الأكاديمية للدراسات
الإجتماعية والإنسانية

# زواج الحاضنة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

# *Marriage of Incubator in Islamic law and Algerian family Law*

د. حيدرة محمد
أستاذ محاضر (أ) قسم القانون العام -كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الحميد بن باديس- مستغانم
haidra.m@live.fr

**ملخص**

تعتبر حضانة الأطفال من أهم الآثار المترتبة على الطلاق، نظرا لارتباطها بصغَار ضعَاف لا يستطيعون القيامَ بمصالحهم وتدبيرَ شؤونهم بأنفسهم. ومن أجل هذا، وجدنا الشريعة الإسَلاَميةً وَمنً بعدها قانون الأسرة الجزائري، قد أولت اهتماما كبيرا لهذه الفئة من الأطفال، فشرعت لهم من الأحكام ما يضمن لهم العيش الكريم والرعاية اللازمة لحسن التكفل بهم وإعدادهم للمستقبل.

ويناقش هذا البحث مسألتين مهمتين في موضوع الحضانة؛ الأولى سقوط الحق في الحضانة بسبب زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون، لأنه مظنة إهمال الطفل من جانب حاضنته وتقصيرها في واجباتها تجاهه، أو تضييع حقوقه من جانب الزوج الأجنبي عنه. والمسألة الثانية عودة هذا الحق للحاضنة متى زال سبب سقوطه.

**الكلمات الدالة:** الأسرة، حضانة الطفل، حق الطفل، سقوط الحق،عودة الحضانة.

**Abstract**

Child custody is one of the most important effects of divorce, because it is related to vulnerable children who cannot protect their own interests and manage their own affairs. For this reason, Islamic law and then the Algerian family law are found to have paid great attention to this category of children, So that they enacted especialy for them provisions that guarantee them a decent living and necessary care that will prepare them for the future.

This research discusses two important issues concerningcustody. The first is the lapse of the right to child custody due to the custodian marriage with a foreigner for the child, which may may increase the possibility of neglecting the child by his custodian or her failure in doing her duties towards him or even The alienation of his rights by the foreign spouse. The second issue is the resumption of this right to the custodian when the reason for its lapse no longer exists.

***Keywords:*** *Family, Child Custody, Child Right, lapse of right, return of custodianship (resumption of custody).*

## مقدمة

تعتبر حضانة الأطفال من أهم الآثار التي تترتب على الطلاق، نظراً لتعلقها بذريَّة ضعافٍ لا يستقلون بأنفسهم في تدبير شؤونهم بعد فراق وَالِدِيهِم؛ وهُمْ وإن كانوا قبل انفصال الأبوين بحاجة إلى الرعاية والاهتمام، فهم إليها بعد الانفصال أحوج، ولذا كان من اللازم بذل الجهد في توفير العناية التي تليق بهؤلاء الأطفال، من أجل حسن التكفل بهم وإعدادهم للمستقبل. ومن أجل، هذا أَوْلَت الشريعة الإسلامية اهتماما كبيرا للحضانة، فشرعت لها من الأحكام ما يحفظ للطفل المحضون حقوقه، ويضمن له أن يعيش حياة كريمة عند من يحضنه. وكان من أهم هذه الأحكام إسنادُ حضانة الأطفال للنساء عامة، وللأم على الخصوص، لأنهن أصبر وأقدر على رعاية الصغار والاهتمام بهم، واشتراطُ الكفاءة والأمانة في الحاضنة، وكذلك ترتيب مستحقي الحضانة بحسب الأولوية التي روعي فيها مصلحة المحضون. وعلى هذا النهج سار قانون الأسرة الجزائري، الذي كرَّس في موادِّه مصلحة المحضون، وجعلها في الاعتبار الأول في سائر أحكام الحضانة.

ومن بين تلك الأحكام التي تمس المحضون بصورة مباشرة زواج حاضنته بأجنبي عنه، سواء أكانت الحاضنة هي الأم أو غيرها، وهو ما عبَّرَ عنه الفقه الإسلامي بالزواج بغير القريب المحرم، فهذا الزواج يجعل حق الحضانة يسقط عن الحاضنة، لما له من انعكاس على وضعية الطفل المحضون داخل الأسرة؛ لأن وجود الحاضنة مع زوج أجنبي مظنةٌ لتضييع حقوق الطفل والتقصير في واجباته إرضاءً للزوج، أو مظنةُ تضييق الزوج على الطفل وإهدار مصالحه، وهو خلاف المقصود من الحضانة، ولذلك قضت الشريعة الإسلامية بعودة هذا الحق للحاضنة متى زال سبب سقوطه، بطلاقها أو وفاة زوجها، لأنها تصبح في هذه الحال متفرغةً لرعاية المحضون والعناية بشؤونه.

وفي هذا الموضوع بيان لأحكام زواج الحاضنة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مدعما باجتهادات القضاء الجزائري في هذا الموضوع. وقد قسمت البحث إلى مقدمة ومبحثين؛ تطرقت في المبحث الأول إلى زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون في الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال بيان سقوط الحضانة بزواج الحاضنة (المطلب الأول)، ثم وقت سقوط الحضانة وعودها (المطلب الثاني)؛ وخصصت المبحث الثاني لزواج الحاضنة في قانون الأسرة الجزائري، حيث بحثت فيه سقوط الحضانة بزواج الحاضنة (المطلب الأول)، وعودة الحق في الحضانة وشروطه (المطلب الثاني) وختمت البحث بخاتمة ضمنتها أهم النتائج.

## المبحث الأول: زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون في الشريعة الإسلامية

الحضانة حفظ ورعاية من لا يستقل بأموره، وتربيته، والقيام بشئونه ومصالحه[1]، وهي حقٌّ وواجبٌ في الوقت ذاته، لأن المقصود منها مراعاة مصلحة المحضون [2]، ولذلك كانت من اختصاص النساء دون الرجال، لما فيهن من التحمل والصبر على مشقتها، وكانت الأم أولى الناس وأحقَّهم بحضانة أولادها؛ غير أن هذا الحق يسقط عنها إذا تزوجت بغير قريب محرم من المحضون، ويعود إليها من جديد إن هي خَلَت عن زوج.

### المطلب الأول: سقوط الحضانة بزواج الحاضنة

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أن الأم الحاضنة إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون [3] يسقط حقها في الحضانة [4]. قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم [5]. واستدل الفقهاء على سقوط الحضانة عن الأم بزواجها بأدلة من المنقول والمعقول:

**الفرع الأول: الأدلة من المنقول:** تتمثل هذه الأدلة في ورود أحاديث نبوية وآثار تدل على سقوط الحق في الحضانة بزواج الحاضنة، منها:

أ – ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينتزعه مني". فقال عليه السلام:« أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي » [6]. والشاهد في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لها الحق في الحضانة إلى أن تتزوج، وحُكْمُ ما بعد الغاية مخالفٌ لما قبل ذلك[7].

ب – ما رواه مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال: سمعت القاسم بن محمد يقول: "كانت عند عمر بن الخطاب امرأةٌ من الأنصار، فولدت له عاصم بن عمر، ثم إنه فارقها، فجاء عمر قباء، فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد، فأخذ بعضده، فوضعه بين يديه على الدابة، فأدركته جدة الغلام فنازعته إياه، حتى أتيا أبا بكر الصديق، فقال عمر: ابني، وقالت المرأة: ابني. فقال أبو بكر: خلِّ بينه وبينها. قال: فما راجعه عمر الكلام". قال: وسمعت مالكا يقول: وهذا الأمر الذي آخذ به في ذلك [8] . وهذا النص يقتضي أن الصبي يكون في حضانة أمه ما لم تتزوج[9].

**الفرع الثاني: الأدلة من المعقول** [10]: بالإضافة إلى أدلة المنقول، هناك أدلة من المعقول تؤيد سقوط الحق في الحضانة بزواج الحاضنة، ومن هذه الأدلة:

أ – إن المرأة إذا تزوجت، اشتغلت بخدمة زوجها وحقوقه عن الحضانة، فلا تتفرغ لتربية الولد. قال ابن قدامة: إن منافع الأم تكون مملوكة لغيرها بالزواج، فأشبهت المملوكة.

ب – الرجل الأجنبي قد تتعارض رغباته مع ما يتطلبه الطفل المحضون من الرعاية والاهتمام، فلا تقدر المرأة على لقيام بواجباتها انشغالا بطلبات الزوج وحقوقه.

ج – إن الطفل يلحقه الجفاء والمذلة من زوج الأم عادة. قال ابن نجيم: إذا كان زوج الأم أجنبيا، يعطيه نزراً، وينظر إليه شزراً [11]. وقال الكاساني: "لأنه يبغضه لغيرته، وينظر إليه نظر المغشي عليه من الموت، ويقتر عليه النفقة فيتضرر".

د - ذكر الماوردي أن الولد وعصبته يلحقهم العار في مُقَامه مع زوج أمه.

وقد لخص الباجي الأضرار التي تلحق الطفل بزواج أمه بأجنبي فقال: "ووجه ذلك أن الصبي يلحقه الضرر بتكرّه الزوج له، وضجره به، والأم تدعوها الضرورة إلى التقصير في تعاهده، طلبا لمرضاة الزوج واشتغالا به، وذلك كله مضر بالصبي، فبطل حقها من الحضانة"[12].

**المطلب الثاني: وقت سقوط الحضانة وعودها**

اختلف الفقهاء في وقت سقوط الحق في الحضانة، هل يكون بمجرد العقد على الحاضنة، أم لا بد من الدخول؛ كما اختلفوا في وقت عودة هذا الحق بطلاق الحاضنة، هل يكون فور وقوع الطلاق أم لا بد من انقضاء العدة.

**الفرع الأول: وقت سقوط الحضانة:** تسقط الحضانة عن الأم عند الحنفية والشافعية[13]، والصحيح من مذهب الحنابلة بمجرد العقد عليها؛ وعند المالكية تثبت الحضانة للأم ما لم تتزوج ويدخل بها الزوج، فإذا دخل، بطلت حضانتها[14]. والمالكية الذين أسقطوا الحضانة بالدخول دون العقد، عللوه بالاشتغال بالزوج عن الطفل، ولا يحصل هذا إلا بعد الدخول[15]؛ وأما الحنفية والشافعية والحنابلة، الذين أسقطوا الحضانة بمجرد العقد، فلأن التزوج اسم للعقد، ولا يتوقف سقوط الحضانة على الدخول. ولقول النبي صلى الله عليه وسلم: « أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي »[16]، وقد وجد النكاح قبل الدخول؛ ولأنه بالعقد يملك منافعها، ويستحق زوجها منعها من حضانته، فزال حقها كما لو دخل بها[17].

ومراعاةً لمصلحة الطفل المحضون، استثنى المالكية حالات لا يسقط فيها حق الحاضنة عن الأم إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون، وهي حالات يخشى على الولد بانتزاعه منها لحوق ضرر به، وهذه الحالات هي[18]:

1- أن يعلم من له حق الحضانة بعدها بدخول زوجها بها، وسقوط حقها في الحضانة، ويسكت بعد علمه بذلك مدة سنة بلا عذر.

2- أن يكون الزوج الذي دخل بالحاضنة محرما للمحضون، كأن تتزوج أمه بعمه؛ بل وإن لم يكن له حضانة كخال المحضون تتزوجه حاضنته من جهة أبيه كعمته.

3- أن يكون الزوج الذي دخل بالحاضنة وليا، أي عاصبا للمحضون، كابن العم، بشرط أن لا يكون للمحضون حاضنة فارغة عن زوج.

4- ألا يقبل المحضون غير مستحقة الحضانة، أمًّا أو غيرها، فلا تسقط بدخول الزوج بها في هذه الحال.

5- ألا تقبل المرضعة أن ترضع الطفل عند بدل أمه الذي انتقلت له الحضانة بسبب دخول الزوج بأمه.

6- أن لا يكون للولد حاضن غير الحاضنة التي دخل الزوج بها، أو يكون له حاضن غيرها، ولكنه غير مأمون، أو عاجز عن القيام بمصالح المحضون.

7- ألا تكون الحاضنة التي تزوجت بأجنبي وصية على المحضون، وذلك في رواية عند المالكية؛ وفي رواية أخرى عندهم لا يشترط ذلك.

أما إذا تزوجت الحاضنة بذي رحم محرم للمحضون، أو تزوجت بقريب له ولو غير محرم، كابن عمه، فإن حضانتها لا تسقط عند الجمهور المالكية، والشافعية في الأصح، والحنابلة. واشترط الشافعية والحنابلة أن يكون زوج الحاضنة ممن له حق في حضانة الطفل، وأن يرضى بها؛ لأن شفقته تحمله على رعايته، فيتعاونان على ذلك[19]؛ وأما الحنفية، فاشترطوا أن يكون الزوج ذا رحم محرم للمحضون؛ لأن القرابة بينهما تبعثه على الشفقة عليه، فلا يلحقه جفاء، فإن كان غير محرم كابن العم، سقطت الحضانة[20].

**الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة:** استنادا إلى القاعدة الشرعية "إذا زال المانع عاد الممنوع"، فإن الحق في الحضانة يعود للحاضنة التي طلقها زوجها الأجنبي عن المحضون، غير أنهم اختلفوا في وقت رجوع هذا الحق؛ فقال الحنابلة، وهو المذهب عند الشافعية: يعود الحق في الحضانة فور وقوع الطلاق، سواء أكان بائنا أم رجعيا، ودون انتظار العدة، بسبب زوال المانع، وقال الحنفية والمزني من الشافعية: إن الحق في الحضانة يعود فور وقوع الطلاق البائن، أما الطلاق الرجعي فلا يعود فيه الحق في الحضانة إلا بعد انتهاء العدة، أما المالكية فإنهم يفرقون بين زوال الحضانة لعذر اضطراري، كالمرض أو الحج، فتعود بشفاء الحاضنة من مرضها، أو رجوعها من الحج، وبين زوال الحضانة لسبب اختياري، كتنازل الحاضنة عن الحضانة، أو زواجها من غير قريب محرم، فلا يعود لها الحق فيها بزوال سبب السقوط، وذلك بناء عل أن الحضانة حق للحاضن، وهو المشهور في المذهب، وقيل: يعود الحق في الحضانة بناء على أنها -أي: الحضانة- حق للمحضون[21].

وخلاصة القول، أن الفقهاء متفقون على أن الولد الصغير تجب رعايته وحضانته، وأن المدار في استحقاق الحضانة أو سقوطها مدى الاستعداد لتحقيق تلك المصلحة للصغير، ولذا حكموا بسقوط الحضانة عن الأم إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون، مع علمهم أن لا أحد أرعى للولد منها في العادة؛ لأن زواجها مظنة التفريط في رعاية الصغير، لاشتغالها بحق الزوج الجديد من جهة، وللخوف من إهماله من هذا الزوج من جهة أخرى، فيكون هذا الحكم مبنيا على دفع الضرر المتوقع حصوله عادة.

وما دام الفصل في هذه المسألة يعود إلى تقدير مصلحة المحضون، فقد رأينا أن المالكية استثنوا حالات عديدة لا يسقط فيها حق الأم في الحضانة ولو دخل بها الزوج، دفعاً للضرر المتوقع من انتزاع المحضون من أمه، فحكموا ببقائه عندها؛ لأنه أرفق به وأحكم.

## المبحث الثاني: زواج الحاضنة في قانون الأسرة الجزائري

نص قانون أ ج على سقوط الحق في الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون، دون ذكر تفاصيل عن هذا الزواج، كما نص القانون على أن الحق في الحضانة يعود بزوال سببه غير الاختياري.

### المطلب الأول: سقوط الحضانة بزواج الحاضنة

تتطلب دراسة سقوط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري بيان مراعاة مصلحة المحضون في حال زواج حاضنته بأجنبي عنه، ثم عودة هذا الحق بزوال سبب سقوطه.

**الفرع الأول: زواج الحاضنة ومراعاة مصلحة المحضون:** يسقط الحق في الحضانة بتزوج الحاضنة برجل أجنبي عن المحضون، وهو ما عبرت عنه المادة 66 من ق.أ.ج بالقريب غير المحرم، حيث جاء في نصها: "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم". وينطبق هذا الحكم على جميع الحواضن، الأم والجدة والخالة وغيرهن، لأن نص المادة 66 لم يستثن الأم الحاضنة، ولم يفرق بين حاضنة وأخرى. ومن ثَمَّ فإنه يسري على كل حاضنة تزوجت بأجنبي عن المحضون لوجود العلة نفسها، ولأن الحضانة إذا سقطت عن الأم لهذا السبب فأَوْلَى أن تسقط عن غيرها. وقد جاء في قرار المحكمة العليا: "من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة أم الأم أن تكون غير متزوجة، وأن لا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي ... حيث أن كل حاضنة تدخل على نفسها سببا مسقطا لحضانتها، فإن الحضانة تسقط عنها شرعا، فإن كانت أما وتزوجت بأجنبي، وطالبت بها أمها، فإنها تعطى لها شريطة أن تكون غير متزوجة بدورها، وألا تسكن مع ابنتها، وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون "[22].

والملاحظ أن هذه مادة 66 المذكورة لم تتم صياغتها على النحو الذي صيغت به مواد الحضانة، بحيث لم يرد فيها عبارة "مع مراعاة مصلحة المحضون"، الأمر الذي يفهم منه أن زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون ينفي مصلحته قطعا[23].

غير أن المتأمل في مجموع النصوص الواردة في مسألة الحضانة يلاحظ أن المشرع الجزائري راعى مصلحة المحضون في هذه المسألة وإن لم يصرح بها، وذلك بناء على ما يلي:

1 – إن جميع الأحكام الواردة في الحضانة تنص على "مراعاة مصلحة المحضون"، وذلك في تعريف الحضانة، وترتيب مستحقيها، وتحديد مدتها، وأسباب سقوطها، وما دام الأمر كذلك، فإن عدم النص على مراعاة مصلحة المحضون في حال زواج الحاضنة بأجنبي عنه لا يعني إغفالها، إذ لا يمكن لجزئية أن تخرج عن النسق العام للنص القانوني.

2 – إن زواج الحاضنة بأجنبي لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها بقوة القانون، بل يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي، بعد أن يتقدم صاحب الحق في الحضانة للمطالبة بها[24].

3 – لعل المشرع ترك تقدير مصلحة المحضون للحاضن الذي سيؤول إليه أمر المحضون بعد زواج حاضنته، فيُقَدِّر إن كان في وضع مُرْضٍ ومقبول فيتركه مع الحاضنة التي تزوجت، أو كان في وضع تضيع فيه مصلحته، فيتقدم إلى القضاء ليطلب إسناد الحضانة إليه تأسيسا على زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون.

**الفرع الثاني: شروط الزواج المسقط للحضانة:** حتى يسقط الحق في الحضانة بزواج الحاضنة، ويمكن الطعن به أمام القضاء، لا بد أن يتوافر في الزواج الشروط الآتية:

**أ- أن يكون الزوج أجنبيا عن المحضون، بأن لا يكون قريبا محرما:** والعلة في ذلك مثلما ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية انشغالها عن المحضون، واشتغالها بمصالح زوجها، وهو ما ورد في العديد من الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، من ذلك قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة –ولو كانت أما– فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها، لانشغالها عن المحضون"[25].

**ب- أن يكون الزواج موثقا:** نصت المادة 66 من قانون الأسرة على حالة تزوج الحاضنة، لكنها لم تفصل في طبيعة هذا الزواج، إن كان رسميا أم عرفيا.

إن المشرع الجزائري جعل الزواج ينعقد بتوافر ركن الرضا متمثلا في الإيجاب والقبول حسب المادة 09، والشروط المذكورة في المادة 09 مكرر، وهي الأهلية، والصداق، والشاهدان، وانعدام الموانع الشرعية؛ غير أن المادة 18 من قانون الأسرة تنص على أن عقد الزواج يتم أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا، مع مراعاة المادة 09 والمادة 09 مكرر، كما تنص الفقرة 01 من المادة 22 من قانون الأسرة على أن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حال عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

وبناء على ذلك، فإن الزواج المعتبر في إسقاط الحضانة عن الحاضنة هو الزواج الشرعي الذي تم توثيقه أمام الجهات المختصة؛ أما الزواج العرفي الذي يفتقر إلى الرسمية، فلا حجية له أمام القضاء في إسقاط الحضانة عن الحاضنة؛ لأن سبب سقوطها لا بد أن يكون بينا بوضوح، مثلما يشير إليه قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: "... وحيث إن الشريعة حرصا منها على مصلحة الطفل تكل حضانته إلى أمه أولا طالما أنها لم يسقط عنها حقها فيها لأحد الأسباب **البينة بوضوح**"[26].

وهذا ما كرسه الاجتهاد القضائي، إذ جاء في قرار المحكمة العليا: إن الادعاء بزواج الأم الحاضنة لا بد أن يثبت بصفة مؤكدة، لأن الزواج في الواقع لا يثبت إلا بوجود عقد زواج حرر طبقا للقانون[27].

**ج- أن يقع دخول بالزوجة الحاضنة:** وهذا الشرط لم يرد صراحة في قانون الأسرة الجزائري، غير أن الاجتهاد القضائي أكده، وذلك استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث جاء في تسبيب الحكم أن حضانة المرأة مقيدة بأن لا يكون لها زوج قد دخل

بها، فإن كان لها ذلك، وكان غير محرم من البنت المحضونة، فلا حضانة لها، واستدل بقول الفقيه الشيخ خليل بن إسحاق المالكي في باب الحضانة: "... والأنثى الخلوّ من زوج دَخَلَ". ويفهم من هذا الشرط أن المرأة الحاضنة لا يسقط حقها في الحضانة بمجرد العقد عليها، ولو استمر زمنا طويلا، لأن العلة - وهي الاشتغال عن المحضون بمراعاة الزوج - غير موجودة، كما أن الدخول يمكن أن يكون، ويمكن أن لا يكون، وذلك بأن تطلق أو يتوفى الزوج قبل الدخول.

## المطلب الثاني: عودة الحق في الحضانة وشروطه

يعود الحق في حضانة الطفل بعد سقوطه بسبب غير اختياري متى زال ذلك السبب، لكن ذلك متوقف على شروط لا بد من توافرها لاستعادة هذا الحق.

**الفرع الأول: عودة الحق في الحضانة:** يعود الحق في الحضانة متى زال سبب سقوطه غير الاختياري، وذلك ما نصت عليه المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء فيها: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري". ولم توضح هذه المادة معنى السبب غير الاختياري، كما لم تفرق بينه وبين السبب الاختياري. وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة[28]، وجدنا الفقه المالكي يفرِّق بين سقوط الحضانة بسبب اختياري، وهو ما كان بإرادة الشخص، كزواج الحاضنة، أو تنازلها عن الحضانة، وسقوطها بسبب غير اختياري، كالمرض والعجز، وأن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب السقوط الاختياري دون غيره[29].

غير أن الاجتهاد القضائي جعل زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون سببا غير اختياري، ومن ثَمَّ يمكن للحاضنة استعادة حقها في الحضانة إذا زال، وبناء على ذلك، فإن الاجتهاد القضائي يعتبر تفسير المادة 71 وفقا لأحكام المذهب المالكي إساءةً لفهم المادة، وخطأً في تطبيقها، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: "المبدأ أن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط، ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم، رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 من قانون الأسرة، يعد مخالفة للقانون، وقصورا في التسبيب". وجاء في حيثيات القرار ما يلي: " حيث جاء في القرار المنتقد بأن مجرد زواج الطاعنة قد أسقط حقها في الحضانة، دون أن يناقش قضاة الموضوع الدفع الذي أثارته الطاعنة من أن الزواج المحتج به قد انتهى بالطلاق، حيث أن المادة 71 من قانون الأسرة تقضي بعودة الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، لأن سقوط الحضانة المدعى به من طرف المطعون ضده لم يكن اختياريا، بل كان بسبب زواج الطاعنة، رغم علمه بطلاقها، وعليه، فالوجهان مؤسسان، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه"[30]. وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا أن قضاة الموضوع فسروا المادة 71 من قانون الأسرة تفسيرا سيئا؛ حيث قضوا بأن الأم المحكوم لها بالحضانة في الدرجتين كان لها حق الحضانة، غير أنه سقط بزواجها من أجنبي، ومن المعروف في جميع الشرائع أن الزواج يكون بالرضا والاختيار، وأنها لم تكن مجبرة على الزواج، وبزواجها أسقطت حقها في الحضانة باختيارها للزواج بأجنبي، وأن المادة 71 من قانون الأسرة صريحة واضحة لا تحتاج إلى تأويل أو اجتهاد، لأنه لا اجتهاد مع صراحة النص؛ إذ نصت المادة المشار إليها أعلاه بأن حق الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، أما وأن الأم أسقطت حقها بتزوجها بأجنبي، وباختيارها دون إكراه مادي، لذا فإن القرار المنتقد أسس على فهم لا يتماشى والمادة 71 من قانون الأسرة، الأمر الذي يستوجب نقضه[31].

وفي قرار مشابه استند الطعن إلى أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه، ورغم ذلك فقد أسند لها حضانة البنت، مع أن حقها في الحضانة قد زال طبقا للمادة 71 من قانون الأسرة، وقد عاب القرارُ سوءَ فهم المادة المذكورة، وجاء فيه: "متى تبين في قضية الحال أن المطعون ضدها تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه، ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون"[32].

ومن خلال هذه القرارات يستنتج أن الاجتهاد القضائي يفسر سبب السقوط غير الاختياري بالسبب الذي لا يكون للحاضنة يدٌ فيه، مع بقاء الرغبة لديها في إبقاء المحضون في حضانتها، ويجعل زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون من هذا القبيل، فإذا زال هذا السبب بطلاقها أو وفاة زوجها، فإنه يحق لها أن تطلب إسناد الحضانة إليها من جديد، بخلاف ما لو تنازلت عن الحضانة بمحض إرادتها، وهو سبب اختياري، حيث أبدت عدم رغبتها في الحضانة، فإنه لا يحق لها في هذه الحال أن تطالب بعودة هذا الحق إليها.

**الفرع الثاني: شروط عودة الحق في الحضانة:** يعود حق الحضانة بعد سقوطه عن المرأة الحاضنة بالشروط الآتية:

1- أن تحصل فرقة بين المرأة الحاضنة وزوجها الثاني إما بطلاق أو وفاة، بحيث تصبح خالية من زوج؛ لأن المقصود من إسقاط الحق في الحضانة بزواج الحاضنة الاحتياط لمصلحة الطفل، فإذا زال هذا السبب، وأضحت الحاضنة من غير زوج، فإن هذا الحق يعود إليها.

2- أن تثبت الحاضنة زوال سبب السقوط غير الاختياري، وذلك إما بحكم طلاق صادر عن المحكمة، أو بشهادة وفاة الزوج، وذلك ان الادعاء وحده، مجردا عن الدليل القاطع لا يكفي لطلب استعادة الحق في الحضانة، فكما أن سقوطها لا يكون إلا بدليل واضح صريح، كذلك ينبغي أن تكون عودتها.

3- أن تتقدم إلى هيئة المحكمة برفع دعوى تطالب فيها باستعادة حقها في الحضانة، فإذا زال سبب سقوط الحق عن الحاضنة، ولم تتقدم إلى هيئة المحكمة بطلب استعادة حقها في

الحضانة، فلا يمكنها الحصول عليه.

## خاتمة

أسفرت هذه الدراسة عن مجموعة من النتائج نلخصها فيما يلي:

1- المقصد العام من أحكام الحضانة في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة الجزائري مراعاة مصلحة المحضون وفي جميع الأحوال.

2- المشرع الجزائري وإن لم ينص على وجوب مراعاة مصلحة المحضون في المادة 66 من قانون الأسرة، والخاصة بزواج الحاضنة، إلا أن هذه المصلحة مرعية ضمنيا من خلال جميع المواد المتعلقة بالحضانة.

3- سقوط الحضانة بسبب زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون وإن نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 66، إلا أنه حق لا يسقط بقوة القانون، بحيث إذا لم يتقدم من يلي الحاضنة بطلب إسناد الحضانة إليه بقيت الأمور على حالها.

4 - المشرع الجزائري فرق بين سقوط الحضانة بسبب اختياري أو بسبب غير اختياري، ولكنه جعل زواج الحاضنة من أجنبي عن المحضون سببا غير اختياري، يعود معه للحاضنة الحق في الحضانة بزواله.

5 - الاختلاف بين الشريعة الإسلامية (الفقه المالكي) والاجتهاد القضائي الجزائري في مفهوم السبب غير الاختياري الذي يؤدي إلى سقوط الحضانة هو ما أدى الاضطراب في تفسير المادة 71 من قانون الأسرة، حيث ذهب بعض القانونيين إلى تفسير المادة 71 من قانون الأسرة على ضوء الفقه المالكي، حيث اعتبروا زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون سببا اختياريا، لأنه وقع بإرادة الحاضنة، ومن ثَمَّ رأوا أن حقها في الحضانة لا يعود إليها ولو طلقت أو توفي زوجها، في حين أن الاجتهاد القضائي جعل زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون سببا غير اختياري، يعود الحق في الحضانة بزواله.

6- يشوب بعض مواد الحضانة غموض يحسن بالمشرع رَفْعُهُ بعبارات واضحة صريحة، مثل زواج الحاضنة، وهل يعتد بالزواج العرفي إذا ما تم إثباته بورقة عرفية أو بشهادة الشهود؟ وهل العبرة في زواج الحاضنة بالعقد أم بالدخول؟ وهل زواج الحاضنة سبب اختياري أم اضطراري؟

### الهوامش:

1- عرف الفقهاء الحضانة بتعاريف متقاربة، تدور كلها حول حفظ ورعاية من لا يستقل بأموره، وتربيته، والقيام بشئونه ومصالحه. يراجع: الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود)/ بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986، ج4، ص 40؛ والرصاع (أبو عبد الله محمد الأنصاري)/ شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، د.ت، ص 230؛ والمرداوي (علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان)/ الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، د.ت، ج9، ص 416؛ والجمل (الشيخ سليمان بن عمر العجيلي الأزهري)/ حاشية الجمل، دار الفكر، د.ت، ج4، ص 516.

2- لأجل هذا اشترط المالكية في الحاضنة العقل، والكفاءة، والأمانة في الدين، وأمن المكان، والرشد، والسلامة من الأمراض الخطيرة، وعدم سفر الولي عن المحضون مسافة القصر، وعدم سفر الحاضنة سفر نقلة وانقطاع من بلد إلى بلد آخر. ويضيف المالكية شرطين آخرين للذكر الحاضن: أن يكون عنده من يمكنه حضانة الصغير من الإناث. و أن يكون محرما للأنثى المطيقة التي يحضنها، ويزاد للمرأة الحاضنة شرطان أيضا: أن لا تسكن مع من سقطت حضانتها، و أن لا تكون متزوجة أصلا، أو تكون غير مدخول بها. يراجع: الدسوقي (شمس الدين بن عرفة)/ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار إحياء الكتب العربية، د.ت، ج2، ص 529؛ والكشناوي (أبو بكر بن حسن)/ بدر الزوجين ونفحة الحرمين، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د ت ط، ص ص 248-249؛ والشيخ الحاج محمد باي بلعالم/ إقامة الحجة بالدليل شرح نظم ابن بادي لمختصر خليل، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2007، ج3، ص ص 2368-238.

3- لا يسقط حق الحاضنة في الحضانة إذا تزوجت برجل قريب محرم من المحضون، كعمه، وابن عمه، وابن أخيه؛ لأن الزوج القريب له الحق في الحضانة، وشفقته تحمله على رعايته، ولأن أمر المحضون يهم الزوج في هذه الحال كما يهم الحاضنة، لاعتبار القرابة بينهما، فيكون أحرص على مصلحته من الزوج الأجنبي، ومن ثم يتعاون مع حاضنته على كفالته. يراجع: الدكتور الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت، ط1، 2002، ج3، ص 165؛ والدكتور وهبه الزحيلي/ الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط2، 1985، ج7، ص 728.

4- يرى الإمام ابن حزم الظاهري أن زواج الأم لا يسقط حقها في الحضانة، سواء تزوجت أو لم تتزوج. واستدل بأن الرضاعة تثبت للرضيع مدة عامين بقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ سورة البقرة، الآية 233، ومن ثَمَّ لا يجوز أخذه منها، ومن جهة أخرى ضعف الإمام ابن حزم الأدلة التي اعتمدها الجمهور في إسقاط الحضانة بزواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون. يراجع: ابن حزم (أبو محمد بن سعيد)/ المحلى، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط 1352 هـ، ج10، ص 323.

5- مالك (الإمام مالك بن أنس الأصبحي)/ المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994، ج2، ص 258؛ والسرخسي (الإمام أبو بكر محمد بن أحمد)/ المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 1989، ج5، ص 210؛ والشافعي (الإمام محمد بن إدريس)/ الأم، دار المعرفة، بيروت، د.ت، ج5، ص 99؛ وابن قدامة (الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد)/ المغني، دار إحياء التراث العربي، د.ت.ط، ج8، ص 194.

6- رواه أبو داود، كتاب: الطلاق، باب: من أحق بالولد، رقم: 2276، ص 259.

7- السرخسي/ المبسوط، ج5، ص 210.

8- رواه مالك في الموطأ، كتاب: الوصية، باب: ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد، رقم: 2230، ج2، ص 317.

9- الباجي (القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسي)/ المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، دار الكتاب الإسلامي، د.ت، ج6، ص 185.

10- السرخسي/ المبسوط، ج5، ص 210؛ وابن نجيم (الإمام زين الدين بن إبراهيم الحنفي)/ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، د.ت.ط، ج4، ص 183؛ والكاساني/ بدائع الصنائع، ج4، ص 42؛ والخرشي (أبو عبد الله محمد بن عبد الله)/ شرح مختصر خليل)، دار الفكر، د.ت.ط، ج4، ص 213؛ وابن قدامة/ المغني، ج8، ص 194؛ والأنصاري (الإمام زكريا بن محمد السنيكي المصري)/ أسنى المطالب، دار الكتاب الإسلامي، د.ت.ط، ج3، ص 448؛ ود/ الصادق عبد الرحمن الغرياني/ مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت، ط1، 2002، ج3، ص 165.

11- النزر الشيء القليل التافه، والشزر نظر الغضبان بمؤخر العين. يراجع: الرازي (الإمام زين الدين محمد بن أبي بكر)/ مختار الصحاح، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط4، 1990، باب: الشين، مادة: (ش ز ر)، ص 219؛ وباب: النون، مادة: (ن ز ر)، ص 414.

12- الباجي/ المنتقى، ج6، ص 186.

13- حتى لو رضي الزوج الأجنبي بحضانة الأم لطفلها، فإنها تسقط؛ لأنه قد يرجع فيتضرر الولد. يراجع: الشربيني (الإمام شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب)/ مغني المحتاج، المكتبة التجارية الكبرى، ط1955، ج3، ص 455.

14- ابن نجيم/ البحر الرائق، ج4، ص 183؛ والباجي/ المنتقى، ج6، ص 186؛ والشافعي/ الأم، ج5، ص ص 99-100؛ وابن قدامة/ المغني، ج8، ص ص -194

195؛ والمرداوي (علاء الدين بن سليمان بن أحمد)/ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، د.ت.ط، ج9، ص 425.

15- الخرشي/ شرح مختصر خليل، ج4، ص 213.

16- سبق تخريجه، يراجع: الهامش (6).

17- ابن نجيم/ البحر الرائق، ج4، ص 183؛ والشافعي/ الأم، ج5، ص ص -99 100؛ وابن قدامة/ المغني، ج8، ص ص 194-195؛ والمرداوي/ الإنصاف، ج9، ص 425.

18- الخرشي/ شرح مختصر خليل، ج4، ص 214؛ وعليش (محمد بن أحمد)/ مِنَح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، د.ت.ط، ج4، ص ص 427-428؛ والدسوقي/ حاشية الدسوقي، ج2، ص 529.

19- الدسوقي/ حاشية الدسوقي، ج2، ص 529؛ والأنصاري/ أسنى المطالب، ج3، ص 448؛ والمرداوي/ الإنصاف، ج9، ص 424.

20- ابن نجيم/ البحر الرائق، ج4، ص 183؛ والكاساني/ بدائع الصنائع، ج4، ص 42.

21- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت/ الموسوعة الفقهية، ط2، 1990، ذات السلاسل – الكويت، ج17، ص 314؛ والدكتور التواتي بن التواتي/ المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، دار الوعي، الجزائر، ط2، 2010، ج4، ص ص 888 – 889.

22- قرار رقم: 50011 بتاريخ: 1988/06/20؛ جمال سايس/ الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، ط1، 2013، ج1، ص ص 468 – 470.

23- حميدو زكية/ مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004/2005، ص ص 518-519.

24- حميدو زكية/ مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، ص ص 518-519.

25- قرار رقم: 40438، مؤرخ في 1986/05/05؛ جمال سايس/ الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، ص 257.

26- قرار مؤرخ في 1968/05/12؛ المرجع نفسه، ج1، ص 50.

27- قرار رقم: 102886، مؤرخ في 1994/04/19؛ المرجع نفسه، ج2، ص ص 856-857.

28- وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، التي تنص على ما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

29- تراجع المسألة في الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول.

30- قرار رقم: 252308، مؤرخ في 2000/11/21؛ المرجع نفسه، ج2، ص ص 992-993.

31- قرار رقم58812، مؤرخ في 1990/02/03؛ جمال سايس/ الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، ص ص 625-623.

32- قرار رقم 201336، مؤرخ في 1998/07/21؛ المرجع نفسه، ج2، ص ص 1072-1073.