مسكن ممارسة الحضانة كأحد إشكالات فك الرابطة الزوجية
-دراسة قانونية وفق التشريع الجزائري-

The abode of foster care as one of the problems of breaking the conjugal bond
A legal study according to the Algerian legislation

د. نبيل ونوغي
Dr. Ounnoughi Nabil
أستاذ محاضر صنف أ بمعهد الحقوق والعلوم الاقتصادية
المركز الجامعي سي الحواس بريكة الجزائر
ounnoughi_nabil@yahoo.com
ذ. عبد المالك أحمد رقاني
reggani abdelmalk ahmed
طالب دكتوراه بجامعة البليدة 2 ـ الجزائر
reggani.droit@gmail.com

ملخص:

نظم المشرع الجزائري بعض أحكام الحضانة في قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية، مراعياً المصالح المختلفة لكل أطراف العلاقة الأسرية وكذا الآثار التي تنجم خاصة في حالة الطلاق والتي تمتد إلى الأبناء، وتعد أحكام الحضانة إحدى هذه الآثار.

ذلك أن مؤسسة الأسرة التي كانت تلم شمل أولئك الأطفال قد انهدمت جزئيا، ويحتاجون إلى فترة رعاية قد تطول حتى يشتد عودهم، ويصبحون قادرين على تحمل مسؤولياتهم، ومن ثم وجدت مجموعة أحكام ونظم خاصة بتنظيم الحضان، وهذا للاهتمام بهذا الجانب الذي يلقى نقاشا حادا من قبل القانونيين والإعلاميين والاجتماعيين والجمعيات المهتمة بالمرأة والطفل.

حيث تهدف هذه الدراسة لتسليط الضوء على أهم وأبرز إشكالات فك الرابطة الزوجية حال ممارسة الحضانة؛ ألا وهي مشكلة مسكن ممارسة 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.

الكلمات المفتاحية: الأسرة، الحضانة، الرابطة الزوجية.

Abstract: The Algerian legislator has regulated some of the custody provisions in the family law derived from the Islamic Sharia, taking into account the different interests of all parties

to the family relationship, as well as the effects that result, especially in the event of divorce, which extend to children, and custody provisions are one of these effects.

This is because the family institution that used to reunite these children has been partially destroyed, and they need a period of care that may be prolonged until their return strengthens, and they are able to assume their responsibilities, and then a set of provisions and systems for organizing foster care have been found. Legal, media and social workers and associations concerned with women and children.

As this study aims to shed light on the most important and prominent problems of breaking the marital bond when practicing custody. It is the problem of the custody home, as the divorced mother who will leave the matrimonial home and does not find those who house her will be unable to take over the task of custody of her young children, which is the first legally and legally, and hence the search for legal ways to provide the custody home.

.Key words: family, nursery, marital bond

مقدمة:

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

ذلك أن مؤسسة الأسرة التي كانت تلم شمل أولئك الأطفال قد انهدمت جزئيا، ويحتاجون إلى فترة رعاية قد تطول حتى يشتد عودهم، ويصبحون قادرين على تحمل مسؤولياتهم، ومن ثم وجدت منظومة أحكام خاصة بتنظيم الحضانة للاهتمام بهذا الجانب الذي يلقى نقاشا حادا 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 وقانوناً، ومن ثمة يثور البحث عن السبل القانونية لتوفير مسكن الحضانة، مما يدفعنا لطرح الإشكالية الأتية: **ما مفهوم مسكن ممارسة الحضانة؟ وما حدود السلطة التقديرية حال اسناد ممارسة مسكن الحضانة؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية تقتضي الدراسة تقسيم هذه الورقة البحثية إلى مطلبين على النحو الأتي؛ فالمبحث الأول يكون بمثابة إطار مفاهيمي يتم من خلاله التعريف بمسكن ممارسة الحضانة فصوره وأنواعه وخصائصه وطبيعته القانونية، على أن يتم التطرق في المبحث الثاني للسلطة التقديرية للقاضي حال اسناده لمسكن ممارسة الحضانة.

المبحث الأول: مفهوم مسكن ممارسة الحضانة : سنتناول في هذا المبحث المقصود بالمسكن وأنواعه، والمواصفات الشرعية بأن يكون مناسبا و مستقلا في المطلب الأول ثم نتطرق إلى مواصفاته و طبيعته القانونية في المطلب الثاني.

المطلب الأول : تعريف السكن و أنواعه: يتبادر في الوهلة الأولى أن المسكن له معنى واحد ونوع واحد، إلا أن هناك إختلافات كما سنبينه، كما سيتم الحديث عن أنواعه ثانياً.

الفرع الأول: تعريف المسكن و أنواعه: يقصد بها الدار أو المنزل، تفيد في تعيين "DOMUS" إن المسكن هو كلمة لاتينية مكان الإقامة الثابت، و يسمح بتحديد مكان الشخص من الناحية الجغرافية و كلمة مسكن لها مفهومين، أحدهما لغوي و الآخر اصطلاحي.

أولاً: المفهوم اللغوي: يقصد به المكان المشغول فعلا بالسكنى[1]. مصداقاً لقوله تبارك وتعالى:" **حَتَّىٰ إِذَا أَتَوْا عَلَىٰ وَادِ النَّمْلِ قَالَتْ نَمْلَةٌ يَا أَيُّهَا النَّمْلُ ادْخُلُوا مَسَاكِنَكُمْ لَا يَحْطِمَنَّكُمْ سُلَيْمَانُ وَجُنُودُهُ وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ** "[2]، و قوله تعالى أيضًا: " **لَقَدْ كَانَ لِسَبَإٍ فِي مَسْكَنِهِمْ آيَةٌ جَنَّتَانِ عَن يَمِينٍ وَشِمَالٍ كُلُوا مِن رِّزْقِ رَبِّكُمْ وَاشْكُرُوا لَهُ بَلْدَةٌ طَيِّبَةٌ وَرَبٌّ غَفُورٌ** "[3] ، كما يطلق على الدار والبيت مصداقاً لقوله تبارك وتعالى: " " **وَأَوْحَىٰ رَبُّكَ إِلَى النَّحْلِ أَنِ اتَّخِذِي مِنَ الْجِبَالِ بُيُوتًا وَمِنَ الشَّجَرِ وَمِمَّا يَعْرِشُونَ** "[4].

ثانياً: المعنى أو المدلول الإصطلاحي للمسكن:

أ- التعريف القانوني للسكن: عرفه المشرع في المادة 355 من قانون العقوبات على أنه : " يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك و لو متنقل متى كان معداً للسكن وإن لم يكن مسكوناً...".

ب- التعريف الفقهي للسكن: وردت له تعريفات عدة ، فقد يراد به المكان الثابت والمخصص للسكن على الدوام، حيث عرفه الأستاذ بن رقية بن يوسف أنه " ذلك المحل الذي يستعمل في النهار والليل للسكن والإستراحة أو الإستحمام أو العمل، وهو المأوى بصفة عامة مثل الفيلا، الشقة بالعمارة، فيجب أن يكون المحل المخصص للسكن بصفة دائمة، و لذا نجد القضاء قد رفض حق البقاء في مسكن صيفي، و ذلك لأنه كان يستعمل للمتعة في المواسم دون السكن المستمر"[5].

الفرع الثاني: أنواعه: يمكن تقسيم المسكن إلى قسمين حسب الوظيفة أو الحالة التي يكون عليها المستخدمين له : مفهوم السكن حال قيام الحياة الزوجية أو الرابطة الزوجية، مفهوم المسكن عقب الطلاق.

أولاً: مفهوم المسكن حال قيام الحياة الزوجية: عرفته الدكتورة هجيرة دنوني على أنه " نقطة التقاء عناصر مادية معنوية بالإضافة إلى اعتبارات أخرى من النظام القانوني، الاجتماعي و الإنساني"، و يجب أن يستجيب المسكن

---

[1] محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه القضائي في الأحوال الشخصية، ص 75.

[2] سورة النمل ، الاية 18..

[3] سورة سبا، الاية 15

[4] سورة النحل، الاية 68.

[5] بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، ص 79. نقلا عن : عيسيو أسماء، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، مديرية التربص، الدفعة الثانية عشر، 2001-2004، ص 19.

أضافت قائلة حسب رأي الفقيه HEBRAUD : " للشروط اللازمة حتى يأوي العائلة بشرف "و حسب رأيها " فإن تحديده يفترض تقديراً مادياً و معنويًا بالنسبة للأثاث الذي يتكون منه ".و يقوم المسكن على عناصر ثلاثة:

أولاً : عنصر بشري يتمثل في الزوجين و الأولاد.

ثانياً: عنصر معنوي يتمثل في الروابط و العلاقات التي تجمع الزوجان

و أولادهما بقصد تحقيق المودة و الرحمة بين الزوجين.

ثالثاً: عنصر مادي و يتمثل في الأثاث و اللوازم الضرورية للمعيشة، بحسب العرف و العادة، وبقدر سد حاجيات الأسرة العامة[6].

وقد ميز الفقه القانوني في مجمله بين عدة مصطلحات فيما يخص مصطلح المسكن الزوجي.

01-المسكن الفعلي: وهو المحل الحقيقي لإقامة الزوجين و الأولاد، فقد يكون هذا المسكن منزلا مستقلا، و قد يكون شقة، و قد يكون حجرة في شقة، و الحجرة في الشقة ليست مسكناً شرعياً لأن المسكن الشرعي يجب أن يكون مستقلاً.

02-المسكن الشرعي: يراد بالمسكن الشرعي حسب تعريف الفقهاء، المسكن المكتمل المرافق بين جيران مسلمين، خالي من سكنى الغير، و يكون مستقلا بمرافقه، تنفرد الزوجة بالسكن فيه للإستتار عن العيون.

إلا أن بعض الفقهاء عارض فكرة التمييز بين المسكن الفعلي و المسكن الشرعي عند الحديث عن مسكن الزوجية، فكل مسكن ترضاه الزوجة مكانا تقيم فيه مع زوجها فهو مسكن شرعي، ذلك لأن الأمر إنما يتوقف على رضى الزوجة بالمسكن الذي يعده لها زوجها، و قبولها الزواج يعكس بالضرورة قبولها الوضع المادي للزوج ولو كان متوسط أو فقير الحال.

03-المسكن العائلي: وهو المكان المخصص لسكن العائلة – أي الزوجين والأولاد لتحقيق واجب الحياة المشتركة[7].

وهناك من يضيف ما يسمى بمسكن أو **بيت الطاعة** وهو مصطلح غير موجود في التشريع الجزائري لكنه مصطلح شائع الاستعمال في مصر و يقصد به المسكن الذي يدعو الزوج زوجته بطاعته فيه عن طريق الإنذار بالطاعة[8].

ثانياً: مفهوم المسكن بعد إنتهاء أو إنقضاء الحياة الزوجية: بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق يفقد المسكن الزوجي وصفه كمسكن يأوي الزوجين وأولادهما ليتمحور في الغالب إلى :

01- مسكن المطلق: وهو المسكن الذي كان يقيم فيه الزوج و زوجته و أولادهما إقامة معتادة وقت الطلاق، و هو ما كان يسمي قبل الطلاق بمسكن الزوجية.

---

[6] بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، ص 11.

[7] أسماء عيسيوا، المرجع السابق، ص 20.

[8] بوقرة أم الخير، المرجع نفسه، ص 12.

ب-مسكن العدة: يقصد بمسكن العدة منزل الزوجية الذي كانت تعيش فيه الزوجة قبل الفرقة فليس للزوجة إن طلقت، أن تخرج منه حتى تنقضي عدتها من زوجها و لو أذن لها بالخروج أو السفر ولا يملك الزوج إبطاله، لأنه حق الله تعالى مصداقاً لقوله عز وجلّ" **لا تخرجوهن من بيوتهن** "[9] ، وهو المعبر عنه المشرع الجزائري بمصطلح السكن العائلي في المادة 61 [10]من قانون الأسرة[11] بإعتباره السكن الذي كان يأوي الزوجين والأولاد حال قيام العلاقة الزوجية.

ج-مسكن الحضانة: وهو محل الدراسة هو ذلك المسكن المخصص للقيام بواجب الحضانة، من رعاية و تربية و حفظ الولد صحة و خلقا .و مسكن الحضانة طبقا للقانون الجزائري غالباً ما يكون مسكن الزوجية، أي المسكن الذي أعده الزوج للإقامة فيه مع زوجته و أولاده قبل الطلاق، و ذلك في حالة ما إذا وقع طلاق الرجل لزوجته تعسفا، و لم يكن للمطلقة الحاضنة ولي يقبل إيواءها، فتعدد الأولاد المشمولين بالحضانة، و ثبت وسع ملكية الزوج المطلق لأكثر من مسكن واحد حسب المادة 52 من ق أ ج قبل التعديل ، أما في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في هذه المادة ، فإن مسكن الحضانة هو المسكن البديل الذي يلزم الزوج المطلق بإعداده.

المطلب الثاني : موصفات وخصائص بيت الحضانة وطبيعته القانونية: يقسم هذا المطلب حسب عنوانه لمواصفات المسكن، فطبيعته القانونية.

الفرع الأول: مواصفات وخصائص بيت ممارسة الحضانة : أكد فقهاء الشريعة الإسلامية وتاسياً بهم المشرع الجزائري على وجوب توفير مسكن للزوجة وهو إلتزام يقع على الزوج أثناء قيام الزوجية مراعيا في ذلك وسعه ويمتد هذا الإلتزام إلى ما بعد انقضاء تلك العلاقة الزوجية إذا كان لديهم أبناء وأسندت الحضانة للأم، لكن المشرع الجزائري لم يذكر المواصفات الشرعية لمسكن الحضانة، فقد جاء لفظ ملائماً في نص المادة 72 من قانون الأسرة عاماً، إلا المواصفات التي ينبغي توفرها هي:

أولاً- مواصفاته:

01 أن يكون مناسباً: أن يكون مناسبا للمحضون و الحاضنة سواء، لتتمكن الحاضنة من أدائها لواجباتها نحو محضونيها على أكمل وجه، فينبغي أن يتم تزويده بكل متطلبات المعيشة من منقولات ، والتناسب يتلاءم و يسار الأب، إن كان يتعين أن اختياره للمسكن، لا يكون بقصد الإضرار بالحاضنة ووضعها الاجتماعي[12].

02- أن يكون مستقلاً: ويراد به المسكن الذي لا يشارك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة، ويعتبر شرعا مسكن قائم بذاته ولو كانت مرافقه الأخرى مشتركة، وضرورة استقلالية مسكن الحضانة، يراعى من خلالها مصلحة المحضون بحفظه صحة و خلقا، مما ينبغي عليه إسكانه في مكان آمن و بين جيران صالحين، خاصة إذا كان المحضون أنثى.

ويلحظ أن المشرع المصري من بين التشريعات العربية المقارنة التي تطرقت للمسكن المستقل والمناسب طبقاً لنص المادة 18 مكرر 3 /2/1 الملحق بقانون رقم:1985/100 المعدل لبعض أحكام الأحوال الشخصية.

---

[9] سورة الطلاق، الاية 1.

[3] تنص المادة 61 من قانون الأسرة على أنه : " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من **السكن العائلي** ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها...."

[4] القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ: 09 يونيو 1984م والمتضمن قانون الأسرة, (ج ر، العدد 31، السنة 1984)، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005 (ج، ر العدد 15 السنة 2005).

[1] محمد عزمي البكري :موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية، ص687.

ثانياً: خصائصه : يتميز سكن الحضانة بالخصائص التالية.

01-حق نسبي : ومعنى ذلك أن المطلقة الحاضنة ملزمة باستعمال و استغلال المسكن بغرض الحضانة فقط دون إتيانها لأي تصرف من شأنه أن يمس بحق الزوج المطلق في المسكن، فيمنع عليها استعماله لأي غرض آخر حتى و لو كان مشروعاً فلا يجوز لها أن تسمح لوالديها أو لأقاربها بالسكن معها فيه، أو بأن تتزوج و يقيم زوجها معها فيه، و لو كان الزوج ذي رحم محرم من الصغير، كما لا يجوز لها استعماله في غير أغراض السكنى كاستعماله للحصول على ربح، ومن أمثلة ذلك إستعماله كمكتب مهندس، محامي،... إلخ أو لممارسة مهنة أو حرفة أخرى[13].

02-حق مؤقت: إن شغل الحاضنة لمسكن الحضانة مقرون بمدة الحضانة، حيث يكون لها حق الانتفاع بالسكن للقيام بشؤون الحضانة طوال تلك الفترة، و طبقا للمادة 65 من قانون الأسرة، فإن مدة الحضانة تنقضي ببلوغ الذكر عشر سنوات و الأنثى سن الزواج، مع جواز تمديدها بالنسبة للذكر إلى سن 16 سنة.

وقد تقتضي مصلحة المحضون تمديد الحضانة أن تستمر الحاضنة في شغل مسكن الحضانة؟ مما يطرح إشكالات منها، هل لها أن تشغل هذا المسكن فترة الحضانة الوجوبية دون فترتها الجوازية ؟

لكن المشرع الجزائري في تقريره لحق السكن للحاضنة لم يقيده صراحة بمدة الحضانة القانونية، غير أن الاجتهاد القضائي استقر على أن حق السكن الممنوح للحاضنة ليس له صيغة نهائية بل ينتهي بانتهاء مدة الحضانة[14].

و ما يمكن استنتاجه أنه ما دام مسكن الحضانة مقررا قانونا للمحضون كحق مستقل عن باقي النفقات المعيشية، و أن الحاضنة تسكن بالتبعية مع المحضون ، فإن الحق في شغل المسكن يستمر إلى حين انتهاء مدة الحضانة الوجوبية والجوازية على حد سواء، لأن القاضي يراعى في ذلك مصلحة المحضون[15].

الفرع الثاني: طبيعته القانونية: سيتم الحديث عن الطبيعة القانونية لهذا الحق ، إضافة إلى خصائصه.

أولاً: طبيعة حق مسكن الحضانة: ذهب بعض الفقهاء إلى أن حق السكن حق عيني، إلا أن الفقيه الدكتور عبد الرزاق السنهوري يرى خلاف ذلك، فعند تعريفه للحق الشخصي يقول: " أن الحق الشخصي أو الإلتزام هو رابطة ما بين شخصين، دائن و مدين، بمقتضاه يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل".[16]

وانطلاقا من هذا التعريف نجد أن حق السكن هو حق شخصي، لأن حق السكن المسند للحاضنة مقرر لها بحكم قضائي لممارسة الحضانة وليس حَقا عينيا يقع على العقار بمفهوم أن الحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص على عين بالذات[17].

---

[13] عيسيو أسماء، المرجع السابق، ص ص46 47.

[14] محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 775.

[15] بوقرة أم الخير، المرجع السابق، ص 124.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص 13.

[17] السنهوري، المرجع نفسه، ص 15.

وهو ما رجحته المحكمة العليا في إحدى قراراتها أن حق الإسكان لممارسة الحضانة هو حق شخصي و أن هذا الحق لا يمكن اعتباره بأي حال من الأحوال من الحقوق التي تنتقل مع الملكية، وعلى المستفيد من هذا الحق استعمال طرق التنفيذ القانونية للحصول عليه.

فالشخص فيه محل إعتبار – الحاضنة- دون غيرها.

وعليه؛ فلو فرضنا أن الزوج المطلق لديه مسكنا مملوكًا له، وبعد الطلاق و بموجب حكم قضائي تقرر للحاضنة إسنادها هذا المسكن لممارسة الحضانة بعدها قام مطلقها ببيع ذلك المسكن لشخص آخر فهل يجوز له ذلك ؟ و هل يمكن للحاضنة أن ترفع دعوى على مطلقها لإبطال عقد البيع، و خاصة أنه من جهة لدينا عقد ملكية المسكن للمطلق، و من جهة أخرى حكم قضائي يقضي بإسناد مسكن الحضانة للحاضنة ؟

إلا أن هناك من يرى أنه لا يجوز للمطلق بيع هذا المسكن، ذلك ببيعه للمسكن تكون نيته في ذلك هي حرمان المطلقة الحاضنة من الإنتفاع بالمسكن المسند إليها بموجب حكم قضائي وهي حالة تشبه الحالة التي أصدرت المحكمة العليا قرارا يذكر فيه أن مطلقة قد منحت سكنا لممارسة الحضانة، فقيام الزوج بهبة هذا المسكن لوالديه بعد صدور الحكم بالطلاق يعتبر تهربا واحتيالا قصد حرمان الحاضنة من حقها[18] مخالفا بذلك المادة 52 من ق.الأسرة.

المبحث الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في إسناد مسكن ممارسة الحضانة : سيتم التركيز في هذا المبحث عن طبيعة السكن الذي يمكن ممارسة الحضانة فيه من جهة ، على أن يتم الحديث على بدل الإيجار في حال تعذره أو إنعدامه. على أن يخصص المطلب الثاني للقواعد العامة للدعوى وما أحدثه المشرع الحضانة التي يعد المسكن أحد مرتكزاتها.

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي حسب صور مسكن الحضانة وأنواعه:

إذا كان المشرع يشترط في المرأة شروط وذلك، خاصة قبل التعديل كعدم وجود من يأويها، وتعدد المحضونين، وان لا يكون مسكن الزوجية وحيداً ، والتي تخلى عن بعض منها في التعديل رقم:05-02، فإن هناك صور لحال المسكن الذي يجب أن تمارس فيه الحضانة وهو ما سيتم تناوله ، وذلك بالوقوف ما إذا المسكن ملكاً أو في حال بدل الإيجار.

الفرع الأول: بإعتبار ملكية أو إيجار مسكن الحضانة:

أولاً: إذا كان المسكن ملكا لأحد المطلقين: فإذا كان المسكن ملكاً لأحد الزوجين فإذا كان المسكن الزوجي ملكا للزوجة ملكية تامة، احتفظت به لنفسها و تكون بذلك قد ضمنت إيواء أولادها بعد طلاقها.

أما إذا كان المسكن الزوجي مملوكا للزوج ملكية تامة، استوجب استثناءه من عملية الإسناد إذا كان وحيدًا طبقا للمادة 52 ق أ ج، والمادة 467 ق م ج، لأن هذا النوع من السكن لا يجوز لأي كان التصرف فيه لأنه ملكية صاحبه، وهذا كله قبل التعديل.

ثانياً: أما إذا كانت الملكية للغير: ففي هذه الحالة يفرق بين ما إذا كان المسكن الذي خصص للإقامة الزوجية، فإذا كان ملكاً لأهل أحد الزوجين ويقيم فيه الزوج على سبيل التسامح أو الإعارة.

[1] المحكمة العليا، ملف رقم:179558، 1998/3/17، مؤرخ في : ، ، عدد خاص، 2001 المجلة القضائية .

01- إذا كانت ملكية المسكن الزوجي تعود لأهل الزوج، كأب الزوج أو أمه أو أخته، يستثنى من عملية الإسناد، لأن هذا النوع من السكن، أمر التصرف فيه لممارسة الحضانة لا ينسجم لا مع نصوص قانون الأسرة، ولا مع نصوص القانون المدني، و لا مع الأخلاق و العادات والتقاليد، بحيث لا يعقل أن تطلق امرأة من رجل و تبقى تمارس حضانة أولادها عند أهله،

02- و نفس الوضع ينطبق على مسكن الزوجية إذا كان مملوكا لأهل الزوجة[19].

الفرع الثاني: المسكن الزوجي المستأجر: إذا كان المسكن الزوجي مستأجرا، تطرح على القاضي عملية الإسناد الصعبة، فإذا فصل في قضية الطلاق و الحضانة استوجب عليه تعيين من ينتفع من به من الزوجين بإعتبار أن مسكن الزوجين أحد توابع الطلاق.

وهو ما سلكته المحكمة العليا في إحدى قراراتها في: 1984/12/31 والذي جاء فيه [20] ما يلي : " متى كانت أحكام المادة 467 ق م صريحة في النص على اختصاص القاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق و الفصل في موضوع سكن الحضانة و تقرير بحق الانتفاع، و نتيجة لذلك فإنه ليس لأي قاض أن يحكم من جديد بتقرير حق الانتفاع بالسكن أو باستبداله أو مراجعة الحكم الذي فصل فيه القاضي الذي قضى بالطلاق، خاصة و أن الحكم بتقرير حق السكن كان أثراً من آثار الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد انتهاكا لأحكام المادة المشار إليها و خرقا لمبدأ قوة الشيء المقضي به و تجاوزا للسلطة في نفس الوقت".

01 شغل المسكن بسبب الشغل: كتلك المساكن التي تعطيها الدولة لموظفيها أو تعطيها الشركات للعاملين فيها أثناء فترة عملهم مثال القضاة، الضابط، المعلمين، .... الخ .

ففي هذه الصورة فلا حق في البقاء بالأمكنة للأشخاص الذين كانوا يشغلونها بموجب سند تابع لعقد العمل ثم انتهى ذلك العقد. و المادة 8/517 من القانون المدني استعملت عبارة سند تابع لعقد العمل، فما هو الحكم إذا كان الشخص موظفا ؟

02-شغل المسكن بسبب التوظيف: ، تنص المادة 8 من المرسوم رقم:10/89 المؤرخ في 7 فيفري 1989 والمتعلق بالسكنات الوظيفية: " على أن عملية التنازل عن هذه السكنات هي مؤقتة، يمكن سحبها في أي وقت كما أن مدة الإنتفاع بها مؤقتة، لأنها مرتبطة بالوظيفة...".

وعليه؛ فببقاء المطلقة الحاضنة في المسكن الزوجي متى كان للزوج المطلق مسكن ثانٍ لا ينطبق على المسكن المشغول بسبب العمل، كونه ليس ملكاً ولا حتى مؤجرًا، و تقرر للمطلق بوصفه موظفا له حق السكن فيه فحسب و السكن في هذه الحالة مرهون بالعمل الذي يؤديه الموظف، وهو في الحقيقة امتداد لمكان العمل أي منح للموظف شخصيا ليكون عن مقربة من العمل ليتمكن من أداء عمله كما ينبغي، وبالتالي فقده للسكن متى تم تسريحه ، أو فصله، توقفه عن العمل بالتبعية[21].

الفرع الثالث: سلطته في معايير تحديد أجرة بدل الإيجار: في حالة تعذر إسناد المسكن للحاضنة و هو الأصل يتعين على القاضي إلزام الزوج المطلق بأدائه للحاضنة أجرة مسكن الحضانة مراعيا احترام الشروط الواردة ، وذلك أن المشرع قد ألزم أب المحضون بتوفير مسكن الحضانة أي تنفيذ التزامه عينا طبقا للمادة 72 من قانون الأسرة بعد

---

[19] عيسيو أسماء، المرجع السابق، ص 37.

[20] المحكمة العليا ، ملف رقم: 34849 مؤرخ في :1984/12/31، م ق، 1989، عدد4، ص 111.

[21] أسماء عيسيو ، المرجع السابق، ص ص 39 40.

التعديل، **فإن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار** ، المطابقة لنص المادة 52 قبل التعديل من القانون نفسه لكن السؤال الذي ينبغي طرحه ما هي المعايير التي يستند إليها القاضي حال تقديره لأجرة المسكن ؟

أولاً: المعايير المعتمدة في تحديد بدل الإيجار: وهي ثلاثة معايير في الغالب :

01-المعيار المادي: يعتبر هذا المعيار أكثر المعايير إنتشاراً وذلك لتميزه بالطابع الكمي – الحساب- لما قد يترتب عنه أو لما يؤثره أو يحدثه في المعايير الأخرى، يقصد به الحالة المادية للأب، إذ يجب أن تتناسب أجرة المسكن و درجة يساره دون النظر إلى المقدار الفعلي للأجرة الشهرية و بذلك يكلف الأب في حدود طاقته فقط، إمتثالاً لقوله تبارك وتعالى: " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتيه الله"[22].

و لا يجوز أن يكون تقدير أجرة مسكن الحضانة فيه إثراء للحاضنة والمحضون على حساب الوالد، حتى لا يكون سببا في الإضرار بأبيه، لقوله تعالى : " لا تضار والدة بولدها و لا مولود بولده "[23]. وعليه فالقاضي عليه أن يراعي مختلف الظروف لما يُعين الأجر الذي يتحمله الولي دون إكراه أو اضرار.

02-المعيار المكاني: قد تكون الأجرة مرتفعة أو متوسطة القيمة بحسب المكان المتواجد به المسكن، مثلا المسكن المتواجد بوسط المدينة كالعاصمة ووهران وقسنطينة أجرته تفوق بكثير أجرة المسكن المتواجد بقرية نائي، ولو أن الإيجارات عرفت إرتفاعاً باهضاً على مستوى الوطن.

03-المعيار الزماني: طبقا للقاعدة العامة في تقدير النفقة تستحق الأجرة من يوم رفع الدعوى مع جواز الحكم بها لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفعها، وكذا مراجعتها بعد مضي سنة من الحكم بها عملاً بنص المادة 79 من قانون الأسرة، وذلك نظراً للمستجدات التي قد تطرأ أو تشمل مختلف الظروف الإقتصادية للحياة.

[22] سورة الطلاق ، الاية 7.

[23] سورة البقرة، الأية 233 .

المطلب الثاني السلطات القضائية في إسناد المسكن للحاضنة:

تخضع النزاعات القضائية في شؤون الأسرة 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؟.

حيث سيتم التطرق لدعاوى الحضانة المتعلقة بالسكن عموماً والتي تأخذ الشكل العادي عن طريق رفع الدعاوى بصورة إعتيادية أمام الجهة المختصة، كما تأخذ شكل النزاع المستعجل الذي يرفع بالطرق والإجراءات الخاصة بالقضاء الاستعجالي، فالأوامر على العرائض.

الفرع الأول: إجراءات رفع الدعوى: تخضع شروط رفع دعوى الحضانة والذي يعد مسكن ممارستها أحد توابعها هي نفسها الشروط العامة المقررة لرفع الدعوى، حيث 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".

أولا: شروط رفع الدعوى:

01 الصفة: 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[24].

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.

وتعتبر 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 ا رفع الدعوى الذي يتقدم إلى المحكمة أن تكون له مصلحة، بمعنى أن له فائدة ى ا رد تحقيقها من و ا رء رفع الدعوى، أو هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها بالالتجاء إلى القضاء، وينبغي أن تكون قائمة وبتعبير آخر فالمصلحة هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، هذه المنفعة تشكل الدافع و ا رء الدعوى والهدف من تحريكها، فلا دعوى من دون مصلحة [25].

02 المصلحة: 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، كما أن المصلحة تختلف بحسب نوع الدعوى، سواء كانت دعوى المطالبة بتوفير السكن أو تمديد الانتفاع به أو المطالبة بأجرة السكن أو استبداله، وأخيراً دعوى الأب الرامية إلى إنهاء الانتفاع بالسكن أو دفع بدل الإيجار.

ثانياً: قيد الدعوى وتبليغها للأطراف:

01 قيد الدعوى : 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 المختصة إقليمياً.

[1] خليفي سارة، حق الحاضنة في السكن، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة، السنة الجامعية: 2014/ 2015، ص 45.

[2] عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي، الجزائر، 2009، ص 38.

وهي التي تقع بمكان ممارسة الحضانة أو مكان تواجد أهل الحاضنة ، كما يجب أن تحتوي على البيانات اللازمة المنصوص عليها في المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 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".

02 تبليغها للأطراف: 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 محضراً بتكليف المدعى عليه بالحضور إلى الجلسة المعنية، وذلك كله وفقا للأوضاع والأشكال المنصوص عليها في المادتين 13 و 22 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[26] .

وتجدر الإشارة 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[27].

بعد الحديث عن الدعوى المتعلقة بمسكن الحضانة في القواعد العامة، يجدر بنا الوقوف عما أحدثه المشرع بخصوص هذه الدعوى أو بالأحرى، **الدعوى الإستعجالية** وصولاً **لأوامر العرائض.**

الفرع الثاني: الدعوى الاستعجالية:

يراد بالدعوى 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، وتخضع هذه الأخيرة للتدابير المؤقتة الخاصة بالحق في السكن بتقديم عريضة مسببة وموقعة أمام قلم كتابة ضبط المحكمة التي توجد بدائرة اختصاصها موطن ومقر الزوج.

هذا؛ 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.

وبالرجوع للقانون القديم- الإجراءات المدنية- لم يشهد مثل هذا الإجراء، بحيث كانت الزوجة 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 حاجة إلى دعوى استعجالية.

وعليه فقد 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

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

[27] سارة خليفي، المرجع السابق، ص 48.

تحتاج إلى مسكن تلجأ إليه ليأويها، لذلك كان لابد من اللجوء إلى القضاء الاستعجالي ريثما يتم الفصل في موضوع النزاع[28].

أولاً: سلطة القاضي في منح مسكن الحضانة تبعا لأنواع الدعاوى: تعتبر دعاوى الحضانة من الدعاوى المدنية، فقد تكون مستقلة بذاتها، أو قد تكون دعوى تبعية 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 إسقاطه، وذلك عملاً بقاعدة " الخصومة ملك للأطراف". وخاصة ونحن بصدد الحديث عن حكم قضائي الذي بموجبه تسند الحضانة للمطلقة بتوفر شروطها[29] وبالتبعية مسكن ممارسها.

01 دعوى توفير السكن أثناء سير الدعوى: يعد الفصل في مسألة الحضانة في حالة الطلاق فصلا في دعوى تبعية، وينعقد الإختصاص فيها القاضي المكلف بقسم شؤون الأسرة هو المختص بالنظر في الدعوى، وهذا ما نصت عليه المادة 1/423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[30]، وقد استقر الاجتهاد القضائي على أن الحق في السكن يحكم فيه في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة[31]، وعليه؛ فيحق للمطلقة الحاضنة المطالبة بتوفير سكن لممارسة الحضانة أثناء سير دعوى الطلاق.

02 دعوى تمديد الإنتفاع بمسكن الحضانة : بالرجوع لنص 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".

قد تقتضي الضرورة والمصلحة تمديد ممارسة الحضانة وبالتبعية البقاء في السكن لممارستها، حيث يخضع هذا الحق 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 بإعتبارها محل ممارسة الحضانة بصريح المادة 4/426 من ق إج م وإد.

03-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:

أ-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 الج ا زئري، والحال وأن الأب كان ملزما بتوفير السكن الملائم لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار وفقا لنص المادتين 72 و 78

---

[28] مرجع نفسه، ص ص 49 50.

[2] تنقسم شروط الحضانة: شروط العامة المنصوص عليها بداية من المادة 66 إلى غاية المادة 70 من الأمر رقم: 02/05 السالف الذكر، أما الشروط الخاصة التي كانت تنص عليها المادة 3/52 بموجب الأمر رقم: 11/84 قبل التعديل وهي: زواج المطلقة، أو ثبوت إنحرافها والتي أُلغيت بموجب الأمر رقم: 02/05.

[3] القانون رقم:09/08 مؤرخ في: 18صفر1429 الموافق 25 فبراير2008 يتضمن ق إج م وإد. 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".

[4] المحكمة العليا، قرار رقم: 24148 مؤرخ في 1980/12/2، م ق، 1981، ص 83. مشار إليه : خليفي سارة، حق الحاضنة في السكن، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة، السنة الجامعية: 2014/ 2015، ص 40.

من قانون الأسرة فإن ذلك مقيد بأن تمارس الحضانة في الجزئر لا في الخارج، ومتى كانت الحاضنة تمارس الحضانة بفرنسا فإن الأب لا يكون ملزما لا بتوفير السكن ولا ببدل الإيجار[32].

ب-تسري مدة بدل الإيجار من تاريخ الحكم الناطق بإسناد الحضانة[33].

ج- 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"[34].

04- دعوى استبدال مسكن الحضانة بمسكن آخر: تستطيع الحاضنة أن تقوم برفع دعوى ضد الأب للمطالبة باستبدال مسكن الحضانة بمسكن آخر، خاصة إذا كان السكن الحالي لا يتوفر على المستلزمات الضرورية للعيش وهذا ما يتوافق ونص المادة 72 من ق أ ج.

وعليه؛ يمكن المطالبة لمصلحة المحضونين، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها والذي جاء فيه: "حيث متى ثبت لقضاة الموضوع بمجلس قضاء ولاية البليدة أن المحضونين يقيمون ببلدية القليعة حيث ولدوا وترعرعوا بها يزاولون 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 بلدية الأربعاء تبعا لما سبق ذكره وأخذوا ببدل الإيجار وفق ما توجبه المادتان 72 و 78 من قانون الأسرة بمبلغ قدره ستة آلاف دينار جزائري ليتناسب مع مستوى الأسعار (الإيجارات) المعمول بها في المنطقة والذين هم أدرى بها وبتقديرها ومن ثم يكون ما يدعيه الأب بهذين الوجهين غير قائم على أساس يتعين رفضهما وتبعا لذلك رفض الطعن"[35].

ثانياً: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون لمنح مسكن ممارسة الحضانة:

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به ، لأجل ذلك قامت بوضع بعض الحلول التي من خلالها يستطيع القاضي حماية الطفل ورعاية مصالحه ، وأهم حل وضعته التشريعات هي قاعدة مراعاة مصلحة الطفل المحضون ، وقد لقيت هذه القاعدة إهتمام كبير من طرف القانونين إلى درجة أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية. وعليه نحاول تحديد معنى هذه القاعدة وما اعتمده المشرع الجزائري في هذه القاعدة و إلى أي حد يقوم القاضي بتقدير هذه المصلحة.

[1] المحكمة العليا، قرار رقم: 622754، بتاريخ:2011/05/12، م ق، 2012، عدد1، ص 304.

[2] المحكمة العليا، قرار رقم: 460137، بتاريخ: 2009/1/14، م ق، 2009، عدد1، ص 251.

[3] المحكمة العليا، قرار رقم:566381، بتاريخ:2010/9/16، م ق، 2010، عدد2، ص 268 .

[1] المحكمة العليا، قرار رقم: 477191، بتاريخ:2009/1/14، م ق، 2009، عدد 2، ص275.

01-معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ومميزاتها:

أ- **قاعدة مراعاة مصلحة المحضون:** تعد الشريعة الإسلامية سباقة للعمل والأخذ بها فهي قاعدة قديمة[36]، وهو ما سلكه المشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى و فوق كل اعتبار، مراعياً في ذلك العواقب، غير أن مراعاة هذه المصلحة أعطيت للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما فيه مصلحة للطفل من خلال المسكن الذي تمارس فيه الحضانة.

وكذلك الشأن بالنسبة للقاضي حيث إسناده للحضانة وجب عليه مراعاة مصلحة المحضون حاله حال المشرع ، ورغم عدم وضع تعريف لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون يضبطها، إلا أنه هناك

ب- مميزات و خصائص تنفرد بها يمكن إبرازها:

- أن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي ذاتية و شخصية، بمعنى تتعلق بكل طفل على حدى وعلى هذا الأساس ينظر القاضي إلى كل طفل على حدى و يحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة إلى الطفل البالغ السادسة أو السابعة من العمر.

- قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ليست قاعدة ثابتة ، بل هي قابلة للتغيير، فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في زمان آخر ، و على هذا الأساس وضع المشرع حالات من خلالها يمكن إسقاط الحضانة على الحاضن من أجل مراعاة مصلحته[37].

02-سلطة القاضي في منح سكن ممارسة الحضانة: حتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة و تقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل من خلالها يقدر و يصدر حكمه و من ذلك:

03- الإستماع إلى أفراد العائلة : للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى إخوة و أخوات وأبناء عمومة الخصوم ؛ من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه في حين أنه لا يتم سماع شهادة الأبناء لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم، بالإضافة إلى أنه قد تدلى شهادتهم بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط ، وهذا بدوره قد يؤثر على الإختيار الأصوب، وفي هذا صدر نقض من المجلس الأعلى المحكمة العليا حاليا في قرار عن مجلس قضاء قسنطينة بتاريخ: 1982/10/21، والذي اعتمد على رفض المحضونين الإلتحاق بأمهما وعلى رغبتهما في البقاء عند جدهما لأبيهما، فإعتبر المجلس الأعلى هذا الموقف مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية و قواعد القانون الوضعي"[38].

04-**الإستعانة بالمرشدة الإجتماعية:** وهو ما سلكته المحكمة العليا في إحدى قراراتها والذي جاء فيه : " من المستقر عليه قضاءًا أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت

---

[2] وكان ساري بها العمل في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وتبعه الصحابة رضوان الله عنهم ، ومن المواقف الإسلامية ما حدث بين أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما ، فقد روي أن عمر بن الخطاب كان قد طلق إمرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما، فرآه في الطريق فأخذه فذهبت جدته أم أمه ورائه وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، فأعطاها إياه وقال لعمر : "ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك".

[1] حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، رسالة الماستير قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي .جامعة الجزائر بن عكنون، 2001، ص 78.

[2] المحكمة العليا، قرار رقم: 32594 بتاريخ: 02/ 04/ 1984.

إلى الأب مراعاًة لمصلحة المحضون إعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية قد طبقوا القانون"[39].

05-التحقيق والمعاينة:

أ- التحقيق: للقاضي الإستماع إلى أطراف التراع سواء الأب أو الأم، وتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون ، كما له في ذلك الإعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين و الموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته للمسكن الأصلح للمحضون

ب-الإنتقال للمعاينة : وهذا إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة و معرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، ومن هذه الظروف : ضيق المسكن أو اتساعه، كذلك حالة الحي الذي يعيش فيه ، كذلك مدى قرب السكن من المدرسة و بعده ، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحّقيها، فالقاضي الجزائري حال إسناده لمسكن ممارسة الحضانة متمسك بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون دون الخروج عن أحكام الشريعة الإسلامية.

[3] المحكمة العليا، قرار رقم: 153640، بتاريخ: 1997/2/18، م ق، ص39.

الخاتمة:

يكتسي موضوع مسكن الحضانة أهمية بالغة ضمن القضايا المتصلة بالحضانة، وهو لا يقل أهمية عن المواضيع الأخرى التي تناولتها العديد من الدرا سات الخاصة بالحضانة على عمومها، كمسألة ترتيب الحاضنين وتنظيم حق الزيارة والرؤية ومصلحة المحضون، وأهميته النظرية والعملية في آن معا نظراً للمشكلات التي يطرحها، والتي تناولتها هذه الورقة بالتحليل، ويمكن إجمال نتائجها كما يلي:

- بخصوص 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 ما زالت 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؛ لأن كلا الزوجين أو إحداهما لم يطق الجلوس أوالإقامة مع الزوج الآخر أثناء فترة النزاع .

- إمتداد سلطة القاضي في كل ما يتعلق بالحضانة لمصلحة المحضون بداية من 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة ، بما في ذلك مسكن ممارستها لمن أسندت إليه الحضانة. بل على القاضي منح الولاية لمن أسندت له الحضانة ؟

-كما أن القاضي أعطى هذا الحق – السكن- للمطلقة الحاضنة- ولم أقف أو لم أطلع على حد علمي المتواضع على قرار اسندت له الحضانة للمحضونين الاخريين متى أسقط هذا الحق على صاحبه الأصيل – وهي المطلقة -.

- العمل على إيجاد حلول تعمل على التقليل من أفة الطلاق لما يرتبه من أثار وخيمة على الفرد والمجتمع، لمساسه بمختلف جوانب الحياة الدينية الإجتماعية الإقتصادية...

- تفعيل دور أليات الإصلاح الأسري وخاصة الحكمين للتقليل من الأرقام الفلكية الرهيبة والمرعبة للطلاق، بحيث تجاوزت التقارير ما يزيد عن 55 الف حالة طلاق منها 14 الف خلع.

- تفعيل دور صندوق النفقة بموجب القانون رقم: 01/15 الذي تم إنشاؤه ومدى إمكانية تعديله لفائدة الآباء الذين يعجزون عن دفع بدل الإيجار، على أساس أن من مشتملات النفقة المسكن وخاصةً في حال عدم قدرة الأب على توفير السكن أو دفع بدل الإيجار، وهو أمر واقع بسبب أزمة السكن والبطالة، مما يستدعي إيجاد أليات تعمل على حل هذه المعضلة والتخفيف من حدتها.