السلطة التقديرية للقاضي لحضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

The discrétion of the judge to custody of thé mothers married to a foreigner from the incubators.

- A comparative study between spanish jurisprudence and algerian family Law.

فاطمة عزيزان[*1]، أ.د. مسعودة علواش[2]

[1]جامعة الجزائر1، كلية العلوم الإسلامية، f.azizane@univ-alger.dz

[2]جامعة الجزائر1، كلية العلوم الإسلامية، m.alouache@univ-alger.dz

تاريخ الاستلام: 2022/10/08 تاريخ القبول: 2022/12/20 تاريخ النشر: 2022/12/30

الملخص:

تناول البحث السلطة التقديرية للقاضي في مسألة حضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، وثبوت أحقيتها في هذه الحضانة بما يكفل رعاية تامة للمحضون وهو ما تسعى إليه أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري لتحقيق مصلحة المحضون باعتباره أحوج للرعاية في المجتمع، فالتساؤلات الأساسية التي سعى البحث للإجابة عنها هي: هل تثبت الحضانة للأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون؟ وكيف راعت الشريعة الإسلامية مصلحة المحضون باعتباره أحوج للتربية والعناية؟ وهل السلطة التقديرية التي منحها قانون الأسرة الجزائري للقاضي تتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي بإسناده الحضانة للأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون أم تخالفها؟ وللإجابة على هذه الإشكالية سطرت الخطة التالية: المبحث الأول: وتضمن مفهوم لحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ومتعلقاتها ببيان حكمها الشرعي وتكييفها القانوني، أما المبحث الثاني: فتضمن عرض جانب السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مصلحة المحضون في إثبات أحقية الحضانة للأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

.

[*] المؤلف المرسل

ومن أهم النتائج التي توصل إليها البحث: أن الأم أحق بمحضونها من الأجنبي، الذي يدفعه القاضي إليه، وأن للقاضي في تقديره مصلحة المحضون بصفة دقيقة اللجوء إلى عدة وسائل يقدِّر من خلالها حتى يصدر حكمه، كالتحقيق والمعاينة والاستماع إلى أفراد العائلة، ومن ثم تقرير الحكم الواجب إقراره.

الكلمات المفتاحية: الحضانة، الكفالة، الولاية، الوصاية.

Abstract:

Taking into account the interest of the custodians and his good upbringing, the research dealt with the discretion of the judge to custody of the mother married to a foreigner from the incubators, in the light of Islamic jurisprudence and the Algerian Family Code as last amended. One of the most important things that Islamic law and Algerian family law seek Caring for the pure as the weakest segment of society, the basic questions that the research seeks to answer are: What are the sayings of Islamic jurists in the custody of a mother married to a foreigner from the incubators? To what extent is Islamic law observed for the benefit of the pure as the weakest segment to ensure it and achieve its full interest? Is the discretionary power granted to the judge by the Algerian Family Code compatible with Islamic jurisprudence by assigning custody to a mother married to a foreigner from the custodian or contrary to it? In order to answer this problem, the following research plan has been written: The first requirement: The research dealt with the definition of custody in Islamic law, Algerian family law and related words. and the statement of its legal ruling and its legal adaptation, The second requirement also dealt with the custody of a mother married to a foreigner from the exclusive Islamic Sharia and Family Law The Algerian and the power of the judge to assess the interest of the incubators.

And through research It was concluded that what the jurists argued was based on the achievement of the interest of the pure and dependent on the discretion of the judge in assessing the interest of the incubators, by dropping the mother's right to custody by marriage and transferring it to others, the research reached the following conclusions:

The mother is more entitled to her custody than the foreigner.

So that the judge can form his full conviction and accurately assess the interest of the custodians in that regard, which is the enemy of the means through which he appreciates and issues his judgment, such as investigation, examination, transition to examination and listening to family members, Hence the determination of the judgment to be upheld.

Keywords: custody, sponsorship, state, guardianship.

مقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله محمد وعلى آله وصحبه، وبعد:

تعتبر أحكام الحضانة الثابتة في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مظهرا من مظاهر عناية بالطفولة، في حال انفكاك العلاقة الزوجية بتتبع وضع المحضون ورعاية مصالحه لصونه من الضياع بتسليم الطفل لمن هو أقدْرُ على الاهتمام به ورعايته.

ومن أهم الأهداف التي يتغياها البحث ما يلي:

– إبراز ريادة الشريعة الإسلامية، وسبقها في الاهتمام بحقوق الطفل بحمايته من الضياع بإثبات حقه في الحضانة لمن هو أرأف به، وأقدر في القيام على رعاية مصالحه

– دحض الشُبَهِ عن قانون الأسرة الجزائري، بمخالفة الشريعة الإسلامية في تشريعاته.

ومن خلال الدراسات السابقة التي وقف عليها البحث ظهر أن موضوع الحضانة تناوله الباحثون بشكل مجمل، ولم يفصِّل أحد في جزئياته بالتمحيص والدراسة وفض الخلاف في مثل هذه المسألة المقدمة للدراسة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ومن أهم هذه الدراسات المعروضة حسب حداثتها:

– حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، (غير منشورة)، كلية العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، للطالبة: مليكة قريزلي، إشراف: د ناصر قارة، 1424هـ/2003م

– دراسة تحليلية لانحلال الزواج في قانون الأسرة في ضوء الشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، للطالب: المصري مبروك، إشراف: أحمد يوسف سليمان، 1410هـ/1990م.

– أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي، بحث تكميلي، للطالب:عبد العزيز بن الزارقان، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، 1407هـ.

فأغلب ما تناولته هذه الدراسات في مسائل الحضانة كان مجملا، الأمر الذي احتاج بيانه بشيء من التفصيل لمسألة السلطة التقديرية للقاضي لحضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون.

الإشكالية:

الإشكالية الأساسية التي سعى البحث للإجابة عنها هي: هل تثبت الحضانة للأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون؟ وكيف راعت الشريعة الإسلامية مصلحة المحضون باعتباره أحوج للتربية والعناية ؟ وهل السلطة التقديرية التي منحها قانون الأسرة الجزائري للقاضي تتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي بإسناده الحضانة للأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون أم تخالفها؟.

فرضيات البحث:

ينطلق موضوع البحث من الفرضيات التالية:

الفرضية الأولى: قول فقهاء الشريعة الإسلامية بعدم جواز حضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون ومخالفة قانون الأسرة الجزائري للشريعة الإسلامية.

الفرضية الثانية: قول فقهاء الشريعة الإسلامية بجواز حضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون وموافقة قانون الأسرة الجزائري للشريعة الإسلامية.

الفرضية الثالثة: قول فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري بتقرير حضانة الأم المتزوجة لأجنبي عن المحضون راجع للسلطة التقديرية للقاضي.

خطة البحث:

وللإجابة عن هذه الإشكالية سطرت خطة البحث التالية.

المبحث الأول: عرض فيه لمفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبيان حكمها الشرعي وتكييفها القانوني، أما المبحث الثاني: فتضمن عرض جانب السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مصلحة المحضون في إثبات أحقية الحضانة للأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري .

المبحث الأول: تعريف الحضانة وحكمها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

الحضانة قيام على شؤون الطفل وكفالته، بما يمكنه من أن يكون فردًا صالحا في المجتمع ولبيان ماهيتها عرض البحث ذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأوّل: تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والألفاظ ذات الصلة:

الفرع الأول: تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

أولا تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي:

1_تعريف الحضانة لغة:

الحضانة من الحضن ،وهو ما دون الإبط إلى الكشح ، وقيل: هو الصّدر والعضدان وما بينهما، كما تحضن المرأة ولدها فتجعله في أحد شقيها[1]، وتُجمع علي أحضان يقال: "حضن الطّير بيضه إذا ضمّه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها."[2]

ومن المعاني السابقة يمكن الخلوص إلى أن معنى الحضانة هو حفظ الشّيء وصيانته.

2_تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي:

وردت الحضانة بعدة تعريفات في كتب الاصطلاحات العامة، وعند الفقهاء على اختلاف مذاهبهم، وقد عرض البحث لذلك على الترتيب التالي:

أ_كتب الاصطلاحات العامة:

عرفت الحضانة بشكل عام بأنها "تربية الولد"[3]، فهي مطلق التربية للولد ،ولم يشر التعريف للقائم بالتربية ولم يذكر بشروطه من قرابة أو أي قيد آخر، حيث اقتصر على ذكر طرف واحد وهو من تقع له التربية وهو الولد باعتباره محور الرعاية، فهذا التعريف أطلق أمر الحضانة لمن استطاع القيام بها ولم يحصرها على الأم فقط وجعلها للولد دون غيره. كما عرفت بتعريف أخص على أنها تربية الأم أو غيرها الصغير أو الصغيرة"[4]

فهذا التعريف حصر الحضانة على الأم وخص بها الطفل الصغير دون غيره.

_تعريف الحضانة عند فقهاء المذاهب

عرفها بعض الحنفية على النحو التالي:

التعريف الأول كما جاء عند الكاساني[5] قوله أنها: "حضانة الأم ولدها وضعها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه عن أبيه، ليكون عندها، تقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه"[6]

التعريف الثاني لابن عابدين[7] حيث أورد له معنيين الأول في مجموع الرسائل: حيث قال أنها "تربية الولد لمن له حق الحضانة"[8]

والثاني في الدر المختار حيث قال أنها "تربية الولد، والحاضنة: المرأة توكل بالصبي"[9]

والملاحظ في هذه التعاريف اختلاف اعتبار الحضانة باعتبار القائم بها من التعاريف السابقة الخلاف في اعتبار الحضانة، لأن التعريف الأول؛ قصر الحضانة على الأم دون غيرها، أما التعريفين الآخرين: فجعلا الحضانة حقا شاملا لكل من له حق الحضانة.

وعرفها بعض المالكية: على النحو التالي:

التعريف الأول للمنوفي[10] بقوله: "هي الكفالة، والتربية، والقيام بجميع أمور المحضون ومصلحته، وهي فرض كفاية لا يحل أن يترك الطفل بغير كفالة"[11]

التعريف الثاني للرهوني[12] بقوله: "وجوب كفالة الأطفال الصغار؛ لأنهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه"[13]والملاحظ أن هذين التعريفين قد ركزا على المقصد من الحضانة وهي رعاية المحضون بكفالته وتربية مستحقها وهو الصغير.

وعرفها بعض الشافعية: على النحو التالي:

التعريف الأول الماوردي[14] ففرق بين الحضانة والكفالة فجعل الحضانة قبل التمييز وعرفها بقوله: "تربية ومراعاة مصلحته وقت يعجز ولا يميِّز بين ضره ونفعه"[15] أما الكفالة فجعلها بعد التمييز وعرفها على أنها: "الكفالة في حفظه ومعونته عند تمييزه وقبل كمال قوته"[16]

التعريف الثاني **للرافعي**[17] فعدّها نوعا من الولاية والسلطة فقال: "الحضانة قيام بحفظ من لا يميِّز، ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يهلكه، في نوع ولاية وسلطة."[18]

والتعريف الثلث .**للباجوري**[19] وقد أعطى للحضانة معنى أوسع بحيث تشمل الطفل الصغير وكذلك الكبير المجنون فقال: "حفظ من لا يستقيل، بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كالطفل، والكبير المجنون."[20] ثم فسر الحضانة بقوله: "أي تنميته بما يصلحه، يتعهده بطعامه وشرابه وغسل بدنه وثوبه وتمريضه وغير ذلك من مصالحه ومؤنته"[21].

كما عرفها بعض الحنابلة: على النحو التالي:

التعريف الأول لابن قدامة[22] قائلا: "حفظ الصغير ونحوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه"[23]

التعريف الثاني كماجاء في ركشاف القناع أنها: "حفظ الصغير والمعتوه – مختل العقل والمجنون– عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم من غسل بدنهم وثيابهم ودهنهم وتكحيلهم، وربط الطفل في المهد وتحريكه لينام ونحو ذلك"[24].

يبدو من خلال التعريفين السابقين، أنهما لم يميزا في الحضانة بين الطفل الصغير والكبير المجنون والمعتوه والشيخ الكبير.

وإن تباينت ألفاظ الفقهاء في تعريف الحضانة، إلا أن المعنى واحد، وان اختلفت المباني فالمعاني متقاربة.

ثانيا: تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

عرّف قانون الأسرة الجزائري[25] الحضانة في المادة 62 على أنّها (رعاية الولد وتعليمه، والقيّام بتربيّته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه، صحّة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك.)[26]. وهو تعريف مستنبط من المعاني الشّرعية الواردة في الفقه الإسلامي، بحيث عدّد ما يحتاجه الطفل الصغير من رعاية كالتعليم وحفظ صحته وخلقه، فالمشرع الجزائري بين ما يحتاجه الطفل لاقتضاء الحال، حرصا منه على رعاية هذه الفئة الضعيفة التي تحتاج للرعاية.

والذي يبدو أن التعريف الوارد في المادة 62 "يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية"[27]

وتتلخص أهداف الحضانة عند المشرع الجزائري فيما يلي[28]:

1- حرصه على عملية تعليم الولد في الإطار الرسمي المدرسي

2- الحرص على التربية الدينية وبناء عقيدة الإسلام .

3- الحرص على رعاية الطفل المحضون والسهر على حمايته ومنع الضرر عنه وتحقيق مصالحه .

4- الحرص على بناء شخصية الطفل وتنشئته تنشئة اجتماعية صحيحة بغرس القيم الاجتماعية السليمة ليكون فردا صالحا في المجتمع.

5- حماية المحضون صحيا بالحرص ب على رعايته والعناية بصحته عناية كاملة وخاصة في المرحلة العمرية الأولى.

الفرع الثاني: الألفاظ ذات الصلة:

إن الحضانة هي نوع من الوصاية لمن له حق الحضانة لأنها لا تثبت إلا بوفاة الوالدين أو أحدهما أو طلاق بينهما.

تنوعت الألفاظ التي يعبر بها عن الحضانة مثل لكفالة، والولاية والوصاية، وهي تتقارب مع الحضانة وتحمل نفس معانيها وأغراضها في حماية الطفل وحفظ مصالحه وتقديم الرعاية له، وهو ما يتم تعريفه على النحو التالي:

1 _تعريف الكفالة:

أ- في اللغة: الكافل والكفيل الضامن، والأنثى كفيل كذلك أيضا وجمع الكافل كفل، وجمع الكفيل كفلاء، "أي ضمان القيام بأمره"[29]، "وكفل الطفل الصغير رباه وأنفق عليه"[30]

ب- **في الاصطلاح:** "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة"[31]

2–تعريف الولاية:

أ– في اللغة: "الولاية بالكسر وبالفتح النصرة، يقال هم على ولاية، أي مجتمعون في النصرة، والولي هو الناصر، وولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفالته"[32]

ب– في الاصطلاح: "الولاية: من الولي، وهو القرب، فهي قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من الموالاة[33]

3 تعريف الوصاية:

أ– في اللغة: "مصدر وصى، الواو والصاد والحرف المعتل: أصل يدل على وصل الشيء بشيء، ووصيت الشيء: وصلته"[34]، "وأوصى الرجل ووصاه: عهد إليه"[35]، وجمعها (وصايا) وهي ولاية القاصر. والوصي هو من يقوم على شؤون الصغير"[36]

ب– في الاصطلاح: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت"[37].

وعليه فإن الحضانة وإن كانت تقترب وتلتقي مع المصطلحات السابقة من حيث كونها نصرة، وقرابة، وولاية، وتمليك مضاف إلى ما بعد الموت.

المطلب الثاني: حكم الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

الفرع الأول: حكم الحضانة في الفقه الإسلامي:

نظرا لارتباط الحضانة بحفظ نفس المحضون فإن حكمها واجبة، لأن المحضون يهلك بتركها وعليه يجب حفظه كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك[38]، و ولا تتم الحضانة إلا بحكمة تامة ويقظة كبيرة مع حسن المعاملة والانتباه والصبر والخلق الحسن[39]، ومراعاة لهذه المقاصد اختلف الفقهاء في تحديد صاحب هذا الحق في آداء الواجب

أولا – الحضانة بين كونها حقا أم واجبا:

اختلف الفقهاء في تحديد صاحب الحق في الحضانة وذلك لاختلافهم في معيار تحديد المصلحة والضرر، كون الحضانة حقا[40] للأم لا ينازعها فيه أحد كاختصاص يقره الشرع سلطة أو تكليفا أم واجبا[41] عليها يلزم بفعله ، لحديث النبي ﷺ أن امرأة قالت لرسول الله ﷺ:

يا رسول الله، إن ابني هذا، كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديّ له سقاء وأن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: " أنت أحق به ما لم تنكحي"[42].

أ_القول الأول :كون الحضانة حقا للأم:

وهي حق للأم بدلا عن الأب لأنها أشفق منه، لما لها من قدرة على تحمل مشقة التربية والصبر على مشاقها، ومعنى ذلك أن تثبت لها الحضانة كحق ولا تجبر عليه، بل لها حق الامتناع عن القيام بها، وبثبوت هذا الحق، يثبت لها حق إسقاطه، وهو ما عليه أغلب فقهاء الحنفية والمالكية، الشافعية والحنابلة[43]، لما فيه من منفعة كما جاء في المبسوط "فحق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة، وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت، والظاهر أن الأم أحق وأشفق من الأب على الولد فتتحمل في ذلك من المشقة مالا يتحمله الأب، وفي تفويض ذلك إليها زيادة منفعة للولد"[44] "فإذا أسقطت الحاضنة حقها منها لغير عذر بعد وجوبه لها، ثم أرادت العودة لها، فلا تعود بناء على أنها حق للحاضن"[45]

ب_القول الثاني: كون الحضانة حقا للمحضون:

ومعنى ذلك أن الحضانة تثبت كحق للمحضون، فتصير في حق الأم واجبا ملزما لها ولا يمكن التنازل عنه. فالحضانة حق للصغير وهذا هو القول الراجح وبه الإفتاء، فهي بهذا لا تستطيع التنازل عنه؛ لأنه أصبح واجبا عينيا، وإن أسقطت حقها فأم الأم أولى من غيرها، وثبت عن المالكية أن الأم لو تنازلت عن حقها لمانع، ثم زال المانع عاد حقها في الحضانة[46] "فإذا غابت الأم أو امتنعت عن الحضانة فهي للجدة (أم الأم) على الصحيح، كما لو ماتت أو جنت، وعدم إجبار الأم عن الامتناع هو مقيد بما إذا لم تجب النفقة عليها للولد المحضون، فإن وجبت كأن لم يكن له أب ولا مال، أجبرت"[47] ومفاد ذلك أن الحضانة حق للمحضون لعظم مصلحته فيها، من حفظ ورعاية وغيرها.

ج- القول الثالث: كون الحضانة حقا للحاضن والمحضون معا:

وهذا القول الثالث جمع بين القولين السابقين، فجعل الحضانة حقا للأم كماهي حق للمحضون، والحضانة إذا تعينت في حق أي حاضن لا يمكن الامتناع عنها، فهي من

الفروض الكفائية التي لا يمكن إسقاطها إذا تعينت، فحق المحضون أقوى لأن رعايته تصير واجبة على من تعينت عليه حفاظا على مصلحته كما جاء. في مجموع الرسائل "أقول ويظهر لي أن كلا من الحاضن والمحضون له حق الحضانة، أما الحاضنة فلأنه ليس للأب مثلا أخذها منها وكذا من كان أبعد منها لا حق له فيها، وأما المحضون فلأنها إذا تعينت لم يكن لها الامتناع وهذا ما رأيته منقولا بخط بعض العلماء وأفتي به، في رجل طلق زوجته وأسقطت حقها في حضانته وحكم بذلك الحاكم فهل لها الحق في الرجوع؟ فقال: نعم لها ذلك فإن أقوى الحقين في الحضانة للصغير ولئن أسقطت الزوجة حقها فلا تقدر على إسقاط حق الصغير" [48].

الفرع الثاني: التكيف القانوني للحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

يرتبط التشريع في الأسرة الجزائري بالنظام العام وحفظه، وعليه فتعتبر مصلحة المحضون وتقدم على أي اعتبار آخر عند التنازع أمام القضاء، فاعتبر القانون الحضانة حقا يمكن التنازل عنه إذ لو كانت واجبة، لما جاز التنازل عنها بل تلتزم بها بدليل نص المادة 66 من قانون الأسرة (يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون)، ويبقى تقدير المصلحة للقضاء كمسالة موضوع لا مسألة قانون[49]، أما من جهة أن الحضانة حق للمحضون فينظر اعتبارها في التشريع الجزائري في المادة 64 (مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك). وبمقارنة ذلك بما ورد في أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن المشرع الجزائري لم يخرج في تكييفه للحضانة عن أحكام الشريعة الإسلامية في مراعاته لمصلحة المحضون بل بنى على قراراتها.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

إن حاجة المحضون للرعاية وحسن التدبير لأموره لا تكون إلا لمن هو أقدر عليها وأعرف بأمورها وهذا لا يتأتى إلا بسلطة تقديرية من القاضي، وتعد الأم أعرف الناس بأموره وأولاهم بها

فهل يبقى ذلك قائما في حال زواجها بأجنبي عن المحضون فهل يسقط حقها في الحضانة؟. للإجابة عن هذا السؤال سطر المطلبين التاليين:

المطلب الأول: حضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

الفرع الأول: حضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون في الفقه الإسلامي:

تثبت الحضانة للأم في الشريعة الإسلامية بناء على الحديث النبوي الشريف، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني. فقال لها النبي ﷺ: (أنت أحقُّ به ما لم تنكحي) [50].هذا في حال عدم زواجها، اما عند زواجها فقد اختلف الفقهاء على سقوط حضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون إلى أربعة أقوال وهذا تفصيله:

القول الأول: إن حضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون تسقط مطلقا مهما كان نوع المحضون، ذكرا أو أنثى وهو ماعليه في مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد في المشهور عنه قال ابن المنذر: "أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم"[51].

وقد أثبت الحنفية حضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون بسقوط حضانة الأم المتزوجة من رجل أجنبي عن المحضون، كما جاء في المبسوط: "فإن تزوجت الأم فللأب أن يأخذه منها."[52] وفي بدائع الصنائع: "أن لا تكون ذات زوج أجنبي عن الصغير، فإن كان فلا حق لها في الحضانة"[53]، وجاء في فتح القدير رأي الفقهاء مجملا: "وكل من تزوجت من

هؤلاء تسقط حقها"[54] وقال كما أن كثيرا من فقهاء المالكية قالوا بسقوط حضانة الأم الحاضنة بزواجها من رجل أجنبي عن المحضون، حيث نص عليه الإمام مالك، وذكره كل فقهائهم، وقد جاء في حاشية الرهوني مجمل أراء فقهاء المالكية: "وأجمع أهل العلم أن الزوجين إذا افترقا ولهما طفل، فالأم أحق به ما لم تنكح، واتفق الجميع من علماء الأمصار على أن الأم أولى بالطفل إذا طلقها ما لم تتزوج"[55].

وهو ما أكده الشافعية أيضا بقولهم بسقوط حضانة المتزوجة برجل أجنبي عن المحضون، حيث جاء عنهم أنه إذا تزوجت الحاضنة ودخلت سقط حقها[56].

وأسقط الحنابلة ذلك بمجرد العقد، حيث جاء في الروض المربع: "ولا حضانة لمتزوجة بأجنبي عن المحضون من حيث العقد."[57]، ومنعوا الحضانة عن المتزوجة، لاشتغالها عنها، وهذا المعمول به عند أغلبهم.

القول الثاني: لا تسقط حضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون مطلقا، وهو المذهب. وهو قول يثبت حق الحضانة ولا يسقط مطلقا للأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون، وينسب للحسن البصري[58] وقول محمد ابن حزم[59]

القول الثالث: وينسب للإمام أحمد في إحدى رواياته، إذ يفرق فيها بين المحضون الذكر والأنثى، فيذكر أن الطفل إن كان بنتا لم تسقط الحضانة بنكاح أمها، وإن كان ذكرًا سقطتكما جاء في قوله: "إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها قيل له: والجارية مثل الصبي؟ قال: لا الجارية تكون مع أمها إلى سبع سنين وعلى هذه الرواية: فهل تكون عندها إلى سبع سنين أو إلى أن تبلغ ؟ على روايتين قال ابن أبي موسى: وعن أحمد أن الأم أحق بحضانة البنت وإن تزوجت إلى أن تبلغ"[60]

القول الرابع: فيرى عدم سقوط الحضانة إذا تزوجت بنسيب من الطفل وهو أحد قرابته، وقد اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن يكون الزوج نسبيا للطفل فقط، وهذا ظاهر قول أصحاب أحمد إلا أن يكون جده أو عمه لتحقق الرحمة من القريب المحرمي [61].

القول الثاني: أنه يشترط أن يكون مع ذلك رحم محرم وهو قول أصحاب أبي حنيفة "كل زوج هو رحم محرم عنه، لقيام الشفقة نظرًا لقيام القرابة القريبة."[62].

القول الثالث: أنه يشترط أن يكون بين الزوج وبين الطفل إيلاد وأن يكون جدا للطفل حيث جاء عن الحنفية "إلا الجدة إذا كان زوجها الجد؛ لأنه قام مقام أبيه فينظر له."[63] وكذا الشافعية "إلا أن تكون جدة الطفل زوجا لجده"[64]، وهذا قول مالك وبعض أصحاب أحمد[65].

أدلة القول الأول: من أسقط حضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن الصغير مطلقا.

الدليل الأول: حديث عمرو بن شعيب عن رسول الله ﷺ أنه قال: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[66]

الدليل الثاني: وقول الصديق لعمر: هي أحق به ما لم تتزوج وموافقة عمر له على ذلك ولا مخالف له من الصحابة البتة وقضى بها القضاة بعده في سائر الأعصار والأمصار[67]

أدلة القول الثاني: قال به أبو محمد بما رواه من طريق البخاري قال : قدم رسول الله ﷺ المدينة وليس له خادم فأخذ أبو طلحة بيدي وانطلق بي إلى رسول الله ﷺ فقال: "يا رسول الله إن أنسا غلام كيس فليخدمك قال: فخدمته في السفر والحضر"[68].

قال أبو محمد: فهذا أنس في حضانة أمه ولها زوج وهو أبو طلحة بعلم رسول الله ﷺ، فإن لم يأت أحد من أقارب أنس ينازعها في ولدها فلا ريب أنه لا يحرم على المرأة المتزوجة حضانة ابنها إذا اتفقت هي والزوج وأقارب الطفل على ذلك ولا ريب أنه لا يجب بل لا يجوز أن يفرق بين الأم وولدها إذا تزوجت من غير أن يخاصمها من له الحضانة ويطلب انتزاع الولد[69].

الدليل الثاني: أم سلمة لما تزوجت برسول الله ﷺ لم تسقط كفالتها لابنها بل استمرت على حضانتها[70].

أدلة القول الثالث:

قضاء رسول الله ﷺ بابنة حمزة لخالتها وهي متزوجة بجعفر، فالمحضونة إذا كانت بنتا فنكاح أمها لا يسقط حضانتها ويسقطها إذا كان ذكرًا، أما إذا كان الزوج نسيبا من الطفل لم تسقط حضانتها[71].

المطلب الثاني: حضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون في قانون الأسرة الجزائري:

يعرض هذا المطلب لحضانة الأم المتزوجة باجنبي عن المحضون في قانون الاسرة الجزائري، وكيف تثبت السلطة التقديرية للقاضي مراعاة مصلحة المحضون من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: شرط ثبوت الحضانة للأم:

تسقط حضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم له هذا ما جاء في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم نصه: (يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون)، وعليه يستشف من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي لاشتغالها بحقوق الزوج إلا في حالة سكوت وليه أو لم يوجد من يرضعه[72]، ومن جهة القانون فقد اعتنت المحكمة العليا بهذا المبدأ المقرر في الشريعة الإسلامية في منع حضانة المرأة المتزوجة بأجنبي عن المحضون كما جاء في العديد من قراراتها منها: "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، مما يستوجب معه نقض القرار."[73] حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير ذي رحم للمحضون، وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مراعاة مصلحة المحضون[74]، وهذا يوافق ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية فزواج الأم الحاضنة لا يسقط حقها فقط بل حتى أمها وأختها إن كانتا معها في نفس البيت، وهذا ما نصت عليه المادة 70 من قانون الأسرة: (تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير القريب المحرم)، وخدمة لمصلحة المحضون فإن سقوط الحضانة بزواج الأم بغير قريب محرم تقع عليه عدة استثناءات منها[75]:

1- عدم وجود من يحضن الطفل غير الأم: وهذا بدل عن وضع المحضون في دار الحضانة لأن الأم هي الأولى به رغم زواجها، حيث تقول المادة 2/67 من قانون الأسرة المعدل والمتمم: (غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون).

2- أن حق الحضانة يسقط بعد مرور سنة كاملة من النطق بالحكم: ويبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة كاملة وذلك وفقا للمادة 68 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم: (إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة، مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها)، كأن يكون الحاضن الذي يلي الأم غير مأمون أو عاجزا.

3- وتثبت الحضانة للأم إذا ترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراض: إذا تزوجت الحاضنة وصارت إلى بيت زوجها، فلها أن تحتفظ بحضانة ولدها شرط تعهد زوجها برعايته كأبيه: "فلا يمكن أن يعاقب المحضون بزواج أمه فيبتعد عنها، كما لا يمكن معاقبة الأم بمنعها من الزواج ثانية إذا رغبت فيه بسبب الحضانة، إذا كانت متمسكة بحضانة ولدها، ولدقة الموضوع وحرصا على مصلحة الصغير، يمكن للقاضي إبقاء الحضانة للأم شريطة أن يتعهد من يريد الزواج بها، بشكل رسمي أمام القضاء على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه، وهذا جائز ولو تحت عنوان الكفالة"[76].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقرير مصلحة المحضون:

إن المتأمل في النصوص القانونية المنظمة لأحكام الحضانة يستشف مدى اهتمامها بمصلحة المحضون، وذلك من خلال تقديم الأم على الأب، وتقديم جهة الأم على جهة الأب، وعدم التزام القاضي بهذا الترتيب، وترك قرار إسناد الحضانة لاجتهاد القاضي، ودليل ذلك أنه لا يخلو قرار من مراعاة مصلحة المحضون، حيث يبتدئ القاضي دائما قراره بقوله: (ومراعاة لمصلحة المحضون) ومن ذلك القرارات الآتي ذكرها: "من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون"[77]، وفي حالة سقوط الحضانة تجب مراعاة مصلحة المحضون". والقرار: "من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها تجب مراعاة مصلحة المحضون"[78].

وخولت للقاضي السلطة الكاملة في إسناد الحضانة باتخاذ الإجراءات التالية:

- **من يراه القاضي أصلح للمحضون:**

في حالة ما إذا لم يكن أهلا لحضانة الطفل أحد ممن يستحق الحضانة، سواء لفقدانهم أو لعدم قدرتهم على حضانة المحضون كان للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون، ولو كان ممن ليس لهم الحق في الحضانة مثل الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون، وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة، وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل من خلالها يقدر ويصدر حكمه[79]، ومن ذلك:

أ- التحقيق والمعاينة: للقاضي الاستماع لأطراف النزاع سواء الأب أو الأم وتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون.

ب- الانتقال للمعاينة: وهذا بالانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة، ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون.

ج- الاستماع إلى أفراد العائلة: للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره، أو زوج أحد الخصوم، بالإضافة إلى إخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم، وعليه يمكن القول أن قوام الحضانة هو تحقيق المصلحة الفضلى للمحضون.

الخاتمة:

ومن خلال ما سبق يمكن الخلوص إلى أن ما ذهب إليه الفقهاء مبني على تحقيق المصلحة للمحضون ومتوقف على السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مصلحة المحضون بإسقاط حق الأم في الحضانة بالنكاح ونقلها إلى غيرها، توصل البحث إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولا: النتائج: ومن أهم النتائج المتوصل إليه مايلي:

– من المتفق أنه إن لم ينازع الأم أحد سواء الأب أو أحد أقاربه، أو لم يكن للمحضون سواها لم يسقط حقها في الحضانة؛ لأن سبب إسقاط الحضانة عنها، زواجها بأجنبي غير المحرم أو بسكناها عند المبغض له، في بيت زوج الأم باعتبار بغضه له كما هو العادة فيتضرر بالسكنى في بيت أجنبي عنه.

– الأم أحق بمحضونها من الأجنبي الذي يدفعه القاضي إليه، وتربيته في حجر أمه أصلح من تربيته في بيت أجنبي محض لا قرابة بينهما توجب شفقته ورحمته وحنوه ومن المحال أن تأتي الشريعة بدفع مفسدة بمفسدة أعظم منها بكثير، والنبي ﷺ لم يحكم حكما عاما كليا أن كل امرأة تزوجت سقطت حضانتها في جميع الأحوال حتى يكون إثبات الحضانة للأم في هذه الحالة مخالفة للنص.

– وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة، وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل من خلالها يقدر ويصدر حكمه، كالتحقيق والمعاينة والاستماع إلى أفراد العائلة، ومن ثم تقرير الحكم الواجب إقراره، فكره زوجة الأب لأبنائه كذلك تجري به العادة، وهي التي تمارس حق الحضانة مباشرة عن الأبناء عوض أبيهم، ولهذا لا يمكن للقاضي أن يصدر حكما قاضيا على ما جرت به العادة؛ لأن النفوس والطباع تختلف من شخص لآخر، وإنما المعالجة الفعلية والميدانية لكل حالة على حدى هو الذي يحقق المصلحة الحقيقية للمحضون.

- قانون الأسرة الجزائري لم يخرج على الفقه الإسلامي بتقريره لهذا الحكم بل راعى مصلحة المحضون وهذا يتماشى مع مقاصد الشريعة، في الحفاظ على الأطفال وحسن رعايتهم، فقانون الأسرة الجزائري جاء لمعالجة الواقع الذي تعيشه الأسرة الجزائرية، لاسيما فيما تعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب طلاق أو وفاة.

ثانيا: التوصيات:

- على المشرع الجزائري سن المزيد من القوانين المتعلقة بحضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون ودراسة كل حالة على حدى لما لها من تأثير كبير على البنية النفسية للأطفال ومن ثم البناء الاجتماعي.
- إعطاء القاضي السلطة التقديرية الكاملة في تقرير حق الحضانة ويكون ذلك بناء على الدراسة والمعانة الميدانية.

قائمة المصادر والمراجع:

كتب الفقه:

1- الأسنوي، طبقات الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1407هـ / 1987م.

2- البهوتي حسن بن إدريس، كشاف القناع على متن الإقناع، تحق: محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، بيروت -لبنان، ط1، 1417/ 1997م.

3- البيهقي أحمد بن الحسن أبو بكر، السنن الكبرى، ت ح ق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط3، 1424هـ/ 2003م.

4- التهانوي محمد بن علي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: علي دحروج، مكتبة لبنان للناشرون، بيروت، ط1، 1996م.

5- بن حزم محمد، المحلى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط4، (د ت).

6- الجرجاني علي بن محمد الشريف، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1403هـ/ 1983م.

7- الراهوني محمد بن أحمد بن يوسف، حاشية الراهوني على شرح الزرقاني، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط1، 1306هـ.

8- ابن رجب أحمد بن الحسن، ذيل طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت-لبنان، د، ط، ت.

9- الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، المدخل إلى نظرية الإسلام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق-سوريا، ط1، 1420هـ/ 1997م.

10- ابن السبكي، طبقات الشافعية، عيسى الحلبي، دار إحياء الكتب العربية، د، ط، ت.

11- السرخسي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، (د ط، ت).

12- الشافعي محمد بن إدريس، الأم، تحق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة-مصر، ط1، 1422هـ 2001م.

13- الشربيني شمس الدين ابن الخطيب، المغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت-لبنان، ط1، 1418هـ /1997م.

14- بن عابدين محمد أمين، مجموع رسائل بن عابدين، دار الفكر، لبنان-بيروت، (د، ط)، (د،ت).

15- عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة-مصر، (د ط)، 1424هـ /2003م .

16- ابن فارس أحمد بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1399هـ/ 1979م.

17- الفيروزابادي علي بن يوسف، القاموس المحيط، تحق: مكتبة تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط1، 1429هـ / 2008م.

18- ـــــــ المهذب على فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1416هـ /1995م.

19- أبو القاسم محمد بن أحمد بن عبد الله، القوانين الفقهية، دار الفكر، لبنان، ط1، 1403هـ/ 1983م.

20- ابن قدامى المقدسي موفق الدين محمد، المغني، تحق: عبد الله بن المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض-السعودية، ط3، .1417هـ/ 1997م.

21- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحق: شعيب الأرنؤوط، عبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، ط14، 1407هـ / 1996م،

22- الكاساني علاء الدين أبي مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، ط2، 1349هـ/ 1973م.

23- اللكنوي محمد محي الدين، دار الكتاب العربي، لبنان، ط4، 1417هـ/ 1997م.

24- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التنوفي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، 1415هـ 1994م.

25- مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجميات وإحياء التراث، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، جمهورية مصر العربية، ط4، (1425هـ / 2004م).

26- ابن مخلوف محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات الشافعية، تعليق: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، 1424هـ/ 2003م.

27- ابن منظور، لسان العرب، تحقيق:عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، حاتم محمد الشاذلي، دار المعارف، (د، ط)، (د، ت).

28- بن الهمام كمال الدين، شرح فتح القدير، تعليق: عبد الزراق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1412هـ /1992م،

29- أبو الوفا القرشي، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، ت: عبد الفتاح محمد الحلو، دار الهجرة، القاهرة-مصر، ط2، 1413هـ/ 1993م.

كتب القانون:

30- بن داوود عبد القادر، إشكالات قانون الأسرة الجديد الصادر للأمر الرئاسي (02/05) المؤرخ في 2005/02/27م.

31 - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط1، 1429هـ/ 2008م.

32- بن عزوز عبد القادر، أحكام فقه الأسرة دراسة مقارنة، منشورات قرطبة، الجزائر، ط1، 1428هـ/2007م،

33- بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، (د ط)، 2000م.

34- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار الهومة، الجزائر، 2009م.

لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار الهومة، الجزائر، 2004م.

النصوص القانونية:

35- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط1، 1429هـ/ 2008م.

- بن داوود عبد القادر، إشكالات قانون الأسرة الجديد الصادر للأمر الرئاسي (02/05) المؤرخ في 2005/02/27م.

- بن عزوز عبد القادر، أحكام فقه الأسرة دراسة مقارنة، منشورات قرطبة، الجزائر، ط1، 1428هـ/2007م،

- بلحاج العربي ، قانون الأسرة مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، (د ط)، 2000م.

- لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار الهومة، الجزائر، 2004م.

الهوامش:

[1]- ينظر: محمد بن يعقوب الفيروزابادي، القاموس المحيط، ص1190.

[2]- ابن منظور، لسان العرب، مج2 ،ج11، ص911.

[3] – الجرجاني، التعريفات، ص88.

[4]– التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ج1، ص682.

[5]– علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني من فقهاء الحنفية يلقب بملك الفقهاء له عدة مؤلفات منها: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، توفي سنة 587هـ ، ينظر: أبو الوفاء القرشي، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، ج4، ص305.

[6] – الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، ص40

[7]– محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين، ولد عام 1198م كان فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره، توفي سنة 1252م، من أهم مصنفاته: حاشية رد المحتار على الدر المختار، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ينظر: اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ص256.

[8]– ابن عابدين، مجموع رسائل بن عابدين، ج1، ص264.

[9]– ابن عابدين، رد المحتار علة الدر المختار، ج5، ص252

[10] – محمد بن محمد بن خلف المنوفي، من فقهاء المالكية، ولد عام 857هـ ، نحوي ولغوي، مولده ووفاته بالقاهرة، توفي سنة 939هـ ،من تصانيفه: عمدة السالك، غاية الأماني، كفاية الطالب، ينظر: بن مخلوف، شجرة النور الزكية، ج1، ص432.

[11] – المنوفي، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن زيد القيرواني، ج3، ض270.

[12]– محمد بن يوسف أبو عبد الله الرهوني، فقيه مالكي مغربي ولد عام 1159م، نشأ و تعلم بفاس، أكثر إقامته بوزان وتوفي بها سنة 1230م، من أهم مصنفاته: أوضح المسالك وأسهل المراقي، حاشية على شرح الزرقاني لمختصر الخليل، ينظر: بن مخلوف، شجرة النور الزكية، ج3، ص165.

[13]- الرهوني، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني، ج4، ص249.

[14]– علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري،ولد عام 364هـ من فقهاء الشافعية، نوفي سنة 450هـ له عدة مؤلفات منها: الحاوي الكبير، الأحكام السلطانية، ينظر: الأسنوي، طبقات الشافعية، ج2، ص206.

[15]– الماوردي، الحاوي الكبير، ج11، ص489- 499.

[16]– المرجع السابق نفسه.

[17]– محمد بن عبد الكريم أبو القاسم الرافعي، من كبارفقهاء الشافعية، ولد عام 557هـ ، ترجع نسبته إلى رافع بن خديج الصحابي، توفي سنة 623هـ ، من مصنفاته: الشرح الكبير، ينظر: السبكي، طبقات الشافعية، ج3، ص281-291.

[18] – عبد الكريم الرافعي، الشرح الكبيؤ، ج10، ص86.

[19] – محمد بن أحمد الباجوري الشافعي ولد في الباجور عام 1198هـ وقدم الأزهر فتعلم فيه، وأصبح شيخه توفي سنة 1277هـ ، من مصنفاته: تحفة المريد على جوهرة التوحيد، تحفة البشر على مولد ابن حجر...،ينظر: الأسنوي، طبقات الشافعية، ج4، ص341.

[20] – الباجوري، حاشية الباجوري، ج2،ص 125..

[21] – المرجع السابق نفسه.

[22] – موفق الدين أبو محمد أبو عبد الله المقدسي، أحد الأئمة الأعلام من فقهاء الحنابلة ولد عام، 541هـ، وتوفي سنة 620هـ ، له مؤلفات عدة منها: المغني، العمدة. ينظر: ابن رجب ، ذيل طبقات الحنابلة، ج2، ص133.

[23]– ابن قدامة، المغني، ج11،ص 412.

[24]– الباهوتي، كشاف القناع، ج4، ص432.

(25)- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(26)- قانون الأسرة: الكتاب الأول: الزواج وانحلاله، الباب الثاني: انحلال الزواج، الفصل الثاني: أثار الزواج.

(27)- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ص139.

(28)- المرجع السابق نفسه.

(29)-ابن منظور، لسان العرب، مج5، ج43، ص3906.

(30)-: أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج5، ص187.

(31)- يالجرجاني، التعريفات، ص185.

(32)- ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مج16، ج52، ص4853.

(33)- الجرجاني، التعريفات، ص254.

(34)- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج6، ص116.

(35)- ابن منظور، لسان العرب، مج16، ج52، ص4852.

(36)- مجع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمبات وإحياء التراث، المعجم الوسيط، ص1038.

(37)- الجرجاني، التعريفات، ص252.

(38) ينظر: محمد بن قدامى المقدسي، المغني،ج7، ص612. حسن بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع،ج 5،ص576.

(39) ينظر: شمس الدين ابن الخطيب الشربيني، المغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج3، ص464.

(40) ، ينظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المدخل إلى نظرية الإسلام العامة في الفقه الإسلامي، ص19.

(41)، ينظر المصدر نفسه، ص10.

(42) أحمد بن الحسن ابن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب: الأم تتزوج فيسقط حقها في حضانة الولد وينتقل إلى جدته، برقم:15763، ج8، ص7.

(43) ينظر: شمس الدين السرخسي، المبسوط،ج 5،ص205. مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التنوفي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم،ج 2،ص247. محمد بن إدريس الشافعي، الأم،ج 3،ص239. بن قدامة المقدسي، المغني،ج 11،ص413.

(44)- شمس الدين السرخسي، المبسوط،ج 5،ص205

(45)- أحمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر الخليل، ج2، ص 532.

(46)أحمد الدردير، الشرح الكبير، 2ج، ص523. شمس الدين ابن الخطيب الشربيني، المغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج،ج 3،ص464. علي بن يوسف الفيروزابادي، المهذب على فقه الإمام الشافعي،ج 3،ص164. ابن قدامى المقدسي، المغني، ج11،ص412.

(47)- الشربيني، المغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، ص196.

(48) ينظر: محمد أمين بن عابدين، مجموع رسائل بن عابدين،ج1،ص265. أحمد بن يوسف الراهوني، حاشية الراهوني على شرح الزرقاني،ج 4،ص249.

(49) ينظر: عبد القادر بن داوود ، إشكالات قانون الأسرة الجديد الصادر للأمر الرئاسي(02/05) المؤرخ في 2005/02/27م، ص123.

(50) سبق تخريجه.

(51) ابن المنذر، الجامع ، ص546.

(52) السرخسي، المبسوط،ج 5،ص210.

(53) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج 4،ص41

(54) كمال الدين بن الهمام، شرح فتح القدير، ج 4،ص33.

(55) محمد بن يوسف الرهوني، حاشية الرهوني على الشرح الزرقاني على متن الخليل،ج 4،ص257.
(56) ينظر: والقاسم محمد بن أحمد بن عبد الله، القوانين الفقهية، ج1،ص149.
(57)– منصور بن يوسف البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، 629.
(58)- ينظر: القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد،ج 3،ص331.
(59) ينظر: محمد بن حزم، المحلى،ج 5،ص253.

(60) - ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، ج زاد المعاد في هدي خير العباد،ج 3،ص331.

(61) - ينظر: عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، العدة شرح العمدة، ج1،ص478. ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد،ج 3،ص331.

(62) كمال الدين بن الهمام، شرح فتح القدير، ج 4،ص33.
(63) المصدر السابق نفسه .
(64) أبو القاسم محمد بن أحمد بن عبد الله، القوانين الفقهية،ج 1،ص149.
(65) ينظر: ابن القيم الجوزية، زاد المعاد ، ج زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 3،ص331.

(66) سبق تخريجه
(67) ينظر: ابن القيم الجوزية، زاد المعاد ، ج زاد المعاد في هدي خير العباد،ج 3،ص331.

(68) - ينظر: محمد بن حزم، المحلى،ج 5،ص253
(69)- ينظر: محمد بن حزم، المحلى،ج 5،ص253
(70) ينظر:المرجع السابق نفسه
(71) ينظر: ابن القيم الجوزية، زاد المعاد ، ج زاد المعاد في هدي خير العباد،ج 3،ص331.

(72) ينظر: انظر: عبد القادر بن عزوز، أحكام فقه الأسرة دراسة مقارنة، ص19.
(73) قرار المحكمة العليا، رقم 40418م، ق89، التاريخ: 1986/05/05.
(74) ينظر: لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ص112/111.
(75) ينظر: المرجع السابق نفسه، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ص262.

(76)- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ص262.
(77)– قرار رقم 134951، بتاريخ 21/5/ 1996، م.ق1997، عدد 2، ص 86.
(78)– قرار رقم 222655، بتاريخ 18/ 5/ 1999، أ.ق2001، عدد 4، ص 185.
79 – بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ص267. لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ص115.