جامعة العقيد أكلي محند أولحاج _ البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

حق الحاضنة في السكن لممارسة الحضانة

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية والإدارية

تخصص : قانون الأسرة

إعداد الطالبتين:

دنداني تركية

جليد أسماء

تحت إشراف الأستاذة:

ربيع زهيـــــة

لجنة المناقشة

الأستاذ :بلعزوز رابح.....رئيسا

الأستاذة: ربيع زهية.....مشرفا ومقررا

الأستاذ :عثماني حسين.....ممتحنا

تاريخ المناقشة

2015/02/26

شكر وتقدير

أتقدم بخالص الشكر والعرفان وعظيم التقدير إلى:

*** الأستاذة المشرفة "ربيع زهية" التي أفادتنا بإرشاداتها ولم تبخل علينا بأدنى جهد لمساعدتنا.**

*** وأتوجه بالشكر كذلك إلى أعضاء لجنة المناقشة وعلى ما أمضوه من وقت وما بذلوه من جهد لقراءة هذه المذكرة**

*** جميع الأساتذة الذين أشرفوا على تدريسنا وكل من كان سببا في وصولنا إلى هذا المستوى.**

*** إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد حتى ولو بكلمة أو نصيحة.**

إهداء

إلى عنصر الحياة المتدفقة وصاحبة الفضل في حياتي التي تحمل لي الضياء، إلى الدائمة إلى منبع الحنان والرحمة أمي الغالية.

إلى من منحني الرعاية والأمان، إلى من سترى عوني وكرس حياته لتدريبي

إلى أبي الحنون رحمه الله

إلى أخواتي وأشقائي

إلى زوجي العزيز وعائلته وابنتي دعاء حفظهما الله

كما لا أنسى صديقاتي العزيزات، شريكتي في هذا العمل "تركية"

إلى كل من أحببتهم وأحبوني طيلة سيرتي الدراسية وكل من يعرفني

من قريب أو بعيد

إلى كل من تمنيت ذكرهم، اهديهم عملي

هذا لكم جميعا التقدير والحب.

جليد أسمـــــاء

إهداء

إلى نبع الحنان وبر الأمان، اللذين إذا أهديتهما كنوز الدنيا ما وفيتهما حقهما.

إليك يا أعز إنسانة إلى قلبي، كيف لا وأنت من سهرت وتعبت حتى وصلت إلى ما أنا عليه.

إليك يا: أمي.

إليك يا أيها العظيم في عطائك، ويا من علمتنا العزة والاعتماد على النفس يا سيد الرجال

إلي: أبي﴿ رحمك الله﴾

إلى من أدركت معه معنى الحياة وكان لي قدوة إلى من كان مرشدي وسندي إلى من رعاني كإبنة له إلى خالي لخظر وجدتي الحنونة

إلى شقيقاتي العزيزات وأخويا " عامر وبلقاسم "

إلى رفقاء دربي " هالة ، نائلة، منال، عبلة، نجاة، هاجر"

إلى رفيق عمري " عبيدي مصطفى "

إلى الباقة العطرة " أماني، نسرين، سيلين، رهف "

كما لا أنسى شريكتي في هذا العمل "أسماء"

إلى جميع الأصدقاء اللذين شاركوني حلو الحياة ومرها إلى من أناروا بصيرتي وعلموني زاد الدنيا والآخرة أساتذتي الأكارم من الابتدائي إلى الجامعة

والى كل من يعرفني من قريب أو من بعيد.

دنداني تركـــــــية

قائـــــــــــــمة المختصرات

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق.إ.م.ق: قانون الإجراءات المدنية القديم

م ق: المجلة القضائية

ن ق: نشرة القضاة

ع: العدد

ج: الجزء

ط: الطبعة

ص: الصفحة

س: السنة

د.س.ن: دون سنة النشر

د.ب.ن: دون بلد النشر

ج.ر:الجريدة الرسمية

مقدمـــــــــة

إن من بين أهداف الزواج تحقيق الراحة والاستقرار بين الزوجين، وهي الخلاصة التي ترتبط بعقد الزواج لقوله تعالى "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يعقلون".[1]

يدرك الجميع أن عنصر القوة الوحيدة في العالم الإسلامي بل الحبل المتين الذي سيشدّ هذه الأمة على دينها، إنما هو الأسرة ونظامها، فالأسرة هي الخلية الأساسية ببناء المجتمع إذ تمثل حجر الزاوية في الأمة الإسلامية، وهي التي حافظت على ما بقي من روابط وعلاقات بين المسلمين، وبهذا تصبح الهدف المنشود والمقصود بالتنظيم.

حتى لا تصبح الحياة مستحيلة وحتى لا يهضم حق طرف على طرف أخر أباح الإسلام الطلاق، مع أنه أعتبره أبغض الحلال إلى الله، لأنه في هذه الحالة تسوء فيه العشرة الزوجية ويفقد الزواج معانيه السامية، ولا يبقى علاج لهذه المشكلة سوى فك هذه الرابطة الزوجية ولقد تطرقت إليه المادة 48 ق.أ.ج كالآتي" ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أوبطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".[2]

يعتبر الطلاق ظاهرة اجتماعية خطيرة تفشت بكثرة سوءا في المجتمعات العربية الإسلامية، وهي ظاهرة تهدد كيان الأسرة ككل وذلك من خلال الآثار الناجمة عنه، ونظرا لكون العصمة الزوجية حق خالص للزوج، فمن حكمة الله تعالى وحتى لا تظن المرأة أن حقوقها أهدرت، فقد خصها بجملة من الحقوق وذلك لتخفيف الضرر عنها، تتمثل في نفقة العدة، نفقة الإهمال، التعويض عن الطلاق .

(1). سورة الرّوم، الآية 21

(2). قانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة في 27 /2005/02.

لكن بفتح مجال لإنهاء العلاقة الزوجية في حالة تعرضها للخطر الذي يتعذر معه الاستمرار فيها، تنجم مشكلة شديدة إثر هذا الانفصال، وهي مشكلة تربية الأطفال ورعاية شؤونهم وصيانة حقوقهم، وهي من أبرز المشاكل المترتبة عن فك الرابطة الزوجية بالطلاق بحيث يحرم الطفل من رعاية وتوجيه الأب والأم له، وهو ما تضمنه مفهوم الحضانة.

تعرف الحضانة بأنها الالتزام بتربية الطفل ممن لا يستقل بأموره وتربيته ووقايته مما يهلكه أو يضره، فهي حق مؤسس على مصلحة المحضون دون سواه، وهي التي يجب أخذها بعين الاعتبار.

كما أن الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أقرتها الشريعة الإسلامية إذ قررت لها العديد من الأحكام لتحقيق الهدف المخصص لها، تحددت من خلال النصوص واجتهادات الفقهاء، كما حددت من له الحق في الحضانة ومراتب الحاضنين وكذا الشروط الواجب توفرها في الحاضن، وقد أراد الشرع الإسلامي من وراء هذه الأحكام حماية الصغير من الضياع وإسناد مهمة العناية به إلى من هو أجدر وأقدر بها.

تعد الحضانة من أعقد المسائل التي ينظر فيها القاضي ذلك لارتباطها بوضع الطفل، وتتمحور النزاعات حول الآثار الناتجة عنها، فلقد رتب المشرع الجزائري وقبله الشريعة الإسلامية أثارا لممارسة الحضانة لكلا من الزوجين المنفصلين، فالحضانة لما تتطلبه من مجهود كبير في تربية المحضون ونشأته النشأة السوية، فهي تتطلب بالمقابل نفقة لصالحه إضافة إلى كون الحاضنة تبذل مجهودات مادية ومعنوية في سبيل تربية المحضون والسهر على مصالحه، كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن تكون تحت سقف بيت ينمو في دفئه المحضون تحت رعاية الحاضنة.

ولقلة الدراسات المتخصصة في موضوع مسكن الحضانة لأن له علاقة مباشرة بالواقع الاجتماعي المتغير ولما له من أثار على حياة الحاضنة وخاصة الطفل المحضون، جعلنا نقوم بدراستنا وفق الاجتهادات القضائية.

كما أن معالجتنا لهذا الموضوع لم يأت من أجل تكرار ما عولج وإنمّا جاء في إطار دورة البحث العلمي التي تعد الاستمرارية سمتها الأساسية.

لإعداد هذه المذكرة تم اعتماد المنهج العلمي التحليلي، إذ قمنا بتحليل نصوص قانون الأسرة المعنية بالدراسة والتعليق عليها، وتوجيه النقد لها وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي مع دراسة الناحية الإجرائية من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي يعد قفزة نوعية في خضم مسعى إصلاح العدالة، لما له من وزن بالنظر إلى ما احتواه من حلول إجرائية تسمح بحسن سير الدعوى وتوجيهها، من خلال استحداث قواعد وضوابط جديدة تكفل حماية الحقوق وتسهل للمتقاضي المطالبة بها.

الجدير بالملاحظة أنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية تضمنّ أحكام خاصة بكل جهة قضائية في المواد من 423 إلى 583 تضبط الإجراءات المتبعة أمام المحاكم قصد ترسيخ فكرة تخصص القضاة والاستجابة للمطالب الراهنة المستجدة نتيجة التعقيد المتزايد للنزاعات المطروحة. وإسناد النزاعات التي تعد من صميم قانون الأسرة التي تخضع أصلا لقاضي شؤون الأسرة ولم يكن معمول بها.

إنّ مطالبة الحاضنة بحقها في توفير مسكن تمارس فيه حضانة أولادها أو مطالبتها ببدل الإيجار تواجه صعوبات كبيرة للحصول عليه، مع أنه من أثار الحضانة، فنتساءل هل المشرع الجزائري كفل حمايته ؟ وما هي الإشكالات التي نجدها مطروحة عبر طرق ممارسة هذا الحق؟

حق الحاضنة في سكن الحضانة

إذا كانت الحضانة هي سلطة شرعية تخول من له الحق في حفظ وتربية من لا يستقل بأمور نفسه في ذاته وشرابه وكسائه وسكنه ودفع ما يضره فهي أيضا من جهة أخرى واجب لا يجوز الإخلاء به.

إن الحق ينشأ أو يتقرر دائما بموجب نص قانوني، بل لا تكون للحق قيمة إلا إذا مده القانون بالحماية، ولعل من أهم الحقوق التي يتعين توفير الحماية لها تلك المرتبطة بالمرأة عامة والحاضنة على وجه الخصوص، والحاضنة هي المرأة التي يثبت لها الحق في الحضانة والمسكن للقيام بواجب الحضانة.

بعد التطور السريع الذي عرفه المجتمع، ونتيجة التفكك الأسري، وارتفاع نسبة الطلاق حرص القضاء على تغيير يخدمُ مصلحة المحضون، إذ تولد عنه موقف مغاير اعترف فيه للأم الحاضنة بالسكن أو بأجرته حتى ولو كانت حاضنة لولد واحد ولمعالجة ذلك قسمنا هذا الفصل لمبحثين.

خصصنا المبحث الأول للتكلم عن شرعية حق الحاضنة في مسكن الحضانة ونتطرق من خلال ذلك للطبيعة القانونية لحق الحاضنة في مسكن الحضانة وخصائصه وحالات سقوطه أما المبحث الثاني خصصناه لمفهوم المسكن المخصص للحضانة وضمانات توفيره.

المبحث الأول: أساس حق الحاضنة في مسكن الحضانة

لقد قيد المشرع الطلاق بمجموعة من الحقوق المالية منها ما هو خاص بالمرأة بصفتها مطلقة، ومنها ما هو خاص بالأطفال بصفتهم محضونين، ومنها ما هو مشترك كالحق في الحضانة، وإن كان لكل شيء أساس فأساس الحضانة هو توفير مسكن لممارستها من قبل الذي أسندت إليه، كما أن القائمة بالحضانة ملزمة باستعمال السكن لغرض الحضانة وللحفاظ على هذا الحق وعدم حرمانها منه، وجب عليها القيام بواجب الحضانة على أتم وجه وهذا ما سنتناوله في المطالب الثلاثة .

المطلب الأول:الطبيعة القانونية لحق الحاضنة في مسكن الحضانة

لا يجوز الإخلال بحق الحضانة لأنها تعتبر سلطة شرعية تخول من له الحق فيها حفظ وتربية الطفل المحضون ولقد ثار الخلاف حول طبيعة الحق في الحضانة.

الفرع الأول:تكييف الحق في الحضانة

يُعتبر الحق في الحضانة من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية للطفل. فهل الحضانة حق خالص للحاضنة أو للمحضون أو لهما معًا ؟[1]

أولا: التكييف الفقهي

الحضانة أثر من أثار الطلاق ومظهرا من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة.[2] فالطفل لبنة ضعيفة يحتاج إلى من يرعاه ويحفظ حياته ويُحقق مصالحه ويصون نفسه وماله وليست الولاية على النفس والمال إلاّ أنظمة قُصد بها الوقوف إلى جانب الصغير حتى يبلغ سن الرشد[3].

(1). اسماء عيسيو، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة نهاية التكوين، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 12، الجزائر، 2004، ص 16.

(2). عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.3، دار هومة، الجزائر 1996، ص 292 .

(3). محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ص 304.

عرّف الفقهاء الحضانة بأنها تربية الطفل ممن له الحق في الحضانة، فالمذهب المالكي عرّف الحضانة على أنها حِفظ الولد في مبيته وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه، أما المذهب الشافعي يرى بأنها " حفظ من لا يستقل بأموره عمّا يضره، وتربيته لما يُصلحه "[1].كما عرّفها الأستاذ زكي الدين شعبان بأنها: " القيام بتربية الصغير ورعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه وتنظيمه إلى سن معين ممن له الحق في تربيته وحفظه شرعًا ".[2]

هذا ما تضمنته المادة 62 من قانون أ.ج التي تنص على" الحضانة من رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضنة أن يكون أهلا للقيام بذلك."

نستخلص من المادة السالفة الذكر أن طرفا الحضانة هما المحضون والحاضن.

إذا كان المحضون هو صاحب الحق في الحضانة فإن مصلحة الصغير تقضي أن الحاضنة ليس لها أن تمتنع عن قُبولها وللقاضي أن يُجبرها على ذلك، أما إذ كانت الحضانة حق للحاضنة فلا تُجبر عليها.[3] فما هو رأي الفقهاء في ذلك؟

لقد اختلف فيه الفقهاء على النحو التالي:

الرأي الأول: القائل بأن الحضانة حقٌ للحاضنة فلا تُجبرُ عليها إذا امتنعت وهذا بناءً على أن الحضانة حقٌ للحاضنة وليس بواجب عليها. [4]

فهو مذهب بعض الحنفية والمالكية على المشهور والشافعية والحنابلة، وجملة ما استدلوا به ما يلي:

– الدليل الأول: من الكتاب.قوله تعالى: " وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى " [5]، قالوا إذا وقع خلافٌ بين أم الولد وأبيه وتعاسرا أو اختلفا في أمر الرضاعة فالآية تبين أنه في حال التعاسر ليس للأب أن يُكره الأم على إرضاع ولدها، بل تتولى امرأة أخرى إرضاعه.

– الدليل الثاني: من المعقول

(1). نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى،الجزائر،2006، ص244.

(2). أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، د. س.ن الإسكندرية، ص 302.

(3). أحمد بخيت الغزالي، أحكام الأسرة للفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 454.

(4). أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق الخلع، حقوق الأولاد، نفقات الأقارب وفقا لأحدث التشريعات القانونية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص22

(5). سورة الطلاق الآية 6

يرى أصحاب هذا المذهب أنه لا معنى لإجبار الأم على الحضانة، لأنها تُحملُ عليها من غير إيجاب، ذلك أن شفقتها التامة على ولدها تجعلها لا تصبر غالبا عن ترك حضانته إلاّ لِعجز ما[1].

الرأي الثاني: القائل بأن الحضانة هي حق للولد وواجب على حاضنته فتُجبرُ عليها وليس لها أن تتنازل عنها ولا تسقط بإسقاطها، بل تَجبر على حضانته في حال امتناعها عنها وهذا ما يراه بعض الحنفية والمالكية.

جملة ما استدلوا به: قوله تعالى: " والوالدات يَرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يُتم الرضاعة[2]، فقوله تعالى " يُرضعن " يُرادُ به الأمر والوجوب، فتكون الأم مَطالبة بالحضانة على سبيل الإجبار، أما قوله تعالى " وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى " فيتعلق بالرضاع ولا يخص الحق في الحضانة.

الرأي الثالث: الحضانة حق مُشتركٌ بين الحاضن والمحضون: يقول أبو زهرة إنما ثبت وجوب الحضانة على النساء أولا لأن الطفل في ذلك السن من حياته يحتاج إلى رعايتها وهذا ما يكون واجب على الأم لأنها أقدر على هذا من الأب.

من ذلك نجد حق الصغير في حضانته أقوى من حق الحاضنة نفسها، وينطبق هذا على الأب بالنسبة لضم الصغير إليه بعد تجاوزه سن الحضانة، كما أن اعتبار حق الحضانة هو حق للحاضنة ويسقط بمجرد تزويجها، دلّ على أنه ليس حق مطلق للحاضنة.

(1). محمد شتا ، الحضانة و الرؤية في ضوء القانون رقم 44 سنة 2005 ، ط2 ، المجد للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 2008، ص 14

(2). سورة البقرة ،الآية 233

يتبين لنا أن الراجح من الأقوال الثلاثة هو أن الحضانة حقٌ للحاضن والمحضون معا[1].

ولقد تفرع على ذلك الأحكام الآتية:

1- الحاضنة أما كانت أو غيرها إذا تعينت للحضانة ولم يوجد غيرها، أو وجد من يليها في استحقاق الحضانة لكنه لم يرضى بحضانة الصغير، أجبرت عليها مراعاة لحق الصغير وحفظه من الضياع.

2- إن الحاضنة إذ لم تُعين للحضانة لا تجبر عليها، لأن الحضانة حقها ولا ضرر على الصغير في امتناع الحاضنة عن القيام بها لوجود من يحل محلها، فيكون لها الحق في الامتناع عنها، وتكون الحاضنة مُتعينة إذ لم يوجد للصغير سوى الأم أو الجدة أو العمة من ذوات المحارم، وتكون غير مُتعينة إذا وجد للصغير أكثر من حاضنة مثل الأم والجدة والخالة والعمة.

3 – إنّ الأب ليس له أن يأخذ الصغير من صاحبة الحق في الحضانة ويعطيه لمن دونها إلا إذا كان هناك مبرر.

4 – يجب على المرضعة إرضاع الولد إذا كانت غير حاضنة.

5 – لا يجوز للأب نقل الطفل من البلد الذي فيه حاضنة الصغير.

6 – عدم اشتراط الأم الحاضنة مع الأب على إسقاط حقها في الحضانة مقابل مال.

7 – إذا خلعت الأم الحاضنة زوجها على أن يبقى ولدها المحتاج للحضانة عنده كان الخلع صحيحا والشرط باطلا.[2]

(1). مبروك المصري، الطلاق و أثاره قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص 506

(2). بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، (الزواج والطلاق)،ج1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص ص545 ، 544.

ثانيا : التكييف القانوني

بعدما تطرقنا إلى الموقف الفقهي من طبيعة الحق الحضانة واختلاف الفقهاء حوّله،فماهو موقف تشريع الأسرة والقضاء من هذا الحق؟

أ / موقف قانون الأسرة

تنص المادة 66 أ. ج: " يسقط حق الحاضنة بالتزويج بغير قريب مُحرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" من خلال نص المادة يتبين لنا أن المُشرع الجزائري قد أعتبر حق الحضانة حق مُشترك.

– هو حق للحاضنة إذ عبر عليه بمصطلح حق الحاضنة إضافة إلى أنه سمح لها بالتنازل عن حقها في الحضانة.

– حق للمحضون نستشفه من العبارة "... ما لم يضر بمصلحة المحضون" إذ يجب مراعاة مصلحة المحضون عند الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها[1].

وفي مواد أخرى بين المشرع أن الحضانة هي حق للحاضنة فالمادة67 ق.أ.ج في الفقرة الثانية التي نصت على عدم سقوط هذا الحق بسبب عملها[2]، وكذلك المادة 68 ق.أ.ج التي جعل المشرع الجزائري بمقتضاها مصير ممارسة الحضانة رهن إرادة صاحبها إذ منح حق المطالبة بالحضانة يكون في ظرف سنة.[3]

كما نص أيضا أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري وهذا ما تضمنته المادة 71 ق.أ.ج إن تكريس هذا الحق للأم أو للحاضنة لم يمنع من إبراز حق المحضون حيث أضاف المشرع الجزائري عبارة " مراعاة مصلحة المحضون " في المواد 64 65، 67، 69 ق.ا.ج وعبارة " ما لم يضر بمصلحة المحضون " في المادة 66.

(1). عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2011، ص 38.

(2). تنص المادة 67 من الأمر 11/84المتضمن ق.أ.ج المعدل والمتمم، على مايلي: " ... ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ".

(3). تنص المادة 68 من الأمر 11/84المتضمن ق.أ.ج المعدل والمتمم، على مايلي: إذ لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها."

لقد أولى المشرع الجزائري أهمية كبيرة لحق الحاضنة في الحضانة كما جعله مرتبطا ارتباطا وثيقا بمصلحة المحضون وهذا ما يدل على أن حق الحضانة هو حق للمحضون بالمرتبة الأولى.[1]

ب / موقف القضاء

إن القضاء من خلال تطبيقاته تبنى مبدأ مراعاة مصلحة المحضون وجعل حق الحضانة هو حق للمحضون، حيث جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى على أن "الحضانة حق وواجبات في آن واحد " يُفهم من هذا القرار أن الحضانة هي حق للمحضون وحق للحاضن إلاّ أنه غلب الحق الأول على الثاني بلفظ واجبات واعتبر الحضانة من حق الحاضنة ومصلحة المحضون لا تُحقق إلاّ إذا كان عند أمه[2]، لقد تأكد هذا المبدأ في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 3 جويلية 2002، والذي جاء فيه " حيث أن عمل الحاضنة لا يُوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها مالم يتوفر الدليل الصحيح على أن هذا العمل يحرم المحضون في حقه في العناية والرعاية فضلا على ذلك أن الحضانة ليست حقا للحاضنين وإنما هي حق للمحضون أيضا ..."[3] وفي قرار آخر جعل حق الحضانة هي حق للحاضنة، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر في 2010/10/14 "كما أن مصلحة المحضون تقتضي إسناد حضانته إلى والدته بالرغم من تنازلها عنها وذلك لثبوت تواجد والده بالمؤسسة العقابية".[4]

الفرع الثاني: طبيعة حق الحاضنة في السكن

اختلفت أراء الفقهاء في مسألة استحقاق المطلقة الحاضنة لمسكن الحضانة بحكم علاقة هذا المسكن بالرابطة الزوجية[5]، فإذا كانت زوجة لأبيه حضنته في بيت الزوجية أما إذا انفكت الرابطة الزوجية وهي لا تزال في العدة فإنها تحضنه في مكان قضاء العدة الذي هو في الأصل بيت الزوجية.

(1). زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، رسالة لنيل درجة دكتوراه، القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص 464 .

(2). قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 1968/12/25، غير منشور، انظر زكية حميدو، مرجع سابق، ص464

(3). قرار المحكمة العليا رقم 274207، الصادر بتاريخ 3 / 7 /2002، غير منشور، انظر زكية حميدو، مرجع سابق، ص 565.

(4). قرار المحكمة العليا رقم 581222، الصادر بتاريخ 2010/10/14، م ق، العدد1 ،2011، ص 250

(5). محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1 ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2010، ص253

إلاّ أن الإشكال يُطرح بعد انقضاء العدة، فهل لها حق البقاء في مسكن الزوجية؟ أوفي مسكن بديل تحضن فيه أولادها من مطلقها؟ أم أنها هي التي تتحمل مسؤولية وتكاليف إعداد مسكن الحضانة ؟ وما هو موقف المُشرع الجزائري ؟

أولا : حكم تمتع الحاضنة بمسكن الحضانة في الفقه الإسلامي

أ / المذهب المالكي

اختلف فقهاء المالكية في استحقاق الحاضنة لمسكن تمارس فيه حضانة أبنائها وتعددت آراءهم، دون أن يفصلوا بين الحاضنة التي لها مسكن وتلك التي لا مسكن لها والحضانة في مال من عليه نفقة الولد بغض النظر عن امتلاك الحاضنة لسكن أم لا.[1]

أقر فريق من المالكية على أن السكنى واجبة على الأب فيما يخص المحضون واختلفوا فيما يخص الحاضنة فمنهم من قال أن الحاضنة تدفع جُزءا من أجرة السكن[2]، وهناك من قال أن السُكنى تابعة للنفقة فتقع أجرته على أب المحضون ولا تستحق الحاضنة شيئا لأجل حضانتها لا نفقة ولا أجرة إلاّ إذا كانت الحاضنة هي أم المحضون وتكون فقيرة والمحضون مُوسرا.

ب / المذهب الحنفي

اختلف فقهاء المذهب الحنفي حول استحقاق المطلقة الحاضنة للمسكن الحضانة على النحو الآتي:

الفريق الأول: يرى أصحابه أنه لا يجب للحاضنة مسكن الحضانة مطلقا.

الفريق الثاني: القائل أنه يجب للحاضنة إذ لم يكن لها سكن.[3]

(1). عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص24

(2). نبيل صقر، مرجع سابق، ص 262

(3). محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية (بحوث فقهية مؤصلة)، ط.1، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة، 2006، ص 197

لأن وجوب أجر المسكن والنفقة واجبة على الأب [1]، وهذا على الأرجح عند فقهاء الترجيح في المذهب مثل الحفصي وابن عابدين وغيرهم من شيوخهم، فقد سُئل أب حفص عمن لها إمساك الولد وليس لها سكن مع الولد فقال:" على الأب سكناها ".

يرى الفقه الحنفي أنه إذا لم يكن يملك الأب مسكن يُسكِن فيه الحاضنة والمحضون انتقلت النفقة إلى قريبهم الموسر إذا وجد وإلا وجبت على الدولة، أما إذا كان لديها مسكن يمكن أن تَحضن فيه الولد فلا يجب لها المسكن، ولا أجرته، لأن الولد ليس محتاجا.[2]

الرأي الراجح: يكون إعداد مسكن للحاضنة أو دفع أجرته واجبا على من تُلزمه نفقة المحضون لأن المسكن يُعدُ جُزءا من النفقة، يُستثنى من ذلك: أن تكون الحاضنة أم المحضون المطلقة من أبيه أو غيرها من الحاضنات مُقيمة في مسكن بإمكانها أن تحضن فيه صغيرها من غير أن يُكلفها ذلك شيئا من نفقته، كأن تكون مُقيمة مع أهلها مثلا، أو تكون ميسورة الحال بإمكانها إعداد مسكن للحضانة، وكان والده عاجزا عن توفيره فإنه يُعفى من عبء إعداده.

ثانيا: حكم تمتع الحاضنة بمسكن الحضانة في التشريع الجزائري

أصبح مسكن الحضانة من المسائل الشائكة التي يثور حولها جدل كبير في هذا العصر خاصة في المجتمعات التي تعيش ظروف اجتماعية واقتصادية صعبة، وتعاني من أزمة السكن كالمجتمع الجزائري وهذا ما جعل المحاكم تعرف صراعات حادة بين الزوجين المُطلقين حول مسكن الزوجية حيث يرى كل منهما أنه أحق به من الآخر.[3] فما هو حكم المشرع الجزائري في مسألة سكن الحضانة؟ وهل كفل هذا الحق للمطلقة؟ للإجابة على هذا السؤال سنتطرق لمسألة سكن الحضانة قبل تعديل قانون الأسرة وبعده.

(1). رمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي، د.ب.ن، 2002، ص 596

(2). محمد بلتاجي، مرجع سابق، ص 199

(3). مليكة قبزيلي، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، مذكرة لنيل شهاة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الحقوق والعلوم الإسلامية، الجزائر،2003، ص255.

أ/ حق الحاضنة في مسكن الحضانة قبل تعديل قانون الأسرة

مع تطور المجتمع خاصة في المجال الاقتصادي والاجتماعي بدأ المشرع يولي اهتماما لمسألة مسكن الحضانة، خاصة أمام الفراغ التشريعي وتلك الأوضاع الشاذة من تعارض وتناقض وتضارب في الأحكام والقرارات القضائية، وإضرارا بالمتقاضين كان لا بد من أن يقوم المشرع بالإصلاح، وهذا ما تأكد بالقانون رقم 11/84 ليوحد الأحكام المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية، حيث أقر له نصا خاصا أسند فيه مسكن الزوج للمطلقة التي تقررت لها حضانة الأولاد وذلك من خلال المادة 52 ف 2/ف3 التي تنص على ما يلي:" ... وإذا كانت الحاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج و يستثني من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذ كان وحيدا، تفقد المطلقة حقها في السكن في حل زواجها أو ثبوت انحرافها".

يتضح من هذه المادة أن المطلقة إذا كانت أُمًا ومحكوما لها بالحضانة، لها الحق في السكن مع محضونيها، وضمان هذا المسكن يقع على عاتق الزوج المطلق،أي والد المحضونين حسب إمكانياته المادية شرط أن لا يكون للمطلقة ولي يتكلف بإيوائها، كما يتضح من خلال هذه المادة أنه ليس للمطلقة الحاضنة المكوث في بيت الزوجية لممارسة الحضانة إلاّ إذا تبين أن للزوج المطلق أكثر من مسكن.[1]

أضاف المشرع إلى جانب هذه الشروط سقوط حق المطلقة الحاضنة في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها بمقتضى نص المادة 52 ف/ 3 المذكورة أعلاه.

أما إذا تعذر بقاء المطلقة الحاضنة مع أولادها المحضونين في مسكن الزوجية، فعلى والدهم أن يُوفر لهم مسكنا يضمهم أو يدفع بدل إيجار لمطلقته لتتكفل هي بإعداد مسكن الحضانة وهذا ما تضمنته المادة 72من القانون السالف الذكر إذ تنص على:" نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلاّ فعلى والده أن يهيئ له سكن وإن تعذر فعليه أجرته".

(1). مليكة قبزيلي، مرجع سابق، ص 256.

نستنتج من خلال ذلك أن المادتين 52 و72 لم تعرفا الانسجام والتكامل، بالنسبة للمادة 52 رُتبت في فصل الطلاق وتناولت الطلاق التعسفي في فقرتها الأولى وخصصت الفقرات الموالية للحضانة، فهي بذلك خاطبت الحاضنة الأم دون سواها.

أما المادة 72هي منظمة في موضوع الحضانة وخاطبت كل الحاضنات، وهي تبدو أكثر حماية بالمقارنة مع المادة 52، بسبب إلزام الأب توفير مسكن أوعلى الأقل أجرته، هذا ما لا نجده في المادة 52 التي قيدت حق المطلقة الحاضنة في المسكن بشروط من الصعب تحقيقها[1]. إلا أنه يُعاب على المادة 72 تعارضها مع المادة 78 إذ أنها لم تعتبر السكن من مُشتملات النفقة، وتعرض المُشرع الجزائري من خلالها لحل مشكلة المسكن أو أجرته دون أن يَحُلَ باقي مُشتملات النفقة، فالقاضي يجد نفسه أمام مادتين، المادة 72ق.أ.ج و78 من قانون الأسرة، فكيف يحكم للمطلقة بالأجرة؟ هل يحكم لها بنفقة واحدة تتضمن مبلغ الأجرة في النفقات المعيشية للأبناء المحضونين طبقا للمادة 78 ق.أ.ج[2]، حيث جعلت هذه المادة أجرة المسكن تدخل في مضمون النفقة المعيشي، أما أنه يحكم بأجرة المسكن مستقلة عن النفقات الأخرى طبقا للمادة 72 ق.أ.ج.

رغم الحماية التي قررها قانون العقوبات في مجالا لحماية الجنائية للأسرة إذ أقر عقوبات للامتناع عن دفع النفقة، الامتناع عن تسليم المحضون للحاضنة، ترك مقر الزوجية، إلا أنه لا توجد حماية جزائية في حالة امتناع الزوج المطلق عن توفير مسكن لممارسة الحضانة بعد الحكم لها به، أو إخفاء الزوج للسكنات التي يملكها، أو طرد الزوج لزوجته وهي في العدة.

ب/ حق الحاضنة في السكن بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري

أدى النقص التشريعي إلى ضرورة إعادة النظر في قانون الأسرة وذلك للمحافظة على مصلحة الأطفال، مما دفع إلى تعديل قانون الأسرة بمقتضى الأمر 02/05 بمقتضاه تم تعديل المادة 52 ق.أ.ج بإلغاء فقراتها الثانية والثالثة، وكذا تعديل المادة 72 منه على النحو التالي:

(1). زكية حميدو، مرجع سابق، ص 130 .

(2). تنص المادة 78من الأمر رقم 11/84 المتضمن ق.أ.ج المعدل والمتمم على :" تشمل النفقة : الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته وما يُعتبر من الضروري في العرف والعادة."

" في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر عليه دفع بدل الإيجار.

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

لقد ألزم المشرع الجزائري على أثر التعديل الوارد في ق.أ.ج الأب صراحة وبصورة أصلية بتوفير سكن للحاضنة وإقرار المشرع لحق الحاضنة في السكن وبتحميل الأب مسؤولية أبناءه المحضونين.

إن النّص على إبقاء الحاضنة مع محضونيها بالسكن الذي هو ملك للأب أو إلزامه بإسكانها مع المحضون، يهدف بالأساس إلى ضمان حق المحضون في الحفظ والبقاء في فضائه الأسري مراعاة لمصلحته، وهذا ما يشكل جانبا من الحماية التي تنطوي عليها رعاية الأسرة وبناءا عليه فمن حق الحاضنة المطالبة بمسكن لممارسة الحضانة عملا بنص المادة 72ق.أ.ج، كون أن تطبيقها لا يتوقف على أي شرط معين وبالتالي فهو حق مخول لها قانونا خلافا لما كان عليه في نفس المادة قبل التعديل فالأب ملزم به مهما كانت ظروفه المادية والاجتماعية، فهذه الأخيرة ليس من شأنها حرمان الحاضنة من حقها في المطالبة به.[1]

فالمشرع الجزائري من خلال العبارة "في حالة الطلاق"، ربط حق الحاضنة في السكن بوقوع الطلاق، الذي أقر به وأكد على مشروعيته من خلال المواد 47-49-53-54 ق.أ.ج إذ أن السكن قد تقرر لحماية المحضون والحاضنة معا وتوفير لهم مستوى معيشي بعد الطلاق فطلب الحاضنة للمسكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة.

كما ألزم المشرع الجزائري صراحة الأب بتهيئة السكن للحاضنة وإن تعذر عليه ذلك دفع أجرته ولم يضعه في موضع تخيير بين الأمرين، إذ جعل الأب ملزم بصورة أصلية ووحيدة عن إسكان أبناءه المحضونين عكس ما كان عليه من المادة 72ق.أ.ج قبل التعديل إذ كان التزام الأب مقترنا لوجوب افتقار المحضون للمال.فمن الثابت قانونا أن للحاضنة الحق في السكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة.[2]

(1). دلال قندوري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها القانونية على ضوء الأمر 05-02، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 18، الجزائر، ص ص، 6، 7.

(2). قرار المحكمة العليا رقم 339617، الصادر بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة، ع 63، ص 343، أنظر باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر ، ص70.

المطلب الثاني: خصائص حق الحاضنة في مسكن الحضانة

إن منح المطلقة الحاضنة الحق في السكن لممارسة الحضانة أوبدل الإيجار هو حق مؤقت في كل الأحوال ومقيد بالغرض المخصص له، وعلى الحاضنة احترام طبيعة المسكن لممارسة حضانة الأولاد فيه، فما هي خصائص حق الحاضنة في السكن؟

الفرع الأول: حق السكن هو حق نسبي

إن الغاية من توفير السكن للحاضنة هي حضانة الأولاد وبالتالي يكون لهم مأوى يأويهم طوال مدة الحضانة وهذا حفاظا عليهم من التشرد والضياع، فلا يجوز للحاضنة استعمال هذا المسكن لغير الحضانة كما لا يجوز لها أن تسمح لوالديها أو لأقاربها بالسكن معها فيه.[1]

كما يمنع على الحاضنة استعمال السكن لأي غرض مشروع أو يضر المحضون ويمس سلامته، لأن الحضانة شرعت لحماية المحضون ورعايته وتعليمه وتربيته وحفظه صحة وخلقا وتبقى استقلالية الحاضنة بمسكن الحضانة نسبية مرهونة بالحق في السكن وممارسة الحضانة لذلك يحضر عليها إثبات أي تصرف ولو كان قانونيا من شأنه أن يؤدي إلى استغلال هذا السكن ولو بواسطة الغير.

من خصائص مسكن الحضانة أيضا أن تلتزم الحاضنة بالسكن فيه قصد ممارسة الحضانة فحسب، فلا يجوز لها استعماله في غير ذلك، كاستعماله عيادة طبية أو مكتبا لممارسة مهنة ما، لأن ذلك يتضمن استغلال لحق المحضون على أبيه وفيما ليس مقرر لها كما أن الحاضنة لا تملك أي حق على مسكن الحضانة سوى حضانتها للولد، أما مشروعية تصرفها في حد ذاته لا يؤسس لها حق في مال غيرها[2].

(1). محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للتوزيع والنشر، القاهرة، 1996، ص 768

(2). أم الخير بوقرة، مسكن الزوجية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2002، ص ص 121،122

إذا تنازل الزوج المطلق عن حقه في المسكن قانونا بأي وجه من أوجه التصرف كتسليمه إلى مالك العقار الذي قام بتحرير عقد باسم الحاضنة أو كقيامه بالتنازل عن العقد للحاضنة أو كقيام المؤجر باستصدار حكم نهائي بإخلاء المسكن، فهذا يُسقطُ حق الزوج المطلق في استرداد المسكن على أساس سقوط حقه في الاحتفاظ به قانونا.

عدا ذلك فإن له طلب الاسترداد مسكن الحضانة باعتباره المستأجر الأصلي والمتعامل الوحيد الأصلي في عقد الإيجار ولم يتخل عنه للحاضنة بأي تصرف قانوني كان.[1]

الفرع الثاني: حق السكن هو حق مؤقت

إن إلزام المشرع بتوفير السكن للحاضنة كان بهدف مراعاته مصلحة المحضون طوال فترة الحضانة وهذا الحق مرتبط وجوبا بمدة الحضانة القانونية طبقا لنص المادة 65 ق.أ.ج مما لا يعطي للحاضنة أي حق ذاتي عليه ويجعل شغلها للمسكن مؤقتا ومتوقفا على انقضاء مدة الحضانة حيث يكون لها حق الانتفاع بالسكن للقيام بواجب الحضانة.[2]

من أهم الأسباب التي تجعل حق الحاضنة في السكن حق مؤقت هي:

أ / مدة الحضانة

تنقضي الحضانة متى بلغ المحضون السن القانونية، يُطلق على هذه المدة تسمية الحضانة الوجوبية أو الإلزامية على أساس أن الصغير يكون خلالها بحاجة إلى أمه الحاضنة[3] تنص المادة 65 من قانون الأسرة:" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

يحق للقاضي أن يمدد الحضانة إلى غاية 16 سنة وذلك لمصلحة المحضون ما لم تتزوج الحاضنة ثانية، فهل تمديد الحضانة يعني أن تستمر الحاضنة في شغل مسكن الحضانة؟.

(1). أم الخير بوقرة، مرجع سابق، ص ص 132،134

(2). المرجع نفسه، ،ص 123

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

لم يُقيد المشرع الجزائري في تقريره لحق السكن للحاضنة بمدة الحضانة القانونية غير أن الاجتهاد استقر على أن حق السكن الممنوح للحاضنة ليس له صيغة نهائية بل ينتهي بانتهاء مدة الحضانة[1]، حيث أن الاجتهاد القضائي لم يفرق بين الحضانة الوجوبية والجوازية.

خلاصة ذلك أنه مادام مسكن الحضانة مقرر قانونا للمحضون كحق مستقل عن باقي النفقات المعيشية وأن الحاضنة تسكن بالتبعية له، فإن الحق في شغل المسكن يستمر إلى حين مدة الحضانة الوجوبية والجوازية على حد سواء[2]، كما أن انتهاء الحضانة لا يكون إلا بموجب حكم قضائي، طالما لا تزال سارية فإن الحاضنة من حقها المطالبة ببدل الإيجار، أو تخصيص لها سكن للحضانة باعتباره من الحقوق المقررة وفق المادة 72. 78 ق.أ.ج وغير ملزمة بالتمديد إذ تجاوز المحضون سن 10 سنوات[3].

ما دام حق البقاء في مسكن الحضانة مقترن بالحضانة في مدتها الوجوبية أوالجوازية فإن للزوج المطلق الحق في استرداد مسكن الحضانة حيث بانتهاء مدة الحضانة القانونية ينقضي حق الحاضنة في السكن بقوة القانون.

ب / اقتصار حق الحاضنة على الانتفاع بالمسكن

إن حق الحاضنة في شغل مسكن الحضانة لا يمنحها حق التملك، فهو حق انتفاع وليس سند ملكية فهو مقرر قانونا لمصلحة المحضون ولأجل حضانته، ويكتسي حق الحاضنة في المسكن طابعا مؤقت لأنه حق مقتصر على الانتفاع، وعليه تلتزم الحاضنة بالانتفاع بالمسكن لممارسة حضانة أولادها دون إتيانها لأي تصرف من شأنه أن يمس حق الزوج المطلق في مسكن الحضانة[4].

(1). قرار المحكمة العليا رقم 81192، الصادر بتاريخ 1990/12/23 ، م.ق ، ع1، 1996، ص 85 .

(2). أم الخير بوقرة ، مرجع سابق ، ص20

(3). قرار المحكمة العليا رقم 5998، الصادر بتاريخ 2011/02/10، م.ق ،ع 1، 2012، ص ص 281 ،283

(4). أم الخير بوقرة ، مرجع سابق ،ص 125

الفرع الثالث: حق السكن هو حق شخصي

إن حق السكن المسند للحاضنة هو حق شخصي لأنه تم تقريره لها بموجب حكم قضائي لممارسة الحضانة وليس حق عيني يقع على العقار، لو فرضنا أن الزوج المطلق لديه سكنا مملوكا له وبعد الطلاق وبموجب حكم قضائي يقرر للحاضنة إسنادها هذا المسكن لممارسة الحضانة بعدها قام مطلقها ببيع ذلك المسكن لشخص أخر هل يمكن ذلك؟ وهل للحاضنة الحق أن ترفع دعوى على مطلقها لإبطال عقد البيع حيث أنه لدينا عقد ملكية المسكن للمطلق وبالمقابل حكم قضائي بإسناد مسكن الحضانة للحاضنة.

جاء في أحد القرارات أن منح الحاضنة حق في السكن لممارسة الحضانة هو حق شخصي وأنه يمكن اعتباره في كل الأحوال من الحقوق التي تنتقل مع الملكية وعلى المستفيد من هذا الحق استعمال طرق التنفيذ القانونية للحصول عليه[1].

بالتالي فإن الحاضنة لا يمكن لها إبطال عقد البيع الذي أبرمه مطلقها باعتباره مالكا للمسكن، وله كامل حرية التصرف فيه وله أن يبيعه، وما على الحاضنة إلا أن ترفع دعوى على مطلقها لكي يوفر لها مسكن آخر لممارسة الحضانة فيه أومنح لها بدل إيجار مسكن ويثبت ذلك بحكم قضائي، وعليه فلا يجوز التمسك بحق البقاء في المسكن على أساس ممارسة الحضانة إذا أُثبتت ملكية المسكن لشخص آخر[2].

(1). قرار المحكمة العليا رقم 43594 ،الصادر بتاريخ 1986/10/22، نشرة القضاة، العدد 44، أنظر من أسماء عيسو، مرجع سابق، ص 27

(2). قرار المحكمة العليا رقم 235456 ، الصادر بتاريخ 2000/02/22 .انظر نبيل صقر ، مرجع سابق ، ص 262

المطلب الثالث: سقوط حق الحاضنة في السكن

إن حق الحاضنة في شغل مسكن الحضانة يُقرر لها بالتبعية لحقها في الحضانة، فسقوط هذه الأخيرة يقتضي معه بالضرورة سقوط حقها في السكن، وقد يكون لأسباب أخرى.

الفرع الأول:عدم قيام الحاضنة بواجب الحضانة

مادام أن الحق في مسكن الحضانة مرتبط بحق الحضانة في حد ذاته، فإن زوال هذا الأخير يؤدي بالضرورة على سقوط الحق في السكن، إذ يتم إسناد الحضانة للمطلقة بغرض قيامها بواجب الحضانة المتمثل في رعاية المحضون، أما إذا كان مسكن الحضانة العامل المساعد في الإخلال بهذا الواجب، كاستعماله استعمال منافي للأخلاق والآداب، فإن لم تعد أهلا للقيام بواجب الحضانة، استوجب إسقاطها عنها بحكم القضاء، وبالتبعية إسقاط حقها في مسكن الحضانة[1].

يمكن للحاضنة في حالة عدم قدرتها على الحضانة أن تتنازل عنها، ففي هذه الحال لم يعد لبقائها في المسكن أي مبرر إذ يجب عليها تركه للمطلق للانتفاع به وقيد المشرع هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون حسب المادة 66 ق.أ.ج

كما أن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون[2]، ولا يمكن للأم أيضا التي تنازلت عن جميع الحقوق الناتجة عن حكم الطلاق التنازل عن حقوق المحضونين[3].

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

(2). قرار المحكمة العليا رقم 252308، الصادر بتاريخ 2000/11/21، أنظر نبيل صقر، مرجع سابق، ص 260

(3). قرار المحكمة العليا رقم 384529، الصادر بتاريخ 2007/04/11، م.ق، ع 2، 2008، ص 291، أنظر باديس ديابي، مرجع سابق، ص 70

الفرع الثاني: زواج الحاضنة

يعتبر أن الحق في مسكن الحضانة حق مرتبط بهذه الأخير وزوالها يؤدي بالضرورة إلى سقوط الحق فيه، كون أن سقوط الأصل يؤدي إلى سقوط الفرع، فالحضانة تسقط عن الحاضنة إذا تزوجت بغير قريب محرم إلا أن الحق في السكن مقيد بعدم تزوج الحاضنة دون التمييز في حال زواجها بقريب محرم، أو بغير قريب محرم.

تفقد أيضا الحاضنة الحق في السكن بزواجها ثانية لأن حق إسكانها يقع على زوجها الجديد ويسقط على الزوج القديم[1].

الفرع الثالث: ثبوت انحراف الحاضنة

تعتبر الأمانة صفة في الحاضن تُؤهله لممارسة الحضانة نتضمن له حدا أدنى من التربية السليمة للصغير، إذ تسقط الحضانة إذا ألقي بالصغير في بيئة تؤثر عليه سلبا وتثير الشكوك حول سلامة تربيته والهدف في سقوط الحضانة في هذه الحالة هي مراعاة مصلحة الصغير وحمايته من الضياع وصيانته من الإهمال، حتى قال بعض الفقهاء " إن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلاها عن الولد وضياعه، نزع منها وسقطت الحضانة عنها"[2].

لقد تشدد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة شرط جوهري في الحاضنة، وكرس ذلك في العديد من أحكامه وقراراته إذ يرى أن الحاضنة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا تراعي حرمة الشرف لا تكون أهلا للحضانة لأنها غير أمينة على نفس الطفل وأدبه وخلقه [3]، وإذا كان مسكن الحضانة هو العامل المساعد على انحراف الحاضنة وتسهيل ممارستها الفسق والدعارة فعوض أن تستعمله لممارسة الحضانة تستغله في أغراض غير مشروعة منافية للآداب والأخلاق التي تؤثر على تربية وأخلاق المحضون، لذا فإنه حماية للمحضون من الضياع

(1). نبيلة تركماني، أسباب الطلاق وأثاره القانونية والاجتماعية، رسالة لنيل شهادة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001، ص 160

(2). عزيزة حسيني، الحضانة في ظل قانون الأسرة (قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي)، رسالة لنيل شهادة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر،2000، ص 19

(3). عزيزة حسيني، مرجع سابق، ص 20

وفساد أخلاقه ومراعاة لمصلحته تقضي إسقاط حقها في السكن بسبب انحرافها وسوء خلقها إلا أنه يجب على من يدعي ذلك إثبات انحراف الحاضنة بالطرق القانونية كمحاضر الشرطة والإقرار والأحكام القضائية و غيرها.[1]

ما يمكن ملاحظته أنّ المشرع الجزائري في المادة 72ق.أ.ج أغفل عمدا على ما يظهر أن تنصّ على أسباب سقوط حق الحاضنة في المسكن أو بدل إيجاره[2]

المبحث الثاني: مفهوم مسكن الحضانة

إن المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير وضع حد نهائي للتناقض الصارخ بين المادتين 52 و72ق.أ.ج، وباعتبار أن السكن أحد عناصر النفقة يلتزم بها الأب حتى تتمكن الحاضنة من القيام بواجبات الحضانة وتحقيق أهدافها السامية. فما المقصود من مسكن الحضانة ؟ وهل هناك شروط للتمتع بهذا المسكن؟ وماهي مواصفاته؟.للإجابة على ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين .

المطلب الأول: تعريف مسكن الحضانة

نظرا لأهمية السكن في حياة كل إنسان والطفل خصوصا وحاضنته، حيث يُعتبر إسكانهما مظهرا من مظاهر رعاية المحضون ووسيلة لكرامة الحاضنة ومصدرا لسلامتهما، فهو وجه للحفاظ أيضا على مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، فماهو المقصود بالسكن والمواصفات الشرعية التي يجب توفرها فيه وشروط تمتع الحاضنة به؟

الفرع الأول: المقصود بمسكن الحضانة

أولا: التعريف اللغوي للمسكن

يقصد بالمسكن هو ذلك المكان المشغول فعلا بالسكن بصفة دائمة ومستقرة، قل تعالى "قالت النملة يا أيها النمل ادخلوا مساكنكم "[3] فقد عبر الله سبحانه وتعالى على المساكن وهي جمع مسكن لأن النمل كانوا يسكنوها فعلا وكذلك قوله تعالى "وسكنتم في مساكن الذين ظلموا أنفسهم "[4].

(1). العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج والطلاق)، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 243

(2). عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، (أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل)، دار هومة، الجزائر.

(3). سورة النمل الآية 18

(4). سورة إبراهيم الآية 45

في هذه الآية تدل كلمة مسكن على المكان المشغول فعلا بالسكن، والسكن مُشتق من فعل سكن أي قر وانقطع عن الحركة، وسكن: معناه اطمأن ووقر، والسكينة تعني الوقار والطمأنينة والمهابة، والمسكن والسكينة مشتقان من أصل واحد فإن لم يكن المسكن لن تكون السكينة ووقع الإظطراب والحياة الدنيئة وقد يؤديان إلى ضياعا لا يمكن تداركه[1].

ثانيا:التعريف الاصطلاحي للمسكن

هو ذلك المكان الثابت المخصص للسكنى الحقيقية للشخص بصفة دائمة سواء كان ملكا لساكنه أو مستأجرا له أو يقيم فيه مجانا .ويعتبر السكن ضرورة أساسية من ضروريات المعيشة الصحية وهو سكينة الأسرة واستقرارها ومكان راحة أفرادها والسكن عنصر جوهري من عناصر ضمان الكرامة الإنسانية لذا وجب تخصيص مسكن للحاضنة وأبنائها المحضونين لضمان الاستقرار الأسري و تلبية حاجيات الطفل في حالة الطلاق.

إلا أن مصطلح المسكن يتغير بتغير العلاقة الزوجية، إذ يعتبر المكان الذي تقيم فيه أم الطفل مع أبيه، إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة بينهما أو بالأحرى المسكن الزوجي الذي يعده الزوج للإقامة مع زوجته[2]، فلا يجوز للأم الحاضنة أن تنتقل من هذا المكان إلى غيره إلا إذا أذن لها الزوج في الانتقال سواء كان المحضون معها أم لا، ففي هذه الحالة الزوجة ملزمة بإتباع زوجها[3]، أما إذا لم تكن العلاقة الزوجية قائمة فهنا يفقد المسكن الزوجي وضعه كمسكن يجمع الزوجين وأولادهما حال قيام الزوجية ليتمحور في الغالب إلى :

أ / مسكن المطلق

هو ذلك المكان الذي يقيم فيه الزوج والزوجة والأولاد وقت الطلاق وهو ما كان يسمى قبل العلاقة الزوجية مسكن الزوجية.[4]

(1). زكية حميدو، مرجع سابق، ص 122

(2). كمال صالح البناء، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 1997، ص 209

(3). بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 561

(4). أسماء عيسو، مرجع سابق، ص 20

ب / مسكن العدة

يقصد بمسكن العدة وهو المكان الذي وقعت فيه الفرقة، فلا يجوز للمعتدة أن تغادره حتى تنقضي عدتها لأن قضائها فترة العدة في بيت الزوجية واجب وحق أقره الله تعالى فلا يمكن للزوج إبطاله لقوله تعالى " لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة "[1].

لقد عبر عنه المشرع الجزائري بمصطلح المسكن العائلي من خلال نص المادة 61 ق.أ فلقد ألزم المشرع الزوجة المطلقة ببقائها في مسكن الزوجية لقضائها العدة ابتداء من تاريخ التصريح بالطلاق ويجب على مطلقها أن يتحمل نفقة المحكوم بها قضائيا طبقا للمادة61 ق.أ

إذا تركت المطلقة مقر الزوجية أثناء فترة العدة يسقط حقها في النفقة[2]، لكن في الواقع غالبا ما تترك الزوجة بيت الزوجية وتستقر في بيت أهلها طوعا أو كراهية وهذا لأن الزوج كثيرا ما يطرد الزوجة من البيت الزوجي[3].

لم يعتبر قانون العقوبات هذا الفعل جريمة معاقب عليها جزائيا [4] مع أن المشرع تبنى ذلك بوضوح في المادة 61 ق.أ، وإذا كانت فترة العدة الشرعية ليست إلا بمرحلة مؤقتة تسمح بعدم مغادرة المرأة المسكن الزوجي فإن الحكم القاضي بالطلاق يضع النهاية لهذه الوضعية ويطرح على القضاة مشكلا عويصا يتمحور حول إسناد المسكن العائلي للحاضنة وبغض النظر عن ظروف الطلاق التي من خلالها يستفيد أحد الزوجين من هذا الحق في ظل أزمة السكن التي تزيد من حد الصعوبات، مما يطرح ضرورة مسكن ثاني بعد فك الرابطة الزوجية إذ ليس من المعقول أن يتقاسم الرجل و طليقته نفس المسكن .[5]

ج/: مسكن الحضانة

عرفت المادة 72ق.أ.ج مسكن الحضانة بأنه ذلك المسكن الملائم الذي يعده الأب لإقامة أولاده وحاضنتهم خلال مدة الحضانة أمّا إذا تعذر عليه الالتزام بتوفير هذا المسكن الملائم التزم بتقديم بدل إيجار وفي حالة عدم تنفيذ كلتا الحالتين فإن مسكن الزوجية الذي كانت تقيم فيه

(1). سورة الطلاق الآية 1

(2). عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص 57

(3). هجيرة دنوني ،"النظام المالي للزوجين"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ع1، الجزائر، 1994 ، ص 155

(4). الطيب لوح، "إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيق الحماية الجزائية لبعض مبادءه" ، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى ، ع3 ، 2000، ص 261

(5). أم الخير بوقرة، مرجع سابق، ص 79

العائلة قبل الطلاق أصبح هو مسكن الحضانة وحق للحاضنة أن تمارس فيها حضانة صغيرها.

ويعتبر السكن من مشتملات النفقة وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراته التي جاء فيها "لا يعفى الوالد من توفير السكن أودفع بدل الإيجار باعتبارها من مشتملات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن[1] والأصل أن إعداد مسكن الحضانة يكون على من تجب عليه النفقة.[2]ولم يكن مسكن الحضانة مصطلح غريبا على القضاء الجزائري وإن جرى العمل على استعماله لمصطلح السكن المخصص لممارسة الحضانة فكلاهما يفيد نفس المعنى ومخصص لذات الغرض.

الفرع الثاني: مواصفات مسكن الحضانة

من الشروط الأساسية لمسكن الحضانة أن يكون مناسبا ومستقلا وهذا لتمكين الحاضنة من رعاية وتربية أبنائها وحفظهم صحة وخلقا، فالمواصفات الواجب توفيرها هي:

أولا: أن يكون مسكن الحضانة مناسبا

يشترط في المسكن الذي يوفره الزوج المطلق بغرض الحضانة أن يكون مناسبا للمحضون والحاضنة لتتمكن من أداء واجباتها نحو محضونيها، ولا يكون المسكن مناسبا إلا إذا تم تزويده بمتطلبات المعيشة ومنقولات وغير ذلك، وإن كان الأب ميسور الحال فيمكنه توفير للحاضنة ومحضونيها مسكن لائق، أما إذا كان متوسط الحال فيكتفي بتوفير لهم مسكن متواضعا يحوي على كل المرافق الضرورية للعيش.

يدخل في شرط مناسبة المسكن أيضا،المكان الذي يهيأ فيه المسكن حيث يكون في نفس البلد الذي يقيم فيه المطلق ليتمكن من زيارة أبناءه [3].

ثانيا:أن يكون سكن الحضانة مستقلا

يقصد بالسكن المستقل، السكن الذي لا يشارك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة ويعتبر شرعا سكن قائم بذاته ولو كانت مرافقه الأخرى مشتركة. إنّ ضرورة توفير سكن مستقل

(1). قرار المحكمة العليا رقم 288072، الصادر بتاريخ 2002/07/31، م ق، ع1، 2004، ص 285

(2). محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 320

(3). أم الخير بوقرة، مرجع سابق، ص 118

للحضانة مراعاة لمصلحة المحضون بحفظه صحة وخلقا، مما ينبغي عليه إسكانه في مكان آمن وبين جيران صالحين، خاصة إذا كان المحضون أنثى وعليه فإعداد سكن الحضانة يقاس بقدر إعداد مسكن الزوجية من حيث مواصفاته الشرعية.

الفرع الثالث: شروط تمتع الحاضنة بمسكن الحضانة

إن المشرع الجزائري اعتبر حق الحاضنة في الاستفادة من مسكن الحضانة حق مقرر قانونا والتزاما يقع على عاتق الأب عند توفر شروط محددة.

أولا: صدور الحكم القاضي بالحضانة

تنص المادة 64 ق.أج: " أن الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

الحق في الحضانة لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي إذ أنه إذا حصل طلاق وكان هناك أبناء وباعتبار أن الحضانة من توابع فك الرابطة الزوجية فإن القاضي ملزم بالفصل في حضانة هؤلاء الأبناء إذا توفرت كل الشروط و تسند الحضانة كأصل عام للأم لأنها أولى، إلا حالة قيام نزاع بين المطلقين هنا القاضي يراعي دائما مصلحة المحضون.[1]

نستخلص مما سبق أن القاضي يلزم الأب بتخصيص مسكن للحاضنة لأنه من أثار الحضانة فلقد استقر القضاء على أن طلب الحاضنة للمسكن بحكم له في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة.[2]

يلاحظ من خلال المادة 72 ق.أ.ج أن المشرع الجزائري ربط استفادة الحاضنة بالسكن بوقوع الطلاق إلا أنه عند مباشرة إجراءات الخصومة القضائية نص المشرع على مبدأ الصلح بين الزوجين في الطلاق الذي يكون من طرف القاضي كما نص على التحكيم طبقا للمادة 49، 56 ق.أ.ج[3]، من خلال ذلك يتبين أن المدة التي تستغرقها إجراءات التقاضي طويلة مما يؤثر سلبا على الأبناء، لذلك فإن المشرع الجزائري في المادة 57 ق.أ.ج مكرر عالج مسألة في

(1). أسماء عيسو، مرجع سابق، ص 17

(2). عيسى طعيبة ، مرجع سابق ، ص27

(3). تنص المادة 49 من الأمر رقم 11/84 المتضمن ق.أ.ج المعدل والمتمم، مرجع سابق: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون ان تتجاوز مدة 3 أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى ....."، كذلك المادة 56،ق.أ.ج تنص " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما."

غاية الأهمية، تتمثل في وضع حق الحضانة ما بين إقامة دعوى الطلاق وصدور حكم بات فيها، حيث جعل إسنادها يكون مؤقتا بناءا على تدابير مستعجلة يؤول الاختصاص في منحها لقاضي شؤون الأسرة[1]

الهدف من ذلك هو رعاية مصلحة المحضون الذي يصبح متأرجحا بين المطلقين لا سيما إذا كان سن المحضون يستلزم رعاية أمه، فإذا أقام أحد الزوجين دعوى الطلاق أمام محكمة شؤون الأسرة من أجل فك الرابطة الزوجية، وكانت حضانة الأبناء محل تنازع بينهما فإن الفصل في هذا التنازع يكون بتقديم أحد الزوجين دعوى إستعجالية من أجل إسناد حق الحضانة لمستحقيها فالقاضي هنا يصدر أمر استعجالي بإسناد مؤقت لحق الحضانة إلى الأم[2]، والفصل مؤقتا في مسألة سكناها وسكن أبنائها، وإلزام الأب بدفع أجرته خلال فترة الخصومة إلى غاية الفصل في الدعوى.

ثانيا: أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون

إن الأصل أن تسند الحضانة إلى الأم لأنها أولى برعاية ولدها و لكن الإشكال المطروح في الحياة العملية هو أنه قد لا تسند الحضانة إلى الأم بل تسند إلى أم الأم أو الخالة أوأم الأب فهل يكون لهذه الحاضنات الحق في المسكن أم لا ؟[3]

لو كانت من أسندت إليها المحكمة حق الحضانة هي الجدة أوالخالة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون لمسكن الجدة أوالخالة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير السكن للحاضنة فمن خلال المادة 72ق.أ.ج ق.أ نستخلص أن المشرع الجزائري خاطب الأم دون غيرها من الحاضنات وهذا ما نستشفه من عبارة " في حالة الطلاق يجب .... للحاضنة ...." الحاضنة هنا هي الزوجة المطلقة وهي التي تستفيد بموجب حكم قضائي بحق السكن أما الفقرة الثانية من المادة تنص على "....وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية..." .

نستخلص من هذه المادة أن الحاضنة الأم هي التي لها حق البقاء في بيت الزوجية التي كانت تسكنه مع زوجها خلال قيام العلاقة الزوجية، وبالتالي يُستثنى من تطبيق هذا النص

(1) تنص المادة 57مكرر من الأمر رقم 11/84،المتضمن ق.أ.ج ،المعدل والمتمم"يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق بالنفقة والزيارة والمسكن "

(2). أحمد شامي، مرجع سابق، ص282

(3). أ سماء عيسو، مرجع سابق، ص29

كل امرأة أُسندت لها الحضانة ولا يسري إلا على الحاضنة الأم بغض النظر عن وجود عدد من الأولاد المحضونين كما أن استئثار الحاضنة للمسكن لم يعد موقوف على عدم قبول أهلها إيوائها يكفي أن تكون مطلقة حاضنة.

ثالثا: أن يكون للأب مسكن ملائم

وفقا للمادة 72ق.أ.ج اشترط المشرع الجزائري أن يكون للأب سكن ملائم يمكن أن يمنحه للمطلقة لتمارس الحضانة فيجب أن يكون المسكن المعد لممارسة الحضانة ملائما للحاضنة بغض النظر عن حالة الأب، ولا يكون ذلك إلا إذا كان مستوفيا للشروط الشرعية وكما أعطى المشرع الجزائري الحاضنة وفقا للمادة 72ق.أ.ج الحق في تقدير ملائمة المسكن للحضانة.[1]

وعلى الأب الالتزام بمتطلبات مسكن الحضانة حيث يجب أن يكون مزودا بوسائل المعيشة والمستلزمات الضرورية.

المطلب الثاني: ضمانات توفير مسكن الحضانة

جاء المشرع الجزائري من خلال المادة 72ق.أ.ج بضمانتين لتوفير مسكن للحاضنة ومحضونيها وهي:

– دفع بدل الإيجار للحاضنة في حالة تعذر السكن الملائم لممارسة الحضانة.

– بقاء الزوجة بمسكن الزوجية لغاية توفير مسكن ملائم للحضانة، خصوصا عندما لا تجد الأم المطلقة بعد إنهاء العدة مكانا تلجأ إليه ولو بشكل مؤقت ريثما يوفر الزوج مسكن للحضانة.[2]

الفرع الأول: التزام الأب بدفع بدل الإيجار

يُكلف الأب شرعا وقانونا بالإنفاق على ولده وهو ملزم بإسكانه إلا إذا تعذر عليه ذلك، إذ أن المشرع قد خفف على الأب عبء تنفيذ التزام عينا.

أما إذا كان عاجزا عن توفير مسكن الحضانة حُكم عليه بأجرة المسكن، وهذا ما نصت عليه المادة 72 ق.أ.ج حيث جاء فيها" ... وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار..." وتخضع

(1). عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص ص، 49،50

(2). رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ،الجزائر، 2008، ص 260

أجرة مسكن الحضانة في تقديرها إلى اعتبارات موضوعية، غير المشرع لم يُقدم أي معيار لتقديرها ولم يحددها بل ترك المجال للقاضي لما له من سلطة تقديرية ووسائل وإجراءات قانونية لسهر على حماية المحضون من التشرد والضياع[1].

المعايير التي يعتمد عليها القاضي في تقدير أجرة المسكن:

يجب على القاضي أن يراعى عند الحكم بالأجرة عدة معايير وهي:

*الحالة المادية للأب: لا يجب أن يكون تقدير أجرة مسكن الحضانة فيه إثراء للحاضنة والمحضون على حساب الوالد حتى لا يكون سببا في الإضرار بالأب، فعلى القاضي لما يعينة الأجر الذي يتحمله ولي المحضون أن يراعي مختلف الظروف[2].

*موقع السكن يجب مراعاة ظروف الإسكان في المكان الذي يتواجد به مسكن الحضانة.

*زمن استحقاق أجرة السكن فإن بدل إيجار مسكن الحضانة يسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة[3].

أما بالنسبة لتعدد المحضونين: هناك من يقول أن لعدد المحضونين دخل في تقدير أجرة الخاصة بالمسكن لأب ما يكفي لسكن صغيرين أو ثلاثة قد لا يكفي إذ زاد عدد المحضونين سكن خمسة مثلا وذلك مع مراعاة ظروف كل قضية على حدى. في هذا قال الأستاذ محمد شتا أن تعدد المحضونين لا يؤدي إلى تعدد أجر المسكن، كما أن انتهاء سن الحضانة بالنسبة لأحد الصغار المحضونين وخروجه من سكن الحضانة لا يقتضي تخفيض المفروض كأجر مسكن[4] كل هذه المعايير ينبغي على القاضي أن يستعملها ويأخذها بعين الاعتبار. إذا حكم القاضي على أب المحضون بأدائه أجرة المسكن، وهذه الحالة التي نجدها سائدة أمام المحاكم.

(1). تنص المادة 424 من الأمر رقم 09/08 ،المؤرخ في 18صفرسنة 1429هـ، الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008م، المتضمن ق.إ.م.إ ،الجريدة الرسمية العدد 21، الصادرة بتاريخ 2008/04/23: " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر".

(2). عامر عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، ط 1، دار الفكر، د.ب.ن، 1984، ص 387

(3). قرار المحكمة العليا رقم 460137 ، الصادر بتاريخ2009/1/14 ،م ق ،ع1 ، 2004، ص251 .

(4). محمد شتا، مرجع سابق ،ص71.

يبقى أن الوالد ملزما بسداد أجرة مسكن الحضانة باعتبارها عنصر من عناصر نفقة المحضون.[1]

فقد يكون الأب طرف في عقد الإيجار وهذه الحالة لا تطرح إلا في حالة التزام الأب عينا بتوفير مسكن ملائم للحاضنة لممارسة حضانة أبناءها وهنا يصبح الأب طرف أصيلا في العقد دون الحاضنة ومحضونيها وتظل هذه العلاقة الايجارية المباشرة قائمة طيلة فترة الحضانة بين الأب والمؤجر، أما المحضون وحضانته ما هم إلا منتفعين بالتبعية.

الفرع الثاني: بقاء الحاضنة بمسكن الزوجية

إن المشرع ومن خلال التعديل الوارد على قانون الأسرة قد ألغى الفقرة الثانية وما بعدها من المادة 52 وعدل المادة 72ق.أ.ج بهدف جمع شتات الأسرة المنفكة بالطلاق حماية للمحضونين، وضمانا لتوفير لهم مستوى معيشي مقبول بعد الطلاق، أوجب على الحاضنة البقاء ببيت الزوجية حتى ينفذ الأب الحكم القاضي بالمسكن بنصه في المادة 72 ق.أ.ج ..." وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن ."إن هذا النص يطرح إشكالا قانونيا، فطبق النص المادة 61 ق.أ.ج فإن المطلقة تخرج من السكن العائلي بعد انتهاء مدة العدة[2] ولنفترض أن الأب لم ينفذ الحكم القاضي بالسكن وفي المقابل انتهت عدة المطلقة إذ لا يجوز شرعا ولا قانونا اجتماع كل منهما في نفس البيت كونهما أصبحا أجنبيين عن بعضهما، ولأن من آثار الطلاق بقاء المطلقة في المسكن العائلي للاعتداد فيه من جهة مصداقا لقوله تعالى﴿**لا تخرجهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة**﴾[3] والقيام بواجب حضانة الأبناء من جهة أخرى، فيصبح بذلك المسكن الزوجي متمحورا بين اعتبارهم سكن العدة تعتد فيه الحاضنة شرعا وقانونا وبين اعتبارهم سكنا للحضانة تقوم فيه بشؤون الحضانة.

(1). أسماء عيسو، مرجع سابق ، ص 46

(2). تنص المادة 61 من الأمررقم11/84، المتضمن ق.أ.ج المعدل والمتمم :"لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

(3). سورة الطلاق الآية 1.

كما أن إلزام المشرع الحاضنة بالبقاء ببيت الزوجية لممارسة الحضانة الهدف منه مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، متوخيا في ذلك كل المخاطر التي قد يتعرض لها لو أصبح في الشارع دون مأوى، مما يتوجب امتناعها عن استعماله لأي غرض ولو كان مشروع، وأن تتقيد بالسكن فيه دون استغلاله للحصول على ربح مالي، إذ تعهد إلى ممارسة الحضانة فقط طيلة فترة الحضانة[1].

إنّ حق الحاضنة في البقاء بمسكن الزوجية حق مؤقت معلق على شرط، فهو حق مؤقت ابتداء باعتبار أن شغلها لمسكن الزوجية مع محضونيها مرتبط بفترة الحضانة، وعدم سقوطها قانونا أو شرعا، ولأنه حق للمحضون ومقرر لمصلحته والحاضنة إنما تستحقه بالتبعية له كذلك كونه معلق على شرط باعتبار أن بقاءها في بيت الزوجية متوقف على مدى تنفيذ الأب للحكم المتعلق بالسكن[2].

(1). عيسو طعيبة، مرجع سابق، ص 57.

(2). المرجع نفسه، ص 58.

طرق ممارسة حق الحاضنة في مسكن الحضانة

إن تعرض الحاضنة للعديد من محاولات التحايل وانتزاع حقها الشرعي في التمتع بالسكن مع أطفالها من خلال طرق ملتوية قد يعمد لها الزوج لسلبها هذا الحق أثناء الشروع في إجراءات الطلاق أو بعدها.

لذلك وجب عليها اللجوء إلى القضاء، لأن وجود قوانين مشتملة على نصوص تعالج هذا الحق للحاضنة لا تكفي لبلوغه بل ينبغي تحقيقها، وبالتالي يجوز للحاضنة أن تطالب الأب قضائيا بتوفير مسكن لممارسة الحضانة أو بتغيير أو بدفع بدل الإيجار أو بالزيادة فيه، وأمام غياب قانون إجرائي خاص بالأحوال الشخصية تطبق أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي يعتبر المرجعية الإجرائية لتشريع قانون الأسرة. فما هي الإجراءات القضائية الخاصة بدعوى حق الحاضنة في مسكن الحضانة ؟

استقر الاجتهاد القضائي قبل التعديل على أن أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصر من عناصر النفقة وهي من التزامات الأب اتجاه أولاده، وبما أن مراعاة مصلحة المحضون هي من مهمة القاضي الذي يراعى أثناء إسناده الحضانة كافة الأسس والمعايير التي تتمثل في الرعاية المعنوية والرعاية المادية. فكيف يمكن التأكد من أن الحاضنة التي حكم لها بالمسكن لممارسة الحضانة تقوم باستغلاله لمصلحة المحضون ؟.

للإجابة على ذلك خصصنا هذا الفصل لطرق ممارسة حق الحاضنة في مسكن الحضانة قسمناه إلى مبحثين،عالجنا في المبحث الأول دعوى حق الحاضنة في مسكن الحضانة، أما المبحث الثاني خصصناه لحق الزيارة والانتقال بالمحضون من مكان ممارسة الحضانة.

المبحث الأول: دعوى حق الحاضنة في مسكن الحضانة

إن مسكن الحضانة مستقل عن باقي النفقات التي تحكم بها لفائدة الأولاد المحضونين المخصصة من أجل المعيشة واللباس والعلاج، ويسري مفعول هذا الحق من تاريخ رفع الدعوى إلى يوم انتهاء مدة الحضانة.

إلا أنه قد يسكت الزوجان المطلقان عن إثارة مسألة إسناد الحضانة عند الطلاق، وأمام غياب النص التشريعي في قانون الأسرة في هذه الحالة يجد القاضي نفسه في إشكال ،بحيث انه ملزم بعدم النظر فيما لم يطلبه أحد الخصوم من جهة ومن جهة أخرى عليه مراعاة مصلحة المحضون بناءا على نص المادة 424 ق.إ.م التي تنص" يتكفل قاضي شؤون الأسرة بالسهر على حماية مصالح القصر".

من ذلك نجد أن المشرع اعتبر حق الحاضنة في المسكن هو حق لمراعاة مصلحة المحضون وحماية له، فالمشرع قرره وكفله بالحماية من خلال تقرير حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتوفير السكن لممارسة الحضانة كأصل، أو بتقديم بدل إيجار في حالة تعذر التنفيذ العيني، كما أنه من خلال المادة57ق.أ المعدلة استثنى المشرع الأحكام المتعلقة بالحضانة بأن جعلها قابلة للاستئناف، وبالتالي يجوز للحاضنة أن تطالب الأب قضائيا بتوفير سكن لممارسة الحضانة أو بتغييره أو بدفع بدل إيجار أو بالزيادة فيه.

يتخذ اللجوء إلى القضاء فيما يخص موضوع الحاضنة في السكن في الغالب صورتين إما برفع دعوى قضائية في الموضوع أمام قسم شؤون الأسرة أو عن طريق القضاء الإستعجالي بواسطة أمر على العريضة، وبالتالي يطرح الإشكال حول إجراءات هذه الدعاوى وما هي أنواع الدعاوى المترتبة لحق الحاضنة في السكن؟

المطلب الأول : إجراءات التقاضي

من أجل استفاء الحاضنة لحقها في السكن مكنها المشرع من اللجوء إلى القضاء سواء عند الحكم لها به أو عند ظهور إي إشكال يتعلق بهذا الحق و يتمثل ذلك في رفع دعوى قضائية فما هي الإجراءات المتبعة؟

الفرع الأول: إجراءات رفع الدعوى

ترفع الدعوى بصفة عامة أمام قسم شؤون الأسرة كباقي الدعاوى المدنية غير أن ما يلاحظ حسب التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية أن المشرع جعل المطالبة القضائية تتم بطريقتين وهما بواسطة الدعوى وهذا الطريق العادي تكون إما عادية أواستعجال عن طريق الأوامر الولائية والتي حصرها في بعض القضايا مثل الحجر أوما يسمى بافتتاح التقديم م481 ق إ م إ،تعيين مقدم م471ق.ا.م.ا، الولاية على أموال القاصر م 467 ق.ا.م.ا، التدابير المؤقتة لحماية مصالحه م473ق.ا.م.ا، الكفالة م493 ق.ا.م.ا، غير أن إلغائها يتم بدعوى عادية أمام قسم شؤون الأسرة أما بخصوص الأوامر عل عرائض تكون في جميع التدابير المؤقتة خصوصا النفقة والحضانة والزيارة والمسكن حسب نص المادة 57 مكرر ق.ا.ج

1/ دعوى في الموضوع أما مقسم شؤونا لأسرة

ان الحاضنة هي التي لها الحق في مطالبة الأب بمسكن الحضانة بصفتها حاضنة للولد والساهرة على حفظه وتربيته ولها ولمحضونيها ولا يتحقق ذلك إلا برفع دعوى قضائية .تلجأ بها إلى السلطة القضائية للحصول على الحماية القضائية لحقها وقد نص المشرع في المادة3 ق.إ.م.إ " يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته " وقد نظم المشرع كيفية استعمال هذا الحق وكذا المراحل التي يمر بها أمام القضاء وهذا ما سنستعرضه بنوع من الإيجاز فيما يلي:

أ/شروط قبول الدعوى

يترتب على استعمال الحاضنة لحقها في رفع الدعوى إنشاء مركز قانوني جديد إلا أنه يجب أن تتقيد بشروط معينة يجب على القاضي البحث في مدى توافرها قبل التطرق إلى موضوع الدعوى فإذا انعدمت هذه الشروط رفضت الدعوى ولا يعد ذلك فصلا في موضوع النزاع[1] وتعتبر

(1). عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق بن عكنون ، 2000، ص 450

المادة 13 قاما المرجعية الإجرائية في شروط قبول الدعوى التي تنص"لايجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه، كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

فكل مدع ملزم بإثبات صفته ومصلحته في رفع الدعوى ويتأتى ذلك بإرفاقه للوثائق والمستندات كذا الأدلة الكافية التي تثبت وجود الحق المطالب به وعلاقته بالمدعى عليه حتى لا يحكم القاضي برفض الدعوى لانعدام الصفة في المدعى عليه.[1]

أولا/الصفة

هذا الشرط مفاده أن يكون رافع الدعوى صاحب الحق نفسه، أو ممن له ولاية على صاحب الحق، بالرجوع إلى المادة72ق.أ.ج التي جاء فيها " في حالة الطلاق يجب على الأب.....سكنا ملائما للحاضنة" " وبالتالي فان الصفة يفترض توافرها في الحاضنة قانونا إضافة إلى أنها تعتبر نائبة عن المحضون القاصر في المطالبة بحقه في السكن أو ببدل إيجار وعلى الحاضنة أن تقدم الحكم القاضي بإسناد الحضانة لها إذا سبق وان حكم لها بها، وفي حالة عدم وجود حكم القاضي بإسناد الحضانة نفرق بين الحاضنة الأم وغيرها من الحاضنات فإذا كانت الحاضنة هي الزوجة وأرادت أن ترفع دعوى ضد زوجها تطالب بالتطليق أو الخلع وبحضانة أبنائها ونفقتهم وبحقهم في السكن فانه يشترط تقديم نسخة منعقد الزواج[2] أما إذا كانت الحاضنة غير الأم ولم يسبق وأنحكم لها بالحضانة، فإنها ترفع دعوى لإسنادها لها طبقا لنص المادة 64 ق.أ.ج وتطالب في نفس الوقت أب المحضونين بتنفيذ التزامه بتوفير سكنا ملائما لها لممارسة الحضانة أو بدفع لها بدلا لإيجار، وبمجرد إثبات المدعية أنها حاضنة تحوز الصفة في التقاضي.

تعتبر الصفة من النظام العام إذ يحق للقاضي أن يثير انعدام الصفة في المتقاضي من تلقاء نفسه وبالتالي عدم قبول الدعوى.

(1). عيسى طعيبة ،مرجع سابق ،ص 93.

(2). عبد الفتاح تقية، مرجع سابق ،ص 451

ثانيا / المصلحة

المركز القانوني هو عبارة عن مصلحة يزودها القانون بالحماية،و تعرف المصلحة بأنها الفائدة التي يهدف إليها المدعي من وراء لجوءه للقضاء، وهي المصلحة القانونية، لذلك يجب على الحاضنة أن تكون لها مصلحة في النزاع أي أن هناك فائدة عملية مشروعة من دعواها حيث انه لا دعوى بدون مصلحة.[1]

ب/ قيد العريضة الافتتاحية للدعوى

طبقا لنص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف " وطبقا لنصا لمادة 15 من ق.إ.م.إ يشترط في هذه العريضة الافتتاحية أن تشمل تحت طائلة عدم قبولها شكلا مجموعة من البيانات تتمثل أساسا في بيان الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى وتحديد هوية الأطراف تحديد كافيا شاملا ونافيا للجهالة[2] وموضوع الدعوى بشرح وقائع النزاع وتحديد الطلبات بدقة معا لإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

تقوم الحاضنة المدعية بتحرير عريضة افتتاحية بنفسها أوعن طريق وكيلها بموجب وكالة توثيقية خاصة أومحاميها قصد عرض وقائع قضيتها وتحديد طلباتها للمحكمة وتودع أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة إقليميا وهي التي تقع بمكان ممارسة الحضانة.[3]

تنص المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تكون المحكمة المختصة إقليميا في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة"

يجب على أمين الضبط قبل أن يقوم بقيد الدعوى بالسجل الخاص بالقيد العام يكلف المدعي تسديد الرسوم م17ق.إ.م.إ، وهي محددة بقسم شؤون الأسرة بمبلغ 300 دج، بعدها يقوم بجرد

(1). قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ1970/02/3 ، غير منشور ، انظر عيسى طعيبة، مرجع سابق ، ص 94.

(2). "كل طلب قضائي يفترض وجود شخصين أو اشخاص و يجب تعينهم تعينا نافيا للجهالة"،قرار المحكمة العليا رقم 165497، الصادر بتاريخ 1998/05/06 ،غير منشور، حميدو زكية، مرجع سابق

(3). تنص المادة 423 من الأمر رقم09/08،المتضمن ق.إ.م.إ،المعدل والمتمم " ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى التالية – 2 ....:دعاوى النفقة والحضانة والزيارة...." .

الوثائق، مع الإشارة إلى أن الوثائق يجب أن تكون باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية تحت طائلة عدم القبول حسب نص المادة 8ق.إ.م.إ، ويقوم بتكوين ملف لإيداعها رفقة العريضة الافتتاحية، ويحدد له تاريخا للجلسة يكون في أجل لا يقل عن 20 يوما، وبالنسبة للمقيمين بالخارج مدة ثلاثة أشهر، مع العلم أن نص المادة 3/16 ق.إ.م.إ اشترط مدة 20 يوما بين تاريخ تسليم التكليف وتاريخ أول جلسة، وأثناء السير في الدعوى يتم تقديم الوثائق بأمانة ضبط المحكمة بأصولها ونسخها الرسمية أو المطابقة للأصل، يقوم أمين الضبط بجردها والتأشير عليها قبل إيداعها بالملف تحت طائلة الرفض وذلك مقابل وصل يسلمه للمعني[1]، ويسلم أمين الضبط نسخة عن العريضة الافتتاحية بها رقم القضية وتاريخ أول جلسة للمدعية بغرض تبليغها رسميا للمدعى عليه مع احترام اجل 20 يوم"[2]

ج / التكليف بالحضور

بعد تسجيل الدعوى بموجب عريضة افتتاحية، يتوجب على المدعي أن يقوم بإجراء تكليف الخصم من قبل المحضر القضائي،يتولى بناء على طلب الحاضنة بتبليغ المدعي عليه وهو الأب عن طريق التكليف بالحضور.

اشترط المشرع في محضر التكليف بالحضور احترام أوضاع شكلية وردت في المادة 18من ق.إ.م.إ،على أن يبلغ للخصوم بواسطة محضر قضائي الذي بدوره يحررمحضرا متضمنا مجموعة من البيانات طبقا لنص المادة 19 من نفس القانون، كما بجب ان يحضر الخصوم في التاريخ المحدد في هذا التكليف شخصيا أو بواسطة محاميهم أو وكلائهم المادة 20 ق.إ.م.إ، هذا الإجراء بالغ الأهمية بالنسبة لبدء سري ان بعض المواعيد للحضور أمام الجهات القضائية أو لاستعمال طرق الطعن في حالة صدور حكم أو قرار.

حضور الخصوم أمام المحكمة أمر يتطلبه مبدأ من المبادئ الأساسية في التقاضي وهو مبدأ المواجهة بين الخصوم طبق النص المادة03 من ق.إ.م.إ،والتي تتحقق من خلال إجراءات حضور الخصوم أو بإعلامهم بها، وتمكينهم من الاطلاع على الدعوى ومناقشتها، فحق الدفاع يعتبر أهم سمات القانون الإجرائي، فلصاحب الحق أن يدافع عن حقه، وان يقدم الوثائق التي تثبت إدعائه

(1). تنص المادة 22 من الأمر رقم 09/08، المتضمن ق.إ.م.إ "يقدم الخصوم المستندات .....يتم إيداع هذه المستندات بأمانة الضبط مقابل وصل إستلام"

(2). سائح سنقوقة ، شرح الإجراءات المدنية والإدارية ،ج 1 ، دار الهدى، الجزائر،2011، ص ص51، 52 .

ويشرح كل طرف طلباته بالأدلة والحجج والدفوع الموضوعية على أن يتبادل الخصوم المستندات المودعة أمام كتابة الضبط أثناء الجلسة أو خارجها بواسطة أمين الضبط حسب المادة 23 ق.إ.م.إ[1]

أما في حالة عدم حضور المدعي ولا وكيله فان القانون يخول للقاضي سلطة الحكم بشطب الدعوى، أما إذا غاب المدعى عليه فانه يجوز للقاضي الفصل في الدعوى في غيابه"[2] بعد منحه أجلا بحكم اعتباري حضوري غير قابل للمعارضة.

يتحدد موضوع الدعوى من خلال عريضة الحاضنة الافتتاحية ومذكرات رد الأب والتي يلتزم بها القاضي أثناء تأسيس حكمه طبقا لنص المادة 26 ق.إ.م.إ، منعت المادة القاضي من الحكم في قضية مطروحة أمامه على وقائع لم تكن مدرجة في الملف ولم تكن محلّ مناقشات ولا مرافعات[3]

2-الاستعجال في موضوع مسكن الحضانة :

إن فكرة القضاء الإستعجالي وما يتضمنه من اختصار للإجراءات وتقصير للمواعيد وسرعة تنفيذ الأحكام، وغيرها من العناصر المنظمة لهذا القضاء تتناسب مع بعض القضايا والمسائل الخاصة بالأسرة، فهو الطريق المناسب الذي يضمن استقرار هذه المسائل ويمنع المساس بتلك الحقوق،ولتحقيق هذه الغاية وجب علينا إعمال مبادئ القضاء الإستعجالي على المسائل المتعلقة بالأسرة والتي تتوفر على عنصر الاستعجال

جرى الفقه والقضاء على تعريف الاستعجال بأنه الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد حمايته والذي يلزم درؤه بسرعة لا توفرها إجراءات التقاضي العادية، فالمطلوب هو المحافظة على الحق الذي يخشى عليه أو أمر لا يحتمل الانتظار حتى يعرض أصل النزاع على قاضي الموضوع [4]

(1). عيسى طعيبة ،مرجع سابق ،ص 96

(2). المادة 292 من الأمر رقم 09/08، المتضمن ق.إ.م.إ،المعدل والمتمم.

(3). عبد الله مسعودي ،الوجيز في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ط 2، دار هومة، الجزائر،2010 ، ص 23 .

(4). عبد الرحمان باربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ط2، منشورات بغدادي ، الجزائر، 2009 ، ص217 .

أ/ شروط الدعوى الإستعجالية

قد ترفع الدعوى الإستعجالية كدعوى أصلية أي في صورة طلب أصلي، وقد ترفع كدعوى فرعية أي في صورة طلب عارض يثير مسألة فرعية ترتبط بنزاع موضوعي مطروح على القضاء،وقد يكون موضوع الدعوى منازعة وقتية في التنفيذ، ومن ثم يتعين لإختصاص القضاء الإستعجالي شروط يستمد منها اختصاصه وهذه الشروط تتمثل في حالة الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، بالإضافة إلى بعض الشروط القانونية

يلـزم لاختصـاص القاضـي الاسـتعجالي بالفصـل فـي لـدعوى المرفوعـة أمامـه تـوافر شرطان هما:

1/ حالة الاستعجال:

جاء المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمصطلح" الاستعجال[1] " أو " حالة الاستعجال القصوى[2] إلا انه لم يعرفه واكتفى بتعيين نوع الدعاوى التي يرتب لها حكما بوصفه بهذه الصفة[3].

إلا أن الفقه على الرغم من اختلافاته في هذا الموضوع إلا انه يشترك في اعتباره حالة قانونية تنشا من الخطر الناتج عن التأخير أومن فوات الوقت، قبل الحصول على الحماية القضائية الموضوعية، ويولد الخطر الحاجة الملحة إلى حماية قضائية عاجلة يتم بمقتضاها تفادي وقوع الضرر بالحقوق أو المراكز القانونية التي يراد المحافظة عليها عن طريق القضاء العادي ويترتب على عدم توافر الاستعجال في الدعوى الأمر بعدم اختصاص القاضي الاستعجالي لعدم توفر احد شرطي اختصاصه[4].

يتعين توافر الاستعجال وقت رفع الدعوى إلى حين صدور الأمر الفاصل في شأنها، فإذا تخلف في أي مرحلة من مراحلها ينتفي أحد شرطي اختصاص قاضي الاستعجال، ويتعين القضاء بعدم اختصاصه.

(1) انظر إلى المواد299، 230، 231 من الأمر رقم 09/08، المتضمن ق.إ.م.إ،المعدل والمتمم.

(2). المادة302، من الأمر رقم 09/08، المتضمن ق.إ.م.إ،المعدل والمتمم.

(3). لم يتصد المشرع للمقصود بأحوال الاستعجال، كما أنه لا يوجد تعريف محدد لحالات الاستعجال، عبد الرحمان باربارة ، مرجع سابق، ص 219 .

(4). عيسى طعيبة ، مرجع سابق ، ص 98

2/عدم المساس بأصل الحق:

تنص المادة 303 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "لا يمس الأمر الإستعجالي أصل الحق هو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن، كما انه غير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل"، بذلك فإنّه يشترط لاختصاص القضاء المستعجل بالنظر في المسائل المستعجلة ألاّ يقضي في أصل الحقوق والالتزامات والاتفاقيات مهما أحاط بها من استعجال أو ترتب على امتناعه عن القضاء فيها من ضرر للخصوم، بل يتعين عليه ترك الفصل فيه القاضي الموضوع المختص وحده بالحكم فيها.

فإذا فحص ظاهر المستندات وتبين له أن الفصل في الدعوى سيمس أصل الحق فإنه يقضي بعدم اختصاصه بنظر الدعوى.ويكون هذا الأمر معجل النفاذ بكفالة أوبدونها رغم كل طرق الطعن مما سيحول دون اتخاذ هذا السبيل ذريعة لوقف التنفيذ كما هو جاري عليه العرف القضائي[1]

ب/ قيد الدعوى الإستعجالية:

تنص المادة 299 ق.إ.م.إ" في جميع أحوال الاستعجال، وإذا اقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو بآي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب وينادي عليها في اقرب جلسة.

يجب الفصل في الدعاوى الإستعجالية في أقرب الآجال "

نستنتج من المادة أن المشرع حذف اختصاص رئيس الجهة القضائية بالنسبة للقضايا الإستعجالية بحيث يتم قيد الدعوى أمام رئيس المحكمة ويتم الفصل فيها من طرف القاضي المعين لأجل ذلك،أما بالنسبة لآجال التكليف بالحضور فالأمر متصلا بالتاريخ المحدد لجلسات الاستعجال وبطبيعة النزاع، فالآجال غير محددة كما هو عليه الحال في القضايا العادية، فنص المادة 299 يشير إلى أقرب جلسة فقد تكون الجلسة خلال أسبوع ،وقد تكون اقرب، وهنا يجوز تخفيض أجال التكليف بالحضور إلى أربع و عشرين(24) ساعة[2].

(1) . عبد الرحمان باربارة ، مرجع سابق ،ص 218

(2) . المادة 301 من الأمر رقم 09/08 ،المتضمن ق،إ،م،إ، المعدل والمتمم.

تصدر الأوامر في جلسة علنية ويشتمل على ما يشتمل عليه الحكم القضائي من بيانات، إذ يجب أن يشتمل تحت طائلة البطلان العبارة التالية:

"الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، باسم الشعب الجزائري"[1] أما فيما يخص الطعن، إن الأوامر الإستعجالية قابلة للإستئناف خلال خمسة عشر يوم من يوم تاريخ التبليغ الرسمي للأمر إذا كانت صادرة من أول درجة أما الصادرة غيابيا فهي قابلة للمعارضة، و هذا ما نصت عليه المادة 304ق.إ.م.إ[2]

إن الأوامر الإستعجالية تكتسب حجية مؤقتة فيما فصلت فيه، لكونه انه يجوز العدول عنها بقدر زوال الأسباب الداعية إلى صدورها، ويمكن للأطراف المعنية به استصدار أمرا آخرا بانتهائه عند الاقتضاء[3].

الأوامر على عرائض

لقد أدخل المشرع تعديلات على قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05، منها المادة 57 مكرر التي جاء فيها ما يلي:" يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن" هذه المادة أجازت صراحة للقاضي الفصل على وجه الاستعجال في بعض المواد التي يحكمها قانون الأسرة وهي النفقة والحضانة والزيارة والمسكن في حين أننا نجد قبل تعديل 2005 أن القضاء عرف تذبذب في أحكامه فيما يتعلق باختصاصه بالفصل المؤقت في هذه الحالات المذكورة بالمادة 57 مكرر فجاءت الأوامر الاستعجالية مختلفة من محكمة لأخرى لأن ذلك يدخل ضمن الولاية العامة للقضاء الإستعجالي ولسلطة التقديرية للقاضي في تقدير مدى توفر عنصر الاستعجال أو الخطر المحدق، إلى أن حسم المشرع الأمر في القانون رقم 02/05 المعدل لقانون الأسرة وصارت حالات النفقة، الحضانة، الزيارة والمسكن من حالات الاستعجال بنص القانون وبالتالي تستوجب اتخاذ تدابير مؤقتة بشأنها بموجب أوامر على عرائض.

فما هي هذه الأوامر وما هو التدبير المتعلق بالسكن؟

---

(1) . انظر المادة 275 من الأمر رقم 09/08 ، المتضمن ق.إ.م.إ، العدل و المتمم.

(2) . لقد استحدثت 304 ق.إ.م.إ عددا من الأحكام بغرض ضمان السرعة والفعالية والفصل في مسائل كانت محل مواقف إجتهادية والملاحظ في نفس المادة أن المشرع إستبعد ضمنيا الطعن بالمعارضة بالنسبة للأوامر الصادرة عن قاضي أول درجة عكس ما كان عليه في المادة 188 ق.إ.م.ق

(3) . عيسي طعيبة، مرجع سابق، ص 100

1/ الطبيعة القانونية للأوامر على عرائض:

هي إحدى الحالتين التي لا يخضع الطلب فيها للإجراءات المقررة للدعاوى[1]، والأمر على عريضة أمر مؤقت، يصدر دون حضور الخصم، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك تقدم الطلبات الرامية إلى إثبات حالة أو توجيه إنذار أو إجراء استجواب في موضوع لايمس بحقوق الأطراف، إلى رئيس الجهة القضائية المختصة ليفصل فيها خلال اجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ إيداع الطلب.[2]

يصدرها القضاء بالاستناد إلى سلطته الولائية في الحالات التي نص فيها القانون على ذلك من قبل رئيس الجهة القضائية المختصة[3]

كما أنها سندات تنفيذية، ذات طبيعة مؤقتة وهي واجبة النفاذ المعجل بناءا على النسخة الأصلية رغم قابليتها للمراجعة والتعديل والطعن، فقد عاملها المشرع معاملة أوامر الاستعجال أو أكثر بالنظر لعدم خضوعها لإجراءات التكليف بالحضور أو أجال الوفاء [4]

تقدم الطلبات الرامية إلى استصدار أمر على عرائض إلى رئيس الجهة القضائية المختصة في شكل عريضة من نسختين ويجب إن تكون معللة وتتضمن الاشارة إلى الوثائق المحتج بها، واذا كانت العريضة مقدمة بشان خصومة قائمة، فيجب ذكر المحكمة المعروضة أمامها الخصومة "ويجب ان يكون الأمر على عريضة مسببا، ويكون قابلا للتنفيذ بناء على النسخة الأصلية كل أمر على عريضة لم ينفذ خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره يسقط ولا يرتب أي اثر."[5]

كما أن المشرع ومن خلال المادة 2/312ق.إ.م.إ والتي تنص على "وفي حالة عدم الاستجابة إلى الطلب يكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي، يرفع الاستئناف خلال 15 يوما من تاريخ أمر الرفض. "

(1)- عبد الرحمان باربارة ، مرجع سابق ،ص233 .

(2) . انظر المادة 310 من الامر رقم09/08، المتضمن ق.إ.م.إ، المعدل والمتمم.

(3). محمد الواصل، المحررات والأحكام المدنية التنفيذية " أنواعها . إشكالاتها – الاتفاقيات المتعلقة بها "، مجلة جامعة دمشق، المجلد الثامن عشر، العدد الأول، سوريا، 2002، ص 7

(4) . عبد الرحمان باربارة ،مرجع سابق ،ص 234

(5) . انظر المادة311 ، من أمر 09/08 ، من الامر رقم09/08، المتضمن ق.إ.م.إ، المعدل والمتمم.

يمثل الطعن في الأمر على عريضة أهم جديد ايجابي استحدث بموجب المادة أعلاه بحيث أصبح سبيلا ممكنا رغم مخالفة الأصول العامة في الإجراءات التي لا تجيز الاستئناف إلا في الأحكام الفاصلة في منازعة قضائية[1]

2/التدبير المتعلق بالسكن :

يُعد حق النفقة، حق الزيارة وحق الحضانة من أثار الطلاق الذي تدخل بشأنهم المشرع ومكن أحد الزوجين خلال الخصومة القضائية لدعوى الطلاق من اللجوء إلى القضاء الإستعجالي لاستصدار أمر يقضي بهم، لم يستثن الحق المؤقت في السكن وهي مسألة في غاية الاهمية لا سيما أن في الغالب ما يتم إلقاء الزوجة خارج البيت طوال فترة النزاع [2] .

منحت المادة 460 ف/2ق.إ.م. إ للقاضي صلاحية إسناد الحضانة بصفة مؤقتة كما أن المادة 72 ق.أ.ج جعلت أمر توفير مسكن للمرأة الحاضنة أمرا إلزامي ووجوبي وبحالة عدم قدرة الزوج فعلية دفع بدل الإيجار،لذلك فضمان مسكن للحاضنة أمرضروري وهو من حالات الاستعجال التي تتطلب اتخاذ تدابير مؤقتة وسريعة وبشأنه لقيام عنصر الاستعجال وهو ما أكدته المادة 57 مكرر السالفة الذكر.

من خلال استقرائنا لهذه النصوص القانونية نجد أن المشرع ونظرا لأهمية بعض المسائل المتعلقة بالآثار المادية وخاصة تلك التي ترتبط بمصالح القصر كالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن سمح للقاضي باتخاذ التدابير المؤقتة على وجه الاستعجال، في هذا يرى الدكتور محمد ابراهيمي وتأيدا لما هو مقررا في قانون الأسرة الجزائرية أن شرط الاستعجال في قضايا الحضانة يجب ربطه دوما بمصلحة المحضون[3]ومسكن الحضانة هو بالأساس مقرر لمصلحته.

يتم الحصول على التدبير المؤقت الخاص بالحق في السكن إجرائيا وفق الأحكام الخاصة بالأوامر على عرائض المذكورة أعلاه إذ أن المادة 57 مكرر من قانون الأسرة لم تأتي بشيء جديد لأن الاستعجال موجود من قبل في مادة الأحوال الشخصية لكن الذي أتت به هو أن الفصل في الأمور المتعلقة بالحضانة والنفقة والزيارة والسكن يكون بموجب أمر على عريضة في حين أنه قبل تعديل كان الفصل فيها بموجب أمر إستعجالي في معظم المحاكم.

(1) . عبد الرحمان باربارة ،مرجع سابق ،ص 235 .

(2) . أحمد شامي ، مرجع سابق ،284.

(3) . محمد ابراهيمي ،القضاء المستعجل، الجزء الثاني،، د.ط ديوان المطبوعات الجامعية ،،2006ص122.

الملفت للانتباه أن الأسلوب الذي حررت به المادة هو أسلوب سهل غير أن صياغتها جاءت غير ملائمة وقد تثير إشكالات عند تطبيقها،إلاّ أنها أضافت اختصاصا جديدا لرئيس قسم شؤون الأسرة وهو الفصل على وجه الاستعجال وبموجب أمر على عريضة في مادة النفقة والزيارة والحضانة والسكن وفي كل الأمور المتعلقة بشؤون الأسرة وما يؤكد توجهنا هذا هو ما جاء به المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون إ.م.إ في المادة 425 التي تنص على أنه "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال ..."وكذلك المادة 499 منه التي تنص " يجوز لقاضي شؤون الأسرة وعن طريق الاستعجال، أي يتخذ جميع التدابير التحفظية..." فهاتين المادتين تؤكدان بأن نية المشرع في المادة 57 مكرر ق.أ.ج قد اتجهت إلى إعطاء الاختصاص بالفصل بموجب أمر على عريضة لقاضي شؤون الأسرة وليس لرئيس المحكمة وهو التفسير الذي نراه مناسبا للمادة57 مكرر بالإضافة إلى إشكال الاختصاص الذي فرضته المادة السالفة الذكر فإن هناك أسئلة أخرى يمكن طرحها بعد قراءتها، فقد ورد بنص المادة 57مكرر عبارة " لاسيما" مما يجعلنا نتسأل هل الحالات التي ذكرت بهذه المادة وهي النفقة، الحضانة والزيارة والمسكن هي حالات وردت على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؟ وهل يمكن الحكم على وجه الاستعجال في حالات أخرى كالكسوة والعلاج وغيرها؟.

إن كلمة لا سيما في اللغة العربية تفيد التخصص، لكن هل المشرع الجزائري عند استعماله هذا اللفظ قصد بها التخصص والحصر؟

باستقراء المادة 57 مكرر نفهم بأن المشرع ذكر حالة النفقة والحضانة والزيارة والمسكن على سبيل المثال لا الحصر، ففي كل حالة يرى فيها المتقاضي وجها لاستصدار أمر على عريضة يتعلق بهذه الحالات أو غيرها من التدابير المؤقتة ،فإنه يسلك هذا السبيل دون قيد لأن نظام الأوامر على العرائض هو قانون إجرائي ونظام خاص للحصول على الحماية القضائية [1]

(1) ـ أن المادة 57 مكرر من قانون الأسرة جاءت بدون موضوع وطرحت إشكالا في الصميم لأنها نصت على الفصل بموجب أمر على عريضة وهو إجراء تحفظي لا يمس بأصل الحق بينما النفقة والزيارة والمسكن والحضانة كلها من توابع الطلاق مما يجعل هذه المادة تعرف عدة إشكالات في التطبيق وحرم أحد الأطراف المتقاضية من درجات التقاضي المنصوص عليها دستوريا .فضيل العيش ، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية ،ط2 ، الجزائر،2008 ، ص75

فالمشرع لم يحدد هذه الأحوال والمرجع في ذلك هو وجود الطلب وذلك دون تحديد أو حصر لهذه الأحوال، أما ذكر المشرع للحالات الأربعة فلأنها برأينا هي حالات تكثر بشأنها الدعاوي والطلبات نظرا لضرورتها وما يدعم قولنا هذا هو ذكر عبارة " جميع التدابير المؤقتة" قبل عبارة "لا سيما" بنص المادة 57 مكرر وتعني هذه العبارة أنه في جميع الأمور المستعجلة والمتعلقة بشؤون الأسرة يمكن للقاضي المختص أن يصدر أمر على عريضة والأمور المستعجلة في شؤون الأسرة متعددة ولا يمكن حصرها في مادة واحدة، وهذا ما يجرنا إلى القول بأنه يمكن استصدار أمر على عريضة من أجل حالات أخرى يتوفر فيها عنصر الاستعجال كحالة الكسوة والعلاج وغيرها من الحالات الأخرى المتعلقة بشؤون الأسرة والتي تكون بطبيعتها مستعجلة لكونها من الأمور والمسائل التي تستوجب سرعة البث فيها، قصد حماية الحق حماية مؤقتة في انتظار الفصل في موضوع النزاع، ولكونها أيضا مسائل فيها خطر محدق مما تطلب دفع هذا بصفة عاجلة[1].

من خلال النصوص السابقة يتضح أنّ اختصاص قضاء الاستعجال أكثر من ضروري في المسائل التي تمس الأبناء القصر[2].

الفرع الثاني: أنواع الدعاوى المتعلقة بحق الحاضنة في السكن

إن اغلب الدعاوى المتعلقة بسكن المحضون تكون تبعية إما للدعاوى المتعلقة بالطلاق أو بإسناد الحضانة أو أثناء المطالبة بتمديدها أو بإسقاطها إلا أن هناك بعض الحالات تكون فيها دعاوى مستقلة بذاتها.

-طلب توفير السكن الملائم للحضانة أثناء النظر في دعوى الطلاق ـ

إن موضوع الحضانة من المسائل الجوهرية والجدية التي ينظرها قاضي شؤون الأسرة حيث تنص المادة 01/423 ق.إ.م.إ "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى التالية:

-الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة. "

(1). عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص489

(2). تنص المادة 424 من الأمر رقم09/08 ، المتضمن ق.إ.م.إ، المعدل والمتمم "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر"

يمكن للزوجة المطالبة بإسناد الحضانة لها وما يتبعها من آثار كالنفقة ومسكن الحضانة عند النظر في دعوى الطلاق من قبل قاضي شؤون الأسرة كونها تدخل في اختصاصه، أين يصدر حكما بفك الرابطة الزوجية وفي نفس الحكم بإسناد الحضانة لها وما يتبعها من جوانب مادية كالنفقة ومسكن ملائم لها لممارسة الحضانة أو بدفع بدل إيجار لها على أن تبقى في بيت مطلقها إلى غاية تنفيذ التزاماته.

أما بالنسبة للحاضنة غير الأم حسب ما جاء به المشرع في المادة 64 ق ا فوفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية يجوز لها التدخل في الخصومة المثارة عن طريق رفع دعوى بذلك تتبع فيها الإجراءات الخاصة بكل دعوى..

لا يقبل التدخل إلا من توافرت فيه الصفة والمصلحة، يتم التدخل تبعا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى..... ".

هنا تتدخل المرشحة للحضانة بصفة أصلية للمطالبة بإسناد الحضانة لها وبالنفقة بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة أو بدفع بدل إيجار شرط أن تتوفر فيها الشروط القانونية لرفع الدعوى من جهة وان تتوفر فيها كذلك الشروط القانونية لممارسة الحضانة من جهة أخرى، وفي حالة رفض دعواها يجوز لها أن تستأنف هذا الحكم طبقا للفقرة الثالثة من المادة 335 ق.إ.م.إكذلك للفقرة الثانية من المادة 57 ق.أ.ج والتي تنص" تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف" وفي غالب الأحيان لا تدخل الحاضنة غير الأم في النزاع المثار إلا إذا رأت أن أسباب الطلاق تجعل من أحد الأبوين أو كليهما غير أهل لممارسة الحضانة.

-طلب توفير السكن الملائم للحضانة أثناء النظر في دعوى إسناد الحضانة:

إن مسالة إسناد الحضانة غالبا ما تثور في حالة عدم الحكم بها أثناء النظر في دعوى الطلاق أو في حالة توافر سبب من أسباب إسقاط الحضانة أو في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه، في حالة فقدانه الحاضن يجب توافر حكم قضائي بفقده أثناء إقامة الدعوى بإسناد الحضانة، فيكون من حق الذي تتوفر فيه الشروط القانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة المختصة[1] طبقا للفقرة الثانية من المادة 423 ق.إ.م.إ التي تنص" ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى التالية: دعاوى النفقة والحضانة والزيارة..... "، يطالب من خلالها إسناد

(1) . عسى طعيبة ،مرجع سابق ،ص104 .

الحضانة له ومطالبة الأب بتوفير سكن ملائم لممارسة الحضانة أو ببدل إيجار باعتباره المكلف قانونا بهذا الالتزام طبقا لنص المادة 72 ق.أ.ج.

- **طلب تمديد الانتفاع أثناء النظر في دعوى تمديد الحضانة**

من خلال نص المادة 65 ق.ا.ج يتبين لنا أن الأم التي لم تتزوج تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره دون سواها من الحاضنات، هذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، اذ جاء في قرار للمحكمة العليا" من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أم هو لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة"[1] وفي نفس الدعوى تطالب بإبقاء حق المحضون ينفي السكن إلى غاية انتهاء مدة الحضانة كاملة.

-المطالبة ببدل الإيجار

في هذه الحالة تكون دعوى توفير سكن ملائم لممارسة الحضانة أو الالتزام ببدل الإيجار أصلية ومستقلة إلا أن الأمر يختلف بين شخص الحاضنة أن كانت الأم أو غيرها من الحاضنات.

بالنسبة للام الحاضنة قد يحكم بالطلاق بين الزوجين وبنفقة أبنائهم وبإسناد الحضانة للام إلا أن القاضي قد يغفل عن مسالة السكن ولا يثيرها، في هذه الحالة يمكن لها استئناف حكم الطلاق القاضي لها بإسناد الحضانة أمام قسم شؤون الأسرة بالمجلس المختص والمطالبة بمراجعة الحكم وذلك بتوفير سكن ملائم لممارسة الحضانة أو ببدل الإيجار طبقا لنص المادة 332 من قانون ق.إ.م.إ والتي تنص " يهدف الاستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة " وذلك في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته أو شهرين إذا تم التبليغ الرسمي له في موطنه الحقيقي أو المختار طبقا لما تنص عليه المادة 336 ق.إ.م.إ

(1) . قرار المحكمة العليا رقم 25566 ،الصادر بتاريخ 1999/12/10، انظر عيسى طعيبة، مرجع سابق ،ص 104.

لا يجوز طلب الانتفاع بالمسكن لأول مرة أمام المحكمة العليا[1]، بمفهوم المخالفة نستنتج انه من حق الحاضنة أن تطالب قضائيا الأب أمام المجلس بالسكن أو ببدل الإيجار ولو كان الطلب لأول مرة.

أما في حالة فوات ميعاد الطعن بالاستئناف في الحكم وأصبح الحكم حائز القوة الشيء المقضي به، ترفع الحاضنة الأم دعوى مستقلة ضد الأب لمطالبته بتوفير مسكن ملائم لممارسة حضانة أبنائها أو منحها بدل إيجار طبقا لنص المادة 72ق.أ.ج .

كما يجوز للحاضنة أن ترفع دعوى للمطالبة باستبدال مسكن الحضانة بمسكن آخر إن فقد المسكن صفة الملائمة خاصة وأن مدة الحضانة طويلة أو مطالبة الأب بالزيادة في مقدار بدل الإيجار إذا أصبح المبلغ الملتزم به قضائيا زهيدا مقابل مبلغ إيجار السكنات.

(1) . قرار المحكمة العليا رقم 41652 ،الصادر بتاريخ 1986/05/05 ، انظر العربي بلحاج، مرجع سابق، ص387

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الدعوى والإشكالات المثارة في التنفيذ

حتى يستطيع القاضي التكفل بالمحضون، وتقدير مصلحته بصفة دقيقة، أجاز المشرع له اللجوء إلى عدة وسائل قانونية من خلالها يقدر ويصدر حكمه في الدعوى مبنيا على أساس مراعاة مصلحة المحضون إذ يجوز له بالإضافة إلى ذلك، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين خبير أو الانتقال إلى الأماكن، كما أن الدعوى قد تثار فيها إشكالات في التنفيذ.

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الدعوى

إن القاضي ملزم بأن يفصل في الدعوى المطروحة أمامه، وتواخيا في أن يكون هذا الفصل بما يحقق العدالة ويحافظ على استقرار المعاملات والحقوق المكتسبة، فإن مختلف التشريعات أفرد تضمن قوانينها ما يخول للقاضي اتخاذ مجموعة من الإجراءات من خلالها يستطيع أن يصدر حكمه في الدعوى المثارة أمامه، وقد ساير المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذا التطور، فأجاز للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق .الجائزة قانونا بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه[1] وفي أي مرحلة تكون عليها الدعوى[2]، بل وحتى قبل مباشرتها[3]، يأمر القاضي بالإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال.

لقد نص المشرع على هذه الإجراءات في الفصل الثاني من الباب الرابع الكتاب الأول تحت عنوان في إجراءات التحقيق والتي شملت جملة من الإجراءات لما لها من أهمية عملية وعلمية تساعد القاضي في 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 بمبدأ حياد القاضي.

(1) . انظر المادة 28 من الأمر رقم09/08، المتضمن ق.إ.م.إ، المعدل والمتمم،.كما تنص المادة" 75 يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح القانون."

(2) . تنص المادة"76، من الأمر رقم09/08، المتضمن ق.إ.م.إ، المعدل والمتمم ، "يجوزا لأمر بإجراء التحقيق في أي مرحلة تكون عليها الدعوى".

(3) . انظر المادة 77، من الأمر رقم09/08، المتضمن ق.إ.م.إ، المعدل والمتمم" "يمكن للقاضي ولسبب مشروع وقبل مباشرة الدعوى، أن يأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق بناء على طلب كل ذي مصلحة، قصد إقامة الدليل والاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي قد تحدد مال النزاع"

كما نص المشرع على الخبرة تحت القسم الثامن، ونص على المعاينات والانتقال إلى الأماكن في القسم التاسع ونص في القسم العاشر على سماع الشهود وعلى مضاهاة الخطوط في القسم الحادي عشر، كما جاء القسم الثاني عشر تحت عنوان في تزوير العقود العرفية والقسم الثالث عشر تحت عنوان في الادعاء بتزوير العقود الرسمية وأخيرا جاءت اليمين تحت القسم الرابع عشر.

يتضح أن للقاضي الحرية المطلقة في اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق دون التفرقة بين إجراء وآخر اعتبرت المحكمة العليا أن القاضي لا يمكنه الأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق في مسالة تتعلق بشكل الدعوى[1] إلا انه يجد نفسه أحيانا مجبرا على إتباع إجراء معين على حسب موضوع الدعوى وطلبات الخصوم، وفق ماله من سلطة تقديرية
تخضع مصلحة المحضون إلى آليات الإجراء التالية:

أ / الاستعانة بالخبراء

تنص المادة 126 قانون الإجراءات المدنية والإدارية" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب احد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة."

باستقراء هذا النص تتضح السلطة التقديرية المعطاة للقاضي والذي يستطيع ومن تلقاء نفسه أن يأمر بإجراء خبرة عن طريق أشخاص تتوافر لديهم الكفاءة والمؤهلات العلمية في المجالات الفنية التي لا تتوافر عند القضاة بحكم التخصص العلمي إذ تعتبر الخبرة نوع من أنواع المعاينة الفنية يقوم بها الخبير،يمكن لقاضي الأحوال الشخصية تعيين خبير لتحديد مدى ملائمة السكن للحضانة كما له الاستعانة بخبير لتقدير قيمة الايجار الحقيقية للسكن المعد لممارسة الحضانة وذلك بتحديد المساحة الكاملة الحقيقية للسكن محل الإيجار والمرافق المكونة ومدى صلاحيته لممارسة الحضانة من جهة وأهمية الحي ومدى بعده أو قربه عن التجمعات الحضرية ومدى توافر الأمن والملحقات الضرورية للعيش كوجود المحلات والمدرسة. أي أن الخبير يتأكد من مدى ملائمة السكن للمحضون من جميع النواحي والجوانب.

كما أن الخبير وبالاعتماد على الأسس السابقة يقدم تقريرا حول مدى مطابقة بدل الإيجار للقيمة الايجارية العادية والحقيقية للسكن وهذا نظرا لاختلاف الإيجار باختلاف المدن والمناطق بل

(1) . قرار المحكمة العليا رقم،150865 الصادر بتاريخ 1998 25 /02/ ، المجلة القضائية، 1998 ،العدد الأول،، ص74

وحتى في الأحياء ذاتها مما يترتب عنه وجود مشاكل كثيرة ومتعددة حول قيمة بدل الايجار التي نص عليها المشرع في المادة 72 ق.ا.ج وترك أعمالها للقاضي الناظر في الدعوى بما له من سلطة تقديرية ووسائل إجرائية بالبحث عن كل عناصر التقدير التي من شأنها أن تحدد بإنصاف شروط الإيجار الجديد[1] .

ب /المعاينات والانتقال إلى الأماكن

قد لا يكتفي القاضي في بعض القضايا بما يقدمه الخصوم من أدلة وتقارير لذلك قد يرى ضرورة الانتقال إلى عين المكان لمعاينة ومشاهدة محل النزاع واستخلاص الدليل وفق السلطة الممنوحة له من قبل المشرع بإجراء المعاينات أو الانتقال إلى الأماكن طبق النص المادة 146 من ق.إ.م.إ التي تنص " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر لذلك.

كما للقاضي أن يأمر باستصحاب من يختاره من ذوي الاختصاص وكما له سلطة تقديرية واسعة في سماع شهادة أي شخص يرى لزوما لسماع أقواله، وله اتخاذ الإجراءات التي يراها لازمة وذلك بحضور الشهود أثناء المعاينة طبقا للمادة 148ق.إ.م.إ" يمكن للقاضي أثناء تنقله،سماع أي شخص، من تلقاء نفسه أو بناء على طلب احد الخصوم إذا رأى في ذلك ضرورة كما يجوز له أن في نفس الظروف سماع الخصوم" وفي هذا جاء قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1982/05/19" من المقرر قانونا أن الانتقال للمعاينة إجراء تحقيقي قدي أمر بها لقاضي ليطلع شخصيا على مواطن النزاع ويبني تقديره عليها بعين المكان، ولما كان هو الحاكم، يكفي أن يثبت في حكمه ما شاهد هو قدره دون وجوب تحرير محضر بالمعاينة[2] ..... ".

عملا بهذا وتقديرا لمصلحة المحضون يمكن للقاضي الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، ومن هذه الظروف ضيق المسكن أو اتساعه، كذلك حالة الحي الذي يعيش فيه، كذلك مدى قرب السكن من المدرسة وبعده، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحّقيها، كما للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم، أو أي شخص أخر لتحديد أيهما أصلح

(1) . عيسى طعيبة ، مرجع سابق ، ص78 .

(2) . قرار المحكمة العليا رقم، 221117 الصادر بتاريخ 1982/05/19م.ق، ع 1، 1989 ص 29،

لمراعاة مصلحة المحضون، وكذا يحق له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون

ج /الإستماع إلى أحد أفراد العائلة

يجوز للقاضي أن يطلب حضور، أقارب الخصوم، أو أصهارهم، أو زوج أحد الخصوم إضافة إلى أخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم وغيرهم من الأقارب كل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات للتحديد الأمثل لمصلحة المحضون.

كما قد يلجأ القاضي إلى سماع الشهود حول واقعة تتعلق بمسكن الحضانة كقيام الحاضنة باستغلاله لغير الحضانة، أو أنه موجود في مكان غير أمن، إلى غير ذلك من الوقائع.

إن الشهادة سواء في المواد المدنية أو غيرها تخضع لتقدير القاضي الذي يستطيع أن يأخذ بها ويصدق الشاهد في قوله، كماله أن يطرحها إذا لم يطمئن لها، ولكي يأمر القاضي بالاستماع إلى الشهود يجب أن يراعي الشروط القانونية المتعلقة بالشهود، وقد نص المشرع على سماع الشهود في المادة 150 ق .إ.م.إ يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية" ،على أن يؤدي الشاهد اليمين بان يقول الحقيقة وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال. طبقا للفقرة الثانية من المادة 152 من قانون إ.م.إ[1].

على الرغم من كون الإثبات بالشهادة جائزا قانونا، غير أنه يبقى بعد ذلك للقاضي سلطة تقديرية في السماح به إذ قد يرى القاضي أن الشهادة غير مستساغة فلا يسمح بها بالرغم من أن القانون يجيزها في الإثبات كما له أن يعيد سماع الشهود ومواجهة بعضهم بعضا طبقا المادة 3/152 من قانون إ.م.إ، ويرى الفقه الحديث[2] أنه لا يكفي أن يجيز القانون الإثبات بالشهادة في بعض الأحوال، بل يجب أيضا أن يكون الإثبات بها مستساغا حسب تقدير القاضي ولا يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض، غير أنه عليه أن يسبب رفضه تسبيبا سائغا أو إلا كان حكمه مشوبا بالقصور.

(1) . عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص 76

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، الإثبات، آثار الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000 ، ص325

الفرع الثاني: الإشكال في مسكن الحضانة

قبل التطرق إلى إشكالات التنفيذ المتعلقة بسكن المحضون وجب أولا تناول مفهوم إشكالات التنفيذ .

إن منازعة التنفيذ ليس تم جرد مظهر من مظاهر الدعوى التنفيذية وليست جزء من خصومة التنفيذ بل هي تختلف عنها اختلافا جوهريا إذ أن منازعات التنفيذ هي الوسيلة القانونية التي يتمسك بها ذوي المصلحة من أطراف الدعوى التنفيذية أومن الغير، وتُعرض على القضاء إدعاءاتهم وطلباتهم حيث يفصل القاضي فيها بحكم قضائي له أثره على الدعوى التنفيذية أو خصومة التنفيذ[1]

فإشكالات التنفيذ هي الدعاوى التي ترفع إلى القضاء ويطلب فيها الحكم بإجراء وقتي هو الاستمرار في التنفيذ مؤقتا أو وقفه مؤقتا إلى حين الفصل في موضوع المنازعة، حيث تكون مؤسسة على وقائع تتعلق بموضوع الحكم الذي ثار إشكال حوله، وذلك قبل تمام التنفيذ، دون المساس بأصل الحق بصفة مستعجلة من خلال الواقع المعاش نجد أن النزاع القضائي القائم بين الزوجين لا يتوقف عند الفصل فيه بموجب حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بل يمتد كذلك إلى مرحلة تنفيذ هذا السند خصوصا عند عدم الانفصال التام بين هما أي عند وجود أبناء ناتجين عن العشرة الزوجية التي كانت قائمة.

يعتبر التزام الأب بتوفير سكن للمحضون أو بأداء بدل الإيجار المجال الخصب لإشكالات التنفيذ باعتبار أن المشرع لم يفصل في هذا الموضوع بصفة دقيقة وواضحة واستعمل مصطلحات فضفاضة تزيد من طرح هذه الإشكالات، فمثلا جاء المشرع في المادة 72ق.أ.ج يجب على الأب أن يوفر سكنا ".مما يثير التساؤل حول هذا الالتزام هل هو المقصود بالسكن لوحده أم يدخل ضمن هذا الالتزام توفير مستلزمات العيش؟

كما أن المشرع ألزم في نفس المادة أن يكون السكن..." ملائما للحاضنة "...ولم يحدد ما المقصود بالملائمة؟ وفي نفس النص كذلك نجد أن المشرع نص على انه ....." وفي حالة تعذر الالتزام ببدل الإيجار " ولم يقدم الأساس الذي يمكن معه القول بان الأب تعذر عليه توفير السكن؟

(1) . محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، ط1، مكتبة القاهرة الحديثة للطبع والنشر، القاهرة، 1974 ، ص471

كما لم يقدم الأسس التي يمكن الاعتماد عليها لتقدير بدل الإيجار الحقيقي مع العلم أن الإيجار يختلف من منطقة لأخرى بل وفي نفس المنطقة.

نفس الشيء بالنسبة للفقرة الثانية من المادة 72 فبقاء الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن والذي قد تطول مدته نظر الحالة الأب وصعوبة الواقع المعاش إلى ما بعد انقضاء عدة الزوجة المطلقة أين تصبح أجنبية على الأب والذي لا يمكن له أن يمارس عليها أي سلطة أو رقابة سواء عند الدخول أو الخروج، .....مما يزيد في حدة المشاكل وتفاقمها وما لها من اثر على الأبناء المحضونين.

المشرع ومن خلال هذا النص أثقل كاهل المتخاصمين بالرجوع في كل مرة إلى القضاء لطرح إشكالاتهم والتي تزيد من أمد النزاع وما لهذا من أثار على تربية الأبناء وصحتهم. وبالتالي يطرح التساؤل حول الإشكالات التي قد تثار في هذا المجالس و من قبل الحاضنة أو من قبل الأب؟

1/ الإشكالات التي ترفع من الحاضنة

إن الإشكالات التي ترفع من الحاضنة باعتبارها المنفذ ضدها[1] هي الغالبة الحصول في الواقع العملي، إذ يحق لها الاعتراض على التنفيذ بغية وقفه أو منعه وذلك على أساس أن تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بتوفير سكن ملائم للحاضنة لممارسة الحضانة هو تنفيذ مخالف لما يقتضيه مبدأ الملائمة من جهة وان مصلحة المحضون تقتضي أن يتوفر هذا المسكن على جملة من الشروط الأساسية والمرافق الضرورية حتى يصبح لائقا لممارسة الحضانة تحقيق الغاية المشرع. وبالتالي عند عد متوفر هذه الشروط في المسكن يحق للحاضنة الاعتراض على هذا التنفيذ سواء أمام المحضر القضائي القائم بالتنفيذ أو برفع دعوى الأشكال أمام رئيس المحكمة. ويجب على الحاضنة في هذه الحالات أن تقدم دعما لاستشكالها ما يفيد ادعاءاتها كمحضر إثبات حالة أو تقرير خبير للسكن التي تدعي بأنه غير مناسب لممارسة الحضانة.

(1) . تنص المادة 631 من الأمر رقم 09/08 ، المتضمن ق.إ.م.إ، المعدل والمتمم "الإشكالات في التنفيذ تكون من المستفيد من التنفيذ أو من المنفذ عليه أو من الغير صاحب المصلحة بحضور المحضر القضائي القائم بالتنفيذ ."

2/ الإشكالات التي ترفع من الأب

من خلال الفقرة الثانية من المادة 72 ق ا التي تنص " وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن " نستنتج أن الأب يسعى جاهدا إلى تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن لكي لا تبقى الحاضنة في بيته ولكي يستأثره لوحده.

رغم أن الإشكالات التي تثار في هذه المسائل ترفع في الغالب من قبل الحاضنة وهي الشائعة الحصول في الواقع إلا أّنه من حق الأب طالب التنفيذ أن يرفعه والآخر إشكالات في التنفيذ، إذ يحق له رفع إشكال للمطالبة بالاستمرار في التنفيذ في حالة رفع الحاضنة المنفذ ضدها إشكال بوقف التنفيذ ورفض المسكن المعد من قبله باعتباره غير ملائم لها، ويكون طلبه هذا عكس الطلب الأول وهو ما يطلق عليه بالإشكال المعكوس.

يجب على الأب في هذه الحالة أن يقدم ما يفيد ادعاءاته بكون أن السكن الذي وفره مناسب وملائم لممارسة الحضانة[1].

(1) - عيسى طعيبة ، مرجع سابق ، ص ص 111،112

المبحث الثاني: دور القاضي في حماية المحضون

إن الشخص الذي لم تسد إليه الحضانة لا يقطع جذريا عن المحضون، بل يبقى له حق زيارته يحكم له بها في الوقت الذي يحكم فيه بإسناد الحضانة، وهو حق مقرر لصالح المحضون بالدرجة الأولى فمن جهة يعتبر رابطا قانونيا للأسرة المنفكة بعد الطلاق للحفاظ على بعض العلاقات، ومن جهة أخرى يعتبر وسيلة لمراقبة للحاضن والمحضون معا، كأن لم يقم الحاضن بواجب الحضانة لعدم استعمال السكن للغرض المخصص له وهو ممارسة الحضانة أو عدم قيامه برعاية الصغير وتربية بإهمال، وهنا يمكن له المطالبة بإسقاط الحضانة لعدم تحقق أهداف المادة 62 ق.أ.ج، أو لوجود حالة من حالات إسقاط الحضانة وبهذا المفهوم فإن حق الزيارة يعتبر ضمانة لمراعاة مصلحة المحضون، وتسقط حضانتها أيضا في حالة مخالفة مكان الحضانة وبالتالي ليس لها الحق في المطالبة في السكن إذ جاء في أحد القرارات في قضية م.ع ضد ق.ش " أن الحكم ببدل إيجار سكن لممارسة الحضانة، مقيد بممارستها داخل الجزائر"[1].

المطلب الأول: مفهوم حق الزيارة

إن إسناد الحضانة إلى مستحقها، والذي يكون في الغالب الأم، باعتبارها الأولى لرعاية مصلحة المحضون مما يؤدي حتما إلى الابتعاد عن والده، مما يستدعي معه إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة، وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى بتمكينه من زيارة ورؤية المحضون وعليه سنتناول في هذا المطلب حق الزيارة باعتباره أداة لمراقبة مصلحة المحضون مع التدعيم لبعض قرارات المحكمة العليا.

الفرع الأول: تعريف حق الزيارة

يثور الإشكال كثيرا حول مصطلح **الزيارة** الذي يستعمله المشرع الجزائري فهل يقصد به رؤية الحاضن للمحضون أم المحضون للحاضن ؟ وهل يقتصر الأمر على مجرد الرؤية أم يمكن للحاضن أن يحتفظ بالمحضون لمدة معينة ؟ الملاحظ أن المشرع لم يجعل منه مجرد زيارة فقط،بل يمكن للزوج الآخر الذي لم يستفد من الحضانة الاحتفاظ بالمحضون بشرط الاتفاق على وقت التسليم تحت طائلة العقوبات الجنائية.[2]

(1) قرار المحكمة العليا، رقم 622754،الصادر بتاريخ2011/05/01، م ق، ع1، 2012، ص304

(2). أحمد شامي، مرجع سابق، ص 284

عرف بعض الفقهاء الزيارة على أنها رؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون.

يقول أبو زهرة أنه " ليس للحاضنة أن تمنع الأب رؤية ولده ولا تجبر على إرساله، أما انه ليس له إن سقط حق الأم في الحضانة أن يمنعها من رؤية ولدها ولا يجبر على إرساله إليها وبذلك يصبح حق الزيارة واجبا أو التزاما قانونيا لمصلحة المحضون.

إن الشريعة الإسلامية قد سبقت التشريع في تقرير حق الزيارة الذي جعله من باب صلة الرحم جاء قوله تعالى " واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا و بذي القربى "[1] وقوله أيضا " وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله " [2] وحق الزيارة مؤسس على الحفاظ على علاقات القرابة.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد نص على حق الزيارة وأدرجه ضمن المادة المرتبة لأصحاب الحق في الحضانة يدل على أن هؤلاء فقط يحق لهم طلبه حيث تنص المادة 64 ...." على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "

فإذا تخاصم الزوجان أمام القضاء ثم حكم لهما بالطلاق فإنه يتوجب عليه إذا حكم بإسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها أن يحكم تلقائيا للأب بحق الزيارة المحضون لمرات معينة وفي أوقات وأماكن محددة.[3]

رؤية الصغير حق ثابت لكل من والديه شرعا و بحكم القانون وحرمان أحدهما من ذلك فيه ضرر به كما لا يصح أن يتخذ حق الرؤية ذريعة للإخلال لحق الحاضنة و لإنقاصه[4]

لذا يعتبر حق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة و رعاية دائمة لمصلحة المحضون، بل رتب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق ويعبث به، إذ تنص المادة 328 " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة بغرامة من 500 دج إلى 5000 دج الأب والأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شان حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل ،أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته،أو الأماكن أو حمل الغير على حفظه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك يغير تحايل أو عن، وتزداد عقوبة الحبس إلى

(1). سورة النساء، الآية 36

(2). سورة الأنفال، الآية 75

(3). عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص296

(4). أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 772

3 سنوات إذ كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني"[1] ولقد تكرس حق الزيارة قضاء، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.

فمن المستقر عليه فقها أن حق الشخص لا يقيد به القانون، فزيارة الأم والأب لولدها حق لكل منها، وعلى من كان عنده أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه، وجاء في احد القرارات أن زيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له وغير مرتبط بسن معين.[2]

الفرع الثاني: مكان و مدة الزيارة

1/ مكان الزيارة: لم يحدد المشرع مكان ممارسة حق الزيارة، هل هو المنزل الذي يقيم فيه المحضون مع حاضنته أو في مكان آخر تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي والذي يراعي فيه ذلك العرف والعادة .[3]

يكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره لو تطلب الأمر ساعات معدودات ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب مشكلا للزائر بمسكن المطلقة مثلا لأنها أصبحت أجنبية عنه.

هذا ما أكده قضاة المحكمة العليا في أحد القرارات حيث جاء فيه ما يلي " من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة " لأن الحاضنة أصبحت أجنبية عن الطاعن وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو لساعات محدودة.[4]

كما أنه يجب مراعاة مكان ممارسة الحضانة ويكون إما بمكان تواجد بيت الزوجية أو مكان تواجد أهل الحاضنة ذلك ما يحقق مصلحة المحضون من باب رعاية الأب وتفقد أحواله وذلك لا يتحقق إلا بزيارته.[5]

---

(1). قانون رقم 156/66، الصادر بتاريخ 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم .

(2). قرار المحكمة العليا رقم 350942، الصادر بتاريخ 2006/01/4، المجلة القضائية، ع01، 2006، ص 455، انظر باديس ديابي،مرجع سابق، ص 62

(3). لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 01، ط02، دار هومة، 2006، ص 519

(4). قرار المحكمة العليا رقم 59784، الصادر بتاريخ 1990/04/16، المجلة القضائية، 1991، ع 04 ، انظر باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، تعويض،نفقة، حضانة، متاع، دار الهدى،الجزائر، 2008، ص92.

(5). قرار المحكمة العليا رقم 581700، الصادر بتاريخ 2010/11/11، المجلة القضائية، ع 01، 2011، ص 252 .

2/ مدة الزيارة: لم يحدد المشرع الزمن الذي تستغرقه الحضانة أي ساعة واحدة أو عدة ساعات وكذا عدد الأيام وترك المشرع للقاضي ولقد جرت العادة على أن يحكم القاضي لحق الزيارة في أيام العطل الأسبوعية وكذا الأعياد الدينية والوطنية وكذا في أيام العطل المدرسية إن كان المحضون متمدرسا، أما زمن الزيارة فهو من التاسعة صباحا لغاية الرابعة مساءا.[1]

بالرجوع للمادة 64 ق.أ.ج التي تنص على:"على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "، نستشف بوضوح أنه يقدم عدة نقاط قانونية تترأسها فكرة تجمعها تتمثل في أن القاضي الجزائري له حرية التصرف جد واسعة في مجال الزيارة، ذلك أنه في حكم واحد يقضي بإسناد الحضانة للذي يكون أهلا بها، ويمنح للطرف الآخر حق زيارة المحضون وذلك من تلقاء نفسه وإلا عرض حكمه لالتماس إعادة النظر.[2]

تتكفل المحكمة بمهمة تنظيم حق الزيارة والغرض الأساسي والوحيد هو ليس تقييد حرية الأشخاص وإنما تسهيل ممارسة الزيارة، وإذا اتفق الحاضن وصاحب حق الزيارة على مكان الزيارة ووقتها فإنه ما على القاضي إلا المصادقة على هذا الاتفاق مادام يخدم المحضون أما إذا كان المكان يضر بالطفل فلا يعتد بهذا الاتفاق .

إذا تولى القاضي تحديد مكان و زمان الزيارة فإنه ينبغي عليه أن يحترم الشروط التالية:

- أن يكون المكان محدد من الأماكن التي تشيع فيها الطمأنينة في نفس المحضون، أي أن يكون المكان يتسم بالهدوء والأمان.
- أن يكون في المكان المحدد قضائيا .
- أن تكون الزيارة قدر الإمكان في نهاية الأسبوع وفي أيام العطل، ذلك تقديرا لأعمال الناس
- سواء كان الحاضن أو من له الحق في الزيارة، وينبغي أن يراعي أن لا يكون في وقت الزيارة حيث قضت محكمة تلمسان في احد أحكامها: " يبقى للأم حق الزيارة كل يوم خميس وجمعة وفي الأعياد الوطنية والدينية ابتداء من الساعة 9 صباحا إلى غاية 6 مساءا.[3]

نستخلص مما سبق أن المشرع الجزائري لم يحدد مفهوم الزيارة ولا شروطها ولا حتى الحالات التي تسقط فيها، كما أنه لم يحدد الأشخاص الذين لهم طلب زيارة المحضون.

(1) . لحسين الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص519

(2) . زكية حميدو، مرجع سابق ، ص196.

(3). قرار المحكمة العليا رقم 2798/98، الصادر بتاريخ 1999/03/13، غير منشور، انظر زكية حميدو، مرجع سابق، ص 201.

الفرع الثالث: الزيارة المؤقتة

لقد استقر القضاء على إعطاء حق الزيارة عن طريق القضاء الإستعجالي بصفة مؤقتة إلى أحد الولدين الذي لا يحضن الولد وهذا راجع إلى تعسف أحدهما في استعمال حق الحضانة ومنعه للطرف الآخر من رؤية أبناءه خاصة أن قضايا الموضوع المتعلقة بالزواج والطلاق كثيرة، وعادة ما تطول إجراءاتها وتستغرق فترة طويلة الأمر الذي يحول معه دون رؤية الأبناء.

كان يفصل في قضايا الزيارة المؤقتة قاضي الاستعجال في و ذلك بناءا على طلب زيارة مؤقتة يرجع أمامه بمقتضى عريضة افتتاحية وفق المادة 13 ق.إ.م.إ

فبعد تأكد القاضي من صحة الإدعاءات واستنباط عنصر الاستعجال من وقائع القضية فإنه يصدر أمرا إستعجاليا بحق الزيارة المؤقتة إلى حين الفصل في أصل النزاع باعتبار أمر الزيارة ليس أمر ولائي وإنما هو أمر قضائي يدخل في اختصاص رئيس المحكمة لكن بالرجوع إلى المادة 57 مكرر ق.أ.ج، فإن الزيارة المؤقتة يفصل فيها قاضي شؤون الأسرة حيث يصدر أمر على عريضة بناء على طلب المدعي طالب الزيارة المؤقتة، فحق الزيارة حق يتمتع به الوالدين أمّا بعد التعديل أصبح من حق أي من مستحقي الحضانة أن يتقدموا أمام قاضي الأحوال الشخصية لطلب حق الزيارة [1]

(1). أحمد شامي، مرجع سابق، ص 284.

المطلب الثاني: مكان ممارسة الحضانة

إن الدساتير تعترف بحرية التنقل، غير أن هذه الحرية ليست مطلقة في شيء من باب الحضانة فهي تنخفض أمام حقوق أخرى تحظى بحماية أوفر منها، لهذا فإن تغيير الحاضنة لموطنها و انتقالها بالمحضون يمكن أن يفتح الباب لتخل القاضي، واجبه إسقاط الحضانة عن الحاضنة بسبب استحالة ممارسة الأب أو الولي حقه في الرقابة.

إن قانون الأسرة الجزائري عالج الموضوع بتفرقة ضمنية غير صريحة بين حالتين:

الحالة الأولى: هي ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني.

الحالة الثانية: هي ممارستها خارج التراب الوطني.

وقد تظم الحالة الثانية: المادة 69 و ترك الحالة الأولى إذ لم يتضمن هذا القانون أحكامها.

وهذا السكوت يدعونا إلى تأويلين: الأول هو أن المشرع بسكوته قد ترك أمر حلها للقضاء ومن ثم فقد منح له الحرية الكاملة في تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة واتخاذ ما يراه مناسب أما الثاني يعتبر أن المسألة مفروغ منها لا تتطلب إسقاط الحضانة عن صاحبها ما دامت تمارس داخل القطر الجزائري إلا أن هذه الفرضية لم يأخذ بها القضاء.

سنتعرض لهذه الحالات في هذا المطلب.

الفرع الأول: ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني

إن المقصود بعدم الانتقال بالمحضون: هو عدم الابتعاد عن وليه سواء داخل الوطن أو خارجه حتى يتمكن هذا الأخير من رؤيته

موقف الفقهاء: للفقه الإسلامي عدة آراء في مسألة انتقال المحضون وأعطى للمسالة افتراضات وصورا وقيدها بشروط.

فالفقه المالكي رأى أن الحضانة تسقط بسفر الحاضنة نقلة وانقطاع إلى مكان بعيد والذي قدره بستة برود.فأكثر وهو حوالي 132 كم [1]

أما الحنفية فقد فرقوا بين الحاضنة الأم وغير الأم، فإذا سافرت الحاضنة الأم إلى بلد بعيد لا يستطيع فيه الأب زيارة ولده في نهار يرجع فيه إلى بيته ويبيت فيه سقطت الحضانة عنها وأما غير الأم فسقط حضانتها لمجرد الانتقال.

(1) . عبد القادر حرز الله ، احكام الزواج و الطلاق ،ط1، دار الخلدونية د .ب.ن ،2007 ، ص 360 .

أمّا الفقه الحنبلي يرى بأن السفر لبلد بعيد مقدرا مسافة القصر فأكثر تسقط حق الحضانة عن الحاضنة.[1]

موقف قانون الأسرة:

لم ينص قانون أ.ج صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه الحضانة لكن المشرع الجزائري مع فكرة عدم الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي و جعلها من مسقطات الحضانة إذا حكم القاضي بذلك.

هذا يستشف من خلال المادة 69 قانون الأسرة و التي أكدت على: "إن أراد الشخص الموكول له حق الحضانة إن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون" يلاحظ من هذا النص أن المشرع لم يحدد مسافة بعد البلاد. كما أن المشرع الجزائري أو حتى برغبته في ممارسة الحاضن لحضانة المحضون في بلد يقيم فيه أهله حتى لا ينقطع عنهم لا سيما أبيه وأمه.

لقد سارت المحكمة العليا في نفس المسار عندها حيث جاء في أحد قراراتها " من المستقر فقها وقضاءا أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود.[2]

(1) . وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر ،1985، ص ص 730 ،731.

(2). قرار المحكمة العليا رقم 2798/98، الصادر بتاريخ 1999/03/13، ، غير منشور، انظر زكية حميدو، مرجع سابق، ص 201

الفرع الثاني:انتقال الحاضنة بالمحضون خارج التراب الوطني

عالج المشرع الجزائري هذه المسألة في المادة 69 ق.أ.ج فالمشرع من خلال هذه المادة أوحى برغبته في ممارسة الحاضن لحضانة المحضون في بلد يقيم فيه أهله حتى لا ينقطع عنهم لا سيما أبيه أو أمه[1]، ومصلحة المحضون تقضي بتعليق انتقال الوالد إلى بلد أجنبي على إذن القاضي ومن ثم تحويل الأب أو الولي حق التمتع بمنح مثل هذه الرخصة ولقد ساوت هذه المادة بين الرجال والنساء من أصحاب الحضانة فكلاهما يخضع لرقابة القاضي لأن الأمر يتعلق بالتربية الدينية للطفل خشية تأثر بدين البلد خاضع للرقابة الأبوية ، إلا أن المشرع الجزائري بقوله " بلد أجنبي " هل قصد بها المشرع كل بلد غير الجزائر يستوي في ذلك أن يكون مسلما أو غير مسلم لأن البلد المسلم غير الجزائر هو بلد أجنبي طبق للتقسيم الدولي.[2]

إن المادة 69 أكدت على أهداف المادة 62 ق.أ التي تحرص على تربية الطفل على دين أبيه فبعد المسافة بين إقامة الأب والحاضنة لا يمكن الأب من القيام بمسؤوليته خاصة وأن الحاضنة تقيم في بلد أجنبي، مما يفقد الأب حق الزيارة والمراقبة وهذا ما يؤدي إلى حرمانه من العطف والحنان على الأبناء المحضونين.[3]

مما سبق يتبين أن مسألة الانتقال بالمحضون يحكمها مبدآن اثنين:

المبدأ الأوّل: يقضي بأنّ ممارسة الحضانة تكون بالجزائر بالتالي فإنّ كان أحد الأبوين يقطن بالجزائر والأخر ببلد أجنبي، أسندت الحضانة لمن يقطن بالجزائر وسقطت عمّن يسكن في بلد أجنبي ويمنع انتقاله إلى البلد الأجنبي ولو كانت المسافة بينه وبين الجزائر أقل من ستة برود غير أن مبدأ ممارسة الحضانة بالجزائر له استثناء وهو إذا كان الوالدان يقيمان معا في بلد أجنبي فيمكن ممارسة الحضانة بهذا البلد تحقيقا لمصلحة المحضون التي تقضي أن يكون قريبا من والديه معا[4].

(1). باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 93 .

(2). زكية حميدو، مرجع سابق، ص 569.

(3). قرار المحكمة العليا رقم 273526، الصادر بتاريخ 2001/15/26، المجلة القضائية، ع 1، 2004، ص 264.

(4). زكية غناي، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مذكرة لنيل درجة دكتوراه، القانون الخاص، جامعة الحقوق الجزائر،2011، ص 228.

هذا ما أكده القضاء حيث جاء في أحد القرارات في قضية ب س ضدّ ب ك:"لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي."[1]

أما المبدأ الثاني: فهو عدم انتقال من أسندت له الحضانة بالمحضون إلى مكان أخر يبعد عن محل صاحب حق الزيارة بمسافة تساوي 6 برود أي 132 كلم سواء كان البلد المنتقل إليه داخل الجزائر أو خارجها.

خلاصة القول أنه يشترط في الحاضن أن يكون مقيما في الجزائر إلا إذا كان والدا المحضون يقيمان معا في بلد أجنبي كما يشترط في الحاضن أن لا ينتقل بالمحضون إلى محل يبعد عن محل صاحب حق الزيارة 6 برود فأكثر.

لهذا نرى أن المشرع في المادة 69ق.ا.ج قد جعل للقاضي سلطة تقديرية في إثبات حق الحضانة أو إسقاطها في هذا المجال حسب مصلحة المحضون و ذلك حتى يراعي كل الأمور السابقة من مسافة الانتقال وغيرها[2]. مع تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة في حالة سكن الوالدين معا في بلد أجنبي[3]

(1) قرار المحكمة العليا رقم 282033، الصادر بتاريخ 2002/05/8، المجلة القضائية، ع2، 2004، ص 363 .

(2). زكية غناي ، مرجع سابق، ص 228.

(3). قرار المحكمة العليا رقم 56597 ، الصادر بتاريخ 1998/12/25 ، انظر، محمد لمين ، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، ط 2، دار هومة ، الجزائر، 2012، ص 90 .

خـــاتمـــــة

إن إسكان الزوجة لا يقتصر على الحال الذي تكون فيه العشرة الزوجية قائمة بين الزوجين فحسب، إذ يمتد قانون إلى ما بعد انقضاء تلك العشرة بالطلاق وإسناد حضانة الأولاد إلى أمهم،لقد تضمن قانون الأسرة الجزائري في صياغته الأولى موضوع مسكن الحضانة في المادتين 52 و72 قبل التعديل، ونظرا للمشاكل المترتبة عن المادتين والقضايا التي واجهها القضاء، وعملا بمصلحة المحضون والحاضنة تدخل المشرع وعدل المادتين 52 و72 من قانون أ.ج حيث منح بمقتضى هذا التعديل حق السكن للحاضنة في حالة الطلاق بموجب المادة 72 غير أنها لم تسلم من النقد فقد فتح المشرع الجزائري بابا لعدة مشاكل كنا ننتظر من التعديل أن يعالجها فإذا به يزيدها تعقيدا ويبين هذه المشاكل فيما يلي:

*أعطى المشرع للمطلقة بموجب الفقرة الثانية من المادة 72 حق في البقاء في مسكن المطلق وجعل هذه القاعدة عامة لجميع المطلقات كما أن استعمال مصطلح بيت الزوجية ليس في محله بل الأصح " بيت المطلق " لأنها صفة لشخصين مرتبطين بعقد النكاح كان الأجدر ذكر عبارة بيت والد المحضون " لأن هذه المادة تعالج مسألة الحضانة، كما أغفلت المادة الحالة التي يكون فيها للحاضنة سكن وهنا لا يتوجب على الأب المحضون إسكانها وإجبار الزوج المطلق على إسكانها مع قدرتها على سكن فيه مضرة له.

*المشرع الجزائري لم يكن موفقا في هذه الفقرة عندما نص عل إبقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن ذلك لعدة اعتبارات وهي:

- في معنى الفقرة قزّم المشرع الحاضنة في الأم المطلقة رغم علمنا بأن الحاضنة قد تكون امرأة أخرى غير أم المحضون فاستعمال لفظ الحاضنة على المطلقة دون غيرها من النساء غير دقيق.
- لم يوضح المشرع الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية رغم أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري طلاق بائن أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها لمجرد النطق بحكم الطلاق، فكيف لأجنبية أن تقيم ببيت صار أجنبيا عنها في الوقت الذي لم يلتزم المشرع المطلق بمغادرة البيت وقت وجود المطلقة.

- يأخذ على المشرع أنه بتقريره لبقاء الحاضنة في مسكن الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن في الفقرة الثانية من المادة 72 ق.أ.ج يكون قد تناقض مع نفسه لأن التعديل كان من المفروض أن يمس حتى المادة 61 من ذات القانون، إذ أن هذه الأخيرة تنص على أن الزوجة المطلقة لا تخرج من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها بمفهوم المخالفة أنه ينبغي عليها ان تغادر السكن بمجرد انقضاء عدتها حتى ولو كانت حاضنة .
- لم يضع المشرع أجلا لانقضاء حق الحاضنة في البقاء في مسكن المطلق ولا لرجوع هذا الأخير إليه بل قال : " إلى أن ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن " وقد يتعذر عليه ذلك إلى أن تنتهي مدة الحضانة وتطول مدة بحثه عن مأوى له وهذا تعنت في حق الزوج من أجل إسكان الحاضنة .
- اشترط المشرع في المادة 72 أن يكون السكن ملائما للحاضنة وهذه الصياغة المعيبة في جعل المشرع الحق في السكن قاصرا على ملائمته مع الحاضنة بدلا من أن يشترط أن يكون السكن ملائما لممارسة الحضانة، لأنها لا تحصل على ذلك الحق إلا إذا كانت حاضنة وهو حق مقرر أصلا للمحضون .

كما أن مبدأ رعاية مصلحة المحضون المادية يلزم القاضي عند تقديره لتلك المصلحة أن ينظر إلى سعة المنزل الذي يسكن فيه المحضون وموقعه، فمكان الحضانة ينبغي أن يخضع للشروط الضرورية التي تساعد على التكوين المنسجم للمحضون

نقول في الأخير أن المشرع الجزائري أولى اهتماما كبيرا للأم الحاضنة وحرص على حماية حقها في المسكن لكي تتمكن من ممارسة مهمة الحضانة، على الرغم من الانتقادات الموجهة له

قائمـــة المصادر والمراجع

I. المصـــادر

القرآن الكريم، رواية حفص ابن عاصم ، ط1، دار ابن الجوزي، الأزهر، 1430/2009

II. المراجع

1/ الكتب

1. أحمـــد بخيـــت الغزالي،أحكـــام الأســـرة للفقـــه الإســـلامي، ط1، دار الفكـــر الجامعي،الإسكندرية، 2009
2. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات،(دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د. س.ن .
3. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، (الطلاق،الخلع، حقوق الأولاد، نفقات الأقـــارب)، وفقـــا لأحـــدث التشـــريعات القانونيـــة، دار الجامعـــة الجديـــدة للنشر ،الإسكندرية،2004 .
4. أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، مصر،2004
5. العربـــي بلحـــاج ، الـــوجيز فـــي شـــرح قـــانون الأســـرة الجزائـــري،(الـــزواج والطلاق)،ج1،ط،4 ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر 2005
6. باديس ديابي ،أثار فك الرابطة الزوجية،(تعويض – نفقة –عدة –حضانة–متاع) دار الهدى الجزائر ،2008.

_____ قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، عين مليلة،الجزائر، د.س.ن .

7. بـــدران أبـــو العينـــين بـــدران، الفقـــه المقـــارن للأحـــوال الشخصـــية، (الـــزواج والطلاق)،ج1،دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د.س.ن .

8. رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، ط1،دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

9. رمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي 2002.

10. سائح شنقوقة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية،ج1، دار الهدى الجزائر،2011.

11. عامر عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا ط1، دار الفكر ، د.ب.ن ، 1984

12. عبد الرحمان باربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ط 2، منشورات بغدادي ،الجزائر، 2009 .

13. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، الإثبات، آثار الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،2000

14. عبد العزيز سعد، قانون الآسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، د.س.ن.

15. عبد القادر حرز الله، أحكام الزواج والطلاق، ط01، دار الخلدونية الجزائر،2007.

16. عبد الله مسعودي ،الوجيز في قانون إ.م.إ ، ط 2، دار هومة، الجزائر،2010 .

17. فضيل لعيش، قانون الاسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008 .

18. كمال صالح البناء، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر 1997.

19. لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 01،الطبعة 02 ، دار هومة، 2006.

20. مبروك المصري، الطلاق وأثاره قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر،2010.

21. محمد ابراهمي ،القضاء المستعجل، الجزء الثاني، ديوان مطبوعات الجامعية د.ب.ن، 2006

22. محمد بلتاجي، دراسات في أحوال الشخصية ،(بحوث فقهية مؤصلة)، دار السلام للطباعة والنشر، مصر، 2006.

23. محمد شتا، الحضانة و الرؤية في ضوء القانون رقم 44 سنة 2005، ط2 المجد للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2008.

24. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، ط1، مكتبة القاهرة الحديثة للطبع والنشر، القاهرة، 1974

25. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للتوزيع والنشر، القاهرة ، 1996

26. محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2010 .

27. محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، د.س.ن .

28. محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2012.

29. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر،2006

30. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط 2، دار الفكر، د.ب.ن ،1985.

III. الرسائل والمذكرات:

1) رسائل الدكتوراه

1. عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، 2000

2. زكية حميدو، مسألة المحضون في القوانين المغاربية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005

3. زكية غناي، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحقوق، الجزائر،2011.

2) المذكرات

1. أسماء عيسيو، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء مذكرة نهاية التكوين، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 12، الجزائر2004

2. أم الخير بوقرة، مسكن الزوجية، رسالة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤوليات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002

3. دلال قندوري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها القانونية على ضوء الأمر 05-02، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 18، الجزائر

4. عزيزة حسيني، الحضانة في ظل قانون الأسرة، الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي رسالة لنيل شهادة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، الجزائر، 2000،.

5. عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد، رسالة لنيل شهادة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2011.

6. مليكة قبزيلي، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، رسالة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الحقوق والعلوم الإسلامية الجزائر، 2003

7. نبيلة تركماني،أسباب الطلاق وأثاره القانونية والاجتماعية، رسالة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001

IV. المقالات:

1. الطيب لوح، "إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيق الحماية الجزائية لبعض مبادئه"، المجلس الإسلامي الأعلى، عدد3 الجزائر، 2000، ص ص، 155، 158

2. محمد الواصل، المحررات والأحكام المدنية التنفيذية (أنواعها – إشكالاتها – الاتفاقيات المتعلقة بها)"، مجلة جامعة دمشق، المجلد الثامن عشر، العدد الأول، سوريا، 2002 ص ص، 07 ،10"

3. هجيرة دنوني، "النظام المالي للزوجين"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية،عدد01 الجزائر، 1994، ص ص261،266

V. النصوص القانونية :

1. قانون رقم 84 /11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 ،المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية العدد 15،الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005 .

2. قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد21،الصادرة بتاريخ 2008/04/23 .

3. أمر رقم 156/66 ،الصادر بتاريخ 8 يونيو 1966،المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم .

VI. القرارات القضائية

1. قرار المحكمة العليا رقم221117، الصادرة بتاريخ1982/05/19،المجلة القضائية العدد الأول، 1989 ص 238

2. قرار المحكمة العليا رقم 43594 ،الصادر بتاريخ 1986/10/22، نشرة القضاة، العدد 44 ،ص 123
3. قرار المحكمة العليا رقم 59784، الصادر بتاريخ 1990/04/16،المجلة القضائية، 1991، العدد 04
4. قرار المحكمة العليا رقم 81192، الصادر بتاريخ 1990/12/23،المجلة القضائية، العدد1، 1996، ص 85
5. قرار المحكمة العليا رقم15086 ،الصادرة بتاريخ 25 /02/ 74، 1998 ،المجلة القضائية، 1998 ،العدد الأول، ص74.

6. قرار المحكمة العليا رقم 273526 ،الصادر بتاريخ 2001/15/26،المجلة القضائية، العدد1، 2004، ص 264.
7. قرار المحكمة العليا رقم 282033، الصادربتاريخ2002/05/8، المجلة القضائية، العدد2، 2004، ص 363.

8. قرار المحكمة العليا رقم 288072، الصادر بتاريخ 2002/07/31، المجلة القضائية، العدد1، 2004، ص 285
9. قرار المحكمة العليا رقم 339617، الصادر بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة العدد 63، ص 343
10. قرار المحكمة العليا رقم 350942، الصادر بتاريخ 2006/01/4، المجلة القضائية، العدد1، 2006، ص 455

11. قرار الحكمة العليا رقم 384529، الصادربتاريخ2007/04/11،المجلة القضائية العدد 2، 2008، ص 291

12. قرار المحكمة العليا رقم 581222، الصادر بتاريخ 2010/10/14 المجلة القضائية، العدد 01،2011، ص 250
13. قرار المحكمة العليا رقم 581700، الصادر بتاريخ 2010/11/11 المجلة القضائية، العدد1 ، 2011، ص 252 .
14. قرار المحكمة العليا رقم 5998، الصادر بتاريخ 2011/02/10،المجلة القضائية، العدد 1، 2012، ص ص 283،28
15. قرار المحكمة العليا رقم 622754، الصادر بتاريخ2011/05/01 المجلة القضائية، العدد1، 2012، ص 304.

شكر وتقدير	02
إهداء	03
قائمة المختصرات	05
المقدمة	06
الفصل الأول: حق الحاضنة في مسكن الحضانة	09
المبحث الأول: أساس حق الحاضنة في مسكن الحضانة	10
المطلب الأول: الطبيعة القانونية لحق الحاضنة في مسكن الحضانة	10
الفرع الأول: تكييف الحق في الحضانة	10
أولا: التكييف الفقهي	10
ثانيا:التكييف القانوني	14
الفرع الثاني: طبيعة حق الحاضنة في السكن	15
أولا: حكم تمتع الحاضنة بمسكن الحضانة في الفقه الإسلامي	16
ثانيا: حكم تمتع الحاضنة بمسكن الحضانة في التشريع الجزائري	17
المطلب الثاني: خصائص حق الحاضنة في مسكن الحضانة	21
الفرع الأول: حق السكن هو حق نسبي	21
الفرع الثاني: حق السكن هو حق مؤقت	22
الفرع الثالث: حق السكن هو حق شخصي	24
المطلب الثالث: سقوط حق الحاضنة في السكن	25
الفرع الأول: عدم قيام الحاضنة بواجب الحضانة	25
الفرع الثاني: زواج الحاضنة	26
الفرع الثالث: ثبوت انحراف الحاضنة	26
المبحث الثاني: مفهوم مسكن الحضانة	27
المطلب الأول: تعريف مسكن الحضانة	27
الفرع الأول: المقصود بمسكن الحضانة	27
أولا : التعريف اللغوي للمسكن	27

ثانيا : التعريف الإصطلاحي للمسكن	28
الفرع الثاني: المواصفات الشرعية لمسكن الحضانة	30
الفرع الثالث: شروط تمتع الحاضنة بمسكن الحضانة	31
أولا: صدور الحكم القاضي بالحضانة	31
ثانيا: أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون	32
ثالثا: أن يكون للأب مسكن ملائم	33
المطلب الثاني : ضمانات توفير مسكن الحضانة	33
الفرع الأول: التزام الأب بدفع بدل الإيجار	33
الفرع الثاني: بقاء الحاضنة بمسكن الزوجية	35
الفصل الثاني طرق ممارسة حق الحضانة في مسكن الحضانة	37
المبحث الأول دعوى حق الحاضنة في مسكن الحضانة	38
المطلب الأول: إجراءات التقاضي	39
الفرع الأول: إجراءات رفع الدعوى	39
الفرع الثاني: أنواع الدعاوى المتعلقة بحق الحاضنة في السكن	50
المطلب الثاني السلطة التقديرية للقاضي في الدعوى والإشكالات المثارة في التنفيذ	54
الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الدعوى	54
الفرع الثاني الإشكال في مسكن الحضانة	58
المبحث الثاني: دور القاضي في حماية المحضون	61
المطلب الأول مفهوم حق الزيارة	61
الفرع الأولتعريف حق الزيارة	61
الفرع الثاني: مكان و مدة الزيارة	63
الفرع الثالث: الزيارة المؤقتة	65
المطلب الثاني: مكان ممارسة الحضانة	66
الفرع الأول: ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني	66

الفرع الثاني: انتقال الحاضنة بالمحضون خارج التراب الوطني	68
خاتمة	70
قائمة المراجع	72