

إشكال إسناد الحضانة عند اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة

The problem of devolution of custody when the religion of the guardian and the child is different in Algerian legislation and comparative laws



حياة عفرة، طالبة دكتوراه^{1*}

¹كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر

Hayet AFRA^{1*}

¹Mouloud Mammeri University, Tizi Ouzou, Algeria

تاريخ الاستلام: 2022/10/02 تاريخ القبول للنشر: 2022/11/25 تاريخ النشر: 2022/12/30



ملخص:

تعتبر مسألة إسناد الحضانة عند اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون في الزواج المختلط من أهم وأدق المواضيع القانونية، سواء بالنظر إلى الفراغ التشريعي حول شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لإسناد الحضانة في التشريع الجزائري أو بالنظر إلى عدم اعتراف الدول العلمانية بشرط التربية الدينية الإسلامية للمحضون المكرس في التشريع الجزائري على غرار تشريعات الدول الإسلامية المستمدة أحكامها من الفقه الإسلامي، هذا ما أدى إلى طرح صعوبات، من شأنها المساس بحق الطفل في الحضانة .

الكلمات المفتاحية: الحضانة، الزواج المختلط، اختلاف الديانة، الدول العلمانية، الدول الإسلامية.

Abstract :

The devolution of custody when the religion of both guardian and the child one are different within mixed marriage is one of the most important and precise legal questions both in view of the legislative vacuum around the condition of the union of religion between the guardian and the child in order to award custody in Algerian legislation, or in view of the non-consideration of secular countries as a condition of the Islamic religious education of the child consecrated in Algerian legislation. Similar to the legislation of Islamic countries whose provisions are derived from Islamic jurisprudence, This has led to difficulties that would affect the right of custody of the child.

Keywords: The custody, mixed marriages, Differences in religion, secular countries.

مقدمة:

عرف الزواج المختلط في الآونة الأخيرة انتشارا واسعا في مختلف الدول منها الجزائر، لاسيما أمام انتشار مواقع التواصل الاجتماعي، التي فسحت المجال للتعارف بين الناس من مختلف الجنسيات والديانات.

ولما كان الزواج المختلط له علاقة بالقانون الدولي الخاص، فقد سعت تشريعات مختلف الدول إلى وضع قواعد إسناد تنظم شروط انعقاده وآثاره وانحلاله، وهو النحو الذي سار عليه المشرع الجزائري، حيث خصص قاعدة إسناد تحكم شروط انعقاد الزواج المختلط في المادتين 11¹ و 13² من القانون المدني والمتعلقة بالشروط الموضوعية، وكذا المادتين 19³ من القانون المدني و 97⁴ من قانون الحالة المدنية الخاصتان بالشروط الشكلية.

وعليه إذا كانت قاعدة الإسناد الجزائرية تسند الاختصاص لحكم انعقاد الزواج المختلط إلى القانون الجزائري فإنه يخضع إلى القواعد الموضوعية المنصوص عليها في المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة، بالإضافة إلى خضوعه للأحكام التنظيمية طبقا لنص المادة 31⁵ من قانون الأسرة الجزائري.

¹- تنص المادة 11 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ج ج عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدلة بالمادة 6 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادي الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005، ج ر ج ج عدد 44، الصادر بتاريخ 26 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني على أنه « يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين ».

²- تنص المادة 13 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 السالف الذكر على أنه " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج ».

³- تنص المادة 19 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر، المعدلة والمتممة بالمادة 12 من القانون رقم 05-10 السالف الذكر المعدل والمتمم للقانون المدني على أنه « تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه . ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ».

⁴- تنص المادة 97 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج ر ج ج عدد 21، الصادر في 27 فبراير 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 17-03 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438 الموافق 10 يناير 2017، ج ر ج ج عدد 02، الصادر في 11 يناير 2017 على أنه «إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبي يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج ».

⁵- تنص المادة 31 من القانون رقم 84-11 السالف الذكر، المعدلة بالمادة 10 من الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري السالف الذكر على أنه «يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية ».

ومن المعلوم أنه في حال إقامة الأجنبي المتزوج بجزائرية أو الأجنبية المتزوجة بجزائري فوق الإقليم الجزائري فإنهم يخضعون إلى قانون دخول الأجانب وإقامتهم⁶.

إن الطابع الدولي للزواج المختلط أدى إلى طرح عدة إشكالات، منها تلك التي تتعلق بحضانة الطفل، لا سيما أمام غياب قاعدة إسناد خاصة بها في القانون المدني الجزائري.

تعد مسألة حضانة الطفل كأثر لانحلال الزواج المختلط من أهم القضايا المطروحة على المستوى الوطني والدولي، والتي شغلت اهتمام تشريعات الدول والفقهاء والقضاء، وحماية لمصلحة المحضون اشترطت تشريعات الدول الإسلامية، منها التشريع الجزائري تربية الطفل على دين أبيه، أي الدين الإسلامي، غير أنه أغفل النص عن مسألة اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون رغم أهميتها، لما لها من أثر في ممارسة الحضانة من جهة وتربية الطفل على الدين الإسلامي من جهة أخرى، لا سيما أمام استفحال ظاهرة انحلال الزواج بين زوجين مختلفين في الديانة.

كما أن تضارب النصوص القانونية للدول التي ينتمي إليها الزوجين المنفصلين وصعوبة تطبيقها كنتيجة لاعتبار تربية المحضون على الدين الإسلامي في الدول الإسلامية، بخلاف الدول الغربية العلمانية⁷، أدى إلى طرح عدة إشكالات، والتي أدت بدورها في أغلب الأحيان إلى تمزق الأبناء الناجمين عن هذا الزواج.

من هذا المنطلق يتضح جليا أن إشكالية البحث تتمحور حول الإشكالات الناجمة عن اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون ؟ .

إن الإجابة عن إشكالية البحث تستوجب إتباع المنهج التحليلي، فإشكال إسناد الحضانة في حالة اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون في الزواج المختلط ذو البعد الدولي يقتضي منا تحليله، وهي الغاية الأولى المرجوة من دراستنا لهذا الموضوع، وذلك بتحليل النصوص القانونية التي تثير إشكالات قانونية تجعل من العسير تطبيقها على أكمل وجه، وكذا تحليل تشريعات الدول الإسلامية وتشريعات الدول الغربية العلمانية لمعرفة الصعوبات المثارة في ظل اشتراط تربية الطفل على دين أبيه، أي الدين الإسلامي في تشريعات الدول الإسلامية.

وهو ما سنعرض له ضمن المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مدى إلزامية اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لإسناد الحضانة.

المبحث الثاني: صعوبات تطبيق شرط تربية الابن على دين أبيه.

⁶ - قانون رقم 08-11 مؤرخ في 21 جمادي الثانية عام 1429 الموافق 25 يونيو 2008 يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، ج ر ج عدد 36، الصادر في 02 يوليو 2008.

⁷ - يقوم نظام العلمانية السائد في الدول الغربية على مبدأ الفصل بين الدين والحياة أو بين الدين والدولة، لذلك فإن اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون لا يترتب أي أثر في إسناد الحضانة، بخلاف ما هو عليه في الفقه الإسلامي وتشريعات الدول الإسلامية.

المبحث الأول

مدى إلزامية اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لإسناد الحضانة

تثير الحضانة إشكالا قانونيا عند انفصال زوجين لا يتحدان في الدين، ويزداد هذا الإشكال حدة أمام شرط تربية الابن على دين أبيه المكرس في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري دون النص صراحة على وجوب اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون.

إن اقتصار المشرع الجزائري على هذا الشرط جعلنا نتساءل إن كانت بعض تشريعات الدول الإسلامية وقضائها قد اتبعت نفس النهج الذي سار عليه مشرعنا؟.

على هذا الأساس سنتناول في (المطلب الأول) مدى إلزامية اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون في القانون الجزائري، ثم نتطرق إلى موقف بعض تشريعات الدول الإسلامية وقضائها (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مدى إلزامية اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون في القانون الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري على شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لإسناد الحضانة، بل اقتصر على شرط تربية الابن على دين أبيه، وهذا ما جعلنا نتساءل إن كان هذا الأخير يستدعي بالضرورة اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون ؟ وكذا أثر الردة أو اعتناق الدين الإسلامي على ممارسة الحضانة ؟ (الفرع الأول).

إن الفراغ القانوني في مسألة اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون يستلزم علينا حسب المادة 222⁸ من قانون الأسرة الجزائري الرجوع إلى الفقه الإسلامي، كما أن للقضاء تطبيقات في هذا الشرط (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اقتصار المشرع الجزائري على شرط تربية الابن على دين أبيه

تعتبر العقيدة الإسلامية أصح العقائد وأسلمها لتربية الطفل على أساسها، لذلك حرص المشرع الجزائري على تكريس شرط تربية الابن على دين أبيه في المادة 62 من قانون الأسرة التي تقضي بأن " الحضانة هي رعاية الولد... والقيام بتربيته على دين أبيه"، وتضيف المادة 67 :

" تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه"، منها شرط تربية الابن على دين أبيه.

وما يؤكد حصانة هذا الشرط في إسناد الحضانة الإعلان التفسيري للمادة 14 الفقرة الأولى والثانية من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989⁹ الصادر عن الدولة الجزائرية والتي أكدت فيه أن احترام حق الطفل في

⁸ - تنص المادة 222 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم السالف الذكر على أنه « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ».



اختيار الدين ليس مطلقاً وإنما هو مقيد بالمقومات الأساسية للنظام القانوني الجزائري المتمثل في أن الإسلام دين الدولة حسب الدستور الجزائري¹⁰، وأن هذا الإعلان لا يمس بأحكام الاتفاقية وإنما يؤكدتها ويوضح معالمها¹¹.

وبهذا يكون المشرع قد تجنّب المخاطر التي تترتب على مبدأ اختيار دين الابن¹²، فتكريس المشرع لهذا الشرط يرجع لعدة اعتبارات أهمّها:

أن الابن لا يمكن له وفي صغر سنه اختيار الدين الذي يعتنقه، بل أن قصر سنه يفرض عليه طاعة والديه، كما أن التربية الدينية هي خاصية من خصائص السلطة الأبوية التي يتمتع بها الأب¹³، بالإضافة إلى

⁹ - صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم : 92- 06 المؤرخ في 17 نوفمبر 1992، ج ر ج ج عدد 83، الصادر في 18 نوفمبر 1992، ص ص 1742- 1743.

¹⁰ - أنظر المادة 02 من دستور الجمهورية الجزائرية الشعبية لسنة 1996 المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 28 نوفمبر 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن تعديل الدستور، ج ر ج ج عدد 76 مؤرخ في 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بموجب :

- القانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر ج ج عدد 25 مؤرخ في 14 أبريل 2002 .
- القانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر ج ج عدد 63 مؤرخ في 16 نوفمبر 2008
- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر ج ج عدد 14 مؤرخ في 07 مارس 2016.
- المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء شعبي 28 نوفمبر 2020، ج ر ج ج عدد 82 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020

¹¹ - قمودي سهيلة و شعاري وفاء، الإعلانات التفسيرية الجزائرية المتعلقة باتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، العدد 05، 2005، ص 202 - 203.

¹² - أجاز القانون السويسري للزوجين وبصفة مشتركة اختيار ديانة الابن، وفي حالة الاختلاف يتعين على القاضي أن يفصل في ذلك، وعند حصول الطلاق بينهما فإن التربية الدينية للابن تكون من حق صاحب السلطة الأبوية فقط، وإذا اتفق الزوجين المنفصلين على أن تكون التربية الدينية مشتركة، فإن هذا الاتفاق يجب أن يخضع لموافقة القاضي، وفي جميع الحالات يبقى للطفل حق اختيار الدين عند بلوغه سن 16 سنة.

أنظر:

-Sami – Aldeebabu – sahlieh , Mariages mixtes avec des musulmans, cas de la suisse (avec modèle de contrat en six langues) 2ème édition, centre de droit arabe et musulman, 2012,p 26.

¹³ - بخلاف القانون الفرنسي الذي جعل السلطة الأبوية مشتركة بين الوالدين، وبالتالي فإنهما اللذان يختاران دين الابن، غير أنه منح للقاضي سلطة تقديرية في إسناد هذه السلطة الأبوية لأحدهما إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك، وفي هذه الحالة يتعين على صاحب السلطة الأبوية أن يعلم الطرف الآخر بجميع الخيارات المهمة في حياة الطفل، منها الخيار الديني.

- أنظر : المواد 372 ، 373 - 2 و 373 - 2 - 1 من القانون المدني الفرنسي.

أنظر أيضا:

-Françoise Monéger, Les musulmans devant le juge français, journal du droit international, n°2 paris,1994,p 255.

مراعاة المبدأ الذي يقضي بعدم زواج المسلمة بغير المسلم¹⁴، حيث يترتب عليه أن الأبناء الناجمين عن هذا الزواج المختلط مسلمين بصفة تلقائية¹⁵.

إذا كان المشرع الجزائري قد أحسن صنعا بنصه على شرط تربية الابن على دين أبيه، أي الدين الإسلامي، فإن اقتضاه على هذا الشرط دون تحديد ما إذا كان اتحاد الدين ضروريا لإسناد الحضانة مردود عليه، نظرا لأهمية مسألة اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون وأثرها في تربية الابن على دين أبيه، سواء كان هذا الاختلاف أصليا أو بسبب تغيير الدين إما لردة الحاضن أو لاعتناقه الدين الإسلامي.

هذا الفراغ القانوني الذي لم يتداركه المشرع الجزائري رغم تعديله لقانون الأسرة الجزائري سنة 2005 أدى إلى طرح التساؤلات الآتية:

هل شرط تربية الابن على دين الأب يستلزم بالضرورة اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون؟ إذا كانت الإجابة تسمح باختلاف الدين بين الحاضن والمحضون فهل يتحقق معه تربية الابن على دين أبيه؟.

ما هو أثر ردة الحاضن على ممارسة الحضانة؟ ما هو أثر اعتناق أحد الوالدين للدين الإسلامي على ممارسة الحضانة؟ كما في حالة زواج الأجانب غير المسلمين المتجنسين بالجنسية الجزائرية، ثم اعتنق أحدهما الدين الإسلامي؟

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقضاء

لم يتناول المشرع الجزائري مسألة اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون في قانون الأسرة الجزائري، وحتى لا يقع الأبناء ضحية فراغات قانونية يستلزم حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة الرجوع إلى الفقه الإسلامي، الذي أولى أهمية بالغة لهذا الموضوع، (أولا)، وقد كان للقضاء موقف اتجاه هذه المسألة (ثانيا).

أولا: موقف الفقه الإسلامي

اهتم الفقه الإسلامي بمسألة اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون سواء كان هذا الاختلاف أصليا أو طارئا،¹⁶ ويظهر ذلك من خلال الأحكام التي أقرها.

¹⁴ - أنظر المادة 30 من القانون رقم 84-11 السالف الذكر، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

¹⁵ - حميدو زكية، "مدى حماية الطفل في اختيار عقيدته الدينية في ضوء الاتفاقات الدولية والقوانين الوضعية والشرعية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 02، 2007، ص 200.

¹⁶ - يتحقق الاختلاف الطارئ للحاضن بتغيير ديانته إما برده أو باعتناقه للدين الإسلامي.

1: الاختلاف الأصلي بين ديانة الحاضن والمحضون

ميز الفقه فيما يخص شرط اتحاد الدين بين ما إذا كان الشخص الحاضن رجلاً أو امرأة، إذ رأى الحنفية أنه إذا كان الشخص الحاضن رجلاً فيشترط اتحاد الدين بينه وبين المحضون لإسناد الحضانة له، وحججهم في ذلك أن الحضانة نوع من الولاية، ولا ولاية مع اختلاف الدين، فلا يجوز ولاية غير المسلم على المسلم، وأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث، ولا توارث مع اختلاف الدين¹⁷.

أما المالكية فلا يشترط اتحاد الدين بين الرجل الحاضن والمحضون، لأن حق الحضانة عندهم لا يثبت للرجل إلا إذا كان عنده من النساء من تصلح للحضانة كزوجة أو أم أو خالة أو عمة، فالحضانة في الحقيقة حق للمرأة¹⁸، غير أنه في حالة اختلاف ديانة المرأة الحاضنة عن المحضون فقد انقسم الفقه إلى فريقين¹⁹:

الفريق الأول : يمثله الحنفية والمالكية والظاهرية

ذهب هؤلاء إلى عدم اشتراط اتحاد الدين بين الأم الحاضنة والمحضون²⁰، غير أنهم اختلفوا حول مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة وفي مسألة سقوط الحضانة عنها، وفيما يلي سنعرض أوجه الاختلاف فيما بينهم :

بالنسبة للحنفية: يبقى المحضون عند الحاضنة غير المسلمة إلى أن يعقل الأديان، وينزع منها إذا عقل الأديان، بالإضافة إلى حالة ثبوت أن بقاءه معها خطر على دينه، بأن بدأت تعلمه أمور دينها أو تذهب به إلى معابدها أو تعودته على شرب الخمر وأكل لحم الخنزير.

فقد قيد الحنفية إمكانية حضانة الكافرة للمسلم بشرطين، وهما عدم عقله للأديان والخوف عليه من أن يألف دين حاضنته.

بالنسبة للمالكية: يبقى المحضون مع الحاضنة غير المسلمة إلى غاية انتهاء مدة الحضانة شرعاً، ولكنها خلال هذه المدة تمنع من تغذيته بالخمر ولحم الخنزير، وإذا خشي أن تفعل الحرام أعطي حق الرقابة لأحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد، ولا ينزع منها الولد²¹.

¹⁷ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ط 02، دار الفكر، سوريا، 1985، ص 728.

¹⁸ - المرجع نفسه، ص 728.

¹⁹ - أشارت إلى هاذين الفريقين ميرة وليد، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، 2004 - 2005، ص ص 69 - 71.

²⁰ - بخلاف الشرائع غير الإسلامية كاليهودية والمسيحية التي تشترط اتحاد الدين بين الأم و ابنها اليهودي أو المسيحي.

- للتفصيل أكثر أنظر: د/ بدران أبو العنين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين في الشريعة الإسلامية واليهودية والمسيحية والقانون، دار النهضة العربية، مصر، 1968، ص 164.

بالنسبة للظاهرة: حدّد ابن حزم مدة حضانة غير المسلمة بحولي الرضاعة و بعام أو عامين بعدها، أي ببلوغ الولد سن الثالثة أو الرابعة تسقط حضانتها له، لأنّ المحضون قبل بلوغه هذا السن لا فهم له ولا معرفة بما يشاهده، وبالتالي لا ضرر عليه في ذلك²².

الفريق الثاني: يمثله الشافعية والحنابلة

يرى أنصار هذا الفريق أنّه لا تجوز حضانة غير المسلمة للمسلم، فلا بدّ من اتحاد الدين وحججهم في ذلك: إنّ الأم الحاضنة حريصة على تربية و تنشئة الابن على دينها، ويصعب بعد ذلك التحوّل عنه، وهذا أعظم ضرر يلحق به، وقد يغيره عن فطرة الله التي فطر عليها عباده، فلا يراجعها أبداً²³، كما قال النبي (ص) :

" كلّ مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجّسانه "²⁴.

إنّ الحضانة نوع من الولاية، ولا ولاية للمسلم على الكافر، كولاية النكاح والمال فما دام أنّها لم تثبت للفاسق، فإنّ الكافر أولى بذلك، لأنّ ضرر الكافر على المحضون أكثر من ضرر الفاسق، فالأم الكافرة تسعى إلى تربية المحضون على تعاليم الكفر، وبالتالي إبعاده عن الدين الإسلامي، ومما لا شك فيه أنّ هذا يتنافى ومقاصد تشريع الحضانة²⁵.

حديث رافع بن سنان الذي استدلّ به أصحاب الرأى الأول روي على غير هذا الوجه ولا يثبت أهل النقل، كما أنّ الرسول (ص) دعا للصغيرة بالهداية عندما مالت إلى أمّها، ومعنى ذلك أن اختيار البنت كان على غير هدى، ولو كان اختيارها صحيحا لما دعا لها بالهداية ولأثبت الحضانة لأمّها الكافرة، بل أنّ الله أبطله بدعاء الرسول صلى الله عليه وسلم²⁶.

الرأى الرّاجح:

اتّجه رأى البعض في الفقه الحديث إلى ترجيح ما ذهب إليه القائلين بعدم اشتراط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، مع التأكيد على القيود إلى أشار إليها الحنفية، حفاظا على حياة المحضون، لاسيما وأنّ الشريعة الإسلامية قد أباحت للمسلم أن يتزوّج بالكتابية، ومعلوم أنّ الولد من ثمرات الزواج ولا يمكن أن ينكر

²¹ - الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المجلد 05، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة السعودية، د.س.ن، ص 41.

²² - ابن حزم، المحلى، ج 10، إدارة الطباعة المنيرية، د.ب.ن، د.س.ن، ص 323.

²³ - ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، ج 05، مؤسسة الرسالة، د.ب.ن، د.س.ن، ص 409.

²⁴ - رواه البخاري عن أبي هريرة.

²⁵ - ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ج 09، دار الكتاب العربي، د.ب.ن، د.س.ن، ص 298.

²⁶ - ابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص 410.

على الأم حضانتها لولدها، فخوف الفتنة على الصغير في دينه منتفية بالقيود التي اشترطها الحنفية لثبوت حضانة غير المسلمة للمسلم²⁷.

نساند الرأي القائل بعدم اشتراط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، لأن وجود الطفل مع أمه ولو كانت غير مسلمة له عدة ايجابيات، لا سيما على نفسية الطفل، وفي كل الحالات يبقى للأب حق مراقبة وزيارة ابنه، مما يسمح له بمتابعة تنشئته على الدين الإسلامي، وإذا تبين له أنها تربيته على دين الكفر فله حق طلب إسقاط الحضانة عنها، لأن تربية الطفل على الدين الإسلامي يعد شرطاً جوهرياً لممارسة حق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري على غرار تشريعات الدول الإسلامية .

2: الاختلاف الطارئ على ديانة الحاضن

نظرا لأهمية مسألة ردة الحاضن عن الدين الإسلامي واعتناق أحد الوالدين للدين الإسلامي، فقد كان للفقه الإسلامي دور كبير في تنظيم أحكامها في سبيل توفير حماية لمصلحة المحضون.

أ - ردة²⁸ الحاضن عن الدين الإسلامي :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ المرتد سواء كان ذكراً أو أنثى عقوبته القتل، لقوله صلى الله عليه وسلم " من بدل دينه فاقتلوه"²⁹، وقوله عليه الصلاة والسلام:

" أيما رجل ارتد عن الإسلام فادعه، فإن عاد، وإلا فاضرب عنقه، وأيما امرأة ارتدت عن الإسلام فادعها، فإن عادت، وإلا فاضرب عنقها " ³⁰ وفي هذه الحالة لا يكون الرجل ولا المرأة أهلاً للحضانة³¹.

ب - اعتناق أحد الوالدين الدين الإسلامي

إذا كان الوالدين غير مسلمين فأسلم الأب و أبت الأم، ففي هذه الحالة تكون الأم أولى وأحق بحضانة ولدها وإن كانت مجوسية أو نصرانية أو يهودية، فهي كالمسلمة، مادام لا خوف على المحضون من الاعتقاد على عادات و معتقدات الكفار³².

²⁷ - د/ صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 76 .

²⁸ - تعرّف الردّة بأنها « الكفر بعد الإسلام » - أنظر: جمال الدين بن عمران الحاجب المالكي، جامع الأمّهات، اليمامة، بيروت، 1998، ص 512.

كما عرّفها الكاساني بأنها « الرجوع عن الإيمان » - أنظر - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 07، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986، ص 134 .

²⁹ - رواه البخاري ومسلم عن أبي عباس.

³⁰ - حديث معاذ الذي حسّنه الحفظ .

³¹ - سيّد سابق، فقه السنّة، نظام الأسرة، المجلد 02، الطبعة الرابعة، دار الفكر، لبنان، 1983، ص 386.



أمّا إذا اعتنفت الأم غير المسلمة الدّين الإسلامي وأبى أب المحضون ذلك، ففي هذه الحالة تستحق الأم حضانة ابنها المسلم لأنّ الولد يتبع خير الأبوين ديناً، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة، بخلاف المالكية الذين ذهبوا للقول أنّ الابن يتبع الأب في دينه، فإن كان أبوه كافراً و أمّه مسلمة فهو كافر³³.

في الأخير وبعد عرضنا لموقف الفقه الإسلامي من مسألة اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون، يمكن القول أنّه رغم هذا الاختلاف الذي دار بين الفقهاء العظماء إلّا أنّ هدفهم النبيل واحد وهو البحث عن مصلحة المحضون وإحاطتها بسياج الحماية الدينية الإسلامية.

ثانيا : موقف القضاء

لم يشترط الاجتهاد القضائي الجزائري اتحاد الدين بين الأم الحاضنة والمحضون، وهو ما يدلّ على أنّه أخذ بالمذهب القائل بعدم اشتراط اتحاد الدين، حيث جاء في إحدى قراراته أنّه " من المقررّ شرعا و قانونا أنّ الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلّا إذا خيف على دينه، وأنّ حضانة الذّكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتّى سنّ الزواج، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقا للأحكام الشرعية والقانونيّة"³⁴.

وأسند في قرار آخر الحضانة للأب وأسقطها عن أم أجنبية مسيحية، ثبت له من ملفّ الدّعوى حسب سجل الكنيسة وشهادات التّمسّيح أنّها عمدت إلى تمسّيح الأبناء، حيث جاء فيه " من المقررّ ... أنّ الأم تستحقّ حضانة الأولاد ولكن شريطة أن يبقى هؤلاء على دين أبيهم"³⁵.

يتضح من هاذين القرارين أنّ القضاء راع المصلحة الدينية للمحضون، حيث جعل إسناد الحضانة للأم الأجنبية غير المسلمة مرهونا بتربية الابن على الدين الإسلامي، غير أنّه إذا خيف على دين المحضون فإنّ القاضي يتدخل لتطبيق امتياز الديانة³⁶، لأن حق الحضانة في هذه الحالة أصبح متعارضا مع حق الصغير،

³² - الإمام مالك بن أنس، مرجع سابق، ص 41.

³³ - للتفصيل أكثر أنظر محمد عبد الهادي عبد الستار محمد، " تبعية الطفل لأبويه في الديانة، دراسة مقارنة"، المجلة القانونية جامعة القاهرة، كلية الحقوق، عدد 7، ماي 2020، ص ص 217-227.

³⁴ - ملف رقم 52221، قرار مؤرخ في 1 مارس 1989، غ أ ش، المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد 1، الجزائر، 1993، ص 48.

³⁵ - ملف رقم 19287، قرار مؤرخ في 16 أفريل 1979، غ أ ش، المجلس الأعلى، نشرة القضاة، العدد 2، الجزائر، 1981، ص 108 - 110.

³⁶ - امتياز الديانة هو الامتياز الذي يتمّ بمقتضاه ترجيح تطبيق قواعد نظام قانوني مستمد من الفقه الإسلامي (بشكل متفاوت)، على حساب قواعد نظام قانوني غير إسلامي، أثناء تنافسهما على حكم رابطة خاصّة في مادّة الأحوال الشخصية، غير أنّ التعريف المألوف عند الفقهاء يتمثّل في أنّ امتياز الديانة :هو الامتياز الممنوح للطرف المسلم على حساب الطرف غير المسلم في الزوايا المختلطة، لكنّه تعريف قاصر وغير شامل حسب رأي الدكتور خالد برجوي .



وهذا الحق الأخير مقدّم على حق والديه³⁷، لأنّ المعتبر في الحضانة مصلحة المحضون، مما يستوجب في هذه الحالة إسقاط الحضانة عنها، لاسيما إذا تأكد عدم احترامها للشروط الأخرى لممارسة الحضانة، وفي مقدمتها الأمانة والاستقامة³⁸، فالتربية الدينية للمحضون تقتضي المحافظة على هويته الإسلامية وتوفير جو يساعده على ترسيخ تلك الهوية، وهكذا فشاربة الخمر أو من تأكل لحم الخنزير أمام المحضون أو تبعده عن دينه أو تدفعه لممارسة طقوس مخالفة للشريعة الإسلامية لا تكون أهلا للحضانة.

لتوفير حماية فعّالة للمحضون استقرّ الاجتهاد القضائي الجزائري في أغلب قراراته على منح حق الحضانة للأم الأجنبية غير المسلمة طبقا للمادة 64³⁹ من قانون الأسرة الجزائري شرط إقامتها في الجزائر⁴⁰، لأنّ الأم الأجنبية غير المسلمة غالبا ما تسعى إلى العودة لبلدها، الأمر الذي يؤدي إلى تنشئة المحضون على غير الدين الإسلامي كما يرجع إقرار هذا المبدأ إلى اعتبارات أخرى منها، تمكين الأب من ممارسة حقّه في الزيارة و الرقابة على تربية الابن، باعتبارها نتيجة حتمية و طبيعّية لحق الحضانة، مما يستلزم على صاحب الحق في الحضانة أن يبقى في الإقليم الجزائري، فبعد المسافة يؤدي إلى سقوطها⁴¹، لأنّ التّشئة الإسلامية اعتبرت أساسا من مسؤولية الآباء نحو الأبناء في جلّ المجتمعات الإسلامية⁴²، كما أنّ ممارسة الحضانة في المحيط الجزائري كبيئة إسلامية يعتبر كضمان للتربية الدينية للمحضون، بعيدا عن موبقات البلد الأجنبي غير الإسلامي.

ومن بين القرارات القضائية التي كرّس فيها المجلس الأعلى (المحكمة العليا) هذا المبدأ، القرار الصادر بتاريخ 8 مارس 1982، حيث جاء فيه " المجلس الأعلى لحدّ الآن لم يعتبر ...الاختلاف في الدين من

- للتّقصيل أكثر حول امتياز الديانة أنظر: د/ خالد برجوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، الحلول المقررة لتنازع القوانين في الدول الإسلامية بين منطق الانتساب إلى الأمة الإسلامية ومنطق الانتماء إلى الجماعة الدولية، دراسة تطبيقية مقارنة في الروابط الدولية الخاصة بالمغاربة، دار القلم، المغرب، 2001، ص 58.

³⁷ - جلييلة دريسي، "امتياز الذكورة كمعيار في إسناد الحضانة في الروابط الدولية الخاصة"، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية الاجتماعية، وجدة، محمّد الأول، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، أشغال ندوة دولية بتاريخ 9-10 أفريل 2010، ص 448.

³⁸ - علي بن قادة، "مكانة الطّفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري"، الاتحاد الوطني لمنظمات المحاماة الجزائرية، منظمة المحاماة لسيدى بلعبّاس، مكتبة الرّشاد، العدد 2، 2004، ص 43.

³⁹ - تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على أن « الأم أولى بحضانة ولدها ... » .

⁴⁰ - د/ عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج 1، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 240. كذلك: حميدو زكية، "مصلحة الطّفل عبر مكان ممارسة الحضانة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 1، 2000، ص 52.

⁴¹ - Nadia Ait Zai, Territorialité ou Religion dans l'attribution du droit de garde des enfants issus de couples franco- algériens, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, université d'Alger, faculté de droit, n° 4, 1991, Pp 856 - 857. Voir aussi -: François -Paul blan, Le droit musulman, Dalloz, paris, 1995, p 96.

⁴² - جلييلة دريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، دار القلم، المغرب، 2010، ص 45.



مسططات الحضانة، فالمسيحية... لها الأولوية فيها بالجزائر كما للمسلمة الحق فيها... وأن الشريعة الإسلامية تولي الأهمية في مسألة الحضانة للأم، وتعطي لها الأسبقية فيها بقطع النظر عن دينها⁴³.

في قرار آخر قضى مجلس الجزائر بإسناد حضانة طفلين جزائريين لأمهما الفرنسية، شريطة أن تمارس الحضانة في الجزائر، وبعد طعن الزوج بالنقض في هذا القرار أمام المحكمة العليا، نقضت هذه الأخيرة قرار المجلس على أساس أن قضاة الموضوع لم يتأكدوا من أن المعنية بالحضانة لها إقامة فعلية بالجزائر، في حين أن ملف القضية يثبت أن الأم تقيم بفرنسا، مما قد يحرم الأب من ممارسة سلطته الأبوية ومراقبة تربية ابنه⁴⁴.

إن مسألة تربية الأبناء خارج وطنهم في بيئة غريبة عن وطنهم ومن طرف أم أجنبية غير مسلمة يؤدي حتما إلى انسلاخهم عن بيئتهم واندماجهم في البيئة التي يعيشون فيها، الأمر الذي يشكل خطرا على المحضون ومجتمعنا ككل، إذ أن التقاليد والدين تختلف اختلافا بينا⁴⁵.

في نفس السياق وحرصا على تربية الابن على دين أبيه، قضى المجلس الأعلى في قراره أنه " حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات فإن الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر، وحيث أن حكم الحضانة غير نهائي فمتى رجعت إلى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاثة⁴⁶.

في قرار آخر أكد أنه " من المقرر قضاء ... أن المجلس قد سبق له وأن أصدر عدة قرارات في مسألة الحضانة واتخذ فيها مبدأ وهو أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة ... بقاء البنيتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما فضلا عن ذلك أن الأب له الحق في الرقابة والزيارة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق، ومن ثم فالنعي على القرار بما ورد في السبب غير مقبول⁴⁷.

⁴³ - ملف رقم 23063، قرار مؤرخ في 05 أفريل 1982، غير منشور، مقتبس عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2004 - 2005، ص 568.

⁴⁴ - Abderrahmane Hernane, La hadhana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algérien, O. P. U, Alger, 1996, P p 177 - 178.

⁴⁵ - عبد الرحمن هرنان، الحضانة في القانون الجزائري ومدى تأثرها بالقانون الأجنبي، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، 1978، ص 55.

⁴⁶ - ملف رقم 45186، قرار مؤرخ في 09 مارس 1987، غير منشور، مقتبس عن د / بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 131 - 132.

⁴⁷ - ملف رقم 52207، قرار مؤرخ في 02 جانفي 1989، غ أ ش، المجلس الأعلى، م ق، العدد 4، الجزائر، 1990، ص ص 74 - 76.

يتّضح جليا من جل القرارات التي بحوزتنا أنّ إقامة الأم الأجنبية في بلد أجنبي غير إسلامي مخالف للنظام العام في الجزائر، غير أنّ الإقامة في بلد أجنبي إسلامي لا يعدّ مسقطا للحضانة، فلا مانع من إسناد الحضانة للأم الأجنبية غير المسلمة المقيمة في بلد إسلامي ما دام أنّ المصلحة الدينية للمحضون لا تتعارض مع مبادئ وقيم هذا البلد الإسلامي.

هكذا يتّضح ممّا سبق عرضه أنّ العقيدة الإسلامية للأم الحاضنة ليست معيارا ولا شرطا مطلوبا لإسناد الحضانة، بل أنّ إسنادها مرهون بمكان ممارسة الحضانة وهو الإقليم الإسلامي.

المطلب الثاني: موقف بعض تشريعات الدول الإسلامية وقضائها

يعتبر الطفل المركز الضعيف في حالة انفصال زوجين مختلفين في الديانة، فهو بحاجة إلى حماية خاصة لمصلحته، من خلال معالجة تشريعات الدول الإسلامية جميع المسائل المتعلقة بحضانتها، منها مسألة اتحاد الدين بينه وبين الحاضن، لذلك يتعين علينا عرض موقف بعض تشريعات الدول الإسلامية من هذا الشرط لإسناد الحضانة إلى من هو أهلا بها (الفرع الأول)، وكذا عرض موقف قضائها من هذه المسألة من خلال القرارات الصادرة عنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف بعض تشريعات الدول الإسلامية

تعد مسألة حضانة الطفل عند اختلاف ديانة الزوجين من المسائل التي يتعين على تشريعات الدول الإسلامية الاهتمام بها، وذلك من خلال تحديد موقفهم صراحة اتجاه شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لإسناد الحضانة، ولمعرفة مدى اهتمامه بذلك سنعرض موقف بعض هذه التشريعات كالتشريع التونسي (أولا)، المصري (ثانيا)، الليبي (ثالثا) والأردني (رابعا).

أولا- التشريع التونسي:

نص المشرع التونسي خلافا للمشرع الجزائري صراحة على عدم إلزامية اتحاد الدين بين الأم الحاضنة و ابنها في الفصل 59 من مجلة الأحوال الشخصية⁴⁸ حيث جاء فيه أنه: "إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إلّا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره و أن لا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه، ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانت هي الحاضنة"، بمعنى أنه إذا كانت الأم الحاضنة غير مسلمة فلا يمنع ذلك من إسناد الحضانة لها، ربما يرجع السماح لها بذلك و بدون أي شرط كونها أشفق على ابنها، أما إذا كانت الحاضنة الكافرة ليست أما للمحضون فيمكن إسناد الحضانة لها، ولكن لا بد من توفر شرطين أولهما: ألا يكون الطفل بالغاً خمس سنوات، أي أنه مازال بعد لم يتوفر لديه الفهم والمعرفة

⁴⁸ - أمر علي المؤرخ في 13 أوت 1956، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي عدد 66، الصادر في 17 أوت 1956.

لما يراه ويسمعه ويشاهده، وإن كان سن الإدراك والمعرفة نسبي يختلف من محضون لآخر، وثانيهما: ألا تستغل الحاضنة حضانتها للولد لإبعاده عن دين أبيه بتربيته على دين الكفر وتغذيته من المحرمات... الخ.

ثانيا - التشريع المصري:

نص المشرع المصري في المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية لسنة 1984⁴⁹ على أنه " يثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء، مقدما فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب ".

يتضح من مضمون هذا النص أن المشرع المصري أغفل النص على شرط تربية الابن على دين الأب، فما بالك اهتمامه بمسألة اختلاف الدين بين الحاضن و المحضون، فعمومية النص تفتح المجال لتربية الابن على دين الأب أو الأم، لذلك نجد أن المشرع المصري قد تدارك هذا الإغفال في نص المادة 124 من القانون المصري لسنة 2000⁵⁰، إذ نصت على أن " الأولاد الذين يولدون للمسلم من الكتابية ذكورا كانوا أو إناثا يتبعون دينه "، يفهم من ذلك أن الولد الناجم عن الزواج المختلط الذي يعقد بين مسلم و كتابية يجب أن تكون تربيته على دين أبيه، أي الدين الإسلامي و ليس دين الأم وهو دين الكفر.

ثالثا - التشريع الليبي

بالرجوع إلى مضمون المادة 64 من القانون الليبي⁵¹ يتبين أن المشرع الليبي كان أكثر وضوحا بالمقارنة مع التشريعات السابقة الذكر، حيث تقضي هذه المادة بصريح العبارة على أنه " تستحق الأم الكتابية حضانة أولادها المسلمين ما لم يتبين منها تنشئة الأولاد على غير دين أبيهم ".

الواضح أن هذه المادة تجيز حضانة الأم غير المسلمة لابنها ابتداء، وإن حاولت أن تبعده عن دين الأب تسقط عنها حضانتها.

رابعا - التشريع الأردني :

نصت المادة 170 من القانون الأردني⁵² على أن " الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة "وتضيف المادة 172 منه على أنه " يشترط في مستحق الحضانة أن يكون قادرا على تربية المحضون وصيانتها دينيا...و ألا يكون مرتدًا ".

⁴⁹ - قانون رقم 100 لسنة 1984 المعدل والمتمم للقانون رقم 25 لسنة 1929 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري.

⁵⁰ - قانون رقم 01 لسنة 2000 المتعلق بالأحوال الشخصية للمسلمين وغيرهم من مختلفي الملة والطائفة،جر صادرة في 2000/03/06 .

⁵¹ - قانون رقم 10 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الليبي .

⁵² - قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010.

يظهر من نص المادة 170 أن المشرع الأردني لا يختلف عن المشرع الجزائري والمصري في عدم النص على ما إذا كان اتحاد الدين ضروريا لإسناد الحضانة، أما بخصوص المادة 172 فإن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو ما المقصود بالتربية و الصيانة الدينية ؟ يبدو أن المشرع الأردني ترك هذه التربية الدينية مطلقة، مما يفتح المجال للقول أن تربية الابن قد تكون على دين الأب وقد تكون على دين الأم، غير أنه أورد حكما جديدا لم يسبق وأن تناولته التشريعات السالفة الذكر وهو اشتراطه عدم ردة الحاضن، غير أنه هذا حذو التشريعات السالفة الذكر في عدم النص على أثر اعتناق الحاضن للدين الإسلامي على ممارسة الحضانة.

بعد عرض مواقف بعض التشريعات العربية يتضح جليا أنها لم تعط لابن الزواج المختلط حقه بالكامل ولا تكفل الحماية القانونية اللازمة لمصلحته، فرغم أهمية مسألة اختلاف الدين وأثرها على ممارسة الحضانة بصفة عامة، وتربية الابن على دين أبيه بصفة خاصة إلا أنها اكتفت بمادة قانونية واحدة أو مادتين جاءت ضعيفة نوعا وكما، بعضها اقتصرت على شرط تربية الابن على دين أبيه والبعض الآخر يتخللها الغموض والعمومية.

الفرع الثاني: موقف قضاء بعض الدول الإسلامية

بالنسبة لموقف قضاء بعض الدول العربية فسيأتي بيانه من خلال عرضنا لبعض القرارات القضائية، وسيأتي تفصيل ذلك فيما يلي:

بالنسبة للاجتهاد القضائي التونسي، جاء في قرار محكمة التعقيب الصادر في 13 سبتمبر 1972 أنه "إذا اختلف الزوجان في الحضانة وكانا مختلفين في الدين، فلا يمنع ذلك من إسناد الحضانة للأم"⁵³.

وقد امتنع القضاء التونسي في قراره الصادر في 3 يونيو 1982، عن منح الصيغة التنفيذية لقرار قضائي فرنسي منح الحضانة لأُم فرنسية غير مسلمة، إذ جاء في إحدى حيثياتها أن " إقامة الابن مع أبيه بتونس...من شأنها أن تضمن له تربية إسلامية وطنية...وأن انسلاخ الابن من بيئته التي ترعرع فيها أو حذق لغتها نطقا وكتابة وتشبع بعباداتها وتقاليدها واجتثاثه من مجتمعه العربي الإسلامي يجعله يعيش غربة أبدية مرتدا عن دينه ومنبتا عن وطنه، وذلك يمس قطعا بالنظام العام للبلاد"⁵⁴.

لا يختلف موقف القضاء المصري عن القضاء الجزائري والتونسي من حيث عدم اشتراطه اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون ومن حيث ضرورة إقامة الحاضنة في بيئة إسلامية لضمان تربية الطفل على الدين الإسلامي، حيث قرّر القضاء المصري في دعوى رفعتها نمساوية تطالب بحضانة ابنتها، وذلك بعد أن طلقها زوجها المصري بمصر: " أن الأم لا تقيم في مصر بل تقيم بالنمسا وهي بعيدة عن موطن الأب، ومن ثم تفوّت

⁵³ - قرار تعقيبي مدني رقم 9393، المؤرخ في 13 سبتمبر 1972، غير منشور، مقتبس عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية.....، مرجع سابق، ص 309.

⁵⁴ - ملف رقم 7422، المؤرخ في 3 يونيو 1982، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد 3، أبريل 1983، مقتبس عن جليلة دريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط.....، مرجع سابق، ص 47.

عليه حقه في رؤية الصغيرة والإشراف على تربيته، وهو أمر ليس في صالح الطفلة، ويقتضي الأمر أن تكون في حضانه جدّتها لأبيها حتّى يتمّ تربيته في وطن الأب وعلى ديانته⁵⁵.

المبحث الثاني

صعوبات تطبيق شرط تربية الطفل على دين أبيه

سعى المشرع الجزائري على غرار تشريعات الدول الإسلامية إلى تكريس شرط تربية الطفل على دين أبيه، أي على الدين الإسلامي لإسناد الحضانه، غير أنه قد تواجه تطبيق هذا الشرط صعوبات، لاسيما في الزواج المختلط الذي يعقد بين زوجين مختلفين في الديانة، وتزداد هذه الصعوبات حدّة إذا كان الحاضن ينتمي بجنسيته إلى دولة أجنبية غير إسلامية.

من هذا المنطلق سنتطرق في (المطلب الأول) إلى صعوبات تطبيق شرط تربية الطفل على دين أبيه المكرس في القانون الجزائري، ثم نتطرق إلى أسباب صعوبة تطبيق هذا الشرط المكرس في بعض تشريعات الدول الإسلامية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: صعوبات تطبيق شرط تربية الطفل على دين أبيه المكرس في القانون الجزائري

قد تواجه شرط تربية الطفل على دين أبيه لإسناد الحضانه صعوبات تجعل من العسير تطبيقه منها ما ترجع إلى الصياغة القانونية لنص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري (الفرع الأول)، ومنها ما تتعلق بقصور الضمانات القضائية لإسناد الحضانه للأم الأجنبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الصياغة القانونية لنص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري

إنّ تربية الابن على دين الأب قد تواجهه صعوبات جمة، فقد يصطدم بحالتين تجعل من العسير، بل من المستحيل تطبيقه، وهما حالة ردة الأب سواء كان وطنيا أو أجنبيا مسلما، و حالة إسلام الأم دون الأب في زواج الأجانب غير المسلمين المتجنسين بالجنسية الجزائرية، ومثال ذلك زوجين نصرانيين مختلفين في الجنسية وتجنست الأم بالجنسية الجزائرية واعتنقت الدين الإسلامي، ثم عرضت إسلامها على الزوج غير المسلم الذي رفض إسلامها وبقي على ملة الكفر.

ففي كلتا الحالتين تتحل الرابطة الزوجية⁵⁶ وتسند الحضانه إلى الأم لأنها أولى بذلك⁵⁷، لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة كيف يمكن للأم أن تربي ابنها على دين الأب وهو كافر، ألا يتنافى هذا وأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام في الجزائر؟

⁵⁵ - د / صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 321.



إذا اقترحنا على المشرع الجزائري إعادة النظر في الصياغة القانونية لهذا الشرط الذي نصت عليه المادة 62 من قانون الأسرة باستبدال عبارة دين أبيه بعبارة الدين الإسلامي، فإنه يبقى هذا الحل نسبي، إذ لا يصلح تطبيقه على الأجانب المتجنسين بالجنسية الجزائرية غير المسلمين .

الفرع الثاني: قصور الضمانات القضائية لإسناد الحضانة للأم الأجنبية

رغم إحاطة القضاء الجزائري التربية الدينية الإسلامية للمحضون بضمانات حتى تستحق الأم الأجنبية غير المسلمة حضانة ابنها وهي ضمان ممارسة الحضانة في بيئة إسلامية وضمان رقابة الأب لهذه التربية إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو هل هذه الضمانات كافية لتربية الابن على دين أبيه ؟ وهل حقيقة تأثير البلد الأجنبي غير الإسلامي على تربية المحضون يفوق تأثير الأم غير المسلمة التي تمارس الحضانة في الجزائر ؟ وأين تكمن مصلحة المحضون في حالة إسناد الحضانة لأم غير مسلمة مقيمة في الجزائر وكان الأب قاصرا في رقابة تربية أبنائه ؟ بل نجد في أغلب الحالات الآباء غير حريصين على تربية أبنائهم بالمقارنة مع الأم، فهل في هذه الحالة يضمن معيار الإقامة بالجزائر تربية الابن على الدين الإسلامي؟.

في حقيقة الأمر هذه المعايير غير كافية لضمان تربية الابن على الدين الإسلامي، صحيح لا ننكر تأثير البلد غير الإسلامي بعباداته وتقاليده وقيمه وقوانينه المخالفة لشريعتنا الإسلامية على تربية المحضون إلا أن الأم لها قدرة عظيمة في التأثير على ابنها وتثبيت مبادئها قيمها وعقيدتها ولو كانت مقيمة في الجزائر، وما يعزز قدرتها على ذلك تمسك الناس في عصرنا الحالي و في البيئة الإسلامية بروح الاستقلال الشخصي، وصدق الإمام الغزالي عندما قال " أعلم أن الطريق في رياضة الصبيان من أهم الأمور و أكدها، والصبي أمانة عند والديه، وقلبه الطاهر جوهرة نفيسة ساذجة خالية عن كل نقش و صورة و هو قابل لكل نقش و مائل إلى كل ما يمال به إليه، فإن عوده الخير وعلمه نشأ عليه وسعد في الدنيا و الآخرة، وإن عوده الشر وأهمله إهمال البهائم شقي وهلك"⁵⁸، فالمحضون يولد صفحة بيضاء لا يعلم ما ينفعه وما يضره، لقوله صلى الله عليه وسلم " كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه "⁵⁹.

⁵⁶ - يتفق جميع الفقهاء على حصول الفرقة بين الزوجين في حالة ردة أو إسلام أحدهما، بحكم منع زواج المسلمة من غير المسلم، وفي المقابل منع زواج المسلم من غير الكتابية، غير أنهم اختلفوا في نوع الفرقة بينهم إن كانت فرقة فسخ أو طلاق وفي وقت وقوع الفرقة . - للتفصيل أكثر أنظر: ميرة وليد ، مرجع سابق، ص ص 58 - 62.

⁵⁷ - أنظر المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري .

⁵⁸ - عبد الله ناصح علوان، تربية الأولاد في الإسلام، ج 1، دار السلام، دون بلد النشر، 1976، ص 162.

⁵⁹ - رواه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه.

تجدر الإشارة إلى أنه تم إبرام اتفاقية ثنائية جزائرية فرنسية سنة 1988 تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين عند الانفصال،⁶⁰ والتي تضمنت حلولاً قضائية وإدارية فعالة للحد من ظاهرة النقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود الدولية وجعل المحضون في اتصال دائم بين والديه من خلال تقرير حق الزيارة عبر حدود البلدين، إلا أنها تعالج الإشكالات الأخرى، فهي تخدم مصلحة الطرف الفرنسي وتطغى عليها أحكام القانون الفرنسي⁶¹ بدليل أننا لم نلمس أي إشارة لشرط تربية الابن على الدين الإسلامي الذي يعتبر من أبرز الأسس الجوهرية التي تبني عليها مصلحة المحضون في القانون الجزائري.

المطلب الثاني: أسباب صعوبة تطبيق شرط تربية الطفل على دين أبيه المكرس في بعض تشريعات الدول الإسلامية

سعت أغلب تشريعات الدول الإسلامية التي تستمد أحكام الحضانة من الشريعة الإسلامية إلى تكريس شرط تربية الطفل على دين أبيه، أي الدين الإسلامي لإسناد الحضانة، غير أنه قد يواجه تطبيقه صعوبات، لا سيما في الزواج المختلط الذي يعقد بين زوجين ينتمي أحدهما إلى دولة أجنبية غير إسلامية، ويرجع سبب ذلك إلى التباين الديني والقانوني بين الدول الغربية والدول الإسلامية في مسألة الحضانة (الفرع الأول)، و إلى الاختلاف بين الدول الغربية والدول الإسلامية حول مفهوم مصلحة المحضون (الفرع الثاني).

الفرع الأول : التباين الديني والقانوني بين الدول الغربية والدول الإسلامية في مسألة الحضانة

إذا كان من السائد في الدول الغربية منذ القرن 18 أنّ هناك فصلاً بين الدين والدولة وسيادة المفهوم العلماني للقانون، فقد كان من نتائج ذلك أنّه إذا كان هناك بعض المسائل والقواعد التي يمكن إرجاعها إلى أساس ديني كالحضانة مثلاً، فإنّ شرعيتها لم تعد تستند إلى أساسها الديني وإنّما إلى النظام العام، ولكن الأمر يختلف بالنسبة للبلدان الإسلامية ومنها الجزائر، إذ لا يمكن الفصل بين قواعد القانون والأخلاق والدين، فالقواعد القانونية المنظمة للأحوال الشخصية بصفة عامة والحضانة بصفة خاصة ترتكز على أسس ومبادئ أخلاقية و دينية⁶²، وبالنتيجة إذا كان تربية الابن على دين أبيه أي الدين الإسلامي يعتبر شرطاً أساسياً وجوهرياً لإسناد

⁶⁰- الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين: الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988 المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو 1988، ج ر ج ج عدد 30، الصادر في 27 جويلية 1988.

⁶¹- معوان مصطفى، "الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 1، 2000، ص 136.

⁶²- عبد القادر بوعصبية، "حق الحضانة وإشكالات التطبيق في المهجر، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، محمد الأول، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، أشغال ندوة دولية بتاريخ 9-10 أفريل 2010، ص 385.



الحضانة في جلّ التشريعات العربية الإسلامية إلا أنّ الدول العلمانية خاصة أوروبا لا تعترف به ولا تقره، لأنّ فيه مساس بحق أساسي للطفل وهو حرية العقيدة، كما أنّه يتعارض مع مبادئ الحرية والمساواة بين الرجل والمرأة، ومن هنا تظهر صعوبة تطبيق شرط تربية الابن على دين أبيه.

وعليه ترجع صعوبات تطبيق شرط تربية الابن على دين أبيه ترجع إلى التباعد الديني والقانوني في مسألة الحضانة بين الدول الغربية والدول الإسلامية، منها الجزائر التي استقر قضاؤها على إسناد الحضانة للأم الأجنبية غير المسلمة شرط إقامتها في الجزائر لضمان تربية المحضون على الدين الإسلامي.

الفرع الثاني: الاختلاف بين الدول الغربية والدول الإسلامية حول مفهوم مصلحة المحضون

ترجع صعوبات تطبيق شرط تربية الطفل على الدين الإسلامي أساسا إلى مصطلح مصلحة المحضون، فإن كانت جلّ التشريعات قد جعلت من مصلحة المحضون هي الهدف الرئيسي الذي يتعين على القاضي أخذه بعين الاعتبار عند إصداره للحكم المتعلق باستحقاق الحضانة أو إسقاطها⁶³، إلا أنّ هذه المصلحة مفهومها نسبي يختلف من دولة إلى أخرى ومن زمان لآخر ومن محضون إلى آخر حسب سنه وجنسه وظروفه بشكل عام⁶⁴.

وعليه إذا كانت تربية الابن على دين الأب أي الدين الإسلامي تعتبر من مصلحة المحضون في نظر القانون الجزائري على غرار تشريعات الدول الإسلامية إلا أنّه لا يعتبر كذلك في نظر القوانين العلمانية، بالتالي فإنّ إسقاط الحضانة عن الأم الأجنبية غير المسلمة المقيمة في الخارج لغرض تربية الابن على الدين الإسلامي ليس له أي مبرر في نظر القاضي الأجنبي، وفي هذا الصدد يكون للقاضي في أغلب الدول الأوروبية سلطة تقديرية واسعة، تدفعه في معظم الأحيان إلى التعسف في تفسير مصلحة المحضون وتحديد معالمها وفق منظوره الخاص في إطار الروابط العائلية الدولية الخاصة.

63- يوسف فتيحة، "مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، عدد 3 / 2005، ص 195.

64-Khelef Née Lamoudi Nadhira, La déchéance de la hadhana, mémoire de magister, université d'Alger, institut de droit, 1984, p81.

خاتمة :

تبين لنا من خلال دراستنا وتحليلنا لإشكال إسناد الحضانة عند اختلاف ديانة الحاضن عن المحضن في الزواج المختلط النتائج التالية :

قصور التشريع الجزائري على غرار تشريعات الدول الإسلامية في حماية حق المحضن الناجم عن زواج مختلط، بدليل أن نصوصها القانونية جاءت خالية من أي حكم يتعلق بمسألة اختلاف ديانة الحاضن عن المحضن رغم أهمية مسألة اختلاف ديانة الحاضن عن المحضن وأثرها في تربية المحضن على الدين الإسلامي، بخلاف الفقه الإسلامي الذي أولى أهمية بالغة لهذه المسألة كما أن القضاء الجزائري وقضاء الدول الإسلامية قد لعب دورا فعالاً في سد الفراغ القانوني بخصوص مسألة اختلاف ديانة الحاضن عن المحضن.

أدت سوء الصياغة القانونية للمادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المكرسة لشرط تربية الابن على دين أبيه إلى طرح صعوبات عند تطبيق هذا الشرط، وذلك في حالتها ردة الأب وحالة إسلام الأم دون الأب، إذ لا يمكن تطبيق هذا الشرط بحرفية صياغته لأن ذلك سيؤدي إلى نتائج تحول دون تحقيق الهدف المراد منه، وهي نتائج تمس بالنظام العام في الجزائر.

رغم حرص المشرع الجزائري على غرار تشريعات الدول الإسلامية على تكريس شرط تربية الابن على الدين الإسلامي لإسناد الحضانة إلا أنه قد تواجهه صعوبات تجعل من العسير تطبيقه على أكمل وجه، ويرجع المنبع الحقيقي لهذه الصعوبات إلى عدم اعتراف الدول العلمانية بهذا الشرط، فضلا عن الاختلاف بين الدول الإسلامية والدول العلمانية حول مصطلح مصلحة المحضن القائم على الاعتبار الديني الإسلامي في الدول الإسلامية بخلاف الدول الغربية العلمانية.

نتيجة لما سبق نقدم الاقتراحات التالية:

- تحديد وتوضيح موقف المشرع الجزائري اتجاه مسألة اختلاف ديانة الحاضن عن المحضن سواء كان اختلافا أصليا أو طارئاً، ومن المستحسن اشتراط اتحاد الدين بين الحاضن سواء كان أباً أو أمّاً والمحضن حفاظاً على مصلحته.
- وضع نص قانوني يشترط عدم ردة الحاضنة، وفي حالة تحقق ذلك من الأفضل إسقاط الحضانة عنها نهائياً.
- إعادة النظر في الصياغة القانونية للمادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، وذلك باستبدال عبارة تربية الابن على دين أبيه بعبارة تربية الابن على الدين الإسلامي.

قائمة المراجع

باللغة العربية

أولاً: الكتب:

- 1- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، ج 05، مؤسسة الرسالة، د.ب.ن، د.س.ن.
- 2- ابن حزم ، المحلى، ج 10، إدارة الطباعة المنيرية، د.ب.ن، د.س.ن.
- 3- ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ج 09، دار الكتاب العربي، د.ب.ن، د.س.ن.
- 4- الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المجلد 05، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة السعودية، د.س.ن.
- 5- الزيلعي، من تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 03، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1313 هـ .
- 6- د/ بدران أبو العنين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين في الشريعة الإسلامية واليهودية والمسيحية والقانون، دار النهضة العربية، مصر، 1968.
- 7- د / بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994 .
- 8- جليلة دريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، دار القلم، المغرب، 2010.
- 9- جمال الدين بن عمران الحاجب المالكي، جامع الأمهات، اليمامة، بيروت، 1998.
- 10- د/ خالد برجاي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، الحول المقررة لتنازع القوانين في الدول الإسلامية بين منطق الانتساب إلى الأمة الإسلامية ومنطق الانتماء إلى الجماعة الدولية، دراسة تطبيقية مقارنة في الروابط الدولية الخاصة المغاربية، دار القلم، المغرب، 2001.
- 11- د/ صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 12- د / صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- 13- عبد الله ناصح علوان، تربية الأولاد في الإسلام، ج 1، دارالسلام، دون بلد النشر، 1976.
- 14- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 07، الطبعة الثانية، دار الكتب العلميّة، لبنان، 1986.
- 15- د/ عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج 1، دار هومة، الجزائر، 2005.
- 16- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07 ، ط 02، دار الفكر، سوريا، 1985.



ثانيا: الرسائل والمذكرات :

أ- الرسائل :

- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2004 - 2005.

ب- المذكرات :

- 1- عبد الرحمان هرنان، الحضانة في القانون الجزائري ومدى تأثرها بالقانون الأجنبي، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، 1978.
- 2- ميرة وليد، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، 2004 - 2005.

ثالثا: المقالات :

- 1- بوعصيبة عبد القادر، "حق الحضانة وإشكالات التطبيق في المهجر"، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، محمد الأول، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، أشغال ندوة دولية بتاريخ 9-10 أفريل 2010.
- 2- جلييلة دريسي، "امتياز الذكورة كمعيار في إسناد الحضانة في الروابط الدولية الخاصة"، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، محمد الأول، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، أشغال ندوة دولية بتاريخ 9-10 أفريل 2010.
- 3- حميدو زكية، "مدى حماية الطفل في اختيار عقيدته الدينية في ضوء الاتفاقات الدولية والقوانين الوضعية والشرعية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 02، 2007.
- 4- حميدو زكية، "مصلحة الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 1، 2000.
- 5- علي بن قادة، "مكانة الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري"، الاتحاد الوطني لمنظمات المحاماة الجزائرية، منظمة المحاماة لسيد بلعباس، مكتبة الرشد، العدد 2، 2004.
- 6- قمودي سهيلة وشعاري وفاء، "الإعلانات التفسيرية الجزائرية المتعلقة باتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، العدد 05، 2005.
- 7- محمد عبد الهادي عبد الستار محمد، "تبعية الطفل لأبويه في الديانة، دراسة مقارنة"، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، عدد 7، ماي 2020.

- 8- معوان مصطفى، "الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 1، 2000.
- 9- يوسف فتيحة، "مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، عدد 3، 2005 .

رابعاً: النصوص القانونية :

أ: الدستور:

- دستور الجمهورية الجزائرية الشعبية لسنة 1996 المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 28 نوفمبر 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن تعديل الدستور، ج ر ج ج عدد 76 مؤرخ في 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بموجب :
- القانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002 ، ج ر ج ج ج عدد 25 مؤرخ في 14 أبريل 2002 .
- القانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر ج ج ج عدد 63 مؤرخ في 16 نوفمبر 2008
- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر ج ج ج عدد 14 مؤرخ في 07 مارس 2016 .
- المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء شعبي 28 نوفمبر 2020، ج ر ج ج ج عدد 82 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020.

ب: الاتفاقيات الدولية :

- الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين: الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988 المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو 1988، ج ر ج ج ج عدد 30، الصادر في 27 جويلية 1988.
- اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة بقرارها 25/44/ المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم 92-06 المؤرخ في 17 نوفمبر 1992، ج ر ج ج عدد 83، الصادر في 18 نوفمبر 1992.

ج-النصوص التشريعية

- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389، الموافق 19 فبراير 1970، يتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم ج ر ج ج ج عدد 21 الصادر في 27 فبراير 1970.

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، ج ر ج ج عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، ج. ر ج ج، عدد 24، الصادر في 12 يونيو 1984.
- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج. ر ج ج ج عدد 15، الصادر في 27 فيفري 2005.
- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادي الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر ج ج ج عدد 44، الصادر بتاريخ 26 يونيو 2005.
- قانون رقم 08-11 مؤرخ في 21 جمادي الثانية عام 1429 الموافق 25 يونيو 2008 يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، ج ر ج ج عدد 36، الصادر في 02 يوليو 2008.

خامسا: القرارات القضائية

- 1- ملف رقم 19287، قرار مؤرخ في 16 أفريل 1979، غ أ ش، المجلس الأعلى، نشرة القضاة، العدد 2، الجزائر، 1981.
- 2- ملف رقم 52207، قرار المجلس الأعلى الصادر في 02 جانفي 1989، غرفة الأحوال الشخصية، المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد 4، الجزائر، 1990.
- 3- ملف رقم 52221، قرار مؤرخ في 13 مارس 1989، غرفة الأحوال الشخصية، المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد 1، الجزائر، 1993.

باللغة الفرنسية :

A- Les ouvrages :

- 01- Abderrahmane Hernan, La hadhana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algérien, O. P. U, Alger, 1996 .
- 02- François –Paul blan, Le droit musulman, Dalloz ,paris, 1995.
- 03- Sami – Aldeebabu – sahlieh, Mariages mixtes avec des musulmans, cas de la suisse (avec modèle de contrat en six langues) 2ème édition, centre de droit arabe et musulman, 2012 .

B- Les articles :

- 01- Françoise Monéger, Les musulmans devant le juge français, journal du droit international, n°2, paris, 1994 .



02- Nadia Ait Zai , Territorialité ou Religion dans l'attribution du droit de garde des enfants issus de couples franco- algériens, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, université d'Alger, faculté de droit ,n° 4,1991.

C- Mémoires :

- Khelef Née Lamoudi Nadhira, La déchéance de la hadhana, mémoire de magister, université d'Alger, institut de droit, 1984.