الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة د . الطاهر مولاي – سعيدة –
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

حق المطلقة الحاضنة في السكن

مذكـرة لنيــل شهــادة المـاستــر
التخصـص : قانون أسرة

من إعداد الطالب :
عماري محمـد

تحت إشراف الأستاذ :
عثماني عبد الرحمن

لجنة المناقشة

الدكتور : حمامي ميلود ..... أستاذ بجامعة سعيدة ..... رئيسا
الدكتور : عثماني عبد الرحمن ..... أستاذ بجامعة سعيدة ..... مشرفا و مقررا
الدكتور : مرزوق محمد ..... أستاذ بجامعة سعيدة ..... عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2015/2014

مقدمة

الأسرة نواة المجتمع و يكون كيفما تكون من صلاح و فساد ، لذلك اهتمت بها الشرائع السماوية كما أنها كانت محور بحث و تنظير الفقهاء و العلماء في شتى الاختصاصات و في كل المجتمعات ، فلم نجد مجتمع من مجتمعات العالم يخلو من فقيه أو باحث في مجال الأسرة . و في الشريعة الإسلامية نرى الاهتمام أكثر و ضوحا، فوضعت لها القواعد التنظيمية على أحسن تكوين و أولاها القران الكريم عناية بالغة باعتبارها حصن الفرد و المجتمع و المدرسة التي تربي الجيل

و قد تحسب الشارع الكريم إلى كل احتمالات النتائج التي تظهر من خلال دوام العلاقة فيما بين ركني الاسرة و الرجل و المرأة و نظمها بتنظيم دقيق و حكيم ، ومن أهم ما تحسب له تكدر صفو العلاقة و انعدام الانسجام الذي يؤدي إلى تفكيك الأسرة.

و من هنا شرع الله الطلاق عند توفر أسبابه و دواعيه ، ارتكابا لأخف الضررين ، و انتفاء لوجه المصلحة في رابطة زوجية أوشكت على الإفلاس ، و قاربت من خطر جسيم ، و مع ذلك فإن الشارع لم يبح الطلاق على إطلاقه ، و لم يفتح له الباب على مصرعيه ، حتى يكون غرضا لكل صاحب هوى و شهوة في التذوق ، و الإفلات من المسؤولية ، بل وضع له قيودا للتضييق من دائرته ، و الحد من اتساعه ، و كبح جماح من تسول له نفسه العبث بأقدس الروابط و أوثق العهود و المواثيق فلا يلجأ إليه إلا عند الضرورة الملحة ، و انسداد مخارج الصلح و الإصلاح، على عكس ما نراه اليوم من تسارع وتيرة الطلاق ، و تعاظم خطره حتى غدا مدمرا للبيوت ومشردا للأسر و العائلات.

ومن هذه المقدمة البسيطة نرى الاهتمام الكبير و الواضح تجاه الأسرة ، مما يدعونا ذلك إلى الاهتمام بشكل أكبر بالقواعد القانونية الوضعية المنظمة لتلك الحالة

ومن المشاكل التي تثار عند انحلا الرابطة الزوجية المتعة أو التعويض ، النزاع حول متاع البيت، الحضانة و السكن العائلي ، و يعتبر هذا الاخير من أهم المشاكل التي تواجه الأسرة الجزائرية لما لها من أثار وخيمة على الزوجة و الأولاد، ويتفاقم الخطر عندما لا تجد المطلقة مكانا يأويها مع أولادها ، ولا يعطى لها الحق في المسكن مما ينعكس سلبا على ممارسة حضانة أولادها.

إن قانون الأسرة الجزائري ، حاول معالجة هذه المعضلة من خلال المادة 52 منه – قبل التعديل –التي تنص على ضرورة إعطاء مسكن الزوجية للأم الحاضنة في حالة توفر شروط معينة ، و سقوطه في غياب هذه الشروط و الانتقادات التي وجهت لهذه المادة إلى تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الامر **02/05** المؤرخ في: **2005/02/27** والمزايا التي جاء بها هذ التعديل هذا الأخير الذي صار موضوع الساعة باعتباره يعالج موضوعا جديدا ، الذي جعل من الطلاق إحدى أهم طرق الحصول على مسكن في مجتمع تعلن الدولة صباحا مساءا أنها عاجزة عن حل مشكل السكن

و في ظل هذه الترسانة من النصوص، حاول المشرع الجزائري تنظيم مسألة السكن العائلي بعد فك الرابطة الزوجية لذلك نتساءل من له حق البقاء في السكن العائلي بعد فك الرابطة الزوجية؟ وهنا يجب التمييز بين مرحلتين :

الاولى – خلال فترة العدة – ما دام لكل طلاق فترة عدة، يجب على المطلقة أن تقضيها كاملة . و الإشكال الذي نطرحه هو : أين تقضي المطلقة عدتها؟

الثانية – بعد انتهاء فترة العدة – لمن يثبت حق البقاء في السكن العائلي بعد الطلاق هل يثبت للزوج المطلق؟ أم للزوجة المطلقة، و ما هي الشروط الواجب توافرها في هذه الأخيرة؟

هل كل سكن يشغله الزوجين قبل الطلاق يصلح لأن يكون محلا للممارسة الحضانة فيه؟ و إذا كانت الإجابة بلا ، فما هو الحل؟

الفصل الأول

السكن العائلي أثناء فترة العدة

إن الحياة الزوجية لا تقوم إلا على المودة و السكينة وحسن المعاشرة و أداء كل من الزوجين ما عليه من واجبات، حتى يجعلا من البيت الزوجي مهدا يأويان إليه و ينعمان في ظلاله بالاستقرار حتى يتمكنا من تنشئة أولادهما تنشئة صالحة

لكن في بعض الأحيان يحدث شقاق بين الزوجين تستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية و يصعب العلاج و تنتهي جميع وسائل الإصلاح، و لا يبق من حل سوى فك الرابطة الزوجية بينهما بأية طريقة من الطرق ، و بعد وقوع هذا الأخير يترتب عليه أثار من أهمها مسألة العدة الشرعية التي على المرأة الالتزام بها وفق الأوصاف و المدة التي أشار إليها القانون أو التي وردت في الأحكام الشرعية و الفقهية.

و السؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل كل مطلقة ملزمة بالعدة؟ وهل يحق لها البقاء في مسكن الزوجية أثناء فترة العدة؟

سوف ندرس ضمن هذا الفصل الأول مفهوما للسكن العائلي ضمن المبحث الأول، و مفهوم العدة، في المحبث الثاني ، أما المبحث الثالث نخصصه لحق المطلقة المعتدة في السكن العائلي.

المبحث الأول

مفهوم السكن العائلي

نص المشرع الجزائري في المادة **78** من **قانون الأسرة** ، على حق الزوجة في نفقة السكن و جعلها في المرتبة الرابعة بعد الاكل و الملبس و العلاج ، ذلك لأنه من واجبات الزوج نحو زوجته أن يوفر لها سكنا عائليا للعيش فيه بأمان ، غير أن المشرع الجزائري لم ينص على الشروط الواجب توافرها في مسكن الزوجية.

لذلك سوف نتعرض في هذا المبحث إلى تعريف السكن العائلي في المطلب الأول نحاول من خلاله تعريف السكن العائلي في الشريعة الإسلامية ثم في القانون المقارن ، و نأخذ على سبيل المثال * القانون الفرنسي* و أخيرا تعريف السكن العائلي في القانون الجزائر يثم نتناول في المطلب الثاني المواصفات الشرعية لهذا السكن

1-القانون رقم11/84 المؤرخ في:09يونيو 1984.المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر رقم02/05 المؤرخ في : 2005/02/27

المطلب الأول : تعريف السكن العائلي

إن المسكن : هو كلمة لاتينية *Domry* يقصد به الدار أو المنزل، تفيد في تعيين مكان الإقامة الثابت ، و يسمح بتحديد مكان الشخص من الناحية الجغرافية[1]

و للوقوف على تعريف المسكن العائلي يجدر بنا أن نرجع في تعريفه إلى الشريعة الإسلامية ، ثم تعريفه في القانون مع المقارنة ببعض القوانين الوضعية

الفرع الأول مسكن الزوجية في الشريعة الإسلامية

لقد تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريف مسكن الزوجية بأنه منزل مستقل مغلق خال من أهله و أهلها ، فلا يسكن أحد غير زوجها و اولادها منه لأن راحة الزوجة في مسكنها حق من حقوقها ،

و بالتالي لا يجوز للزوجة ان تسكن معها أحد أفراد عائلتها و حتى ابنها من فراش أخر إلا إذا رضي الزوج بذلك ، و نفس الشيء بالنسبة للزوج، فلا يمكنه إسكان أحد أفراد عائلته إلا بموافقة الزوجة[2] و استدل فقهاء الشريعة الإسلامية في ذلك لقوله تعالى:* يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن*[3]

و هنا نجد الله سبحانه و تعالى يأمر الزوج بإسكان المطلقة ، و عليه فإنه من باب أولى إسكان الزوجة مادامت في عصمته.

الفرع الثاني: مسكن الزوجية في القانون الفرنسي

يعتبر السكن العائلي مال مميز عن الاموال الاخرى ،لأنه يضم و يحمي الأسرة، ولذا اعتنى به المشرع الفرنسي و قرر له حماية خاصة و مزدوجة ، فقد تعرض لهذه الحماية في إطار النظام المالي الأولي و الإلزامي للزوجين، حسب أحكام المادة 215 من القانون المدني الفرنسي، وتطرق إلى حماية إيجار المسكن العائلي من ناحية أخرى طبقا لأحكام المادة1751 من القانون السالف الذكر. و عليه سوف نتعرض إلى حماية الحقوق الضامنة للسكن العائلي ثم إلى حماية الإيجار الخاص به.

1-بوقدرة أم الخير* مسكن الزوجية* مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص-كلية الحقوق-بن عكنون-الجزائر-ص02-سنة2001-2002.

2-الشيخ الإمام الزاهدأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي:المذهب في فقه الإمام الشافعي-ج2-مطبعة عيسى البابلي الحلبي و شركاؤه-مصر- ص162، دون ذكر تاريخ الطبعة

د/رشيد مسعودي "النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه-كلية الحقوق- بجامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،ص59- سنة2005-2006

3-سورة الطلاق:الاية رقم06

أولا : حماية الحقوق الضامنة للسكن العائلي

قبل التطرق إلى هذه الحماية لابد أن نبين ما هو السكن العائلي الذي تحميه المادة **215** من القانون المدني الفرنسي. فالسكن العائلي حسب مفهوم المادة الذي تم اختياره لإقامة العائلة باتفاق مشترك بين الزوجين من أجل المعيشة المشتركة ومصلحة الأولاد، و مادام السكن العائلي مال مميز خاص بالأسرة، أقر له هذه الحماية و أدرجه في النظام المالي الأولي الخاص بالزوجين و بالتالي يخرج من هذه الحماية المساكن التالية،

أ-السكن الوظيفي:

الممنوح للموظف أو العامل الاجير الذي يشغله مع أسرته، لأن هذا المسكن يمكن استرداده من الشركة في حالة توقيف أو تسريح الموظف[1]

السكن المختار بإرادة منفردة:

فالسكن المحمي يقتضى المادة **03/215** هو ذلك السكن المشترك الذي تم اختياره باتفاق الطرفين لأنه ابتداء من سنة **1975** أصبح من الممكن أن يكون لكل من الزوجين موطن مختلف دون المساس أو التعدي على القواعد الخاصة بالمعيشة المشتركة[2]

ج-السكن الثانوي:

هو ذلك السكن المشترك الذي يختاره الطرفان للإقامة الثانوية فيه، و بالتالي هل هو محمي قانونا، كما هو الحال بالنسبة للمسكن الأصلي؟ و في هذه الحالة متى عرض الأمر على القاضي فإنه يقرر في أيهما تقيم العائلة بصفة فعلية، و ذلك من أجل حماية حقوق الأسرة من جهة و حماية الدائنين من جهة أخرى.

1-د/رشيد مسعودي – المرجع السابق- ص:56

2- نفس المرجع السابق- ص:56

ثانيا : الحقوق الضامنة للسكن العائلي

لا يستطيع أحدج الزوجين بمفرده التصرف في الحقوق الضامنة للسكن العائلي سواء كانت حقوق عينية أو شخصية باعتبارها غير قابلة للتصرف أو التنازل

إن هدف المشرع الفرنسي من تقييد سلطات الزوجين فيما يخص التصرفات التي تقع على الحقوق الضامنة للسكن العائلي و التي تتم بصفة فردية حتى و لو كان الزوج مالكا ، دون موافقة و اشتراك الزوج الأخر ، تهدف إلى حماية العائلة و الحفاظ على مصالحها و حتى يكون هذا التصرف صحيحا و منتجا لأثاره، لابد أن يكون باشتراك الزوجين وترابطهما معا، و إلا اعتبر قابلا للإبطال [1]

ثالثا : حماية إيجار السكن العائلي

لقد نص المشرع الفرنسي في المادة **1751** من القانون المدني الفرنسي * يعتبر حق الإيجار لغير المحلات التجارية و المهيمنة لكلا الزوجين، حتى ولو كان مبرما قبل الزواج للمحلات المستعملة بصفة فعلية لسكنهما مهما كان نوع النظام المالي المطبق عليهما حتى مع وجود اتفاق مخالف لذلك*

من خلا استقرارئنا لهذه المادة نجد أن المشرع الفرنسي يحمي الأيجار الخاص بالمحلات المستعملة بصفة فعلية لسكن الزوجين ، و على هذا يستبعد القضاء في كثير من الأحيان الإيجارات الخاصة بالإقامة الثانوية و كذا الإيجار المشترك الزراعي و التجاري و المهني و المختلط.

ومن هنا يكون لكلا الزوجين الحيازة المشتركة للسكن العائلي و التضامن فيما يخص دفع بدل الإيجار باعتباره دينا مترتبا في ذمتهما خاص بإدارة البيت لأحكام المادة **1751 و 226** من القانون المدني الفرنسي ، و بالتالي لا يجوز لأحدهما التصرف فيه دون موافقة الأخر.كالتنازل أو إنهاء الإيجار أو التنازل عن كل جزء من حقوق المستأجر، و كل واحد يستطيع ممارسة حقوقه بصفته مستأجرا كحق البقاء[2]

الفرع الثالث : مسكن الزوجية في القانون الجزائري:

لم يعرف المشرع الجزائري مسكن الزوجية في قانون الأسرة ، و إنما ذكره كعنصر من عناصر النفقة التي يلتزم بها الزوج اتجاه زوجته و أولاده و ذلك في المادة **78** التي تنص :*تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج، و السكن أو أجرته...*[3]

1-د/رشيد مسعودي –المرجع السابق- ص:57

2- نفس المرجعأعلاه-ص: 58

3- المادة 78 من القانون 11/84 المؤرخ في 09يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27

إذن فمن واجبات الزوج توفير سكن لزوجته للعيش فيه لكننا نجد أن المشرع الجزائري نص على السكن كذلك في المادة **355** من قانون العقوبات بقوله:* يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك و لو متنقل متى كان معدا للسكن...*[1]

أما فقهاء القانون ومنهم الدكتورة* هجيرة دنوني* فقد عرفت المسكن الزوجي بأنه:

*نقطة التقاء عناصر مادية و معنوية بالإضافة إلى اعتبارات أخرى من النظام القانوني، الاجتماعي و الإنساني *، و أضافت قائلة حسب رأي الفقيه*HERBAUD* .(يجب أن يستجيب السكن للشروط اللازمة حتى العائلة بشرف)

و حسب رأيها فإن تحديده يفترض تقديرا ماديا و معنويا للأثاث الذي يتكون منه، و عليه فمسكن الزوجية يقوم على ثلاثة عناصر هي :

1. عنصر بشري يتمثل في : الزوجين و الاولاد
2. عنصرمعنوي يتمثل في : الروابط و العلاقات التي تجمع الزوجين و أولادهما بقصد تحقيق المودة و الرحمة بين الزوجين.
3. عنصر مادي يتمثل في :الأثاث و اللوازم الضرورية للمعيشة ، بحسب العرف و العادة و بحسب سد حاجيات الأسرة العامة[2]

لكن الواقع الذي يعيشه المجتمع الجزائري أمام أزمة السكن ، قرر الفقه الجزائري بأن الزوج يكون قد وفر المسكن الشرعي إذا استطاع أن يوفر لها غرفة في شقة مع أهله ، بشرط أن تشتمل على مرافقها الضرورية ، و يجب على الزوجة الإقامة مع زوجها حيث يقيم و إلا اعتبرت ناشزة، و له أن يطلقها و يطلب التعويض لأنها متعسفة في استعمال حقها[3]

أما رأي الدكتور "رشيد مسعودي" هو أننا لا نستطيع الكلام عن السكن الشرعي للزوجين مع أزمة السكن و ضرورة مراعاة حالة الزوج و الزوجة المادية منها و الاجتماعية، بل يجب الأخذ بعين الاعتبار الظروف الزمنية و المكانية التي يعيش فيها هذا المجتمع[4]

1-المادة355 من القانون رقم 156/66 المؤرخ في 18صفر عام 1386 الموافق ل 08يونيو 1966 المعدل و المتمم بالقانون رقم: 15/04 المؤرخ في 2004/11/10 المتضمن قانون العقوبات الجزائري

2-بوقدرة أم الخير – المرجع السابق- ص:08

3-د/بلحاجالعربي" الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "، الجزء الاول ، ص:183- ديوان المطبوعات الجامعية- بن عكنون- الطبعة ثالثة- 2004.

4-د/رشيد مسعودي –المرجع السابق – ص:60

.

المطلب الثاني : المواصفات الشرعية للمسكن العائلي

لما كانت حاجة الزوجة قائمة للإيواء ، و حفظ النفس و المتاع ، فقد جعل الله تعالى سكنى الزوجة حقا من حقوقها ، على أنه يشترط فيه ما يلي:

1-أن يكون على قدر حالهما يسارا أو إعسارا، و يقصد هنا أن يكون ملائما لحالة الزوج الاجتماعية، فيه اللوازم الأساسية لحياة الأسرة ، و العرف هو المحكم في مسكن أمثاله.

2-أن يسكن الزوج زوجته في دار منفردة ليس فيها أحد من أهله، و قد اختص علماء الحنفية والمالكية بهذا الشرط و زاد المالكية أنه خاص بالشريفة.

و يقول الدكتور"محمد كمال الدين إمام": "يشترط أن يكون السكن خاليا من سكنى الغير حتى ولو كانوا من أهله و أولاده الكبار معها ، وليس للزوجة أن تسكن معها أحدا من من أولادها من غيره و أقاربها بدون رضاء الزوج"[1]

و ذهب الجعفرية إلى أنه لا يجوز أن يسكن الزوح أحدا مع زوجته ولو كان ولده الصغير ، لقوله تعالى:**"ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن"**[2]

و بناءا على هذا القول فإذا اشترطت الزوجة على الزوج عند العقد أن تكون في بيت مستقل فيتعين الوفاء بهذا الشرط لخبر"المسلمون عند شروطهم" و أما إذا لم تشترط عليه، فالعرف جار على إسكانها مع أهله دون نكير.

أما المشرع الجزائري لم ينص على الشروط الواجب توافرها في مسكن الزوجية بل ترك ذلك للاجتهاد القضائي الذي تدخل في أكثر من مرة في عدة قرارات نذكر منها :

1-د/محمد كمال الدين إمام- الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي- المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع- الطبعة الأولى1416ه /1996م: ص 141

2-المرجع السابق: ص142

أولا : أن يكون مسكن الزوجة مناسبا

و يقصد هنا مسكن الزوجية منابا لحالة الزوج المالية و بيئته و حال أمثاله من أبناء هذه البيئة[1]

كما يجب أن يشتمل المنزل على جميع المرافق و الأثاث اللازم لشؤون الأسرة، مع مراعاة يسار الزوج أو إعساره ، معناه متى كان الزوج غنيا فيمكنه توفير للزوجة مسكنا فخما مؤثث من جميع الضروريات ، و متى كان متوسط الحال أو فقير فيكتفي بتوفير مسكن متواضع لكنه يحوي كل المرافق الضرورية للعيش كالمطبخ ، الحمام ،... وفقا للعرف و العادة

ثانيا: أن يكون مسكن الزوجية مستقلا

و يقصد هنا أن يكون مسكن الزوجية بعيد عن الأهل، ولو لم تكن للزوجة قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج ، أو سبق لها و أن سكنت مع أهل زوجها[2] ، و يشترط في السكن المستقل أن يكون قائما بذاته و لو كانت مرافقه الاخرى مشتركة ، كما أن القضاء أقر هذا الحق و أكد على وجوب إسكانها مستقلة عن ضرتها ولو لم يثبت الضرر بمشاجرة و نحوها و إسكان الزوجة منفردة واجب لها كوجوب النفقة ، و عدم توفيره لها يعد من أسباب الإضرار بها[3] . كما أن تلبية طلب الزوجة في الانفراد بالسكن و رفض الرجوع إلى زوجها شريطة توفير سكن مستقل عن أهل الزوج لا يعد نشوزا[4] ، و يستوجب في كل الأحوال مراعاة إمكانيات الزوج المادية ومدى قدرته على توفيره .

1-المحكمة العليا (غ.أ.ش) بتاريخ 02 أفريل 1984 رقم 32653 : غير منشور.

2- المحكمة العليا (غ.أ.ش) قرار مؤرخ في 1971/03/03 ، نشرة القضاة 1972 – العدد02 ، ص :35 .

3-المحمكة العليا (غ.أ.ش) قرار مؤرخ في 1986/01/13 ، ملف رقم : 39390 ، م.ق 90- العدد02 ، ص : 62 .

4-المحكمة العليا (غ.أ.ش) قرار مؤرخ في 1999/02/06 ، ملف : 213699 – م ق 2001 – العدد الخاص- ص 219

المبحث الثاني

مفهوم العدة

تعد العدة من إنشاء الشارع الإسلامي بالنص الامر ، و هو مصدرها المباشر فإذا كان سببها من فراق أو طلاق صارت العدة تكليفا مأمورا به.

و لذلك أجمع الفقهاء على أن العدة فيها حق الشرع ، و هذا الحق – في أدائه- امتثال أوامر الله ، و طلب مرضاته ، و اتباع تعاليمه .

ومن هذه المقدمة البسيطة نرى أن أمر عدة النساء – عقب الفراق أو الطلاق – في الإسلام له شأن كبير مما يدعونا إلى تعريف العدة ة بيان دليل مشروعيتها ، ثم نتطرق إلى الحكمة من تشريعها .

المطلب الأول : تعريف العدة و دليل مشروعيتها

الفرع الأول : تعريف العدة

العدة في اللغة:

بكسر العين و تشديد الدال يقصد بها الإحصاء ، و يقال عددت الشيء عدة ، أي أحصيته إحصاءا. ومنه قوله تعالى :**(و إن تعدوا نعمة الله لا تحصوها)1**

و الأصل في ذلك كله من العدد و يراد بها المعدود، و يقصد بها عدة المرأة من وفاة زوجها أو طلاقه إياها[2] ، و منه قوله تعالى:**(إن عدة الشهور عند الله اثنا عشرا شهرا في كتاب الله ...)[3]**

العدة في الإصطلاح الشرعي :

فهي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي فارقها زوجها لانقضاء ما بقي من أثار الزواج بعد الفراق .

فالعدة-retrait e légale- هي تلك المدة تنتظرها الزوجة عقب وقوع الفرقة ، فتلتزم المرأة بالتربص عند وقوع الفرقة من نكاح صحيح بعد تمام الدخول بها، أو ما يقوم مقامه من الخلوة أو الوفاة ، أو بعد وطء بشبهة أونكاح فاسد ، فإذا توفر سبب من هذه الأسباب فلا ينبغي على المرأة أن تتزوج إلا بعد إنقضاء مدة العدة[4] .

و العدة في الفقه الإسلامي لها معان كثيرة ، فقد تناولها الفقهاء من زوايا مختلفة ، فعرفها كل منهم على حسب أصوله ن و ذلك على النحو التالي:

1-سورة إبراهيم- الأية :34

2-بلحاج العربي:"الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" الجزء الأول –ديوانالمطبوعات الجامعية- بن عكنون - الطبعة الثالثة – 2004، ص:184

3-سورة التوبة –الأية :36

4-العربي بلحاج، المرجع السابق،ص:185

أولا : تعريف العدة عن الحنفية

1-عرف بعض الأحناف العدة بأنها تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة المتأكد بالدخول أو الخلوة أو الموت

التربص في هذا التعريف ، قصد به أن تنتظر المرأة انقضاء المدة المحددة للعدة بمعرفة الشارع – أي المدة التي حددها الشارع الحكيم أجلا تنقضي به عدة المراة ،بعد ان زال ملك الرجل متعة امرأته[1] .

2-و عرف فريق من الأحناف العدة بأنها ،أجل حدده الشارع ، ينتهي بانتهائه ما بقي بين الرجل و امرأته من أثار الزواج . هذا الاجل يخل تحته كل أنواع العدة ، و بيان ذلك أن عدة ذوات الحيض ثلاثة قروء ، و عدة أولات الأحمال أن يضعن حملهن، وعدة اليائسة من المحيض و التي لم تحض ثلاثة أشهر، و عدة المتوفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام .

هذه الاجال مقدرة من المشرع الحكيم لانتهاء ما بقي من أثار النكاح ، بعد الفرقة ، سواء كانت فرقة من طلاق ، أو فرقة بموت، او فرقة من فسخ عقد الزواج، أو كانت الفرقة بعد وطء فيه شبهة[2]

3-وعند الأحناف تعريف ثالث للعدة بأنها تربص مدة معلومة تلزم المرأة بعد زوال النكاح.

هذا التعريف نص صراحة على أن المرأة هي التي تلتزم أجل العدة لأن الاية الكريمة نصت على أن **(والمطلقات يتربصن بأنفسهن.....)**، و التربص هنا ليس معناه – مجرد – الانتظار، و إنما هو انتظار فيه معنى إحصاء الأجل ، و مراقبة استبراء الرحم ، و الأمانة في التربص و الاستبراء.[3]

ثانيا : تعريف العدة عند الشافعية

عرف فقهاء الشافعية العدة بأنها اسم لمدة معدودة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها ، أو التبعد، أو لتفجعها على زوجها.

فالشافعية يعرفون العدة بأجلها ، و اعتبروا القصد منها براءة الرحم أو التبعد أو التفجع على زوج مفارق.[4]

1-أحمد نصر الجندي – عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق – دار الكتب القانونية ن المجلة الكبرى ن طبعة 1995 . ص 07

2-نفس المرجع أعلاه – ص 08

3-نفس المرجع – ص 09

4-أحمد نصر الجندي . المرجع السابق ص11

ثالثا : تعريف العدة عند المالكية

يقول المالكية ان العدة مدة يمتنع فيها فيها الزواج بسبب طلاق المرأة أو موت الزوج أو فساد النكاح – أراد المالكية- بهذا المنع – منع الرجل و المرأة ، و أن هذا المنع يراد به العدة.

قال بعض المالكية أن المدة تمتنع فيها المرأة عن الزواج ، فأخرج بذلك الرجل من مدلول العدة.

و قال أخر أن المدة الواردة في التعريف جعلت دليلا على تعرف براءة الرحم لفسخ النكاح أو موت الزوج أو طلاقه.

يرى المالكية أن الخلوة في الزواج تجب بها العدة، كما تجب بالدخول الحقيقي ، و قالوا في تبرير ذلك أن الخلوة مظنة الاتصال الجنسي فيكون له حكمه. و عندهم ايضا أن العدة تجب بالزنا ، و بخطف المرأة و سببها إذا غابت عن الخاطف مدة يمكن الوقاع فيها – اسموا المدة التي تعد فيها المرأة هنا "استبراء" أي مدة استبراء للرحم[1].

و حقيقة الأمر في الأجل الذي حدده الشارع الحكيم للعدة ، أنه لم يضرب – فقط – لتعرف براءة الرحم بدليل أن اللتي يئسن من المحيض ، و اللائي لم يحضن لهن أجل مضروب لعدتهن رغم برائة الرحم عندهن و لذلك فإن اجل العدة فيه معنى التعبد بإتباع ما أمر الله به ، و جعله أجلا ، و أمر أن يبلغ الكتاب أجله[2].

أما عن انتظار الزوج بعد فرقة زوجته فلا يعتبر عدة ففي بعض المسائل، شرع للزوج الانتظار لمدة معينة بعد فرقة زوجته ، و هذا الانتظار لا يسمى بالعدة ،و إنما إحصاء للعدة.

فالآيات القرانية الخاصة باجال العدة تخاطب المرأة كي تلتزم المراة الأجل ، و تتربص بنفسها خلاله، اما الاية العامة : **(يا أيها النبيء إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و أحصوا العدة....)** فقد طلبت –مجرد إحصاء – العدة و انتظارها إذا وجدت حالة تستدعي هذا الانتظار.

هذ الحالات محدودة ، و ليست مطلقة ، و كل حالة منها ترتب حكما بذاتها ، خاص بها و يحكمها نص خاص[3]. نذكر منها ما يلي :

1-الزواج بأخت امرأته التي – هي – في عدته . فالرجل إذا طلق امراته و أراد أن يتزوج أختها فإنه يحرم عليه الزواج بها حتى تنتهي عدة أختها (مطلقة)

1-المرجع السابق ص 12

2-المرجع السابق ص 13

3-أحمد نصر الجندي – المرجع السابق – ص 26

و هذا التحريم سببه قوله تعالى:(و أن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف) و إحصاء العدة هنا سببه مراقبة انتهاء الزوجية التي كانت قائمة حكما بعد الطلاق الرجعي ، و أثارها بالنسبة للطلاق البائن، و هذا الحكم قائم إذا أراد أن يتزوج عمة مطلقته أو أي امراة قريبة لها لو فرضت مطلقته رجلا لا يحل له الزواج بها

2-زواج أخت موطوءته في زواج فاسد أو بشبهة لأن لكل واحد منهما عدة بسبب الوطء، فلا يجوز للمطلق أن يجمع بينهما وبين أختها في العدة.

3-الزواج بخامسة، لا يجوز للرجل – إذا كان متزوجا بأرع نسوة يجمع بينهن – أن يتزوج عليهن خامسة، حتى يطلق واحدة منهن و تنقضي عدتها ، فالزواج **(مثنى ولاث و رباع)** وعدم الحل هنا سبب عدة مطلقته، لا عدة خاصة بالمطلق[1].

4- إذا كان الرجل قد تزوج ثلاث نسوة تم وطئ رابعة بشبهة الحل ثم فارقها فلا يجوز له أن يتزوج رابعة حتى تنتهي عدة من فارقها.

5-زواج معتدة الغير – بخلاف معتدته من طلاق رجعي – و الغير هنا كل رجل فارق امرأته و له عليها عدة، هذه المرأة لا يحل لأحد أن يتزوجها و هي في عدة مطلقها او من فارقها أو مات عنها[2].

6-زواج المطلقة ثلاثة. المقصود هنا الزوجة التي طلقها زوجها مرة، ثم مرة ، بمعنى أنها تعود لزوجها بعد الطلاق ، فإن طلقها الثالثة ، فقد اختلف الأمر بشأنها.

هذه المطلقة ثلاثا لا يحل لمطلقها أن يتزوجها – قبل أن تتزوج غيره ثم يفارقها هذا الزوج الثاني بإحسان ، و تنقضي عدتها منه شرعا قال عز وجل: **(الطلاق مرتان فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان)** فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجها غيره .

سبب منع الزواج بهذه المرأة ليس عدة للرجل الذي طلقها ، و إنما سبب النص على ضرورة "أن تحل له" و هي لا تحل له إلا إذا تزوجها غيره زواجا صحيحا شرعيا ثم يفارقها و تنقضي عدتها فالأجل هنا "أجل حلية المرأة" لمطلقها الأول مرة ثانية.

7-وطء المرأة الحامل من الزنا ، المرأة الحامل من الزنا يحل زواجها و هي حامل ، و لكن يحرم على من تزوجها أن يطأها و هي حامل حتى تضع حملها هذه مدة ينتظرها الزوج و لا تسمى عدة .

1-نفس المرجع أعلاه – ص: 28

2- نفس المرجع – ص: 29

8-وطء الحربية : إذا أسلمت امرأة في دار الحرب ، ثم هاجرت إلينا ، و كانت حاملا ، يحل زواجها – و هي حامل – و لكي لا يحل وطؤها حتى تضع حملها .

9-المرأة السبية في الحرب: هذه المرأة أسرت في الحرب ، فإذا تزوجت مسلم فلا يحل له وطؤها حتى تحيض حيضة واحدة ، او يمضي على زواجها شهر إذا كانت من اللائي لم يحضن لصغر أو كبر .

10- زواج الوثنية و المرتدة و المجوسية لا يجوز للرجل المسلم أن يتزوج واحدة منهن حتى تسلم[2] .

و من هذا المنطلق ، يتعين على الرجل ان يراقب عدة مطلقته ، حتى لا يتخذ عملا محرما عليه بحكم الشارع في خلال أجل العدة . ففي الحالات المذكورة سالفا تكون مراقبة المطلق أجل عدة مطلقته واجبة عليه ، و فيها معنى إحصاء العدة[3].

الفرع الثاني ، دليل مشروعية العدة

لقد جاء ما يدل على وجوب العدة من الكتاب و السنة و الإجماع بحيث ورد في كتاب الله جملة من الآيات بينت أنواع العدد و مقدارها و منها ما يستدل على مشروعيتها ، منها قوله تعالى:**(يا أيها النبيء إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و أحصوا العدة و اتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن ياتين بفاحشة مبينة و تلك حدود الله و من يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا)**[4]

وقوله عز وجل:**(والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء و لا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يومن بالله و اليوم الاخر و بعولتهن أحق بردهن في ذلك إن ارادوا إصلاحا و لهن مثل الذي عليهن بالمعروف و للرجال عليهن درجة و الله عزيز حكيم)**[5].فبينت الاية الكريمة العدة بالقروء و أحكامها ، ثم قال تعالى مبينا عدة اليائسة من المحيض و التي لم تحض ، و كذلك عدة أولات الأحمال: **(و اللائي يئسن من النحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر و اللائي لم يحضن و أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا)**[3].

1-أحمد نصر الجندي – المرجع السابق – ص: 29
2-المرجع المذكور أعلاه – ص:30
3-المرجع السابق – ص: 28
4-سورة الطلاق: الاية 01
5-سورة البقرة: الأية228
6-سورة الطلاق: الأية04

و لم يقف التشريع السماوي عند هذا الحد من البيان ، و إنما قال سبحانه و تعالى:**(و الذين يتوفن منكم و يذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر و عشرا فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن بالمعروف و الله بما تعملون خبير) (234)** سورة البقرة

كما يبين سبحانه وتعالى أن المطلقة التي طلقت قبل أن يمسها زوجها لا عدة عليها، **(يا أيها الذين ءامنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن و سرحوهن سراحا جميلا)**[1].

أما عن مشروعية العدة و دليل وجوبها فثابت أيضا في السنة و هذه بعض الأحاديث نذكر منها : حيث يحى بن قزعة ، حدثنا مالك ، عن هشام بن عروة ، عن أبيه عم ميسرة بن محرمة : "أن سبيعة نفست بعد وفاة زوجها بليال ، فجاءت النبي- صلى الله عليه و سلم – فاستأذنته أن تنكح ، فأذن لها ، فنكحت"[2].

كما روى عمر- رضي الله عنه- أن رجلا غاب عن امرأته و فقد ، فجاءته امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له، فقال : تربصي (انتظري) أربع سنين ، ففعلت ، ثم أتته فقال أين ولي هذا الرجل فجاءوا به ، فقال : طلقها : فقال عمر : تزوجي من شئت (الدار قطني)

كما قال رسول الله صلى الله عليه و سلم لثابت :"خذ الذي عليك و خل سبيلها" قال : نعم فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة واحدة و تلحق بأهلها"(النسائي)

و روي عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال: "لا يحل لامرأة تؤمن بالله و اليوم الأخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا زوج أربعة أشهر و عشرا" فضلا عن أحاديث كثيرة بينت العدة و أحكامها[3]

1-أحمد نصر الجندي – المرجع السابق- ص14

2-أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري الجعفري – صحيح البخاري- الجزء الأول طوقم للنشر طبعة 1992- باب الطلاق- ص 2038

3-أحمد نصر الجندي– المرجع السابق – ص 14

المطلب الثاني : حكمة تشريع العدة

بمجرد حصول الفرقة بين الرجل و المرأة ، سواء تم بسبب طلاق ، فسخ، و فاة، أو غيرها....، فينبغي على المراة المدخول بها ان تعتد بما فرض الله من عدة، و ذلك حفاظا على كرامة الأسرة، و رعاية لها من التحلل و التفكك و اختلاط الأنساب.

و لقد كانت العدة في الجاهلية حولا كاملا، و كانوا لا يكادون يتركونها، إلى أن جاء الإسلام، و أقر العدة و أدخل عليها بعض التعديلات بما فيها من مصالح و ذلك بتقليص مدة العدة تخفيفا و رحمة بالمرأة أما حكم مشروعية العدة فيتجلى في النقاط التالية:

1-براءة الرحم و ذلك للحفاظ على الأنساب و منع اختلاطهما ، لأن الأصل أن العدة لمن دخل بها زوجها ، فتمتنع عن الزواج باخر حتى تتأكد من فراغ رحمها[1].

2-أجل العدة فيه معنى الترحم على زوج توفى أو اعترف بزواج سابق كان قائما على المودة و الرحمة أفضى فيه كل زوج لصاحبه ، و لذلك يتعين أن يكون أجل العدة فيه معنى الترحم على عقد زواج انفرد رباطه بإحسان بعد يأس من الإمساك عليه بمعروف قال تعالى:**(فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف)[2].**

3-إعطاء الزوج المطلق فرصة لمراجعة زوجته ما دامت معتدة في الطلاق الرجعي ، فالعدة هي فرصة يتدارك فيها الزوج أخطاءه ، و فترة يجرب فيها كلا الزوجين نفس بالبعد عن الاخر.

بالإضافة إلى هذا فإن الحكمة من إلزام المعتدة بالبقاء في المسكن الذي تسكن فيه وقت حصول الفرقة هي متى كانت مطلقة ، فإن بقائها قريبة منه يمكنه صيانتها حتى تنتهي عدتها منه و لعله يرى منها في هذه الفترة ما يرغبه في إعادة الحياة الزوجية مرة أخرى[3].

و هذا ما نلمسه من قوله تعالى **:(لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا).** و قوله تعالى:**(و بعولتهن أحق بردهن في ذلك).** فسمى الله سبحانه و تعالى المطلق بعلا- أي زوجا – و أعطاه حق الرجعة في خلال أجل العدة إن أرادا إصلاحا[4].

1-بلحاج العربي –المرجع السابق- ص14.

2-أحمد نصر الجندي – المرجع السابق- ص 13.

3-د/أحمد فراج حسين"أحكامالاسرةفي الإسلام: " الطلاق ، الخلع، حقوق الاولادو نفقة الأقارب وفقا لأحداث التشريعات القانونية- دار الجامعة الجديدة، طبعة سنة 2004-ص : 195.

4-أحمد نصر الجندي- المرجع السابق – ص 15.

التنويه بتضخيم أمر الزواج ، فهو أمر لا ينتظم إلا بجمع الرجال و لا ينفك إلا بانتظار طويل ، فما هو بلعب الصبيان ينظم ثم ينفك في ساعة.

غير أن الناظر لحكمة المشروعية من العدة نقطة بنقطة قد يوجه نقدا منطقيا لها ، لكون براءة الرحم قد يتأكد منها دون اللجوء للعدة، و قد لا تكون بحاجة إلى معرفة براءة الرحم بالنسبة للعاقر إذا طلقت ، و لا نكون أمام إعطاء فرصة للزوج قصد مراجعتها في حال الطلاق البائن.

لذلك يرى الإمام ابن حزم – رحمه الله – أن العدة لا تتوقف عند النقاط المذكورة لكنها تتعدى لكونها من الامور التعبدية التي لا يدرك الحمكة منها إلا الله ، لأننا لسنا بحاجة إلى معرفة رحم العاقر إذا طلقت و لا إمكانية في الرجوع بالنسبة للمطلق طلاقا بائنا، و إنما وجبت العدة حتى على العاقر و في حال الطلاق البائن لأن عدم وجود مصلحة ما لا يستلزم نفي بقية المصالح ، و أيضا ليمضي الباب كله وتيرة واحدة[1].

1-باديس ديابي– أثار الرابطة الزوجية: تعويض – نفقة – عدة – حضانة – متاع – دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي – دون ذكر الطبعة – دار الهدى- عين مليلة، ص 36-35

المبحث الثالث

حق المطلقة المعتدة في البقاء في السكن العائلي

يفقد السكن الزوجي وصفه كمسكن يأوي الزوجين و أولادهما أو الزوجين فقط بعد فك الرابطة الزوجية ، فيصبح يعرف بما يسمى مسكن المعتدة ، لذلك نطرح السؤال : هل كل معتدة من فراق أو طلاق يحق لها المكوث بالسكن العائلي ؟ و هل هذا حق لها أم واجب عليها؟

فالعدة واجبة شرعا بالكتاب و السنة و الإجماع ، و قد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوبها لكنهم اختلفوا حول أحقية البقاء للمعتدة في السكن العائلي ، و ميزوا بين المعتدة من طلاق رجعي و المعتدة من طلاق بائن.

أما المشرع الجزائري فقد أقر هذا الحق لكل معتدة مهما كان وضعهما لذلك سوف نتطرق إلى موقف الشريعة الإسلامية ثم موقف المشرع الجزائري.

المطلب الأول : موقف الشريعة الإسلامية

قال الله سبحانه و تعالى : **(يا أيها النبيء إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و أحصوا العدة و اتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن إلا ان ياتين بفاحشة مبينة و تلك حدود الله و من يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا)**[1]

فالخطاب هنا موجه صلى الله عليه و سلم لكي يكون حكم الطلاق عاما ، و ليبين للناس و لذلك نراه صلى الله عليه و سلم يقول : **" ما خلق الله شيئا على وجه الأرض أبغض من الطلاق"**. فإذا طلق الرجل امراته ، فيجب عليه أن يتقي الله و لا يخرج مطلقته من مسكن الزوجية ما دامت في العدة، و لا يجوز لها الخروج لحق الزوج إلا لضرورة ظاهرة.

و الفقهاء يرون أن المطلقة إذا خرجت من مسكن الزوجية أثمت . و لا تنقطع العدة.

و المطلقة رجعيا و المطلقة بائنا في هذا الحكم سواء ، فقد أضاف الله البيوت إلى المطلقات فقال **لا تخرجوهن من بيوتهن)** فالإضافة في الأية إضافة إسكان و ليست لإضافة تمليك المسكن مما مفاده أن لإسكانها في فترة العدة حق على المطلق[2].

و الله سبحانه و تعالى يقول **(و لا يخرجن)** و هذا يقتضي أن الإقامة في مسكن الزوجية حق على المطلقة، و الخطاب في ذلك موجب إلى المطلق ، ما مطلقتين في عدته[3].

و سنتناول في هذا المطلب سكن المعتدة من طلاق رجعي و بائن بنوع من التفصيل.

الفرع الأول : سكن المعتدة من طلاق رجعي

الطلاق الرجعي:

هو الطلاق الأول أو الثاني الذي يوقعه الزوج على زوجته التي دخل بها حقيقة حيث يكون له بعده حق إرجاع الزوجة إليه ما دامت في عدتها .

و هو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه مطلقته إعادة مطلقته في عدتها إلى الزوجية من غير الحاجة إلى عقد جديد رضيت بذلك أم لا [4].

1-سورة الطلاق.

2-أحمد الجندي – عدة النساء عقب الفراق او الطلاق- دار الكتب القانونية – المجلة الكبرى طبعة 1995- ص: 212

3-أحمد نصر الجندي . المرجع السابق –ص 213

4-محمد مصطفى شلبي – احكام الأسرة في الإسلام – دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة و المذهب الجعفري في القانون – دار النهضة العربية – بيروت – الطبعة الثانية سنة1397ه- 1977م –ص : 499

و هو أيضا الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجتهما دامت في عدتها رضيت أم لم ترضى .

فالمطلقة الرجعية لها على مطلقها النفقة و الكسوة و السكن خلال عدتها باعتبارها في حكم الزوجة. إذ يقول الفقهاء المالكية أن المطلقة رجعيا خلال عدتها تعتبر زوجة حكما حتى أن الزوج المطلق رجعيا يجوز له استدامة النكاح خلال أجل العدة أو عودة مطلقته إليه خلال هذا الأجل لأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح و لا يزيل الحل[1].

أما عند الحنفية فلا خلاف فيه ، لأن النكاح بعده قائم و يحل له التمتع بها ما دامت محتبسة لحق الزوج و بالتالي يجب لها السكن بالإجماع[2].

و سندهم في ذلك قوله تعالى: **(يا أيها النبيء إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و أحصوا العدة و اتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة)**[3]

الفرع الثاني:سكن المعتدة من طلاق بائن

قد يكون الطلاق بائنا لا يملك فيه الزوج مراجعة مطلقته إلا بعقد و مهلا جديدين سواء كانت في العدة أو غيرها، و هذا ما يسمى بالطلاق البائن بينونة صغرى.

أما الطلاق البائن بينونة كبرى فإن الزوج لا يملك الرجوع لزوجته إلا إذا تزوجت رجلا غيره ، و فارقها بطلاق أو وفاة و انتهت عدتها منه، بشرط أن يدخل بها دخولا حقيقيا[4].

فالطلاق البائن بينونة كبرى لا يبقى للزوجية أثرا على الإطلاق سوى العدة . و المعتدة من طلاق بائن قد تكون حاملا و قد تكون حائلا.

فأما **الحامل** فقد ذهب جمهور الفقهاء[5] إلى القول بأنه تجب السكنى للحامل المعتدة من طلاق بائن ، و خالفهم في ذلك ابن حزم الظاهري[6]

1-الإمام مالكبن انس – المدونة الكبرى – المجلد الثاني – دار صادر – بيروت ، سنة1323ه 1989م – ص: 417

2-د/أحمد فراج حسن – أحكام الأسرة في الإسلام :الطلاق، الخلع حقوق الوالدين، نفقة الأقارب – وفقا لأحداث الشريعة القانونية – دار الجامعة الجديدة ، سنة2004، ص 190

3-سورة الطلاق: الأية :06

4-المستشار/أحمد نصر الجندي – المرجع السابق- ص:61

5-المبسوط للسرخسي، الجزء الخامس –ص 209. مالك بن أنس المدونة الكبرى- الجزء الخامس- المرجع السابق- ص 471، أبي عبد الله محمد بن عبدالرحمان المغربي المعروف بالحطاب ن – الجزء الخامس- الطبعة الاولى، 1995- ص 89

6-د/ رشيد مسعودي – المرجع السابق – ص 78

سندهم في ذلك قوله تعالى **(و إن كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن)**

و قال الدردير في الشرح الكبير:"فإن حملت فلما وضعها لانه حق البائن – نفقة الحمل- ....و استمر المسكن للحامل البائن إذا مات الزوج قبل وضعها لانه حق تعلق بذمة المطلق ، فلا يسقطه الموت سواء كان المسكن أم لا ، فهنا يجب نقد كرائه".

و لقوله صلى الله عليه و سلم لفاطمة بنت قفيس : لا نفقة لك ، إلا أن تكوني حاملا و لأن الحمل ولد للمطلق ، فلزمه الإنفاق عليه ن و لا يمكنه ذلك إلا بالإنفاق على أمه قال الموفق و غيره :"و هذا بإجماع أهل العلم ، لكن اختلف العلماء ، هل النفقة للحمل أو الحامل من أجل الحمل ".

و بتفرع على القوانين أحكام كثيرة موضعها كتب الفقه و القواعد الفقهية.

الحائل:لقد اختلف الفقهاء في شأن استحقاقها للنفقة.

قال مالك و معه الشافعي : أنها تستحق السكن فقط طوال مدة العدة[1] لقوله تعالى :**اسكنوهن من حيث سكنتم).**

و يقول الدردبر في الشرح الكبير إذا بانت الزوجة بخلع أو بطلان بات تسقط نفقتها و يستمر المسكن حتى تنقضي عدتها ، و يقول في الشرح الصغير انه لا نفقة لها على زوجها لأن النفقة نظير الاستمتاع و قد عدم.

و قال الاحناف : المعتدة من طلاق بائن و هي حائل لها النفقة بجميع أنواعها من طعام و كسوة و مسكن ، و استدلوا بقوله تعالى **:(يا أيها النبيء إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ...)** و هذا يشمل المطلقة رجعيا و البائن لأن المعتدة رجعيا أو بائنا محتبسة بعد الطلاق و الحبس هنا متعلق بحق الشرع.

و قال الحنابلة : إن المعتدة من طلاق بائن و هي حائل لا نفقة لها و لا مسكن و استدلوا بذلك بحديث فاطمة بنت قيس لما طلقها زوجها ثلاثا لم يجعل لها رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نفقة لها و لا سكنى[2].

قال العلامة ابن القيم رحمه الله :" المطلقة البائن لا نفقة لها و لا سكنى بسنة رسول الله صلى الله عليه و سلم الصحيحة ، بل الموافقة لكتاب الله ، و هي مقتضى القياس ، و مذهب فقهاء الحديث"

1-الشيرازي – المهذب الجزء(2) – مرجع سابق – ص164/ مالك بن أنس المدونة الكبرى الجزء 5- مرجع سابق- ص 201

2-أحمد نصر الجندي – المرجع السابق- ص62

هذا و يلاحظ أن إقامة المعتدة في منزل زوجها هو حق الشرع- أي حق فرض الشرع- و حق الشرع يسقط بالعذر – أي الضرورة- فإذا قام عذر بسبب ضررا. فإن ذلك يسقط حق الشرع . في لإقامة المعتدة في منزل العدة[1].

لم يذكر الفقهاء الأعذار المبيحة للاعتداد في غير مسكن الزوجية على سبيل الحصر ، حتى لا يقيدوا المعتدة يقيود محددة، و إنما ضربوا أمثلة لها ليتعرف منها مقدار الضرورة المبيحة للإعتداد في غير مسكن الزوجية، و قالوا أن حق الشرع إذا لم يمكن يذاته و أمكن ببدله. مما هو مساو له في القيمة و المشير إليه- و يكون ذلك بتقدير القيمة بدلا من الأصل[2].

و من الامثلة التي قالها الفقهاء تهدم المنزل ، أو دخول اناس أخرين فيه ، أو كانت المطلقة وقت طلاقها أو وفاة زوجها في مكان بعيد عن منزل الزوجية، و يكون رجوعها لإليه فيه ضرر بها ، وقد ساير القضاء ظروف الزمن و مقتضيات الحال، فقضى بأن اعتداد البائنة بينونة كبرى في إسكانها في بيت الزوجية يحتاج لإلى شروط لا يمكن توافرها الان من اتخاذ سترة بين المطلق و مطلقته أو إعداد امرأة امينة ثقة تحول بينهما، فإن فساد الزمن ، أبح لا يمكن معه التحرز، حتى مع هذا – من معاشرة المطلق مطلقته. كما أن طلب المطلق إعادة مطلقته لإلى منزل الزوجية للإعتداد به ، إذا ظهر منه أنه يقصد به الكيد و الإضرار، فإنه لا يجاب إلى طلبه[3].

المطلب الثاني : موقف المشرع الجزائري

سن المشرع الجزائري العدة كأول أثر من أثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني المعنون ب:"انحلال الزواج".

فقد اتجه المشرع عندنا الاتجاه الغالب في الشريعة الإسلامية في تحديد عدة كل من المطلقة الحائض و المطلقة غير الحائض و اليائس من المحيض و كذا الحامل وعدة المتوفي عنها زوجها .

فالمادة **58** نصت على ما يلي :" تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، و اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"[4]

1-أحمد نصر الجندي – المرجع السابق- ص 214

2-نفس المرجع- ص 215

3- المرجع السابق – ص 215

4- باديس ديابي– أثار الرابطة الزوجية: تعويض – نفقة- عدة- حضانة- متاع- دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي- عين مليلة- الجزائر2008 ص :44

و في المادة **59** أكد على أنه :" تعتد المتوفى عنها زوجها بمعنى أربعة أشهر و عشرة ايام ، و كذا زوجة المفقودة من تاريخ الحكم بفقدانه".

و في المادة **60** نص المشرع على أن :" عدة الحامل وضع حملها و أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

الإشكال المطروح على مستوى التشريع الجزائري يتلخص في في عدم النص على الطلاق الرجعي، فقانون الأسرة الجزائري لم يتحدث في الطلاق الرجعي ولم يتبناه من حيث مفهومه و أثاره و اكتفى يالطلاق البائن بينونة صغرى و الطلاق البائن بينونة كبرى.

ذلك أنه بالرجوع إلى مفهوم الطلاق الرجعي نقول أن مراجعة الرجل لزوجته لاتتم بعقد ولا مهر جديدين، بل تكون مواصلة طبيعية للعشرة الزوجية، و الثابت في قانون الأسرة الجزائري أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم طبقا لما نصت عليه المادة **49** منه.

و الثابت أيضا أن الأحكام الصادرة في دعاوى فك الرابطة الزوجية بجميع صولاها غير قابلة للإستئناف لإلا فيما يتعلق بجوانبها المادية طبقا لما نصت عليه المادة **57**من قانون الأسرة[1].

و ما دام الطلاق لا يثبت إلا بحكم غير قابل للإستئناف ، فإنه لا يمكن تصور مراجعة الرجل لزوجته دون عقد و لا مهر جديدين.

فلا بد له من هذين العنصرين كي يعيد الحياة الزوجية بينه و بين زوجته ، لان ذلك لم يمنع المشرع الجزائري من إظهار محاولته للقول بأنه تبنى ونص على الطلاق الرجعي ذلك عندما صور الخلاف القائم بين الزوجين أمام القاضي و فترة الصلح بينهما بأنه صورة من صور الطلاق الرجعي و ذلك يستشف وضوحا من خلال نص المادة **50** من قانون الأسرة حينما أكدت على أنه[2] :" من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، و من راجعها بعد صدور حكم الطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

فالمشرع الجزائري حاول أن يتحدث في هذه المادة عن الطلاق الرجعي و حاول تصنيفه و تمييزه عن الطلاق البائن من حيث اثاره بمراجعة الزوجة دون عقد جديد خلافا للطلاق الصادر بحكم.

1-باديس ديابي– المرجع السابق- ص: 45

2-نفس المرجع-ص : 45

لكن ما حاول المشرع تفسيره و النص عليه أوقعه في تناقض و عدم الوضوح فيما يتعلق بالطلاق بأنواعه ، فمن جهة يؤكد الطلاق لا يثبت إلا بحكم معنى ذلك أنه لا يمكن الحديث عن فك الرابطة الزوجية بين الزوجين إلا إذا نطق القاضي بشكل قطعي نهائي غير قابل فيه بالإستئناف .

و بمفهوم المخالفة يمكن القول انه إذا لم يتم النطق بحكم الطلاق بمعنى ذلك أن الزوجية قائمة بين الزوجين و منتجة لكافة أثارها الشرعية و القانونية.

ثم إن محاولة المشرع النص على الطلاق الرجعي بالشكل الذي جاء به في المادة**50** من قانون الاسرة تصطدم مع النص القانوني الوارد في المادة **58** من نفس القانون حينما اعتبر أن عدة المطلقة تبدأ من يوم التصريح بالطلاق[1].

و معنى التصريح بالطلاق هو النطق بالحكم من طرف القاضي ، كوننا لا يمكن تصور شكل أخر من هذا التصريح أخذا بمبدأ أن الطلاق لا يثبت إلا بالحكم.

فإذا ما تجاوبنا مع محاولة المشرع إقناعنا بوجود الطلاق الرجعي و النص عليه فإن المطلقة طلاقا رجعيا تحتاج لإلى زمن أطول لحساب عدتها ، كون فترة المراجعة قد تكون سابقة بأمد طويل على فترة التصريح بالطلاق[2].

أما فيما يخص السكن العائلي أثناء فترة العدة ، فقد تعرض له المشرع الجزائري في المادة **61** من قانون الأسرة بقوله " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في فترة عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

و من خلال استقرائنا لنص المادة يتضح أن المشرع الجزائري أقر حق البقاء في السكن العائلي لكل معتدة من طلاق مهما كان نوعه ، على أساس أن الفترة التي تمكث فيها المرأة المعتدة تكون محتبسة لذا يجب على الزوج الإنفاق عليها مما تحتاج إليه من سكن و طعام....

و هي النفقة التي فيها حال الزوج يسارا و إعسارا ، بشرط عدم خروجها من منزلها، أما إذا خرجت من منزل الزوجية ، أو سكنت نزلا اخرا دون ضرورة يقدرها الشارع فتعتبر حينئذ ناشزا، و تسقط نفقة العدة.

و في هذا الصدد يرى الدكتور" رشيد مسعودي" أن الحكم الخاص بقضاء المطلقة عدتها في السكن العائلي لا يتماش مع واقع الأسرة الجزائرية ، لأنه في غالب الأحيان تترك الزوجة بيت الزوجية وتلحق

1-باديس ديابي– المرجع السابق- ص: 46.

2-نفس المرجع- ص:46

بأهلها بعد طردها من طرف زوجها ، و يصبح هذا النص لا يساير الوضع في الأسرة الجزائرية، فيجب تغيير سلوك الأزواج حسبما يقتضيه الشرع و فهم الهدف من قاعدة قضاء العدة في السكن العائلي وفقا للطلاق البيني ، أو تعديل هذا النص بإلزام الزوج بالنفقة فقط و عدم إخبار الزوجة بالبقاء بنص قانوني[1].

و حسب رأينا ، حقيقة هذا النص لا يتماش و الأعراف في المجتمع الجزائري ، فبمجرد وقوع خلاف بين الزوجين يقوم الزوج بطرد زوجته من السكن العائلي لتلتحق بأهلها و تبقى لمدة من الزمن قد تطول و قد تقتصر إلى أن يصدر الحكم بفك الرابطة الزوجية.

و لا ترجع الزوجة لقضاء عدتها في السكن الزوجي لأنه غالبا لا يكون متوفرا و يكون السبب الذي أدى إلى فك الرابطة الزوجية (اعتبار أزمة السكن كسبب من أسباب الطلاق)

ضف إلى ذلك بعد الأسر الجزائرية عن أحكام الشريعة الإسلامية و مقاصدها ، و في الأخيرخلق جو من الحقد و الكراهية بين الزوجين بمجرد خلق النزاع و غالبا ما يكون ورائه عائلة الطرفين ، فلا يحاولون فهم أسباب الخلاف و إيجاد الحل المناسب لها، و إنما يتذرعون بوجود العديد من النساء و الرجال على حد سواء.

لذلك كان يتعين على المشرع الجزائري أن يساير واقع المجتمع الجزائري و يعدل المادة **61** من قانون الأسرة بحيث لا يجبر الزوجة على البقاء بموجب نص قانوني صريح.

و يكتفي بالمادة**222** من نفس القانون التي تحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية لذلك و عند الرجوع إلى أحكام الشريعة و شروحات الفقهاء نرى أن على المرأة المعتدة ان تلتزم دار زوجها وتسكنه عملا بحكم الأية(1) من سورة الطلاق **(يا أيها النبيء إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و أحصوا العدة و اتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن إلا أن ياتين بفاحشة مبينة و تلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا).**

و يبقى الأمر متروك لثقافة الزوجين فمتى كانت نشأتهم دينية صحيحة تمسكوا بأحكام الشرع و فهموا مقاصد الشارع من خلال قضاء الزوجة لفترة العدة في بيت الزوجية ومتى كان العكس ، فعلى الأقل تضمن الزوجة حقوقها في الطلاق و لا تعتبر ناشزا بسبب عدم بقائها في بيت الزوجية لقضاء فترة العدة طالما المشرع الجزائري جعل من بقائها واجب عليها ، و ليس حق لها يمكنها التمسك به أو التنازل عنه دون الإضرار بها.

1-د/ رشيد مسعودي – المرجع السابق- ص 79.

الفصل الثاني

السكن العائلي بعد الطلاق

يعد انقضاء العدة فترة العدة و الحكم بالطلاق يعود السكن العائلي للزوج معه سند الملكية أو عقد الإيجار في حالة السكن المؤجر و عدم وجود الأطفال ، لكن يثور إشكال حول المطلقة التي لها أبناء هل يحتفظ بالسكن العائلي أم يوفر لها سكن أخر لممارسة الحضانة فيه؟ و هو ما سنحاول الوقوف عليه في هذا الفصل الثاني من خلال ثلاثة مباحث، نتناول في المبحث الأول شروط ممارسة الحضانة، و في المبحث الثاني شروط تمتع الحاضنة بالحق في السكن و الطبيعة القانونية لهذا الحق، أما المبحث الثالث فسنخصصه لسلطة القاضي في إسناد مسكن الحضانة.

المبحث الأول

الحضانة وشروط ممارستها و أصحاب الحق فيها

تعد الحضانة من أبرز الاثار المنجرة عن انحلال عقد الزواج لا سيما في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق ، و مؤداها البحث عن الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه عند من هو أقدر على الإهتمام به و بشؤونه ، و من هنا عدت الحضانة أجل مظهر من مظاهر الرعاية التي أولالتها الشريعة الإسلامية بالطفل و هو ما أثر ذلك إيجابا على التشريعات الوضعية.

المطلب الأول : تعريف الحضانة و شروط ممارستها

الفرع الأول : تعريف الحضانة

الحضانة : لغة

بفتح الحاء و كسرها لغة ضم الشيء إلى الحضن، و هو الجنب (ما بين الإبط إلى الكشح) أو الصدرأو العضدان و ما بينهما ، نقول: حضنت الشيء و احتضنته إذا ضمنته إلى جنبك، و حضنت الأم طفلها إذا ضمنته إلى صدرها .

الحضانة : شرعا:

و هي القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمره برعاية شؤونه من تدبير طعامه و ملبسه و نومه و تنظيفه ووقايته عما يملكه أو يضره[1].

و من الناحية الفقهية وجدت عديدة التعارف و رغم وجود ما يميزها عن بعضها البعض في جوانب محددة نجد أن جلها تصب في قالب واحد و هو رعاية الصغير و التكفل به صحيا و اجتماعيا و تربويا و أخلاقيا.

فقد عرف الفقهاء الحضانة بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو المعتوه الذي لا يميز و لا يستقل بأمره و تعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه أو يضره و تربيته جسميا و نفسيا و عقليا يقوى على النهوض بتبعات الحياة و الإضطلاع بمسؤولياتها[2].

و الإمام مالك يعرف الحضانة بتربية الولد و حفظه و صيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء، و الشافعية عرفوها بأنها :"حفظ من لا يستقل بأمره و تربيته بما يصلحه و يقيه ما يضره ".

أما المشرع الجزائر يفقد عرف الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة و لم يتركها للإجتهاد و ذلك بنفسه على ما يلي :" الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا ، و يشترط في الحاضن أهلا للقيام بذلك "[3].

1-محمد مصطفى شلبي- أحكام الأسرة في الإسلام – دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب في القانون-دار النهضة العربية- بيروت- الطبعة الثانية سنة 1397 – 1977م ص:733.

2- باديس ديابي- أثار فك الرابطة الزوجية : تعويض – نفقة- عدة- حضانة- متاع دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي – دار الهدى – عين مليلة الجزائر- 2008 – ص:49.

3- المرجع السابق – ص 50.

واعتمادا على ما سبق نقول أن المشرع أخذ في تعريفه بأسباب و أهداف الحضانة لكنه خالف الفقهاء في اعتبارالمحضون يتجاوز الصغر و عدم الإحتلام إلى البلوغ الشرعي لسن التمييز[1].

الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة

كان المشرع الجزائري مقتضيا جدا من حيث تحديد شروط الحضانة التي ينبغي أن تتوافر في الحاضن بشكل عام، إذ لم يخص الموضوع إلا بفقرة جد مختصرة في المادة 62 من قانون الأسرة بقوله: ".. و يشترطفي الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

و يثور التساؤل عن ماهية الأهلية التي يقصد بها المشرع الجزائري، م هل تتحد مع الاهلية المنصوص عليها في التشريع المدني و الإجراءات المدنية.

يبدو أن ما يقصده المشرع الجزائري بالأهلية المنوهة عنها في المادة 62 من قانون الأسرة ، إنها تلك المتعلقة بالقدرة والإستطاعة على تربية الصغيرة و القيام بشؤونه ، و الكفاءة للإطلاع على هاته المهمة التي لا يمكن أن تؤدي على أكمل وجه إلا بتوافر عديد الشروط أجمع عليها الفقهاء و تبناها قانون الأسرة من خلال نصه في المادة 222 منه على أنه :" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"

فللحضانة شروط عامة تخص الرجال و النساء على حد سواء ، و شروط أخرى تخص النساء بمفردهن، و شروط تخص الرجال لوحدهم ، و سنتناول ذلك في السياق التالي:

1-باديس ديابي- نفس المرجع المذكور أعلاه – ص 51

1)الشروط العامة للحضانة المتعلقة بالنساء و الرجال:

قدم الشرع و القانون حضانة المرأة على حضانة الرجل ، لكون المراة هي الأقدر على رعاية الصغير و الأكثر تحملا و صبرا على تلبية طلباته و حاجاته ، و الشروط العامة هي[1]:

أ-العقل:

أن يكون الحاضن مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الصغير و ملما بكل المخاطر و التحديات التي تعرقله بمناسبة أدائه لهذه المهمة ، فليس باستطاعة المجنون أن يقوم بشؤونه بنفسه ومن المنطقي لا يكون قطعا في منصب المتولي لشؤون غيره ، ذلك لأنه عن إدراك ما يدور حوله[2].

و يرى بعض الفقهاء أنه تحرم الحضانة على المجنون، سواء جنونا متواصلا أو متقطعا ، فكلاهما يعد من موانع الحضانة ، ذلك أن ترك المحضون لدى الحاضن المجنون و لو جنونا متقطعا يحمل الضرر الكبير للمحضون على اعتبار أن الهدف من الحضانة المتلخص في توفير الحماية بشموليتها ينعدم لدى المجنون ، و يتساوى المجنون مع المعتوه ، لأنه يأخذ صورة الفاقد للقدرة على تدبير شؤونه ، و بالتالي فعجزه منطقي على تدبير شؤون غيره.

و إضافة إلى العقل اشترط المالكين الرشد ، و قالوا ألا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو يتفق عليه منه ما لا يليق.

و اشترط المالكية و الحنابلة أيضا في الحاضن ألا يكون مريضا مرضا منفردا، كالجذام و البرص، فلا حضانة لمن شيء من هذه المنفردات المنغصات.

و قد أكد المشرع الجزائري على شرط العقل و نص على أن الحضانة هي ولاية على النفس طبقا لما ورد في المادة **87 المعدلة** و التي نصت في فقرتها الأخيرة على :"....و في حالة الطلاق ، بمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

فالحضانة حسب المادة هي ولاية عن النفس لمن أسندت له الحضانة ، و أن تصرفات المجنون و المعتوه و الفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه طبقا لما أكدت عليه المادة 85 من قانون الأسرة[3].

1-باديس دياببي– أثار فك الرابطة الزوجية : تعويض – نفقة – عدة –عدة – حضانة – متاع-، دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي- دارالهدى– عين مليلة – الجزائر- 2008 ص: 54

2-المرجع المذكور أعلاه-ص :55

3-باديس دياببي- المرجع السابق- ص55

معنى ذلك المشرع الجزائري قال بألا حضانة لغير العاقل و لا للمعتوه و لا للسفيه، كون من تعطى له الحضانة لا ينبغي أن تكون تصرفاته غير نافذة.

ب- البلوغ:

الحضانة مهمة كبيرة و صعبة و شاقة لا يتحمل مسؤليتها و تبعتها إلا الكبار وليس المراهقين فالصغير و لو كان مميزا يبقى بحاجة إلى من يتولى أمره ، و بالتالي فليس بمقدوره أن يتولى شؤون غيره[1].

و تدق التفرقة هنا بين البالغ بلوغا طبيعيا من حيث السن و العلاقات المميزة لذلك و بين البالغ بلوغ حكما ، كأن تدعى المراهقة مثلا البلوغ و تظهر علامات ذلك من خلال هيئتها الجسمية ، فالبعض ذهب بالقول أنها بالغة مادام الظاهر يشهد على ذلك و يصدق إدعاءها.

و المشرع الجزائري سار على هذا المنوال في تعليله الأخير بموجب الأمر رقم **02/05 المؤرخ في 2005/02/27.**

فالمادة السابعة نصت على ما يلي :" تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل دلك لمصلحة أوضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج..."

فالمشرع الجزائري أجاز أن يكون الزوجين ناقصي الأهلية بمفهوم القانون المدني ، رغم أنه عمل على ترشيدها فيما يتعلق بالزواج أثاره، أو بالطلاق و ما ينجم عنه.

لكن ترشيد الزوج القاصر و جعله في حكم كامل الأهلية لا تتعدى أهليته ذلك أثار الزواج و انحلاله و لا يمكن تصور أهلية الزوج القاصر كاملة لصالح من يحضنهم"[2]

و لكن المشرع الجزائري أكد في المادة **87 من قانون الأسرة** و فيما يتعلق بالولاية عما يلي : "....و في حالة الطلاق ، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

فالواقع أبرز التعديل حول هذه النقطة عدة إشكالات عملية فيما يتعلق تطبيق هذه المادة ، سيما إذا كانت المطلقة المستفيدة من إعفاء شرط سن الزواج مازالت لم تبلغ بعد سن الرشد القانوني ، فكيف الحال بالنسبة للدعاوي التي تباشرها بصفتها صاحب الصفة الإجرائية عن محضونيها القصر ما دامت لها الولاية بقوة القانون كونها حاضنة ، و هي ليست بالغة سن الرشد بعد.

1-المرجع المذكور أعلاه، ص 56

2-باديس ديابي– المرجع السابق- ص 56

من هنا أن المشرع الجزائري الذي حاول أن يعالج إشكالا علميا متمثلا في بقاء ولاية الأب على الطفل المحضون ولاية شاملة رغم تواجده مع أمه في إطار الحضانة و ما سبب ذلك ما كان مجسدا في المادة **63 من قانون الأسرة قبل التعديل**[1].

و التي كانت تنص على ما يلي:"في حالة إهمال العائلة من طرف الأب أو فقدانه يجوز للقاضي قبل أن يصدر حكمه أن يسمح للأم بناء على طلبها بتوقيع كل شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو إجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب .

غير أن هذه المادة ألغيت بموجب التعديل الجديد، و يكفي للزوجة أن تكون حاضنة حتى تستند لها الولاية بقوة القانون و تمارس في ذلك كافة الأثار المنجرة عنها دون اللجوء إلى طلب الإذن.

لكن المعالجة خلقت إشكالا عمليا أخر يتمثل في سؤال ، كيف نولي على قاصر؟ بالمثال العملي المذكور سابقا [2].

الواضح أن المشرع أخذ بالمعيار القائل بالبلوغ حكما أي أن علامات البلوغ كافية للقول بترشيد الحاضن حتى ولو كان ناقص الأهلية دونما الإلتفات إلى موضوع الصفة الإجرائية في مباشرة الدعوى المملوكة قانونا للمحضون ، و الذي يبقى إشكالا قانونيا لم يتم الفصل فيه بعد.

ج- القدرة على التربية:

لا حضانة لمن عن القيام لكبر في السن أو مرض ، ذلك أن من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل صحيا ، خلقيا، و اجتماعيا.

و يرى غالبية الفقهاء أنه لا لكفيفة أو ضعيفة البصر و لا لمريضة مرضا معديا أو مرضا يقف بينها و بين المحضون حائلا عن القيام بشؤونه و لا لمتقدمة في السن و لا لغير المكترثة بشؤون بيتها و أبنائها .

ومن الفقهاء أيضا من يعتبر أن عمل المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير فلا حضانة لها .

غير أن القضاء الجزائري سار خلاف هذا المبدأ ، و أكد في عديد قرارات المحكمة العليا أن عمل الأم الحاضنة لا يوجب ٌسقاط حقها في حضانة أولادها[3].

1-المرجع السابق ، ص 57

2-باديس ديابي– المرجع السابق- ص57.

3-المرجع السابق ص- 58

و يكاد الأمر يكون مطلقا دونا ورود أي استثناء و القائل أساسا أنه إذا كان العمل يمنعها عن تربية صغيرها فيسقط عنها حق الحضانة، ذلك ما أكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في **2000/07/18 تحت رقم 245456** و الذي جاء فيه ما يلي:

(من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة و من ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب و انعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه)[1].

و جاء في تأسيس لهذه النتيجة أن اجتهاد المحكمة العليا استقر على أن العمل لا يعتبر مسقطا للحضانة.

واضح وجلي أن القرار المذكور سابقا وضع المبدأ، و هو أن عمل المرأة الحاضنة غير مسقط للحضانة، و لم يرد عليه أي استثناء بشأن طبيعة هذا العمل و زمانه و مكانه في إمكانية فقدان المرأة العاملة لحقها في ممارسة الحضانة، و هذا ما يختلف جذريا عن رأي الفقهاء الذين قالوا بألا حضانة للمرأة المحترفة أو العاملة إذا كانت هذه الحرفة أو العمل يحول دون رعاية المحضون و تدبير شؤونه.

غير أن المحكمة العليا استدركت ذلك في قرار أخر لاحق للأول بالإستثناء المتمثل في قيام الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية.

إذا جاء القرار المؤرخ في **2002/07/05 تحت رقم 274207** يتضمن ما يلي :

(عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية).

و تأسيسا لما ذكر أكد قضاة المحكمة العليا أن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها ما لم يتوفر الدليل الصحيح على أن هذا العمل يحرم المحضون من حقه في العناية و الرعاية.

و هو تأكيد على أن القاعدة لابد لها من استثناء و لابد لهذا الإستثناء من دليل و إثبات . كون المسألة موضوعية[2].

1-المرجع السابق- ص:58

2-المرجع السابق- ص:59

الأمانة على الأخلاق:

أعظم صفة ينبغي على الحاضن الاتصاف بها هي الامانة ، يجب أن يكون أمينا على المحضون من أجل تربية حسنة بعيدا عن كل إنحراف من شأنه أن يعرض أخلاق المحضون للخطر و الضياع[1].

و عليه فالفاسق أو السكير أو الزاني أو اللاهي باللهو الحرام سواء كان امرأة أو رجل تسقط عنه

الحضانة ، و على ذلك سار القضاء الجزائري الذي شدد فيمن تثبت عليهم أخلاقا سيئة و هم من أجل ذلك بإسقاط حقهم في الحضانة خوفا على تربية سيئة و منحرفة للمحضون، و من بين عديد القرارات التي خاضت في هذا المجال نجد ذلك القرار **المؤرخ في 1997/09/30 تحت رقم 171684** و الذي جاء فيه ما يلي :

(من المقرر شرعا و قانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون .

ومتى – في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لها قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل الزنا ، فإن بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و خاصة أحكام المادة **62 من قانون الأسرة...**

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة)

و في معرض تأسيسه أكد قرار المحكمة العليا أن المادة **62 من قانون الأسرة** قد عرفت الحضانة بأنها رعاية المحضون من تربية و تعليم ، و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا، كما اشترطت هذه المادة في فقرتها الأخيرة على أن يكون الحاضن أهلا للقيام بهذه العناصر السابقة الذكر.

و أضاف القرار أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الإستغناء عن أمه[2].

فالقرار إذن اعتبر أن جريمة الزنا تعد من أهم المسقطات لحق الحضانة في ممارسة الحضانة، لكن استطرد القرار و خص المبدأ باستثناء عام أولى أهمية قصوى و هو مصلحة المحضون، لأن هذه المصلحة إن توافرت في بقاء الضغير مع الأم الزانية ، فإن ذلك يقف حائلا أن تحرم هذه المرأة من حقها في حضانة ولدها، و إذا ثبت أن الاستغناء عنها في هذه المرحلة بالذات يعد ضربا من المحال.

1-باديس ديابي- المرجع السابق- ص 59.

2-المرجع السابق- ص 60

و في قرار أخر اعتبر القضاء الجزائري أن الحضانة تسقط عن الجدة لأم بعد إسقاطها عن الأم لكون الجدة لا تستطيع كبح جماح ابنتها لفساد أخلاقها و خلص إلى أنه لا الأم تستحق الحضانة و لا أمها كذلك لفقدان الثقة و الأمانة فيهما معا[1].

ي- الإسلام:

اختلف الفقهاء بشأن الإسلام كشرط من شروط ممارسة الحضانة.

فالشافعية و الحنابلة يرون أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة فلا إسناد الحضانة عندهم لغير المسلمة، لأن الحضانة ولاية و يؤكدون أن الولاية للكافر على المسلم لا يجوز مستشهدين بقوله تعالى:

(و لن يجعل الله للكفرين على المومنين سبيلا)، و اعتبروا الحضانة ولاية و هي شبيهة بولاية الزواج و المال ، و يخشى على المحضون في دينه إن هو نشأة الكفار و النصارى ، و ذلك أعظم ضرر يلحق بالمحضون.

أما المالكية و الأحناف فلا يرون أن إسلام الحاضنة شرطا لممارسة الحضانة، فيجوز أن تكون الحاضنة كتابية أو غير ذلك سواء كانت أما أو غيرها، و تبريرهم في ذلك كون الحاضنة لا تتعدى إرضاع الطفل و خدمته، ذلك يجوز للمسلمة و لغيرها ، و مناطها الشفقة[2].

المشرع الجزائري ساير المذهب المالكي في اتجاهه القائل بأن الإسلام ليس شرطا لممارسة الحضانة لكون هذه الأخيرة لا تتعدى حد الرضاع و خدمة المحضون، و دليل ذلك ما ورد في المادة **62 من قانون الأسرة** التي نصت على ما يلي :" الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا".

فعبارة (القيام بتربيته على دين أبيه) تعني بمفهوم المخالفة أن الزوج الذي يجب أن يكون مسلما يمكن أن يتزوج بامرأة غير مسلمة و أن هذه الأخيرة في حال وجود أبناء يجب عليها أن تربي الأبناء على دين أبيهم ، و هو الإسلام ، و لا يمكن تصور الأمر معكوسا[3].

1-باديس ديابي– المرجع السابق – ص: 61

2-باديس ديابي– المرجع السابق – ص: 61.

3-باديس ديابي– أثار فك الرابطة الزوجية : تعويض.نفقة.عدة.حضانة.متاع.- دراسة معمقةبالإجتهاد القضائي – دار الهدى- عين مليلة- الجزائر- 2008- ص:62

ب- الشروط المتعلقة بالنساء :

إضافة إلى الشروط العامة التي ينبغي توافرها في المرأة حتى تسند لها الحضانة المتمثلة في العقل ، البلوغ ، الأمانة في الأخلاق و القدرة على التربية، نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية للمرأة بعض الشروط حتى تعطى لهن الحضانة، و نوردها فيما يلي :

1-ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير او بقريب غير محرم منه:

أراء الفقهاء في هذا الشرط لم تكن واحدة ، فالأئمة الأربعة مالك و الشافعي و أو حنيفة و أحمد بن حنبل قالوا أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا ، سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، و استدلوا في ذلك بحديث رسول الله صلى الله عليه و سلم عما رواه عبد الله بن عمرو (أن امرأة قالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، و حجري له حواء، و ثديي له سقاء، و زعم أبوه ينزعه مني"، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم:" أنت أحق به ما لم تنكحي"[1].

و على مستوى التشريع في الجزائر ، فإن المادة **66 من قانون الأسرة** نصت على أنه يسقط حق الحاضنة يالتزوج بغير قريب محرم ما لم يضر بمصلحة المحضون.

فالمبدأ العام سار وفق ما توصل إليه الفقهاء كون زواج الحاضنة بغير قريب محرم للصغير يسقط عنها حق ممارسة الحضانة، لكن المشرع أردف في نفس المادة استثناءا يتعلق بمصلحة المحضون، فإذا ما كانت مصلحة المحضون مع أمه حتى و لو تزوجت بغير قريب محرم ، فإن الحضانة تظل من نصيب الحاضنة مراعاة لمصلحة المحضون[2].

2-أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون:

معظم الفقهاء يعتبرون لأن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى و الهلاك ، فشرط السكن الملائم و اللائق ضروري لكي بتربى الطفل في بيئة تحفظ له الإستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلقه[3].

1-نفس االممرجع المذكور أعلاه: 63-64.

2-باديس ديابي– المرجع السابق- ص: 64-65

3-المرجع المذكور اعلاه- ص 66

ذلك ما نوه عنه المشرع الجزائري في مادته **72 من قانون الأسرة** عندما نص على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة و إن تعذر ذلك فعليه بدل الإيجاز.

3-ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا و الأب معسرا:

امتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجانا عند إعسار الأب مسقطا لحقها في الحضانة ، فعدم الامتناع يبقى شرطا من شروط الحضانة ، فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة و قبلت قريبة أخرى تربية الطفل مجانا، سقط حق الاولى في الحضانة.

ج-الشروط الخاصة بالرجال:

زيادة على الشروط المشتركة المتمثلة في العقل ، الامانة و الإستقامة فإن الفقهاء أضافوا للرجل الحاضن شروطا خاصة به ، يتعلق الشرط الأول في أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى ، و الثاني يخص اتحاد الدين الحاضن بين الحاضن و المحضون[1].

أ)أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى:

أجمع الفقهاء على أن الحاضن للأنثى ينبغي أن يكون محرما لها ، و قال الأحناف و الحنابلة أن سن المحضونة لا ينبغي أن يتعدى سبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها، لانتهاء المحرمية ، أما في حال عدم بلوغ الطفلة حد الشهوة ، فلا مانع من حضانتها ، لأنه في حال البلوغ لا يكون لإبن العم حضانة ابنة عمه البالغة غير أن الحنفية أجاز و حضانة ابن العم لبنت عمه إذا لم يكن لها أحد[2].

ب)اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون:

المبدأ في حضانة الرجال مبني على الميراث إذ لا توارث بين المسلم و غير المسلم ، و ذلك إذا كان المحضون غير مسلم و كان ذو الرحم مسلما فليس له حق الحضانة، بل حضانته إلى ذوي رحمه من اهل دينه.

و إذا كان المحضون مسلما و ذا رحمة دون ذلك ، فلا حضانة إليه لأنه لا توارث بينهما .

1-باديس ديابي-المرجع السابق- ص:67.

2-باديس ديابي– المرجع السابق- ص: 67-68

المطلب الثاني : ترتيب أصاب الحق في الحضانة

سار المشرع الجزائري بشأن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفق ما أجمع عليه المذاهب الأربع المالكي.الحنفي.الحنبلي و الشافعي، و ذلك وفقا للمادة **64 من قانون الأسرة،** لكن ذلك قبل التعديل الوارد في **02/05المؤرخ في 2005/02/27 .**حيث نصت المادة **64 من قانون الاسرة** قبل التعديل على ما يلي :" الام أولى بحضانة ولدها، ثم امها ، ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك ، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". فالمادة 64 تحدثت عن الولاية بتلفظها لمصطلح (أولى) و المعروف أن الولاية نوعان[1].ولاية على النفس تشمل الإشراف على شؤون المحضون العامة من صحة و أخلاق و تأديب و رعاية و تعليم و تمدرس و كل ما يشمل ذلك.

أما الولاية عن المال فهي الإشراف على شؤون المحضون المالية في حدود التصرفات المالية كالبيع و الإيجار و الرهن و غيرها[2].

الفرع الأول: ترتيب الحاضنين قبل تعديل فبراير 2005

تم الإجماع على أن الأم أحق بحضانة ولدها بعد الطلاق أو الوفاة لكونها تعد عنصر إجماع و لما رزقها الله سبحانه و تعالى من وافر الشفقة و الرحمة و العطف و الحنان فعدت بذلك الملاذ المحبذ للمحضون، فدرجة الام الممتازة في أحقيتها لحضانة أولادها لا ينازعها فيها أحد لعظمة دورها في تربيتهم وتنشئتهم صحيا و اجتماعيا و أخلاقيا[3]. و قد دافق القضاء في الجزائر عن مكانة الام في ممارسة حقها في الحضانة بل و اعتبر حق تنازل الام عن الحضانة لا يمكن الاخذ به رغم تنازلها الصريح ما دام ذلك يؤثر سلبا على حال المحضون النفسية و أن إسناد حضانته لشخص أخر يجعل من القرار مجانبا للصواب[4].

1-المرجع المذكور أعلاه- ص:68.

2-المرجع السابق- ص:69.

3-باديس ديابي– المرجع السابق- ص69.

4-المرجع السابق- ص : 70.

أم الأم (الجدة) :

جعلها المشرع الجزائري في المرتبة الثانية في حالة سقوط الحضانة عن أم المحضون لأي سبب كان، سواء تعلق الأمر بالوفاة أو الزواج أو أي سبب أخر.

الخالة :

خالة المحضون بعموم اللفظ سواء كانت أخت شقيقة أو اخت لأب أو أخت لأم ، جاء ترتيبها ثالثا بعد الأم و أم الأم. و هذا ما اتفق جمهور الفقهاء أيضا و صدقته المادة64 من قانون الاسرة قبل تعديلها، و كرس اجتهاد المحكمة العليا في عديد قراراته.

الأب :

العبرة في الحضانة أن جانب الانثى مغلب على جانب الذكورة لخصوصيتها و الهدف من وجودها، ذلك أن الانثى تمتاز على الذكر برعاية الصغير و حمايته و الصبر على مشاق ذلك.

لكن المشرع الجزائري الذي غلب جانب الانثى من الام في الحضانة في المادة **64 من قانون الاسرة الجزائري** قبل التعديل، خالف المبدأ من جانب الأبوة بتسبيقه للأب على أم الأب خلافا على أم الأب خلافا لما قال به الإمامان مالك و أبو حنيفة، تقديم الأب على أم الأب و تربيتها يعني أن المشرع أقر بقدرة الاب على رعاية المحضون كمراعاة النساء له.

الأقرب درجة :

سكت المشرع الجزائري عن تعريف القرب درجة أثناء تربيته للحاضنين ، و لما سمح لنا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند وجودنا لنص مبهم و غير واضح تطبيقا سليما للمادة **220 من قانون الأسرة[1].**

1-نفس المرجع – ص : 72-73-74-75.

الفرع الثاني: ترتيب الحاضنين بعد تعديل فبراير2005

أحدث المشرع الجزائري انقلابا في المادة 64 بمناسبة التعديل الوارد بموجب الامر رقم **02/05 المؤرخ في 27فبراير2005.** إذ نصت على ما يلي :" الأم أولى بحضانة ولدها ثم الاب ، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

فالتعديل جاء مخالفا لما سبق تبيانه في السابق و جاء معاكسا لما أدلى به فقهاء الشريعة الإسلامية، و يظل البحث عن السبب في تعديل هذه المادة متواصلا طالما أن الاعمال التحضيرية لهذا التعديل لم تصل إلى القانونيين و المتتبعين في هذا المجال .

و مع ذلك يمكن القول أن تعديل المادة 64 من قانون الاسرة جاء معالجة للواقع الذي تعيشه العائلة الجزائرية ، لا سيما فيما يتعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطلاق أو الوفاة.

فتعديل 2005/02/27 و إن خرج عن المذهب المالكي و بقية المذاهب في مسألة ترتيب الحاضنين، فإنه حاول أن يساوي بين جهة الأم والأب و إن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب إلا أنه أقر بمبدأ التداول و في اعتقادنا أنه حسنه ما توجه له[1].

1-باديس ديابي- المرجع السابق – ص: 79/78

المبحث الثاني
شروط تمتع الحاضنة بالحق في السكن والطبيعة القانونية لهذا الحق

إن عملية إسناد مسكن الزوجية للحاضنة بغرض قيامها بواجب الحضانة فيه لا يتم إلا بتوفر مجموعة من الشروط أوجبها المشرع الجزائري في إطار ضمان حق السكن للمطلقة ، و متى توافرت هذه الشروط أسند لها هذا الحق لذلك كان لابد من التطرق إلى الطبيعة القانونية لهذا الحق.

المطلب الأول : شروط إسناد المسكن للمطلقة

لقد نص المشرع الجزائري على حق الحاضنة في مسكن لممارسة الحضانة في المادة 52 من قانون الأسرة قبل التعديل[1] و قيدها بشروط نذكر منها:

الفرع الأول: أن يكون للمطلقة حكم بالحضانة

الأصل في أن تسند الحضانة للأم لأنها أولى برعاية ولدها طبقا لأحكام المادة 64 قانون الأسرة ، لكن الإشكال المطروح في الحياة العملية هو أنه قد لا تسند الحضانة إلى الام بل تسند إلى أم الأم أو الخالة أم الأب ... فهل يكون لهذا الحاضنات الحق في المسكن أم لا ؟

إذا أسندت الحضانة للأب فهو أولى بإعداد مسكن لممارسة الحضانة باعتباره ملزما قانونا و شرعا بالنفقة على أبناءه، لكن إذا أسندت الحضانة لغيره فالوضع يختلف لأنه إذا ما تمنعا في نص المادة 52- السابق الذكر- نجد أن المشرع الجزائري يقصد بالحاضنة الأم المطلقة فقط و بالتالي فهي الوحيدة التي تستفيد من حق البقاء في السكن دون سواها من الحاضنات اللواتي قد يتقدر لهن الحق في الحضانة وفقا للترتيب الشرعي الوارد في المادة 64 قانون الأسرة.

و هذا ما نستشفه من الفقرة الثانية :" إذا كانت حاضنة..." هذه العبارة وردت مكملة للفقرة الاولى الخاصة بالتعويض في حالة الطلاق التعسفي[2].

و بالتالي يستثنى من تطبيق هذا النص كل امرأة أسندت لها الحضانة و لا يسري إلا على الحاضنة الام بموجب حكم القضاء.

1-المادة02/52 قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 قبل التعديل.

إذا كانت حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج، و يستثني من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا.

2-بوقدرة أم الخير- المرجع السابق- ص84.

الفرع الثاني : أن لا يوجد ولي يقبل إيواءها

يشترط لإقرار حق السكن للحاضنة أن لا يكون لها ولي يأوي إليه، أي تفقد وليها و ليس لها غيره يستقبلها و تؤمن لها السكن، و الإشكال المطروح في الحياة العملية هو في حالة رفض الولي إيواء ابنته المطلقة رفقة أبناءها فما العمل ؟

هناك رأي يقول أنه إذا وجد الولي و كان رافضا لعودتها أجبرته المحكمة على ذلك بموجب نص المادة 77 قانون الأسرة التي تنص على أنه :" تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الإحتياج و درجة القرابة في الإرث"[1] لكن ما يعاب على هذا الرأي أنه من الصعب تصور مطلقة ترفع دعوى لإجبار وليها على إيوائها و لم يسبق أن صادفنا مثل هذه القضايا في الواقع- وهذا راجع لعادات وتقاليد المجتمع الجزائري بالإضافة إلى ذلك حتى ولو فرضنا أن المطلقة رفعت دعوى والدها و تحصلت على حكم يجبر فيه وليها لإيوائها ، لكنه رفض تنفيذ الحكم فما العمل؟

*هل نلجأ للغرامة التهديدية لتنفيذ الحكم مع العلم ان هناك مانع أدبي بين المرأة و وليها.

و في الحقيقة أن الولي و إن قبل إيواء المطلقة ، ففي الغالب ما يرفض لإيواء محضونيها أن الابناء تحت مسؤولية المطلق ، و هنا توضع المطلقة في موقف صعب و حرج نفس الوقت ، فإما أن تسكن مع أبويها و تترك الأولاد مع أبيهم و إما أن ترفض التخلي عن أولادها و بالتالي تقوم بالبحث عن سقف يأويها و ما أصعب الموقف.

الفرع الثالث: قدرة الزوج على ضمان المسكن

لكي يحكم القاضي للمطلقة بالسكن يجب عليه مراعاة حالة الزوج المطلق يسرا و عسرا لقوله تعالى:**(و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها)**[2]

فوسع الزوج وفقا لنص المادة 52 "...حسب وسع الزوج..." هي واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق و تخضع للسلطة التقديرية للقاضي و بالتالي إذا كان الزوج ملزما بالإنفاق على زوجته حال قيام الزوجية بينهما في حدود وسعه ، طبقا للمادة 37 قانون الاسرة فمن باب أولى أن يلزم بإسكانها بمراعاة نفس الضابط بعدما صدرت حاضنة لأولادها منه.

1-د/العربي بلحاج – المرجع السابق- ص240.

2-سورة البقرة . الأية 233.

الفرع الرابع: أن يكون مسكن الزوجية وحيدا

لقد اوجب المشرع الجزائري عند تقدير الحق في السكن للمطلقة الحاضنة إستثناءا مسكن الزوجية إذا كان وحيدا بقوله:"يتسنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية للحاضنة بشرط ألا تكون وحيدا أي أن يكون للزوج المطلق أكثر من مسكن واحد، حتى يتسنى الإسناد ، و حتى يتقدر للحاضنة هذا الحق لابد مت إثباته[1].

و من بين الوسائل القانونية التي يمكن اعتمادها للتأكيد من ملكية الزوج المطلق لأكثر من سكن ، هو إعتراف الزوج المطلق شخصيا بملكيته لمسكن ثان بالإضافة إلى المسكن الزوجي.

أما في حالة إنكاره فهنا عبء الإثبات يقع على المطلقة الحاضنة عملا بالقاعدة" البينة على من ادعى" فيكون إثبات ذلك عن طريق محضر إثبات حالة ، البطاقة العقارية الخاصة بالعقار،... إنذار استجوابي.

و لانه غالبا ما يتهرب المطلق من أداءه لواجب الإسكان ، حتى بعد صدورالحكم بتخصيصه السكن للحاضنة ومحضونيها بالتصرف فيه كبيعه صوريان لحد أقاربه أو هبته لهم...

الفرع الخامس: تعدد المحضونين

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون الأسرة أنه لضمان إسكان المطلقة الحاضنة لابد من تعدد المحضونين و هذا ما تستخلصه من قراءة نص المادة "...يضمن حقها في السكن مع محضونيها..."

و اللغة الفرنسية جاء النص:

il lui est assure ainsi qu'a ses enfant.le droit au logement "

نجده يشترط أن تكون المطلقة حاضنة لثلاثة أولاد فما فوق حتى يضمن حقها في السكن مع محضونيها[2].

1-المحكمة العليا(غ.ز.ش) قرار مؤرخ 1991/04/233ملف 73949 ، مجلة قضائية 1994 العدد 01-ص49 قرار مؤرخ في 1992/06/15 ملف رقم 223834- م ق . 2201 عدد خاص –ص225.

2-عبد العزيز سعد – الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البحث للطباعة و النشر-قسنطينة .الطبعة الأولى ، سنة1986

و النقد الذي وجه لهذه المادة، هو أنها لم تتطرق للحاضنة التي لها طفل واحد فلماذا ربط المشرع مصير هذا الطفل بضرورة التعدد، و التناقض الصريح مع المادة 72 قانون الأسرة[1] التي تقر صراحة السكن لحق مستقل للمحضون عن باقي النفقات حيث تنص على ما يلي :**" نفقة المحضون إذا كان له مال ، و إلا فعلى والده أن يهيأ له سكنا ، و إن تعذر فعليه أجرته"**

و لقد اعتبرت المحكمة العليا ان حق المحضون في تهيئة السكن له من طرف والده، هو حق أقرته المادة 72 قانون الأسرة على مال والده إن لم يكن للمحضون مالا و الإنفاق عليه واجب على الاب إلى غاية بلوغه سن الرشد للذكر و إلى الدخول بها للانثى ، طبقا لما تقتضي به المادتين 75 و 78 من قانون الأسرة بغض النظر عن عدد المحضونين[2].

هذا التناقض من إحدى دواعي المناداة بتعديل قانون الاسرة ، لضمان إسكان للمحضون و عدم إهدار حقوقه الشرعية.

و لقد استجاب المشرع الجزائري لهذا النداء و ألغيت هذه الشروط[3].

و جاء بنص المادة72: **"في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة. و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار و تبقى الحاضنة في بيت الزوجة حتى تنفيذ الاب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"** و عليه أصبح الزوج ملزما بتوفيرسكن لطليقته من كانت حاضنة فقط ألغيت كل الشروط الاخرى – إن تعذر عليه ذلك دفع لها بدل الإيجار و حماية للمحضون تبقى الحاضنة في السكن العائلي إلى غاية تنفيذ الحكم.

إذن نلاحظ أن حق البقاء في السكن العائلي للمطلقة الهدف منه هو حماية المحضونين فقط ن و لا علاقة للمطلقة به ، لذلك فمتى انعدم وجود الأطفال بين الطرفين – الزوجين- تنتهي العلاقة بمجرد سيرورة حكم الطلاق نهائيا و يصبح لكل منهما أجنبيا عن الاخر و لا مجال للحديث عن السكن أو بدل إيجاره.

1-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27

2-المحكمة العليا (غ.ز.ش.)قرار مؤرخ في 1993/04/27 ملف رقم"05366، المجلة القضائية 1994 العدد02، ص88.

3-العتبة عوض المادة16 من الامر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم لقانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لهذا الحق

إن المطلقة الحاضنة عندما يقرر لها القضاء البقاء في مسكن الزوجية لممارسة الحضانة فالسؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو: ما هو التكييف القانوني لهذا الحق و ما هي السلطات المخولة لها على هذا المسكن؟

للوقوف على الطبيعة القانونية للحق في السكن لابد من الرجوع إلى تعريف الحق.

لقد اختلف الفقهاء في تعريف الحق عرفه جانب من انصار المذهب الفردي الفقيه نساصيني بقوله :" إنه سلطة يقررها القانون لشخص معين في مواجهة الغير الذي يلتزم بإعطاء شيء او القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل".

و عرفه الفقيه"إهرنغ" و هو من انصار المذهب الموضوعي أنه مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون[1].

و التعريف الارجح هو أن : الحق مزية أو قدرة يقررها القانون و يحميها لشخص معين على شخص اخر أو على شيء معين سواء كان مادي أو أدبي[2].

أنواع الحق :

هناك عدة أنواع للحق نذكر اهمها و هي :

الحقوق العينية :

هي التي ترد على شيء مادي يخول صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء، فيكون لصاحب الحق استعماله مباشرة دون حاجة إلى تدخل شخص اخر يمكنه من استعمال حقه، فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق و الشيء موضوع الحق[3].

الحقوق الشخصية :

هي قدرة و إمكانية مقررة قانونا لشخص على شخص آخر ، يكون ملتزما بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء .

هناك من الفقهاء من جعل الحق في السكن هو **"حق عيني"** غير أن هذا الرأي انتقد لأنه حسب الدكتور عبد الرزاق السنهوري عند تعريفه للحق الشخصي يقول : "الحق الشخصي أو الالتزام هو رابطة ما بين شخصين دائن او مدين بمقتضاه يطالب الدائن بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل[2].

فالحق الشخصي يشمل روابط قانونية متعددة لا تقل عن أربع ، فهناك التزام بالدين ، التزام بالعمل ، التزام بالتوثيق، و التزام بالعين[3].

و ما يهمنا هو الإلتزام بالعين فهو محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تمليك منفعتها أو تسليمها أو حفظها، و أكثر حالات الالتزام بالعين يكون مصدرها العقد[4] مثال :**المؤجر عندما يؤجر العين فإنه يلزم بتمليك منفعة العين للمستأجر"** و بالتالي فالإلتزام بالعين هو حق يتعلق بذات العين .

و انطلاقا من هذا التعريف نجد أن حق السكن هو حق شخصي. لأن حق السكن المسند للحاضنة مقرر لها بموجب حكم قضائي لممارسة الحضانة و ليس حق عيني يقع على العقار لأن الحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص على عين بالذات[5].

لو فرضنا ان الزوج المطلق لديه مسكنا مملوكا له و بعد الطلاق، و بموجب حكم قضائي يقرر للحاضنة إسنادها هذا المسكن لممارسة الحضانة، بعدها قام مطلقها ببيع المسكن لشخص أخر، فهل يجوز له ذلك؟ و هل يمكن للحاضنة أن ترفع دعوى على مطلقها لإبطال عقد البيع، خاصة أنه لدينا عقد ملكية للسكن للمطلق، و من جهة اخرى، حكم قضائي يقضي بإسناد مسكن الحضانة للحاضنة

1-د/إسحاق إبراهيم منصور المرجع السابق ص299

2-د/عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ص 13

3-نفس المرجع أعلاه ص 15

4-نفس المرجع أعلاه ص16

5-نفس المرجع أعلاه ص 13

لقد فصلت المحكمة العليا– غرفة الاحوال الشخصية – في هذا الإشكال في قرار لها، أين أقرت أن حق الإسكان لممارسة الحضانة**"حق شخصي"** و أن هذا الحق لا يمكن اعتباره بأي حال من الاحوال من الحقوق التي تنقل مع الملكية، و على المستفيد من هذا الحق استعمال طرق التنفيذ القانونية للحصول عليه[1].

فهناك من يرى أنه لا يجوز للمطلق بيع هذا المسكن ، ذلك ببيعه للمسكن تكون نيته في ذلك حرمان المطلقة الحاضنة من الانتفاع بالمسكن المسند إليها بموجب حكم قضائي، مستندين في ذلك على قرار المحكمة العليا جاء فيه**"إن المطلقة قد منحت سكنا لممارسة الحضانة فقيام الزوج بهبة هذا المسكن لوالديه بعد صدور الحكم بالطلاق، يعتبر تهربا و احتيالا قصد حرمان الحاضنة من حقها مخالفا بذلك المادة 52 من قانون الأسرة".**

لكن نحن نرى أنه طبقا للقانون و المطبق يجوز للمطلق أن يبيع المسكن بصفته مالكا، لكن السؤال المطروح: ما هو مصير الحاضنة و المحضونين إذا قرر المشتري طردهم من المسكن؟

فإذا قرر المشتري طرد الحاضنة على أساس أنها شاغلة بدون سند قانوني فإن إدعائه هذا باطل، لأن الحاضنة شاغلة بموجب حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه أسند لها المسكن لممارسة الحضانة، و بالتالي فالمشتري له خيارين:

الأول: هو أن يرضي أن تبقى الحاضنة في مسكن الحضانة لممارسة الحضانة فيه طبقا للقانون لإلى غاية سقوطها عنها شرعا و قانونا – بموجب حكم قضائي- و في هذه الحالة فقط يمكنه الانتفاع من المسكن.

الثاني: هو أن يلجأ إلى القضاء و يرجع على البائع، في حالة رفضه بقاء الحاضنة في المسكن. أما الحاضنة، فلا يمكنها إبطال عقد البيع الذي أبرمه مطلقها باعتباره مالكا للمسكن و له كامل حرية التصرف فيه، و ما على الحاضنة في هذه الحالة سوى التمسك بحق الانتفاع أو رفع دعوى على مطلقها لكي يفر لها مسكن أخر لممارسة الحضانة فيه أو توفير لها بدل إيجار مسكن و يثبت لها بموجب حكم قضائي.

1-قرار صادر في 1986/09/22 – ملف 43594 – نشرة القضاة – العدد 44 الوارد في مؤلف د/ نصر الدين مروك : قانون الاسرة بين النظرية و التطبيق – 2004 – ص125

المبحث الثالث

سلطة القاضي في إسناد مسكن الحضانة

في حالة الطلاق بين الزوجن و بينهما أولاد فغالبا ما يثور إشكال بينهما حول مسكن الزوجين، ترى هل تنفرد به المطلقة الحاضنة رفقة محضونيها؟ أم يرجع للمطلق، و الفاصل في في هذه المسألة هو القاضي، و ذلك بالرجوع إلى عدة اعتبارات نذكر منها: أنه يأخذ بعين الإعتبار ملكية المسكن ، هل هو ملك للزوج أم الزوجة؟ أم أنه مؤخر أو انه مسكن وظيفي؟ و في حالة ما إذا استحال إسناده إلى الحاضنة فهنا يقرر لها القاضي الحق في الحصول على سكن أخر لممارسة الحضانة فيه أو بدل إيجاره، و نتسائل هنا كيف يتم تحديد بدل الإيجار؟

المطلب الأول : صور المسكن العائلي

أولا : إذا كان المسكن الزوجي مملوكا

قد يكون المسكن الذي خصصه الزوجين للإقامة تعود ملكيته لأحد الزوجين أو للغير ، لذلك سوف نتناول كل حالة على حدى.

1-حق الملكية يعود لأحد الزوجين:

طبقا لقاعدة استقلال ذمم الزوجين ، فإن السكن السكن العائلي يعود إلى الزوج الذي يكون معه سند ملكيته[1]. بمعنى أن هذه القاعدة لها الدور الفاصل في عملية إسناد المسكن الزوجي ، و عليه فإذا كان المسكن الزوجي مملوكا للزوجة ملكية تامة ، احتفظت به لنفسه، و تكون قد ضمنت إيواء أولادها بعد طلاقها.

أما إذا كان المسكن الزوجي مملوكا للزوج ملكية تامة، استوجب استثناءه من عملية الإسناد إذا كان وحيدا ، و وجب على المطلق ان يوفر سكنا أخر للمطلقة الحاضنة لممارسة الحضانة فيه، و إن تعذر ذلك دفع لها بدل الإيجار[2].

2-حق الملكية للغير:

قد يكون المسكن الذي خصص لإقامة الزوجين مملوكا لأهل أحد الزوجين و يقيم فيه الزوج على سبيل الإعارة، فإذا كانت ملكية المسكن الزوجي تعود لأهل الزوج، كأب الزوج أو أمه أو أخته ، يستثني من عملية الإسناد.

لأن هذا النوع من السكن ، أمر التصرف فيه لممارسة الحضانة لا ينسجم لا مع نصوص قانون الأسرة، و لا مع نصوص القانون المدني، و بحيث لا يعقل أن تطلق إمرأة من رجل و تبقى تمارس حضانة أولادها عن أهله، و نفس الوضع ينطبق على مسكن الزوجية إذا كان مملوكا لأهل الزوجة[3].

1-د/رشيد مسعودي، المرجع السابق ص80.

2-بوقدرة أم الخير، المرجع السابق ص91

3-بوقدرة أم الخير ، نفس المرجع ص 93

ثانيا : إذا كان السكن الزوجي مستأجرا

إذا كان المسكن الزوجي مستأجرا ، تطرح على القاضي عملية الإسناد الصعبة إذا فصل في قضية الطلاق و الحضانة استوجب عليه تعيين من ينتفع من الزوجين بحق الإيجار، لذلك يلجأ لتطبيق المادة 02/467 من القانون المدني التي تنص "....و في حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزواج من أجل حضانة الأولاد خاصة "

و قد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا [1] جاء فيه" متى كانت أحكام المادة 467 من القانون المدني صريحة في النص على اختصاص القاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق و الفصل في موضوع سكن الحضانة و تقرير حق الانتفاع، و نتيجة لذلك فإنه ليس لأي قاض أن يحكم من جديد بتقرير حق الانتفاع بالسكن أو استبداله أو مراجعة الحكم الذي فصل فيه القاضي الذي قضى بالطلاق، خاصة و ان الحكم بتقرير حق السكن كان أثرا من أثار الطلاق ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد انتهاكا لأحكام المادة المشار إليها و خرقا لمبدأ قوة الشيء المقضي فيه و تجاوزا للسلطة في نفس الوقت".

و يجب على القاضي قبل أن يحكم بحق الإيجار أن يتاكد من عقد الإيجار باسم أحد الزوجين، لأنه إدا كان باسم الغير، كوالد الزوج أو الزوجة مثلا فلا يجوز للقاضي أن يمنح حق الإيجار للحاضنة، و هذا ما كرسته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:

"كما كانت المادة 467 قانون مدني، التي تخول للقاضي الذي يصرح بالطلاق إعطاء السكن الزوجي للزوج الذي استندت إليه حضانة الأولاد أخذت في اعتبارها أن السكن المذكور مؤجر و أن تأجير باسم أحدهما، أما إذا كان باسم الغير، فإنه ليس لأحدهما أن يستفيد منه تحت ظل نص هذه المادة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ ، يعد خرقا للقانون ، و لما كان القرار المطعون فيه قد قضى بمنح السكن المؤجر باسم أم الزوجة للزوجة المطلقة، فإنه بهذا القضاء ، قد خرق أحكام المبدأ المتقدم و متى كان الامر كذلك ، استوجب نقض القرار المطعون فيه"[2].

نستخلص أنه متى كان عقد الإيجار باسم الزوج وقع الطلاق، فإنه يجوز للقاضي أن يمنح حق الإيجار للمطلقة الحاضنة مؤقتا ، و يسترجع بعدها الزوج السكن بانتهاء الحضانة أو سقوطها شرعا، و لا يمكن بعدها للمطلقة أن تتمسك بحق البقاء، لأنها تعتبر شاغلة بدون سند قانوني.

1-د/رشيد مسعودي ك المرجع السابق ص 80.

2-قرار مؤرخ في : 1984/12/03 ملف رقم 34397 ، م . ق سنة 1989 العدد 04 . ص 104

أما إذا المسكن المستأجر لدى ديوان الترقية و التسيير العقاري، فقد ذهب قضاة المحكمة العليا إلى القول بضرورة تحديد عقد الإيجار ، باسم الحاضنة، لأنه من المقرر قانونا و قضاءا أنه لا يحق للشخص البقاء في الأمكنة دون تمتعه بالحق في الإيجار، و في حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يقيد من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار، و من ثم فإن الديوان الترقية و التسيير العقاري الذي استند عند تحرير عقد الإيجار على الحكم القضائي القاضي بإسناد حضانة الأولاد لإلى المطلقة مع الاحتفاظ بحق بقائها في الأمكنة، فإنه بذلك لم يخرق القانون ، و يتعين معه رفض الطعن[1] و ذلك اعتمادا على المادة 02/12 من المرسوم 147/76 التي تنص على أنه"في حالة الطلاق، فإن حق البقاء في الأمكنة يعود إلى أحد الزوجين المعين من قبل القاضي، استنادا إلى مقتضيات المادة 467 من القانون المدني"[2].

ثالثا : إذا كان المسكن العائلي مشغولا بسبب العمل (سكن وظيفي)

قد يكون السكن العائلي مشغولا بسبب العمل ، كتلك المساكن التي تعطيها الدولة للموظفين أو تعطيها الشركات للعاملين فيها أثناء فترة عملهم مثل: المعملين ، القضاء ، رجال الدولة، ... فلا حق في البقاء بالأمكنة للأشخاص الذين كانوا يشغلونها بموجب سند تابع لعقد العمل ، ثم انتهى ذلك العقد و هذا طبقا لأحكام المادة 08/517 من القانون المدني .

أما إذا كنا بصدد موظف، فإنه يخضع للمرسوم التنفيذي رقم 10/89 [3] حيث نصت المادة 08 منه على أن عملية التنازل عن هذه السكنات هي مؤقتة ، يمكن سحبها في أي وقت، كما أن مدة الانتفاع بها مؤقتة لأنها مرتبطة بالوظيفة.

فالقول ببقاء المطلقة الحاضنة في المسكن العائلي متى كان للزوج المطلق مسكن ثاني، لا ينطبق على المسكن المشغول بسبب العمل ، كونه ليس مملوكا و لا حتى مؤجرا ، و تقرر للمطلق الوضعية موظفا له حق السكن فيه فحسب و السكن في هذه الحالة مرهون بالعمل الذي يؤديه الموظف ، و هو في الحقيقة امتداد لمكان العمل أي منح للموظف شخصيا ليكون عن مقربة من العمل ليتمكن من أداء عمله كما ينبغي[4] فإن توقف عن العمل أو تم فصله أو تسريحه، فقد بالتبعية الحق في هذا المسكن.

1-د/رشيد مسعودي ، المرجع السابق . ص 81 (المحكمة العليا (ع أ ش) قرار رقم : 86468 بتاريخ 1993/09/26)

2-المرسوم رقم 147/76 المؤرخ في : 1976/10/23 ينظم العلاقة بين المؤجر و المستأجر لمحل معد للسكن تابع لمكاتب الترقية و التسيير العقاري.

3-مرسوم تنفيذي رقم ك 10/89 مؤرخ في 1984/02/07 متعلق بالسكنات الوظيفية.

4-المحكمة العليا (غ.أ.ش) قرار صادر في : 1995/10/16 م .ق لسنة 1995 العدد 02- ص: 114

و عليه فمتى لم يتمكن القاضي من إسناده السكن العائلي للمطلقة لممارسة الحضانة فلجأ إلى تطبيق الفقرة الأخيرة من المادة 72 من قانون الأسرة و هي إلزام الاب بأدائه للمطلقة بدل الإيجار خاص بالسكن الذي ستمارس فيه الحضانة لكن الصعوبة التي تواجه القاضي هي كيف يتم تحديد بدل الإيجار؟ و هذا ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني : أجرة مسكن الحضانة

إن المشرع الجزائري حسم موقفه فيما يخص استحقاق المطلقة الحاضنة لبدل الإيجار خاص بالسكن الذي تمارس فيه الحضانة ، في حين اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في من يقع عليه عبء سكن المحضون أو أجرة السكن ، فعلى من يقع هذا الأجر؟و كيف يتم تحديده؟

الفرع الأول : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية

أ - فقهاء المالكية:لقد اختلف فقهاء المالكية[1]

فمنهم من يرى أن مسكن المحضون على أبيه، و على الحاضنة ما يخص نفسها و يكون توزيع الأجر بين المحضون و الحاضنة حسا اجتهاد القاضي و إذا تعدد المحضون يكون اجر المسكن على قدر الرؤوس.

أما القول الثاني : فيرون أن الأب ملزم بكراء مسكن الحضانة و ليس على الحاضنة شيء منه لأنه لا وجه لإلزامها بالإقامة فيه مع المحضون لرعايته.

القول الثالث : ألزموا الأب و الحاضنة بكراء مسكن لحضانة معا و لا اجتهاد مع ذلك.

القول الرابع : إن كراء مسكن الحاضنة على الموسر سواء كان الأب أو الحاضنة و متى كان الأب موسرا فلا شيء على الحاضنة.

و يقول ابن رشد في مقدمته إن الاختلاف في سكن الحاضنة مبعثه اختلاف الفقهاء في حق الحضانة ، هل هو حق المحضون أم هو حق للحاضنة؟

فمن رأى أنه حق للحاضنة ، لم ير للمحضون أجرة مسكن حضانته لأنه لا يستقيم أن يكون من حقه أن يكفل المحضون و يؤويه إلى نفسه و يكون له أجرة مسكن حضانته.

1-المستشار/ أحمد نصر الجندي- المرجع السابق، ص: 173

و من رأى أن الحضانة هي حق المحضون أوجب للحاضنة أجرة مسكن حضانتها لأنه على الأب نفقة ولده و منها السكنى.

و يقول أزردي في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير و المشهور أنه على الاب السكنى لأن من لها إمساك الولد و ليس لها مسكن مع الولد يكون على الأب سكناها و سكن الولد، فالسكنى واجبة لكل من الحاضنة و المحضون للحاجة، و مادامت الحاجة قائمة فالوجوب على الأب قائما.

ب -فقهاء الأحناف:

و إذا كان للحاضنة مسكن يمكنها أن تحضن فيه الصغير، بسكناها معه. فإنها لا تستحق على الأب أجرة، و قد تحفظ الفقهاء على هذا القول، بقولهم أن الحاضنة إذا كانت محتاجة لإيجار مسكنها للصرف منه على نفسها، فإن مسكن حضانة الصغير يكون على أبيه.

أما إذا كان للصغير مسكن مملوك له تعين على الحاضنة أن تسكن هذا المسكن مع من تحضنه، و لا مسكن لها على الأب أو أجرته.

أما إذا لم يكن للحاضنة مسكن فيجب على الأب أجرة السكن لأن وجوب الأجرة في السكن مبني على وجوب نفقة الولد[1].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

لقد ألزم المشرع صراحة الأب بتهيئة السكن للمحضون، و إن تعذر فعليه أجرته طبقا لأحكام المادة 72 من قانون الأسرة**"في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة ، سكنا ملائما للحاضنة و إن تعذر ذلك، فعليه بدل الإيجار ، و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"**

و عليه فمسكن الحضانة حق مقرر صراحة للمحضون بالدرجة الأولى ،و أن الحاضنة إنما تستحقه بالتبعية للمحضون، فلولا و جود المحضن في ظل العلاقة الزوجية المنفكة لما استحقت المطلقة الحاضنة حق البقاء في المسكن الزوجي.

1-المستشار/ أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق، ص: 174

د/ أحمد فراج حسين "أحكام الأسرة في الإسلام " دار الجامعة الجديدة – سنة 2004 – ص: 238

لكن عمليا لام يعرض على القانون نزاع تطالب فيه المدعية من مطلقها نفقة شهرية لأبنائها المحضونين مثال **: مطلقة ترفع تعوى تطلب فيها بالنفقة الغذائية لأبنائها الثلاثة حسب مبلغ ألفين دينار شهريا** ،لكل واحد منهم بالإضافة إلى بدل إيجار للسكن الخاص بممارسة الحضانة حسب مبلغ **5000 دج شهريا.**

فهنا القاضي نفسه أمام مادتين : **المادة 72 و المادة 78** من قانون الأسرة ، فكيف يحكم لها بالأجرة؟ هل يحكم لها بنفقة واحدة تتضمن مبلغ الأجرة في النفقات المعيشية للأبناء المحضونين طبقا للمادة 78 التي تنص :**" تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته ..."** أم أنه يحكم بأجرة المسكن مستقلة عن النفقات الأخرى طبقا للمادة 72.

و الأرجح حسب رأينا أن القاضي في هذه الحالة يحكم بنفقة شهرية عامة للأبناء المحضونين حسب مبلغ شهري خاص بكل واحد منهم و هي خاصة بالنفقة المعيشية و يبدل إيجار لمسكن الحضانة، كما أن القضاء الجزائري قد قرر للحاضنة أجرة المسكن حتى و لو كان لها مالا أو كانت عاملة [1] إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، و يتضح هنا أن القضاء الجزائري طبقا لأحكام المذهب المالكي، من جعل نفقة و سكن المحضون على الوالد بغض النظر عن حيازة الحاضنة للسكن من عدمها[2].

لكن السؤال المطروح هنا : كيف يقوم القاضي بتحديد أجرة المسكن؟ و ما هي المعايير التي يعتمد عليها في تقدير هذه الأجرة؟

إن أجرة مسكن الحضانة يخضع في تقديرها إلى اعتبارات و معايير موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي تتمثل هذه المعايير في :

أولا : المعيار المادي

و يقصد به الحالة المادية للأب ، إذ يجب أن تتناسب أجرة أجرة المسكن و درجة يساره دون النظر إلى المقدار الفعلي للأجرة الشهرية، و بذلك يكلف الأب في حدود طاقته فقط ، لقوله تعالى :**(لينفق ذو سعة من سعته و من قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله)** و لا يجوز أن يكون تقدير أجرة مسكن الحضانة ، فيه إثراء للحاضنة و المحضون على حساب الوالد ، حتى يكون سببا في الإضرار بأبيه لقوله تعالى: **(لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده)**

1-المحكمة العليا (ع.إش) قرار صادر في **1998/04/21** ملف رقم 89260، العدد الخاص لسنة 2001، ص 213

2-بوقدرة أم الخير، المرجع السابق، ص : 106

ثانيا : المعيار المكاني

يجب عند تقدير أجرة مسكن الحضانة ، مراعاة ظروف الإسكان في المكان الذي يتواجد فيه مسكن الحضانة ، فقد تكون الأجرة مرتفعة أو متوسطة القيمة بحب المكان المتواجد بوسط المدينة أجرته تفوق أجرة المسكن المتجد بقرية نائية .

ثالثا : المعيار الزمني

يقصد به مراعاة ومن استحقاق أجرة مسكن الحضانة، فطبقا للقاعدة العامة في تقدير النفقة تستحق الأجرة من يوم رفع الدعوى مع جواز الحكم بها لمدة تتجاوز سنة قبل رفعها طبقا لأحكام المادة 80 من قانون الأسرة لكن هذه القاعدة تتعارض و أحكام المادة 61 من قانون الأسرة التي تنص أن **"لا تخرج الزوجة المطلقة... من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها ..."** و بالتالي كيف تحكم لها ببدل الإيجار من يوم رفع الدعوى و هي متعددة في السكن العائلي.

رابعا : معيار متعدد المحضونين

إن عدد المحضونين له دخل في تقدير الأجرة الخاصة بالمسكن، لأن ما يكفي لسكن صغيرين أو ثلاثة قد لا يكفي إذا زاد عدد المحضونين بخمسة أو أكثر، و ذلك مع مراعاة ظروف كل قضية حدى.

الخاتمة

إن هدف المشرع الجزائري من وراء تقدير حق البقاء في السكن العائلي للمطلقة المعتدة بعد فك الرابطة الزوجية هو التقليل من ظاهرة الطلاق التعسفي و تشرد الأطفال في حالة عد وجود مأوى يأويهم بعد انفصال الوالدين، لذلك حسن فعل المشرع الجزائري عندما عدل المادة 52 من قانون الأسرة و ألغى الشروط التعسفية التي كانت تحول دون الحصول على سكن يأويها و محضونيها ، و جعل على الأب واجب توفير سكن لممارسة الحضانة فيه و في حالة تعذره وجب عليه دفع لها بدل الإيجار، مع بقاء الحاضنة في السكن العائلي حتى ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن و هذا ما جاءت به المادة 72 في فقرتها الثانية التي تنص : "...و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن".

فالمشرع الجزائري لم يكن موفقا في هذه الفقرة عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن، و ذلك لعدة اعتبارات أهمها :

لم يوضح المشرع الأساس الشرعي و القانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية رغم أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري طلاق بائن، أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها بمجرد النطق بحكم الطلاق. فكيف لأجنبية أن تقيم ببيت صار أجنبيا عنها في الوقت الذي لم يلزم المشرع المطلق لمغادرة البيت وقت وجود المطلقة فيه رفقة أبناءها .

كما أن المشرع الجزائري في المادة 72 من قانون الأسرة لم يشترط في الحاضنة أن تكون الأم كما كان سابقا في المادة 52 و إنما جاء اللفظ عاما **"في حالة الطلاق ، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة..."** و هنا قد تكون الحاضنة الأم أو الجدة للأم أو الخالة أو الجدة للأب ... و في كل الاحوال فإن الأب ملزما بتوفير السكن لممارسة الحضانة فيه لأنه حق مقرر لمصلحة المحضون.

و مما يعاب على المادة 72 المعدلة أنه كان يتعين على المشرع تخيير الحاضنة بين الاستقلال بالمسكن العائلي و بين أن يقدر لها أجرة مسكن مناسب لممارسة الحضانة، لأنه قد يكون للحاضنة مكان عند أهلها أو مسكن خاص بها تفضل الإقامة فيه و خشية من سقوط حقها في أجرة السكن، يضمن لها القانون هذا التخيير ، و هذا اقتداء بما فعله المشرع المصري في المادة 18 مكرر 03 من ملحق القانون رقم 1985/100المعدل لبعض أحكام الأحوال الشخصية.

كذلك يتعين على المشرع الجزائري أن يدرج مواد في قانون العقوبات كما فعل فيما يخص ترك الأسرة، و عدم تسديد النفقة حتى تقرر حماية جزائية في الحال و امتناع الزوج المطلق عن توفير السكن لممارسة الحضانة بعد الحكم بالطلاق، أو إخفاء الزوج لزوجته في مرحلة العدة، كل هذا و العديد من الظواهر السلبية التي يعيشها المجتمع الجزائري بسبب ابتعاد الأسر الجزائري عن الدين الإسلامي.

لذلك يجب على القاضي الاجتهاد و التحلي بالنزاهة، و لعل مهمة هذا الأخير أصعب و أدق ، لأنه يجد نفسه بين نصوص قانونية صامدة و بين واقع مؤلم تعيشه الأسرة الجزائرية- و هي النواة الأولى لبناء المجتمع و تشرد الأطفال بسبب السلوك السلبي للوالدين ، و تخليهم عن مسؤوليتهم اتجاه فلذات أكبادهم.

لذلك نرجوا أن يدرج المشرع الجزائري في المادة 80 مكرر التي وردت في مشروع قانون الأسرة و تنص على أنه :**" ينشأ طبقا للشروط و الكيفيات المحددة في التشريع المعمول به صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية بما فيها أجرة السكن التي بقي تحصيلها بطرق التنفيذ القانونية بدون جدوى".**

خطة البحث

مقدمة

◄الفصل الأول : السكن العائلي أثناء فترة العدة

المبحث الأول : مفهوم السكن العائلي

المطلب الأول : تعريف السكن العائلي

الفرع الأول : مسكن الزوجية في الشريعة الإسلامية

الفرع الثاني : مسكن الزوجية في القانون الفرنسي

المطلب الثاني : المواصفات الشرعية للمسكن العائلي

المبحث الثاني : مفهوم العدة

المطلب الأول : تعريف العدة و دليل مشروعيتها

الفرع الأول : تعريف العدة

الفرع الثاني : دليل مشروعية العدة

المطلب الثاني : حكمة تشريع العدة

المبحث الثالث : حق المطلقة المعتدة في البقاء في السكن العائلي

المطلب الأول : موقف الشريعة الإسلامية

الفرع الأول : سكن المعتدة من طلاق رجعي

الفرع الثاني:سكن المعتدة من طلاق بائن

المطلب الثاني : موقف المشرع الجزائري

◄الفصل الثاني : السكن العائلي بعد الطلاق

المبحث الأول : الحضانة وشروط ممارستها و أصحاب الحق فيها

المطلب الأول : تعريف الحضانة و شروط ممارستها

الفرع الأول : تعريف الحضانة

الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة

المطلب الثاني : ترتيب أصاب الحق في الحضانة

الفرع الأول : ترتيب الحاضنين قبل تعديل فبراير 2005

الفرع الثاني : ترتيب الحاضنين بعد تعديل فبراير2005

المبحث الثاني : شروط تمتع الحاضنة بالحق في السكن والطبيعة القانونية لهذا الحق

المطلب الأول : شروط إسناد المسكن للمطلقة

الفرع الأول : أن يكون للمطلقة حكم بالحضانة

الفرع الثاني : أن لا يوجد ولي يقبل إيواءها

الفرع الثالث : قدرة الزوج على ضمان المسكن

الفرع الرابع : أن يكون مسكن الزوجية وحيدا

الفرع الخامس : تعدد المحضونين

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لهذا الحق

المبحث الثالث : سلطة القاضي في إسناد مسكن الحضانة

المطلب الأول : صور المسكن العائلي

المطلب الثاني : أجرة مسكن الحضانة

الفرع الأول : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

الخاتمة

قائمة المراجع باللغة العربية

1 – الشيخ الإمـــــام الزاهد أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي : المذهب في فقه الإمام الشافعي الجزء 2 – مطبعة عيسى البابلي الحلبي و شركاؤه – مصر .

2 – الإمام مالك بن أنس : المدونـــة الكبرى المجلد الثـــــــاني – دار صـــــادر – بيروت – سنة 1323 ه- / 1989 م

3 – المبسوط للسرخسي – الجزء الخامس .

4 – عبد الله بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطـــــاب : مواه ـــب الجليلي – الجزء الخامس – الطبعة الأولى – 1995 .

5 – د/أحمد فراج حسين "أحكام الأسرة في الإسلام : الطلاق ، الخلع ، حقوق الأولاد و نفقة الأقـارب وفقا لأحداث التشريعات القانونية – دار الجامعة الجديدة ، طبعة سنة 2004 .

6 – د/ أحمد نصر الجندي "الطلاق و التطليق و أثرهما " دار الكتب القانونيـة – المجلـة الكبرى – 2004 .

8 – د/ أحمد نصر الجندي " النفقات في الشرع و القانون – نفقة الزوجة – الصغير و الأقـارب " دار الكتب القانونية – المجلة الكبرى – 1955 .

9 – د/ أحمد نصر الجندي " عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق " دار الكتب القانونية – المجلة الكبرى – 1995 .

10 – باديس ديابي – اثار فك الرابطة الزوجية : تعويض – نفقة – عدة – حضانة – متاع – دراسـة مدعمة بالاجتهاد القضائي – دار الهدى – عين مليلة – الجزائر 2008 .

11 – د/ بلحاج العربي : " الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " الجزء الأول (زواج و الطلاق) ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر – 1994 .

12 – د / بن رقية بن يوسف " أهم نصوص الشريعة المتعلق بالإيجار المدني و التجاري " – اجتهادات المحكمة العليا – الديوان الوطني للأشغال – 2004 .
13 / د / عبد الرزاق السنهوري ، مصـــــادر الحق في الفقـه الإســلامي – المجلد (1) الجزء (1) "مقدمة صيغة العقد – دار أحياء التراث العربي – بيروت – لبنان – 1953 – 1954) .
14 – عبد العزيز سعد – الزواج و الطـــــلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار البحث للطباعـــة و النشر ، قسنطينة – الطبعة الأولى ، سنة 1986 .
15 / عمرو عيسى الفقي : الموسوعة الشامة في الأحوال الشخصيـة – الجزء الأول – المكتب الجامعي الحديث – الإسكندرية – طبعة أولى سنة 2005 .
16 – محمد كمال الدين إمام ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي – منشورات الكلية الحقوقيـــة – 2003
17 – محمد مصطفى شلبي – أحكام الاسرة في الإسلام – دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة و المذهب الجعفري في القانون – دار النهضة العربية – بيروت – الطبعة الثانية سنة 1397 هـ - 1977 م .
18 – د / محمدي فريدة زواوي : مدخل للعلوم القانونية " نظرية الحق – 1997 .
19 – د / نصر الدين مروك : قانون الأسرة بين النظيرة و التطبيق – دذار الهلال للخدمات الإعلاميـة – سنة 2004 .

الأطروحات و الرسائل :

1 – بوقدرة أم الخير " مسكن الزوجية " . مذكرة لنيل شهـــــادة الماجستير في القـانون الخاص – كلية الحقوق – بن عكنون الجزائر سنة 2001 – 2002 .
2 – رشيد مسعودي : النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري – دراسـة مقارنة – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – بجامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، سنة 2005 – 2006 .

النصوص القانونية :

1 – القانون رقم 11/84 المؤرخ في : 09 يونيو 1984 المتعلق بقانـــون الأسرة الجزائـري المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 .

2 – الأمر رقم 58/75 المؤرخ في : 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعـــــدل و المتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يوليو 2005 و كذا رقم 07-05 المؤرخ في 13 مـــاي 2007 .

3 – المرسوم رقم 147/76 المؤرخ في : 29 شوال عام 1396 الموافـــــق لـ 23 أكتوبر 1976 يتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر و المستأجر لمحل معد للسكن تابع لمكاتب الترقية و التسيير العقاري

4 – مرسوم تنفيذي رقـــم : 10/89 المؤرخ في 1989/02/07 متعلق بالسكنـــات الوظيفيـــة .