

الاختيارات الفقهية للمالكية في باب الحضانة وأثرها على قانون الأسرة
الجزائري (دراسة نماذج)

*The jurisprudential choices of the maliki school in custody chapter
and its Impact on the Algerian family law (Samples study)*



ط.د/ رقية دباغ¹، تحت إشراف د/ عائشة لروي²

¹ جامعة أدرار، rekiadoctorant@univ-adrar.dz

² جامعة أدرار، laroui.aicha@univ-adrar.dz

مخبر الإنتماء: مخبر المخطوطات الجزائرية بإفريقيا



تاريخ النشر: 2022/10/15

تاريخ القبول: 2020/12/13

تاريخ الإرسال: 2020/07/01

ملخص:

تهدف هذه الورقة البحثية إلى دراسة نماذج من الاختيارات الفقهية للمالكية في باب الحضانة، مع إبراز موقف المشرع الجزائري منها. ولقد خلصت الدراسة إلى أن الفقه المالكي في باب الحضانة حافل بالاختيارات القابلة للتكيف مع مستجدات هذا الباب، وبالتالي إغناء الواقع المعيش بالحلول التي تحقق مصلحة المحضون، ولقد استفاد قانون الأسرة الجزائري من تنوع تلك الاختيارات في بناء وصياغة المواد والنصوص القانونية المتعلقة بالحضانة. **كلمات مفتاحية:** الاختيارات الفقهية، المذهب المالكي، الحضانة، قانون الأسرة الجزائري، الأثر.

Abstract:

This research paper aims to Samples study the Jurisprudential choices of the maliki school in custody chapter and highlight the attitude of the Algerian legislator regarding them.

The study concluded that The maliki juristic in custoday chapter is riche in choices which are adaptable to updates of this chapter and thus enrich the living reality with solutions that achieve interest .The Algerian family law gets benefits from the diversity of the available choices in constructing and drafting its items in custoday.

Keywords jurisprudential choices; maliki school; algerian family law; the Impact.

1- المؤلف المرسل: رقية دباغ، الإيميل: rekiadoctorant@univ-adrar.dz

مقدمة :

الحمد لله الذي خلق فسوى، وقدر فهدى، وخلق الزوجين الذكر والأنثى، وجعل كنف الأبوين للطفل محضاً وسكناً ومأوى، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث للعالمين رحمة وهدى وبعد:

يعتبر الزواج الخطوة الأولى لبناء أسرة سليمة ومتماسكة، فمن مقاصده تحقيق الأُنس والطمأنينة والمودة والرحمة بين الزوجين، لقوله تعالى: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) [الروم: 21].

فالأصل العام في الزواج الاستمرار والديمومة والاستقرار، ولكن هذا المقصد قد لا يتحقق أحياناً لاستحالة الحياة بين الزوجين، وصعوبة توافقهما وتعذر الإصلاح بينهما، فيلجئان إلى فك الرابطة الزوجية بالطلاق. ومن أهم وأبرز الآثار المترتبة عن الطلاق مسألة الحضانة؛ التي تعتبر من الأهمية بمكان في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؛ لتعلقها بالطفل الصغير كونه مخلوق ضعيف لا يقدر على رعاية نفسه وحمايتها من الأخطار.

ولقد اجتهد فقهاء الملكية - كغيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى- سلفاً وخلفاً في تحري مسائل الحضانة واستنباط الأحكام المتعلقة بها؛ وهذا ما تجسده اختياراتهم في هذا الباب، وفق ضوابط وقواعد تُعدّ في مجموعها سبباً في الميل إلى رأي دون آخر.

وباعتبار أن المذهب المالكي هو المذهب السائد في الجزائر، فقد تأثر المشرع الجزائري بتلك الاختيارات والاجتهادات؛ وهذا ما يظهر جلياً في استقراء النصوص القانونية الخاصة بالحضانة، والمتمثلة في المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري، مع النص صراحة في المادة 222 من نفس القانون، على العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه. وعليه فإن أهمية الدراسة تكمن فيما يلي:

- * أهمية موضوع الأسرة بصفة عامة كونها تواجه تحديات كبيرة في الآونة الأخيرة، تهدد استقرارها.
- * أهمية الحضانة في الشريعة والقانون؛ لارتباطها بمصلحة الطفل؛ فهي تنبني أساساً على الحرص على رعايته وتنشئته تنشئة صالحة في بيئة يشعر فيها بالأمان والاستقرار.
- * قيمة الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، خاصة ما تعلق منها بالفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري، للعلاقة الوطيدة بينهما.
- ومن بين الأهداف المتوخاة من الموضوع نذكر :
- * بيان تنوع التراث الفقهي المالكي بالأقوال الاجتهادية الصالحة لإثراء عملية الاختيار الفقهي خاصة ما تعلق منها بباب الحضانة.
- * الوقوف على نماذج من اختيارات الملكية في باب الحضانة وربطها بالمواد والنصوص القانونية في هذا المجال.
- * بيان أهم مظاهر اهتمام المذهب المالكي بباب الحضانة وإبراز مدى مرونته لتقديم الحلول المتعلقة بهذا الباب في كل زمان ومكان.

ومما سبق ذكره يمكن صياغة الإشكالية التي تتمحور عليها هذه الورقة
البحثية كما يلي:

ما مدى استفادة وموافقة قانون الأسرة الجزائري للاختيارات الفقهية للملكية في
باب الحضانة؟

وللإجابة على الإشكالية أعلاه تم الاعتماد على المنهجين الوصفي
والمقارن.

- الأول منهما: يُعتمد في سرد المفاهيم المتعلقة بالاختيارات الفقهية، والحضانة.
- والثاني: يظهر من خلال النظر في اختيارات واجتهادات علماء الملكية في
مسائل الحضانة، ومقارنتها بما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذا الباب؛
لمعرفة مدى تأثيره بتلك الاختيارات في صياغة المواد والنصوص القانونية.
- ولقد اقتضت طبيعة الدراسة تقسيم البحث إلى: مقدمة، وأربعة مطالب،
وخاتمة، كما يلي:

- مقدمة: واستعرضت فيها: إشكالية البحث وأهميته وأهدافه... وغيرها من
العناصر التي تقوم عليها المقدمة من الناحية المنهجية والعلمية.

1. التعريف بالاختيار الفقهي، والحضانة في الفقه المالكي وقانون الأسرة
الجزائري.

2. اختيارات الملكية المتعلقة بحق الحضانة وعودته بعد سقوطه، وأثرها في
قانون الأسرة الجزائري.

3. اختيارات الملكية المتعلقة بنفقة المحضون، وحق الزيارة، وأثرها في قانون
الأسرة الجزائري.

4. اختيارات الملكية المتعلقة بحضانة المرأة غير المسلمة، وأثرها في قانون
الأسرة الجزائري.

- خاتمة: بأهم النتائج المتوصل إليها، مع التوصيات.

1. التعريف بالاختيارات الفقهية والحضانة في الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري.

يهدف هذا المطلب إلى بيان المقصود بكل من الاختيار الفقهي والحضانة في الشرع والقانون، وإعطاء صورة عامة عن بعض المفاهيم المتعلقة بهما.

1.1. تعريف الاختيار الفقهي.

1.1.1. تعريف الاختيار لغةً واصطلاحاً.

الاختيار لغةً: يطلق على الاصطفاء والانتقاء والتفضيل، يقال : خار الرجل على صاحبه خيراً، وخيرةً، وخيرةً: فضله، وخار الشيء : انتقاه¹، ومنه قوله تعالى: (وَأَنَا اخْتَرْتُكَ فَاسْتَمِعْ لِمَا يُوحَىٰ) [طه: 13].

الاختيار اصطلاحاً: عُرِف الاختيار في الاصطلاح بعدة تعريفات نذكر

منها:

- الاختيار: " هو طلب ما هو خير وفعله"².

- الاختيار: " الإرادة مع ملاحظة ما للطرف الآخر، كأن المختار ينظر إلى الطرفين، ويميل إلى أحدهما"³.

التعريفان أعلاه وإن اختلفا في عبارتهما، إلا أنهما يشتركان في معانيهما ومدلولاتهما؛ فهما يصفان الاختيار بأنه تفضيل وميل وتقديم لطرف من الأطراف دون غيره.

2.1.1. تعريف الفقهي لغةً واصطلاحاً.

الفقهي لغةً: كلمة (الفقهي) صفة أو قيد للاختيار، وهو مشتق من الفقه، ولهذا الأخير في اللغة معان منها: العلم والفهم والإدراك والفتنة⁴. ومنه قوله تعالى: (وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ) [التوبة: 123].

الفقه اصطلاحاً:

الفقه: "هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"⁵.
فالفقه بهذا المعنى علم مستنبط بالرأي والاجتهاد، ويحتاج فيه إلى النظر والتأمل⁶.

3.1.1. تعريف الاختيار الفقهي .

يُقصد بالاختيار الفقهي: "اجتهاد الفقيه في معرفة الحكم الشرعي الصحيح في المسائل المختلف فيها، وذهاب الفقيه إلى قولٍ من أقوال أئمة السلف"⁷.
إذاً، الاختيار الفقهي هو ميل المجتهد وتفضيله لرأي أو قول فقهي على آخر بناءً على اجتهاد قد يوافق فيه غيره وقد يخالفهم .
وعليه فالمراد باختيارات المالكية: هو ما انفرد به مجتهدو المذهب المالكي من آراء وأقوال فقهية في المختلف فيه من المسائل؛ وينبني على هذا تبني مجتهد المذهب في اختياراته قولاً راجحاً أو مرجوحاً قد يخالف فيه أصول إمامه، مستفيداً في ذلك من تعدد الروايات في المذهب المالكي ما بين أقوال مؤسسه وأقوال فقهاء ومجتهديه.

2.1. تعريف الحضانة في الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري.

1.2.1. تعريف الحضانة في الفقه المالكي:

قبل التطرق إلى تعريف الحضانة في اصطلاح فقهاء المالكية، نخرج على المعنى اللغوي للمصطلح.
الحضانة لغةً هي حِفْظُ الشَّيْءِ وَصِيَانَتُهُ؛ فَالْحِضْنُ مَا دُونُ الْإِبْطِ إِلَى الْكُشْحِ⁸، وَالْحَضَانَةُ: مَصْدَرُ الْحَاضِنَةِ وَالْحَاضِنِ وَهُمَا اللَّذَانِ يُرَبِّيَانِ الصَّبِيَّ⁹.
وعلى هذا، فالحضانة في اللغة تدور حول معانٍ عدة، أهمها الضم والحفظ والصيانة.

أما في اصطلاح فقهاء المالكية فقد عُرِّفت بعدة تعريفات نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

- عرفها الباجي بأنها: "حفظ الولد في مبيته، ومؤنة طعامه، ولباسه، ومضجعه، وتنظيف جسده"¹⁰.

- وعرفها الدردير، قال: "الحضانة وهي حفظ الولد، والقيام بمصالحه"¹¹.
وقال العدوي: "هي في الشرع الكفالة، والتربية، والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه"¹².

بالتمعن في التعاريف المذكورة أعلاه نجد أنها جاءت متقاربة وتشترك في الهدف الرئيس من الحضانة والمتمثل في مراعاة مصلحة المحضون، وتنشئته تنشئة دينية وعقلية سوية تجعله قادراً على التفريق بين الضار والنافع له.

2.2.1. تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

عرّفها المشرع الجزائري في الفقرة 1 من المادة 62 بقوله: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهرة على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك"¹³.

التعريفان الفقهي والقانوني جمعا في مجملهما كل ما يتعلق بشؤون الطفل من تربية وحفظ ورعاية، مع الأخذ بعين الاعتبار تنشئته الدينية والخلقية؛ فهما بذلك يتوافقان؛ فكل الأحكام الفقهية والقواعد القانونية تصب في قالب جلب الصلاح للطفل ودرء الفساد عنه.

2. اختيارات الملكية المتعلقة بحق الحضانة وأثرها في قانون الأسرة الجزائري.

يهدف هذا المطلب إلى عرض أقوال وآراء فقهاء الملكية في حق الحضانة وعودة هذا الحق بعد سقوطه، مع بيان موقف المشرع الجزائري من هذه الاختيارات.

1.2 اختيارات الملكية المتعلقة بحق الحضانة وأثرها في قانون الأسرة الجزائري.

1.1.2. اختيارات الملكية المتعلقة بحق الحضانة.

اختلف الملكية في حق الحضانة، هل هو للحاضن أم للمحضون، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الحضانة حق للحاضن، وعليه فلا تجب عليه لو أسقطها؛ لأن كل من له حق يسقط إذا تنازل عنه، وهو المشهور عند الملكية¹⁴. قال ابن رشد: "الحضانة حق للأم، إن شأته أخذته، وإن شأته تركته"¹⁵.

القول الثاني: الحضانة حق للمحضون، فتجب على الحاضن ولا يملك إسقاطها، وهو رواية عن مالك أيضاً، وبه قال ابن الماجشون¹⁶. القول الثالث: الجمع بين القولين الأولين؛ أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون معاً، وعليه فإنها تجب على الحاضن ولا يملك إسقاطها، وهو اختيار الباجي وابن محرز¹⁷.

قال الباجي: "والذي عندي أن فيه حقاً لكل منهما، والله أعلم وأحكم"¹⁸. وقال ابن معجوز: "هذا هو الصواب، وهو الذي يؤيده النظر؛ لأنه لو اعتبرنا الحضانة حقاً للحاضن، فربما تعسف في استعمال حقه هذا لمجرد إعانة خصمه الذي يطالب بالحضانة ممن هو أرغب منه فيها، وأقدر على الاعتناء بالولد، ولو اعتبرنا الحضانة حقاً للمحضون فقط، فربما نلزم شخصاً بحضانة ولد وهو لا يرغب في القيام بهذه المهمة، وذلك في غير صالح الولد"¹⁹.

2.1.2. موقف المشرع الجزائري من اختيارات الملكية في هذه المسألة.

خالف قانون الأسرة الجزائري في هذه المسألة المشهور في المذهب، وأخذ بالرأي القائل إن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون؛ فقد أجاز المشرع الجزائري للحاضن التنازل عن الحضانة، فاعتبرها من هذا الوجه حق له، ومن جانب آخر قيد هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون فاعتبرها بذلك حقاً لهذا الأخير²⁰.

وهذا ما توضحه المادة 66 والتي تنص على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالتزويج بغير قريب محرم، ما لم يضر بمصلحة المحضون"²¹.
فالمشرع الجزائري في اختياره للرأي القائل أن الحضانة حق مشترك راعى مصلحة المحضون وبنى عليها موقفه؛ لأنه يرى أن مصلحة المحضون فوق كل اعتبار.

وعليه فرأي المشرع في هذه المسألة يتوافق ومتطلبات العصر ويساير المستجدات ويحقق مصلحة الأم والمحضون على حد سواء، فالأم هي الأحن والأرفق بولدها فقد حملته في بطنها وأرضعته بعد الوضع وصبرت وكابدت عليه، فمن حقها تربيته والاعتناء به، ومن حق الطفل كذلك أن يعيش في كنف من هو أدرى وأحفظ لمصلحته.

2.2. اختيارات الملكية المتعلقة بعودة الحق في الحضانة للأم بعد سقوطه بالزواج، إذا زال المانع، وأثرها في قانون الأسرة الجزائري.
1.2.2. اختيارات الملكية المتعلقة بعودة الحق في الحضانة للأم بعد سقوطه بالزواج، إذا زال المانع.

إذا تزوجت المرأة بعد ثبوت الحضانة لها من غير قريب محرم، ثم مات الزوج أو طلق هل تعود إليها الحضانة أو لا تعود إليها؟ ؟ فالمذهب على قولين: القول الأول: أنها لا تعود إليها وهو المشهور في مذهب مالك.

قال الخرشي: " الحاضنة إذا سقط حقها من الحضانة بسبب تزويج كما مر وانتقل الحق لمن بعدها، ثم طلقت أو مات زوجها، فإن الحضانة لا تعود لها سواء كانت أمًا أو غيرها، بل الحق فيها باق لمن انتقلت له... يعني أن المرأة إذا أسقطت حقها من حضانة ولدها من غير مانع قام بها، ثم أرادت أخذه بعد ذلك فليس لها ذلك على المشهور..."²².

وقال الدسوقي: "ولا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق لها، أو موت زوجها، أو بعد فسخ النكاح الفاسد بعد البناء على الأرجح"²³.

مما سبق ذكره يتبين أن حق الأم في الحضانة يسقط باختيارها، أما إن كان العارض اضطرارياً مثل: أن تكون الأم مريضة أو مسافرة سفرًا لا بد لها منه، كالسفر إلى الحج وهي ضرورة، ثم زال ذلك العارض: فإن الحضانة ترجع إليها بلا إشكال²⁴.

القول الثاني: أنها تعود إليها، وهذا القول حكاه القاضي أبو محمد عبد الوهاب حيث قال: "فإن طلقها أو مات عنها، كان لها أخذه لزوال المانع"²⁵.

وقال ابن رشد: "وقد قيل أن حضانتها إنما تسقط ما دامت مع الزوج، فإن مات عنها أو طلقها، رجعت فأخذت ولدها، وكانت أحق بحضانتها وهو قول المغيرة، وابن دينار، وابن أبي حازم. ووجه هذا القول: أن النكاح مما تدعو إليه الضرورة، فلا يقدر على الصبر دونه فأشبهه سقوط حضانتها بمرضها، أو انقطاع لبنها، أنها ترجع فيما إذا ارتفع المانع لها من الحضانة"²⁶.

2.2.2. موقف المشرع الجزائري من اختيارات الملكية في المسألة.

لقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بقول القاضي عبد الوهاب، وهذا ما نلاحظه في المادة 71 والتي تنص على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"²⁷.

فإذا كان حق الأم في حضانة ولدها قد سقط عنها بسبب زواجها من شخص أجنبي عن المحضون، فإن هذا الحق سيعود إليها إذا هي طلقت أو توفي عنها زوجها ولم تتزوج بعد²⁸.

وقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ واعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي لا يمنعها ذلك من استعادة الحضانة، وجاء نص القرار كما يلي: "إن القضاء بسقوط الحضانة على الطاعنة رغم زوال

سبب السقوط ودون الرد على الفعل المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة...²⁹. ويعود سبب تبني المشرع الجزائري لرأي القائل بعودة الحضانة للأم بعد خلوها من الزوج؛ هو مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، لأن الأم هي الأرفق والأقدر والأصبر على تربية ولدها مقارنة بغيرها من الحواضن، ولقد أوكل الدور إلى القاضي في تقدير مصلحة المحضون فيستعين هذا الأخير بأهل الخبرة في تقديرها.

3. اختيارات الملكية المتعلقة بنفقة المحضون، وحق الزيارة، وأثرها في قانون الأسرة الجزائري.

من الآثار المترتبة على الحضانة نفقة المحضون، وحق الزيارة، وسيتطرق هذا المطلب إلى عرض اختيارات الملكية في هذه المسائل، وإبراز موقف المشرع الجزائري منها.

1.3. اختيارات الملكية المتعلقة بنفقة المحضون ، وأثرها في قانون الأسرة الجزائري.

1.1.3. اختيارات الملكية المتعلقة بنفقة المحضون.

يرى الملكية أن الحاضن إذا ثبتت له حضانة الطفل، فعلى الأب نفقة المحضون وكسوته وسكنه، ويخدمه إذا احتاج إلى ذلك وكان الأب ملئاً، ولحاضنته قبض نفقته، فإن كان الأب عديماً فهو من فقراء المسلمين³⁰. ولا يجبر أحد على نفقته، ولا الأم إن كانت موسرة، إلا الأب وحده إذا قدر. وتلزمه نفقة ولده الذكور حتى يحتلموا، والإناث حتى يدخل بهن أزواجهن، إلا أن يكون للصبى كسب يستغني به، أو له مال فينفق عليه منه³¹؛ فإن كانت الأم موسرة والولد مُعسراً، فمشهور المذهب أنها لا تجب عليها نفقتهم³².

قال القاضي عبد الوهاب: " ولا يلزم الأم النفقة على ولدها لا في حياة الأب ولا بعد موته، لا في يسره ولا في عسره... فإذا فقد الأب أو أعسر لم يلزم غيره، كما لا يلزم سائر الأقارب"³³.

ففقهاء الملكية لا يلزمون الأم بنفقة ابنها حتى وإن كانت موسرة، بل نفقة المحضون واجبة على الأب وحده، فإذا مات أو عجز عن الإنفاق لا تجب على غيره؛ لأن النفقة تجب ابتداءً ولا تجب انتقلاً.

2.1.3. موقف المشرع الجزائري من اختيارات الملكية في المسألة:

لقد نصت المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لأفة عقلية أو بدنية، أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"³⁴.

من خلال هذه المادة يمكن أن نستخلص: أن نفقة الولد واجبة على والده كمبدأ عام، ولا تسقط عنه إلا إذا أثبت أن لهذا الولد مال يمكن أن ينفق منه على نفسه³⁵.

وقد رأى المشرع الجزائري أن واجب الأب بالإنفاق على الأبناء ينتقل إلى الأم إن كان مُعسراً أو عاجزاً على النفقة وهذا ما نصت عليه المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري والتي مفادها:

" في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم، إذا كانت قادرة على ذلك"³⁶.

فقانون الأسرة في هذه المسألة خالف المشهور في المذهب المالكي؛ فقد ألزم الأم الموسرة نفقة ولدها إن عجز الأب على الإنفاق.

ويعود سبب تبني المشرع الجزائري لرأي مخالف لما ذهب إليه المالكية هو مراعاة مصلحة المحضون بضمان نفقته في كل الأحوال.

2.3 اختيارات الملكية المتعلقة بحق الزيارة، وأثرها في قانون الأسرة الجزائري.

1.2.3 اختيارات الملكية المتعلقة بحق الزيارة.

يُقصد بحق الزيارة: " رؤية المحضون والاطلاع على أحواله سواء المعيشية منها أو التربوية أو التعليمية أو الصحية أو الخلقية؛ بمعنى النظر في شؤونه وتأديبه وتوجيهه وتعليمه"³⁷.

وعليه يرى الملكية أن للأب الحق في رؤية المحضون طيلة فترة حضانة النساء له؛ لأن لهم حق رعايته إن كان لا يستطيع الذهاب لأبيه وذلك لصغره، وإلا أرسل إليه في النهار من أجل التعليم والتأديب ويعود إلى أمه في الليل، ويحق للأم رؤية ولدها كل يوم أو أسبوع إذا كانت الحضانة لغيرها³⁸.

2.2.3 موقف المشرع الجزائري من اختيارات الملكية في المسألة.

لقد وافق المشرع الجزائري الفقه المالكي في تقريره حق الزيارة، وذلك من خلال الشطر الثاني من المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، والتي مفادها "...على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة، أن يحكم بحق الزيارة"³⁹.

فالقانون بموقفه هذا، يكون قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لايجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم⁴⁰.

وعليه على القاضي ان لا يدخر جهداً ليحدد طرق الزيارة بما يحقق مصلحة المحضون من جهة ويواكب تطورات ومستجدات العصر من جهة أخرى، فالتقنيات الحديثة سهلت سبل التواصل بين الطفل المحضون والديه، وقربت المسافات ونوعت من طرق الزيارة، فاستمرار رؤية الطفل لأبويه افتراضياً أو واقعياً يشعره بالرضا ويحيي أواصر المحبة والمودة والرحمة بينه وبين من فارقه؛ مما يجعله سوياً بعيداً عن الاضطرابات التي قد تنشأ بسبب فك الرابطة الزوجية.

4. اختيارات الملكية المتعلقة بحضانة المرأة غير المسلمة، وأثرها في قانون الأسرة الجزائري.

يعتبر حق المرأة غير المسلمة في حضانة ابنها من أهم الحقوق التي اعتنى بها الشرع والقانون؛ لذا وجب الوقوف عنده بالدراسة، ومعرفة اختيارات الملكية فيه، وإبراز رأي المشرع الجزائري من تلك الاختيارات، وهذا ما يهدف إليه هذا المطلب.

1.4. اختيارات الملكية المتعلقة بحضانة المرأة غير المسلمة.

اختلفت الملكية في الأم إذا كانت يهودية أو نصرانية أو مجوسية، هل لها من الحضانة مثل ما يكون للحرّة المسلمة أم لا؟ فالمذهب على قولين: ⁴¹ أحدها: أنّ لها الحضانة مثل ما يكون للحرّة المسلمة، وإن خيف أن تُطعمهم وتغذيهم بالخمير والخنزير ضُمَّت إلى ناس من المسلمين، وهو مذهب "المُدونة". والثاني: أنّه لا حقّ لها في الحضانة؛ لأنّ الأمّ المسلمة إذا كانت يُثنى عليها بالسوء، نُزِعَ منها، فكيف بالكافرة؟! وهو قول ابن وهب.

2.4. موقف المشرع الجزائري من اختيارات الملكية في المسألة:

أما موقف المشرع الجزائري فلم يأت نص صريح حول اشتراط الدين الإسلامي في حضانة الأم، إلا أنه اشترط عليها تربية المحضون على دين أبيه كما جاء في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري والتي مفادها: "...والقيام بتربيته على دين أبيه" ⁴²؛ فالمشرع هنا راعى مصلحة المحضون في إسناد الحضانة للأم غير المسلمة، وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إن خيف عن دينه" ⁴³.

وعليه فإن عملية إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، فالطفل يتأثر بالبيئة التي يعيش فيها ويكتسب طباعه من المحيط الذي يدور في فلكه؛ لذلك على القاضي أن يقدر تلك الظروف

بالاستعانة بالخبراء وتكون النتيجة دائماً في إسناد الحضانة للأم غير المسلمة أو إسقاطها عنها هي مراعاة مصلحة المحضون، ومراعاة مستجدات العصر ومواكبتها والتكيف مع مقتضياتها.

الخاتمة:

جاء هذا المقال العلمي ليبين مدى استفادة قانون الأسرة الجزائري من الاختيارات الفقهية للملكية في باب الحضانة؛ حيث اقتضت طبيعة البحث الاعتماد على المنهجين الوصفي والمقارن وفق خطة قوامها مقدمة، وأربعة مطالب، وخاتمة.

وبعد العرض الموجز للموضوع تم التوصل الى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج

1- المراد باختيارات الملكية ما انفرد به مجتهدو المذهب المالكي من آراء وأقوال فقهية في المختلف فيه من المسائل ، وينبني على هذا تبني مجتهد المذهب في اختياراته قولاً راجحاً أو مرجوحاً قد يخالف فيه أصول إمامه.

2- تُعد الحضانة من أهم الآثار الشرعية والقانونية لانحلال الرابطة الزوجية؛ لذلك اهتم بها فقهاء الملكية اهتماماً بالغاً، واجتهدوا في بيان أحكامها وقواعدها. ولقد استفاد المشرع الجزائري من هذه الأحكام والقواعد وبنى عليها نصوصاً قانونية خاصة بهذا الباب.

3- يتفق الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري في المقصد العام من الحضانة و هو مراعاة مصلحة المحضون والقيام على شؤونهم وتنشئته تنشئة دينية وعقلية سوية بعيدة عن الضغوطات والأحزان.

4- استمداد المشرع الجزائري لأحكام الأسرة عامة وأحكام الحضانة خاصة من الشريعة الإسلامية جعل المواد المتضمنة لهذا الباب ثابتة ومستقرة ولا تخضع للتعديل إلا نادراً.

ثانيًا: التوصيات.

- 1- إعادة النظر في بعض اجتهادات الملكية في باب الحضانة لاختيار القول الذي يتوافق مع مصلحة المحضون من جهة، ويواكب متطلبات العصر من جهة أخرى.
 - 3- دعوة الباحثين والمهتمين بالدراسات المقارنة لتوسيع هذا البحث، ليشمل اختيارات الملكية في الأبواب الأخرى المتعلقة بفقه الأسرة ومقارنتها بالقانون الجزائري الذي يحكم هذه الأبواب.
 - 4- العمل على تكوين قضاة الأحوال الشخصية تكوينًا فقهيًا إضافة إلى التكوين القانوني؛ ربطًا بين الاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي.
- الهوامش:

¹ يُنظر: الأنصاري جمال الدين ابن منظور، 1992 م، لسان العرب، لبنان، دار صادر، 4/ 265، 266.

² الكفوي، أيوب بن موسى، بدون سنة نشر، الكليات، لبنان، مؤسسة الرسالة.

³ الكفوي، ص: 62.

⁴ يُنظر: ابن منظور: 522-523/13.

⁵ البركتي محمد عميم الإحسان، 2003 م، التعريفات الفقهية، لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ص: 166.

⁶ الجرجاني علي، 1983 م، التعريفات، لبنان، دار الكتب العلمية، ص: 168.

⁷ النيجيري محمود، 2008 م، الاختيار الفقهي واشكالية تجديد الفقه الإسلامي، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ص: 29.

⁸ القزويني أحمد بن فارس، 1979 م، معجم مقاييس اللغة، لبنان، دار الفكر: 232/2.

⁹ الفراهيدي عبد الرحمن، دون سنة، العين، دون بلد، مكتبة الهلال: 105/3.

¹⁰ المواق أبي عبد الله، 1994 م، التاج والإكليل لمختصر خليل، دون بلد، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: 594/5.

¹¹ الدريد، الشرح الكبير، دون سنة، لبنان، دار الفكر: 526/2.

¹² العدوي، 1994 م، حاشية العدوي، لبنان، دار الفكر: 129/2.

- 13 الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة.
- 14 الخرشى محمد ، دون سنة، شرح مختصر خليل، لبنان، دار الفكر: 139/4.
- 15 القرطبي أبو الوليد محمد بن رشد، 1993 م، مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)، لبنان، دار الجبل، المغرب، دار الآفاق، الطبعة الثانية: 1146/2.
- 16 الخطاب شمس الدين، 1992م، مواهب الجليل، لبنان، دار الفكر، الطبعة الثالثة: 219/4؛ القرطبي أبو عمر يوسف بن عبد البر، 1980م، الكافي في فقه أهل المدينة، المملكة العربية السعودية، مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الثانية: 625/2.
- 17 الخطاب: 215/4.
- 18 الباجي أبو الوليد سليمان بن واث، 1332 هـ، المنتقى شرح الموطأ، مصر، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى: 185/6؛ التسولي علي، 1998م، البهجة في شرح التحفة، لبنان، دار الكتب العلمية: 645/1.
- 19 محمد بن معجوز، 1977م، أحكام الأسرة، المغرب، مطابع النجاح: 62/2.
- 20 أعراب بلقاسم، 1994م، مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية لجامعة باتنة، الجزائر، ع1، ص: 52.
- 21 الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة.
- 22 الخرشى: 217/4.
- 23 الدسوقي محمد، دون سنة، حاشية الدسوقي، لبنان، دار الفكر: 532/2.
- 24 الرجراجي علي بن سعيد، 2007 م، مناهج التحصيل، لبنان، دار ابن حزم، الطبعة الأولى: 146/4.
- 25 القاضي عبد الوهاب، دون سنة، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، مكة المكرمة، المكتبة التجارية: 941/2.
- 26 ابن رشد: 221/5.
- 27 الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة.
- 28 عبد العزيز سعد، ص: 293.
- 29 يُنظر المحكمة العليا، ملف رقم 252308 المؤرخ في 2000/11/21، المجلة القضائية، 2001، العدد 2، ص: 284.
- 30 البراذعي: 402/2.
- 31 البراذعي: 402/2.
- 32 الرجراجي: 150/4.

- 33 القاضي عبد الوهاب: 938/2.
- 34 الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة.
- 35 سعد عبد العزيز، ص: 224.
- 36 الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة.
- 37 عليوي ناصر، 2010م، الحضانة بين الشريعة والقانون، الأردن، دار الثقافة، الطبعة الأولى، ص: 191.
- 38 الجزيري عبد الرحمان، 2003 م، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية: 4/ 525 .
- 39 الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة.
- 40 العربي بلحاج، 2012م، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة: 1/ 392.
- 41 الرجراجي: 153/4.
- 42 الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة.
- 43 يُنظر المحكمة العليا، ملف رقم 52221 المؤرخ في 13/03/1989، المجلة القضائية، 1993، العدد 1، ص: 48.
- قائمة المصادر والمراجع:**
- ❖ القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.
- 1- أعراب بلقاسم، 1994م، مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية لجامعة باتنة، الجزائر، ع. 1.
- 2- الأنصاري جمال الدين ابن منظور، 1992م، لسان العرب، لبنان، دار صادر.
- 3- الباجي أبو الوليد سليمان بن واث، 1332هـ، المنتقى شرح الموطأ، مصر، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى.
- 4- البركتي محمد عميم الإحسان، 2003م، التعريفات الفقهية، لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.
- 5- بلحاج العربي، 2012م، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة.

- 6- ابن غازي، دون سنة، كليات المسائل الجارية عليها الأحكام، دون بلد .
- 7- الثَّسُولي علي، 1998م، البهجة في شرح التحفة، لبنان، دار الكتب العلمية.
- 8- الجرجاني علي بن محمد، 1983م، التعريفات، لبنان، دار الكتب العلمية.
- 9- الجزيري عبد الرحمان ، 2003 م ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، لبنان، دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية.
- 10- الحطاب شمس الدين 1992م، مواهب الجليل، لبنان، دار الفكر، الطبعة الثالثة.
- 11- الخرشي محمد بن عبد الله، دون سنة، شرح مختصر خليل، لبنان، دار الفكر 12-
- الدردير، الشرح الكبير، بدون سنة، لبنان، دار الفكر.
- 13- الدسوقي محمد، دون سنة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لبنان، دار الفكر.
- 14- الرجراجي علي ، 2007 م، مناهج التحصيل، لبنان، دار ابن حزم.
- 15- العدوي، 1994م، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، لبنان، دار الفكر.
- 16- العليوي ناصر، 2010م، الحضانة بين الشريعة والقانون، الأردن، دارالثقافة.
- 17- الفراهيدي عبد الرحمن ، دون سنة، العين، دون بلد، دار ومكتبة الهلال.
- 18- القاضي عبد الوهاب، دون سنة، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، مكة المكرمة، المكتبة التجارية.
- 19- القرطبي أبو الوليد محمد بن رشد، 1993 م، مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)، لبنان، دار الجبل، المغرب، دار الآفاق الجديدة، الطبعة الثانية.
- 20- القرطبي أبو عمر يوسف بن عبد البر، 1980م، الكافي في فقه أهل المدينة ، المملكة العربية السعودية، مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الثانية.
- 21- القزويني، أحمد بن فارس، 1979م، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، بيروت، دار الفكر.
- 22- الكفوي أيوب بن موسى، بدون سنة نشر، الكليات، لبنان، مؤسسة الرسالة.
- 23- المحكمة العليا، ملف رقم 52221 المؤرخ في 1989/03/13، المجلة القضائية، 1993، العدد1، ص: 48
- 24- محمد بن معجوز، 1977م، أحكام الأسرة، المغرب، مطابع النجاح.

- 25- المواق أبي عبد الله، 1994م، التاج والإكليل لمختصر خليل، دون بلد، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.
- 26- النيجيري محمود، 2008م، الاختيار الفقهي واشكالية تجديد الفقه الإسلامي، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.