تأثير اختلاف ديانة الزوجين في إسناد حضانة الأبناء

The impact of the difference in the religion of the spouses

In the attribution of custody of the children

شبايكي نزهة*
كلية الحقوق جامعة الجزائر 1
Chebaiki.nezha@gmail.com

أ. د عجة الجيلالي
كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1
adjajilali@yahoo.fr

تاريخ الإرسال: 2020/06/13 تاريخ القبول:2021/02/09 تاريخ النشر: مارس 2021

الملخص:

يعتبر الزواج المختلط المجال الخصب لتصادم قيم وعادات وتقاليد الزوجين المختلفين في الديانة وقد نتج عن هذا الزواج العديد من المشاكل عند إسناد الحضانة لأحدهما بعد الانفصال، حيث يثور إشكال حول مدى أحقية الأم غير المسلمة بحضانة أطفالها، ويزداد هذا الإشكال حدة أمام شرط تربية الابن على دين أبيه، الذي كرسته الدول ذات المرجعية الدينية مثل الجزائر، فهذا الحكم لا تقره الدول الغربية التي لا تعتد بالحالة الدينية للشخص.

فالاعتداد بالحالة الدينية لممارسة الحضانة نتج عنه مشاكل عديدة، بسبب الاختلاف الموجود بين قانون الدولة التي ينتمي إليها الأب، وقانون الدولة التي تنتمي إليها الأم وكذلك قانون الطفل، إضافة إلى تغيير الدين سواء باعتناق الدين الإسلامي أو الردة، فقد كانت هذه المسائل ذات تأثير كبير على الحضانة.

الكلمات المفتاحية: الحضانة، الزواج المختلط، اختلاف الديانة، التربية الدينية، تغيير الديانة.

Abstract:

Mixed marriage is a fertile area of conflicts between values, customs and traditions of spouses from different religions; which created numerous problems in the attribution of the custody to one of them after the separation. One of which, is a question of whether a non-Muslim mother is entitled to custody of her children or not? This problem stems from the fact that the son should be raised on the religion of his father as it was established by countries with religious authority, such as Algeria. Religious authority is a system that is not upheld by Western countries which do not consider the person's religious status. in addition to the changing in religion, whether by converting to Islam or apostasy, all these issues had a major impact on custody.

Keywords: custody, mixed marriage, religion, religious education, change of religion.

***المؤلف المرسل:** شبايكي نزهة، Chebaiki.nezha@gmail.com

مقدمة:

إذا كان السائد في الدول الغربية فصل الدين عن الدولة، فقد كان من نتائج ذلك أن هناك بعض المسائل والقواعد التي يمكن إرجاعها إلى أساس ديني كالزواج والحضانة، لم تعد شرعيتها تستند إلى أساسها الديني، وإنما إلى النظام العام، ولكن بالنسبة للبلدان الإسلامية فالأمر يختلف، إذ لا يمكن الفصل بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق والدين، فالقواعد القانونية المنظمة للأحوال الشخصية ترتكز على أسس ومبادئ أخلاقية ودينية بما يحقق مصلحة المجتمع ويحافظ على نظامه العام[1].

فقد عرفت العلاقات المرتبطة بالأحوال الشخصية تطورا ملحوظا على المستوى الدولي بفعل تنامي ظاهرة الهجرة وتزايد حالات الزواج المختلط ، هذا الأخير قد يخلق مشاكل عديدة مما يجعله من أكثر الروابط العائلية إثارة للتنازع بين القوانين عند انحلاله، وذلك نتيجة لجمعه ما بين جنسيتين وديانتين مختلفتين، وأهم ما يكون محلا لهذا التنازع الحاصل بشأن الزواج المختلط الآثار التي يرتبها انحلاله ومنها الحضانة.

حيث تكاد تتفق معظم التشريعات على إسناد حضانة الأبناء بعد انحلال الرابطة الزوجية للأم إن توفرت فيها الشروط الموضوعية اللازمة لقيامها بتربيتهم وإلا انتقلت للأب، وفي جميع الأحوال يبقى له في مقابل منح الحضانة للأم، حق ممارسة الزيارة للأبناء ومراقبة تربيتهم باعتباره وليهم، هذا في حالة اتحاد ديانة الزوجين، فلا إشكال هنا، لكن عند اختلاف ديانتهما يختلف الأمر حيث يثور إشكال حول مدى أحقية الأم غير المسلمة بحضانة أطفالها، فالاعتداد بالحالة الدينية لممارسة الحضانة نتج عنه مشاكل عديدة، بسبب الاختلاف الموجود بين كل من قانون الأب وقانون الأم وأيضا قانون الطفل.

ففي حالة زواج جزائري مسلم وأجنبية غير مسلمة ثم وقع الطلاق، فإنه في هذه الحالة يسقط حق الأم في الحضانة بسبب عقيدتها الدينية المختلفة عن عقيدة الأب ومثل هذا الحكم غير مقبول ولا تقره النظم القانونية الغربية التي لا تعتد بالحالة الدينية للشخص[2].

من هنا يثور الإشكال التالي: ما هي الإشكالات التي يثيرها اختلاف ديانة الأبوين فيما يخص حضانة الأبناء؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة اعتمدنا على المنهج التحليلي، من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية، كما اعتمدنا على المقارنة بين مذاهب الفقه الإسلامي وقانون الأسرة بالإضافة إلى

---

[1] محمد ناصر متيوي، موقع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في النظام الوطني المغربي، مجلة الإشعاع، القنيطرة، العدد 28، فبراير 2004، ص 35.

[2] زروتي الطيب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط، تعليق على فتوى شرعية للمجلس الإسلامي الأعلى، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية العدد رقم 04، 1993، ص 931.

بعض القوانين العربية كلما اقتضى الأمر ذلك، وقد قسمنا موضوع بحثنا إلى مبحثين الأول يتعلق بمدى أحقية الأم غير المسلمة بحضانة أطفالها، بينما يتعلق الثاني بالإشكالات التي يثيرها اختلاف الديانة بين الزوجين.

المبحث الأول: مدى أحقية الأم غير المسلمة بحضانة أطفالها

بعد انحلال الرابطة الزوجية تكون الأم أولى بحضانة أطفالها إن توفرت فيها الشروط الموضوعية اللازمة لقيامها بتربيتهم، لكن إذا كانت الأم غير مسلمة، فهنا يثور إشكال حول مدى أحقيتها بحضانة أبنائها من زوجها المسلم، وقد اختلفت آراء الفقهاء حول هذه المسألة وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسنتطرق فيه إلى كيفية معالجة المشرع الجزائري لمسألة أحقية الأم غير المسلمة بحضانة أطفالها.

المطلب الأول: الاختلاف الفقهي حول شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون

لا يختلف أحد من الفقهاء على ثبوت حق المسلم في حضانة المسلم أيا كانت جنسيته[1]، لكن اختلفت آراؤهم حول شرط اتحاد الدين في إسناد الحضانة، وحول حق الأم غير المسلمة في حضانة ابنها من زوجها المسلم، ويمكن حصر الخلاف في قولين، القول الأول هو أن اختلاف الدين لا يسقط الحضانة وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول، أما القول الثاني يتمثل في أن اختلاف الدين يسقط الحضانة وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل في الفرع الثاني.

الفرع الأول: اختلاف الدين لا يسقط الحضانة

هذا القول هو للمالكية والحنفية، حيث ذهبوا إلى أن اختلاف الدين بين الحاضنة والمحضون لا يؤثر في أحقيتها للحضانة، فلا يشترط إسلام الحاضنة.

فالمالكية قالوا أن الإسلام ليس شرطا في الحاضنة، فالذمية لها من الحضانة على ولدها المسلم ما للمسلمة، ويبقى الطفل مع أمه غير المسلمة إلى غاية انتهاء مدة الحضانة، وتمنع من تغذيته خنزيرا أو تسقيه خمرا ، فإذا خيف أن تفعل به ذلك فإنها تضم مع طفلها أحد المسلمين ليكون رقيبا عليها في حفظ الولد من الفساد و لا ينزع منها[2].

---

[1] محمد ناصر متيوي، المرجع السابق، ص 35.

[2] شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المجلد 2، بدون طبعة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون سنة النشر، ص 529. الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المجلد 05، بدون طبعة، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة السعودية، بدون سنة نشر، ص 41.

أما الحنفية فذهبوا إلى أن الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر[1]، وينزع الطفل من يدها إذا خيف عليه إفساد دينه وذلك في حالتين:

- إذا كان الطفل يعقل الأديان ويخشى من تأثره بدينها،
- إذا ثبت أنها تحاول تلقينه دينها وتعويده عاداتها[2] .

فالخلاف بينهم كان فقط حول المدة التي يبقى فيها المحضون في يد الحاضنة غير المسلمة، وقد استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

أولا– ماروي عن رافع ابن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: ابنتي فطيم أو شبهه، وقال رافع: ابنتي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أقعد ناحية، وقال لها: اقعدي ناحية، وقال لهما: ادعواها، فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: اللهم أهدها، فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها[3].

ثانيا– أن الحضانة إنما شرعت لخدمة الرضيع والقيام على شؤونه، والأم أكثر شفقة على ولدها وأكثرهم قدرة على رعايته[4].

الفرع الثاني: اختلاف الدين يسقط الحضانة

يمثله الشافعية والحنابلة، حيث ذهبوا إلى أن الإسلام يعتبر من ضمن الشروط الواجب توفرها لاستحقاق الأم للحضانة، وبالتالي لا تجوز حضانة غير المسلم للمسلم، واستدلوا في ذلك بما يلي:

أولا– أن الحضانة نوع من الولاية، فلا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح والمال، فهي إذا لم تثبت للفاسق فالكافر أولى، لأن ضرره أكثر فإنه مجتهد في إخراجه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتربيته عليه وهذا أعظم الضرر، والحضانة إنما تثبت لحفظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه[5].

---

[1] كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير على هداية بداية المبتدئ الجزء 03، طبعة 01، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2003، ص 316، 317.

[2] الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، بدون طبعة، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص 408.

[3] أخرجه أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، بدون طبعة، بدون سنة نشر، الجزء 2، ص 273.

[4] السرسخي محمد أبي سهل، المبسوط، دار المعارف، بيروت، 1406هـ ، ص 210.

[5] عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ج 09، طبعة 01، دار الفكر، بدون ذكر البلد، 1405، ص 298.

ثانيا– كما احتجوا بقوله تعالى: "**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**" [1]، وقوله تعالى: "**يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا الكافرين أولياء من دون المؤمنين**"[2].

أما حضانة المسلم لغير المسلم فهي جائزة باعتبار أنها لا تلحق ضررا بالمحضون.

ثالثا– أن نشوء الصغير منذ نعومة أظافره في بيت غير مسلم قد تتطبع في ذهنه صور لمرئيات يكون لها تأثير في حياته، والقول بأن ينزع من الحاضنة إذا عقل أو خيف عليه أن يألف الكفر قول فيه مخاطرة [3].

رابعا– حديث رافع بن سنان الذي استدل به أصحاب الرأي الأول، أن وجه الدلالة في دعاء الرسول صلى الله عليه وسلم للصغيرة بالهداية حين مالت إلى أمها الكافرة دليل على أن اختيار الطفلة كان على غير هدى، فلو كان اختيارها صحيحا لتركها الرسول تذهب لأمها ولما دعا لها بالهداية، لكن إبطال ذلك الميل بدعاء الرسول دليل على عدم أحقية الأم في الحضانة [4].

المطلب الثاني: كيفية معالجة المشرع الجزائري لمسألة أحقية الأم غير المسلمة بحضانة ابنها

لم يعالج المشرع الجزائري هذه المسألة، لكنه وضع شروطا لإسناد الحضانة تتمثل في شرط تربية الابن على دين أبيه، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول، إضافة إلى شرط ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني، وهذا ما سنعالجه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شرط تربية الابن على دين أبيه

يقع عبء تربية الأبناء ورعايتهم على الزوجين، فكلاهما راع وعندما يتوحد التصور بينهما تغدو التربية موجهة بطريقة موحدة تنعدم فيها الازدواجية فيستشعر الأبناء وحدة العقيدة تجمع بين الوالدين فتتوحد نفوسهم ولا تتشتت، أما إذا كان الأمر على عكس ذلك فسوف ينعكس بالسلب على تربية الأطفال ورعايتهم[5].

إن الهدف من شرط تربية الطفل على دين أبيه الذي تبنته الدول ذات المرجعية الدينية هو الحفاظ على عقيدة المحضون، فالدين عنصر مهم في تربية المحضون، ويفيد هذا الشرط أنه تجب المحافظة

---

[1] سورة النساء، الآية 141

[2] سورة النساء الآية 144.

[3] خالد عبد العظيم أبو غابة، حقوق المحضون، دراسة في الشريعة الإسلامية، طبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 180.

[4] ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، الجزء 05، مؤسسة الرسالة، بدون طبعة، دون ذكر البلد، دون سنة النشر، ص 410، بدران أبو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين في الشريعة الإسلامية واليهودية والمسيحية و القانون، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، بدون طبعة، بدون سنة النشر، ص 159.

[5] نبيل وحياني، اختلاف الدين بين الزوجين، دراسة فقهية وقانونية، دبلوم لنيل رسالة الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2008–2009، ص 79.

على الهوية الإسلامية للطفل المسلم الموجود تحت الحضانة، بحيث يجب على الحاضن أن يوفر له جوا يساعده على ترسيخ تلك الهوية.

لذلك فقد كرس المشرع الجزائري هذا الشرط في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري[1] التي تنص على أن:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا." فإذا اختل هذا الشرط سقطت الحضانة عن الحاضن وهذا طبقا للمادة 67 من نفس القانون[2] ، ومن خلال هذا الشرط يكون المشرع قد تفادى المخاطر الناجمة عن تطبيق مبدأ حرية اختيار دين الطفل المحضون، لأنه لا يمكنه اختيار الدين الذي يعتنقه وهو في سن صغيرة، كما ينبغي عليه الالتزام بطاعة والديه، إضافة إلى أن مراعاة مبدأ عدم زواج المسلمة بغير المسلم يترتب عليه أن يكون الأطفال نتيجة الزواج المختلط مسلمين بصفة تلقائية [3].

في هذا الصدد نشير إلى اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 [4] ، حيث نصت المادة 14 منها على أنه:"

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

2- تحترم الدول الأطراف حقوق وواجبات الوالدين وكذلك تبعا للحالة، الأوصياء القانونيين عليه في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تنسجم مع قدرات الطفل المتطورة ".

أثارت هذه المادة بفقرتيها الأولى والثانية حساسية الدول الأطراف، حيث تحفظت 16 دولة بشأنها وأصدرت خمسة دول تحفظات عامة بعدم تطبيق أحكام المعاهدة المتعارضة مع الشريعة الإسلامية، في حين أصدرت دول أخرى إعلانات تفسيرية بخصوصها من بينها الجزائر،التي أصدرت إعلانا تفسيريا بخصوص هذه المادة، أكدت من خلاله أن احترام حق الطفل في حرية الدين ليس مطلقا، وإنما هو مقيد بالمقومات الأساسية للنظام القانوني الجزائري المتمثل في أن الإسلام دين الدولة حسب الدستور الجزائري، كما أن حرية الرأي والضمير لا يمكن المساس بها، وأن هذا الإعلان لا يمس بأحكام الاتفاقية وإنما يؤكدها ويوضح معالمها.

---

[1] قانون رقم 84- 11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية العدد 15 المؤرخ في 27 فيفري 2015.

[2] تنص المادة 67 من قانون الأسرة على أنه تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه....." إذ يعتبر شرط تربية الابن على دين أبيه من بين هذه الشروط

[3] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004 – 2005، ص 298.

[4] اعتمدتها الجمعية العامة في قرارها رقم 44- 25 بتاريخ 21 نوفمبر 1989 والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 02 سبتمبر 1990، وصادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم 92-06 المؤرخ في 17 نوفمبر 1992، المتعلق بالمصادقة على الاتفاقية، جريدة رسمية عدد 83 الصادرة في 18 نوفمبر 1992.

أما بالنسبة للفقرة الثانية من المادة السالف ذكرها والمتعلقة بواجب الدولة في احترام حق الوالدين أو الممثل الشرعي لتوجيهه لممارسة حقه في الدين، فهذا الحق مكفول بموجب قانون الأسرة الذي ينص على أن الطفل يربى وفقا لدين أبيه حسب أحكام الشريعة الإسلامية التي تعد من مقومات الدولة الجزائرية.

أمام هذه الوضعية نجد أن المرجعية الدينية تبقى حاضرة لقوة تأثيرها، فهي لا تعتد بحرية اختيار الطفل للدين الذي يرضاه [1].

هذا وقد كرس القضاء الجزائري شرط التربية الدينية للمحضون، فأسند الحضانة للأم الأجنبية غير المسلمة شريطة تربية الابن على الدين الإسلامي، لكن إذا خيف على دين المحضون فإن الحضانة تسقط عنها حيث جاء في إحدى قراراته: " لقد ثبت من أوراق ملف القضية أن الأم التي هي مسيحية عمدت تمسيح الأولاد كما ثبت ذلك من سجل الكنيسة والشهادات على التمسيح في الملف، لكن المجلس مع هذا المبطل للحضانة أقرها للأم مع أن الطاعن تقدم بطلب إسقاطها ولم يجبه المجلس على ذلك، لهذا استوجب النقض" [2] .

أما فيما يخص موقف التشريعات العربية من شرط تربية الابن على دين أبيه فقد انتهجت بعض التشريعات العربية نفس النهج الذي سار عليه التشريع الجزائري، حيث أكدت على ضرورة تربية الطفل على دين أبيه، منها المشرع المغربي فجاء في المادة 54 فقرة 06 من مدونة الأسرة [3] أن:" للأطفال على أبويهم الحق في التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل ... "، كما أكدت المادة 173 في فقرتها الثالثة على: " القدرة على تربيه المحضون وصيانته ورعايته دينيا..." يظهر من نص هذه المادة أن المشرع المغربي ترك الرعاية الدينية مطلقة سواء على دين الأب أو على دين الأم، لكن يبدو أن المقصود هو ضرورة تنشئة الطفل المحضون على دين أبيه المغربي على اعتبار أن غير ذلك يعد مخالفة صريحة للنظام العام المغربي، وهذا ما يفسر تحفظ المغرب على المادة 14 من اتفاقية حقوق الطفل [4] .

[1] jean Deprez, mariage mixte, islam et nation, Revue Algérienne des sciences juridiques économique et politique, volume 12, N 1 mai 1975,p 93.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1979/04/16، ملف رقم 19287، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، 1981، العدد 02، ص 108.

[3] قانون رقم 03- 70 المؤرخ في 05 فيفري 2004، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، جريدة رسمية عدد 5184.

[4] جليلة ادريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 2010، ص 45.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد نص في المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية المصري [1] على أنه: " يثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب". فالمشرع المصري لم يشترط اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون.

أما بخصوص المشرع الأردني فقد نص في المادة 172 من القانون الأردني [2] على أنه: " يشترط في مستحق الحضانة أن يكون قادرا على تربية المحضون وصيانته دينيا... وألا يكون مرتدا." يفهم من مصطلح صيانته دينيا أن المشرع الأردني مثل المشرع المغربي ترك مسألة التربية الدينية مطلقة سواء على دين الأب أو دين الأم، غير أنه أضاف عبارة ألا يكون مستحق الحضانة مرتدا لينفرد بهذا الحكم عن باقي التشريعات العربية التي لم تنص على هذه المسألة.

هذا وقد نص المشرع التونسي في الفصل 59 من مجلة الأحوال الشخصية [3] على أنه: " إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره وأن لا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه، ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانت هي الحاضنة". يفهم من هذا النص أنه إذا كانت الحاضنة هي الأم وهي غير مسلمة فإن هذا لا يحرمها من إسناد الحضانة لها، وبذلك يكون المشرع التونسي قد نص صراحة على أن إتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون غير إلزامي على عكس التشريعات العربية الأخرى التي لم تتناول مسألة اختلاف الدين بين الحاضنة والمحضون ومدى أحقية الأم غير المسلمة في حضانة ابنها.

أخيرا المشرع الليبي الذي نص في المادة 64 من القانون الليبي[4] على أنه: " تستحق الأم الكتابية حضانة أولادها المسلمين ما لم يتبين منها تنشئة الأولاد على غير دين أبيهم المسلم". فقد كان المشرع الليبي أكثر وضوحا مقارنة بالتشريعات السالف ذكرها حيث نص صراحة على جواز حضانة الأم غير المسلمة لأبنائها شريطة تنشئتهم على دين أبيهم.

الفرع الثاني: شرط ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني

هذا الشرط نصت عليه المادة 69 من قانون الأسرة التي جاء في فحواها أنه: " إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون."

---

[1] قانون رقم 100 لسنة 1985 المعدل والمتمم للقانون رقم 25 لسنة 1929 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري.

[2] قانون رقم 36 لسنة 2010 المؤرخ في 2010/10/17، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، الجريدة الرسمية العدد 5061.

[3] أمر 13 أوت 1956 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، منشور بالرائد الرسمي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.

[4] قانون رقم 10 لسنة 1984 المؤرخ في 1984/04/19، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الليبي.

استقر الاجتهاد القضائي على منح الحضانة للأم الأجنبية غير المسلمة استنادا إلى المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، ولكن شريطة إقامتها بالجزائر، فقد جاء في إحدى قراراته: " لما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين اللذان أسندا حضانة البنتين إلى أمهما، فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين لكون بقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلا عن أن الأب له الحق للرقابة وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون [1].

كما لم يمنح القضاء للأم غير مسلمة حق الحضانة بحجة أنها غير مقيمة بالجزائر، الشيء الذي يؤثر على دين الطفل وتقاليده[2] .

إن إقرار هذا المبدأ يرجع إلى عدة اعتبارات أهمها تمكين الأب من ممارسة حقه في الزيارة، إضافة إلى تمكينه من ممارسة الرقابة على تربية الابن، فكما هو معلوم أن الأم الأجنبية بعد الطلاق تفضل العودة إلى بلدها مما قد ينجر عنه تنشئة المحضون على غير دين أبيه، وبالتالي ففرض ممارسة الحضانة داخل الإقليم الجزائري هو بمثابة ضمان لتربية الابن على دين أبيه ، ومن هنا يظهر لنا التكامل بين هذين الشرطين اللذين وضعهما المشرع الجزائري من أجل إسناد الحضانة للأم غير المسلمة.

فالمادة 62 من قانون الأسرة هي وثيقة الصلة بالمادة 69 من نفس القانون، لأن هذه الأخيرة من أهداف تقنينها هو الحرص على تربية الطفل على دين أبيه، فالرقابة التي لا يريد المشرع أن يفلت منها الولد هي تلك المنصبة على دين أبيه[3].

ما يمكن ملاحظته أن اختلاف الديانة لا يشكل مانعا لممارسة الحضانة في الجزائر، ولا يعتبر شرطا مسقطا لهذا الحق، حيث يمكن للأم الفرنسية المسيحية المقيمة بالجزائر أن تمارس حقها في الحضانة وفقا للمادة 64 من قانون الأسرة، ولذا فإن موضوع الخلاف يتعلق بمكان ممارسة الحضانة وليس متعلقا بالديانة كما يتوهم البعض[4] .

---

[1] قرار صادر بتاريخ 1989/01/02، ملف رقم 52207، المجلة القضائية عدد 04، سنة 1990، ص 74.

[2] Cour suprême, arrêt en date du 16 Avril 1979(non publié) , cite par Messaoud Mentri, La convention Relative aux droits De L'enfant Et Sont Application par le juge De statut personnel, Revue de sciences juridiques et administratives, université tlemcen N°03, 2005, p 19.

[3] حميدو زكية، حماية الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41 رقم 01، 2000، ص 52.

[4] Nadia ait zai, Territorialité ou religion dans l'attribution du droit de garde des l'enfants issus de couples franco – algériens, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, université d'Alger, N 4, 1991 p 859,860.

المبحث الثاني: الإشكالات التي يثيرها اختلاف الديانة بين الزوجين

إن اختلاف الديانة بين الزوجين يثير إشكالات يمكن حصرها في صعوبة تطبيق شرط تربية الابن على دين أبيه، وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الأول، إضافة إلى إشكال آخر يتمثل في تغيير الدين، وهذا ما سنعالجه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: صعوبة تطبيق شرط تربية الابن على دين أبيه

لقد سبق وأن رأينا أن المشرع الجزائري نص على شرط تربية الابن على دين أبيه، وشرط الإقامة داخل التراب الوطني، لكنه سكت عن مسألة إسناد الحضانة للأم غير المسلمة، مما يطرح التساؤل حول ما إذا كان يمكن للأم غير المسلمة ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا بتربية الابن على دين أبيه؟

إن تأثير الأم الأجنبية غير المسلمة يفوق كثيرا تأثير البلد الأجنبي غير الإسلامي، وبالتالي حتى وإن مارست الحضانة داخل التراب الوطني، فإنها قادرة على تثبيت مبادئها وعقيدتها في ابنها وهي حريصة على تنشئته على دينها، ومما قد يسهل مهمتها هو أن الآباء غالبا ما يكونون غير حريصين على تربية أبنائهم، وبهذا نجد أن شرط الإقامة بالجزائر لممارسة الحضانة لا يعتبر كافيا لتربية الابن على دين أبيه، كذلك ليس منطقيا مطالبة أم غير مسلمة بتربية المحضون على الدين الإسلامي وهي تجهله، ففاقد الشيء لا يعطيه، كما أن هذه الأم قد تمارس طقوسها الدينية أمام ابنها والطفل يتأثر كثيرا بأمه ويقلدها في كل شيء، وبالتالي فإنه ومع مرور الوقت تترسخ في ذهنه تلك التصرفات حتى وإن لم تتعمد الأم تثبيتها في ابنها.

أيضا هناك مسألة أخرى تتمثل في حالة صدور حكم من قاضي فرنسي أسند الحضانة إلى الأم، هل يمكن للأب أن يطلب مراجعة هذا الحكم وأمام نفس القاضي حتى يكون له الحق في تربية أبنائه على دينه مستندا على المادة 62 من قانون الأسرة ؟ فإن كانت الإجابة نعم، فهل سيكون الحكم لصالحه؟

إن طلبه سوف يقابل بالرفض، ويتضح هذا من خلال قرار لمحكمة الاستئناف بباريس الذي جاء فيه: " إن الأم الفرنسية الكاثوليكية الديانة اتبعت مراسم الكاثوليكية عند ولادة طفلتها لإعطائها هذا الدين، غير أن الأب المسلم طالب القضاء الفرنسي ببطلان هاته المراسيم الشيء الذي جعل المحكمة تحكم بعدم الاختصاص، كما أكدت أن الأب لا يمكنه أن يثبت أن الأم باختيارها الدين المسيحي تكون قد أساءت للطفلة[1].

[1] قرار لمحكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 15 ماي 1984، دون ذكر بيانات أخرى، نقلا عن نبيل وحياني، المرجع السابق، ص 83.

أيضا بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[1] نجد أن المادة 605 منه تقرر أنه لا يمكن منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي إلا إذا استوفى شروطا معينة، ومن بين هذه الشروط ألا يكون هذا الحكم مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، فإذا ثبت للقاضي أن الحكم الأجنبي المتعلق بالحضانة يتنافى مع النظام العام يرفض إعطاء الصيغة التنفيذية له.

لا يتوقف دور القاضي عند التحقق من أن هذا الحكم غير مخالف للنظام العام، بل يمتد إلى بحث النتيجة المترتبة على منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي ومدى تعارضها مع النظام العام، فإعمال الدفع بالنظام العام يهدف إلى منع النتيجة المنافية له، فمثلا نجد أن الحكم الأجنبي الذي يقضي بإسناد الحضانة للأم الفرنسية لا يخالف مقتضيات قانون الأسرة الجزائري، لأن كلا من القانونين الجزائري والفرنسي يجعلان الأم أولى بحضانة أطفالها، لكن لا تعطى الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي، وهذا بهدف الوقوف في وجه النتيجة المترتبة عن تنفيذ الحكم الأجنبي[2]، فقد كرس المشرع الجزائري شرط تربية الابن على دين أبيه وأحاطه بضمان ممارسة الحضانة داخل الإقليم الجزائري وبالتالي رفض القضاء منح الصيغة التنفيذية للأحكام القضائية الأجنبية المخالفة لهذا المبدأ[3].

كما نجد في المقابل الأحكام الصادرة من المحاكم الجزائرية والمؤسسة على الاعتبارات السابقة، يتم رفض تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف القاضي الأجنبي لأنها تعتبر مخالفة للنظام العام، فالحكم الذي يقضي بإسقاط الحضانة عن الأم الأجنبية غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي غير مسلم وإسنادها للأب الجزائري لا يعترف به القضاء الأجنبي ولا تقره النظم القانونية الغربية لأنها لا تعتد بالحالة الدينية[4].

من بين الإشكالات المطروحة أيضا التي قد تصادف القاضي أثناء عمله إشكالية مراعاة مصلحة المحضون وكيفية تقديرها، ترى أين تتحقق مصلحة المحضون؟ هل حرمانه من حنان أمه يعتبر مصلحة له؟ أم حرمانه من تربيته على دين أبيه وتركه في أحضان أمه هو ما يحقق مصلحته؟

يعتبر مصطلح مصلحة المحضون من أهم عوائق تطبيق هذا الشرط وذلك بسبب التفسيرات المختلفة لهذه المصلحة، فإذا كانت تربية الابن على دين أبيه تعتبر من مصلحة المحضون في الدول ذات المرجعية الدينية، إلا أنها لا تعتبر كذلك بالنسبة للدول العلمانية.

إن الدول الإسلامية ستطبق امتياز الديانة بخصوص مسألة الحضانة إذا خيف على دين المحضون لأنه يدخل في إطار مصلحة المحضون الواجب أخذها بعين الاعتبار، وهذا الأمر غير مقبول

---

[1] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق ل 25 فبراير 2008، المعدل والمتمم بالأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21.

[2] عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج1، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 173.

[3] قرار صادر بتاريخ 1989/01/02، ملف رقم 52207، سبق ذكره.

[4] زروتي الطيب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط، المرجع السابق، ص 931.

لدى الدول العلمانية لأنه يمس بحق أساسي للطفل وهو حرية العقيدة وبالتالي فحرمان الأم من حضانة أطفالها خوفا على دينهم سيتعرض حتما لعدم الموافقة على تذييله بالصيغة التنفيذية أمام القاضي الأجنبي لتعارضه مع النظام العام في بلده.

تظهر أيضا صعوبة تطبيق شرط تربية الابن على دين أبيه في أن الدول الغربية لا تقره لأنه يتعارض مع مبادئ الحرية والمساواة بين الرجل والمرأة.

أمام حدة هذه المشاكل، ورغم إبرام الجزائر اتفاقية ثنائية فرنسية جزائرية سنة 1988 متعلقة بأطفال الأزواج المختلطين [1] ، من أجل إيجاد حلول توافقية بينهما تصب في مصلحة الأطفال المولودين من زواج مختلط بعد انفصال والديهم، إلا أن هذه الاتفاقية لم تقدم حلولا لأهم المشاكل، كما أنها لا تخلو من صعوبات في التطبيق فهي تثير عدة إشكالات لابد من الوقوف عندها لأنها تبقى مجالا للتحفظ منها الاختصاص القضائي الذي غالبا ما ينعقد للقضاء الفرنسي استنادا إلى مسكن الزوجية المشتركة، وهذا الأخير يأخذ غالبا بالمصلحة المادية للمحضون[2] .

كما قد تتعارض أحكام هذه الاتفاقية مع النظام العام الجزائري، لأن الأحكام القضائية عند صدورها سواء من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية تتصادم مع الواقع إذ تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ خاصة في حالة إسناد الحضانة إلى الأم الفرنسية، لكونها أولى بحضانة الطفل، وتمارس الحضانة في فرنسا نظرا لتمسك القاضي الفرنسي بتطبيق قواعد قانونه الخاص تبعا لجنسية المدعية[3].

كما لم تعالج الاتفاقية مراجعة حكم الحضانة فلا يمكن للأب الجزائري أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر بفرنسا الذي أسند الحضانة للأم الفرنسية، أمام القاضي الفرنسي حتى يتمكن من تربية أطفاله على دينه،مستندا في ذلك على أحكام المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، كما لا نتصور أن يحكم القاضي الفرنسي لصالح الأب، وهذا ما يدعو لإعادة النظر في بنود هذه الاتفاقية وإيجاد حلول أكثر جدية وواقعية تحقق مصالح الأطراف دون إهمال المصلحة الفضلى للطفل والأخذ بعين الاعتبار قواعد الشريعة الإسلامية الغراء [4].

---

[1] القانون رقم 88-22 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408، الموافق ل 22 جويلية1988 يتضمن الموافقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة بمدينة الجزائر في 21 جوان 1988، المرسوم رقم 88- 144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408 الموافق ل 26 جويلية 1988، المتضمن المصادقة على الاتفاقية.

[2] إشوي عماد، تنازع القوانين في الحضانة– دراسة مقارنة– مداخلة ملقاة بالملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية يومي 23 و 24 أفريل 2014، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، ص 206.

[3] غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة غليزان، العدد 09، 2017.

[4] غالي كحلة، المرجع السابق، ص 157، 158.

على الرغم من إبرام هذه الاتفاقية من أجل إيجاد حلول لمشاكل أطفال الزواج المختلط، إلا أننا نجدها تفضل الأم الحاضنة والتي تكون في أغلب الأحيان فرنسية، كما استبعدت بعض المبادئ العامة المستقرة في القانون الدولي وقانون الأسرة الجزائري، مما يعني أن المشرع الفرنسي أدرج ضمنيا أحكام القانون الوضعي الفرنسي في الاتفاقية ما دام أنه لم يراع هذه القواعد التي أخذ بها المشرع الجزائري في قانون الأسرة [1] .

كما أنه بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن هناك فراغا قانونيا وعلى الرغم من تعديل قانون الأسرة سنة 2005، إلا أن المشرع لم يتداركه لذا ينبغي إعادة النظر بهذه المسألة، وذلك بالنص صراحة على مدى إمكانية إسناد الحضانة للأم غير المسلمة، خاصة ونحن نعلم أن هذه الأخيرة قد تلحق أضرارا بالطفل في دينه فهي حريصة على تنشئة ولدها على دينها.

المطلب الثاني:أثر تغيير الدين في إسناد الحضانة

هناك إشكال آخر مطروح وهو تغيير الدين وأثره على ممارسة الحضانة، فقد يكون الوالدين من جنسية مختلفة ولكنهما مسلمين وأسندت الحضانة للأم، ثم ارتدت عن الإسلام، أو قد تكون الأم كتابية والأب مسلم ثم ارتد عن الإسلام، أيضا في حالة زواج الأجانب غير المسلمين المتجنسين بالجنسية الجزائرية واعتنق أحدهما الدين الإسلامي فما أثر ذلك على الحضانة؟

إن تغيير الحاضن لدينه قد يؤثر في مسألة أهليته للحضانة، فقد يصبح أهلا للحضانة بعد أن كان غير أهل لذلك، أو قد يسقط حقه في الحضانة[2]، وعلى هذا سنعالج مسألة اعتناق أحد الأبوين الدين الإسلامي في الفرع الأول، بينما نتطرق في الفرع الثاني إلى ردة الحاضن عن الإسلام.

الفرع الأول: اعتناق أحد الأبوين الدين الإسلامي

قد يعتنق أحد الأبوين سواء الأم أو الأب الدين الإسلامي، وسنتطرق إلى اعتناق الأب الإسلام أولا، ثم نعالج مسألة اعتناق الأم للإسلام ثانيا.

أولا- اعتناق الأب الإسلام دون الأم: في هذه الحالة تظل الأم أهلا للحضانة ما لم يخش على دين المحضون، فهم يعدون مسلمين مثله، إذ تلحق بهم الحالة الدينية للأب المسلم، وبالتالي فهم يتمتعون بالديانة الإسلامية مهما كان وضعهم القانوني والاجتماعي في نظر القوانين الأخرى [3].

---

[1] معوان مصطفى، الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، الجزء 41-رقم 01، 2000، ص 135، 136.

[2] صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 79.

[3] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، بدون طبعة، 2011، ص 30.

ثانيا– اعتناق الأم للإسلام دون الأب: إذا اعتنقت الزوجة الإسلام وبقي الزوج على كفره فإن هذا لا يؤثر على أهليتها للحضانة فلا تسقط عنها لأن الطفل يتبع المسلم من أبويه [1] ، فإذا كان الأب مسلما في الأصل والأم كتابية أو كان غير مسلم ثم أسلم فالولد سواء كان ذكرا أم أنثى يتبع الأب، أما إذا كان الأبوان غير مسلمين، ثم أسلمت المرأة وأنجبت ولدا قبل عرض الإسلام على زوجها وقبل التفريق بينهما أو بعده في مدة يثبت النسب في مثلها، أو كان بينهما ولد صغير قبل إسلامها فإنه بإسلامها يصير الولد مسلما تبعا لها [2] ، لكن في هذه الحالة فإن الحالة الدينية للزوجة تؤثر على استمرار العلاقة الزوجية فإن هذا يحول دون استمرارها، لأن الشريعة الإسلامية تمنعها.

الفرع الثاني: ردة الحاضن عن الإسلام

تعتبر الردة جريمة تستوجب العقاب في الدنيا والآخرة لقوله تعالى: " **ومن يرتدد منكم عن دينه، فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة، وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون**"[3] ، فقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الردة جريمة يعاقب عليها بالقتل سواء كان المرتد رجلا أو امرأة [4] .

أما فقهاء المذهب الحنفي فذهبوا إلى أن المرأة المرتدة لا تقتل وإنما تحبس وتضرب في كل الأيام حتى تعود إلى الإسلام، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء [5].

بناء على ما سبق ذكره فإنه إذا كان المرتد رجلا فلا يكون أهلا للحضانة لأنه مستحق للقتل وبالتالي لا يمكنه القيام بهذه المهمة، أما إذا كانت المرتدة هي امرأة وكانت الحضانة من حقها سقطت عنها، والسبب في ذلك أن الحضانة نوع من الولاية، والمرتدة لا دين لها ولا ولاية لها على المحضون المسلم [6] ، كما أنها تحبس عقوبة لها على ردتها وهذا يجعلها غير قادرة على الحضانة، إضافة إلى أن الحضانة ثقة وتكريم لها، والمرتدة لا تستحق هذه الثقة والتكريم ولا يعتمد عليها في تربية المحضون على المبادئ والخلق ويخشى عليه أن تؤثر على عقيدته [7].

---

[1] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 80.

[2] أحمد إبراهيم إبراهيم، حكم الشريعة الإسلامية في الزواج مع اتحاد الدين واختلافه وتغييره، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة الأولى، جانفي 1931، ص 6 ومايليها.

[3] سورة البقرة، الآية 217.

[4] الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، دار المعارف، بيروت، بدون طبعة، 1410هـ – 1990م، ج1، ص294.

[5] محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، جزء 07، تحقيق عصام الدين الصبابطي، الطبعة 01 ، دار الحديث، مصر، 1413هـ – 1993م ص 227.

[6] صلاح الدين جمال الدين، نفس المرجع ، ص 82.

[7] رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، طبعة 01، دار الفكر العربي، القاهرة، 1999، ص 222.

لم يشر المشرع الجزائري إلى مسألة تغيير الدين سواء باعتناق أحد الأبوين الإسلام أو ردة الحاضن عن الإسلام [1]، مكتفيا بتربية الابن على دين أبيه، فهذه المسألة في غاية الأهمية لذا كان يجدر بالمشرع النص عليها صراحة بدل الاكتفاء بالنص على تربية الابن على دين أبيه.

أما عن موقف القضاء الجزائري فقد جاء في إحدى قراراته:" لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي"[2].

خاتمة:

على الرغم من أهمية مسألة اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون وما تثيره من إشكالات عديدة، إلا أن المشرع الجزائري لم يول المسألة اهتماما كبيرا بل كان مقصرا وبشكل كبير بشأنها، حيث جاءت النصوص القانونية خالية من الإشارة إليها، واكتفى المشرع على غرار التشريعات العربية بالنص فقط على شرط تربية الابن على دين أبيه في المادة 62 من قانون الأسرة ، وقد جاءت هذه المادة غامضة مما جعل من الصعوبة تطبيق هذا الشرط، بسبب أن الدول الغربية لا تقره لأنه يتعارض مع مبادئ الحرية والمساواة بين الرجل والمرأة، كما أن فيه مساس بحق الطفل في حرية العقيدة، فضلا عن الاختلاف حول مصلحة المحضون بين كل من الدول الإسلامية والدول العلمانية،مما يطرح إشكالا بخصوص تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية في الدول الغربية ورفض القضاء في الدول الإسلامية منح الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية.

كما أن الجزائر وعلى الرغم من إبرامها اتفاقية مع فرنسا إلا أنها لم تتطرق لمسألة اختلاف الديانة بين الزوجين وتأثيرها على حضانة الأطفال، مما يعني أن إشكالات إسناد الحضانة تبقى قائمة، لأن القضاء داخل كل من الدولتين يتمسك بتطبيق قانونه الداخلي، وبالتالي فإن التعارض بين القانونين لا ينتهي مما يستوجب إعادة النظر في النصوص القانونية حول هذه المسألة، كما ينبغي إعادة النظر بالاتفاقية والبحث عن حلول حقيقية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا/ قائمة المصادر:

النصوص القانونية:

[1] اعتبر المشرع الجزائري أن الردة مانعا للميراث في المادة 138 من قانون الأسرة التي جاء فيها:" يمنع من الإرث اللعان والردة".

[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2008/09/10، ملف رقم 457038، مجلة المحكمة العليا ، العدد 02، 2008، ص 313.

أ- النصوص القانونية الجزائرية:

1- اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 اعتمدتها الجمعية العامة في قرارها رقم 25/44 بتاريخ 21 نوفمبر 1989 والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 02 سبتمبر 1990، وصادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم 92- 06 المؤرخ في 17 نوفمبر 1992 المتعلق بالمصادقة على الاتفاقية، جريدة رسمية عدد 83 الصادرة في 18 نوفمبر 1992.

2- قانون رقم 84- 11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية العدد 15 المؤرخ في 27 فيفري 2015.

3- قانون رقم 88-22 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408، الموافق ل 22 جويلية1988 يتضمن الموافقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة بمدينة الجزائر في 21 جوان 1988.

4- المرسوم رقم 88- 144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408 الموافق ل 26 جويلية 1988، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال.

5- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق ل 25 فبراير 2008، المعدل والمتمم بالأمر رقم 66- 154 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21.

ب- النصوص القانونية الأجنبية:

1- أمر 13 أوت 1956 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، منشور بالرائد الرسمي، عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.

2- قانون رقم 10 لسنة 1984 المؤرخ في 1984/04/19، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الليبي.

3- قانون رقم 100 لسنة 1985 المعدل والمتمم للقانون رقم 25 لسنة 1929 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري.

4- قانون رقم 03- 70 المتضمن مدونه الأسرة المغربية، جريدة رسمية عدد 5184، الصادرة بتاريخ 05 فيفري 2004.

5- قانون رقم 36 لسنة 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، الجريدة الرسمية العدد 5061 الصادر بتاريخ 17 أكتوبر 2010.

ثانيا/ قائمة المراجع

أ- الكتب:

1- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، الجزء 05، دون طبعة ، مؤسسة الرسالة، بدون ذكر البلد، بدون سنة النشر.

2-أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا- بيروت، بدون طبعة، بدون سنة النشر.

3- الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المجلد 05، بدون طبعة، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة السعودية، بدون سنة نشر.

4- الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دون طبعة، دار الفكر العربي ، بدون سنة نشر.

5- الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، دار المعارف، بيروت، بدون طبعة، 1410هـ - 1990م، ج01،ص 294.

6- السرخسي محمد أبي سهل، المبسوط، بدون طبعة، دار المعارف، بيروت، 1406هـ.

7- بدران أبو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين في الشريعة الإسلامية واليهودية والمسيحية و القانون، دون طبعة، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، بدون سنة النشر.

8- جليلة ادريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، الطبعة الأولى، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2010.

9-خالد عبد العظيم أبو غابة، حقوق المحضون دراسة في الشريعة الإسلامية، طبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.

10- رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، طبعة 01، دار الفكر العربي، القاهرة، 1999.

11- زروتي الطيب ، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، بدون طبعة، 2011.

12- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير المجلد 2، بدون طبعة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ، بدون سنة النشر.

13- صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، 2004.

14- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج1، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

15- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني،ج 09، طبعة 01، دار الفكر، بدون ذكر البلد، 1405.

16- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير على هداية بداية المبتدئ، الجزء 03 ، طبعة 01، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2003.

17- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، جزء 07، تحقيق عصام الدين الصبابطي، الطبعة 1، دار الحديث، مصر، 1413هـ - 1993م

ب- الرسائل الجامعية:

1- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004 – 2005.

2 – نبيل وحياني، اختلاف الدين بين الزوجين، دراسة فقهية وقانونية، دبلوم لنيل رسالة الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2008-2009.

ج- الأحكام القضائية:

1- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1979/04/16، ملف رقم 19287، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد 02، 1981.

2- قرارا صادر بتاريخ 1989/01/02، ملف رقم 52207، المجلة القضائية ، عدد 04، 1990

3- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2008/09/10، ملف رقم 457038، مجلة المحكمة العليا العدد 02، 2008.

4- قرار لمحكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 15 ماي 1984، دون ذكر بيانات أخرى، نقلا عن نبيل وحياني.

5-Cour suprême, arrêt en date du 16 Avril 1979(non publié) , cite par Messaoud Mentri, La convention Relative aux droit s De L'enfant Et Sont Application par le juge De statut personnel, Revue de sciences juridiques et administratives, N°03, 2005.

د- المقالات العلمية:

1- أحمد إبراهيم إبراهيم، حكم الشريعة الإسلامية في الزواج مع اتحاد الدين واختلافه وتغييره، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة الأولى، جانفي 1931.

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

3- زروتي الطيب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط، تعليق على فتوى شرعية للمجلس الإسلامي الأعلى، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،العدد رقم 04، 1993.

4- غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة غليزان، العدد 09، 2017.

5- محمد ناصر متيوي، موقع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في النظام الوطني المغربي، مجلة الإشعاع، القنيطرة، العدد 28، فبراير 2004.

6- معوان مصطفى، الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، الجزء 41-رقم 01، 2000.

7- Messaoud Mentri , La convention Relative aux droit s De L'enfant Et Sont Application par le juge De statut personnel, Revue de sciences juridiques et administratives, université tlemcen N°03, 2005.

8- Nadia ait zai, Territorialité ou religion dans l'attribution du droit de garde des l'enfants issus de couples franco – algériens. revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, université d'Alger, N 4, 1991.

9- Jean Deprez, mariage mixte, islam et nation, Revue Algérienne des sciences juridiques économique et politique, volume 12, N 1 mai 1975.

هـ- المداخلات في الملتقيات والندوات:

1- إشوي عماد، تنازع القوانين في الحضانة – دراسة مقارنة- مداخلة ملقاة بالملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، بتاريخ 23 و 24 أفريل 2014.