كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

العنوان :

حق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون الأحوال الشخصية

إعداد الطالبة :

- جغادر خليدة

إشراف الأستاذة :

- عتيق نظيرة

لجنة المناقشة :

1 – **الدكتور رحماني منصور: رئيسا**
2 – **الأستاذة عتيق نظيرة : مشرفا ومقررا**
3 – **الأستاذة خليفي أسماء : مناقشا**

دورة جوان : 2014

الإهداء

إلى أبي و أمي الغاليان حفظهما الله وأطال عمرهما

إلى إخوتي عماد ، عادل ، طارق ، خالد

إلى أخواتي نادية ، نورة

إلى ابنة أختي آية الرحمن

إلى صديقاتي سارة ، زهرة ، نسيمة

إلى كل زملائي وزميلاتي في الدراسة

تخصص قانون الأحوال الشخصية

خديدة

شكر وتقدير

أشكر الله سبحانه وتعالى ، الذي يسر لي أمري ووفقني لإنجاز هذا العمل

أشكر الأستاذة عتيق نظيرة

التي ساعدتني كثيرا ، بتوجيهاتها ونصائحها القيمة ، وإعطائي من وقتها الثمين،

والتي وافقت على الإشراف علي بالقيام بهذا الموضوع.

أشكر لجنة المناقشة التي وافقت وقبلت مناقشتي ،

على رأسها الأستاذ الدكتور رحماني منصور

والأستاذة خليفي أسماء.

وأشكر كل شخص ساعدني

من قريب أو بعيد

مقدمة :

إن الزواج هو البنية الأساسية التي يقوم عليها المجتمع ،وهو الوسيلة الوحيدة والرخصة القانونية والشرعية ، التي تنظم علاقة الرجل والمرأة في إطارها القانوني والشرعي الصحيح لذلك شرع الإسلام الزواج وحث عليه نظرا للأهمية الكبيرة فلم يجعله مجرد عقدا ماديا كباقي العقود، بل رفع من شأنه، وجعله عقدا وميثاقا بين الزوجين لقوله تعالى: " **وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذنا منكم ميثاقا غليظا** " سورة النساء الآية 21. ، يربط بينهما رباط المودة والرحمة مدى الحياة.

ولعل أن أهم أهداف عقد الزواج هي تحقيق الأستقرار والراحة والطمأنينة بين الزوجين لقوله سبحانه وتعالى: " **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا ، لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون** " سورة الروم الآية 21.

ونظرا للأهمية الكبيرة لعقد الزواج، ومدى تأثيره على استقرار المجتمع، فقد نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة حيث بين شروطه وأهدافه.

فقد عرفه في المادة 04 قانون الأسرة بأنه: " الزواج هو عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي. من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وإحصان الزوجين والمحافظة على الانساب ".

وبالتالي فإن المشرع الجزائري ، لم يخرج عن الشريعة الإسلامية ، بأن الزواج يبنى على أساس المودة والرحمة والتعاون والتفاهم بين الزوجين.

فقد وجب الحفاظ على هذه العلاقة المقدسة، وإذا لم يتحقق الهدف المرجو من هذه العلاقة الزوجية، ويشتد الخلاف بين الزوجين وسوء العشرة، سيفقد الزواج معناه الأساسي، ولا يبقى سوى حل الرابطة الزوجية سواء بالإرادة المنفردة للزوج أو يطلب من الزوجة (تطليق ، خلع) أو بالتراضي بينهما.

المشاكل التي تثار عند انحلال الرابطة الزوجية هي: (التعويض والمتاع ن النفقة ، الحضانة، المسكن) ، ويعتبر هذا الأخير من أهم المشاكل التي تثار أمام المحاكم ، باعتباره حق ملتصق أو تابع للحضانة ، وعندما نقول الحضانة نعني بذلك الأولاد ، لأن حل الرابطة الزوجية ، تترتب عليها آثار كبيرة وخطيرة خاصة على الأم والأولاد ، خاصة إذا لم يكن لهم مكان يأويهم.

وهذا هو موضوع دراستنا ، حيث نص المشرع الجزائري على موضوع السكن في المادة 72 قانون الأسرة ، لكنه لم ينص على شروط استحقاقها للسكن من عدمه ، بخلاف المادة 52 قبل التعديل ، 02 فبراير 2005.

لهذا سنحاول التطرق إلى هذا الموضوع من خلال تحليل المادتين 52 قبل التعديل 2005 والمادة 72 قانون الأسرةبعد التعديل. من خلال الإشكالية التالية:

-من هي المطلقة الحاضنة؟

-وهل كل مطلقة حاضنة تستحق السكن أو هناك شروط يجب توافرها لاستحقاقها السكن ؟ وما مدى استقلالية المطلقة الحاضنة بالسكن ؟

- ومتى ينتهي أو يقتضي حقها في السكن ؟

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع (حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية) في أنه:

-أنه يتحدث على حق مهم في حياة كل فرد ليس فقط المرأة ، لكنه خص به المرأة المطلقة والحاضنة وهو السكن.

-أن السكن يعتبر المأوى الوحيد الذي يأوي إليه الفرد، ليجد فيه الراحة والطمأنينة والأمان.

-أن المطلقة الحاضنة بصفة خاصة هي بحاجة لهذا السكن، لأنه يحميها من الشارع ومن الانحراف وسلوك طريق الشر.

-خاصية المطلقة والتي لها أولاد ، وليس لديها مسكن تأوي إليه بعد طلاقها ، مما يجعل الأولاد يتمردون ويسلكون طريق الانحراف.

-السكن يعتبر من الضروريات اللازمة في الحياة، خاصة بالنسبة للمطلقة والأطفال.

أسباب اختيار الموضوع:

يرجع سبب اختيارنا لهذا الموضوع:

-كونه من بين أكثر الموضوعات انتشارا خاصة في حياتنا الواقعية، وفي القضاء أيضا، كون أن الطلاق شائع، وهو موجود بكثرة في مجتمعنا، والحضانة من أهم الآثار المترتبة عنه وبالتالي السكن بالتبعية.

- فإذا كانت الأم المطلقة حاضنة الأولاد ، وليس لديها مكان تأوي إليه ، أو ولي يقبل إيوائها ، وكما نعرف أنه في الواقع أغلبية الآباء يقبلون تربية أبناء بناتهم وبالتالي يكون مصيرهم الشارع والتشرد.

-بيان مدى أحقية المطلقة الحاضنة للسكن، ومعرفة ما هو موقف المشرع الجزائري من مسكن الحضانة.

أهداف الموضوع :

إن الهدف من دراسة هذا الموضوع هو الإجابة على الإشكالية المطروحة ومحاولة التطرق إلى كل الجوانب الممكنة في دراستنا لهذا الموضوع ، ودراسته من الناحية الشرعية والقانونية، من خلال تبيان موقف الفقه والقانون من " حق المطلقة الحاضنة في السكن " والوصول إلى حلول ونتائج.

المنهج المتبع:

وللإجابة عن التساؤلات والوصول إلى نتائج وحلول معقولة، ومقبولة ينبغي إتباع المنهج الذي من شأنه تحقيق الغرض المرجو منه.

لذلك فقد اخترت المنهج الاستقرائي الذي يقوم على أساس الجزئيات المتعلقة بالموضوع ، من خلال استقراء المواد القانونية التي تنص على هذا الموضوع.

بالإضافة إلى المنهج التحليلي الذي يعتمد على أساس تفصيل وتحليل كل ما يتعلق بالموضوع وأيضا النصوص القانونية.

إذن فالمنهج المتبع هو المنهج الاستقرائي التحليلي.

وسنتناول هذا الموضوع وفقا للخطة التالية :

مقدمة: حيث يتم فيها عرض لمختلف الجوانب المتعلقة بالموضوع وبيان أهمية الموضوع وأسباب اختياره والأهداف منه بالإضافة إلى المنهج المتبع وهو الاستقرائي التحليلي.

الفصل الأول: ماهية حق المطلقة الحاضنة في السكن.

المبحث الأول : مفهوم المطلقة الحاضنة.

المطلب الأول: مفهوم المطلقة.

المطلب الثاني: مفهوم الحاضنة.

المبحث الثاني: الحق في السكن.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للحق في السكن.

المطلب الثاني: المقصود بالسكن.
الفصل الثاني: أحكام المطلقة الحاضنة في السكن.
المبحث الأول : المكلف بتوفير سكن الحضانة وأجرته.
المطلب الأول: شروط إسكان المطلقة الحاضنة.
المطلب الثاني: أجرة مسكن الحضانة.
المبحث الثاني: مدى أحقية المطلقة الحاضنة في السكن.
المطلب الأول: الخصائص المميزة للحق في السكن.
المطلب الثاني: أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في السكن.

الخطة :

مقدمة

الفصل الأول : ماهية حق المطلقة الحاضنة في السكن.

المبحث الأول : مفهوم المطلقة الحاضنة.

المطلب الأول : مفهوم المطلقة.

الفرع الأول : تعريف الطلاق.

الفرع الثاني : مشروعية الطلاق.

الفرع الثالث : أنواع الطلاق.

المطلب الثاني : مفهوم الحاضنة.

الفرع الأول : تعريف الحضانة.

الفرع الثاني : شروط ممارسة الحضانة.

المبحث الثاني : الحق في السكن.

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للحق في السكن.

الفرع الأول : تعريف الحق.

الفرع الثاني : أنواع الحق.

المطلب الثاني : مفهوم السكن .

الفرع الأول : تعريف السكن ومواصفاته.

الفرع الثاني : أنواع السكن.

الفرع الثالث : الحق في السكن حق شخصي.

الفصل الثاني : أحكام حق المطلقين الحاضنة في السكن.

المبحث الأول : المكلف بتوفير مسكن الحضانة وأجرته.

المطلب الأول : شروط إسكان المطلقة الحاضنة.

الفرع الأول : قبل تعديل 2005.

الفرع الثاني : بعد تعديل 2005.

المطلب الثاني : أجرة مسكن الحضانة.

الفرع الأول : موقف الفقه والقانون من أجرة السكن.

الفرع الثاني : المعايير المعتمدة في تقدير أجرة السكن.
المبحث الثاني : مدى أحقية المطلقة الحاضنة في السكن.
المطلب الأول : الخصائص المميزة للحق في السكن .
الفرع الأول : حق المطلقة الحاضنة في السكن حق نسبي.
الفرع الثاني ك حق المطلقة الحاضنة في السكن حق مؤقت.
المطلب الثاني : أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في السكن.
الفرع الأول : قبل تعديل 2005.
الفرع الثاني : بعد تعديل 2005.
الخاتمة.

إن هذا الموضوع محل دراستنا أو بحثنا، يتطلب منا أولا وقبل معرفة ما إذا كان للمطلقة الحاضنة، الحق في السكن، معرفة مفهوم المصطلحات التي يتضمنها هذا الموضوع.

فمن هي المطلقة ؟ ومن هي الحاضنة ؟ وما المقصود بالسكن ؟ وما هو تعريف الحق ؟ وللإجابة على كل هذه التساؤلات، سنتطرق في هذا الفصل إلى مبحثين.

المبحث الأول: مفهوم المطلقة الحاضنة.

المطلب الأول: مفهوم المطلقة.

المطلب الثاني: مفهوم الحاضنة.

المبحث الثاني : الحق في السكن

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للحق في السكن.

المطلب الثاني : المقصود بالسكن.

المبحث الأول: مفهوم المطلقة الحاضنة

إن مفهومي المطلقة والحاضنة، مرتبطان بمصطلحين وهما الطلاق والحضانة، وهذا سنتطرق فيما يأتي إلى مفهوم الطلاق ومفهوم الحضانة.

المطلب الأول: مفهوم المطلقة

إن المطلقة مصطلح يطلق على المرأة أو الزوجة ، التي تطلقت من زوجها بأحد صور الطلاق سواء كان بالإرادة المنفردة للزوج أو بطلب من الزوجة.

الفرع الأول: تعريف الطلاق:

أولا : تعريف الطلاق في اللغة :

الطلاق هو الإطلاق لغة، رفع القيد مطلقا سواء كان هذا القيد حسيا أو معنويا.

فيقال أطلق الرجل الأسير، وطلقه إذا رفع القيد عنه ، كما يقال طلق الرجل زوجته ، وأطلق زوجته ، إذا رفع قيد الزواج المعنوي. [1]

والطلاق التخلية والإرسال وحل العقد ، ويكون الإطلاق بمعنى الترك والإرسال. [2]

وعرف أيضا أن الطلاق في اللغة يدل على الإرسال ورفع القيد والمفارقة.

يقال أطلق الأسير إذا أرسله ورفع قيده، وطلق بلده إذا فارقها، وطلق زوجته أي فارقها وحل رباط الزوجية، وإذا كان العرض يخص الطلاق يرفع القيد المعنوي والإطلاق يرفع القيد الحسي. [3]

كما يعني الطلاق أيضا: الترك والمفارقة، يقال طلق البلاد أو تركها وفارقها. [4]

إذن الطلاق والإطلاق في اللغة معناها واحد وهو رفع القيد مطلقا.

---

(1)بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة النسبة والمذهب الجعفري والقانون– دار النهضة العربية ، بيروت،الجزء الأول، (الزواج والطلاق) ، ص 302.

(2) ابن منظور ، لسان العرب، دار صادار، بيروت، المجلد الرابع، الطبعة الأولى ، 1997 ، ص 190.

(3) محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1977، ص 471.

(4) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، طبعة 1999، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ص207.

ثانيا : تعريف الطلاق في الفقه :

أما في الاصطلاح الشرعي فهو أنها: الحياة الزوجية في الحال أو المآل ، بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو معناها صراحة أو دلالته وإنهاء الرابطة الزوجية في الحال ، يكون بالطلاق البائن ، أما في المآل يكون بالطلاق الرجعي. (1)

الطلاق عند الفقهاء هو رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أو في المال بلفظ يقيد ذلك صراحة أو كناية ، أو بما يقوم مقام اللفظ من الكناية أو الإشارة.

ومعنى هذا أن الطلاق يرفع أحكام قيد الزواج الصحيح ويمنع من استمرارها ، فإذا كان الزواج غير صحيح ، فرفع أحكامه لا تكون طلاقا ، بل يسمى فسخا ، للعقد الذي وقع فاسدا، فالطلاق من أحكام الزواج الصحيح وأثر من الآثار المترتبة عنه.

ويكون رفع قيد الزواج الصحيح في الحال بالطلاق البائن ، لأنه بحصوله يحرم على المطلق الاستمتاع بالمطلقة ، لا يكون له حق المراجعة ، وإعادتها إليه إلا برضاها أو بإذنها وبمهر وعقد جديدين ، أما رفع القيد في المال ، فيكون الطلاق رجعي فإن الزوجة بعده تظل قاسمة إلى انقضاء العدة فيحل لمن طلق رجعيا ، أن يراجع مطلقته ويعيدها إلى عصمته ويتوقف ذلك على رضاها ودون احتياج غلى عقد ومهر جديدين.أما بعد انقضاء عدة المطلقة رجعيا دون مراجعة ، فيرتفع القيد ويصير الطلاق بائنا. (2)

والمراد باللفظ الصحيح في الطلاق عدم احتماله غير الطلاق بحسب اللغة والعرف وبه يقع الطلاق من غير حاجة إلى نية ، والمراد باللفظ الكنائي أن يكون اللفظ محتملا معنى الطلاق وغيره ، ويترجح فيه معنى الطلاق بالنية أو بدلالة الحال ، ومن الصريح لفظ قول القاضي (فرقت) في الحالات التي يفرق فيها القاضي بين الزوجين. (3)

---

(1) بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص 208.

(2) بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق ، ص 302.

(3) بدران أبو العنين بدران، نفس المرجع ، ص 303.

وعرف فقها الحنفية والحنابلة الطلاق بأنه رفع قيد النكاح في الحال أو في المال ، بلفظ مشتق من طلق ، أو ما معناه مما يفيد ذلك ، صراحة و دلالة ، صادر من الزوج أو ممن يقوم مقامه،فيرتفع قيد النكاح بالطلاق في الحال إذا كان بائنا، أو في المال إذا كان رجعيا. [1]
كما عرفه فقهاء المالكية بأنه صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته موجبا تكرارها مرتين على الأولى للتحريم. [2]

ثالثا : تعريف الطلاق في القانون :

لقد عرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 قانون الأسرة الجزائري بأنه:" مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، ويطلب من الزوجة، في حدود ما ورد في المادتين 54/53 من هذا القانون ".
ونستشف من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد استعمل كلمة " حل " أو " يحل " وهي تشمل صور فك الرابطة الزوجية سواء كانت بالإرادة المنفردة للزوج أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة أو بواسطة حكم قضائي.
وهذا ما ذهب إليه أيضا المشرع المغربي في المادة 78 من المدونة المغربية التي جاء فيها : " الطلاق حل ميثاق الزوجية ، يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء أو طبقا لأحكام هذه المدونة ".
وهذا رأي المشرع الكويتي أيضا حيث عرف الطلاق في المادة 97 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي بقوله أنه: " الطلاق هو حل عقد الزواج الصحيح بإرادة الزوج أو من يقوم مقامه بلفظ مخصوص وفق المادة 104 " من نفس القانون.

---

(1) بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية، الطبعة الأولى ، سنة 2008 ، ص 172.

(2) بن شويخ الرشيد ، نفس المرجع ، ص 172،

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق:

إن الأدلة الأصلية للأحكام الشرعية هي القرآن الكريم (الكتاب) والسنة والإجماع.

أولا: القرآن الكريم:

قوله تعالى : " الطلاق مرتا ن فإمساك ، بمعروف أو تسريح بإحسان " سورة البقرة الآية 229.

وقوله تعالى: " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة " سورة الطلاق الآية 01.

وقوله أيضا: " لا جناح عليكم إذا طلقتم النساء، ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة " سورة البقرة الآية 236.

وما نستشفه من هذه الآيات هي تنظيم للطلاق، ففي الآية الأولى، هو تنظيم للطلاق من حيث العدد، فليس للرجل سوى ثلاث طلقات، أما الآية الثانية فهي عن العدة لأنه إذا طلق الزوج زوجته، عليه أن يحصي العدة ، بمعرفة ما إذا كان يمكنه إرجاعها أولا ، أي إذا كان طلاق رجعي أو طلاق بائن.

أما الآية الثالثة فهي عن الحدود الشرعية لفعل الطلاق.

ثانيا: السنة النبوية:

ما ورد أن الرسول صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ، رضي الله عنها ، ثم أمره الله تعالى بأن يراجعها.

كما طلق زوجاته الأربع المغيرة ابن شعبة، وعمر بن الخطاب طلق أم عاصم.

وعبد الرحمن بن عوف طلق تماضر زوجته ، ولم ينكر على أحدهم منهم فرد من الصحابة.

وأيضا روي أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض، فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال له: صلى الله عليه وسلم: " مرة فليراجعها، ثم يطلقها إذا طهرت، أو هي حامل. [1]

(1) منتدى الحديث والسيرة النبوية ، المصدر : سنن الترمذي ، رقم 1185 ، باب ما جاء في طلاق السنة.

ومن الحديث أيضا أن ابن عمر كانت تحته امرأة وكان يحبها، لكن عمر كان يكرهها، فقال له عمر طلقها ، فأبى عبد الله بن عمر ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال الله النبي صلى الله عليه وسلم " طلقها " . [1]

ثالثا: الإجماع:

لقد أجمع المسلمون على أن الطلاق جائز [2]، ولقد انعقد هذا الإجماع مند عصر الرسول صلى الله عليه وسلم، حتى يومنا هذا على جواز الطلاق وإجماع الأمة على حكم دليل شرعي تستمد الأحكام منها.

وقد ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " لا تجتمع أمتي على ضلالة " إذن أن إجماعها على مشروعيته الطلاق هو بناء على ما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية.

ولم ينفرد الإسلام بإقرار الطلاق ، وإثبات مشروعيته ولكنه نظمه وجعله نظاما إنسانيا ، يحقق مصالح الأسرة ن ولا يسلب المرأة حقوقها أو حرياتها. [3]

(1) محاضرة شرح سنن أبي داود : http://audio.islamweb.net

(2) بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق ، ص 303.

(3) محمد كمال إمام ، الطلاق عند المسلمين ، دراسة فقهية وقانونية أ دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 1997، ص32.

الفرع الثالث: أنواع الطلاق:

اولا: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

يثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح فكان الطلاق من الزوج أو من رسوله أو من وكيله.

حيث نص المشرع الجزائري في المادة 48 قانون الأسرة الجزائري سالفة الذكر أنه يتم الطلاق بإرادة الزوج وحده.

لكن لم يورد القانون الجزائري أي نص يتعلق بشروط المطلق ، مما يوجب الأخذ بالمذهب المالكي طبقا للمادة 222 قانون الأسرة الجزائري ، ويقرر الفقه المالكي هنا أنه لا يقع طلاق الصبي أو المجنون ومن في حكمه ، ولا السكران الطافح ولا المكره ولا الغضبان ولا المخطئ و لا الساهي ولا الناسي إذا قامت قرينة تدل على ذلك ، غير أنه إذا طلبت الزوجة التطليق وكان زوجها صبيا أو مجنونا أو مريضا فالقاضي يملك حق التفريق بينهما.

ولقد أجاز المذهب المالكي طلاق الولي نيابة عن الصغير أو المجنون إذا دعت المصلحة أو الضرورة إلى ذلك.

رغم سكون المشرع الجزائري عن الشروط اللازمة لإيقاع طلاق الزوج في باب الطلاق في المادة 85 قانون الأسرة الجزائري (تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون والعته أو السفه).

إذن فإن الأصلية مطلوبة في القانون الجزائري لتوقيع الطلاق هي أن يكون الزوج المطلق متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه. [1]

وتتمثل الشروط التي يجب أن تتوفر في المطلق هي: [2]

-أن يكون زوجا أو رسولا منه أو وكيلا عنه .

-أن يكون بالغا ، عاقلا.

-أن يكون قاصدا الطلاق.

---

(1) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 229-230.

(2) بلحاج العربي ، نفس المرجع ، ص 225-226.

ثانيا : الطلاق بالتراضي:

ويطلق عليه أيضا الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين وهو إنهاء الرابطة الزوجية باتفاقهما وبناءا على رغبتهما معا.

وبحسب ما ورد في المادة 48 قانون الأسرة الجزائري أن الطلاق هو حل الرابطة الزوجية ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين ، وعليه فإن القانون الجزائري يخول للزوجين أن يتفقا على إنهاء الرابطة الزوجية بينهما بإرادتهما المشتركة.

وهذا يعني انه يمكن للزوجين وبناءا على رغبتهما المشتركة أو بطلب أحدهما وموافقة الآخر،أن يتطلقا بتراضيهما وبالإحسان وبدون خصام أو نزاع.

وهو ما عبر عنه بعض الفقهاء في فرنسا " بالطلاق اللطيف أو الظريف، Divorce gracieux مقابل الطلاق بالنزاع Divorce contentieux عند عدم التراضي بين الزوجين. [1]

لكن إذا كانت المادة 49 قانون الأسرة المعدل توجب على القاضي المعروضة عليه دعوى الطلاق أن يقوم بعدة محاولات صلح أن يحرر محضرا يوقعه مع الكاتب والزوجين ، فإننا نعتقد أن الطلاق بالتراضي سيسهل على القاضي مهمة محاولات الصلح فإن الزوجين لا يطلبان منه الحكم بالطلاق برضائهما ن إلا بعد أن يكونا قد اتفقا على كل شيء مسبقا.

وما على القاضي في هذه الحالة إلا أن يحرر محضرا إيجابيا ، ويفصل بينهما بالطلاق ، وأن يضمن حكمه عبارة الطلاق بالتراضي. [2]

وقد قرر مجلس قضاء تلمسان في حكمه الصادر في 06 جويلية 1967 بأنه: (لا يمكن معارضة اتفاق الزوجين لوضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما أن يتطلقا بتراضيهما ووفقا لإرادتهما المشتركة.

---

(1) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 258.

(2) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل،دار هومة ، الطبعة الثالثة ، 2011 ، ص 124.

وإن الطلاق بالتراضي ، غير محرم شرعا بل يوجد جوهره وأصله في القرآن الكريم لقوله تعالى: " وما تفعلوا من خير فإن الله كان به عليما " سورة النساء الآية 127.
وقوله تعالى أيضا : " وأن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان غفورا رحيما ". سورة النساء الآية 129.

ثالثا :الطلاق بطلب من الزوجة :

لقد ورد في المادة 48 قانون الأسرة الجزائري سالفة الذكر ، أنه يجوز حل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة لكن في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 نجد أنه يمكن للزوجة طلب الطلاق في صورتين هما (التطليق والخلع).

1 التطليق :

يجوز للزوجة طلب التطليق من زوجها، لكن يجب أن تكزن ضمن الحالات المذكورة في المادة 53 قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها:يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عارفة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون، وهذه المواد تتعلق بالنفقة ومشتملاتها وتقديراتها وتاريخ استحقاقها.

ولقد ذهب الأئمة: مالك والشافعي وأحمد أن جواز التطليق لعدم الإنفاق في جميع الحالات التي يمتنع فيها الزوج عن الإنفاق وإن إمساكه لها مع الامتناع هو ضرر بالغ. [1]
ولقد استدلوا بما يلي :
قوله تعالى: " ولا تمسكوا من ضرارا لتعتدوا " سورة البقرة الآية 231 ، وقوله سبحانه: " فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " سورة البقرة الآية 225. ، وليس من الإمساك بالمعروف أن تمتنع على الإنفاق عليها.

(1) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 274.

بينما يرى الحنفية بعدم التفريق بين الزوجين للإعسار وعدم الإنفاق وللمرأة أن تستدين أو تنفق على نفسها من مالها ، على أن يكون هذا في ذمة الزوج بدفعه حين يساره. [1] ولقد استدل الحنفية بقوله تعالى: " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه ، فلينف مما آتاه الله نفسا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا " سورة الطلاق الآية 07.

-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج والمقصود بالعيوب هنا هي تلك العلل الجنسية أو الأمراض المنفردة التي من شأنها الحيلولة دون ممارسته العلاقات الجنسية والتي لا يمكن معها إلا بضرر ، ذلك أنه من الأهداف التي شرع من أجلها الزواج هو التناسل وإنجاب الأولاد وتكون أسرة أساسها المودة و الرحمة. [2]

-الهجر في المضجع فوق أربع أشهر، ويقصد بالهجرة في المضجع أن هو وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج لمواجهة زوجته بهدف تأديبها وإرجاعها إلى طاعته ، ولكن يجب أن يكون ذلك أكثر من أربع أشهر ويجب أن يكون في حدود الشرع لقوله تعالى: " واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا " سورة النساء الآية 34.

-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة ، وحتى يكون هذا السبب مناسبا لطلب الزوجة للتطليق يجب أن تمضي سنة فأكثر على الغياب ، وأن يكون لهذا الأخير لعذر غير مقبول ودون سبب شرعي ، وأن يكون قد ترك لها نفقة لتنفق به على نفسها وأولادها.

-مخافة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري الفقرة 01 ، التي جاء فيها " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ".

أي لا يجب أن يخالف الزوج الشروط المنصوص عليها في فقرات المادة 08 من قانون الأسرة الخاصة بتعدد الأرجات، ماذا خالفها يكون من حق الزوجة المطالبة بالتطليق.

---

(1) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 275.

(2) بلحاج العربي ، نفس المرجع ، ص 280.

-ارتكاب فاحشة مبينة، والمقصود بالفاحشة هو الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة وجسيمة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والعرف الاجتماعي.

-الشقاق المستمر بين الزوجين وهو عدم التفاهم والشجار الدائم بين الزوجين ، الذي يجعل من الحياة الزوجية مستحيلة بينهما.

-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج ، أي أن يخالف أحدهما الشروط التي اتفقا عليها في عقد الزواج والتي من دون الإنفاق عليها كما تم هذا الزواج.

-كل ضرر معتبر شرعا ، لقد أحسن المشرع الجزائري لأنه لم يحدد أنواعا معينة من الضرر المعتبر شرعا ، أسباب الشقاق بحيث يكون هذا الضرر هو المؤدي إلى الشقاق بين الزوجين مما ينتج عنه استحالة استمرار المعيشة المشتركة بينهما . [1]

2 الخلع :

من خلال قراءة المادة 54 قانون الأسرة الجزائري القديمة ، التي تنص على أنه يجوز للزوجة أن تخالع زوجها على مال ، يتم الإنفاق عليه. فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم. أما عندما وقع تعديل المادة بالأمر 02/05 لسنة 2005 فإنها أضافت عبارة " دون موافقة الزوج " وأصبحت تنص على " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها دون مقابل مالي ".

وما يلاحظ أن هذا التعديل لم يشتمل فقط تغيب الزوج وإهمال إرادته في الخلع ، بل قرر إهمالها أيضا في مسألة مقابل الخلع ، حيث جاء في الفقرة 02 من نفس المادة " إذا لم يتفق الزوجين على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ".

وهذا يعني أنه إذا لم يقبل الزوج أو لم يتفقا على قيمة المبلغ المالي المقدم من الزوجة فلا عبرة لعدم قبوله ، لمكن القاضي في هذه الحالة يحكم بصداق المثل وقت صدور الحكم . [2]

(1) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 274-280-288-294-297-300.

(2) عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 129-130.

المطلب الثاني : مفهوم الحاضنة :

نقول عن المرأة أنها حاضنة ، عندما تكون متزوجة ولديها أولاد وأيضا يمكن أن تكون غير متزوجة لكن أسندت لها الحضانة مثل الخالة ، الجدة ، أو تكون مطلقة وحاضنة وهذا هو محور دراستنا.

ولهذا سنتطرق إلى الحضانة كأثر من الآثار الطلاق من خلال :

الفرع الأول: تعريف الحضانة.

الفرع الثاني : شروط ممارستها.

الفرع الأول: تعريف الحضانة :

أولا: تعريف الحضانة لغة:

الحضانة لغة مستمدة من الحضن ، والحضن هو ما دون الإبط إلى الكشح ن وقيل هو الصدر والعضدات وما بينهما والجمع أحضان ومنه الاحتضان وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك.

والحضن والجنب هما حصتان:

و في حديث أسيد بن محضر أنه قال: لعامر بن الطفيل : خرج بذمتك لتلا أنقد حضنك والمحتضن ، الحضن.

وحضن الصبي يحضنه حضنا ، وحضانة جعله في حضنه.

وحضن الطائر ايضا بيضه ، وعلى بيضه يحضن حضنا ، وحضانة وحضنا وحضونا. [1]

وقال الجوهري : حضن الطائر ، بيضه ، إذا ضمه إلى نفسه ، تحت جناحيه وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها. [2]

(1) ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادار ، بيروت ، المجلد الثاني ، الطبعة الأولى ، 1997 ، ص 105.

(2) باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، ص 49.

ثانيا : تعريف الحضانة شرعا:

لقد وجدت العديد من التعاريف من الناحية الفقهية رغم وجود ما يميزها عن بعضها البعض في جوانب محددة ، نجد أن جلها تصب في قالب واحد وهو رعاية الصغير والتكفل به صحيا واجتماعيا وتربويا وأخلاقيا.

فقد عرف الفقهاء الحضانة بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة ، أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ، ووقايته مما يؤديه أو يضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بمتتبعات الحياة ومسؤولياتها. (1)

ومن الفقهاء من عرفها أنها التزام بتربية الطفل والقيام بحفظه وإصلاحه في سن معينة ممن له الحق في الحضانة ، ووقايته مما يؤديه ويضره ، وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوم على النهوض تبيعات الحياة والإطلاع بمسؤوليته ، والحصانة بالنسبة للصغير أو الصغيرة واجبة ، لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك والضياع ، وينسحب ذلك الأمر على المعتوه الذي لا يميز فلا يستقل بأمره ، ومن ثم فالحضانة واجبة له منعا من الهلاك. (2)

ومن أبرز التعريفات الفقهية الواردة في تعريف الحضانة :

تعريف الشافعية : حيث عرفها بأنها تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ، ويقيه عما يضره لو كان كبيرا مجنونا ، كان يتعهده بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحله ربط الصغير إلى المهد وتحريكه لينام. (3)

أما الغمام مالك فيعرف الحضانة بأنها تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء. (4)

وما نلاحظه في هذا التعريف أنه لم يحدد السن الذي يحتلم فيه الولد ، كما أنه اقتصر الحضانة على الذكر دون الأنثى في عبارة (الغلام).

---

(1) أحمد إبراهيم عطية ، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة ، دار الفكر القانوني ، الطبعة الأولى ، مصر ، 2008 ، ص 124.

(2) بدران أبو العينين بدران ، مرجع سابق ، ص 543.

(3) بدران أبو العينين بدران ، المرجع نفسه ، ص 543.

(4) باديس ديابي ، مرجع سابق ، ص50.

وهناك من عرفها أنها تربية الولد ورعاية شؤونه ، كمن له حق الحضانة حتى يبلغ سنا معينا. [1]

وهناك من عرفها أيضا أنها: من الولاية عن النفس ، تثبت للحاضن ، صيانة للصغير ووقاية له عما يهلكه أو يضره ، وتتمثل في إمساكه وحفظه في مبيته ، أو في ذهابه وفي مجيئه مع القيام بمصالحه وحاجياته من إطعام ولباس وتنظيف لجسده وموضعه ودهنه ومداعبته ، إذن هي تربية الولد لمن له حق الحضانة. [2]

الحضانة هي ضرب من ضروب الولاية على الطفل ، وفقهيا هي تربية الولد ممن له حق الحضانة. [3]

إذن من التعاريف السابقة يتضح لنا أن الحضانة لا تكون إلا للصغير أو الصغيرة ، الذين لم يبلغا بعد، وذلك مقصود في حد ذاته ، كونه أنه لا بد من الصغر أو العته أو الجنون في إيجاب الحضانة ، لأن البالغ الرشيد لا حضانة له. [4]

ثالثا: تعريف الحضانة قانونا :

لقد عرف المشرع الجزائري الحضانة ولم يتركها للاجتهاد وذلك في نص المادة 62 قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها:

(الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك).

وما نلاحظه في هذا التعريف أن المشرع الجزائري لم يخرج إجمالا عن التعريف الفقهي للحضانة ، سوى أنه استعمل لفظ (الولد) بدل(الصغير) ويبدو أن اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير والصغيرة اللذين لم يبلغا بعد،ذلك أن قانون الأسرة في المادة 65 منه،قد حدد سن الحضانة بالنسبة للذكر بستة عشر (16) سنة والأنثى ببلوغها سن الزواج. [5]

---

(1) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 379.

(2) أحمد فراج حسين ، مرجع سابق ، ص 275.

(3) نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا وتطبيقا ، دار الهدى ، الجزائر ، 2006 ، ص 244.

(4) باديس ديابي ، مرجع سابق ، ص50.

(5) باديس ديابي ، نفس المرجع ، ص 50.

ولقد عرفتها المادة 163 من مدونة الأسرة المغربية، (الحضانة حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه.

على الحاضن أن يكون قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في نفسه وجسمه والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون). [1]

كما عرفته المادة 54 من مجلة الأحوال التونسية بأنها حق الولد في مبيته والقيام بتربيته). [2]

كما جاء في المذكرة الإيضاحية بخصوص المادة 189 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 ما يلي (يراد بحضانة الصغير تربيته ورعايته وتعهده بتدبير طعامه وملبسه ونومه ، وتنظيفه وجميع شؤونه التي بها صلاح أمره ممن له حق تربيته شرعا).

كما جاء في مقدمة التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 (رابعا) .على أنه (يقصد باصطلاح الحضانة في قانون الأحوال الشخصية ، تربية الطفل وتدبير شؤونه من قبل من له الحق في ذلك قانونا، أو المحافظة على من يستطيع تدبير أموره بنفسه وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره). [3]

وانطلاقا من كون المشرع الجزائري في تعريفه للحضانة اعتمد على اهدافها يتبين لنا أن الحضانة تتمثل أساسا في:

1 -تعليم الولد:

ويقصد به التمدرس الرسمي الذي يعد حقا لكل طفل ن ويضمنه القانون مجانا وإجباريا إلى غاية استنفاد طاقته واستطاعته في تحديد مستواه بناء على ملكاته وكفاءته.

---

(1) الجريدة الرسمية رقم 5184 ، الصادرة يوم الخميس 2004/02/05 ، ظهير الشريف ، رقم 1-4-22 صادر في 121 ذي الحجة 1424 (2004/02/03) بتنفيذ القانون رقم 70/03 بمثابة مدونة الأسرة .

(2) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 379.

(3) هدى عصمت محمد أمين ، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2013 ، ص 43-44.

2 -تربيته على دين أبيه:

ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة، وذلك منوه عنه بمفهوم المخالفة في المادة 30 من قانون الأسرة، المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، عندما نص على التحريم المؤقت ونوه عن تحريم المسلمة بغير المسلم وأن العكس جائز، شرعا وقانونا.

وهذا ما أكده في المادة 62 قانون الأسرة (الحضانة هي رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه).

أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة ، ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على دين أبيه أي على المبادئ وقيم الدين الإسلامي. [1]

3 -السهر على حمايته:

تتضمن حماية الطفل " المحضون " كل الجوانب المعنوية والمادية فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي، كالضرب والتعدي والاستغلال برمته، أو عنف لفظي كترهيبه أو تخويفه أو سبه بالشكل الذي قد ينجم عن ذلك اضطرابه نفسيا وعقليا.

كما أن حمايته تتطلب أيضا، تأديبه وتنشئته النشأة السوية وعليه أن يؤدي في حدود ما يسمح به الشرع ويجيزه تأنيبا له ، عن أي خطأ أو سوء معاملة بيدها اتجاه الغير. [2]

4 -حمايته خلقيا:

الحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق بمدى تعليمه وحسن تأديبه وإعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا صالحا وسويا ، وحمايته من مخاطر الشارع ورفقاء السوء.

5 -حمايته صحيا:

إن التكفل الصحي بالطفل المحضون ، من بين أقدس المسؤولية الملقاة ، على عاتق الحاضن ذلك أن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا ودراسيا ،

(1) باديس ديابي ، مرجع سابق ، ص 51.

(2) باديس ديابي ، نفس المرجع ، ص 52.

والاعتناء به ويبقى على الحاضن واجب الرعاية مند الأشهر الأولى للطفل كتلقي التعليمات الدورية في وقتها وعرضه على الطبيب كل ما استدعت الحاجة إلى ذلك. [1]

الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة:

نظرا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتق الحاضن ، خصوصا فيما يتعلق برعاية المحضون كون هذا الأخير غير قادر على الاهتمام بشؤون نفسه لذلك فقد اشترطت الشريعة جملة من الشروط العامة التي يجب توفرها في الحاضن سواء كان رجلا أو امرأة.

لكن المشرع الجزائري لم يحدد الشروط الواجب توافرها، في الحاضنة أو الحاضن حيث اكتفى في الشق الثاني من المادة 62 سالفة الذكر من قانون الأسرة بالقول (.... ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك).

التي يتضح من خلالها الشروط العامة وهي نفس الشروط التي يجب توافرها من الناحية الفقهية.

أولا: الشروط العامة:

1 -البلوغ:

الحضانة مهمة كبيرة وصعبة وشاقة لا يتحمل مسؤوليتها وتبعاتها ، إلا الكبار وليس المراهقين ، فالصغير لو كان مميزا يبقى لحاجة إلى من يتولى أمره وبالتالي ليس بمقدوره أن يتولى شؤون غيره.

والاختلاف بين الفقهاء على اشتراط البلوغ حتى تتوفر أهلية الحضانة ولكن يجب التفرقة هنا بين البالغ بلوغا طبيعيا من حيث السن والعلاقات المميزة لذلك وبين البالغ بلوغا حكما ، كأن تدعي المراهقة مثلا البلوغ وتظهر علامات ذلك من خلال هيئتها الجسمية ، فالبعض ذهب بالقول أنها بالغة ما دام الظاهر يشهد على ذلك ويصدق ادعائها . [2]

(1) باديس ديابي ، مرجع سابق ، ص 52–53.

(2) باديس ديابي، نفس المرجع ، ص 56.

2 -العقل:

أن يكون الحاضن مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الصغير، وملما بكل المخاطر والتحديات 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 عاجز عن إدراك ما يدور حوله.

ويرى بعض الفقهاء أنه تحرم الحضانة على المجنون سواء جنونا متواصلا أو منقطعا ، فكلاهما يعد من موانع الحضانة ، ذلك لأن ترك المحضون لدى الحاضن المجنون ولو جنونا متقطعا يعد ضررا كبيرا للمحضون لان الهدف من الحضانة هو توفير الحماية وهذا ينعدم لدى المجنون ويتساوى المجنون والمعتوه. [1]

وذلك لأن غير العاقل لا يحسن القيام بحفظ الولد ، ورعايته إذا انتسبت له الحضانة بل لأنه قد خشي على الولد منه. [2]

3 -القدرة على التربية:

لا حضانة لمن عجز عن القيام بها لكبر السن ومرض ، ذلك أن من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا ، خلقيا واجتماعيا.

ويرى أغلبية الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر، ولا لمريضة مرضا معديا ، أو مرضا يقف بينها وبين المحضون حائلا عن القيام بشؤونه ولا لمتقدمة في السن ولا لغير المكترثة بشؤون بيتها وأبنائها.

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

فالمدار في استحقاق المرأة المحترفة للحضانة أو عدم استحقاقها هو قدرتها على تربية الصغير ورعايته وعدم القدرة على ذلك. [3]

---

(1) باديس ديابي ، مرجع سابق ، ص 55.

(2) بدران أبو العينين بدران ، مرجع سابق ، ص 550.

(3) باديس ديابي ، نفس المرجع ، ص 58..

4 -الأمانة على الأخلاق:

والأمانة المقصودة صفة في الحاضن يكون بها أهلا للحضانة ، فالحضانة لغير أمين على تربية الولد ، وتقوم أخلاقه ، كالفاسق رجلا أو امرأة من سكير مشتهر بالزنا أو اللهو ، " والحرام واشراط المالكية من المكان فالحضانة لمن بيته مأوى للفساق والمارقين من الدين أو غير الملتزمين بأحكامه. [1]

يجب أن يكون الحاضن أمينا على المحضون ، من أجل تربيته تربية حسنة بعيدا عن كل انحراف من شأنه أن يعرض أخلاق المحضون للخطر والضياع. [2]

5 -الإسلام:

اختلف الفقهاء بشأن الإسلام كشرط من شروط ممارسة الحضانة:

فالشافعية والحنابلة يرون أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة ، فلا إسناد للحضانة عندهم، لغير المسلمة لأن الحضانة ولاية، وأن الولاية للكافر على مسلم لا تجوز، لقوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " سورة النساء الآية 141.

فهذه الولاية شبيهة بولاية الزواج والمال ويخشى على المحضون في دينه.

أما المالكية والأحناف فلا يرون أن إسلام الحاضنة شرطا لممارسة الحضانة يجوز أن تكون الحاضنة كتابية أو غير ذلك سواء كانت أما أو غيرها ، وتبريرهم في ذلك كون الحاضنة لا تتعدى إرضاع الطفل وخدمته ، وذلك يجوز للمسلمة وغيرها ومناطها الشفقة.

والمشرع الجزائري ساير المذهب المالكي في اتجاهه القائل أن الإسلام ليس شرطا لممارسة الحضانة ، وذلك بما ورد في نص المادة 62 قانون الأسرة في عبارة(تربيته على دين أبيه) فيكفي أن يكون أبوه مسلما وأن تربيه على دين أبيه وليس دينها. [3]

---

(1) عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2007 ، ص 359.

(2) باديس ديابي ، مرجع سابق ، ص 59.

(3) باديس ديابي ، نفس المرجع ، ص61-62.

ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء:

بالإضافة إلى الشروط العامة يجب أن يتوفر في الحاضنة شروط خاصة بالمرأة وهي :

1 –أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه:

آراء الفقهاء في هذا الشرط لم تكن واحدة ، فالأئمة الأربعة : مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل قالوا : أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا سواء أكان المحضون ذكرا أو أنثى واستدلوا في ذلك بحديث النبي صلى الله عليه وسلم : " أن امرأة قالت : يا رسول الله أن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثدي له سقاء ، وزعم أبوه أنه يأخذه مني ، فقال صلى الله عليه وسلم : " أنت أحق به ما لم تنكحي ". [1]

بعكس الظاهرية والحسن البصري ، ذهب إلى أن الحضانة لا تسقط بالتزوج مطلقا ، واستدلوا بحديث أنس رضي الله عنه قال : قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، المدينة وليس له خادم فأخذ أبو طلحة بيدي ، وانطلق بي عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: يا رسول الله إن أنس غلام كتيس فليخدمك قال : فخدمته في السفر والحضر .... ، وأن أنسا كان في حضانة أمه ولها زوج وهو أبو طلحة بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو لم ينكر ذلك. [2]

2 –أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون :

معظم الفقهاء يعتبرون أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى والهلاك ، فشرط السكن الملائم واللائق ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلقه. [3]

(1)عبدالله بن عمرو بن العاص المحدث: أبو داود – المصدر: سنن أبي داود – الصفحة أو الرقم: 2276.

(2) باديس ديابي ، مرجع سابق ، ص 63–64.

(3) نفس المرجع ، ص 66.

3 –ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرا:

امتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجانا ، عند إعسار الأب يعد مسقطا لحقها في الحضانة ، فعدم الامتناع يبقى شرطا من شروط الحضانة فإذا كان الأب معسرا ، لا يستطيع دفع أجرة الحضانة،وقبلت تربية أخرى تربية الطفل مجانا،سقط حق الأولى في الحضانة. [1]

(1) نفس المرجع ، ص 67.

المبحث الثاني: الحق في السكن :

لمعرفة طبيعة الحق الذي يخول للمطلقة الحاضنة، التمتع بالسكن سواء كان مسكن الزوجية أو مسكن الحضانة، سنتطرق إلى الطبيعة القانونية لهذا الحق، ثم إلى مفهوم السكن وأنواعه ومواصفاته لهذا سنتناول في هذا المبحث:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للحق في السكن.

الفرع الأول: تعريف الحق.

الفرع الثاني: أنواع الحق.

المطلب الثاني: مفهوم السكن.

الفرع الأول: تعريف السكن ومواصفاته.

الفرع الثاني: أنواع السكن.

الفرع الثالث: الحق في السكن حق شخصي.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للحق في السكن :

وسنتناول في هذا المطلب تعريف الحق وأنواعه.

الفرع الأول: تعريف الحق :

إذا كانت الغالبية العظمى من الفقهاء، تسلم بفكرة الحق باعتبارها فكرة لازمة، من الناحية القانونية، والاجتماعية إلا أن الإجماع بينهم على وضع تعريف للحق، فقد احتدم الخلاف ولا يزال بين شراح القانون المدني[1].

ولقد أثار تعريف الحق الكثير من الأقوال والجدل، وتباينت النظريات المختلفة في هذا الشأن[2].

أما فقهاء الشريعة الإسلامية، لم يولو أهمية كبرى لتعريف الحق ذلك لأنهم رأوا أنه أوضح من أن يعرف، ولأنهم اعتمدوا على التعريف اللغوي له.

أما فقهاء القانون الوضعي فقد جاءت جل تعريفاتهم في تعريف الحق المالي[3].

وقبل الغوص في هذه التعريفات سنتطرق أولا إلى التعريف اللغوي للحق.

أولا: تعريف الحق لغة :

الحق لغة هو نفيض الباطل، وجمعه حقوق وحقائق، وفي حديث التلية ليتيك حقا حقا أي غير باطل.

حق الأمر يحق ويحق حقا وحقوقا صار حقا وثبت.>>

مثل: هذا عبد الله حقا تتأكد به وتكرره لزيادة التأكيد.

قال أو إسحاق: الحق أمر النبي صلى الله عليه وسلم وما أتى به من القرآن[4].

---

(1) عبد القادر الفار ، مدخل لدراسة العلوم القانونية ، مبادئ القانون ، النظرية العامة للحق ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2011 ، ص 127.

(2) محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2009 ، ص 11.

(3) ربيحة إلغات ، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، 2011 ، ص 12.

(4) ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص 122.

ثانيا: تعريف الحق في القانون :

لقد اختلف الفقهاء في وضع تعريف محدد للحق وسنتطرق فيما يلي إلى النظريات التقليدية والحديثة في تعريف الحق

1- النظرية التقليدية في تعريف الحق:

لقد انقسمت إلى عدة مذاهب أو يمكن إجمالها في ثلاث اتجاهات الاتجاه الشخصي والاتجاه الموضوعي والاتجاه المختلط.

أ- المذهب الشخصي:

يعتد هذا المذهب بشخص صاحب الحق، وما هو متاح له من سلطات إدارية فالحق ينشأ حيث تستند السلطة الإرادية إلى قاعدة قانونية، تطفي الشرعية عند مباشرة هذه السلطة.

فالحق من وجهة نظر أنصار هذا الاتجاه ما هو إلا السلطة الإرادية المقررة قانونا للشخص، وبناءا على ذلك فإن حق الملكية هو السلطة الإرادية للشخص في استعمال الشيء واستغلاله، والتصرف فيه.

والحق الشخصي هو السلطة الإرادية للدائن في مطالبته مدينه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل وإعطاء شيء[1].

ويعتبر المذهب الشخصي من أقدم المذاهب في تعريف الحق، فهو المذهب التقليدي في هذا الشأن ويطلق عليه أيضا مذهب الإرادة. [2]

ولقد تزعم هذه المذاهب الفقيهان الألمانيان: "فيذد شايد" و"سافيني".

حيث عرفه هذا الأخير بأنه: "سلطة يقررها القانون لشخص معين في مواجهة الغير الذي يلتزم بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل[3].

ويتسم هذا الاتجاه بالنزعة الذاتية أو الشخصية على اعتبار أن تعريف الحق ينظر فيه إلى الشخص صاحبه فإرادة صاحب الحق هي العنصر الجوهري الذي يتميز الحق، فالحق هو

---

(1) عبد القادر الفار ، مرجع سابق ، ص 127.

(2) محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 11.

(3) أسماء عيسيو ، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته ، مذكرة نهاية تكوين ، 2004 ، ص 23.

قدرة أو سلطة إرادته يعترف بها القانون للشخص في نطاق معلوم- إذنا فهو يتمثل في عنصران وهما:

-لا يتصور الحق إلا بوجود شخص ذي إرادة يستحقه ويباشره، فالحق صفة تلحق الشخص وتجعله قادرا على القيام بعمل معين.

-لا يوجد حق إلا إذا أراد الشخص في حدود القانون، الحق سلطة إرادية لا يمنحها الشخص لنفسه بل أن القانون هو الذي يمنح هذه السلطة للإرادة ويرسم حدودها.

ويتضح من ذلك أن جوهر المذهب الشخصي، يكمن في أنه لا يوجد حق إلا إذا أراده الشخص في حدود القانون ونطاقه[1].

إذن ومما سبق فإن هذا المذهب يتصل اتصالا وثيقا بالمذهب الفردي، ومبدأ سلطان الإرادة، الذي يقرر سلطة انشاء الحقوق وتغييرها وإنهائها.

ب- المذهب الموضوعي:

لقد نظر فريق من الفقهاء، لا إلى شخص صاحب الحق بل إلى موضوعه، لذلك عرفوا بأصحاب الاتجاه أن المذهب الموضوعي[2].

وصاحب هذا المبدأ هو الفقيه الألماني "اهرنج" ويعتمد في تعريفه للحق على موضوعه دون شخص صاحبه ويرى أن الحق هو مصلحة يحميها القانون.

ويتضح من خلال هذا التعريف أن الحق يتكون من عنصرين: أحدهما موضوعي والآخر شكلي.

يتصل العنصر الموضوعي أو المادي بالغاية العملية من الحق، تعتبر هذه الغاية عن ميزة أو منفعة معينة يحققها الحق لصاحبه ويتمثل الحق من الناحية الشخصية فهو يمثل مصلحة لصاحبه هذه المصلحة قد تكون مادية وقد تكون معنوية، كمصلحة الإنسان في حماية شرفه وحريته وروابطه الأسرية.

ويتمثل العنصر الشكلي في حماية القانون للحق عن طريق الدعوى القضائية فكل حق مزود بدعوى تكفل احترام المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها.

---

(1) محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 11-12.

(2) عبد القادر الفار ، مرجع سابق ، ص 128.

ويتضح من ذلك أن جوهر الحق يكمن في الفائدة والمصلحة وليس في الإرادة[1].

ج- المذهب المختلط:

يجمع أنصار المذهب المختلط في تعريفهم للحق بين الاتجاهين السابقين أي بين عنصري الإرادة والمصلحة.

ومن وجهة نظر هؤلاء فإن الحق يثبت حيث تستقر مصلحة لشخص يباشر بشأنها سلطاته الإرادية[2].

لكن أنصار هذا المذهب انقسموا فيما بينهم بصدد تغليب أحد العنصرين على الآخر، فبعضهم يغلب دور الإرادة على دور المصلحة، فيعرف الحق بأنه فكرة إرادية لشخص يعترف بها القانون ويحميها في سبيل تحقيق مصلحة مهينة.

ويغلب البعض الآخر دور المصلحة على دور الإرادة فيعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون عن طريق قدرة إرادية لشخص من الأشخاص، أي أننا بصدد مصلحة محمية يقوم على تحقيقها والدفاع عنها قدرة معترف بها لإرادة معينة[3].

ولقد تعرضت هذه المذاهب الثلاث للنفد، فظهرت على انقاد هذا النقد النظرية الحديثة في تعريف الحق.

2- النظرية الحديثة في تعريف الحق:

اتجه الفقه الحديث في تعريف الحق، إلى محاولة الكشف عن مضمونه وجوهره وبيان ذاتيته، والخصائص المميزة له ويتمثل الاتجاه المعاصر فيها بما يسمى بنظرية الاستئثار والتسلط.

وصاحب هذه النظرية هو الفقيه البلجيكي "دابان" حيث قام بتحليل فكرة الحق وإبراز العناصر التي يتكون منها ويتميز بها ويرى أن الحق يتضمن عناصر أربعة وهي: عنصران داخليان (الانتماء والتسلط) وعنصران خارجيان (ثبوت الحق في مواجهة الغير، والحماية القانونية) [4].

---

(1) محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 13-14.

(2) عبد القادر الفار ، مرجع سابق ، ص 129.

(3) محمد حسين منصور ، نفس المرجع ، ص 14-15.

(4) محمد حسين منصور نفس المرجع، ص 15.

أ- من ناحية الاستئثار:

الاستئثار في الحق يقصد به اختصاص شخص على سبيل الانفراد إما بشيء أو بقيمة ما. فصاحب الحق هو من يستأثر بشيء معين أو بقيمة معينة أو يختص بها على سبيل الانفراد، فالمصلحة لا تصبح حقا إلا إذا ثبت للشخص على سبيل التخصيص.

أما الأشياء والقيم التي تكون موضوع هذا الاستئثار فمختلفة ومتنوعة، فقد تكون خارجية عن شخص صاحب الحق كالعقارات والمنقولات وقد تكون قيما ذاتية متصلة بالشخص ولصيقة به، كسلامة الجسد، والحياة والحرية، وقد يكون الشخص نفسه هو مصدر هذه الأشياء كحق المؤلف[1].

ب- من ناحية التسلط :

يعد عنصر التسليط هو الوجه الآخر للحق على اعتبارات ثبوت القيمة للشخص هو الوجه الأول، ويعتبر التسلط نتيجة ملازمة الاستئثار، ذلك أن ثبوت القيمة للشخص يؤدي حتما إلى التسلط، فطالما أن الشيء مملوك لصاحب الحق فإن ذلك يستلزم الاعتراف بنوع من التسلط عليه.

ويقصد بالتسلط ما يكون لصاحب الحق من سلطة على الشيء أو القدرة على التصرف بحرية في الشيء موضوع الحق، وهذه القدرة تعد من مقتضيات الاستئثار.

ويختلف التسلط عن مباشرة الحق أو استعماله فالتسلط لا يثبت إلا لصاحب الحق، ولو وجد مانع يحول بينه وبين مباشرته، إما الاستعمال فقد يتم بواسطة شخص آخر كالوصي[2].

وفي الأخير نستنتج أن التعريف الأرجح هو أن "الحق هو قدرة يقررها القانون ويحميها لشخص معين على شخص آخر أو على شيء معين".

---

(1) عبد القادر الفار ، مرجع سابق ، ص 129-130.

(2) محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 17-18.

الفرع الثاني: أنواع الحق :

تنقسم الحقوق إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية.

أولا: الحقوق السياسية :

هي تلك الحقوق التي تثبت للشخص بصفته عضوا في جماعة سياسي، فتخوله حق المشاركة في حكم هذه الجماعة.

وهذه الحقوق السياسية هي حقوق مقصورة على أعضاء الجماعة أي المواطنين دون الأجانب، وتتميز هذه الحقوق بأنها أقرب بأن تكون وظائف مفروضة على المواطنين. ولذلك ليس غريبا اتجاه بعض القوانين إلى فرض الانتخاب إجباريا على المواطنين[1].

إذن الحقوق السياسية هي الحقوق التي يتمتع بها الوطني دون الأجنبي

ثانيا: الحقوق المدنية :

الحقوق المدنية يقصد بها ما يلزم ثبوته للأفراد في ممارسة نشاطهم العادي في المجتمع من حقوق غير ذات صيغة سياسية، ويدخل فيها الحقوق أو الحريات العامة و هي الحقوق المقررة للإنسان، بصفته إنسانا والملازمة لطبيعته الآدمية كحقه في الحياة وفي الحرية بكافة مظاهرها[2].

إذن الحقوق المدنية هي حقوق يتمتع بها الإنسان باعتباره فردا في المجتمع الكبير في العالم كله باعتباره إنسانا، يستوي في ذلك الوطني و الأجنبي ومن لا جنسية له، فهي حقوق من ينتمي إلى سلالة أدم وحواء[3].

والحقوق المدنية تنقسم إلى حقوق عامة وحقوق خاصة.

---

(1) رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للحق ، دار المطبوعات الجامعية ، المكتبة القانونية ، جامعة الإسكندرية ، 1999 ، ص 381.

(2) رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 381.

(3) إسحاق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 285.

1- الحقوق العامة:

الحقوق العامة هي تلك الحقوق التي يحكمها القانون العام وذلك لتعلقها بحق السيادة في المجتمع[1].

وهي أيضا الحقوق التي تثبت لكافة الناس على قدم المساواة مثل حق الحياة وحق سلامة الجسم، وحق صيانة العرض والشرف.

فهي تثبت لكل فرد يتصف بصفة الإنسان بغض النظر عن هويته، لذلك يطلق عليها بالحقوق العامة أو الحريات العامة[2].

2- الحقوق الخاصة:

الحقوق الخاصة هي التي يحكمها القانون الخاص ولا تتصل بمسائل السيادة وإنما تقوم بين الأشخاص العاديين[3].

فهي قدرات قانونية يخولها القانون للأفراد ولكنها تختلف من شخص إلى آخر بحسب الحالة الشخصية أو الحالة المدنية لكل فرد على حدة[4].

والحقوق الخاصة تنقسم بدورها إلى حقوق عائلية وحقوق مالية.

أ- الحقوق العائلية:

الحقوق العائلية هي الحقوق الناشئة من روابط الأسرة [5]، حيث يعبر عنها أيضا بحقوق الأسرة، فهي مزايا أو قدرات أو سلطات تقرها وتحميها قواعد الأحوال الشخصية تأسيسا على روابط عائلية مثل: صلات القرابة المباشرة وقرابة الحواشي وصلات الزواج والمصاهرة[6].

مثل: حق الإرث، حق إنفاق الزواج على زوجته، وحقوق الوصاية والولاية والقوامة.

---

(1) رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 381.

(2) إسحاق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 287-288.

(3) رمضان أبو السعود ، نفس المرجع ، ص 382.

(4) إسحاق إبراهيم منصور ، نفس المرجع ، ص 288.

(5) رمضان أبو السعود ، نفس المرجع ، ص 281.

(6) إسحاق إبراهيم منصور ، نفس المرجع ، ص 289.

ب- الحقوق المالية:

الحقوق المالية هي الحقوق التي تنشأ عن الروابط المالية، والتي تتميز بأن لها طابعا ماليا[1]. فهي الحقوق التي يعبر عنها بالأموال لأنها تحقق لأصحابها مصالح ، بمعنى تقويمها بالمال، والحقوق المالية تنص عليها وتقررها وتحميها قواعد القانون المدني بصفة أساسية، وكثيرا ما تحميها قواعد القانون الجنائي في أغلب الأحيان[2].

وهذه الحقوق المالية تنقسم هذه الأخرى إلى حقوق عينية ومعنوية وشخصية.

- **الحقوق العينية:**

الحقوق العينية هي قدرات أو إمكانيات أو مزايا أو سلطات مباشرة يقررها القانون لشخص معين على شيء محدد بذاته أو أشياء محددة بدواتها، فيستطيع صاحب الحق بماله من قدرة مباشرة على شيء أن يستعمل حقه القانوني على ذلك الشيء بدون وساطة شخص أخر لأن سلطته مباشرة.

- **الحقوق المعنوية:**

الحقوق المعنوية هي قدرة يقرها ويحميها القانون لشخص على إنتاجه الفكري أو الذهني أو الأدبي أو الفني أيا كان نوعه فيكون له الاحتفاظ بنسبة ذلك النجاح إليه دائما ويحتكر المنفعة المالية التي تنتج من استغلاله ومثال ذلك: حقوق التأليف كمؤلفي الكتب، وحقوق الفنانين في مختلف المحالات العلمية والفنية.

والحقوق المعنوية تقترب من حق الملكية ولكنها لا تنصب على ماديات، بمعنى أن محل الحق المعنوي لا يكون شيئا ماديا أنما هو شيء معنويا يمكن تصوره فقط[3].

---

(1) رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 381.

(2) إسحاق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 290.

(3)إسحاق إبراهيم منصور نفس المرجع ، ص 291-297-298.

- **الحقوق الشخصية:**

الحقوق الشخصية هي قدرة أو أمكانية مقررة قانونا لشخص على شخص آخر يكون ملتزما بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء[1].

إذن يمثل الحق الشخصي في رابطة قانونية بين شخصين تخول لأحدهما وهو الدائن مطالبة الآخر وهو المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

فالحق الشخصي يخول الدائن سلطة اقتضاء أداء مهين من المدين والحق الشخصي لا ينصب على شيء معين كما هو الحال بالنسبة للحق العيني، بل يقوم على أداء معين لا يمكن للدائن أن يحصل عليه مباشرة بل لابد من تدخل شخص آخر وهو المدين.

والحقوق الشخصية هي حقوق مطلقة لأنها تسري في مواجهة الناس كافة وهي لا تقوم بالنقود لأنها تتسم بالطابع الأدبي أو المعنوي فهي لا تعد مالا ولا تقبل التقويم بالنقود[2].

وأمثلة الحقوق الشخصية التي يكون محلها القيام بعمل، أن يكون للمشتري الحق في استلام المبيع وفي المقابل التزام البائع بتسليم الشيء المبيع.

أما الحق الشخصي الذي محله الامتناع عن عمل أن يلتزم أحد الرياضيين بعدم القيام بمباريات لحساب أي نادي رياضي بخلاف النادي المتعاقد معه.

أما الحق الشخصي الذي محله إعطاء شيء حق المضرور أن يدفع إليه التعويض المناسب من مرتكب الفعل الضار[3].

---

(1)إسحاق إبراهيم منصور مرجع سابق ، ص 294.

(2) محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 67.

(3) إسحاق إبراهيم منصور ، نفس المرجع ، ص 295.

المطلب الثاني: مفهوم السكن :

أن الزوج ملزم بتوفير مسكن ملائم لزوجته وأولاده، وهذا يدخل ضمن النفقة الواجبة عليه اتجاه عائلته، والتي تتمثل مشتملات هذه النفقة حسب ما جاء في نص المادة 78 قانون الأجرة الجزائري في الغذاء، الكسوة، والعلاج والسكن أو بدل الإيجار وحتى بعد فك الرابطة الزوجية أيضا يبقى الزوج أو الأب ملزم بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة بشكل مناسب.

لهذا سنتطرق إلى تعريف السكن ومواصفاته وأنواعه.

الفرع الأول: تعريف السكن ومواصفاته :

أولا: تعريف السكن:

1 -تعريف السكن لغة:

سكن من السكون ضد الحركة وسكن الشيء يسكن سكونا إذا ذهبت حركته.

سكن الرجل أي سكت وقيل سكن في معنى سكت.

السكن والمسكون والمسكن هو المنزل والبيت.

والسكن هو كل ما سكنت إليه واطمأنت به من أهل وغيره.

والسكن أيضا سكن الرجل في الدار.

والسكن المرأة لأنها يسكن إليها[1].

ويقصد بالسكن أيضا المكان المشغول فعلا للسكن، بدليل قوله تعالى: "قالت نملة يأيها النمل ادخلوا مساكنكم" سورة النمل الآية 18.، فقد عبر الله سبحانه وتعالى بالمساكن وهي جمع مسكن لأن النمل كانوا يسكنوها فعلا، وكذلك قوله تعالى: "وسكنتم في مساكن الذين ظلموا أنفسهم" سورة إبراهيم الآية 45.، وقوله تعالى أيضا: "لقد كان لسبأ في مسكنهم آية سورة سبأ الآية 15."، وعلى ذلك فكلمة مسكن تدل على المكان المشغول بالسكنى، وكذلك البيت الدار والمنزل، لقوله تعالى: "وأوحى ربك إلى النحل أن اتخذي من الجبال بيوتا" سورة النحل

(1) ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادار ، بيروت ، المجلد الثالث ، الطبعة الأولى ، 1997 ، ص 311.

الآية 68، وهنا يقول عز وجل في آيته أتخذي من الجبال مساكن لأن النحل لم تكن قد سكنت فعلا.

2 -تعريف السكن اصطلاحا:

أن مفهوم السكن يعطي معنيين مختلفين أحدهما مجرد، ويقصد به ربط الشخص قانونا بمكان معين، حيث يصير هذا المكان المركز القانوني الذي تجتمع فيه مصالحه.

والآخر ملموس ويقصد به مكان السكن الحقيقية للشخص أي الموقع الذي يقيم فيه وهو بالأخرى المكان أو الموقع الذي يتحقق في السكن[1].

إن المشرع الجزائري لم يقم بوضع تعريف محدد للسكن لكن لقد تم تعريفه من قبل العديد من فقهاء القانون حيث كانت التعاريف على النحو التالي:

المسكن هو المأوى الذي يقيم فيه الإنسان، والمكان الذي يعده سكناه حتى ولو لم يكن فيه، وهو مستودع أسراره ومكان راحته.

وعرفه الدكتور محمود بحر "السكن هو المكان الذي يخلو فيه الإنسان إلى نفسه فيعيش في مناجاة مع ذاته بعيدا عن أعين الرقباء، نائيا عن عيون وأسماع الآخرين فيودع فيه خصوصياته وأسراره وينفرد بذاته وبأسرته وبالمقربين إليه".

أما المحامي محمد أبو سعد فقد عرف السكن أنه "كل مكان يتخذه الشخص لنفسه على وجه التوقيف أو الدوام بحيث يكون حرما آمنا لا يباح لغيره دخوله إلا بإذنه"[2].

وقد عرفه محمد محجوب عثمان بأنه "المحل الذي لا يسمح بدخوله الناس فيه إلا بإذن أصحابه أو بإذن من القاضي أو كيل النيابة و المختص".

واعتبر مفهوم السكن مفهوم نسبي يختلف باختلاف الزمان والمكان بمعنى أن ما يعد عند أهل البادية والصحراء مسكنا لا يكون عند غيرهم من أهل المدن فبيت الشعر بالنسبة للبدوي هو مسكنه الذي يعيش فيه وهو المكان الذي يأوي إليه.

---

(1) بوقرة أم الخير ، مسكن الزوجية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر ، 2002 ، ص 2.

(2) عيسى طعيبة ، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع العقود والمسؤولية ، 2011 ، ص 9.

إذ لا أهمية لهيئة السكن ولا للمادة التي صنه منها فيصح أم يكون بيتا أو كوخا أو خيمة وقد يكون مصنوعا من الطوب أو الخشب أو القماش.

ويكفي أن يكون ساكن البيت مالكا لحق الانتفاع أو مستأجرا أو مستعيرا أو حائزا حيازة عرضية ترتكز إلى أسباب ظاهرة مشروعة.

وبوجه عام يعرف المسكن بأنه كل مكان مسور يستخدم للسكن بصفة دائمة أو مؤقتة وسواء كان ملكا لساكنه أو مستأجرا له أو يقيم فيه مجانا[1].

إذن إن السكن يعتبر من الضروريات التي يجب على الزوج توفيرها سواء كان الأمر يتعلق بمسكن الزوجية أثناء قيام العلاقة الزوجية أو مسكن الحضانة بعد فك الرابطة الزوجية حيث يجب أن يكون هذا الأخير ملائم للعيش و مواصفات خاصة و مناسبة.

ثانيا : مواصفات السكن :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 72 قانون الأسرة الجزائري على " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما الحاضنة و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار ".

و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن ".

و في المادة 72 قانون الأسرة الجزائري " تشمل النفقة: الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة ".

و ما نستشفه من هاتين المادتين أن المشرع الجزائري تطرق لمسألة السكن و اعتبره من ضمن النفقة الواجبة على الزوج لكنه لم يتطرق إلى مواصفات محددة التي يجب أن تتوفر في هذا المسكن. فقد اكتفى في المادة 72 أعلاه بذكر عبارة " مسكنا ملائما ".

أما الفقه الإسلامي فقد اشترط في المسكن مواصفات واضحة المعالم عند فقهاء الشريعة الإسلامية و التي أطلقوا عليها بالمواصفات التي تقتضي المسكن الشرعي و التي لا بد من توافرها فيه و حتى يكون صالحا للعيش فيه [2].

و يمكن حصر هذه الشروط في ما يلي :

---

(1)عيسى طعيبة ، مرجع سابق ، ص 9-10.

(2) عبد الفتاح تقية ، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء ، ص 132.

1 –أن يكون المسكن يحتوي على باب له غلق، و أن يكون محتويا على المنافع الضرورية كالمطبخ و الحمام و الغرف ....

2 –أن يحتوي المسكن على مستلزمات العيش الضرورية من طعام و كسوة.

3 –يشترط في المسكن أن يكون له جيران، و البيت الذي ليس له جيران يعتبره الفقهاء غير شرعيا، فإذا أسكنها في بيت له وحشة لبعده، أو لخلوه من الساكنين يعد سكنا منهي عنه شرعا.

4 –أن يكون بعيدا عن اللصوص و أهل الفساد، و البغي مما يستلزم على الزوج أن يأتي بامرأة تؤنس الزوجة أو محرما شرعيا من أصول الزوجة كالخال أو الشقيق.

و عليه فإن إسناد مواصفات المسكن للعرف و العادة غير كاف لأننا نرى أن هذا الحق يستوجب السهر عليه و حمايته و ضمانه حتى لا يتأزم النزاع في حالة ما إذا لم يتوفر السكن اللائق لها إلى زوجة غير مطيعة تخرج عن ولاية و طاعة الزوج [1].

و من ثمة فإن إعداده لإقامة الزوجة أصبح واجبا و لزاما عليه، و وفق مقدوره طبقا لقوله تعالى :" أسكنوهن من حيث سكنتم" سورة الطلاق الآية 06..

و في حال حصول المرأة على الحق في الحضانة بعد الطلاق فإن مطلقها يلتزم بتوفير مسكن لائق لها و لمحضونيها حتى تتمكن من تربيتهم و رعايتهم، و تبقى المطلقة الحاضنة في بيت الزوجية حتى يقوم مطلقها بتنفيذ التزامه و هذا ما نصت عليه المادة 72 سالفة الذكر [2].

و حتى تقوم الحاضنة بكامل مسؤولياتها على أكمل وجه برعاية و تربية محضونيها. يجب أن يتوفر في مسكن الحضانة شروط أو مواصفات خاصة للمحافظة على الأبناء صحة و خلقا.

(1) عبد الفتاح تقية ، مرجع سابق ، ص 132 –133.

(2) عبد الفتاح تقية ، نفس المرجع ، ص 133.

1 –أن يكون مسكن الحضانة مناسبا :

يشترط في المسكن الذي يوفره الزوج المطلق بغرض الحضانة، أن يكون مناسبا للمحضون و الحاضنة على سواء، فإذا كان مناسبا للمحضون، تمكنت الحاضنة فيه من أدائها لواجباتها نحو محضونيها على أكمل وجه.

و لا يكون مناسبا في الجاري إلا إذا تم تزويده بمتطلبات المعيشة من منقولات و خلافه استيفاء للغرض المرصود [1].

و ينصرف التناسب إلى يسار الأب مما لا يشترط معه أن يكون مناسبا ليسار الحاضنة، و إن كان يتعين أن لا يكون في اختياره للمسكن قصد الإضرار بالحاضنة و وضعها الاجتماعي.

و يدخل في مناسبة المسكن أيضا، المكان الذي يهيأ فيه المسكن، و عليه يلزم المطلق بتهيئة مسكن الحضانة في مكان الحضانة أي في البلد الذي يقيم هو فيه و يجوز أن يهيئه في البلد الذي تقيم فيه الحاضنة الأم شرط أن يكون هذا البلد هو الذي سبق أن عقد زواجه عليها فيه، أو في مدينة قريبة من محل إقامته هو بحيث يمكن مطالعة ولده و الرجوع إلى منزله قبل الليل [2].

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم، فلا يجوز لها أن تطلب تهيئة مسكن الحضانة في غير البلد الذي يقيم فيه المطلق إلا إذا حصل اتفاق على خلاف ذلك [3].

و يكون المسكن ملائما للحضانة إذا زود بالمنقولات اللازمة للمعيشة اللائقة بحالة استيفاء الغرض المرصود له و لا يتصور إلزام الحاضنة و لو كانت أما بإعداد مسكن الحضانة بالمنقولات اللازمة للمعيشة و إلا لكانت الحضانة عبئا كبيرا على بعض الحاضنات و هذا يؤدي إلى عزوفهن عن الحضانة بشكل أو بآخر.

---

(1) أحمد إبراهيم عطية ، مرجع سابق ، ص 215.

(2) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 118.

(3) أسماء عيسيو ، مرجع سابق ، ص 22.

و للحاضنة إذا رفض الأب القيام بهذا الالتزام أن تقوم بتزويد المسكن بالمنقولات اللازمة للمعيشة و استيفاء الثمن من الأب عملا بالقواعد العامة أو إقامة الدعوى ضده بطلب إلزامه بتنفيذ التزامه عينا [1].

2 –أن يكون مسكن الحضانة مستقلا :

المقصود بالمسكن المستقل هو المسكن الذي لا يشترك فيه آخرون مع المحضونين و الحاضنة و لو لم يكن هذا المسكن شرعيا.

و بالتالي فيجب أن يكون المسكن مستقلا بمرافقه فيرد على ذلك بأن التزام المطلق التزام تخيري فهو يختار بين أن يترك مسكنه و بين أن يهيئ مسكنا آخر مستقلا و مناسبا و يترك للقاضي الموضوع تقدير مدى استقلال مسكن الحضانة و مناسبته للمحضون و الحاضنة [2].

على هذا فإذا كان مسكن المطلق يحتوي على حجرة، بغير مرافقه المستقلة، فكذلك المسكن البديل يكفي أن يكون مشابها لأنه يعتبر شرعا. مسكن قائم بذاته و لو كانت مرافقه الأخرى مشتركة.

و ضرورة استقلاليته مسكن الحضانة يراعي من خلالها مصلحة المحضون بحفظه صحة و خلقا، مما ينبغي عليه إسكانه في مكان آمن و بين جيران صالحين خاصة إذا كان المحضون أنثى.

و عليه فإعداد مسكن الحضانة يقاس بقدر إعداد مسكن الزوجية من حيث مواصفاته الشرعية فالأمر يتعلق بالمحضون مما يجانب رعاية الأسرة في المجتمع [3].

و الملاحظة أن المشرع الجزائري قد أغفل في إسكان المحضون اشتراط شرعية سكناه شأنها شأن المواصفات الشرعية المطلوبة في توفير السكن للإقامة الزوجية.

فإن المشرع المصري كان أكثر صرامة بأن إلزام الزوج المطلق بتوفيره للحاضنة و محضونيها السكن المستقل المناسب [1].

---

(1) أحمد إبراهيم عطية ، مرجع سابق ، ص 215.

(2) أحمد إبراهيم عطية ، نفس المرجع ، ص 213–214.

(3) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 119.

في المادة 18 مكرر 03 حيث نص فيها : " على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته و لحاضنتهم المسكن المستقل المناسب " [2].

و بحسب ما جاء في نص المادة 72 سالفة الذكر " ..... سكنا ملائما للحاضنة" و ما نستشفه من هذه المادة هي أن :

- التزام الأب بتوفير المسكن الملائم غير إلزامي إذ أن المشرع أقر بأنه في حالة التعذر التزام ببدل الإيجار.
- أن تقدير ملائمة المسكن للحاضنة يخضع لتقدير قاضي الموضوع في حالة رفض الحاضنة المسكن المهيأ لا بد أن يكون لهذا الرفض ما يبرره.
- و إن مصطلح الملائمة و على الرغم ما يحمله من معاني إنما قصد به أن يكون المسكن مناسبا للحضانة و المحضونين و في حدود يسر الأب و وضعه الاجتماعي.

و ألا يكون في اختياره قصد الإضرار بالحاضنة كأن يتواجد في مكان معزول، أو بنايته غير صحيحة.

و المسكن لا يكون ملائما كممارسة الحضانة إلا إذا كان مستوفيا للشروط الشرعية كأن لا يكون بعيدا عن العمران و الناس، أو أن يكون غير آمن أو غير مستوفي للمرافق الشرعية و الضرورية [3].

و أيضا يجب أن يكون مزودا بمتطلبات المعيشة من منقولات و خلافه استيفاء للغرض المحدد له و ذلك لأن الأصل شرعا أن الزوج ملزم بتزويد المسكن بالمنقولات [4].

---

(1) بوقرة ام الخير مرجع سابق ، ص 119.

(2)المادة 18 مكرر3 / 1 من المرسوم قانون رقم 25 لسنة 1929 ، المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، أنظر أحمد إبراهيم عطية ، ص 223.

(3) عيسى طعيبة ، مرجع سابق ، ص 50.

(4) أحمد إبراهيم عطية ، مرجع سابق ، ص 218.

الفرع الثاني : أنواع السكن :

إن مصطلح المسكن يحتوي على عدة أقسام فمنها ما يستعمل حال قيام العلاقة الزوجية و منها ما يستعمل بعد انقضاء الرابطة الزوجية.

أولا : أنواع السكن حال قيام العلاقة الزوجية :

لقد ميز الفقه القانوني فيم يخص ضبط مصطلح السكن أثناء العلاقة الزوجية بعدة مصطلحات:

المسكن الفعلي – المسكن الشرعي – المسكن العائلي.

1 -المسكن الفعلي :

يقصد بالمسكن الفعلي المحل الحقيقي لإقامة الزوجين و الأولاد، فقد يكون هذا المسكن مستقلا، و قد يكون حجرة في شقة و الحجرة في الشقة ليست مسكنا شرعيا لأن المسكن الشرعي لا بد أن يكون مستقلا بمرافقه [1].

2 -المسكن الشرعي:

يراد بالمسكن الشرعي حسب تعريف الفقهاء : المسكن المكتمل المرافق بين جيران مسلمين، خالي من سكنى الغير، فالمسكن الشرعي مستقل بمرافقه حيث تتفرد الزوجة بالسكن فيه للاستتار عن العيون.

و المسكن الشرعي يجب أن تكون له مواصفات واضحة المعالم عند فقهاء الشريعة الإسلامية و هذه المواصفات هي التي تقتضي المسكن الشرعي و التي لا بد من توافرها حتى يكون صالحا للعيش [2].

و من الفقهاء من يعارض فكرة التمييز بين المسكن الفعلي و المسكن الشرعي، و يرى بأنه لا وجه للقول بمسكن فعلي و مسكن شرعي عند الحديث عن مسكن الزوجية و كل مسكن ترضاه الزوجة مكانا تقيم فيه مع زوجها فهو مسكن شرعي فقد تكون نفقة إسكانها شقة

---

(1) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 11.

(2) عبد الفتاح تقية ، مرجع سابق ، ص 132.

فقبلت الانتقال مع زوجها في غرفة فالزواج له جوانبه المعنوية فقد يغض الطرف عن الكثير من العناصر المادية، فإسكان الزوجة الملائم لحال الزوج حق للزوجة و الحقوق كما تسقط بالأداء تسقط بالإبراء.

و لعل هذا هو الرأي الصائب لأن الأمر إنما يتوقف على رضاء الزوجة بالسكن الذي لها زوجها و قبولها الزوج يعكس بالضرورة قبولها للزوج مهما كانت حالته.

3 -المسكن العائلي :

المسكن العائلي عبارة عن بناية مخصصة لسكن العائلة، أي الزوجين و الأولاد و هو مكان لتحقيق الحياة المشتركة [1].

فالسكن العائلي مصطلح عام و شامل لأنه يتعين بسكنى الزوجين و الأولاد فيه أما المسكن الزوجي فيضع مع معناه الظاهري أنه سكن الزوجين فقط و المعنى في كليهما واحد حتى و إن اختلفا في الظاهرة.

و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 61 قانون الأسرة الجزائري حيث نص على : " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوي عنها زوجها من السكن العائلي .....".

و هناك من أضاف ما يسمى بمسكن أو بيت الطاعة و هذا المصطلح شائع الاستعمال في الوسط المصري، و يقصد به المسكن الذي يدعو الزوج زوجته بطاعته فيه، عن طريق الإنذار بالطاعة، فالإنذار بالطاعة يوجه الزوجة و يقوم على إعلان الزوج لها بالطاعة في المسكن المعد للزوجة [2].

ثانيا : أنواع المسكن بعد انقضاء العلاقة الزوجية :

إن بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق يفقد المسكن الزوجي وصفه كمسكن يأوي الزوجين و الأولاد ليصبح في الغالب :

مسكن المطلق أو مسكن العدة أو مسكن الحضانة.

---

(1) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 12.

(2) بوقرة أم الخير ، المرجع نفسه ، ص 13.

1 -مسكن المطلق :

المقصود بمسكن المطلق هو المكان الذي كان يقيم فيه الزوج و زوجته و أولادهما إقامة معتادة، وقت الطلاق و هو ما كان يسمى قبل الطلاق بمسكن الزوجية سواء كان منزلا أو جزءا من المنزل [1].

2 -مسكن العدة :

و يقصد بمسكن العدة، منزل الزوجية الذي كانت تعيش فيه الزوجة قبل الفرقة. فليس للزوجة إن طلقت أن تخرج منه حتى تنقضي عدتها من زوجها و لو أذن لها بالخروج أو السفر لأن بقائها في بيت الزوجية هو حق الله تعالى فلا يملك الزوج إبطاله.

و عليه فيجب على المعتدة البقاء في البيت الذي كانت تسكنه وقت الفرقة و لا فرق بين معتدة من الطلاق أو معتدة من وفاة عند الجعفرية فلو كانت قبل الفرقة غير موجودة فيه وجب عليها أن تعود إليه فورا [2].

لقوله تعالى : " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعتهن و أحصوا العدة و اتقوا الله ربكم و لا تخروجهن و لا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة معينة " سورة الطلاق الآية 01..

و لقد عبر المشرع الجزائري عن مسكن العدة باستعماله مصطلح " المسكن العائلي " من خلال نص المادة 61 قانون الأسرة الجزائري و قصد به المسكن الذي كانت تعيش فيه مع زوجها و أولادها حال قيام العلاقة الزوجية.

3 -مسكن الحضانة :

إن مسكن الحضانة هو المسكن المخصص للقيام بواجب الحضانة من رعاية و تربية و حفظ الولد صحة و خلقا.

من خلال نص المادة 72 قانون الأسرة يمكن تعريف مسكن الحضانة بأنه ذلك المسكن الملائم الذي يعده الأب لإقامة أولاده و حاضنتهم خلال مدة الحضانة.

---

(1) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 13.

(2) محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانوني ، الدار الجامعية ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، 1982 ، ص 679.

أما إذا تعذر عليه الالتزام بتوفير هذا المسكن الملائم للحاضنة التزام بتقديم بدل الإيجار و إذا لم يقم بتنفيذ التزامه بإعداد مسكن ملائم أو دفع بدل الإيجار فإن مسكن الزوجية الذي كانت تقيم فيه قبل الطلاق يصبح هو مسكن الحضانة و من حق الحاضنة أن تمارس واجب الحضانة فيه [1].

إذن إن الأصل أن مسكن الزوجية هو مسكن الحضانة بالنسبة للأم الحاضنة طالما كانت الزوجية قائمة، أو كانت المرأة مطلقة رجعية أو معتدة من طلاق بائن.

أما إذا لم تكن الحاضنة هي الأم فإن مسكن الحضانة جزء من النفقة المستحقة و نفقة الصغير أصلا من ماله وألا فهي واجبة على الأب متى طولب بها [2].

و قد لا يكون مسكن الزوجية هو مسكن الحضانة و ذلك في حالة توفير الأب مسكن لم يكن محلا لإقامة الزوجين المشتركة بغرض حضانة الصغار به و في هذه الحالة يسمى مسكن الحضانة و مسكن الحضانة إذا لم يكن مسكن الزوجية فإنه ينبغي أن يكون مسكنا مستقلا و مستوفي للمرافق الشرعية بخلاف مسكن الزوجية و الذي لا يشترط فيه في جميع الأحوال أن يكون مستقلا و به المرافق الشرعية باعتبار أن الزوجة قد قبلت الإقامة فيه [3].

إذن إن مسكن الحضانة هو ذلك المسكن الذي يعده المطلق لإقامة مطلقته مع محضونيها لأدائها واجب الحضانة أو دفع بدل الإيجار.

الفرع الثالث : طبيعة الحق في السكن :

كما رأينا في السابق الحق مزية أو قدرة يقررها القانون و يحميها لشخص معين على شخص آخر أو على شيء معين (مادي أو معنوي)، و يكون ملتزما بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء [4].

هناك من الفقهاء من جعل حق السكن هو حق عيني، لكن هذا الرأي يعاب عليه لأن الحق العيني هو سلطة لشخص على شيء مادي.

---

(1) عيسى طعيبة ، مرجع سابق ، ص 49.

(2) محمد كمال الدين إمام ، أحكام الأسرة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2008 ، ص 154.

(3) أحمد إبراهيم عطية ، مرجع سابق ، ص 211.

(4) إسحاق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 294.

أما الحق الشخصي فهو سلطة لشخص قبل شخص آخر يستطيع الأول بموجبها أن يلزم الثاني بأن يقوم بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل [1].

إن الحق الشخصي أو الالتزام يشمل عدة روابط قانونية متعددة لا تقل عن أربع : فهناك التزام بالدين و التزام بالعمل، التزام بالتوثيق، التزام بالعين.

و الالتزام بالعين هو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تمليك منفعتها أو تسليمها أو حفظها و أكثر حالات الالتزام بالعين يكون مصدرها العقد فإيجار العين بشيء التزاما على المؤجر بتمليك منفعة العين للمستأجر، و بالتالي فالالتزام بالعين هو حق يتعلق بذات العين دون أن يكون حقا عينا أصليا.

و انطلاقا من هذا التعريف نجد أن حق السكن هو حق شخصي لأن حق السكن المسند للحاضنة يكون مقرر لها بحكم قضائي بممارسة الحضانة و ليس حقا عينيا يقع على العقار.

و هذا ما ورد في الحكم الصادر في 2006/06/19 (حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية علنيا حضوريا ابتدائيا بإلزام المدعي عليه أن يوفر للمدعية مسكن ملائم لممارسة الحضانة أو أن يدفع لها بدل الإيجار.) [2].

فلو فرضنا أن الزوج المطلق لديه مسكن مملوك له، و بعد الطلاق و بموجب حكم قضائي تقرر للحاضنة إسنادها هذا المسكن لممارسة الحضانة بعدها قام مطلقها ببيع ذلك المسكن لشخص آخر. فهل يجوز له ذلك؟.

و هل يمكن للحاضنة أن ترفع دعوى على مطلقها لإبطال عقد البيع؟.

فمن جهة هناك عقد ملكية المسكن للمطلق و من جهة أخرى حكم قضائي يقضي بإسناد مسكن الحضانة للحاضنة.

إن المحكمة العليا في قرار لها أقرت أن حق الإسكان لممارسة الحضانة هو حق شخصي و أن هذا الحق لا يمكن اعتباره بأي حال من الأحوال من الحقوق التي تنتقل مع الملكية، على المستفيد من هذا الحق استعمال طرق التنفيذ القانونية للحصول عليه.

---

(1) عبد القادر الفار ، مرجع سابق ، ص 139.

(2) الحكم الصادر في 2006/06/19 محكمة عين الدفلة ، رقم الدعوى 06/336 .

فهناك من يرى أنه لا يجوز للمطلق بيع هذا المسكن لأنه ببيعه للمسكن تكون نيته حرمان المطلقة الحاضنة في الانتفاع بالمسكن المسند إليها بموجب حكم قضائي و هذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا أن مطلقة منحت سكنا لممارسة الحضانة فقيام الزوج بهبة هذا المسكن لوالديه بعد صدور الحكم بالطلاق يعتبر تهريبا و احتيالا قصد حرمان الحاضنة من حقها [1].

لكن نحن نرى أنه و طبقا للقانون و المنطق فإن المطلق يجوز له بيع المسكن لكن ما هو مصير الحاضنة و المحضونين إذا قرر المشتري الجديد طردهم من المسكن؟.

إن المشتري الجديد لا يمكنه طرد الحاضنة بحجة أنها شاغلة دون سند قانوني و ذلك لأن لديها حكم قضائي أسند لها المسكن لممارسة الحضانة و هو سند قوة في الإثبات و هنا لا يملك المشتري إلا اللجوء إلى القضاء و يرجع على البائع.

أما بالنسبة للحاضنة فلا يمكنها إبطال عقد البيع الذي أبرمه مطلقها باعتباره مالكا للمسكن و له كامل حرية التصرف فيه و بالتالي له أن يبيعه و ما على الحاضنة إلا أن ترفع دعوى على مطلقها لكي يوفر لها مسكن آخر لممارسة الحضانة، أو إعطاءها حسب نص المادة 72 قانون الأسرة بدل إيجار المسكن و يثبت ذلك بموجب حكم قضائي.

و بالتالي فإن الحق في السكن باعتباره مقررا له قانونا يستفيد منه بموجب حكم قضائي يلزم إسناده سواء كان للحاضنة أو المحضون يعتبر حقا شخصيا و ليس حقا عينا باعتبار أن هذا الأخير هو سلطة مقررة لشخص على شيء محل الحق دون وساطة أحد.

فللأب كما رأينا إذا كان مالكا للمسكن المخصص للحاضنة له الحق في بيعه دون اعتراض من القائم بالحضانة و لهذا الأخير الحق أن يرفع دعوى للمطالبة بسكن آخر لممارسة الحضانة، أو دفع بدل الإيجار بشرط أن لا يكون الهدف من البيع حرمان المحضون أو الحاضنة من حقهما.

(1) أسماء عيسيو ، مرجع سابق ، ص 26-27.

إن حق المطلقة الحاضنة في السكن، هو حق شخصي، كما رأينا في السابق وحق ثابت للمطلقة الحاضنة، وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 72 قانون الأسرة الجزائري.
لكن يجب أن يتوفر في الحاضنة شروط تجعل حقها في السكن صحيحا، وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه قبل تعديل القانون لسنة 2005 بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 –قد تطرق إلى شروط استحقاق المطلقة الحاضنة لمسكن الزوجية أو أجرته وتناول أيضا في نفس المادة أسباب أو موحيات سقوط هذا الحق، وهذا في نص المادة 52 قانون الأسرة.
لكن بعد التعديل قد ألغى فقرات هذه المادة المتضمنة شروط اسكان المطلقة الحاضنة وأسباب سقوطها.
لهذا سنتناول في هذا الفصل أحكام حق المطلقة الحاضنة في السكن، قبل وبعد التعديل من خلال:

–المبحث الأول: المكلف بتوفير مسكن الحضانة وأجرته.
–المبحث الثاني: مدى أحقية المطلقة الحاضنة للسكن.

المبحث الأول: المكلف بتوفير مسكن الحضانة وأجرته :

إن الحاضنة تحتاج عادة إلى مسكن، لتباشر الحضانة فيه، وترعى فيه شؤونه، وتحافظ عليه، وقد ثار الخلاف حول استحقاق الحاضنة لأجر مسكن الحضانة، فذهب رأي إلى القول بأن وجوب أجر الحضانة لا يستوجب وجوب مسكن الحضانة، وذهب رأي آخر إلى القول بوجوب أجر الحضانة على والد الصغير، لأن أجر المسكن من نفقته.

وإذا كان للحاضنة مسكن تحضن فيه الصغير، فإنه يسكن تبعا لها، فلا تستحق أجرة مسكن الحضانة[1].

وإذا لم يكن للحاضنة مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير فلها أن تطلب من الأب إعداد مسكن لحضانة فيه، أو فرض أجرته وإذا احتاجت في حضانته إلى خادم وأبوه موسر، فلها أن تطالبه بإحضار خادم أو فرض أجرته[2].

والراجح أن أجر مسكن الحضانة على والد الصغير المحضون، لأن هذا الأجر من نفقة الصغير الواجبة على أبيه شرعا[3].

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 72 قانون الأسرة في ظل القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 (قبل التعديل)، التي جاء فيها: "نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان لخ مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وأن تعذر فعليه أجرته".

وما نستشفه من هذه المادة أن توفير مسكن لممارسة الحضانة هو لازم لأنه هو الذي ينشأ فيه الصغير، ولتحقيق مضمون أو مفهوم الحضانة التي نصت عليها المادة 62 قانون الأسرة الجزائري.

وقد جعلت هذه المادة مسكن الحضانة من مال المحضون، إن كان له مال، فإن لم يكن له مال فعلى أبيه أن يوفر له سكنا، ليحضن فيه، أو يكلف الأب بدفع أجرة المسكن.

---

(1) أنور لعروسي ، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين ، النصوص والفقه ومبادئ القضاء ، قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الجزء الثاني ، 2000 ، ص 245.

(2) عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار القلم للنشر والتوزيع ، الكويت ، الطبعة الثانية ، 1990 ، ص 198.

(3)أنور لعروسي ، مرجع نفسه ، ص 246.

أما بعد تعديل المادة 72 قانون الأسرة، حيث نصت على: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق، لالسكن."

ففي حالة الطلاق ألزم المشرع الأب بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، فإن لم يستطع فعليه توفير بدل الإيجار، وهنا لم يجعل المشرع الأمر اختياري بين السكن ودفع بدل الإيجار، فتوفير السكن الملائم هو الذي يكون كأصل، فإن تعذر توفيره يكون دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في مسكن الزوجية حتى ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن[1].

إلا أنه من حيث الواقع، إن المرأة الجزائرية لا تظل في البيت الزوجية إلى غاية توافر أحد الشرطين وذلك لسببين:

السبب الأول: أن الزوج يرفع قضية الطلاق بعد أن تكون الزوجة في بيت أهلها، علما أن الزوج في غالب الأحيان لا يقوم بتطبيق أحكام الشرع فيما يتعلق بالطلاق في طهر، وعدم إجراء عملية الصلح، وفقا للنصوص الشرعية.

السبب الثاني: أن العرف والشرع لا يسمحان للمرأة المطلقة بعد انقضاء عدتها ، أن تظل تحت سقف واحد مع زوجها السابق[2].

وهذا الإجراء استحدث لدفع الزوج، إلى تنفيذ هذا الالتزام بتوفير السكن لممارسة الحضانة، خصوصا عندما لا تجد المطلقة الحاضنة، بعد انتهاء العدة مكانا تلجأ إليه ولو بشكل مؤقت ريثما يوفر الزوج مسكن الحضانة[3].

وهذا أيضا ما سار عليه القضاء الجزائري في الكثير من قراراته من بينها:

" للحضانة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى تثبت أن للزوج مسكنا آخر، و هذا نظرا لمصلحة المحضونين.

---

(1) نسرين شريفي وكمال بوفروة ، قانون الأسرة الجزائري ، دار بلقيس ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2013 ، ص 113.

(2) غنية قري ، شرح قانون الأسرة المعدل ، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2011 ، ص 151-152.

(3) بن شويخ الرشيد ، مرجع سابق ، ص 260.

و كما كان ثانيا في قضية الحال أن المطعون ضدها تمارس حضانة الأولاد في المسكن المتنازع عليه منذ 11 سنة أي من تاريخ صدور الحكم بالطلاق و أن محضر إثبات حالة يثبت أن الطاعن يملك سكنا آخر و عليه فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس و حق الزوجية في البقاء في مسكن الزوجية نظرا لمصلحة الأولاد المحضونين الأربعة فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون.

و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن " [1].

و جاء أيضا في قرار المحكمة العليا :

" للحضانة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى تثبت أن للزوج مسكنا آخر و متى تبين في قضية الحال أن الطابق السفلي ممنوع لممارسة الحضانة فإن قيام الزوج بهبة هذا الطابق لوالديه بعد صدور حكم الطلاق يعتبر تهريبا و احتيالا قصد حرمان الطاعنة من ممارسة الحضانة و عليه فإن القرار المنفذ عندما ألغى الحكم المستأنف فيها يخص السكن الممنوح للطاعنة في الفيلا التي يملكها المطعون ضده خالف أحكام المادة 52 قانون الأسرة.

مما يتوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص السكن " [2].

و في قرار للمحكمة العليا :

" من الثابت قانونا أن للحضانة الحق في السكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة " [3].

إذن حسب المادة 72 قانون الأسرة الجزائري في حالة الطلاق التزم الأب بتوفير مسكنا ملائما للحاضنة حتى تستطيع ممارسة حقها في أحسن الظروف اتجاه محضونيها و في حالة عدم تمكنه من ذلك ألزم بدفع بدل الإيجار لإيجاد مسكن ملائما تسكن فيه الحاضنة و محضونيها كما حثت المادة نفسها على بقاء المطلقة الحاضنة في البيت الزوجية إلى غاية تنفيذ أحد الأمرين توفير السكن أو دفع أجرة الكراء [4].

---

(1) ملف رقم 223834 قرار بتاريخ 1999/06/154 ، أنظر الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، الجزائر العاصمة ، 2001 ، ص 225.

(2) ملف رقم 179558 قرار بتاريخ 1998/03/17 ، الاجتهاد القضائي ، مرجع نفسه ، ص 210.

(3)ملف رقم 339617 قرار بتاريخ 2005/07/13 ، غرفة الأحوال الشخصية نشرة القضاة العدد 63 ، ص 343 ، أنظر باديس ديابي ، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية ، دار الهدى ، الجزائر ، 2012 ، ص 70.

(4) غنية قري ، مرجع سابق ، ص 151.

و على هذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : شروط إسكان المطلقة الحاضنة.

المطلب الثاني : أجرة مسكن الحاضنة.

المطلب الأول : شروط إسكان المطلقة الحاضنة :

إذا كانت كل من المدة و الحضانة تعتبران كأثر من آثار الطلاق فإن إسكان المطلقة الحاضنة يعتبر أيضا أثر من آثار الطلاق [1].

فبمجرد حصول المطلقة على حضانة أبنائها بعد الطلاق فإن مطلقها يلتزم بتوفير مسكن ملائم لها و لمحضونيها، حتى تتمكن من تربيتهم و رعايتهم [2].

إذن إن عملية إسكان المطلقة الحاضنة بغرض قيامها بواجب الحضانة فيه على أكمل وجه و ذلك بتوفر جملة من الشروط أوجبها المشرع الجزائري لضمان حق المطلقة الحاضنة في السكن [3].

لقد نص المشرع الجزائري كل هذه الشروط في المادة 52 قانون الأسرة تعديل سنة 2005.

إذن سنتناول هذه الشروط قبل التعديل (الفرع 1) و بعد التعديل (الفرع 2)

الفرع الأول : قبل تعديل 2005 :

جاء في نص المادة 52 القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 ما يلي :

" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

و إذا كانت حانت حاضنة لم يكن لها ولي يقبل إيوائها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج.

و يستثني من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا.

تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها "

و معنى هذا أنه لتطبيق هذه المادة و إمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بالسكن المناسب لتقيم فيه هي و محضونيها يجب توفر الشروط الآتية :

أولا : أن يكون للمطلقة حكم بالحضانة :

و معنى هذا أن يصدر حكم قضائي نهائي، بطلاقها و يتضمن إسناد حق الحضانة إليها [4].

---

(1) عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 145.

(2) عبد الفتاح تقية ، مرجع سابق ، ص 133.

(3) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 83.

(4)عبد الفتاح تقية ، نفس المرجع ، ص 145.

و قد استقر القضاء على أن طلب الحاضنة للمسكن ، يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق و الحضانة، و لا يتقرر للمطلقة الحاضنة هذا الحق دون إثبات وفق ما جاء في نص المادة 52 قانون الأسرة.

حيث قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1980 بأن الحكم بالسكن يحكم فيه بالطلاق و الحضانة [1].

إن الأصل و أن الحضانة تسند للأم ، باعتبارها أولى برعاية ولدها، و لكن الأشكال المطروح في الحياة العملية هو أنه قد لا تسند الحضانة إلى الأم بل تسند إلى شخص آخر كالخالة أو أم الأب أو أم الأم.

و السؤال المطروح هو هل يكون لهذه الحاضنات الحق في السكن؟.

إن الحاضنة التي تستفيد من الحكم لها الحق في السكن هي أم المحضون أو المطلقة الحاضنة دون سواها من الحاضنات اللواتي قد يتقرر لهن الحق في الحضانة، وفقا للترتيب الشرعي أو القانوني الوارد في المادة 64 قانون الأسرة، و هذا ما يستشف من عبارة " إذا كانت حاضنة " في الفقرة الثانية من المادة 52 قانون الأسرة، فهذه العبارة وردت مكملة للفقرة الأولى الخاصة بالتعويض في الطلاق التعسفي، و يعني بها المشرع المطلقة التي تقررت لها الحضانة، و المطلقة لا تكون إلا أما للمحضون.

و بالتالي و بناءا على ما سبق و إنه يستثنى من تطبيق هذا النص، كل امرأة أسندت لها الحضانة، و لا يسري إلا على الحاضنة الأم بموجب حكم قضائي [2].

أي أنه يجب أن تكون الحاضنة هي المطلقة و هي أم المحضون، ذلك أنه لو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة، هي الجدة و العمة مثلا، و كان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو العمة لتمارس فيه حق الحضانة، و لا يحتاج الأمر إلى توفير السكن للحاضنة [3].

---

(1) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 84.

(2) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 84.

(3) عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 144.

ثانيا : أن لا يكون للمطلقة الحاضنة ولي يقبل إيوائها :

يشترط لإقرار حق السكن للمطلقة الحاضنة، أن لا يكون لها ولي تأوي إليه، بمعنى الحاضنة التي تفقد وليها و ليس لها غيره [1].

ليستقبلها و يؤمن لها مسكن، فإذا وجد من يضمن للحاضنة السكن مع محضونها من أقربائها مثل العمة و الخالة و الأخ أو غيرهم، فإنها لا تكون الحاجة لمطلقها يضمن لها المسكن. و السؤال المطروح هو ماذا لو كان الولي نفسه هو الذي منع ابنته المطلقة من العودة إليه؟

إن القول برفض الولي عودة المطلقة الحاضنة إليه يجعل الأمر معقدا و يؤدي إلى إحداث النزاع، و بالتالي بحسب هذا المعنى تصبح كل مطلقة بدون ولي.

لكن هناك رأي يقول أنه إذا وجد الولي و كان رافضا لعودتها، أجبرته المحكمة على ذلك، بموجب نص المادة 77 قانون الأسرة الأمر 05-02، التي جاء فيها " تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج و درجة القرابة في الإرث" [2].

و الحقيقة أن الولي حتى و لو وافق على إيواء المطلقة الحاضنة، ففي الغالب ما يرفض إيواء محضونيها، لأن في ذهنيته إساءة المطلق للحاضنة بطلاقه لها [3].

و ما يعاب على هذا الرأي هو أنه من الصعب تصور المطلقة الحاضنة، ترفع دعوى لإجبار وليها على إيوائها و ذلك نظرا لطبيعة المجتمع الجزائري بعاداته و تقاليده، بأن ترفع المرأة دعوى على وليها هذا من جهة و من جهة أخرى أنه لو فرضنا أن تلك المطلقة الحاضنة تحصلت على حكم يجبر فيه الولي على إيوائها لكن رفض تنفيذ هذا الحكم فكيف تنفذه و هل تلجأ للغرامة التهديدية لتنفيذ الحكم، و حتى لو فرضنا أن الولي نفذ الحكم مجبرا رغم أنه غير راض لذلك.

---

(1) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 240.

(2) بلحاج العربي ، نفس المرجع ، ص 240.

(3) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 84.

و أيضا المادة 77 قانون الأسرة سالفة الذكر، نصت على أن النفقة تجب على حسب القدرة و الاحتياج، فإذا كان الولي فقير و غير قادر، و يعيش مع أسرة في منزل صغير، فكيف يمكنه إيوائها مع صغارها [1].

إذن إن وجود الولي يلعب دورا فعالا في حرمان المطلقة الحاضنة من حقها في السكن، و ذلك خير شيء للمرأة، يفضل عودتها إلى بيت أهلها على انفرادها في السكن، في وقت فسدت فيه الأخلاق، فقد يكون بقائها في مسكن الزوجية عاملا مساعدا على انحرافها، و إتباعها مسلك السوء مما يؤثر على المحضون صحة و خلقا [2].

و التساؤل هو من هو الملزم بإثبات وجود الولي من عدمه أو عدم قبوله إيواء المطلقة الحاضنة؟

إن المشرع الجزائري يجبر المطلقة الحاضنة التي أسندت لها الحضانة، بأن تثبت للقاضي بأن وليها يرفض إيوائها، أو أنها تفتقد إلى ولي تلجأ إليه.

و قد تأكد ذلك في قضاء المجلس الأعلى، إذا ألزم في قرارها الصادر في 11 أفريل 1982 : " بأن يأخذ في الاعتبار تحقيق المساعدة القضائية الذي يدل بأن الزوجة ليس لها مسكن آخر يسمح لها بممارسة حق الحضانة". و أيضا على المطلق الذي يدعي أن لمطلقته ولي يقبل إيوائها عليه إثبات ذلك، و هذا ما جاء في القرار الصادر في 2005/11/16 " و إن الطاعن الذي ادعى أن لمطلقته ولي يقبل إيوائها هي و محضونها و كان عليه أن يثبت ما يدعيه " [3].

وكما هو معروف أن وجود الولي، يعتبر ركن قانوني و شرعي لانعقاد الزواج، و كيف للمشرع أن يجعل من عدم وجوده شرط لاستفادة المطلقة الحاضنة من السكن لممارسة الحضانة [4].

---

(1) أسماء عسيو ، مرجع سابق ، ص31.

(2) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 84،85.

(3) ملف رقم 348956 الصادر بتاريخ 2005/11/16، المجلة القضائية ،2005 ، العدد2 ، ص 425 ، أنظر باديس دباي ، قانون الأسرة ، مرجع سابق، ص 69.

(4) بوقرة أم الخير ، نفس المرجع ، ص 85.

و بالتالي و بحسب رأيي فإن المطلقة الحاضنة التي لها ولي و يرفض إيوائها، تأخذ نفس حكم المطلقة الحاضنة التي ليس لها و لي يأويها. يحق لها أن تستفيد من مسكن ملائم لممارسة الحضانة، لأنه إذا كان لها ولي فالمطلق لن يوفر لها مسكن لممارسة الحضانة، و بالتالي تجد نفسها بدون مأوى مع محضونيها، و هذا يجعل من ممارستها للحضانة أمر صعب.

ثالثا : مراعاة قدرة الزوج :

لك يحكم القاضي للمطلقة الحاضنة بالسكن، يجب عليه مراعاة حالة الزوج المطلق يسرا و عسرا، لقوله تعالى : " و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفسا إلا وسعها "سورة البقرة الآية 233.

بمعنى أنه يراعا في ذلك حالة الزوج إذا كان يسيرا أو عسيرا، حسب مقتضى الحال على ضمان السكن، فإن لم يكن ذلك في وسعه سقط حقه فيه.

و السؤال المطروح هو : هل يعني ذلك أن الزوج العسير الذي ليس له مال غير ملزم بتوفير مسكن للحاضنة و محضونيها؟

وفقا للمادة 52 قانون الأسرة " ....و سع الزوج ....." إنها واقعة مادية و يمكن إثباتها بكافة الطرق، و هي خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي.

و ما نستشفه من هذه المادة أن المشرع الجزائري، قد قرر ضمان حق المطلقة الحاضنة في السكن، مستوجبا مراعاة حالة الزوج المادية. فإذا كان الزوج ملزم بالإنفاق على زوجته بحسب قدرته أثناء قيام العلاقة الزوجية، فمن باب أولا أن يلزم بإسكانها لمراعاة نفس الضوابط، بعدما صارت حاضنة لأولادها منه [1].

لكن في المعنى المقابل هو أنه إذا لم يكن الزوج المطلق قادرا ماديا، فإن الحاضنة يسقط حقها في السكن، و إذا صار الأمر كذلك فإن كل الرجال المطلقين لأزواجهم، سيدعون إعسارهم و عدم قدرتهم المادية لتوفير السكن للحاضنة.

(1) أسماء عيسيو ، مرجع سابق ، ص 32.

و بالتالي فإن المشرع الجزائري قد أصاب عندما جعل من السكن من مشتملات النفقة و يقع على عاتق الزوج، و بالتالي هو حق للحاضنة و المحضون معا، إذا تعذر عليه ذلك طالبته بأجرته.

و إذا كان الزوج ميسور الحال، فمن باب أولا أن يخصص للمطلقة الحاضنة و محضونيها مسكن مستقل و ملائم، بالمواصفات الشرعية لممارسة الحضانة، عوض عن دفع بدل الإيجار، لأنه قد يتعرض من مسؤولية توفير مسكن الحضانة رغم إمكانيته المادية.

و هذا ما تبين في القرار الصادر في تاريخ 2009/01/14 " متى قدم الطاعن أمام القضاة محضر للمطعون ضدها و ابنها فكان على قضاة الموضوع أن يحكموا على الطاعن بتخصيص هذا السكن للحاضنة بدلا من أن يخيروه بتخصيص سكن أو بدل إيجار" [1].

و بالتالي فلا يمكن إعفاء الأب من التزامه، و هو التكفل شرعا و قانونا بالإنفاق على أبنائه، و في الأول و الأخير فإنه يجب أن ترعى مصلحة المحضون.

رابعا : أن يكون للمطلق أكثر من مسكن :

قد أوجب المشرع الجزائري، عند تقرير الحق في السكن للمطلقة الحاضنة استثناء مسكن الزوجية، إذا كان وحيد " و يستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا " أي أنه يجب أن يكون للزوج أكثر من مسكن حتى يسند للمطلقة الحاضنة.

يجب أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده ذلك أنه إذا لم يكن له مسكن يوفره للحضانة، فإنه يجب عليه في هذه الحال أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار مسكن لمثل حالة زوجها و لمثلها [2].

و هذا المسكن يجب أن يكون يتضمن كل المواصفات الشرعية التي تمكن الحاضنة القيام بالحضانة بأحسن الظروف.

و المقصود بمسكن الزوجية في هذه المادة، هو المكان الذي أقام فيه الزوجين و أولادهما حال قيام العلاقة الزوجية، فالعبرة بالمكان الذي خصص بالعلاقة الزوجية فحسب.

---

(1) ملف رقم 474255 قرار بتاريخ 2009/01/14، المجلة القضائية ، 2009 ، العدد 2 ، ص 267،أنظر باديس دباي ، مرجع سابق ، ص 69.

(2) عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 145 ، 146.

و هذا ما جاء في القرار الصادر في 1999/06/15 : " للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكن آخر و هذا نظرا لمصلحة المحضونين " [1].

فمثلا إذا كان البيت عبارة عن فيلا و أقام الزوجان المطلقان في الطابق السفلي منها أثناء قيام العلاقة الزوجية، صح تخصيص هذا الطابق للمطلقة الحاضنة حتى تقوم فيه بواجب الحضانة [2].

و تطبيقا للمادة 52 قانون الأسرة، و لأن هذا الطابق هو ما يسمى قانونا بمسكن الزوجية. أما إذا كان مسكن الزوجية عبارة عن فيلا متكونة من طابقين سفلي و علوي، فلا يصح اعتبار هذه الفيلا مسكنين مستقلين، و تخصيص الجزء السفلي لممارسة الحضانة، ذلك لأنه قضاء لا يتماشى مع المنطق، فالشيء المجزأ لا يعتبر شيئا واحدا، لدى كان ينبغي على قضاة الموضوع أ، يقضوا بأجرة مسكن، بدلا من تخصيص الجزء السفلي، على أساس أن المطلقة الحاضنة صارت بعد الطلاق أجنبية على المطلق، و يستحيل أن يتعاشرا في مسكن واحد [3].

لكن المشرع المصري بعكس المشرع الجزائري، فقد أثبت حق الحاضنة في شغل مسكن الزوجية حتى لو لم تكن أم المحضون، مع اشتراط تعدد الأطفال المشمولين بالحضانة، فلا يقلون عن ثلاثة، و لا يرعى في ذلك حال الزوج المطلق سواء كان يسيرا أو عسيرا، و لا أحادية المسكن الزوجي، و الدليل على ذلك أن الزوج المطلق ملزم بتدبير المسكن المناسب للحاضنة و محضونيها، خلال مدة العدة، فإن لم يوفره و انقضى أجل العدة، استمروا في شغل المسكن الزوجي المؤجر دون المطلق طوال مدة الحضانة [4].

---

(1) ملف رقم 223834 قرار بتاريخ 1999/06/15 ، الاجتهاد القضائي ، مرجع سابق، ص 225.

(2) ملف رقم 179558 قرار بتاريخ 1998/03/17 ، الاجتهاد القضائي ، ص 210.

(3) ملف رقم 215212 قرار بتاريخ 1999/02/16 ، المجلة القضائية ، 2000 ، العدد 01 ، ص 181 ، أنظر باديس ديابي ، مرجع سابق ، ص 69.

(4) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 87.

خامسا : تعدد المحضونين :

إن لضمان إسكان المطلقة الحاضنة، ذكر القانون ضرورة تعدد المحضونين، حيث يستعمل المشرع الجزائري صيغة الجمع، حيث جاء في نص المادة 52 قانون الأسرة فقرة 2 " و إذا كانت الحاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيوائها يضمن لها سكن مع محضونيها حسب وسع الزوج " و السؤال المطروح هنا هل المطلقة الحاضنة لطفل واحد، يحق لها الاستفادة من السكن، أو يشترط أن يكون هناك تعدد لمحضونين؟

بالرجوع إلى الفقه، فهو يرى أن تكون المطلقة الحاضنة، حاضنة لثلاثة أولاد فما فوق، لأنه إذا لم يكن محكوم لها بحضانة مثل هذا العدد من الأولاد فلا يجوز للمحكمة أن تحكم لها بضمان المسكن مع المحضونين [1].

و ما يعاب على هذه المادة، أنها لم تتطرق للحاضنة التي لها طفل واحد، فلماذا ربط المشرع مصير هذا الطفل بضرورة التعدد، و هذا في حضور نص المادة 72 قانون الأسرة (قبل التعديل)، التي تقر صراحة السكن كحق مستقل للمحضون عن باقي النفقات، حيث نصت على : " نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال، و إلا فعلى والده أن يهيأ له سكنا، و إن تعذر فعليه أجرته ".

إذا فالمطلقة الحاضنة تستحق الحق في السكن، سواء قل عدد المحضونين أو كثر [2].

و زيادة على ذلك فإن اجتهاد المحكمة العليا، استقر على كون المطلقة الحاضنة تستحق مسكن لممارسة الحضانة، مهما كان عدد الأولاد المحضونين [3].

إن قضاة الموضوع، أخطئوا لما أشاروا في قرارهم إلى أن الحاضنة، لا يحق لها أن يطالب بمسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، و إن المادة 72 قانون الأسرة لا يوجد بها هذا الشرط [4].

---

(1) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 85.

(2) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 240.

(3) نبيل صقر ، مرجع سابق ، ص 147.

(4) ملف رقم 112705 قرار بتاريخ 1994/01/29 ، المجلة القضائية لسنة 1995 ، العدد 01 ، ص 140 ، باديس ديابي ، مرجع سابق ، ص 68.

و إذا كان الفقه قد جانب المشرع، في ضرورة تعدد المحضونين، لضمان إسكان للمطلقة الحاضنة، إلا أنه يتعارض حتما مع ما ذهب إليه القضاء من تفسير للتعدد الوارد في النص القانوني، فلقد نقضت المحكمة العليا القرار القاضي برفض طلب الحاضنة مسكن للحضانة أو أجرته، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، لأن قانون الأسرة لا يوجد به هذا الشرط [1].

إذن و ما نستنتجه مما سبق هو أن المشرع الجزائري، قد اعتبر الحق في السكن يكون من طرف الأب، و هذا ما جاء به نص المادة 72 قانون الأسرة، إذا لم يكن للمحضون مال، بغض النظر عن المحضونين.

في حين أنه اشترط في المادة 52 قانون الأسرة فقرة 02، تعدد المحضونين " ....يضمن حقها في السكن مع محضونيها ..." .

و إن ما دهب إليه القضاء، هو أنه ما إذا كانت المطلقة الحاضنة، حاضنة لطفل واحد أو أكثر يكون لها حق في السكن. و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا : " السكن حق للمحضون، حتى و لو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة " [2].

(1) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 85، 86.

(2) ملف رقم 276760 الصادر في 13/ 03 / 2002 ، المجلة القضائية ، سنة 2004 ، العدد 01 ، ص 274.

الفرع الثاني : بعد تعديل 2005 :

إن المشرع الجزائري، بعد تعديله للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005.

قد عدل في المادتين 52-72 قانون الأسرة، حيث جاء في نص المادة 52 المعدلة : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "

كما جاء في نص المادة 72 المعدلة : " في حالة الطلاق يجب على الأب، أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، و إن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. و تبقى الحاضنة في البيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن " .

و ما نلاحظه على نص المادة 52 قانون الأسرة أن المشرع الجزائري، قد ألغى الفقرات المتعلقة بشروط إسكان المطلقة الحاضنة، كما ألغى الفقرة الخاصة بأسباب سقوطها. مما يحيلنا إلى نص المادة 72 قانون الأسرة، و ما نستشفه من هذه المادة، هو أن شروط الوالدة في المادة 52 قبل التعديل غير واضحة المعالم في هذه المادة.

فعلا هذا و لإمكانية تطبيق هذه المادة، تطبيقا سليما، و الحكم للمطلقة الحاضنة بالسكن المناسب لتقيم فيه هي و محضونيها أن تتوفر الشروط التالية :

1. أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها، يتضمن إسناد حق الحضانة إليها، بغض النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر.
2. أن تكون الحاضنة هي المطلقة و هي أم المحضون، ذلك لأنه لو كان من أندت إليه حق الحضانة هو الجدة أو العمة، لا كان من الممكن نقل المحضون إلى مسكنه و لا يحتاج إلى توفير سكن للحضانة.
3. أن يكون للأب مسكن ملائم، يمكن أن ينحه لمطلقته، لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، ذلك أنه إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة، فإنه يجب عليه أن يدفع بدل الإيجار [1].

(1) عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 145، 146.

فقد اعتبره المشرع حقا على الزوج و أدرجه ضمن مشتملات النفقة، كما نص عليه في المادة 78 قانون الأسرة التي جاء فيها " تشمل النفقة : الغداء و الكسوة و العلاج و السكن و أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة ".

و أيضا أن المشرع الجزائري قد ألزم الزوجة المطلقة و المتوفي عنها زوجها بالمكوث في السكن العائلي و قد ورد في نص المادة 61 قانون الأسرة " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها .....".

و ما تجدر الملاحظة إليه أن المشرع في نص المادة 57 مكرر المعدلة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 أنه أجاز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال في مسألة حق السكن و اعتبره من التدابير المؤقتة و التي يفصل فيها بموجب أمر على عريضة كما ورد في صلب المادة: " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لاسيما ما تعلق منها بالنفقة ، الحضانة، الزيارة و السكن " [1].

و تكمن أهمية توفير مسكنا ملائما للحضانة، من أجل أن تستطيع ممارسة حقها في الحضانة في أحسن الظروف اتجاه ولدها المحضون و في حالة عدم تمكنه من ذلك ألزم بدفع قيمة الإيجار لإيجاد مسكن تقطن الأم و ولدها المحضون، و ذلك لتسهيل عملية الرعاية و التربية في ظروف ملائمة تصون كرامة الحاضنة و المحضون [2].

(1) عبد الفتاح تقية ، مرجع سابق ، ص131.

(2) غنية قري ، مرجع سابق ، ص 151.

المطلب الثاني : أجرة مسكن الحضانة :

في حالة حصول المرأة على الحق في حضانة أبنائها بعد الطلاق فإن مطلقها يلتزم بتوفير مسكن لائق و مناسب لها و لمحضونيها حتى تتمكن من تربيتهم و رعايتهم و تبقى المطلقة الحاضنة في بيت الزوجية حتى يقوم المطلق بتنفيذ التزامه (المادة 72 قانون الأسرة).

و إذا لم يكن المطلق مالكا لهذا المسكن في هذه الحالة عليه أن يقوم بدفع بدل إيجار مسكن لائق للحاضنة و أولادها [1].

أما أجرة المسكن الذي تحضن فيه الحاضنة الصغير فإن كان للحاضنة مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد و يسكن تبعا لها فلا خلاف في أنه لا نفرض لها أجرة مسكن لأن الولد ليس محتاجا إليه.

و أما إذا لم يكن للحاضنة مسكن فالراجح أنه يجب على الأب أجرة السكن لأن وجوب أجرة المسكن ليس مبنيا على وجوب الأجر على الحضانة، بل على وجوب نفقة الولد، فقد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلا بل تسكن عند غيرها ففي هذه الحالة يفرض لها أجرة مسكن تحضن فيه الصغير لأن أجرة المسكن من النفقة، و النفقة واجبة على الأب [2].

إذن أن الأصل هو بقاء المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية، إذا توافرت فيها الشروط المطلوبة أو توفير مسكن آ خر مناسب للحضانة و في حالة تعذر الزوج عن إسناد المطلقة الحاضنة مسكن فعليه دفع بدل الإيجار.

و يجب أن يكون تقدير أجرة النفقة طبقا كمعايير تضبطها أحكام خاصة.

و نترق في هذا الشأن إلى : موقف الفقه و القانون (الفرع الأول) و المعايير المعتمدة لتقدير النفقة (الفرع الثاني).

---

(1)عبد الفتاح تقية ، مرجع سابق ، ص133.

(2) أحمد فراج حسين ، مرجع سابق ، ص 293.

الفرع الأول : موقف الفقه و القانون من أجرة المسكن :

إن التزام الأب بنفقة أولاده الذين لا مال لهم لا خلاف عليه في الفقه، و القانون و السكن هو من مشتملات النفقة (المادة 78 قانون الأسرة) و هي واجبة على الأب [1].

لكن اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة أجرة مسكن الحضانة و مدى وجوبها بمستحقيها.

أما المشرع الجزائري فقد كان صريحا في إلزام الأب بأجرة مسكن الحضانة في حال غياب مال المحضون و إذا لم يستطيع توفير مسكن ملائم مستقل للحاضنة و المحضونين.

أولا : موقف الشريعة الإسلامية :

في كثير من الأحيان قد لا تجد محلا للحديث عن مسكن الحضانة و ما يتعلق به من أجرة و ذلك حين لها أو ملك لزوجها أو بقيت مع أولادها المحضونين في المسكن المملوك لأبيهم أو أنها كانت متزوجة بدي رحم محرم للمحضون الصغير أما إذا لم يكن المسكن ملكا لها و لم يكن المسكن الذي تحضن فيه أولادها ملكا لزوجها فيحق لها أن تطلب أجرة مسكن الحضانة لأن الأجرة من ضمن النفقة [2].

و لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في ما يخص أجرة مسكن الحضانة فمنهم من قال بوجوبها للحاضنة إذا لم يكن لها مسكن مخصص للحضانة و هذا رأي الحنفية و القائل تفويض الأمر للقاضي ليقدر مدى استحقاق الحاضنة لأجرة المسكن و هو رأي المالكية [3]. بالإضافة إلى آراء الشافعية و الحنابلة و الجعفرية.

1 -رأي فقهاء المذهب المالكي :

لقد اختلف فقهاء المالكية فيما بينهم فيما يخص أجرة مسكن الحضانة و تعددت آرائهم .

فقيل أنه لا شيء على الحاضنة من السكن فتكون سكناها و سكنى المحضون في مال من عليه نفقة الولد و لم يفرق القول بين أن يكون للحاضنة مسكن أولا – بل جعل عبء المسكن

---

(1) بوقرة أم االخير ، مرجع سابق ، ص 100.

(2) مصطفى عبد الغني شيبة ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، الطلاق وآثاره ، منشورات جامعة سبأ ، الطبعة الأول ، 2006 ، ص 236،237.

(3)بوقرة أم االخير ، نفس المرجع ، ص 100.

في كل الأحوال على من عليه نفقة الولد و قال سحنون، أن سكن الطفل على أبيه و على الحاضنة ما يخص نقسها، و يكون توزيع الأجرة بين المحضون و الحاضنة على حسب اجتهاد القاضي فقد يجعل نصف أجرة على أب المحضون و نصفها على الحاضنة و قد يجعل الثلث على أب المحضون و الباقي على الحاضنة أو العكس [1].

و يرى أحمد نصر الجندي : أن اختلاف فقهاء المالكيين يكمن في من يقع عليه عبء سكن المحضون إلى عدة أقوال :

القول الأول: ما قال به سحنون – أن توزيع الأجرة يكون بين المحضون و الحاضنة على حسب الرؤوس فقد يكون المحضون متعددا.

القول الثاني : أن الأب يلزمه كراء مسكن الحضانة و ليس على الحاضنة شيء منه لأنه لا وجه لإلزامها فيه مع المحضون لرعايته.

القول الثالث : أن على الأب و الحضانة كراء مسكن الحضانة.

القول الرابع : أن كراء مسكن الحضانة على الموسر من الأب أو الحاضنة و قيل لا شيء على الحاضنة إذا كان الأب موسرا [2].

و ما يلاحظ على هذه الأقوال المختلفة عند المالكية أن جمهورهم على أن سكن المحضون على والده أو من عليه نفقته إلا الرضيع مدة الرضاعة [3].

و قد قال البعض أنه لا سكن له على أبيه فتكون سكناه على من يكون عندها.

أما بالنسبة للحاضنة ففريق قال بأن سكناها هي أيضا على من عليه نفقة المحضون، و فريق قال : بل عليها هي حسب الاجتهاد فيما تتحمله و يتحمله المحضون أو على قدر الرؤوس و قيد البعض كون أجرة السكن على الحاضنة يكون الأب معسرا أو بكونها هي الموسرة [4].

---

(1) عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، فقها وقضاءا ، دار الفكر العربي ، ص 384،385.

(2) أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي ، تعليق على النصوص ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2006 ، ص 396 ،397.

(3) عبد العزيز عامر ، نفس المرجع ، ص 386.

(4)عبد العزيز عامر ، نفس المرجع ، ص 386.

و ابن رشد من فقهاء المالكية يقول : أن الاختلاف في سكن الحاضنة مبعثة اختلاف الفقهاء في حق الحضانة، هل هو حق المحضون، أو حق الحاضنة فمن قال أن الحضانة حق للحاضنة، لم يرى للمحضون أجرة مسكن الحضانة لأنه لا يستقيم أن يكون من حقه أن يكفل المحضون و يؤويه في نفسه أو يكون له أجرة سكن الحضانة و من رأى أن الحضانة حق للمحضون أوجب للحاضنة أجرة سكن الحضانة لأن على الأب نفقة المحضون و منها أجرة مسكنه [1].

و يرى الدكتور عبد العزيز عامر : أن أجرة مسكن الحضانة الذي يحضن به الولد تجب على من تلزمه نفقته، لأن هذا متعلق بالنفقة على الولد فلزم من يقوم بالإنفاق عليه، هذا فيما يتعلق كسكن المحضون و إن كانت للحاضنة مسكن تحضن فيه الصغير و يعين القاضي القدر من الجرة الذي يتحمله ولي المحضون، و هو في هذا يراعي مختلف الظروف و يحقق العدالة ما أسكن و يجب أن يكون في الاعتبار أن الحاضنة لا تتحمل شيئا في المسكن الخاص بالولد لم تكن لتتحمله لو لم يكن الولد معها [2].

و مما سبق نستنتج أن القول الراجح هو جعل أجرة السكن على عاتق من تقع عليه النفقة سواء كان لفائدة المحضون أو الحاضنة و لا فرق بين الأمرين ما دام الحاضن يقيم مع حاضنه.

2 -رأي فقهاء المذهب الحنفي :

إذا لم يكن للحاضنة مسكن تقيم فيه مع الصغير ، كان لها الحق في مسكن الحضانة ، أو أجرة مسكن الحضانة وكما كان مسكن الحضانة من نفقة الصغير ، فإن المسكن أو أجرته ،يكون من مال الصغير ، إذا كان له مال ، وإن لم يكن له مال فيجب على من يلزم بنفقته ، وإذا كانت الحاضنة تقيم مع المحضون بالمسكن الذي تعده لسكناها ، فإن الوضع الغالب في العمل ، إن الحاضنة تطالب بأجر مسكن الحضانة لا بتهيئة مسكن للحضانة. [3]

(1) أحمد نصر الجندي ، مرجع سابق ، ص 397.

(2)عبد العزيز عامر ، نفس المرجع ، ص 387.

(3) محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء ، الأحوال الشخصية ، دار محمود للنشر والتوزيع ، ص 191.

فقد اختلفت آراء فقهاء الحنفية ، حول استحقاق الحاضنة لأجرة مسكن الحضانة ، على أساس التمييز بين ما إذا لم يكن للحاضنة مسكن يأويها ، وبين ما إذا كان لها مسكن تأوي إليه مع محضونيها.

أ) أن لا يكون للحاضنة مسكن :

لقد الفقه الحنفي ، ورأي في الفقه الحديث ، وجانب من أحكام القضاء ، إلى أن الحاضنة تستحق مسكن الحضانة أو أجرة مسكن الحضانة ، إذا لم يكن لها مسكن مملوك لها تقيم فيه مع المحضون. [1]

حيث اختلفت آراء فقهاء الحنفية ، في هذه الحالة بين قائل بأنه لا تجب في الحضانة أجرة المسكن ، ورجح البعض ذلك استنادا على أن وجوب الأجر على الحضانة ، لا يستلزم وجوب المسكن ، بخلاف النفقة ، وقيل أنه تجب في الحضانة أجرة مسكن ، ورجح بعض الفقهاء ذلك ، وردوا على حجة الفريق الأول، بأن القول بوجوب أجرة المسكن ليس مبنيا على وجوب الأجر على الحضانة ، بل وجوب نفقة الولد. [2]

وقد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلا ، بل تسكن عند غيرها ، فكيف يلزمها أجرة مسكن لتحضن فيه الصغير ، فالأوجه لزوم أجرة مسكن الحضانة على من تجب عليه نفقة الصغير، لأن المسكن من النفقة ، وما يقوي هذا الرأي أن من المسلم به أن الصغير ؟إذا احتاج لخادم يلزم به الأب ، واحتياجه إلى المسكن لا شك فيه. [3]

ب)أن يكون للحاضنة مسكن :

إذا كان للحاضنة مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ، ويسكن تبعا لها فلا تستحق أجرة مسكن الحضانة ، لعدم احتياج الصغير إلى ذلك ، فضلا عن أن هذا هو الأرفق للجانبين ، ولذلك قال ابن عابدين ما ينبغي أن يكون عليه العمل. [4]

---

(1) محمد عزمي البكري ، مرجع سابق ، ص 191.

(2)عبد العزيز عامر ، مرجع سابق ، ص 382،383.

(3)عبد العزيز عامر ، نفس المرجع ، ص 383.

(4)عبد العزيز عامر ، نفس المرجع ، ص 383.

أما إذا كانت الحاضنة تملك مسكنا لا تقيم فيه مع المحضون، أو كانت تقيم مع المحضون في مسكن أحد أقاربها، أو تستأجر مكانا يقيم فيه معها، فإنها تستحق مسكن الحضانة أو أجر مسكن الحضانة. (1)

مما سبق من خلال آراء فقهاء الحنفية، إن استحقاق الحاضنة لأجرة مسكن الحضانة، إذا لم يكن لها مسكن، أما إذا كانت حائزة لمسكن ما فتلتزم بحضانة الولد فيه ، ويسكن بذلك بالتبعية لها ، فلا تستحق أجرة مسكن الحضانة.

وأحمد نصر الجندي، يرى أن أرجح الأقوال، الرأي الذي يقول أن سكن الحاضنة والمحضون على الملزم بنفقة المحضون. (2)

3 -رأي الشافعية والحنابلة:

اتفق فقهاء الشافعية والحنابلة ، على حق الصغير الفقير ، في أجرة السكن على أبيه ، إن كان موسرا ، فكما تجب عليه أجرة الرضاع ، وأجرة الحضانة ، تجبر عليه أجرة المسكن أو إعداده ، إذا لم يكن للأم مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير ، وهذه الأجرة تجب من حين قيام الحاضنة بها ، وتكون دينا في ذمة الأب ، لا يسقط إلا بالإبراء أو بالأداء ، فمن المقرر شرعا أن أجرة المسكن هي أجرة الصغير. (3)

4 -رأي الفقهاء الجعفرية :

بالنسبة للفقهاء الجعفرية ، فقد اتفقوا على أن أجرة المسكن،تكون من مال الطفل إن كان له مال، حتى ولو كان الأب موسرا،شأنها في شأن أجرة الحضانة والخادم -إذا اقتضى الأمر - وإلا فعي من مال الأب ثم علما تلزمه نفقته ، شأن الحضانة في ذلك شأن الرضاع. (4)

ثانيا : موقف المشرع الجزائري :

لقد ألزم المشرع الجزائري ، صراحة الأب بتهيئة السكن للمحضون ، وإن تعذر عليه ذلك ، فعليه دفع بدل الإيجار ، وهذا ما جاء واضحا في نص المادة 72 قانون الأسرة المعدلة

(1) محمد عزمي البكري ، مرجع سابق ، ص 191،192.

(2) أحمد نصر الجندي ، مرجع سابق ، ص 397.

(3) عيسى طعيبة ، مرجع سابق ، ص 26،27.

(4)عيسى طعيبة ، نفس المرجع ، ص 27.

بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 التي جاء فيها ما يلي : " في حالة الطلاق يجب على الأب ، أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة ، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار ..... " .

في هذا النص لم يتكلم عن النفقة ، في حالة عدم وجود مال خاص به ، لأنه في الحقيقة النفقة تكون على الأب بداهة لأنه هو المسؤول عنه ، إن ما تكلن عن توفير السكن أو أجرته ، لكنه لم يوضح إذا كانت أجرة السكن ، تعني السكن المستقل الذي يأوي الأطفال إليه مع أمهم ، أم يتضمن أيضا إذا كانت الأم تسكن عند والديها.

وبالنظر إلى النص نجده يشير إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير مسكن ، يتوجب عليه دفع الأجرة ، باستئجار مسكن لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار.

وهذا الوضع هو الأفضل بالنسبة للأم خصوصا إذا لم يكن لها دخل خاص تنفق على نفسها منه ، لأن توفير السكن المستقل ، وإن كان يحقق منفعة للصغار ، قد تكون النفقة لا تغطي مطالبهم ومطالب الزوجة المطلقة ،لأن الأب غير مسؤول من الناحية القانونية عن نفقتها. [1]

إن بدل إيجار مسكن الحضانة، يكون ساريا من تاريخ صدور الحكم الفاصل بإسناد الحضانة.

وهذا ما جاء في قرارات المحكمة العليا ونذكر منها :

القرار الصادر في 2005/06/15 الذي جاء فيه : (بدل إيجار سكن المحضون ، يسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة). [2]

والقرار الصادر في 2009/01/14 الذي جاء فيه : (ضمن المقرر شرعا ، أن تسرب مدة بدل الإيجار من تاريخ الحكم الناطق بإسناد الحضانة). [3]

---

(1) بن شويخ الرشيد ، مرجع سابق ، ص 259،260.

(2) ملف رقم 331833.قرار بتاريخ 2005/06/18،المجلة القضائية–لسنة 2005 ،العدد1 ، ص315–باديس ديابي،قانون الأسرة،مرجع سابق،ص68.

(3) ملف رقم 450137.قرار بتاريخ2009/01/14،مجلة المحكمة العليا،سنة2009،العدد1،ص251– نسرين شريفي،قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق ،ص114.

إن القرارات الصادرة من المحكمة العليا ، تؤكد أن أجرة مسكن الحضانة تقع على عاتق الأب ، سواء كانت الحضانة عامة ، أو تملك سكن خاص بها .

نذكر منها :

القرار الصادر بتاريخ 1998/04/21 (من المقرر قانونا أن أجرة السكن حيث تمارس الحضانة ن تكون على الوالد).

ومن تم فعل قضاة المجلس كما قضوه بالحكم ببدل الإيجار للمطعون ضدها رغم أنها عاملة الكون أجرة سكن ، ممارسة الحضانة تكون على الوالد طبقا لأحكام المادة 72 من قانون الأسرة . طبقوا صحيح القانون .

ومن كان لذلك التوجب رفض الطعن . [1]

والقرار الصادر في 2002/07/31 (لا يعفى الولد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارها مشمولات النفقة باعتبارها من مشمولات النفقة من ولو كان للحاضنة سكن). [2]

الفرع الثاني : المعايير المعتمدة في تقدير أجرة السكن :

إن أجرة مسكن الحضانة من نفقة الصغير ، فهو بقدر بمثل ما تقدر به نفقته ، فإذا كان الملزم بأجر مسكن الحضانة هو الأب ، فإنه يقدر بحسب يساره ، وإذا كان الملزم به غير الأب يقدر بحسب كفاية الصغير في حدود يسار الملزم بالنفقة . [3]

إن المشرع الجزائري ، قد ألزم الأب بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة فإذا تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار (المادة 1/72 قانون الأسرة) . لكنه لم ينص على المعايير أو كيفية تحديد الإيجار ، وبالتالي يترك هذا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي.

إذن ما هي المعايير المعتمدة لتقدير أجرة مسكن الحضانة ؟.

---

(1) ملف رقم 189260.قرار بتاريخ 1998/04/21،الاجتهاد القضائي،مرجع سابق،ص213.

(2) ملف رقم 288072.بتاريخ 2002/07/31، المجلة القضائية، 2004،العدد1، ص185،أنظر باديس ديابي،آثار فك الرابطة الزوجية،مرجع سابق،ص88.

(3) محمد عزمي البكري ،مرجع سابق ،ص195.

أولا : المعيار المادي :

يقصد بالمعيار المادي ، الحالة المادية للأب ، إذ يجب أن تتناسب أجرة المسكن ودرجة يسار الأب ، دون النظر إلى المقدار الفعلي للأجرة الشهرية ، وبذلك يكلف الأب في حدود طاقته فحسب ، فعلى الموسع أن يتناسب بما يتناسب وسعته ،وعلى من قدر عليه رزقه أن يلتزم بما يتناسب وضيق رزقه لقوله تعالى : " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه، فلينفق مما أتاه الله " سورة الطلاق ، الآية 07.

ولا يجوز أن يكون تقدير أجرة مسكن الحضانة ن فيه إثراء للحاضنة والمحضون على حساب الوالد ، حتى لا يكون الولد سببا في الإضرار بأبيه ، لقوله تبارك وتعالى : " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده " سورة البقرة ، الآية 233.

أي أنه يجب أن يعين القاضي الأجر الذي يتحمله ولي المحضون ، وهو في هذا يراعي مختلف الظروف ويحقق العدالة ما أمكن ، ويجب أن يكون في الاعتبار أن الحضانة لا تتحمل شيئا في المسكن الخاص بالولد ما لم تكن لتحمله لو لم يكن معها الولد . [1]

ولا يكتفي في تقدير أجرة مسكن الحضانة بمراعاة حالة الأب يسرا أو عسرا ، إنما ينبغي النظر لظروف المعاش ، فإذا كان يراعي في تقدير النفقة عامة مستوى المعيشة ، وجب أيضا أن يراعى في تقدير نفقة سكن المحضون مستوى المعيشة.

ثانيا : المعيار المكاني :

يجب عند تقدير أجرة مسكن الحضانة مراعاة ظروف الإسكان في المكان الذي يتواجد به مسكن الحضانة ، فقد تكون الأجرة مرتفعة أو متوسطة القيمة ، بحسب المكان التواجد به المسكن ، من حيث كونه مكانا راقيا يأوي إليه ذوي الدخل المرتفع أو باليا يأوي إليه متوسطي الدخل.

(1) عبد العزيز عامر ، مرجع سابق ، ص 387.

ويجب أيضا مراعاة معيار القرب من مكان الدراسة إذا كان المحضون متمدرسا وعلى العموم يستوجب في المكان المتواجد به مسكن الحضانة ، أن لا يكون منعزلا ولا منقطعا ، سواء عن الناس أو عن مختلف المرافق الضرورية مثل : مرفق الصحة ومرفق التعليم . [1]

ثالثا : المعيار الزمني :

يقصد بالمعيار الزمني ، مراعاة زمن استحقاق أجرة مسكن الضانة ، فطبقا للقاعدة العامة في تقدير النفقة ، تستحق الأجرة من يوم رفع الدعوى مع جواز الحكم بها لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفعها ، لكونها من عناصر النفقة ، ومن التزامات الأب نحو أبنائه المحضونين ، ويجوز مراجعة هذه الأجرة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة ، شرط مهني سنة من الحكم بها ، أما عن تقدير أجرة مسكن الحضانة طبقا للقانون المصري ، فيراعى فيها إضافة إلى الظروف المذكورة سابقا ، حال المحضون وسنه ، وحال الحاضنة ، إذا كان لها مسكن مملوك أو تنتفع بمسكن معين . [2]

إن المشرع المصري قد نص على تاريخ استحقاق أجر مسكن الحضانة ، بما أن أجر مسكن الحضانة هو من نفقة الصغير ، ومن ثم فإن الأب أو من يلتزم بنفقة الصغير يلزم به شرعا، حيث نصت الفقرة إلى حيزة من المادة 18 مكرر 02 من المرسوم ، القانون رقم 25 لسنة 1929 ، المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 . على أن تستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم ، وعلى ذلك فإذا كان الأب هو الملزم بنفقة الصغير ، فإنه يلزم بأجر مسكن حضانته من تاريخ الامتناع لا من تاريخ الحكم ، أما إذا كان الملزم به غير الأب فإنه يستحق من تاريخ الحكم . [3]

لكن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على زمن أو تاريخ استحقاق أجر مسكن الحضانة ، وترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي ، حيث جاء في قرارات للمحكمة العليا ، كما رأينا سابقا ، أن بدل الإيجار يكون ساريا من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة.

---

(1) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص109.

(2)بوقرة أم الخير ، نفس المرجع ، ص110.

(3) احمد إبراهيم عطية ، مرجع سابق ، ص 258.

رابعا : معيار تعدد المحضونين :

الأصل هو أن السكنى واجبة للحاجة ، وما يكفي لسكنى محضون واحد يكفي لسكنى أكثر من واحد ، وبالعكس ما يكفي لسكنى أكثر من محضون لا يتغير إذا صار المحضون واحد. (1)

إذن متى اجتمع الأولاد في سن الحضانة ، في حضانة حضانتهم ، وكان مفروضا لبعضهم أجرة مسكن كان هذا مانعا من فرض أجرة مسكن للبعض الآخر ، فإذا فرض مثلا لأخوين ، أجرة مسكن ، وكان لهما ثالث يقيم فلا داعي إذن لفرض أجرة مسكن بالنسبة إلى هذا الأخير. (2)

وذهب بعض الفقهاء إلى أنه يجب أن لا يؤخذ هذا الأمر إطلاقه ، فقد يكون لعدد المحضونين ، دخل في تقدير الأجرة الخاصة بالمسكن لأن ما يكفي صغير واحد قد لا يكفي لسكن خمسة مثلا.

وما يكون لخمسة ، قد لا يكون من العدل أن يظل كذلك ، إذا صار المحضون واحد ، ولاسيما إذا روعيت ظروف كل قضية على حدى ، فإن حجرة واحدة على سبيل المثال قد تكفي لسكن صغيرين أو ثلاثة ، لكنها لا تكون كذلك إذا زاد عدد المحضونين لاسيما إذا كانت الطبقة والحالة الاجتماعية والمالية لا تسمح بذلك. (3)

إذن يجب العمل على إقامة التوازن بين التزامات الأب ودرجة يساره ، إلا أن ذلك لا يعني أن إيجار مسكن الحضانة ليس من التزام الأب بل هو كذلك باعتباره أحد عناصر نفقة أولاده عليه. (4)

فمثلا : الأب المطلق يتقاضى راتبا بقيمة 20.000 دج شهريا ، وله ثلاثة أبناء محضونين من طرف أمهم ، وحكم القاضي بـــ 15.000 دج لكل محضون ، و 3000 دج أجرة مسكن .فتكون النتيجة 45.000 دج + 3000 دج = 75.000 دج إذن يكون الباقي 12.500 دج.

---

(1) محمد عزمي البكري ، مرجع سابق ،ص 196.

(2)محمد عزمي البكري ، نفس المرجع ،ص 196.

(3) عبد العزيز عامر ، مرجع سابق ، ص 398.

(4) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 111.

المبحث الثاني : مدى أحقية المطلقة الحاضنة في السكن :

على اعتبار أن المطلقة الحاضنة منحت حق البقاء في المسكن الزوجي أو ألزم الزوج المطلق بتوفيره لها مسكن تمارس فيه حضانة أولادها ، أو دفع لها بدل الإيجار طبقا للمادة 72 قانون الأسرة الجزائري.

فما هي الخصائص والمميزات لحق الحاضنة في مسكن الزوجية أو سكن مستقل ؟ وهل الحاضنة مقيدة بشروط وضوابط لتمكنها من حقها في السكن ؟

وهل حق الحاضنة في السكن هو حق مطلق أو أنه حق مرتبط فقط بإسنادها حضانة الأولاد؟

للإجابة على كل هذه التساؤلات، سنتطرق في هذا المبحث على :

المطلب الأول: الخصائص المميزة لحق المطلقة الحاضنة في السكن.

المطلب الثاني: أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في السكن.

المطلب الأول: الخصائص المميزة لحق المطلقة الحاضنة في السكن :

إن المطلقة الحاضنة سواء التي بقيت في السكن الزوجي، أو ألزم الزوج المطلق بتوفير مسكن لممارسة الحضانة، أو بأدائه أجرة مسكن الحضانة طبقا للمادة 72 قانون الأسرة.

ففي كل الأحوال يكون حقها في السكن نسبيا لالتزامها بطبيعة السكن، وبالغرض الذي خصص لأجله وهو الحضانة، وبذلك نلتزم الحاضنة باحترام طبيعة المسكن والغرض المرصود لأجله وراء توفيره لها. وهو ممارسة حضانة الأولاد أي رعايتهم وتربيتهم والمحافظة عليهم صحة وخلقا.

ويكون حقها في السكن حقا مؤقتا لأنه مرتبط بمدة الحضانة والانتفاع منه فقط.

الفرع الأول : حق المطلقة الحاضنة في السكن حق نسبي :

إن إلزام الأب، بتوفيره المسكن لأمر ضروري وأن تقرر للمحضون بصورة أصلية ، حفاظا عليه من التشرد والضياع. وتمكينا للحاضنة من قيامها بواجب الحضانة. فهو يبعث الاطمئنان في نفس الأب ، على مصير أولاده بإيوائهم وجمع شملهم وباحترام الحاضنة طبيعة السكن المخصص لقيامها بواجب الحضانة والحفاظ على المحضونين ورعايتهم. [1]

فقد راعى المشرع الجزائري في ضمان السكن للمطلقة الحاضنة ، مصلحة المحضون بالدرجة الأولى متوما في ذلك ، كل المخاطر الذي قد يتعرض لها لو أصبح السكن الملائم لتتمكن الحاضنة من حضانة أولادها منه.

مما يتوجب امتناعها عن استعماله لأي غرض آخر ، غير الحضانة ولو كان هذا الغرض مشروعا ، وأن تتقيد بالسكن فيه دون استغلاله للحصول على ربح مالي.

(1)بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 120.

أولا : استعمال السكن بغرض الحضانة :

إن إقامة الحاضنة مع المحضون في المسكن المخصص للحضانة ، واستمرارها في شغله ، يكون من أجل المحضون طوال مدة حضانته ودون أن يكون لها حق ذاتي عليه.

ثم إن استجابة الأب لطلب الحاضنة ، الخاص بتوفيرها المسكن الغاية منه أن تحضن فيه الأولاد ، وأن يكون مأوى لهم يقيهم من احتمال التشرد والجنوح ويقلل من حدة تفكك الأسرة والتشتت بين الأهل والأقارب سواء للأم آو الأب. [1]

وينبغي على إقامة الحاضنة في مسكن الحضانة أن لا يجوز لها تغيير استعماله ولو كان لغرض مشروع ، فلا يجوز لها أن تسمح لوالديها أو لأقاربها بالسكن معها فيه ، وبأن تتزوج ويقيم زوجها معها فيه ولو كان الزوج ذي رحم محرم من الصغير. [2] وإن فعلت كان للمطلق الحق في منعها من تغيير طبيعة مسكنه وله أن يطلب استرداده.

ويحضر استعمال السكن لأي غرض يضر بالمحضون نفسيا وخلقيا ، ولأي غرض غير مشروع باعتبارات الحضانة شرعت لحماية المحضون وحفظه صحة وخلقا مما يترتب على هذا الاستعمال سقوط حق الحاضنة في الحضانة. [3] لاختلال أحد الشروط أو الأهداف المنصوص عليها في المادة 62 قانون الأسرة التي جاء فيها : " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ".

إذن فإن استعمال الحاضنة مسكن الحضانة في أغراض غير مشروعة وثاني ما جاء في النص القانوني أعلاه ، مما يترتب عليه فقدانها لشرط الأمانة على المحضون وماله ونفسه.

---

(1) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 121.

(2) محمد محمد عزمي البكري ، مرجع سابق ، ص 768.

(3) عيسى طعيبة ، مرجع سابق ، ص 42.

ثانيا : استعمال المسكن بغرض السكن :

إن من خصائص مسكن الحضانة هو أن تلتزم الحاضنة بالسكن فيه وتعمد إلى ممارسة الحضانة فقط. فإذا كان لا يجوز لها استعمال هذا المسكن ولو كان ذلك لغرض مشروع فلا يجوز لها بطبيعة الحال استعماله في غير أغراض السكن ، كاستعماله عيادة طبية أو مكتب لممارسة مهنة أو حرفة لان ذلك يتضمن استغلالا لحق المحضون على أبيه فيما ليس مقرر لها بل وتعديا عليه.

وإن وجد هذا الاستعمال المخالف كان للمطلق بصفته وليا على نفس المحضون وماله وصاحب الحق الأصلي في السكن منعها من استعمال المسكن في غير حضانة الولد. [1]

إلى حق المحضون في السكن هو حق مرهون ، ومرتبط بممارسة واجب الحضانة ولا يؤسس أي حق على مال الغير ، لذا يحضر إتيان أي تصرف ولو كان قانونيا من شأنه أن يؤدي إلى استغلال هذا المسكن ولو بواسطة الغير أو إلى إثراء الحاضنة على حساب أب المحضون. [2]

باعتبار أن مسكن الحضانة هو مخصص للقيام بواجب الحضانة فقط.

واستغلال سكن الحضانة كمكتب مثلا أمر مشروع في ذاته ولا يعد من أسباب إسقاط الحضانة. نظرا لأن مسكن الحضانة ، لا تملك الحاضنة أي حق كلي سوى حضانتها للولد ، أما مشروعية تصرفها في حد ذاته لا يؤسس لها حق على مال غيرها (المحضون). [3]

وعليه فإن لصاحب الحق الأصلي للسكن هو الأب ، منع استعمال السكن لغير حضانة الولد. [4]

إذن استقلالية الحاضنة ن بمسكن الحضانة هي استقلالية نسبية مرهونة بالحق في السكن وممارسة واجب الحضانة فحسب ، لذلك يمنع عليها إتيان أي تصرف ولو كان مشروعا ، من شانه أن يؤدي إلى استغلال هذا المسكن لمصلحته ولو كان بواسطة الغير ، وإلى إثراء

---

(1) محمد عزمي البكري ، مرجع سابق ، ص 768.

(2)عيسى طعيبة ، مرجع سابق ، ص 43.

(3) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 122.

(4)محمد عزمي البكري ، نفس المرجع ، ص 769.

الحاضنة عل حساب أب المحضون ، إذن فإن مسكن الحضانة هو مخصص لممارسة الحضانة فقط.

الفرع الثاني: حق المطلقة الحاضنة في السكن حق مؤقت:

إن تقرير المشرع الجزائري، الحق في السكن سواء الحاضنة أو المحضون، كان بهدف مراعاة مصلحته (المحضون). طوال فترة أو مدة حضانته ، وبالتالي فهذا الحق مرتبط وجوبا بالمدة القانونية للحضانة التي نص عليها المشرع في المادة 65 قانون الأسرة :" تنقضي مدة الحضانة الذكر ببلوغه عشرة (10) سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر (16) سنة ، إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون ".

على الرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص في المادة 72 قانون الأسرة على أن حق المحضون في السكن مرتبط أساسا بقيام الحضانة ، إلا أن الاجتهاد استقر على أن هذا الحق ليس له صيغة نهائية بل ينتهي بانتهاء مدة الحضانة حيث يكون للحاضنة حق الانتفاع بالسكن للقيام بشؤون الحضانة.

أولا : التزام الحاضنة بمدة الحضانة :

إن استعمال الحاضنة لمسكن الحضانة مرتبط بمدة الحضانة ، وذلك للقيام بشؤون الحضانة طوال تلك الفترة وطبقا للمادة 65 قانون الأسرة سالفة الذكر ، فإن مدة الحضانة بالنسبة للذكر تنتهي ببلوغه عشر (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ، مع جواز تمديدها بالنسبة للذكر إلى ستة عشر (16) ، إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

وبالتالي تنقضي الحضانة قانونا متى بلغ المحضون السن القانوني لانتهاء الحضانة ، ويطلق على هذه المدة بتسمية الحضانة الوجوبية آو الإلزامية على أساس أن الصغير يكون خلالها بحاجة إلى خدمة النساء. [1]

(1)محمد عزمي البكري ، مرجع سابق ، ص 770.

وقد تنقضي مصلحة المحضون ، تمديد حضانته وتسمى بالحضانة الجوازية ، لكن المشرع الجزائري قد أعطى في تقريره حق السكن للحاضنة تقييده صراحة بمدة الحضانة القانونية ، وغن كان من البديهي أن تشغل الحاضنة مسكن الحضانة فترة حضانتها لأولادها من مطلقها ن غير أن الاجتهاد القضائي استقر على أن حق السكن المسموح للحاضنة ليس له أي صبغة كفائية بل ينتهي بانتهاء مدة الحضانة. (1)

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ محمد عزمي البكري ، أن مدة الحضانة التي عناها المشرع المصري من خلال المادة 18 مكرر 03 الفقرة 291 والتي جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة وصغيرها من مطلقها ، في شغل سكن الزوجية هي المدة الإلزامية للحضانة. (2)

وما نستنتجه هو أنه بما أن مسكن الحضانة جاء مقررا قانونا للمحضون كحق مستقل عن باقي النفقات المعيشية ، وأن الحاضنة تسكن بالتبعية له ، فإن الحق في شغل المسكن يستمر غلى حيث انتهاء مدة الحضانة الوجوبية والجوازية على حد سواء فيما أن تمديد مدة الحضانة يكون من حق الحاضنة الاستمرار في شغل مسكن الحضانة ، وهذا يتوقف على القاضي وما يراه مناسبا وما يتماشى ومصلحة المحضون.

ثانيا : اقتصار حق الحاضنة على الانتفاع :

إن حق الحاضنة في شغل مسكن الحضانة والتزامها بحضانة أولادها فيه طوال مدة الحضانة لا يعطيها أي حق ذاتي عليه فهو حق انتفاع مقرر قانونا لمصلحة المحضون ومن أجل حضانته ويكتسي طابعا مؤقتا لكونه مرهون بانتهاء مدة الحضانة.

وأيضا أن حق الحاضنة في السكن مقصور على الانتفاع فقط وليس سندا للملكية، وعليه تلتزم الحاضنة بالانتفاع بمسكن الحضانة وذلك بالسكن وممارسة الحضانة والقيام بشؤون أولادها ورعايتهم صحة وخلقا.

---

(1) ملف رقم 811997.بتاريخ 1990/12/23،المجلة القضائية ، العدد 1، 1996، ص 85 ، أنظر بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 124.

(2) محمد عزمي البكري ، مرجع سابق ، ص 775.

المطلب الثاني: أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في السكن:

إن حق الحاضنة متعلق بانتهاء مدة الحضانة القانونية ، ومتى انقضت هذه المدة تفقد الحاضنة حقها في السكن ، لكن قد تطرأ أسبابا قبل انتهاء هذه المدة تؤدي إلى فقدان الحاضنة حقها في السكن ، سواء كانت أسباب تتعلق بسقوط حق الحضانة وبالتالي سقوط حقها في السكن باعتباره الحق في حضانة الأولاد هو سبب توفير الأب مسكن للحضانة ، أو أسباب تتعلق بالحاضنة كزواجها ثانية أو ثبوت انحرافها.

وبما أن المشرع الجزائري قد قام بتعديل قانون الأسرة رقم 11/84 بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، وكانت المادة 52 قانون الأسرة المتضمنة أسباب سقوط حق الحاضنة في السكن من بين المواد المعدلة ، لهذا سنتطرق إلى هذه الأسباب قبل التعديل (الفرع الأول) وبعد التعديل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قبل التعديل 2005:

لقد ورد في نص المادة 52 الفقرة 04 قانون الأسرة على أنه : " تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها " .

فطبقا لهذا النص، يكون حق الحاضنة في السكن طول وقت الحضانة متوقفا على شرط فاسخ ، إذا تحقق سقط حقها في السكن ، ويعتبر سقوطا قانونيا للحق في مسكن الحضانة.

بالإضافة إلى أسباب أو عوامل عامة، ذكرها المشرع في المواد 66 و 67 قانون الأسرة وهي الإخلال بواجب الحضانة، أو التنازل عن الحضانة بعد إسنادها لها.

إذن إنه هناك أسباب عامة لسقوط حق الحاضنة في السكن، وأسباب خاصة بالحاضنة لسقوط حقها في السكن.

أولا: أسباب سقوط عامة:

إن سقوط حق الحاضنة في السكن، ى يتوقف بالضرورة على زواجها برجل آخر، أو ثبوت انحرافها، فقد يكون سببا في سقوط ذات الحق ما هو سبب في سقوط الحق في الحضانة، كإخلال الحاضنة بواجب الحضانة، أو التنازل عنها بعد إسنادها إياها.

1 الإخلال بواجب الحضانة:

إن إسناد الحضانة للمطلقة ، إنما يكون بغرض قيامها بواجب الحضانة ، المتمثل شرعا في رعاية الولد ، وتعليمه ، والقيام بتربيته ، على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا (المادة 1/62 قانون الأسرة).

فإذا ما أخلت بإحدى هذه الشروط ، وكان مسكن الحضانة ، على وجه الخصوص العامل المساعد على الإخلال بها ، كأن نستعمله استعمالا منافيا للأخلاق والآداب ، مما يضر بالمحضون صحة وخلقا ، وبالتالي يسقط حقها في الحضانة وفي السكن بالتبعية ، على أساس زوال سبب شغلها أو استفادتها من مسكن الحضانة . [1]

كما أنه من غير المنطق أن يطلب أب المحضون إسقاط الحضانة عن الحاضن دون أن يطلب استرداد حقه في السكن ، وإلا قد يكون قد أثراها على حسابه.

ففقدان الحاضنة لشرط من شروط أصلية الحضانة ، يعتبر سببا في سقوط حقها في مسكن الحضانة ، حسب ما ورد في المادة 02/62 قانون الأسرة " ويشترط للحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ".

وإذا كان المشرع الجزائري قد أغفل ذكر الأوصاف ، والصفات المتعلقة بأصلية الحضانة مما يستلزم الرجوع غلى الشروط التي ذكرها الفقهاء وهي : العقل ، البلوغ ، القدرة ، الأمانة والاستقامة والإقامة في بيت لا يبغضه المحضون ، وعدم زواجها بأجنبي. [2]

(1) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 128.

(2) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 391.

فإذا فقدت الحاضنة ، إحدى هذه الصفات ، لم تعد مؤهلة لقيام بواجب الحضانة وتحقيق الهدف من إسنادها الحضانة ، مما يتوجب إسقاطها عنها بحكم القضاء وبالتالي إسقاط حقها في مسكن الحضانة بالتبعية.

2- التنازل عن الحضانة :

يعتبر تنازل الحاضنة عن حقها القانوني والشرعي عن حضانة الأولاد.

سببا من سقوط حقها في الحضانة وبالتبعية في مسكن الحضانة، ومتى تنازلت عن حقها في الحضانة، لم يعد بقاؤها في المسكن من جدوى، وبالتالي تترك المسكن للمطلق للانتفاع به. (1)

ويشترط في التنازل عن الحضانة، عدم الإضرار بالمحضون، وذلك حسب ما ورد في نص المادة 66 قانون الأسرة: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير، قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ".

وقد يكون من أسباب التنازل عن الحضانة، زواج الحاضنة سواء كان بقريب محرم أو بغير قريب محرم. مما يترتب عليه سقوط حقها في الحضانة والسكن بالتبعية.

وهذا ما استقر عليه القضاء في قراراتها بخصوص التنازل عن الحضانة حيث جاء في قرارها الصادر في : 1998/04/21 ما يلي : " من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة ، إ'ذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين ، فإنهم طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب الطعن ". (2)

وإن القول بتنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائيا لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا دائما لمصلحة المحضون، وفقا أحكام المادة 66 قانون الأسرة.

---

(1)بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 129.

(2) ملف رقم 189234.قرار بتاريخ1998/04/21، الاجتهاد القضائي ، مرجع سابق ، ص175.

حيث جاء في القرار الصادر في : 1999/04/20 : " من المستقر عليه إن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها ، لأنها تخص حالة الأشخاص ، ومصلحتهم ، ومن سنين ن في قضية الحال ، أن تتنازل الأم عن الحضانة ، لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها ، إذا كانت مصلحة المحضون ، تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و 67 قانون الأسرة الجزائري ". [1]

إذن فإنه إذا عادت الحاضنة للمطالبة بحضانة أولادها من مطلقها من بعدما تنازلت عنها ، وبالتالي أسقطت حقها في مسكن الحضانة كممارسة حضانة أولادها فيه ،فهل يعطي لها هذا الرجوع عن التنازل ، الحق في السكن مرة أخرى ؟

بما أن الحكم بالحق في السكن يكون حال الفصل في مسكن الحضانة، فلا مجال للحديث عن تجديد المطالبة بالسكن، لأنه بما أن القاضي قد حكم لها بإرجاع حضانتها المتنازل عليها فبالمقابل يرجع لها حقها في السكن، لأن الحق في السكن يقرر أساسا لمصلحة المحضون فلو لم يكن للحاضنة أولاد لما كان لها الحق بالسكن أساسا.

إذن فبما أن الحق في مسكن الحضانة مرتبط أساسا بحق الحضانة، في حد ذاته، فإن زواج هذا الأخير يؤدي بالضرورة إلى الحق في مسكن الحضانة، كون أن سقوط الأصل يؤدي إلى سقوط الفرع، وهذه الأسباب قد نص عليها المشرع الجزائري في المواد 66 إلى المادة 70 قانون الأسرة وهي :

- التزوج بغير قريب محرم.
- التنازل عن الحضانة.
- الإخلال بشروط المنصوص عليها في المادة 62 قانون الأسرة.
- عدم المطالبة بالحضانة لمدة تزيد عن سنة.
- استيطان الشخص الموكل له بالحضانة في بلد أجنبي.

(1) ملف رقم 220470.قرار بتاريخ 1999/04/20، الاجتهاد القضائي ، مرجع سابق ، ص 181.

ثانيا: أسباب سقوط خاصة:

ومعنى هذا أن هذه الأسباب تكون خاصة بالحاضنة، بصفة شخصية حيث ورد في نص المادة 4/52 قانون الأسرة.

لا تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها، أو ثبوت انحرافها، أي هذه الأسباب تكون بفعل الحاضنة مما يؤدي إلى فقدانها الحق في السكن، قبل انقضاء مدة الحضانة الوجوبية أو القانونية.

فطبقا لما جاء في هذا النص فإن أسباب السقوط الخاصة لحق الحاضنة في السكن هي: زواج الحاضنة وثبرت انحرافها.

1 -زواج المطلقة الحاضنة:

يسقط حق المطلقة الحاضنة في السكن في حال زواجها من شخص آخر. [1]

أي أنه إذا أرادت الحاضنة الاستمرار في قيامها بواجبها نحو محضونيها والبقاء معهم في مسكن الحضانة وجب عليها قانونا أن تمتنع عن التزوج مرة أخرى.

وما ورد في نص المادة 52 قانون الأسرة جعل الحق في السكن مقيد صراحة بعدم تزوج الحاضنة، دون تميز بين حال زواجها بقريب محرم وحال زواجها بغير قريب محرم، مما يترتب عليه سريان حكمه على الحالتين نظرا لعمومية الصياغة.

وتفقد الحاضنة الحق في السكن بزواجها ثانية، لأن حق إسكانها يكون على زوجها الجديد، ويسقط على أب المحضون، حيث يجوز له أن يطلب من نفس المحكمة التي قررت السكن للحاضنة، الحكم بإسقاط حقها في السكن لنفس العلة، وله أن يطلب أيضا إسقاط الحضانة عنها إذا كان الزوج الجديد أجنبيا، أي غير قريب محرم للمحضون. [2]

ولقد ميز المشرع المصري في شغل الحاضنة لمسكن الحضانة بين ما إذا تزوجت بزوج أجنبي عن المحضون، فتفقد بالتالي شرطا من شروط أصلية الحضانة. ويسقط حقها في

(1) بلحاج العلربي ، مرجع سابق ، ص 243.

(2) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 126.

السكن، وما إذا تزوجت بمحرم للصغير، مثلا كانت أصلا للحضانة ولم يسقط حقها في السكن. [1]

وإذا تزوجت الحاضنة بأجنبي عن الصغير، غير ذي محرم سقطت عنها الحضانة، وبالتالي لا يكون لها الحق في التمكين من المسكن وكان المشرع في القرار بقانون 44 لسنة 1979، يشترط أن لا تتزوج الحاضنة بعد طلاقها، وإن تزوجت سقط حقها في التمكين من مسكن الحضانة،ولا بغير ذلك من طلاقها، ووجود الصغار في حضانتها من حيث الواقع ويلاحظ أنه إذا كان الزواج بآخر غير ذي محرم للصغير سبب لإسقاط الحضانة، فإن الحضانة تعود إلى الحاضنة، إذ أن إسقاط الحضانة عن الحاضنة لا يلزمها على سبيل التأييد، فبزوال سبب الإسقاط الحضانة عن الحاضنة، ولكن الوضع مختلف في خصوص استقلال الحاضنة بمسكن الزوجية، إذ أن بمجرد زواج الحاضنة من آخر يسقط حقها في المسكن حتى ولو كان قريب محرم للصغير. [2]

وبالتالي فإن زواج الحاضنة بقريب محرم لا يؤدي إلى سقوط حقها في الحضانة ولكن يؤدي إلى سقوط حقها في السكن، أما إذا تزوجت الحاضنة بأجنبي غير قريب محرم المحضون فيؤدي ذلك إلى سقوط حقها في الحضانة وسقوط حقها في السكن.

2 -ثبوت انحراف الحاضنة:

ويعتبر ثاني سبب قانوني لسقوط حق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة وهو ثبوت انحرافها خلقيا، بحيث تنحرف عن القيام بشؤون الحضانة وعوض أن تمارس حضانة أولادها، في مسكن الحضانة تتجه غلى استعماله في أغراض أخرى غير مشروعة منافية للآداب والأخلاق وارتكاب الفواحش وإتباع طريق السوء.

وانحراف الحاضنة لا يكفي لسقوط حقها في السكن فيمكن أن تكون مجرد أقاويل وإشاعات. وعلى من يدعي انحراف الحاضنة إثبات إدعائه كمبدأ " البينة على من ادعى،واليمين على

(1)بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 126.

(2) احمد ابراهيم عطية ، مرجع سابق ، ص 149-250.

من أنكر " ويثبت انحراف الحاضنة بكل طرق الإثبات القانونية الممكنة ومنها: محاضر رجال الأمن والإقرار وغيرها. [1]

أو صدور حكم جزائي على المطلقة الحاضنة بتهمة الزنا، لأن جريمة الزنا هي من مسقطات الحضانة وبالتبعية سقوط حق الحاضنة في السكن، وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري في قراراته، حيث جاء في القرار الصادر في 1997/09/30 ما يلي: " من المقرر شرعا وقانونا، أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

ومتى تبين في قضية الحال، أن قضاة الموضوع كما قضوا بإسناد حضانة الأولاد الثلاثة للام المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 قانون الأسرة، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا، فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة ". [2]

كما أنه يجب أن يكون مسكن الحضانة، هو العمل المساعد على انحراف الحاضنة وتسهيل ممارستها للفسق والدعارة.

ويقول الأستاذ فضيل سعد، بأنه يجب التشدد في ضمان السكن للمطلقة وذلك للتفرقة بين هذا الحال وحال التي تتخذ من الزواج وسيلة لإنجاب طفل أو طفلين تضمن لها حق السكن، وتفارق زوجها لتنغمس في حالة الفسق والدعارة، فتشكل آفة اجتماعية، وهذا النوع يستحسن عدم تخصيص السكن له، وإعادته إلى أهله ليوضع تحت الرقابة بعد غياب الرقابة الزوجية. ويجب على القاضي مراعاة هذه المسألة أثناء النظر في مسألة السكن في قضايا الطلاق. [3]

إن منح حق السكن للمطلقة الحاضنة يكون لمصلحة المحضون وفي المقابل إن سقوط حق الحاضنة في السكن يتقرر لمصلحة المحضون أيضا، لانحراف الحاضنة واستعمالها لمسكن الحضانة في أعمال غير أخلاقية، من شأنه أن يضر بالمحضون نفسيا وخلقيا، والأول أن يكون انحرافها سببا في طلب إسقاط الحق في الحضانة بصفة عامة، لانعدام الأمانة على الأخلاق ونقلها إلى من يليها في الترتيب حسب القانون.

---

(1) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 243.

(2) ملف رقم 171684.قرار بتاريخ 1997/09/30، الاجتهاد القضائي ، مرجع سابق ، ص 169.

(3)بلحاج العربي ، المرجع نفسه، ص 243.

الفرع الثاني: بعد التعديل 2005:

بعد تعديل القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404، الموافق لـــ 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

فقد قام المشرع الجزائري بتعديل المادة 52 قانون الأسرة، التي كانت تنص في السابق على أسباب سقوط حق الحاضنة في السكن، في الفقرة الرابعة منها فإنه بعد التعديل ألغى المشرع الجزائري جزء كبير من هذه المادة وأصبحت تنص على: " أداتين للقاضي ن تعسف الزوج في الطلاق حكم المطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ".

حيث أن المشرع الجزائري قد تحدث في هذه المادة المعدلة عن الطلاق التعسفي للزوجي فقط حيث أوجب التعويض عن الطلاق التعسفي والذي يجب أن يتوافر فيه شرطان أساسيان وهما:

- أن يتبن للقاضي تعسف الزوج في الطلاق.
- أن يصيب الزوجة من جراء هذا الطلاق ضررا. [1]

وتقدير التعويض متروك للسلطة التقديرية للقاضي بنسبة التعسف ودرجته عن الضرر المادي والمعنوي. [2]

إذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة 52 قانون الأسرة القديمة، تنص على أن تفقد المطلقة حقها في السكن متى ثبت زواجها بزوج آخر أو ثبت انحرافها، فغن المادة 72 المعدلة بموجب الأمر 02/05 سنة 2005 التي نصت على السكن وبدل الإيجار، قد أغفلت عمدا ما يظهر أن تنص على أسباب سقوط المطلقة الحاضنة في السكن وبدل الإيجار، دون أي مبرر لذلك يمكن القول انه من العدل أن تفقد الحاضنة حفها في السكن مع محضونها إذا ثبت أنها تزوجت من جديد، أو ثبت أنها حولت مسكن الحضانة إلى مكان للدعارة. [3]

---

(1)بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 243.

(2)بلحاج العربي ، نفس المرجع ، ص 244.

(3) عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 146.

وإذا كان حق الحاضنة في السكن مقصورا على الانتفاع بممارسة حضانة الولد فيه، وليس سند للملكية، فذلك يعني بأحقية الزوج المطلق في استرداد مسكنه متى انقضت مدة الحضانة القانونية وسقط بذلك الحق في حضانة الأولاد.

ويختلف الاسترداد فيما إذا كان مسكن الحضانة هو مسكن الزوجة أو مسكن بديل، الذي أعده الزوج المطلق بالتأجير، ففي الحالتين يمكنه أن يسترد المسكن لأحقيته في الملكية أو الإيجار، أما إذا ألزم بدفعه للحاضنة بدل الإيجار، وأنابت عنه في إعداد المسكن بان أجرته باسمها فلا يحق له استرداده إنما يتوقف عن دفع الأجرة، ويكون للحاضنة أن تحل محله في الوفاء بها إذا رغبت في الانتفاع بالمسكن مستقبلا. [1]

(1) بوقرة أم الخير ، مرجع سابق ، ص 130.

الخاتمة:

إن موضوع إسكان الحاضنة يعتبر من بين الدراسات الهامة والمتميزة، لأنه لا يتصور القيام بواجب الحضانة، إلا بوجود مكان مناسب وملائم، يتوفر على كل المقومات والمواصفات الشرعية والقانونية والواقعية لذلك.

لأن الغرض من تقرير مسكن لممارسة الحضانة بعد انحلال الرابطة الزوجية، هو التقليل من ظاهرة التشرد والانحراف الاجتماعي، ومراعاة لمصلحة المحضون بالدرجة الأولى كما له من تأثير مباشر على نفسية الطفل وسلوكا ته، لأنه يجد فيه كل ما يلزمه ويحتاجه، من حاجيات مادية ومعنوية كالدفء الأسري والاستقرار والطمأنينة.

كما أنه يحمي المطلقات الحاضنات بطريقة غير مباشرة، من البقاء في الشارع إذا لم يكن لها ولي يقبل إيواءها.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع نستكشف النتائج التالية:

-الحق هو قدرة أو سلطة يقررها القانون ويحميها، لشخص معين على شخص آخر أو كل شيء معين.

-الحق في إسكان الحاضنة هو حق شخصي وهذا الأخير هو رابطة بين شخصين دائن ومدين بمقتضاه بطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

وذلك لأن حق السكن المسند للحاضنة مقرر لها بحكم قضائي، كممارسة الحضانة وعلى الزوج المطلق الالتزام به.

-يجب أن يكون مسكن الحضانة ملائم لممارسة الحضانة أي يجب أن يتوفر على كل المواصفات الشرعية، وكل الضروريات اللازمة لهذا الغرض.

- إن المشرع الجزائري ومن خلال تعديله لقانون الأسرة الجزائري، بالأمر 02/05 المؤرخ في 21 فبراير 2005 ، حيث عدل المادة 72 حيث احمل على الأب بصفة

خاصة، توفير مسكن ملائم للحاضنة لممارسة الحضانة، وإن تعذر عليه ذلك وجب عليه دفع بدل الإيجار.

-إن المشرع الجزائري لما تطرق لبدل الإيجار لم يحدد المعايير والأسس التي يستند إليها في تقدير أجرة بدل الإيجار وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي.

-إن المشرع الجزائري من خلال الفقرة 2 المادة 72 قانون الأسرة استعمل عبارة " تبقى الحاضنة في مسكن الزوجية " وهذا يعني انه يعني بذلك الأم المطلقة فقط وليس أي حاضنة أخرى كالخالة والجدة.

-المشرع الجزائري، من خلال تعديل المادة 52 قانون الأسرة، حيث ألغى الفقرة 2 وما بعدها، هذا حتى تنسجم المادة 52 و 72 قانون الأسرة وذلك لحماية مصلحة المحضون بصفة خاصة وبالتبعية حماية الحاضنة.

-عن المشرع لم يتطرق بصفة واضحة إلى مسألة تعدد المحضونين ولكن القضاء قد توجه في قراراته إلى أن السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة.

-الملاحظ أيضا أنه إذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة 52 قانون الأسرة القديمة، تنص على أسباب فقدان المطلقة حقها في السكن فور زواجها مرة أخرى، أو ثبوت انحرافها ، في حين المادة 72 قانون الأسرة المعدلة والخاصة بالسكن لم تنص على أسباب سقوط حق الحاضنة في السكن أو بدل الإيجار، لكن ما يمكن استنتاجه هو أنه من العدل أو من الطبيعي أن تفقد الحاضنة حقها في السكن ، إذا ثبت أنها تزوجت من جديد أم تم إثبات انحرافها.

وبناءا على هذه النتائج المتوصل عليها تبين لنا بعض النقائص نذكر منها:

-أن استعمال المشرع لمصطلح " الملائمة " ،يترك المجال مفتوحا للتأويلات ، لذا كان من الأولى استعمال مصطلحات واضحة ودقيقة، تبين المواصفات الشرعية التي يجب

أن تتوفر في مسكن الحضانة وذلك مسايرة للفقه الإسلامي الذي بشرط توافر لجملة من الشروط الشرعية للسكن.

-وجب على المشرع أن يحدد المعاير التي يجب مراعاتها أثناء الحكم ببدل الإيجار.

-المشرع لم يبين إذا كانت المستلزمات الضرورية والحاجيات المتعلقة بالسكن تدخل ضمن بدل الإيجار وهل الأب ملزم بها ؟

-المشرع لم يتطرق في حالة ما إذا كانت الأم تملك سكنا خاصا بها ، فهل يبقى التزام الأب بالسكن أو بدل الإيجار قائما؟

-أيضا ما ورد في المادة 72 قانون الأسرة التي نصت على أن لا تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب لحكم القضائي المتعلق بالسكن ، وهذا لا يمكن تصوره لأن النزاع القائم بين الزوج والزوجة يصل إلى حد الطلاق فلا يمكن بقاء المطلقة في مسكن الزوجية إلى غاية تنفيذ الحكم ، وهذا الأمر أيضا غير مقبولا شرعا إذا مرت فترة العدة.

-لقد ربط المشرع مسألة السكن بالمحضون والمطلقة الحاضنة فقط ، وذلك من خلال عبارة " وتبقى الحاضنة في مسكن الزوجية ..... " ، ولم يتطرق إلى حالة ما إذا كانت الحاضنة : الجدة أو الخالة مثلا.

لذا وجب على المشرع ، استعمال مصطلحات واضحة ودقيقة، فيما يتعلق بمسألة السكن ، وبدل الإيجار ، وبقاء المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية.

وبأن يحدد المعايير الواجب مراعاتها في تقدير أجرة السكن، والمواصفات أو الشروط التي يجب توافرها في السكن.

والتطرق لمسألة ولي الحاضنة وتعدد المحضونين، وتبيان شروط استحقاق المطلقة الحاضنة لمسكن الحضانة وأسباب وموجبات سقوطها عنها بصفة دقيقة.

قائمة المراجع :

- **القرآن الكريم**

أولا: الكتب :

1 أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية ، كلية الحقوق ، جامعة بيروت العربية ، 1998 ، ص 80-81.

2 أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة ، دار الفكر القانوني ، الطبعة الأولى ، 2008.

3 أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي (تعليق على النصوص) ،دار الكتب القانونية ،مصر ، 2006.

4 أنور لعروسي ، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين ، النصوص والفقه ومبادئ القضاء ، قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الجزء الثاني ، 2000 .

5 إسحاق إبراهيم منصور ، نظريتا القانون والحق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، طبعة 1999 .

6 -الاجتهاد القضائي ، لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ، 2001.

7 بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة النسبة والمذهب الجعفري والقانون- دار النهضة العربية ، بيروت،الجزء الأول، (الزواج والطلاق).

8 بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، طبعة 1999، الجزء الأول (الزواج والطلاق).

9 بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية، الطبعة الأولى ، سنة 2008 .

10 -باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر .
11 -باديس ديابي ، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012.
12 -رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للحق ، دار المطبوعات الجامعية ، المكتبة القانونية ، جامعة الإسكندرية ، 1999 .
13 -عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، 1984.
14 -عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، النسب ، الرضاع ، الحضانة ، نفقة الأقارب ، دار الفكر العربي،مصر.
15 -عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل،دار هومة ، الطبعة الثالثة ، 2011 .
16 -عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2007 .
17 -عبد القادر الفار ، مدخل لدراسة العلوم القانونية ، مبادئ القانون ، النظرية العامة للحق ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2011 .
18 - عبد الفتاح تقية ، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء.
19 -عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار القلم للنشر والتوزيع ، الكويت ، الطبعة الثانية ، 1990 .
20 -غنية قري ، شرح قانون الأسرة المعدل ، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2011 .
21 -محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1977.
22 -محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2009.

23 -محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانوني ، الدار الجامعية ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، 1982 .

24 -مصطفى عبد الغني شيبة ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، الطلاق وآثاره ، دراسة مقارنة ، منشورات جامعة سبا، الطبعة الأولى، 2006.

25 -محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء ، الأحوال الشخصية ، دار محمود للنشر والتوزيع ، الجزء الثالث .

26 -محمد كمال إمام ، الطلاق عند المسلمين ، دراسة فقهية وقانونية أ دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 1997.

27 -نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا وتطبيقا ، دار الهدى ، الجزائر ، 2006 .

28 -نسرين شريفي وكمال بوفروة ، قانون الأسرة الجزائري ، دار بلقيس ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2013 .

29 -هدى عصمت محمد أمين ، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2013 .

ثانيا : الرسائل الجامعية :

1 أسماء عيسيو ، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته ، مذكرة نهاية تكوين ، 2004

2 بوقرة أم الخير ، مسكن الزوجية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر ، 2002 .

3 ربيحة إلغات ، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، 2011 .

4 عيسى طعيبة ، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع العقود والمسؤولية ، 2011 .

ثالثا : المعاجم :

1 ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادار ، بيروت ، المجلد الثاني ، الطبعة الأولى ، 1997 ، ص 105.

2 ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادار ، بيروت ، المجلد الثالث ، الطبعة الأولى ، 1997 .

3 ابن منظور ، لسان العرب، دار صادار، بيروت، المجلد الرابع، الطبعة الأولى ، 1997 ، ص 190.

رابعا : القوانين :

1 القانون 84 –11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري .

2 الأمر 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتعلق يقنون الأسرة الجزائري المعدل.

3 الجريدة الرسمية رقم 5184 ، الصادرة يوم الخميس 2004/02/05 ، ظهير الشريف ، رقم 1–4–22 صادر في 121 ذي الحجة 1424 (2004/02/03) بتنفيذ القانون رقم 70/03 بمثابة مدونة الأسرة .

خامسا : الموقع الالكتروني :

- http://audio.islamweb.net

الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الأول : ماهية حق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة	
المبحث الأول: مفهوم المطلقة الحاضنة	09
المطلب الأول: مفهوم المطلقة	09
الفرع الأول: تعريف الطلاق:	09
أولا : تعريف الطلاق في اللغة	09
ثانيا : تعريف الطلاق في الفقه	10
ثالثا : تعريف الطلاق في القانون	11
الفرع الثاني: مشروعية الطلاق	12
أولا: القرآن الكريم	12
ثانيا: السنة النبوية	12
ثالثا: الإجماع	13
الفرع الثالث: أنواع الطلاق	14
أولا: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج	14
ثانيا: الطلاق بالتراضي	15
ثالثا: الطلاق بطلب من الزوجة	16
المطلب الثاني : مفهوم الحاضنة	19
الفرع الأول: تعريف الحضانة	19
أولا: تعريف الحضانة لغة	19
ثانيا : تعريف الحضانة شرعا	20
ثالثا: تعريف الحضانة قانونا	21
الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة	24
أولا: الشروط العامة	24
ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء	27

المبحث الثاني: الحق في السكن	29
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للحق في السكن	30
الفرع الأول: تعريف الحق	30
أولا: تعريف الحق لغة	30
ثانيا: تعريف الحق في القانون	31
الفرع الثاني: أنواع الحق	35
أولا: الحقوق السياسية	35
ثانيا: الحقوق المدنية	35
المطلب الثاني: مفهوم السكن	39
الفرع الأول: تعريف السكن ومواصفاته	39
أولا: تعريف السكن	39
ثانيا : مواصفات السكن	41
الفرع الثاني : أنواع السكن	46
أولا : أنواع السكن حال قيام العلاقة الزوجية	46
ثانيا : أنواع المسكن بعد انقضاء العلاقة الزوجية	47
الفرع الثالث : طبيعة الحق في السكن	49
الفصل الثاني : أحكام حق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة	
المبحث الأول: المكلف بتوفير مسكن الحضانة وأجرته	54
المطلب الأول : شروط إسكان المطلقة الحاضنة	58
الفرع الأول : قبل تعديل 2005	58
أولا : أن يكون للمطلقة حكم بالحضانة	58
ثانيا : أن لا يكون للمطلقة الحاضنة ولي يقبل إيوائها	60
ثالثا : مراعاة قدرة الزوج	62
رابعا : أن يكون للمطلق أكثر من مسكن	63
خامسا : تعدد المحضونين	65
الفرع الثاني : بعد تعديل 2005	67

المطلب الثاني : أجرة مسكن الحضانة	69
الفرع الأول : موقف الفقه و القانون من أجرة المسكن	70
أولا : موقف الشريعة الإسلامية	70
ثانيا : موقف المشرع الجزائري	74
الفرع الثاني : المعايير المعتمدة في تقدير أجرة السكن	76
أولا : المعيار المادي	77
ثانيا : المعيار المكاني	77
ثالثا : المعيار الزمني	78
رابعا : معيار تعدد المحضونين	79
المبحث الثاني : مدى أحقية المطلقة الحاضنة في السكن	80
المطلب الأول: الخصائص المميزة لحق المطلقة الحاضنة في السكن	81
الفرع الأول : حق المطلقة الحاضنة في السكن حق نسبي	81
أولا : استعمال السكن بغرض الحضانة	82
ثانيا : استعمال المسكن بغرض السكن	83
الفرع الثاني: حق المطلقة الحاضنة في السكن حق مؤقت	84
أولا : التزام الحاضنة بمدة الحضانة	84
ثانيا : اقتصار حق الحاضنة على الانتفاع	85
المطلب الثاني: أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في السكن	86
الفرع الأول: قبل التعديل 2005	86
أولا: أسباب سقوط عامة	87
ثانيا: أسباب سقوط خاصة	90
الفرع الثاني: بعد التعديل 2005	93
الخاتمة	96
قائمة المراجع	100
الفهرس	105