انحلال الر ابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص المغربي

The dissolution of marital bond in Moroccan private international law

عبد المجيد المعروفي
باحث في القانون الخاص
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
جامعة محمد الأول وجدة
البريد الإلكتروني: abicenna777@gmail.com

Abdelmajid El maaroufi
PhD researcher
Faculty of Legal Sciences, Economic and Social
University Mohammed the first Oujda
Email : abicenna777@gmail.com

❖ ملخص:
يعالج هذا المقال مسألة انحلال الرابطة الزوجية في ظل مقتضيات القانون الدولي الخاص المغربي، وقد اعتمدنا في مقاربة هذا الموضوع على منهجية ثنائية، حيث تطرقنا في المحور الأول من هذا المقال لشروط الطلاق في القانون الدولي الخاص، والتي تنقسم لشروط جوهرية وأخرى شكلية واتضح لنا أن توقيع الطلاق في القانون الدولي الخاص المغربي، يرجع فيه للقانون الوطني للأطراف وفق ما ينص عليه الفصل التاسع من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، والذي يؤكد على أن : "للفرنسيين والأجانب الحق بطلب الطلاق والفصل الجسماني طبقا للشروط التي يعينها قانونهم الوطني" ، فالمعول عليه في هذا السياق هو القانون الوطني للمعنيين بالأمر الذي يرجع إليه من أجل توقيع الطلاق من حيث الشروط والأركان، وهو بالنسبة للطرف المغربي هو مدونة الأسرة، كما تطرقنا بصدد الحديث عن شروط الطلاق في القانون الدولي الخاص إلى اختلاف التشريعات بصدد تنظيم هذه النقطة، فبعض هذه التشريعات يأخذ بالإهانة الجسمية كسبب للطلاق، وإن كان في الوقت الحاضر الشائع ممارسة وعملا خصوصا في فرنسا هو الطلاق بالتراضي وهو الفرض الذي عبرت عنه العديد من الأحكام القضائية الفرنسية والأوروبية، كما أخذت بعض التشريعات بنظرية الضرر الواقع على أحد الزوجين لتوقيع الطلاق، أما الشروط الشكلية المتطلبة في الطلاق فهناك توافق حولها من حيث ضرورة توقيعه تحت إشراف قضائي والإشهاد عليه أمام عدلين بالنسبة للتشريعات الإسلامية ومنها التشريع المغربي.
أما بخصوص المحور الثاني من هذا المقال فقد عالجنا فيه آثار الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني، حيث تحدثنا عن مضمون هذه الفكرة وتوصلنا إلى أن هذه الآثار قد تنسحب لوضعين أساسيين يتعلق الأول بالعلاقة الشخصية بين المطلقين أو المنفصلين انفصالا جسمانيا ثم علاقة المطلقين بأولادهما، وقد استعرضنا في هذا الصدد الممارسة القضائية في المغرب وفرنسا وغيرهما من الدول بالإضافة إلى ذلك فقد عالجنا في النقطة الثانية من هذا المحور موضوع سريان آثار الطلاق وإشكالية القانون الواجب التطبيق، وقد لاحظنا سكوت المشرع المغربي كغيره من التشريعات عن تحديد القانون الواجب التطبيق على الطلاق والآثار الناجمة عنه، إلا أن المستقر عليه قضائيا هو الرجوع للقانون الوطني للزوجين فإن كان الزوجين لهما نفس الجنسية طبق قانونهما المشترك، أما إذا كانت جنسية الزوجين مختلفة فيعطى لكل قانون نصيبه في التطبيق رغم ما ينجم عن ذلك من صعوبات بالغة، إلا أن الفيصل في ذلك يبقى السلطة الممنوحة للقاضي ليقدر كل قضية حق قدرها.
الكلمات المفتاحية للمقال: الطلاق / التطليق / الانفصال الجسماني / القانون الواجب التطبيق / القانون الوطني / قانون الجنسية المشتركة / قانون المحل / آثار الطلاق ...

❖ ABSTRACT :

This research paper deals with the issue of the dissolution of the marital bond in the Moroccan private international law, we have adopted to approach this topic on a bilateral methodology. In the first part, we discussed the conditions of the divorce in private international law, which are divided into substantive and other formal conditions. We concluded that the divorce is done in Moroccan private international law, in which the national law of parties as it is stipulated in the chapter 9 of the Dahir (Royal law in Morocco) August 12 of 1913, related to the civil status of French and foreigners, which reiterates that: "French and foreigners have the right to submit for the divorce and the physical separation according to the conditions that are designated by their national law", so the importance is accorded in this context to their national law of those people which is submitted to for the completion of the divorce based on the conditions and the elements, therefore for Moroccans is the Mudawana (the personal status code, also known as the family code in Moroccan law), when we talked about the difference of the legislations regulating this point in the matter of discussing the conditions of divorce. Some legislations take the physical insult as a reason for divorce although nowadays the most common practice is the consensual divorce especially in France, and that assumption is expressed by many European and French Judicial rulings, and some legislations have adopted the theory based on the harm inflicted on one of the spouses to sign the divorce, as for the formal conditions required in the divorce, there is a consensus in terms of the necessity of signing it under judicial supervision and to be testified before two Adouls in relation to the Islamis legislation including Moroccan one.

As for the second part of this research paper, we dealt with the effects of divorce and physical separation as we talked about the content of this idea, and concluded that these effects may be attributed to two essential situations: the first one is the personal relationship between the two divorced or physically separated, and then the relationship of the two divorced with their children. We have exposed the judicial practice in Morocco and France and other countries. Furthermore, we have dealt with the issue of the validity of the effects of divorce and the problem of the applicable law. We have observed the silence of the Moroccan legislator, like other legislations, to specify the applicable law in divorce and its effects. However, what is legally established is to refer to the national law of the spouses, if these spouses have the same nationality, their common law is applied, but if the nationality of the spouse is different, then each respective law is given its share in the application despite that is hurdled by many difficulties, but the arbitrator in this is the aithority granted to the judge to value every case.

Key words : divorce, physical separation, applicable law, national law, joint nationality law, lex loci contractus, effects of the divorce ...

❖ **مقدمة:**

جعلت الشريعة الإسلامية الطلاق خاضعا لشروط تجعل تطبيقه واستغلاله من جانب الرجل أمرا عسيرا، إذ يجب على المسلم وهو يعقد الزواج، أن ينوي بقاءه مستمرا مدى الحياة، الأمر الذي يؤسس لأسرة مستقرة وآمنة .

فالإسلام لا يبيح استعمال حق الطلاق إلا استثناءا، وعند الضرورة القصوى، وفي الحالة التي يصعب معها إجراء وفاق بين الزوجين لوجود شقاق ونفرة بينهما، وفقا لما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم: " إن أبغض الحلال عند الله الطلاق ".

وقد نظمت مدونة الأسرة المغربية مسألة انحلال ميثاق الزوجية، ذلك أن الإسلام يعتبر الزواج عقدا كسائر العقود التي تربط بين المتعاقدين برضاهما، وكل عقد إما أن يكون ناجحا دائما، وإما أن يؤول إلى الفشل، فشرع الإسلام إلغاء العقود وفسخها عندما تقضي المصلحة ذلك، ولم يستثني منها ميثاق الزوجية.

ولحل عقدة الزواج أو لإنهائها طريقان، إما الطلاق أو الفسخ، فالطلاق سنأتي عليه في حينه، وأما الفسخ فمعناه، نقض العقد وحل الرابطة التي تربط بين الزوجين، والفرقة الحاصلة بالفسخ غير الفرقة الحاصلة بالطلاق، إذ يكمن الفرق بين الطلاق والفسخ عند المالكية في طبيعة السبب الموجب للفرقة، فإذا كان غير راجع للزوجين فهو طلاق وإذا كان راجع إلى الشارع فهو فسخ، مثال ذلك كما لو حرم الشرع على الزوجين بقاء المعاشرة، فإن الفرقة المترتبة عن هذا التحريم الشرعي تعد فسخا، أو كما لو ارتد أحد الزوجين، أو أبى أحدهما الإسلام، وكذلك الفرقة بعد الملاعنة، والفرقة لطارئ فسد به النكاح بعد أن كان صحيحا[747].

لقد شرع الله تعالى الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي شرع من أجله النكاح، فلا يمكن تحقيق الهدف المتوخى إلا إذا كان الزوجان متفاهمين، فإذا اختلفت أمزجتهما وتنافرت طباعهما وأخلاقهما، وتعاكست مفاهيمهما عن الحياة، وساءت عشرتهما، أصبح من الخير لهما، حل هذه الرابطة القائمة بينهما وإنهاؤها.

أما بخصوص الطلاق في الديانة اليهودية، فإنه يباح بشرط وجود عذر يبرر اللجوء إليه، ومن الأعذار العيوب العقلية وعيوب الخلقة وعيوب الأخلاق، وأقوى الأعذار الزنى خاصة في حق الزوجة، أما بخصوص الديانة المسيحية، فإن المذهب الكاثوليكي يحرم الطلاق تحريما باتا حتى في حالة الخيانة الزوجية، التي لا تبرر سوى الإنفصال الجسماني بين الزوجين مع اعتبار رابطة الزوجية قائمة بينهما من الوجهة الشرعية بحيث لا يجوز لأحد الزوجين أثناء هذه التفرقة أن يبرم زواجه على شخص آخر وإلا اعتبر ذلك تعددا لا تبيحه الديانة المسيحية.

لقد التحق المشرع الفرنسي بركب التشريعات الآخذة بالطلاق، حيث جاء في قانون 11 يوليوز 1995 المعدل بمرسوم 19 يوليوز 1976، بتعديل المسطرة المدنية، النص على 3 حالات للطلاق، الأولى الطلاق الرضائي، والثانية الطلاق لإنقطاع الحياة المشتركة بين الزوجين، والثالثة الطلاق للخطأ[748].

---

[747]- عبد الكريم شهبون، "الشافي في شرح مدونة الأسرة"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المغرب، مكتبة الرشاد، 2006، ص : 193 و 195.

[748] - - السعدية بلمير، "الأحوال الشخصية للأجانب في التشريع المغربي الجزء الأول: الروابط العائلية"، المغرب، منشورات المعهد الوطني للدراسات القضائية، 1981، ص. 45 و 51. بتصرف.

ويقصد عموما بالطلاق إنهاء الرابطة الزوجية بإرادة الزوج وحده، وقد يقع أيضا بإرادة الزوجة وحدها، إذا كانت العصمة بيدها، أما التطليق فيعني وضع نهاية الرابطة الزوجية بحكم من القضاء، وبخصوص الفصل الجسماني فيعني التفريق بين الزوجين دون إنهاء العلاقة الزوجية[749].

فالطلاق والتطليق والإنفصال الجسماني من أهم المواضيع من حيث كثرة المشاكل التي تثيرها فيما يتعلق بتنازع القوانين، وهذه المشاكل تثار خاصة بالنسبة لرعايا الدول الأوروبية وغيرها التي لا تقبل الطلاق إلا بشرط أن يصدر به حكم قضائي.

وإذا كان أمر تحديد القانون الوطني لكل من الزوجين من جنسية واحدة لأجل تطبيق أحكام المادة 9 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب لا يثير إشكالا كبيرا، فما هو الحل عندما يتعلق الأمر بزوجين من جنسيتين مختلفتين؟ وما هو القانون الواجب التطبيق؟ وما هي الكيفية التي تطبق بها القوانين الخاصة في هذا المجال؟ وماذا عن المغاربة المنتمين إلى ديانات مختلفة؟

هذه الإشكالات وغيرها سنحاول بحثها في مستهل حديثنا على الطلاق في فحوى هذا العرض، والذي سوف نتطرق فيه للشروط الجوهرية والشكلية في المطلب الأول وسنعالج آثار الطلاق في المطلب الثاني.

المطلب الأول: شروط الطلاق في القانون الدولي الخاص:

الأصل في الزواج هو الدوام والإستمرار والإستقرار بين الزوجين في حياتهم الزوجية، إلا أن هذه الرابطة الزوجية قد تنحلّ ويفترق الزوجان وتنقطع العلاقة التي تربطهم، وذلك لأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى ذلك، بحيث تصبح هذه العلاقة جحيما لا يطاق[750]، هذا من جهة ومن جهة أخرى يجب – وكما سبقت الإشارة إلى ذلك - أن نفرق بين الطلاق والفسخ، فالطلاق هو إنهاء الزواج لأن الطلاق لا يكون إلا بالنسبة لزواج صحيح، في حين أن الفسخ لا يكون إلا في الزواج غير الصحيح وغير المستوفي للشروط المطلوبة[751].

وعليه سنعالج في الفقرة الأولى الشروط الجوهرية للطلاق ثم سنتطرق للشروط الشكلية في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: الشروط الجوهرية للطلاق:

لدراسة الشروط الجوهرية للطلاق يقتضي منا ذلك لزوما أن نتحدث أولا عن الحق في الطلاق ، ثم بعد ذلك سنتناول الأسباب التي تؤدي إلى إنحلال الرابطة الزوجية .

أولا: الحق في الطلاق:

بالرجوع إلى الفصل التاسع من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، نجده ينص على أن : "للفرنسيين والأجانب الحق بطلب الطلاق والفصل الجسماني طبقا للشروط التي يعينها قانونهم الوطني ."

---

[749] - أحمد زوكاغي، "تنازع القوانين في الزمان: دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي"، الطبعة الأولى، المغرب، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، 1993، ص.243

[750] - إدريس لفاخوري، "الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية."، الطبعة الرابعة، المغرب، مطبعة دار النشر الجسور، 2002، ص. 208.

[751] - محمد زريول، "محاضرات في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، قاعدة الإسناد"، الطبعة الأولى، المغرب، مطبعة سجلماسة، 2006، ص. 131.

فمن خلال استعراضنا لهذا الفصل فإن القانون المطبق على الفرنسيين والأجانب هو القانون الوطني المعمول به يوم مباشرة الدعوى، ولا يطبق إلا إذا كان القانون الوطني للطرف الطالب يجيزه[752]، أما في حالة ما إذا كان قانون أحد الزوجين لا يعترف بالطلاق وقانون الطرف الآخر يعترف به، فإن الصعوبة تظهر جليا في هذه الحالة لأن المحاكم المغربية أخذت بمبدأ إعطاء كل من القانونين نصيبه إلا أن هذا المبدأ لا يمكن تحقيقه في كثير من الأحيان خصوصا إذا كان أحد القانونين يقبله والآخر لا يجيزه. ففي هذه الحالة فإن للمحاكم إمكانية استبعاد القانون الذي لا يجيز الطلاق، وذلك لمخالفته للنظام العام[753]، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الوطني لأحد الزوجين الذي لا يجيز الطلاق بينما القانون الوطني للزوج الآخر يعتد به (كزواج الإسباني بالفرنسية قبل تعديل القانون المدني الاسباني في الآونة الأخيرة)، فإن التصريح بالطلاق بناء على طلب الزوجة تطبيقا لقانونها الوطني سيؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية بالنسبة للزوجة فقط ، وبقائها قائمة بالنسبة لقانون الزوج الذي لا يمكنه في هذه الحالة إلا طلب التصريح بالفصل الجسماني تطبيقا لقانونه الوطني، ومعلوم أن الفصل الجسماني لا يؤدي إلى انحلال العلاقة الزوجية[754].

ومع ذلك فإن هذه المحاكم أوجبت أن قانون القاضي لا بد أن يكون متفقا مع أحد القانونين ومخالفا للآخر، فقد ذهبت إحدى المحاكم بالرباط إلى أن القانون الشخصي للزوجة الجزائرية المسلمة - التي كانت تعد من الرعايا الفرنسيين في سنة 1941- يجيز الطلاق وأن قانون الزوج الاسباني الذي كان لا يعتد بالطلاق ولا يعترف به لأنه مخالف للنظام العام الفرنسي[755].

وهو ما حدث مع قضية "فيراري "FERRARI" "الايطالي الجنسية المتزوج من امرأة فرنسية، حيث حصلت على الجنسية الإيطالية، وفقدت على إثر ذلك الجنسية الفرنسية وبعد ست سنوات استحكمت بينهما خلافات أدت بهم إلى الانفصال الجسماني بالتراضي لدى محكمة "گين "GENES" "طبقا لمقتضيات القانون الإيطالي، ورجعت زوجة فيراري إلى الديار الفرنسية حيث قامت باسترجاع جنسيتها الفرنسية بواسطة ظهير أصدره رئيس الجمهورية طبقا للفصل 18 من القانون المدني الفرنسي آنذاك، كما أنها استفادت من الفصل 14 من نفس القانون بمقاضاة زوجها أمام المحكمة المدنية ل "ليون" من أجل تحويل انفصالهما الجسماني إلى طلاق[756] ، وطبقت المحكمة مقتضى القواعد العامة للإسناد، فحكمت بقبول الطلب بناءا على الفصل السابق - الفصل 14- الذي هو قانون جنسية الزوجة وظل الزوج معلقا لوحده بميثاق يعتبره قانونه الشخصي مؤبدا، حيث كان القانون الايطالي ما يزال يحظر إيقاع الطلاق[757].

---

[752] - موسى عبود، "الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي"، الطبعة الأولى، المغرب، المركز الثقافي العربي، 1994، ص. 252.

[753] - محمد زربول، المرجع السابق، ص. 133-134.

[754] - السعدية بلمير، المرجع السابق، ص. 56.

[755] - أورده الأستاذ زربول، المرجع السابق، ص. 134.

[756] -Bertrand ANCEL, Yves LEQUETTE, "Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé", 5ème édition, 2006, p. 103.

[757] - الحسين بلحساني، "الموجز في القانون الدولي الخاص المغربي"، المغرب، دون ذكر دار النشر، 2006، ص. 136.

أما فيما يتعلق بالزواج المختلط من مغربي مسلم وأجنبية فلا تثار أية إشكالية لأن من حق الزوج أن يطلق زوجته بحسب قواعد الشريعة الإسلامية، لذا له أن يطلقها دون صدور حكم قضائي، كما أن هذا الحكم يسري على الزوجة حتى ولو اقتضى قانونها الوطني إصدار حكم قضائي متعلق بالطلاق، وعليه فقد اعتبر الأستاذ زريول أنه لا مانع من إخضاع الطلاق لحكم قضائي بوجه عام إستنادا لقوله تعالى: "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما[758]".

وعليه ومن خلال ما سبق، ومن خلال ما استقر عليه بعض الفقه، يتضح أنه إذا كان الزوجان من جنسيتين مختلفتين فيتعين تطبيق القانونين معا وللقاضي السلطة التقديرية في الملاءمة بين القانونين إذا لم يصلا إلى التعارض، فإذا لم يتمكن من الملاءمة والتقريب بينهما فما عليه إلا أن يطبق ما هو أقرب للقانون المغربي[759].

لقد حدث تطور كبير خلال السنوات الأخيرة في الكثير من القوانين الأوروبية والأمريكية بشأن الطلاق بحيث أصبحت أغلب التشريعات تجيزه. فالمشاكل التي كان يطرحها الطلاق قد زالت خلال نصف القرن الماضي فيما يتعلق بحل زواج مبرم بين شخص يسمح قانونه الوطني بالطلاق وشخص آخر لا يسمح قانونه بالطلاق، وهي الوضعية التي شغلت المحاكم المغربية خلال الستين سنة[760].

أما فيما يخص طلاق أجنبي مسلم من مغربية مسلمة، كما في حالة زواج شخص أجنبي مسلم (إسباني) بامرأة مغربية مسلمة، فإن هذا الزواج يمكن تسجيله في سجل الحالة المدنية لقنصلية دولته التي تقبل ذلك التسجيل، ولكن إذا حصل طلاق بينهما بإشهاد عدلي فإن القنصلية الأجنبية لايمكنها أن تسجل الطلاق في سجل الحالة المدنية متى كان قانون تلك الدولة ينص على أن الطلاق يجب أن يكون بحكم قضائي وعليه يتعين على الزوج أن يطلب من المحكمة أن تصدر تصريحا بالطلاق لصالحه ليتمكن من تسجيله في سجل الحالة المدنية لقنصليته ليتمكن من الحصول على شهادة تثبت أنه غير مرتبط بزواج سابق ليتمكن من الزواج فيما بعد[761].

ثانيا: أسباب الطلاق:

إن القانون الذي يقرر أسباب الطلاق هو القانون الوطني الذي ينظم الحق بطلب الطلاق، فقد أقر الاجتهاد القضائي أنه عند اختلاف جنسية الزوجين وخضوعهم لقانونين مختلفين أنه يمكن الحكم بالطلاق متى توافرت أسبابه بمقتضى القانون الوطني للزوج المدعي حتى ولو كان القانون الوطني للزوج الآخر لا يعتبر الفعل المحتج به سببا يبرر حل الرابطة الزوجية[762] أو كانت هذه الأسباب غير كافية وفقا لقانونه الوطني[763].

---

[758] - محمد زريول، المرجع السابق، ص. 134.

[759] - محمد ناصر متيوي مشكوري، "مبادئ في القانون الدولي الخاص"، المغرب، مكتبة المعارف الجامعية، 2003، ص. 128.

[760] - موسى عبود، المرجع السابق، ص. 252.

[761] - السعدية بلمير، المرجع السابق، ص. 56.

[762] - موسى عبود، المرجع السابق، ص. 253.

[763] - الحسين بلحساني، المرجع السابق، ص. 137.

لذلك فإن هذه الأسباب تختلف باختلاف التشريعات، فمن التشريعات من تتوسع في إيقاع الطلاق ومنها من تضيقها وتحددها.

فالقانون الفرنسي إلى حدود سنة 1975 كان يعتبر الطلاق كعقوبة ضد الأزواج[764]، حيث كان يعتبر "الإهانة الجسمية" المنصوص عليها في الفصل 232 بسبب إبهامها المنفذ الواسع لحل رابطة الزوجية، أما في الوقت الحاضر- أي ابتداء من سنة 1975- فإن الطلاق بالتراضي هو الشائع في فرنسا وفي بلدان أخرى منها إسبانيا[765]. وهو ما قضت به المحاكم الإسبانية في أحد قراراتها الحديثة إذ جاء في قرار للمحكمة الإبتدائية رقم 6 ببدالونا-برشلونةBadalona - -Barcelonaالصادر بتاريخ 8 فبراير 2007[766] والذي جاء في إحدى حيثياته: الزواج يتم حله قضائيا كيفما كان شكله وتاريخ عقده بطلب أحد الزوجين شرط توفر الشروط والظروف المحددة قانونا، حيث قضت المحكمة بالتصريح بتطليق الزوجين وبجميع الآثار القانونية التي ستترتب عن هذا التصريح، لأن الطلاق تم باتفاق الزوجين وبرضاهما.

أما بالنسبة لبعض القوانين الأخرى فإنها تعتبر الطلاق كعلاج مثل حالة جنون أحد الزوجين جنونا غير قابل للشفاء كالقانون السويسري والتركي والألماني[767] ، وإجمالا " كلما لحق ضرر من الرابطة الزوجية إلى درجة تجعل الحياة المشتركة مستحيلة يكون الطلاق مبررا " (الفصل 142 من القانون المدني السويسري)[768].

فمعظم هذه القوانين الأجنبية طبقت فيما يعود إلى أسباب الطلاق القوانين التي لا تشترط سببا حقيقيا للطلاق بل حتى تلك التي لاتجيز توقيع هذا الطلاق إلا في حالات إستثنائية [769] أي أن القانون الذي يتم تطبيقه هو القانون الوطني لكل من الزوجين، وعليه فإن المحاكم المغربية طبقت هذا القانون بكل دقة حيث حكمت بحل زواج زوجين روسيين عن طريق الرضا بينهما، كما حكمت أيضا بطلاق اسبانيين بنفس الطريقة أي عن طريق الرضا المتبادل، إلا أن هذه المحاكم رفضت حل الرابطة الزوجية بتطبيق قانون أجنبي استنادا لمخالفته النظام العام المغربي بمفهومه آنذاك، وذلك في قضية امرأة سوفياتية أبدت طلبها الطلاق رغبة منها في استرجاع حريتها، وهو ما اعتبرته محكمة الدار البيضاء الإبتدائية سببا مخالفا للنظام العام المغربي[770].

الفقرة الثانية: الشروط الشكلية:

الطلاق يتم بشكلين إما عن طريق إشهاد عدلي، وإما بحكم قضائي أي بالطريقة القضائية، والشكل الأول هو الذي تأخذ به جل التشريعات الإسلامية، أما الثاني فهو الذي يقتضي صدور حكم من المحكمة المختصة يقضي بحل الرابطة الزوجية ويعين آثارها القانونية، وهذا الشكل هو المنصوص عليه في القوانين الأجنبية .

---

[764] - محمد زربول، المرجع السابق، ص. 134.

[765] - موسى عبود، المرجع السابق، ص. 253.

[766] - قرار تحت عدد 4/2007 الصادر بتاريخ 08/02/2007، قرار غير منشور.

[767] - محمد زربول، المرجع السابق، ص. 134-135.

[768] - موسى عبود، المرجع السابق، ص. 253.

[769] - موسى عبود، المرجع السابق، ص. 254.

[770] - محمد زربول، المرجع السابق، ص. 135.

فإذا كان الطلاق بموجب إشهاد عدلي لا يقتضي أي شرح إضافي، فإن الطلاق بحكم قضائي يقتضي منا بالأساس التطرق إلى مسألتين: تعيين المحكمة المختصة (أولا) ثم بيان المسطرة الواجبة التطبيق (ثانيا).

أولا: المحكمة المختصة:

ينص الفصل 9 من الاتفاقية الدولية الثنائية بين المملكة المغربية وجمهورية فرنسا على أنه: "يطبق في الطلاق - إذا كان أحد الزوجين مغربيا والآخر فرنسيا ساعة تقييد الطلب - قانون الدولة التي يقع بها موطن الزوجين المشترك أو آخر موطن مشترك لهما"[771]، فمن خلال هذا الفصل يتضح أن المحكمة التي تفصل في طلاق الأجانب هي المحكمة التي يقع بها موطن الزوجية.

في نفس السياق أكدت المادة 10 من الاتفاقية المغربية المصرية على اختصاص محكمة الموطن فنصت على أنه: "تختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بآثار الزواج وانقضائه، محاكم الدولة التي يقع فيها موطن الزوجين أو محل إقامتهما المشترك، أو آخر موطن أو محل إقامة مشترك لهما[772]."

وعلى الرغم من هذا فإن اختيار الزوجين للمحكمة أثناء مثولهما أمام القاضي المكلف بمهمة الصلح بينهما يكون ملزما لهما، ومانعا لكل منازعة في الاختصاص المحلي[773]، كما نصت المادة السالفة الذكر في الفقرة 2 على أنه: "إذا قدمت دعوى أمام محكمة إحدى الدولتين المتعاقدتين وقدمت دعوى أخرى بين نفس الأطراف وفي نفس الموضوع ولذات السبب أمام محكمة الدولة الأخرى، فيجب على المحكمة المقدمة (المرفوع) أمامها الدعوى الثانية أن ترجئ الفصل فيها."

وهو ما سارت عليه محكمة الإستئناف بالرباط بتاريخ 27 مارس 1934 بأنه: "إذا كانت إحدى مقتضيات القانون السويسري تجيز للزوجين الحاملين للجنسية السويسرية الاختيار لتقديم دعوى الطلاق بين محكمة محل أصلهما، ومحكمة موطنهما، فإن المدعي الذي حدد اختياره يرفع الدعوى أمام إحدى المحكمتين- وهي في النازلة محكمة الموطن- لا يبقى له الحق برفعها ثانية أمام المحكمة الأخرى- أي محكمة محل الأصل- ولا يمكنه أن ينازع في اختصاص المحكمة المختارة أولا[774]."

وهو ما يفيد أحقية الأجانب في رفع دعوى الطلاق أمام المحكمة المغربية، ولقد انجلى الغبار واتضح الأمر بخصوص الإشكال الذي كان يثور عندما يرجع الاختصاص للمحاكم الدينية بالنسبة للقانون الأجنبي للفصل في قضايا الطلاق والانفصال، حيث كانت تصدر أحكام قضائية متناقضة في هذا الصدد فبعضها كان يقول بالاختصاص والبعض الآخر كان يقول بعدم الاختصاص.

---

[771] - محمد الشافعي، "الأجانب في المغرب"، الجزء الأول، سلسلة البحوث القانونية 12، الطبعة الأولى، المغرب، دون ذكر دار النشر، 2006، ص. 176.

[772] - الجريدة الرسمية عدد 4718 بتاريخ 19 أغسطس 1999، ص. 2093.

[773] - محمد زريول، المرجع السابق، ص. 136.

[774] - موسى عبود، المرجع السابق، ص. 256.

لقد كان تعيين المحكمة المختصة مرتبطا إلى حد بعيد بالنظام السياسي ومدى خضوع الفقهاء لأعراف لم تعد تلائم الوضع السياسي القائم بعد انتهاء الحماية، وعليه فإن المحاكم في المغرب احتراما للقانون الوطني للزوجين كانت قد حكمت بعدم اختصاصها بالنظر في طلبات إبطال الزواج أو الفصل الجسماني بالنسبة إلى رعايا بعض الدول معلنة بأن البت في مثل هذه القضايا هو من اختصاص المحاكم الدينية[775].

أما في الوقت الراهن فإن كل حكم يصدر بالتراب المغربي خارج نطاق تفويض جلالة الملك يعد معدوما ولا يترتب عليه أي مفعول بالنسبة للسلطات المغربية، وعليه فكل الأحكام الصادرة عن المحاكم الكنسية لا يمكن اعتبارها أحكاما أجنبية قابلة للتنفيذ بدون مراجعة في الجوهر[776] على عكس ما ينص عليه الفصل 19 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب، والذي يؤكد على أن الأحكام الصادرة في بلاد أجنبية عن محاكم الدول التي تتنازل عن امتيازاتها القضائية داخل منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب يصرح باعتبارها نافذة دونما حاجة إلى إعادة النظر فيها من حيث الجوهر.

ثانيا: الإجراءات المسطرية:

ينص الفصل 212 من قانون المسطرة المدنية في الفقرة الأولى على أن : "المقال الرامي إلى التطليق يقدم وفقا للإجراءات العادية إلى المحكمة المختصة بالمحل الذي يوجد به موطن الزوجين" بمعنى أن القانون الذي تخضع له المحكمة المختصة هو الذي يطبق فيما يخص شكل المقال أي بمقتضى مقال يتوفر على الشروط المسطرية اللازم توافرها في المقالات المقدمة أمام المحكمة الابتدائية ذات الولاية العامة في القضايا المدنية والاجتماعية والإدارية وقضايا الأحوال الشخصية، بما في ذلك الأحوال الشخصية للأجانب[777].

وهذا ما أكده المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية- في القرار رقم 71 ملف مدني عدد 92627 المؤرخ في 8 أبريل 1983(رينو جاكلين ضد رينو فرانك إيميل): "إذا كانت الأحوال الشخصية للأجانب تحكمها قوانينهم الشخصية فيما يخص الجوهر، فإن مسطرة الإستماع إلى الشهود الواجب تطبيقها هي المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية المغربية دون سواه"[778]. أما الفقرة الثانية من الفصل المذكور فتنص على أن القاضي يستدعي بعد تقييد المقال الرامي إلى التصريح بالطلاق بين الزوجين الطرفين ،قصد محاولة التصالح بينهما ولما كانت هذه المحاولة تحتمل التوصل إلى تصالح بين الزوجين كما تحتمل العكس، فقد ورد على الحالتين ففي حالة التصالح تقدم الإجراءات المسطرية بقرار يثبت ذلك، وفي حالة عدم التصالح وبعد استدعاء الطرفين وتخلفهما أو أحدهما عن الحضور يصدر عن القاضي أمر بعدم التصالح (الفقرة الرابعة من الفصل 212.)

---

[775] - موسى عبود، المرجع السابق، ص. 255.

[776] - محمد الشافعي، مرجع سابق، ص. 23. "بتصرف."

[777] - الأستاذة السعدية بلمير، المرجع السابق، ص. 76-77.

[778] - قرار أورده الدكتور ا الحسين والقيد، "مجموعة الاجتهادات في مادة القانون الدولي الخاص"، الطبعة الثامنة، المغرب، دون ذكر دار النشر، 2005، ص: 150.

وتعتبر محاولة الصلح بمثابة الإجراء المسطري الذي يشكل المرحلة القضائية الأولى للبت في بعض القضايا ، والتي يحاول من خلالها القاضي التوفيق بين المدعي والطرف المدعى عليه، وتعتبر قضايا الأحوال الشخصية بصفة خاصة الطلاق والفصل الجسماني الميدان الذي تبرر فيه بصورة واضحة أهمية محاولة الصلح.

لذا فإن المقالات التي تقدم بقصد التصريح بالطلاق قد تتضمن التماس إجراء محاولة الصلح كمرحلة أولية قبل البت في الجوهر في حالة فشلها. ويستلزم إجراء محاولة الصلح بين الزوجين حضورهما معا أمام القاضي الذي يقوم بإبراز العناصر التي تؤدي إلى التوافق. لهذه الغاية قد يتم الإستماع إلى كل منهما على حدة ثم معا. وقد يؤجل القاضي عملية الصلح إذا تبين أن بالإمكان الحصول على نتيجة إيجابية من خلال هذا الإمهال. وعلى كل فإن فشلت المحاولة أو تخلف الزوجان أو أحدهما بعد استدعائهما مرتين بصورة قانونية يصدر القاضي أمرا بعدم التصالح[779].

ويتضمن القرار المعاين لعدم الصلح الإذن للزوج المدعي في حالة تقديم مقال في إطار الخطأ بمواصلة الدعوى الرامية إلى الحصوص على الطلاق لخطأ الزوج المدعى عليه، ويتم ذلك بتوجيه المسطرة بمقال يعتبر امتدادا للمقال الذي تفتتح به الدعوى خلافا لما كان عليه الأمر بالنسبة ل ق.م.م القديم ظهير 12 غشت 1913 ، حيث كان قرار معاينة عدم الصلح يشكل حدا فاصلا بين مرحلتين من مسطرة الطلاق يترتب عن ذلك أن المقال الأصلي لا يرمي إلا إلى إجراء محاولة الصلح والسماح بتقديم دعوى الطلاق مع تحديد أجل لتقديم هذه الدعوى (في 20 يوم) بمقال تؤدي عنه الرسوم القضائية.

غير أنه في التشريع القديم لم يكن ليترتب عن عدم تقديم المقال الرامي إلى التصريح بالطلاق بعد معاينة عدم الصلح عدم قبوله، ولكن سيرورة الإجراءات المؤقتة لاغية بمرور الأجل المحدد.

وكان المقال المقدم بهذه الصورة بعد صدور قرار عدم الصلح يتضمن العناصر المضمنة حاليا طبقا لمقتضيات الفصل 212 (ق.م.م)[780].

إن مواصلة الدعوى كما رأينا لا تكون بمقال جديد بل بالمقال الإفتتاحي الأول ويعين القاضي القضية في جلسة علنية ويستدعي لها الطرفين، فإن حضرا معا تستكمل مناقشة القضية في غرفة المشورة بحضور الزوجين ومحاميهما وكاتب الضبط فقط، وتدلي الزوجة -مدعية الضرر بجميع الحجج التي تؤيد طلبها، وللزوج أن يدفع بما يراه نافعا له. ويستأنف الحكم الصادر في دعوى التطليق وفق الإجراءات العادية، فإذا صدر الحكم برفض طلب التطليق، ألغيت التدابير المأمور بها بمقتضى الفصل 212 وإذا صدر بالتطليق فإنه يشير إلى التدابير المؤقتة طبقا لنفس الفصل[781].

---

[779] - السعدية بلمير، مرجع سابق، ص: 79-80.

[780] - السعدية بلمير، مرجع سابق، ص: 82.

[781] - عبد العزيز توفيق، "شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي"، الجزء الأول، المجلد 4 المكتبة القانونية، المغرب، دار النشر صمديل، 1995، ص. 390.

المطلب الثاني: آثار الطلاق والتطليق والإنفصال الجسماني:

بمجرد توقيع الطلاق أو التطليق ينفصل الزوجان نهائيا، ويصبح كل منهما أجنبيا عن الآخر، ورغم ذلك فهو يرتب عدة آثار شخصية ومادية. فما هو مضمون فكرة آثار الطلاق والتطليق؟ ومتى يبتدئ سريان هذه الآثار وما هو القانون المختص؟

الفقرة الأولى: مضمون فكرة آثار الطلاق والتطليق والإنفصال الجسماني:

يتمحور مضمون فكرة آثار الطلاق والتطليق والإنفصال الجسماني حول الآثار الشخصية بين المطلقين أو المنفصلين وعلاقتهما بأبنائهما.

وما يمكن ملاحظته في هذا الخصوص هو أن المشرع الدولي المغربي نحى منحى السكوت وارتأى عدم الخوض في موضوع آثار الطلاق حيث إن المادة التاسعة من ظهير 12 غشت 1913 المنظم للوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب لم تتعرض للآثار الناجمة عن الطلاق أو الإنفصال، واقتصرت على الإشارة إلى القانون الذي يخضع له الحق في طلب الطلاق أو الإنفصال الجسماني. وما يلاحظ على التشريع الدولي الخاص المغربي يلاحظ أيضا على معظم التشريعات العربية كالتشريع الجزائري والليبي والسوري والمصري[782] وفي المقابل لم تغفل بعض التشريعات الوضعية الحديث عن هذه الآثار كالتشريع النمساوي والتشريع التركي.

ويمكن تقسيم الآثار المترتبة على الطلاق والتطليق إلى مجموعتين تتعلق الأولى بالعلاقة الشخصية للمطلقين (أولا) والثانية بعلاقة الزوجين المطلقين بأولادهما (ثانيا).

أولا: العلاقة الشخصية بين المطلقين:

تتمثل الآثار المرتبطة بالعلاقة الشخصية للمطلقين أو المنفصلين في موانع الزواج بعد الطلاق، حيث أن هناك بعض التشريعات تفرض على المطلقين مدة محددة من أجل إبرام زواج جديد، كما هو الحال بالنسبة للتشريع السوري الذي يمنع المطلقين من الزواج من جديد قبل مرور سنة كاملة طبقا لمقتضيات المادة 150 من قانونه المدني.

وهو ما أكده القرار الصادر من محكمة الإستئناف بالرباط وصححته محكمة النقض الفرنسية بحكم أصدرته بتاريخ 27 نونبر 1934 على زوج سوري منح الطلاق لزوجته بالمنع من التزوج من جديد خلال مدة سنة[783]، وقد تتحدد هذه الموانع في اتخاذ إجراء معين من أجل السماح للمطلقين بإعادة إبرام زواج جديد، حيث تقضي الشريعة اليهودية المطبقة على المغاربة والمصريين والتونسيين المعتنقين للديانة اليهودية بأن الطلاق بيد الرجل، والوثيقة أو الرسم المثبت للطلاق يحررها الحاخام بناء على طلب الزوج الذي يجب أن يسلمها للزوجة، وهي لا تستطيع أن تتزوج من رجل آخر إلا إذا قدمت هذه الوثيقة، وتسليم هذه الوثيقة التزام يقع على عاتق الزوج، وقد عرض على المحاكم المغربية مسألة ما إذا كان للمرأة الإسرائيلية المطلقة أن تطلب الحكم على مطلقها بتسليمها هذه الوثيقة علما أن هذا التسليم تأمر به الديانة اليهودية ذاتها .

---

[782] - محمد المبروك اللافي، "تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الخاص"، ليبيا، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994، ص. 25 وما بعدها.

[783] - موسى عبود، مرجع سابق، ص. 257.

وقد امتنعت المحاكم الفرنسية عن الحكم بتسليم هذه الوثيقة على اعتبار أن هذا الحكم ديني وليس للمحاكم المدنية أن تأمر به بحجة أنه مخالف للنظام العام. وهو عكس ما ذهبت إليه المحكمة المغربية حيث ارتأت أن النظام العام المغربي لا يتنافى وتطبيق الأشكال والقواعد الدينية وبذلك أصدرت محكمة الإستئناف بالرباط حكما بتاريخ 01/05/1933 يقضي بأنها مختصة بالبت في الدعوى طلب رسم الطلاق والمسمى ب "الكاغط" الذي طلبته المرأة الإسرائيلية بالرغم من أنها ومطلقها لا يخضعان من الناحية الدينية للشريعة الإسلامية، كما أعلنت أن هذا الطلب لا يخالف النظام العام المغربي[784]. وعلى العموم فإن هذا الأمر يرجع في شأنه لقانون جنسية كل زوج على حدة، وذلك بوصفه من الشروط الموضوعية للزواج الجديد[785]. الأمر الثاني يتمثل في حق المرأة المطلقة في الاحتفاظ باسم زوجها، فبما أن الطلاق أو الإنفصال يعيد الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام الزواج في التشريعات المغربية، فإن المطلقة تعود إلى استعمال اسمها الشخصي والعائلي ولا تستمر في استعمال اسم زوجها إلا بموافقته تحت طائلة إلزامها قضائيا بترك استعمال اسمه إن لم تثبت موافقته على ذلك[786].

أما بالنسبة للقانون الدولي الخاص المغربي فلم يتطرق لهذا الموضوع، وهنا يطرح الإشكال بخصوص زواج مغربية مسلمة بأجنبي، فهل يمكن لها أن تحمل اسم زوجها مع العلم أن قانونها الشخصي يمنعها من أن تحمل اسم زوجها بل تبقى حاملة لاسمها العائلي الخاص بها.

ومن آثار الطلاق أو الإنفصال كذلك النفقة المقررة للزوجة، فالقانون الدولي الخاص المغربي لم يحدد قدر هذه النفقة والمدة الواجبة عنها، وقد يرد سكوت المشرع الدولي هنا إلى الإحالة الضمنية لأحكام مدونة الأسرة في الحالة التي تكون فيها المطلقة مغربية مسلمة، وهناك من التشريعات من حدد هذه النفقة في مدة سنة كما هو الحال بالنسبة للقانون التركي في مادته 144[787].

ويندرج أيضا في إطار العلاقات الشخصية بين الزوجين المطلقين الإلتزام بالتعويض الذي يقع على عاتق الزوج الذي نسب إليه الخطأ في مواجهة الطرف الآخر، حيث اعتبرته محكمة الإستئناف بالرباط حقا للزوجة المطلقة التي ألحق الضرر بها من طرف زوجها في قرارها المؤرخ ب 27 يونيو 1952[788].

أما بالنسبة للنظام المالي للزوجين فالعديد من الفقهاء ورجال القانون يؤكدون على إخراج هذا النظام من مجال آثار الطلاق وهذا ما أشار إليه الدكتور فؤاد رياض، حيث نادى بضرورة إخراج النظام المالي للزوجين من مجال إعمال

[784] - أورده الأستاذ محمد زربول، مرجع سابق، ص. 142.

[785] - الأستاذ محمد المبروك اللافي، مرجع سابق، ص. 133.

[786] - السعدية بلمير، "الروابط العائلية في القانون الدولي الخاص المغربي"، المغرب، جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، 1988، ص. 100.

[787] - موسى عبود، مرجع سابق، ص. 258.

[788] - أحمد زوكاغي، مرجع سابق، ص. 263، "بتصرف."

قاعدة الإسناد الخاصة بانقضاء الزوجية وإخضاعه من حيث نشأته أو انقضائه للقانون الذي يحكم آثار الزواج أي قانون جنسية الزوج وقت الزواج، تأسيسا على أن النظام المالي للزوجين يعد أثرا من آثار الزواج[789].

وتجدر الإشارة إلى أن فكرة آثار الإنفصال الجسماني يدخل في مضمونها النفقة بين الزوجين المنفصلين، تعين محل الإقامة اللازم للزوجة، ومدة الإنفصال وكيفية تحويله إلى طلاق والشروط المطلوبة في هذا الشأن[790] ، على اعتبار أن الإنفصال الجسماني ليس هو الطلاق لأن الزوجين منفصلان في العيش معا ولا يحق لأي طرف منهما الزواج مجددا لأنه لم يتحلل من زواجه الأول.

ثانيا: آثار الطلاق على علاقة المطلقين بالأبناء:

تتمثل هذه الآثار في أمرين مهمين هما: الحضانة والنفقة على الأبناء.

الحضانة: تعتبر الحضانة في قانون الأسرة بمثابة امتياز يمنح للزوجين أو لأحدهم لإلزام الأبناء القاصرين بالعيش معه ومراقبة نشاطهم وتربيتهم.

وتعرفها مدونة الأسرة في المادة 163 بكونها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه."

وتكاد تتفق معظم التشريعات في هذه المادة بما في ذلك القانون المغربي على إسناد حضانة الأبناء بعد فسخ علاقة الزوجية بالطلاق إلى الأم إن توفرت فيها الشروط الموضوعية اللازمة لقيامها بتربيتهم، وبالنسبة للتشريع المغربي يكتسي طابع المراقبة أهمية بالغة ترتبط بالعنصر الديني، وعلى كل فهذه المراقبة ترتكز على حماية الطفل المحضون من كل خطر جسمي أو معنوي يؤثر على توازن شخصيته.

وأغلب التشريعات في الدول الغربية تعتبر في إسناد الحضانة مصلحة الطفل المحضون لا غير وتأخذ بعين الإعتبار رأيه في سن معينة، ويكون للأبحاث القضائية المأمور بها في هذا المجال خلال سير المسطرة بعد إسناد الحضانة بصورة مؤقتة لأحد الأبوين الأثر الحاسم في بعض الحالات على قرار إسناد هذه الحضانة عند التصريح بالطلاق بين أبوي الطفل[791].

وقد نصت الاتفاقيات الثنائية على هذا الأثر باعتباره أبرز أثر للطلاق أو الإنفصال كالاتفاقية المغربية الفرنسية الموقعة بالرباط في 10 أغسطس 1981 والمتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية[792]، حيث قضت هذه الإتفاقية في موضوع الحضانة والحق في الزيارة بأحكام خاصة وذلك في موادها من المادة 19 إلى المادة 25.

---

[789] - جمال محمود الكردي، "القانون الدولي الخاص : النظرية العامة للقانون الدولي الخاص- تنازع القوانين"، الطبعة الأولى، مصر، دون ذكر دار النشر، 1995، ص. 269.

[790] - أحمد زوكاغي، مرجع سابق، ص. 264.

[791] - السعدية بلمير، المرجع السابق، ص. 101.

[792] - الحسين والقيد، مرجع سابق، ص. 20.

وكذلك الشأن بالنسبة للإتفاقية المغربية البلجيكية حيث تحيل في هذا الخصوص إلى تطبيق مقتضيات الإتفاقية الثنائية الخاصة بحضانة الأبناء في إطار العلاقة الزوجية بين طرف بلجيكي وآخر مغربي[793].

ويندرج ضمن الآثار المترتبة عن الإنفصال أو الطلاق كذلك في إطار علاقة المطلقين بأبنائهما أثر النفقة على الأبناء حيث إن نفقة الأبناء تجب على الأب في حدود معينة، فحسب مدونة الأسرة فقد نصت في المادة 198 على أن : "نفقة الأب على أولاده تستمر إلى حين بلوغهم سن الرشد أو إتمام الخامسة والعشرين لمن يتابع دراسته"، والنفقة على الأبناء لا تسقط إلا بتوفر الشروط المنصوص عليها في هذه المدونة[794]، كما أن نفقة البنت لا تسقط إلا بتوفرها على الكسب أو بوجوب نفقتها على زوجها بينما تستمر نفقة الأب على أولاده المصابين بإعاقة والعاجزين عن الكسب وهذا ما أكدته المادة 198 من مدونة الأسرة.

الفقرة الثانية: تاريخ ابتداء سريان آثار الطلاق والقانون الواجب التطبيق:

يطرح القانون المختص والواجب التطبيق على الآثار المترتبة عن انقضاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو الإنفصال عدة مشاكل في التطبيق، كما يطرح التساؤل حول بدأ سريان الطلاق وآثاره، لذلك إرتأينا تقسيم هذا المحور إلى نقطتين أساسيتين نخصص الأولى لتحديد تاريخ سريان آثار الطلاق والثانية للقانون المختص.

أولا: سريان آثار الطلاق:

من المتعارف عليه في القانون الدولي الخاص أن نقطة انطلاق سريان آثار التطليق والفصل الجسماني يختص بتحديدها القانون المطبق على مسطرتها خاصة إذا تعلق الأمر بإجراءات الشهر والتقييد في سجلات الحالة المدنية كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي.

وفي هذه الحالة يكون قانون المكان الذي يتم فيه التسجيل هو المختص لكونه ينظم المصالح العامة للحالة المدنية، وهنا تكمن أهمية وفائدة تسجيل الطلاق لأن عملية التسجيل تفيد في إثبات الطلاق تفاديا للمنازعات التي يمكن أن تثار بشأنه خصوصا بعد وفاة الزوجين أو أحدهما وتنازع الورثة بعد موت الزوجين أو أحدهما[795].

وأكد المشرع المغربي من جهته أن قانون القاضي الذي أصدر الحكم بالتطليق أو الفصل الجسماني يبقى مختصا لتحديد الوقت الذي يبتدئ منه احتساب سريان التطليق والإنفصال.

ومادام التشريع المتعلق بالحالة المدنية ينص على تسجيل الطلاق في سجلات الحالة المدنية، فإن نقطة سريان هذه الآثار تبتدئ من تاريخ التسجيل بهذه السجلات.

---

[793] - الحسين والقيد، مرجع سابق، ص. 34.

[794] - إن عجز الأب كليا أو جزئيا عن الإنفاق على أولاده تؤدي إلى سقوط النفقة بالنسبة إليه وتتحول النفقة إلى الأم إذا كانت موسرة حيث تجب عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب (المادة 199 من مدونة الأسرة).

[795] - الأستاذ محمد زربول، "محاضرات في القانون الدولي الخاص"، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المغرب، طبعة 2003.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق:

تحكم قاعدة الإسناد الخاصة بانقضاء الزواج الآثار التي تترتب على هذا الإنقضاء فيما يتعلق بعلاقة الزوجين ببعضهما البعض، ويرى جانب من الفقه الغربي أن قاعدة الإسناد الخاصة بانقضاء الزواج تحكم كذلك الآثار المتعلقة بعلاقة الزوجين السابقين بأولادهما[796].

وأمام سكوت المشرع بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على الآثار الناجمة عن الطلاق أو التطليق أو الفصل الجسماني، استقر الإجتهاد القضائي على أن آثار الطلاق تخضع للقانون الوطني للزوجين، وبناء عليه فقانون جنسية الزوجين المشترك هو المختص بتعيين الآثار المترتبة عن الطلاق والفصل الجسماني، أما في حالة اختلاف جنسية الزوجين فيعطى لكل قانون نصيبه في التطبيق رغم ما قد ينجم عنه من صعوبات[797].

ففيما يخص النفقة مثلا، فتوفر الزوجين على جنسية مشتركة لا يثير إشكالا لأنه يتعين تطبيق قانونهما المشترك، إلا أنه إذا كان للزوجين قانون وطني مختلف، فأي قانون يجب تطبيقه هنا، هل القانون الشخصي للزوجة الدائنة ؟ أم القانون الشخصي للزوج المدين؟ أم القانون المحلي على اعتبار النفقة من أحكام المسؤولية التقصيرية؟

في المغرب، تناقضت الأحكام بهذا الخصوص، ففي عهد الحماية صدر حكم عن محكمة الإستئناف بالرباط في: 27/06/1952 بعدم قبول احتجاج الزوج الإسرائيلي في دعوى الطلاق للإمتناع عن دفع النفقة لمفارقته، لأن قانونه الشخصي لا ينص على وجود هذه النفقة في حالة انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق وقررت أن حق الزوج البريء في استلام تعويض على الضرر الذي يلحقه بالإسناد للفصل 77 من قانون الإلتزامات والعقود والمتعلقة بأحكام المسؤولية التقصيرية، لا على القانون الوطني للزوج المسؤول[798]. إلا أن هذا النص لا يعطي للتعويض صفة النفقة[799]. لكنها عادت وغيرت رأيها فحكمت بتاريخ 17/06/1953 في دعوى طلاق بين زوج مغربي وزوجة تركية الجنسية بمنح الزوجة الحق في النفقة استنادا على قانونها الوطني وحددت مدة هذه النفقة في سنة واحدة طبقا لما تنص عليه المادة 144 من القانون المدني التركي[800]، كذلك نهج المجلس الأعلى نفس النهج وقضى بإخضاع النفقة للقانون الوطني للزوج الدائن بالنفقة في قرار صادر عنه بتاريخ 30 أكتوبر 1962[801].

وبخصوص الحضانة فقوانين الدول العربية ومن بينها المغرب فضلا عن القانون الفرنسي لم تضمن قواعد الإسناد نصا صريحا بشأن مسألة تحديد القانون الشخصي الواجب التطبيق لتنظيم مسألة الحضانة[802].

---

[796] - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص. 268.

[797] - أحمد زوكاغي، مرجع سابق، ص. 261.

[798] - محمد زربول، مرجع سابق، ص. 143.

[799] - أحمد زوكاغي، مرجع سابق، ص. 263.

[800] - موسى عبود، مرجع سابق، ص. 258.

[801] - أحمد زوكاغي، مرجع سابق، ص. 262.

[802] - صلاح الدين جمال الدين، "مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب"، مصر، دار الفكر الجامعي، 2004، ص.87.

والفقه والقضاء بدورهما لم يتفقا على تحديد القانون الواجب التطبيق الشيء الذي نتج عنه ظهور ستة اتجاهات فقهية:

✓إتجاه يرى إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم آثار الزواج باعتبارها من آثار الزواج.

✓إتجاه ثان ينادي بإخضاع الحضانة للقانون المطبق لانحلال الرابطة الزوجية باعتبارها أثرا من آثار الطلاق أو الإنفصال.

✓إتجاه ثالث يخضع الحضانة للقانون الذي يطبق على النسب.

✓واتجاه آخر يخضعها للقانون المطبق أو الواجب التطبيق على الولاية على المال.

✓واتجاه خامس يخضع الحضانة لقانون الموطن الفعلي والعادي للطفل.

✓أما الإتجاه الأخير فيرى إخضاع الحضانة للقانون الأصلح لحماية الطفل وتأمين رعايته[803].

وعلى عكس الآراء السابقة، ذهب رأي في الفقه الحديث إلى أن الحضانة يجب أن يطبق عليها القانون الأصلح لحماية الطفل وتأمين رعايته وأن البحث عن ذلك القانون بين كل من القانون الواجب التطبيق على آثار الطلاق والقانون الوطني للطفل، أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، بحيث أن تطبيق القانون الأول يبرره أن مشكلة الحضانة لا تثار إلا عند طلب حل الرابطة الزوجية والبحث عن حلها يعد أثرا من آثار انحلال الزواج، ومن ثم فلا محل للنظر إلى القانون الذي يحكم الزواج لأن ما تثيره الحضانة من مسائل تبدو بعيدة كل البعد عن فكرة آثار الزواج مما يستدعي إخضاعه للقانون الشخصي للطفل باعتباره مركز الخطورة في الوضع القانوني الناشئ بخصوصه[804].

والجدير بالذكر أنه من الممكن ألا يؤدي الطلاق إلى انحلال رابطة الزوجية إلا بالنسبة لأحد الزوجين فقط، وبالتالي يرتب آثارا على أحدهما دون الآخر، مثل الطلاق بين فرنسي وإسبانية قبل اعتراف القانون الإسباني بالطلاق، أما بالنسبة للمشرع المصري فقد أخضع الآثار المذكورة لقانون الجنسية.

[803] - صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص. 94-97-99-100-102-103.

[804] - فارسي يعيش، "الآثار القانونية للزواج المختلط في ضوء التشريع المغربي والمقارن"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية الحقوق، مراكش، المغرب، السنة الجامعية 2004-2003، ص. 198.

❖ **خاتمة:**

إن الصعوبات والعراقيل التي تواجه تطبيق القانون الشخصي على مستوى الزواج في القانون الدولي الخاص لا تخلو كذلك بالنسبة للطلاق، وهذا ما يستشف من تعدد الحلول الفرنسية التي تكشف عن أن تطور قضايا الطلاق كان دوما موضوع تحقيق وبحث ، ولقد حاولنا الإجابة على بعض الإشكالات التي واجهتنا في هذا الورقة ، والتي اجتهدنا في دراستها وتبيانها بنوع من التحليل، إلا أن هناك مشاكل عديدة تبقى عالقة بدون التوصل حتى الآن إلى حل ناجع ومرن بخصوصها، مما يصعب مهمة جميع الأطراف، وذلك لغموض مسطرة الطلاق ذات العنصر الأجنبي، الأمر الذي يحتم على المشرع المغربي توسيع دائرة المسطرة القضائية المغربية الخاصة بالطلاق لتشمل معظم الأوضاع الممكنة ، وذلك استرشادا بالاتفاقيات الثنائية والدولية ذات الصلة .