جامعة محمد خيضر – بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان المذكرة
حق الحاضنة في السكن

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون الأحوال الشخصية

إعداد الطالب :
• سارة خليفي

إشراف الأستاذة الدكتورة:
شهرزاد بوسطلة

الموسم الجامعي :2015/2014

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله الذي أرسل رسله بالبينات، وأنزل معه الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط، والصلاة والسلام على محمد بن عبد الله، المبعوث رحمة للعالمين، وسراجا منيرا للمهتدين، وبعد:

لقد شرع الإسلام الزواج كما شرع الطلاق، واعتبارا لذلك نظم المشرع الجزائري أحكامهما في قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية، مراعيا المصالح المختلفة لكل أطراف العلاقة الأسرية. وكذا الانعكاسات التي تنجم خاصة عن حالة الطلاق والتي تمتد إلى الأبناء، والتي تنحصر في أحكام الحضانة.

إن مراعاة مصلحة الأطفال نتيجة حادث الطلاق هو أمر في غاية الصعوبة بالنسبة للمشرع الوطني، ذلك أن مؤسسة الأسرة التي كان يستند إليها أولئك الأطفال قد انهدمت جزئيا، ويحتاجون إلى فترة رعاية قد تطول حتى يشتد عودهم، ويصبحون قادرين على تحمل مسؤولياتهم، ومن ثم وجدت منظومة أحكام الحضانة للاهتمام بهذا الجانب الذي يلقى نقاشا حدا من قبل القانونيين والإعلاميين والاجتماعيين والجمعيات المهتمة بالمرأة والطفل.

وتقع مشكلة السكن في قلب مشكلة الحضانة، إذ أن الأم المطلقة التي ستغادر مسكن الزوجية ولا تجد من يؤويها تعجز بالتالي عن تولي مهمة حضانة صغارها التي هي أولى بها شرعا وقانونا، ومن ثمة يثور البحث عن السبل القانونية لتوفير مسكن الحضانة.

تناول المشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل والمتمم مسألة مسكن الحضانة بنوع من الاحتشام في نصين يتيمين قبل التعديل الذي جاء في سنة 2005، ثم أصبح نصا واحدا أكثر يتما بعد التعديل، وهو نص المادة 72 منه الذي جاء لينظم من جديد مسألة مسكن الحضانة.

أولا: أسباب اختيار الموضوع:

إن دوافع دراسة هذا الموضوع ترجع إلى العديد من الأسباب الموضوعية كالتالي:

- أهمية موضوع مسكن الحضانة الذي لم يلق اهتماما كبيرا على صعيد الدراسات القانونية، بالمقارنة مع مواضيع أخرى متصلة بالحضانة، خاصة وأنه يعتبر مركز الثقل في موضوع الحضانة باعتباره المكان الذي تمارس فيه.
- موضوع مسكن الحضانة هو ذو بعد تطبيقي عملي، باعتباره يكون سببا لكثير من النزاعات القضائية في ظل الظروف التي يمر بها المجتمع الجزائري من أزمة البطالة والسكن.
- إن موضوع مسكن الحضانة مرتبط أشد الارتباط بموضوع الطلاق الذي بوقوعه تبدأ المشكلات في الظهور، من خلال تقرير حقوق كل من المطلقة والأولاد.
- أن موضوع مسكن الحضانة مرتبط كذلك أشد الارتباط بموضوع حقوق الطفل، الذي يكون ضحية في مسألة الطلاق، ومن ثم يتركز الاهتمام من طرف المشرع على كفالة حقوقه، وضمان حسن رعايته.
- من ناحية أخرى فموضوع مسكن الحضانة مرتبط كذلك بموضوع النفقة كموضوع من أهم مجالات دراسات الأحوال الشخصية.
- إن كل هذه الأسباب تجعل من الموضوع شديد الصلة بدراسات الأحوال الشخصية كتخصص في مجال القانون، وأنه جدير فعلا بالدراسة.

ثانيا: إشكالية البحث:

إن هذه الدراسة تسعى لتحليل مختلف النصوص المتدخلة في توضيح أحكام مسكن الحضانة سواء قبل التعديل أو بعد التعديل الذي مر عليه الآن عشر سنوات، وذلك بغرض الإجابة عن الإشكالية الرئيسية التالية:

إلى أي مدى وفق المشرع في ضمان حق الحاضنة في السكن؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية إشكاليات فرعية كالتالي:

- ما مدى إلزام الأب بتوفير المسكن لممارسة الحضانة؟
- وما الشروط التي وضعها لهذا المسكن؟
- وما أثر سقوط الحضانة على الحق في مسكن الحضانة؟
- وكيف يصدر القضاء أحكامه المتعلقة بالمسكن الخاص بالحضانة؟
- وما مدى جواز الطعن فيها؟
- وما الإشكالات التي تثور عند تنفيذ تلك الأحكام؟

ثالثا: أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف موضحة فيما يأتي:

- الإجابة عن إشكاليات الدراسة المطروحة.
- إبراز الثغرات القانونية والنقائص التي تحتاج إلى تكميل من طرف المشرع.
- بيان الجانب القضائي في موضوع مسكن الحضانة من خلال الدعاوى القضائية والأحكام الصادرة فيها والإشكالات المثارة عند تنفيذها.
- الوقوف عند تعديل قانون الأسرة سنة 2005 الذي قلب الموازين في موضوع مسكن الحضانة، كما كثير من المواضيع المتصلة بالزواج والطلاق.

رابعا: صعوبات الدراسة:

إن الصعوبات التي اعترضت البحث تتمثل في ندرة الدراسات التي تناولت الموضوع والإشارات القليلة إليه في المراجع العامة، وعدم تناول كافة أحكامه، وكذلك صعوبة الوصول إلى الاجتهادات القضائية غير المنشورة التي قد تجيب عن أي من التساؤلات المطروحة.

خامسا: منهج البحث:

بالنسبة للمنهج المتبع في دراسة الإشكاليات السابقة سيكون هو المنهج التحليلي، من خلال تحليل النصوص القانونية في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي الجزائري.

سادسا: الخطة العامة للبحث:

وعلى ضوء الإشكاليات المثارة سابقا ستكون الخطة مشتملة على فصلين كالتالي:

الفصل الأول: ماهية حق الحاضنة في السكن، ينقسم إلى مبحثين:

المبحث الأول: مخصص لبحث ماهية حق الحضانة.

المبحث الثاني: يعالج موضوع ماهية السكن.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لحق الحاضنة في السكن، ويتضمن مبحثين.

المبحث الأول: مخصص لدراسة دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن.

المبحث الثاني: لدراسة الحكم الصادر في دعوى الحضانة المتعلقة بالسكن.

الفصل الأول
ماهية حق االحاضنة في السكن

جاء موضوع الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ضمن آثار الطلاق، حيث تناول العدة كأثر غير مادي للطلاق في المواد من 58 إلى 61، ثم جاء الأثر الثاني المتمثل الحضانة، وتناولت أحكامها المواد من 62 إلى 72 منه، أما الآثار غير المادية فتتمثل في النزاع حول متاع البيت (المادة 73) والنفقة (المواد من 74 إلى 80).

والحقيقة أن الحضانة لا تعتبر كأثر غير مادي فقط للطلاق، بل تعتبر مزيجا من الالتزامات المادية والأدبية، ولاسيما ما يتعلق بالسكن الذي تستحقه الحاضنة تبعا لحق الحضانة، وهو موضوع يكتسي أهمية بالغة، وإن كان يعتبر جزئية تابعة لأحكام الحضانة، فهو موضوع جوهري فيها، لأن المرأة المطلقة خاصة تعيش أوضاعا صعبة، وهي تمر بمرحلة النزاع القضائي الخاص بالطلاق، فقد ترمى في الشارع، أو تبقى بلا مأوى مستقر، إلى غاية البت في مسألة الطلاق والحضانة والنزاعات الأخرى المتعقلة بالنفقة وبمتاع البيت ...إلخ

وموضوع الحضانة فوق ذلك هو من المواضيع المرتبطة بالطفل وحقوقه، والتي تلقى اهتمام متزايدا في العصر الحالي بسبب القلق المتزايد للمجتمع الدولي حول حقوق الإنسان بصفة عامة، والشرائح المضطهدة بصفة خاصة والمتمثلة في المرأة والطفل، ويعتبر الأولاد كضحايا بعد عن فك الرابطة الزوجية مما يجعل موضوع ذا أهمية بالغة يستحق دراسة دقيقة ومعمقة.

ترجع أحكام الحضانة إلى القانون الذي فصل أمورا تاركا بعضها الآخر للقضاء والفقه، وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع عالج أحكام الحضانة ضمن الفصل الثاني من قانون الأسرة[1] الذي جاء بعنوان آثار الطلاق، وذلك في المواد من 62 إلى 72، حيث تناول تعريف الحضانة وبين شروطها وقام بترتيب الحاضنين (المبحث الأول) أما السكن كحق للحاضنة فقد جاءت بعض أحكامه ضمن المادة 72 التي حلت محل المادة 52 قبل تعديل 2005 (المبحث الثاني)

[1] قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

المبحث الأول
ماهية الحضانة

يترتب على انحلال الرابطة الزوجية آثار بالنسبة للأطفال تتمثل خاصة في رعايتهم والقيام بشؤونهم عن طريق الحضانة، وتختلف نظرة التشريعات إلى شروط الحضانة وترتيب الحاضنين، لذلك يتوجب التطرق أولا إلى مفهوم الحاضنة وكذا المفاهيم المرتبطة بها كمفهوم الحضانة بشكل خاص (المطلب الأول) ثم الحديث عن شروط الحضانة (المطلب الثاني) وأخيرا إلى ترتيب الحاضنين في ضوء التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل (المطلب الثالث)

المطلب الأول
مفهوم الحاضنة

نقول عن المرأة أنها حاضنة عندما تكون متزوجة ولديها أولاد، وأيضا يمكن أن تكون غير متزوجة لكن أسندت إليها الحضانة مثل الخالة، الجدة، أو أن تكون مطلقة وحاضنة.

إن مفهوم الحاضنة مرتبط بمصطلح الحضانة، وعليه توجب الحديث أولا عن تعريف الحضانة في اللغة والاصطلاح الشرعي(فرع أول) ثم بيان التعريف القانوني (فرع ثان)

الفرع الأول
تعريف الحضانة في اللغة والاصطلاح الشرعي

أولا: تعريف الحضانة في اللغة:

الحضانة مأخوذة من الحضن، حضن: حضن الصبي، يحضنه حضنا، والحضانة: جعله في حضنه، والحضانة مصدر الحاضن والحاضنة. والحاضن والحاضنة موكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه، وفي حديث عروة بن الزبير: عجبت لقوم طلبوا العلم حتى إذا نالوا منه صاروا حضانا لأبناك الملوك، أي مربين وكافلين، وحضان: جمع حاضن، لأن المربي والكافل

يضم الطفل إلى حضنه، وبه سميت الحاضنة، وهي التي تربي الطفل، ومنه الاحتضان هو احتمالك الشيء وجعله في حضنك، كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها[2].

ثانيا: تعريف الحضانة في الاصطلاح الشرعي:

من الناحية الشرعية وجدت العديد من التعريفات، ورغم وجود ما يميزها عن بعضها البعض في جوانب محددة نجد أن جلها تصب في قالب واحد، وهو رعاية الصغير والتكفل به صحيا واجتماعيا وتربويا وأخلاقيا.

تناول الفقهاء الحضانة بالبيان لما لها من دور كبير في أول مراحل الحياة بالنسبة للصغير، فالسرخسي من فقهاء الأحناف يقول في مبسوطه:"إن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم جعل الشارع ولاية إلى من هو مشفق عليهم، فجعل حق التصرف إلى الآباء لقوة رأيهم مع الشفقة، والتصرف يستدعي قوة الرأي وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن وذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت"[3].

لقد تنوعت التعاريف الفقهية للحضانة واختلف فقهاء المذاهب في تعريفها، فالحنفية يعرفونها بأنها"تربية الأم أو غيرها ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة قبل الفرقة أو بعدها"، وعرفها الشافعية بأنها"حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه ودفع ما يضره"[4]، وبالجملة فهي ترجع كلها إلى مفهوم رعاية الطفل الصغير وتربيته.

الفرع الثاني
تعريف الحضانة في القانون

لقد عرف المشرع الجزائري الحضانة ولم يتركها للاجتهاد وذلك في نص المادة 62 قانون الأسرة الجزائري (الأمر رقم 05-02) بقولها:"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام

[2] ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج7، ط1، 2005، ص 715-716

[3] نقلا عن: أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 150.

[4] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج10، مؤسسة الرسالة، ط1، 1993، ص 6-7

بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

فالمشرع الجزائري لم يخرج إجمالا عن التعريف الفقهي الشرعي للحضانة سوى أنه استعمل لفظ الولد بدلا عن الصغير، ويبدو أن اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير والصغيرة اللذين لم يبلغا بعد، ذلك أن قانون الأسرة في المادة 65 منه قد حدد سن الحضانة بالنسبة للذكر بستة عشر 16 سنة والأنثى ببلوغها سن الزواج[5].

إن القانون إذن يعرف الحضانة بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا[6]، وانطلاقا من كون تعريف المشرع الجزائري للحضانة اعتمد فيه على أهدافها فإنه يتضح جليا أن الحضانة تتمثل أساسا في:

أ- تعليم الولد:

ويقصد به التمرس الرسمي الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا وإجباريا إلى غاية استنفاذ طاقته واستطاعته في تحديد مستواه بناء على ملكاته وكفاءته.

ب- تربيته على دين أبيه:

ساير المشرع الجزائري حكم الشريعة الإسلامية بجواز زواج المسلم بغير المسلمة، وذلك ما يستخلص من مفهوم المخالفة للمادة 30 من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 05-02 عندما نص على المحرمات بصفة مؤقتة، ومن بينهن المسلمة التي لا يجوز لها الزواج مع غير مسلم، وعلى ذلك فالعكس جائز قانونا كما هو جائز شرعا.

أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، وهو دين الأب في تنشئة الطفل.

[5] باديس ديابي ، المرجع السابق، ص 50.

[6] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 151.

وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته وهذا ما جاءت به المادة 62 ق الأسرة "الحضانة هي رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه".

جـ- السهر على حمايته:

تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المعنوية والمادية، فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي كالضرب والتعذيب والاستغلال، ولا لأي عنف لفظي كترهيبه أو تخويفه أو سبّه بالشكل الذي قد ينجم عنه اضطرابه نفسيا أو عقليا.

كما أن حمايته تتطلب أيضا تأديبه وتنشئته النشأة السوية وعليه أن يؤدب في حدود ما يسمح به الشرع ويجيزه تأنيبا له عن أي خطأ أو سوء معاملة يبديها اتجاه الغير"[7].

د- حمايته خلقيا وصحيا:

الحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق بمدى تعليمه وحسن تأديبه وإعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا صالحا وسويا، وحمايته من مخاطر الشارع ورفاق السوء.

أما التكفل الصحي بالطفل المحضون فهو من أقدس المسؤوليات الملقاة على عاتق الحاضن، وذلك أن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا ودراسيا والاعتناء به، ويبقى على الحاضن واجب الرعاية منذ الأشهر الأولى للطفل، كتلقي التعليمات الدورية في وقتها وعرضه على الطبيب كلما استدعت الحاجة إلى ذلك[8].

وعليه فإن الحضانة هي قيام بحفظ الصغير، بمعنى أن تكون رعايته صحيا ودينيا وخلقيا، وأنه يجب أن يربى على دين أبيه، وهو الإسلام، الذي لم تذكره المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، وأيضا قد تكون الأم من غير دين الأب، ففي هذه الحالة يجب عليها أن تربيه على دين أبيه، فالشرع والقانون يجيزان الزواج من غير المسلمة.

[7] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 51-52.

[8] باديس ديابي، المرجع نفسه، ص 53.

المطلب الثاني

شروط ممارسة الحضانة

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط الواجب توافرها في الحاضنة أو الحاضن حيث اكتفى في الفقرة الثانية من المادة 62 بالقول:"...ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" ويتضح من خلالها الشروط العامة.

غير أنه من الناحية الفقهية هناك شروط عامة لا بد من توافرها في الرجال والنساء حتى تثبت أهليتهم في الحضانة (فرع أول)، بالإضافة إلى شروط يختص بها الحاضن من الرجال والحاضنة من النساء(فرع ثان).

الفرع الأول

الشروط العامة لممارسة الحضانة

أولا: شروط ممارسة الحضانة المتفق عليها:

1- البلوغ:

يشترط في الحاضن أن يكون بالغا، لأن الحضانة ولاية، وهذا شرط محل اتفاق بين فقهاء المذاهب الإسلامية، كما لا يختلف القانون في تطلب هذا الشرط، لأنه من شروط الأهلية، أما المراهق فله الحق في الحضانة حالة أن يدعي البلوغ[9].

2- العقل:

أن تكون عاقلة، لأن غير العاقلة لا تحسن القيام على شؤون الصغير لعدم معرفتها ما ينفعه، بل يخشى عليه الضرر منها، فلا تكون أهلا للحضانة[10]، وقد يبلغ الشخص السن المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني أي 19 سنة لكنه لا يتمتع بقواه العقلية لعارض من العوارض كالجنون والعته، فيصبح هو ذاته في حاجة إلى ولي أو وصي يدير شؤونه[11]، فيستحيل إسناد الحضانة إليه طالما أنه مفتقر للعقل وهو أساس التكليف.

---

[9] خالد عبد العظيم أبو غابة، حقوق المحضون، دار الفكر الجامعي، مصر، 2013، ص 171.

[10] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين فقه المذاهب والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط4، 1983، ص 763

[11] انظر المادة 40 من الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني الجزائري.

3- القدرة على التربية:

يجب أن يكون الحاضن قادرا على تربية المحضون وصيانته والمحافظة عليه، فلا حضانة لمن عجز عن القيام بها لكبر السن أو مرض، ذلك أن من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا، خلقيا واجتماعيا.

ويرى أغلبية الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضا معديا أو مرض يقف بينها وبين المحضون حائلا عن القيام بشؤونه، ولا لمتقدمة في السن ولا لغير المكترثة بشؤون بيتها وأبنائها.

ومن الفقهاء أيضا من يعتبر أن عمل المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير فلا حضانة لها[12].

4- الأمانة:

يجب أن يكون الحاضن أمينا على أخلاق المحضون، فالقانون يشترط حفظ المحضون صحة وخلقا، وهذا الشرط يتعين مراعاته، لأن القانون اعتبره ونص عليه، ومؤدى ذلك أن لا تثبت الحضانة لفاسق، لأن ذلك يؤدي إلى ضياع المحضون خلقا[13].

والأمانة المقصودة هي صفة في الحاضن يكون بها أهلا للحضانة، فالحضانة لا تكون لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه كالفاسق، رجلا أو امرأة، من سكير مشتهر بالزنا أو اللهو أو الحرام، واشترط المالكية أمن المكان، فالحضانة لا تكون لمن بيته مأوى للفساق والمارقين من الدين أو غير ملتزمين بأحكامه[14].

ثانيا: شروط ممارسة الحضانة المختلف فيها:

اختلف الفقهاء بشأن الإسلام كشرط من شروط ممارسة الحضانة، فالشافعية والحنابلة يرون أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة فلا إسناد للحضانة عندهم لغير مسلمة، لأن

[12] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 152.

[13] أحمد نصر الجندي ، المرجع نفسه، ص 152.

[14] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2007، ص 359

الحضانة ولاية ويؤكدون أن الولاية للكافر على المسلم لا تجوز، مستشهدين بقوله تعالى:"**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**".

وذهب الأحناف وابن القاسم من المالكية وأبو ثور إلى أن الحضانة تثبت للحاضنة مع كفرها وإسلام الولد، لأن الحضانة لا تتجاوز رضاع الطفل وخدمته، وكلاهما يجوز من الكافرة، والأحناف وإن رأوا جواز حضانة الكافرة إلا أنهم اشترطوا أن لا تكون مرتدة لأن المرتدة عندهم تستحق الحبس حتى تتوب وتعود إلى الإسلام أو تموت في الحبس، فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل، فإن عادت عاد لها حق الحضانة[15].

الفرع الثاني

الشروط الخاصة لممارسة الحضانة

تختلف الشروط الخاصة بالنساء عن الشروط الخاصة بالرجال، وذلك كالتالي:

أولا: الشروط الخاصة بالنساء:

بالإضافة إلى الشروط العامة يجب أن تتوفر في الحاضنة شروط خاصة بالمرأة وهي:

1- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم، وهو مذهب الأئمة الأربعة مع اختلاف في التفاصيل[16].

2- أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون:

إن الحضانة مشروعة لمصلحة المحضون، وسكناه عند من يبغضه يعرضه للأذى وإلحاق الضرر به، فشرط السكن الملائم واللائق ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته وصحته[17].

3- ألا تكون امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسر:

امتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجانا عند إعسار الأب يعد مسقطا لحقها في الحضانة، فعدم الامتناع يبقى شرطا من شروط الحضانة، فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة وقبلت تربية أخرى تربية طفل مجانا سقط حق الأولى في الحضانة[18].

---

[15] السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، ط8، 1987، ص 309

[16] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، دار الفكر، دمشق، 1989، ص 7307.

[17] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 66.

[18] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 360.

ثانيا: شروط خاصة بالرجال:

أ- أن يكون محرما للمحضون إذا كانت أنثى: فليس لابن العم حضانة لعدم حرمته لها، ولأن الحق لو ثبت له قد يقضي إلى فتنة وفساد، فقال العلماء لا يثبت ذلك سدا للذريعة[19].

ب- أن يكون عند الحاضن من أب وغيره من يصلح للحضانة من النساء: كزوجة أو أم أو خالة أو عمة، فإن لم يكن عند الرجل من يحضن الصغير من النساء فلا حق له في الحضانة، وهذا شرط عند المالكية[20].

جـ- اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، المبدأ في حضانة الرجال مبني على الميراث إذ لا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذا رحم مسلما فليس له حق الحضانة، بل حضانته إلى ذوي رحمه من أهل دينه، وإذا كان المحضون مسلما وذا رحمه دون ذلك فلا حضانة إليه لأنه لا توارث بينهما[21].

المطلب الثالث

ترتيب الحاضنين في التشريع الجزائري

الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير، بإذن الشرع أو بأمر القاضي، أنثى كان أو ذكرا، حيث يتساوى النساء والرجال في أهليتهم للحضانة، مع اختلاف في الأولوية وتباين في الترتيب، غير أن المتفق عليه فقها وقانونا هو أولوية الأم في حضانة صغارها، وهذا ما يقره مبدأ العدل ويقبله العقل السليم.

وقد سار المشرع الجزائري بشأن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفق ما أجمعت عليه المذاهب الأربعة، كما جاء في المادة 64 من قانون الأسرة، لكن ترتيب الحاضنين اختلف بين ما قبل تعديل 2005 (فرع أول) وما بعد التعديل (فرع ثان)

---

[19] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 7308.

[20] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 260.

[21] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2004-2005، ص 283.

الفرع الأول

ترتيب الحاضنين قبل تعديل فبراير 2005

نصت المادة 64 من قانون الأسرة قبل التعديل على ما يلي:" الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة وعلى ذلك فقد رتب المشرع أصحاب الحق في الحضانة كما يلي:

1- الأم:

نص المشرع الجزائري في المادة 64 ق.أ (القانون رقم 84-11) على أن الأم أولى بحضانة ولدها، ويتبين من هذه المادة أن حق الحاضنة يثبت للأم لكونها أقدر وأصبر من الأب على تربية الطفل والعناية به[22].

وعليه نستنتج أن الأم مقدمة على غيرها في حضانة الصغير، لأنها أكثر شفقة وحنانا من غيرها، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا بأنه من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها، ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى الزواج[23].

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة بالطلاق أو الوفاة بالإجماع لوفور شفقتها والدليل على ذلك ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أَتَتْهُ امْرَأَةٌ بِابْنٍ لَهَا ، فَقَالَتْ :إِنَّ ابْنِي إِنَّكَبْطْنِي لَهُ وِعَاءًوَثَدْيِي لَهُ سِقَاءًوَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً وَإِنَّ أَبَاهُ يَزْعُمُ أَنَّهُ سَيَنْتَزِعُهُ مِنِّي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ: " أَنْتِ أَحَقُّ بِابْنِكِ مَا لَمْ تَنْكِحِي"[24].

---

[22] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: الخطبة الزوج الميراث الوصية، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، 1999، ص 380

[23] قرار رقم 52221 بتاريخ: 1989/03/13 المجلة القضائية للمحكمة العليا، سنة 1989، العدد 1، ص 48.

[24] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 7298

وكذلك روي عن عمر بن الخطاب أنه طلق زوجته أم عاصم وأراد أن يأخذ ولده عاصما منها، فأبت عليه ذلك، وتخاصما إلى أبي بكر رضي الله عنه وهو خليفة، فقال لعمر: خل بينه وبينها ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عنك، فكان إجماعا منهم على تقديم الأم على غيرها ولو كان أبا[25].

2- أم الأم (الجدة لأم):

لقد نصت المادة 64 ق.أ (القانون رقم 84-11) على أن الجدة لأم في المرتبة الثانية في حال إسقاط الحضانة على أم المحضون لأي سبب كان سواء تعلق بالوفاة أو الزواج أو لأي سبب آخر، فالقاضي يحكم بإسناد الحضانة لأم الأم إذا طلبتها وتنازلت عنها الأم أو سقط حقها في ذلك بمبرر شرعي لزواج من زوج أجنبي[26].

وبالعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية فهي تتفق مع ما جاء في القانون لأن أم الأم مثل الأم لمشاركتها في الإرث والولادة[27].

3- الخالة:

إن شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه، وهذا ما اتفق عليه في الأثر، وخالة المحضون بعموم اللفظ سواء كانت أختا شقيقة للأم أو أختا من الأب أو أختا من الأم، وجاء ترتيب الخالة عموما في المرتبة الثالثة بعد الأم وأم الأم، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء أيضا وصدقته المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، وكرسه اجتهاد المحكمة العليا في عديد قراراته[28]، حيث جاء في قرار صادر بتاريخ 1998/03/17:"لقد خالف قضاة الموضوع القانون عندما أسندوا الحضانة للأخت لأب رغم وجود الخالة المطالبة بها لاسيما أنهم لم يستعينوا بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم"[29].

---

[25] بدران أو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري والقانون، ج1: الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص 546

[26] أحمد شامي، المرجع السابق، ص 304

[27] وهبة الزحيلي، االمرجع السابق، ص 7399؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 10

[28] عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، دار ثالة، الجزائر، 1999، ص 268.

[29] قرار المحكمة العليا بتاريخ 1998/03/17، ملف رقم 179471، الاجتهاد القضائي بغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 172.

4- الأب:

العبرة في الحضانة أن جانب الأنثى أغلب على جانب الذكور لخصوصيتها والهدف من وجودها، ذلك أن الأنثى تمتاز على الذكر برعاية الصغير وحمايته والصبر على مشاق ذلك، لذلك فالمشرع الجزائري غلب جانب الأنثى من الأم الحاضنة، حيث تؤول الحضانة إلى الأم، وبعدها لأم الأم، ثم الخالة، فإذا انعدمت شروط الحضانة فيهن انتقلت إلى الأب[30].

وجاء في قرار للمحكمة العليا أن "قضاة الموضوع الذين أسندوا حضانة الأبناء إلى الأب مراعاة لمصلحتهم اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون"[31].

5- أم الأب:

إذا لم توجد الأم أو الخالة أو وجد السبب المسقط لحق الحضانة انتقلت الحضانة إلى الأب ومن بعده إلى أمه[32]، ومن الجدير بالذكر أن هذا الاتجاه الذي يقدم أم الأب يتفق مع المذهب الحنبلي ورأي في المذهب الشافعي[33].

6- الأقربون درجة:

يلاحظ أن المادة 64 من قانون الأسرة (القانون رقم 84-11) جاءت بفئة ثالثة من مستحقي الحضانة وذلك بقولها:"... ثم الأقربون درجة..." دون ذكرهم أو تحديدهم، وفي مثل هذه الحالة يتعين اللجوء إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى قواعد الشريعة الإسلامية في حالة غموض أو غياب نص ما في أمر محدد، وهذا الأمر موكول للقاضي، وهو موضوع واسع للاجتهاد، حتى أنه يمكن القول أن القاضي هو الذي يخول له مهمة وضع المحضون عند من يثق به سواء كان رجلا أم امرأ ة[34].

---

[30] أحمد شامي، المرجع السابق، ص 307

[31] قرار رقم 153640 بتاريخ 1997/02/18، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد1، ص 39.

[32] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص 376.

[33] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 22 و 24.

[34] حميدو زكية، المرجع السابق، ص 374.

الفرع الثاني
ترتيب الحاضنين بعد تعديل فيفري 2005

أحدث المشرع الجزائري تغييرا في المادة 64 بمناسبة التعديل الوارد بموجب الأمر رقم 05-02 إذ نصت على ما يلي:"الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

فالجديد الذي حمله هذا التعديل بإيجاز هو جعل الأب مباشرة بعد الأم، ثم درجة الجدة لأب قبل الخالة، مع استحداث حضانة العمة، ومع ذلك يمكن القول أن تعديل المادة 64 من قانون الأسرة جاء معالجا للواقع الذي تعيشه العائلات الجزائرية لاسيما فيما يتعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطلاق أو الوفاة"[35].

من خلال المادة 64 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 يتضح أن المشرع الجزائري أبقى على حق الحضانة للأم وقدم الأب على الجدة لأم والخالة في استحقاقه لحضانة ابنه، هذا التغيير الذي يطرح السؤال التالي: هل المشرع الجزائري في ذلك خالف أحكام الشريعة؟ أو بمعنى آخر هل الشريعة أوجبت تقديم أم الأم وبعدها الخالة على الأب أم أن المسألة محل خلاف والفيصل فيها هو حكم القاضي وفقا لمصلحة المحضون[36]؟

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم من المسائل التي لم يتحقق لها الإجماع، ومن ثم فالمشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الأسرة يكون قد أخذ في هذه المسألة بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم لأن تقديم الأم على الأب حسب هذا الرأي كان بسبب الأمومة لا بسبب الأنوثة، وهو رأي الحنابلة[37].

[35] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 358.

[36] أحمد شامي، المرجع السابق، ص 308.

[37] عبد الكريم زيدان المرجع السابق، ص 24.

فأحق الناس بحضانة الطفل من الرجال هو الأب، كون الأب يتحمل مسؤولية كبيرة في واجب الحضانة، خاصة وأنه يتحمل عبء النفقة، فليس من المعقول أن يكون هو المنفق وغيره أولى بحضانة ابنه، إضافة إلى ذلك أن هذا الابن هو نتاج علاقة زوجية بين الأب والأم، فهو ابن مشترك بينهما، فالأب أكثر حرصا على مصلحة ابنه وأقدر على توجيهه بسبب صلة الأبوة.

وعلى هذا الأساس فإن المشرع الجزائري لم يخرج في تعديله للمادة 64 عن أحكام الشريعة الإسلامية لأن الحضانة حق للطفل المحضون وحق للحاضن أيضا مع مراعاة مصلحة المحضون، أي هي حق مشترك جعله المشرع مرتبطا بالنظام العام، مما يجعل مراعاة مصلحة المحضون مقدمة على كل اعتبار آخر[38].

إن المشرع لم يجعل ترتيب مستحقي الحضانة وجوبيا على القاضي يتقيد ولا يملك الحياد، بل جعله موجها له فحسب، فمتى رأى المصلحة قضى بذلك استجابة لنص المادة 64 نفسه الذي يلزمه بمراعاة مصلحة المحضون[39].

إن التغيير الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يثير إشكالا كبيرا طالما أن مصلحة المحضون هي التي توجه القاضي، وتحتم عليه اختيار الحاضن الأكثر تحقيقا لهذه المصلحة، فللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون، حيث في اجتهاد للمحكمة العليا بهذا الخصوص أن" مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة"[40].

[38] أحمد شامي، المرجع السابق، ص 309.

[39] أحمد شامي، المرجع نفسه، ص 310.

[40] قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2009/05/13، ملف رقم 497457، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2009، عدد1، ص 297.

المبحث الثاني
ماهية سكن الحضانة

إن الزوج ملزم بتوفير مسكن ملائم لزوجته وأولاده، وهذا يدخل ضمن النفقة الواجبة عليه تجاه عائلته، وتتمثل مشتملات هذه النفقة حسب ما جاء في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري في الغذاء، الكسوة والعلاج والسكن أو بدل الإيجار، وحتى بعد فكّ الرابطة الزوجية أيضا يبقى الزوج أو الأب ملزما بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة بشكل مناسب.

فمن خلال ما جاء في التعديل الوارد على قانون الأسرة، إضافة إلى ما استقر العمل به قضائيا من خلال اجتهادات المحكمة العليا تتضح جليا نية المشرع في أن مسكن الحضانة هو حق مقرر صراحة للمحضون بالدرجة الأولى وبصورة أصلية، فلولا وجوده في ظل العلاقة الزوجية المنفكة لما استحقت الحاضنة تقريرها الحق فيه.

من جهة أخرى فالأب يصبح مسؤولا أصيلا عن المحضون بأن يوفر له المسكن الملائم، أو أن يلتزم بدفع بدل الإيجار متى تعذر عليه تنفيذ التزامه عينيا.

انطلاقا من ذلك سيتم التطرق إلى مفهوم سكن الحضانة ومواصفاته (المطلب الأول) ثم بيان شروط مسكن الحضانة أو أجرته (المطلب الثاني) وأخيرا أسباب سقوط حق الحاضنة في السكن (المطلب الثالث).

المطلب الأول
مفهوم سكن الحضانة ومواصفاته

السكن ضرورة أساسية من ضرورات المعيشة الصحية السوية، يلبي مجموعة من الحاجات (نفسية، مادية، اجتماعية) وهو سكينة الأسرة واستقرارها ومكان راحة أفرادها والملجأ من تعب الحياة وكدها، والطفل يتلقى ما يلزمه من احتياجات مادية ومعنوية داخله، فيجد فيه الدفء والحنان والألفة، فالسكن هو عنصر جوهري من عناصر ضمان الكرامة الإنسانية.

بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق وأيا كانت الصورة التي يقع فيها الطلاق يلتزم الأب بتوفير مسكن مخصص للقيام بواجب الحضانة من رعاية وتربية وحفظ للمحضون من كل الجوانب، وعلى ذلك فيلزم تعريف المقصود بسكن الحضانة (فرع أول) وكذلك إلى مواصفاته (فرع ثان)

الفرع الأول

تعريف سكن الحضانة

السكن في اللغة من سكن، وهو من السكون ضد الحركة، وسكن الشيء يسكن سكونا إذا ذهبت حركته، سكن الرجل أي سكت وقيل سكن في معنى سكت السكن والمسكون والمسكن هو المنزل والبيت.

والسكن هو كل ما سكنت إليه واطمأنت به من أهل وغيره والسكن أيضا سكن الرجل في الدار[41].

أما في الاصطلاح العام فالسكن يعطي معنيين مختلفين أحدهما مجرد وهو: ربط الشخص قانونا بمكان معين بحيث يصير هذا المسكن المركز القانوني الذي تجتمع فيه مصالحه، والآخر ملموس، ويقصد به مكان السكنى الحقيقية للشخص، أي الموضع الذي يقيم فيه، وهو بالأحرى المكان أو الموضع الذي يتحقق فيه السكن[42].

يختلف بلا شك مفهوم السكن الخاص بالحضانة عن المسكن الذي نصت عليه المادة 355 من قانون العقوبات الجزائري[43]، والتي جاءت كما يلي": يعد منزلا مسكونا آل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو آشك ولو متنقل متى آان معدا للسكن وإن لم يكن مسكونا وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو السور العمومي."

---

[41] ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج3، ط1، 1997، ص 311.

[42] بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002، ص 2.

[43] الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

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

وإذا كان المشرع لم يعرف السكن فقد تولى ذلك الفقه، حيث فقهاء القانون بطرق مختلفة منها على سبيل المثال:

- المسكن هو المكان الذي يخلو فيه الإنسان إلى نفسه فيعيش في مناجاة مع ذاته بعيدا على أعين الرقباء، نائيا عن عيون وأسماع الآخرين فيودع فيه خصوصياته وأسراره وينفرد بذاته وبأسرته وبالمقربين إليه[44].
- كل مكان مسور يستخدم للسكن بصفة دائمة أو مؤقتة أكان ملكا لساكنه أو مستأجر له أو يقيم فيه مجانا[45].

وبصفة عامة فإن السكن هو مكان مستور يستخدم بصفة دائمة أو مؤقتة وسواء كان ملكا لسكانه أو مستأجرا أو يقيم فيه مجانا، على أنه يجب أن تتوفر فيه جميع المرافق، فلا يعتبر مسكنا شاحنة كبيرة يستعملها سائقها للنوم لكنها تفتقر إلى مرافق أخرى كالمطبخ، ودورة المياه، بينما تعتبر كذلك العربات المتحركة التي تتضمن كل المرافق الضرورية[46].

الفرع الثاني

مواصفات سكن الحضانة

أولا: في الفقه الإسلامي:

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

---

[44] عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001، ص 10.

[45] أحمد غاي، الحماية القانونية لحرمة المسكن، دار هومة، الجزائر، ط1، 2008، ص 15.

[46] عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، قسنطينة، 2013، ص 277،278.

1- أن يكون المسكن يحتوي على باب به غلق، وأن يكون محتويا على المنافع الضرورية كالمطبخ والحمام والغرف.

2- أن يحتوي المسكن على مستلزمات العيش الضرورية من طعام وكسوة.

3- يشترط في المسكن أن يكون له جيران والبيت الذي ليس له جيران يعتبره الفقهاء غير شرعي[47].

ثانيا: في القانون الجزائري:

لقد نصت المادة 72 من قانون الأسرة على ما يلي:"في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن".

بينما نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

من خلال هاتين المادتين نجد أن المشرع الجزائري تطرق لمسألة السكن واعتبره من ضمن مشتملات النفقة بصفة عامة، ومن بينها نفقة الأب على أبنائه المحضونين، لكنه لم يتطرق إلى مواصفات محددة التي يجب أن تتوفر في هذا المسكن، وقد اكتفى في المادة 72 بالقول أن يكون "مسكنا ملائما للحضانة"[48].

فحتى تقوم الحاضنة بكامل مسؤولياتها على أكمل وجه برعاية وتربية محضونها يجب أن يتوفر في مسكن الحضانة شروط أو مواصفات خاصة للمحافظة على الأبناء صحة وخلقا، وهي مستخلصة من نصوص القانون كالتالي:

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

[48] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 132

1- أن يكون مسكن الحضانة مناسبا:

يشترط في المسكن الذي يوفره الزوج المطلق بغرض الحضانة أن يكون مناسبا للمحضون والحاضنة على سواء، فإذا كان مناسبا للمحضون تمكنت الحاضنة فيه من أدائها لواجباتها نحو محضونها على أكمل وجه[49].

ويكون مسكنا ملائما للحضانة إذا زود بالمنقولات اللازمة للمعيشة اللائقة بحالة استيفاء الغرض المرصود له، ولا يتصور إلزام الحاضنة ولو كانت أما بإعداد مسكن الحضانة بالمنقولات اللازمة للمعيشة وإلا كانت الحضانة عبئا كبيرا على بعض الحاضنات.

وللحاضنة إذا رفض الأب القيام بهذا الالتزام أن تقوم بتزويد المسكن بالمنقولات اللازمة للمعيشة واستيفاء الثمن من الأب عملا بالقواعد العامة أو إقامة دعوى ضده لطلب إلزامه بتنفيذ التزامه عينا[50].

2- أن يكون مسكن الحضانة مستقلا:

المقصود بالمسكن المستقل هو المسكن الذي لا يشترك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة، وبالتالي فيجب أن يكون المسكن مستقلا بمرافقه، وعلى ذلك فإن المطلق عليه أن يختار بين أن يترك مسكنه وبين أن يهيئ مسكنا آخر مستقلا ومناسبا، ويترك لقاضي الموضوع تقدير مدى استقلال مسكن الحضانة ومناسبته للمحضون والحاضنة[51].

وضرورة استقلالية مسكن الحضانة يراد من خلالها مراعاة مصلحة المحضون بحفظه صحة وخلقا، مما ينبغي عليه إسكانه في مكان آمن، وبين جيران صالحين خاصة إذا كان المحضون أنثى.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ بآراء فقهاء الشريعة الإسلامية الذين ذكروا مواصفات خاصة لما يعتبر مسكنا شرعيا، بل لم يذكر أي مواصفات معينة ما عدا أن يكون

[49] أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، دار الفكر القانوني، ط1، 2008، ص 215.

[50] أحمد إبراهيم عطية ، مرجع سابق، ص 215.

[51] أحمد إبراهيم عطية، المرجع نفسه، ص 215.

ملائما لممارسة الحضانة حسب ما جاء في المادة 72 من قانون الأسرة (الأمر رقم 05-02)، والجدير بالملاحظة أن تقدير ملاءمة المسكن للحاضنة يخضع لتقدير قاضي الموضوع، وفي حالة رفض الحاضنة المسكن المهيأ لها لا بد أن يكون لهذا الرفض ما يبرره، وعليه فإذا قام الأب بتوفير بدل إيجار فهل يجب عليه أن يتقيد بشروط السكن؟ ليس في نص المادة 72 إجابة على هذا التساؤل، أي أنه لم يحدد شروطا للسكن المؤجر، وعليه فالمشرع مطالب باستدراك النقص في هذا النص.

المطلب الثاني

شروط توفير مسكن الحضانة وأجرته

إن الحاضنة تحتاج عادة إلى مسكن لتباشر الحضانة فيه وقد ثار خلاف حول استحقاق الحاضنة لأجر مسكن الحضانة فيرى فريق بأنه وجوب اجر الحضانة لا يستوجب وجوب مسكن الحضانة، وذهب الفريق الآخر إلى القول بوجوب اجر الحضانة على والد الصغير، لأن الأجر المسكن من نفقته ولقد نصت المادة 72 ق.أسرة (القانون رقم 84-11) أن نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته".

وقد جعلت المادة مسكن الحضانة من مال المحضون إن كان له مال، وإلا فعلى أبيه أن يوفر له سكنا ليحضن فيه، أو يكلف بدفع أجرة مسكن لممارسة الحضانة، أما بعد تعديل المادة 72 ق.أسرة فقد ألزم المشرع الأب بتوفير مسكن، فإن تعذر توفيره يكون دفع بدل الإيجار، وكذلك نص المادة 52 (قانون رقم 84-11) نصت على التزام الأب بتوفير مسكن لحضانة ابنه، ولكنها تطرقت إلى مجموعة من الشروط، وبتعديل المادة 52 ألغيت هذه الشروط.

بناء على ما سبق ينقسم هذا المطلب إلى: شروط إسكان الحاضنة قبل التعديل وبعد التعديل (فرع أول) وأجرة مسكن الحضانة (فرع ثان).

الفرع الأول

شروط إسكان الحاضنة

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الشروط في المادة 52 من قانون أسرة قبل تعديل 2005 الذي جاء بطريقة مخالفة.

أولا: قبل تعديل 2005:

نتيجة لارتفاع نسبة الطلاق بدأ اهتمام المشرع بمسألة سكن الحضانة حيث أقر لها نصا خاصا منظما لمسألة إسناد المسكن الزوجي للمطلقة التي تقررت لها حضانة الأولاد[52]، وذلك من خلال نص المادة 52 فقرة 2، والتي تنص على ما يلي:"وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها ويضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج. يستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا. تفقد المطلقة حقها في السكن في حال زواجها أو ثبوت انحرافها".

من خلال هذا النص يتضح أنه يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط لكي يحكم للحاضنة بالسكن وهي:

1-أن يحكم للمطلقة بالحضانة:

معنى هذا أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها ويتضمن إسناد حق الحضانة إليها[53]، ومن خلال الفقرة 2 من المادة 52 يتضح أن الحاضنة التي تستفيد من الحكم لها حق البقاء في السكن الزوجي هي أم المحضون فقط دون سواها من الحاضنات اللواتي قد يتقرر لهن الحق في الحضانة وفقا للمادة 64 ق.أسرة.

[52]عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 19.

[53]عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 145.

وقد استقر القضاء على أن طلب الحاضنة للمسكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة، للمطلقة الحاضنة هذا الحق دون إثبات وفق ما جاء في المادة 52 ق.أ، حيث قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1980 بأن الحكم بالسكن يحكم فيه في الوقت الذي يحكم بالطلاق والحضانة[54].

والأصل أن الحضانة تسند للأم باعتبارها أولى برعاية ولدها، ولكن الإشكال المطروح في الحياة العملية هو أنه يسند الحضانة إلى غير الأم بل تسند إلى شخص آخر كالخالة أو أم الأب أو أم لأم، والسؤال المطروح هو: هل يكون لهؤلاء الحاضنات الحق في السكن؟

إن نص المادة 52 واضح، وهو يتحدث عن المرأة المطلقة في الفقرة الثانية، ثم ينتقل في الفقرة الثالثة ليقرر: وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها، وليس هناك ما يسمح بتمديد المادة لتشمل غير الأم المطلقة الحاضنة.

2-أن لا يكون للحاضنة ولي يقبل إيواءها:

معنى ذلك أن تفقد وليها وليس لها غيره، فإن وجد وكان رافضا لعودتها أجبرته المحكمة على ذلك بناء على المادة 77 ق.أسرة التي جاء فيها:"تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث"، وإذا وجد من يضمن للحاضنة السكن مع محضونها من أقربائها مثلا أو من غيرهم فإنها لا تعود بحاجة إلى مطلقها ليضمن لهم السكن[55].

من جهة أخرى فالمادة 77 من قانون الأسرة تنص على أن النفقة تجب على حسب القدرة والاحتياج، فإذا كان الولي فقيرا وغير قادر ويعيش مع أسرة في منزل صغير فكيف يمكنه إيواؤها مع صغارها[56].

---

[54] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 387.

[55] بلحاج العربي، المرجع نفسه. ص 240.

[56] أسماء عيسو، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته، مذكرة تخرج المعهد الوطني للقضاء، 2004، ص 31.

إن المشرع الجزائري من خلال عبارة"إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها أو أنها تفقد لولي تلجأ إليه" الواردة في المادة 52 يتضارب مع الواقع من جهة ومع مصلحة المحضون من جهة ثانية، إذ أنه من غير المعقول أن تستطيع الحاضنة الأم بأن تثبت بأن وليها يرفض استقبالها، كما أن المشرع لم يراع مصلحة المحضون بتاتا، وذلك باعتبار أنه افترض استقبال الحاضنة مع محضونها من طرف وليها قبل أن يلزم الأب بذلك[57].

إن المشرع الجزائري يجبر المطلقة الحاضنة التي أسندت لها الحضانة بأن تثبت للقاضي بأن وليها يرفض إيواءها أو أنها تفقد إلى ولي تلجأ إليه، وقد تأكد ذلك في قضاء المجلس الأعلى إذ ألزم في قراره الصادر في 11 أفريل 1982 بأنه" يؤخذ في الاعتبار تحقيق المساعدة القضائية الذي يدل بأن الزوجة ليس لها مسكن آخر يسمح لها بممارسة حق الحضانة"، لكنه في قضاء آخر قضى بأن على المطلق الذي يدعي أن لمطلقته ولي يقبل إيواءها هي ومحضونيها أن يثبت ما يدعيه[58].

معنى ذلك أن قضاء المحكمة غير مستقر على اجتهاد ثابت، فمرة يجعل الإثبات على عاتق المطلقة، ومرة يجعله على عاتق المطلق.

فخلاصة القول في هذا الشرط هو أن لا يكون لها ولي يستقبلها ويؤمن لها مسكنها، فإذا وجد من يضمن لها المسكن هي ومحضونها من أقربائها مثلا أو من غيرهم فإنها لا تعود بحاجة إلى مطلقها ليضمن لها السكن مع محضونها[59].

3-مراعاة قدرة الزوج على ضمان السكن:

لكي يجب على الزوج السابق أن يضمن السكن لمطلقته مع محضونها يجب بالإضافة إلى عدم وجود من يقبل إيواءها لديه أن يكون في استطاعة الزوج ماديا أن يضمن لها السكن[60].

---

[57] حميدو زكية، المرجع السابق، ص 130

[58] ملف رقم 348956 الصادر بتاريخ 2005/11/16، المجلة القضائية، 2005، العدد 2، ص 425

[59] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 307

[60] عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 307.

لقد أوجب المشرع الجزائري مراعاة حال المطلق المادية فإذا كان الزوج ملزما بالإنفاق على زوجته في حدود سعته أثناء قيام الرابطة الزوجية فمن باب أولى أن يلزم بإسكانها بمراعاة نفس الضابط بعدما أن صارت حاضنة لأولاده، ويعاب على المشرع أنه استعمل مصطلح "يضمن" مع عبارة "حسب وسع الزوج" وهما عبارتان لا تتطابقان لأن استعمال كلمة يضمن معناه أن الشيء موجود ومتوفر بغض النظر عن حالة الزوج وإمكانياته المادية، ذلك ما لا يستقيم مع اشتراط وسع الزوج في آن واحد[61].

من جهة أخرى: إن المشرع الجزائري قد أصاب عندما جعل المسكن من مشتملات النفقة ويقع على عاتق الزوج، وبالتالي هو حق للحاضنة والمحضون معا، وإذا تعذر عليه ذلك طالبته بأجرته.

4-أن يكون للمطلق أكثر من مسكن:

معنى ذلك أن يكون المسكن المطلوب تأمينه أو ضمانه للمطلقة ليس هو مسكن الزوجية ذاته، لأن مسكن الزوجية لا يمكن إعطاؤه للمطلقة بحكم نص المادة 52 من قانون الأسرة إلا إذا كان للزوج أكثر من مسكن واحد، حيث يحوز للمحكمة في هذه الحال أن تمنحها هي ومحضونيها، وتترك المسكن الآخر للمطلق[62].

لقد نص المشرع الجزائري عند تقرير الحق في السكن للمطلقة الحاضنة على استثناء مسكن الزوجية إذا كان وحيدا "ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا"، أي أنه يجب أن يكون للزوج أكثر من مسكن حتى يسند للمطلقة الحاضنة، فيجب أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده ذلك أنه إذا لم

[61] عيسى طعيبة، المرجع سابق، ص 21.

[62] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 307.

يكن له مسكن يوفره للحضانة فإنه يجب عليه في هذه الحال أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار المثل لحالة زوجها ولمثلها[63].

5-تعدد المحضونين:

لضمان إسكان المطلقة الحاضنة ذكر القانون ضرورة تعدد المحضونين حيث يستعمل المشرع صيغة الجمع، إذ جاء في نص المادة 52 قانون أسرة فقرة 2: "وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن لها سكن مع محضونيها حسب وسع الزوج" والسؤال المطروح هل الحاضنة لطفل واحد يحق لها الاستفادة من السكن، أو يشترط أن يكون هناك تعدد للمحضونين؟

بالرجوع إلى الفقه فهو يرى أن تكون المطلقة الحاضنة حاضنة لثلاثة أولاد فما فوق لأنه إذا لم يكن محكوما لها بحضانة مثل هذا العدد من الأولاد فلا يجوز للمحكمة أن تحكم لها بضمان المسكن مع محضونها[64].

غير أن هناك من يرى بأن تعدد المحضونين لا يعتبر شرطا لثبوت حق المطلقة الحاضنة، وأنه يحق للأم الحاضنة في السكن سواء قل العدد أم كثر[65]، ومن جهة أخرى أن كلمة "محضونيها" الواردة في الفقرة 2 من المادة 52 قد تقرأ إما بصيغة الجمع أو بصيغة المثنى.

وبالرجوع إلى القضاء الجزائري نجد أن هذا الأخير نفسه قد صنع هذه التفرقة إذ اشترط أن يكون العدد أكثر من واحد، وقد اتخذ في هذه المسألة موقفين مختلفين أولهما في قرار 7 أكتوبر 1985 بحيث لم يعترف فيه بحق الإيجار للزوجة إلا إذا كان لها ثلاثة أطفال فأكثر، أما ثانيهما فجاء في قرارها الصادر في 6 أفريل 1987 إذ قررت عدم استفادة الأم الحاضنة من حق الإيجار إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من طفل واحد.

---

[63] عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 145- 146..

[64] بوقرة أم الخير، المرجع سابق، ص 85

[65] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 240.

غير أن المحكمة العليا تراجعت عن هذا الاجتهاد في قرار حديث صادر بتاريخ 25 سبتمبر 2002 حيث ورد في حيثياته أن المادة 52 من قانون الأسرة لم تشر قط إلى أن الحاضنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بدل إيجاره إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولد، بل نصت على أن الحاضنة إذا لم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في سكن مع محضونيها حسب وسع الزوج[66].

ثانيا: بعد تعديل 2005:

إن تعديل 2005 تضمن تعديل المادة 52 بإلغاء فقراتها الثانية والثالثة وحتى الرابعة وكذا تعديل المادة 72 من قانون الأسرة واستبدالها بفقرتين كالتالي:"في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لم0مارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

ما يتضح من خلال المادة 72 المعدلة أنه تم استدراك النقص التشريعي المؤدي غالبا إلى تعارض الاجتهاد القضائي، حيث جاء في المادة المعدلة جمع شتات المادتين 52 و72 في صيغة واحدة ترفع اللبس، كما أنه لإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما ولإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب لتقيم فيه هي ومحضونها يجب توافر الشروط الآتية:

1- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، ذلك أنه لو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هي الجدة أو الخالة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو الخالة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة[67].

2- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحدا أو أكثر.

[66] المحكمة العليا، غ. أ. ش. م 2002/09/25 ملف رقم 285062، مذكور في: حميدو زكية، المرجع السابق، ص 134.
[67] أحمد شامي، نفس المرجع، ص 329.

3- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، أما إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فعليه دفع بدل الإيجار، وقد أيد هذا اجتهاد المحكمة العليا بقولها:"لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشتملات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن"[68].

وإذا كان نص المادة 72 ق.أ يحمل تحت طياته الرغبة في حماية المحضون إلا أنه وجه إليه بعض الانتقادات منها:

- لقد ألغيت الفقرة الرابعة من المادة 52 من قانون الأسرة غير أن هذا الإلغاء لا يتماشى والنصوص المقررة لمصلحة المحضون، حيث أن نص المادة 52 السابق كان أكثر وضوحا ومؤكدا للقاعدة القائلة "سقوط الحضانة يسقط حق الحاضنة في السكن".

- كما أغفل المشرع الحالة التي يكون فيها للحاضنة سكن، وهنا هل يتوجب على أب المحضون توفير مسكن لها لممارسة الحضانة[69]، وقد سبق الذكر أن المحكمة العليا سدت هذا الخلل بقرارها الصريح.

- وكذلك الفقرة الثانية من المادة 72 المعدلة والتي نصت على أن تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، حيث أنه لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة وزوجها يصل إلى حد الطلاق وأن الزوجة مازالت في مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم الطلاق أو الحكم المتعلق بمسكن الحضانة، وهذا يكاد يكون في حكم المستحيل، وذلك لأن الزوجة إما أن تكون قد خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية، وذلك لأن كلا الزوجين أو إحداهما لم يطق الجلوس أو الإقامة مع الزوج الآخر أثناء فترة النزاع، هذا من جهة ومن جهة ثانية يمكن القول أنه إذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة 52 من قانون رقم 84-11 تنص على أنه تفقد المطلقة حقها في السكن متى ثبت زواجها بزوج آخر وثبت انحرافها

[68] أحمد شامي، نفس المرجع، ص 330.

[69] عيسى طعيبة، المرجع السابق ، ص 140.

فإن المادة 72 معدلة أغفلت أن تنص على أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل الإيجار[70].

إن الحاضنة التي تستفيد من الحكم لها بالحق في السكن هي أم المحضون دون سواها من الحاضنات اللواتي قد يتقرر لهن الحق في الحضانة، وفقا للترتيب الشرعي أو القانوني الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، وبالتالي وبناء على ما سبق فإنه يستثنى من تطبيق هذا النص كل امرأة أسندت لها الحضانة، ولا يسري إلا على الحاضنة الأم بموجب حكم قضائي[71].

وبعبارة أخرى أنه يجب أن تكون الحاضنة هي أم المحضون، ذلك أنه لو كانت من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هي الجدة أو العمة والخالة مثلا كان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو العمة أو الخالة لتمارس فيه حق الحضانة، ولا يحتاج الأمر إلى توفير السكن للحاضنة[72].

وما يؤكد أن المعني بالمادة 72 هو الأم المطلقة دون غيرها من الحاضنات أن المادة 72 في النسخة الفرنسية تتحدث عن مسكن ملائم للحضانة وليس للحاضنة كما في النص العربي، وهذا الذي جاء في النص العربي هو الذي دفع البعض للاعتقاد أن الأمر يتعلق بكل حاضنة، نظرا لشمول عبارة "حاضنة"، ويؤكد ذلك أيضا أن الفقرة الثانية تتحدث عن بيت الزوجية ما يؤكد أن الأمر يتعلق بالمطلقة الحاضنة دون غيرها.

من جهة أخرى أنه حتى قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005 لم يكن المشرع في المادة 52 يتحدث عن السكن للحاضنة إلا بخصوص المرأة المطلقة نفسها، وأن القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا لم يسبق وأن أعطت حق المسكن لحاضنة غير الأم.

---

[70] أحمد شامي، المرجع السابق، ص 330.

[71] بوقرة أم الخير، المرجع السابق، ص 84.

[72] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 144.

الفرع الثاني

أجرة مسكن الحضانة

لقد ألزم المشرع صراحة الأب بتهيئة السكن للمحضون، وإن تعذر ذلك فعليه أجرته، إذ نص في المادة 72 ق.أ (الأمر رقم 05-02): "يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار..."، فقد وضع المشرع الجزائري الأب في موضع التخيير بين الأمرين، كما جعل الأب ملزما بصورة أصلية ووحيدة عن إسكان أبنائه المحضونين، وأوجب المشرع أن يكون السكن المهيأ من قبل الأب لممارسة الحضانة ملائما للحاضنة، وقد خفف المشرع من عبء الأب في تنفيذ التزامه عينيا، فإن كان في إعداده لمسكن الحضانة إرهاق له حكم عليه بأجرة مسكن[73].

فإذا لم يكن للحاضنة مسكن خاص بها وجب إعداد مسكن لها أو إعطاؤها أجرة مسكن مناسب تقوم فيه بالحضانة، لأنها مضطرة إلى ذلك حتى يسقط حقها في الحضانة، كما يجب إعداد كل ما يحتاج إليه الطفل من فرش وغطاء حتى يكون مسكنا كاملا[74].

وإذا كان للحاضنة سكن قبل الحضانة فلا يحق لها المطالبة بأجرة مسكن الحضانة أو ما سماه المشرع ببدل الإيجار[75]، وإذا لم يكن لها مسكن مملوك تسكن فيه، أو لم تكن متزوجة بمحرم للمحضون وطلبت أجرة مسكن الحضانة تحضن فيه الصغير فيجب لها، وكذا أجرة خادم إن كانت محتاجة إليه، وأخيرا فإن أجرة سكن الحضانة تجب على من تجب عليه نفقة الصغير[76].

---

[73] عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 47.

[74] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الرابعة، 1983، ص 729.

[75] في المادة 72 من قانون الأسرة كان المشرع يعبر عن أجرة مسكن الحضانة بمصطح "الأجرة"، غير أنه بعد تعديلها سنة 2005 فضل استعمال مصطلح بدل الإيجار، وهو ما يتفق مع نصوص الإيجار في القانون المدني الذي استعمل مصطلح بدل الإيجار بدل الأجرة (المواد 467، 477، 480 ... وغيرها).

[76] أحمد شامي، المرجع السابق، ص 327.

بناء على ما سبق فإن أجرة مسكن الحضانة الذي يحضن به الولد تجب على من تلزمه نفقته، لأن هذا متعلق بالنفقة على الولد وإن كان للحاضنة مسكن تحضن فيه الصغير، ويعين القاضي القدر من الأجرة الذي يتحمله ولي المحضون، وهو يراعي مختلف الظروف[77].

إن القرارات الصادرة من المحكمة العليا تؤكد على أن أجرة مسكن الحضانة تقع على عاتق الأب سواء كانت الحاضنة تملك سكنا خاصا بها أم لا، ومثاله القرار الصادر في 2002/07/31 " لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارها من مشمولات النفقة ولو كان للحاضنة سكن"[78].

المطلب الثالث

أسباب سقوط حق الحاضنة في السكن

إن حق الحاضنة متعلق بانتهاء مدة الحضانة القانونية، فمتى انقضت هذه المدة تفقد الحاضنة حقها في السكن، لكن قد تطرأ أسباب قبل انتهاء هذه المدة تؤدي إلى فقدان الحاضنة حقها في السكن، وهي أسباب عديدة تتعلق بسقوط حق الحضانة وبالتالي سقوط حقها في السكن باعتبار الحق في حضانة الأولاد هو سبب توفير الأب للمسكن الخاص لممارسة الحضانة، ويختلف الأمر قبل تعديل 2005 (الفرع الأول) وبعد التعديل (الفرع الثاني)

[77] عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ص 387.

[78] ملف رقم 288072 بتاريخ 2002/07/31، المجلة القضائية، 2004، العدد 1 ص 185، أنظر باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق ص 195.

الفرع الأول

قبل تعديل 2005

يمكن تقسيم أسباب السقوط وفقا لقانون الأسرة قبل التعديل إلى أسباب سقوط عامة وأسباب سقوط خاصة.

أولا: أسباب السقوط العامة: تتمثل في:

1- التنازل عن الحضانة:

أي تنازل الحاضنة عن حقها القانوني والشرعي في حضانة الطفل وهذا ما نصت عليه المادة 66 ق.أ، يشترط في هذا التنازل أن يصدر عن المحكمة المختصة وألا يضر بمصلحة المحضون[79].

انطلاقا من ذلك فمتى تنازلت الحاضنة عن حقها في الحضانة لم يعد بقاؤها في مسكن الحضانة مبررا، وبالتالي تترك المسكن للمطلق للانتفاع به.

تناول الفقهاء الحضانة باعتبارها حقا للحاضنة متى توافرت شروط استحقاقها لها، ومن هذا المنطلق قالوا إن للحاضن أن يتنازل عن الحضانة باعتبارها حقا له، واستقر جمهور الفقهاء على أن الحضانة فيها ثلاث حقوق، حق المحضون، وحق الحاضنة وحق الأب، وأن هذه الحقوق الثلاثة إذا تعارضت قدم حق الصغير لمصلحته، ولذلك أجازوا للحاضنة التنازل عن حقها في الحضانة ما لم تعين هي وحدها للحضانة، بأن لا توجد حاضنة غيرها، أو وجدت الحاضنة التالية لها ورفضت الحضانة، أو كان الأب فقيرا لا يمكنه أن يدفع أجر حاضنة غير الأم الحاضنة، ففي هذه الحالات راعى الفقهاء مصلحة الصغير حتى لا يضار بعدم الحضانة وإلى هذا ذهب القانون[80].

[79] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 388.

[80] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 155.

2- تسقط الحضانة بزواج الحاضنة بأجنبي أي بغير قريب محرم:

ولا تسقط بزواج القريب (المادة 66 ق.أسرة)، وعندما تحكم المحكمة بسقوط حق الحضانة عنها تقرر منح المحضون إلى غيرها، كالأب أو غيره ممن أسند إليهم القانون حق الحضانة للأولاد[81].

وعليه فإذا رأت الحاضنة المطالبة بحضانة أولادها من مطلقها من بعد ما تنازلت عنها- وبالتالي أسقطت حقها في مسكن الحضانة لممارسة حضانة أولادها فيه- فهل يعطي لها هذا الرجوع عن التنازل الحق في السكن مرة أخرى؟

بما أن الحكم بالحق في السكن يكون حال الفصل في مسكن الحضانة فلا مجال للحديث عن تجديد المطالبة بالسكن، لأنه بما أن القاضي قد حكم لها بإرجاع حضانتها المتنازل عليها بالمقابل يرجع لها حقها في السكن، لأن الحق في السكن يقرر أساسا لمصلحة المحضون، فلو لم يكن للحاضنة أولاد لما كان لها الحق بالسكن أساسا.

إذن فبما أن الحق في مسكن الحضانة مرتبط أساسا بحق الحضانة في حد ذاته فإن زوال هذا الأخير يؤدي بالضرورة إلى زوال مسكن الحضانة، كون أن سقوط الأصل يؤدي إلى سقوط فرع.

3- تسقط الحضانة بالإخلال بواجبات الحضانة:

وهي الواجبات المنصوص عليها في المادة 62 ق.أ، سواء تعلقت بأهلية الحاضنة أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة (أي التربية والرعاية الصحية والخلقية لكن المحكمة تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون (المادة 2/67 ق.).

4- تسقط الحضانة بقوة القانون:

وذلك ببلوغ المحضونة 19 سنة (بلوغها سن الزواج) وببلوغ المحضون 10 سنوات إذا لم يطلب الحضانة من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر (المادة 68 ق.أ)[82].

[81] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 388.

[82] بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 389.

5- إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي:

يرجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون، وهذا بمقتضى النص الصريح للمادة 69 ق أسرة.

ثانيا: أسباب سقوط خاصة:

هي أسباب خاصة بالحاضنة بصفة شخصية، حيث ورد في نص المادة 52 قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005 ما يلي:" تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها"، فهذه الأسباب تكون بفعل الحاضنة مما يؤدي إلى فقدانها الحق في السكن قل انقضاء مدة الحضانة الوجوبية.

1- زواج المطلقة الحاضنة:

يسقط حق المطلقة الحاضنة في حالة زواجها من زوج آخر، وهذا ما ورد في نص المادة 52 قبل التعديل إذ جعل الحق في السكن مقيدا صراحة بعدم زواج الحاضنة "وتفقد الحاضنة الحق في السكن بزواجها ثانية" لأن حق إسكانها يكون على زوجها الجديد ويسقط على أب المحضون، حيث يجوز له أن يطلب من نفس المحكمة التي قررت السكن للحاضنة الحكم بإسقاط حقها في السكن، وله أن يطلب أيضا إسقاط الحضانة عنها إذا كان الزوج الجديد أجنبيا أي غير قريب محرم للمحضون[83].

ولقد نصت المادة 66 ق.أسرة على أن يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وهذا يعني أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي أسند إليها حق حضانة أولادها منه سيسقط حقها في الحضانة بحكم القانون بمجرد أنها تتزوج أثناء قيام حق الحضانة مع

[83] بوقرة أم الخير، المرجع السابق، ص 126.

شخص ليس من أقرباء المحضون الذي يحرم عليهم كل علاقة زوجية معه، وأن المحكمة ستحكم حتما بسقوط حق الحضانة عنها ويسقط السكن بالتبعية[84].

والحنفية يمنعون الحاضنة من الحضانة إذا تزوجت بغير محرم للصغير، ويقصدون المحرم من النسب، ويرون أن الحضانة مشروعة لمصلحة الولد، وأن زواج الأم من أجنبي يفوت هذه المصلحة[85].

وأضافت المادة 66 ق.أ " تسقط الحضانة بزواج الحاضنة بأجنبي أي بقريب غير محرم ولا تسقط بزواج القريب"، وبالتالي فإن زواج الحاضنة بقريب محرم لا يؤدي إلى سقوط حقها في الحضانة ولكن يؤدي إلى سقوط حقها في السكن، أما إذا تزوجت الحاضنة بأجنبي غير قريب محرم للمحضون فيؤدي ذلك إلى سقوط حقها في الحضانة وسقوط حقها في السكن[86].

2- ثبوت انحراف الحاضنة:

يثبت الانحراف بطرق الإثبات القانونية ومنها محاضر رجال الأمن والإقرار وغيرها[87]، وهذا ما نصت عليه المادة 52 ق.أسرة قبل التعديل، ويعتبر ثاني سبب قانوني لسقوط حق الحاضنة في السكن، بحيث تنحرف عن القيام بشؤون الحضانة وعوضا أن تمارس حضانة أولادها في مسكن الحضانة تتجه إلى استعماله في أغراض أخرى غير مشروعة منافية للآداب والأخلاق وارتكاب الفواحش واتباع طريق السوء[88].

تطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا أنه:" من المقرر فقها وقانونا أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان ثابتا –في قضية الحال- أن

[84] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 300.

[85] نبيل صقر، قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 254.

[86] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 388.

[87] بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 243.

[88] بلحاج العربي، نفس المرجع والصفحة.

المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرف القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار الطعون فيه"[89].

وعلة إسقاط حق المطلقة في السكن في حال ثبوت انحرافها أنه يجب التشدد في ضمان السكن للمطلقة، حيث تتخذ من الزواج وسيلة لإنجاب طفل أو طفلين تضمن لها حق السكن وتفارق زوجها لتنغمس في حالة الفسق والدعارة فتشكل آفة اجتماعية، وهذا النوع يستحسن عدم تخصيص السكن له وإعادته إلى أهله ليوضع تحت الرقابة بعد غياب الرقابة الزوجية[90].

الفرع الثاني

أسباب سقوط الحق في السكن للحاضنة بعد تعديل سنة 2005

بعد تعديل نص المادة 52 ق.أسرة بالأمر رقم 05- 02 ألغيت الفقرات الخاصة بأحكام سكن الحاضنة، واستبدل مضمونها بالأحكام الخاصة بالطلاق التعسفي[91]، بينما نجد المادة 72 المعدلة بموجب الأمر 05 -02 هي التي تولت مهمة تحديد الأحكام الجديدة الخاصة بسكن الحضانة، حيث نصت على السكن وبدل الإيجار ولم تنص على أسباب سقوط حق الحاضنة في السكن.

وعليه فأسباب سقوط حق الحاضنة في السكن بعد 2005 هي أسباب السقوط العامة السابق ذكرها، أما أسباب السقوط الخاصة فقد ألغيت.

---

[89] قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1989/05/22، ملف رقم 53578، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1991، عدد 4، ص 99.

[90] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 243.

[91] تنص المادة 52 المعدلة على أنه:"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، أما الفقرات الأخرى والخاصة بالسكن فقد ألغيت، وأعيد تنظيمها بالمادة 72 من قانون الأسرة المعدلة هي الأخرى.

وهذا المسلك الذي قام به المشرع بإلغاء حالة ثبوت انحراف المطلقة كسبب لسقوط حقها في السكن يتناقض مع نص المادة 62 من قانون الأسرة التي عرفت الحضانة وأنها هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، إذ يقتضي انحراف المطلقة عدم أهليتها للقيام بالحضانة، كما أنه من جهة أخرى لا يتفق مع الشريعة الإسلامية التي تمنع الحضانة عن الفساق والفاسقات، وفاقد الشيء لا يعطيه.

من جهة أخرى، فالاجتهادات القضائية كانت تعتبر أن عمل المرأة ليس سببا لإسقاط الحضانة عنها، والمشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 05-02 أعطى إجابة صريحة عن مسألة عمل المرأة من خلال المادة 67 المعدلة التي جاء فيها "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه، ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها لممارسة الحضانة غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون".

حيث جاء في اجتهاد صادر عن المحكمة العليا بعد 2005 أنه:" من المقرر شرعا وقانونا أنه من حق المرأة أن تعمل إلا إذا أثبت الزوج إثباتا قطعيا للشك باليقين أن الزوجة أخلت بواجباتها الأسرية وعرضت الأطفال للخطر" ثم أن المشرع الجزائري أصر على عمل الحاضنة وأن عملها لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام والاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحضانة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون"[92].

[92] أحمد شامي، المرجع السابق، ص 318.

الفصل الثاني

الضمانات القضائية لحق االحاضنة في السكن

تم التطرق في الفصل الأول إلى مفهوم الحضانة وشروط ممارسة الحضانة وترتيب الحاضنين وأيضا شروط مسكن الحضانة وأجرته وأسباب سقوط حق الحاضنة في السكن، ومنه فالحضانة لما تتطلب من مجهود كبير في تربية المحضون ونشأته نشأة سوية تحتاج بالمقابل إلى مسكن لممارسة الحضانة، وبالتالي يتم اللجوء إلى القضاء لما له من دور مهم في التنظيم العام للمجتمعات الحديثة، وعلى قدر فعالية هذا الدور تستقر الحياة في المجتمع.

إن النزاعات القضائية في شؤون الأسرة تخضع لاختصاص المحاكم والمجالس القضائية، وبالتحديد إلى قسم شؤون الأسرة، وغرفة الأحوال الشخصية، وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كقاعدة عامة، مع بعض النصوص الخاصة التي جاء بها أيضا قانون الأسرة في الجانب الإجرائي.

وتأخذ منازعات الأسرة عموما الشكل العادي عن طريق رفع الدعاوى بصورة اعتيادية أمام الجهة المختصة، كما تأخذ شكل النزاع المستعجل الذي يرفع بالطرق والإجراءات الخاصة بالقضاء الاستعجالي.

ومنازعات الحضانة والسكن بالتحديد هي من نوع القضايا المستعجلة، ولكنها أيضا يمكن أن ترفع بالطريق العادي، عن طريق العديد من الدعاوى التي تمارس في هذا الشأن، ويخصص هذا الفصل لدراستها، حيث يتم التطرق إلى دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن (المبحث الأول) ثم إلى الحكم الصادر في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن(المبحث الثاني).

المبحث الأول

دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن

يترتب عن وقوع الطلاق- بغض النظر عن الصورة التي يقع فيها- مجموعة من الآثار القانونية أهمها ما تعلق بأحكام الحضانة نظرا لارتباطها بحقوق الأبناء، إذ بمجرد فك الرابطة الزوجية يكون لزاما على القاضي الفصل في مصير الأبناء ومن سيتولى حضانتهم وأين ستمارس هذه الحضانة، مراعيا دائما في حكمه مصلحة المحضون والسهر على حمايته، وفي هذا ينص المشرع في المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:"يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر"[1].

ولقد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2 ديسمبر 1980 بأن الحكم في السكن يحكم به في الوقت الذي يحكم بالطلاق والحضانة[2]، وأن مفعول هذا الحق هو من تاريخ رفع الدعوى إلى يوم انتهاء مدة الحضانة[3].

إن قانون الأسرة تضمن القواعد الأساسية التي تنظم بناء هيكل الأسرة دون أن يتضمن الإجراءات والقواعد اللازمة لتطبيقه، وبما أن قانون الأسرة قانون خاص كان من الأفضل أن يشمل هو نفسه على نصوص خاصة توضح الإجراءات بدل النص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4].

إن دعاوى مسكن الحضانة هي أحد أهم أنواع الدعاوى الخاصة بالحضانة (مطلب أول) هي تخضع لإجراءات وشروط خاصة منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (مطلب ثان) ومن الضروري بمكان الحديث عن دور النيابة العامة في هذه الدعاوى (مطلب

[1] عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 90.

[2] قرار المحكمة العليا بتاريخ 1980/12/02، ملف رقم 24148 نشرة القضاة 1981 ص 83.

[3] قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/5/5، ملف رقم 41473 .

[4] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 323.

ثالث) وأخيرا لا بد من الحديث عن صندوق النفقة الذي استحدثه المشرع والذي سيكون له دور كبير في الحد من هذه الدعاوى (مطلب رابع).

المطلب الأول

أنواع دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن

إن دعاوى الحضانة هي من الدعاوى المدنية، فتكون مستقلة بذاتها، أو دعوى تبعية تثار تبعا لدعوى الطلاق، ويقع الفصل فيها مع الفصل في دعوى الطلاق بحكم واحد، أما الدعاوى المتعلقة بسكن الحضانة فتكون دعوى تبعية، إما بالطلاق أو بإسناد الحضانة أو بتمديدها أو إسقاطها.

الفرع الأول

دعوى توفير السكن الملائم للحاضنة أثناء سير دعوى الطلاق

إن الفصل في مسألة الحضانة في حالة الطلاق سيكون فصلا في دعوى تبعية، وأن قاضي شؤون الأسرة هو المختص بالنظر في الدعوى، وهذا ما نصت عليه المادة 1/423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، والتي جاء فيها:"ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى التالية: الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة".

[1] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008.

وقد استقر الاجتهاد القضائي على أن الحق في السكن يحكم فيه في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة[1]، وبالتالي فإنه أثناء سير دعوى الطلاق يجوز للمطلقة الحاضنة أن تطلب بإسناد الحضانة لها وتوفير مسكن مناسب لممارسة الحضانة أو بدفع قيمة بدل الإيجار.

الفرع الثاني

دعوى تمديد الانتفاع بمسكن الحضانة أثناء النظر في دعوى تمديد الحضانة

حسب ما جاء في نص المادة 65 من ق. أ فإنه:"تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما ولم تتزوج ثانية على أن يراعي الحكم بانتهائها مصلحة المحضونين".

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا أن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن 16 إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة[2]، فالمشرع هنا أكد على إمكانية تمديد سن الحضانة بشرط عدم زواج الحاضنة –التي هي الأم فقط- إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك.[3]

إن تمديد الحضانة يخضع لشروط وأنها تنتهي بمدة معينة، إذن لها أن تستمر في شغل مسكن الحضانة أو المطالبة بأجرته مادامت الحاجة قائمة ومصلحة المحضون تنادي بذلك فالوجوب مستمر، وبالتالي تقوم الحاضنة التي لم تتزوج ثانية برفع دعوى للمطالبة بتمديد الحضانة وتمديد الانتفاع بمسكن الحضانة أمام المحكمة التي يوجد الطفل المحضون في نطاق

[1] ملف رقم 24148 قرار بتاريخ 1980/12/2 المجلة القضائية 1981 ص 83.

[2] قرار بتاريخ 1995/10/24، ملف رقم: 123889، مذكور في: قمراوي عز الدين ونيل صقر، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى،عين مليلة، 2008، ص 127.

[3] غنية قري، شرح قانون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليطلة، الجزائر، 2011، ص 150.

اختصاصها حسب نص المادة 426 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ذلك ان المحكمة التي يؤول إليها الاختصاص محليا في دعاوى الحضانة هي التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة[1].

الفرع الثالث

دعوى المطالبة بأجر المسكن

بالاطلاع على قرارات المحكمة العليا الصادرة في دعاوى الحضانة بصفة عامة يمكن استخلاص مجموعة من القواعد التي رسمتها هذه المحكمة لدعوى المطالبة بأجر المسكن كالتالي:

1- يمكن المطالبة ببدل الإيجار المعتبر من مشتملات النفقة المستحقة للمحضون في أي وقت، ولا يمكن التمسك بخصوصه بحجية الشيء المقضي فيه[2].

2- الحكم ببدل إيجار سكن ممارسة الحضانة مقيد بممارستها في الجزائر، حيث (...) يتبين أن قضاة المجلس قضوا بإلزام الطاعن بتوفير المسكن لممارسة الحضانة وفي حالة التعذر يكون ملزما بدفع بدل الإيجار بالدينار الجزائري، والحال وأن الأب كان ملزما بتوفير السكن الملائم لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار وفقا لنص المادتين 72 و78 من قانون الأسرة فإن ذلك مقيد بأن تمارس الحضانة في الجزائر لا في الخارج، ومتى كانت

[1] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2005، ص 104.

[2] قرار بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 481857، قضية (ب.أ) ضد (م.ح)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2009، العدد 2، ص 292

الحاضنة تمارس الحضانة بفرنسا فإن الأب لا يكون ملزما لا بتوفير السكن ولا ببدل الإيجار[1].

3- تسري مدة بدل الإيجار من تاريخ الحكم الناطق بإسناد الحضانة[2].

4- من المقرر أن علاقة الإيجار لا تثبت إلا بموجب عقد مكتوب أو إيصالات إيجار، لذلك فإن المحكمة العليا وصفت حكم المحكمة وكذا المجلس بقضائهما للمطلقة ببدل إيجار دون تقديمها لأي دليل بالخطأ الفادح في تطبيق القانون[3].

5- توفير سكن ملائم للأم للممارسة الحضانة يحول دون مطالبتها ببدل الإيجار "وحيث أن المادة 72 من قانون الأسرة تنص بأنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وحيث أنه لذلك يجب على قضاة المجلس التطرق إلى عرض الطاعن فيما يخص سكن ممارسة الحضانة، لأن الإلزام الأول الواقع على الطاعن المطلق هو توفير سكن لممارسة الحضانة وفي حالة تعذر ذلك عليه ينتقل الإلزام إلى بدل الإيجار ولا يحكم إلا بواحد منهما وليس بالخيار"[4].

ويستخلص مما سبق أن الالتزام بدفع بدل الإيجار ليس التزاما تخييريا، بل هو يأتي في الدرجة الثانية بعد توفير مسكن ملائم للحضانة، فالمشرع أراد التأكيد على أهمية المسكن بالنسبة للحضانة، فلا يمكن للأب أن يتذرع بأي سبب للتخلص من واجب توفير المسكن،

[1] قرار بتاريخ 2011/05/12، ملف رقم 622754، قضية (م.ع) ضد (ق.ن)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2012، العدد1، ص 304

[2] قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 460137، قضية (ت.م) ضد (ت.ح)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2009، العدد1، ص 251.

[3] قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 460137 السابق ذكره.

[4] قرار المحكمة العليا بتاريخ 2010/09/16، ملف رقم 566381، قضية (م.ك) ضد (ز.ح)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2010، العدد 2، ص 268.

وعليه فإذا لم يكن لديه مسكن ثان غير مسكن الزوجية لممارسة الحضانة فإنه يلتزم بدفع بدل الإيجار، وهذا كله تحقيقا لمصلحة المحضون.

الفرع الرابع

دعوى استبدال مسكن الحضانة بمسكن آخر

تستطيع الحاضنة أن تقوم برفع دعوى ضد الأب للمطالبة باستبدال مسكن الحضانة بمسكن آخر مناسبا وملائما للسكن خاصة إذا كان السكن الحالي لا يتوفر على المستلزمات الضرورية للعيش، وهذا ما يتسق ونص المادة 72 ق.أ.

ويمكن المطالبة بذلك مراعاة لمصلحة المحضونين، إذ جاء في قرار للمحكمة العليا :"حيث متى ثبت لقضاة الموضوع بمجلس قضاء البليدة أن المحضونين يقيمون بالقليعة حيث ولدوا وترعرعوا وبها يزالون دراستهم وأن زعزعتهم منها من شأنه المساس باستقرارهم لأن العوامل والمعطيات السابقة هي التي تحقق مصلحة المحضونين التي أخذوها بعين الاعتبار ومن ثم صرفوا النظر عن مسكن الأربعاء بني موسى تبعا لما سبق ذكره وأخذوا ببدل الإيجار وفق ما توجبه المادتان 72 و78 من قانون الأسرة بمبلغ قدره ستة آلاف دينار ليتناسب مع مستوى الأسعار (الإيجارات) المعمول بها في المنطقة والذين هم أدى بها وبتقديرها ومن ثم يكون ما ينعيه الطاعن بهذين الوجهين غير قائم على أساس يتعين رفضهما وتبعا لذلك رفض الطعن"[1].

من خلال هذا القرار يتضح أن مصلحة المحضونين الذين يقيمون بالقليعة ويزاولون دراستهم فيها تعتبر أساسا لرفع الدعوى من أجل الحصول على مسكن في تلك المنطقة وليس في منطقة أخرى، وعليه فإن المطالبة باستبدال مسكن الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة

[1] قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 477191، قضية (ز.س) ضد (ط.ف)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2009، العدد2، ص 275.

المحضون هو أمر ممكن ممارسته أمام القضاء من خلال دعوى خاصة ترفعها الحاضنة لهذا الغرض.

الفرع الخامس

دعوى استرداد الأب لمسكن الحضانة ووقف سداد بدل الإيجار

تنقضي مدة حضانة الأنثى ببلوغها سن الزواج، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا في هذا الصدد بأنه تنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها[1].

أما بالنسبة للذكر فببلوغه 16 سنة في حالة ما إذا تم تمديد الحضانة المادة 65 ق.أ، وبانتهاء مدة الحضانة فإنه ينتهي الانتفاع بمسكن الحضانة، وبالتالي يقوم الأب برفع دعوى للمطالبة باسترداد مسكن الحضانة، أو في حالة ما إذا سقط حق الحضانة عن الحاضنة فإنه يسقط حق السكن بالتبعية، أما إذا كان الأب يدفع قيمة بدل الإيجار فإنه يتوقف عن سداد بدل الإيجار، وكذلك يحق للأب استرداد مسكن الحضانة في الحالات التالية :

1- ببلوغ الصغير أقصى سن الحضانة المنصوص عليها في المادة 65 ق.أ.

2- سقوط حق الحاضنة في الحضانة لأي سبب.

3- قيام المطلق بتهيئه مسكن بديل مناسب[2].

وعليه فإنه بانتهاء مدة الحضانة القانونية فإنه ينتهي الانتفاع بمسكن الحضانة، ومن ثمة فلا يجوز للمحضون نفسه سواء كان ذكرا أو أنثى أن يطالب بمسكن مستقل، وهذا ما جاء في قرارات المحكمة العليا، حيث جاء في قرار بتاريخ 2009/07/08 أنه:"لا يحق للبنت حتى بعد

[1] ملف رقم 347914 قرار بتاريخ 2006/1/4 المجلة القضائية لسنة 2006 العدد 1 ص 449.

[2] محمد فتح الله حسين، مسكن الحضانة ومسكن الزوجية، مركز ألمظ لنشر وتوزيع الكتب القانونية، مصر، 2013 ص 59.

انتهاء الحضانة المطالبة ببدل الإيجار.. وبالتالي فالمطعون ضدهما ليس لهما الحق في المطالبة ببدل الإيجار بل لهما الحق في المطالبة من والدهما الإنفاق عليهما"[1]، وجاء في قرار آخر بتاريخ 2009/12/10 أنه:" لا يحق للبنت بعد انتهاء سن الحضانة مطالبة والدها بسكن منفرد"[2]، ومن باب أولى فلا يحق للحاضنة المطالبة بالسكن أو ببدل الإيجار بعد انتهاء مدة الحضانة وإنما يجب عليها إخلاء المسكن المخصص للحضانة.

المطلب الثاني

إجراءات رفع دعاوى الحضانة المتصلة بالسكن

إن قانون الأسرة رغم معالجته للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والقواعد الأساسية المنظمة للأسرة وأحكامها إلا أنه لم يتطرق إلى الإجراءات الواجب اتباعها وبذلك يستوجب الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية لمعرفة إجراءات رفع الدعوى وشروط قبولها وكذلك تبليغها وسيرها وما يتعلق بالدعوى الاستعجالية.

الفرع الأول

شروط قبول دعاوى الحضانة المتصلة بالسكن

تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:"لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه"، وبالنظر إلى هذه المادة فإن شروط قبول الدعوى هي الصفة والمصلحة، ونعني بالصفة أن يكون للمدعي صفة المطالبة بالحق، كأن يكون صاحب الحق أو نائبا عنه بأن يكون وكيلا عنه أو وصيا أو بصفة عامة ممثله القانوني[3].

---

[1] قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2009/07/08، ملف رقم 506369، قضية (ر.ع) ضد (ر.م ومن معها)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2009، العدد2، ص 30.

[2] قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2009/12/10، ملف رقم 535329، قضية (س.ح) ضد (س.ع)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2010، العدد 1، ص 235.

[3] طاهري حسين، الوسيط في شرح الإجراءات المدنية، دار ريحانة، الجزائر، ص 29.

وبالرجوع إلى نص المادة 72 ق . أ فيجب أن يتوفر في الحاضنة الصفة، بمعنى أن تكون هي أم المحضون، وفي هذه الحالة يجب أن يكون هناك حكم قضائي بإسناد الحضانة لها وكذلك نسخة من عقد الزواج.

إن الصفة من النظام العام يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، وفي حالة انعدام الصفة يؤدي ذلك إلى عدم قبول الدعوى شكلا، كما يشترط أيضا في المدعي رافع الدعوى الذي يتقدم إلى المحكمة أن تكون له مصلحة، بمعنى أن له فائدة يراد تحقيقها من وراء رفع الدعوى، أو هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها بالالتجاء إلى القضاء، وينبغي أن تكون قائمة[1].

وبتعبير آخر فالمصلحة هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، هذه المنفعة تشكل الدافع وراء الدعوى والهدف من تحريكها، فلا دعوى من دون مصلحة[2].

إن المصلحة تختلف بحسب نوع الدعوى، سواء كانت دعوى المطالبة بتوفير السكن أو تمديد الانتفاع به أو المطالبة بأجرة السكن أو استبداله، أو أخيرا دعوى الأب الرامية إلى إنهاء الانتفاع بالسكن أو دفع بدل الإيجار.

الفرع الثاني

قيد العريضة الافتتاحية للدعوى

ترفع الدعوى بواسطة طلب مكتوب يتقدم به المدعي إلى المحكمة، فيقوم الطالب بتحرير عريضة افتتاحية بنفسه أو عن طريق وكيله بموجب وكالة توثيقية خاصة قصد عرض وقائع قضيته وتحديد طلباته للمحكمة، وتودع أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة إقليميا،

[1] طاهري حسين، المرجع السابق، ص 30.

[2] بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي للطباعة والنشر، 2009، ص 38.

وهي التي تقع بمكان ممارسة الحضانة أو مكان تواجد أهل الحاضنة[1]، كما يجب أن تحتوي على البيانات اللازمة المنصوص عليها في المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي جاءت كالتالي: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف"

كما يمكن رفع الدعوى بواسطة تصريح شرفي أمام المحكمة، وهنا يتولي كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع، ويصبح هذا المحضر وثيقة رسمية تقوم مقام العريضة المكتوبة[2].

الفرع الثالث

تبليغ الدعوى وسيرها

يقوم أمين الضبط بالمحكمة بتسجيل العريضة في السجل المخصص لتسجيل الدعاوى بتاريخ إيداعها ويعطيها رقما يميزها عن غيرها من الدعاوى المماثلة لها، ثم يقوم المدعي من الزوجين بتبليغ النسخة الثانية من العريضة إلى الزوج المدعى عليه وذلك بواسطة المحضر القضائي الموجود مكتبه بدائرة اختصاص المحكمة المختصة والمرفوعة أمامها الدعوى، حيث يجب على هذا الأخير أن يحرر محضرا بتكليف المدعى عليه بالحضور إلى الجلسة المعنية، وذلك كله وفقا للأوضاع والأشكال المنصوص عليها في المادتين 13 و22 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3].

[1] قرار المحكمة العليا بتاريخ 2010/11/11، ملف رقم 581700، قضية (ك.ع) ضد (ب.ع)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة2011، العدد1، ص 252

[2] أحمد شامي، المرجع السابق، ص 276.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة 2007، ص 117.

يلاحظ أن عدم تكليف المدعى عليه بالحضور إلى الجلسة المحددة في التاريخ المعين، وعدم تبليغه نسخة من العريضة لإعداد دفاعه ولتمكينه من الرد عليها يجعل الدعوى كأن لم ترفع،، وأن الخصومة لم تنعقد ولا يجوز للقاضي في مثل هذه الحال أن يستند إلى نص الفقرة الثانية من المادة 35 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويصدر حكما في غياب المدعى عليه، وإذا فعل ذلك دون إثبات أن المدعى عليه قد تم تكليفه بالحضور وفقا للقانون، وأنه قد بلغ تبليغا صحيحا، وتغيب دون عذر مقبول، فإن حكمه الغيابي سيكون مخالفا للقانون ومعرضا حتما للإلغاء[1].

الفرع الرابع

الدعوى الاستعجالية

إن الدعوى الاستعجالية هي دعوى مؤقتة يرمي المدعي من ورائها إلى الحصول على إجراء مؤقت، وحالة الاستعجال تحول دون المرور بالإجراءات العادية لرفع الدعوى لأنه لو تم إتباع الإجراءات العادية لأدى إلى وقوع خطر[2]، وإجرائيا يتم الحصول على التدبير المؤقت الخاص بالحق في السكن بتقديم عريضة مسببة وموقعة أمام قلم كتابة ضبط المحكمة التي توجد بدائرة اختصاصها موطن ومقر الزوجة[3].

ولم ينص قانون الأسرة قبل تعديل 2005 على الإجراءات والتدابير الاستعجالية المتعلقة بمسائل النفقة وحضانة الأولاد والسكن، إلا أنه بالتعديل الأخير لقانون الأسرة رقم 05.02 أعطي لقاضي الأحوال الشخصية إمكانية الفصل على وجه السرعة بموجب أمر على عريضة بموجب نص المادة 57 مكرر، حيث جاءت كما يلي:"يجوز للقاضي الفصل على وجه

[1] عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 118.

[2] ياسين غانم، القضاء المستعجل ومشاكله العملية في الوطن العربي دراسة مقارنة. 2003، ص 30.

[3] أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص 285.

الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن".

لقد تضمن هذا النص في قانون الأسرة قاعدة إجرائية هامة مفادها أنه يجوز لرئيس المحكمة الفصل على وجه السرعة بموجب أمر على عريضة في جميع الإجراءات والتدابير الاستعجالية المؤقتة بعد أن كانت هذه الإجراءات تخضع في تنظيمها لما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية ولاسيما المواد 172 و183 منه.

ففي ظل القانون القديم يكون للزوجة التي تنتظر فصل المحكمة في دعوى الطلاق أن ترفع دعوى مستعجلة بموجب المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية لتطلب من رئيس المحكمة بصفته قاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإسناد حضانة الأطفال إليها بصفة مؤقتة، وأن يخصص لكل واحد منهم نفقة مؤقتة، ريثما تفصل المحكمة في حكم الطلاق، وهذه الإجراءات أصبحت وفقا لنص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة يأمر بها رئيس المحكمة على وجه السرعة بموجب أمر على عريضة دون حاجةّ إلى دعوى استعجالية[1].

إذن وبالرجوع إلى القرارات القضائية الصادرة قبل تعديل 2005 فقاضي الأمور المستعجلة يكون هو المختص بالفصل في الدعاوى الاستعجالية الخاصة بالحضانة والسكن تطبيقا لنصوص قانون الإجراءات المدنية، حيث جاء في قرار بتاريخ 2005/01/19 بأن قاضي الاستعجال مختص للحكم للزوجة والأبناء بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن قبل الفصل في الدعوى من حيث الموضوع[2].

[1] مرمول موسى، دروس في مقياس قانون الأسرة الجزائري على ضوء التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر التشريعي 05-02 الصادر بتاريخ 2005/02/27، مطبوعة موجهة لطلبة السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، بدون تاريخ، ص 101

[2] قرار المحكمة العليا بتاريخ 2005/1/19، ملف رقم 333042، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد 1، ص 321.

إن مسألة السكن هي مسألة في غاية الأهمية خاصة أنه في الغالب الأعم يتم إلقاء الزوجة خارج البيت طوال مدة النزاع الخاص بالطلاق، وهذا ما دفع المشرع من خلال المادة 57 مكرر ق.أ بأن يمنح قاضي الأمور المستعجلة الحق بأن يفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في التدابير المؤقت المتعلق بالمسكن.

وقاضي الأمور المستعجلة هنا هو رئيس قسم شؤون الأسرة نفسه تطبيقا لنص المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها:"يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال...".

إن تدخل المشرع الجزائري عن طريق المادة 57 مكرر من قانون الأسرة من أجل ضمان المأوى للمرأة المطلقة التي من المحتمل أن تصبح حاضنة والتي غالبا ما تطرد من مقر الزوجية فتجد نفسها مع أولادها في الشارع وبالتالي تحتاج إلى مسكن تلجأ إليه ليأويها، لذلك كان لابد من اللجوء إلى القضاء الاستعجالي ريثما يتم الفصل في موضوع النزاع.

المطلب الثالث

دور النيابة العامة في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن

تنص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة المعدل على ما يلي:"تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"، كما تنص المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:"يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة (10) أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الآتية: ....،-الحالة المدنية،-حماية ناقصي الأهلية ..."

وبناء عليه فدور النيابة العامة محدد بهذا الإطار أي بما جاء في المادة 03 مكرر من قانون الأسرة (فرع أول) وكذا بالمادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (فرع ثان)

الفرع الأول

دور النيابة العامة حسب قانون الأسرة

لقد كان قانون الأسرة قبل تعديله سنة 2005 بمنح النيابة العامة صلاحيات التدخل في عدد من القضايا، ويعطيها دورا في إجراءات الدعوى (المواد 99، 144، 182 ...)، ومعنى ذلك أن النيابة العامة كانت تشكل في تلك القضايا طرفا احتياطيا، وليس طرفا أصليا أو متدخلا، ذلك أن من خصائص الطرف الأصلي أن يكون شريكا في الدعوى منذ بدايتها إلى أن يصدر حكم قطعي ونهائي بشأنها[1]، أما الطرف الاحتياطي فلا يتدخل في الدعوى ولا يقدم طلباته إلا إذا ثبت أن الطرف الأصلي غير موجود، أو لم يقم بتقديم طلباته أو ما يسمح له القانون به.

إن أهم الحقوق المترتبة على كون النيابة العامة طرفا أصليا وجوب تبليغها بنسخة من عريضة افتتاح الدعوى، وتكليفها بالحضور إلى الجلسة بواسطة المحضر القضائي المكلف بالتبليغ، وقيامها بتقديم مذكرات جوابية، وكذلك حقها في الطعن بالاستئناف والنقض في الحكم الصادر، إلا أن الفقه لا يرى موجبا لذلك، وأن النص غامض وبحاجة إلى توضيح[2].

إلا أنه وبعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 تم استحداث المادة 03 مكرر والتي تنص على أنه:" تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع الدعاوى الراية إلى تطبيق هذا القانون"، وبالرجوع إلى الاجتهادات الصادرة من المحكمة العليا في هذا الموضوع فهي تؤكد أن إطلاع النيابة العامة على قضايا الأحوال الشخصية وجوبيا باعتبارها طرفا أصليا في الدعوى[3].

ووفقا لهذا القرار وغيره من القرارات التي تؤكد هذا المعنى فإن كون النيابة العامة طرفا أصليا لا يترتب عليه سوى وجوب إبلاغها بالقضايا، وهذا يجعلها في الحقيقة طرفا منضما

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 181

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 183

[3] قرار المحكمة العليا بتاريخ 2006/10/11، ملف رقم 401317، المجلة القضائية لسنة 2007، العدد 2، ص 489

وليس طرفا أصليا، وأن المادة 3 مكرر تنطبق فقط على الحالات التي تكون فيها النيابة العامة هي التي رفعت الدعوى، مثل حالة رفعها لدعوى الحجر تطبيقا للمادة 102 من قانون الأسرة[1]، أي أن النيابة العامة في شؤون الأسرة في الحقيقة هي طرف منضم وفقا للتعريف الوارد في المادة 259 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وليس طرفا أصليا وفقا للمادة 258 من نفس القانون.

الفرع الثاني

دور النيابة العامة حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية

طبقا لنص المادة 257 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه:"تتدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون أو للدفاع عن النظام العام"، حيث تعتبر الأحكام التشريعية المنظمة للأسرة من النظام العام حسب الفقه والقضاء، إذ جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1981/3/09 "من المقرر قانونا بأن إطلاع النيابة العامة على القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص من القواعد القانونية الجوهرية المتعلقة بالنظام العام التي أوجبتها المادة 141 من ق.إ.م"[2]، فاعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في النزاعات العائلية كممثلة للحق العام يرجع إلى اعتبار قضايا الأسرة من النظام العام، وأنه لا بد من حمايتها والسهر على ضمان استقرارها، حيث يكون للنيابة العامة مهمة السهر على التطبيق السليم للقانون من خلال إبداء رأيها ووجهة نظرها في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة ومنها قضايا الحضانة والسكن[3].

إن المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية قد حل محلها المادة 260 التي جاءت كما يلي:" يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة (10) أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الآتية:

1- تنازع الاختصاص بين القضاة؛

2-رد القضاة؛

3-الحالة المدنية؛

[1] عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، ط2، 2009، ص 195

[2] حميدو زكية، المرجع السابق، ص 479.

[3] مرمول موسى، المرجع السابق، ص 91.

4-حماية ناقصي الأهلية ..."

واعتبارا أن قضايا الحضانة المتصلة بالسكن هي قضايا تتصل بحماية ناقصي الأهلية على أساس أن المحضونين بحاجة إلى حماية نتيجة حالة القصر التي هم عليها، فإن النيابة العامة تكون طرفا منضما ويجب إبلاغها بقضايا الحضانة والسكن عشرة أيام قبل تاريخ الجلسة.

إن المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على النيابة العامة، وهي تنطبق على وكيل الجمهورية على مستوى المحكمة كما تنطبق على النائب العام لدى المجلس القضائي، مما يجعل النيابة العامة في الحقيقة طرفا منضما سواء على مستوى الدرجة الأولى للتقاضي أو على مستوى درجة الاستئناف.

المطلب الرابع

استحداث صندوق النفقة

لقد استحدث المشرع الجزائري صندوقا خاصا أطلق عليه صندوق النفقة، وذلك بموجب القانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 يناير 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة[1]، وذلك بعد أن كان مزمعا أن يكون في إطار تعديل قانون الأسرة، وقد جاء القانون مكونا من أربع فصول: أحكام عامة، إجراءات الاستفادة من المستحقات المالية، أحكام مالية، وأحكام نهائية.

حيث جاء في المادة 10 من هذا القانون:"يفتح في كتابات الخزينة حساب تخصيص خاص رقمه 142-302 وعنوانه "صندوق النفقة"

[1] قانون رقم 15-01 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق 4 يناير 2015، جريدة رسمية عدد 1 مؤرخة في 16 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق 7 يناير 2015، ص 7

وطبقا للفقرة الثالثة من نفس المادة فإنه يكون الوزير المكلف بالتضامن الوطني الآمر الرئيسي بصرف هذا الحساب الذي يسير في كتابات أمين الخزينة الرئيسي وأمناء خزائن الولايات".

أما عن إيرادات هذا الصندوق فهي حسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 10 كما يلي:

- مخصصات ميزانية الدولة.
- مبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من المدينين بها.
- رسوم جبائية أو شبة جبائية، تنشأ وفقا للتشريع المعمول به لفائدة صندوق النفقة،
- الهبات والوصايا،
- كل الموارد الأخرى

أما بالنسبة لطريقة الاستفادة من صندوق النفقة هي تكون حسب المادة 4 من القانون عن طريق طلب قضائي، مرفق بملف يتضمن مجموعة من الوثائق أحيلل بشأنها إلى قرار مشترك بين وزير العدل حافظ الأختام والوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتضامن الوطني، وهو القرار الذي لم يصدر بعد.

وطبقا للمادة 5 من القانون "يبت القاضي المختص في الطلب بموجب أمر ولائي، في أجل أقصاه (5) أيام من تاريخ تلقيه الطلب"

إن القاضي المختص المذكور هو القاضي رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليميا حسب ما جاء في المادة 2 من القانون.

أما عن آجال صرف المستحقات فقد جاءت المادة 6 من القانون لتنص على أنه:"تتولى المصالح المختصة الأمر بصرف المستحقات المالية للمستفيد في أجل أقصاه خمسة وعشرون (25) يوما من تاريخ تبلغ الأمر المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 5 من هذا القانون لاسيما عن طريق تحويل بنكي أو بريدي.

كما جاءت الفقرة الثانية من المادة 6 لتنص على أنه:"تستمر المصالح المختصة في صرف المستحقات المالية للمستفيد شهريا، إلى حين سقوط حقه في الاستفادة منها".

وبالنسبة للأسباب التي بموجبها يمكن لمن له المصلحة اللجوء إلى الصندوق فقد حددتها المادة 3 من القانون، وذلك كالتالي:"يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته. يثبت تعذر التنفيذ بموجب محضر يحرره محضر قضائي".

إن هذا النص يحدد النفقة المستحقة وهي النفقة المحكوم بها عن طريق أمر أو حكم قضائي، وهذا يعني أن الصندوق يتكفل بدفع مبالغ النفقة المحكوم بها بدلا من المدين بها على أن يتم الرجوع عليه بعد ذلك من طرف الصندوق، وهذا ما جاء في المادة 9 من القانون كالتالي:"يتولى أمين الخزينة للولاية تحصيل المستحقات المالية لصالح صندوق النفقة من المدينين بالنفقة، بناء على أمر بالإيراد تصدره المصالح المختصة وفقا للأحكام المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

أخيرا، إن هذا الصندوق جاء خصيصا لحل مشاكل الأطفال المحضونين، والدليل على ذلك أن المستفيد الأول والذي يلجأ إلى طلبة الاستفادة منه حسبما جاء واضحا وصريحا في المادة من القانون والتي حددت مصطلح المستفيد أو الدائن بالنفقة وأنه يشمل "الطفل أو الأطفال المحضونين ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة، وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة".

تجدر الإشارة أن المشروع التمهيدي الذي كان مقترحا لتعديل لقانون الأسرة قد كان أكثر صراحة بالحديث عن أجرة السكن، حيث تم اقتراح مادة برقم 80 مكرر كما يلي:"دون الإخلال بالتشريع المعمول به يمكن دفع كل نفقة غذائية بما فيها أجرة السكن المحدد بموجب حكم قضائي نهائي تعذر تحصيلها الكلي أو الجزئي بالطرق القانونية من قبل الصندوق.."[1]، إلا أن التطبيق العملي هو الذي سيكشف ما إذا كان صندوق النفقة سيتستجيب للطلبات الرامية إلى دفع المستحقات الخاصة بأجرة السكن أم لا.

المبحث الثاني

الحكم الصادر في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن

إن الإجراءات القضائية لرفع الدعاوى المتصلة بالسكن كنوع من دعاوى الحضانة تتوج بالحكم القضائي الفاصل في الموضوع أو التدبير المؤقت بالنسبة للدعاوى المستعجلة(المطلب الأول)، ومن ثمة يأتي الحق في الطعن في الحكم سواء كان طعنا عاديا أم غير عادي (المطلب الثاني) وأخيرا يأتي التنفيذ وما يحمله من إشكالات (المطلب الثالث)

المطلب الأول

في الحكم القضائي في حد ذاته

إن الحكم في دعاوى الحضانة قدر يصدر مع حكم الطلاق ذاته (فرع أول) كما يمكن أن يصدر بصورة مستقلة في حال ما إذا تم إغفال ذلك من طرف القاضي ورفعت دعوى مستقلة (فرع ثان)

[1] مرمول موسى، المرجع السابق، ص 92.

الفرع الأول

الحكم القضائي الفاصل في السكن مع حكم الطلاق

إن الحكم الصادر في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن قد يكون مع حكم الطلاق نفسه، كما يمكن أن يصدر بناء على وجود دعوى مستقلة.

والشروط المطلوبة عند إصدار الأحكام القضائية هي نفسها المعروفة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فلا بد من أن يكون الحكم مسببا، والتسبيب هو بيان ما أقنع القاضي بما حكم به، وجعله يتجه في حكمه ذلك الاتجاه الذي اطمأن إليه[1]، فالأسباب تشمل الأسانيد والأدلة والواقعية التي يبن عليها الحكم.

وبناء على ما سبق فحكم الطلاق بعد أن يتضمن موضوعه الأساسي الذي هو الحكم بتفريق الزوجين بطلقة بائنة، يتطرق بعدها إلى ما يفرض للزوجة المطلقة من نفقة إهمال ونفقة العدة والسكن –إن اقتضى الأمر- ويعين من تسند له الحضانة، مع تحديد نفقة المحضون، ومنح السكن للحاضن من أجل ممارسة الحضانة، أو في حال عدم توافر السكن تقدير أجرة المسكن، وما يتبع ذلك أيضا من تنظيم حق الزيارة، والفصل في النزاع حول المتاع طبقا للمادة 73 من قانون الأسرة[2].

الفرع الثاني

الحكم القضائي الفاصل في السكن بصفة مستقلة

أما في حالة إغفال القاضي لمسألة السكن وعدم إثارتها في نفس حكم الطلاق فإنه يمكن للمطلقة في هذه الحالة استئناف حكم الطلاق القاضي لها بإسناد الحضانة أمام غرفة

[1] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 120.

[2] الغوثي بن ملحة، المرجع نفسه، نفس الصفحة

الأحوال الشخصية بالمجلس المختص والمطالبة بمراجعة الحكم وذلك بتوفير سكن ملائم لممارسة الحضانة أو ببدل الإيجار طبقا لنص332 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولقد استقر الاجتهاد القضائي على أنه:"لا يجوز طلب الانتفاع بالمسكن لأول مرة أمام المحكمة العليا"[1]، وبالتالي فمن حق الحاضنة أن تطالب قضائيا الأب أمام المجلس بالسكن أو ببدل الإيجار ولو كان الطلب لأول مرة، وفي حالة فوات ميعاد الطعن بالاستئناف في الحكم وصيروة الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي به ترفع الحاضنة الأم دعوى مستقلة ضد الأب لمطالبته بتوفير مسكن ملائم لممارسة حضانة أبنائها أو تقديم بدل إيجار طبقا لنص المادة 72 من قانون الأسرة، ويكون الحكم فيها صادرا في أول درجة.

المطلب الثاني

الطعن في الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن

إن الطعون في الأحكام المدنية بصفة عامة تقبل الاستئناف تطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين إلا ما استثناه القانون بنص صريح طبقا للمادة 6 من قانون الإجراءات المدنية، وينطبق هذا على الأحكام الصادرة بشأن الحضانة والسكن (فرع أول) ويثار التساؤل بالنسبة لقابلية هذه الأحكام للطعن بالنقض تطبيقا للمادة 349 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (فرع ثان)

الفرع الأول

استئناف الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن

نصت المادة 57 من قانون الأسرة على أن:"تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية. تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف".

[1] قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/05/05، ملف رقم 41652، مذكور في: بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 136.

أما بخصوص الأوامر على ذيل العرائض التي جاءت في المادة 57 مكرر فهي أوامر ولائية، وبالتالي فهي غير قابلة للطعن فيها لا بالمعارضة ولا بالاستئناف[1].

وعليه فإذا كان الحكم الصادر في مسكن الحضانة متصلا بالحكم الصادر في الطلاق، فإنه خلافا لمبدأ الأثر الناقل للاستئناف أي نقل الاستئناف للنزاع أمام المجلس القضائي، فإن سلطة هذا الأخير في نظر خصومة الاستئناف تتحدد بحدود الطعن المقدم من حيث الموضوع و من حيث الأشخاص، والمقصود بذلك هو أن الطعن بالاستئناف يكون شاملا لجزء من الحكم فقط، وهو الجزء الخاص بالحضانة أو بالسكن، فهذا الجزء المستأنف هو الذي يقوم المجلس بإعادة دراسته دون الجزء الغير مستأنف الذي يحوز قوة الشيء المقضي فيهم[2].

وبخصوص الحضانة فإن عدم مطالبة الأم بالحضانة خلال الاستئناف ومطالبتها فقط بالنفقة لم يمنع المحكمة العليا من اعتبار الحضانة متضمنة في النفقة، حيث جاء في قرارها بتاريخ 1982/02/08 أنه:"من المقرر فقها وقضاء أن طلب الأم نفقة ابنتها الصغيرة في المرحلة الاستئنافية دون أن تطالب بحضانتها وسكوت الأب المطلق عن إثارة موضوع الحضانة فيعد الطلب الأول متضمنا للطلب الثاني والحكم به لا يعتبر حكما بدون طلب"[3].

الفرع الثاني

الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن

لا شك أن الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة هي أحكام قابلة للطعن فيها بالنقض بما أنها قابلة للطعن فيها بالاستئناف، ذلك أن الطعن بالنقض يشمل الأحكام القضائية الصادرة

[1] مرمول موسى، المرجع السابق، ص 102.

[2] مزاري صالح، طرق الطعن العادية في الأحكام المدنية، مذكرة تخرج المعهد الوطني للقضاء، 2001-2004، ص 43

[3] قرار المحكمة العليا بتاريخ 1982/02/08، ملف رقم 26748، نشرة القضاة، سنة 1982، عدد خاص، ص 262.

في كل الخصومات القضائية، إما مباشرة إذا صدرت نهائية، أو بطريق غير مباشر بعد استئنافها وصدور قرارات نهائية في خصوماتها الاستئنافية[1].

إن أساس الطعن بالنقض يتمثل في المادة 349 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه:"تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية".

وللطعن بالنقض أهميته من حيث أنه يمتد إل مناقشة الأسباب التي بني عليها الحكم الفاصل في النزاع الخاص بالسكن أو الحضانة، حيث ينقض الحكم إذا انطوى مثلا على عيب القصور في التسبيب أو انعدام التسبيب حسب أوجه الطعن المذكورة في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتطبيقا لذلك ورد في أحد قرارات المحكمة العليا أنه:"وحيث من جهة أخرى فإن القاعدة القضائية الجاري بها العمل تقتضي بأن النفقات والتعويضات تقدر على حساب حالة المنفق المادية والاجتماعية، وحيث أن قضاة المجلس لم يذكروا في حيثيات قرارهم السبب الذي اعتمدوا عليه في تقدير المبالغ المالية الممنوحة للمستأنفة وولديها، وحيث نظرا لما جاء في الوجه الثاني يتعين القضاء بنقض القرار جزئيا فيما يخص الحضانة،النفقة والتعويض"[2].

كما جاء في قرار آخر:" " عن الوجه المثار تلقائيا والمأخوذ من قصور الأسباب والخطأ في تطبيق المادة 68 من قانون الأسرة. حيث أن القضاء بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم الحاضنة لا يستقيم مع حصول الطاعنة على أحكام بحضانتها لأبنائها الأربعة مع الحكم على والدهم بتوفير سكن لممارسة حضانتهم ...إضافة إلى أن القضاة لم يشيروا إلى جنس الأولاد

[1] بشير سهام، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2005، ص 4.

[2] قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1986/09/22، ملف رقم 43594، المجلة القضائية لسنة 1992، عدد4، ص 41.

وإلى أعمارهم ولم يستعينوا بمرشدة اجتماعية تعينهم على معرفة مصلحتهم الأمر الذي يتعين معه نقض القرار"[1].

المطلب الثالث

إشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعاوى المتعلقة بسكن الحضانة

لقد جاء النص على إشكالات التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 631 إلى 635، وعليه وجب الحديث أولا عن مفهوم إشكالات التنفيذ (فرع أول) ثم عن إجراءات رفع الدعاى الخاصة بإشكالات التنفيذ (فرع ثان) ثم أخيرا إلى بعض الأمثلة الخاصة بإشكالات التنفيذ المتعلقة بالأحكام الصادرة في الحضانة والسكن (فرع ثالث).

الفرع الأول

مفهوم إشكالات التنفيذ

إن إشكالات التنفيذ هي الدعاوى التي ترفع إلي القضاء ويطلب فيها الحكم بإجراء وقتي هو الاستمرار في التنفيذ مؤقتا أو وقفه مؤقتا إلى حين الفصل في موضوع المنازعة، وعرف الفقه إشكالات التنفيذ بأنها: "عوارض قانونية تعترض التنفيذ، وتتضمن إدعاءات أمام القضاء تتعلق بالتنفيذ، بحيث لو صحت لأثرت فيه إيجابا أو سلبا، إذ يترتب على الحكم في الإشكال أن يكون التنفيذ جائزا أو غير جائز، صحيحا أو باطلا، يمكن الاستمرار فيه أو يجب وقفه أو الحد منه"[2].

[1] قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1999/05/18، ملف رقم 222655، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص باجتهادات غرفة الأحوال الشخصية، ص 185.

[2] فريدة بن يونس، تنفيذ الأحكام الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013، ص 228.

فهي منازعات قانونية تقوم على نزاع قضائي تطرح من خلالها دعوى قضائية على الجهة القضائية المختصة للفصل فيها بحكم قضائي بعد سماع أطراف الخصومة ويكون هذا الحكم قابلا للطعن فيه[1].

وتبعا لذلك لا يعد من إشكالات التنفيذ الوقتية تلك العقبات المادية التي يضعها المحكوم عليه كغلق الأبواب، أو منع التنفيذ عن طريق استعمال القوة المادية، فتلك العقبات تذلل عن طريق القوة العمومية[2].

إن الإشكال الوقتي أو الإشكال في التنفيذ يرمي إلى الاعتراض على إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية التي لا تنسجم مع أحكام القانون دون أن تمس حجيتها القانونية، ولذلك فهو من أنواع الدعاوى الاستعجالية.

الفرع الثاني

إجراءات رفع دعوى إشكال التنفيذ

من جهة، ولأن الأمر يتعلق بدعوى فهي تخضع للأحكام العامة للدعاوى من حيث شروط قبولها الموضوعية والشكلية.

إن إشكالات التنفيذ ترفع بإحدى وسيلتين:

- إما بعريضة افتتاحية طبقا لما تقضي به القواعد العامة لوقف تنفيذ الحكم؛
- أو ترفع أمام المحضر القضائي، فيقوم هذا الأخير بتحرير محضر الإشكال العارض، ويقوم هذا المحضر مقام العريضة الافتتاحية.

[1] عمر زودة، الإشكال في تنفيذ قرار قضائي إداري والجهة القضائية المختصة بالفصل فيه، تعليق على القرار رقم 9934 الصادر بتاريخ 2002/11/05 عن مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، مجلة مجلس الدولة، السنة2003، العدد 4، ص 172

[2] عمر زودة، نفس المرجع، نفس الصفحة.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فهي تنص على أنه:"في حالة وجود إشكال في تنفيذ أحد السندات التنفيذية المنصوص عليها في هذا القانون، يحرر المحضر القضائي محضرا عن الإشكال، ويدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الاستعجال"

أما الطريقة الأولى فتكون في حالة رفض المحضر القضائي تحرير محضر الإشكال، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 632 :"في حالة رفض المحضر القضائي تحرير محضر الإشكال الذي يثيره أحد الأطراف يجوز لأحدهم تقديم طلب وقف التنفيذ إلى رئيس المحكمة عن طريق دعوى استعجالية من ساعة إلى ساعة وتكليف المحضر القضائي وباقي الأطراف بالحضور أمام الرئيس.

وحسب نص المادة 633 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]: يتعين على رئيس المحكمة أن يفصل في دعوى الإشكال أو في طلب وقف التنفيذ في أجل أقصاه خمسة عشر يوما من تاريخ رفع الدعوى بأمر مسبب غير قابل لأي طعن.

وفي حالة قبول دعوى الإشكال أو طلب وقف التنفيذ تنص المادة 634 من ذات القانون على أنه يأمر الرئيس بوقف التنفيذ لمدة محددة لا تتجاوز ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

الفرع الثالث

بعض الأمثلة لإشكالات تنفيذ أحكام الحضانة والسكن

إن إشكالات التنفيذ الخاصة بأحكام الحضانة وبالخصوص تلك المتعلقة بالسكن في الميدان العلمي كثيرة جدا، يمكن الإشارة إلى بعضها فيما يلي:

[1] قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، مؤرخة يوم الأربعاء 17 ربيع الثاني 1429 هـ الموافق لـ 23 أفريل 2008، ص 3.

- كثيرا ما يثار أثناء تنفيذ الأحكام القضائية الخاصة بالسكن إشكال العقود المؤقتة، حيث يصادف المحضر القضائي عقود إيجار مؤقتة لا تفي بكل مدة الحضانة مما يؤدي إلى رفع إشكال تنفيذ بخصوصه.
- من جهة أخرى فإن السكن الذي استفادت منه الحاضنة قد يكون من غير عقد إيجار رسمي.
- كذلك يثار في المجال العملي أن المسكن الذي تستفيد منه الحاضنة لا يكون بموطنها (إشكال خاص بالموطن).
- كما أن تعبير المشرع بـ" مسكن ملائم للحاضنة" يطرح إشكالات فيما يخص حالات بعض المساكن التي لا يمكن تقرير ما إذا كانت ملائمة أم لا ويعود لرئيس المحكمة الفصل فيه حسب سلطته التقديرية.
- وأخيرا، يمكن الإشارة كذلك إلى حالة عقود الإيجار التي تكون باسم الأب وليس باسم الحاضنة أو باسم المحضون.

كل هذه الإشكالات تثار أمام القضاء الاستعجالي، غير أن المواعيد التي نص عليها القانون هي مواعيد طويلة جدا[1]، إذ أن مدة ستة أشهر هي في غير مصلحة المحضون الذي يبقى من غير مسكن، وعليه فالمشرع مدعو للتقليص في هذه المدة بحيث لا تتجاوز شهرا واحدا.

[1] انظر المادة 633 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خاتمة

إن موضوع مسكن الحضانة يكتسي أهمية بالغة ضمن القضايا المتصلة بالحضانة، وهو لا يقل أهمية عن المواضيع الأخرى التي تناولتها العديد من الدراسات كمسألة ترتيب الحاضنين وتنظيم حق الزيارة والرؤية ومصلحة المحضون، وأهميته نظرية وعملية في آن معا نظرا للمشكلات التي يطرحها، والتي تناولتها هذه المذكرة بالتحليل، ويمكن إجمال نتائجها كما يلي:

- أن مسكن الزوجية هو المكان الذي تمارس فيه الحضانة مؤقتا بحكم القانون إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي الصادر بخصوص مسكن الحضانة، وهذا ما جاءت به المادة 72 من قانون الأسرة بشكل صريح، فالقانون مراعاة منه لمصلحة المحضون ونظرا لاستحالة استمرار المرأة المطلقة في بيت الزوجية جعل مسكن الحضانة بمثابة التزام على عاتق الأب المطلق، وفي حالة عدم قيامه بهذا الالتزام فإنه يلزم بدفع بدل الإيجار، حيث تم إلغاء الفقرة الثالثة من المادة 52 من قانون الأسرة التي كانت تنص على أنه:"ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا".

- كذلك أن الجديد الذي جاءت به المادة 72 هو إلغاء شرط أن لا يكون للمحضونين مال من أجل الاستفادة من البقاء في "مسكن الزوجية" في حالة الطلاق التعسفي، حيث يلزم الأب دائما بتوفير مسكن ملائم للحاضنة، أو بدفع بدل الإيجار، ولو كان للمحضون مال خاص.

- كما ألغى المشرع أيضا منذ 2005 الحكم الذي كانت تنص عليه المادة 52 من قانون الأسرة والتي تجعل الأب غير ملزم بتوفير مسكن للحضانة إذا وجد من يضمن للحاضنة السكن مع محضونيها من أقاربها مثلا.

- ألغى المشرع أيضا زواج الحاضنة أو ثبوت انحرافها كسببين مسقطين للحق في مسكن الحضانة، غير أن زواج أم المحضونين من غير قريب محرم يكون سببا لسقوط حقها في الحضانة وبالتبعية سقوط حقا في مسكن الحضانة.

- أن المرأة المطلقة الحاضنة وحدها هي من لها الحق في مسكن الحضانة، أما غيرها من الحاضنات فيفترض أن يمارسن الحضانة في سكنهن الخاص، وليس لهن الحق بالمطالبة بمسكن خاص للممارسة الحضانة، على أساس أن أي حاضنة أخرى كالجدة والخالة والعمة يفترض أن تمارس الحضانة في مسكنها الخاص، خاصة وأن المادة 72 في النسخة الفرنسية تتحدث عن مسكن ملائم للحضانة وليس للحاضنة كما في النص العربي، ويؤكد ذلك أيضا أن الفقرة الثانية تتحدث عن بيت الزوجية ما يؤكد أن الأمر يتعلق بالمطلقة الحاضنة دون غيرها.

- أن الإضافة التي جاءت بها المادة 72 من قانون الأسرة التي تعتبر المادة الوحيدة التي صارت تنظم مسألة مسكن الحضانة جاءت متضمنة لغموض وإشكاليات خاصة من خلال عبارة "مسكن ملائم" التي تمنح للحاضنة حق تقدير مدى ملاءمة المسكن تحت رقابة القاضي، خاصة وأن المسكن يحتاج إلى العديد من المستلزمات والنفقات التي تلحقه والتي لا يعقل تكليف الحاضنة بها كلها، من تجهيزات، ونفقات الماء والكهرباء، وهو قصور في النص ينبغي تداركه.

- أن الإشكالات التي تعترض تنفيذ الأحكام القضائية الخاصة بسكن الحضانة تؤكد وجود خلل في صياغة النصوص القانونية وعدم كفايتها.

وانطلاقا من هذه النتائج التي خلصت إليها الدراسة يمكن في النهاية رصد توصية عامة بضرورة تعديل الأحكام الخاصة بمسكن الحاضنة لتفادي إشكالات التنفيذ أولا، ولرعاية مصلحة المحضون التي يؤكد عليها المشرع في مختلف النصوص المنظمة لأحكام الحضانة ثانيا، والتي تتمثل أساسا في التالي:

- تخصيص عدد من المواد لتنظيم حق السكن للحاضنة وعدم الاكتفاء بمادة واحدة.

- تحديد الشروط الخاصة بسكن الحضانة ليكون ملائما لممارسة الحضانة لاسيما من حيث المرافق والنفقات والمستلزمات الضرورية الأخرى التي تتبع السكن.

- استبدال عبارة "بيت الزوجية" الواردة في الفقرة الثانية من المادة 72 من قانون الأسرة بعبارة أخرى مثل "بيت الأب المطلق" باعتبار أن بيت الزوجية ينتهي بالطلاق.

- تحديد المعايير الخاصة بالحكم بدفع بدل الإيجار، لاسيما وجود عقود تثبت الإيجار.

- تقصير الآجال بالنسبة للدعاوى الاستعجالية وإشكالات التنفيذ الخاصة بسكن الحضانة، خاصة وأن مدة 6 أشهر التي جاءت بها المادة 634 لوقف تنفيذ الأحكام القضائية هي مدة طويلة جدا بالنسبة لحالة الأطفال المحضونين، وعليه فالأفضل هو ألا تتجاوز المدة شهرا واحدا.

- سد الفراغ التشريعي بخصوص حالة المطلقة الحاضنة التي تملك سكنا خاصا وما إذا كان لزاما على الأب توفير مسكن لها لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار رغم ذلك.

- أخيرا، إن عدم قدرة الأب على توفير السكن أو دفع بدل الإيجار هو أمر واقع بسبب أزمة السكن والبطالة، وعلى ذلك فإن صندوق النفقة الذي تم إنشاؤه أيضا ينبغي أن يعدل لفائدة الآباء الذين يعجزون عن دفع بدل الإيجار نظرا للغموض الذي يكتنف نص القانون المنظم لهذا الصندوق.

ختاما إن تعديل قانون الأسرة الذي مر عليه أكثر من عشر سنوات على تعديله هو بأمس الحاجة إلى تعديل آخر يأخذ بعين الاعتبار آخر ما توصلت إليه النقاشات القانونية الفقهية منها والقضائية وحتى الشرعية لتجاوز كل هذه الاختلالات.

قائمة المراجع

- **القرآن الكريم.**

أولا: المعاجم:

1- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج7، ط1، 2005.

ثانيا: النصوص القانونية:

1- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
2- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
3- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، مؤرخة يوم الأربعاء 17 ربيع الثاني 1429 هـ الموافق لـ 23 أفريل 2008، ص 3.
4- قانون رقم 15-01 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق 4 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، جريدة رسمية عدد 1 مؤرخة في 16 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق 7 يناير 2015، ص 7.

ثانيا: الكتب العامة:

1- بربارة، عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي للطباعة والنشر، 2009.
2- بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2007.
3- بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2005.
4- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، قسنطينة، 2013.

5- تقية عبد الفتاح، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، دار ثالة، الجزائر، 1999.
--------- ، قضايا شؤون الأسرة من منظور التشريع والقضاء، دار ثالة، الجزائر، 2011.
6- التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، 2009.
7- الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
8- ديابي باديس، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008.
9- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر، دمشق، 1989.
10- زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج10، مؤسسة الرسالة، ط1، 1993.
11- سابق السيد، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، ط8، 1987.
12- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.
13- سعد، عبد العزيز ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007.
---------- ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1996.
14- شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري، دار الجامعة الجديدة، مصر.
15- شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين فقه المذاهب والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط4، 1983.
16- شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الرابعة، 1983.
17- صقر نبيل، قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 254.
18- طاهري حسين، الوسيط في شرح الإجراءات المدنية، دار ريحانة، الجزائر.
19- عامر عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي.
20- العربي، بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: الخطبة الزوج الميراث الوصية، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، 1999.
21- غاي أحمد، الحماية القانونية لحرمة المسكن، دار هومة، الجزائر، ط1، 2008.

22- قري غني، شرح قانون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليطلة، الجزائر، 2011.
23- قمراوي عز الدين وصقر نبيل، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى 2008.

ثالثا: الكتب المتخصصة:

1- أبو غابة خالد عبد العظيم، حقوق المحضون، دار الفكر الجامعي، مصر، 2013.
2- حسين محمد فتح الله، مسكن الحضانة ومسكن الزوجية، مركز ألمظ لنشر وتوزيع الكتب القانونية، مصر، 2013.
3- عطية أحمد إبراهيم، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، دار الفكر القانوني، ط1، 2008.

رابعا: المقالات العلمية:

1- زودة عمر، الإشكال في تنفيذ قرار قضائي إداري والجهة القضائية المختصة بالفصل فيه، تعليق على القرار رقم 9934 الصادر بتاريخ 2002/11/05 عن مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، مجلة مجلس الدولة، السنة2003، العدد 4، ص 172.

خامسا: الرسائل والمذكرات:

1- بشير سهام، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2005.
2- بن يونس فريدة، تنفيذ الأحكام الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013.
3- بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002.
4- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2004-2005.
5- طعيبة عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001.

6- عيسو أسماء، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته، مذكرة تخرج المعهد الوطني للقضاء، 2004
7- مزاري صالح، طرق الطعن العادية في الأحكام المدنية، مذكرة تخرج المعهد الوطني للقضاء، 2001-2004.

سادسا: المطبوعات:

8- مرمول موسى، دروس في مقياس قانون الأسرة الجزائري على ضوء التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر التشريعي 05-02 الصادر بتاريخ 2005/02/27، مطبوعة موجهة لطلبة السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، بدون تاريخ.

ثامنا: القرارات والأحكام القضائية:

9- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1980/12/02، ملف رقم 24148 نشرة القضاة 1981 ص 83.
10- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/05/05، ملف رقم 41652، مذكور في: بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، دار الهدى، عين مليلة، 2012، ص 136.
11- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1982/02/08، ملف رقم 26748، نشرة القضاة، سنة 1982، عدد خاص، ص 262.
12- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2006/10/11، ملف رقم 401317، المجلة القضائية لسنة 2007، العدد 2، ص 489.
13- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2010/11/11، ملف رقم 581700، قضية (ك.ع) ضد (ب.ع)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة2011، العدد1، ص 252.
14- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 460137، قضية (ت.م) ضد (ت.ح)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2009، العدد1، ص 251.
15- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 477191، قضية (ز.س) ضد (ط.ف)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2009، العدد2، ص 275.
16- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2010/09/16، ملف رقم 566381، قضية (م.ك) ضد (ز.ح)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2010، العدد 2، ص 268.

17- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2005/1/19، ملف رقم 333042، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد 1، ص 321.

18- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/5/5، ملف رقم 41473 .

19- قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1999/05/18، ملف رقم 222655، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص باجتهادات غرفة الأحوال الشخصية، ص 185.

20- قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1986/09/22، ملف رقم 43594، المجلة القضائية لسنة 1992، عدد4، ص 41.

21- قرار بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 481857، قضية (ب.أ) ضد (م.ح)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2009، العدد 2، ص 292.

22- قرار بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 481857، قضية (ب.أ) ضد (م.ح)، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2009، العدد 2، ص 292.

23- قرار بتاريخ 1995/10/24، ملف رقم: 123889، مذكور في: قمراوي عز الدين ونبيل صقر، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، 2008.

24- قرار رقم 153640 بتاريخ 1997/02/18، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد1، ص 39.

25- قرار رقم 52221 بتاريخ: 1989/03/13 المجلة القضائية للمحكمة العليا، سنة 1989، العدد 1، ص 48.

26- المحكمة العليا، غ. أ. ش. قرار2002/09/25 ملف رقم 285062 منقول عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة: مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

27- ملف رقم 24148 قرار بتاريخ 1980/12/2 المجلة القضائية 1981 ص 83.

28- ملف رقم 288072 بتاريخ 2002/07/31، المجلة القضائية، 2004، العدد 1 ص 185.

29- ملف رقم 347914 قرار بتاريخ 2006/1/4 المجلة القضائية لسنة 2006 العدد 1 ص 449.

30- ملف رقم 348956 الصادر بتاريخ 2005/11/16، المجلة القضائية، 2005، العدد 2، ص 425.

الفهرس

مقدمة		الصفحة
الفصل الأول	ماهية حق الحاضنة في السكن	01
المبحث الأول	ماهية الحضانة	02
المطلب الأول	مفهوم الحضانة	02
الفرع الأول	تعريف الحضانة في اللغة والاصطلاح الشرعي	03
الفرع الثاني	تعريف الحضانة في القانون	03
المطلب الثاني	شروط ممارسة الحضانة	06
الفرع الأول	الشروط العامة لممارسة الحضانة	06
الفرع الثاني	الشروط الخاصة لممارسة الحضانة	08
المطلب الثالث	ترتيب الحاضنين في التشريع الجزائري	09
الفرع الأول	ترتيب الحاضنين قبل تعديل فبراير 2005	10
الفرع الثاني	ترتيب الحاضنين بعد تعديل فبراير 2005	13
المبحث الثاني	ماهية سكن الحضانة	15
المطلب الأول	مفهوم سكن الحضانة ومواصفاته	15
الفرع الأول	تعريف سكن الحضانة	16
الفرع الثاني	مواصفات سكن الحضانة	17
المطلب الثاني	شروط توفير مسكن الحضانة وأجرته	20
الفرع الأول	شروط إسكان الحاضنة	21
الفرع الثاني	أجرة مسكن الحضانة	29
المطلب الثالث	أسباب سقوط حق الحاضنة في السكن	30
الفرع الأول	أسباب سقوط حق الحاضنة في السكن قبل تعديل 2005	31
الفرع الثاني	أسباب سقوط حق الحاضنة في السكن بعد تعديل 2005	35
الفصل الثاني	الضمانات القضائية لحق الحاضنة في السكن	37
المبحث الأول	دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن	38
المطلب الأول	أنواع دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن	39

الفرع الأول	دعوى توفير السكن الملائم للحاضنة أثناء سير دعوى الطلاق	39
الفرع الثاني	دعوى تمديد الانتفاع بمسكن الحضانة أثناء النظر في دعوى تمديد الحضانة	40
الفرع الثالث	دعوى المطالبة بأجر مسكن الحضانة	41
الفرع الرابع	دعوى استبدال مسكن الحضانة بمسكن آخر	43
الفرع الخامس	دعوى استرداد الأب لمسكن الحضانة ووقف سداد بدل الإيجار	44
المطلب الثاني	إجراءات رفع دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن	45
الفرع الأول	شروط قبول دعوى الحضانة المتصلة بالسكن	45
الفرع الثاني	قيد العريضة الافتتاحية للدعوى	46
الفرع الثالث	تبليغ الدعوى وسيرها	47
الفرع الرابع	الدعوى الاستعجالية	48
المطلب الثالث	دور النيابة العامة في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن	50
الفرع الأول	دور النيابة العامة حسب قانون الأسرة	51
الفرع الثاني	دور النيابة العامة حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية	52
المطلب الرابع	استحداث صندوق النفقة	53
المبحث الثاني	الحكم الصادر في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن	56
المطلب الأول	في الحكم القضائي في حد ذاته	56
الفرع الأول	الحكم القضائي الفاصل في السكن مع حكم الطلاق	57
الفرع الثاني	الحكم القضائي الفاصل في السكن بصفة مستقلة	57
المطلب الثاني	الطعن في الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن	58
الفرع الأول	استئناف الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن	58
الفرع الثاني	الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن	59
المطلب الثالث	إشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعاوى المتعلقة بمسكن الحضانة	61
الفرع الأول	مفهوم إشكالات التنفيذ	61

الفرع الثاني	إجراءات رفع دعوى إشكال التنفيذ	62
الفرع الثالث	بعض أمثلة إشكالات تنفيذ أحكام الحضانة والسكن	63
خاتمة		65
قائمة المراجع		68
الفهرس		

ملخص

إن الحق في السكن مقرر للمطلقة الحاضنة دون سواها من الحاضنات لرعاية أبنائها بعد الطلاق، وقد أخضعه المشرع الجزائري لأحكام بسيطة ضمن المادة 72 من قانون الأسرة التي أعادت تنظيم مسألة السكن الخاص بممارسة الحضانة بعد أن كانت قبل تعديل سنة 2005 منظمة من قبل مادتين غير منسجمتين هما المادة 52 والمادة 72 نفسها، ويتميز التعديل بإلغاء العديد من الشروط التي تخص أساسا: أن مسكن الحضانة يكون من مال المحضون إن كان له مال، وأن الأب غير ملزم بتوفير مسكن إن وجدت المطلقة من يؤويها وصغارها، وأن مسكن الزوجية يمكن أن يكون مكانا لممارسة الحضانة إلا إذا كان وحيدا، وأن الحق في السكن يسقط إذا ثبت انحراف الحاضنة أو زواجها؛ بينما أصبح الالتزام بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة وفقا للمادة 72 بعد التعديل إلزاميا على الأب أو بدفع بدل الإيجار على التخيير، بينما تفرض الفقرة الثانية أن تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن من قبل الأب، مع التحفظ بالنسبة لعبارة "بيت الزوجية".