وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعـة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والانسانية

قسم العلوم الإسلامية

الزواج بالاجانب وإشكالاته في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

– حق الحضانة نموذجاً –

مذكّرة مقدمة لاستكمال متطلّبات نيل شهادة الماستر في العلوم الاسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالب:

❖ عبد العزيز شيباني

إشـــراف الاستـــاذ:

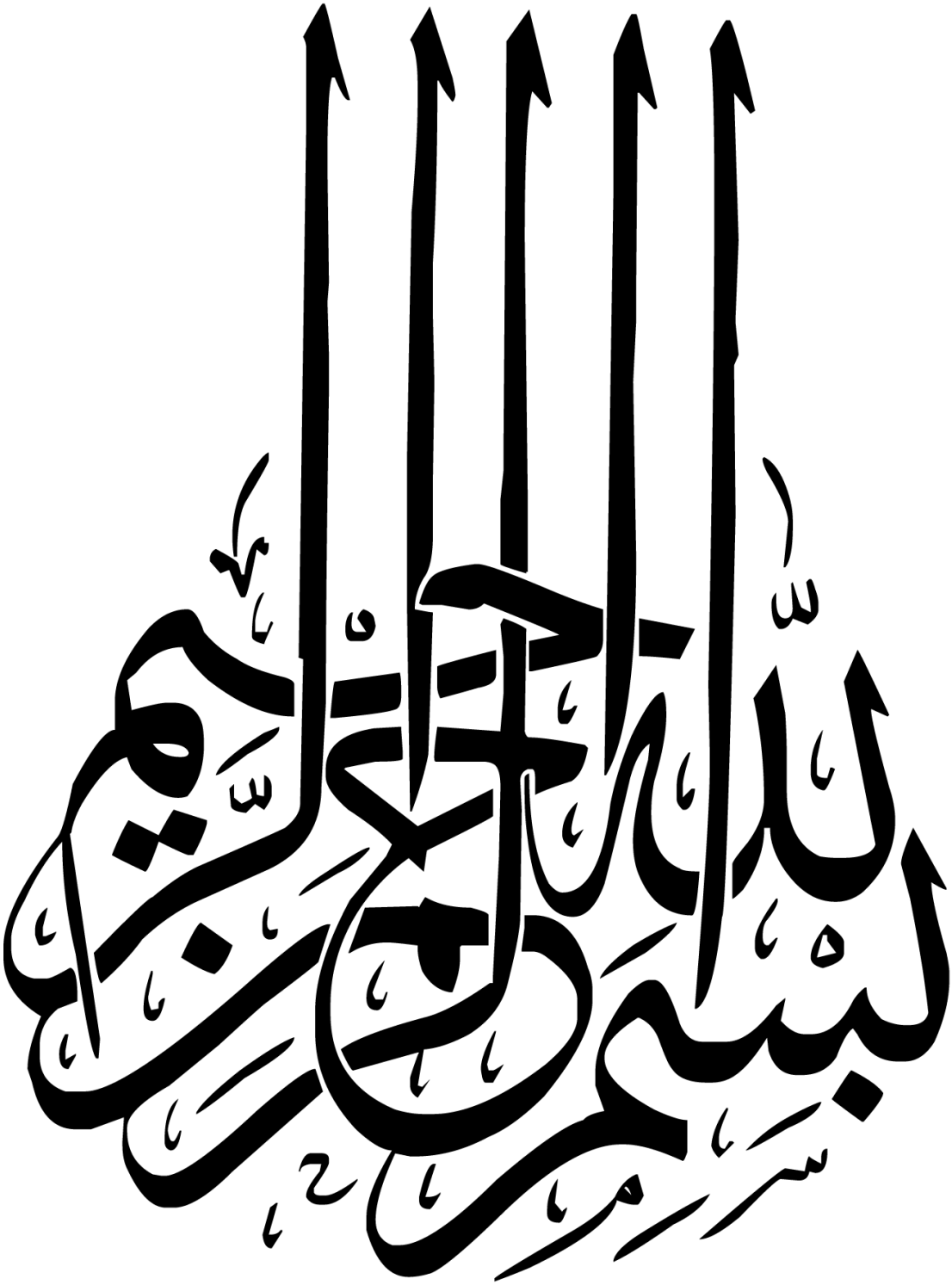
د. حاج محمد قاسم

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
د جعفرعبد القادر	أستاذ محاضر أ	رئيسا
أ.د. الحاج امحمد قاسم	أستاذ التعليم العالي	مشرفا مقررا
.د. بكراوي محمد المهدي	أستاذ محاضر أ	مشرف مساعد
د. حمادي عبد الحاكم	أستاذ محاضر أ	مناقشا

الموسم الجامعي:

1440–1441هـ/2019–2020م


بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

اهدي هذا العمل المتواضع:

الى الوالدي الكريمين اللَّذين ربياني صغيراً، وما يزال فضلهما يتوالى عليَّ، الى إخواني وأهلي وأقاربي.

الى كل من كان سببا في نجاحي

الى أصدقائي

الى كل من ساعدني من انجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد.

شكر و عرفان

نرفع أسْمى معاني التَّقدير والاحترام، وعبارات الشُّكر والعِرفان، إلى مرشِدنا في درب هذه الرِّحلةِ العِلمية الوعرةِ، الاستاذ الدّكتُور حاج محمد قاسم، على توجيهاته القيمة التي أضاءت لنا دروب هذا البحث، والذي كان حريصاً على توجيهي وتزويدي بالمعلومات النيرة التي ساعدتني على انجاز هذا العمل.

كما أتقدمُ بالشُّكر والعِرفان الى أعضاءِ لجنةِ المناقشةِ لقبولهم مُناقشة هذه المذكرة، وإلى كُلِ أساتذتنا الكرام مَنْ كان لهم فضل كثيرٌ علينا.

قائمة المختصرات

ق.أ.ج ..... قانون الأسرة الجزائري.

ق.م.ج ..... القانون المدني الجزائري.

ق.ح.م ..... قانون الحالة المدنية.

ق.ج ..... قانون الجنسية.

ق.إ.ج.ج ..... قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

م.ع.غ.ش.أ ..... المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية.

م.ع.غ.ج ..... المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخلفات.

غ.ق.خ ..... غرفة القانون الخاص.

غ.ش.أ ..... غرفة شؤون الأسرة.

م.ق ..... المجلة القضائية.

ص ..... الصفحة.

ب.ب.ن..... بدون بلد النشر.

ج.ر ..... الجريدة الرسمية.

ب.ط .....بدون الطبعة.

ب.د.ن ..... بدون دار النشر.

ب.س ..... بدون السنة.

هـ ..... التاريخ الهجري.

م ..... التاريخ الميلادي.

مقدمة

مقدمة :

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبمنه وكرمه تتنزل الرحمات، والصلاة والسلام على من بعثه الله رحمة للكائنات، سيدنا محمداً عبده ورسوله، الذي حث أمته على الزواج وبيَّن لها أهميته وفضله، صلى الله تعالى عليه وعلى أله وصحبه وسلم تسليماً.

أن الشريعة الاسلامية نظمت إبرام عقود الزواج مع غير المسلمين، وذلك لاعتبارات معينة تهدف الى الحفاظ على الروابط والمبادئ الاسلامية وحماية للمسلمين في عقيدتهم، ومن بين علاقات والروابط التي تشمل أبعاد اجتماعية، دينية وقانونية، رابطة الجنسية في الدول الحديثة أو رابطة الاسلام والذمية في الدولة الاسلامية، ومحافظة على النسيج الاجتماعي من الاختلاط سُنت أحكام وقوانين تضبط تلك العلاقات والروابط، وخاصة عندما يكون أحد الطرفين مختلف الديانة أو الجنسية عن الآخر .

ولذلك أمرنا سبحانه وتعالى بمراعاةِ هذه الرابطة عند تعامل الأزواج فيما بينهم، قال سُبحانه وتعالى في سورة الروم : ﴿ ♦▱■▮▱❀ ⬀☌❐🕮 ▦🕘♌♌☝🕓♦③✂◆↗ ⇳Ⅱ♌✍◆❐ 🕮▦❐☼→⬀☠↗▤⬁○→▦☼❐🕮 ⇳Ⅱ♌✍ ▱↗▤♦❧ 🕭☯Ⅱ🕓◆❐⬂❧❐🕮 ⇳Ⅱ♌✍ ▱↗▤♦❧ ☎✂☑❑↖☪↗▤⇔○♦☞♌☙❧ •✍▱➔▱♉◆❐ ☙▱℁⬂⑩♦❧♋❍ ☎✂☑❑↖☪↗▤⇔○♦☞♌☙❧ ❼♋× □☌♋❍ 🗐 🕓◘▱☺⇳○◆❻◆❐ ☪□□⑩◆❑□✍ ☠→⧖◆☪⬀❹♦▱ ♦☌❐↖❷⅄▤☒▦♦☝♦③ ▯✈⬀❑♦❍♌☙❧ ▭💣🕓♦③✝▱ ▱📻♌❧🕓♦❶ [الروم: 21] ﴾

ولما كان الاسلام دين الفطرة ودين الله الذي أراد عمارة الارض على هذا النحو فقد جاء بتحريم التبتل وشرع الزواج وحث عليه كل من له القدرة على ذلك ، فقد جاء في الحديث المتفق عليه الذي رواه عبد الله ابن مسعود رضي الله قال : كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم شباباً لا نجد شيئاً، فقال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **يَا مَعْشَرَ الشبابِ مَنِ اسْتطَاعَ مِنكُم الْباءَةَ فلْيَتزَوَّجْ، فَإِنهُ أغضُّ لْلبَصرِ وأحصَنُ للفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتطِعْ فَعليهِ بالصَّومِ فَإِنهُ لَهُ وِجاءٌ** » .[1]

يُعدُّ الزَّواجُ من احدى الرَّوابطِ الاجتماعية التي تُساعدُ أفرادَ المجتمعِ على تحقيقِ التواصل الاجتماعي والثقافي والانساني فيما بينهم، والفرد في حاجةٍ إلى بناء أسرةٍ أساسها الاستقرار، وفي خضم التحولات الاجتماعية و الاقتصادية والعلمية والثقافية التي طرأت على الافراد والمجتمعات ظهر ما يسمى بزواج

[1] البخاري، محمد ابن اسماعيل البخاري، رواه في باب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم، رقم الحديث : 4796 ، الطبعة الثالثة، الجزء 05 ، بيروت، دار ابن كثير، 1407هـ-1987م ، ص: 1066 .

الاجانب، وهو ارتباط زوجي بين ذكرٍ وأنثى من جنسيتين أو ديانتين مختلفتين، مع مراعاة اختلاف اللغة والثقافة والعادات الاجتماعية .

كما أن الشريعة الاسلامية نظمت إبرام عقود النكاح مع الاجانب، واختلفت الاحكام في الزواج بين التحريم والاباحة وِفق ديانة الاجنبي وجنسه، وذلك لاعتباراتٍ مُعينةٍ تهدفُ إلى الحفاظِ على المبادئ الاسلامية وحماية المسلمين في عقيدتهم، ويُعتبر زواجُ الاجانبِ من أهم مسائل الاحوال الشخصية التي تطرق إليها الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري .

وإن من أهداف الزواج تحقيق الانس والراحة والطمأنينة بين الزوجين، وهي الخاصية التي ينبني عليها الزواج الناجح، غير أن التماسك والانس والتفاهم والمودة والرحمة الذين هم دعامة الرابطة الزوجية ليست بالأمر الهين، فقد تعْصِفُ مشاكل الحياة ببناء الاسرة ويؤدي ذلك إلى التشاجر والتنافر، وهذا ما يؤدي إلى استحالة استمرار حياة الزوجين مع بعضهما في ظل هذه الظروف القاهرة.

وحتى لا تصبح الحياة مستحيلة، فلقد أباح الاسلامُ فكُ العصمة الزوجية بالطلاق في مثل هذه الظروف الاستثنائية الملحة، والذي يُعتبرُ ودواءً وعلاجاً للتخلص من شقاءٍ محتَّمٍ.

ومن أهم وأبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسألة حضانة الاطفال الناتجين عن هذا الزواجِ، مَنْ يكفلهم ؟. وكيف نحافظ عليهم ؟. ومن هنا تزداد أهمية الحضانة ويعظُم قدرها.

ولهذا الغرض؛ فقد وُضعت أحكاماً شرعية وقوانين تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ، حيث اتخذها العلماء أساساً لوضع نصوصٍ تشريعيةٍ تثبت نسبهم وتدير رِضاعتهم وحضانتهم والانفاق عليهم وإدارة شؤونهم المالية حتى يبلغوا أشدهم. وقد أراد المشرع من وراء هذه الاحكام حماية الصغار من الضياع .

- **أهمية الموضوع** . يكتسي موضوع البحث أهمية من عدة جوانب وهي كالآتي:
- أهمية المسائل التي يعالجها، وهي تسليط الضوء على زواج الاجانب بين الشريعة الاسلامية والتشريع الجزائري.
- كما ترجع أهمية البحث إلى أنه تناول جانباً علمياً في كلٍ من الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري، لما له ارتباط كبير بواقع الناس، حيث يتناول رابطة مقدَّسة لها آثار عديدة قد تمس كيان المجتمع والدولة إذا لم تُحاط بدراساتٍ علميةٍ وقانونيةٍ.

- إن هذا الموضوع تدعو الحاجة إليه، فهو موضوع الساعة، خاصة في الظروف الراهنة، لزيادة عددِ الاجانب داخل المجتمع الجزائري وتعدد ثقافاتهم.
- **أسباب اختيار الموضوع** : وعلى ضوء ما تقدم تظهر الاسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع:

1- الرغبة في التطلع على موقف التشريعات المقارنة من تنظيم مسائل الزواج بالأجانب، وتحديد القانون المناسب لحكم مسائل زواج الاجانب من بين القوانين المتنازعة، والتوسع في الموضوع طالما أن الدراسات قد تَنْصَبُّ على جانبٍ من جوانبه.

2- التعرف على كيفية تعامل الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية مع هذه الفئة من الناس، خاصة فيما يتعلق بتنظيم علاقات هذا النوع من الزواج .

3- تكملة الجوانب التي أغفلها المشرع الجزائري في قانون الاسرة فيما يتعلق بهذا الموضوع، وذلك ببيان ما قرره الفقهاء في هذا الجانب، وذلك بتبسيطها وتوضيحها حتى تكون في متناول رجال القانون وغيرهم .

4- بيان أوجه الشبه والاختلاف بين كل من الفقه الاسلامي والقانون الجزائري فيما يتعلق بهذا الجانب من موضوع البحث، وبيان مدى استفادة المشرع الجزائري من الفقه الاسلامي في هذه المسائل من خلال ما أقرته الشريعة الاسلامية باعتبارها مصدراً للتشريع .

وعلى ضوء ما سبق، ولأجل تبيان أهمية هذا الموضوع، والوصول إلى الاهداف المرجوة السالفة الذكر، يُمكننا طرح الاشكالية التالية :

- **إشكالية البحث : " كيف عالج الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري الرابطة الزوجية المشتمِلة على العنصر الاجنبي ؟، وإلى أي مدى وقع اعتماد مصلحة المحضون لإسناد الحضانة في الزواج بالأجانب ؟ ".**

ولمعالجة هذه الاشكالية فقد أرفقناها بأسئلة فرعية:

- ماهي الاشكالات التي يطرحها زواج الاجانب من الناحية الفقهية والقانونية ؟ .

- ماهي الضوابط والمعايير التي اعتمدها الفقه والقانون في زواج الاجانب تجاه الحضانة ؟ .

– هل وفق المشرِّع الجزائري في تعديلاته الاخيرة لبعض مواد قانون الاسرة بما يخدم الاسرة الجزائرية ؟. وهل كان ذلك وفق الضوابط وأحكام الشريعة الاسلامية ؟ .

– المناهج المتبعة في الدراسة وسببُ اعتمادُها:

وللإجابة على هذه التساؤلات اعتمدنا الاسلوب التحليلي، وذلك بتحليل الآراء الفقهية والنصوص القانونية من أقوال العلماء والفقهاء، مع اللجوء أحياناً الى المنهج المقارن، وذلك لتحليل النص القانوني إن وجد نص قانوني، والوقوف على صحة الاقوال الفقهية وبيان الرأي الراجح من المرجوح منها، وكذا النصوص القانونية كلما دعت الحاجة الى ذلك .

– أهداف البحث: من خلال تطرقنا لهذا الموضوع أن نبين:

– بيان ومعرفة أوجه الشبه بين كلاً من الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، كون هذا الموضوع يعالج أسمى وأهم رابطة في المجتمع وهي رابطة الزواج.

– معرفة العوامل والاسباب التي ساهمت وجعلت هذا النوع من أنواع الزواج في ارتفاعٍ مستمرٍ، والوقوف على سلبياتِ وايجابيات هذا الزواج.

– مدى حرص الشريعة الاسلامية والمنظمات الدولية وحقوق الانسان على حماية الطفل خاصةً والكائن البشري بصفةٍ عامة، أن يعيش في هذه الحياة معززاً مكرماً، وذلك بحمايته وضمان حقوقه وصون كرامته وعرضه.

– أهمية الحضانة بالنسبة للطفل، سواء فيما يتعلق بضمان سلامته، وتعليمه، وحمايته ورعايته صحياً، أو دينياً، أو تربوياً. والقيام بكل شؤونه وحاجياته عن طريق الحضانة .

– خطة البحث: لتحقيق أهداف البحث المرجوة جاءت الخطة كالتالي: بحيث اشتملت على فصل تمهيدي، ثم فصلين وخاتمة تحتوي على أهم النتائج التي توصلنا إليها وهي كالآتي:

فصل تمهيدي : زواج الاجانب في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري.

المبحث الاول: مشروعية الزواج في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثاني: تعريف الاجنبي في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية.

الفصل الاول : زواج الاجانب وأحكامه في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الاول: زواج الاجانب والاحكام المتعلقة به في الفقه الاسلامي.

المبحث الثاني: زواج الاجانب في القانون الجزائري وأحكامه .

الفصل الثاني :أحكام وآثار الحضانة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري.

المبحث الاول: أحكام الحضانة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري.

المبحث الثاني: آثار وإشكالات الحضانة في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.

خاتمة: تحتوي على أهم النتائج المتواصل إليها من خلال دراستنا لهذا البحث.

الملاحق: المتعلق بوثائق قانونية ونماذج تخص الموضوع.

- **الدراسات السابقة**: ولعل من أبرز الدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع ما يلي:

1- مذكرة بعنوان: **الزواج المختلط وتأثيره على حياة الزوجين** –دراسة مقارنة– من اعداد الطالبة: شبورو نورية، قدمت لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص بجامعة : أبي بكر بلقايد بتلمسان.

أهم المحاور: أ– الزواج المختلط في ظل قواعد القانون الخاص. ب – اختصاص المحاكم الوطنية في منازعات الزواج المختلط . ج – مدى تأثير الزواج المختلط على حياة الزوجين .

2- مذكرة بعنوان: **أثر الزواج المختلط على الجنسية في ظل أمر 01/05**. من اعداد الطالبة: سالم عطية أمينة، قدمت لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص.

أهم المحاور: أ– المبادئ القانونية التي تحكم أثر الزواج في الجنسية. ب– اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج .

3 – مذكرة بعنوان: **الحق في الزواج المختلط وإشكاليات تنازع القوانين** –دراسة مقارنة– من اعداد الاستاذة: رحاوي أمينة، قدمت لنيل شهادة الماجستير بجامعة تلمسان، سنة : 2010

أهم المحاور: أ – القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية للزواج المختلط.

ب – ضابط الجنسية المشتركة بين أحد الزوجين والقنصل.

4 - مذكرة بعنوان: **الزواج المختلط في التشريع الجزائري** – من اعداد الطالبتين: مزروق تاسعديث، وبوسحساح زهرة، قدمت لنيل شهادة الماستر في الحقوق بجامعة أكلي محند اولحاج – البويرة، سنة: 2016م .

أهم المحاور : أ- إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره . ب – انحلال عقد الزواج المختلط وآثاره .

- **صعوبات البحث:**

ومن الصعوبات التي واجهتها لإعداد هذا البحث؛ عدم وجود كتب مختصة بتنازع القوانين في مشكلات الزواج المختلط وآثاره، وحتى وإن وجدت فهي تعالج موضوع القانون الدولي الخاص كأصلٍ عام، ومن جهةٍ أخرى هذه الكتب لم تتعمق في دراسة آثار الزواج المختلط، كما أن لجوء المشرع الجزائري لأحكام الشريعة الاسلامية في المادة 222 من قانون الاسرة عند انعدام النص القانوني، والاختلاف الفقهي قد صعَّب الوقوف على الحكم الراجح الذي يعتمده المشرع .

الفصـــل التمهيـــدي:

زواج الاجانب في الشريعة الاســـــلامية والقـــانـــون الجـــزائـــري

المبحث الاول:

مشروعية الزواج في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الاول:

تعريف الزواج في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.

الفرع الاول: تعريف الزواج في الفقه الاسلامي.

تمهيد: إنَّ المجتمع تشكله مجموعة من العلاقات الزواجية، ولهذه الاخيرة نظام يحكمها يضمن لها ديمومة حياتها واستقرارها وأمنها، حتى تؤدي دورها في الحياة على الوجه الاكمل، فالعلاقة الزوجية التي تمت بالزَّواج تحلم أنْ تحقق توافقاً زوجياً في حياتها .[1]

وبما أنَّ دراستنا الحالية لهذا الموضوع تتمحور حول الزواج، فسوف نسلط الضوء في هذا الفصل على ما يتعلق بهذا الموضوع من أحكام شرعية وضوابط فقهية وقوانين وضعية نستطيع من خلالها أن نتحصل على نظرة كافية ومعلومات مفيدة بإذن الله تعالى.

ونظراً لأهمية الزواج في الاسلام، والذي من خلاله يتم تكوين الاسرة والمجتمع، فقد حث الاسلام على النكاح وشرع أحكاماً تنظمه وتضبطه. [2]

أولاً: الزواج في اللغة: الشكل، يكون له نظير كالأصناف والالوان، أو يكون له نقيض كالرطب واليابس، والذكر والانثى والليل والنهار والحلو والمر، والرجل زوج المرأة وهي زوجه، وقد جاء في القرآن بهذه اللغة؛ قال تعالى: ﴿ ﴾ [البقرة: 35].

---

[1] عون عمار، التوافق الزوجي، دراسة مقارنة بين الزواج المختلط: جزائري-عربي، والزواج المختلط : جزائري أجنبي، رسالة مقدمة لنيل درجة ماجستير لعلم النفس الأسري، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة وهران، سنة: 2013-2014 ، ص :17 .

[2] شمس الدين الشربيني محمد ابن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص: 62، س.ن:2002-1421 .

والزوج: البعل، والزوج أيضاً المرأة، لقوله تعالى: ﴿ ﴾ [البقرة: 35]. وقوله تعالى: ﴿ ﴾ [الدخان: 54]. أي: قرناهم بهن، والقرن: من قرن الشيء بالشيء، أي جمع بينهما، وقرينة الرجل امرأته، والقرين: الصاحب،[1] فالقرْن هو اقتران الشيئين بالآخر وازدواجهما بعد أن كانا منفردين عن بعضهما.

قال تعالى: ﴿ ﴾ [التكوير: 7]. أي اقترنت بأبدانها أو بأعمالها.

ثانياً : الزواج في الاصطلاح الشرعي: تعددت المفاهيم في تعريف الزواج بين الفقهاء، إلا أنهم في الاخير اتفقوا على مفهوم واحدٍ، ولكنهم اختلفوا في الالفاظ و القيود، ويمكن تحديد ذلك من خلال بعض التعريفات .

أ) الزواج عند المالكية: يعرفون الزواج على أنه " عقد لحل تمتّع بأنثى غير محرم ومجوسية، وأمة كتابية بصيغة ".[2]

والمقصود في الشرع (**عقد لحل تمتع**) أي استمتاع وانتفاع، ويفهم من (**أنثى غير محرم**) أي أن تكون المرأة غير محرَّمة عليه بسبب رضاع أو صهر، والمقصود ب: " **المجوسية**" أي امرأة تتبع ديانة غير الاسلام، فلا يصح العقد عليها، والمقصود ب: " **أمة كتابية**" الأنثى المملوكة، إذ لا يصح العقد على الأمة المذكورة بخلاف الحرة الكتابية .[3]

فيرى المالكية وجوب الزواج لمن تاقت نفسه إليه رجاء النسل مع خشية الوقوع في الزنا .

---

[1] القاموس المحيط، محمد ابن يعقوب الفيروز، آبادي مجد الدين، د.ن: مؤسسة الرسالة، القاهرة، 1426هـ-2005م، مجلد1.طبعة 03 ، ص 192 .

[2] أحمد بن محمد أبو البركات أحمد الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، (ب.ط)، (ب.س.ن) ص : 58 .

[3] إبن عابدين، رد المختار على الدر المختار على متن تنوير الأبصار، ج2، كتاب النكاح، دار الطباعة، مصر، بدون تاريخ النشر، ص: 179.

ب) الزواج عند الأحناف: "عقد يرد على ملك المتعة قصداً "، ومعنى ملك المتعة اختصاص الرجل ببعض المرأة وسائر بدنها استمتاعاً، أو ملك الذات أو النفس في حق التمتع .

ويقول ابن عابدين في كتاب رد المختار: ".... وعلى القول الذي عزاه الدبوسي وهو أيضاً من فقهاء الحنفية أنه : تفسير "الملك" بالاختصاص أولى من تفسيره بالحل لأن الاختصاص أقرب إلى معنى الملك، لأن "الملك" نوع منه بخلاف الحل، لأنه لازم "الملك" المتعة، وهو لآزم لاختصاصها بالزواج شرعاً، فيملك الزوج المتعة بالعقد ملك شرعي، كالمستأجر المنفعة ممن استأجره للخدمة مثلاً.[1]

ج) الزواج عند الشافعية: ذهب الفقيه الشافعي "الرملي" إلى أحد الوجهين في التعريف " أن النكاح عقد إباحة أو تمليك "،وقال الفقيه الشافعي "القليوني" عند شرح التعريف أن الزواج هو" عقد يتضمن إباحة الوطء بلفظ إنكاحٍ أو تزويجٍ، فهو ملكُ انتفاع لا ملك منفعةٍ ".[2]

ويبدو أن الحنابلة ذهبوا مذهب الشافعية في تعريف الزواج تقييد له بالانعقاد بلفظ النكاح أو التزويج، قال البهوتي : "عقد التزويج : عقد يعتبر فيه لفظ نكاح أو تزويج أو ترجمة" .

الشافعية والحنابلة لا يخالفون الحنفية والمالكية في حقيقةِ الزواج، ولكن هناك اختلاف بينهم في الألفاظ التي ينعقد بها الزواج، وقد منع الشافعية والحنابلة انعقاده بغير لفظ النكاح أو التزويج أو الترجمة، فأوردوا لذلك قيداً في تعريفاتهم.

– التعريف الراجح: لا يوجدُ اختلاف في تعريف الزواج بين القدامى، والفارق بين التعريفات لا يتعدى إدراج بعض الألفاظ والقيود أو اغفالها، إلا أنَّ تعريف "ابن الهمام" هو الملم، حين قال :" الزواج هو عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً " .[3]

الفرع الثاني: تعريف الزواج عند الفقهاء المعاصرين:

[1] إبن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج في شرح المنهاج، ج6 . ط 13، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، 1424، ص: 179.

[2] شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القيلوني على منهاج الطالبين، ج 3، كتاب النكاح، ط 3، مصطفى البابلي الحلي وأولاده، (د، ب، ن)، 1956 .

[3] سمية عبد الرحمن عطية بحر، عقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة ، (د ، س .ن)، ص: 6.

فقد عرفه الامام أبو زهرة فقال : " ليس هدف الزواج الاسلامي الشهوة والاستمتاع الجنسي، وإنما هو غير ذلك، يتمثل في الغايات الاجتماعية والاخلاقية والدينية...."[1].

الفرع الثالث: تعريف الزواج في قانون الاسرة الجزائري." تعريف المشرع الجزائري"

لقد عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة الرابعة من قانون الاسرة الجزائري على أن عقد الزواج هو "**عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وإحصان الزوجين والمحافظة على الانساب** ".[2]

ومن ثمة نلاحظ أنَّ كلمة " رضائي" أضيفت بموجب التعديل الجديد، وذلك من أجل التأكيد والايضاح على أن عقد الزواج يقوم أساساً على الرضا بين الطرفين.[3]

المطلب الثاني: أدلة مشروعية الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري.

الفرع الاول: مشروعيته في الشريعة الاسلامية.

أولاً: القرآن الكريم.

قال تعالى: ﴿ [الروم: 21]. وقوله تعالى: ﴿ [الحجرات: 13].

[1] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار النشر: دار الفكر العربي 1957، ص: 18.

[2] دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بإحدى مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومة الجزائر، 2004، ص : 06 .

[3] الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص : 78 .

ثانياً: السنة النبوية.

قوله عليه الصلاة والسلام: « **يَا مَعْشَرَ الشبابِ مَنِ اسْتطَاعَ مِنكُم الْباءَةَ فلْيتَزوَّجْ، وَمَنْ لَمْ يَسْتطِعْ فَعليهِ بالصَّومِ فَإِنهُ لَهُ وِجاءٌ** ».[1] ولِما رواه الترمذي عن أبي أيوب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « **أَربعٌ مِن سُنَنِ المُرسلِين : " الحِناءُ، والتَّعطرُ، والسِّواكُ، والنِّكاحُ " ** ».[2] وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « **النِّكاحُ سُنتي فَمنْ لَمْ يعْمَلْ بِسنَّتي فليسَ منيِّ، وتَزوجوُا فَإِني مُكاثرٌ بِكمُ الأُمَمَ، ومَن كان ذَا طُولٍ فلْيَنْكِحْ، ومَن لمْ يجِدْ فعليهِ بِالصَّومِ ، فإِنَّهُ لهُ وِجاءٌ** ».[3]

الفرع الثاني : مشروعيته في القانون الجزائري .

أما فيما يتعلق بقانون الأسرة الجزائري، من الاحكام العامة والمواد التي قننها المشرع الجزائري المتعلقة بالزَّواج، فقد جاء في المادة الرابعة (المادة 4): – معدلة – "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأةٍ على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتَّعاون، وإحصان الزَّوجين والمحافظة على الانساب ".[4]

المبحث الثاني :

تعريف الأجنبي في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية .

يعتبر التعريف بالأجنبي مسألة هامة، وقبل معالجة موضوع زواج الاجانب في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري، ارتأينا أن نقسم هذا المبحث الى مطلبين: المطلب الأول تعريف الاجنبي في الشريعة الاسلامية، والمطلب الثاني تعريف الاجنبي من الناحية القانونية.

المطلب الاول : تعريف الاجنبي في الشريعة الاسلامية .

---

[1] البخاري، المرجع السابق، ص: 1066،–(الحديث سبق تخريجه) .

[2] الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في فضل التَّزويج والحث عنه، دار إحياء التراث العربي، ص : 255 ، (صححه الألباني).

[3] البخاري، المصدر نفسه، باب :من لم يستطع الباءة فليصم، والصفحة ذاتها .

[4] عدلت بالأمر رقم : 84–11 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15، ص : 19) .

حتى نستطيع تحديد المعنى الحقيقي والدقيق لمصطلح "أجنبي" يجب علينا البحث في المسألة من جانبين:

الفرع الاول: المفهوم اللغوي: هناك مفهومين للأجنبي، المفهوم اللغوي والمفهوم الاصطلاحي.

يعرف ابن منظور[1] الأجنبي بقوله: "رجل جانب وجنب: غريب، والجمع أجانب "

وفي حديث مجاهد في تفسير السيارة قال: هم أجانب الناس، يعني الغرباء، جمع جنب وهو الغريب، وقد يفرد الجمع ولا يؤنث، وكذلك الجانب والاجنبي والاجنب.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي:

يقسِّم جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية العالم إلى دارين، دار الاسلام، ودار الحرب.[2]

أولاً: دار الاسلام: وهي "الرقعة من الأرض التي تكون فيها "المنعة"- أي السيادة بالتعبير الحالي- للمسلمين، وتطبق فيها الشريعة الاسلامية وأحكامها في العبادات والمعاملات بلا معارضةٍ.

من هذا التعريف نستخلص أن دار الاسلام تضم جميع الاقاليم الاسلامية مهما تقطعت أوصالها، أو اختلفت حكامها، طالما أن الغلبة والسيادة فيها للمسلمين ولإحكام الشريعة الاسلامية.

ثانياً: دار الحرب: تشمل كل البلاد التي لا تدين بالإسلام ولا تجري عليها أحكامه، ولا يأمن فيها بأمان المسلمين، ويستوي في ذلك : أن تقوم دولةٌ واحدة بحكم هذه البلاد، أو يقوم بحكمها عدة دول، ويعتبر سكان هذه البلاد أجانب،-كأصل عام- عن دار الاسلام، وهم أعداء للمسلمين، كما يسمى كل من يفِدُ منها إلى دار الاسلام أجنبياً.

من خلال هذا الكلام يتضح لنا جلياً أن الشريعة الاسلامية لا تعامل الشخص الوافد إليها- "الاجنبي"- من دار الحرب عدواً، على خلاف التشريعات الاخرى الحديثة التي تميِّز بين الشخص الاجنبي من غيره [3]

[1]) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد العاشر(ب.ط)، دار الصادر، بيروت، (ب.س.ن)، ص .227 .

[2] يذهب بعض الفقهاء إلى أن هناك دار ثالثة تسمى دار العهد والصلح .

[3] علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، د،م،ج، الجزائر 1994 ، ص88 .

المطلب الثاني: تعريف الاجنبي من الناحية القانونية.

لأجل تعريف الاجنبي قانوناً يستوجب علينا أولاً أن نورد تعاريف بعض الفقهاء لنصل للتعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري للأجنبي .

الفرع الاول: بعض التعاريف الفقهية

يعرف عز الدين عبد الله الأجنبي بقوله: "يراد بالأجنبي في هذا الصدد من ليست له جنسية الدولة، سواء أكانت له جنسية دولة أخرى أم كان عديم الجنسية، سواءً كان عابراً أو مقيماً أو متوطناً في إقليم الدولة وسواءً أكان لاجئاً إلى إقليم الدولة أم داخلاً إليه بمحض إرادته،"[1] ويمتاز هذا التعريف بالدقة والتفصيل، كونه تضمن مختلف الحالات التي يكون عليها الاجانب داخل الدولة .

– وعرف فؤاد شباط الاجنبي بقوله: "الاجنبي في الدولة هو من يتمتع بالصفة الوطنية فيها، وبعبارة أخرى: هو كل من لا يحمل جنسيتها وفقاً لأحكام قانون الجنسية الوطنية ". [2]

– كما عرف أحمد لحمر الاجنبي بقوله بأنه: "الشخص الموجود في أراضي دولة لا يحمل جنسيتها".[3]

– ولعل التَّعريف الراجح والاقرب إلى تعريف المشرع هو: " يقصد بالأجنبي الشخص الذي لا يتمتع بحقٍ حالٍّ في جنسية الدولة، ويستوي في ذلك أن يكون منتمياً إلى دولة أجنبيةٍ أو غير منتمٍ إلى أيّةِ دولةٍ على الاطلاق....." ويستوي في ذلك أيضاً كون وجوده في تلك الدولة بقصدِ المرور فيها أو بقصدِ التوطُّن.[4]

[1] عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص ،الجزء الأول، (في الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق)، – مركز الأجانب – الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة، سنة : 1977: ص :603 .

[2] فؤاد شباط، المرجع السابق، ص : 07.

[3] أحمد لحمر، النظام القانوني للأجانب في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق،، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2002-2003م المرجع السابق ص10 .

[4] أحمد عبد الحميد عشوش، عمر أبو بكر باخشب، أحكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1990،ص441.

– من خلال هذه التعاريف يمكن أن نميِّز مفهوم الاجنبي قانوناً ومفهومه اجتماعياً، فالأجنبي عن المجتمع هو كلُّ من لا يعتبر عضوا فيه، وكون الفرد عضواً في مجتمع ما لا يمنع من اعتباره أجنبياً إذا لم يكن حاملاً جنسية الدولة .

الفرع الثاني: تعريف المشرع الجزائري للأجنبي.

لقد عرَّف المشرِّع الجزائري الاجنبي من خلال القانون رقم: 08-11 المؤرخ في : 25 يونيو سنة2008 والمتعلق بشروط دخول الاجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها[1] في مادته الثالثة(03) كما يلي: " يعتبر أجنبياً كل فرد يحمل جنسية غير الجنسية الجزائرية أو الذي لا يحمل أيةَ جنسية " .

إن هذا التعريف ينطبق تماماً مع تعريف المشرع الفرنسي للأجانب من خلال المادة الاولى (01) من الأمر(1) المتعلق بشروط الدُّخول والاقامة، بأنه يعتبِر الاجانب بالمعنى المقصود في هذا القانون، جميع الافراد الذين ليس لهم الجنسية الفرنسية، سواءً أكان لديهم جنسية أجنبيةٍ أو ليست لديهم جنسية " .

من خلال هذا التعريف نستنتج أنه حتى نستطيع تحديد الاجانب في أي دولة؛ علينا الرجوع إلى قانون جنسيتها الذي يحدِّد من يحمل الجنسية ومَن مِن الممكن أن يحملها .

– إن تميِّز الاجنبي عن الوطني يكتسي أهمية حيوية لما يترتب عن ذلك من آثار قانونية نوردها فيما يلي:

1– الاصل في الحقوق السيَّاسية أن تكون مقصورة على المواطنين دون الاجانب، كما أن المواطنين عادة ما يتمتعون بعدد أكبر من الحقوق الخاصة عما يتمتع به الاجانب، ومثال ذلك: "حرية تملك المواطنين للعقارات دون الاجانب".

2– إن تحديد الوطني عن الاجنبي له أثر مباشر على تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر النزاعات ذات العنصر الاجنبيِّ.

3– إن حق الاستقرار بإقليم الدولة على وجه الدوام مخوَّل للمواطنين دون الاجانب .

[1] القانون رقم :08-11 المؤرخ في : 25 يونيو سنة2008، والمتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، ج ر، العدد36، لسنة 2008 .

كما يرى فقه حديث وعلى رأسهم "جورج سل" أنَّ أساس التَّشريع للأجانب هو القاعدة الاساسية في الازدواج الوظيفي la règle fondamentale de dédoublement fonctionnel فهو يقول أنّ الانسان بوصفه من أشخاص القانون ينتمي إلى نظام قانوني داخلي وآخر دولي، ولما كان النظام القانوني الدولي ينقصه جهاز للتشريع، عُهِد إلى المشرع الوطني وضع القواعد القانونية التي تحكم مركز الاجانب [1].

[1] د: شمس الدين الوكيل، دروس في القانون الدولي الخاص، (الجنسية والمواطن ومركز الاجانب)، الطبعة الثانية، دار المعارف، الأسكندرية، 1961م، ص 495 .

الفصل الاول:

زواج الاجانب وأحكامه

في الفقــه الاســلامــي

والقــانــون الجــزائــري

تمهيد :

إنَّ أهم ميزة للنِّكاح هي الوصول إلى حياة سعيدة وإنجاب أبناء صالحين، يبعثون في النَّفس السَّعادة، وزواج الأجانب يحقق هذا المقصد والمبتغى، وهو يجمع بين شريكين في علاقةٍ زوجيةٍ رجل وامرأةٍ ينتميانِ إلى مجتمعين مختلفين، فإنَّ هذا النَّوع من الزواج أصبح في تزايد كبير، نتيجةَ لما يتَّسم به عصرنا الحالي من سرعة واختصارٍ للوقت والمسافات، واخْتلاطٍ للثقافاتِ، وسهولة التَّواصل السريع.

المبحث الاول:

زواج الاجانب في الفقه الاسلامي وأحكامه.

المطلب الاول:

زواج الاجانب في الفقه الاسلامي.

الفرع الاول: مفهومه .

الاسلام هو الدين الواقعي الصالح لكل زمان ومكان وجيل، شرع أنواعاً وأشكالاً مختلفة من أنواع من الزواج، ومن بين أنواع الأنكحة المشروعة في الاسلام، زواج الاجانب، فلم يتجاهل هذا النوع من الزواج، بل أولاه اهتماماً بالغاً، فهو حقيقة لا يمكن إنكارها أو تجاهلها، قال تعالى :

[illegible] [الحجرات: 13].

الزواج بالأجانب ليس ظاهرة عشوائية بقدر ما هو سلوك غائي، يقوم به الفرد بطريقة متكاملة، بغية الوصول إلى تمتين العلاقات في شكل مواقف، يسعى من خلالها إلى تبادل المنافع المعنوية والمادية بهدف اشباع الحاجات على هديٍ قواعد دينية ومدنية تنظم تلك الرَّوابط .[1]

[1] حسن محمد خير الدين، محاضرات في المدخل للعلوم السلوكية، مكتبة عين الشمس، القاهرة، سنة 1975م، ص: 20 .

الفرع الثاني: حكمه.

لقد شرع الله تبارك تعالى الزَّواج، وجعله طريقاً للتَّناسل بين البشر، وبالزَّواج تحصل السكينة والمودة بين الزَّوجين، ولكي يتم ذلك على أحسن وجهٍ وأكمله، كان لابد من اتحاد الزوجين في العقيدة، أو على الاقل يكون تقارب العقيدة فيما بينهما، والأديان تنقسم إلى قسمين :

1- أديان سماوية، وهي التي نزلت من السماء عن طريق الوحي على أحد الانبياء، ولم يبق منها إلا الإسلام والنَّصرانية واليهودية.

2- أديان غير سماوية، وهي التي وضعها البشر، ومنها الوثنية والمجوسية والصّابئَة.[1]

وقد حرَّم الاسلام زواج المسلم من امرأة لا تدينُ بدينٍ سماوي، وهي المرأةُ التي لا تُقِرُ بنبي ولا تُؤْمِن بكتاب منزَّل كالمشركةِ، وهي التي تعبد الاصنام والاوثان والكواكب وما شبه ذلك من دون الله، كمشركات عرب الجاهلية ومن شابههنَّ، فالزَّوجُ يؤْمنُ بالله وبالنُّبوة، والمشركةُ فهي منكرةٌ لله وللنُّبوة، فالفرقُ شاسع بينهما.[2]

ولا خلاف بين أهل العلم على حُرمة زواج المسلم ممَّن لا كتاب لها للأدلة التَّالية:[3]

أ)- قوله تعالى: ﴿ ❒◆•• ✍•☪▤⇖•←❑✁☎ ✁☞♏︎⧫◆❑□... ﴾ [البقرة:221].

فكل من لا كتاب لها، ولم يعرف لها نبي، تعتبر كالمشركة، ولا يجوز للمسلم أن يعقد عليها.[4] وبناءً عليه لا يحلُّ الزواج بالوثنية والبوذية،[1] والهندوسية.[2]

---

[1] عبد الحميد، محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص: 62، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1404هـ-1984م.

[2] يوسف القرضاوي،، الحلال والحرام في الإسلام، المكتب الإسلامي، بيروت الطبعة 13، 1400هـ-1980م، ص:178 .

[3] الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج، المجلد الأول، ، الطبعة 3 ، دار الفكر ، بيروت، 1421هـ ص: 187.

[4] الشيرازي، إبراهيم ابن علي، المهذب، 44/2، دار الفكر، بيروت.

ب)-قوله تعالى : ﴿ ••◆❐ ✍➔☺⇳○⇧▤↗❑✂☎ ✉➔✆⚘☠ ﴾ [الممتحنة: 10]. والمراد بالكوافر: المشركات؛ اي الوثنيات، وقد نهت الآية عن زواجِ المشركات و الاستمرار معهنَّ في العِصمة الزوجية، وهو خاص بالمشركات دون الكوافر من أهل الكتاب.[3]

فحكم هؤلاء جميعاً هو أن لا تؤكل ذبائحهم ولا تنكح نسائهم، سواءً أقروا بوجود إله أولم يُقرو، فهم جميعاً سواءٌ.[4]

ومن جهة أخرى أحلَّ الله عزَّ وجلَّ للمؤمن نكاح المؤمنات المحصنات العفيفاتِ، وحرَّم عليه نكاح المشركات أياً كانت ديانتهنَّ، وبيَّن -سبحانه وتعالى- أنَّ المؤمنةَ ولو كانت أَمَةً خيرٌ من المشركة ولو أعجبت النَّاس، واستثنى الله تبارك وتعالى الكتابيات، حيث إنهنَّ يشتركن مع المسلماتِ في بعض العقائد، كالإيمان بالله واليوم الآخر والحساب والعقاب ونحو ذلك، مِمَّا عساه يكون مساعداً في هذايتهنَّ إلى الاسلام، وقد يحجزهنَّ دينهنَّ عن ارتكاب الفواحش .[5]

ولقد فرَّق فقهاء المسلمين في حُكمِ زواج المسلم من غير المسلمة (الاجنبية)، بين أنْ تكون كتابية أو غير كتابية، وهذا ما سنتطرَّق له – إن شاء الله تعالى- نسأله التوفيق والسَّداد .

المطلب الثاني: صور وأحكام زواج الاجانب في الفقه الاسلامي.

الفرع الاول: صوره .

---

[1] البوذية: هي ديانة ظهرت في الهند، كانت في بدايتها تدعوا إلى التَّصوف ونبذ التَّطرف، ثم بعد وفاة مؤسسها ويدعى (بوذا) تحولت الى معتقدات باطلة، منها أن بوذا إبن الله، - الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب المعاصرة، ص: 107، الندوة العالمية للشباب الإسلامي، الرياض –ط2، 1409-1989 .

[2] الهندوسية : وهي ديانة وثنية يعتنقها معظم أهل الهند، وهي متخذة عدَّة آلهة بحسب الأعمال المتعلقة بها ، فلكل عمل إله، والهندوس يلتقون على تقديس البقرة .- الموسوعة الميسرة، ص :531-533 .

[3] محمد ابن أحمد بن أبي بكر القرطبي، تفسير القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الطبعة الثانية، دار الشعب، 1372هـ

[4] علي بن محمد بن حبيب أبو الحسين الماوردي : الحاوي الكبير في فقه الامام الشافعي، ط 1، ج/9، ص: 255– بيروت : دار الكتب العلمية 1414هـ-1994م، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود .

[5] موقع : شبكة الاسلام ويب، الأهدل عبد الله قادري : **شروط نكاح الكتابية**، تاريخ النشر: الاربعاء 2/صفر/1422هـ-2001/4/25م، www.saaid.net .

أجمع أهل العلم على حرمة زواج المسلمة بغير المسلم، سواءً كان من مشركي أهل الكتاب كاليهود والنصارى، أو غير أهل الكتاب كالبوذية والشيوعية، وغيرها من ملل الكفر .[1]

أولاً : زواج المسلم بالأجنبية الكتابية .

اختلف العلماء في حكم زواج المسلم بكتابية من حرائر نساء أهل الكتاب على ثلاثة أقوال على النحو الآتي:

القول الاول: جواز زواج المسلم بكتابية في دار الاسلام، وهو قول جماهير أهل العلم .[2] قال ابن قدامة : ليس بين اهل العلم بحمد الله اختلاف في حل حرائر نساء اهل الكتاب . وقال ابن نجيم : (اتفق الائمة الاربعة على حل الحرة)، وقد استدل اصحاب هذا الرأي بالأدلة التالية:

1- **من الكتاب** : قال تعالى:(**الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتوا الْكِتابَ حِلٌّ لكمْ وَطعَامُكمْ حِلٌّ لهُمْ وَالْمُحْصَنات مِنَ الْمُؤْمِناتِ وَالْمُحْصَنَات مِنَ الَّذِينَ أُوتوا الْكِتابَ مِنْ قبْلِكمْ**) . [سورة المائدة: 05] والمقصود بالمحصنات: الحرائر أو العفائف من أهل الكتاب [3].

2- **من السنة** : ما رواه جابر بن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « **نتزوج نساء أهل الكتاب ولا يتزوجون نساءنا** » [4]

القول الثاني: عدم جواز زواج المسلم بالكتابية، وهذا الرأي منقول عن عبد الله بن عمر- رضي الله عنهما- وقد ذهب إلى ذلك أيضًا بعض العلماء المحدثين ومنهم سيد قطب ومحمد علي الصابوني، للأدلة الآتية:

1- **من الكتاب** : قوله تعالى **(ولا تمسكوا بعصم الكوافر)** [الممتحنة : 10].

---

[1] أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في احكام الزواج في الفقه الاسلامي، قدمت هذه الأطروحة استكملاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2007م، ص: 92 .

[2] ابن نجيم، المرجع السابق، ج3، ص: 111 .

[3] الشربيني، محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، المجلد 3، ص: 187 .

[4] الطبري، محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرءان، الجزء 2، ص: 378، بيروت ، دار الفكر، 1405هـ .

وجه الدلالة: أن الله تعالى نهى عن زواج المشركات والاستمرار معهن في العصمة الزوجية، واليهود والنصارى من الكفار بغير خلاف، فمن باب أولى تحريم ابتداء نكاحها، وما تعيّن طريقا إلى الحرام فهو حرام .[1]

2- **من السنة** : ما روي أن حذيفة تزوج يهودية فكتب إليه عمر أن يفارقها فقال: إني أخشى أن تدعوا المسلمات وتنكحوا المومسات، ولم يطلق لأنه إن حلّ طلاقهن فقد حلّ نكاحهن، فكان التفريق دلالة على حرمة ابتداء نكاحهن .[2]

القول الثالث: الجواز مع الكراهة .

إن ما ذكره ابن نجيم وابن قدامه من نفي الخلاف بين علماء الاسلام والائمة الاربعة في إباحة نساء أهل الكتاب ليس على إطلاقه، فقد قال فقهاء بعض المذاهب بالجواز مع الكراهة، ومنهم المالكية، قال مالك: (أكره نكاح نساء أهل الذمة: اليهودية والنصرانية، قال: وما أحرمه، لما تتغذى عليه من خمر وخنزير وتغذي ولدها وليس للزوج منعها من ذلك) .[3]

ووجه الاستدلال بما يلي :

1- **من الكتاب**: قوله تعالى :[**لا يتخذ الكافرين أولياء من دون المؤمنين)** [ءال عمران : 28].

2- ما أخرجه البيهقي عن أبي الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله – رضي الله عنهما – يسأل عن نكاح اليهودية والنصرانية فقال: «**تزوجناهن زمن الفتح بالكوفة مع سعد بن أبي وقاص ونحن لا نكاد نجد المسلمات كثيرًا، فلما رجعنا طلقناهن، وقال: لا يرثن مسلمًا ولا يرثونهن ونساؤهم لنا حل ونساؤنا عليهم حرام** ».[4]

ثانياً : زواج المسلمة بالأجنبي غير مسلم .

لقد حرَّم الله عز وجل زواج المرأة المسلمة من الأجنبي أياً كان دينه أو عقيدته، وقد ثبت ذلك قطعياً بالقرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع أهل العلم .

[1] الزحيلي، وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفسير المنير، الطبعة 1، ص: 28/143 ، دار الفكر المعاصر، بيروت 1991م . .

[2] البيهقي، أحمد بن الحسين ، سنن البيهقي الكبرى، ج7، ص: 172 . مكة المكرمة، دار الباز، 1414هـ-1994م .

[3] مالك بن أنس الاصبحي، المدونة الكبرى، برواية سحنون، ج 4، ص: 306 ، بيروت، دار الصادر، بدون تاريخ .

[4] البيهقي، المرجع السابق، نفس الصفحة .

وقد استدل العلماء بجملة من النصوص من الكتاب والسنة.

الدليل من الكتاب قوله تعالى : (وَلا تنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنوا وَلعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلو أَعْجَبَكمْ أُوَلئِكَ يَدْعُونَ إِلى النَّار وَاللَّهُ يَدْعُو إِلى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاس لعَلَّهُمْ يَتذكَّرُونَ) . [البقرة : 221]

والنهي في الآية يفيد التحريم، فلا يجوز تزويج المسلمات من المشركين حتى يؤمنوا، ويشمل كل أصناف الشرك، بما فيهم مشركي أهل الكتاب، والسبب في ذلك أنهم يدعون إلى الكفر بالله ورسوله، ولقطع الولاية بين المسلمين والمشركين، ولما في ذلك من الغضاضة على الاسلام .[1]

وقد ثبتت حرمة نكاح المسلمة بغير المسلم بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم .

الدليل من السنة .

ما رواه جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**نتزوج نساء أهل الكتاب ولا يتزوجون نساءنا**».[2]

وهذا الحكم تدل عليه أيضًا أقوال الصحابة رضوان الله عليهم وأفعالهم، فعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: « **المسلم يتزوج النصرانية ولا يتزوج النصراني المسلمة** ».[3]

وقد أجمع أهل العلم على حرمة زواج المسلمة بغير المسلم، سواء كان من مشركي أهل الكتاب كاليهود والنصارى أو من غير أهل الكتاب كالبوذية والشيوعية، وغيرها من ملل الكفر .[4]

الفرع الثاني: الحكمة من تحريم بعض الأنكحة على المسلمين .

أولاً: الحكمة من تحريم زواج المسلمة بالكتابي .

[1] القرطبي، المرجع السابق، ج3، ص: 72.

[2] الطبري، المرجع السابق، ج2، ص: 378 .

[3] الطبري، نفس المرجع، والصفحة ذاتها .

[4] ابن تيمية، أحمد عبد الحليم الحراني أبو العباس، فتاوى ابن تيمية، مكتبة ابن تيمية، تحقيق عبد الرحمان النجدي، ، ص: 36.

لقد حرم الله عز وجل المرأة المسلمة على الكافر، بحيث لا تقوم هذه الآصرة حق قيامها إلا من خلال الرجل المسلم الوفي، الذي يقدر على حمل عبء هذه الأمانة العظيمة والتي سماها القرءان بالميثاق الغليظ.

وبما أن الزوجة المسلمة بفطرتها وانقيادها لتعاليم دينها تحب زوجها وتواليه وتطيعه، فإن كان كافراً كان ولاؤها وحبها له محبة ضمنية ونصرة لأعداء الله ورسوله، وهذا يتعارض مع العقيدة السليمة ويهدمها.[1]

ولا يخفى علينا أن أول علة حُرم لأجلها هذا الزواج، وهي خشية وقوع المؤمنة في الكفر إن تزوجت كافراً، فالنساء يتبعن الرجال غالباً ويقلدونهم في الدين، والرجل الكافر يدعو امرأته إلى الكفر، وما كان سبباً داعياً إلى الحرام فهو حرام .[2]

ثانياً: الحكمة من تحريم زواج المسلمة بالأجنبي (غير المسلم) .

1- أن زواج الكافر بالمسلمة فيه تسلط من الزوج الكافر على زوجته المسلمة، وفيه إثبات لقوامته عليها ويجعل له عليها سبيل، وهذا تعارض مع قوله تعالى: ﴿ ﴾ [النساء: 141].

2- لا يصح أن يسود كافر على مسلمة بأي وجه من الوجوه، وقد سمى الله الرجل سيداً بقوله: ﴿ ﴾ [يوسف: 25].

3- قطع الولاية بين المشركين والمسلمات، وفي النكاح تتحقق ولاية الزجل الكافر على المرأة المسلمة.

ثم إن الحكمة من تحريم زواج المسلمة من الاجنبي أياً كان دينه كتابياً أو غير كتابي وجعل الكتابيات، بالمقابل حلاً للمسلم، لأن هذا الاخير يحترم دين الكتابية .

ومن الحِكم التي من أجلها أباح الاسلام زواج المسلم من الكتابية ما يلي:

[1] ابن تيمية، المرجع السابق، ص: 32 .

[2] الكسائي، علاء الدين أبو بكر بن سعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م، ص: 271-272 .

أ)- التقريب بين الديانات السماوية، فجميعها من مبدأ واحد وتؤمن به، ألا وهو توحيد الله سبحانه وتعالى، وبزواج المسلم من الكتابية تتهيأ الفرصة ليتعارف المسلمون مع غير المسلمين وتتألف القلوب، ويكون ذلك مدعاة إلى دخول في الدين الاسلامي لعظمة هذا الدين ومبادئه الرفيعة .

ب)- الحفاظ على المسلم وتحصينه خصوصاً عندما يعيش في المجتمعات الغربية وهو متزوج، فلو حرَّمنا زواجه بالكتابية لكان ذلك مدعاة إلى وقوعه في الرذيلة أمام انتشار المغرياتِ والفواحش في الغرب .

وفي الاخير لا يفوتنا أن ننوه بحكم هذا الزواج إذا وقع، فإن حصل وتزوجت مسلمة بأجنبي (غير مسلم)، فإن هذا النكاح يكون باطلاً، ويجب التفريق بين الزوجين في الحال سواء قبل الدخول أو بعده، وإن لم يفترقا بنفسيهما يحق لأي شخص من المسلمين أن يرفع الامر إلى القاضي على اعتباره منكراً يجب إزالته.[1]

ثالثاً: أقوال الفقهاء في حكم زواج المسلمة بالأجنبي (غير المسلم).

قال الكساني: فلا يجوز إنكاح المؤمنة الكافر،[2] لقوله تعالى: ﴿ ☎✂❑←♦⇦▤☪♦✍ ♦♦◆❒ ✂❑←♦⇦▤☪♦✍ ♦♦◆❒ ➢ ▤ ❶ⅡⲘ✎⬀♦↖③ ▤ ✹☹⍓❍ Ⲙ●✺🕓⊠📠❸⇳¤←☺⍓❧✍✂ ➢ ▤ ❶ⅡⲘ✎⬀♦↖③ ▤ ✹☹⍓❍ Ⲙ●✺🕓⊠📠❸⇳¤←☺⍓❧✍✂... ❧♦➔⍓▀✵♍←③♦✌⊠❶♦◆⊠📠➘❷↖❒♦ ✂✂➴⇗ ③♦✌⊠❶♦◆⊠📠➘❷↖❒♦ ✂✂➴⇗ [البقرة:221]﴾.

ولأن في إنكاح المؤمنة الكافر خوف وقوع المؤمنة في الكفر، والنساء في العادات يتبعن الرجال .

وقال ابن عبد البر في التمهيد: " أجمع العلماء على أن المسلمةَ لا يحلُ أن تكون زوجةً لكافر، قال تعالى: ﴿ ❒◆♦↝❧Ⅱ ⑥♦♍➔⊠🖪▫▤♦🕓⊞Ⲙ❷▩✕♦ ✂✍⬀✂✦ •⍓⊠➔⍓♍♦⑥ Ⅱ♦↝❧◆❒ ✂✍⬀✂✦ •⍓⊠➔⍓♍♦⑥ Ⅱ♦↝❧◆❒ ➴⇗ ♦✕⇦▩❷Ⲙ▩🕓♦▤▫🖪Ⲙ↝❧ ♦✕⇦▩❷Ⲙ▩🕓♦▤▫🖪Ⲙ↝❧ ➴⇗ [النساء: 141].

وجاء في الحاوي الكبير: " والمسلمة لاتحل للكافر بحال سواءً كان الكافر كتابياً او وثنياً ....".[1]

[1] ميرة وليد، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الما جستير في العلوم الإسلامية- شريعة وقانون، جامعة باتنة، سنة : 2004-2005 م، ص: 24-25 .

[2] الكسائي، علاء الدين ابو بكربن سعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج/2، الطبعة الثانية، بيروت، دار الكتاب العربي، 1982م .ص: 271.

وقال الإمام الشافعي: " وقد اجتمع الناس على حرمة نكاح الرجل غير المسلم للمرأة المسلمة ". [2]

وجاء في كشف القناع: " ولا يحل لمسلمة نكاح كافر بحال حتى يسلم .....". [3]

وقال ابن حزم الظاهري : " ولا يحل لمسلمة نكاح غير مسلم أصلاً " . [4]

. وقد جاء في مجلة مجمع الفقه الاسلامي: " أن زواج المسلمة بغير المسلم ممنوع شرعاً بالكتاب والسنة والاجماع، وإذا وقع فهو باطل، ولا يترتب عليه الآثار الشرعية المترتبة على النكاح ..." [5] -"[6]" .

الفرع الثالث: أحكام اسلام الاجانب في الفقه الاسلامي.

يصير الاجنبي (غير مسلم) مسلماً يتمتع بما يتمتع به المسلمون من حقوقٍ، ويكلف بتكاليف الاسلام بإتيانه بالشَّهادتين بالنطق بهما والتبرؤ من كل دين غيرَ دين الاسلام، غير أن زواج الاجانب عند دخولهم للإسلام أو دخول أحدهما، له أحكام خاصة مختلفة حسب جنس الداخل للإسلام وعقيدته قبل دخول الاسلام.

أولاً: حكم دخول كِلا الزوجين الاجنبيين إلى الاسلام.

اتفق الفقهاء على أن الزوجين إذا كانا غير مسلمين ثم أسلما معاً، فإنهما يبقيانِ على نكاحهما، سواءً كان إسلامهما قبل الدخول أو بعده، واستدلوا بما يلي:[7]

1- ما روي أنَّ بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا، ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم بتجديد الأنكحة، والارتداد منهم واقع معاً لجهالة التاريخ .[1]

---

[1] الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، الطبعة: الأولى، ج/9 ، بيروت، دار الكتب العلمية، 1414هـ-1994م، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، ص: 255

[2] محمد بن ادريس الشافعي، الأم، الطبعة : الثانية، ج/5، بيروت، دار المعرفة،1393هـ-1973م .ص: 148

[3] البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع على متن الاقناع، ج/5، بيروت دار الفكر، 1402هـ-1982م ،ص: 84

[4] ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة، بيروت، دار الآفاق الجديدة ، ج/9، ص: 449.

[5] مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم 23، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، السعودية، 2002، ص: 42-43 .

[6] أميرة مازن عبد الله أبو رعد، المرجع السابق، ص: 92-93.

[7] محمد مصباح النمورة، أحكام غير المسلمين في دار الإسلام في القضاء والأحوال الشخصية والعقوبات، أطروحة لنيل درجة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2011، ص: 115-116 .

2- أنه أسلم خلق كثير فأقرهم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- على أنكحتهم، ولم يسألهم عن شروطه.

وللفقهاء في هذه المسألة عدة آراء، وتفصيل ذلك وبيانه في ما يلي ذكره:

الرأي الاول : وهو رأي ابن حزم وأحمد في رواية عنه :

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه متى أسلم أحد الزوجين قبل الآخر انفسخ النكاح ولا يجوز الوطء إلا بعد عقد جديد حتى ولو اسلم أحد الزوجين قبل الآخر بطرفة عين، وبهذا القول قال جماعة من الصحابة منهم ابن عباس وعمر بن الخطاب كما حكاه عنهم ابن حزم، [2]وبه قال داوود وابو ثور وطاوس والثوري، واختاره ابن المنذر واليه مال البخاري .

وقد احتج اصحاب هذا الرأي بالأدلة التالية: قوله تعالى: **(يأيها الذين ءامنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن)** [الممتحنة، الآية 10] .

فهذه الآية اباحت للمسلمين نكاح من اسلمت وبقي زوجها كافراً، فدل ذلك على زوال النكاح بإسلامها .[3]

الرأي الثاني: مذهب أبي حنيفة .

يختلف الحكم عند أبي حنيفة بحسب ما إذا كان الزوجان في دار الاسلام أو في دار الكفر:

1 - كون الزوجين في دار الاسلام: إذا اسلم أحد الزوجين وكانا ذلك في دار الاسلام، فحينئذ يعرض الاسلام على من تأخر اسلامه من الزوجين سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده، فإن أسلم يقيا على نكاحهما وإن أبى فرق القاضي بينهما دون أن تراعى في ذلك عدة .

---

[1] عبد الله محمود بن مودود، الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، حققه عبد اللطيف محمد بن عبد الرحمان، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2005، ص : 127 .

[2] المحلى، أبو محمد علي ابن حزم، دار الجيل، بيروت-لبنان، بدون تاريخ، ج/9، ص: 212، فتح الباري، شرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني، دار المعرفة-بيروت- لبنان، بدون تاريخ، ج/9، ص: 420-421 .

[3] المحلى، المرجع نفسه، ج/7، ص: 312 .

2-كون الزوجين في دار الكفر: إذا أسلم أحدهما وفرقت بينهما الدار كأن تخرج إلينا زوجته مسلمة أو معاهدة، فإن التفرقة تقع بينهما ساعة دخولها دار الاسلام لا قبل ذلك، فإن لم تخرج من ذار الكفر وأسلم من تأخر اسلامه من الزوجين قبل تمام ثلاثة حيض فهما على نكاحهما، وإلا وقعت الفرقة بينهما وعليهما أن تبتدئ ثلاثة حيض أخرى عدة منه .[1]

وقد احتج أصحاب هذا الرأي على أنه يعرض الاسلام على من تأخر اسلامه من الزوجين إن كانا في دار الاسلام بالأدلة التالية:

– ما رواه عبد الله بن يزيد الخطمي أنَّ نصرانياً اسلمت امرأته فخيرها عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، إن شاءت فارقتْه وإن شاءت أقامت معه .

– ما رواه يزيد بن علقمة أنَّ عبادَة ابن النعمان كان ناكحاً لامرأة من بني تميم فأسلمت، فقال له عمر، إما أن تسلم وإما انتزعهما منك فأبى فنزعها منه .[2]

واحتجوا على أن اختلاف الدار بين الزوجين سبباً للفرقة بينهما بدليل قوله تعالى :**(يأيها الذين ءامنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن)** [الممتحنة الآية : 10] .

قالوا هذا حكم الله الذي لا يحل لأحد أن يخرج عنه، وقد حرم فيه رجوع المؤمنة الى الكافر وصرح سبحانه وتعالى بإباحة نكاحها، وهذا صريح في انقطاع العصمة بالهجرة، وهو الذي دل عليه قوله تعالى:**[لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن]** . فكان في هذه الآية دليل على عدم الحل بين الزوجين متى اختلفت الدار بينهما واختلف دينهما .

الرأي الثالث : مذهب الشافعي . قال أصحاب هذا إن الحكم يختلف بحسب ما إذا حصل إسلام الزوجينِ قبل الدخول أو بعده .

أ) إسلام أحد الزوجين قبل الدخول: إذا سبق أحد الزوجين الآخر بالإسلام وكان ذلك قبل الدخول انفسخ النكاح حالاً.

[1] ابن نجيم، المرجع السابق، ج/3، ص: 365-368 .

[2] بدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، الطبعة: الاولى، الجزء 5، ص: 238-243، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ-2000م .

ب) إسلام أحد الزوجين بعد الدخول: إذا أسلم أحد الزوجينِ بعد الدخول، ثم أسلم المتأخر اسلامه في العدةِ فهما على نكاحهما، فإذا انقضت العدة قبل اسلام المتأخر منهما انفسخ النكاح ولا يملك الزوج مراجعة زوجته إلا بعد عقد جديد [1].

وقد احتج أصحاب هذا الرأي أن اسلام أحد الزوجينِ قبل الدخول يؤدي لفسخ النكاح في الحال بالأدلة التاليةِ :

– قياسُ اختلاف الدين بين الزوجين في هذه الحالة على وقوع الطلاق قبل الدخول، حيث أن الطلاق يؤدي إلى الفرقة حالاً دون انتظار انقضاء العدةِ، فكذلك يكون الحكم عند اسلام أحد الزوجين .

– الزواج لا يتأكد إلا بالدخول، ومن ثم فإن اختلاف الدين يكون مؤثراً في الزوجية غير مبقٍ لها، لا سيما أن الزوج على هذا الوجه لا يصح ابتداؤه.[2]

واحتجوا على أنه ينتظر إلى إتمام العدةِ فيما لو أسلم أحد الزوجينِ دون الآخر وكان ذلك بعد الدخول بالأدلة التاليةِ:

– ما رواه بن عباس رضي الله عنهما قال : « **رَدَّ النَّبَيُّ –صلى الله عليه وسلم– ابْنتهُ على أَبي الْعاصِ بنِ الرَّبيعِ بَعْدَ سَنتيْنِ بِالنِّكاحِ الأوَّلِ ولَمْ يَحدُثْ نِكاَحاً** » .[3]

الرأي الرابع : مذهب مالك : يختلف الحكم بحسب ما إذا اسلم الرجل أولاً أو المرأة .

أ) إسلام المرأة قبل زوجها : إذا اسلمت المرأة قبل زوجها، وكان ذلك قبل الدخول وقعت الفرقة بينهما في الحال، وإذا حصل اسلام المرأة بعد الدخول فأسلم زوجها قبل أن تنقضي عدتها فهما على نكاحهما، وإن لم يسلم حتى انقضت عدتها فقد بانت منه .

---

[1] أبو زكريا يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الثانية، الجزء 5 ،ص: 480، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1392م .

[2] ابن القيم الجوزية، أحكام اهل الذمة، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، 1995م ص: 237 .

[3] أخرجه أبو داوود، كتاب الطلاق: باب إذا أسلم أحد الزوجين، برقم 2240، وابن ماجة كتاب النكاح : باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر، برقم 2009، والترمذي، كتاب النكاح ، باب: ما جاء في الزوجين يسلم أحدهما برقم 1143، وصححه الألباني، في إرواء الغليل، (339/6) .

ب) إسلام الزوج قبل زوجته : إذا اسلم قبل زوجته فالمشهور من مذهب مالك رحمه الله أنه يعرض الاسلام على المرأة، فإن اسلمت بقيا على نكاحهما، وإن أبت انفسخ النكاح ساعة إبائها .[1]

وقد احتج مالك عليه رحمة الله تعالى في حالة إسلام المرأة قبل زوجها بالأدلة التي استدل بها الجمهور، وقد ذكرها في موطئه، أما في حالة اسلام الزوج وتأخر المرأة عن الاسلام فقد استدل بما استدل به أبو حنيفة من عدم مراعاة العدةِ، وإنما الذي يفرق بين المرأة وزوجها هو إيباؤها الاسلام بعد عرضه عليها .[2]

ونشير أنه لو ارتد أحد الزوجين عن اسلامه، فإنه يُحال بينهما ولا يقْرُبُ الزوج زوجته بخلوة ولا جماعٍ أو نحوهما باتفاق الفقهاء، بحيث يصير كل منهما أجنبياً عن الآخر .

ثانياً : حكم زواج الاجانب في دار الاسلام.

نحاول بيان حكم أنكحة الاجانب فيما بينهم، وبيان ما يُقَرُّن عليه فيما لو اسلموا أو ترافعوا إلينا، وأنكحة الكفار معتبرة في الفقه الاسلامي بشرطين:

الشرط الاول : أن يعقدوه حلاً في شرعهم، ويصححوه في دينهم، فيجوز أن نعتبر أي نكاح من أنكحة الكفار إذا كانوا يعتقدون حله.

الشرط الثاني: ألا يترافعوا إلينا، فإذا لم يترافعوا إلينا فلا نتعرَّض إلى أنكحتهم، فأهل الذمة الذين يعيشون في دار الاسلام فلو تزوجوا بنكاح غير موافق للشروط الشرعية الاسلامية فلا نتدخل فيهم ما لم يترافعوا، ولتفصيل ذلك ننظر لآراء الفقه الاسلامي في أنكحتهم، وحكم أنكحتهم الفاسدة والباطلة في دار الاسلام .

ثالثاً : أراء الفقهاء في أنكحة الاجانب (غير مسلمين) : اختلف الفقهاء في حكم أنكحة غير المسلمين على مذهبين :

المذهب الاول: مذهب المالكية وأدلتهم:

---

[1] المدونة الكبرى، الامام مالك ابن أنس، الاصبحي برواية سحنون، ويليها مقدمات ابن رشد، دار الكتب العلمية، بيروت، (ب ت)،(ب ط)، ج/2، ص: 160-162 .

[2] الموطأ، مالك ابن أنس الاصبحي، برواية يحي بن يحي الليثي، دار النفائس، بيروت، لبنان، الطبعة العاشرة، 1407هـ-1978م ، ص: 371 .

ذهب المالكية إلى أن أنكحة غير المسلمين فاسدة، سواء وافقت شروط المسلمين أم لا، واستدلوا بما يلي: [1]

أ) من السنة : قوله صلى الله عليه وسلم : « **اتَّقُوا اللهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللهِ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَ بِكَلِمَةِ اللهِ** » .[2]

ب) من العقل : أن صحة النكاح مفتقِرة إلى شروط، ومن شروط صحة الزواج، اسلام الزوج، وهو لا يتأتى استفاؤه.

المذهب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم:

ذهب الجمهور من الحنفية، والحنابلة، والشافعية، إلى أن الاصل في نكاحِ المشركين الصحة، وقاعدتهم في ذلك: "كل نكاح صح بين المسلمين فهو صحيح بين غيرهم "، واستدلوا بما يلي :

أ)– من القرآن: قوله تعالى: ﴿ ❐◆✂☜❷♦📖❐✍🡒❍🡐❍⓪☺🖂❍🖉✍♦🕯♦ [المسد: 4]، وفي امرأة فرعون قوله تعالى: ﴿ ✂☜◉✍♦🡅➲♦🖬🏳 ←☠❐📖♦❷☜✍✂ ♌🡅❑♦🡄🡅❷🡇▫ ←☠▪❷🡒🔔 ←❐◆☜♦✍◉🡅✂☜ ✖🕮✓🡄♦❐❼🏳🖫🕮 ☎🖂🖮♦☜◆❐ ﴾ [القصص: 9].

ووجه الاستدلال أن الله تعالى أضاف إليهم مناكح نسائهم، والاضافة قاضية عرفاً ولغة بالنكاح، وهي محمولة على الحقيقة مقتضية التمليك .

ب)– من السنة :

– قول النبي –صلى الله عليه وسلم–: « **خَرجْتُ مِنْ نِكَاحٍ وَلَمْ أَخْرُجْ مِن سِفاحٍ** ». ولا شك أن مناكح آبائه كانت في الجاهلية قبل الاسلام، فدل على صحتها ووقع الفرق بينها وبين السفاحِ .[3]

[1] عبد اللطيف بعجي، تفردات المالكية في باب النكاح، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة الاسلامية، فرع: فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة: 2010م، ص: 141 .

[2] مسلم ابن الحجاج، المرجع السابق، ص: 141. (الحديث أخرجه مسلم).

[3] محمد ابن جرير الطبري، المرجع نفسه، ص: 142.

– إقراره صلى الله عليه وسلم لأنكحة من اسلموا من المشركين، ولم يسألهم عن شروط النكاح ولا عن كيفيته، فأسلم فيروز عن أختين، فقال له النبي –عليه الصلاة والسلام– : « **اخْتِرْ أَيَّتُهَا شِئْتَ** » .[1] وأسلم ابن غيلان عن عشرٍ، فقال له النبي –صلى الله عليه وسلم– : « **اخْتَرْ أَرْبَعاً** ».[2]

ج)– سبب الخلاف والترجيح بين الاقوال :

يرجع سبب الخلاف في المسألة إلى اختلافهم في شَرْطيةِ اسلام الزوج لصحة النكاح، حيث صرح الونشريسي،[3] يكون الخلاف مبنياً على اختلافهم في مخاطبة الكفار بفروع الشريعة .

والنظر في أدلة الفريقين يتبين الآتي:

أ)– إن استدلال المالكية بالخبر مردود عليه، بأن معناه إنما ملكتهم فروجهن بإباحة الله، كما دل على الاباحة إقرار النبي –صلى الله عليه وسلم– لأنكحة المشركين.

ب)– كما أن دعواهم اشتراط اسلام الزوج لصحة النكاح لم يعضدها دليل.

وهذه المسألة يظهر أثرها عند اسلام الزوجين، أو عند وقوع ترافع الكافرين إلينا، أما عند بقائهما على كفرهما دون ترافع إلينا، فلا يكون لها أثر في الواقع العملي.

ومما سبق يظهر رجحان رأي الجمهور من أن أنكحة غير المسلمين تُعامَل مُعامَلةَ أنكحة المسلمين، فما صح عند المسلمين صح عند غيرهم، وما لم يصح عند المسلمين فلا يصحُ عند غيرهم .[4]

رابعاً: حكم أنكحة الاجانب (غير مسلمين)، لبطلانها أو فسادها في الاسلام .

اختلف الفقهاء المسلمين في حكم أنكحة غير المسلمين على النحو التالي :[5]

---

[1] أبو داوود، سليمان بن الأشعث، صحيح سنن أبي داوود ، دار الفكر، ط1، بيروت، المكتب الإسلامي 1989م، ص : 142. (الحديث أخرجه أبو داوود) .

[2] الترمذي، محمد ابن عيسى، سنن الترمذي، بيروت ، دار إحياء التراث العربي، ص: 142 (الحديث أخرجه الترمذي) .

[3] الونشريسي، فقيه مالكي، أخذ من علماء تلمسان (874هـ–914م) .

[4] عبد اللطيف بعجي، المرجع السابق، ص: 143 .

[5] محمد مصباح النمورة، المرجع السابق، ص : 120 .

ذهب الحنفية والشافعية : إلى أن الحاصل في نكاح المحارم والجمع بين الاختين والجمع بين خمس نسوة، يجب على القاضي أن يفرق بينهما بإسلام أحدهما، أو بمرافعتهما لا بمرافعة أحدهما عند الإمام، وذلك لحرمته عند المسلمين، وصحته مع الفساد بالنِّسبة لغير المسلمين، عند أبي حنيفة، لأن زواج المحارم كان جائزاً في شريعة آدم عليه السلام، واكتفى أصحاب أبي حنيفة برفع الدعوى من أحد الخصمين لإيجاب حكم القاضي بينهما، وأما إذا لم تحصل المرافعة أصلاً فلا تفريق بالاتفاق، للأمر بتركهم وما يدينون ما داموا قد بذلوا الجزية .

أما المالكية : فقد اسلفنا أنهم عدُّو نكاح غير المسلمين فاسداً أصلاً، حتى لو كان بين غير المحارم، ومن باب أولى أن يكون نكاح المحارم غير المسلمين عند المالكية فاسداً إن لم يكن باطلاً، ومثل قولهم قال الظاهرية، ولكنهم زادوا على الجميع : أنه يجب الحكم على غير المسلمين سواءً ترافعوا إلينا أو لم يترافعوا، رضوا أو لم يرضوا .

وذهب الحنابلة : أنهم يقرون على الأنكحة المحرمة ما اعتقدوا حلها ولم يترافعوا إلى المسلمين، وهذا المذهب بشرطين، وفي حالِ تزوَّج مجوسي كتابية فإن الامام يحول بينهما، فيخرج من هذا أنهم لا يقرون على نكاحٍ مُحرَّمٍ .

الرأي الراجح: يترجح ما ذهب إليه الصاحبانِ من الحنفية، من أنهم يقرون على أنكحتهم الباطلة ما داموا لم يترافعوا إلى المسلمين، ومن وجوب الحكم بينهم بحكم الاسلام متى ما ترافعوا إلينا سواءً ترافع جميعهم أو أحدهم.[1]

المبحث الثاني:

صور وأحكام زواج المختلط في القانون الجزائري.

عَرفَ زواج الاجانب في الجزائر انتشاراً واسعاً في المجتمع، في ظل تزايد مواقع الزواج التي أقنعت الكثير من الفتيانِ والشاباتِ بنجاح هذه العلاقاتِ من الناحية العاطفية والمادية، بالإضافة إلى انتشار العديد من الشركاتِ الاجنبية زيادة على ما عرفه القانون الجزائري من تعديل فيما يخص الحصول على الجنسية الجزائرية للأجانب .

[1] محمد مصباح النمورة، المرجع السابق، ص : 121 .

كما تفشت ظاهرة الزواج بين أصحاب الجنسيات والاديان المختلفة في مجتمعنا، أو ما أصطُلِح عليه بالزواج المختلط ذو الطبيعة المعقدة نظراً لوجود اختلافٍ في العاداتِ والتقاليد، إلا أن الملاحظ هو أن العديد من المتزوجين بأجانب، انتهت علاقاتهم بالفشل.[1]، مما استدعى البحث عن الحلول القانونية حماية للهوية وتحصيناً للعلاقة الزوجية وتقييداً لمن يريد الاحتيال من الاجانب لنيل أغراض خفية، ولتسليط الضوء أكثر على هذا الموضوع نعتمد للتفصيل في ذلك على ثلاثة مطالب:

المطلب الاول: تعريف الزواج المختلط في التشريع الجزائري وصوره وأسبابه وعوامل انتشاره.

الفرع الاول: تعريف الزواج المختلط وصوره.

أولاً: تعريفه.

وردت تعاريف مختلفة للزواج المختلط من طرف رجال القانون ومختصين في علم الاجتماع، فعرفه أحدهم بأنه : " الاتحاد الذي يعقدُ بين طرفين مختلفي الثقافة و الجنسية والديانة " .

وعرفه آخر بأنه : "كل زواج يبرم بالجزائر أو بالخارج بين شخص يحمل الجنسية الجزائرية وعنصر آخر يحمل جنسية دولة أجنبية"، ومثال ذلك : زواج جزائري مسلم بألمانية مسيحية، أو زواج جزائرية مسلمة من فرنسي مسلم .[2]

لكن السؤال المطروح في هذا الصدد، هل زواج الجزائري المسلم بجزائرية مسيحية لا يعتبر زواجاً مختلطاً لاتحاد جنسية الزوجين ؟ .[3]

ففي رأي الشخصي إن التعريف الاول للزواج المختلط هو التعريف الملائم والانسب، وذلك كونه يحتوي على جميع أنواع مظاهر الاختلاف في الزواج المختلط، كالاختلاف في الثقافة بين الزوجين، والاختلاف في الديانة، والاختلاف في الجنسية، فلم يحصر الاختلاف من جانب الجنسية فقط كما جاء في التعريف الاخير للزواج المختلط .

[1] ريم .د(لقب غير كامل) ، الزواج من الاجانب، نقلاً عن الجريدة الإلكترونية السلام اليوم، جزايرس موقع إخباري، الجزائر : http://www.djazairess.com/essalam/8518،2012/02/25

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص: 284.

[3] بلحاج العربي، المرجع نفسه/ص:274 .

ثانياً : صوره .

1- الزواج المختلط (جزائري – عربي) : وهو زواج مبني على أساس رسمي بميثاق شرعي وقانوني، حيث يتزوج الرجل أو المرأة من جنسية جزائرية مع من يتناسب من جنسيةٍ عربية أخرى.

نلاحظ كثرة الزواج المختلط الجزائري العربي في الآونة الاخيرةِ، ففي مقال نُشِرَ لصحيفة اليوم السعودية جاء فيه : "كشفت سفارة خادم الحرمين الشريفين في جمهورية الجزائر أن عدد حالات الزواج للسعوديين من جزائريات يصل إلى ما بين 70إلى80 حالة سنوياً بعد وجود موافقة رسمية من الجهات المختصة بالمملكة.[1]

2- الزواج المختلط (جزائري – أجنبي) : هو زواج مبني على أُسُسٍ شرعيةٍ وقانونيةٍ، حيث يتزوج الرجل أو المرأة من جنسية جزائرية مع ما يتناسب من جنسية أجنبيةٍ أخرى (غير عربية)؛ فالرجل الجزائري المتزوج من امرأة أجنبيةٍ من دولةٍ أخرى وفقاً لرابط شرعي وقانوني .

فهذا الزواج الذي قد جمَع وربط بين رجلٍ وامرأةٍ عابراً للحدود الجغرافية، هو بالفعل التقاء لغرض الزواج والاتفاق الذي تتحكم فيه متغيراتٍ مختلفة كالثقافةِ والعاداتِ وطرق التفكير ولغة التواصل وطُرق الحوار واختلاف الديانة والقيم.[2]

وتشير احدى التقارير الصحفيةِ :[3] أنَّ في الجزائر تعيش حوالي ألف سيدة روسية متزوجة من جزائريين، ويعود تاريخ أغلب هذه الزيجات إلى عهد الاتحاد السوفياتي، ولا يزال عقد القِرانِ بين الطلبة الجزائريين والفتيات الروسيات أمراً شائعاً إلى يومنا هذا .

الفرع الثاني: أسباب الزواج المختلط في الجزائر.

للزواج المختلط أسباب متعددة، ونورد من هذه الاسباب ما يلي:

1 عبد العزيز مخدوم، 80 سعودياً يتزوجون من جزائريات، صحيفة اليوم السعودية، الدمام، بتاريخ: (2013.02.25) .

[2] عون عمار، المرجع السابق، ص: 47.

[2] جريدة الفجر الجزائرية، بتاريخ 24.04.2009 ، http://www.al-fadjr.com/ar/realite/237963.html

- ❖ السفر إلى الخارج: ففي بعض الدول العربية ومنها مصر، ونتيجة السفر إلى أوروبا للدراسة والسياحة والعمل، تفشت ظاهرة الزواج المختلط، وانصهرت لتكون شريحة من شرائح المجتمع الجزائري.
- ❖ وجود الاجنبية أو الاجنبي والتقرب منه في الخارج، فالشخص الجزائري الذي يزاول دراسة أو يحترف مهنة أو يقوم بسياحة أو يتاجر، يمكنه أن يتعرف عبر العلاقات الشخصية فيؤدي به إلى التقرب من الطرف الآخر بغية الزواج، وكثيراً ما تمت الزيجات المختلطة بالنسبة للرجال والنساء خارج الوطن عبر علاقةٍ شخصيةٍ، وكذا مهنية، دراسية، أو حتى عمل القرابة، بحكم وجود عائلات لها نفس الاصول في دولةٍ اخرى ونخص بالذكر دول المغرب العربي .
- ❖ البحث عن الجمال والتغيير: فبعض الآراء تشير أن زواج الجزائري من الاجنبية تبرره الرغبة في الحصول على الذوق الزوجي، وكثيراً ما يبرز هذا السبب في مواصفات الزوجة أو الزوج الاجنبي.[1]
- ❖ المغالاة في المهور مع انخفاض المستوى المعيشي الاقتصادي لدى بعض فئات المجتمع، ونظراً لذلك زاد الاعراض عن الزواج، وآثار كثير من الشباب الزواج من الاجانب رغبة في يُسر المؤونةِ وقلة التكلفة، بدلاً من الانتظار لجمع المال ليُنفَقَ في ليلةٍ أو بضع ليالي، ثم يتحمل الزوج الديون الثقيلة التي تُثقل كاهله وينعكس الامر على الحياة الزوجية .
- ❖ ظهور مواقع الزواج عبر الانترنت، حيث يسجل فيها الباحثون عن الزواج مواصفاتهم وتحديد مطالبهم في اختيار الشريك المناسب، كما أن لموقع الاتصال انعكاس على طبيعةِ العلاقاتِ الاجتماعية، ولها القدرة على تكوينِ أسرةٍ .

الفرع الثالث: العوامل المؤثرة على الزواج المختلط في الجزائر:

لكل زوج مظاهره وعوامل تؤثر فيه حسب ما تفرضه حالة الزوجين، لأن الحياة البشرية عامة والحياة الزوجية بصفةٍ خاصةٍ تتحكم فيها ويؤثرُ فيها دواعي الحياة المختلفة، وهو ما تبرزه العوامل التالية :

1- العمل الديني : إن اختلاف الدين أو المذهب بين الزوجين له تأثير في العقيدة الدينية والمذهب الزوجي، ففي حالة زواج المسلم بالنصرانية فإن الواقع يقول بأن أحكام الزواج في الاسلام مختلفة عن

[1] عون عمار، المرجع السابق، ص : 49-50 .

أحكام الكنيسة النصرانية في قضايا عدة، أهمها تعدد الزوجات، والطلاق والتمييز بين الرجل والمرأةِ في الزواج، والمساواة بين الرجل والمرأة .

إنَّ الولد يتبع خير أبويه دنيا، ويستوي هذا الحكم سواء كان الولد وأبواه في دارٍ واحدةٍ، أو اختلفت الدار، وإلا لكان مقيم بدار الاسلام مسلماً، وكل مقيم بدار الكفر كافراً.[1]

2- تربية الابناء : إن لتربية الابناء دوراً مهماً في الاسرة وله خاصيته في الزواج المختلط، فعند ولادة الطفل يلجأ أبوه وأمه في التَّنافسِ حول أساليب تربيته وتنشئته، كلٌ بطريقته الخاصة، وهو ما يؤدي بالأب والام معاً إلى حدوث مصدر للخلاف بين وجهات النظر التربوية بينهما في كثير من الاحيانِ، إذِ الاختلافُ يكمن في كيفية التربية التي تلقاها كليهما من قبل، لاسيما في حالة الزواج المختلط .

3- اختيار الاسم : اختيار تسميات الاطفال في الزيجات المختلطة له أهمية بالغة عند الاباء والامهاتِ، فيُحدد اسم الطفل حسب التنوع العرقي والثقافي والديني، .....الخ .

كما إن التعصب للرأي من لدُن الاب أو الام له دور في السيطرة على تسمية المولود.

يسمى الطفل بالاسم الذي اختاره أولياءه، وبالتالي فهذا الاسم يعتبر رمزاً في العائلةِ المختلطة، ويعتمد في اختيار الاسم السهولة النطقية صوتياً بلغة الزوجين، والمقبول ثقافياً لمحو الاختلاف بين الاولياء، ومن الجدير بالذكر التسميات العربية التي تتناسب مع لغاتٍ أجنبيةٍ في التسمية وتقاربٍ في اللَّفظ والمعنى، مثل : يوسف، مريم، ماريا، إلياس، محمد، كمال .....إلخ .[2]

4- اختيار اللغة : اختيار اللغة في الزواج المختلط لا تقل أهمية عن اختيار اسم الطفل وتعاليم دينه وهويته الثقافية، فهذه اللغة التي نتواصل بها بين الاسرة والمجتمع والمدرسة ومؤسسات المجتمع الغني بلهجاته المتعددة، لها دورٌ في نهج لغة وظيفتها التواصل .

إن اللغة التي يتعلمها الطفل سوف تهيكل حججه ومطالبه وتعامله في حياته مع مجتمعه، كما أن التواصل والتعليم يعتمد على لغة الطفل في محيطه الأسري، وازدواجية اللغة تُساهم في إثراء الرصيد اللغوي والثقافي عند الزيجات المختلطة، لأنها تتيح الوصول إلى عالمين مختلفين، وبناء الجسور بين الثقافاتِ

[1] سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1996، ص: 293 .

[2] سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص : 294 .

دون نسيان الانتماء الثقافي لِلُغةِ الأصل، لان هذه الممارساتِ اللغوية التواصلية لا تعكس بالضرورة سيطرة لغة عن لغةِ الأم أو مشاعر الانتماء .[1]

المطلب الثاني: الاحكام الخاصة بزواج الاجانب في التشريع الجزائري

نصت المادة 31 فقرة 2 من قانون الأسرة على ما يلي: " يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية ".

ولقد نظم هذه الاجراءات التنظيمية القرار الصادر بتاريخ 11 فيفري 1980 عن وزارة الداخلية، والذي ألزم موظف الحالة المدنية أو الموثق قبل قيامه بإبرام عقد الزواج للأجانب إلا بعد حصولهم على رخصة مكتوبة من الوالي، ولقد نُظِم هذا القرار الوزاري منح الرخصة كما يلي :

الفرع الاول: حالة زواج الاجانب المقيمين بالجزائر

في حالة ما إذا كان عقد الزواج الذي يراد إبرامه سوف يكون من أجنبيين مقيمين في الجزائر وفقاً لنص المادة 10 من الأمر [2]، 211/66 المؤرخ في 1966/07/21، فإنه يجب عليهما أن يتحصلا على رخصة بالزواج تمُنح لهما من طرف الوالي، وذلك عن طريق تقديمهما لطلب موقَّع من طرفيهما يتضمن هويتهما وعنوانهما وكذا المعلومات الواردة في بطاقة إقامتهما، وكذا بطاقة الاقامة لكلٍ منهما لمعرفة مدى صلاحيتهما، فإن توفرت تلك الشروط منحت لهما الرخصة .[3]

الفرع الثاني: حالة زواج أجنبي مقيم بالجزائر والآخر غير مقيم بها.

في هذه الحالة إضافة إلى تقديم الطلب من طرفي عقد الزواج إلى الوالي والوثائق التي تثبت حالتهما، يقوم الوالي بعد أخذه لرأي مصالح الأمن الوطني الإيجابي بمنح الرخصة، وفي حالةِ ما إذا كان الرأي سلبياً

[1] عون عمار، المرجع السابق، ص : 53 .

[2] الأمر رقم 66-211 المؤرخ في 21 يوليو سنة 1966 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03-251 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر.

[3] عواج لعرج، رئيس مصلحة الحالة المدنية، مقابلة شخصية، بلدية سعيدة، يوم : 2016/03/09 .

رفض منح الرخصة، وإن تخلَّفت الرخصة المنصوص عليها في القرار المذكور أعلاه، فإن ضابط الحالة المدنية أو الموثق لا يمكنه تحرير عقد الزواج بدونها .[1]

الفرع الثالث: حالة زواج المرأة الجزائرية بالأجنبي.

لانْعِقادِ الزواج بامرأة جزائرية مع شخص أجنبي لا يحمل الجنسية الجزائرية مع احتمالية أن لا يكون معتنقاً للدين الاسلامي، لابد من توافر الشروط العامة بالإضافة إلى شروط خاصة وهي:

1- مصرح إذن بالزواج يستلمه من طرف والي الولاية التي يقيم بها بعد إجراء تحقيق من رجال الامن حول ظروف وأسباب إقامته في تلك الولاية وحول سلوكه العام.
2- إحضار شهادة من وزارة الشؤون الدينية تثبت تدينه أو اعتناقه للدين الاسلامي (الملحق 02-03) إذا كان هذا الاجنبي غير مسلم.
3- إحضار شهادة ميلاده التي تثبت أهليته للتعاقد وفقاً لقانون بلاده.[2]

وتجدر الاشارة هاهنا، إلى أنه يجوز لضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج في حال تبين أن الزوج الاجنبي لم يحصل على الإذن المطلوب، سواء بمنحه رخصة الزواج، أو لديانته، أو أنَّ تطبيق القانون الاجنبي بخصوص أهلية التعاقد يمس بالنظام العام أو يؤدي إلى مخالفة القانون الوطني، كما يجب على وكيل الجمهورية أن يحيطه علماً بذلك، أنه من العيوب التي تمنع انعقاد عقد الزواج .[3]

وفي الاخير نشير إلى ملاحظة هامة هي أن المنشور السابق الذكر قد أهمل حالة زواج الاجانب عرفياً (خاصة بالنسبة للأجانب المسلمين) والسؤال يطرح حول مصير هذا الزواج، هل نلجأ إلى إجراءات تصحيحية كما هو معمول به بالنسبة للمواطنين ؟ .[4]، وإذا حدث ذلك سيصبح الزواج العرفي وسيلة الاجانب لتحظى عقبة الحصول على رخصة الوالي.

---

[1] بولعواد زبير، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفهما في القانون والشريعة الإسلامية، مذكرة تخرج، إجازة المعهد الوطني للقضاء، مجلس قضاء المدية، الدفعة : 12، 2001-2004 ، ص : 39 .

[2] يوسف دلاندة، المرجع السابق ، ص : 26 .

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر ، 1999، ص : 18.

[4] أحمد لحمر ، المرجع السابق، ص : 87 . (يرى د: سعد عبد العزيز أن عدم الحصول على الرخصة في هذه الحالة لا يؤثر على صحة الزواج، ويجب إدراجه في سجلات الحالة المدنية) .

المطلب الثالث: حقوق الاجانب وموقف المشرع الجزائري من أحكامهم في الشريعة الاسلامية.

الفرع الاول: موقف المشرع الجزائري من حقوق الاجانب في الشريعة الاسلامية.

أولاً: موقفه من زواج الجزائري المسلم بالأجنبية الكتابية.

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فيلاحظ أنه لو يورد أي نص يتعلق بهذه المسألةِ تاركاً حكمها وغيرها من المسائل التي لم ينص عليها إلى ما تقرره قواعد الشريعة الاسلامية عملاً بأحكام المادة 222 ق.أ .ج والتي تنص على ما يلي : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية ".

وقد علمنا من خلال عرضنا في الفصل الاول لأقوال فقهاء الشريعة أن القول الراجح هو جواز زواج المسلم بالكتابية، على أن يتم في بلاد الاسلام، والجزائر دولة تدين بدين الاسلام.

أما بالنسبة لغير الكتابية فالمشرع الجزائري ترك المسألة لأحكام الشريعة الاسلامية، طالما لا يوجد نص صريح في القانون الجزائري، وعملاً بنص المادة : 222 من ق.أ.ج، حيث الحال هنا لا يجوِّز للمسلم الزواج بالكافراتِ من غير أهل الكتاب، وإن وقع هذا النكاح فإنه يكون باطلاً.[1]

ثانياً: موقفه من زواج الجزائرية المسلمة بالأجنبي (غير مسلم).

القانون الجزائري يمنع زواج المسلمة بغير المسلم وفي حالة ما خالف أحد القانون وتزوج شخصان، فيعتبر هذا الزواج زواجاً باطلاً .

وهذا يعني أنَّ أيِّ عقدِ زواج بين أية امرأة وأي رجل لا يؤمن بالإسلام يكون باطلاً لا وجود له مطلقاً في نظر الشريعة الاسلامية أو القانون الجزائري، حيث نص في مادته: 31 ق.أ.ج قبل التعديل [2]

وهناك أمراً ينبغي الاشارة التنبيه له، وهو أنه نادراً ما تجد كتابيات يحملن الجنسية الجزائرية، ذلك أنه لا يدخل تحت وصف الكتابية المسلمات الآتي يتنصرن أو يتهودن، فجميع هؤلاء النسوة لا يعتبرن

1 ميرة وليد، المرجع السابق، ص : 16-17-22 .

2 حُررتْ في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 (لا يجيز زواج المسلمة بغير المسلم) .

كتابيات، ولا تجري عليهن أحكام الكتابيات بإجماع المسلمين، وغاية أمرهن أنهن مرتدات، والمرتدة لا يجوز الزواج بها بإجماع المسلمين، ولما كان الامر كذلك فالغالب أن يكن أجنبيات .

الفرع الثاني: حق الاجانب في الزواج في الجزائر

"الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الانساب " .[1]

من خلال هذا التعريف يتضِح لنا جلياً أن الزواج هو حق شرعيٌّ لكل شخص تتوفر فيه الشروط المطلوبة للزواج المنصوص عليها في قانون الاسرة الجزائري وقانون الحالة المدنية والقوانين التنظيمية الاخرى؛ فيمكن للأجنبي التَّزوج في الجزائر تكريساً لنص المادة 16 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان التي تنص على : "للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين ولهما حقوق متساوية عند الزواج " .

وكذلك نص المادة 23 من المعهد الدُّولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي تنص على : " الاسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والاساسية في المجتمع، لها حق التمتع بحماية المجتمع الدولي، ويكون للرجل والمرأة ابتداء من بلوغ سن الزواج حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة ..." .

وفي هذا الاطار صدر منشور (الملحق رقم 01) من وزارة الداخلية بتاريخ: 11 فيفري 1980.[2] إلى جميع ولاة الوطن نظَّم عقد زواج الاجانب.

وإضافةً إلى الشروط الموضوعية والشكلية التي يتعين احترامها من طرف كل ضابطٍ للحالة المدنية وفقاً للقانون المدني الجزائري.[3] والقواعد المتعلقة بالحالة المدنية، عليهم كذلك عدم إبرام عقد زواج الاجانب إلا بعد التأكد من وجود رخصة مكتوبة من طرف الوالي .[4]

الفرع الثالث: الوثائق المطلوبة في انعقاد الزواج المختلط

[1] المادة 04 المعدلة بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر .15 ص :19 .

[2] منشور رقم 02، الصادر عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية، والمؤرخ في 11 فيفري 1980 يتعلق الأمر بإبرام عقد زواج الأجانب والترخيص الإداري القبلي من طرف الولاة.

[3] كانت كل العقود تابعة للقانون المدني حتى عقد الزواج وهذا قبل صدور قانون الأسرة.

[4] أحمد لحمر، المرجع السابق ، ص : 86 .

وحتى يتم إجراء عقد الزواج بالنسبة للزواج المختلط، يجب أن يشتمل الملف على الوثائق الآتية، حسب الحالة:

- **بالنسبة للطرف الجزائري:**
  - ✓ إستمارة الطلب
  - ✓ 03 صور شمسية
  - ✓ شهادة عقد الميلاد (رقم12)
  - ✓ شهادة عدم الزواج أو عدم إعادة الزواج
  - ✓ نسخة من بطاقة التعريف الوطنية
  - ✓ بطاقة الإقامة أو نسخة من بطاقة الناخب
- **بالنسبة للطرف الاجنبي غير المقيم:**
  - ✓ 03 صور شمسية
  - ✓ شهادة عدم الزواج أو عدم إعادة الزواج
  - ✓ شهادة عقد الميلاد
  - ✓ نسخة من جواز السفر
  - ✓ شهادة الإيواء
  - ✓ شهادة اعتناق الإسلام بالنسبة لغير المسلمين
- **بالنسبة للطرف الاجنبي المقيم:**
  - ✓ 03 صور شمسية
  - ✓ شهادة عقد الميلاد
  - ✓ شهادة العزوبية (عدم الزواج أو عدم إعادة الزواج)
  - ✓ نسخة من بطاقة الاقامة قيد الصلاحية بالنسبة للأجنبي.[1]

[1] موقع وزارة الداخلية، إجراءات تسليم الأجانب بعض الرخص الإدارية والاتفاقيات القنصلية
http://www.interieur.gov.dz/dynamics/frmitem.aspx?html=39&s=2&lng=ar

الفصل الثاني:

أحكام وآثار الحضانة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري

تمهيد :

لقد نظَّمتِ الشريعة الاسلامية موضوع الحضانة، وقرَّرتْ لهُ العديدَ من الاحْكامِ لتحقيقِ الهدفِ المقصود منهُ، كما حددتْ مَنْ لَّهُ الحقُ فيها، ومراتب الحاضنين بحسبِ القرابةِ، كما أنَّ قانونَ الاسرةِ الجزائري نظَّمَ أحكامَ الحضانةَ في المواد من 62 إلى 72، وبالتَّالي نَجِدُ أنَّ كُلاً مِنَ الاسلامِ والقانون الجزائري أوْلَيَا اهتماماً خاصاً بالحضانةِ، كَونهُ موضوع ذُو حساسيةٍ بالغةٍ .

ولكي نفصل في الموضوع، فقد قُمنَا بتقسيم هذا الفصلِ إلى مبحثين، بحيث تناولنا في المبحثِ الاول: مفهومُ الحضانةِ وأحكامُهَا، وأما في المبحثِ الثَّاني، فَقَدْ تناولنا فيه الآثار المترتبةِ عن الحضانةِ وإشْكالاتِهَا.

المبحث الاول:

أحكام الحضانة في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الاول:

ماهية الحضانة في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.

الفرع الاول: ماهية الحضانة.

أولاً : ماهية الحضانة.

تُعتبرُ الحضانةُ من أهمِّ الوسائل التي أعطتها الشريعةُ الاسلاميةُ أهميةً كبيرةً وكذا قانونُ الاسرةِ، لأجل تُوفيرِ الحمايةِ والرعايةِ الماديةِ للصَّغير، وذلك نتيجةً للوفاةِ أو الطلاقِ الذي يُمكنُ أن يحدثَ بين الزوجين، والذي من شأْنهِ أن يُؤَدي إلى التَّنازعِ في مسألةِ الحضانةِ بالنسبةِ للصغيرِ، وبالتَّالي يجبُ وضعُ الطفلِ عندَ مَنْ هو أقْدرُ على الاهتِمَامِ بهِ ورِعايةِ شُؤُونِهِ، وكَذَا مَنْ يَكفُلُ لهُ التَّربيةُ الصَّحيحَةُ والخُلُقُ السَّليمُ، وذلكَ حتَّى يكُونَ فَرداً صَالحاً وَسَطِ مجتمعهِ.

ثانياً: مفهومُ الحضانةِ :

تقُومُ الحضانةُ على العناية بالطفلِ وحمايتِهِ، وذلك من أجلِ المحافظةِ عليهِ من الانْحرَافِ والانحلالِ الخُلقي، حتَّى يكونَ فرداً صالحاً وفعالاً في المجتمعِ، لِذَا يجبُ أنْ يُوضعَ الطفلُ عند مَنْ هُوَ مُؤَهَّلٌ لِحمايتِهِ، وَكذَا مَنْ لهُ الحقُّ في ذلكَ، وِفْقاً لقواعد الشَّريعةِ والقانونِ، [1] ولتحْدِيدِ مَفهُومِ الحضَانةِ فقدْ قُمنا بتقْسيمِ هذا المبحثِ إلى ثلاثةِ مطالبَ، بحيثُ نتناولُ في المطلبِ الاول: تعريفُ الحضانةِ وماهيتُها وحكمُها الشَّرعي، ونتناولُ في المطلبِ الثاني: شُروطُ الحضانةِ، وأمَّا في المطلبِ الثَّالثِ: فنتناولُ فيهِ أصحابُ الحقِّ في الحضانةِ وتحدِيدِ أولويتِهمْ .

ثالثاً: التَّعريفُ اللُّغويُّ لِلْحَضَانَةِ .

بِما أنَّ الحضانةَ هي مَحَلُ اهْتِمَامِ التَّشريع الاسلامي وكذا مُختلف القوانين، فإننا قُمناَ بتقسيمِ هذا الفرعِ إلى جُزئينِ، بحيثُ تناولنا في الجزءِ الاول: التَّعريف الفقهي للحضانةِ، وأمَّا في الجزءِ الثَّاني فتطرَّقنا إلى تعريفِ الحضانةِ لدا قانون الاسرةِ الجزائري.

جاءَ في القاموسِ المحيطِ: "الحِضنُ بالكسر ما دُونَ الإبطِ إلى الكَشْحِ أو الصَّدرِ والعَضُدَانِ وما بينهُما وجانِبُ الشَّيءِ وناحيته، والحَضَانَةُ جمعُ أَحْضَانٍ، وحَضَنَ الصَّبيُ حَضْناً، وحِضانَتُهُ بالكسرِ جَعَلَهُ في حَضْنِهِ، أو ربَّاهُ كاحتضانِهِ، وحَضَنَ الطَّائِرُ بيضَهُ حَضْناً، وحضانة بكسرِهما، وحُضُوناً رحمَ عليه للتَّفريخِ". [2]

وفي تعريفِ ابنِ منظُورٍ للحضَانةِ بفتحِ الحاءِ وكسرِهَا، مأْخُوذَةٌ من الحَضْنِ وهو الجَنْبُ أو الصَّدرُ، والعضُدَانِ وما بينهُمَا، يقال: حَضَنَ الطَّائِرُ بيضهُ إِذَا ضمَّهُ إلى نفسهِ تحتَ جَنَاحِهِ، وحضنتِ الأُمُ ولدَهَا إِذَا ضمَّتهُ إلى جَنبِهَا أو صدرِهَا وقامتْ بتربيَّتِهِ، وتُسمَّى حينئذٍ حاضِنتُهُ " . [3]

رابعاً: التَّعريفُ الفِقهيُّ للحضَانةِ :

[1] بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص: 65

[2] الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1980، ص : 211 .

[3] ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد العاشر، دون طبعة، دار صادر، بيروت، دون سنة ، ص: 661 .

من النَّاحيةِ الفقهِيَّةِ اعتنى كلٌ مِن رجالِ القانونِ وفقهاءِ الشَّريعةِ الاسلاميَّةِ بالتَّعريفِ بالحضانةِ، على الرَّغمِ من وُجُودِ العديدِ مِنَ التَّعريفَاتِ، إلاَّ أنَّهُ هُناكَ ما يُمَيِّزُهَا عنْ بعضِهَا البعْضِ في جوانِبَ مُحدَّدَةٍ، ولكِنْ نَجِدُ جُلَّهَا تَنصَبُ في قَالَبٍ واحدٍ، وهو رعايةُ الصَّغيرِ والتَّكفُّلِ بهِ صِحِياً واجتماعِياً وتربوياً وأخلاقياً، وَمِنْ أهَمِّ التَّعاريفِ ما يلي:

الحضانةُ هي القيامُ بتربيةِ مَنْ لا يستطيعُ الاعتناء بنفسهِ لِصِغَرِ سنِّهِ كالطِّفلِ، أو لمرَضٍ أصابَهُ كالجُنُونِ، وذلكَ برعايةِ شُؤُونِهِ وتدبيرِ طَعامِهِ وملبسِهِ ونومِهِ وتنظيفِهِ وغسْلِ ثيابِهِ.[1]

وقدْ عرَّفَهَا الشَّافعيَّةُ بأنَّهَا "القيام بحفظ من لا يميز، ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يهلكه".[2]

وَمَا نُلاحِظُهُ في هذَا التَّعريفِ أَنَّ الشَّريعةَ الاسلاميةَ تحْرِصُ كثيراً على الاعْتنَاءِ بالنَّظافةِ والتَّربيةِ الجسديَّةِ والرُّوحيَّةِ للطِّفلِ.[3]

وقدْ عرَّفَهَا المالكِيَّةُ بأنَّهَا "حِفْظُ الولَدِ والقيَّامِ بمصَالحِهِ".[4]

أَمَّا الحنابِلَةُ فقدْ عرَّفُوهَا بأنَّهَا "تربية من لا يستقيل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره ولو كبيراً أو مجنوناً كأن يتعهده بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحله وربط الصغير في المهد وتحريكه لينام" .[5]

وعرَّفَهَا الأحنَافُ "بأنَّهَا تربيةُ الولد لمن له حق الحضانة".[6]

خامساً: التَّعريفُ القانونيُّ لِلْحَضَانَةِ

---

[1] رمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، بدون دار النشر، الأسكندرية،2001، ص: 169.

[2] الرافعي، العزيز، ج10، ص: 86، انظر : قليوبي وعميرة: حاشيتان، ج4، ص: 88 .

[3] محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والطباعة والنشر والتوزيع، لبنان 1996، ص: 305 .

[4] الدسوقي، محمد ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، الجزء الثاني، (ب.س) .ص: 526 .

[5] ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن احمد، المغني، ج7، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان،1392هـ-1972م، ص: 327 .

[6] ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الابصار، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1386هـ ، الجزء الثالث، ص: 555 .

لَقَدْ جاءَ تعريفُ الحضانَةِ في نصِّ المادةِ (62) من قانونِ الاسْرةِ الجزائري ونَصُهَا: "الحضانةُ هي رعايةُ الولدِ وتعليمِهِ والقيامِ بتربيَّتِهِ على دِينِ أبيهِ والسَّهَرِ على حِمايتِهِ وحِفظِهِ صِحِياً وخُلُقياً، ويُشتَرَطُ في الحاضِنِ أنْ يَكُونَ أَهْلاً لِلقِيامِ بذلِكَ".[1]

لَمْ يخرُجْ المشَّرعُ الجزائريُ اجمالاً عَنِ التَّعريفِ الفقْهِيِّ لِلْحَضَانَةِ، سوى أنه اسْتَعْمَلَ لفظُ الولدِ بدلاً عنِ الصَّغيرِ، كَمَا أَنَّهُ اعْتَمَدَ في تَعْرِيفِهِ للحَضَانَةِ على أَسْبَابِهَا وأَهْدَافِهَا.

يَبدُو مِن خِلاَلِ هذَا التَّعريفِ مَدى حِرْصِ القَانُونِ الجزائري على إبْرازِ مُهِمَّةِ الحاضِنِ، حيثُ أَنَّهُ تَوَسَّعَ في تِعْدَادِ وَاجِبَاتِهِ نَحوَ المحضُونِ، فقد أَحاطَهُ بقُيودٍ يكَادُ يُذْهِبُ بِهَا معنى الحضَانَةِ عنْ كُلِ تربيةٍ تُهْمِلُ الجانبَ الرَّوحي والعَقَائِدي للطفلِ، أوْ تُضعِفُ فيهِ الجانبَ العقلي لحسَابِ الجانبِ الجسدي أو العكس، وأرادَ أنْ يُلْفِتَ انْتِبَاهَ الحاضِنِ إلى ما هو مُقدِمٌ عليهِ مِنْ وَاجِبَاتٍ نحوَ المحضُونِ".[2]

الفرع الثاني: حُكْمُ وَأَدِلَّةُ مَشْرُوعيَّةِ الحَضَانَةِ.

أولاً: حُكمُهَا:

1- في الفقهِ الاسلامي:

أَمَّا عَنْ حُكْمِ الحضانَةِ فَقَدِ اتَّفَقَ جَمهُورُ الفُقَهَاءِ أَنَّ الحضَانَةَ وَاجبَةٌ، وَلِأَنَّ الطِّفلَ إِذَا تُرِكَ ضَاعَ وَهَلَكَ، وكَذَلِكَ كُل مَنْ لاَ يَسْتَقِّلُ القيامَ بأُمُورِ نَفْسِهِ، كالكبيرِ العاجِزِ، والحضانَةُ فرضُ كفايَةٍ، إِنْ قامَ بهَا البعضُ سقطَ الأَمرُ عنِ الباقينَ.[3]

وَاعْتُبِرَتِ الحضانَةُ وَاجبةٌ، كَونَ أَنَّ الصَّغيرَ يُولدُ وَهُوَ أَحوَجُ مَا يكُونُ إِلى مَنْ يَقومُ بِشُؤُونِهِ وَيسهَرُ عَلى تَربيَّتِهِ وَيعتَني بِهِ، وَذلِكَ لِعَجْزِهِ عَنِ القيامِ بمَا يحتَاجُ إِليهِ في حياتِهِ الاولى، فالوالِدَانِ بِدَافِعِ الحنانِ

[1] القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984 .

[2] فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية، 2017، ص: 88-89 .

[3] السرطاوي محمود علي، فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)، ط. 1، دار الفكر، الأردن، 2008 ، ص : 331 .

الأبوي والشَّفَقَةِ الطَّبيعيةِ، هُمَا أَجْدَرُ النَّاسِ بالقيَّامِ بهذهِ المهمَّةِ، لِذلِكَ وَزَّعَ الشَّرْعُ علَيهِمَا أَعْباءَ هَذهِ المهمةِ، فوَكَّلَ إلى الأمِّ تَربيَّةَ طِفلَهَا ورِعايَةَ مُتطلَّبَاتِهِ، وَوَكَّلَ إلى الأبِ التَّصَرُّفَ في نَفْسَيَّةِ وَلَدِهِ وَمَالِهِ.[1]

2- في قَانُونِ الاسْرَةِ الجَزَائري.

تَتَطلَّبُ الحضانَةُ الحِكمَةُ واليَقَظَةُ والانتباه وَالصَّبرُ وَالخُلُقُ، فَإذَا لاَحظنَا المادة:(62) مِن قَانُونِ الاسرةِ الجزائري نَجِدُهُ يَحْمِلُ المعاني التَّاليةِ:

أ- إنَّ الرِّعايةَ تعني حِفْظُ الطِّفلِ مِمَا يَهلِكُهُ، وَتُمَكِّنُهُ مِمَا يَنفَعُهُ.

ب- بُلُوغِ الطِّفلِ أَشُدَّهُ.

وَلقَدْ ذَهبَ الحنفيَّةُ: "أَنَّ الأُمَ وَغَيرُهَا لاَ تُجبَرُ على الحَضَانَةِ إذا امتنَعتْ، كَمَا لاَ تُجبَرُ على الارْضَاعِ، إلاَّ إذَا تَعيَّنَتْ لَهُمَا، بأَنْ يأْخُذَ ثَدْيَ غَيرهَا، أَوْ لمْ يَكُنْ لِلأَبِ ولاَ لِلصَّغيرِ مَالٌ، أَوْ لمْ يُوجَدْ غَيرَهَا لِلحَاضِنَةِ مُطْلَقاً، إذْ لَمْ يكنْ لِلصَّغيرِ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ، كَيْ لاَ يَضِيْعَ الولدِ.[2]

وَلهَذَا قَرَّرَ كمالَ الدِّين أَبُو هُمام، أَنَّهُ لاَ وَجْهَ للإجبار إذَا كَانَتْ مُتزوِّجةً غيرَ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، وَقَدْ يَترتَّبُ على ذَلكَ مَا يلي:

- ✓ أَنَّهَا لَو خَلعَتْ زَوجَهَا على أَنْ تَتْرُكَ حضانَةَ وَلدَهَا فَالخُلعُ صحيحٌ، لكنْ لاَ يُسقِطُ حَقَّهَا في الحضانَةِ، لأَنَّهُ ليسَ خَالِصاً لهَا، بلْ لِلطِّفلِ فيهِ حَقٌّ، وَليسَ لهَا أَنْ تَترُكَ طِفلَهَا فَيبطُلَ الشَّرطُ.
- ✓ أَنَّهَا لَوْ صالحَتْ زَوجَهَا على أَنْ تترُكَ حقَّهَا في الحضانَةِ، وَجُعِلَ ذَلكَ أَسَاساً في الصُّلحِ، فَإِنَّهُ يَكونَ ذلكَ باطِلاً، لأَنَّهُ يكونُ صُلْحاً على مَا لاَ تملكُ وَهُوَ حَقُ غيرهَا، ولأَنَّ ذلكَ مثلُ الخُلعِ في الصُوَّرِ السَّابقَةِ.
- ✓ أنَّ للقاضي أنْ يُجبرَ الحاضِنْ على الحضانةِ إذا لم تكُن حضانتهُ مستوفيةً للشُّروطِ سواهَا.[1]

---

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص : 171-172 .

[2] الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثالثة، الجزء السابع ، دمشق : دار الفكر، 1409هـ-1989م ص : 733 .

ثانياً: أدلةُ مشروعيتهَا.

1- دليلُ مشروعيةِ الحضانةِ من القرآن الكريمِ .

الأدلَّةُ على مشروعيةِ الحضانةِ منَ الكِتابِ والسُنَّةِ والاجمَاعِ كثيرةٌ، واستدَّلَ العُلماءُ بثبُوتِ حقِ الحضانةِ في القرآن الكريمِ بما يلي:

أ – قال تعالى: ﴿ ... [آل عمران: 37]

أي: جعلَ اللهُ تباركَ وتعالى النَّبي زكريا عليهِ السَّلامُ مُتكفِلاً وحاضِناً للسيِّدَةِ مريم، أي مُلتزمٌ بمصالحِهَا فكانتْ في حضانتِهِ وتحتَ رعايتِهِ.[2]

ب – وقوله تعالى: ﴿ ... البقرة: 233].

ويُستدلُ بهذهِ الآيةِ على ثُبُوتِ حقِّ الحضانَةِ للأمِ، وذَلكَ إذَا طُلِقتْ أوْ ماتَ الوالِدِ، ولاَ خِلافَ في ذَلكَ ما لم تتزوَّجْ، فإنَّ حضَانتَهَا تسقُطُ بِذلكَ.[3]

قالَ القُرطبيُّ : "وهذَا يَدلُ على أنَّ الولَدَ وإنْ فُطِم، فالأُمُ أَحَقُ بحضانتِهِ لفضْلِ حنُوِّهَا وَشَفقتِهَا ".[4]

---

[1] الدكتور الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، ص : 411 .

[2] محمد إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، المرجع السابق، الطبعة الأولى، دار السلام، الرياض، 1997 ، ص .11

[3] ينظر : التفسير المنير للزحيلي (365/2) .

[4] القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن، ج 3، الطبعة الثانية، القاهرة، دار الشعب 1372 هـ ، ص: 365

وفي تفسيرِ هذهِ الآيةِ يقولُ ابنُ عربي–عليهِ رحمةُ اللهِ– قالَ علماؤُنَا : " الحضانةُ بدليلِ هذهِ الآيةِ لِلأُمِ، والنَّفقَةُ لِلأَبِ، لأَنَّ الحضانَةَ معَ الرَّضَاعِ ".[1]

وكَذلكَ قالَ الجصَّاصُ[2]–رحمهُ اللهُ–: "في هَذهِ الآيةِ دَلالَةٌ على أَنَّ الأُمَ أَحقُ بإِمْسَاكِ الوَلَدِ صَغِيراً، وإِنْ اسْتغنى عَنِ الرَّضَاعِ بعدَمَا يَكُونُ ممَّنْ يحتاجُ إلى الحضانَةِ، لأَنَّ حاجتَهُ إلى الأُمِ بعدَ الرَّضَاعِ هي كقبلِهِ".[3]

ج – وقال تعالى: ﴿ ﴾ [الإسراء : 24].

2– دليلُ مشروعيةِ الحضانَةِ من السُنَّةِ النَّبويَّةِ :

فأدلةُ ثُبوتِ الحضانةِ من السُنَّةِ ما يلي:

عن عمر بن شُعيبٍ عن أبيهِ عن جَدِّهِ عبدِ اللهِ بن عُمرو:« **أَنَّ امرأةً أَتَتِ النَّبِيَ –صلى الله عليه وسلم– فَقَالتْ يا رسُول اللهِ : « إِنَّ ابْنِي هَذا كَانَ بَطْنِي لهُ وعاءً، وَحِجرِي لهُ حواءً، وثَديي لهُ سِقاءً، وَزَعَمَ أَبُوهُ أَنَّهُ يَنْتزِعُهُ مِنيِّ ؟ قال: " أَنتِ أحقُّ بِهِ مالَمْ تُنكَحي"**».[4]

قالَ ابنُ القيِّمِ في الزَّادِ : "وَدَلَّ الحديثُ على أَنَّهُ إِذَا افْتَرَقَ الابوَانِ وبينَهُمَا ولدٌ، فالأُمُ أحقُّ بهِ منَ الأَبِ ما لم يَقُمْ بالأُمِ ما يمنعُ تقديمهُمَا، أَوْ بالولَدِ وصْفٌ يقْتضي تَخْيِيرِهِ، وهذَا مالا يُعرَفُ فيهِ نِزَاعٌ ".[5]

---

[1] ابن العربي هو محمد بن عبد الله بن محمد المعا فري، المشهور بالقاضي أبو بكر الاشبيلي المالكي، ولد في اشبيليا، سنة 468 هـ، و مات في فاس في ربيع الثاني سنة 543 هـ.

[2] الجصاص هو أبو بكر بن علي الرازي الجصاص، ولد سنة 305 هـ في مدينة الري و توفي سنة 370 هـ.

[3] التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المجلد الرابع، دار الوعي للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2006، ص : 862.

[4] خرجه أبو داود في سننه . كتاب الطلاق . باب من أحق بالولد. ج. 2.ص 292 واللفظ له .وأحمد في مسنده .ج. 2 .ص 603 والحاكم في المستدرك. كتاب الطلاق .باب حضانة الولد والمرأة المطلقة ما لم تنكح. ج. 2 .ص 573 .وصححه وقال الألباني حسن.(صحيح سنن أبي داود (4/ 388).سنن البيهقي (8 / ،مج. 2 ،ص 32).الزيلعي، نصب الراية تخريج أحاديث الهداية)

[5] زاد المعاد في هدي خير العباد، الطبعة 14، بيروت، – مؤسسة الرسالة، الكويت، مكتبة المنار الإسلامية 1470هـ –1986م، تحقيق شعيب الأرناؤوط عبد القادر الأرناؤوط ، ج 5، ص: 435.

وَقالَ الشَّوكاني[1]: قولُهُ :" **أنتِ أَحَقُّ بهِ** " فيهِ دليلٌ على أَنَّ الأُمَ أولى بالولَدِ منَ الأَبِ، مَا لمْ يحصُلْ مانِعٌ مِنْ ذَلكَ كالنِّكاحِ؛ لتقييدِهِ –عليهِ الصَّلاَةُ والسَّلاَمُ– لِلأَحقيَّةِ بقوله: **"مالم تُنْكَحِي"**، وَهُو مُجْمَعٌ على ذلكَ كمَا حَكاهُ صاحبُ البحْرِ، فإنْ حصلَ منهَا النِّكاحُ بَطلَتْ حضَانتهَا، وبهِ قال مَالِكٌ والشَّافعيةُ والحنفيَّةُ، وقدْ حكى ابنُ المنْذِرُ الاجماع عليهِ.[2]

3– دَليلُ مَشْروعيَّةِ الحَضَانَةِ منَ الاجْمَاعِ :

وَأَمَّا دَليلُ الحضانَةِ بالإجماع، فقَدْ أجمعَ الصَّحابةَ –رِضوانُ اللهِ عليهم– على مشْروعيتِهَا، وأَنَّ أَوَّلَ مَنْ يَستَّحقُ حضانَةَ الطِّفلِ أُمَّهُ.[3] ونُورِدُ في ذَلكَ الادِلَّةِ التَّاليةِ :

أ– نَجِدُ مَا رواهُ بن سَعيدٍ بن المسيب، وابن شيبةَ وعبدُ الرَّزاقِ في مُصنَّفَاتِهم، أَنَّ عمرَ بنِ الخطابِ طلَّقَ زوجتَهُ أُم عَاصمٍ، ثمَّ أَتى عليهَا وفي حِجْرِهَا عاصِمٌ، فأَرادَ أنْ يأْخذَهُ، فَتَجَاذَبَاهُ بينهُمَا حتَّى بكَى الغُلاَمُ، فانْطَلَقَا إلى أَبي بَكْرٍ فَقَالَ: "ريحُهَا وحرُهَا وفراشُهَا خيرٌ لهُ مِنكَ، حتَّى يَشِبَ ويَخْتَارَ لنفسِهِ" .

ب– وفي رِوايةٍ: "يُروى أَنَّ عُمَرَ بنِ الخطَّابِ فارقَ امرأَتَهُ جميلة بعدَ أنْ أنْجَبَ منهَا عَاصِمٌ، ثُمَّ نَتَجَ خِلاَفٌ بين عُمَر ومُطلَّقتِهِ بشأْنِ حضانَةِ عاصِمٍ ابنهِمَا، كُلٌ يودُ أنْ يضُمَّهُ إليهِ، ومِنْ ثَمَّ رُفِعَ هَذا النِّزَاعُ إلى أَبِي بكرٍ –رضيَ اللهُ عنهُ– فَقَضى بمنْعِ عُمرَ مِن ضَمِّ ابنهِ إليهِ، وقالَ لِعُمَرَ : "ريحهُ ومسُّهَا ومسْحُهَا ورِيقُهَا خيرٌ لهُ مِنَ الشَّهْدِ عِندَكَ، وَكَانَ الصَّحابَةُ حِينَ قالَ ذَلكَ حَاضِرينَ؛ ولمْ يُنْكِرْ عليهِ أَحدٌ مِنْهُمْ وهَذا يُعَدُّ إِجْماعاً.[4]

الفرعُ الثَّالِثُ: مُدَّةُ الحضانةِ وأهميتُهَا في الفِقهِ والقانونِ .

أولاً : مُدَّةُ الحَضَانَةِ : والمقصُودُ بمدَّةِ الحضانةِ: الفترةُ الزَّمنيةُ التي مَا بينَ بدَايتهَا ونهايتهَا، وهي تَبدَأُ مُنْذُ حاجةُ الطفلِ إليهَا، أيْ وقت ولادتهِ حياً، ولاَ خِلافَ في أنَّ المحضون ذكراً كانَ أمْ أُنثى، يبقى في يَدِ حاضِنَتِهِ إلى سِنِّ التَّمييزِ، وهي السِنُّ التي لاَ يستطيعُ فيهَا أنْ يأْكُلَ ويَشْرَبَ ويقْضِيَ حَاجتَهُ بنفْسِهِ،

[1] الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار (139/7) .

[2] يُراجَع الخلاف في سقوط الحضانة بالنكاح عند ابن القيم في زاد المعاد (5/454-462).

[3] التواتي بن التواتي، المرجع السابق، ص : 862 .

[4] رمضان السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص : 180-181 .

مُسْتغنياً عَنْ الحضانَةِ، والاستغناءُ بهذِهِ الصُّورةِ يكونُ ما بين سِنِّ السَّابعَةِ والتَّاسِعَةِ، ولكنْ قدْ يتأَخَّرُ أو يتقدَّم، فالحُكْمُ مدارُهُ على التَّمييزِ والاستغناءُ عنِ الحاضنَةِ، لاَ على السِنِّ .[1]

1- مدة بدأ الحضانة.

نَصَّتِ المادة(65) من قانونِ الاسرةِ الجزائري على "أن تنقضِيَ مُدَّةُ حضانةِ الذَّكرِ بِبُلُوغِهِ 10 سنواتٍ، والانثى بِبُلُوغِهَا سِنُّ الزَّواجِ، وللقاضِي أنْ يُمدِّدَ الحضانةَ بالنِّسبةِ للذَّكرِ إلى 16 سنةٍ إذَا كانتِ الحَاضِنةُ أُماً لم تتزوَّجْ ثانيةً، على أَنْ يُراعي في الحُكمِ بانتهائها مَصلحَةَ المحضُونِ".[2]

يُقْصَدُ بالحضَانَةِ هُنا حَضَانَةُ الأُمِ أوِ الجدَّةُ للأُمِ أوِ الخالةُ أوِ الجَدَّةُ للأَبِ، وباسْتِطاعَةِ القاضِي تمديدُ حضانَةِ الأُمِ لِابنهَا لغايةِ بُلوغِهِ سِنِّ عَشْرُ سَنوَاتٍ، بشرطِ ألاَّ تَكونُ قدْ تزوَّجَتْ ثانيةً، غيرَ أنَّ مَصلحةَ المحضُونِ في كُلِّ الاحوَالِ هيَ الواجِبِ مُراعَاتُهَا مِن طَرَفِ القاضِي، سَواءً عندَ إسنادِ الحضانةِ أوِ الحُكْمُ بإنهائها أوْ بتمدِيدِهَا، معَ الإشارَةُ بأَنَّ عملَ المرأةِ خارجَ البيتِ ليسَ مانِعاً مِنَ مَوَانِعِ الحضانةِ .[3]

مَعَ الملاحظَةِ أنَّهُ إذا كانَ الولدُ قدْ بلغَ سِنَّ العاشرةِ ويثْبتُ أَنَّهُ لايزَالُ يحتاجُ إلى رعايةِ حاضنتِهِ أوْ حاضِنَهُ إذا كانت أُمّاً ولم تتزوَّجْ ثانيةً، فإنَّهُ يجوزُ للقاضِي أَنْ يُصْدِرَ أمْراً على ذِيلِ عريضةٍ بتمديدِ هذهِ الحضانَةِ من 10 إلى 16 سنةٍ إذَا كانَ ذلكَ بناءاً على طَلَبِ الحاضِنِ نفسَهُ، وفيهِ مصلحةٌ للمحضُونِ.[4]

بالنِّسبةِ للأنثى فقَد حدَّدَ المشرعُ الجزائري مُدة الحضانةِ ببلُوغِهَا سِنَّ الزَّواجِ حسبَ نصِ مادة(07) من قانونِ الاسرةِ هو 19 سنةٍ، وتنْقضِي حضانَةُ البنتِ بقوةِ القانونِ بِبُلُوغِهَا سِنَّ الزَّواجِ دُون اللُّجوءِ إلى القَضاءِ لإسقاطها.[5]

---

[1] محمد سمارة ، أحكام وأثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2008 ، ص : 395 .

[2] القانون رقم (11 / 84) ، المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24 ، بتاريخ 12 يونيو 1984 .

[3] لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة (دارسة تفسرية)، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2014 ، ص : 76 .

[4] سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص : 141 .

[5] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 347914 ، بتاريخ 04 / 01 / 2006 ، المجلة القضائية، العدد الأول، ص 499 ، عن باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الج ا زئر، 2006 ، ص 63 .

وجاء في قرارِ المحكمةِ العُليَا بتاريخِ 2005/11/16 المبدأ: "إذَا كانَ مِنَ المقرَّرِ قانوناً أَنَّ الحضانةَ تُسْتَحَقُّ بانحلالِ الرَّابطَةِ الزَّوجيةِ بالطَّلاقِ أو بالوفاةِ، فإنَّ على قاضِي الموضُوعِ أَنْ يبحَثَ أيْنَ تَكْمُنُ مصلحةَ المحضُونِ بمختلفِ الوسائِلِ، ومِنْ ضِمنِهَا تعيينُ مُرشدةٍ اجتماعية تقُومُ بزيارةِ بيتِ الطَّرفينِ، لكيْ تُسنِدَ لهُ تحديدُ أيْنَ تكمُنُ المصلحةُ طِبقاً للمادةِ (64) من قانونِ الاسرَةِ، "[1].

2- مُدَّةُ انتهاءِ الحضَانةِ .

إنَّ قانونَ الاسرة الجزائري أَغفلَ التَّحدُّثَ عَن وضعيَّةِ المحضُونِ بعدَ انقضاءِ مُدَّةِ الحضانةِ لذَا لاَبدَّ مِنَ الرُّجُوعِ إلى آراءِ فُقهاءِ الشَّريعةِ الاسلاميَّةِ، بالرَّغمِ من اخْتِلافِهَا في حالَةِ انتهَاءِ المدَّةِ المحدَّدَةِ لممَارسةِ الحضانةِ، كَمَا أَنَّ المشرِّعَ لمْ يضعْ نصّاً خَاصّاً بالابن الذي انْتَهتْ حضانتُهُ دُونَ إخوتِهِ، وخَاصَّةً إذا كانَ أَكْبرهُمْ، وَقدْ يَنتهِي سِنُّ الحضَانةِ بالنِّسبةِ إليهِ وَيبقى مَعَ إخْوتِهِ، وَقدْ لا يُبادِر الأَبُ بِأَخْذِهِ معَ عدَمِ استمرَارِهِ في النَّفقَةِ عليهِ، وبِالتَّالي تُثْقِلُ كاهِلُ الحضانةِ مِن حيثُ النَّفقةِ [2].

مِن خِلالِ مَا تقدَّمَ نَسْتخلِصْ أَنَّ المشرعَ الجزائري عَالجَ مسألةَ مدَّة الحضَانَةِ بتَحديدِ سِن 10 سَنواتٍ بالنِّسبةِ للذَّكرِ، مَعَ إمْكانيَّةِ تَمديدِ المدَّةِ إلى 16 سنَةٍ، وَذلكَ بتوفرِ شَرْطِ عَدَمِ زَوَاجِ الأُمِّ الحاضِنةِ، وبالنِّسبةِ للأنثى بُلوغِهَا سِن الزَّواجِ، وفي الاخيرِ تطْبيقاً لِلمبدَأ التي تُقُومُ عليهِ الحضانةِ، وهُو مُراعاةُ مصلحةِ المحضُونِ[3] .

وبالنِّسبةِ لِانتِهَاءِ مُدةِ الحضانةِ بمُجردِ انتهَاءِ دُورِ الحاضنِ في رِعايَةِ الصَّغيرِ أوِ الصَّغيرةِ، ينتَقِلُ الدَّورُ إلى المحضُونِ لِإكْمَالِ هذهِ المهمَّةِ.

ثانياً: أَهميَّةُ الحضانةِ في قانُونِ الاسرةِ الجزائري .

[1] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 337176 ، بتاريخ 16 / 11 / 2005 ، مجلة نشرة القضاة، العدد 65 ، 2009 ، 319 عن يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة، دار هومه، الجزائر، 2018 ، ص 127 .

[2] نبيلة تركماني، أسباب الطلاق وأثار القانونية و الاجتماعية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق ، 2001 ، ص 103 .

[3] عيسى حداد، (الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي)، مجلة التواصل مجلة العلوم الاجتماعية والسياسية، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، العدد 15 ، 2005 ، ص : 220 .

استناداً إلى تَعريفِ المشَّرعِ الجزائري للحضانةِ في المادَّةِ (62) فقرة01، فإنَّ الحضانةَ تَكْفُلُ قَدْراً كَبيْراً مِن حِفْظِ الولدِ وتربيتهِ وتعليمهِ، بِماَ لاَ يتعارَضُ معَ حَقِّ الوَلَدِ ومصلحتِهِ، وَتتَجلَّى أَهميَّةُ الحضانَةِ فيما يلي ذِكرُهُ:

- ✓ الطِّفلُ بعدَ ولادَتِهِ بِحاجةٍ إلى مَنْ يقُومُ برعايتِهِ وحِفظِهِ، وهذَا وَاجِبٌ على والديهِ مادامتِ الرَّابطُةُ الزَّوجية قائمةٌ بينهمَا، فسيكُونُ الولَدُ في أحْضَانِهِمَا، لكِنْ إذَا وقَعتِ الفُرقَةُ بينَهُمَا فإنَّ مصلحتَهُ تُوجِبُ ضَمَّهُ إلى مَنْ هُو أقْدَرُ على العِنايةِ بهِ ورِعايَتِهِ.
- ✓ جَعْلُ ذَلكَ في المرحلةِ الأُولى مِن حياتهِ إلى أُمِّهِ، لأَنَّهَا أَقدَرُ وأَصْبرُ على تحمُّلِ المشاقِ وَلِكَمَالِ الرَّحمَةِ وتُوفرِ الشَّفقَةِ عِندَهَا، وَذلكَ لموْجِبِ الفِطْريةِ الدَّاعيةِ إلى تحمُّلِ مَتاعِبِ الحياةِ .
- ✓ الحضَانَةُ واجِبةٌ على الأَبِ والأُمِ، وحيثُ كانتْ تربيةُ الطِّفلِ تَتطلَّبُ عِنايةً خاصَّةً ومُقدرةً مُعينةً، شرطَ لاسْتِحقاقِهَا أُموراً بمَا يُمكِنُ الوُصولُ إلى تلكَ التَّربيةِ المنشُودَةِ، وبِفُقدَانِ أَحدٌ منهَا، فإنَّ في ذَلكَ إضْرارٌ بمصلحةِ المحضُونِ، وذَلكَ ضِمنَ شُروطٍ مُحددةٍ بِالنِّسبةِ للرِّجالِ والنِّساءِ، وبمُرورِ هذهِ المرحلةِ فَإنَّ لهذَا الاخيرِ الحقُّ في بناءِ حياتِهِ بنفسِهِ وبطريقَتِهِ الخاصَّةِ .

وَقدِ اجْتَمَعَتِ القَوَانينُ مُعرِفةً الحضانةَ بأَنَّ رِعايةَ الطفلِ واجبةٌ وفرضٌ، ولا يَحِلُّ أَنْ يُتركَ الطِّفلُ بغيرِ حضَانةٍ، فإذَا قامَ بهِ أَحدٌ سقطَ الامرُ عَنِ الآخَرينَ، وعلى كُلِ حالٍ فإنَّ تعريفَ قانونَ الاسرةِ الجزائري عَلى الرَّغْمِ مِنَ احتواءِهِ على أَهْدافِ الحضانةِ وأَسْبابَهَا يُعتبرُ أَحسنَ تَعريفٍ، لاَسيمَا مِن حيثُ شموليتِهِ لِأَفكارٍ لم يشملْهَا غيرَهُ مِن القَوانين الاخْرى[1].

المطلب الثاني: شروطُ الحَضانَةِ فيِ الفقهِ الاسلامي والقانون الجزائري.

ولما كانَ الغرضُ من الحضانةِ هُو تحقيقُ المصلَحةِ للطفلِ ودفعِ كل ما يلحَقُ بهِ من ضَررٍ، فإنَّ ذلكَ يتطلَّبُ شُرُوطٍ وصِفاتٍ مُعينةٍ في الحَاضِنةِ من النِّساءِ والحَاضِنِ منَ الرِّجالِ، وبهذَا تَتَحَقَّقُ أهليةُ الحضانَةِ، وقدْ يُبينُ كُلٌّ من الشَّريعةِ والقانونِ مَجموعةٌ مِن الشُّروطِ.

[1] قانون الأسرة الجزائري، قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق ل: 09 يوليو 1984، ص: 18.

وَعلى هَذا الاساسِ سنتطرَّقُ في هَذا المطلبِ إلى شُروطِ مُمارسةِ الحضانةِ على ضوءِ الفقهِ مع الاشارةِ إلى موقفِ المشرعِ الجزائري منهَا، معَ الاستشهاد ببعضِ قَرَاراتِ المحكمةِ العُليَا باعتبارِهَا الهيئةُ العُليَا المنوطُ بهَا توحيدُ الاجتهاد القضائِي لإبرازِ مدى تَكريس القضاء لهذهِ الشُّروطِ .

الفرع الاول: الشُّروطُ المُشتركَةُ بين الرِّجالِ والنِّساءِ.

الأَهليةُ للحضانةِ تُثبُتُ للرِّجالِ كَمَا تَثْبُتُ للنِّساءِ، وإنْ تقدَّمتْ حضانةُ النِّساءِ على حضانَةِ الرجالِ، لأنَّ المرأةَ بِحُكمِ الفِطرةِ والتَّكوينِ هي الأَقدرُ على رعايةِ الصغيرِ والاكثرُ صبراً على تُوفيرِ احتياجاتِهِ المتنوِّعة، ومن بينِ الشُّروطِ العامَّةِ لممارسةِ الحضانةِ للرِّجالِ والنِّساءِ نَجدُ:

1-العقل : لا يستطيعُ المجنونُ القيامُ بِشؤُونِ نفسِهِ، وبالتَّالي لا يَحِقُ لهُ تولي شؤُونَ غيرِهِ، ويستوي في الجُنُونِ أَنْ يكُونَ مُطبقاً أوْ مُتقطِّعاً، فَكلاَهُمَا مَانِعٌ مِن الحضَانَةِ، و لا فَرْقَ بينَ جُنونٍ مُتقطع قليلٌ أو كثيرٌ، ولو كانَ منَ القِلَّةِ بحيثُ لا يأتي إلاَّ ليومِ واحدٍ في السَّنةِ، ذلكَ لأنَّ تركَ المحضونِ لدى مثلِ هذهِ الحاضِنةِ فيهِ ضررٌ عليهِ، فقدْ يَرِدُ جُنُوُنهَا في أي وقت .[1]

وَاشترَطَ أيضاً الحنابلةُ مع المالكية بالإضافة إلى العقلِ عدمِ المرضِ المنفِّرِ كالجذامِ والبرصِ، فلاَ حضانةَ لمن بهِ شيء من هذهِ المنفِّراتِ.[2]

أَمَّا موقِفُ المشرِّع الجزائري في هذهِ المسألةِ، فإنَّهُ يرى أنَّ الحضانةَ ولايةٌ على النَّفسِ، فلاَ تكونُ لغيرِ العاقلِ الذي لاَ يقْوى على شؤُونهِ إذْ هو نفسهُ بحاجةٍ إلى مَنْ يرعاهُ، وهُو ما وردَ في نص المادَّةِ "85" من قانونِ الاسرةِ الجزائري و التي تنصُّ على ما يلي: "تُعتبرُ تصرُّفاتِ المجنونِ والمعتوهِ والسفيهِ غيرُ نافذةٍ إذَا صدرتْ في حالةِ الجنونِ أوِ العتَهِ أوِ السَّفَهِ".

كمَا أنهُ لا فرقَ في الجُنونِ سواءً كانَ مُستمراً أوْ مُتقطِّعاً، لأَنَّ الحضانَةَ هي رعايةُ المحضُونِ وحِفظِ مصلحتِهِ.[3]

[1] د : عبد العزيز عامر – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءاً – دار الفكر العربي – ص : 235 .

[2] د: وهبة الزحيلي، المرجع السابق– ص : 7305 .

[3] د : العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 383 .

2- البلوغُ: الحضانةُ مهمةٌ شاقةٌ لاَ يَتَحمَّلُ مسؤُوليَاتِهَا وتبِعَاتِهَا إلاَّ الكِبَارُ، بلْ إنَّ وظائِفهَا لاَ يقُومُ بهَا إلاَّ هؤُلاءِ، إذْ يُشترَطُ في الحَاضِنِ البُلوغ، لأَنَّ الحضانَةَ مِن بابِ الوِلايَةِ، والصَّغيرُ ليسَ مِن أَهلِ الوِلايةِ، وَالبلوغُ شرطٌ أساسيٌ لاسْتحقَاقِ الحاضِنِ للحضَانةِ، لأَنَّ بهِ اكتمالُ الارادَةِ عادةً [1].

والقضاءُ الجزائري اعْتبرَ البُلوغَ من شُروطِ اسْتحقاقِ الحضانةِ باعتبارِهِ مُتفقٌ عليهِ لدى فُقهاءِ الشريعةِ الاسلاميةِ.

3- الامانةُ على الاخلاقِ: الامانةُ صفةٌ في الحاضنِ يكونُ بهَا أهلاً لمَارسَةِ الحضانةِ وبيئةٌ مُصَاحبَةٌ للمحضُونِ تَضمنُ حداً أَدْنى مِنَ التَّربيةِ السَّليمةِ للصَّغيرِ، إذْ تَسقُطُ الحضانةُ إذا أُلقِي بالصَّغيرِ في بيئةٍ سيئةٍ مُصاحبةٍ لهُ تؤَثِّرُ عليهِ سِلباً وتُثيرُ الشُّكوُكُ حولَ سلامةِ تربيتِهِ، والمناطُ في سُقوطِ الحضانةِ مصلحةِ الصَّغيرِ وحمايتِهِ مِنَ الضَّياعِ وصيانتِهِ منَ الإهمَالِ، حتَّى قالَ بعضُ الفُقهَاءِ: "أنَّ الحاضِنَةَ لوْ كانتْ كثيرةُ الصَّلاةِ قَدْ استولتْ عليهَا محبَّةُ اللهِ تعالى وخوفِهِ حتى شغلَهَا عنِ الولَدِ ولزِمَ ضياعُهُ نُزِعَ منهَا وسَقطتْ الحضانةُ عنها[2].

وعليهِ فلاَ حضانةَ لغيرِ أمينٍ على تربيةِ الولدِ وتقويمِ أخلاقِهِ كالفاسِقِ مثلاً رجلاً كان أوِ امرأةً، مِن سكرٍ أوْ مُشتهَرة بالزنَا أوْ اللَّهوِ المحرَّمِ، فَفِي هذهِ الحالةِ وإنْ أصبحَ يعقلُ فُجورَهَا يُنتزعُ منهَا الولدُ صَوناً وحِفاظاً لأَخلاقِهِ منَ الفسادِ، لأَنهَا غيرُ أَمينةٍ عليهِ .

أَمَّا الرَّجلُ الفاسقُ فلاَ حضانةَ لهُ[3].

4- القدرة على التربية : يُقصدُ بالقُدرةِ؛ الاستطاعَةُ على صيانةِ الصَّغيرِ في خُلقهِ وصِحتهِ، إذْ لاَ حضانةَ لعاجزٍ لكبرِ السنِّ أو لمرضٍ أو شغلٍ، فالمرأةُ المحترَفَةُ أو العاملةُ إذَا كانَ عملُهَا يمنعُها من تربيةِ الصَّغيرِ والعنايةِ بأمرِهِ، لا تكونُ لهَا أهليةُ الحضانةِ، أَمَّا إذَا كانَ عملُهَا لاَ يحُولُ دُونَ رِعايةِ الصَّغيرِ وتدبيرِ شُؤُونِهِ حينئذٍ لاَ يُسقطُ حقَّها في الحضانةِ[4].

---

[1] د : أحمد محمد العساف – الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة – المجلد 2 دار إحياء العلوم ص 4

[2] د : محمد يوسف موسى – أحكام الأحوال الشخصية ج 1 – سنة 1956 م ص 394

[3] د : وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص : 7306 .

[4] قرار المحكمة العليا رقم 33921 – م .ق سنة 1989 – العدد 04 بتاريخ 1984/07/09 م .

فالمالكيةُ والشافعيةُ والحنابلةُ يُدخِلُونَ العمى في مانعِ العجزِ، ويُنيطِونَ حضانةَ العمياءِ وغيرِهَا منَ العَاجزَاتِ بقُدرتِهَا على القيامِ بشؤُونِ المحضُونِ ولو كانَ ذلكَ بمساعدةِ غيرِهَا، أَمَّا إِذَا مَنعهَا شيءٌ مِن ذَلكَ عَن رِعايةِ شُؤُونِ المحضونِ فلاَ تكونُ لهَا الحضانةِ[1].

وعليهِ فإنَّ الفُقهاءَ لم يَشْترطُوا لأهلية الحضانةِ سِوى قُدرةُ الحاضنةُ على رِعايةِ الصَّغيرِ والاشرافِ على تربيتهِ والمحافظةِ عليهِ، ولمْ يشتَرطُوا الابصار، بلْ أَوْجَبُوا تَوَافُرُ صفاتٍ تَرجعُ إلى المحافظةِ على الصَّغيرِ وتَوَافُرِ رَاحتِهِ، وأَمَّا عَنْ مَوقِفِ القضاءِ الجزائري في اعتبارِ القُدرة شرطٌ أساسيٌ في مُمارسَةِ الحضانةِ .

4- **الاسلامُ:** يرى الشافعيةُ والحنابلةُ أنَّ الاسلامَ شرطٌ لمَمارسَةِ الحضانَةِ، فلاَ تثبُتُ الحضانَةُ عِندَهُمْ للحَاضِنَةِ الكافرةِ للصَّغيرِ المسلمِ، لأَنهَا وِلايةٌ، ولاَ ولايةَ لكافرٍ على مُؤْمنٍ، لقولهِ تعالى: ﴿ ✦✎✍✂ •✎🖂➔⍂♑♦⑥ ℿ♦❒◆❒ ﴾ ♦✖✓♑↻♑✍⬀♦🡐☼▫✈✍✂ ❼■✍♦↖ ♦✖⇦🏁❷♑▦🕓♦▤▫🖬♑❟ ⍂🖂▩⓿♑⌧🕑 ﴿ ⇦⇨ᘓ⇨⇗⇨ [النساء :141].

فهي كولايةِ الزَّواجِ والمالِ، ولأَنَّهُ يُخشى على دِينِ المحضُونِ من الحاضنةِ الكافرةِ لحرصِهَا على تَنشئَتِهِ على دينِهَا، وهذَا أَكبرُ ضَررٍ يُصيبُ الطفلَ .

إلاَ أنَّ الحنفيةَ والمالكيةَ لم يَشْترطُوا إسلامَ الحاضنَةِ، فيصِحُ كونَ الحاضنةِ كتابيةً أو غيرُ كتابيةٍ، سواءً كانت أُماً أو غيرُهَا، لأنَّ الحضانَةَ لا تتجاوزُ إرضاعُ الطفلِ وخدمتهِ، وكلاهُمَا يجوزُ مِنَ الكافرةِ، ودليلُهُم في ذَلكَ ما رواهُ أبوُ داوودَ والنَّسائي: « **أنَّ رافعَ بن سنانٍ أَسْلَمَ وأَبَت اِمرأتُهُ أَنْ تُسلمَ، فأتَتِ النَّبيَّ – صلىَّ اللهُ عليهِ وسَلَّمَ– فقَالتْ: اِبنتِي – وهي فَطيمٌ– أوْ شبهَهُ، وقالَ رَافِعٌ: اِبنتِي، فَمالَتْ إلى الأُمِ، فَقَالَ النَّبِيُّ –صلىَّ اللهُ عليهِ وَسَلَّمَ– " اللَّهُمَ اهْدِهَا" فَمالتْ إلى أَبيهَا فأَخَذَهَا** »[2].

ولأَنَّ مناطَ الحضانةِ عندهُم هي الشَّفقةُ وهي لا تختلفُ باختلافِ الدينِ، ولكنَّ هؤُلاَءِ اختلفُوا في مُدةِ بقاءِ المحضُونِ عندُ الحاضنةِ غيرِ المسلمةِ .

[1] د : عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص : 271 .

[2] أخرجه النسائي، أحمد ابن شعيب ، السنن الكبرى، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية 1411هـ -1991م، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري والسيد كسروي حسين .

الواضِحُ من خِلالِ تفحُّصِ أحْكامِ وقرارَاتِ القضاءِ الجزائري، أنَّهُ تمسَّكَ بموقفِ الإمامِ مالكٍ رضي الله عنه، حيثُ ساوى بين الأمِ المسلمةِ والغيرِ المسلمةِ في استحقاقِ الحضانةِ.[1] كما أنهَا أَسقطتِ الحضانةُ عَنْ أمٍ مَسيحيَّةٍ، لأَنهَا تُحاولُ تربيةَ ابنها وِفْقَ مبادئِ دينِهَا[2].

الفرع الثاني: الشروطُ الخاصة بالنساءِ.

هُناكَ جُملة من الشُّروطِ الخاصةِ بالنساءِ يمكنُ سردُهَا فيما يلي:

أولاً: ألاَّ تكونَ الزَّوجةُ متزوجةً بأجنبيٍ عنِ الصَّغيرِ أو بقريبٍ غَيرُ مَحرمٍ منهُ : اختلف الفُقهاءُ في حُكمِ تزوجِ الحاضنةُ بأَجْنبيٍ عنِ المحضونِ على عدة آراءٍ ومن أبرز تلك الآراء :

قولهُم أنَّ الحضانةَ تسقطُ بالتزوجِ مُطلقاً، سواءً كان المحضونُ ذكراً أو أُنثى، وهو ما ذهبَ إليه كل من الائِمةِ الاربعةِ، الامامُ مالكٌ و أبو حنيفةَ والشافعيُ وأحمدُ في المشهورِ عنهُ، وحجتُهم في ذلكَ ما رواهُ عبدُ اللهِ بنِ عمرَ: «**أنَّ امرأةً قالتْ: يا رَسُولَ اللهِ إنَّ ابني هَذَا كانَ بطْني لهُ وعاءٌ وحِجْري لهُ حِواءٌ وثَديي لهُ سِقاءٌ وَزعَمَ أَبُوهُ أَنهُ يَنتزِعُهُ مِنِّي فَقَالَ–صلى الله عليه وسلم– " أَنْتِ أَحَقُ بهِ مالَمْ تُنكَحِي"**»[3].

فهذَا الحديثُ جعلَ لها الحضانةُ حتَّى تتزوَّج، وعندهَا لا يَكونُ لها هَذا الحقُ، وَكذلكَ بإجماعِ الصَّحابةِ على أنَّ الحضانةَ للأُمِ حتَّى تَتَزوج، فتسقطُ عنها، وقيل أن الحضانةَ لا تسقطُ بالتزوج مُطلقاً سواءً كان المحضونُ ذكراً أو أنثى .

أما عن موقفِ المشرعِ الجزائري في هذهِ المسألةِ، تنصُ المادة: "66" من قانونِ الاسرةِ الجزائري على أنه: **"يَسقُطُ حَقُ الحضانةِ بالتَّزوجِ بغيرِ قريبٍ مَحرمٍ وبالتَّنازُلِ مالمْ يضرْ بمصلحةِ المحضُونِ"**[4].

---

[1] المحكمة العليا ملف رقم 11029 قرار بتاريخ 1974/05/29 .

[2] المحكمة العليا ملف رقم 19287 قرار بتاريخ :1979/04/16، نشرة القضاء 81 رقم: 02، ص : 108 .

[3] أخرجه أبو داود في سننه . كتاب الطلاق . باب من أحق بالولد. ج. 2.ص 292 واللفظ له .وأحمد في مسنده .ج. 2 .ص 603 والحاكم في المستدرك. كتاب الطلاق .باب حضانة الولد والمرأة المطلقة ما لم تنكح. ج. 2 .ص 573 .وصححه وقال الألباني حسن.(صحيح سنن أبي داود (4/ 388).سنن البيهقي (8 / ،مج. 2 ،ص 32).الزيلعي، نصب الراية تخريج أحاديث الهداية)

[4] قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 40418 م.ق 89 عدد 2 ص 75 غ.أ.ش 86/05/05 م .

وعليهِ ينكشفُ من هذهِ المادةِ أنَّ حقَ الحضانةِ يَسقُطُ بزواجِهَا بالأجنبي وبقريبٍ غير مَحرم، ولقدْ كرَّستِ المحكمةُ العُليَا هذَا المبدأ في العديدِ من قراراتِها، منها ما جاء في احدها: " من المقررِ في أحكامِ الشريعةِ الاسلاميةِ أنهُ يُشترطُ في المرأةِ الحاضنةِ ولو كانت أُمّاً أنْ تكونَ خاليةً من الزواجِ، أمَّا إذا كانتْ متزوجة فلا حضانةَ لهَا لانشغالِهَا عن المحضونِ، ممَّا يستوجبُ معهُ نقضُ القرارِ [1].

ثانياً: أن تكون ذات رحم محرم من الصغير : أي تكون الحاضنة رَحِماً مَحرماً على المحضونِ كأُمِ المحضونِ وأخته وجدته، فلا حَقَّ لبناتِ العمِ والعمَّةِ وبناتِ الخالِ والخالةِ بحضانةِ الذُّكورِ لعدمِ المحْرميةِ، ولهنَّ الحقُ في حضانةِ الاناثِ، ولا حَقَّ لبناتِ الخالِ والخالةِ والعمِ والعمَّةِ في حضانةِ الإناثِ ولكنْ لهمُ الحقُّ في حضانةِ الذُّكورِ[2].

ثالثاً: عدم اقامة الحاضنة بالصغير في بيت يُبغِضهُ: يرى أغلب الفقهاءِ أن سكنَ الحاضنة مع من يبغضُ الصغيرِ يعرضُهُ للأذى، فلا حضانةَ للجدةِ إذا سكنتْ مع بنتِهَا إذا تزوجتْ، إلاَّ إذا انفردتْ بسكنٍ آخر عنهَا .

رابعاً : ألا تكون قد امتنعت عن حضانتهِ مجاناً والأبُ مُعسراً : إنَّ امتناعَ الأُم عن تربيةِ الولدِ مجاناً عند إعسار الأب مُسقطٌ لحقهَا في الحضانةِ، فعدمُ الامتناعِ يُعتبرُ شَرطاً من شُروطِ الحضانةِ[3].

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال: يُشترطُ في الرجلِ الحاضنِ بالإضافة إلى شرطِ العقلِ والامانةِ و الاستقامة شروطٌ خاصة بالرجالِ فقط وهي:

1- أن يكون الحاضن مَحرماً للمحضونِ إذا كانت أُنثى، ولقد حدَّد الحنابلةُ والحنفيةُ سنها بسبعِ سنينَ تفادياً من الخُلوةِ بها لانتهاءِ المحَرميةِ، وإن لم تبلغ الطفلة حد الفتنةِ والشهوةِ أُعطيتْ لهُ بالاتفاقِ، لأنَّهُ في حالةِ بلوغِهَا هذه المرحلة من الشهوة، فلا يمكنُ لابنِ العمِ حضانةَ ابنة عمه المشتهاة، وأجازها الحنفيةُ إذا لم يكن ابنت العم غير ابن العم، وإبقاءِها عندهُ بأمرٍ من القاضي إذا كان مأموناً عليها ولا يُخشى عليها الفتنة منه[4].

---

[1] المحكمة العليا قرار رقم 58812 بتاريخ 90/02/05 م.ق 1992 عدد 04، ص : 58.

[2] الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص : 408

[3] د: عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 274.

[4] د: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص : 830 .

2- اتحاد الدينِ بين الحاضن والمحضون، لأن حق الرجل في الحضانةِ مبني على الميراث، ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان الولدُ غير مسلم وكان المحَرم ذُو الرَّحِمِ مُسلماً فليس له حق الحضانة، بل حضانته إلى ذوي رحمِهِ المحارم من أهل دينهِ، وإذا كان الولد مُسلماً وذَوُ رحمِهِ غيرُ مُسلمينَ فليست حضانتُهُ إليهِ، لأنهُ لا توارثُ بينهُمَا، إِذْ قدْ بُنِيَ حقُ الحضانةِ في الرجالِ على الميراثِ[1].

المطلب الثالث: ترتيب مستحقي الحضانة وخصائصُهم في الفقه والقانون الجزائري.

الفرع الاول: مستحقي الحضانة في الفقه الاسلامي.

لقدْ بَيَّنَتِ الشريعةُ الاسلاميةُ مَن لهمُ الحقُ بحضانةِ الطفلِ، وبالرجُوعِ إلى الآراء الفقهيةِ نُلاحظُ أنها تختلفُ في تحديدِ مراتبِ الاشخاصِ على حسابِ كُلِ مَذهبٍ مِن المذاهبِ الاربعةِ.

أولاً: القريبات من المحارم .

1- **القريبات من المحارم في المذهب الحنفي:** يُسْنِدُ أصحاب هذا المذهب الحضانة للقريبات الحاضنات على النحو التالي : الاخت الشقيقة، ثم الاخت لأم، ثم الاخت لأب، ثم بنت الاخت الشقيقة، ثم بنت الاخت لأم، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم بنت الاخت لأب، ثم بنت الاخ الشقيق، ثم بنت الاخ لأم، ثم بنت الاخ لأب، ثم العمة الشقيقة، ثم العمة لأم، ثم العمة لأب، ثم الخالة لأب، الشقيقة لأم، فالأب، ثم عمة الأم الشقيقة للأم، فلأَبُ، وعمة الأب الشقيقة للأم، فلأب[2].
2- **القريبات من المحارم في المذهب المالكي:** يرتب القريبات من المحارم ابتداءً من الاخت الشقيقة على التي لأم، وهذه الاخيرة على التي لأب، ثم عمته أخت أبيه، ثم عمة أبيه أخت جده، ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق، ثم الاخت لأم، ثم الاخت لأب، ثم بنت الاخت الشقيقة، ثم التي لأم والتي تليها التي لأب، وإذا اجتمعن رُجِحَ بنات الاخ على بنات

[1] الإمام ابو زهرة، المرجع السابق ، ص : 40 .

[2] محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، مطبعة السعادة، مصر، 1966، ص: 406.

الاخت، وإن تساوت الحاضنات في جميع ذلك تقدمت أكبرهن سناً، فإن تساوين من كل وجهٍ تُقدَّم دُوماً الشقيقة على التي لأم، وتقدم هذه الاخيرة على التي لأب[1].

3- **القريبات من المحارم في المذهب الشافعي**: القريبات من المحارم هن : الأخت ثم الخالة، ثم بنت الاخت، ثم بنت الاخ، ثم العمة، ثم بنت العم، ثم بنت الخال، وتُقدَّمُ الشقيقات على غيرهن، والتي لأب على التي لأم،[2] على خلاف المذهبين؛ "المالكي والحنفي" .

4- **القريبات من المحارم في المذهب الحنبلي**: يترتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات بدأً بالأخت الشقيقة، ثم الاخت لأم، ثم الاخت لاب، فالخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، فالعمة، ثم خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عمات أبيه، ولا حضانة لعمات الاب، لأنهن يُدلين بأبي أم وهو من ذوي الارحام، وعمات الاب يُدلين بالأب، وهو من أقرب العصابات، ثم أخواته، ثم بنات إخوته، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أمه، ثم بنات أعمام أبيه .[3]

ثانياً: العصابات من المحارم من الرجال:

لقد حددت المادة "150" من ق.أ.ج مفهوم العاصب بأنه: "العاصبُ هو من يستحق التركة كلها عند انفراده أو ما بقي منها بعد أَخذِ أصحابِ الفروضِ حقوقَهُم، وإنِ استغرقت الفروض التركة فلا شيء له" .

وقياساً على الميراث، فإن حضانة الولد تعود للعاصب في حالة استغراق كل الاشخاص السالفِ ذِكرهُم، وقد حددت المادة "153" من ق.أ.ج هذا الصنف حسب أربع جهات: جهة البنوة، جهة الابوة، جهة الاخوة، جهة العمومة .

إنَّ ترتيبَ هذه الفئة يكون بناء على ما جاءت به الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالميراث وولاية النكاح.[4]

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص : 724 .

[2] سمير محمد محمود عقبي، الحضانة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المنار، مصر، 1986، ص : 28 .

[3] المرجع نفسه، والصفحة ذاتها.

[4] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص : 80 .

ثالثاً: المحارم من الرجال من ذوي المحارم : يشمل المحارم غير العصبة من الرجال وهم : الجدُ أبو الأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الاخ لأم، ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق، ثم الخال لأب، ثم الخال لأم، ولا يُنتقلُ إلى هذه المرتبة إلا بعد عدمِ وجُود أحدٌ من القريباتِ من المحارم أو العصابات من المحارم من الرجال أحد مستحقي الحضانة، بأن لا يوجد أحد أصلاً، أو يوجد من لا يستكمل جميع شروط الحضانة[1].

رابعاً: ما يراهُ القاضي أصلح للمحضون : إذا وُجِد من يستحق الحضانة فهو أهل لذلك، أما إذا تعدد أهل الحضانة في المرتبة الواحدة، قدمت أقربهن درجة على الترتيب المبُيَّن، فإن تساوين في الدرجة كأخواتٍ شقيقاتٍ، فإن كانت إحداهن أصلح لتربيته قُدمت، وإن تساوين في المرتبة ودرجة القرابة والصلاحية للحضانة اختار القاضي من شاء منهن[2].

من خلال ما سبق نخلص إلى أن مصلحة المحضون هي أساس الحضانة، ويجب مراعاتها في أية مسألة تخص المحضون نفسياً ومادياً، وبِغضِّ النظر عن مثيرها سواءً كانت أُماً أو أباً أو جدة أو غيرها.

الفرع الثاني: الترتيب القانوني لمستحقي الحضانة.

قدم الفقهاء الحواضن بعضهم على بعض بحسب مصلحة المحضون، فجعلوا الاناث أولى بالحضانة، لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبرُ على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال، ثم قُدِّموا في الجنس الواحد من كان أشفق وأقرب، واختلفوا أحياناً في ترتيب الدرجات بحسب مصلحة المحضون.[3]

كما أن المشرع الجزائري جاء بترتيب لمستحقي الحضانة بالاعتماد على آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، لأن نصوص القانون مستلهمة من أحكامها، فلقد جاء في نص المادة "64" ق.أ.ج بعد التعديل الاخير بموجب الأمر رقم (05-02): "أن الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الاقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

[1] محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 407

[2] المرجع نفسه، والصفحة ذاتها.

[3] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، حسب آخر تعديل له، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر 2007، ص : 357 .

أما المادة "64" قبل التعديل فكانت تنص على ما يلي: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الاقربون درجة ....." . فالملاحظ هنا أنه تم تقديم الأب على الجدة لأم والخالة، في إسناد الحضانة بموجب التعديل الجديد لقانون الاسرة، وهذا لاعتبار أن الأب أولى منهم وأكثر حرصاً على رعاية أبنائهِ .

لكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري في نص المادة "64" أنه جاء بعبارة غامضة ومبهمة بعدما حدد الدرجات السنة الاولى في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، حيث وردت عبارة : " ثم الاقربون درجة،" ولم يبين ما المقصود بها ولا من هم الاقربون درجة إلى المحضون في نصوص القانون، فسكوت قانون الاسرة على تحديد هؤلاء يُؤدي بالقضاة إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية حسب ما نصت عليه المادة "222" ق.أ.ج في كل مرة تفوق درجة الحضانة الرتبة السادسة.

الفرع الثالث: خصائص الحضانة في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.

بعد أن تناولنا في الفرع السابق مستحقي الحضانة فقهاً وقانوناً، وإعطاءُ صورة موجزة لذلك، نتطرق الان إلى ذكر خصائص الحضانة، وهذا ما سنبينه في هذا الفرع بإذن الله تعالى.

أولاً: أنَّ الحضانة من النظام العام .

الحضانة من النظام العام، فليس للأبوين الحق في تغيير أو تحريف قواعدها، فإذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي على حضانة الولد لأي سبب من الاسباب، فإن الحضانة لا تسقط عنها مادامت قد استوفت كل الشروط وكانت أهلاً لممارستها، وقد تجبَرُ على حضانتها إذا تنازلت عنها حتى إن لم تتوفر فيها الشروط كاملة، ماعدا تلك التي لها علاقة بأخلاقها [1].

وحتى وإن كان مقابل التنازل عن الحضانة صلح وليس خلعاً، كأن تتصالح الزوجة مع زوجها على أن تترك له الطفل فإن هذا لا يصح، لأن الصلح يكون على ما تمنحه، والحضانة حق غيرها، أي هو حق خالص للطفل.[2]

ثانياً: الحضانة ليست جبراً ولا تلْزِمُ صاحبها.

[1] سعد عبد العزيز : المرجع السابق ،ص 295 .

[2] قرار المحكمة العليا، قرار رقم 17 ، ملف رقم 26549 ، نشرة القضاء، عدد خاص، سنة 1982 ، ص 243 .

لقد قرر الفقهاء أن الأم الحاضنة لا تُجبرُ على حضانة الصغير، بمعنى أنه إن كان لها الحق في حضانته ولها أن تطالب به إذا نُزعت فيه، إلا أنها لا تجبر على القيام بالحضانة، ويقول الدردري في الشرح الكبير: "ولا تعود الحضانة بعد الإسقاط"، أي أنها إذا أَسْقطَتِ الحاضِنةُ حقها لغير عذر بعدَ وجوبه، ثم أرادت العودة لهُ فلا تعود، بناءً على أنها حق للحاضن، وإلى هذا ذهب الأحناف وكذلك الشافعية والحنابلة، فقد ورد في "رد المحتار على الدر المختار" : أنَّ الحاضنة لا تُجبر على الحضانةِ.[1]

ثالثاً: الحضانة حق مشترك: الحضانة حق مشترك؛ أي أنها في نفس الوقت حق للصغير الذي يحتاج إلى من يرعاه، وإلى من يحفظ له حقوقه ويقوم بشؤونه ويتولى تربيته، وكذا لأُمِّهِ حقُ الاحتفاظِ به واحتضانه، لقوله صلى الله عليه وسلم: « **أَنتِ أَحَقُ بهِ مَالم تُنكَحِي** » [2]، أي أن للأُمِ الحقُ في التَّخلي عن حضانة طفلها إذا لم يضر ذلك بمصلحته، وكذلك إذا تخلت الأمُ عن حضانة طفلها، فإن ذلك لا يسقط إلا حقها، ويبقى حق الطفل قائماً، وعليه: فإنها تجبر على حضانته إذا كانت أصلح للطفل ولم يكن هناك من يحضن الطفل غيرها، وتنازلها هذا لا يكون مقبولاً، وتعاملِ مُعاملةِ نقيضِ قصدِهَا .[3]

المبحث الثاني:

آثار وإشكالات الحضانة في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الاول: آثار الحضانة.

لقد رتب المشرع الجزائري وقبله الشريعة الاسلامية أثاراً لممارسة الحضانة لِكِلاَ الزوجين المنفصلين، فالحضانة لِما تتطلبه من مجهودٍ كبيرٍ في تربية المحضون و تَنْشِأَتِهِ النَّشأَةَ السَّوية، فهي تتطلب في المقابل

[1] أحمد نصر الجندي، النفقات، الحضانة، الولاية على المال في الفقه المالكي، غ.م، دار الكتب القانونية، مصر 2006 ، ص : 132 - 134 .

[2] أخرجه أبو داود في سننه . كتاب الطلاق . باب من أحق بالولد .ج. 2.ص 292 واللفظ له .وأحمد في مسنده .ج. 2 .ص 603 والحاكم في المستدرك .كتاب الطلاق .باب حضانة الولد والمرأة المطلقة ما لم تنكح. ج. 2 .ص 573 .وصححه وقال الألباني حسن.(صحيح سنن أبي داود (4/ 388).سنن البيهقي (8 / ،مج. 2 ،ص 32). الزيلعي، نصب الراية تخريج أحاديث الهداية).

[3] سيد سابق، فقه السنة- نظام الأسرة الحدود والجنايات- ج 2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998، ص : 277 .

نفقة لصالح المحضون، وكذلك الامر بالنسبة للحاضنة الجهد الذي تبذله، وهذا ما سنذكره في هذا المطلب .

الفرع الاول: نفقة الحضان وأجرته.

أولاً: نفقة المحضون.

إن من الحقوق التي يقررها القانون للطفل و للمحضون على وجه الخصوص، حقه في الانفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الكسب، لصغرٍ أو عجزٍ أو لسببِ التعليم[1]، فالأب ملزم بالنفقة على ولده في إطار عمود النسب، وهذا ما ذهب إليه الائمة الاربعة، ذلك رغم أن الاصل هو أن نفقة الولد وسكناه تكون من ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال أُلزم الأب بأن ينفق على ولده .[2]

ثانياً: أجرة الحضانة .

ذَهَب بعضُ الفقهاءِ إلى القول أنه لا أُجرة للحاضنة، سواءً أكانت أُماً أو غيرها، إلا إذا كانت فقيرة وكان للولد المحضون مال، فإنه ينفق عليها لفقرها وليس لحضانتها.[3]

غير أَنَّ ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو أنه إذا كانت الحاضنة غير الأم فإنه يجب دفع أُجرة الحضانة لها إذا لم تكن متبرعة، أما إذا كانت الحاضنة أم المحضون فهناك حالتين:

1-الحالة الاولى: في حالة إذا ما كانت الزوجة قائمة، أو أثناء فترة العدة من طلاق رجعي، فيقول الدكتور قدري عبد الفتاح الشهاوي: " لا تستحق الأم أُجرة حضانة طفلها حال قيام الزوجية "[4].

---

[1] تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، لبنان 2008، ص : 139 .

[2] باديس ديابي ، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، قانون الأسرة على ضود الممارسة القضائية، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، ص :.153 .

[3] تواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص: 875 .

[4] قدري عبد الفتاح الشهاوي، موسوعة تشريعات الأحوال الشخصية، منشأة المعا رف، الإسكندرية، 2001 ، ص: 596 .

2-الحالة الثانية : في حالةِ ما إذا كانت الحاضنة أم الصغير بعد الطلاق فلها أجرة الحضانة وتجب هذه الاخيرة من مال الصغير إذا كان له مال حتى ولو كان أبوه موسر، أما إذا لم يكن له مال فتجب هذه الاجرة على الأب .

أما بالنسبة لتاريخ اسْتِحقاقِ الحاضِنةِ للأجرة، فإنها تستحقها من تاريخ مباشرة الحضانة.[1]

وهناك من أشار إلى أجرة خادم المحضون أو المرضعة، فإذا كان المحضون بحاجة إلى خادم أو مرضعة وكان أبوه مُوسراً يلزم بأجرته.[2]

الفرع الثاني: سكن ممارسة الحضانة.

سكن الحاضِنةِ: ثار خلاف فقهي حول استحقاق الحاضنة لسكن ممارسة الحضانة، لكن ما هو متفق عليه بين أغلب الفقهاء هو أنَّ توفير مسكن الحاضِنة أمر واجبٌ لكن السؤال المطروح هو على من يقع واجب توفير مسكن الحضانة ؟ .

فالأصل أن سكن ممارسة الحضانة هو مسكن الزوجية إذا كانت المطلقة في عدة الطلاق الرجعي، أما بعد الطلاق فسواءً كانت الحاضنة أُماً أو غيرها، فإنَّ سكن ممارِسةُ الحضانة هو جزء من النفقة حسب جمهور الفقهاء ونفقة المحضون من ماله إذا كان له مال .[3]

أما إذا لم يكن للمحضون مال فإن واجب توفير سكن الحضانة يقع على عاتق الأب حسب رأي معظم الفقهاء، غير أن هناك بعض الفقهاء الذين قالوا أنه إذا كان للحاضنة مسكن تحضن فيه صغارها، فلا يكون لها الحق في مسكن الحضانة، لأن الصغير في هذه الحالة يسكن تبعاً لها .[4]

---

[1] العمروسي أنور، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع (دارسة تأصيلية مقارنة في ضوء المذاهب). الأربعة والقوانين الوضعية ،ج3، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003 ، ص. 248

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق، ص. 597

[3] سراج محمد أحمد، محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د. س.ن، ص: 180 -181 .

[4] العمورسي أنور، المرجع السابق، ص: 247 - 248 .

أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، فإنه باستقرائنا لنص المادة "72" من قانون الاسرة الجزائري، نجدها تنص على ما يلي: **"في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار "** .[1]

يُفهمُ من هذه المادة أن الأب هو المكلف قانوناً بتوفير سكن ممارسة الحضانة، وإن لم يكن قادراً على توفير مسكن، فإنه عليه دفع أجرة السكن.

أما عن موقف المشرع الجزائري، فإنه باستقرائنا للمادة "69" .ق.أ.ج، نجدها تنص على ما يلي: **" إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الامر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون "** .[2]

يفهم من هذه المادة أن مسألة الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، حيث يمكن له أن يُقِرَ الحضانة ويسمح بانتقال المحضون إذا تبين له أن مصلحة المحضون تقتضي ذلك .

وهذا ما أكده القضاء الجزائري في إحدى قرارات المحكمة العليا، فقد قضى بأن إسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلدٍ أجنبي بعيداً عن رقابة الأب مخالفاً للشرع والقانون .[3]

الفرع الثالث: حق الزيارة ووقتها ومكانها.

أولاً: حق الزيارة

أشرنا من قبل أن الحكم بإسناد الحضانة لأحد الأبوين يعني إبعاده عن الآخر، لكن هذا لا يمنع من أن يحكم للطرف الآخر بحق الزيارة، فالصغير لا دخل له في الخلاف الذي حدث بين أبويه، بل هو ضحية طلاقهما، فافتراق الأبوين عن بعضهما لوحده من شأنه أن يُسبِّب له عدة أضرارٍ، فكيف لو قاموا بإبعاده تماماً عن الآخر، ولهذا ومن أجل جَبْرِ الضرر الذي سيلحق الصغير وجب على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة لأحد الابوين أن يحكم بحق الزيارة لمصلحة الطرف الآخر، لأنه إذا كان

[1] قانون رقم 84 – 11 ، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق .

[2] قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[3] غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 59013 الصادر بتاريخ 1990/02/19، (قضية : ن . إ ، ضد : ف .ب)، مجلة قضائية عدد 4، 1991ن ص : 596 .

الصغيرُ بحاجة إلى أم ترعاه وتربيه وتقوم بشؤونه، فهو أيضاً بحاجة إلى أب يراه ويعرفه ويمارس سلطته عليه.[1]

أما عن موقف المشرع الجزائري، فباستقرائنا لنص المادة "64" من ق.أ.ج نجد أنها تنص على ما يلي: "... **وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة** " .[2]

فمن خلال نص المادة نستنتج أن المشرع الجزائري قد اعترف بصريح العبارة بحق الزيارة، فأوجب على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه، أي حتى ولو لم يطلب الاطراف ذلك، مع العلم أن هناك قاعدة قانونية مفادها أن القاضي لا يمكن له ان يحكم بما لم يطلب الاطراف والمشرع في هذه المادة قد أخرج القاضي من هذه القاعدة .[3]

ثانياً: وقت الزيارة ومدتها .

أما بالنسبة لأوقات الزيارة فإن رأي أغلب الفقهاء هو أن الزيارة لا تكون يومية، بل تكون يوماً في عدة أيام كأصل، غير أنه إذا كان مسكن الأم قريباً من المحضون فلا بأس أن تقوم بزيارته يومياً.

كما تجدر الاشارة أن ما أُتفق عليه بين أغلب الفقهاء هو أن حق الزيارة مقرر فقط لوالدي المحضون دون سواهما.[4]

وترك المشرع الجزائري تحديد أوقات الزيارة خاضعةً للسُلطة التقديرية للقاضي، أي هو الذي يحدد ما إذا كانت الزيارة مرة في الاسبوع أو مرتين، غير أنه لا يجب أن تكون مراتٍ متقاربة جداً، إلى حد تضر بالصغير، فقد قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أن الحكم بحق الزيارة مرتين في الشهر خرقاً للقانون، ومن حق الأب زيارة أبنائه على الاقل مرة في الاسبوع .[5]

---

[1] تواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص : 887 .

[2] قانون رقم 84- 11 ، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق .

[3] سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، والمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص : 297 .

[4] العمروسي أنور، المرجع السابق، ص. 249 -250 .

[5] غ.أ.ش، قرار رقم 59784 ، صادر بتاريخ : 1990/04/06، مجلة قضائية، عدد 4، 1991ن ص : 126 .

وما نلاحظه في هذه المادة هو أن المشرع سكت عن أصحاب الحق في الزيارة، فكما أشرنا من قبل فإن معظم الفقه يرى أن أصحاب الق في الزيارة هما الوالدان فقط، لكن القضاء الجزائري في إحدى قرارات المحكمة العليا نجد أنه قد قرر بأن القضاء بحق الزيارة للجد تطبيق صحيح القانون .[1]

فالقانون الجزائري لم يأخذ برأي الفقهاء الذين قالوا بأن الوالدان فقط هما من لهما حق الزيارة، بل يمكن الحكم بهذا الحق لأحد الاقارب غير الابوين.

ثالثاً: مكان الزيارة.

يكون مكان الزيارة في المكان الذي يتمتع به المحضون برعاية زائره ولو تطلب الامر ساعات معدوداتٍ، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حَرَجاً للزائر كمسكن المطلقة مثلاً، لأنها أصبحت أجنبيةً عنه.[2]

حيث جاء في قرار المحكمة العليا: من المقرر فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدهما حق لكل منهما، فالمشرع أو القانون لا يبني الاشياء على التخوف، بل على الحق وحده .[3]

المطلب الثاني: مسقطات الحضانة واسترداد الحق فيها بعد سقوطهِ.

حالة توفر الشروط المنصوص عليها للحصول على حضانة الطفل مع مراعاة الترتيب السابق الذكر تثبت للشخص الحضانة، وقد تسقط عنه لعذرٍ أو لعدم القدرة على رعاية الصغير عندما يلجأُ صاحب الصفة إلى رفع دعوى لإسقاطها، وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع "الفرع الاول" . وأما استرداد الحق في الحضانة فسوف نتطرق إليه في الفرع الثاني .

الفرع الاول: أسباب سقوط الحضانة .

---

[1] غ.أ.ش، قرار رقم 189181 ، صادر بتاريخ : 1998/12/15، (قضية : ش .أن ضد : م.س)، إجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص : 194 .

[2] باديس ديابي، المرجع السابق، ص : 160 .

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 79891، بتاريخ : 1990/04/30، المجلة القضائية، العدد الأول، 1992ن ص : 55 .

إذا وقعت الحضانة مستوفية مقوماتها وشروطها كانت صحيحة يجوز لمستحقيها أن يتولاها بمجرد الحكم بها، ومعنى ذلك أنه إذا توفرت في الحاضن الاهلية للقيام بالحضانة، فله أن يمارسها، وقد يحدث ما يكون سبباً لإسقاطها، فينتقل حقه لغيره ممن له الحق فيها، وأسباب سقوط الحضانة كثيرة ونذكر منها :

1- تسقط حضانة الأم بأن تقول: لا حاجة لي به، فتقول جدته: أنا آخذه، بشرط أن يكون للولد ذو رحم محرم، وإلا فإن الأم تجبر على الحضانة لصيانة الولد .[1]

2- تسقط حضانة الأم إذا خالعت على شرط أن تسقط حضانتها فإن الخلع يقع، ويسقط الشرط عند الحنفية، خلافاً للمالكية فإنهم يفرقون بين الحرة وأم الولد، فأم الولد إذا أعتقها سيدها مقابل اسقاط حضانتها للولد قولان، أما أن كانت الأم حرة وخالعت مقابل اسقاط الحضانة فالخلع يقع والحضانة تسقط .[2]، وإذا أسقطت الجدة أو الخالة حقهما في الحضانة عقب طلاق ابنتها أو أختها، فإنها تسقط بخلاف ما إذا أسقطتهما قبل أن تجب لهما فلا تسقط على المعتمد .[3]

3- تسقط حضانة الأم لطفلها إذا تزوجت بزوج أجنبي غير محرم له، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم للمرأة : « أنت أحق به ما لم تنكحي »[4]. فالأم المتزوجة من غير ذي رحم محرم للصغير تكون منشغلة به عن الولد، بالتالي لا تتفرغ لتربيته، إضافة إلى ما يلحق الصغير من جفاء ومذلة من زوج الأم، بخلاف ما إذا كان الزوج ذو رحم محرم، فإنه سيعامله برفق نظراً لصلة الرحم التي تربط بينهما .[5]وهذا الشرط موضع خلاف .

4- تسقط الحضانة بالردة، لأن الحضانة تحبس فيتضرر الصبي .[6]

5- تسقط الحضانة بالكفر، فلا حضانة لكافر على مسلم، وكذلك الذمي عند المالكية والشافعية والحنابلة، لأن الحضانة نوع من الولاية، ولا ولاية لكافر على مسلم، خلافاً للحنفية، فهم

---

[1] ابن نجيم، زين الدين ابراهيم، شرح البحر الرائق، ج/3، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، 1419هـ-1997م ، ص : 180 .

[2] الدسوقي، المرجع السابق، ص: 531 .

[3] الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الصادر، بيروت، ج/5، (ب .س) ، ص: 253 .

[4] أحمد، مسند الامام أحمد ابن حنبل، ج/2، مؤسسة قرطبة، القاهرة، ص: 182 .

[5] ابن قدامة، المرجع السابق، ص: 138-139 .

[6] ابن عابدين، المرجع السابق ، ص: 566 .

يرون ثبوت الحضانة للأم الكافرة والذمية على الطفل المسلم للشفقة، هذا إذا كان الطفل غير مميز، أما إن عقل الاديان فينتزع منها خوفاً عليه من الفتنة، أو أن تعوده أخلاق الكفار .[1]

6- تسقط الحضانة بالعته والصغر والجنون، لأنهم بحاجة الى من يرعى شؤونهم، وكذلك الفسق الظاهر،[2] ويرى الحنفية أن الفسق لا يسقط حضانة الأم، فيبقى معها الطفل حتى يعقل ثم ينزع منها كالمكاتبة، أما إن كانت فاسقة فسوقاً يضيع معه الولد عندها فإن حضانة الطفل تسقط، وإن كانت تخرج كل الوقت وتترك المحضون بلا رعاية فإن حضانتها تسقط .[3]

7- تسقط الحضانة إذا سافر ولي المحضون، أو سافرت الحاضنة سفراً نقله وكانت المسافة مسافة القصر أو تزيد عليها عند الشافعة والحنابلة، أما المالكية فالمسافة عندهم ستة بُرُد فأكثر،[4] إضافة إلى أمن الطريق والبلد المرادُ الاقامة فيه حفاظاً على الولد، وللولي نزع الصبي من الحاضنة والسفر به إلا إذا سافرت معه، ويسقط حق الولي إذا سافر للإقامة ولم يأمن الطريق أو البلد .[5]

الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة بعد سقوطه.

ويقصد بها كل دعوى ترفع أمام قاضي شؤون الاسرة بهدف اعادة حق الحضانة إلى من سبق وسقطت عنه، كلما زال سبب سقوطها غير الاختياري.

وتستمد أساسها القانوني من نص المادة 71 ق.أ.ج، وبتحليل نص المادة السالفة الذكر يتعين علينا أن نفرق بين سقوط حق الحضانة الاختياري، وبين سقوط حق الحضانة غير الاختياري.

[1] الكسائي، المرجع السابق، ص: 230 .

[2] الشربيني، المرجع السابق، ج 3، ص: 454 -455 .

[3] ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص: 567 .

[4] البرد : البريد : فرسخان، والفرسخ يساوي ثلاثة أميال، والميل يساوي أربعة آلاف ذراع، أنظر : ابن منظور: لسان العرب : الجزء الأول، ص : 250 .

[5] الخرشي، المرجع السابق، ج5، ص: 249-251 .

وحسب رأي عبد العزيز سعد أن سقوط حق الحضانة الاختياري يتمثل في تنازل الحضانة عن حقها صراحة، وفي عدم طلبها لمدة أكثر من سنة دون مبرر شرعي، وفي إعادة زواج الأم الحاضنة بغير ذي محرم.[1]

وإن سقوط حق الحضانة غير الاختيار يتمثل في سقوط حق الحضانة بسبب الاخلال بأحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ق.أ.ج، وفي حالة سقوط حق الحضانة على الخالة والجدة بسبب سكنها بالمحضون مع أمه المتزوجة مع رجل غير ذي مَحرم.

وكذلك بالنسبة للجدة أو الخالة التي سقط حقها في الحضانة بسبب سكن أي منهما مع أم المحضون المتزوجة مع غير ذي محرم من المحضون، يعود إليها حقها في الحضانة كلما طلقت الأم أو انتقلت إلى مسكن آخر منفصل.

وحسب رأي عبد العزيز سعد أنه إذا كانت الحضانة قد سقطت لسبب اختياري كالتنازل الارادي الصريح عن الحضانة، وعدم طلب الحق في الحضانة دون مبرر شرعي وزواجِ الأم الحاضنة بغير ذي محرم زواجاً قائماً فإن حق الحضانة لن يعود.[2]

الفرع الثالث : الإجراءات القضائية لدعوى سقوط الحضانة .

لرفع دعوى قضائية لسقوط الحضانة عن الحاضن الغير مؤهل لها يجب أن تتوافر في رافِع الدعوى شروطاً، وتختلف هذه الشروط بين شكلية وموضوعية وهي كالآتي:

أولاً: الشروط الشكلية.

وقد نصت عليها المادة 459 من قانون الاجراءات المدنية على أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائز الصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك، ويقرر القاضي من تلقاء نفسه انعدام الصفة أو الأهلية كما يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى إذ كان هذا الاذن لازماً، ومن خلال هذه المادة نستخلص شروطاً شكلية وهي كالآتي :

[1] سهام كربال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012-2013، ص: 98 .

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1998/07/21، ملف رقم 201336، مجلة قضائية 2001، عدد خاص ، ص : 78 .

1- الاهلية :وأهلية الخصم هي صلاحيته لاكتساب المركز القانوني للخصم ومباشرة إجراءات الخصومة وهي نوعان:

أ- **أهلية الاختصام:** صلاحية اكتساب المركز القانوني للخصم لما يتضمن من حقوق وواجبات إجزائية، وإن كل شخص قانوني أهل ليكون خصماً، وهي تعبير عن أهلية الوجوب .

ب- **أهلية التقاضي** : وهي تعبير عن أهلية الاداء في المجال الاجرائي، وتعني صلاحية الخصم لمباشرة الاجراءات أمام القضاء، وحددت أهلية التقاضي ب:10 سنوات حسب نص المادة 40 قانون مدني، ويترتب عن تخلفها في النظرية العامة للقانون بطلان العمل القضائي .

ت – الصفة: هي العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها، ولا تقبل إلا إذا كان المدعي يدَّعي حقاً أو مركزاً قانونياً لنفسه .

وفي الدعاوى المتعلقة بالحضانة فالصفة تكمل في أحد الزوجين أو ممثلهم القانوني كالمحامي ويترتب عن الدعوى التي يكون القصد منها الحفاظ على مصالح الغير هو عدم القبول .[1]

ث- **المصلحة:** هي الحاجة إلى الحماية القضائية إذ اعْتُدى على حق شخص أو كان حقه مهدداً وصاحب المصلحة في الحضانة غالباً ما يكون الأب.

2- الآجال القانوني: لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 68 من قانون 84-11 المتضمن قانون الاسرة الجزائري على أنه إذا لم يطلب من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، وهذا الأجل ينطبق على الحضانة.[2]

وقد قضت المحكمة العليا قبل صدور قانون الأسرة في 1979/02/05 بأنه من المقرر شرعاً أن الحضانة تسقط على من كانت تجب عليه بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها .[3]

ثانياً : الشروط الموضوعية.

[1] الأستاذ بو بشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية، طبعة 1998، ديوان المطبوعات الجامعية، ص : 74-75-76 .

[2] نفس المؤلف، ونفس المرجع، ص : 36-37 .

[3] المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص 1979/02/05، الملف رقم : 19303، النشرة القضائية 1981، العدد 01، ص : 77 .

1- ضرورة رفع دعوى قضائية.

إن الحضانة كما هو معلوم أثر من آثار الطلاق فقد تكون تبعية لدعوى الطلاق، ويتم الفصل فيها مع الفصل في دعوى الطلاق في حكم واحدٍ، كما قد تكون أصلية ترفع وحدها.

فقد يكون رافع هذه الدعوى الزوج الراغب في الحضانة لزواج الأم أو سقوط حقها في الحضانة، كما يمكن للزوجة أم ترفع دعوى تطالب من خلالها التمسك بحقها في الحضانة، هذا بخصوص دعوى الحضانة.[1]

أما إذا كانت الدعوى بخصوص سقوط الحضانة تكون أصلية، إذا توفى الحاضن ويأتي شخص آخر ليطالب بها فيكون ذلك بموجب دعوى أصلية.

وعلى من يرغب في استصدار حكم له بالحضانة أن يُقدم تصريحاً شفهياً، أو عريضة مكتوبة وموقعة منه، أو من محاميه إلى كاتبة الضبط يبين فيها قرابته للمحضون وأسباب طلبه للحضانة وأسباب اسقاطه عنه مرفقةً بوصل دفع الرسوم القضائية بكل الوثائق التي تساعده على تدعيم طلبه .

2- : رعاية مصلحة المحضون.

لرعاية مصلحة فقد خوَّل القانون للقاضي في الحكم بسقوط الحضانة تاركاً له السلطة التقديرية، وذلك إلا بعد رفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة طبقاً لنص المادة 88 من قانون الاجراءات المدنية: " **وفي الدعاوى الحضانة أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة** " .

المطلب الثالث: إشكالات الحضانة في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.

إن من الاشكالات التي تنتج عن هذا النوع من الزواج " **زواج الاجانب** "، اختلاف الدين بين الزوجين، فكيف يكون حال المحضون في مثل هاته الحالة ؟. وما هو مصيره بينهما ؟. فالطفل قبل سن البلوغ يحتاج إلى من يحضنه ويعتني به ويربيه، ولا يحصل ذلك على أكمل وجهٍ إلا من خلال النساء، لأنهن مصدر الحنان والرِفق والعطف والشفقة وعلى رأسهم الأم، لكن؛ إذا اختلف دين أحد الزوجين،

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص : 366-367 .

وكانت الأم غير مسلمةٍ، فهل يجوز لها أن تستأثر بحضانة ولدها المسلم، أم أن حقها يَسقُطُ ويُستبدَلُ مكانها حاضنة مسلمةً ؟ .

الفرع الاول : أَثَرُ اختلاف الدين على حضانة الاولاد.

أولاً : أراء الفقهاء في حضانة الاولاد عند اختلاف الدين.

1- الرأي الاول: اختلاف الدين بين الحاضنة والمحضون لا يؤثر في أحقية الحاضنة لحضانة صغيرها، فإذا كانت الحاضنة غير مسلمة والولد مسلم فتجوز حضانتها له، سواء كانت أُماً أو لا، وسوءً كان رباط الزوجية قائماً بين الزوجين أو انفصمت عري الزوجية بينهما، وهو رأي الحنفية والمالكية .[1]

وتفصيل ذلك حسب ما يرى الحنفية أنه إذا كانت الحضانة للمرأة فإنه لا يشترط اتحادُ الدين، لأن الحضانة مبنية على الشفقة والرفق، وهذا الامر تستوي فيه غير المسلمة مع المسلمة، لكن هناك شرطان لابد من توافرهما بحيث إذا سقط أحدهما تسقط حضانة غير المسلمة للولد المسلم وهما:

أ- أن يكون الصغير غير عاقل للأديان، فإذا عقل الاديان سقطت حصانة الكافرة له.

ب- الأمن عليه من التأثير بعقيدة الكفار، أما إذا خيف عليه أن يعتاد الكفر ويألفه، كأن تأخذه معها إلى الكنيسة أو تسقيه خمراً أو تطعمه لحم الخنزير، فعندئذٍ يسقط حقها في الحضانة.[2]

أما إذا انتقل حق الحضانة إلى العصبات فعندها يشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، لأن العصبات ما استحقوا الحضانة إلا لأحقية الإرث، ولا إرثَ مع اختلاف الدين، وبالتالي لا حضانة، أما إذا انتقلت الحضانة إلى المحارم غير العصبات فعندئذٍ لا يشترط اتحاد الدين، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن الحضانة تثبت لهم بمحض القرابة المحَرمية، وهذه القرابة لا تقتضي اتحاد الدين ولا تزول بزواله، أما التعصب فلا يبقى مع اختلاف الدين .[3]

[1] السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، الجزء الخامس، بيروت، دار المعرفة، 1406هـ – 1986 م ، ص : 210 .

[2] السمرقندي، محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، بيروت ، دار الكتب العلمية، 1405هـ ، ص : 229 .

[3] الكسائي، المرجع السابق، ص : 42-43 .

وقال المالكية أن الحضانة تثبت للكافرة على المحضون ما دام لا خوف على الطفل من الاعتياد على عادات الكفار ومعتقداتهم، ويبقى في حضانتها حتى البلوغ، أما إذا خيف عليه فإن حضانته تنتقل إلى ناس مسلمين.[1]

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي :« **أَنَّ رافعَ بنِ سِنانٍ أَسلَمَ وأَبت امْرَأَتُهُ أَنْ تُسْلِمَ، فأَتَتِ النَّبَيَّ –صلى اللهُ عليهِ وسَلَّمَ– فَقَالتْ : ابْنتِي –وهي فَطِيمٌ– أَوْ شبهُهُ، وَقَالَ رَافعٌ ابْنَتِي، فَقالَ لهُ النَّبَيُّ –صلى اللهُ عليهِ وسَلَّمَ– اقْعدْ ناحية، وقالَ لَهَا أُقْعدِي نَاحيَّة، وَأَقْعَدَ الصَّبيَّةَ بينهُمَا، ثُمَّ قالَ ادْعوَاهَا، فمَالتِ الصَّبيَّةُ إِلى أُمِّهَا، فَقالَ النَّبَيُّ –صلى اللهُ عليهِ وسَلَّمَ– : اللَّهُمَّ اهْدِهَا، فَمَالَتِ الصَّبيَّةُ إِلى أَبيهَا فَأَخَذَهَا** » .[2]

ووجه الدلالة في ذلك ما يلي:

أ- تخيير النبي –صلى الله عليه وسلم– للطفلة فيه دلالة على أحقية الأم الكافرة في حضانة ولدها المسلم مما يدل على أنه لا أثر لاختلاف الدين في الحضانة.[3]

ب- أن الحضانة إنما شرعت لخدمة الرضيع والقيام على شؤونه، والأم أكثر الناس شفقة على ولدها وأكثرهم قدرة على رعايته، وفي هذا تستوى الكافرة والمسلمة .[4]

2- الرأي الثاني: لا يجوز ثبوت الحضانة لغير المسلم على المسلم، فلا بد من اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون، وهو رأي الشافعية والحنابلة وابن القيم والظاهرية.[5] واستدلوا بما يلي :

أ- أن الحضانة نوع من أنواع الولاية، والله سبحانه وتعالى قطع الموالاة بين الكافرين والمؤمنين حيث قال عز وجل: ﴿ ◆❐ ☊♦ ⌶ ⑥♦ ♑ ➔ ⍓ ✍• ✂✍ ✦

[1] الدردير، المرجع السابق، ص: 529.

[2] الحديث من رواية عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده، قال عنه الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، النيسابوري، محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرك على الصحيحين، 225/2، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية – بيروت ، 1411هـ -1990 م .

[3] الصنعائي، محمد ابن اسماعيل الصنعائي، سبل السلام شرح بلوغ المرام، الجزء الثالث، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1427هـ-2006م، ص: 229 .

[4] السرخسي، المرجع السابق، ص : 210-211 .

[5] النووي، محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين، الطبعة الثانية، بيروت ، دار إحياء التراث العربي، 1392م ص : 98 .

﴿ [النساء: 141]

ب- حديث رافع بن سنان الذي استدل به أصحاب الرأي الاول، ووجه الدلالة أن الرسول عليه الصلاة والسلام دعا للصغيرة بالهداية عندما مالت إلى أمها، ومعنى ذلك أن اختيار الطفلة كان على غير الهدى، ولو كان اختيارها صحيحاً لما دعا لها بالهداية و لأُثبتَتِ الحضانة لأمها الكافرة .[1]

ت- أن الحاضن حريص على تربية المحضون على دينه، وفي حضانة الكافرة للمسلم فيه تَنشِأةٌ للمسلم على عقائد الكفار، ولنا في ذلك حديث رسول الله –صلى الله عليه وسلم– القائل فيه: « ...**فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ أَو يُنَصِّرَانِهِ أَو يُمَجِّسَانِهِ** ....» .[2]، فالطفل عندما يكون سليم الفطرة لا يعقل الأديان، فتنقش في ذاكرته كل عقيدة يتلقاها، وفي ذلك خوف عليه وإلحاق الضرر به .[3]

وقد فرق ابن حزم في الحضانة بين الرضيع والمفطوم، فذهب إلى أن شرط اتحاد الدين يكون بعد انتهاء مدة الرضاعة وليس قبلها، وقوله تعالى: ﴿ [الأنفال: 75]. و يقتضي أن الأم الكافرة أحق بحضانة ولدها المسلم حتى تنتهي مدة الحضانة، لكن قوله تعالى: ﴿ ... [البقرة: 233]. دل على أن اختلاف الدين في مدة الرضاعة لا ضرر فيه، لكون الصغير في هذه السن لا فهم له.[4]

ثانياً: الترجيح بين الرَّأْيينِ.

---

[1] ابن القيم، المرجع السابق، ط/5، ص: 409.

[2] البخاري، محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، الطبعة الثالثة، بيروت ، دار ابن كثير، 1407هـ -1987م .

[3] الصنعائي، المرجع السابق، ج3، ص :229 .

[4] ابن حزم، علي بن أحمد بن سعد، المحلى، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، دار الآفاق الجديدة،10/ ص : 323 .

الرأي الراجح : يتبين من خلال عرض الادلة ومناقشتها رجاحة رأي القائلين بجواز حضانة غير المسلمة للمسلم، و تعليل المنع فيه اعتزازٌ بالإسلام ودفع الكافرة للإسلام حرصاً على ولدها، لأن منع الطفل من أُمهِ فيه حرمان للأم من ولدها و فلَدَةِ كبدها، وهي أكثر الناس تَعلُقاً به وأكثر الناس قدرة على رعايته وأكثرهم شفقة عليه، ثم إن القائلين بالجواز قيدوه بشرطين وهما: أمن الفتنة على الصغير، وأن لا يعقل بالأديان، وبتحقق هاذين الشرطينِ ينتفي الخوف على المسلم من أُمِّهِ الكافرة، والله أعلم بالصواب .

الفرع الثاني: أثر الجنسية المختلفة على حضانة الاولاد.

باستقراء قواعد الاسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية نجد المشرع الجزائري في نص المادة 12 فقرة 2 من التَّقْنِينِ المدني اعتمدَ ضابط الجنسية، إذ يطبق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني يطبق القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، ونعتقدُ أن المشرع الجزائري أراد من وراء ذلك الحفاظ على العلاقات المتعلقة بالأحوال الشخصية وحفاظاً على روح الشريعة الاسلامية في الزواج المختلط بالأجانب .

فإذا كان الزَّوجُ جزائرياً وقت رفع الدعوى، ففي هذه الحالة نطبق القاعدة العامة الواردة في نص المادة 02/12 من التَّقنين المدني، أي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى،[1] وهذا ما يسهل على القاضي الجزائري في تطبيق قانونه الذي هو على دراية به مقارنة بالقانون الاجنبي، هذا عندما يكون للشخص جنسية واحدة، لكن يثار إشكالاَ عندما يكون للشخص عدة جنسيات، أي يكون هناك تنازع إيجابي للجنسيات أو يكون الشخص عديم الجنسية، أي تنازع سلبي، فما هو القانون الواجب التطبيق ؟ .

لقد أجاب المشرع الجزائري على هذا الاشكال بموجب نص المادة 22 من التَّقنين المدني المعدلة، إِذْ نستخلصْ من هذه المادة أنه في حالة التنازع الايجابي ولا يكون للشخص في الوقت نفسه جنسية جزائرية يطبق القاضي الجنسية الحقيقية، أي الفعلية، لكن إذا كان للشخص جنسية جزائرية من بين

[1] أيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، (المجلة الأكاديمية للبحث القانوني)، عدد 2010/02، ص : 144-157 .

الجنسيات المتنازعة فيطبق القاضي القانون الجزائري، ويُعلِل بعض الفقهاء تفضيل جنسية دولة القاضي، بأنه تفضيل لمبدأ قانون القاضي [1].

وذهب اتجاهٌ آخر إلى أبعد من ذلك، إذْ يُنكرون وجود تنازع القوانين على الجنسية في هذه الحالة، على أساس أن النِّزاع ليس إلا مجرد تنازع في الوقائع، حيث أن الجنسية الاجنبية بالنسبة للقاضي ماهي سوى مجرد واقعة، ومن تم فإنه يتعين عليه أولاً أن يبحث عما إذا كان الشخص يدخل في إحدى حالات الجنسية التي نص عليها المشرع الوطني، ولا ينتقل إلى البحث عن انتماء هذا الشخص إلى الدولة أجنبية، إلا إذا تحقق من عدم تمتعه بالجنسية الوطنية، وعلى ذلك فلا يمكن القول بوجود في هذه الحالة تنازع بين تشريع جنسية دولة القاضي وتشريع جنسية دولة أخرى، لأن وجود جنسية دولة القاضي تكون مانعة سلفاً لأي تنازع بين الجنسيات .[2]

ما يُمكِنُ قوله أنه هذا الحل رغم انْتشاره إلا أنه لا يخلو من الانتقادات، كونه من جهة قد يكرس ما يمكن تسميته " عدم واقعية الجنسية " وذلك تطبيقه الحَتْمِي الاولى لقانون القاضي في كل الفروض والظروف، ومن جهة ثانية سيترتب عنه اختلاف الصفة الوطنية للشخص، وكذا مصير الحكم النهائي باختلاف الدولة التي يثور أمامها النزاع، سيقود هذا الحل أيضاً إلى إعاقة عمل الاتفاقيات الدولية التي تجعل من الجنسية ضابطاً للإسناد .

أما فيما يتعلق بالتنازع السلبي أي يكون الشخص عديم الجنسية، فقبل التعديل ترك المشرع المجال للقاضي في اختيار وتعيين القانون الواجب تطبيقه، لكن في سنة 2005 [3]، تراجع المشرع عن هذا الحل فقام بوضع ضابط إسناد وأجبر القاضي على تطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة .[4]

باعتبار أن الزوج هو رب الاسرة وتقع على عاتقه التزامات ويتحمل مسؤوليات ضخمة مثل الانفاق على الزوجة والاولاد، كما أنه عند حل الرابطة الزوجية يجب عليه توفير مسكن للزوجة لممارسة الحضانة إذا كان لديها أولاد وتقديم لهم نفقة المعاش وغير ذلك من الواجبات التي يتحمل عباءَهَا

---

[1] "lex fori"

[2] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دار الجامعة الحديثة، الإسكندرية 1996، ص: 74.

[3] قانون رقم 05-10 .

[4] المادة 22 فقرة أخيرة من القانون المدني المعدلة التي تقضي بأنه " وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة " .

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق عند التنازع على الحضانة.

أجمع الفقهاء المسلمون أن في الحضانة حقوق ثلاثة، حق الصغير، حق الأم، حق الأب، وإن التوفيق بين هذه الحقوق واجب إن أمكن ذلك، ولما كانت الحضانة تجمع ثلاثة حقوق نجد أن الفقه والقانون قد اختلف على من يملك الحق فيها.

ومن الآثار الشخصية التي تترتب على الحضانة بعد انفصال الزوجين الاجنبيين، قضية الجنسية، فبالنسبة للحضانة فهي تثير اشكالات عملية، ويثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على حضانة الاولاد، أو على علاقة الزوجين بأولادهما بعد انقضاء الزواج، لاسيما إذا كان الزوجان مُختلِفاَ الجنسية، أي وضعية الاولاد الناتجين عن الزواج المختلط .

بالنسبة للمشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية لم يضع مادة خاصة بالحضانة، إلا أنه رغم عدم وجود نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة فإن الامر جارٍ على اخضاعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج باعتبارها من أثاره.[1] ، كما أنه في حالة اقامة الأم في الخارج فإن القضاء الجزائري مستقر على أن الحق في الحضانة يرجع للأب.[2]

أما في حالة حصول التنازع السلبي للجنسيات عندما لا تدعي أية دولة السيادة على جنسية شخص معين لوقوعه في حالة اللاجنسية، فعديم الجنسية هو كل من لا يتمتع بجنسية دولة معينة، ولذلك قيل بأنه لا يوجد في هذه الحالة أي تنازع بين القوانين على جنسية عديم الجنسية، وإنما يوجد مركز سلبي ناتج عن عدم اعتباره وطنياً في قوانين جميع الدول، وعلى قاضي الموضوع أن يعين قانوناً يحكم نشاطه وأحواله الشخصية .

هناك عدة آراء في شأن هذه المسألة، لذا انقسمت الحلول المقترحة الى اتجاهات مختلفة وهي كالآتي:

1- هناك اتجاه يقول: القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة هو قانون آخر دولة كان عديم الجنسية متمتعاً بها، وهذا ما أخذ به الفقه والتشريع في ألمانيا.

[1] المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصيةٌ، قرار رقم 84513 مؤرخ في 1992/06/02، المجلة القضائية، عدد 1993/01، ص: 91 .

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 52207 مؤرخ في 1989/06/02، المجلة القضائية، عدد 1990/04، ص: 74 .

2- ووفقاً لاتجاهٍ ثان ان القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة هو قانون مواطن عديم الجنسية، وهذا ما أخذ به القضاء في فرنسا، على أساس ان الفرد يرتبط بالدولة، أما برابطة الجنسية أو برابطة المواطن، ورابطة الجنسية أقوى، ويُعمل بها إذا كان الفرد متمتعاً بجنسية دولة معينة .

3- وذهب اتجاه آخر أن القانون الواجب تطبيقه إذا لم يكن متمتعاً بأية جنسية، أو لم تكن له جنسية معينة، يجب اللجوء الى رابطة التوطن لتعيين القانون الواجب تطبيقه على أحواله الشخصية، لأن قانون المواطن أكثر صلة به، حيث أنه يتمتع بحماية دولة معينة فلابد من خضوعه لقوانين تلك الدولة، وهذا ما أخذت به قوانين الصين واليابان والبرازيل وغيرها من الدول، كما أخذت به اتفاقية لاهاي لعام 1902م .

4- ورأي ذهب أصحابه الى ضرورة حل التنازع بالطرق الدبلوماسية احتراماً اما لسيادة جميع الدول التي يعنيها النزاع وعدم امكانية ترجيح جنسية إحدى الدول على غيرها بقرار واجتهاد قاضي الموضوع، وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن اللجوء الى الطرق الدبلوماسية لحل خلافات الافراد قد يعطل أو يؤخر حسم هذه الخلافات لصعوبة وطول الاجراءات .[1]

وبالتالي حسماً للخلاف الفقهي القائم حول مسألة تكييف الحضانة وتحديد القانون المختص الذي يحكمهُمَا، يجب على المشرع الجزائري إِحْدَاث نصٍ خاصٍ ينظمُ هذه المسألة مُسايرةً لما وصل إليه الفقه والقانون من تطورٍ ملموس فيما يخص الحلول المقترحة في هذا المجال، وخصوصاً وأن الحضانة تعد من أعقد وأبرز المشكلات الناجمة عن الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والاجانب خاصةً الفرنسيين مِنهُم .

ونُفضِّل أن يطبق على الحضانة القانون الاصلح للمحضون، ويكون ذلك بإسناد الحضانة إلى عدة ضوابط، حتى يتسنى للقاضي اختيارُ الضابط الذي يخدم مصلحة المحضون، بحيث يكون هو المعيار "مصلحة المحضون" يكون المعتمد من المشرع الجزائري في المواد الخاصة بالحضانة المنصوص عليها في قانون الاسرة .[2]

أضافة إلى الحلول التشريعية والقضائية توجد بعض الاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية التي أُبرمت في هذا المجال، تقدم حلولاً من شأنها تذليل الصعوبات العملية التي يثيرها موضوع حضانة الاولاد

[1] غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الثاني في الجنسية،-دراسة مقارنة، مطبعة الروزنا، إربد 1994م .ج/2، ص: 206 .

[2] راجع مواد : ق.أ.ج. من المادة : 62 الى 72 من قانون الأسرة .

الناجمين عن الزواج المختلط، وفي هذا الصدد أَبرمتِ الجزائر اتفاقية ثنائية[1] مع فرنسا خاصة بأولاد الازواج المختلطين والمنفصلين، حيث نصت المادة الثانية من الاتفاقية على ما يلي: "يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناءً على طلب السلطة المركزية في الدولة الاخرى جميع الاجراءات الملائِمة ".

كما أكدت المادة 06 من نفس الاتفاقية على أنه : "يتعهد الطرفان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلاً للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود البلدين، وفيما بين حدودها " .

لقد حاولت هذه الاتفاقية حل مشكلات الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والفرنسيين، والذي في الغالب تكون فيه الأُمُ فرنسية، ويلاحظ بأن هذه الاتفاقية قد وضعت مصلحة الطفل فوق كل اعتبارٍ.

[1] إتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقرطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الإنفصال، موقعة في مدينة الجزائر في 1988/06/21 م ، مصادق عليها بموجب مرسوم رقم 88-144، مؤرخ في 1988/07/26/ ج.ر.ج.ج، عدد 30، الصادر في 1988/07/27 .

خاتمة

خاتمة :

من خلال الدراسة البسيطة لموضوع الزواج بالأجانب والاحكام المتعلقة به والآثار المترتبة عليه، استطاع الباحث أن يتوصل إلى بعض النتائج والتوصيات مما له علاقة بالشريعةِ الاسلاميةِ وقانون الاسرة الجزائري، ومن نتائج هذا البحث :

– حددتِ الشريعةُ الاسلاميةُ أحكام زواج الاجانب مع المسلمين وذلك بالنظر إلى ديانة الاجنبي وجنسه، لاعتباراتٍ شرعيةٍ حمايةً للعقيدةِ الاسلامية وحمايةً للمسلمين أيضاً، لذا فزواج الاجنبي غير المسلم من المسلمة محرمٌ بالاتفاق، ولا خلاف في ذلك، أَما زواج المسلم بالأجنبية غير المسلمة، فهنا ننظر إلى ديانة الاجنبية، فإن كانت من أهل الكتاب (نصرانية أو يهودية) فهو جائز، بشرط أن تكون باقية على ديانتها، وأما زواج المسلم بالأجنبية غير الكتابية فحكمه التَّحريم بالإجماع.

– أن الشريعة الاسلامية أحاطت الاجنبي بمجموعة من الحقوق لم تشملها حتى القوانين الوضعية، من حفظ النفس حرية العقيدة إلى حرية التصرفات المدنية والتجارية بالإضافة الى الاحوال الشخصية بما فيها الزواج.

– لقد أجاز المشرع الجزائري الزواج بالأجانب بين الجزائريين والاجانب كحقٍ مُعترفٍ به دولياً، نظراً لعدة عوامل، ويكون ذلك وفق الوجه الشرعي ووفق الشروط الموضوعية والشكلية المحددة في التشريع الجزائري.

– أن المشرع الجزائري لم يخالف احكام الشريعة الاسلامية في مراعاة ديانة الاجنبي عند طلبه للزواج من أحد المواطنين الجزائريين، وهو ما ذكره صراحةً في المادة 30 من ق.أ.ج، بحرمة زواج المسلمة بغير المسلم، وإحالته باقي الاحكام التي لم ينص عليها للمادة 222 من نفس القانون.

– زواج الاجانب لايزال يثيرُ الكثير من الاشكالات والتعقيداتِ القائمة الى يومنا هذا، وهذا راجعٌ الى التباين الموجود ما بين الزَّوجين، خصوصاً من الجانب الديني والعقائدي والقانوني، زيادة على هذا أنَّ لكلٍ من الزَّوجين خليقته الاجتماعية والثقافية، والدينية والعرقية المختلفة عن الآخر، ومن بين تلك الاشكالات: "مشكل الحضانة".

– الحضانةَ قائمة على معيارٍ أساسي وهو مصلحة المحضون، وهذا من الضوابط التي جاءت بها كل من أحكام الشريعة الاسلامية واتفاقية حقوق الطفل، باعتبارهما مرجعان للقاضي من أجل البحث والتحقيق في مصلحة الطفل أثناء الفصل في القضايا المعروضة عليه، ويلاحظ أن الشرع والقانون قد وضعا مصلحة الطفل فوق كل اعتبارٍ .

– لقد تضمن قانون الاسرة الجزائري عدَّةُ أحكامٍ خاصةٍ بالحضانة، وأشار المشرع الجزائري إلى ضرورة "مراعاة مصلحة المحضون"، غير أن المحاكم الجزائرية لا تجيزُ اكساء أي حُكمٍ أجنبي يتعلق بالحضانة بالصيغة التنفيذية عندما يكون مخالفاً للنظام العام الجزائري، إذْ أُقرَّ امتيازين : الجنسية والدين، يشترطُ اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، كما تشترطُ الاقامة أيضاً، حيث لا يمكن إسنادُ الحضانةِ لأمٍّ تعيشُ خارج القطر الجزائري.

– المشرع الجزائري قد رَكَّزَ في تعريف الحضانة على أهدافها من خلال المادة 62 من قانون الاسرة، ويكون بذلك قد حدد نطاق الحضانة ووظائفها الاساسية والتي تتمثل في رعاية الولد، وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسَّهر على حمايته، وحفظه صحياً وخُلقياً.

– من أسباب لجوء الأجانب للزواج من الجزائريين أو الجزائريات، هو الحصول على الجنسية الجزائرية، والتي هي في نفس الوقت أثر من آثار الزواج المختلط، وذلك وِفقاً لقواعد اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج، خاصة الامر 05-01 المعدل للأمر 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية.

أما أهم التوصيات :

- وضع قاعدة اسناد خاصة بالحضانة، وذلك بإسنادها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج، أو قانون الأب، أو قانون مقر الطفل، مراعاة لمصلحة المحضون .
- إعادة صياغة نص المادة 13 من القانون المدني، وذلك بتطبيق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت رفع الدعوى، مع تطبيق هذا النص على الانفصال الجسماني .
- المشرع الجزائري في إحدى قراراته قرَّر حق الحضانة للجد، ولم يأخذ المشرع برأي الفقهاء الذين قالوا: الوالدان فقط من لهم حق الزيارة، فأعطى الحكم بهذا الحق لأحد الاقارب غير الوالدين .

- المشروع التمهيدي لتعديل قانون الاسرة لم يعالج بعض النقاط الحساسة والتي كانت أمل الباحثين والنُّقاد والدارسين في موضوع الحضانة، واكتفى في تعديله إلى الاشارة بتغيير ترتيب الأب فيما يخص أصحاب الحق في الحضانة .
- وبالتالي حسماً للخلاف الفقهي القائم حول مسألة تكييف الحضانة وتحديد القانون المختص الذي يحكمها، يجبُ على المشرع إحداث نصٍ خاصٍ يُنظم هذه المسألة، مسايرةً الى ما وصل إليه الفقه والقانون من تطورٍ ملموسٍ فيما يخص الحلول المقترحة في هذا المجال، وخصوصاً وأن الحضانة تعدُ من أعقد وأبرز المشكلات الناجمة عن الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والاجانب خاصةً الفرنسيين منهم .
- وأخيراً يمكن القول: أن على المشرع الجزائري أن يولي اهتماماً بالغاً لزواج الاجانب، وذلك بتخصيص مجالٍ أكبر لقواعد تنازع القوانين في مسائل هذا النوع من الزواج، وتقنينه ضمن عقود الزواج في قانون الاسرة الجزائري .

- وبهذا القدر نكون قد وصلنا إلى نهاية البحث، فنرجوا من الله أن نكون قد ساهمنا ولو بقدرٍ بسيطٍ بتقديم مفيدٍ وتوضيحٍ كافي لهذا الموضوع، فإن قصَّرنا فيه فذاك يدل على طبيعة الانسان، وإن أجدْنا فذلك بفضل الله وعون أهل الفضل .

الملاحق

الملحق 01

الجمهوريـــــة الجزائريـــــة الديمقراطية الشعبيـــة
وزارة الشؤون الدينية والأوقاف
مديرية الشؤون الدينية والأوقاف
لولاية سعيدة

سعيدة في :

استمارة معلومات خاصة بطلـــب شهادة إثبـــات الإســـــلام

المادة 3-3من القرار رقم580 المؤرخ في 21 ذو القعدة1435 الموافق 16 سبتمبر سنة 2014.

الاسم واللقب:

بنت : و

تاريخ ومكان الازدياد:

الجنسية:

العنوان:

المهنة :

مراجع بطاقة الهوية (تاريخ والرقم : عن

****

معلومات خاصة بالزوج:

اسم ولقب الزوج:

ابن: و

الجنسية: الديانة:

أنا الموقع أسفله أصرح بصحة المعلومات المذكورة أعلاه ، وأتحمل المسؤولية الكاملة إذا تبين خلاف ذلك

(العش، التزوير ...).

المصادقة: إمضاء المعني

الملحق 02

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
ولاية قسنطينة

مديرية الشؤون الدينية والأوقاف
مصلحة الإرشاد والشعائر الدينية والأوقاف

رقم : 1/ 4034

محضـــــر جلســـــة اعتنـــــاق الإســـــلام

2011 ماي 26

نحن السيد : [redacted] إمام مسجد : [redacted]

بلدية : الخروب دائرة : الخروب ولاية : قسنطينة

وبحضور كل من السادة :

1- السيد / [redacted] رقم بطاقة الهوية : 003251/35

الصادرة بتاريخ : 2004 07/12 دائرة : حامة بوزيان الإمضاء :

2- السيد / [redacted] رقم بطاقة الهوية : 256208[illegible]

الصادرة بتاريخ : 2005/01/13 دائرة : الخروب الإمضاء :

أنه حضر (ت) لدينا بتاريخ : 2011/05/11 السيد (ة) : Brother Lordy

المولود (ة) في : 24/02/1977 الجنسية : جزائرية الديانة الأصلية : كاثوليكية

المهنة : [illegible] العنوان : [illegible] رقم جواز السفر : 003275177

وبعد طرحنا لعدة أسئلة عليه (ها) حول الدوافع التي جعلته(ها) (ت)يرغب في اعتناق الإسلام ، و تحرينا لنواياه (ها) و مقصوده (ها) في ذلك .

تأكد لنا أن المعني (ة) له (لها) دوافع حسنة جعلته(ها) (ت)يقبل على الإسلام عن إرادة واقتناع و بعد التأمل العميق ، نطق (ت) بالشهادتين أمام اللجنة المذكورة أعلاه ، و لله الحمد و المنة .

بعدها اختار (ت) اسما جديدا له (لها) هو : عائشة مريم

والله وراء القصد و هو يهدي السبيل

الإمضاء و البصمة اليسرى للمعني (ة)	إمضاء إمام المسجد	تصديق مدير الشؤون الدينية و الأوقاف لولاية قسنطينة

الملحق 03

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الشؤون الدينية والأوقاف

مديرية التوجيه الديني والتعليم القرآني

طلب شهادة اعتناق الإسلام

استمارة معلومات

الاسم: ..... واللقب: .....

تاريخ ومكان الازدياد: .....

ابن (بنت): ..... و .....

الحالة العائلية: .....

الجنسية الأصلية: ..... الجنسية الحالية: .....

الديانة الأصلية: ..... الديانة الحالية: .....

المهنة: ..... الدرجة: .....

مكان العمل: ..... رقم الهاتف: .....

العنوان الدائم: .....

العنوان الحالي: .....

تاريخ ومكان الزواج: .....

الإجراءات: .....

.....

رقم الهاتف: ..... ومكان العمل: .....

تاريخ الدخول إلى الجزائر: ..... بأي صفة: .....

رقم جواز السفر: ..... الصادر بـ : .....

من طرف: ..... بتاريخ: .....

اسم ولقب الزوج: .....

تاريخ ومكان الازدياد: .....

ابن (بنت): ..... و .....

الجنسية الأصلية: ..... الجنسية الحالية: .....

الديانة الأصلية: ..... الديانة الحالية: .....

المهنة: ..... الدرجة: .....

العنوان الدائم: .....

العنوان الحالي: .....

عدد الأطفال وأسمائهم:

1) ..... 5) .....

2) ..... 6) .....

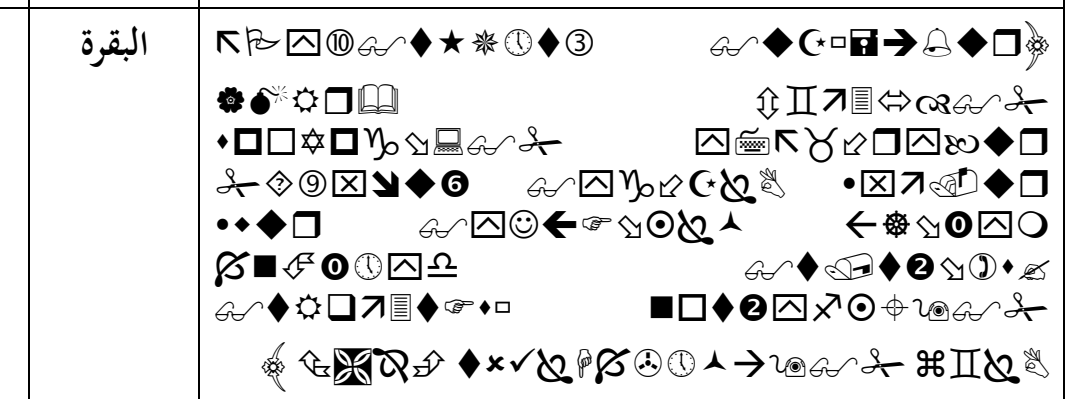
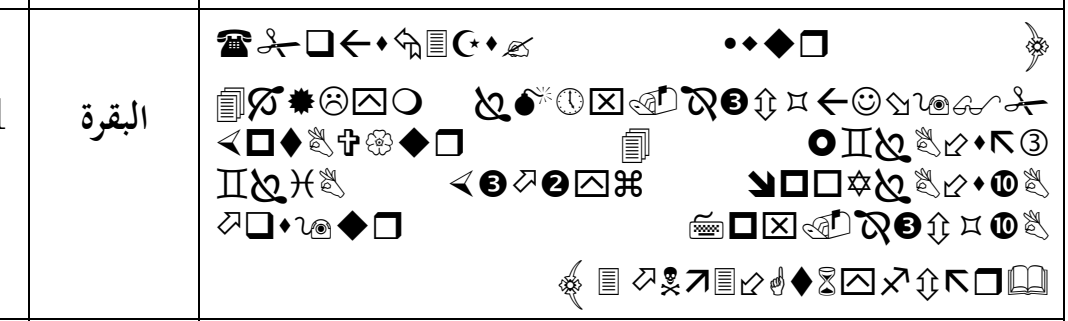
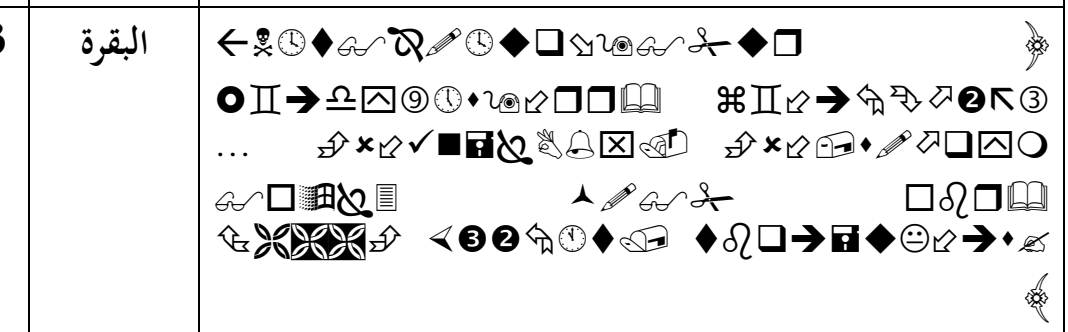
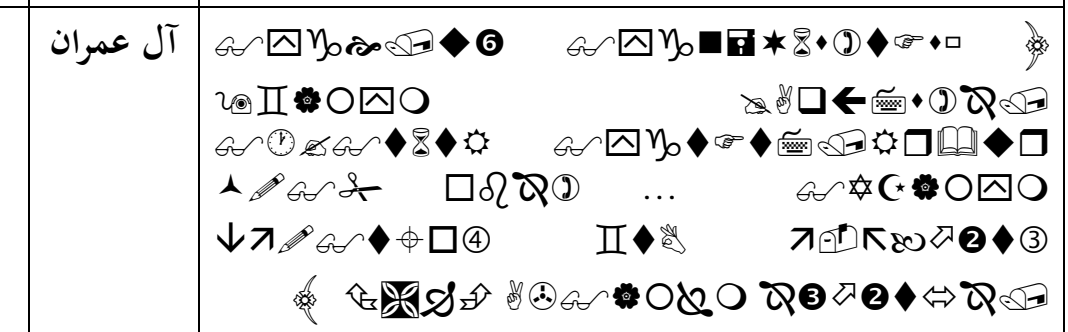
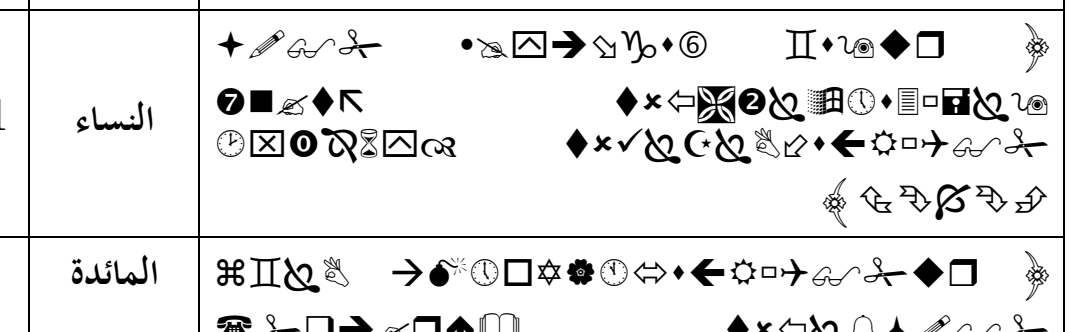
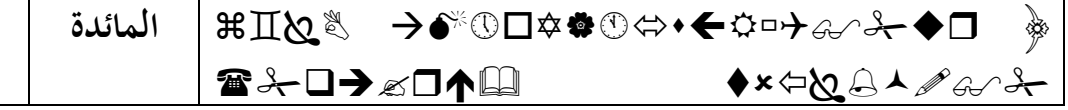
3) ..... 7) .....

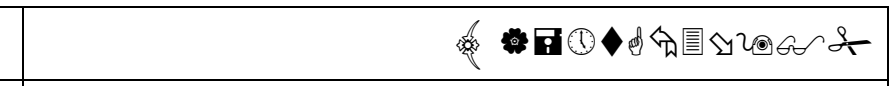
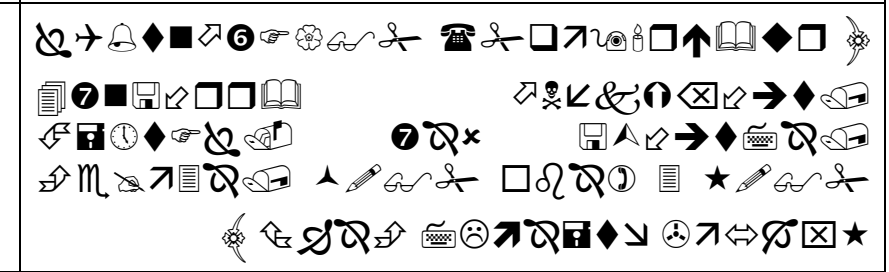
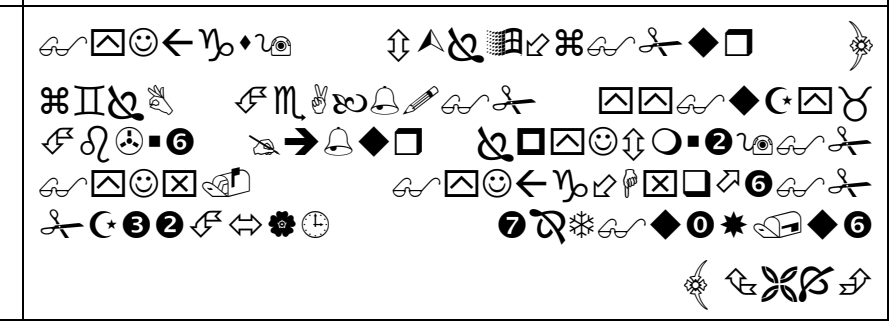
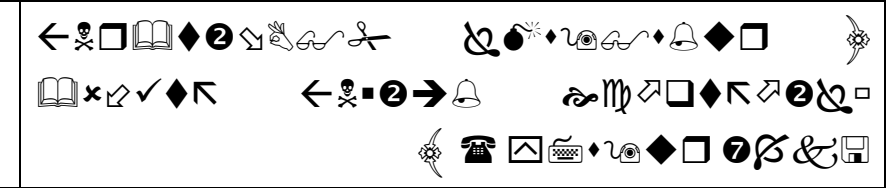
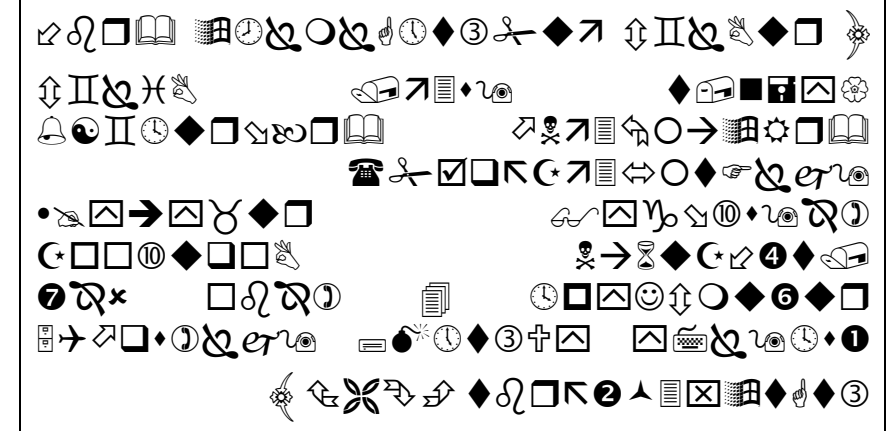
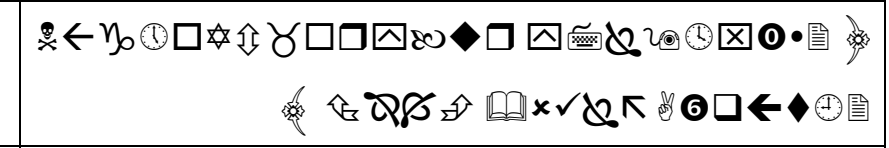
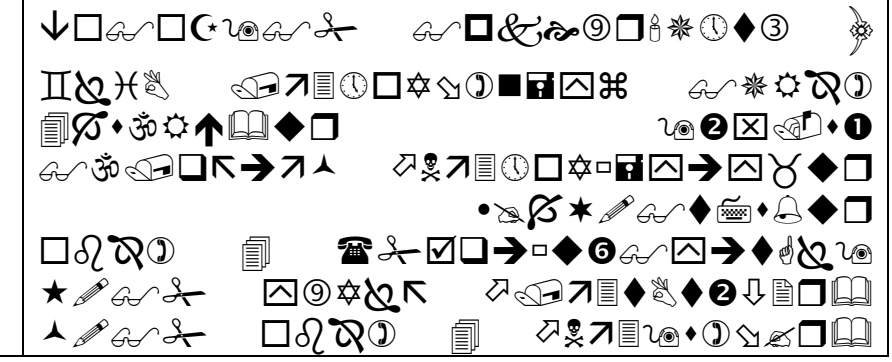
4) ..... 8) .....

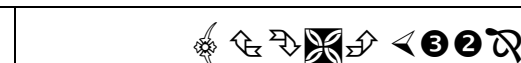
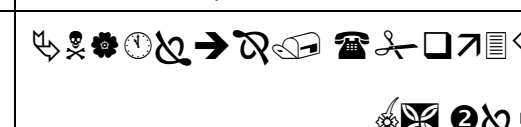
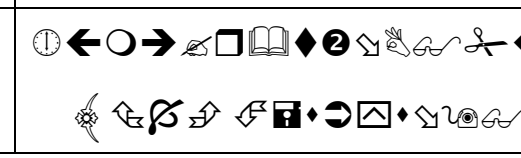
العنوان: .....

الفهرس الآيات والأحاديث

فهرس آيات القرءان الكريم:

الآية	السورة	رقم	صفحة
	البقرة	35	7 8
	البقرة	221	16 20 22
	البقرة	233	45 72
	آل عمران	37	45
	النساء	141	22 53 72
	المائدة	5	18

			
72	75	الأنفال	
21	25	يوسف	
26	24	الإسراء	
28	9	القصص	
1 10	21	الروم	
8	54	الدخان	
10 15	13	الحجرات	

			
	10	الممتحنة	17 18 24 25
	7	التكوير	8
	4	المسد	28

فهرس الأحاديث:

الحديث	الصفحة
« يا مَعْشَرَ الشبابِ مَنِ اسْتطاعَ مِنكُم الْباءَةَ فلْيتَزوَّجْ، فَإِنهُ أغضُّ للْبَصرِ وأحصَنُ للفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتطِعْ فَعليهِ بالصَّومِ فَإِنهُ لَهُ وِجاءٌ »	1 11
« يا مَعْشَرَ الشبابِ مَنِ اسْتطاعَ مِنكُم الْباءَةَ فلْيتَزوَّجْ، وَمَنْ لَمْ يَسْتطِعْ فَعليهِ بالصَّومِ فَإِنهُ لَهُ وِجاءٌ »	10

« أَربعٌ مِن سُنَنِ المُرسلِين: " الحِناءُ، والتَّعطرُ، والسِّواكُ، والنِّكاحُ " »	11
« النِّكاحُ سُنتي فَمنْ لَمْ يعْمَلْ بِسنَّتي فليسَ منيِّ، وتَزوجوُا فَإِني مُكاثرٌ بِكمُ الأُمَمَ، ومَن كان ذَا طُولٍ فلْيَنْكِحْ، ومَن لمْ يجِدْ فعليهِ بِالصَّومِ ، فإِنَّهُ لهُ وِجاءٌ »	11
« فَاتَّقُوا اللهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذتُمُوهُنَّ بِأَمَانٍ وَاسْتَحْللتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمةِ اللهِ»	28
« نَتزَوَّجُ نِسَاءَ أَهْلِ الكِتَابِ وَلاَ يَتزوَّجُونَ نِسَاءَنَا »	18 20
« المُسلِمُ يتَزوَّجُ النَّصْرانيَّة وّلا يَتزوجُ النَّصرَاني المُسْلِمةُ»	20
« رَدَّ النَّبَيُّ –صلى الله عليه وسلم– ابْنتهُ على أَبي الْعاصِ بنِ الرَّبيعِ بَعْدَ سَنتيْنِ بِالنِّكاحِ الأوَّلِ ولَمْ يَحدُثْ نِكاَحاً »	26
« خَرجْتُ مِنْ نِكاَحٍ وَلَمْ أَخْرُجْ مِن سِفاحٍ »	28
« إِخْتِرْ أَيَّتُهَا شِئْتَ »	29
« إِخْتَرْ أَرْبَعاً »	29
« أنَّ امرأةً أتَتِ النَّبِيَ –صلى الله عليه وسلم– فَقَالتْ يا رسُول اللهِ : « إِنَّ ابْنِي هَذا كَانَ بَطْنِي لهُ وعاءً، وَحِجري لهُ حواءً، وثَديي لهُ سِقاءً، وَزَعَمَ أَبُوهُ أَنَّهُ يَنْتزِعُهُ مِنيِّ ؟ قال: " أَنتِ أحقُّ بِهِ مالَمْ تُنكَحي"»	46 54
« أنَّ رافعَ بن سنانٍ أَسْلَمَ وأَبَت اِمرأتُهُ أَنْ تُسلمَ، فأتَتِ النَّبَيَّ –صلىَّ اللهُ عليهِ وسَلَّمَ– فقَالتْ: اِبنتِي – وهي فَطيمٌ– أوْ شبهَهُ، وقالَ رَافِعٌ: اِبنتِي، فَمالَتْ إلى الأُمِ، فَقَالَ النَّبِيُّ –صلىَّ اللهُ عليهِ وَسَلَّمَ– " اللَّهُمَ اهْدِهَا" فَمالتْ إلى أَبيهَا فأَخَذَهَا »	53 71

الفهرس المصادر والمراجع

الفهرس المصادر و المراجع

1-القرآن الكريم.

01- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم .

2- تفسير القرءان وعلومه.

02- أحمد بن على الرازي الجصاص، **أحكام القرآن**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1405هـ.

03- أبو الفداء بن كثير، إسماعيل بن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، بيروت، دار الفكر، 1401هـ.

04- أبو الفداء بن كثير، **تفسير بن كثير**، الطبعة الثانية، دار الأندلس للطباعة والنشر والتوزيع، 1980.

05- أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن أحمد بن عربي المعافري المالكي، **أحكام القرآن**، 543 هـ.

06- إبن عطية، **المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز**، الطبعة الأولى، مؤسسة دار العلوم، قطر، 1981 هـ.

07- محمد بن أحمد القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، الطبعة الثانية، دار الشعب القاهرة، 1372هـ.

08- محمد بن أحمد القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت 1988.

09- محمد بن جرير الطبري، **تفسير الطبري**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1992.

10- وهبة بن مصطفى الزحيلي، **التفسير المنير**، دار الفكر المعاصر، دمشق، الطبعة الثانية، 1418 .

03 – الحديث الشريف.

11- سليمان بن الأشعث أبوداوود، **سنن أبي داوود**، دار الفكر، الطبعة الأولى، بيروت، المكتب الإسلامي، 1989م.

12- أحمد بن شعيب النسائي، **السنن الكبرى**، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1411هـ.

13- أحمد ابن حنبل، **المسند**، الجزء الثاني، مؤسسة قرطبة، القاهرة، (ب.ب.ن) .

14- محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري**، الطبعة الثالثة، بيروت، دار ابن كثير، 1407 هـ – 1987م.

15- مسلم بن الحجاج بن مسلم، **صحيح مسلم**، الجزء الثاني، دار طيبة السعودية، 1427هـ-2006.

16- مالك ابن أنس الأصبحي، **الموطأ**، برواية يحي بن يحي الليثي، دار النفائس، بيروت، لبنان، الطبعة العاشرة، 1407هـ-1978م .

17- محمد بن علي الشوكاني، **نيل الأوطار** ، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، 1427هـ .

04 – القواميس .

18- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، **لسان العرب**، المجلد 10، بدون طبعة، دار صادر، بيروت، بدون سنة النشر.

19- محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مؤسسة الرسالة، 1426هـ 2005م 1980 .

05 – الكتب والمراجع.

كتب الفقه الإسلامي:

20- أحمد محمد العساف، **الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة**، المجلد الرابع، دار إحياء علوم الدين، (ب.س.ن).

21- أحمد بن محمد أبو البركات أحمد الدردير، **الشرح الكبير**، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة ، بدون سنة.

22- أحمد بن تيمية، **مجموع فتاوى شيخ الاسلام أحمد ابن تيمية**، جمع عبد الرحمان محمد بن القاسم، مكتبة المعارف، الرباط، (ب.ت)، (ب.ط) .

23- أبو عبد الله محمد ابن إدريس الشافعي، **الأم**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1993م .

24- أبو بكر الجزائري، **العلم والعلماء**، دار الشهاب للطباعة والنشر، الجزائر، 1985م.

25- أبو محمد الحسن البغوي، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 516.

26- ابن عابدين، **حاشية المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الابصار**، الطبعة الثانية، الجزء الثالث، بيروت، دار الفكر، 1386هـ .

27- بن تيمية، أحمد عبد الحليم الحراني أبو العباس، **فتاوى ابن تيمية**، تحقيق عبد الرحمان النجدي، (ب.ت) ، (ب.ط) .

28- التواتي بن التواتي، **المبسط في الفقه المالكي بالأدلة**، المجلد الرابع، دار الوعي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006م.

29- الدسوقي، محمد ابن أحمد بن عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، بيروت، الجزء الثاني، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر، (ب.س) .

30- الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، دار الصادر، الجزء الخامس، بيروت، (ب.س) .

31- ابن القيم الجوزية، **أحكام أهل الذمة**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، يبروت، لبنان، 1995م.

32- ابن القيم الجوزية، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 1470هـ 1986م.

33- إبراهيم بن علي الشيرازي، **المهذب**، دار الفكر، بيروت، دون سنة النشر.

34- بدر الدين العيني، **البناية شرح الهداية**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ-2000م .

35- علاء الدين أبو بكر بن سعود الكسائي، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الطبعة الثانية، الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م.

36- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، **المحلى**، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الأفاق الجديدة، بيروت : دار الآفاق الجديدة .(ب.ط)، (ب.س).

37- علي بن سليمان المرداوي، **الإنصاف**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة .

38- علي بن محمد بن حبيب الماوردي، **الحاوي الكبير**، الطبعة الأولى، الجزء التاسع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1414هـ-1994م.

39- عبد العظيم بدوي الخليفة، **الوحيد في الفقه والسنة والكتاب العزيز**، الطبعة الثالثة، دار ابن رجب، 2001م.

40- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، **الإختيار لتعليل المختار**، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2005م.

41- محمد بن أحمد السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ.

42- أبو زكريا يحي بن شرف النووي، **روضة الطالبين، روضة الطالبين وعمدة المفتين**، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1392م .

43- زين الدين ابن إبرهيم ابن نجيم، شرح البحر الرائق، الطبعة الثانية، الجزء الثالث، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1419هـ-1997م .

44- محمد ابن إسماعيل الصنعائي، **سبل السلام شرح بلوغ المرام**، الجزء الرابع، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1427هـ-2006م .

45- مالك ابن أنس، **المدونة الكبرى** برواية سحنون، ويليها مقدمات ابن رشد، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، (ب.ت)، (ب.ط) .

46- محمد بن أحمد السرخسي، **المبسوط**، الجزء الخامس، دار المعرفة، لبنان، 1406هـ-1986م.

47- محمد الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، المجلد الأول، دار الفكر، بيروت، 1421هـ.

48- موفق الدين عبد الله ابن أحمد ابن قدامة، **المغني**، الجزء السابع، الطبعة الاولى، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان،1392 هـ-1972م.

49- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الطبعة الثالثة، الجزء السابع، دار الفكر، دمشق، 1421هـ-1985م .

50- يوسف القرضاوي، **الحلال والحرام في الإسلام**، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة 13، 1400هـ-1980م.

06- كتب في القانون

51- أحمد عبد الحميد عيشوش، **أحكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي**، مؤسسة شباب الجامعة الأسكندرية، 1990م .

52- أحمد نصر الجندي، **الطلاق والتطليق وأثرهما**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004م. (ب.ط).

53- أحمد نصر الجندي، **النفقات، الحضانة، الولاية على المال في الفقه المالكي**، غ.م، دار الكتب القانونية، مصر 2006م .(ب.ط) .

54- أحمد محمد علي داوود، **الأحوال الشخصية**، الجزء الثالث والرابع، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2009م.

55- أنور العمروسي، **موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع**، دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء المذاهب الأربعة والقوانين الوضعية، الجزء الثالث، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، 2003م.

56- الرشيد بن شويخ، **قانون الأسرة الجزائري المعدل**، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008م.

57- إسماعيل أبابكر البامربي، **أحكام الأسرة (الزواج والطلاق)**، دار الحامد للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2009م.

58- بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، (الزواج والطلاق) ، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ، الجزائر، 1999م.

59- بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005م.

60- باديس ديابي، **قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية**، (ب.ط)، دار الهدى الجزائر، (ب.س.ن).

61- بدران أبو العينين بدران، **الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون**، الطبعة الثالثة، بدون دار وسنة النشر.

62- بدران أبو العينين بدران، **العلاقات الإجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين**، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1994.

63- جميل الشقراوي، **الأحوال الشخصية لغير المسلمين والأجانب**، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، 1966م .

64- جمال الدين صلاح الدين، **القانون الدولي الخاص: الجنسية وتنازع القوانين**، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، 2008م.

65- رمضان علي السيد الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، (ب.د.ن)، الأسكندرية، 2001م.

66- زكية تشوار حميدو، **مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية**، (دراسة نظرية، تطبيقية، مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2008م .

67- سيد سابق، **نظام الأسرة والحدود والجنايات**، الجزء الثاني، دار الفكر للطباعة، والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998 م.

68- سعد فضيل، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (ب.س.ن).

69- سمير محمود محمود العقبي، **الحضانة في الفقه الإسلامي**، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المنار، مصر، 1986م.

70- شمس الدين الوكيل، **دروس في القانون الدولي الخاص**، (الجنسية والمواطن ومركز الاجانب) الطبعة الثانية، دار المعارف، الأسكندرية، 1961م .

71- عبد الكريم زيدان، **أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام**، مؤسسة الرسالة، بيروت 1982م.

72- عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 1416هـ- 1996م .

73- عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007م.

74- عبد القادر داودي، **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، الطبعة السابعة عشر، دار البصائر، سنة 2010م.

75- عبد العزيز عامر، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءاً**، دار الفكر العربي، بدون سنة النشر.

76- عز الدين عبد الله، **القانون الدولي الخاص في الجنسية وتمتع الأجانب بالحقوق– مركز الأجانب**، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977م.

77- عبد الرزاق يعقوبي، **قضاء المحكمة العليا في شؤون الأسرة**، دار هومة، الجزائر، 2018م.

78- عكاشة محمد عبد العال، **الإتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات**، دار الجامعة الحديثة، الأسكندرية، 1996م.

79- علي علي سليمان، **نظرات قانونية مختلفة**، د.م.ج، الجزائر، 1994م.

80- غالب الداوودي، **القانون الدولي الخاص الأردني**، الجزء الثاني في الجنسية، –دراسة مقارنة– مطبعة الروزنا، إربد، 1994م .(ب.ط) .

81- فاطمة حداد، **حق المطلقة الحاضِنة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية، 2017م.

82- فؤاد شباط، **المركز القانوني للأجانب في سورية**، مطبعة جامعة دمشق، سورية1995م.

83- قدري عبد الفتاح الشهاوي، **مؤسسة تشريعات الأحوال الشخصية**، منشأة المعارف، الأسكندرية، 2001م .(ب.ط).

84- محمد أمقران بوبشير، **قانون الإجراءات المدنية نظرية الخصومة، الإجراءات الإستثنائية**، طبعة 1998مديوان المطبوعات الجامعية، (ب.س.ن).

85- محمد كمال الدين إمام، **الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي**، المؤسسة الجامعية للدراسات والطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1996م.

86- محمد أحمد سرَّاج، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، (ب.س.ن).

87- محمد سمارة، **أحكام وآثار الزوجية "شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية"** ، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2008م.

88- محمد يوسف موسى، **أحكام الأحوال الشخصية**، الجزء الأول، سنة1995م، (ب.ب.ن).

89- محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي، 1957م .

90- محمود علي السرطاوي، **فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)**، الطبعة الأولى، دار الفكر، الأردن، 2008م.

91- لحسن بن الشيخ آث ملويا، **المرشد في قانون الأسرة**، دراسة تفسيرية، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2014م.

92- يوسف دلاندة، **دليل المتقاضي في قانون الأسرة**، (الزواج والطلاق)، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2008م.

07- الرسائل الجامعية

93- أميرة مازن عبد الله أبو رعد، **أثر اختلاف الدين على أحكام الزواج في الفقه الإسلامي**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة نابلس، فليسطين، 2007م.

94- أحمد لحمر ، **النظام القانوني للأجانب في الجزائر**، مذكرة لنيل درجة الماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقائد، تلمسان، 2002-2003م.

95- إيناس بن عصمان، **مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008م.

96- خالد بوعروس، **الزواج المختلط، الإشكالات القانونية والانعكاسات الاجتماعية**، رسالة ديبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الملك السعدي، طنجة، المغرب، 2007م.

97- زبير بولعواد، **أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفهما في القانون والشريعة الإسلامية**، إجازة المعهد الوطني للقضاء، مجلس قضاء المدية، دفعة 2004م.

98- شبورو نورية، **الزواج المختلط وتأثيره على حياة الزوجين**، -دراسة مقارنة- رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان .سنة : 2016-2017 م .

99- سهام كربال، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماستر في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012م.

100-سمية عبد الرحمان عطية، **عقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي**، مذكرة لنيل درجة الماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، د.س.ن.

101-صالح بوغرارة، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007م.

102-عبد اللطيف بعجي، **تفردات المالكية في باب النكاح**، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة الإسلامية، فرع فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر باتنة، 1431هـ-2010م.

103-عبد اللطيف والي، **الحماية القانونية للطفل**، دراسة مقارنة – الجزائر، تونس، المغرب- (أطروحة دكتوراه) ، قسم القانون العام، جامعة الجزائر 01، يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2015/2014م.

104-محمد مصباح النمورة، **أحكام غير المسلمين في دار الإسلام والقضاء والأحوال الشخصية والعقوبات**، مذكرة لنيل درجة الماجيستر في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فليسطين، 2011م.

105-نبيلة تركماني، **أسباب الطلاق وآثاره القانونية والإجتماعية**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر، جامعة، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ، قسم الحقوق، 2001م.

106-وليد ميرة، **أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، شريعة وقانون، جامعة باتنة، 2004-2005م.

08 المقالات والمجلات:

107-**الأحوال الشخصية التونسية**، الطبعة الثانية، المطبعة الرسمية، تونس، 1982م.

108-أيت منصور كمال، **إشكالية القانون الواجب التطبيق على الإنفصال الجسماني والتبني**، المجلة الأكديمية للبحث القانوني، عدد:02، 2010م.

109-بلقاسم أعراب، **مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي**، دراسة تأصيلية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، 1994م.

110-عيسى حداد، **الحضانة بين القانون والإجتهاد القضائي**، مجلة التواصل، مجلة العلوم الإجتماعية والسياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، العدد: 15، 2005م.

111-**مدونة الأحوال الشخصية المغربية**، الطبعة الثانية، المطبعة الأمنية، الرباط، 1962م.

112-نسيمة أمال حفري، **نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري**، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والإجتماعية، جامعة وهران 02، العدد27، جوان 2017م.

09 النصوص القانونية:

113-القانون رقم (84/11)، المؤرخ في 09 يونيو1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجزيدة الرسمية العدد24 ، بتاريخ 12 يونيو 1984م.

114-القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 24 بتاريخ : 12 يونيو 1984م.

115-القانون رقم: (11/84)، مؤرخ في 09 يونيو سنة: 1984م، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ **في** 27 /2005/02، الجريدة الرسمية، عدد15 مؤرخة في 2005/02/27 م.

116-القانون رقم(84-11) المؤرخ في 09 يونيو1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 24 بتاريخ 12 يونيو1984.

117-القانون رقم(11/84)، المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم الجريدة الرسمية.

118-الأمر رقم(211/66)، المؤرخ في 21 يوليو سنة 1966م.
119-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 79891، الصادر بتاريخ: 1990/04/30، المجلة القضائية، العدد الأول1992م.
120-قرار المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص: 1979/02/05م، ملف رقم: 19303، النشرة القضائية 1981م، العدد الأول.
121-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 84513، مؤرخ في 1992/06/02، المجلة القضائية، عدد1993/01.
122-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1990/02/05م،ملف رقم : 58812، م.ق، 1992م، عدد: 04.
123-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/12/19م، ملف رقم: 51894، م.ق: 2001، عدد خاص.
124- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/07/21م، ملف رقم: 201336، م.ق، 2001، عدد خاص.
125-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 134951، بتاريخ: 1996/05/21م، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2007م .عن باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية.
126-م.ع.غ.أ.ش: ملف رقم: 43594، بتاريخ:1986/09/22م،ن.ق.غ44.
127-م.أ.غ.ش.أ، ملف رقم: 52207، بتاريخ: 1986/01/22.م.ق.ع4، 1990م.
128-أنظر قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998.2104، ملف رقم: 189234، 2001، عدد خاص.

10 المجامع الفقهية:

129-مجمع الفقه الاسلامي، قرار رقم: 23، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، مكة المكرمة، السعودية، 2002م.

11 الكتب الأجنبية:

130– Article 1 du ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative a l'entrée et au séjour des étrangers en France et portant création de l'office national d'immigration, « Sont considérés comme étrangers au sens de la présente ordonnance tous individus qui n'ont pas la nationalité française, soit qu'ils aient une nationalité étrangère, soit qu'ils n'aient pas de nationalité».

الملخص

ملخص للبحث بالعربية:

إن الشريعة الاسلامية باعتبارها أحسن وأقوم الشرائع السماوية وأشملها للقوانين والمبادئ التي تُسيِّر الكون، فلقد وضع الاسلام نظاماً محكماً للزواج يقوم على أقوى المبادئ والقيم التي من شأنها تحقق الاستقرار الاسري وتنشر الفضيلة في المجتمع، فأضفى عليه قدسية تجعله فريداً من بين العقود الاخرى، وزواج الاجانب واحد من بين هاته الانكحة.

كما أن الشريعةُ الاسلاميةُ وقانون الاسرة الجزائري خص الطفل المحضون عنايةً خاصة وأولاه اهتماماً واسعاً بالحفاظ على مصلحته والتأكيد عليها ضمن أحكامٍ شرعيةٍ ونصوص قانونيةٍ تهدف بالدرجة الاولى إلى حماية حقوق الطفل من الضياع، وفقاً لضوابط ومعايير مستمدة معظمها من الشرع .

وتعتبر الحضانة من أهم المسائلِ الفقهية والقانونية التي تعكس اهتمام التشريع بمصلحة الطفل، وذلك من خلال تحديد أصحاب الحق فيها ضمن شُروطٍ مُعينةٍ ينبغي توافرها في الشخص الحاضن تحقيقاً لفحوى الحضانة ومقصودها.

Summary in English:

The Islamic law is considers as the best and most comprehensive of the heavenly laws and principles that govern the universe, Islam has established a tight system of marriage based on the strongest principles and values that will achieve family stability and spread virtue in society, and has given it a sanctity that makes it unique among other contracts, and the marriage of foreigners is one of thèse réfractions.

In addition, Islamic law and Algerian family law have singled out children who are given special attention and have given it a broad interest in preserving their interests and affirming them within legitimate provisions and legal provisions aimed primarily at protecting the rights of the child from being lost, in accordance with rules and standards dérived mostly from Sharia.

The law also provides for the right to work, and the right to a child is the right to be a child.

فهرس

الموضوعات

فهرس الموضوعات

مقدمة 01

الفصل التمهيدي: زواج الأجانب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري 07

المبحث الأول: مشروعية الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري 07

المطلب الأول: تعريف الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري 07

الفرع الأول: تعريف الزواج في الفقه الإسلامي 07

أولاً : الزواج في اللغة 07

ثانياً: الزواج في الإصطلاح الشرعي 08

الفرع الثاني: تعريف الزواج عند الفقهاء المعاصرين 09

الفرع الثالث: تعريف الزواج لدى المشرع الجزائري 10

المطلب الثاني: أدلة مشروعية الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري..... 10

الفرع الأول: مشروعيته في الشريعة الإسلامية..... 10

أولاً: من القرءان الكريم 10

ثانياً: من السنة النبوية 10

الفرع الثاني: مشروعيته في القانون الجزائري 11

المبحث الثاني: تعريف الأجنبي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية 11

المطلب الأول: تعريف الأجنبي في الشريعة الإسلامية 11

الفرع الأول: المفهوم اللغوي 11

الفرع الثاني: التعريف الإصطلاحي 12
المطلب الثاني: تعريف الأجنبي من الناحية القانونية 12
الفرع الأول: بعض التعاريف الفقهية 13
الفرع الثاني: تعريف المشرع الجزائري للاجنبي 13
الفصل الاول: زواج الاجانب وأحكامه في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري 15
المبحث الاول: أحكام زواج الاجانب في الفقه الاسلامي 15
المطلب الاول: زواج الاجانب في الفقه الاسلامي 15
الفرع الأول: مفهومه 15
الفرع الثاني: حكمه 15
المطلب الثاني: صور وأحكام زواج الاجانب في الفقه الاسلامي 17
الفرع الاول: صور زواج الاجانب في الفقه الاسلامي..... 17
أولاً : زواج المسلم بالأجنبية الكتابية 18
ثانياً : زواج المسلمة بالأجنبي غير المسلم 19
الفرع الثاني: الحكمة من تحريم بعض الانكحة على المسلمين 20
أولاً: الحكمة من تحريم زواج المسلمة بالكتابي 20
ثانياً: الحكمة من تحريم زواج المسلمة بالأجنبي (غير مسلم) 21
ثالثاً: أقوال الفقهاء في حكم زواج المسلمة بالأجنبي (غير مسلم) 22
الفرع الثالث: أحكام إسلام الأجانب في الفقه الإسلامي 23

أولاً: حكم دخول كلا الزوجين الأجنبيين إلى الإسلام 23
ثانياً: حكم دخول أحد الزوجين الأجنبيين إلى الإسلام 27
ثالثاً: حكم زواج الأجانب في دار الإسلام 27
رابعاً: آراء الفقهاء في أنكحة الأجانب (غير مسلمين) 29
خامساً: حكم أنكحة الأجانب (غير مسلمين) لبطلانها أو فسادها في الإسلام 29
المبحث الثاني: صور وأحكام الزواج المختلط في القانون الجزائري 30
المطلب الأول: تعريف الزواج المختلط في التشريع الجزائري وصوره وأسبابه وعوامل انتشاره 31
الفرع الأول: تعريف الزواج المختلط وصوره 31
أولاً: تعريفه 31
ثانياً: صوره 32
الفرع الثاني: أسباب الزواج المختلط في الجزائر 32
الفرع الثالث: العوامل المؤثرة على الزواج المختلط في الجزائر 33
المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بالزواج المختلط في التشريع الجزائري 35
الفرع الأول: حالة زواج الأجانب المقيمين بالجزائر 35
الفرع الثاني: حالة زواج أجنبي مقيم بالجزائر والآخر غير مقيم بها 35
الفرع الثالث: حالة زواج المرأة الجزائرية بالأجنبي 36
المطلب الثالث: حقوق ا لأجانب وموقف المشرع الجزائري من أحكام الشريعة الإسلامية 37
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من حقوق الأجانب في الشريعة الإسلامية 37

أولاً: موقفه من زواج الجزائري المسلم بالأجنبية الكتابية 37
ثانياً: موقفه من زواج الجزائرية المسلمة بالأجنبي (غير مسلم) 37
الفرع الثاني: حق الأجنبي بالزواج في الجزائر 38
الفرع الثالث: الوثائق المطلوبة في انعقاد الزواج المختلط 38
الفصل الثاني: أحكام وآثار الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري 39
المبحث الأول: أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري 40
المطلب الأول: ماهية الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري 40
الفرع الأول: ماهية الحضانة 40
أولاً: ماهية الحضانة 40
ثانياً: مفهوم الحضانة 40
ثالثاً: التعريف اللغوي للحضانة 41
رابعاً: التعريف الفقهي للحضانة 41
خامساً: التعريف القانوني للحضانة 51
الفرع الثاني: حكم وأدلة مشروعية الحضانة 42
أولاً: حكم الحضانة 43
1- في الفقه الإسلامي 43
2- في القانون الأسرة الجزائري 44
ثانياً: أدلة مشروعيتها 45

الفرع الثالث: مدة الحضانة وأهميتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري 47
أولاً: مدة الحضانة 47
1/ مدة بدأ الحضانة 48
2/ مدة إنتهاء الحضانة 49
ثانياً: أهمية الحضانة في قانون الأسرة الجزائري 49
المطلب الثاني: شروط الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري 50
الفرع الأول: الشروط المشتركة بين الرجال والنساء 50
الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء 53
الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال 55
المطلب الثالث: ترتيب مستحقي الحضانة وخصائصهم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.. 55
الفرع الأول: مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي 55
أولاً: القريبات المحارم 56
ثانياً: العصبات المحارم من الرجال 57
ثالثاً: المحارم من الرجال من ذوي المحارم 57
رابعاً: ما يراه القاضي أصلح للمحضون 57
الفرع الثاني: الترتيب القانوني لمستحقي الحضانة 58
الفرع الثالث: خصائص الحضانة في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري 58
اولاً: الحضانة من النظام العام 59

ثانياً: الحضانة ليست جبراً ولا تلزم صاحبها 59

ثالثاً: الحضانة حق مشترك 59

المبحث الثاني: آثار وإشكالات الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري 60

المطلب الأول: آثار الحضانة 60

الفرع الأول: نفقة الحضانة وأجرتها 60

أولاً: نفقة المحضون 60

ثانياً: أجرة المحضون 61

الفرع الثاني: سكن ممارسة الحضانة 61

الفرع الثالث: حق الزيارة ووقتها ومكانها 63

أولاً: حق الزيارة 63

ثانياً: وقت الزيارة 63

ثالثاً: مكان الزيارة 64

المطلب الثاني: مسقطات الحضانة واسترداد الحق فيها بعد سقوطها..... 65

الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة 65

الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة بعد سقوطه 67

الفرع الثالث: الإجراءات القضائية لدعوى سقوط الحضانة 68

أولاً: الشروط الشكلية 68

ثانياً: الشروط الموضوعية 69

المطلب الثالث: إشكالات الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري 70
الفرع الأول: أثر اختلاف الدين على حضانة الأولاد 70
أولاً: أراء الفقهاء في الحضانة عند اختلاف الدين 70
ثانياً: الرأي الراجح 73
الفرع الثاني: أثر الجنسية المختلفة على حضانة الأولاد 73
الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق عند التنازع على الحضانة 75
الخاتمة 78
الملاحق 81
فهرس الآيات 84
فهرس الأحاديث 86
فهرس المصادر والمراجع 87
الملخص 100
فهرس الموضوعات 101