفقه الإسلامي، التويجري ،ص179.

[4] الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي، ج9،ص6880.

[5] الدر المختار وحاشية ابن عابدين(رد المحتار)، ابن عابدين، ج3، ص 228.

[6] موسوعة الفقه الإسلامي، التويجري ،ص 178.

[7] المغني لابن قدامة، ج7،ص363.

[8] موسوعة الفقه الإسلامي ، التويجري ، ص179.

[9] الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي، ج9،ص6880.

[10] سورة النساء الآية: 19.

وأورد في هذا الشأن كلاما مجملا لابن عابدين الحنفي: " وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه وهو معنى قولهم الأصل فيه الحظر والإباحة للحاجة إلى الخلاص فإذا كان بلا سبب أصلا لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص بل يكون حمقا وسفاهة رأي ومجرد كفران النعمة وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها ولهذا قالوا إن سببه الحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى فليست الحاجة مختصة بالكبر والريبة كما قيل بل هي أعم كما اختاره في الفتح فحيث تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعا يبقى على أصله من الحظر ولهذا قال تعالى: ﴿ فَإِنَ اَطَعَنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًا ﴾ [1] أي لا تطلبوا الفراق وعليه حديث أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق قال في الفتح ويحمل لفظ المباح على ما أبيح في بعض الأوقات أعني أوقات تحقق الحاجة المبيحة.

وإذا وجدت الحاجة المذكورة أبيح وعليها يحمل ما وقع منه ومن أصحابه وغيرهم من الأئمة صونا لهم عن العبث والإيذاء بلا سبب ،فقوله في البحر إن الحق إباحته لغير حاجة طلبا للخلاص منها إن أراد بالخلاص منها الخلاص بلا سبب كما هو المتبادر منه فهو ممنوع لمخالفته لقولهم إن إباحته للحاجة إلى الخلاص فلم يبيحوه إلا عند الحاجة إليه لا عند مجرد إرادة الخلاص وإن أراد الخلاص عند الحاجة إليه فهو المطلوب. وقوله في البحر أيضا إن ما صححه في الفتح اختيار للقول الضعيف وليس المذهب عن علمائنا فيه نظر لأن الضعيف هو عدم إباحته إلا لكبر أو ريبة. والذي صححه في الفتح عدم التقييد بذلك كما هو مقتضى إطلاقهم الحاجة "[2].

[1] سورة النساء الآية: 34.

[2] الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار)، ابن عابدين، ج3، ص228

الفرع الثاني: أقسام الطلاق

أولا: الطلاق من حيث صفته.

ينقسم الطلاق من حيث صفته إلى قسمين: سني وبدعي وعلى هذا جمهور الفقهاء خلافا للأحناف الذين قسموا السني إلى حسن وأحسن.

1- الطلاق السني:

وسمي أيضا طلاق السنة وهو الطلاق الذي يلتزم فيه المطلق عند توقيعه ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية، قال سبحانه وتعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ ﴾ [1]. فالمعنى المستنبط من الآية، هي أن المرأة تطلق طاهرة من غير جماع، وتطلق مرة واحدة. و صورته تطليق الرجل زوجته في طهر لم يجامعها فيه، وتركها بعد ذلك حتى انقضاء عدتها.

وقد أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة[2]،وذلك لما ثبت عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أنه طلق امرأته وهي حائض، على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"[3].

وللإشارة، فإطلاق صفة السني على هذا النوع من الطلاق ليس المقصود منه كون هذا الطلاق سنيا أي في مقابل الفرض أو الواجب، وإنما ورد بهذا الاسم في مقابل الطلاق البدعي.

و حتى يكون الطلاق سنيا لابد أن تتوفر فيه الشروط التالية:

---

[1] سورة الطلاق الآية: 1.

[2] بداية المجتهد ، ابن رشد الحفيد، ج2 ،ص52، طبعة جديدة منقحة ومصححة ،، تنقيح وتصحيح خالد العطار ،إشراف مكتب البحوث والدراسات دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة 1415 هـ - 1995 م- بيروت - لبنان.

[3] أخرجه البخاري كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة"، الحديث رقم 5251.

أ- أن يطلق الرجل زوجته وهي طاهر من الحيض والنفاس؛

ب- أن يطلقها قبل أن يجامعها في ذلك الطهر؛

ت- أن يطلقها طلقة واحدة لا أكثر؛ وهو مذهب الإمام مالك فقد ذهب إلى أن المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة، أما الشافعي فيرى أن المطلق ثلاثا بلفظ واحد يكون طلاقه سنيا، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أقر العجلاني الذي طلق زوجته ثلاثا بعد الفراغ من الملاعنة، ولو كان طلاقه هذا بدعيا ما أقره عليه النبي صلى الله عليه وسلم، ويرد عليه مالك بأن المطلق ثلاثا يعتبر رافعا للرخصة التي جعلها الله في العدد، ولذلك فهو مخالف للسنة. وأما طلاق العجلاني فلا يصح الاحتجاج به، لأن ذلك الطلاق وقع في غير محله، ولذلك لا يمكن أن يتصف لا أنه سني ولا أنه بدعي. وقول مالك - والله أعلم - أظهر ههنا من قول الشافعي.[1]

ث- ألا يردف تلك الطلقة بطلاق آخر أثناء العدة. وهذا هو قول مالك، لأن من شروط الطلاق السني أن يقع في حال الزوجية بعد رجعة من الطلاق.

أما أبو حنيفة فيرى أن الزوج إن طلق زوجته في كل طهر مرة فهو طلاق سني، ولو وقع ذلك الطلاق أثناء العدة[2].

ولا خلاف بين أهل العلم أن الطلاق السني يقع وذلك إذا استوفى بقية شروطه التي ذكرها الفقهاء لوقوع الطلاق، سواء الخاصة منها بالزوج أو بالزوجة أو الصيغة.

[1] بداية المجتهد ، ابن رشد الحفيد، ج3 ،ص53.

[2] أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية ،محمد ابن معجوز ،. الجزء الأول ، ص 216 ،سنة 1998، (بدون ذكر المطبعة).

2- الطلاق البدعي:

وهو الطلاق الذي يوقعه المطلق مخالفا للأحكام المذكورة في الطلاق السني، قال ابن عرفة طلاق السنة ما كان في طهر لم يمس فيه بعد غسلها أو تيممها طلقة واحدة فقط وغير هذا بدعي[1].وقال صاحب المغني فإن طلق للبدعة وهو أن يطلقها حائضا أو في طهر أصابها فيه أثم.[2]

وصوره:

- أن يطلق الزوج زوجته وهي في فترة حيض أو نفاس؛
- أو في طهر بعدما جامعها فيه؛
- أو يطلقها أكثر من مرة دفعة واحدة.

وأشير أنه خلافا لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة التي نصت المادة 47 على منع حالة الطلاق والزوجة في حيض، فإن مدونة الأسرة لم تشر إلى أي حكم من أحكام الطلاق السني أو الطلاق البدعي.

ثانيا: الطلاق من حيث الأثر الناتج عنه.

ينقسم الطلاق من حيث الأثر الناتج على الحياة الزوجية إلى قسمين: رجعي وبائن.

1- الطلاق الرجعي: هو الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته التي دخل بها حقيقة، إيقاعا مجردا عن أن يكون في مقابلة مال، ولم يكن مسبوقا بطلقة أصلا، أو كان مسبوقا بطلقة واحدة. ولا فرق في ذلك بين أن

[1] التاج والإكليل لمختصر خليل ، العبدري ، ج5 ،ص 302، الطبعة الأولى، 1416هـ-1994م، دار الكتب العلمية.
[2] المغني شرح مختصر الخرقي ، ابن قدامة ، ج7،ص279، الطبعة الأولى ، 1405هـ / 1985م ،دار إحياء التراث العربي.

يكون الطلاق صريحا أو كناية[1]. والدليل عليه قوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾[2].

فالطلاق الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج إعادة زوجته إلى عصمته قبل انتهاء عدتها، وذلك بمجرد رغبته في رجعتها، فإذا طلقها بأن قال لها: أنت طالق، أو: قد طلقتك: فإنه يملك رجعتها، فإن شاء راجعها قبل انقضاء العدة.[3] . فالزوجية قائمة في هذا النوع من الطلاق، وفي حالة توفي أحد الطرفين في فترة العدة، يحق للطرف الآخر الميراث، كما أن الإنفاق على الزوجة واجب على الزوج طيلة العدة.

ويحق للزوج إرجاع زوجته بدون عقد أو مهر جديدين، شريطة أن يشهد عدلين على ذلك، من خلال وثيقة ويتم إخبار القاضي بذلك؛ وقبل الخطاب على ذلك من طرف القاضي يتم استدعاء الزوجة لإبلاغها بأن زوجها قد أرجعها إلى عصمته، وإذا امتنعت يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق.

2- الطلاق البائن: هو الطلاق الذي لا يمكن فيه للزوج أن يرجع زوجته بدون مهر أو عقد جديدين، وينقسم هذا النوع من الطلاق إلى: طلاق بائن بينونة صغرى، وطلاق بائن بينونة كبرى:

أ- الطلاق البائن بينونة صغرى: هو الذي لا يملك فيه الزوج حق مراجعة زوجته إلا بناء على عقد ومهر جديدين؛ إذ" يزيل قيد الزوجية، بمجرد صدوره، و المطلقة تصير أجنبية عن زوجها، فلا يحل له الاستمتاع بها"[4]

[1] فقه السنة، سيد سابق، ج2، ص 272، الطبعة الثالثة، 1397هـ/1977م، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

[2] سورة البقرة الآية: 229.

[3] شرح مختصر الطحاوي ، الجصاص ، ج 5 ،ص20 ، المحقق د. عصمت الله عنايت الله محمد - أ. د. سائد بكداش - د محمد عبيد الله خان - د زينب محمد حسن فلاتة ، الطبعة الأولى 1431 هـ - 2010 م ، دار البشائر الإسلامية - ودار السراج .

[4] الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة ، حسين بن عودة العوايشة ،ج5ص318،، الطبعة الأولى، من 1423 - 1429 هـ ، المكتبة الإسلامية عمان - الأردن، دار ابن حزم بيروت - لبنان.

ب- الطلاق البائن بينونة كبرى: هو الطلاق بالثلاث. والمرأة التي تطلق ثلاث مرات تصبح بائنة بينونة كبرى، "فلا يحل للرجل أن يعيد من أبانها بينونة كبرى إلى عصمته، إلا بعد أن تنكح زوجا آخر نكاحا صحيحا[1]. فلا يمكن للزوج أن يرجعها إلى عصمته إلا بعد زواجها برجل آخر ودخوله بها دخولا صحيحا، ويطلقها أو يتوفى عنها دون أن يكون قصده تحليلها للزوج الأول. حينها يمكن للزوج الأول أن يرجعها إلى عصمته من جديد وتبدأ الطلقات من جديد.

ثالثا: أنواع من الطلاق اعتبرها المشرع المغربي في حكم الطلاق البائن:

نصت مدونة الأسرة على أن "كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك"[2]

من خلال المادة أعلاه ،يمكن أن نستخلص أنواع الطلاق التي اعتبرها المشرع المغربي في حكم الطلاق البائن:

- الطلاق قبل البناء: هو الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته قبل الدخول عليها؛

- الطلاق بالاتفاق: ما بني بالاتفاق لا يمكن أن ينتهي إلا بالاتفاق، ومن خلال مقتضيات المادة 114 من مدونة الأسرة يمكن للزوجين الاتفاق على الطلاق سواء بشروط أو بدون شروط، وسلطة المحكمة هنا هي مراقبة مدى احترام تلك الشروط المتفق عليها لحقوق الأطفال واحترامها للمدونة بصفة عامة؛ فلا يمكن مثلا للأطراف في الطلاق الاتفاقي الاتفاق على إسقاط الحضانة عن طرف دون الآخر.[3]

- الطلاق بالخلع: ويقصد به " بذل المرأة العوض على طلاقها"[4]، أي البدل الذي تعطيه الزوجة لزوجها مقابل الحصول على طلاقها؛

---

[1] الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة ، حسين بن عودة العوايشة ، ج5، ص319.

[2] المادة 123 من مدونة الأسرة.

[3] المادة 114" يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال.عند وقوع هذا الاتفاق، يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطليق للمحكمة مرفقا به للإذن بتوثيقه.
تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح، أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه."

[4] بداية المجتهد، ابن رشد الحفيد، ج2، ص55.

- طلاق المملك: "من قال لامرأته أمرك بيدك متى ما شئت أو إلى شهر فأمرها بيدها إلى ذلك الأجل "[1]، فهو تمليك الزوج حق إيقاع الطلاق لزوجته، توقعه متى تشاء خلال مدة زمنية محددة، وهذا الحق لا يسقط ما لم تتنازل الزوجة عنه أو يعذرها القاضي باستعماله.

المطلب الثاني: الطلاق في القوانين الوضعية الأوربية

الفرع الأول: التطور التاريخي

تعتبر المسيحية الزواج رابطة "بين رجل واحد وامرأة واحدة مدى الحياة في إطار الحب والإخلاص والشركة، وهم يعتبرون أن هذه هي مشيئة الله ، فلأجل كل هذا تعارض المسيحية الطلاق"[2].

ولما كانت المذاهب التي يعتنقها الغربيون تنقسم إلى ثلاثة مذاهب: المذهب الكاثوليكي، والأرثودوكسي، والبروتستانتي. فسأتطرق إلى موضوع الطلاق في كل مذهب من هذه المذاهب كل على حدى.

أولا: المذهب الكاثوليكي: ينطلقون من أن ما جمعه الله لا يفرقه إنسان، وبالتالي فالطلاق في هذا المذهب حرام حراما باتا. وإنما يبيح فقط الانفصال الجسماني والذي يعني " توقف العيش المشترك بين الزوجين في السكن والفراش وسائر ما يتعلق بحياتهما المختلفة، مع اعتبار الزوجية قائمة بينهم من الناحية الشرعية. على أن الانفصال لا يتم إلا بأسباب منها:

- ✓ زنا أحد الزوجين؛
- ✓ هجران أحد الزوجين للآخر؛
- ✓ صدور سلوك مشين من أحد الزوجين: كأن يربي أولاده تربية غير كاثوليكية."[3]

---

1 مدونة الفقه المالكي ،الصادق عبد الرحمن الغرياني، ج2،ص272 ، الطبعة الأولى 1415هـ - 1994م ، دار الكتب العلمية.

[2] الطلاق في المسيحية إشكاليات وإحصائيات، إعداد د القس.إكرام معلي أ عزة سليمان، ص11، الطبعة الأولى سنة 2006،مؤسسة مركز قضايا المرأة المصرية، مركز الحضارة العربية.

[3] الطلاق في الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، تيسير أحميد الركابي،ص 127، مجلة حولية المنتدى، العدد 41، يناير 2020.

ثانيا: المذهبان البروتستانتي والأرثودوكسي: يبيحان الطلاق في حالات محدودة، من بينها الخيانة الزوجية، لكن يحرمان على كل من الزوجين الزواج بعد ذلك. ويعتمد المذهبان على ذلك على ما ورد في إنجيل مَتَّى، على لسان المسيح إذ يقول: (من طلق امرأته لعلة الزنى يجعلها تترى)[1].

فكلا المذهبين أجازا حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، أي عن طريق القاضي. و بالتالي فالزواج من حيث المبدأ في المسيحية، وإن كانت سمحت في بعض الحالات بانحلاله، فهو علاقة أبدية غير قابلة للانحلال، حيث أنها تشبه علاقة الزوج بزوجته بعلاقة المسيح بالكنيسة.

وعموما فقد كانت الكنيسة تعتبر الزواج من المقدسات السبع، فهو علاقة أبدية غير قابلة للانحلال سواء بالطلاق أو التطليق، فما جمعه الرب لا يمكن للبشر أن يحله. غير أن لهما أن ينفصلا انفصالا جسمانيا، ولو امتد بهما الحال إلى حين وفاة أحدهما، لكن بشرط استصدار حكم من الكنيسة تبرر فيه هذا الانفصال.

ولقد استفاد الغرب في سيرورته التاريخية من بعض أحكام الشريعة الإسلامية خاصة المذهب المالكي. حيث نشأت هذه العلاقة من خلال مسارين بارزين:

- ✓ أولهما :دخول الإسلام:

دخل الإسلام أوروبا عن طريق الأندلس، قادما من المغرب الإسلامي سنة 93هـ/711م، وبانتشار الإسلام فيها انتشر الفقه والتشريع وخالط حياة الناس وأثر فيها أيما تأثير."وقد امتد التواجد الإسلامي بالأندلس قرابة 800 سنة، لم تمض الثلاثون سنة الأولى منها إلا وشبه جزيرة إيبريا كلها تدين بالإسلام لما رآه القاطنون بها من سماحة الدين الإسلامي الذي لم يتعرض لهم في شعائرهم وحريتهم الدينية"[2]،خاصة وأن أوروبا حينها كانت تعيش عصور الابتعاد عن العلم، وسيطرة الظلم والاستبداد.

وقد ساد فيها المذهب المالكي، الذي يتميز" بأصول تشريعية مرنة تؤهله لأن يكون أحد المذاهب الإسلامية القادرة على مواكبة التطور الفكري والتحول الاجتماعي والتجدد التشريعي الحاصل في واقع حياة الناس عبر

[1] تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والظهار، علي الطهطاوي، ص99.

[2] تاريخ العرب وحضارتهم في الأندلس ،خليل إبراهيم السامرائي ،عبد الواحد ذنون طه ،ناطق صالح مصلوب، ص291 بتصرف، الطبعة الأولى سنة 2000، دار الكتاب الجديدة المتحدة، بيروت لبنان .

مختلف العصور"[1] .حيث انتقل إلى الفرنسيين من خلال انتشار المدارس الكبرى في الأندلس، والتي كان يدرس فيها العلوم المختلفة بما في ذلك الفقه المالكي، وقد كان من رواد تلك المدارس المسلمون وغير المسلمين من أماكن بعيدة، بله سكان المناطق المجاورة.

✓ ثانيهما: ترجمة الفقه المالكي

إلى جانب الأهداف العسكرية والتجارية التي كانت من وراء غزو نابليون لمصر، كانت هناك أهدافا ثقافية. وهو ما دفع بنابليون القيام بترجمة الفقه المالكي. فأمر أن تنقل مصادر الفقه المالكي على الخصوص، إلى فرنسا، حيث ترجمت هناك، واستفيد من مادتها الفقهية.

ومما يشهد على ما ذكر نماذج من الاتفاق بين مواد من القانون المدني الفرنسي والأحكام الشرعية وفق المذهب المالكي.

وسأوضح ذلك بذكر نماذج تظهر هذا الاتفاق:

➢ جاء في البند الثاني من القانون المدني الفرنسي:

"La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif."

(لا يطبق القانون إلا على المستقبل، وليس له أي أثر رجعي).

ومضمون هذا البند يتوافق مع التشريع الإسلامي، فكما هو معلوم أن الأحكام التي جاء بها القرآن الكريم، أو السنة المطهرة ليس لها أثر رجعي إلا فيما له أثر مستمر فيما كان مباحا ثم نهى عنه؛ وهكذا لم يطلب من المسلمين قضاء ما مضى قبل أن تفرض الصلاة، وكذلك الصيام وبقية الواجبات. أما المنهيات فلا بد من التخلص منها، فمثلا من كان تحته أكثر من أربع نسوة ،وجب عليه حين ورود منع أكثر من ذلك تطليق الباقي.

[1] المدرسة المالكية وأثرها في القانون المدني الفرنسي ،الرحماني سعيد ، مجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد العاشر، ص 182 ، ذو القعدة 1425هـ،دجنبر 2004م.

➢ وفي البند 1133 من القانون المدني الفرنسي

"La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public."

"يكون السبب محظورا عندما يكون ممنوعا بنص القانون أو مناقضا للأخلاق الحميدة، أو مناقضا للنظام العام."

ويقابله عند المالكية كما جاء في الشرح الكبير بحاشية الدسوقي:

"قوله (لا إن أجبر) العاقد (عليه) أي على البيع، وكذا على سببه وهو طلب مال ظلما، ولو لم يجبر على البيع على المذهب (جبرا حراما) وهو ما ليس بحق فيصح ولا يلزم (ورد عليه) ما جبر على بيعه أو على سببه "[1]

ومعلوم في الشريعة الإسلامية أن العقود لا تتوقف صحتها على ذكر أسبابها، و أن السبب عندما يكون حراما يبطل العقد.

➢ وفي البند 1583 من القانون المدني الفرنسي:

"Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé".

(إذا حصل التراضي على الثمن والمثمن، تم البيع بين المتعاقدين، وثبت ملك المبيع لمشتريه، ولو لم يحصل قبض السلعة والثمن.)

[1] الشرح الكبير للشيخ الدردرير، الدسوقي ،ج3،ص6.

قال خليل في مختصره: "ينعقد البيع بما يدل على الرضا، وإن بمعاطاة وببعني فيقول بعت، وبايعت أو بعتك ويرضى الآخر فيهما"[1].

إضافة إلى هذين المسارين السابقين ،كان لمؤلفات ابن رشد الحفيد (595هـ) بالغ التأثير في الفلسفة الغربية عموما، وفي فلسفة القانون على وجه الخصوص. وهو ما تحدث عنه الغربيون أنفسهم في دراساتهم، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر الدراسة الموسعة التي قام بها" Brunchvicg "عن ابن رشد بعنوان:" ابن رشد الفقيه "Averroes jurist، ضمن دراسات شرقية مهداة إلى ذكرى" Levi Provencal "باريس 1962، وإلى كتاب" Ernest Renan" ابن رشد والرشدية.

غير أن الأمر تغير بهبوب رياح الثورة الفرنسية سنة1789، حيث اتخذت التشريعات الغربية العلمانية مذهبا لها؛ ففصلت مبكرا بين الدين والدولة.

وقد كان من نتائج هذا الانفصال " ظهور مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم بعض الأوضاع أو تنظم بعض الحقوق التي لا تعترف بها التشريعات السماوية عموما والشريعة الإسلامية على وجه الخصوص، كإباحة الدعارة والعلاقات الجنسية الحرة،..."[2]

وفي هذا السياق يقول الدكتور الشافعي: "يعتبر قانون الأسرة الفرنسي قانونا علمانيا ترعرع وتطور في ظل الجمهورية، ولا علاقة له بمبادئ الدين المسيحي الذي انحسرت اختصاصاته بالدرجة الأولى في المسائل ذات الطابع الديني والعقائدي، وذلك منذ أن انفصل الدين عن الدولة، فالمجتمع الفرنسي كباقي المجتمعات الغربية الأخرى تغلب عليه النزعة المادية ومبادئ الحرية الفردية كسلوك عام"[3].

[1] مختصر خليل،الشيخ خليل، المحقق أحمد جاد، ج 1، ص 143، الطبعة الأولى، 1426هـ/2005م ، دار الحديث- القاهرة .

[2] الوسيط في شرح مدونة الأسرة ، الكتاب الأول ،محمد الكشبور ، ص 32، الطبعة 2 .

[3] الأسرة في فرنسا، محمد الشافعي، ص 7، سلسلة البحوث القانونية 3، المطبعة والوراقة الوطنية، سنة2001.

وهكذا تم الإقرار بانحلال الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، تجسيدا لمبادئها الأساسية المساواة والحرية والإخاء. وانحصر دور الكنيسة في إضفاء البركة على الزواج (La bénédiction nuptial) في الراغبين فيها.

وأشير أن التطليق غير الطلاق، فالمقصود بالأخير انحلال الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للرجل، أما التطليق هو انحلالها عن طريق القضاء فقط وليس بالإرادة المنفردة للرجل.

وقد عرف انحلال الزوجية عن طريق التطليق منذ ذلك التاريخ مدا وجزرا حسب المراحل والأزمنة والظروف، إلى أن تم تنظيمه بالشكل المقرر الآن في القانون المدني الفرنسي.

الفرع الثاني: أنواع التطليق في القوانين الوضعية الأوروبية.

يقصد بالتطليق إنهاء العلاقة الزوجية بحكم من القضاء، بمعنى حصول الزوجة علي حكم من القضاء يحل زواج صحيح بناء على الأسباب التى يجيزها القانون.

وسنقتصر على حالات التطليق وفق كل من القانون المدني الفرنسي والبلجيكي.

الفقرة الأولى: القانون المدني الفرنسي[1]

قبل قانون 2004م، و منذ عام 1975م كانت هناك ثلاثة أشكال من الطلاق:

1- الطلاق بالتراضي: اتفق كل من الزوجين عليه (divorce par consentement mutuel).

فلأول مرة ينص على التطليق المتفق عليه من طرف الزوجين والذي يأخذ شكلان:

- ✓ إما أن يكون بموجب طلب مشترك بين الزوجين؛
- ✓ إما أن يطلبه أحدهما ويقبله الطرف الآخر.

2- إذا أثبت أحد الزوجين خطأ الآخر (divorce pour faute)

[1] والذي يسمى في كثير من الأحيان بقانون نابليون'Code Napoleon' والذي صدر أول مرة عام 1804 ،وعرف إصلاحات جوهرية إلى أن صدر القرار رقم 2016 – 131 بتاريخ 10 فبراير 2016 في الجريدة الرسمية بتاريخ 11 فبراير 2016.

3- الطلاق لانقطاع الحياة المشتركة بينهما مدة طويلة (divorce pour rupture de la vie commune): وذلك عندما يعيش الزوجان منفصلين لمدة ست سنوات على الأقل، إما مع انفصال بحكم الواقع أو يعيشان معا ولكن أحدهما كان يعاني من ضعف في القدرات العقلية لأكثر من ست سنوات.

لكن مع قانون 2004م؛ حدد القانون المدني الفرنسي، ووفقا لمقتضيات المادة 229 منه الحالات التي يتم فيها التطليق في أربعة[1]:

- الطلاق بالتراضي؛divorce par consentement mutuel
- الطلاق بمبدأ تفكك الزواج؛ acceptation du Principe de la rupture du marriage
- التغيير الدائم في الرابطة الزوجية؛alteration definitive du lien conjugal
- الطلاق للخطأ : de faute

أولا: التطليق بالتراضي

لقد نصت المادة 230 من القانون المدني الفرنسي: " يمكن للزوجين طلب الطلاق بشكل مشترك عندما يتفقان على تفكيك الزواج وآثاره من خلال تقديم اتفاق للقاضي ينظم تبعات الطلاق"[2]

وهو طلاق ودي يعد من أكثر أنواع التطليق انتشارا بين المتزوجين، لكونه الأسهل والأسرع، وينطبق عندما يوافق الزوجان على إنهاء زواجهما والاتفاق على العواقب القانونية من انفصالهم. حيث " تمثل حالات الطلاق

[1] المادة 229 من القانون المدني الفرنسي:

Le divorce peut être prononcé en cas :

- soit de consentement mutuel ;
- soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ;
- soit d'altération définitive du lien conjugal ;
- soit de faute.

[2] المادة 230 من القانون المدني الفرنسي:

"Le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce."

بالتراضي بفرنسا حوالي 44 %من حالات طلبات انحلال الرابطة الزوجية /و54 %من قرارات إنهاء تلك الرابطة."[1]

فأساس هذا النوع هو رضا كلا الزوجين، والذي يتجسد في الاتفاق حول إنهاء الرابطة الزوجية وكذلك على تنظيم الآثار المترتبة عنها، حيث ينحصر دور القاضي في مراقبة مصداقية هذا الاتفاق.

على أن المشرع الفرنسي وضع له شروطا ونظمه من خلال مسطرة خاصة.

1- شروط التطليق

أ- موافقة الزوجين على فسخ الزواج وآثاره، اتفاق يتحقق باتفاق ينظم جميع تبعات الطلاق؛[2]

ب- ألا يشوب رضاهما عيب من عيوب الإرادة. " يوافق القاضي على الاتفاق ويعلن الطلاق إذا اقتنع بإرادته كل من الزوجين حقيقي وأن موافقتهم حرة ومستنيرة."[3]؛

ت- أن يقتنع القاضي بكون الاتفاق لا يضر بمصالح الأبناء او أحد الزوجين ؛[4]

ث- الأهلية القانونية لكلا الزوجين والمحددة في 18 سنة؛

ج- لا يمكن طلبه خلال الأشهر الستة الأولى من الزواج ؛

ح- تسوية جميع عواقب الانفصال قبل الإحالة إلى القاضي ، بما في ذلك تصفية النظام الزوجي (المادة 1091 من القانون الجديد الإجراءات المدنية معدل بالمرسوم عدد 1907 لسنة 2016 المؤرخ في 28 دجنبر 2016).[1]

---

[1] Références statistiques Justice année 2015,Directrice de la publication C. Chambaz ,Coordination C. Lixi, J. Mauguin, V. Ravilly-Silva ,Réalisation C. Kissoun-Faujas, J. Mauguin,p10.

[2] La réforme du divorce et de la procédure en matière familiale. Guide méthodologique ,Dominique PERBEN ,Novembre 200, p15.

[3] الفقرة الأولى من المادة 232 من القانون المدني الفرنسي:

"Le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé."

[4] الفقرة الثانية من المادة 232 من القانون المدني الفرنسي:

" Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux."

2- مسطرة التطليق

قبل سنة 2004، كان على القاضي فحص الطلب مع الزوجين، وسؤالهم عما إذا كانوا يريدون الطلاق بالفعل، و كان يتوجب كان عليهم الانتظار ثلاثة أشهر.

وتتم عبر الخطوات التالية:

أ- الخطوة الأولى: يتقدم الزوجان إلى محكمة الأسرة بطلب مشترك، مع وجوب تقديم مسودة اتفاق تسوية عواقب طلاقهما. و يمكن تقديم هذا الطلب إما من قبل محامي الأطراف المعنية، أو عن طريق محام يتم اختياره بالاتفاق المتبادل. وذلك طبقا لمقتضيات المادة 250 من القانون المدني الفرنسي[2]. وقد سمح المشرع للزوجين بإمكانية تنصيب محام واحد نظرا لأنه طلاق غير نزاع إذ من المعلوم أنه لا تقاضي بسبب اتفاق؛

ب- الخطوة الثانية: تنص الفقرة الثانية من المادة 250 من نفس القانون بأنه على القاضي القيام بفحص الطلب مع الزوجين ، أولا كل واحد منهما على حدة ، ثم مع الزوجين ،وأخيرا مع محامي أو محاميي الزوجين[3]،كما أن على القاضي خلال هذه المرحلة القيام بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين، فإذا لم يتمكن من الصلح بينهما خلال الجلسة ذاتها؛ فإن القانون يفرض على القاضي إمهالهما ثلاثة أشهر للتفكير، وبعد انصرامها وظل الزوجان متمسكان على الانفصال قدما الطلب من جديد؛

ت- الخطوة الثالثة: بعد محاولة الصلح يقوم القاضي طبقا لمقتضيات المادة 253 بمراقبة الاتفاق الموقع من طرف الزوجين؛

---

[1] Article 1091 Code de procédure civile: "A peine d'irrecevabilité, la requête comprend en annexe, le cas échéant, le formulaire d'information de l'enfant mineur demandant à être entendu daté et signé par lui ainsi qu'une convention datée et signée par chacun des époux et leur avocat portant règlement complet des effets du divorce et incluant notamment un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation. L'état liquidatif doit être passé en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière."

[2] Article 250:"La demande en divorce est présentée par les avocats respectifs des parties ou par un avocat choisi d'un commun accord"

[3] Article 250" Le juge examine la demande avec chacun des époux, puis les réunit. Il appelle ensuite le ou les avocats."

ث- الخطوة الرابعة: النطق بالحكم من طرف القاضي، حيث يمكنه إما:

✓ النطق بالتطليق: في نهاية الجلسة و بعد مصادقته على الاتفاق الموقع بين الزوجين يعلن القاضي الطلاق إذا وجد أن الاتفاق أعطى لكل من الزوجين الحرية الخاصة بهم، وألا شيء في الاتفاقية يعارضها[1]. غير أن هذا الحكم لا يعتبر نهائيا، حيث يمكن وفقا لمقتضيات المادة 1103 من قانون المسطرة المدنية الطعن فيه في أجل خمسة عشر يوما؛

✓ رفض النطق بالتطليق: وذلك حين يرفض القاضي المصادقة على الاتفاق الموقع بين الزوجين إذا تبين له أن مضمون الاتفاق يضر بمصالح أحدهما أو بمصالح الأطفال. وذلك طبقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 232 من القانون المدني الفرنسي .[2] غير أنه مع ذلك يجوز للقاضي في هذه الحالة الموافقة على تدابير معينة (معاش الطعام، ومغادرة المنزل ...) مع وجوب احترام الزوجين لذلك.

ويكون قرار القاضي هذا برفض التطليق قابلا للطعن من طرف الزوجين استئنافيا خلال خمسة عشر يوما، وأمام محكمة النقض إذا كان قرار محكمة الاستئناف مؤيدا للحكم السابق. عندها لا يكون أمام الزوجين في حالة إصرارهما على التطليق إلا تقديم طلب جديد وبالضرورة تغيير الاتفاق النهائي بينهما.

ثانيا: الطلاق بمبدأ تفكك الزواج أو التطليق بناء على طلب أحد الزوجين وقبوله من الآخر

لم تعرف فرنسا عن هذا النوع من التطليق إلا مع قانون 11 يوليوز 1975 ويتم عبر مرحلتين:

1- <u>المرحلة الأولى: النظر في طلب التطليق:</u>

وقد وضع المشرع لهذه المرحلة مسطرة معينة، تكون أمام قاضي الأسرة، تتمثل في الخطوات التالية:

[1] http://www.justice.gouv.fr,Le divorce. Procédures, Conception : SG/DICOM - Rédaction : D. Arnaud, C.Fraboul - Maquette : E. Aguilera - Crédits photos : C.Montagné, C.Lacène, PhotoAlto - Edition Octobre 2012, p3.

[2] Article 232 " Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux.

أ- الخطوة الأولى: يقوم أحد الزوجين بتقديم الطلب لقاضي الأسرة، حيث يبين في مذكرة موقعة من طرفه أن الحياة الزوجية أصبحت مستحيلة بينه وبين الطرف الآخر، دونما حاجة إلى ذكر الأسباب المؤدية لذلك. وذلك استنادا للمادة 233 من القانون المدني الفرنسي[1].وعليه فالطلاق المقبول مبني من الآن فصاعدا بناء على مجرد ملاحظة القاضي لموافقتهم على مبدأ الإنهاء ، دون اعتبار الحقائق التي أدت إلى ذلك.[2]

ب- الخطوة الثانية: يسلم القاضي المذكرة المقدمة من طرف الزوج إلى الزوج الآخر خلال خمسة عشر يوما، حيث نكون أمام خيارين:

- الخيار الأول: اعتراف الزوج بما جاء في المذكرة، ليؤكد أن الحياة الزوجية بينهما أصبحت مستحيلة، بشرط أن يكون هذا الاعتراف عن طريق محام وفي أجل شهر، تحت طائلة اعتبار عدم رده رفضا للطلب.

- الخيار الثاني: رفض طلب التطليق، إما بشكل صريح عن طريق الكتابة، أو بشكل ضمني في حالة عدم الرد كما أسلفنا. وهنا لن يتمكن القاضي من النطق بالطلاق ، وستكون الإجراءات لاغية وباطلة طبقا لمقتضيات المادة 235من القانون المدني الفرنسي[3]

ت- الخطوة الثالثة: يقوم القاضي بمحاولة صلح بين الزوجين، حيث يستدعي الطرفان بحضور محاميهما، ويقوم أيضا بمراقبة كون رضا أحد الزوجين غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة. فإذا باءت محاولة الصلح بالفشل، أثبت القاضي فشل الزواج المعترف به من قبل الزوجين.[4]

---

[1] Article 233" Le divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci."

[2] La réforme du divorce et de la procédure en matière familiale. Guide méthodologique ,Dominique PERBEN ,Novembre 2006,p16

[3] Article 235"Si l'autre époux ne reconnaît pas les faits, le juge ne prononce pas le divorce."

[4] الأسرة في فرنسا، محمد الشافعي، ص 304.

2- المرحلة الثانية: النظر في الآثار المترتبة عن التطليق. على خلاف المرحلة الأولى، التي يقوم القاضي فيها بدراسة الطلب، فهنا يتدخل لتنظيم الآثار المترتبة عن التطليق "دون المساس بالتطليق في حد ذاته"[1]. حيث يصدر حكمه في التطليق، والذي يكون قابلا للطعن فيه.

ثالثا: الطلاق من أجل التغيير الدائم في الرابطة الزوجية

حل هذا النوع من الطلاق محل الطلاق لانقطاع الحياة المشتركة المنصوص عليه في قانون 11 يوليو 1975.[2] حيث اعتبر حينها كنوع من أنواع الطلاق المبنية على سبب موضوعي. وقد وضع المشرع الفرنسي لانعقاده أسبابا، ومسطرة وجب سلكها.

1- الأسباب: هناك سببان رئيسيان:

أ- الانفصال الفعلي للزوجين: بأن يكون كل واحد من الزوجين يعيش منفصلا عن الآخر لأكثر من ست سنوات؛

ب- الاختلال العقلي لأحد الزوجين: فوفقا لمقتضيات المادة 238 من القانون المدني فإن الاختلال العقلي الخطير لأحد الزوجين لست سنوات على الأقل، وفي غياب حياة مشتركة بينهما، يعتبر سببا لطلب التطليق. مع ضرورة الإدلاء بكل الوثائق الطبية التي تثبت هذا الاختلال.

كما ألزم المشرع الفرنسي في كلا الحالتين الزوج الذي يطلب التطليق تحمل كل التكاليف التي يوجبها هذا النوع من التطليق، سواء اتجاه الزوج المختل عقليا أو الأطفال.

[1] [1] الأسرة في فرنسا، محمد الشافعي، ص 305.

[2] La réforme du divorce et de la procédure en matière familiale. Guide méthodologique ,Dominique PERBEN ,Novembre 200, p16

لكن هذا النوع من الطلاق (الطلاق لانقطاع الحياة المشتركة) ظل هامشيا، لأن الشروط أو الأسباب كانت صارمة للغاية، إذ كان على الزوجين إثبات أنهما انفصلا بحكم الواقع لمدة ست سنوات، وأنهما لم يعودا يعيشان معا.

مما دفع بالمشرع الفرنسي بسن إجراءات ميسرة لتوقيع هذا النوع من الطلاق . و هكذا ووفقا لمقتضيات المادة 237 من القانون المدني الفرنسي، يمكن لأحد الزوجين طلب الطلاق عندما يتم تغيير الرابطة الزوجية بشكل دائم.[1]

وبموجب الفقرة الأولى من المادة 238 من القانون نفسه، حد القانون المدني الفرنسي من صرامة تلك الشروط. إذ يكفي التحقق من توقف الحياة المشتركة بين الزوجين. وذلك "عندما كانا يعيشان منفصلين لمدة عامين قبل إجراء الطلاق"[2]

إضافة إلى إلغاء الأحكام الخاصة المتعلقة بعواقب الطلاق لانهيار المعاشرة "الحفاظ على واجب المساعدة، واستخدام اسم الزوج كحق، والتكاليف التي يتحملها المدعي" [3]

علاوة على ذلك، فإن تغيير القدرات العقلية (المادة 238 السابقة من القانون المدني) لم يعد يشكل سببا محددا للطلاق، وهذه الحالة مدرجة في التغيير النهائي للرابطة الزوجية.

غير أنه مع ذلك ، فقد نص القانون على تعويض مالي للزوج الذي يعاني من الانفصال ، من خلال العلاوة التعويضية من جهة ، والتي قد تتخذ ، إذا لزم الأمر ، شكل راتب سنوي للزوج الذي لا تسمح له حالته

[1] Article 237" Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré"

[2] Article 238 " L'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce."

[3] La réforme du divorce et de la procédure en matière familiale. Guide méthodologique ,Dominique PERBEN ,Novembre 200, p17.

الصحية أو عمره بفعل ذلك. توفير احتياجاته ، ومن ناحية أخرى من خلال التخصيص المحتمل للتعويضات على أساس المادة الجديدة 266.[1]

2- مسطرة التطليق

ويمكن التمييز فيها بين مرحلتين:

أ- المرحلة الأولى:

يقوم القاضي بعد توصله بطلب التطليق ودراسته، باستدعاء الزوجين لمحاولة الصلح بينهما في حالة ما إذا كان التطليق للانفصال الجسماني، أما في حالة ما إذا كان طلب التطليق مبنيا على الاختلال العقلي فيكتفي القاضي بمقابلة الزوج المقدم للطلب ويدعوه للتفكير. وفي حالة فشل محاولة الصلح، يحدد القاضي إن دعت المصلحة ذلك الاجراءات المؤقتة التي لا يمكن اتخاذها أثناء سريان الدعوى.

ب- المرحلة الثانية: الحكم بالتطليق

في هذه المرحلة يقوم القاضي بمراقبة الشروط الموضوعية، بمعنى أنه يتأكد من حقيقة الانفصال الجسماني للزوجين، وحقيقة الاختلال العقلي للزوج، و يكون القاضي في هذه الحالة الأخيرة، ملزما بإجراء خبرة طبية قبل البت في الموضوع. فإذا ثبتت للقاضي توفر الشروط الموضوعية للتطليق فإنه ينطق بالتطليق، إلا في حالة إذا تبين للقاضي أن هذا التطليق ستكون له آثار مادية ومعنوية على الطرف الآخر أو على الأطفال في حال وجودهم.

كما يمكن أيضا واستمرارا في مسار الإصلاح، إعلان الطلاق من أجل التغيير النهائي للروابط الزوجية، دون أي حد زمني.[2]

[1] Article 266 "Sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint".

[2] La réforme du divorce et de la procédure en matière familiale. Guide méthodologique ,Dominique PERBEN ,Novembre 200, p20

من ناحية أخرى ، إذا كان المدعى عليه يرغب أيضا في الطلاق ، فإن الفقرة الثانية من المادة 238 تسمح له بأن يبني طلبه على التغيير النهائي للرابطة الزوجية ، على الرغم من عدم الحصول على فترة السنتين. ثم يتم النطق بالطلاق تلقائيا بمجرد رفض الدعوى الرئيسية للخطأ.[1]

و من ثم فإن الطلاق من أجل التغيير الدائم للرباط الزوجي يشكل بالتالي بديلا حقيقيا للطلاق بسبب الخطأ.

رابعا: التطليق للخطأ أو للضرر

الطلاق بالضرر هو حالة طلاق قضائي، إذ يجوز للزوج وفق مقتضيات المادة 242 من القانون المدني الفرنسي طلب الطلاق لوقائع منسوبة إلى الآخر تشكل انتهاكا خطيرا أو متجددا لواجبات والتزامات الزواج يجعل الحفاظ على الحياة المشتركة أمرا مستحيلا.[2]

و لقد وضع المشرع الفرنسي شروطا لحصول الطلاق بسبب الخطأ، كما ألزم سلوك مسطرة قانونية.

1- شروط التطليق للخطأ

لقد حدد المشرع الفرنسي أسباب طلب التطليق للضرر، ويمكن التمييز بين نوعين من هذه الأسباب:

أ- أسباب حاسمة للتطليق: والمقصود بها الأسباب التي لا يمكن للقاضي حال توفرها الرفض، بل يلزمه النطق بالتطليق. وقد عرفت هذه الأسباب تعديلا في القانون المدني الفرنسي، فقبل تعديل سنة 1975 حدد المشرع الفرنسي سببان رئيسيان وهما "زنا أحد الزوجين من جهة، والإدانة بعقوبة مشينة من جهة ثانية "[3]. غير أنه بعد التعديل المذكور لم يعد الزنا سببا حاسما بل أصبح سببا اختياريا، إذ لم يعد الزنا جريمة بل خرقا لواجب الإخلاص فقط. ثم ما لبث أن مس التعديل السبب الحاسم الثاني مع تعديل القانون الجنائي سنة 1992، حيث حل محله

[1] La réforme du divorce et de la procédure en matière familiale. Guide méthodologique ,Dominique PERBEN ,Novembre 200, p21

[2] Article 242" Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune."

[3] الأسرة في فرنسا، محمد الشافعي، ص290.

طبقا لمقتضيات المادة 243 كل إدانة بسبب عقوبة جنائية،[1] فمتى أدين أحد الطرفين بهذا النوع من العقوبة أمكن للزوج الآخر طلب التطليق؛

ب- أسباب اختيارية: لقد نصت المادة 242 من القانون المدني بأنه بإمكان أحد الزوجين طلب التطليق إذ ارتكب أفعال تشكل انتهاكا خطيرا أو متكررا لقواعد الزواج يجعل تمديد التعايش غير محتمل: العنف المنزلي والشتائم والخيانة الزوجية [2]

ووفقا لمقتضيات نفس المادة، حددت عناصر ثلاثة أساسية للخطأ:

- خرق الواجبات والالتزامات المترتبة عن الزواج؛
- كون هذا الخرق خطيرا أو متكررا؛
- استحالة العشرة بين الزوجين بسببه.

لكنه وأمام عدم حصر المشرع لهذه الأسباب، رغم كون المادة أعلاه حددت صفات الخطأ، جعل مجال هذه الأسباب مفتوحا، "وتبقى للقاضي السلطة التقديرية للأفعال التي يمكن أن تشكل خرقا للالتزامات والواجبات التي يفرضها الزواج على المتزوجين"[3].

ومما يجب الإشارة إليه أن قد تكون هناك بعض الوقائع مصنفة على أنها خطأ، ولكنها إذا كانت قديمة، فيمكن للقاضي أن يعتبر أن هناك مصالحة بين الزوجين (المادة 244 من القانون المدني).[4]

ورغم أن قانون 26 مايو 2004م قد أدخل تعديلات تحريرية بحتة للمادة 242 من القانون المدني. إلا أن الشروط الموضوعية للطلاق للضرر لم تتغير.[5]

---

[1] Article 243" Il peut être demandé par un époux lorsque l'autre a été condamné à l'une des peines prévues par l'article 131-1 du code pénal."

[2] http://www.justice.gouv.fr,Le divorce.Procédures, Conception : SG/DICOM - Rédaction : D.Arnaud, C.Fraboul - Maquette : E. Aguilera - Crédits photos : C.Montagné, C.Lacène, PhotoAlto - Edition Octobre 2012, p4

[3] الأسرة في فرنسا، محمد الشافعي ، ص292.

[4] Article 244" La réconciliation des époux intervenue depuis les faits allégués empêche de les invoquer comme cause de divorce."

[5] La réforme du divorce et de la procédure en matière familiale. Guide méthodologique, Dominique PERBEN, Novembre 200, p20

2- مسطرة التطليق للخطأ

أخضع المشرع الفرنسي طلب التطليق للخطأ لمسطرة معينة تتميز بمرحلتين:

أ- المرحلة الأولى: وهي سابقة لنطق القاضي بالحكم، تستوجب الخطوات التالية:

- إجراء خاص بطالب التطليق من الزوجين، حيث يلزمه إن كان متمتعا بالأهلية القانونية المحددة في ثمانية عشر سنة، تقديم الطلب بالتطليق بصفة أحادية عن طريق محام إلى محكمة الدرجة الكبرى ذات الاختصاص، لكي ينظر قاضي الأسرة فيه. مع استثناءات تخص الاختصاص الترابي، فطبقا لمقتضيات المادة 1070 من قانون المسطرة المدنية أصبح الاختصاص لمن له الحضانة من الزوجين لمحكمة مكان إقامة الحاضن. و في غيره من الحالات يعود الاختصاص لمحكمة المكان الذي يقيم فيه الزوج المدعى عليه. على أن القصد من تقديم هذا الطلب هو "الحصول من القاضي على تحديد تاريخ للقيام بمحاولة الصلح التي تشكل العنصر الأساسي لهذه المرحلة "[1].

- الإجراء الثاني: نصت المادة 257 من القانون المدني الفرنسي [2] على أنه بإمكان الطرف الذي قدم طلب التطليق أن يلتمس من القاضي اتخاذ بعض التدابير الاستعجالية. و عليه فللقاضي اتخاذ إن دعت الضرورة ذلك، ما يراه مناسبا من التدابير خصوصا إذا اتضح له استحالة القيام بها بعد إجراء محاولة الصلح؛

[1] الأسرة في فرنسا، محمد الشافعي، ص295.

[2] Article 257"Le juge peut prendre, dès la requête initiale, des mesures d'urgence.

Il peut, à ce titre, autoriser l'époux demandeur à résider séparément, s'il y a lieu avec ses enfants mineurs.

Il peut aussi, pour la garantie des droits d'un époux, ordonner toutes mesures conservatoires telles que l'apposition de scellés sur les biens communs."

➢ الإجراء الثالث: جلسة الصلح، تبدأ المصالحة بطلب الطلاق الذي يوجه إلى قاضي محكمة الأسرة من خلال محام.[1] حيث يستدعي القاضي الزوجان المعنيان لجلسة الصلح في محاولة للصلح بينهما، ويمكن حضور محاميا الطرفين إن هما رغبا في ذلك. ويهدف القاضي من وراء هذا الإجراء "إجلاء عدم الثقة عن الزوجين وإتاحة الفرصة لهما خلال هذه الجلسة للتعبير عن رأيهما، وكذلك طرحهما بعض الاقتراحات أو الاعتراف بأخطائهما دون أن يستعمل ذلك ضدهما خلال المسطرة"[2]. وكأي محاولة صلح فيمكن أن تنتهي ب:

- الصلح بين الزوجين: وقد يكون في الجلسة، فتنتهي المسطرة ويعود الزوجان لممارسة حياتهما الزوجية. أما إذا لم يتم الصلح خلال الجلسة، لكنه تبين للقاضي إمكانية الصلح من بعد، فحينها يمهل الزوجان مدة لا تتعدى ستة أشهر للتفكير، على أن يستأنف إجراءات محاولة الصلح بعد انصرام تلك المدة.
- فشل محاولة الصلح بين الزوجين: حينها يسمح القاضي للزوج المقدم طلب التطليق إقامة الدعوى التطليق أمام محكمة سكنى الطرف الآخر.

وهنا تنتهي المرحلة الأولى من مسطرة التطليق للخطأ لتبدأ المرحلة الثانية.

ب- المرحلة الثانية: وهي مرحلة النطق بالحكم

يتوجب على الزوج المقدم للطلب تقديم ما يثبت خطأ الطرف الآخر، إما باعتراف الأخير وكما يقال الاعتراف سيد الأدلة، أو بكافة الوسائل المتاحة والممكنة القانونية. "غير أن الوسيلة المستعملة بكثرة في هذا المجال هي الشهادة، التي يمكن أن تكون على شكل تصريحات كتابية، أو عن طريق الاستماع إلى الشهود شخصيا خلال البحث".

ينطق القاضي بالحكم والذي يتخذ شكلين اثنين:

[1] http://www.justice.gouv.fr,Le divorce.Procédures, Conception : SG/DICOM - Rédaction : D.Arnaud, C.Fraboul - Maquette : E. Aguilera - Crédits photos : C.Montagné, C.Lacène, PhotoAlto - Edition Octobre 2012, p4

[2] الأسرة في فرنسا، محمد الشافعي، ص 297.

- رفض طلب الطلاق: إذا كانت الوقائع لا تعتبر سوء سلوك جسيم يمكن أن يبرر الطلاق، أو إذا كانت الأدلة غير كافية؛[1]

- النطق بالطلاق: والذي يكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف، فإذا طعن في الحكم بالاستئناف فإنه لا ينتج أي أثر، حيث يبقى كلا الزوجين خاضعين لما يترتب عن الزواج من التزامات مادامت المحكمة لم تبت في القضية. كما أن قرار محكمة الاستئناف هو الآخر يكون قابلا للطعن فيه عن طريق النقض، وهكذا فالتطليق لا يصير نهائيا إلا من التاريخ الذي رفض فيه الطعن ضد القرار الذي صدر بالتطليق.

فإذا صار الحكم بالتطليق نهائيا ؛ فتترتب عليه آثاره من اليوم الذي صار فيه الحكم نهائيا. غير أنه في حالة كان الحكم النهائي برفض التطليق، فتبقى الرابطة الزوجية مستمرة بين الزوجين، ويتحمل كل واحد منهما الواجبات والالتزامات التي تفرضها العلاقة الزوجية بينهما.

وختاما فإذا كانت كل هذه الأنواع من الأطلقة قضائية ، فلقد سن المشرع الفرنسي بمقتضى الإصلاح المتعلق بتحديث العدالة بتاريخ 18 نونبر 2016، شكلا جديدا للطلاق وهو الطلاق غير القضائي؛ وذلك تبسيطا لإجراءات الطلاق و تخفيفا للعبء على المحاكم، إذ يمكن للزوجين طبقا للفصل 229-1 الجديد الاتفاق على حل الزواج وعلى آثاره وذلك بمقتضى كتاب خطي يمضيانه بحضور محام لكل واحد منهما ويوقع كل محام على الاتفاق.[2]

---

[1] Cours de droit .net, 16mars 2019, p45

[2] Article 229-1"Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374.

Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4.

Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire."

الفقرة الثانية: حالات التطليق في بلجيكا

إذا كان المشرع البلجيكي لا يعترف بالطلاق إلا إذا كان عن طريق القضاء، أي أنه لا يعترف بالطلاق الذي يتم عن طريق الإرادة المنفردة للزوج، فإنه ضيق من دائرة التطليق، فحسب المادة 229 من القانون المدني البلجيكي[1] ينحصر في الحالات التالية:

1- وتتعلق بأسباب: وقد حددها المشرع في المادة 234 والمادة 235 من القانون المدني البلجيكي، فبالنسبة للأولى (المادة 234) لا يمكن للقاضي حين توفرها رفض الحكم بالتطليق. وتتمثل في حال إثبات أحد الزوجين خطأ الآخر، أو تعلق الأمر بزنا أحد الطرفين، وأيضا في حال التفريط في الواجب الملقى على عاتق أحد الزوجين كسوء الأخلاق والشتم الخطير.

أما الأسباب التي حددتها المادة 235 من نفس القانون فهي اختيارية، حيث يمكن طلب التطليق من قبل أحد الزوجين نظرا لاستحالة الحياة الزوجية بينهما، كما إن تعلق الأمر بأفعال مصدرها الطرف الآخر خاصة عندما تشكل خرقا خطيرا أو متكررا للواجبات والالتزامات الزوجية.

ولما أخضع المشرع البلجيكي الطلاق وكذلك التطليق لسلطة القاضي، فلابد من مثول الزوجين في هذه الحالة أمام المحكمة قصد إجراء محاولة للصلح بينهما، كما أنه على المحكمة اتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة لحماية أحد الزوجين، وبعد هذا فقط يمكن للمحكمة إصدار الحكم بالتطليق.

2- إذا تم التطليق بالتراضي بين الزوجين؛ فيتقدمان بطلب مشترك للمحكمة من أجل التطليق، بعد أن يكونا قد وقعا على اتفاق فيما يخص جميع ما يتعلق بالآثار المترتبة عن التطليق، والذي لا يملك القاضي الحق في تعديله. في هذه الحالة فسلطة القاضي تنحصر في مراقبة الاتفاق الموقع بين الزوجين. وله -أي القاضي- وحسب مقتضيات المادة 229 من القانون المدني البلجيكي الحكم بالمصادقة على هذا الاتفاق المبرم بين الزوجين، أو رفض المصادقة في حال تضمنه لمقتضيات غير عادلة.

[1] القانون المدني البلجيكي طبقا لتعديلات 4-9-2006.

وفي جميع الحالات، فلا يمكن للقاضي إصدار الحكم بالتطليق إلا بعد إجراء محاولة للصلح بين الزوجين.

بقي أن نشير إلى أن المشرع البلجيكي اشترط شرطين أساسيين في هذه الحالة:

- ✓الشرط الأول: "مرور سنتين على الزواج" وهو ما نصت عليه المادة 276 من القانون المدني البلجيكي.
- ✓الشرط الثاني: "بلوغ كل من الزوجين عشرين سنة " وفق مقتضيات المادة 275 من نفس القانون.

3- الطلاق من أجل الانفصال الفعلي للزوجين لأكثر من سنتين أو ما يسمى بالانفصال الجسماني. إذ يمكن لأحد الزوجين طلب التطليق عندما يعيش كل واحد منهما منفصلا عن الآخر لمدة سنتين أو أكثر، وذلك وطبقا لمقتضيات المادة 308 من القانون المدني البلجيكي.

الفقرة الثالثة :مقارنة بين الطلاق في القوانين الوضعية ومدونة الأسرة المغربية.

أولا: أوجه الاتفاق:

1- لئن كانت الشريعة الإسلامية أباحت للرجل أن يطلق المرأة مطلقا و فرضت عليه في مقابل ذلك واجبات حماية للزوجة وحفظا لمصلحتها، و أباحت للمرأة أيضا أن تطلب من القضاء أن يطلقها على الزوج إذا أثبتت أنه يضارها، أو لا يؤدي لها ما توجبه الشريعة على الزوج من حقوق للزوجة . فإذا ثبت بالبينة أن الزوج يضار زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة فالمشهور أنه: "يثبت للزوجة الخيار فإن شاءت أقامت على هذه الحالة وإن شاءت طلقت نفسها"[1]. فإن القوانين الوضعية في العالم الغربي لم تقر بحق الطلاق إلا في القرن العشرين،" بل كان البعض يآخذون على الشريعة أنها جاءت مقررة لحق الطلاق، ثم دار الزمن دورته وجاء عصر العلوم والرقي وتقدمت الأمم

[1] الشرح الكبير للشيخ الدردرير، الدسوقي، ج2 ص318.

وتفتحت العقول، فرأى العلماء والمفكرون أن تقرير حق الطلاق نعمة على المتزوجين وأنه الطريق الوحيد للخلاص من الزواج الفاشل، ومن سوء العشرة ومن الآلام النفسية، وأن الطلاق هو الذي يحقق سعادة الزوجين ذا فشل الزواج في تحقيقها، وأنه يحفظ الرجل والمرأة من التعرض للأخطاء ووساوس الشيطان"[1]؛

2- اتفاق بين مدونة الأسرة والقوانين الوضعية على جعل الطلاق بيد القاضي، فقد نصت مدونة الأسرة على أن: " الطلاق حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة"[2]؛ وبالتالي لم يعد هناك وجود للطلاق الانفرادي الذي يوقعه الزوج بالاعتماد على إرادته وحدها.

3- تعدد أسباب التطليق في كلا التشريعين، فقد حددت المدونة أسباب انحلال العلاقة الزوجية في:

أ- الطلاق: الذي يتحقق بطلب من أحد الزوجين سواء بإرادة الزوج المنفردة، أو من الزوجة، كل بحسب شروطه وتحت مراقبة القضاء "[3]، أو بالتمليك في حالة ما إذا ملك الزوج زوجته إيقاع الطلاق القضاء"[4]، أو بالتراضي والاتفاق بين الزوجين القضاء "[5].

ب- التطليق: فانحلال العلاقة الزوجية بالتطليق يكون بطلب من أحد الزوجين بسبب الشقاق، هذا الأخير الذي هو عبارة عن اشتداد الخلاف والنزاع بين الزوجين، واستحكامه بينهما لدرجة يتعذر الاستمرار في العشرة الزوجية. كما يكون التطليق لأسباب أخرى تتجلى في:

- ✓ إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج.

[1] ا لتشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة، ج2، ص49، دار الكاتب العربي، بيروت.

[2] المادة: 78 من مدونة الأسرة.

[3] المادة: 78 من مدونة الأسرة

[4] المادة: 89 من مدونة الأسرة.

[5] المادة: 114 من مدونة الأسرة.

- ✓ الضرر
- ✓ عدم الإنفاق
- ✓ الغيبة
- ✓ الإيلاء والهجر
- ✓ الخلع: الذي هو إزالة الزوجية بلفظ الخلع مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها. وعرفه الأحناف بأنه إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو ما في معناه نظير عوض تلتزم به الزوجة.[1]

ثانيا: أوجه الاختلاف

1- لا تعترف القوانين الوضعية بالطلاق الواقع بالإرادة المنفردة من قبل الزوج؛ إذ تعد ذلك مخالفا لمبدأ المساواة المنصوص عليه في العهود والمواثيق الدولية؛

2- لقد حرصت الشريعة الإسلامية على تحقيق التوازن بين حقوق الفرد وحقوق المجتمع، من جهة ،والجمع بين المصالح الدنيوية و الأخروية فالفرد وهو يمارس هذا الحق هو قبل كل شيء عبد مكلف وملزم بتحقيق عبودية الله عز وجل في ذلك. بعكس القوانين الوضعية التي تقف عند المنافع الفردية؛ والمصالح الدنيوية فحسب؛

3- القوانين المنظمة للطلاق في الغرب وباعتبارها حق من الحقوق فإنها "تتصف بعدم الثبات والتغير المستمر لكونه يخضع لإرادة الإنسان واجتهاده تحت تأثير عوامل ودوافع اقتصادية واجتماعية وسياسية وثقافية وموازين القوى بين الأفراد والجماعات"[2]؛

[1] أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، محمد مصطفى شلبي، ص 75، الطبعة الثانية، سنة 1977، دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت.

[2] التعارض والاختلاف في النظر إلى طبيعة الحق ومصدره بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، ربحي تبوب فاطمة الزهراء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 57 ، العدد 05 ، ص 264، السنة2020 .

4- لاوجود في التشريع المغربي؛ والذي يمتح من الشريعة الإسلامية ،ما يسمى في القوانين الوضعية بما يسمى الانفصال الجسماني .

وهكذا يمكن أن نستنتج من خلال المقارنة بين التشريعين مدى الاختلاف البين والواضح و الراجع بالأساس إلى اختلاف مرجعية كل منظومة تشريعية، فمدونة الأسرة تستقي أحكامها من المصادر الشرعية، على عكس القوانين الوضعية التي تستند للمواثيق والعهود الدولية الناشئة عن اجتهادات بشرية كثيرا ما تتأثر بهوى الأفراد وموازين القوى بينهم .

المبحث الثاني: الطلاق الصادر عن المحاكم الأجنبية

يقصد العديد من أفراد الجالية، سواء منهم الرجال أو النساء اضطرارا المحاكم الغربية قصد الحصول على حكم قضائي بالطلاق سواء اتفق كل من الزوجين على إيقاعه، أو كان الراغب فيه أحدهما فقط؛ وذلك نظرا لغياب المحاكم الشرعية في بلدان الإقامة، وعدم وجود سلطة قضائية تحكم الشريعة الإسلامية. فهل يجوز التحاكم إلى محاكم أجنبية، والتخاصم إلى قوانين لا صلة لها بشرع الله عز وجل ؟ و إذا قضى القاضي غير المسلم بالطلاق فهل يعتد به ويكون ملزما شرعا؟

سأحاول دراسة آراء العلماء في هذه القضية، عارضا لاتجاهاتهم وأدلتهم عليها، مع المقارنة بينها ومناقشتها بما يسره الله عز وجل.

وذلك من خلال الحديث عن تحاكم الأقليات المسلمة أمام المحاكم الأجنبية (المطلب الأول)، ثم حكم الطلاق الصادر عن المحاكم الأجنبية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحاكم الأقليات المسلمة أمام المحاكم الأجنبية

سأحاول بسط الموضوع من خلال التحاكم إلى القضاء الأجنبي "قضاء غير المسلمين" (الفرع الأول).و مبررات وضوابط التحاكم إلى الأجنبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التحاكم إلى القضاء الأجنبي "قضاء غير المسلمين".

الفقرة الأولى: التحاكم إلى القضاء الأجنبي في حال وجود قضاء إسلامي

قد يعترض المسلم في حياته، لأحداث قد تنتج عنها خصومات مع الغير، ولما كان لابد من فض هذه الخصومة، فقد جعل القضاء وهو" إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه"[1]؛ ليفصل في مثل هذه الخصومات.

على أن الفصل لا بد أن يكون بشرع الله، "فالحجة العليا والحجة العظمى في حس كل مسلم وعقله وعقيدته ودولته هي للشرع المطهر المعصوم"[2]."وقد اتفق الفقهاء على أن الشرع الواجب التطبيق هو شرع الله، وأنه لا يحل الحكم إلا بما أنزل الله، لأنه الحق وغيره ظلم وجور"[3].

وبالتالي فإنه يحرم على المسلم التقاضي إلى غير ما شرعه الله سبحانه. وذلك للأدلة التالية من الكتاب والسنة والإجماع.

1- <u>الكتاب</u>

- ✓ قال تعالى:" ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ﴾ [4]، وفي هذا يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "يزول الإيمان بمجرد الإعراض عن حكم رسول الله وإرادة التحاكم إلى غيره"[5].

---

[1] مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الشربيني ، ج4،ص371.

[2] فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتطبيقا، محمد يسري إبراهيم ،المجلد الأول، ص 1050، الطبعة الأولى خاصة بوزارة الأوقاف القطرية،1434هـ.2013. مدار اليسر.

[3] بدائع الصنائع ، الكاساني، ج7 ،ص:4.

[4] سورة النساء الآية:59.

[5] الصارم المسلول على شاتم الرسول لابن تيمية، ج2 ، ص81، الطبعة الأولى، سنة النشر:1417، دار ابن حزم بيروت.

✓ قال عز وجل :﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا ﴾[1].

يقول ابن كثير: " يقسم تعالى بنفسه الكريمة المقدسة أنه لا يؤمن أحد حتى يحكم الرسول صلى الله عليه وسلم في جميع الأمور، فما حكم به فهو الحق الذي يجب الانقياد له باطنا وظاهرا"[2].

وقال الإمام الرازي: " وفي هذه الآية دلالة على أن من رد شيئا من أوامر الله تعلى أو أوامر رسوله صلى الله عليه وسلم فهو خارج من الإسلام سواء رده من جهة الشك فيه أو من جهة ترك القبول والامتناع من التسليم"[3].

✓ قوله سبحانه وتعالى: ﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى ٱلَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ ءَامَنُوا۟ بِمَآ أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَآ أُنزِلَ مِن قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَن يَتَحَاكَمُوٓا۟ إِلَى ٱلطَّٰغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوٓا۟ أَن يَكْفُرُوا۟ بِهِۦ وَيُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُضِلَّهُمْ ضَلَٰلًۢا بَعِيدًا ﴿60﴾ وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْا۟ إِلَىٰ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَإِلَى ٱلرَّسُولِ رَأَيْتَ ٱلْمُنَٰفِقِينَ يَصُدُّونَ عَنكَ صُدُودًا ﴾[4].

جاء في تفسير ابن كثير: "هذا إنكار من الله عز وجل على من يدعي الإيمان بما أنزل الله على رسوله وعلى الأنبياء الأقدمين، وهو مع ذلك يريد أن يتحاكم في فصل الخصومات إلى غير كتاب الله وسنة رسوله صلى الله

---

[1] سورة النساء الآية 65

[2] تفسير القرآن العظيم ، ابن كثير، ج2، ص:306، المحقق محمد حسين شمس الدين، الطبعة الأولى 1419 هـ ، دار الكتب العلمية.

[3] أحكام القرآن ، أبو بكر الرازي، ج 2،ص 268، المحقق عبد السلام محمد علي شاهين، الطبعة الأولى، 1415هـ/1994م ، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان .

[4] سورة النساء الآيتين: 60-61.

عليه وسلم ... والآية أعم من ذلك كله، فإنها ذامة لمن عدل عن الكتاب والسنة .وتحاكموا إلى ما سواهما من الباطل ،وهو المراد بالطاغوت ها هنا"[1].

وقال الشيخ الشنقيطي: "ولما كان التشريع، وجميع الأحكام شرعية كانت أو كونية قدرية، من خصائص الربوبية... كان كل من اتبع تشريعا غير تشريع الله قد اتخذ ذلك المشروع ربا، وأشركه مع الله"[2].

2- السنة

✓ عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي صلى الله عليه وسلم، خطب الناس في حجة الوداع فقال: "يا أيها الناس، إني تركت فيكم ما إن اعتصمتم به فلن تضلوا أبدا، كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم "[3].

في الحديث دلالة على أن الضلالة هي مصير المسلمين اذا احتكموا في أمور حياتهم إلى غير كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، ومن ثم عدم جواز الحكم إلا لكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم.

✓ حديث معاذ حين بعثه الرسول صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضيا، فقال له: " «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 صلى الله عليه وسلم، ولا في كتاب الله؟» قال: أجتهد رأيي، ولا آلو فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره، وقال: «الحمد لله الذي وفق رسول، رسول الله لما يرضي رسول الله»[4].

---

[1] تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، ج2، ص 305.

[2] أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين الشنقيطي ، ج7،ص 53، طبعة دار الفكر بيروت لبنان، 1415-1995.

[3] أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين، كتاب العلم ،الحديث رقم 318.

[4] أخرجه أبوداود ،كتاب الأقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، الحديث رقم 3592.والترمذي،أبواب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، الحديث رقم 1327.وقال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه، إلا من هذا الوجه، وليس إسناده بمتصل انظر "نصب الراية "للزبلغي 64/4. وضعفة الألباني في "سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة"،273/2، الحديث رقم 881.

في الحديث حدد معاذ بن جبل رضي الله عنه مصادر الحكم عند القضاء، وهي الكتاب والسنة والاجتهاد لما ليس فيه نص من الكتاب والسنة، وأقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك.

3- الإجماع

نقل الإجماع على كفر من تحاكم من المسلمين - في حال إمكانية الترافع إلى القضاء الإسلامي- إلى القضاء الأجنبي، جاء عن ابن حزم "لا خلاف بين اثنين من المسلمين، أن هذا منسوخ وأن من حكم بحكم الإنجيل مما لم يأت بالنص عليه وهي في شريعة الإسلام فإنه كافر مشرك خارج عن الإسلام"[1].

وقال ابن القيم: "وقد جاء القرآن وصح الإجماع فإن دين الإسلام نسخ كل دين كان قبله، وأن من التزم ما جاءت به التوراة والإنجيل، ولم يتبع القرآن فإنه كافر"[2].

فالثابت أنه من الواجب على المسلم الرجوع إلى شريعة الله في كل أمر من أمور حياته، والتحاكم إليها عند الاختلاف مع غيره.

لكن هل نفس الحكم يسري على المسلم المقيم في البلاد الأجنبية والتي لا يوجد بها قضاء إسلامي حين تنازعه مع غيره وخصوصا مع زوجه؟

الفقرة الثانية: تحاكم الأقليات المسلمة إلى القضاء الأجنبي في حال عدم وجود قضاء اسلامي

إذا كان من غير المختلف عليه عدم جواز الاحتكام إلى غير شرع الله، كما سبق بيانه، فعلى نفس الدرجة لا يجوز الاحتكام إلى غير المسلم في شؤون أهل الإسلام. ومما استدل به على هذا القول :

[1] الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم، ج5، ص 162، الطبعة الأولى، دار الحديث – القاهرة.

[2] أحكام أهل الذمة لابن القيم ، ج1،ص: 533 ، الطبعة الأولى 1418-1997، طبعة: رمادي للنشر، دار ابن حزم الدمام بيروت.

✓ قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ ٱلۡكَٰفِرِينَ أَوۡلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۚ أَتُرِيدُونَ أَن تَجۡعَلُواْ لِلَّهِ عَلَيۡكُمۡ سُلۡطَٰنٗا مُّبِينًا ﴾ [1] فإن 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. واقتضت الآية النهي عن الاستنصار بالكفار والاستعانة بهم والركون إليهم والثقة بهم, وهو يدل على أن الكافر لا يستحق الولاية على المسلم بوجه"[2]

✓ منع سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، سيدنا أبو موسى الأشعري استعمال كاتب غير مسلم، حيث قال رضي الله عنه لأبي موسى رضي الله عنه في كاتبه النصراني: " أما وجدت في أهل الإسلام من يكتب لك لا تدنهم إذ أقصاهم الله ، ولا تأمنهم إذا خانهم الله ، ولا تعزهم بعد إذ أذلهم الله"[3] .فإن كان النهي هنا ورد في شأن الكاتب، فيكون استعمال القاضي من باب أولى.

✓ فقد اتفق الفقهاء على وجوب كون القضاء مسلما، فلم يجيزوا تولية الكافر للقضاء بين المسلمين "ولأن تولية الكافر على المسلم تتضمن إعلاءه عليه، وإعزازه بالولاية، وذلك مخالف للشريعة وقواعدها"[4]، "وشرط القاضي أي من يولى قاضيا (مسلم) أي إسلام فلا يولي كافر على مسلمين لقوله تعالى { ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا }"[5]

✓ 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، فالثمانية الأول هي المشترطة في صحة الولاية

[1] سورة النساء الآية 144

[2] أحكام القرآن، أبو بكر الرازي ،ج2، ص365.

[3] أخرجه البيهقي في شعبه باب مباعدة الكفار والمفسدين والغلظة عليهم الحديث رقم 8939، حسنه أبو عبد الله الداني في كتابه سلسلة الآثار الصحيحة أو الصحيح المسند من أقوال الصحابة والتابعين ،باب الاستعانة بالمشركين في ولاية أمور ،283/2.حسنه الألباني في "إرواء الغليل" ،256/8،الحديث رقم 2630.

[4] فتح القدير ،الشوكاني، ج1ص147.

[5] مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشربيني ، ج4 ،ص 374.

والثلاثة الأخر ليست بشرط في الصحة، لكن عدمها يوجب العزل، فلا تصح من الكافر اتفاقا، ولا المجنون"[1]

- ✓ "فأما الخصال المشترطة في صحة الولاية فهي أن يكون حرا مسلما عاقلا بالغا ذكرا واحدا."[2]
- ✓ "من تحاكم أو حاكم إلى غير ما جاء به الرسول، فقد حكم الطاغوت وتحاكم إليه، والطاغوت: كل ما تجاوز به العبد حده من معبود أو متبوع أو مطاع؛ فطاغوت كل قوم من يتحاكمون إليه غير اللَّه ورسوله، أو يعبدونه من دون اللَّه، أو يتبعونه على غير بصيرة من اللَّه، أو يطيعونه فيما لا يعلمون أنه طاعة للَّه"[3]

يتبين مما سبق أنه لا يجوز للمسلم في بلاد الغرب التحاكم إلى قاض غير مسلم . لكن هل هذا الحكم يسري على الأقليات المسلمة في بلاد المهجر في حالة ما إذا لم تتمكن من الحصول على هذا الحق إلا عن طريق الاحتكام إلى هذا القضاء.

الفرع الثاني: مبررات وضوابط التحاكم إلى الأجنبي

لقد نص المجلس الأوروبي للبحوث والإفتاء على أن "الأصل أن يختار المسلم عند حاجته تحكيم حكمين مسلمين، أو مراكز تحكيم ،ملتزمة بأحكام الشريعة الإسلامية، وإذا لم يمكن ذلك، فيجوز الاحتكام إلى جهات غير إسلامية، توصلا لما هو مطلوب شرعا"[4]

كما جاء في القرار 91(8.9) لمجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1-6 ذي القعدة 1415هـ، الموافق 1-6 نيسان (إبريل)

---

[1] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون، ج1،ص26.

[2] مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، الحطاب الرعيني ، ج8،ص69.

[3] إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية ، ج2،ص92 ، الطبعة الأولى 1423 هـ ، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية.

[4] القرار(5/3) بالدورة الخامسة 1421هـ، مايو2000م.

1995م،"سادسا :إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية، توصلا لما هو جائز شرعا."[1]

لئن أجاز القراران السابقان تحاكم المسلمين في بلاد المهجر إلى محاكم غير إسلامية، فقد ربطه بالضرورة والحاجة، وهو نفس ما ذهب إليه العلامة ابن بيه " فإن أوضاع المسلمين في ديار غير المسلمين حيث لا يسمح بإنشاء محاكم إسلامية يتحاكمون أمامها وتخضع منازعاتهم بالكلية لقوانين قضاة البلد الذي يقيمون فيه تجعل حالهم مندرجا ضمن الضرورات التي لها أحكامها والتي تتخذ من المصالح معيارا للحكم والإمكان والاستطاعة أساسا للتكليف لقوله تعالى: "فاتقوا الله ما استطعتم" "[2]

ومما يعضد ذلك جواز المالكية كالإمام الخرشي اشتراط الكفار في عقد المهادنة أن يحكموا بين المسلم وغير المسلم إذا دعت لذلك ضرورة. حيث قال عند حديثه عن شروط المهادنة: "أن يخلو عقدها عن شرط فاسد وإلا لم يجز كشرط بقاء مسلم أسيرا بأيديهم أو بقاء قرية للمسلمين خالية منهم أو أن يحكموا بين مسلم وكافر أو أن يأخذوا منا مالا إلا لخوف منهم فيجوز كل ما منع"[3]

غير أن اللجوء إلى القانون الوضعي مقيد بضوابط وقيود منها:

- ✓ تعذر استخلاص هذا الحق أو الوصول إليه إلا بهذه الطريقة فحسب؛
- ✓ الاقتصار على المطالبة بالحق فحسب وأخذه عند الحكم به من غير زيادة؛
- ✓ كراهة القلب للاحتكام لغير القضاء الشرعي؛
- ✓ بقاء هذا الترخص في دائرة الضرورة بالمعنى العام، و يشمل الضرورة و الحاجة. [4]

[1] مجلة المجمع، ج4 ص5 ،العدد التاسع .

[2] صناعة الفتوى وفقه الأقليات، عبد الله بن بيه ، ص95 ، الطبعة الأولى،دار المنهاج لبنان.

[3] شرح مختصر خليل، الخرشي ، ج3،ص150، دار الفكر للطباعة - بيروت .

[4] فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتنزيلا، محمد يسري إبراهيم ،ص 1054.

المطلب الثاني: حكم الطلاق الصادرعن المحاكم الأجنبية

سأتناول هذا الحكم ببيان حكم الطلاق في عقد الزواج الشرعي (الفرع الأول)، وحكم الطلاق في عقد الزواج المدني في المحاكم الأجنبية(الفرع الثاني). لكن قبل ذلك أقف عند تعريف الطلاق المدني أولا.

ظهر مصطلح" الطلاق المدني " في الدول الغربية؛ نتيجة تحرر الغرب من سلطة الكنيسة والدين بصفة عامة، واتجاهه نحو العلمانية بوضع قوانين منظمة لعملية الطلاق بين الزوجين بمعزل عن أحكام الدين.

فكانت من مطالبهم رفع يد رجال الدين عن قضية الطلاق وما يتعلق بها، إذ أن "الطلاق في النصرانية يتطلب موافقة الكاهن أو القس، وأن يكون موافقا لتعاليم الكنيسة وقوانينها فيما يخص أحكام الطلاق، وإلا وقع باطلا"[1].

فالطلاق المدني جاء في مقابل ما كان يصطلح عليه ب " الطلاق الديني " أو " الطلاق الكنسي".

و يمكن تعريف الطلاق المدني بأنه: " رفع قيد النكاح بين الزوجين من خلال القوانين الوضعية لدى المحكمة ". و عليه فإن كل طلاق يقع بعيدا عن المحكمة والقضاء لا يعتد به في نظر القانون.

الفرع الأول: حكم الطلاق في عقد الزواج الشرعي:

إذا كانت عقود الزواج التي يقوم بإبرامها أفراد الجالية المغربية بالمغرب تعتبر عقودا شرعية -رغم إقامتهم في نفس الوقت بدول الإقامة بالمهجر- لكون قانون الأحوال الشخصية (مدونة الأسرة) المغربي يستقي أحكامه من أحكام الشريعة الإسلامية، فكذلك الحال في حال وقوع خلاف بينهما، والذي قد يصل إلى حد الرغبة في إيقاع الطلاق من قبل أحدهما أو كليهما؛ فيفترض الاحتكام إلى قانون الأحوال الشخصية للبلد الأصلي، وذلك حرصا منهما على الاحتكام إلى الشرع.

لكن والحال هذه، قد نجد بعض هؤلاء الأزواج من يرغب في رفع مثل هذه القضايا إلى محاكم بلد الإقامة الغربية، لعدة أسباب ودوافع.

[1] قضاء الأحوال الشخصية لغير المسلمين، نجيب جبرائيل وموسى صادق، ص 15-16.

فماذا لو صدر الحكم القضائي بإيقاع الطلاق بين الزوجين، بعد الاحتكام إلى قانون بلد الإقامة، والذي لا يفرق فيه القاضي بين الزوج والزوجة في طلب الطلاق؟

في هذه الحالة ينظر للمسألة من زاويتين : إذا كان برضا الزوج (الفقرة الأولى)، إذا كان بغير رضا الزوج (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إ إذا كان برضا الزوج

دلت مجموعة من النصوص الشرعية القطعية على أن الطلاق يقع من الرجل أي الزوج، سبق ذكرها، ومنها:

- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ ﴾[1].
- قوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾[2].
- وقوله عز وجل: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[3].

فلو قام الزوج لإثبات الطلاق، بالإجراءات القانونية التي تفرضها محاكم بلد الإقامة، حتى صدر حكم قضائي بالتطليق؛ فإن هذا الأخير يكون ملزما للزوج سواء من الناحية القانونية ، أو الواقعية، لصدوره عن سلطة قضائية تملك تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عنها.

لكن هل هذا النوع من الطلاق الصادر عن محاكم غير إسلامية تحتكم لقوانين غير إسلامية، ملزم للزوج من الناحية الشرعية؟

[1] سورة الطلاق الآية 1.

[2] سورة البقرة الآية 236.

[3] سورة الطلاق الآية 2.

من المعلوم أن " الزوج غالبا ما يتلفظ أمام القاضي حين يستنطقه بالطلاق، ثم يقوم هو وزوجته بالتوقيع على الطلاق، بعد أن يقوم كاتب المحكمة المختص بكتابة الأمر القضائي، بإيقاع الطلاق بين الزوجين."[1]

و عليه فأرى، والله أعلم، أنه للإجابة لابد من الحديث عن حكم الطلاق الشفهي. وحكم وقوع الطلاق بالكتابة لمقاربة التوقيع على الطلاق له.

1- <u>حكم الطلاق الشفوي أو الشفهي؟</u>

قبل النظر في حكم الطلاق الشفهي، لابد من تعريفه بداية:

أ- الطلاق الشفوي لغة: كلمة شفوي " اسم منسوب إلى شفة. شفويّ، ما يتمّ بالكلام، عكس كتابيّ "امتحان شفهيّ- قدّم مذكّرة شفهيّة- وعد شفهيّ "[2]. (الشفة) شفة الشيء حرفه يقال شفة الدلو وشفة الجبل وشفة الإنسان الجزء اللحمي الظاهر الذي يستر الأسنان وهما شفتان وبنت الشفة الكلمة، يقال لم ينبس ببنت شفة والنسبة شفهي وشفوي (ج) شفاه"[3].

ب- الطلاق الشفوي اصطلاحا: لما كان عقد الزواج في الأصل من العقود الرضائية التي تقوم على أساس الإيجاب والقبول غير المكتوب، دون اشتراط توثيق عقود الزواج والطلاق في أوراق رسمية، أو حتى كتابتها، فإن كلمة الطلاق الشفوي لا يوجد لها أثر في فقه المتقدمين. إذ ارتبط ظهورها بظهور قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية و الإسلامية، التي اشترطت توثيق عقود الزواج والطلاق في أوراق رسمية تعدها الدولة لهذا الغرض.

وبالتالي، فبناء على المدلول اللغوي للكلمة، "فالمقصود بالطلاق الشفوي أو الشفهي - والشفهي أفصح- هو التلفظ به عن طريق الشفتين أي الفم من الزوج، دون توثيق هذا الطلاق لدى الجهات المختصة من

---

[1] فقه الأقليات المسلمة في مسائل الأحوال الشخصية، أمل يوسف القواسمي، ص 158.

[2] معجم اللغة العربية المعاصرة، عمر أحمد مختار عبد الحميد، ج2، ص1219، الطبعة الأولى، (1429هـ / 2008م)، عالم الكتب.

[3] المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مادة (شفه)، ج 1، ص 488.

مأذون أو محكمة أو نحوهما مع حضور شاهدين"[1].حيث يكتفي الزوج بإيقاعه لفظا شفويا من دون أن يقوم بإثباته في وثيقة رسمية، أو أمام الجهات الحكومية،.

فهو إذا تلفظ الزوج بالطلاق عن طريق الشفتين أي الفم، دون توثيق هذا الطلاق لدى الجهات المختصة من عدول أو محكمة...

و لا خلاف على أن الطلاق يقع شرعا باللفظ الصريح الدال على انحلال الرابطة الزوجية، مع نية إيقاعه. فقد " أجمع المسلمون على أن الطلاق يقع إذا كان بنية و بلفظ صريح."[2]

2- **حكم الطلاق بالكتابة**

الأصل في التعبير عن الإرادة أن يكون بالقول؛ ولما كان الطلاق من التصرفات القولية، فالأصل في صيغته الألفاظ، ولكن قد يعبر عن الطلاق بالكتابة.

و يقصد بالكتابة "إشارات تقع باتفاق، عمدتها تخطيط ما استقر في النفس من البيان المذكور، بخطوط متباينة، ذات لون يخالف لون ما يخط فيه، متفق عليها بالصوت المتقدم ذكره، فسمى كتابا، تمثله اليد التي هي آلة لذلك"[3]. وهي على نوعين: مرسومة وغير مرسومة، " ونعني بالمرسومة أن يكون مصدرا ومعنونا مثل ما يكتب إلى الغائب وغير المرسومة أن لا يكون مصدرا ومعنونا وهو على وجهين مستبينة وغير مستبينة، فالمستبينة ما يكتب على الصحيفة والحائط والأرض على وجه يمكن فهمه وقراءته، وغير المستبينة ما يكتب على الهواء والماء وشيء لا يمكن فهمه وقراءته."[4]

وسأقف على ما يهمنا بيان حكمه هو الكتابة المستبينة المرسومة وغير المرسومة.

اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق بالكتابة على قولين:

---

[1] الطلاق الشفهي بين صيانة الأبضاع والجراءة على الدين ،شتا محمد، مكتبة الألوكة، ص4.

[2] بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ابن رشد، ج2، ص59.

[3] التقريب لحد المنطق والمدخل إليه بالألفاظ العامية والأمثلة الفقهية، ابن حزم، ج1، ص 5، المحقق إحسان عباس، الطبعة الأولى، 1900، دار مكتبة الحياة – بيروت.

[4] حاشية ابن عابدين، ابن عابدين، ج3،ص246.

- القول الأول: وقوع الطلاق بالكتابة، وهو مذهب الجمهور: " ولا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق، إلا في موضعين : أحدهما، من لا يقدر على الكلام، الموضع الثاني، إذا كتب الطلاق، فإن نواه طلقت زوجته وبهذا قال الشعبي، والنخعي، والزهري، والحكم، وأبوحنيفة، ومالك وهو المنصوص عن الشافعي وذكر بعض أصحابه، أن له قولا آخر، أنه لا يقع به طلاق، وإن نواه ؛ لأنه فعل من قادر على النطق، فلم يقع به الطلاق،"[1]

فعند الحنفية "يقع الطلاق بالكتابة المستبينة وبالإشارة المفهومة من الأخرس لأن الكتابة المستبينة تقوم مقام اللفظ والإشارة المفهومة تقوم مقام العبارة"[2]. وذهب المالكية أيضا لذلك "(وبالكتابة) لها أو لوليها (عازما) على الطلاق بكتابته فيقع بمجرد فراغه من كتابة هي طالق. ونحوه لو كتب إذا جاءك كتابي فأنت طالق "[3]،واشترطوا نية الزوج إيقاع الطلاق أو وصول كتاب الزوج لزوجته أو لوليها. وهو الأصح من مذهب الشافعية"(لو كتب ناطق) على ما يثبت عليه الخط كرق وثوب وحجر وخشب لا على نحو ماء كهواء (طلاقا) أو نحوه مما لا يغتفر إلى قبول كالإعتاق والإبراء والعفو عن القصاص كأن كتب زوجتي أو كل زوجة لي طالق أو عبدي حر (ولم ينوه) أي الطلاق أو نحوه (فلغو) لا يعتد به على الصحيح (وإن نواه) ولم يتلفظ به (فالأظهر وقوعه) لأن الكناية طريق في إفهام المراد وقد اقترنت بالنية ولأنها أحد الخطابين فجاز أن يقع بها الطلاق كاللفظ"[4] . فيقع الطلاق عندهم بالكتابة إذا اقترن بالنية على اعتباره من كنايات الطلاق التي تقع إذا اقترنت بالنية. و يقع عند الحنابلة إن كتب الزوج صريح الطلاق وإن لم ينوه "وإن كتب صريح طلاقها أي امرأته بما يتبين أي يظهر وقع الطلاق وإن لم ينوه "[5]

---

[1] المغني شرح مختصر الخرقي، ابن قدامة ، ج7،ص373.

[2] بدائع الصنائع ، الكاساني، ج3، ص100.

[3] الشرح الكبير للدردرير و حاشية الدسوقي، الدسوقي،ج2،ص384.

[4] مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص284.

[5] كشاف القناع عن متن الاقناع، البهوتي، ج12 ،ص217، المحقق لجنة متخصصة في وزارة العدل دار النشر: وزارة العدل المملكة العربية السعودية ، الطبعة الاولى ، سنة الطبع 1421هـ، 2000م.

ومما استدل به الجمهور على ما ذهبوا إليه، أنه عليه الصلاة والسلام بلغ الدعوة إلى الناس بالقول، وبلغها أيضا بالكتابة، حيث بعث عليه الصلاة والسلام بكتب ورسائل للملوك والحكام خارج الجزيرة العربية. وهو مأ أشار إليه البهوتي بقوله :"أن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق أشبهت النطق ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدليل أنه صلى الله عليه وسلم كان مأمورا بتبليغ الرسالة فبلغ بالقول مرة وبالكتابة أخرى ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون ويتوجه عليه صحة الولاية بالخط"[1]

- القول الثاني :عدم وقوع الطلاق بالكتابة، نواه الزوج ام لم ينوه" ولا يقع في اللغة التي خاطبنا الله تعالى بها ورسوله - صلى الله عليه وآله وسلم - اسم تطليق على أن يكتب إنما يقع ذلك اللفظ به - فصح أن الكتاب ليس طلاقا حتى يلفظ به إذ لم يوجب ذلك نص –"[2]

ويرجع اختلاف الفقهاء في المسألة :المتراوح بين الحرفية والتيسير، إلى اختلافهم حول مبدأين أصيلين في الشريعة الإسلامية ألا وهما:

- مبدأ الأخذ بالأحوط: وقد حكم أصحابه على إنهاء الرابطة الزوجية كلما أصيبت تلك الرابطة بخلل أو حامت حولها شبهة من الشبهات، ويعتبر المالكية سادة هذا الرأي. وقد استدلوا على ذلك:

✓ بقوله صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة"[3].

✓ بحرص الشارع الحكيم على طهارة وقدسية العلاقة الزوجية، وتجنيبها كل ما من شأنه أن يدنسها، قال عليه الصلاة والسلام: "الحلال بين والحرام بين..... فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام"[4].

---

[1] كشاف القناع عن متن الاقناع، البهوتي، ج12 ،ص217.

[2] المحلى بالآثار، ابن حزم ، ج9، ص454، الناشر: دار الفكر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.

[3] سبق تخريجه ص45.

[4] أخرجه البخاري، كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه ،الحديث رقم 52.

- مبدأ رفع الحرج: تشدد أصحابه في الصيغة؛ فلا يحكمون على إنهاء الرابطة الزوجية إلا إذا عبر الزوج عن ذلك بتعبير صريح أو قريب من الصريح، وأن يكون ذلك موافقا لقصده ونيته[1]. وعمدتهم في ذلك كون العلاقة الزوجية يفترض فيها الديمومة والاستمرار، إضافة إلى أن أثر ما يصيب الأسرة من انتكاس لا يقصر على الزوجة والأطفال بل يلحق بالمجتمع ككل.

بعد عرضي لأقوال الفقهاء وآرائهم في المسألة، يجدر معرفة موقف المشرع المغربي.

3- موقف مدونة الأسرة المغربية

أخذ المشرع المغربي في مسألة صيغة الطلاق بالمذهب الجعفري، إذ لا يعتد بالطلاق إلا إذا كان بالألفاظ الصريحة. كما اشترط الكتابة، وهو ما نصت عليه المادة 73 من مدونة الأسرة.

ومن ثم تكون خالفت الجمهور في قولها بعدم إيقاع الطلاق بالحلف باليمين أو الحرام على أن يطلق الزوج زوجته، أو تعليق طلاقه لها على حصول أمر معين أو عدم حصوله.

كما أن المدونة أخذت بمبدأ التخفيف ورفع الحرج عكس المذهب المالكي، حيث اشترطت للطلاق شروطا ضمنتها المادة 78: " الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة"، والمادة 88 :" بعد توصل المحكمة بالنسخة المشار إليها في المادة السابقة، تصدر قرارا معللا يتضمن:

- أسماء الزوجين وتاريخ ومكان والدتهما وزواجهما وموطنهما أو محل إقامتهما؛
- ملخص ادعاء الطرفين وطلباتهما، وما قدماه من حجج ودفوع، والإجراءات المنجزة في الملف، ومستنتجات النيابة العامة؛
- تاريخ الإشهاد بالطلاق؛
- ما إذا كانت الزوجة حاملا أم لا؛

[1] مدونة الأسرة في المذهب المالكي وأدلته، عبد الله بن الطاهر ، ص56 ، الطبعة الأولى، الكتاب الثاني ،مطبعة إمارسي مطبعة فنون القرن 21،الدار البيضاء –المغرب.

- أسماء الأطفال وسنهم ومن أسندت إليه حضانتهم وتنظيم حق الزيارة؛
- تحديد المستحقات المنصوص عليها في المادتين 84 و85 أعلاه وأجرة الحضانة بعد العدة؛
- قرار المحكمة قابل للطعن طبقا للإجراءات العادية.

وعليه فقد فرضت مدونة الأسرة ضرورة الإشهاد على الطلاق لدى عدلين وتوثيقه، حيث نصت في البند السادس من الديباجة، مسطرة جديدة للطلاق، وذلك من خلال إخضاعه للمراقبة القضائية، وتقييده بجملة من الاجراءات نذكر منها:

- استدعاء الزوجة قبل الإذن بالطلاق؛
- أداء الزوج لمستحقات الزوجة والأبناء خلال شهر قبل الإذن بالطلاق؛
- اتخاذ المحكمة التدابير المناسبة من أجل سكن الزوجة والأبناء في حالة النزاع.

مما يظهر الرغبة القوية للمشرع المغربي في تقليص الطلاق الواقع من طرف الزوج بإرادته المنفردة.

كما أن المشرع المغربي لم ينص على الطلاق الشفوي، حيث عمد إلى تجاوز التعريف الفقهي للطلاق بكونه "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين"[1]، أو هو: "رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه "[2]، والذي يدل على إمكان وقوع الطلاق شفاهة، بل عرف الطلاق بأنه: "حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة كل حسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة "[3]، فدل ذلك على عدم اعتداد المشرع المغربي بالطلاق الشفوي.

ولقد أحسن المشرع المغربي صنعا بنحوه هذا التوجه لأسباب مختلفة، منها الفقهي والقانوني والواقعي؛ أجملها في :

[1] شرح مختصر خليل، الخرشي ، ج 4، ص 12.

[2] مقاصد الشريعة الإسلامية، الطاهر بن عاشور،ج2،ص355، محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، عام النشر: 1425 هـ - 2004 م.

[3] المادة 78 من مدونة الأسرة.

- لم يبين الشارع الحكيم في النصوص القرآنية كيفية إيقاع الطلاق، كتابة أو شفهيا، وهو من حكمة الإسلام وسعته، لتغير الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال. فالشريعة الغراء صالحة لكل زمان ومكان؛

- أحكام الطلاق المتعلقة بعدده وآماد العدة وحقوق المطلقة والأبناء توقيفية، أما ما عداها فهي أمور توفيقية؛

- لما كان عقد الزواج والذي توثق به رابطة الزوجية يكون كتابة، فمن باب أولى وأحرى أن يكون عقد حل هذه الرابطة وهو الطلاق بنفس الكيفية؛

- قيد الشارع الحكيم الطلاق بجملة من القيود، وعد كل طلاق لم يراع تلك القيود باطلا، كمن طلق زوجته في طهر لم يجامعها فيه، وهو ما سار عليه المشرع المغربي حين نص: "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب"[1]؛

- إن في الدفع بكون إنفاذ الطلاق الشفوي يعد معاملة للأزواج بنقيض قصدهم، قياسا على قتل المورث أو الموصي عمدا، غير مقبول؛ لكون المعاقبة بنقيض القصد لا تكون إلا إذا كان الأثر خاصا أو فرديا، أما والحالة هذه، فإن الإيذاء لا يقتصر على الزوجات فقط، بل يتعداهن للأبناء وللمجتمع؛

- أخذا بقاعدة سد الذرائع وبالنظر لمآلات الأفعال، إذ لابد في الحكم الشرعي لأي فعل استحضار آثاره، الآجلة والعاجلة، الظاهرة والمستترة، وهو ما عناه الإمام الشاطبي رحمه الله تعالى في موافقاته بقوله:" النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما

1 المادة 79 من مدونة الأسرة.

يؤول إليه ذلك الفعل مشروعا لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ "[1]. فإن رتبنا الأثر الشرعي على الطلاق الشفوي، لن يهنأ أي زوج بزوجته، بل ستفقد الأسرة كاملة أمنها الأسري؛

- إعمالا للقواعد الفقهية من مثل فقه الموازنة بين المصالح المستجلبة والمفاسد الواقعة، فدرء المفسدة أولى من جلب المصلحة، والضرر العام الواقع على أسرته وعلى المجتمع يزال بالضرر الخاص الواقع على الزوج بحرمانه من استعمال الطلاق الشفوي.

"إن ترتيب الأثر الشرعي على الطلاق الشفوي، معناه إمكان الاستعاضة عن الطلاق الواقع أمام سدة القضاء ومحراب العدالة، بذلك الواقع في غرف مسورة، بعيدا عن مراقبة مشروعيته "[2]. و لا يخفى ما ينتج عن ذلك من إشكالات كالتمكن من التعدد من غير سلوك مسطرته وعدم ضبط آماد العدة، وضياع حق الزوجات وحق الأبناء في الحصول على سائر المستحقات....

كما أن من إيجابيات حصر الطلاق في الطلاق الكتابي مع تجريد الطلاق الشفوي من كل أثر شرعي أو قانوني:

- منح فرصة للزوج للتمعن ودراسة مختلف الآثار المترتبة عن قراره للعدول عن مسعاه ذاك؛
- إعطاء الفرص لمساعي الصلح، وفرص التوفيق والسداد وإصلاح ذات البين، والتبين والتدبر والتغافل عن العيوب ، ومراعاة مصلحة الأبناء الفضلى ومصلحة المجتمع العليا.

"فالشرع الشريف المنيف ساع إلى البناء لا الهدم، تواق إلى الجمع لا الفرقة...حاث على الاستيثاق لا الإرجاف، ومن نهجه الشريف المنيف التضييق في الطلاق والتوسيع في الزواج"[3].

إن ما ذكرناه من أسباب كفيل بالقول، بمنع الطلاق الشفوي لما في ذلك من حماية للزوج نفسه من تعسفه أولا، ثم الزوجة والأبناء الأسرة وهي النواة الصلبة للمجتمع فبصلاحها يصلح المجتمع ويرقى. "وهذا الأمر

[1] الموافقات، الشاطبي ، ج5 ،ص117، المحقق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى 1417هـ- 1997م،دار ابن عفان.

[2] الطلاق الشفوي بين أحكام الشرع ومقتضيات الوضع ومنطق الطبع، د عادل حميدي، المركز الوطني للدراسات القانونية cnej-fondation.ma، 30 شتنبر 2019

[3] الطلاق الشفوي بين أحكام الشرع ومقتضيات الوضع ومنطق الطبع، د عادل حميدي، المركز الوطني للدراسات القانونية cnej-fondation.ma، 30 شتنبر 2019

أعرف من أن ينكر وأشهر من أن يستدل عليه أو يذكر، وليدرك الأزواج والآباء أنهم يجلسون على عروش أسر لا تساس إلا بالرفق واللين والحكمة، منتسبوها أمانة عندهم، فرفقا بهم"[1].

وختاما فلا خلاف في كون التلفظ بتصريح الطلاق بنية إيقاعه، يقع شرعا، فقد "اتفق الجمهور على أن ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان: صريح، وكناية. وأجمع المسلمون على أن الطلاق يقع إذا كان بنية وبلفظ صريح "[2]. أما بالنسبة لوقوع الطلاق بالكتابة فهو مثار خلاف بين الفقهاء، بين قولين اثنين:

- القول الأول: وقوع الطلاق بالكتابة بشرط أن يكون الزوج ناويا بكتابته الطلاق، وهو مذهب الجمهور من المالكية[3]والحنفية[4]، وقول عند الشافعية وهو الأصح[5]، والحنابلة[6].
- القول الثاني: عدم وقوع الطلاق بالكتابة، إذ العبرة عندهم بوقوع الطلاق هي التلفظ به، بدون الرجوع إلى نية الزوج هل كان ينوي بالكتابة إيقاع الطلاق أم لم ينوه. ومن كتب إلى امرأه بالطلاق فليس شيئا وهو مذهب ابن حازم الظاهري[7].

وبالتالي، ففي حالتنا هذه ؛ والتي يكون الزوج قام بالإجراءات القانونية التي تفرضها محاكم بلد الإقامة لإثبات الطلاق، ، حتى صدر حكم قضائي بالتطليق. فإن قرار المحكمة بإيقاع الطلاق، يكون بمثابة إلزام قانوني وافق الشرع. إذ الطلاق في هذه الحالة يكون قد وقع وفق ما هو مقرر شرعا لا بتطليق المحكمة الصادر عنها هذا الحكم. ولا إشكال بوقوع الطلاق شرعا وثبوته بالقانون. والله أعلم.

---

[1] الطلاق الشفوي بين أحكام الشرع ومقتضيات الوضع ومنطق الطبع، د عادل حميدي، المركز الوطني للدراسات القانونية cnej-fondation.ma، 30 شتنبر 2019.

[2] بداية المجتهد، ابن رشد،ج2، ص59.

[3] الشرح الكبير للشيخ الدردرير، الدسوقي، ج2،ص365.

[4] حاشية ابن عابدين، ابن عابدين، ج3، ص490.

[5] مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشربيني، ج3،ص337.

[6] كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي ، ج5،ص248-249.

[7] المحلى بالآثار، ابن حزم، ج9، ص454.

الفقرة الثانية: إذا كانت الزوجة راغبة في الطلاق في غيررضا الزوج

أعطى الشرع الحنيف للزوجة أيضا حق حل عقد الرابطة الزوجية، وذلك إما عن طريق الخلع أو بالاتفاق مع زوجها على إيقاع الطلاق على مال، وفي ذلك يقول الحق سبحانه وتعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـٔٗا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾[1]. كما يجوز للمرأة رفع دعوى الطلاق لدى القضاء لرفع الضرر. على أنه قد تقوم بعض الزوجات بالاحتكام إلى القضاء الغربي - مخالفة في ذلك الأصل الواجب عليها، وهو الاحتكام إلى محاكم بلده الأصلي على اعتبار أن هذه الأخيرة تستند للأحكام الشرعية- إما اضطرارا كما في حالة إذا ما رفض زوجها الاحتكام لمحاكم بلدهما الأصلي، أو استغلالا منها لعدم تمييز محاكم بلد الإقامة الغربية بين من يتقدم بطلب الطلاق من جهة، وعدم بحثها في الدوافع وراء طلب الطلاق من جهة ثانية.

و لنا أن نتساءل في حال وافق حكم القاضي بالطلاق حكم الشرع. هل يقع الطلاق؟ الذي يظهر، والله أعلم، أن هذا الطلاق يقع، و ذلك:

- ✓ بالاستناد إلى ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية من قواعد رفع الضرر، فيجب القول بإيقاع الطلاق، إذ لا سبيل لرفع الضرر عن الزوجة إلا بالقول بذلك؛
- ✓ ما يترتب عن عدم القول بعدم إيقاع الطلاق-بدعوى صدوره عن محكمة أجنبية لا تستند لأحكام الشريعة الإسلامية- من حرج بالنسبة للزوجات الراغبات في الطلاق في بلدان الإقامة، خصوصا إذا تعذر عليها إلزام الزوج بالاحتكام لمحكمة البلد الأصلي، ولم تجد إلا هذا السبيل لرفع الضرر عنها.

[1] سورة البقرة الآية 229.

لكن لا بد في جميع الأحوال من الرجوع إلى التحكيم الشرعي لمعرفة هل يوافقه الحكم الصادر عن المحكمة الغربية أم لا يوافقه، وذلك "سدا لذريعة المفاسد المترتبة على القول بإيقاعه مطلقا لصاحبات النزوات والنوايا السيئة"[1].

غير أنه لا يمكن القول بحكم واحد في مسألة إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة، إذ لا يخلو من تعميم حكم واحد في المسألة على جملة من المحاذير الشرعية من جهة ومفاسد اجتماعية من جهة ثانية. "لكن يجدر القول في هذا المقام أن الزوج-حتى مع عدم رغبته ابتداء في تطليق زوجته- إذا وقع موافقا على حكم القاضي بالطلاق أو تلفظ به عندما استنطقه القاضي ناويا إيقاعه، فان الطلاق واقع بتطليق الزوج وفق حكم الشرع، والله تعالى أعلم"[2].

الفرع الثاني: حكم الطلاق في عقد الزواج المدني

الفقرة الأولى: تصوير النازلة:

يضطر العديد من أفراد الجالية عموما، ومنهم المغاربة بالطبع، لإجراء عقود الزواج وفق القانون المدني الجاري به العمل في بلدان الإقامة، حتى يتم الاعتراف به بشكل رسمي أمام المحكمة والقانون. وتترتب عليه آثاره القانونية .ففي هذه الحالة فعقد الزواج معقود وفقا لقانون الأحوال الشخصية في الدول الغربية. حيث لا يمكنهم إيقاع الطلاق إلا وفق القانون الخاص ببلد الإقامة.

فحين يقوم أحد الزوجين أو كلاهما برفع طلب الطلاق إلى القاضي غير المسلم، فيحكم الأخير بالطلاق للزوجة دون موافقة الزوج أو صدور الطلاق منه، فهل يقع الطلاق؟ وهل يصير الزوج ملزما به أم لا؟:

[1] فقه الأقليات المسلمة في مسائل الأحوال الشخصية، أمل يوسف عمر القواسمي، ص191.
[2] فقه الأقليات المسلمة في مسائل الأحوال الشخصية، أمل يوسف عمر القواسمي، ص191.

الفقرة الثانية: أقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم والترجيح:

1- أقوال الفقهاء وأدلتهم:

اختلف الفقهاء المعاصرون في حال وجود مراكز إسلامية أو هيئات إسلامية أخرى في بلدان الإقامة يقوم بهذا الأمر، هل يجوز للزوجين معا أو للزوجة اللجوء إلى القضاء الأجنبي قصد إيقاع الطلاق دون اللجوء إلى هذه المراكز أو الهيئات بين قولين:

أ- القول الأول: جواز تحاكم الزوجين أو الزوجة إلى القضاء الأجنبي قصد إيقاع الطلاق أو أنه يصبح نافذا في حق الزوج، ولو لم يطلق. وبهذا قال المجلس الأوروبي للإفتاء و البحوث[1]، وذهب إليه بعض العلماء المعاصرين[2].

فقد صدر بهذا الشأن قرار مما ورد فيه: "الأصل أن المسلم لا يرجع في قضائه إلا إلى قاضٍ مسلم، أو من يقوم مقامه، غير أنه بسبب غياب قضاء إسلامي حتى الآن يتحاكم إليه المسلمون في غير البلاد الإسلامية، فإنه تحين على المسلم الذي أجرى عقد زواجه وفق قوانين هذه البلاد، تنفيذ قرارِ القاضي غير المسلم بالطلاق؛ لأن هذا المسلم لما عقد زواجه وفق هذا القانونِ غير الإسلامي، فقد رضي -ضمنا- بنتائجه، ومنها: أن هذا العقد لا يحل عروته 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 حذاق العلماء؛ كالعز ابن عبد السلام، وابن تيمية، والشاطبي"[3]

استند هذا القرار إلى مبررات شرعية و قانونية و واقعية، سأحاول مناقشتها من خلال ثلاث مسائل:

[1] نص القرار 5/3 الدورة الخامسة، موقع المجلس الأوروبي للبحوث والإفتاء،www.e-cfr.org، بتاريخ 21فبراير2020.

[2] فيصل مولوي /محمد الكدي العمراني ،ص191 وما بعدها ، انظر المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث العدد السابع يونيو 2005.

[3] القرار، (3/ 5) بالدورة الخامسة، 1421 هـ، مايو 2000 م.

- **المسألة الأولى: المبررات الشرعية: تفويض الطلاق**

استند هذا القرار إلى أن الزوج بعقده للنكاح وفق القانون الخاص بعقد الزواج المدني، يكون قد رضي على جعل القاضي غير المسلم هو الذي يوقع الطلاق، فهو بمنزلة التفويض من الزوج. وهكذا فإن الإجابة عن التساؤل يستلزم البحث في تفويض الطلاق.

الأصل في الشريعة الإسلامية أن الطلاق يكون بيد الزوج، إلا أن له أن يجعل الطلاق بيد غيره، بمعنى تفويضه للزوجة أو غيرها. "يقال فوض له الأمر أي رد إليه"[1]، والجمهور على ذلك على خلاف الظاهرية، فقالوا: "إنه لا يجوز للزوج أن يفوض زوجته تطليق نفسها، أو يوكل غيره في تطليقها"[2].

وتأتي هذه النيابة على أربعة صور: تخيير وتمليك، وتوكيل، ورسالة، وكل هذه الصور جائزة.

✓ التخيير:

وهو أحد صور التفويض "والرابع: ما ليس بكناية، ولا مدلول عليه باللفظ، وإنما يقع به من طريق الحكم، وهو قوله: اختاري"[3].

ومما يدل على التخيير، ما ورد في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت: " خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فاخترنا الله ورسوله، فلم يعد ذلك علينا شيئا".[4]

"واختلف السلف فيما يتضمنه الخيار من الإيقاع.

- فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وعبد الله بن مسعود، وابن عباس، وإبراهيم النخعي، وسليمان بن يسار: إذا اختارت نفسها: فواحدة رجعية، وإن اختارت زوجها: فلا شيء.

---

[1] حاشية ابن عابدين، ابن عابدين، ج3،ص314.

[2] تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، عبد العال الطهطاوي، ص119، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ،بيروت، 1424ه/2003م.

[3] شرح مختصر الطحاوي، الجصاص، ج5،ص 52 .

[4] أخرجه البخاري، كتاب الطلاق، باب من خير نفسه، الحديث رقم 5262.

- وقال علي بن أبي طالب: إن اختارت نفسها فواحدة بائنة، وإن اختارت زوجها: فواحدة رجعية.

- وقال زيد بن ثابت: إن اختارت نفسها: فثلاثًا، وإن اختارت زوجها: فواحدة رجعية، وهو قول الحسن."[1]

✓ التمليك:

ويقصد به أن يجعل الزوج الحق للزوجة أو غيرها في إيقاع الطلاق، وليس له الحق في عزلها عن ذلك حتى تجيب بالطلاق أو البقاء. ومن الصيغ الواردة في التمليك قوله "طلاقك بيدك، وأمرك بيدك". فمن قال لامرأته أمرك بيدك " فحكمه هو صيرورة الأمر بيدها في الطلاق؛ لأنه جعل الأمر بيدها في الطلاق وهو من أهل الجعل، والمحل قابل للجعل فيصير الأمر بيدها "[2].

✓ التوكيل:

"الأصل أن التوكيل لغة هو الإنابة"[3]. والتوكيل إما يكون للزوجة، أو لغير الزوجة، كأن يقول الزوج" لأجنبي: طلق امرأتي: كان له أن يطلقها في المجلس وبعده ما لم ينهه"[4]. و ميز الإمام مالك بينه وبين التمليك "والفرق عند مالك بين التمليك وتوكيله إياها على تطليق نفسها أن في التوكيل له أن يعزلها قبل أن تطلق، وليس له ذلك في التمليك"[5]

✓ الرسالة:

[1] شرح مختصر الطحاوي ،الجصاص، ج5،ص97.
[2] بدائع الصنائع ، الكاساني ، ج3، ص113.
[3] بدائع الصنائع ، الكاساني ،ج3، ص123.
[4] شرح مختصر الطحاوي، الجصاص، ج5،ص94.
[5] بداية المجتهد، ابن رشد، ج2،ص57.

صورتها أن يقول الزوج "لرجل اذهب إلى فلانة وقل لها إن زوجك يقول لك اختاري فهو ناقل لكلام المرسل لا منشىء لكلامه، بخلاف المالك والوكيل لأنهم قالوا إن الرسول معبر وسفير"[1]. أو أن يقول الزوج للرسول: بلغ زوجتي أني قد طلقتها، فيقع الطلاق بقوله ذلك ولو لم يبلغ الرسول "لأن إنشاء الطلاق قد صدر من الزوج، والرسول ليس إلا مخبرا بما وقع"[2].

وعموما فجواز إيقاع الطلاق عن الزوج سواء بإذنه أو بأمره، محل خلاف بين الفقهاء على قولين:

- ✓ القول الأول: جواز تفويض الزوج أمر الطلاق إلى غيره سواء أكان هذا الغير زوجته أو شخص أجنبي. وهو مذهب الجمهور من الأحناف[3].والمالكية[4]، والشافعية[5]، والحنابلة[6]،
- ✓ القول الثاني: عدم جواز التفويض فيبقى أمر إيقاع الطلاق محصورا بيد الزوج فقط، وهو مذهب ابن حزم الظاهري[7].

إلا أن الجمهور مع قولهم بجواز التفويض في الطلاق، فإنهم اختلفوا في التكييف الفقهي لهذا التفويض، هل يعتبر توكيلا أم تمليكا ...

ولما كان أمر إيقاع الطلاق في عقد الزواج المدني يرجع إلى القاضي، فسأقتصر على أقوال الفقهاء في التفويض للأجنبي على اعتبار أن القاضي في هذه الحالة يعد أجنبيا.

- اختلف المالكية في جواز تفويض الزوج الطلاق لغير زوجته، والمشهور في المذهب القول بالجواز. وقد اعتبر المالكية التفويض جنسا تندرج تحته ثلاثة أنواع: "وهو على ثلاثة أقسام توكيل وتمليك وتخيير"، "ولما كان التفويض جنسا تحته أنواع ثلاثة"[1].

---

[1] حاشية ابن عابدين، ابن عابدين، ج3، ص315.

[2] الشرح الكبير للشيخ الدردرير، الدسوقي، ج 2،ص415.

[3] حاشية ابن عابدين،ابن عابدين، ج3، ص314-317. الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار)، ابن عابدين، ج3، ص314-315.

[4] الدردير، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي، الدسوقي، ج2، ص405-406.

[5] مغني المحتاج، الشربيني، ج 3، ص285-287.

[6] كشاف القناع، البهوتي، ج 3، ص285-287، ج5، ص255-256.

[7] المحلى، ابن حزم، ج10، ص196.

- و اختلف أيضا الشافعية "والذي يظهر في المعتمد في المذهب عندهم أنهم اعتبروا تفويض الطلاق لغير الزوجة توكيلا تجري عليه أحكام الوكالة"[2].
- أما الحنابلة فقد اعتبروا تفويض الطلاق للأجنبي توكيلا لا غير "الوكالة بفتح الواو وكسرها اسم مصدر بمعنى التوكيل وهي لغة التفويض يقال وكلت أمري إلى الله أي فوضته إليه واكتفيت به" [3].
- أما الأحناف فقد فرقوا بين التفويض والتوكيل في الطلاق، "حيث اعتبروا التفويض تمليكا وأجازوا للزوج أن يملك أجنبيا طلاق امرأته، كما له أن يوكله في تطليقها، لكنهم جعلوا لكل من التفويض والتوكيل في الطلاق شروطا وأحكاما خاصة، فإن أراد الزوج تفويض - أي تمليك- أجنبيا طلاق امرأته، فله أن يفعل ذلك صراحة أو كناية، ويتقيد التمليك عندهم في المجلس إلا إذا أطلق الوقت، فله أن يطلق في غير المجلس الذي تم فيه التفويض، وللزوج تفويضه بإيقاعه رجعيا أو بائنا، ويعمل المفوض بمشيئة نفسه، إن شاء طلق وان شاء لم يطلق"[4].

وقد اعترض على قول المجلس الأوروبي للإفتاء باعتبار عقد النكاح بمنزلة التفويض، بأنه ليس بذلك ،"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، وكل من التفويض والتوكيل لا يسقط حقه، ولا يمنعه من استعماله متى شاء. وهو الأمر الذي لا يملكه الزوج في هذه الحالة، إذ كما جاء في القرار: "إن هذا العقد لا يحل عروته إلا القاضي"[5].

ويرد على هذا الاعتراض بأنه "بالنسبة لما هو عليه الحال في عقد الزواج المدني، فإن ما يظهر فيه من صيرورة أمر الطلاق بيد القاضي يوقعه بمشيئته- باعتباره قاضيا- وما يعتبر من موافقة الزوج على ذلك ورضاه

---

[1] مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، الحطاب ، ج5، ص387. الدردير الشرح الكبير، ج2، ص405-406.

[2] روضة الطالبين وعمدة المفتين، محي الدين النووي ، ج8،ص47-46،تحقيق زهير الشاويش، الطبعة الثالثة، 1412هـ - 1991م ،المكتب الإسلامي بيروت- دمشق- عمان،

[3] كشاف القناع عن متن الاقناع، البهوتي، ج8،ص412..

[4] المغني لابن قدامة، ص 405-407.

[5] فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتطبيقا ، تأصيلا وتنزيلا ،محمد يسري إبراهيم ، ص1062.

به صراحة بإقباله على عقد الزواج، وهو يعرف ما يطبق عليه من قوانين وأعراف دولية والتي منها جعل الطلاق بيد القاضي، كل هذا يمكن تخريجه على القول بجواز تفويض الطلاق للأجنبي باعتباره تمليكا وليس وكالة، مما يعني أن قرار القاضي هنا بإيقاع الطلاق واقع ونافذ بمقتضى ما يملكه من حق ملكه إياه الزوج بإرادته في عقد الزواج المدني ، والله تعالى أعلم"[1].

- **المسألة الثانية: الشروط في عقد الزواج**

إن بناء حكم شرعي للطلاق الذي تصدره المحاكم الأجنبية بالنسبة لعقد الزواج المدني يستوجب أولا النظر إلى ما في العقد من شروط والتزامات اتفقا عليها كلا الزوجين، إذ يلزمهما الإذعان إليها ما لم تخالف أحكام الشريعة الإسلامية بالطبع؛ فالمعروف في سائر العقود أن العقد شريعة المتعاقدين، يقول ابن تيمية "... فإن لكل من العاقدين أن يوجب للآخر على نفسه ما لم يمنعه الله من إيجابه، ولا يمنعه أن يوجب في المعاوضة ما يباح بذله بلا عوض"[2].

ومما استند إليه قرار المجلس الأوروبي للإفتاء قوله : "كالمشروط شرطا".

إن الشرع الحنيف أباح اشتراط كل من الزوجين ما يراه لنفسه إلا ما نص على إبطاله الكتاب أو السنة، ويكون الشرط ملزما شرعا . وعليه فإن رضاهما بإجراء العقد وفق القوانين الأوروبية مثلا يعد التزاما بهذه القوانين. و يعتبر جعل الطلاق بيد القاضي من الشروط الملحقة بعقد الزواج المدني، فهل يعد هذا الشرط ملزما للزوجين معا، وعليهما الرضا به والموافقة عليه؟

لقد نظر الفقهاء إلى هذه الشروط من جانبين اثنين، من مقتضى عقد الزواج من جهة، ومن حيث علاقتها بالمقصود من الزواج من جهة ثانية.

[1] فقه الأقليات المسلمة في مسائل الأحوال الشخصية، د امل يوسف عمر القاسمي ،ص196-197.

[2] الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ابن تيمية، ج3،ص233، الطبعة الأولى، 1408هـ - 1987م ، دار الكتب العلمية.

✓ فاتفقوا على أنها إن كانت هذه الشروط تخالف مقتضى عقد الزواج أو تحول دون تحقق مقصودة، فإنها تكون باطلة ولا يلزم الوفاء بها" (أو) وقع (على شرط يناقض) المقصود من العقد" [1].

✓ واختلفوا في إذا ما كانت هذه الشروط لا تخالف مقتضى عقد الزواج، ولا تحول دون تحقق مقصوده، على رأيين اثنين:

- الرأي الأول: تكون هذه الشروط باطلة وملغاة، ويعتبر الزواج صحيحا، وهو مذهب الجمهور من المالكية[2]والشافعية[3]،والحنفية[4]، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم:" ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وإن اشترط مائة شرط "[5]، فالحديث يدل على أن كل شرط في العقد لم يرد دليل على جواز اشتراطه في الشرع، لا يلزم الوفاء به.
- الرأي الثاني: تعد هذه الشروط صحيحة، ويلزم القضاء بها. وهو رأي الحنابلة[6]، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: "أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"[7]، فالحديث يدل على أن الشروط المشترطة في هذا العقد يجب الوفاء بها لعظم شرف عقد الزواج "أي أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح لأن أمره أحوط، وبابه أضيق، والحديث دليل على أن الشروط المذكورة في عقد النكاح يتعين الوفاء بها سواء كان الشرط عرضا أو مالا حيث كان الشرط للمرأة "[8]. وأيضا استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم ما وافق

---

[1] الشرح الكبير، الدردرير، وحاشية الدسوقي، الدسوقي، ج2، ص238.-حاشية ابن عابدين ، ج7 ص94. المهذب في فقة الإمام الشافعي، الشيرازي، ج2،ص47 ،دار الكتب العلمية . الكافي في فقه ابن حنبل ابن قدامة ، ج3 ،ص39-40 ، الطبعة الأولى 1414 هـ - 1994 م ، دار الكتب العلمية.

[2] الشرح الكبير، الدردرير وحاشية الدسوقي، الدسوقي، ج2، ص238.

[3] المهذب في فقه الإمام الشافعي، الشيرازي، ج2،ص47 .

[4] حاشية ابن عابدين، ابن عابدين، ج7، ص94،

[5] أخرجه البخاري، كتاب الشروط، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله، الحديث رقم 2735.

[6] كشاف القناع، البهوتي، ج5 ،ص90-91.

[7] أخرجه البخاري، كتاب الشروط باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح الحديث رقم 2721، عن عقبة بن عامر رضي الله عنه. وأخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، الحديث رقم 1418.

[8] سبل السلام، الصنعاني، ج3، ص125. دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ.

الحق"[1]،فهذا الحديث يدل على وجوب الوفاء بالشروط التي لا تناقض مقتضى عقد الزواج ولا تحول دون تحقق مقصودة.

"ومع قيام هذا الخلاف بين الجمهور والحنابلة، إلا أننا نجد في تفصيلات المالكية -على قولهم ببطلان هذه الشروط- ما يفيد جواز الوفاء بهذه الشروط، بل حتى القول باستحباب الوفاء بها ديانة، لشرف عقد الزواج، ولأن الوفاء بالعهود مما هو مندوب في الشريعة الإسلامية"[2].

و بتنزيل ما سبق على عقد الزواج المدني، المقترن بشرط جعل الطلاق بيد القاضي عرفا وقانونا، وتخريجا لجواز تخريج اشتراط هذا الشرط على مذهب الحنابلة، فإنه يمكن اعتباره شرطا لا يخالف مقتضى عقد الزواج، ولا يمنع تحقق مقصودة، وخاصة وأن الشرع قد أعطى الحق للزوج في جعل أمر الطلاق بيد غيره، كما أشرنا سابقا في مسألة التفويض. وعليه بمكن القول بصحة هذا الشرط ولزوم الوفاء به. كما أن بموافقة الرجل إعطاء حق الطلاق للقاضي بمقتضى عقد زواجه الأوروبي، فلا يجوز له بعد ذلك أن يرفض حكم القاضي لأن القاعدة الفقهية تنص على "أن من سعى في نقض ما تم من جهته، فسعيه مردود عليه"، "فمن أبرم أمرا بإرادته واختياره، ثم أراد نقض ما تم، فلا يقبل، ويكون سعيه مردودا عليه، لأنه والحالة هذه يكون متناقضا في سعيه بذلك مع ما كان أتمه وأبرمه. و الدعوى المتناقضة لا تسمع، لما فيها من التعارض والمنافاة هنا بين الشيء الذي تم من قبله وبين سعيه الأخير في نقضه. ولا فرق بين ما تم من جهة المرء بين أن يكون تم من جهته حقيقة، كما إذا فعل ذلك بنفسه، أو يكون من جهته حكما، كما إذا كان ذلك بواسطة وكيله، أو صدر من مورثه فيما يدعيه بحكم الوراثة، فإن السعي في نقضه لا يسمع منه، لأن الوكيل مع الموكِل، والمورِّث مع الوارث، بمنزلة شخص واحد."[3]

---

[1] أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين، كتاب البيوع ،الحديث رقم 2310 ،عن عائشة رضي الله عنها . قال ابن الملقن في "البدر المنير" وروي مرسلا من طريق عمر بن عبد العزيز، وعطاء بن أبي رباح، رواه ابن أبي شيبة، عن يحيى بن أبي زائدة، عن عبد الملك، عن عطاء.554/6. .وصحح الألباني الشطر الأول من الحديث وقال في زيادة(ما وافق الحق): وهذا إسناد ضعيف جدا عبد العزيز هذا وهو البالسى الجزرى اتهمه الإمام أحمد.،وقال النسائى وغيره: ليس بثقة.ولهذا قال الحافظ فى " التلخيص " (23/3) : " وإسناده واه ".انظر "إرواء الغليل" 144/5.

[2] الشرح الكبير الدردرير، وحاشية الدسوقي،الدسوقي،ج2، ص238.

[3] القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الزحيلي، ج1،ص512، الطبعة الأولى، 1427 هـ - 2006 م ، دار الفكر – دمشق.

- **المسألة الثالثة: من جهة مقاصد الشرع:**

إذا كان من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية درء المفاسد وجلب المصلحة، فإن القول بعدم وقوع طلاق القاضي بالنسبة لحالات الطلاق في عقد الزواج المدني للأقليات المسلمة عموما، يترتب عنه جملة من المفاسد نذكر منها:

- اختلاف بين الزوج والزوجة في النظر إلى عقد الزواج، إذ يعتبره الزوج أنه لازال قائما فيظل متمسكا بعصمة زوجته، و الأخيرة تعتبر أن عقد الزواج انحل بقرار القاضي. و في ذلك من المفاسد ما لا يخفى. وحتى لا تظل الزوجة في معصية وجب إنفاذ حكم القاضي درءا للمفسدة وهو ما نبه إليه العز بن عبد السلام رحمه الله تعالى بقوله:" ولو استولى الكفار على إقليم عظيم فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة، فالذي يظهر إنفاذ ذلك كله جلبا للمصالح العامة ودفعا للمفاسد الشاملة، إذ يبعد عن رحمة الشرع ورعايته لمصالح عباده تعطيل لمصالح العامة وتحمل المفاسد الشاملة، لفوات الكمال فيمن يتعاطى توليتها لمن هو أهل لها، وفي ذلك احتمال بعيد.[1]؛
- اعتبار عقد الزواج عقدا أبديا، وهو ما يخالف حكم الشريعة الإسلامية التي تعتبر انحلال عقد الزواج بالطلاق أو بغيره أمرا مشروعا، وإن كان يعقد ابتداء على وجه التأبيد، بل إن الطلاق يعتبر أثرا من آثار عقد الزواج الصحيح المقرر شرعا "فإن حقيقة الطلاق توجب إنهاء الزواج ... وهو لا يكون إلا في النكاح الصحيح، وهو من آثاره التي قررها الشارع"[2]؛
- فيه تعارض مع إحدى قواعد الشريعة الإسلامية، وهي قاعدة "رفع الضرر"، إذ أن القول بعدم وقوع طلاق القاضي، يترتب عنه إلحاق الضرر بالزوجة، بفسح المجال للزوج للتعسف في

[1] قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عبد العزيز بن عبد السلام ، ج1،ص512، راجعه وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى، 1427 هـ - 2006 م ، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة.

[2] الأحوال الشخصية، أبو زهرة، ص277.

استعمال حقه في الطلاق، وهو منهي عنه شرعا لقوله عزو جل : ﴿ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّ ﴾ [1]؛بل إن هذا الضرر قد يتعداه للأبناء. فإلى من سترفع الزوجة ما يلحقها من ضرر من قبل زوجها سوى قضاء بلد الإقامة.

ب- القول الثاني: عدم جواز تحاكم الزوجين أو الزوجة إلى القضاء الأجنبي قصد إيقاع الطلاق، ولا يعد نافذا في حق الزوج إذا لم يطلق، فطلاق القاضي غير المسلم، لا يجزئ من الناحية الشرعية، وإنما يلجأ إليه من باب التوثيق لا غير. وبه قال مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا[2]:

" الأصل أن الطلاق لمن أخذ بالساق، فهو تصرف قولي يناط بالزوج باعتباره الذي بيده عقدة النكاح، ثم للقاضي المسلم في الأحوال التي قررت فيها الشريعة ذلك كالتطليق للضرر أو الشقاق النزاع أو الإعسار أو الغيبة أو السجن والأسر ونحوه.

إذا طلق الرجل زوجته طلاقا شرعيا فلا حرج بعد ذلك في توثيقه أمام المحاكم المدنية لاقتصار دورها في هذه الحالة على مجرد التوثيق.

إذا تنازع الزوجان حول الطلاق فإن المراكز الإسلامية تقوم مقام القضاء الشرعي عند انعدامه، بعد استيفاء الإجراءات القانونية التي تحول دون وقوع المراكز الإسلامية أو القائمين عليها تحت طائلة القانون.

لجوء المرأة 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 ليتولى المؤهلون في هذه القضايا من أهل العلم إتمام الأمر من الناحية الشرعية، ولا وجه للاحتجاج بالضرورة للاعتداد بالتطليق المدني في هذه الحالة، لتوافر المراكز الإسلامية وسهولة الرجوع إليها في مختلف المناطق."[3]

---

[1] سورة الطلاق الآية 6.

[2] المحور السابع من البيان الختامي للمؤتمر الثاني لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا ، المنعقد بكوبنهاجن- الدانمارك مع الرابطة الإسلامية ، في الفترة من 4-7 من شهر جمادى الأولى لعام 1425هـ الموافق 22-25 من يونيو لعام 2004 م.

[3] كتاب المؤتمر الثاني لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا المنعقد بكوبنهاجن الدانمارك ،جمادى الأولى 1425،يونيو2004م،ص39.

وقد استندوا في ذلك إلى أن :"

➢ الطلاق لمن أخذ بالساق، لحديث 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"[1]

➢ الأصل أن يكون للمسلمين قاض مسلم يحكم بينهم بشرع الله، ومن سلطة هذا القاضي التفريق للضرر بين الزوجين وتطليق الزوجة من زوجها في تلك الحالات التي يبيح له الشرع فيها ذلك، ونظرا لانعدام القاضي المسلم المعيين من قبل السلطان المسلم في البلدان غير الإسلامية، فإن المراكز الإسلامية تقوم مقام القاضي المسلم، إذ لا سبيل إلى تحكيم شرع الله في البلدان غير الإسلامية في أحكام الطلاق والنكاح والإرث ونحوها مما يستطيعه المسلمون إلا بذلك.

➢ الأصل في المسلم ألا يتحاكم لغير شرع الله تعالى لقوله سبحانه: "أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون" ولذلك فلا يعتد بالطلاق إلا إذا كان صادرا من الزوج؛ لأنه الذي أخذ بالساق، وفي الحديث النبوي: "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق" أو من حاكم شرعي وهو هنا المركز الإسلامي كما تقدم، وأما القضاء الوضعي فحكمه لا يعتد به شرعاً، ولذلك فتطليق القاضي الوضعي ليس بنافذ، وتظل المرأة شرعا في عصمة زوجها حتى يصدر الطلاق منه أو من حاكم شرعي، وإنما يباح اللجوء إلى القضاء الوضعي لمجرد الحصول على وثائق رسمية لتسهيل المعاملات المباحة ولتسهيل الحصول على الحقوق الشرعية، وإباحة اللجوء إلى القضاء هنا مستندها القاعدة الفقهية التي ذكرها ابن نجيم وغيره، أن الحاجة العامة أو الخاصة تترل مترلة الضرورة."[2]

خلاصة هذا القول، هي أن طلاق القاضي غير المسلم، لا يجزئ من الناحية الشرعية، وإنما يلجأ إليه من باب التوثيق لا غير.

[1] أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، الحديث رقم 2081 . حسنه الألبانى في "إرواء الغليل" 108/7،الحديث رقم 2041.

[2] كتاب المؤتمر الثاني لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا المنعقد بكوبنهاجن الدانمارك ،جمادى الأولى 1425،يونيو2004م،ص74-76

2- الترجيح

يظهر، والله أعلم، القول بوقوع تطليق القاضي في عقد الزواج المدني؛ وهو ما ذهب إليه المجلس الأوروبي للبحوث والإفتاء، وذلك ل:

- ما أوجبه كل من الزوجين على نفسيهما بتراضيهما على هذا العقد؛
- أن الطلاق هنا لا يوقعه إلا القاضي، فيمكن اعتباره تفويضا من الزوج إلى القاضي بإيقاع الطلاق؛
- ما يترتب على عدم اعتبار هذا الحكم نافذا، من مفاسد سبق ذكرها؛
- إنزاله منزلة الضرورة، إذ الضرورات تبيح المحظرات " لا شك أن التحاكم محرم إذا كان تحاكم المسلمين إلى محكمة غير إسلامية قولا واحدا لا يسع خلافه للأدلة الصريحة السابقة ، لكن حل تدخله الضرورة فتغير حكمه إذ الضرورات تبيح المحظورات ، الضرورة إذا كانت كلية قطعية بحيث يؤدي تفويت التحكيم فيها إلى مفاسد يقينية تلحق بالمسلمين ، وتفوت مصالح يقينية كلية فإن الأمر يحتمل النظر ، وحينئذ يتقيد بحد الضرورة"[1]؛
- تحقيقه لمقاصد الشرع الحنيف، وقواعد التيسير والتخفيف " فإن الشارع لم يقصد إلى التكاليف بالمشاق الإعنات فيه، والدليل على ذلك أمور:أحدها:النصوص الدالة على ذلك، كقوله تعالى: ﴿ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ ﴾ [2]. وقوله: ﴿ رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا ﴾ [3]، وعن عائشة رضي الله عنها ،قالت :" "وما خير بين

[1] التحكيم والتحاكم الدولي في الشريعة الإسلامية، أ.د عجيل جاسم النشمي، ص46.، بحث مقدم للمجلس الأوروبي للبحوث والإفتاء الدورة التاسعة المنعقدة بفرنسا،

[2] سورة الأعراف الآية 157

[3] سورة البقرة الآية 286

شيئين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثما"[1].إلى أشباه ذلك مما في هذا المعنى، ولو كان قاصدا للمشقة لما كان مريدا لليسر ولا للتخفيف، ولكان مريدا للحرج والعسر، وذلك باطل. والثاني: 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، ولو كان الشارع قاصدا للمشقة في التكليف، لما كان ثم ترخيص ولا تخفيف.[2]

[1] أخرجه البخاري في صحيحه ،كتاب الحدود، باب إقامة الحدود والانتقام لحرمات الله، الحديث رقم 6786. ومسلم في صحيحه، كتاب الفضائل ،باب مباعدته صلى الله عليه وسلم للآثام واختياره من المباح أسهله وانتقامه لله عند انتهاك حرماته، الحديث رقم 2327.

[2] الموافقات، الشاطبي ، ج2،ص212.

الفصل الثانى: طلاق المغاربة بالخارج فى مواجهة القضاء الأوروبى

يعد التنازع بين القوانين الأجنبية والقانون المغربي للأسرة ذي المرجعية الإسلامية تجليا واضحا للتصادم بين القيم الحضارية، بسبب ما يوجد بين هذه القوانين من اختلافات جوهرية ترجع بالأساس لاختلاف المرجعية الدينية والأخلاقية والثقافية لكل منهما. وهو ما يظهر جليا في مجال الأحوال الشخصية بالنسبة للجالية المغربية المقيمة بالخارج ، خاصة في ما يتعلق بمؤسسة الطلاق . ومن ثم كان على المشرع المغربي من أجل ضمان تطبيق مقتضيات قانون مدونة الأسرة على أفراد تلك الجالية المغربية السعي إلى ملائمة هذا القانون مع معايير حقوق الإنسان الدولية ضمانا لوحدة النظام القانوني المطبق على أفراد الجالية ببلاد المهجر، مع الحرص على الحفاظ على الخصوصية والهوية.

فما هي أهم المقتضيات القانونية الوطنية والأجنبية المتعلقة بالجالية المغربية بالخارج؟ (المبحث الأول)، وما مآل مؤسسة الطلاق أمام القضاء الأوروبي؟ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المقتضيات القانونية الوطنية والأجنبية المتعلقة بالجالية المغربية بالخارج

لم تفرد مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أفراد الجالية المغربية بالخارج بمقتضيات محددة، وهو ما استدركه المشرع المغربي من خلال مجموعة من المقتضيات الخاصة بهذه الفئة.

و سأحاول دراسة مختلف المقتضيات القانونية الوطنية من خلال المستجدات الخاصة بالجالية المغربية والتي نص عليها الدستور المغربي الجديد ومدونة الأسرة (المطلب الأول)، ثم المقتضيات القانونية ال[لأجنبية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقتضيات القانونية الوطنية الخاصة بالجالية المغربية

يمكن التمييز بين مقتضيات متضمنة في فصول الدستور المغربي (الفرع الأول) وأخرى ضمن مدونة الأسرة المغربية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مقتضيات في الدستور المغربي

قرر جلالة الملك محمد السادس، قبل ذلك وفي سنة 2007، إحداث مجلس الجالية المغربية بالخارج، بمقتضى الظهير الشريف رقم 208.07.1 صادر في 10 ذي الحجة 1428) 21 ديسمبر 2007. وقد نصت المادة الأولى من الظهير على أن "تحدث هيئة استشارية بجانب جلالتنا الشريفة، تسمى مجلس الجالية المغربية بالخارج يتولى إعداد الرأي لدى جلالتنا الشريفة بخصوص شؤون الهجرة، ولاسيما القضايا التي تهم مواطنينا".

ولما كان الدستور أسمى وثيقة على مستوى الدولة، باعتباره يضم مجموعة الأحكام التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها، وسلطاتها، وطريقة توزيع هذه السلطات، وبيان اختصاصاتها، وبيان حقوق المواطنين وواجباتهم. فقد حرص دستور سنة 2011 على تكريس حماية حقوق الجالية، سواء على المستوى السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي. والذي تضمن خمسة فصول لها علاقة بالهجرة وبالجالية المغربية بالخارج:

1. الفصل السادس عشر

"تعمل المملكة المغربية على حماية الحقوق والمصالح المشروعة للمواطنات والمواطنين المغاربة المقيمين في الخارج، في إطار احترام القانون الدولي، والقوانين الجاري بها العمل في بلدان الاستقبال. كما تحرص على الحفاظ على الوشائج الإنسانية معهم، ولاسيما الثقافية منها، وتعمل على تنميتها وصيانة هويتهم الوطنية. تسهر الدولة على تقوية مساهمتهم في تنمية وطنهم المغرب، وكذا على تمتين أواصر الصداقة والتعاون مع حكومات ومجتمعات البلدان المقيمين بها أو التي يعتبرون من مواطنيها".

من أهم ما جاء به هذا الفصل حين حديثه عن أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج، التأكيد على صفة المواطنة لهم، فهم والأفراد القاطنين بأرض المغرب في المواطنة سواء، فعلى الدولة حماية حقوقهم

ومصالحهم، ومنها حماية هويتهم الوطنية وتعزيز ارتباطهم بها. مع التنصيص على أن ذلك ينبغي أن يتم في احترام تام للقانون الدولي، وقوانين البلدان المستقبلة.

وقد تجسدت هذه العناية في الواقع من خلال اهتمام أعلى سلطة في البلاد، حيث تناول جلالة الملك محمد السادس في كثير من خطاباته مشاكل واهتمامات الجالية المغربية بالخارج، ففي خطاب العرش لسنة 2015[1]، تحدث قائلا: " لقد وقفت، خلال الزيارات التي أقوم بها إلى الخارج، وعندما ألتقي بعض أفراد جاليتنا بأرض الوطن، على انشغالاتهم الحقيقية وتطلعاتهم المشروعة... بل إن عددا منهم يشتكون أيضا مجموعة من المشاكل في تعاملهم مع البعثات القنصلية المغربية في الخارج"، وأضاف: "قد عبر لي عدد من أبناء الجالية عن استيائهم من سوء المعاملة ببعض القنصليات، ومن ضعف مستوى الخدمات التي تقدمها لهم، سواء من حيث الجودة أو احترام الآجال، أو بعض العراقيل الإدارية". إلى أن يقول: "يتعين تحسين التواصل والتعامل مع أفراد الجالية بالخارج، وتقريب الخدمات منهم، وتبسيط وتحديث المساطر، واحترام كرامتهم وصيانة حقوقهم".

2. الفصل السابع عشر

"يتمتع المغاربة المقيمون في الخارج بحقوق المواطنة كاملة، بما فيها حق التصويت والترشيح في الانتخابات، ويمكنهم تقديم ترشيحاتهم للانتخابات على مستوى اللوائح والدوائر الانتخابية، المحلية والجهوية والوطنية. ويحدد القانون المعايير الخاصة بالأهلية للانتخاب و حالات التنافي. كما يحدد شروط وكيفيات الممارسة الفعلية لحق التصويت وحق الترشيح، انطلاقا من بلدان الإقامة ".

نص هذا الفصل كسابقه، لكن بشكل أكثر وضوحا، على المواطنة الكاملة للمغاربة المقيمين بالخارج، وأشار بالأساس إلى حقهم في المشاركة السياسية؛ من خلال منحهم الحق في التصويت والانتخاب والترشح ليصبحوا أعضاء بالمؤسسات التشريعية.

[1] بمناسبة الذكرى السادسة عشرة لاعتلاء جلالته عرش المملكة 30يوليوز2015.

3. الفصل الثامن عشر

"تعمل السلطات العمومية على ضمان أوسع مشاركة ممكنة للمغاربة المقيمين في الخارج، في المؤسسات الاستشارية، وهيئات الحكامة الجيدة، التي يحدثها الدستور أو القانون".

يحث هذا الفصل على ضمان عضوية المغاربة المقيمين في الخارج في المؤسسات الاستشارية، وهيئات الحكامة الجيدة، ومما يعزز هذا التوجه خطاب العرش لجلالة الملك لسنة 2015 حيث دعا فيه إلى "تعزيز مشاركة مغاربة الخارج في الحياة الوطنية، من خلال تفعيل مقتضيات الدستور المتعلقة بإدماج ممثليهم في المؤسسات الاستشارية، وهيئات الحكامة والديمقراطية التشاركية".

4. الفصل الثاني والثلاثون

جل المواثيق والدساتير الدولية تولي مؤسسة الأسرة أهمية بالغة، وتمنحها مكانة رفيعة؛ فالمادة السادسة عشر من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة الثالثة والعشرون من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تنصان على أن الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة.كما أن الدول تضمن دساتيرها فصولا خاصة بحماية الأسرة، كالدستور الإسباني 1978 في المادة 39 التي تنص على أن: "السلطات العمومية تؤمن الحياة الاجتماعية والاقتصادية والقانونية". والدستور الجزائري في المادة 5 التي تنص على أنه: "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع

والمنحى نفسه ذهب إليه الدستور المغربي في فصله الـ32، " الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع.

تعمل الدولة على ضمان الحماية الحقوقية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة، بمقتضى القانون، بما يضمن وحدتها واستقرارها والمحافظة عليها.

تسعى الدولة لتوفير الحماية القانونية، والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال، بكيفية متساوية، بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية...."

فاعتبر الأسرة القائمة على الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع، وأن الدولة تعمل على ضمان الحماية الحقوقية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة بمقتضى القانون، بما يضمن وحدتها واستقرارها والمحافظة عليها.

5. الفصل 163

"يتولى مجلس الجالية المغربية بالخارج، على الخصوص، إبداء آرائه حول توجهات السياسات العمومية التي تمكن المغاربة المقيمين بالخارج من تأمين الحفاظ على علاقات متينة مع هويتهم المغربية، وضمان حقوقهم وصيانة مصالحهم، وكذا المساهمة في التنمية البشرية والمستدامة في وطنهم المغرب وتقدمه".

يتحدث الفصل عن مهام مجلس الجالية المغربية بالخارج[1]، والمتمثلة في ضمان تقييمه للسياسات العمومية للمملكة-بصفته الاستشارية- تجاه مواطنيها المهاجرين وتحسينها قصد ضمان حقوقهم، وتعزيز مشاركتهم في التنمية السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية للبلاد.

كما أن من وظائف المجلس الإحاطة بإشكاليات الهجرة والمهاجرين والإسهام في تنمية العلاقات بين المغرب وحكومات ومجتمعات بلدان إقامة المهاجرين[2].

كما أن مجلس الجالية المغربية بالخارج يدلي برأيه حول:

- المشاريع الأولية للنصوص سواء التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بشؤون الهجرة والقضايا التي تهم المغاربة المقيمين بالخارج؛

[1] تأسس بموجب الظهير الملكي رقم 1.07.08 بتاريخ 21 دجنبر 2007 لولاية أولى مدتها أربع سنوات.

[2] موقع المجلس الأعلى للجالية المغربية بالخارج، بتصرف، https://www.ccme.org.ma/ar/ccme .13بتاريخ مارس 2020.

- التوجهات الرئيسة للسياسات العمومية الكفيلة بضمان حفاظ المغاربة المقيمين بالخارج على روابط متينة مع هويتهم المغربية، وخاصة فيما يتعلق بتعليم اللغات والتربية الدينية والنشاط الثقافي[1].

الفرع الثاني: مقتضيات ضمن مدونة الأسرة

أولا: مقتضيات عامة

استجابة للتغيرات التي عرفتها الأسرة المغربية في العقود الأخيرة، وتجاوزا لثغرات مدونة الأحوال الشخصية حيث " لوحظ بشأنها -مدونة الأحوال الشخصية- تكريس كثير من مظان الحيف تجاه المرأة"[2]، كما أنها كانت قاصرة عن توفير حماية كافية للأطفال، فاتسع نطاق المناداة بتعديلها وأحيانا بتغيرها تغييرا جذريا. فقد قام المشرع المغربي بإجراء تعديلات وإيجاد حلول لمشاكل الأسرة المغربية، منطلقا من تصور مازج بين مرجعية منطلقة من خصوصية المجتمع المغربي المسلم ومرتكزة أيضا على حقوق الإنسان في شموليتها وعالميتها، فصدر قانون رقم 70.03 سنة 2003 والموسوم بمدونة الأسرة[3]. معززة للوضع الاعتباري للأسرة، فهي مدونة مهتمة بكل مكونات الأسرة الرجال والنساء والأطفال على حد سواء، ومنظمة للعلاقات بين هذه المكونات بمنظور جديد؛ قوامه المسؤولية والشراكة بين الزوجين، مستندة لأحكام الفقه الإسلامي، مع مراعاة اختلاف الأحكام باختلاف الأمكنة.

كما أن المشرع المغربي واعتبارا لفكرة الكونية، فقد اعتمد أيضا على الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب. ومن هنا يمكن الحديث عن تنوع مرجعيات مدونة الأسرة إلى مرجعية إسلامية، وأخرى دولية.

---

[1] موقع المجلس الأعلى للجالية المغربية بالخارج، بتصرف، https://www.ccme.org.ma/ar/ccme بتاريخ 13مارس2020.

[2] شرح مدونة الأسرة الزواج، محمد الكشبور ، ج1، ص 6، الطبعة الأولى 2006، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

[3] ظهير شريف رقم 1.04.22 ،صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق 3فبراير 2004 بتنفيذ القانون 70-03بمثابة مدونة الأسرة ،الصادرة بتاريخ 5فبراير 2004، منشور في الجريدة الرسمية عدد 5184.

ولعل أهم ما استجد من قواعد وأحكام في مدونة الأسرة، تكريس مبدأ الحرية والمساواة بين طرفي العلاقة الزوجية، سواء في بداية العلاقة وعند إبرام عقد الزواج أو أثناء الحياة الزوجية أو عند انحلال هذه العلاقة، إضافة إلى ضمان الحماية الضرورية للطفل.

ثانيا: مقتضيات خاصة بالجالية المغربية

أولت مدونة الأسرة اهتماما موازيا بالجالية المغربية المقيمة بالخارج، حيث نصت على أن: "أحكامها تسري على:

- ✓ جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى؛
- ✓ وعلى العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيين؛
- ✓ وعلى اللاجئين بما فيهم عديمي الجنسية؛
- ✓ وعلى العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم. أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية".[1]

وبالتالي، وبناء على المادة السالفة، فإن المغاربة المقيمين بالخارج خاضعون فيما يتعلق بالقضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية لقانون الأسرة المغربي، استنادا إلى فكرة تبعيتهم الدائمة للجنسية من جهة، كما أن امتياز الدين يجعل القانون المغربي يطبق على العلاقة التي يكون أحد أطرافها مسلما سواء كان مغربيا أو أجنبيا.

كما تم التنصيص ولأول مرة على أحكام جديدة تهم هذه الفئة من المواطنين، تتلاءم مع أوضاعهم و تساير تطورهم.

ولعل من أبرز وأهم هذه التعديلات ما يتعلق ب:

[1] المادة الثانية من مدونة الأسرة.

- ✓ إبرام عقد الزواج وانحلاله من خلال السماح لهم بإبرام عقد زواجهم طبقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد الإقامة حين توفر الشروط والأركان الأساسية؛
- ✓ تكريس مبدأ الإرادة في إنهاء العلاقة الزوجية؛
- ✓ توسيع أسباب طلب التطليق من طرف الزوجة؛
- ✓ المرونة في تنفيذ الأحكام الأجنبية، حين النظر في طلبات منح الصيغة التنفيذية للأحكام الصادرة في حق الجالية المغربية بالخارج.

كما نصت مدونة الأسرة، على مجموعة من الإجراءات المتعلقة بحقوق الإنسان بالمغرب، ومنها ما هو عابر للحدود ويهم الجالية المغربية بالخارج، فأخذت بعين الاعتبار قاعدة الانتماء التي حددها القانون الدولي الخاص في تركيزه على امتياز الجنسية، ونصت مدونة الأسرة بوضوح على الحقوق العائلية للمغاربة المقيمين بالخارج، الذين يجب حماية روابط مواطنتهم وصيانة هويتهم الوطنية.

بيد أنه اليوم، وبعد سنوات من دخول المدونة حيز التنفيذ، فإن تطبيقها الفعلي لا يزال يثير صعوبات جمة، ترتبط تحديدا بعناصر البعد والإقامة والمرجعية الدينية وثنائية ، إلخ...[1].

ولقد كان لأخذ مدونة الأسرة من جهة بعين الاعتبار المتغيرات الجديدة للأسرة المغربية، وسعيها للمزاوجة بين المرجعية الدينية، والتي تستقي أحكامها من الشريعة الإسلامية ؛ والمرجعية الأممية المتجلية في مبادئ حقوق الإنسان والاتفاقيات التي صادق عليها المغرب من جهة أخرى. تأثيرا واضحا في التنصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بزواج وطلاق المغاربة في الخارج، والبحث على آليات جديدة قصد تجاوز المشاكل المتعلقة سواء بزواجهم وطلاقهم، والتي كانت تعاني منها الجالية المغربية في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، خصوصا إذا استحضرنا ما كان يترتب عن ذلك من مشاكل تنعكس سلبا على الأسر المغربية المتواجدة بالخارج.

ولعل من بين أبرز هذه المقتضيات التي تبناها المشرع المغربي في مدونة الأسرة؛ و المتعلقة بموضوع الطلاق:

[1] هجرات مغربية دراسات و أبحاث، ص11، صادر عن مجلس الجالية المغربية بالخارج، المملكة المغربية، 2016/2017.

- مؤسسة الطلاق القضائي من خلال التنصيص على رقابة القضاء الشاملة لجميع صور إنهاء الرابطة الزوجية تحقيقا لمبدأ المساواة بين الزوجين أسوة بالتشريعات الأوروبية؛

- سن المدونة أحكاما تتعلق بتبسيط مسطرة تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية في مسألة إنهاء الرابطة الزوجية، واعتبارها قابلة للتنفيذ إذا صدرت عن محكمة مختصة ومبنية على أسباب لا تتنافى مع أحكام المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية. كما أن الطلاق أصبح يتم بمشاركة الطرفين معا في حالة اتفاق الزوجين على ذلك[1].

إن هذه المقتضيات المتعلقة بطلاق المغاربة بالخارج؛ دفعت القضاء المغربي لقبول أحكام أجنبية بالطلاق ،ففي حكم صادر من محكمة النقض ورد فيه أنه: " إذا تضمن الحكم الأجنبي بيانات حول الإشهاد على الطلاق ،وعلى استدعاء الزوجين للإصلاح بينهما ،ومستحقات الزوجة والأطفال ... وليس ما في ذلك ما يخالف النظام العام المغربي ،فإن القرار القاضي بتذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية ليس فيه أي خرق للقانون وجاء معللا بما فيه الكفاية"[2]

المطلب الثاني: المقتضيات القانونية الأجنبية الخاصة بالجالية المغربية

سأتناول الموضوع من خلال الاتفاقيات الثنائية بين المغرب وبعض البلدان الأوروبية (الفرع الأول)، ثم تنازع القوانين بشأن الروابط الأسرية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتفاقيات الثنائية بين المغرب وبعض البلدان الأوروبية

تكشف المنازعات القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية التي يكون أحد أطرافها مسلمون مقيمون خارج البلدان الإسلامية وخاصة في الغرب، أو التي تتعلق بأجانب مقيمين في بلاد إسلامية، عن صعوبات التوفيق، بل واستحالته في غالب الأحيان بين هذه الأنظمة المتنافرة.

---

[1] من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، سعاد الأخرسي، ص187، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة،سنة2005.

[2] حكم صادر عن محكمة النقض في الملف عدد2004/1/2/622، بتاريخ 30/03/2005.البوابة القضائية للمملكة المغربية، https://juriscassation.cspj.ma/، بتاريخ 29 مارس2020.

وهكذا وأمام صعوبة التنسيق بين هذه الأنظمة القانونية المتباينة، وما يترتب عنها من مشاكل على مستوى الروابط الأسرية للجالية المغربية، كان لابد من التفكير في إيجاد حلول تمكن من تجاوز تلك المشاكل، فكان من بينها ما اصطلح عليه بالحل الاتفاقي المتمثل في إبرام معاهدات ثنائية بين الدولة المستقبلة والدولة المصدرة للهجرة بغية تنظيم بعض مسائل الأحوال الشخصية تنظيما يكفل تحقيق مصالحها المشتركة.

وهكذا أضحت الاتفاقيات الثنائية ذات مكانة متميزة في العلاقات الدولية باعتبارها مصدرا من مصادر القانون الدولي الخاص، لاسيما عندما يتعلق الأمر بقضايا الأسرة التي تشكل ميدانا خصبا لتنازع القوانين. من جهة، ومن جهة ثانية تضمن على الأقل حدا أدنى من الحقوق وتشكل أرضية قانونية للتعامل بين الدول.

وفي هذا الصدد، عمل المغرب منذ مدة طويلة على إبرام العديد من الاتفاقيات الثنائية مع بعض الدول الأجنبية التي تستقطب نسبة مهمة من الجالية المغربية، سعيا منه لحل المشاكل القانونية العالقة لأفراد الجالية، ولضمان وحدة النظام القانوني للأسرة المغربية ؛ و تقليصا للتضارب القائم بين قانون الأسرة المغربية والقوانين الأجنبية، ونفاذ الأحكام الشرعية المتعلقة بالأسرة على جميع المغاربة بالمهجر.

و قد اخترت تناول بعض من هذه الاتفاقيات، لعدة اعتبارات، أهمها تواجد جالية مغربية مهمة في البلد الذي تم توقيع الاتفاقية معه، و أهمية الاتفاقية نفسها من حيث سن قواعد قانونية استفادت منها هذه الجالية، والآثار التي ترتبت عنها:

أولا: الاتفاقية المغربية - الفرنسية

تعددت الأسباب التي كانت وراء استقرار أكبر جالية مغربية بالخارج في فرنسا، فحسب إحصاء 2016 الذي أجرته وزارة الشؤون الخارجية والتعاون المغربية بالاعتماد على القنصليات المغربية بالخارج تضم فرنسا مليون وثلاثمئة وتسعة وأربعون ألف وثلاثمئة وستة مغربي (1.349.306).

وتعد الاتفاقية المغربية الفرنسية بشأن حالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي المؤرخة 10 غشت 1981[1]، من أهم الاتفاقيات التي تم اللجوء إليها لتحقيق الغايات في السالفة الذكر.

وتتكون من ثلاثين مادة، موزعة على مقتضيات عامة وأربعة أبواب: الباب الأول يتعلق بالزواج ويشمل المواد من 5 إلى 8، في حين يختص الباب الثاني بانحلال ميثاق الزوجية ويضم المواد من 9 إلى 14، الباب الثالث يهم الحضانة وحق الزيارة والنفقة ويشمل المواد من 15إلى 27، بينما يهتم الباب الرابع ببيان بعض المقتضيات الختامية ويشمل المواد من 28 إلى 30.

على أن المبررات التي دفعت الطرفين المغربي والفرنسي لإبرام هذه الاتفاقية متنوعة ومختلفة، بل قد تصل إلى حد التناقض "فبخصوص الطرف المغربي فإن مبررات إبرام هذه الاتفاقية يمكن إجمالها فيما يلي:

- التعديل الذي أدخل على الفصل 310 من القانون المدني الفرنسي بتاريخ 11 يوليوز 1975 والتي تنص على إخضاع الطلاق والفصل الجسماني لقانون الموطن؛
- وفاء المغرب للهوية الوطنية، وعلى رأسها المرجعية الإسلامية بخصوص الأحوال الشخصية التي تعد صمام الأمان لهذه الهوية كما جاء في ديباجة هذه الاتفاقية...

أما بالنسبة للطرف الفرنسي، فيمكن القول بأن استجابته لإبرام هذه الاتفاقية لم تنبع من روح تنمية التعاون في مجال الروابط الأسرية فقط بل كان مدفوعا بفعل عدة مؤثرات منها:

- الآثار الخطيرة التي خلفها اختطاف الأطفال الناتجين عن الزواج المختلط؛
- التخوف من أن يعمد الطرف المغربي إلى إعمال مبدأ المعاملة بالمثل ويخضع الفرنسيين فيما يخص الطلاق للقانون المغربي للأحوال الشخصية خاصة أمام تنامي النداءات المطالبة بتطبيق مدونة الأحوال الشخصية المغربية على كل الأجانب فوق التراب الوطني."[1]

[1] صادق عليها الجانب الفرنسي بتاريخ 10-06-1982. الظهير شريف رقم1-83-197 صادر في ربيع الأول1407هـ (14 نونبر1986م) بنشر الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية ،الموقعة بالرباط في10 غشت 1981 المنشورة بالجريدة الرسمية ، ص931،عدد3910 بتاريخ12 صفر 1408هـ(7أكتوبر1987م).

وبالرجوع إلى تفاصيل هذه الاتفاقية، فقد نصت على مجموعة من المبادئ نذكر منها:

✓ مبدأ شخصية القوانين: حيث نصت المادة الخامسة من هذه الاتفاقية على أنه يطبق على كل من الزوجين قانون إحدى الدولتين التي ينتمي إليها فيما يخص الشروط الجوهرية للزواج، في حين أخضعت الإجراءات الشكلية للزواج لقانون الدولة التي يبرم فيها، فإذا تم الإبرام وفقا للقانون الفرنسي فإنه يجب أن يسجل لإضفاء الشرعية عليه اتجاه القانون المغربي من طرف الموظفين القنصليين المختصين[2].

✓ أما فيما يخص القانون المطبق على الآثار الشخصية للزواج، فإن الاتفاقية وإيمانا منها بتفضيل الرعايا لقانون دولتهم سمحت لهم بالخروج عن القاعدة التي تقضي بتطبيق قانون الموطن المشترك والرجوع إلى قانون الجنسية المشتركة، حيث أعطت هذه الاتفاقية الأولوية للجنسية على الموطن المشترك، وذلك بإخضاع انحلال الزواج لقانون إحدى الدولتين التي ينتمي إليها الزوجان يوم تقييد الطلب، فإن اختلفت جنسية الزوجين فإن انحلال الزواج يعلن عنه وفقا لقانون الدولة التي يوجد فوق ترابها الموطن المشترك إذا وجد أو آخر موطن مشترك لهما[3]، بصرف النظر عن مكان وجود موطنهما، وهذا سيساعد على احترام المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص، سيما مبدأ شخصية القوانين، كما أنه يعد تشجيعا لتوحيد الرؤى بين قانون البلدين، لهذا لم تتوان الاتفاقية المغربية الفرنسية في الاعتراف بعقود انحلال العلاقة الزوجية المقامة وفقا لمقتضيات القانون المغربي بين مغربيين أو مغربي وفرنسية بشرط أن تكون نهائية، وبطلب من الزوجة وفقا لشروط التطليق في الحالة الثانية -مغربي وفرنسية-.

---

[1] جانب غير منتظر من التبادل غير المتكافئ في القانون الدولي الخاص، علاقة الأحوال الشخصية بين الإسلام وأوربا، جان بيير، مجلة القضاء والقانون، العدد144 ،ص 95 وما بعدها ، السنة1992 .

[2] المادة 6 من الاتفاقية المغربية الفرنسية.

[3] المادة 9 من الاتفاقية المغربية الفرنسية.

إن أول ملاحظة يمكن تسجيلها هي تأكيد هذه الاتفاقية على أحد المبادئ الأساسية المتعارف عليها في القانون الدولي الخاص ألا وهو مبدأ شخصية القوانين، مع ما يعنيه ذلك من إخضاع الجالية المغربية المقيمة بفرنسا فيما يتعلق بأحوالها الشخصية لقانونها الوطني والذي تمثله مدونة الأسرة.

ورغم ما نصت عليه هذه الاتفاقية من مقتضيات عززت من مكانة القانون المغربي للأسرة أمام القضاء الفرنسي. مما انعكس بشكل إيجابي على أفراد الجالية المغربية بفرنسا، إلا أن الواقع العملي يظهر تذبذبا في موقف القضاء الفرنسي، إذ أنه غالبا ما يطبق قانونه الوطني مبعدا تطبيق القانون المغربي.

كما أن نصوص الاتفاقية ذاتها يطبعها نوع من الغموض واللبس، يجعلان مقتضياتها عرضة لعدة تأويلات قد تعصف بالدور المنوط بها، من ذلك المادة الثامنة من هذه الاتفاقية التي تحيل على قانون آخر موطن مشترك في حالة عدم وجود موطن مشترك للزوجين، الأمر الذي قد يثير بعض الغموض والإبهام خاصة في الحالة التي يكون فيها آخر موطن مشترك خارج إحدى الدولتين التي ينتمي إليها الزوجين بجنسيتهما، الأمر الذي قد يجعلنا أمام تنازع بين عدة قوانين وليس بين قانونين فقط. كذلك فإن هذه المادة لم توضح نوع الزواج المقصود، الأمر الذي قد تتخذه محاكم إحدى الدولتين وخاصة المحاكم الفرنسية ذريعة لتطبيق قانون الموطن المشترك أو آخر موطن مشترك حتى ولو كان الطرفان يحملان نفس الجنسية.

يضاف لذلك عدم قدرة هذه الاتفاقية على حل مختلف الإشكالات التي تطرحها مؤسسة الأحوال الشخصية، فهي لم تحدد ما المقصود بالآثار الشخصية للزواج وكذا المقصود بحالة الأشخاص؟ فضلا عن أنها لم تتطرق لمشكل النسب ولأي قانون سيخضع؟ نفس الشيء بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الأموال المشتركة كأثر من الآثار المالية للزواج، فكل هذه العوامل ستفتح بدون شك المجال أمام القضاء الفرنسي لتطبيق قانون الموطن، باعتباره القانون الواجب التطبيق، وبالتالي استبعاد القانون المغربي من حلبة المنافسة مادام أن قواعد الإسناد التي تشكل أساس تطبيقه من طرف القضاء الأجنبي لا تشير إليه.

من خلال ما سبق يتضح أن وجود هذه الاتفاقية لم يكن ليسر ويسهل، كما كان متوقعا استقبال القضاء الفرنسي لقانون الأحوال الشخصية المغربي ، مادام أن المحاكم الفرنسية ظلت في الغالب الأعم تتعامل

مع هذه الاتفاقية وكأنها غير موجودة، وهو ما سأوضحه لاحقا؛ بل وحتى لو افترضنا انصياع القضاء الفرنسي لتطبيق ضوابط الإسناد المقررة في هذه الاتفاقية، والتي على فرض أنها تشير إلى تطبيق القانون المغربي للأسرة، فإن صعوبة الكشف عن مضمون هذا القانون قد تقف عقبة أمام تطبيقه.

ثانيا: الاتفاقية المغربية - الهولندية

على غرار جل الأنظمة اللاتينية؛ يسند القانون الهولندي الأحوال الشخصية إلى القانون الوطني للشخص، ،وهوما يعني أن المهاجر المغربي المقيم بهولندا يحظى من حيث المبدأ بتطبيق قانونه الوطني على أحواله الشخصية.

غير أن مجال تطبيق هذا القانون يظل ضيقا ونسبيا، وذلك إما بسبب استبعاد بعض مفاهيمه التي تتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي الهولندي، وخاصة مبادئ الحرية والمساواة بين الجنسين. وهي مبادئ تسري على الصعيد الأوروبي ككل، وإما بسبب اختصاص القانون الهولندي باعتباره قانون بلد الموطن والإقامة الاعتيادية، أو بوصفه قانون الإرادة أو قانون القاضي الناظر في النزاع باسم معايير أخرى [1].

وهذا ما يبرر هيمنة القانون الهولندي على تنظيم الأحوال الشخصية للمغاربة القاطنين بهذا البلد، مما وضعهم في مشاكل لا حصر لها.

أمام هذا الوضع، لم يكن للطرف المغربي أن يغض الطرف عن المشاكل التي تعاني منها الجالية المغربية المقيمة بهولندا في مجال أحوالها الشخصية، وما ترتب عن ذلك من أوضاع سيئة. فكان السبيل الأمثل في معالجة هذه المشاكل هو عقد اتفاقية ثنائية بينه وبين هولندا للتعاون القضائي بين البلدين في مجال قانون الأسرة؛ فقد عبر في مناسبات كثيرة عن إرادته في إبرام اتفاقية معاهدة ثنائية مع المملكة الهولندية، من شأنها

[1] نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا (واقع وآفاق)، جميلة أوحيدة، ص201، الطبعة 3 .99-98، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط.

معالجة المشاكل التي تطرح في إطار الروابط المغربية الهولندية وخاصة في مجالي الزواج والطلاق والاعتراف بالأحكام القضائية الصادرة في هذا الميدان.

وقد بدأت النقاشات بين المغرب وهولندا بخصوص عقد اتفاقية ثنائية للتعاون القضائي في مجال قانون الأسرة في بداية الثمانينات، وتوسعت في بداية سنة 1992، حيث عقدت عدة اجتماعات في كل من البلدين، كان من بينها الاجتماع المنعقد بلاهاي بمقر وزارة العدل بتاريخ 12 و11 أكتوبر 1993[1]. غير أن هذه النقاشات لم يتولد عنها سوى توقيع بروتوكول لإحداث لجنة مختلطة استشارية مغربية هولندية للتعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية والأسرة في 20 يناير 1993[2].

وضمت هذه اللجنة ممثلين عن وزارتي العدل والشؤون الخارجية في البلدين، وجعلت من أهدافها تهييئ لوائح القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية وقانون الأسرة التي قد تنشأ فيها حالات قضائية شائكة، ثم تقديم كل اقتراح إلى وزارتي العدل للبلدين من شأنه تسهيل تسوية المشاكل التي يمكن أن يحدث تطبيقها صعوبات في المادة المدنية، وخاصة فيما يتعلق بحالة وأهلية الأشخاص، وقانون الأسرة؛ وتبادل المعلومات القضائية والقانونية حول هذه المواضيع، لاسيما في الحالات الفردية التي يثيرها أحد الطرفين، وكذا تقديم كل اقتراح من شأنه تسهيل تطبيق الاتفاقيات التي قد يبرمها البلدان في المادة المذكورة.

ثالثا: الاتفاقية المغربية - البلجيكية

يبلغ عدد المغاربة المقيمين ببلجيكا، حسب إحصاء لوزارة الشؤون الخارجية والتعاون المغربية 2016، 358719 شخصا[3]، وبهذا تمثل أول جالية مسلمة في هذا البلد .

وكباقي البلدان الأوروبية ، فالخلاف الواضح بين المرجعيتين الإسلامية التي يمثلها قانون الأسرة المغربي، والمرجعية العلمانية الممثلة بالقانون البلجيكي؛ جعل مجال الأحوال الشخصية يشكل مجالا خصبا لتنازع

[1] رسالة إخبارية صادرة عن وزارة الجالية المغربية بالخارج، فاتح نوفمبر1993.

[2] نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا (واقع وآفاق)، جميلة أوحيدة، ص260.

[3] وزارة الشؤون الخارجية والتعاون المغربية، مراسلة موجهة للوزارة المكلفة بالمغاربة المقيمين بالخارج وشؤون الهجرة بخصوص طلب إحصائيات حول الجالية المغربية بالخارج .

القوانين، سيما عندما يتعلق الأمر بالنزاعات الدولية الخاصة التي تربط بين المغرب وبلجيكا. فهذه الأخيرة لم يعد للدين أي أهمية في قانونها الدولي الخاص[1]، ولا في قوانينها الداخلية. ولا يرجع له في اختيار القانون الواجب التطبيق. وهو ما يتوافق مع سياسة الاستيعاب الكامل للمهاجرين المغاربة، المنتهجة من قبل الدولة، معتمدة نظاما قانونيا واجتماعيا وسياسيا شديد التمسك بالعلمانية. خلافا لما عليه الحال بالمغرب، فالدين له أهمية كبرى لا سيما في القانون الأسري. فقد جاء في الخطاب الملكي الذي ألقاه ملك البلاد بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة الثانية من الولاية التشريعية السابعة للبرلمان بتاريخ 10 أكتوبر 2003: "إن الإصلاحات التي ذكرنا أهمها لا ينبغي أن ينظر إليها على أنها انتصار لفئة على أخرى، بل هي مكاسب للمغاربة أجمعين، وقد حرصنا على أن تستجيب للمبادئ والمرجعيات التالية:

- لا يمكنني بصفتي أمير المؤمنين أن أحل ما حرم الله وأحرم ما أحله؛
- الأخذ بمقاصد الإسلام .لسمحة، في تكريم الإنسان والعدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف وبوحدة المذهب المالكي والاجتهاد الذي يجعل الإسلام صالحا لكل زمان ومكان، لوضع مدونة عصرية للأسرة منسجمة مع ديننا الحنيف"[2].

ولذلك فإن النظام لأسري للجالية المغربية في بلجيكا يشكل ميدانا خصبا للتنازع بين النظامين القانونيين المتباينين[3]، فقد يرفض القاضي البلجيكي الكثير من المؤسسات الإسلامية لاعتبارها مخالفة لنظامه العام الذي يقوم على مبادئ العلمانية والحرية والمساواة. في المقابل لا يتردد القاضي المغربي بدوره في رفض بعض مفاهيم ومؤسسات القانون البلجيكي للأسرة، لاعتبارها مخالفة للنظام العام المغربي وللهوية الوطنية.

كما أن التأثير الذي أحدثته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على القضاء الأوربي ومن بينه القضاء البلجيكي، جعلت الأخير يسلك طرقا متعددة لاستبعاد القوانين ذات المصدر الإسلامي، وذلك عن طريق الدفع

[1] Le droit familial Marocaine dans l'ordre juridique belge entre fidélité et modernité prometteuse, Mohamed M'salha: thèse présentée pour l'obtention du grade de docteur en droit université catholique de Louvain, faculté de droit Louvain-la- neuve, novembre 1999, p: 20.

[2] مقتطفات من نص خطاب جلالة الملك في افتتاح الدورة الأولى من السنة الثانية من الولاية التشريعية السابعة، الرباط 10 أكتوبر 2003.

[3] تنازع قوانين الطلاق بين المغرب وهولندا، جميلة أوحيدة، ص119، سلسلة ندوات النساء ودولة الحق والقانون، رقم1 سنة 2004.

بالنظام العام الأوروبي الذي يرتكز على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بملاحقها الأحد عشر، وخاصة البروتوكول رقم 7 الملحق بها والمؤرخ ب 22 دجنبر 1984 الذي يكرس المساواة التامة بين الرجل والمرأة في الحقوق والمسؤوليات التي تنشأ عند الزواج، وأثناء سريانه، ولدى انحلاله؛ وبين الابن الشرعي وغير الشرعي والطفل المتبنى. هذا بالرغم من أن الأصل هو تطبيق قانون الأسرة المغربي حسب قاعدة الإسناد الأوربية المتمثلة في ضابط الجنسية، بل إن بعض فقهاء القانون البلجيكيين كانوا أكثر وضوحا في عرض أسباب دعوتهم لتطبيق قانون الإقامة الاعتيادية على أفراد الجاليات من أمثال فرونسوا ريغو الذي قال: "يتحتم على الأجنبي أن يخضع لقانون الموطن المتعلق بالأحوال الشخصية وأن يفرض عليه هذا القانون، لأنها أفضل وسيلة من أجل الانصهار الثقافي للأجانب"، بعبارة أخرى هي دعوة صريحة لطمس الخصوصيات الثقافية للمهاجرين الأجانب[1].

مع ذلك، قام المشرع المغربي كما رأينا سابقا، بملاءمة ترسانته القانونية مع النصوص الواردة في الاتفاقيات الدولية من خلال اعتماد مقاربة توفيقية يتعايش فيها كل من أحكام الفقه الإسلامي بأبعاده المقاصدية الاجتهادية والأحكام الصادرة عن المعاهدات الدولية؛ وذلك عن طريق إصدار نصوص قانونية ومراسيم تطبيقية موضحة، وأيضا عن طريق إبرام اتفاقيات ثنائية، في سبيل التقليص من المشاكل التي تعيشها الجالية المغربية المقيمة ببلاد المهجر، والسعي إلى ضمان حقهم في التقاضي وفق قانون وطنهم الأصلي.

وهكذا فقد وقع المغرب مع بلجيكا في مجال الأحوال الشخصية عدة اتفاقيات وتفاهمات، بدأت مع بروتوكول اتفاقي إداري متعلق بتطبيق قواعد تنظيم حالة الأشخاص والمؤرخ في 26 شتنبر 1979، واتفاقية متعلقة بالتعاون القضائي في المادة المدنية والاقتصادية والإدارية في مجال تبادل المعلومات القضائية، وبروتوكول اتفاقي من أجل تأسيس لجنة مشتركة تشاورية سنة 1981.

[1] Droit international privé. François Rigaux ,T2. Bruxelles. Larcier 1977. P:289.

وهو ما انعكس إيجابا على بلورة اتفاقيات في مجال قانون الأسرة بين المغرب وبلجيكا مع بداية التسعينات[1]، حيث أبرم المغرب مع بلجيكا ثلاث اتفاقيات في مجال قانون الأسرة:

✓ ففي1991/06/15: وقع اتفاقية حول القانون المطبق على الزواج وحل ميثاقه وعلى الاعتراف بهما، وتضم هذه الاتفاقية[2]، 21 مادة، نصت مادتها الأولى على مبدأ الإحالة، أما المادة الثانية من الاتفاقية فقد نصت على مبدأ النظام العام، حيث يمكن العدول عن تطبيق قانون إحدى الدولتين إذا كان منافيا بصورة واضحة للنظام العام[3]، وهذه المادة شبيهة بالمادة الرابعة من الاتفاقية المغربية الفرنسية 10 غشت 1981م المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي التي تنص على أنه: "لا يمكن العدول عن تطبيق قانون إحدى الدولتين المحدد بمقتضى هذه الاتفاقية من طرف محاكم الدولة الأخرى إلا إذا كان منافيا بصورة واضحة للنظام العام". كما أكدت هذه الاتفاقية على مبدأ شخصية القوانين، مما يسمح بتطبيق القانون الوطني، المتمثل في مدونة الأسرة على المغاربة المقيمين ببلجيكا. حيث تنص المادة السادسة من هذه الاتفاقية على أنه: "تخضع الشروط الجوهرية للزواج بالنسبة لكل واحد من الزوجين كالسن والرضا وانعدام الموانع لقانون الدولة التي ينتمي إليها كل واحد منهما".

✓ كما تم توقيع اتفاقيتين في 2002/06/26م، الأولى تتعلق بالاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الالتزام بالنفقة، والثانية تتعلق بالاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الحضانة وحق الزيارة. غير أن ما يميز هذه الاتفاقيات هو أنه لحد الآن لم يتم المصادقة على معظمها.

---

[1] نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية المقيمة ببلجيكا. جمال الخمار. ص 102، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص. وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2008/2007، السنة الجامعية 2007/2008.

[2] اتفاقية بين المملكة المغربية والمملكة البلجيكية حول القانون المطبق على الزواج وحل ميثاقه وعلى الاعتراف بهما، رقمها 2055، وتم توقيعها بالرباط بتاريخ 1999/04/09.

[3] الظهير الشريف رقم 1/83/ 197الصادر بتاريخ 14 نونبر 1986 المنشور بالجريدة الرسمية ،ص934 و931، عدد 3910 بتاريخ 7 أكتوبر 1987.

أما فيما يتعلق بالاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية والمملكة البلجيكية بشأن الاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الالتزام بالنفقة، والتي تم توقيعها ببروكسيل بتاريخ 26 يونيو 2002م، فإنها تضم اثنا عشر مادة، وتمت صياغتها في ضوء مقتضيات اتفاقية نيويورك، المتعلقة باستيفاء النفقة في الخارج المؤرخة بتاريخ 20 يونيو1956م[1]، وقد نصت الاتفاقية تنص على توسيع الاختصاص القضائي لإحدى الدولتين، حيث ينعقد لها الاختصاص إما استنادا لجنسية المدعي أو المدعى عليه، وكذلك عندما يقبل المدعى عليه باختصاص المحكمة مصدرة الحكم. كما أنها تنص على تذييل الأحكام الصادرة عن إحدى الدولتين المتعاقدتين، في مجال الالتزام بالنفقة دون رقابة جوهر الحكم الأجنبي. وقد حددت هذه الاتفاقية مجال تطبيقها من خلال المادة الحادية عشر، إذ تطبق على المقررات القضائية وعلى العقود الرسمية المتلقاة وكذا التصالحات التي تم إبرامها أمام المحكمة بالإضافة إلى تلك المتلقاة من طرف السلطات القضائية بعد دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ[2].

أما بخصوص الاتفاقية الثانية الموقعة بين المغرب وبلجيكا بشأن التعاون القضائي والاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الحضانة وحق الزيارة، والتي تم توقيعها ببروكسيل بتاريخ 26 يونيو 2002م، فإنها تحتوي على ثلاثة وعشرين مادة. وقد جاء توقيع هذه الاتفاقية بفضل الجهود المبذولة من طرف اللجنة المشتركة المغربية البلجيكية التي تم تأسيسها من أجل وضع حلول لمشاكل الخطف الدولي للأطفال بين المغرب وبلجيكا، وجاءت بنود هذه الاتفاقية شبيهة لبعض المقتضيات المنصوص عليها في الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 10 غشت 1981م[3].

و تهدف الاتفاقية إلى ضمان الاستقرار للطفل وتفادي نقله إلى مكان غير مكانه الطبيعي، والتسريع بعودته إلى المكان الاستقرار الأصلي إذا تم نقله بصورة غير شرعية، وذلك بموجب مسطرة الإرجاع الفوري المنصوص عليها في المادة الرابعة من الاتفاقية. ولتحقيق ذلك تفرض الاتفاقية نوعا من الرقابة على الأحكام القضائية في

[1] نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية المقيمة ببلجيكا، جمال الخمار، ص4.

[2] نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية المقيمة ببلجيكا، جمال الخمار، ص 105.

[3] Quelles solutions pour le statut personnel des émigrés marocains en Europe, Abderazak Moulay R'chid: OP.cit, p: 124.

مجال الحضانة وحق الزيارة، كما أن السلطات المركزية تتكلف بتطبيق الالتزامات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، بمتابعة من اللجنة الاستشارية المكونة من ممثلي وزارتي العدل والشؤون الخارجية بكل من الدولتين المتعاقدتين التي لها أن تتدخل من أجل تسهيل تطبيق الاتفاقية.

الفرع الثاني: تنازع القوانين بشأن الروابط الأسرية

يهتم موضوع تنازع القوانين بجميع العلاقات والروابط التي يمكن أن تنشأ بين الأفراد، خاصة فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية، "فروابط الأحوال الشخصية تشمل المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وكذلك روابطهم العائلية من زواج وطلاق ونفقة ونسب إلى غير ذلك، كما تشمل أيضا الآثار المالية المترتبة عن الزواج النظام المالي للزوجين، والتصرفات المضافة لما بعد الموت كالإرث والوصايا"[1].

الفقرة الأولى: ماهية تنازع القوانين

يقصد بتنازع القوانين تعدد القوانين المحتملة التطبيق في نزاع يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، لأجل اختيار القانون الأكثر ملاءمة من بينها[2]. فاهتمامه هو الحالة التي ترتبط فيها النازلة القانونية بقوانين عدة دول، فمثلا زواج مغربي بفرنسية علاقة قانونية مرتبطة بقانونين، مما يدفع بنا للتساؤل عن القانون الذي سيخضع له عقد الزواج؟ هل هو القانون المغربي باعتبار الزوج مغربيا؟ أم هو القانون الفرنسي لكون الزوجة فرنسية؟ وبمعنى آخر هناك تنازع بين القانونين المغربي و الفرنسي. "و يوحي مصطلح تنازع القوانين، أن هناك صراعا بينها، وأن كلا منها يدعي الحق في حكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي لعلاقته بها، عن طريق أحد عناصرها. في حين أن قانون كل دولة محدود بسيادة دولته، ولا يستطيع تعدي هذه الحدود بقوته الذاتية ومنازعة قانون القاضي في انطباقه على العلاقة"[3].

---

[1] العمل القضائي في مدونة الأسرة. إبراهيم باحماني، ص14، الطبعة 2 سنة 2013، مكتبة دار السلام- الرباط.

[2] القانون الدولي الخاص وفقا للقانونين العراقي والمقارن، ممدوح عبد الكريم حافظ، ص 256، الطبعة 2، مطبعة دار الحكومة دار الحرية للطباعة، بغداد، سنة1977 .

[3] القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، أعراب بلقاسم، ج 1، ص40. طبعة 2002،دار هومة، الجزائر.

ولحل هذا النزاع ثم وضع ما يعرف بقواعد التنازع أو ضوابط الإسناد.

الفقرة الثانية: ضوابط أو قواعد الإسناد

1- تعريف قاعدة الإسناد

هناك عدة تعريفات لقاعدة الإسناد في فقه القانون الدولي الخاص منها:

- هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي[1]
- قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني وهدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي[2]
- هي قاعدة إجرائية وطنية، غير مباشرة، وهي التي ترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي، فهي تدل القاضي على القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة[3]
- القواعد التي تكون وظيفتها الأساسية هي الإشارة أو الإسناد إلى قانون حل النزاع في العلاقات ذات الطابع الدولي[4].
- تلك القواعد التي يضعها المشرع الوطني في كل دولة، مهمتها ووظيفتها إسناد علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي لأكثر القوانين ملائمة لها[5].

يلاحظ أن هذه التعريفات متشابهة، لكنها تتضمن جميع العناصر المهمة لهذه القواعد، وبالتالي يمكن استنتاج تعريف جامع لقواعد الإسناد بأنها: "القواعد القانونية الوطنية المصدر أو الدولية أحيانا، التي

[1] القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، أعراب بلقاسم، ص67 .

[2] القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، أعراب بلقاسم ، ص67.

[3] قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الحاص، محمد ضوفضيل ، العدد 95، ص 499، مجلة روح القوانين يوليو 2021.

[4] القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، ص153، دار النهضة العربية، 2002.

[5] أحكام التنازع الدولي للقوانين ،عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، ص28، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان2012 .

بواسطتها يسترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة ويختار أكثرها ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية المشوبة بعنصر أجنبي بما يحقق مصالحه الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ".

2- أهمية قواعد الإسناد

تكمن أهمية هذه القواعد في توطين المنازعات ذات الطابع الدولي في بلد معين تخضع لقانونه باعتبار هذا القانون أقوى صلة بالعلاقة من القوانين الأخرى، وهذا البحث يمثل الدور الرئيس الذي تقوم به قواعد الاسناد في مجال العلاقات التقليدية[1] .

3- أركان وعناصر قواعد الإسناد

أ- أركانها:

لا تختلف قواعد الاسناد على أي قاعدة قانونية فهي أيضا تتكون من ركنين أساسين:

- الركن الأول: ركن الافتراض

ينقسم بدوره الى عنصرين:

- ✓ العنصر الأول: الفكرة المسندة؛
- ✓ العنصر الثاني: ضابط الاسناد.

- الركن الثاني: وهو تحديد أو تعيين القانون الواجب التطبيق. أي" القانون الذي تشير قاعدة الإسناد الى أنه القانون الذي ينم في نظر المشرع الى أنه القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية مثار النزاع أمام القاضي.[2]

مثال: "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين".

[1] أحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، عوض الله شيبة الحمد السيد،ص333. ، دبي كلية شرطة دبي، 2001.

[2] قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الحاص، محمد ضوفضيل ، ص 506.

ب- عناصر قاعدة الإسناد

تنحصر عناصر قاعدة الإسناد في ثلاثة عناصر أساسية وهي:

- العنصر الأول: موضوع قاعدة الإسناد أو الفكرة المسندة

ويقصد بها " مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة التي وضع لها المشرع ضابطا خاصا بها ليسندها به إلى قانون معين"[1]، ومنهم من عرفها بأنها" مجموعة الحالات والعلاقات القانونية التي تعني قاعدة الإسناد بتحديد القانون المختص الذي تخضع له"[2].

فالفكرة المسندة هي: " قيام المشرع الوطني بجمع جميع الحالات المشابهة أو المتقاربة في طائفة مشتركة نظرا لاتحادها في السبب أو العلة أو لاتحادها أيضا في النتيجة"[3]. وذلك كحصر المسائل المقاربة والمتشابهة مثل فكرة الأهلية التي تجتمع تحت طياتها مجموعة من الحالات القانونية مثل (سن التمييز، وسن الأهلية، وعوارض الأهلية، وحكم تصرفات القاصر...). فهذه مجموعة من الفئات التي لا يمكن للمشرع تشريع قاعدة إسناد لكل فئة على حدة ؛ فجاءت تحت عنوان واحد وهي الأهلية وهي الفكرة المسندة. وأيضا فكرة الميراث وفيها مجموعة من المواضيع مثل(مصير المال بعد وفاة الموروث ،وشروط استحقاق الميراث ، والأنصبة ،وموانع الحجب والحرمان ....)

- العنصر الثاني: ضابط الإسناد

عبارة عن أداة ربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه[4]. ويطلق عليه أيضا ظرف الإسناد، وهو المعيار الذي يعتبر في نظر المشرع أن قانونا معينا هو أفضل أو أنسب القوانين لحكم الفكرة المسندة[5].

---

[1] القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، أعراب بلقاسم، ص68.

[2] قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص، محمد ضوفضيل ، ص 502.

[3] قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص، محمد ضوفضيل ، ص 503.

[4] القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، أعراب بلقاسم، ص68

[5] قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الحاص، محمد ضوفضيل ، ص 504.

فإذا كانت الفكرة المسندة تعطي العلاقة موقعها القانوني وتحدد لها هوية وانتماء، فإن ضابط الإسناد يكمل وظيفة قاعدة الإسناد التي ترمي بالنهاية إلى تحديد القانون المناسب لكي يطبق على النزاع[1]. فضابط الإسناد هو المرشد إلى القانون الواجب التطبيق إذ يسهل الطريق إلى القانون الذي ينطبق على العلاقات القانونية.

ويظهر ضابط الإسناد بمظهر الجنسية أو الموطن، ويمثل العنصر الأكثر أهمية في العلاقة القانونية أي مركز الثقل والاستقطاب فيها. و يتأثر باعتبارات مختلفة تتصل بالفلسفة الوطنية وبالأفكار الحقوقية لكل دولة[2]

ويتخذ ضابط الإسناد في القاعدة أشكالا متعددة، فقد يكون:

- ضابطا بسيطا: وهو في الحالة التي تتضمن قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد. كما لو أراد المشرع أن يكرس نظاما اجتماعيا أو دينيا معينا تظهر فيه قوامة الرجل على الأسرة، فيضع ضابط للإسناد فيما يتعلق بآثار الزواج والطلاق يعتمد على جنسية الزوج.[3]
- مركبا: وهو في الحالة التي تتضمن قاعدة الإسناد أكثر من ضابط، ويتخذ صورتين:

✓ الإسناد الموزع: حيث تتضمن قاعدة الإسناد ضابط إسناد وحيد، حيث يستخدم المشرع معيارا واحدا لاختيار القانون الواجب التطبيق كالجنسية أو الموطن[4].

✓ الإسناد التخييري: تكون قاعدة الإسناد، مشتملة على أكثر من ضابط إسناد تشير باختصاص أكثرمن قانون، بحيث تطبق بالخيار بينها على العلاقة، وذلك إما بوضع المشرع لضوابط على قدم المساواة بحيث يختار تطبيق أي من القوانين التي تشير إليها[5] أو بوضعه لضابط إسناد أصلي و ضابط احتياطي أو أكثر[6].

---

[1] القانون الدولي الخاص ، سعيد يوسف البستاني، ص118، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2004 م.

[2] القانون الدولي الخاص ، سعيد يوسف البستاني، ص118.

[3] القانون الدولي الخاص ، صلاح الدين جمال الدين، ص265 ،الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2008 م.

[4] القانون الدولي الخاص ، صلاح الدين جمال الدين، ص265 .

[5] القانون الدولي الخاص ، صلاح الدين جمال الدين، ص265 .

[6] القانون الدولي الخاص ،سعيد يوسف البستاني، ص120.

- العنصر الثالث: القانون المسند إليه أو القانون الواجب التطبيق.

ويقصد به القانون الواجب التطبيق ، وهو القانون الذي تستند إليه قاعدة التنازع لحكم النزاع ، والذي أسند إليه حكم المركز أو العلاقة القانونية عن طريق ضابط الإسناد، وقد يكون هذا القانون هو قانون القاضي، وقد يكون قانونا أجنبيا آخر، وذلك تبعا لمعطيات النزاع ومضمون ضابط الإسناد[1].

وقد وضع المشرع بعض الشروط وجب تحققها في القانون المسند اليه وأهمها: " تحديد نطاق القانون، وأن يكون القانون منتميا الى دولة معينة"[2]

فهو قانون ضابط، لكن الواقع يبرز اتجاه كثير من الدول إلى وضع قواعد إسناد احتياطية، تقلص من حظوظ تطبيق القانون الأجنبي لصالح القانون الوطني. فنجد مثلا المشرع الفرنسي في الفقرة الرابعة عشر من المادة 311 من القانون المدني الفرنسي نص على أن: "تخضع البنوة لقانون جنسية الأم يوم ميلاد الطفل أو لقانون جنسية الطفل في حال جهالة الأم"[3]. لكن نفس المشرع أدرج في الفقرة الخامسة عشر من نفس المادة استثناء: "ترتب الحالة .... آثارها المقرر في القانون الفرنسي، حيث كان للطفل الشرعي ووالديه أو الطفل الطبيعي أو أحد أبنائه إقامة عادية في فرنسا"[4] ، مما زاد من حالات تطبيق القانون الفرنسي على حساب تطبيق القانون الأجنبي.

الفقرة الثالثة: الطبيعة القانونية لموضوع قاعدة الإسناد

تتميز قواعد الإسناد بثلاث مميزات :

1. قواعد غير مباشرة: تكتفي قواعد الإسناد بتحديد القانون الذي يخضع له النزاع، دون أن تعطي الحل النهائي للنزاع. فهي "لا تفصل في النزاع ولا تحدد عقوبة أو تعويضا عن ضرر بل تدل وترشد

[1] القانون الدولي الخاص ،مجد الدين خربوط،ص75، مديرية الكتب المطبوعات الجامعية، سوريا سنة 2008 .
[2] قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص، محمد ضوفضيل ، ص506.
[3] المادة 311 من القانون المدني الفرنسي.
[4] المادة 311 نفسها.

القاضي على القانون الواجب التطبيق "[1]."فمثلا قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية لا تبين لنا السن الذي حين يبلغه الشخص يكون كامل الأهلية، وإنما تكتفي ببيان القانون الذي سيتكفل ببيان هذا السن.[2]؛

2. قواعد الإسناد قواعد مزدوجة: لكونها تجعل الاختصاص إما للقانون الوطني أو القانون الأجنبي تبعا للواقعة القانونية. إذ "تسعى إلى تحديد القانون المنطبق وذلك على قدم المساواة أمام القانون الوطني أو القانون الأجنبي، فهي قد تشير إلى قانون القاضي وقد تشير إلى قانون أجنبي"[3].ففائدة هذه القاعدة أنها لا تترك فراغا في مشكلة التنازع إذ تجعل الاختصاص بالنسبة للمسألة المطروحة على القاضي إما لقانونه او القانون الأجنبي [4] ؛
3. قواعد الإسناد قواعد محايدة: حين يعمل القاضي قاعدة الإسناد فإنه لا يعلم نوع الحل الذي سيعطيه للنزاع، لأن ذلك متوقف على معرفة مضمون القانون الذي سيطبقه على النزاع، وهذا القانون قد يكون قانونه أو قانونا أجنبيا.[5] وتعني هذه الحيادية أن قاعدة التنازع لا تميز اختصاص القانون الوطني على حساب القانون الأجنبي[6]. فقاعدة الإسناد تكتسب قاعدة الحياد من كونها لا تفاضل بين القوانين.

الفقرة الرابعة: تطور قواعد الاسناد في الفقه الأوروبي

سأقف على ثلاث مدارس تاريخية مهمة وهي:

[1] قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص ، محمد ضوفضيل ، ص500.
[2] القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، أعراب بلقاسم ، ص70.
[3] قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص، محمد ضوفضيل ، ص500.
[4] القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، أعراب بلقاسم، ص71.
[5] القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، أعراب بلقاسم، ص73.
[6] قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص، محمد ضوفضيل، ص502.

1. مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة:لقد عرفت تطورا عبر التاريخ، ولعل أهم سماتها:

أ- أول صورة لتطبيق قوانين أجنبية كان في ظل قانون الشعوب، نتيجة لإخضاع الرومان الجماعات المجاورة لسلطتهم ما ترتب عنه نشوء علاقات بين الرومان والأجانب من أفراد هذه الجماعات، ثم توصلوا إلى ايجاد آلية لحكم العلاقات المختلطة بين الرومان وغيرهم من الأجانب من سكان المدن المجاورة لروما، الذين صاروا تحت سلطة الرومان بموجب اتفاقات عقدت بينهم،(علاقات مشتملة على عنصرأجنبي)هذه الآلية هي قانون الشعوب[1] ؛

ب- تطبيق مبدأ شخصية القوانين أي أن لكل شعب قانونا خاصا بأفراده. ظهر في إيطاليا (القرون الوسطى)؛

ت- القرن العاشر: فكرة إقليمية القوانين محل شخصية القوانين؛

ث- نهاية القرن الثاني عشر وبداية القرن الثالث عشر: نشأ فقه مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة على إثر استقلال الكثير من المدن الإيطالية ونمو العلاقات التجارية بين الأفراد التابعين لهذه المدن. مما دفع بالبحث عن حل المنازعات التي تحصل بين أفراد هذه المدن، خصوصا وأن كل واحدة منها تتمتع بقوانين خاصة بها. فكان حل التنازع يتم عن طريق اختيار قانون إحدى المدن التي تتنازع قوانينها لحكم التنازع.

2. المدرسة الفرنسية:

لم تظهر الحاجة إلى قواعد الإسناد وحل مشكلة تنازع القوانين في فرنسا إلا في القرن السادس عشر، وقد نحى الفقه الفرنسي منحى الفقه الإيطالي باتباعه الطريقة الانتقائية التحليلية لحل مشكل تنازع القوانين.

من أبرز الفقهاء الفرنسيين في هذه المرحلة نجد "ديمولان "Dumoulin[2]" و"دار جنتريه"[1]، إذ يعود لهما الفضل في نشوء نظرية قواعد الإسناد بالمعنى الصحيح.

[1] مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، علي علي سليمان، ص16، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1984 .

[2] ديمولان (1500-1566) كان محاميا في البداية ،ثم أستاذا جامعيا بألمانيا.

3. تطور قواعد الاسناد في الفقه الأنجلوسكسوني:

فعلى سبيل المثال، ساهم انضمام اسكتلندا تحت حلف واحد مع إنجلترا مع احتفاظها بقانونها المخالف لإنجلترا، ونشاط الهجرة نحو الأخيرة، وإقامة بعض الإنجليز في بعض البلدان الأوروبية، في ظهور مشكل تنازع القوانين، مما حتم على الفقه والقضاء الإنجليزي البحث عن حلول لهذه المشاكل عن طريق وضع قواعد الإسناد.

وقد مر الفقه الإنجليزي من مراحل مختلفة، فبدأ في القرن الثامن بإقليمية القوانين متأثرا بالفقه الهولندي وخاصة أفكار الفقيه الهولندي Huber، حتى حدود الربع الأخير من القرن التاسع عشر، حيث بدأ يضيف مجال إقليمية القوانين أمام اتساع تطبيق القانون الأجنبي.

الفقرة الخامسة: مفهوم قواعد الإسناد في الشريعة الإسلامية

لمعرفة ذلك وجب التطرق لرأي الفقه الإسلامي لمسألة تنازع القوانين.

وسأحاول إبراز هذا الرأي من خلال الإجابة عن سؤالين أساسيين: هل عرفت الشريعة الإسلامية فكرة التنازع بين القوانين؟ و هل كان القاضي المسلم يحكم في نزاعات غير المسلمين بشرائعهم؟

انقسم الفقهاء المعاصرون حول المسألة إلى فريقين: فذهب بعضهم إلى القول بأن الشريعة الإسلامية لم تعرف فكرة تنازع القوانين[2]، وذهب البعض الآخر خلافهم.[3]

1- القائلين بمعرفة الشريعة الإسلامية لتنازع القوانين:

لقد استند أصحاب هذا الرأي لمجموعة من الأدلة منها :

أ- عالمية الشريعة الإسلامية :فقد أرسل الله تعالى نبيه محمدا صلى الله عليه وسلم بالإسلام ليكون خاتمة الرسالات إلى الناس جميعا، في سائر الأعصار والأمصار وإلى أن تقوم الساعة؛ حيث قال

---

[1] دار جنتريه اشتغل قاضيا بمقاطعة بريتان التي كانت مستقلة قبل أن تضم قصرا إلى التاج الفرنسي.

[2] تنازع القوانين ،جابر جاد عبد الرحمن ،ص44،دار النهضة العربية 1962.

[3] الوسيط في القانون الخاص السعودي ،طلعت محمد دويدار ،ص301، منشأة المعارف 1997.

سبحانه :﴿ وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا رَحۡمَةٗ لِّلۡعَٰلَمِينَ ﴾ [1].وقال جل شأنه :﴿ قُلۡ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنِّي رَسُولُ ٱللَّهِ إِلَيۡكُمۡ جَمِيعًا ﴾[2] .ومن ثم فإنه لا يقتصر تطبيقها على المسلمين دون غيرهم ،أو على إقليم الدولة الإسلامية فقط.

ب- لقد كانت تطبق على غير المسلمين تاريخيا، أحكام ديانتهم وقوانينهم الأجنبية في مجموعة من القضايا، تطبيقا لقاعدة "أمرنا بتركهم وما يدينون".

2- المنكرين بمعرفة الشريعة الإسلامية لتنازع القوانين:

استدل أهل هذا الرأي إلى ما ذهبوا إليه بكون :

أ- أن الشريعة الإسلامية قسمت العالم الإسلامي إلى قسمين: دار الإسلام ودار الكفر، فدار الإسلام" اسم للموضع الذي يكون تحت يد المسلمين وعلامة ذلك أن يأمن فيه المسلمون"[3] .فهي إذا تشمل جميع الذين يخضعون للسلطة الإسلامية. ونفس التعريف صارت عليه تعريفات المعاصرين، ممن يتمسكون بالتقسيم الفقهي القديم للأرض، إذ يرون أن دار الإسلام هي كل بلاد يسود فيها الحكم الإسلامي تشريعا وتنفيذا، وتكون القوة والعزة فيها للمسلمين، سواء كان أكثرية السكان فيها من المسلمين أم غير المسلمين"[4].

[1] سورة الأنبياء الآية 107.

[2] سورة الأعراف الآية 158.

[3] شرح السير الكبير ، الشيباني، ج2،ص84، المحقق: محمد حسن محمد إسماعيل، الطبعة الأولى، سنة النشر: 1417 هـ، 1997 م، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت.

[4] العلاقات الدولية في الإسلام ،محمد أبو زهرة، ص 277 . آثار الحرب في الفقه الإسلامي، وهبه الزحيلي، ص 169.

أما دار الكفر أو الحرب فهي " دار قهر ليس بدار حكم"[1]. فهي تشمل الدول التي لا تخضع للسلطة الإسلامية ولا تدين بدين الإسلام. وعليه، ففي دار الإسلام كل نزاع بين المسلمين تطبق فيه الشريعة الإسلامية من طرف قاض مسلم لقوله تعالى: ﴿ وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ ﴾ [2].

كما أن الإسلام قسم العالم إلى أربعة فئات:[3]

- ✓ المسلمون: وكانوا يتمتعون بكافة الحقوق دون قيد أو شرط أينما وجدوا .فهم متساوون في الحقوق والواجبات؛[4]
- ✓ الذميون: حيث يصبح الذمي غير المسلم بعقد الذمة من أهل دار الإسلام ملتزما بأحكام الإسلام في جانب المعاملات فهم مع المسلمين في الحقوق والواجبات إلا ما ورد فيه استثناء. فسلطة القاضي تمتد إلى منازعاتهم، ومن تم فلا يعدُّون أجانب[5]؛
- ✓ مستأمنون: وهو الحربي غير المسلم، الطالب للأمان داخل إقليم الدولة الإسلامية لفترة مؤقتة بموجب عقد أمان يعقده أحدهم مع أحد المسلمين ويشهد على العقد شاهدان ويتضمن منحه حق الإقامة في دار الإسلام للتجارة أو الزيارة أو السياحة أو لأي غرض آخر لمدة لا تزيد عن سنة دون دفع أي جزية .فاذا بقي في دار الإسلام أكثر من سنة رغم تنبيهه، كان عليه مغادرة الدار أو أن يقل الإسلام دينا له أو أن ينقلب الى ذمي ويدفع الجزية ويمنع من العودة الى دار الحرب مرة أخرى[6]؛

---

[1] شرح السير الكبير ، الشيباني، ج2،ص40.

[2] سورة المائدة الآية 51.

[3] القانون الدولي الخاص ،مجد الدين خربوط ، ص57.

[4] قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص، محمد ضوفضيل، ص502.

[5] الضوابط الشخصية والاختصاص القضائي الدولي دراسة في إطار احكام الشريعة الإسلامية، د. صلاح الدين جمال، ص15، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

[6] قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص، محمد ضوفضيل، ص522.

✓ المحاربون: وهم الذين كانوا لا يؤمنون بالإسلام ويحاربونه وبجب مقاتلتهم لقوله تعالى: ﴿ قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلۡحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ ﴾ [1]

فالعلاقات فيما بين المسلمين لا تطبق فيها إلا الشريعة الإسلامية ومن ثم لا يطرح هذا أي إشكال.

أما العلاقات المختلطة في دار الإسلام أي بين المسلم وغير المسلم، فإنها تخضع كذلك لأحكام الشريعة الإسلامية سواء كان الطرف الآخر حربيا أو ذميا، وذلك من طرف قاض مسلم. ومن ثم فيكفي أن يكون أحد الطرفين مسلما لتطبق أحكام الشريعة الإسلامية تشريعيا وقضائيا، لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱلۡمُنَٰفِقِينَ يُخَٰدِعُونَ ٱللَّهَ وَهُوَ خَٰدِعُهُمۡ وَإِذَا قَامُوٓاْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ قَامُواْ كُسَالَىٰ يُرَآءُونَ ٱلنَّاسَ وَلَا يَذۡكُرُونَ ٱللَّهَ إِلَّا قَلِيلٗا ﴾ [2].

وفي حالة ترك المسلم دار الإسلام إلى دار الكفر، فالشريعة الإسلامية تلحقه ولا يسمح بتطبيق القانون الأجنبي عليه، وهذا مانع من ظهور تنازع القوانين.

يتضح من هذا أن الشريعة الإسلامية تأخذ بمبدأ إقليمية القوانين لأن القاضي المسلم لا يطبق إلا الشريعة الإسلامية ولو كان في طرف النزاع عنصر أجنبي.

هذا كله يتعلق بالعلاقات المختلطة، أما العلاقات فيما بين غير المسلمين فإنها تخضع لديانة الطرفين المتخاصمين، شرط أن تكون متعلقة بأمور العقيدة والأحوال الشخصية. و يمكن أن يبت في النزاع قاض غير

[1] سورة التوبة الآية 29.

[2] سورة النساء الآية 141.

مسلم، وإذا تعذر الاتفاق حول القاضي، يتدخل القاضي المسلم ليحكم بينهم بالشريعة الإسلامية. وهذا الموقف يؤكد أيضا مبدأ إقليمية القوانين في الشريعة الإسلامية.

ب- تكتسي أحكام الشريعة الإسلامية خاصة تلك المتعلقة بالعبادات والمعاملات في نظر الفقهاء الشرعيين صبغة دينية خاصة، "تخاطب الناس كافة ،ولا تقبل مزاحمة من القوانين الأجنبي التي لا تقرها ،ولذلك يعتبر هؤلاء الفقهاء أن الحكم بما أنزل الله واجب قطعا ،وأن الحكم بغير ما أنزل الله يعتبر كفرا وظلما وفسقا "[1]

الفقرة الثالثة: الترجيح

سأحاول الترجيح بين القولين انطلاقا من فكرة تقسيم العالم إلى دارين من جهة، و مسألة تطبيق شرائع غير المسلمين في إقليم دولة المسلمين من جهة ثانية.

1- فبالنسبة للمسألة الأولى؛ هل ما يزال هذا التقسيم الفقهي للعالم مقبولا في الزمن المعاصر؟

يرى الفقهاء المعاصرون أن القول بأن تقسيم العالم إلى "دار الإسلام "و" دار الحرب " هي من "صنيع الفقهاء في القرن الثاني للهجرة، نشأ كنتيجة طبيعية للمواءمة مع الواقع المعاش ونتيجة لبعض الضرورات والأوضاع التي فرضتها الظروف المجتمعية الخاصة"[2]. حيث كانت العلاقة بين العالم الإسلامي والدول الأخرى تتسم بحالة الحرب في غالب أوقاتها .كما أنها لا تستند إلى دليل شرعي معتبر، وإنما هو اجتهاد، فلا ينبغي أن تؤخذ على أنها دين ملزم.

وهكذا فقد ذهب العديد من الفقهاء المعاصرين إلى تجاوز هذا التقسيم وعدم الأخذ به ، وفي ذلك يرى طه جابر العلواني إلى أن الإسلام ليست له حدود جغرافية، وأن دار الإسلام هي كل أرض يأمن فيها المسلم على

[1] تنازع القوانين ،جابر جاد عبد الرحمن، ص 50.

[2] الجغرافيا الفقهية للعالم: من صورة التاريخ إلى صورة الواقع المعاصر، ياسر لطفي، ص 100، مجلة إسلامية المعرفة، عدد 45.

دينه، حتى ولو عاش ضمن أكثرية غير مسلمة"[1]؛واستشهد على ذلك بواقع الجالية المسلمة المقيمة ببلاد الغرب إذ تتمتع بجميع الحقوق التي يتمتع بها أي مواطن يقطن تلك البلاد .وفي نفس الاتجاه يقول سليمان محمد توبولياك أن "مفهوم دار الكفر تغير اليوم عما كان عليه سابقا، من ناحية الأجنبي في بعض بلادهم حيث أصبح يتمتع بالحماية القانونية والقضائية كمواطن، دون النظر إلى ديانته، وفي كثير من هذه الدول يسمح للمسلمين أن يمارسوا شعائرهم الدينية، وأن يقيموا المساجد والمراكز الإسلامية، دون أن يتعرضوا للأذى"[2] .فهل مع ما ذكر يستقيم القول بتسمية تلك البلاد بدار حرب؟.

2- أما بالنسبة لمسألة تطبيق شرائع غير المسلمين في إقليم دولة المسلمين. فقد جاء في محكم التنزيل : ﴿ فَإِن جَآءُوكَ فَاحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡۖ وَإِن تُعۡرِضۡ عَنۡهُمۡ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيۡـٔٗاۖ وَإِنۡ حَكَمۡتَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِٱلۡقِسۡطِۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ ﴾[3]،وقد ذكر الجصاص في تفسير الآية " ظاهر ذلك يقتضي معنيين: أحدهما تخليتهم وأحكامهم من غير اعتراض عليهم، والثاني التخيير بين الحكم والإعراض إذا ارتفعوا إلينا."[4].فظاهر الآية يقتضي أمرين: إما تخلية أهل الكتاب وأحكامهم من غير اعتراض عليهم ، أو التخيير. يتضح ،والله اعلم ،أن الشريعة الإسلامية لم تعرف تنازعا للقوانين، فعلى عكس التشريعات الوضعية التي سمحت بتعدد واختلاف قواعد الإسناد والمتمثلة في الجنسية والموطن ...فقد وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط موضوعية للفصل في النزاعات، تتمثل أساسا في :

- ✓ حصر تولية القضاء في الإسلام في القاضي المسلم؛
- ✓ احتكام القاضي المسلم لشرع الله تعالى ،لقوله عز وجل: ﴿ وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ وَٱحۡذَرۡهُمۡ أَن يَفۡتِنُوكَ عَنۢ بَعۡضِ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ إِلَيۡكَۖ فَإِن تَوَلَّوۡاْ فَٱعۡلَمۡ أَنَّمَا يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن

[1] مقاصد الشريعة، د. طه جابر العلواني، ص113 ، الطبعة الأولى 1421هـ/ 2001م، دار الهادي للطباعة والنشر، بيروت.

[2] الأحكام السياسية للأقليات المسلمة في الفقه الإسلامي، محمد سليمان توبولياك، ص 54 ، الطبعة الأولى 1418 هـ/ 1997م، دار النفائس، عمان الأردن، ودار البيارق بيروت.

[3] سورة المائدة الآية 44.

[4] أحكام القرآن، أبو بكر الرازي ،ج2،ص542.

يُصِيبَهُم بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ ۗ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلنَّاسِ لَفَٰسِقُونَ ۝ أَفَحُكْمَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ يَبْغُونَ ۚ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ ٱللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾[1]

الفقرة السادسة: الانتقادات الموجهة إلى قواعد الاسناد والنتائج المترتبة عليها

لقد ظهرت مع بداية النصف الثاني من القرن العشرين مجموعة من الانتقادات إلى قواعد الإسناد من قبل بعض فقهاء القانون الدولي الخاص.

ويمكن تقسيم هذه الانتقادات إلى فئات ثلاث:

1. الفئة الأولى: وانطلقت في انتقادها من كون قواعد الإسناد قواعد آلية، تختار القانون وهي معصوبة العينين. حيث تكتفي بتحديد القانون الواجب التطبيق دون أن تتساءل هل هذا التحديد يحقق العدالة أم لا؟
2. الفئة الثانية: تنتقد كون قواعد الإسناد تؤدي في النهاية إلى تطبيق قانون وطني على العلاقات الدولية الخاصة.
3. الفئة الثالثة: تنتقده من ناحية كونها قاعدة مزدوجة، ويريدونها أن تكون مفردة بحيث تقتصر فقط على بيان الأحوال التي يطبق فيها القانون الوطني دون الإشارة إلى الأحوال التي لا يطبق فيها القانون[2]. واحتج أصحاب هذه النظرة على أن الدولة لا يمكن أن تعطي الاختصاص لقانون دولة أخرى في حالة ما إذا كانت هذه الدولة ترفض الاختصاص المخول لقانونها[3]

[1] سورة المائدة الآية 51-52.

[2] القانون الدولي الخاص، مجد الدين خربوط ، ص71.

[3] القانون الدولي الخاص، مجد الدين خربوط ، ص71.

لكن تبقى قواعد الإسناد على الرغم من هذه الانتقادات المذكورة آنفا، الأداة الفنية التقليدية والحديثة لحل مشاكل تنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصة. على أن بعض فقهاء القانون الدولي الخاص اتجهوا إلى إجراء تعديلات عليها من قبيل:

- ✓ صياغة جيل جديد من قواعد الإسناد المرنة، يتعدى دورها الاقتصار على اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية، إلى السعي إلى إدراك العدالة المادية، آخذا بنظر الاعتبار النتائج التي يترتب على إعمال هذه القواعد من الناحية الواقعية؛
- ✓ ظهور ما بات يعرف بالقواعد المادية الواجبة التطبيق على العلاقات المتضمنة لعنصر أجنبي دون الحاجة إلى قواعد الإسناد. و من أبرز الأمثلة في هذا المجال التحكيم. خاصة في عقود التجارة الدولية التي تكون الدولة أو أحد مؤسساتها العامة طرفا فيها.

المبحث الثاني: مؤسسة الطلاق (انحلال الزواج بالإرادة المنفردة) أمام القضاء الأوروبي

سأتناول هذه المسألة من خلال الطلاق و ضوابط الإسناد والنظام العام(المطلب الأول)، وفي المطلب الثاني سأتحدث عن الاتجاه نحو تبني موقف الرفض للطلاق الأجنبي.

المطلب الأول: ضوابط الإسناد والنظام العام في مواجهة الطلاق

لقد تباين موقف القضاء الأوروبي من مؤسسة الطلاق الموقع بالإرادة المنفردة، حيث يمكن التمييز بين مرحلتين، مرحلة المرونة والتسامح (الفرع الأول)، ومرحلة اتسمت بالتضارب في الموقف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مرحلة المرونة والتسامح

أولا: موقف المشرع البلجيكي

إذا كان المشرع البلجيكي قد أسند حسب مقتضيات المادة 55 من القانون الدولي الخاص البلجيكي لضابط الموطن، وضابط الجنسية، وضابط الإرادة، تحديد القانون المطبق على كل من التطليق والانفصال الجسماني،[1] فإنه في المادة 57 من نفس القانون وضع جملة من الشروط. هي كالتالي:

1- صدور الطلاق بالإرادة المنفردة من طرف محكمة مختصة؛

2- عدم حمل أحد الزوجين جنسية دولة لا تعترف بهذا النوع من أنواع الطلاق؛

3- تصريح الزوجة برضاها بهذا الطلاق؛

4- لم يكن لأي من الزوجين مكان إقامة اعتيادي في دولة لا يعترف قانونها بهذا الشكل من فسخ الزواج؛

5- احترام المقتضيات الواردة في المادة 25 من القانون نفسه، والمتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية ببلجيكا.[2]

---

[1] Art. 55. 1er. Le divorce et la séparation de corps sont régis: 1° par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre époux ont leur résidence habituelle lors de l'introduction de la demande; 2° à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel se situait la dernière résidence habituelle commune des époux, lorsque l'un d'eux a sa résidence habituelle sur le territoire de cet Etat lors de l'introduction de la demande; 3° à défaut de résidence habituelle de l'un des époux sur le territoire de l'Etat où se situait la dernière résidence habituelle commune, par le droit de l'Etat dont l'un et l'autre époux ont la nationalité lors de l'introduction de la demande; 4° dans les autres cas, par le droit belge.2. Toutefois, les époux peuvent choisir le droit applicable au divorce ou à la séparation de corps. Ils ne peuvent désigner que l'un des droits suivants: 1° le droit de l'Etat dont l'un et l'autre ont la nationalité lors de l'introduction de la demande; 2° le droit belge. Ce choix doit être exprimé lors de la première comparution. 3. L'application du droit désigné au § 1er est écartée dans la mesure où ce droit ignore l'institution du divorce. Dans ce cas, il est fait application du droit désigné en fonction du critère établi de manière subsidiaire par le 1er

2المادة57 من القانون البلجيكي.

يتضح من خلال المادة أعلاه، أن المشرع البلجيكي قيد الاعتراف بالطلاق الانفرادي الأجنبي؛ أي الواقع خارج التراب البلجيكي؛ بشروط منسجمة مع طبيعة النظام البلجيكي، ودون إغفال عدم مخالفة النظام العام، وذلك بإحالته على مقتضيات المادة 25 من نفس القانون.

ولقد صدرت عن بعض المحاكم البلجيكية قرارات تعترف بآثار الطلاق الانفرادي، من بينها قرار صادر عن المحكمة الابتدائية ببروكسيل بتاريخ 1985/11/27 أكدت فيه أن الطلاق الرجعي الموقع في المغرب بين زوجين مغربيين ليس بالضرورة مخالفا للنظام العام الدولي البلجيكي، إذ يمكن أن ينتج آثارا في بلجيكا عندما تكون الزوجة قد اكتسبت حقوقا بعد الطلاق الانفرادي. وقرارا آخر صادر عن محكمة الشغل بلييج بتاريخ 1994/10/21.

ثانيا: موقف المشرع الفرنسي

إذا كان من حيث المبدأ أن الوسيلة المعتادة لحل مشكل تنازع القوانين هي رجوع القاضي لقواعد الإسناد، قصد معرفة القانون الواجب التطبيق على المنازعة ذات العنصر الأجنبي، أهو القانون الوطني أم القانون الأجنبي؛ فمن الواجب على القاضي في النزاعات ذات العنصر الأجنبي استشارة هذه القواعد لتحديد القانون الواجب التطبيق، غير أننا قد نجد القاضي يعمد إلى عدم تطبيق قاعدة التنازع الثنائية هذه ، وهو التوجه الذي أخذ به المشرع الفرنسي.حيث نحى منحى جديدا في مسار القانون الدولي الخاص الفرنسي. حيث نصت المادة 310 من القانون المدني الفرنسي تعديلات جديدة لضوابط الإسناد فيما يخص مؤسسة الطلاق، والتي لم تسلم من انتقادات بعض الفقه الفرنسي.

فبالرجوع إلى المادة 310 نجدها نصت على: "يخضع الطلاق والانفصال الجسماني للقانون الفرنسي:

- إذا كان الزوجان يحملان الجنسية الفرنسية ؛
- إذا كان كلا الزوجين يتوفران على موطن بفرنسا؛

- إذا تبين أن الطلاق والانفصال الجسماني لا يخضعان لأي قانون أجنبي، وكانت المحاكم الفرنسية مختصة للبت فيه".[1]

استنادا إلى المادة أعلاه، نجد أن المشرع الفرنسي وضع ثلاثة معايير للإسناد، وهي الجنسية الفرنسية ثم الموطن الفرنسي وأخيرا الاختصاص القضائي.

1- الجنسية الفرنسية

تعد الجنسية تلك "الرابطة القانونية التي تربط الفرد بدولة ما، بصرف النظر عن ارتباطه بالأمة أو الأمم التي تؤلف هذه الدولة"[2]، وهناك من عرفها بكونها: " رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة تفيد تبعيته لها"[3]. فهي رابطة سياسية لأنها تربط الفرد بدولة، وهي رابطة قانونية لأنها منظمة بمجموعة من القواعد القانونية.

وهناك من توسع في التعريف فعدها "رابطة روحية لأن استمرار تمتع الفرد بها لا يتوقف على وجوده داخل إقليم الدولة، بل هي تتبع الفرد أينما حل، باعتبار أن قوامها الشعور العاطفي للفرد نحو جماعة الدولة التي يحمل جنسيتها "[4]

ولقد تبنت الفقرة الأولى من الفصل 310 الحل التقليدي المطبق سابقا على الزوجين الفرنسيين. إذ أن "القوانين المتعلقة بحالة وأهلية الأشخاص تسري على الفرنسيين المقيمين في بلد أجنبي."[5]، حين نصت على أن الزوجين الفرنسيين يخضعان في حال انحلال الرابطة الزوجية وكذلك في حال الانفصال الجسماني إلى القانون الفرنسي.

---

[1] المادة 310 من القانون المدني الفرنسي.

[2] الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، موسى عبود، ص36، الطبعة الأولى 1994، المركز الثقافي العربي الدار البيضاء.

[3] القانون الدولي الخاص المغربي، الشنيوي نورة غزلان ، ج1ص26.،الطبعة الأولى 2008.

[4] القانون الدولي الحاص ،عز الدين عبد الله ، ج1،ص15، الطبعة 11،مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ،1980.

[5] المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي.

2- الموطن المشترك

يعرف الموطن بكونه " الرابطة الموجودة بين الفرد وإقليم الدولة "[1]، فهو صلة مادية إقليمية وليست صلة روحية كما هي رابطة الجنسية. ويعتبر الموطن" وسيلة لبيان القانون الواجب التطبيق، وتحديد الاختصاص القضائي في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي "[2] . وهو الذي أشارت إليه الفقرة الثانية من الفصل 310 نفسه. و لم يكن هذا المعيار معتمدا من قبل، فاعتماده يعتبر تجديدا على هذا المستوى. و لعل من بين مبررات المشرع الفرنسي لذلك ، كونه يمثل آلية من آليات إدماج المهاجرين بفرنسا.

غير" أن هذا التوجه يتعارض مع حق الأجنبي في الخضوع لقانونه الوطني، في كل ما يتعلق بحالته وأهليته وذلك في الحالة التي تنص فيها قاعدة الإسناد على تطبيق القانون الوطني على النزاع المثار "[3].

3- الاختصاص القضائي

لما يعرض النزاع المشتمل على العنصر الأجنبي على القاضي الوطني، "فإنه قبل أن يبحث على القانون الواجب التطبيق عليه، ينظر أولا هل محاكم دولته مختصة بالنظر فيه أم لا"[4]

وقد منحت مقتضيات المادة 309 وخاصة الفقرة الثالثة منها، الاختصاص للقانون الفرنسي في حال "إذا تبين أن الطلاق والانفصال الجسماني لا يخضعان لأي قانون أجنبي، وكانت المحاكم الفرنسية مختصة للبت فيه". مما يفهم منه أن الاختصاص الفرنسي هنا على وجه الاستثناء، أي لا يتدخل إلا في حالة عدم وجود قانون أجنبي مختص. "وبمفهوم المخالفة فعدم اختصاص القضاء الفرنسي في مثل هذه الصورة، يعني عدم تطبيق القانون الفرنسي"[5].

---

[1] القانون الدولي الخاص ،عز الدين عبد الله ، ص15.

[2] القانون الدولي الخاص ،عز الدين عبد الله ، ص15.

[3] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، سلسلة دراسات قانونية حول الجالية، العدد الأول، ص22، الطبعة الأولى 2009، دار النشر مكتبة دار السلام.

[4] القانون الدولي الخاص ،أعراب بلقاسم، ج2،ص18.

[5] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص23.

وهكذا فمن الواضح من مقتضيات الفقرتين الأولتين من المادة 310 من القانون المدني الفرنسي سنة 1975م، باعتمادها لمعيار الجنسية ومعيار الموطن تكون قد حددتا بشكل مباشر مجال تطبيق هذا الأخير. وهو ما يصطدم مع ما هو معمول به في الدول الآخذة بمبدأ شخصية القوانين.

هذا فيما يتعلق بضوابط الإسناد، فكيف الحال فيما يتعلق بالنظام العام؟

يعتبر النظام العام في دولة ما "الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية ومعتقدات اجتماعية تعلق بالمساواة امام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك"[1]

ولقد شبهه البعض ب"أنه سلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يكون تطبيقه لازما في الاصل إذ ما ظهر تعارض أحكامه مع المفاهيم الوطنية الجوهرية"[2]

لذلك نجد الاجتهاد القضائي الفرنسي مبدئيا يقوم باستبعاد القانون المغربي في كل طلاق موقع بالإرادة المنفردة للزوج، بدعوى تعارضه مع النظام العام. ومن ثم فإنه يرفض تذييله بالصيغة التنفيذية. إلا أنه أخذ بنوع من المرونة في بعض الحالات. ففي القرار المعروف ب "RIVIERE" لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 أبريل 1953 م، والذي جاء في حيثياته:

" لا يكتسي رد الفعل في مواجهة النظام العام صفة واحدة، إذ أن الأمر يختلف حسب ما إذا كان المقصود مجابهة اكتساب حق ما في فرنسا، أو ما إذا كانت المسألة تتعلق بأن تتولد في فرنسا آثار حق مكتسب ،دون احتيال في الخارج ،ووفقا للقانون المختص بموجب قواعد القانون الدولي الخاص والفرنسي"

"La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire

[1] تنازع القوانين المبادئ والحلول في القانون الاردني ،الهداوي حسن، ص125- 124، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن. 1337.

[2] تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، الهداوي حسن ،الداوودي غالب علي، ج 2، ص 122،مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل،العراق،1982.

en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé Français".1

فمقتضيات هذا القرار توضح بجلاء أن رد الفعل في مواجهة النظام العام لا تكتسي صبغة واحدة، إذ أن الأمر يختلف حسب ما إذا كان المقصود مجابهة اكتساب حق ما في فرنسا، أو ما إذا كانت المسألة تتعلق بأن تتولد في فرنسا آثار حق مكتسب، دون احتيال في الخارج، ووفقا للقانون المختص بموجب قواعد القانون الدولي الخاص والفرنسي "[2].

يستنتج أن الاجتهاد القضائي الفرنسي ميز بين موقفين للنظام العام:

أ- الأول وهو ما اصطلح عليه بفكرة الأثر المخفف أو الملطف للنظام العام، "وهي اجتهاد قضائي وافقه الفقه وحاول التوسيع من مجاله، الهدف منه السماح وفي أحوال معينة بتطبيق القانون الأجنبي رغم مخالفته لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي"[3]. فهو يتسم بالتخفيف وذلك في الحالة التي يكون الأمر متعلق بترتيب آثار وضعية نشأت بالخارج، فإذا نشأ الحق في الخارج و أريد التمسك بآثاره في بلد القاضي فإن نفاذه دوليا أي الاعتراف بآثاره لا يعد متعارضا مع النظام العام لأن شروط وإجراءات اكتساب هذا الحق قد تمت في الخارج[4] .وبالتالي سمح باستقبال الطلاق الصادر بالخارج في فرنسا.

ب- الموقف الثاني الموسم بالتشدد في حال ما كان الأمر متعلقا بنشوء حق لأول مرة في فرنسا. وبعبارة أخرى الحالة التي يراد فيها تكوين مركز قانوني في دولة القاضي[5]La création du droit وهو ما يتضح من خلال القرارات التالية:

---

[1] Bertrand Ancel et Yves Lequette, op cit , arrêt no: 26.

[2] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص17.

[3] الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، دجمال الدين عنان، مجلة الدراسات و البحوث القانونية ،العدد الثاني، ص118، سنة 2016.

[4] القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني في تنازع القوانين ، محمد السيد عرفة، ص 153، دار النهضة العربية 1993 ،القاهرة.

[5] الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، دجمال الدين عنان ، ص 119.

✓ القرار الصادر عن استئنافية باريس في 18 دجنبر 1973م، والذي يتعلق بزوجين من جنسية مغربية، بحيث تم طلاق الزوجة من زوجها بالدار البيضاء عن طريق عقد عدلي بتاريخ 6 غشت 1970م، ولم يصدر أي قرار فيما يتعلق بحضانة ابنهما.

وبعد ذلك انتقل الزوجان معا للعيش في فرنسا، حيث تابعت الزوجة الزوج بأداء نفقة للعناية بطفلهما، إلا أنه تم رفض دعواها في المرحلة الابتدائية بعلة الزوجة التي طلقت من زوجها طبقا للقانون المغربي، لم تعلل سند حضانتها لطفلها طبقا لقانونهما الوطني.

إلا أن محكمة الاستئناف بباريس سارت في اتجاه معاكس للحكم الابتدائي، وأسندت الحضانة للأم، ثم حددت مبلغ النفقة.

نستنتج إذن، أن المحكمة الأخيرة قد كرست ضمنيا قبولها بالطلاق ما دام أنها لم تنازع فيه[1].

وهكذا تكون المحكمة قبلت بصحة الطلاق الصادر بالخارج وعدم تعارضه مع النظام العام.

✓ القرار الصادر عن محكمة LA SEINE التي قضت بتاريخ 22 أكتوبر1956م بالأمر بتنفيذ حكم أجنبي يقضي بالتطليق بناء على تراضي الزوجين، وفقا لما يقضي به قانون جنسية الزوج، ولو أن التطليق على هذا النحو كان غير جائز في فرنسا[2] ومما جاء فيه"...النظام العام الفرنسي لا يتعارض مع منح الصيغة التنفيذية، مادام أن طلاق الزوجة من طرف الزوج تم بالخارج في تراب أجنبي، وفق ظروف قانونية واقعية تعادل التطليق عن طريق الرضا المتبادل...". [3]

من خلال حيثيات هذا القرار يتضح أن الاجتهاد القضائي الفرنسي ذهب إلى المساواة بين هذا النوع من الطلاق المشروط بموافقة الزوجة مع ما يصطلح عليه في القانون الفرنسي بالتطليق عن طريق الرضا المتبادل" Le divorce par consentement mutual"، الشيء الذي يجعله لا يتعارض مع الشعور العام للمجتمع الفرنسي.

---

[1] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص18.

[2] الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، بلمامي عمر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1988.

[3] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص19.

وهكذا فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي سواء من خلال قرار RIVIÈRE أو من خلال قرار LA SEINE سار نحو الاعتراف بالطلاق الصادر بالخارج.

إضافة إلى ذلك، يمكننا استخلاص بعض المبررات الأخرى التي تعضد ما ذهب إليه الفقه الفرنسي. منها ما هو ذو بعد اجتماعي تتجلى في كون رفض القضاء الفرنسي لطلاق المغاربة الصادر بالمغرب، يحرم الزوجة المطلقة من حقها في الزواج مرة ثانية، مادامت متزوجة حسب القضاء الفرنسي.

إلا أن هذا الوضع سيتغير بمجموعة من القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي:

- ✓ ففي قرار جديد والمشهور DAHAR صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 دجنبر 1979 والمتعلق بحكم صادر في قضية زوج جزائري طلق زوجته وكلاهما مستقران بالجزائر، قضى هذا الحكم على الزوج بأداء تعويضات للزوجة، كما أشركها في حضانة ابنها معه، وألزم الزوج بأداء النفقة الطفل.

غير أن الزوجة لما أصبحت مقيمة بفرنسا وطليقها أيضا، تقدمت بطلب للقضاء الفرنسي من أجل تذييل ذلك الحكم الجزائري بالصيغة التنفيذية، لكن الزوج اعترض بعلة التعارض الحاصل بين الحكم الصادر بالطلاق في الجزائر وآثره، مع النظام العام الفرنسي، بل طالب بحضانة طفله وإسقاط النفقة عليه.

غير أن محكمة النقض رفضت دفوعات الزوج وقبلت الحكم الصادر بالطلاق معللة ذلك ب: "مادام الطلاق الموقع من طرف الزوج فتح مسطرة لصالح كل طرف لإعمال ادعاءاته، ودفوعاته.... فهو غير متعارض مع النظام العام الدولي الفرنسي"[1].

يتضح من خلال حيثيات هذا القرار اكتفاء القضاء الفرنسي بالضمانات المسطرية " فتح مسطرة .." فمجرد إدلاء الزوجة بادعاءاتها ودفوعاتها يدفع للقول بعدم تعارض حكم الطلاق مع النظام العام الدولي الفرنسي.

[1] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص 26.

وهكذا تخلى الفقه الفرنسي عما كان يأخذ به سابقا من اشتراط قبول الزوجة بالطلاق، للاعتراف به داخل التراب الفرنسي. و بذلك يكون قد نحى نحو الاعتراف بالطلاق الانفرادي من قبل الزوج.

إن استناد الاجتهاد القضائي الفرنسي على الجانب المسطري، من خلال حكم محكمة النقض السابق في الحكم المتعلق بالطلاق الموقع خارج التراب الفرنسي، وتخليه عن اشتراط قبول الزوجة بذلك النوع من الطلاق، يكون إلى جانب أنه قد أسس لاستقبال مؤسسة أجنبية جديدة، خطى خطوة كبيرة نحو قبول عملي غير مشروط للطلاق الإسلامي.

لكن هناك من يرى أنه ليس هناك أي تغيير، على اعتبار أن إلغاء الفقه الفرنسي لشرط رضى الزوجة، قد استعاضه بشرط النص على سلك مسطرة تواجهية بين الطرفين.

غير أنه رغم وجاهة الرأي الأخير، فإن قرار DAHAR يكون قد رسم حدودا جديدة للنظام العام الفرنسي من جهة، ومهد الطريق نحو اعتراف حقيقي بالطلاق من جهة ثانية.

- ✓ القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية والمعروف بقرار ROHBI الصادر بتاريخ 3 نونبر 1983م في قضية حكم صادر بالطلاق بين زوجين مغربين وهما إبراهيم الرحبي وزكية خرخوش، أبرما عقد زواجهما بالمغرب بتاريخ 28 غشت 1973م، ثم انتقلا للعيش في فرنسا، ومما جاء فيه:

- الفقرة الأولى: "لا يكتسي ردة الفعل في مواجهة النظام العام صفة واحدة، إذ أن الأمر يختلف حسبما إذا كان المقصود مجابهة حق ما في فرنسا، أو ما إذا كانت المسألة تتعلق بأن تتولد في فرنسا آثار حق مكتسب دون احتيال في الخارج، ووفقا للقانون المختص بموجب قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي"[1].

- الفقرة الثانية: "على الرغم من أن الطلاق، ولو أنه يشكل وسيلة لانحلال الزواج تخضع لتقدير الزوج، إلا أنه من ناحية أولى محاط بضمانات مالية لفائدة المرأة،

[1] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص28.

ومن ناحية ثانية، لا يترتب على طابعه الرجعي الزيادة في الامتيازات التي يتمتع بها الزوج، على أساس أن الطابع المذكور يهدف لتنظيم الفترة الانتقالية التي يمكن أن تؤدي إلى التقارب بين الزوجين"[1].

يتبين من خلال حيثيات الفقرة الأولى من هذا القرار، التمييز بين إنشاء الحق ونفاده ، فإذا نشأ الحق في الخارج و أريد التمسك بآثاره في بلد القاضي فإن نفاذه دوليا أي الاعتراف بآثاره لا يعد متعارضا مع النظام العام لأن شروط وإجراءات اكتساب هذا الحق قد تمت في الخارج [2] .

إلا أنه يلاحظ أنه رغم إحالتها، من جهة، على الأثر المخفف للنظام العام وهو مبدأ كرسه قرار" RIVIERE"، و ربطها بأن يكون الحق المكتسب بالخارج، تم بطريقة صحيحة طبقا للقانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الفرنسية. فقد تم العدول عن مقتضيات قرار DAHAR من جهة ثانية. راسما بذلك المعالم الكبرى نحو الاعتراف بالطلاق الصادر خارج التراب الفرنسي.

أما بالنسبة للفقرة الثانية من هذا القرار فيمكن أن نستخلص:

- ارتباط الطلاق بالضمانات المالية اتجاه الزوجة، وهي مسألة سبق النص عليها من ذي قبل؛
- قبول الطلاق الرجعي باعتباره منظم للفترة الانتقالية التي قد تؤدي للتقارب بين الزوجين.

ويبقى أن أهم ما جاء به هذا القرار، هو استعاضته عن رقابة النظام العام المسطري ب "الضمانات المالية المؤمنة للزوجة"، حيث لم يشر إلى المسطرة التواجهية بين الطرفين في الطلاق، والتي كان مشروطة في قرار DAHAR، وإلا رفض الطلاق بدعوى مخالفته للنظام العام الفرنسي.

[1] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص28.

[2] القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني في تنازع القوانين، محمد السيد عرفة، ص 153، دار النهضة العربية 1993 ، القاهرة.

وبهذا يكون قرار ROHBI بربطه استقبال الطلاق الصادر بالمغرب بالضمانات المالية الممنوحة للزوجة، قد أعطى معالم جديدة للنظام العام ذات بعد مالي، منسجمة تماما مع روح مقتضيات الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10غشت 1981م ، والتي تنص على أنه :" تترتب عن عقود انحلال ميثاق الزوجية المخاطب عليها من طرف قاض بالمغرب، والواقعة بين زوجين مغربيين طبقا لقانونهما الوطني، آثارها بفرنسا ضمن نفس الشروط المطلوبة في أحكام التطليق الصادرة في الدول الأخرى ..."[1]

وهوما يشكل تسامحا من قبل محكمة النقض الفرنسية تجاه الطلاق المبرم بين الأزواج المغاربة المبرم بالمغرب.

لكن هل هذا يعني أن محكمة النقض أصبحت تقبل مؤسسة الطلاق الإسلامي بدون قيد أو شرط؟

الفرع الثاني: مرحلة التضارب

تراجعت المحاكم الفرنسية مضطرة عن موقفها السابق المتسم بنوع من المرونة تجاه الطلاق الموقع خارج التراب الفرنسي، لتتبنى موقفا متسما بالصرامة، إذ أضحت المحاكم الفرنسية تحث على التأكد من ألا يكون القصد من اللجوء إلى القضاء الأجنبي، التهرب من نتائج الحكم الفرنسي، مستندة في ذلك إلى نظرية التحايل على الاختصاص القضائي والقانوني (الفقرة الأولى)، غير أن هذا الموقف ما لبثت أن عدلت عنه لتتبنى موقفا متسما بالوسطية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التحايل على الاختصاص القضائي و القانوني

1- التحايل على الاختصاص القضائي

قبل القضاء الفرنسي بفكرة الاختصاص المشترك في منازعات التطليق بين القاضي الفرنسي والقاضي الأجنبي، وهكذا صدرت عن المحاكم الفرنسية مجموعة من القرارات في هذا الصدد نذكر منها:

[1] المادة الثالثة الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10غشت 1981.

أ- القرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 فبراير1985 م والمشهور بقرار "SIMITCH "، ومما جاء في حيثيات هذا القرار: "في كل الحالات التي لا تمنح القاعدة الفرنسية لحلول تنازع الاختصاص اختصاصا حصريا للمحاكم الفرنسية، يعترف للمحكمة الأجنبية بالاختصاص، إذا كان النزاع مسندا بطريقة مؤسسة مع دولة القاضي المرفوعة أمامه الدعوى، وإذا لم يكن اختيار المحكمة بقصد التحايل.."[1].

فالمحكمة الفرنسية بهذا تكون قد اعتبرت أن القضاء الفرنسي لا يكون مختصا لوحده بنظر دعوى التطليق؛ وإنما يتأتى ذلك للمحكمة الأجنبية متى ارتبط النزاع بشكل واضح بالدولة التي رفع إليها النزاع وما لم يكن ثمة تحايل.[2]

ولئن كانت حيثيات هذا القرار أسست للمبادئ الأولى لمسألة إسناد الاختصاص القضائي للقضاء الأجنبي، فإنها بالمقابل قيدته بقيود ثلاثة:

- ✓ عدم تعلق الأمر باختصاص فرنسي حصري؛
- ✓ وجوب ارتباط النزاع بطريقة مؤسسة مع الدولة الصادر بها الحكم؛
- ✓ ألا يكون القصد من اختيار المحكمة هو التحايل.

وبالرجوع إلى قانون المسطرة المدنية المغربي. يتضح أنه وضع قواعد الاختصاص القضائي الداخلي وذلك في الفصول 27 و28 و29، غير أنه في نفس الوقت غفل عن مثيلاتها حين يتعلق الأمر بالاختصاص القضائي الدولي. واعتمادا على حيثيات قرار "SIMITCH"، يبدو أنه ليس هناك، فيما يخص الطلاق، اختصاص حصري للمحاكم الفرنسية، وبالتالي يبقى اختصاص المحاكم الأجنبية واردا. وهو ما نصت عليه أيضا الاتفاقية الثنائية المغربية الفرنسية 30 غشت 1981م، فقد ورد في الفصل الحادي عشر منها: "فالطرفين لهما الاختيار برفع

[1] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص32.

[2] مصير الطلاق الإسلامي لدى الاحتجاج به في الدول غير الإسلامية، جمال محمود الكردي، ص129، الطبعة الأولى، 1999، دار النهضة العربية القاهرة.

الدعوى أمام المحكمة التي يوجد بها موطن الزوجية المشترك، أو آخر موطن مشترك (الفقرة الأولى من المادة) أو محاكم الدولة التي يحملون جنسيتها المشتركة (الفقرة الثانية من المادة).

ب- القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 01 مارس 1988م، والذي نص على ما يلي: "... حيث إنه حسب منطوق الفصول السابقة، فإن اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع يجب أن يتم تقديره حسب القواعد المتعلقة بتنازع الاختصاص المعتمدة في الدولة التي سينفذ فيها القرار، ومثلما هو الحال في مادة الطلاق، ففي كل الأحيان التي لا تمنح فيها القاعدة الفرنسية لتنازع الاختصاص، اختصاصا حصريا للمحاكم الفرنسية، لذلك فالمحكمة الأجنبية يجب أن يعترف لها بالاختصاص، إذا كان النزاع مرتبطا بشكل مؤسس مع قاضي الدولة التي رفعت إليها الدعوى، ولم يكن اختيار المحكمة بقصد التحايل ..."[1].

ت- القرار الصادر عن محكمة استئناف فرساي بتاريخ 01 أكتوبر 1998م، استوجبت هذه الأخيرة من جملة شروط أخرى لصحة الحكم الأجنبي، ضرورة احترام الشروط المتعلقة بالاختصاص الأجنبي، واعتبرت في الأخير أنه ما دام النزاع بين زوجين مغربيين، فيجب الاستجابة لمنح الصيغة التنفيذية لعقد طلاق تم بصفة قانونية ونهائيا"[2].

يتضح من خلال حيثيات القرارين الأخيرين أنهما سار على نفس نهج قرار"SMITH" السابق في إسناد الاختصاص القضائي للقاضي الأجنبي.

ث- القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسي بتاريخ 6 يونيو 1990م، والذي جاء في حيثياته: "اعتبار القرار الاستئنافي الذي قضى بأن الزوج لم يرتكب تحايلا، بمطالبته المحكمة المشار إليها في الفقرة الثانية من الفصل الحادي عشر من الاتفاقية المغربية الفرنسية 1981، لم يكن على صواب، ذلك أن الاختصاص في هذه الحالة وإن كان مؤسسا، حسب محكمة النقض إلا أنه

[1] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص33.

[2] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص33

اختياري، ويجب البحث عن نية الزوج. وعلى العموم فللقول بوجود تحايل على الاختصاص القضائي في هذه الصورة، يجب أن تكون هناك مطالبة قضائية سابقة أمام المحاكم الفرنسية ".

يستنتج من خلال حيثيات هذا القرار:

- أنه رغم أن اتفاقية 10 غشت 1981م مكنت الزوج المغربي من اللجوء للمحاكم المغربية، فإن المشرع الفرنسي ومن أجل إبعاد أحكام الطلاق المصرح بها أمام المحاكم المغربية، اشترط رفع الدعوى المسبق أمام المحاكم الفرنسية؛
- أن المحكمة الفرنسية رفضت الحكم الصادر بالمغرب والقاضي بالطلاق، على اعتبار أن حصول الزوج على حكم الطلاق بالمغرب، مع كون الزوجة رفعت دعوى مسبقا أمام المحاكم الفرنسية؛ يعد تحايلا منه القصد منه التهرب من آثار المحكمة الفرنسية. الشيء الذي يستفاد منه اشتراط المحاكم الفرنسية لسلامة الاختصاص ألا يكون رفع الدعوى أمام المحكمة الأجنبية، القصد منه التخلص من مقتضيات الحكم الفرنسي.

2- التحايل على القانون

إن موضوع الغش أو التحايل هو ليس بالجديد، فهو موضوع متعارف عليه وموجود في أغلب القوانين.

والمقصود بالتحايل على القانون هو " التعديل الإرادي -النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بغية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا، سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي"[1]. فهو إذا قيام الفرد بإرادته بتغيير ضابط الإسناد لمجرد التوصل إلى تطبيق قانون معين هو غير القانون المختص أصلا بحكم النزاع، بهدف" نقل الاختصاص من قانون لآخر يتفق مع رغبة الشخص، ويجنبه تطبيق القواعد الآمرة للقانون المختص أصلا"[2].

[1] القانون الدولي الخاص، سلامة، احمد عبد الكريم، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 2008.

[2] القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدوليين، د عز الدين عبد الله، ج 2 ، ص 555-556 ، الطبعة السادسة 1977، دار النهضة العربية، القاهرة،

.

فنجد مثلا الزوج الراغب في إيقاع الطلاق والزواج من أخرى، رغم أن قانون جنسيته لا يجيز الطلاق والتطليق، يعمد إلى تغيير جنسيته والحصول على جنسية دولة أخرى يبيح قانونها الطلاق؛ لتحكم أحواله الشخصية بقانون جنسيته الجديد كي يستطيع إيقاع الطلاق وفقا للقانون الجديد والزواج مرة أخرى.

ولعل من أشهر الأمثلة في هذا الباب قضية الأميرة دي بوفرمون De Bauffrement البلجيكية الأصل، وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أن زوجة أحد الأمراء الفرنسيين اختلفت معه حتى حدث بينهما انفصال جسماني، ولكن الأميرة أرادت التحلل من رابطة الزوجية نهائيا، بالحصول على التطليق لرغبتها في الزواج من آخر، ولذا لجأت إلى القضاء بهدف إنهاء رابطة الزوجية نهائيا. وقد كانت قاعدة الإسناد الفرنسية تقضي في ذلك الوقت بسريان قانون جنسية الزوج على دعوي التطليق أي القانون الفرنسي الذي كان يحظر التطليق آنذاك .

والذي يحقق للأميرة مرادها هو تغيير القانون الواجب التطبيق بقانون آخر يكفل لها الهدف التي تسعى إليه، ولكن لا يتم الوصول إلى هذا الهدف إلا بتغيير ضابط الإسناد. وبالفعل لجأت الأميرة للتجنس بجنسية أحدي الدويلات الألمانية الصغيرة، التي يبيح قانونها التطليق ثم انفصلت عن زوجها الفرنسي وفقاً لقانون جنسيتها الجديدة، وبعد ذلك تزوجت من أمير روماني يدعي "بيبسكو" وأقامت معه بفرنسا. لم يرتض زوجها الأول هذه النتيجة، فأقام دعوى يطالب فيها ببطلان التطليق والزواج الثاني الذي تقرر استنادا إليه، وقد أسس الزوج دعواه على أن تغيير الزوجة لجنسيتها قد قصد به التحايل على أحكام القانون الفرنسي.

محكمة النقض قضت ببطلان كل من التطليق والزواج الذي استند إليه، وقد بنت المحكمة قضاءها على أن الجنسية الجديدة لم تكن مقصودة لذاتها وإنما من اجل التحايل على القانون الفرنسي والهروب من أحكامه التي ترفض انفصام عرى الزوجية، وقد قررت المحكمة أن الزواج الأول لا يزال قائما بعد أن استبعدت كل النتائج المترتبة على الجنسية الجديدة وهي بطلان التطليق والزواج الثاني.[1]

[1] الغش نحو القانون، سيد أحمد محمود أحمد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، ص10، السنة الثانية و الستون، يناير2020.

وتطرق الفقهاء المسلمون لموضوع الحيل، منهم الإمام الشاطبي الذي عرفها بقوله: "هي تقديم ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكمٍ آخر"[1]

ولقد سبق التشريع الإسلامي جميع القوانين الوضعية في تحريم الحيل التي يحاول أصحابها إظهار الشيء المحرم في صورة المباح المشروع؛ وذلك تهربا من العقوبة. قال الإمام ابن قدامة: "والحيل كلها محرمة، غير جائزة في شيء من الدين، وهو أن يظهر عقدا مباحا يريد به محرما، مخادعة وتوسلا إلى فعل ما حرم الله، واستباحة محظوراته، أو إسقاط واجب، أو دفع حق"[2]

على أن المحاكم الفرنسية تميز في الموضوع بين ما إذا كان التحايل على مستوى القانون المطبق على الجوهر، أم على مستوى المسطرة المتبعة في الخارج.

أ- القانون المطبق على الجوهر:

عملت المحاكم الفرنسية على استبعاد القانون الأجنبي في مادة الطلاق، مستندة لمعيارين اثنين:

- إذا كان الزوجان مقيمان في فرنسا، وهو ما نص عليه الفصل 310 من القانون المدني الفرنسي، حين جعل القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق في حال كان طرفي العلاقة الزوجية مقيمان في فرنسا؛
- إذا كان القانون الأجنبي المطبق على الطلاق لا تتمتع فيه الزوجة و لا الأطفال بأي ضمانات، في مقابل منحه امتيازات للزوج، مما يدل على أن لجوء هذا الأخير لمحاكم بلده الأصلي لم يكن إلا بدافع التخلص من أحكام القانون الفرنسي.

[1] الموافقات ، الشاطبي ، ج5 ، ص187.

[2] المغني شرح مختصر الخرقي ، ابن قدامة ، ج4، ص56.

وهو الأمر الذي بنت عليه محكمة النقض الفرنسية قرارها المؤرخ ب 06 يونيو 1990 ب: "أن الاعتراف بحق اكتسب بالخارج، لا يمكن التسليم به كحل في حالة توطن الزوجين بفرنسا[1]، إذ أن تطبيق القانون الوطني للزوجين في هذه الحالة يعتبر متعارضا مع النظام العام المحلي.

لكن ألا يجرنا هذا الاستنتاج، إلى القول بأن هذا التوجه يوجد في تعارض تام مع حقوق الأجنبي في اللجوء إلى قوانينه الوطنية، والمحافظة على هويته الثقافية؟

صحيح أن المادة الرابعة من الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981م تحتفظ لكل دولة باستخدام النظام العام كآلية للحفاظ على المقومات الأساسية للدولتين معا، لكن لا يجب التعسف في استعمال هذه الآلية، وإلا تعطلت مصالح الأفراد. فالمادة الرابعة نفسها من المادة المذكورة لا تجيز استبعاد أي قانون من الدولتين المتعاقدتين، إلا إذا كان منافيا بصورة واضحة للنظام العام، فالتسليم بقبول تطبيق قانون أجنبي يقتضي اختلاف هذا الأخير بالضرورة عن قانون البلد الذي سينفذ فيه[2].

وهكذا فإن استناد القانون الفرنسي لموطن الزوجين لإبعاد الحكم المغربي القاضي بالطلاق، لا يحقق الهدف المنشود من الاتفاقية المغربية الفرنسية 1981م، وبالتالي التقليل من فرص تطبيق القانون المغربي في النزاعات الأسرية ومنها الطلاق.

ب- المسطرة المتبعة في الخارج

رغم أن قرار" AKLA " الصادر بتاريخ 06 يونيو 1990 جاء مشابها من حيث الاستناد إلى نظرية الحقوق المكتسبة لتفسير تدخل النظام العام لقرار "ROHBI" الصادر بتاريخ 03 نونبر1983، إلا أنهما اختلفا في النتائج. فإذا كان القرار الأخير احتكم فيه القضاء الفرنسي لقانون الأحوال الشخصية للزوجين، ولم يعتبره معارضا للنظام العام للضمانات المكفولة للزوجة، ومن ثم قبوله، وعلى الرغم من أن الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1957م تنص في الفقرة الثالثة من مادتها السادسة عشر على إجراءات مسطرية لمنح الحكم الصيغة

[1] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص38.

[2] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص38.

التنفيذية، من قبيل استدعاء الطرفين بصفة قانونية؛ إلا أن القضاء الفرنسي عبر محكمة النقض ألزم في القرار الأول القضاة بالبحث عن المسطرة المتبعة أمام القضاء المغربي، هل تم فيها احترام الإجراءات المتبعة في الطلاق من الحضور ومناقشة أسباب الطلاق وغيرها من الادعاءات والدفوعات. إذ أن غيابها يفسر على أنه تحايل على القانون الفرنسي من طرف الزوج، مما يؤدي إلى إبعاد حكم الطلاق.

لكن هل استمر القضاء الفرنسي في موقفه هذا المتشدد إزاء مؤسسة الطلاق؟

الفقرة الثانية: تبني الوسطية

يعد القرار المعروف ب"DOUIBI" والصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 03 يوليوز 2001 م ،من أهم القرارات الصادرة عن المحاكم الفرنسية ،ومما جاء فيه: "إن التصور الفرنسي للنظام العام الدولي، لا يعترض والاعتراف بالطلاق الانفرادي الصادر عن إرادة الزوج بالخارج، مادام أن اختيار المحكمة من طرفه لم يكن عن طريق التحايل، وتم فتح مسطرة من أجل إبداء كلا الطرفين بآرائهما ودفوعاتهما، وما دام أن الحكم ... حصل على قوة الشيء المقضي به، وأصبح قابلا للتنفيذ، وتم منح الزوجة ضمانات مالية من طرف الزوج، وتعويضات عن الطلاق التعسفي..."[1].

من خلال حيثيات هذا القرار يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

1- العدول عن مبدأ التحايل والذي كان وراء رفض المحاكم الفرنسية لرفض استقبال الأحكام الأجنبية المصرحة بالطلاق؛

2- قراءة جديدة للنظام العام المالي الفرنسي من خلال التنصيص على ضمانات مالية إلى جانب تعويضات حين يثبت التعسف في الطلاق؛

3- العدول عن الاستناد إلى المادة الخامسة من البرتوكول رقم 7 الصادر بتاريخ 1984 والملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي تنص على ضرورة احترام مبدأ المساواة بين الزوجين أثناء انحلال العلاقة الزوجية.

[1] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص40.

غير أن أهم ما يمكن تسجيله هو التنصيص على أن الاعتراف بالطلاق الانفرادي لا يتعارض مع التصور الفرنسي للنظام العام، مما يعد عدولا وقطيعة مع الاجتهاد القضائي السابق.

وهكذا يكون قرار "DOUIBI" أحدث تغييرا جذريا في موقف الاجتهاد القضائي الفرنسي تجاه مؤسسة الطلاق بنهجه سياسة طابعها المرونة والوسطية والاعتدال، تراوح بين الاستقبال النسبي للطلاق الأجنبي من جهة، و ضمان احترام أسس النظام العام الفرنسي في حدها الأدنى من جهة ثانية.

وإن مما يقوي هذا الاتجاه "نهج المرونة" من قبل القضاء الفرنسي، ما كرسته القاعدة المشار إليها في قرار "RIVIERE"، التي تميز بين نوعين من ردة فعل النظام العام الفرنسي: حيث يكون تدخله كاملا حين يتعلق الأمر بنشوء حق أمام القاضي الفرنسي، ويتسم بالتدخل المخفف حين يتعلق الأمر بمجابهة حق مكتسب بدون تحايل بالخارج.

و مما عزز موقف القضاء الفرنسي هذا، ظهور عقد جديد يسمى "العقد المدني للتضامن" pacte civil de solidarité "أو قانون 15 نونبر 1999م .و هو "عقد يبرم بين شخصين بالغين طبيعيين، من جنسين مختلفين أو من نفس الجنس، لتنظيم حياتهم معا"[1].

فهو شكل تعاقدي من اتحاد مدني بين شخصين بالغين لتنظيم حياتهم المشتركة. يجلب الحقوق والمسؤوليات. و بمجرد دخوله حيز التنفيذ غير من متطلبات النظام العام الفرنسي، إذ بموجب هذا العقد أمكن لكل طرف من أطراف العلاقة الزوجية إنهاء تلك العلاقة بصفة انفرادية، وبطريقة تقريرية. وبالتالي أصبح هذا النوع من الطلاق مؤسسا من قبل المشرع الفرنسي، ومن ثم فلم يعد أي مبرر للقضاء الفرنسي لرفض استقبال الطلاق الانفرادي الموقع خارج التراب الفرنسي بدعوى الدفع بالنظام العام الفرنسي.

إلا أنه رغم كل هذه الدوافع المعززة لاستقبال الطلاق الانفرادي الموقع خارج التراب الفرنسي من قبل القضاء الفرنسي، فقد ووجهت القرارات السابقة لمحكمة النقض الفرنسية القاضية باستقبال الطلاق الموقع

[1] LOI no 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, Art. 515-1

خارج التراب الفرنسي بانتقادات شديدة، أرغمته على تغيير موقفه. وذلك باتجاهه نحو عدم الاعتراف بهذا النوع من الطلاق. فما هي الدوافع والأسباب يا ترى؟

المطلب الثاني: الاتجاه نحو تبني موقف الرفض للطلاق الأجنبي

لئن كان من حيث المبدأ أن "الدفع بالنظام العام هو استثناء من الأصل، هذا الأصل الذي يهدف إلى خلق نوع من التنسيق بين القوانين الوضعية والحفاظ على مصالح الأفراد، ويدعو إلى التسامح وقبول قيم وثقافة الآخر.

فإنه يجب أن يتم تقدير استثناء الدفع بالنظام العام بقدره، ولا يجب أن يسلط كسيف لمواجهة الأحكام الأجنبية"[1].إلا أن القرارات الصادرة عن المحاكم الفرنسية، وأخص بالذكر تلك المشهورة ب"القرارات الخمس" الصادرة في 17 فبراير 2004، من خلال رفضها لاستقبال الطلاق الموقع بالخارج، تكون أسست لنظام عام جديد مبني على مبدأ المساواة (الفرع الأول) والنظام العام المبني على القرب(الفرع الثاني).

الفرع الأول: خرق مبدأ المساواة أثناء انحلال الزواج

استند الاجتهاد القضائي الفرنسي من أجل استبعاد الاعتراف بالطلاق الموقع بالإرادة المنفردة على خرق هذا الأخير لمبدأ المساواة. وهو ما جسدته القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 فبراير 2004م، حيث ورد في حيثيات إحدى هذه القرارات:

"بالرغم من أنه نتج عن مسطرة قانونية وحضورية، فإن الحكم... الذي صرح بالطلاق الانفرادي من طرف الزوج، دون منح أي اعتبار للاعتراض المحتمل للزوجة، مع سحب كل السلطات من الجهة المختصة، سوى منحها حق النظر في المستحقات المالية التي نتجت عن إنهاء العلاقة الزوجية، يعتبر متعارضا مع مبدأ المساواة بين الزوجين عند انحلال الزواج المعترف به في المادة الخامسة من البروتوكول السابع ...، والذي

[1] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص46.

تعهدت فرنسا بضمانه لكل شخص لجأ لمحاكمها ... وبالتالي للنظام العام الدولي ..." [1]. فمع أن الطلاق الموقع بالخارج تضمن ضمانات مالية للزوجة، ولم يكن فيه تحايل، فقد تم رفضه من قبل القضاء الفرنسي، مستندا في ذلك على خرق مبدأ المساواة المنصوص عليه في القوانين الأوروبية. باعتباره في صلب النظام العام؛ ومن ثم أصبح له دور مهم في الروابط الأسرية. فما السياق الذي دفع بالفقه الفرنسي للأخذ بهذا التوجه الجديد؟

لقد كان لتطور قوانين الأسرة الغربية، والمكانة والاهتمام اللذان أصبحا للمرأة؛ الأثر الكبير في إقرار الدول الأوروبية رزنامة من الآليات حماية لحقوق الإنسان، من بينها: الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبروتوكولات المضافة إليها، والتي منحت للحقوق الأساسية مكانة مستقلة ضمن وظيفة النظام العام الدولي. ومما يوضح ذلك اعتبار مبدأ المساواة بين الزوجين من أهم تلك الحقوق بل أسها، وهو ما تؤكده المادة الخامسة من البروتوكول رقم 7 حيث نصت على ما يلي: "يتمتع الزوجان بالمساواة في الحقوق والمسؤوليات المتسمة بطابع القانون الخاص، وذلك فيما بينهما، وفي العلاقات التي تربطهما بأولادهما، ومن حيث الزواج وفي أثنائه، وفي حالة فسخه، وليس من شأن هذه المادة أن تمنع الدول من اتخاذ ما يلزم من تدابير توخيا لمصلحة الأولاد"[2].

لقد نصت المادة بوضوح على مجال تطبيق مبدأ المساواة، وحددت من بينها الرابطة الزوجية، سواء في العلاقة بين الزوجين، وكذلك علاقاتهم مع الأبناء، مع إشارتها لكون المساواة بين الزوجين سواء في علاقاتهم الشخصية أو علاقاتهم مع أبنائهم، لا تمنع الدول من أخذ الإجراءات التي تراها ضرورية لمصلحة الأطفال.

يتبين بجلاء أن قرارات محكمة النقض الفرنسية استلهمت ما ذهبت إليه من خلال مبدأ المساواة المنصوص عليه في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبروتوكولات المضافة إليها.

إذ أن عدم اعتراف محكمة النقض الفرنسية كما هو واضح في قرارات 17 فبراير 2004 م بالطلاق الواقع خارج التراب الفرنسي، رغم تنصيص الأخير على الضمانات سواء منها المسطرية باحترام حقوق الزوجة في

[1] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص 55.

[2] المادة الخامسة من البروتوكول رقم 7 الصادر بتاريخ 22 نونبر 1984.

الدفاع أثناء المسطرة، أو المالية المتمثلة في التعويضات المالية الممنوحة للزوجة؛ تكون بذلك تخلت عن سياسة التسامح المنتهجة سابقا، ويؤكد على توجه جديد للاجتهاد القضائي الفرنسي أساسه مبدأ المساواة بين الزوجين المنصوص عليه في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وعليه فهذا الطلاق بعدم احترامه لهذا المبدأ يعتبر مرفوضا باعتباره مؤسسة تمييزية. حيث صار مبدأ المساواة هو الشرط اللازم والملزم والمعيار الوحيد والأوحد لصحة الطلاق الأجنبي.

ومن ثم فإن أطلقة أفراد الجالية المقيمة بفرنسا الواقعة عن طريق الإرادة المنفردة للزوج المصرح بها في المغرب، ستواجه بالرفض، رغم تقييد المشرع المغربي لإيقاعه بالضمانات المسطرية والمالية. بل إن هذا الرفض لن يقتصر فقط على الجالية المغربية بفرنسا بل حتى على إخوانهم في البلدان الأوروبية الأخرى وخاصة بلجيكا، وذلك طبقا لقانون 16 يوليوز 2004 م والذي اشترطت المادة الخامسة من القانون الدولي الخاص منه لقبول الطلاق الأجنبي جملة من الشروط، منها قبول الزوجة بالطلاق. ومن قبلها هولندا بموجب قانون 02 مارس 1981. بل إن هذا الرفض طال حتى الجالية المقيمة بالبلدان العربية كتونس مثلا، وهو ما يستنتج من خلال الحكم الصادر عن إحدى المحاكم الابتدائية بتاريخ 27 يونيو 2000م، ومما ورد فيه: "الطلاق باعتباره يؤسس طريقة كلاسيكية ودينية لإنهاء العلاقة الزوجية، والمؤسس على الإرادة المنفردة للزوج دون الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الأسرة، ويخرق النظام العام التونسي، وكذلك المادة السادسة من الدستور، والمواد الأولى والثانية والسابعة والسادسة عشر (الفقرة الأولى والثانية) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة الأولى والثانية والسادسة عشر (الفقرة الأولى) من اتفاقية الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة [1]".

غير أن هذا التوجه الذي ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية منتقد من زوايا عدة:

[1] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص58.

الفقرة الأولى: من زاوية تنازع الاتفاقيات

إن استناد الاجتهاد القضائي الفرنسي في رفضه الاعتراف بهذه الأطلقة لمقتضيات الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1984م. أحدث تنازعا بين هذه الأخيرة والاتفاقية المغربية الفرنسية التي أبرمتها الدولة المغربية بتاريخ 10 غشت 1981م سعيا منها لتجاوز الإشكالات التي تواجه أطلقة المغاربة المصرح بها في المغرب أمام المحاكم الفرنسية.

كما أن ترجيح الفقه الفرنسي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1984 م على اعتبار أنها تنص على ضرورة احترام مبدأ المساواة بين الزوجين، على خلاف الاتفاقية الثنائية التي لا تشير إلى ذلك المقتضى، غير صائب للاعتبارات التالية:

1- تعارضه مع المبادئ العامة للقانون الدولي العام: حيث أن المادة 30 من اتفاقية فيينا ل 23 ماي 1969م حول قانون المعاهدات تنص على أنه "في العلاقات بين دولة طرف في اتفاقيتين، ودولة من طرف في إحدى تلك الاتفاقيتين، فإن الاتفاقية التي تعتبر الدولتان معا طرفا فيها، هي التي تسري فيما يتعلق بحقوقها والتزاماتها المتبادلة".

إن مقتضى المادة واضح فيما يخص مسألة التطبيق المتتالي للمعاهدات، فالأولوية للاتفاقية التي تعد الدولتان طرفا فيها. فتنزيل هذه القاعدة على النزاع بين الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والاتفاقية الثنائية المغربية الفرنسية، يجعل أولوية التطبيق للأخيرة. على اعتبار أن المغرب طرف فيها ولا يعد طرفا في الاتفاقية الأولى.

لكن الذي يثير الاستغراب ويدفع لطرح أكثر من سؤال حول النوايا الحقيقية والخفية للقضاء الفرنسي، هو كون هذا الأخير في نزاعات مماثلة لم يتبن الاتجاه الرافض لصحة سلامة الأحكام الأجنبية المتعلقة بالنزاعات الأسرية، وسأسوق مثالين يكشف ما ذهبت إليه:

- المثال الأول: في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية سنة 1990م ، استبعدت في طلب تنفيذ حكم غابوني تطبيق المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بعلة أن "هذه الأخيرة لا تنتج التزامات إلا في مواجهة الدول الأعضاء فيها، وهو خلاف حالة الجمهورية الغابونية "[1].

- المثال الثاني: عن نفس المحكمة وفي نفس السنة استبعدت الاتفاقية نفسها في مواجهة قضية تبني، إذ لما كان القانون البرازيلي يمنع التبني الكامل، إلا في حال كان المتبنون غير حاملي الجنسية البرازيلية، وغير مقيمين بالبرازيل، استبعدت القانون البرازيلي رغم أن ذلك يتعارض مع الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وخاصة المادة الثامنة والثانية عشرة والرابعة عشر من الاتفاقية.

2- تعارضه مع مبدأ الاتفاقية الأكثر تخصصا: هذا المبدأ يقضي بالنسبة للعلاقات ذات الارتباطات المتعددة والمختلفة، تطبيق القاعدة الأكثر قربا من الوضعية المتنازع حولها.

وبالتالي فالأولوية للاتفاقية المغربية الفرنسية على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، لأن الالتزامات التي يفرضها البروتوكول 7 الملحق بالاتفاقية الأخيرة خاصة في مادته الخامسة حدود تطبيقها هي الدول المصادقة عليها، على عكس الاتفاقية الثنائية 1981 م التي تفرض التزامات متبادلة بين طرفي الاتفاقية فقط.

3- معارضتها لمبدأ الوقتية: هذا المبدأ يقضي بأن الأولوية في الاستناد إلى مقتضيات اتفاقية عن غيرها، يحتكم فيه إلى وقت دخول الاتفاقات المعنية حيز التنفيذ.

وبالتالي فبتطبيق هذا المبدأ على الموضوع، فالأولوية للاتفاقية الثنائية المغربية الفرنسية، فهي الأقدم، حيث دخلت حيز التنفيذ داخل التراب الفرنسي بتاريخ 13 ماي 1983م، في حين أن البروتوكول 7 الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المقر لمبدأ المساواة الذي تستند إليه المحاكم الفرنسية لاستبعاد القانون المغربي، لم يدخل حيز التنفيذ إلا بتاريخ 27 يناير 1989م.

[1] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص60.

الفقرة الثانية: ضرورة التوفيق بين الأنظمة القانونية المختلفة

من المعلوم أن "القانون الدولي الخاص يستهدف تنظيم العلاقات الدولية للقانون الخاص، ومجال تطبيقه يفترض بحكم الضرورة وجود عدة قوانين منافسة، تنتمي إلى سيادات مختلفة.

ولذلك فإن الحل لا يكمن في إقصاء بعض منها كيفيا لصالح واحد، وإنما في التنسيق الأكثر عقلانية بغية المحافظة على الرسالة التي تقع على عاتق القانون الدولي الخاص، والمتمثلة في تحقيق التعاون القضائي والقانوني الدوليين"[1]. وهكذا فمن بين الأسس التي انبنى عليها القانون الدولي الخاص هو احترام المشارب الثقافية والاختلافات بين جميع الدول، كما من وظائفه التنسيق بين الأنظمة القانونية المتعارضة، وهو الشيء الغائب فيما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي، مما يجعله موضع مسائلة من ناحيتين اثنتين:

1- الأولى: تتجلى في أن استناد محكمة النقض الفرنسية على مدلول مبدأ المساواة المنصوص عليه في البروتوكول السابع الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، لا يعبر إلا على ثقافة معينة مرتبطة بمكان معين، في إقصاء للثقافات الأخرى، وبالتالي نكون أمام رؤية انفرادية إقصائية؛

2- الثانية: ألا يعتبر توجهها هذا متعارضا مع مقتضيات قانونية تبنتها هي بنفسها؟ فقد منحت للزوجين إمكانية إنهاء العلاقة الزوجية بينهما بشكل انفرادي فيما سمته ب "قانون العقد المدني للتضامن"، من جهة، ومن جهة أخرى تتعارض مع مبادئ عدم التمييز المنصوص عليها في المادة الرابعة عشر من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

[1] قواعد التنازع ،إسعاد محند القانون الدولي الخاص ، ج1،ص115، ديوان المطبوعات الجامعية المنشورات الجامعية والعلمية ترجمة فائز أنجق 1989 .

3- الثالثة: من الزاوية الواقعية

لئن كان من المسلم به قيام أي دولة بحماية القيم والمبادئ العليا لها، فإنه ليس من الواقعي حرمان الأطراف بهذه الدعوى من حقوقهم الشخصية. و بالتالي فإن عدم الاعتراف بالطلاق الأجنبي من قبل المحاكم الفرنسية لخرقه مبدأ المساواة، له أثر سلبي على الحقوق الشخصية للأطراف. وأورد هنا مثالين للتدليل على ما أقول:

أ- المثال الأول: زواج الزوجة

فزواج الزوجة المطلقة مرة ثانية حق من حقوقها الشخصية، لكنها لن تتمتع به في ظل هذا الاتجاه القضائي المتشدد الذي لا يسمح لها بترتيب آثار الطلاق على التراب الفرنسي. وهو ما فطن له بعض الفقهاء الفرنسيين من أمثال الفقيه"JEAN DEPEREZ" الذي دعا لترك الاختيار للمرأة فهي التي تعرف وتدرك الأنسب إليها.

ب- المثال الثاني: التركة

إن هذا الاتجاه المتشدد لمحكمة النقض الفرنسية، يتجاوز انعكاسه السلبي الزوجة، ليمس حقوق بقية عناصر تلك العلاقة، فلكي يتمكن الورثة من التركة سيضطرون في ظل هذا الاجتهاد القضائي لمنح الصيغة التنفيذية للطلاق، وهو الأمر الذي لن يحصل، على اعتبار أن الرابطة الزوجية بين الزوجين لازالت قائمة.

وهكذا يكون هذا التوجه المتشدد خلق وضعيات قانونية شاذة وغير عادلة وغير واقعية.

يتضح وكما أشرت من ذي قبل أن الأخذ بهذا الاتجاه، يتعدى التعديل في التقنيات فقط، بل متعلق بأبعاد إيديولوجية وسياسية.

الفرع الثاني: النظام العام المبني على القرب

سعى أيضا الفقه الفرنسي لاستبعاد الاعتراف بالطلاق الأجنبي، الاستناد إلى قرب الرابطة القانونية من التراب الفرنسي. و ظهرت البوادر الأولى لهذا التوجه في قرارات سابقة للمحاكم الفرنسية، قبل أن يتم

تأكيدها في قرارات 17 فبراير 2014م. حيث نجد أن المشرع الفرنسي كان يبحث في النزاع الأجنبي عن وجود روابط مع دولة بلد القاضي، قصد تعليل تدخل النظام العام.

وللتمثيل لذلك فقد سبق لمحكمة النقض أن صرحت بأن " تطبيق القانون الأجنبي الذي يجهل الطلاق، دون أن يمنع كل وسيلة لإنهاء الحياة الزوجية، لا يعتبر معارضا مع المفهوم الفرنسي للنظام العام". لتعود نفس المحكمة بعد سنتين في قرار صادر عنها بتاريخ 1981 م في قضية طلاق زوجة فرنسية مقيمة بإسبانيا، لتصرح بتدخل النظام العام، على اعتبار أن مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 310 من القانون المدني الفرنسي تنص على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني للزوج أي القانون الإسباني. لكنه لكون هذا الأخير كان يجهل في تلك الفترة الطلاق، اعتبرته محكمة النقض "متعارضا مع المفهوم الفرنسي السائد للنظام العام الدولي، الذي يمنح الإمكانية للزوج المستوطن بفرنسا طلب التطليق"[1].

وهكذا، وبعلة النظام العام المؤسس على روابط القرب، تم استبعاد الاستناد إلى القانون الوطني من قبل الاجتهاد القضائي الفرنسي، ليحل محله معيار الموطن؛ فكل طلاق محصل عليه من طرف الزوج في بلده الأصلي يتعرض للرفض.

ولقد كرست هذا التوجه القرارات الخمس الصادرة عن محكمة النقض بتاريخ 17 فبراير 2004م، فلقد رأينا من قبل أن هذه القرارات قد أصدرت أحكاما برفض الطلاق الأجنبي لخرقه مبدأ المساواة بين الزوجين دون إشارة منها إلى موطن الزوجين المعنيين، لكنها في قرار صادر عن محكمة الغرفة المدنية الأولى، رفضت الأخيرة استقبال طلاق أجنبي في فرنسا مستندة للنظام العام المبني على القرب "لقد قررت بأن الطلاق الانفرادي للزوجة الأجنبية من طرف زوجها، يعتبر متعارضا مع المبدأ الأوروبي للمساواة بين الزوجين،... مادام أن الزوجين مستقرين فوق التراب الفرنسي"[2]. لتضيف إلى مبدأ المساواة مفهوم قرب الوضعية مع نظام دولة

[1] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص 69.

[2] انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي، حسن إبراهيمي، ص 71 .

القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي. ومن ثم فلكل زوجة الحق في مطالبة المحاكم الفرنسية كيفما كان موطنها لحظة طلاقها.

كما أن تنصيص القرارات الخمسة لمحكمة النقض على المادة الأولى من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تكون بذلك لم تعمم معيار القرب فقط بل عولمته.

وفي نفس الاتجاه ذهب أيضا المشرع البلجيكي حيث اشترطت الفقرة الثانية من المادة 57 من القانون الدولي الخاص البلجيكي 16 يوليوز 2004 م للاعتراف بالطلاق، ألا يكون أحد الزوجين مقيما في دولة تجهل هذه الوسيلة لإنهاء الزواج، أو يحمل جنسية دولة لا تعترف بالطلاق كطريقة لانحلال ميثاق الزواج.

وبالتالي ووفقا لمقتضيات المادة 57 المشار إليه أعلاه، فلو افترضنا أن زوجين مغربيين مستقرين بلجيكا، وأثناء فترة العطلة بالمغرب تم الطلاق بينهما، فهذا الطلاق ولو كان برضا الزوجة فإنه يتم رفضه من طرف المحاكم البلجيكية؛ بعلة القرب الخاص للوضعية الزوجية في علاقتها ببلجيكا.

لقد كان من وراء استناد الفقه الفرنسي للنظام العام المؤسس على روابط القرب بالنظام القانوني لدولة القاضي مبررات مختلفة، يمكن حصرها في ثلاثة وهي كالتالي:

أولا- مبررات ذات طبيعة سوسيولوجية: قد لا يختلف اثنان في تأثير تطور العقليات على نظرة الفرد والجماعة للأشياء والأمور، ومن ثم فقد كان لبروز النزعة الشخصانية على حساب النزعة الجمعية الأثر الكبير في تحول فلسفة النظام العام الفرنسي من حماية الأسرة في مجموعها إلى حماية أفراد هذه الأسرة واحدا في معزل عن الآخر؛ فكان من الطبيعي اللجوء إلى النظام العام المؤسس على روابط القرب.

فالقوانين التي تمنع مؤسسة الطلاق لا تتعارض مع النظام العام إلا حينما تكون الزوجة فرنسية أو تقطن بصفة اعتيادية بفرنسا من جهة، وحينما خرقت مبدأ المساواة بين الزوجين من جهة أخرى. فكان لابد من حماية الفرد في هذه العلاقة وليس الأسرة، فالاعتبارات الشخصية هي التي تأخذ بعين الاعتبار؛

ثانيا- مبررات ذات طبيعة تقنية: إذا كان إعمال النظام العام المخفف كما قرره قرار" REVIERE" كان له ما يبرره في ذلك الوقت من صعوبة التنقل، فتغير تلك الظروف بتوفر وسهولة التنقل حيث أمكن للأشخاص التواجد في جميع الأمكنة في نفس الوقت؛ فقد يلجأ الأجانب القاطنين بفرنسا للسفر إلى بلدانهم الأصلية تحايلا قصد توقيع الطلاق فيها لاستفادة من النظام العام المخفف، وهذا يشكل تحايلا منه لإعطاء أثر لوضعيتهم القانونية داخل التراب الفرنسي، مما يبرر التراجع عن الأخذ به، وإعمال النظام العام المؤسس على روابط القرب.

الباب الثانى: إشكالات الطلاق وآثاره وجهود المشرع المغربي أمام القضاء الأوروبي

الفصل الأول: إشكالات الطلاق وآثاره.

لم تقتصر مدونة الأسرة على تنظيم الروابط الأسرية بين المواطنين المغاربة المتواجدين داخل التراب الوطني فحسب، بل شملت أيضا المواطنين المغاربة المقيمين خارج أرض الوطن، حتى لو كانوا حاملين لجنسية أخرى.

لكنه رغم هذه العناية بهذه الفئة الأخيرة؛ فلازالت مؤسسة الطلاق تشكل ميدانا خصبا يكشف عن تنازع الحضارات والثقافات وكذا الاختلافات التشريعية للدول، وهو ما انعكس سلبا على تنظيم طلاق أفراد الجالية المغربية في المجتمعات الغربية. خاصة وأن القضاء الأوروبي كان يستند في استبعاده تطبيق مدونة الأحوال الشخصية على طلاق المغاربة على كونه يخرق حقوق الدفاع ومبدأ الحرية والمساواة بين الرجل والمرأة، وهو ما يخالف الأنظمة القانونية للأحوال الشخصية في الدول الأوربية التي تستمد مرجعيتها من المواثيق والإعلانات الدولية لحقوق الإنسان، إضافة إلى أنه كما رأينا سالفا ما نتج عن تطور ضوابط الإسناد في أوربا بتخليها عن ضابط الجنسية وكيف ساهم في استبعاد وتطبيق القانون الوطني على انحلال الرابطة الزوجية بالنسبة للمغاربة في بلدان الإقامة. مما أ ثار إشكالات أيضا على مستوى آثار الطلاق ؛ سواء فيما يخص الآثار المتعلقة بالأطفال أو تلك المتعلقة بشخص الزوجين.

فما هي الإشكالات المتعلقة بالطلاق والتي تعترض أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج؟ (المبحث الأول) وماهي الإشكالات التي تعترضهم والمتعلقة بآثار هذا الطلاق؟ وماهي أهم الإجراءات المتخذة من لدن المشرع المغربي من أجل تجاوز هذه الإشكالات؟(المبحث الثاني).

المبحث الأول: إشكالات طلاق المغاربة المقيمين بالخارج

تتعدد الإشكالات في هذا الباب وتتنوع، ويتداخل فيه ما هو ذو بعد قانوني وآخر ذو بعد اجتماعي وآخر ذو بعد إيديولوجي. و مما لا شك فيه أن لها آثارا سلبية على أفراد الجالية المقيمة بالخارج.

وسأحاول الوقوف على أهم هذه الإشكالات وعلى ما قام به المشرع المغربي من أجل إيجاد حلول لها، معتمدا في ذلك للتمييز بين هذه الإشكالات البعد المكاني. وهكذا سأتحدث عن الإشكالات المطروحة في البلد الأصلي (المطلب الأول) ثم عن الإشكالات المطروحة في بلدان الإقامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإشكالات المطروحة في البلد الأصلي

تتجلى أهم الإشكالات المطروحة في مستويين اثنين: أولهما مرتبط بالتوكيل في الطلاق (الفرع الأول)، وثانيهما متعلق بتذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: على مستوى التوكيل في الطلاق

تضمنت المواد 78 إلى93 من مدونة الأسرة عددا من الإجراءات التي يتعين على كل من طرفي العلاقة الزوجية والمحكمة سلوكها. بدءا بطلب الإذن بالإشهاد على الطلاق ومرورا بمحاولة الصلح بغرفة المشورة التي يتعين على المحكمة القيام بها، وتحديد مستحقات الزوجة والأطفال، إذا فشلت محاولة الصلح. وانتهاء بالإذن بتوثيق الطلاق لدى عدلين إذا استوفيت كل الإجراءات.

غير أن التقيد بهذه الإجراءات يطرح أمام أفراد الجالية صعوبات جمة، خصوصا إذا استحضرنا عامل الوقت. إذ تستغرق هذه الإجراءات وقتا طويلا يفوق الوقت الذي يمكثه أفراد الجالية في المغرب من أجل قضاء عطلهم. فعلى سبيل المثال لا الحصر قد يتعذر عليهم الحضور الشخصي لإجراء محاولة الصلح تبعا لمساطر التطليق، الشيء الذي يطرح إمكانية النيابة في هذا الباب حرصا على مصالحهم، رغم أنه يجعل المتقاضيين تحت السلطة التقديرية للقاضي.

وقبل التفصيل في الأمر يتعين تعريف الوكالة، ومدى مشروعيتها انطلاقا من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الوكالة هي " تفويض التصرف، والحفظ إلى الوكيل"[1]. و قد عرفها المشرع المغربي في الفصل 879 من قانون الالتزامات والعقود بأنه: "عقد بمقتضاه يكلف الشخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه..."[2].

فالوكالة وسيلة تكافلية يتمكن الفرد بواسطتها قضاء ما عليه عند الحاجة، خصوصا إذا علمنا أن الإنسان لا يستطيع دائما أن يقوم بجميع مصالحه وقضاء حاجاته، ولا يقدر على مباشرة كل أعماله أو بعضها بنفسه، فالمشرع سهل على كل ذي عذر، وأجاز له أن يوكل غيره في مباشرة بعض أعماله، حتى يتم النظام في شؤون العيش، وترفع المشقة والحرج[3].

كما أن الوكالة من جهة أخرى، لا تتعارض مع مقاصد الشريعة والتي مدارها على جلب المصالح ودرء المفاسد. و تحقق أيضا مقصود القاعدة الفقهية "المشقة تجلب التيسير".

غير أن الملاحظ أن المشرع في مدونة الأسرة نظم الوكالة في الزواج وسكت عنها في الطلاق، بخلاف المدونة القديمة التي كانت تنص صراحة في الفصل 44 على الوكالة في الطلاق، "وأمام هذا السكوت ذهب جانب من الفقه إلى أنه من القواعد المقررة في التفسير أن الأصل في الأشياء الإباحة، ومادام المشرع لم يأت بحكم صريح يمنع التوكيل فإنه إعمالا للقاعدة، يمكن القول إن التوكيل في الطلاق جائز، وجانب آخر يحيل على المادة 400 من المدونة المذكورة التي تحيل بدورها على الفقه الإسلامي بما فيه الفقه المالكي الذي يجيز الوكالة في الطلاق.

لكن كيف يمكن التوفيق بين هذا الاجتهاد وبقية النصوص التي تنص على إجبارية مؤسسة الصلح التي تتطلب الحضور الشخصي؟، فالمادة 81 تنص على أنه: "إذا توصل الزوج شخصيا بالاستدعاء ولم يحضر اعتبر ذلك منه تراجعا عن طلبه، إذا توصلت الزوجة شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر... إلخ"، والمادة 82 تنص على

---

[1] بدائع الصنائع ، الكاساني ، ج6 ص19 .

[2] القانون رقم 09.15 بتغيير الفصل 2.1 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331(12 أغسطس 1913)(بمثابة قانون الالتزامات والعقود، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.15 بتاريخ 29 من ربيع الآخر 1436 (19فبراير 2015)؛ الجريدة الرسمية ،ص 1751.عدد6344 بتاريخ 28 جمادى الأولى 1436(19 مارس 2015).

[3] عقد الوكالة :دراسة تأصيلية فقهية وقانونية، عبد الله روحمات، ص111،مكتبة دار السلام ،الرباط 2019.

أنه عند حضور الطرفين تجري المناقشات بغرفة المشورة..."، فالنصان يتحدثان عن حضور الطرفين، دون إيراد أي استثناء يخص أفراد الجاليات"[1].

وفي هذا الصدد يقول الفقيه القانوني محمد الكشبور: " نظم المشرع الوكالة في الزواج (المادة17)، وسكت عن الوكالة في الطلاق، بل الأكثر من ذلك فهو قد فرض التوصل الشخصي بالاستدعاء من أجل إجراء محاولة الإصلاح بين الزوجين (المادة81) وهو إجراء من صميم النظام العام[2]. لكنه يستطرد إعمالا منه للنظر المقاصدي وللإحالة الواردة في المادة 400: "... ورغم ذلك فإن الأمور في نظرنا ينبغي أن تقدر بقدرها، حيث يكون الأصل هو الحضور الشخصي للطرفين، غير أنه يمكن اعتماد الوكالة في الطلاق في حالة الضرورة القصوى، كتواجد الزوج خارج الوطن مع إصراره الأكيد على الطلاق، أو اتضح يقينا أن العلاقة الزوجية لن تعود إلى سالف عهدها بأي وجه من الأوجه. وهذا مشكل باتت مختلف المحاكم المغربية تعاني منه، ومن ثمة فهو يحتاج إلى تدخل سريع من المشرع"[3].

أما في حالة تواجد كلا الزوجين في بلد الاستقبال فقد جاء المنشور عدد 13س2بتاريخ 2004/04/15 للتخفيف من الإشكال عن طريق التنصيص على أنه يمكن للمحكمة انتداب أقرب قنصلية إلى محل سكنى المعنيين لإجراء محاولة الصلح بينهما وتحرير محضر بذلك بعد انتدابها. ثم جاءت الدورية المشتركة بتاريخ 30 غشت 2016م عدد 352 لتحث "رؤساء البعثات الدبلوماسية والمراكز القنصلية على إنجاز مساطر الصلح المنتدبين لها من قبل المحاكم المغربية في أقرب الآجال".

ولكن مع ذلك يبقى الإشكال مطروحا بخصوص ما إذا لم تكن هناك قنصلية مغربية في بلد الإقامة، أو كان أحد الزوجين مقيما بالمغرب والآخر بالخارج، فلا شك أن هذا الأخير سيتجشم عناء كبيرا من جراء تطلب حضوره خلال جميع مراحل إجراءات النظر في الدعوى.

---

[1] النظام القانوني لزيجات وأطلقة المغاربة المقيمين بالخارج ،محمد المهدي، مداخلة ضمن أشغال الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة بالمهجر، تنظيم مختبر البحث في قانون الأسرة والمهجر، ص294، جامعة محمد الأول وجدة بتاريخ 09و10 أبريل 2010،إعداد وتنسيق د ادريس فاخوري ،دار الأفاق المغربية بالدار البيضاء.

[2] شرح مدونة الأسرة، محمد الكشبور، ص 83.

[3] شرح مدونة الأسرة، محمد الكشبور، ص 83-84،

"ولذلك فإن المنطق يقتضي إذا كنا فعلا نروم التخفيف عن جاليتنا بالغرب ورفع أشكال المعاناة عنهم أن نتعامل مع النصوص بشيء من المرونة، وأن ننطلق في هذا التعامل مع فلسفة ومقاصد المشرع، فإذا كانت ثمة ظروف خاصة تحول دون الحضور الشخصي للطرف، كأن يكون مرتبطا بعقد عمل تحت طائلة المسؤولية العقدية مع إصراره على الطلاق، فلا نعتقد أن هناك ضرورة لإلزامية الحضور."[1]

ولعل هذا المنطق هو الذي بني عليه قرار محكمة الاستئناف بالجديدة الذي قضى بـ: "أن سكوت المشرع عن تنظيم الوكالة في الطلاق لا يمنع من اعتماد التوكيل في الطلاق عند نهوض ضروراته القصوى، كتواجد الزوج خارج الوطن، مع استنتاج إصراره الأكيد على الطلاق. وعلى هذا النهج سارت العديد من الأحكام في مختلف ربوع المملكة"[2].

الفرع الثاني: تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية

يضطر الأزواج من أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج في حالة النزاع بينهما، اللجوء إلى قضاء دولة الإقامة قصد استصدار أحكام قضائية تنهي الخلافات القائمة بسبب تلك الروابط. و غالبا ما تثير هذه الأحكام القضائية إشكالات عدة لعل من أبرزها مدى سريان تلك الأحكام في بلدانهم الأصلية.

و لتجاوز هذا الإشكال، فقد وضع المشرع المغربي ما يصطلح عليه بدعوى تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية، كآلية قانونية تجعل تلك الأحكام الأجنبية سارية المفعول خارج المجال الترابي لدولة المحكمة مصدرة الحكم، ومحترمة مبدأ سيادة الدولة التي سينفذ داخل نفوذها الترابي.

---

[1] النظام القانوني لزيجات وأطلقة المغاربة المقيمين بالخارج ،محمد المهدي، ، مداخلة ضمن أشغال الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة بالمهجر، ص294، تنظيم مختبر البحث في قانون الأسرة والمهجر، جامعة محمد الأول وجدة بتاريخ 09و10 أبريل 2010،إعداد وتنسيق د ادريس فاخوري ،دار الأفاق المغربية بالدار البيضاء.

[2] قرار رقم 319، صدر بتاريخ 08/05/2007 في ملف رقم 47/733/2006 أكتوبر، منشور بمجلة الملف، ص246، العدد 11، أكتوبر2007.

الفقرة الأولى: شروط تذييل الأحكام والعقود الأجنبية بالصيغة التنفيذية

يقصد بالحكم الأجنبي" هو الحكم الصادر عن سيادة أجنبية، ويمتد ليشمل أيضا الأحكام الصادرة عن المحاكم المنظمة تنظيما دوليا، مثل محكمة العدل الدولية الدائمة..."[1] ، فهو كل حكم صادر عن دولة غير الدولة المغربية، حيث تبت فيه وتقضي به محاكم غير محاكم المملكة المغربية. ويقصد بمنح الصيغة التنفيذية: "المسطرة القضائية التي تخول 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"[2].

فالمقصود بمسطرة تذييل الأحكام والعقود الأجنبية بالصيغة التنفيذية إعطاؤها الحجية القانونية للتطبيق والتنفيذ داخل الدولة المراد سلوك مسطرة التنفيذ على ترابها. وإلا فلن يكون لتلك الحقوق المكتسبة أي اعتبار على أرض تلك الدولة.

لذلك اشترطت جل التشريعات من أجل تنفيذ تلك الأحكام والعقود الأجنبية ضرورة الحصول على حكم قضائي صادر عن محاكمها الوطنية، حتى تكون لها نفس الحجية وقوة التنفيذ على أراضيها.

وسيرا على نفس النهج أسس المشرع المغربي مسطرة لتذييل الأحكام الأجنبية، فقيد تنفيذ تلك الأحكام والعقود الأجنبية داخل المغرب، بشروط تضمنتها العديد من الاتفاقيات الدولية والثنائية التي أبرمتها المملكة المغربية، نذكر منها اتفاقية نيويورك لسنة 1960م بموجب الظهير الشريف رقم 1.59.338 في شأن المصادقة على انخراط المغرب في الاتفاقية الدولية المتعلقة باستيفاء واجب النفقة في الخارج، والاتفاقية الثنائية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي[3]. لكن يبقى أهم تلك الشروط هي تلك الموزعة بين المادة 128 من مدونة الأسرة، والفصول 430 و431 و432 من قانون المسطرة المدنية.

---

[1] القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين ، د اعراب بلقاسم، ص54،طبعة السادسة ، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، سنة 2011 .

[2] الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، ذ موسى عبود، ص338.

[3] الموقعة بتاريخ 10 غشت1981. سبق ذكرها ص 129

1- الشروط الواردة في مدونة الأسرة

أفرد المشرع المغربي بعد إحداثه لمدونة الأسرة الجديدة سنة2004 م، المادة 128 لتحديد بعض الشروط الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالطلاق أو التطليق أو بالخلع أو بالفسخ. فنصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن: "الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو التطليق 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 بالتذييل بالصيغة التنفيذية، طبقا لأحكام المواد 430 و431 و432 من قانون المسطرة المدنية".

لئن كانت هذه المادة أتاحت إمكانية تذييل الأحكام والعقود بالصيغة التنفيذية، فإنها ربطت قبول هذا التذييل بضرورة توفر مجموعة من الشروط، وهي كالتالي:

أ- _أن يتعلق موضوع الحكم الأجنبي بطلاق أو تطليق أو خلع أو فسخ

وقد عبرت عنه المادة 128 بقولها: "الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو التطليق أو بالخلع أو بالفسخ، تكون قابلة للتنفيذ..."، يتبين أن المشرع المغربي قام بحصر مجال التذييل وتحديد الأحكام الأجنبية التي يسمح بتذييلها بالصيغة التنفيذية المتمثلة في الطلاق أو التطليق أو الفسخ أو الخلع كأسباب لإنهاء العلاقة الزوجية، "والواقع أن هذه الأسباب تمثل كل الصور القانونية للانفصال بين الزوجين، أما البطلان فبالإضافة إلى ندرته عمليا، فإنه جزاء على اختلال ركن في الزواج أو وجود مانع منه؛ وهو جزاء من النظام العام، ودعواه من الدعاوى الحسبية، تقضي به المحكمة تلقائيا بمجرد اطلاعها عليه .وبالتالي لا يثير صعوبة كبيرة بشأن تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر به"[1].

[1] قراءة مقاصدية في المادة 128 من مدونة الأسرة، جمال الطاهري، مجلة الملف، عدد10 ،ص118 ، سنة 2007 .

لكن هل هذا يعني أن جميع الأحكام الأخرى المتعلقة بالأسرة، غير التي حددتها هذه المادة، كالنسب والحضانة... لا يمكن قبول تنفيذها في المغرب؟

لئن ذهب البعض إلى القول بذلك، فإنه لا يمكن التسليم بهذا التوجه ،"لما في ذلك مخالفة لمبادئ وأهداف القانون الدولي الخاص ،إضافة إلى أن تنفيذ الأحكام الأجنبية بالمغرب منظم بمقتضى الفصول 430و431 و432 من قانون المسطرة المدنية"[1] ،فالفصل 430 من قانون المسطرة المدنية مثلا ينص على أنه: " لا تنفذ في المغرب الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية... "، فعبارة: " الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية" جاءت عامة. "وكذلك الاتفاقيات الدولية سواء منها الثنائية او المتعددة. وكل ما في الأمر أن المشرع من خلال المادة 128أراد ان يعطي صبغة خاصة لهذا النوع من الأحكام والعقود"[2]

ب- اختصاص المحكمة الأجنبية مصدرة الحكم

ورد في الفقرة الثانية من المادة 128: "إذا صدرت عن محكمة مختصة"، من غير تحديد نوعية هذا الاختصاص، ومن ثم ذهب البعض إلى أن المقصود به هو مراقبة قواعد الاختصاص الدولي، دون أن يكون القاضي ملزما بالبحث في قواعد الاختصاص الداخلي للدولة الأجنبية نوعيا ومكانيا، لأن البحث في الاختصاص النوعي والمكاني للمحكمة الأجنبية يصعب على القاضي القيام به. وهو نفسه ما ذهب إليه الدكتور عبد المنعم رياض[3] معتبرا القاضي غير ملزم بالتحقق من توفر الاختصاص الداخلي النوعي والمحلي، بل إن له إمكانية الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي حتى لو لم يتوفر فيه هذا الاختصاص.

[1] التطبيقات الجديدة للنظام العام المغربي على ضوء المادة 128 من مدونة الأسرة، ، عبد السلام مرابط،ص31. بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء ,2009-2011

[2] التطبيقات الجديدة للنظام العام المغربي على ضوء المادة 128 من مدونة الأسرة، عبد السلام مرابط ،ص31

[3] الوجيز في القانون الخاص المغربي، ذ موسى عبود ، ص337-338 .

بينما يرى البعض الآخر[1] أن المقصود هو أن تكون المحكمة مختصة بمقتضى قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي المعمول بها في المغرب، وأن تكون كذلك مختصة طبقا لقواعد الاختصاص الداخلي في الدولة المعنية بالأمر.

وعموما، فيجب على القاضي المغربي متى عرض أمام أنظاره طلب تذييل حكم أجنبي يقضي بإنهاء العلاقة الزوجية، التأكد من اختصاص المحكمة الأجنبية مصدرة الحكم، من ناحية الاختصاص الدولي، والاختصاص الداخلي نوعيا ومكانيا.

ج- _أن يتأسس الحكم الأجنبي على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها مدونة الأسرة لإنهاء العلاقة الزوجية

وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 128 السالفة الذكر: "....وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية...."، وعليه يشترط لقبول تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية في المغرب، أن تطبق هذه الأحكام المقتضيات المضمنة في مدونة الأسرة المغربية، أو على الأقل ألا تكون متنافية مع مقتضياتها؛ حتى وإن لم تذكر سبب إنهاء العلاقة الزوجية كما ورد في مدونة الأسرة، بل حتى لو لم تذكر النصوص القانونية المغربية المتعلقة بإنهاء العلاقة الزوجية. وهو ما عبر عنه الدليل العملي لمدونة الأسرة: "...كما أن الحكم الأجنبي لا يجب أن يذكر السبب المؤسس عليه التطليق بنفس المصطلح الوارد في القانون المغربي كالضرر والشقاق والعيب مثلا، وإنما يكفي أن يكون غير متناف مع الأسباب المقررة في المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية"[2].

وفي قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 3 يونيو 2009 م ،في الملف عدد 2006/1/2/448 ورد فيه ما يلي: " والحال ان المغرب حسب دستوره المشار إلى بعض مواده في هذه العريضة لا يأخذ نظام الانفصال الجسماني بين الزوجين كما أن مدونة الأسرة والمذهب المالكي المعتمد لا يجيزان ذلك ،مما يجعله خارقا

[1] الوجيز في القانون الخاص المغربي ،ذ موسى عبود ، ص 338.

[2] تنفيذ الأحكام الأجنبية في المغرب، ذ ابراهيم بحماني، مجلة القضاء والقانون ،العدد148، ص95،.

للقانون"[1] وفي نفس القرار ورد أيضا "طبقا للمادة 128 من مدونة الأسرة فإن الأحكام الأجنبية القاضية بإنهاء العلاقة الزوجية والقابلة للتذييل بالصيغة التنفيذية، هي الصادرة بالطلاق أو التطليق أو بالخلع أو بالفسخ وأن الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بلاسبالدامبوردا في القضية عدد 435/03 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 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 عليه إنهاء العلاقة الزوجية، وإنما الانفصال في المساكنة تكون قد أساءت تطبيق المادة 128 المذكورة وعرضت قرارها للنقض".[2]

2- الشروط الواردة في قانون المسطرة المدنية

أورد المشرع المغربي هذه الشروط في كل من:

أ- الفقرة الثانية من الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية[3] التي تنص على أنه: "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 المغربي".

ب- الفصل 431 من نفس القانون الذي ينص على أنه: "يقدم الطلب - إلا إذا نصت مقتضيات مخالفة في الاتفاقيات الدبلوماسية على غير ذلك - بمقال يرفق بما يلي:

- نسخة رسمية من الحكم؛
- أصل التبليغ أو كل وثيقة أخرى تقوم مقامه؛

[1] المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض ،cspj.ma .بتاريخ 2020/01/22.

[2] المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض،cspj.ma .بتاريخ 2020/01/22.

[3] تم تغيير وتتميم الفصل 430 بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 61.19 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.19.118 بتاريخ 07 ذي الحجة 91440 اغسطس2019 ،الجريدة الرسمية 6807 ، ص589، ذو الحجة 1440 ،السادس من اغسطس 2019 .

- شهادة من كتابة الضبط المختصة تشهد بعدم التعرض والاستئناف والطعن بالنقض ؛
- ترجمة تامة إلى اللغة العربية عند الاقتضاء للمستندات المشار إليها أعلاه مصادق على صحتها من طرف ترجمان محلف".

طبقا لمقتضيات النصين السابقين، فإنه يشترط لقبول طلب تنفيذ الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية توفر أربعة شروط:

- الشرط الأول: صحة الحكم الأجنبي

اشترط القانون المغربي صحة هذه الأحكام الأجنبية لقبول تذييلها بالصيغة التنفيذية، على أن "القاضي المغربي يكتفي هنا بالبحث فقط عما إذا كانت قواعد المسطرة للبلد مصدر الحكم قد طبقت بكيفية سليمة من عدمه وذلك دون مناقشة تكييف الوقائع أو مدى كفاية التعليل أو سلامته أو وسائل الإثبات، أو عدم الإشارة إلى نصوص القانون المغربي"[1] . وعلى القاضي إذا اتضح له "أن القانون الأجنبي الذي يحكم هذه الإجراءات قد انتهك حقوق الأطراف، فيتعين عليه أن يرفض تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية حتى لو كان الحكم قد احترمت في إصداره الإجراءات والقواعد المتبعة في قانون المحكمة التي أصدرته"[2]. وهذا ما قضت به محمة النقض في القرار عدد 161 الصادر بتاريخ 07أبريل 2015 تحت عدد2014/1/2/743: " والمحكمة لما قضت بتذييل الحكم المذكور دون أن تتأكد من صحته وتتحقق من عدم مساس أي محتوى من محتوياته بالنظام العام المغربي كما ينص على ذلك الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية ،فإنها لم تجعل لما قضت به أساسا"[3]. وهو ما يعززه قرار آخر عن نفس المحكمة: "من واجب المحكمة التي يقدم إليها طلب تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية، أن تتأكد من صحة الحكم المذكور من الناحية القانونية وعدم مساسه بالنظام العام، والثابت من مضمون

[1] دليل عملي لمدونة الأسرة، ص 88 .،العدد 1سنة 2004. سلسلة الشروح والدلائل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية. وزارة العدل المغربية

[2] تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات الاستثمار، عبد الحكيم محسن عطروش، مجلة القانون المغربي، ص236، العدد 18 ، مارس 2012 .

[3] نشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث ، العدد 22، ص16، ،سنة 2015

الحكم المذكور أنه جاء خاليا من أي إشارة إلى جواب المطلوب على طلب التطليق المقدم من طرف الطالبة أو تبليغه إليه، أو حضوره الى أي جلسة من جلسات المحكمة أو استدعائه لها... الأمر الذي يكون معه الحكم الأجنبي المذكور قد خرق مقتضيات الفصلين 430 و 431 المشار إليهما"[1]

على أن هناك من يرى أن القاضي المغربي ليس ملزما بمراقبة صحة الحكم الأجنبي من الناحية الشكلية فقط، بل " يتعين على الجهة القضائية التي تنظر في دعوى تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية أن لا تقتصر على مراقبة الحكم الأجنبي من الناحية المسطرية فقط وإنما يجب عليها أن تتأكد من صحة الحكم الأجنبي من الناحيتين الشكلية والموضوعية"[2]

على أن الممارسة القضائية يتضح أنها انتصرت لأصحاب الرأي الأول ،حيث "أن اغلب المحاكم تتبنى مبدأ المرونة عند التأكد من صحة الحكم الأجنبي المطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية، وتنهج منهج الرأي الأول القائل بأن القاضي المغربي يتأكد عند مراقبته للحكم الأجنبي المطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية من مدى صحته من الناحية المسطرية والشكلية فقط"[3]

- الشرط الثاني: عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام المغربي

يعتبر هذا الشرط ذا أهمية بالغة، حيث نصت عليه أغلب التشريعات المقارنة، رغم صعوبة تحديد مفهومه، فهو يختلف باختلاف البلدان و الأزمان. فما يعتبر داخلا في النظام العام في زمن معين قد لا يعتبر كذلك في زمن آخر ولو تعلق الأمر بنفس البلد " إلا أنه يمكن التمييز في هذا الإطار بين نظام عام داخلي، ونظام عام دولي من حيث أن الأول هو مجموعة من القواعد القانونية التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها. بينما الثاني يتجسد في الشعور بالانتماء الديني أو السياسي، أو الاجتماعي الذي يتجاوز حدود القطر الواحد."[4]

---

[1] قرار عدد 605 صادر بتاريخ 2006 / 11 / 01 الملف عدد 2005 / 1 / 2 / 253 ،منشور بكتاب المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج الأول. ص185 . سلسلة الشروح والدلائل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، وزارة العدل المغربية.

[2] تنفيذ الأحكام الأجنبية بالمغرب ،ذ إبراهيم بحمان، مجلة القضاء والقانون، العدد 148 ،ص77.

[3] الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي ،د موسى عبود، ص340 .

[4] تنفيذ الأحكام الأجنبية وأثرها على الروابط الأسري، ذ عبد الرحيم حاوض، مقال منشور بمجلة قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى سنة 2007، ص236 ، مطبعة الأمنية الرباط.

فمخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام تستوجب عدم تنفيذه، فلا يتصور من القاضي المغربي مثلا قبول تنفيذ حكم أجنبي يقضي بالتبني أو منح البنت نفس حصة الابن من التركة ... لأنه مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، والتي يستمد النظام العام منها أسسه، على اعتبار أن الدين الإسلامي الدين الرسمي للمملكة.

فيجب على المحكمة إذا - وهي تنظر في طلب تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية - مراقبة مدى احترام الحكم الأجنبي للنظام العام المغربي، وأنه لا يمس به بأي شكل من الأشكال. وهذا ما أكدته محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) في أحد قراراتها:" تعليل المحكمة بكون القضاء الفرنسي استند في الحكم ببطلان عقد الزواج على كون الزوج كان هدفه هو الحصول على شهادة الإقامة دون أن تكون له نية إقامة زواج شرعي على وجه الدوام وساير بذلك القرار الطرح الوارد في الحكم الأجنبي من حيث عدم وجود تطابق بين الإيجاب والقبول، وأن تعليل القرار المطعون فيه لا ينبني على أساس قانوني وواقعي ذلك أن الزواج تم الإشهاد عليه أمام عدلين وشهدا على حصول الإيجاب والقبول بين الطرفين وهما متمتعان بالأهلية والتمييز والاختيار، لا شرط لأحدهما على الآخر بذكرهما...وأن الزواج دام بين الطرفين ثلاث سنوات ومن ثم فان المحكمة المطعون في قرارها لما لم تتأكد من صحة الحكم الأجنبي ولم تتحقق من عدم مساس أي محتوى من محتوياته بالنظام العام المغربي كما ينص ذلك الفصل 430 من ق م م,فإنها لم تجعل لما قضت به أساسا وعرضت قرارها للنقض"[1]

- الشرط الثالث: أن يكون الحكم الأجنبي حائزا لقوة الشيء المقضي به

وهو ما أشار إليه المقطع الثالث من الفقرة الثانية من الفصل 431 من قانون المسطرة المدنية، الذي ينص على أنه من بين الوثائق المرفقة بطلب التذييل بالصيغة التنفيذية: "شهادة من كتابة الضبط المختصة تشهد بعدم التعرض والاستئناف والطعن بالنقض." فلا بد أن يكون الحكم الأجنبي المراد تذييله بالصيغة التنفيذية نهائيا، وقابلا للتنفيذ في البلاد التي صدر فيها. وهذا شرط تتفق فيه جميع التشريعات إذ لابد أن يكون الحكم القضائي نهائيا واستنفد كل طرق الطعن حتى يصبح منتجا لأثاره القانونية. "ويرجع سبب اشتراط

[1] القرار عدد 161 الصادر بتاريخ 07 ابريل2015 ، الملف الشرعي عدد 2014 / 2 / 2 / 743 ،نشرة قرارات محكمة النقض ، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد22 ،ص 16-17، سنة 2015 .

قوة الشيء المقضي به في الحكم الأجنبي إلى فكرة توفير الاستقرار، إذ لو تم الاكتفاء بوجود الحكم فقط دون اشتراط أن يكون نهائيا، فإنه ليس هناك ما يمنع من إمكانية إصدار أمر بالتنفيذ بخصوص حكم أجنبي تم بعد ذلك إلغاؤه في الدولة التي صدر فيها"[1]. ففي قرار صادر عن محكمة النقض عدد2013/2/1/714 الذي أكد على إرفاق طلب تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية بأصل شهادة التبليغ أو كل وثيقة أخرى تقوم مقامه، حيث قام بنقض الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بالجديدة بتاريخ12/12/ لعلة تذييله لحكم أجنبي بالصيغة التنفيذية دون إرفاق طلب التذييل بشهادة التبليغ حيث جاء فيه" :إن المحكمة لما قضت بتذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية ،دون أن تبحث أو تجيب بعدم الإدلاء بأصل التبليغ، وفي غياب تحقق الشروط المنصوص عليها في الفصل 431 من ق م ن ،يكون قرارها ناقص التعليل وهو بمثابة انعدامه"[2]

- الشرط الرابع: اختصاص المحكمة الأجنبية

تتجلى أهمية الاختصاص في معرفة الجهة القضائية والمؤهلة للنظر في قضية معينة، فالاختصاص هو سلطة المحكمة للحكم في قضية ما، وعدم الاختصاص هو فقدان ولاية هذه الجهة أو المحكمة إزاء نوع معين من القضايا. ومن المعلوم أنه "لما يعرض النزاع المشتمل على العنصر الأجنبي على القاضي الوطني، فإنه قبل أن يبحث عن القانون الواجب التطبيق عليه، ينظر أولا هل محاكم دولته مختصة بالنظر فيه أم لا، فإذا وجد بأنها مختصة بحث حينئذ عن القانون الواجب التطبيق عليه، أما إذا وجد بأنها غير مختصة ، فلا داعي عندئذ أن يبحث عن القانون الواجب التطبيق عليه"[3].

[1] نظام تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الدولي الخاص المغربي، ياسين المعتمد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد04، ص118،سنة 2020.
[2] نشرة قرارات محكمة النقض ،غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 22، ص53،سنة 2015.
[3] القانون الدولي الخاص الجزائري، اعراب بلقاسم، ص12.

فلا بد إذا ألا يتضمن الحكم الأجنبي ما يخالف قواعد الاختصاص، وبذلك يجب "أن تكون المحكمة المختصة التي أصدرت الحكم مختصة لإصداره وفقا لقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي، وتكون تلك المحكمة هي المختصة أيضا طبقا لقواعد الاختصاص الداخلي في الدولة المعنية بالأمر"[1].

الفقرة الثانية: الإجراءات المسطرية لتذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية

سأبدأ بتحديد الجهة المختصة المخول لها البت في طلب التذييل ، ثم ما هي مسطرة البت في الدعوى وشروطها؟

1- الجهة المختصة في دعوى تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية

قبل تعديل الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية كانت الجهة المخول إليها البت في جميع طلبات تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية كيف ما كان موضوعها " هي محكمة الموضوع، لأن المشرع استعمل عبارة المحكمة الابتدائية، وهذه العبارة يقصد بها حسب ما استقر عليه الاجتهاد القضائي محكمة الموضوع"[2]. لكن بعد تعديل الفصل أعلاه بمقتضى القانون 61.19، والذي ينص في الفقرتين الأولى والثانية منه على أنه: " لا تنفذ في المغرب الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية، بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف رئيس المحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه أو لمكان التنفيذ عند عدم وجودهما."[3]، يكون المشرع المغربي قد حدد الجهة التي أسند لها الاختصاص في تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية في المحكمة الابتدائية.

---

[1] تذييل الحكم الأجنبي أو إمهاره بالصيغة التنفيذية، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع المغربي ،ناشف فريد، مداخلة ضمن أشغال الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة بالمهجر، تنظيم مختبر البحث في قانون الأسرة والمهجر، جامعة محمد الأول وجدة بتاريخ 09و10 أبريل 2010،إعداد وتنسيق د ادريس فاخوري ، ص303، دار الأفاق المغربية بالدار البيضاء.

[2] تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية بين اختصاص مؤسسة الرئيس وقضاء الموضوع، ذ:رشيد رحماني قاض بالمحكمة الابتدائية بوزان.ص4

[3] قانون رقم 61.19 بتتميم الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية نشر بالجريدة الرسمية عدد : 6807 ليوم 26 أغسطس 2019

غير أنه في قضايا الأسرة، فإن الاختصاص ينعقد لأقسام قضاء الأسرة، وذلك بمقتضى التعديل الذي طال الفصل الثاني من قانون التنظيم القضائي للمملكة لسنة 2004[1]، الذي ينص على أنه: " تنظر أقسام قضاء الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والحالة المدنية وشؤون التوثيق، ويمكن لكل غرفة أن تبحث وتحكم في كل القضايا المعروضة على المحكمة كيفما كان نوعها باستثناء ما يتعلق بأقسام الأسرة". و بالتالي فإن الجهة الوحيدة المخول لها البت في دعاوى تذييل الأحكام الأجنبية المتعلقة بالأسرة هي أقسام قضاء الأسرة.

2- مسطرة البت في دعوى الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية

ينص الفصل 431 من قانون المسطرة المدنية على أنه: " يقدم الطلب - إلا إذا نصت مقتضيات مخالفة في الاتفاقيات الدبلوماسية على غير ذلك - بمقال يرفق بما يلي:

- نسخة رسمية من الحكم؛
- أصل التبليغ أو كل وثيقة أخرى تقوم مقامه؛
- شهادة من كتابة الضبط المختصة تشهد بعدم التعرض و الاستئناف والطعن بالنقض؛
- ترجمة تامة إلى اللغة العربية عند الاقتضاء للمستندات المشار إليها أعلاه مصادق على صحتها من طرف ترجمان محلف...".

فيجب على من يريد تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية، تقديم طلب إلى قسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه، المختصة بالنظر في دعوى تذييل الأحكام والعقود الأجنبية القاضية بالطلاق، أو بالتطليق، أو بالخلع، أو بالفسخ، بالصيغة التنفيذية، مع التقيد بنفس الإجراءات المقررة في تقييد الدعوى، المنصوص عليها في الفصول 31 إلى 41 من قانون المسطرة المدنية.

[1] تم تغيير وتتميم الفصل 2 بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 10.34، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 148.11.1 بتاريخ 16 من رمضان 1432 (17 غشت 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5975، ص4386. بتاريخ 6 شوال 1432 (5 شتنبر 2011).

لكن ما طبيعة هذه الدعوى هل هي دعوى مستقلة وبالتالي فمن اللازم استدعاء أطرافها أمام المحكمة؟ أم يكفي توجيهها ضد النيابة العامة؟

ذهب الدكتور الكشبور أن دعوى التذييل بالصيغة التنفيذية - رغم ارتباطها بالحكم الأجنبي - هي دعوى وطنية حقيقية، مستقلة عن الحكم الأجنبي، يجب أن ترفع إلى المحكمة بمقال افتتاحي لها، وأن ترفع من مدع ضد مدعى عليه[1]. وهو نفس التوجه الذي سلكه الأستاذ عبد السلام زوير[2]، معتبرا أن الأصل فيها هو أن توجه ضد الطرف الآخر في الدعوى، وأن يتم استدعاؤه قانونا وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية. و مما يعزز هذا التوجه، الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية حين يتحدث عن "موطن أو محل إقامة المدعى عليه"، الذي يستفاد منه وجود طرفي منازعة، مدع ومدعى عليه.

غير أنه، واستجابة لفلسفة المشرع في المجال الأسري، الهادفة إلى تسريع البت في الدعاوي الأسرية، فبإمكان النيابة العامة - باعتبارها طرفا أصليا في جميع قضايا مدونة الأسرة - أن تكون مدعية أو مدعى عليها، كما في حالة حيلولة ظروف قاهرة دون تمكن المدعي من الحضور." وعلى ضوء ما سبق نخلص بأن الجهة القضائية المختصة(رئيس المحكمة أو قضاء الموضوع) للبت في دعوى تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية لا تقوم باستدعاء المدعى عليه للأسباب السالفة الذكر إلا استثناءا، وتكتفي بقبول توجيه الدعوى ضد النيابة العامة فقط لكون أغلب المتقاضين طالبي التذييل هم جالية مغربية مقيمة بالخارج لا تملك الوقت الكافي للدخول في تعقيدات استدعاء الأطراف. كما أن الحكم الأجنبي من شروط تذييله بالصيغة التنفيذية أن يكون نهائيا واستنفد جميع طرق الطعن، كما أن الغاية من هذه الدعوى هي مراقبة مدى استيفاء الحكم الأجنبي لجملة من الضوابط والشروط والتي تتحقق دون استدعاء المطلوب في الدعوى"[3].

ويجب أن يرفق طلب التذييل بالصيغة التنفيذية بالوثائق التالية:

---

[1] الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، محمد الكشبور، ص253، الطبعة الثالثة، 1436هـ- 2015م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

[2] مدونة الأسرة بعد سنتين من التطبيق -تحليل وتقديم- عبد السلام زوير، مجلة القضاء والقانون، عدد 154، ص 172.

[3] تأملات في قضايا أسرية على ضوء الاجتهاد القضائي، ذ عادل حاميد، ج 1، ص10 ، الطبعة الأولى، مطبعة بالماريس اديسيون الرباط.

- نسخة رسمية من الحكم الأجنبي المراد تذييله بالصيغة التنفيذية:

والمقصود أن تكون صادرة عن موظف مؤهل للإشهاد بصحة النسخة ومطابقتها للأصل، وهو في هذه الحالة كاتب ضبط للمحكمة التي أصدرت الحكم، أو كل موظف مؤهل لذلك، بمقتضى تشريع الدولة التي صدر الحكم عن إحدى محاكمها[1]. وقد اعتبر المشرع المغربي طبقا لمقتضيات الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود؛ الأحكام وثيقة رسمية.

- أصل التبليغ أو كل وثيقة أخرى تقوم مقامه:

يقصد بهذا الإجراء من الناحية القانونية، إثبات أن كل ما يخص الإجراءات التي اتبعت قد تم تبليغها إلى المدعى عليه، بهدف التأكد من أن حقوق الدفاع قد احترمت من طرف المحكمة الأجنبية مصدرة الحكم[2] . لكن لابد من استحضار بعض الشروط المنصوص عليها في بعض الاتفاقيات الثنائية كتلك المبرمة مع الجمهورية التونسية[3] ،والتي نصت المادة الثالثة والعشرون في بندها الثاني ما يلي: "

2 -- أن يكون المحكوم عليه قد حضر بنفسه أو بمن ينوب عنه أو بلغه الاستدعاء بصورة قانونية ولم يحضر"؛

- شهادة من كتابة الضبط المختصة تشهد بعدم التعرض والاستئناف والطعن بالنقض:

والمقصود به إثبات أن الحكم الأجنبي قد استنفد كافة طرق الطعن، وأصبح قابلا للتنفيذ بشكل نهائي.

- ترجمة تامة إلى اللغة العربية عند الاقتضاء للمستندات المشار إليها أعلاه مصادق على صحتها من طرف ترجمان محلف:

---

[1] تذييل الأحكام الأجنبية في المادة الأسرية بين النص القانوني والعمل القضائي ، معمرو بومكوسي، ص 36.، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، مسلك ماستر القضاء والتحكيم ، جامعة محمد الأول ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية .

[2] الواضح في شرح مدونة الأسرة ، انحلال ميثاق الزوجية ،محمد الكشبور، ص 255.

[3] اتفاقية التعاون القضائي وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، مرسوم ملكي رقم 208.66،بتاريخ 14 صفر1386(03يونيه1966)

لأن الأحكام الأجنبية غالبا ما تصدر بلغة غير اللغة العربية، والهدف من هذا الإجراء تبسيط تلك الأحكام أمام القضاة، حتى يتمكنوا من فهمها وتكييفها، فليس كل القضاة يجيدون اللغات الأجنبية. وقد استعمل المشرع عبارة" عند الاقتضاء"، مما يفيد أن هذه الترجمة إلى اللغة العربية غير ملزمة للمحكمة، إذ بإمكانها الاستغناء عنها متى آنست في نفسها فهم مضمون الحكم الأجنبي، دونما حاجة إلى ترجمته.

بعد هذا أرى، والله أعلم، ضرورة الإشارة إلى بعض الإكراهات والمستجدات في الموضوع.

بالرجوع إلى ما نص عليه الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية، يتضح طول مسطرة تذييل الأحكام بالصيغة التنفيذية، الأمر الذي يتعارض مع مصالح أفراد الجالية المقيمة بالخارج، خاصة أمام ضيق الوقت التي تقضيه هذه الأخيرة بالتراب الوطني، مما ينعكس سلبا على التزاماتها بدول الإقامة.

إلا أن المشرع المغربي تنبه لهذه الإكراهات، وهو ما تجسد في صدور القانون رقم 61.19 [1] والذي أضاف للفصل المذكور مجموعة من المقتضيات تتعلق بالصيغة التنفيذية للأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية كالتالي:

- ✓ الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ، يتم تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف رئيس المحكمة الابتدائية: إما لموطن أو محل إقامة المدعى عليه، أو لمكان تنفيذ الحكم، أو لمحل إبرام عقد الزواج، وعند الاقتضاء يتم استدعاء المدعى عليه من طرف رئيس المحكمة الذي يبث في الطلب داخل أجل أسبوع من تاريخ إيداعه؛
- ✓ لا يكون قابلا للطعن الأمر الصادر بمنح الصيغة التنفيذية في جزئه المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية، إلا إذا قدم الطعن من طرف النيابة العامة، ويكون قابلا للاستئناف في الأجزاء الأخرى داخل أجل خمسة عشر يوما أمام الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف.

لقد نص النص أعلاه على مجموعة من المستجدات وهي كالتالي:

[1] الظهير الشريف رقم 1.19.118، صادر في 7 في ذي الحجة 1440 /9 غشت 2019 ، صدر بالجريدة الرسمية عدد 6807 (ص 5897 وما يلها)، المؤرخة في 26 غشت 2019.

✓ إعادة النظر في الجهة القضائية للبت في الطلب: بعد أن كان البت بشكل حصري يعود إلى أقسام قضاء الأسرة داخل المحاكم الابتدائية، فإنه أصبح وطبقا لمقتضيات الصيغة الجديدة من الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية من صلاحيات رئيس المحكمة أو من ينوب عنه باعتباره قاضيا للمستعجلات وصاحب الولاية العامة في إصدار جميع الأوامر بناء على طلب. و لقد كان القصد من هذا الإجراء التجاوب مع ما تتطلبه قضايا تذييل الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية سواء بالطلاق أو التطليق أو الخلع أو الفسخ بالصيغة التنفيذية من سرعة واستعجال. كما أن هذا الاجراء من شأنه أيضا تخفيف العبء على المحاكم أمام كثرة الجلسات والملفات والإجراءات، مما سيمكن أفراد الجالية المغربية من استيفاء حقوقهم داخل آجال معقولة ومناسبة؛

✓ تحديد اختصاص المجال الترابي: على نهج مسار المشرع المتسم بالمرونة والتيسير، وبعد أن كان الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية في صيغته القديمة يشير فقط إلى موطن أو محل إقامة المدعي عليه أو لمكان التنفيذ عند عدم وجودهما، فإن الصيغة الجديدة، أضافت محل إبرام عقد الزواج؛ ولا يخفى ما لهذا الإجراء من آثار إيجابية على مستوى الاقتصاد في البعد الزمني لأفراد الجالية؛

✓ _التقليص في الآجال: حيث نصت الصيغة الجديدة من الفصل 430 من القانون نفسه أن على رئيس المحكمة أو من ينوب عنه، البت في الطلب داخل أجل أسبوع من إيداعه. مع إمكانية الاستئناف داخل أجل خمسة عشر يوما أمام الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف. وفي السياق ذاته فإنه يتوجب على كاتب الضبط وطبقا دائما لنفس مقتضيات الفصل المذكور، وفي أجل داخل ثلاثة أيام من تاريخ إيداع مقال الاستئناف، توجيه الأخير مع المستندات المرفقة، لكتابة الضبط لدى محكمة الاستئناف؛ ليبت بعدها الرئيس الأول أو من ينوب عنه، داخل عشرة أيام من تاريخ توصل كتابة الضبط بالملف.

- ✓ _أن التذيل يتم في غيبة المدعى عليه دونما حاجة لاستدعائه إلا عند الاقتضاء: وهو ما يتماشى مع فلسفة المشرع من توخي السرعة والاستعجال.
- ✓ _حصر الطعن بالاستئناف: بمقتضى القانون المشار إليه سابقا 61.19 فالنيابة العامة حصرا هي الجهة المخول لها الطعن في الحكم الصادر بالتذييل بالصيغة التنفيذية في الشق المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية. أما فيما يخص الطلبات التي لا تنتهي بالاستجابة للطلب، سواء بالرفض أو عدم القبول أو غيره، وكذا إذا تعلق الأمر بالالتزامات المادية والمعنوية التي قد يتضمنها الحكم الأجنبي، فهي قابلة للاستئناف سواء من قبل الأطراف وكذا النيابة العامة.

المطلب الثاني: إشكالات طلاق المغاربة المقيمين بالخارج المطروحة في بلد الإقامة

تتعدد تلك المشاكل وتتنوع، لكن سأقف على تلك المتعلقة بتطبيق القانون المغربي على طلاق المغاربة في الخارج (الفرع الأول)، ثم تلك المرتبطة باستبعاد القانون المغربي من طرف القضاء الأوروبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطبيق القانون المغربي على طلاق المغاربة في الخارج

لئن كانت القاعدة العامة الواردة في قواعد تنازع القوانين تقضي بخضوع الأحوال الشخصية للأجانب للقانون الوطني، فإن طلاق المغاربة في الخارج سيكون خاضعا للقانون المغربي.

إلا أننا نجد في الواقع العملي معظم الدول الغربية خاصة اللاتينية منها، تأخذ بضابط الجنسية كضابط إسناد في مجال الأحوال الشخصية. وذلك استنادا على نظرية "شخصية القوانين"[1]، والتي وضعها الفقيه الإيطالي "مانسيني"، وهكذا:

- فقد نص القانون الهولندي الصادر بتاريخ 25 مارس 1981 م في فصله الأول على أنه: "يطبق على الطلاق أو الانفصال الجسماني:

[1] قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص المغربي (دراسة مقارنة)، أحمد موساوي، ص56، الطبعة الأولى ، مراكش، سنة2002م.

- القانون الوطني المشترك إذا كان للزوجين جنسية مشتركة؛

- قانون الإقامة الاعتيادية إذا لم يكن للزوجين جنسية مشتركة"[1]؛

- أما القانون الدولي الخاص البلجيكي الصادر بتاريخ أكتوبر 2004 م فقد نص في مادته الثالثة على خضوع الأشخاص فيما يخص حالتهم إلى قانون الدولة التي يحملون جنسيتها[2]؛

- كما أن الفصل 107 من القانون المدني الاسباني ينص على إخضاع الطلاق إلى القانون الوطني المشترك للزوجين"[3]؛

- أما بالنسبة للقانون الإيطالي 218 الصادر بتاريخ 31مارس 1995م، فقد نص الفصل 31 منه على أنه: "يطبق على الطلاق أو الانفصال الشخصي قانون الزوجين المشترك أو قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامتها، وإذا لم يسع تطبيق قانون أجنبي عليها، يطبق على الطلاق أو الانفصال الشخصي القانون الإيطالي"[4].

لكن رغم أخذ معظم الدول الأوروبية من حيث المبدأ بضابط الجنسية كضابط إسناد في مجال الأحوال الشخصية، مما يستلزم بالتبع خضوع الجالية المغربية القاطنة بهذه الدول في مجال الأحوال الشخصية للقانون المغربي، فإن تقرير الأنظمة القانونية لهذه الدول لبعض الاستثناءات على هذا المبدأ، من خلال تبنيها لضوابط أخرى غير ضابط الجنسية؛ كان له انعكاس سلبي على الأوضاع القانونية لهذه الجالية المغربية المقيمة على تراب هذه الدول، برزت بشكل واضح في كل ما يتعلق بزيجاتهم وأطلقتهم وآثارهما.

ومن أجل تجاوز هذه المشاكل وضمان وحدة النظام القانوني الذي يحكم الروابط العائلية، نهج المغرب سياسة عقد الاتفاقيات الثنائية مع عدد من الدول الأجنبية، وبخاصة تلك المستقطبة لنسب مهمة من أفراد الجالية المغربية المقيمة في أوروبا.

---

[1] الفصل الأول من القانون الهولندي الصادر بتاريخ 25 مارس .

[2] المادة الثالثة من القانون الدولي الخاص البلجيكي الصادر بتاريخ أكتوبر2004م .

[3] الفصل 107 من القانون المدني الاسباني .

[4] قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوربي، منير الشعيبي، أية إمكانية للتطبيق، ص89..

وقد حاولت الدولة المغربية من خلال هذه الاتفاقيات التأكيد على خضوع أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية لقانونهم الوطني، عملا بالمبدأ المتعارف عليه في القانون الدولي الخاص.

و سأحاول الوقوف على أهم هذه الاتفاقيات مبرزا أهم نتائجها على مستوى الأحكام الصادرة عن محاكم بلدان الإقامة:

أولا- الاتفاقية المغربية الفرنسية بشأن حالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي المؤرخة في 10 غشت 1981[1]:

نصت المادة التاسعة من هذه الاتفاقية على أنه : "ينحل الزواج وفقا لقانون إحدى الدولتين التي ينتمي إليها الزوجان يوم تقييد الطلب". فالمادة صريحة إذ تحيل إلى تطبيق القانون المغربي من طرف القضاء الفرنسي على النزاعات التي تنشأ بين أطراف يحملون الجنسية المغربية بخصوص إنهاء الرابطة الزوجية. وهو ما تجلى فعلا في بعض من الأحكام القضائية من بينها:

1- القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 3 نونبر[2]، والذي ورد فيه: "... حيث إن النازلة، حسبما أثبت ذلك القرار المطعون فيه، تتعلق بزوجين ينتسبان إلى الجنسية المغربية، تزوجا في المغرب تطبيقا لقانون أحوالهما الشخصية المشترك الذي وإن كان يقضي بأن الطلاق الانفرادي يعتبر وسيلة من وسائل انحلال الرابطة الزوجية تخضع لتقدير الزوج، إلا أن الطلاق المذكور محاط ببعض الضمانات المكفولة للمرأة المطلقة وخلافا لما قررته محكمة الدرجة الثانية، فإن الطابع الرجعي للطلاق ليس من شأنه أن يزيد في الامتيازات الممنوحة للزوج...، إنما يهدف إلى تنظيم الفترة الانتقالية التي يمكنها تحقيق التقارب بين الزوجين، حيث أن محكمة الاستئناف قضت بناء على الأسباب المشار إليها من قبل برفض الاعتراف بآثار الطلاق الواقع يوم 27 نونبر 1976، والمسجل في الرسم المؤرخ بـ 11 فبراير 1977، لم تعلل القرار الصادر عنها بالكيفية

[1] سبق الإشارة إليها ص 123.

[2] القضاء الفرنسي وانحلال الرابطة الزوجية بين المغاربة المهاجرين في فرنسا، أحمد زوكاغي ، ص19، مطبعة دار السلام، السنة 2006م.

المطلوبة قانونا...، لهذه الأسباب، ودونما حاجة للنظر في الفرع الأول من الوسيلة الأولى ولا في الوسيلة الثانية، قررت محكمة النقض إلغاء القرار الصادر يوم 30 يونيو 1981بين الطرفين عن محكمة استئناف فرساي وإحالة الطرفين المذكورين على محكمة استئناف أورليان".

2- القرار الصادر عن محكمة الدرجة الكبرى بباريس بتاريخ 26 فبراير 1992م بباريس إلى أنه: "... حيث إنه بمقتضيات المادة الحادية عشرة من اتفاقية 10 غشت 1981 م الواجبة التطبيق في هذه النازلة، فإن السلطة المغربية التي أعلنت عن انحلال الرابطة الزوجية كانت هي المختصة في ذلك أينما كان موطن الزوجين، إذ أن هذين الأخيرين ينتسبان معا إلى الجنسية المغربية، علاوة أن القانون المغربي الواجب تطبيقه هو القانون المحدد وفق المواد من 1 إلى 9 من الاتفاقية المشار إليها التي تقضي بدورها بمبدأ انعقاد الاختصاص للقانون الوطني للزوجين. حيث إن أحكام القانون المذكور التي تجيز بالنسبة لهذه النازلة حل الرابطة الزوجية عن طريق الاتفاق المشترك بين الزوجين لا تتعارض مع النظام العام..."[1].

لئن كان القراران السابقان صدرا في زمن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، فإن القضاء الفرنسي طبق أيضا القانون المغربي استنادا إلى ضابط الجنسية فيما يخص انحلال الرابطة الزوجية بين شخصين مغربيين، في ظل مدونة الأسرة أيضا. وهو ما يؤكده القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بفرساي الغرفة الثانية القسم الأول بتاريخ 07 فبراير 2013 م في ملف الطلاق 2012/1363 القاضي بطلاق (ب.ع) من زوجها (ج.ع)، وتحديد المستحقات. دونما إشارة إلى التعارض مع النظام العام[2].

[1] القضاء الفرنسي وانحلال الرابطة الزوجية بين المغاربة المهاجرين في فرنسا، أحمد زوكاغي، ص190- 194.

[2] المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض.cspj.ma .بتاريخ 2020/01/22.

ثانيا- الاتفاقية المغربية الإسبانية المتعلقة بالتعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال بتاريخ 30 ماي 1997[1].

والتي تتكون من ستة أبواب وثلاثة وعسرين مادة، وتستهدف كما ورد في مقدمتها، الحرص على تدعيم علاقات التعاون بين البلدين ،وضمان حماية أفضل للأطفال. كما نصت المادة السادسة من الاتفاقية على تبسيط المساطر وتيسير الإجراءات، وذلك بضمانه لمبدأ مجانية الإجراءات والمساعدة القضائية وفق القواعد الجاري بها في كلا البلدين.

وفي نفس التوجه؛ نصت المادة الحادية عشر في الباب الثالث من نفس الاتفاقية، على أنه لا يحق للسلطات القضائية المطلوبة رفض الاعتراف بالمقررات القضائية و تنفيذها فوق تراب الدولة الطالبة إن كانت قابلة للتنفيذ إلا لسبب من الأسباب التي حددتها المادة نفسها.

الفرع الثاني: استبعاد القانون المغربي من طرف القضاء الأوروبي

عمدت الدول الأوروبية لمواجهة الهجرة المكثفة والمتزايدة، إلى تغيير نهجها على مستوى الأحوال الشخصية لهذه الفئة، فبعد أن كانت تولي اعتبارا لارتباطهم بقوانينهم الوطنية إعمالا لمبدأ شخصية القوانين، أضحت توظف بعض الآليات القانونية تعتمد على إعمال ضوابط إسناد جديدة كالدفع بالنظام العام وإعمال قوانين التطبيق الفوري.... إلى جانب تفعيل قانون الموطن أو الإقامة الاعتيادية وذلك في مواجهة القانون الأجنبي. ومن بين هذه الدول التي سارت على هذا النهج، نذكر:

أولا: فرنسا: حيث ينص الفصل 310 من القانون المدني الفرنسي بموجب تعديل سنة 1975 م في فقرته الثانية على "خضوع الطلاق أو الانفصال الجسماني للقانون الفرنسي عندما يكون موطن الزوجين داخل التراب الفرنسي بغض النظر عن جنسيتهما".

[1] ظهير شريف رقم 1.99.113، صادر في 26 محرم 1420 الموافق (13ماي1999)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد، ص1544. بتاريخ 3ربيع الأول 1420(17يونيو1999) .

فالنص واضح في كون أطلقة المغاربة المقيمين بفرنسا ستخضع حتما للقانون الفرنسي لأخذه بضابط الموطن، مستبعدا بذلك القانون الوطني للزوجين المغربيين المقيمين بفرنسا. وهو ما استدركه المشرع المغربي من خلال الاتفاقية المغربية الفرنسية الصادرة بتاريخ 10 غشت 1981م، حيث أن الفصل التاسع من هذه الاتفاقية ينص على أنه: "ينحل الزواج وفقا لقانون إحدى الدولتين التي ينتمي إليها الزوجان يوم تقييد الطلب". حيث أصبح الطلاق بين المغاربة بموجب هذا الفصل يخضع للقانون المغربي. وبالرغم من أن هذه الاتفاقية قد جعلت من الموطن مركز الإسناد الرئيسي في الروابط المختلطة مما يعني أن إرجاع الاختصاص إلى القانون المغربي لا يشمل إلا الحالة التي يكون فيها الطرفان معا من جنسية مغربية[1].

وهو ما أكده العمل القضائي في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 ماي 1993 م"... لكن حيث إن محكمة الاستئناف بينت أنه قبل وقوع الطلاق الثاني بموجب الرسم المحرر سنة 1987 سبق للزوجين أن اكتسبا الجنسية الفرنسية بمقتضى مرسوم 11 أكتوبر 1987، وظلا مستقرين في فرنسا، الأمر الذي ينتج عنه أن الزواج المعقود بين الزوجين المذكورين لا يمكن حله إلا وفقا للقانون الفرنسي، كما أن الاعتراف بطلاق المرأة خارج الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 13 من اتفاقية 10 غشت 1981 يعتبر متعارضا مع النظام العام للدولة التي اختار الزوجان أن يصبحا من مواطنيها، وهكذا وبغض النظر عن الأسباب المستند إليها فإن القرار المطعون فيه معلل بكيفية قانونية سليمة...".

يتضح من خلال هذا الحكم أن محكمة النقض الفرنسية استندت في رفض تطبيقها للقانون المغربي بالإضافة إلى استقرار الزوجين بفرنسا، إلى ما أصبح يسمى في القانون الدولي الخاص بالجنسية الفعلية، والتي جاءت لتدعم فكرة الموطن على اعتبار أن المغربي الذي يستقر في أوروبا ويحصل على جنسية البلد الذي يقيم فيه يكون قد اندمج في هذا المجتمع وأصبح يشكل جزءا من كيانه. الأمر الذي يبرر خضوعه لقانونه شأنه شأن باقي المواطنين[2].

[1] وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد، موحى ولحسن ميموني، مجلة الملف،، ص109، العدد 4 شتنبر 2004.

[2] قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوربي، أية إمكانية للتطبيق ،منير الشعيبي، ص98.

ثانيا: ألمانيا: حيث ينص الفصل 14 من القانون الألماني بعد التعديل الذي وقع عليه خلال سنة 1986 م على أنه: "في حالة اختلاف الجنسية بين الزوجين يطبق قانون الدولة التي توجد بها إقامتها الاعتيادية أو كانت لهما بها آخر إقامة". فالنص صريح في اعتماد ضابط الإقامة لفض النزاع فيما يتعلق بالأحوال الشخصية.

ثالثا- إيطاليا: الواقع أن القانون الإيطالي يكرس نفس الحل القانوني الذي تبناه نظيره الألماني، وذلك بالاعتماد على ضابط الجنسية من حيث المبدأ لفض تنازع القوانين فيما يخص الأحوال الشخصية، واستثناء يعتمد ضابط الموطن إذا كان طرفا النزاع ليس من جنسية مغربية، أو أن أحدهما فقط من يحمل الجنسية المغربية؛ لكن ما يميز القانون الإيطالي ليس فقط إحالته إلى قانون الإقامة الاعتيادية للأطراف، وإنما كذلك إلى قانون آخر هو محل إقامة الطرفين.

رابعا: هولندا: حيث أن الفصل الأول من القانون الهولندي الصادر بتاريخ 25 ماي 1981 م نص على ما يلي: "يطبق على الطلاق أو الانفصال الجسماني:

- القانون الوطني المشترك إذا كانت للزوجين جنسية مشتركة؛
- قانون الإقامة الاعتيادية إذا لم تكن للزوجين جنسية مشتركة..."

من خلال هذا النص نجد أن القانون الهولندي يميز بين ما:

- ✓ إذا تعلق الأمر بطرفين يحملان معا الجنسية المغربية فإنه يعتمد من حيث المبدأ على ضابط الجنسية كإسناد تقليدي للأحوال الشخصية؛
- ✓ أما إذا تعلق الأمر بنزاع طرفاه أو أحدهما غير حامل الجنسية المغربية فإنه يعتمد ضابط الموطن.

ومن ثم فإن القانون الهولندي هو المطبق على كل زوجين مغربيين يقيمان بالديار الهولندية، وكان أحدهما يحمل الجنسية الهولندية، ويريدان إنهاء العلاقة الزوجية الرابطة بينهما أمام القضاء الهولندي.

فالقاضي الهولندي في هذه النازلة سيطبق قانونه الوطني على اعتبار أن أحد أطراف العلاقة الزوجية يحمل جنسية القاضي.

كما نص نفس الفصل على أنه: "يطبق القانون الهولندي في مادة الطلاق والفصل الجسماني في حالة اتفاق الأطراف على اختياره أوفي حالة المطالبة بتطبيقه من قبل أحد الأطراف رغم معارضة الطرف الآخر".

فالمشرع الهولندي منح للمغاربة المقيمين بهولندا، إمكانية المطالبة بتطبيق القانون الهولندي في حالة الاتفاق على الطلاق والفصل الجسماني، بل حتى في حالة عدم اتفاقهما على ذلك ومعارضة أحد الأطراف لتطبيقه فإنه يمنح الامتياز لنفسه.

يتضح أن القانون الهولندي خالف الأنظمة السابقة، حيث اعتمد وأخذ بضابط آخر غير ضابط الموطن أو الإقامة الاعتيادية، ألا وهو ضابط الإرادة، والذي يرجع الفضل في ظهوره إلى الفقيه البلجيكي" Jean Yves Carlier"[1].

فضابط الإرادة يعتبر حلا توفيقيا بين القانون الوطني للمحافظة على ثقافة البلد الأصلي للمهاجر وبين قانون الإقامة الاعتيادية.

وهو ما سار عليه العمل القضائي بهولندا:

- فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بأوتريخت بتاريخ7 مارس 1990م: "... وحيث طلبت المدعية بواسطة عريضة الدعوى الحكم بفك العصمة الزوجية بينها وبين الطرف المدعى عليه بالطلاق... وحيث تفككت حياة الطرفين الزوجية منذ مدة طويلة وباستمرار... إن المرأة مقيمة في هولندا لمدة أكثر من 12 شهرا... بحيث يحق للقاضي الهولندي إصدار حكم، وحيث اختارت المرأة

[1] قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوربي، أية إمكانية للتطبيق ، منير الشعيبي ،ص104.

تطبيق القانون الهولندي ولم يتقدم الزوج بأية معارضة لهذا الاختيار سوف يطبق القانون الهولندي على هذه الدعوى..."[1].

- كما جاء أيضا في حكم صادر عن محكمة امستردام بتاريخ 28 غشت 1991 م ما يلي:

"...المدعية تطلب بأن تحكم المحكمة بالطلاق بين الطرفين وذلك اعتبارا للتأزم الذي أصاب العلاقة بينهما... الطرفان يحملان الجنسية المغربية بما أن المدعية تسكن أكثر من 12 شهرا بهولندا، لهذا يعطي الحق للقاضي الهولندي الحسم في هذه النازلة... المدعية اختارت تطبيق القانون الهولندي للحسم في النازلة، واعتبارا أن المدعى عليه لم يعارض هذا الاختيار يطبق القانون الهولندي...".

يتبين أن القضاء الهولندي خلال القرارين طبق على طلاق الأزواج المغاربة المقيمين بتراب الدولة الهولندية، القانون الوطني الهولندي تبعا لإرادة الزوجة له وعدم معارضة الزوج لذلك.

ولذلك فإن معظم الزوجات اللواتي يرغبن في الاحتكام للقانون الهولندي في انحلال الرابطة الزوجية، راجع بالأساس إلى يسر تنفيذ الأحكام خصوصا إذا كانا مقيمان بالديار الهولندية، إضافة إلى مقتضيات الحكم المتعلقة بحقوقها وحقوق أطفالها التي غالبا ما يكون بينها وبين مثيلاتها في المغرب بون شاسع.

المبحث الثاني: إشكالات متعلقة بآثار طلاق المغاربة بالخارج

شأنه شأن الطلاق الذي يقع داخل المغرب، فلطلاق المغاربة بالخارج أيضا آثارا، تثير عدة إشكالات، تتمثل بالأساس في القانون الواجب التطبيق، وذلك ناتج عن الاختلاف الذي كثيرا ما أشرنا إليه، والمتمثل في مرجعية كل من القانون الأسري المغربي ذو المرجعية الإسلامية، والقانون الأوروبي ذو المرجعية العلمانية.

وهذه الآثار منها ما هو خاص بالأطفال سواء المتعلقة بالحضانة أو النفقة (المطلب الأول) أو الآثار المتعلقة بالزوجين (المطلب الثاني).

[1] حكم صادر من المحكمة الابتدائية بأوترخت بتاريخ 7مارس 1990، القسم المدني رقم 43223/89، أوردته جميلة أوحيدة، نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا،ص 56.

المطلب الأول: آثار طلاق المغاربة أمام القضاء الأوربي بالنسبة للأطفال

ينتج عن وقوع الطلاق بين الزوجين انفصال الطفل عن أحدهما، تبرز معه مجموعة من الإشكالات المتعلقة أساسا إما بحضانته من جهة أو بالنفقة الواجبة عليه من جهة أخرى.

وإذا كانت لهذه الإشكالات بالنسبة للأطلقة بين المغاربة داخل وطنهم تأثيرات سلبية على الطفل بالأساس، فإنها تزداد تعقيدا بالنسبة لطلاق المغاربة الواقع أمام قضاء الدول الأوربية. وبعد أن تبين لهذا الأخير عجز ضابط الجنسية وضابط الموطن عن إيجاد الحلول المناسبة، قام بتبني ضوابط إسناد جديدة كضابط الإقامة الاعتيادية وضابط الإرادة، إلى أن استقر في الأخير على تبني مبدأ "المصلحة الفضلى للطفل" أي إلى تطبيق ما يعتبره القانون الأصلح للطفل على هذه الآثار دون النظر إلى جنسية هذا الأخير.

وقبل الحديث عن هذه الآثار، أرى، والله أعلم، أن أقف عند ما المقصود بالمصلحة الفضلى للطفل؟

الفرع الأول: المصلحة الفضلى للطفل

الفقرة الأولى: ما المقصود بالطفل

إذا كانت اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل تركت الحرية الكاملة للدول الأعضاء في تحديد سن الطفل، حيث نصت مادتها الأولى على أن: "الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر مالم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه ..."[1]، فإن المشرع المغربي، وإن كان قد حدد سن الرشد القانوني حسب المادة 209 من المدونة في 18 سنة، فإن مدونة الأسرة نجدها لم تشر صراحة إلى أن مفهوم الطفل يتحدد بما هو دون سن 18 سنة؛ بل اكتفت بالإشارة إلى الآثار المترتبة عن مقتضيات المدونة لمن هم دون هذا السن، باعتبارهم قاصرين عن مباشرة جملة من التصرفات القانونية.

وكذلك الشأن بالنسبة لقانون الجنسية، فقد جاء في الفصل السادس منه: "يعتبر مغربيا الولد المولود من أي مغربي وأم مغربية ". وجاء في الفصل السابع من نفس القانون بصدد الحديث عن الجنسية

[1] المادة 1 من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل.

المترتبة عن الولادة في المغرب: "يعتبر مغربيا الولد المولود بالمغرب من أبوين مجهولين. غير أن الولد المولود بالمغرب من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن مغربيا قط إذا ثبت خلال قصوره أن نسبه ينحدر من أجنبي، وكان يتمتع بالجنسية التي ينتمي إليها هذا الأجنبي طبقا لقانونه الوطني. يعد مجهول الأبوين بالمغرب مولودا فيه ما لم يثبت خلاف ذلك"[1].

الفقرة الثانية: المصلحة الفضلى للطفل

بالرغم من التنصيص على مبدأ المصلحة الفضلى في الاتفاقية الأممية للطفل وكذا التشريعات الوطنية لجل بلدان العالم، يبقى الغموض يكتنف هذا المبدأ فيما يخص معايير تحديد تلك المصلحة.

1- المصلحة الفضلى في الفقه الإسلامي:

عرف الإمام الغزالي المصلحة بأنها:" عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحقيق مقاصدهم، لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل مالا يتضمن هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة "[2].

يتضح من خلال تعريف الغزالي رحمه الله تعالى أن ضابط المصلحة الأساس ومعيارها المعتمد هو مدى تحقيقها لمقاصد الشريعة السمحاء. ولقد وسع الفقهاء المسلمون من نطاق المصلحة فعدوا الوسائل الموصلة للمصالح مصلحة، وفي هذا قال الإمام فخر الدين الرازي: "المصلحة لا معنى لها إلا اللذة وما يكون وسيلة إليها، والمفسدة لا معنى لها إلا الألم أو ما يكون وسيلة إليه"[3].

---

[1] كفالة الأطفال المهملين دراسة في القانون المغربي، محمد الشافعي، ص121.

[2] المستصفى في علم الأصول، أبو حامد الغزالي، ص416، المحقق محمد بن سليمان الأشقر، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان 1417هـ/1997م.

[3] المحصول، فخر الدين الرازي ، ج6،ص179،دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، الطبعة الثالثة، 1418 هـ - 1997 م، الناشر مؤسسة الرسالة.

2- شروط المصلحة في الشرع

وضع الشرع الحنيف شروطا للمصلحة، أذكر منها:

أ- أن تكون المصلحة متلائمة مع مقاصد الشرع، وأقسام المقاصد في الشريعة الإسلامية ثلاثة :الضروريات والحاجيات والتحسينيات. و مجمع الضروريات خمسة وهي: الدين، والنفس، والعقل، والنسل، و المال؛

ب- أن تكون هذه المصلحة مما يقبلها العقل السليم؛

ت- أن يكون الأخذ بهذه المصلحة يؤدي إلى رفع حرج لازم كان سيصل بالناس لو لم يؤخذ بها "[1].

ومن ثم، فمتى كانت المصلحة الفضلى للطفل تتساوق مع مقاصد الشرع الحنيف ويقبلها العقل السليم وترفع الحرج عن الطفل اعتد بها ولزم اعتبارها. ومتى كانت تلك المصلحة غير ذلك، فإنما هي مصلحة وهمية، منشأها في الغالب اتباع الهوى ونزوات النفس.

وبالتالي فيمكن القول بأن المصلحة الفضلى للطفل في الشرع هي كل منفعة مادية كالنفقة، أو معنوية كالتربية متجهة للطفل في حدود مقاصد الشريعة السمحاء.

3- المصلحة الفضلى في القانون الدولي الخاص:

لقد أثار الإعلان العالمي لحقوق الطفل 1924 م المصلحة الفضلى للطفل دون أن يصرح به إذ نص على أن: "الإنسانية يجب أن تعطي للطفل أحسن ما لدينا"، إلى أن جاء إعلان حقوق الطفل 1959 م لينص عليها

[1] "الحق في الأسرة محاولة في التأسيس"، محمد كرادة، ص91.،بحث دبلوم الدراسات المعمقة قانون خاص ،جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية، فاس، سنة 2003 .

صراحة "يجب أن يكون للمصلحة الفضلى الاعتبار الأول، وذلك أثناء تبني القوانين المتعلقة بالأطفال". وهو ما كرسته الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي تعتبر الأكثر حماية لحقوق الطفل المتعارف عليها دوليا[1].

غير أنه رغم التنصيص على المصلحة الفضلى بشكل صريح كما رأينا، فإنه بقي مبهما. ومن بين تجليات هذا الغموض اختلاف مسميات هذا المبدأ، فإنجلترا مثلا تطلق عليه الأحسن للطفل (Welfare of child)، أما ألمانيا فقد فضلت مصطلح الأفضل للطفل (Kindeswohlle).

و لا يخفى ما يترتب على هذا الإبهام من اختلاف الآراء والأحكام، باختلاف زاوية ووجهة كل متدخل.

وهكذا، فقد اعتمد المشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ 08 يناير 1993م في المادة 287 مبدأ السلطة الأبوية التي تمارس من الأبوين معا" وسمح للقاضي التدخل حين لا يصل الأبوان إلى اتفاق، أو تبين له أن مقتضيات الاتفاق ليست في مصلحة الطفل."

4- المصلحة الفضلى في التشريع المغربي:

من تمام عناية المشرع المغربي بالطفل أن أفرد له مادة خاصة بالحقوق الواجب القيام بها من طرف أبويهما أثناء قيام الحياة الزوجية، على أن تتوزع بينهم في حال إنهاء العلاقة الزوجية.

ولقد تحدث المشرع المغربي عن المصلحة في مدونة الأسرة في معرض حديثه عن الحضانة: "حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه... والقيام بمصالحه في حالة غياب النائب الشرعي، وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون "[2]. و ترك المشرع المغربي تقدير مصلحة الطفل للقاضي في بيت المحضون مثلا في غير بيت حاضنه، أو التعديل في أوقات الزيارة، قبول دعوى ثبوت الزوجية ولا تخفى أهميته في وجود

[1] وقد نصت عليه العديد من الاتفاقيات الدولية أهمها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، والتي نصت في الفقرة الأولى من فصلها الثالث على أنه: "في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى..." وأعادت التأكيد عليه في الفقرة الثالثة من المادة التاسعة من نفس الاتفاقية على أنه تحترم الدول الأطراف حق الطفل المنفصل عن والديه أو أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى".

[2] المادة 163 من مدونة الأسرة.

حمل أو أطفال، ربط قبول التعدد بضرورة توفر الراغب في التعدد على الموارد الكافية لإعالة أسرتين وضمان جميع الحقوق من نفقة وكسوة ومساواة في جميع أوجه الحياة[1].

وكباقي التشريعات، فإن المشرع المغربي لم يقم بإعطاء تعريف دقيق للمصلحة الفضلى للطفل، بل ترك المجال في ذلك للسلطة التقديرية. غير أن هذه الأخيرة مقيدة بالمعيار الشرعي الذي تنص عليه المادة 400 من مدونة الأسرة: "كل ما لم يرد به نص في المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف". مما يستنتج منه أن المصلحة الفضلى للطفل في التشريع المغربي لا تخرج عن كل منفعة مادية أو معنوية للطفل مقيدة بمقاصد الشرع الحنيف.

وبالرجوع إلى أحكام مدونة الأسرة فإن المصلحة الفضلى تبرز في جملة من المقتضيات منها:

أ- إشراك النيابة العامة في جميع القضايا الأسرية وفق مقتضيات المادة 46 حمائيا أو وقائيا كما أنه قد تقوم بدور مساعد للقضاء أيضا؛

ب- تدخل القضاء من خلال مقتضيات المادة 54 والتي تنص على حقوق الأبناء في الرعاية وحق الطفل في حماية نسبه وحقه في الحضانة والنفقة بعد انتهاء العلاقة الزوجية:

- ✓ ففيما يخص الحضانة، فقد سعى المشرع إلى تقوية المركز القانوني للطفل حين اعتبر كلا من تكاليف سكن المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرها. فألزم الأب الحاضن بتوفير محل لسكن الأبناء وأداء السومة الكرائية المقدرة من طرف المحكمة، ولا يفرغ المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحضون، وعلى المحكمة أن تحدد في حكمها الاجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه؛

[1] المواد 40-41-42-44-45 من مدونة الأسرة.

✓ وضمانا للتكاليف المادية لسكن المحضون، خولت مدونة الأسرة للمحكمة طبقا لمقتضيات المادة 191 من مدونة الأسرة صلاحية التدخل لضمان أجرة المسكن بتنفيذ الحكم على أموال المحكوم عليه، أو الاقتطاع من منبع الريع أو الأجر الذي يتقاضاه. وحق التدخل لمراقبة سكن المحضون ومدى صلاحية المسكن من عدمه؛

✓ عدم سقوط حضانة الأم الحاضنة عند زواجها إذا كان المحضون صغيرا لا يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر نتيجة فراق الأم، أو إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة[1]؛

✓ إلزام الأبوين وكذا الأقارب وغيرهم بإخطار النيابة العامة بكل ما يتعرض إليه المحضون من أضرار، حتى تتمكن من إسقاط الحضانة في حال إخلاله بالواجبات الملقاة على عاتقه[2]؛

✓ للمحكمة بناء على طلب النيابة العامة منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب دون موافقة نائبه الشرعي. كما يمكن اللجوء في حال رفض الموافقة على السفر إلى قاضي المستعجلات لاستصدار إذن بالموافقة[3].

الفرع الثاني: الآثار المتعلقة بالحضانة والنفقة

الفقرة الأولى: الآثار المتعلقة بالحضانة

تعد من أهم الآثار المترتبة عن الطلاق، وأكثرها وقعا ليس على المحضون فحسب بل على الزوجين. وتزداد هذه الآثار تعقيدا و استعصاء كلما تعلق الأمر بالعلاقة ذات العنصر الأجنبي.

[1] المادة 175 من مدونة الأسرة.

[2] المادة 177 من مدونة الأسرة.

[3] المادة 179 من مدونة الأسرة.

1- آراء الفقهاء و أحكام القضاء

لعل أول مشكل متعلق بالحضانة يكمن في انقسام آراء الفقهاء وأحكام القضاء حول تحديد القانون الواجب التطبيق وتحديد قاعدة إسناد صريحة بخصوصها، وذلك ناتج لكون جل القوانين العربية لم تنص عليه، بل حتى القانون الفرنسي[1].

ويمكن إجمال هذه الآراء المختلفة في اتجاهات أربعة:

أ- الاتجاه الأول: يخضع الحضانة للقانون الذي يحكم آثار الزواج وهو قانون جنسية الزوج (الأب) وقت إبرام عقد زواجه سواء كان هذا الطفل شرعيا أم كان طفلا طبيعيا. ويرجع أصل هذا الاتجاه إلى ما أثارته قضية haret maire des saint anges التي عرضت على القضاء الإيطالي سنة 1980م من تساؤلات بشأن القانون الذي كان على القاضي الإيطالي تطبيقه لإلزام الصغيرة بطاعة والديها الانجليزيان الجنسية والموطن.

ب- الاتجاه الثاني: ويؤسس ما ذهب إليه على مبدأ إخضاع مجموع النتائج الناشئة عن الطلاق لتشريع واحد، ولما كانت الحضانة نتيجة من هذه النتائج فإنه يخضعها للقانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية، وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

ت- الاتجاه الثالث: يرى بشأن الحضانة أنها تعتبر كأثر من الآثار الناتجة عن النسب. وبالتالي فالقانون الواجب التطبيق عليها هو القانون الذي أبرم في ظله عقد الزواج، ويدخل هذا الاتجاه تحت لواء الاتجاه الأول القائل بأن الحضانة من آثار الزواج[2].

ث- الاتجاه الرابع: يرى بأن الحضانة لا يمكن أن تخضع إلى أحكام القانون الذي نشأ في ظله عقد الزواج، ذلك أن هذه الأسرة أصبحت غير قائمة بعد انتهاء هذا العقد، ومن تم فإن القانون

---

[1] الآثار القانونية للزواج المختلط في ضوء القانون المغربي والمقارن، فارسي يعيش، ص 190،أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية 2005 -2006.

[2] مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة في تطبيق القانون الأجنبي أمام محكمة الموضوع رقابة المحكمة العليا على تفسيره ونسخه ،هشام علي صادق، ص565، منشأة المعارف بالإسكندرية سنة 1968 .

الواجب التطبيق هو قانون الزوج والذي هو في نفس الوقت قانون جنسية الطفل[1]، بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو قانون الدولة التي يحمل الطفل جنسيتها.

2- موقف مدونة الأسرة

نصت مدونة الأسرة من خلال مادتها الثانية على أنه: "تسري أحكام هذه المدونة على جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى".

يتضح إذا تبني المدونة للاتجاه الأخير، أي أن القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو قانون الدولة أي قانون الجنسية.

غير أنه رغم تبني المدونة لهذا الاتجاه، فإنه يتم استبعاده من طرف القضاء الأوربي بإعماله لقاعدة الإسناد التي تقضي بتطبيق القانون الأصلح للطفل، أو ما يعبر عنه في القانون الدولي الخاص بضابط المصلحة الفضلى للطفل.

وهكذا استطاع القضاء الأوربي أن يجعل من المصلحة الفضلى للطفل ضابطا يتجاوز به مختلف الاعتبارات القانونية الوطنية، فعندما يتعلق الأمر بنزاع يهم الطفل مثل الحضانة، فإن الاختصاص يمكن أن يسحب من قانونه الوطني ليعطى لقانون القاضي بعلة كونه هو القانون الأصلح للطفل. ومعنى هذا أنه إذا كان القانون الوطني للطفل يوفر له حماية كافية أمكن تطبيقه. أما إذا تبين أن هذا القانون يخل بمصلحة الطفل فإنه يعوض تلقائيا بقانون موطن الطفل أو قانون القاضي[2].

وتفعيلا لمقتضيات هذا المبدأ، صدرت عن المحاكم الفرنسية قرارات عديدة، من بينها قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ30 يناير 1979 م نص على: "...أن إسناد الحضانة بعد الطلاق اعتمادا على

[1] تنازع القوانين، محمد التغدويني، ص253،الطبعة الأولى سنة 2004، مطبعة فاس، بريس.

[2] وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد، موحى ولحسن ميموني، ص111.

معايير محددة مسبقا وبشكل مبدئي وليس انطلاقا من معايير موضوعية تخدم مصلحة الطفل يعد مخالفا للنظام العام الفرنسي".[1]

لا شك أن اعتماد هذا المبدأ وإصدار مثل هذه القرارات، ستبرز عنه مشاكل لأفراد الجالية المقيمة بتلك البلدان نتيجة التعارض بين قانون الدولة المغربية وقوانين باقي الدول الأوروبية في مسألة القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

ومن أجل تجاوز تلك المشاكل، قام المشرع المغربي بتبني ضابط المصلحة الفضلى للطفل سواء من خلال الاتفاقيات التي أبرمها مع الدول الأوربية في مجال الأحوال الشخصية، مثل: الاتفاقية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي، والاتفاقية المغربية الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال. أو من خلال تدخل المشرع المغربي لتعديل النصوص المتعلقة بالأحوال الشخصية والعمل على تحيينها وملاءمتها مع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، وهو ما تؤكده المادة 171 من مدونة الأسرة والتي تنص على: "... تخول الحضانة للأم ثم للأب، ثم لأم الأم...."، كما تنص المادة 173 على الشروط التي يجب توفرها في الحاضن وهي "الرشد القانوني لغير الأبوين الاستقامة والأمانة القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تمدرسه، عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 175 و174 بعده، وإذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون سقطت حضانته وانتقلت إلى من يليه ...".

فالمشرع المغربي يتماهى مع القوانين الأوربية في مسألة حضانة الطفل، وفقا لما تقتضيه مصلحة الطفل المحضون.

لكن هل المصلحة التي يقصدها المشرع المغربي هي نفسها المقصودة في القوانين الأوروبية؟

بالرجوع إلى المادة 173 من مدونة الأسرة نجدها تنص على شرط وجوب رعاية المحضون دينا وخلقا. فثبوت ممارسة أخلاق وتصرفات تتنافى مع ذلك من طرف الحاضن ؛يعتبر مبررا لإسقاط الحضانة عنه. ففي

[1] وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد، موحى ولحسن ميموني، ص111

قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2005/09/14 م الملف رقم 2004/1/2/637 م تحت عدد 414: " لكن حيث إن الاستقامة شرط لاستحقاق الحضانة طبق لمقتضيات المادة 173 من مدونة الأسرة، والمحكمة التي تبت لها من الحكم الجنحي عدد 1811 المسجل به إدانة الطالبة بجنحة التحريض على الفساد، واعتبرت ذلك مبررا لسقوط حضانتها، تكون قد طبقت المادة المذكورة التطبيق الصحيح، ولم تكن في حاجة لإجراء بحث مادام الحكم المذكور لم يكن محل طعن، وهو بذلك يعتبر حجة فيما يصل فيه، وقد كانت أيضا على صواب عندما لم تلتفت إلى الدفع لسبق الفصل في النزاع، لأن الحكم المستدل به قضى بعدم القبول وهو لا يجوز الحجية، الأمر الذي يجعل الوسائل بدون جدوى مما يتعين معه رفض الطلب"[1].

إلا أن ما ذهب إليه المشرع المغربي في المادة المذكورة لإسقاط الحضانة عن المحضون، قد يعده القضاء الغربي مخالفا للاتفاقية الأممية لحقوق الطفل والتي تقضي بحرية التدين. فيعمل على استبعاد القانون المغربي في هذه المسألة، أو رفض تذييل الأحكام المغربية الصادرة بإسقاط الحضانة بالصيغة التنفيذية بناء على السبب المشار إليه.

3- مسألة الرعاية الدينية للطفل:

تثار إشكالات في مسألة اشتراط الرعاية الدينية، خاصة إذا كان الاختلاف في الدين بين المحضون والحاضن.

أ- النظر الفقهي للمسألة:

لقد اختلف الفقهاء حول هذه المسألة إلى فريقين:

- ✓ <u>الفريق الأول</u>: وهم المالكية والأحناف قالوا بعدم اشتراط الدين على اعتبار أن مناط الحضانة للأم هو ما حباه الله بها فطريا من حنان وعطف.

[1] .المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض cspj.ma.بتاريخ 2020/01/22

✓ <u>الفريق الثاني</u>: وهم الشافعية والحنابلة اشتراط الدين فلا تمنح الكافرة الحضانة لأن الحضانة ولاية. والله عز وجل يقول:﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [1].

فلا ولاية للكافر على المسلم، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فلا يخفى دور الوالدين في التنشئة الدينية لأبنائهما. وقد أشار إلى ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله عليه الصلاة والسلام: "كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"[2]. فإن أسندت الحضانة للأم الكافرة فإنها ستسعى لتنشئة محضونها على ملتها.

ب- موقف المدونة من اشتراط الدين؟

نصت المادة 54 من المدونة على أن من حقوق الطفل على أبويه التوجيه الديني، وهو ما كرسته في المادة 173حين جعلت من شروط الحاضن القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا. لكنها لم تشر في أي من نصوص المدونة المتعلقة بالحضانة إلى مسألة دين الحاضن، وبالتالي فالحكم يرجع إلى ما استقر عليه المذهب المالكي إعمالا للمادة 400 من المدونة.

فالقانون المغربي وجل التشريعات تنص على حق الأم غير المسلمة في الحضانة ولا يشترط لإعطاء الحضانة شرط الإسلام، بل يشترط تربية الطفل تربية دينية وعدم الإساءة إلى دينه. فقد تكون والدته غير المسلمة أحيانا أحرص على تربية دينية أكثر من والده المسلم، والذي في نفس الوقت قد يكون لا يمت للإسلام بصلة. فليس غير المسلمين فقط هم الذين يقومون بصفة عامة بأفعال من شأنها إفساد أخلاق الطفل المسلم، فحتى الأب قد يكون من المُقْدِمين على مثل هذه الأفعال وهذا واقع لا يرتفع؛ وبالتالي ألا يكون من مصلحة الطفل أن يتواجد مع أمه غير المسلمة والتي قد تحرص على تربيته تربية حسنة وتحافظ على أخلاقه أكثر من والده، لكن شريطة وضع مراقبة على هاته الحاضنة، ومتى تبين إساءتها لهوية الطفل الدينية ولأخلاقه

[1] سورة النساء الآية 141.

[2] أخرجه البخاري، كتاب الجنائز، باب ما قيل في اولاد المشركين، حديث رقم 1385.

الإسلامية تم انتزاع الطفل منها وحرمانها من الحضانة، لكن حرمانها مسبقا قد يكون فيه حيف عليها وعلى المصلحة الفضلى لكل من الأم والابن، على اعتبار أن الحضانة مصلحة مشتركة بين الحاضن والمحضون[1].

لكن متى اتضح جنوح الأم الحاضنة لإخراجه من ديانته، كما لو كانت تسقيه خمرا أو تذهب به إلى الكنيسة، فتنزع منها الحضانة، وهو ما يكرسه القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2011/4/26 تحت عدد 208 في ملف شرعي عدد 2009/1/2/648 : "من شروط الحضانة توفر الحاضن على الأمانة والاستقامة، ولما تبين للمحكمة أن الطاعنة تستحم بغرفة بالفندق وهي عارية مع أخريات وصحبة ابنتها، وتسمح لأجنبي بتصويرهن على تلك الحالة، كما أن تخضع لمرشد روحي لطائفة كافرة، كما أفاد ذلك تقرير المدرسة، واعتمدت ذلك مبررا لإسقاط حضانتها. فإنها قد طبقت القانون ولم تخرق المواد المحتج بها، ويبقى ما أثير غير جدير بالاعتبار"[2]. فالقرار كان صريحا في إسقاط الحضانة عن الأم لكونها تخضع لمرشد لطائفة كافرة.

وكما هو معلوم، من الممكن أن ينازع أحد مستحقي الحضانة في مدى كفاءة الحاضن وقدرته على القيام بشؤون ومصالح المحضون، حيث يعمد أحد الزوجين إلى الدفع بعدم صلاحية الطرف الآخر لحضانة الأطفال، إما لعدم استقامته أو لعدم حرصه على القيام بمصالحهم على الوجه المطلوب، فهنا من غير المتصور أن يسقطها القضاء الأجنبي في حالة ما إذا ادعى الأب مثلا أن الأم تعاشر رجلا غريبا في نفس البيت الذي يقيم فيه الأبناء، رغم قبح الفعل، وإن كان من شأن ذلك أن يؤثر على سلوكهم فأخذ القاضي الأجنبي بهذا الدفع أمر مستبعد على أساس أن قوانين الدول الغربية تعترف بالمعاشرة الحرة[3].

فالملاحظ أن القضاء الأوربي غالبا ما يعتمد على ضابط المصلحة الفضلى للطفل، إلى جانب الدفع بالنظام العام وذلك لاستبعاد تطبيق القانون المغربي وهو ما ينعكس سلبا على الطرف غير الحاضن.

---

[1] المصلحة الفضلى للطفل في الروابط الدولية الخاصة، أدبية بواضيل، ص 70-71، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق بفاس، السنة الجامعية 2005/،2006 .

[2] العمل القضائي في قضايا الأسرة ،ذ ابراهيم بحماني، ص270،الطبعة الأولى 2018،مكتبة دار السلام,

[3] طلاق المغاربة أمام القضاء الأوربي إشكالات التطبيق و آفاق التنفيذ، محمد وهابي، ص50.

وهكذا يتبين لنا أن القضاء الأوروبي، ورغم الجهود المبذولة من طرف المشرع المغربي من خلال الاتفاقيات الدولية، أومن خلال تعديل مقتضيات مدونة الأسرة، لازال يستبعد تطبيق القانون المغربي في مسألة الحضانة؛ إما بالدفع بالنظام العام تارة، وإما باعتماد مبدأ المصلحة الفضلى للطفل تارة أخرى. مما يحتم على المشرع المغربي بذل المزيد من الجهود قصد ضمان احترام النظام العام المغربي من قبل القضاء الأوربي وتطبيق ضابط الجنسية على الطفل بدل ضابط الإقامة.

الفقرة الثانية: الآثار المتعلقة بالنفقة

تعد النفقة من الحقوق الأساسية للطفل. ولأهمية هذا الحق الطفل، أحاط المشرع المغربي اتفاق الزوجين على النفقة، بمعايير تهدف إلى حماية حقوق المستفيد من النفقة، هذه الحماية تتجلى في تقدير النفقة وإعطائها صفة دين ممتاز. إذ نصت المادة 189 من مدونة الأسرة أنها تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج وما يعتبر من الضروريات، بالإضافة إلى تكاليف التعليم للأولاد.

وإذا كانت مسألة النفقة على الأولاد نتيجة انحلال الرابطة الزوجية بين مغربيين مقيمين بالمغرب تثير مشاكل عويصة، تعج بها ردهات المحاكم المغربية، فإن الأمر يزداد تعقيدا بالنسبة للجالية المغربية المقيمة بالخارج.

على أن أبرز تلك الإشكالات ترجع بالأساس لمسألتين اثنتين:

1- المسألة الأولى: الاختلاف في مسؤولية الإنفاق

إذا كان المشرع المغربي باعتبار مرجعيته الدينية؛ عد النفقة على الأولاد من أهم الالتزامات الشرعية للأب تجاه أبنائه، ومن ثم جعل الأب هو المكلف بالنفقة على الأبناء، فإن جل التشريعات الأوروبية تأخذ في مجال نفقة الأولاد بمبدأ المساهمة المشتركة بين الوالدين. فالقانون المدني الفرنسي مثلا ينص في الفصل 2-371 على مساهمة كلا الأبوين في الإنفاق على الأطفال وتربيتهما حسب موارد كل منهما وكذا حاجيات الطفل.

وهو نفس اتجاه المشرع الإسباني ... وهو ما كان يخلق مشاكل جمة للجالية المغربية المقيمة بهذه البلدان لاختلاف الأسس التي بنى عليها كل مشرع المقتضيات المتعلقة بنفقة الأولاد.

2- المسألة الثانية: حق الطفل الطبيعي والمتبني في النفقة

على عكس القوانين التي اعتمدت التشريعات الإسلامية، ومنها المشرع المغربي؛ والذي لا يعترف بالتبني بله الطفل الطبيعي على اعتبار أنه جاء عن طريق علاقة غير شرعية، فإننا نجد أن الفصل 142 من القانون المدني الفرنسي، نص على أن من حق الابن الطبيعي أن يطالب بالنفقة من الشخص الذي كان له علاقات جنسية مع أمه خلال المدة القانونية للحمل، كما يمكن للأم أن تقيم الدعوى بالنفقة على الأشخاص الذين كانت لهم معها علاقة جنسية خلال مدة الحمل، وللمحكمة أن تحكم عليهم جميعا، أو على واحد منهم بالتعويض (وليس النفقة) لتأمين الإنفاق على الطفل وتربيته"[1].

أكثر من ذلك فإنه تم في فرنسا الإلغاء الرسمي للمصطلحين الطفل الطبيعي والشرعي بصدور مرسوم 04 يوليوز 2005م ، والذي محا بصفة تامة مفهوم الشرعية من قانون الأسرة الفرنسي"[2].

أما بالنسبة للطفل المتبنى، فإنه يتمتع في البلدان التي تأخذ بالتبني بحق الإنفاق عليه من قبل المتبني، واستثناء ينتقل هذا الحق لأسرته الأصلية في حال عجز المتبني عن أدائها.

إضافة إلى ذلك فإنه في حالة ما إذا كان طلاق المغاربة أمام القضاء الأوربي أو الأجنبي، فإنه تثار عدة إشكالات من بينها القانون الواجب التطبيق على النفقة.

ففي حالة ما إذا كان الطرفان أي الدائن بالنفقة (الطفل) أو المدين بها (الأب) من جنسية واحدة، فإن قانونهما الوطني هو الذي يطبق. أما إذا كان من جنسيتين مختلفتين فالقانون الواجب التطبيق هو قانون الدائن بالنفقة[3].

---

[1] الأسرة في فرنسا، محمد الشافعي ، ص113.

[2] المرسوم رقم 2005/759 الصادر في 4 تموز/يوليه 2005 بشأن إصلاح مسألة البنوة وإلغاء مفهومي المولود الشرعي والمولود الطبيعي.

[3] الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، موسى عبود ، ص62.

غير أن الاتفاقية التي وضعها مؤتمر لاهاي للقانون الدولي نصت على تطبيق قانون محل إقامة الولد الدائن بالنفقة؛ مما يعني استبعاد القضاء الأوربي للقانون المغربي إعمالا لضابط الجنسية، لأن الدائن بالنفقة غالبا ما يكون من جنسية القاضي، وحتى إن لم يكن من جنسية القاضي فإنه يقيم ببلده إعمالا لضابط الإقامة. أو استنادا لمبدأ المصلحة الفضلى للطفل معللا ذلك بكون القانون المغربي لا يضمن الحد الأدنى اللازم لنفقة القاصرين.

وقد عمل كل من المغرب وفرنسا على إيجاد حلول للمشاكل المرتبطة باستيفاء النفقة فوق تراب إحدى الدولتين، وذلك وفقا لالتزاماتهما بموجب اتفاقية نيويورك المؤرخة في 20 يونيو 1956 م المتعلقة باستيفاء النفقة في الخارج. وفي ذات السياق، قامت الدولة المغربية أيضا بإبرام الاتفاقية المغربية الفرنسية 10 غشت 1981 م المتعلقة بحالة الأشخاص قصد تجاوز تلك المشاكل. فحسب الفصل 27 من الاتفاقية المغربية الفرنسية فإنه:" لا يحق لإحدى الدولتين في مادة النفقة ضمن مفهوم مقتضيات الفصلين 17 و16 من اتفاقية 5 أكتوبر 1957م أن ترفض إقرار أو تنفيذ حكم صادر عن الدولة الأخرى في الحالتين التاليتين:

أ- إذا عللت محكمة الدولة التي صدر عنها الحكم اختصاصها بكون الإقامة العادية لمستحق النفقة كانت فوق ترابها؛

ب- إذا طبقت محكمة الدولة التي صدر عنها الحكم قانون محل الإقامة العادية لمستحق النفقة."

لكن رغم ما تضمنته هذه الاتفاقيات من أحكام توفيقية بين القوانين الأوربية والقانون المغربي في مجال النفقة، فإن القضاء الأوربي مصر على تطبيق قانون دولته في الموضوع، وذلك من خلال إصداره لأحكام تتعارض مع النظام العام المغربي- معللا بأن المصلحة الفضلى للطفل تبقى فوق كل اعتبار- أذكر منها:

✓ الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية قرار بتاريخ 1988/10/01م ومما جاء فيه: "مادام أن الطفل يحمل الجنسية الفرنسية وأن محل إقامته الاعتيادية يوجد في فرنسا فإن هذا وحده كاف لتأسيس البنوة الطبيعية تجاه والده الجزائري وإن كان يمنعه قانونه الوطني."

✓ القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 نونبر 1992م حيث ذهبت إلى نقض قرار لمحكمة الموضوع معتبرة أنه "مادام القانون الوطني للأم لا يعترف بالبنوة الطبيعية تجاه الأب فإن محكمة الموضوع يتعين عليها الرجوع مباشرة إلى القانون الفرنسي".

وحرصا من المشرع المغربي لتفادي تلك المشاكل أو على الأقل التقليل منها، قام بمجموعة من الإجراءات في هذا الإطار نذكر منها:

- ✓ تبني مبدأ مصلحة الطفل الفضلى فيما يخص نفقة الأبناء، وهو ما يتضح في مقتضيات كل من المادة 189 وكذلك المادة 168 من مدونة الأسرة، حيث حددت النفقة في توفير كل ما يحتاجه الطفل في معيشته اليومية من غذاء وكسوة وعلاج وكل ما يعتبر من الضروريات كالتعليم؛ وجعلت تكاليف سكنى المحضون مستقلة عن باقي مشمولات النفقة وأجرة الحضانة وغيرها، حيث يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة للكراء ضمانا لاستقرارهم؛
- ✓ إلزام الأم الموسرة في حال إعسار الزوج بأداء ما عجز عنه الأب كليا أو جزئيا، وفقا لمقتضيات المادة 199 من مدونة الأسرة. ورغم أن هذا المقتضى يلائم إلى حد ما مبدأ المساهمة المشتركة بين الزوجين في النفقة على الأولاد في التشريعات الغربية كما أشرنا من ذي قبل، فإن هناك فرقا جوهريا بين النظامين. فإذا كان مبدأ المساهمة في النفقة هو الأصل في التشريعات الأوروبية وغير مقيد بأي شرط، فإنه في التشريع المغربي يعتبر استثناء فقط ومقيد بحال إعسار الزوج.

وهكذا فقضاء تلك الدول كان يأخذ بمبدأ المساهمة المشتركة بين الزوجين متجاهلا بنود تلك الاتفاقيات. تارة إعمالا لضابط الجنسية المكتسبة من طرف الزوجين أو أحدهما، وتارة أخرى إعمالا لضابط

الإرادة حين يختار أحد الزوجين تطبيق القانون الأجنبي. ومما يشهد لذلك ما ورد في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية الخامسة عشر ببرشلونة بتاريخ 22 دجنبر 2006م: "... حيث إنه لا تتوفر معلومات تتعلق بمداخيل الزوج حاليا، إلا أنه يتبين من خلال شهادة لمكتب التشغيل بأن المدعى عليه كان يتقاضى إلى حدود 13 أبريل 2004م تعويضا عن العطالة، إلا أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار أن للآباء مسؤولية تحمل مصاريف الأبناء. وبما أن الأم تتقاضى مساعدة اجتماعية تقدر ب 530 أورو فإنه يتعين على الأب أن يدفع مبلغ 400 أورو في الشهر كنفقة للأولاد"[1].

إن مثل هذه الأحكام القضائية بالإضافة إلى كونها لا تساعد في حل المشاكل المتعلقة بالنفقة، فإنه سيتم استبعادها من طرف القضاء المغربي حين البت في منحها الصيغة التنفيذية في المغرب، إذ أن إلزام الآباء بالإنفاق على أبنائهم غير الشرعيين مثلا يعتبر مخالفا للنظام العام المغربي.

ومن بين القضايا التي تثار أيضا في مسألة نفقة الأولاد، إعمال أسبقية البت لرفض بعض الأحكام، فلما كان القانون الفرنسي يعمل بمبدأ المناصفة في الإنفاق، فقد تلجأ بعض الزوجات المغربيات إلى القضاء المغربي قصد استصدار حكم بالنفقة عليها وعلى أبنائها، خصوصا في حال امتناع هذا الأخير عن أدائها رغم صدور حكم فرنسي حولها. غير أن القضاء المغربي يرفض طلبها بعلة أسبقية البت من قبل حكم أجنبي. وهو ما يشهد له القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2008/07/16م حيث جاء فيه: "أن الطالبة تقدمت بدعوى للنفقة عليها وعلى ابنيها إثر امتناع الزوج عن الإنفاق أمام المحكمة الابتدائية بوجدة موازاة مع دعوى مقامة أمام القضاء الفرنسي، فقضت المحكمة الابتدائية بوجدة بنفقتها ونفقة ابنيها، الحكم الذي استأنفه الزوج بناء على كون القضاء الفرنسي قد حسم الخلاف محددا مبلغا للنفقة قبل صدور الحكم المغربي، فنص القرار على ما يلي: "حيث صح ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه. ذلك أنه بمقتضى الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود، فإن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية تكون حجة على الوقائع التي تثبتها حتى قبل

[1] الحقوق المالية للزوجة والأطفال المقيمين بالخارج ،جميلة المهوطي، مداخلة ضمن أشغال ندوة دولية 09و10أبريل2010 حول "تطبيق مدونة الأسرة في المهجر"،ص426،منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والمهجر، إعداد وتنسيق د ادريس الفاخوري، العدد الرابع، جامعة محمد الأول وجدة .

صيرورتها واجبة التنفيذ. والثابت من أوراق الملف أن الطاعن ادعى الإنفاق بدولة فرنسا حيث مقر سكنى الطرفين، واستدل على ذلك بأمر بعدم الصلح صدر عن المحكمة الكبرى في بويني في فرنسا بتاريخ2004/05/24 والذي قضى بجعل مصاريف الولدين ياسين وأيوب على عاتق الطاعن والمطلوبة مناصفة بينهما الشيء الذي أكده الحكم الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 2005/10/04م والذي تم تذييله بالصيغة التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية ببركان بتاريخ 2006/04/14م . والمحكمة لما قضت على الطاعن بأدائه نفقة المطلوبة وولديها عن الفترة التي كانا فيها في نزاع أمام المحكمة الأجنبية، والتي حسمت فيها هذه الأخيرة بمقتضى الحكم المومأ إليه أعلاه، تكون قد أقامت قضاءها على غير أساس وعللت قرارها تعليلا فاسدا وهو بمثابة انعدامه مما يعرضه للنقض".

لكن قد يحدث أن ترفع زوجة دعوى نفقة الأولاد أمام إحدى المحاكم المغربية رغم استصدار حكم في الموضوع من طرف القضاء الفرنسي، فتنظر الأولى في الدعوى دون علمها بالحكم الأجنبي وتصدر حكمها على الزوج بالنفقة للمرة الثانية، وفي هذه الحالة فالأخير له الحق في الطعن بإلغاء الحكم الصادر عن المحكمة المغربية. ونفس الشيء يسري على الأحكام التي تصدر غيابيا في مواجهة الزوج.

كما أنه يمكن للزوج في هذه الحالة أن يقوم بسلوك مسطرة تذييل الحكم الأجنبي القاضي بالنفقة بالصيغة التنفيذية، ومن ثم إيقاف النفقة المحكوم بها من طرف المحكمة المغربية.

وهكذا استطاع القضاء الأوربي استعمال ضابط المصلحة الفضلى للطفل كضابط جديد للإسناد في مجال الأحوال الشخصية، حيث يطبق قانون القاضي على حساب القانون الوطني إن كان هو الأصلح للطفل حسب زعمه، أي يعتمد ضابط الإقامة الاعتيادية للطفل الدائن بالنفقة وذلك كله من أجل توفير حماية أكثر لهذه الشريحة الضعيفة، دون أن يميز بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي سيرا على ما هو عليه الأمر في الاتفاقيات الدولية.

إلا أن سعي المحاكم الأوربية لحماية الطفل غير الشرعي، قد يتعذر إذا ما قرر والده الطبيعي ترك بلاد المهجر والعودة إلى وطنه. حيث سيتدخل النظام العام لحمايته من أي التزام وإن تقرر في ذمته بموجب حكم

القضاء. وهذا ما يحيلنا إلى الازدواجية في حالة الأشخاص وهي إحدى مظاهر انحلال وحدة النظام القانوني للأسرة[1]

المطلب الثاني: الآثار المتعلقة بشخص الزوجين

نظم المشرع المغربي الحقوق المتعلقة بشخص الزوجين والناتجة عن انحلال الرابطة الزوجية بنصوص قانونية مستمدة من الشرع الحنيف. مع مراعاة لظروف الجالية المغربية المقيمة بالخارج وما يفرضه عليها وضعها من الخضوع لقوانين بعيدة عن مرجعيتنا الإسلامية. وسأتناول هذا الموضوع من خلال الحديث عن مستحقات الزوجة المطلقة (الفرع الأول)، والنظام المالي للزوجين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مستحقات الزوجة المطلقة

لما كانت آثار الطلاق تخضع للقانون الذي يخضع له الطلاق وهو القانون الوطني المشترك للزوجين. فقد عانت الجالية المغربية بالخارج من مشاكل عدة فيما يتعلق بمستحقات الزوجة المطلقة، وذلك في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، لكون هذه الأخيرة لم تحدد لها نصا خاصا بها. في مقابل القوانين الأوروبية التي ضمنت قوانينها الوطنية نصوصا محددة للمسألة، إذ نجد مجموعة من القرارات الصادرة عن المحاكم الأوروبية طبقت قانون الموطن عوض القانون الوطني للزوجين. ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 يوليوز 1999 جاء فيه: "إن القانون الذي لا يقر تعويض أو نفقة للزوجة أو تعويضا لصالحها في حالة الطلاق، يعتبر متعارضا بكيفية جلية مع النظام العام الفرنسي، ويتعين استبعاده وتطبيق القانون الفرنسي بدلا منه"[2]، فالقرار أعلاه استبعد القانون المغربي عن التطبيق معللا ذلك بكون النصوص القانونية المغربية تعتبر مخالفة للنظام العام.

[1] وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد، موحى ولحسن ميموني، ص112.

[2] طلاق المغاربة أمام القضاء الأوربي إشكالات التطبيق وآفاق التنفيذ، محمد الوهابي، ص61.

كما أننا نجد عددا من أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج يتوجهون إلى اختيار القانون الأجنبي للحصول حقوق أكثر مقارنة مع القانون المغربي، الأمر الذي ينتج عنه رفض تذييل هذه الأحكام الأجنبية داخل المغرب، وبالتالي تواجدها في وضعية مزدوجة بالنسبة للدولتين.

لكن بصدور مدونة الأسرة سيتغير الوضع، فقد نصت المادة 84 من مدونة الأسرة على أنه : "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه. تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة".

يتضح من خلال مقتضيات هذه المادة أن مستحقات الزوجة تشمل كل من الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة في حالة الطلاق الرجعي، وتوفير سكن للمطلقة، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة مبلغ تكاليف السكن. كما توحي الفقرة الأولى من المادة 84 أن تقدير المتعة يستلزم توفر المعايير الأربعة لزوما بدليل استعمال المشرع لحرف الواو الذي يفيد العطف. وإن تخلف أحد هذه المعايير فيؤثر سلبا على تقدير المتعة من طرف المحكمة دون حرمان الزوجة منها.

بل إن مدونة الأسرة أعطت الحق للزوج أيضا للحصول على تعويض، حيث ألزمت المحكمة مراعاة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر[1].

يظهر جليا مما سبق، أن المشرع المغربي نص على مقتضيات جديدة تضمن تطبيقها أمام المحاكم الأجنبية. وهو ما يتأكد من خلال قرار لاستئنافية باريس بتاريخ 12 فبراير 2004م الذي رفض طلب الزوجة الرامي إلى الحصول على تعويض طبقا للقانون الفرنسي مؤكدة على أن القانون المختص طبقا لقواعد الإسناد

[1] المادة 97 من مدونة الأسرة.

هو القانون المغربي مادام هذا الأخير أصبح يتضمن مقتضى مماثل للمادة 266 من القانون المدني الفرنسي، بإقراره للتعويض عن الطلاق التعسفي فإنه يكون هو الواجب التطبيق"[1].

الفرع الثاني: النظام المالي للزوجين

كثيرا ما تثير مسألة تقسيم هذه الأموال بعد انحلال العلاقة الزوجية ومدى نصيب كل واحد من الزوجين فيها مشاكل عدة.

الفقرة الأولى: ما المقصود بالنظام المالي للزوجين؟

لقد اهتمت به التشريعات القديمة، وبعض التشريعات المعاصرة. وعرف النظام المالي للزوجين بمجموعة من التعاريف من بينها:

أ- "هو مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين، و التي من مقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإدارتهما والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج، وأثنائه وبعد انحلال عقدته، وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزوجية"[2]

ب- "مجموعة القواعد القانونية الاتفاقية المنظمة للروابط المالية بين الزوجين من حيث تملك أو حيازة أو إدارة الأموال الثابتة أو المنقولة العائدة لكل واحد من الزوجين"[3]

ت- "مجموع القواعد الشرعية والقانونية والعرفية التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين خلال وقبيل وبعد الزوجية، ممثلة في حقوقهما وواجباتهما، وكذا اتفاقاتهما المالية"[4].

وعموما فالنظام المالي للزوجين هو عبارة عن قواعد تحكم العلاقات المالية بين الزوجين، وبينهما وبين الغير.

---

[1] قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوربي، أية إمكانية للتطبيق ،منير شعيبي، ص 34.

[2] تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، هشام علي صادق، ص 517، منشاة المعارف الإسكندرية، مصر، سنة 1993.

[3] تنازع القوانين في الزمان، دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، أحمد زوكاغي، ص225 ، الطبعة الأولى 1993، مطبعة الأمنية الرباط .

[4] النظام المالي للأسرة بين الاجتهاد الفقهي والتحكم العرفي والتقنين الوضعي والعمل القضائي، محسن عبد الوهاب ،أطروحة دكتوراه في الدراسات الإسلامية، ص24،جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2014/2013،.

إلا أنه لما كانت الدول تختلف من حيث مرجعيتها، كان من الطبيعي أن تختلف هذه القواعد من دولة إلى أخرى. فالدول الإسلامية ذات المرجعية الدينية تعتمد مبدأ استقلالية الذمة المالية بين الزوجين، خلاف الدول الأوربية ذات المرجعية العلمانية، التي تعتمد على التعددية في الأنظمة المالية للزواج.

الفقرة الثانية: النظام المالي في القوانين الأوروبية

تقرن جل التشريعات الغربية الزواج بعقد مالي؛ سواء قبل الزواج أو بعده " ينظم كل أمور الزوجين المالية، مع اعتبار أن الأصل بحسب أحكام القانون المدني الفرنسي أنه تخضع أموال الزوجين لنظام الاشتراك الاتفاقي إلا إذا صرح الزوجان بأن زواجهما يخضع لنظام مالي آخر، عن طريق اتفاق خاص يعقد بينهما ويقنن بعقد الزواج ويسمى مشارطة الزواج"[1]

ولأهمية النظام المالي للزوجين، يلزم القانون المدني الفرنسي ضابط الحالة المدنية أثناء إبرام الزواج بقراءة كل من الفصل 213 والذي يقضي بأن للزوجين معا الإدارة المعنوية والمادية للأسرة ويتحملان تربية الأولاد ويحضران مستقبلهم، والفصل 214 الذي ينص على أن الزوجين يتحملان تكاليف الحياة الزوجية حسب طاقة كل واحد منهما إذا لم تحددها اتفاقاتهما الزوجية "[2].

ونظم المشرع الفرنسي النظام المالي للزوجين ضمن الأحوال العينية وفق مقتضيات المواد 1387 إلى 1581. كما كرس عدة أنظمة مالية، ومنح الزوجين إعمالا لمبدأ الإرادة حرية الاختيار بينها أو حتى تغييرها، غير أنه في غياب اتفاق بينهما فإنهما يخضعان لزوما للنظام المالي القانوني. وهو نفس ما أخذ به المشرع البلجيكي ف" قد خول القانون البلجيكي الصادر بتاريخ 1948 للمرأة كامل الحرية لإبرام العقد المالي عند زواجهما، استنادا لمبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بين الزوجين[3].

---

[1] نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين في القوانين المغاربية، بوتيرة سومية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ص 976،العدد02 .

[2] الأسرة في فرنسا، محمد الشافعي، ص255.

[3] إمكانية تطبيق القانون المغربي للأسرة في بلجيكا- الطلاق نموذجا- ،جمال الخمار، مداخلة ضمن أشغال الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة بالمهجر، ص81، تنظيم مختبر البحث في قانون الأسرة والمهجر، جامعة محمد الأول وجدة بتاريخ 09و10 أبريل 2010،إعداد وتنسيق د ادريس فاخوري ،دار الأفاق المغربية بالدار البيضاء.

وعموما فإن المشرع الفرنسي نص على أنظمة للأموال بين الزوجين، تقوم أساسا على حرية الاتفاقات المالية بين الزوجين. وهي كالتالي:

1. نظام فصل الأموال: le régime de la séparation des biens

يتأسس هذا النظام في القانون الفرنسي على ركيزتين أساسيتين هما:" كل زوج مستقل استقلال تام في الانتفاع بأمواله، والتصرف فيها سواء ما كان مملوكا ما قبل الزواج أو بعده، أما الركيزة الثانية فهو تحمل كلا الزوجين للالتزامات والديون الناشئة عن التصرفات المالية سواء ما كان موجودا قبل الزواج أو بعده."[1]. وتنظمه المواد من 1536 إلى 1542 من القانون المدني، وخاصة المادة 1539[2] حيث أن كل واحد من الزوجين يبقى من الناحية المالية مستقلا عن قرينه خلال الزواج وبعد انحلاله. فيتصرف كل طرف في ماله منفردا دون إشراك الآخر، فكل واحد من الزوجين يعتبر أجنبيا عن الآخر ماليا. باستثناء الديون الناتجة عن تكاليف الحياة الزوجية أو عن تربية الأولاد، حيث يتحمل كل واحد منهما نصيبه في هذه التكاليف طبقا للاتفاقيات الحاصلة بينهما، أو حسب قدرة كل واحد منهما، في حالة عدم وجودها وفقا لما تنص عليه المادة 214 من القانون المدني[3].

وقد أخذ المشرع البلجيكي أيضا بهذا النظام وذلك طبقا للمواد 821إلى 842 من القانون المدني البلجيكي، حيث ووفقا لمقتضيات المواد السابقة فبإمكان كل من الزوجين الاحتفاظ بأموالهما الخاصة، فيكون كل واحد مستقلا عن الآخر من الناحية المالية، فيحتفظ كل منهما على ثروته خلال الزواج وبعده.

غير أن لهذا النظام مساوئ خاصة بالنسبة للزوجة التي ليس لها دخل قار من عمل خارج البيت أو ثروة شخصية، إذ لا تستفيد شيئا.

---

1 الذمة المالية للزوجين غي الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، العزاوي عمر صلاح حافظ، ص 304، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2010 .

2 Art 1539 C civ. F : « Si pendant le mariage l'un des époux confie à l'autre l'administration de ses biens personnels, les règles du mandat sont applicables. L'époux mandataire est toutefois, dispensé de rendre compte des fruits, lorsque la procuration ne l'y oblige pas expressément ».

3 الأسرة في فرنسا، محمد الشافعي، ص 203.

2. نظام المساهمة في المكتسبات: le régime de la participation aux acquits

مما يميز هذا النوع أن" أموال الزوجين تبقى منفصلة، ويكون للزوج إدارة أموال زوجته، وتحصيل ريعها والإنفاق العائلي من هذه الأموال."[1].

وظهر هذا النظام بداية في الدول الاسكندنافية، ثم أدخله المشرع الفرنسي في القانون المدني بجانب الأنظمة الاتفاقية الموجودة من قبل بموجب قانون صادر في 31 يوليوز 1965، في المواد من 1569 إلى 1581، حيث يكون كلا الزوجين منفصل ماليا عن الطرف الآخر خلال الحياة الزوجية، ويمكنهما بعد انحلال الأخيرة اقتسام الأموال التي تم اكتسابها خلال الزواج، فيستحق كل منهما نصف تلك الأموال المكتسبة.

فهذا النظام يختلف عن الأنظمة الأخرى حيث يتحول عند انحلال الزواج، من نظام فصل الأموال في الحياة الزوجية، إلى نظام الاشتراك عند انحلالها.

3. نظام الاشتراك الاتفاقي: le régime de la communauté conventionnelle

خلافا لنظام الانفصال المالي، فنظام الاشتراك المالي عموما قائم على اشتراك الزوجين في الأموال المخصصة لإشباع حاجات الأسرة، وكذلك الاشتراك في الديون الناتجة عن الحياة الأسرية. وهكذا فقد نصت المادة 1400 من القانون المدني الفرنسي ": أن الاشتراك المالي يتقرر في حالة عدم وجود عقد مالي بين الزوجين أو تصريح الزوجين بأنهما يتزوجان تحت الاشتراك المالي "، كما نصت المادة1401 التي تليها على أن" موضوع الاشتراك هو مكتسبات الزوجين معا أو بصورة متفرقة طيلة الحياة الزوجية والتي مصدرها النشاط الاقتصادي الشخصي أو المدخرات والأملاك الخاصة". لكن على الرغم من النص على استقلال الذمة المالية للزوجين، فإنهما إن لم يبرما عقدا فإن نظام الاشتراك القانوني هو الذي يطبق إجباريا ، ونصت المادة 1400 من القانون الفرنسي والمواد الثلاث التي تليها، على أن الملكية تكون مشتركة بين الزوجين في حالتين:

- الأولى : إذا صرح الزوجان بأن زواجهما يخضع لنظام الاشتراك في الأموال المكتسبة؛

[1] نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين في القوانين المغاربية ، بوتيرة سومية، ص 976.

- الثانية : إذا سكت الزوجان عن اختيار نظام مالي لحياتهما الزوجية.

وهكذا بعدما كان ينظر للاشتراك المالي كمخلفات عدم أهلية المرأة التاريخية أصبح ينظر إليه كوجه من وجوه المساواة بين الزوجين ."[1]

وقد نظم القانون نفسه من المواد 1407 إلى 1527 نظام الاشتراك الاتفاقي ، حيث يمكن للزوجين عن طريق إدراج شروط تغيير نظام الاشتراك القانوني، كأن يتفقا على أن تصبح كل أموالهما الحاضرة والمستقبلية كانت منقولات أو عقارات مشتركة بينهما، مع التنصيص على أن أموال الزوج الهالك تنتقل بأكملها إلى زوجه المتبقي على قيد الحياة.

وقد نص المشرع البلجيكي على نظام الاشتراك الكامل. فطبقا لمقتضيات المواد من 850 إلى 868 من القانون المدني البلجيكي، يمكن للزوجين إبرام عقد يتفقا فيه على أن تصبح أموالهما سواء الحالية أو المستقبلية مشتركة بينهما، وكذا أن يرث الزوج الباقي على قيد الحياة أموال الزوج المتوفى كاملة.

لكن قد يحدث ألا يقوم الزوجان بإبرام أي عقد مالي، ففي هذه الحالة فإنهما يخضعان تلقائيا للنظام المالي القانوني، وفقا لمقتضيات المواد من 869 إلى 902 من القانون المدني البلجيكي، والتي تنص على تحديد الأموال الخاصة للزوج والأموال الخاصة بالزوجة والأموال المشتركة بينهما. وقد نظمه المشرع الفرنسي أيضا في المواد 1400إلى 1491 من القانون المدني الفرنسي، ويتمثل في نظام الاشتراك القانوني.

4. نظام الاشتراك القانوني: communauté légale

ويعرف أيضا بنظام الاموال المشتركة، ويقصد به تنظيم ما اكتسبه الزوجان خلال فترة الحياة الزوجية. بمعنى أن هذا النظام" يقتصر على كل ما اكتسبه الزوجان خلال الزواج، فكل الأموال المكتسبة من تاريخ الزواج تصبح مشتركة بين الزوجين، وبالتالي تشكل كتلة واحدة لا تقسم إلا عند انحلال الزواج"[2].

[1] عقد الزواج المختلط وإشكاليات النظام المالي للزوجين، قسوري فهيمة، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد السابع، ص49، ديسمبر 2018 .

[2] الأسرة في فرنسا، محمد الشافعي، ص 207.

غير أن انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق أو الانفصال الجسماني يؤدي إلى انحلال النظام المالي بين الزوجين.

الفقرة الثالثة: الآثار المالية لانحلال النظام المالي بين الزوجين

وسأتناول الحديث عن الآثار المالية لهذا الانحلال حسب القانون الفرنسي من خلال الحديث عن:

1- المصالح المشتركة بين المطلقين

من آثار انحلال الزواج انحلال النظام المالي الذي كان قائما بين الزوجين ويأتي هذا الانحلال في صورتين:

أ- الصورة الأولى: التسوية الودية: مكنت المادة 1450[1] من القانون المدني الزوجين المطلقين من تسوية المصالح المالية المشتركة بينهما بشكل ودي، من خلال إبرام اتفاق بينهما على أن يفرغ هذا الأخير في عقد موثق؛

ب- الصورة الثانية: عن طريق القضاء: ويلجأ إليها الزوجان في حال عدم تمكنهما من إبرام اتفاق بينهما، فيعرضان النزاع على المحكمة.

2- الهبات والامتيازات

إذا كانت الهبات هي ما يقدمه أحد الزوجين عادة للطرف الآخر عند إبرام عقد الزواج أو خلال استمرار الحياة الزوجية بينهما، بشكل طوعي وإرادي عربون مودة ومحبة، فإن الامتيازات تكون ناتجة عن عقد

[1] Article 1450"Les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de la communauté.

Ces conventions doivent être passées par acte notarié, sauf en cas de demande conjointe."

الزواج والنظام المالي المختار من طرف الزوجين. كالشروط المضمنة في العقد المقررة توزيعا غير عادل للاشتراك بين الزوجين[1] . فما مصير تلك الهبات والامتيازات بعد انحلال الرابطة الزوجية؟

بالنسبة للهبات المقدمة خلال الزواج وغير المتضمنة في عقد الزواج، فإن للزوج الواهب حق الرجوع فيها. ولقد حدد المشرع الفرنسي الحالات التي يتم فيها الحرمان من تلك الهبات والامتيازات كالتالي:

- ✓ إذا كان التطليق للخطأ؛
- ✓ إذا كان الزوج الجاني هو طالب التطليق لانقطاع الحياة المشتركة.

أما إذا كان التطليق متفقا عليه، فيتم تحديد الهبات والامتيازات من خلال الاتفاق المبرم بينهما في طلب التطليق. أما في حال التطليق بناء على طلب أحد الزوجين وقبوله من الآخر فلكل واحد من الزوجين الاختيار بين الرجوع من عدمه.

3- محل السكنى

طبقا لمقتضيات المواد 832 و1476و1542 فللقاضي سلطة في عدم تمكين الزوجان من بيع المنزل وبقائه على الشياع خلال مدة خمس سنوات.

وكثيرا ما يكون المنزل محل سكنى الزوجين خلال فترة زواجهما، من أهم ما يملك كلا الزوجان. وغالبا لا يخرج على أن يكون مكترى أو ملكية.

أ- إذا كان المنزل ملكية: فإنه يكون في ملكية:

➢ المطلقين معا:

في هذه الحالة تكون الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية مرتبطة بصورتين:

- ✓ الصورة الأولى: كون المنزل المعني هو وحده الثروة المراد تقسيمها بين الزوجين، "فالطرف المتضرر من حيث القسمة يأخذ تعويضا لتسوية الفرق الاقتصادي الحاصل من القسمة"[1].

1 الأسرة في فرنسا، محمد الشافعي، ص316.

✓ الصورة الثانية: كونه جزء من الثروة المراد تقسيمها، في هذه الحالة فإما يمنح لأحد الزوجين، إذا اتفقا على ذلك، وإلا فللقاضي الحق في منحه لأحد الطرفين في مقابل حصول الطرف الآخر على القيمة المالية المماثلة للمنزل.

على أن الغالب هو قسمة ثمن المنزل بعد بيعه، لأن كلا الزوجين لا يرغب في تحمل التعويض.

➢ أحد المطلقين:

فإنه يبقى في ملكيته، غير أن الطرف الآخر يمكنه البقاء في المنزل نفسه، عن طريق ما يسمى بالكراء الجبري الذي ينص عليه القانون الصادر بتاريخ 11يوليوز 1975، حيث يمكن للقاضي بمقتضى القانون الأخير إجبار الزوج المالك على قبول بقاء زوجه المطلق في المنزل، وذلك في حالتين:

✓ إذا كانت الحضانة للزوج غير المالك، حيث يحدد الكراء إلى حين بلوغ أصغر الأطفال سن الرشد القانوني؛

✓ إذا وقع التطليق بناء على طلب الزوج المالك، على ألا تتعدى مدة الكراء تسع سنوات قابلة للتجديد.

غير أنه "يمكن للقاضي أن يفسخ عقد الكراء، إذا كانت هناك ظروف جديدة تبرر ذلك. كما أن هذا العقد ينتهي بزواج المطلق المستفيد إذا كان يعيش في إطار المعاشرة الحرة ".

ب- المنزل مكترى:

نصت المادة 1751 من القانون المدني على أن الحق في كراء المنزل سواء أكان مكتريا من طرف أحد الزوجين أو كلاهما "يعتبر مشتركا بين الزوجين كيفما كان النظام المالي المختار من طرف الزوجين، وذلك بغض النظر عن كل اتفاق مخالف "[2].

الأسرة في فرنسا، محمد الشافعي، ص318.

2 الأسرة في فرنسا، محمد الشافعي، ص317.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي في هذه الحالة قد أعطى للقاضي السلطة التقديرية في منح الحق في المنزل لأحد الزوجين إعمالا لمبدأ المصلحة الفضلى للطفل أو الأطفال المحضونين. علما أن كلا الزوجان ملزمان بأداء السومة الكرائية إلى حين إصدار القاضي الحكم بالتطليق.

إن ما تحدثت عليه من الآثار المالية لانحلال الزواج كان مرتبطا بالتطليق، فهل ينطبق ما قرره المشرع الفرنسي بالنسبة للتطليق على ما إذا تعلق الأمر بالانفصال الجسماني؟

طبقا لمقتضيات المادة 1/302 من القانون المدني فالانفصال الجسماني يؤدي هو الآخر إلى الانفصال المالي للزوجين. سواء تعلق الأمر بالمصالح المشتركة بين الزوجين أو الهبات والامتيازات المرتبطة بالزواج أو المنزل المعد للسكنى.

غير أنه لما كان الانفصال الجسماني ليس بالحتم يؤدي في النهاية إلى انحلال الرابطة الزوجية بين الزوجين، حيث يمكن لهما عن طريق الصلح الرجوع إلى الحياة الزوجية من جديد، أمكن للزوجين "الأخذ بالنظام المالي الذي انتهى بالانفصال الجسماني أو الاتفاق على نظام مالي آخر. وفي غياب أي نظام يبقى فصل الأموال الناتج عن الانفصال الجسماني هو المطبق على الزوجين طبقا لما تنص عليه المادة 3/305 من القانون المدني"[1].

الفقرة الرابعة: التشريع المغربي

لما كانت الشريعة الإسلامية هي المرجع الأساس لمدونة الأسرة المغربية، فلا غرو أن نجد اختلافا بينها وبين الأنظمة الغربية في مجال الذمة المالية للزوجين.

إن هذا الاختلاف بين مقتضيات القانون الفرنسي والقانون المغربي ينعكس على أفراد الجالية المغربية في الخارج. لكن يجب أن نميز بين مرحلتين:

[1] الأسرة في فرنسا ،محمد الشافعي، ص 328.

1-في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة:

كانت الجالية تجد نفسها خاضعة للأنظمة المالية الأوربية، وتقسم ثرواتهم على أساسها بعد الطلاق. خاصة إذا علمنا أن النظام المالي للزواج يصنف في هذه الأنظمة ضمن خانة الأحوال العينية التي يطبق عليها قانون الموطن، بخلاف القانون المغربي الذي يصنفه في دائرة الأحوال الشخصية التي تخضع للقانون الوطني للطرفين[1] من جهة، ومن جهة أخرى يتم رفض تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية داخل المغرب لمخالفته للنظام العام المغربي. ففي حكم صادر بتاريخ 1999/06/15م، رقم 252ملف عدد 314/98 : "... وحيث قضت المحكمة المذكورة بتطليق المدعية من زوجها المدعى عليه... كما قضت بتقسيم شيوعية الأموال الزوجية بينهما... فإنه لا يمكن الاعتراف به في المغرب على أساس مخالفته للنظام العام"[2].

2-في ظل مدونة الأسرة:

نظم المشرع المغربي العلاقات المالية بين الزوجين في المادة 49 من مدونة الأسرة والتي تنص على أن: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي تكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها. يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج. يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالحكام السالفة الذكر. إذا لم يكن هناك اتفاق، فيرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية اموال الأسرة".

[1] قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوربي، أية إمكانية للتطبيق ،منير شعيبي، ص 60.

[2] قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوربي، أية إمكانية للتطبيق ،منير شعيبي، ص 60.

يتضح من المادة أعلاه، أن المشرع المغربي كرس نفس مبدأ الشريعة الإسلامية بتأكيده على استقلال الذمة المالية لكل واحد من الزوجين، والتي يرجع سندها إلى قواعد الشريعة الإسلامية يقول تعالى:﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبُواْ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبْنَ ﴾ [1].

غير أنه وبقصد إيجاد حلول للإشكاليات الناجمة عن اقتسام الممتلكات الناشئة أثناء العلاقة الزوجية. أقر مبدأ اتفاق الزوجين على تدبير الأموال المكتسبة خلال الزواج، من خلال التنصيص على مبدأ سلطان الإرادة. " حيث نظمت كيفية تدبير الأموال الزوجية لكلا الزوجين معا، بما يحق لهما إثارته والمطالبة به سواء في حالة وجود عقد ملحق أو عدم وجوده، وإن كان الغالب أن الخطاب موجه ضمنيا لصالح المرأة على اعتبار أن الزوج هو المعيل وهو مصدر الكسب. ومتى ساهمت الزوجة في هذا الجانب فلها الحق في المطالبة بنصيبها بحسب مساهمتها المادية أو حتى المعنوية"[2].

ويذهب غالبية الفقه إلى أن هذه العادة تجد سندها في حق الكد والسعاية، وهو مبدأ إسلامي يتشابه إلى حد كبير مع تلك القواعد التي تتمخض عن تطبيق مبدأ الشيوع أو الاشتراك في الأموال، الذي تقره مختلف القوانين العلمانية المستمدة بوجه خاص من التشريعات الأوربية التي تجيز للزوجين أن يتفقا على تنظيم العلاقات المالية بينهما؛ إما على أساس استقلالية الذمة المالية لكل واحد منهما أو على الأساس الذي يترتب عليه أن كل ما اكتسبه الزوج هو ملك مشترك للزوجين يقسم مناصفة بينهما أو بناء على نسبة معينة بعد الوفاة أو عند الفراق[3].

---

[1] سورة النساء الآية 32.

2 تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية بين المدلول العقلي والمدلول الاجتماعي، محمد خيري، سلسلة الندوات، العدد الأول، ص44، منشورات مجموعة البحث في القانون والأسرة.

[3] حق الكد والسعاية من خلال الحكم الصادر عن المجلس الأعلى يوم 5مارس 1998، أحمد زوكاغي، مجلة الملحق القضائي، العدد 39، ص. 113وما بعدها بتصرف، الناشر: المعهد العالي للقضاء، سنة النشر2005 .

ومن الجدير بالذكر أنه في حالة عدم إبرام الزوجين لأي عقد مالي بينهما، فإنهما يخضعان باعتبار مكان إقامتهم الاعتيادية بالدول الأوروبية للنظام المالي القانوني، رغم أن هذا الأخير يفترض الاشتراك القانوني على الأموال المكتسبة خلال الزواج عن طريق الهبة والميراث.

وختاما يتضح لنا الاختلاف البين بين القانون المغربي المستند للشريعة الإسلامي، ونظيره في التشريعات الوضعية الغربية. والذي يبرز في :

- أن القانون الوضعي يقيم الذمة على أساس مادي بحت هو أموال الشخص فحيث لا توجد له أموال لا توجد له ذمة مالية، أما التشريع المغربي فإنه لم يعرف الذمة المالية في نصوصها ولكن اكتفى بتحديد النظام الذي تدخل في نطاقه الذمة المالية وهو ما حددته على سبيل المثال المادة 49 من مدونة الأسرة؛

- أن الأصل في الشريعة الإسلامية الفصل بين ذمم الزوجين إذ يستطيع كل زوج الاحتفاظ بأمواله الخاصة إذا أراد ذلك والتصرف فيها دون إشراك زوجه، فيظل كل واحد منهما أجنبيا عن الآخر من الناحية المالية. واستثناء أقر المشرع المغربي إمكانية الاتفاق على استثمار الأموال خلال الحياة الزوجية؛

- أن مدونة الاسرة المغربية منحت للزوجة الحق في النفقة واعتبرتها دينا في ذمة الزوج لا تسقط بالتقادم، عكس التشريعات الأوروبية التي تتبنى مقتضيات المادة 16من اتفاقية القضاء على جميع انواع التمييز ضد المرأة القائمة على مبدأ التشارك بين الزوجين في تحمل مسؤوليات الأسرة بما في ذلك مسؤولياتها المادية؛

- أن المشرع المغربي جعل الأب هو الملزم بالنفقة باستثناء حالة العسر، والتي تتحمل فيها الأم الموسرة اداء ما عجز عنه الأب. أما بالنسبة للتشريعات الأوروبية فإنها تخضع هذه النفقة لمبدأ المساهمة بين الوالدين في تحملها، فينص الفصل 371 من القانون المدني الفرنسي على مساهمة كلا الأبوين في الإنفاق على الأطفال وتربيتهما حسب موارد كل منهما وكذا حاجيات الطفل؛

هذه بعض أوجه الاختلاف. على أن أساس هذا التمايز هو أن القوانين الوضعية أوغلت في سن القوانين لكل تفاصيل الحياة الزوجية فأضحت علاقة المرأة بالرجل، علاقة صراع، يسود فيها الخوف والظلم؛ بدل أن تكون علاقة تكامل، وتراحم. في حين أن أحكام الشريعة أسست لتلك العلاقة على الجمع بين مبدأ العدل والإحسان، وبين المرونة وحفظ الحقوق. مستحضرة مقصد النكاح، وغرضه الشرعي.

الفصل الثانى: جهود مدونة الأسرة فى تقوية القانون المغربى أمام القضاء: الواقع والمأمول

كان لأخذ الدول الأوروبية بضابط الجنسية، أثرا إيجابيا على الروابط الأسرية للجالية المغربية، إذ منح إمكانية كبيرة لتطبيق القانون الأسري المغربي على مستوى انحلال الرابطة الزوجية بين المغاربة المقيمين في هذه الدول، غير أن تراجع هذه الأخيرة عن الأخذ بهذا الضابط، وتوظيفها لضوابط إسناد جديدة، طرح إشكالات أمام أفراد هذه الجالية .

ولقد حاول المشرع المغربي تجاوز هذه الإشكاليات من خلال مجموعة من الحلول ضمنتها الاتفاقيات الثنائية مع هذه الدول، لكنها كانت قاصرة عن إيجاد الحلول اللازمة، إلى أن أصدر المشرع المغربي قانون مدونة الأسرة لسنة 2004 م والتي نصت على مجموعة من المقتضيات سعيا لتجاوز هذه المشاكل، من خلال تقوية مركز القانون الأسري المغربي أمام القضاء الأوربي.

ولعل من أبرز هذه المقتضيات تبني مبدئي المساواة وسلطان الإرادة في إنهاء العلاقة الزوجية (المبحث الأول). وللاطلاع على بعض التجارب الناجحة في معالجة قضايا الطلاق والآثار المترتبة عليه بالنسبة للأقليات المسلمة في بلاد المهجر. سأقوم بدراسة التفريق القضائي للمراكز الإسلامية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: جهود مدونة الأسرة في تقوية القانون الأسري المغربي: الطلاق الاتفاقي نموذجا

إذا كان الأصل أن الطلاق بيد للزوج ، وللزوجة استثناء متى ملكها الزوج ذلك الحق، ولا سلطة للمحكمة في الرقابة على ذلك إلا فيما يتعلق بوجوب احترام مجموعة من الإجراءات المسطرية. ففي المقابل فإن طلب الزوجة الرامي لإنهاء الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، يخضع لرقابة قضائية توجب توافر شروطه الموضوعية وأسبابه القانونية، وصدور حكم قضائي بذلك[1].

ومسايرة من المشرع المغربي للتطورات بما يتيح تطبيق القانون المغربي على المغاربة بالدول الأوروبية المستقطبة للجالية المغربية في حالة انحلال الرابطة الزوجية؛ و تيسير الاعتراف بالطلاق الحاصل في هذه

[1] التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، محمد الكشبور، يونس الزهري، حسن فتوح، ص 10، الطبعة الأولى 2006، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

الدول؛ خول المشرع المغربي للزوجين الاتفاق على الطلاق بدون شروط أو بشروط لا تمس بأحكام مدونة الأسرة والأطفال، في المادة 114 من مدونة الأسرة، باعتباره نوعا جديدا من أنواع الطلاق والذي لم يكن منصوصا عليه من قبل .فأمكن للزوجين الطلاق عن طريق اتفاقهما وإرادتهما المشتركة في توقيعه، والذي عرف بالطلاق الاتفاقي.

فإلى أي حد وفق المشرع المغربي في منح الحرية لإرادة الزوجين المشتركة في إنهاء الرابطة الزوجية من خلال الطلاق الاتفاقي؟

لمقاربة هذه الإشكالية وللإحاطة أكثر بهذا الموضوع ارتأيت دراسة الطلاق الاتفاقي من وجهة قانون الأسرة المغربي(المطلب الأول) وفي علاقته بمبدأ النظام العام: المسطرة والشروط(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطلاق الاتفاقي في قانون الأسرة المغربي

الفرع الأول: الماهية و التأصيل

الفقرة الأولى: تعريف الطلاق الاتفاقي والحكمة من مشروعيته

لم يهتم الفقه الإسلامي بوضع تعريف محدد للطلاق الاتفاقي على اعتبار أن الطلاق الجائز هو الطلاق الذي يكون بيد الزوج إلا في حالة تمليكه للزوجة هذا الحق. لكن هذا لا يعني أن هذا النوع من الطلاق يصطدم مع روح الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة.

1- تعريف الطلاق الاتفاقي:

لطبيعته التركيبية؛ لابد من تقديم تعريف للطلاق ثم الاتفاق. لأخلص لتعريف للطلاق الاتفاقي.

لقد تقدم تعريف الطلاق لغة وشرعا في مبحث سابق، أذكر ببعضها . فقد عرف بأنه: " رفع القيد الثابت بالنكاح، ذلك أن عقد الزواج يعتبر قيدا يربط بين الزوجين، فإذا وقع الطلاق انحل ذلك الرباط،

وارتفع القيد وزال"[1]. وعرفه ابن عرفة بقوله: "الطلاق صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته"[2]، ومعنى قوله: صفة حكمية أن الطلاق معنى يقدره الشرع ويعتبره، وليس شيئا محسوسا، وقوله: ترفع حلية متعة الزوج بزوجته، يعني أن الطلاق ينهي حلية الاستمتاع التي ترتبت على الزواج، والتي كان يحل لأحد الزوجين بمقتضاها أن يتمتع بالآخر[3].

أما الاتفاق فهو: التراضي والتوافق بين طرفين -غالبا- أو أكثر على فعل شيء أو تركه قصد إحداث أثر قانوني على وجه الإلزام[4].

وعليه يمكن تعريف الطلاق الاتفاقي بأنه "تراضي وتوافق إرادتي الزوجين معا على حل أو رفع قيد النكاح الذي يجمعهما، ووضع حد لعلاقتهما الزوجية دون تشنجات أو مزايدات"[5]، وعرف أيضا بكونه "توافق إرادة كل من الزوج والزوجة على الطلاق من خلال الاتفاق بينهما على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية، وعلى الآثار المترتبة على حل هذه الرابطة الأسرية. فالطلاق في هذه الحالة يتم بمشاركة الطرفين إذ لا يقع من جانب الزوج وحده، ولا من جانب الزوجة فقط، وإنما يقع بإرادتهما المشتركة[6]

فهو عقد يتم بمقتضاه توافق إرادة كل من الزوجين على الطلاق من خلال الاتفاق فيما بينهما على مبدأ إنهاء الرابطة الزوجية وعلى الآثار المترتبة عنها.

---

[1] أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، محمد بن معجوز، الجزء الأول 1998،ص176، (بدون ذكر المطبعة).

[2] شرح حدود ابن عرفة ، الرصاع ، ص184، الطبعة الأولى، 1350هـ، ، المكتبة العلمية.

[3] شرح حدود ابن عرفة ، الرصاع، ص185.

[4] البهجة في شرح التحفة، التسولي ،ج1، ص106، دار الفكر ،بيروت .

[5] الشافي في شرح مدونة الأسرة، عبد الكريم شهبون، ج 1، ص 291، الطبعة الأولى، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الولادة ونتائجها، سنة 2006، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

[6] محاضرات في قانون الأسرة، عبد الهادي الشاوي، ص 119 و 120، الطبعة الثانية سنة 2009 ، دار العرفان أكادير.

2- الحكمة من مشروعيته:

إذا كانت الحكمة من تشريع الطلاق عموما هي رفع الضرر والمشقة، فهي نفسها في الطلاق الاتفاقي ، فقد "يتوصل الزوجان إلى أن الأفضل لهما معا هو الافتراق، ويقتنع كل واحد بأنه لا يصلح زوجا للآخر، وأن استمرار العشرة قد تترتب عليها نتائج مناقضة لما توصي به الشريعة الإسلامية من مودة ورحمة وتسامح وعطف بين الزوجين"[1]، فهو وسيلة لتجاوز الخلافات والشقاق الذي قد يحصل بين الزوجين ، والحل الأمثل بينهما للانفصال بطريقة ودية ورضائية.

الفقرة الثانية: التأصيل الشرعي والقانوني والبعد المقاصدي للطلاق الاتفاقي

بعد تعريفي للطلاق الاتفاقي، أنتقل للحديث عن الأدلة الشرعية الواردة في شأنه، ومدى تحقيقه لمقاصد الشرع، وكذلك النصوص القانونية التي نظمته .

1. السند الشرعي للطلاق الاتفاقي

أشرت سابقا أن هذا النوع من الطلاق لم يفرده الفقه بأحكام خاصة به، غير أنه لا يتصادم مع المبادئ العامة للشرع الحنيف، إذ يجد سنده الشرعي من زاويتين اثنتين:

أ- النصوص العامة المتعلقة باحترام المواثيق والعهود من مثل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾[2]، وقوله عز وجل: ﴿ وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا وَقَدۡ جَعَلۡتُمُ ٱللَّهَ عَلَيۡكُمۡ كَفِيلًاۚ إِنَّ ٱللَّهَ يَعۡلَمُ مَا تَفۡعَلُونَ ﴾[3]. فلما كان الطلاق

[1] دور الإرادة في إنهاء عقود الزواج على ضوء مدونة الأسرة، د إدريس الفاخوري ،مجلة الملف، العدد 4، ص 68، 69. شتنبر 2004.

[2] سورة المائدة، الآية الأولى.

[3] سورة النحل، الآية 91.

الاتفاقي في الأصل عقد يتم بين طرفين يتفقان فيه على إنهاء الرابطة الزوجية بطريقة ودية ، وجب أن يلتزم كل طرف بما تعهد به في العقد، لأن العقد شريعة المتعاقدين؛

ب- أحكام النصوص العامة المنظمة للطلاق: كقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [1]، وكذلك قوله عز وجل: ﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ [2]، وفي قوله عز وجل: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾ [3]، وقوله جل سبحانه وتعالى: ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا ﴾ [4].

2. السند القانوني والقضائي للطلاق الاتفاقي

أ- <u>السند القانوني</u>:

يجد الطلاق الاتفاقي أو بالتراضي مبرره وسنده القانوني من منطق اجتماع الإرادة المشتركة للزوجين. وبشكل عام فالطلاق الاتفاقي باعتباره عقدا بالتراضي بين الطرفين فتشمله القاعدة القانونية المعروفة "العقد شريعة المتعاقدين" والمنصوص عليها في التشريع المغربي في الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود. وبوجه خاص فالطلاق الاتفاقي بعد أن لم يكن منصوصا عليه في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، فقد تم التنصيص عليه وتنظيمه في مدونة الأسرة سنة 2004م، مسايرة في ذلك التطور الحاصل في مجال إقرار مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في حق الطلاق دون المساس بكرامتها أو بشعورها، ونتيجة أيضا لمصادقة المغرب على الاتفاقيات الدولية التي تنادي بإقرار المساواة في جميع الحقوق بين كلا الجنسين خاصة تلك المتعلقة بالقضاء على جميع

[1] سورة البقرة، الآية 228.
[2] سورة البقرة، الآية 229.
[3] سورة النساء، الآية 19.
[4] سورة النساء، الآية 130.

أشكال التمييز ضد المرأة[1]. وهكذا فقد نصت المادة 114 من مدونة الأسرة على أنه: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال. تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه".

وبذلك يكون المشرع المغربي قد سن مبدأ التراضي على الطلاق من خلال فسح المجال أمام الزوجين لإنهاء حياتهما الزوجية المشتركة، بنفس الطريقة التي أنشئت بها نظرا لاستحالة العشرة بينهما ولرغبتهما في عدم إشهار أسباب الخلاف بينهما بمساطر ومرافعات قضائية قد تطول، بالإضافة إلى ما يحققه الاتفاق الودي على إنهاء تلك الرابطة من مرونة في العلاقات الزوجية سيما إزاء الأطفال.[2]

وينقسم الطلاق الاتفاقي المقرر بمقتضى مدونة الأسرة إلى نوعين رئيسيين: الطلاق الاتفاقي المجرد وهو الذي يلجأ إليه الزوجان باتفاقهما دون أن يعلقاه على شروط محددة، والطلاق الاتفاقي المقيد وهو الذي يقيده طرفاه بشرط واحد أو أكثر يتعين وجوبا ألا يتنافى مع النظام العام أو أحكام مدونة الأسرة، وأن لا تكون له أية تبعات سلبية على مصالح الأبناء وحقوقهما المكتسبة.[3]

ب-<u>السند القضائي:</u>

نظمت القوانين الغربية، هذا النوع من الطلاق في قوانينها بعد تبنيها لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعطي للأفراد مجالا واسعا لإعمال حريتهم، من ذلك مثلا القانون المدني الفرنسي، والذي تقضي المادة 229 منه بأنه يحكم بالتطليق من خلال أربعة طرق حصرية، تتمثل في الاتفاق المشترك للزوجين على التطليق، أو بعرض

[1] ينظر إلى ما تضمنته بنود المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي من بين ما نصت عليه ما يلي: " أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة

[2] دراسة وتأصيل للمستجدات الواردة بمدونة الأسرة المتعلقة بالطلاق والمسطرة المتبعة فيه، محمد العسري، ص 6، برنامج الحلقات الدراسية الجهوية المنظمة لفائدة قضاة الأسرة بإفران أيام 7، 8، 9، 10، 2006.

[3] الشافي في شرح مدونة الأسرة، عبد الكريم شهبون، ص292.

مبدأ التطليق من أحد الطرفين وقبوله من الطرف الآخر ثم بانقطاع الحياة الزوجية، وأخيرا بسبب خطأ أحد الزوجين[1].

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد أخضع الطلاق الاتفاقي لمراقبة القضاء قصد إجراء الصلح بينهما، وإلا حكم بالطلاق إذا توافرت شروط إيقاعه.

وهو ما جسدته مجموعة من الأحكام القضائية لمختلف محاكم المملكة المغربية، نذكر منها:

- الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتارودانت مما ورد فيه: "... أن السيد (د. م) و السيدة (ل. ن) تقدما بطلب من أجل الإذن لهما بالطلاق ،فحضرا معا وأجريت محاولة الصلح بينهما ،والتي باءت بالفشل ،نظرا لسوء التفاهم واستحالة العشرة بينهما ...وحيث أن المحكمة أذنت بإيقاع الطلاق... وفق الشروط المتفق عليها..."[2].
- الحكم الصادر عن نفس المحكمة الذي ورد في حيثياته: "... أن السيد (م. أ) و(ض. أ) تقدما بطلب من أجل الإذن بالطلاق الاتفاقي بينهما فحضرا معا، وأجريت محاولة الصلح بينهما والتي باءت بالفشل لإصرارهما على الطلاق .... وحيث أن المحكمة أذنت للزوجين بتوثيق الطلاق لدى عدلين بدائرة نفوذ هذه المحكمة..."[3].
- وكذلك الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة بفاس الذي جاء فيه: "... حيث إن العلاقة الزوجية ثابتة بين الطرفين بمقتضى رسم الزواج المدلى به... و حيث أن الطرفين اتفقا على إنهاء العلاقة الزوجية... وحيث أن محاولة الصلح فشلت بينهما وأن المدعى عليها تنازلت عن مستحقاتها..."[4].

---

[1] تقضي المادة 229 من القانون المدني الفرنسي، بأنه يحكم بالتطليق من خلال أربعة طرق حصرية : تتمثل في الاتفاق المشترك للزوجين على التطليق، أو بعرض مبدأ التطليق من أحد الطرفين وقبوله من الطرف الآخر ثم بانقطاع الحياة الزوجية، وأخيرا بسبب خطأ أحد الزوجين.

[2] المحكمة الابتدائية بتارودانت حكم عدد 1027 ملف رقم: 2012/885، بتاريخ 2012/10/31 (غير منشور).

[3] المحكمة الابتدائية بتارودانت قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 2021/658، بتاريخ 2021/9/22 (غير منشور).

[4] قسم قضاء الأسرة بفاس، حكم رقم: 5156 ،ملف رقم: 2008/2/300، بتاريخ 2008/10/6 (غير منشور).

من خلال هذه الأحكام القضائية يظهر مدى منح المشرع المغربي الحرية الكاملة للزوجين لإنهاء الرابطة الزوجية بينهما، وتكريس دور الإرادة فيها، على أساس أن ما بنته إرادتان لا تهدمه إرادة واحدة، بل المسؤولية تكون مشتركة بينهما على حد سواء.

3. البعد المقاصدي

لما كانت مقاصد الشريعة كما عرفها الفاسي هي: "الغاية منها والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها"[1]، فالمقاصد الشرعية من الطلاق إذا هي المصالح والحكم التي أراد الله تحقيقها من تشريع أحكام الطلاق. فالطلاق إن وقع وفق مراد الله تعالى ومراد رسوله صلى الله عليه وسلم، لا يكون إلا خيرا وصلاحا للزوجين، وإن كان فيه شيء من الضرر أو المفاسد فهي أقل بكثير من عدم وقوع الطلاق.

فبالنظر إلى البعد المقاصدي للشريعة الإسلامية، نجد أن الطلاق الاتفاقي يحقق جملة من المقاصد منها:

- ✓ حفظ الأسرة من استمرار المشاكل، التي تحول بقاء الزواج واستمراره مفسدة محضة،" وأما محاسنه فمنها ثبوت التخلص به من المكاره الدينية والدنيوية،"[2]؛
- ✓ رفع المشقة والحرج عن الزوجين، قال ابن القيم رحمه الله تعالى" فإن الله تعالى شرع للأزواج - إذا أرادوا استبدال زوج مكان زوج والتخلص من المرأة - الطلاق، وجعله بحكمته ثلاثا توسعة على الزوج؛ إذ لعله يبدو له ويندم فيراجعها، وهذا من تمام حكمته ورأفته ورحمته بهذه الأمة، ولم يجعل أنكحتهم كأنكحة النصارى تكون المرأة غلا في عنق الرجل إلى الموت"[3]. وقال الشاطبي

[1] علم المقاصد الشرعية، نور الدين بن مختار الخادمي ، ج1،ص16، الطبعة الأولى 1421هـ- 2001م، مكتبة العبيكان.

[2] فتح القدير، ابن الهمام ،ج3،ص 465 ، دار الفكر.

[3] إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية ، ج3،ص203 ،تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الطبعة الأولى،1411هـ - 1991م،دار الكتب العلمية – بيروت.

رحمه الله تعالى" ولأن النكاح لا يلزم فيه القصد إلى البقاء المؤبد، لأن هذا هو التضييق الذي تأباه الشريعة، ولأجله شرع الطلاق، وهو كنكاح النصارى"[1]

✓ مراعاة توفير وسط أسري أكثر ملائمة لتربية الأطفال وتنشئتهم التنشئة الحسنة، ف" النكاح مشروع للتناسل على القصد الأول"[2]. فهو من باب ارتكاب أخف الضررين لتجنيب الأبناء الضرر الأكبر." و القصد الشرعي من الطلاق والفراق ارتكاب أخف الضرر عند تعسر استقامة المعاشرة، وخوف ارتباك حال الزوجية، وتسرب ذلك إلى ارتباك حالة العائلة"[3].

الفرع الثاني: تمييز الطلاق الاتفاقي عن بعض الحالات الأخرى المشابهة له

إن قيام الطلاق الاتفاقي على أساس الإرادة الحرة والمشتركة للزوجين، يوحي بأن هناك تشابه بينه وبين أنواع أخرى من الطلاق ، الأمر الذي يتطلب تمييزه عن الخلع (الفقرة الأولى)، وتمييزه عن التمليك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تمييز الطلاق الاتفاقي عن الخلع

1-من الناحية الشرعية:

يعني الخلع اتفاق الزوج والزوجة على الطلاق بأن تعطي الزوج ما كان أخذت منه باسم الزوجية لينهي علاقته بها[4] فهو طلاق بعوض، وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع، والنصوص في ذلك متعددة، منها :

[1] الموافقات، الشاطبي ، ج3،ص126.

[2] الموافقات ،الشاطبي ، ج1، ص540.

[3] مقاصد الشريعة الإسلامية، الطاهر بن عاشور ، ج2،ص355، المحقق محمد الحبيب ابن الخوجة، الناشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، عام النشر 1425 هـ - 2004 م.

[4] فقه السنة، سيد سابق، ج2، ص: 294.

أ- قوله سبحانه وتعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـٔٗا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾[1]. فالآية الكريمة واضحة الدلالة على جواز افتداء الزوجات بما قدم لهن من الصدقات أو ببعضه. ولا يكون ذلك إلا إذا اشتد الشقاق والنزاع وعدم الوفاق بين الزوجين، فقد تبغض المرأة زوجها وتكره العيش معه، وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته؛ فشرع لها الإسلام في موازاة الطلاق الخاص بالرجل طريقا للخلاص من الزوجية، لرفع الحرج ودفع الضرر عنها ببذل شيء من المال تفتدي به نفسها وتتخلص من الزواج وتعوض الزوج ما أنفقه في سبيل الزواج بها.[2]

ب- ما روي عن عكرمة عن ابن عباس قال: "أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله: إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال: الرسول صلى الله عليه وسلم: "أتردين عليه حديقته"، فقالت: نعم، فقال: رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[3].

ت- ما جاء عن حبيبة بنت سهل الأنصارية ، أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من هذه؟»، فقالت: أنا حبيبة بنت سهل، قال: «ما شأنك؟»، قالت: لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها، فلما جاء ثابت بن قيس، قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «هذه حبيبة بنت سهل»، وذكرت ما

[1] سورة البقرة، الآية: 229.

[2] حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، محمود محمد عوض سلامة، ص7، طبعة 1990،دار النشر العربية، القاهرة.

[3] أخرجه البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، الحديث رقم 5273.

شاء الله أن تذكر، وقالت حبيبة: يا رسول الله، كل ما أعطاني عندي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس: «خذ منها»، فأخذ منها، وجلست هي في أهلها.[1]

وقد أجمع جمهور العلماء والفقهاء على أن الخلع مشروع، قال ابن حجر في فتح الباري، "وأجمع العلماء على مشروعية الخلع، إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور"[2]. غير أن جواز الخلع شرعا مقيد بتوفر مجموعة من الشروط متمثلة في الصيغة والتي يجب أن تكون بلفظ الخلع أو ما في معناه، وأن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما، ويشترط كذلك أن تكون الفرقة في مقابل عوض من جهة الزوجة ولا يشترط أن تكون نقودا، وإنما كل مال متقوم يصح أن يكون بدلا في الخلع.[3]

2-من الناحية التشريعية

نظم المشرع المغربي الطلاق بالخلع في القسم الخامس من الباب الثاني من مدونة الأسرة الذي عنونه المشرع بالطلاق بالاتفاق أو الخلع، من خلال ست مواد (من 115 إلى 120 من المدونة)، فقد نصت المادة 115 منها على أنه: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه" . فالمادة واضحة الدلالة على كون الخلع نوع من الاتفاق الحاصل بين الزوجين، مما يجعله في تداخل مع الطلاق الاتفاقي، فهل يعد الخلع صورة من صور الطلاق الاتفاقي؟ أم أنهما متمايزان؟ وكيف نميز بين ما يعد طلاقا اتفاقيا وما يعد طلاقا خلعيا؟

إن هذا التداخل بين الخلع والطلاق الاتفاقي ليس افتراضا وإنما هو واقعي، وهو ما يجسده الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بفاس قسم قضاء الأسرة والذي جاء فيه: "... بناء على الطلب المودع بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 28/ 01/ 2008 والمؤدى عنه الرسم القضائي والذي التمس بموجبه المدعيان الإذن لهما بالإشهاد على الطلاق الاتفاقي ... حيث اتفقا على إنهاء العلاقة الزوجية لعدم التفاهم بينهما... وبناء على

1 أخرجه ابو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب الخلع، الحديث رقم 2227 ،.والنسائي في سننه، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع ،الحديث رقم 3462، صححه الألباني في "إرواء الغليل" ،202/7.

2 أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة فقهية وتشريعية وقضائية، الطلاق والخلع وآثار الفرقة، محمد كمال الدين إمام، ص 172، طبعة 2003، دار الجامعة الجديدة.

3 الزواج والطلاق في الإسلام، بدران أبو العينين بدران، ص 392، دون ذكر الطبعة، مؤسسة شباب الجامعة.

فشل محاولة الصلح التي تم إجراؤها بين الطرفين... وبعد المداولة... حيث نصت المادة 114 من مدونة الأسرة على أنه: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط لا تتنافى وأحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال"، وحيث نصت المادة 115 من مدونة الأسرة على أنه: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه."

...لهذه الأسباب:

أصدرت المحكمة...وقوع الطلاق بين الطرفين طلاقا خلعيا بائنا بعدما تنازلت المطلقة عن مستحقاتها ومستحقات ابنها...[1].

يتبين من الحكم أعلاه أن المحكمة من خلال الحيثيات التي استندت عليها اعتبرت هذا الطلاق طلاقا خلعيا. بالرغم من أن الزوجان تقدما بطلب إنهاء العلاقة الزوجية على أساس الاتفاق الواقع بينهما.

وبالرغم من أن المشرع أفرد المادة 114 من المدونة للطلاق الاتفاقي، في حين أفرد المواد من 115إلى 120 من المدونة للطلاق الخلعي، فمما يلاحظ على هذا الحكم الصادر عن هذه المحكمة:

- ✓ صعوبة التمييز لدى الهيئة المصدرة للحكم بين الطلاق الاتفاقي والطلاق الخلعي، خاصة وكما ذكر في حيثيات الحكم من كون أن الزوجة تنازلت عن مستحقاتها ومستحقات ابنها؛
- ✓ مخالفة المحكمة لمقتضيات الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على أنه: "يتعين على القاضي أن يبت في حدود طلبات الأطراف، ولا يسوغ له أن يغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات، ويبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة"، لذلك كان عليها أن تؤسس حكمها على طلبات الأطراف، أي طلب الطلاق الاتفاقي والبت وفقها.

إن الخلع وإن كان اتفاقا رضائيا يتم بين الزوجين، فإنه يتميز ببعض الخصوصية على المستوى التشريعي منها:

[1] حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس قسم قضاء الأسرة، رقم: 5154 في ملف 082/281، بتاريخ 2008/10/06 (غير منشور).

- المقابل: فالطلاق الخلعي، يقوم بالأساس على مقابل أو عوض تلتزم به الزوجة ويأخذه الزوج، فالزوجة التي تخالع تلزم بتقديم بدل الخلع، على عكس الطلاق الاتفاقي الذي يتم بدون المقابل على الطلاق، إذ الغرض منه هو إنهاء الرابطة الزوجية بطريقة ودية ودون نزاع.
- الأهلية: تعتبر تصرفات عديم الأهلية باطلة: " تصرفات عديم الأهلية باطلة ولا تنتج أي أثر"[1]. ولما كان الخلع يقتضي اتفاق الزوجين، فإنه يستوجب توفر الزوجين معا على أهلية الأداء، والتي يحدد القانون شروط اكتسابها وكذا أسباب نقصانها أو انعدامها. فمدونة الأسرة اعتبرت عديم أهلية الأداء :

"أولا : الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز ؛ثانيا : المجنون وفاقد العقل. يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها. الفقدان الإرادي للعقل لا يعفي من المسؤولية."[2]

وإذا كانت الراشدة فالأصل أنها تخالع عن نفسها في الطلاق بالخلع ، وهو ما سارت عليه المحاكم المغربية " وحيث يحق للزوجة الرشيدة أن تخالع نفسها وتلزم ببذل الخلع ... وبناء على مقتضيات المدونة الجديدة للأسرة... فإن المحكمة وهي تبث في قضايا الأسرة علنيا وحضوريا: تأذن للزوجين السيد (ن ه) و السيدة (ز ب) بالإشهاد على طلاقهما بالخلع "[3]فإن القاصرة لا تلتزم ببذل الخلع إلا بموافقة نائبها الشرعي، وهو ما نصت عليه مقتضيات المادة 116 من المدونة بقولها : "تخالع الراشدة عن نفسها، والتي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق، ولا تلزم ببذل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي".

[1] المادة 224 من مدونة الأسرة.
[2] المادة 217 من مدونة الأسرة.
[3] ملف طلاق عدد 04/25 بتاريخ 2004/03/10 صادر عن المحكمة الابتدائية بتارودانت قسم قضاء الأسرة (غير منشور).

أما في الطلاق الاتفاقي فإنه لا يشترط موافقة النائب الشرعي على الاتفاق المبرم بين الزوجين لكي يكون نافذا، فكلا الزوجين يعتبر كامل الأهلية في مباشرة حق التقاضي، بشأن آثار الزواج وما يترتب عنه من حقوق والتزامات طبقا لما ورد في المادة 22 من مدونة الأسرة".[1]

- سلطة المحكمة: وتتمثل في الحصول على إذن من المحكمة، والذي يعتبر شرطا إجرائيا في الخلع، إذ عند وقوع الاتفاق يقدم الطرفان أو أحدهما الطلب للمحكمة التي تأذن بالإشهاد على الطلاق وتوثيقهبعد إجراء محاولة الصلح . كما أقرت المدونة بسلطة المحكمة وفقا لمقتضيات المادة 120من المدونة[2] في حالة ما إذا اتفق الطرفان على مبدأ الخلع، واختلفا في مقابله[3]، فإنه في حالة الطلاق الاتفاقي، فالمحكمة لا سلطة لها في تعديل بنود الاتفاق المسطر بين الزوجين، ولا تتدخل إلا لمحاولة الصلح بينهما، أما إذا اختلفا في أمر ما، فلا نكون أمام طلاق بالاتفاق.

وبالتالي ومن خلال هذه المقارنة بين كل من الطلاق الخلعي والطلاق الاتفاقي يمكن القول بأن العلاقة بينهما هي علاقة خاص بعام، فالطلاق بالخلع هو نوع خاص من الطلاق الاتفاقي، أفرده المشرع بنصوص خاصة، من أجل حماية الزوجة المخالعة لأنها تلزم فيه بتقديم مقابل أو عوض مالي للزوج خلافا للطلاق الاتفاقي الذي لا تلتزم فيه بذلك.

الفقرة الثانية: تمييز الطلاق الاتفاقي عن التمليك

الأصل في الطلاق أنه يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، لكن له أن يتنازل عنه لفائدة زوجته، فيملكها هذا الحق سواء كان ذلك عند إبرام عقد الزواج أو بعده.

---

[1] تنص الفقرة الأولى من المادة 22 من مدونة الأسرة على أنه: "يكتسب المتزوجان طبقا للمادة 20 أعلاه، الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"

2 جاء في الفقرة الأولى من المادة 120 من مدونة الأسرة ما نصه: "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله.

3 من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، "مسار التعديلات ومطالب الحركة النسائية"، سعاد الأخريسي، ص 198، الطبعة الأولى سبتمبر 2005.

ويقصد بالتمليك: "تمليك المرأة إيقاع الطلاق"[1]، فهو كل لفظ دل على جعل الطلاق بيد الزوجة. فللزوج أن يجعل أمر زوجته بيدها، حيث تصير مالكة لعصمتها، ولها الحق في أن توقع الطلاق متى شاءت، كأن يقول لها: جعلت أمرك أو طلاقك بيدك ، وليس له أن يعزلها عنه[2]، ويظهر قبولها للتمليك بالقول، كأن توقع الطلاق بلفظها، أو بالفعل كأن تفعل ما يدل على الفراق، مثل نقل أثاثها أو غيره[3]، واستدل على تمليك الزوجة حق الطلاق بقوله عز وجل: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا ٢٨ وَإِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَٱلدَّارَ ٱلۡأٓخِرَةَ فَإِنَّ ٱللَّهَ أَعَدَّ لِلۡمُحۡسِنَٰتِ مِنكُنَّ أَجۡرًا عَظِيمٗا ﴾[4]. ووجه الدلالة من الآيتين، أن الرسول صلى الله عليه وسلم، بعد أن شكت زوجاته صلى الله عليه وسلم قلة النفقة وشظف العيش ،خيرهن بين البقاء في عصمته والقناعة بما يجدنه من نفقة، وبين أن يطلقن أنفسهن ، وقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم خيرهن فعلا فاخترن البقاء في عصمته .

وهو ما ذهب إليه المشرع المغربي حيث نصت المادة 89 من مدونة الأسرة على الطلاق المملك: "إذا ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق، كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة طبقا لأحكام المادتين 79 و80 أعلاه.

تتأكد المحكمة من توفر شروط التمليك المتفق عليها بين الزوجين، وتحاول الإصلاح بينهما طبقا لأحكام المادتين 81 و82 أعلاه... وتبت في مستحقات الزوجة والأطفال عند الاقتضاء، تطبيقا لأحكام المادتين 84 و85

[1] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، ج2،ص 57.

2 الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، وهبة الزحيلي، ج 9، ص 6938 ، الطبعة الثالثة 1989، دار الفكر.

3 القوانين الفقهية، ابن جزي، ج1، ص155، (دون ذكر الطبعة والمطبعة).

4 سورة الأحزاب، الآيتين: 28 و29

أعلاه.

لا يمكن للزوج أن يعزل زوجته عن ممارسة حقها في التمليك الذي ملكها إياه."

ويتضح أن من أبرز أوجه الاختلاف بين التمليك والطلاق الاتفاقي:

- حق الإيقاع: في الطلاق المملك تفويض حق الطلاق من الزوج للزوجة التي لا تملك هذا الحق، إذ لها فقط الحق في التطليق، بينما في الطلاق الاتفاقي، فمثلما للزوج الحق في إنهاء العلاقة الزوجية بالاتفاق مع الزوجة على الطلاق، فللزوجة أيضا استعمال نفس الحق على اعتبار أن الطلاق الاتفاقي هو اتفاق الزوجين معا على الطلاق بإرادتهما المشتركة؛
- حق تقديم طلب الطلاق إلى المحكمة: في طلاق التمليك هذا الحق محصور في الزوجة فقط وذلك وفق مقتضيات المادة 89 من مدونة الأسرة وطبقا للإجراءات المنصوص عليها ضمن المادتين 79 و80 من المدونة، مثلها في ذلك مثل الزوج الذي يسعى إلى الطلاق؛ لذلك فالإذن بالطلاق يسلم لها شخصيا لكي تطالب بالإشهاد عليه. أما في الطلاق الاتفاقي فالحق للطرفين معا أو أحدهما حسب إرادتهما المشتركة وفقا لمقتضيات المادة 114؛
- حق التراجع: في الطلاق المملك ليس للزوج الحق في التراجع عنه بإرادته المنفردة وحدها، وليس له عزل زوجته من ممارستها لحقها في التمليك. وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 89. بخلاف الطلاق الاتفاقي الذي يكون بتوافق الطرفين، فإرادة الزوجين هي التي أبرمت عقد الزواج، فبنفس الإرادة يمكن إنهاءه، أو يتم الصلح بينهما، ولا يبقى لأحد حق إيقاعه؛
- التنازل عن الحقوق المادية والمعنوية: لقد كان المشرع المغربي صريحا في كون طلب الطلاق من الزوجة في طلاق التمليك لا يعني تنازلها عن حقوقها وحقوق أطفالها المادية والمعنوية، وذلك وفقا لمقتضيات المادتين 84 و85 من مدونة الأسرة والتي أحالت عليهما المادة 89 من نفس المدونة. وهو ما لم ينص عليه المشرع المغربي في الطلاق الاتفاقي في المادة 114من مدونة الأسرة المنظمة لهذا النوع من

الطلاق. إلا أن بعض الفقهاء يذهبون إلى أنه رغم عدم الإحالة عليها فإنه يجب تعميم ضمان الحقوق المالية للزوجة المطلقة وأطفالها ولو حصل الطلاق بمحض الإرادة والاتفاق[1].

وختاما فرغم وجود اختلاف بين كل من الطلاق الاتفاقي والخلع والتمليك، فإنهم متحدون من حيث الأثر، إذ تعتبر كلها طلاقا بائنا، في حالة وقوعها، وذلك وفق مقتضيات المادة 123 من مدونة الأسرة التي نصت على ما يلي: "كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق، أو الخلع والمملك."

المطلب الثاني: الطلاق الاتفاقي وقاعدة الدفع بالنظام العام: المسطرة والشروط

انعكس الاختلاف التام بين القوانين المنظمة للروابط الأسرية في الدول الأوربية، والقانون المغربي المنظم للأحوال الشخصية سلبا على تنظيم طلاق الجالية المغربية بالخارج، وعلى توازنها واستقرارها في المجتمع الأوروبي. ويتجلى ذلك في رفض القضاء الأوروبي تطبيق القانون الوطني عليهم، في مقابل رفض القضاء المغربي الاعتراف بالأحكام والقرارات الصادرة عنه، وهو ما أدى إلى وضعيات أسرية شاذة وإهدار لحقوق الأفراد. لكن تبني المشرع المغربي لمؤسسة الطلاق الاتفاقي عمل على تليين النظام العام (الفرع الأول). ومن أجل إعمال الطلاق الاتفاقي كان لا بد من احترام مجموعة من الشروط سواء منها العامة أو الخاصة به (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطلاق الاتفاقي ومبدأ النظام العام

كثيرا ما استبعد تطبيق القانون المغربي أمام القضاء الأوروبي لعقود طويلة بحجج مختلفة من أهمها مخالفته للنظام العام الدولي الأوروبي.

[1] بعض مظاهر قيم حقوق الإنسان في مدونة الأسرة الجديدة، إدريس الفاخوري، الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية 5، ص 156،مكتبة دار السلام شتنبر 2004. / شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، محمد الكشبور ، ج الثاني، ص 80.

وهو ما حاول المشرع المغربي تجاوزه باستحداثه وتنصيصه في مدونة الأسرة على مؤسسات جديدة من بينها مؤسسة الطلاق الاتفاقي. مما مكن ضمان تطبيق القانون المغربي على الجالية المغربية بتلك الدول (لفقرة الأولى)، و تليين النظام العام أمام القضاء المغربي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ضمان تطبيق القانون المغربي أمام القضاء الأوروبي

عمل المغرب أول الأمر على نهج الحلول الاتفاقية لضمان تطبيق القانون المغربي على الجالية المغربية المقيمة بالخارج، ومن أجل التقريب بين القانون المغربي والنظام القانوني الأوروبي، وحماية الجالية من الأوضاع الشاذة [1]، كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي ل 10 غشت 1981 ، والتي تنص مادتها التاسعة على أنه: "ينحل الزواج وفق قانون إحدى الدولتين التي ينتمي إليها الزوجان يوم تقييد الطلب".. غير أن هذا الحل لم يحقق النتائج المرجوة منه، وهو ما يؤكده ما ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها: "حسب قاعدة التنازع فإن طلاق الزوجين يجب أن يخضع لقانونهما الوطني المشترك، لكن إذا لم يتوفر للقضاة المعلومات الكافية عن هذا القانون، فإنهم يطبقون القانون الفرنسي".[2]

لكن القضاء الفرنسي لم يستقر على موقف واحد، وهو بصدد تطبيق نصوص الاتفاقية المذكورة، فتارة كان يقضي بتطبيق قانون الأحوال الشخصية المغربي طبقا لما تشير إليه المادة التاسعة، وتارة أخرى كان يتجاهل وجود الاتفاقية من أساسها وينتصر لنزعته الوطنية ومن تم تطبيق القانون الفرنسي[3].

وهو ما يبين عدم قدرة هذه الاتفاقية على ضمان حماية كافية لأفراد الجالية المغربية بالخارج كلما تعلق الأمر بانحلال الرابطة الزوجية. ومن ثم عملت مدونة الأسرة على تفادي ذلك باستحداثها مؤسسة الطلاق

[1] الأحكام القانونية الجديدة المتعلقة بتنفيذ الحكم الأجنبي وفق قواعد مدونة الأسرة، نجيب شوقي، مدونة الأسرة عام من التطبيق، الحصيلة والآفاق، أشغال الندوة الوطنية المنعقدة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، يومي 17 و18 فبراير 2005 ، العدد الأول، ص 256 ، منشورات مجموعة البحث في قانون الأسرة سلسلة الندوات.

[2] قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية، في 31 يناير 1995، أورده إبراهيم بحماني، تنازع القوانين في مادة الأحوال الشخصية بصفة عامة بين المغرب وفرنسا خاصة، التقرير السنوي للمجلس الأعلى 2000 ،ص40.

[3] حصيلة الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة ب 10 غشت 1981، المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي، أحمد زوكاغي ،مجلة المناهج، ص 62، العدد الثاني 2002.

الاتفاقي، التي تعتبر من أهم المؤسسات التي تكرس مظهرا من مظاهر المساواة بين الجنسين في إنهاء الرابطة الزوجية، فطالما أن إرادة الزوجين هي التي أبرمت عقد الزواج من خلال التوافق والتراضي، فإنه لا يمكن وضع حد لهذا العقد إلا إذا اجتمعت الإرادتين معا على ذلك [1].

وهكذا تكون مدونة الأسرة بهذا التغيير أوجدت نوعا من الملاءمة بينها وبين معظم القوانين الأسرية الغربية، فالقانون المدني الفرنسي مثلا منح وفقا لمقتضيات للمادة 229 للزوجين إمكانية إنهاء علاقتهم الزوجية بالاتفاق، الأمر الذي يعمل على تقوية القانون المغربي أمام القضاء الأوروبي[2]، من خلال تطبيقه على طلاق المغاربة ببلدان الإقامة، وهو ما جسدته مجموعة من الأحكام الصادرة عن محاكم البلدان الأوروبية. منها حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بروطردام هولندا بتاريخ 2004/10/25 في القضية عدد 217203، والذي حكمت فيه المحكمة بالطلاق الاتفاقي بين الزوجين طبقا لما ينص عليه قانون الأسرة المغربي.[3]

وهكذا عمل المشرع المغربي بنصه على الطلاق الاتفاقي؛ على تقوية وضمان تطبيق القانون المغربي أمام القضاء الأوروبي، و سهل على المغاربة المقيمين بالخارج إمكانية تطبيق قانونهم الوطني عليهم.

لكن لابد من الإشارة أنه لازالت هناك بعض المشاكل نتيجة استمرار استبعاد تطبيق القانون المغربي على أطلقة أفراد الجالية، والتي ترجع بالأساس إلى مدى التزام القاضي الأجنبي بتطبيق القانون المغربي الذي تشير قاعدة الإسناد الأجنبية باختصاصه في مسألة الطلاق الاتفاقي.

حيث لم تلتزم معظم الدول الأوروبية في تحديد القانون المختص في الأحوال الشخصية بما تشير إليه قاعدة الإسناد الأجنبية بتطبيق المادة 114 من مدونة الأسرة على طلاق المغاربة ببلدان الإقامة استنادا إلى ضابط الجنسية، بل اتجهت نحو إعمال ضوابط أخرى جديدة مثل:

- ضابط الموطن: فإذا كانت مثلا المادة الثالثة من القانون الدولي الخاص البلجيكي، تنص على خضوع الأشخاص فيما يخص حالتهم الشخصية إلى قانون الدولة التي يحملون جنسيتها، فالفقرة الأولى

[1] دور الإرادة في إنهاء عقود الزواج على ضوء مدونة الأسرة، إدريس الفاخوري، ص 68.
[2] وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد، موحى ولحسن ميموني، ص 127.
[3] قرار محكمة الاستئناف بالناظور رقم 515 :الصادر بتاريخ22 /2006/11 في الملف رقم 05-9-301 (غير منشور).

من المادة الرابعة من نفس القانون نصت من جديد على أن الأجانب يخضعون فيما يخص حالتهم الشخصية إلى قانون الإقامة الاعتيادية، مما يعني أن القانون البلجيكي حاول إعطاء فرصة لتطبيق قانون جنسية الطرفين، مع نصه كذلك على تطبيق القانون البلجيكي استنادا إلى قانون الإقامة الاعتيادية.[1]

- ضابط الإرادة: والذي بموجبه يمكن للزوجين حرية اختيار قانونهم الوطني، أو قانون إقامتهم الاعتيادية كقانون واجب التطبيق على أحوالهم الشخصية. و قد أخذ به القانون الدولي الخاص البلجيكي حسب ما نصت عليه المادة 57 منه، ونصت عليه كذلك بعض التشريعات المقارنة، كالتشريع الهولندي في تعامله مع الأحوال الشخصية للجالية المغربية.

إن هذا المسار الذي انتهجته الدول الأوروبية بتبنيها لضوابط إسناد جديدة على حساب ضابط الجنسية، سينتج عنه استبعاد القانون المغربي الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه من طرف القاضي الأجنبي على المغاربة في مسألة الطلاق الاتفاقي، ويتم تطبيق قانون الإقامة الاعتيادية أو الإرادة عليهم.

لكن تلك الإشكالات لن يكون له أي تأثير على الأحكام الصادرة عن القاضي وذلك لسببين اثنين: أولهما المادة 128 من مدونة الأسرة والتي تسمح بتذييل الأحكام الصادرة عن القاضي الأجنبي إذا ما أسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها المدونة ولا تخالف النظام العام، وثانيهما إقرار المشرع المغربي لمؤسسة الطلاق الاتفاقي. وهو ما سنبينه في الفقرة الموالية.

[1] نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية المقيمة ببلجيكا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جمال الخمار، ص 75، 76.

الفقرة الثانية: التخفيف من حدة النظام العام أمام القضاء المغربي

تميز القضاء المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بالتشدد اتجاه تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي فيما يتعلق بانحلال الرابطة الزوجية، باشتراطه تطبيق نصوصها من أجل تنفيذه، واعتبار كل مخالفة لمقتضياتها مخالفة للنظام العام. وهو ما حاولت مدونة الأسرة الجديدة التخفيف منه.

أشرت سابقا أثناء حديثي عن تذييل الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق بالصيغة التنفيذية، أن تلك الأحكام لا يمكن قبولها بالمغرب إلا بعد سلوك مسطرة التذييل بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في الفصل 430"[1]، وما بعده من قانون المسطرة المدنية 453 [2]، والذي من بين ما اشترط في هذا الفصل لإمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي أمام القضاء المغربي، ألا يتعارض مع النظام العام المغربي.

و لطالما كان شرط عدم المساس بالنظام العام سببا لاستبعاد تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية، فالقاضي ينطلق من تصور مفاده أن النظام العام وقواعد الأحوال الشخصية شيء واحد، فعدم تطبيق مدونة الأحوال الشخصية الملغاة كان يعد مساسا بالنظام العام[3].

وهو ما نتج عنه حالات شاذة حيث يكون مثلا أحد أطراف العلاقة الزوجية متزوجا حسب قانون وغير ذلك في نظر قانون آخر.

ولتجاوز مثل هكذا وضعيات، نص المشرع المغربي على مقتضيات جديدة في مدونة الأسرة لسنة 2004 وخاصة في الفقرة الثانية من المادة 128 من المدونة، والتي نصت على أن:" الأحكام الصادرة عن المحاكم

[1] ينص الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: " لا تنفذ في المغرب الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية... 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 المغربي.

[2] ظهير شريف بمثابة قانون رقم: 447-74-1 ،بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، الذي تم تغييره وتتميمه بموجب القانون رقم: 72/03 الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم: 1/04/23 ،بتاريخ 12 ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)، الجريدة الرسمية عدد 5184 ، ص 453.بتاريخ 14 ذي الحجة 1424 (5فبراير 2004).

[3] النظام العام المغربي كقيد على فعالية الأحكام القضائية الأجنبية بانحلال الزواج المختلط، جمال الطاهري، المجلة المغربية للدراسات الدولية، ص 91،عدد خاص أكتوبر 2003.

الأجنبية بالطلاق أو التطليق 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..."، حيث لم يقيد الاعتراف بالأحكام الأجنبية المتعلقة بإنهاء العلاقة الزوجية، إلا بشرط عدم تنافي الأسباب المسند إليها في ذلك الحكم مع أحكام مدونة الأسرة.

وبهذا المقتضى يكون مشرع المدونة قد لين من قاعدة الإسناد الوطنية، وحاول التقليل من حدة المشاكل التي كانت تعانيها الأسرة المغربية بالخارج والتخفيض من انعكاساتها السلبية.[1]

وأورد نموذجين من أحكام التذييل المتعلقة بإنهاء العلاقة الزوجية الصادرة عن المحاكم المغربية ابتدائيا واستئنافيا، والتي نهجت منهج التيسير:

- حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بتارودانت بمنح الصيغة التنفيذية لحكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفرساي بفرنسا والذي قضى بالتطليق بين الزوجين بسبب اتفاقهما على إنهاء العلاقة الزوجية وجاء في حيثيات هذا الحكم ما يلي: "... حيث يهدف الطلب إلى تذييل الحكم الأجنبي... وحيث إن المحكمة بعد تفحصها للحكم المراد تذييله بالصيغة التنفيذية تبين لها أنه قضى بإنهاء العلاقة الزوجية تأسيسا على ما تقرره مدونة الأسرة وبالتالي فإنه لا يشكل مساسا بالنظام العام المغربي".[2]
- الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بالحسيمة "حيث إن المحكمة وبعد اطلاعها على أوراق الملف وبعد دراستها لها وللحكم المستأنف وعلله، تبين لها أن ما أثارته النيابة العامة ضده غير مؤسس، ذلك أن الطلاق اتفاقي وهو أمر وارد ضمن المدونة وتم ترجمته الوثائق بواسطة ترجمان الشيء الذي يجعل

[1] كيف نقرأ مقتضيات تنفيذ الأحكام الأجنبية على ضوء المادة 128 من مدونة الأسرة، سفيان ادريوش، مدونة الأسرة عام من التطبيق، الحصيلة والآفاق، ص 221،منشورات مجموعات البحث في قانون الأسرة سلسلة الندوات، العدد الأول ،فبراير 2005.

[2] حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتارودانت، قسم قضاء الأسرة، ملف رقم: 2021/13، بتاريخ 2021/05/02 (غير منشور).

الحكم مصادف للصواب"[1]. قرار محكمة الاستئناف بالحسيمة رقم 399 : الصادر بتاريخ12 /2006/7 في الملف عدد 202/06

يتضح من خلال ما سبق تحول التوجه القضائي المغربي في مسألة الاعتراف بالطلاق الحاصل بالخارج من التشدد إلى التخفيف، بعد سلوك المشرع المغربي طريق إيجاد آليات جديدة كآلية الطلاق الاتفاقي، وذلك من أجل احتواء مختلف الوضعيات القانونية للمغاربة المقيمين بالخارج؛ من خلال البحث عن إيجاد رابطة بين السبب المؤسس عليه في الحكم الأجنبي المنهي للعلاقة الزوجية وبين مقتضيات المدونة والتأكد من عدم مخالفته للنظام العام، بصرف النظر عما إذا كان القاضي الأجنبي قد طبق فيه قواعد المدونة أم قانونه الداخلي.

الفرع الثاني: مسطرة الطلاق الاتفاقي وشروطه

إن حرية الزوجين في إيقاع هذا النوع من الطلاق مقيدة بسلطة القاضي، والتي تمتد أيضا على آثار هذه الفرقة سواء المتعلقة بالزوجة أو بالأطفال؛ إذ أن القاضي ملزم بمراقبة مدى احترام كل من الزوجين للشروط والتنازلات المتفق عليها سواء المتعلقة بالطلاق وكذا بآثاره، وذلك قصد حماية الطرف الضعيف، وخاصة الأطفال.

فماهي الإجراءات المسطرية الواجب احترامها لإيقاع الطلاق الاتفاقي؟ وما الآثار المترتبة عن الطلاق الاتفاقي؟

الفقرة الأولى: الإجراءات المسطرية للطلاق الاتفاقي

لم يكتف المشرع المغربي في الإقرار بإنهاء العلاقة الزوجية من خلال الطلاق الاتفاقي حصول الاتفاق بين الزوجين، بل أخضع ذلك شأنه شأن باقي الأنواع الأخرى إلى رقابة القضاء.ووفق إجراءات مسطرية محددة:

[1] قرار محكمة الاستئناف بالحسيمة رقم 399 : الصادر بتاريخ12 /2006/7 في الملف عدد 202/06

1- تقديم طلب الطلاق الاتفاقي واستدعاء الزوجين

تنص المادة 114 من مدونة الأسرة على أن أول إجراء يقوم به الزوجان أو أحدهما بعد اتفاقهما على الطلاق، طلب الإذن بالإشهاد عليه من طرف المحكمة المختصة، على أن يكون الطلب مستوفيا لمجموعة من الشروط الواردة في بعض نصوص مدونة الأسرة، وكذا قانون المسطرة المدنية، وبعدها على المحكمة استدعاء الزوجين، لإجراء محاولة للصلح، قصد معرفة حقيقة النزاع ومحاولة تفاديه.

أ- تقديم طلب الطلاق الاتفاقي

نصت مقتضيات المادة 78 من مدونة الأسرة على أن: "الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء، وطبقا لأحكام هذه المدونة". فالطلاق الاتفاقي خاضع كغيره من أنواع الطلاق للمراقبة القضائية، فلابد وأن يصدر عن المحكمة، سواء كان الطلب مقدما من الزوج أو الزوجة أو هما معا.

فوجب على الراغب في تقديم طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق الاتفاقي الالتزام بما يلي:

- أن يتقدم به إلى المحكمة الابتدائية بقسم قضاء الأسرة، مع التقيد بمقتضيات المادة 79 من مدونة الأسرة، التي حددت الاختصاص المكاني الواجب احترامه لتقديم الطلب، وهو أولا بيت الزوجية، فإن لم يتوفر يقدم الطلب إلى محكمة موطن الزوجة أو محل إقامتها، وإلا فإلى محكمة محل إبرام عقد الزواج. ولا يخفى ما يضفيه هذا الإجراء من التيسير في حالة ما إذا كان الزوج غير موجود داخل الوطن، أو يوجد في مدينة غير التي توجد فيها الزوجة؛
- أن يقدم الطلب في إطار الفصل 31 و32 من قانون المسطرة المدنية، الذي يوجب تضمين المقال بالأسماء العائلية والشخصية وصفة ومهنة وموطن أو محل إقامة المدعى عليه أو المدعي، وكذلك عند الاقتضاء ضرورة تضمين المقال بأسماء وصفة وموطن وكيل المدعي؛

- أن يكون الطلب مستوفيا للشروط الواردة في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية، الذي ينص في الفقرة الأولى منه على أنه: "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه"، مما يعني أن ممارسة الدعوى مشروطة بوجوب بتوفر رافعها على الصفة، والمصلحة، والأهلية القانونية؛
- أن يقدم الطلب مكتوبا وموقعا عليه من طرف طالبه أو بواسطة تصريح شفوي، متضمنا معلومات كاملة عن هوية كل من الزوجين ومهنتهما وعنوانهما وعدد الأطفال في حال وجودهم مع بيان سنهم ووضعهم الدراسي وحالتهم الصحية[1]، كما يجب أن يتضمن أسباب طلب الإذن بالطلاق ومبرراته. ومرفقا بالمستندات والوثائق الضرورية كمستند الزوجية، والحجج التي تثبت الوضعية المادية للزوج، وكذا التزاماته المالية.[2]؛
- أن يدلي بعقد الاتفاق والتراضي المبرم بين الطرفين موقعا عليه من طرفهما ومصادق عليه.[3]

بعد التأكد من التقيد واحترام الشروط السابقة، تقوم كتابة الضبط المقدم إليها الطلب بإحالته على السيد رئيس قسم قضاء الأسرة، الذي يقوم بتعيين قاض مقرر، ويقوم بعدها مباشرة بجميع الإجراءات ومن بينها استدعاء الزوجين.

ب- استدعاء الزوجين

تطبيقا للمادة 81 من مدونة الأسرة، وبعد تقديم طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق الاتفاقي يتم الانتقال إلى المرحلة الموالية، وهي القيام بمسطرة الإصلاح بين الطرفين.

---

[1] الفقرة الأولى من المادة 80 من مدونة الأسرة.

[2] الفقرة الثانية من المادة 80 من مدونة الأسرة.

[3] دور القضاء في تفعيل إجراءات الطلاق بالاتفاق والطلاق الخلعي، الرافة وتاب، مجلة الملف، العدد 11،ص 192، أكتوبر 2007.

إذ بمجرد تعيين رئيس المحكمة للقاضي المقرر، يقوم هذا الأخير بتعيين أول جلسة للبت في القضية[1]، ويتم تبليغ الاستدعاء بواسطة أحد أعوان كتابة الضبط، أو أحد الأعوان القضائيين إلى الزوجين، مع التأكد من هوية كل واحد منهم بواسطة الوثائق الإدارية المعتمدة لذلك، مع الإشارة إلى رقمها؛ ويوقع كل طرف على شهادة التسليم، حتى يتحقق التوصل الشخصي للاستدعاء، وإذا تعذر على عون كتابة الضبط تسليم الاستدعاء لعدم العثور على الأطراف، فإنه يشار إلى ذلك في الشهادة التي ترجع إلى كتابة ضبط المحكمة المعنية بالأمر[2]. كما يمكن توجيه الاستدعاء عن طريق البريد برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو بالطريقة الإدارية، وفي حالة ما إذا كان المرسل إليه يسكن خارج المغرب يوجه الاستدعاء بواسطة السلم الإداري على الطريقة الدبلوماسية، عدا إذا كانت مقتضيات الاتفاقيات الدولية تقضي بخلاف ذلك حسب ما ورد في الفصل37 من قانون المسطرة المدنية.

ومما ينبغي الإشارة إليه والتنبيه له أن المادة 81 من مدونة الأسرة نصت على الحضور الشخصي للطرفين، واعتبرت تخلف الزوج رغم توصله بالاستدعاء بمثابة تراجع عن طلبه، وكلفت النيابة العامة بإخبار الزوجة بأن المحكمة ستبت في الملف لعدم حضورها وعدم تقديمها ملاحظات مكتوبة.

وبما أني أتحدث عن الطلاق الاتفاقي، فهو أيضا مقيد بهذه الاجراءات رغم عدم ذكرها أو الإحالة إليها في المادة 114، وهو ما ذهبت إليه معظم المحاكم المغربية حيث تصرح في أحكامها القضائية بعدم قبول الطلب أو رفضه، فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتارودانت قسم قضاء الأسرة: "... لذلك يلتمسان الإذن لهما بالطلاق الاتفاقي. وأرفق الطلب بوثائق.

وحيث إنه ثبت للمحمة بأن الطرفين تخلفا عن الحضور أمام المحكمة رغم سابق الحضور والإعلام .

وحيث إن تخلف الطرفين أو أحدهما رغم الإعلام يعتبر بمثابة تراجعها عن الطلب.

تصرح المحكمة علنيا ،ابتدائيا، وبمثابة حضوري بما يلي:

---

[1] دليل عملي لمدونة الأسرة، العدد الأول 2004، ص 63، سلسلة الشروح والدلائل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية،وزارة العدل المملكة المغربية.

[2] الفصل 39 من قانون المسطرة المدنية.

بالإشهاد على تراجع المدعيان عن الطلب..."[1].

وليس هذا الحكم مقتصرا على حالة تخلف الزوجين معا، بل يشمل حتى حالة تخلف أحد الزوجين عن الحضور في الطلاق الاتفاقي.

وهو ما ذهبت إليه أيضا المحكمة الابتدائية بسلا قسم قضاء الأسرة إلى أنه: "... حيث التمس الزوجان المشار إلى هويتهما أعلاه الإذن لهما بالإشهاد على طلاقهما الاتفاقي.

... و حيث أنه وبعد إدراج الملف بجدول القضايا وبآخر جلسة تخلفت الزوجة رغم إعلامها وإمهالها، وأفاد دفاعها عدم إمكانية حضورها.

وحيث أن هذا الموقف يستدعي اعتبار الزوجة متراجعة عن طلبها.

... و حيث أنه وتطبيقا للفصول 78 و79 و80 من مدونة الأسرة والفصول 37، 38 و39 و124 من قانون المسطرة المدنية. أصدرت المحكمة سريا انتهائيا بغرفة المشورة الحكم الآتي نصه:

باعتبار الزوجة متراجعة عن طلبها، وبحفظ الملف وتحميل رافع الطلب الصائر"[2].

وقد سار في نفس الاتجاه الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بسلا قسم قضاء الأسرة، في حالة تخلف الزوج عن الحضور حيث جاء فيه ما يلي: "... حيث التمس الزوجان المشار إلى هويتهما أعلاه الإذن لهما بالإشهاد على طلاقهما الاتفاقي ... وحيث أنه وبعد إدراج الملف بجدول القضايا وبآخر جلسة تخلف الزوج ودفاعه رغم الإعلام والتكليف.

و حيث أن هذا الموقف يستدعي اعتبار الزوج متراجعا عن طلبه وحيث أنه وتطبيقا للفصول 78 و79 و83 من مدونة الأسرة والفصول 37 و38 و39 و124 من قانون المسطرة المدنية.

---

[1] حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتارودانت، قسم قضاء الأسرة، رقم: 775، ملف عدد 2021/706 بتاريخ 2021/09/22 (غير منشور).

[2] حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بسلا، قسم قضاء الأسرة، عدد 65، في ملف رقم: 6/08/565، بتاريخ 2009/01/22 (غير منشور).

أصدرت المحكمة سريا وانتهائيا بغرفة المشورة الحكم الآتي نصه:

باعتبار الزوج متراجعا عن طلبه، وبحفظ الملف، وتحميل رافع الطلب الصائر"[1].

2- **إجراء محاولة الصلح والإذن بتوثيق الطلاق الاتفاقي**

أ- إجراء محاولة الصلح بين الزوجين

قيد المشرع المغربي إنهاء الرابطة الزوجية بإلزامية إعمال مسطرة الصلح، كإجراء أولي بعد تقديم الطلب إلى المحكمة، واعتبر هذا الإجراء من صميم النظام العام، لذلك نجد المشرع المغربي من خلال المادتين 82 و114 من مدونة الأسرة، ألزم المحكمة بالإصلاح بين الطرفين ما أمكن قبل الموافقة على طلب الطلاق؛ ولم يقيد المحكمة بكيفية معينة، فللأخيرة القيام بذلك، كما يمكنها اللجوء إلى تنصيب حكمين لتقصي الحقائق وتجديد محاولة الصلح أو عن طريق مجلس العائلة.

ب- الإذن بتوثيق الطلاق الاتفاقي

بعد فشل إجراء محاولات الصلح بين الطرفين، فإن القاضي المكلف بالقضية يصدر إذنه بالإشهاد على الطلاق الاتفاقي وتوثيقه، طبقا لما ورد في الفقرة الثالثة من المادة من مدونة الأسرة"[2].

ويتم الإشهاد على الطلاق من طرف عدلين منتصبين للإشهاد وهما المكلفان قانونيا بتوثيقه، وذلك طبقا لمقتضيات المادة 138 من مدونة الأسرة والتي نصت على أنه: "يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصبين للإشهاد بعد إذن المحكمة له، والإدلاء بنسخة الزوجية"، ومقتضيات الفقرة الأولى من المادة 87 منها والتي نصت على أنه: "بمجرد إيداع الزوج المبلغ المطلوب منه، تأذن له المحكمة بتوثيق الطلاق لدى العدلين داخل دائرة نفوذ نفس المحكمة".

[1] حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بسلا قسم قضاء الأسرة، عدد 1023، في ملف رقم:6/08/522، بتاريخ 2008/12/25 (غير منشور).

[2] تنص الفقرة الثالثة من المادة 114 من مدونة الأسرة على أنه: " تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه"

ولتجاوز إشكال أجل القيام بتوثيق هذا الطلاق حدد المشرع مدة خمسة عشر يوما كأجل لتوثيق الطلاق لدى العدلين المنتصبين للإشهاد بعد الحصول على الإذن. وهو ما سارت عليه أحكام القضاء المغربي، فقد صدر إذن بالطلاق الاتفاقي عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بانزكان ورد فيه: "... بعد استدعائهما لعدة جلسات حضراها معا وأكدا طلبهما وتمسكا به....صادقت المحكمة على اتفاقهما وأذنت لهما بالإشهاد على طلاقهما الاتفاقي وتوثيقه داخل هذه الدائرة في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ تسليم هذا الإذن"[1].

إن مدونة الأسرة بسنها لهذه التعديلات، إضافة إلى كونها منحت للزوجة الحق في طلب إنهاء العلاقة الزوجية بالاتفاق مع الزوج وتحت مراقبة القضاء، تكون قد استطاعت تعزيز مكانة قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأجنبي، بعد أن أصبح يستجيب للدفوعات التي كان يستند إليها هذا الأخير في استبعاده.

ولا زال المشرع المغربي يواكب كل التطورات التي تعرفها القوانين الأسرية الأوربية والتي يكون لها آثار سلبية على أفراد الجالية المغربية ببلدان الإقامة، بما يخدم مصالح هذه الأخيرة ويرفع عنها العنث الذي تجده إزاء هكذا من المقتضيات. وسأوضح ذلك من خلال ظهور صورة أخرى للطلاق الاتفاقي في فرنسا وغيرها من الدول الغربية الأخرى. فقد أصبح بإمكان الطرفين إنهاء العلاقة الزوجية دون اللجوء إلى القاضي، بل يكتفيان بعقد الطلاق بحضور محامياهما، ثم يتم إيداع هذا الطلاق لدى موثق عوض المحكمة. وهو ما طرح إشكالا كبيرا أمام أفراد الجالية المغربية المقيمة بهذه البلدان، يتمثل أساسا في صعوبة تذييله هذه الصيغة من الطلاق الاتفاقي بالصيغة التنفيذية أمام المحاكم المغربية على اعتبار أنه لم يصدر عن المحكمة.

ولتجاوز هذا الإشكال وتيسيرا لأمر الجالية المغربية، فقد قامت السلطات المغربية المعنية، بإصدار قرارات مهمة، جسدتهما مراسلتين وزاريتين:

- الأولى :مراسلة وزير الخارجية إلى رؤساء البعثات الديبلوماسية والمراكز القنصلية مما جاء فيها:" يطرح الطلاق الاتفاقي الذي اعتمدته مؤخرا بعض الدول الأوربية، والذي يوقع اتفاقه

[1] إذن بالطلاق الاتفاقي صادر عن قسم قضاء الأسرة بانزكان، عدد 469، ملف عدد 20/787 ، بتاريخ 2020/10/27 (غير منشور).

الزوجان معا بحضور دفاعهما، ويتم إيداعه لدى موثق مشكلا للمغاربة المقيمين بالخارج حول مدى قابلية سند ذلك الطلاق الاتفاقي للتذييل لدى المحاكم المغربية من جهة، ومدى قبول اعتماده من طرف الإدارات المغربية من دون تذييل بالصيغة التنفيذية خاصة لدى ضباط الحالة المدنية من جهة أخرى. والحل المتفق عليه هو الاعتراف بالطلاق الاتفاقي وترتيب آثاره من دون الحاجة لتذييله بالصيغة التنفيذية".[1]

- الثانية: مراسلة وزير الداخلية إلى الولاة وعمال العمالات والأقاليم وعمالات المقاطعات بالمملكة، ومما ورد فيها:

"خصصت مدونة الأسرة الصادرة في 5 فبراير 2004م المادتين 14و15 للمغاربة المقيمين بالخارج حيث سمحت لهم بإبرام عقود زواجهم طبقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد الإقامة تسهيلا عليهم، ومراعاة لخصوصياتهم، كما نصت المادة 78 منها، على أن الطلاق يمارسه الزوج والزوجة تحت مراقبة القضاء، الذي يصدر فيها حكما في جميع الحالات، لتؤكد في المادة 128 صراحة، على أن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بإنهاء العلاقة الزوجية يمكن تنفيذها بالمغرب بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية... وفي هذا الصدد، وفي إطار المشاورات واللقاءات التي انخرطت فيها لجنة تتبع قضايا أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج، المكونة من وزارة الداخلية، ووزارة العدل، ووزارة الشؤون الخارجية والتعاون الدولي، والوزارة المكلفة بالمغاربة المقيمين بالخارج وشؤون الهجرة تفعيلا لمضامين الخطاب الملكي السامي بمناسبة تخليد الذكرى السادسة عشر لتربع جلالته على عرش أسلافه المنعمين 30 يوليوز 2015، الذي جاء بتعليمات صريحة بخصوص معالجة كافة المشاكل التي يواجهها المواطنون المغاربة المقيمون بالخارج، فقد انبرت اللجنة المذكورة على عقد لقاءات دورية، أو كلما دعت الضرورة لذلك، لتدارس وإيجاد الحلول المناسبة لكل الإشكالات التي تهم هذه الفئة من المواطنين وفق مقاربة تراعي المرونة والتيسير، والحرص في الحالات المعنية على تبسيط القانون بشكل مبسط لمواكبة احتياجاتهم ومعالجة قضاياهم المتعلقة بالأحوال الشخصية بما يتلاءم وواقعهم المعيش.

[1] انظر مراسلة وزير الخارجية إلى رؤساء البعثات الديبلوماسية والمراكز القنصلية تحت رقم 25525 بتاريخ 21 دجنبر 2018.

وفي هذا الإطار، فقد سبق لهذه اللجنة أن أعطت إمكانية اعتماد الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو التطليق، دون الحاجة إلى تكليف المغاربة المقيمين بالخارج بتذييلها بالصيغة التنفيذية... وفي نفس السياق، ومع اعتماد الجمهورية الفرنسية نوعا جديدا من الطلاق الاتفاقي، الذي يوقعه الزوجان بحضور دفاعهما، ثم يتم إيداعه لدى أحد الموثقين وذلك بناء على القانون الفرنسي رقم 2016-1547،الصادر بتاريخ 18 نونبر والساري المفعول منذ 2016... 01-01-2017، وبهذا الخصوص فقد أجمعت اللجنة المذكورة، خلال اجتماعها المنعقد بتاريخ 12 يونيو 2018 بعد دراسة هذا الإشكال من كل جوانبه، على إمكانية الأخذ بهذه الوثيقة وتضمين مراجعها بالحالة المدنية، وترتيب آثارها، دون الحاجة لتذييلها بالصيغة التنفيذية، طالما أنها غير مخالفة للنظام العام"[1]

وختاما فقد كان لمؤسسة الطلاق الاتفاقي آثارا إيجابية بالنسبة لأفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج ، إن على مستوى الزوجين، أو على مستوى الأبناء في حال وجودهم. إذ مكنت من تحقيق مقاربة توفيقية في مجال الأحوال الشخصية، بعد تليينه لمفهوم النظام العام بالمغرب، عن طريق منح القضاء المغربي الصيغة التنفيذية للأحكام الصادرة أمام القضاء الأوربي، في حالة اختياره من طرف الزوجين.

على أنه ورغم أهمية المقتضيات التي جاءت بها مدونة الأسرة في موضوع الطلاق الاتفاقي، فإن تطبيق هذه المقتضيات من طرف بعض القضاء، كشف عن وجود بعض مظاهر النقص، خاصة فيما يتعلق بالتداخل الحاصل بينه وبين الطلاق بالخلع، وكذا مسألة تراجع الزوج عن الإشهاد على الطلاق وتوثيقه بعد منحه الإذن من طرف المحكمة؛ فالزوجة هنا تبقى في عصمة زوجها، وتراجعه يؤدي بها إلى سلوك مسطرة التطليق للشقاق في حالة إصرارها على فك العصمة الزوجية، و كذا مسألة غياب تحديد المستحقات من طرف المحكمة في إطار الدور المخول لها في حالة عدم الاتفاق عليها أو التنازل عنها، الأمر الذي يؤدي إلى إهدار مجموعة من الحقوق خاصة تلك المخولة للأطفال باعتبارهم الطرف الضعيف في العلاقة الأسرية، لذلك فإنه يجب تدارك جوانب النقص عن طريق:

[1] انظر مراسلة وزير الداخلية إلى الولاة وعمال العمالات والأقاليم وعمالات المقاطعات بالمملكة تحت رقم CR297 بتاريخ 20 فبراير 2019.

- دعوة المشرع المغربي إلى إعادة صياغة الفقرة الأولى من المادة 114 من مدونة الأسرة، لتفادي الارتباك الحاصل في إطلاق مصطلحي الطلاق والتطليق في نفس الوقت للدلالة على الطلاق الاتفاقي؛
- دعوة المشرع المغربي إلى الإحالة صراحة على المادتين 84 و85 من مدونة الأسرة ضمن المادة 114 من المدونة؛
- دعوة القضاة إلى التمييز بين الطلاق الخلعي والطلاق الاتفاقي تفاديا للوقوع في الخلط بينهما.

المبحث الثاني: المراكز الإسلامية وقضايا طلاق المهاجرين

انتشرت المراكز الإسلامية في جل الأقطار التي تعرف وجودا للأقليات المسلمة، و إضافة لأدوارها الثقافية والاجتماعية والتربوية ، فإنها تنظر في طلبات زوجات المسلمين اللواتي تلجأن إلى هذه المراكز إما قصد تطليقهن، أو ممن حصلن على الطلاق من المحاكم الأجنبية غير المسلمة.

فما مدى مشروعية ذلك؟ بمعنى هل لها الصفة القضائية، وهل يقع ذلك الطلاق؟ للإجابة سأتناول مسألة أحكام تنصيب القضاة والتحاكم إليهم خارج ديار الإسلام(المطلب الأول)، و نظرية ولاية العلماء وواقع المسلمين ببلاد المهجر: مجالس الشريعة نموذجا(المطلب الثاني).

المطلب الأول: أحكام تنصيب القضاة والتحاكم إليهم خارج ديار الإسلام

سأحاول دراسة هذه الأحكام بذكر أقوال العلماء في تنصيب القضاة والتحاكم إليهم خارج ديار الإسلام (الفرع الأول)، و الأدلة الشرعية والتاريخية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أقوال العلماء في تنصيب القضاة والتحاكم إليهم خارج ديار الإسلام

من المتفق عليه أن الاحتكام إلى شريعة الله واجب على المسلمين في بلاد المهجر، لكنه بغياب الحكم الإسلامي حيث غاب التحاكم إلى الشريعة الإسلامية؛ برزت إشكاليات الأقليات المسلمة، وكان ذلك مع بداية سقوط الأقاليم الإسلامية فِي الأندلس وصقلية . فكثرت الفتاوى، فانبرى إليها الفقهاء و خاصة الفقه المالكي باعتباره هو المذهب الفقهي الذي كان يهيمن على الأندلس، وصقلية قبل سقوطهما.

الفقرة الأولى: فتاوى وأقوال المذهب المالكي

- جاء في المعيار المعرب تحت عنوان: "[إذا لم يكن بالبلد قاض زوّج صالحو البلد من أراد التزويج]

ثم قال المؤلف وسئل أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي[1]. عن امرأة أرادت النكاح، وهي ثيب ولا حاكم بالبلد وأولياؤها غيب ترفع أمرها إلى فقهاء البلد، فيأمرون من يزوجها، وكيف إن لم يكن بالبلد عالم ولا قاض، أترفع أمرها إلى عدول البلد في البكر والثيب؟

فأجاب: إذا لم يكن في البلد قاض فيجمع صالحو البلد، ويأمرون بتزويجها.

وسئل أيضا عن بلد لا قاضي فيه، ولا سلطان أيجوز فعل عدوله في بيوعهم، وأشربتهم، ونكاحهم؟

فأجاب: بأن العدول يقومون مقام القاضي، والوالي في المكان الذي لا إمام فيه وقاض.

قال أبو عمران الفاسي[2] أحكام الجماعة الذين تمتد إليهم الأمور عند عدم السلطان، نافذ منها كل ما جرى على الصواب والسداد، في كل ما يجوز فيه حكم السلطان"[1]

---

[1] أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي الأسدي الطرابلسي: الإمام الفاضل العالم المتفنن الفقيه له حظ من اللسان والحديث والنظر، لم يتفقه في أكثر علمه على إمام مشهور وإنما وصل بإدراكه وذكائه، حمل عنه أبو عبد الملك البوني وأبو بكر أحمد بن أبي عمر بن أبي محمد بن أبي زيد، له شرح على الموطأ، وله الواعي في الفقه، والنصيحة في شروح البخاري والإيضاح في الرد على القدرية، وأصَّل كتابه شرح الموطأ بطرابلس ثم انتقل إلى تلمسان وبها توفي سنة 440 هـ وقبره عند باب العقبة.انظر شجرة الزكية في طبقات المالكية،محمد مخلوف، 164/1، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2003 م، دار الكتب العلمية، لبنان.

2 أبو عمران موسى بن عيسى بن أبي حاج الغَفَجومي الفاسي القيرواني: الفقيه الحافظ العالم الإمام المحدث كان يقرأ القرآن بالسبع ويجوده مع معرفة بالرجال فاضلاً أصله من فاس من بيت مشهور بها وله عقب فيهم نباهة، استوطن القيروان وحصلت له بها رئاسة العلم. وأخذ عنه الناس

- وفي المعيار كذلك: "وسئل الإمام المازري رحمه الله:[2] عن أحكام تأتي من صقلية من عند قاضيها، أو شهود عدول هل يقبل ذلك أم لا؟ مع أنها ضرورة ولا ندري إقامتهم هناك تحت أهل الكفر هل هي اضطرار أو اختيار؟.

فأجاب: القادح في هذا وجهان: ... وأما الوجه الثاني: وهو تولية الكافر للقضاة والأمناء، وغيرهم لحجز الناس بعضهم عن بعض واجب (كذا)، حتى ادعى بعض أهل المذهب أنه واجب عقلا، وإن كان باطلا تولية الكافر لهذا القاضي، أما بطلب الرعية له، وإقامته لهم للضرورة؛ لذلك فهذا لا يقدح في حكمه، وتنفيذ أحكامه كما لو ولاه سلطان مسلم" [3]

- جاء في مختصر خليل: "فصل: ولزوجة المفقود الرفع للقاضي والوالي، ووالي الماء[4] و إلا فلجماعة المسلمين".

- وقال المواق[5] في شرحه: "... وقال القابسي وغيره من القرويين، لو كانت المرأة في موضع لا سلطان فيه، لرفعت أمرها إلى صالحي جيرانها، ليكشفوا عن خبر زوجها، ثم ضربوا لها أربعة أعوام ثم عدة الوفاة، وتحل للأزواج؛ لأن فعل الجماعة في عدم الإمام كحكم الإمام"[6]

- وقال الدردير في الشرح الصغير: "(أو لجماعة المسلمين عند عدمه) ولو حكما كما في زماننا بمصر، إذ لا حاكم فيها شرعي، ويكفي الواحد من جماعة المسلمين إن كان عدلا عارفا شأنه

من أقطار واستجازه من لم يلقه، ، له كتاب التعليق على المدونة، توفي 430هـ ، انظر شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد مخلوف، 158/1 ، وسير أعلام النبلاء للذهبي545/17 .

1 المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، الونشريسي ،الباب 10 ،ج 1 ،ص 128.خرجه مجموعة من الفقهاء، بإشراف الدكتور محمد حجي.

[2] هو محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، أبو عبد الله: القاضي الشهيد المعروف بابن الحاج، محدث، من فقهاء المالكية. له تآليف تدل على تبحره وفضله في اللوم منها: المعلم بفوائد مسلم، والتلقين في الفروع، والكشف والانباء في الرد على الاحياء للغزالي، وإيضاح المحصول في الاصول. توفي 536هـ، انظر شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد مخلوف ، 186/1.

[3] المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب ، الونشريسي ،ج1،ص134.

[4] المقصود بوالي الماء هو الساعي أي جابي الزكاة، وسمي بوالي الماء؛ لأنه يخرج لجباية الزكاة عند اجتماع المواشي على الماء".

[5] هو أبو عبد الله محمَّد بن يوسف العبدوسي الغرناطي: الشهير بالمواق صالحها وإمامها المتفنن الحائز قصب السباق وعالمها العامل ومفتيها الزكي الفاضل المحقق النظار المتحلي بالوقار خاتمة علماء الأندلس والشيوخ الكبار، له شرحان على مختصر خليل سماه التاج والاكليل ، و سنن المهتدين في مقامات الدين توفي في شعبان سنة 897 هـ، انظر شجرة النور الزكية لمحمد مخلوف، 378/1

[6] التاج والإكليل لمختصر خليل، المواق ، ج5،ص498، الطبعة الأولى، 1416هـ-1994م. دار الكتب العلمية.

أن يرجع إليه في مهمات الأمورِ بين الناس لا مطلق واحد، وهو مجمل كلام العلامة الجهوري، وهو ظاهر لا خفاء به، والاعتراض عليه تعسف" [1]

- وقال الدردير رحمه الله" اعلم أن جماعة المسلمين العدول يقومون مقام الحاكم في ذلك، وفي كل أمر يتعذر الوصول فيه إلى الحاكم أو لكونه غير عدل "[2] وفي مواهب الجليل: ..."وذكر ابن يونس فِي كتاب الحمالة أن: جماعة العدول تقوم مقام الإمام[3].

وقال البرزلي[4] فِي أثناء مسائل القضية: سئل السيوري عمن غاب إلى مصر، وله زوجة لم يخلف لا نفقة إلا ما لا يفي بصداقها، وليس في البلد قاض، وربما كان فيه أمير من قبله ... فهل تقوم الجماعة مقام القاضي في هذه النازلة، وغيرها أو يجب على أمينه أن يحنث نفسه ويحكم أم لا. جوابها: إذا تحرج الناس لعدم القضاة، أو لكونهم غير عدول فجماعتهم كافية في الحكم في جميع ما وصفته، وفي جميع الأشياء فيجتمع أهل الدين والفضل، فيقومون مقام القاضي في ضرب الآجال، والطلاق، وغير ذلك.

قال أبو القاسم بن أحمد البرزلي قلت: تقدم أن الجماعة تقوم مقام القاضي مع فقده إلا في مسائل تقدم شيء منها" [5]

- قال ابن فرحون رحمه الله : "و قال المازري في شرح التلقين: والقضاء ينعقد بأحد وجهين:

---

[1] بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، الصاوي المالكي ، ج2،ص694 ، بدون طبعة وبدون تاريخ. «الشرح الصغير للشيخ الدردير لكتابه أقرب المسالك» بأعلى الصفحة يليه - مفصولا بفاصل - «حاشية الصاوي» عليه، دار المعارف.

[2] الشرح الكبير للشيخ الدردرير، الدسوقي ، ج2،ص519.

[3] مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، للحطاب الرعيني، ج5،ص569.

[4] أبو القاسم بن أحمد البرزلي البلوي القيرواني ثم التونسي: مفتيها وفقيهها وحافظها وإمامها بالجامع الأعظم: أحد أئمة المالكية في المغرب، كان إليه المفزع في الفتوى وكان ينعت بشيخ الاسلام. من كتبه جامع مسائل الاحكام مما نزل من القضايا للمفتين والحكام والديوان الكبير فِي الفقه، توفِي عام 841هـ أو 843هـ أو844هـ، وعمره 103 سنة.انظر شجرة النور الزكية لمحمد مخلوف ، 352/1

[5] مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ،الحطاب الرعيني ، ج5، ص570

أحدهما عقد أمير المؤمنين، أو أحد أمرائه الذين جعل لهم العقد في مثل هذا.

والثاني: عقد ذوي الرأي وأهل العلم، والمعرفة، والعدالة لرجل منهم كملت فيه شروط القضاء، وهذا حيث لا يمكنهم مطالعة الإمام في ذلك، ولا أن يستدعوا منه ولايته، ويكون عقدهم له نيابة عن عقد الإمام العظم أو نيابة عمن جعل الإمام له ذلك للضرورة الداعية إلى ذلك"[1] .

- وجاء في النوازل الجديدة الكبرى للوزاني: "من جواب لسيدي عبد الله العبدوسي، ما يلي: "وأما القاضي الذي هناك أي في بلد النصارى، فإن قدمه جماعة المسلمين الذين هنالك جاز حكمه، وجاز العمل على خطابه، إن ثبت تقديمهم له، وأنه خطه؛ لأن الجماعة تقوم مقام السلطان عند تعذره في كل شيء.

وأما إن قدمه سلطان النصارى فلا يجوز تقديمه، ولا حكمه، إلا أن ترضى به جماعة المسلمين طوعا منهم لا كرها، فيجوز حكمه، كما إذا قدموه أولا اختيارا منهم، فالاعتبار بتقديمهم لا بتقديمه"

الواضح من هذا القول الأخير، أن الدور في القبول والرفض يرجع إل جماعة المسلمين، حيث لا يجوز حكمه إلا برضاها سواء أقدمته تلك الجماعة أو عينه سلطان النصارى.

وقد ذهب السادة المالكية للقول بجواز قيام جماعة من المسلمين محل القاضي الشرعي في فصل الخصومات فيما بين المسلمين حيث لا يوجد قاض شرعي ترفع إليه الخصومات " اعلم أن جماعة المسلمين العدول يقومون مقام الحاكم في ذلك، وفي كل أمر يتعذر الوصول فيه إلى الحاكم، أو لكونه غير عادل"[2] .

ولا يخفى ما في موقف المالكية هذا من توسعة على الأقليات المسلمة المقيمة في الديار غير المسلمة. وقد وافقهم معظم الفقهاء المعاصرين على ذلك.

---

[1] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون، ج8 ،ص81.

[2] الشرح الكبير للشيخ الدردرير، المقدسي، ج2،ص519.

وإجمالا يتضح من خلال جل الفتاوى السابقة وجوب اجتماع المسلمين خارج ديار الإسلام على علمائهم والرجوع إلى آرائهم واجتهاداتهم، بما يحقق اجتماع كلمة المسلمين في تلك الديار من جهة والمحافظة على دينهم. حيث يقوم علماء البلد الذي لا يخضع سلطانه للإسلام ببعض مهام إمام المسلمين حسب القدرة والاستطاعة، والهامش الذي تتيحه السلطة السياسية في تلك الديار.

وهذا هو ما أشار إليه الإمام الجويني رحمه الله تعالى في كتابه غياث الأمم بقوله: " فإذا شغر الزمان عن الإمام وخلى عن سلطان ذي نجدة واستقلال وكفاية ودراية، فالأمور موكولة إلى العلماء، وحق على الخلائق على اختلاف طبقاتهم، أن يرجعوا إلى علمائهم، ويصدروا في جميع قضايَا الولايات عن رأيهم، فإن فعلوا ذلك فقد هدوا إلى سواء السبيل، وصار علماء البلاد ولاة العباد "[1].

وهو ما اصطلح عليه عند البعض بنظرية أو مبدأ ولاية العلماء. بمعنى إنزال العلماء منزلة السلطان عند فقده.

الفقرة الثانية: شروط جماعة المسلمين التي تقوم مقام القاضي في البلاد غير المسلمة.

تعد قاعدة: " جماعة المسلمين تنزل منزل القاضي إذا فقد " من القواعد المهمة التي أثلها الفقهاء. وتظهر أهميتها خاصة في واقع الأقليات المسلمة ببلاد المهجر، حيث يتعذر وجود الإمام بينهم ولا يسمح لهم بإقامة محاكم إسلامية .فتطبيقها ييسر حل الكثير من المشاكل التي تواجهها تلك الأقليات المسلمة في البلاد غيرالإسلامية. فيمكن للمراكز الإسلامية في تلك البلاد أن تقوم مقام القاضي الشرعي، وتنظر في قضايا المسلمين سواء المتعلقة بالمناكحات أ والمعاملات وغير ذلك.

و تطلق الجماعة على عدد من الناس، وقد عرفها الكاساني بقوله "الجماعة مأخوذة من معنى الاجتماع، وأقل ما يتحقق به الاجتماع اثنان"[2].

[1] غياث الأمم فِي التياث الظلم ،للإمام الجويني ، ج1 ،ص391 ، المحقق: عبد العظيم الديب ، الطبعة الثانية، 1401هـ ،مكتبة إمام الحرمين.

[2] بدائع الصنائع، الكاساني ، ج1،ص156.

وسأذكر هنا الشروط التي أوردها فقهاء المالكية لقولهم بشرعية قضاء جماعة المسلمين المنصبة في مقام القاضي الشرعي.

1- من حيث العدد:

اختلف فقهاء المالكية في عدد الأشخاص الذين يشكلون الجماعة التي تقوم مقام القاضي: فذهب بعضهم إلى أن الواحد كاف. قال الزرقاني" :من صالحي جيرانها وغيرهم العدول من معظم البلد لأنهم كالإمام والواحد كاف"[1]. وقال الصاوي: :ويكفي الواحد من جماعة المسلمين إن كان عدلا عارفا"[2].

وذهب البعض منهم أن أقل الجماعة اثنين، قال الدردير في شرحه الكبير " وأراد بجماعة المسلمين اثنين عدلين فأكثر"[3].

وذهب بعضهم إلى أن أقل العدد ثلاثة، قال الشيخ محمد عليش رحمه الله: "وتعبير المصنف كغيره بجماعة يقتضي أن الواحد لا يكفي، وكذا الاثنان"[4].

فالظاهر من هذه النصوص اختلاف علماء المذهب :فمنهم من يرى كفاية الواحد، ومنهم من يشترط اثنين فصاعدا، ومنهم من قال :إن أقل الجماعة ثلاثة، ولعل من ذهب إلى الثلاثة كان مقصده الأخذ بالأحوط، زيادة في الثقة ودرءا لكل شبهة كما هو معروف عند المالكية،" لأن الثقة بهذا العدد أكثر، لا سيما في هذا الزمان الذي كثر فيه الفساد، وقلت فيه العدالة والديانة، ومعلوم أن النقص في العدالة يوجب تكثير العدد حتى عند من يقول بالاكتفاء بالواحد والاثنين"[5]

---

[1] شرح مختصر خليل، الخرشي ، ج4، ص 211.

[2] بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، الصاوي، ج2 ص 694 ، دار المعارف، 1991 م. بدون طبعة وبدون تاريخ.

[3] الشرح الكبير للشيخ الدردرير، ابن عرفة ، ج2،ص153.

[4] منح الجليل شرح مختصر خليل، أبو عبد الله المالكي، ج4،ص318 ، بدون طبعة ، دار الفكر، بيروت -لبنان. 1409هـ/1989م.

[5] بحوث في قضايا فقهية معاصر، محمد تقي العثماني، ص181 ، الطبعة 2 سنة 1432هـ/ 2011م، دار القلم، دمشق.

2- من حيث المؤهلات:

بالرجوع إلى نصوص الفقهاء السالفة الذكر نجد أن المالكية وضعوا شرطين اثنين في جماعة المسلمين التي تقوم مقام القاضي، وهما: العدالة والمعرفة. قال الدردرير:" و يكفي الواحد من جماعة المسلمين إن كان عدلا عارفا، شأنه أن يرجع إليه في مهمات الأمور بين الناس لا مطلق واحد"[1].

ولما كانت هذه الجماعة تنظر في قضايا الأحوال الشخصية، وهي مسائل وردت فيها أحكام شرعية، فمن البديهي أن يشترط فيها الكفاءة العلمية، خاصة العلم بالأحكام الشرعية المتعلقة بالقضايا المرفوعة إليهم "وعلى هذا فمن المناسب جدا أن تتكون هذه الجماعة من علماء الشريعة، وإن لم يتيسر العدد المطلوب منهم، فليكن أحد أعضائها من العلماء، ولا أقل من أن يتعلم الأعضاء كلهم ما يحتاجون إليه من الأحكام الشرعية عن طريق علماء يوثق بهم أو أن لا يحكموا إلا بعد الاستفتاء من الفقهاء "[2].

كما أرى، والله أعلم، أن على هذه الجماعة العلم بالقوانين الأجنبية المنظمة للأحوال الشخصية في تلك البلاد. ومن بين الشروط أيضا العدالة، وقد أشار إلى ذلك الفقهاء في النصوص السابقة ذكرها بقولهم "العدول".

وسيكون من المناسب والمفيد أيضا التمكن من اللغات الأجنبية واكتساب بعض المهارات المساعدة والتي تقع تحت ما يسمى "المهارات الحياتية " كالتواصل وغيرها.

الفرع الثاني: الأدلة الشرعية و التاريخية

استدل العلماء على هذه القاعدة بمجموعة من الأدلة الشرعية و التاريخية.

[1] بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ،الصاوي، ج 2،ص694.
[2] بحوث في قضايا فقهية معاصرة، محمد تقي العثماني، ص183.

الفقرة الأولى: الأدلة الشرعية: وهي نوعان:

1- <u>أدلة نقلية:</u>

- ✓ قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ﴾[1]. وقد اختلف أهل التفسير في المراد بقوله تعالى (أُوْلِي الامْرِ مِنكُمْ.) فجمهور المفسرين على أنهم الأمراء. قال الإمام الطبري رحمه الله تعالى "وأولى الأقوال في ذلك بالصواب، قول من قال :هم الأمراء والولاة لصحة الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأمر بطاعة الأئمة والولاة فيما كان طاعة، وللمسلمين مصلحة"[2] وقال آخرون: هم أهل العلم والفقه. وذهب بعضهم إلى الجمع منهم ابن كثير رحمه الله فقال:" وقال علي بن أبي طلحة عن ابن عباس "وأولى الأمر منكم "يعني أهل الفقه والدين، وكذا قال مجاهد، وعطاء، والحسن البصري، وأبو العالية" وأولي الأمر منكم "يعني العلماء. والظاهر والله أعلم أنه عامة في كل أولي الأمر من الأمراء، والعلماء كما تقدم"[3]

وعليه فالآية أمرت بطاعة الله، وطاعة رسوله، وطاعة العلماء، أو العلماء والأمراء معا، فإذا فقد الأمراء عاد الأمر إلى طاعة العلماء.

وأسوق هنا للدلالة على صحة نظرية ولاية العلماء، ما ذكره ابن عاشور رحمه الله في تفسيره للآية بقوله: "ولما أمر الله بطاعة أولي الأم، علمنا أن أولي الأمر في نظر الشريعة طائفة معينة، قدوة الأمة وأمناؤها، فعلمنا أن تلك الصفة تثبت لهم بطريقة شرعية، إذ أمور الإسلام لا تخرج عن الدائرة الشرعية، وطريق ثبوت هذه الصفة لهم، إما الولاية المستندة إليهم من الخليفة ونحوه، أو من جماعات المسلمين إذا لم يكن لهم سلطان، وإما صفات

---

[1] سورة النساء الآية 59.

[2] جامع البيان للطبري، ج8، ص502، المحقق أحمد محمد شاكر، الطبعة الأولى، 1420 هـ - 2000 م مؤسسة الرسالة.

[3] مختصرتفسير ابن كثير ، ابن كثير، ج1، ص408، المحقق: الصابوني دار الفكر، بيروت –لبنان الطبعة الجديدة 1414 هـ/1994 م.

الكمال التي تجعلهم محل اقتداء الأمة بهم، وهي الإسلام والعلم والعدالة ...فأولو الأمر هنا هم من عدا الرسول من الخليفة إلى والي الحسبة، ومن قواد الجيوش، ومن فقهاء الصحابة والمجتهدين، إلى أهل العلم في الأزمنة المتأخرة، وأولو الأمر هم الذين يطلق عليهم أيضا أهل الحل والعقد[1].

- ✓ قوله عز وجل: ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾[2]. ومن اليسرأن تقوم جماعة المسلمين مقام الإمام ،حتى لا تتعطل مصالحهم؛
- ✓ قوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[3]. فعدم القول بهذه القاعدة ، تعليق لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. لأن فقد الإمام لاشك يوقع في الحرج؛ فلا بد أن تناط هذه المهمة بعدول المسلمين رفعا للحرج ودفعا للمشقة؛
- ✓ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال :قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :"المسلمون عدول بعضهم على بعض"[4]، فمتى علمت عدالة المسلمين ،كان لابد لهم القيام مقام الإمام عند فقده أو عدمه في بلد ما ،لتدبير مصالحهم وقضاياهم ،حتى لا تتوقف تلك المصالح.

2- <u>أدلة عقلية</u>

- ✓ إن الإمام نائب عن الأمة، فإن انعدم منصبه عاد الأمر إلى ممثلي الأمة وهم أهل الحل والعقد. وقد ذهب إلى ذلك كل من الدكتور سالم بنشيخي والدكتور الصاوي، ومما قاله هذا الأخير: " إذا شغر الزمان من السلطان الشرعي في بلد من البلاد لانعدامه حسا، أو لبطلان ولايته شرعا لسبب يقتضيه، رجعت الولاية إلى أهل الحل والعقد في هذا البلد، وهم الثقات العدول من أهل العلم، وأهل

---

[1] التحرير والتنوير لابن عاشور، ج5، ص98، الدار التونسية للنشر – تونس 1984 هـ.

[2] سورة البقرة الآية 185.

[3] سورة الحج الآية 78.

[4] المصنف بن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، باب من قال :لا تجوز شهادته إذا تاب، رقم 20657 ، ليس هذا حديثا مرفوعا بل هو أثر عمر أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الأقضية والأحكام كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى 206/4، 207 من طريق عبد الله بن أبي حميد عن أبي المُليح، والبيهقي في السنن: كتاب آداب القاضي باب إنصاف الخصمين 155/10، 156 من طريق سفيان بن عيينة عن إدريس الأودي عن سعيد بن أبي بردة، صححه الألباني في "إرواء الغليل" الحديث رقم 2634، 293/8،.

القدرة الذين يفزع إليهم في المهمات، والمصالح العامة، ويتبعهم سائر الناس، ووجه ذلك: أن أهل العقد هم أولوا الأمر ابتداءً، لما تمهد في فقه السياسة الشرعية من أن السلطان للأمة، وأن الإمام نائب عنها يتولى بنظرها، ولا يصبح إماما إلا بتوليتها، ولا يستمد سلطانه إلا من مبايعتها له، وتفويضها الأمر إليه، فإذا شغر منصب الإمام عاد السلطان إلى الأمة، ممثلة في أهل الحل والعقد منها، ولأنه إذا وجبت الطاعة للإمام بالنص والإجماع، وهو وكيل ومستناب فإن وجوبها للأصيل المستنيب من باب أولى، وأهل الحل والعقد هم الممثلون للأمة، فانتقال الولاية، إليهم ووجوب الطاعة لهم، هو الأصل لا معدل عنه"[1] ؛

- ✓ إن من مقاصد الشرع الكريم رفع الحرج عن المسلمين، ونذكر هنا بجملة من القواعد الشرعية من قبيل " المشقة تجلب التيسير" و" الضرورات تبيح المحظورات" .

الفقرة الثانية: الأدلة التاريخية

ذكر الدكتور سالم بنشيخي في كتابه "نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام" نقلا عن الدكتور بسطامي سعيد مجموعة من النماذج التاريخية لتطبيق هذا المبدأ، عبر مجموعة من الأقطار وفي مختلف الأزمنة. وسأقتصر على ذكر نماذج من الأندلس." يقول الدكتور بسطامي سعيد مختصرا لبعض أوضاع الأندلس بعد سقوطها من أيدي المسلمين:

..."ففي إقليم قسطلة تضمنت معاهدة الصلح، التي أبرمها ملك النصارى الذفونش(الفونس) العاشر مع المسلمين، نصوصا تضمن للمسلمين تعيين حاكم من أنفسهم يقضي بينهم بالشريعة الإسلامية، وشبيه بهذا الصنيع ما تضمنته معاهدة الصلح التي أبرمت بين ملك برشلونة النصراني (جيمس الأول)ومسلمي مدينة بلسنية عام 637هـ/1239م، وفيها أن للمسلمين أن ينصبوا عليهم قاضيا من أنفسهم، وأمينا يقوم برئاستهم. أما في إقليم

[1] نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام تأصيلاً وتنزيلا، سالم عبدالسلام الشيخي، ، كتاب المجلس 7،ص 73،من إصدارات المجلس الأوروبي للبحوث والإفتاء.

أرغون فقد كان حكام النصارى يعينون حاكما وقاضياً من المسلمين، يحكم بينهم بالشريعة، وكان القاضي على كل المملكة في عام 761هـ 1360 م عالما يدعى فرج البلفيسي"[1]

أخلص من خلال هذه الأدلة الشرعية وكذا التاريخية واقعية هذا المبدأ وإمكانية تطبيقه. لكن كيف سيقوم هؤلاء العلماء بهذا الواجب؟

بالرجوع إلى الفتاوى المذكورة سابقا، نجد أن هناك طريقتين اثنتين:

1- الطريقة الأولى: "إذا تحرج الناس لعدم القضاة، أو لكونهم غير عدول فجماعتهم كافية في الحكم في جميع ما وصفته، وفي جميع الأشياء فيجتمع أهل الدين والفضل، فيقومون مقام القاضي في ضرب الآجال، والطلاق، وغير ذلك"[2].

يتضح أن على العلماء بمجموعهم هذا الواجب، كما أن عليهم السعي بقدر الإمكان لإيجاد الجهة القضائية الشرعية التي تتولى القضاء بين المسلمين.

2- الطريقة الثانية: اختيار من لديه الكفاءة والاختصاص من بينهم ليتولى هذا الأمر نيابة عنهم . وذلك استنادا إلى بعض الفتاوى نذكر منها ما نص عليه الماوردي رحمه الله بقوله:" إذا خلا بلد عن قاض، وخلا العصر عن إمام، فقلد أهل الاختيار أو بعضهم برضا الباقين واحدا، وأمكنهم نصرته وتقوية يده جاز تقليده، ولو انتفى شيء من ذلك لم يجز تقليده " [3].

المطلب الثاني: نظرية ولاية العلماء وواقع المسلمين ببلاد المهجر: مجالس الشريعة نموذجا

يتضح جليا مما سبق ذكره أن الفقهاء المتقدمين أفتوا في مسألة القضاء، وتقاضي المسلمين خارج ديار الإسلام. كما أنهم بينوا أحكام الشريعة في صور تقارب ما يعيشه أفراد الجالية في يومنا هذا.

---

[1] نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام تأصيلاً وتنزيلا، سالم عبدالسلام الشيخي، ص 76.

[2] مواهب الجليل للحطاب ، ج5،ص570.

[3] الفتاوى الفقهية الكبرى، ابن حجر الهيتمي، ج4 ،ص298، المكتبة الإسلامية.

لكن كيف يمكن تنزيل كل ما أثله الفقهاء القدامى رحمهم الله في هذه المسألة على الواقع العملي للأقليات المسلمة في بلاد المهجر في ظل القوانين الغربية؟

في محاولة للإجابة سأبدأ بالحديث عن نظرية ولاية العلماء وواقع المسلمين ببلاد المهجر بذكر أقوال الفقهاء ومناقشتها (الفرع الأول)، وعرض عمل مجالس الشريعة البريطانية كنموذج من الواقع العملي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظرية ولاية العلماء وواقع المسلمين ببلاد المهجر

الفقرة الأولى: النظرية ومفهوم المواطنة

يعتبر مفهوم المواطنة فكرة اجتماعية وقانونية وسياسية ساهمت في تطور المجتمع الإنساني بشكل كبير ،وذلك بإشراك المواطنين بالحكم وضمان حقوقهم وواجباتهم. وتعرفها دائرة المعارف البريطانية المواطنة بأنها: "العلاقة بين فرد ودولة كما يحددها قانون تلك الدولة، وبما تتضمنه تلك العلاقة من واجبات وحقوق في تلك الدولة".

ولما كانت هذه النظرية مبنية على قيام العلماء مقام السلطان الشرعي عند غيابه في بعض الوظائف التي كانت مناطة بالسلطان. فحديثي هنا سيكون على الجالية باعتبارها أقلية دينية، لا أقلية سياسية. إذ بالاعتبار الأخير فالنظرية غير ممكنة التطبيق لتصادمها مع مفهوم المواطنة، على عكس اعتبارها أقلية دينية، فهي ممكنة التطبيق لأن بموجب المواطنة. أصبح الفرد مطالب بأداء واجبات واضحة ومحددة، كما أن له حقوقا يضمنها له قانون الدولة.

الفقرة الثانية: أقوال العلماء في المسألة ومناقشتها والترجيح.

1- أقوال العلماء في المسألة

أ- القول الأول :إنفاذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الغربية بشأن التطليق للضرر والفسخ ونحو ذلك، وهوما ذهب إليه المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، وقد وافق بعض الباحثين على ما انتهى إليه نظر المجلس جلبا للمصالح، ودفعا للمفاسد، وحسما للفوضى.

جاء في قرار للمجلس الأوروبي للإفتاء " الأصل أن المسلم لا يرجع في قضائه إلا إلى قاض 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 يحل عروته 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 شرطاً، وتنفيذ أحكام القضاء- ولو كان غير إسلامي -جائز من باب جلب المصالح ودفع المفاسد، وحسما للفوضى، كما أفاده كلام غير واحد من حذاق العلماء؛ كالعز ابن عبد السلام، وابن تيمية، والشاطبي"[1].

ب- القول الثاني: وهو موقف فقهاء الشريعة بأمريكا ومن وافقه من الباحثين. وعبر عنه بالقرار والذي جاء فيه :" لجوء المرأة إلى القضاء 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 ليتولى المؤهلون من أهل العلم إتمام الأمر من الناحية الشرعية. ولا وجه للاحتجاج بالضرورة للاعتداد بالتطليق المدني في هذه الحالة؛ لتوافر المراكز الإسلامية وسهولة الرجوع إليها في مختلف المناطق"[2].

[1] قرارات الدورة الخامسة، دبلن – أيرلندا، 30 محرم – 3 صفر 1421هـ، الموافق لـ 4-7 مايو 2000م، قرار 15 (5/3).
[2] القرار الصادر عن مؤتمره الثاني بالدانمارك بين 4 -7 جمادى الأولى 1425هـ الموافق 25 يونيو 2004م.

وفي تعليل هذا القرار وتوجيهه قيل: إن الأصل أن يكون للمسلمين قاض مسلم يحكم بينهم بشرع الله، ومن سلطة هذا القاضي التفريق للضرر بين الزوجين وتطليق الزوجة من زوجها في تلك الحالات التي يبيح له الشرع فيها ذلك، ونظرا لانعدام القاضي المسلم المعين من قبل السلطان المسلم في البلدان غير الإسلامية، فإن المراكز الإسلامية تقوم مقام القاضي المسلم، إذ لا سبيل إلى تحكيم شرع الله في البلدان غير الإسلامية في أحكام الطلاق والنكاح والإرث ونحوهما مما لا يستطيعه المسلمون إلا بذلك"[1].

قال ابن قدامة رحمه الله " :القضاء من فروض الكفايات، لأن أمر الناس لا يستقيم بدونه فكان واجبا عليهم كالجهاد والإمامة، قال أحمد :لا بد للناس من حاكم، أتذهب حقوق الناس؟".

ثمّ أردف القرار تتميما:

"اللجوء إلى القضاء الوضعي لإنهاء الزواج من الناحية القانونية لا يترتب عليه وحده إنهاء الزواج من الناحية الشرعية، إلا إذا صدر الطلاق من الزوج، أو من المحكم من قبل المركز الإسلامي أو الجالية الإسلامية".

وذلك بناء على أن الأصل في المسلم ألا يتحاكم لغير شرع الله تعالى، ولذلك فلا يعتد بالطلاق إلا إذا كان صادرا من الزوج، أو من حاكم شرعي، وهو هنا المركز الإسلامي، وأما تطليق القاضي الوضعي غير نافذ ولا يعتد به شرعا، وتظل المرأة في عصمة زوجها حتى يصدر الطلاق منه، أو من حاكم شرعي، ويباح اللجوء إلى القضاء الوضعي لتسهيل الحصول على الحقوق الشرعية والوثائق الرسمية لتيسير المعاملات المباحة .وقد ذهب إلى هذا أو قريب منه الشيخ ابن بيّه [2].

ومما يستدل به على هذا العمل:

- ✓ دفع الحاجة ورفع الحرج، ولا شك أن ترك تزويج المرأة الصالحة للزواج الراغبة فيه، أمر تترتب عليه مفاسد عظيمة، وبخاصة في المجتمعات التي تتساوى معها في عدم تحكيم شرع الله.

[1] فقه النوازل للأقليات المسلمة ، تأصيلا وتنزيلا ،محمد يسري إبراهيم ، المجلد 2،ص 1081-1082.
[2] صناعة الفتوى وفقه الأقليات، بن بيّه، ص277 .

ومن المعلوم أن مثل هذه الحاجة ليست نادرة، بل هي في ديار الغرب ومجتمعات الأقليات المسلمة من الأمور الشائعة، فهي حاجة عامة، وقد ذكر العلماء أن الحاجة العامة تتنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق آحاد الناس؛

✓ تزويج المركزِ المسلمة التي ليس لها ولي في مثل هذا المجتمع، يدفع ضررا راجحا في حال عدم التزويج، ورفع الضرر أصل عظيم في الشريعة المطهرة، أستفيد من أدلة عديدة، منها قوله صلى الله عليه وسلم:" لا ضرر ولا ضرار "[1].

2- المناقشة

استند المجلس الأوروبي للإفتاء -القاضي بإنفاذ طلاق المحاكم الغربية- إلى أمرين اثنين:

أ-اعتبر أن عقد الزوج للنكاح في ظل قوانين البلد الأجنبي، بمثابة توكيل للقاضي غير المسلم بإيقاع الطلاق بدلا منه، وهي وكالة ممتدة طيلة بقاء النكاح بين الزوجين، "وفي هذا التخريج من البعد ما لا يخفى ...فعقد النكاح في تلك البلاد قد يكون صاحبه ذاهلا وغافلا عن مسألة الطلاق، فضلا عن أن يكون عاقداً توكيلا، فكل ما احتاج إلى إذن فإنه يحتاج إلى تصريح، كما تقول القاعدة؛ أخذا من الحديث "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر، وإذنها سكوتها "[2].

" كما أن هذا القرار يرى أن ثبوت النكاح إنما تم من جهة القضاء، فكان التفريق، والحق أن النكاح المدني لا يعتد 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.

[1] سبق تخريجه ص49

[2] رواه مسلم عن ابن عباس رضي الله عنه، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، الحديث رقم 67.

وعليه، فإن عقد النكاح أولا، وصحته، وترتب آثاره عليه إنما يستند إلى العقد الشرعي لا غير [1].

ب- كما أنه اعتبر عقد النكاح المذكور بمنزلة التفويض، لأن الزوج، وهو جائز عند الجمهور، ولو لم يصرح به، لأن "المعروف عرفا كالمشروط شرطا". ويناقش هذا 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، وكل من التفويض والتوكيل لا يسقط حقه، ولا يمنعه من استعماله متى شاء، بينما الزوج هنا لا حق له في ذلك، كما جاء في القرار: " إن هذا العقد لا يحل عروته إلا القاضي".

وقولهم: " كالمشروط شرطا " لا يعني كل شرط على الإطلاق، وإنما شرط يوافق الحق، فعن عائشة رضي الله عنها، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق"[2]، وحرمان الزوج من ذلك يخالفه، لأنه إسقاط لحق قرره الكتاب، وأكدته السنة للزوج، لأن الطلاق حل عقدة النكاح فلا يملكه من ليست بيده.

3- الترجيح:

يبدو، والله أعلم ، ترجيح القول بأن الطلاق المدني لا يرتب لوحده حصول الطلاق شرعا، وأنه على المرأة المسلمة أن ترفع أمرها في بلاد الأقليات إلى المراكز الإسلامية لينظروا قضيتها، ويحققوا في إمكان إيقاع الطلاق. وما يترتب عليه من آثار.

---

[1] المستجدات الفقهية للأقليات المسلمة -بابي الزواج والطلاق نموذجا- ص77 ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر .من إعداد الطالبة عماري وهيبة العام الجامعي 2019/2018م، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان- كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإجتماعية.

[2] أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب البيوع، وأما حديث أبو هريرة، الحديث 2310،و الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، الحديث 2839، صححه الألباني في "إرواء الغليل" ،207/5،الحديث رقم 1360.

الفرع الثاني: الواقع العملي" مجالس الشريعة البريطانية نموذجا"

سأتحدث عن بعض التطبيقات على التفريق القضائي للشقاق في الواقع البريطاني، متناولا مجالس الشريعة في بريطانيا كنموذج عملي تطبيقي.[1]

الفقرة الأولى: مراحل عمل مجالس الشريعة في دعوى الشقاق بين الزوجين[2]

1- البحث عن أسباب الشقاق بين الزوجين.

بعد أن ترفع القضية أمام مجلس الشريعة من الزوجين معا، أو من أحدهما يتم استدعاء الزوجين والاستماع إليهما في دعوى الشقاق، ثم يضرب لهما موعدا لمناقشة أسباب الشقاق والتعرف عليها ومحاولة التعرف على طرق علاجها.

2- **النصيحة للزوجين.**

بعد الوقوف على أسباب الشقاق بين الزوجين، يبدأ الموظف المختص بمجلس الشريعة بتقديم النصح للزوجين، وتذكيرهما بالله عز وجل وبالحقوق التي أوجبها الله عليهما، مازجا بين خطاب القلب والعقل.

فإن ظهر لهذا الموظف تمسك كلا الزوجين بموقفه ورأيه، حينها دعاهم إلى الصلح، أي أن يتصالحا على أمر واحد يجمع بينهما، وذلك قبل اللجوء إلى قرار التفريق والتطليق، هو من المراحل المهمة في مسار عمل مجالس الشريعة، حتى لو أدى ذلك إلى أن يتنازل كل طرف للآخر عن بعض حقوقه، لما في ذلك من دوام العقد بينهما، ولكونه خير من الفراق. فقال سبحانه: ﴿ وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ وَأُحۡضِرَتِ ٱلۡأَنفُسُ ٱلشُّحَّۚ وَإِن تُحۡسِنُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرٗا ﴾[3]، ومصالح تعود على الزوجين، والأولاد، وعموم الأقارب.

---

[1] استفدت من كتاب "نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام " للدكتور سالم بنشيخي.

[2] نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام تأصيلاً وتنزيلا، سالم عبدالسلام الشيخي، ص 241-248.

[3] سورة النساء الآية 128.

والصلح بين الزوجين من أعظم أنواع الصلح، ولذا شرع الله له إرسال الحكمين فقال سبحانه: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾[1].

ومن الواجب على المصلح، أن يكون ذا علم شرعي يتعلق بأبواب النكاح وما يتعلق بها من الأحكام. حتى لا يوافق على صلح يحل حراما، أو يحرم حلالا، أو يشترط ما لا يجوز اشتراطه. إضافة إلى الخبرة في عمل الإصلاح بين الزوجين، التي تيسر له اقتراح الحلول على الزوجين ليتمكنا من الوصول إلى الإصلاح المنشود.

3- التسريح بإحسان:

إذا فشلت محاولة الصلح بين الزوجين، وأصر كل من الزوجين على رأيه ومطالبه، عندها ينصح المجلس الشرعي الزوج بمفارقة زوجته بالإحسان دون الحاجة إلى اللجوء إلى قرار بالتفريق للشقاق، ويذكر بقوله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[2]

وينصح كذلك بأنه من الخير له ولها أن يتفقا على إجراء الطلاق وفق أحكام الشريعة، وأن يلتزما بهذه الأحكام ثم بعد حصول الطلاق الشرعي يتقدما معا للحصول على الطلاق المدني من المحكمة المدنية، مع الحرص على إتمام كل الإجراءات المطلوبة لذلك.

4- عرض الخلع على الزوجين:

إذا رفض الزوج الطلاق، وأصر على ذلك، عندها يعرض الموظف المختص بمجلس الشريعة على الزوجين القبول بالخلع بفدية معلومة، فإذا تم الاتفاق على الخلع بالتراضي بين الزوجين يبين لهما المجلس الشرعي الطريقة الصحيحة السليمة للحصول على الطلاق المدني، بأقل الخسائر والأضرار الممكنة

[1] سورة النساء الآية 35.

[2] سورة البقرة الآية 229.

5- بعث الحكمين من خارج مجلس الشريعة:

إذا لم يتم الاستجابة إلى أي اقتراح من الاقتراحات السابقة سواء بمفارقة الزوجة بالطلاق أو الخلع، وأصرت الأخيرة على مطالبتها بالفرقة، ولم يتوصلا إلى أي نوع من الصلح. كلفت اللجنة المعنية في مجلس الشريعة إن رأت ذلك من تراه مناسبا من أهله وأهلها، أو من أبناء الأقلية المسلمة الذين لهم أثر اجتماعي فِي أوساط أهله وأهلها للقيام بدور الحكمين. ويبذلا جهدهما في الوصول إلى الصلح بين الزوجين، فإن تعذر ذلك عليها لتعنت الزوجين أو أحدهما حكما بما يناسب وتقدما بما حكما إلى مجلس الشريعة ليصدر بعد ذلك الحكم النهائي وفقا للضوابط التي سنذكرها إن شاء الله.

الفقرة الثانية: الإجراءات التنظيمية لسير قضايا الشقاق بين الزوجين في مجالس الشريعة[1]

1- استقبال الدعوى في قضايا الشقاق بين الزوجين لدى مجالس الشريعة

تعتمد مجالس الشريعة في بريطانيا إجراءات محددة عند استقبال دعوى الخصوم فِي قضايا الشقاق، تمزج فيها بين ما هو منظم وفق الشريعة الإسلامية، وما يستفاد من إجراءات وأنظمة استقبال الدعاوى فِي المحاكم المدنية البريطانية، مما لا يخالف أحكام الشريعة. وتوكل هذه الوظيفة إلى أمين السر في مجالس الشريعة.

ومن الإجراءات المتبعة عند استقبال الدعوى المتعلقة بالشقاق بين الزوجين في مجالس الشريعة، نذكر:

أ- التأكد من جميع البيانات الشخصية للمدعي والتأكد منها عن طريق الأوراق الثبوتية، وتشمل هذه البيانات الاسم الكامل للمدعي ووظيفته، ومحل الإقامة، وإذا كان يمثل غيره فالاسم الكامل لمن يمثله، ووظيفته ومحل إقامته. يتم التأكد من التوكيل عن طريق وثيقة التوكيل الشرعية أو القانونية. لأن الأصل في دعاوى الشقاق تضييق المجال على التوكيلات رغبة من المجالس الشرعية فِي الالتقاء بالزوج، أو الزوجة للبدء في الإصلاح قبل الدخول فِي الإجراءات القضائية؛

[1] نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام تأصيلاً وتنزيلا، سالم عبدالسلام الشيخي ، ص250-255.

ب- التأكد من وجود عقد زواج بين المدعي، والمدعى عليه، وهل هو زواج مدني أو عرفي؛

ت- تحديد موضوع الدعوى، وما يطلبه المدعي بوضوح تام وبشكل قاطع وجازم؛

ث- يجب الفصل بين طلبات المدعي إلا إذا تداخلت، مع التأكد من جميع البيانات المتعلقة بالأبناء إن وجدو؛

ج- كتابة تاريخ استقبال الدعوى ويومها ومكانها؛

ح- التأكد من النظر السابق في القضية، أي :هل رفعت القضية أمام أي جهة شرعية أخرى أم لا؟ وإذا حدث ذلك فما هو القرار الصادر عن تلك الجهة؟

خ- يتم توثيق جميع المعلومات السابقة مع اتباع نظام جيد في ترقيم الملفات وحفظها؛

د- تعريف المدعي بشكل عام على الإجراءات المتبعة في النظر في قضايا الشقاق بين الزوجين، والمدة المتوقعة للانتهاء من القضية مع بيان التكاليف المالية؛

ذ- توقيع المدعي على تحمل المسؤولية عن كل المعلومات المتعلقة بإثبات شخصيته، أو شخصية خصمه أو ما يتعلق بأبنائه؛

ر- التأكد من جميع البيانات المتعلقة بالمدعى عليه، وهذا يشمل الاسم بالكامل ومهنته ووظيفته، ومحل إقامته، وسُبل الاتصال به؛

ز- يجب التأكد من الوضع القانوني للنزاع أي :هل رفعت القضية أمام أي جهة قانونية أم لا؟ وإذا حدث ذلك فما هو القرار الصادر عن تلك الجهة؛

س- كتابة موضوع الدعوى، وما يطلبه المدعي، وأسانيده في ذلك.

2- حضور الخصوم وغيابهم:

لابد من حضور الزوجين إلى مجلس الشريعة للاستماع إليه، مع اختيار أنسب الأوقات والأساليب، إذ على عكس الدول الإسلامية التي يجبر القانون الأطراف على الحضور فليس هناك أي دافع للأطراف للحضور إلى مجالس الشريعة غير الوازع الديني، والرغبة في التحاكم إلى شريعة الله تعالى.

3- جلسات الاستماع لأطراف الدعوى:

القصد من هذا الإجراء والذي يلي استجابة المدعى عليه لدعوى الحضور إلى المجلس الشرعي، الاستماع إلى المدعي والمدعى عليه، وفق إجراءات منظمة لهذا الاستماع تمهيدا للوصول إلى الحكم الشرعي في الشقاق بين الزوجين، إن هما رفضا الصلح وطالبا رئيس المجلس بالحكمِ الشقاق بينهما.

4- المهلة الشرعية لإصدار القرار النهائي:

بعد الاستماع إلى الزوجين من قبل رئيس المجلس الشرعي وبذله كل السبل للإصلاح، فإن مسار الدعوى المرفوعة، بعد التأكد من وجود الشقاق، يتخذ اتجاهين اثنين:

- ✓ إما أن تنتهي بقبول الزوجين للصلح، والاتفاق على كيفية الالتزام به وتطبيقه، وينتهي مسار الدعوى هنا؛
- ✓ وإما أن لا يتوصل إلى الصلح، فيكون رئيس المجلس الشرعي مضطرا للتعامل مع الدعوى على أنها شقاق عسر حله، حينها يبدأ رئيس المجلس في تحديد المهلة الشرعية الصحيحة التي بانتهائها يصدر الحكم القضائي بالتفريق بين الزوجين إما بفدية أو بغير فدية؛

ولما كان الواقع الذي تطبق فيه هذه الإجراءات مختلف تماما عن واقع ديار الإسلام، فإن مجالس الشريعة وهي تنفذ هذه الإجراءات تأخذ بعين الاعتبار ذلك. وهكذا نجدها في المهلة الشرعية مثلا تستحضر جملة امور من بينها:

- كثيرا ما تجد المرأة نفسها خلال هذه الفترة نفسها وحيدة بعد مغادرة الزوج للبيت، بل احيانا قد تضطر للعيش في بيوت النساء اللاتي على أبواب الطلاق. الأمر الذي يجعلها معرضة للفتنة الأخلاقية خاصة في ظل واقع يشع بالفاحشة؛
- الاستفادة من سكن الدولة: تقوم الدولة البريطانية بتوفير سكن لمواطنيها، ويستفيد منها أغلب المسلمين باعتبار المواطنة، غير أنه في حال ما وقع الشقاق بين الزوجين، واضطر الزوج لترك

البيت منتظرا القرار النهائي الذي يصدر عن مجلس الشريعة، أو القرار الذي ستصدره المحكمة المدنية، فإن الدولة لن تمنحه بيتا آخر إلا عبر طريقين:

الطريق الأول: الحصول على التفريق القضائي قبل الطلاق والذي يفيد بأن الزوجين قد انفصلا عن بعضهما؛

الطريق الثاني :وهو مترتب على الأول، وهو الحصول على الطلاق المدني.

غير أن الحصول على قرار قضائي من قبل مجلس الشريعة، يسرع من إجراءات توفير سكن خاص لكلا الزوجين.

- مساعدات الدولة المالية: تربط الدولة البريطانية المساعدات المالية التي تقدمها لمواطنيها من أصحاب الدخل المحدود. بأن تكون الأسرة واحدة، وتوضع كلها فِي حساب الزوج أو الزوجة حسب الطلب المقدم منهما؛

- إجراءات الإقامة القانونية وإجراءات الحصول على الجنسية:

تشترط الدولة البريطانية لمنح الجنسية البريطانية ممن لا يحمل هذه الجنسية لمن يتقدم بطلبها بسبب الزواج بمدة زمنية محددة تمكن الطرف الذي لا يحمل الجنسية من الحصول عليها بعد زواجه، غير أنه قد يقع الشقاق قبل انتهاء تلك المدة المقررة، وبالتالي فإن الطرف الذي ينتظر الإقامة أو الجنسية قد يتم إلغاء إقامته، أو الطلب منه أن يغادر البلاد. مما يضطره إلى الطلب من مجلس الشريعة تأخير إصدار قرار التفريق إلى حين حصوله على الإقامة. ومن ثم فعلى رئيس مجلس الشريعة مراعاة هذا الأمر عند تحديده للمهلة النهائية لإصدار قرار التفريق بين الزوجين للشقاق.

5- إصدار القرار النهائي :

بعد الأخذ بعين الاعتبار ما سبق ذكره يصدر مجلس الشريعة القرار النهائي، وهو بمثابة الحكم القضائي بالتفريق بين الزوجين للشقاق.

ومما تجدر الإشارة إليه ان هذا القرار النهائي يكتسي أهمية بالغة، تتجلى في أن المحكمة المدنية تستفيد منه في قراراتها المتعلقة بالطلاق بالنسبة للزوجين اللذان ترافعا إلى مجلس الشريعة قبل أن يترافعا إليها، وليس الأمر مقصورا على حال الاعتراف القانوني بمجالس الشريعة، بل حتى فِي حالة عدم الاعتراف القا نوني بالجهة المصدرة للحكم.

إذ تعتبره المحكمة المدنية في الحالة الأخيرة بمثابة شهادة خطية من خبير ديني، أو شهادة خبير طبي، أو خبير اجتماعي أو غيرهما.

6- **التبليغ القضائي:**

يقصد بالتبليغ القضائي عموما تلك العملية الشكلية التي يتم بواسطتها إعلام المبلغ إليه بالإجراءات التي تتخذ ضده.

أما تبليغ الحكم أو القرار الصادر في الدعوى، فهو إعلام المحكوم عليه بصدور الحكم في حقه، إما لينفذه طوعا، أو لينهج فيه سبل الطعن المتاحة.

بعد أن تحدثت بشكل خاص عن الحكم القضائي الذي يصدره مجلس الشريعة بالتفريق بين الزوجين للشقاق، فإن المرحلة القضائية بعد صدور الحكم هي تبليغه للزوجين معا.

وتبليغ الحكم في مجالس الشريعة، هو إعلام المبلغ إليه الحكم بالإجراءات المترتبة على الحكم الصادر من مجلس الشريعة ابتداء من التفريق بطلقة واحدة بائنة، إلى كل ما يتعلق بمسائل النفقة وحضانة الأطفال ونحوها مما يترتب على الفراق بين الزوجين.

وإذا كان هذا لا يختلف عما هو مقرر من الناحية القانونية، فإن مجالس الشريعة تعترضها مجموعة من الصعوبات ناتجة بالأساس عن الإمكانيات المحدودة التي تملكها، مقارنة بنظيرتها من المحاكم البريطانية.

ولعل من أبرز العقبات التي تعترض مجالس الشريعة على هذا المستوى:

أ- الجهالة بعنوان أحد الزوجين بعد صدور الحكم النهائي؛

ب- وجود أحد الزوجين خارج بريطانيا- بعد صدور الحكم النهائي- في دولة يصعب فيها إيصال الحكم النهائي عبر البريد، الذي يسلم الخطابات يدا بيد، مع توثيق التسليم بالتوقيع على ورقة الاستلام.

ومن أجل تجاوز تلك العقبات اعتمدت المجالس الشرعية في بريطانيا على الوسائل التالية لإيصال وتبليغ الأحكام الصادرة عنها:

- ✓ الوسيلة الأولى: التبليغ المباشر

وذلك عندما يكون الطرف المراد تبليغه بالحكم النهائي للتفريق بالشقاق على اتصال مباشر بمجلس الشريعة، وليس لديه أي مانع من الحضور إلى مجلس الشريعة لاستلام الحكم النهائي المتعلق بالتفريق للشقاق.

- ✓ الوسيلة الثانية :التبليغ بواسطة الموظف المختص بمجلس الشريعة

إذا تعذر حضور الشخص المراد إبلاغه بالحكم النهائي المتعلق بالتفريق للشقاق، وأمكن معرفة عنوانه واستعداده لاستلام وثيقة هذا الحكم، فيتوجه أحد الموظفين العاملين فِي مجلس الشريعة إليه فِي محل إقامته، أو عمله ويسلمه وثيقة الحكم الصادر عن مجلس الشريعة ويطلب منه التوقيع على ورقة استلام لَذه الوثيقة.

- ✓ الوسيلة الثالثة :التبليغ عن طريق البريد المسجل المضمون

وتعد هذه الوسيلة من أنجع وسائل التبليغ بالنسبة لمجالس الشريعة في بريطانيا، خصوصا في ظل تواجد شركات متعددة تقدم أفضل وأضمن الخدمات المتعلقة بإيصال الرسائل البريدية للجهات المعنية.

- ✓ الوسيلة الرابعة :التبليغ عن طريق أئمة المساجد والمراكز الإسلامية

إذا تمكن مجلس الشريعة من معرفة المسجد أو المركز الإسلامي، الذي يتردد عليه الطرف المراد تبليغه بالحكم، فإنه يتصل بإمام هذا المسجد أو المركز ويطلب منه أن يقوم بتسليم وثيقة الحكم إلى الشخص المراد ويوثق ذلك بتوقيعه على ورقة استلام.

✓ الوسيلة الخامسة: التبليغ عن طريق متطوعين

إذا تعذرت الوسائل السابقة فِي تبليغ الحكم النهائي الصادر عن مجلس الشريعة، فإنه يطلب من مسلمين اثنين من أقارب الشخص المراد تبليغه بالحكم أن يسلما هذا الحكم لهذا الشخص، ويحبذ أن يكون معهما عدد من الشهود عند التسليم، فإذا رفض الطرف المراد تبليغه بالحكم الاستلام، أو استلم ورفض التوقيع، فإن الشهود الذين شهدوا هذه الواقعة يكتبوا شهادة محررة وموقعة بما رأوا وسمعوا، وترسل هذه الشهادة إلى مجلس الشريعة ليدرجها في ملف القضية.

✓ الوسيلة السادسة :التبليغ عن طريق البريد الإلكتروني

استفادة من التطور التكنولوجي، تعتمد مجالس الشريعة هذه الوسيلة، وإن كانت تعتبر من أقل الوسائل استعمالا لدى هذه المجالس، نظرا لما يعتريها من إشكالات واقعية ما زالت المحاكم المدنية رغم كل الإمكانات المتوفرة لديها عاجزة عن حلها. ولذا لا يلجأ إليها ولا تعتبر وسيلة مقبولة لدى المجلس الشرعي، إلا إذا صرح الطرف المراد تبليغه أنه يريد استقبال الحكم عن طريق البريد الإلكتروني، ثم يرسل إشعارا بالاستلام.

✓ الوسيلة السابعة :التبليغ لمن له الصفة في النيابة عن المعنى بالأمر

إذا تمكن الوصول إلى عنوان الطرف المراد تبليغه بالحكم الصادر عن المجلس، ولكن موظف البريد، أو الشخص المكلف بتسليم وثيقة الحكم لم يستطيع الوصول إلى الطرف المراد تبليغه نظرا لعدم وجوده في مقر إقامته، وتكرر ذلك أكثر من مرة، فعندها يتم تسليم الرسالة لشخص من أقاربه ممن يسكنون معه في نفس المنزل.

خاتمــة

لقد من الله عز وجل علي بأن يسر لي إتمام أطروحتي، والتي أرجو أن تكون لبنة من اللبنات التي ترصع ما سبقها من المواضيع في ذات المجال.

لما كان مجال الأسرة يعد مجالا خصبا لتنازع القوانين الخاصة بكل دولة والناتج عن اختلاف المرجعيات ،فكثيرا ما يترتب عن قضايا الطلاق عند أفراد الجالية المغربية في الخارج آثارا سلبية على هذه الأخيرة، تتمثل أساسا فيما يلحق تلك الأسر من تفكك وتوتر وحيرة.

وقد حاولت معالجة الإشكالات الفقهية والقانونية المرتبطة بمسائل الطلاق وآثاره؛ التي تعترض المغاربة المقيمين بالخارج؛ في إطارها الحضاري المعقد، من قبيل حدود إمكانية تطبيق مدونة الأسرة على الجالية المغربية المقيمة بالخارج ، و الإشكالات المرتبطة بتنفيذ الأحكام الأجنبية في المادة الأسرية، و قضايا الحضانة و النفقة، ومسألة تدبير الأموال المكتسبة والأوضاع المالية للزوجين والأطفال. وما تثيره من إكراهات واقعية؛ خاصة وأن المشاكل المرتبطة بالموضوع تزداد تناسلا وتفاقما، في ظل ارتفاع نسبة المهاجرين من المغرب نحو الفضاء الأوروبي. كل ذلك من خلال مقاربة مقارنة بين ما أقرته أصول الشريعة الإسلامية من مبادئ و أحكام في قضايا الأسرة ،وما سنته القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية في ذات الموضوع.

وانتهيت إلى مجموعة من الأساسيات منها الفقهي ومنها القانوني، يمكن اختزالها في النتائج والخلاصات التالية:

1- أثبت الواقع العملي أن رغم التعديلات التي سنها المشرع المغربي، فإنه لازالت هناك بعض المشاكل تطرح، الأمر الذي يستدعي الاستمرار في تطوير الترسانة القانونية الوطنية نفسها، و تطوير الاجتهاد القضائي حتى يتمكن من المزاوجة بين المفهوم المرتبط بالوطنية، والمفهوم المرتبط بالعالمية وحقوق الإنسان؛

2- وجوب الاعتناء بالرصيد الفقهي القديم بعد غربلته وتنقيحه لخلق مدونة فقهية معاصرة جديدة، تنتقل من فقه الأقليات إلى فقه الحضور، تقدم حلولا ناجعة لإشكالية الأسرة في المهجر، مستحضرة متغيرات العصر وخصوصيات هذه الفئة، مستهدية بتعاليم الكتاب والسنة النبوية، موفقة بين ضغوطات العولمة ومطالب الهوية ؛

3- الحاجة إلى فتاوي فقهية بناء على الأصول الدينية المعتبرة ، والمقاصد الشرعية العامة، ومراعة ظروف الواقع المعيش. وضبطها بشكل مؤسساتي؛ وقد يحتاج إلى الإفتاء في ذات المسائل التي وقع الإفتاء فيها سابقا لتغير الظروف والأحوال؛

4- أضحى مبدأ التعاون الدولي اليوم أحد المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها التنظيم الدولي المعاصر لما يحققه من أوجه المصلحة والنفع لكل أطراف التعاون؛ ومن ثم وجب تعزيز و تقوية التعاون القضائي الدولي باعتباره أحد صور هذا التعاون؛

5- وجوب إبرام اتفاقيات ثنائية مع الدول التي يقيم بها أفراد الجالية المغربية؛ لكونها أحد صور التعاون القضائي الدولي، لتجاوز الإشكاليات المرتبطة بطلاق أفراد هذه الجالية االمقيمة ببلدان المهجر، مع الحرص على أن تكون واضحة المعالم. وتحيين المبرم منها، قصد تبسيط الإجراءات القانونية المتعلقة بالأسرة، والعمل من خلالها على تجاوز الحيف الذي غالبا ما يلحق الطرف المغربي من خلال استبعاد مقتضيات النظام العام المغربي؛

6- تبسيط المساطر، كما هو الشأن بالنسبة لمسطرة تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية، لتجاوز المعاناة التي تلحق أفراد الجالية من التنقل بين الإدارة والقضاء، توفيرا للوقت والجهد لدى المحاكم؛

7- تمثل أوضاع الجاليات المسلمة محور اهتمام متزايد من قبل الهيئات والمنظمات الدولية والفاعلين الحكوميين، وهو ما يحتم تأسيس وتعزيز وتفعيل أدوار المراكز الإسلامية ومجالس الجاليات الإسلامية؛ قصد مساعدة صناع القرار سواء في المؤسسات الدينية أو الإفتائية،

لاتخاذ المواقف والسياسات والبرامج التي تدفع في اتجاه حل مشكلاتهم من جهة ، وتقديم التوجيه والإرشاد والتربية والتعليم للأفراد من جهة ثانية؛

8- تعزيز اللجنة المشتركة المكونة من ممثلي وزارة العدل، ووزارة الخارجية، ووزارة الداخلية، والوزارة المكلفة بالمغاربة المقيمين بالخارج وشؤون الهجرة، بممثل عن المجلس العلمي الأعلى أو وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية؛

9- ترجمة مدونة الأسرة المغربية إلى لغات الدول التي تتواجد بها الجالية المغربية لاطلاع القضاء الأجنبي ومؤسسات الدولة المستقبلة على نصوصها ومضامينها؛ مما يمكن القضاء الأوروبي من استيعاب المضامين الفلسفية لمستجدات مدونة الأسرة ، وإدراك المجهودات التي قامت بها المملكة المغربية لتعديل هذا القانون من أجل تقليص وتقريب التباعد بين النظام القانوني الأوروبي والقانون المغربي في مجال الروابط الدولية الخاصة، واطلاع أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج على مضامين تلك المدونة، وذلك من حلال عقد ندوات علمية واستثمار الوسائل الحديثة، شريطة الاعتماد في ذلك على من لهم فهم سليم بقانون الأسرة من باحثين وقضاة ومحامين وعلماء وفقهاء وأساتذة متخصصين؛ وهو ما يستدعي إيلاء الأهمية اللازمة بالتكوين المستمر للقضاة وجميع المتدخلين بما يمكنهم من استيعاب النص القانوني في إطار فلسفة المشرع ومقاصده القائمة على تبسيط الإجراءات وتفادي التعقيدات التي لا تخدم أفراد الجالية المغربية المقيمة في الخارج؛

10- تعزيز آليات الوساطة بين الزوجين، سواء منها القضائية عن طريق استعانة المحكمة بذوي الاختصاص في علم الاجتماع و علم النفس. أو غير القضائية من خلال إحداث أجهزة متخصصة ومستقلة تتولى القيام بمهمة المصالحة والتحكيم والوساطة بينهما، مع الحرص على التنسيق مع الجهاز القضائي؛

11- وجوب قيام الدعاة والمرشدين بالتوجيه الملامس للفطرة المخاطب للقلوب، المذكر بمقاصد الأسرة الدنيوية و الأخروية. إذ العلاقة بين أفراد الأسرة المسلمة ليست علاقة دنيوية مادية، محدودة بالزمان والمكان فحسب، بل هي علاقة دينية ممتدة.

والله أسأل في ختام هذه الأطروحة أن يجعل هذا العمل في ميزان حسناتي، وأن يجزي عني كل من ساعدني في إعداده، وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم، ويحقق به النفع العميم.

آمين، والحمد لله رب العالمين.

لائحة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

الكتب المطبوعة:

- أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، سالم بن عبد الغني الرافعي، دار ابن حزم ، الطبعة الأولى 1423هـ/ 2002م
- أحكام الأحوال الشخصية، عبد الوهاب خلاف، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى سنة 1438هـ/2017م.
- أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ، مصطفى شلبي ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة 1983 .
- أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة فقهية وتشريعية وقضائية، الطلاق والخلع وآثار الفرقة، محمد كمال الدين إمام، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2003.
- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، محمد بن معجوز، سنة 1998.
- أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، محمد الشافعي، مطبعة المعارف الجديدة، سنة 1993.
- أحكام التنازع الدولي للقوانين ،عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ،منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ،الطبعة الأولى 2012 .
- الأحكام السياسية للأقليات في الفقه الإسلامي ،سليمان محمد توبلياك، دار النفائس، الطبعة الأولى سنة1997.
- أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي، المحقق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان ، الطبعة الأولى، 1415هـ/1994م .
- أحكام أهل الذمة لابن القيم، طبعة: رمادي للنشر دار ابن حزم الدمام بيروت، الطبعة الأولى 1418-1997.
- الإحكام في أصول الأحكام، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، دار الحديث – القاهرة، الطبعة الأولى 1404.
- الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة 1377هـ-1957م.

- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل،الألباني، لمكتب الإسلامي – بيروت، الطبعة: الثانية 1405 هـ - 1985م.
- أزمة الأقليات في الوطن العربي، حيدر إبراهيم علي وميلاد حنا، دمشق دار الفكر، الطبعة الأولى 2002.
- الأسرة في فرنسا، محمد الشافعي، سلسلة البحوث القانونية 3، المطبعة والوراقة الوطنية، سنة2001.
- الإسلام والأقليات الماضي والحاضر والمستقبل، الدكتور محمد عمارة، الطبعة الأولى سنة 2003.
- الأشباه والنظائر، جلال الدين للسيوطي ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى 1411هـ - 1990م .
- الأشباه والنظائر، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1419 هـ - 1999 م .
- الأصل للشيباني ، تحقيق ودراسة: الدكتور محمد بوينوكالن، دار ابن حزم، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى 1433 هـ - 2012 م
- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي ، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع بيروت - لبنان، 1415-1995.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية ،تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى 1411هـ - 1991م.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم الحنفي، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الطبعة الاولى 1418 هـ - 1997 م.
- بحوث في قضايا فقهية معاصرة، محمد تقي العثماني، دار القلم -دمشق، طبعة خاصة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية دولة قطر، 1434هـ/2013 م.
- بداية المجتهد و نهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الشهير بابن رشد الحفيد ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الرابعة 1395هـ/1975م.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ،دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية 1406هـ / 1986م .
- البدر المنير، ابن الملقن، المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض-السعودية، الطبعة: الاولى، 1425هـ-2004م.

- بعض مظاهر قيم حقوق الإنسان في مدونة الأسرة الجديدة، إدريس الفاخوري، الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية 5، مكتبة دار السلام شتنبر 2004.
- بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي ، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ، «الشرح الصغير للشيخ الدردير لكتابه أقرب المسالك» بأعلى الصفحة يليه - مفصولا بفاصل - «حاشية الصاوي» عليه .
- البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن التسولي، دار الكتب العلمية – لبنان ، الطبعة الأولى 1418هـ / 1998م .
- تاج العروس من جواهر القاموس، مرتضى الزَّبيدي ،دار الفكر – بيروت، الطبعة الأولى 1414 هـ
- التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله المواق ،دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416هـ-1994م.
- تاريخ العرب وحضارتهم في الأندلس، خليل إبراهيم السامرائي، عبد الواحد ذنون طه، ناطق صالح مصلوب، دار الكتاب الجديدة المتحدة، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى سنة 2000.
- تأملات في قضايا أسرية على ضوء الاجتهاد القضائي، ذ عادل حاميد، مطبعة بالماريس اديسيون الرباط ،الطبعة الأولى.
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن على بن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية مصر ،الطبعة الأولى 1406هـ - 1986م.
- تحاكم الأقلية المسلمة أمام القضاء الأجنبي، د محمد عبد الصمد إبراهيم.
- التحرير والتنوير لابن عاشور، الدار التونسية للنشر – تونس، 1984 هـ.
- ترتيب المدارك وتقريب المسالك، أبو الفضل القاضي عياض، مطبعة فضالة - المحمدية، المغرب، الطبعة الأولى.
- التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة، دار الكاتب العربي، بيروت.
- التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، محمد الكشبور، يونس الزهري، حسن فتوح، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى 2006.
- تغير الفتوى وتطبيقاته في فقه الجالية المسلمة ببلاد المهجر، محمد غلبان، منشورات مختبر الدراسات والبحوث الفقهية وقضايا الهجرة والأقليات، الطبعة الأولى سنة2017.

- تفسير القرآن العظيم أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، المحقق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1419 هـ .
- التقريب لحد المنطق والمدخل إليه بالألفاظ العامية والأمثلة الفقهية، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحقق: إحسان عباس، دار مكتبة الحياة – بيروت، الطبعة الأولى 1900.
- تنازع القوانين المبادئ والحلول في القانون الاردني ،الهداوي حسن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن سنة 1337.
- تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، هشام علي صادق، منشاة المعارف الإسكندرية، مصر، عام1993 .
- تنازع القوانين في الزمان، دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، أحمد زوكاغي، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى 1993 .
- تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، الهداوي حسن ،الداوودي غالب علي، الجزء الثاني، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل،العراق،1982.
- تنازع القوانين، محمد التغدويني، مطبعة فاس، بريس، الطبعة الأولى سنة 2004.
- تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، الشيخ علي أحمد عبد العال الطهطاوي، دار الكتب العلمية ،بيروت، الطبعة الأولى 1424هـ/2003م.
- جامع البيان للطبري، المحقق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1420 هـ - 2000 م.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر ،بدون طبعة وبدون تاريخ .
- حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، محمود محمد عوض سلامة، دار النشر العربية، القاهرة، طبعة 1990.
- الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي، المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى 1423هـ-2002م.
- الدر المختار وحاشية ابن عابدين(رد المحتار) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، دار الفكر-بيروت، الطبعة الثانية 1412هـ - 1992م .

- دراسات أحكام الأسرة للأحوال الشخصية للمواطنين غير المسلمين، أحمد سلامة، دار الفكر الغربي، الطبعة الثانية.
- الذمة المالية للزوجين غي الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، العزاوي عمر صلاح حافظ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان،، الطبعة الأولى2010 .
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، محي الدين النووي ،تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي بيروت- دمشق- عمان، الطبعة الثالثة 1412هـ / 1991م .
- زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن القيم الجوزية، دار الفجر للتراث، القاهرة ، الطبعة الأولى سنة 2004 م .
- الزواج والطلاق في الإسلام، بدران أبو العينين بدران، مؤسسة شباب الجامعة، (دون ذكر الطبعة).
- الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات، ظهير: 1993/9/10، إدريس الفاخوري، دار النشر الجسور، وجدة، طبعة 2001.
- سبل السلام، الصنعاني، الناشر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة: الرابعة 1379هـ/ 1960م .
- سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة: الأولى، (لمكتبة المعارف) 1415 هـ - 1995 م.
- سنن الدارقطني . أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني ،حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرناؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى1424 هـ - 2004 م
- سنن ابن ماجة ، المحقق: شعيب الأرناؤوط - عادل مرشد - محمد كامل قره بللي - عبد اللّطيف حرز الله، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى 1430 هـ - 2009 م.
- سنن أبو داود ، لمحقق: شعَيب الأرنؤوط - محمد كامِل قره بللي، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى 1430 هـ - 2009 م.
- سنن الترمذي، المحقق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي – بيروت، سنة النشر: 1998 م.
- سنن النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب، الطبعة الثانية 1406 – 1986م.

- الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الولادة ونتائجها، عبد الكريم شهبون، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2006م .
- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، اعتنى به مصطفى كمال ، وصفي، دار المعارف، 1991 م.
- شرح حدود ابن عرفة ، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع ،المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، 1350هـ،
- شرح مختصر الروضة، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين ،المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي ،مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى 1407 هـ / 1987 م.
- شرح مختصر الطحاوي ، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، المحقق: د. عصمت الله عنايت الله محمد - أ. د. سائد بكداش - د محمد عبيد الله خان - د زينب محمد حسن فلاتة ، دار البشائر الإسلامية - ودار السراج ، الطبعة الأولى 1431 هـ - 2010 م
- شرح مختصر خليل ، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله ، دار الفكر للطباعة - بيروت
- شرح مدونة الأسرة الزواج، محمد الكشبور ،مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2006م.
- شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، ، أبو عبد الله المالكي دار الفكر، بيروت -لبنان، الطبعة الأولى، 1409هـ/1989م.
- شرح ميارة الفاسي أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ،دار الكتب العلمية لبنان. سنة النشر 1420هـ - 2000م.
- شعب البيهقي ، تحقيق: محمد السعيد بسيوني زغلول، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى 1410هـ.
- الصارم المسلول على شاتم الرسول لابن تيمية، دار ابن حزم بيروت، الطبعة الأولى، سنة النشر:1417.
- صحيح البخاري، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث وعلومه في كلية الشريعة - جامعة دمشق ، لناشر: دار ابن كثير، اليمامة – بيروت، الطبعة الثالثة 1407 - 1987
- الصراعات العرقية واستقرار العالم المعاصر: دراسة في الأقليات والحركات العرقية، احمد وهبان ، دار الجامعة الجديد 1999 ، مصر، الطبعة الثانية.
- صناعة الفتوى وفقه الأقليات، بن بيه، دار المنهاج لبنان ،الطبعة الأولى .

- الضوابط الشخصية والاختصاص القضائي الدولي دراسة في إطار احكام الشريعة الإسلامية، د. صلاح الدين جمال، دار النهضة العربية، مصر، 2000م.
- الطلاق الشفهي بين صيانة الأبضاع والجراءة على الدين ،شتا محمد، مكتبة الألوكة.
- العمل القضائي في مدونة الأسرة، إبراهيم باحماني، مكتبة دار السلام- الرباط، الطبعة الثانية سنة 2013.
- غياث الأمم فِي التياث الظلم ،للإمام الجويني ،المحقق: عبد العظيم الديب ،مكتبة إمام الحرمين ،الطبعة الثانية 1401هـ .
- الفتاوى الفقهية الكبرى، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، الناشر المكتبة الإسلامية.
- الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1408هـ - 1987م .
- فتح القدير ،محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت ،الطبعة الأولى 1414 هـ
- الفقه الإسلامي وأدلته ،وهبة الزحيلي ، دار الفكر - سورية – دمشق، الطبعة الرابعة المنقحة المعدلة.
- فقه الأقليات المسلمة في مسائل الأحوال الشخصية، أمل يوسف عمر القواسمي، دار النفائس ، الطبعة الأولى 1435هـ.2014م.
- فقه السنة، سيد سابق، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1397هـ/1977م.
- فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتطبيقا، محمد يسري إبراهيم ،دار اليسر ، الطبعة الأولى خاصة بوزارة الوقاف القطرية،1434هـ.2013م.
- في فقه الأقليات المسلمة، يوسف القرضاوي ،دار الشروق، الطبعة الأولى سنة2001.
- قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص المغربي (دراسة مقارنة)، أحمد موساوي، الطبعة الأولى- مراكش، سنة2002م..
- القاموس السياسي، أحمد عطية الله، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية سنة 1968.
- قانون الأحوال الشخصية السوري ،عبد الرحمن الصابوني، المطبعة الجديدية، دمشق ،الطبعة الأولى.
- قانون الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985

- القانون الدولي الخاص ، حسن الهداوي، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان.
- القانون الدولي الخاص ،مجد الدين خربوط ، مديرية الكتب المطبوعات الجامعية، سوريا،2008 .
- القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين ، د اعراب بلقاسم، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، طبعة 2002 .
- القانون الدولي الخاص المغربي، الشنيوي نورة غزلان، الطبعة الأولى 2008.
- القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، دار النهضة العربية، سنة 2002.
- القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، الحلول المقررة لتنازع القوانين في الدول الإسلامية بين منطق الانتساب إلى الأمة الإسلامية ومنطق الانتماء إلى الجماعة الدولية، خالد برجاوي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط طبعة 2001
- القانون الدولي الخاص وفقا للقانونين العراقي والمقارن، ممدوح عبد الكريم حافظ، مطبعة دار الحكومة دار الحرية للطباعة، بغداد، سنة1977، الطبعة الثانية.
- القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني في تنازع القوانين، محمد السيد عرفة، دار النهضة العربية ،القاهرة،1993م.
- القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدوليين، د عز الدين عبد الله، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة 1977.
- القانون الدولي الخاص، سعد يوسف البستاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى 2004.
- القانون الدولي الخاص، سلامة، احمد عبد الكريم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- القانون الدولي الخاص، عز الدين عبد الله، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ،1980،الطبعة 11.
- القانون الدولي الخاص، غالب علي الداودي ، حسن محمد مهداوي ،وزارة التعليم والبحث العلمي الجمهورية العراقية.
- قضاء الأحوال الشخصية لغير المسلمين، نجيب جبرائيل وموسى صادق.

- القضاء الفرنسي وانحلال الرابطة الزوجية بين المغاربة المهاجرين في فرنسا، أحمد زوكاغي ، مطبعة دار السلام، السنة 2006م.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ،راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة، طبعة جديدة مضبوطة منقحة، 1414 هـ - 1991 م .
- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر – دمشق، الطبعة الأولى 1427 هـ - 2006 م .
- القوانين الفقهية، ابن جزي (دون ذكر الطبعة والمطبعة).
- الكافي في فقه ابن حنبل، ابن قدامة المقدسي ، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1414 هـ - 1994 م .
- كتاب التعريفات ،علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان، الطبعة الأولى 1403هـ -1983م.
- كتاب المؤتمر الثاني لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا المنعقد بكوبنهاجن الدانمارك ،جمادى الأولى 1425،يونيو2004م.
- كشاف القناع عن متن الاقناع، منصور بن يونس البهوتي، المحقق لجنة متخصصة في وزارة العدل المملكة العربية السعودية ، دار النشر:وزارة العدل البلد:المملكة العربية السعودية ،الطبعة الاولى،1421هـ، 2000م .
- كفالة الأطفال المهملين دراسة في القانون المغربي، محمد الشافعي
- كيف نقرأ مقتضيات تنفيذ الأحكام الأجنبية على ضوء المادة 128 من مدونة الأسرة، مدونة الأسرة عام من التطبيق، الحصيلة والآفاق. سفيان ادريوش.
- لسان العرب، ابن منظور، دار المعارف القاهرة، المحقق عبد الله علي الكبير وآخرون،
- محاضرات في قانون الأسرة، عبد الهادي الشاوي، الطبعة الثانية سنة 2009 ، دار العرفان أكادير.
- المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، دار الفكر – بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا، الطبعة الخامسة 1420هـ / 1999م.

- مختصر تفسير ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل ابن كثير، المحقق: محمد علي الصابوني، دار الفكر، بيروت.
- مختصر العلامة خليل، المحقق: أحمد جاد دار الحديث/القاهرة، الطبعة الأولى 1426هـ/2005م.
- مدونة الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1415هـ - 1994م.
- مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، علي علي سليمان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1984.
- المرأة بين الفقه والقانون، مصطفى بن حسني السباعي، دار الوراق للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة السابعة 1420 هـ - 1999 م .
- مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة في تطبيق القانون الأجنبي أمام محكمة الموضوع رقابة المحكمة العليا على تفسيره ونسخه ،هشام علي صادق، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1968م .
- المستدرك على الصحيحين للحاكم، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى 1411 – 1990م.
- المستصفى في علم الأصول، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المحقق: محمد بن سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان الطبعة الأولى 1417هـ/1997م.
- مسند الإمام أحمد، لمحقق: أحمد محمد شاكر، الناشر: دار الحديث – القاهرة، الطبعة الأولى 1416 هـ - 1995 م.
- المصنف بن أبي شيبة، المحقق: عادل بن يوسف العزازي و أحمد بن فريد المزيدي، الناشر: دار الوطن – الرياض، الطبعة الأولى 1997م.
- مصير الطلاق الإسلامي لدى الاحتجاج به في الدول غير الإسلامية، جمال محمود الكردي، دار النهضة العربية الطبعة الأولى القاهرة 1999م.
- معجم اللغة العربية المعاصرة، عمر أحمد مختار عبد الحميد، عالم الكتب، الطبعة الأولى، (1429هـ / 2008م).
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار). دار الدعوة.
- معجم لغة الفقهاء، محمد القلعجي، مطبعة النهضة العربية، لبنان، 1988، الطبعة الأولى.

- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي . خرجه جماعة من الفقهاء، بإشراف الدكتور محمد حجي.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج محمد الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1415هـ - 1994م.
- مغني شرح مختصر الخرقي ، ابن قدامة المقدسي ، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى 1405هـ / 1985م.
- المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، القاضي الشيخ محمد الشماع، دار القلم دمشق، الطبعة الأولى 1995.
- مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور ،المحقق محمد الحبيب ابن الخوجة، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، عام النشر: 1425 هـ - 2004 م.
- مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي أبو الحسين المحقق: عبد السلام محمد هارون ،دار الفكر 1979.
- من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، "مسار التعديلات ومطالب الحركة النسائية"، سعاد الأخريسي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى سبتمبر 2005.
- المهذب في فقة الإمام الشافعي أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية.
- الموافقات ، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي ،المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، دار ابن عفان، الطبعة الأولى 1417هـ/ 1997م.
- الموافقات، الإمام الشاطبي ،المحقق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة الأولى 1417هـ/ 1997م.
- مواهب الجليل شرح مختصر الشيخ خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني، تحقيق زكرياء عميرات ، دار عالم الكتب ،طبعة خاصة 1423هـ -/2003م .
- الموجز في القانون الدولي الخاص ،أحمد الفضلي، دار قنديل للنشر والتوزيع:الأردن، الطبعة الأولى 2004 .

- موسوعة السياسة، عبد الوهاب الكياني، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت ، الطبعة الأولى سنة1987.
- موسوعة الفقه الإسلامي ، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري ، بيت الأفكار الدولية، الطبعة الأولى 1430 هـ - 2009 م .
- الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، حسين بن عودة العوايشة ، المكتبة الإسلامية (عمان - الأردن)، دار ابن حزم (بيروت - لبنان)، الطبعة الأولى من 1423 - 1429 هـ .
- موسوعة المفاهيم الإسلامية العامة، المؤلف المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، مصر. 2015.
- نصب الراية لأحاديث الهداية ،الزيلعي، المحقق: محمد عوامة،الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت -لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية- جدة – السعودية، الطبعة: الأولى، 1418هـ/1997م.
- نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا (واقع وآفاق)، جميلة أوحيدة، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، الطبعة الثالثة 99-98.
- نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام تأصيلاً وتنزيلا، سالم عبدالسلام الشيخي، من إصدارات المجلس الأوروبي للبحوث والإفتاء، كتاب المجلس السابع.
- نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، تحقيق: عصام الدين الصبابطي ،دار الحديث، مصر الطبعة الأولى1413هـ / 1993م.
- هجرات مغربية دراسات و أبحاث، صادر عن مجلس الجالية المغربية بالخارج، المملكة المغربية، 2016/2017.
- الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، محمد الكشبور، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 1436هـ/2015م.
- الوجيز في القانون الخاص المغربي، ذ موسى عبود ،المركز الثقافي العربي الدار البيضاء، الطبعة الأولى أكتوبر 1994.
- الوسيط في شرح مدونة الأسرة ، الكتاب الأول ،محمد الكشبور ، الطبعة الثانية.

المجلات والجرائد:

- سلسلة الشروح والدلائل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد الأول 2004.
- سلسلة الشروح والدلائل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد 10 فبراير 2009 .

- سلسلة دراسات قانونية حول الجالية، العدد الأول، دار النشر مكتبة دار السلام، الطبعة الأولى 2009.
- سلسلة ندوات النساء و دولة الحق والقانون، رقم1 سنة 2004.
- المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للبحوث والإفتاء ، العدد الرابع والخامس ،جوان 2004م/ربيع الثاني 1425.
- المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث العدد السابع يونيو 2005
- المجلة العلمية المجلس الأوروبي للافتاءالعدد10-11 ،مايو 2007/جمادى الأولى 1428.
- مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد السابع، ديسمبر 2018.
- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد57 ، العدد05 ، السنة.2020
- مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد الرابع، سنة 2020.
- مجلة الدراسات و البحوث القانونية، العدد الثاني .سنة 2016.
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الثانية والستون، يناير2020.
- مجلة القانون المغربي، العدد18 ، مارس 2012 .
- مجلة القضاء والقانون، العدد 148 .
- مجلة القضاء والقانون، العدد 154
- مجلة القضاء والقانون، العدد 157 .
- مجلة المجمع ،العدد التاسع .
- المجلة المغربية للدراسات الدولية، عدد خاص أكتوبر 2003 .
- مجلة الملف، العدد 4 ، شتنبر 2004.
- مجلة الملف، العدد 10، سنة 2007
- مجلة الملف، العدد 11، أكتوبر2007.
- مجلة المناهج، العدد الثاني، 2002.
- مجلة المنتدى، العدد 41 سنة 2020.
- مجلة تنوير للدراسات الأدبية والإنسانية ،العدد الثالث شتنبر 2017 .
- مجلة حولية المنتدى، العدد 41، يناير 2020.
- مجلة روح القوانين ،العدد 95 إصدار يوليو 2021 .
- مجلة قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى سنة 2007 ،مطبعة الأمنية الرباط.
- مجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد العاشر ، ذو القعدة 1425،دجنبر 2004م.

- منشورات مجموعة البحث في القانون والأسرة، سلسلة الندوات، العدد الأول يومي 18-17 فبراير 2005 .
- نشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 22 سنة2015.

البحوث الجامعية:

- " تذييل الأحكام الأجنبية في المادة الأسرية بين النص القانوني والعمل القضائي "، معمرو بومكوسي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، مسلك ماستر القضاء والتحكيم ، جامعة محمد الأول ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية .
- " طلاق المغاربة أمام القضاء الأوربي إشكالات التطبيق وآفاق التنفيذ"، محمد الوهابي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة، 2007-2006، في القانون الخاص، وحدة قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة.

- "الآثار القانونية للزواج المختلط في ضوء القانون المغربي والمقارن"، فارسي يعيش، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية 2005 -2006.
- "التطبيقات الجديدة للنظام العام المغربي على ضوء المادة 128 من مدونة الأسرة" ،من إنجاز عبد السلام مرابط، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، 2009-2011.

- "الحق في الأسرة محاولة في التأسيس"، محمد كرادة، بحث دبلوم الدراسات المعمقة قانون خاص ،جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية، فاس، سنة 2003.
- "الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة"، بلمامي عمر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1988.
- "المستجدات الفقهية للأقليات المسلمة -بابي الزواج والطلاق نموذجا- " من إعداد الطالبة عماري وهيبة ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان- كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، العام الجامعي 2019/2018م .

- "النظام المالي للأسرة بين الاجتهاد الفقهي والتحكم العرفي والتقنين الوضعي والعمل القضائي"، محسن عبد الوهاب ، أطروحة دكتوراه في الدراسات الإسلامية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2014/2013.
- "نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية المقيمة ببلجيكا"، جمال الخمار، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2008/2007.

الندوات:

- الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة بالمهجر، تنظيم مختبر البحث في قانون الأسرة والمهجر، جامعة محمد الأول وجدة بتاريخ 09و10 أبريل 2010،إعداد وتنسيق د ادريس فاخوري ،دار الأفاق المغربية بالدار البيضاء.

المواقع الإلكترونية:

- البوابة القضائية للمملكة المغربية: https://juriscassation.cspj.ma
- المركز الوطني للدراسات القانونية cnej-fondation.ma
- المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض.cspj.ma
- موقع المجلس الأعلى للجالية المغربية بالخارج: https://www.ccme.org.ma
- cours de droit .net
- http://www.justice.gouv.fr

الظهائر / الاتفاقيات:

- اتفاقية التعاون القضائي وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، مرسوم ملكي رقم 208.66، بتاريخ 14 صفر1386(03يونيه1966).
- اتفاقية بين المملكة المغربية والمملكة البلجيكية حول القانون المطبق على الزواج وحل ميثاقه وعلى الاعتراف بهما، رقمها 2055، وتم توقيعها بالرباط بتاريخ 1999/04/09.

- الظهير الشريف رقم 148.11.1 بتاريخ 16 من رمضان 1432 (17 غشت 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5975، بتاريخ 6 شوال 1432 (5 شتنبر 2011)،ص4386.
- الظهير الشريف رقم 1.19.118، صادر في 7 في ذي الحجة 1440 /9 غشت 2019 ، الجريدة الرسمية عدد 6807 ، المؤرخة في 26 غشت 2019.
- الظهير الشريف رقم 83/1/ 197الصادر بتاريخ 14 نونبر 1986، الجريدة الرسمية عدد 3910 بتاريخ 7 أكتوبر1987.
- الظهير شريف بمثابة قانون رقم: 447-74-1 ،بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، الذي تم تغييره وتتميمه بموجب القانون رقم: 72/03 الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم: 1/04/23 ،بتاريخ 12 ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)، الجريدة الرسمية عدد 5184 ،بتاريخ 14 ذي الحجة 1424 (5فبراير 2004) .
- الظهير شريف رقم 1.04.22 ،صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق 3فبراير 20ال04 بتنفيذ القانون 70-03بمثابة مدونة الأسرة ،الصادرة بتاريخ 5فبراير 2004، منشور في الجريدة الرسمية عدد 5184.
- الظهير شريف رقم 1.99.113، صادر في 26 محرم 1420 الموافق (13ماي1999)، الجريدة الرسمية عدد بتاريخ 3ربيع الأول 1420(17يونيو1999).
- الظهير شريف رقم1-83-197 صادر في ربيع الأول1407ه (14 نونبر1986م) بنشر الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية ،الموقعة بالرباط في10 غشت 1981 المنشورة بالجريدة الرسمية ،عدد3910 بتاريخ12 صفر 1408ه(7أكتوبر1987م)،
- القرار الصادر عن مؤتمره الثاني بالدانمارك بين 4 -7 جمادى الأولى 1425ه الموافق 25 يونيو 2004م.
- قرارات الدورة الخامسة، دبلن – أيرلندا، 30 محرم – 3 صفر 1421ه، الموافق لـ 4-7 مايو 2000م، قرار 15 (5/3).
- مدونة الأحوال الشخصية مع آخر تعديلات ظهير 10-9-1993. ظهير شريف معتبر بمثابة قانون رقم 1.93.347 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتغيير وتتميم بعض فصول مدونة الأحوال الشخصية.

مراجع باللغة الفرنسية:

- Institut National De Statistique Belge, Registre National 1 Janvier 2000/ SPF économie direction générale statistique et information économique. 2- Législation Belgique loi portant le code de droit international privé de 16 juillet 2004 (version française), publier un moniteur Belge 27 juillet 2004, entrée en vigueur le 1er octobre 2004.
- La réforme du divorce et de la procédure en matière familiale. Guide méthodologique ,Dominique PERBEN ,Novembre 2006.
- Le droit familial Marocaine dans l'ordre juridique belge entre fidélité et modernité prometteuse, Mohamed M'salha: thèse présentée pour l'obtention du grade de docteur en droit université catholique de Louvain, faculté de droit Louvain-la- neuve, novembre 1999.
- LOI no 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.
- Quelles solutions pour le statut personnel des émigrés marocains en Europe, Abderazak moulay R'chid: OP.cit.
- Références statistiques Justice ANNÉE 2015,Directrice de la publication C. Chambaz ,Coordination C. Lixi, J. Mauguin, V. Ravilly-Silva ,Réalisation C. Kissoun-Faujas, J. Mauguin

فهرس الموضوعات

مقـــدمـــــة.....1

مدخل تمهيدي:.....13

الباب الأول: طلاق المغاربة بالخارج أحكام وإكراهات.....31

الفصل الأول: حكم الطلاق الصادر عن المحاكم الأجنبية.....32

المبحث الأول: أحكام الطلاق بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية الأجنبية.....34

المطلب الأول: أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية.....34

المطلب الثاني: الطلاق في القوانين الوضعية الأوربية.....57

المبحث الثاني: الطلاق الصادر عن المحاكم الأجنبية.....80

المطلب الأول: تحاكم الأقليات المسلمة أمام المحاكم الأجنبية.....80

المطلب الثاني: حكم الطلاق الصادر عن المحاكم الأجنبية.....88

الفصل الثاني: طلاق المغاربة بالخارج في مواجهة القضاء الأوروبي.....114

المبحث الأول: المقتضيات القانونية الوطنية والأجنبية المتعلقة بالجالية المغربية بالخارج.....115

المطلب الأول: المقتضيات القانونية الوطنية الخاصة بالجالية المغربية.....115

المطلب الثاني: المقتضيات القانونية الأجنبية الخاصة بالجالية المغربية.....123

المبحث الثاني: مؤسسة الطلاق (انحلال الزواج بالإرادة المنفردة) أمام القضاء الأوروبي.....149

المطلب الأول: ضوابط الإسناد والنظام العام في مواجهة الطلاق.....149

المطلب الثاني: الاتجاه نحو تبني موقف الرفض للطلاق الأجنبي.....169

الباب الثاني: إشكالات الطلاق وآثاره وجهود المشرع المغربي أمام القضاء الأوروبي.....179

الفصل الأول: إشكالات الطلاق وآثاره.....180

المبحث الأول: إشكالات طلاق المغاربة المقيمين بالخارج.....181

المطلب الأول: الإشكالات المطروحة في البلد الأصلي.....182

المطلب الثاني: إشكالات طلاق المغاربة المقيمين بالخارج المطروحة في بلد الإقامة.....201

المبحث الثاني: إشكالات متعلقة بآثار طلاق المغاربة بالخارج.....209

المطلب الأول: آثار طلاق المغاربة أمام القضاء الأوربي بالنسبة للأطفال.....210

المطلب الثاني: الآثار المتعلقة بشخص الزوجين.....228

الفصل الثاني: جهود مدونة الأسرة في تقوية القانون المغربي أمام القضاء: الواقع والمأمول**.....243**

المبحث الأول: جهود مدونة الأسرة في تقوية القانون الأسري المغربي: الطلاق الاتفاقي نموذجا**.....244**

المطلب الأول: الطلاق الاتفاقي في قانون الأسرة المغربي.....245

المطلب الثاني: الطلاق الاتفاقي وقاعدة الدفع بالنظام العام: المسطرة والشروط.....260

المبحث الثاني: المراكز الإسلامية وقضايا طلاق المهاجرين**.....275**

المطلب الأول: أحكام تنصيب القضاة والتحاكم إليهم خارج ديار الإسلام.....275

المطلب الثاني: نظرية ولاية العلماء وواقع المسلمين ببلاد المهجر: مجالس الشريعة نموذجا.....286

خاتمـــة**.....301**

لائحة المصادر والمراجع**.....305**

فهرس الموضوعات**.....322**