مجلــة البحث القانوني و السياسي
Journal of Legal and Political Research
ISSN2543-3881 EISSN: 2588-2368
المجلد: 2 / العدد1 / السنة: 2017 / ص ص: 81-101

إشكالات حق الحاضنة في السكن و سلطة القاضي في تقدير ذلك

أ. مقراني جمال
جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي

ملخص :

إن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك .

والحضانة من أهم الآثار القانونية لانحلال الزواج. فالغاية منها هي الاهتمام بالطفل المحضون وضمان رعايته والقيام على شؤونه في الفترة الأولى من حياته، والأصل فيها أن مصلحته مقدمة على أية مصلحة أخرى. وإذا كان لكل شيء أساس، فأساس الحضانة هو توفير مسكن لممارستها من قبل الذي أسندت إليه، كونه يوفر أسباب الرعاية والتربية والأمن والطمأنينة للمحضون ، ففيه ينشأ المحضون وينمو و تتكون عاداته.

لذا كان من أسباب تدخل المشرع لتعديل قانون الأسرة هو مراعاة مصلحة الأطفال بعد الطلاق، ليصوغ حلا جديدا و وحيدا موليا من خلاله الاهتمام بمصلحة المحضون فلم يتوان في تعديل المادة 72 من قانون الأسرة على النحو " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وان تعذر ذلك فعليه دفع بدل إيجار .وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن."

Résumé :

Le droit de garde consiste en l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père ainsi qu'en la sauvegarde de sa santé physique et morale. Le titulaire de ce droit doit être apte à en assurer la charge.

Ce droit est l'un des plus importants effets juridiques de la dissolution du mariage, dont le but c'est l'entretien de l'enfant et assurer des soins et mener à bien ses affaires dans la première période de sa vie. Le droit de garde est de fournir un logement relatives à des qui lui ont été confiées, qu'une des causes de soins et l'éducation et la sécurité et la tranquillité de l'enfant, et se développera et comprenant ses habitudes.

Donc, ce sont les raisons de l'intervention du législateur de modifier la loi de la famille est de prendre en compte les intérêts des enfants après le divorce, pour forger une nouvelle solution par l'attention aux intérêts de l'enfant n'a pas hésité à modifier l'article 72 du Code de la famille «en cas de divorce ,il incombe au père d'assurer , pour l'exercice de la garde, à la bénéficiaire du droit de garde un logement décent ou à défaut son loyer.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة:

لقد أضفى الدين الحنيف قدسية خاصة على الزواج كونه عماد الأسرة، فأوجب الالتزام بما شرعه الله من أحكام حدد بموجبها الحقوق والواجبات بين الزوجين، ووصف العقد الذي يربط بينهما بالميثاق الغليظ، قال الله تعالى: **"وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقًا غليظا"** ، إلا أنه قدر يعتري هذه الحياة الزوجية مشاكل متعددة أين تصبح هذه العلاقة مصدرا للشقاق و الخصام بين الزوجين، لذا شرّع الطلاق و حل هذه الرابطة باعتبار أنه لا يمكن للزوجين المعاشرة بالمعروف أو القيام بالواجبات الزوجية ، حتى و إن كان من أبغض الحلال إلى الله تعالى لما فيه من تفكيك للأسرة و هدم أركانها.

إن فك الرابطة الزوجية بالطلاق ينتج عنها مجموعة من الآثار ولعل أهم أثر يكمن في الحضانة كونها تتعلق بالأبناء باعتبارهم الرابط الأهم بين الأب و الأم و ذويهم بعد الطلاق

ولقد شرّعت الحضانة، وكانت الغاية منها الاهتمام بالمحضون وضمان رعايته والقيام على شؤونه في الفترة الأولى من حياته، كون المحضون محتاج لذلك والأصل فيها مراعاة مصلحته التي تعد الهدف الأول والأخير، وان رعايته مقدمة على أية مصلحة أخرى، وإذا كان لكل شيء أساس، فأساس الحضانة هو توفير مسكن لممارستها ، كونه يوفر أسباب الرعاية والتربية والأمن والطمأنينة للمحضون ، ففيه ينشأ المحضون وينمو وتتكون عاداته.

أهمية الدراسة: تكمن أهمية موضوع سكن الحاضنة في عدة نقاط نذكر منها أنّ:

- موضوع مسكن الحاضنة مرتبط بموضوع حقوق الطفل، الذي يكون ضحية في مسألة الطلاق، ومن ثم يتركز الاهتمام من طرف المشرع على كفالة حقوقه، وضمان حسن رعايته وتربيته.

- موضوع مسكن الحاضنة يعتبر من الموضوعات التي لها علاقة مباشرة بالواقع الاجتماعي وتزداد أهميته كونه مرتبط أشد الارتباط بموضوع الطلاق والذي وحسب الإحصائيات المعمولة حوله نجده في تزايد مذهل ومخيف في نفس الوقت والذي بوقوعه تبدأ المشكلات في الظهور، من خلال تقرير حقوق كل من المطلقة والأولاد، كما يرتبط مسكن الحاضنة بموضوع النفقة كونه من أهم مجالات دراسات الأحوال الشخصية.

أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف يمكن إيجازها فيما يأتي:

-بيان الجانب القانوني في موضوع مسكن الحاضنة وإبراز الثغرات القانونية والنقائص التي تحتاج إلى تكميل من طرف المشرع و الوقوف عند تعديل قانون الأسرة سنة 2005 .

-بيان الجانب القضائي في موضوع مسكن الحضانة من خلال الإجتهادات القضائية والأحكام الصادرة فيها والإشكالات المثارة حولها.

إشكالية الدراسة: تظهر إشكالية هذه الدراسة من خلال طرح التساؤل الرئيسي التالي:

ما المقصود بمسكن الحاضنة وما هي الإشكالات المثارة حوله؟

وتتفرع من هذه الإشكالية الرئيسية جملة من التساؤلات الثانوية والتي تتلخص حول:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ماذا نعني بالحاضنة و سكن المحضون؟وفيما تتمثل إشكاليات سكن الحاضنة؟ مامدى كفاية أحكام تشريع الأسرة في ضمان حق سكن المحضون، وما هو موقف الاجتهاد القضائي منه ؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه وفق الخطة التالية:

المبحث الأول:حق الحاضنة في السكن.

المطلب الأول: تعريف الحاضنة وشروطها.

المطلب الثاني: تعريف المسكن و أنواعه و طبيعته.

المبحث الثاني: أحكام تمتع الحاضنة بحقها في السكن و سلطة القاضي في إسناد ذلك.

المطلب الأول: شروط تمتع المطلقة في إسناد مسكن الحاضنة.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إسناد مسكن الحاضنة.

المبحث الأول: حق الحاضنة في السكن

المطلب الأول : تعريف الحاضنة

إن مفهوم الحاضنة مرتبط بمصطلح الحضانة، وعليه توجب الحديث أولا عن تعريف الحضانة في اللغة والاصطلاح الشرعي ثم بيان التعريف القانوني .

أولا :تعريف الحضانة لغة: الحضانة لغة مأخوذة من الحضن، حضن الصبي، يحضنه حضنا، والحضانة: جعله في حضنه، والحضانة مصدر الحاضن والحاضنة .والحاضن والحاضنة موكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه، 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، وحضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه و كذلك المرأة إذا ضمت ولدها[1].

وفي قولنا تعيش الذئاب في حضن الجبل أي في عمقه، فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه.

ثانيا :تعريف الحضانة في الفقه 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 أ ريهم مع الشفقة، والتصرف يستدعي قوة الرأي وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن وذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت"[2]. فحسب الأحناف الحضانة هي "تربية الأم أو غيرها ممن له الحضانة للصغير أو

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ج7 ، ط1 ، 2005، ص 715، 716.

[2] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009 ، ص150 .

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

الصغيرة قبل الفرقة أو بعدها"، وعرفها الشافعية بأنها"حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه ودفع ما يضره " [1]، وبالجملة فهي ترجع كلها إلى مفهوم رعاية الطفل الصغير وتربيته.

ثالثا- تعريف الحضانة في القانون: عرف المشرع الجزائري الحضانة في قانون الأسرة انطلاقا من أهدافها في نص المادة 62 من هذا القانون " :الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا، و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" .

و مما تقدم فإن أهداف الحضانة تظهر فيما يلي:

1-تعليم الولد: و يقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس الذي يعد حقا لكل طفل و يضمنه له القانون[2] مجانا أو إجباريا إلى أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته و إمكانياته الذهنية و قدراته العقلية و استعداده الفطري والنفسي.

2-تربيته على دين أبيه: ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة، و ذلك منوه عنه بمفهوم المخالفة في المادة 30 قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر رقم02/05 المؤرخ في 2005/02/27 عندما نص على التحريم المؤقت و نوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، و أن العكس جائز شرعا وقانونا.

3-السهر على حماية المحضون: تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المعنوية و المادية، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب و التعذيب، أو اعتداء معنوي كالإرهاب و التخويف و الشتم، بالشكل الذي قد ينجم عن ذلك اضطرابه نفسيا و عقليا.

4-حماية الطفل من الناحية الخلقية: فهي ترتبط بمدى تعليمه و حسن تأديبه و إعداده لأن يكون فردا صالحا سويا و حمايته من مخاطر الشارع.

5-حماية المحضون صحيا: فيكون على الحاضن واجب الرعاية منذ الأشهر الأولى للطفل كتلقي التعليمات الدورية في وقتها، و عرضه على الطبيب كلما استدعت الحاجة إلى ذلك.

فإنه من خلال التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري للحضانة معتمدا على أهدافها، نلاحظ أنه قد وضع بعض المعايير التي يمكن للقاضي اللجوء إليها من أجل الحكم في قضايا الحضانة المرفوعة أمامه بما هو أصلح للمحضون.

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 62 قانون الأسرة الجزائري المذكورة أعلاه أنه ":و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

و عليه فإن الحضانة تثبت لمن كان أهلا لها .فما يقصده المشرع بالأهلية هنا هي القدرة والاستطاعة على تربية الصغير و القيام بشؤونه، و الكفاءة للقيام بهاته المهمة الشاقة التي لا يمكن أن تؤدى على أكمل وجه، إلا بتوافر الشروط التي أجمع عليها الفقهاء و

---

[1] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 10 ،ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993، ص6 ص ، 7.

[2] باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى،عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 51.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تبناها قانون الأسرة من خلال نصه في المادة 222 قانون الأسرة الجزائري على أنه ":كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية[1]".

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة:

الحضانة تثبت لمن كان أهلا لها بتوافر شروطها، إذ يرى الفقهاء أن هناك شروطا عامة في الرجال و النساء وأخرى تختص بها النساء، و البعض الآخر لا بد من توافرها في الرجال.لذا سوف نتطرق لكل نقطة على حدى.

أولا- الشروط العامة:

1 - البلوغ :الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤولياتها و تبعاتها إلا الكبار، بل أن وظائفها لا يقوم بها إلا هؤلاء،لذا يشترط في الحاضن البلوغ لأن الحضانة من باب الولاية و الصغير ليس من أهل الولاية .و هذا الشرط متفق عليه بين سائر الفقهاء، أما سن البلوغ فقد اختلفت بشأنه الآراء .

2 - العقل :لا يستطيع المجنون القيام بشؤون نفسه و بالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره، ويستوي في الجنون أن يكون مطبقا أو متقطعا فكلاهما مانع من الحضانة، و لا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير، و لو كان من القلة بحيث يأتي إلا ليوم واحد في السنة، ذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذه الحاضنة فيه ضرر عليه، فقد يرد جنونا في أي وقت و إن كان نادرا أو قصيرا.لأن المقصود بالحضانة هو مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له، و عليه ينبغي الابتعاد به عن أدنى ضرر محتمل يصيبه ذلك رعاية لمصلحته.

و المعتوه يأخذ حكم المجنون و الصغير لأنه محتاج لرعاية الغير و بالتالي فلا يرعى هو غيره، ولأن ولايتهما لغيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على محضون، إذ الحضانة من الولاية، كما أنه لا يتصور أن يكون الشخص قاصرا في حق نفسه لا يمكنه القيام بشؤونه الخاصة و تكون له في الوقت نفسه ولاية على غيره، لأنه في حاجة إلى إشراف الغير و الأخذ بيده في شؤون نفسه فلا يصوغ له أن يتولى هو هذا الإشراف على الغير باعتبار الحضانة ولاية على النفس، وغير العاقل لا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره.

و إلى جانب العقل اشترط المالكية الرشد، فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما يليق[2].

3-الأمانة على الأخلاق: الأمانة صفة في الحاضن يكون بها أهلا لممارسة الحضانة و بيئة مصاحبة المحضون، تضمن حدا أدنى من التربية السليمة للصغير، إذ تسقط الحضانة إذا ألقي بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا و تثير الشكوك حول سلامة تربيته، و المناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير و حمايته من الضياع و صيانته من الإهمال. و عليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد و تقويم أخلاقه، كالفاسق مثلا رجلا كان أو امرأة .

4-القدرة على التربية: يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه و صحته، إذ لا حضانة لعاجز لكبر السن أو مرض أو شغل، فالمرأة المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير و العناية بأمره لا تكون لديها أهلية الحضانة، أما إذا كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير و تدبير شؤونه حينئذ لا يسقط حقها في الحضانة .

---

[1] الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ، ج ر 15 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984.

[2] بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2009، ص 45، 46.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

5– الإسلام: يرى الشافعية و الحنابلة أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة، فلا تثبت الحضانة عندهم للحاضنة الكافرة للصغير المسلم لأنها ولاية و لا ولاية لكافر على مؤمن لقوله تعالى ":و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا[1] ."فهي كولاية الزواج و المال و لأنه يخشى على دين لمحضون من الحاضنة لحرصها على تنشئته على دينها و هذا أكبر ضرر يصيب الطفل، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ":كل مولود يولد على الفطرة إلا أن أبويه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه."

إلا أن الحنفية و المالكية لم يشترطوا إسلام الحاضنة، فيصح كون الحاضنة كتابية سواء كانت أما أو غيرها لأن الحضانة لا تتجاوز إرضاع الطفل و خدمته، و كلاهما يجوز من الكافرة، ودليلهم في ذلك ما رواه أبو داود و النسائي :أن رافع بن سنان أسلم و أبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله و عليه و سلم فقالت :ابنتي -و هي فطيم – أو شبهة و قال رافع :ابنتي، فمالت إلى الأم، فقال النبي صلى الله عليه و سلم " :اللهم أهدها " فمالت إلى أبيها فأخذها.

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

1-الشروط الخاصة بالنساء :بالإضافة إلى الشروط العامة يجب أن تتوفر في الحاضنة شروط خاصة بالمرأة وهي:

أ- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم: وهو مذهب الأئمة الأربعة مع اختلاف في التفاصيل[2].

ب- 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[3].

ج- 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[4].

2- الشروط الخاصة بالرجال: يجب أن تتوفر في الرجل الحاضن الشروط التالية:

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[5].

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[6].

---

[1] سورة النساء، الآية 141.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10 ، دار الفكر، دمشق،سوريا، 1989 ، ص7307 .

[3] باديس ديابي، مرجع سابق، ص66 .

[4] السيد سابق، فقه السنة، ط8، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1987، ص 309.

[5] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص7308 .

[6] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط1 ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص260 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ج -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[1].

المطلب الثاني: تعريف المسكن، أنواعه ومواصفاته.

أولا- تعريف المسكن و أنواعه:

1- **تعريف المسكن لغة:** ورد في مفهوم السكن في عرف القيد اللغوي بأن يقال سكن بالمكان يسكن سكنى وسكونا، أقام، ويقال سكنت داري و أسكنتها غيري و الاسم فيه السكنى، سكنت الدار، وفي الدار سكنا من باب الطلب، والمسكن هو البيت والجمع مساكن، والسكن : ما يسكن إليه من أهل ومال وغير ذلك وهو مصدر سكنت إلى الشيء من باب الطلب أيضا.
وجاء في هذا الصدد قول اللحياني : والسكن أيضا سكن الرجل في الدار يقال لك فيها سكن أي سكنى و السكن والمسكن : يعني مكان السكون من الفعل سكن يسكن سكونا ضد الحركة ومن مرادفاته المنزل – البيت – مقر الإقامة – المأوى.

والسكن كل ما سكنت إليه واطمأنت به من أهل وغيره، وربما قال العرب السكن لما يسكن إليه وقته قوله سبحانه وتعالى " : **وجاعل الليل سكنا**[2] .والسكن المرأة لأنها يسكن إليها، والسكن الساكن، سكن المرأة : المسكن الذي يسكنها الزوج إياه، يقال لك داري هذه سكن إذا أعاره مسكنا يسكنه[3].

السكن مشتق من فعل" سكن "أي قر وانقطع عن الحركة، وتسكن :اطمأن ووقر،والسكينة تعني الوقار والطمأنينة والمهابة[4].

إن المسكن والسكينة مشتقان من أصل واحد، فإن لم يكن مسكن لن تكون سكينة، ووقع الإضطراب و الحياة الدنيئة إلى ضياع ليس له بعد ذلك دواء يعالجه[5]إلا أن هناك من يرى بأن المفهوم اللغوي للمسكن يقصد به المكان المشغول فعلا بالسكنى.

2-تعريف المسكن اصطلاحا: كل مكان مسور يستخدم للسكن بصفة دائمة أو مؤقتة أكان ملكا لساكنه أو مستأجر له أو يقيم فيه مجانا[6]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.[7]

---

[1]حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة(دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،الجزائر،2005، ص 283 .

[2]سورة الأنعام آية رقم 96 ، وقد ذكر القرآن الكريم السكن في سياقات مختلفة كقوله تعالى" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها"(سورة الروم، الآية 21)،وفي قوله تعالى" ولنسكننّكم الأرض من بعدهم "(سورة إبراهيم، الآية 14)وفي قوله جل جلاله "ومن رحمته جعل لكم الليل والنهار لتسكنوا فيه " (سورة القصص، الآية73).

[3]عهد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج3(فصل السين باب النون)، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1371ه ، ص297

[4]لويس المعلوف ،المنجد في اللغة والإعلام، ط. 36 ، دار المشرق، بيروت، لبنان ، 1997 ، ص342 .

[5]حميدو زكية، مرجع سابق ، ص128

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

[7]عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، 2013 ، ص277، 278.

ISSN: : 2661-7234 ______ ISSN2543-3881
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويعتبر مفهوم السكن مفهوم نسبي يختلف باختلاف الزمان والمكان، بمعنى أن ما يعد عند أهل البادية والصحراء مسكنًا لا يكون عند غيرهم من أهل المدن، فبيت الشعر بالنسبة للبدوي هو مسكنه الذي يعيش فيه وهو المكان الخاص الذي يأوي إليه، إذ لا أهمية لهيئة السكن ولا للمادة التي صنع منها فيصح أن يكون بيتًا أو كوخًا أو خيمة وقد يكون مصنوعًا من الطوب أو الخشب أو القماش.

2- **أنواع المسكن:** بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق يفقد المسكن الزوجي وصفه كمسكن يأوي الزوجين وأولادهما، ليتمحور في الغالب إلى:
أ **مسكن المطلق**: وهو المسكن الذي كان يقيم فيه الزوج وزوجته وأولادهما إقامة معتادة وقت الطلاق، وهو ما كان يسمى قبل الطلاق بمسكن الزوجية.

ب. **مسكن العدة**: يقصد به المنزل الذي كانت تعيش فيه الزوجة قبل الفرقة، فليس للزوجة أن تخرج منه بعد أن طلقت حتى تنقضي عدتها من زوجها ولو أذن لها بالخروج أو السفر، لأن بقائها في منزل الزوجية هو حق منحه لها الشرع ولا يملك الزوج إبطاله لقوله تعالى:**" لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة"**[1]

ج **مسكن الحضانة**: هو ذلك المسكن المخصص للقيام بواجب الحضانة من رعاية وتربية وحفظ الولد صحة وخلقا.

3- مواصفات سكن الحضانة:

أ. 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."

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:

- **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 .[2] 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 .

---

[1] سورة الطلاق الآية1.

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

ISSN: : 2661-7234ـــ ISSN2543-3881

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

• **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 .[1] 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 ملائما لممارسة الحضانة حسب ما جاء في المادة 72 من قانون الأسرة .

والجدير بالملاحظة أن تقدير ملائمة 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 المادة72 إجابة على هذا التساؤل، أي أنه لم يحدد شروطا للسكن المؤجر، وعليه فالمشرع مطالب باستدراك النقص في هذا النص.

المبحث الثاني: أحكام تمتع الحاضنة بحقها في السكن.

المطلب الأول: شروط تمتع المطلقة الحاضنة بمسكن الزوجية

اولا: شروط إسناد المسكن للحاضنة:

1. **أن يكون للمطلقة حكم بالحضانة:** تنص المادة 52 من قانون الأسرة" : إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم المطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، و إذا كانت حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيواءها، يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج .و يستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدًا .تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها".
إن الأصل أو مبدئيا تسند الحضانة إلى الأم لأنها أولى برعاية ولدها، و لكن الإشكال المطروح في الحياة العملية هو أنه قد لا تسند الحضانة إلى الأم بل تسند إلى أم الأم أو الخالة أو أم الأب، .... فهل يكون لهذه الحاضنات الحق في المسكن أم لا؟

يمكننا القول أنه إذا أسندت الحضانة للأب فهو أولى بإعداد المسكن لممارسة الحضانة، باعتباره ملزما قانونا و شرعا بالنفقة على أبناءه، لكن إذا أسندت الحضانة

لغيره فالوضع يختلف إذ أننا عند دراسة هذا النص :نفهم أن الحاضنة التي تستفيد

من الحكم لها بحق البقاء في السكن هي أم المحضون دون سواها من الحاضنات اللواتي قد يتقرر لهن الحق في الحضانة، وفقا للترتيب الشرعي الوارد في المادة 64 ق. الأسرة، و هذا ما نستشفه من الفقرة الثانية " : **إذا كانت حاضنة"....** هذه العبارة وردت مكملة للفقرة الأولى الخاصة بالتعويض في حالة الطلاق التعسفي والمشرع يعني بها المطلقة التي تقررت لها الحضانة و المطلقة لا تكون إلا أ ما للمحضون .[2]

و بالتالي يستثنى من تطبيق هذا النص كل امرأة أسندت لها الحضانة و لا يسري إلا على الحاضنة الأم بموجب حكم القضاء.

---

[1] أحمد إبراهيم عطية ، مرجع سابق، ص215 .

[2] بوقرة أم الخير،مسكن الزوجية، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة يوسف بن خدة،الجزائر، 2004/2003، ص8.

ISSN: : 2661-7234 ــــــــ ISSN2543-3881
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2. أن لا يوجد ولي يقبل إيواءها: يشترط لإقرار حق السكن للحاضنة أن لا يكون لها ولي تأوي إليه بمعنى التي تفقد وليها و ليس لها غيره يستقبلها و يؤمن لها مسكن، فإذا وجد من يضمن للحاضنة السكن مع محضونيها من أقربائها مثلا (العم، الخال، الأخ) أو غيرهم، فإنها لا تكون بحاجة إلى مطلقها ليضمن لهم السكن[1] .
غيرا انه هناك رأي فقهي يقول أنه إذا وجد الولي و كان رافضا لعودتها أجبرته المحكمة على ذلك بموجب نص المادة 77 ق .الأسرة التي تنص على أنه " : **تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج و درجة القرابة في الإرث**[2]**"** لكن يعاب على هذا الرأي أنه من الصعب تصور المطلقة ترفع دعوى لإجبار وليها على إيواءها، و لم يسبق لنا أن صادفنا مثل هذه القضايا أمام المحاكم و ذلك نظرا لطبيعة المجتمع الجزائري بعاداته و تقاليده بأن ترفع امرأة دعوى على وليها.

غير أن تفسير المحكمة العليا للنصوص قد تغير لاحقا عندما بينت في أحد حيثيات قرارها الصادر بتاريخ 25 سبتمبر 2002 أن إثبات فقدان الحاضنة الأم لولي يقبل إيواءها يقع على عاتق المطلق، إذ قضت أن "حيث أن الطاعن لم يثبت أن ولي مطلقته قد قبل إيواء ابنته المطلقة ومحضونيها الأمر الذي يجعل القرار المنتقد سليما ولم يخرق القانون ولا المادة 52 من قانون الأسرة مما يجعل الوجه المثار غير مؤسس ويستلزم معه رفضه وتبعا لذلك رفض الطعن[3] "

3. **قدرة الزوج على ضمان المسكن:** لكي يحكم القاضي للمطلقة بالسكن يجب عليه مراعاة حالة الزوج المطلق يسرا و عسرا، لقوله تعالى :**" و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفسا إلا وسعها**[4]**".**
فوسع الزوج وفقا للمادة 52 ق. الأسرة **..."** : **حسب وسع الزوج "...** هي واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق و خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، و أن المشرع الجزائري طبقا لهذه المادة قرر ضمان السكنى للمطلقة الحاضنة، مستوجبا مراعاة حال الزوج المطلق المادية، فإذا كان الزوج ملزما بالإنفاق على زوجته حال قيام الزوجية بينهما في حدود سعته (المادة 37 ق. الأسرة) فمن باب أولى أن يلزم بإسكانها بمراعاة نفس الضابط بعدما أن صارت حاضنة لأولادها منه.

أما بالنسبة للمحكمة العليا فقد أكدت في قرارها المؤرخ في 21 /07/ 1998 بأن: أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصرا من عناصر النفقة، ومنها فإنها من التزامات الأب تجاه أولاده المحضونين، إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولا رقابة عليهم في ذلك[5].

و بالتالي فلا يمكن إعفاء الأب من التزامه و هو التكفل شرعًا و قانونًا بالإنفاق على أبناءه و هو حكم جاء لمصلحة المحضون، و أن القاضي يجب عليه مراعاة هذا المعيار بدّقة لأنه معيار مرن.

4. **أن لا يكون مسكن الزوجية وحيدا:** لقد أوجب المشرع الجزائري عند تقرير الحق في السكن للمطلقة الحاضنة استثناء مسكن الزوجية إن كان وحيدا، بالنص على ما يلي" : و يستثني من القرار بالسكن مسكن الزوجية للحاضنة بشرط ألا يكون وحيدا " أي أن يكون للزوج المطلق أكثر من مسكن واحد حتى يتسنى الإسناد .و هذا المسكن الآخر ينبغي أن يتوفر على كل المواصفات

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص26
[2] بلحاج العربي، قانون الاسرة مع تعديلات الأمر02/05، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 429.
[3] انظر كذلك المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، ملف رقم 285062 ، مؤرخ في2002/09/25، قرار غير منشور.
[4] سورة البقرة، الآية 2
[5] المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 197739، مؤرخ في1998/07/21، نشرة القضاة، 1999، عدد 56، ص37 ،39.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الشرعية، فلا يتقرر للحاضنة هذا الحق دون إثبات وفقا للمادة 52 ق أسرة [1] هذا و يعود الإختصاص في منح السكن لممارسة الحضانة للمحكمة الناظرة في الأحوال الشخصية، نظرا لما تتمتع به من تقدير إقرارها بذلك من عدمه.
و من الوسائل القانونية التي يمكن استعمالها للتأكد من ملكية الزوج المطلق لأكثر من سكن، اعتراف الزوج المطلق شخصيا بملكيته لمسكن ثان زائد عن المسكن الزوجي [2] لكن نادرا جدا أن يحدث ذلك، كما يمكنها إثبات حيازة الزوج المطلق لأكثر من سكن من خلال محضر إثبات حالة، و يقع عبء الإثبات على الحاضنة إعمالا بالقاعدة " البينة على من ادعى "و في الغالب ما تعجز عن إثبات ادعائها مما يفقدها حق البقاء في السكن الزوجي، و بالتالي يجعل الحكم للمطلقة بالسكن مستحيلا استحالة مطلقة، لأنه غالبا ما يتهرب المطلق من أداءه لواجب الإسكان حتى بعد صدور الحكم بتخصيصه السكن للحاضنة و محضونيها بالتصرف فيه كبيعه بيعا صوريا لأحد أقاربه أو وهبه لهم، و لقد اعتبرت المحكمة العليا أن قيام الزوج المطلق بهبة لوالديه الطابق السفلي من فيلا الذي منح للحاضنة بعد صدور الحكم بالطلاق و بتخصيص الحاضنة هذا الطابق لممارسة الحضانة فيه يعتبر تهريبا و احتيالا بقصد حرمان الحاضنة من ممارسة الحضانة فيه[3].

5. تعدد المحضونين: السؤال المطروح في هذا المقام هو هل المطلقة الحاضنة لطفل واحد يحق لها الإستفادة من السكن، أم يشترط عدد معين من الأطفال لكي تستفيد منه ؟ ان تباين و اختلاف الفقهاء حول مسالة تعدد المحضونين ومدى اعتباره شرطا من شروط ثبوت حق المطلقة الحاضنة في السكن، يعود للقضاء الذي كرسة هذه التفرقة غير انه سرعان ما استدرك الوضع بعد التطور السريع الذي عرفه المجتمع ونتيجة للتفكك الأسري و ارتفاع نسبة الطلاق، هذه العوامل دفعت القضاء لضرورة تغيير مسار من سبقه، فكانت ثمرة حنكته أن فكر في تفسير يخدم مصلحة المحضون تولد عنه موقفا مغايرا اعترف فيه بحق الأم الحاضنة بالسكن أو بأجرته ولو كان تحت حضنها طفل واحد، اذ لم تر في موقفها السابق الصحة ولا السند المتين[4] فقد نقضت المحكمة العليا القرار القاضي برفض طلب الحاضنة مسكنا للحضانة أو أجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين قرار مؤرخ في 29 نوفمبر 1994 الذي جاء فيه "لما ثبت – من قضية الحال – أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن "الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين"، فإنهم بذلك قد أساؤوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده – بتوفير سكن للحاضنة أو بتسليم أجرته،مما يتعين معه نقض وإبطال قرارهم وبدون إحالة[5].
وإعتبرت نفس المحكمة أن حق المحضون في تهيئة السكن له من والده هو حق أقرته المادة72 على مال الوالد إن لم يكن للمحضون مال بقطع النظر عن عدد الأولاد المحضونين خاصة إذا لم يكن للحاضنة ولي يقبل صراحة إيوائها مع محضونيها، كما أقرت للأم الحاضنة لبنتين أجرة السكن على الوالد بالرغم من أنها عاملة[6].

وفي قرار صادر عن ذات المحكمة بتاريخ 25 سبتمبر 2002 ، ورد في حيثياته أن" المادة52 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 السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج[7]".

---

[1] قرار مؤرخ في 1991/04/23، ملف رقم73949، المجلة القضائية1994، العدد1 ، ص49؛ قرار مؤرخ في 1999/06/15 ملف رقم 223834، المجلة القضائية 2001، عدد خاص، ص225.

[2] قرار مؤرخ في 1994/04/27، ملف رقم 105366، المجلة القضائية 1994، ص88.
[3] قرار مؤرخ في 03/17/ 1998ملف رقم 179558، المجلة القضائية2001 ، عدد خاص، ص 210
[4] المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 112705، مؤرخ في 1994/11/29، المجلة القضائية،1999، عدد 1 ، ص 140.
[5] قرار مؤرخ في 1993/04/27، ملف رقم 105366، المجلة القضائية 94، ع 02، ض 88.
[6] المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، 1998/04/21، ملف رقم 189260، المجلة القضائية 2001، عدد خاص ، ص 213.
[7] المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، ملف رقم 285062 ، مؤرخ في2002/09/25، غير منشور

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إسناد مسكن الحاضنة

يتضح من خلال نصوص قانون الأسرة أن المشرع يأخذ بقاعدة مصلحة المحضون، لكنه لم يضع لها تعريفا عاما .ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة، والحياة مشكلة من ملامح و ذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا، وأجمع كلهم على وجوب اعتبار مصلحة المحضون والعمل به إعمالا للقاعدة الشرعية: "در أ المفسدة مقدم على جلب المصلحة[1] "

فمصلحة الطفل قاعدة عامة وعملية وتطرح عدة عناصر متنوعة موضوعية وذاتية، ولا تعني مصلحة مالية وحسب، بل يجب أن تؤخذ بمعناها العام الواسع، ومع أن قاعدة مصلحة الطفل لم يضبط لها تعريفا إلا أننا يمكن إن ننظر لها من عدة زوايا تميزها، فهي قاعدة متغيرة غير ثابتة، ذلك أن حاضر الطفل ليس ذا أهمية كبيرة بالمقارنة مع مستقبله، كما تعتبر قاعدة ذاتية أي أنها تتعلق بكل طفل على حدة، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات والمحيط الذي يترعرع فيه[2]،

اولا: معايير اسناد مصلحة المحضون: إن سكوت المشرع عن تقديم تعريف دقيق لمصلحة المحضون، لم يحل دون اقتراح بعض المعايير والضوابط التي يستعين بها القاضي في تقديرها، ولا شك أن ذلك يقرب حكم القاضي من الموضعية والعدالة، ويبعد تخوف البعض من تعسفه بسبب المجال الواسع الممنوح في مسائل الحضانة، وجعل منها معايير التقدير يتأكد منها القاضي لإسناد الحضانة وإسقاطها[3]، ومن بين هذه المعايير ما يأتي:

1. المعيار المعنوي: أول ما يعتمد عليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي ، الذي يشكل حجر الزاوية في تلك المصلحة، ولا شك أن معظم الفقهاء لا يعترضون على العنصر المعنوي والروحي، بل ويؤكدونه متبعين في ذلك المتخصصين في علم النفس، وليس للقضاة في هذا الموضوع إلا إن يصغوا إلى علماء النفس لكي تسد ثغرات سكوت القانون، ومنه يقتضي الأمر على الحاضن أن يهتم بالمحضون أحسن اهتمام، ويعوضه قدر الإمكان الجو العائلي الذي فقده، بأن يرعاه ويعتني به ويحسن معاملته .ويجب على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون، وذلك بأن يختار له الحاضن الذي يهيئ له الاستقرار الروحي والأمن[4].

2.المعيار المادي: إن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح؛ لأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية، وهي تكاليف لابد منها. لذلك، فإذا ما توفر العنصر المادي للطفل من مأكل وملبس ومسكن وغير ذلك مما يحتاجه فيتولد الاستقرار والدوام في التصرفات المعتادة في الحياة.

---

[1] بوغرارة، صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007 ، ص108

[2] حسيني، عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ،2000 ، ص77

[3] معمري ايمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في اسناد الحضانة، مذكرة ماجستير- تخصص ألأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة الواد، 2015/2014، ض31.

[4] شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة" دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014 ، ص 420

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والواقع أن استقرار الأسرة يعد عنصرا أساسيا للأمن، به يحس المحضون براحة تساهم في إحياء معنوياته المتمثلة في الشعور بالحماية والأمن[1].

3. معيار الاستماع للمحضون لتحري مصلحته: إذا كانت مصلحة المحضون العمود الفقري للحضانة؛ فإنه ينبغي دراسة كل اقتراح يمكن أن يساعد على تحقيقها؛ ولهذا لا غرابة في محاولة إعطاء المحضون فرصة الإسهام في تحقيق مصلحته بنفسه، ومما لاشك فيه أن وضع هذا النظام، له فائدة من الناحية العملية؛ فالطفل إنسان يحس ويرغب ويفضل، ولكنه إنسان ضعيف يفتقر إلى بعد النظر، يحتاج إلى توجيه في اختيار حاضن يتصف بالمسؤولية والأهلية للقيام بها، وهنا السلطة التقديرية للقاضي في النظر إلى اختيار الحاضن الأصلح له لحمايته ورعايته[2].

ثانيا: سلطة القاضي الجزائري في تقدير مصلحة المحضون:

1.سلطة القاضي الجزائري في ترتيب الحواضن: قدم الفقهاء الحواضن بعضهم على بعض بحسب مصلحة المحضون، فجعلوا الإناث أولى بالحضانة لأنهم أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال، كما أن المشرع **الجزائري** جاء بترتيب لمستحقي الحضانة بالاعتماد على آراء فقهاء الشريعة الإسلامية لأن نصوص القانون مستلهمة من أحكامها، لكن المتفق عليه أن الأم أولى بحضانة ولدها من أي شخص آخر، لوفرة شغفها وحنانها على صغيرها من غيرها يتضح لنا أن الحضانة وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين حسب الترتيب الذي وضعهم فيه القانون، فإن الترتيب ليس إلزاميا للمحكمة، وليس من النظام العام؛ بل يجوز للقاضي أن يعتمد في حكمه بإسناد حق حضانة الطفل إلى طالبته وليس للترتيب المذكور في القانون فقط، ولكن أيضا وقبل ذلك إلى مصلحة الطفل المحضون [3] وهو ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2009/05/13، و القاضي بأن مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة و ليس الترتيب الوارد في المادة 64من ق أ ج[4].

2. إجبار الأم أو غيرها على الحضانة: هناك مشكل ينشأ عندما يحكم القاضي بالطلاق وتتخلى الأم عن حقها في حضانة ولدها ويعجز الأب أو لا يتمكن من توفير الشروط الضرورية اللازمة لحضانة الطفل وتوفير شروط العناية بمصلحته ومتطلبات رعايته، ولا يوجد من يطلبه أو لم يتقدم أحد لطلبه من الأشخاص الآخرين ممن لهم الحق في حضانته.

فبالرغم من أن الحضانة من جانب هي حق للأم كمثل أي حق من الحقوق، ولها أن تتنازل عنه متى تشاء في كل حالة يوجد فيها من يحضن الطفل بدلا منها، ولكن ماذا سنعمل إذا كانت الأم التي سنجبرها على الحضانة بسبب امتناع غيرها من الحاضنين أو لعدم توفر الشروط القانونية فيهم، هي نفسها لا تتوفر فيها الشروط القانونية للحضانة[5]، بسبب امتناعها عن الحضانة إما لعجزها عنها وإما لرغبتها عنها وفي الحالتين لا يحصل مقصود الحضانة.

كما أن مبدأ مصلحة المحضون يسمح للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى لو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة، شريطة أن تكون هذه الشروط التي تنقصها لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون[6].

---

[1] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان،2005 ، ص112 .

[2] معمري ايمان، مرجع سابق، ض 42.

[3] سعد، عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 293.

[4] المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 497457، مؤرخ في 2009/05/13، المجلة القضائية، عدد01، 2009، ص297.

[5] المرجع السابق، ص ص،294.295.

[6] قرار رقم 189324، مؤرخ في 1998/04/21، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، 175.

ISSN: : 2661-7234 ____ ISSN2543-3881
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3. تأقيت الحضانة: إذا كان قانون الأسرة المعدل بالأمر05/02 قد رتب أصحاب الحضانة ترتيبا جديدا بعد الطلاق ومنح حق الحضانة إلى الأم ثم إلى الأب ثم إلى الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم .... فإن القانون قد أنشأ وضعا آخر بالنسبة إلى حق الحضانة في فترة ما بين إقامة دعوى الطلاق وما بين إصدار حكم قطعي بالطلاق.

حيث نص في المادة 57 مكرر على إسناد صلاحية واختصاص الفصل في طلب الحضانة بصفة مؤقتة إلى قاضي الأمور المستعجلة. وعليه، فإذا كان أحد الزوجين قد أقام دعوى الطلاق أمام المحكمة المختصة وفقا للأوضاع القانونية، وكان بين الزوجين ولد أو أكثر ممن هو في سن الحضانة فإن الفصل في طلب إسناد حق الحضانة المقدم من أحد مستحقيها أثناء فترة ما بعد رفع دعوى الطلاق وفترة ما قبل إصدار الحكم بالطلاق يجوز أن يقدم قاضي الأمور المستعجلة الذي يمكنه أن يصدر أمر استعجالي مؤقتا بإسناد حق الحضانة في مثل هذه الحال إلى الأم أو الأب أو غيرهما، وذلك حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون وذلك ضمن الفترة التي تقتضيها إجراءات الحكم بالطلاق، حيث يمكن للقاضي الذي يفصل في موضوع دعوى الطلاق أن يحكم بإسناد الحضانة إلى الشخص الذي يضمن مصلحة المحضون سواء كان هو الأب أو الأم أو غيرهما[1].

ثالثا: سلطة القاضي الجزائري في تمديد الحضانة

تبدأ مدة الحضانة من وقت ولادة الطفل، أما انتهاؤها فيختلف تبعا لاختلاف نوع المحضون بالذكورة أو الأنوثة .لأنه من البديهي أن تكون للحضانة مدة معينة تنتهي بعد بلوغها،لأن المحضون لا يبقى صغيرا غير مميز وغير مستغنٍ عن خدمات الحاضن، وكذا من الطبيعي أن تختلف أيضا مدة حضانة الأنثى عن مدة حضانة الذكر؛ لأن طبائع الأطفال تختلف كما أن أجسامهم تختلف قوة وضعفا، ولتباين التكوين النفسي والعقلي لكل واحد منهما.

هذان الاعتباران بنى عليهما المشرع الجزائري مواده، وخرج بقاعدة تتمثل في أن حضانة الذكر تنقضي مدتها ب 10 سنوات، والأنثى بسن الزواج أي ب 19 سنة طبقا للمادة السابعة من ق أ[2].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر وهذا في 03/19/ 1990 من المقرر قانونا أنه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج مع م ا رعاة مصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني ولما كان ثابتا– في قضية الحال -أن المجلس القضائي لما لم يوضح في قراره عمر الأولاد اللذين تشملهم الحضانة خالف القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[3].

فالمشرع سطر الحد الأقصى لتمديد حضانة الذكر، إلا أنه فضل أن يترك هذا الأمر لتقدير القاضي، غير أن القاضي سلطته غير مطلقة، **بل مقيدة بالشروط القانونية التالية :**

أ. يتعلق التمديد، بالذكر دون الأنثى.
ب. أن يكون الحد الأدنى للتمديد 16 سنة،إذ يمكن للقاضي أيضا أن يمدد الحضانة إلى سن أقل 16 سنة حسب ما تتطلبه مصلحة المحضون،

---

[1] سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009، ص157

[2] حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص51

[3] قرار رقم 59156 صادر في 1990/03/19، المجلة القضائية، ع2، ص76، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج1 ، مرجع سابق، ص 481

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ج. أن تكون الحاضنة الأم، أما غيرها فلا يجوز لهن طلب تمديد الحضانة مهما كانت الحجة التي يستند عليها.

وهذا ماأقرته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ في 1990/12/10 من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه، ولم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين– من القرار المطعون فيه -أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم، فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة، ويتعين بذلك القول أن الدفع المثار غير مؤسس ويرفض[1]"

د. أن تكون هذه الأم الحاضنة غير متزوجة، هذا ما يستشف من المواد 65، 66 ق أ .

ه. أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فإذا فاتت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة في التمديد، حسب ما تقتضيه المادة 68 ف أ.

رابعا: سلطة القاضي الجزائري في إسقاط الحضانة

1.إسقاط الحضانة في حالة التنازل: يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه، فتنازل المرأة عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون، مع الملاحظ أن المشرع اشترط في التنازل المذكور ألا يكون مضرا بمصلحة المحضون، كأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها[2]؛ لأن مصلحة المحضون تقتضي إسناد حضانته لأمه، بالرغم من تنازلها عنها، وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به، وهذا ما أكدته المحكمة العليا حيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها يعد مخالفة لأحكام الحضانة" :لأنه من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة، فان لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيضها[3].

فالقضاء يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون بغض النظر عن مبدأ المساس بحكم حاز حجية الأمر المقضي به، ذلك أن الأحكام الصادرة في مادة الحضانة مناطها دوما المصلحة العليا الفضلى للمحضون، وأن هذه الأحكام لا تكون عنوانا على الحقيقة إلا إذا كانت تحقق مصلحة المحضون، وأنه يمكن تعديلها أو إلغاؤها متى تغيرت تلك المصلحة، وبالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغير الأم بناء على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما استجدت ظروف تدعو إلى القول أن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا إذا تولت حضانته أمه[4].

2. الإخلال بواجبات الحضانة: لقد نصت المادة 62 ق أج على أن الغرض من الحضانة هو رعاية الولد المحضون وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، وتشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بهذه المهمة؛ فإن الإخلال

[1] قرار رقم 66552 صادر في 1990/12/10، المجلة القضائية، ع2، ص89، عن سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج1 ، مرجع سابق، ص 806.

[2] قرار رقم 282153 صادر في 2002/02/13، المجلة القضائية، 2004أعدد1، 275.

[3] قرار رقم 51894 صادر في 1988/12/19، المجلة القضائية، 1990،ع4، ص70، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج1 ، مرجع سابق، ص 430.

[4] قرار رقم 235456 صادر في 2000/02/22،، المجلة القضائية، 2001،ع1، ص280، ملف رقم 581222، المؤرخ في 2010/10/14، مجلة المحكمة العليا ،ع1، 2011، ص 248.

ISSN: : 2661-7234 ISSN2543-3881

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بأحد أو بعض الشروط يترتب عليه سقوط حق الحضانة على الحاضن، وإمكانية إسناده إلى غيره، على أن يراعي القاضي في جميع الحالات مصلحة المحضون،تطبيقا للمادة 67 ق أج.

وقد ذهبت المحكمة العليا بهذا الخصوص إلى أنه" متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون، ومتعارضة مع مصلحته، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله، لأن المجلس لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا."[1]

كما اعتبرت المحكمة العليا ان الأم الزانية يمكن إسناد الحضانة لها متى تحققت مصلحة المحضون وهو ما أكدته في القرار الصادر في" 2010/07/15 يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون[2]"،ومتى ثبت للقاضي أن المحضون لا يتأثر بفعل الزنا، وما دام المحضون لا يستطيع أن يستغني عن خدمات هذه الحاضنة ؛ ولأنه يجب على المحكمة عند تطبيق أحكام المادة 67 ق أج أن تبقى دائما تراعي مصلحة المحضون في كل حكم تحكمه بسقوط الحضانة وتقارن بين الفوائد التي تعود على المحضون في حالة بقائه مع حاضنه الأول وبين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضانته على الحاضن وإسنادها إلى غيره[3].

3.التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع: يظهر موقف المشرع الج ا زئري من خلال نص المادة 54 ق أج، إذ لا يجوز في ظل هذا التشريع أن يكون التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع؛ إذ أن الحضانة لا تقوم مقام المال في هذه الحالة لارتباطها بالأمور الشخصية لا المادية للطلاق، ولأن كلمة" مال "الواردة في المادة المذكورة تبرهن أتم البرهان أن المخالعة لا تجوز ولا ترتب أثرها إلا إذا كان مقابلها مالا ومن ثم فكل مالا يمكن تقويمه بمال لا يصلح أن يكون بدل خلع، وللتأكيد على ذلك بعد أن نصت المادة 57 من ذات القانون على عدم إجازة الاستئناف في الأحكام الخاصة بالخلع فيما عدا جوانبها المادية،" تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف." مما يدل على أن المشرع أ ا رد أن يقضي على كل متاجرة ومساومة تقع من جانب الزوجين نحو الأطفال، إذ من المحتمل أن تتنازل الزوجة عن حضانتها مقابل حريتها، ولكن إهدار

سقوط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها: إذا توافرت شروط الحضانة السابقة في شخص، ثبتت له الحضانة، ولكنها قد تسقط لعذر أو لغير عذر؛ فعند ذلك تنتقل الحضانة إلى من يليه في الدرجة، حيث إن دعوى سقوط الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق مدة تزيد عن سنة بدون عذر[4].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1984/06/25 متى كان المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها ...وإذا كان من الثابت– في قضية الحال -أن الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة، فضلا عن كونها تسكن مع ابنتها أم البنت المحضونة ... ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[5].

---

[1] قرار رقم 50275 صادر في 1988/11/07، المجلة القضائية، 1991،ع3، ص48، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج1 ، مرجع سابق، ص 488.

[2] قرار رقم 564787 صادر في 2010/07/15،، م م ع، 2010،ع2، ص267.

[3] سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم بالاجتهادات القضائية)، مرجع سابق، ص 301.

[4] المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري.

[5] قرار رقم 33636 صادر في 1984/06/25، م ق، 1989،ع3، ص45، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج1 ، مرجع سابق، ص 281.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إلا أنه قد تكون هناك حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة، ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بتوافر عذر مقبول عقلا ومنطقا، حيث يرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة 68 ق أ ج إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الاعتبار مصلحة المحضون.

وهذا يتضح بجلاء هي القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/005/18 حيث قضت فيه بأنه" من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين- في قضية الحال -أن الزوجة أسندت لها حضانة أبنائها الأربعة بأحكام، مع الحكم على والدهم بتوفير سكن لممارسة الحضانة، وبعد مماطلة المطعون ضده في عدم توفير السكن أصبح يدفع بكون الطاعنة لم تسع في التنفيذ مدعيا أنه يمارس الحضانة الفعلية.

فإن القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام المادة 68 من ق أج، وعدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد، وعدم الإشارة إلى جنس الأولاد وأعمارهم، فإنهم بقضائهم كما فعلو أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، مما يتعين نقض القرار المطعون فيه[1]"

ثانيا :تزوج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب مسقط للحضانة: نص المشرع في المادة 66 ق أج" :يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، حيث لم يفرق القضاء بين الحاضنة الأم أو غيرها من الحواضن إذا اشترط أن لا تكون المترشحة للحضانة وأيا كانت متزوجة بغير قريب محرم، لما في ذلك من خطر على المحضون، وإن المحكمة ستحكم حتما بسقوط حق الحضانة عنها، وتمنحه إلى غيرها سواء كان الأب نفسه أو غيره بناء على دعوى يقيمها الأب أو غيره ممن أسند إليهم القانون حق حضانة الأولاد [2].

ويتضح مما تقدم أن تزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها بقوة القانون، بل يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي بأن يتقدم صاحب الحق فيها، وبعد تأكد القاضي من الشروط المذكورة في المادة2/62 ق أ ج والإتيان بترتيب المادة 64 من نفس القانون، ومن ثم فالقاضي متى تمسك أمامه هذا السبب لا يجتهد ولا يمكن أن يؤول النص أكثر مما يطيقه وإنما يتوجب عليه إسقاط الحضانة عن صاحبتها ويكون حكمه كاشفا.

ولدقة الموضوع وحرصا على مصلحة الصغير يمكن للقاضي إبقاء الحضانة للأم شريطة أن يتعهد من يريد الزواج بها، بشكل رسمي أمام القضاء على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه، وهذا جائز ولو تحت عنوان الكفالة، و اذا لم يلتزم زوج الأم الحاضنة بما تعهد به أو فقدت الأم أحد شروط الحضانة جاز لكل ذي مصلحة طلب حضانة الصغير وإسقاطها عن الأم[3].

عمل الحاضنة في مواجهة مصلحة المحضون: إن مسألة عمل المرأة الحاضنة لا يمكن إغفالها؛ لأن خروج المرأة اليوم إلى المجتمع لعملها، أصبح ضروريا في مشاركتها في تنميته، وهذا الأمر ينطبق على الحاضنة أيضا، فالمشرع الجزائري من خلال

---

[1] قرار رقم 222655صادر في 1999/05/18، م ق، 2001،ع خ، ص185، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 1076.

[2] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 18 ماي 2005 بأنه" يسقط حق الأم في الحضانة، بزواجها بغير قريب محرم. قرار رقم 331058 صادر في182005/05/، م م ع ، 2005، ع2، ص 383 ، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3 ، مرجع سابق، ص1290 .

[3] معمري ايمان، مرجع سابق، ص 66.

ISSN: : 2661-7234 ______ ISSN2543-3881
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التعديل الأخير أعطى إجابة صريحة عن عمل المرأة من خلال المادة67 /2 ق أ ج التي جاء فيها" :ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة

الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"

فلا عبرة بطلب الأب إسقاط حضانة الحاضنة لكونها عاملة مع تمسك هذه الأخيرة بحقها في الحضانة إلا إذا تبين للقاضي بعد خبرة اجتماعية أن مصلحة المحضون في خطر مادي أو معنوي، أو أنه مهمل، وهنا فقط يكون للقاضي على أساس معيار مصلحة المحضون والمرتبطة دوما بالنظام العام، فقد تسقط الحضانة على الحاضن، ويعين من يليها في الدرجة طبقا للشرع والقانون مع مراعاة مصلحة المحضون دائما[1]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها حيث نصت على ما يلي" :من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد

بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرا رهم للقصور في التسبيب، وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه[2]"

ربعا :الاستيطان في بلد أجنبي: تعتبر التربية الدينية من بين العناصر الأساسية التي نقوم عليها مصلحة المحضون، لذلك إذا كانت الأم هي الأولى بحضانة أولادها إلا أنها قد تسحب منها متى قررت الاستقرار ببلد أجنبي غير مسلم، فلا شك أن الطفل المحضون يتأثر بعادات وأخلاق البلد الذي نشأ فيه، مما يشكل خط ا ر على معتقداته الدينية [3].

فإذا أرادت الحاضنة تغيير موطنها الذي تمارس فيه الحضانة رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة لها، أو إسقاطها عنها، مراعيا في ذلك ما تقتضيه مصلحة المحضون بسبب استحالة ممارسة الأب أو الولي حقه في الرقابة وسعيا لتحقيق هذا الهدف قرر القضاء الجزائري في العديد من أحكامه إسقاط الحضانة عن الأم لإقامتها ببلد أجنبي ونفس الحل تبنته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2005/10/12:" من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون، وأن إسنادها للأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي"[4].

---

[1] قرار رقم 295996 صادر في2002/10/23، ن ق، 2006، ع 57،ص 219، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1314.

[2] قرار رقم 24156 صادر في2000/07/18، أ ق، 2001، ع خ، ص 188، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 1087.

[3] زير فاطمة الزهرة، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011 ، ص 12.

[4] قرار رقم 334543 صادر في2005/10/12، ن ق، 2008، ع 62، ص 381، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، مرجع سابق، ص 1467.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمة:

التوصيات:

1. على المشرع تحديد المقصود بالبلد الأجنبي المذكور في المادة 69 ق أ كما يلي:" إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي **مسلم** رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".
2. صياغة المادة 1/65 كما يلي:"تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و للقاضي أن يمدد هذه المدة إلى 16 سنة إذا رأى مصلحة للمحضون في ذلك، و تنقضي حضانة الأنثى ببلوغها سن الزواج".
3. تقييد سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون في إسناد الحضانة للأم في حال ارتكابها لجريمة الزنا، وإسقاطها عنها مباشرة متى ثبت عليها ارتكاب هذه الجريمة، لأن مصلحة المحضون الأسمى تقتضي تربيته بعيدا عن أمه الزانية.
4. إضافة فقرة إلى المادة 66 كما يلي:" إبقاء الحضانة المسندة لأم متزوجة بقريب غير محرم في حالة وفاة الأب، مراعاة لمصلحة المحضون بشرط تعهد زوج الأم بشكل رسمي أمام القضاء برعاية المحضون"

قائمة المصادر و المراجع

أولا: المصادر:

القرآن الكريم

ثانيا: القوانين:

الدستور الجزائري المعدل و المتمم.

القانون رقم11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير **2005.**

ثانيا: القواميس:

ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ج7 ، ط1 ، 2005

عهد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج3(فصل السين باب النون)، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1371ه .

لويس المعلوف ،المنجد في اللغة والإعلام، ط. 36 ، دار المشرق، بيروت، لبنان ، 1997 ، ص342 .

ثالثا: المراجع:

I- : الكتب:

1. باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى،عين مليلة، الجزائر، 2008
2. بلحاج العربي، قانون الاسرة مع تعديلات الأمر02/05، ط 4، د م ج، الجزائر، 2007.
3. أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، ط1، دار الفكر القانوني، مصر ،2008.
4. أحمد غاي، الحماية القانونية لحرمة المسكن، ط1، دار هومة، الجزائر، 2008.
5. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر،2009 .

ISSN: : 2661-7234____ ISSN2543-3881

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

6. سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة جنح والمخالفات،ج1+ج2+ج3، ط1، منشورات كليك، الجزائر،2014
7. سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009.
8. ـــــــــــــــــــــــ ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996
9. السيد سابق، فقه السنة، ط8، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د ت.
10. عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، 2013 .
11. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط1 ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
12. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 10 ،ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993.
13. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10 ، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1989.

II اطروحات الدكتوراه:

1. حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان،2005 .
2. شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة" دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014 .

III رسائل الماجستير:

1. بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2009
2. بوغرارة، صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007 .
3. بوقرة أم الخير،مسكن الزوجية، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة يوسف بن خدة،الجزائر، 2004/2003.
4. حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ،2000 .
5. زير فاطمة الزهرة، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011 .
6. معمري ايمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في اسناد الحضانة، مذكرة ماجستير- تخصص ألأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة الواد، 2015/2014.

IIII قرارات ومجلات المحكمة العليا:

1. قرار مؤرخ في 1991/04/23، ملف رقم73949، المجلة القضائية،ع1، 1994.
2. قرار مؤرخ في 1994/04/27، ملف رقم 105366، المجلة القضائية،ع2، 1994.
3. المحكمة العليا،غ.أ.ش.م،ملف رقم 112705، مؤرخ في 1994/11/29، المجلة القضائية،ع1،1999.
4. المحكمة العليا،غ. أ. ش. م، ملف رقم 197739، مؤرخ في1998/07/21، نشرة القضاة، ع56، 1999.
5. قرار مؤرخ في 03/17/ 1998ملف رقم 179558، المجلة القضائية، عدد خاص،2001 .
6. المحكمة العليا، غ.أ. ش. م، 1998/04/21، ملف رقم 189260، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
7. قرار رقم 189324، مؤرخ في 1998/04/21، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
8. قرار مؤرخ في 1999/06/15 ملف رقم 223834، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
9. قرار رقم 235456 صادر في 2000/02/22،، المجلة القضائية،ع1، 2001.
10. المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، ملف رقم 285062 ، مؤرخ في2002/09/25، قرار غير منشور.
11. المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، ملف رقم 285062 ، مؤرخ في2002/09/25، غير منشور

ISSN: : 2661-7234ـــ ISSN2543-3881

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

12. قرار رقم 282153 صادر في 2002/02/13، المجلة القضائية،ع1، 2004.
13. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 497457، مؤرخ في 2009/05/13، م ق، عدد01، 2009.
14. قرار رقم 564787 صادر في 2010/07/15،، م م ع، ع2، 2010،.
15. ملف رقم 581222، المؤرخ في 2010/10/14، مجلة المحكمة العليا ،ع1، 2011.

ISSN2543-3881 ISSN: : 2661-7234

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com