

## حماية المصلحة الدينية للطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري

### Protection of the religious interest of the foster child in the Algerian family law

ربيحة الغات

كلية العلوم الإسلامية - جامعة الجزائر-1-  
ilrobiha2019@gmail.coma

آمال بولوسة

كلية العلوم الإسلامية - جامعة الجزائر-1-  
bouloussa@uni-v-alger.dz

تاريخ الارسال: 2020/08/31، تاريخ القبول: 2022/06/11، تاريخ النشر: سبتمبر 2022

#### الملخص:

تعتمد الحضانة في مجمل أحكامها على معيار مصلحة المحضون، ولا شك أن المصلحة الدينية للمحضون من أولى الأولويات في إسناد الحضانة، لذلك جاء هذا البحث ليلقي الضوء على موقف قانون الأسرة الجزائري من اختلاف الدين في الحضانة. وخلص إلى أن قانون الأسرة أولى عناية خاصة بمصلحة الطفل الدينية، حيث تبنى مبدأ تربية الطفل على دين أبيه، مع عدم إغفال أولوية حق الأم في حضانة ابنها ولو كانت كافرة-رغم أنه لم ينص على ذلك صراحة-وذلك حفاظا على عقيدة الطفل من الانحراف والزلل.

#### الكلمات المفتاحية:

مصلحة المحضون، الحضانة، اتحاد الدين، دين المحضون، قانون الأسرة الجزائري.

#### Abstract:

Foster care depends in all its provisions on the criterion of the interest of the child. There is no doubt that the religious interest of the child is one of the first priorities in assigning custody. Therefore, this research came to shed light on the position of the Algerian family law regarding the difference in religion in custody. He concluded that the Family Law gave special attention to the child's religious interest, as it adopted the principle of raising a child on the religion of his father,

while not neglecting the primacy of the mother's right to custody of her son even if she was an infidel - although it was not explicitly stipulated - in order to preserve the child's belief from perversion and slippage.

**Keywords:**

The child's interest, nursery, religion union, the religion of the child, Algerian family law.

**مقدمة:**

يأتي الإنسان إلى الدنيا طفلاً ضعيفاً أوج ما يكون إلى الرعاية والاهتمام وتلبية احتياجاته المادية والمعنوية، ولذلك جاء تشريع الحضانة بما تشتمله من مقاصد وأحكام بهدف حماية الطفل المحضون.

وتعد الأسرة المحتضن الأول للطفل، حيث ينعم في أحضانها بالحماية والإشباع العاطفي ويتلقى التربية الصالحة التي تؤهله لأن يكون فرداً فعالاً وصالحاً في المجتمع. ولا شك أن حضانة الطفل تقع على عاتق والديه، حيث أنهما ملزمان شرعاً وقانوناً بحفظ الولد وتربيته بما يصلحه. وقد نبه النبي الكريم عليه الصلاة والسلام إلى ذلك، فمما روي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين، واضربوهم عليها، وهم أبناء عشر وفرقوا بينهم في المضاجع)<sup>1</sup>. وفي هذا الحديث إرشاد للعناية بتربية الطفل، فمعاني الإسلام راسخة في فطرة الطفل، تتطلب من الوالدين إيقاظها وتتميتها، والحرص على حمايتها من الانحراف أو الاندثار، وذلك عن طريق التربية الدينية السليمة والتوجيه الصحيح عن طريق الممارسة العملية لشعائر الدين وأحكامه،

---

<sup>1</sup> أخرجه أبو داود في سننه 495/133، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، (تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العصرية، ج1).

والاضطلاع بدور القدوة الصالحة. كل تلك المهام يؤدي تنفيذها إلى أن يسلك الطفل سلوكاً يتفق وعقيدته.

وليس في كل الأحوال تستمر الأسرة في أداء دورها تجاه أبنائها على النحو المتوقع، فقد تعصف بها رياح الخلاف والفرقة، ويجد الصغير نفسه بين أبوين منفصلين، يطالب كل واحد منهما بحضانته بحجة أنه الأقدر على تربيته وحماية مصالحه. كما أن انفصال الوالدين ليس السبب الوحيد لظهور مشكلة حضانة الطفل فعمل حالات أخرى يكون فيها الصغير في أشد الحاجة لحاضن أمين يراعى مصالحه ومثال ذلك حالات فقدان الأب. ومن المتفق عليه في هذه الحالة أن الحضانة تعود للأم لأنها أولى بابنها إلا أن تمتنع أو تتزوج أو تتوفى فتنقل إلى غيرها ممن له الحق في الحضانة -مع اختلاف بين الفقهاء في ترتيب الحواضن- وفق ما قضت به المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup> التي جاء فيها: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك...".

ولا شك أن إكمال مهمة حضانة الطفل وتربيته والمحافظة على عقيدته لمن يقوم بها على أكمل وجه ليست بالأمر الهين، وتحمل هذه المسؤولية العظيمة لا يمكن أن يكون لأي شخص كان ممن يحق لهم حضانة الطفل. بل يجب أن تسند لمن يحرص على صيانة عقيدة الطفل والحفاظ على مصالحه الدينية. لم يهتم لا لتشريع هذا الجانب المهم في مصلحة المحضون، ويتوخى الأسباب والشروط التي تحمي عقيدته من الانحراف والزلل، وتحمي مصالحه الدينية، لذلك تقتضي مصلحة الطفل المحضون العناية بتربيته

---

<sup>1</sup> القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل: 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الموافق ل: 18 محرم عام 1426، ج ر 15، 28 / 02 / 2005.

الدينية، حتى ينشأ كفرد صالح في المجتمع، مما يطرح إشكالية مفادها: كيف وفر قانون الأسرة الجزائري الحماية الفعالة للمصلحة الدينية للمحضون؟ للإجابة على هذه الإشكالية وغيره أجرى الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي وذلك بغية استقراء جل النصوص القانونية والآراء الفقهية والاجتهادات القضائية المتعلقة بموضوع البحث وتحليلها واستنباط الأحكام والتوجهات التشريعية في هذا الباب وعليه سידرس هذا الموضوع من خلال مبحثين يبحث الأول في أثر المصلحة الدينية على أحكام الحضانة، أما المبحث الثاني فيبحث في وحدة الدين بين الحاضن والمحضون فقها وقانوناً، وينتهي هذا البحث بخاتمة تتضمن أهم التوصيات والنتائج المتوصل إليها.

### المبحث الأول: أثر المصلحة الدينية على أحكام الحضانة

لإدراك المقصود بأثر المصلحة الدينية على أحكام الحضانة يتوجب الإحاطة بجوانب هذا الموضوع، ويتم ذلك من خلال التعرف على مفهوم مصلحة المحضون (المطلب الأول)، ثم معرفة موقف الفقه والقانون من تربية المحضون على دين أبيه (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: مفهوم المصلحة الدينية للمحضون

للتعرف على مفهوم مصلحة المحضون الدينية، ينبغي معرفة المقصود بالمصلحة الدينية (الفرع الأول)، ثم التعرف على المصلحة المعيار الأساس لإسناد الحضانة (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تعريف المصلحة الدينية

تستوجب حالة الضعف التي تميز مرحلة الطفولة، حماية مصلحة الطفل في جميع الظروف خاصة الاستثنائية منها كحالة انفصال الوالدين، مما يفرض التعرف على المقصود بالمصلحة.

## أولاً: المصلحة في اللغة والاصطلاح

1- المصلحة في اللغة: (صَلَحَ) الصَّادُ وَاللَّامُ وَالْخَاءُ أَصْلٌ وَاحِدٌ يُدُلُّ عَلَى خِلَافِ الْفَسَادِ<sup>1</sup>. والإصلاح: نَقِيضُ الْإِفْسَادِ. والمَصْلَحَةُ: الصَّلَاحُ. والمَصْلَحَةُ وَاحِدَةٌ الْمَصَالِحِ المصلحة ضد المفسدة<sup>2</sup>.

2- أما في الاصطلاح: فقد عرفها الغزالي بقوله: " نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة"<sup>3</sup>. وعرفها البوطي بأنها: " المنفعة التي قصدتها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها"<sup>4</sup>. بينما عرف الإمام ابن عاشور المصلحة بأنها: " وصف للفعل حصل به الصلاح، أي النفع منه دائماً أو غالباً للجمهور أو الأحاد فقولي دائماً يشير إلى المصلحة الخالصة والمطرودة، وقولي أو غالباً يشير إلى المصلحة الراجحة في

---

<sup>1</sup> أحمد بن فارس الرازي، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ج3، دار الفكر، 1399هـ - 1979م، ص 303.

<sup>2</sup> محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج2، ط3، دار صادر، بيروت، ص 517؛ زين الدين محمد الرازي، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، ط5، المكتبة العصرية-الدار النموذجية، بيروت- صيدا، 1999، ص 187.

<sup>3</sup> أبو حامد الغزالي، المستصفي من علم الأصول، تحقيق سليمان الأشقر، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1997، ص 174.

<sup>4</sup> محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، دار الفرقان للنشر والتوزيع، 2001، ص 37.

غالب الأحوال، وقولي للجمهور أو للأحاد إشارة إلى أنها قسم ان خاصة وعامة<sup>1</sup>.

من خلال هذه التعريفات نجد أنها أفادت أن المصلحة في اصطلاح الفقهاء والأصوليين تطلق بمعنيين، الأول: مجازي، وهو السبب الموصل إلى النفع. أما الثاني: وهو نفس المسبب الذي يترتب على الفعل من خير ومنفعة ويعبر عنه باللذة أو النفع أو الخير أو الحسنة<sup>2</sup>. وعليه يمكن تعريف المصلحة الدينية للطفل بأنها: كل ما يتضمن حفظ دين الطفل وعقيدته من الزلل والانحراف من نصوص وأحكام وإجراءات تشريعية وقضائية.

### الفرع الثاني: المصلحة المعيار الأساس لإسناد الحضانة

تعد حماية مصلحة الطفل الهدف الأسمى الذي تجسد في العديد من النصوص والأحكام الشرعية والقانونية.

### أولاً- حماية مصلحة الطفل في الشريعة الإسلامية

جاءت أحكام الشريعة بمراعاة مصلحة العباد ودرء المفسدة عنهم. وقد أولت الشريعة الطفل ومصلحته عناية خاصة عندما يتعلق الأمر بحضانته، وهو ما يبدو جلياً في النصوص الشرعية والأحكام الفقهية.

### 1- القرآن الكريم

لقد تضافرت العديد من النصوص القرآنية على إثبات مراعاة مصلحة الطفل ومنها قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوهُ أَوْلَادِكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا ءَاتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۗ﴾

<sup>1</sup> محمد ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار السلام، 2005، ص 63.

<sup>2</sup> محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه، ج1، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ص 294-295.

وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ<sup>1</sup>. ووجه الدلالة من هذا الحكم جواز الفطام للمصلحة قبل الحولين<sup>2</sup>.

## 2- من السنة

نال الطفل في السنة النبوية مكانة خاصة، وظهرت العناية بحقوقه ومصالحه في السنة القولية والفعلية والتقريرية، ونجد من الأمثلة على ذلك ما لا سبيل لحصره، فقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على رعاية الطفل وحسن تربيته لما في ذلك من تأثير على حياته ومصالحه الدنيوية والأخروية، وقد قال عليه الصلاة والسلام: ( أكرموا أولادكم وأحسنوا أدبهم)<sup>3</sup> كما أسند الحضانة بناء على مصلحة الطفل ومن أمثلة ذلك ما رواه ابن عمرو، أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله -صلى الله عليه وسلم- : (أنت أحق به ما لم تتكحي)<sup>4</sup>. فقد حكم لها بالحضانة لأنها أكثر شفقة وحرصاً على الطفل مما يحقق مصلحته، أما عندما تتشغل الأم بخدمة الزوج وتعجز عن بذل الرعاية الكاملة والعناية اللازمة بالطفل، فإن الحضانة تذهب إلى من يستطيع تحملها ويحقق فيها مصلحة الطفل. فالمعيار الأساس للحضانة هو تحقيق مصلحة الطفل. كذلك تعد مصلحة الطفل قاعدة فقهية في الشريعة الإسلامية قضى بها النبي صلى الله عليه وسلم وعمل بها

<sup>1</sup>سورة البقرة، الآية 233.

<sup>2</sup>محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 154.

<sup>3</sup> أخرجه ابن ماجه في سننه 1211 / 3671، كتاب الأدب، باب بر الولد والإحسان إلى البنات، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، ج2).

<sup>4</sup>أخرجه أبي داود في سننه، 283 / 2276، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، (تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العصرية، ج2).

الصحابة رضوان الله عليهم وفقهاء الشريعة وبنوا عليها أكثر الأحكام المتعلقة بالطفل ولعل أبرزها ما جاء في باب الحضانة وهذا ما أكده ابن عابدين بقوله: "إن مدار أمر الحضانة على نفع الولد" حيث يجب على القضاة أن يراعوا دائما في باب الحضانة مصلحة الطفل فقط، إذ أن صيانة الطفل هي الغاية المقصودة من الحضانة<sup>1</sup>.

### ثانياً- حماية مصلحة الطفل في القانون الجزائري

بالرجوع للقانون الجزائري، إضافة إلى تكريس حماية حقوق الطفل في الدستور الجزائري<sup>2</sup>، فقد اعتنى المشرع الجزائري بمصلحة الطفل في العديد من النصوص القانونية، وتضمنت العديد من القوانين حماية مصلحة الطفل في مختلف الجوانب التي تعالجها كالقانون المدني وقانون العقوبات وقانون الحالة المدنية... وغيرها أما قانون الأسرة فقد تناول الأحكام المتعلقة بحماية حقوق الطفل في جل مواده، كما تبنى قاعدة مصلحة المحضون في الأحكام المتعلقة بالحضانة كما سيأتي بيانه.

#### المطلب الثاني: موقف الفقه والقانون من تربية المحضون على دين أبيه

تتطلب الحضانة تربية الطفل، ورعايته ديناً وخلقاً، ولا شك أن التربية الدينية للطفل لا بد أن تعتمد على أساس عقدي وديني لا يخالطه اضطراب ولا تردد ولا يتنازع بين عقيدتين أو أكثر، لذلك وجب البحث في موقف الفقه

---

<sup>1</sup> أبو بكر الجزائري، منهاج المسلم، كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات، المكتبة العصرية، صيدا- بيروت، 2002، ص 382-383.

<sup>2</sup> قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 حمادي الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر 14، 7/03/2016. جاء في المادة 72 من الدستور بأن: "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع. تحمي الأسرة والمجتمع والدولة حقوق الطفل...".



الإسلامي من تربية المحضون على دين أبيه (الفرع الأول)، ثم البحث في موقف القانون من تربية الطفل على دين أبيه (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من تربية الطفل على دين أبيه

يولد الطفل على فطرة التوحيد، طاهر النفس، نقي الجوارح، سليم العقيدة، وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾<sup>1</sup>، كما أكدت السنة الشريفة على ذلك فيما رواه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ( ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانهما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء، هل تحسون فيها من جدعاء)<sup>2</sup>، وهذا يعني أنه إذا تهيأت لهذا الطفل التربية الإسلامية الصالحة، والبيئة المؤمنة نشأ الولد- لاشك- على الإيمان القوي، والأخلاق الفاضلة. ويقصد بالتربية الإسلامية هي: " تنشئة وتكوين مسلم متكامل من جميع نواحيه المختلفة من الناحية الصحية والعقلية والاعتقادية والروحية والأخلاقية والإدارية والإبداعية في جميع مراحل نموه في ضوء المبادئ والقيم التي أتى بها الإسلام، وفي ضوء أساليب وطرق التربية"<sup>3</sup>. ولا شك أن هذه التربية لا تجد عائقا إذا كان الطفل مولودا من أبوين مسلمين، فهو مسلم بلا خلاف بين العلماء، وبالتالي يربى على دين الإسلام. أما إذا اختلف دين الأبوين، كأن يتزوج المسلم من كتابية، أو يسلم أحد الأبوين ويبقى الآخر على دينه، فيرى مالك أنه يحكم للطفل بالإسلام بحكم أبيه المسلم، فإن أسلم الأب، تبعه أولاده، وإن أسلمت الأم لم

<sup>1</sup> سورة الروم، الآية 30.

<sup>2</sup> أخرجه البخاري في صحيحه 4775/114، باب لا تبديل لخلق الله، (تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة 1، 1422هـ، ج6).

<sup>3</sup> مقدار بالجن، أهداف التربية الإسلامية وغايتها، ط3، دار عالم الكتاب، 2003، ص20.

يتبعوها<sup>1</sup>. وعند الجمهور يحكم للطفل بحكم من أسلم من الوالدين، فالقاعدة عندهم: "الصغير يتبع خير الأبوين ديناً". والإسلام خير الأديان<sup>2</sup>. وعليه يحكم بإسلام الطفل وبربى على تعاليمه. يجدر التنبيه أنه لا يمكن للمرأة المسلمة أن تتزوج إلا من مسلم.

### الفرع الثاني: موقف القانون من تربية الطفل على دين أبيه

من جانب الفقه القانوني يذهب الفقيه جون-دني برودان أن الانتماء الديني للطفل يعود للأب مثل كل ما هو متعلق بالحالة، وأن التربية الدينية تخضع للسلطة الأبوية، في حين يرى الفقيه جون كربوني أن دين الطفل يدمج في حالة الطفل شأنها شأن الاسم والجنسية. وأن صلاحية الأب في تقرير دين الطفل لا تعود إلى سلطته الأبوية بل بمقتضى المبدأ القانوني الذي يقضي بأن الطفل يتبع المركز القانوني للأب<sup>3</sup>.

بالنظر للقانون الدولي فقد أقر العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية هذا المبدأ من خلال المادة 3/ 13 منه<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، دار الحديث، القاهرة، 2004، ص 93، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص18.

<sup>2</sup> محمد بن عبد الله الشوكاني، فتح القدير، ج4، ط1، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق- بيروت، ص 258؛ محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني، ج9، مكتبة القاهرة، ص 18.

<sup>3</sup> حميدو زكية، "مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة"، (رسالة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص303).

<sup>4</sup> المادة 3/ 13: "تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في اختيار مدارس لأولادهم، وبتأمين تربية أولئك الأولاد دينياً وخلقياً وفقاً لقناعاتهم الخاصة". العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الأمم المتحدة، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم

وكذلك ما تضمنته المادة 4/18 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية<sup>1</sup>، وبخلاف ذلك فقد نادت اتفاقية الطفل 1989<sup>2</sup> من خلال الفقرتين 1 و 2 من المادة 14 منها باحترام الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين، وقصرت حقوق وواجبات الوالدين وكذلك، تبع للحالة، الأوصياء القانونيين عليه، في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تتجسم مع قدرات الطفل المتطورة. مما أدى بالعديد من الدول الإسلامية المصادقة على هذه الاتفاقية للحفاظ على هذه المادة، ومنها الجزائر<sup>3</sup>، وقد فسرت الحكومة الجزائرية تحفظها على أحكام الفقرتين من المادة 14، بمراعاة الركائز الأساسية للنظام القانوني الجزائري، وبالأخص: الدستور، الذي ينص في المادة 2 منه على أن الإسلام دين الدولة، وفي مادته 35 على أنه لا مساس بحرمة حرية المعتقد وحرمة حرية الرأي، والقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 حزيران/ يونيو

---

المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/يناير 1976، وفقا للمادة 27.

<sup>1</sup> المادة 18 / 4: "تتعهد لدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أولادهم دينيا وخلقيا وفقا لقناعاتهم الخاصة". العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الأمم المتحدة، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49.

<sup>2</sup> اتفاقية حقوق الطفل، الأمم المتحدة، عرضت للتوقيع والتصديق بقرار الجمعية العامة 44/ 35 المؤرخ في 30 نوفمبر 1989 تاريخ بدء النفاذ: 3 سبتمبر 1990 طبقا للمادة 49.

<sup>3</sup> المرسوم الرئاسي 92- 461 المؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق ل: 19 ديسمبر 1992، يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية، على اتفاقية حقوق الطفل، ج ر: 91.

1984 المتضمن لقانون الأسرة، الذي ينص على أن تربية الطفل تتم وفقاً لدين أبيه<sup>1</sup>.

مما تقدم يتضح أن القانون الجزائري أفصح عن موقفه بكل وضوح، والذي يتمثل في تبني المبدأ القانوني الذي مفاده أن تربية الطفل تكون على دين أبيه والذي تضمنه قانون الأسرة من خلال نص المادة 62 والتي تعرف الحضانة بأنها: رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، كما اشترطت أن يكون الحاضن أهلاً للقيام بذلك. فهل هذا يعني أن المشرع يشترط في الحاضن أن تكون له القدرة على تربية الطفل على دين أبيه؟ نعتقد مع الأستاذ عبد العزيز سعد أن افتقار الحاضن للقدرة على تربية المحضون على دين أبيه يسقط حقه في الحضانة، وهذا يعني أن القدرة على تربية المحضون على دين أبيه شرط من شروط الحضانة، وبموجب المادة 67 المعدلة من ق.أ التي تقضي بأن حق الحضانة يسقط على الحاضن باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ذات القانون.

كما جرى العمل القضائي على التأكيد على ذلك، وأقر حق الأب في تربية ابنه على دينه، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومنها ما جاء في قرار لها أنه: "من المقرر شرعاً، أن الأم تستحق حضانة الأولاد، ولكن شريطة أن يبقى هؤلاء على دين أبيهم"<sup>2</sup>. والخلاصة أن المشرع الجزائري يعتبر تربية الطفل على دين أبيه ليست فقط شرطاً من شروط

---

<sup>1</sup> الأمم المتحدة، لجنة حقوق الطفل، التحفظات والاعلانات والاعتراضات المتعلقة باتفاقية حقوق الطفل، CRC/C/2/Rev.8, p26.

<sup>2</sup> قرار رقم 19287، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16/04/1979، نشرة القضاة، العدد 1981، ص 108.

الحضانة وإنما هي قاعدة قانونية آمرة تنتمي للنظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. لكن التسليم بهذا الأمر يفرض طرح سؤال آخر مفاده هل تربية الطفل على دين أبيه تعني اشتراط وحدة الدين بين الحاضن والمحضون؟ هذا ما سيحاول المبحث الموالي الإجابة عليه.

### **المبحث الثاني: وحدة الدين بين الحاضن والمحضون فقها وقانوناً**

يعد شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون شرطاً جوهرياً في إسناد الحضانة، لما له من أثر على مصلحة المحضون في تربيته وحفظ دينه، وقد تباينت آراء الفقهاء والمشرعين في هذه المسألة باختلاف أحوال الحضانة، وصفة الحاضنين منه ينبغي دراسة شرط اتحاد الدين في الحضانة (المطلب الأول)، وأثر ردة الحاضن على مصلحة المحضون (المطلب الثاني).

### **المطلب الأول: شرط اتحاد الدين في الحضانة**

اشتراط الفقه والقانون لصيانة مصلحة المحضون عدة شروط، مع اختلاف بينهم في اعتماد تلك الشروط أو إسقاطها، ولعل أهم هذه الشروط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، ولمعرفة موقف الفقه والقانون من هذا الشرط، ومدى اختلافهم في اشتراطه حسب جنس الحاضن، يمكن دراسة شرط اتحاد الدين إذا كان الحاضن من الرجال (الفرع الأول)، ثم شرط اتحاد الدين إذا كان الحاضن من النساء (الفرع الثاني).

### **الفرع الأول: شرط اتحاد الدين إذا كان الحاضن من الرجال**

لم يفصل المشرع في هذا الشرط، حيث اكتفت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بوجوب تربية المحضون على دين أبيه. في حين اختلف الفقه القانوني بهذا الشأن بين من يرى بأنه إذا كان المشرع اشتراط تربية المحضون على دين أبيه، فمن باب أولى أن يكون الحاضن الرجل على دين أبيه<sup>1</sup>. في

<sup>1</sup> حميدو زكية، مرجع سابق، ص 306.

حين هناك رأي آخر يذهب إلى أن المشرع اكتفى باشتراط أن يربي المحضون على دين أبيه، وأن يكون المحضون أهلاً للقيام بمتطلبات الحضانة، ولم يشترط أن يكون الحاضن على دين أب المحضون<sup>1</sup>.

بالعودة للفقهاء الإسلامي بموجب المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيلنا للفقهاء الإسلامي في غياب النص. فقد فرق الحنفية بين حضانة النساء والرجال، وذهبوا إلى اشتراط اتحاد الدين بين الحاضن من الرجال والمحضون، فلا حق للعصبية في الصبي إلا أن يكون على دينه، وذلك لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث، ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان الولد غير مسلم، وكان ذو الرحم المحرم مسلماً، فليس له حق الحضانة، بل حضانتها إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه. وإذا كان الولد مسلماً وذو رحمه غير مسلم فليست حضانتها إليه<sup>2</sup>.

ومنه وفي غياب نص قانوني صريح أو اجتهاد قضائي بهذا الشأن، يمكن ترجيح الرأي القائل باشتراط اتحاد الدين بين المحضون والحاضن الرجل في القانون الجزائري، وهذا الترجيح يجد أساسه من اشتراط المشرع للإسلام في الوصي حيث اشترطت المادة 93 من ق.أ أن يكون الوصي مسلماً، فإذا كان الوصي يمتلك نفس سلطة الولي في التصرف بمقتضى المادة 95 من ق.أ، وهي الولاية على أموال القاصر فمن باب أولى أن يكون الحاضن مسلماً وهو يضطلع بمهمة تربية الطفل ولا شك أن دين الطفل وتربيته أهم من الحفاظ على أمواله. بناء على أن حفظ الدين مقدم على حفظ المال.

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 143.

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص ص 409 - 410.

## الفرع الثاني: شرط اتحاد الدين إذا كان الحاضن من النساء

لم يرد النص التشريعي الذي يبين موقف القانون الجزائري من اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون ماعدا ما تضمنته المادة 62 من قانون الأسرة التي تنص على تربية الولد على دين أبيه. وبالعودة للفقهاء الإسلامي بموجب مادة الإحالة 222 من ق.أ.

يمكن إجمال اختلاف الفقهاء بهذا الشأن إلى رأيين:

### أولاً: عدم اشتراط اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون لاستحقاق الحضانة

يستوي عند الحنفية إن كانت الأم مسلمة، أو كتابية أو مجوسية؛ لأن حق الحضانة لها للشفقة على الولد ولا يختلف ذلك باختلاف الدين<sup>1</sup>، والدمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر " للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده<sup>2</sup>. وذهب المالكية أيضا إلى عدم اشتراط الإسلام في الحاضنة وإن كان المحضون مسلما، وإذا خيف على الصغير من كفر الحاضنة ضمت هي والصغير إلى المسلمين ليكونوا رقباء عليها<sup>3</sup>. واستدل أصحاب هذا الرأي في عدم اشتراط اتحاد الدين بين الحاضنة ومحضونها بما يأتي:

- من السنة بعدة أحاديث منها ما رواه أبو داود عن رافع بن سنان، أنه أسلم، وأبت امرأته أن تسلم، فأنت النبي -صلى الله عليه وسلم-، فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبهه، وقال رافع: ابنتي، قال له النبي -صلى الله عليه وسلم-:

<sup>1</sup> محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج5، دار المعرفة، بيروت، 1993، ص 10.

<sup>2</sup> برهان الدين أبي الحسن بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق طلال يوسف، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 284.

<sup>3</sup> محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل للخرشي، ج4، دار الفكر العربي للطباعة، بيروت، ص 212.

"أقعد ناحية"، وقال لها: "أقعدى ناحية"، قال: "وأقعد الصبية بينهما"، ثم قال: "ادعواها"، فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي -صلى الله عليه وسلم-: "اللهم اهدها"، فمالت الصبية إلى أبيها، فأخذها<sup>1</sup>. وهذا يدل على أن النبي -صلى الله عليه وسلم- خير الأب المسلم والأم الكافرة في ابنتهما الصغيرة، وكان المراد من ذلك حضانتها، وهذا التخيير يثبت حق الأم في حضانة ابنتها وإن كانت كافرة، وإلا لما خيرها النبي صلى الله عليه وسلم، وهذا دليل على أنه لا أثر لاختلاف الدين على الحضانة وأنه ليس شرطاً لاستحقاق الحضانة<sup>2</sup>.

- كما استدلووا على ذلك بقوله - صلى الله عليه وسلم - : "من فرق بين

والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة"<sup>3</sup>؛

- وقالوا: إن الحضانة شرعت لأمرين هما: الرضاع وخدمة الرضيع،

والأم أوفر شفقة على ولدها وأقدر من غيرها على ملاحظته وحفظه<sup>4</sup>. أما اشتراط اتحاد الدين في الرجال دون النساء، بأن الشفقة على المحضون في النساء لا تختلف باختلاف الدين لكونها أمر جلياً في جميع الإناث، فكان كفر الحاضنة سواء أكانت أم أم جدة أم أختا غير مانع من حضانتها للولد المسلم<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> أخرجه أبو داود في سننه الحديث 2244 / 273، كتاب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الأبوين، (تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العصرية، ج2).

<sup>2</sup> الخرشي، مرجع سابق، ص212.

<sup>3</sup> أخرجه الترمذي في سننه، 572 / 1283، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية أن يفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط2، 1395 هـ، ج3).

<sup>4</sup> السرخسي، مرجع سابق، ص 210.

<sup>5</sup> علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، 1986، ص 43.



## ثانياً: اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون شرط لاستحقاق الحضانة

ذهب الشافعية والحنابلة وبعض المالكية<sup>1</sup> إلى اشتراط الإسلام في الحاضن مطلقاً، لأن الحضانة ولاية، فلا تثبت لكافر على مسلم، كولاية النكاح والمال، ولأنها إذا لم تثبت للفاسق، فالكافر أولى، فإن ضرره أكثر، فإنه يفتته عن دينه، ويخرجه من الإسلام بتعليمه الكفر، وتزيينه له، وتربيته عليه، وهذا أعظم الضرر والحضانة إنما تثبت لحظ الولد، فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه<sup>2</sup> وهذا الشرط أحسن وأحوط للولد، ولأن الحضانة لحظ الولد، ولا حظ له في حضانة الكافر؛ لأنه لا يؤمن أن يفتته عن دينه<sup>3</sup>.

واستدلوا بأدلة عامة، كقوله تعالى: ﴿فَأَلَّهَ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَمَةِ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾<sup>4</sup>، وبنحو "الإسلام يعلو".

كما ردوا على من قالوا إنه -صلى الله عليه وسلم- خير غلاما بين أبيه المسلم وأمه المشركة، فمال إلى الأم أجيب بأنه منسوخ أو محمول على أنه -صلى الله عليه وسلم- عرف أنه يستجاب دعاؤه، وأنه يختار الأب المسلم، وقصده بتخييره استمالة قلب أمه وبأنه لا دلالة فيه، إذ لو كان لأمه حق لأقرها عليه ولما دعا<sup>4</sup>.

بالعودة إلى الفقه القانوني يرى البعض أن سكوت المشرع يعني عدم اشتراطه لهذا الشرط بشكل صريح، مما يسمح بإسناد حضانة الطفل إلى أمه

<sup>1</sup> محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، ج9، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991، ص 103.

<sup>2</sup> ابن قدامة، مرجع سابق، ص 238.

<sup>3</sup> يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ج11، ط1، 2000، ص276.

<sup>4</sup> شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، 1994، ص 195.

غير المسلمة<sup>1</sup>. وبالنظر إلى الاجتهاد القضائي في هذه المسألة فقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا على أنه من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه<sup>2</sup>، وهذا يعني أن القضاء الجزائري يقر حضانة الأم الكافرة إلا إذا خيف على المحضون منها بأن تقتته في دينه أو تربيته على غير دين الإسلام. وهو ما أكدته قرار سابق، حيث ورد فيه: لقد ثبت من أوراق ملف القضية أن الأم التي هي مسيحية عمدت تمسيح الأولاد كما ثبت ذلك من سجل الكنيسة والشهادات على التمسح في الملف لكن المجلس مع هذا المبطل للحضانة أقرها للأم مع أن الطاعن تقدم بطلب إسقاطها ولم يجبه المجلس على ذلك. لهذا استوجب النقض<sup>3</sup>.

يستنتج من موقف الاجتهاد القضائي الجزائري أنه تبنى الرأي القاضي بحضانة الأم لولدها ولو كانت على غير دين الإسلام، بشرط ألا تقتته في دينه فإن ثبت ذلك سقط حقها في الحضانة. وهذا يعني أن مصلحة المحضون الدينية هي الأساس في إسناد الحضانة مع اختلاف الدين بين المحضون وحاضنته.

ومن جانب آخر فقد اعتمد القضاء على الزيارة كوسيلة قانونية مثلى للرقابة على المحضون، والتي يمارسها الأب أو غيره من أقارب الطفل، لكن هذه الرقابة قد لا تكون فعالة خاصة إذا كان المحضون يسكن مع حاضنته في بلد آخر.

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 144.

<sup>2</sup> قرار رقم 52221، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13 / 03 / 1989 المجلة القضائية، العدد 4، 1993، ص 48.

<sup>3</sup> قرار رقم 19287، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16 / 04 / 1979، نشرة القضاة، العدد 2، 1981، ص 108.

ولتجنب تداعيات بعد المحضون عن والده ورقابته، جاء في قرار: " من المقرر قضاء في مسألة الحضانة، أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة... "1.

من خلال ما جاءت به الاجتهادات القضائية، نخلص إلى أن القضاء الجزائري يعتمد على الرقابة سواء كانت من الأب أو من أقاربه على تربية الطفل من طرف حاضنته، وهو في ذلك يتبنى المذهب المالكي في هذه المسألة وهو منح الحضانة للأم الغير مسلمة، وفي حالة الخوف على الصغير من كفر الحاضنة تضم هي والصغير إلى المسلمين ليكونوا رقباء عليها. في الواقع العملي فإن فكرة رقابة الحاضنة، ليست بالفكرة المجدية دائماً، خاصة أمام ضعف السلطة الأبوية، والتفكك الأسري، إضافة إلى أن القرابة العائلية لا يمكنها في الوقت الحاضر أن تضطلع بالمهمة، خاصة مع تطور الحياة وكثرة المشاغل وتنامي النزعة الفردية.

ومن جهة أخرى فلا يمكن أن يحرم الطفل من حنان الأمومة لمجرد الخوف عليه أو الشك في أن الحاضنة قد تؤثر عليه في دينه. والأکید أن الطفل في سنواته الأولى في حاجة إلى العناية والاهتمام والحماية أكثر من حاجته للتربية التي تأتي في وقت لاحق وهو ما أقره الاجتهاد القضائي<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> قرار رقم 52207، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 01/02/1989، المجلة القضائية، العدد 4، 1990، ص 74.

<sup>2</sup> قرار رقم 89672، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23/02/1993، اجتهاد قضائي، عدد خاص، ص 167.

لذلك قال الحنفية أن المحضون يبقى عند حضانتهم إلى أن يعقل الأديان، وقدروا ذلك ببلوغه سن السابعة، وتقديره بسبع سنين لصحة إسلامه حينئذ. إلا إذا خيف عليه أن يألف الكفر فينزع منها قبل هذا السن وإن لم يعقل الأديان<sup>1</sup>.  
والحقيقة أن السن التي يخشى على الصغير من أن يألف غير الإسلام دينا غير محددة حسب بعض الأخصائيين في بحث أحوال الأطفال، ويصرحون بأن الطفل ينقش في ذهنه المرئيات والمسموعات إنتقاشاً كاملاً في سن مبكرة قبل بلوغ السن التي يعقل فيها الأديان<sup>2</sup>.

ويا حبذا لو أخذ المشرع الجزائري بهذه الأمور الدقيقة في إسناد الحضانة لما لها من تأثير على مصلحة المحضون، وضمنها في نصوص قوانين واضحة كما فعل المشرع التونسي والذي جاء في الفصل 59 من المجلة التونسية: "إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره وألا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه. ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانت هي الحاضنة. نلاحظ أن المشرع التونسي قد اتخذ كل الاحتياطات اللازمة، حتى لا تتأثر مصلحة الطفل الدينية، وذلك بتحديد الحضانة خلال السنوات الخمس الأولى، كما اشترط ألا يخشى عليه أن يألف دين غير دين أبيه، ورغم حرص المشرع على صيانة دين الطفل فقد استثنى الأم من هذه الشروط وأثر حنانها وشفقتها على الطفل وأولويتها في حضانة ابنها.

---

<sup>1</sup> محمد بن علي الحصفكي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، حققه وضبطه عبد المنعم خليل إبراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 2002، ص 255 .

<sup>2</sup> محمد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحضانة، ط1، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015، ص 36.

ومن المسائل المطروحة في هذا الباب أيضا التي تثير إشكالات عديدة في الجانب القانوني كون الحاضنة المسلمة يمكن أن تترد عن دينها، فهل يبقى حقها في الحضانة قائماً أم يسقط نتيجة لردتها؟ هذا ما سيتناوله المطلب التالي.

### المطلب الثاني: أثر ردة الحاضنة على مصلحة المحضون

يحدث أن تغير الحاضنة دينها، بعد أن كانت تدين بالإسلام، ولا شك أن مصلحة المحضون، تقتضي أن يعيش في بيئة تمنحه الإشباع العاطفي والاستقرار النفسي، ويتلقى فيها التربية الصالحة دون اضطراب وتذبذب، ولمعرفة كيف عالج الفقه والقانون هذه المسألة، يمكن البحث في حضانة المرتدة في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، وفي موقف القانون من حضانة المرتدة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: حضانة المرتدة في الفقه الإسلامي

يقصد بالردة في اصطلاح الفقهاء الرجوع عن دين الإسلام<sup>1</sup>، يذهب الحنفية إلى أنه في حال ارتدت الحاضنة سقط حقها في الحضانة، سواء ألحقت بدار الحرب أم لم تلحق<sup>2</sup>. ولأن المرتدة غير أمينة، ولأنها تحبس فلا تكون قادرة على إمساكه والقيام على مصالحه<sup>3</sup>، فإن تابت فهي أحق به<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> شهاب الدين أحمد بن حمزة الرملي، فتاوى الرملي، ج4، المكتبة الإسلامية، ص 393؛ الكاساني، مرجع سابق، 7 / 134.

<sup>2</sup> فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ص46؛ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 522.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 407؛ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص 765.

ويذهب الأحناف إلى أن المرأة المرتدة تستتاب، فإن لم تتب حبست وضربت حتى تقع منها التوبة على أساس أن الرسول-صلى الله عليه وسلم-نهى عن قتل النساء<sup>2</sup>، بينما يرى جمهور الفقهاء بقتل المرتد ولا فرق في ذلك بين، الرجل والمرأة لقوله-عليه الصلاة والسلام- : (من بدل دينه فاقتلوه<sup>3</sup>). فالخلاف بين الفقهاء في قتل المرتدة وليس في حضانتها، حيث اتفق الفقهاء على منع المرتدة من الحضانة.

### الفرع الثاني موقف القانون من حضانة المرتدة

بالنسبة للتشريع الجزائري فقد خلا من الإشارة إلى حضانة المرتدة، حيث لم يشر إلى الردة في أحكام الحضانة واكتفى بالنص عليها في أحكام الميراث من خلال المادة 138 منه. غير أن الاجتهاد القضائي الجزائري في هذه المسألة أكد حق الأم بحضانة أطفالها وفق المادة 64 من قانون الأسرة وأقر مبدأ أنه لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي<sup>4</sup>. وهذا يعني أنه لو ثبتت ردة الأم لمنعت من الحضانة. وبهذا فقد انتهج القضاء الجزائري نهج الفقه الإسلامي في منع الحاضنة المرتدة من حضانة أطفالها وذلك حماية لمصلحتهم وحفظاً لدينهم لأنها غير أمينة عليهم في دينهم وأخلاقهم، بل تورثهم اضطراباً وتردداً وشكاً

---

<sup>1</sup> زين الدين بن محمد ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، ط2، دار الكتاب الإسلامي، ص 181.

<sup>2</sup> علي الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصبابي، ج7، ط1، دار الحديث، مصر، 1993، ص 226.

<sup>3</sup> علي بن أبي بكر الهيتمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق حسام الدين القدسي، ج6، مكتبة القدسي، القاهرة، 1994، ص 261.

<sup>4</sup> قرار رقم 457038، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 10/09/2008، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2008، ص 313.

في دينهم وهو ما يجب وقاية المحضونين منه إن استثنينا السبب القائل بحبسها واستتابتها نظرا لخلو الواقع القانوني من هذه الأحكام. وفي هذا الصدد ذهب فتوى سابقة لدار الإفتاء المصرية: "إلى أن سقوط حق المرتدة في الحضانة ليس لذات الردة بل لما يترتب عليها من الحبس بالفعل وعدم التفرغ للحضانة فإذا لم تحبس لم يكن ضرر على الصغير في بقاءه عند الحاضنة فلا يكون هناك مقتضى لزوال حق الحضانة عنها، أما إذا بلغ المحضون مبلغ من يعقل ديناً بأن بلغ السابعة كما هو الشأن في ولد الذمية المسلم أو خيف عليه أن يألف الكفر فإنه يسقط حقها في حضانتها لتضرر المحضون من البقاء عند الحاضنة"<sup>1</sup>.

نخلص مما سبق أنه بانتقاء حبس الحاضنة لا يكون هناك داعي لحرمانها من حق الحضانة، وهو ما يثبتته الواقع القانوني، حيث يخلو قانون العقوبات من تجريم الردة أو تسليط جزاء على المرتدة، وهو ما يدفع للقول أنه لا مبرر لمنح الحضانة للكافرة دون المرتدة، وإن كان خطر المرتدة أكبر، في احتمال أن تربي الطفل على بغض الدين الذي أبغضته هي وأدى لردتها عنه، وما ينجر عن ذلك من ضرر بمصلحة المحضون الدينية، فيمكن واجتئاباً لكل ذلك أن تمنح الحضانة ما دام الطفل بحاجة إليها وقبل أن يعقل الأديان، إلا إذا خيف عليه أن يألف الكفر فينزع منها قبل ذلك كما هو الحال بالنسبة للحاضنة الكافرة.

<sup>1</sup> مجموعة مؤلفين، فتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، ج2، فتوى صادرة بتاريخ 1931/01/6، ص 393.

## الخاتمة:

في ختام هذا البحث، يتضح جليا أن المصلحة الدينية للمحضون أختصت بعناية بالغة من طرف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وبناء على ذلك تم تسجيل الملاحظات والنتائج التالية:  
- إن التربية من مشتملات الحضانة ومن غاياتها الأساسية. لذلك جرت العناية بمن يتولاها فقها وقانوناً.

- مبدأ تربية المحضون على دين أبيه هو مبدأ تبناه المشرع الجزائري وصرح به في قانون الأسرة، واعتبره قاعدة آمرة من النظام العام كما أكد الاجتهاد القضائي على هذا المبدأ.

- اختلفت آراء الفقهاء في اشتراط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، بين مجيز لحضانة الأم لطفلها ولو كانت كافرة وبين مانع لذلك احتياطا وحفظا لدين الصغير.

- بخلاف القانون التونسي، لم يعط قانون الأسرة الجزائر بشرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون العناية الكاملة رغم أهميته، ولم ينص على هذا الشرط بشكل واضح وصریح. وهو ما يضع القاضي في لبس وغموض حيال هذا الشرط.

- ذهب الاجتهاد القضائي الجزائري إلى تبني الرأي القاضي بحضانة الأم لولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه.  
- اعتمد القضاء على الرقابة الأبوية، في مسألة إسناد الحضانة للأم الكافرة.

- اتفق الفقهاء على منع المرتدة من الحضانة، في حين لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى حضانة المرتدة وهو ما يتوجب توضيحه نظرا لأهميته البالغة وأثره على مصلحة المحضون.



- أكد الاجتهاد القضائي الجزائري على حق الأم في حضانة أطفالها ما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي وبذلك فقد أخذ برأي الفقه الحنفي في هذه المسألة والذي يمنع حضانة المرتدة. وبناء على النتائج المتوصل إليها، فإن موضوع التربية الدينية للمحضون، موضوع بالغ الأهمية على جميع الأصعدة التشريعية الوطنية منها والدولية. مما يقتضي إيلاء العناية الخاصة به والتركيز على سن قوانين واضحة ترشد القاضي وهو يتوخى مصلحة المحضون في هذا الجانب خاصة ما تعلق منها بردة الحاضن والمسائل الدقيقة المرتبطة بها، والذي يتداخل مع حقوق الأفراد وحررياتهم الدينية.

#### قائمة المصادر والمراجع:

##### أولا / قائمة المصادر:

##### أ- الدستور:

قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج 14، 7 / 03 / 2016.

##### ب- الاتفاقيات:

1- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الأمم المتحدة، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/يناير 1976، وفقا للمادة 27.

2- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الأمم المتحدة، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49.

3- اتفاقية حقوق الطفل، الأمم المتحدة، عرضت للتوقيع والتصديق بقرار الجمعية العامة 35 / 44 المؤرخ في 30 نوفمبر 1989. تاريخ بدء النفاذ: 3 سبتمبر 1990 طبقا للمادة 49.

4- التحفظات والاعلانات والاعتراضات المتعلقة باتفاقية حقوق الطفل، الأمم المتحدة،  
CRC/C/2/Rev.8 p26.

### ج-النصوص القانونية:

1- المرسوم الرئاسي 92-461 المؤرخ في 24 جمادي الثانية عام 1413 الموافق ل: 19 ديسمبر 1992، يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية، على اتفاقية حقوق الطفل، ج ر: 91.

2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل: 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الموافق ل: 18 محرم عام 1426، ج ر 15، 28 /02 /2005.

### ثانيا /قائمة المراجع:

#### أ-الكتب:

1. ابن عابدين محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، ج3، ط2، دار الفكر، بيروت، 1992.
2. ابن ماجه محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج2، دار إحياء الكتب العربية.
3. أبو بكر الجزائري، منهاج المسلم، كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات، المكتبة العصرية، صيدا-بيروت، 2002.
4. أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، تحقيق سليمان الأشقر، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1997.
5. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ج1/2، المكتبة العصرية، بيروت.
6. أحمد بن فارس الرازي، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ج3، دار الفكر، 1399هـ-1979.
7. برهان الدين أبي الحسن بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق طلال يوسف، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
8. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، 1994.

9. زين الدين بن محمد ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، ط2، دار الكتاب الإسلامي.
10. زين الدين محمد الرازي، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، ط5، المكتبة العصرية-الدار النموذجية، بيروت-صيدا.
11. شهاب الدين أحمد بن حمزة الرملي، فتاوى الرملي، ج4، المكتبة الإسلامية.
12. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011.
13. علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، ط2، دار الكتب العلمية، 1986.
14. علي الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصبابطي، ج7، ط1، دار الحديث، مصر، 1993.
15. علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق حسام الدين القدسي، ج6، مكتبة القدسي، القاهرة، 1994.
16. فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة.
17. مجموعة مؤلفين، فتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، ج2، فتوى صادرة بتاريخ 01/6/1931.
18. محمد ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار السلام، 2005.
19. محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج5، دار المعرفة، بيروت، 1993.
20. محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، دار الحديث، القاهرة، 2004.
21. محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، ج1، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ.
22. محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل للخرشي، ج4، دار الفكر العربي للطباعة، بيروت.
23. محمد بن عبد الله الشوكاني، فتح القدير، ج4، ط1، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق-بيروت.

24. محمد بن علي الحصفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، حققه وضبطه عبد المنعم خليل إبراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2002.
25. محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، في سننه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج3، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر.
26. محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج2، ط3، دار صادر، بيروت.
27. محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.
28. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، دار الفرقان للنشر والتوزيع، 2001.
29. محمد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحضانة، ط1، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015.
30. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983.
31. محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه، ج1، الدار الجامعية للطباعة والنشر.
32. محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامه، المغني، ج9، مكتبة القاهرة.
33. محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، ج9، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991.
34. مقداد بالجن، أهداف التربية الإسلامية وغايتها، ط3، دار عالم الكتاب، 2003.
35. يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق قاسم محمد النوري، ج11، ط1، دار المنهاج، جدة، 2000.
- ب- الرسائل الجامعية:**
- 1 - حميدو زكية، "مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة"، (رسالة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005).
- ج- الاجتهاد القضائي:**
1. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 19287، 16 / 04 / 1979، نشرة القضاة، 1981، العدد2، 1981.

2. قرار رقم 19287، المحكمة العليا، غ.أ.ش, 16/04/1979، نشرة القضاة، العدد 2, 1981.
3. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 52207, 02/01/1989، المجلة القضائية، العدد 4, 1990.
4. قرار رقم 52221، المحكمة العليا، غ.أ.ش, 13/03/1989، المجلة القضائية، العدد 4, 1993.
5. قرار رقم 89672، المحكمة العليا، غ.أ.ش, 23/02/1993، اجتهاد قضائي، عدد خاص.
6. قرار رقم 457038، المحكمة العليا، غ.أ.ش, 10/09/2008، مجلة المحكمة العليا، العدد 2, 2008.