

سكن المحضون في القانون الجزائري: اعتراف تشريعي وحماية لم تكتمل

The residence of the child under Algerian law: legislative recognition and incomplete protection

بوعلالة عمر

مخبر الدراسات الشرعية والتراثية، جامعة أحمد دراية- أدرار، (الجزائر)، bouallala@univ-adrar.edu.dz

تاريخ النشر: 2023/01/25

تاريخ القبول: 2023/01/05

تاريخ الاستلام: 2022/08/20.

ملخص:

جاء في عهد عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري المتضمن شروط القضاء "فَإِنَّهُ لَا يَنْفَعُ تَكَلُّمٌ بِحَقِّ لَا نَفَادَ لَهُ" وينطبق ذلك على كل حق تجرد من الحماية، فلا جدوى من تشريع الحق إن لم تكن هناك وسائل وأدوات قانونية ناجعة تمكّن لهذا الحق وتحميه؛ ف"حق المحضون في السكن" الذي تعدّه المادة 78 من قانون الأسرة من عناصر النفقة، وأوجبت المادة 72 من نفس القانون على الأب التوفير العيني للمسكن أو أداء مبلغ مالي كبديل لإيجار، وفي كلتا الحالتين تُطرح إشكالية الحماية القانونية لهذا الحق، فسواء كان محل ممارسة الحضانة ملكا للزوج أو مؤجرا من طرفه، فإن بعض الآباء ويدافع الانتقام من المطلقة وعدم الوعي بمسؤولياتهم تجاه الأبناء، يفرضون في المحل بالبيع - مثلا -، وإذا كان المحل على وجه التأجير فإنهم لا يدفعون أجرة الكراء، مما يعرض الحاضنة والأطفال المحضون للتشريد والضياع..

كما تثير مسألة البقاء ببيت الزوجية إشكالية تتعلق بعدم التنصيص على خروج الزوج من هذا المسكن بعد الطلاق، ويتعلق الأمر هنا خاصة عند وجود خلافات ونزاعات قد تفضي إلى عنف أسري. كلمات مفتاحية: الحضانة، المحضون، سكن المحضون، بدل الإيجار، الحماية القانونية.

Abstract:

It came in the era of Omar Ibn Al-Khattab to Abu Musa Al-Ash'ari, which includes the conditions of the judiciary, "It is not useful to speak of a right that has no access to it." This applies to every right that is stripped of protection. The "child's right to housing," which Article 78 of the Family

Code considers an element of alimony, and Article 72 of the same law requires the father to provide in-kind housing or to pay a sum of money as a rental allowance. In both cases, the problem of legal protection for this right is raised, whether it is in practice The nursery is owned by the husband or rented by him. Some fathers, out of revenge against the divorced woman and lack of awareness of their responsibilities towards the children, neglect the store by selling - for example - and if the store is rented, they do not pay the rent, which exposes the sitter and the children in custody to homelessness and loss.. The issue of staying in the marital home also raises a problem related to the lack of stipulation that the husband leaves this home after divorce, and this is especially relevant when there are disputes and disputes that may lead to family violence.

Keywords: Custody, incubated child , child custody, rent allowance, legal protection.

*المؤلف المرسل

1. مقدمة

نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أنه ((في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية لغاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن)).

تضمنت هذه المادة العديد من القواعد القانونية، إذ ألزمت الأب بالتوفير العيني لمسكن لائق لأولاده المحضونين، وفي حالة تعذر ذلك يلتزم بأداء مبلغ مالي كبديل للإيجار. ووفقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة لا يغادر المحضون وحاضنته بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب للحكم المتعلق بسكن المحضون.

غير أن هذه القواعد القانونية قد يصعب تكريسها على أرض الواقع نظرا لصعوبة التوفيق بينها وبين مقتضيات القانون المدني، وبين القوانين المنظمة للعقارات ذات الاستعمال السكني.

فعلى فرض أن الزوج المطلّق يتوفر على مسكن ملائم مملوك له، وبعد الطلاق حكم القاضي بتخصيص هذا المسكن لممارسة الحضانة، وبعدها قام ببيعه أو هبته أو رهنه... أو التصرف فيه بأي شكل من أشكال التصرف الذي يتيح له حق الملكية، فما الآليات المقررة لحماية حق المحضون في هذا السكن؟ هل يمكن للحضانة الطعن في هذا التصرف لإبطاله؟ أو يسعها فقط رفع دعوى قضائية لتوفير مسكن آخر لممارسة الحضانة أو بدل إيجار مسكن؟ وهل يسوغ للمشتري طرد المحضون وحاضنته من المسكن بحجة أنها شاغلة له دون سند قانوني؟

وإذا كان المسكن موضوع علاقة إيجار فما هي الضمانات الكفيلة في أن يستمر الأب بدفع بدل الإيجار طيلة فترة الحضانة، بحيث لا يقوم بتسديد مستحقات الإيجار مدة معينة ثم يتهرب من الاستمرار في دفعها للمؤجر؟

الإجابة على تلك الأسئلة والإشكالات لم تحظ بالاهتمام المطلوب على مستوى النص التشريعي، ولذلك يقترح هذا البحث مقارنة تحليلية لمعالجة وحل تلك الإشكاليات من خلال التعريف بحق المحضون في السكن وسنده الشرعي والتشريعي (أولا) ومستوى الحماية المقررة له (ثانيا).

2. حق المحضون في السكن : الماهية والطبيعة القانونية

1.2 : حق المحضون في السكن وسنده الشرعي والتشريعي

أقرّ المشرع الجزائري في المادة 72 من قانون الأسرة أعلاه حقاً واجباً للمحضون وهو استقراره في مسكنٍ إلى حين بلوغ المحضون الذكر السن القانوني المحدد في عشر (10) سنوات، أو بلوغ الأنثى المحضونة سن الزواج (19 سنة)، طبقاً لنص المادة 64 من قانون الأسرة: ((تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة...)).

1.2 - أ: التعريف بحق المحضون في السكن

السَّكَنُ لغة: المنزل والبيت. ويقال أيضاً: المَسْكَنُ والمَسْكِن (بكسر الكاف)، و السُّكْنَى. وأصل ذلك كله مادة (س ك ن). وسَكَنَ الشيء : اطمأنَّ وقَرَّ وهذا وانقطع، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَلَهُ مَا سَكَنَ

فِي اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَهُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴿[الأنعام، 13]﴾. وسكن عنه الوجد: فارقه. وسُكُنِيَ الدار وفي الدار: أقام فيها، فهو ساكن¹.

والسَّكَنُ: من السَّكِينَةِ وهو كل ما يُسْكَنُ إليه ويستأنس به من أهل وغيره². قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا﴾ [الروم، 21].

والسَّكَنُ اصطلاحاً: المحل الأساسي لإقامة الشخص، أو المكان الذي يأوي إليه الشخص عادة ويختاره لمعيشته، أو المكان الذي يحق للشخص قانوناً أن يشغله³.

وقد يتطابق مفهوم المسكن مع مفهوم الموطن المنصوص عليه في المادة 36 من القانون المدني ((موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي)).

الحضانة هي القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمره برعاية شؤونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ووقايته عما يهلكه أو يضره⁴.

وهو ما عبّر عنه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 62 من قانون الأسرة⁵ بقوله: ((الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه وحفظه صحة وخلقا)). ومحكمة النقض المصرية بالقول: "الحضانة بأنها ولاية للتربية غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شؤونه في الفترة الأولى من حياته، التي لا يستغنى فيها عن عناية النساء، ممن لهن الحق في تربيته شرعاً"⁶.

¹ انظر: الفيروزبادي، القاموس المحيط، ص 787.

² ابن منظور، لسان العرب، ج 17 ص 73-76 بتصرف.

³ الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي: دراسة مقارنة، ص 172.

⁴ مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام، ص 733.

⁵ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984 م يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق 27 فيفري 2005 م.

⁶ طعن رقم 151 لسنة 20 ق، تاريخ الجلسة 2000/06/03 م.

أما **المحضون** فيمكن تعريفه على أنه كل شخص قاصر تثبت له الحضانة من جراء انحلال الرابطة الزوجية أو وفاة وإذا كان هذا القصر بسبب صغر سنه أو ضعف عقله؛ ف"لا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه، فأما البالغ الرشيد، فلا حضانة عليه، وإليه الخيرة في الإقامة عند من شاء من أبويه، فإن كان رجلاً، فله الانفراد بنفسه، لاستغنائه عنهما، ويستحب أن لا ينفرد عنهما، ولا يقطع بره عنهما وإن كانت جارية لم يكن لها الانفراد ولأبيها منعها منه"⁷.

وعليه فإن **سكن المحضون** أو "**السكن المخصص لممارسة الحضانة**" (التعبير الأكثر استعمالاً لدى المحكمة العليا): هو مأوى المحضون وحاضنته اللائق بهما بحسب حال المحضون له يساراً أو إعساراً. وهو المكان الذي يُتطلب لتحقيق مضمون الحضانة مثل ما نصت عليه المادة 62 من قانون الأسرة.

1.2 - ب: الأساس الشرعي والتشريعي لحق المحضون في السكن

خَوَلَّ الشارع الحكيم والمشرع الوضعي الطفلَ المحضونَ مجموعة من الحقوق، ويعتبر "المسكن" أحدها؛ بل أهمها. ويجد هذا الحق سنده الشرعي في عموم النصوص الدالة على مبدأ وجوب النفقة على الأولاد، مثل قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِيمَ الرَّضَاعَةُ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة، 233]، وقوله أيضاً: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَأُتِمُّوا بِبَيْنِكُمْ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق، 6]... وغيرها من النصوص الموجبة لوظيفة حفظ الأطفال والقيام على شؤونهم بالصيانة والرعاية والتربية والتعليم من قِبَل الوالدين.

والتشريع في الجزائر تلمس هذه المعاني إذ تطور في اتجاه إقرار حقوق الطفل عموماً خاصة من خلال المصادقة على الاتفاقية الدولية المتعلقة به وإصدار قانون يتعلق بحماية الطفل (قانون رقم-12 15 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة 2015)، وتُوج هذا المسعى في دستور

⁷ ابن قدامة، المغني، ج 7 ص 239.

أول نوفمبر 2020 الذي أقرّ في مادته 71 أن "حقوق الطفل محمية من طرف الدولة والأسرة مع مراعاة المصلحة العليا للطفل". وحق المحضون في السكن باعتباره مقررا له قانونا يستفيد منه بموجب حكم قضائي بقرار إسناده له، نصت عليه المادة 72 من قانون الأسرة سالفه الذكر.

1.2 - ج: خصائص حق المحضون في السكن

يتحدد مصطلح "سكن المحضون" تبعاً لوضع العلاقة الزوجية. هذا المسكن قد يكون هو بيت الزوجية، إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة، وقد يكون مسكناً آخر، كما منحه المشرع إمكانية أداء مبلغ مالي لتغطية مصاريف السكن. ومهما يكن فإن حق المحضون في السكن يتميز بأنه:

1⁰. حق شخصي

طبعاً حق سكن المحضون ليس بحق عيني، لأن الحق العيني هو سلطة مباشرة يقرها القانون لشخص معين على شيء معين بالذات كحق الملكية، بينما الحق الشخصي سلطة يقرها القانون لشخص وهو الدائن قبل شخص آخر يسمى المدين تمكنه من إلزامه بأداء عمل أو الامتناع عنه تحقيقاً لمصلحة مشروعة للدائن. ويتميز الحق الشخصي بأنه لا يمكن لصاحبه الحصول عليه إلا بتدخل المدين، وعلى هذا يختلف الحق العيني عن الحق الشخصي، ذلك أن الحق العيني هو سلطة مباشرة على الشيء ولا يستلزم وساطة بين صاحب الحق والشيء محل الحق.

فحق سكني المحضون هو حق شخصي مصدره القانون، فهو يرتب في ذمة الأب تجاه طفله التزاماً مالياً يتمثل في توفير محل السكن أو دفع أجرة السكن، ففي قرار للمجلس الأعلى (المحكمة العليا) صادر بتاريخ: 1986/09/22 نقرأ: "أن حق المحضون في السكني حقاً شخصياً لا يمكن اعتباره بأي حال من الأحوال من الحقوق التي تنتقل مع الملكية"⁸.

2⁰. حق نسبي

⁸ نشرة القضاة، 1990، العدد 44، (ملف رقم 43594).

يعتبر الفقه الإسلامي "مسكن المحضون" مُقَوِّمًا من مُقَوِّمات النفقة. لكن الفقهاء لم يوجبوا نفقة المحضون على أبيه مطلقا، وإنما اشترطوا لوجوبها شرطين: **الشرط الأول**: أن يكون الولد فقيرا، لا مال له؛ لأن وجوب النفقة للإنسان على غيره معلول بحاجته فلا تجب لغير المحتاج، كما أن النفقة تجب على سبيل المواساة، والموسر مستغن عن المواساة، فإن كان ذا مال كان مستغنيا بماله غير محتاج لغيره، فلا تجب له النفقة على غيره، ويكون إيجابه في ماله أولى من إيجابها في مال غيره.

الشرط الثاني: أن يكون الوالد موسرا، قادرا على الإنفاق إما من ماله، وإما من كسبه، فإذا كان غنيا وعندهما يفضل عن حاجته، أو قادرا على الكسب وجب عليه نفقة أولاده أما إذا كان الأب لا يملك ما يزيد عن نفقة نفسه، وكان عاجزا عن الكسب فلا شيء عليه لأن وجوب هذه النفقة على سبيل المواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء.

ولذلك نص الفقهاء على أنه "إذا كان للحاضن سكن قبل الحضانة، أو كانت متزوجة بذي رحم محرم للصغير فلا يحق لها طلب أجره مسكن للحضانة. وإن لم يكن لها مسكن مملوك لها تسكن فيه أو لم تكن متزوجة بذي رحم محرم طلبت أجره مسكن للحضانة تحضن فيه الصغير فيجب لها فيمن تجب عليه الأجرة..⁹

هناك وجه آخر لهذه النسبية وهو أنه إذا كان الأب ملزما بتوفير مسكن المحضون فإن القائم بالحضانة ملزم كذلك بالتقيد باستعمال السكن لغرض الحضانة فقط.

3. حق مؤقت

فبموجب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1990/12/23، (ملف رقم 81197) "لا يكتسب حق السكن الممنوح للمطلقة باعتبارها حاضنة الصيغة النهائية، بل ينتهي بانتهاء مدة الحضانة، لأن هذا الحق مقصور على الانتفاع وليس سندًا للملكية"¹⁰. فهو إذا حق مؤقت ينتهي بانتهاء مدة الحضانة.

2.2 شروط تمتع المحضون بحقه في المسكن

⁹ الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (2001)، ص 183-184.

¹⁰ المجلة القضائية، 1996، العدد 01، ص 85.

2.2 - أ: صدور الحكم القاضي بإسناد الحضانة

بما أن الحضانة تعتبر من أهم الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية ، وأن انحلال الرابطة الزوجية لا يثبت إلا بحكم قضائي، طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة ((لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من رفع الدعوى))، فإن توابع الخلع؛ من نفقة ومسكن وحق الزيارة ... لا بدّ من صدور حكم قضائي ناطقٍ بها. وعلى هذا الأساس فمن شروط حصول الحاضنة مع محضونها على حق السكن، صدور حكم قضائي باتٍ بإسناد الحضانة لها.

ولأن فترة الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية قد تستغرق وقتا طويلا نسبياً، بحكم أن القاضي مُلزم بالقيام بمحاولات الصلح كإجراء جوهري قبل الحكم بالتفريق بين الزوجين، دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من رفع الدعوى، فقد تفتن المشرع إلى مسألة في غاية الأهمية، تتمثل في وضع حق المطلقة في مسكن لممارسة الحضانة ما بين إقامة دعوى فك الرابطة الزوجية وصدور حكمٍ باتٍ فيها، فنص في المادة 57 مكرر من قانون الأسرة بأنه: ((يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن)).

2.2 - ب: أن تكون الحاضنة هي أم للمحزون

ففي ضوء مفهوم نص المادة 72 من قانون الأسرة نستخلص أن المشرع خاطب الأم دون غيرها من الحاضنات، وهذا ما نستشفه من عبارة: ”في حالة الطلاق“، وعبارة: ”وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية“؛ وهذا الأخير -بيت الزوجية- الذي لها حق البقاء فيه هو البيت الذي كانت تسكنه مع مطلقها حال قيام العلاقة الزوجية بينهما، وبالتالي لا يسري هذا النص ولا يُطبق إلا على الحاضنة الأم، وهذا ما أكّده الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في العديد من القرارات؛ من بينها القرار الذي جاء فيه:

"توفير مسكن ممارسة الحضانة خاص بالأم الحاضنة فقط، وأن توفير السكن للجدّة الحاضنة، يعد مخالفة لأحكام المادة 72 من قانون الأسرة"¹¹.

وتجدر الإشارة إلى أن حق الأم في المطالبة بتوفير مسكن ممارسة الحضانة يسقط بزواجها من غير قريب محرم للمحضون.

2.2 - ج: أن يكون السكن ملائماً لممارسة الحضانة

إذا وقرّ الأب السكن للمحضون تنفيذا للحكم القاضي عليه بذلك، يجب أن يكون هذا السكن ملائماً كما نصت عليه المادة 72 من قانون الأسرة "لائماً للحاضنة". والظاهر أن إرادة المشرع تقصد "لائماً للحضانة"، لأن النص في صياغته الأولى معيياً -في تقديرنا- يجعل معيار الملاءمة معياراً شخصياً وليس معياراً موضوعياً، وهو ما يعقّد مهمة القضاء في تجسيد مصلحة المحضون؛ إذ "إن على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل"¹².

ولكي يكون سكن ممارسة الحضانة ملائماً حسبما أقره القانون والاجتهاد القضائي، يجب أن يتوفر على المقومات التالية:

1. المرافق الضرورية للحياة

وفي هذا الصدد أقرت المحكمة العليا على أنه متى ثبت أن المسكن الذي خصصه الطاعن غير صالح للسكن، ولا يتوفر على ضروريات الحياة فلا يمكن للمطعون ضدها أن تسكن فيه، مما جعل القضاة يستجيبون لطلبها الرامي إلى تمكينها من بدل الإيجار، مما يتعين رفض الطعن¹³.

وجاء عنها أيضاً أنه متى تبين من خلال محضر المعاينة الذي أعده المحضر القضائي بأن الطاعن لم يوفر للمطعون ضدها سوى غرفة واحدة داخل عقار يسكنه خمس جيران يشتركون كلهم في مرحاض واحد، وأن الغرفة التي وفرها لا يتعدى طولها ثلاثة أمتار، مما يجعل الغرفة غير ملائمة لممارسة الحضانة،

¹¹ غرفة شؤون الأسرة والموارث للمحكمة العليا، ملف رقم 774295 في 12/12/2013.

¹² المحكمة العليا، نشرة القضاة، 2010، العدد 65، ص 319.

¹³ غرفة شؤون الأسرة والموارث للمحكمة العليا، ملف رقم 368395 في 04/02/2006.

ووضعها لا يراعي مصلحة المحضون في الحصول على رعاية وتربية سليمة، إضافة للشروط الصحية التي ينبغي أن يتوفر عليها المحضون، وعليه فإن القضاء للحاضنة ببدل الإيجار هو تطبيق صحيح للقانون¹⁴. وفي قرار مُشابهٍ اعتبرت المحكمة العليا "أن قضاة الموضوع عاينوا من خلال محضر إثبات حالة، وتأكدوا أن السكن الذي وفره الطاعن للمطعون ضدها لممارسة حضانة الولدين غير لائق ولا يتوفر على المرافق الضرورية للحياة، كما أنه غير مستقل عن سكن الطاعن وأهله، وهو عبارة عن غرفة واحدة ملاصقة لسكن الطاعن، واعتبروه غير متوفر على شروط الحياة ولصيق بمسكن المطلق، ومن ثم فإن قرارهم جاء مؤسسا تأسيسا قانونيا صحيحا، مما يستوجب رفض الطعن".

2. الاستقلالية

بمعنى أنه يحب أن يكون مسكن ممارسة الحضانة مستقلاً بالمحضون وحاضنته، ليس فيه أحد من أهله إلا أن تختار ذلك أو تقتضيه مصلحة المحضون، لأن السكنى يشترط فيه الكفاية، فتجب له كالفقعة، ولأن السكن المشترك يعيق تحقيق المقصد الأساسي من الحضانة، وهو حفظ المحضون من كل ما قد يؤذيه، وتربيته جسمانيا وعقليا واجتماعيا وأخلاقيا ودينيا. فإن كان "المسكن المعد من الطاعن لممارسة الحضانة، يعد جزءاً من مسكن أهله ويفصل بينهما جدار، وبالتالي هو غير ملائم لممارسة الحضانة"¹⁵.

3. أن يتواجد في بلد المحضون له

على الرغم من أنّ المشرع الجزائري لم ينص صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصغير، إلا أنه ومن خلال المفهوم المخالف لنص المادة 69 من قانون الأسرة التي جاء فيها: ((إذا أراد الشخص الموكل له حقّ الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون))، نستنتج أنّ المشرع يريد من الحضانة أن تمارس حقّها في

¹⁴ نشرة القضاة، 2010، العدد 65، ص 319 .

¹⁵ غرفة شؤون الأسرة والموارث للمحكمة العليا، ملف رقم 787090 في 2014/02/13.

الحضانة في بلد المحضون له، والذي يعتبر محل إقامة أبيه، حتى يتمكن هذا الأخير من مراقبة ابنه وزيارته ورعايته.

أما إذا أرادت الحضنة أن تستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر لسلطة القاضي التقديرية في إثبات الحضنة لها أو إسقاطها عنها مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون، وهو ما أكدته قرار المحكمة العليا جاء فيه: " من المقرر شرعا وقانونا أن الحضنة تُسند على أساس مصلحة المحضون، وأن إسنادها لأُم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيد عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي المعمول به، مما يترتب على ذلك نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الحضنة"¹⁶.

3. محدودية الضمانات الكفيلة بحماية حق المحضون في السكن

إن حق الطفل المحضون في السكن مرتبط بالحق في الحياة والبقاء والنمو الذي تضمنته المادة السادسة (6) من اتفاقية حقوق الطفل إذ بدونه يصبح المحضون مهددا في بعض الحقوق الأساسية التي بدونها لا يمكن التحدث عن الحقوق الأخرى. وفي سبيل التأسيس لهذا الحق أحاطه المشرع بجملة من الضمانات القانونية. غير أن هذه الضمانات محدودة الفعالية، مما يجعلها قاصرة عن توفير الحماية الفعالة لهذا الحق، ويجعل البحث عن آليات تعزيز هذه الحماية مطلوبا ومُلحًا.

1.3: التدابير والمؤيدات الحمائية لحق المحضون في السكن

لا شك أن الغاية من إقرار حق سكن المحضون وتحديدده بشكل مستقل عن باقي المستحقات الأخرى بموجب المادة 72 من قانون الأسرة، والتأكيد عليه باعتباره من مشتملات النفقة طبقا لأحكام المادة 78 من نفس القانون والتي تنص على أنه: ((تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته...))، تتمثل في توفير الحماية اللازمة للمحضون في مسكن يأويه من التشرد والضياع ويضمن نشأته في جوٍّ من الدفء الأسري رفقة حاضنته التي تتواجد معه بصفة تبعية.

¹⁶ المحكمة العليا، نشرة الفضاة، 2008، العدد 62، ص 385.

ثم أن المنع التشريعي الصريح للأب من إخراج المحضون رفقة حاضنته من بيت الزوجية قبل أن يهبط سكن له، أو تأدية المبلغ الذي تقدره المحكمة لإيجاره، يكرس لا محالة حمايةً لتمتع المحضون بحقه في المسكن والمأوى، وتأمين العيشة السوية المستقرة.

غير أن ما يجب التنبيه إليه هو أن مسألة بقاء المحضون مع حاضنته ببيت الزوجية تثير إشكالية تتعلق بعدم التنصيص على خروج الزوج من هذا المسكن بعد الطلاق، وخاصة عند وجود خلافات ومنازعات ربما هي التي أفضت إلى الطلاق، تخلق بيئة من التوتر الشديد بين الأب والأم مما يجعل مناسبة للخصام وتبادل الشتائم مما يضع الطفل في مواقف صعبة تدخل عليه القلق والتمزق بين أبوين لا يعيان الضرر الذي يلحقه بالطفل وهو دون شك أمر يتنافى مع مصلحة المحضون ويجعله رهينة للصراعات بين أبويه... فلا المشرع ولا القاضي اهتم بهذا الإشكال وعالجه.

ومن جهة أخرى فإن عدم التنصيص على خروج الزوج المطلق من المسكن الذي أصبح محلا لممارسة الحضانة بعد الطلاق يثير -وبصفة تلقائية- إشكالية مساكنة المطلقة الحاضنة مُطْلَقًا ببيت الزوجية، وقد صارت أجنبية بانتهاء عدتها، ولا يجوز شرعا بقاءها مع مُطْلَقها في نفس البيت إلى أن ينفذ هذا الأخير الحكم القضائي المتعلق بالسكن، وهو ما تبّه إليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا حيث جاء في إحدى قراراتها الصادر بتاريخ: 1999/02/16: "المستفاد من القرار المطعون فيه أنه اعتبر مسكن الزوجية المتكون من طابقين سفلي وعلوي عبارة عن مسكنين وخصص بالتالي الجزء السفلي للحضنة لممارسة الحضانة وهو قضاء لا يتماشى والمنطق. فالشيء المجزأ يعتبر شيئاً واحداً فكان ينبغي عندئذ على قضاة الموضوع أن يقضوا بأجرة المسكن بدلا من تخصيص الجزء السفلي من المسكن ليكون قضاءهم متماشيا مع أحكام المادة 72 من قانون الأسرة، على أساس أن المطلقة الحاضنة صارت بعد الطلاق أجنبية عن المطلق يستحيل أن يتعاشرا في مسكن واحد مما يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص السكن لممارسة الحضانة"¹⁷.

¹⁷ المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2000، العدد 01، ص 181، (ملف رقم 215212).

كما تعتبر جريمة ترك الأسرة المنصوص عليها في المادة 38 من القانون 06-23 المعدلة والمتممة للمادة 331 من قانون العقوبات ((يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاثة (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دينار إلى 300.000 دينار، كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم)) ضمانا لحماية حق المحضون في السكن، ذلك أن عدم التزام الأب بتوفير مسكن لائق لممارسة الحضانة أو دفع أجرته المقررة قضاء، يشكل جريمة معاقب عليها قانونا، ويعرض الممتنع إلى المتابعة الجزائية.

2.3: أوجه قصور حماية حق المحضون في السكن وآليات تعزيز هذه الحماية

يبرز قصور الحماية التشريعية لحق المحضون في السكن من خلال صورتين اثنتين؛ الأولى: التصرف في العقار المثقل بحق سكن المحضون في حالة تفويته من قبل الزوج المطلق، والثانية: كون العقار المخصص لممارسة الحضانة موضوع علاقة إيجار.

2.3- أ: العقار المثقل بحق سكن المحضون مملوكا للأب

إذا كان العقار المثقل بحق سكن المحضون مملوكا للأب المطلق المحضون له، فإن محدودية الحماية التشريعية لحق المحضون في السكن تتجلى من خلال عدم الانسجام والتكامل بين مقتضيات قانون الأسرة المنظمة لحق سكن المحضون وقواعد القانون المدني المتعلقة بالتصرفات الواردة على العقار من بيع أو رهن أو هبة أي شكل من أشكال التصرف الذي يتيح له حق الملكية.

لقد اعتبر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بأن "قيام الزوج بهبة المسكن الممنوح لممارسة الحضانة لوالديه بعد صدور الحكم بالطلاق يعتبر تهريبا واحتيالا قصد حرمان الحاضنة من ممارسة الحضانة"¹⁸، غير إن حق الحاضنة في شغل مسكن الحضانة لا يمنحها حق التملك، فهو حق انتفاع

¹⁸ المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 210.

وليس سند ملكية؛ وبالتالي "فإن الحاضنة لا يمكن لها إبطال عقد البيع الذي أبرمه مطلقها باعتباره مالكا للمسكن، وله كامل حرية التصرف فيه وله أن يبيعه، وما على الحاضنة إلا أن ترفع دعوى على مطلقها لكي يوفر لها مسكن آخر لممارسة الحضانة فيه أو منح لها بدل إيجار مسكن ويثبت ذلك بحكم قضائي، وعليه فلا يجوز التمسك بحق البقاء في المسكن على أساس ممارسة الحضانة إذا ثبتت ملكية المسكن لشخص آخر"¹⁹.

وهكذا فإن قام الأب ببيع العقار الذي يشغله أطفاله المحضونين وحاضنتهم، بعقدٍ حقيقي، يجعل بقاء المطلقة الحاضنة فيه بمثابة احتلال بدون سند ولا يمكنها الاحتجاج بأحكام قانون الأسرة في مواجهة المالك الجديد.

صحيح أن الحكم القضائي الذي قرر لها الحق في المسكن لممارسة الحضانة له قوة في الإثبات، غير أنه غير كاف لتعطيل التزام البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري استنادا إلى نص المادة 364 من القانون المدني، والذي يتحقق طبقا للمادة 367 من نفس القانون بوضع البائع العقار تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع هذا الأخير حيازته والانتفاع به بدون عائق.

وتلافيا لهذا الإشكال وغيره من أمثاله ينبغي العمل على مواجهة التواطؤ الذي يمكن أن يقع من طرف بعض الآباء ذوي النيات السيئة من أجل حرمان الأبناء المحضونين من حقهم في السكن ببيت الزوجية أو بيت آخر مملوك للأب، وذلك من خلال إشهار الحكم القضائي المحدد لسكن المحضون بالمحافظة العقارية لكي يعلم الجميع أن العقار مثقل مؤقتا بحق سكن المحضون إلى حين سقوطه شرعا. ونعتقد أن هذه الإمكانية متيسرة موضوعيا وإجرائيا قياساً على حقوق شخصية نص المشرع على صلاحيتها للشهر، فقد نص المشرع الجزائري على بعض الحقوق الشخصية التي تُشهر وتقيّد بالسجل العقاري، من بينها:

- الحقوق الناشئة عن عقد إيجار عقار لمدة تتجاوز 12 سنة

¹⁹ المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2002، العدد 01، ص 216.

فبموجب المادة 17 من الأمر 75-74 ، التي جاء فيها ((إن الإجراءات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها...)) أخضع المشرع عقد الإيجار طويل الأمد لإجراءات الشهر العقاري، حيث نجد أن المشرع فمّتع للمستأجر ببعض الامتيازات لا يتمتع بها إلا ذو حق عقاري عيني، سعيًا منه لضمان استمرار انتفاعه الهادئ بالعين المؤجرة واستقراره طيلة مدة الإيجار من جهة، ومن جهة ثانية يمكن أن تكون العبرة من شهر عقد الإيجار متى تجاوزت مدته 12 سنة، هو أن الفصل بين المنفعة والملكية لمدة طويلة ينقص من قيمة العين مما يستوجب معرفة وإعلام الغير بذلك.

- المخالصات بالأجرة وحوالاتها إذا زادت مدتها عن ثلاث سنوات

نص المشرع الجزائري في المادة 897 من القانون المدني على أن المخالصات وحوالاتها لمبلغ مالي مدفوع مقدما يساوي أجرة عقار مرهون لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن، حيث جاء في الفقرة الثانية منها: ((إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث (3) سنوات فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن...)).

فإذا كانت تلك النصوص القانونية تجيز - ولو على سبيل الاستثناء- تقييد الحقوق الشخصية بالسجل العقاري فإنه يمكن أن يوسع الاستثناء لشهر الحكم القضائي المحدد لسكنى المحضون وتقييده بالسجل العقاري، لأن الأمر يتعلق بحق شخصي لم يرد في شأنه نص خاص. تجزم بأن هذا التوجه هو الذي سيوفر الحماية القانونية لحق سكن أبناء قاصرين لا ذنب لهم في انتهاء العلاقة الزوجية ، وأن هذا التوجه هو الذي سيحقق الانسجام والتكامل بين مقتضيات قانون الأسرة والقانون المدني في تعزيز حماية حق المحضون في السكن.

2.3- ب: العقار المخصص لممارسة الحضانة مؤجر

إذا كان السكن المخصص لممارسة الحضانة موضوع علاقة إيجار فإن الأمر يتعلق بمسألة التنافر وعدم الانسجام بين قانون الأسرة وبين المرسوم رقم 76-147 المؤرخ في 23/10/1976 المتضمن

تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن وتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري، فوفقاً لمقتضيات المادة 12 منه كان بإمكان الحاضنة أن تستفيد من استمرارية عقد الإيجار المبرم من طرف مطلقها مع ديوان الترقية والتسيير العقاري بنفس شروط عقد الإيجار الأصلي، حيث تنص الفقرة الثانية منها بأنه ((في حالة الطلاق يؤول حق الإيجار وحق البقاء بالعين المؤجرة للزوج المعين من قبل القاضي، طبقاً لأحكام المادة 467 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني)).

وبالرجوع إلى نص المادة المحال عليه (المادة 467 من القانون المدني) نجد أن المشرع قد أقر إمكانية استفادة الأم الحاضنة لأطفالها من استمرار عقد الإيجار لفائدتها بنفس الشروط التعاقدية التي كانت تربط مطلقها مع المؤجر، لكن ذلك كان قبل التعديل الذي أدخله المشرع على نص هذه المادة بموجب القانون 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007، حيث أن نص المادة في صياغتها السارية ((الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم. يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقداً أو بتقديم أي عمل آخر)) يوحى بأن المشرع أهمل البعد الإنساني والحقوقى لوضعية الزوجة المطلقة الحاضنة لأطفالها، وأهمل بالتبع الحماية اللازمة لحق المحضون في السكن.

ولتجاوز هذه المخاطر المحدقة بحق المحضون في السكن، يتعين على المشرع إعادة المقتضى القانوني الذي تنص عليه المادة 467 من القانون المدني كما حُررت في ظل الأمر رقم 75-58: ((ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر. وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة))، والذي كان يجعل الحاضنة الأم من بين الفئات التي يمكن أن يستمر مفعول الإيجار الذي يربط مطلقها مع المؤجر لفائدتها، سيما وأنه -وحسب الإجراءات المعمول بها- قد تقرر تحرير عقد إيجار السكن الاجتماعي باسم الزوج والزوجة معاً.

وكان الأولى بالمشرع أن يجعل بدل الإيجار مقدما على توفير السكن للحاضنة لأنه يكون في مقدور المطلق توفيره لها حال صدور الحكم بإيجابه. كما أن بدل الإيجار يكون الأفضل بالنسبة للحاضنة التي لا يكون بمقدورها الإنفراد بمسكن مستقل عن أهلها لأن مسكن الزوجية، أو توفير مسكن ملائم يكاد يكون -في الغالب الأعم- مستحيلا خاصة في ظل غياب الإجراءات القانونية التي تمكن القاضي من التحقق من الممتلكات العقارية للزوج.

وكان الأجدر به أيضا وأن يقنن حماية جزائية في حالة طرد الحاضنة، أو التلکؤ في تسديد مستحقات الإيجار، لأنه وفي غالب الأحيان يقوم الآباء بدفع بدل الإيجار لمدة معينة ثم يتهربون من الاستمرار في دفعها للمؤجر، مما يُعرض الحاضنة والأطفال للطرد من السكن المؤجر، وبالتالي تجد نفسها وأبنائها في الشارع بدون مأوى.

4. خاتمة:

عالج هذا البحث إشكالية التصرف في العقار المثلث بحق سكن المحضون في حال تفويته من طرف الزوج المطلق، وفي حالة حدوث هذا الاشكال كيف يمكن أن نحمي المحضونين من الطرد من مسكنهم؟ وقد توصل إلى النتائج التالية:

- 1) عند افتراق الزوجين، وانقطاع العلاقة الزوجية بينهما بطلاق أو غيره، فهنا أوجبت الشريعة الإسلامية والأنظمة المعاصرة مراعاة المصلحة العليا للأطفال؛ بوسائل؛ من أهمها: الحضانة التي هي عملية بناء شامل (جسمي ونفسي وتربوي) للطفل.
- 2) اعتبر المشرع الجزائري سكن المحضون التزاما مستقلا بذاته كما يستفاد من أحكام المادة 72 من قانون الأسرة، وعدّه أيضا عنصرا من عناصر النفقة بموجب المادة 78 من نفس القانون.
- 3) استعمال المشرع في المادة 72 من قانون الأسرة عبارة "سكنا ملائما للحاضنة" في غير محله باعتبار أن السكن حقٌّ مقررٌ لمصلحة المحضون، ولذلك فإن تحديد مقر إقامته يتم بالنظر إلى مصلحته وليس بالنظر إلى مصلحة والديه، فكان عليه استعمال عبارة "سكنا ملائماً لممارسة الحضانة".

(4) في السياق ذاته لم يكن مصطلح "بيت الزوجية" دقيقاً؛ فرابطة الزوجية قد انفكت بصدور حكم الطلاق، وبالتالي كان يجب استعمال مصطلح "بيت المُطَلَّق" أو مصطلح "المحل الذي كان بيتاً للزوجية".

(5) نظرا لما للمسكن من أهمية جوهرية في تحقيق استقرار المحضون المادي والنفسي والعاطفي فقد آن الأوان لاتخاذ التدابير القانونية لحماية حق المحضون في السكن، ليكون هذا الأخير في مأمن من أي تصرف يُهدّد حقه هذا، وذلك من خلال:

← تعديل المادة 72 من قانون الأسرة بالنص على اتخاذ النيابة العامة التدابير المؤقتة لبقاء الأم الحاضنة وأطفالها في بيت الزوجية لغاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

← النص على إمكانية تقييد حق سكن المحضون المتعلق ببيت الزوجية بالسجل العقاري استنادا إلى الحكم المُحدد له لضمان عدم طرد المحضون من البيت، فحق المحضون في السكن - ولو كان حقا شخصا- لا يقل أهمية عن الحقوق الشخصية التي أجاز المشرع شهرها وتقييدها بموجب نصوص خاصة.

← كما نهيب بالمشرع الجزائري أن يحدّد حذو المشرع التونسي لما نص في الفصل 56 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية على أنه ((يعاقب بالسجن من ثلاثة أشهر إلى عام وبخطية من مائة دينار إلى ألف دينار كل من يتعمد التفويت بعوض أو بدونه في محل سكني ألزم الأب بإسكان الحاضنة ومحضونها به أو رهنه دون التنصيص بسند التفويت أو الرهن على حق البقاء المقرر للحاضنة ومحضونها قاصدا حرمانها من هذا الحق. ويعاقب الأب بنفس العقوبات المقررة بالفقرة المتقدمة إذا تسبب في إخراج الحاضنة من المحل المحكوم بإسكانها ومحضونها به وذلك إما بتعمده فسخ عقد الكراء بالتراضي مع المكري أو عدم أداء معينات الكراء الحالة عليه وفي صورة الحكم عليه بمنحة سكن، قضائه شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه)).

5. قائمة المصادر والمراجع:

الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

الأمر 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 92 المؤرخة في: 18/09/1975.

القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984م يتضمن قانون الأسرة. ج. ر. ج. ج. ع: 24، مؤرخ في 12 رمضان عام 1404 هـ الموافق 12 يونيو سنة 1984م. المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق 27 فيفري 2005م. ج. ر. ج. ج. ع: 15. مؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق 27 فيفري 2005م.

قانون رقم 15-12 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة 2015 يتعلق بحماية الطفل. ج. ر. ج. ج. ع: 39. مؤرخ في 3 شوال 1436 هـ الموافق 19 يوليو 2015م. مرسوم رئاسي رقم 442-20 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 82 مؤرخة في 30 ديسمبر سنة 2020.

الفيروزبادي، (2008)، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة.

ابن منظور، (2010)، لسان العرب، دار النوادر، الكويت.

ابن حزم، المحلى، ط: دارالآفاق الجديدة - دارالتراث، بيروت.

ابن رشد، (1425هـ/2004م)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط: دار الحديث، القاهرة.

ابن قدامة، (1405هـ) المغنى، الطبعة الأولى، دارالفكر، بيروت.

الدسوقي، محمد عرفه، حاشية الدسوقي، طبعة دارإحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه.

الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، طبعة دار إحياء الكتب العربية، بيروت

النووي، محي الدين يحيى بن شرف، (1415هـ/1995م)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، دارالفكر، بيروت. الزعبي، علي أحمد (2006)، حق الخصوصية في القانون الجنائي: دراسة مقارنة، ط: 1؛ المؤسسة الحديثة للكتاب: طرابلس (لبنان).

الشرباصي، رمضان على السيد، (2001)، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للطباعة والنشر.

شلبي، مصطفى، (1977) ، أحكام الاسرة في الاسلام : دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.