جامعة أكلي محند أولحاج البويرة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المسكن المخصص لممارسة الحضانة كأثر من آثار الطلاق في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص : قانون الأسرة

من إعداد الطالب (ة):

- **بناي رابح**

تحت إشراف الأستاذ(ة)

د/عيساوي فاطمة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة):..... رئيسا

الأستاذ(ة): عيساوي فاطمة مشرفا و مقررا

الأستاذ(ة):..... ممتحنا

السنة الجامعية : 2022/2021

بسم الله الرحمان الرحيم

قال الله تعالى﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ .

الطلاق/01

وقال أيضا ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى ﴾. الطلاق /06

شكر وعرفان

أتقدم بأسمى عبارات الشكر و الإمتنان و التقدير و المحبة إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة

إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم و المعرفة

إلى جميع أساتذتنا الأفاضل في كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة أكلي محند أولحاج بالبويرة

وأخص بالتقدير و الشكر لأستاذتي المشرفة **الدكتورة عيساوي فاطمة** أدام الله عملها وعلمها لكل طالب

أتشرف بالتقدير و الإحترام للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا بصدر رحب عناء المشاركة في مناقشة المذكرة

كما أشكر كل من ساعدني على إعداد هذا البحث وقدم لي يد المساعدة و زودني بالمعلومات القيمة لإتمامه .

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى **الأم الكريمة**

التي أدعو من الله أن يطيل في عمرها.

وإلى روح **الوالد الكريم** الذي أسأل الله عزوجل أن يتغمد روحه الطيبة

و أتقدم بأحر التهاني إلى **الزوجة العزيزة**

وإلى **أولادي الأعزاء** وأخص بالذكر الكتكوتة **أحلام**

راجيا من المولى عزوجل أن يوفقهم و يسدد خطاهم وينير قلوبهم بالإيمان .

قائمة المختصرات:

ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري

ص :صفحة

ص ص: من صفحة إلى صفحة

ج ر : الجريدة الرسمية

ق ع ج: قانون العقوبات الجزائري

مقدمة

مقدمة

جعل الله عز وجل الزواج علاقة مقدسة بين رجل و امرأة، لتكوين أسرة أساسها المودة و الاحترام المتبادل بينهما ،مصداقا لقوله تعالى : " وَمِنْ آيَاتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ "الروم / 21.

حتى سمي بالمثاق الغليظ، الذي يحافظ على هذه الرابطة الزوجية المقدسة، و التي بدورها تسهم في بناء مجتمع عن طريق تكوين أسرة و التي هي كيانه و نواته الأساسية، حيث أحاطها بكل ما من شأنه ضمان و محافظة الرابطة القوية ، بهدف تنشئة أبناء صالحين يعودون بالمنفعة على المجتمع، وذلك بتوفير الحماية القانونية و الدينية لهم.

قد يصطدم هذا الكيان بجملة من المشاكل التي من شأنها أن تأثر على دوام هذه المحبة أو استمرار العلاقة الزوجية في نطاقها الصحيح، وبالتالي يحدث الشقاق و النزاع بين الزوجين ، مما يجعل المعيشة مستحيلة مع بعضهما تحت سقف واحد، ولتجنب حدوث خلافات أو نزاعات بينهما قد تؤثر سلبا على الأبناء، شرع الله عز وجل الطلاق وجعله كآخر حل يلجأ إليه الزوجين، لقوله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ " البقرة / 229. رغم أن الله شرع الطلاق، إلا أنه أبغضه لقول الرسول الكريم (ص): " إن أبغض الحلال عند الله الطلاق " ، لما قد يترتب عن فك الرابطة الزوجية من اهملا للأبناء، سواء أكان ذلك في الحضانة أو النفقة أو التربية ...

من المشاكل التي تترتب عن آثار الطلاق، المسكن المخصص لممارسة الحضانة، حيث ألزم الشرع و القانون الزوج بتوفير مسكن لائق للمرأة المطلقة، ذلك لتمارس حضانة أبنائها، وإن تعذر ذلك فعليه بدل الإيجار، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 72 ق أ ج .

إن من جملة الأسباب التي دفعتني إلى دراسة هذا الموضوع نذكر ما يلي:

- لأن موضوع المسكن لممارسة الحضانة له إتصال شديد بموضوع حقوق الطفل، و الذي يكون ضحية عند فك الرابطة الزوجية.
- كذلك يعتبر من الموضوعات الحيوية التي تشكل أهمية بالغة في حياتنا الإجتماعية، كونه موضوع كل أسرة وما ينشأ فيها يوميا من خلاف وشقاق قد ينتهي بالطلاق.

- المسكن المخصص لممارسة الحضانة، موضوعه ذو بعد تطبيقي عملي كونه يكون سببا لكثير من النزاعات القضائية في ظل الظروف التي يمر بها المجتمع الجزائري من أزمة البطالة و السكن.
- إظهار مكانة المرأة في الإسلام و تكريمه إياها ودعوته للمحافظة عليها و رعايتها.
- تبيان الاحكام التي أقرتها الشريعة الإسلامية من حقوق المطلقة (مسكن الحضانة) ومدى مسايرت المشرع الجزائري للشريعة الإسلامية.
- إن موضوع مسكن الحضانة يمس اللبنة الأساسية في المجتمع (الأسرة).

وتهدف دراستنا هذه إلى:

- بيان موقف المشرع الجزائري من إهتمامه بالمحضون الذي يعد ضحية الإنفصال بعد فك الرابطة الزوجية.
- ابراز مدى حرص المشرع الجزائري من خلال نصوص قانون الأسرة على حماية حق المطلقة الحاضنة في المسكن، سواء أكان ذلك في القانون (11/84) أو تعديله بموجب أمر (02/05).
- ابراز الثغرات القانونية و النقائص التي هي بحاجة إلى تكملة من قبل المشرع الجزائري.
- بيان الجانب القضائي في موضوع المسكن المخصص للحضانة من خلال الدعاوي القضائية ، و الأحكام الصادرة فيها، و الإشكالات المثارة عند تنفيذها.

من أهم الصعوبات التي اعترضتني عند قيامي بإعداد هذا البحث، قلة الدراسات التي تناولت هذا الموضوع، ومنحه حيزا وجيزا في المراجع العامة، إضافة إلى صعوبة الوصول إلى الإجتهادات القضائية غير المنشورة، و التي من شأنها أن تسهم عن الإشكالية المطروحة، و تتمثل إشكالية بحثنا في التساؤل الآتي:

ما مدى كفالة أحكام التشريع و القضاء في توفير المسكن المخصص لممارسة الحضانة؟

و الإجابة عليها اعتمدنا على **المنهج التحليلي** وذلك من خلال تحليل نصوص قانون الأسرة الجزائري.

وينقسم الموضوع إلى فصلين، حيث تناولنا في الفصل الأول الأحكام الموضوعية للمسكن المخصص لممارسة الحضانة، أما الفصل الثاني فخصصناه للضمانات القانونية الكفيلة لضمان حق المطلقة الحاضنة في المسكن المخصص لممارسة الحضانة.

الفصل الأول

الأحكام الموضوعية للمسكن المخصص لممارسة الحضانة

إن الأهمية القصوى لوجود حماية المحضون من التشرد والضياع وتوفير مستوى معيشي مقبول وحفظه ووقايته من الآثار الاجتماعية والنفسية والسلبية التي تلحق به بعد الطلاق، تدخل المشرع من خلال تعديله لقانون الأسرة ،بأن ألغى الفقرة الثانية وما بعدها من المادة (25) ق أ ج وتعديل المادة (72) ق أ ج ، مسايرا في ذلك الاجتهادات القضائية التي أثبتت مسايرتها للواقع الاجتماعي، إذ قللت من ظاهرة تشرد الأطفال بعد الطلاق ومراعاة مصلحة المحضون .

و يعد المسكن من الحاجات الأساسية التي تقوم عليها المجتمعات و الأفراد، إذ لا يمكن للإنسان أن يستغني عنه، لا سيما ما تستحقه الحاضنة تبعا لحق الحضانة، وهو موضوع يكتسي أهمية بالغة، وإن كان يعتبر جزئية تابعة لأحكام الحضانة، فهو موضوع جوهري فيها، لأن المرأة المطلقة خاصة تعيش أوضاعا صعبة و مزرية، فهي تمر بمرحلة النزاع القضائي المتعلق بالطلاق ، فقد ترمى في الشارع، أو تبقى بلا مأوى مستقر، إلى غاية البت في مسألة الطلاق و الحضانة و النزاعات الأخرى المتعلقة بالنفقة.

وتقتصر الدراسة في هذا الفصل على الأحكام الموضوعية للمسكن المخصص لممارسة الحضانة .

المبحث الأول

ماهية حق الحاضنة في المسكن المخصص لممارسة الحضانة.

يؤدي انحلال الرابطة الزوجية إلى ظهور آثار تمس بالأبناء، تتمثل أهمها في من يتولا رعايتهم والقيام بشؤونهم ، وذلك عن طريق الح ضانة ، مما يؤدي إلى اختلاف نظرة التشريعات حول مسكن المحضون، لذلك يتوجب علينا أن نتناول أولا تعريف سكن المحضون، ثم الحديث عن مواصفاته (المطلب الثاني) والتطرق إلى مكان ممارسة الحضانة (المطلب الثالث)، وأخيرا استبيان الطبيعة القانونية لحق سكن المحضون (المطلب الرابع)

المطلب الأول

مفهوم مسكن الحضانة

قبل التطرق لمفهوم مسكن الحضانة ، كان من الأجدر أن نعرج على تعريف الحضانة .

الفرع الأول

تعريف الحضانة

أولا:الحضانة لغة

الحضانة: مصدر من الفعل حضن ، والحضن بالكسر ما تحت الإبط للكشح ، أو الصدر والعضدان وما بينهما، وجانب الشيء وناحيته ، جمعه : أحضان ، وحضن الصبي حضنا، وحضانة بالكسر جعله في حضنه أو رباه لأحتضانه ، والحاضن اسم فاعل والحضانة الموكلة بالصبي تحفظه وتربيه.[1]

قالوا واحتضن الصبي وغيره جعله في حضنه- أي رباه- وحضن حضنا وحضانة، ويقال حاضن، وحاضنة، والاسم الحضانة.[2]

ثانيا: الحضانة في الفقه الإسلامي

عرفت الحضانة عند فقهاء الشريعة عدة تعريفات استخدمت فيها ألفاظا تختلف في دلالتها.

1-**عند المالكية:** الحضانة هي حق الولد والقيام بمصالحه، أي من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه وذهابه ومجيئه، فالمحضون خلق ضعيفا يفتقر إلى من يكفله بالتربية والتعهد، حتى يقوم بنفسه على شؤونه دون مساعدة من أي أحد.[3]

2- **عند الشافعية :** فقال الرملي " حفظ من لا يستقل بأموره ككبير مجنون، وتربيته بما يصلحه ويقيه عما يضره"[4].

كما عرفها شحاتة ابوزيد في كتابه رؤية المحضون: هي حفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كالطفل ، وكبير مجنون، وتم تفسير الحضانة بقوله " أي

[1]- محمد علوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2010، ص 24.
[2]- أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والوالية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص86.
[3] - المرجع نفسه ، ص 87.
[4]- محمد علوي ناصر، المرجع السابق، ص 25.

تنميته بما يصلحه ، بتعهده بطعامه وشرابه وغسل بدنه وثوبه وتمريضه وغير ذلك من مصالحه ومؤونه[1]".

3- **عند الحنفية:** بأنها تربية الأم أو غيرها ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة قبل الفرقة، وهي ضم الأم لولدها إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه، ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسيل ثيابه.[2]

4- **عند الحنابلة:** فقد عرفوا الحضانة بأنها حفظ الصغير ونحوه عما يضره وتربيته بعمل مصالحه، كغسل ثيابه ورأسه ودهنه وتكحيله وربطه بالمهد وتحريكه لينام ونحو ذلك مما يتعلق بمصالحه، وذلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه ونجاته من المهالك.[3]

ثالثا: الحضانة قانونا

لم يختلف تعريف الحضانة في القانون عن تعريفها في الفقه الإسلامي، حيث عرفتها المادة(65) ق أ ج بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

فالمشرع الجزائري لم يخرج إجمالا عن التعريف الفقهي الشرعي للحضانة، سوى أنه استعمل لفظ الولد، بدلا عن الصغير، ويبدو أن اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير والصغيرة الذين لم يبلغا بعد، ذلك أن قانون الأسرة في المادة (62) منه، قد حدد سن الحضانة بالنسبة للذكر بـ (16) و الأنثى ببلوغها سن الزواج.[4]

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة (62) يعتبر أحسن تعريف للحضانة ، على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها ، وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره، حيث أنه تعريف يتسم بالعمومية، ويجمع كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.[5]

الفرع الثاني

تعريف مسكن الحضانة

[1] - المرجع نفسه ص25.

[2]- رشدي شحاتة أبوزيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، ط1،مصر، 2011 ،ص. 17

[3]- المرجع السابق ، ص19.

[4]- سارة خليفي، حق الحضانة في السكن ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق جامعة بسكرة، 2014، ص 21.

[5]- عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط3، دار هومة ، الجزائر ،1999 ، ص 21.

المسكن ضرورة أساسية من ضروريات المعيشة الصحية السوية، يلبي مجموعة من الحاجات النفسية، مادية كانت أو اجتماعية ، وهو سكينة الأسرة واستقرارها ومكان راحة أفرادها والملجأ من تعب الحياة وكدها، والطفل يتلقى ما يلزمه من احتياجات مادية ومعنوية داخله، فيجد فيه الدفء والحنان والألفة ... فالمسكن عنصر جوهري من عناصر ضمان الكرامة الإنسانية، لذا وجب تحديده من جميع النواحي.

أولا:المسكن لغة

ورد في مفهوم المسكن في عرف القيد اللغوي بأن يقال سكن بالمكان يسكن سكن وسكونا أقام ، ويقال سكنت داري وأسكنتها غيري، والاسم فيه السكنى، سكنت الدار، وفي الدار سكنا من باب الطلب، والمسكن هو البيت ،والجمع مساكن، والسكن: ما يسكن إليه من أهل ومال وغير ذلك، وهو مصدر سكنت إلى الشيء من باب الطلب أيضا.[1]

والسكن مكان السكون من الفعل سكن، يسكن سكونا من الحركة، فالمسكن هو ما سكن إليه من أهل ومال، وسكن المرأة هو السكن الذي يسكنها الزوج إياه، يقال لك داري هذه سكن إذا أعاره مسكنه سكنه.[2]

ثانيا:المسكن إصطلاحا

يعرف المسكن بوجه عام بأنه : كل مكان يستخدم للسكن بصفة دائمة أو مؤقتة، وسواء كان لساكنه أو مستأجرا له ويقيم فيه مجانا[3]، وهو المكان الذي يكون مشتملا على كل ما يلزم للسكن من أثاث وفراش ومرافق وغيرها مما تحتاج إليه الأسرة، وتراعى في ذلك حالة الزوج والزوجة من يسر وإعسار ووضعهما الإجتماعي، فالمسكن هو المأوى الذي يقيم فيه الإنسان والمكان الذي يعده لسكناه حتى ولو لم يكن فيه ، وهو مشروع أسراره ومكان راحته ، وهو المكان الذي يخلو فيه الإنسان إلى نفسه، فيعيش في منجاة مع ذاته بعيدا عن أعين الرقباء، نائيا عن عيون وأسماع الآخرين، فيودع فيه خصوصياته وأسراره، وينفرد بذاته وبأسرته وبالمقربين إليه.[4]

ثالثا:المسكن قانونا

عرف المشرع الجزائري المسكن في المادة (355) ق ع " يعد كل منزلا مسكونا يعد كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو متنقل متى كان معدا للسكن وإن لم يكن مسكونا وقت ذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال

[1]- عيسى طعيبة ، المرجع السابق، ص8.

[2]- حداد فاطمة ،حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الوادى ، 2014،ص64.

[3]- أحمد غاي ، الحماية القانونية لحرمة المسكن ، ط1، دار هومة، الجزائر ، 2008، ص15.

[4]- عيسى طعيبة ، المرجع السابق ، ص 09.

والإصطبلات والمباني التي تؤجر بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو السور العمومي".[1]

إن هذا التعريف يخص المسكن الذي يكون محلا للجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، مثل جريمة انتهاك حرمة المسكن، والتي توسع من مفهوم المسكن ليشمل ليس فقط المكان المسكون وإنما أيضا المكان المعد للسكن، وحتى ملحقات المسكن وتوابعه، بينما القوانين الأخرى لاسيما القانون المدني وقانون الأسرة فلم يتضمنا أي تعريف للسكن.

فالمشرع توسع في تعريف المسكن، فالبناية أو الغرفة أو الخيمة أو الكشك حتى ولو كان متنقلا، سواء كانت مسكونة أو مهيأة لأن تكون مسكنا ، تعتبر في نظر القانون مسكنا له حرمة وتجب حمايته، كما أن توابع وملحقات المسكن من أحواش وحضائر مسورة تأخذ حكم المسكن وتشملها تلك الحرمة، ويشترط في المسكن أن يكون الانتفاع به خاصا.[2]

الفرع الثالث

المواصفات الشرعية لمسكن الحضانة

أكد فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري على وجوب توفير مسكن للزوجة، وهو التزام يقع على عاتق الزوج أثناء قيام العلاقة الزوجية، مراعيا في ذلك وسعه ، ويمتد هذا الالتزام إلى ما بعد انقضاء العلاقة الزوجية في حالة وجود أبناء، إلا أن المشرع لم ينص على المواصفات الشرعية لمسكن الحضانة تاركا ذلك للفقه.

أولا: في الفقه الإسلامي

اشترط الفقه الإسلامي في المسكن مواصفات واضحة المعالم عند فقهاء الشريعة الإسلامية ، والتي أطلقوا عليها المواصفات التي تقضي المسكن الشرعي ، والتي لا بد من توفرها فيه ، حتى يكون صالحا للعيش فيه، ويمكن حصرها في ما يلي:

1 - أن يكون المسكن يحوي على باب به غلق، وأن يكون محتويا على المنافع الضرورية كالمطبخ والحمام والغرف.
2- أن يحوى على مستلزمات العيش الضرورية من طعام وكسوة.
3- يشترط في المسكن أن يكون له جيران، والبيت الذي ليس له جيران يعتبره الفقهاء غير شرعي.[3]

---

[1]- أمر 66- 156، مؤرخ في 08 يونيو1966 ، يتضمن قانون العقوبات الجزائري الجريدة الرسمية، العدد 71 صادر بتاريخ 10 يونيو 1966، معدل و متمم .

[2]- أحمد غاي، المرجع السابق ، ص16.

[3]- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور التشريع والقضاء، دار تالة، الجزائر،2011 ،ص ص 132 -133.

ثانيا: في القانون الجزائري

نصت المادة (25) ق أ ج على ما يلي " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقي الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن." بينما نصت المادة(78) ق أ ج على أنه "تتمثل النفقة في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

من خلال هاتين المادتين نجد أن المشرع الجزائري تطرق لمسألة السكن واعتبره من ضمن مشتملات النفقة بصفة عامة، ومن بينها نفقة الأب على أبنائه المحضونين، لكنه لم يتطرق إلى مواصفات محددة التي يجب أن تتوفر في هذا المسكن، وقد اكتفى في المادة (72) ق أ ج بالقول "أن يكون مسكنا ملائما للحضانة".[1]

وحتى تقوم الحاضنة بكامل مسؤولياتها على أكمل وجه برعاية وتربية محضونها، يجب أن يتوفر في مسكن الحضانة شروطا أو مواصفات خاصة للمحافظة على الأبناء وصحتهم وخلقهم، وهي مستخلصة من النصوص القانونية كالتالي:

1 - أن يكون مسكن الحضانة مناسبا

يشترط في المسكن الذي يوفره الزوج المطلق بغرض الحضانة، أن يكون مناسبا للمحضون والحاضنة، ذلك لتتمكن الحاضنة من أدائها لواجباتها نحو محضونها على أكمل وجه، فينبغي أن يتم تزويده بكل متطلبات المعيشة والتناسب، هنا يتلاءم ويسار الاب، حيث لا يكون اختياره للمسكن بقصد الإضرار بالحاضنة ووضعها الاجتماعي، فيجب أن يكون مشتملا على كل ما يلزم من أثاث وفراش وأواني ومرافق وغيرها مما تحتاجه الأسرة.[2]

2- أن يكون مسكن الحضانة مستقلا

المقصود بالمسكن المستقل هو المسكن الذي لا يشترك فيه آخرون مع المحضونين و الحاضنة، وبالتالي يجب أن يكون المسكن مستقلا بمرافقه، وعلى ذلك فإن المطلق عليه أن يختار بين أن يشترك مسكنه وبين أن يهيئ مسكنا آخر مستقلا ومناسبا، ويترك لقاضي الموضوع تقدير مدى استقلالية مسكن الحضانة ومناسبة للمحضون والحاضنة.[3]

[1]- المرجع نفسه، ص132.
[2]- حداد فاطمة، المرجع السابق ، ص66.
[3] - سارة خليفي، المرجع السابق ، ص19.

وضرورة استقلالية مسكن الحضانة يراد من خلاله مراعاة مصلحة المحضون وحفظه صحة و خلقا، مما ينبغي عليه إسكانه في مكان آمن وبين جيران صالحين خاصة إذا كان المحضون أنثى.[1]

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ بآراء فقهاء الشريعة الإسلامية الذين ذكروا مواصفات خاصة، ولم يعتبره مسكنا شرعيا، بل لم يكن يذكر أي مواصفات معيشية ما عدا أن يكون ملائما لممارسة الحضانة حسب ما جاء في المادة (72) ق أ ج.

الفرع الرابع

مكان ممارسة الحضانة

إن مسألة مكان ممارسة الحضانة مهمة جدا، لكون أن الحضانة يقابلها حق آخر وهو حق الزيارة ، للذي لم يستفد من حق الحضانة، وباعتبار أن حق إسكان المحضون يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة، وأن الأب ملزم بتنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن، وإلا تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الحكم[2] ، وهنا يصبح مسكن الزوجية متمحورا بين اعتباره مسكنا للعدة ، كون أن المطلقة ملزمة بالبقاء في بيت الزوجية لاستفاء دفتر العدة وإلا عدت خاسرا[3]، ولا يجوز إخراجها من بيت الزوجية إلا في حالة الفاحشة المبينة، وذلك استنادا لقوله تعالى :« لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا[4] » ، كما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (61) ق أ ج "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"[5]، وبين اعتباره أيضا مسكنا لممارسة واجب الحضانة اتجاه أبنائها المحضونين.

---

[1]- المرجع نفسه 19.

[2]- عيسى طعيبة ، المرجع السابق ، ص 52.

[3]- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراة الدولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق،2006،ص395

[4]- سورة الطلاق الآية 101.

[5] - أمر 84-11 مؤرخ في رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو1984 ، يتضمن قانون الأسرة الجريدة الرسمية ، العدد 24، صادر بتاريخ 12 يونيو 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، في الجريدة الرسمية ، عدد 15، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

وقد قدر العلماء أن مكان الحضانة ينبغي ألا يكون مضرا بالأولاد وهو يشمل المسكن، ويتسع ليضم البلدة التي يقيم فيها الحاضن، أي الموطن المعتاد للزوجين،سواء كان من الرجال أو النساء، إذ لا يجوز له أن يتكفل بالطفل المحضون إلى بلد آخر حسب هواه، مما يصعب لقاء المحضون ورؤيته بانتظام فقد قال العبدري: إن الانتقال بالولد إلى بلد آخر يسقط الحضانة، وإذا كان الولد محضونا عند أمه ثم سافرت، فإن الحضانة تنتقل لمن بعدها.[1]

وقد اتبع العلماء على أنه عند حصول الفرقة بين الزوجين فليس لأحد الوالدين أخذ الطفل إلى مكان بعيد دون إذن موافقة الطرف الاخر، ذلك يتسبب في حرمان من رؤية الطفل ومجالسته والتحادث معه[2]، ولأن الحضانة تقوم على مراعاة مصلحة المحضون ومصلحته، تقتضي إشراف والديه عليه، إذ لا يحرم المحضون من عطف الحاضن ولا من رعاية الوالد وهذا ما أكدته المحكمة العليا، أنه إذا تعلق الأمر بمطلقين مقيمين في بلد أجنبي، يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة، وبالتالي الحكم بالحضانة للأم ما دام أن أب المحضونين يقيم في الخارج ولن يحرم من حق الزيارة[3].

ما تجدر إليه الإشارة هو أنه وتطبيقا لنص المادة (69) ق أ ج، إذ نصت على "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون"[4].

نستنتج من هذه المادة أن الحاضنة التي تريد أخذ الصغير إلى بلد أجنبي، يمكن للقاضي أن يسمح لها بذلك إن رأى أن مصلحة المحضون تتحقق بذلك، وإذا كانت الحاضنة امرأة أخرى غير الأم، كجدة المحضون أو أخته أو خالته، فمكان الحضانة هو بلد أب المحضون، ولا يجوز لها الانتقال بمحضونها إلى غيره إلا بإذن والده .[5]

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للحق في المسكن المخصص لممارسة الحضانة

إذا كانت الحضانة سلطة شرعية تخول من له الحق فيها حفظ و تربية من لا يستقل بأمور نفسه في ذاته و طعامه وكسائه وسكنه ودفع ما يضره ، إذ لا يجوز

[1] - العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، الجزائر،2014،ص136.
[2]- المرجع نفسه، ص136.
[3]- قرار صادر عن المجلس الأعلى، في 1989/12/25 ملف رقم 56597، المجلة القضائية، العدد 3، 1991،ص61.
[4] - أمر 84-11 مؤرخ في رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو1984 ، يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم.
[5]- عيسى طعيبة ، المرجع السابق ، ص54 .

الإخلال بحق الحضانة، ولا بما يتعلق بها في جانب المحضون ، بأي حال كونه عاجز عن رعاية نفسه.[1]

الفرع الأول

طبيعة الحق في الحضانة

لما كانت الحضانة ولاية من الولايات الشرعية ، وإلتزام مصدره القانون، ينتج عنه رعاية المحضونين حتى يبلغوا أشدهم، فقد اختلف الفقه في طبيعة الحق ، وهذا ما سنحاول تبيانه:

أولا : الموقف الفقهي من طبيعة الحق في الحضانة

1) القول الأول: الحضانة حق الله تعالى

يرى الفقه أن الحضانة حق الله تعالى، لأنها شرعت لحفظ النفوس، وحفظها من حقوق الله تعالى، وعليه فإذا أراد الحاضن أن يسقطها فلا تسقط ، ولكنه يجبر عليها حينئذ ما لم يكن هناك عذر شرعي ، يحول دون الوفاء بها، نظرا لأنها ولاية شرعية مقدرة بحكم الشارع على وجه الإلزام ، فلا يجوز التحلل منها ، إلا بإذن الشارع كسلطة الحكم و القضاء [2]

2) القول الثاني: الحضانة حق للمحضون

ذهب بعض الفقهاء من الأحناف و المالكية إلى إعتبار الحضانة حق للمحضون [3] مصداقا لقوله تعالى : "وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ وَعَلَى ٱلۡوَارِثِ مِثۡلُ ذَٰلِكَۗ فَإِنۡ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٖ مِّنۡهُمَا وَتَشَاوُرٖ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَاۗ وَإِنۡ أَرَدتُّمۡ أَن تَسۡتَرۡضِعُوٓاْ أَوۡلَٰدَكُمۡ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا سَلَّمۡتُم مَّآ ءَاتَيۡتُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعۡمَلُونَ بَصِيرٞ ".[4]

قد ورد نص الآية على سبيل الإخبار ، إلا أنها يراد الأمر بها ، ومن ثم فلا يصح إسقاط الحضانة للحاضنة ، لأنها حق الصغير ، و الإنسان انما يملك اسقاط حقه لا إسقاط حق غيره، وإذا كان الصغير يعجز عن طلبها لنفسه ، فلوليه سلطة الإلزام بها شرعا من وجبت عليه وهي الأم، لأن هذا حق الولد أن يكون عند أمه إذا كان في حاجة إليها[5] ، كما أنه من حق الصغير أن يتولاه من يقوم على تربيته بسبب البراءة التي ولد عليها، و نموه البطئ و

[1]- نصر فريد واصل، الولايات الخاصة الولاية على النفس و المال في الشريعة الاسلامية، ط 01، دار الشروق، مصر، 2002، ص60.

[2] - محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتب النيل و الشفاء العليل، ط 03 ، مكتبة الإرشاد ، ج2، السعودية، 1985، ص 26.

[3] - المصري المبروك، المرجع السابق، ص 506.

[4] - سورة البقرة الآية 233.

[5] - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلة إبرام الزواج- دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية – دار الفكر العربي، مصر، 2007، ص362.

تدرجه بمعرفة ما يدور حوله و عجزه عن تولي شؤون نفسه، بقوله تعالى: "والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا وجعل لكم السمع والأبصار والأفئدة لعلكم تشكرون " [1] وحضانة الصغير تدور حول مصلحته ، فإذا تحققت وجب المصير إليها بغض النظر عن حق الحاضنة أو حق الأب فيها، لأن مصلحة الصغير مقدمة على مصلحتهما[2].

3) القول الثالث: الحضانة حق للحاضنة

ذهب رأي آخر إلى أن الحضانة حق للحاضنة (أصحاب الإمام أبي حنيفة و بعض المالكية و الشافعية و الحنابلة) ، إذا كانت الحضانة حق لها ، يجوز إسقاطها فإذا أسقطت لا تجبر عليها إلا بسبب شرعي ، حيث لا يوجد حاضن آخر يقوم مقامه في أمور الحضانة على منهجه الشرعي الصحيح، وعلى ذلك لا تجبر الأم على حضانة ابنها إذا تركت حقها فيها، إلا إذا كانت نفقة المحضون عليها، حيث ترتبط ولاية المال بالنفس ولا تسقط بالإسقاط [3]، وإستدلوا على ذلك بقوله تعالى: "فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى" [4] ، فيجوز على أن الأمر في الآية التالية : " وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ "، للندب و ليس للوجوب أو أنها محمولة على حالت الانفاق وعدم التعاسر، لأن الإنفاق فيما يلزم طبقا لقاعدة الإلزام الشرعية في العقود ، لأن العقد شريعة المتعاقدين و يجب الوفاء به لقوله تعالى : " يا أيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود " [5] ، وإذا قلنا بإجبار الحاضنة على الحضانة ، فعسى أن تعجز عن القيام بها ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها، إلا أن حق الحاضنة في إسقاط الحضانة و الإمتناع عنها مقيد ، ذلك لأن المحضون إن إمتنع عن غيرها، أو امتنع الغير عن حضانته ، صارت الحضانة حق للصغير، فتخير الأم أو من عليه الحضانة بأجرة المثل إن علمت[6].

4) القول الرابع: الحضانة حق مشترك للحاضن و المحضون العام

ذهب رأي رابع إلى القول أن الحضانة حق مشترك ، فهي من جهة حق للأم لقوله (ص) : "أنت أحق به" و حق للصغير من جهة أخرى لإحتياجه إلى من يرعاه، ويقوم على شؤونه [7]، فالمحضون صاحب حق في أن يكون عند أمه أو في حضانة النساء عموما، على الترتيب الذي أورده الشارع في الفترة الأولى من حياته إذ أن النساء أقدر على أمور الحضانة من الرجال في هذه الفترة، على أن يكون عند أبيه أو عند العصبات على الترتيب الوارد للنص في فترة معينة، ذلك أن الرجال فيها أقدر على التعليم و التثقيف، وأخذ الغلام بأخلاق الرجال ، و البنت من السقوط في هوة الفساد، و الحاضن صاحب حق في الحضانة،

[1] - سورة النحل الآية 45.
[2] - أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق، ص 280.
[3] - نصر فريد واصل ، المرجع السابق ، ص 64.
[4] - سورة الطلاق الآية 04.
[5] - سورة المائدة الآية 01.
[6] - صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 365.
[7] - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 153.

لأن الشارع جعل له ذلك بنظام خاص، سواء كان من النساء أو من العصبات ، فلا يجب أن ينازعه فيها أحد متى كان أهلا لها، ومصلحة الحاضن في أن يربى الصغير تربية قويمة ، وأن يسري في الطريق السوي ، وهذان الحقان متى أمكن التوفيق بينهما وجب أن يصار إلى التوفيق، وان تعارضا قدم حق الصغير، لأنه أقوى الحقين، و مدار الحضانة هو نفع المحضون[1] ، ويترتب على كون الحضانة حق لكل من الحاضنة و المحضون الأحكام الاتية:

- أن الحاضنة أما كانت أو غيرها إذا تعينت للحضانة، بأن لم يوجد غيرها أو وجد من يليها في استحقاق الحضانة، لكنه لم يرض بحضانة الصغير أجبرت عليها، مراعاة لمصلحة الصغير و حفاظا عليه من الضياع.
- أن الأب ليس له أن يأخذ الصغير من صاحبة الحق في الحضانة، و يعطيه لمن دونها إلا إذا كان هناك مبرر شرعي، لأن في أخذه تفويت لحق الحاضنة، ومن المبررات أن تكون الحاضنة الأقل مرتبة متبرعة بالحضانة، و لو كان ما تطلبه أجر المثل[2].
- إذا أرد الأب نقل الطفل من البلد الذي فيه حاضنة الصغير، لا يحق له ذلك، لأن في نقله تفويت لحق الحاضنة في الحضانة[3] .
- إذا رغبت الأم التي لها حق الحضانة في مصالحة الأب على اسقاط حقها في الحضانة، وتركه عند الأب مدة حضانتها له نظير مقابل من المال، تأخذه منه كان هذا الشرط باطلا مرعاة لحق الولد، لأن في ذلك تفويت لحق الصغير في الحضانة و اسقاطه، و تفويت لحق من يلي الأم في الحضانة، وهي لا تملك اسقاط حق غيرها.
- إذا خالعت الأم زوجها على أن يبقى ولدها المحتاج للحضانة عنده، كان الخلع صحيحا والشرط باطلا، لأن وجود الصغير عند أمه زمن الحضانة أنفع له و هو حق لها، فلا يجوز للأم الاتفاق على اسقاط حق غيرها[4].

ثانيا : موقف التشريع و الاجتهاد القضائي من طبيعة الحق في الحضانة

بعد أن تناولنا آراء الفقهاء المختلفة حول طبيعة حق الحضانة، نتعرض لموقف المشرع و الاجتهاد القضائي من طبيعة الحق في الحضانة.

1- موقف المشرع الجزائري من طبيعة الحق في الحضانة

يمكن استخلاص موقف المشرع من الأحكام التي جاء بها قانون الأسرة لمعالجة مسألة الحضانة، وأول ما نعتمد عليه لكشف نهجه هو المادة 66 ق أ ج[5] التي نصت على" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر مصلحة المحضون" فهذه العبارة جمعت بين حقين حيث نجد :

[1] - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 95.
[2] - بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 544.
[3] - المرجع نفسه، ص 544.
[4] - الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 411.
[5] - القانون رقم (11/84) ، المتضمن قانون الأسرة، مشار إليه سابقا.

- حق الحضانة لأن المشرع من جهة استعمل بصريح اللفظ "حق " ومن جهة أخرى سمح لها بالتنازل عن حضانتها، وحق المحضون الذي اشترط عدم الضرر التنازل به.
- كما نجد المشرع في مواد أخرى من ذات القانون بين أن الحضانة حق للحاضنة كالمادة (02/67) ق أ ج [1] ، التي نصت على عدم سقوط حق المرأة في ممارسة الحضانة بسبب عملها، و المادة 68 ق أ ج التي جعل فيها المشرع مصير ممارسة الحضانة متعلق بصاحبها، إذ منح حق مطالبتها في ظرف سنة، اضافة للمادة 71 ق أ ج [2] ، التي أكد فيها على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، إلا أن تكريس الحق الطبيعي للأم الحاضنة لم يحل دون إبراز حق المحضون و الدعوة إليه ، و هو مما يستشف من المواد: (من 64 إلى 70) ق أ ج و التي كان المشرع في كل مرة يضيف عبارة مرعاة مصلحة المحضون، وهو ما يدفعنا إلى القول أن المشرع اعتبر الحضانة حق مشترك للحاضن و المحضون معا[3].

2-موقف القضاء الجزائري من طبيعة الحق في الحضانة

جرى تطبيق مبدأ مرعاة مصلحة المحضون في الحضانة في القضاء من خلال العديد من الاجتهادات القضائية أهمها:

- حيث قضى المجلس الأعلى بأن " الحضانة حق و واجب في آن واحد[4] " ويفهم من هذا التعبير أن المجلس اعتبر الحضانة حق للمحضون و حق للحاضن، إلا أنه غلب الحق الأول على الثاني بلفظ " واجب " تأكيدا منه على أن حقوق المحضون أكثر و أغلب من حقوق الحاضن.
- كما قضت المحكمة العليا بأنه " لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون" و أن قضاة الموضوع عندما أسندوا حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحتهما طبقوا صحيح القانون [5].
- وفي قرار أخر أقرت على أن " تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من اعادة اسنادها لها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك " [6].

- وفي قرار آخر لها أقرت بأنه " يمكن اسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج اقليم الجمهورية مراعاة لمصلحتهم" [7]

---

[1] - الأمر رقم (02/05/) المتضمن قانون الأسرة، مشار إليه سابقا.

[2] - القانون رقم (11/84) المتضمن قانون الأسرة، مشار إليه سابقا.

[3] - عيس طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الإجتهاد القضائي ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر، 2011/2010، ص 35.

[4] - المجلس الأعلى الجزائري، الغرفة المدنية، قرار صادر في 1968/12/25، النشرة السنوية 1968، ص 168.

[5] - المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم: 189234، قرار بتاريخ 1998/04/21، ص 175، عن باديس ذيائي، قانون الاسرة على ضوء الممارسة القضائية، ص 63.

[6] - المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم: 220470، قرار بتاريخ 1999/04/20، ص 181، عن باديس ذيائي، قانون الاسرة على ضوء الممارسة القضائية، ص 63.

[7] - المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم: 426431، قرار بتاريخ 2008/03/1، المجلة القضائية سنة 2008،العدد01، ص 271

وباستقرائنا لهاته الاجتهادات القضائية، يتبين لنا أن الحضانة يراعى فيها حق المحضون أولا ، و حق الحاضن ثانيا.

الفرع الثاني
طبيعة الحق في مسكن الحضانة

قبل أن نتعرض لهذا العنصر، وجب الحديث عن المقصود بالحق أولا ثم نبين طبيعة الحق في مسكن الحضانة.

أولا :تحديد المقصود بالحق

1-لغة : ورد استعمال كلمة الحق في لغة العرب بمعان متعددة أهمها:

- يستعملونه تارة بمعنى "نقيض الباطل" و جمعه حقوق و حقائق .لقوله تعالى " وَلَا تَلْبسُوا الْحَقَّ بالباطل وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ[1]" .

- و يستعملونه تارة بمعنى " الثابت" و من هذا المعنى قوله تعالى: " قَالَ الَّذِينَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ رَبَّنَا هَٰؤُلَاءِ الَّذِينَ أَغْوَيْنَا أَغْوَيْنَاهُمْ كَمَا غَوَيْنَا تَبَرَّأْنَا إِلَيْكَ مَا كَانُوا إِيَّانَا يَعْبُدُونَ " بمعنى صار و ثبت عليهم[2] .

فكلمة الحق في اللغة لها معان كثيرة، منها ما يختص به الانسان، سواء أكان فردا أو جماعة، ومنها ما يثبت للإنسان أو عليه قبل غيره، و منها الشيء الذئ لا يشك في وجوده، والظاهر أن كل ذلك يرجع إلى معنى واحد و هو الثبوت و الوجود[3] .

3-في الاصطلاح القانوني

حاول فقهاء القانون وضع تعريف للحق، و تفرقت وجهات النظر في ذلك نجد:

- المذهب الشخصي : يعرف الحق بأنه " قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص يستمدها من القانون" . فهو يجعل من الحق صفة تلحق صاحبه ، لهذا سمي بالمذهب الشخصي المذهب الموضوعي يعرف الحق أنه " مصلحة يحميها القانون" فالحق يشمل:

- عنصر موضوعي وهو يتمثل في الغاية التي تعود دائما على صاحب الحق.

- عنصر شكلي و هو الحماية القانونية المتمثلة في الدعوى القضائية التي يدافع بها صاحب الحق عن حقه.

ونظرا للانتقادات الموجهة للمذاهب السابقة عرف أصحاب النظرية الحديثة الحق بأنه" ميزة يمنحها القانون لشخص ما و يحميها بطريقة قانونية، ويكون له بمقتضاها الحق في التصرف متسلطا على مال معترف له بصفته مالكا أو مستحقا له"[4].

ثانيا: أنواع الحق

---

[1] - سورة القصص ، الاية 63.

[2] - ابن منظور محمد بن مكرم الافريقي المصري، المرجع السابق، ص 144.

[3] - رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 84.

[4] - فريدة محمدي ,المدخل للعلوم القانونية-نظرية الحق -المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ,الجزائر،2002، ص05.

تنقسم الحقوق إلى حقوق سياسية وتكون للموظفين دون الأجانب كحق الإنتخاب، وحقوق مدنية تنشأ بين الأفراد في علاقة بعضهم البعض، أو بين الأفراد و الدولة أو احدى مؤسساتها، باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام، وهي قسمان:

أ- **الحقوق العامة:** هي الحقوق التي تثبت لكافة الناس وعلى قدم المساواة بينهم ويطلق عليها أيضا بالحريات العامة.[1]

ب- **الحقوق الخاصة:** يقصد بها قدرات قانونية يخولها القانون للأفراد، ولكنها تختلف من شخص لآخر بحسب الحالة الشخصية أو الحالة المدنية لكل فرد على حدة، ومنه فالحقوق الخاصة تنقسم إلى حقوق عائلية وحقوق مالية :

1-الحقوق العائلية أو حقوق الأسرة هي مزايا أو قدرات أو سلطات تقرها وتحميها قواعد قانون الأحوال الشخصية تأسيسا على روابط عائلية، مثل صلة القرابة المباشرة وقرابة الحواشي ، وصلة الزواج في المصاهرة، مثل حق الإرث، حق إنفاق الزوج على زوجته وحقوق الوصايا والولاية والقوامة وغير ذلك.[2]

2-الحقوق المالية التي تحقق لأصحابها مصالح يمكن تقويمها بالمال وهي أقسام ثلاثة:

- الحقوق العينية التي ترد على شيء مادي يخول صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء ، فيكون لصاحب الحق استعماله مباشرة دون الحاجة إلى تدخل شخص آخر يمكنه من استعمال حقه، فلا يوجد وسط بين صاحب الحق والشيء موضوع الحق، وتطلق على هذه الحقوق تسمية الحق العيني، لأنها متعلقة بالعين أو الشيء المادي[3].
- الحقوق الشخصية هي إمكانية مقدرة قانونا لشخص آخر على شخص آخر يكون ملتزما بالقيام بعمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء شيء.[4]
- الحقوق المعنوية :قدرة يقرها يحميها القانون لشخص على انتاجه الفكري أو الذهني أو الأدبي أيا كان نوعه، فيكون له الاحتفاظ بنسبة ذلك الانتاج إليه ،و يحتكر المنفعة المالية التي تنتج من استغلاله.

الفرع الثالث

طبيعة الحق في مسكن الحضانة وهو حق شخصي

[1]- إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 288.
[2]- إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص289.
[3] - فريدة محمدي، مرجع سابق، ص18.
[4]- إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 294.

بعد تحديدنا للمقصود بالحق وعرض أنواع الحقوق على اختلافها، نجزم بالقول أن حق المحضون في المسكن باعتباره مقررا له قانونا، يستفيد منه بموجب حكم قضائي بقرار إسناده إليه، يعتبر حق شخصيا وليس حقا عينيا، نظرا لأن هذا الأخير هو سلطة مقررة لشخص على الشيء محل الحق دون وساطة أحد، فالأب إذا كان مالكا للمسكن المخصص لممارسة الحضانة له الحق في بيعه دون اعتراض من القائم بالحضانة، وعلى هذا الأخير أن يرفع دعوى للمطالبة بسكن آخر لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار، شريطة ألا يكون البيع الهدف منه حرمان المحضون من حقه.[1]

وقد صدر في هذا الصدد قرار عن المحكمة العليا، جاء فيه "بأن المطلقة منحت سكنا لممارسة الحضانة، فقيام الزوج بهبة هذا المسكن لوالديه بعد صدور الحكم بالطلاق يعتبر تهريبا واحتيالا قصد حرمان الحاضنة من حقها".[2]

المبحث الثاني

موقف الشريعة وقانون الأسرة والقضاء من مسكن الحضانة

إن الطلاق حقيقة شرعية وأثر اجتماعي واقتصادي أضحى مع الأسف ممارسته في حياتنا اليومية في عالمنا الإسالمي والعربي، مما يؤدي إلى ظهور إهمال الطفل وسط أسرته نتيجة الطلاق، وهذا يؤدي إلى وجود آثار متعلقة بالطلاق كأن تبقى المطلقة في المسكن الزوجي للإعتداء فيه، لقوله تعالى « لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا »، إذ تقرر إسنادها هذا الحق، إلا أن غالبية الزوجات معهن الولد أو ليس معهن بمجرد تلفظ الزوج بالطلاق، يتركن مسكن الزوجية ليجدن أنفسهن وأوالدهم في كثير من الحالات بدون مأوى ولا مسكن مما يعرضهم للتشرد والشتات، لما كان مناط الحضانة هو الحفظ لمن هو محتاج إليه ممن لا يستقل بشأنه ويكون في الجسم والطعام والتوجيه والتربية..... كيف كان موقف المشرع الجزائري من مسألة مسكن الحضانة؟ وما موقف الشريعة الإسلامية من هذا الحق؟ وما موقف القضاء من هذا الحق؟[3]

المطلب الأول

موقف الشريعة من مسكن الحضانة

[1]- عيسى طعيبة ، المرجع السابق ، ص41.

[2] - قرار صادر من المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 179558 ،تاريخ 1998/03/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص2010.

[3] - عيسى طعيبة ، المرجع السابق، ص14.

إن المشرع ينهل من الشريعة الاسلامية في معظم نصوص قانون الأسرة وجعلها صلب نصوصه، لهذا يقتضى منا البحث في الشريعة الإسلامية من أجل أحقية المحضون في السكن من عدمها.

الفرع الأول

رأى فقهاء المالكية

اتفق المالكية على أن السكن واجب على الأب فيما يخص المحضون، واختلفوا فيما يخص الحاضنة، وورد في مذهب المدونة أنها أيضا واجبة فيم يخص الحاضنة، ومنهم من قال أنها على المعسر بمعنى أن الحاضنة إذا أيسرت دون الأب لم يكن على الأب سكن، وإن أيسر الأب دون الحاضنة لم يكن على الحاضنة شيء.[1]

وقال الإمام سحنون سعيد التنوخي " إن سكن الطفل على أبيه وعلى الحاضنة ما يخص نفسها، ويكون توزيع الأجرة بين أب المحضون ونصفها على الحاضنة"[2] ، وقيل أيضا إن الأب إذا كان في مسكن يملكه أو يستأجره ولو كان ولده معه، لم تزد عليه في الأجرة، فلا شيء عليه، لأنه لا ضرورة عن دفع الأجرة في سكناه، وإن كان يزداد عليه في الإيجار أو عليهما هي لأجل الولد.[3]

أما بالنسبة للحاضنة ففريق قال بأن سكناها أيضا على من عليه نفقة المحضون، وفريق قال بل عليها هي حسب الاجتهاد فيها تتحمله ويتحمله المحضون أو على قدر الرؤوس.[4]

الفرع الثاني

رأي الحنفية

لفقهاء الأحناف خلاف في وجوب توفير مسكن الحضانة للصغير على من تلزمه النفقة، وقد أراد ابن عابدين أن يوفق بين القوانين بالوجوب وعدمه، فرأى في رد المحتار أنه إذا كان للحاضنة مسكن يمكنها أن تحتضن فيه الولد، ويسكن تبعا لما يلزم المسكن لعدم

[1] - نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2016، ص262.

[2] - سحنون سعيد التنوخي، عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، المدونة الكبرى للإمام مالك بن انس الأصبحي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1994.ص264.

[3]- عبد العزيز بن عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء الزواج، ط1، دار الفكر العربي، 1984، ص384.

[4]- المرجع السابق ،ص385.

احتياج الطفل إليه، ووردت عبارته في رسالة " الإجابة" تنفي على عدم اللزوم متى كان للحاضنة سكن دون تقييد بإمكان سكناها مع الولد فيه.[1]

وبتمحيص نصوص الفقه يتبين أن التوجب فيه لزوم أجرة مسكن الحضانة ولو كانت الحاضنة تملك مسكنا تسكنه فعلا هي والصغير، لأن المسكن من أنواع النفقة الواجبة للصغير[2]، كما ورد في فقه الأحناف في شرح النقابة للبقلاني عن البحر المحيط " سئل أبو حفص عمن لها إمساك الولد وليس لها مسكن مع الوالد، فقال : على الأب سكناهما لأن المسكن من النفقة" وقد اختلف في لزوم المسكن والأظهر في المذهب اللزوم كما في بعض معتبرات الكتب.[3]

الفرع الثالث

رأي فقهاء الشافعية والحنابلة

اتفق فقهاء الشافعية و الحنابلة على حق الصغير الفقير في أجرة السكن على أبيه إن كان معسرا، فكما تجب عليه أجرة الحضانة وأجرة الرضاع تجب عليه أجرة المسكن أو إعداده، إذا لم يكن للأم مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير، وهذه الأجرة تجب في حين قيام الحاضنة بها وتكون دينا في ذمة الأب لا يسقط إلا بالإبراء أو بالأداء، فالمقرر شرعا أن أجرة المسكن من أجرة الصغير.[4]

الفرع الرابع

رأي فقهاء الجعفرية

أما بالنسبة إلى فقهاء الجعفرية فقد اتفقوا على أن أجرة المسكن تكون من مال الطفل، إن كان له مال حتى ولو كان الأب معسرا، شأنها في ذلك شأن أجرة الحضانة والخادم - إن اقتضى الأمر - وإلا فهي في مال الأب، كما تلزمه نفقة شأن أجرة الحضانة في ذلك شأن الرضاع.[5]

المطلب الثاني

موقف قانون الأسرة الجزائري من مسكن الحضانة

[1] - نبيل صقر، المرجع السابق ، ص 261.
[2] - المرجع نفسه ، ص 261.
[3] - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثرهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص631.
[4]- عيسى طعيبة ، المرجع السابق ، ص 26.
[5] - عيسى طعيبة ، المرجع السابق ، ص 27.

إن موضوع الحضانة بصفة عامة ومسكن المحضون بصفة خاصة، مر بمجموعة من المراحل المتباينة نتيجة التطور والظروف التي مست المجتمع الجزائري، وهذه المراحل تتمثل في:

الفرع الأول

مرحلة عدم الاهتمام بسكن الحضانة

لم يكن الاهتمام منصب على سكن الحضانة كما هو حاليا، فالسبب في ذلك أن الطلاق كان من الممنوعات، ويعزى الأمر إلى أن المجتمع الجزائري كان يعتمد على الصلح في حل الخلافات الزوجية، خاصة إذا وجد أبناء، بالإضافة إلى ذلك كان لرئيس القبيلة أو العرش أو الجماعة دور كبير في حل مسائل الأحوال الشخصية، لكن مع تطور المجتمع بدأ الأمر يتغير وبدأ المشرع يولى اهتماما كبيرا لهذه المسألة.[1]

ظهر أول نص قانوني ضمن المنظومة التشريعية في نص المادة (467) من ق.م.ج. إذ تنص الفقرة الثانية منها على ".... في حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزواج من اجل حضانة الأوالد خاصة..."، فقد أقر المشرع أن الأحق بالسكن هو الحاضن للأبناء دون أن يفرق بين ما إذا كان الرجل هو الذي احتفظ بالأبناء بعد طلاق الأم، ويعد هذا النص نقطة تحول في مسألة مسكن الحضانة رغم صدوره في ظل النظام الإشتراكي.[2]

فالقاضي عندما يفصل في قضية الطلاق والحضانة لابد أن يعين من ينتفع من الزوجين بحق الإيجار مع مراعاة الشروط التالية:

- أن تكون العلاقة الزوجية قائمة ثم يحصل الطلاق بين الزوجين.
- أن يكون الزوجان مقيمين في السكن قبل طلاقهما ويكون لأحدهما سند إيجار لأن هذا كان محل الزوجين باسم الغير، لا يجوز للقاضي أن يمنع حق الإيجار لأحد الزوجين، أما إذا كان الزوج يملك السكن الزوجي ملكية تامة، يخرج عما منصوص عليه في مادة (467) ق.م.ج.
- أن يكون للزوجين أولادا لأن منح السكن يكون بسبب ممارسة الحضانة وهو حق مرتبط بقيامهما.[3]

---

[1]- كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة شهادة الماستر كليه الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، 2013/2012 ،ص61.

[2]- عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، عدد 15، 2005، ص 192.

[3]- نصر الدين ماروك، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، عدد 03، 2000، ص315.

وما يلاحظ عند تطبيق هذه المادة أن القاضي له السلطة التقديرية الكاملة في تعيين المنتفع من الزوجين بحق الإيجار من عدمه، كما أنه يجب أن يراعي بأن يكون المسكن مؤجرا باسم أحد الزوجين، فإذا لم يكن كذلك تتسنى له عملية إسناد حق البقاء في السكن الزوجي.

الفرع الثاني

مرحلة الاهتمام بتوفير مسكن الحضانة

بعد التطور السريع الذي عرفه المجتمع في المجال الاقتصادي والإجتماعي، وأمام الفراغ التشريعي، وتعارض وتنافس وتضارب الأحكام والقرارات القضائية ، والتي أضرت بالمتقاضيين ذاتهم، كان لابد من المبادرة إلى الإصلاح، وهذا ما تم فعلا بالقانون رقم11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لي29 يونيو 1984 م المتضمن قانون الأسرة، لوجود الأحكام المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية.

ونتيجة للتفكك الأسري، وارتفاع نسبة الطلاق، بدأ اهتمام المشرع بمسألة مسكن الحضانة، حيث أقر له نصا خاصا منظما مسألة إسناد المسكن الزوجي للمطلقة التي قدرت لها حضانة الأولاد، وذلك من خلال المادة 02/52 التي نصت " ... وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها تضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج، ويستثني من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا، تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها..."[1] ، ويشترط في مسكن الحضانة عدة شروط وهي:

- عدم وجود ولي للزوجة يقبل إيواءها، مع أنه من المقرر شرعا وقانونا أن نفقة البنت تجب على أبيها حتى تتزوج.
- أن يكون للحاضنة محضونين بصيغة الجمع، وبمفهوم المخالفة يقتضي أنها تفقد حقها في السكن إن كانت تحضن واحدا فقط.
- عدم زواج المطلقة وثبوت انحرافها، ويقتضي أن الحاضنة غير الأم المطلقة كالجدة أو الخالة أو العمة، لا يسقط حقهما في السكن، وإذا تزوجت أو انحرفت، مع أن الأصل أن يكون هذا الحكم خاصا بالمرأة المطلقة أو غيرها من

[1]- أمر 84-11مؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 29 يونيو1984، يتضمن قانون الأسرة قبل التعديل.

الحاضنات على السواء، ذلك أن المقصود من هذا الالتزام هو مراعاة مصلحة المحضون قبل كل شيء.[1]

- قدرة الزوج المطلق على ضمان السكن، فقد استوجب المشرع الجزائري مراعاة حالته المادية والذي ساير فيه المذهب المالكي.[2]

الفرع الثالث

مرحلة إعطاء الأولية لحق المحضون في المسكن

بعد دخول القانون رقم 11/84 حيز التطبيق، ظهرت فيه عدة نقائص خاصة منها المتعلقة بالجانب الموضوعي للحضانة، نظرا للحساسية وشدة ارتباطه بحياة الطفل في الأسرة ، فكان من الصعب تطبيق المادة 52 من ق أ ج ، لصعوبة تحقق الشروط الواردة فيها، مما أصبح يعرض الأطفال للتشرد، وأمام عجز المحاكم عن تطبيق أحكام هذه المادة والنقص التشريعي واجتهادات القضاة لوضع الحل المناسب، فرض على المشرع وجوب إعادة النظر في قانون الأسرة وذلك بضرورة تعديل المادتين 52 و 72 نظرا للتضارب والتناقض الحاصل بينهما، وهذا حتى تتحقق مصلحة المحضون بعد الطلاق، وكذا تنسجم النصوص فيم بينها [3] ، وهذا ما دفع المشرع إلى تعديله بمقتضي الأمر05-02 المؤرخ في27 فبراير 2005، بإلغائه للفقرة الثانية وما بعدها من المادة 52، كما عدل المادة 72 بنصه " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة ، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذالأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.[4]

ولإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما، وإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بمسكن مناسب تقيم فيه هي ومحضونها ،يجب أن تتوفر الشروط التالية :

- أن يصدر حكما قضائيا نهائيا بطلاقها، يتضمن إسناد حق الحضانة إليها، بغض النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر.
- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، فلو كان من أسندت المحكمة إليه الحضانة هو الجدة أو العمة مثلا، كان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو العمة لتمارس فيه حق الحضانة، ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة.

[1] - كربال سهام، المرجع السابق، ص 63.
[2] - بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية بين الإقامة الزوجية وممارسة الحضانة، مجلة المنتدى القانوني، العدد 04، ص87.
[3] - كربال سهام، المرجع السابق، ص61.
[4] - أمر 84-11 مؤرخ في رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو1984 ، يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.

- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه للمطلقة لتمارس فيه حق حضانة ولده آو أولاده، ذلك انه إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة، فان في هذه الحالة عليه أن يدفع لها قيمة إيجار سكن لمثل سكنه ويكون ملائما لها.[1]

المطلب الثالث

موقف القضاء من مسكن الحضانة

يعود الاختصاص في منح السكن لممارسة الحضانة لقاضي شؤون الأسرة، وله كامل السلطة التقديرية في ذلك، وحدد القاضي عدة شروط بخصوص الحق في السكن تتمثل فيما يلي:

أولا: أن يحكم للمطلقة بالحضانة

استقر القضاء على أن طلب الحاضنة للمسكن يحكم به في الوقت الذي يحكم به بالطلاق والحضانة، ولا يتقرر للمطلقة الحاضنة هذا الحق دون إثبات وفق المادة 52 من ق أ ج قبل التعديل.

وقد ألزمت المحكمة العليا أب المحضونين بدفع بدل الإيجار متى حصلت الأم على حق الحضانة.[2]

كما يعود الإختصاص في الحكم بالسكن للقاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق، وهذا المبدأ أكده المجلس الأعلى بتاريخ 1984/12/31 بقوله " متى كانت أحكام المادة 467 من القانون المدني صريحة في النص على اختصاص القاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق بالفصل في موضوع سكن الحضانة، وتقديم الانتفاع بحق الإيجار، نتيجة لذلك فإنه ليس للقاضي أن يحكم من جديد بتقرير حق الانتفاع بالسكن أو استبداله، ومراجعة الحكم الذي فصل فيه القاضي الذي قضى بالطلاق، خاصة وإن حكم تقرير السكن كان أثرا من آثار الطلاق"، ومن ثم فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لأحكام المادة المشار إليها أعلاه، وخرقا لمبدأ قوة الشيء المقضي فيه، وتجاوز للسلطة في نفس الوقت، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه، ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن المجلس القضائي صادق على حكم بإشهاد المدعية بتمتعها بالسكن الزوجي الكائن بوهران، في حين أن الحكم الذي قضى بعدم التصريح يمنح المطلقة السكن الكائن بعين تيموشنت، أصبح نهائيا وصار له قوة الشيء المقضي فيه، فإن المجلس القضائي بقضائه هذا انتهك أحكام المادة 46 من القانون المدني، وخرق مبدأ أحجية الشيء

[1]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر،2007 ،ص145.
[2] - قرار صادر عن المجلس الأعلى، في 2005/06/15 ، المجلة القضائية ، العدد1 ، 2005، ص315.

المقضي فيه، وتجاوز سلطته في نفس الوقت، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

ومن هنا فإنه بمجرد وقوع الطلاق، ينظر القاضي في الآثار القانونية المترتبة عليه، وأهمها ما يتعلق بحقوق الأبناء، وهي أحكام الحضانة قد فصل القاضي إلى من له شؤون الحضانة مراعيا مصلحة المحضون، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 424 من ق أ م أ التي ينص على " يتكفل قاض شؤون ألأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر" وبما أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي طبقا لنص المادة 49 من ق أ ج، فإن حق المحضون في السكن يحكم في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق وبالحضانة، وهو من اختصاص قاضي شؤون الأسرة ، وهو مستقل على باقي النفقات الذي يحكم بها لفائدة الأولاد والمحضونين، فهو يحسب من تاريخ رفع الدعوى إلى يوم انتهاء مدة الحضانة.

ونجد أن القاضي ملزم قانونا بعد النظر فيما لم يطلبه الخصوم، إلا أنه قد يسكت الزوجان عن إثارة مسألة إسناد الحضانة، إذ عليه مراعاة مصلحة المحضون، كما أنه ومن خلال نص المادة 429 من ق أ م أ المتعلقة بالطلاق بالتراضي والتي تنص على " يجب أن تتضمن العريضة الوحيدة ما يأتي عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق"، وفي نص المادة 57 من ق أ ج المعدل استثنى المشرع الأحكام المتعلقة بالحضانة، وجعلها قابلة للإستئناف " تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف "، وبالتالي يجوز للحاضنة أن تطالب الأب قضائيا بتوفير سكن لممارسة الحضانة أو تغييره، كما للأب أن يطالب بإسقاط الحضانة عنها نتيجة توفر حالة من حالات إسقاط الحضانة، أو نظرا لانتهاء مدتها، ويتم النظر في موضوع حق المحضون في السكن، إما برفع دعوى قضائية أمام قسم شؤون الأسرة أو القضاء الاستعجالي، عن طريق رفع دعوى للحصول على هذا الحق وحمايته، أو عن طريق أمر على عريضة، ونص المشرع في المادة 425 من ق أ م أ على " يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال..."

ومن خلال النص أعطى المشرع صلاحية النظر في قضاء الاستعجال لقاضي شؤون الأسرة.[2]

ثانيا: تعدد المحضونين

[1]- قرار صادر من المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 34849، بتاريخ 1984/12/31 ، قضية(ح د م) ضد (ب ع)، المجلة القضائية، عدد4 ،1989،ص111.

[2]أمينة ونوغي ، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014 ،ص 76-77.

إن المادة 72 من ق أ ج لم تشترط وجود عدد من الأولاد المحضونين ، كي تستحق الحاضنة مسكن تمارس الحضانة به ، أو مبلغا ماليا بدله، واعتبر القضاء أن حق المحضون في تهيئة السكن له من والده هو حق أقرته المادة 72 من ق أ ج على مال الوالد، إن لم يكن للمحضون مال، بغض النظر عن عدد الأوالد المحضونين، خاصة إن لم يكن للحاضنة ولي يقبل إيواءها مع محضونها، كما أقرت المحكمة العليا للأم الحاضنة للبنتين أجرة السكن على الوالد بالرغم من أنها عاملة.[1]

ويقول الكاتب محمد أمين غزالي في كتابه " في حالة تعداد المستحقين للحضانة وكانوا في درجة واحدة وتتوفر فيهم شروطها ، وعلى القاضي أن يحكم بها من أجل مصلحة الصغير، فإن تساووا كان الأحق بها لأكبر منهم سنا.[2]

[1]-المرجع نفسه،ص 81.

[2]- محمد أمين الغزالي، حقوق الأوالد، معهد الدراسات الإسالمية، المكتبة العامة ، الإسكندرية، 1997 ،ص96.

الفصل الثاني

الضمانات القانونية الكفيلة لضمان حق المطلقة الحاضنة في المسكن المخصص لممارسة الحضانة

احتلت الحضانة مكانــة في المحيط الاجتماعي و الوسط القانوني لارتبـــاط مصير مسكـن الزوجيـة بها، لأنه أمام أزمة السكن الطاحنة ثارت المشكلــة حول توفير مسكن للحاضنة، والأمر زاد تعقيدا، بحيث لم تعد أسرة العائلة تتحمل البنت المطلقة وأولادها، وأمـام هذا الوضع تعددت المنازعات حول المسكن المخصص لممارسة الحضانة ، والتي تمثل صراعا بين الزوجين بعد إنحلال الرابطة الزوجية[1].

جاء القانون في الحضانة لم يأت به سابقا، وقد مر موضوع الحضانة بصفة عامة ومسكن الحضانة بصفة خاصة، بمجموعة من المراحل المتباينة، نتيجة الظروف التي مست المجتمع الجزائري[2]، فإذا وقع الطلاق بين الزوجين وبينهما أولاد، فإن النزاع يثور بينهما في من يختص بالمسكن الزوجية، وهذا يأتي دور القضاء أساسيا في التنظيم العام للمجتمعات الحديثة.

وعلى قدر فاعلية هذا الدور، تستقر الحياة في المجتمع، ويتقلص إلى حد بعيد حجم الاختلال الاجتماعي الناشئ عن التنازع وتداخل الحقوق، وينبني هذا الدور على تطبيق قوي وسديد للتشريعات التي تحمل حقوق و الحريات، ذلك ان وجود القوانين مشتملة على نصوص تعالج أصل الحق، أو الاجراءات المؤدية إليه لا تكفي لبلوغه، بل ينبغي أن تكون أعمالها عبر سلطوية تتسم بالجزم ، وتعمل على تحقيق العدالة وحماية الحقوق العامة و الخاصة من اي انتهاك وتصونها من العبث.[3]

لذا سنحاول من خلال هذا الفصل التعرض إلى أساس أحقية الحاضنة في مسكن الحضانة ، ثم نعرج إلى سلطة القاضي في تقدير إسناد وإسقاط حق الحاضنة في المسكن المخصص لممارسة الحضانة وذلك في مبحثين:

المبحث الأول

أساس أحقية الحاضنة في المسكن المخصص للمارسة الحضانة

بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق ، تترتب عليها أثارا مادية وغير مادية على الحضانة، إذا كان هناك أبناء وبوجودهم تحدث مشاكل بين الأبوين المنفصلين حول كيفية التكفل بهم، ومن جملة هذه المشاكل مسألة السكن الذي يأويهم إلى غاية نهاية سن الحضانة.[4]

[1] - عيسى حداد ، الحضانة بين القانون في الإجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية ، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، ص 336.
[2] - المصري مبروك، المرجع السابق، ص 218.
[3] - عيسى طعيبة، المرجع السابق ، ص 59.
[4] - عيسى حداد، المرجع السابق، ص 329.

لقد نص القانون على شروط لابد من توفرها لإستفادة الحاضنة من المسكن، وهو ما سنحاول التعرض له من خلال ماجاء به قانون(11-84) من شروط مكرسة في ظله، ثم تبيان ما هو مستحدث في قانون (09-05) وذلك في مطلبين.

المطلب الأول

الشروط المكرسة في استحقاق الحاضنة للسكن المخصص لممارسة الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري (84-11)

بعد التطور السريع والمذهل الذي عرفه المجتمع في المجالين الاجتماعي و الاقتصادي، وأمام الفراغ التشريعي وتلك الأوضاع الشاذة من تعارض وتناقض و تضارب في الأحكام و القرارات القضائية، وإضرارا بالمتقاضين ذاته، كان لزاما أن تمتد يد المشرع إلى الاصلاح ، وهذا ما تم من خلال القانون (11-84) المتضمن قانون الأسرة، ونتيجة للتفكك الأسري ، وتفشي ظاهرة الطلاق بنسبة عالية ، بدأ إهتمام المشرع بمسألة مسكن الحضانة، حيث أفرد له نصا خاصا متضمنا مسألة إسناد المسكن الزوجي للمطلقة الحاضنة، والتي تقررت لها حضانة الأبناء[1]، وذلك من خلال المادة (2/52) ق أ ج [2]، و التي نصت على : " وإذا كانت حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج، ويستثني من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كام وحيدا، تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت إنحرافها، ومن ثم فإن إستحقاق السكن لممارسة الحضانة ، معلق على شروط واقفة ، تتمثل في ما يلي:

الفرع الأول

أن تكون المرأة الحاضنة محكم لها بالحضانة

بالرجوع لنص المادة (52 /2) يتضح لنا جليا أن الحاضنة التي تستفيد من الحكم لها في حق البقاء في المسكن، هي أم المحضون فقط دون سواها من الحاضنات اللأئي قد يتقرر لهن الحق في الحضانة وفقا لنص المادة (64) ق أ ج [3]، وما يلاحظ على هذا الشرط أنه شرط موضوعي، إذ لا يمكن التصور منح المسكن للزوجة الحاضنة بدون حضانة أولاد.[4]

[1] - عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 24.
[2] - القانون رقم (11-84) المتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[3] - القانون رقم (11-84) المتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[4] - محمد لمين لوعيل ، المركز القانوني للمرأة في الأسرة الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 121.

وهذا ما يستشف من المادة (2/64) : " وإذا كانت حاضنة " فهذه العبارة واردة مكملة للفقرة الأولى الخاصة بالتعويض في حالة الطلاق التعسفي، حيث نصت على أنه : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

فالمادة 52 ق أ ج [1] رتبت في فصل الطلاق ، وتكلمت عن الطلاق التعسفي في الفقرة الأولى، وخصصت الفقرات الموالية للحضانة، و المشرع يعني بها المطلقة التي تقررت لها الحضانة، و المطلقة لا تكون إلا أما للمحضون، و بالتالي يستثنى من تطبيق هذا النص كل إمرأة أسندت لها الحضانة، ولا يسري إلا على الحاضنة الأم بموجب حكم قضائي.[2]

كما أنه يربط الفقرة الثانية مع الفقرة الأولى من المادة 52 ق أ ج التي تنص على التعويض التعسفي، فإنه يجب الإشارة إلى أن حق المطلقة الحاضنة بالبقاء في المسكن ، ليس لكل مطلقة حاضنة، بل هو فقط للتي طلقت بالتعسف، بحيث إذا لم يكن الزوج متعسفا في طلاقه، فلا حق لها في المسكن، وليس الحق هنا للمحضون، بل هو حق للحاضنة، بدليل أنه ليس لكل حاضنة ، بل للمطلقة فقط، وليس لكل مطلقة، بل للتي تعسف الزوج في طلاقها [3].

أيضا من القرارات القضائية ، نجد قرارا يستقر فيه القضاء على أن: " طلب الحاضنة للمسكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه للطلاق والحضانة، ولا يتقرر للمطلقة الحاضنة، بل هذا الحق دون إثبات وفقا للمادة 52 ق أ ج [4] ، إضافة للقرار الذي يقضي بأن : " طلب الحاضنة للمسكن الذي يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق و الحضانة ، هو طلب متعلق أساسا بمصلحة المحضون، وهي التي تواجه القضاء في إسناد الحضانة أو إسقاطها، وبالنتيجة قبول طلب المسكن لممارسة الحضانة أو رفضه [5].

الفرع الثاني

أن لا يكون للمطلقة الحاضنة وليا يقبل إيواءها

لإقرار حق المسكن للحاضنة يشترط ان لا يكون لها وليا تأوي إليه، بمعنى التي تفقد وليها، وليس لها غيره يستقبلها، ويؤمن لها مسكنا، فإذا وجد من يمضن للحاضنة مسكنا مع محضونيها من أقربائها مثلا (العم، الخال) أو غيرهما، فإنها لا تكون بحاجة إلى مطلقها ليضمن لها مسكنا [6]، فالمشرع الجزائري يجبر وبصفة غير مباشرة الحاضنة الأم بأن تثبت

[1] - القانون رقم (11-84) المتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[2] - زاكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتورة في قانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2004/ 2005، ص 130.
[3] - المصري المبروك، المرجع السابق، ص 523.
[4] - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 73949، قرار صادر في: 1991/04/23، المجلة القضائية 1994 ، العدد01، ص 49.
[5] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 50270، قرار صادر في : 1988/11/07 ، المجلة القضائية 1991، العدد 03، ص48.
[6] - عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري، ص 267.

للقاضي بأن وليها يرفض إيواءها، أو أنها تفتقد لولي تلجأ إليه، ولا شك أن هذا الاجراء يتضارب مع مصلحة المحضون و المطلقة الحاضنة في وقت واحد، ولا يراعهما بتاتا،لأن في الوقت الذي يحقق في توفر مسكن أخر للمطلقة الحاضنة، أو تحاول فيه الحاضنة الأم إثبات ذلك، أين يترك المحضون ومع من ؟ بل افترض المشرع استقبال الحاضنة مع محضونيها من طرف الولي، قبل أن يلزم الأب على ذلك .[1]

غير أن تفسير المحكمة العليا للنصوص قد تغير لاحقا، عندما بينت في احدى قراراتها أن إثبات فقدان الحاضنة الأم لولي يقبل إيواءها ، يقع على عاتق المطلق ، إذ قضت " حيث أن الطاعن لم يثبت أن ولي مطلقته قد قبل إيواء ابنته المطلقة ومحضونيها ، الأمر الذي يجعل القرار المنتقد سليما ولم يخترق القانون، ولا المادة 52 ق أ ج ، مما يجل الوجه المثار غير مؤسس ، ويستلزم معه رفضه، وتبعا لذلك رفض الطعن ".[2]

وفي قرار اخر لها لم تأخذ المحكمة العليا بعين الاعتبار شرط الولي الذي يقبل إيواء الحاضنة ، أين ايدت فيه قرار مجلس قضاء الجزائر الصادر في 1997/03/23، والذي ألغى الحكم المستأنف في شقه المتعلق برفض تخصيص مسكن لممارسة الحضانة، و الحكم من جديد بإلزام الأب بدفعه للحاضنة بمبلغ 4000 دج بدل أجرة المسكن، بالرغم من أن ولي الحاضنة قبل إيواءها، لأن أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصرا من عناصر النفقة، التي هي من التزمات الأب تجاه أولاده المحضونين [3].

فالشرط المتعلق بضرورة عدم وجود ولي للمرأة يأويها ومحضونيها ، فيه إجحاف في حق المرأة وفي حق وليها، وقد أثبتت تجربة تطبيق القضاة لهذا النص ، أن الولي لا يقبل ايواء المطلقة الحاضنة، وربما يدفع الأم إلى التنازل عن حضانة الطفل المحضون، لأن هذا الأخير (الولي) قد يقبل سكن إبنته عنده ، ولكن مع أولادها، فهذا الأمر في غاية الصعوبة، بحجة أن الأبناء تحت مسؤولية المطلق، وهنا توضع المطلقة الحاضنة في موقف صعب وحرج في نفس الوقت، إما أن تسكن مع أبويها وتترك أولادها مع أبيه، وإما أن ترفض التخلي عن أولادها، وبالتالي تقوم بالبحث عن بيت يأويها ، وهي من الأمور الصعبة في الوقت الحالي ، وعلى هذا الاتجاه فإن هناك من اعتبر المشرع الجزائري تجاهل إمكانية قبول الولي استقبال الزوجة ورفض أبنائها، وهذا قفز عن الواقع الذي نعيشه[4].

---

[1] - زكية حميدو تشوار، حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي و الواقع الإجتماعي، مجلة المعيار، العدد 09، جامعة الامير عبد القادر ، قسنطينة، الجزائر، 2004، ص 291.

[2] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 285062، قرار صادر في: 2002/09/25، ملحق رقم 08، عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، ص 292.

[3] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 34630، قرار صادر في : 1984/04/18، ملف رقم: 38095، قرار صادر في:19885/10/17، غير منشور، عن زكية حميدو تيشوار، حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي و الواقع الاجتماعي، ص 293.

[4] - هجيرة بنوني بن الشيخ، إجحاف قانون الاسرة الجزائري لحقوق المرأة، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، العدد3 ، الجزائر،2002،ص 490.

الفرع الثالث

تعدد المحضونين

لضمان إسكان المطلقة الحاضنة استوجب القانون ضرورة تعدد المحضونين، فاستعمل المشرع الجزائري في المادة 52 ق أ ج صيغة الجمع على أنه: " ... يضمن حقها في السكن مع محضونيها ... " و الملاحظ على هذا الشطر أنه لم يحدد بدقة عدد المحضونين الذي تستطيع بواسطته الحاضنة الأم الاستفادة من السن لممارسة الحضانة، وهنا يتبادر الى الذهن أن نتساءل : هل حضانة طفل واحد تخول لها هذا الحق ؟

فسر البعض من فقهاء القانون عبارة " محضونيها " تعني أنها حاضنة لأكثر من طفل واحد، فهي جاءت بصيغة الجمع، فإن كانت حاضنة لطفل واحد فقط ، لاحق لها في المطالبة بمسكن لممارسة الحضانة[1]، كما أن القضاء الجزائري نفسه صنع هذه التفرقة ، إذ اشترط ان يكون العدد أكثر من واحد، وقد اتخذ في هذه المسألة موقفين مختلفين:

أولهما:ظهر في قرارين بحيث لم يعترف فيهما بحق الإيجار للزوجة، إلا إذا كان لها ثلاثة أطفال فأكثر [2] .

ثانيهما: جاء به قرار و الذي لم يكون هو الآخر أشد حرصا على مصلحة المحضون، إذ جعل إستفادة الحاضنة بحق الإيجار إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من طفل واحد[3]، وعلل موقفه هذا بالقول في المادة (2/467) مدني جزائري [4] التي تنص على أنه: " وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من ينتفع بحق الإيجار، باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة " هذا الحق لا يفتح لحاضنة طفلا واحدا، فقد اختلف الفقه من حيث الأخذ بهذه القرارات، إذ هناك من أيد هذا الموقف، حيث أقر الأستاذ سعد عبد العزيز على وجوب أن تكون الحاضنة حاضنة قانونا لثلاثة أولاد فما فوق، لأنه إذا لم يكن محكوما لها بحضانة مثل هذا العدد من الأولاد، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم لها بضمان المسكن مع المحضونين[5]، فهذا التفسير هو موقف غريب ومخالف للقانون، فمن أين جاء بالعدد ثلاثة، فهو تفسير سطحي و غير سليم للمادة (2/52) بسببين مختلفين:

---

[1] - الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ص 443.

[2] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 34630، قرار صادر في : 1984/04/18، ملف رقم: 38095، قرار صادر في 1985/10/07، غير منشورين، عن زكية حميدو تشوار، حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي و الواقع الاجتماعي ، ص 293.

[3] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 45454، قرار صادر في :1987/04/06، غير منشور، عن زكية حميدو تشوار، حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي و الواقع الاجتماعي ، ص 293.

[4] - أمر (58-75) مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري ، الجريدة الرسمية، عدد 78 صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 معدل و متمم.

[5] - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، ص 307.

- يتمثل في كون نص المادة ذكر المحضونين بصغة الجمع، لأنه قلما تتكون الأسرة الجزائرية من طفل واحد ، بل المتعارف عليه هو أن ينجب الزوجان أكثر من طفل واحد.
- إن استعمال صيغة الجمع مفاده أن الحق في المسكن يكون للزوجة، سواء كانت حاضنة لطفل واحد أو لعدة أطفال، وفي التخاطب يقال للشخص : هل لديك أطفال؟ ولا يقال له :

هل لديك طفل؟ فقواعد القانون جاءت عامة ومجردة، ولا تتعلق بشخص واحد في المجتمع، بل بجميع الناس ، فالمشرع يحتاط لجميع الحالات سواء كان الأمر يتعلق بطفل واحد أو أكثر[1]، و القول بوجهة النظر الأولى معناه إنكار حق المحضون في المسكن إذا كان واحدا، وقبول فكرة التعدد الدائم، وهذا الأمر وإن كان مفهوما في العهود الفارطة، إلا أنه أصبح لا يتماشى مع الواقع الإجتماعي الحاضر، وهكذا فهذا الإتجاه ليس عمليا من هذه الزاوية، بل وفي الأخذ به خطر جسيم على مصالح المجتمع، خاصة وأن ظاهرة الطلاق أصبح في الوقت الحاضر ، تقع بعد مرور فترة زمنية من الزواج (سنة أو سنتين) مما يجعل في كثير من الأحيان المطلقة حاضنة لطفل واحد، وتفاديا لهذا التضارب مستقبلا في الأراء، نجزم بالقول ان العدالة و المساواة بين الامهات المطلقات الحاضنات، و الانسجام الذي يجب أن يتحقق بين النصوص التشريعية، كل ذلك يدفع الى القول بضرورة تعديل القانون في هذا الشأن تعديلا يقضي باستبدال العبارة التي تقول : " مع محضونيها " ، و السر في ذلك وجوب حماية الطفل قبل رعاية وضمان حق الأب في المسكن [2].

ونظرا للإعتبارات و القضايا التي واجهها القضاء ، تفطن هذا الأخير وتغير مسار من سبقه، فكانت ثمرة ذلك أن فكر في تفسير يخدم مصلحة المحضون، تولد عنه موقف مغاير إعترف فيه بحق الحاضنة بالمسكن أو أجرته، ولو كان تحت حضنها طفل واحد، وتجسد ذلك في اجتهادات قضاء المحكمة العليا ومن ضمنها:

القرار الذي جاء فيه: " لما ثبت – في قضية الحال – أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بالمسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، فإنهم بذلك قد أساؤوا تطبيق القانون، وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة، أو بتسليم أجرته، مما يتعن معه نقض وإبطال قرارهم وبدون إحالة ".[3]

وفي قرار اخر صادر عن المحكمة العليا، ورد في حيثياته أن المادة 52 ق أ ج لم تشر فقط إلى أن الحاضنة لا يحق لها المطالبة بمسكن للمارسة الحضانة أو بدل إيجاره، إلا إذا كانت

[1] - لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق ، ص 444.
[2] - زكية حميدو تشوار، المرجع السابق ، ص 194.
[3] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 1127، قرار صادر في : 1994/11/29، المجلة القضائية ،العدد 01، 1994، ص140.

حاضنة لأكثر من ولد، بق نصت على أن الحاضنة اذا لم يكن لها ولي يقبل ايواءها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج.[1]

الفرع الرابع

قدرة الزوج على ضمان المسكن

حتى يحكم القاضي للحاضنة بالمسكن ، يجب عليه مراعاة حال الزوج المطلق يسرا وعسرا، لقوله تعالى: " وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ " (233) .[2] ويعاب على المشرع الجزائري أنه كان يستعمل مصطلح" يضمن" مع عبارة " حسب وسع الزوج " وهما عبارتان لا تتطابقان ، لا من الناحية القانونية ولا من الناحية اللغوية، لأن إستعمال مصطلح " يضمن " معناه ان الشئ موجود ومتوفر، بغض النظر فيه عن حالة الشخص و إمكانياته المادية، ذلك ما لا يستقيم مع إشتراط وسع الزوج في آن واحد.[3]

فالمشرع الجزائري استوجب مراعاة حال الزوج المطلق المادية ، والذي ساير فيه المذهب المالكي ، فإذا كان الزوج ملزما بالإنفاق على زوجته حال قيام العلاقة الزوجية بينهما في حدود ساعته، فمن باب أولى أن يلزم بإسكانها بمراعاة نفس الضابط بعد أن صارت حاضنة لأولادها منه.[4]

كما أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر عنها : " بأن أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصرا من عناصر النفقة، ومنها فإنها من التزامات الأب تجاه أولاده المحضونين، إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، لا رقابة عليهم في ذلك.[5]

الفرع الخامس

أن لا يكون مسكن الزجية وحيدا

نصت المادة (3/52) ق أ ج [1]على أنه : " ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا " ، فالمشرع أوجب عند تقرير الحق في المسكن للمطلقة الحاضنة، استثناء

[1] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 285062، قرار صادر في : 2002/09/25، عن عيسى طعيبة ، المرجع السابق، ص 31.
[2] - سورة البقرة الآية 233.
[3] - زكية حميدو تشوار، المرج السابق ، ص 192.
[4] - أم الخير بوقرة ، المرجع السابق ، ص 87.
[5] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:197739، قرار صادر في 1998/07/01، نشرة القضاة لسنة 1999، العدد 56، ص37.

مسكن الزوجية إذا كان وحيدا، أي أن يكون للزوج المطلق أكثر من مسكن واحد، حتى يتسنى الإسناد، فإذا استطاعت المطلقة الحاضنة أن تثبت بأن الزوج يملك مسكنا آخر ، فمن مصلحة الحاضنة و المحضونين البقاء في مسكن الزوجية، و الذي إزدادوا فيه كما تعودوا على الاقامة فيه، فما على الزوج إلا مغادرته، والإنتقال إلى مسكن آخر.[2]

إن مصطلح " مسكن الزوجية " قد أثار العديد من الملاحظات الشكلية و الموضوعية نسردها كالأتي:

1- **من الناحية الشكلية:** إن مصطلح " مسكن الزوجية " في غير محله ويمس بسلامة الفكرة القانونية للأسباب الآتية:

- إن مسكن الزوجية يطلق أثناء قيام الرابطة الزوجية، وهاته الأخيرة تضمحل بالطلاق.
- إن مسكن الزوجية يقدر حسب حال الزوج ، ولا يلتفت فيه إلى حال الزوجة، أما مسكن الحضانة فطبقا لنص المادة 72 ق أ ج، فإنه ينظر فيه أولا إلى حالة الأولاد، ثم إلى حال الزوجة، ثم إلى حال الحاضنة، حيث لا يجب إسكانها إذا كانت صاحبة مسكن.
- إن مسكن الزوجية يتقرر للزوجة بصفتها كذلك، أما مسكن الحضانة فيتقرر للحاضنة أم كانت أو غيرها [3].
- إن مسكن الزوجية قد يكون ملكا للزوجة أو لأقارب الزوج أو مشتركا بين الزوجين، ونستنتج من عبارة (إذا كان وحيدا) أن المعنى الذي قصده المشرع من مسكن الزوجية هو مسكن المطلق، ولهذا نقترح استبدال هذا المصطلح بمسكن المطلق او مسكن والد المحضونين.[4]

2-من الناحية الموضوعية

- إن الحالة العامة و الغالبة أن يكون مسكن الزوجية وحيدا، لاسيما ان أزمة السكن أصبحت حادة و منتشرة في الوطن.
- إذا كان الأب مالكا أو مستأجرا لمسكن الزوجية الوحيد ، فذلك لا يمنعه من أن يوفر لأولاده أجرة مسكن آخر، ولكن الشيء المؤسف حتى في هذه الحالة الأخيرة ، جعل المشرع أمر منح القاضي إيجار المسكن للحاضنة جوازيا، وهذا ما نصت عليه المادة (2/467) مدني جزائري بقولها " يجوز " الواردة فيها، وهذا الموقف مهما كان منطقه فإنه عرضة للنقد ، كونه ينطوي على الفوضى، إذ يوافق على تشريد الأطفال كواقعة طبيعية، فما يمنح للأب الحق في البقاء في المسكن حسب ما يروقه وما يتفق ومصالحه الشخصية، وحتى لو كان

[1] - القانون رقم (11-84) المتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[2] - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق ، ص 446.
[3] - زكية حميدو تشوار، المرجع السابق ، ص 135.
[4] - محمد كمال أيمام الدين، المرجع السابق، ص 308.

مسكن الزوجية وحيدا، فإن الحاضنة و الأطفال المحضونين أولى به من المطلق الذي يمكن له أن يتدبر أمره.

- كما أن المشرع في المادة 57 ق أ ج [1] فتح الباب للطعن بالإستئناف في الجوانب المادية للطلاق بما في ذلك النفقة، السكن ، ومن جهة أخرى أقفل هذا الباب بصريح العبارة ، ويستثنى من القرار بالسكن "مسكن الزوجية إذا كان وحيدا" وبالتالي يبقى حل مشكلة مسكن المطلقة الحاضنة ومحضونيها مطروحا.[2]

- إن إستثناء مسكن الزوجية من النزاع إذا كان وحيدا ، هناك من يراه أمرا منطقيا ، إذ يجب الأخذ بعين الاعتبار واقع الاسرة الجزائرية، خاصة إذا كان الزوج مقيما مع أهله، فهل يعقل أن ترمى عائلة بأكملها، وتبقى الزوجة في المسكن بحجة ممارسة الحضانة ، و ربما هذا الإعتبار الذي رعاه المشرع الجزائري عندما استثنى مسكن الزوجية[3]، و الملاحظ أن أحكام المادة 52 ق أ ج عندما نصت على ضرورة اسكان الزوجة المطلقة مع محضونها ، هو ضمان للزوجة، لكنه خال من الحماية القانونية أو الاجرائية في حالة رفض الزوج إسكان الحاضنة و أولادها، كما أنه لا حماية جزائية في حالة الاخفاء العمدي للزوج المطلق للسكنات المملوكة له، بغرض حرمان الزوجة المطلقة مع محضونها من هذا المسكن طبقا لأحكام المادة (2/52) ق أ ج [4].

وقد قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بأن : " للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت للزوج مسكنا اخر، وهذا نظرا لمصلحة المحضونين، ولم كان ثابتا – 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 اخر، وعليه فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس وحق الزوجة في البقاء في مسكن الزوجية نظرا لمصلحة الأولاد المحضونين الاربعة ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا، طبقوا صحيح القانون متى كان كذلك استوجب رفض الطعن.[5]

و نستطيع القول أن المادة 52 ق أ ج قد خاضت كثيرا في ما يتعلق بمنح المسكن للزوجة، ولعلى هذه المادة الأكثر إجحافا في حق المرأة التي يرتبط مصيرها بمصير أولادها[6] ، ففي هذه المرحلة التشريعية ذاتها ، و في حالة عدم تحقق أحد هذه الشروط، يسقط حق الحاضنة في المسكن بمقتضى المادة (2/52) ق أ ج وما بعدها، إلا أن المشرع ومن

[1] - القانون (11-84) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[2] - زكية حميدو تشوار، المرج السابق ، ص 195.
[3] - الطيب لوح، رئيس النقابة الوطنية للقضاة، إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيقها، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 03، الجزائر، 2000، ص 259.
[4] - المرجع نفسه، ص 259.
[5] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:223834 ، قرار صادر في 1999/06/15، المجلة القضائية 2001، ص 225.
[6] - هجيرة دنوني، المرجع السابق ، ص 488.

خلال نص المادة 72 ق أ ج، أعطى للمحضون الحق في السكن – بغض النظر عن - الشروط المذكورة سابقا – و التي نصها : " نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال، و إلا فعلى والده أن يهيء له سكنا ، وإن تعذر فعليه أجرته.[1]

بالرجوع للمادتين 52 و 72 ق أ ج ، نلاحظ أنهما لم تعرفا إنسجاما، بالنسبة للمادة 52 ق أ ج رتبت في فصل الطلاق، وتكلمت عن الطلاق التعسفي في فقرتها الأولى، وخصصت الفقرات الموالية للحضانة، فهي تخاطب الحاضنة الأم دون سواها، في حين أن المادة 72 ق أ ج فإنها منظمة في موضوع الحضانة، فهي تخاطب كل الحاضنات، وتبدو أكثر حماية بالمقارنة مع نص المادة الأولى بسبب إلزام الأب بتوفير مسكن، أو على الاقل أجرته، الشيء الذي لا نجده في المادة 52 ق أ ج ، وهكذا فإن حصول المحضون على حقه في الإيواء ، هو في يد حاضنة غير أمه أوفر من ذلك إذا كان مع أمه، وبالرغم من إيجابيات المادة 72 ق أ ج ، إلا أن سلبياتها قائمة و تتمثل في :

- لم تعتبر هذه المادة المسكن من مشتملات النفقة، و هذا ما يجعلها متعارضة مع المادة 78 ق أ ج، التي تنص على أن النفقة تشمل (الغذاء، الكسوة، العلاج، السكن أو أجرته) .
- في حالة عدم وجود مال للمحضون، تعرض المشرع لحل مشكلة السكن أو أجرته التي تقع على عاتق الأب، دون أن يحل مشكلة باقي مشتملات النفقة، لذلك حتى تنسجم النصوص القانونية مع بعضها البعض، آخذين بعين الاعتبار الملاحظات السابقة، تسنى لنا قبل التعديل أن نقترح الصياغة الأتية: " نفقة المحضون من ماله إن كان له مال ، وإلا فمن مال والده" [2].
- إن الدارس لمسألة حق المسكن للمطلقة الحاضنة ، يلاحظ التعارض بين الإطلاق و التقييد في المادتين (52 و 72) ق ا ج (11/84)، حيث نجد المادة 52 ق أ ج تعلق إستحقاق حق المسكن للمارسة الحضانة على شروط واقفة، في حين نجد المادة 72 ق أ ج جعلت حق المسكن للمحضون، ولو كان واحدا بلا اشتراط لعدد المحضونين، كما جعلت حق المسكن للمحضون و ليس حقا للمطلقة الحاضنة، فيحمل هذا التعارض على ان المادة 72 ق أ ج بحكم أنها تالية للمادة 52 ق ا ج تضمن تخصيص عموم المادة 52 ق أ ج وتقييد مطلق حكمها[3]، و امام هذه المشاكل وغيرها، تدخل المشرع وقام بتعديل المادتين (52و 72) ق ا ج ، لكن هل جاءت النصوص المعدلة في صياغتها الجديدة لتكريس حق الطلقة الحاضنة في المسكن بشكل أفضل؟

[1] - المرجع نفسه، ص 30.
[2] - زكية حميدو تشوار، المرج السابق ، ص 130.
[3] - عبد القادر بن داود، الأثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة، مجلة المعيار، العدد 09، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، 2004، ص275.

المطلب الثاني

الشروط المستحدثة في استحقاق الحاضنة للمسكن المخصص لمارسة الحضانة في ظل قانون الأسرة المعدل (05-09)

نتيجة الفراغ التشريعي و القضائي ، دفع بالمشرع الجزائري إلى إعادة النظر في قانون الأسرة الجزائري ، ورأى أنه من الضرورة تعديل المادة 52 ق أ ج بإلغاء الفقرات 2 و 3 و 4 ، وكذلك تعديل المادة 72 ق أ ج [1] وإستبدالها بفقرتين تنص على أنه : " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة مسكنا ملائما للحضانة ، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالمسكن " ، فإذا أسندت الحضانة للأم في حالة الطلاق التزم الأب – طبقا لنص المادة 72 ق أ ج – بتوفير مسكن ملائم للحاضنة، حتى تستطيع ممارسة حقها في أحسن الظروف تجاه ولدها المحضون، وفي حالة عدم تمكنه من ذلك ، ألزم بدفع قيمة الإيجار لإيجاد مسكن تقطن فيه الحاضنة و ولدها المحضون، وذلك لتسهيل عملية الرعاية و التربية في ظروف ملائمة تصون كرامة الحاضنة و المحضون معا، كما الحت المادة ذاتها على بقاء الزوجة المطلقة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ أحد الأمرين: إما بتوفير المسكن أو دفع بدل الإيجار.[2]

ولتطبيق المادة 72 ق أ ج تطبيقا سليما ، وإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بمسكن مناسب لتقيم فيه مع محضونيها ، يجب أن تتوفر الشروط الآتية :

- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن اسناد حق الحضانة إليها، بغض النظر عن كون المحضون واحدا أو أكثر[3]، و هو ما تم إقراره في قرار صادر عن المحكمة العليا إذ جاء فيه: إن المادة 72 ق أ ج لم تشترط وجود عدد من ألأولاد المحضونين كي تستحق الحاضنة مسكنا لممارسة الحضانة به، أو مبلغا ماليا بدله ، وان الطاعن الذي ادعى أن لمطلقته وليا يقبل إيواءها هي ومحضونيها، كان عليه أن يثبت ما يدعيه[4] .
- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون ، فلو كانت أسندت إليه حق الحضانة هي الجدة أو العامة مثلا، لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو العمة لتمارس فيه حق الحضانة ، ولا يحتاج الأمر إلى توفير مسكن للحاضنة .

[1] - أمر رقم (02-05) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[2] - غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل – دراسة مقارنة بين الشرع و القانون – ط 01، دار طليطلة ، الجزائر 2011، ص 151.
[3] - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 145.
[4] - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 348956، قرار صادر في 2005/11/1، المجلة القضائية 2005، العدد 02، ص 425.

- أن يكون للأب مسكنا ملائما يمكن ان يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق الحضانة، ذلك أنه إذا لم يكن له مسكنا يوفره لها، فإنه يجب عليه في هذه الحالة أن يدفع لها بدل الإيجار[1].

باستقرائنا لنص المادة 72 ق أ ج ، نلاحظ أن المشرع الجزائري ألزم الأب بين ضرورة تهيئة مسكن للمحضون أو بدل الإيجار، كما أوجب على الحاضنة البقاء في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي، وهو ما سنحاول تحليله ، ثم تبيان الإطار القانوني المستجد في القانون (01-15)[2] المتضمن صندوق النفقة ، و مدى تأثيره على الحق في المسكن المخصص لممارسة الحضانة باعتباره من مشتملات النفقة، و التي سنذكرها على النحو التالي:

الفرع الأول

التزام الأب بين ضرورة تهيئة مسكن للمحضون أو دفع بدل الإيجار

لقد ألزم المشرع الأب بتهيئة المسكن للمحضون، وإن تعذر ذلك فعليه بدل الإيجار، وهكذا لم يترك هذا الأخير للزوج أي خيار، فهو مجبرعلى أن يوفر للحاضنة إما مسكنا لتمارس فيه حقها في الحضانة أو دفع بدل الإيجار، ولم يضعه في موضع تخيير بين الأمرين، عكس ما كان عليه الحال في المادة 72 ق أ ج قبل تعديلها[3]، إذا كان التزام الأب مقرونا بوجوب افتقار المحضون للمال[4]، حيث نصت على ان : " نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى ولده أن يهيء له سكنا، وإن تعذر فعليه أجرته ".

فالمشرع أوجب أن يكون المسكن المهيئ من قبل الأب لممارسة الحضانة ملائما، وخفف من عبء الأب في تنفيذ التزامه عينا، فإذا كان في إعداده بمسكن الحضانة إرهاقا له، حكم عليه بأجرة المسكن [5]، لهذا محاولة منا دراسة إلتزام الأب بين ضرورة تهيئة المسكن أو دفعه الأجرة.

أولا: التزام الأب في توفير مسكن الحضانة الملائم للحضانة

لقد اشترطت المادة 72 ق أ ج [6] أن يكون المسكن المخصص لممارسة الحضانة ملائما للحاضنة، وبهذه الصياغة المعيبة جعل المشرع الجزائري الحق بالمسكن قاصرا على ملاءمته مع الحاضنة، بدلا من أن يشترط أن يكون المسكن ملائما لممارسة الحضانة، لأنها تحصل على ذلك الحق إلا إذا كانت حاضنة [7]، وهو ما يدفعنا إلى طرح عدة تساؤلات و تتمثل في تحديد المقصود الذي قصده المشرع من خلال أن يكون المسكن ملائما، والضوابط

[1] - عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 145.
[2] - القانون رقم (01-15) مؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 الموافق ل 04 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 01، صادر بتاريخ 01 يناير 2015 .
[3] - القانون رقم (11-84) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[4] - سليمان ولد خسال، المرج السابق، ص 189.
[5] - أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص 107.
[6] - الأمر رقم (05-) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[7] - زكية حميدو، المرجع السابق، ص 141.

التي تسمح بتقدير هذه الملاءمة خاصة و أن المشرع ربط ملاءمة مسكن الحضانة بالحاضنة،كونها هي من تقوم بشؤون الحضانة، من خلال دراستنا للمادة 7 ق أ ج يتضح لنا جليا أن :

- التزام الأب بتوفير المسكن الملائم غير الزامي، إذ أن المشرع أقر بأنه في حالة التعذر التزم الأب ببدل الإيجار.
- أن تقدير ملاءمة المسكن للحاضنة يخضع لتقدير قاضي الموضوع، في حالة رفض الحاضنة المسكن المهيء، ولابد أن يكون لهذا الرفض ما يبرره، ومصطلح الملاءمة على الرغم ما يجعله من معان ، إنما قصد به بأن يكون المسكن مناسبا للحضانة و المحضونين، و في حدود يسر الأب ووضعه الإجتماعي و ألا يكون اختياره قصد الإضرار بالحاضنة، إلا إذا كان مستوفيا للشروط الشرعية، كأن لا يكون بعيدا عن العمران ، أو غير أمن أو غير مستوف الشروط و المرافق الشرعية[1]، وعليه كان على المشرع أن ينص كافة التكاليف المرتبطة بالمسكن وجوب توفير المستلزمات الضرورية للعيش فيه خاصة و ان الفقه إشترط ذلك، أما بالنسبة لإشتراط المشرع بأن يكون المسكن المعد لممارسة الحضانة ملائما للحاضنة بدلا من المحضون، فذلك راجع لأن الحاضنة هي التي لها الحق في مطالبة الأب بمسكن المحضون بصفتها راعية للولد، و الساهرة على حفظه و تربيته، وباعتبار أن لها صفة القاضي في طلب تهيئة مسكن لها و للمحضون، باعتباره جزء من نفقة الصغير[2]، كما أغفلت المادة 72 ق أ ج الحالة التي يكون فيها للحاضنة مسكنا ، وهنا لا يتوجب على أب المحضون توفير مسكن لممارسة الحضانة، بل أجرته[3]، لأنه من غير المنطقي إلزام الحاضنة حتى ولو كانت أما بإعداد مسكن الحضانة بالمنقولات اللازمة ، وإلا أصبحت الحضانة عبئا كبيرا يؤدي إلى عزوفها عنها، لذا لابد من الزام الأب بتزويد مسكن الحضانة بالمنقولات الضرورية بقدر إمكانياته، و بما يكفل لأبنائه المعيشة السعيدة[4].

ثانيا: التزام الأب ببدل الإيجار

نصت المادة 72 ق أ ج على ما يلي: " ... يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة مسكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك عليه دفع بدل الإيجار ..."، فالمشرع نص على وجوب توفير مسكن أو أجرته، ولم يتكلم عما إذا كانت أجرة المسكن المستقل الذي يأوي المحضونين مع حاضنتهم ، أن يتضمن النص أيضا ما لو كانت تسكن عند والديها، أم يتوجب عليه دفع الأجرة أولا .

[1] - أحمد إبراهيم عطية ، نفقة و حضانة الصغار أما محكمة الأسرة، دار الفكر القانوني ، مصر، 2009، ص 213.
[2] - عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 51.
[3] - زكية حميدو، المرجع السابق، ص 140.
[4] - عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 53.

باستقراء نص المادة المذكورة أعلاه، نجده يشير إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير مسكن ، يتوجب عليه دفع الأجرة لاستئجار مسكن لممارسة الحضانة، أو دفع بدل الإيجار ، ويبدو أن هذا الوضع الأفضل للأم خصوصا إذا لم يكن لها دخل خاص تنفق على نفسها منه، لأن توفير المسكن المستقل وإن كان يحقق منفعة للمحضونين، فقد تكون النفقة لا تغطي مطالبهم ومطالب الزوجة المطلقة، لأن الأب غير مسؤول من الناحية القانونية على نفقتها[1] ، لذلك لابد من صياغة النص بصورة أفضل تشير إلى وجوب النفقة على الأب، زيادة على ذلك توفير المسكن المستقل، فإن تعذر ذلك دفع بدل الإيجار للحاضنة، إذا قامت هي بتوفير المسكن، حتى ولو كان هذا الأخير مع والديها ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون[2]، ونشير هنا إلى عبارة بدل الإيجار المنصوص عليها في المادة (1/72) ق أ ج يقصد بها أجرة المسكن فقط، وهذا التحديد غير مستساغ، لأن المسكن إضافة إلى الإيجار الشهري تلحق به عدة أعباء و تتمثل في :

- الرسوم و الضرائب المختلفة و التأمين عليه.
- مصاريف إستهلاك الماء و الغاز و الكهرباء.
- مصاريف ترميم المنزل الخاصة بالمستأجر.

لذلك كان لزاما على المشرع أن ينص على كافة التكاليف المرتبطة بالمسكن، ووجوب توفر المستلزمات الضرورية للعيش فيه، خاصة و أن الفقهاء اشترطوا ذلك، وتبع لذلك إذا حكم لصالح الحاضنة بالبقاء في مسكن الزوجية ، فعلى الزوج أن يلتزم بما يلي[3] :

- عدم تجريد المسكن من الوسائل المساعدة للعيش و المتواجدة فيه، و التي تعتبر في حكم الضروري من وسائل الطبخ و الفراش و جهاز التلفاز و الثلاجة و كل ما يوجد بالمسكن من اغطية و أفرشة .
- إذا كان مسكن الزوجية مستأجرا، فعلى الأب التكفل ببدل الإيجار، وليس على الحاضنة الإلتزام بذلك، وكذا الأمر بخصوص المستحقات الأخرى من ضرائب ورسوم و فواتير الغاز و الكهرباء و الماء ...
- القيام بالترميمات الضرورية للمسكن حتى يبقى صالحا لإيواء الحاضنة و المحضونين، وتفاديا لكل تأثير ناتج عن الظروف الطبيعية [4]. و ما يجب التوقف عنده عبارة : " ... فعليه دفع بدل الإيجار ... " كونها تطرح عدة تساؤلات : ما هي المعايير المعتمدة من قبل القضاء في تحديد مبلغ الإيجار؟ وهل يعد الأب طرفا في عقد الإيجار المتعلق بمسكن الحضانة؟ وما هو تاريخ استحقاق بدل الإيجار؟

[1] - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة، ط 01 ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر،ص 26.
[2] - الحسين بن الشيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص26.
[3] - المرجع نفسه، ص 59.
[4] - المرجع نفسه، ص 60.

1- معايير تقدير بدل الإيجار

استقر القضاء على أن أجرة مسكن الحضانة مسألة من مسائل الواقع، و بالتالي فهي تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، فالقاضي عندما يطرح النزاع أمامه، وفي حالة التأكد من تعذر الأب على توفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، أن يحكم عليه ببدل الإيجار ، وأن يحدده مراعيا في ذلك جملة من الظروف حسب تقديره و تتمحور في : الحالة المادية للأب و موقع المسكن ، إضافة إلى الأخذ بتعدد المحضونين[1] .

بالنسبة للحالة المادية للأب (المعيار المادي) فإنه يجب أن تتناسب أجرة السكن و درجة يسار الأب (في حدود طاقته) ولا يجوز أن يكون تقدير أجرة المسكن فيه إثراء للحاضنة و المحضون على حساب الأب، حتى لا يكون سببا في الإضرار به، مصداقا لقوله تعالى:" لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ" [2] فعلى القاضي عند تعيينه للأجر الذي يتحمله الأب، أن يراعي مختلف الظروف .

أما عن موقع السكن فهو الآخر عند تقديره لأجرة مسكن الحضانة، يجب عليه مرعاة ظروف الإسكان في المكان الذي يتواجد به مسكن الحضانة، قد تكون الأجرة مرتفعة أو متوسطة القيمة بحسب المكان المتواجد به المسكن (المسكن المتواجد بالمدينة أجرته تفوق بكثير المسكن المتواجد بالقرية) وبناء على ذلك نجد أجرة المسكن تختلف بالنظر إلى كونه يقع في وسط المدينة أو في القرية، وكذا من حيث كونه يقع في المنطقة الساحلية أو في المنطقة الداخلية أو الصحراوية، و الحاصل أنه يجب أن يؤخذ بعين الإعتبار عدم إنعزال مسكن الحضانة، بحيث لا يستحسن أن يكون مرتفعا او بعيدا عن مرافق الصحة و التعليم.[3]

أما عن تعدد المحضونين فهناك من يقول أن لتعدد المحضونين دخل في تقدير الأجرة الخاصة بالمسكن، لأن ما يكفي لسكنى صغيرين أو ثلاثة لا يكفي إذا زاد عدد المحضونين عن خمسة، وذلك مع مراعاة كل قضية على حدة [4]. و في الحقيقة أن هذه المسألة تطرح عدة إشكالات تتمثل في عبء الأب المطلق ، خصوصا إذا كان متزوج ومنجبا من زوجة اخرى، مما قد ينته إلى إفقاره، فيعطيه الحق في تخفيض التزامه بالنفقة، غير أن ذلك ما يغير كون إيجار مسكن الحضانة إنما هو واجب على الأب المطلق باعتباره أحد عناصر نفقة الأولاد عليه[5].

وقد أشارت إحدى الباحثات في القانون الجزائري إلى ضرورة مراعاة حال المحضونين، إذا كانوا فتيانا و فتيات، مما يستوجب الفصل بينهم في المضاجع، وهو مما يستدعي إعادة النظر

[1] - أحمد إبراهيم عطية، المرجع السابق، ص 259.
[2] - سورة البقرة الآية 233.
[3] - أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص 110.
[4] - عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها وقضاءا ، ط 01 ، دار الفكر العربي، 1984، ص 388.
[5] - موريس صادق، قضايا النفقة و الحضانة و الطاعة(د ط) ، دار الكتاب الذهبي، القاهرة، 1999، ص 114.

في قيمة بدل الإيجار المحكوم بها بالمطلقة الحاضنة، لأن كراء حجرتين يزيد حتما عن كراء حجرة واحدة[1].

2/ أطراف عقد الإيجار

لقد عرف المشرع الجزائري عقد الإيجار في المادة 467 مدني جزائري المعدلة بالقانون (05/07) [2] على أنه: " عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الإنتفاع بشيء بمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم، يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم عمل آخر"، غير أن عقد الإيجار لا يختلف عن غيره من العقود الأخرى في الخضوع لقاعدة نسبية آثار العقد و التي يقصد بها أن إبرام العقد يترتب عليه نشوء إلتزمات مقابل حقوق، ومن البديهي أن هذه الحقوق و الإلتزمات تقع على عاتق طرفي العقد (المتعاقدين) غير أن هذا الإصطلاح يشمل كذلك من يمثلهما فتنصرف آثار العقد إلى الخلف العام و الخلف الخاص، كما ان آثار العقد تؤثر بطريقة غير مباشرة في حقوق دائني المتعاقدين، و الأصل أنه لا تنصرف آثار العقد إلى الغير بعد الخلف ودائني المتعاقدين ، وهذا هو المقصود بنسبية آثار العقد [3]. وهنا نتساءل : من هم اطراف عقد إيجار المسكن المخصص لممارسة الحضانة؟

- **الأب طرف في عقد الإيجار :** إن إمكانية إعتبار الأب طرفا في عقد الإيجار لا تطرح إلا في حالة ما إذا إلتزم الأب عينا بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، وهنا يصبح (الأب) طرفا أصليا في العقد دون الحاضنة و محضونيها، وتظل هذه العلاقة الإيجارية المباشرة قائمة طيلة فترة الحضانة بين المؤجر و الأب، أما المحضونين و الأم الحاضنة ما هم إلا منتفعين بالتبعية إستنادا للمادة (1/72) ق أ ج [4].
- **الحاضنة طرف في عقد الإيجار:** إذا حكم القاضي على الأب بمبلغ بدل الإيجار، فإن الحاضنة هي التي تقوم بإعداد مسكن للحضانة بذلك المبلغ، وهنا تقوم علاقة إيجارية مع الحاضنة و المؤجر مباشرة، وتقع عليها كل الإلتزامات التعاقدية، وفي حالة الإخلال بها يجوز للمؤجر أن يطلب من الحاضنة بفسخ العقد و إخلاء المسكن.[5] و هو ما نصت عليه المادة 119 مدني جزائري[6] : " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا قضى الحال لذلك، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجل حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يف به البديل قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزمات ".

---

[1] - أم الخير بوقرة، المرجع نفسه، ص 111.
[2] - أمر (05-07) يتضمن القانون المدني الجزائري مشار إليه سابقا.
[3] - محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري– النظرية العامة للإلتزمات– ط04 ، دار الهدى، الجزائر،2007،ص322.
[4] - أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص 113.
[5] - عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 70.
[6] - أمر (58-75) يتضمن القانون المدني الجزائري مشار إليه سابقا.

• **زمن استحقاق الأجرة:** لم ينص المشرع الجزائري عن زمن استحقاق أجرة بدل الإيجار عن المسكن المخصص لممارسة الحضانة ، إلا انه بالرجوع إلى القضاء، نجد من القرارات القضائية التي نصت عن زمن استحقاق أجرة الحضانة، يكن من تاريخ صدور الحكم بالحضانة، ومن ذلك نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي جاء فيه: " ... أن بدل الإيجار سكن المحضون يسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة [1] ". وفي قرار آخر جاء فيه : " يسري مدة بدل الإيجار من تاريخ الحكم الناطق بإسناد الحضانة[2] "، إلا أنه بالرجوع إلى الواقع، فإن الأصل ان مدة استحقاق الأجرة تسري من يوم التنفيذ واقعيا، وعلى ذلك كان على المشرع الجزائري ضبط الآجال كونها من النظام العام .

الفرع الثاني

بقاء الحاضنة في مسكن الزوجية

إن من آثار فك الرابطة الزوجية بقاء المطلقة في المسكن الزوجي للإعتداد فيه مصداقا لقوله تعالى : " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا "[3] هذا من جهة، و القيام بواجب حضانة الأولاد من جهة آخرى ، فيصبح بذلك المسكن الزوجي متمحورا بين اعتباره مسكنا للعدة تعتد فيه المطلقة شرعا و قانونا، وبين اعتباره مسكنا للحاضنة تقوم فيه بشؤون الحضانة، كما أوجب المشرع بقاء الحاضنة في بيت الزوجية دون تعليق على أي قيد يذكر، بينما قيد خروجها منه على شرط التزام الأب بتنفيذ الحكم القاضي بالسكن[4] .

أولا: اعتداد المطلقة بالمسكن العائلي

لقد ألزم المشرع الزوجة المطلقة ببقائها بمسكن الزوجية لقضاء العدة ابتداء من تاريخ التصريح بالطلاق، و في هذ المعنى ورد قوله تعالى : " وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ و لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ[5] ".

---

[1] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:331833، قرار بتاريخ: 2005/06/15، المجلة القضائية، 2005، العدد 01، ص 315.
[2] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 460137، قرار بتاريخ: 2009/01/14، المجلة القضائية ، 2008، العدد01، ص51.
[3] - سورة الطلاق الآية 01.
[4] - أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص 30.
[5] - سورة البقرة الآية 228.

وهو نفس المعنى الوارد في المادة 58 ق أ ج [1] و التي تنص على أن : " تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة اشهر من تاريخ التصريح بالطلاق ". و المقصود بالعدة هي المدة المقدرة بحكم الشارع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج أو شبهته، وركنها حرمة تثبت عند الفرقة حتى ينقضي هذا الأجل، مثل حرمة تزوج المرأة من غير مطلقها ، وحرمة خروج معتدة الطلاق الرجعي من المسكن الزوجي الذي طلقت فيه [2]. والحكمة من وجوب العدة هي التأكد من براءة الرحم منعا لاختلاط الأنساب، وإعطاء فرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما وإصلاح شؤونهما بعيدا عن الإنفعالات التي أدت بهما إلى الطلاق، إضافة إلى أنها مهلة للحداد لمن توفي عنها زوجها، واحترام المشاعر الزوجية ومشاعر أهل الزوج[3] ، وعلى اختلاف أنواع العدة ، فإن المطلقة تستحق النفقة كاملة طوال مدة العدة التي تعتدها، لأنها تعتبر شرعا وقانونا مازالت في عصمة زوجها، وأن من حقها البقاء في بيت الزوجية خلال مدة العدة، سواء أكانت حاضنة أو غير حاضنة [4] تطبيقا لنص المادة 61 ق أ ج [5] و التي تنص على أن : " ... الزوجة المطلقة لا تخرج من المسكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها، إلا في حالة إرتكاب فاحشة مبينة ولها الحق في النفقة في عدة طلاقها، وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في كثير من القرارات أهمها القرار الذي جاء فيه : " ... أن نفقة المطلقة ومسكنها أثناء العدة يقع على عاتق الزوج ، ذلك أن نفقة العدة و المسكن التي منحها القرار المطعون فيه، إنما المقصد منه أن المطلقة أثناء فترة العدة تقيم في مسكن الزوجية إلى غاية إنتهائها ، كما نصت على ذلك الشريعة الإسلامية السمحة وكذا المادة 61 ق أ ج [6] .

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا أقرت فيه : " القضاء ببقاء الزوجة في المسكن الزوجي بعد الطلاق تنفيذا لبنود عقد الزواج قضاء سليم [7] ". فبقاء المطلقة المعتدة في بيت الزوجية هو حق الله تعالى لا يملك اي من الزوجين إبطاله، كما أنه واجب على المطلقة بغض النظر عن كونها أما أسندت لها حضانة الأولاد، إذ يحق للزوج أن يعيدها إلى مسكن الزوجية إذا خرجت منه، لأن له عليها حق الطاعة إذا كانت زوجة ، وله عليها حق الإقامة في المسكن إذا كانت معتدة[8].

ثانيا: قيام الحاضنة بواجب الحضانة

[1] - القانون رقم (11-84) يتضمن قانون الاسرة مشار إليه سابقا.
[2] - نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، 2006، ص 223.
[3] - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق ، ص 224.
[4] - عبد العزي سعد، المرجع السابق، ص 136.
[5] - القانون رقم (11-84) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[6] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم: 390091، فرار بتاريخ: 2007/04/11، المجلة القضائية، 2008، العدد01، ص245.
[7] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم: 253111 ، قرار بتاريخ: 2000/10/19، المجلة القضائية، 2003،العدد 02، ص278.
[8] - إمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق ، ص 410.

إن المادة 72 ق أ ج[1] قد عملت على ضمان العيش المناسب و الحياة الكريمة للمحضون و الحاضنة في حالة الطلاق من والده، إضافة إلى إلزامه بتوفير مسكن ملائم للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة، وإن تعذر عليه ذلك ، دفع بدل الإيجار، فإن المشرع نص في الوقت ذاته في المادة المذكورة أعلاه و في الفقرة الثانية منها ، على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، وذلك اعترافا بمسؤولية الوالد على أولاده، وإقرارا بحق الولد في الرعاية و الحماية[2].

إن المادة (2/72) ق أ ج تحمل في طياتها الرغبة في حماية المحضون، و تجنب عيوب النص السابق ، إلا أنه لم يفلت هو الآخر من بعض الإنتقادات وتتمثل في :

- إستعمال المشرع لمصطلح (بيت الزوجية) ليس في محله ، بل الأصح (بيت المطلقة) لأن الزوجية صفة لشخصين مرتبطين بعقد النكاح، وهو لم يعد كذلك بعد فكها بالطلاق، كما يمكن إستبدالها ببيت والد المحضون، مع أن العبارة الأصح هي بيت المطلق، لأن المادة تعالج الحضانة وهي منظمة في فصل توابع الطلاق.
- الغاء المشرع للفقرة الرابعة للمادة 52 ق أ ج غير أن هذا الإلغاء لا يتماشى ومصلحة المحضون، وهو ما يدفعنا للقول أن النص السابق كان أكثر وضوحا للقاعدة القائلة : " سقوط الحضانة يسقط حق الحاضنة في المسكن " وربما أن المشرع قد إعتبرها من الأمور المسلم بها[3] .
- إن الإجراء الذي استحدثه المشرع ببقاء الحاضنة حتى تنفيذ الحكم في مسكن الزوجية، هذا الإجراء وإن كان استحدث لدفع الزوج إلى تنفيذ هذا الالتزام بتوفير المسكن لممارسة الحضانة، خصوصا عندما لا تجد المطلقة الحاضنة وبعد إنتهاء العدة مكانا تلجأ إليه ، ولو بشكل مؤقت ريثما يوفر الزوج مسكنا للحضانة[4] ، إلا أن هذا الإجراء من حيث الواقع لا يمكن تصوره، ذلك لأن المادة (2/72) ق أ ج بالرغم من انها جاءت في صالح الحاصنة، لكن من الناحية العملية نجده لم يأت بجديد من حيث:
- أن العرف المطبق في المجتمع الجزائري ، نلاحظ أنه قبل رفع دعوى الطلاق من طرف أحد الزوجين، فإن الزوجة تكن قد غادرت مسكن الزوجية إلى بيت أهلها مصطحبة معها الأطفال المحضونين، وبعد رفع دعوى الطلاق أو التطليق ، فإنه لغاية صدوره حكم بالطلاق تمر فترة زمنية تتجاوز ثلاثة أشهر، وهي مدة العدة إن كان الزوج قد نطق بالطلاق بإرادته

[1] - أمر رقم (02-05) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[2] - العربي بختي، المرجع السابق ، ص 141.
[3] - زكية حميدو، المرجع السابق ، ص 140.
[4] - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 260.

المنفردة، وبالتالي تكون الزوجة أجنبية عنه بحكم الطلاق، فلا يمكن أن يطلب منها البقاء في مسكن الزوجية.[1]

- ثم أنه غالبا ما تكون أجرة المسكن المحكوم بها مجرد أجرة رمزية، لا تكفي لإستئجار مسكن من طرف الزوجة الحاضنة، وقد تكون كافية باستئجار مسكن غير لائق لممارسة الحضانة، كأن يتواجد في مكان معزول، أو بناية غير صحيحة، وعلى ذلك فإن المادة (2/72) ق اج يصعب تجسيدها من الناحية العملية.[2]

لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجين يصل إلى غاية صدور حكم الطلاق، بل إلى غاية تنفيذ الجزء من الحكم المتعلق بالمسكن، وهذا وضع يكاد يكون في حكم المستحيل، لأن الزوجة إما أن تكون قد خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية، ولم يعد أحد الزوجين يطبق الجلوس أو الإقامة مع الزوج الآخر أثناء فترة قيام النزاع [3]، وفي الأخير نقول أن إلزام المشرع الحاضنة بالبقاء ببيت الزوجية لممارسة الحضانة الهدف منه مراعاة لمصلحة المحضون أولا، متوخيا في ذلك كل المخاطر التي قد يتعرض لها أو أصبح في الشارع من دون مأوى، مما يتوجب إمتناعها عن إستعماله لأي غرض ولو كان مشروعا، وأن تتقيد في المسكن فيه دون إستغلاله للحصول على ربح مالي ، بل يعهد لممارسة الحضانة فقط [4]، وحق الحاضنة بالبقاء في مسكن الزوجية ، هو حق مؤقت و معلق على شرط : فهو حق مؤقت ابتداء من اعتبار أن شغلها لمسكن الزوجية مع محضونيها مرتبط بفترة الحضانة، وعدم سقوطها شرعا و قانونا،وكونه معلق لشرط باعتبار أن بقاءها في بيت الزوجية متوقف على مدى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالمسكن[5].

الفرع الثالث

صندوق النفقة وتأثيره على الحق في المسكن المخصص للحضانة

إن المتضرر من عدم تسديد النفقة و أجرة المسكن هم الأبناء المحضونون، فبدأت النداءات تتعالى من أجل خلق ديناميكية جديدة ، مادامت الإجراءات القانونية المعتادة قد أثبتت عدم نجاعاتها في هذه المسألة، وتتمثل في استحداث (إنشاء) صندوق النفقة الغذائية لضمان سد حاجات المحضونين وإيوائهم، ففي الوقت نجد فيه تشريعات عديدة تعتمد هذه الطريقة فرنسا و تونس مثلا، لا نجد المشرع الجزائري يعتمدها، إذ لم يتم المصادقة على المادة 80 مكررلمشروع تعديل قانون الأسرة (11-84) و التي كانت قد اقترحت هذا الحل، فنصت على ما يلي : " ينشأ طبقا للشروط وكيفيات المحددة في التشريع المعمول به صندوق النفقة الغذائية بما فيها أجرة المسكن التي بقي تحصيلها بطرق التنفيذ القانونية دون جدوى "،

[1] - المرجع نفسه، ص 62.
[2] - المرجع نفسه، ص 62.
[3] - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 146.
[4] - عيسى طعيبة، المرجع السابق، 70
[5] - المرجع نفسه ، ص 70.

و المقصود بالتشريع المعمول به هنا ، أن يتم إنشاء صندوق النفقة بموجب قانون المالية [1]، وعلى الرغم من أن مشروع تعديل قانون الأسرة جاء بحل لهذا الاشكال، وذلك بإنشاء صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية، بما فيها أجرة المسكن، إلا أن المشرع تنازل على هذا الطرح، وبقي الأمر على حاله حتى صدور القانون (01-15) المتضمن إنشاء صندوق النفقة [2] ، وقد تضمن هذا القانون 16 مادة، تهدف في مجملها إلى إنشاء هذا الصندوق، مع تحديد إجراءات الإستفادة من المستحقات المالية، وهو بمثابة لبنة جديدة للترسانة القانونية التي تهدف إلى حماية الأطفال القصر، و المراة المطلقة الحاضنة ، من خلال تخصيص مبلغ مالي لها في حالة تخلي المدين عن دفع النفقة، وقد أثار هذا الاجراء جدلا واسعا و ردود أفعال متباينة، ما بين مؤيد له و معارض، فهناك من رأى بأنه سيتسبب في ارتفاع حالات الطلاق و الخلع و تشتت الأسرة، في حين هناك من يرى بانه إجراء يحمل الطابع الإنساني، من شأنه أن يحفظ حق المطلقات الحاضنات، ويبعد عنهن الإهانة، غير أنه و في أخر المطاف تمت المصادقة عليه من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة بالإجماع.

حددة المادة 2 من قانون صندوق النفقة المقصود بالمصطلحات التي يحويها، وعرف النفقة بأنها : " النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل و الأطفال المحضونين بعد فك الرابطة الزوجية، كذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق و النفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة ". كما عرف المستحقات المالية : " بأنها المبلغ الذي يدفعه صندوق النفقة للدائن بها، و الذي يساوي مبلغ النفقة وفقا لتعريفها المحدد".

نصت المادة 03 من قانون صندوق النفقة على أنه : " يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد، إذا تعذر التنفيذ الكلي او الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة، بسبب إمتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك، أو لعدم معرفته لمحل إقامته، يثبت تعذر التنفيذ بموجب محضر يحرره محضر قضائي ". وهو ما يجعلنا نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يدرج أجرة المسكن ضمن النفقة المحكوم بها، بل نظمتها أحكام المادة 72 ق أ ج[3]، وهو ما لايتماشى مع نص المادة 78 ق أ ج [4] التي تعتبر المسكن و أجرته من مشتملات النفقة .

أولا: دور الاجتهاد القضائي في اعتبار المسكن المخصص لممارسة الحضانة من عناصر النفقة

[1] - وداد مكيو، المرجع السابق، ص 265.
[2] - القانون رقم (01-15) يتضمن إنشاء صندوق النفقة، مؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 ه الموافق لي 04 يناير 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 01 ، ص 07.
[3] - أمر رقم (02-05) معدل و متمم.
[4] - القانون رقم (11-84) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.

اعتبرت مجمل آراء الاجتهاد القضائي المسكن من مشتملات النفقة ، سواء قبل التعديل أو بعده، تطبيقا لما نصت عليه المادة 72 ق أ ج ، منها :

- القرار الذي جاء به: " المبدأ أن أجرة مسكن الحضانة تعتبر من عناصر النفقة، ومنها فإنها من إلتزامات الأب تجاه أولاده المحضونين، إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع " .

- وفي قرار آخر: " المبدأ أن المسكن حق للمحضون حتى ولو كان هذا الأخير وحيدا لأنه من عناصر النفقة[1] ".

- وفي قرار آخر جاء فيه : " لايعفى الوالد من توفير المسكن أو بدل الإيجار باعتبارهما من عناصر النفقة حتى ولو كان للحاضنة مسكنا [2]".

- في قرار آخر جاء فيه: " المبدأ يعتبر الايجار أو المسكن عنصرا من عناصر النفقة الواجب دفعها من طرف الأب للمحضون، ولا يمكن أن يقترنا منح بدل الإيجار بعدد الأطفال المحضونين [3] ".

- وفي قرار آخر حيث جاء فيه : " يعد المسكن أو بدل الإيجار من عناصر النفقة [4] ".

باستقرائنا لهذه الاجتهادات القضائية نجد قرارات المحكمة العليا تكرس اعتبار المسكن من عناصر النفقة، و هو ما يتناقض مع القانون الجديد الخاص في صندوق النفقة، مما يجعل هذا الأخير لا يساير ما أقره القانون للمادة 78 ق أ ج ، وما استقر عليه الاجتهاد القضائي .

ثانيا: الحماية الجزائية للمسكن المخصص لممارسة الحضانة

إن عدم التزام الأب بتوفير المسكن، لا يخضعه لجريمة إهمال الأسرة ، لأن أحكام المادة 331 ق ع ج تخص عقوبة الممتنع عن أداء النفقة، حيث أن المسكن هو التزام مستقل عن النفقة،فإن العقوبة لن تلحق الممتنع عن أداء مصاريف المسكن ، تطبيقا لمبدإ " لا جريمة ولاعقوبة إلا بالنص " الشيء الذي يضعف من آليات تنفيذ الالتزام بالمسكن، على خلاف الإلتزام بالنفقة الذي رتب عليه المشرع عن عدم ادائه لحالة الممتنع على جريمة إهمال الأسرة كضمانة أساسية للمحضون.

بالرجوع إلى المادة (1/331) ق ع ج و التي تنص على أنه : " يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50 ألف دينار جزائري إلى 300 ألف دينار جزائري، كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن

[1] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 726760الصادر بتاريخ: 2002/03/13،المجلة القضائية لسنة 2004، العدد01، ص267.
[2] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 288072الصادر بتاريخ: 2002/07/31،المجلة القضائية لسنة 2004، العدد01، ص278.
[3] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 254635 الصادر بتاريخ: 2002/05/08،نشرة القضاة لسنة 2006، العدد57، ص2609.
[4] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 554808 الصادر بتاريخ: 2004/10/15،المجلة القضائية لسنة 2010، العدد01، ص 241.

أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله او فروعه، كذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه دفع النفقة إليهم [1]".

لقد عرف مفهوم النفقة المنصوص عليه المادة 331 ق ع ج المقررة للمطلقة الحاضنة، تطورات مثيرة في السنوات الاخيرة ، حيث أخذ قضاء المحكمة العليا بخصوص هذه المسألة اتجاهين :

- يحصر مجال تطبيق مفهوم النفقة باستبعاد نفقة الاهمال و نفقة العدة المحكوم بهما لفائدة المطلقة، وهكذا قضى بأنه ما دامت علاقة الزوجية انقطعت بسبب الطلاق، فإن النفقة المحكوم بها لفائدة المطلقة تعتبر دينا على هذه الاخيرة تنفيذ الحكم للحصول عليه، ولا تشكل أساسا للمتابعة الجزائية، ومن ثم يعرضون قرارهم لنقض قضاة الموضوع الذين أدانوا الطاعن على أساس جنحة عدم تسديد النفقة.

- يوسع من مجال تطبيق مفهوم النفقة الى الكسوة و السكن أو أجرته ، على هذا الأساس قضى بأنه يترتب عن عدم تسديد بدل الايجار باعتباره من عناصر النفقة المحكوم به ممارسة الحضانة قيام جنحة المنصوص عليها في المادة 331 ق ع ج. وقد أسست المحكمة العليا قضائها على سببين:

أولهما: نص المادة 331 ق ع ج في نسختها العربية التي تحدثت عن النفقة وليس النفقة الغذائية.

ثانيهما: نص المادة 78 ق أ ج [2] تعرف النفقة على أنها " تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن وأجرته ".

وفي الاخير نتوصل إلا أن الحماية الجزائية المقررة لا تشمل المسكن ، وهو ما يخالف مشتملات نص المادة 78 ق أ ج ، و التي أقرت صراحة على اعتبار المسكن من عناصرها، في حين نجد أن المادة 331 ق ع ج قاصرة على النفقة الغذائية فقط

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تقدير إسناد و إسقاط حق المطلقة الحاضنة في المسكن المخصص لممارسة الحضانة

ذكر المشرع الجزائري عناصر النفقة في المادة 78 ق أ ج[3]، إلا أنه افرد المسكن بنصوص خاصة ، نظرا لما له (المسكن) من أهمية في توفير الرعاية المعنوية و المادية للمحضون، إذ يعتبر أساس قيام ممارسة الحضانة، كما يعتبر عنصرا هاما من عناصر

[1] - أمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .
[2] - القانون (11-84)، المتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[3] - القانون (11-84) المتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.

النفقة، نظرا لإرتباط بقية العناصر الموجودة به وجودا و عدم الإنفاق ليس محتكرا على ما ينفقه الأب من غذاء و كسوة ولباس، بل أن اسكان الطفل يبعده من التشرد و الضياع[1] .

فإذا وقع الطلاق بين الزوجين ولهما أبناء، فالنزاع يثور في من يختص بمسكن الزوجية، ومعنى ذلك أن كل مسكن زوجي قابل الاسناد للمطلقة الحاضنة مهما كان، أم ان هناك حالات يجوز فيها للقاضي إسناد المسكن لها[2] . وعلى هذا الاساس فإن الاتجاه الحديث بأغلب التشريعات، يسير نحو توسيع سلطة ودور القاضي في تسيير الدعوى و الوصول إلى العدالة، بإعطائه دورا إيجابيا سواء من حيث الاجراءات أو من حيث المضمون، وذلك بتوسيع سلطته التقديرية، وهذا ما سايره المشرع الجزائري في مسألة الحضانة، وهذا ما سنحاول التعرض إليه من خلال هذه المطالب.

المطلب الأول

سلطة القاضي في إسناد المسكن المخصص لممارسة الحضانة

من المفروض أن الأب المطلق هو الذي يقع على عاتقه إسكان المطلقة الحاضنة إذا كانت حاضنة لأولاده، ذلك لأن نفقة أولاده وسكناهم يلزم بها الأب ، ولا يمكنهم إستيفاؤها إلا ببقائهم في مسكن الزوجية، وإلا فعليه أن يهيء لهم مسكنا بديلا عن ذلك، وتبقى مسألة إسناد المسكن (للحاضنة و محضونيها) مرهونة بالصورة التي كان عليها أثناء القيام بالعلاقة الزوجية، حيث يكون بقاء الحاضنة ومحضونيها فيه ممكنا في حالات ، ومستحيلا في حالات أخرى، فالقاضي يعتمد لإعمال سلطته التقديرية في حماية المحضون على جملة من الوسائل الإجرائية يخوله الحفاظ على مصلحة هذا الأخير.

الفرع الأول

صور مسكن الزوجية

ليس كل مسكن زوجي قابل لإسناده للمطلقة الحاضنة، لذلك تختلف صوره .

أولا: مسكن الزوجية مملوك

إذا كان مسكن الزوجية مملوكا ، فإنه يجب احترام هذه الملكية ، بغض النظر عن المالك،فملكية هذا المسكن و الذي سبق تخصيصه للإقامة الزوجية، قد تعود لأحد الزوجين أو الغير، والأحكام مختلفة في ذلك.

1-حق ملكية المسكن الزوجي لأحد الزوجين

[1] - عيسى طعيبة ، المرجع السابق، ص 78.
[2] - زكية حميدو ، المرجع السابق، ص 143.

إذا كان مسكن الزوجية محلا للتسليم ، فإنه ونظرا لإعتبار أن أمره مرتبط إرتباطا مباشرا بقاعدة إستغلال ذمم الزوجين ، يعود المسكن إلى الزوج الذي يكون معه سند الملكية[1].

لقد أورد المشرع الجزائري أحكاما جديدة بموجب المادة 37 ق أ ج[2] لم تكن موجودة من قبل، وهي أحكام تتعلق باستقلال الذمة المالية لكل واحد من الزوجين، ويقصد بالذمة المالية مجموع ما لشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية في الحيال و الإستقبال و التي تتألف من عنصرين أحدهما إيجابي و الأخر سلبي، أما الإيجابي فيتمثل في الحقوق المالية التي تكون لشخص، سواء كانت عينية (أشياء) أو شخصية (ديون). أما السلبي فيتضمن الإلتزامات المالية التي تترتب على شخص (التزام بمبلغ من المال أو القيام بعمل)[3] .

لقد نصت المادة 37 ق أ ج على أن " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للزوج الاخر، ثم جاءت الفقرة الثانية من نفس المادة ونصت على أنه " يجوز للزوجين أن يتفقى في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية، وتحدد النسب التي تكون لكل واحد منهما، وهي عادة ماتكون متشابهة لما يتضمنه التشريع الفرنسي، فيما يتعلق بالأموال المشتركة بين الزوجين أثناء قيام عقد الزواج[4]. وعلى ذلك قاعدة سند الملكية لها الدور الفاصل في عملية إسناد المسكن الزوجي وملكية المسكن إما أن تعود للزوجة و إما للزوج ، و إما أن يكون ملكا مشتركا بينهما، فإذا كان المسكن الزوجي مملوكا للزوجة ملكية تامة ، إحتفظت به لنفسها، أما إذا كا مملوكا للزوج ملكية تامة ، فللحاضنة شرعا حق المسكن ، وهو حق تابع لحق المحضون أو أجرته وبالتالي فهو حق تباعي وليس أصليا ينتهي بإنتهاء حقها في الحضانة[5]، كما يمكن أن يكون المسكن مشتركا ، قد يكون الزوجان قد إشتركا في ثمن شرائه، ولم يكن اسم الزوجة في العقد أو ساهمت بكثير أو قليل، ولم تكن لها بينة سواء أكان المال الذي ساهمت به من أجرها إن كانت عاملة أو كان حصة من ميراثها، فعليها بالبينة إذا وقع النزاع بينهما ، فإن لم تستطع إثبات ذلك وحكمت المحكمة بحق ملكية المسكن للزوج وعليها أن تحتسب أمرها إلى الله [6].

2-حق ملكية المسكن الزوجي للغير

قد يكون السكن الزوجي الذي خصص للإقامة الزوجية مملوكا لأحد الزوجين،ويقيم فيه على اساس التسامح أو الإعارة ، فإذا كانت ملكية المسكن الزوجي تعود لأهل الزوج (أب الزوج أو أمه أو أخته)، يستثنى من عملية الإسناد ، لأن هذا النوع من المسكن يكون

[1] - هجيرة دنوني، المرجع السابق، ص 153.
[2] - أمر رقم (02-05) يتضمن تعديل قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[3] - أحمد شامي، المرجع السابق ، ص 145.
[4] - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 100.
[5] - بلقاسم شتوان، حق الزوجة في السكن، مجلة المعيار، العدد 05، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، 2003، ص 82.
[6] - المرجع نفسه ، ص82.

التصرف فيه لممارسة الحضانة ، لا ينسجم مع نصوص قانون الأسرة ولا مع نصوص القانون المدني ولا مع الأخلاق و العادات و التقاليد، حيث لا يعقل أن تطلق امرأة من زوجها وتبقى تمارس الحضانة ، ونفس الوضع ينطبق على مسكن الزوجية إذا كان مملوكا لأهل الزوجة[1].

ثانيا: مسكن الزوجية مؤجر

إذا كان مسكن الحضانة مؤجرا تتلتزم الحاضنة بأداء أجرته و ملحقاتها إلى مالكه في المواعيد المقررة قانونا ، لانها تحصل من والد المحضون على نفقته، منها أجرة المسكن، كما ان حقها يتعلق بالإقامة فقط ولا علاقة لذلك بأجرته ، وتعود العلاقة الإيجارية إلى أصلها بين المالك و الزوج عند انتهاء مدة الحضانة الوجوبية[2] ، أما إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا واستمرت الحاضنة في شغله، تقوم العلاقة الإيجارية بينها وبين المؤجر، على أن تعود هذه العلاقة بقوة القانون للمطلق المستأجر الأصلي بانتهاء فترة شغل المسكن[3] .

ثالثا: مسكن الزوجية مشغول بسبب العمل

قد يكون المسكن الزوجي مشغولا بسبب العمل، كتلك التي تعطيها الدولة لموظفيها أو الشركات للعاملين فيها(قضاة، معلمون ...) فلا حق في البقاء بالأمكنة للأشخاص الذين كانوا يشغلونها، بموجب سند تابع لعقد العمل، ثم انتهى ذلك العقد، لأن في تطبيقه عليه تفويت لمصلحة جهة عمله وإضاعة للإعتبارات التي من أجلها منحت الزوج هذا المسكن، كما أن فيه إخلال بالشروط التي وضعتها جهة العمل لشغل هذا المسكن[4].

الفرع الثاني

نطاق سلطة القاضي من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

لقد ألزم المشرع الجزائري الأب صراحة بتهيئة المسكن للمحضون، وإن تعذر عليه ذلك فعليه بأجرته طبقا لأحكام المادة 72 ق أ ج[5]، ولم يوضع الأب موضع تخيير بين الأمرين ، إذ جعله ملزما بصورة أصلية وحيدة عن إسكان أبنائه المحضونين، إلا أنه لم يبين المقصود بملاءمة المسكن، ولم يحدد الشروط الواجب توافرها، تاركا بذلك المجال للقاضي بما له من سلطة تقديرية وما لديه من وسائل وإجرءات قانونية للسهر على حماية المحضون من التشرد و الضياع[6].

لقد تناول المشرع الجزائري في الكتاب الثاني من قانون الاجرءات المدنية و الإدارية في الباب الثاني منه، الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية، وفصل في الفصل الأول الإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة.

---

[1] - نصر الدين ماروك، المرجع السابق، ص 315.
[2] - حسن حساني ، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاءا، ط 01، دار الأفاق العربية، مصر، 2001، ص 348.
[3] - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 973.
[4] - المرجع نفسه، ص 973.
[5] - أمر رقم (02-05) يتضمن تعديل قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[6] - عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 88.

أولا: الإختصاص القضائي

الإختصاص سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة، ويقابله عدم الإختصاص، وهو فقدان السلطة، واختصاص المحكمة يعني نصيبها من المنازعات التي يجوز لها الفصل فيها وهو نوعان:

1- **الإختصاص النوعي:** وهو تحديد القضايا التي تباشر بشأنها سلطة القضاء، أي بين حدود ونصيب كل محكمة من القضايا التي تدخل في ولاية جهة التي تتبعها.

لقد حدد المشرع الجزائري الإختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة في المادة 423 ق أ م أ [1]، حيث نصت على أن : " ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

- الدعاوى المتعلقة بالخطبة و الزواج و الرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية و توابعها حسب الحالات و الشروط المذكورة في قانون الأسرة.
- دعاوى النفقة و الحضانة وحق الزيارة.
- دعاوى إثبات الزواج و النسب.
- الدعاوى المتعلقة بالكفالة.

وللإشارة أن هذه الدعاوى الخمس قد ورد ذكرها باعتبارها أهم الدعاوى التي يعرفها القضاء، لكن لاتمثل كل دعاوى التي يختص بها قسم شؤون الأسرة ، ذلك لوجود منازعات أخرى لم يرد ذكرها، كالقضايا المتعلقة بالهبة و الوصايا المتعلقة بالمنقولات و الميراث و غيرها[2].

أما المادة 424 ق أ م أ فقد نصت على أنه : " يتكفل القاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية القصر" ، فقد أسندت لقاضي شؤون الأسرة مهام جديدة تخص حماية مصالح القاصر، خاصة عند وفاة الوالدين، وعدم وجود من يتولى شؤونه، يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالحهم[3] ، لذلك يجب التمييز بين قاضي شؤون الأسرة و قاضي الأحداث ، فقاضي شؤون الأسرة لا يتدخل لحماية مصالح القاصر، وفي حالة وفاة الوالدين أو وجود خصوم بينهما، ففي هذه الحالة يتدخل قاضي الأحداث وفقا لقانون الاجراءات الجزائية.

2- **الإختصاص الاقليمي:** وهو نصيب كل جهة قضائية ، بحيث تحدد جهة القضاء الواجب رفع النزاع أمامها، وتخضع المحاكم التي تتبع جهة قضاء واحد إلى قانون واحد من حيث تشكيلتها وتنظيمها وإجراءات التقاضي أمامها [4].

---

[1] - القانون رقم (09-08) مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجريدة الرسمية، عدد 21، صادر بتاريخ 2008/04/23.

[2] - عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 328.

[3] - حسين فريحة، المرجع السابق، ص 170.

[4] - المرجع نفسه، ص 34.

لقد حددت المادة 425 ق أ م أ [1] تبعا لطبيعة كل نزاع إما في موطن المدعى عليه أو في موطن المدعي أو بناءا على اختيار الطرفين، أما القضايا التي لم يريد ذكرها فيتم الرجوع فيها للقواعد العامة في الإختصاص، أما بالنسبة لموضوع الحضانة فقد حددته المادة (04/426) ق أ م أ في موضوع الحضانة وحق الزيارة و الرخص الادارية المسلمة للقاصربمكان ممارسة الحضانة[2].

ثانيا: الاستعجال أمام شؤون الأسرة

إن ما أقرته الشريعة الاسلامية وما نصت عليه القوانين الداخلية و المواثيق الدولية، وأوصت به جمعيات حماية الطفولة وطنيا ودوليا، وما نص عليه الاعلان العالمي لحقوق الانسان في مجال حماية الاطفال من الضياع و التشرد و الاهمال، وكل ما يمسهم صحيا و نفسيا واجتماعيا، استحدث المشرع أحكاما جديدة في هذا الصدد.

إن المشرع في المادة 57 مكرر ق أ ج [3] قد عالج مسألة في غاية الأهمية ، وتتمثل في وضع حق الحضانة ما بين إقامة دعوى الطلاق وصدور حكم بات فيها، وجعل إسنادها يكون ممكنا على سبيل التوقيت، بناء على تدبير مستعجلة، يؤول الاختصاص في منحها لقاضي الأمور المستعجلة، وهو اجراء جديد لصالح الأبناء في نصوص قانون الأسرة،لأن الأصل في مسألة الإختصاص، تكون ضمن النصوص الإجرائية الشتوية المعروف بقواعد التنظيم القضائي و ليست النصوص الموضوعية، لكن المشرع باستحداثه لهذا النص، يفهم أن هدفه هو المحافظة على هذه الطبقة، ذلك لأن الحصول على هذه الحقوق أمر يتطلب السرعة وعدم التأجيل و التأخير فيها ، لهذا بسط هذا الإجراء ليكون في صالح الأبناء وخدمتهم في أقل وقت ممكن [4] .

ففي حالة الإستعجال وخشية الأم إبعاد ابنها عنها من طرف زوجها السابق، فإنه في هذه الحالة يكرس العمل بالمادة 57 مكرر ق أ ج و التي تنص : " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابيرالمؤقتة، لا سيما ما تعلق منها بالنفقة و الحضانة وحق الزيارة و المسكن " فجميع التدابير المؤقتة المتعلقة سواء بالنفقة وحق الزيارة وحق المطلقة الحاضنة بمسكن، تأخذ تدابير استعجالية [5] .

1) التدابير المتعلقة بالحضانة

[1] - القانون رقم (09-08) يتضمن قانون الإجرارات المدنية و الإدارية مشار إليه سابقا..
[2] - عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 329.
[3] - أمر رقم (02-05) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[4] - عيسى حداد، المرجع السابق، ص 345.
[5] - تقية عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 248.

إن الحكمة من إدراج موضوع الحضانة ضمن التدابير الاستعجالية كونه يشكل ضرورة استعجالية تقتضي تدخل المشرع دون انتظار الفصل في الموضوع ، رعاية للمحضون الذي يصبح متأرجحا بين والديه، لا سيما إذا كان سن المحضون يستلزم رعاية أمه (في حالة الرضاعة مثلا) فإذا أقام أحد الزوجين دعوى الطلاق أمام محكمة شؤون الأسرة من أجل فك الرابطة الزوجية و التي نتج عنها ميلاد طفل مثلا، فإما حضانته تكون محل تنازع، وبالتالي فإن الفصل فيها يكون بتقديم أحد الزوجين بالدعوى الاستعجالية أمام قاضي الأحوال الشخصية، من أجل الفصل على وجه الاستعجال في إسناد الحضانة لمستحقيها في هذه الفترة الممتدة من رفع دعوى الطلاق وصدور الحكم البات[1]، وبالتالي فإن قاضي الأمور المستعجلة يمكنه اصدار أمر استعجالي بإسناد مؤقت لحق الحضانة إلى الأم أو إلى الأب أو غيرهما وفق ما تقتضيه مصلحة المحضون وبعد انتهاء الخصومة القضائية المرفوعة أمام محكمة الموضوع لصدور حكم الطلاق و البت في مسألة الحضانة نهائيا، يسقط ذلك التدبير التحفظي الوقتي ، ويكون مستحق الحضانة هو الشخص الذي خوله الحكم ذلك ، ولو كان غير الشخص الذي أسندت إليه الحضانة مسبقا[2] ، وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي في العديد من القرارات القضائية ومن بينها:

- من المقرر قانونا أن توابع العصمة و الأشياء الخاصة بالزوجين و المرتبطة مباشرة بواقعة الطلاق، يجوز المطالبة بها، ولو في مرحلة الاستئناف، ولا تعتبر طلبا جديدا[3].
- وفي قرار أخر قضى بأن قاضي الاستعجال مختص للحكم للزوجة و الأبناء بنفقة قبل الفصل في الدعوى من حيث الموضوع [4].

لقد أحسن المشرع الجزائري حينما تدخل في التعديل الأخير لقانون الأسرة لتنظيم مسألة الحضانة مؤقتا أثناء سير خصومة الطلاق ، وجنب المحضون معاناة التشحن بين الزوجين من أجل الظفر به دون مراعاة لمصلحته التي تقتضي الاستقرار النفسي، ولجوء المشرع الجزائري للقضاء الاستعجالي يفيد أن المستفيد من الأمر لا يؤثر على تنفيذها و لا تجوز المعارضة فيها، وأنها لا تمس أصل الحق .[5]

2) التدابير المتعلقة بالسكن

لما كانت اجراءات دعوى الطلاق اجراءات مطولة، تخللتها اجراءات محاولة الصلح التي تأخذ وقتا، فإنه من الممكن أن تهجر الزوجة مقر الزوجية، وتحتاج إلى مسكن تأوي إليه وحدها أو مع أولادها أثناء فترة طلبها للحكم لها بالطلاق أو بالتطليق ، ولا سبيل إلى ذلك إلا باللجوء إلى القضاء لاستصدار أمر مستعجل على ذيل عريضة للحصول على مسكن مؤقت

[1] - أحمد شامي ، المرجع السابق، ص 272.
[2] - مرجع نفسه، ص 272.
[3] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم : 59140، قرار بتاريخ 1999/03/19، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 04،ص 121.
[4] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم : 333042، قرار بتاريخ 2005/01/19، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد 01،ص321
[5] - أحمد شامي، المرجع السابق، ص 273.

ريثما يتم الفصل في موضع النزاع الذي هو طلب إنهاء علاقة زوجية لسبب من الأسباب القانونية [1]، فالمشرع لم يستثن الحق المؤقت في المسكن ، وهي مسألة في غاية الأهمية، لاسيما أنه في الغالب ما يتم إلقاء الزوجة خارج البيت طوال مدة النزاع، ويفهم من المادة 57 مكرر ق أ ج [2] أن المشرع مكن الزوجة من التقدم أمام القضاء الاستعجالي في فترة الخصومة.

ثالثا: الآليات الإجرائية المخولة لقاضي شؤون الأسرة

نص المشرع على مجموعة من الإجراءات لها أهمية عملية وعلمية تساعد القاضي على البحث عن الحلول المناسبة للنزاع ،مما يجعل من دوره في الدعوى ذو طابع ايجابي ودون اكتفائه بما يقدمه طرفي الدعوى من أدلة مع عدم الإخلال بمبدإ حياد القاضي[3]، فالفصل في الدعوى قد يحتاج إلى اثبات وقائع قانونية لا يمكن للخصم أن يتولاها في عرائضه المكتوبة أو مرافعاته الشفوية ، وهو ما يبرر حق القاضي في أن يصدر أمرا بناء على طلب الأطراف أو أحدهم أو من تلقاء نفسه، قبل الفصل في الموضوع محل اجراء تحقيق[4].

من خلال المادة 28 ق أ م أ [5] يتضح لنا أن للقاضي الحرية المطلقة في اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق دون التفرقة بينها، ويخضع موضوع مسكن الحضانة إلى مجموعة من الآليات وتتمثل في :

أ) الخبرة

طبقا لأحكام المادة 126 ق أ م أ و التي نصت على أنه : " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من احد الخصوم ، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة ".

باستقرار نص المادة المذكورة اعلاه تتضح السلطة التقديرية المعطاة للقاضي، والذي يستطيع من تلقاء نفسه أن يأمر بإجراء خبرة عن طريق أشخاص تتوافر لديهم الكفاءة و المؤهلات العلمية في المجالات الفنية التي لا تتوفر عند القضاة بحكم التخصص العلمي[6].

كما نصت المادة (2/425) ق أ م أ [7] على أنه : " ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة ".

---

[1] - عبد العزيز سعد، مالرجع السابق، ص 156.

[2] - أمر رقم (02-05) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.

[3] - عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 84.

[4] - محند أمقران بوبشير، قانون الإجراءات المدنية – نظرية الدعوى- ط 04 د م ج ، الجزائر، 2008، ص 232.
- القانون رقم (09-08) يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مشار إليه سابقا.

[6] - عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 131.

[7] - القانون رقم (09-08) يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مشار إليه سابقا.

بالإعتماد على هذا النص يجوز لقاضي شؤون الأسرة أن يطلب تعيين خبير مختص بدراسة حالة المحضون الصحية أو النفسية على حسب كل حالة معروضة عليه [1].

وفي هذا الصدد صدر العديد من الاجتهدات القضائية ، من بينها المحكمة العليا الذي أقر : " بأن قضاة الموضوع الذين أسندوا حضانة الأبناء إلى الأب مراعاة لمصلحتهم، واعتمادا على تقرير مرشدة اجتماعية التي تؤكد ذلك إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون [2].

وفي قرار آخر جاء فيه : " للقاضي أن يستعين بتقرير المساعدة الاجتماعية في حال ما إذا لم يتمكن من التحقق من ممصلحة المحضون من أجل إصدار حكمه".[3]

وفي قرار آخر : " يسند القاضي الحضانة بعد وفاة الأبوين مستعينا بمرشدة اجتماعية إلى من يستحقها حسب مصلحة المحضون " [4].

بالإعتماد على الأسس السابقة ، يقدم الخبير تقريرا حول مدى مطابقة بدل الايجار للقيمة الايجارية العادية و الحقيقية للمسكن ، وهذا نظرا لإختلاف الايجار باختلاف المدن و المناطق ، بل وحتى في الأحياء ذاتها، مما يترتب عنه وجود مشاكل كثيرة و متعددة حول قيمة الإيجار، و التي نص عليها المشرع في المادة 72 ق أ ج ترك إعمالها للقاضي الناظر في الدعوى.[5]

وقد كرس الاجتهاد القضائي هذه الأحكام في العديد من القرارات من بينها:

- قرار جاء فيه : "متى قدم الطاعن محضر إثبات حالة موقع يوضح فيه وجود شقة منعزلة ولائقة لممارسة الحضانة وخصصها للمطعون ضدها أو ابنها، فكان على قضاة الموضوع أن يحكموا على الطاعن بتخصيص هذا السكن للحاضنة بدلا من أن يخبره بتخصيص المسكن أو بدل الايجار" [6]

ب) الإنتقال للمعاينة

إن الوسيلة التي تسمح للقاضي بالتعرف على الوقائع في مكان النزاع هي الانتقال للمعاينة، فقد لا يكتفي القاضي في بعض القضايا بما يقدمه الخصوم من أدلة وتقارير ، وينتقل إلى عين المكان لمعاينة ومشاهدة محل النزاع، واستخلاص الدليل وفق السلطة

[1] - عيس طعيبة ، المرجع السابق، ص 85.
[2] - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 15364، قرار بتاريخ 1997/02/18، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد01، ص 39.
[3] - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 300566، قرار بتاريخ 2005/05/18، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد01، ص 301.
[4] - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 346850، قرار بتاريخ 2006/05/17، المجلة القضائية لسنة 2007، العدد02، ص 437.
[5] - أمر رقم (02-05) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[1]- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 474255، قرار بتاريخ 209/01/14، المجلة القضائية لسنة 2009، العدد02، ص267.

المخولة له ، وهو ما جاءت به المواد 146- 149 ق أ م أ [1] ، فللقاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، أو أن يأمر بانتقال المحكمة إلى المعاينة[2]

ت) الإستماع إلى المحضون

يمكن للقاضي أيضا أن يلجأ إلى الاستماع إلى المحضون و أفراد عائلته (الأب ، الأم ...إلخ) يكون سماعه مفيدا لتحديد أيهما أصلح ، وهو ما أقرته المادة 463 ق أ م أ [3] و التي نصت على أن : " يتلقى القاضي في الجلسة تصريحات القاصر و تصريحات والده وأمه أو الحاضن أو أي شخص أخر يكون سماعه مفيدا، ويمكن إعفاء القاصر من الحضور" حيث ينبغي أن يخضع استماع المحضون إلى عدة شروط أهمها :

- أن يكون استماع المحضون جوازا بالنسبة للقاضي .
- أن يكون استماعه للضرورة أمام القاضي وبمكتبه دون حضور المعنيين، حتى يتجنب الإنحياز الناتج عن تاثير ضار أو مناورة أو ضغط.
- أن يكون التخيير من بين أصحاب الحق في الحضانة المنصوص عليها قانونا وأن يكون الطفل ناضجا و مميزا [4].

إن السلطة التقديرية المعطاة لقاضي الأحوال الشخصية في تقدير مصلحة المحضون، تعتبر ضمانة قضائية هامة في تكريس حق المحضون في المسكن طيلة فترة امتداد الحضانة، باعتبار أن الإشكالات المتعلقة بها، لا تثار عند إسنادها أو إسقاطها فقط، بل حتى في وقت ممارستها قد تثار اشكالات أخرى تتعلق بتوابع الحضانة خاصة، و إن أحكام هذه الاخيرة مؤقتة مرتبطة بمصلحة المحضون [5].

المطلب الثاني

سلطة القاضي في إسقاط المسكن المخصص لممارسة الحضانة

إذا تمت الفرقة بين الزوجين و طلبت المطلقة حق الحضانة فيمنحها القانون ذلك إذا توفرت الشروط المطلوبة[6]. و حق الحاضنة في شغل مسكن الحضانة مرهون بانتهاء مدة الحضانة القانونية وهنا يسقط حقها في السكن بقوة القانون، لكن قد تطرأ أسباب تكون بفعل الحاضنة ، تؤدي إلى فقدانها الحق في المسكن قبل انقضاء مدة الحضانة[7]، وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري تحدث عن أسباب سقوط حق الحاضنة في المسكن، فنجده في قانون الأسرة رقم (11-84) المادة (04/52) بصريح العبارة سقوط حق الحاضنة في المسكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها، في حين أن قانون الأسرة المعدل

[1] - القانون رقم (09-08) يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مشار إليه سابقا.
[2] - حسين فريحة، المرجع السابق، ص 171.
[3] - القانون رقم (09-8) يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مشار إليه سابقا.
[4] - زكية حميدو، المرجع السابق، ص 185.
[5] - عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 89.
[6] - عيسى حداد، المرجع السابق، ص 341.
[7] - محمد سمارة ، المرجع السابق ، ص 393.

(05-02) تحدث عن أسباب سقوط الحضانة بصفة عامة من المواد 66 إلى70 منه [1] ، في حين لم يتكلم عن اسقاط حقها في السكن، مما يترتب معه دارسة أسباب سقوط الحق في الحضانة لإبراز حالات سقوط الحق في مسكن الحضانة، وباستقراء نصوص قانون الأسرة فيما يخص مسقطات الحضانة نجد أنها كثيرة ،وكان المشرع الجزائري في كل مرة يؤكد على ترك المجال مفتوحا أمام القاضي وفق ما لديه من سلطة تقديرية، و البحث في توفر مصلحة المحضون و الإضرار بها، و سنحاول تبيان الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة بفعل المطلقة الحاضنة و مدى تأثيرها على فقدان حقها في المسكن قبل انقضاء مدة الحضانة.

الفرع الأول
زواج المطلقة الحاضنة بغير قريب محرم

إذا أرادت الحاضنة الإستمرار في قيامها بواجبها نحو محضونيها والبقاء معهم في مسكن الحضانة، وجب عليها بقوة القانون أن تمتنع عن التزوج مرة اخرى[2]، فإذا طلقت المرأة و تحصلت على الحضانة، جرى العرف على أن المرأة إذا فارقت زوجها و هي صغيرة السن تطمح من اعادة الزواج إذا كانت أسباب الفرقة خارجة عن إرادتها، أو كانت لأسباب موضوعية، إلا أنها حين يسعفها الحظ في إعادة الزواج فإنها تفقد حقها في الحضانة طبقا لما نص عليه القانون[3] ، و بالرجوع إلى قانون الأسرة، نلاحظ اختلافا قبل و بعد تعديله بحيث:

- نجد المادة (04/52) [4] نص المشرع صراحة على سقوط حق الحاضنة في المسكن بزواجها ثانية، لأن حق اسكانها يكون على زوجها الجديد و يسقط على والد المحضون، بحيث يجوز له أن يطلب من نفس المحكمة التي قررت السكن للحاضنة ، الحكم بإسقاط حقها في المسكن لذات العلة[5].

- ق أ ج المعدل ، والتي نصت على أن :" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم..." فهي ميزت بين ما إذا كان الزواج بمحرم للمحضون أم غير محرم.

- **فإذا كان محرما لها** : لا يسقط حق الحاضنة في الحضانة، ولكنه يؤدي إلى سقوط حقها في السكن.

- **أما إذا كان غير محرم لها:** فهو يسقط حقها في الحضانة و بالتالي يسقط حقها في المسكن، لأن زوجها يتضرر عادة من المحضون فيشعر بالجفاء منه و هذا له تأثير سيء على نفسية المحضون[6] ، فإسقاط الحضانة عن الحاضنة بتزوجها بغير قريب محرم مرده

[1] - أمر رقم (05-02) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[2] - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 268.
[3] - عيسى حداد، المرجع السابق، ص 342.
[4] - القانون رقم (84-11) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[5] - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 268.
[6] - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 187.

عدم عطف هذا الزوج على ولد زوجته و انعدام الشفقة، فينشأ الطفل في جو يسوده البغض والكراهية، و بالتالي يتعقد نفسيا[1] ، كما أنه من ناحية أخرى لما كانت القوامة للزوج على المرأة، فإن هذا الولد و إن ظل مع أمه رغم تزوجها، سيعيش معه، فينشأ و تنشأ معه عقد تحيل حياته المستقبلية إلى شر و نفور، فلا يكون صالحا لنفسه و لا لمجتمعه، بحيث قد يشعر الطفل بالغيرة لحاجته إلى الاستقلال بأمه، و في ذات الوقت لن يرض زوج أمه بانشغال زوجته بطفلها، كل هذا يجعل واجبات الأمومة شاقة[2].

وتجدر الإشارة إلى أن تزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون، لا يؤدي إلى اسقاط حقها في الحضانة عنها بقوة القانون، بل يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي ، بأن يتقدم صاحب الحق فيها بعد احترام المادة 68 ق أ ج ، وبعد تأكد القاضي من الشروط المذكورة في المادة (02/62) والإتيان بترتيب المادة 64 من ذات القانون[3] ، هذا فيما يخص مصلحة المحضون التي تقتضي ذلك، أما إذا كانت الحاضنة هي الأم و تزوجت مع غير القريب المحرم، وكانت مصلحة المحضون تتعلق بأمه ، فإن الحضانة مع ذلك لا تسقط لغلبة مصلحة المحضون مع أمه، وهنا تظهر سلطة القاضي التقديرية في البحث عن مصلحة هذا الأخير في بقائه مع أمه أو عدمها[4]، كما نضيف إلى ذلك أنه هناك عوامل أخرى يقدر القاضي من خلالها ملاءمة و صلاحية الحاضنة المتزوجة بغير قريب محرم للمحضون، و بقاء هذا الأخير بالرغم من ذلك كون مصلحته تقتضي ذلك و من بينها:

- أن المحضون لا يقدر على الاستغناء عن حاضنته بسبب سنه، كأن يكون رضيعا لا يقبل إلا ثدي حاضنته، أو في حالة صحية لا تسمح بتغيير المكان أو تغيير طرق علاجه، فقد دل القرآن الكريم على أهمية الرضاعة الطبيعية حين أمر أم موسى عليه السلام بإرضاعه ثم إلقائه في البحر، لأن الرضاعة تحدث استجابات عقلية و حسية، فتكون العاطفة في أبهى صورها في الرضاع لاستقبال كل أحاسيس و طاقات المرضعة برضيعها، تتحرك نوازع الأمومة، و لما خافت أم موسى على وحيدها، أمرها بإرضاعه لتحدث الاستجابة العقلية و الحسية لهذه النوازع بتذوقه ثمرة ثديها و تذوقها طعم الأمومة[5] ، ثم تأتي الاستجابة لأمر الله تعالى مصداقا لقوله: " وَأَوْحَيْنَآ إِلَى أُمِّ مُوسَى أَنْ أَرْضِعِيهِ فَإِذَا خِفْتِ عَلَيْهِ فَأَلْقِيهِ فِى اليَمِّ وَلَا تَخَافِى وَلَا تَحْزَنِي إِنَّا رَادُّوهُ إِلَيْكِ وَجَاعِلُوهُ مِنَ الْمُرْسَلِينَ "[6]فالرضاعة تشكل قمة العلاقة و العاطفة في الأمومة، لكن شدة هول يوم القيامة الذي يجعل من الناس سكارى و ما هم بسكارى، يؤثر على هذه الرابطة ، لأنه هول أقوى لا يتصوره العقل[7].

[1] - محمد مصطفى شلابي، المرجع السابق، ص 764.
[2] - رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 282.
[3] - زكية حميدو، المرجع السابق، ص 523.
[4] - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 141.
[5] - بوبكر لشهب، المرجع السابق، ص 463.
[6] - سورة القصص الآية 07.
[7] - بوبكر لشهب، المرجع السابق، ص 463.

- أن لا يكون زواج الحاضنة مانعا منعا كليا من الاعتناء بالمحضون ، بأن تنشغل بأمور زوجها و تغفل عن رعاية الصغير، أو أن يرفض زوجها رفضا باتا و صريحا حضانته.
- أن تكون نفقة المحضون من ماله أو من مال أبيه، حتى لا يحس زوج حاضنته بعبء تحمل نفقة المحضون، فيبغضه و ينقص من كرامته[1] ، و قد كرس الاجتهاد القضائي هذه الأحكام في العديد من القرارات من بينها:
- القرار الذي يشترط في المرأة الحاضنة أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة، فلا حضانة لها، لانشغالها عن المحضون و لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف هذا المبدأ، و أسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون[2].
- و في قرار أخر : يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم[3].

الفرع الثاني
تنازل المطلقة الحاضنة عن المحضون

نص المشرع صراحة في قانون الأسرة (11-84)[4] ,على سقوط حق الحاضنة في الحضانة بالتنازل عنه ما لم يضر بمصلحة المحضون في المادة (02/66) فللحاضنة حق التنازل عن حضانتها، إلا أن المشرع قيد حق التنازل بعدم الإضرار بمصلحة المحضون، إذ يعتبر التنازل عن الحضانة أمرا لا يتفق مع واجبات الحاضنة نحو المحضون، خاصة إذا تعلق الأمر بالأم الحاضنة، وفضلا عن ذلك فإنه لا يليق بها أن تتنازل عن حقها إذا كان ابنها في حاجة إليها، فإن كانت الحضانة حق مشترك للحاضنة و المحضون، فإن التنازل عنها لا يجب أن يكون طبقا لرغبتها، بل يشترط فيه أن يكون هناك حاضن آخر تسند له الحضانة، و تتوافر فيه الشروط المطلوبة مع قبوله لهذه الحضانة[5] ، وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي في العديد من القرارات القضائية منها:
- القرار الذي جاء فيه : " من المقرر شرعا و قانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها و له القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد، فإن تنازلها لا يكون مقبولا، و تعامل معاملة نقيض قصدها"[6] ، إلا أن هذا القرار تنطوي عليه العديد من العيوب أهمها:
- أن إكراه الحاضن على الحضانة لا يخدم مصلحة المحضون، بل قد يكون التنازل أنفع له و في مصلحته، خاصة و أن الشرع أقر تنازل الحاضنة عن حقها.

---

[1] - زكية حميدو، المرجع السابق، ص 541.
[2] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 40438، قرار بتاريخ : 1986/05/05، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 02، ص 75.
[3] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 331058، قرار بتاريخ : 2005/05/18، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد 02، ص 383.
[4] - القانون رقم(11-84) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[5] - زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، ص 467.
[6] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ، قرار صادر في : 1988/12/19، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 04، ص 72.

- أن اجبار الأم على تولي الحضانة دون استعدادها لذلك يعرض المحضون للإهمال من خلال تجاهلها لعوامل النمو السليم التي تخلفها هي و انكارها لحاجات الطفل، فيكون مآله الضياع.

لما كانت الحضانة حق للحاضنة، لا يمكن أن تجبر الحاضنة على الحضانة، لأنه يحتمل عجزها المعنوي، لأن شفقتها كاملة على المحضون، وهي لا تصبر عنها في الغالب إلا عن عجز، فلا معنى لإيجابها عليها لأنها محمولة عليها دون الجبر[1].

كما تجدر الإشارة إلى أن التنازل الذي سمحت به المادة 66 ق أ ج [2] يجب أن يكون بإعلان من الحاضن أمام القضاء، لا مجرد أن يقرر الحاضن تنازله عن الحضانة، و ذلك حتى لا يبقى المحضون مهملا لا حامي له، و حتى يتسنى للقاضي معرفة ما إذا كان مثل هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون، واذا حصل ذلك لا يحكم بسقوط حق الحضانة حتى و لو طلبها غيرها مادامت مصلحة المحضون لا تزال متعلقة بها[3] .

هذا بالنسبة لسقوط حق المطلقة الحاضنة في الحضانة، أما حقها في المسكن المخصص لممارسة الحضانة فالمشرع الجزائري لم ينص صراحة على سقوط حقها في المسكن، إلا أن الاجتهادات القضائية تكرس قاعدة مفادها "حق المطلقة الحاضنة في المسكن مستقل ولا يسقط بسقوط حقها في الحضانة، و نجد من ذلك القرار التالي :" لا يشمل تنازل الأم عن جميع حقوقها المنجرة عن حكم الطلاق حقوق المحضونين في تهيئة سكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الايجار"[4].

الفرع الثالث

عدم أهلية المطلقة الحاضنة

نصت المادة 67 ق أ ج[5] على أنه:" تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62، و لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون، فالمشرع أقر سقوط الحضانة عن الحاضن أو المحكوم له بالحضانة إذا ما ظهر عجزه عن توفير الرعاية و التربية، و افتقاره للقدرة عن تربيته على دين أبيه وحفظ صحته و خلقه، كما أكد المشرع على أن عمل المرأة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوط حقها في ممارسة الحضانة، واحتياطيا ربطوا هذا الشرط بمصلحة المحضون[6].

لذلك سنحاول بيان سقوط حق المطلقة الحاضنة في الحضانة بسبب الاخلال بالمادة 62 ق أ ج، ثم نفصل في أحكام عمل المرأة كسبب من أسباب سقوط الحضانة.

---

[1] - زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، ص477.

[2] - القانون رقم (11-84) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.

[3] - عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص301.

[4] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 384529، قرار بتاريخ : 2007/04/11، المجلة القضائية لسنة 2008، العدد 02، ص 291.

[5] - أمر رقم (02-05)يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.

[6] - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ص 142.

أولا : مسقطات الحضانة المبنية على الإخلال بأحكام المادة 62 ق أ ج

إذا وقعت الحضانة مستوفية مقوماتها و شروطها - كانت صحيحة - يجوز لمستحقها أن يتولاها بمجرد الحكم بها، و معنى ذلك أنه إذا توافرت في الحاضن الأهلية للقيام بالحضانة، فله أن يمارسها ، و بالرجوع لنص المادة 67 ق أ ج [1] ، نستشف منها أن مناط سقوط الحق لا يمكن قيامه إلا بتنسيق المادتين 62 و 67 ق أ ج اللتين أوجبتا توافر شروط ترجع في حقيقتها إلى المحافظة على الطفل و توفير راحته [2]، وعلى ذلك فالإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة62 ق أ ج يكون في أمرين:

- فيما يتعلق بأهلية الحاضن، فقد اشترط فيه السلامة العقلية و الجسدية.
- وما يتصل بالإلتزمات المتعلقة بالحضانة أي التربية و الرعاية الصحية و الخلقية.

و للمحكمة في هذه الحالة أن تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون و هذا بموجب المادة(03/67) ق أ ج 1، فالقاضي لا يقضي بتلك المسقطات إلا بعد رعاية حقوق الابن المحضون و مصالحه، فمن واجب القاضي أن يوفق بين مصلحة المحضون و ضرورة الحياة المعاصرة، فهو يواكب العصر دون أن تطغى اعتبارات الحاضن على مصلحة المحضون، و من ثم اكتفت المادة 67 ق أ ج بالتنصيص على القاعدة العامة الخاصة بحالات عدم تأهيل الحاضن و التي يستند عليها الحكم القاضي بإسقاط الحضانة ، تاركة الأمر للتحليل و التفصيل و التأويل للسلطة التقديرية للقاضي، فهي من المسائل التي تلعب فيها سلطة القاضي دورا هاما مادام أنها تندرج في باب الوقائع، ومادام أنها تختلف باختلاف الزمان و المكان، اضافة إلى ذلك أنه لا يصلح بالمشرع أن يفصل في موضوع يخشى أن تكون أحكامه متنافية مع مصلحة المحضون، إذا ما أخذنا بعين الاعتبار التطور السريع الذي عرفته ولا تزال تعرفه الاكتشافات الطبية و البيولوجية[1] .

وعلى ذلك فإن القاضي لا ينطق بإسقاط الحضانة، و بالتالي اسقاط حقها في السكن إلا بعد اعتماده على الخبرة الطبية، التي تثبت عجز الحاضن أو تنفيه، لأن ثبوت عدم القدرة على صيانة المحضون و رعايته بسبب الأمراض العقلية و الجسدية، في زمن يستلزم و ليس ما يمنعه لا تشريعا و لا شرعا، الاستعانة بأهل المعرفة1، وقد صدرت في هذا الصدد العديد من القرارات أهمها:

- أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا، ذلك أن الأم التي لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر أيضا على كبح جماح المحضون و مراقبته و تربيته النظيفة[3].

[1] - أمر رقم (02-05)، يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[2] - زكية حميد، المرجع السابق ، ص 390.
[3] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 31997، قرار بتاريخ : 1984/01/09، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 01، ص 73.

- ان قضاة الاستئناف الذين أسندوا حضانة الأبناء للحاضنة الفاقدة للبصر ،و التي تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها ، خالفوا القواعد الفقهية، ذلك أن المريض الأعمى الأصم و الأخرس والمقعد لا حضانة له[1].

ثانيا: سقوط حق المطلقة في الحضانة بسبب عملها

لقد حسم المشرع الجزائري الموقف بخصوص عمل المرأة ، و نص ذلك في المادة (02/67) ق أ ج [2] ، على أنه: " لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، مع مراعاة دائما مصلحة المحضون[3]، فالمشرع فصل في عمل المرأة الذي كان محل خلاف بين من جعله سببا لسقوط حق الحضانة، ومن جعله العكس، لهذا وضع نصا صريحا بأن لا يكون عمل المرأة سببا في حرمانها من حقها في الحضانة، وذلك تشجيعا لها على مساهمتها في التنمية الاقتصادية للدولة بما تملكه من قدرة على ذلك في مجال تخصصها[4]، فأصبح الأباء يطالبون الزوجات الحواضن بإسقاط الحضانة عنها كلما علموا أن المطلقة أو غيرها من الحواضن لها عمل خارج البيت، وبالتالي يسقط حقها في السكن، لكن الأب أيضا مطالب بالنفقة و الخروج للعمل، فليس من الحق و العدل أن يؤخذ الولد من أمه بسبب العمل خارج البيت، فالأب ينفق على ولده لا على طليقته ، لذا يحق لها واقعيا من هذا الوجه أن تعمل و تكتسب لتعيش بشرف، و لا عبرة بطلب الأب اسقاط حضانة الحاضنة بسبب العمل، إلا إذا تبين للقاضي بعد خبرة اجتماعية يعينها بحكم تمهيدي، أن مصلحة المحضون في خطر مادي أو معنوي ، يمكن للقاضي أن يحكم بإسقاط الحضانة على أساس مصلحة المحضون[5].

الفرع الرابع
عدم المطالبة بالحضانة

لقد نصت المادة 68 ق أ ج [6] على أنه : " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها " ، فمن الأسباب التي يؤدي قيامها إلى سقوط حق الحضانة، إذا لم يطلب من له الحق في ممارسةالحضانة، سقط هذا الحق تزيد إذا زيد عن سنة بدون عذر، و هذا يعني أنه إذا كان الطفل موجودا في رعاية و كفالة خالته، وأن الأم لم تطلب حقها في حضانة الطفل، و مضى على ذلك سنة فأكثر، فإن حق الحضانة يسقط حتما، و يسقط معه الحق في المسكن المخصص لممارسة الحضانة[7] ، وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي في العديد من قرارته من بينها:

---

[1] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 33921، قرار بتاريخ : 1984/07/09، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 04، ص 76.
[2] - أمر رقم (02-05) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[3] - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 187
[4] - عيسى حداد، المرجع السابق، ص 345
[5] - أحمد شامي، المرجع السابق، ص317
[6] - القانون رقم (11-84) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.
[7] - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص142 .

- متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها، و لما ثبت أن الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق اسنادها لأب ما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة[1] .

- ان الطاعنة عندما سلمت البنتين لأبيهما مؤقتا من وقت الطلاق سنة 1988 لعدم وجود سكن لها لممارسة الحضانة ، و لم تطالب بهما إلى سنة 1993 أي بعد خمس سنوات، فإن طعنها استوجب الرفض اعتبارا لمصلحة المحضون [2].

وللإشارة أن نص المادة 68 ق أ ج، أن المشرع الجزائري خرج عن القواعد العامة، إذ أن تقادم مدة السنة لا يطبق كلما وجد عذر منع صاحب الحق في الحضانة بالمطالبة به، و في نفس الوقت لم يحدد المشرع نوعية هذه الأعذار، وهذا ارجع لعدم امكانية حصرها، تاركا المجال للسلطة التقديرية للقاضي الذي يسترشد في ذلك بمصلحة المحضون، و التي لا تحتمل زعزعة استقراره المعنوي و لا المادي، كأن يألف المحضون حاضنه السابق و يتعود على مستوى عيش معتبر، ثم يأتي الحاضن اللاحق يدعي بحقه، فللقاضي دور كبير في تحديد موقع و مصلحة المحضون ،من خلال الشخص الأكثر قدرة على تحقيقها و مدى جديته في ممارسة الحضانة[3] ، وبالرجوع للقرارات القضائية نجد الكثير من القرارات في هذا الصدد من بينها:

- من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو اسقاطها، يجب مراعاة مصلحة المحضون، و متى تبين في قضية الحال أن الزوجة أسندت لها حضانة أبنائها الأربعة مع الحكم على والدهم بتوفير سكن لممارسة الحضانة، و بعد مماطلة المطعون ضده(الأب) في عدم توفير السكن، أصبح يدفع بكون الطاعنة لم تسع في التنفيذ(ممارسة الحضانة) مدعيا أنه يمارس الحضانة الفعلية، فإن القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام المادة 68 ق أ ج ، و عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد ، وعدم الاشارة إلى جنس الأولاد و أعمارهم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون ،و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب مما يتعين نقض القرار المطعون فيه[4].

وفي الأخير نشير إلى أن أحكام إسناد الحضانة أو إسقاطها، و بالتالي إسناد أو إسقاط الحق في السكن المخصص لممارسة الحضانة، هي أحكام مؤقتة قابلة للتعديل، و هو ما أكده المشرع في نص المادة 71 ق أ ج[5] ، و التي جاء فيها: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه الاختياري " ، أي أن حق الحضانة سيعود إذا توفر لديه السبب الذي كان

[1] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم :33636 قرار صادر في: 1984/06/25، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد03، ص45.
[2] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم :34951 قرار صادر في: 1996/05/21، المجلة القضائية لسنة 2007، العدد 02، ص86.
[3] - زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، ص 515.
[4] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية / ملف رقم 222655، قرار صادر في 1999/05/18، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص، ص 185.
[5] - القانون رقم (11-84) يتضمن قانون الأسرة مشار إليه سابقا.

ينقصه ،و أثبت ذلك للمحكمة، أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرفات الحاضن بناء على رغبته و اختياره، فإن حق الحضانة لهذه المادة لن يعود إليه أبدا[1].

فإذا سقط حق الحضانة على من له حق فيها لسبب من الأسباب السالفة، ثم زال السبب الذي كان أساس السقوط ، فإن هذا الحق يمكن أن يعود إلى صاحبه بعد زوال هذا السبب، و يصبح من مصلحة الحاضن الذي صدر حكم سقوط حقه في الحضانة ، أن يقدم عريضة وفقا للقانون إلى المحكمة المختصة يطلب فيها الحكم له بإعادة حق الحضانة، و عليه فقط أن يذكر مكانه من الطفل موضوع الحضانة، و أسباب سقوطها عنه، و بيانا واضحا و صريحا بإثبات زوال السبب الذي كان أساس لسقوط حقه في الحضانة[2] ، و هو ما كرسته العديد من القرارات القضائية منها:

- إن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائيا، لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها، اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة66 ق أ ج[3].
- من المقرر فقها و قانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها، لا تعود إليها و لا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد، و لما ثبت أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم و من جديد القضاء برجوع المطعون ضدها، أن الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة، و بإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنه بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه و القانون[4].
- لقد طبق قضاة الموضوع صحيح القانون، عندما قضوا بحق المطعون ضدها في الحضانة ، بعد ما زال سبب سقوطها الاختياري، باعتبار أنها تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه، و رفعت دعوى تطالب فيها استعادة حقها في الحضانة[5].

[1] - سليمان ولد خسان، المرجع السابق ، ص 188.
[2] - عبد العزيز سعد، المرجع السابق ،ص 144.
[3] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم :235456 قرار صادر في: 2000/02/22، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد 01، ص280.
[4] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 53340 :قرار صادر في: 1989/03/27، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 03، ص85.
[5]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 53340 :قرار صادر في: 1989/03/27، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 03، ص178.

الخـــاتـــمـــة

الخاتمة

إذا كان الغرض من تقرير المسكن لممارسة الحضانة بعد فك الرابطة الزوجية هو التقليل من ظاهرة تشرد الأطفال، و مراعاة لمصلحة المحضون بطريقة مباشرة و المطلقات بطريقة غير مباشرة، فإن الضوابط القانونية التي تحكم هذه المسألة أصبحت لا تتماشى مع الواقع الاجتماعي ، نظرا لأنها لا تخدم كلا الطرفين من الزوج المطلق أو الزوجة المطلقة، مما ينعكس سلبا على الأولاد المحضونين وذلك نظرا للعيوب التالية:

- عند دراسة المادة 52 ق أ ج ، لاحظنا أنها تطبق على المطلقة الحاضنة التي كانت زوجة، أي الأم فقط و لا تطبق على الحاضنة إذا كانت خالة أو جدة بحكم ترتيب حق الحضانة طبقا للمادة64 ق أ ج، و بالتالي لا تستفيد هذه الحاضنة من السكن، لكن ما نراه أن الإشكال الذي يطرح بالنسبة للأم الحاضنة يطرح أيضا بالنسبة للحاضنة الجدة، الخالة، فكيف يمكن لهذه الحاضنة ممارسة الحضانة دون مسكن ؟ و بالتالي ما دام المسكن هو حق مقرر لمصلحة المحضونين، فإن الحاضنة سواء كانت أما أو غيرها، ينبغي أن تستفيد من المسكن.
- وما يعاب على المادة 52 ق أ ج أيضا ، هو انعدام معيار يمكن القاضي من التأكد فعلا بأن المطلقة ليس لها ولي يقبل إيوائها، إذ أن عبء الإثبات يقع على عاتقها، وغالبا ما تعجز عن إثبات ذلك، كذلك ينبغي إعادة النظر في هذا النص الذي يشترط وسع الزوج بأن يكون له أكثر من مسكن وإلا فقدت المطلقة الحاضنة حقها فيه، إذ غالبا ما يتحايل فيها الزوج المطلق بغرض التخلص و الإفلات من التزامه لتوفير السكن إذا كان له عدة مساكن بتغيير العقد باسم أحد أقاربه بإسم أخيه، أمه... الخ، ومنه لا يمكن للقاضي إلزام المطلق بالتنازل عن المسكن الزوجي لمطلقته لممارسة الحضانة.
- كما أن المادة 52 ق أ ج عامة بنصها على المحضونين بصيغة الجمع فهذا غير منطقي في إعتقادنا، إذ أن الأم سواء كانت حاضنة لابن واحد أو أكثر، في أمس الحاجة للمسكن لممارسة الحضانة ، خاصة أن إسناده مقرر قانونا لمصلحةالمحضون، فأين تتجسد هذه الحماية دون مسكن ؟ بالإضافة أن اشتراط تعدد الأولاد لإستحقاق الحاضنة حق البقاء في المسكن، فيه تناقض فادح في حضور المادة 72 ق أ ج التي تقرر المسكن للمحضون دون اشتراط التعدد، مما يجعل القاضي يتأرجح بين نصي المادتين 52 و 72 ق أ ج في حل قضية مسكن المحضون.

- كما أن المشرع لم يكن واضحا في تقرير الحق في مسكن الحضانة، فجعله للحاضنة طبقا للمادة 52 و للمحضون طبقا للمادة 72 ق أ ج، و كان من الأجدر أن يقرر المسكن للمحضون بصورة أصلية، و للحاضنة بالتبعية، فلولا وجود المحضون في إطار العلاقة الزوجية المنفكة، لما تسنى النص على ضمان حق الحاضنة في المسكن، رغم الحماية التي قررها قانون العقوبات في مجال الأسرة الامتناع عن دفع النفقة، الإمتناع عن تسليم المحضون للحاضنة، ترك مقر الزوجية، إلا أنه لا توجد حماية جزائية في حالة امتناع الزوج عن توفير المسكن لممارسة الحضانة بعد الحكم لها به أو إخفاء الزوج للسكنات التي يملكها، أو طرد الزوج لزوجته و هي في العدة.

وفي ختام هذا البحث نستنتج أن أحكام الشريعة الإسلامية حمت المطلقة الحاضنة أكثر مما حماها المشرع الجزائري في قضية المسكن، و هذا أدى لظهور عدة مساعي تطالب بتعديل قانون الأسرة الحالي، خاصة بعد انضمام الجزائر لإتفاقية حقوق الطفل، و كذا صدور توصيات عديدة تهدف إلى إعطاء الأولوية لحقوق الطفل و الأم في المسكن.

قائمة المصادر و المراجع

القرآن الكريم

أولا : الكتب

1-أحمد إبراهيم عطية ، نفقة و حضانة الصغار أما محكمة الأسرة، دار الفكر القانوني ، مصر، 2009.

2-أحمد غاي ، الحماية القانونية لحرمة المسكن ، ط1، دار هومة، الجزائر ، 2008.

3-أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثرهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

4-أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والوالية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

5- بلقاسم شتوان، حق الزوجة في السكن، مجلة المعيار، العدد 05، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، 2003.

6- حسن حساني ، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاءا، ط 01، دار الأفاق العربية، مصر، 2001.

7- رشدي شحاتة أبوزيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، ط1،مصر، 2011 .

8-الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة، ط 01 ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر.

9-سحنون سعيد التنوخي، عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، المدونة الكبرى للإمام مالك بن انس الأصبحي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1994.

10- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلة إبرام الزواج- دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية – دار الفكر العربي، مصر، 2007.

11- الطيب لوح، رئيس النقابة الوطنية للقضاة، إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيقها، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 03، الجزائر، 2000.

12- عبد العزيز بن عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء الزواج، ط1، دار الفكر العربي، 1984.

13- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر،2007 .

14- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور التشريع والقضاء، دار تالة، الجزائر،2011 .

15- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، الجزائر،2014.

16- غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل – دراسة مقارنة بين الشرع و القانون – ط 01، دار طليطلة ، الجزائر 2011.
17- فريدة محمدي ,المدخل للعلوم القانونية-نظرية الحق -المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ,الجزائر،2002.
18- محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتب النيل و الشفاء العليل، ط 03 ، مكتبة الإرشاد ، ج2، السعودية، 1985.
19- محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري– النظرية العامة للإلتزمات– ط04 ، دار الهدى، الجزائر،2007.
20- محمد علوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2010
21- محمد لمين لوعيل ، المركز القانوني للمرأة في الأسرة الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2004.
22- محند أمقران بوبشير، قانون الإجراءات المدنية – نظرية الدعوى- ط 04 د م ج ، الجزائر، 2008.
23- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، 2006.
24- نصر فريد واصل، الولايات الخاصة الولاية على النفس و المال في الشريعة الاسلامية، ط 01، دار الشروق، مصر، 2002.

ثانيا: الرسائل و المذكرات الجامعية

1- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتورة الدولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق،2006.
2- عيس طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الإجتهاد القضائي ، رسالة لنييل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر، 2011/2010.
3- حداد فاطمة ،حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الوادى ، 2014.
4- كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة شهادة الماستر كليه الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، 2013/2012 .
5- أمينة ونوغي ، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014
6- سارة خليفي، حق الحضانة في السكن ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق جامعة بسكرة، 2014.

ثالثا: المجلات
1-بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية بين الإقامة الزوجية وممارسة الحضانة، مجلة المنتدى القانوني، العدد 04.
2-زكية حميدو تشوار، حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي و الواقع الإجتماعي، مجلة المعيار، العدد 09، جامعة الامير عبد القادر ، قسنطينة، الجزائر، 2004.
3-عبد القادر بن داود، الأثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة، مجلة المعيار، العدد 09، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، 2004.
4-عيسى حداد ، الحضانة بين القانون في الإجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية ، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة.
5-هجيرة بنوني بن الشيخ، إجحاف قانون الاسرة الجزائري لحقوق المرأة، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، العدد3 ، الجزائر،2002.
رابعا: النصوص القانونية
1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1976، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1976، معدل و متمم.
2- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، عدد 24، صادر بتاريخ 12 يونيو 1984، معدل و متمم بالأمر 05-02 مؤرخ في 27 فيبراير 2005، الجريدة الرسمية، عدد 15، صادر بتاريخ 27فيفري 2005.
3-قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21، صادر بتاريخ 2008/04/23.
4-قانون رقم 15-01 مؤرخ في 04 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية، عدد 01، صادر بتاريخ 07 يناير 2015 .

الفهرس:

مقدمة	
الفصل الأول: الأحكام الموضوعية للمسكن المخصص لممارسة الحضانة	
المبحث الأول: ماهية حق الحاضنة في المسكن المخصص لممارسة الحضانة	08
المطلب الأول: مفهوم مسكن الحضانة	08
الفرع الأول: تعريف الحضانة	08
الفرع الثاني: تعريف مسكن الحضانة	10
الفرع الثالث: المواصفات الشرعية لمسكن الحضانة	12
الفرع الرابع: مكان ممارسة الحضانة	15
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للحق في المسكن المخصص لممارسة الحضانة	17
الفرع الأول: طبيعة الحق في الحضانة	17
الفرع الثاني : طبيعة الحق في مسكن الحضانة	22
الفرع الثالث:طبيعة الحق في مسكن الحضانة وهو حق شخصي	25
المبحث الثاني: موقف الشريعة وقانون الأسرة والقضاء من مسكن الحضانة	25
المطلب الأول: موقف الشريعة من مسكن الحضانة	26
الفرع الأول: رأى فقهاء المالكية	26
الفرع الثاني: رأي الحنفية	27
الفرع الثالث: رأي فقهاء الشافعية والحنابلة	28
الفرع الرابع: رأي فقهاء الجعفرية	28
المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من مسكن الحضانة	28
الفرع الأول: مرحلة عدم الاهتمام بسكن الحضانة	29
الفرع الثاني: مرحلة الاهتمام بتوفير مسكن الحضانة	30
الفرع الثالث: مرحلة إعطاء الأولية لحق المحضون في المسكن	31
المطلب الثالث: موقف القضاء من مسكن الحضانة	32
الفصل الثاني : الضمانات القانونية الكفيلة لضمان حق المطلقة الحاضنة في المسكن المخصص للمارسة الحضانة	
المبحث الأول: أساس أحقية الحاضنة في المسكن المخصص للمارسة الحضانة	38
المطلب الأول: الشروط المكرسة في إستحقاق الحاضنة للسكن المخصص لممارسة الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري (84-11)	38
الفرع الأول: أن تكون المرأة الحاضنة محكم لها بالحضانة.	39

الفرع الثاني: أن لا يكون للمطلقة الحاضنة ولي يقبل إيواءها	40
الفرع الثالث: تعدد المحضونين	42
الفرع الرابع: قدرة الزوج على ضمان المسكن	44
الفرع الخامس: أن لا يكون مسكن الزجية وحيدا	45
المطلب الثاني: الشروط المستحدثة في استحقاق الحاضنة للمسكن المخصص لمارسة الحضانة في ظل الأمر (05-02)	49
الفرع الأول: التزام الأب بين ضرورة تهيئة مسكن للمحضون أو دفع بدل الإيجار	51
الفرع الثاني: بقاء الحاضنة في مسكن الزوجية	57
الفرع الثالث: صندوق النفقة وتأثيره على الحق في المسكن المخصص للحضانة	61
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير إسناد و إسقاط حق المطلقة الحاضنة في المسكن المخصص لممارسة الحضانة	65
المطلب الأول: سلطة القاضي في إسناد المسكن المخصص لممارسة الحضانة	66
الفرع الأول: صور مسكن الزوجية	66
الفرع الثاني: نطاق سلطة القاضي من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية	68
المطلب الثاني: سلطة القاضي في إسقاط المسكن المخصص لممارسة الحضانة	76
الفرع الأول :زواج المطلقة الحاضنة بغير قريب محرم	77
الفرع الثاني :تنازل المطلقة الحاضنة عن المحضون	79
الفرع الثالث :عدم أهلية المطلقة الحاضنة	81
الفرع الرابع : عدم المطالبة بالحضانة	84
الخاتمة	88

الملخص

إن المسكن المخصص لممارسة الحضانة من المشاكل التي أثارت جدلا كبيرا في وقتنا الحالي، خاصة في المجتمعات التي تعيش في ظروف إجتماعية عسيرة، ونخص بالذكر تلك التي تعاني من أزمة السكن، بحيث عرفت المحاكم صراعات حادة بين الأزواج المطلقين حول مسكن الزوجية، خصوصا بعد التعديل الأخير الذي مسى قانون الأسرة الجزائري، و الذي أعطى للمطلقة الحاضنة الحق في المسكن أو بدل الإيجار، حرصا منه على تغيير يخدم مصلحة الأبناء المحضونين، وذلك من أجل حفظهم و رعايتهم وحمايتهم من التشرد و الضياع، ووقايتهم من الآثار النفسية التي تلحق بهم بعد إنحلال الرابطة الزوجية، غير أن هذا التعديل الأخير قد أثار ضجة واسعة في أوساط المجتمعات، حيث يعتبره البعض تحيزا للمرأة، في حين إعتبره البعض الآخر إجحافا في حق الرجال.