المجلد 3 العدد 2 السنة 2023 مجلة البحوث الأسرية ص.ص: 39- 61
الترقيم الدولي المعياري للدورية: ISSN : 2773-3580 الترقيم الدولي الإلكتروني للدورية: EISSN : 2773-4463

تعارض الأحكام الإجرائية و الموضوعية لآثار الطلاق على ضوء القانون 08-09 المعدل والمتمم

the incompatibility of the procedural and substantive provisions of the divorce effects in the light of the law 08-09 Modified and Supplemented

الدكتورة/صفاء بن عاشور*[1]

[1] المركز الجامعي تيبازة، مخبر قانون الأسرة كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، الجزائر

Benachoursafaaa@gmail.com

الاستلام: 2023/08/14 **القبول**: 2023/08/18

ملخص:

تنصبّ منازعات شؤون الأسرة على مسائل موضوعية هامّة تمتاز بطبيعة خاصّة، لكونها ترتبط بالعلاقات الأسرية التي تختلف كليا عن باقي العلاقات القانونية ، والذي يعزز تلك الخصوصية هو كون أحكام تلك المسائل الواردة في قانون الأسرة مستمدة من الشريعة الإسلامية، وبالتالي تجسيدها لأهداف ومفاهيم تختلف عن تلك التي تصاغ بها القوانين الوضعية، ولعلّ بعض أهم تلك المسائل تعرض بعد الطلاق و منها العدّة، النفقة والحضانة .

ولدى قراءة النصوص المتضمنة أحكاما إجرائيّة متعلّقة بالمسائل المذكورة – سواء الواردة في قانون الأسرة أو في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية- نلاحظ بأنّ المشرّع يعاملها معاملة باقي القضايا في غيرها من مجالات القانون، ومن هنا نشأ عدم توافق بين الإجراءات و المسائل التي تنصبّ عليها جعلها لا تحقق أهدافها ولا تفعل جوهرها .

الكلمات المفتاحية :

أحكام إجرائية ؛ أحكام موضوعية ؛ آثار الطلاق ؛ تعارض ؛ قانون الأسرة ؛ إجراءات .

Abstract:

Family disputes focus on substantive issues of particular nature, because they relate to family relationships which are completely different from the other legal relationships, and what further reinforces that particularity is that the provisions of those matters are drawn from Islamic law, based on different objectives and concepts, some of the most important issues are often presented after divorce, such as the waiting period (Iddah),alimony and custody. Procedural texts - whether contained in the Family Code or the Proceedings Code – demonstrate that the legislator treats those matters as the rest of the cases in other areas of law, that explains the incompatibility between the procedures and the cases on which they are focused, making them not achieving their objectives and not giving effect to their essence

Keyword: procedural substantive provisions ;divorce effects; incompatibility ; family law , proceedings .

* المؤلف المرسل.

مقدمة المقال

راعت الشريعة الإسلامية خصوصيات حقوق والتزامات الأشخاص بحسب مراكزهم في العلاقات الأسرية، إلا أنّ المشرع الوضعي لم يراع ذلك في عموم النصوص التي تحكم مختلف العلاقات القانونية إلا قليلا، ولعلّ ذلك لا يعاب عليه في بعض المجالات بقدر ما يعاب في مجال شؤون الأسرة، فالعلاقات الأسرية ذات طابع خاص لا تشبه أية علاقات قانونية أخرى، مما يجعل الأحكام الإجرائية التي تهدف إلى الموازنة بين الدائن والمدين وتحقيق المساواة بينهما في تحصيل حقوقهما، غير متفقة مع جوهر أحكام شؤون الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية .

هذا الوضع لا يستقيم ولا يفترض استمراره لما له من آثار سلبية على أفراد الأسرة، فلا يصلح أن تقرّرَ الأحكام الموضوعية لأحد أفرادها حقا أو رخصة مراعاة لوضعه من ضعف أو غيره أو تحقيقا لفضل من حفظ له أو تكريم ، ثم تقابله الأحكام الإجرائية التي يفترض اتباعها لتحصيل تلك الحقوق والمزايا، بما لا يحصل له به ذلك، أو بما يصل حدّ مخالفته وعرقلته تحقيق ذلك المقصد .

إنّ هذه الجزئية على بساطتها تكتسي من الأهمية ما يتطلب الالتفات إليها بالدراسة والتحليل فإيجاد حلول لها، ذلك أنّ التباين المذكور في بعض المسائل يضع أحكام قانون الأسرة [1] المتعلّقة بها موضع تعطيل فضلا عن النزاعات الجديدة التي يكون سببا فيها، فما الفائدة من احتواء القانون على أحكام مستمدة من الشريعة يفترض أن تتحقّق بها أسمى المقاصد، إن كانت باقي الأحكام مما لا يجوز مخالفته قانونا – ونقصد الإجراءات التي تعدّ من النظام العامّ- تعصف بها وتُخضع قضايا شؤون الأسرة هاته للقواعد العامّة التي لا تراعي خصوصياتها ولا تحقق أهدافها ؟

وتنبثق المسائل محلّ التعارض الملاحظ من موضوعين جوهريّين في مجال شؤون الأسرة؛ وهما النفقة والحضانة، كأثرين أساسيين من آثار فكّ الرابطة الزوجية، واللّذين تدور أكثر المنازعات بين الزوجين حولهما بعد ذلك، ولعل من الأسباب؛ عدم التوافق المذكور بين الأحكام الموضوعية والإجرائية لبعض تفاصيلها، **فما هي أبرز مظاهر عدم توافق الأحكام الإجرائية لبعض آثار الطلاق[2] مع أحكامها الموضوعية وكيف يؤثّر على سلامة تطبيقها ؟ وما هي سبل تصحيحه تشريعيّا وقضائيّا ؟**

إنّ الإجابة على هذه الإشكالية تتمّ رويدا عبر محورين، نعالج في الأوّل ما ارتبط بطبيعة ومضمون الحق في النفقة والحضانة، نبيّن من خلاله في مرحلة أولى آثار اختلاف مفهوم النفقة في قانون الأسرة عنه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية [3] وفي مرحلة ثانية نتطرق إلى النتائج الإجرائية للطبيعة القانونية التشريعية للحضانة، من خلال التأصيل لمفهوميها وطبيعتيها القانونية وبيان مخالفة النصّ الإجرائي لذلك وانعكاساته السلبية (المبحث الأول)، أمّا في المحور الثاني فننتقل إلى المرحلة التنفيذية لأحكام النفقة والحضانة لدراسة مسألتين؛ إحداهما تتعلّق بإشكال المفاضلة بين النفقة و التعويض عن الضرر عند الدفع، وعلاقة ذلك بتعارض أهداف الأحكام الموضوعية مع ما تقرّره الإجراءات، والأخرى تركّز على اقتصار حق المطلقة في السكن على ممارسة الحضانة وبيان قصور ذلك وتغييبه أيّا هدف قرّرته الأحكام الموضوعية لقانون الأسرة (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: في طبيعة ومضمون الحق في النفقة والحضانة

لكل عمل أو التزام مظهر حسي خارجي وبعد أخلاقي وجوهر معنوي، فالإنفاق على الزوجة في ظاهرها ماديّة بحتة لكنّها تنطوي على أعظم المقاصد، وكذلك فعل الحضانة الذي يختلف عن أيّ التزام آخر تجاه الأشخاص، لكنّ القارئ لنصوص القانون الوضعي يعاين بأنّ المشرّع لا يأخذ بالضرورة بعين الاعتبار حقيقة تلك المفاهيم ليبني عليها أحكامه لا بخصوص النفقة (المطلب الأوّل) ولا بخصوص الحضانة مما ينعكس سلبا على الحقوق والمصالح المحمية بتلك الأحكام (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: اختلاف مفهوم النفقة في قانون الأسرة عنه في قانون الإجراءات 08-09 وآثاره

نفقة الزوجة واجبة على الزوج، ووجوب النفقة على الزوجة عموما ثابت بالكتاب والسنة والقياس والإجماع، ولو كانت هذه الأخيرة غنيّة، وكذلك الأمر حال الطلاق ما دامت له رجعة لاستمرار سريان أحكام الزواج خلال العدّة، والمتمعّن في هذا الحكم الذي يتفرّد به الإسلام، يجد فيه حكمة وهدفا وجب أن يحترمه المشرّع لتحقيق أهداف الإنفاق على الزوجة، إلّا أنه على النقيض من ذلك، نبيّن كيفه قبل التعريج على انعكاساته الخطرة الظاهرة في القانون 08-09 .

أولّا: تباين مضمون وهدف النفقة الشرعي و القانوني

1. النفقة إكرام للزوجة في قانون الأسرة و دَيْن عادي في قانون الإجراءات

جعل الشارع الحكيم النفقة من واجبات الزوج، وذلك إكراما للزوجة و رعاية لها، فالنفقة لا تقتصر في حقيقتها على إشباع الحاجيات المادية للفرد والمرأة على الخصوص في هذا السياق فحسب، بل تحقق لها استقرارا نفسيا ومجتمعيا يكفيها عناء وكلفة الكد، ومزاحمة الرجال -خاصة في بعض الميادين- من أجل الكسب، مقابل ما يقع على عاتقها من التزامات تجاه الزوج والأسرة عموما، بما يحقّق التكامل والترابط بين أفراد الأسرة ومنه المجتمع ككلّ.

ويؤكّد هاته الرعاية والتكريم عديد الآيات والأحاديث النبوية الشريفة، ومنها ما ورد في حديث حجّة النبيّ صلى الله عليه وسلّم من قوله ﴿ ***فاتّقوا الله في النساء*** ﴾، وقوله في ذات الحديث ﴿ ***و لهنّ عليكم رزقهنّ و كسوتهنّ بالمعروف ...*** ﴾ [4] ،ولا تسقط هذه المقاصد العظيمة بالطلاق، بل أكّدها الله سبحانه ومنها قوله ﴿ ***وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ*** ﴾ **(البقرة 241)**، قال أبو جعفر مما ورد في تفسير الطبري : يعني تعالى بذلك ولمن طلق من النساء على مطلقها من الأزواج، "متاع" يعني بذلك: ما تستمتع به من ثياب وكسوة أو نفقة أو خادم، وغير ذلك مما يستمتع به [5] .

ونفقة الزوج المطلق على المطلقة طلاقاً رجعياً محلّ لاتّفاق الفقهاء[6] لكون المطلقة الرجعية زوجة حكما، ومنه فلا فرق بين مقاصد النفقة في هذا الوضع أو حال الزواج .

ورغم خصوصية حقّ المطلّقة في النفقة و اختلافه عن باقي الديون التي قد تثقل ذمّة الزوج، إلّا أنّ الفكر المجدّد الزاعم للتطور والحداثة المنادي بالمساواة بين الرجل والمرأة، أدّى إلى اعتبار الزوجين مجرّد دائنين عاديين كما في أيّة علاقة مديونية أخرى، وظهرت آثار ذلك في القانون 09/08 .

فالالتزام بدفع النفقة التزام مدني يأخذ حكمه ويرتّب ذات آثاره [7]، حيث يعامل الزوج المطلّق كمدين عادي تسعى المطلقة الدائنة لاقتضاء حقها منه بالطرق العامة لاقتضاء الحقوق، فيخضع ذلك للقواعد العامة في تحصيل الديون، تقادمها، سقوطها، آجال الطعون وصيرورة الحكم نهائيا بلا مراعاة لخصوصية هذا الدين .

وسيأتي تفصيل تلك الإجراءات والأحكام التي تبيّن التغييب التامّ للأهداف السامية للنفقة على الزوجة – لاسيما المطلقة- التي لا يسقط حقّها في نفقة العدّة "سواء كانت ظالمة أو مظلومة" [8] – إن لم تكن ضمن الحالات التي تسقط عنها النفقة شرعا – حيث تعتبر في عصمة زوجها حُكمًا ولا تسقط عنها حتى تنقضي عدّتها، فيصبح حينئذ الطلاق بائنا لا تستحق معه نفقة [9].

2. النفقة غذائيّة إجرائيا ومتنوّعة في قانون الأسرة

منح المشرّع الأولوية في تحصيل بعض الحقوق في القانون 09/08 ومنها النفقة الغذائية ، حيث جاء في المادة 779 منه "يبقى للديون المتعلّقة بالنفقة الغذائيّة حقّ الأولويّة على باقي الديون عند الاستيفاء وفقا للترتيب المنصوص عليه في القانون المدني" [10] ويقصد المادة 993 من القانون المدني[11] التي جاءت عامّة بنصّها: " يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول و عقار ... النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه ..."، بينما تعرف المادة 78 من قانون الأسرة النفقة بأنها "... الغذاء و الكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وكذا ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

إذن نلاحظ بأنّ المشرّع الإجرائي إن صحّ التعبير لا يعطي الأولوية في تحصيل الديون بالنسبة للنفقة إلاّ للغذاء دون باقي مكوناتها المنصوص عليها في قانون الأسرة، كما أنّه لم يأخذ بعين الاعتبار عموم نصّ المادّة 993 من القانون المدني في جعلها النفقة ككلّ دينا ممتازا .

وقد يقول قائل بأنّ القانون 09/08 لا يعرّف النفقة ولا يهدف لتحديد مكوناتها بل فقط يولي الأولوية لما اعتبره أشد ضرورة وهو الغذاء، إلّا أنّ المشرّع في قانون الأسرة عندما عرّف النفقة وبيّن مركباتها قصد النصّ على الضروريات وما لا تستقيم الحياة بدونه، تؤكّد ذلك نهاية نصّ المادّة 78 بعبارة " ... وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادّة "، فإذا فكّرنا في تقديم المشرّع الإجرائي للنفقة الغذائية دون غيرها عند استيفائها نتساءل، هل كسوة الشخص أو علاجه إن كان مريضا أقل ضرورة من حصوله على الغذاء ؟ وهل إسكانه أقل أهمية من غذائه ؟

نشير في هذا الصدد إلى تمايز أقوال الفقهاء في تحديد مشتملات النفقة، فإن كانوا اتفقوا على الغذاء والكسوة والسكنى مستدلين بسورة الطلاق، فإنّهم اختلفوا في نفقة العلاج؛ فهنالك من يرى بأنّ النفقة تشمل الطعام الذي تحتاجه الزوجة والكسوة التي تلتف بها والمسكن الذي يؤويها فقط [12]، وجاء في فتاوى اللّجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في الفتوى رقم 169/21-170 أنّ نفقات العلاج ومصاريفه ليست واجبة على الزوج كالغذاء والسكن، بل يشرع بذلها مع القدرة من باب المعروف والإحسان للأقربين خاصّة [13]، وقولهم " ثمن الدواء وأجرة الطبيب حسب ما في المتون لا يجبان على الزوج ... ويقول بعض علماء المالكية أنّه يفترض

عليه أن يعالجها بقيمة النفقة التي تفترض لها وهي سليمة من المرض..." [14] وغيرها مما ورد نقلا عن الفقهاء في مراجع مختلفة في الدلالة على ذلك ؛

بينما يرى غيرهم أنّ نفقة العلاج داخلة في النفقة الواجبة على الزوج وبه قال ابن الحكم من المالكية والشوكاني ووهبة الزحيلي والسيد سابق التهامي، مستدلين بعموم الآية " وعاشروهنّ بالمعروف "سورة النساء الآية 19 والقول الراجح أن يقاس العلاج على الطعام والشراب باعتبار استهدافها كلّها حفظ الصحّة [15] .

ولا يؤثّر ذلك على الجزئية التي ندرسها، لكونها من جهة تتعلّق بالاختلاف بين الأحكام الموضوعية للنفقة في إطار قانون الأسرة مع الأحكام الإجرائية في القانون 08-09 ، وليس المقارنة بين ما ورد في قانون الأسرة و آراء الفقهاء، ومن جهة أخرى أنّه مهما تفاوت مضمون النفقة في قانون الأسرة عمّا ورد من تفصيل في الفقه، فإنّه يناقض في كلتا الحالات ما ورد في القانون 08-09 .

فبالعودة إلى المشرع و قوله في المادّة 78 من قانون الأسرة " وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، أكّد على أنّ النفقة المعتبرة والتي تأخذ أحكاما قانونية في الإلزام بها و المطالبة بها هي كل ما يعتبر من الضروريات للحياة، ولعلّ العلاج في عرفنا وعاداتنا من أشدّ الضروريات ضرورة، وبذلك يكون قَصرُ المشرع الإجرائي الأولوية في التحصيل على النفقة الغذائية غير مبرر في نظرنا، وإذا كان الغذاء من بين كلّ مكونات النفقة هو الأهمّ على الإطلاق، فهذا لا ينفي وصف الضرورة عن باقي العناصر، مما يستوجب إعادة النظر في النصّ المذكور و التمكين من تحصيل النفقة بمفهومها الشامل المؤكد بنصّ المادة 78 من قانون الأسرة .

ثانيا : إجراءات تحصيل النفقة انعكاس لاختلاف المفهوم

ليس لتحصيل النفقة أيّة أحكام خاصّة بها عدا ما نصّ عليه المشرّع في المادتين 777 و 779 من القانون 08-09 من منح الأولوية للنفقة الغذائيّة واعتبار النفقة دون تخصيص دينا ممتازا في التحصيل طبقا للمادة 993 من القانون المدني .

وغياب الأحكام الخاصّة يحيلنا على عمومها المتمثل في القواعد العامّة في تنفيذ الأحكام ولا تخفى كثرتها ، تعقيدها وطول المدة التي تستغرقها، كما أنّ الأولويّة و الامتياز المذكورين ليسا مطلقين كما نبيّنه لاحقا ؛

فعند حصول الزوجة المطلّقة على الصيغة التنفيذية للحكم بالنفقة، يجب عليها تبليغه لزوجها المطلّق ثمّ تكليفه بالوفاء وذلك طبقا للمادّتين 609 و 612 من القانون 08-09، فإذا لم يكن الحكم معجّل النفاذ طبقا للمادة 303 أو المادّة 323 من القانون نفسه أو طبقا للمادّة 57 مكرّر من قانون الأسرة، تمنح له مهلة 15 يوما للتنفيذ الاختياري، فإذا لم ينفّذ التزامه جاز لها مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري عن طريق الحجز على أمواله، وهي المنصوص عليها في المواد من 636 إلى 789، مع الأخذ بعين الاعتبار الإجراءات المركبة والآجال خلال مرحلة توزيع المبالغ المتحصلة من التنفيذ وما قد يطرأ فيها مما لا تحتمله صفة الضرورة في النفقة .

فكون النفقة ذات أولوية في الدفع واعتبارها دينا ممتازا لا يعفيها من حتمية اتباع ذات الإجراءات الطويلة والمعقدة، بل يخول صاحب الحق فيها استيفاءها ابتداء قبل غيره من الدائنين غير أصحاب الديون الممتازة فقط، عند بلوغ مرحلة تسليم المبالغ لهم، وهذا ما نعيبه على المشرّع بشدّة بخصوص النفقة في عدم تمييزها بإجراءات خاصّة أيسر تتناسب وأهميتها، ولا ننسى أنّ كل ما ذكرناه يتمّ بواسطة محضر قضائي طبقا للمادة 611 من القانون 08-09، تُدفع له أتعاب لقاء كل ما يقوم به من إجراءات على كثرتها ...

فضلا عن هذا ترتبط الحجوز والبيوع من أجل تحصيل الحقوق بآجال غير يسيرة خاصّة إذا تعلّق الأمر بالحجز على العقار، هذا و تكتمل وصفة الصعوبة والمشقة على الزوجة في مزاحمة باقي دائني زوجها الممتازين عند تحصيل الحق[16]، فالأولوية الممنوحة للنفقة ليست مطلقة؛

حيث بيّنت الفقرة الثالثة من المادّة 779 من القانون 08-09 طبيعة الأولويّة محلّ النقاش بنصّها " يبقى للديون المتعلّقة بالنفقة الغذائيّة حقّ الأولويّة على باقي الديون عند الاستيفاء *وفقا للترتيب المنصوص عليه في القانون المدني*"، أيّ أنّ هذه الأولويّة لا تخوّل الزوجة المطلّقة حقّ التقدّم على باقي دائني زوجها، بل وجب مراعاة ترتيب معيّن، فما مفاده ؟

ذلك ما قرّرته المادّة 993 من القانون المدني، حيث وردت النفقة ضمن مجموعة الديون المنصوص عليها في هذه المادّة [17]، والتي تستوفى وفقا لآخر فقرة منها بعد المصاريف القضائيّة والمبالغ المستحقّة للخزينة العامّة ومصاريف الحفظ والترميم [18]، وليس هذا القيد الوحيد على أولويّة النفقة، بل تستوفى ضمن الديون المحدّدة في المادّة 993 بنسبة كلّ دين منها من المبلغ الإجمالي وفقا لآخر جمله في المادّة، أيّ أنّ النفقة تتقدّم عن باقي

الديون التي تليها مرتبة فقط، فالديون المنصوص عليها في المواد 990، 991 و 992 تسبق النفقة استيفاءً، أمّا الديون المذكورة في المادّة 993 مع النفقة فتستوفى معها في آن واحد وفق نِسَب .

نستنتج ممّا سبق بيانه بأنّ الأولوية المزعومة للنفقة قاصرة جدا ولا تضمن فعلا حقّ الزوجة المطلّقة ، سواء بالنظر إلى اقتصارها على النفقة الغذائية طبقا للقانون 08-09 أو بالنظر إلى مزاحمتها لديون أخرى واحتمال حصول الزوجة على نسبة من المبلغ أو لا شيء، إذا كانت الديون التي تسبق النفقة قد استنفذت أموال المدين (الزوج المطلّق).

وبالرجوع إلى ما سبق بيانه، فالمطلّع على مفهوم النفقة كما حدّده المشرّع في المادّة 78 من قانون الأسرة، يلاحظ لا محالة أنّ سلوك طريق هذه الإجراءات لتحصيل النفقة لا يتفّق وجوهرها بل يناقضه بشدّة، فما جعلت النفقة على الزوجة حال زواجها إلّا تكريما لها ورفعة لها عن مشقة طلب الكسب، فكيف بها إذا طلّقت تتكبّد كل هذا الزخم من الإجراءات الشاقة المرهقة للحصول على ما يستوجب على الزوج دفعه لها طوعا، بعد أن تعنّت هو ورفض الوفاء به اختيارا ؟ فكأنه لا يكفِ أنّ الزوج المطلّق يرفض الوفاء بالتزامه تجاهها وتجاه أبنائه إن وجدوا، حتى يُجازى بالراحة ضاربا حكم الشرع وحكم القضاء عرض الحائط وتُبتلى هي بالشقاء والسعي لتحصيل هذا الحق ...

إنّ إجراءات التنفيذ الجبري المنصوص عليها ضمن القانون 08-09 لا يتفّق إطلاقا وما يفترض أن يكون عليه تحصيل الديون فيما بين الزوجين خاصّة بعد الطلاق، ويجب حتما سنّ نصوص تراعي خصوصية هذه العلاقة، وفي انتظار ذلك نقترح أن تكلّف النيابة العامّة بتحصيل النفقة من الزوج بناء على طلب الزوجة مع إعفاء هذه الأخيرة من المصاريف .

ويجب ألاّ يفهم من هذا كلّه عدم مبالاة أو مراعاة للوضع المالي للزوج، فالوضع المقصود هو حال يسار الزوج ورفضه سداد النفقة، فحينها لا يعتبر من العدل ولا المنطق أن يعاقب الطرف الضعيف الذي مُنِعَ حقّه بكلّ تلك المشقّات، أمّا حالة عسر الزوج فتقتضي التأكد منها وإثباتها أوّلا، وعند ثبوتها التفكير في طريق بديل كصندوق النفقة مثلا[19] لسدّ احتياجات الزوجة المطلقة خلال عدّتها، لا تكليف الزوج ما لا يطيق مصداقا لقول الحق تبارك وتعالى **﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾** (الطلاق 7) .

كما وجب أن لا يُسهى عن كون يسر الزوج أو عسره لا يغيّر من الأمر شيئا، بخصوص عدم ملاءمة الإجراءات المنصوص عليها ضمن القانون 08-09 في تحصيل الديون لطبيعة وأهمية ومقاصد الإنفاق على الزوجة في شرعنا الحنيف ، ومنه التأكيد على ما اقترحناه أعلاه .

المطلب الثاني: النتائج الإجرائية للطبيعة القانونية التشريعية للحضانة

لأحكام الحضانة أهمية بالغة في الحفاظ على المحضون ومراعاة ضعفه وهشاشة نفسيته لصغر سنّه عموما، ومن شأن أيّ خطأ في تقدير مسألة من المسائل التي تتعلّق بالحضانة أن تؤثّر عليه مباشرة، لذلك فإنّ إخضاع الحضانة لأحكام القانون 09/08 من جهة واحتواء قانون الأسرة على حكم إجرائي بحت بخصوصها من شأنه الإضرار به أيّا إضرار، يستوجب تسليط الضوء على مختلف جوانبه واقتراح البدائل له لإخراجه من صرامة وجفاف الأحكام الإجرائيّة إلى أفضل ما أُرِيدَ بالحضانة شرعا وقانونا .

أولا: تعارض سقوط الحق في الحضانة لفوات الآجال مع جوهرها

الحضانة طبقا للمادة 62 من قانون الأسرة هي رعاية الولد وتعليمه وتربيته وحمايته وحفظه صحة وخلقا، والملاحظ أنّ المشرّع اختتم جلّ النصوص التي تناولت أحكاما متعلقّة بالحضانة بضرورة مراعاة مصلحة المحضون في كلّ ذلك، فقد ينصّ المشرع على حكم ما ولا تتفق مصلحة المحضون وإياه فتكون الأولوية لما يحقق مصلحة المحضون .

و الأصل في سقوط الحضانة أن يطال من لم يجسّد ما جُعِلَ للحضانة من أغراض، ما دام هدفها الحفاظ على المحضون جسديا، عقليّا وروحيّا [20]، إلا أنّ المادة 68 نصت على سقوط الحق في الحضانة عمّن لم يطالب بها دون مبرر لمدّة تزيد عن سنة، ولم يربط ذلك بمراعاة مصلحة المحضون، كما أنّه لم يقيّده كما جاء في الفقه المالكي[21]، مما جعله نصّا إجرائيّا بحتا يشبه أيّ نصّ إجرائي آخر يقضي بسقوط حق من لا يطالب به بصفة عامّة لمدّة معينة تعتبر كافية للتّنبه للمطالبة به.

والملاحظ أنّ المشرّع لم يحدّد مسألتين على قدر من الأهمية لتقرير سقوط الحق في الحضانة؛ الأولى هي المدّة التي تركها مبهمة مفتوحة، فعندما يقول لمدة تزيد عن سنة فكم مدة الزيادة هذه ؟ وهل يعتبر أنه ساوى بين كل المدد مهما اختلفت ويكفي أن تزيد عن سنة ؟ بسويعات أو يوم أو أشهر ؟ أما المسألة الثانية وهي عدم بيان نوع الأعذار المقبولة لتبرير عدم المطالبة بالحضانة لمدة تزيد عن سنة، حتى أنّ المشرّع لم يذكر

مصطلح "مقبول أو معتبر قانونا" في وصف العذر، بل اقتصر على القول "بدون عذر"، فما هي الأعذار التي تحول دون سقوط الحق في الحضانة في هذا الفرض؟ وأمام عدم التحديد هذا نستنتج أنّ الأمر وقع على عاتق القاضي الذي يُعمِل سلطته التقديرية ليقرر قبول العذر من عدمه، فما حدود هذه السلطة وعلى أيّ أساس يقبل أعذارا ويرفض أخرى ؟

إنّ المنطق الشرعي والقانوني يقضي بمراعاة مصلحة المحضون في ذلك فهو الهدف الأسمى من كل هاته الأحكام، وهو ما قدّمت له المادّة 62 بتعريف الحضانة وبيان لبّها الذي يصب كلّه في تحقيق وحفظ مصلحة المحضون في نهاية المطاف .

وفضلا عن عدم الدقة الذي يشوب نص المادة 78، فهو نصّ إجرائي بحت في مصطلحاته وتركيبته وهدفه، حيث اعتبر المشرّع الحضانة حقّا مطلقا للحاضن فتسقط عنه الحضانة بخطئه بعدم المطالبة بها لمدة معينة دون عذر، فأين مصلحة المحضون من ذلك ؟ وهبْ أنّ مصلحة المحضون تتحقق عند هذا الشخص في الوقت الراهن بعد أن استحال تحققها عند من كان يحضنه واقعا أو قانونا، فلمن يعهد هذا المحضون ما دام أنّ المشرع قد قرّر سقوط حق الشخص المذكور دون أن يربطه بمصلحة المحضون؟

ونلاحظ بأنّ المشرّع لم يقرّر سقوط الحضانة حتى في حالة التنازل عنها إذا كان ذلك التنازل يضرّ بالمحضون، وذلك في المادّة 66 من قانون الأسرة، وهو ما ورد في قرار للمحكمة العليا صادر في 21-04-1998 في القضية رقم 189234 بقولها "إنّ القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنّهم طبّقوا صحيح القانون " [22]

فإذا كان عدم المطالبة بها بغير عذر يماثل التنازل الصريح عنها، فلم تمّ النصّ والتأكيد على ضرورة عدم الإضرار بمصلحة المحضون في حالة التنازل، بينما لا نجد لذلك أثرا في المادة 68 التي تناولت مسألة عدم المطالبة بالحضانة ؟ إنّنا لا نجد لذلك فيما علمنا سببا ولا مبرّرا مطلقا.

ولقد أكّد القضاء في الكثير من قراراته على أنّ الضابط الأول والأهم في مسألة الحضانة هو مصلحة المحضون التي تسبق كلّ أمر آخر فيها، ومنها قرار المحكمة العليا بتاريخ 17-05-2006 في القضية رقم 364850 الذي جاء فيه "... لكن حيث أنّ العامل الذي يؤخذ بنظر الاعتبار في مثل هذه الدعوى هو مراعاة مصلحة المحضون أولا وأخيرا، وأنّ قضاة الموضوع... لم يبرزوا أين تكمن هذه المصلحة... " [23] .

ومن ذلك أيضا ما جاء في القضية رقم 220470 بتاريخ 20-04-1999 بقولها "ومتى تبيّن أنّ تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلّب ذلك ... وأنّ القضاة لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون" [24] ، ومنه أيضا " إنّ تأييد الحكم ... دون مراعاة لمصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع المثارة حول الحالة النفسية للولد ... يعتبر قصورا في التسبيب" [25] وعلى هذا النحو أكّدت المحكمة العليا على مصلحة المحضون في جميع الأحوال في قرارات كثيرة غير هذه [26] .

إنّ التباين الصارخ بين مفهوم وطبيعة الحق في الحضانة بين قانون الأسرة والقانون الإجرائي، أنتج مثل هذا النصّ الذي نرى بأنّه يضرّ بالمحضون أكثر مما ينفعه، إن كان قصد المشرّع تحفيز الحاضن على المطالبة بالحضانة وعدم إهمال المحضون، فلعلّ الهدف محمود ولكن النّص جاء بطابع لا يحقّقه بالضرورة وفي جميع الحالات برأينا .

ثانيا: استئناف حكم الحضانة وأثره على المحضون

نصت المادّة 57 من قانون الأسرة على قابليّة الحكم المتعلّق بالحضانة للاستئناف، ولم يرد نصّ آخر يقرّر أيّة أحكام خاصّة متعلّقة بهذا الاستئناف، وهذا يعني تطبيق القواعد الإجرائية العامة لاستئناف الأحكام القضائية .

وللتذكير فطبقا لنصّ المادّة 323 من القانون 09/08 فإنّ للاستئناف أثر موقّف، أي أنّ الحكم لا يكون قابلا للتنفيذ حتى يفصل في الاستئناف -في هذا الفرض- فإن قُبِل صار الحكم نهائيا وشرع في تنفيذه، وإن ألغي الحكم صدر حكم جديد في نفس المسألة يكون محلا للتنفيذ .

فإذا قُضِي بطلاق الزوجة من زوجها و أسندت لها الحضانة مثلا، وتم استئناف حكم الحضانة وأنتج الاستئناف أثره الموقّف، فأين يفترض بالمحضون أن يتواجد خلال فترة الطعن والفصل فيه ؟ فليس لأمه خلال هاته الفترة مركز الحاضنة ولا لأبيه ولا لأحد من ذويه، ولا يجوز لأحد منهم أن يستولي على حضانة الطفل خلال هذه الفترة دون أمر من القضاء، ولا أن يمنع الآخر من أخذه عنده حتى يفصل القاضي في الاستئناف، ولا يخفى عن أحد استغراق الإجراءات فترة غير يسيرة من الزمن كفيلة بتعقيد الأمور خارج أسوار القضاء .

هذا يفتح الباب للشقاق والنزاع بين من يحتمل أن تسند لهم حضانة الطفل ولا يخلو الواقع من مثل ما يؤكّد هذا، وما يهمنا هنا ليس من تسند له الحضانة بقدر مصلحة المحضون التي تقتضي حمايته وحفظه وعدم تعريضه للشتات والشقاق الذي لا يفهمه لصغر سنه ولا يطاله منه إلّا الأذى لا سيما النفسي الذي يمتد ليؤثّر عليه في مختلف نواحي حياته وتمدرسه وصحته الجسدية والنفسية .

و لئن كانت المادّة 57 مكرّر من قانون الأسرة تذكر الحضانة ضمن المسائل التي يجوز للقاضي أن يصدر بشأنها مستعجلا أوامر على عرائض- علما أنّ الأمر على عريضة معجّل النفاذ بقوّة القانون - فإنّ ذلك لا يحلّ الإشكال في برأينا من جهتين؛

الأولى هي أنّ أحكام الحضانة التي تصدر مستعجلا مؤقتة، فإذا أُمِرَ بالحضانة المؤقتة خلال دعوى الطلاق فإنّ أثر هذا الأمر ينقضي بصدور الحكم الموضوعي، ومنه يبقى الإشكال مبدئيّا قائما في حالة استئناف الحكم بإسناد الحضانة؛

الثانية هي أنّ استصدار أمر بالحضانة المؤقتة خلال فترة الاستئناف، كذلك لا يحلّ الإشكال برأينا لبقاء احتمال تشتيت المحضون قائما، وذلك في حالة إسناد الحضانة المؤقتة و النهائية لأشخاص مختلفين، وعلى القاضي أن يتنبه إلى هذا ويراعيه، ونوضّح ما نقصده بمثال:

فقد تمنح الحضانة المؤقتة للأم خلال فترة دعوى الطلاق ثم يصدر الحكم بإسنادها للأب، ولدى استئناف الحكم تطلب الحضانة المؤقتة من جديد إلى حين الفصل في طعنها، وقد يستجاب للطلب ويعاد المحضون لأمه، فإذا تم الفصل في الاستئناف بتأييد الحكم أعيد المحضون لأبيه لأنّ الحكم المستأنف قضى بذلك، أما في حالة إلغائه والحكم من جديد فتتعدد الاحتمالات فقد يبقى المحضون لدى أمه التي كانت تحضنه بالأمر المؤقت خلال فترة الطعن، أو تسند حضانته لشخص آخر تماما، وفي هذا إضرار كبير بالمحضون لعدم الاستقرار الذي يعيشه، فضلا عما يثور من خلافات وإشكالات بخصوص تسليم المحضون في كلّ مرّة .

هذا الإشكال نابع أساسا من إخضاع الحضانة للقواعد الإجرائيّة العامّة الواردة في القانون 09/08 وعليه يجب على المشرّع أن يراعي خصوصية الأحكام المتعلّقة بالحضانة ويقرّ لها أحكاما إجرائية خاصّة، وأنّ استدراكه الوضع بالمادة 57 مكرر جيّد لكنه غير كافٍ، ويمكن اقتراح جعل الحضانة مؤقّتة استمرارا إلى غاية صيرورة الحكم بإسنادها نهائيا، خلال فترة دعوى الطلاق وحتى بعد صدور الحكم وخلال مرحلة الاستئناف،

حتى يستقرّ القضاء بحكم نهائي بالحضانة، حينئذ ينتقل المحضون لمن أسندت إليه هذه الأخيرة أو يستقرّ عند من كان يحضنه مؤقتا إن قضي له نهائيا بها، ولعلّ هذا من شأنه أن يُجنّب المحضون كثرة الانتقال بين الحاضنين مع ما يسبّبه من أضرار مباشرة و غير مباشرة، وهذا حلّ مبدئي يتطلّب دراسة أعمق وأكثر تفصيلا لا تجد محلّها في هذا البحث، لكن يكفي هاهنا فتح المجال لدراسته .

المبحث الثاني: مسائل مرتبطة بتنفيذ الحكم القاضي بالنفقة والحضانة

ليست تنتهي الإشكالات التي تثور بين الزوجين بعد الطلاق بصدور الحكم، ذلك أنّ المرحلة التنفيذية امتداد للنزاع القضائي، وأثر تطبيق النصوص الإجرائيّة الغريبة عن جوهر الأحكام الموضوعية لشؤون الأسرة يظهر جليا عند التنفيذ، سواء تعلّق بمخالفتها الصريحة (المطلب الأوّل) أو بإهمالها و اقتصار الحكم التشريعي على جانب دون آخر ممّا يترك تساؤلات لا يواجهها المشرّع بالتنظيم الملائم (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: إشكال المفاضلة بين النفقة والتعويض عن الضرر عند الدفع

تكشف الممارسة العملية أنّ الزوج المطلق عندما يلزمه القضاء بدفع نفقة للزوجة المطلقة وتعويض عن الطلاق التعسفي أو تعويض عن أية أضرار كانت، أنّه يفضّل– لعدم تمكنه من سداد الاثنين معا- دفع النفقة لا التعويض، وذلك تفاديا للتبعات الجزائية المترتبة عن عدم دفع النفقة طبقا للمادتين 331 و 332 من قانون العقوبات [27].

فإذا لم ينصّ المشرّع على أية أولوية أو أسبقية لأحد المبلغين، يكون المدين ملزما بسداد كل الديون حالّة الأداء في الوقت نفسه، وهذا لا يخرج عن الوضع القانوني العام في التنفيذ، فالأولوية لما نصّ المشرّع على منحه الأولوية فقط أما الباقي فديون متساوية في الدرجة .

وكما سبق بيانه لم يمنح المشرع الإجرائي الأولوية إلاّ للنفقة الغذائيّة طبقا للمادتين 777 و 779 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، خلافا للحكم الوارد بالمادة 993 من القانون المدني التي ذكرت النفقة كدين ممتاز دون تخصيص الغذائية منها، ولقد بيّنا بأنّ النفقة أشمل و أوسع من أن تقتصر على الغذاء طبقا للمادة 78 من قانون الأسرة .

فعدم التوافق هاهنا بين جوهر الحكم الموضوعي والحكم الإجرائي وارد من وجهين، الأوّل هو أنّ النصّ الإجرائي الذي يمنح الأولوية للنفقة الغذائية في الاقتضاء خالف الحكم العام الوارد في المادة 993 في اعتبار النفقة عموما دون تخصيص الغذاء دينا ممتازا له الأولوية على باقي الديون، أمّا الثاني فيكمن في أنّ الحكم الموضوعي يهدف لتمكين الزوجة من النفقة و التعويض فلا بدّ أن تحصل على الاثنين معا، لضرورة النفقة وأهمية التعويض في محاولة جبر ما أصابها – وإن كان من الأضرار ما لا يجبر بمال – بينما تقضي القواعد الإجرائية بمعاملة هذين الدينين في ذمة الزوج تجاه زوجته المطلقة - ما عدا النفقة الغذائية- معاملة أية ديون أخرى، تخضع ليسره وإعساره واحتمال الوفاء بأحدهما دون الآخر، فلا يتحقق الهدف مما قضي به .

وبالرجوع إلى القانون المدني – ما دام المشرع الإجرائي لا يأخذ بعين الاعتبار خصوصية الديون فيما بين الزوجين بعد الطلاق – نجده يجيز للمدين تعيين الدين الذي يفي به طبقا للمادة 279، فإذا لم يعيّنه يعتبر طبقا للمادة 280 دافعا للدين حالّ الأداء ثم الدين الأشد كلفة .

وبما أنّ النفقة والتعويض في حكم الطلاق كلاهما حالّ الأداء، فيبقى معيار الكلفة، وغالبا يكون مبلغ التعويض أشدّ كلفة من النفقة، فطبقا للقواعد العامة (المادّتان 279 و 280 مدني) إذا لم يعين الزوج الدين الذي يدفعه وجب عليه دفع التعويض أوّلا لكونه أشدّ كلفة .

إلّا أنّ اختيار الزوج دفع النفقة قبل التعويض(أي بمفهوم المادة 279 من القانون المدني تعيينه للدين المراد سداده) متفّق مع الأولوية التي منحها المشرّع للنفقة عند اقتضاء الحقوق إجرائيا، وكونه متفق أصلا مع كون النفقة طبقا للمادة 993 من القانون المدني دينا ممتازا له الأولوية في الدفع، بينما لم يُخصّ التعويض بشيء من ذلك .

ومع الأخذ بعين الاعتبار أنّ الأحكام القضائيّة غالبا عندما تقضي بمبالغ النفقة لا تحدّد ما إذا كانت نفقة غذائية أو غيرها، فتؤخذ على مجملها وهذا هو الأصح و المتفق مع ما ورد في القانون المدني، فإنّ تفضيل الزوج دفع النفقة قبل التعويض- و إن كان ذلك تحايلا منه- لا يخالف القانون لما سبق بيانه، مع التنبيه إلى أنّ المشرّع عندما يمنح الأسبقية لدين ما، فإنّه لا يسقط عن المدين التزامه بسداد باقي الديون، فليس القصد أن يتخلّص الزوج من دفع التعويض بدفعه للنفقة .

كما أنّ الزوج الذي يفضّل دفع النفقة على التعويض لا يفكر حتما في احترام القانون الذي يمنح الأسبقية للنفقة، بل كما ذكرنا يتفادى التبعات الجزائية التي قد تصيبه جراء عدم دفع النفقة، فيبقى المتضرر الوحيد هو الزوجة المطلقة التي لا تستفيد مما قضي لها به من تعويضات.

وهنا نفترض حالتين للخروج من الإشكال، ففي حالة يسر الزوج واختياره دفع النفقة - و كون ذلك كما بيناه متفقا مع القانون من منح الأولوية للنفقة– فتُستوفى منه و تسعى الزوجة لتحصيل التعويض جبرا بالطرق المتاحة قانونا، ونقترح هاهنا إعفاءها من المصاريف ابتداء ثم تحميلها الزوج، أمّا في حالة إعساره فإذا كان ماله يكفي لتحصيل النفقة فبها، وأما إن لم يكن قادرا على تسديد أيّ من المبلغين فهذا لا يخرج عن الحال العامّ في التنفيذ و اقتضاء الحقوق، فالإعسار الحقيقي للمدين هو العقبة الفعلية أمام اقتضاء أيّ حقّ كان وليس هذا قاصرا على قضايا شؤون الأسرة .

المطلب الثاني: اقتصار حق المطلقة في السكن على ممارسة الحضانة

تنصّ المادة 61 من قانون الأسرة على عدم خروج الزوجة المطلقّة من السكن العائلي ما دامت في عدّة طلاقها، والأصحّ عدم خروجها من مسكن الزوجية كما دلّ عليه النصّ باللغة الفرنسية " ne doit quitter le domicile conjugale ".

ويجد هذا الحكم أصله في قول الحقّ تبارك وتعالى« لا تخرجوهن من بيوتهنّ و لا يخرجن»(الطلاق 1)، فمن جهة هو حقّ للزوجة المطلقة أن تمكث ببيتها ما دامت في عدّة طلاقها، والتزام كذلك ما دام لزوجها عليها رجعة [28]، ومنه فلا يجوز للمطلقة المعتدة أن تسقط هذا الالتزام عن الزوج ولا يجوز له أن يمنعها حقها فيه [29].

أمّا المشرّع الإجرائي فلم يراع هذا الحكم المؤكد في المادة 61 من قانون الأسرة، فلا نجد نصّا إجرائيا تطبيقيا يقابل هذا الحكم الموضوعي، كما أنّ أحكام الطلاق– فيما أتيح لنا الاطلاع عليه- لا تقضي بإلزام الزوجة المطلقة بالبقاء في بيت الزوجية حال عدّتها، ولا هي تطالب بذلك .

إلّا أنّ التعارض رغم غياب النصّ الإجرائي والتطبيق القضائي للمادة 61 من قانون الأسرة ظاهر بطريق غير مباشر، وذلك في حكم المادة 72 من قانون الأسرة التي تقضي بضرورة توفير الأب– ويقصد به الزوج المطلّق- مسكن لممارسة الحضانة أو دفع بدل إيجار عوضا عنه، والملاحظ عمليا هو ذاك عند الحكم بالطلاق و إسناد الحضانة، حيث يُحكم بإلزام المطلق بتوفير مسكن لحضانة أطفاله فأين الخلل الذي نزعمه ؟

يكمن الخلل في جعل المشرع توفير المسكن مرتبطا بممارسة الحضانة فقط، وإهمال الحكم الوارد في المادة 61 تماما، فالحكم الإجرائي في هذه الحالة لا يراعي سوى مسألة الحضانة بل ويشترطها بنصّ المادة " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفّر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة ..." فمفهوم هذا النصّ لا يوجد أي سبب آخر في حالة الطلاق يلزم بموجبه المطلّق توفير المسكن أو على الأقل الإبقاء على الزوجة المطلقة في المسكن، رغم أنّ المادة 61 صريحة وواضحة هذا من جهة ؛

من جهة أخرى ما يبيّن أنّ المشرّع لم تتجّه نيته ولو قليلا لمراعاة حق المطلّقة في البقاء في مسكن الزوجية حال العدّة، هو تأكيده في المادة 72 على المعنية بتوفير المسكن وهي كما ذكر" الحاضنة " وطبقا للمادة 64 ليست بالضرورة أمّ المحضون، أي ليست دائما الزوجة المطلقة، ونتساءل هنا إذا تم توفير مسكن لممارسة الحضانة من طرف حاضنة غير أم المحضون، فعلى ماذا تستند الزوجة المطلّقة (أمّ المحضون) للبقاء في هذا المسكن أو في مسكن الزوجية؟

على القاضي أن يستدرك هذا الأمر ويحكم في آن واحد بإلزام الزوج بإبقاء الزوجة المطلّقة في مسكن الزوجية وإلزامها هي بالبقاء خلال فترة العدّة تلقائيا، ولا يضره في ذلك غياب النصّ الإجرائي الصريح، يكفيه في نظرنا نصّ المادة 61 من قانون الأسرة الذي يقرّر ذات الحكم .

ونرى بأنّ هذا هو الحلّ الأقرب إلى التطبيق على الحال التي عليها التشريع الساري المفعول، فلا يمكن له أن يحكم للزوجة بحق البقاء إذا لم تطلبه، تطبيقا للمبدأ العامّ في عدم جواز الحكم بما لم يطلبه الخصوم، لكننا نرى لقضايا شؤون الأسرة خصوصية تخرجها في كثير من المسائل عن القواعد العامّة المطبقة على سائر الخصومات ؛

فأهداف الأحكام الموضوعية لهذا القانون سامية تحقّق مقاصد الشريعة وتجبر شقاق الأسر وتنافر أفرادها، وتطبيقها كفيل بتعزيز الروابط الأسرية وتفادي تفككها قدر الإمكان، فإذا قرّر الشارع الحكيم بقاء الزوجة في مسكن الزوجية حال عدّتها فلحكمة، ولغلبة مظنة الصلح والرجعة، وفيه يقول الأستاذ عفيف عبد الفتاح طبارة بأنّ الغاية الواضحة من إبقاء المطلقة في مسكن زوجها هي فسح المجال لها لإعادة العلاقات وتخفيف حدّة الخلاف وأنّ العدّة كفيلة بإظهار ما وجد من بقية أمل أو محبة [30] كما أنّه التزام هامّ للزوجة إذ تبقى أحكام الزواج قائمة خلال فترة العدّة للطلاق الرجعي، فأين يفترض بالزوجة أن تكون غير بيت زوجها ؟

لذلك وجب أن تراعى أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها الواردة وغير الواردة في قانون الأسرة عند إخضاع قضايا شؤون الأسرة للقواعد العامة في التقاضي ومبادئ سير الخصومات والحكم فيها، ونظرا لعدم ضمان حرص القاضي على ذلك فلا بدّ من التنصيص على ما يحقّقه إجرائيّا .

كما أننا لم نقترح ما فيه خروج تام عن تلك القواعد والمبادئ، بل اقترحنا أن يلزم القاضي الخصوم بما أمر المشرع به أصلا في المادّة 61 والتي نرى إمّا تعديلها وصياغتها على شاكلة المادة 72 بصيغة إلزام المطلّق بالإبقاء على الزوجة المطلقة بمسكن الزوجية خلال فترة العدّة وفي الوقت نفسه إلزامها بذلك، أو استحداث نصّوص تطبيقية للمادة 61 تراعي اختلاف الحالات وتأخذ بعين الاعتبار حكم المادة 72 لتفادي التعارض أو المساس بحقوق أيّ من الطرفين .

خاتمة المقال

إنّ عدم التوافق الملاحظ بين ما تشمله النصوص من أحكام موضوعية وأخرى إجرائيّة متعلّقة بالمسائل المختلفة المدروسة في هذا المقال، يؤثّر سلبا بالفعل على حسن تطبيق تلك الأحكام والوصول بالأسرة إلى برّ الأمان إذا عصفت بها العواصف، ويكفي تأثيرا من ذلك التعارض ما يلي :

- تغيير طبيعة بعض المسائل على خلاف ما نصّ عليه الشرع والقانون، ومنه ما بيّناه في اعتبار الحضانة حقّا مطلقا للحاضن وتقرير سقوطه دون مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، والتنصيص مرّتين إجرائيا على أولويّة النفقة الغذائيّة دون باقي مركّبات النفقة ومنه إخراجها من أصلها، وهو توفير كل ضروريات الحياة التي توفّر في حقيقتها الاستقرار للشخص وتحفظ كرامته ،
- تعطيل تحقيق الأحكام الموضوعية لمقاصدها والوصول إلى الأهداف التي ابتغيت منها نتيجة عدم التدقيق وعدم التنسيق بينها و بين شقها الإجرائي، ولعل ذلك نابع من مشكلة أعمّ وهي عدم مراعاة خصوصية قضايا شؤون الأسرة ككلّ وإخضاعها لعموم إجراءات التقاضي والتنفيذ ،
- زيادة عدد الإشكالات المطروحة في قضايا شؤون الأسرة مما يؤثّر بشكل مباشر على المصالح الخاصّة للأفراد بزيادة المصاريف مما يُدفع لمرفق القضاء والمحامين والمحضرين القضائيين والخبراء أحيانا، فضلا عن كثرة المشاقّ والشّقاق الأسري حتى بعد صدور الحكم في النزاع الأصلي، وينعكس ذلك حتما على المصلحة العامّة بشكل مباشر يتجلى في زيادة عدد القضايا، ومنه إثقال

مرفق القضاء وزيادة النفقات العامّة التي يمكن تلافيها، وبشكل غير مباشر وعلى المدى البعيد أيضا فعدم استقرار الأفراد يمسّ أيضا بمردوديتهم وتركيزهم في أعمالهم ووظائفهم، وقد يطال سلوكياتهم فالفرد المضغوط نفسيا المشتت أسريا لا تؤمن ردود أفعاله، ولا يخفى ما في ذلك من إضرار محتمل بالأمن والسكينة العامّين وبازدهار المجتمع ككلّ .

ويمكن في الأخير عرض خلاصة مقترحاتنا فيما ظهر لنا بعد تحليل ما تطرقنا إليه من مسائل ، على أمل أن تجد طريقها إلى الدراسة النقدية لتحسينها فتجسيدها أو على الأقل أن تفتح باب التفكير في الحلول للإشكالات المعروضة، وعليه نقترح :

1. التأكيد على ما سبقنا به غيرنا من الباحثين بضرورة سنّ نصوص إجرائية خاصّة بقسم شؤون الأسرة، تتجاوز مجرّد تقرير إجراءات التقاضي وتتعداها إلى مضامين الأحكام وكيفيات التنفيذ، نضيف عليه أن لا يتمّ ذلك بمنأى عن الأحكام الموضوعية لقانون الأسرة بل بمراعاتها، للقضاء على أوجه التعارض المذكورة بما يحقّق المقاصد والأهداف من هذا القانون، كلّ ذلك بالشراكة بين أهل الشريعة والقانون من المهتمين بشؤون الأسرة .
2. تكليف النيابة العامّة بتحصيل النفقة لفائدة الزوجة والأولاد و إعفاء هذه الأخيرة من تكبّد عناء المطالبة المرهقة إجرائيّا بما رصد أصلا لراحتها وكرامتها.
3. الإعفاء من المصاريف القضائيّة المتعلّقة بتحصيل النفقة، فالزوجة المطلقة التي تسعى لتحصيلها تعاني أصلا من غياب النفقة على ضرورتها، فكيف تطالب بمصاريف قضائية إضافية، ويتّفق هذا الاقتراح و فكرة تكليف النيابة العامّة بتحصيل النفقة فلا يبق داع لدفع الزوجة للمصاريف المذكورة، وكذا إعفائها من مصاريف المطالبة بالتعويض المحكوم لها به، حتى لا يُجمع عليها مشقتان .
4. تعديل النصوص الإجرائيّة لاسيما المادتين 777 و 779 من القانون 09/08 اللتان تمنحان الأولوية لتحصيل النفقة الغذائية فقط، بعدم قصرها عليها بما يوافق مفهوم النفقة الوارد في المادّة 78 من قانون الأسرة والمادة 993 من القانون المدني التي جعلت النفقة عموما دينا ممتازا، وضرورة تنبّه القضاء لذلك في حيثيات أحكامه ومناطيقها فلا يقصر حكمه على النفقة الغذائية .

5. إلغاء نصّ المادّة 68 الذي يقرّر سقوط الحضانة لمجرّد عدم طلبها بغير عذر، وقصر السقوط على الأسباب الموضوعية التي تمسّ مصلحة المحضون، وجعل هذه الأخيرة فوق كلّ اعتبار.
6. مراعاة خصوصية الأحكام المتعلّقة بالحضانة وتقرير أحكام إجرائية خاصّة بها بجعلها مؤقّتة استمرارا إلى غاية صيرورة الحكم بإسنادها نهائيا، خلال فترة دعوى الطلاق وحتى بعد صدور الحكم وخلال مرحلة الاستئناف، حتى يستقرّ القضاء بحكم نهائي بالحضانة، لحماية المحضون من أضرار كثرة الانتقال بين الحاضنين والخلافات التي ترافق ذلك .
7. إدراج نصّ متعلّق بتطبيق المادّة 61 من قانون الأسرة مفاده تضمّن أحكام الطلاق إلزام الزوج بعدم إخراج الزوجة من مسكن الزوجية وإلزامها هي بعدم الخروج ولو في غياب المحضونين، أو تعديل صياغة المادّة بما يفيد ضرورة الحكم بذلك تلقائيا بمجرّد الحكم بالطلاق، بهدف عدم ربطه بالحضانة .

المراجع و المصادر:

الكتب:

- أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دار الفكر، الطبعة الثامنة، 1976.

- أبي مُحَمَّد علي أبركان (جمع و ترتيب)، الحلة المعلمة من فتاوى المرأة المسلمة، دار نور الكتاب للاستيراد و النشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2013.

- الأستاذ عفيف عبد الفتاح طبارة، روح الدين الإسلامي، دار العلم للملايين، بيروت- لبنان، الطبعة الخامسة عشرة، 1993 .

- د. الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الأولى ، 2005.

- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الجزء الأوّل، الطبعة الرابعة ، 2005.

- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة و النشر والتوزيع ،بيروت لبنان، المجلّد الرابع.

- محمّد ناصر الدين الألباني (تحقيق)، مختصر صحيح مسلم للحافظ المنذري، المكتب الإسلامي (دمشق / بيروت)، الطبعة الثالثة ، 1977.

المجلات:

- مجلة كلية اللغة العربية بالزقازيق مصر ، 2015 ، العدد 35 :

د.سلمى بنت مُحَمَّد بن صالح هوساوي ، الأحكام المتعلقة بنفقة الزوجة و المطلقة ، الصفحات 613-696 .

- مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية بغزّة - فلسطين، 2014 المجلّد 22 ، العدد الأول:

د. محمدّ خلف بني سلامه، دور النفقة في حماية المرأة من مخاطر الاستضعاف- دراسة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010، الصفحات 382-403 .

القوانين:

- قانون العقوبات، الأمر رقم 156/66 مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08-06-1966 المعدل والمتمم بالقانون 06/20 المؤرّخ في 28-04-2000، العدد 25 .

- القانون المدني الجزائري القانون رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 19جمادى الأولى 1426 الموافق 26 يونيو 2005، عدد 44.

- قانون الأسرة الجزائري القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005، عدد 15.

- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية، المؤرخة في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق 23 أبريل 2008، عدد 21.

- القانون رقم 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق 4 يناير سنة 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، العدد الأوّل.

مواقع الإنترنت الرسمية:

- المصحف الإلكتروني بجامعة الملك سعود على الرابط://quran.ksu.edu.sa/tafseer/tabary، بتاريخ 05-07-2023 ، 22سا.

- موقع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربhttps://www.habous.gov/الكتب-المدرسية/1553-المرحلة-الأولى/الحديث/ثانوي/13115-عدة-المرأة-في-بيتها-ونفقة-المطلقة-من-كتاب-الحديث-من-موطأ-الإمام-مالك-بشرح-الزرقاني.html ، بتاريخ 11-07-2023 ، 11سا .

القرارات القضائية:

- قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 21-04-1998 في القضية رقم 189234 مجلّة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، عدد خاصّ ، 2001 .

- قرار المحكمة العليا بتاريخ 17-05-2006 في القضية رقم 364850 مجلة المحكمة العليا، العدد 02 لسنة2007.

- قرار المحكمة العليا بتاريخ 20-04-1999 القضية رقم 220470 ،نشرة القضاة ، مديرية الدراسات القانونية والوثائق بوزارة العدل ،العدد 59 ، 2006 ، الجزائر.

- القرار الصادر بتاريخ 21-05-2003 في القضية رقم 302428 نشرة القضاة، مديرية الدراسات القانونية والوثائق بوزارة العدل، العدد 58 ، 2006 ، الجزائر.

- القرار الصادر بتاريخ 16-11-2005 في القضية رقم 337176 نشرة القضاة، المديرية العامّة للشؤون القضائيّة والقانونية، العدد 65، 2010، الجزائر.

هوامش المقال:

1. قانون الأسرة الجزائري القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005، عدد 15.

2 . ولا نقصد في هذه الدراسة الطلاق بعينه مقارنة بالتطليق أو الخلع، بل التعبير المختصر عن فكّ الرابطة الزوجية عموما.

3 . قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية، المؤرخة في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق 23 أبريل 2008، عدد 21.

4 . محمّد ناصر الدين الألباني (تحقيق) ، مختصر صحيح مسلم للحافظ المنذري ، المكتب الإسلامي (دمشق / بيروت)، الطبعة الثالثة ، 1977 ، ص 188 .

5 . تفسير سورة البقرة للإمام الطبري، منشورا على موقع المصحف الإلكتروني بجامعة الملك سعود على الرابط https://quran.ksu.edu.sa/tafseer/tabary ، بتاريخ 05-07-2023 ، 22سا.

6 . د.سلمى بنت مُحَمَّد بن صالح هوساوي ، الأحكام المتعلقة بنفقة الزوجة و المطلقة ، مجلة كلية اللغة العربية بالزقازيق ، 2015 ، العدد 35 ، مصر ، ص 656 / و ينظر في تفصيل ذلك و أدلته هذا المرجع و غيره من المراجع المتخصّصة .

7. الدكتور الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص 192 .

8 . بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الجزء الأوّل ، الطبعة الرابعة ،2005، ص 378 .

9 . أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دار الفكر، الطبعة الثامنة، 1976، ص 399، 400.

10 . و تؤكّد المادّة 777 من القانون نفسه على النفقة الغذائية بالذات بنصّها " يجوز الحجز على الأجر أو المرتّب بقيمة النفقة الغذائيّة إذا كان الدين المحجوز من أجله يتعلّق بنفقة غذائيّة للقصّر أو الوالدين أو الزوجة أو كلّ من تجب نفقتهم قانونا " ، و الذي يؤكّد بأنّ المشرّع يقصد فعلا تخصيص الغذاء من النفقة هو أنّ النفقة الغذائيّة هي الدين الوحيد المذكور ضمن الفصل السابع المتضمّن هذه المادّة ، دون باقي الديون التي يجوز لتحصيلها الحجز على الأجور و المداخيل و المرتبات ، فيكون السبب في ذكرها التأكيد على الغذاء منها ، و ليس يقصد المشرّع جعلها الدين الوحيد الذي يُقتضى من الأجور و المرتبات ، بدليل صياغة الفقرة الثانية من المادّة 781 من الفصل نفسه التي جاء فيها " و إذا كان مبلغ الدين نفقة غذائيّة ... " أيّ أنه يجوز أن يكون الدين الذي حُجزت الأجور و المرتبات أو المداخيل من أجله ، غير ذلك .

11 . القانون المدني الجزائري القانون رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 19 جمادى الأولى 1426 الموافق 26 يونيو 2005، عدد 44.

12 . عويسي مشري ، دروس في الأحوال الشخصية ، ألقيت على القضاة المتربصين بمركز التكوين القضائي بالدار البيضاء الجزائر ، 1979 ، ص 17 .

13. أبي مُحَمَّد علي أبركان (جمع و ترتيب) الحلة المعلمة من فتاوى المرأة المسلمة، دار نور الكتاب للاستيراد و النشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013، ص 690 -691.

14. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة و النشر و التوزيع ،بيروت لبنان ، المجلّد الرابع ، ص 530 .

15 . د. محمّد خلف بني سلامه، دور النفقة في حماية المرأة من مخاطر الاستضعاف- دراسة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010 ،مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية ، المجلّد 22 ، العدد الأول ، غزّة - فلسطين ، 2014 ، ص 11 .

16 . خاصّة إذا لم يراعي القاضي نصّ المادة 993 من القانون المدني في تحديد مشتملات النفقة، ذلك أنّ قانون الإجراءات كما ذكرنا لا ينصّ على الأولوية في الدفع إلّا للنفقة الغذائية دون باقي النفقات، ولعلّ عزاءها في ذلك هو صدور الأحكام الملزمة بدفع النفقة على العموم دون تحديد بذكر النفقة الغذائية بالذات، إلا أنّ هذا قد يطرح إشكال صعوبة تحديد قيمة النفقة الغذائية

من مجمل المبلغ، فهل يؤخذ بعين الاعتبار المبلغ الكامل المحكوم به لتفعيل الأولوية المذكورة أم تطالب الزوجة بالسعي لتحديد قدر ما يعتبر من النفقة الغذائيّة ؟ هذا لم يجب عنه المشرّع وما دامت الإجراءات من النظام العام فلا يجوز "اختراع" إن صحّ التعبير إجراءات لحل الإشكال إلّا أن يتدخّل المشرّع بنصّ صريح باتّ في المسألة .

17 . وهي المبالغ المستحقة للخدم و الكتبة و العمال و كلّ أجير آخر من أجرهم ورواتبهم من أيّ نوع كان عن الاثني عشر شهرا الأخيرة ، والمبالغ المستحقة عمّا تمّ توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس في الستة أشهر الأخيرة .

18 . وهي الديون المذكورة في المواد 990، 991 و 992 من القانون المدني.

19. وهو الصندوق المنشأ بموجب القانون رقم 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق 4 يناير سنة 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، العدد الأوّل، وإن كانت فعاليته وتفعيله محلّ نقاش لا محلّ لتفصيله حاليا في هذه الدراسة .

20 . أبو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق، ص 401.

21 . حيث جاء فيه بأنّه تسقط الحضانة عمّن علم بزواج الأمّ وسكت مدّة عام بلا عذر، فربط السقوط بالعلم بزواج الأمّ، عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 566 .

22.مجلّة الاجتهاد القضائي للأحوال الشخصية للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، عدد خاصّ،2001،ص175.

23. مجلة المحكمة العليا ، العدد 02 لسنة 2007 ، ص 440 .

24 . مجلّة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا ، مرجع سابق ، ص 181 .

25. نشرة القضاة، مديرية الدراسات القانونية و الوثائق بوزارة العدل، العدد 59 ، 2006 ، الجزائر ، ص 236 .

26 . يمكن الاطلاع أيضا على القرار الصادر بتاريخ 21-05-2003 في القضية رقم 302428 ، نشرة القضاة، مرجع سابق، العدد 58 ، ص 202 ، و كذا القرار الفاصل في القضية رقم 337176 بتاريخ 16-11-2005 ، نشرة القضاة ، المديرية العامّة للشؤون القضائيّة و القانونية ، العدد 65 ، 2010 ، الجزائر، ص 319 .

27 . وهي الحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج وجواز الحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من قانون العقوبات، الأمر رقم 156/66 مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08-06-1966 المعدل والمتمم بالقانون 06/20 المؤرّخ في 28-04-2000 ، العدد 25 .

28 . وقد أنكر عبد الله بن عمر على بنت سعيد بن زيد انتقالها، حين طلقها عبد الله بن عمر، كما جاء في الموطأ "عَنْ نَافِعٍ، وهو محمول على أن انتقالها كان لغير عذر، وروى الإمام مالك عن سعيد بن المسيب أنه "سُئِلَ عَنْ الْمَرْأَةِ يُطَلِّقُهَا زَوْجُهَا وَهِيَ فِي بَيْتٍ بِكِرَاءٍ، عَلَى مَنْ الْكِرَاءُ؟ قَالَ سَعِيدُ: عَلَى زَوْجِهَا. قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَ زَوْجِهَا؟ قَالَ: فَعَلَيْهَا. قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهَا؟ قَالَ: فَعَلَى الْأَمِيرِ" الموطأ رقم: 1836، فلم يرخص لها في الانتقال، لأنه كان يرى عدم جوازه لغير عذر شرعي؛ ولو لم يره لقال: إن لم يكن عند الزوج ذهبت حيث شاءت / موقع وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية المغرب https://www.habous.gov/الكتب-المدرسية/1553-المرحلة-الأولى/الحديث/ثانوي/13115-عدة-المرأة-في-بيتها-ونفقة-المطلقة-من-كتاب-الحديث-من-موطأ-الإمام-مالك-بشرح-الزرقاني.html ، بتاريخ 11-07-2023 ، 11سا.

29 . د.سلمى بنت مُحَمَّد بن صالح هوساوي ، مرجع سابق ، ص 272 .

30 . الأستاذ عفيف عبد الفتاح طبارة ، روح الدين الإسلامي ، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشرة، بيروت لبنان، 1993، ص 386 .