

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

ميدان : الحقوق والعلوم السياسية
فرع الحقوق
تخصص : قانون أسرة
رقم :

إعداد الطالب:

نصيرة بصيص

يوم: 2020/09/28

حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

مشرفا	1. د أستاذ محاضر جامعة بسكرة	دبابش عبد الرؤوف
رئيسا	أ. محاضر جامعة بسكرة	مرزوقي عبد الحليم
ممتحنا	1. مساعد جامعة بسكرة	بلمهدي إبراهيم

السنة الجامعية : 2019 - 2020

شكر وتقدير

الحمد لله على من أنعم والشكر له على ما تفضل وتكرم،
أن ييسر لنا الطريق وذل الصعاب، لإتمام العمل نتوجه
بكثير الشكر ووافر الثناء وجزيل الإمتنان، وعظيم التقدير .
إلى أستاذنا الفاضل ومشرفنا الذي كان الناصح والموجه بصبر
واسع الأستاذ الكريم " دبابش عبد الرؤوف " .
كما أتوجه بالشكر إلى أعضاء اللجنة المناقشة على ما أمضوه
من وقت وما بذلوه من جهد لقراءة هذه المذكرة
إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد ولو بكلمة أو نصيحة

إِهْدَاء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:
من ربياني صغيرا وفتحاً لي أبواب العلم والمعرفة

أبي وأمي

إلى كل أفراد عائلتي

إخواني وأخواتي

إلى كل زملاء

إلى كل من أحب أهدي هذا العمل

مقدمة

مقدمة:

منذ أن وجد الإنسان على الأرض وهو يسعى إلى تطوير ذاته لقهر الطبيعة حتى يتمكن من العيش بأريحية وفي سعيه الحثيث كان لزاما عليه أن يجد بيئة تحتويه يسكن إليها لمواصلة مسيرته في تطويع الطبيعة وإيجاد الوسائل الكفيلة لإثبات الذات والعيش الكريم، ولأن سنة الحياة تقتضي التناسل والتكاثر من أجل الحفاظ على النسل فقد سعى الإنسان إلى تكوين أسرة التي هي اللبنة الأساسية التي يقوم عليها المجتمع والزواج هو أساس تكوين هذه الأسرة ، ومن بين أهداف الزواج تحقيق الراحة والاستقرار بين الزوجين لقوله تعالى: ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون ﴾ سورة الروم الآية 21 والزواج رباط مقدس فقد سمي بالميثاق الغليظ.

إلا انه قد يحدث وتتعرض العلاقة الزوجية في بعض الأحيان إلى أمور تجعلها مستحيلة لذلك فقد أباح الإسلام الطلاق واعتبره ابغض الحلال عند الله لما فيه من تمزيق للأسرة وهدم لأركانها، من بين أهم وابرز النتائج المترتبة عن الطلاق مشكلة تربية الأطفال الناتجين من هذا الزواج ورعاية شؤونهم وصيانة حقوقهم وهي ابرز المشاكل المترتبة عن فك الرابطة الزوجية، بحيث يحرم الطفل من رعاية وتوجيه الأب والأم له، وهو ما تضمنه له الحضانه .
وتعد الحضانه من اعقد المسائل لارتباطها بوضع الطفل، ولما تتطلب من مجهود كبير في تربية المحضون والسهر على مصالحه، كما ان ممارسة الحضانه يجب أن تكون تحت سقف بيت ينمو في دفئه المحضون تحت رعاية الحاضنة.
وبناء على ذلك ارتأينا تناول هذا الموضوع بالدراسة بعد أن اخترنا له عنوانا متمثلا في:
" حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري".

أهمية الموضوع:

إن موضوع حق المطلقة الحاضنة في المسكن من المواضيع الحيوية لما له من أهمية كبرى في حياتنا الاجتماعية، ولأن له علاقة مباشرة بالواقع المعاش، فهو موضوع كل أسرة وما ينشأ فيها من خلاف قد ينتهي بالطلاق خاصة في وقت أصبحت هذه الظاهرة متفشية بشكل كبير .

وتكمن أهمية مسكن الحضانه في تحقيق الاستقرار الأسري وخلق علاقات اجتماعية متينة إذا توافرت فيه الشروط الضرورية، كونه يتعلق بمصلحة الطفل المحضون الذي هو رجل أو

إمرأة المستقبل وتوفير العيش الكريم له أهمية كبيرة في تكوين شخصيته وإعداد إنسان ايجابي مفيد للمجتمع، ولأن عدم الاستقرار من شأنه أن يؤثر سلبا عليه مما يدفعه إلى الانحراف والضياع.

ويتبين أن البحث في موضوع حق المطلقة الحاضنة في المسكن بحث في الحماية القانونية التي أضافها المشرع الجزائري ومناقشة للآراء المختلفة حول إنصافه للمرأة الحاضنة والمحضون والموازنة بين البعد الديني ومواكبة تغير الأوضاع العالمية المستجدة، فالتساؤل الذي يطرح:

هل المشرع الجزائري من خلال الأحكام التي أقرها تمكن من حماية مصلحة المحضون؟
أسباب اختيار الموضوع :

تعود إلى أسباب ذاتية و أخرى موضوعية تتمثل في:

الأسباب الذاتية: يمكن تلخيصها في:

الميل الشخصي لمثل هذه المواضيع التي هي مثار الجدل في قانون الأسرة الجزائري ورغبة في الوقوف على الصعوبات التي تعترض المرأة في الحصول على مسكن للممارسة الحضانة فيه، والإشكالات التي يطرحها هذا الموضوع في الواقع المعاش، كما أن المرأة أقدر على فهم أحوال النساء، وبذلك تتمكن من معرفة أهم الجوانب التي يمكن أن تعالجها في بحثها محاولة بذلك الوصول إلى حلول لمشاكلهن.

الأسباب الموضوعية:

- موضوع مسكن الحضانة من المواضيع الحساسة لارتباطه الشديد بموضوع حقوق الطفل داخل الأسرة الذي هو ضحية الطلاق، خاصة وأن المشرع الجزائري ربط معظم أحكام الحضانة بمبدأ مصلحة المحضون، إلا أنه اكتفى بالنص عليها دون تحديد أحكامها، وترك تقدير هذه المصلحة لقاضي الموضوع.

- موضوع مسكن الحضانة له بعد تطبيقي يمس الواقع والمجتمع خاصة في ظل أزمة السكن في الجزائر.

- الصعوبات التي تواجه المرأة في تحصيل هذا الحق، خاصة عند غياب وسائل فعالة في توفيره.

الأهداف المرجوة من البحث:

نهدف من خلال دراستنا لهذا الموضوع إلى بيان مدى اهتمام وحرص المشرع الجزائري بحق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال نصوص قانون الأسرة، وما يتعلق به من أحكام أقرها بغية تحقيق عدالة أكبر.

وتبيان أهمية مسكن الحضانة التي يعتبر حق مقرر صراحة للمحضون بصفة أصلية وللحاضنة بالتبعية، و أبرز الثغرات القانونية والنقائص التي تحتاج إلى تكميل من طرف المشرع والوقوف على النصوص التي عالجت حق المطلقة الحاضنة في المسكن سواء في ظل قانون الأسرة (11/84) أو في تعديله بموجب الأمر (02/05) ومناقشة المواطن التي مسها تعديل قانون الأسرة، وتبيان الإشكالات التي تطرحها وإلى أي مدى كان هذا التعديل مصيبا وذلك بتبيان مدى اهتمام المشرع الجزائري بسكن المحضون وسبب منح المطلقة الحاضنة الحق في السكن، سواء بوضع نصوص قانونية تنظم هذا الحق أو عن طريق تجريم الأفعال الماسة بهذا الحق.

إضافة إلى تبيان دور القضاء في منح السكن للحاضنة وما هي المعايير التي يعتمد عليها القاضي في ذلك، والإشكالات المثارة عند تنفيذ الأحكام القضائية. التطرق إلى الاجتهادات القضائية التي تناولت هذا الموضوع. وكذلك مدى تناسبها مع نصوص قانون الأسرة.

الدراسات السابقة:

نظرا لقلّة الدراسات القانونية المتخصصة في موضوع حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري ومن جملة الدراسات التي تحصلنا عليها والتي تصب في نفس سياق موضوع بحثنا ما يلي:

-بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2001.

- بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية كلية الحقوق بن عكنون.

- طعيبة عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود و المسؤولية، جامعة بن يوسف بن خدة.
- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد.

صعوبات البحث:

من أهم الصعوبات والعراقيل التي اعترضت طريقنا في الوصول إلى الهدف المنشود من إنجاز هذا البحث هي قلة المراجع الحديثة التي تناولت الموضوع ومنحه حيز وجيز في المراجع العامة. على الرغم من كثرة كتب الفقه الإسلامي وغزارة ما فيها من معلومات، خاصة وأن قانون الأسرة مستمدة من الشريعة الإسلامية، وكان من شأن ذلك أن ينعكس على إنجاز بحوث علمية رائدة في مجال الأحوال الشخصية، إلا أن الواقع يبين العكس تماما.

صدر قانون (01-15) المتعلق بصندوق النفقة، وماله من تأثير على موضوع بحثنا إلا أن نصوص هذا القانون تحتاج إلى تفصيل وتفعيل حتى يحقق صندوق النفقة الغاية التي أنشأ من أجلها.

التناقضات الموجودة بين قرارات المحكمة العليا في بعض المسائل المتعلقة بموضوع مسكن الحضانة.

المنهج المتبع:

بالنظر إلى عنوان الموضوع المتمثل في حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، ومن خلال الإشكالية المطروحة فقد اعتمدنا على المنهج التحليلي على اعتبار أنه المنهج العلمي المتبع في مثل هذه المواضيع وذلك لتحليل نصوص المواد القانونية التي اعتنت هذا الحق في ظل قانون الأسرة (11/84) أو تعديله (02/05)، وكذلك الرجوع إلى الاجتهادات القضائية محاولة تحليلها ومقارنتها بما جاء في النصوص القانونية.

بالإضافة إلى أن دراستنا لحق المطلقة الحاضنة في السكن تجعلنا نمر على آراء الفقهاء لاستنتاج وجهة المشرع الجزائري في معالجته لهذا الحق.

الخطة الإجمالية للبحث:

للإجابة على إشكالية البحث وتحقيق الغاية المرجوة من ورائه، قسمنا الموضوع إلى فصلين كما يلي:

-عنوان الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لحق المطلقة الحاضنة في المسكن، قسمناه وفق ثلاث (03) مباحث تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم الحضانة، وفي المبحث الثاني إلى مفهوم مسكن الحضانة، أما في المبحث الثالث الآليات القانونية لحماية حق المطلقة الحاضنة في المسكن.

- أما الفصل الثاني اخترنا له عنوان الحماية القضائية المقررة لحماية حق المحضون في السكن، قسمناه إلى مبحثين تطرقنا في المبحث الأول إلى الضمانات القضائية لحق المطلقة الحاضنة في السكن، أما في المبحث الثاني تطرقنا إلى التطبيقات القضائية لحماية مصلحة المحضون.

وفي الأخير أنهينا دراستنا بخاتمة عرضنا فيها مجمل النتائج المتوصل إليها وكذا بعض الاقتراحات التي ارتأينا نكرها، ثم ملخص إجمالي وجيز للبحث.

الفصل الأول :

الإطار المفاهيمي لحق المطلقة الحاضنة في المسكن

تمهيد

من الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية الحضانة وهي من أهم الآثار لأنها تتعلق بمصير الأطفال الناتجين عن رابطة الزواج وذلك لكونهم بهذه المرحلة من العمر بحاجة إلى رعاية الاهتمام انه لابد من توفر شروط في الحاضن سواء كان رجل أو امرأة ، إلا أنه غالباً ما تسند الحضانة إلى المرأة كونها أشفق واحن على المحضون.

كما أن حرمة الشخص عموماً والطفل خصوصاً تقتضي أن يكون آمناً على نفسه وأسراره داخل مسكن يأويه ، لذلك يعتبر المسكن ضرورة أساسية من ضرورات العيش الكريم وعنصر جوهري من عناصر الحياة، لذلك وجب تعريفه وإعطاءه مواصفاته، إضافة إلى التطرق للآليات القانونية لحماية حق المطلقة الحاضنة في السكن .

المبحث الأول : مفهوم الحضانة

من النتائج المترتبة عن فك الرابطة الزوجية مسألة القيام برعاية شؤون الطفل وحمايته من التشرذم والضياع وتوفير الظروف المناسبة لإبعاده عن عوامل الانحراف والانحلال، إذ لا ينبغي أن يتحمل الطفل تبعات النزاع بين والديه، لذلك فقد اهتم التشريع الإسلامي وكذلك المشرع الجزائري بمسألة حضانة الطفل.

وعليه سوف نتناول في هذا المبحث تعريف الحضانة (المطلب الأول)، ثم نبرز أهم الأحكام المتعلقة والمنظمة لها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الحضانة

يثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات وهي الولاية على النفس والولاية على المال، إذا كان له مال وولاية التربية أو بما يسمى بالحضانة وهو ما يهمننا في موضوعنا، لأنه من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج وضع الطفل المحضون عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونهم والسهر على مصالحهم.

ولدراسة هذه المسألة نتناول تعريف الحضانة لغة وفقه وقانونا.

الفرع الأول : تعريف الحضانة لغة

بفتح الحاء وكسرهما، مأخوذة من الحضن والجنب، وضم الولد إلى الصدر.¹
ويقال حضن الصغير حضنا وحضانة، جعله في حضنه، والحضن هو ما دون الإبط واحتضنت الشيء: جعلته في حضني.²
والحاضن والحاضنة هما اللذان يربيان الولد³، والكلمة مأخوذة من حضن الطائر بيضه إلى نفسه، أي جعله تحت جناحه.⁴

¹ ابن منظور: لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، 1990، ج 2، ص 910.

² احمد بن محمد الفيومي: المصباح المنير، ج1، المكتبة العلمية، بيروت، ص140

³ الخليل بن احمد الفراهيدي: كتاب العين، دار ومكتبة الهلال، ج3، ص105.

⁴ قاسم بن عبد الله القونوي: أنيس الفقهاء، دار الوفاء، جدة، ط1، 1406، ص 167.

الفرع الثاني: تعريف الحضانة فقها:

عرفها المالكية بأنها: "حفظ الولد في بيته وزهابه ومجيئه والقيام بمصالحه، أي في طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه."¹

أما الحنابلة فعرفوها بأنها: "كفالة الطفل وحفظه من الهلاك، والإنفاق عليه وإن جاؤه من المهالك."²

كما عرفها الشافعية: "تربية الصغير بما يصلحه وذلك بتعهده في طعامه وشرابه، وبقية عما يضره ولو كان كبيرا مجنوناً."³

وقد عرفها الحنفية بقولهم: "تربية الولد لمن له حق الحضانة."⁴

الفرع الثالث: تعريف الحضانة قانوناً:

جاء في المادة (01/62) من قانون الأسرة: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا."⁵

ويلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري حرص على إبراز مهمة واجبات الحاضن نحو محضونه.

ويعلق الأستاذ عبد العزيز سعد على التعريف: "بأن تعريف قانون الأسرة على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف."⁶

¹ - نقلا عن نبيل صقر، نسا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص246، الشرح الكبير "للردير" وحاشية الدسوقي"، ج2، ص526 .

² - محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص26 .

³ - محمد عليوي ناصر، المرجع نفسه، ص25 .

⁴ - رشدي شحاته أبو زيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية ط1، 2011، مصر، ص17 .

⁵ - الأمر رقم (02/05) المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الصادر في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، رقم 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005، ص22 .

⁶ - وهذا مقارنة بتعريف المشرعين التونسي والمغربي للحضانة، حيث جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ط2، المطبعة الرسمية، تونس، (1982)، الفصل 54، ص16: "الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته . وفي مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ط2، مطبعة الأمنية، الرباط، (1962)، الفصل 97، ص30: "الحضانة حفظ الولد مما قد تضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه."

الفرع الرابع: دليل مشروعية الحضانة: الأصل في ثبوت الحضانة من الكتاب والسنة والإجماع .

أولاً: من القرآن الكريم :

قوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بوالدها ولا مولود له بولده...﴾¹ ووجه الدلالة من الآية أن الله سبحانه وتعالى طالب الأمهات بإرضاع أولادهن والحضانة من لوازم الرضاع. فدللت الآية على مشروعية الحضانة لتوافر الرحمة والشفقة. وانتزاع الولد الصغير منها إضراراً به وبها، فإذا كانت الأم هي التي تقوم بإرضاعه وهو في حضانتها فلا إشكال في هذا ما إذا كان الإرضاع لغيرها فإنه ينبغي ألا يضع حق الأم الحاضنة أولاً يتأثر بذلك.²

ثانياً: من السنة النبوية:

جاء في الحديث (أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري حواء وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تتكحي).³

ثالثاً: الإجماع:

فقد قال ابن رشد: "وأما الإجماع فلا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار، لأن الإنسان خلق ضعيفاً، مفتقر إلى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه، ويستغني بذاته".⁴

¹ - سورة البقرة ، الآية 233.

² - رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت الحضانة في الفقه الإسلامي والأحوال الشخصية، ط01، دار الفكر العربي ، مصر 1999، ص 63.

³ - نقلا عن سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، شركة الأصالة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012، رواه مصنف عبد الرزاق، ج07، ص153.

⁴ - نقلا عن سليمان ولد خسال ، المرجع نفسه ،ابن رشد الجد، المقدمات الممهدة - بهامش المدونة، دار الفكر، بيروت، ج2، ص 258 وما بعدها.

المطلب الثاني: شروط أحقية الأم المطلقة بالحضانة

إن الشريعة الإسلامية أعطت أولوية الحضانة للمرأة وأحق الناس بحضانة الصغير هي أمه وهذا للأدلة التي سبق ذكرها آنفاً، وذلك لأنها احن قلباً عليه وأكثر قدرة على تربيته واحتماله والجدير بالذكر إن حق الحضانة لا يثبت للام ولا لغيرها من الحواضن إلا إذا كانت أهلاً له والأهلية لا تتحقق إلا بتوفير جملة من الشروط :

وفيما يلي سنتطرق إلى الشروط في ظل ما ذهب إليه الفقه وما اقره المشرع الجزائري كالآتي:

الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة عند الفقهاء:

هناك شروط اتفق عليها الفقهاء وهناك من الشروط ما هو مختلف فيها وهو ما سنتطرق إليه في نقطتين:

أولاً/الشروط المتفق عليها في استحقاق الحضانة والتي تتمثل في:

- **العقل** : اتفق جمهور الفقهاء أن تكون الحاضنة متمتعة بكامل قواها العقلية فلا حضانة للصغير أو المجنون أو المعنوه لأنهم لا يستطيعون القيام بمصالحهم و تولى أمورهم، فلا يعقل أن يوكل إليهم تدبير شؤون غيرهم ، في حين أن مناط الحضانة تحقيق مصلحة المحضون بدفع الضرر عنه وجلب النفع له.¹

ونشير هنا إلى أن حضانة المضطرب نفسياً حكمها حكم حضانة المجنون.²

الأمانة على الأخلاق: اشترط جمهور الفقهاء أن تكون الحاضنة أمينة على تربية المحضون وعلى أخلاقه، وأدبه، وعليه فلا حضانة للمرأة الفاسقة عندهم، لكنهم اختلفوا في مدى ما يكون به الفسق مانعاً من الحضانة.³

• فعند الحنفية: الحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها في الحضانة، وإلا فهي أحق به إلى أن يعقل الولد فسق أمه فينزع منها.

¹ عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر 2008، ص 34.

² شهر الدين قالة، أحكام طلاق المضطرب نفسياً، مجلة المفكر، العدد 06، جامعة باتنة، الجزائر، ص 358.

³ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة، السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، ص 551.

- ووافقهم المالكية إلى حد كبير، حيث جاء عنهم: " لا حضانة لسكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام "، فالفسق الذي يمنع من الحضانة هو من تعود على اقتراف الفواحش، من شرب الخمر وارتكاب الزنا، وتكرر منه إلى حد الشهوة ، وهذا عادة يكون سببا في ضياع المحضون.¹
- كما ورد في أقوال فقهاء الشافعية مايلي: " لا حضانة لفاسق "، وتكفي العدالة الظاهر. ومعنى هذا أنه من لم يكن معروفا بالفسق ومشتهرا به لا يمنع من الحضانة.²
- أما الحنابلة فذهبوا إلى أن الفسق مانع من الحضانة مطلقا لان الفاسق غير موثوق به في أداء واجب الحضانة وإيفائه حقها.³

- **القدرة على الحضانة:** فلا تثبت الحضانة للعاجزة عن ذلك لمرض أو لتقدمها في السن أو لانشغالها بغيره، بأن كانت محترفة لا تقيم في البيت أكثر النهار والليل، لان هذا الحق لمصلحة الطفل وتربيته ورعايته وصونه، على أن قدرة المحترفة على الحضانة يترك أمرها لتقدير القضاء لأنها مسألة تقديرية.⁴

- **الخلو من زوج أجنبي عن المحضون:** فلا حق للمرأة المتروجة بأجنبي عن الصغير، أو كانت متروجة بقريب للصغير ولكنه غير محرم في الحضانة، وان كانت خالية من الأزواج أو متروجة بمحرم للصغير كعمه فلا يسقط حقها في الحضانة، لان الحكمة التي من اجلها جعل الشارع الزواج مانعا من الحضانة هي أن الزوج يمقت ولد زوجته من غيره، وهذا لا يتحقق إذا كان الزوج محرما للصغير لوجود القرابة الباعثة على الشفقة.⁵

ثانيا/ الشروط المختلف فيها لاستحقاق الحضانة:

نجد أهم هذه الشروط ما يلي:

¹- الدردير أبو البركات سيدي احمد، الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، ج2، مصر 1972، ص758.

²- محمد بن احمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997، ص 455.

³- ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمد، الغني على المختصر عمر بن الخرفي، مكتبة الرياض الحديثة، ج07.الرياض، ص 298.

⁴- الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، مصر، 1957، ص 406.

⁵- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر، ج3، الأردن، ص 272.

- الإسلام: لا خلاف بين الفقهاء في أن المرتد لا حضانة له سواء كان رجل أو امرأة لان الردة تبيح دم المرتد وهو محكوم عليه بالموت إن أصر على الردة بعد الاستتابة فلا ولاية له على غيره أما إن كانت المرأة كتابية ففي حقها في الحضانة رأيان:

الأول: للمالكية والحنفية: لا يشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لأن مدار الحضانة الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين، ولكن تمنع الأم الحاضنة من تغذية الصغير بالمحرمات كالخمر ولحم الخنزير، وتبقى هذه الحضانة إلى أن يبدأ الطفل يعقل ويفهم معنى الدين، عند ذلك تسحب الحضانة من الأم كي لا تلقن الصغير دينها كذلك تسحب الحضانة منها إن كانت تحاول أن تلقنه الدين ولو كان قبل أن يعقل الطفل الأديان.¹

ومن جملة ما احتجوا به ما يلي: ما روي عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان انه اسلم وأبت امرأته أن تسلم فانت النبي فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبهه . وقال رافع ابنتي، فقال له النبي -عليه الصلاة والسلام - : "اقد ناحية " وقال لها: "اقد ناحية" قال: "اقد الصبية بينهما، ثم قال: "ادعوها" فمالت الصبية إلى أمها ، فقال النبي عليه الصلاة والسلام : "اللهم أهداها" فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها .²

الثاني: الشافعية والحنابلة: ذهبوا إلى القول إن الإسلام شرط لثبوت الحضانة فليس للمطلقة الذمية إن تحضن ولدها المسلم إذ لا حضانة لكافر على مسلم.³

ومن جملة ما احتجوا بيه: أن الحضانة ولاية، فلا تثبت لكافر على مسلم كما هو الشأن في ولاية النكاح ولاية المال، لأن الله عز وجل لم يجعل للكافر ولاية على المسلم، كما أن ترك الطفل المسلم لدى أمه الذمية لتحضنه قد يلحق بيه ضرر كبيرا، حيث لا يؤمن أن تفتته عن دينه وتخرجه عن الإسلام.⁴

¹- ابن عبيد بن محمد أمين بن عمر أفندي، رد المحتار على الدر المختار، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي محمد معوض دار الكتب العلمية، ص253.

²- أبو داود سليمان الأشعث السجستاني الأردني سنن أبو داود، تحقيق محمد الدين عبد الحميد، كتاب الطلاق ، باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد، المكتبة العصرية، ج2، بيروت، 1997 ص 280 .

³- الخطيب الشربيني محمد بن احمد، مرجع سابق، ص 455.

⁴- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص 33.

الفرع الثاني : شروط استحقاق الحضانة عند المشرع الجزائري:

جاء في المادة: 62 الفقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".¹ يتبين من خلال هذه المادة أن المشرع جمع شروط الحضانة في عبارة واحدة وهي "أهلا للقيام بذلك" وأغفل ذكر الأوصاف المتعلقة بها، مما يستلزم الرجوع إلى الشروط التي ذكرها الفقهاء وهي: البلوغ، العقل، القدرة على صيانة الولد صحة وخلقا وغيرها من الشروط .

وهذا ما جاء في بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا :

- فيما يتعلق بالقدرة على الحاضنة نجد قرار: (أنه من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم، فإن القضاة بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لأحكام الفقه. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، فهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف باستنادهم حضانة الأولاد لها وهي على الحال حادوا على الصواب وخالفوا قواعد الفقهية).²

- وفيما يخص عدم الزواج بغير قريب بالنسبة للمحضون، نجد أن القرار ينص على أنه: (يسقط حق الأم لزواجها بغير قريب محرم).³

- وفيما يخص شرط الإسلام نجد قرار ينص على أنه (لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية حقها في الحضانة طالما لم تثبت ربتها عن الدين الإسلامي).⁴

وما نستنتجه أن القانون الجزائري لم يخالف الشريعة الإسلامية في مسألة شروط الحضانة.

¹ - الأمر (05-02) المتضمن قانون الأسرة ، ص 22.

² - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 33921، قرار بتاريخ: 1984/07/09، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 04، ص 76.

³ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 331058، قرار بتاريخ: 2005/05/18، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد 02 ، ص 383.

⁴ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم : 457038 ، قرار بتاريخ: 2008/09/10، المجلة القضائية لسنة 2008، العدد 02، ص 313 .

المطلب الثالث: أحكام الحضانة

الفرع الأول: طبيعة الحق في الحضانة

سنتناول في هذا الفرع طبيعة الحق في الحضانة فقه وقانونا .

أولاً: موقف الفقهاء من طبيعة الحق في الحضانة

1- القول الأول: الحضانة حق لله تعالى

هذا الرأي يرى أن الحضانة شرعت لحفظ النفوس وحفظ النفس من حقوق الله تعالى، فإن أراد الحاضن أن يسقطها فلا تسقط ولكنه يجبر عليها حينئذ ما لم يكن هناك عذر شرعي يحول دون الوفاء بها ونظراً لأن الحضانة ولاية شرعية مقدرة بحكم الشارع على جهة الإلزام فلا يجوز التحلل منها إلا بإذن الشارع كسلطة الحكم والقضاء .

2- القول الثاني: الحضانة حق للمحضون

ذهب بعض الفقهاء من الأحناف والمالكية إلى اعتبار الحضانة حق للمحضون. لقوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لم أراد أن يتم الرضاعة﴾¹. نص الآية ورد على سبيل الإخبار، إلا أنها يراد بها الأمر، ومن ثم فلا يصح إسقاط الحضانة للحاضنة لأنها حق للصغير والإنسان إنما يملك سلطة إسقاط حقه لا إسقاط حق غيره. وإذا كان الصغير يعجز عن طلبها بنفسه فلوليه سلطة الإلزام بها شرعاً من وجبت عليه وهي الأم، لأن هذا حق الولد إن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجاً.²

3- القول الثالث : الحضانة حق للحاضنة

ذهب أصحاب الإمام أبو حنيفة وبعض المالكية والشافعية والحنابلة إلا أن الحضانة حق للحاضنة لذلك يجوز لها إسقاطها فان أسقطتها لا تجبر إلا للضرورة عندما لا يوجد حاضن آخر يقوم مقامها في أمور الحضانة على وجهها الشرعي الصحيح.³

¹ - سورة البقرة، الآية 233.

² - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج (دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية)، دار الفكر العربي مصر، 2007، ص 362.

³ - نصر فريد واصل، الولايات الخاصة على النفس والمال في الشرعية الإسلامية، ط1، دار الفكر، الشروق، مصر، 2002، ص 64.

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى. "فإن ارضعن لكم فأتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وان تعاسرتم فسترضع له أخرى.¹

4- القول الرابع: الحضانة حق مشترك للحاضن والمحضون

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الحضانة حق مشترك فهي من جهة حق للأم لقوله صلى الله عليه و سلم: "أنت أحق به." وحق للصغير من جهة أخرى لاحتياج من يراعه ويقوم على شؤونه.²

ويترتب على كون الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون الأحكام التالية:
أن الحاضنة أما كانت أو غيرها إذا تعينت للحضانة بان لم يوجد غيرها أو وجد من يليها في استحقاق الحضانة، لكنه لم يرض بحضانة الصغير أجبرت عليها، مراعاة لمصلحة الصغير.

1- أن الأب ليس له أن يأخذ الصغير من صاحبة الحق في الحضانة، ويعطيه لمن دونها إلا إذا كان هناك مبرر شرعي لان في أخذه تفويت لحق الحاضنة.³

2- إذا أراد الأب نقل الطفل من البلد الذي فيه حاضنة الصغير لا يحق له ذلك لان في نقله تفويت لحق الحاضنة في الحضانة.⁴

3- إذا رغبت الأم التي لها حق الحضانة على مصالحة الأب على إسقاط حقها في الحضانة، وتركه عند الأب مدة حضانتها له مقابل مبلغ من المال تأخذه منه كان هذا الشرط باطلا لان في ذلك تفويتا لحق الصغير في الحضانة.

4- إذا خلعت الأم زوجها على أن يبقى ولدها المحتاج للحضانة عنده كان الخلع صحيحا والشرط باطلا، فلا يجوز للأم الاتفاق على إسقاط حق غيرها.⁵

¹- سورة الطلاق، الآية 04.

²- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص153.

³- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 544.

⁴- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 544.

⁵- الإمام أبو زهرة، مرجع سابق، ص 411.

ثانيا: موقف التشريع الجزائري من طبيعة الحق في الحضانة

بعد ما تطرقنا إلى آراء الفقهاء المختلفة نتعرض لموقف المشرع الجزائري وكذا الاجتهاد القضائي من طبيعة الحق في الحضانة كما يلي:

1- موقف المشرع الجزائري:

نصت المادة: 66 من ق.أ.ج : "يسقط حق الحاضرة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر مصلحة المحضون ."

نجد أن المشرع من جهة" استعمل لفظ حق" ومن جهة أخرى سمح لها بالتنازل عن حضانتها، وحق المحضون الذي اشترط عدم إضرار التنازل به.

كما نجد أن المشرع في مواد أخرى من ذات القانون من بينها المادة: 67 الفقرة 02 التي نصت على عدم سقوط حق المرأة في ممارسة الحضانة بسبب عملها. والمادة: 68 من ق.أ.ج إذ منح حق المطالبة بالحضانة في ظرف السنة. إضافة إلى المادة: 71 من ذات القانون التي أكد فيها أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختيار.

إلا أن الحق الطبيعي للأم الحاضرة لم يحل دون إبراز حق المحضون وهو مما يستنتج من المواد: (64.65.66.67.68.70) من قانون الأسرة والتي أضاف فيها عبارة مراعاة مصلحة المحضون في كل مرة وهو ما نستشف منه أن المشرع اعتبر الحضانة حق مشترك للحاضن والمحضون معا.¹

باستقراءنا لهاته الاجتهادات القضائية يتبين لنا أن الحضانة يراعى فيها أولا جانب المحضون، وثانيا حق الحاضن.

2- موقف القضاء الجزائري:

قضى المجلس الأعلى بان(الحضانة حق وواجب في آن واحد)² أي انه اعتبر الحضانة حق للمحضون وحق للحاضن إلا انه غلب الحق الأول على الثاني باستخدامه للفظ "واجب"

¹ عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية 2010/2011، ص 35.

² المجلس الأعلى الجزائري، الغرفة المدنية قرار صادر في: 1968/12/25، النشرة السنوية 1968، ص 136.

- كما قضت المحكمة العليا بأنه (لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذ اضر بمصلحة المحضون وان قضاة الموضوع عندما اسندوا حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحتيهما طبقوا صحيح القانون).¹

الفرع الثاني: انقضاء مدة الحضانة

تنص المادة:65 من ق.أ.ج: "تتقضي 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 يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون."² ما نستنتج من نص هذه المادة أن الحضانة القانونية تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات وببلوغ الأنثى سن الزواج القانوني أي سن تسعة عشرة سنة كاملة المنصوص عليها في المادة:07/ 01 من ق.أ.ج .

إلا أنه يمكن للقاضي أن يقضي بتمديد الحضانة للولد الذكر من عشر سنوات إلى سنته عشرة سنة ، وحق تمديد مدة الحضانة مرهون بتوفر الشروط التالية:

- أن يكون الحاضن طالب التمديد هي الأم نفسها وان لا تكون متزوجة ثانية من غير ذي محرم للمحضون كما يجب أن يكون المحضون ذكرا فلا يجوز تمديد مدة حضانة الأنثى. أن يكون الحد الأقصى للتمديد 16 سنة، ويكون تمديد طلب الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فان فاتت هذه المدة ولم تطلب التمديد ولم يكن لها أي عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد.

الفرع الثالث: سقوط حق الحضانة

يسقط حق الحضانة قانونيا بصدور حكم من القضاء وتوفره على شروط حسب ما تنص عليه المواد التالية: من 66 إلى 70 (ق.أ.ج) وتتمثل هذه الحالات في ما يلي:

1- تزوج الأم بغير قريب محرم وتسقط بالتنازل عنها ويشترط عدم الإضرار بمصلحة المحضون، وهذا ما نصت عليه المادة 66 (ق.أ.ج).

¹- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 426431 قرار بتاريخ: 2008/03/12، المجلة القضائية لسنة 2008، العدد01، ص 271.

²- الأمر رقم(05-02) المتضمن قانون الأسرة، ص22.

2- يسقط أيضا بالإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة: 62 من القانون رقم 11/84، سواء تعلقت بأهلية الحاضن، أم اتصلت بالتزامات المتعلقة بالحاضنة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية، وللمحكمة في هذه الحالة أن تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون وهذا حسب المادة: 1/67-3 من نفس الأمر.¹

وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنه متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا.²

ونظرا للنزاع الكبير حول عمل المرأة فإن المشرع الجزائري في التعديل الجديد قد حسم الموقف ونص في المادة: 02/67 من الأمر 02/05 على أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، مع مراعاة دائما مصلحة المحضون كما في المادة: 03/67 من نفس الأمر .

3- تسقط الحضانة بقوة القانون، وهذا ببلوغ المحضون 10 سنوات إذا لم يطلب هذا الأخير الحضانة من له الحق فيها لمدة تزيد عن السنة بدون عذر كما في المادة: 68 من القانون رقم 11/84، فإذا ما مددت إلى أكثر من ذلك فإنها تنتهي بأقصاها وهي 16 سنة، وهذا حسب المادة 1/65 من القانون رقم 11/84 والأنتى فببلوغها سن الزواج حسب المادة 01/65. على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون دائما كما في المادة 2/65 من ذات القانون .

4- تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتروجة بقريب غير محرم وهذا حسب المادة: 70 من ق.أ.ج.³

5- تسقط الحضانة أيضا بالسفر حيث تنص المادة من القانون رقم 11/84 بأنه إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه، انطلاقا من قناعة القاضي ومصلحة المحضون.⁴

¹ - سليمان ولد خسال ، مرجع سابق، ص 186-187.

² - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 187.

³ - سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 187-188.

⁴ - العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 389.

وأما عود الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، أي أن حق الحضانة سيعود إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه واثبت ذلك للمحكمة ، أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرفات الحاضن بناء على رغبته واختياره فان حق الحضانة وفقا لنص المادة 71 سوف لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه، ولقد نصت الفقرة 2 من المادة 57 من الأمر 02/05 أن الأحكام المتعلقة بالحضانة تكون قابلة للاستئناف.¹

¹ - سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 188.

المبحث الثاني: مفهوم مسكن الحضانة

المسكن من مستلزمات العيش الكريم للإنسان وهذا ما جعل منه ضرورة أساسية من ضروريات الحياة، فنجد أن المشرع الجزائري اعتبر السكن أحد عناصر النفقة يلتزم بها الأب حتى تتمكن الحضانة من القيام بممارسة الحضانة وتحقيق أهداف وواجب الحضانة. فما المقصود بمسكن الحضانة وما هي شروط التمتع به، وما هي مواصفاته.

وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي:

المطلب الأول : تعريف مسكن الحضانة

إن المسكن من المواضيع المهمة التي لها علاقة بالواقع المتغير ولما له من آثار على حياة الحضانة والطفل المحضون وهو العنصر الأساسي في الأمن واستقرار ولذلك وجب تعريف المسكن لغة واصطلاحاً وقانوناً كما يلي:

الفرع الأول :التعريف اللغوي للمسكن:

سكن سكونا: قر و سكن واسكنه غيره والإسم: السكن: محركة، والسكنى كبشرى، والسكن أهل الدار والسكنية بالكسر مشددة الطمأنينة.¹

المسكن هو ذلك المكان المشغول فعلاً بالسكن بصفة دائمة ومستقرة، قال تعالى: "قالت النملة يا أيها النمل ادخلوا مساكنكم."²

فقد عبر سبحانه وتعالى على المساكن وهي جمع مسكن لأن النمل كانوا يسكنونها فعلاً وكذلك قوله تعالى: "وسكنتم في مساكن الذين ظلموا أنفسهم."³

وفي هذه الآية تدل كلمة مسكن عن المكان مشغول فعلاً بالسكن، والسكن مشتق من فعل سكن أي قرّ وانقطع عن الحركة. وسكن: معناه اطمأن ووقر. والسكنية تعني الوقار والطمأنينة والمهابة، والمسكن والسكنية مشتقتان من أصل واحد فإن لم يكن المسكن لا تكون السكنية ووقع الاضطراب، والحياة الدنيئة وقد يؤديان إلى ضياع لا يمكن تداركه.⁴

¹ - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، ج1، بيروت، ص 921.

² - سورة النمل، الآية 18.

³ - سورة إبراهيم، الآية 45.

⁴ - زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد

تلمسان، 2005، ص122

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للمسكن

لقي تعريف مسكن الحضانة العديد من التعريفات غير أن أغلب الفقهاء، عبر أن مفهوم السكن نسبي، يختلف باختلاف الزمان والمكان، فما يعد عند أهل البادية والصحراء مسكن، لا يكون كذلك عند أهل المدن.

وبوجه عام يعرف المسكن بأنه: "كل مكان يستخدم للسكن بصفة دائمة أو مؤقتة و سواء كان لساكنه أو مستأجرا له يقيم فيه مجانا.¹

فالمسكن هو: المكان الذي يكون مشتملا على كل ما يلزم للسكن من أثاث وفرش ومرافق وغيرها مما تحتاج إليه الأسرة وتراعي في ذلك حالة الزوج والزوجة من سيار وإعسار ووضعهما الاجتماعي.²

الفرع الثالث: التعريف القانوني للمسكن

بالتمعن في مواد قانون الأسرة و القانون المدني نجد أن المشرع لم يتناول تعريف المسكن. لكن بالرجوع إلى قانون العقوبات في المادة (355) التي تنص: " يعد كل منزل مسكونا يعد كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو متنقل متى كان معدا للسكن وإن لم مسكونا وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحضائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي تؤجر بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسيج خاص داخل السياج أو السور العمومي."³

ما يلاحظ عن هذا التعريف أنه يخص السكن الذي يكون محلا للجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات.

وبعد تعريف المسكن يمكن القول أن مسكن الحضانة هو: مقر إقامة المحضون حيث يقيم أبواه، أو حيث يقيم أحدهما بعد الفرقة، وما يترتب عليه من الانتقال منه وتغييره من نتائج وآثار ومدى تأثيرها على المحضون أو على كلا الوالدين أو أحدهما.⁴

1- أحمد ناجي الحماية القانونية لحرمة المسكن، ط1، دار هومة، الجزائر، 2008، ص15 ،

2- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط04، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص455.

3- الأمر (156/66)، المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في 18 صفر عام 1336هـ الموافق لـ: 8 يونيو 1966، الجريدة الرسمية، العدد49، ص 739.

4- محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص 158.

المطلب الثاني : الضوابط القانونية لمسكن الحضانة

نص المشرع الجزائري في المادة: 72 ق.أ.ج على إلزام الأب المطلق على توفير مسكن ملائم للحاضنة وفي حالة تعذر ذلك دفع بدل إيجار للحاضنة، وبقاء الزوجة بمسكن الزوجية إلى غاية توفير مسكن ملائم للحضانة، ريثما يوفر الزوج مسكن للحضانة، لذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين وهما كالتالي:

الفرع الأول: مواصفات مسكن الحضانة

أكد فقهاء الشريعة وكذلك المشرع الجزائري على وجوب توفير مسكن الحضانة، حتى تقوم الحاضنة بواجبها على أكمل وجه وللمحافظة على الأبناء المحضونين. إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على المواصفات الشرعية لمسكن الحضانة وأمام هذا الفراغ القانوني يجد القاضي نفسه ملزما بالبحث عن هذه المواصفات وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وما تتطلبه الحياة العادية وحتى تؤدي الحاضنة الغرض المتوخى من إسنادها حضانة الأولاد يجب أن يكون المسكن الذي تقيم فيه وأولادها مناسبا(أولا)، ومستقلا (ثانيا).

أولا : أن يكون مسكن الحضانة مناسبا

يشترط في المسكن الذي يوفره الزوج المطلق بغرض الحضانة أن يكون مناسبا للمحضون والحاضنة، لكي تتمكن الحاضنة من أداء واجبها نحو محضونيتها. ينبغي تزويده بكل متطلبات المعيشة. والتناسب هنا يتلائم ويسار الأب¹، فان كان ميسور الحال فيمكنه توفير مسكن لائق للحاضنة ومحضونيتها، أما إذا كان متوسط الحال فيوفر مسكن متواضع يحتوي على المرافق الضرورية للعيش. ويجب أن يكون المسكن مشتملا على ما يلزم من أثاث وفرش وأواني وغيرها مما تحتاجه الأسرة ويراعي في ذلك حالة الزوج المادية من يسر وعسر ووضعه الاجتماعي، وهكذا يعتبر السكن شرعيا وهو ما يستلزم واجب توفير المسكن سواء كانت الزوجة قائمة أو في إطار الحضانة.

¹- أم الخير بوقرة ، مسكن الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعي 2001/2002، ص 118.

ويدخل أيضا في شرط مناسبة المسكن أن يوفر المطلق مسكن الحضانة في البلد الذي يقيم هو فيه ويجوز أن يهيئه في البلد الذي تقيم فيه الحاضنة الأم، شرط أن يكون هذا البلد هو الذي سبق أن عقد زواجه عليها فيه أو في مدينة قريبة من محل إقامته.¹

ثانيا: أن يكون مسكن الحضانة مستقلا

ويقصد به السكن الذي لا يشارك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة، ويعتبر شرعا مسكن قائم بذاته ولو كانت مرافقة الأخرى مشتركة وضرورة توفير سكن مستقل للحضانة يراعي فيها مراعاة مصلحة المحضون يحفظه صحة وخلقا. مما ينبغي إسكانه في مكان آمن وبين جيران صالحين، خاصة إذا كان المحضون أنثى.

وعليه فإعداد مسكن الحضانة يقاس بقدر إعداد مسكن الإقامة الزوجية من حيث المواصفات الشرعية.²

الفرع الثاني: خصائص حق الحاضنة في مسكن الحضانة

إن حق الحاضنة في السكن هو حق في الأساس للمحضون تستحقه الحاضنة بالتبعية وإن توفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار الغاية منه حماية مصلحة المحضون فينبغي أن يتوفر على جملة من الخصائص أهمها:

أولا : حق السكن هو حق نسبي :

الغاية هي توفير مسكن للحضانة هو أن يكون للأولاد المحضونين مأوى يؤويهم طوال مدة الحضانة وهذا حفاظا عليهم من التشرد والضياع، فلا يجوز للحضانة استعمال هذا المسكن لغير الحضانة كما لا يجوز لها أن تسمح لوالديها أو لأقاربها بالسكن معها فيه.³ كما أن الحاضنة يجب أن تستخدم مسكن الحضانة للغرض الذي أعد من أجله وهو الحضانة فحسب ويمنع عليها إستعماله لأي غرض آخر يضر بمصلحة المحضون.

¹ - محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع القاهرة ، 1996 ، ص781.

² - أسماء عيسيو، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة نهاية تكوين المدرسة العليا للقضاء، الدفعة12، الجزائر، 2004، ص24.

³ - محمد عزمي البكري: مرجع سابق، ص 768 .

ثانيا : حق السكن هو حق مؤقت:

توفير مسكن للحضانة هو حق مؤقت ليس على سبيل التأييد مرتبط بمدة الحضانة القانونية وهذا ما يجعل شغل الحاضنة للمسكن مرهونا بانقضاء مدة الحضانة، فيكون لها حق الانتفاع بالسكن للقيام بواجب الحضانة، ويكون حق المطلقة الحاضنة في السكن حق مؤقت بناء على الأسباب التالية:

أ- مدة الحضانة:

نصت المادة 65 ق.أ.ج على مايلي: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات والأُنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون."

لم ينص المشرع الجزائري صراحة أن الحق في السكن مرهون بمدة الحضانة القانونية لكن الاجتهاد القضائي استقر على أن حق السكن الممنوح للحاضنة ليس له صيغة نهائية بل ينتهي بانتهاء مدة الحضانة.¹ في حين أن الاجتهاد القضائي لم يفرق بين الحضانة الوجوبية والجوازية.

إلا أنه ومادام مسكن الحضانة مقرر للمحضون والحاضنة تسكن بالتبعية له ، فإن حق شغل المسكن يستمر إلى حين انتهاء مدة الحضانة الوجوبية والجوازية على حدّ سواء وانقضاء الحضانة القانونية ينتهي حق الحضانة في المسكن بقوة القانون. وللزوج المطلق حق استرداد المسكن.

ب- اقتصار حق الحاضنة على الانتفاع بالسكن:

مسكن الحضانة مقرر لمصلحة الطفل المحضون وهو حق مؤقت يمنح للحاضنة حق الانتفاع به للممارسة حضانة أولادها، فهو حق انتفاع وليس سند ملكية فليس لها أن تتصرف فيه أي تصرف من شأنه أن يمس حق المطلق في مسكن الحضانة.²

¹- قرار المحكمة العليا رقم 81192، الصادر بتاريخ 1990/12/23، المجلة القضائية، 1996، عدد1، ص85.

²- أم الخير بوقرة، مرجع سابق، ص 125

ثالثاً: حق السكن حق شخصي

يعتبر حق الحاضنة في المسكن حق شخصي وليس حقًا عينيًا. نظراً لأن هذا الأخير هو سلطة مقررة لشخص على الشيء محل الحق دون وساطة أحد. والحاضنة تستفيد منه بموجب حكم قضائي لممارسة الحضانة.

فلو افترضنا أن للمطلق سكن مملوك له واستقادت منه الحاضنة بعد الطلاق وبموجب حكم يقضي بإسناد الحضانة لها وتمكينها من المسكن لممارسة الحضانة فيه. وبعدها قام مطلقها في التصرف في المسكن بالبيع، فالحاضنة لا يمكنها إبطال عقد البيع باعتبار المطلق مالك للمسكن وله حرية التصرف فيه.

وما على الحاضنة إلا أن ترفع دعوى على مطلقها لكي يوفر لها سكن آخر لممارسة الحضانة أو يمنح لها بدل إيجار مسكن ويثبت ذلك بحكم قضائي، وعليه فلا يجوز التمسك بحق البقاء في المسكن على أساس ممارسة الحضانة أثبتت ملكية المسكن لشخص آخر.¹ جاء أيضاً في احد قرارات المحكمة العليا أن منح الحاضنة الحق 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.²

¹- قرار المحكمة العليا رقم 235456، الصادر بتاريخ 2000/02/22 انظر نبيل صقر ص 262.

²- قرار المحكمة العليا رقم 43594 ، الصادر بتاريخ 1986/10/22 نشره القضاة العدد 44. انظر: أسماء عيسيو، مرجع سابق، ص 27.

المبحث الثالث: الآليات القانونية لحماية حق المطلقة الحاضرة في السكن

أمام أزمة السكن التي يشهدها المجتمع الجزائري تثار مشكلة توفير مسكن للحضانة وزيادة الوضع تعقيدا بعد أن أصبحت العائلة لا تتحمل ابنتهم المطلقة وأبناءها، وأمام هذا الوضع تظهر المنازعات بين المطلق والحاضرة. هنا يأتي دور المشرع الجزائري وذلك بوضع نصوص قانونية تعالج وتحمي حق المطلقة في السكن وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول: الأساس القانوني لحق المطلقة الحاضرة في المسكن والمطلب الثاني: صندوق النفقة وتأثيره على الحق في مسكن الحضانة.

المطلب الأول: الآلية التشريعية لحماية حق المطلقة الحاضرة في السكن

بعد فك الرابطة الزوجية تثار مشاكل بين الأبوين المنفصلين حول كيفية التكفل بالأبناء ومن بين المشاكل مسألة السكن الذي يأويهم إلى غاية نهاية سن الحضانة. نجد أن القانون نص على شروط لا بد من توفيرها لاستفادة الحاضرة من المسكن، وهو ما سنحاول التعرض له من خلال ما جاء به قانون (11/84) من شروط مكرسة في ظله، ثم نبين ما هو مستحدث في قانون (02/05) في فرعين كالآتي:

الفرع الأول: الشروط المكرسة في استحقاق المطلقة الحاضرة للسكن في ظل قانون الأسرة 11/84 :

نتيجة لارتفاع نسبة الطلاق وأمام الفراغ التشريعي في تلك الفترة كان لا بد أن يتدخل المشرع الجزائري بوضع نصوص تنظم مسألة سكن الحضانة وهذا ما تم فعلا بقانون (11/84) وذلك من خلال المادة (52) في الفقرة الثانية من قانون الأسرة، التي جاء نصها كالآتي: "وإذا كانت حاضرة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج، ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا. تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها. " ومن خلال نص المادة نستنتج أن لاستحقاق السكن لممارسة الحضانة يجب أن تتوفر الشروط التالية:

أولا: أن تكون المطلقة محكوم لها بالحضانة

يتضح لنا من خلال نص المادة (52) السالفة الذكر أن الحضانة التي تستفيد من الحكم لها بحق البقاء في السكن هي أم المحضون دون غيرها من الحاضنات.

ومن القرارات القضائية نجد قرار يستقر فيه القضاء على أن (طلب الحاضنة للمسكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحاضنة، ولا يتقرر للمطلقة الحاضنة هذا الحق دون إثبات وفق للمادة (52) من قانون الأسرة).¹

ثانيا: أن لا يكون للمطلقة ولي يقبل إيوائها

ويشترط لإقرار حق السكن للحاضنة أن لا يكون لها ولي تأوي إليه، فإذا وجدت من يضمن لها السكن مع محضونها فلا تكون بحاجة إلى مطلقها ليضمن لهم السكن.² وهذا الإجراء يتضارب مع مصلحة المحضون والمطلقة في آن واحد لأنه في الوقت الذي يتحقق فيه توفر مسكن آخر للمطلقة الحاضنة وتحاول إثبات ذلك، أين يترك المحضون ومع من؟.

وافترض المشرع استقبال الحاضنة مع محضونها من طرف الولي قبل أن يلزم الأب على ذلك.³

ولقد بينت تجربة تطبيق القضاة لهذا النص انه من الصعب أن يقبل الولي إيواء المطلقة وإيواء أبناءها، وهذا ما جاء بقرار المحكمة العليا التي أيدت فيه قرار مجلس قضاء الجزائر الصادر في 1997/03/23 والذي ألغى الحكم المستأنف بشقه المتعلق برفض تخصيص مسكن ممارسة الحضانة والحكم من جديد بإلزام الأب بدفعه للحاضنة مبلغ 4000 دج بدل أجرة المسكن، بالرغم أن ولي الحاضنة قبل إيوائها لأن أجرة مسكن الحضانة عنصر من عناصر النفقة وهي التزام من الأب اتجاه أولاده المحضونين.⁴

ثالثا: تعدد المحضونين

اشتراط القانون لضمان إسكان المطلقة الحاضنة ضرورة تعدد المحضونين، فاستعمل المشرع صيغة الجمع في المادة (52) من قانون الأسرة بالنص على انه: "... يضمن حقها في

¹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم: 73949، قرارا صادر في: 1994/04/23، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد (01)، ص 49 .

² - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ط1، دار البعث، الجزائر، 2011، ص 267.

³ - زكية حميدو تشوار، حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النص التشريعي والواقع الاجتماعي، مجلة المعيار، العدد 09 جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، 2004، ص 291.

⁴ - المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 34630، قرار صادر في: 1984/04/18، ملف رقم: 38095 قرار صادر في 1985/10/07، غير منشور عن زكية حميدو تشوار، مرجع سابق، ص 293.

السكن مع محضونها... " والملاحظ أن المشرع لم يحدد بدقة عدد المحضونين التي تستطيع الحاضنة الأم بواسطته الاستفادة من السكن لممارسة الحضانة.

لقد اشترط القضاء الجزائري أن يكون عدد المحضونين أكثر من واحد، وإن كانت حاضنة لطفل واحد لا حق لها في المطالبة بالسكن.

وهذا ما يؤكد قرار المحكمة العليا الذي جعل الاستفادة حق الأم الحاضنة بحق الإيجار إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من طفل واحد.¹

ونظرا للإشكالات التي واجهها القضاء في الكثير من القضايا، تولى موقف مغاير اعترف فيه بحق الأم الحاضنة بالسكن وأجرته ولو كانت تحت حضانتها طفل واحد.

وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: (لما ثبت - في قضية الحال - إن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو باجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، فإنهم بذلك قد أساءوا تطبيق القانون وكأن يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة أو بتسليم أجرته، مما يتعين معه نقض وإبطال قرارهم وبدون إحالة).²

رابعاً: قدرة الزوج على ضمان المسكن

حتى يحكم القاضي للمطلقة بالسكن يجب أن يراعي حال الزوج المطلق المادية والذي يساير فيه المذهب المالكي .

ولقد أكدت المحكمة العليا بقرار صادر عنها: "بأن أجرت المسكن تعتبر عنصر من عناصر النفقة، ومنها فإنها من التزامات الأب اتجاه أولاده المحضونين، إلى أن تقديرها يخضع لسلطة التقديرية لقضاة الموضوع لا رقابة عليهم في ذلك."³

¹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 45454، قرار صادر في 06/04/1987، غير منشور زكية حميدو تشوار، مرجع سابق، ص 293.

² - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 1127، قرار صادر في: 29/11/1994، المجلة القضائية، العدد 01 1994، ص 140.

³ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 197739، قرار صادر في: 21/07/1998، نشرة القضاة لسنة 1999 العدد 56، ص 37.

خامسا : أن لا يكون مسكن الزوجية وحيدا

جاء في نص المادة 52 الفقرة 03 من قانون الأسرة على انه: "ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا".¹

أي أن يكون للمطلق أكثر من مسكن واحد وعلى المطلقة الحاضنة أن تثبت أن المطلق يملك مسكن آخر حتى يكون للحاضنة ومحضونيتها حق البقاء في المسكن الزوجية. كما أن مصطلح "مسكن الزوجية" ليس في محله لأن قيام الرابطة الزوجية اضمحل بالطلاق.

الفرع الثاني: الشروط المستحدثة في استحقاق الحاضنة للسكن المخصص لممارسة الحضانة في ظل قانون الأسرة المعدل (02/05).

إن الفراغ التشريعي والقضائي دفع بالمشرع الجزائري إلى إعادة النظر في قانون الأسرة الجزائري وذلك بتعديل نص المادة (52) بإلغاء فقراتها الثانية والثالثة والرابعة، وكذلك تعديل المادة (72) منه.² واستبدالها بفقرتين تنص على أنه: " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القاضي بالمتعلق بالسكن " وبناءا على ما جاء في نص المادة 72 فإذا أسندت الحضانة للأم في حالة الطلاق التزم الأب بتوفير مسكن ملائم للحضانة حتى تستطيع ممارسة الحضانة في أحسن الظروف، وفي حالة عدم تمكنه من ذلك ألزم بدفع قيمة الإيجار، كما حثت المادة ذاتها على بقاء الحاضنة المطلقة في البيت الزوجية إلى غاية تنفيذ احد الأمرين: بتوفير السكن أو دفع أجرة كراء المسكن.

وقد كفل المشرع الجزائري حق المطلقة الحاضنة في الحصول على مسكن مناسب لحماية لها ولمحضونيتها في نص المادة: 72 من قانون الأسرة. وهو التزام يقع على عاتق الأب، ولكن حتى يتم تطبيق نص هذه المادة تطبيق سليما يجب توفر مجموعة من الشروط وهي:

¹- قانون رقم (11/84) المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الصادر في 9 يونيو 1984 ، الجريدة الرسمية رقم 24، الصادرة بتاريخ 12 يونيو 2005، ص 913 .

²- الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة، ص 22.

أولاً: صدور حكم يقضي بالحضانة

يجب أن يصدر حكم قضائي بالطلاق يتضمن استناد الحضانة إلى الأم الحاضنة لأن القاضي يلزم الأب بتوفير مسكن للحضانة لأنه من آثار الطلاق. يلاحظ أن المشرع في المادة: 72 ق.أ.ج ربط استفادة الحاضنة بالسكن بوقوع الطلاق إلا أنه وعند مباشرة إجراءات الخصومة القضائية نص المشرع على الصلح بين الزوجين الذي يجريه القاضي في المادة 49 من ق.أ.ج الذي جاء فيها ما يلي:¹

" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات... " وهذه المدة التي تستغرقها إجراءات التقاضي الطويلة، فوجب حماية حقوق الحاضنة والمحضونين خلال هذه الفترة فإن المشرع عالج هذه المسألة وجعل إسناد الحضانة مؤقتاً بناء على دعوى استعجاليه يؤول اختصاص الفصل فيها لقاضي شؤون الأسرة، ويصدر أمر استعجالي بإسناد الحضانة مؤقتاً للأم وكذلك الفصل في مسألة سكنها وسكن أبناءها .

ثانياً: أن تكون الحاضنة المطلقة هي أم المحضون :

الأصل أن الحق في مسكن الحضانة للأم لأنها أولى برعاية ولدها، فلو أسندت الحضانة للجدّة أو العمّة مثلاً لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدّة أو العمّة لتمارس حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير مسكن للحضانة، وهذا ما نستخلصه من نص المادة 72 ق.أ.ج حيث استعمل المشرع عبارة: " في حالة الطلاق يجب.... للحاضنة..." وكذلك الفقرة الثانية من ذات المادة التي جاء فيها: "...وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية..." أي أن الحاضنة الأم هي التي لها الحق البقاء في بيت الزوجية الذي كانت تسكنه خلال قيام العلاقة الزوجية.

كما أن حق الحاضنة في مسكن الحضانة لم يعد موقوفاً على عدم قبول أهلها أي وجود ولي يأويها ، بل يكفي أن تكون مطلقة حاضنة .

¹ - الأمر (02-05) المتضمن قانون الأسرة، ص 22.

ثالثا : أن يكون للأب مسكن ملائم

ألزم المشرع الجزائري الأب بتهيئة سكن للمحزون وان تعذر ذلك فعليه باجترته واشترط في المادة:72 من ق.أ.ج أن يكون السكن المعد لممارسة الحضانة فيه سكنا ملائما بحيث يجب يكون مزود بوسائل المعيشة الضرورية ومستوفيا للشروط الشرعية.

كما تجدر الإشارة أن المشرع بموجب التعديل لقانون الأسرة (02/05) أجاز للحاضنة أن تلجأ إلى المحكمة فورا عن طريق دعوى استعجاليه للمطالبة بتوفير سكن ريثما يتم الفصل في القضية وهذا ما جاء في نص المادة 57 مكرر ق.أ.ج التي تنص: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن"¹ فالقاضي يمكنه أن يتخذ أوامر تحفظية إستعجاليه خلال الفترة الممتدة ما بين رفع دعوى الطلاق وإلى غاية الفصل النهائي في هذه الدعوى للزوجة وحماية للأطفال أن تطلب الفصل مؤقتا في مسألة سكنها وسكن أبنائها.

المطلب الثاني : صندوق النفقة كآلية لضمان حق الحضانة في السكن

نظرا لأن المتضرر من عدم تسديد النفقة هم الأبناء المحزونين كان من الضروري خلق آلية جديدة، مادامت الإجراءات القانونية المعتادة أثبتت عدم كفايتها لإحتواء هذه المشكلة وتتمثل هذه الآلية في إنشاء صندوق النفقة الغذائية لضمان سد حاجيات المحزونين وإيوائهم في حين نجد تشريعات عديدة تعتمد هذه الطريقة لاسيما فرنسا وتونس .

الفرع الأول: الإطار القانوني لصندوق النفقة :

انشأ صندوق النفقة بتاريخ: 04 جانفي 2015 بموجب قانون رقم 15-01 جاء ضمن إصلاح قطاع العدالة ولحماية الأسرة عموما والمرأة المطلقة والأطفال المحزونين خصوصا من التشتت خاصة في حالة امتناع المطلق وتماطله عن تنفيذ التزاماته المالية المتمثلة في النفقة أو عدم معرفة محل إقامته وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى إنشاء صندوق النفقة.

أولا: تعريف صندوق النفقة

باستقراءنا للمواد الأولى والثانية والثالثة من قانون 15-01 المتضمن إنشاء صندوق النفقة نستنتج أن الصندوق عبارة عن إعانة ودعم من الدولة لفائدة فئة معينة من المجتمع وهي المرأة

¹ - الأمر (02-05)، المتضمن قانون الأسرة ، ص 22.

المطلقة والطفل المحضون وذلك لتغطية الحاجة والضرورة الملحة للعيش، وكذلك لتغطية الفارق القائم عند استحقاق حق المطلقة المقرر بموجب حكم نهائي واستحالة تنفيذه.

ثانيا : المقصود بالنفقة في ظل قانون رقم 15-01 :

خص قانون 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة معنى النفقة في نص المادة 02 منه على أنها: " النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضون بعد طلاق الوالدين وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل والأطفال في حالة رفع دعوى طلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة".¹

نلاحظ من خلال هذه المادة أحالنا إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري فيما يخص تعريف النفقة في المادة 78 منه: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".²

ثالثا: دواعي إنشاء صندوق النفقة:

جاء من أجل تمكين المرأة المطلقة والأطفال المحضون من الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق، إضافة إلى رفع معاناة الدائنين بالنفقة من أجل تحصيلها بطريقة حصرية بعيدا عن الجري في أروقة المحاكم دون عناء النفس والمادي.³

رابعا: الفئات المستفيدة من المخصصات المالية لصندوق النفقة

بالنظر إلى نص المادة 02 من قانون 15-01 نجدها حصرت الفئات المستفيدة من الصندوق كما يلي:

- الطفل أو الأطفال المحضون .
- المرأة المطلقة.

الفرع الثاني: شروط وكيفية الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق

سنوضح كيفية استفادة المطلقة وأبنائها المحضون من صندوق النفقة:

¹- القانون رقم (15-01) المتضمن إنشاء صندوق النفقة، المؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 الموافق لـ 04 يناير 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 01، ص 07.

²- الأمر (05-02)، المتضمن قانون الأسرة، ص 22.

³- عبد الرؤوف دبابش، صندوق النفقة وعلاقته بالاستقرار الأسري، مجلة الفكر، كلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة العدد (14)، 2015، ص 102.

نصت المادة (03) من قانون 01-15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة على ما يلي: "يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد بمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها أو عجزه أن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته.¹"

ومن نص المادة نستنتج ما يلي:

- صدور حكم يقضي بالنفقة: وبالتالي إذا صدر حكم يقضي بإسناد الحضانة للأم فيمكن لهذه الأخير أن تطالب بنفقة الأولاد ، لأن المرأة المطلقة لا يمكنها الحصول على نفقة أبنائها ما لم يكن قد صدر حكم قضائي يثبت إسناد الحضانة لها حتى تتمكن الحاضنة من الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق النفقة.

- تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم بالنفقة: الصندوق يتدخل في تسديد النفقة المحكوم بها قضائيا في حالة لتعذر الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة وهذا في حالة امتناع المدين، وفي حالة عجزه الدفع، وحالة الجهل بمحل إقامة المدين.

الفرع الثالث: إجراءات الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة

أولا : الفصل في طلب الاستفادة

نظمها المشرع الجزائري بالمواد (04-09) من قانون 01-15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة والتي تتمثل في :

- تقديم طلب إلى قاضي شؤون الأسرة المختص إقليميا وفق نموذج يتم سحبه من الموقع الالكتروني لوزارة العدل أو يمكن الحصول عليه من المحكمة وهذا الطلب مرفق بالوثائق التالية:

- نسخة من الحكم القضائي القاضي بالطلاق ونسخة من الأمر أو الحكم الذي اسند الحضانة للحاضنة ومنح النفق إن لم يتضمن حكم الطلاق ذلك.
- نسخة من محضر إثبات أو امتناع التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم بالنفقة.
- صك بريدي أو بنكي للمستفيد مشطوب.

¹- قانون (01-15) المتضمن إنشاء صندوق النفقة، ص08.

وتنص المادة 05 من ذات القانون على انه يفصل القاضي في الطلب المقدم له بموجب أمر ولائي غير قابل للطعن خلال خمسة (05) أيام من تاريخ تلقيه للطلب، ويبلغ الأمر في اجل 48 ساعة من تاريخ صدوره إلى الدائن والمدين والمدير الولائي للنشاط الاجتماعي .

ثانيا :الفصل في إشكالات تنفيذ أمر الاستفادة:

هي صلاحية مقررة لقاضي شؤون الأسرة بموجب المادة (03/05) من قانون 01-15: بعد إخطار القاضي بإشكال الاستفادة من مستحقات الصندوق، يفصل بموجب أمر ولائي في أجل أقصاه (03 أيام) من تاريخ إخطاره به، ولكن بالتمتع في نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد نوع هذه الإشكالات.

ثالثا: الفصل في التغيرات التي تطرأ على حالة المستفيدين أو المدين:

بالرجوع إلى نص المادة 07 من قانون 01-15 يدرس القاضي التغيرات في الحالة الاجتماعية أو القانونية لكل من المستفيد أو المدين بالنفقة ، يبلغ إليه في اجل (10 أيام) من حصوله، ويفصل فيه القاضي بأمر ولائي غير قابل لأي طعن ويبلغ إلى المدين والدائن بالنفقة والمصالح المختصة عن طريق أمانة الضبط في أجل 48 ساعة من تاريخ صدوره، ولكن المشرع الجزائري لم يبين ويحدد لنا ما هي التغيرات الاجتماعية والقانونية .

رابعا: الفصل في دعوى مراجعة النفقة والأمر بالحكم الصادر فيها

يتبين لنا من خلال المادة 08 من قانون 01-15 انه إذا انتهت دعوى مراجعة النفقة إلى تعديل المبالغ التي سبق الحكم فيها، أصدر الحكم بناء على ما انتهى الحكم به أمرا ولائيا إلى المدير الولائي للنشاط الاجتماعي في أجل 48 ساعة.

خامسا: حالات سقوط حق الاستفادة من صندوق النفقة

تنص المادة 02 من قانون 01-15 أن حالات سقوط حق الاستفادة من الصندوق يكون ب:

- سقوط حق الحضانة وانقضاءها طبقا لأحكام قانون الأسرة.
- ثبوت دفع النفقة من قبل المدين بها بالإضافة إلى انه هناك أسباب أخرى تؤدي إلى سقوط الحق من الاستفادة من الصندوق كسير الطفل المحضون التي تنص عليها المادة 75 من ق.أ.ج و وفاة المدين أو الدائن بالنفقة .

الفرع الرابع: الآثار الجزائية المترتبة عن الاستفادة الغير المشروعة لصندوق النفقة
تتص المادة 14 من قانون 15-01 والتي جاء في نصها ما يلي: "يطبق على الإدلاء
بتصريحات غير صحيحة للاستفادة من أحكام هذا القانون عقوبات التصريح الكاذب
المنصوص عليها في التشريع المعمول بها. يلزم كل من تسلم مستحقات مالية بدون وجه حق
بردها.

لكن التساؤل الذي يطرح هنا من هو الممثل القانوني لهذا الصندوق والذي له صفة
التقاضي والذي يباشر الإجراءات القضائية باسم صندوق النفقة، خاصة أنه ليست له الشخصية
الاعتبارية التي تمكنه من مباشرة إجراءات التقاضي لذلك وجبت هيكلة هذا الصندوق واعتباره
أكثر من آلية .

ولقد وجهت لصندوق النفقة الكثير من الانتقادات والتي من بينها :

إن هذا الصندوق أدى إلى زيادة نسبة الطلاق، وأنه جاء ليعالج النتائج دون الأسباب
فكان أحرى بالمشرع أن يضع آليات تؤدي إلى وضع حد أو التقليل من نسب الطلاق وبأنه لم
يأتي ببديل عن النفقة الواجبة على والد المحضون أو المطلق وإنما أتى لينوب عن المدين بها
وجاء في نص المادة 15 من قانون 15-01 أن أحكام هذا القانون لا تطبق على مبالغ النفقة
المحكوم قبل صدوره.

إلا أن هذا لا ينفي أن له ايجابيات منها :

أنه جاء لحماية المرأة المطلقة الحاضنة للأطفال من اللجوء إلى الطرق الغير المشروعة
لكسب قوتها وقوت أبنائها وحماية الأطفال المحضونين من الانحراف.
وتنفيذ الأحكام القضائية الخاصة بالنفقة بسرعة وصرف هذه النفقات في مدة قياسية.

خلاصة :

وما نستخلصه في ختام هذا الفصل أن المطلقة لاكتساب حق حضانة الأولاد بعد فك الرابطة الزوجية يجب أن تتوفر في هذه الأم الحاضنة مجموعة من الشروط تجعلها أهلا للقيام برعاية شؤون الأولاد المحضونين.

وفي المقابل ألزم المشرع الأب المطلق وفقا لنص المادة 72 من تعديل قانون الأسرة (02/05) بأن يوفر سكن ملائم لممارسة الحضانة وفي حالة تعذر ذلك فهو ملزم بالتنفيذ النقدي أي دفع بدل الإيجار، وأن الحاضنة تبقى في المسكن الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب المطلق للحكم القاضي بتوفير مسكن .

الفصل الثاني

الحماية القضائية المقررة لحق المحضون في السكن

تمهيد:

إن المحافظة على حق المطلقة الحاضنة في السكن وبالمقابل المحافظة على مصلحة المحضون تقتضي تدخل القاضي لتحقيق هذه المصلحة بما له من سلطة تقديرية في ذلك وهذا لا يتأتى إلا بإعطاء دور ايجابي للقضاء للتدخل في القضايا المطروحة أمامه .
فالمشرع لا يمكنه التنبؤ عند إصدار القوانين بكل ما يحدث من مشكلات قد تنور عند تطبيق النصوص القانونية فالحضانة مسالة قضائية في الأساس وغالبية أحكامها اجتهادية قابلة للتغيير، ويمكن إعادة النظر فيها إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك.

المبحث الأول: الضمانات القضائية لحق المطلقة الحاضنة في المسكن:

تتجه أغلب التشريعات إلى توسيع سلطة القاضي في المحافظة على مصلحة المحضون من خلال توفير الظروف المناسبة له كما أن أساس الحضانة هو توفير مسكن لممارستها من الذي أسندت إليه.

لذلك نجد المشرع ألزم الأب بتهيئة مسكن للمحضون وإن تعذر فعليه بأجرته وعلى الحاضنة استغلال المسكن لغرض الحضانة للحفاظ على هذا الحق وعدم حرمانها منه وجب عليها القيام بواجب الحضانة على أكمل وجه.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقرير حق المطلقة الحاضنة في المسكن

إن القاعدة العامة في إسكان المحضون تجب على من عليه نفقته وباعتبار أن السكن أحد عناصر هذه النفقة يلتزم بها الأب، وهذا الالتزام يبقى قائماً إلى غاية انتهاء الحضانة أو سقوطها شرعاً وقانوناً، والأصل أن يكون التزام الأب بتوفير السكن عيناً، لكن المشرع أقر بأنه في حالة التعذر يلتزم بدفع بدل الإيجار، كما أوجب المشرع الجزائري على الحاضنة البقاء في البيت الزوجية حتى تنفيذ الحكم القاضي بإلزامه بتوفير المسكن، وتجدر الإشارة أن المشرع أجاز للحاضنة أن تلجأ إلى المحكمة فوراً عن طريق أمر على عريضة للمطالبة بتوفير سكن ريثما يتم الفصل في قضية الموضوع و هذا ما جاء في نص المادة 57 مكرر ق.أ.ج التي تنص: "يجوز لقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن"¹ فالقاضي يمكنه أن يتخذ أوامر تحفظية استعجالية خلال الفترة الممتدة ما بين رفع دعوى الطلاق والى غاية الفصل النهائي في هذه الدعوى، فللزوجة وحماية للأطفال أن تطلب الفصل مؤقتاً في مسألة مسكن المحضون، وللقاضي أن يلزم الزوج بتوفير مسكن لزوجته و أبنائه أو دفع بدل الإيجار خلال فترة الخصومة القضائية.

أما بعد صدور حكم الطلاق فطلب الحاضنة للمسكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه

¹ - الأمر (02-05) المتضمن قانون الأسرة ، ص 22.

بالطلاق والحضانة، فيما أن يحكم بتوفير سكن وإما أن يقدم بدل إيجار ذلك، مع حق المطلقة الحاضنة في البقاء بمسكن الزوجية إلى حين تنفيذ الحكم القاضي بتوفير السكن.

وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المطلب إلى 03 فروع.

الفرع الأول: إلزام الأب بتوفير مسكن الحضانة.

الفرع الثاني: إلزام الأب بدفع بدل الإيجار .

الفرع الثالث: بقاء الحاضنة في مسكن الزوجية.

الفرع الأول: إلزام الأب بتوفير مسكن الحضانة

المسكن ضرورة من ضروريات المعيشة الصحية السوية وهو كل مكان مستور يستخدم للسكن بصفة دائمة او مؤقتة، وهو مكان راحة أفراد الأسرة فهو المحيط الذي يلقي فيه الطفل استقراره، لذلك كان واجبا على الأب أن يوفره.

وقد جاء في نص المادة:72 (ق.أ.ج): " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة...".

ما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع الجزائري ألزم الأب صراحة بتوفير مسكن للمحضون إلا أنه لم يحدد الشروط الواجب توفرها في هذا المسكن، وما هي الضوابط التي تسمح بتقدير الملائمة.

وما نستنتجه من نص هذه المادة أن المشرع ترك مسكن الحضانة يخضع لقاضي الموضوع في حالة رفض الحاضنة للمسكن المهياً من قبل المطلق، كما أن هذا الرفض يجب أن يكون له ما يبرره، إلا أنه وما نلاحظه في الواقع العملي وأن قضاة الموضوع عند تفسير مصطلح الملائمة من خلال الأحكام التي تصدر عنهم، فهو أن المسكن يكون ملائماً إذا كان مناسباً للحاضنة والمحضون وفي حدود يسر الأب، وأن لا يكون هذا المسكن قد تم اختياره قصد الإضرار بالحاضنة كان يتواجد في مكان معزول أو في البيوت القصدية .

فالمسكن الذي يكون ملائماً يجب أن يكون مستوفياً للشروط الشرعية كأن لا يكون بعيداً عن العمران أو غير آمن أو غير مستوفي للمرافق الضرورية، كما أن المشرع لم ينص هل من الملائمة توفير كافة التكاليف المرتبطة بالمسكن كالمستلزمات الضرورية للعيش كالأثاث مثلا لأن مسألة الملائمة مسألة نسبية وذاتية، ويقول المشرع في المادة 72 أن مسكن الحضانة يكون ملائم للحاضنة، فهل اهتم المشرع في تعديل قانون الأسرة بالأم الحاضنة دون المحضون؟

لأن في النص القديم كان السكن و أجرته حق للولد (المحضون).

لأن النص بهذه الصياغة يجعلنا نطرح السؤال التالي: متى يكون السكن ملائماً للحاضنة وهل يجب أن يكون مطابقاً للمسكن الذي كانت تقيم فيه أثناء قيام العلاقة الزوجية؟

فبالرجوع إلى صياغة النص باللغة الفرنسية **Un Logement Décent** أي يجب أن يكون المسكن لائقاً لممارسة الحضانة وهي كون المكان صالحاً لممارسة وظيفة الحضانة، وليس بالحاضنة.

كما أن بقوله في نص المادة: **72** من قانون الأسرة سكتنا ملائماً للحاضنة دون التطرق للمحضون لأن الحاضنة هي من لها الحق في مطالبة الأب بسكن المحضون كونها راعية للولد ولها صفة التقاضي في طلب تهيئة سكن مناسب لأن عدم ملائمة المسكن يقع عبء إثباته على الحاضنة، فإنه وأمام مجلس قضاء بلبيدة استندت الحاضنة إلى عدم ملائمة المسكن الذي خصصه لها طليقها للممارسة الحضانة بالأربعاء بني موسى، لكونه يمس استقرار المحضونين حيث آلفو العيش بالقلية، أين ولدوا وتربوا ويزاولون دراستهم، وقد اعتبرت المحكمة العليا هذا سبباً وجيهاً، لأن في الأمر مساس بمصلحة المحضونين، مما يستوجب نقض القرار¹، نلاحظ في هذا القرار أن الأب أعد مسكناً ملائماً إلى أنه لا تتحقق فيه مصلحة الأطفال المحضونين.

كما ليس لقضاة الموضوع أن يعرضوا الخيار بين بدل الإيجار والمسكن إذا أعد الأب مسكناً لائقاً²، فنلاحظ في هذا القرار أن شروط استقرار الأطفال متوفرة لذلك لم يكن على قضاة

¹ - حيث متى ثبت لقضاة الموضوع لمجلس قضاء البلبيدة أن المحضونين يقيمون بالقلية، حيث ولدوا وكبروا وترعرعوا بها يزاولون دراستهم وان زعزعتهم منها من شأنه المساس باستقرارهم، لأن العوامل والمعطيات السابقة هي التي تحقق مصلحة المحضونين التي اخضوها بعين الاعتبار، ومن ثمة صرفوا النظر على مسكن الأربعاء بني موسى تبعاً لما سبق ذكره وأخذوا لبديل الإيجار وفق توجيه المادتين 72 و 78... (المحكمة العليا، ملف رقم: 477191، قرار بتاريخ: 2009/01/14، م.م.ع عدد 02، ص 275).

² - ((حيث متى تقدم الطاعن إمام قضاة المجلس محضر إثبات حالة بتاريخ: 2006/01/23 ماضي من طرف المحضر القضائي... يوضح فيه وجود شقة منعزلة عن عائلة الطاعن مكونة من ثلاثة غرف لها مدخل منفرد عن العائلة خصصها للمطعون ضدها وابنها، فكان على قضاة الموضوع أن يحكموا على الطاعن بتخصيص هذا المسكن للحضانة لممارسة الحضانة بدلاً أن يخبروه بتخصيص مسكن أو بدل الإيجار)) (المحكمة العليا، ملف رقم: 474255، قرار بتاريخ: 2009/01/14، م.م.ع عدد 02، سنة 2009، ص 267).

الموضوع أن يطرحوا خيار بدل الإيجار، ويفهم منه أن لياقة المسكن مسألة معيارها مصلحة المحضون.

ولأم الحاضنة الرجوع إلى القضاء في طرح إشكالاتها، إذا كان تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بتوفير سكن ملائم لممارسة الحضانة، هو تنفيذ مخالف لما يقتضيه مبدأ الملائمة كما جاء في نص المادة 72 من ق.أ.ج، فمصلحة الطفل المحضون تستلزم أن يتوفر في هذا المسكن الشروط الأساسية والمرافق الضرورية حتى يصبح لائق لممارسة الحضانة تحقيقاً لغاية المشرع.¹ ويمكن للأم الحاضنة عند عدم توافر الشروط الأساسية من كهرباء وغاز ومياه وكذلك عدم توفر المرافق الضرورية في مسكن الحضانة الذي يوفره المطلق، لها الحق في أن تطلب من المحضر القضائي عند التنفيذ أن يحزر محضر إثبات حالة عدم ملائمة السكن لممارسة الحضانة فيكون أمام المنفذ عليه إما أن يوفر سكن آخر ملائم وفي حالة التعذر يلتزم بدفع بدل الإيجار.

الفرع الثاني: إلزام الأب بدفع بدل الإيجار

جاء في نص المادة (72) من قانون الأسرة: "...يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر دفع بدل الإيجار...".

فالملاحظ أن المشرع ألزم الأب بتوفير مسكن أو تمكين الحاضنة من دفع بدل إيجار، ولم يتكلم المشرع عن حالة ما إذا كانت الحاضنة مالكة لمسكن أو في الحالة التي تكون الحاضنة تسكن عند والديها هل هنا يتوجب على الأب دفع الأجرة في هذه الحالة أم لا ؟. وبالرجوع إلى نص المادة 78 من قانون الأسرة التي تنص على أن السكن أحد مشتملات النفقة.

فهنا المشرع عندما أمر القاضي بأن يفصل في موضوع النفقة لم يفرق بين النفقة الغذائية وغير الغذائية لأنه وحسب المادة 78 ق أ ج فإن النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته ومن المفروض أن يفرق بينهما لأن القاضي مجبر بأن يقضي بتحديد مبلغ لكل نفقة على حدا.

¹ - عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص 110.

كما أن عبارة بدل الإيجار المنصوص عليها في المادة (72) في الفقرة الأولى أن قانون الأسرة يقصد بها أجرة المسكن دون غيره من أعباء ومصاريف وبهذه الصياغة جاءت المادة قاصرة إذ أن المسكن الملائم يجب أن تتوفر فيه المستلزمات الضرورية للحضانة منها الأعباء التي تلحق به كمصاريف استهلاك المياه والغاز والكهرباء بالإضافة إلى مصاريف ترميم المنزل المستأجر لكي يكون صالحاً لإيواء الحضانة والمحضونين.

- فما المقصود بعبارة "...فعليه دفع بدل الإيجار ..."

- وماهي المعايير المعتمدة من قبل القضاء في تحديد بدل الإيجار وهل يعد الأب طرفاً في عقد إيجار مسكن الحضانة ؟ ومتى يكون تاريخ استحقاق بدل الإيجار؟.

الإجابة على هذه التساؤلات تكون كما يلي:

أولاً: معايير تقدير بدل الإيجار

مسألة أجرة مسكن الحضانة تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، لأن القاضي عندما يعرض عليه النزاع، إما أن يحكم بإلزام المطلق بتوفير سكن ملائم وإن تعذر عليه توفير سكن ملائم، يحكم بتمكين الحاضنة من بدل الإيجار، والقاضي عند تقديره لبدل الإيجار عليه مراعاة الحالة المادية للأب وموقع السكن من جهة وعدد المحضونين من جهة أخرى.

أ- **المعيار المادي:** وهنا يجب على القاضي مراعاة الحالة المادية للأب وإن تتناسب أجرة السكن مع درجة يسر الأب.

ب- **معيار موقع السكن:** فأجرة السكن تزيد وتنقص بحسب المكان المتواجد به المسكن فإن كان المسكن متواجد في المدينة أجرته تفوق بكثير أجرة المسكن المتواجد بالقرية وفي جميع الأحوال يجب أن يراعي عدم إنعزال مسكن الحضانة بحيث يستحسن أن لا يكون منقطعاً أو بعيداً عن مرافق الصحة والتعليم¹.

ج- **معيار تعدد المحضونين:** فعند تقدير أجرة مسكن الحضانة يجب مراعاة عدد المحضونين، فالمسكن الذي يكفي محضون أو اثنين، قد لا يكفي أن زاد عدد المحضونين عن خمسة (05).

¹ - بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص 110.

كما تجدر الإشارة أنه وفي حالة إذا كان المأجورين فتيات وفتيانا، فيجب على القاضي في هذه الحالة مراعاة ذلك، لأنه يجب الفصل بين الإناث والذكور في المضاجع، ولأن مبلغ إيجار حجرتين يزيد عن مبلغ إيجار حجرة واحدة.

إلى أنه ما يلاحظ في الواقع العملي أنه غالباً ما يكون بدل الإيجار المحكوم بها رمزي لا يكفي لاستئجار مسكن من طرف الحاضنة وإما أن يكون يكفي لاستئجار مسكن غير لائق خاصة مع ارتفاع مبالغ الإيجار بالإضافة أن المؤجر يطلب مقدم سنة على الأقل، وبدل الإيجار المحكوم به يكون شهرياً، ففي هذه الحالة ماذا تفعل المطلقة الحاضنة؟

ثانياً: أطراف عقد الإيجار

تنص المادة (467) من القانون المدني على تعريف عقد الإيجار بأنه "عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقداً أو بتقديم أي عمل آخر".¹

وعقد الإيجار مثله مثل باقي العقود يترتب عنه آثار. و أنه عند إبرام عقد الإيجار تنشأ التزامات وتقابلها حقوق تقع على عاتق طرفي العقد.

فمن هم أطراف عقد الإيجار المسكن المخصص لممارسة الحضانة؟

أ- الأب طرف في عقد الإيجار:

يكون الأب طرفاً في عقد إيجار مسكن الحضانة في حالة ما إذا التزم الأب عينا بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، وهنا يصبح الأب طرفاً أصيلاً في عقد الإيجار دون الحضانة ومحضونيتها، وتظل العلاقة الإيجارية قائمة بين الأب والمؤجر طيلة فترة الحضانة وأما الحضانة ومحضونيتها ينتفعون بالتبعية من عقد إيجار مسكن الحضانة وهذا ما نصت عليه المادة: 72 قانون الأسرة الفقرة الأولى.

ب- الحاضنة طرف في عقد الإيجار:

عندما يصدر حكم قضائي يلزم الأب بدفع بدل الإيجار، فإن الحاضنة تقوم بإعداد مسكن الحضانة بذلك المبلغ، وهنا تقوم علاقة إيجارية بين الحاضنة والمؤجر، وتقع على الحاضنة كل

¹ - الأمر (58/75) المتضمن القانون المدني الجزائري، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 1975/09/26، المعدل والمتمم بموجب الأمر (05/07) المؤرخ في: 25 ربيع الثاني 1428 الموافق 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية العدد 78، 03.

الالتزامات التعاقدية.

ونجد أن المادة:119 من القانون المدني: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفي احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد أعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك ، ويجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات."¹

ثالثا: زمن استحقاق الأجرة :

بالنظر إلى القانون المدني نجد أن المشرع لم ينص على زمن استحقاق أجرة المسكن المخصص للحضانة.

إلا أنه بالرجوع إلى القرارات القضائية نجدها تتناول هذا الموضوع في القرار الصادر عن المحكمة العليا رقم:331833 الذي جاء فيه: " أن بدل إيجار سكن المحضون يسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة)."²

وفي قرار آخر جاء فيه: (تسري مدة بدل الإيجار من تاريخ الحكم الناطق بإسناد الحضانة)³ إلا انه ما نراه في الواقع هو أن زمن استحقاق الأجر يسري من تاريخ التنفيذ. فكان على المشرع ضبط الآجال كونها من النظام العام .

وما تجدر الإشارة إليه ونظرا لأن المجتمع في تغير مستمر وقيمة الدينار تتغير كذلك وأزمة السكن في تزايد، فإنه يجوز للحاضنة رفع دعوى قضائية لمطالبة الأب بالزيادة في مقدار بدل الإيجار إذا أصبح المبلغ الملتزم به قضائيا غير كافي ولا يتناسب مع مبلغ إيجار السكنات.

¹ - الأمر (58/75) المتضمن القانون المدني، ص 196.

² - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، رقم: 331833، قرار بتاريخ:2005/06/15، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد 01. ص315.

³ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم :460137، قرار بتاريخ:2008/01/14، المجلة القضائية ، لسنة 2008، العدد01، ص251.

وما نلاحظه في الواقع العملي أن مبالغ بدل الإيجار المحكوم بها هي مبالغ رمزية لا تتناسب مع المبالغ الحقيقية لإيجار السكنات، فنجد إيجار أقل شقة في الجزائر العاصمة يقدر بـ: 30000 دج في حين نجد أن القضاة يحكمون بمبلغ 15000 دج.

الفرع الثالث: بقاء الحاضنة في مسكن الزوجية

أن المشرع الجزائري أوجب على الحاضنة البقاء في البيت الزوجية حتى ينفذ الأب المطلق الحكم بإلزامه بتوفير مسكن، وهذا ما جاء في نص المادة 72 ق.أ.ج: "و تبقى الحاضنة في البيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن". وكما انه هذا مستمد من القرآن الكريم لقوله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة وأتقوا الله ربكم لا تخرجهن من بيوتهن ولا يخرجهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة..."¹

وهذا لأن من أثار الطلاق العدة لذلك وجب على المطلقة البقاء في المسكن العائلي طيلة فترة العدة وكذلك لقيام المطلقة الأم بواجب الحضانة.

وهذا الحق أعطاه الله تعالى إلى المرأة المطلقة قبل المشرع، فيصبح بذلك المسكن الزوجي متمحور بين اعتباره مسكنا للعدة تعتد فيه الحاضنة وبين كونه مسكنا تقوم فيه بشؤون الحضانة خاصة بعد انتهاء مدة العدة عندما لا تجد الأم المطلقة مكانا تلجأ إليه ريثما يوفر الأب المطلق مسكن للحضانة. وقد أوجب المشرع بقاء الحاضنة في بيت الزوجية دون أي قيد، بينما قيد خروجها منه بشرط التزام الأب بتنفيذ الحكم القاضي بالسكن، ذلك بهدف حماية مصلحة المحضون حتى لا يصبح في الشارع دون مأوى. وإذا كان المشرع الجزائري في نص المادة 72 فقرة الثانية بين رغبته في حماية مصلحة المحضون إلا أنه لا يخلو من العيوب والتمثلة فكان على المشرع استعمال مصطلح "بيت المطلق" بدلا من بيت الزوجية " أو "بيت والد المحضون" وذلك لكون علاقة الزوجية قد انتهت بالطلاق بعد فكها لأن المادة تعالج الحضانة وهي منظمة في فصل تبعات الطلاق، كما أنه بعد فك رابطة الزواج بالطلاق تصبح الزوجة أجنبية عن الزوج فلا يمكن أن يطلب منها البقاء في مسكن الزوجية.

¹ - سورة الطلاق، الجزء 1.

وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في قراره الذي جاء فيه مايلي: "حيث أن إبقاء الزوجة المطلقة ساكنة مع مطلقها في المنزل الذي كانت تسكن معه فيه قبل الطلاق يتناقض مع الحكم الشرعي الذي قصده الشارع، من السماح للزوج بطلاق زوجته وهذا بتطليقها منه، وذلك لجعل حد للخلاف الذي نشأ بينهما والمشاكل التي أدت إليه، ولا يتحقق هذا إلا بابتعاد أحدهما عن الآخر، كما إن إبقاء المطلقة مع مطلقها بمنزل واحد وقد صارت أجنبية عنه هو انتهاك للشرع"¹.

حيث أنه لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة وزوجها يصل إلى غاية صدور حكم الطلاق، بل إلى غاية تنفيذ الجزء من الحكم المتعلق بالسكن، وهذا وضع يكاد يكون في حكم المستحيل، لأن الزوجة إما أن تكون قد خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية، ولم يعد احد الزوجين يطبق الجلوس أو الإقامة مع الزوج الآخر أثناء فترة قيام النزاع.²

وهو حق للحاضنة الأم دون غيرها من الحاضنين كالجدة أو الخالة...لأنه ربط استقادة الحاضنة بالسكن بضابط وقوع الطلاق.

المطلب الثاني: قاعدة مصلحة المحضون أولى بالرعاية

قام المشرع بالتكفل بالأطفال المحضونين وحماية حقوقهم بعد الطلاق بوضع المنافذ التي من خلالها يستطيع القاضي حماية هذا الأخير، وأهم منفذ هو قاعدة مصلحة المحضون وقد لاقت هذه القاعدة اهتماما كبيرا من طرف المشرع إلى أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على ضوءها يفصل القاضي في موضوع الحضانة وذلك لما له من سلطة تقديرية كما جعلها أساس كل حكم من أحكام الحضانة .

الفرع الأول: تعريف قاعدة مصلحة المحضون:

أولا: تعريف المصلحة:

أ-تعريف المصلحة لغة :

المصلحة تعني المنفعة وكل ما يبعث على الصلاح وما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى مصلحة.³ و المصلحة هي جلب نفع و دفع ضرر.

¹ - المجلس الأعلى، ملف رقم: 328209، قرار بتاريخ: 1984/07/09، م. ق، عدد 01، 1990، ص 60.

² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ص 146 .

³ - زكية حميدو، مرجع سابق، ص 67.

ب- تعريف المصلحة اصطلاحا:

يتفق الفقهاء على أن مصلحة الإنسان هي أساس أحكام الشريعة الإسلامية، من بين التعاريف المصلحة تعريف الإمام الغزالي بقوله: "إن جلب المنفعة ودفح المضرة مقاصد الخلق في تحصيل مقاصدهم لكن نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم، أنفسهم، عقولهم، نسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفحها مصلحة.¹

ج- تعريف فقه القانون للمصلحة :

يرى الأستاذ "دونيه" أنه من الصعب تحديد تعريف لقاعدة مصلحة الطفل لأن الأمر يتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة ، والحياة مشكلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا، ويستدرج في طرحه معتبرا مصلحة الطفل مسألة مستقبل وهذا ما يزيد من صعوبتها فالبالغ موجود بحاضره ومصلحته تتحدد انطلاقا من هذا الحاضر لكن مصلحة الطفل تتحدد بما سيكون عليه في المستقبل فحاضر الطفل ليس ذا أهمية كبيرة بالمقارنة مع مستقبله وهذا ما يجعل القاعدة متغيرة وغير ثابتة.²

ثانيا: تعريف مصلحة المحضون قانونا

نجد المشرع الجزائري لم يضع لها تعريف يضبط قاعدة مصلحة المحضون بالرغم من انه يأخذ بهذه القاعدة وقد ذكرها في المواد المعالجة لموضوع الحضانة مثال ذلك المواد: 64،65،66،67،69،84،89،90،96 فحسب نص المادة 64 فان المشرع رتب مستحقي الحضانة وجعل الأم هي أولى بالحضانة، لكن في الأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون .

¹- عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص 63.

²- عزيزة حسنة، الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 1999-2000، ص 76 .

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بأنه من المقرر قانونا انه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو الأجدد للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون.¹

وعلى الرغم من عدم وضع تعريف يضبط مصلحة المحضون، إلا أن لها مميزات وعناصر: تتفرد بها وهي كالآتي:

ثالثا: مميزات قاعدة مصلحة المحضون

ويمكن النظر إلى هذه القاعدة من زاويتين أساسيتين:

أ- قاعدة شخصية وذاتية:

إن القاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل على حدا من حيث السن والحاجيات والمحيط الذي يعيش فيه. فمثلا انقطاع الطفل عن الدراسة عند البدو الرحل في بعض الأحيان لا يعد مساس بمصلحة الطفل على عكس أطفال المناطق المتمدنة قد يكون سبب من أسباب سقوط الحضانة لأن فيه إهمال لقيام الحاضنة بواجبها اتجاه المحضون، ومصلحة الطفل حديث الولادة تختلف عن مصلحة الطفل في سن الخامسة أو السادسة من عمره، فالأول يكون بحاجة ماسة إلى رعاية دائمة ومستمرة، ولا يمكنه في هذه المرحلة أن يستغني عن رعاية النساء خاصة أمه، التي هي أعطف الناس عليه والطفل في هذه المرحلة لا يمكنه أن ينمو طبيعيا إلا إذا كان في جو ملؤه العطف والحنان، على عكس الطفل الأكبر سنا الذي لوحده ببعض الأمور كلبسه ومغسله ومرقده.²

كمثال فإن القاضي عندما يصدر حكم يقضي بحق الزيارة للمطلق يراعي سن الطفل إن كان بين الطفل المحضون اقل من عامين يحكم بحق الزيارة فقط دون اخذ الطفل والانتقال به وحتى في تحديد ساعات الزيارة .

¹ - الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، الجزائر، ص 133.

² - صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون خاص، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2001-2002 ص 54.

ب- قاعدة ليست ثابتة بل هي قابلة للتغيير:

ونقصد به انه ما كان يصلح للمحضون في وقت معين لا يصلح له في وقت آخر، فهي قاعدة مرنة ومطاطة تتأقلم مع كل الظروف المكانية والزمنية وتختلف من قاضي إلى قاضي آخر حسب قناعاته الشخصية.¹

رابعاً: عناصر قاعدة مصلحة المحضون:

وضع المشرع معايير موضوعية يمكن الاستعانة بها لتحقيق مصلحة المحضون ويحكم هذه القاعدة عنصران هما:

أ- تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية:

أول معيار يلجأ إليه القاضي لكشف مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي والروحي الذي يشكل معياراً جوهرياً للمصلحة. وتستدعي المصلحة المعنوية أهمية العنصر النفسي في حياة الطفل وفاعلية دور الأم في هذه المرحلة. لان الحرمان العاطفي يؤثر سلباً على سلوك الطفل والمصلحة المعنوية تكمل المصلحة المادية فإذا كان الأب ملزم بتأمين نفقة الطفل من ما كل وملبس ومصاريف أخرى، فهذا لا يعني إهمال العناية النفسية للطفل.

ب- تحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل :

إن الاهتمام بالمصلحة المعنوية لا يعني إهمال الجانب المادي، لان العناية بالطفل تتطلب تغطية حاجاته الضرورية من مأكلاً وملبس وغير ذلك، تجعله يحس بالاطمئنان والاستقرار .

جاء في نص المادة 75 من (ق.أ.ج): "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب."²

وحدد المشرع مشتقات النفقة في المادة 78 (ق.أ.ج) المتمثلة في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة .

¹ - عزيزة حسني، مرجع سابق، ص76.

² - الأمر (02-05)، المتضمن تعديل قانون الأسرة، ص22.

نستخلص إلى جانب المأكل والملبس فان إسكان الطفل من الضروريات، ويعتبر مظهر من مظاهر رعاية وصون كرامته وحفاظا على سلامته .

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقرير مصلحة المحضون:

نجد أن المشرع الجزائري جعل قاعدة مصلحة المحضون هي الاسمي وفوق كل اعتبار غير انه أعطى للقاضي كامل الصلاحيات لتقدير هذه المصلحة، وأهم ما يميز التفسير القضائي هو طابعه التطبيقي لأنه يتأثر بما يعرض على القاضي من وقائع في دعوى فيعمل القاضي كل جهده بأن تتلائم أحكامه مع الظروف الواقعية المطروحة أمامه. وكل هذا يتطلب من القاضي مواجهة كل قضية على حدا وتغليب مصلحة المحضون، لكن السؤال الذي يطرح هل يمكن أن تصبح سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون سببا لتعسفه مما يؤدي إلى وجود تعارض وتناقض بين الأحكام والقرارات القضائية؟

لا تكفي مصلحة المحضون بإسناد الحضانة لشخص معين بل يجب أن تتوفر في هذا الشخص جملة من الشروط القانونية إن انعدمت أسقطت الحضانة عنه.

كما أن الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للإستئناف ومن ثمة فإنه ومع وجود الدرجة الثانية من التقاضي، فإن التخوف من تعسف القاضي ليس في محله .

وعليه فإن القاضي عند إصداره للأحكام القضائية يراعي دائما مصلحة المحضون وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا أن إسقاط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب دون التحقق من ظروف المحضون ومراعاة مصلحتهم يعد قصورا في التسبب¹.

وقد ذكر المشرع قاعدة مراعاة مصلحة المحضون لتقرير حقه في المسكن في مواد المعالجة للحضانة ويمكن إبرازها في النقاط التالية:

- عند ترتيب أصحاب الحق في الحضانة جعل المشرع الأم أولى بالحضانة ، لكنه في الأخير جعل هذا الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون وهذا ما نصت عليه المادة 64 من قانون الأسرة التي سبق ذكرها.² كما جاء إحدى قرارات المحكمة العليا أن الحضانة تمنح حسب

¹- قرار ، م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 302428 مؤرخ في 2003/05/21، (قضية: ب س ضد: م ع)، اجتهاد قضائي للمحكمة العليا، مجلة قضائية، عدد 02، 2003، ص 285.

²- تنص المادة 64 ق.أ.ج: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لام، ثم الجدة الأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"

مصلحة المحضون.¹

- وتشترط المادة 65 من (ق.أ.ج) في الحكم القاضي بإنهاء الحضانة مراعاة مصلحة المحضون .

وما يمكن قوله أن المشرع لم يتحدث عن وضعية المحضون عند انتهاء مدة الحضانة إلا أن الفقهاء المسلمون اهتموا كثيرا بهذه المسألة إلى أنهم لم يأتوا لنا برأي واحد بل جاءوا بأراء مختلفة، فمنهم من قال بان الولد المحضون يعود إلى أبيه بحكم الشرع وليس له حق الخيار بين أبيه، في حين هناك من يقول بان المحضون يخير بين اللجوء أي أبيه أو أمه.² ومن وجهة نظرنا فان المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة يكون في سن تسمح له بان يدرك ما هو أصلح وانسب له، لذلك من الأفضل أن يخير بين الإقامة مع أمه أو مع أبيه. وحتى يستطيع القاضي تقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة يمكنه اللجوء إلى وسائل أهمها:

أولا :التحقيق والمعينة:

تنص المادة 146 من ق.إ.م.إ "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، أن يأمر بالقيام بإجراء معائينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية للانتقال لعين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك".³ أي أن للقاضي الاستماع إلى الأطراف وله الاعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين وطلب حضور الأطراف أو إجراء تحقيق، ويجوز له أيضا الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة للمعينة، ومعرفة الظروف المحيطة بالوسط الذي يعيش فيه المحضون كضيق المسكن واتساعه أو قربه أو بعده عن المدرسة وحسن معاملة الحاضنة للمحضون فهذه الأمور يعتمد عليها القاضي في تقرير إسناد الحضانة إلى مستحقيها .

¹- قرار، م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 153640 مؤرخ في 18/02/1997، مجلة قضائية، عدد01، 1997، ص39، نقلا عن بوغرة صالح ، مرجع سابق، ص 105.

²- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 299 .

³- الأمر رقم، 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية ، العدد21، ص48.

ثانيا: تعيين خبير

تنص المادة 126 من (ق.إ.م.إ) التي تنص: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب احد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة. "ومن نص المادة نستنتج أن للقاضي أن يعين خبير أو عدة خبراء ويحدد لهم مهمتهم ، كما يمكن اللجوء إلى الخبرة حالة طلبها الخصوم وعادة ما يلجا القاضي إلى تعيين خبير باعتباره صاحب دراية خاصة لا تتحقق في المحقق أو القاضي من هذه المسائل الطب والهندسة وغيرها من المجالات .

أما في مجال قانون الأسرة فان للقاضي يطلب تعيين خبير مختص لدراسة حالة المحضون الصحية والنفسية.

وجاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ:1997/02/18 تبين أن القاضي اعتمد تقرير المرشدة الاجتماعية حتى منحة الحضانة إلى الأب مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون.¹

ثالثا: الاستماع إلى احد أفراد العائلة

يجوز للقاضي من أجل جمع المعلومات التي تساعده في ترجيح رأيه أن يطلب سماع أقارب الخصوم، في حين انه لا يجوز سماع شهادة الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم.

كما أن للقاضي وبالرغم من تمتعه بالسلطة التقديرية في إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة فغاياته هي تحقيق المصلحة الفضلى للمحضون إلى أنه يصعب عليه في بعض الحالات اختيار الحكم الصائب مما يدفعه إلى الاستماع إلى أفراد عائلة المحضون.

وما يمكن الإشارة إليه أن المشرع الجزائري جعل قاعدة مصلحة المحضون هي الأسمى وفرق كل اعتبار، وأعطى صلاحية تقدير هذه المصلحة للقاضي، الذي أصبح الذي أصبح له الدور الرئيسي في هذا الموضوع، إلا أننا ما نلاحظه من خلال الواقع العملي أن قاعدة مصلحة المحضون أصبحت قاعدة مفترضة في الكثير من الأحكام القضائية، دون أن يثبت ويبين بعض القضاة أين تكمن مصلحة المحضون.

¹ م،ع،غ،أ،ش، قرار بتاريخ:1997/02/18، ملف رقم153640 ، ذكره عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 75.

المبحث الثاني: التطبيقات القضائية لحماية مصلحة المحضون

المطلب الأول: مكان ممارسة الحضانة

لم يتناول المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة المكان الذي يجب أن تمارس فيه الحضانة ولا كيفية تنظيمها، لذلك سوف نحاول في هذا المطلب التطرق إلى مسألتين غاية في الأهمية، المسألة الأولى تتعلق بممارسة الحضانة داخل التراب الوطني والمسألة الثانية ممارسة الحضانة خارج التراب الوطني .

الفرع الأول: ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني

بتفحصنا لمواد قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على حالة ممارسة الأم حضانة الطفل داخل التراب الوطني، وهذا يدعنا نستنتج أن المشرع ترك هذه المسألة للقضاء لاتخاذ ما يراه مناسباً ومن ثمة منح له كامل الحرية في تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة وإما انه اعتبر هذه الحالة لا تتطلب إسقاط الحضانة عن الحاضنة طالما أن الحضانة داخل القطر الجزائري .

إن عدم الانتقال بالمحضون والابتعاد عن وليه حتى يتمكن هذا الأخير من رأيته وممارسة حق الرقابة الأبوية عليه وكل هذا حفاظاً على مصلحة الطفل المحضون، فيجب عدم حرمانه من شفقة ورحمة الأم وفي نفس الوقت عدم حرمانه من رقابة الأب حتى نضمن له النمو السليم والطبيعي والاستقرار النفسي.

والمشرع لم يتناول مسألة السفر داخل التراب الجزائري وهو ما يثير إشكالات لان الجزائر بلد مساحته كبيرة، وكان على المشرع تناول هذه النقطة لأهميتها ، إذ لا يعقل أن تسافر الأم الحاضنة لتستقر في تمنراست والأب موجود في الجزائر العاصمة فكيف يمارس هذا الأخير حق الزيارة والرقابة الأبوية، خاصة أن المشرع يلزم القاضي في حالة الحكم في الحضانة أن يحكم بحق الزيارة في المادة 64 من قانون الأسرة والتي جاء في نصها ما يلي: "... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة يحكم بحق الزيارة." غير أن المشرع لم يحدد من له الحق في الزيارة ولا وقت الزيارة. إلى أن المحكمة العليا كرست حق الزيارة في العديد من قراراتها التي من بينها ما يلي:

جاء في قرار المحكمة العليا في 30 أبريل 1990 أنه: "من المستقر فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد ما قيده به القانون، فزيارة والأم والأب لودها حق لكل منهما وعلى من كان

عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبته، فالشرع والقانون لا يبني الأشياء على التخوف، بل على الحق وحده .¹

لذلك فإن القضاء ما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، لما كان ثابتاً في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لإبنتها بشرط ألا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.¹

فعلى المشرع تدارك هذا الفراغ وإعادة صياغة المادة 69 من قانون الأسرة ويضيف مسألة الانتقال بالمحضون داخل التراب الوطني وتحديد المسافات المسموح بها لممارسة الأب لحق الزيارة وكذلك الرقابة على الأبناء المحضونين، وإلا الرجوع بما جاء به فقهاء المالكية بتحديد المسافة بـ 6 برود.²

الفرع الثاني: ممارسة الحضانة خارج التراب الوطني

عالج المشرع هذه المسألة في المادة 69 ق.أ.ج والتي جاء فيها ما يلي: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع أمر القاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنده ، مع مراعاة مصلحة المحضون ".³

فالمشرع من خلال هذه المادة بين رغبته بممارسة الحضانة في البلد الذي يقيم فيه أب المحضون وجعلها من مسقطات الحضانة إذا حكم القاضي بذلك، وجعل انتقال الولد إلى بلد أجنبي مقيد بحصول الحاضنة الأم على رخصة من القاضي وهذا مراعاة لمصلحة المحضون ولكن لم يبين هل هذه الرخصة التي يمنحها القاضي للحاضنة الأم، هي رخصة للانتقال للممارسة الحضانة في بلد أجنبي أو هي رخصة انتقال بالمحضون للسفر مثلاً من أجل العلاج أو للتنزه أو غيرها .

ونجد أن الأستاذ عبد العزيز سعد يرى بأنه إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الوطن الجزائري فإن حقه في الحضانة يسقط إلا إذا

¹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 79891، بتاريخ 1990/04/30، المجلة القضائية العدد 01، 1992، ص 55.

² - تقدر مسافة البرد الواحد حوالي 20 كلم.

³ - الأمر رقم (02/05) المتضمن قانون الأسرة، ص 22 .

رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنته ، حيث أنه في مثل هذه الحالات يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة للحاضن ولو خرج به إلى بلد آخر أجنبي¹. وهنا نجد القاضي يقع بين مسألتين فالمسألة الأولى مصلحة المحضون إذا تبين للقاضي من خلال سلطته التقديرية أن مصلحة المحضون في البقاء مع الأم الأجنبية خاصة إذا رفض من يلي الأم في ترتيب الحاضنين حضانة الولد فانه من مصلحة المحضون الانتقال مع الأم الحاضنة إلى البلد الأجنبي فالمسألة الثانية هي التناقض مع المادة 62 من ق.أ.ج التي ترى أن الحضانة رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

فهنا القاضي ألقى على عاتقه مسؤولية كبيرة بين تطبيق نص المادة 62 وبين مبدأ رعاية مصلحة المحضون خاصة في حالة ما إذا كانت الأم الأجنبية الحاضنة غير مسلمة. كما نجد إشكالية أخرى عند ممارسة الحضانة خارج التراب الجزائري فمثلا إذا تزوج جزائري بتونسية وبعد فك الرابطة الزوجية أرادت الأم الحاضنة الانتقال بالمحضون إلى تونس وممارسة الحضانة في بلدها، فإذا حكم القاضي بإسناد الحضانة للأم وحصلت على رخصة للانتقال بالمحضون كان على الأب دفع بدل إيجار مسكن الحضانة، فهل الأب يدفع مبلغ بدل الإيجار بالدينار التونسي أو بالدينار الجزائري .

نستنتج مما سبق أن المشرع أغفل مسألة تقريب مسكن الحضانة من ولي الأمر وهو الأب لممارسة حق الزيارة والرقابة والإشراف على الأولاد المحضون.

المطلب الثاني: إشكالات تطبيق نص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 65 ق.أ.ج على أنه "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."² من خلال نص هذه يتضح أن مدة الحضانة تنتهي ببلوغ الأنثى سن الزواج القانوني أي السن 19 سنة كاملة، كما أن سن الرشد القانوني المنصوص عليه في القانون المدني المادة

¹- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص142.

²- الأمر (02-05) المتضمن قانون الأسرة، ص 22.

40 هو سن 19. والتي جاء في نصها ما يلي: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة."¹

وفي هذه الحالة يمكن للأنتى ببلوغ سن الرشد مباشرة الإجراءات القانونية بنفسها دون حاجة إلى أحد وتكون لها صفة التقاضي أمام الجهات القضائية، وفي هذه الحالة لا توجد مشكلة.

ولكن الإشكال يطرح في مسألة انقضاء حضانة الذكر والتي سوف نتناولها بالتفصيل كما يلي:

الفرع الأول: انتهاء مدة حضانة الذكر ببلوغ سن 10 سنوات

نجد أن المادة 65 تنص على انه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات وعلى القاضي أن يمددها إذا توفرت شروط وهي:

1- أن تطلب الأم الحاضنة تمديدتها إلى 16 سنة .

2- أن لا تتزوج الأم الحاضنة ثانية .

والأشكال الذي يثور هنا في حالة بلغ الطفل سن 10 سنوات والأم لم تطلب تمديد الحضانة تسقط عنها بقوة القانون، وإذا لم يطلب الأب إسقاط الحضانة في هذه المدة الطفل يكون تحت رعاية من ومن له حق الحضانة والولاية عليه. وماهي الوضعية القانونية للطفل في هذه الحالة، فالمشرع لم يتكلم عن هذه المسألة.

الفرع الثاني: انتهاء مدة حضانة الذكر ببلوغ سن 16 سنة:

هنا نتكلم عن حالة ما إذا طلبت الأم الحاضنة بعد بلوغ المحضون الذكر سن 10 سنوات وصدور حكم قضائي بتمديد الحضانة إلى سن 16، فانه وعملاً بأحكام المادة 65 من قانون الأسرة فإنه بعد بلوغ المحضون الذكر سن 16 سنة تسقط الحضانة عن الأم الحاضنة تلقائياً.

ولكن بالرجوع إلى نص المادة 75 ق.أ.ج والتي تنص: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب."¹

¹- الأمر (58/75) المتضمن القانون المدني، ص 08

نجد أن هناك تناقض بين نص المادة 65 ق.أ.ج ونص المادة 75 السالفة الذكر فبالرجوع إلى نص المادة 75 ق.أ.ج، فالولد الذكر نفقته واجبة إلى غاية بلوغه سن الرشد وسن الرشد القانوني المنصوص عليه في المادة 40 هو بلوغ سن 19 كاملة.

فالتساؤل الذي يطرح هنا الولد الذكر في السن 17 و18 ما هي وضعيته القانونية ؟ فبالرجوع إلى نص المادة 75 نفقته واجبة على الأب وبالنظر إلى نص المادة 65 حضانة الأم تسقط تلقائياً ببلوغه السن 16 ولا يمكنها المطالبة بالنفقة لكون مدة الحضانة انقضت وليست لها أي صفة للمطالبة بنفقة الولد.

والولد الذكر لا يمكنه مباشرة الإجراءات القانونية لأنه لم يبلغ سن الرشد القانوني التي تأهله للتقاضي عملاً بنص المادة 40 قانون المدني ، ففي هذه الحالة أن امتنع الأب عن دفع النفقة، فمن يمكنه مباشرة الإجراءات القانونية ورفع دعوى أمام القضاء لمطالبة الأب بالنفقة طالما أنها واجبة عملاً بنص المادة 75 ق.أ.ج .

أن هذا الفراغ القانوني وجب على المشرع تداركه وإيجاد حل لهذا المشكل حتى يمكن حماية الطفل من الضياع والتشرد في سن 17 و18 سنة .
ومن وجهة نظرنا وكوضعية استثنائية وحل مقترح ترفع القضية من الأم باعتبارها وليته الشرعية وليس حاضنة القاصر مثلاً فلان ابن فلان في حقه والدته فلانة .

¹ - الأمر (05-02)، المتضمن قانون الأسرة، ص22.

خاتمة

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، وبعد الوقوف على النقاط الأساسية المتعلقة بموضوع هذا البحث سنتناول أهم النتائج المتوصل إليها متبوعة باقتراحات وذلك كما يلي:

1- لم يحدد المشرع الشروط الواجب توافرها في الحاضن واكتفى في نص المادة 62 ق،أ،ج بحصرها في عبارة واحدة وهي " أهلا لذلك".

2- ذكر المشرع في نص المادة 64 من ق،أ،ج عندما عدد مستحقي الحضانة عبارة الأقربون درجة إلى أنه لم يبين من هم الأقربون درجة، ما هو الحل في حالة ما إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة ؟

3- نص المشرع في المادة 64 ق،أ،ج على الحق في الزيارة إلى أنه ترك العبارة غامضة، فلم يحدد المكان الذي تجرى فيه ولا الزمان، ومن له الحق في الزيارة ومتى يسقط هذا الحق.

4- لم يتطرق المشرع إلى مكان ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني، ولم يحدد المسافة التي تفصل بين صاحب الحق في الحضانة وبين صاحب الحق في الزيارة.

5- نص المادة 69 (ق،أ،ج) غير دقيق لأنه يتكلم عن سقوط الحضانة بالانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي، إلا أنه لم يحدد مسألة ما إذا كان البلد الأجنبي مسلم أو غير مسلم. إضافة إلى أن القاضي وإذا رأى أن مصلحة المحضون تقتضي ذلك يجوز له إثبات حق الحضانة للحاضن ولو خرج بالمحضون إلى بلد أجنبي.

وذلك بمنح الحاضن رخصة الانتقال بالمحضون إلى أنه ما يمكن ملاحظته أن المشرع لم ينص على هذه الرخصة التي يمنحها القاضي ولم يبين إذا ما كانت رخصة دائمة أو مؤقتة.

6- نص المادة 65 (ق،أ،ج) قاصر وغير كافي، فقد جاء فيه أن حضانة الولد الذكر تسقط ببلوغه سن 10 سنوات وللحاضنة الأم الحق في طلب تمديد الحضانة إلى سن 16 سنة إذا لم تتزوج ثانية.

في حين أن المشرع لم يتكلم عن الوضع القانوني للمحضون الذكر إذ لم تطلب الأم الحاضنة تمديد الحضانة ولم يطلب الأب إسقاط الحضانة عنها ببلوغ الذكر سن العاشرة.

7- كذلك نص المشرع في ذات المادة أنه إذا بلغ المحضون الذكر سن 16 سنة تسقط الحضانة عن الأم تلقائياً، لكن الولد هنا لم يبلغ سن الرشد القانوني المنصوص عليه في المادة 40 من القانون المدني والتي تؤهله لمباشرة الإجراءات القانونية والمطالبة بالنفقة أمام المحكمة بما أن نفقة الولد الذكر واجبة على الأب إلى غاية سن الرشد وهذا ما جاء في نص المادة 75(ق،أ،ج)، فإن المشرع لم ينص على من سيتولى رعاية شؤون الطفل في سن 17 و18 سنة وإلى غاية بلوغه سن الرشد القانوني المقررة ببلوغ سن 19 كاملة.

9- لم يضع المشرع تعريفاً قانونياً لمبدأ مصلحة المحضون بالرغم من تكرارها عدة مرات في الكثير من المواد المتعلقة بالحضانة، وهذا يعني أنه ترك مهمة تقدير مصلحة المحضون خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي المعروض عليه النزاع دون أي قيد.

10- ألزم المشرع في نص المادة 72 (ق،أ،ج) الأب المطلق بتوفير مسكن ملائم للحاضنة وإن تعذر عليه ذلك فعليه بدفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى يضع المطلق المسكن تحت تصرفها، وهذه هي المادة القانونية الوحيدة التي تطرق فيها لموضوع مسكن الحضانة، إلا أن هذا النص جاء قاصراً في العديد من الجوانب نذكر منها:

- اشتراط المشرع بأن يكون المسكن ملائماً للحاضنة في غير محله، لكون الحضانة حق مقرر للمحضون.

- لم يذكر المشرع المواصفات التي يجب أن تتوفر في مسكن الحضانة واكتفى باستخدام مصطلح "مسكن ملائم".

- لم يحدد المشرع المعايير التي يعتمد عليها القاضي في تقدير بدل الإيجار كما لم يوضح هل تدخل المستلزمات الضرورية كالغاز والكهرباء مثلاً، في احتساب بدل الإيجار أم لا.

- المشرع لم يكن موفقاً في النص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ المطلق الحكم القضائي المتعلق بالسكن، لأنها تطرح فكرة الجمع بين أجنبيين خاصة أنه لم ينص على مغادرة المطلق لمسكن الزوجية طيلة بقاء المطلقة الحاضنة فيه.

- استعمال المشرع لمصطلح "بيت الزوجية" ليس في محله لكون العلاقة الزوجية قد انفكت بالطلاق.

11- صدور القانون (01-15) المتعلق بإنشاء صندوق النفقة كآلية جديدة إلا أنه ما يعاب عليه أنه لا يعالج الأسباب وإنما اهتم بالنتائج.

بالإضافة أن هناك غموض يكتنف أحكام المادة السادسة الفقرة الثانية والمادة الثانية من القانون (01-15)، حيث رتب على سقوط الحضانة وانقضائها سقوط حق الاستفادة من المستحقات المالية للصندوق، لأن حق الطفل في النفقة يبقى قائماً ولو بعد انقضاء وسقوط حق الحضانة.

الإقتراحات

- يجب على المشرع أن يحدد الشروط الواجب توفرها في الحاضن بالتفصيل، حتى يضمن التطبيق السليم للنص، وليسهل مهمة القاضي وكل ذلك بهدف تحقيق مصلحة المحضون.
- أوصي بإعادة صياغة المادة 69 من ق،أ،ج وأن تكون أكثر وضوحاً ودقة.
- كما على المشرع النص على الرخصة التي يمنحها القاضي للحاضن للانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي، وأن يبين إذا ما كانت هذه الرخصة دائمة أو مؤقتة.
- أقترح وضع نصوص مفصلة تحدد مكان الزيارة وزمانها ومتى يسقط الحق في الزيارة.
- على المشرع النص على مكان إقامة المحضون داخل التراب الوطني خاصة مسألة بعد المحضون عن الأب والعمل بأحكام الفقه الملكي في تحديد المسافة بين صاحب الحق في الحضانة وصاحب الحق في الزيارة المقدر بـ 6 برود.
- أقترح وضع تعريف قانوني لمبدأ مصلحة المحضون لأن لكل قاضي مفهومه الخاص، وأن يترك للقاضي سلطة نسبية وليست مطلقة في تقدير مصلحة المحضون.
- على المشرع أن يتدارك إهماله لموضوع مسكن الحضانة وأن يتناوله في أكثر من مادة قانونية على أن تكون هذه المواد أكثر وضوحاً ودقة.
- إعادة صياغة المادة 72 (ق،أ،ج) وذلك بأن يشترط المشرع أن يكون السكن ملائم للممارسة الحضانة .
- على المشرع وضع نصوص مفصلة في الشروط الواجب توفرها في مسكن الحضانة حتى تتمكن الحاضنة من القيام برعاية شؤون المحضون.
- يجب على المشرع تحديد المعايير التي يعتمد عليها القاضي في تقدير بدل الإيجار حتى تتناسب المبالغ المحكوم بها مع الواقع المعاش. كما يجب احتساب المستلزمات الضرورية ضمن مبلغ بدل الإيجار.

- يجب على المشرع توضيح الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية، رغم أن الطلاق في قانون الأسرة بائن أي أن المطلقة أجنبية.
- يجب على المشرع إعادة النظر في أحكام قانون 01-15 خاصة المادة السادسة الفقرة الثانية والمادة الثانية منه حتى يبقى حق الطفل قائما في الاستفادة من النفقة حتى بعد سقوط الحضانة مادام الطفل يستحق النفقة ولم تسقط عنه.
- كما أقترح إعادة هيكلة صندوق النفقة ليصبح أكثر فعالية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

أ- القرآن الكريم:

ب- النصوص القانونية:

- 1- الأمر (156/66) المتضمن قانون العقوبات المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق ل 8 يونيو 1966، الجريدة الرسمية، العدد 49.
- 2- الأمر رقم (58/75) المتضمن القانون المدني الجزائري، المؤرخ في: 20 رمضان 1395 الموافق ل 26/09/1975، المعدل والمتمم بموجب الأمر (05/07) المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق ل 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، العدد 78.
- 3- القانون رقم (84-11) يتضمن قانون الأسرة الجزائري، الصادر في: 09 يونيو 1984، الجريدة الرسمية، رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984 .
- 4- الأمر (05-02) المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري المؤرخ في: 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، رقم 15 الصادرة بتاريخ: 27 فبراير 2005 .
- 5- القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 الجريدة الرسمية العدد 21.
- 6- القانون رقم (15-01) المتضمن إنشاء صندوق النفقة، المؤرخ في: 13 ربيع الأول 1436 الموافق 04 يناير 2015 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد الأول.
- 7- الرائد الرسمي: العدد 66، الصادر بتاريخ 17-08-1956 يتعلق بمجلة الأحوال الشخصية التونسية، نقح بالقانون رقم: 47 لسنة 1993 ، المؤرخ في 12/07/1993.
- 8- القانون رقم (57/342) المتضمن مدونة الأحوال الشخصية المغربية، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: (03/70) المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 03 فبراير 2004.

ج- المعاجم:

- 1- ابن عابدين محمد أمين بن عمر أفندي، رد المحتار على الدر المختار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية. دون سنة نشر.
- 2- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني على مختصر عمر بن أحمد الخرفي، مكتبة الرياض الحديثة، ج07، الرياض.
- 3- ابن منظور لسان العرب، دار صادر بيروت ، ط 01، 1990.
- 4- أبو داود سليمان الأشعث السجستاني الأردني، سنن أبو داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، كتاب الطلاق، المكتبة العصرية، بيروت، الجزء 02، بيروت، 1997.
- 5- الخطيب الشربيني محمد بن أحمد ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، الطبعة 01، دار المعرفة، بيروت، 1997.
- 6- الدردير أبو البركات، سيدي أحمد، الشرح الصغير في أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، الجزء 02، مصر، 1972.
- 7- الفراهيدي الخليل بن أحمد، كتاب العين، ج3، دار المكتبة الهلال، 185، 100هـ.
- 8- الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، ج1، بيروت.
- 9- الفيومي أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير ،المكتبة العلمية، بيروت.
- 10- القنوي، أنيس الفقهاء، دار الوفاء، جدة، ط1، 1406.
- 11- بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، دار النهضة العربية، بيروت.

ثانيا- الكتب:

- 1- أبو زيد رشدي شحاتة ، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، طبعة 01، مصر، 2001.
- 2- الإمام محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
- 3- البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء للأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 1996.

- 4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 04 طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 5- بن ملحّة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط01، 2005.
- 6- التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط01، دار الثقافة للنشر، ج03، الأردن، 2007.
- 7- جمال الدين صلاح الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام عقد الزواج، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 2007.
- 8- حمدان عبد المطلب عبد الرزاق، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
- 9- زيد رشدي شحاتة، شروط ثبوت الحضانة في الفقه الإسلامي والأحوال الشخصية، طبعة 01، دار الفكر العربي، مصر 1999.
- 10- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة 2007.
- 11- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، الطبعة 02، دار البعث، الجزائر، 2001.
- 12- شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة 04، الدار الجامعية، بيروت، 1983.
- 13- صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2006.
- 14- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
- 15- ناجي أحمد، الحماية القانونية لحرمة المسكن، الطبعة 1، دار هومة، الجزائر، 2008.
- 16- ناصر محمد عليوي، الحضانة في الشريعة والقانون، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 17- واصل نصر فريد الولايات الخاصة بالولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية، الطبعة 1، دار الشروق، مصر، 2002.

18- ولد خسال سليمان الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 2، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، 2012.

ثالثا: الرسائل الجامعية:

أ- رسائل الدكتوراه:

1- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2004-2005.

ب- رسائل الماجستير:

1- أسماء عيسيو، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة نهاية التكوين، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 12، الجزائر، 2004.

1- بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في القانون الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2001-2002.

2- بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2001-2002.

3- حسني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة وفقا للأحوال الشخصية والفقهاء الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1990-1991.

4- طعيبة عيسى، سكن المحضون في في تشريع الأسرة والإجتهد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2001-2010.

مذكرة نهاية التكوين للقضاء:

رابعا: المقالات والدوريات المتخصصة:

1- حميدو تشوار زكية، حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النص التشريعي والواقع الاجتماعي، مجلة المعيار، العدد 09، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2004.

- 2- دبابش عبد الرؤوف ، صندوق النفقة وعلاقته بالاستقرار الأسري، مجلة الفكر ، كلية الحقوق ، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 14، 2015.
- 3- قاللة شهر الدين ، أحكام طلاق المضطرب نفسيا، مجلة الفكر ، العدد06، جامعة باتنة. الجزائر.

خامسا:المجلات القضائية:

- 1- المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، النشرة السنوية، 1968.
- 2- المجلس الأعلى، المجلة القضائية لسنة 1984، عدد01.
- 3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، نشرة القضائية، لسنة1986، عدد44.
- 4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية، سنة 1987.
- 5- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 04.
- 6- المجلس الأعلى، المجلة القضائية لسنة، 1990، عدد01.
- 7- المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،المجلة القضائية 1990، عدد01.
- 8- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة1992 ، عدد01.
- 9- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية1992، عدد55
- 10- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية لسنة1994، عدد 01.
- 11- المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،المجلة القضائية لسنة 1997، عدد01.
- 12- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1997.
- 13- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة لسنة1999 ، عدد 56.
- 14- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 2000.
- 15- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة2003، عدد02.
- 16- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 2005، عدد01.
- 17- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 2005، عدد02.
- 18- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 2008، عدد01
- 19- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة2008، عدد21.
- 20- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 2009، عدد02.

فهرس المحتويات

الصفحة	المواضيع
	إهداء
	شكر وتقدير
أ-هـ	مقدمة:.....
	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لحق المطلقة الحاضنة في المسكن
7	تمهيد:.....
8	المبحث الأول: مفهوم الحضانة
8	المطلب الأول تعريف: الحضانة
8
9	الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة.....
9	الفرع الثاني: تعريف الحضانة فقها.....
10	الفرع الثالث: تعريف الحضانة قانونا.....
10	الفرع الرابع: دليل مشروعية الحضانة.....
10	أولاً: من القرآن الكريم.....
10	ثانياً: من السنة.....
11	ثالثاً: الإجماع.....
11	المطلب الثاني: شروط أحقية لأم المطلقة بالحضانة.....
11	الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة عند الفقهاء.....
12	أولاً: الشروط المتفق عليها في استحقاق الحضانة.....
14	ثانياً: الشروط المختلف فيها لاستحقاق الحضانة.....
15	الفرع الثاني: شروط استحقاق الحضانة عند المشرع الجزائري.....
15	المطلب الثالث: أحكام الحضانة.....
15	الفرع الأول: طبيعة الحق في الحضانة.....
15	أولاً: موقف الفقهاء من طبيعة الحق في الحضانة.....
15	أ- الحضانة حق لله تعالى.....

15	ب- الحضانة حق للمحضون.....
15	ج- الحضانة حق للحاضنة.....
17	د- الحضانة حق مشترك للحاضن والمحضون.....
17	ثانيا:موقف التشريع الجزائري من طبيعة الحق في الحضانة.....
17	أ- موقف المشرع من الجزائري.....
18	ب- موقف القضاء الجزائري.....
18	الفرع الثاني :انقضاء مدة الحضانة.....
21	الفرع الثالث:سقوط الحق في الحضانة.....
21	المبحث الثاني:مفهوم مسكن الحضانة.....
21	المطلب الأول:تعريف مسكن الحضانة.....
22	الفرع الأول:التعريف اللغوي للمسكن.....
22	الفرع الثاني:التعريف الاصطلاحي للمسكن.....
23	الفرع الثالث:التعريف القانوني للمسكن:.....
23	المطلب الثاني:الضوابط القانونية لمسكن الحضانة.....
23	الفرع الأول:مواصفات مسكن الحضانة.....
24	أولا:أن يكون مناسباً.....
24	ثانيا: أن يكون مستقلاً.....
24	الفرع الثاني:خصائص حق الحاضنة في مسكن الحضانة.....
25	أولا: حق المسكن حق نسبي.....
25	ثانيا: حق المسكن هو حق مؤقت.....
25	أ- مدة الحضانة.....
26	ب- اقتصار حق الحاضنة على الانتفاع بالسكن.....
27	ثالثا: حق المسكن حق شخصي.....
27	المبحث الثالث:الآليات القانونية لحماية حق المطلقة الحاضنة في السكن.....
27	المطلب الأول:الآلية التشريعية لحماية حق المطلقة الحاضنة في السكن.....
27	الفرع الأول:الشروط المكرسة في استحقاق المطلقة الحاضنة للسكن في ظل
27	قانون الأسرة 11/84.....

28	أولاً: أن تكون المطلقة محكوم لها بالحضانة.....
28	ثانياً: أن لا يكون للمطلقة ولي يقبل إيوائها.....
29	ثالثاً: تعدد المحضونين.....
30	رابعاً: قدرة الزوج على ضمان المسكن.....
30	خامساً: أن لا يكون مسكن الزوجية وحيداً.....
30	الفرع الثاني: الشروط المستحدثة في استحقاق الحاضنة للسكن المخصص
31	لممارسة الحضانة في ظل قانون الأسرة المعدل (02/05).....
31	أولاً: صدور حكم يقضي بالحضانة.....
32	ثانياً: أن تكون المطلقة الحاضنة هي أم المحضون.....
32	ثالثاً: أن يكون للأب مسكن ملائم.....
32	المطلب الثاني: صندوق النفقة كآلية لضمان حق في الحضانة السكن.....
32	الفرع الأول: الإطار القانوني لصندوق النفقة.....
33	أولاً: تعريف صندوق النفقة.....
33	ثانياً المقصود بالنفقة في ظل قانون 15-01.....
33	ثالثاً: دواعي إنشاء صندوق النفقة.....
33	رابعاً: الفئات المستفيدة من المخصصات المالية لصندوق النفقة.....
34	الفرع الثاني: شروط وكيفية الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق.....
34	الفرع الثالث: إجراءات الاستفادة من مستحقات المالية لصندوق النفقة.....
35	أولاً : الفصل في طلب الاستفادة.....
35	ثانياً: الفصل في إشكالات تنفيذ أمر الاستفادة.....
35	ثالثاً: الفصل في التغييرات التي تطرأ على حالة المستفيدين أو المدين.....
35	رابعاً: الفصل في دعوى مراجعة النفقة والأمر بالحكم الفاصل فيها.....
35	خامساً: حالات سقوط حق الاستفادة من صندوق النفقة.....
36	الفرع الرابع: الآثار الجزائية المترتبة عن الاستفادة الغير المشروعة لصندوق
37	النفقة.....
37
37
39	الفصل الثاني: الحماية القضائية المقررة لحق المحضون في السكن

40	تمهيد:.....
40	المبحث الأول: الضمانات القضائية لحق الحاضنة في المسكن.....
41	المطلب الأول: سلطة القاضي في تقرير حق المطلقة الحاضنة في المسكن...
43	الفرع الأول: إلزام الأب بتوفير مسكن للحاضنة.....
44	الفرع الثاني: إلزام الأب بدفع بدل الإيجار.....
44	أولاً: معايير تقدير بدل الإيجار.....
44	أ-المعيار المادي.....
44	ب-معيار موقع السكن.....
45	ج-معيار تعدد المحضونين.....
45	ثانياً: أطراف عقد الإيجار.....
46	أ-الأب طرف في عقد الإيجار.....
46	ب-الحاضنة طرف في عقد الإيجار.....
47	ثالثاً: زمن استحقاق الأجرة.....
48	الفرع الثالث: بقاء الحاضنة في مسكن الزوجية.....
49	المطلب الثاني:قاعدة مصلحة المحضون اولى بالرعاية.....
49	الفرع الأول:تعريف قاعد مصلحة المحضون.....
49	أولاً: تعريف المصلحة.....
49	أ-تعريف المصلحة لغة.....
49	ب- تعريف المصلحة اصطلاحاً.....
49	ج- تعريف فقه القانون للمصلحة.....
50	ثانياً: تعريف مصلحة المحضون قانوناً.....
50	ثالثاً: مميزات قاعدة مصلحة المحضون.....
51	أ- قاعدة شخصية وذاتية.....
51	ب- قاعدة ليست ثابتة بل هي قابلة للتغيير.....
51	رابعاً: عناصر قاعدة مصلحة المحضون.....
51	أ- تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية.....
52	ب- تحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل.....

53	الفرع الثاني:سلطة القاضي في تقرير مصلحة المحضون.....
54	أولاً:التحقيق والمعاينة.....
54	ثانياً:تعيين خبير.....
55	ثالثاً: الاستماع إلى أحد أفراد العائلة.....
55	المبحث الثاني:التطبيقات القضائية لحماية مصلحة المحضون.....
55	المطلب الأول:مكان ممارسة الحضانة.....
56	الفرع الأول:ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني.....
57	الفرع الثاني:ممارسة الحضانة خارج التراب الوطني.....
58	المطلب الثاني:إشكالات تطبيق نص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري....
58	الفرع الأول:انتهاء مدة حضانة الذكر ببلوغ سن 10 سنوات.....
61	الفرع الثاني:انتهاء مدة حضانة الذكر ببلوغ سن 16 سنة.....
70	خاتمة.....
76	قائمة المراجع والمصادر.....
	فهرس المحتويات.....
	ملخص الدراسة.....

ملخص الدراسة:

من خلال دراستنا لموضوع حق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة من خلال قانون الأسرة الجزائري نخلص إلى ما يلي:

أنه بالرغم من المجهودات المبذولة من طرف المشرع الجزائري من أجل ضبط جل الجوانب المتعلقة بمسكن الحضانة والتعديل (02-05) الذي أدخله على قانون الأسرة، إلا أن الإشكالية التي تعترض تطبيق الأحكام القضائية الخاصة بمسكن الحضانة تؤكد وجود خلل في صياغة النصوص وعدم كفايتها.

ولذلك على المشرع الجزائري أن يتدارك ذلك وأن يقوم بتعديل الأحكام الخاصة بمسكن الحضانة واستحداث مواد ونصوص قانونية تواكب التطور الحاصل.

الكلمات المفتاحية: مسكن الحضانة، المحضون، الطلاق.

Study summary

Through our study of the issue of the right of a divorced woman with custody :

to a foster home through the Algerian family law, we conclude the following

That in spite of the efforts made by the Algerian legislator to control most aspects related to nursery housing and the amendment (05-02) that he introduced to the family law, the problem that obstructs the application of judicial rulings on nursery housing confirms that there is a defect in the drafting of texts and their insufficiency.

Therefore, the Algerian legislator has to rectify this and amend the provisions related to nursery homes and introduce legal materials and texts that keep pace with the current development.

Key words: custody housing, child custody, divorce