إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط

أ/ يوبي سعاد
أستاذة مساعدة "أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان

مقدمة

لا خلاف في أن تربية الأطفال والقيام بشؤونهم من أعظم المسؤوليات على الإطلاق. فهي الأساس لنشوء مجتمع سليم معافى من الآفات الاجتماعية التي تكاد تفتك بالمجتمعات المنحلة خلقيا. لذلك، كان لزاما الاهتمام بالطفل ضحية الخلافات الزوجية وانهيار الأسرة وتشتتها.

وتعد الأسرة البيئة الطبيعية الأصلية في حمايته ورعايته، لما للوالدين من دور هام في إنمائه ومنح الرعاية المعنوية والمادية على حد السواء، ولكن قد تتشتت هذه الأسرة وتنقلب المحبة بغضا، والتعاون على حفظ وتربية الأطفال تنافرا وأنانية، يحاول فيها كل طرف الاستئثار بالصغار دون الآخر، مما يتطلب تدخل الحماية القانونية لهؤلاء الصغر.

لذلك، يعد حق الحضانة وسيلة أساسية ومهمة في تربية المحضون وحفظه، أوجبتها الشريعة الإسلامية الغراء منذ قرون، وكانت محل اهتمام ما بين الفقهاء لتكون بذلك من أهم الوسائل الشرعية في تحقيق المصلحة الفضلى للطفل المحضون، من خلال تضمينها بمجمل القواعد اللازمة لتحقق أكبر حماية له.

كما أن المشرع الجزائري نظم حق الحضانة ضمن أحكام قانون الأسرة في المواد من 62 إلى 71، وقد أدخل عليها تعديلات بموجب الأمر 05 . 11 المعدل والمتمم لقانون الأسرة رقم 84 . 05 وهذا تماشيا مع التطور الاجتماعي وما تتطلبه مصلحة المحضون، وإن كان قد فتح المجال بموجب المادة 222 ق.أ.ج للعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية لسد الثغرات القانونية.

إلا أنه مسألة الحضانة في الزواج المختلط تطرح إشكالات أخرى، فرغم أن المشرع الجزائري حدد أصحاب حق الحضانة ضمن المادة 64 ق.أ.ج

المعدلة، إلا أنه لم يشر في حالة ما إذا كان للأجنبي أو بالأحرى غير المسلم حق حضانة المحضون الجزائري المسلم، هذا من جهة ومن جهة أخرى من الشروط المهمة التي أوردها المشرع في هذا المجال مسألة تربية المحضون على دين أبيه في المادة 62 ق.أ.ج، وإشارة في المادة 69 من ذات القانون إلى مسألة الإقامة في بلد أجنبي من جهة أخرى.

كل هذه المسائل تثير إشكالية مهمة وهي مدى أحقية الأم الأجنبية أو الغير مسلمة في حضانة ابنها المسلم (الجزائري)؟

المطلب الأول: الأولوية في إسناد حق الحضانة

الأصل في إسناد الحضانة هي حماية المحضون والقيام بشؤونه وتدبر أموره نظرا لضعفه وعجزه فمسألة إسناد الحضانة تعتبر من المشاكل العويصة التي قد تعرض على القاضي، فإسناد الحضانة لطرف دون الآخر مرهون بمصلحة المحضون.

حدد المشرع الجزائري عن أصحاب الحق في حضانة الصغير من خلال مضمون نص المادة 64 من قانون الأسرة جزائري، لذلك بجدر بنا التساؤل عن الأشخاص الذين حددتهم هذه المادة وهل الأم الأجنبية من ضمن هؤلاء الأشخاص، بمعنى هل للام الأجنبية الحق في حضانة ابنها الجزائري؟ لكن وقبل الإجابة عن هذا الإشكال بجدر بنا في البداية التطرق إلى تحديد مضمون فكرة الحضانة، من خلال إعطاء تعريف لمسألة

الحضانة، ثم بعد ذلك التطرق إلى طبيعة أو إعطاء وصف لمسألة الحضانة

الفرع الأول: تحديد مضمون فكرة الحضانة.

تشكل الحضانة إحدى أهم الوسائل التي بموجبها يمكن العناية والحرص على حماية حقوق المحضون والسهر على مصالحه وتنشئته تنشئة سليمة وفق أسس متينة، فمداها تحقيق المصلحة والنفع للطفل بالدرجة الأولى. لأجل الوقوف على مضمونها سنحاول تعريفها وطبيعتها الشرعية.

أولا: تعريف الحضانة

يقصد بالحضانة لغة الضم مأخوذة من الحضن وهو الصدر، فالحاضن يضم المحضون إلى نفسه فكأنه يضمه إلى صدره ويحميه [1]، أما اصطلاحا الحضانة هي رعاية وتربية الطفل والعناية به والقيام بكل ا يصلح أمره ووقايته مما يؤذيه في سن معينة ممن له الحق في ذلك[2]، أو هي القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه وتدبير طعامه وشرابه ولباسه وتنظيفه وقيمه ونومه[3].

نظرا لأهمية الحضانة أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة بها، وتباينت تعريفات الفقهاء لها نذكر منه على سبيل المثال:

عرفها فقهاء المالكية: فعرض لها العدوي بقوله:" هي الكفاءة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه، وهي:" فرض كفاية لا يحل أن يترك الطفل بغير كفالة "[4].

وعرف الحنفية الحضانة:" بأنها تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة لمن له الحق في الحضانة."[5]

عرفها الشافعية:" بأنها حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه لصغر أو جنون أو عته."[6].

كما عرفها الفقه الحنبلي فقال ابن قدامه:" هي كفالة الطفل وحفظه من الهلاك، والإنفاق عليه وانجازه من المهالك."[7]

إن الظاهر من هذه التعريفات الفقهية أنها تتفق في مدلولها حول الحضانة وتتماشى مع الحكمة التي شرعت لأجلها الحضانة وهي حفظ المحضون من الهلاك والضياع، وان اختلفت في العبارات. على أن هذه التعريفات لا تختلف عما ورد في قانون الأسرة الجزائري[8]، فقد نص في المادة 62 من قانون الأسرة جزائري بقولها:" رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك."

على أن الملاحظ في هذا النص ان المشرع الجزائري ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحتا وخلقا. ومما يؤخذ على هذا التعريف أنه استخدم مصطلح الولد من دون أن يشر

---

[1] انظر، ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج13، دار الصادر، بيروت 1990،ص122.

[2] انظر، رمضان على السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعية، الإسكندرية، 2009،ص169.

[3] انظر، بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، 112.

[4] انظر، محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، 2010،ص30.

[5] انظر، صلاح الدين جمال الدين، مشكلات الحضانة في زواج الأجانب (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2004،ص 09.

[6] انظر نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط ممارستها (دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين، المجلد 16، العدد 59، السنة 18، جامعة الموصل، العراق، ص63.

[7] انظر، نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص63.

[8] القانون رقم84 ـ 11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، ج. ر 24 المؤرخة في 1984/06/12، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 ـ 02 المؤرخ في 27 /02/ 2005، ج. ر 15 المؤرخة في 2005/02/27.

التعريف لا من بعيد ولا قريب إلى مصلحة الولد المحضون ذكر كان أو أنثى[1].

أما القانون العراقي نص على أنه:" يقصد باصطلاح الحضانة في قانون الأحوال الشخصية: تربية الطفل وتدبير شؤونه من قبل من له الحق في ذلك قانونا، والمحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه، وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره".[2]

كما عرفه المشرع المغربي في المادة 163 من مدونة الأسرة بنصه:" حفظ الولد مما يضره والقيام بتربيته ومصالحه." [3]

كذلك قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 27 لسنة 2005 في مادته 143 عرف الحضانة بأنها: "حفظ الولد وتربية ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي على الولاية على النفس"، إذن الحضانة تعني وجود علاقة شخصين الأول المحضون (الطفل الصغير) بحاجة لرعاية خاصة، والثاني الحاضن.[4]

في هذا الشأن يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 ق.أ.ج يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عموميته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.[5]

من هنا فالحضانة هي تربية الصغير وتنشئته وحفظه مما يضره، ولما كانت كذلك فهي حق للصغير في أن يكون له من يتولها ويقوم بشؤونه، وواجب لما في ذلك من أعباء القيام بمسؤولية الحفظ والرعاية، لذلك تثار مسألة طبيعة الحضانة من حيث كونه الحق أو الواجب، لذلك تباينت الآراء حول تحديد طبيعة الحضانة وما يترتب على ذلك من آثار ومدى إمكانية صاحب حق التنازل عنه وبين من اعتبرها واجب وعليه لا يمكن التنازل عنها.

ثانيا: طبيعة الحضانة شرعا.

اتجهت أراء فقهاء الشريعة الإسلامية الشريعة الإسلامية إلى القول أن الطبيعة الحضانة أما حق للحاضن وأما حق للمحضون ورأي توفيقي هي حق مشترك بين الحاضن والمحضون، وكل رأي له حجته الشرعية، هذه الآراء هي على النحو التالي:

الاتجاه الأول: الحضانة لله تعالى

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحضانة حق لله تعالى فإذا أسقطتها الحاضنة لا تسقط ولا تجبر عليها، إلا إذا وجد عذر عن الوفاء بها، مستدلين في ذلك إلى أن الحضانة شرعت لحفظ النفوس وحفظها من حقوق الله تعالى وفي هذا قال المالكية في إحدى الروايتين والاباضية في قول لهم[6].

الاتجاه الثاني: الحضانة حق للمحضون

يرى القائلون بهذا الاتجاه إلى أن الحضانة حق للمحضون فهي واجب طبيعي تقوم به الأم إزاء الطفل

---

[1] انظر، نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص22.

[2] قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 (التعديل الثاني) المقدمة، رابعا 2،ص17.

[3] مدونة قانون الأسرة المغربية.

[4] انظر، حسن رجب محمد خلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي (دراسة مقارنة)، مجلة التقني، المجلد الرابع والعشرون، العدد العاشر، 2011، ص642.

[5] انظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار البحث، قسنطينة، ص293.

[6] انظر، نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص 59.

الصغير، وليس للحاضن الامتناع عنها إنما تجبر عليها بوصفها واجبا عينيا عليه [1]، إي لا يجوز بناء على ذلك الامتناع عن القيام بهذا الواجب، فإذا امتنعت من لها الحق في الحضانة أجبرت عليها، ولا يجوز لها إسقاط حق غيرها، وهذا القول لبعض الفقهاء في المذهب المالكي والحنفي والإباضي[2].

يقول أبو زهرة:" إنما ثبت وجوب الحضانة على النساء أولا، لان الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايتهن."[3] لذلك الحضانة حق للصغير أي حقه أن يتولاه من يقوم على تربيته بسبب البراءة التي ولد عليها ونموه البطء وعجزه عن القيام بشؤونه، وتعهده حتى يتدبر هو وحده أمر نفسه دون حاجة إلى مساعدة من غيره.

واستدل أصحاب هذا الرأي لقوله تعالى" **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين.**"[4] أمر والأمر يفيد الوجوب فلا يصح إسقاط الحضانة لأن مدار الحضانة على النفع، ونفعه لا يتحقق إلا عند أمه ما كان بحاجة إليها لما لها من كمال الشفقة التي لا تتوفر لدى غيرها.[5]

ويترتب على كون الحضانة حق للمحضون ما يلي:

– انه لا يجوز لأم المحضون المستحقة لحضانته أن تصالح أباه على إسقاط حقها في الحضانة مقابل بدل تأخذه، منه لما في ذلك من تفويت لحق المحضون وهي لا تملك إسقاط حقه فان فعلت ذلك لم يصح الصلح، ولم تستحق البدل الذي تصالحت عليه لان الحاضن يملك حقه ولا يملك إسقاط حق غيره.

– إذا ما خلعت أم المحضون أباه على أن تترك حقها في حضانته مدة الحضانة، فان الخلع يصح، ولكن البدل يبطل لأنها فوتت حق المحضون وهي لا تملك هذا الحق.

الحضانة حق للحاضن الاتجاه الثالث:

يرى أن الحضانة هي حق للحاضنة (الأم) لا تجبر عليها إن امتنعت أو تنازلت عن حقها، إلا إذا لم يوجد غيرها أو لم يقبل الصغير حضانة غيرها، أو لم يكن للأب أو الصغير مال يكفي لاستئجار الحضانة[6].

بناء على ذلك إذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة من غير عذر – فلا تعود الحاضنة إن أرادت العودة إليها لان من اسقط حقه لا يجوز أن يرجع عليه – وبهذا الرأي هو المشهور عند المالكية وقال به أحمد والشافعي والبعض من الحنفية والحنابلة والأمامية[7].

ويترتب على هذا القول أن الحضانة حق للحاضنة عدة نتائج منها أنه

– لا يجوز لأب الصغير أن ينقله من البلدة التي تقيم فيها الحاضنة، لأنه أن فعل ذلك ضيع عليها حقها.

– كما لا يجوز للأب أيضا أن ينتزع الصغير من يد حاضنته المستكملة لشروط الحضانة ليدفعه إلى من هو دونها في الدرجة لان في ذلك تفويت لحق الحاضنة.

– كذلك لو كان للصغير مرضعة غير التي تحضنه فانه يجب على هذه المرضعة ان تقوم بإرضاعه في منزل الحاضنة حتى لا تفوت حقها في حضانته.

---

[1] - انظر، مرنان عبد الرحمان، أحكام الحضانة ومدى تأثرها بالعنصر الأجنبي، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص،الجزائر،1978، ص27.

[2] انظر، المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، 2010،ص507، نقلا عن أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص406.

[3] انظر، صلاح الدين جمال الدين، مشكلات الحضانة في زواج الأجانب، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004، ص..108

[4] سورة البقرة، 233 الآية.

[5] انظر، نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص 59.

[6] انظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق،ص 100.

[7] انظر، عبد الرحمان مرنان، المرجع السابق، ص27.

إلا أنه انتقد هذا الرأي على انه اجتهاد فقهي يمثل خطر على مصلحة الصغير ويتناقض مع الغاية التي شرعت لأجلها الحضانة[1].

الاتجاه الرابع: الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون

يرى جانب من الفقه الحنفي والبعض من الشافعية أن الحضانة حق للام الحاضنة والمحضون فان وجد من يقوم بها لا تجبر الأم عليها وحق المحضون أقوى، لان مصلحة الصغير مقدمة على مصلحة حاضنيه ويجب العمل بما هو أنفع وأصل له[2].

وقد رجح بعض المعاصرين هذا القول بان الحضانة حق للحاضنة والمحضون معا، وهذا التكييف في يتماشى مع مصلحة كل منهما فالمحضون صاحب حق في أن يكون عند أمه التي وضعته وأشفق الناس عليه، أو حضانة العمل بما هو أنفع وأصل له.

وقد رجح بعض المعاصرين هذا القول بان الحضانة حق للحاضنة والمحضون معا، وهذا التكييف في يتماشى مع مصلحة كل منهما فالمحضون صاحب حق في أن يكون عند أمه التي وضعته وأشفق الناس عليه، أو حضانة النساء عموما في هذه الفترة من حياته اذ النساء اقدر على أمور الحضانة من الرجال ومن ناحية أخرى حق للحاضن لان الشارع جعل لها ذلك وتجتمع المصلحة في ان يثبت المحضون على الجادة وأن يبتعد عما هو شائن[3].

وان كان حسب هذا الرأي الحضانة هي مؤسسة يتعايش فيها حقان حقا للمحضون وحق الحاضن ولكن الأول أقوى من الثاني.

[1] انظر، حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة،(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004ـ 2005، ص453.

[2] انظر، نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص70.

[3] انظر، محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص 123.

الاتجاه الخامس: الحضانة ثلاثة حقوق حق الصغير، حق الحاضنة وحق الأب

هذا الاتجاه الأخير يرى بان الحضانة ثلاثة حقوق حق الصغير وحق الحاضنة وحق للأب، والتوفيق بينهما واجب متى أمكن الوصول إليه وإلا فمصلحة الصغير هي المقدمة، لان مدار الحضانة على نفع المحضون، كما أنه لا يضار الأب يولده والأم بولدها، وهذا الرأي استقر عليه القضاء المصري[4].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري:

أما عن طبيعة الحضانة في التشريع الجزائري فبحسب نص المادة 66 ق.أ.ج وردت عبارة " يسقط حق الحاضنة " من جهة وعبارة " بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون "، هذه العبارات تدل على أنها حق للحاضن كما نص المشرع على ذلك من جهة والسماح للحاضنة بالتنازل من جهة أخر مع اشتراط عدم الإضرار بالمحضون كما أشار إليه نص المادة 66 ق.أ.ج.

وفي مواد أخرى من ذات القانون بيّن أن الحضانة حق للحاضنة كنص المادة 67 فقرة 2 التي نص على عدم

[4] جاء في القرار الأول:" المنصوص عليه شرعا أن الحضانة ثلاثة حقوق حق الصغير وحق الأم وحق الأب، وان غير الأب من العصبة في حكمه وغير الأم من الحاضنات كالأم، وأن هذه الحقوق متى أمكن التوفيق بينها وجب أن يصار إلي التوفيق نضرا لمصلحة الصغير ـ وان تعارضت فيقدم حق الصغير على غيره لان مدار الحضانة على نفع الولد كما أنه لا يضار المولود له بولده لا تضار الحاضنة بهذا الولد أما أو غيرها." قرار رقم 36/48، آجا (32/12/21)، ت س، م ش 370/10، أنضر ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،1997، ص85.

وفي قرار آخر:" في الحضانة ثلاثة حقوق بعضها في الوجوب أقوى من الآخر، حق الصغير، حق الحاضنة، حق الأب، ومذه الحقوق مجتمعة متى أمكن التوفيق بينها صير إليه، و إلا فحق الصغير أولى بالرعاية والاعتبار فيقدم على حقهما جميعا." قرار رقم 47/295 العطارين (48/01/20) م ش 240/20، أنضر ممدوح عزمي، المرجع السابق، 87.

سقوط حق الحاضنة بسبب عملها وكالمادة 68 التي جعل المشرع بمقتضاها مصير ممارسة الحضانة رهن إرادة صاحبها إذ منح مطالبتها في ظرف سنة، ونص المادة 71 الذي أكدت على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الشرعي، كما أن المشرع الجزائري أبرز حق المحضون والدعوة إلى تعاليه على أي حق آخر بحيث أضاف عبارة مصلحة المحضون في المواد 62، 67، 60 أو ما يماثلها كعبارة " ما لم يضر بمصلحة المحضون ". مما يتقدم يظهر أن المشرع الجزائري يرى بأن الحضانة حق للحاضن والمحضون معا، وهذا ما استقر عليه القضاء الجزائري حيث قضى المجلس الأعلى في 25 ديسمبر 1968 على " أن الحضانة حق وواجبات في آن واحد." [1]

كما قرر في قرار صادر بتاريخ 1986/05/05 بأن:" من المقرر شرعا بان الشريعة الإسلامية تراعي بالدرجة الأولى مصلحة الأولاد المحضونين."[2]

أيضا تأكد هذا المبدأ كذلك في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/07/03 وذلك بقولها: "حيث إن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط...فضلا عن ذلك أن الحضانة ليست حق للحاضنين فقط وإنما هي حق للمحضون أيضا."[3]

من خلال ما سبق بيانه من قرارات للمحكمة العليا والمجلس الأعلى الجزائري فان موقفه يتماشى مع الرأي الراجح في الفقه الشرعي والذي يرى أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون فمن حق الحاضن الذي توفرت فيه الشروط القانونية من إسناد الحضانة إليه ومن حق المحضون أن يسند إلى أيادي أمينة تحافظ عليه وتصونه بما تقتضي مصلحته في ذلك، إلا أن تكييف الحضانة في العلاقات الدولية الخاص يختلف عنه في الفقه الشرعي كما سنرى في البند الموالي.

الفرع الثاني: أولوية الأم في إسناد الحضانة.

بعد أن بين مفهوم حق الحضانة نتساءل في هذا المطلب عن أصحاب الأولوية في استحقاقها، بمعنى الشخص الأكثر كفاءة وقدرة على القيام بمسؤولياته ومهامه تجاه المحضون، لكن بما أن الدراسة تشمل أحقية الأم الأجنبية في الحضانة سنركز عن أحقية الأم في إسناد الحضانة والشروط الخاصة بالأم الأجنبية في إسناد الحضانة.

أولا: حق الأم في الحضانة

لما كانت المرأة أكثر الناس شفقة ورحمة على الصغير وأليق لحضانته وأشد صبرا على تلبية حاجاته المتنوعة فقد قدمها الشرع على الرجل في استحقاق الحضانة، من هذا المنظور يشهد البعض أن الحضانة مؤسسة نسويه بالأساس، فالنساء تحتفظ بالأولوية وتحظى بالأسبقية في موضوع الحضانة إن لم نقل تحتكره.[4]

إن كانت للنساء الأولوية في الحضانة قبل الرجال لأنهن مطبوعات على الحنان والشفقة وأصبر على القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه، فكانت الأم في صدر قائمة المستحقين للحضانة فهي أولى من غيرها في حضانة ابنها وذلك استنادا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم حيث جاءته امرأة فقالت:" يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وأن أباه

[1] انظر، المجلس الأعلى، غ.م،1968/12/25،ن.س،1986،ص136.

[2] ملف رقم 41110، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1986/05/05،غير منشور، مقتبس عن العربي بلحاج، مبادئ الاجتهاد... المرجع السابق،ص128 ـ

[3] ملف رقم 274207،المحكمة العليا، غ.أ.ش.م،2002/07/03،(غير منشور)،نقلا عن تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون، المرجع السابق،ص517.

[4] - v, hadjira benchikh hocine denouni , la garde un attribut de la maternité en droit algérien, R.I.D.C ,V38 ,n°3,p897-917

طلقني ويريد أن ينتزعه مني "، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم:" أنت أحق بهم ما لم تنكحي."[1]

فيعتبر هذا الحديث دليل ثابت على أن للام الأولوية عن الأب في حضانة طفلها ما لم يحصل مانع في زواجها، وهذا ما استند إليه الشوكاني، ويقول ابن المنذر في هذا الصدد " أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد أن الأم أحق به ما لم تنكح." [2]

وفي هذا المجال أثبتت الدراسات أن الأم أكثر إمداد للمحضون بالعطف والطمأنينة، وهي قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة فما يتلقاه من تربية مند ولادته لا حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية أو الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره.[3]

كما استقر على هذا الرأي اغلب التشريعات فنص عليه المشرع العراقي [4] واستقر عليه القضاء العراقي عليه [5]، والمشرع الكويتي [6]، والمشرع المغرب [7]إلى غير ذلك من التشريعات، كما نص عليه القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية وان كان فصل في حق الحضانة بين حالتين، الأولى أثناء قيام الزوجية فالحضانة واجبة على الأبوين سوية [8]أما في حالة الفرقة فان كان الصغير فالأم ملزمة بالحضانة وليس لها تركها[9].

لم يخرج المشرع الجزائري عن هذه القاعدة وأكد هو بدوره أولوية الأم في حضانة الأطفال كما أشرنا سابقا، ذلك من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة فالأولوية في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة يعود للأم، وقد كرس القضاء الجزائري هذا المبدأ من خلال عدة قرارات سواء تعلق الأمر بالقرارات السابقة لصدور قانون الأسرة الجزائري أي لسنة1984 والتي استمد أحكامها من مبادئ الشريعة الإسلامية أو اللاحقة لصدور قانون الأسرة على كل سنحاول سرد بعض القرارات المتعلقة بهذه المسألة.

---

[1] انظر، سنن أبي داوود، كتاب الطلاق، دار الفكر للطباعة، لبنان، حديث رقم 2276، ص252.

[2] انظر، ابن القيم الجوزي، زاد الميعاد في هدي خير العباد، دار الفجر للتراث، القامرة،1999،ص134..

[3] أنضر خيرة العرابي، الحضانة عند المشرع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة ومران، 2002،ص202.

[4] نص في المادة 1/57 من القانون رقم 188 لسنة 1959:" على أن الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون."

[5] استقر عليه قضاء محكمة التمييز العراقية، فقد جاء في قرار لها:" الأم أحق بالحضانة مادامت محتفظة بشروط الحضانة." قرار محكمة التمييز المرقم 1126/شخصية /2000، نقلا عن شذى مظفر، المرجع السابق، ص، وفي قرار آخر:" الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك." أنضر قرار محكمة التمييز المرقم 171في 1995/02/27، مشار إليه في المختار من قضاء محكمة التمييز قسم الأحوال الشخصية، إعداد إبراهيم المشامدي، مطبعة الزمان 1999، نقلا عن شذى مظفر، المرجع السابق، ص

[6] المادة 183من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 151لسنة 1984:"أ- حق الحضانة للام، وان علت، ثم الخالة ".وفي المذكرة الإيضاحية وبخصوص هذه المادة ص286: " جاء الأم فهي أحق الناس بالحضانة سواء كانت زوجة لأبي الصغير أو مطلقة ثم تقول،" ولان الأم الأشفق وأقدر على تحمل مشاقة الأولاد فكان في تفويض الحضانة إليها مصلحة الصغير، أنضر محمد ناصر عليوي، المرجع السابق،ص48.

[7] المادة 171 من مدونة الأسرة المغربية: " تخول الحضانة للام.....".

[8] المادة 137 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية:" الحضانة من واجبات الأبوين معا ما دامت الزوجية قائمة بينهما فان افترقا فهي للام، ثم للأب، ثم لأقرباء المحضون وفق الترتيب التالي ما لم يقدر القاضي خلافه لمصلحة المحضون: جدة المحضون للامه وان علت، ثم خالته، ثم خالة أمه، ثم عمة أمه، ثم جدته لأبه وان علت، ثم أخته، ثم عمته، ثم عمة أبيه، خالة أبيه، ثم بنت أخيه، ثم بنت أخته، ويقدم في الجميع الشقيق ثم لام، ثم لأب."

[9] المادة 139:" إذا تركت الأم بيت الزوجية لخلاف او غيره، فتكون الحضانة لها ما لم يقدر القاضي خلاف ذلك، وإذا كان المحضون رضيعا تلتزم الأم بحضانته.

ففي قرار مؤرخ في 1968/05/12 صادر عن المجلس ورد فيه: "وحيث إن الشريعة حرصا منها على مصلحة الطفل تكل حضانته إلى أمه أولا طالما أنه لم يسقط عنها حقها فيها لأحد الأسباب المبنية بوضوح."[1]

في قرار آخر مؤرخ في 2013/02/14 نصت المحكمة العليا وفي تعلياها لإسناد الحضانة إلى الأم:" لكن حيث إنه طبقا لأحكام المادة 64 من قانون الآسرة فان الأم أولى بحضانة أبنائها خاصة وأن البنت المذكورة لا تزال طفلة صغيرة في أمس الحاجة إلى خدمة النساء التي يعجز الطاعن عن تقديمها لها في مثل هذه السن، ومن ثم فان مصلحتها تقتضي إسنادها إليها."[2]

إذا كان حق الأم مادام أنها كانت مستوفية للشروط القانونية في الحضانة ثابتا فقها وقانونا وقضاء، إلا أن السؤال الذي يثار في هذه الحالة حينما نكون في انحلال زواج مختلط ما مدى أحقية الأم الأجنبية في حضانة أبنائها، بمعنى آخر ما مدى اختلاف الدين في إسناد الحضانة؟

ثانيا: إثر الدين في إسناد الحضانة

إذا ما وقع الشقاق بين الزوجين وكان بينهما أطفال أول ما يثار بالنسبة للأطفال إلى من تسند حضانتهم، أو من الأحق بالحضانة، لكن الإجابة ليست بهذه السهولة خاصة إذا كان الحضانة مرتبطة بانحلال زواج مختلط، مما يطرح مسألة اختلاف العادات والتقاليد وسلوكيات الأفراد الاجتماعية والأكثر من كل ذلك تثار إشكالية اختلاف الدين مما يطرح التساؤل ما مدى أحقية الأم الأجنبية في الحضانة؟

1- إثر اختلاف الدين في إسناد الحضانة

من المعلوم أن الزواج المختلط يكون بين شخصين مختلفين في الجنسية وحتى من الممكن أن يكون هناك اختلاف في الدين أيضا لذلك لزاما علينا البحث عن أثر اختلاف الدين في إسناد الحضانة. في الواقع للإجابة عن هذا السؤال لم نجد نص قانوني في التشريع الجزائري نسترشد به، مما يتعين علينا الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 قانون الأسرة جزائري.

إن كان فقهاء الشريعة الإسلامية انقسم في مسألة إسناد الحضانة إلى الأم الأجنبية (غير مسلمة)، إلى رأيين مختلفين الأول بالنسبة للشافعية والحنابلة إذ اشترطوا إسلام الحاضن سواء كان ذكرا أو أنثى، بينما ذهب الأحناف والمالكية خلاف ذلك، يجوز إسناد الحضانة إلى الأم الغير المسلمة وعللوا ذلك بكون شفقة المرأة على المحضون لا تختلف باختلاف الدين.

الرأي الأول: اختلاف الدين بين الحاضنة والمحضون لا يؤثر في أحقية الحاضنة لحضانة صغيرها، فإذا كانت الحاضنة غير المسلمة والولد مسلم فيجوز حضانتها له سواء كانت أما أولا، وسواء كان رباط الزوجية قائما بين الزوجين أو انفصمت عرى الزوجية.

تفصيل ذلك حسب ما يرى الحنفية أنه إذا كانت الحضانة للمرأة فانه لا يشترط اتحاد الدين لان الحضانة مبنية على الشفقة والرفق وهذا أمر تستوي فيه غير المسلمة مع المسلمة، إلا في حالة واحدة وهي كون المرأة مرتدة [3]، أما إذا كانت الحضانة للعصبة من الرجال

[1] قرار بتاريخ 1968/05/12، نشرة القضاة، العدد الرابع، ص79.

[2] ملف رقم 728882، قرار مؤرخ في 2013/02/14، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2014، ص307.

[3] انظر، بدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الاولى،1420هـ، 2000م،ص 466

فيشترط لصحة الحضانة أن يكون الحاضن متحدا دسنه مع دين الصغير[1]

لكن هناك شرطان لابد من توافرهما بحيث إذا تخلف أحدهما تسقط حضانة غير المسلمة للولد المسلم وهما:

1-أن يكون الصغير غير عاقل للأديان، فان عقل الأديان سقطت حضانة الكافرة له.

2-الأمن عليه من التأثر بعقيدة الكفار، أما إذا خيف عليه أن يعتاد الكفر أو يألفه، كان تأخذه معه إلى الكنيسة أو تسقيه خمرا أو تطعمه الخنزير، فعندئذ يسقط حقها في الحضانة[2].

أما المالكية أن الحضانة تثبت للكافرة على المحضون وقد جاء في هذا السياق في مدونة الإمام مالك: "قلت أرأيت إن طلقها زوجها وهو مسلم وهي نصرانية أو يهودية، ومعها ولد صغار من أحق بولدها؟ قال هي أحق بولدها وهي كالمسلمة في ولدها...قلت فان كانت مجوسية؟ قال أحق بالولد واليهودية والمجوسية في هذا سواء بمنزلة المسلمة."[3]

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

- " أن رافعا بن سنان أسلم وأبت امرأته أن تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي فطيم [4]أو شبهه، وقال رافع ابنتي، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية، وأقعد الصبية بينهما، ثم قال أدعوها فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: الهم اهديها، فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها."[5] وجه الدلالة: تخيير النبي صلى الله عليه وسلم للطفلة فيه دلالة على أحقية الأم الكافرة في حضانة ولدها المسلم مما انه يدل على انه لا اثر لاختلاف الدين في الحضانة[6].

- أن الحضانة إنما شرعت لخدمت الرضيع والقيام على شؤونه، والأم أكثر الناس شفقة على ولدها وأكثرهم قدرة على رعايته وفي هذا تستوي المسلمة والكافرة.[7]

الرأي الثاني: لا يجوز ثبوت الحضانة لغير المسلم على المسلم، فلا بد من اتحاد الدين بين الحضانة والمحضون وهو رأي الشافعية والحنابلة وبن القيم والظاهرية.[8]

واستدلوا أصحاب هذا الرأي على ما يلي:

- أن الحضانة نوع من أنواع الولاية والله سبحانه وتعالى قطع الموالاة بين الكافرين والمؤمنين سبحانه وتعالى، قطع الموالاة بين الكافرين والمؤمنين [9]حيث قال عز وجل: "**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا.**"[10]

- إن الحاضن حريص على تربية المحضون على دينه وفي حضانة الكافر للمسلم تنشئة للمسلم على عقيدة

---

[1] انظر، علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دون تاريخ،ص157.

[2] انظر، الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المجلد الثاني، الجزء 5،في حضانة الأم، مطبعة السعادة بجوار مصر القديمة 1323 هـ، ص356.

[3] انظر، المرجع نفسه، ص356.

[4] الفطيم: المفطوم ذكرا كان أم انثى والجمع فطم، والفطام انتقال أولاد الحيوان من الرضاع الى اكل العلف، أنضر ابن منظور، لسان العرب،219/2، (وفطم الصبي فصلاه عن الرضاع، أو شبهه أي شبه الفطيم) انظر، آبادي، عون المعبود، 238/6.

[5] انظر، أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب اذا اسلم أحد الابوين برقم 2244،ص273/2.

[6] انظر، الصنعاني محمد بن اسماعيل، سبل الإسلام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1379،4هـ، (156/2).

[7] انظر، السرخسي محمد ابي سهل، المبسوط،دار المعارف، بيروت، 1406هـ، ص210..

[8] انظر، النووي يحي بن شرف، روضة الطالبين، دار المعارف، بيروت، 98/9.

[9] انظر، ابن القيم زاد الميعاد، المرجع السابق، (409/5)

[10] سورة النساء آية 141.

الكفار ولنا في ذلك حديث للرسول الله صلى الله عليه وسلم:" فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسنانه " فالطفل عندما يكون سليم الفطرة لا يعقل الأديان تنتقش في ذاكرته كل عقيدة يتلقاه وفي ذلك خوف عليه وإلحاق الضرر به.

بعد ما رأينا موقف الفقه من إشكالية إسناد الحضانة للام غير المسلمة بقي لنا أن نتساءل عن موقف القضاء الجزائري من هذه المسالة باستعراض بعضا من أحكامه، اذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 05أفريل 1982 بصريح العبارة:" إن العمل بالمجلس فيما يخص الحضانة لا يتحيز بين الأم المسلمة وغير المسلمة، فكليهما الأولوية فيها طالما كانتا تعيشان بالجزائر....."[1]

وفي قرار آخر صدر بتاريخ 1982/03/08 قضى المجلس أن المجلس الأعلى لحد الآن لم يعتبر...الاختلاف في الدين من مسقطات الحضانة، فالمسيحية لها.....الأولوية فيها بالجزائر كما للمسلمة الحق فيها... وأن الشريعة الإسلامية تولي الأهمية في مسألة الحضانة للام وتعطي لها الأسبقية فيها بقطع النظر عن دينها."[2]

وفي قرار آخر:" من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه."[3]

وما يمكن استخلاصه من القرارات السالفة الذكر وسكوت المشرع لجزائري عن المسألة، أن موقف القضاء الجزائري يتماشى مع ما ذهب إليه المالكية والحنفية في أن إسلام الحاضنة الأم ليس بشرط لممارسة الحضانة أو كونها غير مسلمة لا يعتبر انتقاد أو انتقاص لها وإنما المشرع الجزائري وضع شروط عامة تحدد صلاحية ممارسة الحضانة وكلاهما (المسلمة وغير المسلمة) تخضعان لنفس الشروط.

لكن هناك إشكالية غاية في الأهمية ففي الحالة السابقة الأم غير مسلمة منذ البداية، غير أن ماذا لو أن هذه الأم كانت في الأصل مسلمة ولكن غيرت دينها فهل تسند لها الحضانة؟

2- تغيير الدين وأثره في إسناد الحضانة

قرر الإسلام الحرية الدينية للإنسان في معتقده، وعباداته وطقوسه وأماكن عبادته، وحمايته وطبق الإسلام ذلك عمليا، والتزم به المسلمون نظريا وعمليا مع أهل الذمة والشعوب التي حكمها الإسلام[4].

لكن هذه الحرية الدينية ليست مطلقة فان كان أصحاب الديانات الأخرى غير الإسلام لهم الحق في تغيير ديانتهم، فالأمر ليس كذلك بالنسبة للأسمى الأديان " الإسلام"، وهذا الطرح يثير مسالة الردة، وحكم الارتداد عن الإسلام هو ما يثيره كثير من الأعداء والمشككين، وضعاف الإيمان، أمام هذا الطرح نتساءل عن المقصود بالردة وأثرها في إسناد الحضانة؟

أ- تعريف الردة.

يقصد بالردة لغة: الرجوع والإعادة، أي رجوع الشيء إلى غيره، أو إعادته إلى حاله[5].

---

[1] انظر المجلس الأعلى، غ.أ.ش،1982/04/05، ملف رقم 23063 غير منشور، منقول عن تشوار زكية، حماية المحضون عبر ممارسة الحضانة،ص56.

[2] انظر، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1982/03/08، ملف رقم 29293، غير منشور، مقتبس عن تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون، المرجع السابق،ص350.

[3] قرار المحكمة العليا رقم 52221، بتاريخ 1989/03/13، م.ق عدد01،سنة 1993، ص48.

[4] انظر، محمد الزحيلي الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية أبعادها وضوابطها، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية، المجلد 27، العدد الأول، سنة 2001.، ص308.

[5] المعجم الوسيط، معجم اللغة العربية، مطبعة مصر،1381هـ - 1961م، 337/1.

أما في الاصطلاح الشرعي: هي الخروج عن الإسلام باعتقاد أو قول أو عمل، فهي رجوع عن دين الإسلام إلى الكفر، كمن ينكر وجود الله، أو نفي الرسل، أو تكذيب رسول، أو أنكر حكما شرعيا معلوما من الدين بالضرورة، أو حلل حراما أو مجمعا عليه، أو ثابتا بدليل قطعي، أواتى فعلا من أفعال الكفار في العقيدة والعبادة.[1]

ب- حكم الردة والارتداد.

أجمع العلماء على تحريم الردة، وأنها جريمة كبرى، وهي من أكبر الكبائر، وتستوجب العقاب الشديد في الدنيا، والعقاب الوبيل والخلود في نار الآخرة إذا مات عليها لقوله تعالى:" **ومن يرتدد منكم عن دينه، فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة، وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون.**" [2]

وما تجدر الإشارة إليه انه يشترط في الحكم بالردة أن يكون الشخص مسلما أولا، ثم يترك الإسلام إلى غيره من الأديان، فان ترك الدين كله كان مرتدا أو ملحدا أو زنديقا، كما يشترط أن يكون المرتد عاقلا، فلا يحكم بردة المجنون والنائم والسكران، وان يكون بالغا، فلا يحكم بردة الصغير لأنه لم يكتمل عقله، وان تكون الردة عن قصد واختيار، فان أكره المسلم على النطق بالكفر فانه لا يكفر[3]. لقوله تعالى:" **من كفر بالله من بعد إيمانه، إلا من أكره وقلبه مطمئن، ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليه غضب من الله، ولهم عذاب عظيم.**" [4]

كما يشترط في الردة صدور الحكم من العلماء الثقات العارفين بالأحكام وغير المسرعين في تكفير المسلمين، أو من القاضي الشرعي، ولا يقبل التكفير والحكم بالردة من الجهال وأنصاف العلماء[5].

أما في ما يخص تأثير مسالة الردة على الحضانة، فيشترط في الحاضن ذكرا كان أو أنثى ألا يكون مرتدا عن دين الإسلام، حيث أن ردته قد تدفعه إلى أن يغير دين الصغير فلا يؤمن عليه فلا يكون بناء على ذلك الحق في الحضانة.

ويرى جانب من الفقه الإسلامي أن سبب عدم ثبوت حق الحضانة للمرتدة إلى حبسها لتموت أو لتتوب، إذ وهي في هذه الحالة لا تتمكن من القيام بتربية أولادها والعناية بأمرهم.[6]

لكن بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لم نجد ما يشر صراحة إلى هذا الشرط، وان كان المشرع الجزائري قد اعتبر صراحة الردة مانعا للميراث في نص المادة 138 من قانون الأسرة، لذلك سنحاول بحث موقف القضاء الجزائري من مسألة الردة ففي قرار مؤرخ 1989/03/13:" لا تسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية حقها في الحضانة، طالما لا تثبت ردتها عن الدين الإسلامي."[7].

من خلال ما سبق تبيانه أن حق حضانة الأم الأجنبية يتماشى التكييف الراجح في الفقه الشرعي الذي يرى ان الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون، فمن حق الحاضن الذي توفرت فيه الشروط القانونية من إسناد الحضانة إليه، ومن حق المحضون أن يسند إلى أيادي أمينة تحافظ عليه وتصونه، بما تقضي مصلحته في ذلك، ولن يجد أشفق وأحن عليه في ذلك من أمه،

[1] انظر، محمد الزحيلي، المرجع السابق، 403.
[2] سورة البقرة، الآية 217.
[3] أنضر، وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج7، الاحوال الشخصية، ط 1، دار الفكر الجامعي، دمشق، 1984م.، ص556.
[4] سورة النحل، الآية 106.
[5] انظر، محمد الزحيلي، المرجع السابق، 403.
[6] انظر، حميدو زكية، مصلحة المحضون...،المرجع الساق، ص356.
[7] انظر، المحكمة العليا، ملف رقم 457038، بتاريخ 2008/09/12، م.ق العدد الثاني، سنة 2008،ص313.

لكن هذا يدفعنا للتساؤل عن الشروط الخاصة بإسناد الحضانة للام الأجنبية؟

المطلب الثاني: شروط إسناد الحضانة عن الأم الأجنبية.

نضرا لأهمية الحضانة وأثرها في تربية الطفل ورعايته فقدها المشرع بشروط وجب مراعاتها في إسناد الحضانة، وهذا بحسب ما هو وارد في المادة 62 من قانون الأسرة:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط أن يكون أهلا للقيام بذلك."

الملاحظ في هذه المادة أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية، ولا يقصد بالأهلية هنا بلوغ سن الرشد القانوني وإنما المقصود بالأهلية هنا القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمخاطر تتعلق بحضانة الطفل وإعداده سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل.

لكن ما يهمنا في هذا المجال الشروط الخاصة بالأم الأجنبية والمتعلقة بشرط "تربية الولد على دين أبيه"، وشرط الإقامة بالمحضون داخل التراب الوطني وسنحاول دراستها على النحو التالي:

الفرع الأول شرط تربية المحضون على دين أبيه

تثير مسألة إسناد الحضانة في الزواج المختلط العديد من المشاكل فيما يخص الدين [1]الذي يتبعه الطفل بعد افتراق الزوجين، لحل هذه الإشكالية تباينت مواقف التشريعات المقارنة منها تشريعات منحت لأحد الوالدين الحق في الاعتراض على التعليم الديني لأبنائهم كالقانون الانجليزي والبلجيكي والنمساوي[2].في حين تشريعات أخرى وحلا لإشكالية التوجيه الديني للقاصر وضعت في تشريعاتها ما يسمى " بسن الرشد الديني "، الذي حدده القانون الألماني 14 سنة في القانون المدني سنة 1921 والقانون السويسري الذي حدده ب16سنة في المادة 303 من القانون المدني[3].

كما يرى الفقه أن الدين الذي يربى عليه الطفل قبل الطلاق هو الذي يجب أن يتبعه بعده، لكن رأي المحكمة الأروبية لحقوق الإنسان مخالف تماما لذلك إذ ترى يجوز لأحد الوالدين أن يغير من ديانة ابنه بإرادة المنفردة، وهو ما جاءت به هذه الأخيرة في قرار "HOFFMAN" الحق في تربية أبنائها على دينها الجديد (LES TEMOINS DE JEHOVAL)، وتمثلت دفع هذه الأخيرة في أن قرار محكمة النقض النمساوية الذي أسند الحضانة لوالد الطفلة يمس بحريتها الدينية وحقها في تربية أولادها وحقها في عدم التدخل في حياتها الشخصية بالإضافة إلى حقها في عدم التمييز[4].

على هذا فان طرح الإشكالية في المجال الجزائري والدول الإسلامية يأخذ بعدا آخر، بمعنى آخر بالنسبة للمجتمعات ذات المرجعية الدينية الإسلامية الذي يعتبر الإسلام أسمى الأديان والخروج عنه بمعنى الردة والخروج

---

[1] يعرف الدين في اللغة انه الطاعة والقهر والخضوع والذل والتعبد والملك والاقتراض، أما لغة بقصد به علاقة بين طرفين، الطرف الأول يتمتع بالسلطان والقدرة والملك والجبروت والحكم والقهر والمحاسبة والمجازاة، والطرف الثاني يقف في الجانب الآخر بالخضوع والطاعة والذل والاستكانة والعبادة والورع والعلاقة بين الطرفين الدين أو المنهج أو الطريقة التي تحدد علاقة الأول بالثاني وبالعكس، والدين في الاصطلاح له تعريفات كثيرة ومتباينة وأشهر تعاريف لعلماء الإسلام:" وضع الهي يرشد الى الحق في الاعتقاد والى الخير في السلوك والمعاملات." أو انه " وضع الهي سائق لدى العقول السليمة باختيارهم الصلاح في الحال والفرح في المآل." أنظر، محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص374.

[2] P. Courbe , Droit de la famille, Dalloz/Armand COLIN , Coll. U ,3éme , ED,Paris ,2003,P383.

[3] انظر مالطي نهار فائزة، حرية الديانة بين النظرية والتطبيق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان،2005-2006، ص43.

[4] C.E.D.H,Arret Hoffman C.Autriche , Serie A N°255-C,23 juin 1993,http://www.echr.coe.int.

عن الجماعة، ومسألة مسألة حرية المحضون في اختيار ديانته أو تغيير الحاضن لديانة المحضون من المسائل الحساسة.

وبهذا الخصوص نشير إلى أن اتفاقية حقوق الطفل[1] الصادرة بتاريخ 1989 نصت في مادتها 14على أن:"

1- تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين.

2 – تحترم الدول الأطراف حقوق وواجبات الوالدين وكذلك تبعا للحالة، الأوصياء القانونين عليه في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تنسجم مع قدرات الطفل المتطورة

– لا يجوز أن يضع الاجهار بالدين، أو المعتقدات إلا للقيود التي ينص عليها القانون واللازمة لحماية السلامة العامة أو النظام أو الصحة أو الآداب العامة أو الحقوق والحريات الأساسية للآخرين."

أثارت الفقرة الأولى من هذه المادة حساسية الدول الأطراف في الاتفاقية [2]حيث تحفظت 16 دولة بشأنها وأصدرت 5 دول تحفظات عامة مفادها عدم تطبيق أحكام المعاهدة المتعارضة مع الشريعة الإسلامية. كما أصدرت دول من بينها الجزائر إعلانات تفسيرية بخصوصها[3].

إذن أرفقت الجزائر وثيقة موافقتها على اتفاقية حقوق الطفل بإعلان تفسيري متعلق بالمادة 14 من الاتفاقية (déclaration interprétative) وليس تحفظا (réserve [4]، تؤكد فيه على احترام حق الطفل في حرية التعبير والدين ليس مطلق وإنما مقيد بالمقومات الأساسية للنظام القانوني الجزائري المتمثل في أن الإسلام دين الدولة حسب الدستور الجزائري بالإضافة إلى أن حرية الرأي والضمير لا يمكن المساس بها، إذ أن هذا الإعلان لا يمس بأحكام الاتفاقية وإنما يؤكد ها ويوضح معالمها أكثر، نفس الملاحظة يمكن أن نبديها بالنسبة للجزء الأخير من هذا الإعلان والمتمثل في واجب الدولة على احترام حق الوالدين أو الممثل الشرعي لتوجيهه لممارسة حقه في الدين فحسب الإعلان الجزائري الذي ينص على أن الطفل يربى وفقا لدين أبيه حسب أحكام الشريعة الإسلامية هذه الأخيرة تعد من مقومات الدولة الجزائرية فالإعلان الأول إذا يؤكد بأن أحكام الاتفاقية تتماشى وتشريعاتها السابقة على الصدور.

بعد أن بينا الإشكالية التي تثيرها الدين المتبنى للمحضون، نذهب إلى نص المادة 62 من قانون الأسرة والى شرط تربية المحضون على دين أبيه، إذن فزواج المسلمة بالمسلم لا إشكال يثار فوحدة الدين كفيلة بتوجيه الطفل إلى الدين الموحد لأبويه سواء أثناء قيام الزوجية آو بعد الانفصال أما بالنسبة لزواج المسلمة بغير المسلم، فالمسألة كفلها الشرع والقانون بمنع هذا النوع من الزيجات إلا إذا اثبت الزوج دخوله في الإسلام (شهادة اعتناق الإسلام خاصة بالزواج مسلمة من وزارة الشؤون الدينية)، ولكن قد تثار الإشكالية في حالة تغيير الزوج لديانته ما بعد الزواج فهل تربي الحاضنة ابنها على الدين الجديد لأبيه؟

في الواقع من المسائل الجوهرية التي اعتنى بها فقهاء الشريعة الإسلامية التربية الدينية وقد تمت دراساتها في

[1] اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدتها الجمعية العامة في قرارها 25/44 ليوم 21نوفمبر 1989، والتي دخلت حيز التنفيذ في 02 سبتمبر 1990

[2] انظر، مالطي فائزة نهار، المرجع السابق، 43.

[3] messaoud mentri , la convention relative aux droit s de l'enfant et son application par le juge de statut personnel, R.d.d.S.P. Faculté de droit tlemcen ; n°3 , 2005.P150.

[4]انظر سهيلة قمودي شيعاوي، وفاء شيعلاوي، الإعلانات التفسيرية الجزائرية المتعلقة باتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، المجلة العلوم القانونية والإدارية العدد3، سنة 200.،ص 200.

جميع الفرضيات الممكنة رغم اختلاف وجهت النظر فيما بينهم، كما أود أن أشير في البداية أن تبعية الولد عند اختلاف الأبوين في الدين تختص بالولد الصغير الذي لم يبلغ ولم يميز، أو الولد البالغ المجنون (غير العاقل) الذي لا يميز. أما الولد البالغ العاقل فلا يتبع أحد أبويه في الدين عند اختلافهما في الملة، والبالغ لا يحتاج إلى التبعية لأنه بالغ راشد عاقل مسؤول عن تصرفاته ومعتقداته فلا يجبر على تبعية الوالدين في الدين، وإنما يخير العاقل البالغ بين دين أبيه ودين أمه، والدليل على ذلك قوله تعالى:" **لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي.**"[1] وحديث الغلام (أبو سلامة الأنصاري) الذي أسلم أبوه وأبت أمه أن تسلم فخيره النبي بين أمه وأبيه.[2]

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نص على تربية الولد على دين أبيه، في حين سكت عن مسألة الأم الغير مسلمة وإسناد الحضانة إليها كما فصلنا سابق، أو حتى متى تسقط عنها، بخلاف ما نجده في بعض التشريعات العربية التي تفرق في مسالة مدة الحضانة بين الأم المسلمة وغير المسلمة ومنها نص المادة 192 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984[3].فبقاء المحضون عند الحاضنة مرهون بالمساس الديني للمحضون، فلو علم أن مستحق الحضانة يمهد للولد ليألف غير الإسلام فلا حضانة له، كما انه حدد موعد انتهاء حضانة غير المسلم على الطفل المسلم ببلوغ المحضون السنة السابعة من عمره وعندها فلا حضانة له.

لكن بالرجوع إلى القضاء الجزائري فمن الثابت أن محاولة الأم تغيير ديانة المحضون يسقط عنها الحضانة وهذا ما نجده في القرار ففي قرار للمحكمة العليا " من المقرر شرعا أن الأم تستحق حضانة الأولاد ولكن شريطة أن يبقى هؤلاء على دين أبيهم [4]". وفي هذا القرار "ثبت من أوراق ملف القضية أن الأم التي هي مسيحية عمدت تمسيح الأولاد كما ثبت ذلك من سجل الكنيسة والشهادات على التمسيح في الملف، وان المجلس الأعلى لاحظ أن مع هذا السبب المبطل للحضانة اقر المجلس القضائي الحضانة للام، مع أن الطاعن تقدم بطلب إسقاطها ولم يجب المجلس على ذلك، لهذا يستوجب النقض."

على هذا فان مسالة تربية الولد على دين أبيه لها من الأهمية البالغة في إسناد الحضانة والقضاء الجزائري كما سبق ذكره يسير على نهج المذهب المالكي في إسناد الحضانة إلى الأم الأجنبية ولكن في حالة ثبوت محاولتها لتغيير عقيدة المحضون تسقط الحضانة وهنا يكمن دور رقابة وإشراف الأب والذي يعد صاحب حق الزيارة في هذه الحال، مما يثير مسألة شرط الإقامة بالمحضون داخل التراب الوطني كما سنرى في الشرط الموالي.

الفرع الثاني: شرط مكان ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني.

لما كان النزاع حول الحضانة في الزواج المختلط فمن الواضح أن انحلال رابطة هذا الزواج قد تؤدي برجوع المطلقة إلى بيت أهلها وهنا في اغلب الأحيان يكون خارج التراب الوطني، مما يعني السفر والانتقال

[1] سورة البقرة آية 256.

[2] انظر عبد الودود مصطفى مرسي السعودي، تبعية الولد لأبويه في الدين، " دراسة فقهية مقارنة بالقانون " حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، السنة الخامسة، العدد 09، ص 233.

[3] تنص المادة 192 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 على ما يلي:" الحاضنة غير المسلمة تستحق حضانة الولد المسلم حتى يعقل الأديان، أو يخشى عليه أن يألف غير الإسلام وان لم يعقل الأديان وفي جميع الأحوال يجوز إبقاء المحضون عند هذه الحاضنة بعد بلوغ السابعة من عمره."

[4] انظر، ملف رقم19287 بتاريخ 1976/04/16، نشرة القضاة 1981، العدد2، ص108.

بالمحضون بعيدا عن أهله ورقابة وسلطة الأب في تقويم المحضون مما يعني قطع الرابطة الرحمية بين المحضون وأهله لذلك اخضع المشرع الجزائري مسالة إسناد الحضانة للام الأجنبية بشرط الممارسة داخل التراب الوطني.

في البداية نود أن ننوه أن شرط مكان ممارسة الحضانة يجد مصدره الفقه الإسلامي، ففي رأي المالكية أن الحضانة تسقط بسفر الحاضنة سفر نقلة أو انقطاع إلى مكان بعيد، والذي قدرة بستة برود فاكثر[1]، وأما الحنفية فرقوا بين الحاضنة الأم وغير إلام، فإذا سافرت الحاضنة الأم إلى بلد بعيد لا يستطيع فيه الأب زيارة ولده في نهار ويرجع فيه إلى بيته ويبيت فيه سقطت الحضانة عنها، وأما غير الأم فتسقط حضانتها بمجرد الانتقال [2]

هذا ومن الفقهاء كالحنابلة من يرى بإسقاط الحضانة بالسفر للبلد يبعد بمقدار مسافة القصر فأكثر [3]، ومنهم كالشافعية من يرى بإسقاط الحضانة بالسفر لمكان لا يؤتمن فيه على المحضون أو بقصد النقلة سواء أكان طويلا أو قصيرا.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري أورد هذا الشرط في نص المادة 96 قانون الأسرة جزائري:" إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الآمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون." مما لاشك فيه أن نص المادة 69 تتعلق بالانتقال بنية الاستيطان أي الإقامة الدائمة والمستمرة وليس فقط من أجل قضاء عطلة أو فترة علاج.

ما نلاحظه على نص هذه المادة أن المشرع لم يحدد المقصود بعبارة " بلد أجنبي " هل المقصود بها كل بلد غير الجزائر سواء أكان مسلم أو غير مسلم؟ لان البلد المسلم غير الجزائر هو بلد أجنبي طبقا للتقسيم الحدودي. وقد قدم القضاء تفسيرا لهذه العبارة بطريقة ضمنية وغير مباشرة، وذلك في قرار عن المحكمة العليا جاء فيه أنه: " من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه من يوجد بالجزائر يكون أحق بها ولو كانت الأم غير مسلمة."[4] وبالتالي فان الاستيطان في بلد مسلم لا يعد مسقط للحضانة.

وان كانت عبارة " أن يستوطن في بلد أجنبي " التي جاءت في المادة 96 من قانون الأسرة في بداية الأمر أساء المجلس الأعلى فهمها، فقد اعتقد أن المشرع قد قصد من ورائها وبمفهوم المخالفة اشتراط ضرورة استيطان الحاضن في الجزائر حتى يتمتع بأولوية الحق في الحضانة مجاريا في ذلك الفقه الإسلامي. وقد تأكد هذا المفهوم في عدة قرارات.

ففي القرار المؤرخ في 1988/04/05 [5]نص:"....وعليه فما دامت أم البنتين مقيمة بهما بالجزائر فلا حق للطاعن فيما يقول، فإذا همت بالخروج بهما فالعدالة بجانبه والطرق القانونية كفيلة بحمايته."

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 1989/12/25 قررت للمحكمة العليا بأن:" من المقرر شرعا وقانونا أن

[1] إذ يرى المالكية بأنه سافرت الحاضنة لمسافة أكثر من ستة برود سقطت الحضانة عنها، وللولي أخذ المحضون، أنظر عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة، ج 4، كتاب النكاح، كتاب الطلاق، المكتبة التوفيقية، (بدون سنة الطبع)، ص525 وما بعدها.

[2] انظر، الكاساني، المرجع السابق، ج 4، ص44، ومبة الزحيلي، المرجع السابق، ص730-731.

[3] مسافة القصر يقصد بها مسافة قصيرة، أنظر، ومبة الزحيلي، المرجع السابق، ص730-731.

[4] انظر، ملف رقم 52207، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، المجلة القضائية، 1990، عدد 04، ص 74.

[5] انظر، ملف رقم 23063 المجلس الاعلى، غ.أ.ش،1982/04/05، غير منشور، منقول عن تشوار زكية، المرجع السابق،ص56.

الحضانة تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا."[1]

وهذا ما أكدته المحكمة ذاتها في قرار لاحق، حيث قضت بأن:" لكن وحيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم عل أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القانون في المادة 69 من قانون الأسرة... وذلك كون رعاية الأبناء وتربيتهم بالمراقبة عن طريق الزيارة تكون الأب، غير أن بعد المسافة بين إقامة الأب والحاضنة لا يمكن الأب من القيام بمسؤوليته خاصة وان الحاضنة تقيم في بلد أجنبي مما يفقد حق الأب في الزيارة والمراقبة، وهذا يؤدي حرمانه وأن العطف والحنان على الأبناء المحضونين هذه الأسس سليمة وأسباب كافية تجعل القرار سليما في قضائه...."[2]

استخلاصا مما سبق ذكره في القرارات السابقة نجد أن المقصود من نص المادة 69 قانون الأسرة هو الانتقال خارج التراب الوطني، بمفهوم المخالفة فان الاستيطان في مدينة جزائرية، مهما كان بعد الأب عن مكان ممارسة الحضانة لا تنطبق عليها هذه المادة، ذلك أن المسالة تطرح إشكال مهما وهو مدى تقارب الآداب العامة للجزائر مع الآداب العامة للبلد الأجنبي والذي له علاقة مباشرة بالتربية الدينية للمحضون.[3]

في الواقع أن المجلس الأعلى بقي مستقرا وثابتا في تطبيق نص المادة السالفة الذكر، التي اعتبرها من النظام العام. كما فسرتها المحاكم والمجالس القضائية تفسيرا صارما، واعتبر في كل حالة أن الإقامة بالمحضون خارج التراب الوطني وبلد أجنبي غير مسلم (في غالب الأحيان يكون فرنسا) مما يؤدي التأثير على عقيدة المحضون ويبعده عن عادات بلده الأصلي ورقابة صاحب حق الزيارة، والإشكالية الأكبر من ذلك انه ساوى في تطبيق هذه المادة بين الأم الأجنبية والأم الجزائرية المسلمة والمقيمة خارج التراب الوطني.

مع ذلك فان هذا التفسير الغير الصائب لتلك المادة لم يعمر طويلا فقد جدت ظروف دفعت القضاء إلى أن يتراجع عن موقفه ويحل محله موقف آخر من مقتضاه جعل إسناد الحضانة في هذه الحالة مرهون بطلب من له مصلحة في ذلك مع التأكيد على أن شرط الإقامة بالمحضون لا يقرره القاضي تلقائيا، مما يدلنا على أن شرط الإقامة بالجزائر في إسناد الحضانة ليست قاعدة آمرة يلزم القاضي تطبيقها تلقائيا بالمحضون تلقائيا، وأن الحاضن إذا أراد الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي عليه طلب الإذن من المراقب هذا الأخير يتمثل في القاضي[4].

من ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في 23 جوان 1993 الذي جاء فيه: "..غير أنه فيما يخص شرط ممارسة الحضانة بالجزائر الذي قضى به الحكم المستأنف وأيده القرار المطعون فيه، لم يراع فيه قضاة الموضوع أحكام المادة 69 من قانون الأسرة أيضا أن شرط الإقامة بالمحضون في الجزائر لا يقرره القاضي تلقائيا بل بناء على طلب ممن له مصلحة في ذلك، كما أن إثبات الحضانة أو إسقاطها عن الشخص الموكول به

---

[1] انظر، ملف رقم 56597، محكمة العليا، غ.أ.ش، المجلة القضائية، سنة 1991، عدد3، ص61

[2] انظر، ملف رقم 273526،المحكمة العيا بتاريخ 2001/12/26، غير منشور، نقلا عن تشوار حميدو زكية، حماية مكان ممارسة الحضانة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 01سنة 2000،ص56

[3] كما قضى بذلك المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1987/03/09،بقولهم:" حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا، وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات، فان الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر، وحيث أن الحكم غير نهائي، فمتى رجعت الأم إلى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاثة ". أنضر المجلس الأعلى، غ. أ. ش، 1987/09/03، ملف رقم 45186، غير منشور مقتبس عن بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي...، المرجع السابق، ص131-132.

[4] انظر، تشوار حميدو زكية،.حماية مكان ممارسة الحضانة...، المرجع السابق، ص58.

إذا أراد أن يستوطن بالمحضون في بلد أجنبي يستدعي طالب ذلك من الحاضن مراعاة مصلحة المحضون ذاته."[1]

على هذا ما يمكن قوله أن شرط الإقامة في الجزائر تكون واجبة لممارسة الحضانة إذا طلب من له مصلحة في ذلك وهو في الغالب صاحب سلطة الرقابة، أو كان هذا الأخير يقيم بالجزائر والحاضنة غير مسلمة وفي كل الأحوال لابد من مراعاة مصلحة المحضون وقد تقرر هذا المبدأ في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ والذي قضى به في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2008/03/12على أن:" يمكن إسناد حضانة الأبناء للام المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم"[2].

الخاتمة:

في نهاية البحث نستطيع القول إن إشكالية الحضانة الناجمة عن انحلال الزواج المختلط هي من المشاكل العويصة والخطيرة على مستقبل الطفل الناتج عن هذا الزواج، فاختلاف العادات وسلوكيات الأشخاص من مختلف الدول قد تؤثر سلبا على المحضون، وتزداد المسألة صعوبة إذا ما تعلقت بمصلحة المحضون والمساس بمعتقداته ومحاولة إبعاده عن جذوره الأصلية وطمس هويته وانتسابه لأبيه.

لذلك كان لزاما وضع ضوابط تحدد مدى أحقية الأم الأجنبية في حضانة ابنها، أخذا بعين الاعتبار مصلحة المحضون، فان كانت الحضانة حق للحاضن والمحضون فان حق المحضون اقوي، فالتربية الدينية للمحضون من الضوابط المهمة في إسناد الحضانة وحماية حقوق المحضون

رغم ذلك نؤكد في الأخير أن لابد من تفعيل عامل التوعية لدى كل المواطنين المقبلين على هذا النوع من الزيجات وتبيان كل السلبيات التي يمكن أن تنتج عن الزواج المختلط وبالأخص في ما يتعلق بالأطفال تعد الوسيلة الأساسية لحماية أطفالنا..

قائمة المراجع.

- القرآن الكريم

المراجع الفقهية

1- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج13، دار الصادر، بيروت 1990.

2- ابن القيم الجوزي، زاد الميعاد في هدي خير العباد، دار الفجر للتراث، القامرة،1999.

3- الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المجلد الثاني، الجزء 5،في حضانة الأم، مطبعة السعادة بجوار مصر القديمة 1323 هـ. 4- المعجم الوسيط، معجم اللغة العربية، مطبعة مصر،1381هـ - 1961م

5 - بدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى،1420هـ، 2000م.

6- علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دون تاريخ.

7- بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا،، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

8- حسن رجب محمد خلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي (دراسة مقارنة)، مجلة التقني، المجلد الرابع والعشرون، العدد العاشر، 2011.

[1] انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش 1993/06/23، ملف رقم 91671، مجلة قضائية لسنة 1994، العدد 1،ص77-78.:

[2] انظر، ملف رقم 426431،بتاريخ 2008/03/12، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2008،ص271.

9- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة،(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004ـ 2005

10- تشوار حميدو زكية، حماية مكان ممارسة الحضانة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 01سنة 2000.

11- صلاح الدين جمال الدين، مشكلات الحضانة في زواج الأجانب (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2004

12- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار البحث، قسنطينة.

13- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة، ج 4، كتاب النكاح، كتاب الطلاق، المكتبة التوفيقية، (بدون سنة الطبع)،

14- رمضان على السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعية، الإسكندرية، 2009.

15- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع،ط 1، عمان، 2010.

16- نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط ممارستها (دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين، المجلد 16، العدد 59، السنة 18، جامعة الموصل، العراق.

17- مرنان عبد الرحمان، أحكام الحضانة ومدى تأثرها بالعنصر الأجنبي، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص،الجزائر،1978.

18- - ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،1997.

20-،سنن أبي داوود، كتاب الطلاق، دار الفكر للطباعة، لبنان، حديث رقم 2276.

21- خيرة العرابي، الحضانة عند المشرع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة ومران، 2002.

22- الصنعاني محمد بن اسماعيل، سبل الإسلام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1379،4هـ، (156/2).

23- السرخسي محمد آبي سهل، المبسوط، دار المعارف، بيروت، 1406هـ..

24- النووي يحي بن شرف، روضة الطالبين، دار المعارف، بيروت، 98/9.

25 - محمد الزحيلي الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية أبعادها وضوابطها، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية، المجلد 27، العدد الأول، سنة 2001

26- المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، 2010

27- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، الأحوال الشخصية، ط 1، دار الفكر الجامعي، دمشق، 1984م.

28- مالطي نهار فائزة، حرية الديانة بين النظرية والتطبيق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان،2005-2006.

29- سهيلة قمودي شيعاوي، وفاء شيعلاوي، الإعلانات التفسيرية الجزائرية المتعلقة باتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، المجلة العلوم القانونية والإدارية العدد3، سنة 200.

30- عبد الودود مصطفى مرسي السعودي، تبعية الولد لأبويه في الدين، " دراسة فقهية مقارنة بالقانون " حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، السنة الخامسة، العدد التاسع.

القوانين.

1- قانون الأسرة رقم 84 ـ 11 المؤرخ في 19 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05ـ02 المؤرخ في 27 فبراير 2005...

2- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.

3- اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدتها الجمعية العامة في قرارها 25/44 ليوم 21نوفمبر 1989، والتي دخلت حيز التنفيذ في 02 سبتمبر 1990.

المراجع بالفرنسية

1- hadjira benchikh hocine denouni , la garde un attribut de la maternité en droit algerien, R.I.D.C ,V38 ,n°3.

2- Courbe , Droit de la famille, Dalloz/Armand COLIN , Coll. U ,3éme , ED,Paris ,2003,

3- messaoud mentri , la convention relative aux droit s de l'enfant et son application par le juge de statut personnel, R.d.d.S.P. Faculté de droit tlemcen ; n°3 , 2005.

موقع الإنترنيت

,http://www.echr.coe.int.