مجلة الاجتهاد القضائي: المجلد 13 – عدد خاص (العدد التسلسلي 25) جانفي 2021 (ص ص: 799 – 814)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

مسكن المطلقة الحاضنة: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

Residence of divorced foster
a comparative study of islamic jurisprudence and algerian family law

ط.د سامية بلحبيب [1]
باحثة دكتوراه – مخبر المخطوطات لشمال إفريقيا
جامعة أحمد بن بلة - وهران 1 (الجزائر)
belhabib.samia@edu.univ-oran1.dz

أ. د أمال حبار [2]
أستاذة - مخبر المخطوطات لشمال إفريقيا
جامعة أحمد بن بلة - وهران 1 (الجزائر)
amalgemeaux@gmail.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
01 سبتمبر 2020	13 جانفي 2021	15 جانفي 2021

الملخص:

أثار مسكن الحضانة جدل كبير في هذا العصر خاصة في المجتمعات التي تعيش ظروف اجتماعية صعبة وتعاني من أزمة السكن كالمجتمع الجزائري، حيث عرفت المحاكم صراعات حادة بين الزوجين المطلقين حول مسكن الزوجية خصوصا بعد التعديل الأخير الذي مس قانون الأسرة الجزائري، والذي قرر للمطلقة الحاضنة حق السكن أو أجرته حرصا منه على تغيير يخدم مصلحة المحضون من أجل حفظه ورعايته من التشرد والضياع، وكذا وقايته من الآثار النفسية التي تلحق به بعد الطلاق، غير أن هذا التعديل أثار ضجة واسعة وسط المجتمعات حيث اعتبره البعض تحيزا من جهة المرأة في حين اعتبره البعض ظلما في حق الرجال، فبين هذا الصراع رأينا معالجة هذا الموضوع وفق ما جاء به الفقه الإسلامي ومقارنته مع ما ورد في قانون الأسرة الجزائري.

الكلمات المفتاحية: مسكن– المطلقة– الحاضنة– الفقه الإسلامي– قانون الأسرة الجزائري.

Abstract :

The nursery dwelling has sparked great controversy in this era, especially in societies that live in difficult social conditions and suffer from a housing crisis, such as the Algerian society, where courts have khown severe conflicts between divorced spouses over marital housing, especially after the recent amendment that effected the Algerian family law, which decided the right to housing or wages for the divorced women in order to ensure a change that serves the interest of the child in a view to protect and take care of him from homelessness and loss, as well as to heat him from the psychological effects that befall him after the divorced. between this conflict, we saw dealing with this adjustement according to what was stated by Islamic fiqh and comparing it with what was stated in the Algerian family law.

key words: *Residence – Divorced – Foster - Islamic fiqh- Algerian family law.*

[1] المؤلف المرسل: ط.د سامية بلحبيب ـــــــ *Email: belhabib.samia@edu.univ-oran1.dz*

مقدمة:

نتيجة التفكك الأسري الذي شهد تطورا رهيبا في الآونة الأخيرة حاول المشرع الجزائري تقرير حماية شاملة للمرأة المطلقة خصوصا إذا نتج عن العلاقة الزوجية التي انتهت بالطلاق أولاد، وهذا ما لاحظناه بعد التعديل الأخير الذي مس قانون الأسرة الجزائري حيث قرر للمطلقة الحاضنة حق السكن أو أجرته وفق الضوابط الشرعية والقانونية المتعارف عليها حرصا منه على تغيير يخدُم مصلحة المحضون.

وبما أن المرأة هي أكثر الأطراف تضررا بعد الطلاق رتبت الشريعة الإسلامية في مقابلها قانون الأسرة الجزائري نفقات تستحقها بعده، من بين هذه النفقات نفقة المسكن، فقد تبقى المطلقة بلا مأوى بعد الطلاق أو الفراق، وهذا ما شهدناه في الآونة الأخيرة من تشرد للمطلقة وأولادها بعد طردها من مسكن الزوجية دون أن يكون لها مأوى تلجأ إليه، والمشاهد المروعة لهؤلاء النساء والأطفال وهم في العراء يفترشون الأرض ومظاهر البؤس بادية على وجوههم تدعوا إلى الألم والحسرة، خاصة إذا علمنا الآثار السلبية والآفات الخطيرة التي تنجم عن هذا التشرد، فالعدالة الاجتماعية والإنسانية تقضي أن يكون للمرأة المطلقة خصوصا الحاضنة الحق في المسكن.

وتبرز أهمية الدراسة في كونها تعتبر من المسائل التي تتعلق بتنظيم الحياة الإنسانية التي ترتبط ارتباطا وثيقا بأحوال الناس ومعاملاتهم، والتي لها علاقة مباشرة بالواقع الاجتماعي المتغير ولما له من آثار على حياة الحاضنة والطفل المحضون.

بناء على ما تقدم أعلاه نطرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في ضبط الأحكام القانونية المتعلقة بحق الحاضنة في المسكن، وما مدى توافقها مع أحكام الفقه الإسلامي؟

يتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

- ماالمقصود بمسكن الحضانة، وما هي مواصفاته؟
- ماهي الإشكالات التي تواجه الحاضنة في ممارسة هذا الحق؟
- ما مدى توافق الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في تقرير حق المسكن للحاضنة؟

للإجابة على هذه التساؤلات اتبعنا المنهج الاستقرائي وذلك من خلال عرض أقوال الفقهاء وتبيان موقف قانون الأسرة الجزائري، وللوصول إلى أفضل النتائج اتبعنا المنهج المقارن لمقابلة ما ترجح في الفقه الإسلامي مع ما ورد في قانون الأسرة الجزائري.

للإحاطة بجوانب البحث تم تقسيمه إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لمسكن الحضانة.

المنارة للاستشارات

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من مسكن الحضانة.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لمسكن الحضانة

قبل التطرق لأي موضوع لا بد من توضيح معناه وتبيان أحكامه، إذ به يزول الغموض والإبهام، ويتيسر الفهم، وعليه يتعين تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الإطار الشرعي والقانوني لمسكن الحضانة

إن تحديد مفاهيم أيّ دراسة أو بحث علمي يعدّ أمرًا غاية في الأهمية، خاصة في البحث الاجتماعي الذي تستمد مفاهيمه من واقع الحياة، وكلّما تم تحديدها بصورة دقيقة وبوضوح كلّما كان في ذلك تسهيل لإدراك المعاني والأفكار التي يقصدها الباحث في بحثه، وبالتالي لا يبقى مجال للاختلاف بين القارئين له في فهم ما يريد إيصاله لهم، وتتمثل المفاهيم الرئيسية في هذا البحث في لفظتين أساسيتين وهما المسكن والحضانة والتي سوف نتناولها في فرعين:

الفرع الأول: تعريف المسكن

أولا – لغة: "سكن الشيء يسكُنُ سكوناً إذ ذهبت حركته، وكل ما هدأ فقد سكن"[1]، قال تعالى: ﴿وَلَهُۥ مَا سَكَنَ فِي ٱلَّيۡلِ وَٱلنَّهَارِۚ وَهُوَ ٱلسَّمِيعُ ٱلۡعَلِيمُ ١٣﴾.[2]

ثانيا- شرعا: لم يعط غالبية الفقهاء المسلمين معنى معيناً للمسكن، ولم يضعوا تعريفا محدداً لمسكن الزوجية، بل اكتفوا بوضع عدة شروط ومواصفات أكدوا على ضرورة توافرها بمسكن الزوجية، بخلاف الحنفية الذين عرفوا السكنى على أنها: "المكث في مكان على سبيل الاستقرار والدوام"[3].

أما في الاصطلاح فقد عُرِف بأنه "المكان الذي يكون مشتملا على كل مايلزم للسكن من أثاث وفرش وآنية ومرافق وغيرها مما تحتاج إليه الأسر"، وعرِّف أيضا بأنه: "المسكن الذي يؤمن راحة الزوجة بأن يكون خاص بها لا يشاركها فيه أحد ويكون مشتملا على المرافق الضرورية وكل ما يلزم، ويكون مستورا بحيث تؤمن الزوجة على نفسها ومالها وعرضها، ويتناسب مع حالة الزوج الاجتماعية".[4]

في حين عُرِّف مسكن الحضانة بأنه: "مقر إقامة المحضون حيث يقيم أبواه، أو حيث يقيم أحدهما بعد الفرقة أو الانفصال، وما يترتب عليه الانتقال منه وتغييره من نتائج وآثار، ومدى تأثيرها على المحضون أو كلا الأبوين أو أحدهما"[5].

أما قانونا فنلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد مفهوم للمسكن الذي تمارس فيه الحضانة من قِبل من أسندت إليه، وإنما اكتفى بلفظة "سكنا ملائما للحاضنة"، مما يعني أنه قد يختلف مكان ممارسة الحضانة من شخص إلى آخر ومن بلدة إلى أخرى، فما هو موجود عند أهل المدن يمكن انعدامه عند أهل البادية.

المنارة للاستشارات

الفرع الثاني: تعريف الحضانة

أولا – لغة: "الحضنُ ما دون الإبط وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما والجمع أحضان"[6]، والاحتضان هو "احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شِقَّيها، والحضن الجنب".[7]

ثانيا – شرعا: عَرّف فقهاء الشريعة الإسلامية الحضانة كل على حسب مذهبه، فقال المالكية هي: "حفظ الولد في مبيته ومُؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسده"[8]، كما عرفها الحنفية بقولهم: "حقّ الصغير لاحتياجه إلى من يمسكه، فتارة يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه في حضانته، وتارة إلى من يقوم بماله حتى لا يلحقه ضرر"[9].

أما عند الحنابلة فقد عرّفها ابن قدامة بأنها: "تربية الصبيّ وحِفظه، وجعله في سريرِه، وربطِه، ودَهنه، وكَحلُه، وتنظيفه، وغسلُ خِرقِه، وأشباه ذلك".[10]

في حين عرفها الشافعية أنها: "حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عماّ يؤديه وتربيته، أي تنمية المحضون بما يُصلحهُ بتعهدّه بطعامه وشرابه ونحو ذلك".[11]

ثالثا – قانونا: ومن جانب التشريع فقد نصت المادة 1/62 من قانون الأسرة الجزائري على: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"[12].

بعد التعرف على معاني كل من مصطلحي السكن والحضانة، يتبين بأن مسكن الحضانة هو كل مكان يستخدم للسكنى بصفة مؤقتة أو دائمة تمارس فيه رعاية المحضون بشكل آمن.

المطلب الثاني: المواصفات الشرعية لمسكن الحضانة والحكمة من وجوبه على المطلق

بعد تعرفنا على معاني لفظة السكن والحضانة بقي لنا تحديد المواصفات الشرعية للمسكن ومن ثمّ ذكر الحكمة من إيجابه على المطلق، في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: المواصفات الشرعية لمسكن الحضانة

أكد فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري على وجوب توفير مسكن للزوجة، غير أن الشروط والمواصفات الواجب توفيرها في هذا المسكن أهملها المشرع الجزائري، مما استلزم علينا استقراءنا بما يوافق وأقوال الفقهاء، وهي عديدة ومتعددة يمكن إجمالها في شرطين أساسيين وهما:

– **أن يكون مسكن الحضانة مناسبا:** يشترط في المسكن الذي يوفره الزوج المطلق بغرض الحضانة، أن يكون مناسبا للمحضون والحاضنة سواء لتتمكن من أدائها لواجباتها نحو محضونيها على أكمل وجه، فينبغي تزويده بكل متطلبات المعيشة، والمناسب هنا يتلاءم ويسار الأب، حيث لا يكون اختياره للمسكن بقصد الاضرار بالحاضنة ووضعها الاجتماعي، فيجب أن

المنارة للاستشارات

يكون المسكن مشتملا على كل ما يلزم من أثاث وفراش وأواني ومرافق وغيرها مما تحتاجه الأسرة[13]، وفي هذا الصدد أقرت المحكمة العليا على أنه: " متى ثبت أن المسكن الذي خصصه الطاعن غير صالح للسكن، ولا يتوفر على ضروريات الحياة، فلا يمكن للمطعون ضدها أن تسكن فيه، ممّا جعل القضاة يستجيبون لطلبها الرامي إلى تمكينها من بدل الإيجار، مما يتعين رفض الطعن"[14].

– **أن يكون مسكن الحضانة مستقلا:** يقصد بالمسكن المستقل المسكن الذي لا يشارك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة، ويعتبر شرعا مسكنا قائما بذاته ولو كانت مرافقه الأخرى مشتركة، وضرورة استقلالية مسكن الحضانة يراعى من خلالها مصلحة المحضون بحفظه صحة وخلقا، مما ينبغي عليه إسكانه في مكان آمن وبين جيران صالحين خاصة إذا كان المحضون أنثى، وعليه فإعداد مسكن.

الحضانة يقاس بقدر إعداد مسكن الزوجية من حيث مواصفاته الشرعية، لأن الأمر يتعلق بالمحضون ورعاية الأسرة في المجتمع، حتى إذا كان المشرع الجزائري قد أغفل في إسكان المحضون اشتراط شرعية سكناه شأنه شأن المواصفات الشرعية المطلوبة في توفير مسكن للإقامة الزوجية[15]، في هذا الشأن أقرت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أنه: " من المقرر قضاء في توفير المسكن لممارسة الحضانة، يجب أن تراعى فيه مدى قابلية هذا المسكن للعيش بالنظر إلى حالة الوسط المعاش، وهي الحالة التي يقدرها القضاة لما لهم من السلطة التقديرية بحكم الواقع والوسط الاجتماعي، وعليه فإن إلزام الطاعن بدفع بدل الإيجار بعدما عاينوا أن المسكن الذي وفرّه للحاضنة لممارسة الحضانة يقع في منطقة ريفية وبعيدا عن أهل المطعون ضدها، هو تطبيقا صحيحا للقانون، ممّا يستوجب رفض الطعن"[16].

الفرع الثاني: الحكمة من وجوب المسكن على المطلق

يقول الله تعالى: ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ﴾[17]، فالحكمة الإلهية اقتضت أن يكون لكل من الجنسين دور يتناسب ومؤهلاته، فإذا كانت القدرات العضلية تؤهل الرجل للقيام بالعمل ومن تمّ الحصول على الدخل، فإنّ القدرة العاطفية للمرأة تؤهلها أكثر لتربية الأولاد والسهر عليهم، والنتيجة المترتبة عن هذا الاختلاف في الطبيعة والتفاوت في القدرة في الجانبين الجسدي والعاطفي وجب إنفاق الرجل على البيت عموما وعلى المطلقة خصوصا وهذا إكراما للمرأة وتعويضها على فقدانها لأسرتها.

فمن الخطأ اعتبار زيادة القوة العضلية في الرجل كمالا، وزيادة عاطفة المرأة ضعفا، لأن كلا منهما يكمل الآخر حتى وان انتهت الحياة الزوجية بينهما، لأنه لايزال يربطهما أطفال، وهذا لا يعني بالضرورة عدم أهلية المرأة للعمل خارج البيت ومن ثم منعها عن ذلك، بل ما تقدم

المنارة للاستشارات

يؤدي إلى القول بأن العمل خارج البيت للرجل هو الأصل، وأن تفرغ المرأة لتربية الأولاد هو الأصل ولكل قاعدة استثناء.[18]

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من مسكن الحضانة

يتطلب منا هذا المبحث تبيان موقف الفقهاء من هذه المسألة، وهذا بتفحص الأدلة المنصوص عليها في القرآن والسنة وصولا إلى رأي المشرع الجزائري من خلال القواعد الواردة في قانون الأسرة الجزائري، والذي سوف نتناوله في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: موقف الفقهاء من مسكن الحضانة

إن تعدد أنواع الطلاق ينتج عنه تعدد المطلقات، فهناك مطلقة رجعية وهناك المطلقة البائن إما بينونة صغرى أو كبرى، وعلى هذا الأساس نتج اختلاف بين الفقهاء في مسكن المطلقة الحاضنة، حيث سنشير في الفرع الأول إلى رأيهم في مسكن المطلقة الرجعية، وفي الفرع الثاني سنتناول موقفهم في مسكن المطلقة البائن الحاضنة على النحو التالي:

الفرع الأول: المسكن للمطلقة الرجعية

اتفق الفقهاء على أنه إذا كانت المرأة معتدة من نكاح صحيح عن طلاق، فإن كان الطلاق رجعيا فلها النفقة والسكنى بلا خلاف.

حيث قال الشافعي: "فلم أعلم مخالفا من أهل العلم في أن المطلقة التي يملك زوجها رجعتها في معاني الزواج في أن عليه نفقتها وسكناها"، وفي حاشية الباجوري: "ويجب للمعتدة الرجعية السكنى في مسكن فراقها".

وذهب المالكية إلى أن السكنى لكل مطلقة مدخولا بها، جاء في البداية وإذا طلق رجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان أوبائنا.

وقال الحنفية إن كانت المرأة معتدة من نكاح صحيح عن طلاق فإن كان الطلاق رجعيا فلها النفقة والسكنى بلا خلاف.

وجاء عن الحنابلة أن على الزوج نفقة المطلقة الرجعية وكسوتها كالزوجة.[19]

استدل الفقهاء بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾[20]، وجه الدلالة أن الله تعالى أمر في هذه الآية الأزواج بإسكان زوجاتهنّ، والمطلقة الرجعية زوجة مادامت في العدة بدليل قوله تعالى: "أَسْكِنُوهُنَّ"[21].

وقال تعالى: ﴿وَاتَّقُواْ اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[22]، قال الحافظ ابن كثير رحمه الله: أي في مدّة العدة لها حق السكنى على الزوج ما دامت معتدة منه، فليس للرجل أن يخرجها ولا يجوز لها أيضا الخروج لأنها معتقلة لحق الزوج أيضا[23].

المنارة للاستشارات

ومن السنة ما جاء عن فاطمة بنت قيس حيث قالت: " أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت: أنا بنت آل خالد وإن زوجي فلانا أرسل إلي بطلاقي وإني سألت أهله النفقة والسكنى فأبوا علي، قالوا: ياسول الله إنه قد أرسل إليها بثلاث تطليقات، قالت: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة" [24].

الفرع الثاني: المسكن للمطلقة البائن

اختلف الفقهاء في الرجل إذا طلق امرأته وكان الطلاق ثلاثا أو بائنا فهل لها النفقة والمسكن على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنّ لها السكنى والنفقة وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه، استدلوا بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ أي عندكم وعلى قدر سعتكم، وجاء في بدائع الصنائع على قدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة، وفي حرف عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه ﴿اسكنوهنّ من حيث سكنتم وأنفقوا عليهنّ من وجدكم﴾[25]، أما حديث فاطمة بنت قيس الذي استدل به أصحاب القول الأول فقد ردّه عمر رضي الله عنه وزيد بن ثابت وجابر وعائشة، قال عمر رضي الله عنه " لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا صلى الله عليه وسلم لقول امرأة لا تدري لعلها حفظت أو نسيت"[26].

القول الثاني: أن لا سكنى لها ولا نفقة وهو مذهب أحمد واسحاق وأبي ثور وأهل الظاهر، استدلوا بحديث فاطمة بنت قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم: "المطلقة ثلاثا ليس لها سكنى ولا نفقة" [27].

والقول الثالث: أنّ لها السكنى ولا نفقة لها، وهو مذهب مالك والشافعي، حيث قال الشافعي إذا طلق الرجل امرأته ثلاثا ولا حبَل بها فلها السكنى وليس لها نفقة، حيث بلغنا عن عمر ابن الخطاب رضي الله أنه جعل للمطلقة ثلاثا السكنى والنفقة.[28]

استدلوا بالآية السالفة الذكر وقوله أيضا: ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَـٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[29]، وما روي أن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتّة، وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته، فقال: والله مالك علينا من شيء، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، فقال: "ليس لك عليه نفقة" فأمرها أن تعتدّ في بيت أمّ شريك" وفي رواية أخرى عن فاطمة نفسها: " قلت: يارسول لله زوجي طلّقني ثلاثا وأخاف أن يقتحم عليّ، فأمرها أن تتحول"[30].

إن سبب اختلاف الأئمة في مسكن المطلقة البائن بين وجوبه وعدمه اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له، فالنبيّ صلى الله عليه وسلم إنّما نقل فاطمة بنت قيس من مكانها لأنّه كان وحشاً يُخاف عليها منه، غير أنّ ابن المسيب فَسّر فعل رسول

المنارة للاستشارات

الله صلى الله عليه وسلم بأنها كانت لَسِنة استطالت على أحمائها بلسانها فأمرها بالانتقال عنهم،وهذا التعليل لا ينبغي أن يُقال فيمن رغب الصحابة في زواجها واختاره المصطفى لحُبّوه وابن حِبِّه، إذ لو كان كذلك لم يرغبوا فيها ولا اختارها لأسامة[31].

نلاحظ أن محل الشاهد عند الفقهاء في استحقاق المرأة الحاضنة للمسكن هو في حملها رغم عدم ذكرهم صراحة بلفظ الحاضنة، فكما رأينا كل الأقوال تؤيد مسكن الحامل، فإذا كانت الحامل تستحق النفقة وليس للزوج فيها اعتراض، فمن باب أولى أن تستحق هذا الحق عند الوضع وحضانتها للولد، كما نلاحظ أن الحديث عن المسكن في عرف الفقهاء هو حديث عن النفقة لأنهما واحد وجزء لا يتجزء من حقوق المرأة.

وقد قرر الإجماع الفقهي إلى أن أجرة مسكن الحضانة تعتبر من نفقة الصغير، وأن نفقته واجبة على أبيه لا يشاركه فيها أحد، ولا تُلزم الأم بشيء من هذه النفقة ولو كانت موسرة ما دام أبوه موجودا ولو كان فقيرا. كما تم تأكيدهم على أن الحاضنة إذا كانت تسكن مع الصغير بأجر، فإنها تستحق هذا الأجر على أبيه ولو كانت تملك مسكنا تستغله وهي غير ملزمة بالسكن في بيتها. ذلك، أن الحاضنة يجب أن يعطى لها جميع ما يلزمها من النفقة[32]، عملا بقوله تعالى: "وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ۚ"[33].

كما ذهب الفقه الحنفي ورأي في الفقه الحديث إلى أن الحاضنة تستحق مسكن الحضانة أو أجر مسكن الحضانة إذا لم يكن لها مسكن مملوك لها تقيم فيه مع المحضون، فإذا كانت تملك مسكنا لا تقيم فيه مع المحضون أو كانت تقيم مع المحضون في مسكن أحد أقاربها أو تستأجر مكانا تقيم فيه معه فإنها تستحق مسكن الحضانة أو أجر مسكن الحضانة.[34]

كما اتفق فقهاء المالكية على المشهور على وجوب أجرة مسكن الحضانة للحاضن والمحضون إذا لم يكن لهما مسكن، لأن أجرة المسكن من النفقة الواجبة للصغير، فتجب على من تجب عليه نفقته باجتهاد القاضي أو غيره حسب حال الأب.[35]

والمطلع على كتب الفقه يتبين أن الأئمة جميعا قد التزموا تعبيرا واحد في سرد هذا الاستثناء بأن استعملوا عبارة "إذا كان للحاضنة مسكن"، ولم يستعمل واحد منهم كلمة دار أو بيت أو منزل مثلا، ومدلول كلمة مسكن في اللغة هو المكان المشغول فعلا بالسكنى بدليل قوله تعالى: "قَالَتْ نَمْلَةٌ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّمْلُ ٱدْخُلُوا۟ مَسَٰكِنَكُمْ"[36] فقد عبر الله سبحانه وتعالى بالمساكن وهي جمع مسكن لأن النمل كانوا يسكنونها فعلا[37].

المنارة للاستشارات

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من مسكن الحضانة

يقتضي البحث عن مسكن الحاضنة الرجوع إلى قانون الأسرة قبل التعديل لتفحص نصوصه واستنباط أحكامه، ومن ثم مقارنتها مع ماجاء بعد التعديل، والذي سوف نتناوله في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: مسكن الحضانة في قانون 1984 قبل التعديل

لقد نصت المادة 52/2-3 من قانون الأسرة لسنة 1984 على ما يلي:"... إذا كانت حاضنة، ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها، يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وُسع الزوج". وأضاف المشرع في الفقرة الثالثة من نفس المادة ما يلي: ويُستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا "[38].

بمقتضى هذا النص، نلاحظ أن الحاضنة تستفيد بالمسكن الزوجي بكل وسائل العيش الضرورية والمتواجدة فيه، وأن يكون المسكن صالحا لممارسة الحضانة إذا توفر شرطان:

- أولهما يتمثل في أن يكون للزوج أكثر من مسكن، فإن كان المسكن وحيدا فإن المشرع لم يعط الحق للحاضنة للاستمرار فيه مع الأطفال، إما يحكم على الأب بدفع أجرة المسكن أو يستأجر بنفسه مسكنا يخصصه للحاضنة كي تمارس فيه الحضانة، ويتكفل بتسديد كل المستحقات الأخرى من مصاريف الكهرباء والغاز والمياه، وفي حالة ما إذا كان في حاجة إلى ترميمات فإنه يقوم بها حتى يكون صالحا لإيواء الحاضنة والمحضونين، هذا إن لم يتمكن الأب المسؤول من إثبات أن للحاضنة وليا يقبل إيواءها هي والمحضون.[39]

- وثانيهما: أن لا يكون للحاضنة ولي يقبل إيواءها مع الأولاد، فالمادة ربطت السكن أو الإيجار بالولي بنصها: "إذا لم يكن لها ولي يقبل إيواءها"، مما يعني أنه في حالة ما إذا وجد ولي يأويها فإن أب المحضون حتى ولو كان ميسور الحال يعفى من توفير مسكن ملائم أو دفع بدل الإيجار، وهو ما قد ينعكس سلبا على المحضون الذي قد لا يجد راحته في منزل جدّه، عكس البيت المنفرد الذي يكون مخصص فيه راحته واستقراره بصورة أفضل[40].

كما أنه يجبر بصفة غير مباشرة الحاضنة الأم بأن تثبت للقاضي بأن وليها يرفض إيواءها، أو أنها ليس لها ولي تلجأ إليه، وقد تأكد ذلك في المجلس الأعلى، إذ ألزم في قراره الصادر بتاريخ: 11 أفريل 1981 بأن يأخذ في الاعتبار تحقيق المساعدة القضائية الذي تدلي بأن الزوجة ليس لها مسكنا آخر يسمح لها بممارسة حق الحضانة لأولادها الثلاثة.[41]

أما عن الشطر الثاني من الفقرة ذاتها، فيعاب على المشرع أنه كان يستعمل مصطلح "يضمن" مع عبارة "حسب وسع الزوج"، وهما عبارتان لا تتطابقا لا من الناحية القانونية ولا من

المنارة للاستشارات

الناحية اللغوية، لأن استعمال كلمة "يضمن" معناه أن الشيء موجود ومتوفر وبغض النظر فيه عن حالة الشخص وإمكانيته المادية ذلك ما لا يستقيم مع اشتراط وسع الزوج في آن واحد.

كما أن عبارة محضونيها فسرت باشتراط وجود أكثر من ثلاثة أولاد حتى تستحق الحاضنة السكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة، حيث يرى بعض الفقهاء أن عبارة "محضونيها" تعني أن يثبت للحاضنة الحق في المسكن إذا كانت حاضنة لأكثر من طفل واحد، ومن بينهم الأستاذ عبد العزيز سعد الذي يؤكد على أن تكون حاضنة لثلاثة أطفال فما فوق وإلاَ فلا تستفيد به حين انفراده[42]. وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري أيضا، حيث اتخذ في هذه المسألة موقفين مختلفين: أولهما ظهر في قرارين مؤرخين على التوالي في 18 أفريل 1984 و07 أكتوبر 1985 بحيث لم يعترف فيهما بحق الإيجار للزوجة إلا إذا كان لها ثلاثة أطفال فأكثر، أما ثانيهما، جاء به القرار الصادر في 06 أفريل 1987 إذ جعل استفادة الأم الحاضنة بحق الإيجار إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من طفل واحد[43].

الفرع الثاني: مسكن المطلقة الحاضنة في الأمر رقم 02/05

بعد مرور 21 سنة على المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 تدارك المشرع الجزائري الوضعية المزرية التي آلت إليها الحاضنات مع المحضون وتمكن من تعديلها بموجب الأمر 02/05 والتي أصبحت تنص على أنه: " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار"، وأضاف في الفقرة الثانية منها ما يلي: "وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

جاءت المادة 1/72 من قانون الأسرة كبديل عن المادة 52 الملغاة بموجب التعديل الوارد على هذا القانون سنة 2005 والمشار لها آنفا، وهي إن اختلفت في فحواها إنما تقررت لحماية المحضون، وذلك بأن ألزمت الأب بأجرة مسكن الحضانة دون قيد افتقار المحضون للمال من عدمه، ويلزم الأب بأجرة مسكن الحضانة بغض النظر عما إذا كانت الحاضنة هي أم المحضون أم غيرها من النساء اللواتي قد تسند لهن الحضانة، على أن يدفعها لها بوصفها ممثلا قانونيا عن المحضون[44].

نلاحظ أن المشرع في هذه المادة حسم الموقف بتعديله للمادة 52 وأصبح موافقا لما استقر عليه الاجتهاد القضائي، وزال الغموض الذي يمكن أن يكون سببا في تضارب الإجتهاد القضائي.

المادة 72 من قانون الأسرة من الأمر(02/05) تشترط شروط لبقاء المطلقة في البيت الزوجي بعد الطلاق ألا وهي:

- صدور الحكم بالبقاء يكون بمقتضى حكم قضائي.

المنارة للاستشارات

– البقاء يكون في الفترة قبل تنفيذ الحكم القاضي بالسكن للمحضونين أو دفع بدل الإيجار، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها على أن: " قضاة المجلس لما قضوا بإبقاء المطعون ضدها ببيت الزوجية، لم يعطوا الأساس القانوني لقرارهم، ما دامت المادة المعتمد عليها لم تنص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية، بل لغاية تنفيذ الحكم القاضي بالسكن أو دفع بدل الإيجار، مما يستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص بقاء المطعون ضدها في السكن"[45].

غير أنها وإن كانت تحمل في طياتها الرغبة في حماية المحضون وتجنب عيوب النص السابق، إلاّ أنها لم تخلوا من بعض النقائص وهي:

– إلزامية توفير المسكن أو دفع بدل الإيجار دون تحديد الملائمة أو القدرة هو أمر غير منطقي ومعقول، وكأنه في نظره كل الأزواج في الأسر الجزائرية حالتهم ميسورة والإيجار متوفر بمبلغ معقول، الأمر الذي يفنده المنطق والعقل في تطبيق هذه المادة المستحدثة.

– ما ورد النص عليه في الفقرة 2 من المادة 72 والتي نصت على أنه تبقى الحاضنة في بيت الزوجية، حيث إنّه لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة وزوجها يصل إلى حد الطلاق، ومع ذلك تبقى الزوجة في مسكن الزوجية، وهذا أمر كذلك لا يستوعبه لا العقل ولا المنطق، فلو كان كذلك لصبرت الزوجة على النزاع.

– أن بقاء الحاضنة في مسكن الزوجية دون اشتراط خروج الأب منه لحكم مخالف للشرع، ذلك لأنه قد تنقضي عدة المطلقة الحاضنة دون أن ينفذ الأب الحكم المتعلق بالمسكن، والمتضرر الأكبر في هذه الحالة هو المحضون دون سواه، لما ينجم من مشاكل بسبب اجتماع كل من المطلقة الحاضنة وأب المحضون تحت سقف واحد.[46]

– كما أغفلت المادة الحالة التي يكون فيها للحاضنة مسكن، وهنا لا يتوجب على أب المحضون توفير لها مسكن بل أجرته.

– ويؤخذ أيضا على المشرع، أنه بتقريره للفقرة الثانية من المادة 72 من قانون الأسرة، يكون قد تناقض مع نفسه، لأن التعديل كان من المفروض أن يمس حتى المادة 61 من ذات القانون، إذ إن هذه الأخيرة تنص بصريح العبارة" أن الزوجة المطلقة لا تخرج من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها"، بمعنى وبمفهوم المخالفة أنه ينبغي عليها أن تغادر المسكن بمجرد انقضاء عدتها حتى ولو كانت حاضنة[47].

وفي ظل هذه الدائرة المستديرة تبقى المرأة المطلقة وأولادها هم الضحية فكم من مطلقة حُكم لها بالمسكن وهي في الشارع تنازع السلطات لاستنجادها وكم من أولاد مشردين لا يعترف بهم القانون بأي شكل من الأشكال، فكثرة النصوص القانونية وتعديلها بين الحين والآخر لم يستفيد منه لا الرجل الذي يزعم أن القانون في صالح المرأة، ولا المرأة التي لم تسلم من نظرة

المنارة للاستشارات

المجتمع القاسية وهذا بشهادة الكثير منهنّ، حيث تبقى مسألة مسكن الحاضنة معلقة إلى حين فصل السلطات المعنية فيها على أساس الإلزام والرقابة وهذا من أجل حماية المحضونين وتوفير لهم معيشة ملائمة.

خاتمة:

بعد تعرضنا لمسألة مسكن الحاضنة بين الفقه والقانون والتي بيّنا فيها آراء الفقهاء وكانت متفاوتة بين مؤيد ومعارض، مع ما ورد في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعد التعديل، يمكننا حصر ما استخلصناه في النقاط التالية:

- يعتبر المسكن من أساسيات الحياة، فهو يحتل الصدارة في استحقاقات المرأة المطلقة التي نص عليها الفقهاء وقننّها المشرع الجزائري.
- إن وجوبية وإلزامية توفير مسكن الزوجية ودفع بدل الإيجار في حال تعذر توفيره على النحو الذي فرضته المادة 72 من ق.أ.ج، وكحماية قانونية للزوجة المطلقة لم يعالج المشكلة بالطريقة السليمة، ذلك أن إلزام الزوج بتوفير المسكن أو دفع بدل الإيجار في حالة تعذر قدرته على ذلك دون تحديد الملائمة أو القدرة هو أمر غير منطقي وغير معقول، وكأنه في نظره كل الأزواج حالتهم ميسورة والإيجار متوفر بمبلغ معقول، الأمر الذي يفنده المنطق والعقل في تطبيق هذه المادة المستحدثة.
- المشرع الجزائري وإن سار في خطى الشريعة الإسلامية إلاّ أنه لم يسلم من بعض النقائص التي تحتاج إلى تفصيل وتوضيح أكثر، خصوصا ما تعلق بالأسرة لأنها نواة المجتمع.

وما عسانا في الأخير إلا تقديم بعض الإقتراحات لعلها تجد قلوبا واعية وآذان صاغية، والمتمثلة في:

- استبدال لفظة "مسكن الزوجية" وتغييرها "ببيت المطلق" أو "بيت والد المحضون" لأن الزوجية صفة لشخصين مرتبطين بعقد نكاح، وهو لم يكن كذلك بعد فكّها.
- إعادة النظر في المادة 72 من ق.أ.ج وصياغتها مع مستجدات الواقع وبما يخدم مصلحة الأب والمطلقة والمحضون على الخصوص.
- إضافة فقرة للمادة 72 أو تخصيص مادة مستقلة تحدد المدّة الزمانية التي يتم خلالها توفير المسكن للحاضنة مع ضرورة تطبيقها وربطها بالقواعد الجزائية في حالة امتناع الزوج عن تنفيذ التزامه.
- إلزام الأمهات الحاضنات القادرات على الإنفاق تحمل مسؤولية المسكن ومن ثم رفع الحرج عن الآباء وتخفيف العبء عليهم، خصوصا بعد خروجها لميدان العمل وتوليها مناصب مشرفة.

المنارة للاستشارات

الهوامش:

[1] – محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الطبعة الأولى، دار بيروت، دون سنة النشر، ص 211.

[2] – سورة الأنعام الآية 13.

[3] – محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت– لبنان، 1398ه– 1978م، ص 161.

[4] – أنغام محمود الخفاجي، حق السكنى للزوجة المطلقة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بابل، المجلد 36، العدد الأول، أذار 2019، ص 5.

[5] – حداد فاطمة، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، (مذكرة ماجستير)، جامعة الوادي، الجزائر، 2015/2014، ص 66.

[6] – مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، دون سنة النشر، ص 441.

[7] – ابن منظور، المرجع السابق، ص 122.

[8] – محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والاكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، دون سنة النشر، ص 320.

[9] – زين الدين بن ابراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، دون سنة النشر، ص 179.

[10] – أبو محمد موفق الدين عبد الله الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة، دون سنة النشر، ص 368.

[11] – شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، دون سنة النشر، ص 191.

[12] – الأمر رقم: 02/05، المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم: 11/84، المؤرخ في: 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية، المؤرخة في: 27 فبراير 2005، العدد 15.

[13] – فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 66.

[14] – قرار صادر عن المحكمة العليا– غرفة الأسرة والمواريث في الملف رقم:،729230 المؤرخ في: 2013/03/14، غير منشور.

[15] – فاطمة حداد، المرجع السابق، ص67.

[16] – قرار صادر عن المحكمة العليا– غرفة شؤون الأرة والمواريث، تحت رقم: 787961، المؤرخ في 2014/05/15، غير منشور.

[17] – سورة النساء من الآية 34.

[18] – مصطفى الخن، مصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم، دمشق، الطبعة الرابعة، 1413ه– 1992م، ص 181.

[19] – مريم أحمد الداغستاني، الآثار المترتبة على الطلاق في الشريعة الإسلامية مع مقارنة خفيفة للشرائع الأخرى، شركة الأمل للطباعة، دون سنة النشر، ص 200.

[20] – سورة الطلاق الآية 6.

المنارة للاستشارات

[21] – أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دون بلد النشر، دون سنة النشر، ص 168.

[22] – سورة الطلاق الآية 1.

[23] – عماد الدين أبو الفداء اسماعيل ابن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، مكتبة التراث، القاهرة، دون سنة النشر، ص 259.

[24] – أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمان النسائي، سنن النسائي الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة النشر، ص 350.

[25] – علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، دون سنة النشر، ص 15.

[26] – محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة،، 1424ه- 2003م، ص 318.

[27] – النسائي، المرجع السابق، ص 350.

[28] – الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان، الأم، دار المعرفة، بيروت، دون سنة النشر، ص 167.

[29] – سورة الطلاق من الآية 7.

[30] – مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسبوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة النشر، ص 1114.

[31] – محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، المرجع السابق، ص 318.

[32] – ممدوح عزمي المحامي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، الناشر دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص ص 161- 162.

[33] – سورة البقرة من الآية 233.

[34] – محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للطباعة والنشر، القاهرة، دون سنة النشر، ص 160.

[35] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا- دمشق، دون سنة النشر، ص 736.

[36] – سورة النمل من الآية 18.

[37] – محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 170.

[38] – القانون رقم: 11/84، المؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ: 12 يونيو 1984، العدد 24.

[39] – قرار صادر عن المحكمة العليا_ غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ:2005/11/16، في الملف رقم:348956، منشور بالمجلة القضائية سنة 2005، العدد الثاني، ص 425.

[40] – غضبان مبروكة، حماية المطلقة الحاضنة في مسكن ممارسة الحضانة من خلال القضاء الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ص 414.

[41] – تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، دون سنة النشر، ص 151.

المنارة للاستشارات

[42] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، الجزائر، دون سنة النشر، ص 307.

[43] – حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة،(رسالة لنيل شهادة دكتوراه)، القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004/ 2005، ص 131.

[44] – بوقرة أم الخير، المرجع السابق، ص 72.

[45] – غضبان مبروكة، المرجع السابق، ص 416.

[46] – بوقرة أم الخير، حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 19، العدد 1، ص 77.

[47] – حميدو زكية، المرجع السابق، ص 140.

المنارة للاستشارات

المنارة للاستشارات