التطليق للشقاق
بين المنظور التشريعي والمنظور القضائي

عبد اللطيف أوزال
طالب باحث في سلك الدكتوراه: مختبر الدراسات التطبيقية في الشريعة والقانون
جامعة سيدي محمد بن عبد الله
المغرب

الملخص:

يعد التطليق للشقاق أحد الأسباب التي تتيح للزوجين فك وإنهاء الغلاقة الزوجية عندما تستحيل المعاشرة الزوجية بسبب استمرار النزاعات والخلافات، وقد نظمت مدونة الأسرة المغربية مسطرة ذلك في المواد التالية من 94إلى 97، وذلك انطلاقا من وضع وتقديم أحد الزوجين طلبا إلى المحكمة الابتدائية المختصة. وبمجرد رفع الدعوى تلزم المحكمة قانونا ببذل محاولات الصلح بين الطرفين.

وإذا لم يجد الصلح نفعا تنتقل المحكمة إلى الحكم بالتطليق بمجرد ثبوت الشقاق وتعذر الإصلاح ويعتبر هذا التطليق بائنا منذ صدور الحكم، وتترتب على هذا الحكم عدة آثار منها: المستحقات المالية وتشمل نفقة العدة والمتعة ومؤخر الصداق إن وجد، ونفقة الأطفال وأجر ة الحضانة، وواجب السكن.

كما تحدد المحكمة حضانة الأطفال بناء على مصلحتهم الفضلى مع الحقوق المرتبطة بها.

الكلمات المفتاحية: التطليق للشقاق– المنظور الشرعي – المنظور القضائي.

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الأصل في الحياة الزوجية أن تعمها السكينة والمودة والرحمة بين الزوجين، وذلك من أجل تكوين أسرة سعيدة، وبالتالي خلق مجتمع متكامل. لذلك كان من الطبيعي أن تعالج الشريعة الإسلامية ما يكتنف تلك الرابطة الزوجية من مسائل عارضة أو خلافات تشوب أمنها، وتؤثر على استقرارها لما فيه خير البشرية. فنجدها تعتني بكل ما يحيط بالحياة الزوجية فوضعت قواعد وأحكام لحمايتها وتنظيمها، ومن ذلك ما تناولناه في المحور الأول من هذا البحث، مما قد يعوق سير هذه العلاقة الزوجية، بالإضافة إلى بعض الأحكام لحماية الأسرة من الانفصال عندما تبدو بوادر من الشقاق، ويكون النشوز من الزوجة، وهي تلك الوسائل التي جعلها الله سبحانه وتعالى في هذه الحالة وذلك في قوله تعالى ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾[1] فيعظ ثم يهجر في المضجع ثم يضرب.

لكن إذا لم تجد الوسائل واستفحل الشقاق بين الزوجين واستمر كل منهما على عناده فإنه في هذه الحالة وضع الحق سبحانه وتعالى حلا آخر لمعالجة وإنهاء هذا الوضع بعد الوسائل الوقائية التي أشرنا إليها، وهي الطلاق الذي يمر عبر إجراءات مسطرية وهو ما سنحاول توضيحه في هذا المقال بحول الله تعالى.

الإشكالية:

ماهي الإجراءات المسطرية التي يسلكها طالبو التطليق للشقاق؟

وما هي الآثار التي تترتب عن التطليق للشقاق؟

الأهداف:

-الكشف عن الفجوة بين التنظير والتطبيق.

-الجمع بين الجانب النظري والجانب العملي لتقديم رؤية شاملة ومتوازنة.

-بيان ما يترتب عن التطليق من آثار.

وقد عالجت هذا البحث في مقدمة تضمنت الأهمية والإشكالية والأهداف، ثم محورين وخاتمة.

المحور الأول: الإجراءات المسطرية للتطليق للشقاق

لقد تناولت مدونة الأسرة المغربية الشقاق قبل حالات التطليق الأخرى وجعلته سببا لطلب التطليق سواء من قبل الزوج أو الزوجة.

فمسطرة الشقاق تنقسم إلى قسمين هناك مسطرة الشقاق الأصلية وهناك مسطرة الشقاق التبعية، ثم تتخذ المحكمة إجراء آخر وهو إجراء الصلح في غرفة المشورة.

المطلب الأول: المسطرة الأصلية والتبعية.

أولا: مسطرة الشقاق الأصلية:

إن الشقاق كموضوع طبقا لمقتضيات المواد 94 -95 96- 97 المنظمة له يعتبر مسطرة أصلية، أي أنه يمكن اللجوء إليه مباشرة لطلب التطليق.

ومسطرة الشقاق تتم بتقديم طلب لحل النزاع من أحد الزوجين أو منهما معا إلى المحكمة التي تقوم بإجراء محاولة إصلاح ذات البين، وذلك بانتداب حكمين، أو من تراه مؤهلا لذلك ويتعين على الحكمين أو من في حكمهما بذل الجهد لإنهاء النزاع المستحكم، فإن نتج عن المحاولة صلح بين الزوجين حرر الحكمان تقريرا ضمنا به أسباب الخلاف والحلول المتفق عليها لإنهائه[2] وإذا فشلت محاولة الصلح واستمر الشقاق فإن المحكمة تثبت ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات التي تشمل مؤخر الصداق إن وجد، ونفقة العدة والمتعة التي يراعى في تحديدها مدة الزواج والوضعية المادية للزوج (المادة 84).

ويتضح مما تقدم في إيجاز أن قضاء الأسرة المختص في الموضوع يتقيد بإجراءات خاصة ومحددة حين ترفع إليه دعوى التطليق بسبب الشقاق وتتلخص الإجراءات القانونية واجبة الاتباع فيما يلي:

1. تقديم طلب حل النزاع إلى المحكمة المختصة (القضاء الأسري)، التي تقوم بكل المحاولات اللازمة لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82.
2. يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين، وإذا توصلا إلى الصلح يحرران مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان. ويرفعانه إلى المحكمة التي تتولى تسليم نسخة منه لكل واحد من الزوجين وتحفظ الثالثة بملف النزاع بعد الإشهاد من طرفها على نجاح الصلح.
3. إذا فشلت محاولة الصلح بين الزوجين حرر تقرير بذلك يرفعه الحكمان إلى المحكمة لاتخاذ القرار المناسب.
4. وفي حالة عدم توصل الحكمين إلى الاتفاق على تحديد مسؤولية كل واحد من الزوجين في النزاع أو في مضمون التقرير رفع الأمر إلى المحكمة التي تتخذ ما تراه ملائما من إجراءات.

وفي حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تحرر المحكمة محضرا بذلك وتحكم بالتطليق بسبب الشقاق وبمستحقات الزوجة والأولاد في حالة وجودهم طبقا للمواد 85 – 84 – 34 من مدونة الأسرة مع مراعاة مسؤولية المتسبب منهما في الفراق.

ثانيا: مسطرة الشقاق التبعية:

تنص المادة 45 التي تأتي في إطار المقتضيات المنظمة للتعدد في الفقرة الأخيرة منها على أنه "إذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها، ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 97/94" ومن هنا تأتي

الصفة التبعية لهذه المسطرة أي أن اللجوء إلى مسطرة الشقاق في هذه الحالة لاحق على مساطر سابقة وتتمثل في مسطرة الإذن بالتعدد الوارد في المواد من 40 إلى 45 من مدونة الأسرة وهي كالتالي:

1. تقديم طلب الإذن إلى المحكمة مع بيان الأسباب الموضوعية والاستثنائية المبررة له، مع إرفاقه بإقرار الوضعية المادية لصاحبه.

2. بعد ذلك يتم استدعاء الزوجة المراد التزوج عليها، وإذا لم تحضر لغير مبرر قانوني يبث في طلب الزوج غيابيا.

3. تجري المناقشة في غرفة المشورة بحضور الطرفين ويتم محاولة التوفيق والإصلاح بنيهما، وإذا تعذر استمرار العلاقة الزوجية تحدد المحكمة مبلغا لاستيفاء حقوق الزوجة وأولادها الذين يلزم الزوج بالإنفاق عليهم.

وإذا لم يتم إيداعه داخل أجل أسبوع من طرف الزوج فإن ذلك يعتبر تراجعا منه عن طلب الإذن بالتعدد.

4. إذا أصرت الزوجة المراد التزوج عليها على المطالبة بالتطليق، وتمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد تطبق مسطرة الشقاق.

5. أما المادة 100 فإنها تأتي في إطار المقتضيات المنظمة للتطليق للضرر، وتنص على إنه إذا عجزت الزوجة عن إثبات الضرر وأصرت على طلب التطليق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق أمام محكمة الأسرة أي بمجرد الادعاء بوجود شقاق دون اشتراط إثباته، تقوم المحكمة بمحاولة الصلح بإجراء مناقشة بين الزوجين في جلسة سرية، ثم انتداب حكمين من أهل الزوجين لإصلاح ذات البين بينهما، مع تكرار المحاولة مرة ثانية إذا كان للزوجين أطفال ويحرر الحكمان محضرا لنجاح الصلح طبقا للمادة 95، وتقوم المحكمة بالإشهاد عليه دون نفي إمكانية اللجوء إلى طرق أخرى كالاستعانة بالمتخصصين في المجال مثل المساعدات الاجتماعية.

6. أما إذا فشلت محاولة الصلح فإن المادة 95 أضافت مهام وصلاحيات خطيرة للحكمين تتجاوز اختصاصهما كمسلحين وتعلو بشأنهما لممارسة مهام تدخل في اختصاص الجهاز القضائي الشيء الذي يتجلى من خلال المادة 96 التي خولت لهما اختصاص تحديد مسؤولية كل من الزوجين في أسباب الفراق في تقرير كتابي تستند المحكمة له من أجل الحكم على المتسبب في الفراق بتعويض يؤديه للطرف الآخر.

7. إلا أن مسطرة الشقاق تثير جملة من الإشكالات، وفي مقدمتها إشكالية عدم تحديد مدونة الأسرة لطبيعة الشقاق المبرر للتطليق وعم وضع تعريف دقيق له، مما سيؤدي إلى تعدد الاتجاهات بخصوص ما يعد شقاق وما لا يعد كذلك[3].

المطلب الثاني: إجراءات الصلح في غرفة المشورة

عند وضع المحكمة يدها على القضية الرامية إلى التطليق للشقاق، فإنه يتوجب عليه القيام بمحاولة الصلح في غرفة المشورة، ومحاولتين إن كان هناك أولاد تطبيقا للمادة 82 من المدونة، وذلك باستدعاء الزوجين إلى غرفة المشورة وبحضور المحامين قصد إصلاح ذات البين بين الزوجين، ولم تشمل الأسرة، كما يمكن لها أن تستمع إلى الشهود ولمن ترى فائدة في الاستماع إليه.

لكن هل المناقشة بغرفة المشورة بالطريقة التي تمر بها توفر ظروفا ملائمة بين الطرفين؟

فالمناقشة داخل هذه الغرفة تكون بهيئة ثلاثية وبحضور المحامين أي أن الزوجين سيضطران إلى الحديث عن أسرارهما الزوجية أما م ثلاثة قضاة وممثل النيابة العامة.

وكاتب الضبط وأمام المحامين سواء الموكلين من طرفها أو الذين ينتظرون الفصل في قضايا أخرى[4].

فعملية الصلح بهذه الطريقة قد لا تؤدي دوره حيث إن الطرفين أو أحدهما قد يتحفظ أو يتحرج من بسط مشاكله الزوجية وأسباب الخلاف الحقيقية خصوصا إذا تعلق الأمر بالفراش، وكان الأجدر والأحرى أن يكلف قاض منفرد وبدون حضور أي طرف آخر بإجراء محاولة الصلح، بحيث يناقش مع الزوجين بانفراد ويحاول أن يقرب وجهات النظر، ويثنيهما عن التطليق، وذلك أدعى لاطمئنان الزوجين وإفصاحهما عن الأسباب الحقيقية للخلاف، بل قد يصرحان بأسباب الخلاف الحقيقية[5]، مما يساعد في حل النزاعات وإعادة المودة بينهما وهو الغرض الأساس من عملية الصلح.

ويجد هذا الرأي سنده القانوني في المادة 83 وخصوصا في الفقرة الثانية منها حيث جاء فيها: "للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين وفي حالة وجود الأطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل على ثلاثين يوما"، فهذه المادة خولت للمحكمة أن تقوم بجميع الإجراءات التي تراها مناسبة لبلوغ الهدف والمقصد وهو الإصلاح بين الزوجين، فهي تخول للمحكمة أن تنتدب أي شخص تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين ولو كان هذا الشخص أميا أو جاهلا، والتفسير باعتماد الأولى والأحرى يخول لها انتداب أحد أعضائها وهو أهل ذلك[6].

ومن المعقول أن تكون الإجراءات الأولى للصلح سرية، وبين قاض والزوجين دون حضور أي طرف ثالث سواء المحامين أو كاتب الضبط لمساعدة الأزواج على الإفصاح عن جوهر المشكل الذي تعاني منه أسرتهما وكذلك ليسهل على القاضي مناقشة جميع المواضيع معها.

المحور الثاني: الحكم بالتطليق للشقاق وآثاره:

الزواج عقد رضائي يجمع بين الرجل والمرأة على أساس من المودة والرحمة والمعاشرة بالمعروف لكن إذا انتفى هذا الرضا وانقلبت المودة عداوة والرحمة قساوة والمعروف إلى منكر واشتد الشقاق وجب الفراق.

قال ابن العربي وهو يرد على من قال بأنه لا تجب الفرقة ولو ظهر ظلم بين الزوجين: فإن قيل: إذا ظهر الظلم من الزوج أو الزوجة فظهور الظلم لا ينافي النكاح بل يؤخذ من الظالم حق المظلوم ويبقى العقد، قلنا: هذا نظر قاصر يتصور في عقود الأموال، أما عقود الأبدان فلا تتم إلا بالاتفاق والتآلف وحسن التعاشر، فإذا فقد ذلك لم يكن لبقاء العقد وجه وكانت المصلحة في الفرقة.[7]

وأكثر من ذلك ودون أن تكون هناك عداوة أو بغضاء، ولكن إذا انتهى عنصر الرضا في الزواج وبطلب من أحد الزوجين يستجاب له بشرط أن يتحمل مسؤوليته عن الفراق بالإرادة المنفردة وهذا ما فعله الرسول صلى الله عليه وسلم مع امرأة قيس بن ثابت عندما لم تعد مقتنعة بزواجها وغير راضية عنه، حيث روى غير واحد: "أن امرأة قيس بن ثابت أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[8].

فأجابها إلى طلبها وحملها مسؤوليته، وذلك أن ترد على زوجها ما كان قد أصدقها، وكذلك الزوج إذا لم يعد راض عن الزوجة فله أن يطلق بمحض إرادته وعليه أن يتحمل مسؤوليته بتأدية مستحقات الزوجة من كالئ صداق ونفقة العدة ومتعة، فالإرادة المنفردة مصدر من مصادر الالتزام، لذلك ومن أجله إذا سعى أحد الزوجين في الفراق بإرادته المنفردة فمن الطبيعي أن يورث التزامه تعويضا للزوج الآخر نظير الضرر الذي لحقه[9].

وهذا ما سنحاول أن نبينه في هذا المطلب، بدراسة الحكم بالتطليق في مسطرة التطليق للشقاق وما يورثه من التزامات على الطرف الذي يتحمل مسؤولية الشقاق.

المطلب الأول: مميزات التطليق للشقاق وآثاره.

أولا: التطليق للشقاق طلاق بائن:

نص الفقهاء على أن الطلاق الذي يوقعه الحكمان[10] في الشقاق طلاق بائن فقد جاء في المنتقى: "وإن فرقا بشيء أخذه منها فهو خلع والطلقة بائنة وإن كانت بغير عوض فهي أيا طلقة بائنة قال أشهب، إذا فرقا بالبتة فهي واحدة بائنة وإن كانت طلقة بغير عوض، وإنما قلنا بأنها واحدة بائنة لأنها فرقة أوقعها حكم من غير اختيار الزوج ولا تمليكه فكانت بائنة كالفرقة بسبب العقد"[11].

وقال في الكافي: "وتفريقهما جائز على الزوجين وسواء وافق حكم القاضي البلد أو خالفه، وكلهما الزوجان أم لم يوكلهما، والفراق في ذلك طلاق بائن"[12].

وهو نفس ما سارت عليه مدونة الأسرة المغربية حيث جاء في المادة 122 من مدونة الأسرة، كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن إلا في حالتي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق.

ثانيا: التطليق للشقاق نهائي وابتدائي:

جاء في نص المادة 128 من مدونة الأسرة المغربية أن المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ طبقا لأحكام هذا الكتاب تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية وبالتالي فإن الحكم الصادر بالتطليق للشقاق لا يقبل الطعن فيما يتعلق بانتهاء العلاقة الزوجية.

إلا أنه يطرح السؤال حول الأحكام الصادرة بالتطليق للشقاق والتي اعتراها عيب يحكم عليها بالبطلان، كعدم إحالة ملف الدعوى إلى النيابة العامة التي تعتبر طرفا أليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام المدونة بنص المادة 3 منها جاء فيها: تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة.

ويوسم الحكم بالتطليق للشقاق بأنه ابتدائي في المستحقات أي طرفي الدعوى يحق لهم الطعن في الحكم واستئنافه فيما يخص المستحقات المادة 128 من مدونة الأسرة المغربية حيث جاء فيها: المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو الخلع أو الفسخ طبقا لأحكام هذا الكتاب تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية، فبدليل المخالفة الجزء القاضي بالمستحقات يقبل الطعن.

المطلب الثاني: الحضانة:

إن مشكل الحضانة لا يطرح بحدة إلا بعد انفصال ميثاق الزوجية وذلك لأسباب التطليق أو الطلاق، حيث تبرز مجموعة من المشاكل وأهمها حضانة الأطفال التي تعد من أهم ما يطرح أمام القضاء فمع انتهاء ميثاق عقد الزواج واستمرارية الطفل إلى التربية والرعاية فقد أوكل المشرع هذه المهمة إلى الأم، لأنها أحق بحضانته، خاصة في حياته الأولى، ويدل على ذلك ما رواه ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أن امرأة جاءت إليه في نزاع بشأن ولدها بينها وبين أبيه وقالت: يا رسول الله هذا ابني كان بطني له وعاء وحجري له دواء وثديي له سقاء، وأن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به ما لم تنكحي"[13].

وقد اتفق أئمة المسلمين على أن الأم أحق بالولد ما لم تتزوج آخر غير أبيه، والذي يدل على ذلك أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فارق امرأته جميلة أم عاصم ابنه، وشجر الخلاف بينهما بشأن عاصم فكل مهما ادعى حضانته لنفسه، فخاصمها عمر بين يد يأبي بكر الصديق الذي كان خليفة للمسلمين فقال أبو بكر: ريحها وحجرها وفراشها خير له منك حت يشب ويختار لنفسه"[14].

وسنتطرق الآن إلى تعريف الحضانة ثم لمن يكون حق الحضانة ثم مدة الحضانة.

أولا: تعريف الحضانة:

في اللغة: جاء في لسان العرب، الحضن ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما والجمع أحضان ومنه الاحتضان وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقيها وحضن الصبي يحضنه حضنا وحضانة.

وجاء في مختار الصحاح: ح ض ن: الحضن ما دون الإبط إلى الكشح، وحضن الطائر بيضه من باب نصر ودخل إذا ضمنه إلى نفسه تحت جناحيه وحضنت المرأة ولدها حضانة وحاضنة الصبي التي تقوم عليه في تربيته واحتضن الشيء في حضنه[15].

وفي الاصطلاح: هي تربية الصبي وحفظه وجعله في سريره وربطه ودهنه وكحله وتنظيفه وغسل خرقه وأشباه ذلك واشتقاقه من الحضن وهو ما تحت الإبط وما يليه.

وسميت التربية حضانة جوازا من حضانة الطير لبيضه وفراخه لأنه يجعلها تحت جناحيه فسميت تربية الصبي بذلك أخذا من فعل الطائر[16].

وعرفتها مدونة الأسرة المغربية في المادة 163 على أنها: "حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه"[17].

ثانيا: لمن حق الحضانة؟

أ. الحضانة حق للمحضون أو للحاضن؟

قال بعض العلماء بأن الحضانة حق للطفل حيث إن الشارع اعتبر كمصلحة المحضون إذ جعلها أساس إعطاء حق الحضانة وإزالته.

قال السرخسي: إن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم جعل الشرع ولاية ذلك من هو مشفق عليهم، فجعل حق التصرف إلى الآباء لقوة رأيهم مع الشفقة، وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة[18].

ومن أجل رعاية مصلحة الطفل فإن هناك من العلماء من يرى عدم جواز التنازل عن حق الحضانة من طرف الأم أو إجبارها على ذلك، حيث إنها إن اختلعت من زوجها بتركها ولدها عنده فإن الخلع جائز والشرط غير صحيح ويعلل ذلك لكون الولد عند الأم حق للولد فلا تملك الأم لإبطاله[19] لأنه إنما ينظر في الحضانة لما يحوط الصبي ومن يحسن إليه في حفظه وتعليمه الخير وبه قال ابن الماجشون[20].

وقال بعض العلماء بأن الحضانة حق للحاضن وأن من له حق الحضان إن أسقطها، قال ابن القاسم: سمعت مالكا قال في امرأة طلقها زوجها ولها منه ولد فرمته عليه استغلالا له فلي لها أن تأخذه، لأنها أ119قطت حقها في حضانته[21].

وفي ذلك يقول صاحب التحفة[22]:

الحق للحاضن في الحضانة **** وحال هذا القول مستبانــه

لكونه يسقطها فتسقـــط **** وقيل بالعكس فما إن سقط

ب. مستحقو الحضانة وتربيتهم

وسواء كانت الحضانة حق المحضون أو الحاضن فإن الأم تبقى هي الأحق والأجدر بتولي مهمة حضانة أطفالها الصغار وجمهور العلماء على ذلك[23] لقوله صلى الله عليه وسلم: "من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة"[24].

وانطلاقا من مدونة الأسرة وخاصة في المادة 171 يتبين مستحقو الحضانة وتربيتهم

"تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، مع جعل توفير مسكن لائق للمحضون مع واجبات النفقة".

فهذه المادة تبين بوضوح مستحو الحضانة وترتيبهم حسب الأولوية فأولاهم بها الأم، وهي أحق من الأب بذلك، وبعد الأب جاءت المادة بالجدة لأم، وإلا فالأمر يخول للمحكمة لإسناد الحضانة لمن هو أهل من بين الأقارب من دون تمييز في ذلك لمن هو من جهة الأب أو الأم.

ويجب على المحكمة أن تفرد لسكن المحضون تكاليف مستقلة عن واجبات النفقة وفق ما نصت عليه المادة 168.[25]

ثالثا: مدة الحضانة:

اختلف الفقهاء في مدة الحصانة على أقوال:

فإذا كان المحضون ذكرا، فإن مدة حضانته تستمر إلى أن يشعر (أي إلى أن ينبت أو يبدل أسنانه)[26].

والأصل في ذلك أن يكون عند أمه حتى يستغني عنها فيأكل وحده ويشرب وحده، ويلبس وحده ويستنجي وحده، فإذا بلغ هذا المبلغ يحتاج لأن يتعلم آداب الرجال والآداب أهدى إلى ذلك، ووقت ذلك أن يلغ سبع سنين أو أكثر[27]. فحينئذ يخير بين أمه وأبيه استنادا إلى الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "هذا أبوك وهذه أمك فخذ أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به"[28].

وقال المالكية بأنه لا يخير وإنما ينتقل إلى أبيه لأن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه وما يصلح له[29].

أما إذا كان المحضون أنثى ففي قول تنتقل إلى أبيها بمجرد بلوغها سبع سنين وقيل تسع سنين بلا تخيير، والأصل من ذلك أن تبلغ مبلغا يقع عليها شهوة ويجامع مثلها، لأنه ا تحتاج إلى من يحضنها والأب أولى بها، ولأنها تقارب الصلاحية للتزويج وإنما تخطب من أبيها[30] وجاء في المبسوط أنها تبقى عند أمها حتى تحيض[31]،وفي قول آخر أن حضانتها تتمر إلى أن تتزوج ويدخل بها زوجها وهو مشهور المذهب المالكي[32]، وفي ذلك يقول صاحب التحفة:

وفي الإناث للدخول المنتهى **** والأم أولى ثم أمها بها

أما المشرع المغربي فقد وحد سن الحضانة في بلوغ سن الرشد القانوني سواء كان المحضون ذكر أو أنثى ويخير المحضون بين أبويه عند انفصام العلاقة الزوجية ببلوغه 15 سنة، حيث نصت المادة 166، من المدونة على أنه:

"تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء، بعد انتهاء العلاق الزوجية يحق للمحضون الذي أتم الخامسة عشرة سنة أن يختار من يحضنه من أبيه وأمه".

خاتمة

ويمكن إجمال ما خلصت إليه من زبدة القول كالأتي :

1} اتفاق الشرع والقانون على مسألة توسيع دائرة حالات التطليق وذلك من خلال تركيز الأول على اعتبار الشقاق أخر ما يلجأ إليه بعد مجموعة من الحلول و إضافة الثاني حالة التطليق للشقاق إلى باقي الحالات المنصوص عليها في المادة 98.

2} إلا أنه رغم هذا الاتفاق فان هناك قطيعة واضحة لا تخفى على كل متتبع للموضوع ، ذلك أن القانون جعل مسألة الطلاق بيد القاضي و هذا يقتضي توثيق الطلاق لكن كيف يكون الحال عند إلقاء الرجل ليمين الطلاق على زوجته ؟فلا شك في أن الشرع يعتبر ذلك طلقة أما القانون مادام الطلاق لم يوثق فلا يعتبره طلاقا

أما مسألة مسطرة الشقاق :فلا شك في أن المشرع توخى من خلالها تحقيق مبادئ أساسية تتجلى في توفير عاملي السرعة والبساطة وكذا عمل اليسر ،كما أنها أتاحت للزوجين معا ممارسة الطلاق و التطليق بعدما كان الأول حكرا على الزوج و الثاني على الزوجة .

و هكذا نخلص إلى أنه رغم كل هذه الايجابيات التي قمنا بتعدادها طوال الحديث عنها في هذا البحث فانه تعترضنا صعوبات كثيرة، كما تنطوي على سلبيات جلية.

وتتجلى أولها: في سهولتها ويسرها ، الشئ الذي سيجعل الأزواج يقبلون عليها بكثرة ولو لأتفه الأسباب .

وثانيها: عدم تعريفها "للشقاق" بشكل دقيق العامل الذي سيخلق حساسية بين مختلف المحاكم في مسألة ما يعتبر شقاقا وما لا يعتبر كذلك، وبالتالي تعدد اتجاهات التكييف.

ثالثها: سكوتها الواضح عن مسألة تجاوز المحاكم للبث في دعاوى التطليق للشقاق هي غالبا ما تنتهي بالطلاق ،كما أنها ستقضي بشكل نهائي على دعوى التطليق والتي لن نرى لها أثرا في القريب .

وهكذا خلصت في نهاية هذا المقال إلى أن التطليق للشقاق بكل ايجابياته وسلبياته ما هو إلا وسيلة وضعها المشرع لإنهاء علاقة فاشلة سادها التشويش وطفا على سطحها الخلاف، بدل المعاشرة بالمعروف وسكون كل منهما إلى الأخر وتبادل المودة والرحمة، إلا أن هذا الإنهاء لم يترك المشرع هكذا بل بادر بإصلاح ما يمكن إصلاحه في مثل هذه الحالة وذلك بإقرار مبدأ الحكيم وتنصيصه على جلسات الصلح.

الهوامش:

[1] ـ سورة النساء

[2] ـ الدليل العلمي لمدونة الأسرة، مطبعة فضالة، المحمدية، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1 – 2004، وزارة العدل الصفحة 71

[3] ـ خديجة الركاني، (محامية بهيئة البيضاء) مسطرة التطليق للشقاق عدد 1771 /29 – 11 – 03

[4] ـ حيث إن حضور المحاميين بغرفة المشورة خصوصا غير الموكلين في القضية يجعل من المناقشات داخل الغرفة تحيد عن هدف المرجو منها، الفل في توفير ظروف ملائمة لجعل الطرفين يفصحان عن مشاكلهما الشخصية بحرية دون أي تحفظ.

[5] ـ التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة ص 103

[6] ـ التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة ص 104

[7] ـ أحكام القرآن لابن العربي 425/1

[8] ـ أخرجه البخاري كتاب الطلاق، باب الخلع وكيفية الطلاق في رقم الحديث 4871 والنسائي في سننه كتاب الطلاق باب ما جاء في الخلع رقم الحديث 63 وابن ماجة في سننه كتاب الطلاق باب المختلعة تأخذ ما أعطاها رقم الحديث 2056.

[9] ـ أما إذا تعلق الأمر بالشقاق والخلاف والنزاع فالأمر مختلف حيث إن الضرر أصبح ضررين ضرر السبب في التعاسة للطرف الآخر وضرر الفراق الذي هو هدم بنيان الأسرة، الأمر الذي يستلزم تعويض الطرف المتضرر بمراعاة ذلك.

[10] ـ بالنسبة لمن يرى بأن للحكمين الجمع والتفريق

[11] ـ المنتقى شرح الموطأ مالك دار الكتاب العربي، ط 1332هـ/ 1914م ص 214

[12] ـ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص 278

[13] ـ أخرجه أحمد بن عبد الله بن عمر رقم 716، ج2، ص 603 وأخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب الطلاق رقم 1411 – 1990 ج 2 ص 226

[14] ـ المحلى لابن حزم الأندلسي ج10 ص 327

[15] ـ مختار الصحاح مادة حضن ص 60

[16] ـ المغني 82/6

[17] ـ وهو نفس التعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري في المادة 62 والمشرع التونسي في الفصل 54 وذلك بنفس اللفظ

[18] ـ المبسوط للسرخسي207/5

[19] ـ كتاب النفقات، الإمام أبي بكر أحمد بن عمر بن مهير الخصاف الشيباني مع شرح حسام الدين أبي محمد عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري، تحقيق الشيخ أبو الوفا الأفغاني بيروت دار الكتاب العربي 1984 ص 106

[20] ـ الكافي في فقه أهل المدينة ص 296 والتحصيل 327/5 المبسوط 169/6

[21] ـ البيان والتحصيل 327/5 الكافي في فقه الإمام أحمد 246/3

[22] ـ إحكام الأحكام على تحفة الحكيم فيما يلزم القضاة من الأحكام ص 141

[23] ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 1033/3، تحقيق ماجد الحموي، دار ابن حزم ط 1 1416هـ /1995م

[24] ـ الحديث أخرجه الترمذي في سننه باب ما جاء في كراهية أن يفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع حديث رقم 1301

[25] ـ جاء في المادة 168 من مدونة الأسرة تعتبر تكاليف سكن المحضون مستقلة في تقريرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرها.

[26] ـ إحكام الإحكام ص 142

[27] ـ كتاب النفقات ص 25/23

[28] ـ أخرجه أبو داوود في سننه كتاب الطلاق باب من أحق بالولد حديث رقم 2277.

[29] ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد 1032/3 /المغني 239/8

[30] ـ الكافي في فقه الإمام أحمد 247/3، المغني 241/8، مختصر الخرقي 114 في كتاب النفقات

[31] ـ المبسوط 207/5

[32] ـ إحكام الأحكام ص 504