الجمهورية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عبد الرحمان ميرة- بجـايـــة-
كـــــلية الحـــــقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

عنـوان المذكرة

حق المرأة المطلقة في مسكن الحضانة
- بين النص والتطبيق-

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق
شعبة القانون الخاص:تخصص القانون الخاص الشامل

إعداد الطالبتين:

- تيقوين نعيمة
- إقوسيمن نجاة

تحت إشراف الأستاذ(ة):
فتوس خدوجة

لجنة المناقشة:

- الأستاذ(ة): أيت شاوش دليلة، أستاذة مساعدة قسم أ، جامعة عبد الرحمان-ميرة- بجاية، **رئيسة**
- الأستاذ(ة): فتوس خدوجة، أستاذة مساعدة قسم أ،جامعة عبد الرحمان-ميرة- بجاية، **مشرفة ومقررة**
- الأستاذ(ة): نجومن سناء، أستاذة مساعدة قسم أ، جامعة عبد الرحمان-ميرة- بجاية، **ممتحنة**

السنة الجامعية: 2014-2015

تاريخ المناقشة:15 جوان 2015

الإهداء

إلى من لا يطيب لي العيش إلا بهما

إلى من وجبت لهما الطاعة بعد الله، إلى من قال فيهما المولى:

"وبالوالدين إحسانا" أبي وأمي الغاليين، حفظهما اللّه وأطال في عمرهما

وأدامهما لنا في حياتنا.

إلى جدتي أطال اللّه في عمرها، وإلى أخواني: طاهر، عزالدين، هشام،

وإلى أخواتي: هجيرة، حكيمة، سميرة، ليندة، كريمة، وإلى زوج أختي وأبنائهما،

يانيس، ريان، كنزة.

إلى زميلتي نجاة وعائلتها، وكل صديقات الدرب: ديدة، صافية، جوهرة، آسيا،

سعاد، ليديا.

وإلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل، وأخص بالذكر الوفي هشام.

وإلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع، واللّه وراء القصد وهو الموفق لما فيه

الخير.

نعيمة

الإهداء

إلى النور الساطع الذي أنار دربي وذلل الصعاب التي اجتاحت طريقي
إلى الذي كرس حياته لتربيتي وتعليمي وبفضل رعايته أصبحت أخوض
الحياة عن علم أبي العزيز حفظه اللّه ورعاه.

إلى الحنونة الكريمة التي ترعرعت بين أحضانها وغمرتني بالحب والحنان
إلى التي سهرت على تربيتي دون امتنان وغرست حب الخير في قلبي.
أمي الغالية حفظها اللّه لنا دوما.

إلى الشموع التي أضاءت حياتي أخواتي وإخواني وزوجاتهم دون أن أنسى كل
من أبناهم "غيلاس وأسامة" وإلى عائلتي المستقبلية، وإلى عمتي "فاطمة" أمدّ اللّه
بعمرها، وإلى كل صديقاتي وخاصة رفيقة دربي "نعيمة" وكل عائلتها
وليندة، ديهية، ليديا، صافية، وبالأخص الصديقة التي ساعدتنا كثيرا "جوهرة"،
وأدعو الله تعالى أن يغرس ثمرة هذه الصداقة في قلوبنا إلى الأبد.

وإلى كل من وسعهم قلبي ولم تسعهم هذه الورقة أهديهم هذا العمل المتواضع.

نجاة

الشكر

الحمد للّه على نعمه وعلى توفيقه لنا لإنجاز هذا البحث المتواضع.

بعد توجهنا بالشكر للّه المنعم الكريم، فإنّه لا يسعنا إلاّ أن نتقدم بخالص الشكر والعرفان إلى الأستاذة "فتوس خدوجة" التي تفضلت بالإشراف على هذا البحث، ولم تبخل علينا بنصائحها القيمة وتوجيهاتها.

ولا يفوتنا أن نشكر في هذا المقام كل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل خاصة عمال مكتبة جامعة –عبد الرحمان ميرة– ونخص بالذكر "مسيوني نصيرة"، وكذا عمال المكتبة المركزية بالجزائر خصوصا "العم شريف" بالإضافة إلى عمال مكتبة جامعة جيجل وتيزي وزو.

كما نتقدم بالشكر الخالص والتقدير إلى كل من تفضل وأبدى لنا نصيحة أو رأيا أو قدّم لنا نصيحة علمية أفادت البحث، على كل ما قدموه لنا من نصائح في صياغة معالم هذا البحث، فإليهم جزيل الشكر وفائق احترامنا.

نجاة ونعيمة

مقدمة

الفصل الأول

الإطار التشريعي للحق في مسكن الحضانة

الفصل الثانـي

الحماية القضائية للحق في مسكن الحضانة

خاتمة

قائمة المراجع

الفهرس

الملاحق

قائمة المختصرات

- ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري
- ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري
- غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية
- ج.ر: الجريدة الرسمية
- ط: الطبعة
- د.ب.ن: دون بلد النشر
- د.س.ن: دون سنة النشر
- ج: الجزء
- أ.ش: الأحوال الشخصية
- ص: الصفحة
- ص. ص: من الصفحة إلى الصفحة
- م.ع: محكمة عليا

تثور عند انحلال الرابطة الزوجية، عدة مشاكل بين الزوجين المطلقين منها: التعويض، الحضانة، النفقة، المسكن...الخ، ويعتبر هذا الأخير من أهم المشاكل التي يصعب حلها حتى قضائيا، لذلك شرعت الحضانة والهدف منها رعاية مصلحة الصغير حيث تقدم مصلحة الأولاد على حظوظ النفس وإنّ كان لكل شيء أساس فأساس الحضانة هو توفير مسكن لممارستها لفائدة من أسندت إليه كونه يوفر أسباب الرعاية والتربية والأمن والطمأنينة للمحضون ففيه ينشأ وينمو وتتكون عاداته.

لم يكتف المشرع الجزائري بحماية الأطفال أثناء قيام الحياة الزوجية فقط، بل تولى أيضا وضع الوسائل اللازمة لحمايتهم في حالة انحلال هذه الرابطة فلا يجب أن يكون ذلك سببا في تشرد الأبناء وضياع مصالحهم فلم يتوان في تعديل المادة 72 من (ق.أ.ج) والتي جاءت بصيغة الإلزام حيث ألزم الأب مسؤولية أبنائه المحضونين، بأن يوفر مسكنا ملائما لممارسة الحضانة، أو أن يلتزم بدفع بدل الإيجار، متى تعذر عليه تنفيذ التزامه عينا[1].

يعتبر مسكن ممارسة الحضانة، حق مقرر صراحة للمحضون بالدرجة الأولى، فلولا وجوده في العلاقة الزوجية لما استحقت الحاضنة الحق فيه هذا من جهة، ومن جهة أخرى من غير المعقول أنّ نكلف الحاضنة برعاية المحضون، وحفظه وتحصينه من أثار الطلاق السلبية، إثر مغادرة المسكن الزوجي ليكون بدون مأوى.

فالحضانة واجبة لأنّ المحضون يهلك بتركها ومنه وجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه، وتتطلب الحضانة الحكمة واليقظة والانتباه، والصبر والخلق، ولا يمكن تصور القيام بواجبات الحضانة إلاّ بوجود مسكن ملائم تتوفر فيه مقومات العيش.

وعليه فإذا كانت الحضانة أثر من آثار الطلاق فإنّ إسكان المطلقة الحاضنة يعتبر أيضا أثر من آثار الطلاق ويشكل جزءا من الحضانة، وعليه نطرح الإشكال التالي:

ما هي الحماية القانونية والقضائية المقررة لرعاية حق المطلقة في مسكن الحضانة؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية بعض الإشكاليات الفرعية منها:

1- أمر رقم 05-02، مؤرخ في 27 فيفري 2005، يتضمن قانون الأسرة، ج. ر عدد15، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 جوان 1984، ج .ر عدد 24، صادر بتاريخ09 جوان1984.

هل يمكن اعتبار أحكام قانون الأسرة الجزائري كافية ووافية لضمان حق مسكن الحضانة؟ وما هي الضمانات القضائية الكفيلة لحماية هذا الحق؟

وهل تثور بشأن مسكن الحضانة بعض الإشكالات أمام القضاء؟

ولمعالجة هذه الإشكاليات قمنا بإتباع المنهج التحليلي الذي يهدف إلى تحليل المواد واستنباط الأحكام منها. حيث نتناول في هذا الصدد الإطار التشريعي للحق في مسكن الحضانة(الفصل الأول)، ثمّ الحماية القضائية المقررة لحق المحضون في المسكن(الفصل الثاني).

وتكمن أهداف هذا الموضوع في إظهار الأحكام المتعلقة بالحضانة ومسكن ممارستها وتبيان شروط استحقاق المطلقة الحاضنة للمسكن وطبيعة هذا الحق، كذلك التركيز على تبيان أهمية توفير مسكن ممارسة الحضانة وأخيرا إظهار سلطة القاضي في إسناد مسكن الحضانة أو الحكم بدفع بدل الإيجار.

يترتب عن فك الرابطة الزوجية، جملة من الآثار من بينها الحضانة، التي لا تقل أهمية عن باقي الآثار الأخرى، ويمكن القول أنها من أهم الآثار، خصوصا بالنظر إلى العواقب المترتب عن إسنادها لطرف دون آخر، لأنها تتعلق بمصير الأولاد، الناتجين عن رابطة الزواج.

تثبت الحضانة للصّغير أو من كان مثله، كالمجنون والمعتوه ولا تثبت الحضانة إلاّ لمن توفرت فيه شروط استحقاقها، رجلا كان أو امرأة.

فالحضانة تثبت للرّجل، كما تثبت للمرأة وإن تقدمت حضانة الإناث على حضانة الرجال لكون النساء أنسب بها، لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال.

وعليه سنحاول في المبحث الأول من هذا الفصل إعطاء مفهوم الحضانة أين ندرس فيها تعريفها لغة، قانونا (المطلب الأول)، ثم أحكامها (المطلب الثاني).

إنّ مناط معيشة الإنسان أن يكون له مسكن يأويه، ويحتمي تحت سقفه من حر الصيف وبرد الشتاء، ويجد فيه الدفء والحنان والألفة، فالطفل يتلقى ما يلزمه من احتياجات مادية ومعنوية من مال ومشرب، وغذاء وملبس تحت سقف بيت تمارس فيه الحضانة.

إذا كان منطوق المادة 72 من (ق.أ.ج)، على أنه: "**في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار**"[1].

فعلى الرغم من أن المشرع ذكر مشتملات النفقة في المادة 78 من (ق.أ.ج)، إلاّ أنه اعتبر المسكن أهم عنصر من عناصر النفقة نظرا لارتباط بقية العناصر به.

وعليه سنخصص المبحث الثاني لمعالجة موضوع مسكن الحضانة كأثر من أثار الحضانة، حيث ندرس تعريف مسكن الحضانة (المطلب الأول)، وكذلك أحكامه (المطلب الثاني).

1- أنظر المادة 72 من أمر 05-02، يتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

المبحث الأول

مفهوم الحضانة

يعني الطلاق التفريق بين الزوجين، وأيًا كانت الصورة التي يقع فيها الطلاق أنتج آثاره الشرعية والقانونية، ووجود الأولاد بعد فك الرابطة الزوجية يستوجب توفير الحماية لهم والعمل على رعايتهم وحفظهم من التشرد، إذ لا يحق أن نحمّل الطفل تبعات النزاع الحاصل بين والديه والذي لا يد له فيه.

فمنّ النتائج المترتبة بعد الطلاق، مسألة حضانة الأطفال ونعني بالحضانة القيام بشؤون الطفل وحماية عقله وبدنه ودينه، وكذا حمايته من عوامل الانحراف والإنحلال داخل المجتمع، وتعد الحضانة مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة وكذا التشريعات الوضعية.

وعليه سنتناول في هذا المبحث تعريف الحضانة(المطلب الأول)، ثمّ نبرز أهم الأحكام المتعلقة والمنظمة لها(المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف الحضانة

الحضانة نوع من أنواع الولاية على النفس تثبت للمحضون حفاظا على مصالحه، وحتى لا يلحقه أي ضرر أو هلاك[1].

وقبل التعمق أكثر في الموضوع، لابد من تعريف الحضانة من الناحية اللغوية والفقهية والقانونية، ثم تبيان بعض الأحكام المتعلقة بها.

1- بن الصغير محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص. 208.

الفرع الأول

تعريف الحضانة لغة

الحضانة لغة:حضن الصبي حضنا وحضانة، بالكسر: جعله في حضنه، أو رّباه، كاحتضنه، والطائر، بيضه حضانا وحضانة، بكسرهما، وحضونا: رخّم عليه للتفريخ، واسم المكان: كمقعد ومنزل، ومعروفه من جيرانه حضنا كفّه، وصرفه، وفلانا عن كذا حضنا وحضانة بفتحهما، نحّاه عنه، الحاضنة: الدّاية[1].

الفرع الثاني

تعريف الحضانة فقها

عرفها الحنابلة بأنها:"هي كفالة الطفل وحفظه من الهلاك، والإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك"[2].

أمّا المالكية فعرفوها بأنها:"حفظ الولد في مبيته ومؤونة طعامه، ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه"[3].

وقد عرفها الشافعية بقولهم:" تربية الصغير بما يصلحه وذلك بتعهده في طعامه وشرابه، ويقيه عما يضره ولو كان كبيرا مجنونا"، كما عرّفها الحنفية بأنها:"تربية الولد لمن له حق الحضانة".

1- مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط1، دار الحديث، مصر، 2008، ص.375.

2- نقلا عن محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.26.

3- نقلا عن وفاء معتوق حمزة، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط.1، مكتبة القاهرة للكتاب، مصر، 2000، ص.472.

من خلال استعراض تعاريف الفقهاء يتضح لنا، أنه وإن تغيرت ألفاظها فإن معانيها تدور حول معنى واحد، وهو رعاية الصغير والاهتمام به وتربيته، فالحضانة تكون في الصغير فقط، غير أن الشافعية أطلقوا على رعاية الكبير المجنون حضانة، وإن كان معظم الفقهاء ذهبوا إلى أن العناية بالكبير المجنون تسمى كفالة وليست حضانة، وكذلك الحنابلة أدخلوا المجنون والمعتوه في معنى الحضانة وإن كان المعنى لا يشملهم[1].

أمّا عن حكم الحضانة فقد اتفق جمهور الفقهاء أنّ الحضانة واجبة، لأنّ الطفل إذا ترك ضاع وهلك، كذلك كل من لا يستقل بالقيام بأمور نفسه كالكبير العاجز، والحضانة فرض كفاية إن قام بها البعض سقط الإثم عن الباقين[2].

ودليل وجوبها ما جاء في الآية الكريمة، قال تعالى: "**فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتا حسن وكفلها زكريا**"[3].

مما سبق يمكن الاستنتاج أن أهداف الحضانة تتمثل أساسا في:

– تعليم الولد: يقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس، ما دام التعليم إجباري ومجاني فكل طفل له الحق في التعليم حسب استطاعته وإمكانيته.

– تربية الولد على دين أبيه: يجب أن يربى الولد على مبادئ و قيم الدين الإسلامي.

– السهر على حماية المحضون: فالغرض من الحضانة هو رعاية المحضون، فيجب حمايته من أي اعتداء سواء كان مادي أو معنوي[4].

1– نقلا عن وفاء معتوق حمزة، مرجع سابق، ص.472.

2– نقلا عن أيت عكوش وزنة وبن كرو نوال، الحضانة(دراسة مقارنة: بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية–2013، ص.7.

3– سورة آل عمران، الآية37.

4– أيت عكوش وزنة وبن كرو نوال، مرجع سابق، ص.7.

الفرع الثالث

تعريف الحضانة قانونا

عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من (ق.أ.ج) كالآتي "**الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا**"[1].

ونلاحظ من هذا التعريف أنّ المشرع الجزائري ركز على أسباب وأهداف الحضانة، وهي رعاية الولد وحمايته وتربيته وحفظه في المرحلة التي يكون فيها غير قادر على الاعتماد على نفسه لضبط أموره فالأمر يحتاج إلى ذي أهلية خاصة، كما أنّ المشرع قد حدد في هذه المادة نطاق الحضانة ووظائفها التي لا تتم إلا بها.

المطلب الثاني

أحكام الحضانة

تعتبر أحكام الحضانة مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة، فلا يترك المولود في مهب الريح بل له الحماية الكاملة، وقد تناول المشرع الجزائري أحكام الحضانة في المواد من 62 إلى 72 (ق.أ.ج)، حيث ذكر شروط ممارستها (الفرع الأول)، ثمّ رتّب أصحاب الحق فيها (الفرع الثاني)، وأخيرا ذكر أسباب إنقضائها (الفرع الثالث).

الفرع الأول

شروط ممارسة الحضانة

إنّ الحضانة حق ثابت لمن هو أهل لها بتوفر شروط معينة، وبالعودة إلى (ق.أ.ج) نجد أنّ المشرع لم يحدد لنا بشكل صريح الشروط الواجب توفرها في الحاضن، إلا ما تعلق بشرط الأهلية، حيث تنص المادة 2/62(ق.أ.ج) على ما يلي: "**ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا**

1- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

للقيام بذلك"[1]، والملاحظ أنّ هذا الشرط وحده لا يكفي، لذلك ومن أجل تحديد هذه الشروط يتوجب علينا العودة إلى الفقه الإسلامي استنادا لنص المادة 222(ق.أ.ج)، فهناك شروط عامة في الرجال والنساء (أولا)، وشروط يجب توفرها فقط في النساء(ثانيا)، وأخرى يختص بها الرجال دون النساء (ثالثا).

أولا: الشروط العامة في الرجال والنساء

لكي يقوم الحاضن بواجباته نحو المحضون يجب أن تتوفر فيه الشروط الآتية:

(أ) البلوغ:

يحتاج الصغير ولو كان مميزا إلى من يتولى حفظه ورعايته، فهو لا يتولى أمر غيره[2]. لقوله تعالى:"**وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا**"[3].

فالحضانة مهمة شاقة، لا يقوم بوظائفها إلا الكبار ولا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوفر أهلية الحضانة[4].

وسن الرشد الواجب توفره في الحاضن حسب القانون الجزائري هي **19 سنة** كاملة، وهذا طبقا لنص **المادة 2/40 من (ق.م.ج)، التي تنص على ما يلي: " وسن الرشد تسعة عشرة19 سنة كاملة**"[5].

1- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

2- السيد سابق، فقه السنة(نظام الأسرة – الحدود والجنايات)، المجلد الثاني، ط.4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1983، ص.291.

3- سورة النور، الآية59.

4- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين (دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية)، ج.2، منشأة المعارف، مصر،2001، ص.219.

5- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد78، مؤرخ في 30 سبتمبر1975، معدل ومتمم بأمر رقم 07-05، مؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر عدد 31، صادر في 13 ماي 2007.

(ب) العقل:

تعتبر الحضانة ولاية وغير العاقل يحتاج إلى عناية ورعاية، فهو كالصغير لا يتولى شؤون غيره وبالتالي فلا حق للمجنون والمعتوه في الحضانة[1].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم ينص صراحة على شرط العقل في الحاضن بل نص فقط على شرط الأهلية، وبالنظر إلى حالة كل من المجنون والمعتوه والسفيه فإنّ حالتهم غير مؤهلة حتى للقيام بشؤونهم، فكيف لهم القيام بشؤون غيرهم، وهذا استنادا لنص المادة 81 من (ق.أ.ج) التي تنص "**من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون**"[2].

(ت) القدرة:

وتتمثل في القدرة المادية والجسمانية التي تكفل للمحضون ضمان حفظه صحة وخلقا وضمان السهر على تربيته وتعليمه[3]. أي بمعنى أن تكون الحاضنة سليمة الجسم، قادرة على القيام بمتاعب الحضانة، فلا تثبت الحضانة لعاجز عن ذلك لكبر السن أو المرض أو عاهة كالعمياء[4].

لكن هناك مشكل يطرح خاصة في وقتنا الحالي وهو عمل المرأة الحاضنة، فقد اختلف الفقهاء حول قدرة المرأة العاملة على الحضانة، فاتجه بعض الفقهاء إلى القول بأنّ عمل المرأة إذا كان يترتب عليه ترك الولد يضيع بسبب عدم اكتراثها والعناية به فلا تكون قادرة على ممارسة الحضانة، وبالتالي يمكن إسقاطها عنها، أمّا إذا كان عملها لا يعيقها على رعاية الصّغير وتدبير

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية)، ج.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص.383.

2- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

3- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.3، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص.296.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية)، مرجع سابق، ص.409؛ أنظر الملحق رقم1، ص. 76، من هذه المذكرة.

شؤونه، فلا يسقط حقها في حضانته، ومن هذا يتبين أنّ عمل الحاضنة في حد ذاته ليس مسقطا لحق الحضانة وإنما المسقط لهذا الحق في مجال الحضانة، هو ضياع المحضون وإهماله عند حاضنته[1].

أمّا عن موقف المشرع الجزائري فقد استدرك النص على عمل المرأة من خلال الفقرة الثانية من المادة 67 (ق.أ.ج) والتي تنص على "**لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في ممارسة الحضانة**"[2].

نلاحظ أنّ نص هذه المادة قد حسم المسألة بشكل صريح لا يثير أي جدال، وهو أنّ عمل المرأة مهما كان لا يمكن أن يكون سببا لإسقاط حضانة الصغير عنها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها "[3].

وبناءا على هذا واحتياطا من المشرع ربط عمل المرأة بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى وإن كان عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، فإنّه كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحضانة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية و العناية [4].

ويرى الدكتور بن الصغير محفوظ أن القول بعدم سقوط حق الحضانة بمجرد عمل المرأة، إنما يمكن النظر إلى طبيعة هذا العمل، فإن كان يستغرق منها وقتا طويلا يؤدي إلى تفريط في حق المحضون فيرى سقوط حقها في الحضانة، كما يجب أيضا مراعاة الجوانب النفسية والعاطفية عند دراسة أثر العمل وعدم الاقتصار على الجوانب المادية فقط، وبجب أيضا مراعاة قوانين العمل المعمول بها لظروف المرأة الحاضنة، وتقليص ساعات عملها بما لا يتعارض مع واجبها الأسري وحضانة صغارها لأنّ تربية الجيل الجديد وتشكيل شخصيته يعد من أهم وظائف الأم[5].

1- أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات(في الشرع والقانون)، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص.ص.70-71.

2- أمر رقم 05-02، يتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

3- أنظر قرار، م.ع، رقم 245156 مؤرخ في 2000/07/18، (قضية: س ص ضد: أ ح ش)، اجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001، ص.188.

4- بن الصغير محفوظ، مرجع سابق، ص.306.

5- بن الصغير محفوظ، المرجع السابق، ص.ص.309-310.

فإذا غابت هذه الوظيفة فإنّ المتوقع هو وجود جيل يعاني أبناءه من خلل عاطفي ونفسي ووجود جيل متفكك الأسرة متقطع الروابط.

(ث) الأمانة:

ويقصد بها أن يكون الحاضن أمينا في خلقه وفي سلوكه وكذلك أمينا في الاهتمام بالمحضون ورعاية مصالحه[1].

فلا حضانة للفاسق لأنه غير أمين على نفسه فكيف يكون أمينا على غيره، وقد أعطى الفقهاء أمثلة للفسق كأن يكون الحاضن سارقا أو مسربا للخمور، وتقدير مدى فسق الحاضن أمر متروك لتقدير قاضي الموضوع[2].

أمّا عن موقف المشرع الجزائري فقد أخذ برأي جمهور الفقهاء في عدم إسناد الحضانة للفاسق ويظهر ذلك في إحدى قرارات المحكمة العليا الصادرة عن (غ.أ.ش)[3]. فالطفل في يد الحاضن في حكم الأمانة لذا وجب عليه العناية به والسهر على حمايته.

ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء

يشترط في النساء الحاضنات جملة من الشروط وهي كالتالي:

– ألاّ تتزوج بغير رحم محرم من الصغير، أي بأجنبي وإلا سقط حقها في الحضانة، وهذا بخلاف ما إذا تزوجت بذي رحم من الصغير، لما له من الشفقة الباعثة على نفع المحضون ورعاية أموره وذلك بالتعاون مع أمه في كفالته وتربيته أحسن تربية، وهذا لأنه يشاركها في القرابة والشفقة عليه[4].

1– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.296.

2– عزمي ممدوح، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 1997، ص.25.

3– راجع قرار رقم 53578 صادر بتاريخ 1989/5/22، (قضية:ج أ ضد: ك م)، مجلة قضائية، عدد 4، صادر في 1991، ص99.

4– أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام(الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1998، ص.231.

وهذا ما أكده القضاء الجزائري في عدة قرارات منها قرار رقم 404118 مؤرخ في5 ماي 1986[1].

وتجدر الإشارة إلى أنّ أغلب الفقهاء اشترطوا الدخول بالمرأة لإسقاط الحضانة عنها، فالعقد وحده غير كاف[2].

– ألاّ تكون المرأة الحاضنة من محارم الصغير نسبيا، كالأم والخالة والأخت والعمة والجدة، فلا تتوفر أهلية حضانة النساء إلا بتوفر المحرمية وقرابة عمود النسب[3].

– ألاّ تكون الحاضنة قد امتنعت عن حضانة الطفل مجانا عند إعسار الأب، لأنّ الأب إن وجدّ الحاضنة المتبرعة سقط حق الأم في الحضانة معاوضة[4].

– ألاّ تقيم الحاضنة بالصغير في بيت من يبغضه، لأنّ التربية السليمة لا تقوم بغذاء البدن بل بسلامة الروح أيضا ونفس الطفل تتضرر بلا شك[5].

– ألاّ تكون المرأة الحاضنة مرتدة، لأنّ المرأة تحبس فلا تكون قادرة على القيام بمصالحه والعناية بشؤونه وأموره[6].

فالهدف من الحضانة كما هو مبين في **المادة 62(ق.أ.ج)**، هو تربية المحضون على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، وعليه فمن المنطقي أنّ تكون الحاضنة على دين الأب، لأنّ الحاضنة إذا ارتدت عن دينها فإنّ ذلك يؤدي إلى سقوط حقها في الحضانة، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الشافعية والحنفية[7].

1– أنظر قرار رقم 404118، مؤرخ في 1986/5/5، مجلة قضائية، عدد 2، صادر سنة 1989، ص. 75.

2– نقلا عن أيت عكوش وزنة وبن كرو نوال، مرجع سابق، ص.5.

3– مرار كريمة ومزاري صبرينة، حماية القصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة–بجاية–، 2013، ص.ص.12–13.

4– محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص.222.

5– مرجع نفسه، ص. 222.

6– محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، مصر، د.س.ن، ص.408.

7– لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في القانون الجزائري، ط.2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص.117.

ثالثا: الشروط الخاصة بالرجال

في حالة ما إذا كان الحاضن من الذكور فيشترط لاستحقاق الحضانة الشروط التالية:

– يجب أن يكون الحاضن من الرجال المحارم من عصبة المحضون، فلا حضانة لغير المحارم من الرّجال على الصغير، ولا يثبت حق الحضانة للمحارم من غير النسب كالأم والأب والأخت رضاعا، وإذا لم يوجد للصّغير من يحضنه من الأقارب وضعه القاضي، تحت إشرافه عند من يثق به من الرّجال أو النساء، أما إذا وجد عددا ممن لهم حق الحضانة وكانوا متساوين في درجة القرابة كالأخوات الشقيقات أو الأخوة الأشقاء، يقدم أصلحهم لتربية الولد، وإن تساووا في الصلاحية، اختار القاضي أحد منهم حسما للنزاع[1].

– إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، لأنّ الحضانة ولاية على النفس واختلاف الديانة قاطع للولاية بين المسلم وغيره، وعلى هذا فحضانة الرجل مشروطة دائما بإتحاد الديانة مع المحضون[2].

– أن يكون الحاضن من العصبات على ترتيب الإرث، لأنّ أصل استحقاقه للحضانة هو قوة القرابة، باعتبارها تضمن الشفقة بالصغير، وحسن رعايته[3].

الفرع الثاني

ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

تعتبر تربية الولد الصغير وكل ما يدخل في مفهوم الحضانة أمر مهم، لذا جعل الشرع ولاية التصرف إلى الأب لقوة رأيه مع النفقة وحق الحضانة إلى الأم لرفقها، فهي أقدر على ذلك للزومها البيت وكونها أشفق على صغارها[4].

1– محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة (في ظل أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، دار المعرفة الجامعية، مصر، 2003، ص.230.

2– فراج أحمد حسين، مرجع سابق، ص.230.

3– محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص.230.

4– بدر الدين حنفي، البناية شرح الهداية، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000، ص.644.

كما لا يجوز نزع الطفل عن المطلقة إذا اختارت هي القيام بحضانته[1].

وعليه سنحاول في ظل هذا الفرع تبيان الترتيب الفقهي لأصحاب الحق في الحضانة(أولا)، ثمّ الترتيب القانوني(ثانيا).

أولا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة فقها

إنّ ترتيب أصحاب الحق في الحضانة يكون على النحو التالي:

(أ) ترتيب النساء المستحقات للحضانة:

تثبت مشروعية الحضانة للأم سواء كانت متزوجة أو مطلقة بالكتاب والسنة فالدليل من الكتاب قوله تعالى: "**وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا** "[2].

وقوله تعالى أيضا: "**والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة، وعلى المولود رزقهن و كسوتهن بالمعروف** "[3].

أمّا من السنة قوله صلى الله عليه و سلم " **من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة** "[4].

فالأصل في الحضانة أن تكون للنساء لأنّ المرأة عادة أشفق على الصغير وأقدر على خدمته، وعلى هذا تكون الأم أحق الناس بحضانة ولدها وتكون قربتها مقدمة على الأب وقرابته.

وإذا عدنا إلى المذاهب الفقهية نجد أنّ الحنفية مثلا قدّموا النساء على الرجال، فمن ليس له محرم من النساء أو وجدت وليست أهلا لحضانته، انتقل الحق في حضانته إلى محارمه من الرجال العصبة، فان لم يوجد فمن يعينه القاضي [5].

1- أبو نصر مبشر الطرازي الحسيني، المرأة وحقوقها في الإسلام، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن، ص.13.

2- سورة الإسراء، الآية 42.

3- سورة البقرة، الآية 233.

4- نقلا عن وفاء معتوق حمزة، مرجع سابق، ص.470.

5- التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص.267.

ولقد رتب الحنفية الحاضنات من النساء على النحو التالي:الأم، ثمّ أم الأم، ثمّ أم الأب، ثمّ الأخوات، ثمّ الخالات، ثمّ بنات الأخت، ثمّ بنات الأخ، ثمّ العمات، ثمّ العصابات بترتيب الإرث، أمّا المالكية فقد قدموا الأم، ثمّ الجدة لأم، ثمّ الخالة، ثمّ الجدة لأب وان علت، ثم الأخت، ثم العمة، ثم ابنة الأخ، ثم الوصي، ثمّ للأفضل من العصبة[1].

نستنتج من خلال ما سبق أنّ الفقهاء المسلمون اتفقوا على أن الحضانة هي حق للأم ولها أن تتنازل عنها كما تشاء، فالحضانة هي حق للطفل يجب على الأم أن تتكفل به رعاية لمصلحته.

(ب) ترتيب الرجال المحارم من العصبات:

تنتقل الحضانة إلى العصبة من الرجال حسب ترتيبهم في الميراث على النحو التالي:

- الأب: وهو أولى المحارم من العصبات استحقاقا للحضانة.

- الجد لأب: وإن علا ثمّ الأخ الشقيق ثمّ الأخ لأب، ثمّ ابن الأخ، ويقدم الشقيق عن ابن الأخ لأب، ثمّ العم كما يقدم أيضا الشقيق عن العم لأب، ثم ابن العم، وفي حالة تساوي من هم في مرتبة واحدة لاستحقاق الحضانة، يفضل أصلحهم دينا وورعا، فإن تساووا في التفضيل، يفضل أكبرهم سنا، وإذا لم يكن للمحضون أحد من العصبان المستحقين للحضانة كانت حضانته للمحارم من ذوي الأرحام وهم: الجد لأم ثمّ الأخ لأم ثمّ ابن الأخ لأم، ثمّ أم أم، ثمّ الخال الشقيق، الخال لأب، وأخيرا الخال لأم [2].

ثانيا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة قانونا

يظهر موقف المشرع الجزائري في معالجته لموضوع ترتيب أصحاب الحق في الحضانة من خلال نص المادة 64 من (ق.أ.ج)، وسندرسه من خلال مايلي:

1- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، ط.2، دار الفكر، سوريا، 1985، ص.722.

2- ممدوح عزمي، مرجع سابق، ص.ص.26-27.

(أ) موقف المشرع الجزائري قبل التعديل :

نصّ المشرع الجزائري في المادة 64 من (ق.أ.ج)على "**الأم أولى بحضانة ولدها، ثمّ أمها، ثمّ الخالة، ثمّ أم الأب، ثمّ الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك**"[1].

نستنتج من هذه المادة أنّ الحضانة تثبت للنساء أصلا كما أنّ القانون الجزائري بعد أن منح حق الحضانة للأم، رتب المستحقين لها ابتداءاً بجهة الأم، ثم جهة الأب، ثمّ الأقربون درجة.

ويتضح لنا أيضا أنّ الحضانة، وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين في المادة أعلاه، حسب الترتيب الذي وضعهم فيه القانون، فإن هذا الترتيب ليس إلزاميا للمحكمة، وليس من النظام العام، بل يجوز للقاضي مخالفته ولكن بشرط مراعاة مصلحة المحضون.

(ب) موقف المشرع بعد التعديل:

بعد التعديل الذي أدخله المشرع الجزائري على المادة 64 من (ق.أ.ج)، أصبح الترتيب على النحو التالي :الأم، الأب، الجدة لأم، الجدة لأب، الخالة، العمّة ثمّ الأقربون درجة [2]، نلاحظ إذن من نص المادة 64 من (ق.أ.ج)، عدول المشرع عن مذهب جمهور الفقهاء، وخاصة المذهب المالكي، حيث جعل الحضانة للأب مباشرة بعد الأم، وما يلاحظ أيضا على المادة 64 من (ق.أ.ج)، أنها جاءت بفئة ثالثة من مستحقي الحضانة وهي فئة "**الأقربون درجة**" دون ذكرهم أو تحديدهم ومن ثمّ نلجأ إلى نص المادة 222 من (ق.أ.ج)، التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية، وذلك في حالة غموض أو غياب نص متعلق بأمر محدد. وبالرجوع إلى كتب الفقه نجد الآراء مختلفة في تحديد هؤلاء الأشخاص لكنهم متفقون على التصنيف التالي :

1- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

2- تنص الم 64 من قانون رقم 84-11 متعلق ب (ق.أ.ج)، معدل ومتمم، على مايلي: "**الأم أولى بحضانة ولدها، ثمّ الأب، ثم الجدة لأم، ثمّ الجدة لأب، ثم الخالة، ثمّ العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك**"، مرجع نفسه.

القريبات من المحارم، العصبات من المحارم، المحارم من الرجال غير العصبة، من يراه القاضي أصلح للمحضون[1].

ولا تنتقل الحضانة من حاضن لآخر ذكورا أو إناثا إلا بحكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه[2].

كما يجب على القاضي عند إصدار الحكم بإسناد الحضانة لمستحقيها، أن يحكم بحق الزيارة فلا يجوز حرمان الولد من أهله[3].

وهذا ما نستشفه من نص المادة 64(ق.أ.ج) التي تنص على ما يلي:"...**وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**"[4].

نستنتج من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري، قد اعترف بصريح العبارة بحق الزيارة فأوجب على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه، فأسلوب المادة جاء على سبيل الوجوب بلفظ(وعلى القاضي)، حيث يكون الحكم معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، وهذا مراعاة لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عن أهله،كما نلاحظ أيضا أنّ المادة لم تحدد مكان الزيارة، حيت تركت المجال مفتوحا لتقدير القاضي، غير أنه لايجوز أن يكون هذا المكان هو مكان إقامة المطلقة مثلا[5]. حيث قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أن تحديد مكان حق الزيارة ببيت الزوجة بعد طلاقها أمر مخالف للقانون لأنها أصبحت أجنبية عنه[6].

1- نقلا عن أيت عكوش وزنة وبن كرو نوال، مرجع سابق، ص. ص.27- 28

2- موريس صادق، قضايا النفقة والحضانة والطاعة (معلقا عليها بأحدث أحكام القضاء والنفقة في مصر والدول العربية)، دار الكتاب الذهبي، د.ب.ن، 1999، ص.55.

3- شريفي نسرين وبوقرورة كمال، سلسلة المباحث في القانون (ق.أ.ج)، ط.1، الدار البيضاء، الجزائر، 2013، ص.105.

4- أمر رقم 05-02، يتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

5- ديابي باديس، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض- نفقة- عدّة- حضانة- متاع)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص.91.

6- أنظر قرار، م.ع رقم 214290، صادر بتاريخ 1998/12/15، (قضية: م ن د ضد: ج ب)، اجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001، ص.92.

إضافة إلى ما سبق فإنّ القانون لم يحدد المدة التي يستغرقها المستفيد من حق الزيارة، وما استقر عليه القضاء الجزائري أن حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية مقاسمة، وبذلك جرى القضاء على أنّ الزائر للمحضون له الحق في ذلك مرة كل أسبوع، وأن أكثر من ذلك غير معمول به وغير متبنى من طرف القضاء[1]. وهذا ما استنتجناه في إحدى قرارات المحكمة العليا، حيث قضت بأنّ الحكم بحق الزيارة مرتين في الشهر خرق للقانون، ومن حق الأب زيارة أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع[2].

فالواقع أنّ المحضون إذا كان ذكرا أو أنثى، وكان تحت حضانة النساء أو حضانة الرجال فإنّ لكل من الأبوين الحق في رؤية إبنه أثناء حضانة الآخر له، وهذا تحقيقا للمصلحة سواء بالنسبة للمحضون أو الأبوين[3]. ومن آداب الزيارة، عدم حدوث خلوة بين الأبوين المفترقين وعدم الإطالة في المكث، واختيار الوقت المناسب منعا للشبهة، واستئذان صاحب البيت للدخول، فإن لم يؤذن له أخرج الولد إليه ليستطيع رؤيته[4].

الفرع الثالث

انقضاء الحق في الحضانة

من المتعارف عليه أن الحق في الحضانة ليس حقا أبديا، فقد تطرأ عليه ظروف تؤدي إلى انقضائه سواء كان ذلك طبيعيا(أولا)، أو قانونيا(ثانيا).

1- ديابي باديس ، مرجع سابق، ص.92.

2- م.ع.غ.أ.ش، قرار رقم 59784 صادر بتاريخ 1990/04/16، (قضية: ق ط ضد: ب ل ف)، مجلة قضائية، عدد4، 1991، ص.126.

3 – سمير محمد محمود عقبي، الحضانة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، ط.1، دار المنار للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 1986، ص.ص.221-223.

4- إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الحضانة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص.349.

أولا: الانقضاء الطبيعي للحق في الحضانة

تنص المادة 65 من (ق.أ.ج) بأنه "**تنقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه عشرة (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشرة (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون**"[1].

واضح من هذه المادة أن مدة الحضانة القانونية تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، وببلوغ الأنثى سن الزواج القانوني أي سن 19 سنة كاملة المنصوص عليها في المادة 1/7 من (ق.أ.ج) [2].إلا أن المادة 65 من (ق.أ.ج) أتت باستثناء حيث أنه يمكن للقاضي أن يقضي بتمديد الحضانة للولد الذكر من10 سنوات إلى 16 سنة وللحصول على حق التمديد لابد من توافر جملة من الشروط وهي:

– أن يكون الحاضن طالب التمديد هي الأم نفسها، وألا تكون متزوجة ثانية مع رجل أخر ليس ذي محرم للمحضون[3]. ويجب أن يكون المحضون ذكرا، بحيث لا يجوز تمديد مدة حضانة الفتاة مطلقا[4].

– أن يكون الحد الأقصى للتمديد 16 سنة، ويكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فإن فاتت مدة السنة، و لم تطلب التمديد ولم يكن لها أي عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد[5].

1– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

2– راجع المادة 2/7 من أمر رقم 05–02، يتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

3– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية)، مرجع سابق، ص.385.

4– أيت عكوش وزنة وبن كرو نوال، مرجع سابق، ص.44.

5– أيت عكوش وزنة وبن كرو نوال، مرجع سابق، ص.43.

ثانيا: الانقضاء القانوني للحق في الحضانة

ينتهي حق الحضانة قانونا، بصدور حكم من القضاء إذا توفرت إحدى الحالات المؤدية إلى سقوطه، والتي تناولها المشرع الجزائري من المواد 66إلى70(ق.أ.ج)، وتتمثل هذه الأخيرة في

- تزوج الأم بغير قريب محرم، وهذا ما نصت عليه المادة 66(ق.أ.ج)[1].
- الإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة 62(ق.أ.ج) .
- تسقط حضانة الجدة أو الخالة، إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بقريب غير محرم، وهنا تعود الحضانة إلى أب الولد طبقا للترتيب الوارد في المادة64 (ق.أ.ج)[2].
- حالة رغبة الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي، وقد قرر القاضي إسقاطها عنه مراعاة لمصلحة المحضون[3]. وهذا ما جاء في المادة 69 من(ق.أ.ج)[4].
- إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة لممارسته مدة تزيد عن سنة بدون عذر، يسقط حقه فيها[5].

وتجدر الإشارة أنه إذا زالت هذه الحالات المذكورة يعود حق الحضانة بقوة القانون إلى أصحابه، وهذا ما تقضي به المادة 71(ق.أ.ج) التي تنص على ما يلي: "**يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري**"[6].

ويتضح من هذه المادة إذن، أنه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة للحاضن لسبب من الأسباب القانونية، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه وأثبت ذلك

1- شريفي نسرين وبوقرورة كمال، مرجع سابق، ص.109.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية)، مرجع سابق، ص.ص.388-389.

3- شريفي نسرين وبوقرورة كمال، مرجع سابق، ص.110.

4- تنص المادة 69 من قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم على ما يلي: "**إذا أراد الشخص الموكل له أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون**"، مرجع سابق.

5- مرار كريمة و مزاري صبرينة، مرجع سابق، ص.19.

6- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

للمحكمة، أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتج عن تصرف الحاضن بناءا عن رغبته واختياره، فإن حق الحضانة لن يعود إليه بعد سقوطه.

المبحث الثاني

مفهوم مسكن الحضانة

تتجلّى إيجابيات التعديل الوارد على تشريع الأسرة في وضع حد نهائي للتناقض الصارخ بين **المادتين 52 (ق.أ.ج)** التي كانت تقرر للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى وقع طلاقهما بتعسف من الزّوج، معلقا على جملة من الشروط القانونية، وبين **المادة 72من(ق.أ.ج)** التي كانت تلزم الأب صراحةً بتهيئة المسكن للمحضونين.

وإن تعذر عليه ذلك التزم بأجرة المسكن، وجعل هذا الالتزام مقرونا بوجوب افتقار المحضون للمال، وذلك بإلغاء الفقرة الثانية وما بعدها من المادة 52 من (ق.أ.ج)[1].

ممّا ينبني عليه إلغاء حق المطلقة الحاضنة في البقاء في مسكن الزوجية أين حسم فيها المشرع الجزائري مسألة تخصيص مسكن ملائم لممارسة الحضانة وذلك وفقا لنص المادة 72 من (ق.أ.ج)[2].

لذّا ومن خلال هذا المبحث سنبرز كل من التعريف المتعلق بمسكن الحضانة (المطلب الأول) كما سنتطرق إلى الأحكام المتعلقة بمسكن الحضانة (المطلب الثاني).

1- طعيبة عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر- بن يوسف بن خدة- كلية الحقوق، 2010-2011، ص.6.

2- ديابي باديس، مرجع سابق، ص.87.

المطلب الأول

تعريف مسكن الحضانة

لضمان حماية الأطفال وتوفير لهم مستوى معيشي بعد الطلاق ألزم المشرع الأب بتوفير مسكن لممارسة الحضانة، فالمسكن يعتبر ضرورة أساسية من ضرورات المعيشة الصحية السوية لذا وجب علينا إعطاء تعريف لمسكن الحضانة لغة (الفرع الأول)، ثم تعريفه اصطلاحاً (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف مسكن الحضانة لغة

سكن سكونا: قرّ، وسكنته تسكينا، وسكن داره، وأسكنه غيره والاسم: السّكن، محركة، والسكنى، كبشرى. والمسكن، وتكسر كافه: المنزل، والسّكن أهل الدار، والسّكينة بالكسر مشددة: الطمأنينة[1].

الفرع الثاني

تعريف مسكن الحضانة اصطلاحا

لقي تعريف مسكن الحضانة العديد من التعريفات عند أغلب الفقهاء، غير أنّ مفهوم المسكن مفهوم نسبي يختلف باختلاف الزمان والمكان، بمعنى أنّ ما يُعّد عند أهل البادية والصحراء مسكن لا يكون عند غيرهم من أهل المدن، وعليه يكفي أن يكون ساكن البيت مالكا لحق الانتفاع أو مستأجرا أو مستعيرا أو حائزا حيازة عرضية ترتكز على أسباب ظاهرة مشروعة .

وبوجه عام يعرف المسكن بأنّه كل مكان مسور يستخدم للسكنى بصفة دائمة أو مؤقتة وسواء كان ملكا لساكنه أو مستأجر له أو مقيما فيه مجانا [2].

1- محمد الدين الفيروز آبادي، مرجع سابق، ص. 787.

2- طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.9.

المطلب الثاني

الأحكام المتعلقة بمسكن الحضانة

من أهم الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية الحق في الحضانة، وبالتبعية الحق في المطالبة بمسكن ملائم لممارسة الحضانة.

وعليه سيتم التطرق في هذا المطلب إلى دراسة الأحكام المتعلقة بمسكن الحضانة، والتي استنتجناها من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري (الفرع الأول)، ثم نقوم بدراسة شروط تمتع المطلقة الحاضنة بالحق في مسكن الحضانة (الفرع الثاني)، وأخيراً موجبات سقوط الحق في مسكن الحضانة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من مسكن الحضانة

يتجلى موقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من مسألة مسكن الحضانة كالآتي:

أولا : موقف الفقه الإسلامي من مسكن الحضانة

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي في معظم نصوص قانون الأسرة، ومنه سيتم في بادئ الأمر البحث في الشريعة الإسلامية عن أحقية وعدم أحقية المحضون في المسكن وذلك ضمن أراء مختلفة ومن بينها:

(أ) رأي الفقه المالكي:

اختلفت آراء الفقه المالكي بين تلك التي تقر بأن سكن المحضون من ماله الخاص إن كان له مال، وبين تلك التي تقر بأن سكن المحضون والحاضنة في مال من عليه نفقة الولد بغض النظر عن امتلاك الحاضنة لمسكن أم لا[1].

1- طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.ص. 24-25.

(ب) رأي الفقه الحنفي:

الفقه الحنفي رجح رأيه في أن نفقة السكنى واجبة على الأب إذا لم يكن للحاضنة مسكن يمكن من خلالها أن تقوم بحق ممارسة الحضانة، لأن وجوب توفير المسكن ليس مبنيا على وجوب الأجر على الحضانة بل وجوب النفقة على الولد، ولأنّ هذه الأخيرة تكون واجبة على الأب[1].

(ج) رأي الفقه الشافعي والحنبلي:

اتفق فقهاء الشافعية والحنابلة على حق الصغير في المسكن وذلك يكون على عاتق أبيه إن كان موسرا، فكما تجب عليه أجرة الرضاع وأجرة الحضانة، فهو في هذه الحالة مجبر أيضا على توفير مسكن أو إعداده، إذا لم يكن للأم مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير.

ثانيا: موقف القانون الجزائري من مسكن الحضانة

إن موضوع الحضانة بصفة عامة ومسكن الحضانة بصفة خاصة مر بمجموعة من المراحل المتباينة نتيجة تطور الظروف التي مست المجتمع الجزائري ومن هذه المراحل نجد:

(أ) مرحلة انعدام النص التشريعي:

تعد الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للنصوص التشريعية كما هو معروف غير أنه وفي ظل الاستعمار الفرنسي تم استبعاد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الجزائريين وإخضاعهم إلى القوانين الفرنسية.

غير أنه وبعد الاستقلال بقي الأمر على حاله أين تم استنباط بعض الأحكام من الشريعة الإسلامية وأخرى من القوانين التي وضعها المستعمر وأخرى من الأعراف، فبذلك تعددت القواعد المطبقة بتعدد هذه المصادر.

1- طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.25.

إنّ ما يمكننا قوله في هذه المرحلة وإن كان هناك خلاف بين الزوجين وأمكن إصلاحه، فإن الاهتمام التشريعي لم يكن منصباً على مسكن الحضانة والسبب في ذلك أن الزواج والطلاق كانا يتمان عرفياً، و بهذا لم يعرض على القضاء مثل هذا النوع من النزعات[1].

(ب) مرحلة توفر النص

إنّ الأمر لم يستقر على ما كان عليه بعد الاستقلال، إذ أنه وبتطور المجتمع بدأ الأمر يتغير وبدأ المشرع يولي اهتمام لمسألة مسكن الحضانة، أين أفرد له نص خاص ضمن المنظومة التشريعية وهو ما تم النص عليه ضمن المادة2/467 من (ق.م.ج).

أين ألزم فيه القاضي في حالة الطلاق أن يعين من الزوجين من يمكنه الانتفاع بالعين المؤجرة باعتبار هذه الأخيرة من ضرورات حماية الأولاد، وذلك من أجل حضانتهم خاصة، فالقاضي إذا فصل في قضية الطلاق والحضانة استوجب عليه تعين من ينتفع من الزوجين بالعين المؤجرة مرجحاً في ذلك مصلحة المحضون باعتبار مصلحة المحضون الأولى بالرعاية[2].

(ت) مرحلة الاهتمام بالمسكن

بدأ اهتمام المشرع الجزائري بمسألة مسكن الحضانة نتيجةً لارتفاع نسبة الطلاق، حيث أفرد له نصوصا خاصة منظمة لمسألة إسناد مسكن الحضانة للمطلقة التي تقررت لها الحضانة وذلك من خلال المواد المنصوص عليها في قانون رقم84-11 مؤرخ في 9 جوان سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة .

أين ألزم فيه المشرع الأب بالدرجة الأولى بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة في حالة إسناد الحضانة إلى المطلقة[3].

1- طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.25.

2- أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

3- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ط.4، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.145.

(ث) مرحلة إعطاء الأولوية لحق المحضون في السكن

بعد إدخال قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة حيز التنفيذ، ظهرت فيه عدة نقائص، خاصة تلك المتعلقة بالجانب الموضوعي للحضانة نظراً لحساسية وشدة ارتباطه بحياة الطفل في الأسرة.

وأمام هذا النقص التشريعي والاجتهادات القضائية، فرض على المشرع وجوب إعادة النظر في قانون الأسرة، وذلك بضرورة تعديل نص المادة 52 منه التي كانت تنّص على ما يلي: "**إذا تبيّن للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلّقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.**

وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها وليّ يقبل إيواءها، يضمن حقّها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج.

و يستثنى من القرار بالسكنى، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا.

تفقد المطلقة حقّها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها".

وكذا تعديل المادة 72 منه والتي تنص على " **في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر فعليه دفع بدل الإيجار.**"

وهذا نظرا للتضارب والتناقض الحاصل بينهما، وذلك بغية حماية مصلحة الأطفال بعد الطلاق، وعليه تم إلغاء الفقرة الثانية وما بعدها من نص المادة 52 من (ق.أ.ج)، وكذا تعديل نص المادة 72 من (ق.أ.ج) وذلك بإضافة الفقرة الثانية وذلك بموجب أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 [1].

1- أمر رقم 05-02، يتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

الفرع الثاني

شروط تمتع المطلقة الحاضنة بالحق في مسكن الحضانة

إن عملية إسناد مسكن للحاضنة بغرض قيامها بواجب الحضانة فيه لا تتم إلا بتوافر جملة من الشروط أوجبها المشرع الجزائري في إطار ضمان حق السكن للمطلقة.

وعليه سيتم إبراز هذه الشروط ضمن نقاط مختلفة منها ما هو متعلق بشروط مشترطة قبل التعديل ومنها ما هو مشترط بعد التعديل.

أولا: شروط استحقاق مسكن الحضانة قبل التعديل

نجد من بين هذه الشروط مايلي:

(أ) أن يحكم للمطلقة بالحضانة

إنّ ما استقر عليه القضاء على أن طلب الحاضنة للمسكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة، ولا يتقرر للمطلقة الحاضنة هذا الحق دون إثبات[1].

ويعتبر هذا الشرط موضوعي إذ لا يمكن تصور منح المسكن لزوجة مطلقة بدون حضانة إذ الحكمة بممارسة الحضانة، فطلب الحاضنة للمسكن يكون في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة، وهو طلب متعلق بمصلحة المحضون والتي على أساسها يحكم القاضي بإسناد الحضانة أو إسقاطها، وبالنتيجة فإذا وجد القاضي جميع الشروط مجتمعة فيحكم تلقائيا بحق مسكن الحضانة من عدمه، ويعود الاختصاص فيه للمحكمة الناظرة في الأحوال الشخصية[2].

(ب) أن لا يكون لها ولي تأوي إليه:

بالرجوع إلى نص المادة 77 من (ق.أ.ج) التي تنص على أن "**تجب نفقة الأصول على الفروع، والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج، ودرجة القرابة في الإرث**"[3]، ومنه يفهم

1- لوعيل محمد لمين، مرجع سابق، ص.121.

2- طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.27.

3- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

من نص المادة أن المشرع ألزم نفقة الأصول على الفروع مما يعني أن الولي مجبر على استقبال وليته كونها من فروعه، ولكن هذا الشرط يعد من الشروط المجحفة بحق المرأة المطلقة لأنّ الواقع يشهد أن من الأولياء من يرفض إسكان المطلقة، مما يدفع بالمرأة إلى التشرد هي وأولادها أو ما يدفع بها إلى التنازل عن حقها في حضانة أولادها في حالة ما إذا قبل بها وليها دون أولادها.

وعليه فإن المطلقة التي لها ولي يرفض إيوائها تأخذ نفس حكم من ليس لديها ولي، وعليه يحق لها الاستفادة من حق الحصول على مسكن لممارسة الحضانة[1].

(ت) أن يراعي في المسكن حالة الزوج:

يعتبر هذا الشرط من الشروط التي تدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي وفقا لنص المادة 79 من (ق.أ.ج) والتي تنص على أنه "**يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم**"[2].

وعليه فإن تقدير النفقة في القانون الجزائري يخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص، على حسب حال الطرفين اعتبارا من يوم الطلب [3]، وهذا ما يستدل أيضاً من قوله تعالى: "**لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه، فلينفق مما أتاه اللّه لا يكلف اللّه نفسا إلا ما أتاها**"[4]. كما أن هذا الشرط قابل لإثبات العكس فالبينة على من ادعى واليمين على من أنكر

ومن المقرر قانونا أنّ النفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى وهذا طبقا لنص المادة 80 من (ق.أ.ج).

1- صلاح الدين زيدان، حقوق المطلقة المالية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستر في الفقه وأصوله، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2005-2006،ص.257.

2- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

3- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص.138.

4- سورة الطلاق، الآية 7.

(ث) أن يكون للمطلق أكثر من مسكن

من المستقر عليه أن مسكن حضانة الصغير من نفقته على أبيه، كما أن عليه سكنى حاضنته، فالمنصوص عليه شرعا أن من لها إمساك الولد وليس لها مسكن مع الولد يكون على الأب سكناها وسكنى الولد، فالسكنى واجبة لكل من الحاضنة والمحضون للحاجة وما دامت الحاجة قائمة فالوجوب على الأب يكون قائما أيضا[1].

و بالرجوع إلى نص المادة 52 من (ق.أ.ج) قبل التعديل نجد أنها نصت على شروط تمتع المطلقة الحاضنة بمسكن الحضانة واستثنت منه مسكن الزوجية إن كان وحيدا، وعليه ووفقا لهذه المادة فإن المشرع أورد شرط وجود أكثر من مسكن لضمان إسكان المطلقة الحاضنة[2]. إذ أنّه في حالة ما إذا كان للزوج أكثر من مسكن فإنه يقوم بتسليم المسكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة وفي حالة ما إذا كان الأب مالكا أو مستأجرا لمسكن وحيد، فإنّ ذلك لا يمنعه من أن يوفر لأولاده أجرة مسكن أخر لأن ذلك من الالتزامات التي تقع على الأب في حالة عدم وجود مال للمحضون.

وكما سبق الإشارة إليه فإنّ المشرع الجزائري ضمن القانون المدني منح للقاضي إمكانية إسناد حق الإيجار للزوجة المطلقة الحاضنة وذلك في نص المادة 2/467 وهذا ما أكده القرار الصادر عن المجلس الأعلى حيث قضى بأنه "إذا كانت أحكام المادة 467 من (ق.م.ج) التي تخول للقاضي الذي يصرح بالطلاق إعطاء السكن الزوجية للزوج الذي أسندت إليه حضانة الأولاد أخذت في اعتبارها أن السكن المذكور مؤجر وأن تأجيره باسم أحدهما. أما إذا كان باسم غيرهما فإنه ليس لأحدهما أن يستفيد منه تحت ظل نص هذه المادة، ولما كان القرار المطعون فيه قد قضى بمنح السكن المؤجر باسم أم الزوج، لزوجة المطلقة فإنه بهذا القضاء قد خرق أحكام المبدأ المتقدم"[3].

1- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص.223.

2- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، مرجع سابق، ص.146.

3- نقلا عن طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.132.

من خلال ما سبق توصل القضاء إلى أنّه إذا كان المسكن الزوجي مؤجر، بأن استأجره الزوج للإقامة فيه مع زوجته وأولاده حال قيام الرابطة الزوجية، تسنت للقاضي عملية إسناده طبقا لنص المادة 2/467 من (ق.م.ج) السالفة الذكر للزوج الذي أسندت له حضانة الأولاد، أما إذا كان مؤجرا باسم غيرهما فإنه ليس لأحد أن يستفيد منه تحت ظل نص هذه المادة.

ومن الاجتهادات القضائية الواردة في هذا الطرح ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15جوان1999 بأنّ: " للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت للزوج مسكن آخر وهذا نظرا لمصلحة المحضونين، ولما كان ثابت- في قضية الحال- أن المطعون ضدها تمارس حضانة الأولاد في المسكن المتنازع عليه منذ 11 سنة أي من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وأن محضر إثبات حالة يثبت أن الطاعن يملك سكنا أخر وعليه فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس وحق المحضونين الأربعة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا ومتى كان ذلك يستوجب رفض الطعن"[1].

ثانيا: شروط استحقاق مسكن الحضانة بعد التعديل:

بعد أن قمنا بدراسة الشروط المشترطة قبل التعديل، سيتم دراسة الشروط المشترطة بعد التعديل، ومن بين هذه الشروط أن تكون المرأة حاضنة وهذا ما يفهم من الفقرة الثانية من المادة 72 من (ق.أ.ج) والتي تنص" ...سكن ملائم للحاضنة..."[2]. ويشترط أيضا وجود الطلاق بين الزوجين وبالرجوع إلى نص المادة 2/52 من (ق.أ.ج) نلاحظ أنه اشتمل على عبارة "محضونيها" أين فهم بعض الفقهاء هذا المفهوم خطأ حيث أن المقصود حسبهم بعبارة "محضونيها" التعدد.

وبعد التطور السريع الذي عرفه المجتمع ونتيجة للتفكك الأسري وارتفاع نسبة الطلاق تفطن القضاء لضرورة تغيير مسار من سبقه، أين أقر واعترف بحق الأم الحاضنة في السكن أو أجرته ولو كان تحت حضنها طفل واحد، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 29 نوفمبر 1994 الذي جاء فيه: " لما ثبت- من قضية الحال-أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم

1- قرار م.ع،غ.أ.ش. ملف رقم 223834، مؤرخ في 15 جوان 1999، مجلة قضائية ، عدد خاص، 2001، ص.225. نقلا عن طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.33.

2- أمر رقم 05-02، يتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

على أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، وبهذا فإن قضاة المجلس أساؤوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة أو بتسليم أجرته، مما يتعين معه نقض وإبطال قرارهم وبدون إحالة"[1].

وعليه فللمطلقة الحاضنة الحق في الاستفادة من مسكن لممارسة الحضانة حتى وإن كان لديها ولد واحد أو أولاد متعددين، فهي في أمس الحاجة لمكان ومسكن تمارس فيه حضانة ابنها أو أبنائها لأن هذا الحق مقرر لمصلحة المحضون، لرعايته وحفظه وبالتالي من المفروض أن تستفيد المطلقة التي تكون حاضنة لثلاثة أطفال أو لطفل واحد.

الفرع الثالث

حالات سقوط الحق في المسكن

يبدو أنّ المشرع أغفل عمدا النّص على أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل الإيجار وذلك عكس ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 52 قبل التعديل، إذ يمكن القول بأن الحق في اكتساب مسكن ملائم لممارسة الحضانة هو من الحقوق التبعية، إذ أن هذا الحق ينبع في الأصل من الحق في إسناد الحضانة، وعليه فإن الأمور التي تسقط الحق في الحضانة فإنها بدورها تسقط الحق في المسكن ومن هذه المسقطات، نجد كما سبق الإشارة إليه أن حق الحاضنة مرهون بانتهاء مدة الحضانة، وينبني عليه سقوط الحق في المسكن متى انقضت هذه المدة، والقول بتأقيت هذا الحق ليس بإطلاقه [2]. فقد تطرأ أسباب تكون دون شك بفعل الحاضنة ومن هذه الأسباب ما تم النص عليه في نص المادة 52 من (ق.أ.ج) قبل التعديل وذلك في الفقرة الأخيرة منها ومن هذه المسقطات زواج الحاضنة بغير ذي رحم محرم منه، وعليه فإن الحاضنة في هذه الحالة قد أمسكت المحضون عند أجنبي عنه، مما قد يؤدي إلى تعرض الطفل

1- قرار م.ع،غ.أ.ش. ملف رقم 112705، مؤرخ بتاريخ 1994/11/29، (قضية: خ.ح ضد: ب.و)، مجلة قضائية، عدد1، سنة 1995، ص.140.

2- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص.ص.81-82.

لنظرات القسوة والبغض والأذى، إذ ممكن أن لا يعطف عليه، بعكس ما إذا تم زواجها بذي رحم محرم منه فإن ذلك لا يسقط الحق في مسكن الحضانة [1].

ومن الاجتهادات القضائية التي تقر بهذا النوع من المسقطات ما أكده القضاء الجزائري في إحدى قراراته أين أقر بأن الحاضنة يجب أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون وهذا يعد سبب من الأسباب المسقطة للحق في مسكن الحضانة وبالتبعية للحق في المسكن[2].

ومن مسقطات الحق في مسكن الحضانة أيضا نجد ثبوت انحراف المطلقة الحاضنة خلقيا، فبمجرد ثبوت انحراف الحاضنة خلقيا فإن حقها في المسكن يسقط وذلك مراعاة لمصلحة المحضون، لأن انحراف الحاضنة يمكن أن يضر بالمحضون نفسيا وخلقيا، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها أين ثبت أنه:"من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين- في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من(ق.أ.ج)، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة"[3].

وبيانا لما سبق يمكن لأب المحضون لهذا السبب، أن يطلب من المحكمة التي ضمنت السكن للمطلقة الحاضنة مع محضونيها، الحكم بسقوط حقها فيه وذلك يكون بالتبعية لسقوط حقها في حضانة أولادها[4].

1- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص.408.

2- قرار، م.ع، غ.أ.ش. قرار رقم 404118، مؤرخ في 5 ماي 1986، مجلة قضائية، عدد 2، صادر سنة 1989، ص.75.

3- قرار، م.ع، غ.أ.ش. قرار رقم 171684، مؤرخ في 30 سبتمبر 1997،(قضية: ب.س.ج.ضد: ز.ف.)، اجتهاد قضائي غ.أ.ش، مجلة قضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص.169.

4- بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع:عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2011-2012، ص.ص.127-128.

وما يمكن استخلاصه في ختام هذا الفصل أنه لاكتساب الحق في حضانة الأولاد بعد فك الرابطة الزوجية، يجب أن يشتمل على مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضنة التي تتولى رعاية المحضون وحفظه من أية آفة اجتماعية، ولبلوغ هذه الغاية ألزم المشرع الأب في حالة فك الرابطة الزوجية بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، هذا ما تم النص عليه في المادة 72 من (ق.أ.ج) وفي حالة تعذر عليه ذلك فهو ملزم بالتنفيذ النقدي أي ملزم بدفع بدل الإيجار.

إنّ من أهم الحقوق التي يتعين توفير الحماية لها تلك المرتبطة بمصلحة المحضون، وأحقيته في توفير مسكن ملائم له من أجل حفظه ورعايته من التشرد والضياع، وكذا وقايته من الآثار الاجتماعية والنفسية التي تلحق به بعد الطلاق، إذ أن الأصل في مسكن ممارسة الحضانة هو مسكن الزوجية إذا كانت المطلقة في عدة الطلاق الرّجعي، أمّا بعد الطلاق فسواء كانت الحاضنة أما أو غيرها، فإن سكن ممارسة الحضانة هو جزء من النفقة حسب جمهور الفقهاء، ونفقة المحضون من ماله الخاص إذا كان له مال، أما إذا لم يكن له مال فإنّ واجب توفير مسكن الحضانة يقع على عاتق الأب[1].

وإزاء هذه الأهمية القصوى لحماية مصلحة المحضون تدخل المشرع من خلال تعديله لقانون الأسرة، إذ ألزم الأب بتهيئة مسكن ملائم لممارسة الحضانة، وفي حالة تعذر ذلك وجب عليه دفع بدل الإيجار وهذا وفقا لنص المادة 72(ق.أ.ج) والسلطة التقديرية للقاضي(المبحث الأول)، كما وضع للقاضي بعض القواعد يستنير بها أثناء تقديره لمصلحة المحضون وأحاط هذا الأخير بضمانات تكفل حقه في المسكن ويتجسد ذلك في تعدد الدعاوى المتعلقة بمسكن ممارسة الحضانة (المبحث الثاني).

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية)، مرجع سابق، ص.387.

المبحث الأول

السلطة التقديرية للقاضي في تقدير شروط إسناد مسكن الحضانة

تتجه أغلب التشريعات نحو توسيع سلطة ودور القاضي في إسناد مسكن الحضانة بإعطائه دور ايجابي للتدخل في القضايا المعروضة عليه ومواجهة كل حالة على حدى، فالمشرع لا يستطيع أن يتنبأ عند إصداره للقوانين بكل ما يحدث من وقائع وأحداث مستقبلا، ولا يستطيع أن يحل مقدما كل المشكلات التي سوف تثور عند تطبيق النصوص القانونية.

فالحضانة مسألة قضائية في الأساس وأنّ غالبية أحكامها اجتهادية قابلة للتغيير تسمح بإمكانية إعادة النظر فيها إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك، وعليه فتدخل القاضي حتمي ووجوبي لتحقيق هذه المصلحة بما له من سلطة تقديرية في ذلك.

حتى ولو أنّ المشرع ألزم صراحة الأب بتهيئة المسكن للمحضون وإن تعذر فعليه بأجرته طبقا لنص المادة 72 من (ق.أ.ج) ولم يضعه في موضع تخيير بين الأمرين، إذ جعل الأب ملزما بصورة أصلية ووحيدة في إسكان ابنه المحضون، إلا أنّه لم يحدد الشروط الواجب توفرها في هذا المسكن(المطلب الأول)، وما يقال على المسكن يقال على بدل الإيجار إذ لم يقدم أي معيار لتقدير هذه الأجرة بل ترك ذلك خاضعا لمجال السلطة التقديرية للقاضي حسب المكان والزمان(المطلب الثاني).

المطلب الأول

إلزام القاضي الأب بتوفير مسكن الحضانة

حسم المشرع الجزائري مسألة تخصيص مسكن الحضانة بصيغة الوجوب في نص المادة 72(ق.أ.ج)، ويكون الطلب المتعلق بتوفير مسكن الحضانة إما منّ الطلبات التبعية لطلب الأصلي أو الطلبات المستقلة بذاتها، والملاحظ من نص المادة سالفة الذكر أنها جاءت بصفة عامة دون تحديد مواصفات مسكن الحضانة (الفرع الأول)، كما أنّ القاضي عند الحكم بتوفير مسكن لممارسة الحضانة وجب عليه مراعاة حالة الزوج المطلق(الفرع الثاني).

الفرع الأول

مواصفات مسكن الحضانة

إنّ المقصود بتكليف الأب بتوفير مسكن الحضانة هو توفير كامل الرعاية للمحضون بالدرجة الأولى، وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنّ المشرع لم يذكر مواصفات هذا المسكن، وأمام هذا الفراغ القانوني يجد القاضي نفسه ملزما بالبحث والتحري عن هذه المواصفات وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ومما تتطلبه الحياة العادية قصد تكوين قناعته الشخصية وتحقيق العدالة، فحتى تؤدي الحاضنة الغرض المتوخى من إسنادها حضانة الأولاد يجب أن يكون المسكن الذي تقيم فيه وأولادها ملائما(أولا)، ومستقلا(ثانيا).

أولا: ملائمة مسكن الحضانة

إنّ تقدير ملائمة مسكن الحضانة يخضع لتقدير قاضي الموضوع، ولا يكون المسكن ملائما إلا إذا كان مستوفيا لكل المرافق الضرورية، كالمطبخ والحمام وغرفة النوم...الخ، كما يجب على القاضي أن يتأكد أيضا من أهمية الحي ومدى توفر الأمن والملحقات الضرورية للعيش كوجود المحلات والمدرسة مثلا[1]. ولقد نادى الفقه الإسلامي وعلى رأسهم الحنفية بأن يكون البيت الذي يسكن فيه المحضون غير معرض لأذى الجيران ولو كانوا أقرباؤه، كما اشترط خليل ابن إسحاق من المالكية وجوب إسكان الحاضنة في بيت لا يسبب أي خوف للمحضون، وهكذا يلاحظ أنّ مبدأ رعاية مصلحة المحضون المادية يلزم القاضي عند تقديرها النظر إلى سعة المنزل وموقعه، فمكان الحضانة ينبغي أن يخضع للشروط الضرورية التي تساعد على التكوين المنسجم للمحضون، فلقد أكدت الحقائق العلمية أنّ المسكن غير الملائم يلعب دورا أساسيا في السلوك المنحرف خاصة بالنسبة للأحداث [2].

1- طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.78.

2- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2004-2005، ص.163.

وعليه فتهيئة مسكن الحضانة يكون في مكان الحضانة، أي في البلد الذي يقيم هو فيه ويجوز 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 له ممارسة حق الرقابة على أولاده[1].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا، أين اعتبرت أنّ بعد المسافة قد يكون سببا من أسباب الحرمان من الحضانة[2]، ومنه نلاحظ إذن أنّ القضاء الجزائري اخذ برأي الفقه المالكي أين اشترط أن لا يبعد المسكن الذي تمارس فيه الأم الحضانة عن مكان تواجد الأب بأكثر من 6 برود لكي يتمكن الأب من رؤية أبنائه دون مشقة.

كما يقوم قاضي الأحوال الشخصية عند الفصل في الدعاوى المعروضة عليه وخصوصا ماتعلق منها بمسكن الحضانة بالنص على مصطلح" **الملائمة** "ولكن دون تحديد المقصود به[3].

ولكون أنّ المسكن حق ثابت أقرته الشريعة الإسلامية وتضمنه قانون الأسرة كان على المشرع أن يخصص له ولو فقرة لتحديد مواصفاته.

ثانيا: استقلالية مسكن الحضانة

لا يكفي في مسكن الحضانة أن يكون مناسبا للإقامة فيه، إذ يجب أيضا أن يكون مستقلا، والمقصود بالمسكن المستقل المسكن الذي لا يشارك فيه آخرون مع المحضون والحاضنة، ويراعي القاضي في إستقلالية مسكن الحضانة مصلحة المحضون بحفظه صحة وخلقا، وعليه فإعداد مسكن الحضانة يقاس بقدر إعداد مسكن الزوجية من حيث مواصفاته الشرعية[4].

عليه نتساءل هل يعد تخصيص غرفة من غرف بيت الزوجية السابق أو البيت العائلي إن صحّ التعبير لممارسة الحضانة تطبيق صحيح لنص المادة 1/72 من (ق.أ.ج)؟ وهل يمكن

1- بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص.118.

2- قرار، م.ع،غ.أ.ش. قرار رقم 43594، مؤرخ في 1986/09/22، مجلة قضائية، عدد4، صادر سنة 1992، ص.41.

3- انظر الملحق رقم2، ص. 77. من هذه المذكرة.

4- عيسو أسماء، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاة، مديريات التربص، 2000-2001، ص.23.

اعتبار حكم إسكان المطلقة الحاضنة في طابق مستقل في بيت الزوجية حكما صحيحا يخدم مصلحة المحضون؟

إنّ القول بإسناد الحاضنة غرفة واحدة لممارسة الحضانة في رأينا قول في غير محله كون الحاضنة أصبحت بالطلاق أجنبية عن أب الطفل فلا يجوز لها العيش في بيت واحد، أضف لذلك حالة تعدد المحضونين في غرفة واحدة، فالسكن المشترك أو الضيق يدفع بالطفل إلى الهروب من المنزل والتجمع في الشوارع نتيجة ما يشعر به من توترات وضغوط نظرا لغياب الاستقلالية، فمن خصائص مسكن الحضانة الملائمة ومن خصائص الملائمة أن يكون المسكن واسعا كافيا لضمان العيش الكريم للمحضونين، واحتوائه على المرافق الضرورية من مطبخ وحمام، فكيف لغرفة واحدة أن تتضمن حمام ومطبخ.

أما عن حكم إسكان الحاضنة في طابق منفرد فهو حكم جائز ولكن معلق على شرط وهو ضرورة استقلالية المدخل والمخرج، أي أن يكون للطابق باب منفرد عن مسكن الأب فمن غير المعقول أن يجمع بين الزوجين المطلقين باب واحد نظرا لكون كليهما أجنبي عن الآخر.

الفرع الثاني

إشكالات تطبيق الفقرة الثانية من المادة 72 ق.أ.ج

يقصد ببيت الزوجية الوارد في الفقرة الثانية من المادة 72 من (ق.أ.ج) ذلك المكان الذي كان يأوي العائلة حال قيام الزوجية، فإذا وقع الطلاق بين الزوجين وبينهما أطفال فمن الممكن إسناد حق البقاء فيه للحاضنة لتقوم بواجب الحضانة، هذا طبقا لما جاء في نص المادة سالفة الذكر، لذلك يجب عند إسناد المسكن الزوجي للحاضنة التمييز بين ما إذا كان مملوكا لأحد الزوجين (أولا)، أو مؤجرا (ثانيا) أو مشغولا بسبب العمل (ثالثا).

أولا: المسكن الزوجي المملوك

إذا كان المسكن الزوجي مملوكا وجب إحترام هذه الملكية بغض النظر عن المالك، فملكية هذا المسكن والذي سبق تخصيصه لممارسة الحضانة قد تعود لأحد الزوجين أو للغير.

(أ) حق الملكية لأحد الزوجين

إنّ ملكية المسكن إما أن تعود للزوجة وإما للزوج، فإذا كان المسكن الزوجي مملوكا للزوجة ملكية تامة احتفظت به لنفسها وتكون بذلك قد ضمنت إيواء أولادها بعد طلاقها، أما إذا كان المسكن الزوجي مملوكا للزوج ملكية تامة، استوجب استثناؤه من عملية الإسناد فهذا النوع من السكن لا يجوز لأي كان التصرف فيه لأنّه ملكية لصاحبه [1]. إلا إذا اختار ترك المسكن للحاضنة وابنهما المحضون أو أبنائهم إن تعددوا والانتقال للعيش في مكان أخر.

(ب) حق الملكية للغير

قد يكون المسكن الذي خصص للإقامة الزوجية مملوكا لأهل أحد الزوجين، ويقيم فيه الزوج على سبيل التسامح أو الإعارة فإذا كانت ملكية المسكن الزوجي تعود لأهل الزوج كأب الزوج أو أمه أو أخته فيستثنى من عملية الإسناد لأنّ هذا النوع من المسكن لا ينسجم وأمر التصرف فيه، لا مع نصوص قانون الأسرة الجزائري ولا مع نصوص القانون المدني، ولا مع الأخلاق والعادات، فلا يعقل أن تطلق امرأة من رجل وتبقى تمارس حضانة أولادها عند أهله ونفس الوضع ينطبق على مسكن الزوجية إذا كانّ مملوكا لأهل الزوجة[2].

ثانيا: المسكن الزوجي المستأجر

إذا كان المسكن الزوجي مستأجرا، وجب على القاضي عند الفصل في قضية الطلاق والحضانة تعيين من ينتفع من الزوجين بحق الإيجار مرجحا في ذلك مصلحة المحضون، وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا في 1984/12/31 حيث جاء فيه: " أنه لا يجوز لأي قاض أن يحكم من جديد بحق الانتفاع بالسكن أو استبداله أو مراجعة الحكم الذي فصل فيه القاضي الذي قضى بالطلاق"[3].

1- بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص.91.

2- عيسو أسماء، مرجع سابق، ص.37.

3- قرار، م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 33849، صادر في 1984/12/31، مجلة قضائية، عدد4، صادر في سنة 1989، ص.111.

وقبل أن يحكم قاضي الأحوال الشخصية بحق الإيجار لا بد أن يراعي توفر الشروط التالية:

-أن تكون العلاقة الزوجية قائمة وصحيحة شرعا وقانونا، ثمّ يحصل الطلاق بين الزوجين

-أن يكون الزوجان مقيمين في المسكن قبل طلاقهما ويكون لأحدهما سند إيجار لأنّه إذا كان المحل الزوجي باسم الغير فلا يجوز للقاضي أن يمنح حق الإيجار لأحد الزوجين أما إذا كان عقد الإيجار باسم الزوج ووقع الطلاق، فإنّه يجوز للقاضي أن يمنح حق الإيجار للمطلقة مؤقتا، ويسترجع بعدها الزوج السكن بانتهاء الحضانة أو سقوطها شرعا، ولا يمكن للمطلقة أن تتمسك بحق البقاء لأنّها تعتبر شاغلة دون سند قانوني.

- أن يكون للزوجين أولاد لأنّ منح السكن يكون بسبب ممارسة الحضانة فهو حق مؤقت مرتبط بمدة الحضانة القانونية فقط[1].

أمّا إذا كان المسكن مستأجرا لدى ديوان الترقية والتسيير العقاري فإنّ المادة 2/12 من المرسوم 147/76 نصت أنه في حالة الطلاق يؤول حق الإيجار وحق البقاء بالعين المؤجرة للزوج المعين من قبل القاضي[2].

ثالثا: المسكن الزوجي المشغول بسبب العمل

قد يكون المسكن الزوجي مشغولا بسبب العمل كتلك المساكن التي تعطيها الحكومة لبعض العاملين فترة عملهم، أو المساكن التي تعطيها الشركات للعاملين فيها أثناء مدة خدمتهم، ومثلها مساكن القضاة ورجال النيابة العامة، فهذا النوع من السكن لا يجوز تقرير حق بقاء الحاضنة فيه لأنّه أعطي للمطلق لاعتبار يتصل بعمله ليظل به هو شخصيا وليكون قريبا من مقر عمله، أو لتوفير الراحة والاطمئنان له حتى يتمكن من أداء عمله على الوجه المطلوب ومن ثمّ فإنّ

1- عيسو أسماء، مرجع سابق، ص. ص.38- 39.

2- مرسوم رقم 147/76، مؤرخ في 1976/10/23، يتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن أو تابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري، نقلا عن بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص.92.

خروجه من المسكن لتشغله الحاضنة ومحضونيها، يخالف شروط شغل المسكن فضلا عن أنّ علاقته بجهة العاقد تنتهي قبل انتهاء مدة الحضانة[1].

الفرع الثالث

الأساس المعتبر في إسناد مسكن الحضانة

يجب أن يراعي القاضي في تقريره لحق المطلقة في المسكن، حالة الزوج المطلق يسرا أو عسراً حسب مقتضى الحال فإذا لم يكن في وسعه ذلك سقط حقها فيه، ولقد فعل المشرع الجزائري حسنا عندما قرر لضمان مسكن للمطلقة الحاضنة مراعاة حالة الزوج المادية ، فإذا كان الزوج ملزما بالإنفاق على زوجته حال قيام الزوجية بينهما في حدود وسعه، فمن باب أولى أن يلتزم بإسكانها بمراعاة نفس الضابط بعدما صارت حاضنة لأولادها منه[2].

وعليه فحق الحاضنة في السكن واجب يفرض على الأب حتما ولو لم يكن في استطاعته ضمانه ماديا لها. فالسكنى مقررة للحاضنة بالتبعية للمحضون، وإن تعذر عليه ذلك طالبته بأجرة المسكن طبقا لنص المادة 72 من (ق.أ.ج) فالزوج المطلق غير معفى قانونيا من التكفل بسكنى المحضون في غياب المال لهذا الأخير.

ولهذا قام المشرع الجزائري بإنشاء صندوق النفقة ضمانا لحق المطلقة في المسكن، ففي حالة عسر الأب يتكفل هذا الصندوق بتوفير مسكن الحضانة بشرط رجوعه على الأب لاحقا لاسترداد المبالغ التي أنفقها الصندوق[3].

1- بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص.94.

2- مرجع نفسه، ص.87.

3- أنشئ هذا الصندوق في سنة 2015، والذي سيتم التفصيل فيه أكثر في الفرع الرابع من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني/ ص.58 من هذه المذكرة.

المطلب الثاني

إلزام القاضي الأب بدفع بدل الإيجار

وفقا لنّص المادة 72 من (ق.أ.ج) فإن الأب ملزم بتوفير مسكن لممارسة الحضانة، وإنّ تعذر عليه ذلك فهو ملزم ببدل الإيجار الذي هو استثناء عن الأصل[1]، أي الالتزام بتوفير مسكن ملائم ويقصد بالمسكن البديل ذلك المسكن الذي يعده الزوج المطلق الموسر للحاضنة ومحضونيها، أو الذي تعده الحاضنة بالأجرة التي تقبضها من مطلقها كعنصر من عناصر نفقة الصغير وليس من عناصر أجرة حضانته، ومن هنا كان وجوبه على من تجب عليه نفقة الصغير[2].

فللقاضي وضمن سلطته الواسعة، له أن يحكم للحاضنة بما فيه مصلحة للمحضون، فبمجرد عرض دعوى عليه تتعلق بمصير الأولاد نجده في هذه الحالة يفرض سلطته من أجل عدم ضياع حقوقهم ضمن المشاكل المرتبطة بفك الرابطة الزوجية.

ومنه يجوز للقاضي أن يحكم بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة خاصة وإن كان في ذلك مصلحة للمحضون، وفي حالة تعذر ذلك يحكم ببدل الإيجار الذي هو الآخر يكون مراعاة لمصلحة المحضون.

إذ سيتم التطرق في هذا المطلب إلى كل من موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من أجرة مسكن الحضانة(الفرع الأول)، وكذا المعايير المعتمدة لتقدير أجرة مسكن الحضانة (الفرع الثاني)، وأخيرا تحديد العلاقات الإيجارية (الفرع الثالث).

1- أنظر الملحق رقم3، ص. 78، من هذه المذكرة.

2- بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص.116.

الفرع الأول

موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والقضاء من أجرة مسكن الحضانة

سيتم إبراز كل من موقف الفقه الإسلامي من أجرة مسكن الحضانة وكذا موقف القانون الجزائري وذلك في نقطتين منفصلتين:

أولا: موقف الفقه الإسلامي من أجرة مسكن الحضانة

هناك اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة أجرة مسكن الحضانة ومدى وجوبها لمستحقيها، هذا ما سيتم التطرق إليه ضمن نقاط مختلفة أين نبرز فيه رأي كل من الفقه المالكي وكذا رأي الفقه الحنفي[1].

(أ) رأي الفقه الحنفي من أجرة مسكن الحضانة:

اختلفت آراء الفقه الحنفي حول مدى استحقاق الحاضنة لأجرة مسكن الحضانة، على أساس التمييز بين ما إذا لم يكن لها مسكن وما إذا كان لها مسكن، فتستحق أجرة المسكن إذا لم يكن لها مسكن، أما إذا كانت حائزة لمسكن ما فتلزم بحضانة الولد فيه ويسكن تبعا لها فلا تستحق أجرة المسكن.

(ب) رأي الفقه المالكي من أجرة مسكن الحضانة:

لم يفرقوا بين الحاضنة التي لها المسكن وتلك التي ليس لها مسكن وأجمع جمهورهم على أن سكنى الصغير على والده أو من عليه نفقته إلا الرضيع مدة الرضاعة، فقال البعض أنه لا سكنى له على أبيه فيكون سكناه على من يكون عندها، فأجرة مسكن الحضانة الذي يحضن فيه الولد تجب على من تلزمه نفقته لأن هذا متعلق بالنفقة على الولد، فلزم من يقوم بالإنفاق عليه، هذا فيما يتعلق بمسكن المحضون، حتى وإن كان للحاضنة مسكن تحضن فيه الصغير ويعين القاضي القدر من الأجرة الذي يتحمله ولي المحضون وهو في هذا يراعي مختلف الظروف ويحقق

1- عيسو أسماء، مرجع سابق، ص.42.

العدالة ما أمكن ويجب أن يأخذ بعين الاعتبار بأن الحاضنة لا تتحمل شيئا في المسكن الخاص بالولد، بالرغم من حيازتها للمسكن من عدمه[1].

وبالعودة إلى موقف القانون والقضاء من أجرة مسكن الحضانة نجد أن القضاء الجزائري طبق أحكام المذهب المالكي، حيث جعل نفقة المحضون من مال أبيه، حتى وإن كانت الحاضنة حائزة للمسكن من عدمه.

ثانيا: موقف القانون من أجرة مسكن الحضانة

بالرجوع إلى نص المادة 72 من (ق.أ.ج) التي تنص على أنه: "**في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة ، سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار**."[2].

وعليه يفهم من نص المادة أن المشرع الجزائري ألزم الأب صراحة بتوفير مسكن للحاضنة، وإن تعذر عليه ذلك فهو ملزم بدفع بدل الإيجار، والمشرع في هذه المادة أحسن ما فعل بإيجاد البديل المناسب في حالة تعذر إيجاد مسكن ملائم وذلك ضمانا لمصلحة المحضون، إذ يعتبر مسكن الحضانة حق مقرر صراحة للمحضون بالدرجة الأولى، وأن الحاضنة تستحقه بالتبعية للمحضون، إذ الحاضنة لا تفقد حقها في المطالبة بأجرة مسكن الحضانة على أساس أن هذه الأجرة تعتبر عنصر من عناصر النفقة.

ثالثا: موقف القضاء من أجرة مسكن الحضانة

إنّ نفقة الحضانة تجب من مال المحضون إذا كان له مال كما لو كان وارثا أو موهوبا له أو موصى له بأموال من قبل الأقارب، وإلا من مال أبيه أو من يكلف بنفقته عند عدم وجود الأب أو إعساره، لكن عمليا عندما يعرض على القاضي نزاع تطالب فيه المدعية من مطلقها نفقة

1- عيسو أسماء، مرجع سابق، ص.42.

2-أمر رقم 05-02، يتضمن تعديل قانون الأسرة، ، مرجع سابق.

شهرية لأبنائها المحضونين، ويفهم القاضي بالنفقة شقيها المتعلق بنفقة المعاش بالإظافة إلى بدل إيجار مسكن لممارسة الحضانة إن تعذر إيجار مسكن[1].

ومن شروط دعوى أجرة مسكن الحضانة، ألا يكون قد حكم للزوجة بنفقة شهرية لسائر لوازمها الشرعية، وغيرها من الشروط التي يجب أن تتوفر عند رفع دعوى المطالبة ببدل الإيجار[2].

والقاضي في حالة رفع دعوى المطالبة ببدل الإيجار يجد نفسه أمام مادتين المادة 72 والمادة 78 من (ق.أ.ج) فكيف يحكم لها بالأجرة ؟ هل يحكم لها بنفقة واحدة تتضمن مبلغ الأجرة في نفقة المعيشة للأبناء المحضونين طبقا لنص المادة 72 من (ق.أ.ج)؟أم يحكم لها بالنفقة طبقا لنص المادة 78 من (ق.أ.ج).

ففي كل الأحوال لاتفقد الحاضنة الحق في مطالبة أب المحضون بأجرة مسكن الحضانة، على أساس أن هذه الأجرة تعتبر عنصر من عناصر النفقة وهي من التزامات الأب تجاه أولاده المحضونين، إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع[3].

الفرع الثاني

المعايير المعتمدة لتقدير أجرة مسكن الحضانة

كما سبق الإشارة إليه فإنه للحاضنة الحق في المسكن لممارسة حق الحضانة فيه، وعليه فإذا كان للحاضنة مسكن قبل الحضانة أو متزوجة بذي رحم محرم للصغير، فلا حق لها في طلب أجرة مسكن الحضانة، وإذا لم يكن لها مسكن مملوك تسكن فيه أو لم تكن متزوجة بذي رحم محرم طلبت أجرة مسكن الحضانة لتحضن فيه الصغير فيجب لها فيمن تجب عليه الأجرة[4].

ويعتبر طلب الحاضنة لأجرة مسكن الحضانة طلبا احتياطيا تعتمده في حال عدم توافر مسكن ملائم وهذا بدليل نص المادة 72 من (ق.أ.ج)، هذا ويلزم الأب بأدائها في كل الأحوال

1- عيسو أسماء، مرجع سابق، ص.42.

2- مأمون محمد أبوسيف، اجتهادات قضائية في مسائل أ.ش، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2010، ص.62.

3- عيسو أسماء، مرجع سابق، ص.43.

4- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص.407.

لكونها عنصر من عناصر النفقة، ويجري التحقيق في إلزام الأب بأدائها، بالاعتماد عند تقديرها على معايير متعددة جد موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وهذا ما سيتم التفصيل فيه، والقاعدة العامة في تقدير النفقة مراعاة حال الطرفين وظروف المعاش وذلك بما يتناسب ودرجة يسار الأب دون النظر إلى المقدار الفعلي للأجرة الشهرية لمسكن الحضانة[1].

ومن بين هذه المعايير نجد:

أولا: المعيار المادي

يقصد بالمعيار المادي الحالة المادية للأب إذ يجب أن لا نحمل الأب مالا طاقة له، إذ يكلف الأب في حدود طاقته فحسب، فعلى الموسع أن يلتزم بما يتناسب وسعته[2].

فكما سبق وأن رأينا فإن معيار تقدير حالة الطرفين يعود للسلطة التقديرية للقاضي مراعيا فيها بالدرجة الأولى مصلحة المحضون، فتقرير أجرة مسكن الحضانة لا يجب أن يكون فيه إثراء للحاضنة والمحضون على حساب الوالد كي لا يكون الولد سببا في الإضرار بأبيه[3].

ثانيا: المعيار المكاني

يستند هذا المعيار إلى المكان الذي يتواجد فيه مسكن الحضانة، وبالتالي لتقدير أجرة هذا الأخير على القاضي النظر إلى المكان الذي هو متواجد فيه، وبالتالي إذا كان المسكن في منطقة نائية سيكون أجره أقل من أجرة مسكن متواجد في وسط المدينة أين تتوفر فيه كل المرافق الضرورية، وعليه فإن القاضي في هذه الحالة ما عليه إلا النظر إلى حالة المسكن إن كان ملائم متوفر على مرافق والأجدر أيضا النظر إلى حالة الأب المادية من يسر وعسر، دون إغفال مصلحة المحضون التي تأتي دائما في الدرجة الأولى[4].

1- موريس صادق، مرجع سابق، ص.95.

2- بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص.108.

3- سعيد أحمد شعلة، قضاء النقد في امتداد عقد الإيجار، منشأة المعارف، مصر، 1997، ص.79.

4- بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص. ص.109-110.

ثالثا: المعيار الزمني

باستقرائنا لنص المادة 80 من (ق.أ.ج) التي تنص على أنه: "**تستحق النفقة من تاريخ رفع دعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى**"، وعليه يفهم من نص المادة أن أجرة مسكن الحضانة كونها من النفقة الواجبة على الأب نحو أبنائه فإنها تستحق من يوم رفع الدعوى مع جواز الحكم بها لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفعها، وللقاضي سلطة مراجعة هذه الأجرة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة ولكن بشرط مضي سنة من تاريخ الحكم بها وفقا لنص **المادة 79 من (ق.أ.ج)**[1].

رابعا: معيار تعدد المحضونين

يعتبر هذا المعيار جد مهم في تقدير أجرة مسكن الحضانة فأجرة مسكن حضانة ولد واحد يختلف عن أجرة مسكن حضانة أكثر من ولد، وبالتالي فإنه من المفروض أنه كلما ازداد عدد الأولاد المحضونين زاد أجر المسكن لوجوب أن يكون فيه عدة مرافق وعدة غرف حسب عدد المحضونين، والنتيجة حسب ذلك ارتفاع أجرة ذلك المسكن وفي هذه الحالة فإن أجرة المسكن تكون حسب ظروف كل قضية على حدى[2].

الفرع الثالث

تحديد العلاقات الإيجارية

يعتبر الأب الطرف الأصيل بحسب الأصل الشرعي الملتزم بسداد أجرة مسكن الحضانة وذلك من دون مشاركة من طرف الأم في حالة يسار الأب، ومن الاجتهادات القضائية التي تؤكد بأن الأب هو الملتزم بأجرة مسكن الحضانة، قرار المحكمة العليا الذي ينص: "من المقرر قانونا أن أجرة مسكن الحضانة تكون على الوالد ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بالحكم ببدل

1- أمر رقم 05-02، يتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

2- عيسو أسماء، مرجع سابق، ص.45.

الإيجار للمطعون ضدها رغم أنها عاملة، لكون أجرة مسكن الحضانة تكون على الوالد طبقا لأحكام المادة 72 من (ق.أ.ج)، طبقوا صحيح القانون"[1].

غير أنه يمكن للحاضنة أن تلزم الأب بهذا الالتزام أي دفع بدل الإيجار طوال فترة استقلالها بالمسكن المؤجر، وذلك باعتبار الأجرة من نفقة الصغير أي تدخل ضمن المطالبة بالنفقة، وأمام بعض الإشكالات البارزة حول الملتزم بدفع أجرة مسكن الحضانة للمستأجر منه، سيتم إبراز العلاقات الناجمة عن عقد الإيجار كونه عقد لا يختلف عن غيره من العقود[2].

أولا: العلاقة بين أب المحضون والمؤجر

يعتبر الأب الطرف الأساسي في عقد الإيجار، وهو الطرف الوحيد في التعاقد مع المؤجر دون غيره، ولاعتبار هذا الطرح صحيح يجب أن يكون الأب هو الملتزم عينا بتوفير مسكن ملائم للحاضنة لممارسة الحضانة.

عليه وفي هذه الحالة يكون الأب ضمن العلاقة الإيجارية طيلة فترة الحضانة وما كل من الحاضنة والمحضونين إلا منتفعين بالتبعية في المسكن[3].

ثانيا: العلاقة بين الحاضنة والمؤجر

فكما سبق وأن أشارنا ووفقا لنص المادة 1/72 من (ق.أ.ج) فإن الأب الملتزم الأصيل في عقد الإيجار في حالة توفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة عينا، أما في حالة ما إذا التزم الأب أو حكم على الأب بدفع بدل الإيجار لمسكن الحضانة فهنا نجد الحاضنة هي الطرف الأصيل في عقد الإيجار كونها من تدفع بدل الإيجار من المبلغ الذي حكم به القاضي على الأب الملتزم بالنفقة، وعليه فإن العلاقة الإيجارية تكون بين المؤجر والحاضنة وتلتزم هذه الأخيرة بكل الالتزامات التعاقدية الواجبة وفي حالة الإخلال يفسخ العقد[4].

1- قرار، م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 189260 صادر بتاريخ 1998/04/21، قضية :(ت.م.ضد: ب.ف)، اجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001، ص.213.

2- مصطفى مجرى لقرحة، الجديد في الحيازة وفقا لأحدث التعديلات، ط.1، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص.134.

3- مرجع نفسه، ص.134.

4- طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.56.

غير أنه من المستقر عليه من الناحية الواقعية نجد أنه ومن أجل القيام باستئجار مسكن ملائم نكون أمام أزمة السكن أو أزمة غلاء الإيجارات مما يمكن للمدعية رفع دعوى جديدة بعد مرور سنة من دعوى الحكم بالطلاق وآثاره، التي قضت فيه المحكمة بنفقة المعاش للأولاد وتوفير مسكن أو بدل إيجاره، وذلك لمراجعة الحكم في جوانبه المادية لسبب غلاء المعيشة كون المبالغ السابقة المحكوم بها لم تعد كافية، فسابقا بعدما كان القضاة يحكمون ببدلات الإيجار بقيمة 5000دج، أعادوا التقييم وذلك لكثرة دعاوى المراجعة في الجانب المتعلق ببدلات الإيجار فرفعوا قيمتها إلى 7000 دج هذا من أجل ضمان مصلحة المحضون[1].

المبحث الثاني

الضمانات القضائية المتعلقة بمسكن الحضانة

يحتاج الصغير إلى من يعتني به لكونه عاجزا وغير مدرك لمصلحته بسبب فقدان أو نقص أهليته، فكان لابد من إسناد مصالحه والنظر في أموره إلى غيره. لذلك فإنّ كل التشريعات الحديثة تسعى إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به، ومن أجل ذلك قامت بوضع بعض المنافذ التي يستطيع من خلالها القاضي حماية هذا الأخير ورعاية مصالحه، وأهم منفذ وضعته التشريعات هي قاعدة مصلحة المحضون، وقد لقيت هذه القاعدة اهتماما كبيرا من طرف المشرعين إلى درجة أنها أصبحت القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية.

كما قام المشرع الجزائري بإنشاء صندوق النفقة للتكفل بالأطفال المحضونين وحماية حقوقهم بعد طلاق الزوجين، كما يعتبر تعدد دعاوى مسكن الحضانة مظهر من مظاهر الحماية القضائية لهذا الحق.

1- أنظر الملحق رقم4، ص، 79، من هذه المذكرة.

المطلب الأول

قاعدة مصلحة المحضون أولى بالرعاية

جعل المشرع الجزائري مبدأ مصلحة المحضون أساس كل حكم من أحكام الحضانة، فلقد خصص له في ظل أحكام قانون الأسرة الجزائري خمسة مواد من بين إحدى عشر مادّة، مما نلاحظ في هذا الصدد أن الحضانة بكاملها قائمة على مبدأ مصلحة المحضون، ومن ثمّة فهذه المصلحة هي التي تفسّر طرق إسناد الحضانة ومن يمارسها، والتي تجعل منها وظيفة ملزمة ومؤقتة نظرا لكون غالبية أحكام الحضانة اجتهادية تسمح بإمكانية إعادة النظر فيها إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك.

وإذا كانت قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة جديدة في القوانين العربية الحديثة إلا أنها قاعدة قديمة بالنسبة للشريعة الإسلامية، حيث كان يعمل بها في عهد الرسول – صلى اللّه عليه وسلم– ومن المواقف الإسلامية ما حدث بين أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب– رضي اللّه عنهما–، فقد روى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصم فرآه في الطريق فأخذه فذهبت جدته وراءه، وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق – رضي الّه عنه – فأعطاها إياه وقال لعمر: "ريحها ومسها وريقها خير له من الشهد عندك"[1].

الفرع الأول

مفهوم قاعدة مصلحة المحضون

يتضح من خلال نصوص قانون الأسرة الجزائري أنّ المشرع يأخذ بقاعدة مصلحة المحضون، لكنّه لم يضع لها تعريفا عاما ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة

1– نقلا عن بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون خاص، جامعة "بن يوسف بن خدة" الجزائر، 2006–2007، ص. 103.

لكونها تتعلق بالحياة، والحياة مشكّلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبق[1].

وعلى الرغم من عدم وضع تعريف يضبط قاعدة مراعاة مصلحة المحضون إلا أنّ هناك مميزات وخصائص تنفرد بها يمكن إبرازها كالتالي:

أولا: مميزات قاعدة مصلحة المحضون

عرّف الإمام أبو حامد الغزالي مصلحة المحضون بأنّها"عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإنّ جلب منفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة وإذا أطلقنا المعنى المحيل أو المناسب في باب القياس فإننا نعني به هذا الجنس"[2].

ومنه يمكن النظر إلى قاعدة مصلحة المحضون من زاويتين أساسيتين وهما:

(أ) قاعدة مصلحة المحضون قاعدة شخصية وذاتية:

أي أنها تتعلق بكل طفل على حدى، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات والمحيط الذي يعيش فيه، فمصلحة أطفال البدو تختلف عن مصلحة أطفال المناطق الشمالية– أي المدينة– فإذا كان الانقطاع عن المدرسة عند البدو لا يعد مساسا بمصلحة الطفل، فإنّ ذلك يعد من أسباب سقوط الحضانة في المناطق الشمالية لما فيه من تقصير في تربية الولد ومتابعة تعليمه، كما أن مصلحة الطفل حديث الولادة تختلف عن مصلحة الطفل الذي يبلغ السادسة أو السابعة من العمر[3].

1– حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 1999–2000، ص.76.

2– نقلا عن أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج.1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2002، ص.ص.286–287.

3– حسيني عزيزة، مرجع سابق، ص.ص.77–78.

(ب) قاعدة مصلحة المحضون ليست ثابتة بل هي قابلة للتغير: فما كان يصلح للمحضون في وقت معين لا يصلح له في وقت آخر، فهي قاعدة مرنة ومطاطة تتأقلم مع الظروف المكانية والزمنية وتختلف من قاضي إلى آخر حسب قناعته الشخصية[1].

ثانيا: عناصر قاعدة مصلحة المحضون

وضع المشرع الجزائري معايير وأسس موضوعية يمكن الاستعانة بها لتحقيق مصلحة المحضون كونها جاءت عامة في صياغتها، ويحكم هذه القاعدة عنصران أساسيان وهما:

(أ) تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية

إنّ أول معيار يلجأ إليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي والروحي الذي يشكل معيارا جوهريا للمصلحة، ولا شك أنّ الفقه لا يعارض هذا المعيار بل يؤكده، ولهذا تستدعي طبيعة المصلحة المعنوية الاعتماد على النتائج الطبية، منها النفسية والعامة لتوضيح أهمية العنصر النفسي في حياة الطفل، حيث يدمج الأطباء الحب والحنان من بين الحاجات الأساسية للطفل أثناء نموه ويؤكدون على فعالية دور الأم في هذه المرحلة، وتكمن أهمية هذا المعيار في درء المخاطر على المجتمع ككل، فالحرمان العاطفي يؤثر على سلوك الطفل ويؤدي به إلى الانحراف[2].

ويفسر الأستاذ محمد فتحي سلوك المنحرف بأنه" تعبير رمزي للانتقام لما سلب منه من حب وحنان"[3].

فتحقيق المصلحة المعنوية مرتبط ارتباطا تكامليا بالمصلحة المادية، فإذا كان الأب مكلف بتأمين نفقة الطفل من مأكل وملبس ومصاريف وعلاج ودراسة، فهذا ليس معناه إهمال العناية النفسية والتربوية المناطة به[4].

1- بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص.104.

2- حميدو زكية، مرجع سابق، ص.ص.110-112.

3- مرجع نفسه، ص.112.

4- حسيني عزيزة، مرجع سابق، ص.ص.78-79.

(ب) تحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل

إذا كان الفقهاء يغلبون المصلحة المعنوية على المادية، فإنّ ذلك لا يعني أنهم ينكرون الجانب المادي، فإسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح، لأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية من مأكل وملبس ومسكن وغير ذلك، تجعله يحس بالاطمئنان والاستقرار، كما أن المشرع الجزائري لم يتوان في النص على هذا الجانب إذ أقر للمحضون جملة من الحقوق كحقه في الإنفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الكسب لصغره أو لعجزه أو لسبب التعليم[1]. فتنص المادة 75 من(ق.أ.ج) على ما يلي:"**تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب**"[2].

كما أنّ المشرع حدد مشتملات النفقة في المادة 78(ق.أ.ج) ومن بينها الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة[3].

إذن على الحاضن أن يوفر للمحضون الأمن والاستقرار ولا يتأتى ذلك إلا إذا كان الحاضن ذاته مستقرا، فإيواء الطفل نوع من النفقة وهذا ما يجنبه التسول أو التشرد، فإلى جانب المأكل والملبس فإنّ السكن من قمة الحاجات الإنسانية في حياة كل إنسان والطفل خصوصا، حيث يعتبر إسكانه مظهر من مظاهر رعايته ووسيلة لكرامته ومصدرا لسلامته.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

جعل المشرع الجزائري قاعدة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل إعتبار غير أنه مراعاة لهذه المصلحة، أعطيت للقاضي كامل الصّلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون،

1- طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.67.

2- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

3- راجع المادة 78 من قانون رقم 84-11، مرجع نفسه.

وتختلف سلطة القاضي من قضية إلى أخرى فلكل قضية ظروفها المحيطة بها مما قد يؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة، وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة له، وجب عليه اللجوء إلى وسائل أهمها:

أولا: التحقيق والمعاينة

للقاضي الاستماع إلى الأطراف وتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له الاعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين وطلب حضور أحد الأطراف أو إجراء تحقيق، ويجوز للقاضي أيضا الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة للمعاينة ومعرفة الظروف المحيطة به، كمدى قرب المسكن من المدرسة وبعده أو ضيق المسكن أو اتساعه، فهذه الأمور يعتمد عليها القاضي عند تقريره إسناد الحضانة إلى مستحقيها[1].

وهذا طبقا للفقرة الأولى من المادة 146 من(ق.إ.م.إ) التي تنص على مايلي:"**يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك**"[2].

ثانيا: تعيين خبير

إذا رأى القاضي أن النزاع يستدعي تعيين خبير، أو عدة خبراء كان له ذلك مع تحيد مهمته أو مهمتهم، ويكون اللجوء إلى الخبرة عادة في الأمور الصحية، كما يمكن اللجوء إليها بطلب من الخصوم[3]. استنادا لنص المادة 126 من(ق.إ.م.إ) التي تنص:"**يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة**"[4].

1- بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص.108.

2- قانون رقم 09-08، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. عدد21، صادر في 25 فيفري 2008، يعدل ويتمم قانون رقم 66-154 مؤرخ في 8 جوان 1966، ج.ر عدد45، صادر في 08 جوان 1966.

3- حسيني عزيزة، مرجع سابق، ص.83.

4- قانون رقم 09-08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

يتبين من هذا النص السلطة التقديرية الممنوحة لقاضي الأحوال الشخصية والذي يستطيع من تلقاء نفسه أن يأمر بإجراء خبرة عن طريق أشخاص تتوفر لديهم كفاءات ومؤهلات علمية لدراسة حالة المحضون والحاضن الصحية والنفسية، ومع ذلك فإنّ رأي الخبير غير ملزم للقاضي فهو مجرد رأي يستأنس به القاضي في حكمه، فرأي القاضي مستقل تماما عن رأي الخبير.

ثالثا: الاستماع إلى أحد أفراد العائلة

يجوز للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهارهم أو أحد أفراد العائلة، وذلك من أجل جمع المعلومات التي تساعده على ترجيح رأيه، في حين أنه لا يتم سماع شهادة الأبناء أو الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم، بالإضافة إلى أنه قد تدلى شهادتهم بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط[1].

وعليه فإن القاضي عند إصداره للأحكام القضائية يراعي دائما مصلحة المحضون وفي هذا الشأن صدر قار عن المحكمة العليا حيث جاء فيه أن إسقاط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب دون التحقق من ظروف المحضونين ومراعاة مصلحتهم يعد قصورا في التسبيب[2].

وما يمكننا القول أنّ قوام الحضانة وآثارها وخصوصا ما تعلق بتوفير مسكن ممارسة الحضانة، هو تحقيق المصلحة الفضلى للمحضون وعلى الرغم من تمتع القاضي بالسلطة التقديرية في إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة إلا أنه يصعب عليه في بعض الحالات اختيار الحكم الصائب وهذا نظرا للصعوبات التي يصادفها، ومن بينها عدم تجزئة الحضانة وهذا ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا[3].

1- حسيني عزيزة، مرجع سابق، ص.108.

2- قرار، م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 302428 مؤرخ في 05/21 /2003 ، (قضية: ب س ضد: م ع)، اجتهاد قضائي للمحكمة العليا، مجلة قضائية، عدد2، 2003، ص285.

3- أنظر قرار، م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 275990 مؤرخ في2002/07/31، (قضية:ت ف ضد: ت ب)، اجتهاد قضائي، مجلة قضائية، عدد2، 2003، ص.300.

وحسب رأينا فإنّ مبدأ عدم تجزئة الحضانة، مبدأ لا يخلو من النقد كون أنّ مصلحة الطفل تختلف باختلاف عمره وجنسه فما يكون أصلح لطفل عمره عشر سنوات لا يكون أصلح لطفل عمره سنة أو بضعة شهور.

الفرع الثالث

قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في ظل قانون الأسرة الجزائري

ذكر المشرع الجزائري قاعدة مراعاة مصلحة المحضون لتقرير حقه في المسكن في المواد المعالجة لموضوع الحضانة وذلك في الفصل الثاني من الباب الثاني ويمكن إبرازها في النقاط التالية:

-عند ترتيب أصحاب الحق في الحضانة جعل المشرع الأم أولى بالحضانة، لكنّه في الأخير ربط هذا الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون وهذا ما نصت عليه المادة 64(ق.أ.ج) التي سبق ذكرها، كما ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون[1].

- اشترطت المادة 65 من(ق.أ.ج) في الحكم القاضي بإنهاء الحضانة مراعاة مصلحة المحضون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها[2]، وما يمكن قوله حول مسألة انتهاء مدة الحضانة هو أنّ المشرع لم ينص ولم يتحدث عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة، رغم أن الفقهاء المسلمون قد اهتموا كثيرا بهذه المسألة إلا أنهم لم يأتوا لنا برأي واحد متفق عليه بل جاءوا بآراء مختلفة، فمنهم من قال بأن الولد المحضون يعود إلى أبيه بحكم الشرع وليس له حق الخيار بين أبويه، في حين هناك من يقول بأنّ المحضون يخير بين اللجوء إلى أبيه أو أمه[3].

1- قرار، م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 153640، مؤرخ في 1997/02/18، مجلة قضائية، عدد.1، 1997، ص.39. نقلا عن بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص.105.

2- قرار، م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 257693، صادر بتاريخ 2001/02/12، مجلة القضائية، عدد2، 2002، ص.436.

3- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.299.

ولكن حسب رأينا فإنه من الأفضل أن يخير المحضون بين الإقامة مع أمه أو مع أبيه لأنّ المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة يكون في سن تسمح له بأن يدرك مع أي منهما يرتاح أكثر وبالتالي فمن حقه اختيار المكان الذي يراه أنسب وأصلح له.

كما يلاحظ أنّ المشرع الجزائري نصّ على مراعاة مصلحة المحضون أيضا في نص المادة 66(ق.أ.ج)، عندما تكلم على سقوط الحضانة في حالة اختلال أحد الشروط ومن بينها تنازل الحاضنة عن حضانة المحضون، غير أنه لا يعتد بتنازل الأم عن أولادها إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون، طبقا لما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها في قضية (ر د ن ضد: م ع)[1].

ففي هذه الحالة تجبر الأم على حضانة أولادها لأنّ مصلحتهم تقتضي ذلك ولا تسند حضانتهم إلى غيرها فقط لمجرد عدم رغبتها في ذلك.

بالإضافة إلى ماسبق، راعى المشرع مصلحة الطفل وأخذ بها حتى في حالة إسناد الحضانة إلى شخص يستوطن في بلد أجنبي، حيث ترك مسألة إسناد الحضانة أو إسقاطها خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي، وذلك في إطار مراعاة مصلحة المحضون، وهذا ما أشارت إليه المادة 69(ق.أ.ج)[2].

يتضح أنّ المشرع الجزائري أخذ بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون وجعلها القاعدة الواجبة التطبيق عند الحكم بالحضانة أو إسقاطها أو عند تقرير الحق في مسكن الحضانة، إلاّ أنّه أخضعها في نفس الوقت إلى السلطة التقديرية للقاضي.

1- قرار، م.ع، غ. أ. ش، قرار رقم 189234 مؤرخ في 1998/04/21، اجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001، ص.175.

2- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

الفرع الرابع

إنشاء صندوق النفقة رعاية لمصلحة المحضون

يندرج القانون الجديد رقم 15-01[1]، المتعلق بإنشاء صندوق النفقة وكذا المرسوم التنفيذي الذي جاء تطبيقا له والذي يبين كيفيات تسيير حساب المال المخصص للصندوق[2] ضمن إصلاح قطاع العدالة ولقد جاء لرفع الغبن عن المرأة والطفل المحضون، كما يقر النفقة للمرأة بموجب حكم قضائي بعد قرار الطلاق، وبعد تضرر الطفل من تعنت الأب في دفع النفقة، ولأنّ الإجراءات بطيئة، جاء الصندوق وأوجب آليات حتى يتم تحصيل النفقة، وللاستفادة من صندوق النفقة لا بد من توفر شروط وهي:

- صدور حكم يقضي بالنفقة للأطفال المحضونين والمرأة المطلقة، ويشمل النفقة بشقيها: نفقة المعاش والمسكن.

-تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القضائي الذي حكم بالنفقة بسبب امتناع المدين عن الدفع أو عجزه.

وتتم إجراءات الاستفادة بعد تقديم طلب إلى القاضي رئيس قسم شؤون الأسرة مرفقا بوثائق معينة، أين يبت القاضي المختص في الطلب بأمر ولائي غير قابل لأي طعن ليتم تبليغ الأوامر الصادرة عن القضاء من قبل أمانة الضبط ويتدخل القاضي الجزائي في حالة التصريح الكاذب، وبعد الفصل في الطلب أمام المحكمة تباشر مديرية النشاط الاجتماعي الإجراءات لصرف المبلغ للمرأة الحاضنة شهريا، والذي تتولى دفعه المديرية إلى حين سقوط حق المستفيد في النفقة أو ثبوت دفعها من قبل المدين بها، فمهمة الوزارة الدفع وتحصيل المبالغ التي دفعها صندوق النفقة

1- قانون رقم 15-01، مؤرخ في 04 جانفي 2015، يتعلق بإنشاء صندوق النفقة، ج.ر عدد1، صادر في 07 جانفي 2015.

2- مرسوم تنفيذي رقم 15-107 مؤرخ في 21 أفريل 2015، يحدد كيفيات حساب التخصيص الخاص رقم 142-302 الذي عنوانه"صندوق النفقة"، ج.ر عدد 22، مؤرخ في 29 أفريل 2015.

من المدين بها[1]. وما نلاحظه من القانون رقم 15-01، المتعلق بإنشاء صندوق النفقة أنّه وسيلة في يد الأب للتهرب من دفع النفقة وفي الوقت نفسه وسيلة تسهل للحاضنة الحصول على النفقة، كما أن هذا الصندوق جاء حماية للمرأة المطلقة دون الاهتمام بمصير الأرملة.

المطلب الثاني

أنواع الدعاوى المتعلقة بحق المحضون في السكن

من أجل استيفاء المحضون لحقه في السكن، مكن المشرع الحاضنة من حق اللّجوء إلى القضاء للمطالبة بمسكن لممارسة الحضانة، سواء كان ذلك عند الحكم بالطلاق أو عند الحكم بإسناد الحضانة[2]، مع العلم أنه ومن أجل رفع دعوى قضائية ينبغي أن تتوفر في المدعي الشروط القانونية لرفع الدعوى من صفة ومصلحة وأن ترفع الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة لمحكمة مكان ممارسة الحضانة[3].

فبالرجوع إلى نص المادة 72 من (ق.أ.ج) نجد أنّ المشرع أعطى حق توفير مسكن للمحضون وقرره وكفله بالحماية من خلال تقرير حق اللّجوء إلى القضاء كأصل عام أو تقديم بدل الإيجار في حالة تعذر التنفيذ العيني[4].

أين تتنوع وتتعدد الدعاوي المتعلقة بحق المحضون في السكن بين الدعاوي المدنية (الفرع الأول)، وكذا دعاوى جزائية متعلقة بهذا الحق (الفرع الثاني)، وأخيرا دعاوى استعجالية في قضايا شؤون الأسرة (فرع ثالث)

1- المحور اليومي، قانون إنشاء صندوق النفقة رقم 15-01 لحماية حقوق الأطفال المحضونين، تمّ الإطلاع علي بتاريخ 2015/05/20، على الساعة 13:30 زوالاhttm:// jawahir.echorouqoline.com/articles/1845.htm

2- طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.90.

3- راجع المواد رقم: 13 فيما يتعلق بشرط توفر الصفة والمصلحة، والمادة 4/426 فيما يخص الاختصاص الإقليمي للمحاكم، من القانون رقم 08-09 متعلق ب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

4- طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.91.

الفرع الأول:

الدعاوى المدنية

باعتبار حق المحضون في المسكن من الآثار المترتبة على الحضانة، وبكون هذه الأخيرة من الدعاوى المدنية فإنه وبالتبعية تكون دعوى المطالبة بمسكن لممارسة الحضانة من الدعاوى التي تتفرع عنها عدة دعاوى، وهذا ما سيتم التفصيل فيه.

أولا: دعوى توفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة

نجد أن المشرع كان حريصا على الاعتناء بإجراءات التقاضي لضمان سرعتها وتبسيطها، وأمام التوجه الجديد الذي اتخذه المشرع في مدونة شؤون الأسرة بخصوص مراعاة المصلحة الفضلى للطفل المحضون نجد أنه كان حريصا على حماية هذه المصلحة، إذ يمكن للحاضنة أن تتمسك بهذا الحق وذلك بالتبعية إما للدعاوي المتعلقة بالطلاق أو بإسناد الحضانة[1].

(أ) طلب توفير مسكن ملائم للحضانة أثناء النظر في دعوى الطلاق

وفقا لنص المادة 72 من (ق.أ.ج) فإنه يحق للمرأة المطلقة أن تطلب مسكن لممارسة الحضانة أو نفقة بدل الأجرة في حال امتنع الزوج عن توفير مسكن لممارسة حضانة الأولاد حتى بعد صدور الحكم بالطلاق[2]إذ عند إثارة دعوى الطلاق فإن قاضي شؤون الأسرة ينظر وفقا لنص المادة 423 من (ق.إ.م.إ) التي تنص على ما يلي: "**ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوي التالية:**

الدعاوي المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.....الخ" [3].

1- أمزيان محمد، القضاء المستعجل في القضايا الأسرية "الحضانة والنفقة نموذجا"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمق، شعبة: القانون الخاص، وحدة: التكوين والبحث تشريعات الأسرة و الهجرة، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، سنة 2008-2009، ص.8.

2- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

3- قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

يفهم من نص المادة أنّ قاضي شؤون الأسرة بمجرد إثارة دعوى فك الرابطة الزوجية أمامه، فإنّه بطبيعة الحال ينظر في الأمور التابعة لهذه الدعوى ومن بين هذه التوابع نجد موضوع الحضانة الذي يعد من المسائل الجوهرية والجدية التي يتفطن إليها قاضي شؤون الأسرة.

ومنه يجوز للزوجة عند الحكم بالطلاق أن تطالب بإسناد الحضانة لها وما يتبعها من آثار كالنفقة ومسكن الحضانة، على أن تبقى في مسكن الزوجية حتى تنفيذ الأب لالتزامه وهذا ما تم النص عليه في المادة 2/72 من (ق.أ.ج)، ومن بين القرارات التي استقر عليها الاجتهاد القضائي أيضا أن الحكم بالحضانة وبتوفير مسكن للمحضون يكون في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق[1] مراعيا في ذلك مصلحة المحضون، إذ أن رفض الفصل في مسألة الحضانة في حالة الطلاق على الحال يعد بمثابة امتناع عن الحكم وإضرار بينا للمحضون، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها[2]، وبمجرد رفض دعوى المطالبة بالحضانة وبمسكن لممارسة الحضانة يحق للمطلقة أن تستأنف الحكم الرافض بالفصل في دعوى الحضانة أو دعوى المطالبة بالمسكن لممارسة الحضانة وفقا لنص المادة 2/57 من (ق.أ.ج) التي تنص على أنه: " **تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف**"[3].

(ب) طلب توفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة أثناء النظر في دعوى إسناد الحضانة:

إنّ مسألة إسناد الحضانة غالبا ما تثور في حالة عدم الحكم بها أثناء النظر في دعوى الطلاق أو في حالة سقوط الحق في الحضانة أو حالة وفاة من أسندت له، في هذه الحالة يحق لمن تتوفر فيه الشروط القانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة المختصة بموجب دعوى أصلية يطالب فيها بإسناد الحضانة له[4] وبتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار،

1- قرار، م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 24148، مؤرخ في 1980/11/02، نشرة القضاة، سنة 1981، ص.83. نقلا عن طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.103.

2- قرار، م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 251682، مؤرخ في 2000/11/02، (قضية: ص-ف، ضد: س- أ)، مجلة قضائية، عدد خاص، صادر في 2001، ص.290.

3- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

4- أيت عكوش وزنة وبن كرو نوال، مرجع سابق، ص.42.

ولاستصدار حكم بالحضانة يجب على المعني تقديم عريضة كتابية موقعة منه أو من المحامي أو تصريحا شفهيا إلى كتابة الضبط يبين فيها قرابته من المحضون ويوضح فيه الأسباب والمبررات التي دفعته إلى طلب الحضانة وإثبات توفر شروطها فيه، فإجراءات دعوى الحضانة تخضع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نص المشرع في المادة 2/423 منه أنّ قاضي شؤون الأسرة ينظر وعلى الخصوص في دعاوي النفقة والحضانة وحق الزيارة[1].

ثانيا: دعوى تمديد الانتفاع بالمسكن أثناء دعوى تمديد الحضانة:

بالرجوع إلى نص المادة 65 من (ق.أ.ج) نجد أن المشرع حدد مدة الحضانة لكل من الأنثى حتى بلوغ سن الزواج القانونية وكذا الذكر ببلوغه عشر سنوات، إلا أن المادة أتت باستثناء وذلك من خلال إمكانية تمديد مدة الحضانة إذ للقاضي سلطة التمديد إلى سن ستة عشر سنة بالنسبة للذكر، وذلك بتوفر مجموعة من الشروط والتي سبق وأن تعرضنا إليها في الانقضاء الطبيعي للحق في الحضانة[2].

وبتوفر هذه الشروط يجوز للأم التي لم تتزوج أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشرة سنة دون سواها من الحواضن.

ثالثا: دعوى بدل أجرة مسكن الحضانة:

من المستقر عليه قانونا أن المسكن مخصص للحضانة وللمحضون نفقة الحضانة، عليه فإنّ الأب ملزم بتوفير المسكن للمحضون كون هذا الأخير يعد من مشتملات النفقة فالأب ملزم بذلك وإن تعذر عليه توفير مسكن ملائم فهو ملزم بدفع بدل الإيجار وفقا لنص المادة 72 من (ق.أ.ج).

عندما يحكم القاضي بالطلاق بين الزوجين وبنفقة أبنائهم وبإسناد الحضانة للأم قد يغفل عن مسألة المسكن ولا يثيرها، في هذه الحالة يمكن لها استئناف الحكم القاضي بالطلاق وبإسناد

1- عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الكتاب الحديث، مصر، 2011، ص.248.

2- مرجع نفسه، ص.248.

الحضانة أمام غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس المختص والمطالبة بمراجعة الحكم وذلك بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة أو ببدل الإيجار طبقا لنص المادة 332 من (ق.إ.م.إ) والتي تنص " **يهدف الاستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة**"[1].

ومن شروط رفع دعوى المطالبة بأجرة المسكن نجد:

- ألاّ يكون قد حكم للزوجة بنفقة شهرية لسائر لوازمها الشرعية.
- ألاّ يكون حكم نفقة الصغير تضمن أجرة المسكن صراحة.
- لابد أن تدعي بأن الصغير فقير لا مال له.
- لابد من التصريح في الدعوى أنّه لا يوجد للمدعية مسكن تحضن فيه الصغير.
- لابد أن تدعي أن المدعي عليه موسر لصحة الدعوى[2].

أمّا عن تحديد تاريخ تسديد بدل الإيجار فهناك عدة أراء مختلفة فهناك من يجعله من تاريخ صدور الحكم، وهناك من يجعله من تاريخ النفقة غير أن الاجتهاد القضائي حسم هذا الأمر في إحدى قرارات المحكمة العليا، أين تؤكد فيه أنه يمكن المطالبة ببدل الإيجار المعتبر من مشتملات النفقة المستحقة للمحضون، في أي وقت ولا يمكن التمسك بخصوص حجية الشيء المقضي فيه[3].

غير أنه بالرغم من تقرير حق الحاضنة في اللجوء إلى القضاء للمطالبة ببدل الإيجار إلاّ أنّ هذا الحق نسبي، إذ هناك مجموعة من الحالات التي تؤدي إلى سقوط هذا الحق ومن بين هذه الحالات نجد:

_ تزوج الحاضنة يفقدها الحق في المطالبة بالمسكن لأن نفقتها تجب على زوجها.

_ تسقط بإبراء مقابل الطلاق.

_ في حالة انتقال الحاضنة إلى الجدة التي تسكن مع الجد.

1- قانون رقم 09-08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

2- مأمون محمد أبوسيف، اجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2010، ص.ص.62-63.

3- قرار م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم481857، صادر بتاريخ 2009/01/14 (قضية : ب.أ، ضد: م.ج)، اجتهاد قضائي للمحكمة العليا، مجلة قضائية، عدد2، سنة 2009، ص.292.

_ إذا عاد الصغير إلى الولي فتسقط الأجرة.

وبالإضافة إلى إمكانية اللّجوء إلى القضاء للمطالبة ببدل الإيجار يمكن للحاضنة أن تطلب الزيادة أي رفع بدل الإيجار نظرا لأن المجتمع في تغير مستمر وأزمة السكن في تزايد مستمر وما على الحاضنة في هذه الحالة إلا إثبات عدم كفاية قيمة بدل الإيجار الممنوحة لها حيث أصبح المبلغ الملتزم به قضائيا زهيد مقابل مبلغ إيجار السكنات[1].

رابعا: دعوى استرداد الأب لمسكن الحضانة ووقف سداد بدل الإيجار:

من المتعارف عليه أن ممارسة الحضانة مقصورة في مدة زمنية معينة إذ الأنثى بالزواج والذكر ببلوغه سن ستة عشرة سنة، وهذا في حالة ما استعمل القاضي سلطته في تمديد الحضانة، وعليه فإن حق الحاضنة في المسكن أو بدل الإيجار حق مرهون بمدة الحضانة إذ أن حقها مقصور على الانتفاع لا على سند الملكية، مما يدل على أن الزوج المطلق له الحق في استرداد مسكنه أو توقفه عن دفع بدل الإيجار في حالة التزامه بذلك.

ففي هذه الحالة فإن الحاضنة ملزمة بترك مسكن الحضانة بانقضاء مدة الحضانة القانونية، ويسقط حقها في المسكن بقوة القانون مع احتفاظ الزوج المطلق بحقه في المطالبة فيه مما يمنحه حق اللّجوء إلى القضاء المختص لاستصدار حكم باسترداد مسكنه حيث يعتبر ذو صفة قانونية في رفع طلب استرداد مسكن الحضانة، ذلك بتحريك دعواه أمام المحكمة التي منحت للحاضنة الحق في المسكن حال الحكم لها بذلك، فإن كان اختصاص الفصل في دعوى المسكن يعود للقاضي المختص في موضوع الطلاق وليس للقاضي المدني على أساس أن تقرير حق المسكن أثر من آثار الطلاق [2].لذا فمن باب أولى أن يعود له الاختصاص بالنظر في طلب استرداد الزوج المطلق لمسكنه، وليس للحاضنة أن تعترض على دعوى المطلق بالاسترداد بإدعائها اعتياد الإقامة بالمسكن[3].

1- مأمون محمد أبوسيف، مرجع سابق، ص.ص.65-67.

2- قرار م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 33849، صادر بتاريخ 1984/12/31، مجلة قضائية، عدد4، سنة1989، ص.111. نقلا عن، بوقرة أم الخير، مرجع سابق.ص.132.

3- مرجع نفسه، ص.ص.133-134.

الفرع الثاني

الدعوى الجزائية

بالرجوع إلى نص المادة 78من(ق.أ.ج) نجد أنها تنص على مشتملات النفقة من غذاء، كسوة، علاج، مسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وعليه فإنّ كل من السكن أو أجرته يعتبران من مشتملات النفقة حسب تعداد المشرع لمشتملات النفقة إذن فعدم توفير المسكن أو عدم دفع بدل الأجرة للحاضنة بعد صدور الحكم بوجوب هذه النفقة وتكليف المطلوب بالتنفيذ وامتناعه عن ذلك لمدة تفوق شهرين يكون مرتكبا لجريمة عدم تسديد النفقة المحكوم بها قضائيا طبقا لنص المادة 331من(ق.ع) التي تنص على أنه: "**يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000دج إلى 300.000دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة عليه إلى زوجه وأصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم، ويفترض أن عدم الدفع عمدي مالم يثبت العكس ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد 37-40-329من (ق.إ.م.إ)، تختص أيضا بالحكم في الجنح في هذه المادة محكمة موطن أو محل الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة و يضع صفح الضحية بعد دفع النفقة المستحقة حدا للمتابعة الجزائية**" [1].

وللقاضي في حالة ما إذا امتنع المحكوم عليه بأداء النفقة وكان موسرا وله مال ظاهر يجوز فيه للقاضي بيع أمواله وإعطاء المحكوم لها بذلك ما تنفق منه، وإن كان معسرا وليس له مال ظاهر كان لمن حكم لها بالنفقة أن تطلب إلى القاضي حبس المدين بالنفقة[2]. ولقد استقر الاجتهاد القضائي على أن الدعوى العمومية تنقضي في حالة سحب الشكوى إذا كانت شرطا لازما

1- أمر رقم66- 156، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات ج.ر عدد49، مؤرخ في 11جوان 1966، معدل ومتمم بقانون رقم 23/06، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج.ر عدد 84، صادر في 24 ديسمبر 2006، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 11- 14، مؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر عدد44، صادر في 10 أوت 2011.

2- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.148.

للمتابعة هذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها أنه" من المقرر قانونا أنه تنقضي الدعوى العمومية في حالة سحب الشكوى إذا كانت شرطا لازما للمتابعة، ولما كان ثابت من قضية الحال أنّ الجريمة تتعلق بجنحة عدم دفع النفقة، وأنّ سحب الشكوى أو التنازل عنها في قضية الحال لا يفضي إلى انقضاء الدعوى العمومية باعتبار أن الشكوى ليست لازمة للمتابعة، علما أنه عند مراجعة أوراق الملف تبين أن الطرف المدني لم يسحب شكواه بل طالب بتأييد الحكم المستأنف فيه" [1].

فمن الأسباب المؤدية إلى اللجوء إلى الدعوى الجزائية عدول الملتزم عن التنفيذ حيث تثار عدة إشكالات في التنفيذ، ومنها تلك التي تثار من قبل الحاضنة أو تلك التي تثار من قبل الأب، فالنزاع القضائي لا يتوقف عند الفصل فيه بموجب حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بل يمتد كذلك إلى مرحلة التنفيذ أين نجد عدة إشكالات، من بين هذه الإشكالات ما يتم إثارته من قبل الحاضنة باعتبارها المنفذ لمصلحتها، فتنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بتوفير مسكن للحاضنة لممارسة الحضانة هو تنفيذ مخالف لما يقتضيه مبدأ الملائمة من جهة وأنّ مصلحة المحضون تقتضي أن يتوفر هذا المسكن على جملة من الشروط الأساسية والمرافق الضرورية حتى يصبح لائقا لممارسة الحضانة تحقيقا لغاية المشرع، وفي حالة عدم الالتزام تلجأ للمتابعة الجزائية كما سبق الإشارة إليه[2].

غير أنه وبالرجوع إلى الناحية التطبيقية نجد أن الجهات القضائية الجزائية واجهت عدة دعاوى تعسفت فيه الحاضنة في استعمال حقها للمسكن بشكل تعسفي، أين قامت فيه الحاضنة برفع دعوى جزائية ضد الأب لعدم تسديد النفقة وذلك فيما يتعلق بشق توفير مسكن لممارسة الحضانة، أين نجد الحاضنة تدعي في المسكن عدم الملائمة والتي أكد عليها المشرع الجزائري أين أُلْزم فيه الأب بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة بدليل نص المادة 72 من (ق.أ.ج)، وذلك إما لرغبتها في توفير مسكن قريب من مكان عملها أو قريب من أهلها بحجة عدم الملائمة

1- قرار م.ع، غ.ج، قرار رقم 164848 صادر بتاريخ 1998/07/21، (قضية: أ.أ ضد: م.ي و النيابة العامة)، مجلة قضائية، عدد 2، سنة 1998، ص.150.

2- طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.ص. 110-111.

وتدعي أنّه لا يخدم مصلحة المحضون أو لكونها ليست بحاجة أصلا للمسكن، وإنما تريد بدل الإيجار لتستحوذ على الثمن (الأجرة) وتسكن في بيت أهلها، أو رغبة منها في الإضرار والانتقام من مطلقها وجره أمام المحاكم.

وقد صدرت عن الجهات القضائية الجزائية بهذا الخصوص عدة أحكام قضائية تبين فيه تعسف الحاضنة، وحكمت فيه محكمة الجنح ببراءة الزوج كونه ملزم بتوفير مسكن ملائم فقط وليس شرط أن يكون في مركز عمل المرأة أو في مكان إقامتها[1].

الفرع الثالث

دور القاضي الإستعجالي في القضايا المتعلقة بمسكن الحضانة

من بين الخصائص التي يتميز بها القضاء الإستعجالي، البساطة في الإجراءات والمرونة وقلة تكلفة الرسوم وسرعة البت في كل ما يعرض عليه من النزاعات التي يخشى عليها فوات الوقت، وذلك بهدف حماية حقوق الأطراف حماية مؤقتة وعاجلة في انتظار الفصل في موضوع الدعوى الذي يترك أمره لمحكمة الموضوع.

عليه باعتبار القضاء المستعجل مؤسسة استثنائية هدفها صيانة الحقوق المهددة بالأخطار وتوفير الحماية الوقتية للمكتسبات إلى حين الفصل في أصل دعواها، بشرط توفر عنصر الاستعجال وكذا عدم المساس بجوهر النزاع[2].

فالسؤال المطروح ماهي اختصاصات قاضي الاستعجال في موضوع مسكن الحضانة؟ وإلى أي مدى يمكن اعتباره فعال في حماية مصلحة المحضون؟

بالعودة إلى نص المادة 425 وكذا نص المادة 460 من (ق.إ.م.إ) نجد أن دور قاضي الاستعجال احتياطي إذ يقوم باتخاذ التدابير المؤقتة على وجه الاستعجال، إذ أنه غالبا ما نجد هناك صعوبات أثناء وقوع خصام بين الزوجين وطال مداه واستعصى حله، ففي هذه الحالة نجد الأطفال ضحية هذا الخصام مما يؤدي بهم إلى الضياع والإهمال وبالنتيجة نجد أنّ لدور القاضي

1- أنظر الملحق رقم3، ص، 82، من هذه المذكرة.

2- أمزيان محمد، مرجع سابق، ص.16.

الإستعجالي فعالية في موضوع سكنى الحاضنة عند عرض الدعوى أمامه أين يفصل في النزاع بشكل سريع وبه يحمى المحضون من الضياع والتشرد حماية مؤقتة في انتظار الفصل في موضوع النزاع [1].

لكن واقعيا فالمرأة قبل الطلاق تبقى في بيت الأهل لغاية الفصل في دعوى الطلاق وإسناد الحضانة وتوفير مسكن لممارسة الحضانة، ولا تبادر لرفع دعوى إستعجالية لتوفير مسكن، وهذا غالبا يرجع لجهلها بهذا الحق قبل الحكم بالطلاق، وقد يعود لكونها تعلم مسبقا برفض دعواها نظرا لترك بيت الزوجية قبل الطلاق وهذا يتنافى مع الشرع والقانون.

1- طعيبة عيسى، مرجع سابق، ص.ص.101-102.

خاتمة

يتبين لنا من خلال دراستنا لموضوع مسكن الحضانة، الذي يعتبر أثر من آثار الحضانة أنّه من أهم المواضيع التي لقيت دراسات هامة ومتميزة، إذ ما يمكن أن نخلص إليه في نهاية هذا الموضوع أن قانون الأسرة الجزائري له العديد من المميزات، إذ نجده فتح المجال واسعا أمام القاضي لحل كل نزاع قد يطرح أمامه بما له من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، كما يمكن له في حالة عدم وجود نص قانوني الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

إلا أنه وبالعودة إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري وإن كانت مرنة في أغلب الأحوال كما أشرنا إلا أنه يشوبها الكثير من الغموض رغم المجهودات المبذولة من طرف المشرع الجزائري من أجل ضبط مجمل الجوانب ومن أهمها ضبط أحكام الحضانة، أين يتضح لنا أنها قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون، إذ تعتبر هذه الأخيرة من الدراسات الهامة لأنها تجمع بين أصول الكيان الأسري والقانوني، وما يعاب على هذا المبدأ أنه لم يرد أي تعريف قانوني لهذا المبدأ، وتُرك ذلك خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي الفاصل في النزاع، إلا أنه كان من المستحسن لو أن المشرع ضبط مفهوما لهذا المبدأ فلكل قاضي مفهومه الخاص.

وما تجدر الإشارة إليه أيضا أنه يعاب على تشريع الأسرة الجزائري عدم تحديده للشروط الواجبة توفرها في الحاضن وذلك بالاكتفاء بعبارة "أهلا لذلك".

وما يمكن استنتاجه أيضا من نص المادة 64 من (ق.أ.ج) التي تنص على ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، فإنّ المشرع لم يبين لنا من هم الأقربون درجة بل ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، و لم يبين لنا الحل إذا تعدد مستحقوا الحضانة من درجة واحدة .

وبالرجوع إلى تشريع الأسرة المعدل بالأمر رقم 05-02 نجد أن المشرع تدخل من خلال إلغائه للفقرة الثانية وما بعدها من نص المادة 52 من (ق.أ.ج) وتعديل المادة 72 من (ق.أ.ج)، وذلك بغية حماية مصلحة المحضون بعد الطلاق، إذ أنّ المشرع من خلال تعديله للمواد المتعلقة بالحضانة خاصة المادة 72 من (ق.أ.ج) التي هي محور دراستنا نجد أنه قد حمّل الأب بصورة أصلية مسؤولية أبنائه المحضونين بغض النظر إن كان لديهم مال، بأن يوفر لهم مسكن ملائم أو يلتزم بدفع بدل الإيجار متى تعذر عليه ذلك، على أن تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

خاتمة

إلا أنه وما يعاب على هذا النص أن المشرع في نص المادة 72 لم ينص على الشروط الواجبة توفرها في الحاضنة من أجل اكتساب الحق في المسكن، كما أنه لم يذكر لنا مواصفات مسكن الحضانة واكتفى بكلمة "ملائم"، مما يدل على أنه ترك ذلك خاضعا لسلطة التقديرية للقاضي.

وما يمكن استنتاجه أيضا أن المشرع لم ينص على مسقطات الحق في المسكن المعد لممارسة الحضانة مما يجعلنا أمام غموض وفراغ تشريعي، والمشرع باستعماله لمصطلح الملائمة نجد أنه قد ترك المجال مفتوحا للتأويلات بل كان عليه استعمال مصطلحات دقيقة وواضحة مسايرا في ذلك الفقه الإسلامي والذي يشترط توافر جملة من الشروط الشرعية فيه.

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من نص المادة 72(ق.أ.ج) نجد أن المشرع نص على حق بقاء الأم والأبناء في بيت الزوجية في انتظار القرار الفاصل فيما يخص المسكن، وباستعمال المشرع لمصطلح "بيت الزوجية" نجد أنه استعمل مصطلح في غير محله، نظرا لأن الرابطة الزوجية قد انفكت وبالتالي كان عليه استعمال مصطلح البيت الذي كانت فيه الزوجية قائمة مثلا أو استعمال مصطلح بيت مطلقها كونها تعد مطلقة.

وما أثار انتباهنا أيضا من خلال دراستنا لهذا الموضوع أن المشرع لم يحدد المعايير والأسس التي يعتمد عليها القاضي أثناء الحكم ببدل الإيجار والسؤال المطروح في هذه الحالة أيضا هل تدخل المستلزمات الضرورية للسكن ضمن الحكم ببدل الإيجار أم أن الأب ملزم فقط بمبلغ الإيجار؟

وكذلك من الفراغات التشريعية التي شابت تشريع الأسرة أن المشرع لم ينص على حالة ما إذا كانت الأم الحاضنة تملك مسكنا وهل يلتزم في هذه الحالة الأب بتوفير مسكن أو دفع بدل الإيجار فقط أم أنه يعفى كلية من هذا الالتزام؟

وماذ عن حالة كون الزوج يملك مسكن واحد فوفقا لنص المادة 2/72 نجد أن المشرع نص على حق بقاء الأم الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الحكم، في هذه الحالة نكون أمام إمكانية الجمع بين أجنبيين بعد مرور فترة العدة والأب لم ينفذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن ومرت فترة العدة وهو الأمر الذي يتنافى مع الشرع.

خاتمة

وعلى الرغم من الفراغات القانونية المشوبة بتشريع الأسرة الجزائري إلا أنه هناك مجموعة من الضمانات التي تكفل حماية مصلحة المحضون ومن بينها حق اللجوء إلى القضاء من أجل استيفاء حق المحضون في المسكن أو دفع بدل الإيجار.

ومن أهم الضمانات أيضا المقررة لحماية المحضون والحاضنة بالتبعية من التشرد والضياع نجد إنشاء قانون صندوق النفقة رقم 15-01 لحماية حقوق الأطفال المحضونين بعد الطلاق وذلك في إطار تنفيذ تعليمات رئيس الجمهورية أين نجد أنه خصص له غلاف مالي من أجل تغطية تكاليف المرأة و الطفل في الحياة اليومية، أين جاء هذا القانون من أجل رفع الغبن عن المرأة والطفل المحضون بعد تعنت الأب من دفع النفقة أو تعذر عليه التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القضائي الذي حكم بالنفقة.

وفي الأخير ونظرا لارتباط موضوع الدراسة بالطفل ولما له من أهمية، وأمام التطورات التي يشهدها المجتمع نأمل من المشرع الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، باعتبارها صالحة لكل مكان وزمان واستنباط الحلول وفقا للواقع المتغير.

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب

1) التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.

2) الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، ط2، دار الفكر، سوريا، 1985.

3) السيد سابق، فقه السنة (نظام الأسرة –الحدود والجنايات)، المجلد الثاني، ط4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1983.

4) أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفي في علم الأموال، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1423.

5) أبو نصر مبشر الطرازي الحسيني، المرأة وحقوقها في الإسلام، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن.

6) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1998.

7) أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات (في الشرع والقانون)، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

8) إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية(الزواج والفرقة وحقوق الأقارب)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.

9) بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.

10) ـــــــــــــــ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية) الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

11) بدر الدين الحنفي، البناية شرح الهداية، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000.

12) ديابي باديس، أثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

13) رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

14) سعيد أحمد شعلة، قضاء النقد في امتداد عقد الإيجار، منشأة المعارف، مصر، 1997.

15) سمير محمد محمود عقبي، الحضانة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، ط1، دار المنار للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 1986.

16) شريفي نسرين وبوقرورة كمال، سلسلة مباحث في القانون(ق.أ.ج)، ط1، دار البيضاء، الجزائر، 2013.

17) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3؛ دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

18) ـــــــــــــــ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل) ط4، دار هومة للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2013.

19) عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الإجتهادات القضائية والتشريعية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الكتاب الحديث، مصر، 2011.

20) عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

21) لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في القانون الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

22) ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 1997.

23) مأمون محمد أبو سيف، إجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2010.

24) محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

25) موريس صادق، قضايا النفقة والحضانة والطاعة (معلقا عليه بأحدث أحكام القضاء و النفقة في مصر والدول العربية)، دار الكتاب الذهبي، د.ب.ن، 1999.

26) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، مصر، د.س.ن.

27) محمد سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة (في ظل أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، دار المعرفة الجامعية، مصر، 2003.

28) محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

29) محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين(دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية)، الجزء الثاني، منشأة المعارف، مصر، 2001.

30) مصطفى مجرى القرحة، الجديد في الحيازة وفقا لأحدث التعديلات، ط1، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2007.

31) وفاء معتوق حمزة، الطلاق وأثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط1، مكتبة القاهرة للكتاب، مصر، 2000.

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية

(أ): رسائل الدكتوراه

-حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2004-2005.

(ب): مذكرات الماجستير

1) بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون خاص، جامعة بن يوسف بن خدة:" بالجزائر، 2010-2011.

2) بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع: عقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2001-2002.

3) حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة (قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 1999-2000.

4) صلاح الدين زيدان، حقوق المطلقة المالية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الفقه وأصوله، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2005-2006.

5) طعيبة عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع: العقود والمسؤولية، جامعة "بن يوسف بن خدة:" بالجزائر، 2010-2011.

(ت) مذكرات الماستر

1) أمزيان محمد، القضاء المستعجل في القضايا الأسرية (الحضانة والنفقة نموذجا)، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة: القانون الخاص، وحدة: التكوين والبحث تشريعات الأسرة والهجرة، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2008-2009.

2) أيت عكوش وزنة وبن كرو نوال، الحضانة (دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية- 2013.

3) مرّار كريمة ومزاري صبّرينة، حماية القصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميّرة-بجاية-2013.

(ث) مذكرة التخرج للمدرسة العليا للقضاء

- عيسو أسماء، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاة، مديريات التربصات، 2001-2002.

رابعا: النصوص القانونية

(أ) النصوص التشريعية

- قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة ج.ر عدد24، صادرة في 12 جوان 1984، معدل ومتمم بأمر رقم 05-02، مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر عدد 15، صادرة بتاريخ 27 فيفري 2005.

- أمر رقم 66-156، مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر عدد 49، صادرة في 11 جوان 1966، معدل ومتمم بقانون رقم 06-23، مؤرخ في 20 ديسمبر

2006،ج.ر عدد 84، صادرة في 24 ديسمبر 2006، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 11-14، مؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر عدد 44، صادر في 10 أوت 2011.

- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 ديسمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78، صادرة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم .

- قانون رقم 07 -05، مؤرخ في 13 ماي 2007، يعدل ويتمم أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26سبتمبر 1975، ج.ر عدد 31، صادر بتاريخ 13 ماي 2007.

- قانون رقم 09-08، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.رعدد21، صادرة في 25 فيفري 2008، يعدل ويتمم قانون رقم 66-154، صادرة في 08 جوان 1966، ج.ر عدد45، مؤرخ في 08 جوان 1966.

- قانون رقم 15-01، مؤرخ في 04 جانفي 2015، يتعلق بانشاء صندوق النفقة، ج.ر عدد1، صادرة في 07 جانفي 2015.

(ب) النصوص التنظيمية

مرسوم تنفيذي رقم 15-107 مؤرخ في 21 أفريل 2015، يحدد كيفيات حساب التخصيص الخاص رقم 142-302 الذي عنوانه "صندوق النفقة" ج.ر عدد22، صادرة في 29 أفريل 2015.

خامسا: القرارات القضائية

- م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 404118، مؤرخ في 05/ 05/ 1986، مجلة قضائية، عدد2، صادر في سنة 1989.

- م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 33849، صادر بتاريخ 31/ 12/ 1984، مجلة قضائية، عدد4، صادر سنة 1989.

- م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 535778، صادر بتاريخ 1986/05/22، مجلة قضائية، عدد4، صادر في سنة 1991.

- م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 214290، صادر بتاريخ 1990/04/16، مجلة قضائية، عدد4، صادر في سنة 1991.

- م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 43594، مؤرخ في 1986/09/22، مجلة قضائية، عدد4، صادر في سنة 1992.

- م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 112705، مؤرخ بتاريخ 1994/11/29، مجلة قضائية، عدد1، صادر في سنة 1995.

- م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 257693، صادر بتاريخ 2001/2/12، مجلة قضائية، عدد2، صادر في سنة 1998.

- م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 214290، صادر بتاريخ 1998/12/15، مجلة قضائية، عدد خاص، صادر في سنة 2001.

- م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 171684، مؤرخ في 1997/09/30، مجلة قضائية، عدد خاص، صادر سنة 2001.

- م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 257693، صادر بتاريخ 2001/02/12، مجلة قضائية، عدد2، سنة 2002.

- م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 481857، صادر بتاريخ 2009/01/14، مجلة قضائية، عدد2، صادر في سنة 2009.

سادسا: القواميس

1) مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط1، دار الحديث، مصر 2008.

سابعا: مواقع الانترنيت

http:// jawahir.echorouhonline.come/articles/1845.htm

العناوين **الصفحة**

مقدمة..... 05

الفصل الأول: الإطار التشريعي للحق في مسكن الحضانة.....07

المبحث الأول: مفهوم الحضانة.....08

المطلب الأول: تعريف الحضانة.....08

الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة.....09

الفرع الثاني: تعريف الحضانة فقها.....09

الفرع الثالث: تعريف الحضانة قانونا.....11

المطلب الثاني: أحكام الحضانة.....11

الفرع الأول: شروط ممارسة الحضانة.....11

أولا: الشروط العامة.....12

أ- البلوغ.....12

ب-العقل.....13

ت- القدرة.....13

ث- الأمانة.....15

ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء.....15

ثالثا: الشروط الخاصة بالرجال.....17

الفرع الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.....18

أولا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة فقها.....18

أ- ترتيب النساء المستحقات للحضانة.....18

ب- ترتيب الرجال المحارم من العصبان.....19

ثانيا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة قانونا.....20

أ- موقف المشرع قبل التعديل.....20

ب- موقف المشرع بعد التعديل.....20

الفرع الثالث: انقضاء الحق في الحضانة.....23

أولا: الانقضاء الطبيعي للحق في الحضانة.....23

ثانيا: الانقضاء القانوني للحق في الحضانة.....24

المبحث الثاني: مفهوم مسكن الحضانة.....25

المطلب الأول: تعريف مسكن الحضانة.....26

الفرع الأول: تعريف مسكن الحضانة لغة.....26

الفرع الثاني: تعريف مسكن الحضانة اصطلاحا.....26

المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بمسكن الحضانة.....27

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من مسكن الحضانة.....27

أولا: موقف الفقه الإسلامي.....27

أ- رأي الفقه المالكي.....28

ب- رأي الفقه الحنفي.....28

ت- رأي الفقه الشافعي والحنبلي.....28

ثانيا: موقف القانون الجزائري.....28

أ- مرحلة انعدام النص التشريعي.....28

ب- مرحلة توفر النص.....29

ت- مرحلة الاهتمام بالسكن.....29

ث- مرحلة إعطاء الأولوية لحق المحضون في السكن.....30

الفرع الثاني: شروط تمتع المطلقة الحاضنة بالحق في مسكن الحضانة.....31

أولا: شروط استحقاق مسكن الحضانة قبل التعديل.....31

أ- أن يحكم للمطلقة بالحضانة..... 31

ب- أن لا يكون لها ولي تأوي إليه.....31

ت-أ ن يراعي في المسكن حالة الزوج.....32

ث- أن يكون للمطلق أكثر من مسكن.....33

ثانيا: شروط استحقاق مسكن الحضانة بعد التعديل.....34

الفرع الثالث: حالات سقوط الحق في مسكن الحضانة.....35

الفصل الثاني: الحماية القضائية المقررة لحق المحضون في المسكن.....38

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير شروط إسناد مسكن الحضانة.....39

المطلب الأول: الحكم بتوفير مسكن للممارسة الحضانة.....39

الفرع الأول: مواصفات مسكن الحضانة.....40

أولا: ملائمة مسكن الحضانة.....40

ثانيا: استقلالية مسكن الحضانة.....41

الفرع الثاني: إشكالات تطبيق نص الفقرة الثانية من المادة 72 من (ق.أ.ج).....42

أولا: المسكن الزوجي المملوك.....42

أ- حق الملكية لأحد الزوجين.....43

ب- حق الملكية للغير.....43

ثانيا: المسكن الزوجي المستأجر.....43

ثالثا: المسكن الزوجي المشغول بسبب العمل.....44

الفرع الثالث: الأساس المعتبر في إسناد مسكن الحضانة.....45

المطلب الثاني: إلزام القاضي الأب بدفع بدل الإيجار.....46

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي و القانون والقضاء من أجرة مسكن الحضانة.....47

أولا: موقف الفقه الإسلامي من أجرة مسكن الحضانة.....47

أ- رأي الفقه الحنفي من أجرة مسكن الحضانة.....47

ب- رأي الفقه المالكي من أجرة مسكن الحضانة.....47

ثانيا: موقف القانون من أجرة مسكن الحضانة.....48

ثالثا: موقف القضاء من أجرة مسكن الحضانة.....48

الفرع الثاني: المعايير المعتمدة لتقدير أجرة مسكن الحضانة.....49

أولا: المعيار المادي.....50

ثانيا: المعيار المكاني.....50

ثالثا: المعيار الزمني.....51

رابعا: معيار تعدد المحضونين.....51

الفرع الثالث: تحديد العلاقات الإيجارية.....51

أولا: العلاقة بين أبي المحضون والمؤجر.....52

ثانيا: العلاقة بين الحاضنة والمؤجر.....52

المبحث الثاني: الضمانات القضائية المقررة لكفالة الحق في مسكن الحضانة.....53

المطلب الأول: قاعدة مصلحة المحضون الأولى بالرعاية.....54

الفرع الأول: مفهوم قاعدة مصلحة المحضون.....54

أولا: مميزات قاعدة مصلحة المحضون.....55

أ-قاعدة مصلحة المحضون قاعدة شخصية وذاتية.....55

ب-قاعدة مصلحة المحضون ليست ثابتة بل هي قابلة للتغير.....56

ثانيا: عناصر قاعدة مصلحة المحضون.....56

أ-تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية.....56

ب-تحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل.....57

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.....57

أولا: التحقيق والمعاينة.....58

ثانيا: تعين خبير.....58

ثالثا: الاستماع إلى أحد أفراد العائلة.....59

الفرع الثالث: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في ظل قانون الأسرة الجزائري.....60

الفرع الرابع: إنشاء صندوق النفقة رعاية لمصلحة المحضون.....62

المطلب الثاني: أنواع الدعاوي المتعلقة بحق المحضون في المسكن.....63

الفرع الأول: الدعاوى المدنية.....64

أولا: دعوى توفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة.....64

أ–طلب توفير مسكن ملائم للحضانة أثناء النظر في دعوى الطلاق.....64

ب–طلب توفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة أثناء النظر في دعوى إسناد الحضانة.....65

ثانيا: دعوى تمديد الانتفاع بالمسكن أثناء دعوى تمديد الحضانة.....66

ثالثا: دعوى بدل أجرة مسكن الحضانة.....66

رابعا: دعوى استرداد الأب لمسكن الحضانة ووقف تسديد بدل الإيجار.....68

الفرع الثاني: الدعوى الجزائية.....69

الفرع الثالث: دور القاضي الإستعجالي في القضايا المتعلقة بمسكن الحضانة.....71

خاتمة.....73

الملاحق.....76

قائمة المراجع.....81

فهرس الموضوعات.....89