جامعة دمشق

كليّة الحقوق

الحماية القانونيّة لحق الطفل في الحضانة

"دراسة مُقارنة"

أطروحة أُعِدَّت لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

قسم القانون الخاص

إعداد الطالب

عمار ممدوح البيك

إشراف

الدكتور مؤيّد زيدان

أستاذ مُساعد في قسم القانون الخاص

كليّة الحقوق-جامعة دمشق

2020م/1441هـ

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 2020/12/3, بحضور لجنة الحكم المؤلفة من الأساتذة الكرام:

الدكتور أيمن أبو العيال (أستاذ في قسم القانون الخاص– جامعة دمشق).....رئيساً

الدكتور خالد الخطيب (أستاذ في قسم القانون الخاص – جامعة حلب).....عضواً

الدكتور مؤيد زيدان (أستاذ مساعد في قسم القانون الخاص– جامعة دمشق)....عضواً مشرفاً

الدكتور عبد المنعم السقا (المدرس في قسم الفقه الإسلامي وأصوله–جامعة دمشق)...عضواً

الدكتور جمال مذكور (المدرس في قسم القانون الخاص – جامعة دمشق).....عضواً

بسم الله الرحمن الرحيم

{يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات}

صدق الله العظيم

سورة المجادلة الآية (11)

شكر وتقدير

بعد شُكر الله سبحانه وتعالى, أتقدم بجزيل الشُكر وخالص الامتنان, لأستاذي الدكتور مؤيّد زيدان, الذي تكّرم بالإشراف على هذه الرسالة, فقد كان أول أستاذ قابلته في كُلية الحقوق بجامعة دمشق, مُنذ بدأت إيفادي إليها, وكان لعونه الأثر الكبير, فقد أنارت توجيهاته وتصويباته طريق البحث فله مني كُل عبارات الشُكر والتقدير.

كما أتقدم بالشُكر الوافر للأساتذة الكرام, أعضاء لجنة الحُكم, الأستاذ الدكتور أيمن أبو العيال, والأستاذ الدكتور خالد الخطيب, والدكتور جمال مذكور, والدكتور عبد المنعم السقا, لما بذلوه من جُهد في قراءة هذه الرسالة في سبيل تقديم توجيهاتهم القيّمة, لتصويب الأخطاء الواردة في هذه الرسالة.

وأتوجه بكامل الامتنان إلى أساتذتي الكرام في قسم القانون الخاص بجامعة دمشق, لما أفاضوا عليّ من علمهم. ولا يفوتني أن أشكر الأستاذ عبيدة طرّاب رفاعي المدقق اللغوي في جريدة الجماهير؛ لتدقيقه هذه الرسالة لغوياً, فله مني كُل الشكر والتقدير.

الإهداء

إلى والدي–رحمه الله– الذي علمني حُب العلم مُذ كنتُ طفلاً....

إلى والدتي التي ما فتأت تنتظر الفرح....

إلى زوجتي الحبيبة سندي الدائم, وعوني المستمر, ومشجعتي دائماً....

إلى إخوتي شُركائي في السّراء والضّراء....

إلى ابنتي الغالية يارا دافعي الأول للحياة....

إلى أصدقائي من كانوا عوناً لي وشاركوني أفراحي أبداً....

إلى كُل من قدّم لي العُون والنُصح....

إلى كُل هؤلاء أهدي ثمرة هذا الجُهد المتواضع....

المقدمة

يُعدُّ عقد الزواج من أنبل الروابط؛ فهو السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرةٍ قوامها المودة والرحمة. قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (الآية٢١، سورة الروم).

فالوضع الطبيعي للحياة الزوجيّة يقتضي أن تسودها المودّة والرحمة، وأن يحُيطها التفاهم والاتفاق؛ ولتحقيق ذلك أحاطت الشريعة الإسلاميّة عقد الزواج بالكثير من الضمانات، فأوصت كلا الزوجين بحُسن العشرة، وأمرت الزوجين بعدم الإساءة إلى بعضهما، واقتضت من الزوجة أن تُراعي أمور زوجها وبيتها.

فالزواج يقوم على أساس التماسك والتسامح بين الزوجين، ويؤدي ذلك إلى استقرار الحياة الزوجيّة، فالأصل في عقد الزواج الديمومة، وقد عدَّ الله سبحانه وتعالى هذه الرابطة من أقدس الروابط وأوثقها، قال تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾(الآية٢١، سورة النساء).

ومع ذلك، فقد يحلّ التناحر والخصام محل المودة والرحمة، وتسود العداوة والبغضاء بين الزوجين، الأمر الذي يُعرّض الزواج للفشل، ويستدعي حلّ الرابطة الزوجيّة، قال تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾(الآية١٣٠، سورة النساء)، فإذا حصل هذا الفراق، وانحلت الرابطة الزوجية، ولم يبقَ من هذا الزواج سوى الأطفال، فينشأ الخلاف حول حضانتهم، وتنشئتهم، وتربيتهم، فاعتنى الشارع بهذه الأحكام، واهتمّ الفقه الإسلامي بهذه الفترة من حياة

الطفل، وخصص الفقهاء أحكاماً مختلفةً لأمور الحضانة، حاولوا أن يوازنوا فيها بين الحقوق، كما أفردت جميع التشريعات المقارنة مواداً قانونيةً خاصةً عالجت أوضاع المحضون، وعنيت بشروط الحاضن، وتربيته، وما يترتب على هذه الحضانة من آثارٍ تهم الطفل المحضون، من نفقةٍ ورؤيةٍ وانتقالٍ، كما تعرضوا لأحكام انتهاء الحضانة، وسعت هذه التشريعات جاهدةً إلى تحقيق مصلحة الطفل المحضون المعني أساساً بهذه الأحكام، والتي تؤثر في نشأته.

إشكاليّة البحث

تتمحور إشكاليّة البحث حول مدى كفاية وفاعلية النصوص القانونية في قوانين الأحوال الشخصية، في توفير الحماية المطلوبة للطفل، في حال انحلال الرابطة الزوجيّة، وانفصال الأبوين عن بعضهم. وحول التكييف الفقهي والقانوني للحضانة، فهل هي من حق المرأة الحاضنة، أم أنّها من حق الطفل وواجبٌ على المرأة؟

كما، وأثارت التعديلات الأخيرة لقانون الأحوال الشخصيّة السوري –فيما يتصل بموضوع الحضانة– جدلاً فقهياً وحقوقياً واسعاً، إذ تناول المشرّع السوري في تعديله الأخير الكثير من المواد المتعلقة بالحضانة. وعاد مرةً أخرى، وأضاف تعديلاً آخر حول شروط الحاضن، وتخيير المحضون عند انتهاء مدة الحضانة.

مما يدفعني إلى التساؤل عن التأصيل الفقهي لهذه المواد، ويتطلب مني مقارنة المواد التي أوردها المشرّع السوري مع غيره من التشريعات؛ للبحث عن النصوص القانونية المحققة لمصلحة الطفل، والتي تؤمن له الحماية الكافية في فترة الحضانة؛

بحسبانه الطرف الأضعف فيها، والطرف المحتاج إلى الحماية في هذه الفترة الحرجة من عمر الطفل.

أهميّة البحث

تتأتى أهميّة البحث من خلال ما ينطوي عليه من إشكاليّاتٍ وتعقيداتٍ، إذ يغلب عليه الطابع المركب الفقهي والقانوني، بسبب ما ينطوي عليه من التعرّض لموضوع الحماية القانونية لحق الطفل في الحضانة، في ظل تزايد حالات التفريق – عموماً– بسبب الأوضاع الاجتماعية من طلاقٍ وخُلعٍ وتفريق، مما ينعكس سلباً على الأطفال في فترة الحضانة.

أهداف البحث

أهدف من البحث إلى إفراد دراسةٍ تأصيليّةٍ للبحث موضوع الدراسة، وتعزيزها بالأحكام القضائيّة قدر الإمكان. كما أهدف إلى عرض آراء فقهاء الشريعة الإسلاميّة فيما يتعلّق بالبحث موضوع الدراسة، والعمل على تحليلها. وتحليل النصوص القانونيّة ذات الصلة بموضوع الحضانة، ومُحاولة مُقارنتها ببعض التشريعات العربيّة، من أجل الوقوف على الثغرات والإضافات التي يحتاجها قانون الأحوال الشخصيّة السوري، ومدى انسجام التعديلات الأخيرة مع الأصول الفقهية، ومدى تحقيقها لمصلحة الطفل.

الدراسات السابقة

تطرق العديد من الباحثين في دراستهم إلى موضوع الحضانة، وسأعرض أهم الدراسات السابقة، فيما يأتي:

١. (الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، بشرى سعدي أبو جيب، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، كلية الشريعة، ٢٠٠٤). وقد عالجت الباحثة الجوانب الفقهية في الحضانة، وتعرضت –بشكلٍ مقتضبٍ– لموقف التشريع السوري. في حين أنّ دراستي تناولت التأصيل الفقهي لمسائل الحضانة ذات الصلة بالطفل، وتوسعت في الجانب القانوني، وقارنت مع تشريعاتٍ عربيّةٍ وغربيةٍ عدةٍ، وهي: التشريع المصري، والإماراتي، والعراقي، والمغربي، والجزائري، والتونسي، والفرنسي، والروسي، وحاولت التعرّض إلى الأحكام الواردة في قوانين الطوائف المتعلقة بالأحوال الشخصيّة ذات الصلة بالبحث، وتعرضت للتعديلات الجديدة التي أضافها المشرّع السوري بتعديل قانون الأحوال الشخصية السوري.

٢. (مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة)، زكية حميدو، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، أطروحة دكتوراه، الجزائر، ٢٠٠٤–٢٠٠٥. تناولت الباحثة دراسة مصلحة المحضون، واقتصرت الباحثة على تخصيص دراستها للقوانين المغاربية، في حين أنّني تعرضت بالمقارنة إلى تشريعاتٍ أخرى كالتشريع المصري، والعراقي، والإماراتي، والسوري، إضافةً إلى قوانين الأحوال الشخصية لبعض الطوائف المسيحية. كما تناولت في دراستي موضوعات أخرى لم تتطرق إليها الباحثة، كأحكام الحضانة المشتركة التي قررها القانون المدني الفرنسي، وقانون الأسرة الروسي.

٣. (التطبيقات القضائية للحضانة إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري)، سناء عمّاري، رسالة ماجستير، الجزائر، ٢٠١٥. خصصت الباحثة الدراسة لقانون

الأسرة الجزائري، ولم تتوسع في التأصيل الفقهي، ولم تتناول تشريعاتٍ أخرى بالدراسة.

٤. (النظام القانوني للحضانة في التشريع الجزائري)، فضيلة شاكر، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، الجزائر، ٢٠١٦-٢٠١٧. اقتصرت الدراسة أيضاً على قانون الأسرة الجزائري.

٥. (مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري)، نسرين إيناس، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠٠٨-٢٠٠٩. اقتصرت الدراسة على قانون الأسرة الجزائري، ولم تتناول بالبحث غير ذلك من القوانين.

منهج البحث

اعتمدت في الدراسة المنهج التحليلي الذي يستهدف استعراض آراء بعض فقهاء الشريعة الإسلاميّة، والنصوص القانونيّة، وما عثرت عليه من اجتهادات المحاكم المتعلقة بالبحث، وتحليلها بُغية العمل على ترجيح إحداها.

واتبعت أيضاً، المنهج المقارن من خلال عرض موقف قوانين الأحوال الشخصيّة في بعض الدول العربيّة، وهي: القانون المصري، والعراقي، والإماراتي، والتونسي، والجزائري، والمغربي، إضافةً إلى بعض القوانين الغربية، وهي: القانون المدني الفرنسي، وقانون الأسرة الروسي، بُغيّة الإفادة منها في مُعالجة القصور الواقع لدى المشرّع السوري في قانون الأحوال الشخصيّة.

مُخطط البحث

ستكون الأطروحة –بإذن الله– مقسمةً إلى فصلٍ تمهيدي، سأتناول فيه مفهوم الطفل والمصلحة والحضانة، ومن ثمّ سأتعرّض في الباب الأول لأحكام وشروط تولي الحضانة، وبعدها سيكون الحديث عن آثار الحضانة وانتهائها في الباب الثاني.

وهنا سأبدأ بالحديث عن مفهوم المصلحة في حضانة الطفل، في المبحث التمهيدي.

الفصل التمهيدي

مفهوم المصلحة في حضانة الطفل

راعت الشريعة الإسلامية حقوق الضعفاء، ووفرت لهم عنايةً فائقةً حفظاً لحقوقهم، ودرءاً لهم من العابثين بهذه الحقوق. ومن بين هؤلاء الضعفاء الأطفال في سن الحضانة، وقد تبنت التشريعات نظام الحضانة من أجل الحفاظ على حقوق الأطفال المحضونين، ولكن هل راعت هذه القوانين مصلحة الطفل المحضون؟

وللتعرّف على مدلول الحضانة والطفل والمصلحة بشكلٍ أكبرٍ، سأوضّح ذلك من خلال بيان مفهوم الطفل في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (المبحث الأول)، ومفهوم المصلحة في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة (المبحث الثاني)، وعرض مفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (المبحث الثالث).

المبحث الأول

مفهوم الطفل

يعدُّ الطفل موضوع الحضانة، وقد شُرعت الحضانة أساساً من أجل رعاية الطفل، والعناية بشؤونه، ومراعاة مصالحه، والحفاظ على حياة الطفل، وتربيته جسمانيّاً، وعقليّاً، وروحيّاً.

ويجب على من يتولى الحضانة أن يعلم أنّ الطفل المحضون أمانةٌ لديه، فإن عجز عن التربية الكافية، والرعاية التّامة، وجب عليه أن يضع هذه الأمانة في يدٍ تقوى على رعايتها وصيانتها.

وعلى ذلك، سأقوم بتوضيح مفهوم الطفل الخاضع للحضانة، من خلال عرض مفهوم الطفل في الفقه الإسلامي (المطلب الأول)، قبل أن أتطرق إلى مفهوم الطفل في القوانين المقارنة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الطفل في الفقه الإسلامي

قبل أن أعرّف الطفل من الناحية الاصطلاحية، سأتناول تعريف الطفل من الناحية اللغوية (الفرع الأول)، على أن أعرض بعض استخدامات مصطلح الطفل في القرآن الكريم، والسنة النبويّة (الفرع الثاني)، ومن ثمّ سأتعرض لبعض التعريفات الفقهية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الطفل من الناحية اللغوية

من خلال الرجوع إلى قواميس اللغة العربية وجدت أنّ هُناك أكثر من لفظٍ يستخدم للدلالة على الطفل، وأذكر منها ما يأتي:

أولاً: الطفل: يُستخدم لفظ طَفُلَ في اللغة العربية للدلالة على أكثر من معنى: ومن ذلك، طَفَّلَ بفتح الطاء، وتأتي بمعنى رفق بـ، ومن ذلك قولنا: طَفَّلَ الراعي الإبل، ومعناها رفق الراعي بالإبل في السير حتى تلحقها أطفالها. كما تأتي بمعنى أَطْفَلت الأنثى، أي صارت ذات أطفال، وقد تأتي أيضاً بمعنى التخلّق بأخلاق الأطفال، ومن ذلك تطفل فلان[١].

أمّا الطفل، فمصدرها الطفولة، وتعني: الصغر من كُل شيء. ومن ذلك قولنا: يسعى فلانٌ لي في أطفال الحاجات، أي: فيما صغر من الحاجات. والطفل، اسم جنس، مفرد، مؤنثه الطفلة، والجمع أطفال، ومعناه الصغر من كُل شيء. والطفولة تطلق على حالة الطفل. أي؛ إنّ لفلانٍ طفولةً سعيدةً[٢].

ثانياً: القاصر: ففي اللغة، قَصَرَ – قُصُوراً عن الشيء: كفّ عنه وتركه مع العجز، وقصْرُ الشيء بمعنى حبسه، وقصّر في الأمر: تراخى فيه، وقصّرَ عن الأمر: أمسك عنه مع القدرة عليه. والقصِر في كُلِّ شيءٍ: خلاف الطول[٣].

---

[١]- لويس معلوف، المنجد في اللغة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ط١٩، ص٤٦٧

[٢]- لويس معلوف، المنجد في اللغة، المرجع السابق، ص٤٦٧.

[٣]- لويس معلوف، المنجد في اللغة، المرجع السابق، ص٦٣٣.

ثالثاً: الصغير: صغر: الصِّغَرُ: ضدُّ الكبر. من صغُر صغارةً وصغيراً، والصّغارةُ خلاف العِظم، ويُقال: صَغِرَ صِغَراً في ضدَّ الكبير، وصَغُرَ صَغَراً وصَغاراً في الذلّة، والصّاغر الرّاضي بالمنزلة الدّنيّة[١]. قال تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ الآية (٢٩)، سورة التوبة.

---

[١]- أبو القاسم الحسين بن محمّد، المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ج١، مطبعة نزار مصطفى الباز، ص٣٧٠.

الفرع الثاني

بعض استخدامات الطفل في القرآن الكريم والسنّة النبويّة الشريفة

سأتعرض إلى بعض استخدامات كلمة الطفل، وغيرها من الألفاظ التي تفيد المعنى في القرآن الكريم (أولاً)، والسنّة النبويّة الشريفة (ثانياً).

أولاً: من القرآن الكريم: لم يقتصر ذكر الطفل في القرآن الكريم على هذا اللفظ فقط، وإنّما استخدم بألفاظٍ مختلفةٍ متقاربةٍ من حيث المعنى، وسأعرض هذه الألفاظ المتقاربة في المعنى والمدلول. وهي: الغلام، والصبي، والولد، والولدان، والذين لم يبلغوا الحلم، والطفل. وفيما يأتي توضيح ذلك.

١. **الطفل:** وردت كلمة الطفل في القرآن الكريم في أكثر من موضعٍ، ويُلاحظ أنّ هذه الكلمة وردت مفردةً وأريد بها الجمع. ومن ذلك، قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ثُمَّ لِتَكُونُوا شُيُوخًا وَمِنْكُمْ مَنْ يُتَوَفَّى مِنْ قَبْلُ وَلِتَبْلُغُوا أَجَلًا مُسَمًّى وَلَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾ الآية٦٧، سورة غافر.

و(طفلاً) هنا جاءت في معنى أطفال، ودلّ عليه ذكر الجماعة، وكأنّ طفلاً يدُلُّ على معنى ويُخْرَجُ كُلُّ واحدٍ منكم طفلاً[(١)].

وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَنْ يُتَوَفَّى وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلَى أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِنْ بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا وَتَرَى

---

(١)- الزّجّاج أبي اسحاق إبراهيم بن السّري، معاني القرآن وإعرابه، تحقيق: عبد الجليل عبده شلبي، عالم الكتب، ط١، ج٦، ١٩٨٨، ص٤١٢.

الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنْبَتَتْ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ﴾ الآية ٥، سورة الحج.

وقوله تعالى أيضاً: ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ...﴾ الآية٣١، سورة النور.

وجاءت (أو الطفل) من باب المفرد المعرّف بلام الجنس فتعم كُل طفل، فقد أراد بالطفل الجمع، ويُقال طفل ما لم يُراهق الحلم[١].

٢. **الغلام**: جاء استخدام الغلام في أكثر من موضع. ومن ذلك، قوله تعالى: ﴿قَالَ رَبِّ أَنَّى يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَقَدْ بَلَغَنِيَ الْكِبَرُ وَامْرَأَتِي عَاقِرٌ قَالَ كَذَلِكَ اللَّهُ يَفْعَلُ مَا يَشَاءُ﴾ الآية (٤٠)، سورة آل عمران.

وقوله تعالى: ﴿وَجَاءَتْ سَيَّارَةٌ فَأَرْسَلُوا وَارِدَهُمْ فَأَدْلَى دَلْوَهُ قَالَ يَا بُشْرَى هَذَا غُلَامٌ وَأَسَرُّوهُ بِضَاعَةً وَاللَّهُ عَلِيمٌ بِمَا يَعْمَلُونَ﴾. الآية (١٩)، سورة يوسف. وقوله تعالى: ﴿قَالَ إِنَّمَا أَنَا رَسُولُ رَبِّكِ لِأَهَبَ لَكِ غُلَامًا زَكِيًّا﴾. الآية (١٩)، سورة مريم.

---

[١]- محمد بن يوسف الشهير بأبي حيّان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود-علي محمّد معوّض، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ط١، ج٣، ١٩٩٣، ص٤١٣. أبي القاسم محمّد بن أحمد بن جُزي الكلبي، التسهيل لعلوم التّنزيل، تحقيق: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ط١، ج٢، ١٩٩٥، ص٩٠.

والغُـلَامُ: هـو الابـنُ الصَّـغِيرُ، وجَمْـعُ القِلَّـةِ (غِلمَـةٌ)، بالكسـر وجمـع الكَثـرةِ (غِلْمَانٌ). قال الأزهريُّ: وسمعت العرب تقول للمولود حين يُولد ذكراً (غُلامٌ)[١]. وقد يُقال للأنثى (غُلامة)[٢].

٣. **الصَّبي**: ومن ذلك قوله تعالى: ﴿يَا يَحْيَى خُذِ الْكِتَابَ بِقُوَّةٍ وَآتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا﴾. الآية (١٢)، سورة مريم. قال ابن عبّاس رضي الله عنهما: الحُكم النبوّة، استنباه وهو ابن ثلاث سنين، وقيل: الحكمة وفهم التوراة والفقه في الدين، رؤي أنّه دعاه الصبيان إلى اللعب فقال: ما للعب خلقنا[٣].

وقوله تعالى: ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيًّا﴾. الآية (٢٩)، سورة مريم.

٤. **الولد والولدان**: ورد ذكر الولد في أكثر من موضع. ومن ذلك، قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ..... ﴾ الآية٢٣٣، سورة البقرة.

كما ورد في القرآن الكريم ذكر (الولدان)، كقوله تعالى: ﴿فَكَيْفَ تَتَّقُونَ إِنْ كَفَرْتُمْ يَوْمًا يَجْعَلُ الْوِلْدَانَ شِيبًا﴾ الآية١٧، سورة المزمل. والمعنى، فكيف تتقون يوماً

---

[١]- أحمد بن محمّد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، القاهرة، ط٢، ج٢، ص٤٥٢.

[٢]- محمد بن يوسف الشهير بأبي حيّان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، ط١، ج٦، ص١٦٥.

[٣]- أبو السعود محمّد بن محمّد العمادي، تفسير أبي السعود، دار المصحف، ج٥، ص٤٥٩.

يُجعل الولدان شيباً إن كفرتم، أي بأي شيء تحصنون أنفسكم من عذاب الله في يومٍ من هوله يشيب فيه الصّغير من غير كبر[١].

٥. **والذين لم يبلغوا الحلم**: حيث ورد ذلك في سورة النور: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآَيَاتِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ (٥٨) وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آَيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ٥٩﴾ الآية (٥٨-٥٩)، سورة النور.

حيثُ أشارت الآية الكريمة إلى وجوب استئذان الطفل الذي لم يبلغ الحلم، وحددت انتهاء سن الطفولة ببلوغ الحلم.

ثانياً: من السُنّة النبوية الشريفة: أوردت السنّة النبويّة الشريفة الكثير من الأحاديث حول الطفل، فقد عنيت بالطفل عنايةً فائقةً؛ من حيث تربيته، ورعايته في مختلف جوانب الحياة، ومن ذلك: حدّثنا محمّد بن عيسى- حدّثنا إبراهيم بن سعدٍ عن عبد الملك بن الربيع بن سَبْرة، عن أبيه، عن جدِّه، قال: قال النّبيّ صلى الله عليه وسلم: "مُروا الصَّبيَّ بالصَّلاةِ إذا بلغ سبع سنين، وإذا بلغ عشر سنين فاضربوه عليها"[٢].

---

[١]- الزّجّاج أبي اسحاق إبراهيم بن السّري، معاني القرآن وإعرابه، ج٥، ص٢٤٢.

[٢]- الإمام الحافظ أبو داوود سليمان بن الأشعث الأزديَّ السجستانيِّ، سُنن أبي داوود، المرجع السابق، ج١، كتاب الصّلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، حديث رقم (٤٩٤)، ص٣٦٦.

الفرع لثالث

التعريف الاصطلاحي للطفل

بـالعودة إلى الكتـب الفقهيـة، وجـدت أنّهـم اسـتخدموا مصـطلحات الغـلام والصبي والصغير للدلالة على المولود منذ ولادته إلى البلوغ [١].

فقد عرّف الحنفية الطفل بالقول: "الغلام كما قال عياض، يُطلق على الصبيّ من حين يولد إلى أن يبلغ"[٢]. وذكر الحنفية في موضعٍ آخر كلمة الصبي للدلالة على الطفل، كما ورد في بدائع الصنائع: "فإنّ الصبي يُحكم بإسلامه تبعاً لأبويه عقل، أم لم يعقل ما لم يسلم بنفسه إذا عقل"[٣].

---

[١]- جاء في كتاب تحفة المودود بأحكام المولود في معرض حديثه عن الطفل: "فهو أولاً نطفة، ثمّ علقة، ثمّ مضغة، ثمّ جنيناً، مادام في بطن أمّه، فإذا خرج فهو وليد ما لم يستتم سبعة أيام، ثمّ صدّيغ؛ لأنّه لم يشتد صدغه، ثمّ هو رضيع، فإذا انقطع اللبن عنه فهو فطيم، فإذا دبّ ودرج فهو دارج، فإذا بلغ طوله خمسة أشبار، فهو خماس، فإذا سقطت أسنانه فهو مثغور، فإذا نبتت بعد سقوطها فهو مُثّغر، فإذا بلغ السبع وما قاربها فهو مميز، فإذا بلغ العشر فهو مترعرع وناشئ، فإذا قارب الحلم فهو يافع ومراهق ومناهز للحلم، فإذا بلغ فهو بالغ، فإذا اجتمعت قوته فهو حزوّر، واسمه في جميع ذلك غلام، ما لم يخضرَّ شاربه، فإذا اخضرّ شاربه وأخذ عذاره في الطلوع فهو باقل..". شمس الدّين أبي عبد الله محمّد بن قيّم الجوزيّة، تحفة المودود بأحكام المولود، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ١٩٧١، ص١٦٣.

[٢]- محمد أمين المعروف بابن عابدين، ردُّ المحتار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي محمّد معوّض، دار الكتب العلمية، بيروت، ج٩، ١٩٧١، كتاب الحجر، ص٢٢٦.

[٣]- الإمام علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي محمّد معوّض، دار الكتب العلمية، بيروت، ج٩، ١٩٧١، ص٤٠٠.

كما عرّف المالكية الصغير بقولهم: "الصغير هو من لم يبلغ الحلم"[١]. فأطلق لفظ الصغير، وعرّفه بأنّه من لم يبلغ الحلم، وهذا يشمل الذكر والأنثى. كما جاء في موضعٍ آخر: "الصبي ذكراً كان أو أنثى يستمر الحجر عليه أي حجر النفس وهو حجر الحضانة إلى بلوغه...والبلوغ عبارة عن قوّة تحدث في الشخص يخرج بها من حال الطفولية إلى غيرها"[٢]. فدلّ ذلك، إلى أنّ الطفل هو ما دون البلوغ.

وبالمثل، فقد عرّف الشافعية الطفل بأنّه ما دون البلوغ، جاء في الحاوي الكبير: "حدُّ الصغر إلى زمان البلوغ، والبلوغ يكون بخمسة أشياء، ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء، وهي: الاحتلام، والإنبات، والسن، وشيئان منها يختص بهما النساء دون الرجال، وهما الحيض والحمل"[٣].

في حين عرّف الحنابلة الطفل بالقول: "هو من لم يُميّز من ذكرٍ وأنثى"[٤].

وبهذا، يكون البلوغ في الفقه الإسلامي، إمّا بالبلوغ الطبيعي بأن تظهر علامات الرجولة، والقدرة على النكاح في الغلام، وفي الأنثى الحيض والحبل، فإذا لم

---

[١]- الحطّاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، ج٦، كتاب الحجر، ص٦٣٥.

[٢]- أبو عبد الله محمد الخرشي، حاشية الخرشي، المطبعة الكبرى الآميرية، مصر، ط٢، ج٥، باب الحجر، ص٢٩١.

[٣]- أبو الحسن علي بن محمّد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه، تحقيق: علي محمّد معوض-عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ج٦، ١٩٩٤، كتاب الحجر، ص٣٤٣.

[٤]- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، المجلد الخامس، ط١، ١٣٩٨هـ، ص٥١٨.

يظهر شيء من هذه العلامات فيتم البلوغ بالسن[١]. وقد اختلف الفقهاء في تحديد سن البلوغ، فذهب الشافعي[٢]، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية رحمهم الله[٣]، أنّ سن البلوغ هو خمسة عشر عاماً قمرية في الذكر والأنثى جميعاً.

وقد استندوا في ذلك إلى حديث عبيد الله بن سعيد رضي الله عنه قال: حدثنا أبو أسامة، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أنّه قال: عُرضت على النبيّ صلى الله عليه وسلم يوم بدر، وأنا ابن ثلاث عشرة فلم يُجزني في المقاتلة، وعُرضت يوم أحدٍ وأنا ابنُ أربع عشرة سنة، فلم يُجزني في المقاتلة، وعُرضت عليه يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني في المقاتلة، قال نافع: فقدمت عُمر بن عبد العزيز وهو خليفة فحدثته هذا الحديث فقال: إنّ هذا لحدٌّ بين الصغير والكبير وكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن بلغ خمس عشرة"[٤].

---

[١]- للتوسع، محمود شمس الدّين أمير الخزاعي، ضوابط البلوغ عند الفقهاء، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ص٥٠ وما بعدها.

[٢]-شمس الدّين محمّد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط١، ج٢، ١٩٩٧، ص٢١٦. وانظر، أبو القاسم عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز، تحقيق: علي محمّد معوض-عادل أحمد عبد الموجود، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ص٦٨.

[٣]- علاء الدّين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي محمّد معوّض- عادل أحمد عبد الموجود، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، كتاب الحجر والحبس، ج١٠، ص٩٤.

[٤]- الإمام الحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار البيان، كتاب الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهادتهم، حديث رقم (٢٥٢١)، ص٣٢٨.

في حين ذهب القول الثاني: إنّ سن البلوغ ثماني عشرة سنة في الغُلام وسبع عشرة في الأنثى، وهو قول أبو حنيفة رحمه الله[١].

وقد أسهب الإمام الكاساني-رحمه الله- في إيراد حجة هذا القول، وحاصل ما ذكره: إنّه حيث ثبت أنّ الشارع قد علق البلوغ بالاحتلام لقوله عز وجلّ: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا..﴾ فيجب لذلك بناء الحكم في بلوغ الصبيان على الاحتلام، ولا يجوز العُدول عن ذلك الحكم إلّا عند تيقن عدمه، وتحقق اليأس من وجوده؛ لأنّ الحكم إذا عُلّق على شرط فإنّه لا يوجد حتى يتحقق هذا الشرط. وبناءً على هذا، فإنّ التكليف يجب أن يظل مرفوعاً حتى يوجد الاحتلام أو نيأس من وجوده، "ولا يأس بعد مدة خمس عشرة سنة إلى هذه المدة —يعني ثماني عشرة سنة- بل هو مرجوّ فلا يقطع الثابت بالاحتلام عنه مع رجاء وجوده بخلاف ما بعد هذه المدة —يعني ثماني عشرة سنة- فإنّه لا يحتمل وجوده بعدها"[٢].

ويُمكن أن يُرد على هذا القول: إنّ الأحكام تبنى على الغالب الشائع، والغالب أن يكون الاحتلام حتى الثامنة عشرة، فلا ينبغي ترك الغالب والأخذ بالنادر. ولا يُمكن الجزم بأنّ سن اليأس من الاحتلام هو ثماني عشرة سنة، بل قد يكون في التاسعة عشرة أو العشرين، ولا يُمكن القطع في ذلك[٣]. ولِمَ التمييز بين الذكر والأنثى في السن، وكيف تمّ تحديده بسنة واحدة؟

---

[١]- الكاساني، بدائع الصنائع، كتاب الحجر والحبس، ج١٠، ص٩٤.

[٢]-الكاساني، بدائع الصنائع، كتاب الحجر والحبس، ج١٠، ص٩٥.

[٣]- محمود شمس الدّين أمير الخزاعي، ضوابط البلوغ عند الفقهاء، المرجع السابق، ص٥٩.

بينما ذهب القول الثالث إلى أنّ البلوغ بالسن يتم إذا أتمّ الذكر والأنثى ثماني عشرة سنة، وهو المشهور لدى المالكية[١]. أمّا القول الرابع فذهب إلى أنّ سن البلوغ هو إتمام سن التاسعة عشر، وهو قول الإمام ابن حزم، يقول: "إنّ من أكمل تسع عشرة سنة، ودخل في عشرين سنة فقد فارق الصبا ولحق بالرجال- ولا يختلف اثنان من أهل كل ملّة وبلدة في ذلك"[٢].

وأرجح القول الأول، فإنّ سن البلوغ بالنسبة للذكر والأنثى هو إتمام سن الخامسة عشر، لقوة دليلهم، وهو الرأي المعتمد لدى جمهور الفقهاء.

---

[١]- الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج٦، ص٦٣٣ "وعلامة البلوغ الاحتلام في الرجال والحيض في النساء أو أن يبلغ أحدهما من السن أقصى سن من لا يحتلم والمشهور أنّه ثمانية عشر عاماً ". ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير المسمّى بالشافي على متن المقنع، دار الفكر، بيروت-لبنان، ج٤، كتاب الحجر، ص١٣١٦.

[٢]- أبو محمّد علي بن أحمّد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلّى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، كتاب الطهارة، مسألة (١١٩)، استكمال التاسعة عشرة عاماً إجماع متيقن، ج١، ص١٠٣.

المطلب الثاني

مفهوم الطفل في القوانين الوضعية

سأبيّن تعريف الطفل في القانون الدولي (أولاً)، قبل أن أتطرق إلى تعريفه في القوانين المقارنة (ثانياً).

أولاً: تعريف الطفل في القانون الدولي

لقد ورد تعريف الطفل في مواثيق واتفاقياتٍ دوليةٍ عدة، يُمكن تبيان بعضها على النحو الآتي:

ورد في اتفاقية حقوق الطفل في (المادة الأولى): "لأغراض هذه الاتفاقية، يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه"[(١)]. فقد حددت الاتفاقية الطفل بمن هو دون سن الثامنة عشرة، إلّا إذا كان القانون الداخلي يحدد سناً أخرى لإتمامه سن الرشد.

كما جاء في اتفاقية أسوأ أشكال عمل الأطفال تعريف للطفل في (المادة الأولى): "يُطبقُ تعبير الطفل في مفهوم هذه الاتفاقية على جميع الأشخاص دون سن الثامنة عشرة"[(٢)].

كما ورد في (المادة الأولى) من البروتوكول الاختياري لحقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة ما يأتي: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير

---

(١)- اتفاقية حقوق الطفل، صدقت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٥/٤٤، لعام ١٩٨٩. منشور على موقع اليونيسف، https://www.unicef.org/ar/

(٢)- اتفاقية أسوأ أشكال عمل الأطفال، رقم ١٨٢، لعام ١٩٩٩، منشور على الموقع السابق.

الممكنة عملياً لضمان عدم اشتراك أفراد قواتها المسلحين الذين لم يبلغوا الثامنة عشرة من العمر اشتراكاً مباشراً في الأعمال الحربية"[١].

ثانياً: تعريف الطفل في القوانين المقارنة

خصصت بعض التشريعات المقارنة قوانين خاصة لحماية الطفل، وأوردت في هذه القوانين تعريفاً للطفل، في حين لم تورد تشريعاتٍ أخرى مثل هذه القوانين.

فعلى سبيل المثال، نصّ (الفصل٣) من مجلة حماية حقوق الطفل التونسي على تعريف الطفل بالقول: "المقصود بالطفل على معنى هذه المجلة، كل انسان عمره أقل من ثمانية عشر عاماً ما لم يبلغ سن الرشد بمقتضى أحكام خاصة"[٢].

ونهج المنهج ذاته المشرع المصري، حيث نص في (المادة٢) من قانون الطفل على أنّه: "يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة، ويكون إثبات سن الطفل بموجب شهادة ميلاده أو بطاقة شخصية أو أي سند رسمي آخر"[٣].

---

[١]- البروتوكول الاختياري لحقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة لسنة ٢٠٠٠. منشور على الرابط: http://hrlibrary.umn.edu/arab/pro-chlid1.html

[٢]- مجلة حماية حقوق الطفل التونسي الصادر بالقانون عدد ٩٢ لسنة ١٩٩٥. منشور على الرابط: http://www.legislation.tn/affich-code/Code-de-la-protection-de-l%27enfant_92

[٣]- قانون الطفل المصري رقم (١٢) عام ١٩٩٦، والمعدَّل بالقانون (١٢٦) عام ٢٠٠٨. منشور على موقع المجلس العربي للطفولة والتنمية.

https://www.arabccd.org/

كذلك، فعل المشرّع الجزائري عندما نصّ في (المادة٢) من قانون حماية الطفل على: "الطفل: كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر (١٨) سنة كاملة"[١].

كما نصّت (المادة٣٨٨) من القانون المدني الفرنسي على تعريف الطفل بأنّه: "هو الفرد من كلا الجنسين الذي لم يبلغ الثامنة عشرة من العمر"[٢]. وبالمثل، حددت (المادة٥٤) من قانون الأسرة الروسي تعريف الطفل بأنّه: "شخص دون سن الثامنة عشرة"[٣]. والنص ذاته أورده مشروع قانون الطفل السوري (المادة٢): "الطفل: كل ذكر أو أنثى لم يتم الثامنة عشرة من عمره"[٤]. كذلك عرّف قانون الأحوال الشخصية السوري القاصر في (المادة١٦٢) بأنّه: "من لم يبلغ سن الرشد وهي ثماني عشرة سنة كاملة".

وعلى ذلك، فإنّ التشريعات المختلفة أخذت في المعيار العمري في تحديد سن الطفل، وحددت ذلك بما دون الثامنة عشرة من العمر. في حين اختلفت التشريعات

---

[١]- قانون حماية الطفل الجزائري رقم (١٥-١٢)، لعام ٢٠١٥، منشور على موقع الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة.

https://www.unicef.org/algeria/media/1066/file/La%20loi%2015-12%20en%20arabe.pdf

[2] -Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis.

[3]-Ребенком признается лицо, не достигшее возраста восемнадцати лет

[٤]- أورد الباب الثاني من مشروع قانون الطفل السوري باباً تضمن الحقوق الأسرية للطفل، حيث أورد الفصل الأول الحق في النسب، وتناول الفصل الثاني أهلية الطفل القانونيّة، في حين نصّ الفصل الثالث على الحق في الحضانة، وتعرض الفصل الرابع الحق في صلة الأقارب، والفصل الخامس الحق في النفقة، وتناول الفصل الخامس أهلية الزواج والطلاق. أشار إليه، عماد الدين الرشيد، مشروع قانون حقوق الطفل في سورية دراسة تحليلية نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٥)، العدد الثاني، ٢٠٠٩.

في قوانين الأحوال الشخصية في تحديد سن انتهاء حضانة الطفل المحضون، وسأوضّح ذلك لاحقاً.

المبحث الثاني

مفهوم المصلحة

راعت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية مصلحة الطفل في إقرارها لأحكام الحضانة، وإنّ تحديد المراد بالمصلحة يقتضي البحث في مفهومها، من خلال تبيان مفهوم المصلحة في الفقه الإسلامي (المطلب الأول)، قبل التعرض إلى استخدام مصطلح المصلحة في قوانين الأحوال الشخصية المقارنة (المطلب الثاني)

المطلب الأول

المصلحة في الفقه الإسلامي

سأتعرض في تعريف المصلحة إلى التعريف اللغوي (أولاً)، ومن ثمّ (التعريف الفقهي (ثانياً).

أولاً: التعريف اللغوي للمصلحة

تأتي المصلحة لغةً من الفعل الثلاثي صَلَحَ، صَلُحَ، وصَلَاحاً، وصُلُوحاً: وتأتي بمعنى زال الفساد، يُقال "صلحت حال فلان" أي زال عنها الفساد، والرجل كان صالحاً في عمله: أي لزم الصلاح.

وأصلح الشيء: ضدّ أفسده، وتأتي بمعنى أحسن إليه. والمصلحة: جمعها مصالح: ما يبعث على الصلاح: أي جميع ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على نفعه أو نفع قومه[١].

فيظهر لي أنّ التعريف اللغوي للمصلحة ينطوي على جلب المنفعة، ودفع الضرر.

ثانياً: التعريف الفقهي للمصلحة

عرّف الإمام الغزالي المصلحة بأنّها: "عبارةٌ في الأصل عن جلب منفعةٍ أو دفع مضرةٍ، ولسنا نعني به ذلك، فإنّ جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحقيق مقاصدهم، ولكن نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع،

---

[١]- لويس معلوف، المنجد في اللغة، المرجع السابق، ص٤٣٢.

ومقصود الشرع من الخلق خمسةٌ، وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة"[١].

فالمصلحة عنده، هي كل ما يرجع إلى المصالح الخمس الضرورية، فما يندرج في هذه المصالح الضرورية، ويتضمن الحفاظ عليها فهو مصلحة، وما لا يندرج في هذه المصالح الخمسة فلا يعدُّ مصلحة في نظر الشرع، وإن كان يُشكّل مصلحة عند الناس.

إذن، المصلحة عند الإمام الغزالي، ليست مطلق النفع أو دفع الضرر، بل المصلحة عنده هي ما يدخل من ذلك في مقاصد الشرع الضرورية الخمسة[٢]. فهو لا يقصد بالمصلحة معناها العرفي، فالمصلحة في نظره هي المحافظة على مقاصد الشارع ولو خالفت مقاصد الناس؛ لأنّ هذه المقاصد في الواقع ليست مصالح، بل أهواء وشهوات زينتها النفس[٣]، وألبستها العادات والتقاليد ثوب المصالح.

وقد عرّف آخرون المصلحة بالقول: "وأمّا حدّها بحسب العرف فهي السبب المؤدي إلى الصلاح والنفع، كالتجارة المؤدية إلى الربح، وبحسب الشرع هي السبب

---

[١]- محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، المطبعة الآميرية، مصر، ١٣٢٢هـ، ط١، ج١، ص٢٨٦-٢٨٧.

[٢]- أحمد محمد عبد الرؤوف المنيفي، منهج الحكم على المصلحة التي لا نص فيها عند الأصوليين، مكتبة الألوكة، ص٢٧. متوفرة على الرابط: https://www.alukah.net/library/0/110801/

[٣]- حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧١، ص٦. وانظر، فوزي خليل، دور أهل الحلّ والعقد في النموذج الإسلامي لنظام الحكم، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، مصر، ١٩٩٦، ص٢٧٨.

المؤدي إلى مقصود الشارع عبادةً أو عادةً، ثمّ هي تنقسم إلى ما يقصده الشارع بحقه كالعبادات، وإلى ما يقصده لنفع المخلوقين، وانتظام أحوالهم كالعادات"[١].

ويتفق تعريف الطوفي مع تعريف الإمام الغزالي، إذ حدد كلاهما المصلحة بأنّها كل سبب يؤدي إلى النفع، كما فرّق كلاهما بين مقاصد الخلق ومقاصد الشارع، ووضحا أنّ المصلحة هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع، وليس إلى مطلق النفع في عرف الناس.

كما عرّفها آخرون بالقول: "المصلحة التي تصلح دليلاً في نظرنا هي المصلحة الملائمة لجنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليلٍ معينٍ، وليست هي المصلحة الغريبة التي سكتت عنها الشواهد الشرعية"[٢]. فلا بُدّ من أن تكون هذه المصلحة مستندة إلى نصوص شرعية تشهد لجنسها، وليست المصلحة الغريبة التي لا تستند إلى أيّ من النصوص.

كما عرّفها الدكتور البوطي –رحمه الله– بالقول: "كُل ما يتضمن حفظ الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكُل ما يفوّت هذه الأصول أو بعضها فهو مفسدة"[٣]. كما أدرج أحكام النكاح والحضانة ضمن ما يُشرع لحفظ النسل، ويُعدُّ ذلك ضمن الضروريات[٤].

---

[١]- مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي، دار اليسر للطباعة والنشر، مصر، ص١٢٦-١٢٧.

[٢]- حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص١٤.

[٣]- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلاميّة، مؤسسة الرسالة، بدون تاريخ، ص١١٩.

[٤]- يتفق الدكتور البوطي مع الطوفي في تعريف المصلحة، من حيثُ إنّها النفع الذي يقصده الشارع الحكيم لعباده، أي دخول المصلحة الجزئية ضمن مقاصد الشارع العامة، لكنّهما يختلفان في أنّ الطوفي

ومن التعاريف السابقة، يُمكن القول: إنّ المصلحة ليست الهوى أو الشهوة أو الغرض الشخصي، وإنّ مفهوم المصلحة لا يقتصر على جلب المنفعة، وإنّما يشمل أيضاً دفع المفسدة أو الضرر، وإنّ كُل مصلحة تراعي الأصول الخمسة من حفظ الدين والنفس والعقل والنسب والمال فهي مصلحة معتبرة. فالأحكام في الشريعة

يرى أنّ المصلحة تقدّم على النص والإجماع بطريق التخصيص والبيان لهما، ويكون ذلك في العادات والمعاملات، أمّا العبادات فهي من حق الشارع. في حين يرى الدكتور البوطي أنّ المصلحة المرسلة لا تُعدّ حجة إذا عارضت نصّاً من كتابٍ أو سنة أو قياس.

ودليل الطوفي هو بعض اجتهادات عمر رضي الله عنه، يقول: "ولم يقف الصحابة عند هذا الحد في رعاية المصلحة حيث لا نص ولا إجماع ولا قياس، فقد أوقع عمر الطلاق الثلاث بلفظٍ واحدٍ ثلاثاً مخالفاً بذلك ما جرى عليه العمل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وعهد أبي بكرٍ، بل صدرٍ من عهده هو أيضاً؛ لأنّه رأى أنّ هذه الوسيلة لمنع المسلمين من الحلف بالطلاق الثلاث؛ أي للمصلحة وحدها. وأجاز قتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا في قتله؛ لأنّه رأى في عدم قتلهم به إهداراً لدمٍ معصومٍ....ولم يقطع يد سارقٍ أو سارقة في عام المجاعة؛ لأنّه رأى أنّ السرقة لحفظ الحياة، وحفظ الحياة مقدّم على حفظ المال، هذا مع أنّ آية القصاص صريحة في أنّ النفس بالنفس، وآية السرقة صريحة في الأمر بقطع يد السارق والسارقة دون تقييد".

وقد ردّ الدكتور البوطي على ذلك: بأنّ الواقع يثبت أنّ عمراً رضي الله عنه لم يخالف النص في اجتهاده، وإنّما تمسك بالنص بدقة، من خلال معرفة طرق دلالته، وفطن بيان مخصصاته، فعلى سبيل المثال، آية السرقة هي نص عام يقبل التخصيص، ويوجد في السنّة مخصصات كثيرة سواء من فعل الرسول صلى الله عليه وسلم أو قوله، فالتمسك بظاهر الآية دون الأخذ بالمخصصات هو تنكب عن جملة الدليل، وحيث أنّه من مخصصات هذه الآية درء الحدود بالشبهات، فقد رأى عمر رضي الله عنه أنّ السرقة أثناء مجاعة عامّة شبهة؛ لأنّ المضطر يجوز أن يأخذ من مال غيره ما يسد ضرورته ولو دون إذنه ويعدُّ قرضاً عليه.

راجع، مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص٢٤، فقرة ٢١. وانظر، محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلاميّة، المرجع السابق، ص١٤٤ وما بعدها.

الإسلامية تهدف إلى تحقيق المقاصد العامة للشارع في حماية مصالح الناس وفع المفاسد عنهم[١].

[١]- مؤيد زيدان، أبعاد القانون-دراسة في علم الاجتماع القانوني مقارنة بين قانون الإيجار المصري والسوري والشريعة الإسلامية-، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠١٠، ص٢٥٧.

المطلب الثاني

المصلحة في قوانين الأحوال الشخصية المقارنة

بالعودة إلى قوانين الأحوال الشخصية المقارنة، أجدُّ أنّ معظم هذه القوانين كررت مصطلح (مصلحة المحضون) في موادها القانونية.

فعلى سبيل المثال، استخدم المشرّع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري[١]، مصطلح مصلحة المحضون في أكثر من موضعٍ في المواد المتعلقة بالحضانة. ومن ذلك، ما جاء في (المادة٦٤): "الأم أولى بحضانة ولدها، ثمّ الأب، ثمّ الجدة لأب، ثمّ الخالة....مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..."، وما جاء في (المادة٦٥): "تنقضي مدة الحضانة.....، على أن يُراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون". كذلك ما جاء في (المادة٦٦): "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يُضرّ ذلك بمصلحة المحضون"، وما ورد في (المادة٦٧): "تسقط الحضانة....وفي جميع الحالات تراعى مصلحة المحضون".

كما جاء في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي[٢]، الإشارة إلى مصلحة المحضون في أكثر من موضع، ومن ذلك: ما جاء في (المادة١٤٤): "يشترط في الحاضن، إذا كانت امرأة: أن تكون خاليةً من زوجٍ أجنبيّ دخل بها، إلّا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون". وفي ترتيب الحاضنات (المادة١٤٦)، أوجبت

---

[١]- قانون الأسرة الجزائري رقم (٨٤-١١) المعدل والمتمم، منشور على موقع الجريدة الرسمية الجزائرية، https://www.joradp.dz/trv/afam.pdf

[٢]- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم (٢٨)، لعام ٢٠٠٥، منشور على الرابط: http://www.dji.gov.ae/Lists/DJIBooks/Attachments/79/Ahwal%20Shakhsia%20Big%20WEB.pdf

على القاضي مراعاة مصلحة المحضون. وما جاء في (المادة١٠٦)، من إمكانية استمرار الحضانة على المعتوه أو المريض إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك.

والأمر ذاته، تكرر في مجلة الأحوال التونسية أيضاً[١]، في (الفصل٥٦)، و(الفصل٦٠)[٢].

ولم يختلف الأمر في مدونة الأسرة المغربية[٣]، إذ أوردت ذكر مصلحة المحضون في أكثر من موضع. ومن ذلك، ما نصّت عليه (المادة١٦٦): "بعد انتهاء العلاقة الزوجية، يحق للمحضون الذي أتمّ الخامسة عشرة سنة، أن يختار من يحضنه.....شريطة ألّا يتعارض ذلك مع مصلحته". كما ذكرت مراعاة مصلحة المحضون في اختيار الحاضن (المادة١٧١)، كما أورد المشرّع المغربي قاعدة عامّة بوجوب مراعاة مصلحة المحضون في كل أحكام الحضانة وفقاً (للمادة١٨٦): "تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب".

---

[١]- مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة بالقانون رقم (٣)، لعام ١٩٥٦، منشور على موقع بوابة التشريع في تونس، http://www.legislation.tn/affich-code/Code-du-statut-personnel__95

[٢]- كما نص الفصل الرابع من مجلة حماية الطفل التونسي على: "يجب اعتبار مصلحة الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتخذ بشأنه سواء من قبل المحاكم أو السلطات الادارية أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية العمومية أو الخاصة. ويراعى، علاوة على حاجيات الطفل الأدبية والعاطفية والبدنية، سنه وصحته ووسطه العائلي وغير ذلك من الحالات الخاصة بوضعه". القانون رقم (٩٢)، لعام ١٩٩٥.

[٣]- مدونة الأسرة المغربية الصادرة بالقانون رقم (٠٣، ٧٠)، لعام٢٠١٦، منشور على موقع التشريعات المغربية.

https://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/

وفي السياق ذاته، سار المشرّع العراقي في قانونه الخاص بالأحوال الشخصية[١]، حيث قررت (المادة٥٧): "الأم أحق بحضانة الولد وتربيته....ما لم يتضرر المحضون من ذلك، .....وتقرر المحكمة أحقية الأم والأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون". وأجازت الفقرة الخامسة تمديد حضانة الصغير إذا اقتضت مصلحته ذلك.

كما ذكر المشرّع الفرنسي في (المادة٣٧١-١) من القانون المدني، أنّ الحضانة تهدف إلى تحقيق المصالح الفضلى للطفل[٢]، كما نصّ في المادة (٣٧١-٤) على أنّ: "من حق الطفل المحافظة على علاقاته الشخصية مع أقاربه، فقط مصالح الطفل يُمكن أن تعرقل ممارسة هذا الحق"[٣]. كذلك، المشرّع الروسي نصّ في (المادة٦٥) من قانون الأسرة الروسي: "لا يجوز ممارسة حقوق الوالدين بما يتعارض مع مصالح الأطفال. يجب أن تكون اهتمامات الأطفال هي الشاغل الأساسي لوالديهم"[٤].

كذلك، فإنّ المشرّع السوري في قانون الأحوال الشخصية[٥]، أشار إلى مراعاة مصلحة المحضون، ومن ذلك ما نصت عليه (المادة١٣٨/٢): "يشترط في المرأة الحاضن زيادةً على الشروط الواردة في الفقرة (١) من هذه المادة، أن تكون خاليةً من

---

[١]- قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم (١٨٨)، لعام١٩٥٩. منشور على الرابط:
https://www.refworld.org/cgibin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5c76654f4

[2] -L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfa.

[3] -L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit.

[3]-1. Родительские права не могут осуществляться в противоречии синтересами детей. Обеспечение интересов детей должно быть предметом основной заботы их родителей.

[٥]- قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩)، ١٩٥٣، المعدل بالقانون رقم (٤)، لعام ٢٠١٩.
منشوران على موقع مجلس الشعب السوري:
http://parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=201&nid=11333&ref=tree&

زوجٍ أجنبيّ عن المحضون إلّا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون". إضافةً لذلك، ما ورد في (المادة١٥٠): "١. ليس لأحد الأبوين أن يسافر بولده خارج الجمهورية العربية السورية أثناء الزوجية إلّا بإذن الآخر، ما لم تقتضِ المصلحة الفضلى للولد خلاف ذلك، ويعود تقديرها للقاضي بقرار معلل.

٢. ليس لأحد الأبوين أن يسافر بالولد خارج الجمهورية العربية السورية خلال فترة حضانته إلّا بإذن الآخر، ما لم تقتض المصلحة الفضلى للولد خلاف ذلك، ويعود تقديرها للقاضي بقرار معلل.

٣. للقاضي أن يأذن للأم الحاضنة أن تسافر بالمحضون داخل الجمهورية العربية السورية إلى البلدة التي تقيم فيها، أو إلى البلدة التي تعمل فيها لدى أي جهة من الجهات العامة.. شريطة تحقيق مصلحة المحضون"[١].

كما أكدّ الاجتهاد القضائي على أنّ مصلحة المحضون في الحضانة تقدّم على أي مصلحة أخرى، وتقدّم مصلحة المحضون بالحضانة على مصلحة الأب إذا كان الطفل بحاجة للرعاية والاهتمام وحضانة النساء إذا كانت حالته الصحية تستدعي ذلك"[٢].

---

[١]- كذلك نص قانون الأحوال الشخصية للطائفة الأرمنية الأرثوذكسية، في (المادة ١٣٠) على: "تبتدئ مدة الحضانة من انتهاء زمن الرضاعة إلى أن يكمل الولد الذكر السابعة من عمره والبنت التاسعة من عمرها. يمكن لمحكمة البداية تمديد أو تقصير هذه المهل إذا كانت الظروف وخصوصاً مصلحة الأولاد اقتضت ذلك. منشور على موقع مجلس الشعب السوري، مُشار إليه سابقاً.

[٢]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٥٥)، قرار رقم (٧٦)، تاريخ ٢٠١٨/٢/١٢. مجلة المحامون، الأعداد (٥-٦-٧-٨)، السنة (٨٣)، لعام٢٠١٨، ص٣٦٤.

فمن استقراء النصوص السابقة أجدُ أنّ المشرعين في مختلف القوانين المقارنة، قد أحالوا إلى القاضي في الكثير من الأحكام ليقرر الحكم استناداً لمعيار "مصلحة المحضون"، دون تحديد المقصود بهذه المصلحة على وجه الدقة، فهل يعني ذلك إعطاء القضاة سلطةً تقديريةً واسعةً لتحديد مصلحة الطفل؟

يبدو لي أنّ التشريعات المقارنة فيما يتعلق بموضوع الحضانة –وبشكلٍ أقل المشرّع السوري– قرروا وضع قواعد عامة، وتركوا القاضي ليفسر هذه القواعد وفقاً لكل حالةٍ على حدة، مع ضرورة تذكير القاضي بتغليب مصلحة الطفل عند إيجاده حكماً للمسألة المعروضة أمامه. فتخضع مصلحة الطفل وتربيته عملياً لتقدير القاضي، وهذا أمرٌ نسبيٌ يختلف باختلاف الأسر ونظرتهم للتربية، بحسب المعتاد لديهم في أسرهم.

فلو أراد واضعو هذه القوانين أن تكون أحكام المصلحة واحدةً بالنسبة لجميع المحضونين لوضعوا معياراً موضوعياً، لكنّ المصلحة نسبيةً ومتغيرةً من حالةٍ إلى أخرى وفقاً للظروف المحيطة بكل محضون. وتعطي القاضي سلطةً تقديريةً واسعةً في تحديد هذه المصلحة. وبرأيي، فإنّه من الممكن منح القاضي هذه السلطة التقديرية للبحث عن مصلحة الطفل؛ بشرط أن يبرر الأحكام التي يصدرها، وأن يحرص قدر الإمكان فيها على مصلحة الطفل، فمن الممكن وضع بعض الضوابط التي تمنع من تعسّف القاضي في هذه الحالة. صحيح أنّ مصلحة المحضون نسبية، وتختلف من حالةٍ إلى أخرى، ويصعب حصرها في مفهومٍ واحدٍ، لكن على القاضي أن يكون فطناً وأن يسعى لحمل المقصود بالمنفعة على معناها المقصود في الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة، فما كان تحقيقاً لمقصود الشارع في حفظ المصالح الخمسة فهو المصلحة،

وليس المعنى الشائع أو اللغوي، وهو جلب النفع ودرء الضرر، وإنّ كل حملات التخريب في قوانين الأحوال الشخصية إنّما تتم تحت فكرة المصلحة.

سأنتقل هنا للبحث عن مفهوم الحضانة في المبحث التالي، والوقوف على أدلة مشروعيتها.

المبحث الثالث

مفهوم الحضانة

تعدُّ حضانة الأطفال من المشكلات الأساسية التي تصيب الأطفال، والآباء، والأمهات معاً، وتزيد من حدة الخلافات بين الوالدين.

وسأعمل على توضيح مفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية؛ وذلك من خلال تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي والقانوني، وتبيان أدلة مشروعيّة الحضانة (المطلب الأول) قبل أن أتعرض للطبيعة الفقهية والقانونية للحضانة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف الحضانة وأدلة مشروعيّتها

لتوضيح مفهوم الحضانة، سأعرض تعريف الحضانة (الفرع الأول)، قبل أن أبيّن أدلة مشروعيّة الحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الحضانة

سأعرض التعريف اللغوي للحضانة، ومن ثمّ الاصطلاحي، وكذلك القانوني، وفقاً للآتي:

أولاً: التعريف اللغوي للحضانة

الحضانة لغةً: مُشتقةٌ من "الحِضْنُ" وهو: ما دون الإبط؛ وقيل: هو الصدر والعَضُدان وما بينهما، والجمع أحضانٌ، ومنه الاحتضانُ، وهو احتمالك الشيء وجعله في حِضْنِك كما تحتَضِنُ المرأة ولدها فتحتمله في أحد شِقّيها[١]. وقد جاء في الحديث: عن أبي سفيان بن عيينة عن ابراهيم بن ميسرة عن أبي سويد عن عمر بن عبد العزيز –رحمه الله– قال: زعمت المرأة الصالحة خولة بنت حكيم رضي الله عنها أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم خرج محتضناً أحد ابني ابنته وهو يقول: "والله إنّكم لتجبنون وتبخلون وإنّكم من ريحان الله عز وجل"[٢]. أي حاملاً له في حضنه.

وقال الجواهري: حَضَنَ الطائر بيضه إذا ضمّه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها، والحضانةُ مصدرُ الحاضن والحاضنة، وهُما الموكلان بالصبيِّ

---

[١]– مجد الدّين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، ط٨، ٢٠٠٥، ص١١٩٠.

[٢]– أبو عبد الرحمن عبد الله بن أحمد بن محمّد بن حنبل الشيباني، كتاب السُّنَّة، تحقيق: محمد بن سعيد بن سالم القحطاني، دار عالم الكُتب، الرياض، المجلد١، ط٤، ١٩٩٦، حديث رقم ١١٥٣، ص٤٩٩.

يحفظانه[١]. وفي هذا المعنى جاء حديث أنس بن مالك حيثُ قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخْطُبُ يومَ الجُمعةِ إلى جنْبِ خَشَبَةٍ يُسْنِدُ ظهرهُ إليها، فلمّا كثُرَ النَّاسُ، قال: "ابنوا لي منبراً"، فبنوا لَهُ منبراً لَهُ عَتَبتانِ، فلمّا قامَ على المِنبرِ ليخْطُبَ، حنَّت الخَشَبَةُ إلى رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم، فقال أنسٌ: وأنا في المسجد، فسمعتُ الخَشَبةَ حنَّتْ حنين الولدِ، فما زالت تحِنُّ حتى نزل إليها فاحتضنها، فسكتت[٢].

وقد تأتي الحضانة بمعنى التربية: ومنه حديث عروة بن الزبير "عَجِبتُ لقومٍ طَلَبوا العلم حتى إذا نالوا منه صاروا حُضَّاناً لأبناءِ الملوكِ"، أي مُربِّين وكافلين. وتأتي حُضّانٌ: جمعُ حاضنٍ؛ لأنَّ المربيَّ والكافل يَضُمُّ الطفل إلى حِضْنه، وبه سمِّيت الحاضنة، وهي التي تُربّي الطفل، والحَضَانَة بالفتح فعلُها[٣].

وتأتي الحضانة أيضاً بمعنى المنع حيثُ يُقال: حضنتُ فلاناً عمّا يُريد: أي منعته عمّا يُريد. وفي الحديث أنّ امرأة نعيم أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: إنّ نُعيماً يُريدُ أن يحضُنني أمر ابني، أي: يمنعني، فقال: "لا تحضُنْها وشاورها"[٤].

---

[١]- ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: مكتب تحقيق التراث، دار إحياء التراث، مؤسسة التاريخ، بيروت– لبنان، المجلد٣، ط٢، ١٩٩٣، ص٢٢٠.

[٢] - علاء الدّين علي بن بلبان الفارسي، صحيح ابن حبّان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، المجلد ١٤، ط٢، ١٩٩٣، حديث رقم ٦٥٠٧، ص٤٣٧.

[٣]- الإمام مجد الدّين أبو السعادات المبارك بن محمّد ابن الأثير الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، تعليق: أبو عبد الرحمن صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلميّة، لبنان–بيروت، ج١، ص٣٨٦.

[٤]- ابن الأثير الجزري، النهاية في غريب الحديث، المرجع السابق، ص٣٦٨.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للحضانة

عرّف الكاساني من فقهاء الحنفية الحضانة بأنّها: "حضانة الأم ولدها، هي ضمها إيّاه إلى جنبها، واعتزالها إيّاه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه"[١]. ويُلاحظ على هذا التعريف أنّه قصر حق الحضانة للأم، ولم يُشر إلى غيرها ممن يمكن أن يكون له الحق في الحضانة، كما أشار إلى أنّ الأم تعزل الولد عن الأب لتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه، وهو أمر مستغرب.

وفي تعريفٍ آخرٍ لابن عابدين: "الحضانة هي تربية الولد لمن له حق الحضانة"[٢].

فقد أشار هذا التعريف إلى أنّ الحضانة تكون لمن تتوافر فيه شروط استحقاقها، فقد تكون الأم أو غيرها. واستخدم كلمة التربية وهي كلمة عامة تشمل كل أمور الطفل اللازمة لتربيته.

في حين عرّف الدّسوقي والخرشي من فقهاء المالكية الحضانة: "بأنّها حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه أي من طعامه وشرابه وتنظيف جسمه وموضعه"[٣]. فصّل المالكية في ذكر الأمور التي تدخل في رعاية الطفل وحضانته، فذكروا حفظ الولد والقيام بمصالحه من أكل وشرب وغير ذلك، لكنّهم لم يُشيروا إلى من يتولى الحضانة.

---

[١]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، كتاب الحضانة، ج٥، ص٢٠٤.

[٢]- ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٥٢.

[٣]- شمس الدّين محمد عرفة الدّسوقي، حاشية الدُّسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ج٢، ص٥٢٦. أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح مختصر الخرشي، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، ١٣١٧هـ، ط٢، ج٤، ص٢٠٧.

كما عرفها الإمام النووي من الشافعية بقوله: "هي القيام بحفظ من لا يُميّز ولا يستقلّ بأمره، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عمّا يؤذيه، وهي نوع ولاية وسلطنة، لكنّها بالإناث أليق؛ لأنّهنّ أشفق، وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشدُّ ملازمةً للأطفال"[١].

ويُلاحظ على تعريف الإمام النووي أنّه وسّع من مفهوم المحضون ليشمل كل من لا يستقلّ بأمره، ليشمل الطفل والمجنون والمعتوه، كما أشار إلى أنّ الحضانة نوع من الولاية، ولكنّها مخصوصة بالنساء؛ لأنّهنّ أقدر على القيام بهذه المهمة.

كما عرّف الحنابلة الحضانة بأنّها: "حفظ صغير ومجنون ومعتوه، وهو المختلّ العقل مما يضرّهم، وتربيتهم بعمل مصالحهم، كغسل رأس الطفل، وغسل يديه، وغسل ثيابه، وكدهنه، وتكحيله، وربطه في المهد، وتحريكه لينام"[٢]. ويُلاحظ أنّ هذا التعريف قد عدد على سبيل المثال جملة من الأعمال التي تُعنى بشؤون المحضون، ووسع من المحضون ليشمل كُل من لا يستقلّ بنفسه سواء كان صغيراً، أم مجنوناً، أم معتوهاً. وقد ذكر الحنابلة في تعريفٍ آخرٍ أنّ الحضانة هي: "حفظه عمّا يضرُّه، وتربيته بغسل رأسه وبدنه، ودهنه، وتكحيله، وربطه في المهد، وتحريكه لينام، ونحو ذلك. وقيل: هي حفظ من لا يستقلُّ بنفسه وتربيته حتى يستقلّ بنفسه"[٣].

---

[١]- الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف: زهير الشاويس، المكتب الإسلامي، ١٩٩١، ط٣، ج٩، ص٩٨.

[٢]- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشّاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، ج٥، ١٩٨٣، ص٤٩٦.

[٣]- علاء الدّين أبو الحسن علي بن سيلمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: رائد بن صبري، بيت الأفكار الدولية، بيروت، ٢٠٠٤، ج٢، ص١٦٤٦.

ويتفق هذا التعريف مع التعريف السابق، لكنّه أضاف عليه موعد انتهاء الحضانة بقدرة المحضون على الاستقلال بنفسه، والقيام بشؤونه.

ومما سبق، يُمكن القول: إنّ التعاريف الفقهية متقاربة من حيث التركيز على الهدف من الحضانة وهي مصلحة المحضون، والقيام بشؤونه. كما يُلاحظ اختلاف الفقهاء في تحديد المحضون، حيثُ قصر الحنفية والمالكية الحضانة على الصغير في حين وسّع الحنابلة والشافعية من مفهوم المحضون ليشمل كُل من لا يستقلّ بنفسه، ويحتاج إلى غيره.

وأرجح أنَّ الحضانة نوع من الولاية كما ذهب الإمام النووي، ويقول ابن قيّم الجوزيّة في ذلك: "الولاية على الطفل نوعان: نوعٌ يُقدّم فيه الأب على الأم ومن في جهتها، وهي ولاية المال والنكاح، ونوعٌ تُقدّم فيه الأم على الأب، وهي ولاية الحضانة والرضاع. وقُدّم كُلٌّ من الأبوين فيما جُعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد"[١].

ويُمكن ترجيح تعريف السادة الحنابلة والشافعية للحضانة بالقول إنّها: ولايةٌ تكون على من لا يستقلّ بأمره، غايتها حفظ المحضون وتربيته بكل شؤونه حتى يستقلّ بأمر نفسه، وتكون لمن تتوافر فيه شروط الحضانة.

ثالثاً: التعريف القانوني للحضانة

بالرجوع إلى بعض التشريعات العربيّة للأحوال الشخصية أجد أنّ بعضها عرفت الحضانة، في حين لم تُورد تشريعات أخرى تعريفاً لها. فعلى سبيل المثال: عرّف

---

[١]- ابن قيّم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: شعيب الأرناؤوط- عبد القادر الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ط٣، ج٥، ١٩٩٨، ص٣٩٢.

المشرّع الجزائري الحضانة في (المادة٦٢) من قانون الأسرة الجزائري[١] بأنّها: "هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته، وحفظه صحةً وخلقاً، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك". ويُلاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد أظهر في تعريفه للحضانة ضرورة العناية بالجانب الفكري والخلقي والجسدي والروحي، للطفل الخاضع للحضانة، كما أكّد على ضرورة تمتع الحاضن بالأهلية وبصفاتٍ معينة؛ لخطورة وأهمية ما يقوم به.

وبالمثل، فقد عرّفت المدونة المغربية للأحوال الشخصيّة الحضانة في (المادة١٦٣) بأنّها: "حفظ الولد مما قد يضرُّه، والقيام بتربيته ومصالحه"[٢]. كما عرّفت المجلة التونسيّة للأحوال الشخصيّة في (الفصل٥٤) الحضانة بأنّها: "حفظ الولد في مبيته، والقيام بتربيته"[٣]. يتسم هذان التعريفان بالبساطة والتركيز على أهداف الحضانة في تربية الطفل، وإظهار مصلحته.

وفي السياق نفسه، فقد عرّفت (المادة١٤٢) من قانون الأحوال الشخصيّة الإماراتي الحضانة بالقول: "حفظ الولد، وتربيته، ورعايته، بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس"[٤]. أكّد التعريف السابق على أهداف الحضانة في رعاية الولد المحضون، وبيّن ضرورة ألّا تتعارض هذه الحضانة مع حقوق الولي على النفس.

---

[١]- قانون الأسرة الجزائري رقم(٨٤-١١)، لعام ١٩٨٤، المعدّل والمتمم.

[٢]- مُدونّة الأسرة المغربيّة الصادرة بالقانون رقم ٠٣-٧٠، لعام ٢٠٠٤.

[٣]- مجلّة الأحوال التونسية لعام ١٩٥٦.

[٤]- قانون الأحوال الشخصيّة الإماراتي، رقم (٢٨)، لعام ٢٠٠٥.

كما سمّاها المشرّع الفرنسي في (المادة٣٧١-١) من القانون المدني "بالسلطة الأبوية"، وهي: "مجموعة من الحقوق والواجبات التي تهدف إلى تحقيق المصالح الفضلى للطفل، ويعود هذا للوالدين لحمايته في أمنه وصحته وأخلاقه ، لضمان تعليمه والسماح لنموه، وفي الاحترام الواجب لشخصه"[١]. فركّز المشرّع الفرنسي على الغاية من الحضانة في التعريف، بأنّها تحقيق مصالح الطفل.

وعلى النقيض من ذلك، لم يعرف القانون العراقي للأحوال الشخصيّة الحضانة[٢]، وهو ما فعله أيضاً المشرعان المصري[٣]، وبالرجوع إلى القانون السوري، لم يُعرّف الحضانة في قانون الأحوال الشخصية رقم /٥٣/ لعام ١٩٥٣ وتعديله الأخير[٤].

---

(1) -"L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfa. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne".

[٢]- قانون الأحوال الشخصيّة العراقي، رقم (١٨٨)، لعام ١٩٥٩.

[٣]- قانون الأحوال الشخصية المصري، رقم (٢٥)، لعام ١٩٢٠، منشور على الموقع:

http://www.arabwomenlegal-emap.org/document%20legalsystem

[٤]- كذلك، لم يُعرّف الحضانة في قانون الأحوال الشخصية للروم الأرثوذكس رقم /٢٣/ لعام ٢٠٠٤، ولم يُعرّف أيضاً قانون الأحوال الشخصيّة للسريان الأرثوذكس رقم /٦٠/ لعام /٢٠٠٤/ الحضانة، وتكرر الأمر نفسه في قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكيّة رقم /٣١/ لعام ٢٠٠٦.

الفرع الثاني

الأدلة على مشروعيّة الحضانة

سأعرض الأدلة على مشروعية الحضانة من القرآن الكريم، والسنة النبويّة الشريفة، والإجماع، والمعقول.

أولاً: من القرآن الكريم

وردت العديد من الآيات التي تدلُّ على مشروعيّة الحضانة، أذكر منها:

١. قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ الآية٢٣٣، سورة البقرة.

ويظهر من الآية الكريمة أنّ الأم أحق برضاعة الولد، وليس للأب أن يضارها في ذلك، ولا يسقط حق الأم في الرضاع إلّا عند التعاسر. ويجب هنا على الزوج أن يحضر المرضعة إلى الأم حتى ترضع الطفل في بيتها؛ لأنّ نزع الولد من الأم واسترضاع غيرها مضارة لها. كما أنّ الأم أحق بإمساك الولد ما دام صغيراً وإن استغنى عن

الرضاع؛ لأنّه بحاجة إلى الحضانة فحاجته إلى أمه بعد الرضاع مثل حاجته لها أثناء الرضاع فهي أرفق به، وأحنى عليه، فدلّ ذلك على مشروعية الحضانة[١].

٢. قوله تعالى: ﴿إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى مَنْ يَكْفُلُهُ فَرَجَعْنَاكَ إِلَى أُمِّكَ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ وَقَتَلْتَ نَفْسًا فَنَجَّيْنَاكَ مِنَ الْغَمِّ وَفَتَنَّاكَ فُتُونًا فَلَبِثْتَ سِنِينَ فِي أَهْلِ مَدْيَنَ ثُمَّ جِئْتَ عَلَى قَدَرٍ يَا مُوسَى﴾ الآية ٤٠، سورة طه.

حيثُ خرجت أختُ موسى للتعرف على خبر أخيها موسى، وكان فرعون قد طلب المراضع لموسى، وكان لا يأخذ من أحدٍ، حتى جاءت أخته فأخذته ووضعته في حجرها وناولته ثديها، فمصّه وفرح به. فقالوا لها: تقيمين عندنا، فقالت: إنّه لا لبن لي، ولكن هل أدلُّكم على من يكفله، وهُم له ناصحون. قالوا: ومن هي، قالت: أمي[٢]. وهذا دلّ على حضانة أم موسى لكي تحفظه وترعاه وتضمن حضانته.

ثانياً: من السنّة النبويّة الشريفة

وردت العديد من الأحاديث الدالة على مشروعية الحضانة، أذكر منها:

١. عن أبي عمرو، حدّثني عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده عبدالله بن عمرو رضي الله عنهم: أنّ امرأةً قالت: يا رسول الله، إنّ ابني هذا كان بطني له وعاءً، وثديي له سقاءً، وحجري له حواءً، وإنّ أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال: لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنتِ أحقُّ به ما لم

---

[١]- الإمام أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصّاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٢، ج٢، ص١٠٦-١٠٧.

[٢]- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبيّ، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبدالله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٦، ط١، ج١٤، ص٦٠.

تنكحي"[١]. فقد أقرّ الرسول صلى الله عليه وسلم حق المرأة بحضانة ابنها، فدلّ ذلك على مشروعية الحضانة.

٢. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: إنّ امرأةً جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت له: فداك أبي وأمّي، إنّ زوجي يُريدُ أن يذهب بابني، وقد نفعني وسقاني من بئر أبي عِنَبَةَ. فجاء زوجُها، فقال: من يُخاصمُني في ابني؟ فقالَ: "يا غلام، هذا أبُوكَ وهذه أمُّك، فخذْ بيد أيِّهِمَا شئتَ". فأخذ بيد أمِّه فانطلقت به[٢].

فالرسول الكريم لم ينكر أحقيّة أي من الأبوين في حضانة الولد، لكنّه ترك الخيار للطفل ليختار.

٣. ما رواه عبد الحميد الأنصاري، عن أبيه عن جدِّهِ، أنّه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاء ابنٌ لهما صغيرٌ لم يبلُغْ، فأجلس النبيُّ صلى الله عليه وسلم الأب هاهُنا والأم هاهُنا، ثُمَّ خيَّرهُ فقال صلى الله عليه وسلّم: "اللَّهُمَّ اهْدِهِ". فذهب إلى أبيه[٣].

---

[١]- أبو داوود، سُنن أبي داوود، المرجع السابق، ج٣، باب من أحق بالولد، حديث رقم (٢٢٧٦)، ص٥٨٨.

[٢]- الإمام أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النَّسائي، كتاب السُّنن المعروف بالسُّنن الكبرى، تحقيق: مركز البحوث وتقنية المعلومات، دار التأصيل، بيروت، ط١، ٢٠١٢، المجلد السابع، كتاب الطلاق، باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، حديث رقم (٥٨٧٠)، ص٦١٣. وأخرجه أبو داوود، سنن أبو داوود، حديث رقم (٢٢٧٧)، ص٥٨٨.

[٣]- النسائي، السُّنن الكبرى، حديث رقم (٥٨٦٩)، ص٦١٣.

٤. عن عليّ رضي الله عنه، قال: خرج زيدُ بن حارثة إلى مكة، فقدم بابنة حمزة، فقال جعفر: أنا آخُذُها، أنا أحقُّ بها، ابنةُ عمي، وعندي خالتُها، وإنّما الخالة أمٌّ، فقال عليٌّ: أنا أحقُّ بها، ابنة عمي، وعندي ابنةُ رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهي أحقُّ بها، فقال زيدٌ: أنا أحقُّ بها، أنا خرجت إليها وسافرت، وقدمتُ بها، فخرج النبيُّ صلى الله عليه وسلم وذكر حديثاً، قال: "وأما الجارية فأقضي بها لجعفر، تكون مع خالتها، وإنّما الخالةُ أُمٌّ"[١]. فدلّ ذلك على مشروعية حضانة الخالة في حال عدم وجود الأم، وهذا يدلُّ على مشروعيّة الحضانة عموماً.

ثالثاً: الإجماع

انعقد الإجماع على مشروعية الحضانة، ولا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار؛ "لأنّ الإنسان خُلق ضعيفاً مفتقراً إلى من يكفله ويُربيه حتى ينفع نفسه ويستقلّ بذاته، فهو فرض من فروض الكفاية"[٢]. ودليل ذلك أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق جميلة –أم عاصم–[٣]، ثمّ أتى عليها وفي حجرها عاصم، وأراد أن يأخذه منها، فتجاذباه حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر الصدّيق رضي الله عنه، فقال أبو بكر لعمر رضي الله عنهما: خلِّ بينها وبينه فإنّ

---

[١]- سنن أبي داوود، المرجع السابق، حديث رقم (٢٢٧٨)، ص٥٩٠.

[٢]- أبو الوليد محمّد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدّمات الممهدّات، تحقيق: محمّد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ج١، ١٩٨٨، ص٥٦٤.

[٣]- هي جميلة بنت ثابت بن أبي الأقلح؛ أخت عاصم بن ثابت، فولدت له عاصم بن عمر ثمّ طلقها. أبو جعفر محمّد بن جرير الطبري، تاريخ الطبري، تحقيق: محمّد أبو الفضل ابراهيم، ط٢، دار المعارف بمصر، ج٢، ص٦٤٢.

مسحها، وحجرها، وريحها خيرٌ له منك حتى يشبّ الصبي والصحابة رضي الله عنهم حاضرون، ولم يُنكر ذلك أحد، فكان ذلك إجماعاً[١].

رابعاً: المعقول

إنَّ الله سبحانه وتعالى قد خلق الإنسان ضعيفاً، وأمر الأبوين بوجوب العناية به ورعايته حتى يبلغ أشُدّه، ويتحمّل مسؤولياته، وهذا لا يتحقق إلّا بالحضانة، والأم أخص بالتربية من الرجال فصارت الأم أحق لحضانته[٢].

---

[١]- محمّد بن اسماعيل الأمير الصّنعاني، سُبل السّلام الموصولة إلى بلوغ المرام، تحقيق: محمّد صبحي حسن حلّاق، ج٦، باب الحضانة، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعوديّة، ١٤٢١هـ، ص٢٩٥. ومذكور لدى الكاساني برواية "ريحها ومسُّها ومسحها وريقها خيرٌ له من الشّهد عندك"، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج٥، ص٢٠٦.

[٢]- الماوردي، الحاوي الكبير، ج١١، ص٤٩٩.

المطلب الثاني

الطبيعة الفقهية والقانونية للحضانة

تتشارك الأم والأب في حضانة الطفل وذلك في الظروف العادية، عندما يعيشان معاً في أسرةٍ واحدةٍ. فإذا حصلت الفرقة بينهما، حصل الخلاف حول من له الحق في الحضانة.

وللوقوف على الخلاف الفقهي حول طبيعة الحضانة، سأعمل على عرض الطبيعة الفقهية للحضانة (الفرع الأول)، قبل أن أتعرض إلى موقف التشريعات المقارنة من ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطبيعة الفقهية للحضانة

ذهب بعض الفقهاء إلى أنّ الحضانة من حق الأم (أولاً)، في حين رأى آخرون أنّ الحضانة من حق الطفل الخاضع لها (ثانياً)، ورأيٌ ثالثٌ أنّها من حق الله سبحانه وتعالى (ثالثاً).

أولاً: الحضانة من حق الأم

ذهب بعض الحنفية[١]، وبعض المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، إلى أنّ الحضانة من حق الأم، وقد استدلوا على ذلك:

١- قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ الآية (٢٣٣)، سورة البقرة.

---

[١]- ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٥٨. "ولا تجبر من لها الحضانة عليها إلّا إذا تعينت لها".

[٢]- الخرشي، حاشية الخرشي، المرجع السابق، ج٤، ص٢٠٧. "الحضانة للأم إذا طلقت أو مات عنها زوجها، وأما وهي في العصمة فالحضانة حق لهما".

[٣]- الماوردي، الحاوي، المرجع السابق، ج١١، ص٥٠٧. "وإذا افترق الأبوان وهما في قرية واحدة فالأم أحق بالولد ما لم تتزوج".

[٤]- المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج٢، ص١٦٤٧. "وأحق الناس بحضانة الطفل والمعتوه أمه".

"فالله سبحانه وتعالى جعل الأم أحق بإرضاع الولد خلال مدة الحولين، ولا يجوز أن تضار الأم بعدم تسليمها الطفل إذا رضيت بأن ترضع بمثل ما ترضع به غيرها، ولا يسقط حقها في الرضاع إلّا عند التعاسر، فدلّ ذلك على أنّ الأم أحق بإمساك الولد مادام صغيراً، وإن استغنى عن الرضاع؛ لأنّ حاجة الطفل إلى أمه بعد الرضاع كحاجته إليها قبله"[١]. "وإنّ الأمر الوارد في الآية الكريمة محمول على الندب فدلّ ذلك على أنّ الحضانة من حق الأم"[٢].

٢. قوله صلى الله عليه وسلم: "أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحي"[٣]، فالحديث يدلُّ على "أنّ الأمُّ أحقُّ بحضانة ولدها إذا أراد الأب انتزاعه منها، وخصوصاً أنّ المرأة قد ذكرت للرسول صلى الله عليه وسلم صفاتٍ (اقتضت اختصاصها) بها تقتضي أولويّتها وأحقيّتها بحضانة الولد، وأقرّها الرسول على ذلك"[٤]، فكان ذلك دلالة واضحة على أنّ الأم هي صاحبة الحق في الحضانة.

ويترتب على القول بأنّ الحضانة من حق الأم العديد من المسائل الفقهية وفي ما يأتي تبيانها:

---

[١]- الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج٢، ص١٠٦-١٠٧.

[٢]- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الآميرية، مصر، ج٣، ١٣١٣هـ، ص٤٧.

[٣]- أبو داوود السجستانيّ، سُنن أبي داوود، سبق تخريجه، ص٥٨٨.

[٤]- محمّد بن اسماعيل الأمير الصّنعاني، سُبل السّلام، المرجع السابق، ج٦، ص٢٩٥. ابن قيّم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ج٥، ص٤٠٤. "والصحيح أنّ الحضانة حقٌ لها، والمقصود أنّ في قوله صلى الله عليه وسلم: أنتِ أحق بها، دليلاً أنّ الحضانة حقٌ لها".

أ. **لا يجوز إجبار الأم على الحضانة:** يترتب على القول بأنّ الحضانة من حق الأم عدم جواز إجبارها عليها في حال امتناعها، إلّا أنّ الفقهاء أوردوا بعض الاستثناءات على هذا الحكم –عدم الإجبار– حيثُ يقول ابن عابدين: "ولا تُجبر من لها الحق في الحضانة عليها إلّا إذا تعينت لها، –أي للحضانة– بأن لم يأخذ ثدي غيرها أو لم يكن للأب ولا الصغير مال"[١].

وذهب الماوردي من الشافعية إلى القول: "إذا تدافع الأب والأم كفالته، وامتنع كلاهما عنها، فهنا إمّا أن يكون بعدهما من يستحق كفالته كالجد بعد الأب والجدة بعد الأم فتنتقل الكفالة إليهم، ويخيّر الولد بينهما. وإمّا ألّا يكون بعدهما من يستحق كفالته فهُنا يكون الولد على خياره، ويُجبر من اختاره على كفالته؛ لأنَّ في الكفالة حقاً لهما وحقاً عليهما فإذا سقط بالتمانع حقهما لم يسقط به حق الولد. وفي قولٍ يلزم من تجب عليه نفقة الصغير"[٢]. بمعنى لو اختار الصغير الأم ولم يكن هناك حاضن غيرها فإنّها تجبر على الحضانة.

وأشار الزركشي من الحنابلة إلى أنّ الأم تجبر على الحضانة إذا خُشي على الصغير من التلف، يقول: "وإذا تزوجت المرأة فلزوجها أن يمنعها من رضاع ولدها إلّا أن يضطر إليها، أو يخشى عليه التلف، فليس للزوج المنع؛ نظراً لحفظ النفس المقدم على حق الزوج"[٣].

---

[١]- ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٥٨.

[٢]-الماوردي، الحاوي الكبير، ج١١، ص٥٠٦.

[٣]- شمس الدّين محمّد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن بن عبدالله الجبرين، مكتبة العبيكان، ط١، ١٩٩٣، م٦، ص٣٩-٤٠.

ب. جواز التنازل عن الحضانة: يترتب على القول بأنّ الحضانة من حق الأم إمكانيّة القول بحق الأم بالتنازل عن الحضانة، جاء في الانصاف من كتب الحنابلة "لو امتنعت الأم، لم تجبر وأمها أحق"[١]، ولكن هل يجوز لمن أسقط حقه في الحضانة الرجوع عن هذا الإسقاط، والمطالبة بالمحضون؟

ذكر المالكية أنّ الساقط لا يعود، فإذا أسقطت الأم حقها في الحضانة فليس لها العودة في ذلك. "قال ابن القاسم: سمعتُ مالكاً قال في امرأة طلقها زوجها وله منها ولد، فردته عليه استثقالاً له ثمّ طلبته لم يكن لها ذلك"[٢].

في حين ذهب البهوتي من الحنابلة إلى القول بإمكانية رجوع الأم عن إسقاطها للحضانة، إذ أورد في كشاف القناع ما نصّه: "ومن أسقط حقه منها –أي الحضانة– (سقط) لإعراضه عنه وله العود في حقه (متى شاء)؛ لأنّه يتجدد بتجدد الزمان"[٣].

ج. المخالعة مقابل إسقاط الحضانة: ذهب الحنفية إلى أنّه لا يجوز للمرأة أن تسقط حقها في الحضانة مقابل الخلع، جاء في المبسوط: "إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع جائز والشرط باطل؛ لأنّ الأم إنّما تكون أحق بالولد، فإنّ كون الولد عندها أنفع له"[٤].

في حين يرى المالكية بأنّه يجوز للمرأة أن تسقط حقها في الحضانة مقابل الخلع، حيثُ جاء في كتبهم: "قال ابن القاسم: سمعت مالكاً قال في امرأة طلقها

---

[١]- المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج٢، ص١٦٤٧.

[٢]- الحطّاب الرعيني، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج٥، ص٦٠٢.

[٣]- البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص٤٩٨.

[٤]- شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ج٦، ص١٦٩.

زوجها، ولها منه ولد فرمته استثقالاً له، فليس لها أن تأخذه؛ لأنّها قد أسقطت حقها في حضانته إلّا على القول بأنّ الحضانة من حق المحضون وهو قول ابن الماجشون[١]"[٢].

وجاء في حاشية الدسوقي: "جاز الخلع (بإسقاط حضانتها) أي على إسقاطها للأب حضانتها لولده، وينتقل الحق له ولو كان هناك من يستحقها قبله"[٣]. بمعنى أنّ الخلع مع إسقاط الحق في الحضانة جائز، وتنتقل الحضانة للأب حتى ولو كان هناك مستحق لها قبل الأب.

ثانياً: الحضانة من حق الصغير

يرى بعض الحنفية[٤]، وابن الماجشون وآخرون من المالكية[٥]، أنّ الحضانة من حق الصغير. جاء في البحر الرائق: "اعلم أنّ الحضانة حق الصغير؛ لاحتياجه إلى من يُمسكه فتارةً يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه في حضانته، وتارةً إلى من يقوم بماله حتى

---

[١]- هو القاضي عياض عبد الملك بن الماجشون في الطبقة الوسطى من أصحاب مالك، عاش في القرن الثاني الهجري، وتوفي سنة ٢١٢ هـ على الأشهر. عبد اللطيف بو عبدلاوي، فقه ابن الماجشون، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، بدون تاريخ، ص٥.

[٢]- أبو الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، تحقيق: محمد العرايشي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ج٥، ١٩٨٨، ص٣٢٧.

[٣]- شمس الدين محمّد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج٢، ص٣٤٩.

[٤]- زين الدين الشهير بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ج٤، ص١٨٠.

[٥]- أبو عُمر يُوسف بن عبد الله بن محمّد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مكتبة الرياض الحديثة، ط١، ١٩٧٨، ص٦٢٥.

لا يلحقه الضرر، وجعل كل واحد منها إلى من أقوم وأبصر"[١]. وجاء في الكافي: "الحضانة من حق الولد وقد روي ذلك عن مالك وقال به طائفة من أصحابه"[٢].

وقد استدلّ أنصار هذا الرأي بأدلةٍ عدةٍ، وفقاً للآتي:

١. **من القرآن الكريم:** ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾. الآية (٢٣٣)، سورة البقرة.

يحمل الخبر الوارد في الآية الكريمة على أنّه أمر إيجاب[٣]، فالأمر الوارد في الآية يحمل على الوجوب، فتجبر الأم على الحضانة تحقيقاً لمصلحة الصغير. كما "يجبر الأب على أخذ الطفل بعد استغنائه عن حضانة أمه؛ لأنّ نفقة الولد على أبيه بالإجماع"[٤].

٢. **المعقول:** "يحتاج الصغير إلى من يتولاه ويقوم بتربيته؛ بسبب عجزه عن القيام بشؤونه، فكان من الواجب على النساء العناية بالصغير؛ لأنهنّ أبصر وأقوم على حفظ الصبيان من الرجال"[٥]. ولأنّ الحق يقابله التزام وواجب، ومادامت الحضانة من حق الصغير فمن الواجب أن يكون هناك التزام على المرأة بحضانته وعدم تركه.

---

[١]- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨٠.

[٢]- النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، المرجع السابق، ص٦٢٥.

[٣]- الإمام محمّد الرازي فخر الدّين، تفسير الرّازي الشهير بالتفسير الكبير، دار الفكر، ١٩٨١، ط١، ج٦، ص١٢٧. "هذا الكلام وإن كان في اللفظ خبراً إلّا أنّه في المعنى أمر".

[٤]- الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٤٧.

[٥]- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨٠.

ويترتب على القول بأنّ الحضانة من حق الصغير العديد من المسائل الفقهية وفي ما يأتي تبيانها:

أ. جواز إجبار الأم على الحضانة: يترتب على القول بأنّ الحضانة من حق الصغير إمكانية إجبار الحاضن على الحضانة، فهو واجبٌ تقوم به الأم تجاه الطفل، "وهو قول ابن أبي ليلى والحسن بن صالح...تجبر الأم على الحضانة لأنّ ذلك من حق الولد"[١]. كذلك يُمكن إجبار الأم على الحضانة إذا امتنع غيرها من الحاضنات عن قبولها، أجبرت الأم دون خلاف[٢].

ب. التنازل عن الحضانة وإسقاط الحضانة مقابل الخلع: يرى أصحاب هذا الرأي أنّ الأم إذا تنازلت عن الحضانة، فلها الرجوع بهذا التنازل عن الحضانة، و هو رأي ابن الماجشون؛ لأنّ الحضانة من حق الصغير. ويرون أنّه لا يجوز الخلع مقابل ترك الولد عند الزوج، فالخلع صحيح والشرط باطل، لأنّ الحضانة من حق الولد[٣].

ثالثاً: الحضانة من حق الله سبحانه وتعالى: الحضانة حق لله سبحانه وتعالى، فلا تسقط الحضانة بإرادة الحاضن[٤]؛ لأنّ الحضانة تحقق مصلحة عامّة للمجتمع بحسن

---

[١]- الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٤٧.

[٢]- ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٥٩. "ومن قال: إنّها من حق المحضون فتجبر، محمول على ما إذا تعينت، لعدم من يحضنه غيرها".

[٣]- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨٠. "لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز، والشرط باطل، لأنّ هذا حق الولد أن يكون عند أمه إذا كان محتاجاً إليها". الحطّاب الرعيني، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج٥، ص٦٠٢. "الحضانة من حق المحضون، وهو قول ابن الماجشون".

[٤]- التسولي، البهجة في شرح التحفة، المرجع السابق، ج١، ص٦٤٦. "وقيل: الحق لله تعالى وعليهما، فلا تسقط".

تربية أفراده، ونشأتهم نشأة سليمة، ووجب على المجتمع كفالة الطفل والقيام بأموره عند عدم وجود الولي أو الحاضنة التي تتولى هذه المهمة[١].

وفي الواقع، أرجح القول الثاني بأنّ الحضانة من حق الصغير[٢]، فهي واجبٌ تقوم به الأم تجاه الطفل، وليس للحاضن الامتناع عن الحضانة، وإنّما تجبر عليها. حتى أنّ أصحاب القول الأول قالوا: إنّ الحضانة حق للأم، ثمّ جاؤوا باستثناءات بضرورة إجبارها على الحضانة؛ نظراً لأهمية الحضانة بالنسبة للصغير في هذا العمر، ولضرورة وجوده مع أمه. وليس للأم أن تخالع الزوج مقابل إسقاط الحضانة؛ لأنّ في ذلك تفويت لمصلحة المحضون، وهو أمر غير جائز.

---

[١]- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط٣، ٢٠١٠، ص٣٦٣.

[٢]- يرى الدكتور أحمد الحجي الكردي أنّه إذا اجتمعت حقوق الأم مع الصغير، وتوافقت فيما بينها روعيت جميعاً، وإذا تنافرت واختلفت كان لا بُدّ من تقديم حق المحضون. أحمد الحجي الكردي، أحكام المرأة في الفقه الإسلامي، دار الإمام البخاري للطباعة، بدون تاريخ، ص٥٤.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للحضانة

سأرجع إلى التشريعات المقارنة من أجل الوقوف على التكييف القانوني للحضانة، من خلال استقراء النصوص القانونية، والاجتهادات القضائية بهذا الصدد. وقد ذهبت بعض التشريعات إلى أنّ الحضانة حقٌ مشتركٌ بين الحاضن والمحضون (أولاً)، في حين رأت تشريعات أخرى أنّ الحضانة من حق الأم (ثانياً)، كذلك ذهبت تشريعات إلى أنّ الحضانة واجبٌ اجتماعيٌ (ثالثاً)، والحضانة من حق الصغير (رابعاً).

أولاً: الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون

بالعودة إلى قانون الأحوال الشخصية المصري قانون الأحوال الشخصيّة المصري رقم(٢٥)، لعام ١٩٢٩، المعدّل بالقانون (١٠٠)، لعام ١٩٨٥، والقانون رقم(١)، لعام ٢٠٠٠، وجدت أنّه لم يوضح صراحةً الطبيعة القانونيّة للحضانة، في حين اتجه القضاء المصري في بعض قراراته وأحكامه إلى القول: إنّ الحضانة من حق المحضون والحاضن والأب مع ترجيح مصلحة المحضون عند التعارض. حيثُ جاء في قرار للمحكمة الشرعية في آجا "في الحضانة حقوق ثلاثة: حق الصغير، وحق الحاضنة، وحق الأب، والتوفيق بينها واجبٌ متى أمكن الوصول إليه، وإلّا فمصلحة الصغير هي المقدمة؛ لأنّ مدار الحضانة على نفع المحضون، وكما لا يُضار الأب بولده، لا تضار الأم بولدها"[(١)].

[(١)]- المحكمة الشرعية آجا، قرار رقم ٣٦/٣٨، دعوى ٣٧٠/١٠، تا ١٩٣٦/١٢/٢١. أشار إليه، ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص٨٥.

كما جاء في قرارٍ آخر: "في الحضانة حقوقٌ ثلاثةٌ بعضها في الوجوب والرعاية أقوى من الآخر، حق الصغير، وحق الحاضنة، وحق الأب، وهذه الحقوق مجتمعة متى أمكن التوفيق بينها صير إليه، وإلّا فحق الصغير أولى بالرعاية فيقدم على حقيهما جميعاً"[١].

فإنّ القضاء المصري يؤكد أنّ في الحضانة ثلاثة حقوق، وعند التعارض على القاضي أن يُرجح مصلحة الطفل، فإذا امتنعت الأم عن الحضانة وكانت مصلحة المحضون تقتضي حضانة الأم فيمكن إلزامها بها.

كذلك، فإنّ مجلة الأسرة التونسي لم توضح صراحةً طبيعة الحضانة، ولكنّه أجاز للحاضن أن تمتنع عن الحضانة (الفصل٥٥)، وأجاز لها أن تتنازل عن الحضانة (الفصل٦٦). وبالمقابل، فقد ساوى بين الأم والأب في إسناد الحضانة حسب مصلحة المحضون، فكان ذلك دليلاً على أنّ الحضانة حق للمحضون.

وجاء في الاجتهاد القضائي التونسي ما مفاده: "أنّ الحضانة شرعت على اعتبار حقين، أحدهما لفائدة المحضون في إقامته عند حاضنته حتى لا يحرم من عطف الأمومة، وثانيهما لفائدة الولي في الإشراف على تنشئة المحضون، كالنظر في شؤونه

---

[١]- محكمة العطارين قرار رقم ٤٧/٢٩٥، دعوى ٣٤٠/٢٠، تا ١٩٤٨/٤/٢٠. أشار إليه، سعاد يوبي، إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، ص٦.

وإرساله للمدرسة وتأديبه، وإنّ الولي لا يتمكن من القيام بهذا الواجب إلّا إذا كان المحضون بالقرب منه"[١].

كما جاء في قرارٍ آخرٍ: "إنّ أولى النساء بحضانة الصغير هي أمه، وهي حق للصغير، وللأم، والأب، ولذلك فهي تضم هذه الحقوق الثلاثة عندما تكون الزوجية قائمة، إلّا أنّه يغلب فيها مصلحة الصغير دائماً، فإذا أسقطت الأم حقها في الحضانة بقي حق الصغير قائماً. لذا، فإنّها تجبر عليها إذا لم يوجد غيرها"[٢].

وجاء أيضاً: "لكل من المحضون والحاضنة حق الحضانة إلّا أنّ حق المحضون أقوى من حق الحاضنة، وإنّ إسقاط الحاضن لحقها لا يسقط حق الصغير في الحضانة"[٣]. وبهذا، فإنّ القضاء التونسي أشار إلى أنّه يوجد في الحضانة أكثر من حق أبرزها حق المحضون. كذلك أجبر الأم على الحضانة إذا أسقطت حقها فيها، ولم يوجد أحد غيرها لكي يتولى الحضانة.

كذلك، فإنّ قانون الأسرة الجزائري أشار إلى أنّه في الحضانة حقين، وهما: حق الحضانة للحاضن، إذ استخدم المشرّع الجزائري صراحةً لفظ حق وفقاً للمادة٦٦من قانون الأسرة الجزائري: "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضرُّ بمصلحة المحضون". ونصت (المادة٦٨) على أنّه: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"، وجاء أيضاً في (المادة٧١)

---

[١]- مدني عدد (٣٣٥٤٠)، تا ١٩٩٢/١٢/٢٢، منشور على الشبكة العنكبوتية، تاريخ الدخول: ٢٠١٩/٣/٣١.
www.ruedemalte.com,jurisarchm,result11473616811.1778.html

[٢]- مدني عدد (٦٩٥٢٣)، تا ١٩٩٩/١/٤، منشور على الموقع السابق. تاريخ الزيارة: ٢٠١٩/١/٣١

[٣]- مدني عدد (٣٦٨١٥)، تا ١٩٩٣/٣/٨، منشور على الموقع السابق. تاريخ الزيارة المذكور سابقاً.

ما مفاده: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري". وبالمقابل، فقد قيّد هذا الحق بعدم الإضرار بمصلحة المحضون. وجاء في اجتهادٍ آخر: "إنّ عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها ما لم يتوفر الدليل الصحيح على أنّ هذا العمل يحرم المحضون من حقه في العناية والرعاية، فضلاً عن ذلك أنّ الحضانة ليست حقاً للحاضنين فقط، وإنّما هي حق للمحضون أيضاً"[١].

وفي السياق ذاته، اتجه القضاء المغربي ومما جاء في أحكامه: "إنّ الأم أولى بالحضانة، فإن تنازلت عنها انتقل الحق للجدة، وليس في الفقه ما يتمسك به الطاعن من أنّ للأم أن تتصرف في الحضانة كيف تشاء فتمنحها لمن تشاء"[٢]. وجاء في قرارٍ آخرٍ: "بالرغم أنّ الفقه لم ينص على تمديد فترة الحضانة، فإنّ الابن المريض والذي ثبت طبياً أنّ عمره العقلي لا يتجاوز سبع سنوات، يكون من مصلحته البقاء محضوناً من طرف أمّه، طالما كانت على درجةٍ كافيةٍ من الاستقامة"[٣].

وعلى ذلك، فإنّ القرار الأول أشار إلى أنّ الحضانة من حق الأم الحاضن، لكنّ هذا الحق مقيّد بمصلحة المحضون، إذ لا يجوز لها أن تتنازل عن الحضانة حسب هواها. في حين يُرجّح القرار الثاني مصلحة المحضون، ويجيز استمرار الحضانة عليه تحقيقاً لمصلحته.

---

[١]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (٢٧٤٢٠٧)، تاريخ ٢٠٠٢/٧/٣، أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٤٦٨.

[٢]- مجلس القضاء الأعلى، غرفة قانون الأسرة المغربية، ١٩٨٨/٦/٢٨، مجموعة قرارات المجلس الأعلى، ١٩٩٥، عدد/٨٣/، ص٣٤. أشارت إليه، زكية حميدو، المرجع السابق، ص٤٦٩.

[٣]- مجلس القضاء الأعلى، غرفة قانون الأسرة المغربية، ١٩٩٢/٢/٢٨، مجلة المحاكم المغربية، العددان (٦٤-٦٥). أشارت إليه، زكية حميدو، المرجع السابق، ص٤٦٩.

وجاء في قرارٍ آخر: "إنّ قيام الحاضن بما هو واجبٌ عليه نحو المحضون حقٌ للمحضون، وواجب على الحاضن"[١]. وبهذا، فقد أكد القضاء المغربي على وجود حقين في الحضانة، وإن كان حق المحضون هو الأظهر.

وبالعودة إلى قانون الأحوال الشخصية السوري، أجد أنّ القضاء السوري قد عدّ الحضانة من الحقوق المتعلقة بالأم والصغير معاً. حيث جاء في الاجتهاد القضائي السوري: "إنّ القول الراجح في الحضانة، أنّها حق للحاضنة من جهة وحق للمحضون من جهة، ولذلك لا تسقط بالإسقاط"[٢]. فالاجتهاد قرر أنّ الحاضن إذا أرادت أن تسقط حقها بالحضانة فإنّ هذا الحق لا يسقط؛ تحقيقاً لمصلحة المحضون.

وجاء في قرارٍ آخرٍ: "الحضانة حق للصغير من وجه، وللحاضن من وجهٍ آخر، وإنّ حق الصغير فيها أظهر"[٣]. وفي قرارٍ آخر: "لما كان حق الحاضنة بحضانة الصغير هو من الحقوق المستمرة التي تجدد آناً فآناً، وكان تنازل الحاضنة عن الحضانة في زمن لا يؤثر على حقها المستقبل فيها، ذلك أنّ الشارع إنما لاحظ أنَّ الحضانة كما هي حق للحاضنة فهي حق للمحضون الذي لا يؤثر فيه مؤثر"[٤]. كما جاء أيضاً: "لما

---

[١]- مجلس القضاء الأعلى، غرفة قانون الأسرة المغربية، تاريخ ١٩٩٥/٧/٢٧، قضاء المجلس الأعلى، العدد (٤٨)، ص٢٢٧. أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٤٧٠.

[٢]- محكمة النقض السورية، الغرفة الشرعية، أساس (١٦١)، قرار (١٣٦)، تاريخ ٢٠/ ١٩٦١/٤، أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ص٥٣٢.

[٣]- محكمة النقض السورية، الغرفة الشرعية، أساس (١٠٩)، تاريخ ١٩٦٣/٩/٥. مجلة المحامون، العدد الثامن، لعام ١٩٦٣، ص٥٤.

[٤]- محكمة النقض السورية، الغرفة الشرعية، أساس (٢٤٤)، قرار(١٩٩)، تاريخ ١٩٥٣/٥/١٦، أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ص٥٤٠.

كانت أمور الحضانة من النظام العام، وكانت الحضانة حقاً للولد ينظر فيه القاضي بولايته العامة، كما هي حق للحاضنة"[١].

كما جاء في اجتهادٍ حديثٍ آخر، ذهب فيه القضاء السوري إلى أنّ الحاضنة لا تجبر على الحضانة: "إن كانت الأم لا تجبر على الحضانة وهذا مستفاد من نص (المادة٣٨٧) قدري باشا، بدلالة (المادة٣٠٥) أحوال شخصية، التي أحالت إلى الراجح من المذهب الحنفي فيما سكت عنه القانون، إلّا أنّ (المادة٣٨٧) قدري باشا قد أوضحت أنّه: إذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة فلا تجبر عليها إلّا إذا تعيّنت لها بأن لم يوجد للطفل حاضنة غيرها من المحارم... وعلى المحكمة أن تستجوب الطرفين على هذه المسألة ثمّ تطبق (المادة٣٨٧) قدري باشا"[٢].

وورد في قرارٍ آخر: "لئن كان قانون الأحوال الشخصية لم يُصرّح هل الحضانة حق للحاضن أم للمحضون، إلّا أنّه جاء في بعض الفروع ما يُفيد أنّ الحضانة هي حق للحاضنة، كما هي حق للمحضون. كما إنّ ابن عابدين قد بيّن رأي الحنفية (المعمول به وفق المادة٣٠٥) أحوال شخصية: "إنّ ما عليه الفتوى بأنّ الأم لا تجبر على الحضانة إن هي امتنعت.."؛ لأنّ لها ذلك الحق ويُمكنها التنازل عنه"[٣].

---

[١]- محكمة النفض السورية، الغرفة الشرعية، أساس (١٨١)، قرار(١٧٢)، تاريخ ١٩٦٣/٥/١٤، أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ص٥٥٠.

[٢]- محكمة النقض السورية، الغرفة الشرعية، أساس (١٠)، قرار (١٧)، تاريخ ٢٠١٦/٢/٨، سجلات محكمة النقض.

[٣]- محكمة النقض السورية، الغرفة الشرعية، أساس (١٩٤)، قرار (٢١٥)، تاريخ ٢٠١٦/٣/٢٨، سجلات محكمة النقض.

وعلى ذلك، فإنّ محكمة النقض السورية اختلفت أحكامها لتحديد الطبيعة القانونية للحضانة؛ نظراً لغياب النص في قانون الأحوال الشخصية، فتارةً تعدُّ الحضانة من حق الأم والصغير معاً، ولا تجيز إسقاط حضانتها، وتارةً أخرى تقرر أنّ الحضانة حقاً للحاضنة وتأخذ بقول ابن عابدين، وتجيز للحاضن أن تمتنع عن الحضانة دون أن تشير للاستثناءات التي أوردها ابن عابدين.

لذا، أعتقد بضرورة حسم الجدل من خلال إيراد نصّ قانوني، يُقرر أنّ الحضانة من حق الصغير –كما رجحّت سابقاً–، ويُمكن للقاضي أن يُجبر الأم على الحضانة إذا استدعت مصلحة المحضون ذلك. ويُمكن أن يأتي النص كالآتي: "الحضانة من حق الصغير، ويُمكن إجبار الأم على الحضانة تحقيقاً لمصلحة المحضون".

ثانياً: الحضانة من حق الأم

بالرجوع إلى التشريع العراقي أجد أنّه عدَّ الحضانة من حق الأم، ويظهر ذلك من خلال (المادة٥٧)، والتي تنص على أنّ: "الأم أحق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، ما لم يتضرر المحضون من ذلك"، كما أنّه لم يسقط حق الأم المطلقة في الحضانة بزواجها. حيثُ نصّت على ذلك الفقرة الثانية: "ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها". وجاء في اجتهاد محكمة التمييز العراقية: "الأم أحق بالحضانة مادامت محتفظة بشروط الحضانة"[(١)].

[(١)]- محكمة التمييز العراقية، قرار رقم (١١٢٦)، لعام ٢٠٠٠. أشارت إليه، شذى مظفر حسين، حضانة الأم في الفقه الاسلامي والقانون العراقي والقانون المدني الفرنسي، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، المجلد الرابع، حزيران ٢٠١١، ص٣٩٢.

ثالثاً: الحضانة واجبٌ اجتماعيٌ

ذهب المشرّع الفرنسي إلى تكييف الحضانة على أنّها واجبٌ اجتماعيٌ، إذ نصّت (المادة٣٩٤) من القانون المدني الفرنسي على أنّ الحضانة، والحماية المستحقة للطفل، والوصاية، هي وظيفة عامة، إنّه واجب العائلات والمجتمع العام[١]. فالمشرّع الفرنسي قرر الحضانة من حيث المبدأ لكلا الأبوين، وعند تعذر هذه الأمر يُقرر القاضي وضع القاصر تحت الوصاية، من أجل توجيه القاصر، وإدارة أمواله، بدلاً من الوالدين. ولا يجوز التنازل عن هذا الواجب إلّا في الحالات المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي (المادة٣٧٦)[٢]. وهذا يشبه الاتجاه الفقهي القائل بأنّ الحضانة من حق الله تعالى.

رابعاً: الحضانة من حق الصغير

أشار قانون الأسرة الروسي إلى أنّ الحضانة من حق الصغير (المادة٥٤-٢) إذ نصّت على: "لكل طفل الحق في العيش والتربية في عائلة، والحق في معرفة والديه، والحق في رعايتهم له، والحق في العيش معهم، ما لم يكن مخالفاً لمصالحه. وللطفل الحق في أن يُربى من والديه، لضمان مصالحه، والتنمية الشاملة، واحترام كرامته الإنسانية. وفي حالة عدم وجود والدين، أو في حالة الحرمان من حقوقهم الوالدية،

---

(1) -La tutelle, protection due à l'enfant, est une charge publique. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique.

(2)- Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous.

وفي حالاتٍ أخرى من فقدان الرعاية الوالدية، يتم ضمان حق الطفل في أن ينشأ في أسرة من قبل هيئة الوصاية "[١].

وبهذا، لم يختلف الموقف القانوني عن الموقف الفقهي، فذهبت معظم التشريعات إلى أنّ الحضانة حقٌ مشترك بين الحاضن والمحضون، في حين ذهبت تشريعات أخرى إلى عدّها حقاً للصغير.

وقد رجحت سابقاً، أنّ الحضانة من حق الصغير، وهي واجب على الأم الحاضن؛ لأنّ الحضانة إنّما شرعت لرعاية الصغير والعناية بشؤونه.

---

(1)- 2. Каждый ребенок имеет право жить и воспитываться в семье, насколько это возможно, право знать своих родителей, право на их заботу, право на совместное с ними проживание, за исключением случаев, когда это противоречит его интересам Ребенок имеет права на воспитание своими родителями, обеспечение его интересов, всестороннее развитие, уважение его человеческого достоинства. При отсутствии родителей, при лишении их родительских прав и в других случаях утраты родительского попечения право ребенка на воспитание в семье обеспечивается органом опеки и попечительства в порядке, установленном главой 18 настоящего Кодекса.

خاتمة الفصل التمهيدي

قمتُ في الفصل التمهيدي بتأصيل المفاهيم الأساسيّة للبحث، لبناء الأطروحة على أسسٍ علميّةٍ سليمةٍ وواضحةٍ، وذلك من خلال توضيح مفهوم كلّ من الطفل والمصلحة والحضانة في كلّ من الشريعة الإسلاميّة والقوانين موضع الدراسة. وقد تناولتُ بدايةً المفاهيم التي وردت للطفل، ولاحظتُ إجماع الآراء في الفقه الإسلامي على أنَّ الطفولة تنتهي بالبلوغ الفعلي للشخص، ولكن وجدت خلافاً فقهياً في تحديد السن التي تنتهي فيها الطفولة في حال عدم البلوغ الفعلي، ورجحتُ في ذلك أنّ الانتهاء يكون في سن الخامسة عشرة، وهذا ما أخذ به جمهور الفقهاء. وفيما يتعلَّق بالموقف القانوني، فإنَّ القانون الدولي أكّد أنَّ الطفل هو كلّ شخص دون سن الثامنة عشرة، وهذا ما أخذت به مُعظم التشريعات الوطنيّة، ومن بينها القوانين موضع الدراسة. وبالرغم من ذلك، وجدت أنَّ قوانين الأحوال الشخصيّة لم تأخذ جميعها بهذا العمر في تحديد سن انتهاء الحضانة، لأنّ مفهوم الطفولة ليس مرتبطاً بالحضانة، لوجود الولاية على النفس.

وفيما يخصّ مفهوم المصلحة، فقد توصلت -من خلال البحث في الفقه الإسلامي- على أنَّها تشمل كلّ ما يجلب المنفعة، وكذلك دفع الضرر بشرط أن تراعي الأصول من حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال. وقد وجدت أيضاً أنَّ مصلحة المحضون أخذت حيّزاً مهماً لدى قوانين الأحوال الشخصيّة موضع الدراسة، مع ترك مسألة تحديد معيار المصلحة لقاضي الموضوع بحسب كلّ حالةٍ، وسأتناول مدى نجاح هذه الخطّة لاحقاً.

أمَّا الحضانة، فهي المشكلة الموجودة في كل أسرة تقريباً حصل فيها طلاق، فاختلف الفقه الإسلامي في تعريفها، وقمت بترجيح الرأي القائل بأنَّ الحضانة ولاية على من لا يستقلّ بأمره، لحفظ المحضون ورعايته إلى حين استقلاله بنفسه، وقد قامت بعض قوانين الأحوال الشخصيّة بتعريف الحضانة في حين لم تضع تشريعات أخرى تعريفاً لها.

وقد وجدت أيضاً، أنَّ هناك اختلافاً فقهياً في تكييف الحضانة، وكذلك الأمر وجدت أنَّ التشريعات موضع الدراسة اختلفت في موقفها. وقد قمتُ بترجيح الرأي القائل بأنَّها حقٌ للصغير، فهي واجبٌ يقوم به من يتولاها. وعلى المشرّع السوري أن يحسم تردد محكمة النقض ويتبنى موقفاً صريحاً في ذلك.

وقد اختلفت التشريعات المقارنة بتنظيم أحكام تولّي الحضانة، من حيثُ شروطها وترتيب مستحقيها، وهذا ما سأتناوله في الباب الأول.

الباب الأول

أحكام تولي الحضانة

ذكرتُ سابقاً، أنَّ الحضانة هي الالتزام بتربية الطفل، ورعايته في سنٍ معينة، ممن له الصلاحية في ذلك.

وعلى ذلك، فيجب أن تتوافر فيمن يتولى الحضانة العديد من الشروط التي تجعله أهلاً للقيام بهذه المهمة؛ ولكي تحقق الحضانة الفائدة المرجوة منها، مراعاةً لمصلحة المحضون؛ لأنّ تربية الطفل والعناية به تتطلب أهليةً وقدرةً في الشخص الموكلة إليه هذه الحضانة؛ لدفع أيِّ ضررٍ قد يلحق بالصغير المحضون.

كما أخذ ترتيب مستحقي الحضانة أهميةً كبيرةً لدى الفقه الإسلامي، والقوانين المقارنة، فوضعوا ترتيباً معيناً لمستحقي الحضانة؛ تحقيقاً لمصلحة المحضون؛ للتحري عن الشخص الأقرب للطفل، والأكثر كفاءةً، لصون الطفل والعمل على تربيته.

وبناءً على ما تقدّم، سأبحث في شروط تولي الحضانة (الفصل الأول)، قبل الحديث عن ترتيب مستحقي الحضانة (الفصل الثاني).

الفصل الأول

شروط تولي الحضانة

لما كانت الحضانة لتحقيق مصلحة الطفل المحضون، كان لا بُدّ من توافر شروطٍ معيّنةٍ فيمن يتولى هذه المهمة. وقد اشترط الفقهاء المسلمون عدداً من الشروط العامة التي لابُدّ أن تتوافر في الحاضن، سواء كان من الرجال أو النساء، كما اشترطوا شروطاً خاصّةً فيمن يتولى هذه الحضانة إذا كان من النساء، وأوردوا كذلك شروطاً خاصّةً لمن يتم اختياره للحضانة من الرجال. وقد أخذت القوانين الوضعية بعددٍ من الشروط الواجب توافرها في الحاضنين.

ومن أجل تبيان هذه الشروط، سأعمل على توضيح الشروط العامة للحاضنين (المبحث الأول)، قبل عرض الشروط الخاصة للحاضنين (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الشروط العامة للحاضنين

أورد الفقه الإسلامي عدداً من الشروط العامة الواجب توافرها في الحاضنين؛ تحقيقاً لمصلحة المحضون. كما أخذت التشريعات المقارنة بشروطٍ معينةٍ من الواجب توافرها في الحاضنين سواء كان هذا الحاضن من الرجال أو من النساء.

سأتناول الشروط العامة لتولي الحضانة في النساء والرجال، وهي كمال الأهلية (المطلب الأول)، والعدالة (المطلب الثاني)، والإسلام (المطلب الثالث)، والصحة والسلامة الجسدية (المطلب الرابع)، وعدم عنف الحاضن (المطلب الخامس).

المطلب الأول

كمال الأهلية

سأبحث في كمال الأهلية من خلال عرض موقف الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ومن ثم سأتناول كمال الأهلية في القوانين المقارنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

كمال الأهلية في الفقه الإسلامي

يشمل الحديث عن كمال الأهلية العقل (أولاً)، والبلوغ (ثانياً)، والرشد (ثالثاً).

أولاً: العقل

يشترط جمهور الفقهاء تمام العقل في الحاضن[1]، فالعقل الذي تصِحُّ به الولايةُ، وتقومُ معهُ، فإذا كان الحاضن مجنوناً أو معتوهاً فلا كفالة له؛ لأنّه قد صار مكفولاً، ويحتاج إلى من يحضنه.

ويُثار التساؤل: حول الجنون، هل يُشترط أن يكون هذا الجنون مطبقاً أو متقطعاً؟

ذهب بعض الشافعية إلى أنّه يستوي لعدم تولي الحضانة أن يكون الجنون مطبقاً أو متقطعاً، حيث جاء في شرح المحتاج: "وأمّا الذي يجنُّ زماناً، ويفيقُ زماناً،

---

[1]- ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٥٣ "يشترط في الحاضنة أن تكون حرة بالغة عاقلة أمينة"، البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص ٤٩٨ "ولا حضانة لمجنون ولو غير مطبق ولا لمعتوه ولا لطفل لأنّهم يحتاجون من يحضنهم". الخرشي، حاشية الخرشي، المرجع السابق، ج٤، ص٢١١ "وشرط الحاضن العقل، فلا حق في الحضانة لمجنون ولو غير مطبق ولا لمن به طيش". الإمام زكريا بن محمّد الأنصاري، الغرر البهية، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ط١، ١٩٩٧، ج٨، ص٥٨٤ "ولا حضانة لمن فيه جنون". ابن قيّم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج٥، ص٤١٢."نعم، العقل مشترط في الحضانة، فلا حضانة لمجنون ولا معتوه ولا طفل".

فلا كفالة له؛ لأنّه في زمان الجنون زائل الولاية، وفي زمان الإفاقة مختل التدبير"[١].

كذلك، ذهب الحنابلة إلى أنّه يستوي في الجنون أن يكون مطبقاً أم غير مطبق. جاء في كشاف القناع: "ولا حضانة لمجنونٍ ولو غير مطبقٍ، ولا لمعتوهٍ؛ لأنّهم يحتاجون لمن يحضنهم"[٢].

كما ألحق المالكية الطيش بالجنون، جاء في حاشية الخرشي: "فلا حقَّ في الحضانة لمجنونٍ ولو غير مطبقٍ، ولا لمن به طيش"[٣].

في حين يرى الإمام النووي الشافعي، أنّه إذا كان الجنون يسيراً ومتقطعاً فلا يمنع من الحضانة. حيث ورد في روضة الطالبين: "يشترط في الحضانة أن تكون الحاضنة عاقلةً، فلا حضانة لمجنونٍ، سواء كان جنوناً مطبقاً أو متقطعاً؛ إلّا إذا كان لا يقع إلّا نادراً، ولا تطول مدته كيومٍ في السنة، فلا يبطل الحق به"[٤].

وأرجح رأي الجمهور بمنع الحضانة عن المجنون مطلقاً، أيّاً كان هذا الجنون يسيراً، أو كثيراً، مطبقاً أو متقطعاً؛ لأنّ الجنون الطارئ سيؤدي إلى رعب الولد المحضون، وإخافته، وإلحاق الأذى به، إذ لا يُمكن تحديد وقت الجنون والاحتراز منه، فغير العاقل لا يُدرك نتائج فعله، وما قد يترتب على ذلك من آثارٍ سلبيةٍ على الطفل المحضون.

---

[١]- شهاب الدّين أبو العبّاس أحمد بن حمدان الأذرعي، قوت المحتاج في شرح المنهاج، تحقيق: عيد محمّد عبد الحميد، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ١٩٧١، ج٧، ص٤٢٦.

[٢]- البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص٤٩٨.

[٣]- الخرشي، حاشية الخرشي، المرجع السابق، ج٤، ص٢١١.

[٤]- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج٩، ص٩٩.

ثانياً: البلوغ

يشترط جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، أن يكون الحاضن بالغاً. وجاء في كتبهم: "يشترط في الحاضنة أن تكون بالغةً عاقلةً"[٤]، وجاء في الغرر البهية: "لا حضانة لفاسقٍ....وكذا.. الصبيّ"[٥]، وفي كشاف القناع: "ولا حضانة لمعتوهٍ والطفل؛ لأنّهم يحتاجون لمن يحضنهم"[٦].

وخالف بعض المالكية، وذهبوا إلى عدم اشتراط البلوغ، واكتفوا بالرشد فإذا ثبت للصبي حفظ المال ثبت له حقٌ في حضانة غيره، "فيكون للصغير حاضنان، الحاضن الكبير يكون لحفظ الذات، والحاضن الصغير الراشد لحفظ المال"[٧].

وأرجح رأي الجمهور، إذ لا يمكن القبول بحضانة الصبيّ المميز حتى ولو كانت لديه القدرة على إدارة مال المحضون؛ فتسليم الصبيّ المرشد يكون من باب الاختبار، ومعرفة مدى قدرته على إدارة أمواله بعد بلوغه وتسليمه إيّاها، فلا يمكن القبول بتسليمه مال غيره إليه. وهذا التسليم يناقض حتى الآية الكريمة (**وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**)، كما لا توجد

---

[١]- ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٥٣. ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٧٩.

[٢]-الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، كتاب النفقات، ص٥٩٥. الأنصاري، الغرر البهية، ج٨، ص٥٨٥.

[٣]-البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ٤٩٨.

[٤]- ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٥٣.

[٥]-الأنصاري، الغرر البهية، المرجع السابق، ج٨، ص٥٨٥.

[٦]-البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ٤٩٨.

[٧]- الدّسوقي، حاشية الدُّسوقي، المرجع السابق، ج٢، ص٥٢٩.

حاجةٌ لتوزيع الحضانة بين شخصين ليكون أحدهم مسؤولاً عن حفظ القاصر في ذاته، والآخر لإدارة أموال القاصر، والذي لا يملك في الأساس الخبرة الكافية في إدارة هذا المال.

ثالثاً: الرشد

عرّف الحنابلة الرشد بأنّه: "الصلاح في المال"[١]. كما عرّف المالكية الرشد بأنّه: "القدرة على حفظ المال والصلاح في تدبير المعاش"[٢]. كذلك، عرّفه الحنفية بالقول: "الرشد صلاح المال، وهو حسن التصرف"[٣].

فالرشد إذاً، ينحصر في اصطلاح الفقهاء في صلاح المال، ويكون صلاح المال بعدم إضاعته في غير منفعةٍ.

في حين ذهب الشافعية إلى أنّ الرشد: "هو صلاح الدين والمال"[٤]؛ فلا يفعل مُحرماً يبطل العدالة؛ لأنّ الفاسق غير رشيدٍ؛ ولأنّ إفساده في دينه يمنع الثقة به في حفظ ماله، كما يمنع قبول قوله، وثبوت الولاية على غيره.

---

[١]- موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد ابن قدامة المقدسي، المغني، دار الكتب العلمية، ج٤، كتاب الحجر، مسألة ٣٤٧٦، ص١٢.

[٢]- أحمد بن أحمد المختار الجنكي الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج٣، ص٣٨٣.

[٣]-ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٥، ص٣٨٨.

[٤]- تقي الدّين علي بن عبد الكافي السبكي، فتاوي السّبكي في فروع الفقه الشافعي، تحقيق: محمّد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، ج١، باب الحجر، ص٣٦٨. وانظر، أبو البقاء محمّد بن موسى الدّميري، النّجم الوهّاج في شرح المنهاج في الفقه الشافعي، تحقيق: محمّد العزازي، دار الكتب العلمية، ج٣، ص٣٢٦.

وعلى ذلك، فمنع الشافعية السفيه من أن يكون حاضناً[١]؛ لأنّهم أسقطوا الولاية عنه. ويعرّف السفه بأنّه: "خِفةٌ تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل، مع قيام العقل حقيقةً"[٢].

في حين ذهب المالكية إلى اشتراط الرشد في الحاضن؛ لأنّ للحاضن قبض نفقته، فلو لم يكن رشيداً بددها في غير مصالح المحضون، فلذلك لا حضانة لسفيهٍ ولا لسفيهةٍ[٣]. وفي قولٍ آخر في المذهب المالكي "لا يشترط في الحاضنة أن تكون رشيدة، بشرط أن تكون حافظة لما تقبضه من نفقة محضونها، أو إذا كان لها ولي وإلّا سقطت حضانتها"[٤].

ولم ينص الحنفية على حكم السّفه بالنسبة للحضانة، وبالرجوع إلى أحكام السفيه، لم يُجز أبو حنيفة الحجر على السفيه أصلاً ما دام حُرّاً بالغاً عاقلاً[٥]، وأجاز الصاحبان الحجر على السّفيه صيانةً لماله، أمّا تصرفاته التي لا تقبل الفسخ فتكون

---

[١]- زكريّا بن محمّد بن أحمد بن زكريّا الأنصاري، فتح الوهّاب بشرح منهج الطّلاب، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٨، لبنان، ج٢، كتاب النفقات، ص٢١٤. "ولا حضانة لغير رشيد من سفيه وصبي ومجنون".

[٢]- علاء الدّين عبد العزيز بن أحمد البُخاري، كشف الأسرار، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج٤، فصل السّفه، ص٥١٤.

[٣]- صالح عبد السّميع الآبي الأزهري، جواهر الاكليل، تحقيق: محمّد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج١، فصل في نفقة الرقيق والدابة والحضانة، ص٥٨٠. "ويشترط رشد أي حفظ المال لأنّ للحاضن قبض نفقته، فلو لم يكن رشيداً بددها في غير مصالح المحضون، فإذاً لا حضانة لسفيه ولا سفيهة".

[٤]-التسولي، البهجة، المرجع السابق، ج١، فصل الحضانة، ص٦٥٢.

[٥]-ابن عابدين، ردُّ المحتار، المرجع السابق، ج٩، كتاب الحجر، ص٢٠٤-ص٢١٤. "وأعلم أنّ الحجر عند أبي حنيفة على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه"، "وعندهما –أي الصاحبان- يُحجر على الحر أي العاقل البالغ صيانة لماله.....وأمّا ما لا يحتمله ولا يبطله الهزل فلا يُحجر عليه بالإجماع".

صحيحةً من طلاقٍ ونكاحٍ. وعلى ذلك فأبو حنيفة لم يُجز الحجر على السفيه. وبهذا، لا يكون ممنوعاً من الحضانة، كذلك فإنّ الصاحبين قد نصّا على الحجر في الأمور المالية، والحضانة لا تُعدّ من الأمور المالية، إلّا إذا فرّط في نفقة المحضون.

وأرى إمكانيّة الأخذ بقول المالكية والحنفية بعدم اشتراط الرشد في الحاضن من حيث المبدأ؛ لأنّ الحضانة ليست من الأمور المالية وإنّما تشمل تربية المحضون والعناية بشؤونه، كما أنّ تفريط الحاضن بأموره المالية لا يعني بالضرورة تفريطه بنفقة المحضون، فإذا ثبت العكس؛ أي ثبت تفريطه لنفقة المحضون فعندها تُسقط عنه الحضانة.

الفرع الثاني

كمال الأهلية في القوانين المقارنة

بالعودة إلى التشريعات محل الدراسة، أجد أنّ المشرّع العراقي قد نصّ في (المادة٥٧) من قانون الأحوال الشخصيّة العراقي على أنّ: "يشترط أن تكون الحاضنة بالغةً عاقلةً...".

ويُلاحظ على المشرّع العراقي قصره لهذه الشروط على الحاضنة دون الحاضن، وكان من الأولى أن يشمل الحاضنين معاً من الرجال والنساء[١]. كما أنّ المشرّع العراقي لم يشترط الرشد في الحاضنة.

وجاء في الاجتهاد القضائي العراقي ما يؤكد ذلك: "لقد تبيّن أنّ الأم المدعيّة والتي تطلب حضانة أولادها، لا تتوافر فيها شروط الحضانة، ويتضرر معها المحضون؛ لأنّ الحاضنة ينبغي أن تكون عاقلة..."[٢]. كما جاء أيضاً إنّ: "الأم ليس لها الحق في حضانة ولدها، إذ ثبت، حسب الخبرة التي قام بها مشفى الأمراض العصبية والنفسية، أنّ الأم مصابة بمرض اضطراب الشخصية"[٣].

---

[١]- نشوان زكي سلمان، الحضانة وشروط ممارستها، مجلة الرافدين، العراق، العدد (١٦)، المجلد (٥٩)، السنة (١٨)، لعام ٢٠١٣، ص٨٦.

[٢]- محكمة التمييز الاتحادية رقم (٣١٢٥)، تاريخ٢٠١٢/٥/٢٥، أشار إليه، نشوان زكي سلمان، الحضانة وشروط ممارستها، المرجع السابق، ص٨٦.

[٣]- المحكمة الشرعية بالبصرة، حكم رقم ٥٩/٩٥، تاريخ، ١٩٥٠/٨/١٦، أشار إليه، علاء الدين كرفة، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج٢، بغداد، ١٩٦٣، ص٢٦١.

وجاء في قرارٍ آخر: "أنّه إذا كانت أم الصغير مصابةً بنوبات صرعٍ تنتقل الحضانة للأب"[١]. كما "أنّ دفع المدّعى عليه بأنّ المدعية تصاب بنوباتٍ عصبيةٍ، فتمزق ثوبها، وتشتم، وتنصرع، أو تهرب، فيجب التأكد من دفعه بإحالة المدعية إلى اللجنة الطبية قبل الحكم لها بالحضانة"[٢].

كذلك، اشترطت (المادة١٤٣) من قانون الأحوال الشخصيّة الإماراتي، كمال الأهلية: "يُشترط في الحاضن: ١. العقل ٢. البلوغ رشيداً..". ويُلاحظ أنّ المشرّع الإماراتي اشترط الرشد في الحاضن آخذاً من السادة الشافعية، والحنابلة.

واشترط المشرّع التونسي أيضاً في الحاضن، "أن يكون مُكلفاً"(الفصل٥٨)، من مجلة الأسرة التونسية. وقرر الاجتهاد القضائي التونسي بأنّ: "على المحكمة أن تستوعب جميع العناصر المادية والأدبية التي تحيط بالدعوى لتقدير حقيقة الأصلحية؛ حرصاً على حماية المحضون، وهو أمرٌ أساسيٌ وقانوني، وهو أمرٌ يهم النظام العام"[٣]. كما قررت أنّ القضاء يتجه إلى إسقاط حضانة الأم لأبنائها إذا تبين أنّ مال النفقة الذي قبضته لفائدتهم إنّما تصرفه خاصّةً لنفسها، وتركت أبناءها في حالة خصاصةٍ وإهمالٍ". إذاً، يشترط الاجتهاد القضائي التونسي الرشد في الحاضن إذا أدّى ذلك إلى

---

[١]- قرار محكمة التمييز العراقية، رقم /٨١٤/، تاريخ ١٩٧٣/٧/٤، أشار إليه، حسين رجب مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي –دراسة مقارنة–، مجلة التقني، المجلد /٢٤/، العدد العاشر، ٢٠١١، ص١٤٩.

[٢]- قرار محكمة التمييز العراقية، القرار /٢٥٨/، تاريخ ١٩٦٤/٤/١٥. أشار إليه، حسين رجب مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص١٤٩.

[٣]- محكمة التعقيب التونسية، ١٩٨٠/٢/٢، عدد /٢٠٤٣١/، مجلة القضاء والتشريع، ١٩٩١، عدد /٧/، ص٩٧. أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، المرجع السابق، ص٢٥٠.

التعارض مع مصلحة المحضون[١]. وإنّ "تشخيص حالة المرض العقلي والتمييز والإدراك من اختصاص أهل الخبرة وهم الأطباء الذين لهم وحدهم المرجع في ذلك"[٢].

في حين ميّز المشرّع المغربي بين الحاضنين، إذ اشترط أن يكون الحاضن كامل الأهلية القانونية إذا لم يكن من الأبوين (المادة١٧٣)، أي مُتماً الثامنة عشرة من العمر، في حين يكفي البلوغ لتولي الحضانة بالنسبة للأبوين.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، تبين أنّه اكتفى بإيراد شرطٍ واحدٍ (المادة٦٢): "يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك". فكأنّ المشرّع الجزائري أراد أن يُعطي القاضي سلطةً تقديريةً واسعةً في البحث عن أهلية الحاضن للقيام بالحضانة؛ وذلك في ضوء ما أورده الفقه الإسلامي، سيّما أنّ (المادة٢٢٢) توجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وقرر القضاء الجزائري أنّه لا توجد حضانة لمجنونٍ أو معتوهٍ[٣].

---

[١]- محكمة التعقيب التونسية، قرار مدني، عدد (٦٢٢٩) ، مجلة القضاء والتشريع، ١٩٧١، عدد (٦)، ص٨٥. أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، المرجع السابق، ص٢٥٠.

[٢]- محكمة التعقيب التونسية، عدد (٢٠٣٧٠)، تاريخ ١٩٩٢/٦/٢٦، منشورات محكمة التعقيب، ١٩٩٢، ص١٦.

[٣]- سناء عمّاري، التطبيقات القضائية للحضانة واشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، ٢٠١٥، الجزائر، ص٢٢.

وجاء في الاجتهاد القضائي إنّ "الحكم بالحضانة يجب أن يُراعي مصلحة المحضون، وكذا مراعاة شروط جدّية تكون متوفرةً في الشخص الذي يُكلف بالحضانة، ومن جملتها أن تكون الحاضنة سليمة الصحة البدنية والعقلية"[١]. وجاء في قرارٍ آخر: "إنّ إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقلياً دون إثبات ذلك المرض يُعدُّ انعداماً في الأساس القانوني ومخالفةً للقانون"[٢].

أمّا، في القانون المدني الفرنسي، فقد نصّت (المادة٣٧٣) على أنّ: "الأب أو الأم غير القادرين على إظهار إرادتهم، بسبب عجزهم أو غيابهم أو أي سببٍ آخر، محرومون من ممارسة السلطة الأبوية (الحضانة)"[٣]. فاشترط المشرّع الفرنسي قدرة الحاضن على إظهار إرادته لكي يتولى الحضانة.

كذلك، فإنّ المشرّع السوري اشترط في الحاضن العقل والبلوغ (المادة١٣٧)[٤]، من قانون الأحوال الشخصية المعدل[٥]. وجاء في الاجتهاد القضائي: "إنّ الأم وإن كانت أولى الحاضنات بالنسبة للأولاد إلّا أنّه يشترط فيها ثبوت أهليتها للحضانة.

---

[١]- المجلس الأعلى للقضاء، قرار رقم (غير موجود)، تاريخ ١٩٦٢/١٢/٢٢، المجلة الجزائرية، ١٩٦٨، عدد /٤/، ص١٢٤٢. أشارت إليه، سناء عمّاري، المرجع السابق، ص٢٢.

[٢]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٢٦٥٧٢٧)، تاريخ ٢٠٠٢/١٢/١٣. أشارت إليه، سناء عمّاري، المرجع السابق، ص٢٢.

[3].Article (373) du code civil "Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause". Laurent Delprat, L'autorité parentale et la loi, Éclairages collection dirigée par Annie RETIHMANN, p107.

[٤]- وبالعودة إلى قوانين الطوائف أجد أنّ (المادة٦٧) من قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس نصّت على: "الأمور الأخرى التي تمنع أحد الوالدين من الحضانة كالجنون..".

[٥]- اشترط المشرع السوري العقل والبلوغ في الحاضن في التعديل الصادر بالقانون رقم (٤)، لعام ٢٠١٩، وأورده أيضاً في التعديل الأخير بالقانون رقم (٢٠).

وإنّ تسليم الأولاد للحاضنة قبل ثبوت أهليتها للحضانة مخالفٌ للأصول"[١].
وجاء أيضاً، "يتعين على القضاء التحري عن أهلية الحاضن، وقدرتها على رعاية المحضون، وكان ذلك من النظام العام وفقاً لما عليه الاجتهاد المستقر"[٢].

وبعد أن عرضت موقف التشريعات المقارنة، يُثار التساؤل الآتي: ما المقصود بالبلوغ، هل هو إتمام سن الرشد القانوني لدى هذه التشريعات، أم يُقصد به البلوغ الطبيعي، والذي يؤذن فيه بالزواج؟

أعتقد أنّ المشرّع السوري قصد باشتراطه البلوغ (البلوغ الطبيعي)، والذي يُمكن من خلاله أن يؤذن للصبي بالزواج، أي سن الترشيد بالزواج، وفقاً (للمادة١٨): "إذا ادّعى المراهق أو المراهقة البلوغ بعد إكمال الخامسة عشرة وطلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما.. ومعرفتهما بالحقوق الزوجية"[٣]. إذ من غير المنطقي أن يأذن القاضي بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر ثمّ ينزع عنهم الحضانة. وهو ما عبّر عنه المشرّع المغربي صراحةً حينما اكتفى

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس (٣٤١)، قرار(٣١٨)، تاريخ ١٩٦٧/٧/٢٥، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، أديب استانبولي، الجزء الأول، ص ٥٢٦.

[٢]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس (٩٣)، قرار (٢٤٠)، تاريخ ١٩٨٠/٤/٣٠، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، أديب استانبولي، الجزء الأول، ص٥٢٣-٥٢٤.

[٣]- تقابلها (المادة٨) من القانون العراقي "١. إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج، فللقاضي أن يأذن به، إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي، فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له، فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج ٢. للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك ويشترط لإعطاء الإذن تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية".

بالبلوغ بالنسبة للأبوين[١]، واشترط كمال الأهلية المدنية بالنسبة لبقية الحاضنين. وهو ما أشار إليه القضاء التونسي أيضاً: "إنّ الرشد القانوني لم يشترطه القانون للحضانة، وإنّما اشترط التكليف، وهو التمييز والبلوغ الطبيعي"[٢].

كذلك، صرّح المشرّع الروسي في (المادة٦٢) من قانون الأسرة الروسي، بحق الآباء القُصّر في حضانة الطفل وتربيته، ويكون لهم الحق في ممارسة حقوق الوالدين بشكلٍ مستقلٍ بشرط أن يكونوا أتموا السادسة عشرة. أمّا إذا كانوا تحت سن السادسة عشرة فيمكن تعيين وصي للطفل الذي يكون تحت حضانتهم إلى أن يتموا السادسة عشرة من العمر[٣]. لذا، فأعتقد أنّ بلوغ الحاضن سن البلوغ الذي يؤذن له فيه بالزواج يكفي لعدّه حاضناً، وهذا يتفق مع مصلحة المحضون، أمّا إذا كان الحاضن من غير الأبوين فيجب أن يبلغ سن الأهلية القانونية.

---

[١]- أجازت (المادة٢٠)، من قانون الأسرة المغربية للقاضي أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية الأصلي، وهو إتمام الثامنة عشرة سنة، بقرارٍ منه يُبيّن فيه المصلحة، والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي، والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي. و(الفصل٦)، من قانون الأسرة التونسي : "زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم. وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي. والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه". وتقابلها (المادة٣٠) من قانون الأحوال الإماراتي.

[٢]- قرار تعقيبي مدني، رقم (١٥٠٧)، تاريخ ١٩٦٢/١١/٦، أشارت إليه، سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية –قراءة في الفقه والقضاء–، تونس، مجمّع الأطرش، ٢٠١٥، ص٢٧٠.

[3].Глава 62 российского семейного права "Несовершеннолетние родители имеют права на совместное проживание сребенком и участие в еговоспитании. Несовершеннолетние родители, не состоящие в браке, в случае рождения у них ребенка и при установлении их материнства и (или) отцовства вправе самостоятельно осуществлять родительские права по достижении ими возраста шестнадцати лет. До достижения несовершеннолетними родителями возрасташестнадцати лет ребенку может быть назначен опекун, который будет осуществлять его воспитание совместно с несовершеннолетними родителями ребенка".

وفي الواقع، إنّ ما تبنته التشريعات المقارنة ينسجم مع الفقه الإسلامي، إذ اشترطوا في الحاضن البلوغ والعقل. وأضاف بعض الفقهاء الرشد –كما ذكرت سابقاً– والذي أخذ به المشرّع الإماراتي، والقضاء التونسي. لذا، أعتقد أنّ على المشرّع السوري أن يورد نصّاً يتعلق بالرشد، ففي حال أضرّ السفيه بأموال القاصر يُمكن أن تسقط الحضانة عنه.

فيمكن تعديل (المادة١٣٧)، من قانون الأحوال الشخصية السوري لتصبح كالآتي: "يشترط في الحاضن العقل والبلوغ والرشد، وإذا أضرّ السفيه بأموال القاصر المحضون تسقط الحضانة عنه، ويُشترط زيادةً على ذلك كمال الأهلية لباقي الحاضنين من غير الأم".

المطلب الثاني

العدالة والصلاحية الخلقية

يشترط في الحاضن إضافةً إلى شرط كمال الأهلية، الصلاحية الخلقية، إذ يجب أن يتمتع الحاضن بالأخلاق الحميدة؛ إذ إنّ خُلق الحاضن من شأنه أن يؤثر سلباً أو إيجاباً في سلوك المحضون. وإنّ القول بغير ذلك يُعرّض الطفل إلى المخاطر التي تعاني منها الكثير من المجتمعات؛ نتيجةً للانحرافات التي يقوم بها الأطفال الذين تأثروا بسلوكياتٍ منحرفةٍ.

وقد اشترط بعض الفقهاء شرط العدالة في الحاضن، كما تناولت التشريعات المقارنة هذا الشرط تحت عنوان الصلاحية الخلقية.

وعلى ذلك، سأبحث في العدالة والصلاحية الخلقية للحاضن في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ومن ثمّ سأتناول الموقف القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الموقف الفقهي

اختلف الفقهاء حول اشتراط العدالة في الحاضن، والعدالة: تعني الأمانة وعدم ارتكاب المعاصي، فاشترط مُعظم الفقهاء العدالة في الحاضن والحاضنة (أولاً)، في ذهب بعضهم إلى عدم اشتراط العدالة (ثانياً).

أولاً: اشتراط العدالة في الحاضن

ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط العدالة في الحاضن[١]، لكن اختلفوا في مقدار الفسق الموجب لإسقاط الحضانة. فهل مُطلق الفسق كافٍ لإسقاط الحضانة، أم تُشترط أمور معينة في الفسق المخل بالعدالة؟

اختلف الحنفية في الفسق المانع من الحضانة، حيث جاء في الدّر المختار: "قال المصنف: والذي يظهر عليه العمل بإطلاقهم، كما هو المذهب الشافعي، أنّ الفاسقة بترك الصلاة لا حضانة لها"[٢]. وبهذا، فإنّ مطلق الفسق يمنع من الحضانة ويتفق هذا الرأي مع الشافعية والحنابلة والذي سأعرضه لاحقاً. في حين ذهب ابن

---

[١]- البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص٤٩٨. ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨١. النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج٩، ص١٠٠. القرطبي، الكافي، المرجع السابق، ص٦٢٥.

[٢]-محمّد بن علي بن عبد الرحمن الحصكفي، الدُّرُّ المختار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكُتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ٢٠٠٢، باب الحضانة، ص٢٥٤.

نجيم إلى القول: "لا حضانة لفاسقةٍ؛ وينبغي أن يُراد بالفسق في كلامهم هُنا الزنا المقتضي لانشغال الأم عن الولد بالخروج من المنزل ونحوه"[١].

"وإنّ قصر الفسق على الزنا قصورٌ، إذ لو كانت سارقةً أو مغنيةً أو نائحةً فالحكم كذلك؛ لأنّ المقصود هو الفسق الذي يضيع فيه الولد. فالأم أحقُّ بالولد ولو كانت سيئة معروفة بالفجور، ما لم يعقل الطفل ذلك، أو كانت الأم غير مأمونةٍ بأن تخرج كُل الوقت، وتترك الولد ضائعاً؛ فالذميّة تفعل ما تفعل مما يوجب الفسق، على جهة اعتقاده ديناً لها، فتكون الفاجرة بمنزلة الكتابية، ويُلحق الطفل بها ما لم يعقل الأديان"[٢].

في حين اشترط المالكية، "أن يكون الفسق مشتهراً؛ كسكّيرٍ أو زانٍ، وصاحب لهوٍ؛ فلا حضانة لهم خوفاً من فساد أخلاق الطفل"[٣]. وتُشترط الأمانة في الحاضن سواء كان أباً أم أمّاً، فيجب أن يكون مأموناً في نفسه[٤].

في حين ذكر الشافعية أنّ مُطلق الفسق يمنع من الحضانة، "إذ لا حضانة لفاسقة"[٥]. فالحضانة جُعلت لحظ الولد، ولا حظَّ للولد في حضانة الفاسق؛ لأنّه

---

[١]- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨١-١٨٢.

[٢]- ابن عابدين، ردَّ المحتار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٥٤.

[٣]- السيد عثمان بن حسنين بري الجُعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ج٢، ص١٢٦.

[٤]-الخرشي، حاشية الخرشي، المرجع السابق، ج٤، ص٢١١-٢١٢. "الأمانة: يعني أنّ الحاضن من حيث هو ولو كان أباً أو أماً يُشترط فيه أن يكون مأموناً في نفسه، فرب أبٍ شريب يذهب ويشرب ويترك ابنته يدخل عليها الرجال".

[٥]- النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج٩، ص١٠٠.

ينشأ على طريقته[١]. كذلك يرى الحنابلة بأنّه "لا حضانة لفاسقٍ مُطلقاً؛ لأنّه لا يقدر عليها"[٢].

ثانياً: عدم اشتراط العدالة في الحاضن

يذهب ابن القيم إلى عدم اشتراط العدالة في الحاضن؛ "لأنّ القول باشتراطها في غاية البُعد، ولو اشترط في الحاضن العدالة لضاع أطفال العالم، ولعظمت المشّقة، واشتدّ العنتُ، وإنّ الكثير من الأطفال كانوا مع أهليهم الفسّاق دون أن يتعرض لهم أحدٌ، ومتى وقع في الإسلام انتزاع الطفل من أبويه أو أحدهما لفسقه؟!

وإنّ القول بخلاف ذلك يُوقع في الحرج والعُسر، ولم يزل الفسق بين الناس، ولم يمنع النبيّ صلى الله عليه وسلم، فاسقاً من تربية ابنه وحضانته له؛ ولو كان الفاسق مسلوب الحضانة، لكان بيان هذا للأمّة من أهم الأمور، وكان من الواجب اعتناء الأمة بنقله، وهذا ما لم يحدث"[٣].

---

[١]- أبي اسحاق الشيرازي، المهذّب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمّد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ط١، ١٩٩٦، كتاب النفقات، باب الحضانة، ج٤، ص٦٤٠ "ولا تثبت –يقصد الحضانة– لفاسق، لأنّه لا يوفي الحضانة حقها، ولأنّ الحضانة جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد في حضانة الفاسق؛ لأنّه ينشأ على طريقته". الأنصاري، فتح الوهّاب بشرح منهج الطّلاب، المرجع السابق، ج٢، ص٢١٤. "ولا حضانة لغير أمين لأنّها ولاية وليسوا من أهلها".

[٢]- ابن قدامة المقدسي، الشّرح الكبير، تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي، هجر للطباعة، ١٩٩٦، ط١، ج٢٤، مسألة رقم (٤٠٣٥)، ص٤٦٩.

[٣]- ابن قيّم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج٥، ص٤١١-٤١٢.

أعتقد أنّ هذا الرأي قد يؤدي إلى ضياع الأطفال إن كان الحاضن ماجناً أو زانيةٍ، أو زانٍ، سيّما أنّه في الحضانة سيكون الطفل عند أحد الآباء، فلن يكون هُناك تأثير للطرف الآخر، وسيّما عندما يعقل الطفل هذا الفسق، ويكون بمقدوره إدراكه.

ومما سبق، يتفق رأي الشافعية والحنابلة باشتراط مطلق العدالة للحضانة، مع رأيهم باشتراط الإسلام في الحاضن، في حين يبدو لي أنّ هُناك تناقضاً في الرأي لدى الحنفية والمالكية حيث لم يشترطوا الإسلام في الحاضنة واشترطوا العدالة فيها. لذا، فأرجّح رأي ابن عابدين؛ فالحاضنة الفاسقة يُمكن أن تُقاس على الكتابية، ولا تُسقط عنها الحضانة مادام المحضون في سنٍ لا يُميّز أفعالها، أمّا إن ميّز أفعالها فيُمكن إسقاط الحضانة عنها لمطلق الفساد والفسق. والحكم ذاته ينطبق على الحاضن الفاسق.

الفرع الثاني

الموقف القانوني

اعتنت التشريعات المقارنة بشرط العدالة والصلاحية الخلقية للحاضن، من أجل تحديد حاضنٍ صاحب خلقٍ حسنٍ، ليتولى تربية المحضون. وقد تناولت التشريعات المقارنة هذا الشرط، فعلى سبيل المثال: نصّ المشرّع العراقي على هذا الشرط (المادة٥٧-٢) "يجب أن تكون الحاضن أمينةً..."، وافترض الاجتهاد القضائي العراقي الأمانة في الأم الحاضن، وعلى من يدّعي العكس أن يثبت ذلك؛ لأنّ الأمانة هي الأصل في الأم، ما لم يقدّم دليلاً شرعياً وقانونياً يثبت خلاف ذلك، كممارستها سلوكاً يقدح في أمانتها، وقدرتها على حضانة الصغير[١].

وتقرر أيضاً: "أنّ الأم المدعية والتي تطلب حضانة أولادها لا تتوافر فيها شروط الحضانة، ويتضرر معها المحضون؛ لأنّ الحاضنة ينبغي أن تكون أمينةً وقادرةً على تربية الأولاد، وحيثُ تبيّن أنّ المدعية قد أحيلت على محكمة جنايات نينوى، لمحاولتها قتل الطفل...وحكمت عليها المحكمة المذكورة بالحبس سنتين، وبما أنّ الأصل في الحضانة مراعاة مصلحة الصغيرة. لذا، تقرر تسليمها لأبيها"[٢].

---

[١]- محكمة التمييز العراقية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (١٧٢٨)، تاريخ ١٩٨٥/٢/٢٧. أشار إليه، حسين رجب مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص١٤٩.

[٢]- محكمة التمييز الاتحادية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٣٦٢٥)، تاريخ ٢٠١٢/٥/٢٥. أشار إليه، نشوان زكي سلمان، الحضانة وشروط ممارستها، المرجع السابق، ص٨٦.

وإذا شاركت الأم في قتل والد المحضون، فلا تؤمن على حضانته[١]. كذلك إذا تزوجت الأم بأجنبيٍّ أدين سابقاً بجريمة قتلٍ سقطت عنها حضانة الصغير، وإن لم يتجاوز سن الرابعة والنصف من عمره، إذ تراعى في هذا الجانب مصلحة المحضون[٢].

كذلك، أورد قانون الأحوال الشخصية الإماراتي هذا الشرط في (المادة١٤٣)، عندما اشترط الأمانة في الحاضن، وألّا يسبق الحكم عليه بجريمة من الجرائم الواقعة على العرض. وقررت محكمة التمييز في دبي: "إنّ الفسق في ذاته ليس مسقطاً للحضانة في جميع الأحوال، وإنّما المرجع في ذلك هو كون المحضون مميزاً أو غير مميز، فإذا كان مميزاً فإنّ فسق الحاضنة متى ثبت يسقط حضانتها؛ لأنّ الصغير المميز يقلد في الغالب من يلازمه، وينسج على منواله، وسيؤدي فسق الحاضنة إلى الإضرار بمصلحة المحضون فينزع منها حينئذٍ، إذ إنّ الحضانة يراعى فيها حق المحضون قبل الحاضن. أمّا الصغير غير المميز فإنّه لا يدرك الفسق ولا يعبأ به، ومن ثمّ لا يكون لفسق الحاضنة أيّ أثرٍ على المحضون، ولا يكون سبباً في إسقاط حضانتها"[٣].

كما أشار إلى هذا الشرط قانون الأسرة التونسي في (الفصل٥٨) منه "يشترط في مستحق الحضانة أن يكون أميناً...". وأكدّ الاجتهاد القضائي التونسي على أنّ:

---

[١]- محكمة التمييز العراقية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (١٤٠٧)، تاريخ ١٩٨٠/٩/٣. أشار إليه، حسين رجب مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص١٤٩.

[٢]- محكمة التمييز العراقية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٣٠)، تاريخ ٢٠٠١/١/١٥. أشار إليه، حسين رجب مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص١٥٠.

[٣]- محكمة التمييز بدبي، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (٢٢)، لعام ٢٠١٢. أشار إليه، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، دار العماد، سورية–حلب، ط١، ٢٠١٩، ص٤٩.

"زنا الزوجة يُعدُّ سبباً مانعاً لإسناد الحضانة إذا أثبته الزوج"[١]. كما جاء في قرارٍ آخر: "إنّ المرأة ذات الخُلق السيئ المثبتة بحكمٍ جزائي لا تتوافر فيها الشروط القانونية لإسناد الحضانة"[٢]. إذاً لا بُدّ من إثبات السلوك السيئ للحاضن من خلال الحكم القضائي، أو طرق الإثبات المقبولة شرعاً لإثبات الزنا.

وإنّ المنظور إليه في مادة الحضانة هو قدرة الحاضن، وتحليه بما يجب من الصفات الأخلاقية والصحية، إذ إنّ توافر هذه الشروط في الحاضن هو الذي يبعث الاطمئنان على القيام بواجب الحضانة[٣].

ولم يختلف المشرّع المغربي عن نظرائه إذ اشترط الصلاحية الخلقية، وسمّاها "بالاستقامة والأمانة" (المادة١٧٣). وقرر القضاء المغربي: "إنّ تعاطي الحاضنة لأنواع الكسب غير المشروعة؛ كالبغاء مثلاً، يُسقط حقها في الحضانة"[٤].

وبالعودة إلى التشريع الجزائري، فقد نصّ على هذا الشرط ضمنياً (المادة٦٢)، من قانون الأسرة عندما نصّ على أنّه: "يُشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام

---

[١]- محكمة التعقيب التونسية، قرار رقم (١١٠٧)، تاريخ ١٩٨٥/٢/٢٥، مجلة القضاء والتشريع، عدد /٧/، ١٩٨٦، ص٦. أشار إليه، سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية –قراءة في الفقه والقضاء–، المرجع السابق، ص٢٦٨.

[٢]- محكمة التعقيب التونسية، قرار رقم (١٥٦٤٠)، تاريخ ١٩٨٦/١٠/٧، المجلة التونسية، ١٩٨٨، ص٨٢. أشار إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٢٧٤.

[٣]- محكمة التعقيب التونسية، قرار رقم (١٥١٧)، تاريخ ١٩٦٢/١١/٦، مجلة القضاء والتشريع، ص٥٧. أشار إليه، سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية –قراءة في الفقه والقضاء–، المرجع السابق، ص٢٦٨.

[٤]- المحكمة المغربية، بدون (رقم قرار)، مجلة القضاء والقانون، عدد (١٧)، ١٩٥٩، ص٩٥. أشار إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٢٧٤.

بذلك...". كما أنّه يُمكن استنتاج اشتراط الصلاحية الخلقية، من تعريفه للحضانة الوارد في الفقرة الأولى من المادة المذكورة، عندما عرّف الحضانة بأنّها: رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته.. والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقاً. فيجب أن يكون الحاضن قادراً على تعليم المحضون فضائل الأخلاق، وهذا لن يتحقق عند عدم استقامة الحاضن.

كما أكدّ القضاء الجزائري ذلك، حيثُ جاء: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنّ جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة، مع مراعاة مصلحة المحضون"[١]. وإنّ إسناد حضانة البنات لأمهنّ والتي ثبت سوء خُلقها، هو خرقٌ للقانون[٢]. وعندما تعترف الأم بزناها؛ فإنّه يجوز لقضاة الموضوع الحكم بأنّها غير جديرةٍ بحضانة الولدين؛ لأنّ مسألة مصلحة المحضون من المسائل الموضوعية التي يُقدرها قاضي الموضوع[٣]. وإنّ قضاة الموضوع عندما أسندوا الحضانة إلى الأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنّهم بحكمهم خالفوا القانون[٤].

---

[١]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (١٨٦٨٤)، تاريخ ١٩٩٧/٩/٣٠. المجلة القضائية، ٢٠٠١، عدد خاص، ص١٦٩.

[٢]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (٥٣٥٧٨)، تاريخ ١٩٨٩/٥/٢٢. المجلة القضائية، ١٩٩١، عدد(٤)، ص٩٩.

[٣]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (٧٥١٧١)، تاريخ ١٩٩١/٦/١٨.

[٤]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (١٧١٨٦٣)، تاريخ، ١٩٩٧/٩/٣٠. أشار إليه، نوال بن كرو، الحضانة بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية، جامعة عبد الرحمن ميرة، رسالة ماجستير، ٢٠١٣، ص٤٠.

إذن، أشار القضاء الجزائري إلى أنّ زنا الحاضن سبب في إسقاط الحضانة عنها، ومع ذلك أجازوا لقضاة الموضوع تقرير خلاف ذلك إذا استدعت مصلحة المحضون ذلك.

وجاء في قرارٍ آخر، "من الثابت فقهاً وقضاءً أنّ الزنا لا يثبت إلّا بإقرار مرتكبه، أو بحكمٍ جزائي أصبح نهائياً، أو بشهادة أربعة شهودٍ شاهدوا وبآنٍ واحدٍ مباشرة الزنا، وكما أنّ الأمر ليس كذلك –في قضية الحال– لأنّ الزوجة قد صدر في حقها حُكم بالبراءة، ومن ثمَّ فإنّ الزوجة عند صدور الطلاق هي الأولى بأولادها"[١].

كذلك، استقرّ القضاء المصري على اشتراط الصلاحية الخلقية في الحاضن، وجاء في حكمهم: "إنّ المرأة الفاسقة التي ترتكب الفاحشة، وعلى الأخص الزنا، لا تكون أهلاً لحضانة أولادها إذا خيف على الصغير أن يألف ما عليه الأم من سيرةٍ فاسدةٍ، وإن لم يبلغ سبعاً، مادام يعقل ما تأتيه أمه، إذ إنّ الأطفال في ديارنا يتصورون الأفعال الشائنة، ويحسون بها، ويذكرون كثيراً من آثارها وهم في سن الرابعة أو الخامسة"[٢].

ولا بُدّ من إثبات عدم الصلاحية الخلقية للحاضن، إذ لا يكفي الادعاء بذلك بدون أدلةٍ كافيةٍ، "وحيثُ كان ما تقدّم، وكانت أوراق الدعوى خاليةً من أيِّ دليل

---

[١]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (١٧١٦٨)، تاريخ١٩٩٧/٦/٣، أشار إليه، سناء عمّاري، التطبيقات القضائية للحضانة واشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص٢٤.

[٢]- محكمة كرموز الشرعية، ١٩٣٠/٩/٢١، أشار إليه، رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٩٩، ص٢٥١.

يثبت أنّ المدّعى عليها سيئة السمعة؛ لأنّها سمحت لأجنبي بدخول منزلها اعتماداً على أقوال شاهدي المدّعي اللذين قرر أحدهما أنّ المدّعى عليها حسنة السمعة، ثمّ عاد وقرر أنّها سيئة السمعة. ولما كان المقرر أنّ الأصل في الحاضن الأمانة والأهلية، وعلى من يدّعي العكس أن يثبت ما يدّعيه، ولما كان ذلك وقد عجز المدّعي عن إثبات أنّ المدّعى عليها من محترفات البغاء أو الفسق أو الفجور، وإنّ مُجرد دخول شخصٍ منزلها في وقتٍ ما لا يجعل منها عاهرة ويُسقط حضانتها"[١].

وجاء في قرارٍ آخر: "إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه لضم الصغير المحضون لأم الأب على سند عدم أمانة الأم الحاضنة؛ لأنّها اصطحبت ابنها للسفر معها هي وشقيقتها بدون علم أهلها، ودون صحبةٍ آمنةٍ، وأنّ أم الأم أيضاً غير جديرة بالحضانة؛ لأنّها لم تتمكن من إرشاد ابنتيها إرشاداً صحيحاً إلى ما يأمر به الدين الحنيف، وإنّ ما خلص إليه الحكم في أسبابه لإسقاط الحضانة عن الأم وأم الأم، غير كافٍ لحمل قضائها في هذا الشأن، إذ أغفل إيراد الحجج الواقعية لإسقاط الحضانة مما يعيبه بمخالفة القانون"[٢]. وتقرر أنّ احتراف المرأة التمثيل والرقص على

---

[١]- محكمة بندر المنيا المصرية، بدون رقم قرار، تاريخ ١٩٨٨/٣/٢٨. أشار إليه، محمّد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحضانة، المرجع السابق، ص٢٦-٢٧.

[٢]- محكمة النقض المصرية، قرار رقم (٢٧٠٧٠)، تاريخ ٢٠١١/٢/٨. أشار إليه، محمّد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحضانة، المرجع السابق، ص٢٧.

المسارح مسقط لحقها في الحضانة شرعاً[١]. وإذا لم يكن العاصب أميناً على الصغير، لا يُسلّم إليه، ويسقط حقه إلى من يليه[٢].

وبالعودة إلى قانون الأسرة الروسي فقد نصت (المادة٦٩) على: "يتم حرمان الوالدين (أو أحدهما) من حقوق الوالدين...المرضى الذين يعانون من إدمان الكحول، أو إدمان المخدرات.. أو ارتكبوا جريمةً متعمدةً ضد حياة أو صحة أطفالهم أو ضد حياة أو صحة الزوج"[٣].

إذن، من أسباب إسقاط الحضانة في القانون الروسي: إدمان المخدرات والكحول وسوء السمعة، ويمكن أن يكون الدليل في هذه الحالة شهادة من مستوصف المخدرات ذي الصلة بأنّ الوالد المحروم من حقوق الوالدين، مسجلٌ هناك كمريضٍ لإدمان المخدرات أو إدمان الكحول. ويجوز حرمان الوالد من حقوق الوالدين إذا ارتكب جريمةً ضد حياة زوجته أو أطفاله أو صحتهم، ومن أجل إثبات الحرمان من حقوق الوالدين على هذا الأساس، من الضروري تقديم حكمٍ قضائي

---

[١]- أشار إليه، رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص٢٥٣.

[٢]- محكمة سوهاج المصرية، قرار (٢٠٧)، تاريخ ١٩٤٦/٤/٢٩. ممدوح عزمي، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص١٠٣.

[3]-Лишение родительских прав: являются больными хроническим алкоголизмом или наркоманией؛ совершили умышленное преступление против жизни или здоровья своих детей либо против жизни или здоровья супруга.

دخل حيز التنفيذ القانوني، والذي تتم فيه إدانة الوالد في الجريمة ذات الصلة كالضرب، أو الإصابات، إلخ، بما في ذلك القتل[١].

كما أجاز قانون الأسرة الروسي (المادة١٤٥)، تعيين وصي على الأولاد القصّر من غير الأبوين، ليتولى حضانتهم بموجب اتفاق، واشترط المشرّع الروسي في هذا الوصي، أن تراعى الصفات الأخلاقية والشخصية الأخرى للوصي، وقدرته على أداء واجبات الوصي (المادة١٤٦-٢)[٢].

أمّا القانون المدني الفرنسي، فقد نصّ في (المادة٣٧٥) على وضع القاصر تحت الرقابة، واتخاذ التدابير المساعدة التعليمية، إذا تعرضت صحة أو سلامة أو أخلاق القاصر غير المعرَّض للخطر إلى الخطر، أو إذا كانت ظروف تعليمه وتربيته أو نموه البدني والعاطفي والفكري والاجتماعي تتعرض لخطرٍ شديدٍ، ويكون ذلك بناءً على طلب الأب والأم بشكلٍ مشتركٍ، أو أحدهما، أو من الشخص أو الجهة التي أوكل إليها الطفل[٣].

كما أجازت (المادة٣٧٨) من القانون ذاته، سحب الحضانة (السلطة الأبوية) بالكامل، بقرارٍ صريحٍ في حال إدانة الأب، أو الأم بحكمٍ جزائيٍّ، إمّا بصفتهما

---

(1)- Жаров Антон Алексеевич, адвокат, специалист по семейному и ювенальному (детскому) праву, руководитель Команды адвоката Жарова Лишение родительских прав- https://zharov.info/teoriya-i-nauka/adoption/lishenie-roditelskix-prav-poryadok-dejstvij-dokumenty-zakony

(2)- ٢. При назначении ребенку опекуна (попечителя) учитываются нравственные и иные личные качества опекуна (попечителя), способность его к выполнению обязанностей опекуна (попечителя)

(3)- Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'euxe.

مؤلفين أو مشاركين في الجريمة، أو شركاء في جريمةٍ ارتكبت على شخص طفلهم، أو كجناةٍ أو شريكين في جريمة يرتكبها طفلهم[١].

وبالمثل، فإنّ قانون الأحوال الشخصية السوري قد اشترط الصلاحية الأخلاقية في الحاضن[٢]، ويظهر ذلك من خلال (المادة١٣٧)، والتي تعرضت لأكثر من تعديلٍ فعبّر عنها المشرّع السوري (القانون ٥٩، لعام١٩٥٣)، "بقدرة الحاضن على صيانة الولد صحةً وخُلقاً". ثمّ عدّل المادة المذكورة (القانون٤، لعام ٢٠١٩)، وعبّر عن شرط الصلاحية الأخلاقية "بالأمانة، وعدم الحكم على الحاضن بجريمةٍ من الجرائم الواقعة على الشرف". وفي التعديل الأخير (القانون رقم ٢٠، لعام٢٠١٩) حذف المشرّع السوري عبارة "الأمانة"، واستبقى على شرط "عدم الحكم على الحاضن بجريمةٍ من الجرائم الواقعة على الشرف".

فهل يعني ذلك أنّ المشرّع السوري أراد أن يُضيّق نطاق شرط الصلاحية الخلقية بحذفه شرط الأمانة؟ بمعنى أنّه لا يُمكن إسقاط الحضانة عن الحاضن –لسببٍ خلقي– إلّا بحكمٍ قضائي بجريمةٍ من الجرائم الواقعة على الشرف؟

---

(1)- Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale par une décision expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant.

(٢)- تجدر الإشارة إلى أنّ قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس أشار إلى هذا الشرط في /المادة ٦٧/ الأمور الأخرى التي تمنع أحد الوالدين من الحضانة ..والخشية على حياة الولد...أو آدابه تقدرهما المحكمة الروحية وتنيط الحضانة والتربية بمن تعهد فيه حسن السيرة والأمانة". ونصَ قانون الأحوال الشخصية للطائفة الأرمنية الأرثوذكسية أيضاً على ذلك، /المادة ١٣١/، "حضانة الولد تعود في أول الأمر إلى أمه .....وعرفت بحسن السلوك والأخلاق، وبالمقدرة على تربية ولدها وصيانته".

لا أعتقد أنّ المشرّع السوري قد قصد ذلك، وإنّما يُمكن للقاضي أن يُسقط الحضانة عن الحاضن إذا ثبت عدم صلاحيته الخلقية. فالمشرّع السوري –كباقي التشريعات– أخذ بشرط العدالة، ويظهر ذلك من الفقرة (د) من المادة١٣٧ من القانون رقم /٢٠/ لعام٢٠١٩، حيث أدرجت شرط "القدرة على تربية المحضون ورعايته وحفظه صحةً وخُلقاً" ضمن شروط الحاضن، فيُمكن أن يُفهم من ذلك، أنّ على القاضي وجوباً أن يُسقط الحضانة عند إبراز حكمٍ مخلٍّ وواقعٍ في جريمةٍ من جرائم الشرف. أمّا في باقي الحالات، فيُمكن أن يُعطى القاضي سلطةً تقديريةً في تقرير إسقاط الحضانة من عدمها.

لذا، أعتقد في القانون السوري، أنّه يُمكن الأخذ برأي ابن عابدين، فمن حيث المبدأ يجب أن يكون الحاضن حسن الخلق، ويُمكن أن يُعطى القاضي سلطةً تقديريةً واسعةً للتحقق من أنّ فساد الأخلاق من شأنه أن يؤثر سلباً على المحضون. فيجب أن ينظر إلى هذه المسألة من جانب الطفل المحضون لا من جانب الحاضن، لتحقيق مصلحة المحضون. بمعنى آخر، أن يبحث القاضي عن مدى تأثير سلوك الحاضن على الطفل[١]، أي إذا رأى القاضي من ظروف الدعوى انشغال الحاضن بما يقترفه من

---

[١]- وهو ما قرره القضاء التونسي بقوله: "إنّ مسألة الأصلحية والأفضلية بين الوالدين من المسائل الواقعية الراجعة لاجتهاد محكمة الأصل دون رقابة عليهم من محكمة النقض". محكمة التعقيب التونسية، قرار رقم (٣٣٩١٣)، تاريخ ٢٢/ ١٩٩٢/١٢، نشرية محكمة التعقيب، ١٩٩٢، ص١٨١. "مصلحة المحضون هي مسألة موضوعية أوكلها القانون لاجتهاد القاضي وتبصره وحكمته، فهو يقر في ضوء الأبحاث التي أجراها لتحقيق تلك المصلحة"، محكمة التعقيب التونسية، قرار رقم (٧٠١٩)، تاريخ ١٩٧٠/٣/٢٤، مجلة القضاء والتشريع، عدد/٨/، ص٧٣. أشارت إليهم، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٢٧٩.

أعمالٍ مخلّةٍ بالأخلاق عن رعاية الصغير، أو وجد أنّ الصغير صار في سنٍ يُمكن أن يتعلم من الحاضن ما يفعله من أعمالٍ فهُنا يقرر إسقاط الحضانة[١]، ويجب على القاضي أن يُعمم مصطلح الصلاحية الخُلقية-كما قرر الحنابلة والشافعية-، ويبحث بعدها في مدى تأثر المحضون بأخلاق الحاضن.

أمّا إذا ثبت عدم انشغال الحاضن بأعماله عن الصغير، و أنّ الصغير في سنٍ لا يُميّز فيها فهنا تظل له الحضانة سيّما إذا كان هذا الحاضن هو الأم؛ لأنّ الحاجة النفسية للطفل لا يشبعها سوى أمّه، وقد يُصاب الطفل بأضرارٍ بالغةٍ حين ينفصل عن أمّه خلال السنوات الخمس الأولى من عمره ولو لفترةٍ قصيرةٍ[٢].

وبالعودة إلى القضاء السوري أجد أنّه طبّق المبدأ السابق ذكره، إذ جاء في أحد القرارات ما مفاده: "حيثُ إنّ القرار المطعون فيه قد أحاط بالدعوى وعالجها معالجةً قانونيةً سليمةً، وإنّ الطفل محمّد المطلوب إسقاط حضانة المطعون ضدها عنه هو تولد١٠/٥/٢٠٠٥، وهو في سنٍ يحتاج فيها لحضانة ورعاية والدته، ولا يتأثر بسوء سلوكها على فرض صحته، ويبقى للطاعن الحق بطلب إسقاط حضانتها عن الطفل

---

[١]- يرى بعض الفقه أنّ زنا الحاضنة مسقط للحضانة دوماً أيّاً كان سن الصغير. حسن البغا- مصطفى البغا، قانون الأحوال الشخصية١، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٨، ص٢٧٨.

[٢]- عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي —دراسة مقارنة، المطبعة الكبرى، ص٧٢.

المذكور بعد تجاوزه سن الخامسة من العمر، ومقاربته لسن التمييز، مما يجعل القرار المطعون فيه في محله القانوني، ولا تنال منه أسباب الطعن وهي مستوجبة الرد"[١].

وجاء في قرارٍ آخر: "إنّ إسقاط الحضانة يكون بأحد السببين: ١-إذا كان الفجور ينجم عنه فساد أخلاق الصغير وسوء طبعه، ٢- إذا كان ينجم عنه ضياع المحضون بترك الحاضنة له طلباً لرغباتها. وإنّ القاضي لم يسر على هذا المنهاج، وكان حكمه جديراً بالنقض"[٢].

وتقرر أيضاً، "أنّ الزنا بالحاضنة لا يسقط حقها بالحضانة إذا كان في سنٍ لا يفقه مضرته. لما كان ظاهراً من الإضبارة أن الطاعن لم يذكر أمام قاضي الموضوع سوى أن المدعية زانية، ولم يزد على ذلك حرفاً ولم يقل إنّها تترك الأولاد مشردين وتخرج في معظم أوقاتها من منزلها. وكان هذا القول لا يسمع منه أبداً ابتداءً أمام محكمة النقض. وكان مجرد الزنا بالحاضنة لا يسقط حقها فيه إذا كان الولد في سنٍ لا يفقه مضرته وقدرت بالخامسة. ولما كان الحكم قد سار على هذا النهج. كان موافقاً للأصول ولا يرد عليه ما أدلى به الطاعن[٣]. وإذا كان المحضون دون الخامسة من العمر فهو لا يتأثر بخلق الحاضنة. ولما كان ظاهراً من الشهادات المستمعة أنّه جاء فيها، بأن المطعون ضدها سيئة السلوك والسمعة وأخلاقها سيئة، مما كان على

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٢٧٥٩)، قرار (٢٨٩٧)، تاريخ ٢٠٠٧/١١/٢٠، سجلات محكمة النقض.

[٢]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٤٤٢)، قرار (٤٣٥)، تاريخ١٩٦٣/١٢/١٥. أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصيّة، المرجع السابق، ص٥٢٤-٥٢٥.

[٣]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٩٨)، قرار(٨٦)، تاريخ ١٩٧٠/٣/٢، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج١، ص٥٢٥.

القاضي أن يبحث عن عمر الطفلة، فإذا كانت دون الخامسة من العمر فهي لا تتأثر بخلق الحاضنة، ولا ضير من بقائها لديها حتى هذه السن وإن تجاوزتها تكون قد وعت، وأضحت في حالةٍ يخشى عليها من أخلاق الحاضنة وانطباعها عليها ولما كان القاضي لم يسلك هذا النهج كان حكمه سابقاً أوانه"[١].

وفي حكمٍ آخر: "إنّ فسق الحاضنة يسقط حقها في حضانة الولد الذي بلغ سناً يتأثر معها بسلوك من تحضنه، ولا تأثير لذلك على حقها في حضانة الولد الذي لا يزال دون حد الوعي والتأثر بالفسق"[٢].

وعلى ذلك، لم يُسقط الحضانة القضاء السوري الحضانة لمجرّد زنا الحاضنة، وإنّما بحث في مدى تأثير هذا الزنا على الحاضن، ومدى إدراكه لهذا الأمر، بخلاف القضاء المصري والجزائري اللذين عدّا الزنا من أهم مسقطات الحضانة. وأستغرب هذا الاتجاه من القضاء السوري، إذ من غير المقبول عدم إسقاط الحضانة عن الحاضنة عند زناها، إذ لا يُمكن لولي الطفل أن يأمن على ولده لدى هذه الأم الزانية.

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس (١٧٥)، قرار (١٦٦)، تاريخ ١٩٦٩/٤/١٦، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص٥٢٥.

[٢]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (١٢٨١)، قرار رقم (١٢٧٧)، تاريخ ٢٠١٨/١٢/٢٦. مجلة المحامون، الأعداد ١-٢-٣-٤، لعام٢٠١٩، السنة ٨٤، ص١٧٥.

المطلب الثالث

اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون

أثارت إشكالية اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون جدلاً فقهياً وقانونياً، حيث اختلف الفقه الإسلامي حول هذا الشرط، كما تباينت وجهة نظر التشريعات المقارنة حول هذا الشرط.

وعلى ذلك، سأورد الموقف الفقهي (الفرع الأول)، ومن بعدها سأتحدث عن الموقف القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الموقف الفقهي

اختلف الفقهاء حول اشتراط الإسلام بالنسبة للحاضن، وذلك تبعاً لما إذا كان الحاضن ذكراً أو أنثى.

وعلى ذلك سأتعرض إلى اشتراط الإسلام في المرأة الحاضنة (أولاً)، اشتراط الإسلام في الحاضن الذكر (ثانياً).

أولاً: مدى اشتراط الإسلام في المرأة الحاضنة

انقسم الفقهاء في اشتراط الإسلام في المرأة الحاضنة إلى قولين، فلم يشترط بعضهم الإسلام في المرأة الحاضنة، في حين اشترط آخرون إسلام المرأة الحاضنة.

١. عدم اشتراط الإسلام في الحاضنة: ذهب الحنفية، والمالكية، إلى جواز أن تكون الحاضنة من أهل الذمّة، فهي في الحضانة بمنزلة أهل الإسلام؛ لأنّ هذا الحق يثبت للصغير، واتحاد الدين ليس بشرطٍ لثبوت هذا الحق، حتى ولو كانت الحاضنة كتابيةً والولد مسلمٌ، فكانت في الحضانة كالمسلمة؛ فهي أحقُّ بالصغير أو الصغيرة حتى يعقلا، فإذا عقلا سقط حقها؛ لأنّها تعودهما على غير دين أبيهم[(١)]. فالأم الذميّة أحقُّ بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان؛ لأنّ الحضانة تبنى على الشفقة وهي

---

(١)- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٥، ص٢١٢، "وأهل الذمة في هذه الحضانة بمنزلة أهل الإسلام؛ لأنّ هذا الحق إنّما يثبت نظراً للصغير، وأنّه لا يختلف بالإسلام والكفر، وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق لو كانت الحاضنة كتابية والولد مسلم، كانت في الحضانة كالمسلمة". وانظر، الأزهري، جواهر الإكليل، المرجع السابق، ج١، ص٥٨٠، "لا يشترط في الحضانة إسلام في الأم ولا في غيرها".

أشفق عليه، فإذا عقل الأديان ينزع منها لاحتمال الضرر[١].كذلك، إذا خيف على المحضون من أن تغذيه بخمرٍ أو خنزيرٍ ضُمّت الحاضنة إلى أناسٍ من المسلمين[٢].

ويرى ابن حزم من الظاهرية إلى أنّ الأم الكافرة أحقُّ بالصغيرين مدّة الرضاع، فإذا بلغا من السن والاستغناء مبلغ الفهم، فلا حضانة لها[٣].

أمّا إذا ارتدت الحاضنة عن الإسلام بطُلَ حقها في الحضانة؛ لأنّ حكمها الحبس حتى تعود إلى الإسلام؛ وبذلك يتضرر الصّبيّ، أمّا إذا تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع[٤]. وقد استدلّ أصحاب هذا القول بأدلة، يُمكن إجمالها بما يأتي:

أ. من السنُّة النبويّة الشريفة: ما رواه عبد الحميد بن جعفر، عن أبيه عن جدّه رافع بن سنان: أنّه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: ابنتي، وهي فطيم، وقال رافعٌ: ابنتي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لرافعٍ: "اقعد ناحية"، وقال لامرأته: "اقعدي ناحية"، قال: وأقعد الصبية بينهما، ثمّ قال: ادعواها،

---

[١]- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨١، " فالأم الذميّة أحقُّ بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان".

[٢]-التسولي، البهجة في شرح التحفة، المرجع السابق، ج١، ص٦٥٠، "ولا يُشترط كون الحاضنة مسلمة على المشهور بل للذمية من الحضانة ما للمسلمة إن كانت في حرز، ويُمنع أن تغذيهم بخمرٍ أو خنزير، فإن خيف ذلك ضمت إلى أناسٍ من المسلمين".

[٣]- ابن حزم الأندلسي، المحلّى بالآثار، المرجع السابق، ج١٠، مسألة٢٠١٠، ص١٤٣، "الأم الكافرة أحقُّ بالصغيرين مدّة الرضاع، فإذا بلغا من السن والاستغناء مبلغ الفهم، فلا حضانة لكافرة".

[٤]-الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٥، ص٢١١-٢١٢، "عدم ردتها، حتى لو ارتدت عن الإسلام بطُلَ حقها في الحضانة؛ لأنّ المرتدة تحبس فيتضرر به الصبي، ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع".

فمالت الصبيّة إلى أمها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "اللهم اهدها"، فمالت إلى أبيها فأخذها"[١].

ووجه الدلالة: أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم، قد خيّر المحضون بين أبيه وأمّه، مما دلّ على جواز حضانة الأم غير المسلمة، ولو كان غير جائز لمنعها الرسول من ذلك[٢].

ورُدّ على هذا الدليل، بأنّ الحديث لا يصلح للاحتجاج به؛ لأنّ الحديث جاء بسندٍ مختلفٍ، واختلف بهذا الصبيّ، فقيل: إنّه أنثى، وقيل: إنّه ذكر. والحديث ليس فيه تخيير للصبيّ، إذ الظاهر أنّه لم يبلغ سن التخيير، فإنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم إنّما أقعده بينهما، ودعا الله أن يهديه، فاختار أباه؛ لأجل الدعوة النبويّة، فليس من أدلة التخيير[٣].

ب. المعقول: تقتضي مصلحة الطفل أن يكون عند أمه لوفور شفقتها عليه، فالشفقة لا تختلف باختلاف الدين[٤]. ويُمكن الاحتياط بإسقاط حضانتها في حال ظهر منها ما يؤثر على دين المحضون.

---

[١]- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السُّنن الكبرى، تحقيق: محمّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج٨، كتاب النفقات، باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة، حديث رقم (١٥٧٦٠)، ص٥.

[٢]- الصّنعاني، سُبل السّلام، المرجع السابق، ج٦، باب الحضانة، ص٢٩٩.

[٣]- الصّنعاني، سُبل السّلام، المرجع السابق، ص٢٩٨-٢٩٩.

[٤]- ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٥٣، "قوله: ولو كتابية أو مجوسية، لأنّ الشفقة لا تختلف باختلاف الدين".

٢. ضرورة إسلام الحاضن: يشترط الشافعية[١]، والحنابلة[٢]، الإسلام في الحاضن إذا كان المحضون مسلماً؛ لأنّ الحاضن حريصٌ على تربية المحضون على دينه وتنشئته عليه، فيصعب عليه بعد كبره وعقله انتقاله عنه، ولأنّ غير المسلم قد يُغيّر المحضون عن الفطرة التي فطره الله عليها.

جاء في الغرر البهية: "لا حضانة لكافرٍ على مسلمٍ؛ لأنّه لا ولاية له عليه، وقد يفتنه في دينه"[٣]. كما جاء في روضة الطالبين: "يشترط في الحاضن أن تكون مسلمة؛ إن كان الطفل مسلماً بإسلام أبيه، فلا حضانة لكافرةٍ على مسلمٍ، وتكون حضانة الصغير لأقاربه المسلمين، فإن لم يوجد أحدٌ منهم، فحضانته على المسلمين، والمؤنة من ماله، فإن لم يكن له مال، فعلى أمّه إن كانت موسرةً، وإلّا فهو من محاويج المسلمين"[٤]. وقد استدلّ أنصار القول الثاني بأدلةٍ عدّة، يُمكن إجمالها فيما يأتي:

أ. من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَتَرَبَّصُونَ بِكُمْ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ فَتْحٌ مِنَ اللَّهِ قَالُوا أَلَمْ نَكُنْ مَعَكُمْ وَإِنْ كَانَ لِلْكَافِرِينَ نَصِيبٌ قَالُوا أَلَمْ نَسْتَحْوِذْ عَلَيْكُمْ وَنَمْنَعْكُمْ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ

---

[١]- الأنصاري، الغرر البهية، ج٨، المرجع السابق، ص٥٨٤، الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٥٩٥، "الإسلام إذا كان المحضون مسلماً؛ لأنّه لا ولاية لكافر على مسلم، ولأنّه ربما فتنه في دينه".

[٢]- البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص٤٩٨، "ولا حضانة أيضاً لكافر على مسلم بل ضرره أعظم؛ لأنّه يفتنه في دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتربيته عليه وفي ذلك كله ضرر". ابن قيّم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج٥، ص٤١٠، "يُشترط في الحاضن... اتفاقهما في الدّين، فلا حضانة لكافرٍ على مسلم لوجهين. أحدهما: أنّ الحاضن حريصٌ على تربية الطفل على دينه، وأن ينشأ ويتربّى عليه، فيصعب بعد كبره وعقله انتقاله عنه...، والوجه الثاني: أنّ الله سبحانه قطع الموالاة بين المسلمين والكفار، وجعل المسلمين بعضهم أولياء بعض، والكفار بعضهم من بعض".

[٣]- زكريا بن محمّد الأنصاري، الغرر البهية، ج٨، ص٥٨٤.

[٤]- الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج٩، ص٩٨.

سَبِيلًا﴾ الآية ١٤١، سورة النساء. أي "إنّ الله سبحانه وتعالى ناصر المؤمنين بالحجة والغلبة، فلن يجعل للكافرين أبداً على المؤمنين سبيلاً"[١]. "فغير المسلم والذمّي من أهل الولاية على جنسه؛ ولا ولاية له على غيره من المسلمين"[٢].

وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آَمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آَوَوْا وَنَصَرُوا أُولَئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ..﴾ الآية٧٢، سورة الأنفال. "فالله سبحانه وتعالى قطع الموالاة بين المسلمين والكفار، وجعل المسلمين بعضهم أولياء بعض، والكفار بعضهم من بعض، والحضانة من أقوى أسباب الموالاة التي قطعها الله بين الفريقين"[٣].

ب. من السنُّة النبويّة الشريفة: جاء في السنُّة النبويّة الشريفة أحاديث عدّة، تُبرز فضل الإسلام، منها: قوله، حدّثنا محمّد بن عبد الله بن إبراهيم، عن أحمد بن الحسين الحذّاء، عن حشرج بن عبد الله، حدّثني أبي عن جدي عن عائذ بن عمر المزني، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم، قال: "الإسلام يعلو ولا يُعلى"[٤].

ج. المعقول: لا يجوز تسليم الصبيّ المسلم لغير المسلمة، لأنّ الحضانة شرعت تحقيقاً لمصلحة الطفل، وهذا لا يتحقق بوجوده لدى غير المسلمة خشية تربيته على غير دين

---

[١]- الزّجّاج أبو اسحاق إبراهيم بن السّري، معاني القرآن وإعرابه، المرجع السابق، ج٢، ص١٢٢.

[٢]- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج٧، كتاب الشهادات، ص٣٩٢.

[٣]- ابن قيّم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج٥، ص٤١٠.

[٤]- الإمام الحافظ علي بن عمر الدّارقطني، سُنن الدّارقطني، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي محمّد معوّض، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ط١، ٢٠٠١، كتاب النكاح، باب المهر، ج٣، حديث رقم (٣٥٦٤)، ص١٨١.

أبيه؛ وذلك من أعظم الضرر. أضف إلى ذلك، أنّ الحضانة لا تثبت للمسلمة الفاسقة، فمن باب أولى ألّا تثبت لغير المسلمة[١].

وبعد عرض القولين، أرجّح القول الأول بعدم اشتراط الإسلام للحاضنة، مع الضوابط التي وضعوها من خلال تقييد هذه الحضانة بعدم استغلالها بتربية المحضون على غير دين أبيه؛ لأنّ مصلحة الطفل تقتضي أن يكون مع أمّه في هذه السن، كما أنّ الشارع أباح للمسلم ابتداءً الزواج بالكتابية، فكيف يُمكن أن يبيح الزواج منها ثمّ يُقرر الخوف من بقاء الأبناء لديها؟ لكن، وبالمقابل، ففي حال أساءت الأم حضانتها، وعملت على تعليم الطفل على غير دين أبيه، فعندها يمكن إسقاط الحضانة عنها.

ثانياً: مدى اشتراط الإسلام في الحاضن الذكر

انقسم الفقهاء في اشتراط الإسلام في الحاضن الذكر إلى رأيين أيضاً، فاشترط معظمهم إسلام الحاضن لتولي الحضانة، في حين لم يورد آخرون هذا الشرط.

١. الإسلام في الحاضن الذكر: ذهب الحنفية إلى أنّ اختلاف الدين يمنع استحقاق الحضانة في الحاضن الذكر؛ "فلا حق للعصبة في حضانة الصبيِّ إلّا أن يكون على دينه؛ لأنّ هذا الحق لا يثبت إلّا للعصبة واختلاف الدين يمنع التعصيب؛

---

[١]- الشيرازي، المهذّب، كتاب النفقات، باب الحضانة، ج٤، ص٦٤١.

فلو كان للصبيِّ اليهودي أخوان، أحدهما مسلم والآخر يهودي فحضانته لأخيه اليهودي؛ لأنّه عصبة"[١].

كما ذهب الشافعية، إلى اشتراط الإسلام في الحاضن الذكر؛ لأنّ الحضانة ولاية، وافتراق الدين يمنع من ثبوت الولاية[٢].

كذلك، اشترط الحنابلة الإسلام في الحاضن، إذ "لا حضانة لكافرٍ على مسلم؛ لأنّه لا يُوثق به في أداء واجب الحضانة؛ ولأنّ الحضانة ولاية، ولأنّها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر من باب أولى ألّا تثبت له؛ ولأنّ ضرره أكثر والحضانة تكون لحفظ الولد، لا لهلاكه وهلاك دينه"[٣].

٢. عدم اشتراط الإسلام في الحاضن الذكر: لا يشترط الإسلام في الحاضن الذكر عند السادة المالكية حيث جاء في حاشية الدسوقي: "الإسلام ليس شرطاً في الحاضن ذكراً أو أنثى"[٤]. كما يُشترط لثبوت حضانته أساساً أن يكون لديه من الإناث من يصلح لتولي أمر المحضون من زوجة أو غيرها، فالحضانة فعلياً تكون للمرأة.

أرجح رأي جمهور الفقهاء باشتراط اتحاد الدين في الحاضن الذكر، حرصاً على مصلحة المحضون في حفظ دينه.

---

[١]- إبراهيم محمّد بن إبراهيم الحلبي الحنفي، حواشي على مُلتقى الأبحر في الفقه الحنفي، تحقيق: حامد عبد الله المحلاوي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج٢، ص٢٥٦.

[٢]- الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج١١، ص٥٠٣، "الإسلام في الولد المسلم، فإن كان أحد أبويه كافراً سقطت كفالته بكفره". وانظر، الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٥٩٥، "الإسلام فيما إذا كان المحضون مسلماً، لأنّه لا ولاية له عليه".

[٣]- ابن قدامة، الشّرح الكبير، المرجع السابق، ج٢٤، مسألة رقم (٤٠٣٥)، ص٤٧٠-٤٧١.

[٤]- الدّسوقي، حاشية الدُّسوقي، المرجع السابق، ج٢، ص٥٢٩.

الفرع الرابع

الموقف القانوني

تباينت آراء التشريعات المقارنة حول شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، فمنهم من اشترط اتحاد الدين في الحاضن مطلقاً (أولاً)، بينما لم تشترط بعض التشريعات اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون (ثانياً)، وآخرون اشترطوا اتحاد الدين في الحاضن من غير الأم (ثالثاً).

أولاً: اشتراط اتحاد الدّين في الحاضن مطلقاً

بالعودة إلى التشريعات محل الدراسة، أجدُ أنّ المشرّع العراقي لم يُشر صراحةً إلى شرط اتحاد الدين مع المحضون، وإنّما أورد في (المادة٥٧) نصّاً مفاده: "إنّ الأم أحقُّ بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجيّة، وبعد الفرقة، ما لم يتضرر المحضون من ذلك".

وقد قرر القضاء العراقي أنّ اختلاف الدين يتعارض مع مصلحة المحضون، ويُعدُّ ضرراً للمحضون. "إذا كان دين الحاضنة على غير دين المحضون، فتكون عندها غير أمينة، وتفقد بذلك شرطاً من شروط الحضانة"[(١)]. وتقرر أنّ إسلام والد الصغار دون أمهم، فعندها تكون حضانتهم لأبيهم، ولكنّ الحضانة تعود للأم إن أشهرت

[(١)]- محكمة التمييز العراقية، قرار رقم (٦٣٥)، تاريخ ١٩٨٠/٢/١٦، مجموعة الأحكام العدلية، العدد/١/، السنة/١١/، ص٣. أشار إليه، حسين رجب مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي –دراسة مقارنة–، المرجع السابق، ص١٥٠.

إسلامها[١]. وجاء في حكمٍ آخر: "إذا ظهر أنّ الصغيرة بحاجةٍ ماسّةٍ إلى من يرعاها من النساء، فإنّه لا يوجد ما يُبرر أخذها من أمها، ما دام قد ثبت إسلامها، وأنّها قائمة برعاية ابنتها، ومعالجتها..."[٢]. وعلى ذلك، فقد غلّب القضاء العراقي رأي الحنابلة والشافعية باشتراط اتحاد الدين بين الحاضن، والمحضون.

أمّا المشرّع الإماراتي فقد أخذ بضرورة اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون —من حيثُ المبدأ– آخذاً من المذهب الحنبلي والشافعي، ومن ثمّ أورد استثناءً استقاه من المذهب الحنفي؛ وذلك حرصاً على مصلحة الصغير. حيثُ نصّت (المادة١٤٤) على: "يُشترط في الحاضن إذا كانت امرأةً أن تتحد في الدين مع المحضون مع مراعاة أحكام (المادة١٤٥)، من هذا القانون، ويشترط إذا كان رجلاً أن يتحد مع المحضون في الدين".

وتنص (المادة١٤٥) من القانون ذاته، على: "إذا كانت الحاضنة أمّاً وهي على غير دين المحضون سقطت حضانتها إلّا إذا قدّر القاضي خلافاً لذلك، لمصلحة المحضون، على ألّا تزيد مدة حضانتها له على إتمامه خمس سنوات ذكراً كان أم أنثى". فالمشرّع الإماراتي قرر أنّ الأصل هو إسقاط الحضانة عن الأم عند اختلاف الدين،

---

[١]- محكمة التمييز العراقية، قرار رقم (٢٩٤)، تاريخ ١٩٨٧/٥/٢٩. أشار إليه، شاكر محمود النّجار، أحكام النسب في الشريعة والقانون مع قرارات محكمة التمييز، ط١، بغداد، ٢٠٠٤، ص٢٧.

[٢]- محكمة التمييز العراقية، قرار رقم (٢٨٣)، تاريخ ١٩٧٧/٢/١٩، مجلة القضاء، نقابة المحامين، العدد ٣-٤، ص١٩٢. أشار إليه، حسين رجب مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي —دراسة مقارنة– المرجع السابق، ص١٥٠.

إلّا إذا قدّر القاضي أنّ مصلحة المحضون تستدعي استبقاء حضانتها، وبشرط ألّا تزيد مدة الحضانة على خمس سنوات.

وقد قرر القضاء الإماراتي إسقاط الحضانة عن الأم؛ لاختلاف الدين بين المحضونة والحاضنة، حيث كانت البنت مايا، ووالدها مسيحي ثمّ أشهر إسلامه، بينما بقيت الأم مسيحية الديانة، وكانت البنت بعمر ثلاث سنوات ونصف، ومع ذلك لم تستطع الأم أن تثبت للمحكمة أنّ مصلحة الصغيرة معها[١].

ثانياً: عدم اشتراط اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون[٢]

غلّب القضاء المصري مع غياب النص، الأخذ برأي الحنفية والمالكية، بعدم اشتراط أن تكون الحاضنة مسلمةً؛ لأنّ المناط في الحضانة الشفقة، وهي لا تختلف باختلاف الدين[٣].

جاء في حكمهم: "الحاضنة الذمية أحق بولدها المسلم، ما لم يعقل الأديان، ويخشى عليه أن يألف الكفر"[١]. كما رفضت المحكمة المصرية، دعوى رفعها أبٌ

---

[١]- محكمة استئناف دبي، غرفة الأحوال الشخصية، الحكم رقم (٩٠)، لعام ٢٠١٧، أشار إليه أحمد الرجوب، المرجع السابق، ص٧٢.

[٢]- لا يسري ذلك على الحاضن العاصب؛ إذ يُشترط اتحاد الدين مُطلقاً، فلا حقّ للعصبة في حضانة الصبي إلّا أن يكون على دينه، فإذا كان أخوان أحدهما مسلم والآخر يهودي، فاليهودي أولى بحضانة الصغير اليهودي. المحكمة الشرعية المصرية، قرار رقم (٤٤٦)، تاريخ ١٩٦٣/١/١١. أشار إليه، ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص١٠١.

[٣]- رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص٢١١. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود، مصر، ص٧٤.

مسلمٌ يطالب فيها بضم ولده البالغ من العمر أربع سنوات، وعللت ذلك بقولها: "ينظر إلى هذا الولد الذي أسلم أحد أبويه دون الآخر، فإن كان في سن يعقل معها الدين، ويُمكن أن تنطبع في ذاكرته المرئيات، فإنّه يؤخذ منها، إذ لا يؤمن عليه حينئذٍ من الفتنة، ولما كان الولد في الرابعة من عمره فلا يُمكن لمثله وهو في هذه السن أن يعقل معها الدين"[٢].

أمّا قانون الأسرة الجزائري، فلم يُشر صراحةً إلى هذا الشرط، واكتفى بالإشارة إلى ضرورة تربية الولد على دين أبيه (المادة٦٢) من قانون الأسرة، ويرى بعض الشراح الجزائريين أنّ المشرّع قد ساير المذهب المالكي، ولم يشترط الإسلام في الحاضنة[٣]. وقد أيّد القضاء الجزائري ذلك، إذ جاء في قرار المجلس الأعلى الجزائري: "إنّ المجلس الأعلى الجزائري لم يعد الاختلاف في الدين من مسقطات الحضانة، فالمسيحية لها الأولوية في الجزائر....وإنّ الشريعة الإسلامية تولي في مسألة الحضانة للأم، وتعطي لها الأهمية في مسألة الحضانة بصرف النظر عن دينها"[٤].

---

[١]- محكمة العطارين المصرية، قرار رقم (٣٩٥)، تاريخ ١٩٤٨/٤/٢٠. أشار إليه، ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص١٠٠.

[٢]- أشار إليه، (بدون ذكر رقم)، و(بدون ذكر تاريخ)، رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة، المرجع السابق، ص٢١٢.

[٣]- نسرين برقوق، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص٢٠.

[٤]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم (٢٩٢٩٣)، تاريخ ١٩٨٢/٣/٨. أشار إليه، سعاد يوبي، إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط، المرجع السابق، ص٥٨.

لكنّ القضاء الجزائري اشترط أن تكون الحاضنة غير المسلمة داخل الجزائر، لإسناد الحضانة إليها، إذ من المقرر شرعاً وقانوناً أن تراعى في إسناد الحضانة مصلحة المحضون، والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثمّ فإنّ إسناد الحضانة إلى الأم التي تسكن في بلدٍ أجنبيٍّ بعيداً عن رقابة الأب، يُعدُّ قضاءً مخالفاً للشرع والقانون[١].

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الفرنسي قد قرر في (المادة٢٧٨)، أنّ السلطة الأبوية (الحضانة)، تمارس من الأبوين بشكلٍ مشتركٍ من قبل كلا الوالدين وقد يُعيّن القاضي، في حالة عدم وجود اتفاق ودي، أو إذا كان هذا الاتفاق يتعارض مع مصلحة الطفل، يعين القاضي الوالد الذي يقيم معه الأطفال في المعتاد، ويجوز للقاضي أن يعهد بممارسة السلطة الأبوية لأحد الوالدين تحت رقابة الوالد الآخر[٢].

وبذلك، لا يُمكن الحديث عن اتحاد الدين، مادام أنّ الحضانة ستمارس من كلا الأبوين معاً، وعند تحديد أحد الوالدين، يُمكن للآخر أن يُمارس الرقابة في ممارسة الحضانة.

ثالثاً: اشتراط اتحاد الدين إذا كان الحاضن غير الأم

فرّق المشرّع التونسي بين الأم الحاضن وبين غيرها من الحاضنين، فلم يشترط اتحاد الدين في الأم الحاضن، في حين اشترط اتحاد الدين في الحاضن غير الأم، وذلك

---

[١]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم (٥٩٠١٣)، تاريخ ١٩٩٠/٢/١٩. أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٣١١.

[2]-L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle. Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents Les parents peuvent, de leur propre initiative ou à la demande du juge, présenter leurs observations sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale

بعد إتمام الصغير الخامسة من عمره، وبشرط ألّا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه. فإذا أتمّ الخامسة من عمره تنتهي الحضانة، كما يُمكن إنهاؤها قبل ذلك، إذا خُشي عليه أن يألف غير دين أبيه. أمّا الأم، فأجاز لها الحضانة ولو لم تكن على دين أبيه(الفصل٥٩)، ولم يُشر المشرّع التونسي إلى إسقاط حضانتها في حال أثرّ سلوكها على دين الصغير، وهو أمرٌ مُستغرب!

وعلى ذلك، فقد سار القضاء التونسي في أحكامه حيثُ قرر: إنّ الاختلاف في الدين مانع من موانع الحضانة، بحسبان خطر تأثر المحضون بديانةٍ غير ديانة أهله، لكنّ هذا المنع لا تعارض الأم به؛ فاختلاف الدين بين الحاضنة وأب المحضون لا يحول مطلقاً دون إسناد الحضانة، إذا كانت الحاضنة هي أم المحضون، بحسبان أهمية وقوة الأمومة كرابطة إنسانية مقدسة تجمعها مع أبنائها، ولا تتأثر باختلاف الدين؛ لأنّ الأم أمينةٌ أكثر من غيرها على أبنائها[١].

وبالعودة إلى التشريع السوري، ألاحظ أنّه خلا من النص على شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، بالقانون (رقم٥٩)، لعام١٩٥٣. وبهذا يجب الرجوع إلى الراجح في المذهب الحنفي بحسب (المادة٣٠٥)، والراجح عدم اشتراط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، ومن ثمّ أصدر المشرّع السوري القانون (رقم٤)، لعام٢٠١٩، وأورد فيه شرط الاتحاد في الدين مع المحضون بعد إتمامه خمس سنوات من العمر (المادة١٣٧).

---

[١]- محكمة التعقيب التونسية، قرار رقم (٧٤٢٢)، تاريخ ١٩٨٢/٦/٣. أشار إليه، سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية –قراءة في الفقه والقضاء– المرجع السابق، ص٢٧٢.

ثمّ ما لبث أن أورد تعديلاً آخر بالقانون (رقم٢٠)، لعام٢٠١٩. وميّز بين الأم الحاضن، وبين سواها من الحاضنين، إذ نصّت (المادة١٣٧-٤) على: "تستمر حضانة الأم ولو كانت على غير دين أب المحضون ما لم يثبت استغلالها للحضانة، لتنشئته على غير دين أبيه، وتسقط حضانة غير الأم إن كانت على غير دين أب المحضون بإتمامه الخامسة من العمر".

ويتشابه ما أورده المشرّع السوري، مع المشرّع التونسي؛ لناحية التفريق بين الحاضن الأم، والحاضن من غير الأم. مع ملاحظة أنّ المشرّع السوري أجاز إسقاط الحضانة عن الأم إذا ثبت استغلالها الحضانة لتربية الولد على غير دين أبيه، وهو ما لم يُشر إليه المشرّع التونسي.

وأعتقد أنّه لا يُشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، سيّما إذا كانت الحاضن الأم -كما ذكرت سابقاً- لوفور شفقتها على الصغير، ولأنّ مصلحة الصغير تتحقق عند وجوده مع أمه في أول عمره. لكنني أرى أنّ استمرار الحضانة للأم في هذه الحالة إلى حين انتهاء الحضانة أمرٌ مبالغٌ فيه، ومن الممكن أن يؤثر على دين المحضون. وأعتقد بضرورة تحديد سن تنتهي فيها حضانة الأم غير المسلمة، ويُمكن أن تكون سن قبل التمييز، وهي سن السادسة، ففي سن السابعة يبدأ القاصر التمييز، ويُمكن أن يفقه التعاليم الإسلامية، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم "علّموا

أولادكم الصلاة وهم أبناء سبع سنين"[١]، وسيّما أنّ الحنفية حددوا حضانة الذميّة بما لم يعقل الصغير الأديان.

ويمكن أن تأتي صياغة المادة كالآتي: "تستمر حضانة الأم ولو كانت على غير دين أب المحضون ما لم يثبت استغلالها للحضانة، لتنشئته على غير دين أبيه، وتسقط هذه الحضانة بإتمام سن السادسة من عمر الصغير، ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك تقديراً لمصلحة الصغير، كما تسقط حضانة غير الأم إن كانت على غير دين أب المحضون بإتمامه الخامسة من العمر".

---

[١]- الإمام الحافظ أبو الحجاج جمال الدّين يوسف بن عبد الرحمن المزّي، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: عمرو سيّد شوكت، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ج٤، حديث رقم (٢٦٤٠)، ص٤٨٢.

المطلب الرابع

القدرة على القيام بمهام الحضانة

يُشترط في الحاضن إضافةً للعقل والبلوغ، أن يكون الحاضن قادراً على القيام بمهام الحضانة، وسليماً من الناحية الجسدية؛ ليكون بوسعه رعاية وحفظ شؤون المحضون. لذا، فيجب أن يكون المحضون خالياً من الأمراض التي تعيقه عن تدبير الطفل المحضون.

وقد اشترط الفقه الإسلامي شرط الصحة والكفاءة في الحاضن، وأوردوا أحكاماً للأمراض التي تعيق ممارسة الحضانة (الفرع الأول)، وهو ما أخت به التشريعات المقارنة أيضاً (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الموقف الفقهي

اتفق جمهور الفقهاء على اشتراط الصحة، والسلامة، والكفاءة في الحاضن. ومن ذلك، ما ذهب إليه الحنفية، إذ يُشترط في الحاضن القدرة على حفظ المحضون. لذا، فإذا كان الأعمى والمريض والكبير والعاجز، قادراً على حفظ المحضون كان أهلاً لها، وإلّا فلا[١].

أمّا المالكية، فاتفقوا على اشتراط الكفاءة في الحاضن، لكن منهم من فرّق بين الأعمى والأخرس والمسن المقعد، وبين المريض بأحد الأمراض المعدية. فاشترطوا صحة جسم الحاضن؛ فالمريض ضعيف القوّة لا حضانة له، وكذلك الأعمى والأخرس والمقعد؛ لأنّه لا يقوم بمصلحة نفسه، فلا يُمكن أن يقوم بمصلحة غيره، إلّا إذا كان لديه من يحضن الصغير[٢].

---

[١]- ابن عابدين، ردُّ المحتار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٥٣، "فإن أمكنه حفظ المحضون كان أهلاً، وإلّا فلا".

[٢]- التسولي، البهجة في شرح التحفة، المرجع السابق، ج١، ص٦٥١، "الصحة، أي صحة جسم الحاضن فالمريض ضعيف القوة لا حضانة له، وكذا الأعمى والأصم والأخرس والمقعد لأنّه لا يقوم بمصلحة نفسه، فكيف يقوم بمصلحة غيره؟ اللهم إلّا إذا كان عنده من يحضن".

أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السّالك، تحقيق: محمّد عبد السّلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، ج٢، ص٤٧، "يشترط في الحاضنة القدرة على القيام بشأن المحضون فلا حضانة للعاجز كامرأة بلغت من الشيخوخة، أو رجل هرم إلّا أن يكون عندهما من يمكنه القيام بالحضانة تحت إشرافهما".

أمّا الحاضن المريض بأحد الأمراض المعدية، كالجذام[١]، والبرص[٢]، .."فتسقط عنه الحضانة مطلقاً، ولو كان المحضون مثله؛ لأنّه قد تحصل زيادة له في هذا المرض بانضمامه لمن به ذلك، ولا حضانة له ولو كان لديه من يحضن لاحتمال اتصاله بالمحضون"[٣]. وفي قولٍ آخر في المذهب المالكي، يُشترط في المرض المانع من الحضانة أن تصل هذه الأمراض إلى الحد الذي يُضرُّ بالمحضون، "أمّا خفيفها فلا يمنع من الحضانة"[٤].

كذلك، فقد اشترط الشافعية "ألّا يكون في الحاضن مرضٌ دائمٌ يُعيقه عن نظر المحضون، وألّا يكون أبرصاً أو أجذماً، وألّا يكون أعمى"[٥].

أمّا الحنابلة، فأسقطوا الحضانة عن العاجز عنها كأعمى وغيره؛ "لأنّ ضعف البصر يمنع من كمال ما يحتاج إليه المحضون من مصالح. كما إذا كان في الأم برصٌ أو جذامٌ سقط حقها في الحضانة"[٦].

أرى أنّه يُمكن الجمع بين هذه الأقوال، فيشترط في المرض المانع من الحضانة أن يكون مؤثراً، في قدرة الحاضن على أداء مهام الحضانة. ويبدوا لي أنّهم ذكروا هذه

---

[١]- الجُذام: علّة يحمّر منها العضو ثمّ يسودُّ ثمّ ينقطع ويتناثر. الخطيب الشربيني، حاشية البجيرمي، ج٤، دار الكتب العلمية، لبنان –بيروت، كتاب النكاح، ص١٨٢.

[٢]- البرص: هو بياض شديد ببقع الجلد، ويُذهب دمويته. الخطيب الشربيني، حاشية البجيرمي، المرجع السابق، ص١٨٩.

[٣]- التسولي، البهجة في شرح التحفة، المرجع السابق، ج١، ص٦٥١.

[٤]- الخرشي، حاشية الخرشي، ج٢، ص٢١٢.

[٥]- محمد الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٥٩٧.

[٦]- البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص٤٩٩.

الأمراض على سبيل المثال لا الحصر، فيُمكن أن يُترك تقدير تأثير المرض في الحضانة للجنةٍ طبيةٍ مختصةٍ تبيّن مدى تأثير مرضه على قدرته في الحضانة. وإذا كان الحاضن أعمى أو أصم أو مسن، ولديه من يتولى شؤون المحضون فلا تسقط الحضانة عنه حينها، أمّا إذا كان المرض خطيراً، ومن شأنه أن يؤثر على المحضون، أو لم يكن لدى الحاضن من يقوم بشؤون المحضون فعندها تسقط الحضانة عنه.

الفرع الثاني

الموقف القانوني

سعت التشريعات المقارنة إلى تحرّي مصلحة الصغير، والابتعاد عمّا فيه ضرره، وما يحتمل أن يؤدي إلى هذا الضرر؛ لأنّ الحضانة شرعت لنفع المحضون، وجلب المصلحة له، ودفع الضرر عنه، ولم تُشرع لإيراده موارد الهلاك، وجعله في أماكن الضرر[١]. لذا، فاشترطت هذه التشريعات قدرة الحاضن على القيام بمهام الحضانة، كما فعل الفقه الإسلامي.

وقد أخذت التشريعات المقارنة بهذا الشرط أسوةً بالمذاهب الفقهية، ومن ذلك ما نصت عليه (المادة٥٧)، من قانون الأحوال الشخصيّة العراقي: "يشترط أن تكون الحاضنة.....قادرةً على تربية المحضون وصيانته".

وعلى ذلك، فإنّ من يدّعي أنّ الحاضنة غير قادرة على الحضانة، عليه أن يثبت ذلك. جاء في الاجتهاد القضائي العراقي: "مُجرّد ادعاء الزوج بأنّ المدّعى عليها غير قادرةٍ على حضانة طفله، والقيام بواجباتها؛ لإصابتها بمرضٍ وراثي ضعف الأعصاب، لا يُسقط عنها الحضانة ما لم يثبت للمحكمة بالتقارير الطبية بعد عرضها على لجنةٍ طبيةٍ رسميةٍ مختصةٍ"[٢]. وورد في اجتهادٍ آخر: "إنّ حضانة الصغير تنتقل إلى

---

[١]- معوّض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ج٢، ص٦١١.

[٢]- محكمة التمييز العراقية، قرار رقم (٩٨٦٩)، لعام ٢٠٠٤، نقابة المحامين العراقيين، العدد الأول، ٢٠٠٥، ص٢٠٣. أشار إليه، حسين رجب مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص١٥٠.

أبيه، إذا كانت أمه مصابةً بالصرع"[١]. وجاء في حُكمٍ آخر: "إذا أصيبت الأم بالتدرن الرئوي بحيث أصبحت غير قادرة على رعاية شؤون الصغير، كانت جدته أحق بحضانته من عمته"[٢].

وإذا فقدت الحاضنة قدرتها على الحضانة بسببٍ ما لها أن تقيم دعوى جديدةً؛ لاستعادة حضانتها، إذا عادت لها قدرتها؛ لأنّ القدرة على الحضانة متغيرة. لذا، فإنّ إقرار المدعية بدعوى أخرى بأنّها غير قادرة على حضانة ابنها، لا يوجب رد دعوى الحضانة التي أقامتها، وذكرت أنّها قادرة على الحضانة، بل يلزم تكليفها بإثبات قدرتها على الحضانة[٣].

كذلك، فقد عبّر المشرّع الإماراتي صراحةً عن هذا الشرط في (المادة١٤٣) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، بقوله: "يُشترط في الحاضن القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته، والسلامة من الأمراض المعدية الخطيرة".

وبالمثل، أورد المشرّع التونسي هذا الشرط (الفصل٥٨) إذ نصّ على: "يشترط في مُستحق الحضانة أن يكون...قادراً على القيام بشؤون المحضون، سالماً من الأمراض المعدية". وجاء في الاجتهاد القضائي التونسي: "إنّ تمسك الأب بأنّ الجدة لأم

---

[١]- محكمة التمييز العراقية، قرار رقم (٨١٢)، تاريخ ١٩٧٩/٧/٤، مجموعة الأحكام العدلية، العدد (٤)، السنة (١٠)، ص٤٣. أشار إليه، حسين رجب مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص١٥١.

[٢]- محكمة التمييز العراقية، قرار رقم (٤٩٠)، تاريخ ١٩٦١/١٠/٢١، باقر الخليلي، تطبيقات في قانون الأحوال الشخصية، بغداد، مطبعة الإرشاد، ١٩٦٤، ص٢٥١.

[٣]- محكمة التمييز العراقية، قرار رقم (٢٥٦)، تاريخ ١٩٦٥/٦/١٦. قضاء محكمة التمييز، مجلد/٣/، ص١٩٨. أشار إليه، حسين رجب مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص١٥٠.

الحاضنة أصبحت عاجزةً عن القيام بتدبير شؤون الطفلة لتقدمها بالسن، فإنّ للمحكمة حق إسناد الحضانة للجدة إذا رأت في ذلك مصلحة المحضون، وليس للوالد أن يُعارض هذا الحكم إلّا لأسبابٍ يقيم الدليل على صحتها"[١]. وجاء في قرارٍ آخر: "إنّ الحكم الذي قضى بحرمان والدةٍ من حضانة ابنها بحجة أنّها مصابة بمرضٍ، قبل التحقق من خطورة هذا المرض ومن استمراره، يجعل هذا الحكم جديراً بالنقض"[٢]. إذن، لابُدّ على من يدّعي عدم قدرة الحاضن على الحضانة أن يثبت ذلك.

ولم يختلف الأمر لدى المشرّع المغربي إذ نصّت (المادة١٧٣)، على: "يشترط في الحاضن...القدرة على تربية المحضون، وصيانته ورعايته". وأكدّ القضاء المغربي على ضرورة توافر هذا الشرط في الحاضن "إنّ ما جاء في القانون من استعراض شروط الحضانة، وإنّ من شروطها القدرة على تربية المحضون وصيانته صحياً وخلقياً، وحيث أنّ الجدة في هذا السن المتقدم (من مواليد١٩٢٢)، تكون هي نفسها محتاجةً لمن يتولى خدمتها، لا أن تقوم بخدمة أحفادها، وتتحمل الأتعاب التي تقتضيها حضانتهم، مما ترى معه المحكمة إنّها بذلك غير صالحةٍ للحضانة"[٣].

---

[١]- محكمة التعقيب التونسية، قرار رقم (٨٦٠٣)، تاريخ ١٩٧٣/٧/٣، نشرية محكمة التعقيب، لعام ١٩٧٣، ص١٣١. منشور على الموقع، مركز الدراسات القانونية والقضائية التونسي، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١/٥.

http://www.cejj-justice.tn/index.php?id=101

[٢]- محكمة التعقيب التونسية، قرار رقم (١٤٧٩)، تاريخ ١٩٦٢، أشارت إليه، سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص٢٧٠.

[٣]- المحكمة الابتدائية في وجدة، الدعوى رقم (٩٠٢٢١)، تاريخ ١٩٩١/٤/١٠، أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، المرجع السابق، ص٢٦٠.

وجاء في قرارٍ آخر "إنّ كبر السن بدون عجز لا يبرر إسقاط الحضانة"[١]. فعلى القاضي أن يتثبت من مدى قدرة الحاضن الفعلية على الحضانة، لا أن يتخذ من كبر السن دليلاً على عدم القدرة.

أمّا المشرّع الجزائري فقد نصّ على هذا الشرط ضمنياً (المادة٦٢)، من قانون الأسرة عندما نصّ على: "يُشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك...". كما أنّه يُمكن استنتاج اشتراط هذا الشرط من تعريفه للحضانة الوارد في الفقرة الأولى من المادة المذكورة، عندما عرّف الحضانة: بأنّها رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته.. والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقاً.

كما أكدّ الاجتهاد القضائي الجزائري على هذا الشرط: "إنّ من جملة الشروط الجدية المتوفرة في الشخص ألّا تكون الحاضن مسنّةً، و أن تكون سليمةً في صحتها البدنية"[٢]. وجاء في الاجتهاد أيضاً: "إنّ عدم إبصار الأم مانعٌ لها من حضانة الأولاد الأربعة؛ لعجزها عن القيام بشؤونهم، وفي مراقبتهم والسهر على تربيتهم وحمايتهم من الوقوع في زلاتٍ مشينةٍ"[٣]. وفي حكمٍ آخر: "إنّ القدرة على التربية شرط ضروريّ لأداء واجبات الحضانة، ولا حضانة لكفيفةٍ، أو مريضةٍ مرضاً معدياً

---

[١]- المحكمة الابتدائية في وجدة، بدون رقم دعوى، تاريخ ١٩٩٤/٢/٤، مجلة المحامي، العدد /٢٥-٢٦/، ص٢١٩. أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، المرجع السابق، ص٢٦١.

[٢]- المجلس الأعلى للقضاء، قرار رقم (غير موجود)، تاريخ ١٩٦٢/١٢/٢٢، المجلة الجزائرية، ١٩٦٨، عدد /٤/، ص١٢٤٢. أشارت إليه، سناء عمّاري، المرجع السابق، ص٢٢.

[٣]- المحكمة العليا الجزائرية، الدعوى رقم (٣٣٩٢١)، لعام١٩٨٩، المجلة القضائية، وزارة العدل الجزائرية، العدد /٤/، لعام ١٩٨٩، ص٣٥. أشار إليه، نشوان زكي سلمان، الحضانة وشروط ممارستها، المرجع السابق، ص٨٨.

يجعلها عاجزةً عن القيام بشؤون التربية، وعلى القاضي اللجوء إلى الخبرة للوصول إلى الحكم النزيه، وتقدير مدى عجز الحاضنة"[١]. فالقضاء الجزائري أسقط الحضانة عن الحاضن الأعمى، وهو مذهب الحنابلة والشافعية.

كذلك، اشترط القضاء المصري قدرة الحاضن على القيام بشؤون الصغير، فقرر أنّ التقدم في العمر يوجب إسقاط الحضانة، جاء في حكمهم: "لما كان المقصود بالحضانة أنّها تربية من لا يستقلّ بأموره، ولو كان كبيراً مجنوناً أو معتوهاً. والأصل في الحضانة القيام بخدمة المحضون من حيثُ نظافته، ومأكله، ومشربه، وملبسه، مرقده، والسهر على صحته، ويُشترط في مستحق الحضانة أن يكون لديه القدرة على القيام بمصالح المحضون، فلا حضانة لمن تقدّم به السن لدرجة عدم القدرة على القيام بشأن نفسه. وكذلك، من أخفقه المرض الشديد، ومنعه من القدرة على رعاية نفسه، ولما كان ذلك. وكان من الثابت من إقرار المدّعى عليها بأنّها متقدمة في السن، وأدركتها الشيخوخة، ولا تستطيع القيام بشؤون نفسها لمرضها، وامرأةٌ هذه حالتها لا يُقال إنّها قادرةٌ على القيام بشؤون غيرها، ومن ثمّ لا تكون أهلاً للحضانة"[٢].

لكنّ القضاء المصري لم يُسقط الحضانة عن الحاضن البصير إن كان قادراً على القيام بشؤون الصغير، وهو مذهب الحنفية، جاء في حكمهم: "إنّ القدرة على الحضانة مناطها أن تكون في حالةٍ تستطيع معها أن تقوم على رعاية الصغير، ولا يُشترط أن تكون الحاضنة بصيرةً، فإنّ العمى ليس من شأنه منع الحاضنة من واجب

---

[١]- المحكمة العليا الجزائرية، الدعوى رقم (٢٦٤٠٣)، لعام١٩٩٠، المجلة القضائية، وزارة العدل، العدد /٢/، لعام ١٩٩١، ص٦٠.

[٢]- محكمة بندر المنيا، دعوى رقم (١٠٥)، تاريخ١٩٨٨/٦/٢٧. أشار إليه، محمّد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحضانة، دار محمود للطباعة، مصر، ط١، ٢٠١٥-٢٠١٦، ص٢٢-٢٣.

الحضانة"[١]. وفي حكمٍ آخر: "إذا كان الزوج قد تزوج بزوجةٍ وهي كفيفةٌ، ولم يرَ في ذلك ما يمنع من زواجه بها، وإنجابه منها، ورعايتها لابنيهما أثناء غيابه عن المنزل في العمل، فلا يجوز له بعد ذلك أن يدعي عدم صلاحيتها للحضانة –ذلك لأنّ الأصل هو صلاحية الحاضنة– والكفيفة أهلٌ للحضانة، إن أمكنها حفظ المحضون"[٢].

وبالانتقال إلى قانون الأسرة الروسي، فقد نصّت (المادة٦٥-٣) على تحديد الحاضن في حال عدم اتفاق الزوجين، من قبل المحكمة على أساس مصالح الأطفال ومراعاة آراء الأطفال. كما تأخذ المحكمة بالحسبان ارتباط الطفل بكل من الوالدين والإخوة والأخوات، وعمر الطفل، والصفات الأخلاقية وغيرها من الوالدين، والعلاقة الشخصية القائمة بين كل من الوالدين والطفل، وقدرة الحاضن على تأمين الظروف لتنشئة الطفل ونموه[٣]. كما نصّت (المادة٧٣-٢) من القانون ذاته: "يُسمح بتقييد حقوق الوالدين إذا كان ترك طفل مع والديه (أو أحدهما) خطيراً على الطفل نظراً لظروف، الوالدين (أو أحدهما) مثل (الاضطراب العقلي أو غيره من الأمراض المزمنة، والظروف الصعبة، وغيرها)[٤].

---

[١]- محكمة بندر المنيا، دعوى رقم (١٣)، تاريخ ١٩٥٧/١/٩، أشار إليه، محمّد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحضانة، المرجع السابق، ص٢٥.

[٢]- محكمة الإسكندريّة الابتدائيّة، الدعوى رقم (٥٩٦)، تاريخ ١٩٦٤/١٠/٢٧، أشار إليه، محمّد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحضانة، المرجع السابق، ص٢٥.

[3]- Место жительства детей при раздельном проживании родителей устанавливается соглашением родителей. При отсутствии соглашения спор между родителями разрешается судом исходя из интересов детей и с учетом мнения детей. При этом суд учитывает привязанность ребенка к каждому из родителей, братьям и сестрам, возраст ребенка, нравственные и иные личные качества родителей, отношения, существующие между каждым из родителей и ребенком, возможность создания ребенку условий для воспитания и развития

[4]- 2. Ограничение родительских прав допускается, если оставление ребенка с родителями (одним из них) опасно для ребенка по обстоятельствам, от

وعلى ذلك، فقد أخذ المشرّع الروسي بشرط قدرة الحاضن على القيام بمهام الحضانة، وأعطى القاضي سلطةً تقديريةً للتحقق من توافر هذه القدرة، كما أجاز للمحكمة تقييد الحضانة في حال عجز الحاضن عن القيام بهذه المهمة بسبب مرضه المزمن.

كما اشترط القانون المدني الفرنسي، قدرة الحاضن على الحضانة، وفي حال عجزهم لمرضٍ يتم حرمانهم من ممارسة الحضانة (المادة٣٧٣)[١].

وأورد القانون السوري: "ضرورة سلامة الحاضن من الأمراض الخطيرة، وقدرة الحاضن على تربية المحضون، ورعايته وحفظه...."(المادة١٣٧) من قانون الأحوال الشخصية السوري المعدّل[٢].

وأوجب الاجتهاد القضائي السوري على القاضي التحقق من شرط القدرة على الحضانة، "يتعين على القضاء التحري عن أهلية الحاضن، وقدرتها على رعاية المحضون وهذا من النظام العام. ولما كان يتبين من ملف الدعوى أنّ الطاعنة قد تقدمت بدعواها طالبةً تسليم حفيدتها لحضانتها ورعايتها. وكان يظهر من القيد المدني أن الطاعنة هي جدة لأب، وإنّ الطفلة فاطمة لا تزال في سن الحضانة، وكان القاضي قد حكم برد الدعوى، بمقولة إنّ المطعون ضده قد طلب إبقاء البنت لديه؛

родителей (одного из них) не зависящим (психическое расстройство или иное хроническое заболевание, стечение тяжелых обстоятельств и другие).

(1). "Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause". Laurent Delprat, L'autorité parentale et la loi, Éclairages collection dirigée par Annie RETIHMANN, p107.

(٢)- قانون الأحوال الشخصية السوري المعدّل بالقانون رقم /٢٠/، لعام ٢٠١٩. وكانت (المادة١٣٧)، على الشكل الآتي: "يشترط لأهلية الحضانة: البلوغ، والعقل، والقدرة على صيانة الولد صحةً وخلقاً"، قانون الأحوال الشخصية السوري رقم /٥٩/، لعام١٩٥٣.

لأنّه الولي، وإنّ الطاعنة قد بلغت السبعين من العمر. وكان ما استند إليه القاضي في حكمه لا مسوّغ له؛ لأنّ الحضانة حقٌ مستقلٌ عن الولاية ولها أحكامها الناظمة لها؛ ولأنّ بلوغ السبعين لا يعني انعدام القدرة على الحضانة، خاصةً أنّ القاضي قد استجوب الطاعنة بالذات، دون أن يدون أنّها عاجزة عن الحضانة، وكان عليه إذا ساوره الشك في قدرتها على الحضانة، أو أثير ذلك أمامه، التحقق من ذلك عن طريق الخبرة الفنية، بواسطة طبيبٍ مختصٍ لمعاينتها، وبيان ما إذا كانت قادرةً على الحضانة، وكان على القاضي أن يلحظ أن حق الحضانة ليس حقاً للحاضن فقط، بل هو حقٌ للمحضون أيضاً، وحق المحضون فيها أظهر.

ويتعين على القضاء التحري عن أهلية الحاضن وقدرتها على رعاية المحضون وكان ذلك من النظام العام وفقاً لما عليه الاجتهاد المستقر، ولئن كانت الجدة لأب متأخرةً في الرتبة عن الأم والجدة لأم، فإنّ ذلك لا يحرمها من حق الحضانة ما دام من سبقها لم يتقدم بطلب الحضانة، وعلى ذلك الاجتهاد. وكان سير القاضي على غير هذا النهج يجعل الحكم الطعين سابقاً لأوانه وترد عليه أسباب الطعن وتنال منه وتؤدي إلى تقرير نقضه"[١].

وجاء في حكمٍ آخر: "إنّ كبر السن أو التقدم في العمر ليس سبباً كافياً لحرمان أم الأب من رعاية حفيدتيها؛ إذ الغاية من الرعاية هي التفرغ قدر الإمكان لهذه الرعاية، أمّا الانشغال الدائم في مصالح أخرى، فهذا السبب هو الذي ينزع

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس (٩٣)، قرار (٢٤٠)، تاريخ ١٩٨٣/٤/٣٠. أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، ص٥٢٣-٥٢٤.

الحضانة عن الحاضنة، كونها مشغولة بمدرستها، وإقامة الطفلتين في المدرسة هو الذي أدى إلى إسقاط الحضانة عن الحاضنة"[١].

لكن قد يكون كبر السن في حالاتٍ أخرى مسقطاً للحضانة، إذا ترافق مع أمراض من شأنها التأثير في قدرة الحاضن، جاء في الحكم القضائي: "إنّ حق الحضانة هو حق المحضون، كما أنّه حق الحاضنين، وحيثُ إنّ سقوط الحضانة لأم الطفلتين، يعني أنّ هذا الحق انتقل إلى أم الأم، وحيثُ أنّ الشاهدين قد أكدوا أنّ أم الأم تعاني أمراضاً عدّة، منها الديسك، وتضيق القناة الشوكية، وعندما تمشي تتكئ ولا تستطيع قضاء حوائجها إلّا بمساعدة الآخرين، وتراجع أكثر من طبيب –علاوةً على كبر سنِّها– (في نهاية العقد السادس من العمر)، ولم تثبت أم الأم عكس ما ورد، مما يجعل الجدة لأم غير قادرةٍ على الحضانة"[٢].

وتقرر أنّ كثرة عيال الحاضنة لا يؤثر في حقها وقدرتها على الحضانة[٣]. وتقرر أيضاً أنّ ثبوت العداوة يعدُّ سبباً كافياً لإسقاط الحضانة؛ لعدم القدرة على الحضانة، جاء في الحكم القضائي: "إنّ المدعية المطعون ضدها جدة لأم بالنسبة للطفلين المحضونين، والتي تقدمت بطلبٍ لإثبات حضانتها عليهما كونها صاحبة حق بالحضانة، لأنّ أم الولدين في السجن، ومتهمةٌ بقتل والد الطفلين، وقد دفعت الجهة

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٦٥٨)، قرار (٦٦٢)، تاريخ ٢٠١٥/٨/١٧، سجلات محكمة النقض.

[٢]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (١٤٨٦)، قرار (٢٤٢١)، تاريخ ٢٠٠٥/١٢/١٢، سجلات محكمة النقض.

[٣]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٦)، قرار (٥٢)، تاريخ ١٩٧٠/٢/١٠. أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، ص٥٢٦.

الطاعنة بأنّ أسرة المدعية بكافة أفرادها على خلافٍ وعداوةٍ مع الجهة الطاعنة؛ لكونهم متهمين بجريمة قتل والد الطفلين، وإنّ الحكم بالحضانة للجدة لأم، يترك أثراً سلبياً في نفس القاصرين، وفي تربيتهم، وإنّ المدعيّة غير مؤهلةٍ اجتماعياً لحضانة الولدين. وحيثُ إنّ المحكمة قد عمدت إلى حسم الدعوى دون التحقق من الدفوع المثارة، ولم تكلف الطاعن بإثباتها، وفي حال صحتها يتعيّن على المحكمة اختيار الأصلح لحضانة الطفلين بما يُحقق مصلحتهما صحةً وخلقاً وعنايةً، ورعايةً مما يجعل القرار المطعون فيه سابقاً لأوانه وجديراً بالنقض"[١].

وجاء أيضاً في الاجتهاد القضائي: "إنّ الأم وإن كانت أولى الحاضنات بالنسبة للأولاد إلّا أنّه يشترط فيها ثبوت أهليتها للحضانة. وتسليم الأولاد للحاضنة قبل ثبوت أهليتها للحضانة مخالفٌ للأصول، وحكم بادعاء مجرد عن الدليل"[٢]. وافترض القضاء أنّ الأصل في الحاضن الصحة، وعلى من يدّعي العكس أن يثبت ذلك. ويشترط أن يكون الطبيب الذي يجري المعاينة مختصاً في المرض المنسوب إلى المريض[٣]. إلّا إذا كان من الممكن معاينة المرض بدون حاجة إلى طبيبٍ كالصمم؛ فإنّ المحكمة تستطيع التثبت من عدم وجوده[٤].

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٧٣)، قرار (٧٢)، تاريخ ٢٠١٦/٢/٢٩، سجلات محكمة النقض.

[٢]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٣٤١)، قرار (٣١٨)، تاريخ ١٩٦٧/٧/٢٥. أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، ص٥٢٦.

[٣]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٢٨٠)، قرار (٢٧٠)، تاريخ ١٩٦٦/٦/٢٦. أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، ص٥٢٦.

[٤]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٣٦٣)، قرار (٣٥١)، تاريخ ١٩٦٨/٩/٢٦. أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، ص٥٢٦.

كما تقرر أنّه يُمكن إثبات القدرة على صيانة المحضونين صحةً وخلقاً، من خلال اليمين الحاسمة "إنّه من الجائز قانوناً، إثبات عدم قدرة الطاعنة على الحضانة باليمين الحاسمة، وقد تمّ الاحتكام إلى ذمتها بخصوص ذلك باليمين التالية: (والله العظيم إنّني على استعداد لحضانة حفيدي...وإنّني أهل لحضانتهما، وأتمتع بكامل المقدرة الصحية والجسدية على حضانتهما، ورعايتهما صحةً وخُلقاً...) وحيثُ إنّ اليمين المذكورة مصورة بشكلٍ يتوافق مع وقائع الدعوى، وهي تعني التنازل عمّا سواها من البينات، مما يجعل القرار المطعون فيه في محلّه القانوني"[١].

وجاء في قرارٍ آخر: "يجب على المحكمة التثبت من قدرة الحاضن على الحضانة، وحيثُ إنّه لم يثبت عدم أهلية الحاضن لحضانة أولادها، وإنّ تقصيرها في عدم إرسالها الأولاد إلى المدرسة كان بسبب الظروف الأمنية التي تمر بها البلاد، وإنّ منطقة ادلب وسراقب من المناطق الساخنة التي شملها التدهور الأمني، وإنّ الحفاظ على حياة الأولاد مقدّمٌ على حق التعليم، فيما إذا كان إرسالهم إلى المدرسة يعرضهم للخطر، وبهذا تبقى أهلية الحاضن للحضانة"[٢].

كما أكدّت محكمة النقض على ضرورة التثبت من صلاحية الحاضن للحضانة: "إنّ المحكمة تسرعت بقرارها، واعتمدت في حكمها على شهادة الشهود،

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس (٩٧)، قرار رقم (٤٣)، تاريخ ٢٠١٢/١/٢٢، سجلات محكمة النقض.

[٢]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٧٣١)، قرار (٨٤٤)، تاريخ ٢٠١٢/٤/٣٠، سجلات محكمة النقض.

وكان على المحكمة التحقق بشكلٍ صحيحٍ من أنّ وجود الطفلة لدى أمها يُعرضها للخطر؛ ولا يُنزع حق الأم في حضانة طفلها لمجرد الشك"[١].

ومما سبق أجد أنّ، جميع التشريعات المقارنة أكدت على ضرورة توافر القدرة في الحاضن، كي يكون قادراً على القيام بمهام الحضانة، من أجل تحقيق مصلحة المحضون، وإنّ شرط القدرة يشمل قدرة الحاضن البدنية والنفسية والصحية؛ أي قدرة الحاضن على احتضان المحضون، من حيثُ سلامة بدنه ونفسيته، وخلّوه من الأمراض المعديّة، وخلوه من الأمراض الجسدية كشلل الأطراف. فإن لم تتحقق هذه القدرة في الحاضن، لكبر سنّه أو عجزه أو لكونه أعمى أو لأيٍّ سببٍ آخر يقدّره القاضي، فعندها يُقرر القاضي إسقاط الحضانة بعد التثبت من أنّ هذا العجز يؤثر سلباً في مصلحة المحضون. فالكبر قد لا يكون مؤثراً على الطفل، وقد يكون كذلك، ومثله العجز والعمى. لذا، فإنّ قدرة الحاضن على الحضانة مسألةٌ تقديريةٌ، وهي متروكةٌ للقاضي، الذي يُمكن أن يقدّر ذلك استناداً إلى كل حالةٍ على حدة بعد الاستعانة بالخبرة الطبيّة، إن لزم الأمر، كما مرّ في الاجتهاد القضائي.

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٩٣٣)، قرار(٩٩٨)، تاريخ ٢٠١٢/٥/١٤، سجلات محكمة النقض.

المطلب الخامس

عدم عنف الحاضن

تعدُّ الأسرة البيئة الأولى للطفل. لذا، يجب أن تقوم هذه الأسرة بدورها في رعاية الطفل نفسياً وجسدياً؛ كي يكون فرداً صالحاً في المجتمع، وإنّ تعرض الطفل للعنف من الأب أو الأم من أكثر السلوكيات السلبية تأثيراً عليه.

ويبدو أنّ العنف الموجه من الوالدين نحو الأطفال، قد يكون ناشئاً عن نزعةٍ فطريةٍ غريزيةٍ متأصلةٍ في نفس الشخص، إضافةً إلى عنفٍ مكبوتٍ لدى الآباء ناتج عن ممارسة العنف تجاههم في صغرهم[١]. وإنّ هذا العنف قد يؤدي إلى أضرارٍ نفسيةٍ بالغةٍ على الطفل تجعله يعاني الأرق وغير ذلك من المشاكل النفسية [٢]، كما يُمكن أن يكون للعنف اللفظي أثر بالغ على الطفل، وقد تتولد لديهم عقدة الخوف والتردد[٣].

فإذا كان الوضع كذلك، فما هو موقف الفقه الإسلامي، والتشريعات المقارنة من ظاهرة العنف من الحاضن على المحضون؟

---

[١]- نرمين حسن السطالي، سيكولوجية العنف، دار السعيد للنشر، مصر، ط١، ٢٠١٨، ص٧٧.

[٢]- إبراهيم سليمان الرقب، العنف الأسري، دار يافا العلمية، الأردن، ٢٠١٠، ص١١٢.

[٣]- زينب وحيد دحام، العنف العائلي في القانون الجزائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٢، ص١١١.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي

تجدر الإشارة إلى أنّ السادة المالكية أضافوا شروطاً أخرى منها؛ عدم قسوة الحاضن؛ وفي هذا تحقيق لمصلحة المحضون؛ وفي حال عُلمت قسوة الحاضن قُدِّمَ الأبعد والأجنبي[١]. جاء في مواهب الجليل: "إن كانت قسوته ينشأ عنها إضرار الولد، قُدِّمَ الأجنبي"[٢].

ثانياً: موقف التشريعات المقارنة

اشترط المشرّع الفرنسي صراحةً في (المادة٣٧١-١) من القانون المدني، عدم جواز العنف في ممارسة (السلطة الأبوية) سواء كان هذا العنف نفسياً أو جسدياً[٣].

كذلك، منعت (المادة٥٦-٢) من قانون الأسرة الروسي، الأبوين أو من يحل محلهم في الحضانة من ممارسة العنف ضد الأولاد، "للطفل الحق في الحماية من إساءة المعاملة من قبل الوالدين (الأشخاص الذين يحلون محلهم). وفي حال انتهاك حقوق الطفل ومصالحه المشروعة، بما في ذلك في حالة إخفاق الوالدين أو أحدهما أو (غيرهم) في أداء واجبات تربية الطفل أو تعليم الطفل أو إساءة استخدام حقوق الوالدين، فإنّ للطفل الحق في تقديم طلبٍ مستقلٍ لحمايته إلى هيئة الوصاية"[٤].

---

[١]- عبد الباقي يوسف بن أحمد بن محمّد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني، تحقيق: عبد السّلام محمّد أمين، دار الكُتب العلمية، بيروت- لبنان، ج٤، كتاب الحضانة، ص٤٧٥.

[٢]- الحطّاب الرعيني، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج٥، كتاب الرضاع، ص٥٩٧.

[3]- L'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques.

[4]- Ребенок имеет право на защиту от злоупотреблений со стороны родителей (лиц, их заменяющих.) При нарушении прав и законных интересов ребенка, в том числе при невыполнении или при ненадлежащем выполнении родителями (одним из них) обязанностей по воспитанию, образованию ребенка либо при

وأكدت على ذلك أيضاً (المادة٦٥-١) بالقول: "لا يمكن ممارسة حقوق الوالدين بما يتعارض مع مصالح الأطفال. يجب أن يكون ضمان مصالح الأطفال هو الشاغل الرئيسي لوالديهم. عند ممارسة حقوق الوالدين، لا يحق للآباء الإضرار بالصحة البدنية والعقلية للأطفال، ونموهم الأخلاقي. ويجب أن تستثني طرق تربية الأطفال الإهمال أو المعاملة القاسية أو الوقحة أو المهينة للكرامة الإنسانية أو سوء المعاملة أو استغلال الأطفال"[١].

في حين خلت باقي التشريعات المقارنة من النص على شرط عدم العنف من الحاضن، على الرغم من أنّ السادة المالكية أشاروا إلى ذلك، باستثناء قانون الأسرة التونسي إذ أجاز بموجب (الفصل٦٠)، للأب وغيره من الأولياء والأم النظر في شؤون المحضون وتأديبه، ما لم يرَ القاضي خلافه لمصلحة المحضون. فإنّ المشرّع التونسي بعد أن أعطى الأب وغيره من الأولياء والأم صلاحية التأديب، قيّدها بألّا تتعارض مع مصلحة المحضون، وإنّ التعنيف المبالغ فيه يتعارض مع مصلحة المحضون؛ فهو معيارٌ عامٌ وكفيلٌ باستيعاب جميع الحالات التي يُمكن أن تطرح في التطبيق[٢].

злоупотреблении родительскими правами, ребенок вправе самостоятельно обращаться за их защитой в орган опеки и попечительства

[1]- Родительские права не могут осуществляться в противоречии синтересами детей. Обеспечение интересов детей должно быть предметом основной заботы их родителей. При осуществлении родительских прав родители не вправе причинять вред физическому и психическому здоровью детей, их нравственному развитию. Способы воспитания детей должны исключать пренебрежительное, жестокое, грубое, унижающее человеческое достоинство обращение, оскорбление или эксплуатацию детей.

[٢]- المهدي قيّاس، القاضي المدني وحماية القاصر، مجمع الأطرش للطباعة، تونس، ٢٠١٥، ط١، ص٥٧.

أمّا القضاء السوري فقد قرر أنّ: "ضرب الولد تأديباً لا يقوم في حرمان والدته حضانته"[١].

ومما سبق، أعتقد أنّ الضرب والتعنيف بصوره المختلفة، إذا تجاوز الحد المألوف يجب أن يكون مسقطاً للحضانة، وحبذا لو أضاف المشرّع السوري شرط عدم العنف ضد المحضون من أجل استحقاق الحضانة، سيّما في ظل تدهور الأخلاق وازدياد العنف في شتى مظاهره[٢].

وبناءً على ما تقدم، فقد اعتنت التشريعات الوضعية بشروط الحاضن، وقد جاءت الشروط التي وضعتها هذه التشريعات متشابهةً مع الفقه الإسلامي، ولم يكن هناك اختلاف كبير بين هذه التشريعات، بحسبان أنّ مصلحة الطفل هي الأساس في

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٢٨٥)، قرار (٢٧٧)، تاريخ ١٩٦٨/٦/٣٠، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، أديب استانبولي، ج١، ص ٥٢٧.

[٢]- تناقلت وسائل الإعلام خبراً عن تعذيب أمٍ وزوجها لأولادها، حيثُ تعرّض طفلان بعمر ست سنوات وثلاث سنوات، لأبشع صور التعذيب من قبل الأم وزوجها. لتفاصيل أكثر، https://alkhabar-sy.co تاريخ الزيارة، ٢٠١٩/٨/١.

وفي حادثٍ آخر، نشب حريقٌ كبيرٌ في أحد المنازل في حلب، وفي داخل المنزل عثر على طفلٍ مكبلٍ بسلسلة حديدية، حيث تدخل فوج الإطفاء وأخمد الحريق، وأنقذ الطفل، مصدرٌ في فوج إطفاء حلب أوضح أنّه تم إعلامهم عن اندلا ع حريق منزل، فوجهنا على الفور نجدة إطفاء، وعند وصول رجالنا شاهدوا النار تندلع من المنزل، وأفاد صاحب المنزل أنّ ابنه محتجز داخل الحريق. فعمدنا على الفور على اقتحام الحريق، وإنقاذ الطفل، وإجراء الإسعافات الأولية له ليستعيد وعيه، ومن ثمّ إسعافه إلى مشفى الرازي. عند اقتحامنا الحريق شاهدنا الطفل البالغ من العمر ست سنوات مقيداً من قدمه اليمنى وكان مغمياً عليه من استنشاق الدخان وحرارة الحريق. وقد أفاد والده أنّه قيده لكثرة مشاكسته!

تاريخ الزيارة، ٢٠١٩/٨/١ https://vito-press.com/archives/6550

أحكام الحضانة. لذا، حرصت هذه التشريعات على ضبط شروط الحاضن، من أجل تحقيق مصلحة المحضون باختيار حاضنٍ كفؤٍ.

المبحث الثاني

الشروط الخاصة للحاضنين

اعتنى الفقه الإسلامي بتحديد شروط الحاضنين، رعايةً للمحضون وحرصاً على حفظه وسلامته، فأورد الفقهاء المسلمون شروطاً خاصةً بالنساء والرجال؛ لاستحقاق الحضانة، إضافةً للشروط العامة التي وردت سابقاً.

وعلى ذلك، سأشير إلى الشروط الخاصة لاستحقاق الحضانة، والواجب توافرها بالنساء والرجال، وذلك في مطلبين: الشروط الخاصة بالنساء (المطلب الأول)، الشروط الخاصة بالرجال (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الشروط الخاصة بالنساء

تشترط في الحاضنة كفاءة خاصة لتحمل أعباء الحضانة، وتقتضي متطلبات الحضانة التفرغ التام من الحاضن. وبذلك، قد يؤدي زواج الحاضنة أو عملها إلى إسقاط حضانتها؛ لانشغالها عن أمور وحاجيات المحضون.

وللبحث في الشروط الخاصة بالحواضن من النساء، سأدرس مدى تأثير زواج المرأة على حضانتها (الفرع الأول)، قبل أن انتقل إلى البحث في مدى تأثير عمل المرأة على حضانتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مدى تأثير زواج المرأة الحاضنة على حضانتها

سأناقش مدى تأثير زواج المرأة الحاضنة على حضانتها، من خلال عرض الموقف الفقهي (أولاً)، قبل أن أتناول الموقف القانوني (ثانياً).

أولاً: الموقف الفقهي

يُثير زواج الحاضنة تساؤلاتٍ عدة: فهل مطلق الزواج مُسقطٌ للحضانة؟ أم إنّه يُشترط لإسقاط الحضانة، الزواج من أجنبيٍّ عن المحضون؟ كما يُثار التساؤل عن وقت سقوط الحضانة، هل بمجرد العقد أم بالدخول؟ وهل تعود الحضانة إذا زال سبب سقوطها في هذه الحال؟ وعلى ذلك، سأبحث في هذه التساؤلات تباعاً.

١. الزواج المسقط للحضانة: اختلف الفقهاء في سقوط حضانة الحاضن عند زواجها، إلى أقوالٍ عدّة. وفيما يأتي تبيانها:

أ. سقوط الحضانة بالزواج بأجنبيٍّ عن المحضون: اتفق الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[١] على سقوط حضانة الأم بزواجها بأجنبي عن المحضون، سواء كان

---

[١]- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج٤، كتاب الطلاق، ص٣٣١، "فإن لم تكن له أم تستحق الحضانة بأن كانت غير أهل للحضانة أو متزوجة بغير محرم أو ماتت فأم الأم أولى من كل أحد". الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، كتاب الحضانة، ج٥، ص٢١٠، "ويشترط ألّا تكون ذات زوجٍ أجنبيٍّ من الصغير". الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٤٧، "ومن نكحت غير محرمٍ سقط حقها".

[٢]-الأنصاري، الغرر البهية، ج٨، المرجع السابق، ص٥٨٦، "ومبطل لحضانتها نكاح من لا حق له في حضنه". الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٥٩٦، "لا حضانة...وناكحة غير أبي الطّفل

المحضون ذكراً أم أنثى؛ لأنّها مشغولة بحق الزوج؛ ولأنّ على الولد وعصبته عاراً في مقامه مع زوج أمّه، ولا أثر لرضا الزوج الأجنبيّ، لأنّه قد يرجع عن موافقته فيتضرر الولد.

في حين اختلفوا في حال زواج الحاضنة من قريبٍ للمحضون، فذهب الحنابلة إلى القول: "أمّا إذا لم يكن الزوج أجنبياً فلها الحضانة؛ لأنّ الزوج القريب يشاركها في القرابة والشفقة على المحضون"[٢]. كذلك الحنفية: "أمّا الرحم المحرم إذا كان زوجاً للأم فلا خوف على الولد منه، لذا يُسلّم الولد للأم وغيرها من الحاضنات، لأنّه ينزل منزلة الأب من جهة العطف والحنان"[٣]. أمّا الزواج من محرمٍ غير رحم كالعم رضاعاً فهو كالأجنبيّ[٤].

في حين ميّز الشافعية عند زواج الحاضنة من قريبٍ للمحضون، بين زواجها من "عم الطفل وابن عمه وابن أخيه، فلا تسقط حضانتها؛ لأنّ من تزوجته له الحق في الحضانة، وشفقته تحمله على رعايته فيتعاونان على كفالته. أي لا تسقط حضانتها

إلّا عمّه وابن عمّه وابن أخيه". الإمام النووي، روضة الطالبين، ج٩، ص١٠٠، "كونها فارغة خلية، فلو نكحت أجنبياً سقطت حضانتها".

[١]- ابن قدامة، الشّرح الكبير، ج٢٤، ص٤٧٢، "ولا لامرأة مُزوّجة لأجنبيّ من الطفل"، البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص٤٩٩، "ولا لامرأة مُزوّجة لأجنبيّ من الطفل، لأنّها تنشغل عن حضانته بحق الزوج".

[٢]- البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص٤٩٩.

[٣]- الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، المرجع السابق، كتاب الحضانة، ج٥، ص٢١١.

[٤]- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٥، ص٢٥٥، "فلو كان محرماً غير رحم كالعم رضاعاً فهو كالأجنبيّ".

إذا كان من تزوجته له الحق في الحضانة من العصبات. أمّا إذا كان من تزوجته لا حقّ له في الحضانة كالجد أبي الأم والخال فتسقط حضانة المرأة بتزوجها به"[١].

أمّا المالكية[٢]، فقالوا من حيث المبدأ بسقوط الحضانة بزواج الأم من أجنبيٍّ عن الصغير، لكنّهم أوردوا بعض الاستثناءات على ذلك. جاء في مواهب الجليل: "وللأنثى الحُلُوُّ من زوجٍ دخل بها إلّا أن يعلم –يقصد أبو الصغير– ويسكت العام....أو ألّا يقبل الولد غير أمّه، أو لم ترضعه المرضعة عند أمّه، أو لا يكون للولد حاضن غير أمّه، أو غير مأمون أو عاجزاً، أو كان الأب عبداً و هي حُرّةٌ"[٣].

فأسقط المالكية الحضانة في حال زواج الحاضن من أجنبيٍّ عن الصغير، إلّا إذا سكت الأب عن المطالبة بالولد مدة عام، أو لم يقبل الولد أحد، إلى باقي الحالات التي أوردوها. كذلك "لم يسقطوا حضانة الحاضنة عند زواجها من قريبٍ محرمٍ للمحضون، وإن لم تكن له الحضانة كالخال والجد أبي الأم"[٤].

وقد استدل جمهور الفقهاء على ذلك، بأدلةٍ عدةٍ من السنّة النبويّة، وعمل الصحابة، والإجماع، والمعقول، وفيما يأتي تبيان ذلك:

- **من السنّة النبويّة الشريفة:** عن أبي عمرو، حدّثني عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده عبدالله بن عمرو رضي الله عنهم: أنّ امرأةً قالت: يا رسول الله، إنّ ابني هذا كان بطني له وعاءً، وثديي له سقاءً، وحجري له حواءً،

---

[١]- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٥٩٦.

[٢]-الخرشي، حاشية الخرشي، المرجع السابق، ج٤، ص٢١٣.

[٣]- الحطّاب الرعيني، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج٥، ص٥٩٨.

[٤]- الحطّاب الرعيني، مواهب الجليل، ج٥، ص٥٩٨.

وإنّ أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال: لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحي"[١]. ووجه الدلالة: "أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم جعل الحضانة للأم، وأنّها أولى بالولد من الأب ما لم تتزوج، فإذا تزوجت سقط حقها في الحضانة، وغير الأم من الحاضنات تقاس عليها"[٢].

وفي حديثٍ آخر: حدّثنا أبو الزبير عن رجلٍ صالحٍ من أهل المدينة، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: "كانت امرأة من الأنصار تحت رجلٍ من الأنصار، فقُتِلَ عنها يوم أحدٍ وله منها ولدٌ، فخطبها عمّ ولدها ورجلٌ آخر إلى أبيها. فأنكح الآخر، فجاءت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: أنكحني أبي رجلاً لا أريده وترك عمّ ولدي، فأخذ مني ولدي، فدعا النبيّ صلى الله عليه وسلم أباها، فقال: أنت الذي لا نكاح لك، اذهبي فأنكحي عمّ ولدك"[٣].

فدلّ الحديث على سقوط حضانة الأم المتزوجة بغير ذي رحمٍ محرمٍ للولد، فإنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم لم يُنكر على العم أخذ الولد منها لما تزوجت، وإنّما زوجها

---

[١]- أبو داوود السجستانيّ، سُنن أبي داوود، المرجع السابق، ج٣، باب من أحق بالولد، حديث رقم (٢٢٧٦)، ص٥٨٨.

[٢]- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح مُنتقي الأخبار، الطبعة الأخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ج٦، ١٩٧١، ص٣٦٩.

[٣]- ظفر أحمد العُثماني التّهانوي، إعلاء السُّنن، تحقيق: محمّد العزازي، دار الكتب العلمية، لبنان،بيروت، ج١١، حديث رقم (٣٤١٤)، ص٣١٨.

العم لتبقى لها الحضانة، فدلّ ذلك على سقوط الحضانة بالنكاح من أجنبيّ، وبقائها إذا تزوجت بذي رحمٍ محرمٍ أو بمن هو من أهل الحضانة[١].

- **عمل الصحابة:** استدلوا بما جاء عن سعيد بن المسيب أنّه قال: طلق عمر رضي الله عنه أم ابنه عاصم فلقيها ومعها الصبيّ، فنازعها وارتفعا إلى أبي بكرٍ الصديق رضي الله عنه، فقضى أبو بكرٍ بعاصمٍ بن عمر لأمّه ما لم يشبّ أو تتزوج، ووافقه عمر رضي الله عنه، وكان ذلك بحضور عددٍ من الصحابة فلم يُنكر عليه أحد ذلك[٢].
- **الإجماع:** قال صاحب سُبل السلام: "إنّ سقوط حضانة الأم بالزواج أجمع عليه جماهير أهل العلم"[٣].
- **المعقول:** إذا تزوجت الحاضنة فإنّها تصبح مشغولةً بحقوق زوجها عن الحضانة، ودلت الحوادث أنّ الصغير قد يلحقه الجفاء والأذى من زوج الأم، مما يجعلها في حرجٍ شديدٍ بسبب محضونها. وإنّ زوج الأم الأجنبيّ عنه يكره صغير زوجته بحكم العادة، فتتعقد نفسية الصغير، ويقع عليه الضرر. ويتعارض هذا مع الغرض المقصود من الحضانة؛ لأنّها شرعت لمصلحة الصغير، ومن مصلحته أن يعيش بين من يألفه ولا يحقد عليه. كما قد يشعر الصغير بالغيرة لحاجته إلى الاستقلال بأمّه. أمّا إذا تزوجت عمّ الصغير أو

---

[١]- التّهانوي، إعلاء السُّنن، ص٣١٨. الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ص٣٧٠.

[٢]- خليل أحمد السّهارنفوري، بذل المجهود في حلّ أبي داوود، المجلد الخامس، دار الفكر للطباعة والنشر، ٢٠١٥، كتاب الطلاق، ص١٩٩.

[٣]- الصّنعاني، سُبل السّلام، المرجع السابق، ص٢٩٥.

كانت جدته مع جدّه، فإنّ هذا لا يمنع استحقاقها الحضانة، لأنّه تتوافر فيه الشفقة على الصغير لوجود القرابة الباعثة على العطف.

ب. عدم سقوط الحضانة بالزواج مطلقاً: يرى الحسن البصري، أنّه لا اعتبار لهذا الشرط –يقصد شرط الزواج للحاضن– ولا يمنع من استحقاقها الكفالة[١]. ويؤيده في ذلك أيضاً ابن حزم بالقول: "إنّ الأم أحقُّ بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض أو الاحتلام مع التمييز، وصحة الجسم سواء كانت أمة أو حُرّة، تزوجت أو لم تتزوج، ولم يأتِ نصٌ صحيحٌ بأنّ الأم إن تزوجت يسقط حقها في الحضانة"[٢].

كما استدلّ أصحاب القول الثاني بأدلةٍ عدةٍ من القرآن الكريم، والسّنة والمعقول، سأوردها تباعاً.

- **من القرآن الكريم:** إنّ الآيات التي وردت في القرآن الكريم لإثبات الحضانة للأم، جاءت عامةً ولم تفرق بين الأم المتزوجة وغير المتزوجة. ولم يرد نصٌ صحيحٌ يُخصص هذا العموم[٣]. ومن هذه الآيات قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ..﴾ (الآية٢٣٣)، من سورة البقرة. وقوله

---

[١]- الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج١١، ص٥٠٤.

[٢]- ابن حزم الأندلسي، المحلّى بالآثار، المرجع السابق، ج١٠، أحكام الحضانة، مسألة٢٠١٠، ص١٤٣.

[٣]- العام هو اللفظ الذي يدل بحسب وضعه اللغوي على شموله واستغراقه لجميع الأفراد، التي يصدق عليها معناها من غير حصرٍ في كميةٍ معينةٍ منها، كلفظ كل عقد يشترط لانعقاده أهلية المتعاقدين، هو لفظ عام يشمل كل ما يصدق عليه أنّه عقد. عبد الوهاب خلاّف، علم أصول الفقه، دار القلم للطباعة والنشر، القاهرة، ط٨، ص١٨٣.

تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ (الآية ٢٣)، من سورة النساء.

والربيبة: "هي بنت امرأة الرجل من غيره، وقد بيّن الله سبحانه وتعالى أنّ الربيبة تحرم على زوج أمها إذا دخل بالأم"[١]، وبيّن أيضاً أنّ الربيبة تكون في حجر الزوج أي في بيته، وتحت رعايته، فدلّ ذلك أنّ المحضونة تكون مع أمها في بيت زوجها سواء كان قريباً لها أو بعيداً عنها. يقول ابن حزمٍ: "ولا فرق في النظر والحياطة بين الربيب زوج الأم، والربيبة زوجة الأب، بل في الأغلب الربيب أشفق وأقل ضرراً من الربيبة، وإنّما يُراعى في كُل ذلك الدين ثمَّ صلاح الدنيا فقط"[٢].

- **من السنُّة النبويّة الشريفة:** عن البراء بن عازب أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم، قضى في ابنة حمزة لخالته، وقال: "الخالة بمنزلة الأم"[٣]. حيثُ اختصم كل من علي وجعفر وزيد بن حارثة رضي الله عنهم، فقال علي: أنا أخرجتها وهي ابنة عمي، وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي –أي

---

[١]- عماد الدين أبو الفداء اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم المعروف بتفسير ابن كثير، دار الفكر، ج١، ص٥٣١.

[٢]- ابن حزم الأندلسي، المحلّى بالآثار، المرجع السابق، ص١٤٦.

[٣]- أبو محمّد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنُن الترمذي (الجامع الصحيح)، تحقيق: خالد عبد الغني محفوظ، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، كتاب البر والصلة، باب في برّ الخالة، حديث رقم (١٩٠٤)، ص٤٦٨.

زوجتي- وقال زيد بنت أخي؛ لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم آخى بينه وبين حمزة، فقضى بها النبيّ صلى الله عليه وسلم لخالتها، على الرغم من أنّها متزوجة، ولم يُسقط عنها الحضانة [١].

ولم يأخذ ابن حزم بهذا الحديث، وإنّما ضعّف سنده، واستدلّ بحديثٍ آخر، وهو ما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه، أنّه قال: "قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المدينة ليس له خادم فأخذ أبو طلحة بيدي، فانطلق بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله، إنّ أنساً غلامٌ كيّسٌ فليخدمك، فقال: فخدمته في السفر والحضر"[٢].

ووجه الدلالة: أنّ أنساً كان في حضانة أمّه، ولها زوج وهو أبو طلحة بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فدلّ ذلك أنّ زواج الأم لا يمنع حضانتها، ويقول في ذلك: "لا يسقطُ حقُّ الْأُمِّ فِي الحضانةِ بزواجها إذا كانَتْ مَأْمُونَةً وكانَ الَّذي تَزَوَّجها مأْموناً – فَلِلنُّصُوصِ الَّتِي ذَكَرْنَا وَلَمْ يَخُصَّ – عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ – زواجها من غير زوجها"[٣].

ج. إعطاء القاضي صلاحية إسقاط الحضانة من عدمها: يرى ابن عابدين من الحنفية: سقوط الحضانة بالزواج، لدفع الضرر عن الصغير، "فينبغي للمفتي أن يكون

---

[١]- الصّنعاني، سُبل السّلام، المرجع السابق، ص٣٠١، "وظاهره أنّ حضانة الخالة المزوّجة أولى من الرجال".

[٢]- أحمد بن إسماعيل بن عُثمان بن محمّد الكوراني، الكوثر الجاري إلى رياض حديث البخاري، ضبطه: محمّد بن رياض الأحمد، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ج٥، كتاب الوصايا، باب استخدام اليتيم في السفر والحضر، حديث رقم (٢٧٦٨)، ص٤٠٦.

[٣]- ابن حزم الأندلسي، المحلّى بالآثار، المرجع السابق، ص١٤٦.

ذا بصيرةٍ ليراعي الأصلح للولد، فإنّه قد يكون له قريبٌ مبغضٌ له يتمنى موته، ويكون زوج أمّه مشفقاً عليه، يعزُّ عليه فراقه فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك. وقد تكون له زوجة تؤذيه أضعاف ما يؤذيه زوج أمّه الأجنبي، وقد يكون له أولاد يُخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم، فإذا علم المفتي أو القاضي شيئاً من ذلك، فلا يحل له نزعه من أمّه، لأنّ مدار أمر الحضانة على نفع الولد"[(١)].

أرى ترجيح رأي ابن عابدين من الحنفية–سيّما مع الخلاف الحاصل في الأدلة–، من خلال إعطاء القاضي سلطةً تقديريةً للقول بسقوط الحضانة أو عدم سقوطها، تحقيقاً لمصلحة الصغير. إذ لا يستقيم القول بسقوط الحضانة مطلقاً، فقد يكون زوج الأم حريصاً على الطفل، محباً له، سواء كان هذا الزوج قريباً للصغير أو أجنبياً عنه.

لذا، فيمكن أن يُطلق الرأي لقاضي الموضوع لكي يفصل في موضوع الحضانة، فيراعي مصلحة الصغير، فإذا وجد أنّ المصلحة تقتضي وجود الطفل مع أبيه أو غيره من عصبته أبقاه معهم، وأسقط عن الأم الحضانة، أمّا إن وجد أنّ بقاءه مع أمّه وزوجها الذي يُشفق عليه، ويُراعي مصالحه أنفع له، أبقاه معها، سيّما إذا وجد أنّ أباه متزوجٌ من امرأةٍ، ووجود الطفل معها لن يُحقق له المصلحة، أو كان من يُطالب بالحضانة رجلٌ آخر غير الأب كالعم أو الجد مثلاً، فيوازن القاضي بين هذه الاعتبارات، ويتخذ ما يراه مُحققاً لمصلحة الصغير. بمعنى أنّ زواج الأم من رجلٍ آخر

---

(١)- ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٦٦.

لا يُعدُّ وحده سبباً لإسقاط حقها بالحضانة، وإنّما يُترك الأمر للقاضي، فله أن يبقي الصغير مع أمّه إن استدعت مصلحته ذلك.

٢. وقت سقوط الحضانة بالزواج: اختلف الفقهاء القائلون بسقوط الحضانة بالزواج، حول الوقت الذي تسقط فيه الحضانة. فذهب بعضهم إلى سقوطها بمجرد العقد، والبعض الآخر بالدخول، وسأوضح ذلك.

أ. سقوط الحضانة بمجرد العقد: يرى الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، سقوط الحضانة بمجرد العقد، ولا يُشترط الدخول، لأنّه بمجرد العقد يملك الزوج منافع الاستمتاع بها، وتكون مشغولةً عن الولد بالاستعداد للدخول والأخذ في أسبابه، لذا لا يُسلّم الولد إليها.

ب. سقوط الحضانة بالدخول: يشترط المالكية في الحاضنة إن كانت أنثى[٤]، أن تكون خاليةً من زوجٍ دخل بها، لذا يُشترط الدخول لسقوط الحضانة، لأنّه لا يوجد

---

[١]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٥، ص٢١٠، "ألّا تكون متزوجة بغير رحمٍ محرمٍ للمحضون، لأنّ الأجنبي ينظر إلى ولدها شذراً، ويُبطن له الكراهة، سواء دخل بها، أو لم يدخل".

[٢]- محمّد الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٥٩٦، "ولا ناكحة زوج (غير أبي الطفل)، وإن لم يدخل بها". الأنصاري، الغرر البهية، ج٨، ص٥٨٦، "ومبطل لحضانتها نكاح من لا حق له في حضنه، وإن لم يدخل بها الزوج لخبر (أنتِ أحق به ما لم تنكحي)".

[٣]- المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج٢، ص١٦٤٩، "حيثُ أسقطنا حضانتها بالنكاح، فالصحيح من المذهب: أنّه لا يُعتبر الدُّخول. بل يسقط حقّها بمجرّد العقد". البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص٤٩٩، "فتسقط حضانتها من حين العقد لأنّ بالعقد ملك منافعها".

[٤]- الخرشي، حاشية الخرشي، المرجع السابق، ج٤، ص٢١٣، "ومن شروط الحاضنة إذا كانت أنثى أن تكون خالية من زوج دخل بها".

قبل الدخول ما يقتضي انشغال الأم عن الولد، فيتحقق انشغال الأم حقيقةً بالدخول[١].

والذي يترجح لدي رأي السادة المالكية، ففي حال أراد القاضي أن يُسقط الحضانة-في حال استدعت مصلحة المحضون ذلك- يجب أن يكون ذلك بعد حصول الدخول، كي يتسنى للقاضي أن يتخذ القرار المناسب.

٣. مدى عودة الحضانة للحاضنة عند طلاقها أو وفاة زوجها: انقسم الفقهاء إلى رأيين في هذه المسألة:

أ. عودة الحضانة: يرى الحنفية أنّه "إذا مات عنها زوجها أو أباها عاد الحق في الحضانة، لأنّ المانع قد زال فيزول المنع، وتكون هي أولى ممن هي أبعد منها"[٢]. أمّا الشافعية فلهم قولان: "يعود حقها في الحضانة، ولو كان هذا الطلاق رجعياً، والعدة قائمة، لزوال المانع"[٣]. وفي روايةٍ أخرى عن المزني من أصحاب الشافعي، "إن كان الطلاق رجعياً لم تكن لها الحضانة، لأنّ النكاح باقٍ"[٤]. بينما يرى الحنابلة أنّه إذا طلقت الزوجة، ولو طلاقاً رجعياً عاد حقها في الحضانة، ولو لم تنقضِ عدتها؛ لأنّه

---

[١]- القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، المرجع السابق، ص٦٢٦، "وإذا تزوجت الأم لم ينزع منها ولدها حتى يدخل بها زوجها".

[٢]-الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج٥، ص٢١١.

[٣]-الأنصاري، الغرر البهية، ج٨، المرجع السابق، ص٥٨٦.

[٤]- الشيرازي، أبي اسحاق، المهذّب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمّد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ط١، ١٩٩٦، كتاب النفقات، باب الحضانة، ج٤، ص٦٤٢.

إذا زال المانع عاد الحق في الحضانة، والمانع هو إمساك الولد في بيت المبغضين له وقد ارتفع[١].

ب. عدم عودة الحضانة: يرى المالكية أنّه لا تعود الحضانة للحاضنة عند طلاقها، لانقضاء حضانتها بالزواج[٢].

أرى ترجيح رأي السادة المالكية بعدم عودة الحضانة، في حال طلاقها أو موت زوجها –عندما يقضي القاضي بإسقاط حضانتها للزواج– لأنّ الحاضنة قد تتزوج مرة أخرى، وهذا قد يؤدي إلى الإضرار بالصغير سيّما من الناحية النفسية، فبعد أن اعتاد على حاضنته لا يُمكن نزعه منها وإعادته إلى الحاضنة الأولى.

ثانياً: الموقف القانوني

أخذت بعض التشريعات بالموقف الفقهي القائل بإسقاط حضانة الأم في حال زواجها من أجنبي عن المحضون، بينما قررت تشريعات أخرى عدم إسقاط الحضانة في حال الزواج. وفيما يأتي توضيح ذلك:

١. عدم إسقاط الحضانة بالزواج: ذهب المشرّع العراقي إلى عدم إسقاط حضانة الأم في حال زواجها، وفقاً (للمادة٥٧/٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، والتي تنص: "لا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها"، وهو ما أكدته أيضاً (المادة٥٧/٩): "إذا مات أبو الصغير فيبقى الصغير لدى أمه، وإن تزوجت بأجنبيّ

---

[١]- المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج٢، ص١٦٥٠، "إذا زالت الموانع عادوا إلى حقوقهم، فإذا طلقت من الأجنبي طلاقاً رجعياً ولم تنقض العدّة فيرجع إليها حقُّها من الحضانة".

[٢]- القرطبي، الكافي، المرجع السابق، ص٦٢٦، "فإن طلقها لم يكن لها الرجوع عند مالك في الأشهر عندنا من مذهبه".

عنه من العراقيين بشرط: أ. أن تكون الأم محتفظةً ببقية شروط الحضانة ب. أن تقنع المحكمة بعدم تضرر الصغير مع بقائه مع الأم ج. أن يتعهد زوج الأم حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الإضرار به. وإذا أخلّ زوج الأم بالتعهد المنصوص عليه فيكون ذلك سبباً لطلب التفريق من قبل الزوجة".

فالمشرع العراقي صرّح بعدم سقوط الحضانة عن الأم في حال زواجها من حيث المبدأ، آخذاً برأي الحسن البصري، وابن حزم، لكنّه جاء بشروطٍ من أجل التحقق من تحقيق مصلحة المحضون في بقاء الصغير مع أمه.

لكن يُثار التساؤل الآتي: لِمَ وضع المشرّع العراقي الشروط السابقة في حال وفاة والد الصغير، ولم يشترط هذه الشروط عند طلاق الأم، وفقاً (للمادة٥٧/٢)؟!

في الواقع إنّ المحاكم العراقية لا تفرق في تطبيق هذه الشروط بين ما إذا كان أبو المحضون على قيد الحياة أو متوفى[١]. لذا، أعتقد بأنّه يُمكن أن يضع هذه الشروط في الحالتين، سواء كان أبو الصغير متوفى أم كان على قيد الحياة، بمعنى أن تكون هذه الشروط بمثابة وسيلةٍ إضافيّةٍ كي يتأكد القاضي من توافر مصلحة الصغير ببقائه مع زوج أمه.

وأيّد ذلك القضاء العراقي، إذ جاء في قرارٍ لمحكمة التمييز العراقية: "إنّ المدّعى عليها لم تفقد شرطاً من شروط الحضانة، حيثُ إنّ زواجها بأجنبيّ عن المحضون لا

---

[١]- نشوان زكي سلمان، الحضانة وشروط ممارستها، المرجع السابق، ص٩٠.

يُعدُّ سبباً لإسقاط الحضانة وفقاً (للمادة٢/٥٧)"[١]. وجاء في قرارٍ آخر: "إنّ الأم أحق بحضانة الولد، وتربيته، ولا تسقط حضانتها بالزواج"[٢].

وسارت المحاكم المصرية على تطبيق رأي ابن عابدين، بإعطاء القاضي سلطة تقديرية في إسقاط الحضانة من عدمها، حيثُ جاء في بعض أحكامها: "إذا كانت البنت المحكوم بضمها في الرابعة من عُمرها، ولا توجد لها حاضنةٌ من النساء سوى أمها المتزوجة من أجنبيّ، فإنّ الضرر المتوقع بها من وجودها مع والدتها أخف وأقل بكثير من الضرر الذي يُصيبها من وجودها في بيت أبيها المتزوج، الذي سيعهد بها إلى زوجته بحكم انشغاله بعمله طول النهار؛ ذلك لأنّ حق الأم في الحضانة وإن سقط بزواجها بالأجنبيّ فقد تتعين للحضانة في بعض الحالات "[٣].

وقضى أيضاً بأنّه: "وإن كان من المسلّم به أنّ تزوج الأم بأجنبيّ عن الصغير مُسقطٌ لحضانتها، لأنّ زوج الأم من شأنه أن يُعطي الصغير نذراً، وينظر إليه شذراً. إلّا أنّ القاضي يجب أن ينظر في خصوص الوقائع، ويُحقق في كُل حالة مصلحة المحضون، لأنّ مدار الحضانة على نفع المحضون، وقد تكون مصلحته في حالاتٍ أن يبقى مع أمّه ولا يُسلّم إلى عاصبٍ إذا كان بهذا العاصب ما يدعو إلى ذلك، لأنّ

---

[١]- محكمة التمييز العراقية، قرار رقم (٣٥٥٤)، غرفة الأحوال الشخصية، تاريخ ٢٠١٢/٧/٢٤. أشار إليه، نشوان زكي سلمان، الحضانة وشروط ممارستها، المرجع السابق، ص٨٩.

[٢]- محكمة التمييز العراقية، قرار رقم (٢٨٩٦)، غرفة الأحوال الشخصية، لعام ١٩٩٩. منشور لدى، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، عدد١، لعام١٩٩٩، ص٣٥١. أشار إليه، حسين رجب مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص١٥١.

[٣]- محكمة الإسكندرية الابتدائيّة، الدعوى رقم (٥١٥)، تاريخ ١٩٥٨/٢/١٧، أشار إليه، رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص٢٩٥.

الضـرر الأخـف يتحمّـل في سـبيل دفـع الضـرر الأشـد، وهـذه قاعـدة في الأصـول مسلمة"[١].

كمـا أيّدت محكمـة النقض المصرية ذلـك بـالقول: "خلـوّ الحاضـنة مـن الـزوج الأجنبي كشرطٍ من شروط صلاحيتها للحضانة يخضع لتقدير القاضي، فله أن يُبقي الصـغير في يـدها إذا اقتضـت مصـلحته ذلـك، اتقـاءً لأشـد الأضـرار بالاكتفـاء بأخفها"[٢]، وهو رأي ابن عابدين من الحنفية.

وتجـدر الإشـارة إلى أنّ المشـرّع الفرنسـي قـد قـرر في (المـادة٢٧٨) مـن القـانون المدني الفرنسي، أنّ السلطة الأبوية (الحضانة)، تمارس من الأبوين بشكلٍ مشتركٍ من قبل كلا الوالدين وقد يُعيّن القاضي، في حالة عدم وجود اتفاق ودي، أو إذا كان هذا الاتفاق يتعارض مع مصلحة الطفل، يعين القاضي الوالد الذي يقيم معه الأطفال في المعتاد، ويجوز للقاضي أن يعهد بممارسة السلطة الأبوية لأحد الوالدين تحت رقابة الوالد الآخر[٣]، فالأصل في القانون الفرنسي أنّ الحضانة تكون مشتركةً بين الأب والأم، وفي حال تبيّن للقاضي أنّ الاتفاق يتعارض مع مصلحة الطفل يمكن أن يحدد الوالد الذي يقيم عنده.

---

[١]- محكمة المينا الابتدائية، الدعوى رقم (٢٤)، تاريخ ١٩٥٨/٦/٢٣، أشار إليه، محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص٧١.

[٢]- محكمة النقض المصرية، الطعن رقم (٧٥)، لعام ١٩٥٣، أشار إليه، محمّد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحضانة، المرجع السابق، ص٣٣.

[3]-L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle. Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents Les parents peuvent, de leur propre initiative ou à la demande du juge, présenter leurs observations sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale

كذلك نصّت (المادة٢٤)، من قانون الأسرة الروسي على أنّه: "في حال فسخ الزواج في المحكمة، يجوز للزوجين التقدم للمحكمة باتفاق حول أي من الأطفال القاصرين سيعيش معهم، وإذا لم يكن هناك اتفاق بين الزوجين، وكذلك إذا ثبت أن هذا الاتفاق ينتهك مصالح الأطفال أو أحد الزوجين، يجب على المحكمة: تحديد أي من الوالدين سيكون لديهم القاصرون"[١]. ونصت (المادة٦٥/٣) على: "يتم تحديد مكان إقامة الأطفال ذوي الوالدين المنفصلين باتفاق الآباء والأمهات. وفي حالة عدم وجود اتفاق، يتم حل النزاع بين الوالدين من قبل المحكمة على أساس مصالح الأطفال ومع الأخذ بالحسبان آراء الأطفال. في هذه الحالة، تأخذ المحكمة في الاعتبار عاطفة الطفل لكل من الوالدين والإخوة والأخوات، سن الطفل، والصفات الأخلاقية الشخصية للآباء والأمهات، والعلاقات القائمة بين كل من الوالدين والطفل، وإمكانية تهيئة الظروف للطفل لتعليم وتطوير(نوع النشاط، ساعات عمل الوالدين، الحالة المادية والزواجية للآباء، إلخ)"[٢].

---

[1]- решения о расторжении брака При расторжении брака в судебном порядке супруги могут представить на рассмотрение суда соглашение о том, с кем из них будут проживать несовершеннолетние дети ،в случае, если установлено, что данное соглашение нарушает интересы детей или одного из супругов, суд обязан: определить, с кем из родителей будут проживать несовершеннолетние дети после развода

[2]-Место жительства детей при раздельном проживании родителей устанавливается соглашением родителей. При отсутствии соглашения спор между родителями разрешается судом исходя из интересов детей и сучетом мнения детей. При этом суд учитывает привязанность ребенка к каждому из родителей, братьям исестрам, возраст ребенка, нравственные и иные личные качества родителей, отношения, существующие между каждым из родителей и ребенком, возможность создания ребенку условий для воспитания и развития (род деятельности, режим работы родителей, материальное и семейное положение родителей и другое).

فأعطى القانون الروسي سلطة للأبوين لتحديد شروط الحضانة فيما بينهم، ومن ثمّ أعطى للقاضي سلطة التدخل في حال وجد أنّ هذا الاتفاق ينتهك مصالح الأطفال، وتكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة، فإذا وجد القاضي أنّ بقاء الطفل مع أمّه المتزوجة سيضر به فيمكن أن يقرر نقل الطفل للأب.

٢. إسقاط الحضانة عند الزواج بغير محرم: اشترط المشرّع الإماراتي في الحاضنة أن تكون خاليةً من زوجٍ أجنبيٍّ عن المحضون، دخل بها، إلّا إذا قدرت المحكمة خلافاً لذلك لمصلحة المحضون (المادة١٤٤)، من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

فالمشرّع الإماراتي أخذ من حيث المبدأ بإسقاط الحضانة عن الأم عند زواجها بزوجٍ أجنبي عن الصغير، وهو رأي جمهور الفقهاء، كما اشترط دخول الزوج بالأم ولم يكتفِ بالعقد لإسقاط الحضانة، وهو ما أخذه من المذهب المالكي، لكنّه عاد وأعطى القاضي سلطةً تقديريةً لتقرير عدم إسقاط الحضانة تحقيقاً لمصلحة الصغير، وهو رأي ابن عابدين.

وجاء في التطبيق القضائي الإماراتي ما يؤكد ذلك: "من المقرر أنّ ما تقرره المادة (١٤٤) من قانون الأحوال الاماراتي، من أنّه يشترط في الحاضنة أن تكون خاليةً من زوجٍ أجنبيّ عن الصّغير دخل بها، منوط بمصلحة الصّغير وحده، فإذا كان في سنٍ هو بحاجةٍ إلى إبقاء حضانته لأمه رغم هذا الزواج فإنّ زواجها هذا لا يكون

—بمجرده- كافياً لإسقاط حضانتها له، ويكون للمحكمة مع ذلك أن تقضي باستمرار هذه الحضانة ولو تعارض ذلك مع مصلحة الأب"[١].

كذلك، أسقط المشرّع التونسي الحضانة عن الأم عند زواجها من قريبٍ غير محرمٍ عن الصغير، واشترط الدخول لإسقاط الحضانة. كما أجاز للقاضي أن يُقرر عدم الإسقاط إذا رأى أنّ مصلحة الصغير تستدعي ذلك، وجاء باستثناءاتٍ على هذا المبدأ —استقاها من المذهب المالكي- فأجاز للقاضي أن يبقي الحضانة لدى الأم، في حال سكت من له الحق في الحضانة عن المطالبة بها مدة عام، بعد علمه بالدخول، أو كانت الأم مرضعاً، أو كانت أمّاً وولية في آنٍ واحدٍ، وذلك وفقاً (للفصل٥٨)، من قانون الأسرة التونسي.

ويوضّح ذلك القضاء التونسي بالقول: "يكون للمحكمة وحدها السلطة التقديرية في تحديد تأثير فقدان تلك الشروط على مصلحة الصغير، فالإسقاط ليس آلياً، إذ قد تقتضي مصلحة الصغير في بعض الحالات الإبقاء على حضانة الحاضن رغم غياب أحد شروط الإسناد، كزواج الأنثى بغير محرم"[٢]. وجاء في قرارٍ آخر: "يُشترط في مستحقة الحضانة أن تكون خالية من زوجٍ دخل بها"[٣].

---

[١]- محكمة التمييز بدبي، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (٤٣)، لعام٢٠١٠. أشار إليه، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص٦٩.

[٢]- محكمة التعقيب التونسية، قرار رقم (٥٧٤٦٦)، تاريخ ١٩٩٧/٤/٢٢. أشار إليه، المهدي قيّاس، القاضي المدني وحماية القاصر، المرجع السابق، ص٦٤.

[٣]- محكمة التعقيب التونسية، قرار رقم (٢٣٠٠)، تاريخ ١٩٦٤/٣/٣١، مجلة القضاء والتشريع، عدد٩، ص٣١. أشار إليه، المهدي قيّاس، القاضي المدني وحماية القاصر، المرجع السابق، ص٦٤.

أمّا المشرّع المغربي فقد ميّز بين زواج الحاضنة غير الأم، وبين زواج الحاضنة الأم، إذ نصّت (المادة١٧٤)، من قانون الأسرة المغربي على أنّ: "زواج الحاضنة غير الأم، يُسقط حضانتها إلّا في الحالتين الآتيتين: ١. إذا كان زوجها قريباً محرماً أو نائباً شرعياً للمحضون ٢-إذا كانت نائبةً شرعيةً عن المحضون"[١]. فجعل المشرّع المغربي الأصل سقوط حضانة غير الأم عند زواجها، إلّا إذا كان الزوج محرماً للمحضون أو نائباً شرعياً عنه، أو كانت هي نائباً شرعياً عن الصغير.

في حين نصّت (المادة١٧٥) على: "زواج الحاضنة الأم لا يُسقط حضانتها في الأحوال الآتية: ١. إذا كان المحضون صغيراً لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها، ٢. إذا كانت بالمحضون علةٌ أو عاهةٌ تجعل الحضانة مستعصيةً على غير الأم، ٣. إذا كان زوجها قريباً محرماً أو نائباً شرعياً للمحضون، ٤. إذا كانت نائباً شرعياً للمحضون. ٤. سكوت من له الحق في الحضانة مدة السنة بعد علمه بالبناء[٢]، إلّا إذا كان سكوته لأسبابٍ قاهرة"[٣].

فكذلك، بعد أن قرر المشرّع المغربي إسقاط حضانة الأم المتزوجة جاء باستثناءاتٍ على ذلك، تحقيقاً لمصلحة الصغير. ووسع هذه الاستثناءات في حال حضانة الأم عن الحالة التي تكون الحاضن غير الأم.

---

[١]- تنص (المادة٢٣٠)، من قانون الأسرة المغربي على: "يقصد بالنائب الشرعي: ١. الولي وهو الأب والأم والقاضي، ٢. الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم ٣. المقدم وهو الذي يُعينه القاضي".

[٢]- البناء: يعني الزواج.

[٣]- تنص (المادة٢٣٨)، من قانون الأسرة المغربي على: "يُشترط لولاية الأم على أولادها: ١. أن تكون راشدة ٢. عدم وجود الأب بسبب غيابٍ أو فقدانٍ للأهلية، أو غير ذلك، ويجوز للأم تعيين وصي على الولد المحجور".

وقد قرر مجلس القضاء الأعلى المغربي على أنّ: "الزواج من قريب الصغير، وهو ذو رحمٍ محرمٍ منه، لا يُسقط حضانتها، لأنّ الطفل سيكون عند من يعطف عليه في الغالب"[١].

وقررت المحكمة الابتدائية المغربية في قضيةٍ أخرى عدم إسقاط حضانة الأم المتزوجة من زوجٍ أجنبيٍّ عن الصغير. "حيثُ إنّ المدّعى عليها أجابت بكون البنت المحضونة مصابةً بمرض القلب، ويُغمى عليها باستمرارٍ وأنّها نتيجةً لذلك بحاجةٍ مستمرةٍ إلى من يرعاها ويناولها أدويتها، وهو ما تأكد بالشهادة الطبية المبرزة في الدعوى، وحيثُ إنّ المدّعي يعمل كبائعٍ متجولٍ في الأسواق الأسبوعية، مما يتضح معه أنّ عمله يُحتم عليه الغياب باستمرارٍ عن البنت طيلة اليوم، مما يتعذر عليه مراقبة أحوال ابنته باستمرار وتتبع حالتها الصحية، ويُضاف أنّ زوجته مهما كانت حنونة ورؤوفةً بالبنت لن تحل محل والدتها، ولن تمنحها الرعاية الكافية التي تتطلبها صحتها المتدهورة، وحيثُ إنّ المعمول به فقهاً، أنّه إذا كان يُخشى على المحضون أن يُصاب في عقله أو جسمه أو صحته لو نُزع ممن هو في حضانتها فيبقى لها، ولو سقطت حضانتها، وحيثُ إنّه إذا كان زواج الحاضنة يُسقط حضانتها، فإنّ مصلحة المحضون باعتباره أولى بالرعاية والحماية القانونية، لذا تقرر عدم الاستجابة لطلب إسقاط الحضانة"[٢].

---

[١]- المجلس الأعلى للقضاء المغربي، قرار رقم (٢٣٥٦)، تاريخ ١٩٨٤/٣/٢٦، مجلة القضاء والقانون، عدد (١٣٥-١٣٦)، أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٥٦٥.

[٢]- المحكمة الابتدائية لأكادير، حكم رقم (٩٨/٣٥٢)، تاريخ ١٩٩٨/٦/٤، أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٥٣٧.

وتقرر أيضاً، حيث إنّ هذه المحكمة بعد اطلاعها على وثائق الملف ومحتوياته على الصعيد الابتدائي والاستئنافي ودراساتها لعلل الحكم المستأنف، وما أثير بشأنه من أسبابٍ، تبين لها بأن مانعاه المستأنف على الحكم غير مؤسسٍ، لأنّ الثابت من أوراق الملف أنّ سن المحضون لا يتجاوز ٥ سنوات وأنّه ظل بعد طلاق والدته تحت حضانتها ورعايتها، وأنّ مقتضيات الفصل ١٧٥ من مدونة الأسرة صريحة في أنّ الأم إذا كانت حاضنةً فإنّ حضانتها لا تسقط، ولو تزوجت بأجنبيٍّ مادام سن المحضون لم يتجاوز ٧ سنوات، وأنّ مقتضيات الفصل المذكور جاءت رعايةً لمصلحة المحضون وحفاظاً على نفسه في هذه السن المبكرة لتعلقه بأمه أكثر من أيٍّ كان، وهي الأقرب لحضانته من غيره[١].

وفي الاتجاه ذاته سار المشرّع الجزائري في (المادة٦٦)، من قانون الأسرة: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريبٍ محرمٍ...". فالمشرّع الجزائري ساير الاتجاه الفقهي القائل بسقوط الحضانة بالزواج من أجنبي عن الصغير، لكنّ المشرّع الجزائري يختلف عن التشريعات السابقة في أنّه جعل السقوط واجباً بالزواج، ولم يُعطِ أيَّ استثناءاتٍ على ذلك، كما أنّه لم يُحدد تاريخ السقوط هل بالزواج أم بالدخول!

وقد قررت المحكمة العليا الجزائرية أنّه: "من المقرر من أحكام الشريعة الإسلامية أنّه يُشترط في المرأة الحاضنة –ولو كانت أمّاً– أن تكون خاليةً من الزواج، ومن المقرر قانوناً أنّه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريبٍ محرمٍ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف

---

[١]– قرار محكمة الاستئناف بوجدة، رقم(٢٣٩)، تاريخ ٢٠٠٦/٣/٢٢، ملف رقم(٥٢-٠٥). تاريخ الزيارة، ٢٠٢٠/٤/٢٣.

. http://adala.justice.gov.ma/ar/DocumentViewer.aspx?id=626.htm

هذا المبدأ يُعدُّ خرقاً للقانون"[١]. كما قررت المصادقة على الحكم القاضي بإسناد الحضانة للأم، ورفض طلب الحضانة للجدة لأب لعدم ثبوت زواج الأم بأجنبيٍّ عن المحضون[٢].

وبالعودة إلى قانون الأحوال الشخصيّة السوري وتعديلاته، فإنّ المشرّع السوري قد نصّ في (المادة١٣٨)، من القانون رقم (٥٩)، لعام ١٩٥٣ على: "زواج الحاضنة بغير قريبٍ محرمٍ من المحضون يُسقط حضانتها". فكان يُقرر المشرّع إسقاط الحضانة وجوباً عن الأم عند زواجها. وقد جاء في الاجتهاد القضائي أنّ إسقاط الحضانة عن الأم لزواجها من أجنبيٍّ من النظام العام[٣]. وجاء في قرارٍ آخر إنّ زواج الأم من أجنبيٍّ يسقط الحضانة رغم أنّ زوج الأم يُصبح محرماً لابنتها[٤]. وأنّ إقرار المدّعى عليها بأنّها متزوجةٌ بغير قريبٍ محرمٍ من المحضون يُسقط حضانتها[٥]. وأنّ إقامة الجدة لأم مع ابنتها والدة المحضون في منزل الزوج بغير قريبٍ محرمٍ لمدة خمسة أيام في الأسبوع، لا

---

[١]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (٥٤٣٥٣)، تاريخ١٩٨٩/٧/٣. أشار إليه، نشوان زكي سلمان، الحضانة وشروط ممارستها، المرجع السابق، ص٩١.

[٢]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (١٠٢٨٨٦)، تاريخ ١٩٩٤/٤/١٩. سناء عمّاري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص٦٣.

[٣]- محكمة النقض السورية، الغرفة الشرعية، أساس (٦٤٦)، قرار (٦١٨)، لعام٢٠١٥، سجلات محكمة النقض.

[٤]- محكمة النقض السورية، الغرفة الشرعية، أساس (٥٠)، قرار (٢٤٩)، لعام١٩٩٣، سجلات محكمة النقض.

[٥]- محكمة النقض السورية، الغرفة الشرعية، أساس (١٤٧٤)، قرار (١١١٥)، لعام ٢٠٠٩، سجلات محكمة النقض.

يُمكن عدّه من قبيل الإقامة المؤقتة؛ نظراً لغلبة مدة الإقامة فيه، ومما يضر بمصلحة المحضون، وهذا من متعلقات النظام العام الموجب لإسقاط الحضانة[١].

ومن ثمّ أصدر تعديلاً في القانون رقم (٤) لعام ٢٠١٩، فقرر في (المادة١٣٨/٢): "يشترط في المرأة الحاضن زيادة على الشروط الواردة في الفقرة /١/ من هذه المادة أن تكون خالية من زوجٍ أجنبيٍّ عن المحضون، إلّا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون". وتكرر النص ذاته في القانون (٢٠) لعام ٢٠١٩[٢].

فهذا يعني أنّ المشرّع السوري أراد أن يُلطّف من صرامة إسقاط الحضانة بمجرد الزواج، -كما كان يفعل سابقاً- وحيثُ عدّت محكمة النقض هذا الأمر من النظام العام. فأعطى المشرّع القاضي بمقتضى التعديل الأخير سلطةً تقديريّةً ليقرر عدم الإسقاط في حال رأى أنّ مصلحة الصغير تتطلب أن يكون مع أمّه على الرغم من زواجها. وهو أمر جيّد من المشرّع السوري.

لكن من الملاحظ أنّ التشريع السوري لم يحدد وقت إسقاط الحضانة، فهل يكون ذلك بمجردّ العقد أم بالدخول؟

رأينا سابقاً أنّ المشرّعين الإماراتي والتونسي والمغربي، قد حددوا أنّ إسقاط الحضانة يكون بالدخول، وهو ما قرره المذهب المالكي. أمّا المشرّع السوري فقد

---

[١]- محكمة النقض السورية، الغرفة الشرعية، أساس (١١١٩)، قرار (٨)، لعام ٢٠١٩، مجلة المحامون، الأعداد ١-٢-٣-٤، المرجع السابق، ص٢٠٢.

[٢]- وقد نصت (المادة٥٦)، من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية لعام ١٩٨٤، على أنّه: "إذا تزوجت الحاضنة أماً كانت أم غير أم بزوجٍ غير محرمٍ للصغير سقط حقها في الحضانة وانتقل إلى من يليها في الاستحقاق من الحاضنات، فإن لم توجد مستحقة أهلاً للحضانة فلولي الصغير أخذه، ومتى زال المانع يعود الحق للحاضنة المستحقة".

سكت عن ذلك، وبالعودة إلى الاجتهاد القضائي أجدُّ أنّه قرر إسقاط الحضانة بمجرّد العقد آخذاً من الراجح في المذهب الحنفي. حيثُ جاء في قرارٍ لها: "وحيثُ إنّه وسنداً لما تقدّم فإنّ أسباب الطعن ترد على الحكم المطعون به، وذلك لمخالفة المحكمة فيما قضت به لأحكام المادة (٣٨٣) من كتاب الأحكام الشرعية لقدري باشا، والواجب الرجوع إليه لاحتوائه على القول الراجح من المذهب الحنفي سنداً للمادة (٣٠٥)، من قانون الأحوال الشخصية والتي نصّت على أنّه: إذا تزوجت الحاضنة أمّاً كانت أو غيرها بزوج غير محرمٍ للصغير سقط حقها بالحضانة سواء دخل بها الزوج أم لا"[(١)].

أعتقد أنّ على المشرّع السوري أن يأخذ برأي المذهب المالكي، ويساير التشريعات المقارنة، فيقرر إسقاط الحضانة بالدخول وليس بالعقد، لأنّ الفترة بين العقد والدخول قد تطول مما يُتيح بقاء المحضون مع أمّه، ولن يحصل الانشغال الفعلي للأم –وهو المبرر الذي اعتمده الجمهور لإسقاط الحضانة عن الأم بمجرد العقد– لن يكون إلّا بالدخول.

ومما سبق، إنّ المبررات لإسقاط الحضانة في حال الزواج من أجنبيّ عن المحضون هو عدم توافر الشفقة اللازمة من زوج الأم، أو انشغال الأم بالزواج، فإنّ هذه المبررات، وإن كان لها وجهة نظر معتبرة، إلّا أنّه لا يُمكن تعميمها، والأخذ بها بالمطلق، فقد تأتي القسوة من القريب أيضاً، فلم لا نبحث في كل حالة على حدة؟ لذا فقد تنبهت معظم التشريعات المقارنة إلى ذلك، فأسقطت الحضانة عن الأم عند

[(١)]- محكمة النقض السورية، غرفة الأحوال الشخصيّة، أساس (٨٧٥)، قرار (١١٣٩)، تاريخ ٢٠٠٣/٧/٢٣. سجلات محكمة النقض.

زواجها بأجنبيّ، ثمّ جاءت باستثناءاتٍ وأعطت المحكمة سلطة تقديريّة لتقرير العكس، حتى في التشريعين الفرنسي والروسي أعطت هذه التشريعات القاضي سلطة التدخل والبحث عن مصلحة الصغير.

لذا، يجب إعطاء القاضي الصلاحيات الواسعة ليقرر ما يراه محققاً لمصلحة الصغير، ويُمكن أن نضع بعض الاعتبارات التي يُمكن أن يأخذها القاضي بالحسبان عند إصدار قراره في ضوء كل حالةٍ على حدة.

وعلى ذلك، أقترح تعديل صياغة (المادة٢/١٣٨)، لتصبح كالآتي: "يُقرر القاضي إسقاط الحضانة من عدمها عند زواج الحاضنة، والدخول بها، ويُمكن أن يأخذ بالحسبان عدم وجود حاضن سواها، أو سكوت من له الحق في المطالبة بالحضانة أكثر من سنةٍ، وعدم قدرة المحضون على الاستغناء عن حاضنته لعجزٍ أو مرضٍ أو غيره".

الفرع الثاني

مدى تأثير عمل المرأة الحاضنة على حضانتها

سأناقش أثر عمل المرأة على حضانتها في ضوء الفقه الإسلامي (أولاً)، ومن ثمّ سأعرض الموقف القانوني (ثانياً).

أولاً: الموقف الفقهي

سأناقش أثر عمل المرأة على حضانتها في ضوء ما أورده الفقهاء القدامى، والفقه المعاصر.

١. موقف الفقهاء القدامى: عند رجوعي إلى الكتب الفقهية وجدت أنّهم عالجوا هذا الموضوع في معرض حديثهم عن قدرة الأم الحاضنة على الحضانة، وأمانتها، وتفرغها، وعدم انشغالها عن طفلها، بخروجها المتكرر من بيتها، بحيثُ تترك طفلها بدون العناية اللازمة، فيتعرض للأذى والضرر نتيجةً لهذا الإهمال.

وقد تعرّض الحنفية لهذا الموضوع بالبحث، حيثُ جاء في تبيين الحقائق أنّه: "إذا خلع الرجل امرأته وله منها بنت إحدى عشرة سنة فضمتها إليها، وتخرج من بيتها في كُل ساعةٍ، وتترك البنت فله أن يأخذها"[(١)]. وذكر ذلك ابن عابدين أيضاً، في معرض حديثه عن حضانة الفاسقة "إنّ المراد في إسقاط حضانة الفاسقة إن كانت

[(١)]- عثمان بن علي البارعي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية الكُبرى، ط١، القاهرة، ١٣١٣هـ، ج٣، ص٤٩.

فاسقةً فسقاً يلزم معه ضياع الولد عندها، بأن تخرج كل وقتٍ.. والمراد كثرة الخروج وترك الولد بدون عنايةٍ"[١].

كما جاء في شرح فتح القدير: "إذا لم تكن أهلاً للحضانة بأن كانت فاسقةً أو تخرج كُلّ وقتٍ وتترك البنت ضائعةً"[٢]. فدلّ ذلك أنّ مجرد انشغال الأم موجب لإسقاط الحضانة، ومما يؤكد ذلك قولهم: "ولو كانت صالحةً كثيرة الصلاة قد استولت على قلبها محبة الله تعالى وخوفه، حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه، نُزِعَ منها"[٣].

٢. **موقف الفقه المعاصر**: اختلفت الآراء الفقهية المعاصرة حول عمل المرأة، وأثره في الحضانة، حيثُ يرى الأستاذ محمد قطب أنّ عمل المرأة سيؤثر في كيان الأنثى العاملة[٤]، "نتيجةً لانصرافها المادي والذهني والعصبي —عن قصدٍ أو غير قصدٍ– عن مشاغل الأمومة"[٥].

---

[١]- ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٥٤.

[٢]- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج٤، ص٣٣٠.

[٣]- أحمد بن محمد الطحطاوي، حاشية الطّحطاوي على الدُّر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، لبنان–بيروت، ج٥، ص١٠٨، ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٥٤.

[٤]- محمد قطب إبراهيم حسين شاذلي، كاتب إسلامي مصري له عدة مؤلفات، يقيم قبل وفاته بمكة المكرمة. يعتبر محمد قطب علامة فكرية وحركية بارزة بالنسبة للحركة الإسلامية المعاصرة فهو صاحب مؤلفات هامة تؤسس للفكر الإسلامي المعاصر من منطلق معرفي إسلامي مخالف لنظرية المعرفة الغربية، وهو يربط بين الفكر والواقع عبر العديد من مؤلفاته التي حاولت تفسير الواقع أيضاً من منظور إسلامي. https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%AD%D9%85%D8%AF_%D9%82%D8%B7%D8%A8

[٥]- محمّد قطب، التّطوّر والثبات في حياة البشرية، دار الشروق، ١٩٩١، ط٨، ص٢٢٠.

ويُضيف بالقول: "إنّ المرأة ينبغي أن تكون (أنثى)، وينبغي أن تتفرغ لوظيفتها الطبيعية الأولى.. المهمة.. الخطيرة ..المقدسة، ولا تفتن عنها بوظيفةٍ أخرى قد تستطيعها، وقد تتقنها، ولكنّها ليست وظيفتها! وليست من صالحها –كامرأةٍ– أن تستبدل بها وظيفتها، كما أنّه ليس من مصلحة النوع البشري أن تختل وظائف الجنسين فيه، وأن يختل كذلك تركيبهما العضوي فوق اختلال تركيبهما النفسي والعصبي، وتنظيم الأسرة قائمٌ على تلك الفطرة الثابتة التي لا تتبدل إلّا بالانحراف"[١]. فهو يعارض بشدّةٍ عمل المرأة، ويرى أنّه يؤثر سلباً في أمومتها، وسيشغلها عن أطفالها.

كذلك، فإنّ الإمام محمد أبو زهرة يشترط في الحاضنة عدم العمل، "لأنّها إن كانت مُحترفةً لا تُقيم في البيت أكثر النهار والليل لا تكون أهلاً للحضانة، لأنّ هذا الحق إنّما هو لمصلحة الطفل، وتربيته، ورعايته، وصونه، وذلك لا يكون مع العجز أو عدم القيام بالبيت أكثر النهار وطول الليل. على أنّ قدرة المحترفة على الحضانة يترك أمرها لتقدير القاضي، لأنّها مسألةٌ تقديريةٌ"[٢]. فهو يرى أنّ الأصل ألّا تكون المرأة العاملة أهلاً للحضانة، ومع ذلك يُمكن أن يترك أمر تحديد ذلك للقضاء.

وهو ما يقرره الدكتور السرطاوي أيضاً، ففي حال عمل المرأة دون رعاية الصغير وحفظه، فإنّها لا تستحق الحضانة، فالأعمال تختلف بحسب طبيعتها، كما أنّ

---

[١]- محمّد قطب، التّطوّر والثبات في حياة البشرية، المرجع السابق، ص٢٢١.

[٢]- محمّد أبو زهرة، الأحوال الشخصيّة، دار الفكر العربي، ١٩٥٠، ط٢، ص٤٠٧.

الأمر يختلف حسب سن الصغير، لذا، فإنّه يرى أن نترك الأمر للقاضي في تقدير استحقاق الحاضنة لحضانة الطفل[١].

في حين يرى الدكتور عبد الرحمن الصابوني، أنّه "يجب أن نُميّز بين مرحلتين، وهُما: فترة ما قبل الرابعة من العمر، وفترة ما بعد الرابعة إلى السابعة من العُمر.

ففي الفترة الأولى: لا يُمكن أن ينمو الطفل نموه الطبيعي إلّا إذا كان في جوٍّ يملؤه العطف، والحب، والشفقة. فالحاضنة والمربية أو مدارس الحضانة لا يُمكنها أن تكون بديلاً عن الأم في الحضانة. لذا، يجب سقوط حضانة الأم العاملة في هذه الفترة. والمقصود من هذا السقوط، هو مراعاة مصلحة الطفل.

أمّا في الفترة الثانية، فيُمكن للأم أن تنشغل عن طفلها بضع ساعات خلال اليوم، والأمر في ذلك للقاضي، الذي يتمتع بصلاحياتٍ واسعةٍ لتقدير مصلحة الطفل في هذا الأمر"[٢].

---

[١]- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط٣، ٢٠١٠، ص٣٧١-٣٧٢. "يُفهم من تعليل الفقهاء عدم استحقاق المتزوجة حضانة الصغير لانشغالها بحق الزوج عن حضانة الصغير، والمرأة العاملة إن حال عملها دون رعاية الصغير وحفظه ورعايته فإنّها لا تستحق الحضانة، ولما كانت الأعمال مختلفة منها ما يسمح للأم بالإشراف على رعاية ابنها وحضانته، ومنها ما لا يسمح لها بذلك، كما أنّ الأمر يختلف حسب سن الصغير، فإذا كان الصغير مميزاً يقضي وقته في المدرسة في الوقت الذي تكون أمه في عملها، فلا يضيع الولد بذلك، ولا يؤثر عملها في حضانته، فإنّها تستحق الحضانة في مثل هذا الحال. ولذا فإنّني أرى أن يُترك الأمر إلى القاضي في تقدير استحقاقها لحضانة الطفل".

[٢]- عبدالرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية (الطلاق وآثاره)، منشورات جامعة حلب، ج٢، ص٢٣٢.

ومما سبق، أعتقد أنّ الآراء السابقة جديرة بالتأييد، وتجد تأصيلها في المذهب الحنفي الذي منع غياب الأم عن ولدها فترةً طويلةً، تحت طائلة إسقاط حضانتها، لأنّ غياب الأم سيؤثر سلباً على الطفل، ويُعرّضه للضرر. وإنّ وجود الطفل بين مربياتٍ مهملاتٍ، أو في روضاتٍ يعيش في كُلّ غرفةٍ منها عشرات الأطفال بعيدين عن أمهاتهم، لا يجدون حناناً كحنان الأم، وعطفاً كعطفها يُعرضه للضرر أيضاً. وإنّ ترك الطفل في كُلّ يومٍ عند قريبةٍ للأم ليس أقلّ ضرراً على الطفل، إذ يؤثر في شخصيته، ويؤدي إلى ارتباكه. لذا، يمكن أن يُعطى القاضي سلطةً تقديريةً واسعةً في إسقاط الحضانة عن الأم العاملة، في ضوء مصلحة الطفل والظروف المحيطة بالطفل، لأنّ نظام الحضانة حريصٌ على إيجاد أنقى الأجواء، وأسلم السبل، وأفضل البيئات لتربيته تربيةً سليمةً.

ثانياً: الموقف القانوني

لم ينص المشرّعون العراقي والمصري والإماراتي والتونسي والمغربي، على حكم هذه الحالة بخلاف المشرعين السوري والجزائري، إذ نصّا صراحةً على عدم سقوط الحضانة في حال عمل الحاضنة. إذ نصّ المشرّع الجزائري، على ذلك في (المادة٦٧): "لا يُمكن لعمل المرأة أن يُشكّل سبباً من أسباب سقوط الحق في ممارسة الحضانة، ويجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

كما نصّ المشرّع السوري في (المادة٢/١٣٩) على: "لا يسقط حق الحاضنة بحضانة أولادها بسبب عملها إذا كانت تؤمن رعايتهم، والعناية بهم بطريقةٍ مقبولةٍ". ويُلاحظ أنّ المشرّع السوري قصر هذا الأمر على الحاضنة الأم دون سواها من الحاضنات.

ويجب أن يُنظر إلى عمل المرأة في ضوء مصلحة الطفل، فإذا استطاعت الحاضنة التوفيق بين عملها وحضانتها كانت لها الحضانة، فعلى القاضي أن يراعي مصلحة الطفل بدقةٍ، ويجب إعطاؤه صلاحيةً واسعةً في التقدير. فإذا كان الخروج قليلاً ولا يؤثر على الصغير يُمكن أن يقضي ببقاء الحضانة، أمّا إذا رأى أنّ هذا الخروج يُعيق ممارسة الحضانة، ويؤثر في مصلحة الصغير فعندها يسقط الحضانة. فعلى القاضي أن ينظر إلى نوع العمل، وساعات العمل، وعمر الصغير، وهو ما أشار إليه القانون الروسي في المادة(٣/٦٥)، وغير ذلك من الأمور التي تساعد القاضي في التقدير.

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي أجد اختلاف الحكم تبعاً لكل حالةٍ على حده، فالقضاء المصري على سبيل المثال، قرر في حالةٍ: "أنّ مجرد كون الحاضن تقوم بحرفةٍ أو عملٍ لا يسقط الحضانة، إنّما المناط في سقوط الحضانة هو تعرّض الصغير للضياع، والفساد، والإهمال"[١].

وقررت محكمةٌ أخرى إسقاط الحضانة عن الأم لاحترافها العمل: "ولما كان ما تقدم، وكان الثابت لهذه المحكمة من اطلاعها على أوراق الدعوى الماثلة، وما قُدِّم من مستنداتٍ، وما تبيّن لهذه المحكمة من مناقشةٍ، فإنّ والدة البنت المحضونة محترفة لعمل مساعدة طبيبٍ بعيادةٍ خاصّةٍ، يجعلها تترك منزلها وابنتها المذكورة طوال النهار، ولوقتٍ متأخرٍ من الليل، وإنّها منصرفة عن شؤون البنت من حيثُ تربيتها التربية الحسنة، وتقويمها ورعايتها على النحو الذي تقتضيه مصلحتها، ومن ثمّ فإنّ المستأنف عليها،

---

[١]- محكمة أسيوط الشرعية، دعوى رقم (١٢٢٥٦)، تاريخ ١٩٦٢/٩/١٧، أشار إليه، أحمد محمّد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، مكتبة الثقافة، عمّان، ١٩٩٩، ج١، ص٥٠٢.

بهذه المثابة، لا تكون أهلاً لحضانة البنت"[١]. وتقرر أيضاً: "احتراف والدة الصغيرة التمثيل والرقص مسقطٌ لحقها في الحضانة"[٢].

وقرر القضاء الجزائري: "أنّ عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها، ما لم يتوافر الدليل الصحيح على أنّ العمل يحرم المحضون من حقه في العناية والتربية"[٣]. بمعنى أنّ مجرّد العمل لا يسقط الحضانة، وإنّما يجب البحث في تأثير هذا العمل على مصلحة الصغير.

أمّا القضاء السوري، فقد قرر: "انشغال الحاضنة خارج البيت يسلبها حقها في الحضانة، ما دامت مستمرةً فيه"[٤]. في حين أنّ "انشغال الحاضن بالبيع في البيت لا يسقط حقها بالحضانة، لأنّها لا تؤدي إلى العجز عن صيانة الولد صحةً وخُلقاً"[٥]. وإنّ "عمل الحاضنة نهاراً في مؤسسة التبغ يُسقط حقها في الحضانة، ويجعلها غير قادرةٍ على صيانة الولد"[٦]. وتقرر أنّ: "غياب الحاضنة عن الطفل سبع ساعات يومياً

---

[١]- محكمة جنوب القاهرة، دعوى رقم (٥٥٧)، تاريخ ١٩٨٥/١/١٧. موريس صادق، قضايا النفقة والحضانة والطاعة معلقاً عليها بأحدث أحكام القضاء، دار الكتاب الذهبي، القاهرة، ١٩٩٩، ص٥٦.

[٢]- المحكمة الشرعية، دعوى رقم (١٤٩)، تاريخ ١٩٤٩/٩/٢٧، أشار إليه، ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص١٣٥.

[٣]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (٢٧٤٢٠٧)، تاريخ ٢٠٠٢/٧/٣. أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٤٥٠.

[٤]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٣٧٨)، قرار رقم (٣٧٥)، تاريخ ١٩٦١/١٢/١٢. أشار إليه، أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، ص٥٣٣.

[٥]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٢٤٢)، قرار رقم (٢٤٠)، تاريخ ١٩٥٩/٦/٣٠. أشار إليه، أديب استانبولي، المرجع السابق، ص٥٣٣.

[٦]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٤٨٤)، قرار رقم (٤٧٩)، تاريخ ١٩٦٨/١٢/١٦، أشار إليه، أديب استانبولي، ص٥٣٣-٥٣٤.

بسبب عملها يسقط حضانتها"[١]. في حين "إنّ وظيفة المعلمة لا تمنعها من قيامها بالحضانة إذا كان مسموحاً لها بوضع ولدها مع الأولاد الذين تشرف عليهم وتعلمهم"[٢]. فهكذا توسّع القضاء السوري في إسقاط الحضانة عن الأم عند عملها، سيّما إذا كان العمل خارج المنزل، ولساعاتٍ طويلةٍ.

كما تقرر إسقاط الحضانة حتى ولو كانت لدى المحضون خادمة أو مشرفة، والأم منشغلة في العمل، "خروج الحاضنة للعمل يومياً يسقط حقها بالحضانة وإن كان العمل شريفاً وكان للمحضون خادم"[٣]. وجاء أيضاً: "ولما كان ظاهراً من الحكم المطعون فيه أن القاضي رد طلب الطاعنة الحضانة للبنت؛ لأنّها تعمل في الشركة الخماسية منذ الصباح حتى الساعة الخامسة عشرة بعد الظهر. وكان هذا السبب وجيهاً وصالحاً لبناء الحكم عليه، وكان وجود امرأة أخرى تقوم بحضانة البنت عند تغيب الطاعنة عن المنزل لا يجعل الطاعنة أهلاً للحضانة، لأنّ المفروض في الطاعنة أن تكون هي نفسها ذات أهليةٍ كاملةٍ للحضانة دون الاستعانة بالغير"[٤].

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٣٢٧)، قرار رقم (٣٢١)، تاريخ ١٩٦٨/٨/٢٩، أديب استانبولي، المرجع السابق، ص٥٣٤.

[٢]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (١٥١)، قرار رقم (٩٦)، تاريخ ١٩٦٣/٣/١٦، أشار إليه، أديب استانبولي، المرجع السابق، ص٥٣٤.

[٣]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (١٧٦)، قرار رقم (١٧١)، تاريخ ١٩٥٨/٥/١٨، المرشد في قانون الأحوال الشخصية المرجع السابق، ص٥٣٤.

[٤]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٢١٢)، قرار رقم (١٩٨)، تاريخ ١٩٦٨/٥/٢٠، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، أديب استانبولي، ص٥٣٥.

وإذا كان المحضون تلميذاً في المدرسة، وكانت الحاضنة معلمةً فيها وكان موعد خروج الطرفين واحداً لا تسقط الحضانة[١].

فيبدو لي أنّ القضاء السوري –وبحق– قد توسّع في حالات إسقاط الحضانة عند عمل المرأة الحاضن. وعلى ذلك، أقترح إعادة صياغة (المادة١٣٨)، لتصبح كالآتي: "يسقط حق الحاضنة بحضانة أولادها بسبب عملها، إلّا إذا رأى القاضي مستعيناً بالظروف المحيطة، وسن الصغير، أنّ عملها لا يتعارض مع مصلحة المحضون".

وفي الواقع، يُمكن أن يُثار التساؤل الآتي: هل دراسة الأم الحاضن تسقط حضانتها؟ بمعنى آخر هل غياب الأم الحاضن للدراسة يؤثر في حضانتها؟

تُجيب محكمة النقض السوري على ذلك بالإيجاب إذا كانت هذه الدراسة ستؤدي إلى غياب الحاضن عن المنزل فتراتٍ طويلة، وترك المحضون بدون رعايةٍ، حيثُ جاء في قرارٍ لها: "إنّ المحكمة مصدرة قرار الحكم قد استمعت إلى بينة الطرفين وأدلتهما، وحيثُ تمّ استجواب طرفي الدعوى، وسماع شهود بينة الإثبات والبينة المعاكسة، وأقنعت المحكمة بشهودٍ وبينة الإثبات، وبما له أصلٌ في الدعوى، ومما يتعيّن معه اعتبار القناعة كانت مستندةً إلى ما له دليل في الملف من البيانات الرسمية المبرزة من كلية العلوم للسنة الثالثة (حيوية كيميائية) – جامعة حلب، وهي كليةٌ علميةٌ تتطلب الحضور للمواد العلمية فيها والمذيلة بحاشية أنّ نسبة الدوام فيها للعملي والنظري ٨٠%، مما يؤدي إلى ترك المنزل والغياب عن المحضون، وتركه بلا رعاية

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٦١)، قرار(٨٦)، تاريخ ١٩٥٩/٢/٥، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، أديب استانبولي، ص٥٣٥.

وإهمالها له خلال فترة الغياب عن المنزل بسبب الدوام في الجامعة، ولما كانت محكمة الموضوع، وبما لها من سلطةٍ تقديريةٍ، وبما توافر لها من أدلةٍ قررت إسقاط الحضانة، فإنّ حكمها موافقٌ للقانون"[١].

أعتقد أنّ القرار السابق يحقق مصلحة الصغير، فإذا كانت دراسة الحاضن تتطلب منها الغياب عن المنزل فترةً طويلةً، وترك الطفل بدون رعايةٍ، فإنّ ذلك يؤدي إلى إسقاط حضانتها، فالعلةُ واحدةٌ ومتوافرةٌ سواء كان الغياب للدراسة أم للعمل، أمّا إذا لم يؤثر هذا الغياب، كما لو كانت الدراسة في كليةٍ نظريةٍ ولا تستدعي الحضور بنسبةٍ كبيرةٍ فإنّ ذلك لا يؤثر على حضانتها، ويُمكن إعطاء القاضي سلطةً تقديريةً واسعةً في ذلك.

---

[١]- محكمة النقض السورية، غرفة الأحوال الشخصية، أساس رقم (٣٨٦٩)، قرار رقم (٣٠٣٢)، تاريخ ٢٠٠٦/٦/٢٦، سجلات محكمة النقض.

المطلب الثاني

الشروط الخاصّة بالرجال

يشترط في الحاضن الذكر بعض الشروط، ولا تثير هذه الشروط الكثير من الإشكالات، وللبحث في الشروط الخاصة بالحاضنين من الرجال. سأدرس الشروط الخاصة بالرجال في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، قبل أن انتقل إلى البحث بالشروط الخاصة بالرجال في القوانين الوضعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الموقف الفقهي

يشترط الفقه الإسلامي في الحاضن أن يكون عصبةً محرماً للمحضون الأنثى (أولاً)، وأن يكون لديه من يصلح للقيام بأعباء الحضانة من النساء (ثانياً).

أولاً: أن يكون الحاضن عصبةً محرماً للمحضون الأنثى

اتفق الفقهاء على ثبوت الحضانة للعصبة المحرم، لكنّهم اختلفوا في ثبوت الحضانة للعصبة غير المحرم، إذا كانت المحضونة أنثى، حيثُ يرى الحنفية في قولٍ: إنّه إذا لم يكن للصبيّ امرأة من أصله، فيدفع إلى العصبة، و"يُدفع الصغير إلى كُلِّ عصبةٍ مُحرّمٍ أم غير مُحرّمٍ. أمّا الصّغيرة فلا تُدفع إلّا إلى مُحرّمٍ"[١].

وفي قولٍ آخر: إنّ العصبة غير المحرم لا حقّ له بالأنثى المشتهاة إذا كان غير مأمون، أمّا الذكر فيدفع إليهم[٢]. أمّا إذا كانت لا تشتهى فلا مانع، لأنّه لا فتنة. وكذلك إذا كانت تشتهى وكان مأموناً. أمّا إذا لم يكن للصغيرة غير ابن العم فالاختيار للقاضي، إن رآه أصلح ضمها إليه، وإلّا توضع في يدٍ أمينةٍ[٣].

---

[١]- الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٤٨.

[٢]-الطحطاوي، حاشية الطّحطاوي، المرجع السابق، ص١٢١، "ولا حقَّ لولد عمٍّ بالأنثى المشتهاة إذا كان ابن العم غير مأمون، أمّا الذكر فيدفع إليهم فيبدأ بابن العم لأب وأم، ثمّ ابن العم لأب".

[٣]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، كتاب الحضانة، ج٥، ص٢١٥، "يُقدّم الأب، ثمّ الجد وإن علا، والأخ الشقيق، ثمّ الأخ لأب، وابن الأخ الشقيق، ثمّ ابن الأخ لأب، ثمّ العم شقيق الأب، ثمّ ابن العم الشقيق، لأنّ الولاية لهم...فإن تعدد المستحقون للحضانة، وطلب كل منهم ضم الصغير قدم أصلحهم، فإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم، أختار لها القاضي أفضل المواضع، فإن رآه أصلح ضمها إليه، وإلّا فيضعها عند امرأة مسلمة أمينة.... ولا تدفع الجارية للعصبة الفاسق تحرزاً للفتنة".

في حين، "اشترط المالكية في الحاضن الذكر، أن يكون محرماً على الأنثى التي تطيق الوطء، وإلّا لم تكن له الحضانة ولو كان مأموناً، ذا أهل عند الإمام مالك، وأجازه أصبغ من المالكية"[١].

في حين ذكر الشافعية، أنّه "إذا كان وارثاً غير مُحرمٍ، كابن العم وابنه، وابن عمِّ الأب، فلهم الحضانة إذا كان الولد ذكراً، أو أنثى لا تُشتهى، سلمت إليه، أمّا إذا بلغت حداً تشتهى، لم تُسلّم إليه، ولكن يُمكن أن يطلب تسليمها إلى امرأةٍ ثقةٍ، وتُعطى أجرتها، فإن كانت له بنت سلّمت إليه"[٢].

أمّا الحنابلة ففي قولٍ: إنّ العصبة غير المحرم لا يستحق الحضانة مطلقاً، حيثُ جاء في الإنصاف: "متى استحقت العصبة الحضانة فهي للأقرب فالأقرب من محارمها. فإن كانت أنثى وكان من غير محارمها فليس لابن عمّها حضانتها، لأنّه ليس من محارمها"[٣]. وفي قولٍ آخر: تستحق الحضانة لباقي العصبة الأقرب فالأقرب. ويشترط أن يكون محرماً، ولو برضاعٍ أو نحوه لأنثى محضونةٍ بلغت سبعاً من السنين، لأنّها محلّ شهوةٍ. ويسلمها إلى ثقةٍ يختارها العصبة، أو إلى محرمها[٤].

---

[١]- الخرشي، حاشية الخرشي، المرجع السابق، ج٤، ص٢١٣.

[٢]- النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج٩، ص١١١.

[٣]- المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج٢، ص١٦٤٨.

[٣]- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح مُنتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ج٥، ط١، ٢٠٠٠، ص٦٩٥، "ثمّ لباقي العصبة، الأقرب فالأقرب. وشرط كونه محرماً، ولو برضاعٍ ونحوه، لأنثى بلغت سبعاً، من السنين لأنّها محلُّ الشهوة، ويسلِّمها غيرُ محرم كابن عم إذا تعذّر غيره، بأن لم يكن ثم سواه إلى ثقةٍ يختارها العصبة، أو يسلمها إلى محرمه لأنّه أولى من أجنبيٍّ وحاكم".

بينما، يقول ابن قيّم الجوزية: "وأمّا الجواب عن استشكال من استشكله – يقصد بذلك الحكم بالحضانة، هل كان للخالة أم لجعفر في قصة ابنة حمزة رضي الله عنهم– فنقول، وبالله التوفيق: لا إشكال، سواء كان القضاء لجعفر أو للخالة، فإنّ ابنة العم إذا لم يكن لها قرابةٌ سوى ابن عمّها، جاز أن تجعل مع امرأته في بيته، بل يتعيّن ذلك، وهو أولى من الأجانب، لا سيّما إذا كان ابن العم مبرزاً في الديانة، والعفة، والصّيانة، فإنّه في حضرة الحال أولى من الأجانب بلا ريب"[١].

أرجّح رأي الحنابلة في قولهم: بأنّ العصبة غير المحرم ليس له الحضانة مطلقاً من حيث المبدأ، ويُمكن الأخذ برأي الحنفية في حال لم يكن للمحضونة سوى ابن عمّها، وقدّر القاضي صلاحيته للحضانة مستهدياً بما ذكره ابن القيّم من الديانة والعفة والصيانة، بما يحقق مصلحة الصغير.

ثانياً: أن يكون لدى الحاضن الرجل من يصلح للقيام بأعباء الحضانة من النساء

أشار المالكية إلى هذا الشرط صراحةً بقولهم: "يُشترط للذكر أن يكون لديه من يحضن من الإناث، من زوجةٍ، أو مستأجرةٍ أو متبرعةٍ، لأنّ الذكر لا يصبر على ما تصبر عليه الأنثى من أحوال الأطفال"[٢].

أعتقد بضرورة الأخذ بهذا الشرط، مع إعطاء القاضي سلطةً تقديريةً واسعةً، للتحقق من أنّ من تقوم بحضن المحضون من النساء لديها القدرة على ذلك، وليست مبغضةً للصّغير ومعاديةً له.

---

[١]- ابن قيّم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج٥، ص٤٣١-٤٣٢.

[٢]-الخرشي، حاشية الخرشي، المرجع السابق، ج٤، ص٣١٢.

الفرع الثاني

الموقف القانوني

لدى رجوعي إلى التشريعات محل المقارنة، أجد أنّ بعض هذه التشريعات كالتشريع العراقي، والجزائري، والمغربي، لم ينصوا على الشروط التي أشار إليها الفقه الإسلامي فيما يتعلق بحضانة الرجال.

في حين نصت (المادة١٤٤)، من التشريع الإماراتي على أنّه: "يشترط في الحاضن إذا كان رجلاً: أ. أن يكون لديه من يصلح للحضانة من النساء. ب. أن يكون ذا رحمٍ محرمٍ للمحضون إن كانت أنثى"[(١)].

وهو ما أشارت إليه المجلة التونسية في (الفصل٥٨): "...إذا كان مستحق الحضانة ذكراً يجب أن يكون لديه من يحضن من النساء، وأن يكون محرماً بالنسبة للأنثى".

وهو ما سارت عليه محكمة التعقيب التونسية حيثُ قضت: "إسناد حضانة الأبناء إلى الأب اعتماداً على البحث الاجتماعي، وإنّ هذا البحث لم يثبت إن كان لهذا الأب من النساء من يستطيع مباشرة الحضانة، طبقاً للفصل (٥٨)"[(٢)]. كما تقرر في قرارٍ آخر: "إنّ ما جاء في القرار المطعون فيه من إسناد حضانة البنت إلى والدها

[(١)]- وقد بينت المذكرة الإيضاحية للقانون الإماراتي في شرح هذا الشرط: "أن يكون عند الحاضن من يصلح للحضانة من النساء، كزوجته مثلاً أو ابنته أو خادمة أو امرأة استأجرها لخدمة الصغير" ممن تتوافر فيهم الشروط العامة للحضانة.

[(٢)]- محكمة التعقيب التونسية، عدد رقم (١١٦٢)، تاريخ ١٩٧٧/١٠/١١. نشرية محكمة التعقيب، ج٢، ١٩٧٧، ص١١٢٠. أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٣٥٤.

بالنظر لكونه معلماً، وذا سيرةٍ حسنةٍ وله والدةٌ وأختٌ مراهقةٌ ستقومان بشؤون المحضونة، وإنّ قرار المحكمة واستخلاصها سليمٌ ومؤدٍ إلى النتيجة التي انتهى إليها"[(١)].

وبالعودة إلى قانون الأحوال الشخصية السوري، فقد نصّ مؤخراً على هذين الشرطين في (المادة١٣٧/٣) بالقانون رقم /٢٠/ لعام٢٠١٩، إذ نص على: "يشترط في الرجل الحاضن زيادةً على الشروط الواردة في الفقرة /١/ من هذه المادة: أ. أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء ب. أن يكون ذا رحمٍ محرمٍ للمحضون الأنثى".

وعلى ذلك، فقد أخذ كُل من المشرّع التونسي والإماراتي والسوري برأي الجمهور في اشتراط أن يكون الحاضن عصبةً محرماً على المحضون الأنثى، كما أخذوا برأي السادة المالكية باشتراط أن يكون لدى الحاضن من يصلح لحضانة الصغير من النساء.

ولكن، يُثار التساؤل الآتي: هل تطبيق هذا المبدأ يُحقق مصلحة الصغير دائماً، حتى ولو كانت هذه المرأة هي زوجة الأب؟

لا أعتقد أنّ اشتراط وجود الطفل مع زوجة الأب، من شأنه أن يحقق مصلحة الطفل بالمطلق، فكما ذكرت لا يُمكن القبول بإسقاط الحضانة عن الأم لمجرد زواجها –سيّما مع وجود رأي فقهي يقرر عدم الإسقاط– وكذلك، لا يُمكن القول بأنّ وجود زوجة الأب تكون صالحةً لتحقيق مصلحة الصغير دائماً، فالواقع يُثبت عكس

---

(١)- محكمة التعقيب التونسية، عدد رقم (٢٦٢٣)، تاريخ ١٩٨١/٣/٣، نشرية محكمة التعقيب، ج١، ١٩٨١، ص٧٨. أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٣٥٤.

ذلك[١]. لذا، أرى أنّه يُمكن أن نعطي القاضي سلطةً تقديريةً ليبحث في كُل حالةٍ على حدة، في ضوء سن المحضون، والظروف المحيطة به، والمرأة التي ستقوم بشؤونه. فصحيح أنّ النساء أصلح من الرجال في شؤون الأطفال، لكن يجب التحقق من مدى عطف هذه المرأة على الصغير والعناية به. بمعنى لو أنّ أم الصّغير متزوجة، والأب متزوج، وقدّر القاضي أنّ مصلحة الصغير تقتضي بقاءه مع أمّه، قرر ذلك. ولكي يتأكد القاضي من نفسية زوجة الأب وأخلاقها يرى أستاذي الدكتور مؤيد زيدان أنّه يُمكن أن يعطي قراراً مؤقتاً للحضانة أربعة أشهر مثلاً، ويتأكد بعدها القاضي من مدى مراعاة زوجة الأب لشؤون الصغير، ويُمكن سماع الشهود مثلاً،

---

[١]- كشفت وزارة الداخلية السورية عن جريمةٍ مروعةٍ حدثت بريف العاصمة السورية دمشق، بعد العثور على جثة فتاةٍ شابةٍ بالعقد الثاني من العمر في خندقٍ ترابيٍّ. وبحسب وزارة الداخلية السورية، فإنّ الجثة مدفونةٌ حديثاً في خندقٍ ترابيٍّ في حيٍّ متطرفٍ من أحياء مدينة دوما. وبعد التأكد من الجثة والكشف عليها، تبين أنّها تعود لفتاةٍ شابةٍ مجهولة الهوية في العقد الثاني من العمر، حيث وضعت في الخندق وتم لفها بأكياسٍ بلاستيكيةٍ وسجادةٍ، والجثة محترقةٌ بالكامل وعلى عنقها سلكٌ كهربائي. وذكرت الوزارة أنّه من خلال البحث والتحري وجمع المعلومات عن الجثة، تمكنت السلطات من القبض على زوجة والد الفتاة، والتي اعترفت بإقدامها على قتل المجني عليها بالاشتراك مع شقيقة الأخيرة التي ألقي القبض عليها أيضاً.https://arabic.rt.com/funny/1044089 ، تاريخ الزيارة، ٢٠١٩/٩/١٧.

وفي حادثةٍ أخرى، هزت جريمةٌ مروعةٌ محافظة اللاذقية، حيث توفي طفل لم يتجاوز عشر سنوات نتيجة تعرضه لتعذيبٍ جسدي من قبل والده وزوجته. وأورد تلفزيون "الخبر" تفاصيل الجريمة التي حدثت في القرداحة، مبيناً أن الطفل حمزة المعلم البالغ من العمر ٩ سنوات، كان يتعرض لتعذيبٍ جسدي منذ أكثر من عامٍ على يد أبيه (ي–م) وزوجة أبيه (س–س). ونقل الموقع عن مصدرٍ طبي أنّ سبب وفاة الطفل هو إصابته بقصورٍ تنفسيٍّ رضي ناتج عن تعرضه لضربةٍ قويةٍ بالعصا على جسمه. وعند معاينة جثمان الطفل تبين وجود آثار تعذيبٍ من حروقٍ وجروحٍ وآثار كي للجلد قديمةٍ ورضوضٌ منتشرةٌ في كل جسده. ونقل المصدر إفادات الجيران الذين أكدوا أنّهم لطالما كانوا يسمعون صوت ضرب وتعذيب وصراخ وبكاء الطفل، وازداد ذلك خلال اليومين الماضيين.

https://muraselon.com/2020/01 تاريخ الزيارة، ٢٠٢٠/١/٦.

وأؤيد هذا الطرح لأنّ الغاية بالنتيجة البحث عن مدى صلاحية المرأة لدى الأب لحضانة الصغير، وهذا الأمر يسهل اكتشافه إذا كانت المرأة أخت المحضون أو جدته لأبيه، ولكن يصعب التحقق منه إذا كانت زوجة الأب فقد يكون قرار الحضانة المؤقت سبيلاً للتأكد من قدرتها وصلاحيتها لهذه المهمة.

كذلك، بالنسبة لشرط أن يكون الحاضن محرماً على الأنثى المحضونة، لا أعتقد بأنّه يجب الأخذ به على إطلاقه، وإنّما يُمكن أن يقرر القاضي إعطاءه الحضانة إذا لم يكن لدينا حاضن آخر، وكان معروفاً بأمانته، فهو أفضل من الأجانب وفقاً لما قرره ابن القيّم، وقولٌ في المذهب الحنفي.

لذا، أقترح تعديل صياغة المادة (٣/١٣٧)، لتصبح كالآتي: " يشترط في الرجل الحاضن زيادةً على الشروط الواردة في الفقرة /١/ من هذه المادة: أ. أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء، ويُقدّر القاضي مدى صلاحية هذه المرأة وفقاً لمصلحة الطفل بعد تقريره الحضانة المؤقتة لمدة أربعة أشهر ب. أن يكون ذا رحمٍ محرمٍ للمحضون الأنثى، ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك، وفقاً للظروف، وتحقيقاً لمصلحة المحضون".

الفصل الثاني

ترتيب مستحقي الحضانة

تقتضي مصلحة الطفل المحضون البحث عن الحاضن المناسب له، وهذا لا يتحقق فقط من خلال التأكد من توافر شروط الحضانة، وإنّما يكون من خلال وضع ترتيبٍ مناسبٍ للحاضنين.

وقد اعتنى الفقه الإسلامي بترتيب الحاضنين، من أجل التحريّ عن الأشخاص الأقرب للطفل، والأكثر عطفاً، وحناناً، وشفقةً، وقدرةً على تربيته والعناية بشؤونه. كما اعتمدت القوانين المقارنة تقريباً النهج ذاته، من خلال وضع ترتيبٍ معينٍ للحاضنين، تحقيقاً لمصلحة الصغير.

وعلى ذلك، تتطلب الدراسة البحث في الموقف الفقهي لترتيب الحاضنين (المبحث الأول)، قبل الانتقال للحديث عن الموقف القانوني من ترتيب الحاضنين (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الموقف الفقهي من ترتيب مستحقي الحضانة

إنّ تحديد أصحاب الحق في الحضانة، وترتيبهم فيما عدا الأم، لم يأتِ به النص لا في القرآن الكريم، ولا حتى في السنّة النبويّة الشريفة، وإنّما هو خلاصة اجتهادٍ فقهي. وقد بدأ الفقه الإسلامي في ترتيب الحاضنات من النساء بحسبان أنّهن أكثر قدرةً من الرجال على الحضانة، ومن ثمّ انتقلوا للحديث عن الحاضنين من الرجال، ووضعوا الضوابط عند اجتماع الحاضنات والحاضنين معاً في حال التنازع على الحضانة.

ومما سبق، سأتحدث عن ترتيب الحاضنات (المطلب الأول)، وترتيب الحاضنين (المطلب الثاني)، ومن ثمّ التنازع بين مستحقي الحضانة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

ترتيب الحاضنات

أثبتت الدراسات الحديثة أنّ حرمان الصّغير من أمّه في السنوات الأولى، يؤدي به إلى عدم القدرة –أغلب الأحيان– على التكيّف في الوسط الاجتماعي الذي سيعيش فيه، ومهما تلقى من عنايةٍ، ونال من رعايةٍ من غير أمّه، فلن يجد في ذلك كُلّه ما يعوّضه عن حنان الأم، وعطفها الطبيعي غير المصطنع، الخالي من التكلف، وهذا يقلق راحته، ويؤثر في نفسيته طوال حياته[١].

وعلى ذلك، فقد اتفق الفقهاء على أولوية الأم في حضانة الطفل (الفرع الأول)، لكنّهم اختلفوا في ترتيب الحاضنات بعد الأم (الفرع الثاني).

---

[١]- العربي بختي، التربية العائلية في الإسلام، ديوان المطبوعات الجامعة، بدون تاريخ، ص١٠٩.

الفرع الأول

أولوية الأم في حضانة الطفل

اتفق الفقهاء على أولوية الأم في حضانة الطفل، فذهب الحنفية إلى أنّ "الأم أحق بحضانة أطفالها، سواء كان ذلك قبل الفرقة أو بعدها"[(١)]، فهي أحقُّ النساء من ذوات الرحم المحرّم، "لأنّها أقرب إليه، ولصبرها وقدرتها على تحمّل المشاق، مهما طال الزمن، فهي تفرح لفرحه، وتُسرُّ عند رؤيته، وتسهر لسهره، وتحزن لمرضه، لِما أُوْدِعَ في قلبها من العطف والحنان والمحبة"[(٢)].

كذلك، ذهب المالكية إلى "أنّ الحضانة للأم، إذا طُلقت أو مات عنها زوجها. أمّا، وهي في العصمة فالحضانة حقٌ لهما"[(٣)].

وبالمثل، يرى الشافعية أنّه إذا اجتمع النساء دون الرجال، وهُنّ من أهل الحضانة، فالأمُّ أحقُّ من غيرها، لأنّ الإناث أليق بالحضانة، فهُنّ أشفق، وأهدى إلى التربية، وأصبر عليها، وأشدُّ ملازمةً للأطفال، والأمُّ أول الجميع[(٤)]، وعلى الأب

---

(١)- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨١. الحصكفي، الدُّرُّ المختار، المرجع السابق، ص٢٥٤، "الأم أحقُّ بالولد ولو سيئة السيرة معروفة بالفجور ما لم يعقل ذلك". الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٤٦، "أحقُّ بالولد أمّه قبل الفرقة وبعدها". المبسوط، المرجع السابق، ج٦، ص١٧١، "وكل فرقة وقعت بين الزوجين فالأم أحقُّ بالولد ما لم تتزوج..".

(٢)-الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، كتاب الحضانة، ج٥، ص٢٠٦. ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج٤، ص٣٣٠، "إذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحقُّ بالولد".

(٣)- الخرشي، حاشية الخرشي، المرجع السابق، ج٤، ص٢٠٧. النمري القرطبي، الكافي، المرجع السابق، ص٦٢٤، "الأم أولى بحضانة ولدها وبرضاعه من غيرها إذا طلقها زوجها أبداً ما لم تتزوج".

(٤)-الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج١١، ص٥٠٧، "وإذا افترق الأبوان وهما في قريةٍ واحدة فالأمُّ أحقُّ بالولد ما لم تتزوّج".

النفقة[١]. وكذلك قال الحنابلة: إذا افترق الزوجان، ولهما طفلٌ أو معتوهٌ أو مجنونٌ ذكراً أو أنثى، فأحقُّ الناس بحضانته أمّه، كما قبل الفراق بشرط أهليتها وحضورها وقبولها[٢].

وقد استدلّ الجمهور على أولوية الأم في الحضانة بأدلةٍ عدّةٍ، من القرآن الكريم، ومن السنّة النبويّة الشريفة، ومن عمل الصحابة، ومن الإجماع. وفي الآتي توضيح ذلك.

أولاً: من القرآن الكريم

قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ الآية٢٣٣، سورة البقرة.

ويظهر من الآية الكريمة أنّ الأم أحق برضاعة الولد، وليس للأب أن يضارها في ذلك، ولا يسقط حق الأم في الرضاع إلّا عند التعاسر. ويجب هنا على الزوج أن يحضر المرضعة إلى الأم حتى ترضع الطفل في بيتها، لأنّ نزع الولد من الأم واسترضاع غيرها مضارة لها. كما أنّ الأم أحق بإمساك الولد ما دام صغيراً وإن استغنى عن

---

[١]- الشيرازي، المهذّب، المرجع السابق، ج٤، ص٦٤٢، "وإن اجتمع النساء دون الرجال، وهن من أهل الحضانة، فالأم أحقُّ من غيرها، لأنّها أقرب إليه، وأشفق عليه". محمّد الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٥٩٢، "الحضانة حفظ من لا يستقلُّ وتربيته، والإناث أليق بها، وأولاهُنَّ أمٌّ".

[٢]- البهوتي، شرح مُنتهى الإرادات، المرجع السابق، ج٥، ص٦٩٣، "وأمُّ محضونٍ أولى بحضانته من أبيه وغيره". المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج٢، ص١٦٤٧، "وأحقُّ الناس بحضانة الطفل والمعتوه أمّه". البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص٤٩٦، " إذا افترق الزوجان، ولهما طفلٌ أو معتوهٌ أو مجنونٌ ذكراً أو أنثى، فأحقُّ الناس بحضانته أمّه، كما قبل الفراق بشرط أهليتها وحضورها وقبولها".

الرضاع، لأنّه بحاجة إلى الحضانة، فحاجته إلى أمه بعد الرضاع مثل حاجته لها أثناء الرضاع، فهي أرفق به، وأحنى عليه[١].

ثانياً: من السنّة النبويّة الشريفة

أورد الجمهور العديد من الأحاديث التي تدل على أولوية الأم بالحضانة، أذكر منها:

١. عن أبي عمرو، حدّثني عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده عبدالله بن عمرو رضي الله عنهم: أنّ امرأةً قالت: يا رسول الله، إنّ ابني هذا كان بطني له وعاءً، وثديي له سقاءً، وحجري له حواءً، وإنّ أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال: لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحي"[٢]. فقد أقرّ الرسول صلى الله عليه وسلم حق المرأة بحضانة ابنها.

٢. حدثنا عُمر بن حفص بن عُمر الشّيبانيُّ، أخبرنا، عبد الله بن وهب، أخبرني حُيّي عن أبي عبد الرحمن الحُبلي، عن أبي أيوب، قال: سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "من فرّق بين والدةٍ وولدها فرّق الله بينه وبين أحبّته يوم القيامة"[٣]. فدلّ ذلك على أحقية الأم في الحضانة، والتحذير من التفريق بين الأم وأولادها.

---

[١]- الجصّاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج٢، ص١٠٦-١٠٧.

[٢]- أبو داوود، سُنن أبي داوود، المرجع السابق، ج٣، باب من أحق بالولد، حديث رقم (٢٢٧٦)، ص٥٨٨.

[٣]- أبو العُلا المباركفوري، تُحفة الأحوذي، المرجع السابق، ج٥، باب في كراهية التّفريق بين السّبي، حديث رقم (١٥٦٦)، ص١٣٤.

ثالثاً: عمل الصحابة والإجماع

ودليل ذلك أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق جميلة –أم عاصم– ثمّ أتى عليها وفي حجرها عاصم، وأراد أن يأخذه منها، فتجاذباه حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر الصدّيق رضي الله عنه، فقال أبو بكرٍ لعمر رضي الله عنهما: خلِّ بينها وبينه فإنّ مسحها، وحجرها، وريحها خيرٌ له منك حتى يشبّ الصبي و"الصحابة رضي الله عنهم حاضرون، ولم يُنكر ذلك أحد، فكان إجماعاً"[١].

[١]- الصّنعاني، سُبل السّلام، المرجع السابق، ج٦، باب الحضانة، ص٢٩٥. ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج٤، ص٣٣٠.

الفرع الثاني

ترتيب الحاضنات بعد الأم

اختلف الفقهاء في ترتيب الحاضنات بعد الأم. وعلى ذلك، سأبيّن رأي المذهب الحنفي (أولاً)، ومن ثمّ المذهب المالكي (ثانياً)، والمذهب الشافعي (ثالثاً)، والمذهب الحنبلي (رابعاً).

أولاً: ترتيب الحاضنات بعد الأم في المذهب الحنفي

١. **أم الأم:** يرى الحنفية أنّ الحضانة تكون بعد الأم، "لأم الأم، لأنّ الحضانة مستفادة من قِبل الأم، فإذا توفيت الأم أو كانت غير مؤهلةٍ للحضانة، فتنتقل الحضانة إلى أم الأم وإن علت، والجدة لأم أولى من الجدة أم الأب ومن الخالة"[١]. في حين يرى أبو يوسف أنّ "أم الأب أولى من أم الأم[٢].

وقد استدلوا على تقديم أم الأم بأنّ عمراً رضي الله عنه، طلق جميلة بنت عاصم فتزوجت، فأخذ عمر عاصماً، فأدركته أم جميلة الشّموس بنت أبي عامر[٣]،

---

[١]- الحصكفي، الدُّرُّ المختار، المرجع السابق، ص٢٥٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٤٧. الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، كتاب الحضانة، ج٥، ص٢٠٦.

[٢]- عبد الرحمن محمّد بن سليمان، مجمّع النهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ج٢، كتاب الطلاق، ص١٦٦.

[٣]- الشّموس بنت أبي عامرٍ الراهب، وأمّها عميق بنت الحارث، وتزوج الشّموس ثابت بن أبي الأقلح، فولدت له عاصم بنت ثابت، وجميلة بنت ثابت، وتزوجها عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فولدت له عاصم بن عمر، أسلمت الشّموس وبايعت النبي صلى الله عليه وسلم. محمّد بن سعد بن منبع الهاشمي البصري، الطبقات الكُبرى، تحقيق: محمّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط١، ج٨، ص٢٦٠.

فأخذته، فترافعا إلى أبي بكرٍ الصدّيق رضي الله عنه، وهما متشبثان، فقال لعمر رضي الله عنه: "خلِّ بينها وبين ابنها، فأخذته"[١].

٢. **أم الأب**: "تأتي أم الأب بعد أم الأم في الحضانة، وتقدّم على الخالة، لأنّها من الأمهات، وتحرز من الميراث السدس، وأشفق على الأولاد من غيرها"[٢]. بينما يرى زفر من الحنفية، أنّ "الخالة أو الأخت الشقيقة أولى من أم الأب، لأنّها تدلي بقرابة الأب وهُنّ يُدلين بقرابة الأم"[٣]. واستدل بحديث "الخالة بمنزلة الأم"[٤].

٣. **الأخوات**: وتقدّم "الأخت الشقيقة، ثمّ الأخت لأم، ثمّ الأخت لأب، وهُنّ أولى من العمات والخالات، لأنّهنّ بنات الأبوين، ولهذا يقدمنّ بالميراث على غيرهنّ، ثمّ تقدم الأخت لأم، لأنّ الحق لها يأتي من جهة الأم"[٥]. أمّا الأخت لأب فذكر المصنف أنّها مقدمة على الخالة، لاعتبار القرابة، وفي

---

[١]- أبو بكر عبد الله بن محمّد بن ابراهيم ابن أبي شيبة، المصنّف، تحقيق: حمد بن عبد الله الجمعة-محمّد بن ابراهيم اللّحيدان، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٤، ط١، ج٦، كتاب الطلاق، حديث رقم (١٩٣٤٧)، ص٦٣٠.

[٢]- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨٢. الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، كتاب الحضانة، ج٥، ص٢٠٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٤٧.

[٣]- ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج٤، ص٣٣١.

[٤]- الترمذي، سنُن الترمذي (الجامع الصحيح)، سبق تخريجه، ص٤٦٨.

[٥]- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨٢.

روايةٍ أخرى، الخالة أولى، لأنّها تدلى بالأم، وتلك بالأب[١]. وتقدم بنت الأخت الشقيقة، ثمّ بنات الأخت لأم، ثمّ الأخت لأب[٢].

٤. **الخالات**: "فالخالات أولى من العمات، ترجيحاً لقرابة الأم، فترجح الخالة الشقيقة على غيرها، ثمّ الخالة لأم، ثمّ الخالة لأب"[٣].

٥. **بنات الأخ**: أولى من العمات، ولا حقّ لبنات العمة وبنات الخالة في الحضانة، لأنّهنّ غير محرم[٤].

٦. **العمات**: حيثُ تقدّم العمة الشقيقة لأب وأم على غيرها، ثمّ العمة لأم، ثمّ العمة لأب[٥].

ثانياً: ترتيب الحاضنات بعد الأم في المذهب المالكي

قدّم المالكية قرابات الأم على قرابات الأب، لأنّهنّ أشفق على الصّغير، وفقاً للآتي:

١. **قرابات الأم**: تأتي في مقدمة الحاضنات بعد الأم، الجدة لأم (أم الأم)، لأنّ شفقتها كشفقة أم الصغير، ويقدّم في الحضانة من كانت شفقته على الطفل

---

[١]- الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٤٧.

[٢]- الحصكفي، الدُّرُّ المختار، المرجع السابق، ص٢٥٥.

[٣]- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨٢. الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٤٧. الحصكفي، الدُّرُّ المختار، المرجع السابق، ص٢٥٥.

[٤]- الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٤٧. الحصكفي، الدُّرُّ المختار، المرجع السابق، ص٢٥٥.

[٥]- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨٢. الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٤٧. الحصكفي، الدُّرُّ المختار، المرجع السابق، ص٢٥٥.

أقوى. ثمّ جدة الأم، وإن علت، ثمّ لخالة الصّغير (أخت الأم الشقيقة ثمّ أخت الأم لأم، ثمّ أخت الأم لأب)، ومن ثمّ خالة الأم، وبعدها عمة الأم، وعمة الخالة[١].

٢. **قرابات الأب**: تأتي الجدة أم الأب في المقدمة وإن علون، ومن ثمّ أخت الصّغير الشقيقة، ثمّ التي لأم، ثمّ الأخت لأب. وبعدها عمة المحضون (أخت الأب)، ثمّ عمة الأب، وثمّ خالة الأب، وبعدها بنت الأخ، أو الأخت وهو الأظهر، عند ابن رشد[٢].

ثالثاً: ترتيب الحاضنات بعد الأم في المذهب الشافعي

تأتي أم الأم بعد الأم، وإن علت، وتقدم على أم الأب. وفي حال عدم وجود من يصلح للحضانة من أمهات الأم ففيه قولان:

١. **في القديم**: تنتقل الحضانة بعد أمهات الأم إلى الأخت والخالة، ويقدمان على أم الأب (الجدة)، لما روى البراء بن عازب رضي الله عنه، على أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم، قضى ببنت حمزة لخالتها، وقال: "الخالة بمنزلة الأم"[٣] ولأنّ الخالة تدلي بالأم، وأم الأب تدلي بالأب، والأم تقدم على الأب، فيقدم من يدلي بها على من يدلي به، ولأنّ الأخت ركضت مع الولد في الرحم؛ أي حركوا أرجلهم في رحمٍ واحدٍ، ولم تركض أم الأب معه في الرحم، فقدمت عليها.

---

[١]- الخرشي، حاشية الخرشي، المرجع السابق، ج٤، ص٢٠٨.

[٢]- الخرشي، حاشية الخرشي، المرجع السابق، ج٤، ص٢٠٩.

[٣]- الترمذي، سنُن الترمذي (الجامع الصحيح)، سبق تخريجه، ص٤٦٨.

وتقدم الأخت الشقيقة، ثمّ الأخت من الأم، ثمّ الخالة، ثمّ أم الأب (الجدة أم الأب)، ثمّ الأخت من الأب، ثمّ العمة[١].

٢. **في الجديد**: إذا لم توجد من أمهات الأم من تصلح للحضانة، انتقلت الحضانة إلى الجدة (أم الأب)، وهو الصحيح، لأنّها جدة وارثة، فقدمت على الأخت والخالة. فعلى ذلك، تكون الحضانة لأم الأم وإن علت، ومن ثمّ أم الأب.

ثمّ الأخوات، ويقدمنّ على الخالات والعمات، لأنّهنّ راكضن الولد في الرحم، وشاركنه في النسب، وتقدم الأخت الشقيقة، ثمّ الأخت لأب، ثمّ الأخت لأم، لأنّ الأخت لأب أقوى من الأخت لأم في الميراث والتعصيب مع البنات، ولأنّ الأخت لأب تقوم مقام الأخت الشقيقة في الميراث، فقامت مقامها في الحضانة.

فإن لم توجد أخوات، انتقلت الحضانة إلى الخالات، ثمّ للعمات، لأنّ الخالة تساوي العمة في الدرجة، وعدم الإرث، وتدلي بالأم، والعمة تدلي بالأب، والأم تقدم على الأب. وتقدم الخالة الشقيقة على الخالة لأب، ثمّ الخالة لأم. والعمات على الترتيب ذاته[٢]. ومن ثمّ بنات الخالة والعمة، وبنات الخال والعم، وتقدم بنات

---

[١]- الشيرازي، المهذّب، كتاب النفقات، باب الحضانة، ج٤، ص٦٤٣. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٥٩٢.

[٢]- الشيرازي، المهذّب، كتاب النفقات، المرجع السابق، ج٤، ص٦٤٤. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٥٩٢.

الخالات على بنات الأخوات، وبنات العمات على بنات الأعمام، وبنات الخؤولة على بنات العمومة[١].

رابعاً: ترتيب الحاضنات بعد الأم في المذهب الحنبلي

في المذهب الحنبلي، روايتان:

١. **الرواية الأولى:** تقدم أم الأب، ثمّ أمهات الجد، ومن ثمّ الأخوات لأبوين، ثمّ الأخت لأب، ثمّ الأخت لأم، فيتقدمنّ على غيرهنّ لمشاركتهنّ بالنسب، والتقدم في الميراث. ثمّ الخالة، ثمّ العمة الشقيقة، ثمّ العمة لأب، ثمّ العمة لأم، ثمّ بنت الأخ والأخت، ثمّ بنات الأعمام، وبنات العمات، ثمّ بنات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه[٢].

٢. **الرواية الثانية:** الأحق بالحضانة الأم، ثمّ أمهاتها القربى فالقربى، ثمّ أمهات الأب القربى فالقربى، ثمّ الأخت لأبوين، ثمّ الأخت لأم، ثمّ أخت لأب، ثمّ تقدم الخالة لأبوين، ثمّ خالة لأم، ثمّ خالة لأب، ثمّ عمات، ثمّ خالات أمه، ثمّ خالات أبيه، ثمّ عمات أبيه، ثمّ بنات إخوته، ثمّ بنات أعمامه، ثمّ بنات عماته، ثمّ بنات أعمام أبيه، وبنات عمات أبيه[٣].

---

[١]- الإمام النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج٩، ص١١٠.

[٢]- الزركشي، شرح الزركشي، المرجع السابق، م٦، ص٣٧. المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج٢، ص١٦٤٢. البهوتي، شرح مُنتهى الإرادات، المرجع السابق، ج٥، ص٦٩٤.

[٣]- البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص٤٩٧.

المطلب الثاني

ترتيب الحاضنين

أورد الفقه الإسلامي ترتيباً للحاضنين من الرجال، ولا تنتقل الحضانة من حاضنٍ إلى آخر إلّا عند فقدان شروط الحضانة، وتكون الحضانة لأقارب الصّغير من العصبات، وفي حال عدم وجودهم انتقلت إلى ذوي الأرحام وفقاً لبعض الفقهاء.

وعلى ذلك، سأبحث في الحاضنين العصبات (الفرع الأول)، قبل أن انتقل إلى حضانة ذوي الأرحام (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الحاضنون العصبات

انقسم الفقه في ترتيب الحاضنين العصبات إلى رأيين، فذهب رأيٌ أولٌ إلى أنّ الحضانة للأقارب العصبات الأقرب فالأقرب، في حين اتجه رأيٌ ثانٍ إلى ترتيبٍ آخر، وفقاً للآتي:

أولاً: رأي جمهور الفقهاء

يرى الحنفية أنّ أولى القرابة بالحضانة هُم عصبة المحضون، لأنّ الحضانة نوع من الولاية فيقدّم من يثبت له هذا الحق شرعاً، وأولى العصبات الأب، ثمّ الجد أبو الأب وإن علا، ثمّ الأخ الشقيق، ثمّ الأخ لأب، ثمّ ابن الأخ الشقيق، ثمّ ابن الأخ لأب، ثمّ العم الشقيق، ثمّ العم لأب، ثمّ ابن العم الشقيق، ثمّ ابن العم لأب، ويدفع إليهم الغلام، ولا تدفع إليه الصّغيرة إذا كانت تشتهى –كما وضحت في شروط الحضانة– ثمّ عم الأب الشقيق، ثمّ العم لأب، ثمّ عم الجد الشقيق، ثمّ عم الجد لأب[1].

وقال الشافعية: "إن اجتمع الرجال، وهُم من أهل الحضانة، وليس معهم نساء، قُدّم الأب، لأنّ له ولادةٌ وفضلَ شفقةٍ، ثمّ تنتقل إلى آبائه الأقرب فالأقرب، لمشاركتهم الأب في الولادة والتعصيب. فإذا لم يوجد الأجداد، انتقلت الحضانة إلى من بعدهم من العصبات، كالأخ الشقيق، ثمّ الأخ لأب، ثمّ العم الشقيق، ثمّ لأب، ثمّ ابن العم من الأب والأم، ثمّ ابن العم من الأب، لأنّ الحضانة تثبت لهم بقوة

---

[1]- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج٤، ص٣٣٣. الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، كتاب الحضانة، ج٥، ص٢١٥.

قرابتهم بالإرث". ويرى بعض الشافعية أنّ "الحضانة لا تثبت إلّا للآباء والأجداد من العصبات، لأنّه لا معرفة لهم في الحضانة، ولا ولاية لهم بأنفسهم، فلم تكن لهم الحضانة كالأجانب"[١].

ولم يختلف الحنابلة بأنّ الحضانة للعصبة "الأقرب فالأقرب، فللأب ثمّ الجد، ثمّ الأخ من الأبوين، ثمّ الأخ من الأب، ثمّ بنوهم، وإن سفلوا على ترتيب الميراث، ثمّ العمومة، ثمّ بنوهم، ثمّ عمومة الأب، ثمّ بنوهم"[٢].

ثانياً: رأي السادة المالكية

إذا انقطعت قرابات الأم، ففي روايةٍ: "يتقدم الأب على قريباته، لأنّهنّ يدلين به فهو أحق بالحضانة منهنّ"، وفي روايةٍ أخرى: "إنّ أقاربه أولى منه وإن كُنّ يدلين به إلّا أنّه لا يقوم بالحضانة، وإنّما يستنيب غيره من النساء"[٣].

كما ضمّ السادة المالكية إلى القرابة من العصبة "الوصي ومن في حكمه، ويُقدّم الوصي على سائر العصبات إذا كان المحضون صغيراً ذكراً كان أم أنثى، أو إذا كانت المحضونة مطيقة للوطء، والوصي محرم لها"[٤].

أمّا "إذا لم يكن الوصي محرماً للأنثى فلا يكون له الحضانة عليها، وقد قال الإمام مالك: كونها مع زوج أمّها أحب إليّ من أن تجعل عند وصيها، لأنّ زوج أمها محرم لها بخلاف الوصي، ثمّ الأخ ثمّ ابنه ثمّ العم ثمّ ابنه". وقال ابن عرفة: "مستحق

---

[١]- النووي، روضة الطالبين، ج٩، ص١١٠. الشيرازي، المهذّب، المرجع السابق، ج٤، ص٦٤٥.

[٢]- البهوتي، شرح مُنتهى الإرادات، المرجع السابق، ج٥، ص٦٩٥.

[٣]- التسولي، البهجة في شرح التحفة، المرجع السابق، ج١، ص٦٤٨.

[٤]- الخرشي، حاشية الخرشي، المرجع السابق، ج٤، ص٢١٠.

الحضانة أصناف: الأول، الأم ونساؤها، والثاني: نساء الأب، والثالث: الوصي، والرابع: العصبة"[١].

[١]- الحطّاب الرعيني، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج٥، ص٥٩٦.

الفرع الثاني

حضانة ذوي الأرحام

في حال عدم وجود حاضنة من النساء، أو حاضن من الرجال العصبات، أو في حال وجودهم وعدم توافر شروط الحضانة فيهم، فهل تنتقل الحضانة لذوي الأرحام؟

ذهب بعض الفقهاء إلى ثبوت الحضانة لذوي الأرحام (أولاً)، في حين رأى آخرون عدم ثبوت الحضانة (ثانياً).

أولاً: ثبوت الحضانة لذوي الأرحام

ذهب السادة الحنفية إلى "انتقال الحضانة لذوي الأرحام، فإذا لم يكن للصغيرة عصبة، تدفع إلى الأخ لأم، ثمّ إلى ولده، ثمّ إلى العم لأم، ثمّ الخال لأب وأم، ثمّ الخال لأب، ثمّ لأم، لأنّ لهؤلاء ولاية في النكاح، وإن تساووا قُدم أصلحهم ثمّ أورعهم ثمّ أكبرهم"[(١)]. ورأى الحنابلة ثبوت الحضانة لذوي الأرحام، "لأنّ لهم رُحماً وقرابة، فيقدم أبو الأم، ثمّ أمهاته، ثمّ الأخ لأم، ثمّ الخال، ثمّ الحاكم فيسلمه إلى من يحضنه من المسلمين"[(٢)].

[(١)]- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج٤، ص٣٣٣. الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٤٨. ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٥٥.

[(٢)]-البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص٤٩٨.

ثانياً: عدم ثبوت الحضانة لذوي الأرحام

يرى جمهور المالكية أنّه: "لا ثبوت للحضانة لذوي الأرحام، في حين يرى اللخمي أنّ للجد لأم الحق في الحضانة، لأنّ له شفقة وحناناً مثله مثل الجد لأب"[١].

كذلك، ذهب الشافعية في الأصح، "إن فُقِدَ في الذكر الحاضن الإرث والمحرمية معاً كابن خال، وابن عمة، أو فُقِدَ الإرث فقط والمحرمية باقية، كأبي أم، وخال. فلا حضانة لهم، لفقد الإرث والمحرمية في الأولى، وضعف القرابة في الثانية"[٢].

وفي قولٍ آخر، "تثبت الحضانة لذوي الأرحام؛ لشفقتهم بالقرابة ويتأخروا عن المحارم الوارثين، وعن الوارثين الذين لا محرمية لهم كابن العم. كما لا حضانة لمن ليس بمحرمٍ ولا وارثٍ من الأقارب، كابن الخال والخالة وابن العمة"[٣].

---

[١]- الحطّاب الرعيني، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج٥، ص٥٩٧. الخرشي، حاشية الخرشي، المرجع السابق، ج٤، ص٢١٠.

[٢]- محمّد الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٥٩٤. الأنصاري، فتح الوهّاب، المرجع السابق، ج٢، ص٢١٣.

[٣]- الإمام النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج٩، ص١١١.

المطلب الثالث

التنازع بين مستحقي الحضانة

إنّ البحث عن الحاضن الأكثر كفاءةً، والأكثر حناناً وعطفاً، هو الهدف من وضع شروط الحضانة، ومن ترتيب الحاضنين. ولكن، قد يحدث أن تتوافر شروط الحضانة في أكثر من حاضن وحاضنة، فما هو الحل عند التنازع بين الحاضنين حول استحقاق الحضانة؟

قد يكون التنازع بين الحاضنات والحاضنين من جهة (الفرع الأول)، وقد يكون بين الحاضنين من الدرجة نفسها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التنازع بين الحاضنين والحاضنات

ذهب بعض الفقهاء إلى أنّ الأولوية للنساء دائماً عند التنازع على الحضانة، في حين قدّم بعضهم الأب على باقي الحاضنات، وفقاً للآتي:

أولاً: أولوية النساء عند التنازع

يرى الحنفية أنّه إذا تنازع الحضانة الحاضنون من العصبات، والحاضنات على الترتيب المذكور، فإنّ الحضانة تكون للنساء. فهم يرون أنّ الحضانة تكون للنساء في وقتٍ، وللرجال في وقتٍ آخر، لكنّ النساء مقدمات فيها، لزيادة شفقتهنّ. لذا، لا تنتقل الحضانة لأيّ من العصبات مادام هناك من النساء مستحق للحضانة[١]. وجاء في تبيين الحقائق: "إذا لم يكن للصغير امرأة تكون الحضانة للعصبات على ترتيب الإرث"[٢].

ثانياً: تقديم الأب بعد الأم وأمهاتها والجدة لأب

يرى المالكية تقديم الأب على باقي الحاضنات، وذلك بعد الأم، وأمها، والجدة أم الأب. ثمّ تنتقل الحضانة إلى باقي الحاضنات، فإذا لم يوجد مستحق لها انتقلت إلى الوصي والعصبات على الترتيب الذي ذكرته[٣].

---

[١]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٥، ص٢١٣.

[٢]- الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٤٨.

[٣]-الخرشي، حاشية الخرشي، المرجع السابق، ج٤، ص٢٠٩. التسولي، البهجة في شرح التحفة، المرجع السابق، ج١، ص٦٤٩. الحطّاب الرعيني، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج٥، ص٥٩٥.

ثالثاً: تقديم الأب بعد الأم وأمهاتها

يرى الشافعية أنّه إذا اجتمع الرجال مع النساء، فأحقُّ الرجال والنساء بالحضانة الأم، لقوله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"، ولأنّها مباشرة الولادة، وهي أكثر حنواً وإشفاقاً، وهي بتربية الصغير أخبر وأصبر، فإذا لم توجد الأم وأمهاتها انتقلت الحضانة إلى الأب[١]. في حين يرى أبو سعيد الإصطخري تقديم من أدلى بالأم من النساء، كالخالات والأخوات من الأم على الأب[٢].

فإذا لم يوجد الآباء والأمهات، ففي ذلك ثلاثة أقوال:

القول الأول: "جميع النساء من الأقارب أحق بالحضانة من جميع العصبات، فتقدم الأخوات والخالات والعمات، ومن أدلى بهنّ من البنات على جميع العصبات من الأخوة وبنيهم، والأعمام وبنيهم، لما فيهم من الأنوثة التي هي بالحضانة أخص"[٣].

القول الثاني: "جميع العصبات بعد الآباء والأمهات أحق من جميع الأخوات، والخالات والعمات، ومن يدلي بهنّ من بناتهنّ، لاختصاص العصبات بالنسب واستحقاقهم للقيام بتأديب المولود وتقويمه، ولقوتهم باستحقاق الميراث.

---

[١]- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٥٩٤. الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج١١، ص٥١٩.

[٢]- الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج١١، ص٥١٩.

[٣]- الإمام النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج٩، ص١١٢.

والقول الثالث: يقدم الأقرب فالأقرب من الرجال والنساء، فإن كان الرجال أقرب قدموا، وإن كُنّ النساء أقرب قدمن، وإن استوى الرجال والنساء، قُدِمَ النساء فيها على الرجال، لاختصاصهم بالأنوثة، فتنتقل الحضانة بعد الآباء والأمهات إلى الأخوة والأخوات، فتقدمنّ الأخوات لأنوثتهنّ، ثمّ الأخوة وهو الرأي الراجح"[١].

وفي الصحيح من المذهب الحنبلي أنّ أولى الناس بالحضانة الأم، ومن ثمّ أمّهاتها الأقرب فالأقرب، ثمّ الأب، ثمّ أمّهاته، ثمّ الجدُّ، ثمّ أمّهاته. ثمّ تنتقل الحضانة إلى باقي العصبات الأقرب فالأقرب[٢].

رابعاً: تقديم الأب بعد الأم

جاء في روايةٍ عن الإمام أحمد أنّ أمّ الأب مقدمة على أم الأم، لأنّها تدلى بعصبة فيكون الأب مقدماً على أم الأم؛ أي تكون الحضانة بعد الأم للأب، ثمّ أمّهاته، وإن علون، ثمّ أبو الأب، ثمّ أمّهاته، ثمّ جد الأب، ثمّ أمّهاته[٣].

وأرجح تقديم الأب بعد الأم في الحضانة، وتكون الحضانة للأم، ومن ثمّ الأب، ثمّ أمهاته، ثمّ أبو الأب، ثمّ أمهاته، وإن علون. ومن ثمّ تكون الحضانة لأم الأم، لوفور شفقة الأب على الصّغير، ولا يُمكن لأحد أن يُنازع في شفقته وعطفه على الصّغير، خصوصاً إذا كانت أمه هي من ستساعده في شؤون المحضون.

---

[١]- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٥٩٤. الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج١١، ص٥٢٠.

[٢]- ابن قدامة المقدسي، الشّرح الكبير، ج٢٤، ص٤٥٧-٤٥٨. البهوتي، شرح مُنتهى الإرادات، المرجع السابق، ج٥، ص٦٩٥.

[٣]- ابن قدامة المقدسي، الشّرح الكبير، ج٢٤، ص٤٥٨.

الفرع الثاني

تنازع الحاضنين من الدرجة نفسها

يرى الحنفية أنّه إذا حصل التنازع بين الحاضنين من الدرجة نفسها، فالحضانة للأورع، ثمّ للأسن. جاء في بدائع الصنائع: "لو كان لها ثلاثة إخوة كُلهم على درجة واحدة، بأن كانوا كُلهم لأب وأم، أو لأب، أو ثلاثة أعمام، فأفضلهم صلاحاً وورعاً أولى، فإن كانوا في ذلك سواء فأكبرهم سنّاً أولى بالحضانة"[(١)].

ويرى المالكية أنّه في حال التساوي يكون التقديم بالصّيانة والشفقة، فيقدّم من هو أقوى شفقةً وحناناً على المحضون، ويقدّم الأسن على غيره، لأنّه أقرب إلى الصبر والرفق من غيره، فإن تساويا، فالظاهر القرعة، وإذا كان أحدهم أكثر صيانةً، والآخر أكثر شفقةً، فالظاهر تقديم ذي الشفقة، لأنّ تربية الأطفال تتطلب وفور الشفقة[(٢)].

في حين يرى الشافعية والحنابلة، أنّه إذا اجتمع حاضنون من الدرجة نفسها، فيقرع بينهم[(٣)]. مع ملاحظة أنّ الحنابلة قالوا بأنّه إذا استوى اثنان فأكثر في حضانة من له دون سبع سنين كالأختين الشقيقتين، أو لأب أو لأم، والأخويين كذلك، ونحوهما، قُدِمَ أحدهما بقرعة لعدم المرجح، فإذا بلغ المحضون سبعاً، ولو كانت أنثى، كان عند من شاء منهم، لأنّه لا مزية للبعض، ولا يُمكن الجمع[(٤)].

---

(١)- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، كتاب الحضانة، ج٥، ص٢١٥. الحصكفي، الدُّرُّ المختار، المرجع السابق، ص٢٥٥.

(٢)- الخرشي، حاشية الخرشي، المرجع السابق، ج٤، ص٢١٠.

(٣)- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٥٩٥.

(٤)- البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص٥٠٣.

أعتقد أنّه يمكن أن يُترك للقاضي سلطة التقدير في حال التساوي بين الحاضنين في الدرجة، فينظر القاضي إلى الحاضن الأكثر قدرةً على القيام بمهام المحضون، من حيثُ الشفقة على المحضون، والقدرة على رعايته مادياً وجسدياً، والأقدر على تربيته.

المبحث الثاني

الموقف القانوني من مستحقي الحضانة

لم يختلف الموقف القانوني عن الموقف الفقهي في تقديم الأم، بحسبانها مصدراً للرعاية والحنان، ومنبعاً للاستقرار الاجتماعي والنفسي للطفل، فكانت لها الأولوية في الحضانة عند انفصال الزوجين.

في حين إنّ التشريعات الأجنبية موضع الدراسة، عرفت ما يسمى بالحضانة المشتركة لكل من الأبوين.

وعلى ذلك، سأبحث في ترتيب الحاضنين في التشريعات العربية (المطلب الأول)، قبل أن انتقل إلى أحكام الحضانة المشتركة في التشريعات الغربية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ترتيب الحاضنين في التشريعات العربية

تنص جميع التشريعات العربية على أولوية الأم في حضانة الصغير، لكن قد تغيب الأم أو تفقد أحد شروط الحضانة، أو تضطر للتخلي عنها لظرفٍ ما، وفي هذه الحالة لا بُدّ أن تنتقل الحضانة إلى شخصٍ آخر.

وقد جاءت قوانين الأحوال الشخصية العربية بترتيبٍ معينٍ للحاضنين، وبالرجوع إلى هذه القوانين أجد اختلافاً بينها فيمن يلي الأم في حق الحضانة، فبعضها أعطى الأولوية للأب بعد الأم، وبعضها الآخر أبقى حضانة الصغير محصورة في النساء.

وعلى ذلك، سأبحث في أولوية الأبوين في الحضانة (الفرع الأول)، قبل أن انتقل إلى البحث في أولوية أقارب المحضون من النساء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أولوية الأبوين في الحضانة

في الواقع، ومن الناحية العقلية، لا يتنازع اثنان في كون الأم أشفق وأرفق بولدها من غيرها، وأقدر وأصبر على تحمّل المشاق والمصاعب في سبيل حضانته- وخاصةً في حياته الأولى- وهي عادةً أفرغ لخدمته من أبيه. وإنّ الأب نفسه عندما تثبت له حضانة ولده في صغره، أو تتخلى له عنها الأم لسببٍ ما، كثيراً ما يعهد بذلك الولد إلى غيره من النساء، كأمّه، أو أخته، أو زوجته مثلاً، وليس من بين هؤلاء من هو أحن على المحضون من أمّه.

وبالعودة إلى التشريعات العربية المقارنة أجد أنّ التشريعات العربية أعطت الأم الأولوية في الحضانة. ومن ذلك ما نصّت عليه (للمادة٥٧/١) من التشريع العراقي، والتي تنص على: "الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية، وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك".

أي إنّ المشرّع العراقي أكدّ على أولوية حضانة الأم، ما دامت محققة شروط الحضانة، ومادام ذلك منسجماً مع تحقيق مصلحة الصغير.

وساير ذلك القضاء العراقي، بقوله: "إنّ مفاد نص المادة٥٧/١، من قانون الأحوال الشخصية العراقي أنّ الأم أحق بحضانة الولد، وتربيته حال قيام الزوجية وبعد

الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك، ويشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة....وهي محمولة عليها حتى يثبت غيرها"[١].

وكذلك، نصّت (المادة٥٧/٤) من القانون العراقي على أنّ: "للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، حتى يتم العاشرة من العمر، وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة إذا ثبت بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية أنّ مصلحة الصغير تقتضي ذلك، على ألا يبيت إلّا عند حاضنته". فدلت هذه الفقرة على مسؤولية الولي الأب تجاه المحضون مادام تحت الحضانة، بشرط ألّا يبيت إلّا عند حاضنته الأم.

وأوردت (الفقرة ٧، من المادة ذاتها)، نصاً مفاده: بانتقال الحضانة من الأم إلى الأب، وذلك عند فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها، إلّا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك، وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة مراعيةً بذلك مصلحة الصغير. فالقانون العراقي أعطى الحضانة للأب بعد الأم، وفي الوقت ذاته أعطى القاضي سلطة اختياره حاضنٍ آخر مستهدياً بمصلحة الصغير.

وأضافت (الفقرة ٨، المادة٥٧)، إنّه: "إذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الأبوين، تودع المحكمة المحضون بيد حاضنةٍ أو حاضنٍ أمين، كما يجوز أن تودعه دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها". فلم يورد القانون العراقي ترتيباً معيناً

---

[١]- محكمة التمييز العراقية، الطعن رقم (٦٥)، لعام ٢٠٠٥، أشار إلية، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص١٥٥.

لمستحقي الحضانة بعد الأم والأب، وللقاضي اختيار المناسب في حال غياب الأبوين أو فقدانهما شروط الحضانة.

وقد تمّ استحداث هذه الدور، ويكون الإيداع بناءً على قرارٍ من المحكمة المختصة، وتقسم هذه الدور لتستوعب من ليس لديه حاضن ما دون الثامنة عشرة من العمر، وتكون هذه الدور للأطفال من السنة الأولى حتى الخامسة من العمر، والقسم الثاني يضم الصغار من الخامسة من العمر، وحتى الثامنة عشر[١].

كذلك، نصت (المادة١٤٦) من القانون الإماراتي على ترتيب مستحقي الحضانة، وفقاً للآتي: "يثبت حق الحضانة للأم، ثمّ للمحارم من النساء مقدماً فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين، وذلك باستثناء الأب على الترتيب التالي، على أن يُراعي القاضي عند البت في ذلك مصلحة المحضون: أ- الأم. ب- الأب. ج- أم الأم وإن علت. د- أم الأب وإن علت. هـ- الأخوات بتقديم الشقيقة، ثمّ الأخت لأم، ثمّ الأخت لأب. و- بنت الأخت الشقيقة. ز- بنت الأخت لأم. ح- الخالات بالترتيب المتقدم في الأخوات. ط-بنت الأخت لأب. ي- بنات الأخ بالترتيب المتقدم في الأخوات. ك- العمات بالترتيب المذكور. ل- خالات الأم بالترتيب المذكور. م- خالات الأب بالترتيب المذكور. ن- عمات الأم. س- عمات الأب بالترتيب المذكور.

---

[١]- حسين رجب مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص١٥٢.

وإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء أو لم يكن منهنّ أهلاً للحضانة، انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال، بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة، فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق إلى محارم الطفل من الرجال غير العصبات....".

فيلاحظ أنّ المشرّع الإماراتي قد توسع في ترتيب الحاضنين آخذاً من المذهب الحنفي، باستثناء تقديم الأب على أقارب الأم، كما قرر تقديم النساء على الرجال في الحضانة، وبعدها نقل الحضانة إلى ذوي الأرحام أيضاً آخذاً من المذهب الحنفي.

وبالمثل، فإنّ المشرّع الجزائري أعطى الأم الأولوية في الحضانة، ومن ثمّ الأب وذلك استناداً (للمادة٦٤معدلة)، من قانون الأسرة الجزائري، والتي أوردت ترتيب الحاضنين وفقاً للآتي: "الأم أولى بحضانة ولدها، ومن ثمّ الأب، ثمّ الجدة لأم، ثمّ الجدة لأب، ثمّ الخالة، ثمّ العمة، ثمّ الأقربون درجةً مع مراعاة مصلحة المحضون.."[١].

فأعطى النص أولوية الحضانة للأم، ومن ثمّ الأب، ثمّ أم الأم، ثمّ أم الأب، وهكذا.. وعلى القاضي أن يُراعي مصلحة المحضون. وقد أكدّ القضاء الجزائري على أولوية الأم بالقول: "من المقرر شرعاً أنّ الأسبقية في الحضانة تعطى للأم، مع مراعاة مصلحة المحضون"[٢]. و"من المقرر شرعاً بأنّه تطبيقاً لمصلحة المحضون، فإنّه لا يمكن

---

[١]- كانت المادة قبل التعديل تعطي الحضانة للأم، ومن ثمّ أمها، ثمّ الخالة، ثمّ الأب، ثمّ أم الأب، ثمّ الأقربون درجةً مع مراعاة مصلحة المحضون.

[٢]- المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، بدون ذكر رقم، تاريخ ١٩٦٧/٣/١٦. أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٣٣٤.

التفكير في نزع الولد من أمّه ما لم يثبت أنّها خالفت سيرتها، أو في حال عدم استقرار مواردها الشروط التي حددتها الشريعة الإسلامية"[١].

يعني أنّ المجلس الأعلى للقضاء الجزائري، يعدّ أنّ الأم لها الأولوية في الحضانة إلّا إذا لم يعد بيدها أصلاً أمر تحقق مصلحته ورعايته ورقابته، فتكون الأولوية ملازمة للمصلحة، وتكون قرينة الأحقية قابلة لإثبات العكس بإقامة الدليل على فقدان مقومات الحضانة. "حيثُ إنّ الحضانة من حق الأم، ومصلحة المحضون لا تتحقق بصورة كاملة إلّا إذا كان عند أمّه، وإذا صرفت لها، فلا تؤخذ منها إلّا بموجب مسقطٍ شرعيٍ، أو ثبت عدم قدرتها على تربية الصغير والاعتناء به"[٢].

كما أكدت المحكمة العليا الجزائرية في العديد من قراراتها على عدم الأخذ بتجزئة المحضونين بين الحاضنين، إلّا بمبررٍ شرعيٍ، أو إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك، حيثُ جاء في قراراتها: "إنّ القضاء برفض دعوى الطاعنة (الخالة) وإسناد حضانة البنتين للأب، نظراً لأنّ مصلحة المحضونين توجد مع إخوتهم المحضونين من طرف الأب بغرض جمع الشمل بين العائلة الواحدة، وإنّ الأب له حق الحضانة طبقاً للمادة٦٤ من قانون الأسرة، يُعدُّ تطبيقاً صحيحاً للقانون"[٣].

---

[١]- المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، بدون ذكر رقم، تاريخ ١٩٦٨/٦/١٢. أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٣٣٤.

[٢]- المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (٦٩١٩١)، تاريخ ١٩٨٨/٦/٦. أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٣٣٥.

[٣]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٣٨٦٤٠٦)، تاريخ ٢٠٠٧/٣/١٤. أشارت إليه، فضيلة شاكر، النظام القانوني للحضانة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، الجزائر، ٢٠١٦-٢٠١٧، ص٩.

وجاء أيضاً في قرارٍ آخر عن المحكمة نفسها: "إسناد حضانة الولد إلى أمّه مع إسناد حضانة باقي الأولاد إلى الأب، مع أنّ الحضانة لا تجزأ مادام أنّ الأم أحق بحضانة الأولاد من الأب، لتزايد حاجتهم إليها متى كان الأبوان متنازعين على الحضانة التي تكون وفقاً لمصلحة المحضون. وحيثُ أنّه من المقرر شرعاً أنّ الأم أحق بالحضانة من جهة، وحق المحضون من جهةٍ أخرى، لذلك لا يتجزأ بين الأبوين، وتراعى فيها مصلحته بالدرجة الأولى، وفقاً لما استقرّ عليه الاجتهاد والقضاء. ولما كان ذلك، كان قضاء القرار المطعون فيه بإسناد حضانة الأولاد الأربعة إلى الأب لم يكن قائماً على أساسٍ سليمٍ، ومخالفاً للمادة٦٤ من قانون الأسرة، ومستوجباً للنقض"[(١)].

ويأتي الأب بعد الأم في الترتيب، تحقيقاً لمصلحة الصغير، وتقرر "إسناد الحضانة للأب بعد أن قدم للمجلس شهادة تثبت أنّ ابنه يدرس في مدرسته بانتظام، وأنّ الطفلين معتادان على نمط العيش مع أبيهما، وهذا أفضل بكثير من نمط العيش مع الجدة الكبيرة في السن"[(٢)].

ولم يختلف التشريع المغربي حيثُ سار على النهج نفسه، فقد نصّت (المادة١٧١) على: "تخوّل الحضانة للأم، ثمّ للأب، ثمّ لأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر، بناءً على ما لديها من قرائنٍ لصالح رعاية المحضون، إسناد

---

(١)- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٢٧٥٩٩٠)، تاريخ ٢٠٠٢/٧/٣١، المجلة القضائية، العدد٢، ٢٠٠٣، ص٣٠٠.

(٢)- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قضية رقم (٩٤٩)، ١٩٩٨، أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٣٥٢.

الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهليةً، مع توفير سكنٍ لائقٍ للمحضون من واجبات النفقة".

فيلاحظ أنّ النص المذكور أعطى الأم الأولوية في الحضانة، ومن ثمّ الأب، وبعدها أم الأم، وأخيراً للقاضي الذي يبحث عن القريب الأكثر صلاحاً للمحضون. وعلى هذا سار القضاء المغربي، حيثُ أكدّ في العديد من قراراته على أولوية الأم في الحضانة. وجاء الأب في المرتبة الثانية في الأولوية: "إنّ رتبة الأب موالية لرتبة الأم، ومقدمة على رتبة الجدة لأم.."[(١)].

وبهذا، فقد ساير المشرّع المغربي كلاً من التشريع العراقي، والجزائري، عندما أعطى الحضانة للأم أولاً، ومن ثمّ الأب، مرجحين في ذلك قول الحنابلة، مع ملاحظة أنّ هذه التشريعات لم تشترط أن يكون لدى الأب من يصلح للحضانة من النساء – كما ذكرت سابقاً– وهو نقصٌ لابُدّ من تداركه.

أمّا المشرّع السوري فقد كان أكثر تفصيلاً في ترتيب الحاضنين من المشرعين العراقي، والجزائري، والمغربي. وإنّ المشرّع السوري كان يُقدم الأم وأمهاتها، ومن ثمّ أمّ الأب وإن علت، فللأخت الشقيقة، فللأخت لأم، فللأخت لأب، فللبنت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فبنت الأخت لأب، فللخالات، فللعمات، بهذا الترتيب، ثمّ للعصبات من الذكور على ترتيب الإرث وفقاً (للمادة١٣٩) أحوال شخصية.

---

(١)- المجلس الأعلى للقضاء المغربي، قرار رقم (١٢٠٨)، تاريخ ١٩٩٤/١٠/٤، عدد٤٧، ص١٦٣.

ثمّ أورد تعديلاً على المادة المذكورة[١]، وفقاً للآتي: "حق الحضانة للأم فللأب، فلأم الأم وإن علت، فلأم الأب، وإن علت، فللأخت الشقيقة، فللأخت لـلأم، فللأخت لأب، فلبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فبنت الأخت لأب، فللخالات، فللعمات، بهذا الترتيب ثم للعصبات من الذكور باستثناء الأب على ترتيب الإرث".

وقد رأت محكمة النقض السورية أنّ هذا التقديم يُحقق مصلحة المحضون، حيثُ جاء في حكمها: "لما كان الشارع قد قدّم الأب على أم الأم في ترتيب الحواضن فإنّه افترض حُكماً مصلحة المحضون في هذا التقديم، والنص المعدّل (المادة١٣٧ ف٢/أ) اشترط في الرجل الحاضن أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء، والظرف المكاني عنده لا يعني بالضرورة وجود المرأة الصالحة للحضانة في منزله أو مقيمة معه إقامة دائمة متصلة، ويكفي أن تكون المرأة المعينة قريبة منه وفي جواره القريب مكانياً كي تتمكن من العناية بالمحضون ومساعدة الأب في ذلك، أو البقاء مع المحضون في حال مغادرة الأب إلى عمله، وإنّ عبارة "من يصلح للحضانة" تنصرف إلى صلاحية المرأة الموجودة عند الأب لرعاية المحضون من جميع النواحي، وعلى المحكمة أن تتثبت من أهلية وقدرة المرأة المذكورة صحياً وسلوكياً للقيام بهذه المهمة"[٢]. لا شك أنّ هذا الموقف فيه من التيسير على الأب، فلم تشترط محكمة النقض إقامة المرأة التي تصلح

---

[١]- القانون رقم (٤) لعام ٢٠١٩.

[٢]- محكمة النقض السورية، الغرفة الشرعية، أساس (١٠٩١)، قرار (١٠٥٨)، تاريخ ٢٠١٩/٩/١٧. مجلة المحامون، الأعداد: ٩، ١٠، ١١، ١٢، لعام ٢٠١٩، السنة (٩٤)، ص٦٢٢-٦٢٣.

للحضانة مع الأب بصورة دائمة، وإنّما يكفي أن تكون قريبة من مسكنه، وجاهزة للعناية بالمحضون عندما يستدعيها لهذا الأمر.

فيبدو أنّ المشرّع السوري قد أخذ بترتيب المذهب الحنفي، فيما عدا تقديم الأب على النساء في الحضانة وفقاً للتعديل الأخير، وهو ما استقاه من قول في المذهب الحنبلي[١].

كما نصت (المادة ١٤٠) على أنّه: "إذا تعدد أصحاب الحق في الحضانة فللقاضي حق اختيار الأصلح". يعني أنّه إذا تساوى أصحاب الحق في الحضانة من المرتبة نفسها، كما لو كانت هناك أختان شقيقتان فالقاضي يختار الأصل بينهما.

ومما سبق، أجد أنّ القانون السوري قد نهج المنهج ذاته لباقي المشرعين عندما قدّم الأب على أم الأم، وأعتقد أنّ هذا المسلك فيه جانبٌ من الصواب، حيثُ إنّه لا يُمكن أن يشكك أحدٌ في عطف الأب وحنانه على أولاده، ومتابعتهم، والإشراف عليهم. وإنّ المأخذ الوحيد الذي يُمكن أن يرد على هذا المسلك، بأنّ الأب قد يترك شؤون المحضون إلى أنثى ترعاه، سيّما أنّه يكون منشغلاً في أمورٍ أخرى. لذا، أرى أنّه يُمكن أن نشترط أن تكون لديه الجدة لأب، أو العمة أو أخت الصغير، بمعنى أن نترك للقاضي سلطة التقدير للتحقق من صلاحية هذه الأنثى –كما ذكرت سابقاً–

فعلى سبيل المثال، قد يقدّر القاضي أنّ وجود الصغير مع أمّه المتزوجة أصلح من بقائه مع أبيه المتزوج من امرأةٍ تنظر شذراً إلى الصغير، سيّما أنّ المشرّع السوري قد

---

[١]- "فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم، فيكون الأب بعد الأمّ ثمّ أمهاته وإن علون". ابن قدامة، الشرح الكبير، ج٢٤، ص٤٥٨.

أجاز بقاء الصغير مع أمّه إذا رأى القاضي ذلك. وقد يقدّر في حالةٍ أخرى أنّ وجوده مع أبيه وجدته أم أبيه أصلح له من وجوده مع أمه التي سقطت حضانتها بسبب خُلِقها مثلاً. لذا أرى أنّه يُمكن تعديل المادة المذكورة بأن نبقي أولوية الحضانة للأبوين، ومن ثمّ نعطي القاضي سلطةً تقديريةً ليبحث في كل قضيةٍ على حدة عن الحاضن المناسب بعد الأبوين، فيبحث عن الأصلح لحضانة الطفل، ويُمكن أن يُراعي في ذلك حال الحاضن، وميل المحضون لهذا الحاضن. ذلك أنّ ترتيب الحواضن الموجود في الفقه الإسلامي، إنّما يؤسس على مصلحة المحضون، وإنّ الروابط الأسرية سواء من جهة الأب، أو من جهة الأم كانت متماسكةً قويةً. أمّا اليوم فقد تغيرت الظروف، وتفككت معظم الأسر، وأضحت العائلات مؤلفةً في الغالب من العائلة الصغيرة المؤلفة من الأبوين، لهذا أجد من المنطقي جداً تقديم حضانة الأب، كما فعل المشرّع السوري في التعديل الأخير.

الفرع الثاني

أولوية أقارب المحضون من النساء بعد الأم

ذهبت بعض التشريعات إلى تقديم أقارب الأم على الأب في الحضانة[١]، ومن ذلك التشريع المصري، وفقاً لما نصّت عليه (المادة٢٠) من قانون الأحوال الشخصية[٢]، والتي أوردت الترتيب آخذاً من المذهب الحنفي، وفقاً للآتي:

"يثبت الحق في الحضانة للأم، ثمّ للمحارم من النساء، مُقدماً من يدلي بالأم على من يدلي للأب، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي:

الأم، فأم الأم وإن علت، فأم الأب وإن علت، فالأخوات الشقيقات، فالأخوات لأم، فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المذكور في الأخوات، فبنت الأخت لأب، فبنت الأخ بالترتيب المذكور، فخالات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور.

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء، أو لم يكن منهنّ أهل للحضانة، أو انقضت مدة حضانة النساء، انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال، بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة.

---

[١]- ومن ذلك أيضاً، التشريع السوداني رقم (٤٣)، لعام١٩٩١.

[٢]- القانون رقم (٢٥)، لسنة ١٩٢٩، المعدّل بالقانون (١٠٠) لعام ١٩٨٥، المعدل بالقانون (٤)، لعام ٢٠٠٥.

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء، انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتي: الجد لأم، ثمّ الأخ لأم، ثمّ ابن الأخ لأم، ثمّ الخال".

وطبق ذلك القضاء المصري، حيثُ تقرر: "روعي في ترتيب الحاضنات تقديم قرابة الأم"[١]. وجاء أيضاً "الحضانة للأم ثمّ لمن تليها من الإناث"[٢].

وجاء أيضاً: "من المقرر وفقاً للمرسوم بقانون رقم ١٩٢٩/٢٥، المعدل بالقانون رقم (١٩٨٥/١٠٠)-الواجب تطبيقه- إنّ الحضانة هي حفظ الولد الصغير والقيام بمصالحه والعناية بطعامه وشرابه ولباسه، وهي للوالدين ما لم يتفرقا بطلاق أو بموت الأب، فتكون عندئذٍ للأم اتفاقاً، ويُشترط في الحاضنة -عملاً بالمذهب الحنفي المعمول به في مصر- أن تكون الحاضنة حرة بالغة أمينة....والحاضنة محمولة على توافر شروط الحضانة، وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات عكسه، وإنّ تقدير توافر شروط الحضانة من عدمه يدخل في نطاق السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسبابٍ سائغةٍ"[٣].

---

[١]- محكمة النقض المصرية، الغرفة الشرعية، الطعن رقم (٢٤)، قرار (٣٨١)، لعام ١٩٥٥، أشار إليه، ممدوح عزمي، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص٨٧.

[٢]- محكمة بني سويف، المحكمة الشرعية، رقم (٦٤٠/٢٢)، لعام ١٩٥٢، أشار إليه، ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص٨٨.

[٣]- من قواعد محكمة تمييز دبي في تطبيق القانون المصري، الطعن رقم (٧٣)، لعام٢٠٠٥. أشار إليه، أحمد الرجوب، الحصانة، المرجع السابق، ص١٩٦.

ولكن، بعد أن أوردت موقف التشريعات العربية التي أعطت الأولوية للأبوين والتي نصت على ترتيبٍ بالنسبة إلى باقي الحاضنين، فيثار التساؤل عن مدى إلزامية هذا الترتيب؟ كما يُثار تساؤلٌ آخر: حول مدى الحاجة إلى حكمٍ قضائي لانتقال الحضانة من حاضنٍ لآخر؟ ويُثار تساؤلٌ إضافيّ، هل تسقط الحضانة في حال عدم المطالبة بها ممن له الحق وفقاً للترتيب الوارد في التشريعات؟ وهل يستطيع القاضي أن يُجبر أحد الحاضنين على الحضانة في حال عدم رغبته بها؟

أولاً: مدى إلزامية ترتيب الحاضنين

إنّ الترتيب الذي أورده الفقه الإسلامي يُعدُّ إلزامياً متى استوفت الحاضنة شروط الحضانة، بمعنى إذا توافرت شروط الحضانة في أم الأم، وكانت أم الأب هي الأخرى أهلاً للحضانة، فنقدم أم الأم على أم الأب، ذلك أنّهم رتبوا الحواضن وفقاً لما يراه كل فقيه محققاً لمصلحة الصغير.

وفي الجانب القانوني، فقد قرر القانون الإماراتي في (المادة١٤٦) إلزامية الترتيب، وعلى القاضي أن يتقيد به ولا ينتقل من حاضنٍ إلى آخر إلّا إذا رفض الأول هذه الحضانة، أو لم يُبدِ رأيه، إذ تنص: "إذا رفض الحضانة من يستحقها من النساء أو الرجال انتقل الحق إلى من يليه، ويبلغه القاضي بذلك، فإن رفض أو لم يبدِ رأيه خلال ١٥ يوماً انتقل الحق إلى من يليه". كما قرر القضاء الجزائري أيضاً –على سبيل المثال– إلزامية الترتيب الوارد في المادة٦٤ من قانون الأسرة الجزائري، بالنسبة إلى الحاضنين، إلّا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحماية والرعاية

للمحضون"[١]. كذلك، قرر القضاء السوري "أنّ كون أم الأب أحسن مالاً، وأرحب صدراً، لا يُسقط حق أم الأم في الحضانة مادامت صالحة لها، لأنّ الاثنتين لا تتساويان في درجة الحضانة لنرجح الأفضل بينهما، بل إنّ أم الأم هي صاحبة الحق وحدها، ولا تنازعها أم الأب ما دامت أم الأم صالحةً لها، لذا، فإن الحكم الذي رجح أم الأب على أم الأم جاء مخالفاً للأصول"[٢].

وجاء في قرارٍ آخر: "إنّ الترتيب بين الحاضنات، الوارد في الفقرة الأولى من المادة١٣٩ أحوال شخصية، هو ترتيبٌ واجب الرعاية والإقدام، ولا مجال للحيدة عنه إلّا إذا ثبت ما يوجب إسقاط الحضانة، وهو ترتيبٌ من النظام العام، ولا يجوز تجاوز صاحب الحق في الحضانة إلى من يليه إلّا بموجبٍ خاصٍ"[٣]. فدلّ ذلك على إلزامية الترتيب وأنّ هذا الترتيب من النظام العام ولا يجوز العدول عنه إلّا بموجبٍ خاصٍ، وهو ما تقرر إذا كانت الحالة الصحية للمحضون تستدعي الرعاية والاهتمام وحضانة النساء، ذلك أنّ مصلحة المحضون بالحضانة مقدمة على مصلحة الأب[٤].

---

[١]- المحكمة العليا الجزائرية، ملف رقم (٨٩٦٧٢)، تاريخ ١٩٩٣/٢/٢٣، أشار إليه، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص٢٠٧.

[٢]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٣٠١)، قرار رقم (٣٠٥)، تاريخ ١٩٦٠/١١/٨. أشار إليه، أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج١، ص٥٣٦-٥٣٧.

[٣]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (١٤٨٣)، قرار رقم (٢٤٢١)، تاريخ ٢٠٠٥/١٢/١٢، سجلات محكمة النقض.

[٤]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٥٥)، قرار رقم (٧٦)، تاريخ ٢٠١٨/٢/١٢، مجلة المحامون، الأعداد ٥-٦-٧-٨، المرجع السابق، ص٣٦٤.

أعتقد –كما أوردت سابقاً– أن يكون هذا الترتيب اختيارياً، ولإرشاد القاضي عن الحاضن الأصلح، مع إعطائه السلطة التقديرية الكافية لاختيار الأكفأ[١].

ثانياً: مدى الحاجة إلى حكمٍ قضائي لانتقال الحضانة من حاضنٍ إلى آخر

في الواقع، تتطلب معظم التشريعات المقارنة تدخل القضاء عند انتقال الحضانة من حاضنٍ إلى آخر. ومن ذلك، ما نصّت عليه (المادة٧/٥٧)، من القانون العراقي:

---

[١]- على القاضي أن يبحث عن الحاضن الأكثر كفاءةً لتحقيق مصلحة المحضون، حتى لو استدعى ذلك نقل الحضانة إلى الحاضن الأبعد، أو دور الرعاية عند الحاجة. ففي إحدى الحوادث التي جرت مؤخراً، رفضت الأم استلام حضانة أطفالها، وتمّ تسليمهم إلى الأب مع زوجته، إلّا أنّ مصير الأولاد كان القتل! أقدم أب وزوجته على قتل أولاده الثلاثة في ريف دمشق بوضع مادة سم الفئران في طعامهم ثم خنقهم ليفارقوا الحياة. ووردت معلومات إلى فرع الأمن الجنائي في ريف دمشق بدخول ثلاثة أطفالٍ إلى مشفى المواساة مفارقين الحياة وهم:(قطر الندى) تولد ٢٠١٦ و(محمد) تولد ٢٠١٨ (يزن) تولد ٢٠١٩.
حيث ادعى والدهم بعد إسعافهم للمشفى بأنّ الأطفال كانوا مصابين بالإسهال والإقياء الشديد، ولا يعلم سبب وفاتهم. وبعد إجراء الكشف الطبي، ومن خلال التحقيق مع الأب المدعو أحمد ب، وزوجته (خالة الأولاد) المدعوة (غزل. ق)، اعترفت الزوجة بإقدامها بالاشتراك مع زوجها المذكور على محاولة قتل الأطفال الثلاثة بواسطة وضع مادة سم الفئران في طعامهم، إلّا أنّهم لم يفارقوا الحياة في المرة الأولى، فقام زوجها بإحضار مادة سامة سائلة تستخدم كمبيد للحشرات ومزج المادة السامة بشراب وطعام الأطفال إلّا أنّهم لم يفارقوا الحياة في المحاولة الثانية بسبب استفراغهم الطعام.
وعندما وجد والد الأطفال أنّهم مازالوا على قيد الحياة قام بخنق الأطفال الثلاثة كلَّ واحدٍ على حده عن طريق وضع يده على الفم والأنف وقطع التنفس حتى مفارقتهم الحياة، بمساعدة زوجته التي قامت بتثبيت أقدام الأطفال أثناء عملية الخنق. وتمّ إحضار آثار من المادة السمية التي استخدمها في محاولة قتل الأطفال وبمقارنتها مع عينة مأخوذة من جثث الأطفال تبين وجود المادة السمية نفسها في أجسادهم. فيما اعترف الأب خلال التحقيق معه بإقدامه على قتل أطفاله الثلاثة خنقاً بعد محاولات عدة لتسميمهم دون جدوى، وذلك بسبب خلافاتٍ عائليةٍ بينه وبين زوجته المقبوض عليها، لأنّ والدة الأطفال رفضت أخذهم. منشور على شبكة مراسلون الإخبارية، تاريخ الزيارة: ٢٠٢٠/٥/٢٠
https://muraselon.com/post/97983

"في حال فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة، أو وفاتها، تنتقل الحضانة إلى الأب، إلّا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك، عندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة، مراعيةً بذلك مصلحة الصغير". وهو ما سلكه القانون الإماراتي في (المادة١٤٦) إذ تنص: "إذا رفض الحضانة من يستحقها من النساء أو الرجال انتقل الحق إلى من يليه، ويبلغه القاضي بذلك، فإن رفض أو لم يبدِ رأيه خلال ١٥يوماً انتقل الحق إلى من يليه". فدلّ ذلك على أن القاضي هو من ينقل الحضانة من حاضنٍ إلى آخر.

وكذلك، نصت المجلة التونسية في (الفصل٦٧) على أنّه: "إذا انفصم الزواج.....عهدت الحضانة إلى أحدهما أو غيرهما، وعلى القاضي عند البت في ذلك مراعاة مصلحة المحضون". (والفصل٦٤): "يُمكن لمن عهدت إليه الحضانة أن يسقط حقه فيها، ويتولى الحاكم في هذه الصورة تكليف غيره بها". ويُفهم أيضاً من نصوص المشرّع الجزائري أنّ انتقال الحضانة يحتاج إلى تدخل القضاء (المادة٦٧) تنص: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط...ويجب في جميع الحالات أن يراعي القاضي مصلحة المحضون".

أمّا المشرّع السوري فقد نصّت (المادة١٣٩/٣) على أنّه: "للحاضن أن يطلب من القاضي تسليمه المحضون، وعلى القاضي أن يقرر هذا التسليم دون قضاء خصومة بعد التأكد من أحقيته في الحضانة....ويجري تنفيذ قرار القاضي من قبل دائرة التنفيذ المختصة...ولمن يعارض في التسليم أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بالادعاء بالتظلم من هذا القرار". فيعني ذلك، أنّ صاحب الأحقية في الحضانة يمكنه أن يطلب من القاضي تسليمه الصغير، ويعطيه القاضي هذا القرار بدون الحاجة إلى

قضاء الخصومة، ويمكن لمن يعترض على هذا القرار أن يرفع دعوى أمام المحكمة الشرعية.

لكنّ الاجتهاد القضائي السوري قرر أنّ حضانة الطفل من قبل الجدة لا تحتاج إلى حكمٍ قضائي، وتستطيع الأم الحاضنة أن تسلمها الولد مباشرةً[١]. وجاء أيضاً: إنّ الحضانة تنتقل حكماً لأم الأم بمجرد سقوط حضانة الأم بزواجها من غير قريبٍ محرمٍ، وما دام أنّ المحضونة عند الجدة لأم، وفي منزلٍ واحدٍ، فهي المسؤولة عن رعايتها وتربيتها، وإذا ثبت أنّ محاولة تهريب الطفلة إلى تركيا كان بعلمها، فإنّ ذلك يجعلها غير أهل للحضانة ويسقط حضانتها، ولا يُمكن قبول تعليل المحكمة. والتي ذكرت أنّ بقاء الطفلة المحضونة بعد زواج والدتها في منزلٍ واحدٍ مع جدتها لأمها لا يقتضي أن تكون قد سلمت الطفلة للجدة فعلاً، وبالتالي تكون غير مسؤولة عنها، مما يقتضي عدم عدّها مهملة لمجرد محاولة الأم إخراج ابنتها معها إلى خارج القطر، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه[٢].

ومن الواضح أنّ مثل هذه القرارات عرضة للنقد، لما تنطوي على الفوضى مادامت توافق على منح الحضانة من الأم إلى أمها، بدون تدخل القضاء، وبدون التأكد من قدرتها على القيام بشؤون الحضانة.

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٢٨٨)، قرار (٢٥٥)، تاريخ ١٩٨٣/٥/٢٣. أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص٥٣١-٥٣١.

[٢]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (١٨٦٤)، قرار (١٦٣١)، تاريخ ٢٠١٢/٨/٢٧، سجلات محكمة النقض.

والاتجاه ذاته، سلكه القضاء المغربي ابتداءً، حيث قضى: "الحضانة للأبوين مادامت الزوجية قائمة، فإذا انقطعت، فالأم أولى بحضانة ولدها، وإنّ القانون لا يشترط فيمن له الحق بعد الأم أن يطالب بها قضاءً ما دام قد مارسها فعلاً"[١]. وما لبث أن عدل عن هذا الموقف وقضى: "إذا كانت الأم المطلقة قد تنازلت عن حضانتها، فإنّه ليس لها أن تمنح الحضانة لمن تشاء"[٢].

ثالثاً: مدى سقوط الحضانة عند عدم المطالبة بها

نصّت بعض التشريعات العربية على إسقاط الحضانة عن الحاضن، في حال سكوته عن المطالبة بها، ومن ذلك، ما نصّت عليه (المادة١٥٢/٣)، من القانون الإماراتي: "إنّ حق الحاضن في المطالبة في الحضانة، يسقط إذا سكت عن المطالبة بها ستة أشهر بدون عذر بعد علمه باستحقاقه للحضانة".

وهو ما قضت به محكمة تمييز دبي: "من المقرر كذلك، أنّ مناط سقوط حق مستحق الحضانة، إذا سكت عن المطالبة بها، مدة ستة أشهر من غير عذرٍ، بشرط

---

[١]- المجلس الأعلى للقضاء المغربي، قرار رقم (٥٤٥)، تاريخ ١٩٨٢/٧/١٢، مجلة القضاء والقانون، عدد١٣٣، ص١٨٣. أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٣٧٩.

[٢]- المجلس الأعلى للقضاء المغربي، قرار رقم (٩١١)، تاريخ ١٩٨٦/٦/٢٨، مجموعة قرارات المجلس الأعلى للقضاء، ٨٣-٩٥، ص٣٤، أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص٣٧٩.

أن يكون المحضون ما زال في سن حضانة النساء، فإذا تجاوز هذه السن فإنّه لا مجال لانطباق النص"[١].

وإنّ المشرّع الإماراتي جعل النص عامّاً ينطبق في كل الحالات التي يسكت فيها مستحق الحضانة عن المطالبة بها، سواء كان ذلك بسبب زواج الحاضن من أجنبيّ، أو في حال سوء خلق الحاضن، أو غير ذلك من أسباب سقوط الحضانة. وتقرر من المحكمة العليا الاتحادية: "إنّ المطعون ضده على علم بسفر الطاعنة، وتركها للمحضونين لدى إحدى قريباتها، ولم يتقدم بدعواه المتقابلة إلّا بتاريخ ٢٠١٤/١/٢٦، بعد أن أقامت عليه الطاعنة دعواها الأصلية بتاريخ ٢٠١٣/١٠/٢١، بطلب النفقة لولديها المحضونين، ومن ثمّ يكون قد أقام دعواه بعد مضي أجل ستة أشهر من تاريخ علمه بما ذكر خلال سنة ٢٠١١ من تحقق أسباب سقوط الحضانة عن الطاعنة، ولم يُقدم عذراً مقبولاً. لذلك، فإنّ حقه قد سقط عن المطالبة بحضانة الصغيرين"[٢].

وبالاتجاه نفسه، سار المشرعون الجزائري، والمغربي، والتونسي، حيثُ نصوا على: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد على سنة بدون عذرٍ، سقط حقه فيها" (المادة٦٨)، من قانون الأسرة الجزائري، وأسقط (الفصل٥٨)، من المجلة التونسية الحضانة إذا سكت الحاضن مدة سنة عن المطالبة بها، في حال زواج الحاضنة

---

[١]- محكمة تمييز دبي، غرفة الأحوال الشخصية، طعن رقم (١١١)، لعام ٢٠١٠، أشار إليه، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص٧٨.

[٢]- المحكمة العليا الاتحادية الاماراتية، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (٣٦٢)، لعام ٢٠١٥. أشار إليه، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص٧٩.

والدخول. وكذلك، نص المشرّع المغربي (المادة١٧٦)،على سقوط الحضانة في حال سكوت الحاضن عن المطالبة بها مدة سنة بعد علمه بالبناء، إلّا إذا كان سكوته لأسبابٍ قاهرة.

فنلاحظ أنّ هذه التشريعات قد أسقطت الحق في الحضانة، في حال عدم المطالبة بها مدة سنة، مع ملاحظة تقييد المشرعين المغربي والتونسي السقوط على حالة زواج الحاضنة، وعدم مطالبة الحاضن بالحضانة المدة المحددة، دون حالات السقوط الأخرى، حيثُ يبقى من الممكن التمسك بها، حيثُ إنّ سكوت الجدة أكثر من عام من تاريخ تنازل الأم عن الحضانة، لا يُسقط حضانتها[١].

كما أنّ المشرعين الجزائري والمغربي، قد أجازا تجاوز مدة سنة في حال توافر العذر المقبول، أو القوة القاهرة. ويكون تقدير توافرهما من عدمه لسلطة القاضي التقديرية، حيثُ تقرر: "من المقرر قانوناً أنّ الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب فيه مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبيّن في قضية الحال أنّ الزوجة أسندت لها حضانتها لأبنائها الأربعة مع الحكم على والدهم بتوفير سكن لممارسة الحضانة، وبعد مماطلة الأب في توفير السكن، ومن ثمّ قدم دفعاً بكون الطاعنة لم تسعَ في التنفيذ (ممارسة الحضانة)،ومدعياً أنّه يمارس الحضانة الفعلية، فإنّ القضاة بقضائهم بإسقاط

---

[١]- المجلس الأعلى للقضاء المغربي، قرار رقم (٦٦٦)، تاريخ١٩٨١/١١/٢٥. أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون، المرجع السابق، ص٥٦٩.

الحضانة عن الأم طبقاً لأحكام (المادة٦٨)، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا، قد أخطؤوا في تطبيق القانون"[١].

في حين إنّ المشرعين العراقي، والمصري، والسوري لم يتعرضوا لهذه الحالة، وجاء في القضاء السوري: إنّ وجود الأخ لا يمنع من تسليم الصغير إلى عمّه، ما دام الأخ لم يطعن بتسليم أخيه إلى عمّه[٢]. فكأنّ القضاء السوري قد أسقط ضمناً الحضانة عن الحاضن الأقرب، لأنّه لم يطعن ولم يطالب بها، وسكت عن ذلك.

ومما سبق، يبدو لي إنّ التشريعات التي أخذت بسقوط الحضانة عن الحاضن لعدم المطالبة بها، قد أخذت بهذا التقييد من المذهب المالكي الذي نص على ذلك في حال زواج الحاضنة، وهو ما تقيد به بدقة المشرعان التونسي والمغربي، بخلاف الإماراتي والجزائري.

وأعتقد أنّ ترك حق المطالبة بالحضانة لمن يستحقها مفتوحاً، قد يلحق الضرر بالمحضون ويُخل باستقراره، وهذا يتعارض مع مبادئ الحضانة التي تسعى إلى تحقيق مصلحة الصغير. وإذا تركنا الباب مفتوحاً فإنّ ذلك قد يستخدم للإضرار بالحاضن الذي يتولى الحضانة، من أجل تهديده بشكلٍ مستمرٍ بنزع المحضون منه. لذا، أرى أنّه يُمكن أن يُساير المشرّع السوري التشريعات التي حددت مدة زمنية معينة للمطالبة بالحضانة، وبسقوط حق المطالبة إذا انقضت المدة المحددة في القانون، إلّا إذا كان

---

[١]- المحكمة العليا الجزائرية، ملف رقم (٢٢٢٦٥٥)، تاريخ١٩٩٩/٥/١٨، مجلة قضائية، ٢٠٠١، عدد خاص، ص١٨٥. أشارت إليه، نوال بن كرو، الحضانة، المرجع السابق، ص٤٦.

[٢]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٢٨٢)، قرار رقم (٢٦٩)، تاريخ ١٠/٧/ ١٩٦٣، المرشد في قانون الأحوال الشخصية المرجع السابق، ص٥٣٧.

هُناك عذرٌ مقبولٌ، ويُمكن أن تأتي الصياغة كالآتي: "لمستحق الحضانة أن يتقدم بطلبها خلال سنة من تاريخ ظهور السبب المسقط لحضانة الحاضن السابق، إلّا إذا قدر القاضي خلاف ذلك تحقيقاً لمصلحة المحضون".

رابعاً: مدى سلطة القاضي في حال عدم قبول الحضانة

بعد أن تعرضت لترتيب الحاضنين في التشريعات العربية، يُثار تساؤلٌ آخر: ما الحل في حال عدم وجود الأبوين، أو عدم توافر شروط الحضانة في الأبوين، وعدم قبول الحاضن الذي يليهم بالمرتبة بالحضانة، فما هي سلطة القاضي في حال عدم قبول الحضانة؟

أجابت بعض التشريعات عن هذه الإشكالية. ومن ذلك، ما نصّت عليه (المادة١٦٥)، من مدونة الأسرة المغربية: "إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبلها، أو وجد ولم تتوافر فيه الشروط، رفع من يعنيه الأمر أو النيابة العامة الأمر إلى المحكمة، لتقرر اختيار من تراه صالحاً من أقارب المحضون أو غيرهم، وإلّا اختارت إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك".

ففي حال لم تتوافر شروط الحضانة في المستحقين، أو لم يقبل الحضانة الحاضن المعين لها، ينتقل الخيار للقاضي لاختيار الحاضن المناسب في حال توافره، أو وضع المحضون في إحدى المؤسسات المعدة لهذا الغرض. وعلى المنوال ذاته، سار المشرّع العراقي (المادة٥٧/٨): "إذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الأبوين، تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة أو حاضن أمين، كما يجوز أن تودعه إلى دور الحضانة".

في حين أنّ المشرّع الإماراتي قصر الحكم على الحالة التي لا يوجد فيها الوالدان، ولم يقبل مستحق لها الحضانة، فيختار القاضي من يراه صالحاً من أقارب المحضون أو غيرهم، أو إحدى المؤسسات المؤهلة لهذا الغرض (المادة١٤٧).

فهو لم يعالج الحالة التي يكون فيها الوالدان موجودين، ولكن لا تتوافر فيهم شروط الحضانة، فهو لم يعطِ القاضي سلطة التدخل لاختيار الحاضن الأصلح للمحضون، في حالة وجود أبوين غير صالحين للحضانة، ولم يتدخل أحد الأقارب لطلب الحضانة، كما فعل المشرعان المغربي والجزائري.

وأسوق القضية التي عرضت على القضاء الإماراتي للإشارة إلى هذه الإشكالية، حيثُ حكمت المحكمة بإثبات الحضانة لأم لا تتوافر فيها شروط الحضانة، وكان يُنازعها الأب في القضية، وتبيّن للمحكمة أنّ كليهما غير مستحق للحضانة، لعدم توافر شروطها، ومع ذلك حكمت المحكمة للأم بالحضانة. وجاء في حكمها: "تبين للمحكمة، وكان الثابت بتقرير الباحثة الاجتماعية المنتدبة من قبل محكمة أول درجة، بأنّ المستأنف يسكن بمفرده، وليس لديه من يحضن من النساء، ومن ثمّ فإنّه فقد شرطاً من شروط الحضانة، ويتعين رفض النعي وتأييد الحكم المستأنف في هذا الخصوص، *ولا ينال من ذلك ما ساقه المستأنف من أدلة لإثبات عدم أهلية المستأنف عليها للحضانة، ذلك لأنّه وإن كان ما ذكره المستأنف وقدّم عليه دليلاً يعتبر قادحاً في أهلية المستأنف عليها للحضانة، إلّا أنّه ورغم ذلك وبالموازنة بين حال المستأنف وحال المستأنف عليها، فبقاء الولدين بمفردهما لساعات أفضل من بقائهما بمفردهما طوال أيام الأسبوع، وإذا كان ذلك وبالنظر إلى عدم تقديم*

غير المستأنف عليها بطلب حضانة الولدين غير المستأنف، فإنّ مصلحة المحضونين تقتضي بقاءهما معها"[1].

لذا، أستغرب هذا القرار، وأعتقد بضرورة تدخل القاضي لنقل الحضانة إلى حاضنٍ آخر إذا ثبت له عدم أهلية الأبوين لها. وأحثُّ المشرّع السوري على إضافة مادةٍ قانونيةٍ لعلاج هذه الإشكالية، ويُمكن أن تأتي الصياغة كالآتي: "إذا لم يوجد الوالدان، أو وجدا ولم تتوافر فيهما شروط الحضانة، ولم يقبل الحضانة مستحق لها، فيختار القاضي الأصلح للحضانة من الأقارب، أو دور الرعاية عند الحاجة".

---

[1]- محكمة تمييز دبي، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (٢٤)، لعام ٢٠١٧، أشار إليه، أحمد الرجوب، الحضانة، المرجع السابق، ص١٠٠.

المطلب الثاني

أحكام الحضانة المشتركة في التشريعات الغربية

وردت أحكام الحضانة المشتركة في الدول الغربية بما أطلقوا عليه اسم السلطة الأبوية أو الوالدية، وهذا يشمل حقوق وواجبات الوالدين على أطفالهم القاصرين، أثناء الحياة الزوجية وبعد الانفصال بينهما.

ويتم إسناد السلطة الوالدية في حال النزاع على مبدأ الأصلح والأفضل لرعاية وحماية مصلحة الطفل القاصر، ولا أولوية لأحدٍ من الأبوين على الآخر، ويتم ممارسة الحضانة المشتركة –بحسب الأصل– وفقاً لاتفاق الوالدين في ممارسة هذه السلطة، أو بموجب تدخل القضاء عند عدم الاتفاق.

وعلى ذلك سأبحث في اتفاق الأبوين على الحضانة المشتركة، (الفرع الأول)، قبل الانتقال إلى تدخل القضاء عند عدم الاتفاق على الحضانة المشتركة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

اتفاق الأبوين على الحضانة المشتركة

تتم ممارسة الحضانة المشتركة بموجب اتفاق الأبوين على طريقة ممارسة هذه الحضانة، وعندها يتقدم الأبوان بالاتفاق بينهما على طريقة ممارسة الحضانة، وذلك عند الانفصال. ويساعد اتفاق الأبوين في تجنب الخلافات بينهما، ويساعد أيضاً في حل الخلافات التي يُمكن أن تنشأ بينهما مستقبلاً. وإنّ ممارسة أحد الأبوين للسلطة الأبوية لا يعني حرمان الآخر من هذه السلطة[١].

وقد أخذ القانون المدني الفرنسي بذلك وفقاً (للمادة٢٨٧): "تمارس السلطة الأبوية بشكلٍ مشتركٍ من قبل كلا الوالدين. يعين القاضي، في حالة عدم وجود اتفاقٍ وديٍّ أو إذا كان هذا الاتفاق يتعارض مع مصلحة الطفل، الوالد الذي يقيم معه الأطفال في المعتاد. ويجوز للقاضي أن يعهد بممارسة السلطة الأبوية لأحد الوالدين إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك. ويجوز للآباء، بمبادرةٍ منهم أو بناءً على طلب القاضي، تقديم ملاحظاتهم بشأن شروط ممارسة السلطة الأبوية"[٢].

وبينت (المادة٣٧٣/٢-٧) من القانون المدني الفرنسي، أنّه يُمكن للوالدين تنظيم اتفاق بينهما على ممارسة السلطة الوالدية، حيثُ نصّت على: "يُمكن للوالدين

---

(1)- P.-A. Côté, «La Loi de 1985 sur le divorce et le droit civil», (1987), p47.

(2)-Article 287: L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle.
Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents. Les parents peuvent, de leur propre initiative ou à la demande du juge, présenter leurs observations sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale.

مراجعة قاضي الشؤون العائلية للتصديق على الاتفاق الذي يُنظمان بموجبه طرق ممارسة السلطة الوالدية، ويُحددان المساهمة في إعالة الولد وتربيته، ويصدّق القاضي على الاتفاق ما لم يتبين له أنّ هذا الاتفاق لا يحقق مصلحة الطفل أو أنّ رضا الوالدين لم يكن قد حصل بحرية"[١].

وكذلك، نص قانون الأسرة الروسي على إعطاء الأبوين الصلاحية في وضع اتفاقٍ لممارسة الحضانة المشتركة، فوفقاً (للمادة٦٥/٢) و (المادة٦٦/٢)، يُمكن للوالدين أن يُقررا جميع المسائل المتعلقة بتربية الأطفال وتعليمهم على أساس مصالح الطفل، ومراعاة آراء الأطفال، ويتم تحديد مكان الإقامة استناداً إلى اتفاق الأبوين[٢].

ويمكن أن يتضمن الاتفاق صوراً عدةً بشأن الحضانة المشتركة، وهي كالآتي:

أولاً: نظام الإقامة المتبادلة

تتم ممارسة الحضانة وفقاً لاتفاق الإقامة البديلة، بالتناوب بشكلٍ شائعٍ على مدار أسبوعٍ أو أسبوعين أو شهرٍ، وفي معظم الحالات يكون التناوب بين الأبوين تناوباً أسبوعياً[٣]. ومع ذلك، فإنّ محكمة النقض الفرنسية تقبل قسمةً غير متكافئةٍ

---

(1) - Article 373, Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement.

(2) - Все вопросы, касающиеся воспитания и образования детей, решаются родителями по их взаимному согласию исходя из интересов детей и с учетом мнения детей.
Родители вправе заключить в письменной форме соглашение о порядке осуществления родительских прав родителем, проживающим отдельно от ребенка.

(3) - Cass, 1st, civ, 14 February 2006, n°05-13.202.
www.village-justice.com/articles/difficile-question-garde-des-enfants,28499.html

بين الأبوين[١]. ويمكن للقاضي التدخل إذا كان الاتفاق غير محققٍ لمصلحة الصغير[٢].

ويُمكن للأبوين أن يتقاسما مبيت الطفل والاعتناء به في هذه الصورة، وفقاً لجدولٍ زمني يوضع لإدارة شؤون الطفل، ورعايته من الناحية الشخصية والنفسية والتعليمية، والصحية. ويشمل اتفاق الحضانة غالباً، وقت ممارسة الحضانة، والانتقال والتبدلات بين الأبوين، والإجازات السنوية والعطل المدرسية، وطرق حل النزاع الذي يُمكن أن ينشأ بين الأبوين بشأن الأطفال، والمبيت والزيارات، والتأمين الصحي، والتواصل مع الأقارب والآخرين الذين لهم أهميةً في حياة الطفل. وفي الغالب يكون الأبوان في هذه الحالة لديهم قدراتٍ متماثلةٍ في التعليم، والعناية بالطفل[٣].

وإنّ إنشاء حضانة مشتركة لا يستلزم توزيعاً متساوياً للوقت، بل يسعى إلى توزيعٍ منصفٍ قدر الإمكان، ويُمكن تخفيفه مع تنوع أيام عمل الوالدين.

ثانياً: نظام الإقامة المعتادة المثبتة في منزل أحد الوالدين

يُمكن للوالدين أن يتفقا في أن يُقيم الأطفال لدى أحد الأبوين، ويحصل فيها على حق ممارسة السلطة الوالدية، وفي هذه الحالة، سيتم منح الوالد الآخر حق الزيارة. وتتم هذه الزيارات في عطل نهاية الأسبوع.

---

(1) -cass, 1e civ, 25 avril, 2007, n°06-16.886.
www.village-justice.com/articles/difficile-question-garde-des-enfants,28499.html

(2)- Юлия Павловна, кандидат юридических наук, доцент, Соглашение о детях как способ определения судьбы детей при расторжении брака (Свит Ю. П.) «Законы России: опыт, анализ, практика», 2008, N 5, p63.

(3)- Les aptitudes éducatives des parents sont indéniables et d'égale valeur : CA Paris 11 mars 2004, Juris-Data, n° 237195.

ومن حيث المبدأ، كل والد لديه حرية اختيار وجهة عطلته، وبالتالي يمكنه السفر إلى الخارج. ومع ذلك، يجوز للقاضي أن يأمر بفرض حظرٍ على مغادرة الطفل الإقليم الفرنسي، ومن الممكن أيضاً توفير أيامٍ إضافيةٍ للزيارة: يوم محدد كل أسبوعٍ، ويوم عيد الأم، ويوم عيد الأب، وعيد ميلاد كل من الوالدين، والأعياد الدينية[١].

ثالثاً: منزل الأطفال

وفقاً لهذا الاتفاق، يقرر الأبوان الحفاظ على منزل العائلة القديم، بعد انفصالهما، من أجل إبقاء أطفالهم هناك، ثم يأتي كل من الوالدين لقضاء أسبوعٍ (على سبيل المثال) مع الأطفال، ثم يفسح المجال أمام الوالد الآخر. لذلك يتناوب كل والدٍ على الإقامة مع الأطفال في منزل العائلة، بدلاً من انتقال الأطفال من منزلٍ إلى آخر[٢].

وإنّ مثل هذا الاتفاق يكون مفيداً، إذ لا يؤدي إلى انتقال الأطفال من مكانٍ إلى آخرٍ، ومع ذلك ، فإنّ هذا يمثل حلاً ذا تكلفةٍ معينةٍ ولا يستطيع كثير من الآباء تحملها (سيغدو بحاجةٍ إلى دفع أجرة منزلين أو ثلاثة منازل: يدفع كل والدٍ أجرة منزله وأجرة منزلٍ للأطفال).

رابعاً: الحضانة المقسمة

وبموجب هذا الاتفاق على الحضانة، يتم اتفاق الأبوين على أن يحصل أحد الوالدين على حضانةٍ كاملةٍ لبعض الأطفال طوال الوقت، في حين يحصل الوالد

---

(1) - www.village-justice.com/articles/difficile-question-gardedesenfants,28499.html&prev

(2) - Gérard Neyrand, Dans L'enfant, la mère et la question du père, 2011, p169.

الآخر على الحضانة الكاملة لبقية الأطفال، ويتم اختيار هذا النوع من الحضانة لإتاحة الفرصة للأخوة غير المتفقين بالانفصال عن بعضهم البعض، وهنا يخضع الطفل لرعايةٍ من أحد الأبوين فقط دون الوالد الآخر، فلا تستخدم إلّا في حالاتٍ نادرةٍ.

خامساً: حضانة غير الأبوين

ويتم إسناد الحضانة فيها إلى غير الأبوين، بحيث يتولى طرفٌ ثالثٌ حضانتهم، ويقيمون معه باستمرار. ويكون ذلك –وفقاً للقانون الفرنسي– في حالة رغبة كل من الوالدين تفويض الحضانة لشخصٍ ثالثٍ، حيثُ يكون أهلاً للحضانة وتربية الأطفال، أو في حالة عدم مقدرة الوالدين الطبيعيين على تولي حضانة الأطفال، لأنّهم غير أكفاء للحضانة. إذ تنص (المادة٣٧٧) من القانون المدني الفرنسي على أنّه: "يجوز للأب والأم، معاً أو بشكلٍ منفصلٍ، مراجعة القاضي، عند الاقتضاء، بغية تقويض ممارسة كل أو جزء من سلطتهما الأبوية لطرفٍ ثالثٍ أو أحد أفراد الأسرة أو أحد الأقارب الموثوقين، أو مؤسسةٍ معتمدةٍ لجمع الأطفال أو دائرة المحافظة الاجتماعية لرعاية الطفل".

وفي حالة عدم وجود اهتمامٍ واضحٍ أو إذا كان الوالدان غير قادرين على ممارسة كل أو جزءٍ من السلطة الأبوية فإنّ الفرد أو المؤسسة أو دائرة المحافظة الاجتماعية لرعاية الطفل التي استقبلت الطفل أو أحد أفراد الأسرة، يمكن أن تقدم طلباً إلى القاضي أيضاً، لغرض تفويضه كلياً أو جزئياً بممارسة السلطة الأبوية"[1].

---

[1]- Article 377. Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de

كما أتاحت (المادة٣٧٣/٣-٧) من القانون المدني الفرنسي، للقاضي التدخل وبصورةٍ استثنائيةٍ، إذا كانت مصلحة الولد تقتضي ذلك، لا سيما إذا كان أحد الوالدين محروماً من السلطة الوالدية، بأن يعهد بالولد إلى شخصٍ ثالثٍ ويفضل أن يكون من الأقرباء[١]. إذاً يتم إسناد الحضانة لغير الأبوين إمّا بطلب منهما، أو من شخصٍ ثالثٍ، أو بتدخلٍ من القاضي من تلقاء نفسه.

كذلك، قرر قانون الوصاية الروسي لعام٢٠٠٨، إسناد الحضانة لغير الأبوين في الحالات التي يُترك فيها الطفل دون رعايةٍ أبويةٍ، في حال وفاة الوالدين، أو الحرمان من حقوق الوالدين، أو تقييد حقوق الوالدين، أو في حال كان الوالدان غير أكفاء، أو عند مرض الوالدين، أو في حال الغياب الطويل للوالدين، وعندها يقرر القاضي إسناد الحضانة لغير الأبوين وفقاً لأحكام قانون الوصاية، ويتم تعيينهم من قبل هيئة الوصاية[٢].

---

l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant ou un membre de la famille peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale.

(1)- Article 373-2-7 ; Le juge peut, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté.

(2)- Статья 1 .опека - форма устройства малолетних граждан (не достигших возраста четырнадцати лет несовершеннолетних граждан) и признанных судом недееспособными граждан, при которой назначенные органом опеки и попечительства граждане (опекуны) являются законными представителями подопечных и совершают от их имени и в их интересах все юридически значимые действия

وبهذا، فإنّ التشريعين الفرنسي والروسي، جعلا الأولوية للحضانة المشتركة بين الأبوين، ويكون ذلك حسب الاتفاق الذي يضعه الأبوان، ويُمكن أن يُقررا إسناد الحضانة، لغيرهما.

أعتقد أنّه في حال تمّ نقل الولد بين أمّه وأبيه، فإنّ ذلك سيؤثر كثيراً في حالته النفسية، ولن يتيح له الاستقرار النفسي والذهني، وقد أوردت دراساتٌ أنّ انتقال الطفل من مكانٍ إلى آخر، سيؤدي إلى عدم استقراره، ومن شأنه أن يؤثر سلباً في نمو دماغ الطفل[1]، وإن كان الأبوان يريان أنّه من العدل أن يتشارك الأم والأب بحضانة أطفالهم في أسابيع أو أيام متبادلةٍ، إلّا أنّ ذلك لا يحقق العدل للطفل، وإنّه في الحضانة يجب البحث دائماً عن مصلحة الطفل. وأرى أنّه من المضر للطفل تقسيم الوقت في الحضانة بين الوالدين، خصوصاً عندما يكون الطفل في عمرٍ صغيرٍ، فهو بحاجة إلى من يحضنه من النساء، كما أورد الفقه الإسلامي، فلا يُمكن للأب بمفرده أن يقوم بشؤون الطفل في أول عمره.

---

[1]- see, Claire Carter, Separated parents are 'damaging' children by sharing their care, expert claims, 20 October 2019.
https://www.telegraph.co.uk/news/health/children/10900948/Separated-parents-are-damaging-children-by-sharing-their-care-expert-claims.html

الفرع الثاني

عدم الاتفاق على الحضانة المشتركة

في حال لم يتوصل الأبوان لاتفاق الحضانة المشتركة، فيمكن رفع الأمر إلى القاضي ليفصل في موضوع الحضانة. فوفقاً (للمادة٣٧٣/٢-٨)، من القانون المدني الفرنسي، يُمكن مراجعة القاضي من أحد الوالدين أو من النيابة العامة أو من شخصٍ ثالثٍ (الغير)، للفصل في طرق ممارسة السلطة الأبوية، والمساهمة في صيانة الطفل وتربيته[١].

وبعد مراجعة القاضي يُمكن أن يحدد سكن الطفل، إمّا بالتناوب في محل إقامة كل من الوالدين، أو في محل إقامة أحدهما، ويحدد مدة التناوب، وعند انتهاء هذه المدة يفصل القاضي نهائياً في سكن الولد في محل إقامة كل من الوالدين أو في محل إقامة أحدهما. (المادة ٣٧٣/٢-٩)[٢]. ويمكن أن يقرر القاضي إقامة الطفل لدى شخصٍ ثالثٍ (فردٍ من العائلة أو مؤسسةٍ تعليميةٍ)[٣]. وغالباً ما يقرر القاضي حضانةً مشتركةً على التناوب لفترة ستة أشهرٍ، ومن ثمّ يحكم مرة أخرة في حضانة الطفل[٤].

---

(1)- Article 373-2-8; Le juge peut également être saisi par l'un des parents ou le ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non, à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

(2)- Article 373-2-9, En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

(3) - Isabelle Corpart, Les lieux de vie des enfants, Recherches familiales 2005/1 (N°2, Éditeur : Union nationale des associations familiales, p4.

(4) - Isabelle Corpart, Les lieux de vie des enfants, op cit, p22.

وفي نهاية هذه الفترة، سيتم تقييم ما إذا كانت التجربة ناجحة وسيتخذ قراراً نهائياً. حسب الوضع، سوف يفرض التناوب على الزوجين أو يحدد إقامة الطفل مع أحدهما، في ضوء مصلحة الطفل. ولا يجوز للقاضي أن يقرر الفصل بين الأخوة، إلّا في حالات الضرورة القصوى، أو إذا كان الاهتمام بالطفل يتطلب ذلك، (المادة٣٧١-٥)[١].

كذلك، يجب على القاضي عند عدم الاتفاق على الحضانة، أن يبذل جهده في مصالحة الطرفين، ومحاولة التقريب بينهما، ويُمكن أن يستعين بوسيطٍ عائلي للقيام بذلك، ويُمكن أن يُلزم القاضي الأبوين بمقابلة الوسيط لكي يطلعهم على التدبير المتخذ من قبل القاضي، باستثناء الحالة التي يرتكب فيها أحد الأبوين أعمال عنفٍ ضد الطفل، فحينها يتخذ القاضي التدبير دون الاستعانة بالوسيط العائلي. (المادة٣٧٣/٢-١٠)[٢].

وفرضت (المادة٣٧٣/٢-١١)، من القانون المدني الفرنسي على القاضي أن يأخذ بالحسبان معايير عدة قبل إصدار الحكم حول ممارسة السلطة الأبوية، وبشكلٍ خاص:

---

(1) - Article 371-5; L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et soeurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et soeurs

(2) - Article 373-2-10; En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder, y compris dans la décision statuant définitivement sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

Il peut de même leur enjoindre, sauf si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure

١. الممارسة التي يكون الوالدان قد اتبعاها سابقاً، أو الاتفاقات التي عقدها سابقاً.

٢. الآراء التي يعبر عنها الولد القاصر، بشرط أن يكون قادراً على التمييز، وأحياناً يرفض القاضي طلب سماع رأي الطفل، إذا رأى أنّ ذلك غير ضروري، أو أنّ ذلك يتعارض مع مصلحة الطفل الفضلى[١].

٣. أهلية كل من الوالدين لتولي مهامه، واحترام حقوق الآخر.

٤. الخبرات التي اكتسبها الطفل، مع الأخذ بالحسبان عمر الطفل.

٥. المعلومات التي تمّ جمعها في التحقيقات المحتملة أو التحقيقات الاجتماعية الملحوظة في (المادة ٣٧٣/٢-١٢)[٢].

٦. الضغط البدني أو النفسي أو العنف الذي يمارسه أحد الوالدين على شخص الآخر[١].

---

(1)- Cass. Civ., 16 décembre 2015, n° 15-10.442. Mentionné, Patrick Lingibé, La garde des enfants mineurs : que se passe-t-il en cas de désaccord?, mardi 19 mars 2019.

(٢)- تنص (المادة ٣٧٣-٢-١٢) من القانون المدني الفرنسي على: "قبل أي قرار يحدد شروط ممارسة السلطة الأبوية وحقوق الوصول أو تكليف الأطفال لطرف ثالث، يجوز للقاضي توجيه أي شخص مؤهل لإجراء تحقيق اجتماعي. والغرض من ذلك هو جمع المعلومات حول الوضع العائلي والظروف التي يعيش فيها الأطفال وتربيتهم. إذا قام أحد الوالدين بالاعتراض على استنتاجات التحقيق الاجتماعي، فيمكن طلب التحقيق الشامل بناءً على طلبه. لا يمكن استخدام الاستقصاء الاجتماعي في النقاش حول سبب الطلاق.

Article 373-2-12, Avant toute décision fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite ou confiant les enfants à un tiers, le juge peut donner mission à toute personne qualifiée d'effectuer une enquête sociale. Celle-ci a pour but de recueillir des renseignements sur la situation de la famille et les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants.
Si l'un des parents conteste les conclusions de l'enquête sociale, une contre-enquête peut à sa demande être ordonnée. L'enquête sociale ne peut être utilisée dans le débat sur la cause du divorce.

ولم يختلف قانون الأسرة الروسي عن نظيره الفرنسي، إذ أعطى القاضي الصلاحية بالتدخل لحل خلافات الأبوين عند عدم الاتفاق على الحضانة، ويراعي القاضي عند حل النزاع مصالح الطفل، ويُمكن أن يأخذ بالحسبان رأي الطفل، ومدى ارتباط الطفل بأحد الوالدين أو بكليهما، وعلاقته مع أخوته، وعمر الطفل، والصفات الأخلاقية للأبوين، وقدرتهم على تهيئة الظروف المناسبة لنشأة الطفل، وغير ذلك. بمعنى أنّ القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة لحل الخلاف بين الأبوين حول موضوع الحضانة، (المادة٦٥-٣)[٢].

وبهذا، فإنّ التشريعين الفرنسي والروسي، يقرران مبدأ المساواة بين الأم والأب في الحضانة، من حيث المبدأ. ويُمكن لهما الاتفاق على أحكام الحضانة المشتركة، وفي حال حصل خلاف بينهما، أو كان اتفاقهما غير محقق لمصلحة الطفل، فيرفعان الأمر

---

(1)- Article 373-2-11; Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération:
1 °La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure؛
2 °Les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1؛
3 °L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre؛
4 °Le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant؛
5 °Les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales prévues à l'article 373-2-12؛
6° Les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre.

(2)- Место жительства детей при раздельном проживании родителей устанавливается соглашением родителей. При отсутствии соглашения спор между родителями разрешается судом исходя из интересов детей и сучетом мнения детей. При этом суд учитывает привязанность ребенка к каждому из родителей, братьям исестрам, возраст ребенка, нравственные и иные личные качества родителей, отношения, существующиемежду каждым из родителей и ребенком, возможность создания ребенку условий для воспитания и развития род деятельности, режим работы родителей, материальное и семейное положение родителей и другое.

للقاضي، والذي يحسم الخلاف في موضوع الحضانة، ويُمكن أن يقرر حضانةً مشتركةً بالتناوب بينهما، أو يُقرر حضانةً منفردةً لأحد الأبوين ويحصل فيها على حق ممارسة السلطة الأبوية الكاملة، مع إعطاء الآخر حق الزيارة والرؤية، ويسترشد القاضي بمعايير عدة، عند تقريره لذلك[١]. فالحضانة المشتركة هي الأصل في هذه التشريعات،

---

[١]- ومن التشريعات التي أخذت بالحضانة المشتركة أيضاً، القانون المدني الإسباني، لعام ٢٠١٥. إذ نصت على ذلك (المادة٩٢/٤-٥-٦-٧-٨-٩)، وفقاً للآتي: "٤- على الأبوين أن يقدما اتفاقاً منظماً، وإلّا يقرر القاضي لمصلحة الأطفال ممارسة السلطة الأبوية كلياً أو جزئياً لأحدهما ٥- يتم الاتفاق على الحضانة المشتركة، إذا طلبها الأبوان في الاتفاق المنظم بينهما، أو بقرارٍ من القاضي، ويحدد القاضي الإجراءات المناسبة للتنفيذ الفعلي للحضانة المشتركة ٦- على أي حال، قبل الموافقة على نظام الحضانة، يجب على القاضي الحصول على تقرير من مكتب المدعي العام، وسماع القاصرين المؤهلين، ويكون ذلك لازماً إذا طلبته النيابة العامة أو الأطراف أو أعضاء الفريق القضائي، أو القاصر. ويُلاحظ القاضي عند اتخاذ قرار العلاقة بين الأبوين، والأدلة المقدمة وعلاقة الأبوين مع الأولاد قبل اتخاذ قرار الحضانة المشتركة. ٧- لن يحكم القاضي بالحضانة المشتركة، عندما يكون أي من الوالدين متورطًا في دعوى جنائية بسبب تهديد حياة أو سلامة جسدية أو حرية أو سلامة معنوية أو حرية جنسية على الزوج الآخر أو الأطفال الذين يعيشون معاً. أو وجود عنف على الأسرة ٨- إذا لم يكن هناك اتفاق على الحضانة المشتركة، يمكن للقاضي أن يقرر الحضانة المشتركة في حال كان تقرير النيابة العامة يؤيّد ذلك، وكانت هي السبيل الوحيد لتحقيق مصالح الطفل الفضلى. ٩- يجوز للقاضي، قبل اعتماد أي من القرارات المشار إليها في الأقسام السابقة، بحكم منصبه أو بناءً على طلب أحد الأطراف، الحصول على رأي المختصين المؤهلين حسب الأصول، فيما يتعلق بمدى ملاءمة طريقة ممارسة السلطة الأبوية وحضانة القاصرين.

Artículo 103 del Código Civil español. 4 .Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5.Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento el régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6.En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente

والاستثناء هو الحضانة المنفردة، والتي تكون لأحد الأبوين، في حال عجز الأبوان عن الاتفاق على الحضانة المشتركة، أو إذا ثبت للمحكمة أنّ الحضانة المنفردة هي الأصلح للطفل.

وإنّ حكم القاضي أو اتفاق الأبوين المصدق من قبل القاضي، يُمكن إعادة النظر فيه، وتعديله بما يحقق مصلحة الطفل[١].

وتجدر الإشارة إلى أنّ التشريع التونسي قد ساوى بين الأم والأب وغيرهما في استحقاق الحضانة، حيثُ نص (الفصل٦٠) من قانون الأسرة التونسي على: "للأب وغيره من الأولياء وللأم النظر في شأن المحضون وتأديبه وإرساله إلى أماكن التعليم، لكنّه لا يبيت إلّا عند حاضنته، كُل ذلك ما لم يرَ القاضي خلافه لمصلحة المحضون".

---

juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7.No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8.Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

[1] - Article 373-2-13; Les dispositions contenues dans la convention homologuée ou dans la convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire ainsi que les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande des ou d'un parent ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non.

كما نصّ (الفصل٦٧) على: "إذا انفصمت الزوجية بموتٍ عهدت الحضانة إلى من بقي حياً من الأبوين، وإذا انفصمت الزوجية وكان الزوجان على قيد الحياة، عهدت إلى أحدهما أو إلى غيرهما".

فالقانون التونسي، لم يرجح أحد الأبوين على الآخر، كما أجاز للقاضي أن ينقل الحضانة إلى غير الأبوين، إذا رأى أنّ مصلحة الصغير تستدعي ذلك، فيبدو أنّ التشريع التونسي قد تأثر بالتشريعات الغربية، حيثُ أهدر مبدأ أولوية الأم في الحضانة، واعتمد مبدأ المساواة بين الأبوين وحتى بين الغير، فأعطى القاضي سلطةً تقديريةً واسعةً للبحث عن الحاضن المناسب، بدون إعطاء الأولوية لأحدٍ.

وأكّد على ذلك القضاء التونسي، حيثُ قرر أنّ إسناد الحضانة لأحد الأبوين أو للغير أمرٌ موضوعيّ، يرجع لاجتهاد قاضي الأساس مع مراعاة مصلحة المحضون شريطة التعليل السائغ، فإنّ مصلحة المحضون هي الرائد الوحيد والأساسي لإسناد الحضانة، وفق (الفصل٦٧)، وإنّ تقدير الأولوية في الحضانة من المسائل الموضوعية الخاضعة لاجتهاد محكمة الأصل في نطاق مصلحة المحضون، شريطة التعليل المستكمل[١].

ويُمكن للمحكمة أن تسند الحضانة لغير الأبوين إذا كان ذلك محققاً لمصلحة الصغير، مادام قد أثبت البحث الاجتماعي أنّ الجدة توفر للمحضونين جميع أسباب الراحة والمناخ الاجتماعي الطيب، وإنّ رجوعهما لوالدهما وزوجته سيجعلهما في جوٍ

---

[١]- محكمة التعقيب التونسية، قرار مدني، عدد (٤٨٠٨)، تاريخ ١٩٩٧/٤/١، فقه القضاء التونسي.
http://www.ruedemalte.com/jurisarch2/result11480466600.2563.html

ثقيلٍ له انعكاسٌ سيءٌ على حياتهما، فإنّ المحكمة بما قضت به بعدم سماع دعوى الوالد في طلب الحضانة، وإبقاء المحضونين عند جدتهما لما فيه من مصلحةٍ واضحةٍ للمحضونين، قد أصابت في تطبيق القانون[١].

وبهذا، فإنّ المشرّع التونسي قد كلّف القاضي بأن يبحث عن الحاضن الأكثر كفاءةً، وألّا يدّخر جهداً في ذلك، تحقيقاً لمصلحة الصغير، وعليه أن يُسند الحضانة إلى من يراه محققاً للمصلحة، سواء كان من الأبوين أو من غيرهما دون أن يتقيد بترتيبٍ معين.

---

[١]- محكمة التعقيب التونسية، قرار مدني، عدد (٥٠١٤)، تاريخ ١٩٨١/٥/١٢، فقه القضاء التونسي، المرجع السابق.

خاتمة الباب الأول

تناولت في هذا الباب الشروط الفقهية والقانونية لتولي الحضانة، حيثُ عرضت الشروط العامة الواجب توافرها في كل الحاضنين، سواء كانوا من الرجال أو من النساء، إضافةً إلى الشروط الخاصة التي أشار إليها الفقهاء المسلمون، وأخذت بعض التشريعات المقارنة بالكثير من هذه الشروط. وأشرت إلى ضرورة تعديل بعض مواد قانون الأحوال الشخصية السوري ذات الصلة بشروط تولي الحضانة، لتكون أكثر تحقيقاً لمصلحة الطفل المحضون.

وتعرضت إلى ترتيب الحاضنين في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة، حيثُ تبنى الفقه الإسلامي مبدأ أولوية الأم في حضانة الطفل، ومن ثمّ اختلفوا في ترتيب الحاضنات بعد الأم، وأشاروا إلى حضانة العصبات، ووضحوا أحكام التنازع بين الحاضنين. ولم تختلف معظم التشريعات العربية المقارنة عن الموقف الفقهي حيث أعطت أيضاً الأولوية للأم في الحضانة، لكنّها اختلفت فيما بينها في الحاضنين بعد الأم، حيثُ قدمت بعض التشريعات الأب على باقي الحاضنات، في حين أعطت تشريعات أخرى الأولوية لأقارب المحضون من النساء بعد الأم.

في حين أخذت التشريعات الغربية بالحضانة المشتركة من حيث المبدأ، إذ لا أولوية لأحد الأبوين على الآخر، ويتم تحديد هذه الحضانة بموجب اتفاق الأبوين، ويتدخل القاضي ليحدد أحكام هذه الحضانة، من خلال إسنادها إلى من يراه محققاً لمصلحة الطفل، وقد تأثر التشريع التونسي بهذا الاتجاه كما وضحت.

وبعد أن أنهيت أحكام تولي الحضانة من خلال توضيح شروط تولي الحضانة، وترتيب الحاضنين، سأنتقل إلى البحث في آثار الحضانة وانتهائها في الباب الثاني.

الباب الثاني

آثار الحضانة وانتهاؤها

تترتب على الحضانة آثارٌ عدةٌ، بعضها ذات طابعٍ ماليٍّ، فالطفل أثناء حضانته سواء كان رضيعاً أم فطيماً، يحتاج إلى الطعام والشراب والكسوة والسكن، كما تترتب على الحضانة آثار ذات طابعٍ معنويٍ، كالحق في زيارة المحضون ورؤيته، وإمكانية الانتقال بالمحضون والسفر به.

وتنقضي الحضانة بانتهاء المدة المحددة لها، ويُثار التساؤل عن سن انتهاء الحضانة، وعن إمكانية تخيير المحضون بين أبويه.

وعلى ذلك، سأبحث في آثار الحضانة (الفصل الأول)، قبل الخوض في انتهاء الحضانة (الفصل الثاني).

الفصل الأول

آثار الحضانة

كما ذكرت فإنّ آثار الحضانة إمّا أن تكون ذات طابع مالي، كنفقة المحضون، وتأمين السكن له، وما إلى ذلك من أوجه النفقة، وإمّا أن تكون ذات طابع معنوي يتصل بحق الطفل بالاتصال ورؤية أقاربه. وما يتفرع عن ذلك، من إمكانية السفر بالمحضون من مكانٍ إلى آخر.

فما هي الأحكام الفقهية لهذه الآثار؟ وما هو موقف التشريعات المقارنة؟ وهل حققت المصلحة المادية والمعنوية للمحضون في الأحكام التي أوردتها؟

ومما سبق، سأبحث في الآثار المالية للحضانة (المبحث الأول)، ومن ثمّ الآثار غير المالية للحضانة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الآثار المالية للحضانة

يحتاج الطفل أثناء فترة الحضانة إلى الكثير من الأمور، فالعناية بالطفل تتطلب توفير احتياجاته كاملةً، من مأكلٍ وملبسٍ ومسكنٍ، وغير ذلك من الأمور الصحية. وإنّ الآثار المالية للحضانة تتجلى في نفقة المحضون (المطلب الأول)، نفقة السكن والرضاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نفقة المحضون

تثير مسألة نفقة المحضون، تساؤلاتٍ عدة، فعلى من تجب نفقة المحضون؟ وما شروط وجوبها، وما هو مقدارها؟ وما الحكم في حال إعسار الشخص المكلف بالنفقة، وعدم قدرته على دفعها؟

للإجابة عن التساؤلات السابقة، سأعرض الموقف الفقهي (الفرع الأول)، قبل التطرق إلى الموقف القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الموقف الفقهي

تعرّف النفقة بأنّها: اسمٌ بمعنى الإنفاق، وهو بمعنى "الإدرار على الشيء مما به يقوم بقاؤه"[(١)]. وقد تناول الفقه الإسلامي موضوع نفقة الطفل في معرض حديثهم عن أحكام النفقة عموماً. وذهبوا إلى أنّ نفقة الطفل على أبيه (أولاً)، ولا بُدّ من توافر شروط معينة لوجوبها (ثانياً)، وتناولوا مقدار هذه النفقة (ثالثاً)، وجواز تسليم نفقة المحضون للحاضنة (رابعاً)، والنفقة في حال عدم وجود الأب أو إعساره (خامساً).

أولاً: تقرير النفقة على الأب

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ نفقة الولد الصغير الذي لا مال له على أبيه، ولو كان الأب كافراً، إذا رافعه الابن إلى الشريعة الإسلامية قضينا عليه بما فيها، ويكون للحاضنة قبض نفقته[(٢)]. وقد استدلوا على ذلك بأدلةٍ عدةٍ، من القرآن الكريم، والسنة النبويّة الشريفة، ومن الإجماع، ومن المعقول، وفي ما يأتي تبيان ذلك.

---

(١)- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج٤، باب النفقة، ص٣٤٠.

(٢)- محمد بن على الشوكاني، السّيل الجرّار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، ط١، ج٢، ١٩٩١، ص٤٥٦. التسولي، البهجة في شرح التحفة، المرجع السابق، ج١، فصل ما يجب للمطلقات وغيرهنّ من النفقات، ص٦٢٥. الحطّاب الرعيني، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج٥، ص٥٦٢. البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، كتاب النفقات، ص٥٨٤. الأنصاري، فتح الوهّاب، المرجع السابق، ج٢، ص٢١١، الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، كتاب النفقات، ص٥٨٤.

١. **من القرآن الكريم**: وردت آياتٌ عدّةٌ تدل على أنّ نفقة الولد على أبيه، ومن ذلك:

أ. قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ الآية٦، سورة الطلاق.

فدلت الآية الكريمة على وجوب أجرة الرضاع للمطلقات إذا أرضعنّ أولادهُنَّ، "وإنّ هذه الأجرة تكون على الأب، فلمّا لزمت أجرة الرضاع كان لزوم النفقة على الأب أحق، إذ هي بعد الفطام بمنزلة مؤونة الرضاع"[(١)].

ب. قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ..﴾ الآية٢٣٣، سورة البقرة.

فتدل الآية الكريمة على "أنّ على الأب نفقة ولده، لضعفه وعجزه، وذلك إذا لم يكن لهم مال"[(٢)].

ت. قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾ الآية٣١، سورة الإسراء.

ث. قوله تعالى: ﴿قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ﴾ الآية ١٥١، سورة الأنعام. خاطب الله سبحانه وتعالى في سورة الأنعام الفقراء فعلاً، وفي سورة الإسراء من يخافون الفقر، وأوصاهم بعدم قتل أولادهم خشية الفقر؛ أي لا تخافوا من الفقر بسبب رزق أولادكم، فهو على الله، فدلّ ذلك على "أنّ

---

(١)- الماوردي، الحاوي الكبير، ج١١، كتاب النفقات، ص٤٧٧.

(٢)- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج٣، ص١٠٨.

نفقة الولد على أبيه، إذ لولا وجوب النفقة عليه لما خشي من الفقر من نفقته"[١].

٢. **من السنّة النبويّة:** ورد أكثر من حديثٍ نبويٍّ يدلُّ على أنّ نفقة الولد على أبيه، أذكر منها:

أ. عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: "جاء رجلٌ إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله عندي دينار، قال: أنفقه على نفسك، قال: عندي آخر، قال: أنفقه على ولدك، قال: عندي آخر، قال: أنفقه على أهلك"[٢]. فالحديث واضح الدلالة بوجوب نفقة الولد على أبيه.

ب. عن عائشة رضي الله عنها، أنّ هنداً قالت للنبي صلى الله عليه وسلم: "إنّ أبا سفيان رجلٌ شحيحٌ، فهل عليّ جناحٌ أن آخذ من ماله، قال: خذي ما يكفيكِ وولدك بالمعروف"[٣].

٣. من الإجماع: أجمع الفقهاء على أنّ نفقة الصّغير إن كان له مال فمن ماله، وإلّا فعلى أبيه، وقال محمّد بن الحسن: إنّ النفقة على الأب مطلقاً، وإن كان للصّغير مال[٤].

---

[١]- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المرجع السابق، ج٣، ص٤٤.

[٢]- البيهقي، السُّنن الكبرى، المرجع السابق، ج٧، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة للزوجة، حديث رقم (١٥٦٩١)، ص٧٦٨.

[٣]- البيهقي، السُّنن الكبرى، المرجع السابق، ج٧، حديث رقم (١٥٦٩٠)، ص٧٦٨.

[٤]- يحيى بن محمد بن هبيرة، الإجماع عند أئمة أهل السُنَّة الأربعة، مكتبة العبيكان، الرياض، ط١، ٢٠٠٣، ص١٦٨. وزين الدّين أبو الفضل عبد الرحيم بن الحسين العراقي، طرح التثريب في شرح التقريب، تحقيق: عبد القادر محمد علي، دار الكتب العلمية، ج٣، ص٥٦.

٤. **المعقول**: "إنّ ولد الإنسان، إنّما هو بعضه، ولا يشهد له كما لا يشهد لنفسه، فوجب أن ينفق كُل منهما على صاحبه، كما ينفق على نفسه"[١]. كما "أنّ الإنفاق عند الحاجة من باب إحياء المنفق عليه، والولد جزء من الوالد، وإحياء نفسه واجبٌ، كذا إحياء جزئه، واعتبار هذا المعنى يوجب النفقة من الجانبين، ولأنّ هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالإجماع، والإنفاق من باب الصلة فكان واجباً"[٢].

ثانياً: شروط وجوب النفقة

تشترط لوجوب النفقة شروطٌ عدةٌ منها: ألّا يكون للولد مال، وأن يكون عاجزاً عن الكسب، وأن يكون الأب قادراً على الإنفاق، وفيما يأتي تبيانها.

أ. **ألّا يكون للولد مال**: لكي يلزم الأب بنفقة ابنه، يجب ألّا يكون الابن غنياً، قادراً على الإنفاق على نفسه، لأنّه بذلك يكون غنياً عن إنفاق غيره عليه. وإنّ نفقة الابن تجب حتى يطرأ له مالٌ، أو يبلغ عاقلاً، قادراً على الكسب، فإن طرأ له مالٌ انقطعت النفقة عنه، فإن ذهب ماله قبل البلوغ عادت النفقة، وإن بلغ مجنوناً أو عاجزاً عن الكسب، استمرت النفقة. ونفقة البنت تجب حتى يدخل بها زوج[٣].

---

[١]- الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج١١، ص٤٧٨.

[٢]- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج٥، ص١٧٢.

[٣]- ابن قدامة المقدسي، الشّرح الكبير، المرجع السابق، ج٢٤، ص٣٩٠. الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٥، ص١٨١. الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج١١، ص٤٧٨. الحطّاب الرعيني، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج٥، ص٥٦٢.

ب. **أن يكون الابن غير قادر على الكسب:** يشترط في الصغير "أن يكون عاجزاً عن الكسب، إمّا بنقصان خلقه كالعمى، أو بنقصان أحكامه كالجنون والصغر"[١]، وكذلك "طلبة العلم إذا كانوا لا يهتدون إلى الكسب"[٢]، و"نحو ذلك من العوارض المانعة من الكسب كالأنوثة، فلا تكلف الأنثى بالكسب، لكنّها لو اكتسبت بالفعل ما يكفيها فلا تجب لها النفقة"[٣]، إلّا إذا كانت لا تكفيها فيجب على الأب كفايتها بالقدر المعجوز عنه[٤].

أمّا إذا كان الصغير قادراً على الكسب لم تجب نفقته على الولي؛ لأنّه يكون بذلك مستغنياً بكسبه[٥].

ج. **أن يكون الأب قادراً على الإنفاق:** يشترط فيمن تجب عليه النفقة، أن يكون لديه ما ينفق، فاضلاً عن نفقة نفسه، إمّا من ماله أو من كسبه، وإنّ قدرته على الكسب كافية لوجوب النفقة عليه[٦]، أمّا من لا يَفضُلُ عن نفسه شيء، فليس عليه شيءٌ من النفقة [٧]. ولما روي أنّه جاء رجلٌ إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله عندي دينار، قال: أنفقه على

---

[١]- الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج١١، ص٤٧٨.

[٢]- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج٤، ص٣٧١.

[٣]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٥، ص١٨١.

[٤]- ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، باب النفقة، ص٣٣٧.

[٥]- ابن قدامة المقدسي، الشّرح الكبير، المرجع السابق، ج٢٤، ص٣٩٠.

[٦]- الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج١١، ص٤٧٨.

[٧]- ابن قدامة المقدسي، الشّرح الكبير، المرجع السابق، ج٢٤، ص٣٩١.

نفسك، قال: عندي آخر، قال: أنفقه على ولدك، قال: عندي آخر، قال: أنفقه على أهلك[١]. ولقوله صلى الله عليه وسلم: "إذا كان أحدكم فقيراً، فليبدأ بنفسه، فإن فَضَلَ، فعلى عياله، فإن كان فضلٌ، فعلى قرابته"[٢].

ح. **يشترط اتحاد الدين عند الحنابلة خلافاً للجمهور**: ذهب الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والشافعية[٥]، إلى أنّه لا يشترط اتحاد الدين في نفقة الأصول والفروع، فتجب على الذمّي نفقة أولاده الصغار الذين أعطي لهم حكم الإسلام، بإسلام أمهم[٦]. فلا يُشترط اتحاد الدين في نفقة الأصول الواجبة على فروعهم، ولا في نفقة الفروع الواجبة على أصولهم؛ لعموم الأدلة، ولأنّ هذه القرابة سبب وجوب النفقة فيها الجزئية التي تربط بين من تجب له النفقة، وبين من تجب عليه. أمّا القرابة الموجبة للنفقة غير قرابة الولادة، فإنّه لا بُدّ لثبوتها من تحقق الميراث بين المنفق والمنفق عليه، واتحاد الدين شرطٌ للتوارث. في حين يرى الحنابلة أنّه لا نفقة مع اخلاف الدين، لأنّها مواساة على سبيل التبرع والصلة، فلم تجب مع اختلاف الدين[٧].

---

[١]- البيهقي، السُّنن الكبرى، المرجع السابق، ج٧، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة للزوجة، حديث رقم (١٥٦٩١)، ص٧٦٨.

[٢]- البيهقي، السُّنن الكبرى، المرجع السابق، ج١٠، حديث رقم (٢١٥٣٧)، ص٥٢٠.

[٣]- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج٤، ص٣٧٦.

[٤]- الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج٢، ص٥٢٢.

[٥]- الإمام النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج٩، ص٨٣.

[٦]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٥، ص١٩٠.

[٧]- ابن قدامة المقدسي، الشّرح الكبير، المرجع السابق، ج٢٤، ص٤١٤.

ومما سبق، أجد اتفاق جمهور الفقهاء على شروط استحقاق النفقة للصغير والصغيرة، فيما خلا شرط اتحاد الدين. وأؤيّد ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بعدم اشتراط اتحاد الدين في استحقاق النفقة في العلاقة بين الأصول والفروع، لما ذكره الفقهاء من قوة الصلة والقرابة التي تربط بينهما[١].

ثالثاً: مقدار النفقة

ذهب الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والحنابلة[٤]، إلى أنّ مقدار النفقة للكفاية فهي غير مقدرة، لأنّها تجب للحاجة، ويجب على الأب أن يؤمن لابنه المأكل والملبس والسكنى والرضاع إن كان رضيعاً، لأنّ وجوبها للكفاية، والكفاية تتعلق بهذه الأشياء، ولأنّها وجبت للحاجة فتقدّرت بما يدفع الحاجة، لقوله صلى الله عليه وسلم: "خذي ما يكفيكِ وولدك بالمعروف"[٥]. فالواجب هو الكفاية بالمعروف، وإنّ الكفاية بالمعروف تتنوع بتنوع الحاجات، وبتنوع الزمان والمكان، وبتنوع حال الزوج بيساره وإعساره.

أمّا الشافعية، فيرون أنّ النفقة مقدرة، وتختلف باليسار والإعسار، ويُراعى فيها حال الزوج، لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ

---

[١]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٥، ط٢، ج٧، ص٧٧٠.

[٢]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٥، ص١٩٤. برهان الدين أبو المعالي، الذخيرة البرهانية في الفقه على المذهب الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، كتاب النفقات، ص٣٧٧.

[٣]- الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج٢، ص٥٢٢.

[٤]- ابن قدامة المقدسي، الشّرح الكبير، المرجع السابق، ج٢٤، ص٤٢٠.

[٥]- البيهقي، السُّنن الكبرى، المرجع السابق، ج٧، حديث رقم (١٥٦٩٠)، ص٧٦٨.

مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ الآية٧، سورة الطلاق.

فدلت الآية الكريمة على أنّ النفقة تختلف باليسار والإعسار، فسقط بذلك اعتبار كفايتها، والجواب على حديث هند أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم، أذن لها بأن تأخذ بالمعروف، والمعروف ألّا تأخذ في الإعسار ما تأخذه في اليسار[١].

أرجح رأي الجمهور، لأنّ المقصود من النفقة الكفاية، لذا ينبغي ألّا يكون لها تقديرٌ لازمٌ وإنّما تختلف النفقة باختلاف الأوقات، وإنّ في التقدير إضراراً.

رابعاً: دفع نفقة المحضون للحاضنة

يرى الحنفية، أنّ النفقة تدفع إلى الحاضنة وتُسلّم إليها، لأنّها أرفق بالأولاد. فإن قال الأب إنّها لا تنفق وتُضيّق عليهم لا يُقبل قوله بدون دليل، لأنّها أمينةٌ ودعوى الخيانة على الأمين لا تُسمع من غير حجةٍ. فإذا أثبت الأب ذلك، زجرها القاضي ومنعها من ذلك. وفي قولٍ آخر: إنّ القاضي بالخيار، إن شاء دفعها إلى ثقةٍ، يسلمها إليها صباحاً ومساءً ولا يُدفع إليها جُملةً، أو كلف غيرها باستلام النفقة، والإنفاق على الأولاد[٢].

كذلك، يذهب المالكية إلى أنّه: إذا قال الأب إنّه يأكل عندي ثمّ يعود إليك، لم يكن له ذلك، لأنّ في ذلك ضرراً على الولد، وعلى الحاضن، فالأطفال لا يتحصل

---

[١]- الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج١١، ص٤٢٣-٤٢٤.

[٢]- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص٢١٩.

الوقت الذي يأكلون فيه. ولمن كان الولد في حضانته من أمٍ أو غيرها أن تأخذ ما يحتاج إليه الطفل من نفقةٍ وكسوةٍ وغطاءٍ[١].

بينما ميّز بعض المالكية بين الموسر والمعسر، فإذا ادّعى الأب أنّه ليس لديه ما ينفق، وطلب إرسال المحضون إليه ليأكل عنده، ومن ثمّ يعود إلى حاضنته، نُظِرَ في قوله، فإن تبيّن له صدقه كان له ذلك، وإلّا فلا[٢].

أرجح القول بتسليم النفقة للحاضنة، إلّا إذا أثبت الأب عدم أمانة الحاضنة، فيمكن تسليم النفقة إلى ثقةٍ ليتولى الإنفاق على المحضون.

خامساً: النفقة عند عدم الأب أو إعساره

ذكرت أنّ نفقة الابن على أبيه لا يُشاركه فيها أحد، وذكرت شروط وجوب هذه النفقة، ومن بينها أن يكون الأب قادراً على الإنفاق، فماذا لو كان الأب معسراً غير قادرٍ على الإنفاق، أو في حال موت الأب، فعلى من تجب النفقة في هذه الحالة؟

يرى الحنفية التفريق بين حالة الإعسار بالنفقة، وبين حالة موت الأب. فعند إعسار الأب بالنفقة، وعجزه عن الكسب، فإذا كانت الأم موسرةً، فالنفقة على الأب وتؤمر الأم بالنفقة، ثمّ ترجع بها على الأب إذا أيسر، لأنها تصير ديناً في ذمته إذا أنفقت بإذن القاضي[٣]. فإن لم تكن الأم ووجد الجد أو العم فإنّه يؤمر بالنفقة

---

[١]- الحطّاب الرعيني، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج٥، ص٦٠٣.

[٢]- أبو النّجا سالم بن محمّد عزّ الدّين بن محمّد المصري السّنهوري، تيسير الملك الجليل لجمع الشّروح وحواشي خليل في الفقه المالكي، تحقيق: عبد المحسن العتّال، دار الكتب العلمية، ج٥، ص١٨٧.

[٣]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٥، ص١٧٧.

على أن يرجع بها على الأب عند يساره، لأنّ استحقاق النفقة على الأب. ولكنّ الإنفاق لا يحتمل التأخر فيقام مال الغير مقام ماله في أداء مقدار الحاجة منه، على أن يكون ذلك ديناً عليه إذا أيسر، هذا إذا لم يكن الولد قادراً على الكسب، ولم يكن له مال، وإلّا فإنّ نفقته في ماله[١]. وإذا لم يكن الأب قادراً على الكسب، فإنّ نفقتهم على الجد، لأنّ عليه نفقة أبيهم، وكذا نفقتهم[٢]، ويجبر الأبعد على النفقة إذا غاب الأقرب، ثمّ يرجع بها عليه[٣].

أمّا إذا مات الأب وللولد الصغير أمٌ وجد (أب أب)، فنفقته عليهما على قدر الميراث، وإذا كان هناك عمٌ شقيقٌ فعليه نفقته، لأنّ له ميراث الولد عند عدم الأب.

والحاصل، أنّ من يكون محتاجاً فيكون بحكم العدم، فتكون النفقة بعده على من يكون وارثاً –بحسب ميراثه– فلو كان الابن محتاجاً وهناك عم، فيكون الابن بحكم المعدوم بالنظر إلى ميراثه من أبيه، وتكون النفقة على الجد ومن ثمّ العم، بحسب ميراثهم. وإذا كانت المحتاجة البنت فلا حاجة أن تجعل البنت كالمعدمة؛ لأنّ صفة الوارث تبقى بوجودها، فهي لا تحجب غيرها من الأخوة للميت بخلاف الابن، فإنّه لا يرث معه أحد من الأخوة فلا بُدّ أن يُجعل كالمعدم، وإذا جُعل كذلك فميراث الأب للأخ الشقيق والأخ لأم، والنفقة عليهما.

---

[١]- ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٣٠٩. السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج٥، ص٢٢٣. ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج٤، ص٣٧٢.

[٢]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٥، ص١٨٧.

[٣]- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج٤، ص٣٧٢.

وإذا كان مكان الأخوة أخواتٌ متفرقاتٌ أي أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم، فإن كان الولد ذكراً فيجعل الولد كالمعدم، وتكون النفقة على الأخوات بحسب ميراثهنّ، أمّا إذا كانت المحتاجة أنثى فإنّ النفقة على الأخوات بحسب ميراثهنّ.

وإن كان للولد خالٌ موسرٌ وابن عمٍ، فالنفقة على الخال دون ابن العم، لأنّ النفقة على ذي الرحم المحرم، وابن العم ليس بمحرمٍ، فلا نفقة عليه[١].

وقد استدلّ الحنفية لما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾ فعلّق الله سبحانه وتعالى وجوب النفقة في قرابة الولادة بالولادة، أمّا في غيرها فتجب بالوراثة، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ....﴾ فجعل العلة هي الإرث، فيتقدر الوجوب بقدر العلة، وفي قراءة ابن مسعود المشهورة وعلى الوارث ذي الرحم المحرم وهي مشهورة فجاز التقييد بها[٢].

أمّا الحنابلة فقالوا: إنّ النفقة على الوارث، فإن لم يكن للصبيِّ أبٌ كانت النفقة على وارثه، فإن كان واحداً فعليه النفقة كاملةً، وإن كانا اثنين أو ثلاثة أو أكثر، فالنفقة بينهم على قدر ميراثهم، الرجال والنساء في ذلك سواء. فإن اجتمع الأم مع الجد فعلى الأم الثلث والجد الثلثان على قدر ميراثهما[٣]. وقد استدلوا بما استدلّ به الحنفية. وبهذا، يتفق الحنفية والحنابلة بوجوب النفقة على الوارث، لكنّهما

---

[١]- السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج٥، ص٢٢٧-٢٢٨. الحصكفي، الدُّرُّ المختار، المرجع السابق، ص٢٦٥.

[٢]- الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٦٤.

[٣]- ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، ج٩، ص١٣١.

يختلفان بأنّ الحنفية يوجبون النفقة على كل ذي رحمٍ محرمٍ كالخال، في حين أنّ الحنابلة لا يوجبون النفقة إلّا على الوارث فلم يأخذوا بتقييد الحنفية للآية الكريمة.

بينما، يرى المالكية أنّ نفقة الآباء والأبناء تجب باليسر، وتسقط بالعسر، ولا تثبت ديناً في الذمة، ولا يُحاسب بها الغرماء، ولا يلزم الإنفاق لا على الجد ولا على الجدة من قبل الأب، ولا من قبل الأم، ولا على أحد من الإخوة، وسائر ذوي المحارم، ولا تجب على الأم نفقة ولدها مع وجود الأب ولا مع عدمه فقيرةً كانت أم غنيةً[١].

أمّا الشافعية فيرون أنّه إذا مات الأب أو أعسر وجبت النفقة على الجد (أب الأب)، ومن ثمّ أباؤه وإن علون، يُقدّم بها الأقرب على الأبعد، فإن لم يوجد من الأجداد أحدٌ كانت واجبةً على الأم[٢].

واستدلوا على ذلك، بأنّ الجد يسمّى أباً فيأخذ حكمه عند عدمه، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ...﴾ الآية(٢٦)، من سورة الأعراف. حيثُ سمّانا أبناءً وسمّى آدم أباً. وقال عز وجل: ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ...﴾ الآية (٧٨)، من سورة الحج. حيثُ سمّاه أباً وإن كان بعيداً جداً، وإنّه لما قام الجد مقام الأب في الولاية، واختصّ دون الأم بالتعصيب وجب أن يقوم مقامه في الالتزام بالنفقة[٣].

وأمّا دليل انتقالها إلى الأم عند عدم وجود الجد فهو، قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ .....﴾ الآية (٢٣٣)، من سورة البقرة. حيثُ

---

[١]- النمري، الكافي، المرجع السابق، ص٦٢٩.

[٢]- الماوردي، الحاوي الكبير، ج١١، ص٤٧٩.

[٣]- الماوردي، الحاوي الكبير، ج١١، ص٤٨٠.

أوجبت الآية الكريمة على الأم ما يعجز عنه الأب من الرضاع، فلزم أن يجب عليها ما يعجز عنه من النفقة لعسره أو موته، ولأنّ البعضية فيها متحققة، وفي الأب مظنونة، فكما تُحملت بالمظنونة كان تحملها بالمستقينة أولى، بمعنى لما تحملها الأب والبعضية فيه مظنونة "كون الولد بعضه" فإنّ تحملها بالمستقينة أولى "بالبعضية المستقينة كون الولد بعض أمه"[١].

يُمكن الأخذ برأي الحنفية عند إعسار الأب، فتكون النفقة واجبة على الأم إذا كانت موسرةً. وفي حال وفاة الأب أو فقدانه، فيُمكن أيضاً أن تكلف الأم بالإنفاق إذا كانت موسرةً وذات مالٍ، وهو ما يُقارب رأي الشافعية بانتقال النفقة إلى الأم عند عدم وجود الجد. أمّا إذا كانت الأم معسرةً فهنا تنتقل النفقة إلى الأقارب حسب ترتيبهم وحصصهم الإرثية.

وبعد أن عرضت الموقف الفقهي سأنتقل إلى الحديث عن الموقف القانوني، بالنسبة لنفقة المحضون، من حيث وجوبها، وانتقالها.

---

[١]- الماوردي، المرجع السابق.

الفرع الثاني

الموقف القانوني

نصّت القوانين المقارنة على وجوب النفقة للمحضون، وقد اختلفت في تحديد الأشخاص المكلفين بدفع هذه النفقة، ونظمت أحكاماً لتقدير النفقة وانتهائها.

وعلى ذلك، سأبحث في المكلف بالنفقة في التشريعات موضع الدراسة (أولاً)، قبل أن أبحث في تقدير النفقة وانتهائها (ثانياً).

أولاً: المكلف بالنفقة

اتفقت التشريعات العربية على أنّ المكلف الأصلي بالنفقة هو الأب[(١)]، لكنّها اختلفت في حال كان الأب معسراً أو عند عدم وجوده، فأوجبت بعض التشريعات نفقة المحضون على الأم، ومنها من نقلها إلى الأقارب. بينما قررت التشريعات الغربية حكماً مختلفاً بتقريرها للنفقة المشتركة.

١. **المكلف بنفقة المحضون في التشريعات العربية:** نصّت بعض التشريعات على أنّ النفقة بعد الأب تكون واجبة على الأم، كما **ذهب المذهب**

---

(١)- تنص (المادة٥٩) من القانون العراقي على: "إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه، ما لم يكن فقيراً عاجزاً عن الكسب". ومثلها (المادة٧٨) من القانون الإماراتي: "نفقة الولد الصغير الذي لا مال له على أبيه..."، وكذلك، (المادة١٨) مكرر من القانون رقم (٢٥) لعام ١٩٢٩ على: "إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه..."، وبالمثل، (المادة٥٩) من قانون الأسرة الجزائري: "إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه ما لم يكن فقيراً عاجزاً عن الكسب"، وأيضاً (الفصل٢٣)، من قانون الأسرة التونسي: "على الزوج بوصفه رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء..."، و(المادة١٩٨) من المدونة المغربية: "تستمر نفقة الأب على أولاده..."، وأخيراً المشرّع السوري (المادة١٥٥): "إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه، ما لم يكن فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية".

الحنفي (في حال إعسار الأب). ومن ذلك، التشريع الإماراتي وفقاً (للمادة٨٠) من قانون الأحوال الشخصية، والتي نصّت على: "تجب نفقة الولد على أمه الموسرة إذا فقد الأب ولا مال له، أو عجز عن الإنفاق، ولها الرجوع على الأب بما أنفقت إذا أيسر، وكان الإنفاق بإذنه أو إذن القاضي".

فجاءت الأم بعد الأب في الترتيب الواجب لنفقة الصغير، ولكنّها لا تكلف بنفقته إلّا إذا ثبت فقدان الأب أو إعساره، وتستطيع الرجوع على الأب بما أنفقت إذا أيسر، بشرط أن يكون ما أنفقته بإذن الأب أو إذن القاضي. وأكدّت ذلك محكمة النقض في أبو ظبي بالقول: "إنّ النفقة لا تجب على الأم الموسرة إلّا إذا فقد الأب، أو ثبت عدم مقدرته على الإنفاق، وحيثُ لم يثبت أنّ الأب مفقود، ولا مال له، فتكون نفقة المحضونة واجبةً على الأب"[١].

كذلك، نصّت (المادة١٩٩) من القانون المغربي على: "إذا عجز الأب كُلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرةً، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب". فلم يشترط المشرّع المغربي لوجوب النفقة على الأم، فقدان الأب كما فعل المشرّع الإماراتي، وإنّما اكتفى بشرط إعسار الأب، ويسر الأم للقول بوجوب النفقة عليها، ويجب التأكد من إعسار الأب.

---

[١]- محكمة النقض، أبو ظبي، بدون رقم طعن، لعام ٢٠١٣، أشار إليه، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص١٠٨.

وبالمثل، طالبت المجلة التونسية الأم بالإنفاق على الطفل. وذلك إمّا بصفة تكميلية، وذلك على أساس التعاون القائم بين الزوجين، طوال قيام الرابطة الزوجية (الفصل٢٣): "الزوجان يتعاونان على تسيير شؤون الأسرة، وحسن تربية الأبناء، وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية. وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء.....وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال". أو بصفة احتياطية بواجب إنفاقها على أبنائها، وذلك في صورة إعسار الأب، وفقاً لأحكام (الفصل٤٧): "الأم حال إعسار الأب مقدمةٌ على الجد في الإنفاق على ولدها".

فالمشرّع التونسي أوجب على الأم الإنفاق على الأسرة حتى عند قيام الرابطة الزوجية بين الوالدين، على أساس التعاون، وفي حال التفريق وإعسار الأب أيضاً يجب عليها الإنفاق[١].

وتكرر الحكم ذاته في قانون الأسرة الجزائري، حيثُ نصّت (المادة٧٦) على: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك". فيجب أن يتحقق شرط الإعسار، ويسار الأم، لينتقل الإنفاق اليها[٢]. والعجز هو عدم يسار الأب، وعدم قدرته على الكسب. لكن إذا كان الأب ميسوراً، أو كان قادراً على الكسب فهو ملزمٌ بالنفقة، ولا يُمكن الادعاء بيسار الأم فقط لإسقاط

---

[١]- فتيحة الطلحاوي، نفقة الابن والمكفول (أوجه التشابه والاختلاف)، مجلة الفقه والقانون، العدد (٩)، ٢٠١٣، ص١٩٦.

[٢]- سارة عيساوي – نبيل مدور، النفقة في قانون الأسرة، جامعة عبد الرحمن ميرة، رسالة ماجستير، الجزائر، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص١٩. فضيلة شاكر، النظام القانوني للحضانة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص١٧.

النفقة عن الأب، حيثُ قضت المحكمة العُليا الجزائرية في قرارٍ لها: "حيثُ يتجلى من القرار المطعون فيه أنّه أقام قضاءه بإلغاء النفقة المقضي بها بالحكم المستأنف بمقولة (يسار الطاعنة)، مع أنّ هذا اليسار لا يسقط حق البنتين الفقيرتين بالنفقة، التي تكون على أساس موارد والدهما الطبيب. فضلاً على ذلك، يتبين أنّ المطعون ضده لم يذكر الإعسار المدعى به أمام قاضي محكمة أول درجة، وإنّما أثار ذلك أمام قضاة المجلس، ولما كان القرار المطعون فيه لم يلاحظ أحكام المواد (٣٧، ٦١، ٧٢، ٧٥، ٧٨)، فيكون حكمها مخالفاً للقانون"[١].

ولا يُمكن للأب الادعاء بتنازل الأم عن نفقة الأولاد، لأنّ النفقة من حق المحضون[٢]. كما أنّ تقديم الأب شهادة عدم العمل لإعفائه من دفع النفقة لا يُمكن الأخذ به كدليل، فلابُدّ من الإثبات الفعلي لإعساره عن النفقة[٣].

وبعد أن عرضت التشريعات التي أوجبت النفقة على الأم بعد إعسار الأب، أو فقدانه، يُثار التساؤل الآتي: من يتولى الإنفاق عند إعسار الأم؟

في الواقع، تجيب (المادة٨٤) من قانون الأحوال الإماراتي، بأنّ النفقة تنتقل إلى أقارب الصغير الموسرين، بحسب ترتيبهم وحصتهم الإرثية، فإن كان الوارث معسراً تفرض النفقة على من يليه في الإرث. كما أوجب المشرّع التونسي النفقة على الجد

---

[١]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٢٣٧١٤٨)، تاريخ ٢٠٠٠/٢/٢٢، المجلة القضائية، العدد (١)، ٢٠٠١، ص٢٨٤.

[٢]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (١١٤٥٨)، تاريخ ٢٠٠٤/٣/٢١، المجلة القضائية، العدد (٢)، ٢٠٠٤، ص٣٧٩.

[٣]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٢١٦٨٨٦)، تاريخ ١٩٩٩/٣/١٦، المجلة الجزائرية، العدد الخاص، ٢٠٠١، ص٢٠٣.

بعد الأم (الفصل٤٧)، في حين سكت المشرّع الجزائري، لكنّ المحكمة العليا الجزائرية أوجبت النفقة على الأصول والأقارب حسب قدرتهم، وحاجة الصغير، ودرجة القرابة[١]. أمّا المشرّع المغربي فقد قرر إحداث صندوق التكافل الأسري بالقانون رقم (١٠-٤١)، لعام ٢٠٠٣، كمؤسسةٍ بديلةٍ من أجل الإنفاق على الحاضنات في حال إعسار الأب والأم[٢]. وقد أخذ المشرّع الجزائري بهذه التجربة من خلال إصدار القانون رقم (١٥-٠١)، لعام ٢٠١٥، وقد تم إحداث صندوق النفقة على أنّه صندوق احتياطي يتولى دفع النفقة للطفل المحضون، تقبضه الحاضنة بعد تعذر تنفيذ الحكم القضائي الملزم بالنفقة[٣]، بسبب امتناع المدين عن الدفع أو عجزه عن ذلك[٤]، فيبقى هذا الصندوق ذا طابع احتياطي في حال تعذر على الحاضنة الحصول على نفقة الصغير، وكانت الأم معسرة[٥].

---

[١]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٧٢٥٠٥١)، تاريخ ٢٠١٣/٣/١٤، غير منشور، أشار إليه، شاكر فضيلة، النظام القانوني للحضانة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص١٧.

[٢]- النفقة وفق مدونة الأسرة المغربية،

https://www.coursdroitarab.com/2017/12/nafa9a-modawanat-ossra-pdf-s3.html. تاريخ الزيارة: ٢٠٢٠/١/٨

[٣]- لا يستفيد من هذا الصندوق سوى الحاضنات الاتي تعذر حصولهن على نفقة المحضونين من الأب، ولا تستفيد الأرامل من هذا الصندوق. عبد الله نجار- عمر بودهوس، صندوق النفقة وفقاً للقانون رقم (١٥-٠١)، لعام ٢٠١٥، رسالة ماجستير، جامعة الجيلالي، الجزائر، ٢٠١٥،

[٤]- عبد الله نجار- عمر بودهوس، صندوق النفقة وفقاً للقانون رقم (١٥-٠١)، لعام ٢٠١٥، المرجع السابق، ص٣٠.

[٥]- يتم تمويل الصندوق من خلال تخصيص ميزانية من الدولة، ومن مبالغ النفقات المحصلة من المحكوم عليهم بعد إمكانية تنفيذ الحكم، والهبات والوصايا والتبرعات. عبد الله نجار- عمر بودهوس، صندوق النفقة وفقاً للقانون رقم (١٥-٠١)، لعام ٢٠١٥، المرجع السابق، ص١١٥.

وفي المقابل، أوجب التشريع العراقي، النفقة عند عجز الأب على أقارب الصغير الموسرين بقدر الإرث -آخذاً من المذهب الحنبلي- على أن تكون هذه النفقة ديناً يرجع بها المنفق على الأب إذا أيسر (المادة٦٠-٦٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

وبالمثل، فقد أوجب المشرّع السوري النفقة على أقارب الصغير الموسرين بحسب (المادة١٥٦): "١. إذا كان الأب عاجزاً عن الكسب يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم وجود الأب ٢. تكون هذه النفقة ديناً للمنفق يرجع بها على الأب إذا أيسر". وتنص (المادة١٥٩) المعدلة بالقانون (٤)، لعام ٢٠١٩ على: "تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب لآفةٍ بدنيةٍ أو عقليةٍ على من يرثه من أقاربه الموسرين بحسب حصصهم الإرثية، فإن لم يوجد قريب موسر كانت نفقته على الدولة".

فالقانون السوري، يوجب النفقة عند إعسار الأب أو عدم وجوده على أقاربه الموسرين حسب حصصهم الإرثية، وأكدت محكمة النقض السورية على ضرورة عدم إبقاء الأولاد بدون نفقةٍ، لأنّ ذلك مستمدٌ من حقهم في الحياة، وهو من النظام العام، ولا يصح ترك الأولاد بدون نفقةٍ تحت أيّ ظرفٍ[1]. وقررت أيضاً: إنّ نفقة ابنة الأخ المتوفى من عمها تعدُّ من نفقات الأقارب التي تتوجب لطالبها في حال تحقق شرطين: أولهما إعسار طالب النفقة، وثانيهما يسار المطلوب منه النفقة، وقدرته على

---

[1]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٢٧٥٩)، قرار رقم (٢٨٩٧)، لعام ٢٠٠٧، سجلات محكمة النقض.

الدفع[١]. وفي قرارٍ آخر لها: لا يكلف الجد بالإنفاق على أحفاده والرجوع على الأب، إلّا بتحقق عجز الأب، ويسار الجد[٢].

ومما سبق، أعتقد بوجوب النفقة على الأم الموسرة عند غياب الأب أو إعساره، كما اتجهت معظم التشريعات المقارنة، وفي حال إعسار الأم ينتقل الإنفاق إلى أقارب الصغير حسب ترتيب الإرث، لأنّ الأم أقرب للطفل من غيره من الأقارب. كما أنّ التشريع السوري أجاز للأم أن تتفق مع الأب على تحمّل نفقة الصغير مقابل المخالعة، استناداً (للمادة١٠٢): "١. إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد أو اشترط إمساك أمه له مدة معلومة وإنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد يرجع الزوج على الزوجة بما يعادل أجرة رضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية. ٢- إذا كانت الأم معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد تجب على الأب نفقة الولد وتكون ديناً له على الأم". فلم لا نكلّف الأم الموسرة بالإنفاق دائماً عند إعسار الأب، أو فقدانه؟

كما يُثار التساؤل حول نفقة الصغير الذي ليس له قريبٌ موسرٌ، حيث نصّت (المادة١٥٩ المعدلة) من القانون السوري[٣]، على وجوب تحمّل الدولة نفقة من لا

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (١١٤٩)، قرار رقم (٥٧٣)، لعام ٢٠٠٠، سجلات محكمة النقض.

[٢]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٣٤٥)، قرار رقم (٢٩٩)، لعام ٢٠٠١، سجلات محكمة النقض.

[٣]- كان نص المادة قبل التعديل الأخير "تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب لآفةٍ بدنيةٍ أو عقليةٍ على من يرثه من أقاربه الموسرين بحسب حصصهم الإرثية"، فأضافت المادة الجديدة نصاً بتحمّل الدولة نفقة من لا قريب موسر له.

قريب موسر لديه، فما الآلية التي سيتم من خلالها إيصال النفقة إلى مستحقيها من قبل الدولة؟

في الواقع، لم أعثر –فيما بحثت فيه– عن آليةٍ تمّ من خلالها البدء بتطبيق هذه المادة، وأعتقد أنّ على المشرع السوري أن يأخذ بالتجربة الجزائرية، والمغربية، من خلال إنشاء صندوق النفقة للمحضونين الذين يتعذر عليهم الحصول على نفقتهم من الشخص المكلف بدفعها، لأنّ هذا الأمر يتطلب تدخلاً من قبل الدولة، خصوصاً في ظل الأوضاع الاقتصادية الحرجة التي تمر بها البلاد، إذ لا يُمكن القبول بترك المحضونين بدون نفقةٍ، سيّما إذا كانت الأم معسرةً، والأب مفقودٌ أو معسرٌ، وليس لهذا المحضون أيُّ قريبٍ موسرٍ. لذا، أرى من الضروري تفعيل هذا التعديل الذي أضافه المشرّع السوري، بتحمّل الدولة نفقة من لا قريب موسر له، من خلال إنشاء صندوق النفقة للمحضونين.

لذا، أقترح تعديل المواد المتعلقة بنفقة الصغير لتصبح الصياغة كالآتي: "تجب نفقة الولد على أمه الموسرة إذا فقد الأب ولا مال له، أو عجز عن الإنفاق، ولها الرجوع على الأب بما أنفقت إذا أيسر، وتجب النفقة عند إعسار الأم، أو فقدانها، على أقارب الصغير حسب ترتيب الإرث، وحصته الإرثية، وتتحمل الدولة نفقة من لا قريب موسر له".

٢. **المكلف بنفقة المحضون في التشريعات الغربية:** بالعودة إلى التشريعات الأجنبية محل الدراسة، أجدُ أنّها قررت حُكماً مختلفاً، بتقريرها لأحكام النفقة المشتركة، انسجاماً لتقريرها الحضانة المشتركة من حيث المبدأ بين الوالدين.

ومن ذلك، ما قررته (المادة٨٠)، من قانون الأسرة الروسي، والتي أوجبت على الوالدين الحفاظ على أولادهم القُصّر، ويُمكن للوالدين أن يُحددا إجراء وشكل توفير النفقة للأطفال القُصّر، ويُمكن أن يُبرما اتفاقاً بخصوص ذلك (اتفاق دفع النفقة). أمّا في حالة عدم اتفاقهما على النفقة، فيتم تقرير هذه النفقة على الوالدين من قبل المحكمة[١]. وبحسب (المادة٨٢)، تحدد حكومة الاتحاد الروسي أنواع الأرباح و (أو) الإيرادات الأخرى التي يتلقاها الوالدان بالروبل و (أو) بالعملة الأجنبية، والتي يتم خصم النفقة منها للأطفال القاصرين[٢].

وأوجبت (المادة٨٤)، على الأبوين دفع النفقة بالنسبة للأطفال الذين تقرر وضعهم تحت رعاية الوصي، أو مؤسسات الرعاية، والنفقة التي يتم جمعها من الآباء والأمهات للأطفال الذين تركوا دون رعاية الوالدين، والموجودين في المؤسسات التعليمية، والمؤسسات الطبية، ومؤسسات الحماية الاجتماعية للسكان، والمنظمات المماثلة تقيد في حسابات هذه المنظمات، التي تحسب بشكلٍ منفصلٍ لكل طفل[٣].

---

(1)- Статья 80. Обязанности родителей по содержанию несовершеннолетних детей 1 .Родители обязаны содержать своих несовершеннолетних детей. Порядок и форма предоставления содержания несовершеннолетним детям определяются родителями самостоятельно. Родители вправе заключить соглашение о содержании своих несовершеннолетних детей (соглашение об уплате алиментов) 2 .В случае, если родители не предоставляют содержание своим несовершеннолетним детям، средства на содержание несовершеннолетних детей (алименты) взыскиваются с родителей в судебном.

(2)- Виды заработка и (или) иного дохода, которые получают родители в рублях и (или) в иностранной валюте и из которых производится удержание алиментов, взыскиваемых на несовершеннолетних детей в соответствии со статьей 81 настоящего Кодекса, определяются Правительством Российской Федерации.

(3)- Статья 84. Взыскание и использование алиментов на детей, оставшихся без попечения родителей 1 .На детей, оставшихся без попечения родителей, алименты взыскиваются в соответствии со статьями 81 - 83 настоящего Кодекса и выплачиваются опекуну (попечителю) детей или их приемным родителям. 2 .Алименты, взыскиваемые с родителей на детей, оставшихся без

ومن ثمّ ينتقل واجب الإنفاق إلى الأخوة، والأخوات في إعالة أخوتهم الصغار والمعوقين. وذلك عند استحالة تلقي الدعم من آبائهم، فيكون لهم الحق في الحصول على الدعم القانوني من أخوانهم وأخواتهم الراشدين القادرين على العمل بالوسائل اللازمة لذلك، (المادة٩٣) من قانون الأسرة الروسي[١].

وكذلك، يجب على الأجداد مساعدة الأحفاد في حالة عدم القدرة على تلقي الدعم من والديهم، فيكون لديهم الحق في الحصول على نفقة قضائية من أجدادهم بالتمويل اللازم لذلك، (المادة٩٤) قانون الأسرة الروسي[٢].

وعلى ذلك، فقد أوجب القانون الروسي النفقة على الأبوين بدايةً، وفي حال عدم إمكانية تحصيلها، فتنتقل إلى الأخوة، والأجداد.

أمّا القانون المدني الفرنسي، فقد قررت (المادة٢٠٣) منه على أنّه: "يتعاقد الزوجان معاً بمجرد الزواج، على إطعام أطفالهم وإعالتهم وتربيتهم"[٣]. فبمجرد الزواج

попечения родителей и находящихся в воспитательных учреждениях, лечебных учреждениях, учреждениях социальной защиты населения и в аналогичных организациях, зачисляются на счета этих организаций, где учитываются отдельно по каждому ребенку.

(1)- Статья 93. Обязанности братьев и сестер по содержанию своих несовершеннолетних и нетрудоспособных совершеннолетних братьев и сестер Несовершеннолетние нуждающиеся в помощи братья и сестры в случае невозможности получения содержания от своих родителей имеют право на получение в судебном порядке алиментов от своих трудоспособных совершеннолетних братьев и сестер, обладающих необходимыми для этого средствами.

(2)- Статья 94. Обязанности дедушки и бабушки по содержанию внуков Несовершеннолетние нуждающиеся в помощи внуки в случае невозможности получения содержания от своих родителей имеют право на получение в судебном порядке алиментов от своих дедушки и бабушки، обладающих необходимыми для этого средствами.

(3)- Article 203; Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

تكون النفقة على الوالدين معاً[١]. وأكدت (المادة٣٧١-٢) على التزام الصيانة والنفقة للأولاد على الأبوين[٢]، حيثُ نصّت على أنّه: "يساهم كل من الوالدين في إعالة وتعليم الأطفال بما يتناسب مع مواردهم، وموارد الوالد الآخر، واحتياجات الطفل. لا يتوقف هذا الالتزام بحكم القانون لا عند سحب السلطة الأبوية أو ممارستها، ولا عند بلوغ الطفل سن الرشد"[٣]. كما نصّت (المادة٣٧٥-٨) على: "إنّ نفقات إعالة وتربية الولد موضوع تدبير المساعدة، تبقى على أبيه وأمه، وكذلك أصوله الذين يُمكن تقديم طلب النفقة بمواجهتهم، مع إمكانية إعفائهم منها جزئياً أو كُلياً"[٤].

وفي بعض الحالات، إذا كانت صحة الأطفال أو سلامتهم أو أخلاقهم في خطر، أو إذا كانت ظروف تعليمهم، أو نموهم البدني، والعاطفي، والفكري والاجتماعي خطيرة، فقد يتم اتخاذ تدابير للمساعدة التعليمية، بواسطة قاضي الأطفال. فقد يتم وضع الأطفال في المؤسسات الاجتماعية أو الحضانة بواسطة

---

(١)- حرصاً على مصلحة الأطفال، فقد قرر القانون الفرنسي إلغاء القانون رقم (٣٠٥)، تاريخ ٤آذار، لعام ٢٠٠٢، والذي كان يُميز بين الأطفال الشرعيين والطبيعين، بحيث كان يقتصر التزام النفقة -كما هو وارد في المادة (٢٠٣) من القانون المدني الفرنسي- على الأطفال الشرعيين دون سواهم، فأصبحت تطبق في جميع الحالات، سواء كانوا أطفالاً من زواج أو من أي علاقة أخرى.

Juliette Daudé, L'obligation d'entretien de l'enfant majeur : jusqu'à quand les parents doivent-ils payer? 22 avril 2014, p2.

(2) -Juliette Daudé, L'obligation d'entretien de l'enfant majeur : jusqu'à quand les parents doivent-ils payer?, op.cit., p3.

(3) -Article 371-2, Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse de plein droit ni lorsque l'autorité parentale ou son exercice est retiré, ni lorsque l'enfant est majeur.

(4)- Article 375-8; Les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui a fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative continuent d'incomber à ses père et mère ainsi qu'aux ascendants auxquels des aliments peuvent être réclamés, sauf la faculté pour le juge de les en décharger en tout ou en partie.

قاضي الأطفال، وعندها يتم دفع النفقة بواسطة الأبوين أيضاً للأبناء القُصّر، ويتم فحص الوضع المالي لمدين النفقة، حيثُ يجب أن يكون لديه دخلٌ كافٍ، فيتم فحص وضعه المالي من قبل قاضي الأسرة، ويُمكن أن ينتقل القاضي إلى الأجداد والأقارب ليقرر وجوب النفقة عليهم عند إعسار الأبوين[١].

وبهذا، فإنّ التشريعات الغربية –محل المقارنة– تقرر واجب الوالدين في تحمل المصروفات للأبناء انسجاماً مع موقفها في تقرير الحضانة المشتركة للأبوين[٢].

ثانياً: تقدير النفقة وانتهاؤها

إنّ تقدير النفقة يثير التساؤل حول مشتملات هذه النفقة، وعن كيفية تقديرها في القوانين المقارنة، وعن تاريخ الحكم بها، وسوف أعرض وقت انتهاء النفقة في هذه القوانين، وفقاً للآتي:

١. **تقدير النفقة:** اختلفت التشريعات المقارنة في قواعد تقدير النفقة، وسأعرض أسس تقدير النفقة في التشريعات العربية، ومن ثمّ أسس تقدير النفقة في التشريعات الغربية.

---

(1)- Juliette Daudé, L'obligation d'entretien de l'enfant majeur : jusqu'à quand les parents doivent-ils payer?, op.cit., p7.

(٢)- وبالمثل، نصّت (المادة٩٣) من القانون المدني الإسباني على: "في جميع الحالات يقوم القاضي بتحديد مساهمة كل من الوالدين في النفقة، ويتخذ الإجراءات المناسبة لضمان فاعلية وموافقة الاستحقاقات للظروف المالية، وحاجات الأبناء في كل وقت".

Artículo 93: El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

أ. **أسس تقدير النفقة في التشريعات العربية:** بالعودة إلى التشريعات العربية المقارنة، لم يُشر التشريع العراقي إلى تقدير نفقة الأولاد، ولكنّه أشار إلى ذلك بالنسبة لنفقة الزوجة، حيثُ يتم تقديرها بحسب الوضع المادي للزوجين، عند فرض النفقة على الزوج يُسراً أو عُسراً (المادة٢٧)، أحوال عراقي. كما أجازت (المادة٢٨) من القانون عينه، للقاضي زيادة النفقة أو إنقاصها حسب تبدل حالة الزوجين المالية، وأسعار البلد، وخولت (المادة٣١)، القاضي بتقرير نفقة مؤقتة للزوجة على زوجها أثناء نظر دعوى النفقة.

في حين إنّه لم يورد شيئاً بخصوص نفقة الأولاد. ومع ذلك، درجت المحاكم العراقية على تطبيق المواد سالفة الذكر على أحكام نفقة الأولاد، فقررت إمكانية تقدير النفقة بحسب حال الزوج، ويُمكن زيادتها حسب أسعار البلد، ويُمكن فرض نفقة مؤقتة أيضاً للأولاد قبيل حسم الدعوى، وكل ذلك بدون سندٍ قانونيٍّ[١].

كذلك، لم يُبيّن القانون الإماراتي أسس تقدير النفقة، في حين وضح القضاء الإماراتي مشتملات النفقة، حيثُ قرر أنّ النفقة تشمل الطعام، والشراب، والكساء، والمسكن، والتطبيب إلى الحد الذي يكفيه، وليس من بينها مصاريف سفر الصغير للتنزه خارج الدولة[٢]. وتقرر أنّ مصاريف الدراسة للصغير من فروع النفقة المفروضة على الوالد المكلف بها... ويجب تقديرها بقدر وسع الوالد المكلف بها بما ليس فيه

---

[١]- وليد محمد الشبيبي، الفرق بين نفقة الزوجة ونفقة الأولاد والأبوين في قانون الأحوال العراقي وتطبيقها في المحاكم العراقية، بغداد، ٢٠١٣، ص٤.

[٢]- محكمة تمييز دبي، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (٣٥)، لعام ٢٠١١، أشار إليه، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص١٠٧.

إعناتٍ أو إحراجٍ[١]. أمّا المشرّع المصري، فقد قرر تقدير نفقة الأولاد، بمقدار يسار الأب وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى المناسب لأمثالهم، بحسب (المادة١٨ مكرر ثانياً)[٢]. وأكدّ ذلك القضاء المصري: إنّ اختصاص الأب بالإنفاق على صغاره هو اختصاصٌ أصيلٌ وثابتٌ، لا جدال فيه، ويتحدد بحسب حال الزوج، وأسعار السوق، وحاجة الصغار[٣].

كذلك، فقد قرر المشرّع الجزائري تقدير النفقة حسب حال الأب، وظروف المعيشة، على ألّا يُراجع تقديره قبل مضيّ سنة من الحكم (المادة٧٩).

وجاء في حكم المحكمة العليا الجزائرية: "من المقرر قانوناً أنّه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة إلّا بعد مضيّ سنة من تاريخ الحكم، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أنّ الطاعنة رفعت دعوى في سنة ١٩٩٣، تطلب تعديل نفقة الأولاد المنصوص عليها بحكم تاريخ ١٩٨٨/٩/٢٧، وطلبت تعديل النفقة التي أصبحت لا تكفي احتياجات أولادها، فإنّ دعواها تكون مقبولة، ومتفقة مع القانون"[٤]. أرى أنّ تحديد مدة سنة من أجل إعادة النظر في الدعوى لطلب تعديل النفقة أمر مبالغ فيها، ولا

---

[١]- محكمة تمييز دبي، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (٢٣)، لعام ٢٠١٥. أشار إليه، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص١٠٧.

[٢]- القانون رقم (٢٥)، لعام ١٩٢٩، المعدل بالقانون ١٠٠ لعام ١٩٨٥.

[٣]- الطعن رقم (٥٨)، السنة القضائية (٨)، جلسة ١٩٩٦/١/١٨. أشار إليه، صلاح زرق عبد الغفار يونس، جرائم الاستغلال الاقتصادي للأطفال- دراسة مقارنة، دار الفكر، مصر، ط١، ٢٠١٥، ص٢٨٤.

[٤]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، بدون ذكر رقم، وبدون ذكر تاريخ، أشارت إليه، نسرين برقوق، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص٥١.

يحقق مصلحة الصغير، فقد يكون مضطراً إلى نفقةٍ إضافيةٍ، أو قد تتغير الظروف الاقتصادية، وتطلب تدخلاً بتعديل النفقة قبل مرور مدة السنة.

وقد بيّن المشرّع الجزائري مشتملات النفقة بالغذاء، والكسوة، والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يُعتبر من الضروريات في العرف والعادة (المادة٧٨)، فترك للقاضي سلطةً تقديريةً في تقدير النفقة. وجاء في القضاء الجزائري: "تعدُّ مصاريف علاج المحضون من مشتملات النفقة المنصوص عليها في (المادة٧٨) من قانون الأسرة، إضافةً إلى النفقة الغذائية، وما دام الأب هو المكلف بالإنفاق، فإنّه ملزم بالإنفاق على ابنه المعوّق"[١].

وجاء في قرارٍ آخر: "إنّ العلاج الذي يستحقه المحضون يكون في حدود قدرة الحاضن له، دون أن يؤدي ذلك إلى إرهاقه وتكليفه ما لا طاقة له به، وحيثُ إنّه كان فعلاً يُمكن معالجة الابن المذكور داخل الوطن مجاناً أو بمقابل مصاريف معقولة، إلّا أنّ المطعون ضدها لم تسعَ إلى ذلك، محاولةً تكليف الطاعن ما لا طاقة له به. وبهذا، فإنّ قضاة المجلس بمسايرتهم لها وقضائهم بإلزام الطاعن بدفع نفقات العلاج يكونون فعلاً قد تجاوزا سلطتهم"[٢].

وبالمثل، قرر المشرّع التونسي، تقدير النفقة بقدر وسع المنفق، وحال المنفق عليه وحال الوقت والأسعار (المادة٥٢)، فيفهم من ذلك أنّه يُمكن تعديل النفقة بمجرد

---

[١]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٤٠٤٥٢٧)، تاريخ ٢٠٠٧/١٠/١٠، أشار إليه، فضيلة شاكر، النظام القانوني للحضانة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص١٤.

[٢]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٦٩٢٩٣٨)، تاريخ ٢٠١٢/٩/١٣. أشار إليه، فضيلة شاكر، النظام القانوني للحضانة في التشريع الجزائري، ص١٤.

تغير الوقت والأسعار، دون تقييد ذلك بفترةٍ زمنيةٍ معينةٍ، كما فعل المشرّع الجزائري، وتشمل النفقة: الطعام، والكسوة، والمسكن، والتعليم، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة (المادة٥٠).

في حين توسّع المشرّع المغربي في قواعد تقدير النفقة، حيثُ نصت (المادة١٨٩): "تشمل النفقة الغذاء، والكسوة، والعلاج، وما يُعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد.. ويراعى في تقدير كل ذلك، التوسط، ودخل الملزم بالنفقة، وحال مستحقها، ومستوى الأسعار، والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة"[١]. فأعطى المشرّع المغربي القاضي سلطةً تقديريةً في تقدير النفقة، وذلك في ضوء المعايير التي أوردها، خاصةً المعيار الأول، وهو التوسط في فرض النفقة بحيث لا يفرض نفقةً باهظةً لا يستطيع الأب دفعها[٢].

كما قررت (المادة١٩٢) من القانون المغربي: "بأنّه لا يقبل طلب الزيادة في النفقة المتفق عليها، أو المقررة قضاءً أو التخفيف منها قبل مضيّ سنة من فرضها إلّا في ظروفٍ استثنائيةٍ". فكما فعل المشرّع الجزائري لم يجز تعديل النفقة إلّا بعد مرور

---

[١]- ومن التشريعات التي توسعت في تعريفها للنفقة القانون المدني الإسباني، حيثُ عرّف النفقة بأنّها: "كل واجب للأكل والسكن واللباس والرعاية الطبية، وتشمل كذلك التربية وتعليم المستفيد منهم الذي ما زال قاصراً، وتشمل النفقة مصاريف الحمل والولادة إذا لم تكن مغطاةً من جهةٍ أخرى".

Artículo 142 del Código CivilSe entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

[٢]- إلهام تكفه، نفقة الأولاد –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون–، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، ٢٠١٦-٢٠١٧، ص٣٧.

سنة على فرضها، ولكنّ المشرّع المغربي كان أكثر دقة عندما أجاز تعديلها لمواجهة الظروف الاستثنائية.

وبالعودة إلى التشريع السوري، أجد أنّه لم يشر إلى قواعد لتقدير هذه النفقة، لكنّ القضاء السوري قرر أنّ تقدير النفقة يعود للمحكمة بما لها من سلطةٍ تقديريةٍ، بعد الأخذ بالحسبان العوامل الاقتصادية والاجتماعية ومقدرة الأب المالية[١]. وقرر أنّ تقدم سن الطفل أو وقوعه في المرض موجبٌ لرفع النفقة[٢]. وإنّ نفقة الولد تتراوح بين أدنى الحدود وأعلاها، تبعاً ليسار المكلف، ولها حدٌ تقف عنده إذا زاد اليسار[٣]. وإنّ نفقة الولد تتراوح بين أدنى الحدود وأعلاها تبعاً ليسار المكلف وإعساره[٤]. كما تقرر أنّ أسباب النفقة ليست محصورةً بتبدل حال الزوج، وأسعار البلد، بل هناك أسبابٌ أخرى للحكم بالزيادة، كتقدم الطفل بالسن، ووقوعه في المرض[٥]، وعلى المحكمة التثبت من وضع الأب ويساره من أجل الحكم بالنفقة، وإنّ عدم تقديم أدلةٍ تثبت

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٣٣٨٠)، قرار رقم (١١٦٣)، تاريخ ١٩٩٥/١١/٢٦، سجلات محكمة النقض.

[٢]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٣٣٣)، قرار رقم (٣٢٤)، تاريخ ١٩٦٧/٧/٢٦، أديب استانبولي، المرجع السابق، ج١، ص٦١٠.

[٣]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٣٧٨)، قرار رقم (٣٦٩)، تاريخ ١٩٦٢/١٢/٣١، أديب استانبولي، المرجع السابق، ج١، ص٦٠٣.

[٤]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٢٤٨)، قرار رقم (١٩٤)، تاريخ ٢٠٠٣/٧/١، سجلات محكمة النقض.

[٥]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٤٤١)، قرار رقم (٦٦٥)، لعام ٢٠٠٣، سجلات محكمة النقض.

ذلك موجبٌ لنقض الحكم[١]. وحيثُ إنّه لم يثبت يسار الطاعن، وثبت أنّه يعمل سائقاً، وإنّ النفقة المفروضة غير متناسبةٍ مع حال الطاعن، ومبالغٌ فيها، ويتعين نقض القرار لهذه الناحية[٢]. وتقرر أيضاً، يجب أن تكون زيادة النفقة متناسبةً مع زيادة الأسعار، وتقدم الطفل في العمر[٣]، وإنّ قضايا النفقة من النظام العام، وكل اتفاق يخالف شروطها لا قيمة له[٤].

وعلى ذلك، فإنّ على المحكمة التحقق من الظروف المادية للمكلف بالنفقة، وأن تأخذ بالحسبان الأوضاع الاقتصادية، ووضع المحضون، وسنّه، وعليها أن تسعى إلى تحقيق نفقة الكفاية بالنسبة للصغير.

ب. **أسس تقدير النفقة في التشريعات الغربية**: لدى رجوعي إلى القوانين الغربية موضع الدراسة، لم يأتِ القانون المدني الفرنسي بحكمٍ مغايرٍ لما ورد في التشريعات العربية، حيثُ أكّدت (المادة٣٧١-٢) على: "يساهم كل من الوالدين في إعالة وتعليم الأطفال بما يتناسب مع مواردهم، وموارد الوالد

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (١٧٧٠)، قرار رقم (١٠٦٦)، تاريخ ٢٠٠٣/٨/١٧، سجلات محكمة النقض.

[٢]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٤٠٣٧)، قرار رقم (٣٤٢٢)، لعام٢٠٠٤، سجلات محكمة النقض.

[٣]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (١٧٣٢)، قرار رقم (٢٤٤٣)، لعام ٢٠٠٩، سجلات محكمة النقض.

[٤]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٤٦٠)، قرار رقم (٣٦٠)، لعام١٩٩٩، سجلات محكمة النقض.

الآخر، واحتياجات الطفل"[١]. فيتم تقدير النفقة وفقاً لدخل الوالدين (الدخل من العمل، والمزايا الاجتماعية، ودخل رأس المال، والبدلات المختلفة، وما إلى ذلك)، ونفقاتهم (النفقات المتعلقة بالسكن والضرائب ومصاريف الحياة اليومية، وسداد القروض، وما إلى ذلك) وكذلك احتياجات الأطفال، (يأخذ بالحسبان عدد الأطفال وعمرهم وحالتهم الصحية والتعليمية والأنشطة غير الدراسية والتدريب)[٢].

في حين كان قانون الأسرة الروسي أكثر تفصيلاً بخصوص تقدير النفقة من قبل المحكمة، ففي حالة عدم وجود اتفاق بشأن دفع النفقة بين الأبوين، يتم جمع النفقة الخاصة بالأطفال القاصرين من قبل آبائهم شهرياً، بمبلغ مقدار ربع الدخل في حال كانت النفقة مفروضةً لطفلٍ واحدٍ، وثلث الدخل في حال كانا طفلين، ونصف الدخل في حال كانوا ثلاثة أطفالٍ أو أكثر، ويجوز تخفيض حجم هذه الأسهم أو زيادتها بواسطة المحكمة، مع مراعاة الحالة المادية أو الزوجية للأطراف، والظروف الأخرى التي تستحق الاهتمام. فالقانون الروسي وضع حداً معيناً للنفقة، ومن ثمّ أعطى المحكمة سلطةً تقديريةً لإعادة النظر فيها (المادة٨١)، من قانون الأسرة الروسي[٣].

---

(1)- Article 371-2, Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant.

(2)- «Résumé des informations juridiques de notre expert en santé» Document n ° 9: Engagement de maintenance au 15/06/2017, p3.

(3)- Статья 81. Размер алиментов, взыскиваемых на несовершеннолетних детей в судебном порядке 1. При отсутствии соглашения об уплате алиментов алименты на несовершеннолетних детей взыскиваются судом с их родителей ежемесячно в размере: на одного ребенка - одной четверти, на двух детей - одной трети, на трех и более детей - половины заработка и (или) иного дохода родителей. 2. Размер этих долей может быть уменьшен или увеличен судом с

كما قررت (المادة٨٦) أسرة روسي، مشاركة الوالدين في النفقات الإضافية للأطفال، حيثُ يُمكن زيادة هذه النفقات، في حالة عدم وجود اتفاق، وبسبب وجود ظروفٍ استثنائيةٍ (مرضٍ خطيرٍ أو إصابة القاصرين أو الأطفال البالغين المعوقين الذين يحتاجون إلى ذلك، والحاجة إلى دفع تكاليف الرعاية الخارجية وغيرها من الظروف)، يجوز للمحكمة أن تحضر كل والدٍ للمشاركة في تكبد نفقاتٍ إضافيةٍ ناتجة عن هذه الظروف. وتحدد المحكمة الإجراءات الخاصة بمشاركة الوالدين في تكبد نفقاتٍ إضافيةٍ ومبلغ هذه النفقات على أساس الحالة المادية والزوجية للوالدين، والأطفال، والمصالح الأخرى للأطراف في مبلغٍ ثابتٍ من المال يدفع شهرياً. وللمحكمة الحق في إلزام الوالدين بالمشاركة في النفقات الإضافية المتكبدة بالفعل، وكذلك، في النفقات الإضافية التي يُمكن تكبدها في المستقبل[١].

وقررت (المادة ٩٨)، مقدار النفقة المفروضة على أفراد الأسرة الآخرين غير الأبوين في المحكمة، في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين، تحدد المحكمة مبلغ النفقة التي تجمعها المحكمة في كل حالةٍ فرديةٍ على أساس الحالة المادية والعائلية للدافع،

учетом материального или семейного положения сторон и иных заслуживающих внимания обстоятельств.

[1] Статья 86. Участие родителей в дополнительных расходах на детей 1. При отсутствии соглашения и при наличии исключительных обстоятельств (тяжелой болезни, увечья несовершеннолетних детей или нетрудоспособных совершеннолетних нуждающихся детей, необходимости оплаты постороннего ухода за ними и других обстоятельств) каждый из родителей может быть привлечен судом к участию в несении дополнительных расходов, вызванных этими обстоятельствами. Порядок участия родителей в несении дополнительных расходов и размер этих расходов определяются судом исходя из материального и семейного положения родителей и детей и других заслуживающих внимания интересов сторон в твердой денежной сумме, подлежащей уплате ежемесячно. 2. Суд вправе обязать родителей принять участие как в фактически понесенных дополнительных расходах, так и в дополнительных расходах, которые необходимо произвести в будущем.

ومتلقي النفقة، والمصالح الأخرى للأطراف التي تستحق الاهتمام بمبلغٍ ثابتٍ من المال يدفع شهريًا[١].

وعلى ذلك، فإنّ التشريعات المقارنة قد تشابهت فيما بينها في تحديد مقدار النفقة[٢]، وسعت إلى تحقيق مصلحة المحضون –قدر الإمكان– مراعيةً في ذلك، حال المكلف بالإنفاق، وحاجة المحضون، وعمره، ومختلف الظروف المحيطة به. فإنّ المنطق يستدعي ترك تقدير النفقة –كما فعلت هذه التشريعات– للمحكمة، بشرط أن تتثبت من كل الظروف التي تحيط بالمكلف، والمحضون المنفق عليه.

١. **وقت الحكم بالنفقة**: اختلفت التشريعات المقارنة حول تاريخ الحكم بالنفقة، فقررت (المادة٦٣) عراقي: إنّ تقدير نفقة الأقارب من تاريخ الادعاء، دون إمكانية المطالبة عن بالنفقة السابقة لتاريخ الادعاء.

في حين نص المشرّع الإماراتي على عدم جواز المطالبة بنفقة الأولاد على أبيهم عن مدة سابقة تزيد على سنة من تاريخ المطالبة القضائية (المادة٨٦) قانون الأحوال الإماراتي، فقد حدد مدة المطالبة بالنفقة بسنة سابقة على الادعاء. وكذلك، أجاز القانون الجزائري المطالبة بنفقة سنة سابقة على الادعاء بشرط وجود بينة على ذلك،

---

[1]- Статья 98. Размер алиментов, взыскиваемых на других членов семьи в судебном порядке .При отсутствии соглашения сторон размер алиментов, взыскиваемых в судебном порядке, в каждом отдельном случае устанавливается судом исходя из материального и семейного положения плательщика и получателя алиментов и других заслуживающих внимания интересов сторон в твердой денежной сумме، подлежащей уплате ежемесячно.

[٢]- وكذلك، قررت (المادة١٤٦)، من القانون المدني الإسباني: "يتناسب مبلغ النفقة مع الإمكانات، والوضع المالي لمن يدفعها، ومع احتياجات من تدفع له".

Artículo 146 La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

وإلّا فتستحق النفقة من تاريخ الحكم (المادة٨٠). وبالمثل، أجاز المشرّع السوري في التعديل الأخير الحكم بالنفقة للأولاد عن مدة سابقة على الادعاء على ألّا تزيد على سنة (المادة١٦١/٢)[١].

أمّا المشرّع المصري فقد قرر بحسب (المادة١٨ مكرر ثانياً)[٢]، إمكانية الحكم بنفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم[٣]، واستناداً لما تقدم، فقد قرر القضاء الإماراتي في تطبيق أحكام القانون المصري: "تستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم، ولما كان الحكم الابتدائي قضى بنفقة بنوة مقدارها ثلاثة آلاف درهم شهرياً اعتباراً من تاريخ صدور الحكم، في حين إنّ الثابت من أوراق الدعوى أنّ الصغيرين ما زالا تحت يد والدهما، ويتولى الإنفاق عليهما، ولم يثبت أنّ المطعون ضدها قد تسلمت الصغيرين، فإنّ تحديد تاريخ استحقاق النفقة من تاريخ الحكم يكون قد خالف القانون، ويتوجب نقضه"[٤].

---

[١]- في حين كانت المادة السابقة قبل التعديل، تقرر الحكم بالنفقة لمدة لا تزيد على أربعة أشهر سابقة للادعاء.

[٢]- القانون رقم (٢٥)، لعام ١٩٢٩، المعدل بالقانون ١٠٠ لعام ١٩٨٥.

[٣]- طارق عفيف صادق أحمد، نظرية الحق، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ط١، ٢٠١٦، ص٦٢.

[٤]- محكمة تمييز دبي في تطبيق القانون المصري، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (٩٨)، تاريخ ٢٠٠٦/٥/١٥. أشار إليه، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص١٥٩.

وكذلك، قررت (المادة٢٠٠) من القانون المغربي الحكم بالنفقة من تاريخ التوقف عن الأداء. وهو ما قررته محكمة الاستئناف المغربية عندما قررت وجوب النفقة من تاريخ تسلّم الحاضنة المحضونين[١].

بينما، قرر القانون الروسي الحكم بالنفقة من تاريخ الادعاء، ويُمكن الحكم بالنفقة عن مدة سابقة على الادعاء، بشرط ألّا تزيد على ثلاث سنوات، إذا ثبت للمحكمة تهرب المكلف بالنفقة عن دفعها (المادة١٠٧/٢)[٢]. فحاول التشريع الروسي تحقيق مصلحة الصغير، من خلال إمكانية المطالبة بالنفقة السابقة لتاريخ الادعاء لمدة ثلاث سنوات.

أعتقد أنّ موقف التشريعين المصري والمغربي أكثر تحقيقاً لمصلحة الصغير، إذ يجب الحكم بالنفقة للصغير من تاريخ امتناع من تجب عليه النفقة عن الدفع. وأقترح على التشريع السوري، إجراء التعديل اللازم ليتم الحكم بالنفقة من تاريخ الامتناع عن الإنفاق.

٢. **انتهاء النفقة:** لم تختلف التشريعات المقارنة كثيراً حول انتهاء النفقة. حيث، قررت (المادة٥٩/٢) من القانون العراقي: "تستمر النفقة إلى أن تتزوج الأنثى ويصل الغلام الحد الذي يكتسب فيه أمثاله، ما لم يكن طالب علمٍ".

---

[١]- محكمة الاستئناف بأكادير، غرفة قضاء الأسرة، ملف رقم (٨١)، قرار رقم (١٠٦٠)، تاريخ ١٤/١١/٢٠٠٦.

[2] - Статья 107. Сроки обращения за алиментами 2, Алименты присуждаются с момента обращения в суд. Алименты за прошедший период могут быть взысканы в пределах трехлетнего срока с момента обращения в суд, если судом установлено, что до обращения в суд принимались меры к получению средств на содержание, но алименты не были получены вследствие уклонения лица, обязанного уплачивать алименты, от их уплаты.

وكذلك، فإنّ (المادة٧٨) إماراتي تنص على: "نفقة الصغير الذي لا مال له على أبيه حتى تتزوج الفتاة، ويصل الفتى إلى الحد الذي يكتسب فيه أمثاله، ما لم يكن طالب علمٍ يواصل دراسته بنجاحٍ معتادٍ".

وبالمثل، نصت (المادة١٨ مكرر ثانياً) مصري على أنّه: "تستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت، أو تكسب ما يكفي نفقتها، وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب، فإن أتمها عاجزاً لآفةٍ بدنيةٍ أو عقليةٍ أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله.. استمرت نفقته على أبيه".

أمّا (المادة٧٥) من القانون الجزائري، فنصت على: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفةٍ عقليةٍ أو بدنيةٍ أو مزاولاً للدراسة".

كذلك، (الفصل٤٦) من القانون التونسي: "يستمر الإنفاق على الأبناء حتى بلوغ سن الرشد أو بعده حتى نهاية مراحل تعليمهم، على ألا يتجاوزوا الخامسة والعشرين من عمرهم، وتبقى البنت مستحقة للنفقة إذا لم يتوفّر لها الكسب، أو لم تجب نفقتها على زوجها". ومثلها (المادة١٩٨) من المدونة المغربية: "تستمر نفقة الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد، أو إتمام الخامسة والعشرين لمن يتابع دراسته، وفي كل الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلّا بقدرتها على الكسب، أو بوجوب نفقتها على زوجها".

أمّا القانون السوري، فقد نصت (المادة١٥٥) على أنّه: "تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى، ويصل الغلام إلى الحد الذي يكتسب فيه أمثاله". ويبدو لي أنّ

النص السوري جاء مقتضباً، ولم يُشر إلى استمرار النفقة في حال كان الأولاد طلبة علم وبحاجةٍ إلى النفقة[١].

بينما، نصّ القانون المدني الفرنسي على عدم انتهاء النفقة عند بلوغ الأولاد سن الرشد، بل لابُدّ من إثبات قدرتهم على الكسب (المادة٣٧١-٢)[٢]. فلا يتوقف التزام النفقة تلقائياً، والحصول على المساعدة المالية من الوالدين إذا لم يتمكن من إعالة نفسه. وحددت محكمة النقض الفرنسية في حكمٍ صادرٍ عن الدائرة المدنية الثانية، بتاريخ ٢٧ يناير ٢٠٠٠، أنّ الالتزام يجب أن يستمر حتى تكون للطفل وظيفة منتظمة تسمح له بالاستقلال[٣].

وقررت (المادة١٢٠)، من القانون الروسي إنهاء التزامات النفقة: يتم إنهاء التزامات النفقة المنصوص عليها في اتفاق دفع النفقة بوفاة أحد الطرفين، أو بانتهاء هذا الاتفاق، أو على أسس منصوص عليها في هذا الاتفاق. ويتم إنهاء دفع النفقة التي تفرضها المحكمة عند بلوغ الطفل سن الرشد، أو في حالة اكتساب الأطفال القاصرين الأهلية القانونية الكاملة قبل بلوغهم سن الرشد، إذا اعترفت المحكمة

---

(١)- في حين، أشارت (المادة١٥٩) من قانون الأحوال الشخصية السوري إلى وجوب النفقة للعاجز عن الكسب لآفةٍ بدنيةٍ أو عقليةٍ على أقاربه الموسرين حسب ترتيب الإرث.

(2)- Cette obligation ne cesse de plein droit ni lorsque l'autorité parentale ou son exercice est retiré, ni lorsque l'enfant est majeur.

(3)- la Cour de cassation, dans un arrêt de la 2e Chambre civile, rendu en date du 27 janvier 2000, a précisé que l'obligation devait perdurer jusqu'à ce que l'enfant ait un emploi régulier lui permettant d'être autonome.
Mentionné dans, Aurélie VERONsous, L'OBLIGATION D'ENTRETIEN, Mémoire de DEA de droit privé, Université de Lille 2, Année universitaire 2002-2003, p140.

باستعادة القدرة على العمل، أو وقف الحاجة إلى مساعدة متلقي النفقة؛ وفاة شخص تلقى النفقة، أو شخص ملزم بدفع النفقة[١].

[1]- Статья 120. Прекращение алиментных обязательств 1,Алиментные обязательства, установленные соглашением об уплате алиментов, прекращаются смертью одной из сторон, истечением срока действия этого соглашения или по основаниям، предусмотренным этим соглашением.
2. Выплата алиментов, взыскиваемых в судебном порядке, прекращается: по достижении ребенком совершеннолетия или в случае приобретения несовершеннолетними детьми полной дееспособности до достижения ими совершеннолетия؛ при признании судом восстановления трудоспособности или прекращения нуждаемости в помощи смертью лица, получающего алименты, или лица, обязанного уплачивать алименты.

المطلب الثاني

نفقة السكن والرضاع

يُعدُّ سكن المحضون ونفقة الرضاع من مشتملات النفقة. وقد خصص الفقه الإسلامي، وبعض القوانين المقارنة، نصوصاً خاصةً، لمعالجة هذه المواضيع.

وعلى ذلك، سأتناول بالحديث نفقة السكن (الفرع الأول)، ومن ثمّ نفقة الرضاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نفقة السكن

إنّ تـأمين السـكن للمحضـون مـن الضـرورات ومـن النفقـات المهمـة الـتي يجـب تأمينها للصغير، وقد بحث الفقهاء في ضرورة تأمين السكن للمحضون، كما أفردت بعض القوانين نصوصاً خاصةً لسكن المحضون.

ولذلك، سأبحث في الموقف الفقهي (أولاً)، قبل أن أتطرق إلى الموقف القانوني (ثانياً).

أولاً: الموقف الفقهي

ذهـب الحنفيـة إلى أنّـه يجـب علـى الأب أن يـؤمن السـكن في الحضـانة، إذا لم يكن للحاضنة سكن، ولم يكن للصغير مال، لأنّ السكن من مستلزمات نفقة الولد، وقد تكون الحاضنة بدون مسكن، أمّا إذا كان لها مسكن يمكنها أن تحضن الولد فيه، ويسكن تبعاً لها، فلا حاجة لنفقة السكن[١]. ولأنّ على الأب توفير خادم للمحضون إن احتاج إلى خادمٍ، فكان إلزامه بأجرة المسكن أولى[٢].

أمّا، المالكية فقد ذهبوا إلى أنّ سكن المحضون والحاضنة على الأب. وفي قولٍ آخر: إنّ أجرة السكن على الحاضن والمحضون باجتهاد الحاكم، بأن يجعل نصفها

---

[١]- ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٦١.

[٢]- بابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨٠.

على الأب، والنصف الآخر على الحاضن، أو ثلثها على أب المحضون، والثلثان على الحاضن أو العكس[١].

في حين، يرى الشافعية أنّ الحاضنة إن كانت في عصمة الأب، فالإسكان عليه، وإلّا فليس لها إلّا أجرة الحضانة فتستأجر منها مسكناً[٢]. أمّا الحنابلة فلم يُصرحوا بوجوب السكن على المكلف بالإنفاق، ولكن يفهم ذلك من قولهم بوجوب الإنفاق على المحضون بما يحفظه من الهلاك، وينجيه من المهالك، ولا شك أنّ تأمين السكن للمحضون يؤمن ذلك[٣].

يُمكن القول: إنّ توفير المسكن للمحضون أمر في غاية الأهمية، سيّما إذا كانت الحاضن لا تملك منزلاً للحضانة، أو كان المنزل غير ملائم. وبالمقابل، فإنّ من العبء إثقال عاتق المنفق بنفقة الولد، وكذلك، بنفقة السكن. فأرى أنّه إذا كانت الحاضنة الأم، وكانت تحتاج إلى السكن، فيجب على المنفق أن يؤمن نفقة السكن للحاضنة الأم، لوفور شفقتها على الصغير، ولضرورة إبقائه عندها. وهنا أرجح رأي السادة المالكية بوجوب توزيع هذه النفقة بين المنفق والحاضنة. أمّا إن كانت الحاضنة غير الأم، وكانت لا تملك سكناً، وهناك من يتبرع بسكن المحضون، وحضانته من أقاربه الآخرين، فهنا يفضل تسليم المحضون إلى هذا الحاضن[٤].

---

[١]- شمس الدّين محمد عرفة الدّسوقي، حاشية الدُّسوقي، المرجع السابق، ج٢، ص٥٣٣.

[٢]- شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي، الفتاوى الكبرى الفقهية على مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: عبد اللطيف عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ج٤، ص١٨٤.

[٣]- ابن قدامة، الشّرح الكبير، المرجع السابق، ج٢٤، ص٤٥٥.

[٤]- وفي رأي أحد الشراح: يلتزم المكلف بنفقة المحضون بتأمين سكن للمحضون إذا لم يكن للحاضنة سكن، ولم يكن للصغير مال، أو كان سكن الحاضنة لا يتناسب مع توفير مصلحة الصغير، فيجب حينها

ثانياً: الموقف القانوني

أفردت بعض القوانين المقارنة نصوصاً خاصّة لتأمين مسكن المحضون، وتأمين مستلزمات هذا السكن، وتشمل: نفقة المسكن، ونفقات تأثيثه، ومصروفات الماء والكهرباء، وغير ذلك من مستلزمات السكن.

ومن ذلك، ما نصّت عليه (المادة١٤٨/٢) من القانون الإماراتي، والتي ألزمت من تجب عليه نفقة المحضون بدفع أجرة المسكن، واستثنى من ذلك حالةً واحدةً، وهي إذا كانت الحاضنة تملك مسكناً تقيم فيه، أو وُجد مسكن مُخصص لسكناها.

ومن تطبيقات القضاء الإماراتي لهذه المادة: إنّ الأصل هو القضاء للحاضنة بأجرة المسكن، ما لم تكن تملك مسكناً تقيم فيه، أو مُخصصاً لسُكناها، ويدخل في مفهوم السكن المخصص لسكن الحاضنة والمحضون، السكن الشرعي الذي يثبت بالفعل أنّ ولي المحضون قد أعدّه لها لحضانة أولادها، والذي يكون مملوكاً لها[1].

وتقرر أيضاً: يجب على من تلزمه نفقة المحضون أجرة مسكن للحاضنة، إلّا إذا كانت تملك مسكناً تقيم فيه، أو مخصصاً لسكناها. وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أنّ المسكن الذي يؤول للحاضنة من الغير مقابل سدادها لأقساط الثمن مدة من الزمن، يعدُّ غير مملوك لها ملكيةً تامةً خالصة، لاحتمال استرداده منها في حالة

تأمين سكن ملائم للصغير. أمّا إن كان للحاضنة سكن خاص بها تمليكاً أو بأجرة، وكانت هذه الأجرة لا تتأثر بإقامة الصغير معها، فإنّ المكلف بالنفقة لا يلزم بتأمين السكن. بشرى سعدي أبو جيب، الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، كلية الشريعة، ٢٠٠٤، ص٢٣٦.

[1]- محكمة التمييز بدبي، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (١٢٣)، لعام٢٠١١، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص٦١.

عدم سدادها لكامل ما عليه من أقساط. كما أنّ تحمّلها لأقساط الثمن يعدُّ في حكم الالتزام بالأجرة حتى تكتمل الملكية بشروطها بدفع القسط الأخير، ومن ثمّ فإنّها لا تكون مالكة للمسكن ملكيةً تامةً، وبهذا، لا يُعفى الأب من أجرة المسكن[١].

وقرر أيضاً القضاء الإماراتي: إنّ إقامة الحاضنة بولدها المحضون في منزل والديها، لا يحول دون استحقاق الحاضنة أجرة مسكن الحضانة، لأنّ أجرة مسكن الحضانة من نفقة المحضون على أبيه ما دام لم يثبت أنّ جدّه لأمه قد تبرع لها بمقابل إقامتها. وإنّ تقدير هذه النفقة، وكذلك أجرة مسكن الحضانة، واستظهار يسار المكلف بها، وحاجة المحضون للنفقة، هو من سلطة محكمة الموضوع في ضوء الظروف الاقتصادية، ومستوى الأسعار السائد[٢].

أعتقد أنّه في الحالة الأخيرة، يجب إسقاط نفقة السكن عن الحاضنة، لأنّ العلة من وجود نفقة السكن هي حاجة المحضون للسكن، وفي حال سكن الحاضنة مع أبيها وأمها تنتفي علة وجود سكن المحضون.

ومن التشريعات التي أوجبت على الأب توفير المسكن التشريع المصري، فوفقاً (للمادة١٨) مكرر ثانياً[٣]: يلتزم الأب بنفقة أولاده، وتوفير المسكن لهم بقدر يساره،

---

[١]- محكمة التمييز بدبي، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (١٧)، لعام٢٠١٨، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص٦٢.

[٢]- محكمة التمييز بدبي، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (١١٧)، لعام ٢٠١١. أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص٦٢.

[٣]- القانون رقم (٢٥)، لعام ١٩٢٩، المعدل بالقانون (١٠٠)، لعام ١٩٨٥، قانون الأحوال الشخصية المصري.

وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى المناسب لأمثالهم. واستناداً (للمادة١٨) مكرر ثالثاً: يجب على الزوج المطلق أن يُهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإن لم يفعل خلال فترة العدة، استمروا في شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة، وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر، كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المناسب المستقل بعد انقضاء مدة العدة، ويخيّر القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يُقرر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها، فإذا انتهت مدة الحضانة، فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه الاحتفاظ به قانوناً[(١)].

---

(١)- أثارت طاعنة في دعوى الدفع بعدم دستورية هذه المادة، وتتلخص وقائع الدعوى بالآتي: بتاريخ٢٩ تموز، لعام ١٩٩٩، أقامت المدّعية دعواها أمام المحكمة الدستورية العليا بمصر، طالبةً الحكم بعدم دستورية الفقرة الرابعة من (المادة١٨) مكرر، ثالثاً من المرسوم بقانون رقم (٢٥)، لعام١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم (١٠٠) لعام ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية. وحيثُ إنّ المدّعى عليه أقام دعوى رقم (٤٠٤٧)، لعام ١٩٩٦، أمام محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية ضد المدعية طالباً استرداد الشقة التي تسكنها مع محضونيها والمؤجرة أساساً له بعقد الإيجار المؤرخ بتاريخ١٩٨٨/٤/٣٠، وطلب تسليم الشقة المذكورة له، ومنع مطلقته من التعرض له فيها بحسبان أنّه طلّق المدعية، وترك لها العين المشار إليها، لكونها حاضنةً لأولاده، وإذ بلغ الصغيران أقصى سن مقرر للحضانة، فإنّ له استرداد المسكن إعمالاً لنص (المادة١٨) مكرر ثالثاً. وقد حكمت المحكمة باسترداده مسكن الزوجية، فعارضت المدعية هذا الحكم، واستأنفت القرار، وأثناء نظر الاستئناف دفعت المدعية بعدم دستورية (المادة١٨)، مكرر ثالثاً، ومن ثمّ رفعت هذه الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا المصرية. وحيثُ إنّ المدعية تنعي على النص المطعون فيه مخالفته لأحكام (المواد٢-٧-٩-١٢)، من الدستور المصري، تأسيساً على أنّ مبادئ الشريعة الإسلامية تعطي الحاضنة الحق بإمساك الولد، وفي حال عدم وجود مسكن لها، فإنّ على الأب إسكانهم جميعاً، وبقاء المسكن في حيازة المدعية وولديها يحقق الغاية المنشودة، وهي رعاية الصغار. وفي الحقيقة، إنّ الحضانة –في أصل شرعتها– هي ولاية للتربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته، والأصل فيها مصلحة الصغير، وتعهد الحاضنة بصيانة الصغير بما يحول دون الإضرار به، فكان لزاماً على

فالقانون المصري، أعطى للحاضنة حق الأولوية في شغل مسكن الزوجية، دون الزوج المطلّق خلال مدة الحضانة، ويسقط حق شغل مسكن الزوجية ببلوغ المحضون السن الذي تنتهي فيه الحضانة، حيثُ يعود للزوج المطلّق الحق في الانتفاع بالمسكن. وفي حال جهّز الزوج المطلّق مسكناً مناسباً آخر بعد انتهاء العدة، فالحاضنة مخيّرة بين البقاء في مسكن الزوجية، وبين أخذ أجر المسكن المناسب.

ومن أحكام محكمة النقض المصرية في تطبيق المادة المذكورة: إنّ الحضانة التي تخوّل الحاضنة مع محضونيها الحق في شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلّق، هي الحضانة التي تقوم عليها النساء لزوماً خلال المرحلة التي يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم، وإنّ حق الحاضنة في شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون سن انتهاء الحضانة، كلٌ حسب نوعه، ذكراً كان أو أنثى[1].

الزوج المطلق أن يُهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم مسكناً مستقلاً مناسباً، وإلّا استمروا من دونه في شغل مسكن الزوجية، إلّا أنّ ذلك يدور وجوداً وعدماً مع المدة الإلزامية للحضانة. ومن ثمّ فإنّ ما قرره النص الطعين من أنّ للمطلق الحق في أن يعود إلى المسكن بعد انتهاء مدة الحضانة، لا يُعدُّ اجتهاداً مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية في أصولها الثابتة، ومبادئها الكلية، وليس للحاضنة أن تستمر في استقلال مسكن الزوجية إذا أذن لها باستمرار الحضانة؛ لأنّ ذلك لا يُعدُّ امتداداً لمدة الحضانة الإلزامية، بل منصرفاً إلى مدة استبقاء، ومن ثمّ فإنّ القرار المطعون فيه لا يكون مخالفاً للدستور.

المحكمة العليا الدستورية بمصر، الدعوى رقم (١١٩)، السنة (٢١) القضائية الدستورية، تاريخ ١٩/ كانون الأول/٢٠٠٤، منشور في الجريدة الرسمية المصرية، العدد (٢)، لعام٢٠٠٥، ص٤٠ وما بعدها.

[1]- محكمة النقض المصرية، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (٢٣٠)، تاريخ١٩٩٦/٥/٢٧. أشار إليه، محمود ربيع خاطر- محمد عبد الحميد الألمعي، قانون الأحوال الشخصية والمواريث وقوانين الأسرة، معلقاً عليه بأحدث أحكام محكمة النقض، دار محمود للنشر، مصر، ٢٠١٨، ص٩٧.

وبهذا، فإذا وقع الطلاق بين الزوجين وبينهما صغار، فإنّه تُثار المنازعة بينهما بخصوص مسكن الزوجية المستأجر من قبل الزوج، فهل تنفرد به المطلقة والصغار بوصفها حاضنةً لهم، أم ينفرد به المطلّق بحسبان أنّه هو المتعاقد؟

تجيب محكمة النقض المصرية بقولها: إنّ للمطلقة الحاضنة بعد الطلاق الاستقلال مع محضونها بمسكن الزوجية المؤجر لمطلقها والد المحضون ما لم يجهز لها المطلق مسكناً مناسباً آخراً، حتى تنتهي الحضانة أو تتزوج المطلقة، فيحق للمطلق أن يعود ليستقلّ دونها بذات المسكن[١].

فيعني ذلك، أنّ مسكن الحضانة –بحسب الأصل– هو ذلك المسكن الذي يُعدّه المطلّق لإقامة مطلقته فترة حضانتها لأولاده منها، فإذا لم يقم بإعداد هذا المسكن المناسب، فإنّ مسكن الزوجية الذي استأجره الزوج للإقامة فيه مع زوجته قبل حصول الطلاق بينهما، يكون مسكناً للحضانة، ويحق للمطلقة الحاضنة أن تستقل بالإقامة فيه مع صغيرها من مطلقها فترة الحضانة. وتقرر أيضاً، بأنّ ملكية الحاضنة لمسكنٍ في بلدٍ غير البلد الذي تقيم فيه مع الصغير، لا يمنع من فرض أجرة مسكن حضانة على من تجب نفقته عليه[٢].

وبالمثل، تضمنت (المادة١٦٨) من المدونة المغربية، نصّاً خاصاً لنفقة السكن، حيثُ قررت: "تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة، وأجرة

---

[١]- محكمة النقض المصرية، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (٨٥٥)، تاريخ ١٩٨٩/١/٢٩. أشار إليه، محمود ربيع خاطر– محمد عبد الحميد الألمعي، قانون الأحوال الشخصية والمواريث وقوانين الأسرة، المرجع السابق، ص٩٨.

[٢]- محكمة النقض المصرية، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (٨٥٥)، تاريخ ١٩٩٢/٦/٨، ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص١٥٤.

الحضانة وغيرهما. ويجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلاً لسكناهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه.. ولا يفرغ المحضون من بيت الزوجية، إلّا بعد تنفيذ الأب الحكم الخاص بسكنى المحضون..".

وبهذا، فإنّ التشريع المغربي كالتشريع المصري والإماراتي قد أفرد مادةً خاصةً لتعالج سكن المحضون. وأكد أنّ تقدير أجرة سكن المحضون تكون مستقلةً عن تقدير نفقة الصغير، والتي تشمل: الطعام، واللباس، والعلاج، ومصاريف التعليم، وما يُعدُّ من الضروريات. وأوجب المشرّع المغربي على الأب أن يؤمن سكناً مناسباً ولائقاً لأولاده، وفي حال لم يؤمن السكن المناسب عليه أن يدفع أجرة السكن[١].

واستناداً إلى (المادة١٦٨) من القانون المغربي: إذا وقع إنهاء العلاقة الزوجية بين الطرفين، وقضت المحكمة بإبقاء الأبناء المحضونين في بيت الزوجية المملوك لوالدهم، فإنّ الأب لا يحق له طلب إفراغ المسكن إلّا بعد تهيئة مسكنٍ خاصٍ لسكناهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة أجرةً لسكن المحضون، أمّا إذا كان المسكن مستأجراً من قبل الأب، ففي حال طلاق الزوجين تستمر العلاقة الإيجارية لفائدة الأم الحاضنة لأطفالها، بالشروط التعاقدية نفسها التي كانت تربط مطلقها بالمؤجر[٢].

وفي السياق ذاته، نصّ (الفصل٥٦) من المجلة التونسية على واجب نفقة الولد على أبيه، ومن هذ النفقات نفقة السكن للمحضون، إن لم يكن للحاضنة مسكن،

---

[١]- نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرآة والطفل بعد الطلاق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المغرب، رسالة ماجستير، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص٥٦.

[٢]- (المادة ٥٤)، من قانون تنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري رقم (٦٧,١٢)، لعام ٢٠١٣. حسن فتوح، طرد المحضون في القانون المغربي، ٢٠١٧، مجلة مغرب القانون، ص٦.

وعلى الأب أن يؤمن المسكن للمحضون وحاضنته، أو أداء معينات الأجرة إلى حين زوال مبررات وجوبها، ويتم تقدير منحة السكن بحسب وضع الأب، وحاجيات المحضون، وحال الوقت والأسعار، ويُمكن مراجعة الحكم المتعلق بسكنى الحاضنة والمحضون إذا طرأ تغير في الظروف والأحوال.

ومن التطبيقات القضائية للمادة المذكورة: إنّ مصاريف شؤون المحضون تؤخذ من ماله، إن كان له مال، وإلّا في مال أبيه الذي عليه إسكان الحاضنة مع محضونيها إذا لم يكن لها مسكن. وإذا أثبت الأب أنّها تملك مسكناً، فإنّه يُعفى من واجب إسكانها، ويجب عليه عبء إثبات ملكية الحاضنة لمحلِ سكنٍ محمول على الأب الملزم أساساً بإسكانها مع محضونها، وإنّ المحكمة لئن كانت حُرّة في تقدير وسائل الإثبات إلّا أنّها ليست حُرّة في تحديد على من يجب عليه الإثبات[١].

وإذا كانت الحاضنة تملك محلاً للسكن، فإنّها تفقد الحق بالمطالبة بمسكنٍ أو بأجرة مقابل السكن[٢]. وتقرر أيضاً، إنّ التعويض للزوجة عن الضرر المادي لا يغني عن القضاء لها بنفقة السكن لمحضونيها، إذ من حق المحكمة القضاء بمبلغٍ مستقلٍ لسكن الحاضنة، بحسب (الفصل٥٦) أحوال شخصية[٣].

وإنّ موضوع نفقة سكن المحضون الواردة في (الفصل٥٦) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، يُعدُّ مستقلاً بذاته عن باقي متعلقات الحضانة، والقيام بشؤون

---

[١]- محكمة التعقيب التونسية، عدد رقم (٤٧٩٤٧)، تاريخ١٩٩٥/١٢/١٢. منشور على موقع فقه القضاء التونسي، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١/١٠.
http://www.ruedemalte.com/jurisarch/result51472206198.3612.html

[٢]- محكمة التعقيب التونسية، عدد رقم (٥٦٥٠٥)، تاريخ١٩٩٧/٥/٦.

[٣]- محكمة التعقيب التونسية، عدد رقم (١٦٢٨٣)، تاريخ ١٩٨٦/١١/١٨.

المحضون، وهو مستقل عن مشتملات النفقة المنصوص عليها في (الفصل٥٠)؛ لاختلاف مدلول النصين، فيحكم القضاء بنفقة السكن، ونفقة المحضون، كلٍ على استقلال[١].

وتقرر: إنّ سكن الحاضنة بمحل والديها لا يعني عدم استحقاقها لنفقة السكن لمحضونيها، لأنّ ذلك مجرّد تصرف على وجه الفضل لا يعدو أن يكون سوى وقتياً، بحكم أنّ والديها المانحين لذلك الحق يُمكنهما الرجوع فيه في أيّ وقتٍ، ولا يُمكن ترك الحاضنة في مثل هذه الحال دون إسناد منحة مسكنٍ لها تمكنها في كل الظروف من إيجاد مسكنٍ يأويها صحبة المحضون، ما دام لم يُثبت الزوج أنّ لها حق السكن القانوني بمحلٍ ما[٢].

ولا شك في أنّ القرار الأخير محل نظر، فكما قرر القضاء الإماراتي –سابقاً– عدم إسقاط نفقة السكن عن المحضون في حال سكن الحاضنة في بيت أهلها، قرر أيضاً ذلك القضاء التونسي. وأعتقد أنّ هذا الاتجاه غير دقيق، ويبتعد عن الصواب، فيجب إسقاط هذه النفقة عن الحاضنة أثناء سكنها في بيت أهلها، فإذا تركت ذلك المنزل، يُمكن القضاء لها بالنفقة من جديد.

ولم يختلف التشريع الجزائري عن نظرائه، إذ نصت (المادة٧٢) على وجوب توفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

---

[١]- محكمة التعقيب التونسية، عدد رقم (٥٠١٠٠)، تاريخ ١٩٩٦/١٢/٣.

[٢]- محكمة التعقيب التونسية، عدد رقم (٥١٩٩)، تاريخ ٢٠٠٦/١/١٢.

فيفهم من ذلك، أنّ على الأب توفير مسكن مناسب للحاضن، وذلك حسب وضعية الأب، وحالته الاجتماعية. وبحسب القضاء الجزائري، لا يجوز للأب أن يختار سكناً غير ملائم بقصد الإضرار بالحاضنة، كأن يوجد في مكانٍ معزولٍ بعيداً عن العمران أو بنايةٍ غير آمنةٍ، أو عبارةٍ عن كوخٍ أو غرفةٍ واحدةٍ لا تتوافر فيها أدنى شروط الصحة والنظافة[١]. وإنّ تأمين مسكن للحضانة بعيداً عن أهل الحاضنة، لا يُعدُّ سكناً ملائماً[٢].

وكباقي التشريعات المقارنة، قرر المشرّع الجزائري أنّه في حال لم يؤمن الأب مسكناً للحضانة فإنّ عليه دفع بدل الإيجار، ولا يُعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار حتى ولو كان للحاضن سكن[٣]، ويقضى ببدل الإيجار للحاضنة رغم أنّها عاملة، لأنّ سكن ممارسة الحضانة التزام على عاتق الوالد[٤]. وهنا أستغرب هذا القرار القاضي، بوجوب دفع بدل الإيجار على الرغم من وجود سكنٍ للحاضنة!

---

[١]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٦٩٢٩٣٨)، تاريخ ٢٠١٢/٩/١٣. أشار إليه، فضيلة شاكر، النظام القانوني للحضانة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص١٩.

[٢]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٧٢٢١٥١)، تاريخ ٢٠١٣/١/١٠. أشار إليه، فضيلة شاكر، النظام القانوني للحضانة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص١٩.

[٣]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٢٨٨٠٧٢)، تاريخ ٢٠٠٢/٧/١، المجلة القضائية، العدد (١)، ٢٠٠٤، ص٢٨٥.

[٤]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (١٨٩٢٦٠)، تاريخ ١٩٩٨/٤/٢١، المجلة القضائية، العدد الخاص، ٢٠٠١، ص٢١٣.

وتستحق الحاضنة سكناً أو بدلاً للإيجار حتى ولو كانت حاضنةً لطفلٍ واحدٍ، بغض النظر عن عدد الأولاد المحضونين[١].

وأعطى المشرّع الجزائري الحق للحاضنة في البقاء ببيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن، بمعنى أنّ على الأب أن يخلي هذا المنزل للحاضنة والمحضونين إلى حين تنفيذ التزامه.

وفي المقابل، لم يورد المشرعان العراقي والسوري نصاً خاصّاً لموضوع سكن المحضون، فهل يعني ذلك عدم جواز الحكم بنفقة السكن بصورةٍ خاصة، بحسبانها من مشتملات النفقة، والتي يُحكم بها على المكلف بالإنفاق عموماً؟

تجيب محكمة النقض السورية بقولها: إن لم يكن للحاضنة مسكن تمسك فيه الصغير فعليه سكناهما جميعاً[٢]. وفي قرارٍ آخر: لا يُكلف الأب بتقديم مسكنٍ آخر لمطلقته وولدها، ما دام لم يطرأ على المسكن الأول ما يؤثر في شرعيته[٣]. وإذا لم يكن للحاضنة مسكن تمسك فيه الصغير الفقير، فعلى أبيه سكناهما معاً[٤].

---

[١]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٤٨١٨٥٧)، تاريخ ٢٠٠٩/١/١٤، المجلة القضائية، العدد (٢)، ٢٠٠٩، ص٢٩٤.

[٢]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٥)، قرار (٢)، تاريخ ١٩٦٤/١/٤. أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، ص٥٤١.

[٣]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٢٩٤)، قرار (١٧٨)، تاريخ١٩٥٣/٣/١٥. أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، ص٥٨١-٥٨٢.

[٤]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٥٣٧٧)، قرار (٨٤٠)، تاريخ ٢٠١٨/٦/٢٧. مجلة المحامون، الأعداد ١-٢-٣-٤، السنة (٨٤)، ٢٠١٩، ص١٨٥.

ورفضت محكمة النقض في دعوى أخرى الطعن المقدم من الجهة الطاعنة، والذي يطالب بنفقة سكن للأم مع محضونها، بحسبان أنّها تسكن في بيت أمها[١]. وهو مسلك جيد من هذه المحكمة، بخلاف ما قرره القضاء الإماراتي، والتونسي، والجزائري.

وعلى ذلك، فإنّ موضوع سكن المحضون من المواضيع المهمة، والتي تحقق مصلحة المحضون، كي لا يبقى المحضون مشرداً بدون سكن في حال لم يكن للحاضنة سكن. وقد خصصت معظم التشريعات المقارنة مادةً خاصةً لسكن المحضون، وعدت هذه النفقة مستقلةً في التقدير عن النفقة العامة التي يحكم بها للصغير، وطالبت هذه التشريعات الأب بتوفير السكن، أو بدفع أجرة هذا السكن، آخذة من السادة الأحناف الذين صرحوا بوجوب نفقة السكن، إذا لم يكن للصغير مال، ولم يكن للحاضنة مسكن.

ولذلك، أرى ضرورة إضافة مادةٍ قانونيةٍ للقانون السوري تتناول سكن المحضون، تأخذ بالحسبان مصلحة الصغير، وبالوقت نفسه لا تشكلّ عبئاً على الأب المطلّق في حال عدم وجود حاجةٍ ماسةٍ لهذه النفقة، خصوصاً في الآونة الأخيرة، مع ازدياد أزمة السكن، وغلاء أجورها. ويُمكن أن نأخذ برأي المذهب المالكي في ذلك، ويُمكن أن تأتي الصياغة كالآتي:

"إذا كانت الحاضنة الأم، ولم يكن للمحضون أو للحاضنة أو وليها مسكن، أو لم يكن للمحضون مال لاستئجار مسكنٍ، فيجب على ولي المحضون توفير سكنٍ

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٣٢٤)، قرار رقم (٦٥٢)، ٢٠٠٦/٣/٢٠، سجلات محكمة النقض.

مناسبٍ لممارسة الحضانة، أو دفع أجرة المسكن تقديراً من القاضي، ويقسم هذا الأجر بين ولي المحضون، وبين المطلقة أو وليها، كلاً بحسب نصيبه من أجرة المسكن.

وإذا كانت الحاضنة تقيم مع أهلها في مسكنٍ مستأجرٍ، يُكلف ولي المحضون بأداء أجرة تقدرها المحكمة، مراعيةً في ذلك عدد المحضونين، إلّا إذا وافق أهلها على سكناها معهم بغير أجرة مسكنٍ، فلا يُقضى لها بالأجرة، أمّا إذا كانت الحاضنة غير الأم، ووجد من يتبرع بإمساك الصغير، فيسلّم إليه".

الفرع الثاني

نفقة الرضاع

إنّ رضاعة الصغير تكون في السنين الأولى من عمره، ولا شكّ في أنّ الرضاع واجبٌ على الأم ديانةً، وتُسأل عنه أمام الله عز وجل؛ حفاظاً على حياة الولد.

ولكنّ، هل تستحق الأم المرضعة أجرة عن الرضاعة، إذا أرضعت الصغير أثناء حضانتها له بعد الطلاق؟

سأبحث في نفقة الرضاع في الفقه الإسلامي (أولاً)، ومن ثمّ سأبيّن الموقف القانوني (ثانياً).

أولاً: الموقف الفقهي

اتفق جمهور الفقهاء على وجوب أجرة الرضاع على الأب مع يُسره، إذا لم يكن للولد مال، وذلك إذا أرضعت الأم ولدها بنفسها، أو بإجبارها على الرضاع قضاءً، وكان ذلك بعد انتهاء الرابطة الزوجية والعدة، لأنّها من النفقة الواجبة على الأب، وتكون في مقابل مؤونة الصغير، ولقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾ الآية٦، سورة الطلاق. ويتم تقدير الأجرة بحسب التراضي، وبمقدار أجرة المثل، أمّا إذا طالبت

الأم بأكثر من أجرة المثل، أو تبرعت متطوعة برضاعة الصغير من دون أجرة، فهي أحق بإرضاعه. وإذا تعاسرا فللأب أن يستأجر مرضعة غيرها[١].

ثانياً: الموقف القانوني

تتفق التشريعات المقارنة بالنص على وجوب نفقة الرضاع على الأب، كما ذهب جمهور الفقهاء. ومن ذلك، ما نصّت عليه (المادة٧٩)، من القانون الإماراتي: "تجب على الأب تكاليف إرضاع ولده، إذا تعذر على الأم إرضاعه، ويعتبر ذلك من قبيل النفقة".

وكذلك، (المادة٢٠١) من المدونة المغربية، نصّت على أنّ: "أجرة رضاع الولد على المكلف بنفقته". وبالمثل، (المادة٥٦) من القانون العراقي: "أجرة رضاع الولد على المكلف بنفقته، ويعتبر ذلك في مقابل غذائه". ونص (الفصل٤٨)، من المدونة التونسية: "على الأب أن يقوم بشؤون الإرضاع بما يقتضيه العرف والعادة، إذا تعذّر على الأم إرضاع الولد".

وبالمثل، بينت (المادة١٥٢)، و (المادة١٥٣)، من القانون السوري أحكام رضاعة الصغير كالآتي: "١- أجرة رضاع الولد سواء أكان الرضاع طبيعياً أم اصطناعياً على المكلف بنفقته، ويعتبر ذلك في مقابل غذائه.

٢- لا تستحق الأم أجرة الرضاع حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي". ويتبين من ذلك، أنّ أجرة الرضاع تجب على الأب في حالة الرضاع

---

[١]- أبو المعالي، الذخيرة البرهانية، المرجع السابق، ص٤٦١. الماوردي، الحاوي الكبير، ج١١، المرجع السابق، ص٤٩٦. ابن قدامة، المغني، كتاب النفقات، ج١٠، ص٣٦٢. شمس الدين محمّد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج٢، ص٥١٤.

الطبيعي، أمّا في حال الرضاع الاصطناعي، فيكلف الأب بدفع قيمته ثمن الحليب، أياً كانت حاضنته.

وتجدر الإشارة إلى أنّ القانون السوري أشار أيضاً إلى حكم إعسار الأب، ومطالبة الأم بأجرة الرضاع، ووجود المتبرعة، فهي أولى بالإرضاع بشرط أن يكون الإرضاع في بيت الأم. وهو ما لم تشر إليه باقي التشريعات.

وبهذا، فإنّ التشريعات المقارنة قد اعتنت بتوفير النفقة للمحضون، وبتأمين السكن له، مع الاختلاف فيما بينها ببعض النقاط. لكنّ تتفق هذه التشريعات بأنّها تبحث عن تحقيق مصلحة الصغير بتأمين العناية المطلوبة له، وتوفير سبل العيش الكريم[1]

---

[1]- ومن النفقات الأخرى التي تجب على المكلف بنفقة الصغير، أجرة الحضانة، ولن أتطرق إليها بحسبان أنّها خاصة بالحاضنة، ولا تكون للصغير المحضون، وما يهمني في الدراسة هو الجوانب التي تعنى بمصلحة الصغير في مواضيع الحضانة.

وقد نصت (المادة١٤٢)، وما بعدها من قانون الأحوال الشخصية السوري، على أجرة الحضانة للحاضن وفقاً للآتي: "أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير، وتقدر بحسب حال المكلف بها"، و(المادة١٤٣): "لا تستحق الأم أجرة للحضانة في حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق"، و(المادة١٤٤): "إذا كان المكلف بأجرة الحضانة معسراً عاجزاً عنها، وتبرع بحضانة الصغير أحد محارمه، خيّرت الحاضنة بين إمساكه بلا أجرة أو تسليمه لمن تبرع". وجاء في القضاء، في حال إعسار والد الأطفال، وعدم قدرته على دفع أجور الحضانة، خيّرت الحاضنة بين إمساكهم بدون أجرة أو تسليمهم لمن تبرع بحضانتهم، وإن لم توجد متبرعة من محارم الطفل تجبر الأم على الحضانة وتكون أجرته ديناً على أبيه. نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (١٤١٧)، قرار (١٧٨١)، لعام٢٠٠٧، سجلات محكمة النقض. وإنّ أجرة الحضانة ونفقة الولد من الحقوق المتجددة، ويجوز طلب الزيادة بعد مرور ستة أشهر من فرضها. نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٣٠٢١)، قرار (١٢٣٧)، لعام٢٠٠٦، سجلات محكمة النقض. ولا تبحث المحكمة من تلقاء نفسها بوجود متبرع لحضانة الصغير بلا أجرة، وإنّما يتعين على المكلف

المبحث الثاني

الآثار غير المالية للحضانة

بيّنت أنّ الحضانة توجب على الحاضن تربية الطفل، والعناية به، والقيام بشؤونه، وتحقيق مصالحه من خلال توفير النفقة للمحضون، متمثلةً بالمأكل والملبس والتطبيب وغير ذلك، وتهيئة المكان الملائم لسكنى المحضون مع حاضنه، بحسبانه من سيقوم برعاية المحضون.

وإنّ من الآثار الأخرى المترتبة على الحضانة، هو مكان وجود المحضون والانتقال به. كما أنّ إعطاء الحضانة لأحد الأشخاص كالأم مثلاً، لا يمنع الأب من مشاهدة المحضون والتواصل معه.

ومما سبق، سأبحث في الانتقال بالمحضون (المطلب الأول)، قبل أن أنتقل إلى الحديث عن مشاهدة المحضون (المطلب الثاني).

بأجرة الحضانة إذا كان عاجزاً عنها أن يدفع بوجود متبرع لحضانة الصغير بلا أجرة حتى تبحث المحكمة في ذلك. أساس (١٣٤٣)، قرار (٢٠٨٥)، لعام٢٠٠٥، سجلات محكمة النقض.

المطلب الأول

الانتقال بالمحضون

تثير مسألة الانتقال والسفر بالمحضون تساؤلاتٍ عدة، فما مدى تأثير انتقال أو سفر الحاضن على تحقيق الرعاية المطلوبة للطفل المحضون؟ وهل يؤثر هذا الانتقال أو السفر في صلاحية الحاضن للحضانة؟ وهل يختلف أثر هذا السفر بحسب نوع السفر، والغاية منه؟

ولهذا، سأعالج هذه الإشكالات من خلال البحث في الموقف الفقهي (الفرع الأول)، قبل توضيح الموقف القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الموقف الفقهي

يرى جمهور الفقهاء أنّ السفر بالمحضون يُسقط الحضانة من حيث المبدأ، لكنّهم اختلفوا فيما بينهم في تفاصيل ذلك، من حيثُ من يُريد السفر بالمحضون، وسبب هذا السفر، والهدف منه. بينما لم يُصرّح فقهاء المذهب الحنفي صراحةً بإسقاط الحضانة. سأوضح ذلك، من خلال تبيان رأي المذهب الحنفي (أولاً)، والمذهب المالكي (ثانياً)، والمذهب الشافعي والحنبلي (ثالثاً)

أولاً: المذهب الحنفي

إذا كانت الحاضنة الأم، وتريد الانتقال بولدها، فإمّا أن تذهب بالصغير إلى موطنها، أو تنوي السفر به إلى موطنٍ آخر غير موطنها.

١. **انتقال الحاضنة الأم إلى موطنها الأصلي:** تفترض هذه الحالة انتقال الأم الحاضنة بالمحضون إلى موطنها الأصلي، وإمّا أن يكون قد جرى عقد نكاحها فيه، أو لا.

أ. **انتقال الحاضنة الأم إلى موطنها الأصلي، الذي جرى فيه عقد زواجها:** فإذا كان هذا الموطن قد جرى فيه عقد زواجها، فلها الانتقال مطلقاً، كما لو أنّها تزوجت في الكوفة ثمّ نقلها الزوج إلى الشام، فولدت أولاداً، ثمّ وقعت الفرقة، وانقضت العدة، فأرادت أن تنقل أولادها إلى الكوفة فلها ذلك؛ لأنّ المانع هو ضرر التفريق بين الأب وولده، وقد رضي هو به، لوجود دليل الرضا، وهو التزوج بها في بلدها، لأنّ من تزوّج امرأةً في بلدها، فالظاهر أنّه

يقيم فيه، والولد من ثمرات الزواج، فكان راضياً بحضانة الولد في ذلك البلد، إلّا إذا كانت هذه الدار التي تريد الخروج إليها داراً للحرب، فإنّها تمنع للضرر الذي يُمكن أن يلحق الصغير في هذه الحالة[١].

ب. **انتقال الحاضنة الأم إلى موطنها الأصلي، الذي لم يجرِ عقد زواجها فيه:** أمّا إذا كان الانتقال إلى موطن الحاضنة، ولم يجرِ فيه عقد زواجها، فلا يجوز لها في هذه الحالة الانتقال؛ لأنّه لم يقع النكاح في بلدها، ولم توجد دلالة الرضا بالمقام في بلدها من قبل الأب، ولم يكن راضياً بحضانتها الولد في ذلك البلد، إلّا إذا لم يكن بين الموطنين تفاوتٌ كبيرٌ، بحيث يتمكن من مطالعة ولده في يومٍ، ويرجع إلى أهله قبل الليل[٢].

٢. **انتقال الحاضنة الأم إلى موطنٍ آخر غير موطنها الأصلي:** وتقتضي هذه الحالة انتقال الحاضنة الأم إلى بلدٍ غير بلدها الأصلي، وهذا البلد إمّا أن يكون قد أبرم عقد زواجها فيه، أو لا.

أ. **انتقال الحاضنة الأم إلى موطنٍ آخر غير موطنها الأصلي، الذي جرى فيه عقد زواجها:** إذا انتقلت الحاضنة بالولد إلى بلدٍ آخر، وكان عقد زواجها قد أبرم فيه، فلها الانتقال، لأنّ العبرة بمكان العقد فقط، أي أين وقعت عقدة النكاح جاز لها الانتقال، سواء كان ذلك المكان هو موطنها

---

[١]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، كتاب الحضانة، ج٥، ص٢١٧-٢١٨، ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨٦.

[٢]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٥، ص٢١٧-٢١٨، ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٥٠.

الأصلي أم لا[١]. وفي قولٍ آخر: "ليس للأم الانتقال إلى بلدٍ ليس موطنها الأصلي، ولو جرى فيه النكاح، لأنّ هذا البلد ليس بلدها، ولا بلد زوجها، بل هو دار غربةٍ، فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه، فلم يكن راضياً بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه، لأنّه لابُدّ من تحقق الشرطين معاً، وهما: أن يكون البلد الذي تريد الانتقال إليه هو بلدها، وأن يكون قد وقع نكاحها فيه، ولم يتحقق ذلك"[٢].

ب. **انتقال الحاضنة الأم إلى موطنٍ غير موطنها الأصلي، ولم يجرِ عقد زواجها فيه:** أمّا إذا لم يتم النكاح في هذه البلدة، فليس لها الانتقال بدون إذن الأب مطلقاً، إلّا إذا كان هذا المكان قريباً[٣].

٣. **انتقال الحاضنة غير الأم:** إذا كانت الحاضنة غير الأم، وأرادت الانتقال بالصغير، كالجدة مثلاً، فليس لها أن تنتقل بالولد إلى بلدها، أو غيرها، لعدم وجود عقدٍ بينهما. وبهذا، ينتفي رضا الأب بنقل الصغير[٤].

---

[١]- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨٦.

[٢]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٥، ص٢١٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٥٠.

[٣]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٥، ص٢١٨، ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٥٠.

[٤]- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج٤، ص٣٣٧. ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨٧.

٤. **انتقال الأب**: ليس للأب أن يخرج بالولد من بلد أمّه، ما دامت لها الحضانة[١]، لما فيه من الإضرار بالأم بإبطال حقها في الحضانة، أمّا إذا سقطت حضانتها، جاز له السفر بالصغير، وقيّده المصنف في شرحه، بعدم وجود من تنتقل إليه الحضانة بعد الأم[٢]. وفي رأيٍ آخر، ليس للأب الخروج بالصغير من محل إقامته قبل استغناء الصغير عن أمّه، وإن لم يكن لها الحق في الحضانة، لاحتمال عودته لها بزوال المانع، ولأنّ حق الأم برؤية ولدها باقٍ[٣].

ثانياً: المذهب المالكي

ميّز السادة المالكية بين سفر النقلة وسفر الحاجة، وبين المسافة القريبة والمسافة البعيدة، وفيما يأتي تبيان ذلك.

١. **سفر النقلة**: أي السفر بقصد الإقامة والاستقرار في بلدٍ جديدٍ، فإذا سافرت الحاضنة سفر نقلةٍ إلى بلدٍ مأمونٍ، والطريق مأمونة، والمسافة قريبة، فليس لولي الطفل أباً كان أم غيره نزع الطفل من حضانتها. أمّا إذا كانت المسافة

---

[١]- ويرى ابن حزم الظاهري بأنّه لا تسقط حضانة الأم برحيل الأب، حيثُ يقول: "سواء رحل الأب أو لم يرحل، فلأنّه لم يأتِ نصٌ من قرآن، ولا سنّة بسقوط حضانة الأم من أجل رحيل الأب، فهو شرعٌ باطلٌ ممن قال به، وتخصيصٌ للقرآن والسنن التي أوردنا، ومخالف لهما بالرأي الفاسد وسوء نظرٍ للصغيرين وإضرارٌ بهما في تكليف الحلّ والترحال والإزالة عن الأم والجدة، وهذا ظلمٌ لا خفاء فيه، وجورٌ لا شك فيه". ابن حزم الأندلسي، المحلّى بالآثار، المرجع السابق، ج١٠، ص١٤٦.

[٢]- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨٨.

[٣]- ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٧٤-٢٧٥.

بعيدة أو كانت البلد غير مأمونة، والطريق غير مأمون، فلولي الطفل نزع الطفل من الحاضنة، خوفاً على مصلحة الصغير.

أمّا إذا أراد الحاضن السفر بالصغير سفر نقلةٍ فله ذلك، بشرط أن يكون المكان المراد الانتقال إليه مأموناً، والطريق مأمونة، وتخيّر الحاضنة بين السفر مع ولدها، أو إسقاط حضانتها[١].

٢. **سفر الحاجة:** إذا أرادت الحاضنة السفر لحاجةٍ، كتجارةٍ، أو طلب علمٍ، أو علاجٍ، مدة الحضانة، فلا تسقط حضانتها بسفرها. وإذا أراد الولي السفر بحاجةٍ فلا يأخذ الصغير منها[٢].

ثالثاً: المذهب الشافعي والحنبلي

ميّز السادة الشافعية والحنابلة أيضاً، بين سفر النقلة وسفر الحاجة، ولم يختلفا في الحكم، سوى أنّ الحنابلة يشترطون في السفر أن يكون بعيداً، مسافة قصر الصلاة، أمّا إن كان قريباً، فتبقى الحضانة للأم، بخلاف الشافعية سواء كان السفر قريباً أو بعيداً، وفقاً للآتي:

١. **سفر النقلة:** إذا أراد أحد الأبوين سفر نقلةٍ، فالأب أولى من الأم بالحضانة سواء انتقل الأب أو الأم، أو انتقل كُل منهما إلى بلدٍ، حفظاً للنسب، فإنّه يحفظه الآباء، ورعايةً لمصلحة التأديب والتعليم، ولسهولة الإنفاق. وإذا

---

[١]- الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج٢، ص٥٣١-٥٣٢. الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السّالك، ج٢، المرجع السابق، ص٤٨.

[٢]- الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص٥٣١-٥٣٢. الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السّالك، ج٢، ص٤٨.

رافقته الأم في سفره دام حقها بالحضانة، وإذا عاد الأب من سفر النقلة إلى بلدها، عاد حقها.

ولمحارم العصبة أيضاً ما للأب في سفر النقلة، وكذلك، ابن عم المحضون في انتزاعه لذكرٍ، ولا يعطى أنثى تُشتهى، حذراً من الخلوة، لانتفاء المحرميّة، فإن رافقته ابنته أو أخته سلّم الولد الأنثى إليها[١].

٢. **سفر الحاجة**: لو أراد أحد الأبوين السفر لحاجةٍ، كتجارةٍ أو حجٍ وغير ذلك، سواء كان سفراً طويلاً أم قصيراً، كان الطفل –سواء كان مميزاً أو غير ذلك– مع المقيم من الأبوين حتى يعود المسافر منهما، لما للسفر من الخطر والضرر، إلّا إذا كان بقاؤه مع الأم سيؤدي إلى مفسدةٍ، أو ضياع مصلحةٍ فالرأي إلى جواز سفره به. وإذا أراد كُلٌ منهما السفر لحاجةٍ، واختلف طريقهما ومقصدهما، فهناك قولان: أحدهما أنّه يبقى مع الأم، وهو الراجح، والثاني: يكون مع الذي مقصده أقرب، أو مدة سفره أقصر[٢].

وإذا اختلفا في قصد السفر، فقال: أريد النقلة، وقالت: بل أردت التجارة، يُصدّق بيمينه، فإن نكل حلفت الحاضنة، وأمسكت الصغير[٣].

---

[١]- الأنصاري، الغرر البهية، المرجع السابق، ج٨، ص٦٠٢. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٦٠٠. المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ص١٦٥٠.

[٢]- الأنصاري، فتح الوهّاب بشرح منهج الطّلاب، المرجع السابق، ج٢، ص٢١٥. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٦٠٠. الإمام النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج٩، ص١٠٧. المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ص١٦٥٠.

[٣]- الأنصاري، فتح الوهّاب بشرح منهج الطّلاب، المرجع السابق، ج٢، ص٢١٥. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٦٠٠. الإمام النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج٩، ص١٠٧.

وبهذا، فإنّ الشافعية والحنابلة والمالكية قد ميّزوا بين سفر النقلة وسفر الحاجة، كما فرّق السادة المالكية والحنابلة بين المسافة الطويلة والمسافة القصيرة، وصرّحوا بإسقاط الحضانة في حال السفر بالمحضون مسافةً طويلةً بسفر النقلة. في حين لم يُميّز فقهاء الحنفية بين سفر النقلة وسفر الحاجة، ولم يصرّحوا بإسقاط الحضانة عند مخالفة أحكام الانتقال، ولكن يُمكن أن يُفهم ذلك ضمنياً.

وأرجّح رأي السادة الحنفية من حيثُ عدم جواز الانتقال بالمحضون من قبل الحاضنة، إلّا بموافقة الأب. وعدم جواز انتقال الأب بالمحضون من بلد أمّه ما دامت الحضانة لها، إلّا بموافقتها، لأنّ ذلك أكثر تحقيقاً لمصلحة الصّغير، إلّا إذا كان خروج الحاضنة إلى بلدها، والذي جرى فيه عقد نكاحها، بشرط أن يكون هذا البلد مأموناً في سفر النقلة. أمّا في سفر الحاجة، فأرجّح ما ذهب إليه الجمهور ببقاء المحضون مع المقيم منهما حتى يعود المسافر، حفظاً للطفل من مشقة السفر وبُعد الطريق.

الفرع الثاني

الموقف القانوني

نصّت مُعظم التشريعات المقارنة على أحكام الانتقال بالمحضون بأحكامٍ مختلفة، تختلف هذه الأحكام بحسب المنتقل، وبحسب مكان الانتقال، وذلك وفقاً للآتي:

أولاً: انتقال الحاضنة الأم

تفترض هذه الحالة انتقال الحاضنة الأم، وقد ميّزت القوانين بين انتقالها داخل إقليم الدولة، وسفرها خارج إقليم الدولة.

١. **الانتقال داخل إقليم الدولة:** أجاز القانون الإماراتي للحاضنة الأم الانتقال بالمحضون بعد البينونة إلى أيِّ بلدٍ داخل الدولة، بشرط ألّا يترتب على هذا النقل إخلال بتربية الصغير، وألّا يشكل ذلك مضارة للأب، كما لو كانت تترتب على هذا الانتقال مشقة لرؤية الصغير، أو يكلف الأب نفقةً غير عادية بحسب (المادة ١٥٠/٢) من القانون الإماراتي. فأخذ القانون الإماراتي برأي المذهبين الحنفي، والمالكي، بجواز انتقال الأم بالصغير بشرط عدم المضارة، وعدم تعرّض الأب لمشقة غير اعتيادية في رؤية صغيره؛ أي يُشترط الانتقال إلى مكان قريب من مكان الأب.

وبالمثل، قرر القضاء المصري أنّ انتقال الحاضنة بالصغير إلى بلدٍ غير البلد الذي يقيم فيه مع والده لا يُسقط حضانتها مع تمكن الأب من رؤية ابنه والعودة

نهاراً[١]. ويوم السفر الشرعي والمعوّل عليه في المسافة، هو أن يسافر الشخص ويعود قبل الليل، مهما كانت المسافة ومهما كانت وسيلة الانتقال[٢].

وكذلك، قرر المشرّع المغربي عدم إسقاط الحضانة بانتقال الحاضنة من مكانٍ إلى آخر داخل المغرب، إلّا إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط، مراعاةً لمصلحة المحضون، والظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي، والمسافة التي تفصل المحضون عن نائبه الشرعي. (المادة١٧٨)، من المدونة المغربية. فالقانون المغربي، أعطى المحكمة سلطةً تقديريةً واسعةً لتقرير سقوط الحضانة من عدمها في حال الانتقال بالمحضون داخل المملكة المغربية، في ضوء وسائل المواصلات، والظروف الخاصة للولي، وهي أمورٌ نسبية تختلف من حالة إلى أخرى، وعلى المدّعي أن يثبت ذلك.

ولم ينص المشرّع الجزائري على حكم السفر بالمحضون داخل إقليم الدولة، وإنّما أعطى المشرّع القاضي سلطةً تقديريةً لإسقاط الحضانة في حال السفر بقصد الإقامة في بلدٍ أجنبيّ، (المادة٦٩) من قانون الأسرة الجزائري. فاختلف القضاء الجزائري في التطبيق، فتقرر في دعوى: أنّه في حال بُعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة والرقابة، لا يمنع استعمال ذلك، بفضل الوسائل الحديثة للمواصلات والنقل[٣].

---

[١]- نقض مصري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٨١٤)، قرار (١٥٤٤)، لعام١٩٣٥. أشار إليه، ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص١٠٧.

[٢]- المحكمة الشرعية بالأزبكية، أساس رقم (٢٢٢)، قرار (١٨٨)، لعام ١٩٣٩. أشار إليه، ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، ص١١٢.

[٣]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٢٦٦٨١)، ١٩٧٠/١١/١٨، نشرة القضاة، عدد١، ١٩٧٢، ص٦٧، أشار إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون، المرجع السابق، ص٥٦٠.

لكنّ القضاء الجزائري عاد وقرر، أنّه من المستقر عليه فقهاً وقضاءً أنّ المسافة بين الحاضنة وصاحب الحق بزيارة الأطفال لا يكون أكثر من ستة برد، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يُعدُّ خطأً في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال، أنّ المسافة الفاصلة بين الحاضن وولي المحضونين تزيد على ألف كيلو متر، فإنّ قضاة المجلس بإسنادهم الحضانة لأم المحضونين يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان ذلك، استوجب نقض القرار المذكور[١].

في حين أنّ القانون السوري، أجاز بدايةً للحاضنة الأم ولأمها السفر بالمحضون دون إذن الولي إلى بلدتها التي جرى فيها عقد نكاحها، ولها أن تسافر به داخل القطر إلى البلدة التي تقيم فيها، أو البلدة التي تعمل فيها لدى أيّ من الجهات العامة، شريطة أن يكون أحد أقاربها المحارم مقيماً في تلك البلدة (المادة١٤٨)، من قانون الأحوال الشخصية١٩٥٣.

ثمّ، أدخل تعديلاً على المادة المذكورة بالقانون(٤)، لعام٢٠١٩، حيث أجازت (المادة١٥٠/٣)، للقاضي أن يأذن للأم الحاضنة أن تسافر بالمحضون داخل الجمهورية العربية السورية إلى البلدة التي تقيم فيها، أو إلى البلدة التي تعمل فيها لدى أي جهةٍ من الجهات العامة، شريطة تحقيق مصلحة المحضون.

فحذف المشرّع السوري بالتعديل الأخير البلدة التي جرى فيها عقد نكاحها، واكتفى بالبلدة التي تقيم فيها الأم، كما حذف شرط وجود أحد أقارب الأم من المحارم في هذه البلدة، وأضاف أيضاً شرطاً بأن يحقق هذا الانتقال مصلحة المحضون،

---

[١]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٢٦٦٩٣)، تاريخ ١٩٨٢/١/٢٥، نشرة القضاة، عدد خاص، ١٩٨٢، ص٢٥١، أشار إليه زكية حميدو، المرجع السابق، ص٥٦١.

بمعنى أنّه أعطى القاضي في التعديل الأخير سلطةً تقديريةً لتقرير مدى تحقق مصلحة المحضون من هذا الانتقال.

وبالمقابل، لم ينظم قانون الأحوال الشخصية العراقي ما يتعلق بسفر المحضون من أحكامٍ، وقرر القضاء العراقي منع الحاضنة من السفر بالصغير داخل العراق، ترجيحاً لرأي جمهور الفقهاء، حيثُ رفضت المحكمة انتقال الأم بالأولاد من مدينةٍ إلى أخرى، مراعاةً لمصلحتهم كي لا يبعدوا عن أخوتهم من أبيهم[١]. وتقرر أيضاً، بأنّه ليس للأم إخراج المحضون إلى مكانٍ بعيدٍ عن والده أبعد من مسافة القصر كي يتمكن الأب من مشاهدته[٢]. وليس للوالدة أخذ ولدها الذي في حضانتها إلى المدينة التي يسكنها أهلها بعيداً عن مدينة والد الطفل الذي طلقها[٣]

ومما سبق، –من حيث المبدأ– أرى أن نعطي للحاضنة الحق بالانتقال بالمحضون إلى بلدها الذي جرى فيه عقد زواجها، أو البلد الذي تعمل فيه أو تقيم فيه، إلّا إذا تعارض ذلك مع مصلحة المحضون، وشكّل صعوبةً على الولي في رؤية الصغير، ومتابعة شؤونه، كما لو كانت المسافة بعيدةً جداً بين البلدين، وتتطلب مشقةً غير اعتيادية، أو لم تكن المسافة بعيدة، لكنّ الظروف الصحية أو المادية لا

---

[١]– محكمة التمييز العراقية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٨٩٣)، تاريخ ٢٠٠٨/٦/١٧. أشار إليه، ناديا خير الدين عزيز، أثر السفر بالمحضون على حق الأم في الاحتفاظ بالحضانة، مجلة الرافدين، العراق، المجلد (١٨)، العدد (٦٢)، السنة (٢٠)، ٢٠١٤، ص٩٨.

[٢]– محكمة التمييز العراقية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٣٧٨٩)، تاريخ ٢٠٠٨/٣/٢٦. ناديا خير الدين عزيز، أثر السفر بالمحضون على حق الأم في الاحتفاظ بالحضانة، ص٩٩.

[٣]– محكمة التمييز العراقية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (١٨٢٩)، تاريخ ١٩٧٥/١/١٨. ناديا خير الدين عزيز، أثر السفر بالمحضون على حق الأم في الاحتفاظ بالحضانة، ص٩٩.

تسمح له بالانتقال إلى مكان الحاضنة الجديد. بمعنى أن يُترك السلطة التقديرية للقاضي ليبحث في كل حالة على حدة، ويُمكن أن نشير إليه ببعض المعايير، كما فعل المشرعان المغربي والإماراتي، وهو ما سلكه المشرّع السوري في التعديل الأخير.

٢. **السفر خارج الإقليم**: قرر القانون الإماراتي عدم جواز سفر الحاضنة بالصغير خارج إقليم الدولة، إلّا بموافقة ولي النفس خطياً، وإذا امتنع عن ذلك، فيُرفع الأمر إلى القاضي (المادة١٤٩)، من القانون الإماراتي.

ومع ذلك، فهناك أحكام صدرت من محكمة التمييز بدبي قضت برفض طلب إسقاط الحضانة، بسبب سفر الحاضنة الأم خارج دولة الإمارات. ومن ذلك، ما قضت به محكمة تمييز دبي بعدم إسقاط حق الحاضنة الأم بسبب سفرها إلى سلطنة عُمان، وقد عللت المحكمة حكمها بأنّه: "صحيح أنّ حق الحاضنة يسقط إذا استوطنت بلداً يعسر فيه على ولي المحضون القيام بواجباته نحو الصغير، سواء كان ذلك داخل الدولة أو خارجها، إذ إنّ الحضانة يجب ألّا تتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس، ويقع على الأخير إثبات ذلك، كما أنّ استناد الحكم في صدر أسبابه على مخالفة الطاعنة للحظر العام الوارد بالمادة (١٤٩)، من قانون الأحوال الشخصية، بسفرها إلى بلدها بالمحضونين دون موافقة الطاعن الولي الشرعي عليهم كمبررٍ لإسقاط الحضانة عنها هو استدلالٌ معيب، إذ إنّ سفر الحاضنة ليس هو السفر بحد ذاته، وإنّما المناط هو تعارضه مع مصلحة المحضون، وهو ما لم يقم عليه دليل في الأوراق، ومن ثمّ فإنّ ما أورده الحكم المطعون فيه، واستند إليه من مبرراتٍ

لإسقاط حضانة الطاعنة لأولادهما الثلاثة لا يبرأ من عيب الفساد في الاستدلال، فضلاً عن مخالفته القانون، الأمر الذي يعيبه بما يُوجب نقضه"[١].

وتقرر أيضاً: إنّ المشرّع أعطى المحكمة السلطة التقديرية في تقدير مبررات الحاضنة في السفر نقلةً أو مؤقتاً، والأسباب التي يستند إليها ولي النفس في الامتناع عن الموافقة، والحكم بأنّ سفر الحاضنة بالمحضون لا يُسقط حقها في حضانة الصغير، متى كان المحضون غير ضائعٍ عندها، ومفاده أنّ سقوط الحضانة ليس بسبب السفر بحد ذاته، وإنّما المناط فيه هو تعارض ذلك مع مصلحة المحضون[٢].

وجاء في قرارٍ آخر: عدم إسقاط الحضانة عن الأم، بعد أن سافرت لكي تقيم مع أولادها في بلدها سويسرا، والأب يقيم في الدولة، مع أنّها تبعد عن الدولة أكثر من سبعة آلاف كيلو متر، وقد عللت قرارها بأنّه لا يوجد دليل على عدم تحقق مصلحة الصغير مع أمّه في هذا الانتقال[٣].

في الواقع، إنّ محكمة التمييز اعتمدت على نص (المادة١٤٩)، والذي يقرر عند عدم موافقة الولي على السفر إلى خارج دولة الإمارات فيجب رفع هذا الأمر للمحكمة، فتقرر الأخيرة جواز السفر من عدمه، وقد جعلت مناط أحكامها

---

[١]- محكمة تمييز دبي، الطعن رقم (١٣٥)، لعام ٢٠١١. أشار إليه، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص٧٦.

[٢]- محكمة تمييز دبي، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (٣٧)، لعام٢٠٠٩، فتحية محمود قرة، مجموعة القواعد والأحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي، ج٢، الإمارات العربية المتحدة، ص٥٠٢، أشار إليه، ناديا خير الدين عزيز، أثر السفر بالمحضون على حق الأم في الاحتفاظ بالحضانة، ص٩٣.

[٣]- محكمة تمييز دبي، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (٢١) لعام ٢٠١٠،. أشار إليه، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص٧٦.

مصلحة المحضون، والتي وجدت أنّها متحققة في هذه الحالات، وبرأيي إنّ مثل هذه القرارات لا تجد تأسيساً فقهياً لها، إلّا إذا كانت بلد الحاضنة قد أبرم فيها عقد زواجها كما رأى الأحناف، أمّا فيما عدا ذلك، فلم يقل أحد بجواز انتقال الأم بالصغير مسافةً بعيدةً ودون موافقة الأب، وعن أي مصلحةٍ تتحدث المحكمة ببعد الصغير كل هذه المسافات عن أبيه؟ كما أنّ هذا التعليل لا ينسجم مع موقف القانون الإماراتي، والذي أخذ برأي الجمهور بإسقاط الحضانة عن الحاضنة الأم عند سفر الأب بالصغير.

وفي السياق ذاته، أكدت (المادة١٧٩)، من المدونة المغربية على عدم جواز السفر بالمحضون إلى خارج المغرب إلّا بموافقة النائب الشرعي للصغير، وتتولى النيابة العامة تبليغ الجهات المختصة مقرر المنع، من أجل اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ ذلك. وفي حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب، يُمكن اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لاستصدار إذن بذلك، ولا يُستجاب لهذا الطلب إلّا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب.

وقد قرر المجلس الأعلى للقضاء المغربي: إنّ سفر الحاضنة بالولدين إلى إسبانيا جاء بعد موافقة النائب الشرعي، حسب الالتزام بالموافقة الصادرة عنه، والذي جاء لاحقاً لوقوع الطلاق، ولم يُنكره الطاعن في جلسة الحكم، وبذلك تكون المحكمة قد بنت قضاءها على أساسٍ، وعللت قرارها تعليلاً كافياً، ويبقى ما أثير بدون اعتبار[1].

---

[1]- المجلس الأعلى للقضاء المغربي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد رقم (٥٢٤)، ملف رقم (٦٥)، لعام ٢٠٠٧، أشار إليه، إدريس الفاخوري، السفر بالمحضون: أية حماية، دراسة في ظل قوانين الأسرة لبلدان المغرب العربي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١١.

وتقرر أيضاً، طبقاً (للمادة١٧٩) من مدونة الأسرة: فإنّه لا يُستجاب لطلب الإذن بالسفر بالمحضون خارج المغرب، إلّا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب، والمحكمة لما قضت بتأييد الحكم الابتدائي، وما انتهى إليه من رفض طلب الطاعنة، لعدم ثبوت شرطي المادة المذكورة، مستخلصةً ذلك من البحث الذي أجرته المحكمة الابتدائية، ومعتمدةً على سلطتها التقديرية، معللةً قرارها تعليلاً كافياً[١]. فالقانون المغربي ميّز بين سفر النقلة وسفر الحاجة، وأجاز للحاضنة السفر بالمحضون دون أن تسقط حضانتها، بشرط إثبات الصفة العرضية للسفر.

ولم يُفرّق القانون التونسي بين سفر الحاضنة بالصغير، سواء كان داخل تونس أم خارجها، إذ نص (الفصل٦١)، من المدونة التونسية على إسقاط حضانة الحاضنة في حال سفرها سفر نقلة بالصغير، ولم يُحدد المشرّع التونسي المسافة التي تسقط معها الحضانة، وإنّما جعل المعيار المعوّل عليه هو الصعوبة وإعسار الولي بالقيام بواجباته نحو الصغير، والذي يقدره القاضي، وفقاً لكل حالة على حدة، ومستهدياً بمصلحة المحضون.

حيث تقرر في دعوى: إنّ للولي النظر في شؤون المحضون وتأديبه وإرساله إلى المدرسة، ومن البديهي أنّ الولي لا يتمكن من القيام بهذا الواجب إلّا إذا كان المحضون بالقرب منه، أو على مسافةٍ معقولةٍ. وتفريعاً على ذلك يكون غير قائم على قاعدة قانونية، الحكم الذى قضى برفض مطلب إسقاط الحضانة على أساس أنّ الولي أصبح

---

[١]- المجلس الأعلى للقضاء المغربي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد رقم (٥٥٣)، ملف رقم (٢١٧)، لعام٢٠١٦. قضاء محكمة النقض، عدد (٨١)، ص٦٧.

غير قادر على مراقبة المحضون بعد انتقال الحاضنة إلى بلدٍ بعيد عن مسقطٍ رأس الولي[١].

ولكنّ القضاء التونسي قد قرر في دعوى أخرى عدم إسقاط الحضانة عن الحاضنة على الرغم من سفرها خارج تونس، حيث جاء في تعليل القرار المذكور الآتي: "حيثُ درج فقه القضاء أنّ الحضانة شرعت على اعتبار حقين، أحدهما لفائدة المحضون في إقامته عند حاضنته حتى لا يُحرم من حق الأمومة، وثانيهما الولي في الإشراف على تنشئة منظوره، والنظر في شؤونه وتأديبه، ولا يتمكن الولي من القيام بذلك، إلّا إذا كان بمقربةٍ من المحضون أو على بُعد مسافةٍ قصيرةٍ منه، لذلك حجر (الفصل٦١)، على الحاضنة السفر بالمحضون. لكنّ الأمر يكون مختلفاً إذا كانت الحاضنة مُقيمة إبّان قيام الزوجية في الخارج، مثلما هو الأمر في قضية الحال بحسبان أنّه قد ثبت من مظروفات الملف أنّ الزوجة مُقيمة بصفة عادية في القطر الفرنسي، حيثُ ولدت ابنها المتنازع في حضانته، و هي لا تزال كذلك، مما يجعلها لا تدخل تحت طائلة أحكام (الفصل٦١) المذكور. هذا فضلاً عن أنّ المشرّع قد أوجب في جميع المسائل المتعلقة بالحضانة اعتبار مصلحة الطفل إذا تضاربت المصلحة المذكورة مع مصلحة الولي في ممارسة حقه في الإشراف عليه، ولقد اقتضت القاعدة الأصولية أنّ الأصل ارتكاب أخف الضررين، ولا شكّ في أنّ الضرر الذي سيلحق طفلاً في سنواته الأولى من عطف وحنان أمّه أكثر أهميةً من الضرر الذي سيلحق والده من ممارسة حق الزيارة بطريقةٍ يسيرةٍ، مما يتعين معه تقديم مصلحة الطفل، وقد تناولت

---

[١]- محكمة التعقيب التونسية، عدد رقم (٦٧٠٧)، تاريخ ١٩٦٧/٧/١٥، نشرية محكمة التعقيب، ١٩٦٨. http://www.ruedemalte.com/jurisarch/result51472206198.3612.html

محكمة الحكم المنتقد هذا المطعن بالجواب، وعللت رأيها تعليلاً سليماً لا تثريب عليه"[١].

ففي هذه القضية كان الزوجان في فرنسا قبل الطلاق، وقرر الزوج أن يغادر فرنسا، ويرجع إلى تونس، فإنّه هو الذي غادر القطر الذي تعيش فيه زوجته. فإذا تمّ الطلاق بينهما، إمّا أن تكون الأم مجبرة على الالتحاق بالأب إلى تونس كي تمارس حضانتها، أو أنّ الأب سيتمسك بحقه كولي في النظر في شؤون الصغير، ويشتكي من أنّ وجود الحضانة لا يمكّنه من القيام بواجباته. ورأت محكمة التعقيب التونسية، أنّ مصلحة الصغير تقتضي بقاءه مع حاضنته، سيّما أنّ مكان الزواج وولادة الصغير كان في فرنسا.

في حين –كما ذكرت– قد أعطى المشرّع الجزائري القاضي السلطة التقديرية لتقرير إسقاط الحضانة في حال السفر بالمحضون أياً كان هذا المسافر، سواء الحاضنة أم الحاضن. وقد تشدد القضاء الجزائري في ذلك، وقرر إسقاط الحضانة عند السفر خارج إقليم الجزائر إلى دولة أجنبيّة بقصد الإقامة فيها. ومن ذلك ما قضت به المحكمة الجزائرية من أنّ بُعد المسافة بين إقامة الأب والحضانة لا تمكّن الأب من القيام بمسؤوليته، خاصةً أنّ الحاضنة تقيم بالصغار في بلدٍ أجنبي، مما يفقد الأب معه

---

[١]- محكمة التعقيب التونسي، عدد رقم (٣٥٨٩٠)، تاريخ٢٠٠٩/٩/١٧، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، ٢٠٠٩، ص٣٣٧. منشور على الموقع:
https://maitremahmoudyacoub.blogspot.com/2013/02/blogpost_23.html

الحق في الزيارة والمراقبة[١]. وحيثُ إنّ الحاضنة تقيم في فرنسا، وخوفاً على العقيدة الإسلامية للبنات، فإنّ الحضانة تعطى للأب المقيم في الجزائر. وحيثُ إنّ حكم الحضانة غير نهائي، فمتى رجعت الأم إلى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة أولادها الثلاثة[٢].

وبالمثل، فقد قرر القضاء العراقي إسقاط حضانة الحاضنة، بسبب سفرها خارج العراق إلى إحدى الدول الأوربية، دون موافقة والد المحضون[٣]. إذ لا يحق للحاضنة السفر خارج العراق إلّا بموافقة والد الصغار[٤].

أمّا التشريع السوري، لم يورد نصاً حول سفر الحاضنة صراحةً خارج القطر السوري في قانون الأحوال الشخصية، ولكن يُفهم ذلك بمفهوم المخالفة من (المادة١٤٨/٣) من قانون الأحوال الشخصية لعام١٩٥٣، والتي أجازت للأم السفر بالمحضون داخل القطر إلى البلد التي جرى فيها عقد زواجها...كما أسلفت. وقد

---

[١]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (٢٧٣٥٢٦)، تاريخ٢٦/ ١٢/ ٢٠٠١، غير منشور، أشار إليه، نوال بن كرو، الحضانة بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية، ص٥٩.

[٢]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (٤٥١٨٦)، ١٩٨٩/٣/٩، أشار إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون، ص٥٧٠.

[٣]- محكمة الأحوال الشخصية بالأعظمية، قرار رقم (٢٨٤٧)، تاريخ ٢٠٠٥/١١/١٦. أشار إليه، ناديا خير الدين عزيز، أثر السفر بالمحضون على حق الأم في الاحتفاظ بالحضانة، ص٩٩.

[٤]- محكمة الأحوال الشخصية بالبياع، قرار رقم (٧٧٠٥)، تاريخ ٢٠١١/١٠/١٦. أشار إليه، ناديا خير الدين عزيز، أثر السفر بالمحضون على حق الأم في الاحتفاظ بالحضانة، ص٩٩.

جاء في القضاء السوري: تسقط حضانة الأم إن أصرّت على السفر بالمحضون دون إذن أبيه، وتسند الحضانة إلى من يليها[١].

وتقرر في دعوى أخرى إزالة قرار منع السفر عن المحضونة، والسماح لها بالسفر مع حاضنتها على الرغم من معارضة الأب. وقد عللت المحكمة حكمها بالآتي: "إنّ الهدف من منع الحاضنة من السفر بالمحضون من دون إذن الولي، هو تمكينه من مشاهدة الولد ومتابعة شؤونه، فإذا غادر الولي البلد فقد المسوّغ لذلك. وحيثُ إنّ القرار المطعون فيه قد أحاط بالدعوى، وعالجها معالجةً قانونيةً سليمةً، وعلل لما قضى به تعليلاً سديداً، مما يجعله في محله القانوني، ولا تنال منه أسباب الطعن وهي مستوجبة الرد".

وتتلخص وقائع الدعوى بأنّ المدعية تزوجت من المدعى عليه بموجب عقد زواج جرى في المحكمة الشرعية بدمشق، وأنجبت منه الطفلة ليلى تولد فرنسا، وقد انتهى هذا الزواج بالمخالعة الرضائية، وصدر عن القاضي الشرعي الأول بدمشق قراراً بمنع سفر الطفلة ليلى خارج القطر، بناءً على طلب والدها المدعى عليه. وكانت المدعية هي الحاضن للطفلة، وفقاً للنظام العام، وهي من مواليد مدينة الرياض بالسعودية، وهي موطنها وموطن أهلها ووليها، وكانت المدعية بحاجةٍ ماسةٍ للمعيل، وترغب بالانضمام إلى بيت محرمها والدها بالرياض، وإنّ المدعى عليه لا ينفق على طفلته، ولم يؤمن مسكناً شرعياً، منذ انتهاء الحياة الزوجية بين طرفي الدعوى، فضلاً عن أنّه يقيم خارج بلد انعقاد الزواج منذ زمنٍ بعيدٍ، ولم يكن طلبه منع سفر الطفلة

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٩٩)، قرار (٩٥)، تاريخ ١٢/ ٣ /١٩٦٦، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص٥٩٢.

إلّا تعسفاً، وبعد أن اطلعت المحكمة على أوراق الدعوى، وتحققت من أنّ البلد الذي تنوي المدعية السفر – الانتقال – إليه آمن وصالح للإقامة، يؤمن فيه على خلق المحضون ودينه، وتبينت أنّ المدعى عليه مسافر، وأنّه يمكث في القطر ٣ أشهر من أصل ١٢ شهراً.

وكان قرار منع السفر يكلف المدعية البقاء والمحضونة بعيدةً عن والدها وموطنها كل الوقت، مما يجعله تعسفياً سنداً للفقرة /ب/ من المادة /٦/ من القانون المدني. وتبينت المحكمة أنّ الطفلة ليلى الممنوع سفرها تولد ٢٠٠٤/٨/١٩، أي لم تتم ثلاث سنوات ونصف من عمرها. و كانت الأم أحق بولدها، وكانت حاجة المحضون إلى البقاء عند أمه في فترة الحضانة من عمره أشد من حاجته إلى وليه. وكان في السماح للمدعية بالانتقال إلى بلدها الذي ولدت فيه وعاشت طفولتها، هو بلدٌ مسلمٌ يؤمن فيه على خلق المحضون ودينه، ويحقق مصلحة للصغيرة ليلى وأمّها المدعية التي يكون وجودها بين أهلها أكثر صيانةً لها من بقائها وحيدةً في البلد الذي منع المدعى عليه ابنته من السفر منه– سورية– و هي مصلحة أكبر بكثير من متابعة المدعى عليه شؤون ابنته ليلى في فتراتٍ بعيدةٍ يأتي فيها إلى سورية من مقر إقامته في بلجيكا، لذا تقرر إلغاء قرار منع السفر[١]. فيبدو أنّ القضاء السوري قد أعطى لنفسه السلطة التقديرية لتقرير إمكانية سفر الحاضنة بالمحضون خارج القطر إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك، وفقاً للاتجاه السائد في معظم التشريعات المقارنة.

---

[١]- محكمة النقض السورية، الغرفة الشرعية، أساس رقم (١٠٥٦٢)، قرار رقم (١٥٤١)، لعام ٢٠٠٧، قرار رقم مرجعية حمورابي: ٦٥٨٥٥.

الأمر الذي دفع المشرّع السوري ليجري تعديلاً يعلن فيه صراحةً عدم جواز سفر الحاضنة الأم، ومثلها الجدة، بالمحضون خارج سورية، إلّا إذا اقتضت مصلحة المحضون الفضلى خلاف ذلك، ويعود للقاضي تقدير ذلك بقرارٍ معللٍ. وهو ما فعلته المحكمة في القضية المثارة سابقاً، (المادة٢/١٥٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل.

وفي المقابل، لم يرتب القانون المصري إبطال حق الأم بالحضانة عند انتقالها من مكان الحضانة إلى مكانٍ آخر، ولو كان هذا المكان بعيداً، فصحيح أنّ فقهاء الحنفية قد نصوا على وجوب إقامة الحاضنة بالصغير في مكان الحضانة، إلّا أنّهم لم ينصوا على أنّ انتقالها مسقطٌ للحضانة، وكل ما هُنالك أنّه يجب أمرها بالانتقال بالصغير إلى مكان الحضانة[١]. غير أنّه يكون للأب أو أقرب عاصب منع الحاضنة من السفر بالمحضون أو طلب إرجاع المحضون إلى بلد الحضانة، وتكون وسيلته في ذلك رفع دعوى أمام المحكمة المختصة[٢].

وأتساءل هُنا: ماذا لو لم تستجب الأم لطلب العودة بالمحضون إلى مكان الحضانة، أليس من الواجب إسقاط الحضانة عنها في هذه الحالة؟ فلم نسمح لها في الأساس بالانتقال بالمحضون إلى مكانٍ بعيد؟

ومما سبق، أجد أنّ هناك تبايناً في الأحكام القضائية عند سفر الحاضنة بالمحضون خارج الإقليم، حتى في التشريعات التي قررت إسقاط الحضانة عند سفر

---

[١]- المحكمة الشرعية بأسيوط، أساس رقم (٢٠٦)، قرار (٥٨)، لعام ١٩٤٦. أشار إليه، ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص١٠٧.

[٢]- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص١٢٧.

الحاضنة بالمحضون، قررت في بعض الأحكام القضائية خلاف ذلك. وفي الواقع، أرى أنّ الأصل إسقاط الحضانة عن الحاضنة عند سفرها خارج القطر، إلّا إذا تطلبت مصلحة المحضون خلاف ذلك، كما لو كان مريضاً، ويستدعي بقاءه مع أمّه أو كان يحتاج إلى عنايةٍ خاصةٍ، أو كان الولي بالأساس مسافراً خارج القطر، كما ورد في التطبيقات القضائية.

ثانيّاً: انتقال الأب

أسقطت بعض التشريعات الحضانة عن الأم في حال سفر وانتقال الأب، في حين إنّ بعض التشريعات منعت الأب من السفر بالمحضون أثناء فترة الحضانة، وفقاً للآتي:

١. **إسقاط الحضانة عن الأم عند انتقال الأب:** أسقط القانون الإماراتي الحضانة عن الأم في حال انتقال الأب إلى غير البلد المقيمة فيه الحاضنة، بشرط أن يكون الانتقال بقصد الاستقرار، وعدم وجود مضارة للأم، وأن تكون المسافة بين البلدين تحول دون رؤية المحضون والعودة في اليوم نفسه، بوسائل النقل العادية. أمّا إذا لم تتوافر هذه الشروط فلا يجوز إسقاط الحضانة عن الأم. (المادة١٥١/٢). وبهذا، أخذ القانون الإماراتي برأي المذهب المالكي بإسقاط الحضانة عند انتقال الأب بالصغير سفر نقلة، وعند بعد المسافة.

وفي الواقع العملي، تباينت آراء محكمة تمييز دبي في الحكم بإسقاط الحضانة من عدمه، فقررت في دعوى أنّ إسقاط حضانة الأم المبانة في حال انتقال الأب إلى

غير البلد المقيمة فيه الأم، وامتناعها عن الانتقال إليه. وبهذا، تحققت الشروط القانونية المطلوبة لإسقاط الحضانة في الدعوى المقامة، إذ إنّ الأب قد انتقل إلى السعودية، لغرض العمل والإقامة، والمسافة بين دبي المقيمة فيها الطاعنة، والعربية السعودية تحول دون رؤية المحضونة والعودة في اليوم نفسه بوسائل النقل العادية المتاحة لكافة الناس، لذا قررت المحكمة تأييد الحكم الطعين بإسقاط الحضانة عن الأم الحاضنة[١].

وقررت محكمة تمييز دبي في دعوى أخرى، عدم إسقاط الحضانة عن الحاضنة الأم، على الرغم من انتقال الأب إلى غير البلد المقيمة فيه الحاضنة، وامتناعها عن الانتقال إليه؛ لأنّه يُشترط ألّا يكون في انتقال الأب للاستيطان في بلدٍ آخر ما يتعارض مع مصلحة المحضون الموجود في حضانة الأم، ولو تعارض ذلك مع مصلحة الأب نفسه، وحقه في رؤية صغيره، لأنّه هو الذي اختار الانتقال إلى بلدٍ آخر غير بلد الأم، متى كانت تتوافر في الأم شروط الحضانة، وكانت الأم راغبةً فيها، إذ إنّ مدار الأمر كله هو مصلحة المحضون، ولو تعارض ذلك مع مصلحة أبيه، ومن ثمّ فإنّ الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، مما يستوجب نقضه[٢].

أستغرب من هذا الحكم الذي يتعارض مع نص القانون الإماراتي، إذ لم يورد المشرّع الإماراتي في شروط الحكم بإسقاط الحضانة عند الانتقال بالمحضون من قبل

---

[١]- محكمة تمييز دبي، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (٧)، لعام ٢٠٠٦، فتحية محمود قرة، مجموعة القواعد والأحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي، ص٥٦٤، أشار إليه، ناديا خير الدين عزيز، أثر السفر بالمحضون على حق الأم في الاحتفاظ بالحضانة، المرجع السابق، ص٩٨.

[٢]- محكمة تمييز دبي، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (١٠٤)، لعام ٢٠١١، أشار إليه، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص١٠٢.

الولي، ألّا يتعارض هذا الانتقال مع مصلحة المحضون. كما أتساءل عن حكم الفقرة (٢)، (المادة١٥١)، والتي تقضي بعدم جواز السفر بالولد مدة الحضانة، من الأب أو غيره، إلّا بإذنٍ خطي من حاضنته، فكيف منع القانون الإماراتي الولي -أياً كان- من السفر بالمحضون إلّا بإذنٍ من حاضنته، وقرر بعدها في الفقرة الثالثة من المادة ذاتها، إسقاط الحضانة عن الحاضنة في حال السفر بالمحضون، وعدم انتقال الحاضنة، وبُعد المسافة بين المحضونة ومحل إقامة الولي الجديدة؟! فإذا وافقت الحاضنة على الانتقال لابُدّ لها من الانتقال إلى مكان المحضون الجديد، أمّا إذا لم توافق على الانتقال فلا يجوز للولي الانتقال بالصغير إلّا بموافقة الحاضنة الخطية. يبدو أنّ تناقضاً وقع فيه المشرّع الإماراتي وأثّر ذلك على القضاء الإماراتي في أحكامه.

٢. **منع الأب من الانتقال بالصغير أثناء الحضانة:** قرر القضاء المصري منع الأب من إخراج ولده من بلدة أمّه من غير رضاها، ما دام الصغير في حضانتها[١]، آخذاً من المذهب الحنفي. وهو ما قرره المشرّع المغربي أيضاً (المادة١٧٨).

وكذلك، (الفصل٦٢) من المدونة التونسية أيضاً والتي نصت على: "يُمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمّه إلّا برضاها، ما دامت حضانتها قائمةً، ما لم تقتضِ مصلحة المحضون خلاف ذلك". فبعد أن منع القانون التونسي الأب من الانتقال أو السفر بالصغير، جاء باستثناء إذا قرر القاضي أنّ مصلحة الصغير تستوجب هذا الانتقال، فيمكن أن يقرر ذلك.

---

[١]- نقض مصري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٣٦٥)، قرار (٤٠٠)، لعام ١٩٣٣. أشار إليه، ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص١٠٧.

أمّا، في القانون المدني الفرنسي، فقد قررت (المادة ٣٧٣-٢-٦) منه، أنّه يمكن للقاضي المفوض بشؤون الأسرة أن يأمر بحظر خروج الطفل القاصر من الأراضي الفرنسية دون إذن من الوالدين. ويُمكن للقاضي أن يتخذ هذا التدبير من أجل ضمان استمرارية وفاعلية الإبقاء على علاقة الولد مع كل من والديه، حيثُ يأمر القاضي بأن يُسجّل على جواز سفر الوالدين منع خروج الولد من الأراضي الفرنسية بدون الإذن المذكور[١]. بمعنى آخر: إذا رغب أحد الوالدين بالسفر بالطفل إلى الخارج، فعليه تقديم طلب إلى قاضي شؤون الأسرة لهذا الغرض.

ويخضع الإذن للسلطة التقديرية للقاضي، فيحلل القضاة الوضع العائلي من أجل منح أو رفض إعلان هذا الحظر على مغادرة الإقليم دون موافقة كلا الوالدين، ويُمكن أن يأخذ بالحسبان، حاجة الطفل إلى معرفة بلد الأصل لكل من والديه إذا كان كلٌ منهما أو أحدهما من خارج فرنسا، وعدم وجود خطورة على علاقة الطفل مع أحد والديه، أو إذا كان هذا السفر مؤقتاً. فعلى سبيل المثال، في حكمٍ صادرٍ عن محكمة الاستئناف في إيكس أون بروفانس بتاريخ ٢٠١٤/٢/١٨، تمّ رفض طلب الأم، لغرض حظر خروج الطفل من الأراضي الوطنية دون موافقة الأب[٢].

في حين قبلت المحكمة، في دعوى أخرى، حجة الأب بأنّه: ومنذ ولادة الطفلة، لم يأخذها أبداً لرؤية عائلتها في تونس. وإنّه يخطط للقيام بذلك في يومٍ من

---

(1)- Article 373-2-6, Le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents. Il peut notamment ordonner l'inscription sur le passeport des parents de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents.

(2)- dans un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix en Provence en date du 18 février 2014 (chambre 6 C, n°2014/166, jurisdata 2014-008732; Colette LEVY, Droit de la famille :Interdiction de sortie du territoire de l'enfant mineur sans l'autorisation des deux parents, MDMH – Publié le 25 septembre 2015, p5.

الأيام حتى تعرف جدتها من أبيها. وهو يعتبر أنّه إذا تمّ فرض حظر السفر عليه، فسيكون ذلك بمثابة قطع [الطفل] عن عائلة والده وأصوله، وهو ما سيكون ضد مصالح الطفل الفضلى[١]. لذلك، يجب قبول الحجة التي تميل إلى حماية مصالح الطفل الذي لديه الحق في معرفة بلدان المنشأ لوالديه.

وبهذا، فإنّ الأمر متروك للقاضي في القانون الفرنسي، للتحقق مما إذا كان هذا الإجراء (منع السفر) ضرورياً لضمان فاعلية روابط الطفل مع كل من والديه وتناسبها. وهكذا أوضحت محكمة النقض الفرنسية في حكمها لعام (٢٠١٠)، أنّ هذا الإجراء (منع السفر) يجب أن يكون مدفوعاً بخطرٍ خاصٍ، يتمثل في تشريد الطفل بصورة غير مشروعة من قِبل أحد والديه[٢].

وبالمثل، أعطى قانون الأسرة الروسي القاضي السلطة اللازمة لمراقبة تواصل الصغير مع الوالد الآخر، حتى عندما يكون كل من الوالدين بولايةٍ مختلفةٍ، فيمكن لقاضي الأسرة أن يمنع انتقال أحد الأبوين مع الصغير، إذا كان هذا الانتقال سيؤثر في هذا التواصل (الفصل٥٥-١)[٣].

---

(1)- depuis la naissance de l'enfant il ne l'a jamais emmenée voir sa famille en Tunisie, au regard de son âge et des troubles du pays. Il compte le faire un jour pour qu'elle connaisse sa grand-mère paternelle. Il considère que si l'interdict ion était prononcée, cela reviendrait à couper [l'enfant] de sa famille paternelle et de ses origines, ce qui serait contraire à l'intérêt de l'enfant, Colette LEVY, Droit de la famille :Interdiction de sortie du territoire de l'enfant mineur sans l'autorisation des deux parents, op.cit., p7.

(2)- La Cour de Cassation a ainsi précisé que cette mesure doit être motivée par un risque particulier de déplacement illicite de l'enfant par l'un de ses parents (Civ 1ère 3 mars 2010, n°08-21.059), Colette LEVY, Droit de la famille :Interdiction de sortie du territoire de l'enfant mineur sans l'autorisation des deux parents, op.cit., p8.

(3)- Статья 55. проживание родителей не влияют на права ребенка. В случае раздельного проживания родителей ребенок имеет право на общение с каждым из них. Ребенок имеет право на

ولم يختلف التشريع السوري عن باقي التشريعات المقارنة، فقد منع الأب من السفر خارج الجمهورية العربية السورية بالمحضون، إلّا بموافقة الحاضنة خلال فترة الحضانة، ما لم تقتضِ مصلحة المحضون الفضلى خلاف ذلك، (المادة١٥٠/١)، من قانون الأحوال الشخصية المعدل. في حين لم تكن للقاضي سلطة تقديرية في تعديل قرار منع السفر مراعاةً لمصلحة المحضون وفقاً (للمادة١٥٠)، من قانون الأحوال الشخصية لعام١٩٥٣[(١)].

فالمشرّع السوري سلك في التعديل الأخير المسلك الذي سلكته معظم التشريعات، بإعطاء القاضي السلطة التقديرية، لمنع تعسف الأبوين بقرار منع سفر الصغير، فإذا وجد أنّ مصلحة الصغير تستدعي السفر فيمكن أن يُقرر ذلك.

ثالثاً: انتقال باقي الحاضنات

قررت (المادة١٥١)، من القانون الإماراتي عدم جواز سفر غير الأم بالولد إلّا بإذنٍ خطيٍ من وليه، فجاءت المادة مطلقة لتشمل السفر أيّاً كان، سواء كان داخل دولة الإمارات أو خارجها. كذلك (المادة١٤٩)، من القانون السوري قررت منع باقي الحاضنات من السفر بالصغير بدون إذن الولي.

ومنع القانون التونسي باقي الحاضنات من السفر سفر نقلة، بدون إذن من الولي، تحت طائلة إسقاط حضانتها (الفصل٦١).

---

(١)- ليس للأب أن يخرج بالطفلة من محل إقامتها لدى أمها قبل استغنائها عن الحضانة، وإن تم انتقال الحضانة لأم الأم. نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس (١١٥)، (قرار١٠٧)، تاريخ ٥/٣/ ١٩٦٦، أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ص٥٩٢.

بينما أعطى القضاء المصري غير الأم من الحاضنات ما للأم بعد انقضاء عدتها من الانتقال بالصغير إلى مقرٍ قريبٍ من وجود الأب، متى أمكن للأب مطالعة الصغير بالسفر المعتاد، والعودة نهاراً إلى بلده[١]. وهو ما قرره المشرّع المغربي (المادة١٧٨) من المدونة المغربية.

في حين منح المشرّع الجزائري القاضي سلطةً تقديريةً لتقرير إسقاط الحضانة من عدمها عند انتقال أو سفر الحاضنة أو الحاضن، أياً كان هذا الحاضن، مستهدياً بمصلحة المحضون (المادة٦٩).

فاختلفت التشريعات في حكم باقي الحاضنات، وأرى ترجيح ما ذهب إليه التشريعان الإماراتي والسوري، بمنع باقي الحاضنات من السفر بالمحضون بدون إذن الولي، أيّاً كان هذا السفر سواء، كان داخل القطر أو خارجه.

---

[١]- نقض مصري، الغرفة الشرعية، أساس رقم (٣١٦)، قرار (٣٨٦)، لعام ١٩٣٥. أشار إليه، ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص١٠٦.

المطلب الثاني

رؤية المحضون

إنّ الغاية من الحضانة هي حماية المحضون، وتحقيق مصالحه، بعيداً عن الأهواء والأحقاد، وعلى الحاضن –أيّاً كان– السعي جاهداً لتحقيق هذه المصلحة في جميع جوانب الحضانة.

فلا يجوز لمن عهدت إليه الحضانة استغلالها، واستخدامها بقصد الانتقام، أو إيذاء الطرف الآخر غير الحاضن. فلو عهدت الحضانة للأم، فليس لها منع الأب من مشاهدة الصغير ورؤيته، فلا يجوز استخدام الأولاد وسيلةً للضغط على الطرف الآخر أو إذلاله، ولا يجوز الإضرار بالمحضون بقطع صلته بأقاربه.

لذا، فقد أشار الفقه الإسلامي إلى وجوب إتاحة الفرصة لرؤية المحضون. كما نظمت القوانين المقارنة هذا الأمر. وللوقوف على مدى فاعلية هذه النصوص في تحقيق مصلحة الصغير. سأعمل على البحث في الموقف الفقهي من رؤية المحضون (الفرع الأول)، ومن ثمّ الموقف القانوني من رؤية المحضون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الموقف الفقهي

يرى الفقهاء المسلمون ضرورة إعطاء كل من الأم والأب الحق في رؤية المحضون، إذا كان تحت حضانة الطرف الآخر، وفقاً للآتي:

أولاً: المذهب الحنفي

يرى الحنفية أنّ للأب زيارة ولده، ولا يجوز للأم الانتقال بالصغير –كما ذكرت– إذا كان هذا الانتقال يحول دون رؤية الأب لصغيره، والعودة إلى بلده قبل أن يحل الليل[١]. وللأم رؤية الصغير، إذا أسقطت حضانتها، ولكن لا يجبر الأب على إرسال الصغير إلى أمّه، بل هي إذا أرادت أن تراه فلا تمنع من ذلك[٢].

فأجاز الحنفية لكل من الوالدين الحق في رؤية الصغار، ولم يحدد الحنفية مدة هذه الزيارة.

ثانياً: المذهب المالكي

يرى المالكية، أنّه يجوز للأم أن ترى أولادها الصغار كُلّ يومٍ مرة، وأولادها الكبار كُلّ أسبوعٍ مرة. والأب مثل الأم في الرؤية قبل بلوغ سن التعليم، أمّا بعد بلوغ سن التربية والتعليم، فله مطالعة ولده من آنٍ لآخرٍ[٣].

---

[١]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٥، ص٢١٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٥٠.

[٢]- ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٧٥.

[٣]- الدّسوقي، حاشية الدُّسوقي، المرجع السابق، ج٢، ص٥١٢.

ثالثاً: المذهب الشافعي

قال الشافعية: إذا أختار الصغير أمّه في سن الكفالة، فيأوي إليها في الليل، ويكون مع أبيه في النهار، وليس للأم أن تأخذه في النهار، لما يدخل عليه من الضرر في تعطيله عن التعليم أو الصناعة. وإذا اختار الصغير أباه فهو أحقُّ به ليلاً ونهاراً ليأوي إليه، ويكون في النهار متصرفاً بتدبير أبيه، إمّا في علمٍ أو في صناعةٍ، وعليه أن يرسله إلى زيارة أمّه في كل يومين أو ثلاثةٍ، وإن كان منزلها قريباً فلا بأس أن يُدخل عليها الصغير في كُل يومٍ، ليبرها. ولا يجوز للأب أن يمنعه من ذلك[١].

أمّا، إذا كان المحضون أنثى، فإمّا أن تختار أمّها، فتكون أحق بها ليلاً ونهاراً، وإذا أراد الأب زيارتها فله أن يدخل عليها، مشاهداً إياها، ومعرفاً لخبرها، لتألفه ويألفها، على العادة مرة في يومين، ولا يجوز أن يزورها ليلاً[٢].

أو تختار أباها، فتكون عنده ليلاً ونهاراً فإن أرادت الأم زيارتها، لزم على الأب أن يُمكنها من الدخول عليها، وإذا مرضت الأم، وجب على الأب أن يُخرج البنت لتزورها. وإذا مرضت البنت، كانت الأم أحق بتمريضها، لأنّ النساء بتعليل المرض أقوم من الرجال، ولأنّها تصير بضعف المرض كالعائدة إلى حال الصغر، والأم أحق بها في صغرها. فإن أرادت الأم تمريضها فالأب بين خيارين: إمّا أن ينقل الصغيرة إلى

---

[١]- الماوردي، الحاوي الكبير، ج١١، ص٥٠٧. الأنصاري، الغرر البهية، ج٨، ص٦٠١.

[٢]- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٦٠٠.

منزل الأم، أو يخصص للأم في منزله موضعاً تخلو لتمريضها فيه، وليكن بينهما من ثقات النساء أو ذوي الأرحام المحارم[١].

رابعاً: المذهب الحنبلي

يرى الحنابلة أنّه إذا بلغ الصغير سبع سنين واختار والده، فإنّه يبقى عنده في الليل والنهار، ولا تُمنع أمّه من زيارته، والأولى أن يزورها الولد، لأنّها عورةٌ وسترها أولى. وإن اختار الصغير أمّه كان عندها في الليل فقط، وفي النهار يذهب إلى أبيه ليعلمه الصناعة والكتابة. أمّا الصغيرة فإنّها تكون مع أبيها ليلاً ونهاراً، ولا تمنع الأم من زيارتها وتمريضها، وتُمنع الخلوة بين الأم والأب عند زيارة كلا منهما للصغير، وتُمنع الخلوة بالصغير إذا كانت تؤدي إلى فساد قلبه، وتكون الزيارة حسب العادة كيومٍ في الأسبوع[٢].

يتضح مما سبق، أنّ المذاهب الفقهية متفقة فيما بينها على عدم جواز منع أحد الطرفين من مشاهدة المحضون وزيارته، وإن اختلفوا في تفاصيل ذلك. فوضع الحنفية قيوداً على انتقال الأم بالصغير، إذا كان سيحول ذلك دون رؤية أبيه له. وميّز المالكية بين الأولاد الصغار والكبار في زمن الرؤية. أمّا الحنابلة والشافعية فمتفقون على أنّه إذا اختار الصغير الأب كانت الرؤية والزيارة للأم، وإذا كان الصغير مع الأم فللأب زيارته وتفقد شؤونه، وأوردوا الأحكام نفسها بالنسبة للصغيرة، وأضاف

---

[١]- الماوردي، الحاوي الكبير، ج١١، ص٥٠٨. الإمام النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج٩، ص١٠٤.

[٢]- البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص٥٠٢. المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج٢، ص١٦٥٢. ابن قدامة المقدسي، الشّرح الكبير، ج٢٤، ص٤٩٠.

الحنابلة شرطاً للزيارة، فمنعوا الخلوة بالصغير إذا كان ذلك سيؤدي إلى إفساد قلبه. فالأحكام التي أوردها الفقهاء والمتعلقة بمشاهدة المحضون تهدف إلى رعاية مصلحة المحضون أولاً، من خلال متابعته، وتأديبه، والاطلاع على شؤونه، كما تهدف إلى حماية مصلحة الطرف الآخر من خلال اطلاعه على الصغير، والاطمئنان عليه.

الفرع الثاني

الموقف القانوني

إنّ أحكام زيارة المحضون لها أهمية بالغة؛ نظراً للآثار النفسية المترتبة عليها، إذ إنّ حرمان الطفل من رؤية أحد والديه، أو شحنه ضدّه، له آثارٌ سلبيةٌ كبيرةٌ على نفسية الطفل، فيجب على الأبوين تحييد الطفل المحضون عن مشاكلهما الخاصّة التي حدثت بينهما، وأدّت إلى حل الرابطة الزوجية، فلا يجوز استخدام الطفل المحضون وسيلةً للضغط على الطرف الآخر غير الحاضن.

وإذا كان كُل ذلك، فيجب أن يكون التنظيم القانوني محكماً مضبوطاً بدقة، محققاً مصلحة الطفل المحضون، ومصلحة الطرف الآخر الذي يريد رؤيته. فهل حققت القوانين المقارنة ذلك في تنظيمها لأحكام رؤية المحضون؟ سأعرض تقرير حق الزيارة، ومكانها في هذه التشريعات (أولاً)، ومن ثمّ مدة الزيارة (ثانياً)، قبل أن انتقل إلى عرض الجزاء المترتب جراء مخالفة أحكام الزيارة (ثالثاً).

أولاً: تقرير حق الزيارة ومكانها

اتفقت التشريعات المقارنة على إعطاء الأبوين الحق بالرؤية والزيارة. ومن ذلك، ما نصت عليه (المادة٢٠)، من قانون الأحوال المصري[1]، حيثُ قررت أنّ لكلا الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة، وأعطت الحق ذاته للأجداد عند عدم وجود

---

[1]- القانون رقم (٢٥)، لعام١٩٢٩، المعدّل بالقانون رقم (١٠٠)، لعام١٩٨٥، المعدّل بالقانون رقم (٤)، لعام ٢٠٠٥.

الأبوين. في حين لم يحدد القانون المصري مكان الزيارة[1]، تاركاً للقاضي تحديد هذا المكان بسلطته التقديرية. ففي حال عدم اتفاق الأبوين على تنظيم أحكام الرؤية يتولى القاضي تنظيمها، على أن تتم في مكانٍ لا يُضر نفسياً بالمحضون. ولكنّ القضاء المصري منع الأب من اصطحاب الصغير ليبيت عنده، حيثُ إنّ للوالد الحق في رؤية الصغير، إلّا أنّ هذا الحق مقصورٌ على النظر إلى الصغير وفي أحد الأماكن التي حددها الوزير، ولا يجوز للأب أن يباعد بين الأم وولدها في سن الحضانة، أو يسلخه عنها. فلا يجوز اصطحاب الصغير إلى منزله للمبيت معه، لأنّ ذلك يقيّد عليها

---

[1]- أصدر وزير العدل المصري قرار رقم (١٠٨٧) لسنة ٢٠٠٠، المتضمن تنظيم مدة رؤية المحضون، فيما تضمنه من إغفال سلطة القاضي في تحديد مكان لتلك الرؤية، ومعايير الأماكن الأربعة المنصوص عليها في المادة الرابعة من القرار المذكور، في حالة عدم اتفاق الحاضن أو من بيده الصغير، والصادر لصالحه الحكم على المكان الذي تتم فيه رؤية الصغير، يكون للمحكمة أن تنتقي من الأماكن الآتية مكاناً للرؤية، وفقاً للحالة المعروضة عليها، وبما يتناسب قدر الإمكان، وظروف أطراف الخصومة، مع مراعاة أن يتوافر في المكان ما يشيع الطمأنينة في نفس الصغير، ولا يكبد أطراف الخصومة مشقة لا تحتمل، والأماكن هي: ١. أحد النوادي الرياضية أو الاجتماعية. ٢- أحد مراكز رعاية الشباب. ٣- إحدى دور رعاية الأمومة والطفولة التي تتوافر فيها حدائق ٤- إحدى الحدائق العامة. ونصت (المادة ٥): يجب ألا تقل مدة الرؤية عن ثلاث ساعات أسبوعياً، فيما بين الساعة التاسعة صباحاً والسابعة مساءً، ويراعى قدر الإمكان أن يكون ذلك خلال العطلات الرسمية، وبما لا يتعارض ومواعيد انتظام الصغير في دور التعليم.

لكن ما لبث أن قضى القضاء الإداري بإلغاء قرار الوزير المذكور، حيث تقرر أنّ قرار وزير العدل رقم ١٠٨٧ لسنة ٢٠٠٠ لم يصادف صحيح القانون، وتعدى على سلطة القاضي في تحديد مكان الرؤية، وعدد الساعات، وقصر الرؤية على أربعة أماكن فقط، ومن الممكن ألّا تناسب الطفل من حيث المكان ولا الزمان، وهو الأمر الذي اعتبرته المحكمة تعدياً على سلطة القاضي الذي ينظر الدعوى، فالقاضي الذي يحكم بالرؤية لا يصبح مقيداً بمكانٍ معينٍ أو وقتٍ معين. منشور على موقع صحيفة الوطن الالكترونية، بتاريخ٥/٨/٢٠١٩.

https://www.elwatannews.com/news/details/4286992

حضانتها، ويُعدُّ إخلالاً لحكم الحضانة، فلو أجيب لطلبه لحصل إيذاءٌ للصغير، وظلمٌ للأم، والظلم مدفوعٌ بالنص[١].

وكذلك، أجازت (المادة١٥٤) من القانون الإماراتي، للطرف الآخر غير الحاضن رؤية المحضون، وزيارته، واستصحابه، وفقاً لما يُقرر القاضي من تحديد مكان الزيارة.

وبالرغم من أنّ النص المشار إليه منح القاضي سلطةً تقديريةً في تقدير مكان وزمان الزيارة، إلّا أنّ القضاء الإماراتي لم يقضِ بالمبيت والزيارات الطويلة، حيثُ تقرر أنّ تقدير مدة الرؤية وزمانها ومكانها، هو من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها متى أقامت قضاءها على أسبابٍ سائغةٍ لها أصلها الثابت في الأوراق–وقد سلف القول أنّه في الأحوال التي لم يرد بشأنها نصٌ خاصٌ في هذا القانون، فيحكم وفقاً للمشهور في المذهب المالكي إن وجد، وكان القانون قد خلا من النص على مبيت المحضون– وإنّ المشهور بشأن رؤية الأب لولده ألّا يبيت إلّا عند أمّه، مما مؤداه أنّه ليس للولد وقت الرؤية أن يبيت عند والده، وعلى الأب أن يعيد الصغير إلى والدته عند إتمام الرؤية، وإنّ الأصل في الزيارة أن تكون محكومة بالآداب العامة، ولا تتكرر يومياً، وإنّما في أوقاتٍ متباعدةٍ بحسب العرف[٢].

---

[١]- محكمة النقض المصرية، غرفة الأحوال الشخصية، الدعوى رقم (١٥٦٠)، السنة القضائية، ٧٩، تاريخ ٢٠١٠/٣/٩.

[٢]- محكمة تمييز دبي، الطعن رقم (٢٥٢)، لعام ٢٠١٤. أشار إليه، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، ص٨٩.

ومنح النص أيضاً أقارب المحضون المحارم حق الزيارة في حال وفاة أو غياب أحد الأبوين، وفقاً لما يُقرره القاضي. وأحالت الفقرة الأخيرة من المادة ذاتها، لوزير العدل لإصدار لائحة تنفيذية لتحدد إجراءات الرؤية، والتسليم والزيارة، على ألّا تكون في مراكز الشرطة والسجون[١]. واشترط القرار الوزاري (المادة٤)، أن يكون مكان الرؤية لائقاً يشيع الطمأنينة في نفس المحضون، ويحب تسليم المحضون في حالٍ لائقةٍ.

في حين جاءت الأحكام التي أوردها المشرّع العراقي مقتضبةً جداً، وتناولتها (المادة٥٧/٤)، حيثُ أعطت الأب الحق في مشاهدة المحضون، ولم تُشر المادة المذكورة إلى غير الأب من باقي الأقارب، حيثُ يكون للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، ولم يُبيّن التشريع العراقي مكان الرؤية، وقررت محكمة التمييز العراقية أنّ مشاهدة المحضون تكون في مقر الاتحاد العام لنساء العراق في البلدة التي يقيم فيها الولد مع حاضنته[٢]. وفي قرارٍ آخر: على الحاضنة تمكين أب المحضون من أخذه إلى داره نهاراً كاملاً كل أسبوع لمشاهدته، على ألّا يبيت إلّا عند حاضنته[٣].

---

[١]- صدر القرار الوزاري رقم (١١٥٠)، لعام ٢٠١٠، وتضمن لائحة لتنظيم زيارة وتسليم المحضونين، وتحتوي على ٢٥ مادة قانونية، حيثُ أعطت الأولوية للاتفاق الذي يجري بين الأبوين على أن يجري تثبيته لدى القضاء، وفي حال عدم الاتفاق لابدّ لطالب الرؤية من الحصول على حكم من المحكمة المختصة، وأوجبت اللائحة تثبيت وقائع الرؤية في محضر تنظمه الجهة المختصة.

[٢]- محكمة التمييز العراقية، غرفة الأحوال الشخصية، دعوى رقم (٢٨٢٤)، قرار رقم (٢٩٨٠)، تاريخ ١٩٨٨/٣/١٥. أشار إليه، حميد سلطان علي الخالدي، مشاهدة المحضون –دراسة مقارنة– مجلة جامعة بابل، العراق، العلوم الإنسانية، المجلد (١٥)، العدد(٢)، ٢٠٠٧، ص٤٥٦.

[٣]- محكمة التمييز العراقية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (١١٨)، تاريخ١٩٧٣/١١/١٤، النشرة القضائية، العدد(٤)، لعام١٩٧٣، ص٨٩. أشار إليه، مروة أبو العلا، المدة التي حددها القانون لمشاهدة

وقضت محكمة التمييز العراقية أنّه من حق الجدة لأب في حال وفاة الأب طلب مشاهدة حفيدها، إذ إنّ المشاهدة بعد وفاة الأب تقرر لمن له حق في منازعة الأم بالحضانة[١].

وكذلك، أعطى المشرّع التونسي حق الزيارة لغير الحاضن من الأبوين (الفصل٦٦)، وإذا توفي أحد والدي المحضون فلجديه ممارسة حق الزيارة، وتُراعى في ذلك مصلحة المحضون (الفصل٦٦مكرر). وتوسع القضاء التونسي ليقرر حق الرؤية للأجداد في حال كان الأب خارج القطر، حيث تقرر: إنّ غياب الأب عن البلاد التونسية لا يمنع الجد من التواصل مع الصغير وزيارته، لأنّه بحاجة للمحافظة على الروابط العائلية مع جديه، ومصلحة الصغير تتطلب ذلك[٢].

وترك المشرّع التونسي للقاضي تحديد مكان الزيارة، ومدى إمكانية اصطحاب الصغير مع أبيه، حيث تقرر: إذا تجاوز الصغير سناً معينة فإنّ للولي غير الحاضن استصحاب الصغير وحتى المبيت لديه خلال عطلة آخر الأسبوع، وخلال الأعياد الوطنية والدينية وخلال العطل المدرسية[٣].

المحضون في القانون العراقي، مقال منشور، https://www.mohamah.net/law تاريخ الزيارة، ٢٠٢٠/٢/١٥.

[١]- محكمة التمييز العراقية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٣٧١١)، تاريخ ٢٠٠٨/١٢/١٧. أشار إليه، ياسر محمد سعيد قدو، أثر الحالات النفسية في قضايا الأحوال الشخصية، المركز العربي للنشر والتوزيع، العراق، ٢٠١٨، ص٣٧٩.

[٢]- محكمة التعقيب التونسية، قرار مدني رقم (٢١١٢٢)، تاريخ٢٠٠٥/٦/٧. أشار إليه، سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال التونسية، المرجع السابق، ص٢٩٧.

[٣]- محكمة التعقيب التونسية، قرار مدني رقم (٥٧٢٠٢)، تاريخ ١٩٩٧/٥/٦. أشار إليه، سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال التونسية، المرجع السابق، ص٢٩٧.

وبالمثل، قرر المشرّع الجزائري (المادة٦٤) من قانون الأسرة، فبعد تحديده مستحقي الحضانة، أوجب على القاضي الحكم بحق الزيارة بعد حكمه بإسناد الحضانة لأحد مستحقيها. فيكون للأم الحق برؤية ولدها، وللأب كذلك حق زيارة ولده حتى لا يُضار به، ولحاجة المحضون الشديدة إلى رؤية والده[١]. ويُشترط في استعمال حق الزيارة تحقيق مصلحة المحضون قبل أي مصلحة أخرى، وإذا تعارضت مصلحته مع مصلحة والديه أو أحدهما، وجب العمل على تحقيق مصلحة المحضون دون الالتفات إلى حق طالب الزيارة، سواء كان أباً أو أمّاً[٢].

كما أعطى المشرّع الجزائري حق الزيارة لكل من له مصلحة في ذلك، فيمكن أن يتقرر حق الزيارة لكل من العم والجد والخال، ولكل من يهمه أن يبقى المحضون في صلةٍ دائمةٍ معه، حيث قضت المحكمة العليا الجزائرية بحق الخالة في زيارة ابن أختها، لأنّ القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون الحضانة[٣].

ولم يحدد القانون الجزائري مكان الزيارة، تاركاً ذلك لسلطة القاضي التقديرية، وقد تقرر أنّه من المستقر عليه فقهاً وقضاءً أنّ حق الشخص لا يتقيّد إلّا بما قيّده القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدهما حق لكلٍ منهما، وعلى من كان عنده أن يُسهّل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه، دون تضييق أو تقييد. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أنّ المجلس القضائي قضى بزيارة الأم لابنها، بشرط ألّا تكون الزيارة خارج

---

[١]- فضيلة شاكر، النظام القانوني للحضانة، المرجع السابق، ص٢٣.

[٢]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٢٥٨٤٧٩)، تاريخ٢٣/١/٢٠٠١، المجلة القضائية، العدد الثاني، ٢٠٠١، ص٣٠٠.

[٣]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (١٨٩١٨١)، تاريخ٢١/٤/١٩٩٨، المجلة القضائية، العدد الخاص، ٢٠٠١، ص١٩٢.

مسكن الأب، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه، وقيّد حريّة الأشخاص، وخالف القانون[١]. بمعنى أنّه تكون للقاضي سلطةٌ تقديريةٌ في تحديد مكان الزيارة، بشرط ألّا يؤثر في نفسية المحضون، وفي الوقت نفسه لا يشكل عبئاً غير اعتيادي على الطرف الذي يريد رؤية الصغير.

ولا يجوز تحديد ممارسة حق الزيارة للطاعن في بيت المطعون ضدها، لأنّ المطعون ضدها أصبحت أجنبيةً عن الطاعن، والهدف من الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلّا عندما تتمتع البنت برعاية والدها، ولو لساعاتٍ محددةٍ، لذا، تقرر نقض القرار جزئياً فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة[٢].

وبالمثل، فقد تناول المشرّع المغربي أحكام الزيارة والرؤية بالتفصيل، حيثُ خصص لذلك سبع مواد، وأعطت (المادة١٨٠) حق الرؤية للأبوين، ويمكن للأبوين –بحسب الأصل– الاتفاق على تنظيم أحكام الزيارة، ويكون ذلك بالاتفاق بين الحاضن وبين من تقرر له هذا الحق، بشرط ألّا يكون هذا المكان ماساً بمصلحة المحضون. أمّا في حال عدم الاتفاق، أو إذا كان هذا الاتفاق ضاراً بمصلحة الطفل المحضون، فلا يتقيد القاضي بهذا الاتفاق، بحسبان أنّ على القاضي أن يُراعي مصلحة المحضون في تطبيقه لأحكام رؤية المحضون، وعليه أن يقرر في قرار إسناد الحضانة مكان الزيارة، ويأخذ بالحسبان الظروف والملابسات الخاصة بكل قضية، وإذا استجدت ظروف أصبح معها تنظيم الزيارة ضاراً بأحد الطرفين أو بالمحضون، أمكن

---

[١]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٧٩٨٩١)، تاريخ١٩٩٠/٤/٣٠، المجلة القضائية، العدد (١)، ١٩٩٢، ص٥٥.

[٢]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٢١٢٩٠٤)، تاريخ١٩٩٨/١٢/١٥، المجلة القضائية، عدد خاص، ٢٠٠١، ص١٩٤.

طلب مراجعة المحكمة لتعديل شروطه، بما يُلائم الظروف المستجدة (المواد١٨١-١٨٢-١٨٣-١٨٦). وإذا توفي أحد والدي المحضون، يحل محله أبواه في أحكام الزيارة، (المادة١٨٥)، أمّا حال حياة الأبوين فإنّ المشرّع المغربي لم يُعطِ حق الزيارة لغيرهم من الأقارب[١].

وكذلك، أكدّ المشرّع الفرنسي في (المادة٣٧٣-٢-١) أنّه: إذا اقتضت مصلحة الطفل إسناد السلطة الأبوية لأحد الأبوين، فلا يجوز أن يرفض حق الوالد الآخر في الزيارة والإيواء إلّا لأسبابٍ خطيرةٍ[٢]. ونصت (المادة٣٧١) على حق تواصل الصغير مع الأقارب، فللولد إقامة علاقات شخصية مع أصوله، وإنّ مصلحة الطفل وحدها هي التي يمكن أن تكون حائلاً دون ممارسة هذا الحق، وإذا كان هذا التواصل من شأنه أن يحقق مصلحة الطفل، فإنّ قاضي الأسرة يحدد شروط هذه الزيارة بين الولد والغير[٣].

ونصت (المادة ٥٥) من قانون الأسرة الروسي على حق الطفل في التواصل مع الوالدين والأقارب الآخرين، حيثُ أكدّت أنّ للطفل الحق في التواصل مع كلا الوالدين، الجد، الجدة، الأخوة، الأخوات والأقارب الآخرين. وإنّ طلاق الوالدين،

---

(١)- محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية، بدون تاريخ، مراكش، ص٣١٨.

(2)- Article 373-2-1 Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents. L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves. Ce parent conserve le droit et le devoir de surveiller

(3)- Article 371-4 L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit.
Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non.

والاعتراف ببطلانهما، أو انفصال الوالدين، لا يؤثر على حقوق الطفل. وللطفل الحق في التواصل مع والديه أيضًا إذا كانا يعيشان في ولاياتٍ مختلفةٍ[١].

وبالعودة إلى قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل، فقد قررت (المادة١٤٨-١) لكل من الأبوين رؤية أولاده القاصرين دورياً في مكان إقامتهم. وأعطت الفقرة الثانية حق الرؤية لوالد أحد الأبوين المتوفى أو الغائب الحق نفسه المعطى للأبوين.

ووفقاً للقضاء السوري يُمكن للأبوين الاتفاق على أحكام الرؤية، حيث قررت محكمة النقض السورية: إذا وقع اتفاق بين الولي والحاضنة على الإراءة بشكلٍ معينٍ، وسجّل في المحكمة، فإنّه لا شيء يمنع من العدول عنه[٢].

أمّا إذا لم يحصل الاتفاق، فقد قرر المشرّع السوري عند المعارضة: فالقاضي يأمر بتأمين هذا الحق، وتعيين طريقة تنفيذه فوراً، دون حاجة إلى حكم من محكمة الأساس، وعلى من يعارض في الإراءة أو في طريقتها أن يراجع المحكمة. وجاء في الاجتهاد القضائي أنّه: عند اختلاف الأبوين حول مكان الإراءة، تكون الإراءة أثناء

---

[1]- Статья 55. Право ребенка на общение с родителями и другими родственниками Ребенок имеет право на общение с обоими родителями, дедушкой, бабушкой, братьями, сестрами и другими родственниками. Расторжение брака родителей, признание его недействительным или раздельное проживание родителей не влияют на права ребенка. В случае раздельного проживания родителей ребенок имеет право на общение с каждым из них. Ребенок
имеет право на общение со своими родителями также в случае их проживания в разных государствах.

[٢]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، قرار رقم (٥٧٧)، تاريخ ١٩٧١/١٢/٢٣. أشار إليه، محمد الحسن مصطفى البغا، وقت الحضانة ورؤية الأطفال، مجلة جامعة دمشق، المجلد الثامن عشر، العدد الأول، ٢٠٠٢.

الدوام الرسمي وفي دائرة التنفيذ، وعلى هذا استقر الاجتهاد[١]. وهنا أستغرب كيف استقر الاجتهاد على أن تكون الرؤية بقرار مأمور التنفيذ، وفي دائرة التنفيذ، حيثُ الزحام والضجيج، وأثناء الدوام الرسمي. فهل هذا تحقيقٌ لمصلحة المحضون؟ وهل تساءلنا عن الآثار النفسية السلبية التي يُمكن أن تلحق بالمحضون جراء هذا الموقف؟ لا شكّ في أنّ الطفل سينتابه الرعب من هذه المواقف، حيثُ الأطفال بعضهم يبكي، والآخر يصرخ، ووجوه الآباء عابسةٌ مكفهرةٌ، فهل سيكون الطفل مسروراً للقاء طالب الزيارة في ظل هذه الظروف؟

وهل الغاية من الرؤية هي الرؤية المجردة لنصف ساعةٍ أو ساعةٍ في تلك الظروف المنفرة[٢]؟ على العكس من ذلك، فإنّ الفقهاء ذكروا أنّ الرؤية والزيارة تكون للاطلاع على شؤون المحضون، وتعليمه وتأديبه، وللصغيرة لتألفه ويألفها، فهل سيتحقق كل ذلك في دائرة التنفيذ؟[٣].

ثانياً: مدة الزيارة

تعرضت بعض التشريعات المقارنة إلى تحديد زمان الزيارة. ومن ذلك ما قررته (المادة١٢)، من القرار الوزاري الإماراتي، حيث حددت مواعيد الزيارة وفقاً للآتي: مرة أو مرتين في الأسبوع لأحد الأبوين، ومرة أو مرتين في الشهر للأجداد، ثلاث أو أربع

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، دعوى رقم (٣٠٣)، قرار (٢٤٢)، تاريخ ١٩٩٤/٣/٦، مجلة المحامون، العدد (١١-١٢)، ١٩٩٧.

[٢]- محمد الحسن مصطفى البغا، وقت الحضانة ورؤية الأطفال، المرجع السابق، ص١٧.

[٣]- تجري الإراءة في دائرة تنفيذ حلب عند عدم الاتفاق، حيثُ تضرر مركز اللقاء الأسري الذي كان مخصصاً لاستقبال المحضونين وأسرهم، وإنّ مجرد استلام وتسليم المحضون في دائرة التنفيذ كافية لخلق الرعب في نفس المحضون الذي ما زال في مقتبل عمره.

مرات في السنة لباقي من لهم حق الرؤية، ما لم يتفق الأطراف على مددٍ أخرى، أو تتطلب مصلحة المحضون خلاف ذلك.

كما فعّل القرار المذكور الرؤية الالكترونية، وهو أمرٌ ضروريٌّ جداً في ظل الأوضاع الراهنة من تفشي مرض(covid19) وتطبيق قواعد التباعد الاجتماعي. وقد قرر القضاء الإماراتي سنداً للمادة (١٢) من اللائحة المذكورة، والتي تنص على أنّه: "يجوز للقاضي عند وجود مصلحة معتبرة للمحضون الإذن بالتواصل مع المحضون عبر وسائل الاتصال الحديثة في أوقاتٍ يحددها". وحيث إنّ الرؤية محدودة الوقت بطبيعتها، فإنّه لا مانع من التواصل مع المحضون والاستفادة من وسائل الاتصال الحديثة، كالاتصال الهاتفي أو عبر السكايب، خاصةً أنّها لا تكلف الحاضنة أو الولي جهداً، حيثُ يستطيع الولي متابعة المحضون والاطمئنان عليه دون تجشم عناء الانتقال، وهو بذاته ما ينطبق على الحاضنة، ليكون الاتصال الهاتفي وغيره من وسائل التواصل محققاً للمقصد ذاته الذي توخاه المشرّع من الرؤية، خاصةً بعد أن أصبحت هذه الوسائل منتشرةً ومتاحةً[١].

بينما لم يتطرق التشريع العراقي لعدد مرات المشاهدة ولا لأوقاتها، وقضت محكمة التمييز العراقية أنّه: تكون مشاهدة المحضون في كُل يوم جمعة، أي إنّ مشاهدة

---

[١]- محكمة تمييز دبي، الطعن رقم (٤٦١)، لعام ٢٠١٦، أشار إليه، أحمد الرجوب، المرجع السابق، ص٩٣.

المحضون تكون أسبوعية[١]، ولا يجوز أن تزيد المدة بين المشاهدة والأخرى على الشهر، كي لا تنقطع الصلة بطول المدة بين الصغير ووالده[٢].

ولم ينص المشرّع المصري، والتونسي، والجزائري، والمغربي، والفرنسي، والروسي، وكذلك السوري على مرات الزيارة، تاركين ذلك لسلطة القاضي التقديرية –في حال عدم الاتفاق عليها من قبل الأبوين– وقضى القضاء التونسي: إنّ تمكين الأب غير الحاضن من زيارة محضونه في أوقاتٍ محددةٍ، وذلك حسب سن الطفل ومصلحته، فمادام أنّ الطفل لم يبلغ سن الثالثة من عمره، فإنّ القاضي لا يخول لأبيه غير الحاضن زيارته إلّا في أوقاتٍ محددةٍ[٣].

وقضت المحكمة العليا الجزائرية أيضاً بأنّ على القاضي حين إسناده الحضانة، أن يقضي بحق الزيارة، ومن الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار. فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل في الأسبوع مرة، ومن ثمّ فإنّ القرار المطعون فيه، القاضي بترتيب حق زيارة الصغير مرتين كل شهر، يكون قد خرق القانون[٤].

---

[١]- محكمة التمييز العراقية، دعوى رقم (٢٤٣٥)، قرار رقم (٢٧٧٤)، تاريخ ١٩٨٤/٥/١٦. أشار إليه، حميد سلطان علي الخالدي، مشاهدة المحضون، المرجع السابق، ص٤٥٦.

[٢]- محكمة التمييز العراقية، قرار رقم (٢٢٩)، تاريخ٢٠٠٩/٧/٥، المجلة القضائية، العدد (١٠)، لعام٢٠١٠، ص١٥. أشار إليه، مروة أبو العلا، مدة مشاهدة المحضون، المرجع السابق.

[٣]- محكمة التعقيب التونسية، قرار مدني رقم (٥٧٢٠٢)، تاريخ ١٩٩٧/٥/٦. أشارت إليه، سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال التونسية، المرجع السابق، ص٢٩٧.

[٤]- المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (٥٩٧٨٤)، تاريخ ١٩٩٠/٤/١٦، المجلة القضائية، العدد (٤)، ١٩٩١، ص١٢٦.

وقررت محكمة النقض السورية أيضاً أنّ الإراءة للأم أو الأب مرة كُل أسبوع، وإذا كانت لغيرهما من الأولياء فهي مرة في كل سنة[١]. أعتقد أنّ مدة مرة في السنة لغير الأبوين طويلة جداً، ومن شأنها أن تؤدي إلى قطع الصلة بين الصغير وباقي أقاربه.

وما يجري العمل عليه أنّ الزيارة تتناسب مع عمر الصغير، فإذا كان عمر الطفل من شهر إلى ٩ أشهر، فإنّ مدة الإراءة لن تتجاوز خمس عشرة دقيقة وفي دائرة التنفيذ حصراً، وعندما يبلغ الطفل عامه الرابع تكون مدة الإراءة بما لا يقل عن الساعة ولا يزيد على ثلاثة ساعات، دون المبيت عند الطرف غير الحاضن، وهكذا حتى دخول الطفل عامه الخامس إذ يحق بعدها لهذا الطرف استضافة الطفل في بيته ولمدة محدودة؛ وهي ما اصطلح على تسميته بالإراءة المنزلية.

ثالثاً: جزاء عدم الالتزام بأحكام الزيارة

اختلفت التشريعات المقارنة في تنظيمها لجزاء عدم الالتزام بأحكام الزيارة، فقضى المشرّع المصري مثلاً وفقاً (للمادة٢٠) أنّه: إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ حكم الرؤية لغير عذرٍ أنذره القاضي، فإن تكرر ذلك جاز للقاضي بحكمٍ واجب التنفيذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدةٍ يقررها.

بينما، قرر القرار الوزاري الإماراتي أنّه: إذا تكرر عدم التزام الحاضن أو المحكوم له بتنفيذ الرؤية يثبت ذلك في محضر التنفيذ، ويُبيّن عدد المرات التي تكرر فيها

---

[١]- نقض سوري، الغرفة الشرعية، دعوى رقم (٢٤٠)، قرار رقم (٤٧٤)، تاريخ ١٩٩٣/٥/٢٣، مجلة المحامون، العدد١١-١٢، لعام١٩٩٦.

الامتناع عن تنفيذ الرؤية أو مخالفة أيّ منهما للاتفاق، أو التأخر في مواعيده مع بيان الطرف المخل. وإذا كان الإخلال من جانب الحاضن عُدّ ذلك إخلالاً لشرط الأمانة، ويُعتد به عند طلب إسقاط الحضانة، وإن كان الإخلال من جانب المحكوم له فللقاضي منعه من رؤيته مدةً محددةً، ما لم تقتضِ مصلحة المحضون خلاف ذلك (المادة٢٤). وهو ما أخذ به المشرّع المغربي أيضاً، حيثُ عدّ الإخلال بأحكام الرؤية، والزيارة، أو التحايل في تنفيذ الاتفاق، سبباً موجباً لإسقاط الحضانة (المادة١٨٤) من قانون الأسرة المغربي.

في حين لم يحدد المشرّع العراقي أيّ جزاءٍ عند مخالفة أحكام الرؤية والمشاهدة.

وفي المقابل، فقد عدّ القانون التونسي امتناع الطرف المتوجب عليه إحضار الطفل المحضون للطرف طالب الرؤية، في الزمان والمكان المحددين من قبل القاضي جرماً جزائياً، ويعاقب عليه بالحبس من ثلاثة أشهر إلى عامٍ، وبغرامة، أو بإحدى هاتين العقوبتين[١]. وكذلك القانون الجزائري عدّ الامتناع عن تسليم المحضون جرماً جزائياً مستوجباً عقوبة الحبس والغرامة (المادة٣٢٨)، من قانون العقوبات الجزائري[٢].

ولم يجعلا هذا الامتناع سبباً موجباً لإسقاط الحضانة، فوفقاً لما قضت به محكمة التعقيب التونسية: إنّ الحق في السكن والحضانة هو حقٌ شرعيٌ شرعه المشرّع

---

[١]- القانون رقم (٢)، لعام ١٩٦٢.

[٢]- قانون العقوبات الجزائري، لعام١٩٦٦وتعديلاته، وتنص المادة المذكورة على أنّه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة، وبغرامة من ٥٠٠ إلى ٥٠٠٠ دينار جزائري، الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي بشأن حضانته....إلى من له الحق بالمطالبة به.." للتوسع، سعاد علي، جرائم الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية، رسالة ماجستير، جامعة العربي التبسي، الجزائر، ٢٠١٥-٢٠١٦، ص٢٧.

للحاضنة مادام لها محضون، وهو حقٌ مستقلٌ عن تنفيذ الزيارة من عدمه من طرف الحاضنة، ولا يُمكن التمسك بأنّ منحة السكن في مقابل حق الزيارة، فقد رتب المشرّع عن عدم تنفيذ حق الزيارة جريمة الامتناع عن إحضار المحضون، ولم يرتب على ذلك سقوط النفقة أو الحضانة أو منحة السكن[١].

وهو ما قررته المحكمة الجزائرية أيضاً، عندما قضت بأنّه من المقرر شرعاً أنّه لا يسقط الحق في الحضانة إلّا لأسبابٍ معينةٍ شرعاً، وليس من جملتها عدم تسليم الحاضن الولد المحضون على وجه الزيارة المقررة لأبيه أو لغيره ممن يهمهم أمره، سيّما أنّ عدم تسليم الولد جنحة تؤدي إلى عقابٍ جزائيٍ، لا إلى سقوط الحق في الحضانة[٢].

بينما عاقب القانون الفرنسي من يقوم بتغيير محل إقامته دون أن يعلم الطرف الآخر ويكون المحضون لديه لكي يخل بأحكام الزيارة، بالسجن لمدة ستة أشهر، وغرامة قدرها ٧٥٠٠ يورو[٣].

أمّا قانون الأسرة الروسي فقد أكدت (المادة ٦٧) منه على الحق في التواصل مع الطفل لكل من الجد والجدة والأخوة والأخوات والأقارب الآخرين لهم الحق في

---

[١]- محكمة التعقيب التونسية، قرار مدني رقم (١٥٢٦٧)، تاريخ ٢٠٠٨/٥/٥. قرارات محكمة التعقيب التونسية، موقع فقه القضاء التونسي، منشور على الرابط: http://www.ruedemalte.com/jurisarch/result51472206198.3612.html

[٢]- المجلس الأعلى للقضاء، تاريخ ١٩٦٩/٥/١٤. نشرة القضاة، العدد(٤)، ١٩٧٠، ص٤٨. أشارت إليه، زكية حميدو، مصلحة المحضون، المرجع السابق، ص٢٠٦.

[3]-Autorité parentale: principe et sanctions en cas de non-respect https://www.capital.fr/votre-argent/autorite-parentale-1351841

التواصل مع الطفل. وفي حالة رفض الوالدين أو (أحدهما) منح أقرباء الطفل فرصةً للتواصل معه، قد تلزم هيئة الوصاية والحضانة الوالدين أو (أحدهما) بعدم التدخل في هذا الاتصال. وإذا لم يلتزم الوالدان أو (أحدهما) بقرار الوصاية، يحق لأقرباء الطفل التقدم بطلب إلى المحكمة مع المطالبة بإزالة العقبات التي تعترض التواصل مع الطفل، وتقوم المحكمة بحل النزاع بناءً على مصالح الطفل ومراعاة آراء الطفل، وفي حالة عدم تنفيذ قرار المحكمة، تطبق التدابير المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية على الوالد المذنب[١]، فهو لم يقرر إسقاط الحضانة، ولم يجعل عدم تسليم الصغير جرماً جزائياً، وإنّما أعطت الحق للمدعي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية الروسي رقم (١٣٨) لعام٢٠٠٢، (المادة٢٠٦-٣) بطلبِ مبلغٍ من المال، عند عدم تنفيذ المدعى عليه لحكمٍ قضائي، ويتم تحديد هذا المبلغ وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف، ومدى عدم مشروعية السلوك[٢].

---

(1)- Статья 67. Право на общение с ребенком дедушки, бабушки, братьев, сестер и других родственников

1. Дедушка, бабушка, братья, сестры и другие родственники имеют право на общение с ребенком.

2. В случае отказа родителей (одного из них) от предоставления близким родственникам ребенка возможности общаться с ним орган опеки и попечительства может обязать родителей (одного из них) не препятствовать этому общению.

3. Если родители (один из них) не подчиняются решению органа опеки и попечительства, близкие родственники ребенка либо орган опеки и попечительства вправе обратиться в суд с иском об устранении препятствий к общению с ребенком. Суд разрешает спор исходя из интересов ребенка и с учетом мнения ребенка. В случае невыполнения решения суда к виновному родител применяются меры, предусмотренные гражданским процессуальным законодательством.

2-Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации" от 14.11.2002 N 138-ФЗ (ред. от 02.12.2019) ГПК РФ Статья 206. Решение суда, обязывающее ответчика совершить определенные действия

3. Суд по требованию истца вправе присудить в его пользу денежную сумму, подлежащую взысканию с ответчика на случай неисполнения судебного акта, в размере, определяемом судом на основе принципов справедливости,

وبالعودة إلى التشريع السوري أجد أنّه قرر عقوبة الحبس عند الإخلال بأحكام الزيارة، وفقاً لأحكام (المادة٤٨٢) من قانون العقوبات السوري، والتي نصت على: "الأب والأم وكل شخص آخر لا يمتثل أمر القاضي، فيرفض أو يؤخر إحضار قاصر لم يتم الثامنة عشرة من عمره، يُعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين، وبالغرامة مائة ليرة".

ومما سبق، أرى أنّ لرؤية المحضون أهمية كبيرة، فالواقع العملي يشهد استغلال الطرف الحاضن هذا الأمر لإيذاء الطرف الآخر، ويسعى الطرف الحاضن إلى قطع صلة الصغير بقرابته. فأرى أنّ هُناك جهلاً واضحاً بخطورة قطع الطفل عن التواصل مع كلا الأبوين نفسياً واجتماعياً وتربوياً، ومما عرضت من التشريعات المقارنة أجد أنّ هناك قصوراً في أحكام الرؤية والمشاهدة، حيثُ إنّ بعض التشريعات قصرت الزيارة على سويعاتٍ قليلةٍ، ولم تجز اصطحاب المحضون ليبيت عند الطرف طالب الإراءة. لذا أرى من الضروري اصطحاب الطفل مع الطرف غير الحاضن ليومٍ في الأسبوع وفي الإجازات والأعياد، وهو ما ينسجم مع الرأي الفقهي، فالرؤية لا يقصد بها مجرد الرؤية، وإنّما التواصل مع المحضون وتعليمه وتربيته ومتابعته[1]، إلّا إذا ثبت أنّ هناك

соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения.

[1]- ذهبت أمانة الفتوى بدار الإفتاء المصرية، وكان نص السؤال: حصل أخي (موكلي) على حكمٍ لرؤية ابنته الصغيرة، وذلك بثلاث ساعاتٍ أسبوعياً فقط، وهذا لا يكفيني في رعاية الطفلة، والتوافق معها نفسياً، وحصول الألفة بيني وبينها، وبين عائلة أبيها، فهل يمكنني استضافتها في الإجازة الصيفية والأعياد، وزيادة عدد الساعات الأسبوعية؟

فكان نص الجواب: إنّ الحضانة وتنظيمها إنّما هي وسيلةٌ لحماية المحضون ورعايته، والقيام بحقوقه والقيام بشؤونه، والغاية والمقصد من تنظيم شؤون الحضانة هو مصلحة المحضون، فليست الحضانة ساحةً لكيد المطلق ضد مطلقته، أو لمكر المطلقة بمطلقها، على حساب مصلحة المحضون، بل هي ولايةٌ للتربية،

سبباً يشكل خطراً على مصلحة الطفل، كسوء خلق الأب وسكره ومجونه مثلاً. كما من الضروري توعية الأطراف بخطورة قطع الرحم، وضرورة تمكين الطرف المفارق من رؤية أولاده. أضف إلى ذلك، لابُدّ من إحداث أماكن خاصةٍ، يتم فيها تسليم المحضون واستلامه، وتجهيز هذه الأماكن بالشكل السليم الذي يبعث الطمأنينة والراحة في نفس المحضون، بعيداً عن الأماكن القضائية.

وأعتقد أنّ هناك قصوراً واضحاً في المواد التي أوردها القانون السوري، فهو لم يتناول أقارب المحضون غير الأجداد بحقهم في الإراءة، ولم يتعرض للحالة التي يكون فيها المحضون لدى غير الأبوين، كما أنّه لم يتعرض لحالة تخلف الشخص الذي يطلب الإراءة عن الحضور، ولم يأخذ بالاتصال بالمحضون بوسائل الاتصال الحديثة.

أضف إلى ذلك، أعتقد أنّه من الأفضل إسقاط الحضانة مؤقتاً عن الحاضن الذي يمتنع عن تنفيذ حكم القاضي في الإراءة بدلاً من فرض العقوبة الجزائية، لأنّ امتناع هذا الحاضن عن تنفيذ حكم القاضي بالإراءة يكشف عن أنّ هذا الحاضن يحمل بغضاً للطرف الآخر، مما ينعكس سلباً على نفسية الطفل المحضون.

غرضها الاهتمام، وضمان مصلحة الصغير، وقد أناطها الشرع الحنيف بالأمن على المحضون في شخصه ودينه وخلقه، والقانون المنظم للحضانة، والمستقى من الشريعة الغراء، مقصده تحقيق هذا الغرض، ويدندن حول هذا الهدف، فعندما لا تسعف حرفية القوانين في تحقيق هذا المطلوب، تبقى روح القانون مطيةً للقاضي المتمكن المتشبع بأغراض الشارع ومقاصده للوصول إلى ذلك المطلوب. وعليه وفي واقعة السؤال فإنّه يجوز للقاضي أن يسمح للأب باستضافة ابنته يوماً في الأسبوع، ومدةً مناسبةً في إجازة نصف العام الدراسي ونهايته، وأعياد السنة مادام الهدف من ذلك رعاية مصلحة المحضون على الوجه الأكمل.

دار الإفتاء المصري، رقم الفتوى (٣٦١٢)، تاريخ٢٠١٦/٥/٣، منشور على الرابط: تاريخ الزيارة٢٠٢٠/٢/٢٦

https://www.dar-alifta.org/ar/ViewFatwa.aspx?ID=13013&LangID=1

وعلى ذلك، أقترح إعادة صياغة مواد الإراءة الواردة في قانون الأحوال الشخصية السوري، وفقاً للآتي: "أ. إذا كان المحضون في حضانة أحد الوالدين، فيكون للآخر الحق في زيارته واصطحابه، والاتصال به عبر وسائل الاتصال الحديثة المتوفرة ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك تحقيقاً لمصلحة المحضون ب. إذا كان أحد أبوي المحضون متوفياً أو غائباً، فيكون لأقارب المحضون المحارم الحق في زيارته، وفقاً لما يقدره القاضي. ج. إذا كان المحضون لدى غير أبويه، فيعيّن القاضي مستحق الزيارة من أقاربه المحارم".

"إذا تعذر تنظيم الزيارة اتفاقاً، نظمها القاضي، بشرط أن تكون في مكانٍ لا يُضرّ بالمحضون، مُراعياً تدرج مدة الزيارة والاصطحاب حسب تقدم المحضون بالعمر".

"إذا امتنع الحاضن عن تمكين المحكوم له من الرؤية أو الاصطحاب أو الاتصال بالمحضون دون عذر، وتكرر تخلفه أو امتناعه بعد إنذار قاضي التنفيذ له، جاز لقاضي الموضوع –بناءً على طلب صاحب المصلحة– إسقاط الحضانة، ونقلها إلى من يليه من أصحاب الحق بالحضانة، لمدةٍ محدودةٍ لا تزيد عن ستة أشهر".

"إذا تكرر تخلف المحكوم له عن الموعد المحدد لتنفيذ الحكم باستلام المحضون، لرؤيته أو اصطحابه دون عذرٍ، جاز لقاضي التنفيذ –بناءً على طلب صاحب المصلحة– وقف تنفيذ قرار الإراءة لمدةٍ لا تزيد على ستة أشهر".

الفصل الثاني

انتهاء الحضانة

تبدأ حضانة الطفل منذ ولادته، وتنتهي بالسن الذي يستغني فيه عن خدمة الحاضنة، من خلال قدرته على القيام بحاجاته الضرورية كالطعام والشراب دون الاستعانة بأحد.

فمرحلة الحضانة هي جزء من مرحلة الطفولة، وتنتهي مرحلة الحضانة ببلوغ المحضون سن انتهاء الحضانة، فما هو سن انتهاء الحضانة لدى الفقه الإسلامي، والقوانين المقارنة؟ وهل يُمكن تخيير المحضون بالانتقال إلى أبيه أم يبقى لدى أمّه؟

سأعرض سن انتهاء الحضانة (المبحث الأول)، قبل أن أنتقل إلى البحث في تخيير المحضون (المبحث الثاني).

المبحث الأول

سن انتهاء الحضانة

اختلف الفقه الإسلامي في تحديد سن انتهاء الحضانة، كما اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد هذه السن.

ولذا، سأعرض الموقف الفقهي من تحديد سن انتهاء الحضانة (المطلب الأول)، ومن ثمّ سأتناول الموقف القانوني من تحديد سن انتهاء الحضانة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الموقف الفقهي

اتفق الفقهاء –كما ذكرت سابقاً– على أنّ الأم أحق بحضانة الطفل من الأب وغيره، إذا حدثت الفرقة بينها وبين الأب، وتنتقل الحضانة إلى غير الأم إذا وُجِدَ فيها سببٌ مسقطٌ للحضانة. وتنتقل الحضانة إلى الرجال عند عدم وجود النساء الحواضن.

ولكن هل تبقى الحضانة للأم طوال مدة الحضانة؟ أمّ إنّ الحضانة تنتقل من الأم إلى الأب أو من يقوم مقامه عند وصوله إلى سنٍ معينةٍ؟ وهل تستمر حضانة الحاضنة إلى البلوغ؟ وهل ينطبق الحديث على الذكر والأنثى؟

في الحقيقة ميّز الفقه الإسلامي بين المحضون الذكر (الفرع الأول)، والمحضونة الأنثى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سن انتهاء الحضانة لدى المحضون الذكر

اختلف الفقهاء في سن انتهاء حضانة النساء للمحضون الذكر، لتبدأ بعدها ولاية الأب أو من يقوم مقامه عليه، وفقاً للآتي:

أولاً: المذهب الحنفي

ذهب الحنفية إلى أنّ حضانة الأم أو الجدات تستمر حتى يستطيع أن يأكل أو يشرب أو يلبس أو يستنجي وحده؛ بمعنى أنّ حضانة النساء تنتهي عندما يستغني المحضون الذكر بنفسه عن مساعدة النساء له، وقدروا هذه السن بسبع سنين، وفي قولٍ آخر قدروه بتسع سنين.

وقد استدلوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: "مُروا الصَّبيَّ بالصَّلاةِ إذا بلغ سبع سنين، وإذا بلغ عشر سنين فاضربوه عليها"[(١)]، وإنّ الأمر لا يكون إلّا بعد القدرة على الطهارة، وتتحقق القدرة في هذه السن. ولأنّ الغلام يبقى في حضانة الأم حتى بلوغه سن الاستغناء، فيكون بحاجةٍ إلى تأديبٍ وتخلّقٍ بأخلاق الرجال وآدابهم، فيدفع إلى الأب، فهو الأقدر على التأديب والتثقيف، ويجبر الأب أو من يقوم مقامه على أخذ الطفل وحضانته، لأنّ النفقة والصيانة واجبةٌ عليه[(٢)].

---

(١)- السجستانيّ، سُنن أبي داوود، المرجع السابق، ج١، كتاب الصّلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، حديث رقم (٤٩٤)، ص٣٦٦.

(٢)- ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج٤، ص٣٣٣. الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، كتاب الحضانة، ج٥، ص٢١٣. الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٤٨.

أمّا حضانة الرجال فوقتها من بعد الاستغناء إلى وقت البلوغ، لأنّ ولاية الرجال على الصغار تزول بالبلوغ إلّا إذا كان الغلام غير مأمونٍ عليه، فللأب أن يضمه إلى نفسه[١].

ثانياً: المذهب المالكي

يرى المالكية أنّ حضانة الأم للذكر تستمر حتى يبلغ الحلم بدون شرطٍ، حتى ولو بلغ مريضاً أو مجنوناً وهو المشهور، وفي قولٍ آخر: إنّ مدة حضانة النساء حتى يبلغ الذكر عاقلاً غير مريض[٢].

ثالثاً: المذهب الشافعي والحنبلي

يرى الشافعية أنّ حضانة الأم تستمر في الغلام حتى يستطيع التمييز، ويحصل ذلك بقدرته على تناول الطعام والشراب وقضاء الحاجة والقيام بأعمال الطهارة وحده، ويكون ذلك في الغالب في سن سبع أو ثماني سنوات، وتسمى قبل التمييز حضانة، وبعد التمييز كفالة.

وإنّ مناط الحكم هو التمييز نفسه، لا على السن، فلو ميّز قبل السابعة أو بعد الثامنة فهو المعتبر، لأنّه يجب أن يكون عارفاً بأسباب الاختيار، وإلّا أُخرّ إلى

---

[١]- الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢١٤.

[٢]- الخرشي، حاشية الخرشي، المرجع السابق، ج٤، ص٢٠٧. الدّسوقي، حاشية الدُّسوقي، المرجع السابق، ج٢، ص٥٢٦.

حصول ذلك، وهو موكولٌ لتقدير القاضي[١]. ويرى الحنابلة أنّ حضانة النساء تنتهي ببلوغ الغلام سبع سنين، وهو سن التمييز[٢].

فيتفق إذاً الحنفية والشافعية والحنابلة بأنّ المعوّل في انتهاء سن حضانة المحضون الذكر هو التمييز، ولكنّهم اختلفوا في تقدير هذه السن، فذهب الحنفية إلى أنّها سبع أو تسع سنين في روايةٍ، في حين أشار الشافعية إلى أنّ مناط الحكم هو التمييز لا السن، فمتى حصل التمييز وجب اعتباره، في حين رأى الحنابلة أنّ السن هو سبع سنين، بينما وجد المالكية أنّ حضانة الغلام الذكر تنتهي بالاحتلام والبلوغ.

---

[١]- الأنصاري، الغرر البهية، المرجع السابق، ج٨، ص٥٩٧. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٥٩٨. الإمام النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج٩، ص١٠٣. الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج١١، ص٤٩٩.

[٢]- المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج٢، ص١٦٥١. البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص٥٠١.

الفرع الثاني

سن انتهاء الحضانة لدى المحضونة الأنثى

ناقش الفقهاء سن انتهاء حضانة النساء للمحضونة الأنثى، لتبدأ بعدها ولاية الأب أو من يقوم مقامه، وفقاً للآتي:

أولاً: المذهب الحنفي

ميّز الحنفية بين الحالة التي تكون المحضونة الأنثى لدى الأم أو الجدة، وبين الحالة التي تكون فيها لدى باقي الحاضنات.

فإذا كانت المحضونة عند الأم أو الجدة، فتبقى الحضانة على المحضونة حتى تحيض، إمّا حقيقةً أو بالسن وهو التاسعة على المفتى به، لأنّها في هذه السن بحاجةٍ إلى عناية الأم أكثر من الأب، لمعرفة آداب النساء. وإذا اختلفوا في وقوع الحيض من عدمه فالقول للأم، وقيل للأب إن كان الغالب بلوغ مثلها في هذه السن، أمّا بعد البلوغ فالأب أولى بحضانتها، لأنّها بحاجةٍ إلى الصيانة، والأب أقدر على ذلك من الأم[١].

أمّا إذا كانت البنت في حضانة غير أمّها وجدتها، كالأخت والعمة والخالة، فتنتهي حضانتها بالاستغناء، لأنّ غير الأم والجدة لا تقدر على استخدام الصغيرة[٢].

---

[١]- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج٤، ص٣٣٤. الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، كتاب الحضانة، ج٥، ص٢١٣. الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٤٨. ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٦٨.

[٢]- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج٤، ص٣٣٤.

وإنّ أصل المذهب الحنفي أنّ مدة الحضانة للصغير والصغيرة تنتهي باستغنائهما عن خدمة النساء، وقدّروا سن الاستغناء –كما ذكرت– بسبع سنين، لأنّ الظاهر أنّ الصغير إذا بلغ هذه السن اهتدى بنفسه إلى الأكل والشرب بلا معين فلا حاجة للحضانة، وإذا بلغ هذه السن فهو بحاجةٍ إلى التأديب والتهذيب والتعليم والتخلّق بأخلاق الرجال، والأب أقدر على ذلك من الأم وسائر الحاضنات، فلو ترك بيدها لتخلّق بأخلاق النساء وفي ذلك ضررٌ به. وأمّا الصغيرة فتبقى عند أمها أو جدتها حتى تحيض، لأنّ الصغيرة بعد استغنائها بنفسها تحتاج إلى معرفة آداب النساء من الطبخ والغسل وغير ذلك والأم أقدر على ذلك، وإذا حاضت تحتاج إلى التزويج والصيانة، والأب له ولاية التزويج وهو أقدر على الصيانة[١].

ثانياً: المذهب المالكي

يرى المالكية أنّ حضانة الأم لابنتها لا تنتهي بالبلوغ، وإنّما بدخول زوجٍ بها، ولا عبرة للبلوغ[٢].

ثالثاً: المذهب الشافعي

لم يُميّز الشافعية بين الذكر والأنثى في سن انتهاء الحضانة، فكلاهما –كما تقدم– سواء في ذلك عند بلوغ سن التمييز وهو سبع أو ثماني سنوات[٣].

---

[١]- الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢١٣.

[٢]- الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٥٢٦. الخرشي، حاشية الخرشي، ج٢، ص٢٠٧.

[٣]- الأنصاري، الغرر البهية، المرجع السابق، ج٨، ص٥٩٧. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٥٩٨. الإمام النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج٩، ص١٠٣. الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج١١، ص٤٩٩.

رابعاً: المذهب الحنبلي

اختلف الحنابلة في سن انتهاء الحضانة بالنسبة للصغيرة إلى أقوالٍ عدةٍ: ففي روايةٍ أنّ الصغيرة إذا بلغت سبع سنين كانت عند أبيها إلى البلوغ وجوباً، وبعد البلوغ تكون عند الأب إلى الزفاف، لأنّ الغرض من الحضانة الحفظ، والأب أحفظ لها، وإنّما تخطب منه فوجب أن تكون عنده ليؤمن عليها، ولأنّها إذا بلغت سبع سنوات قاربت الصلاحية للتزويج، وقد تزوج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة وهي بنت سبع سنوات[١]. وفي روايةٍ أخرى: إنّها تكون عند أبيها بعد تسع سنواتٍ، وعند أمها قبل ذلك. وفي روايةٍ ثالثةٍ: إنّ الأم أحق بالصغيرة حتى تحيض[٢].

وعلى ذلك، فقد اختلف جمهور الفقهاء مع المذهب المالكي في سن انتهاء الحضانة بالنسبة للغلام، فذهب الجمهور إلى انتهاء حضانة النساء بتمييزه، وقال المالكية باستمرارها إلى بلوغه. وكذلك، اختلفوا في سن انتهاء حضانة الصغيرة، فقال الشافعية بانتهاء حضانتها بالتمييز كالفتى، وذهب الحنفية إلى انتهاء حضانتها إمّا بالتمييز أو بالحيض، واختلف الحنابلة في ذلك إلى رواياتٍ عدةٍ، أمّا المالكية فقد قرروا عدم انتهاء حضانة الصغيرة إلّا بزواجها والدخول بها.

---

[١]- البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص٥٠٢.

[٢]- المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج٢، ص١٦٥١.

المطلب الثاني

الموقف القانوني

بالرجوع إلى النصوص القانونية التي وردت في قوانين الأحوال الشخصية حول تحديد سن انتهاء الحضانة بالنسبة للمحضون، أجد صوراً مختلفةً لهذا التحديد، فبعضها نص على تحديد سنٍ معينةٍ تنتهي فيها الحضانة لكلا الجنسين، بينما ذهب النص في قوانين أخرى إلى تحديد سن انتهاء الحضانة للذكر غير السن المقرر للأنثى.

وعلى ذلك، سأبحث في الموقف القانوني من تحديد سن انتهاء الحضانة من خلال عرض اختلاف سن انتهاء الحضانة بين الذكر والأنثى (الفرع الأول)، ومن ثمّ تحديد سنٍ مشتركةٍ لانتهاء الحضانة (الفرع الثاني)

الفرع الأول

اختلاف سن انتهاء الحضانة بين الذكر والأنثى

راعت بعض التشريعات الاختلاف في التكوين بين الذكر والأنثى من الناحية النفسية، وحددت سناً مختلفة لانتهاء حضانة كل من الذكر والأنثى –كما فعل المذهبان الحنفي والمالكي– ومن ذلك ما قضت به (المادة١٥٦) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، حيثُ حددت سن انتهاء الحضانة وفقاً للآتي: "١. تنتهي صلاحية حضانة النساء ببلوغ الذكر إحدى عشرة سنة، والأنثى ثلاث عشرة سنة، ما لم ترَ المحكمة مدَّ هذه السن لمصلحة المحضون، وذلك إلى أن يبلغ الذكر أو تتزوج الأنثى. ٢. تستمر حضانة النساء إذا كان المحضون معتوهاً أو مريضاً مقعداً، ما لم تقتضِ مصلحة المحضون خلاف ذلك".

فالمشرّع الإماراتي ميز في انتهاء سن الحضانة بين المحضون الذكر والمحضونة الأنثى، وقرر سن الحادية عشرة سناً لانتهاء حضانة الذكر، والثالثة عشرة سناً لانتهاء حضانة الأنثى، ثمّ جاء باستثناء أعطى من خلاله للقاضي أن يقرر استمرار الحضانة في حال وجد ضرورةً لذلك، إلى أن يبلغ الذكر أو تتزوج الأنثى، وهو ما استقاه من المذهب المالكي.

كما جعل المشرّع الإماراتي الأصل استمرار حضانة المحضون المعتوه والمريض المقعد، والذي يحتاج إلى عنايةٍ خاصةٍ، بسبب مرضه ووضعه.

وقد قرر القضاء الإماراتي أنّ مفاد (المادة١٥٦) من القانون أنّه تنتهي صلاحية حضانة النساء ببلوغ الذكر إحدى عشرة سنة، والأنثى ثلاث عشرة سنة، ما لم تقرر

المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون، وإنّ مناط الحضانة هي حفظ الولد وتربيته وصيانته عمّا يضرّه في جسمه وخلقه والقيام بمصالحه.. وإنّ الأصل في الحضانة أنّها تدور وجوداً وعدماً مع مصلحة المحضون، وإنّ مدارها هو نفع المحضون، وانتفاء أية مضارٍ له، ومتى تحقق نفعه في شيءٍ وجب المصير إليه، ولو خالف ذلك مصلحة طالب الحضانة، لأنّ حق المحضون في الرعاية أولى من حق الحاضن، وإنّ لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير مصلحة المحضون[1].

ونهج المشرّع الجزائري النهج ذاته، إذ ميّزت (المادة٦٥) من قانون الأسرة الجزائري بين المحضون الذكر والمحضونة الأنثى، وقررت انقضاء حضانة الذكر ببلوغه العاشرة من عمره، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يُمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ست عشرة سنة إذا كانت الحاضنة أماً، ولم تتزوج ثانيةً، على أن تُراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون.

فقد فرّق المشرّع الجزائري في السن المقررة لانتهاء الحضانة، فجعلها عشر سنوات في الذكر، وحتى بلوغ الأنثى سن الزواج وهي سن التاسعة عشر من العمر بحسب (المادة٧) من القانون الجزائري، ولم يُقيّد ذلك بالدخول أو بالزواج الفعلي، وإنّما اكتفى ببلوغ سن الزواج، دون اشتراط أيِّ شرطٍ إضافيٍّ.

لكنّ المشرّع الجزائري أورد استثناءً، وأجاز تمديد الحضانة في ضوء مصلحة المحضون، وبالتالي تكون للقاضي سلطة تقديرية في هذا التمديد، ويتقيد القاضي في تمديده للحضانة، بأن يكون التمديد خاصاً بالذكر دون الأنثى، وأن يكون الحد

---

[1]- محكمة التمييز بدبي، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (٩٤)، لعام٢٠١١، أشار إليه، أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص١٠٦.

الأقصى للتمديد هو سن السادسة عشر عاماً، فلا يجوز للقاضي أن يتجاوز هذه السن، وبشرط أن تكون الحاضنة الأم، فلا يجوز طلب التمديد لسواها، وأن تكون الأم غير متزوجة[١]. ومن المبررات لتمديد الحضانة مرض المحضون مثلاً، أو كون الأب غير مأمونٍ على ابنه، والحكم الذي يصدر في ذلك هو حكمٌ مؤقتٌ، يخضع فيه إبقاء الحضانة من عدمها إلى تقدير القاضي، وبما يحقق مصلحة المحضون، فيمكن للقاضي أن يُعيد النظر في قراره بالإبقاء إذا ادّعُيَ أمامه بانتفاء مبرر التمديد[٢].

وقد سلك المشرّع السوري هذا المسلك بالتمييز في سن انتهاء الحضانة بين المحضون الذكر والأنثى في قوانين الطوائف المسيحية، فمثلاً نصت (المادة ١٨٢) من قانون الروم الأرثوذكس على أنّه: "يقيم الأولاد مبدئياً عند والدهم للسلطان الأبوي الذي له عليهم وهو الذي يربيهم ويعلمهم، ويستثنى هذا الحكم العام لثلاثة أسباب فيقيمون عند والدتهم، الأول: عند الحاجة إلى حضانة الأم حتى السنة السابعة للذكر والتاسعة للأنثى". ونص قانون الأحوال الشخصية للطائفة الأرمنية الأرثوذكسية في (المادة ١٣٠) على: "تبتدئ مدة الحضانة من انتهاء زمن الرضاعة إلى أن يكمل الولد الذكر السابعة من عمره والبنت التاسعة من عمرها. يمكن لمحكمة البداية تمديد أو تقصير هذه المهل إذا كانت الظروف –وخصوصاً مصلحة الأولاد– اقتضت ذلك.

وكذلك ما نصت عليه (المادة٦١) من قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس، إذ حددت مدة الحضانة بسبع سنوات للصبي وتسع للبنت.

---

[١]- نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص١٢٦.

[٢]- فضيلة شاكر، النظام القانوني للحضانة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص٣٧-٣٨.

واتبع السياسة ذاتها في قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية، إذ نصت (المادة٦٤) على: "تنتهي مدة حضانة الصبيّ عند إتمامه السنة السابعة من العمر، وتنتهي مدة حضانة الصبية عند إتمامها السنة التاسعة، ويجبر الأب على أخذ الولد، فإذا لم يكن للولد أب أو جد يدفع للأقرب من العصبة إذا كان صبياً، أمّا الصبية فلا تسلم لغير محرم، فإن لم يكن عصبة يترك المحضون عند الحاضنة إلّا إذا رأى القاضي غيرها أولى منها".

الفرع الثاني

تحديد سنٍ مشتركةٍ لانتهاء الحضانة

درجت بعض التشريعات المقارنة على تحديد سن مشتركة لانتهاء الحضانة لكلا الجنسين، لكنّ هذه التشريعات اختلفت فيما بينها حول هذه السن، فمن هذه القوانين من حدد سن انتهاء الحضانة بإتمام سن الرشد، ومنها من أنهت الحضانة قبل بلوغ المحضون سن الرشد.

أولاً: إتمام سن الرشد سن مشتركة لانتهاء الحضانة

حددت بعض التشريعات إتمام المحضون سن الرشد سناً مشتركة لانتهاء الحضانة، ومن ذلك ما ذهب إليه التشريع المغربي في (المادة١٦٦)، والتي قررت: "تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر و الأنثى على السواء". وقد حددت (المادة٢٠٩) من القانون المغربي سن الثامنة عشرة سناً لإتمام الرشد القانوني.

في حين لم يورد المشرّع التونسي نصاً بخصوص سن انتهاء الحضانة، لكنّ محكمة التعقيب التونسية قررت انتهاء الحضانة بإتمام سن الرشد القانوني، وهو سن عشرون سنة ميلادية (الفصل١٥٣) من المدونة التونسية، حيث جاء في قضاء محكمة التعقيب: "تسقط الحضانة بانتهاء أمدها الذي ينقضي بانقضاء موجبها، وهو ارتفاع حق الولاية على الصبي، بتجاوز هذا الأخير السن المقررة لتربيته وحضانته. وبالتالي،

فإنّ الحضانة لا تنتهي بحكم المحكمة التي يمكنها الاكتفاء بمعاينة واقعة بلوغ سن الرشد القانونية لا غير"[١].

وكذلك، قررت (المادة٣٨٨) من القانون المدني الفرنسي انتهاء سن الحضانة بإتمام القاصر الثامنة عشرة من عمره[٢]. ومثله القانون الروسي، إذ نصت (المادة٦١) على انتهاء حقوق الوالدين المتعلقة بالحضانة بإتمام الطفل سن الثامنة عشرة من عمره[٣].

ثانياً: تحديد سن مشتركة لانتهاء الحضانة، قبل إتمام سن الرشد

من التشريعات التي حددت سناً مشتركة لانتهاء حضانة الصغار، التشريع العراقي، فهو لم يُفرق في تحديد سن انتهاء الحضانة بين الذكر والأنثى، ولم يُفرّق بينهما إذا كانت الحاضنة الأم أو غيرها، وفقاً (للمادة٥٧/٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، حيثُ حدد هذه السن بإكمال المحضون العاشرة من العمر، وقيّد ذلك وفقاً للفقرة الأولى من المادة نفسها بعدم تضرر الصغير بوجوده عند حاضنته خلال هذه المدة.

كما أجازت (الفقرة الرابعة من المادة نفسها) للمحكمة الإذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكمال الخامسة عشرة من عُمره، إذا ثبت للمحكمة بعد الرجوع إلى

---

[١]- محكمة التعقيب التونسية، قرار رقم (١٨٧٨)، تاريخ، ٢٠٠٥/٩/٢٩. منشور، على موقع فقه القضاء التونسي، تاريخ الزيارة، ٢٠٢٠/٣/١٨.
http://www.ruedemalte.com/jurisarch/result11473616811.1778.html

[2] - Article 388, Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis.

[3] Статья 61. Родительские права, предусмотренные настоящей главой, прекращаются по достижении детьми возраста восемнадцати лет (совершеннолетия).

اللجان الطبية المختصة والشعبية أنّ مصلحة الصغير تتطلب ذلك، كمرض المحضون أو إصابته بالتخلف العقلي أو عدم قدرته على الاستغناء عن حاضنته بحيثُ لا يستطيع القيام بحاجاته الأولية بنفسه، فهذه الظروف مدعاة لتمديد سن الحضانة[١].

إنّ القانون العراقي أخذ في تحديد سن الحضانة وانتهائها بما يقترب من رأي المالكية بالنسبة للصغير في حال تمديد الحضانة، لأنّ فقهاء المالكية يذهبون إلى أنّ الحضانة (من الولادة حتى البلوغ في الذكر، وفي الأنثى حتى يدخل بها الزوج).

أمّا المشرّع المصري فقد قرر –بدايةً– انتهاء سن الحضانة ببلوغ الصغير سن العاشرة، والصغيرة سن اثنتي عشرة سنة، وأجاز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير تحت الحضانة حتى سن الخامسة عشرة، والصغيرة حتى تتزوج، إذا تبين أنّ مصلحتها تقتضي ذلك[٢]، (المادة٢٠) من قانون الأحوال الشخصية المصري[١].

---

[١]- شذى مظفر حسين، حضانة الأم في الفقه الاسلامي والقانون العراقي، المرجع السابق، ص٣٩٦.

[٢]- وقد قرر القضاء المصري في حالاتٍ عدةٍ، بقاء الصغار مع الأم من خلال تمديد حضانتها، حيثُ تقرر أنّ الصغير ما زال في حاجةٍ لخدمة النساء، بحسبان أنّه ملتحقٌ بإحدى مدارس القاهرة، ووالده كثير الأسفار، فتكون أولى بحضانته من جدته لأبيه، ومصلحته في بقائه حتى بلوغه الخامسة عشر عاماً مع أمّه، وهذه أسبابٌ سائغةٌ لها معينها في الأوراق. نقض مصري، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن (١١)، تاريخ١٩٩٩/٦/٢٨.

وجاء في قرارٍ آخر: إنّ المشرّع وإن رأى إنهاء الحضانة للنساء ببلوغ السن المحددة في القانون، إلّا أنّه لم يجعل هذه السن حداً لانتهاء الحضانة حتماً، وإنّما استهدف –في المقام الأول– العمل على استقرار الصغار حتى يتوافر لهم الأمان والطمأنينة وتهدأ نفوسهم، فلا ينزعجون بنزعهم من الحاضنات، فأجاز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير في يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة للصغير، والصغيرة حتى تتزوج، وفقاً لسلطته التقديرية، وتحقيقاً لمصلحة الصغير، ولما كان ثابتاً في أوراق الدعوى أنّ الأب يعمل مسّاحاً للأراضي الزراعية، ومصرح له بالعمل في قطاع غزة وفي دولة الكويت، مما يضطره إلى السفر للبلدين، والغياب عن مسكنه، ما تراه المحكمة متعارضاً مع مصلحة الصغيرتين إن وجدتا معه، وتكون

ثمّ ما لبث أن أجرى تعديلاً على المادة المذكورة، بالقانون رقم (٤) لعام ٢٠٠٥، حيثُ نصّت (المادة الأولى) على أن: "يستبدل نص الفقرة الأولى من (المادة٢٠) من قانون الأحوال الشخصية، بحيث تصبح: ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة الخامسة عشرة من العمر.....".

فتوجه المشرّع المصري إلى رفع سن انتهاء حضانة النساء، وجعلها مشتركة لكلا الجنسين ببلوغ الخامسة عشرة من العمر.

وبالعودة إلى قانون الأحوال الشخصية السوري، فقد مرّ سن انتهاء الحضانة بتعديلاتٍ عدةٍ، فقرر –بدايةً– انتهاء سن الحضانة بإتمام الغلام السابعة من العمر، والفتاة التاسعة من عمرها، ثمّ أورد المشرّع السوري تعديلاً أصبحت بموجبه مدة الحضانة تنتهي بإكمال الغلام التاسعة من عمره، والفتاة الحادية عشرة من عمرها، (المادة١٤٦) من قانون الأحوال الشخصية لعام ١٩٥٣.

ثمّ أورد تعديلاً آخر للمادة المذكورة، وأصبحت كالآتي: "تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام الثالثة عشرة من عمره، والبنت الخامسة عشرة من عمرها". بموجب القانون رقم (١٨) لعام٢٠٠٣.

أمهما أولى باستمرار الحضانة. نقض مصري، غرفة الأحوال الشخصية، الطعن رقم (٧٥)، تاريخ ١٩٨٥/٣/١٩، أشار إليهم، محمود ربيع خاطر– محمد عبد الحميد الألمعي، قانون الأحوال الشخصية والمواريث وقوانين الأسرة، المرجع السابق، ص١٠٢– ص١٠٣.

(١)– المرسوم بقانون رقم (٢٥)، لعام ١٩٢٩، المعدل بالقانون رقم (١٠٠)، لعام ١٩٨٥.

وعاد مرةً أخرى، وأورد تعديلاً لسن انتهاء الحضانة، ليصبح: "تنتهي مدة الحضانة بإكمال الولد، ذكراً كان أو أنثى، الخامسة عشرة من العمر". وفقاً للقانون رقم (٤) لعام ٢٠١٩.

فإنّ المشرّع السوري ومن حيثُ النتيجة، فقد سلك مسلكاً لرفع سن انتهاء حضانة النساء بالنسبة لكلا الجنسين، وتبنى موقف المشرّع المصري –نهايةً–، بتحديده لسن انتهاء الحضانة بخمس عشرة عاماً لكل من الذكر والأنثى. مما يدفعني إلى التساؤل: هل هذا الاتجاه برفع سن انتهاء الحضانة أكثر تحقيقاً لمصلحة المحضون؟

لا أعتقد أنّ الإجابة ستأتي بالإيجاب في جميع الحالات، فإنّني أرى أنّ رفع سن انتهاء الحضانة لكلا الجنسين أمرٌ مبالغٌ فيه، فصحيح أنّه قد يكون محققاً لمصلحة الطفل في بعض الحالات، لكن لا يُمكن تعميمه بالمجمل، وتقريره كقاعدةٍ عامةٍ، ليسير عليها القاضي ويهتدي بها عند تقريره لسن انتهاء الحضانة.

وبموجب التعديل الأخير يكون المشرِّع السوري قد أسقط حق الحضانة والولاية عن الأب تماماً، على نحوٍ لا يستطيع معه الأب أن يضم أولاده إليه، ليقوم على تربيتهم وتخليقهم بأخلاق الرجال بالنسبة للذكور منهم، فإذا بقي الطفل مع أمه إلى حين إتمامه الخامسة عشرة من عمره، فمتى سينتقل إلى أبيه ليصقله ويربيه، ومتى سيعرف أهله ونسبه؟! بل إنّ بقاءه مع النساء إلى ذلك العمر ضررٌ له، ويخالف قول جمهور الفقهاء، الذين أكدوا على انتهاء سن حضانة الغلام قبل هذه السن، وذكروا أنّه لو تُرك في يدها –أي الأم والنساء الحاضنات عموماً– لتخلّق بأخلاق النساء وتعوّد على شمائلهن، وأيّ ضررٍ أكبر من ذلك على الصغير؟!

وإنّ حماية الإناث من أسباب الفساد يتطلب انتقال البنت إلى أبيها أيضاً، ذلك أنّه إذا كانت الحكمة من ضم الأولاد إلى أبيهم عند بلوغ سن المراهقة الحرجة أن يقوم -بحسب الأصل- على تهذيبهم، وحتى يعيش الولد في كنف من يخشى جانبه -وهو ما لا يتوافر للنساء الحاضنات- فإنّ مؤدى تمديد زمن حضانة النساء إلى خمس عشرة عاماً من شأنه أن يؤثر سلباً على الطفل وعلى بناء شخصيته[١].

وعندما يأتي القانون ليرفع سن الحضانة للولد حتى ١٥ سنة، والبنت إلى ١٥ سنة، فهذا بمثابة إلغاءٍ لدور الأب التربوي والنفسي والمعنوي من حياة الأولاد[٢]، وهو بذلك يضعف أسساً رئيسةً في بناء الشخصية السوية، سيّما إذا كان هذا الأب المحروم من تلك الحضانة والرعاية إنساناً عاقلاً راشداً مسؤولاً، والنتيجة هي المزيد من المشكلات والانحرافات النفسية والسلوكية، وفيه تفكك للأسرة وإلغاءٌ لتوجيه الأب، وإسقاطٌ لحق الولاية الذي هو حقٌ أساسيٌ في المجتمع العربي، ويؤدي إلى الإضرار بالأم وبالصغير، وقد لاقى هذا الأمر استهجاناً اجتماعياً وستظهر هذه العيوب في التطبيق[٣].

وإنّه ليس من العدل أن نفترض أنّ الأب هو صاحب القسوة البالغة والبطش المتحكم دائماً، وأنّ الأم دائماً هي مثال الرحمة الكاملة والعناية الفائقة الشاملة. وما

---

[١]- سيدة محمود، أبرز التعديلات التي طرأت على قوانين الأحوال الشخصية المصرية المعنية بالمرأة خلال العقود الثلاثة الأخيرة ١٩٧٩-٢٠٠٩، منشور على الرابط، تاريخ الزيارة: ٢٠٢٠/٣/١٠.
http://www.iicwc.org/lagna/iicwc/iicwc.php?id=990

[٢]- سيّما إذا علمنا أنّه بعد انتهاء هذه السن سيكون الخيار للصغير ليختار مع من يبقى. سأبحث في ذلك في المبحث الثاني.

[٣]- سيدة محمود، أبرز التعديلات التي طرأت على قوانين الأحوال الشخصية المصرية، المرجع السابق.

الحكمة من تعديل سن انتهاء الحضانة بالنسبة للمحضون في قانون الأحوال الشخصية السوري، وإبقائه في قوانين الطوائف على الأصل القاضي بانتهاء سن الحضانة للذكر بإتمام السابعة، والأنثى بإتمام التاسعة من العمر؟ فلم هذا التمييز في التشريع؟ أليس من الأفضل اتباع سياسةٍ تشريعيةٍ موحدةٍ بالنسبة لكل قوانين الأحوال الشخصية السورية؟

وفي النتيجة، أرى أنّه من الواجب أن نحدد سناً أقل لانتهاء مدة الحضانة خصوصاً للمحضون الذكر، وأعتقد أنّ موقف المشرّع العراقي أكثر دقةً في ذلك، فلم لا نحدد سن العاشرة بالنسبة للذكر والأنثى لانتهاء الحضانة من حيثُ الأصل، ومن ثمّ نعطي القاضي سلطةً تقديريةً ليقرر تمديد الحضانة –إذا استدعت مصلحة المحضون ذلك– بشرط ألّا تتجاوز هذه السن الخامسة عشرة من العمر. ويُمكن أن تتقدم حينها الحاضنة بطلب إبقاء المحضون في يدها، فيتحقق القاضي من أنّ مصلحة المحضون تقتضي ذلك، فيقضي حينها بإبقاء الصغير مع الحاضنة، كما لو كان الطفل مريضاً، ولا يوجد لدى الأب من يستطيع القيام بشؤونه.

وعلى ذلك، أقترح تعديل مواد قوانين الأحوال الشخصية السورية المتعلقة بسن انتهاء الحضانة، لتصبح كالآتي: "تنتهي الحضانة بالنسبة للذكر والأنثى بإتمام المحضون العاشرة من العمر، إلّا إذا اقتضت مصلحة المحضون خلاف ذلك، فيمكن أن يقدر القاضي استمرار الحضانة، بشرط ألّا يزيد عمر المحضون على الخامسة عشرة من العمر".

المبحث الثاني

تخيير المحضون

بعد إتمام المحضون سن انتهاء الحضانة، تثار مسألةٌ أخرى، وهي: هل يُخيّر المحضون بين والديه؟ أم إنّه يُجبر على الانتقال إلى الوالد الآخر عند انتهاء سن الحضانة؟

إنّ موضوع تخيير المحضون يُثير بعض التساؤلات، حول جواز التخيير ابتداءً، وسن هذا التخيير، وهل يقتصر التخيير على الصبي دون الفتاة؟ وهل يعدُّ رأي المحضون ملزماً للأبوين وللقاضي، أم إنّه رأيٌ استرشادي؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات، سأبحث في الموقف الفقهي من تخيير المحضون (المطلب الأول)، قبل أن أنتقل للبحث في الموقف القانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الموقف الفقهي

اختلف جمهور الفقهاء حول مسألة تخيير المحضون، فذهب بعضهم إلى عدم جواز تخيير المحضون (الفرع الأول)، في حين رأى آخرون أنّه من الممكن تخيير المحضون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

عدم تخيير المحضون

سأعرض أصل المذهب (أولاً)، ومن ثمّ أدلة المذهب التي استندوا إليها لمنع التخيير (ثانياً).

أولاً: أصل المذهب

يرى الحنفية أنّه لا خيار للولد، ذكراً كان أم أنثى، لقصور عقله، فيختار من عنده اللعب والراحة، فلا يُخيّر عند سن انتهاء الحضانة، وهو التمييز بحسب ما ذكروا.

أمّا المالكية، فيبقى الغلام عند أمّه إلى حين البلوغ، والفتاة عند أمّها إلى حين الزواج والدخول[١].

ثانياً: أدلة عدم تخيير المحضون

استدل الحنفية على عدم جواز التخيير بقوله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحقُّ به ما لم تنكحي"[٢]، وبعمل الصحابة رضي الله عنهم إذ لم يُخيّروا الغلام قبل البلوغ[٣]. ويكون التخيير إذا بلغ الصبيّ، حيثُ استدلوا على ذلك، بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه، أنّ امرأةً قالت: يا رسول الله، إنّ زوجي يُريد أن يذهب بابني، وقد

---

[١]- الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٥٢٦. الخرشي، حاشية الخرشي، ج٢، ص٢٠٧.

[٢]- أبو داوود السجستانيّ، سُنن أبي داوود، سبق تخريجه، ص٥٨٨.

[٣]- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج٤، ص١٨٦، الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ج٣، ص٤٩.

نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة؟ فجاء زوجها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "يا غلام هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيّهما شئت"، فأخذ بيد أمّه فانطلقت به[١].

فالمراد من التخيير في حق البالغ، لأنّها قالت "وقد نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة"، والذي يسقي من البئر هو البالغ ظاهراً، لأنّ الصغير لا يُمكن أن يسقي منه، فدل ذلك أنّ المراد منه هو التخيير في حق البالغ. وليس فيه أيُّ دليلٍ على أنّ التخيير في سن سبع سنوات، لأنّه لم يُذكر في الحديث عمر الصغير[٢].

واستدلوا أيضاً، بما رواه عمارة بن ربيعة المخزومي، أنّه قال: غزا أبي نحو البحرين فقُتِلَ، فجاء عمي ليذهب بي، فخاصمته أمي إلى علي رضي الله عنه، ومعه أخٌ لي صغيرٌ، فخيّرني عليٌّ رضي الله عنه ثلاثاً، فاخترت أمي، فأبى عمي أن يرضا، فوكزه عليٌّ على يده، وقال: لو بلغ هذا الصبيّ لخُيّر[٣]. فدل ذلك على أنّ التخيير يكون للغلام عند البلوغ[٤].

وبهذا، فقد نفى الحنفية والمالكية التخيير للمحضون عند انتهاء سن الحضانة، وقالوا بإمكان التخيير بعد البلوغ، ولن تكون لهذا التخيير أهمية كثيرة بعد البلوغ، لأنّهم أجازوا له الاختيار بين أبويه أو الانفراد بنفسه إذا كان بالغاً راشداً.

---

[١]- الصّنعاني، سُبل السّلام الموصولة، المرجع السابق، كتاب الطلاق، حديث رقم (١٠٨٩)، ص٦٥٦. البيهقي، السنن الكبرى، ج٨، المرجع السابق، حديث رقم (١٥٧٥٨)، ص٤.

[٢]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٥، ص٢١٧، ابن عابدين، ردَّ المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج٥، ص٢٧٠.

[٣]- البيهقي، السنن الكبرى، ج٨، كتاب النفقات، حديث رقم (١٥٧٦١)، المرجع السابق، ص٦.

[٤]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٥، ص٢١٧.

الفرع الثاني

جواز تخيير المحضون

سأعرض أصل الرأي الفقهي القائل بجواز التخيير (أولاً)، ومن ثمّ سأتناول الأدلة على جواز التخيير (ثانياً)، قبل أن أعرض أحكام التخيير (ثالثاً).

أولاً: أصل المذهب

يرى الشافعية أنّه "إذا صار الصغير مميزاً، فيخيّر بين الأبوين إذا افترقا، ويكون عند من اختار منهما، سواء في ذلك الذكر والأنثى، وإنّ سن التمييز غالباً سبع سنواتٍ، أو ثمانٍ تقريباً". ويشترط في الصغير أن يبلغ السن المحددة، وأن يكون عاقلاً، عقل أمثاله. أمّا إذا كان مجنوناً فلا تخيير له. ويشترط أيضاً أن يكون كلا الأبوين أهلاً للحضانة، فإذا اختل في أحدهما بعض الشروط فلا تخيير[(١)]. وكذلك، أجاز الحنابلة التخيير، لكنّهم قيدوه بالغلام فقط دون الفتاة، "لأنّ الصغيرة إذا بلغت سبع سنين كانت عند أبيها وجوباً إلى البلوغ، فالأب أحفظ للصغيرة"[(٢)].

فقد قُدّمت الأم في حال الصغر لحاجة الولد إلى التربية والحمل والرضاع والمداراة، التي لا تتهيأ لغير النساء، وإذا بلغ المحضون حداً يُعرب فيه عن نفسه، ويستغني فيه عن الحمل والوضع وما تُعانيه النساء، تساوى الأبوان، وزال السبب

---

(١)- النووي، روضة الطالبين، ج٩، ص١٠٤. الشيرازي، المهذّب، المرجع السابق، ج٤، ص٦٥٠.

(٢)- البهوتي، كشّاف القناع، المرجع السابق، ج٥، ص٥٠١. ابن قدامة، الشّرح الكبير، ج٢٤، ص٤٨٣.

الموجب لتقديم الأم، والأبوان متساويان فيه، فلا يُقدّم أحدهما إلّا بمرجّح، والمرجّح إمّا من الخارج وهو القرعة، أو من جهة الولد، وهو اختياره، ويُقدّم التخيير لأنّ القرعة إنّما يُصار إليها إذا تساوت الحقوق من كُلّ وجهٍ، ولم يبقَ مُرجّحٌ سواها[١].

ثانياً: أدلة جواز التخيير

استدل الشافعية والحنابلة على جواز تخيير الصغير بسن التمييز، بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه، أنّ امرأةً قالت: يا رسول الله، إنّ زوجي يُريد أن يذهب بابني، وقد نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة، فجاء زوجها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "يا غلام هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيّهما شئت"، فأخذ بيد أمّه فانطلقت به[٢].

واستدلوا أيضاً، بما رواه عبد الحميد الأنصاري، عن أبيه عن جدِّهِ، أنّه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاء ابنٌ لهما صغيرٌ لم يبلُغْ، فأجلس النبيُّ صلى الله عليه وسلم الأب هاهُنا والأم هاهُنا، ثُمَّ خيَّرَهُ، فقال صلى الله عليه وسلّم: "اللَّهُمَّ اهْدِهِ". فذهب إلى أبيه[٣]. ودليل ذلك أيضاً، أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق جميلة –أم عاصم– ثمّ أتى عليها وفي حجرها عاصم، وأراد أن يأخذه منها، فتجاذباه حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر الصدّيق رضي الله عنه، فقال أبو بكر لعمر رضي

---

[١]- ابن قيّم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج٥، ص٤١٨.

[٢]-الصّنعاني، سُبل السّلام الموصولة إلى بلوغ المرام، المرجع السابق، كتاب الطلاق، حديث رقم (١٠٨٩)، ص٦٥٦. البيهقي، السنن الكبرى، ج٨، المرجع السابق، حديث رقم (١٥٧٥٨)، ص٤.

[٣]- النسائي، السُّنن الكبرى، حديث رقم (٥٨٦٩)، ص٦١٣.

الله عنهما: خلِّ بينها وبينه فإنّ مسحها، وحجرها، وريحها خيرٌ له منك حتى يشبّ الصبي ويختار لنفسه[١].

ثالثاً: أحكام التخيير

إذا تحققت شروط الحضانة في كلا الأبوين، فإمّا أن يتنازع كلاهما حول حضانة الصغير، أو يتدافعا كلاهما عن الصغير، أو يسلّم أحدهما الصغير إلى الآخر[٢].

١. **تنازع الأبوين**: إذا تنازع الأبوان حول حضانة الصغير، وطلب كُلَّ واحدٍ منهما حضانة الصغير لنفسه، فيخيّر الولد بينهما، ويتولى الحاكم تخييره، لأنّ التنازع إليه، ونفاذ الحكم منه. فإذا اختار أحدهما فيكون من اختاره أحقُّ بكفالته، أباً كان أو أماً. أمّا إن اختارهما معاً فذهب الشافعية إلى أنّه يُقرع بينهما، فأيهما قرع كان أحق بكفالته.

أمّا إذا لم يختر أيّاً منهما، ففي ذلك قولان، أحدهما: إنّه يُقرع بينهما، والآخر: إنّه يبقى مع أمّه[٣].

٢. **امتناع الأبوين عن حضانة الصغير**: إذا امتنع الأبوان عن حضانة الصغير، فإذا كان هناك مستحقٌ للحضانة بعد الأبوين كالجد بعد الأب، والجدة بعد الأم، فتنتقل الحضانة إلى المستحق الذي يكون بعد الأب والأم، ويُخيّر الولد بينهما.

---

[١]- الصّنعاني، سُبل السّلام، ج٦، باب الحضانة، ص٢٩٥.

[٢]- الماوردي، الحاوي الكبير، ج١١، ص٥٠٥.

[٣]- الماوردي، الحاوي الكبير، ج١١، ص٥٠٦. الشيرازي، المهذّب، المرجع السابق، ج٤، ص٦٥٠.

أمّا إذا لم يكن بعد الأبوين مستحقٌ للحضانة، ففي ذلك قولان، أحدهما: إنّ الولد يكون على خياره، ويُجبر من اختاره على كفالته، لأنّ في كفالة الصغير حقاً لهما وهي واجبٌ عليها، فإذا سقط بالتمانع حقهما، لم يسقط الواجب وحق الولد عليهما. وأمّا القول الآخر: فإنّ الكفالة تكون على من تجب عليه نفقة الصغير[١].

٣. **تسليم الصغير من أحدهما إلى الآخر**: إذا سلم أحدهما كفالة الصغير إلى الآخر، فيكون من سلم إليه أحق بكفالته، ويسقط تخيير الولد فيها، فإن عاد بعد التسليم مطالباً بالكفالة، عاد إليه حقه، فإن تنازعا بعد عودته، عدنا إلى القسم الأول، وهو تنازع الأبوين[٢].

٤. **تخيير المحضون بين الأقارب**: يخيّر المميز عند فقدان الأب أو عدم أهليته بين الأم والجد (أب الأب)، لأنّه بمنزلة الأب لولايته على الصغير، والجدة أم الأم عند فقد الأم أو عدم أهليتها كالأم، فيخيّر الولد بينها وبين الأب. وكذلك الأخ والعم أو غيرهما من حاشية النسب مع الأم.

فإذا اختار المميز أحدهما، ثمّ اختار الآخر، حوّل إليه، لأنّه قد يظهر له الأمر بخلاف ما ظنّه، أو يتغير حال من اختاره أولاً[٣].

وبهذا، فقد اتفق الشافعية والحنابلة على تخيير المحضون الذكر في سن التمييز، وأجازوا له الاختيار بعد التمييز بين أمّه وأبيه، فإذا اختار أمّه كان مع أبيه نهاراً ليعلمه

---

[١]- الماوردي، الحاوي الكبير، ج١١، ص٥٠٦.

[٢]- الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ص٥٠٦.

[٣]- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج٣، ص٥٩٨.

ويؤدبه، ومع أمّه ليلاً. في حين اختلفوا حول تخيير المحضونة الأنثى، فأجاز ذلك الشافعية، ولم يجزه الحنابلة بحسبان أنّ وجودها مع أبيها هو أحفظ لها.

وفي المقابل، فلم يُجز الحنفية التخيير للمحضون الذكر والمحضونة الأنثى في سن التمييز، وأجازوا ذلك في سن البلوغ. ولا أرى هنا مشكلة بالنسبة للمحضونة الأنثى، بحسبان أنّهم حددوا سن انتهاء حضانتها بالحيض، والحيض علامة من علامات البلوغ، فعندها يُمكن تخييرها، فقد اختلفوا مع الشافعية في سن التخيير بالنسبة للأنثى.

ولكني أرى أنّهم لم يُجيزوا التخيير بالنسبة للمحضون الذكر مطلقاً بالمعنى الذي قصده الشافعية، لأنّهم أنهوا حضانة النساء للذكر في سن التمييز، ولم يجيزوا له الاختيار في هذه السن، بمعنى أنّ المحضون ينتقل حُكماً إلى أبيه بعد أن انتهت مدة حضانة النساء، وينتقل حينها إلى حضانة الرجال والتي تستمر إلى البلوغ، حيثُ ذكر السادة الأحناف إنّه في سن البلوغ: "إذا بلغ رشيداً فليس لأبيه أن يضمه إلى نفسه بغير اختياره، إلّا أن يكون مفسداً مخوفاً عليه، فله أن يضمه بدون اختياره"[(١)]. "والغلام إذا عقل واستغنى برأيه، فليس للأب ضمه إلى نفسه، إلّا إذا لم يكن مأموناً على نفسه، فله ضمه لدفع الفتنة وتأديبه إذا وقع منه شيء"[(٢)]. وجاء أيضاً: "لا خيار للولد عندنا مطلقاً، ذكراً كان أم أنثى، خلافاً للشافعي، هذا قبل البلوغ، أمّا بعده فيخيّر بين أبويه، وإن شاء الانفراد فله ذلك"[(٣)]. فيعني ذلك أنّ التخيير الذي

---

(١)- الزيلعي، تبيين الحقائق، المرجع السابق، ص٤٩.

(٢)- ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص٢٧١.

(٣)- ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص٢٧٠.

قصده الحنفية بعد البلوغ هو تخييرٌ اختياريٌ إن شاء خيّر، وإن شاء انفرد بالسكنى، فلم يعد يطلق عليه وصف المحضون في هذه الحالة، بخلاف الشافعية الذين خيّروا المحضون في مرحلة الكفالة بعد سن التمييز.

٥. **مدى إلزامية اختيار المحضون**: هل يُعد رأي المحضون إلزامياً بالنسبة للقاضي؟ بمعنى هل نأخذ برأي المحضون مطلقاً؟

في الواقع إنّ التخيير يكون مُراعاةً لمصلحة الصغير، فإذا تبيّن أنّ من اختاره الصغير لا يُحقق مصلحة الولد، فلا عبرة لاختياره، ولو كانت الأم أصون من الأب وأغير منه، قدمت عليه، ولا التفات إلى قرعةٍ ولا إلى اختيار الصبيّ في هذه الحالة، فإذا اختار من يساعده على البطالة واللعب عن العلم والعمل لم يُلتفت إلى ذلك، وكان عند من هو أنفع له وأخيّر، ولا تحتمل الشريعة الإسلامية غير هذا.

فإذا كانت الأم تتركه في المكتب، وتعلمه القرآن، والصبيّ يؤثر اللعب ومعاشرة أقرانه، وأبوه يُمكّنه من ذلك، فإنّها به أحق بلا تخييرٍ، ولا قرعةٍ، وكذلك العكس. ومتى أخلّ أحد الأبوين بأمر الله ورسوله في الصبيّ وعطّله، والطرف الآخر مُراعٍ له، فهو أحق وأولى به[(١)].

يقول ابن القيم: سمعت شيخنا –رحمه الله– يقول: تنازع أبوان صبيّاً عند بعض الحكام، فخيّره بينهما، فاختار أباه، فقالت له أمّه: سَلْهُ لأيِّ شيءٍ يختار أباه، فسأله،

---

(١)- ابن قيّم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج٥، ص٤٢٣.

فقال: أمي تبعثني كُلّ يومٍ للكتاب، والفقيه يضربني، وأبي يتركني للعب مع الصبيان، فقضى به للأم، قال: أنتِ أحق به[١].

ومما سبق، أخلص إلى إمكانية تخيير المحضون، وفقاً لما ذهب إليه الشافعية، في سن التمييز، وبشرط ألّا يكون رأي المحضون إلزامياً، وإنّما أن يكون هذا الرأي مُلهماً للقاضي عن ميل الطفل لأحد أبويه، بشرط أن يكون هذا الاختيار محققاً لمصلحة الصغير، كما ذكر ابن القيّم.

[١]- ابن قيّم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج٥، ص٤٢٤.

المطلب الثاني

الموقف القانوني

إنّ مصلحة المحضون هي الأساس في أحكام الحضانة، فهل يُمكن إعطاء الطفل المحضون فرصةً في تحقيق مصلحته من خلال الأخذ برأي المحضون وتخييره؟

سأبيّن موقف التشريعات المقارنة من تخيير المحضون، فهل أخذت هذه التشريعات بمبدأ التخيير؟ وعلى فرض أنّها أخذت بهذا الأمر، فما هي السن المعتمدة لديها في التخيير؟ وهل يُعد رأي المحضون ملزماً للقاضي؟

لتوضيح ذلك، سأعرض موقف التشريعات الغربية (الفرع الأول)، قبل أن أتطرق إلى موقف التشريعات العربية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف التشريعات الغربية

لدى رجوعي إلى القوانين الغربية موضع الدراسة، وجدت أنّ قانون الأسرة الروسي أجاز للقاضي أن يأخذ رأي المحضون، وذلك عندما أعطى القاضي الصلاحية بالتدخل لحل خلافات الأبوين عند عدم الاتفاق على الحضانة، ويراعي القاضي عند حل النزاع مصالح الطفل، ويُمكن أن يأخذ بالحسبان رأي الطفل، ومدى ارتباط الطفل بأحد الوالدين أو بكليهما، وعلاقته مع إخوته، وعمر الطفل، والصفات الأخلاقية للأبوين، وقدرتهم على تهيئة الظروف المناسبة لنشأة الطفل، وغير ذلك (المادة٦٥-٣)[1].

بمعنى أنّ القاضي يتمتع بسلطةٍ تقديريةٍ واسعةٍ لحل الخلاف بين الأبوين حول موضوع الحضانة، ويخضع رأي الطفل في هذه الحالة إلى تقدير القاضي، فلا يكون ملزماً له لإصدار قراره، فعلى القاضي أن يبحث أولاً وأخيراً عن مصلحة المحضون.

أمّا القانون المدني الفرنسي، فقد نصت (المادة٣٧٣-٢-١١) على: "عند اتخاذ قرار بشأن إجراءات ممارسة السلطة الأبوية، يأخذ القاضي بالحسبان على وجه

---

(1)- Место жительства детей при раздельном проживании родителей устанавливается соглашением родителей. При отсутствии соглашения спор между родителями разрешается судом исходя из интересов детей и сучетом мнения детей. При этом суд учитывает привязанность ребенка к каждому из родителей, братьям исестрам, возраст ребенка, нравственные и иные личные качества родителей, отношения, существующиемежду каждым из родителей и ребенком, возможность создания ребенку условий для воспитания и развития род деятельности, режим работы родителей, материальное и семейное положение родителей и другое.

الخصوص: ٢- المشاعر التي يعبر عنها الطفل القاصر بالشروط المنصوص عليها في (المادة ٣٨٨-١)[١].

وقد قررت (المادة٣٨٨-١) من القانون المدني الفرنسي الآتي: "يجوز سماع القاصر القادر على التمييز في أيِّ إجراءٍ يتعلق به، ويُمكن أن يستمع إليه القاضي، إذا كانت مصلحته تملي ذلك، أو يتم سماعه من قبل الشخص الذي يعينه القاضي لهذا الغرض. ويُمكن الاستماع للقاصر بناءً على طلبه. يمكن سماعه بمفرده أو مع محامٍ أو أيّ شخص من اختياره، وإذا لم يكن هذا الاختيار في مصلحة القاصر، فيجوز للقاضي تعيين شخص آخر"[٢].

وبهذا، فقد أجاز المشرّع الفرنسي الاستماع للقاصر في كُل إجراء يتعلق بمصلحته[٣]، ومن ذلك اختيار الإقامة عند أحد أبويه عند عدم اتفاقهما على ذلك. ولم يُحدد القانون الفرنسي سناً محددةً لسماع الطفل، وإنّما على القاضي أن يتأكد من

---

(1)- Article 373-2-11; Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération:
2° Les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1.

(2) - Article 388-1 Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne. L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.

(٣)- وهو ما نصت عليه أيضاً (المادة٩٢- ٢) من القانون المدني الاسباني: "على القاضي، عندما يتعين عليه اتخاذ أي إجراء بشأن حضانة الأطفال القصر ورعايتهم وتعليمهم، أن يكفل إعمال حقه في الاستماع إليه".

Artículo 92-2 del Código Civil español. "Cuando se requiere que el juez tome alguna medida con respecto a la custodia, cuidado y educación de menores, debe garantizar la realización de su derecho a ser".

تمييز الطفل وإدراكه قبل الاستماع إليه. ووفقاً لمحكمة النقض الفرنسية، يجب على قاضي الأسرة التأكد وبشكلٍ فعليٍّ من تمييز الطفل، وقدرته على إبداء رأيه، ولا يجوز للمحكمة أن تستدل من عمره فقط كقرينةٍ على عدم تمييزه. ولذلك، فقد نقضت محكمة النقض الفرنسية قراراً لمحكمة الاستئناف، والتي أسست تقييم قدرة الطفل على التمييز معتمدةً على سنه فقط، وذلك بقرارها الصادر بتاريخ ١٨ آذار ٢٠١٥، حيث انتقدت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض، حكم محكمة الاستئناف التي رفضت الاستماع للطفل، معتبرةً أنّ الطفل كان في التاسعة من عمره فقط، وبالتالي لم يكن قادراً على التمييز.

وخلصت محكمة النقض الفرنسية إلى أنّه لا تجوز الإشارة فقط إلى سن القاصر دون إثبات عدم القدرة على التمييز بشكلٍ فعلي، وبدون هذا التوضيح فقد انتهك قضاة محكمة الاستئناف (المادة ٣٨٨-١) من القانون المدني[(١)].

ويجب تدريب القضاة في شؤون الأسرة من أجل زيادة كفاءتهم وقدرتهم على سماع رأي الطفل والتعامل معه، لأنّ التدريب غير الكافي للقضاة من شأنه أن يؤدي

---

(1)- la Cour de cassation, laquelle a affirmé sa désapprobation à l'égard de l'appréciation de la capacité de discernement de l'enfant uniquement fondée sur son âge. En effet, par une décision rendue le 18 mars 2015, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'unecour d'appel qui, saisie d'une demande d'audition par un enfant dans la procédure relative à la fixation de sa résidence et à l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement, avait refusé l'audition en retenant que l'enfant n'était âgé que de neuf ans et n'était donc pas capable de discernement. La Cour de cassation a estimé qu'en se référant uniquement à l'âge de l'enfant, sans expliquer en quoi ce dernier n'était pas capable de discernement, les juges du fond avaient violé l'article 388-1 du Code civil
Blandine MALLEVAEY, AUDITION ET DISCERNEMENT DE L'ENFANT DEVANT LE JUGE AUX AFFAIRES FAMILIALES55 recommandations pour améliorer la participation de l'enfant aux décisions judiciaires le concernant au sein de sa famille, Centre de recherche sur les relations entre le risque et le droit, Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lille Octobre 2018; p43.

إلى إضعاف خطاب الطفل، وتوتيره، وصعوبة تعبيره عن آرائه بدقةٍ[١]. ويجب أن يتأكد القاضي أنّ الوالد لآخر لم يؤثر على الطفل في إبدائه لرأيه، كي يستطيع التعبير عن إرادته بدون تأثير من أحد الأبوين عليه[٢].

ويبدو أنّ رأي الطفل غير ملزمٍ بالنسبة للقاضي، فكما هو الحال عند المشرّع الروسي، فيبقى رأي الطفل ضمن العناصر التي يجب على القاضي أن يأخذها بالحسبان عند اتخاذ قراره بشأن الطفل. وإنّ المشرع الفرنسي ذكر مشاعر الطفل في المركز الثاني من العناصر التي يُراعيها القاضي، مما يشير إلى أنّ جلسة الاستماع إلى الطفل تلعب دوراً محورياً في اتخاذ القرار.

وبالتالي، يجب على قاضي الأسرة الذي يستمع إلى الطفل أن يأخذ بالحسبان المشاعر التي عبّر عنها، ولكنّه ليس مطالباً أبداً بالامتثال للرغبات التي عبّر عنها الطفل. وفي الواقع، الاعتبار الأول الذي يجب أن يوجه قرار القاضي هو مصلحة الطفل[٣]، ويجب أن يسترشد قاضي الأسرة -في المقام الأول- بمصالح الطفل الفضلى، والتي يتم تحديدها بشكلٍ خاصٍ من قبل القاضي في ضوء جلسة الاستماع إلى الطفل. وبهذا يُطلب من القاضي مراعاة المشاعر والاحتياجات التي عبر عنها الطفل أثناء جلسة الاستماع، دون إجبارٍ على الامتثال.

---

(1)-Blandine MALLEVAEY, AUDITION ET DISCERNEMENT DE L'ENFANT DEVANT LE JUGE AUX AFFAIRES FAMILIALES55 recommandations pour améliorer la participation de l'enfant aux décisions judiciaires le concernant au sein de sa famille, op.cit., p17.

(2)- rapport ainsi sont le fruit d'un travail mené par l'équipe du Service Droit des Jeunes de Namur, L'audition civile du mineur: La voix des jeunes, Novembre 2017, p50.

(3)- Blandine MALLEVAEY, AUDITION ET DISCERNEMENT DE L'ENFANT DEVANT LE JUGE AUX AFFAIRES FAMILIALES55 recommandations pour améliorer la participation de l'enfant aux décisions judiciaires le concernant au sein de sa famille, op.cit., p165.

الفرع الثاني

موقف التشريعات العربية

تباين موقف التشريعات العربية محل الدراسة حول تخيير المحضون، فلم ينص المشرّع الإماراتي على تخيير المحضون.

وهو ما قرره المشرّع الجزائري أيضاً، وقضت المحكمة العليا الجزائرية بعدم التخيير، حيثُ جاء في أحد أحكامها: "من المقرر أنّ رغبة المحضون لا تؤخذ بالحسبان في تعيين الحاضن..."[(١)].

وعلى الرغم من عدم وجود نصٍ في المجلة التونسية، إلّا أنّ القضاء التونسي أخذ بتخيير المحضون، حيثُ قرر أنّه: ما دام قد ثبت من تقرير المرشد الاجتماعي أنّ إسناد حضانة البنت إلى والدها أولى، كما أنّ الابن قد بلغ من السن ما يجعله يُدرك منفعته، وقد أبدى عدم رغبته في الإقامة مع أمّه، حيثُ فرَّ عنها إلى أبيه الذي يعيش معه، وإنّ ما ذهبت إليه محكمة الموضوع من إسقاط حضانة الأم لأبنائها إلى الأب مراعاةً لمصلحة المحضون —استناداً لتقرير المرشد الاجتماعي- يكون تعليلاً سائغاً قانوناً[(٢)].

---

(١)- المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (٢٦٥٠٣)، تاريخ ١٩٨٢/١/١١، نشرة القضاة، ١٩٨٢، ص٢٣٦. أشار إليه، زكيه حميدو، مصلحة المحضون، المرجع السابق، ص١٧٧.

(٢)- محكمة التعقيب التونسية، قرار مدني رقم (٥٠٣٧)، تاريخ ١٩٨١/٣/٢٤، أشار إليه، زكية حميدو، المرجع السابق، ص١٨٤.

في حين نص القانون العراقي صراحةً على تخيير المحضون، وفقاً (للمادة٥٧/٥): "إذا أتمّ المحضون الخامسة عشرة من العمر، فيكون له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه، أو أحد أقاربه لحين إكمال الثامنة عشرة من العمر، إذا آنست منه المحكمة الرشد في الاختيار".

فأعطى قانون الأحوال الشخصية العراقي المحضون حرية الاختيار إذا بلغ الخامسة عشرة من عمره للإقامة مع من يشاء من أبويه أو أحد أقاربه. ومن الملاحظ أنّ القانون العراقي حدد سن انتهاء الحضانة بإتمام المحضون سن العاشرة من عمره، وأجاز للمحكمة الإذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكمال الخامسة عشرة من عُمره، إذا ثبت للمحكمة بعد الرجوع إلى اللجان الطبية المختصة والشعبية أنّ مصلحة الصغير تتطلب ذلك. فيعني ذلك أنّ المحضون بعد إتمامه العاشرة من العمر ستنتهي حضانة الأم، وينتقل المحضون إلى الأب في حال لم يتم تمديد حضانة الصغير، ومن ثمّ إذا أتمّ المحضون الخامسة عشرة من عمره يكون له الخيار بين أبويه، فإنّ ذلك يُشبه ما قرره المذهب الحنفي.

وكذلك، قرر المشرّع المغربي جواز تخيير المحضون (المادة١١٦) من المدونة المغربية: "بعد انتهاء العلاقة الزوجية يحق للمحضون الذي أتمّ الخامسة عشرة من عمره، أن يختار من يحضنه من أبيه وأمّه، وفي حالة عدم وجودهما، يُمكنه اختيار أحد أقاربه ... شريطة ألّا يتعارض ذلك مع مصلحته". فيجب أن يُراعي القاضي في تخيير المحضون مصلحته، وأن يحرص أن يكون رأيه محققاً لمصلحته[1].

---

[1]- محمد الشافعي، الزواج والحلاله في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص٣٠٤.

وبالمثل، فقد قرر قانون الأحوال الشخصية المصري (المادة٢٠) معدلة: "ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة، ويُخيّر القاضي الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذا السن في البقاء في يد الحاضنة، وذلك حتى يبلغ سن الرشد، وحتى تتزوج الصغيرة".

وبهذا، فقد أجاز القانون المصري الصغير أو الصغيرة في سن الخامسة عشرة من العمر الاختيار بين أبويه، وذلك إلى حين إتمام سن الرشد بالنسبة للذكر، وحتى تتزوج الفتاة.

وبالعودة إلى قانون الأحوال الشخصية السوري وتعديلاته، أجد أنّه لم ينص – بدايةً– على تخيير الصغير، وبالقانون (رقم٤) تاريخ٥/٢/ ٢٠١٩، أورد تعديلاً مفاده (المادة١٤٦): "١. تنتهي مدة الحضانة بإكمال الولد /ذكراً كان أو أنثى/ الخامسة عشرة من العمر. ٢. لا خيار للولد بين أبويه. ٣. للأب أن يطلب من القاضي تسليمه الولد الذي انتهت حضانته وفق الإجراءات المنصوص عليها بالفقرة الثالثة من المادة /١٣٩/ من هذا القانون".

فنفى المشرّع صراحةً التخيير بالنسبة للمحضون إذا كان الولي الأب، وأبقى على نص (المادة١٤٧): "١. إذا كان الولي غير الأب فللقاضي وضع الولد، ذكراً أو أنثى، عند الأصلح من الأم أو الولي أو من يقوم مقامهما، حتى تتزوج البنت أو تبلغ أو يبلغ الصبي سن الرشد".

فإذا كان المحضون ذكراً أم أنثى وانتهت مدة حضانتهم، وكان الولي غير الأب، فللقاضي الخيار في تسليم المحضون، إمّا للأم، أو الولي، أو من يقوم مقامهما، حتى

تتزوج الفتاة أو تبلغ، أو يبلغ الصبي سن الرشد. وهذه الفقرة تطبيقٌ جزئيٌ لرأي المالكية، ببقاء المحضونة لدى أمها إلى حين زواجها، ومخالفة لرأي المالكية الذين قالوا بانتهاء سن حضانة النساء للمحضون الذكر بالبلوغ، وليس بسن الرشد وهو الثامنة عشرة بحسب القانون السوري[1].

ومن ثمّ ما لبث المشرّع السوري أن أورد تعديلاً آخر للمادة (١٤٦)، من قانون الأحوال الشخصية بالقانون رقم (٢٠) تاريخ٢٧/٦/ ٢٠١٩، حيثُ قرر إعطاء المحضون الخيار بالإقامة عند أحد أبويه بعد انتهاء سن الحضانة.

وبهذا، فقد ساير المشرّع السوري الاتجاه السائد بتخيير الصغير، ويُلاحظ أنّ جميع التشريعات العربية التي أجازت تخيير الصغير حددت سن الخامسة عشرة سناً للتخيير، بخلاف التشريعات الغربية كالقانون الفرنسي والروسي اللذين لم يُحددا سناً معينةً لسماع رأي المحضون، وإنّما أجازوا سماع رأي المحضون لمجرد تمييزه. وأكدّت ذلك محكمة النقض الفرنسية باجتهادٍ حديثٍ لها، بأنّ المعوّل عليه هو التمييز فعلاً، وليس السن –كما وضحت– وهذا يذكرني بما ذهب إليه السادة الشافعية والحنابلة حيثُ اكتفوا بالتمييز من أجل السماع إلى رأي المحضون، بخلاف الحنفية الذين أنكروا التخيير للمحضون بسن التمييز –كما أسلفت– وأجازوا ذلك بعد البلوغ، وهو ما تبنته معظم التشريعات العربية المقارنة، مع اختلافٍ في التطبيق. فالحنفية أنهوا حضانة النساء بالتمييز، ونقلوا الحضانة بعدها إلى الرجال بالنسبة للمحضون الذكر، وأنهوا حضانة الأنثى بالحيض إذا كانت لدى أمّها، وبالتمييز إذا كانت عند غير أمّها، ومن

---

[1]- محمد الحسن مصطفى البغا، وقت الحضانة ورؤية الأطفال، مرجع سابق، ص١١.

ثمّ أعطوا البالغ الخيار بين أبويه، فتخييرهم هو تخيير البالغ، لا تخيير المحضون بالمعنى الذي قصده الشافعية والحنابلة.

لذا، فالذي أراه بالنسبة للتخيير، يُمكن أن نسمع رأي المحضون بين أبويه في سنٍ مبكرةٍ أكثر، وقد اقترحت –سابقاً– تخفيض سن الحضانة بالنسبة للذكر والأنثى إلى سن العاشرة من العمر إلّا إذا اقتضت مصلحة المحضون خلاف ذلك، وبهذه السن يُمكن للقاضي أن يستمع إلى رأي المحضون بين أبويه، وذلك بعد أن يتأكد القاضي من تمييزه[1]. لأنّ التطبيق الحالي يعني انعدام حضانة الأب –كما ذكرت سابقاً– حيثُ سيكشف الواقع العملي أنّ الأبناء يختارون على الأغلب الإقامة لدى الأم أو الحاضنة من النساء على الدوام، لأسبابٍ ترجع في أغلبها إلى اعتياد معاشرة الحاضنة لمدةٍ طويلةٍ، ورغبة الصغير في هذه السن الإفلات من شخصية مهابة، وما

---

[1]- إنّ الوضع المطبق في القانون الفرنسي أنّ القاضي هو من يُقدر فيما إذا كان الطفل قادراً على التمييز من عدمه. وقد أجرى أحد الباحثين الفرنسيين دراسةً، سأل من خلالها مجموعةً من القضاة، فيما إذا كان من المستحسن بالنسبة لهم تحديد سن مُعيّنةٍ يفترض بعدها أنّ هذا الطفل قادرٌ على التمييز. وإذا كان الأمر كذلك، فأيُّ سنٍ سيكون المعتمد لأخذ رأي الطفل كدليلٍ على تمييزه؟ وكانت الشريحة التي سُئلت ٢٩ قاضياً، وافق اثنا عشر منهم على فكرة افتراض التمييز في سنٍ محددةٍ، قائلين: إنّهم يُفضلون افتراض سنٍ مُعينةٍ لعدّ الطفل مميزاً، أو قادراً على التعبير عن رأيه، في حين رفض ثلاثة عشر قاضياً هذا الطرح. وعندما سُئل القضاة المؤيدون لافتراض تحديد عُمرٍ للتمييز، اختلفت الإجابات من سن الثامنة إلى سن الثالثة عشرة من العمر، أربعة قضاة حددوا السن بثمان سنوات، وقاضٍ حدد السن بتسع سنوات، بينما استهدف أربعة قضاة سن العاشرة، وقاضٍ واحد سن الحادية عشر.

فمن الدراسة السابقة أجد أنّه كُلهم اقترحوا سناً للتمييز دون سن الخامسة عشر، وهو السن الذي اعتمده المشرّع السوري، وباقي التشريعات العربية المقارنة.

Blandine MALLEVAEY, AUDITION ET DISCERNEMENT DE L'ENFANT DEVANT LE JUGE AUX AFFAIRES FAMILIALES55 recommandations pour améliorer la participation de l'enfant aux décisions judiciaires le concernant au sein de sa famille, op.cit., P54-55.

يفرضه على الصغار في هذه السن الحرجة من قيودٍ وضوابط، وبهذا يكون المشرع قد ساير اتجاه عدم ضم الصغير إلى حاضنٍ من الرجال في هذه السن بالذات[١]. على الرغم من أنّ الفقهاء المسلمين يؤكدون على ضرورة وجود المحضون –سيّما الذكر– مع أبيه، حتى عند اختياره لأمه فإنّه يكون مع أبيه نهاراً. فالتطبيق العملي سيقطع صلة الأولاد بأبيهم، ويؤكد ذلك أن تلك التعديلات –التي سنّها المشرع على عجل– إنّما تهدف إلى تغليب جانب المرأة.

أمّا عن إلزامية رأي المحضون بالنسبة للقاضي، فلم تُشر التشريعات العربية – فيما خلا التشريع المغربي– إلى هذا الأمر، بخلاف التشريعين الفرنسي والروسي اللذين جعلا رأي المحضون غير مُلزمٍ للقاضي، وإنّما يخضع لسلطته التقديرية. فإنّ رغبة الطفل قد لا تتفق مع مصالحه، ولا يجوز أن نجعل الحضانة رهينةً لإرادة المحضون، فيجب أن يقتصر دوره على مساعدة القاضي في تقدير مصلحته، فلا يأخذ بالحسبان إرادة الطفل وإنّما مصلحته، فإذا لاحظ القاضي أنّ اختيار الطفل لا يحقق مصلحته، فلا يُجبر على الأخذ برأيه، كما أكدّ على ذلك ابن القيّم.

ومما سبق، أقترح إعادة صياغة (المادة١٤٦) من قانون الأحوال الشخصية لتصبح كالآتي: "١. تنتهي الحضانة بالنسبة للذكر والأنثى بإتمام المحضون العاشرة من العمر، إلّا إذا اقتضت مصلحة المحضون خلاف ذلك، فيمكن أن يقدر القاضي استمرار الحضانة، بشرط ألّا يزيد عمر المحضون على الخامسة عشرة من العمر. ٢.

---

[١]- سيدة محمود، أبرز التعديلات التي طرأت على قوانين الأحوال الشخصية المصرية، المرجع السابق.

يُخير القاضي المحضون بين أبويه في سن العاشرة من عُمره، وللقاضي أن يقرر ما يراه مُحققاً لمصلحة الصغير".

خاتمة الباب الثاني

تناولت في الباب الثاني من الدراسة آثار الحضانة وانتهاءها، وتعرضت إلى الآثار المالية للحضانة، والتي تتجلى بالنفقة بمختلف مشتملاها من طعامٍ ومسكنٍ ورضاعٍ وغير ذلك من الأمور الضرورية للمحضون.

وقد اعتنى فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة بأمور النفقة، وأوجبوها على الأب ابتداءً، ومن ثمّ اختلفوا في قواعد انتقالها عند عدم وجود الأب، في حين قررت التشريعات الغربية تقرير النفقة المشتركة على الأبوين، وأشاروا إلى إمكانية انتقالها إلى غير الأبوين في بعض الحالات. كما اختلفت التشريعات المقارنة في وقت الحكم بالنفقة. كما تناول الفقهاء والتشريعات المقارنة أحكام سكن المحضون، وأفردت بعض التشريعات العربية مواد خاصةً لأحكام مسكن المحضون.

كما تناولت الآثار غير المالية للحضانة، والتي تدور أحكامها حول الانتقال بالمحضون، ورؤية المحضون ومشاهدته. فاهتم الفقه الإسلامي والتشريعات المختلفة بهذه الأحكام وفصّلوا فيها، ووجدت قصوراً واضحاً في تنظيم أحكام رؤية المحضون من قبل المشرّع السوري.

ومن ثمّ انتقلت إلى الحديث عن انتهاء الحضانة، وتعرضت فيه إلى سن انتهاء الحضانة، حيثُ ثار جدلٌ فقهيٌ في ذلك، واختلفت القوانين المقارنة في تحديد هذه السن، ومن ثمّ فقد أعطى بعض الفقه والتشريعات المقارنة لرأي المحضون أهميةً في اختيار أحد الأبوين عند انتهاء الحضانة، فناقشت هذا الأمر وتوصلت إلى ضرورة إجراء بعض التعديلات في قانون الأحوال السوري.

خاتمة الرسالة

تعرضت في هذه الدراسة إلى بحث أحكام الحضانة ذات الصلة الوثيقة بالطفل المحضون، وبحثت ذلك، في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، وقوانين عربيةٍ عدةٍ؛ كالقانون المصري، والإماراتي، والعراقي، والمغربي، والتونسي، والجزائري، والسوري، أضف إلى ذلك بعض القوانين الغربية، كالقانون المدني الفرنسي، وقانون الأسرة الروسي، بما يتصل بموضوع الدراسة.

وإنّ لأحكام الحضانة أهميةً بالغةً، كونها تحمي الطرف الأضعف في الأسرة التي انحلت عُرى الرابطة الزوجية فيها، ولقد وجدت اختلافاً في القوانين المقارنة، سواء من حيث شكل الحضانة؛ كالحضانة المشتركة في القوانين الغربية، في حين أنّ أولوية الحضانة للأم في القوانين العربية، أو من حيثُ سن انتهاء الحضانة، وغير ذلك من المواضيع التي أثرتها في الدراسة.

وقد وجدت ضرورة تعديل بعض المواد القانونية ذات الصلة بموضوع الدراسة، فرأيتُ أنّه من الضروري جداً في مواضيع الحضانة إعطاء القاضي السلطة التقديرية الواسعة في اختيار الأصلح للمحضون، ويجب تأهيل القضاة الشرعيين بشكلٍ دقيقٍ، ويُمكن طلب المساعدة من هيئاتٍ متخصصةٍ ومساعدةٍ له لدراسة الحالة الاجتماعية والنفسية للطفل، من أجل اتخاذ القرار المناسب والمحقق لمصلحته. وقد توصلتُ إلى جملةٍ من النتائج والمقترحات، فيما يأتي توضيحها:

أولاً: النتائج

١. إنّ مصلحة الطفل المحضون هي الأساس في أحكام الحضانة، وعلى القاضي أن يسعى جاهداً إلى تحقيق هذه المصلحة، مراعياً الظروف المحيطة بكل حالةٍ على حدة، ومنضبطاً بضوابط الشريعة الإسلامية في تقريرها لأحكام المصلحة في تحقيق المقاصد العامة للشارع في حماية مصالح الناس ورفع المفاسد عنهم.

٢. اتفقت التشريعات المقارنة مع الفقه الإسلامي، باشتراط البلوغ والعقل في الحاضن. وأضاف بعض الفقهاء الرشد، والذي أخذت به بعض التشريعات، وأغفله القانون السوري.

٣. أوردت التشريعات الغربية نصوصاً خاصةً تُراعي تجنب استخدام العنف على المحضون، سواء كان عنفاً جسدياً أم نفسياً، وهو ما أشار إليه السادة المالكية، والقانون التونسي، في حين لم تورد باقي التشريعات المقارنة نصاً كذلك، وهو قصورٌ يجب تداركه.

٤. تعدُّ مصلحة الطفل الأساس في تقرير إسقاط الحضانة من عدمها عن الأم عند زواجها، وعملها، ودراستها.

٥. أشار التشريع السوري في تعديله الأخير إلى الشروط المتعلقة بحضانة الحاضن الذكر، مُسايراً الشروط الفقهية والتشريعات المقارنة التي أخذت بهذه الشروط، وأرى أن يُعطى القاضي سلطةً تقديريةً في تحديد هذه الشروط وفقاً لما بينت.

٦. إنّ قاعدة أولوية الأم بحضانة الصغير هي قاعدةٌ راسخةٌ، وعلى التشريعات التي تجاهلت ذلك أن تعيد النظر في هذا الأمر، وإنّ مصلحة المحضون تستدعي تقديم الأب مباشرةً بعد الأم من حيثُ استحقاق الحضانة.

٧. تنبهت بعض التشريعات المقارنة إلى أهمية عدم ترك باب المطالبة بالحضانة مفتوحاً لمستحقها، بدون تحديد مدةٍ زمنيةٍ لهذه المطالبة، وهذا ما أهمله المشرّع السوري.

٨. أشارت بعض التشريعات المقارنة إلى سلطة القاضي عند عدم وجود الأبوين، أو عدم توافر شروط الحضانة فيهما، وعدم قبول حاضنٍ آخر لهذه الحضانة، من خلال نقل هذه الحضانة إلى حاضنٍ آخر أو إلى إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك، في حين لم يُعالج القانون السوري هذه الإشكالية.

٩. تبنت التشريعات الغربية المقارنة نظام الحضانة المشتركة، وأعطت الأولوية لاتفاق الأبوين على هذه الحضانة، وفي حال عدم وجود اتفاقٍ، أو كان هذا الاتفاق يتعارض مع مصلحة المحضون، فللقاضي الخيار في إسناد الحضانة إلى من يراه مناسباً لتحقيق مصلحة المحضون، دون أولويةٍ لأحدٍ على آخر.

١٠. تتطلب الحضانة المشتركة نقل المحضون بين أمّه وأبيه، وسيؤثر ذلك بالغاً في حالة الصغير واستقراره النفسي، ويؤثر سلباً عليه، لذا فإنّ ما قرره الفقه الإسلامي أكثر تحقيقاً لمصلحة المحضون.

١١. تعطي التشريعات الغربية –محل الدراسة– الأولوية لاتفاق الأبوين بخصوص نفقة المحضون، انسجاماً مع تقريرها لأحكام الحضانة المشتركة، وفي حال عدم الاتفاق تقرر المحكمة فرض النفقة المشتركة على الأبوين، ومن ثمّ على

باقي الأقارب. بخلاف التشريعات العربية التي أخذت برأي المذاهب الفقهية بأنّ الأولوية في الإنفاق على الأب، ومن ثمّ على الأم أو باقي الأقارب عند غياب الأب أو إعساره.

١٢. تشابهت التشريعات المقارنة فيما بينها في أسس تحديد النفقة، وسعت إلى تحقيق مصلحة المحضون –قدر الإمكان– مراعيةً في ذلك، حال المكلف بالإنفاق، وحاجة المحضون، وعمره، ومختلف الظروف المحيطة به، تاركةً الأمر لسلطة المحكمة التقديرية.

١٣. اختلفت التشريعات المقارنة حول تاريخ الحكم بالنفقة، محاولةً تحقيق مصلحة المحضون، فقررت بعض التشريعات الحكم بالنفقة من تاريخ الادعاء، وبعضها من تاريخ الامتناع عن الإنفاق، في حين أجازت تشريعاتٌ أخرى الحكم بالنفقة لمدةٍ سابقةٍ عن الادعاء، واختلفت في تحديد هذه المدة، واختار المشرّع السوري مدة السنة السابقة لتاريخ الادعاء في تعديله الأخير.

١٤. لم يُفرد المشرّع السوري نصاً خاصاً بخصوص نفقة مسكن المحضون، بخلاف معظم التشريعات المقارنة، على الرغم من أهمية هذا الأمر، تاركاً ذلك لاجتهاد محكمة النقض، والتي سايرت الرأي الفقهي بوجوب تأمين نفقة السكن للمحضون.

١٥. ساير المشرّع السوري في التعديل الأخير، الاتجاه السائد في معظم التشريعات المقارنة، من إعطاء القاضي السلطة التقديرية ليتأكد من أنّ

انتقال المحضونة بالطفل يُحقق مصلحته، سواء كان هذا الانتقال داخل القطر أو سفراً خارجه.

١٦. ساير المشرّع السوري في التعديل الأخير أيضاً، الاتجاه السائد في معظم التشريعات المقارنة، بمنع الأب من السفر بالمحضون خلال مدة الحضانة، إلّا إذا قرر القاضي خلاف ذلك، تحقيقاً لمصلحة الصغير.

١٧. ثمة أهمية كبيرة لموضوع رؤية المحضون، لأنّ الواقع العملي يشهد استغلال الطرف الحاضن هذا الأمر لإيذاء الطرف الآخر، وقطع صلة الطفل به. وقد اتفقت المذاهب الفقهية على عدم جواز منع أحد الأبوين الآخر من رؤية المحضون.

١٨. اختلاف نظرة الفقه الإسلامي للإراءة عن موقف القوانين المقارنة، فإنّ الغاية من الإراءة هي تأمين مزيد من اتصال طالب الإراءة بالطفل وتعليمه وتأديبه ولتحقيق الألفة، لا الرؤية المجردة فقط.

١٩. تبنت التشريعات موضع الدراسة سناً أكبر لانتهاء الحضانة، مقارنةً بالفقه الإسلامي. فالفقه الإسلامي —ما عدا المذهب المالكي– حرص على انتقال الصغير من حضانة النساء إلى الرجال في سنٍ أبكر من السن الذي أخذت به التشريعات.

٢٠. اختلاف الفقه الإسلامي حول تخيير المحضون، وسنه. فاتفق الحنابلة والشافعية على تخيير المحضون الذكر في سن التمييز، في حين اختلفوا حول تخيير المحضونة الأنثى، فأجازه الشافعية ولم يجزه الحنابلة، ولم يُجز الحنفية

التخيير للمحضون في سن الحضانة، وأجازوا ذلك بعد البلوغ وهو تخيير البالغ، وليس بالمعنى الذي قصده الحنابلة والشافعية.

٢١. اختلاف التشريعات المقارنة حول سن الأخذ برأي المحضون، حيثُ اكتفت التشريعات الغربية بالتمييز، بخلاف التشريعات العربية التي حددت سن التخيير بسن الخامسة عشر من عمر الصغير.

٢٢. اختلاف التشريعات المقارنة حول إلزامية رأي المحضون بالنسبة للقاضي، فلم تُشر التشريعات العربية –التي أخذت بتخيير المحضون– إلى مدى إلزامية رأي المحضون بالنسبة للقاضي، بخلافِ التشريعين الفرنسي والروسي اللذين أكدا أنّ رأي المحضون غير ملزمٍ للقاضي، ويخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

ثانياً: المقترحات

١. حسم الجدل القضائي الذي وقعت فيه محكمة النقض السورية، من خلال إيراد نصٍ قانوني يقرر أنّ الحضانة من حق الصغير.

أقترح إضافة مادةٍ قانونيةٍ لقانون الأحوال الشخصية السوري، تقرر أنّ الحضانة من حق الصغير، ويُمكن للقاضي أن يُجبر الأم على الحضانة تحقيقاً لمصلحة المحضون. ويُمكن أن تكون الصياغة كالآتي: "الحضانة من حق الصغير، ويُمكن إجبار الأم عليها تحقيقاً لمصلحة المحضون".

٢. تعديل (المادة١٣٧)، لإضافة شرط الرشد إذا أضرّ الحاضن غير الرشيد بأموال المحضون، واشتراط كمال الأهلية لباقي الحاضنين من غير الأم.

يمكن أن تأتي الصياغة كالآتي: "يشترط في الحاضن: العقل والبلوغ والرشد، إذا أضرّ غير الراشد بأموال المحضون، ويُشترط كمال الأهلية لباقي الحاضنين غير الأبوين".

٣. تعديل (المادة١٣٧)، فيما يتعلق بشرط استمرار حضانة الأم المخالفة لدين الصغير، إلى حين انتهاء الحضانة.

أقترح تعديل استمرار حضانة الأم في هذه الحالة، ويُمكن أن تنتهي حضانة الأم غير المسلمة في سن السادسة، ويُمكن أن تكون الصياغة كالآتي: "تستمر حضانة الأم ولو كانت على غير دين أب المحضون ما لم يثبت استغلالها للحضانة، لتنشئته على غير دين أبيه، وتسقط هذه الحضانة بإتمام سن السادسة من عمر الصغير، ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك تقديراً لمصلحة الصغير، كما تسقط حضانة غير الأم إن كانت على غير دين أب المحضون بإتمامه الخامسة من العمر".

٤. إضافة شرط عدم عنف الحاضن على المحضون، (للمادة١٣٧) من قانون الأحوال الشخصية السوري، في ظل تدهور الأخلاق وازدياد العنف في شتى مظاهره.

٥. إعطاء القاضي سلطةً تقديريةً لكي يقرر إسقاط الحضانة عن الأم عند زواجها، وهو ما تبناه القانون السوري في التعديل الأخير، لكنّه لم يُشر إلى وقت سقوط الحضانة إذا قرر ذلك القاضي.

لذا أقترح تعديل صياغة (المادة٢/١٣٨)، لتصبح كالآتي: "يُقرر القاضي إسقاط الحضانة من عدمها عند زواجها والدخول بها، ويُمكن أن يأخذ بالحسبان عدم وجود حاضن سواها، أو سكوت من له الحق في المطالبة بالحضانة أكثر من سنةٍ، عدم قدرة المحضون على الاستغناء عن حاضنته لعجزٍ أو مرضٍ أو غيره".

٦. أقترح تعديل (المادة٢/١٣٩) لتشير إلى أنّ الأصل إسقاط الحضانة عند عمل الأم الحاضنة.

بحسبان أنّ القضاء السوري قد توسع بحالات إسقاط الحضانة عند عمل المرأة، لذا فأرى أنّه يُمكن تعديل صياغة المادة القانونية لتصبح كالآتي: "يسقط حق الحاضنة بحضانة أولادها بسبب عملها، إلّا إذا رأى القاضي، مستعيناً بالظروف المحيطة. وسن الصغير، أنّ عملها لا يتعارض مع مصلحة المحضون".

٧. إعطاء القاضي سلطةً تقديريةً في التحقق من كفاءة المرأة لدى الرجل الحاضن، والبحث في مدى أمانة الحاضن غير المحرم، وعدم وجود حاضنٍ سواه لحضانة الأنثى.

لذا، أقترح تعديل صياغة المادة (٣/١٣٧)، لتصبح كالآتي: " يشترط في الرجل الحاضن، زيادةً على الشروط الواردة في الفقرة /١/ من هذه المادة: أ. أن يكون

عنده من يصلح للحضانة من النساء، ويُقدّر القاضي مدى صلاحية هذه المرأة وفقاً لمصلحة الطفل بعد تقريره الحضانة المؤقتة لمدة أربعة أشهر ب. أن يكون ذا رحمٍ محرمٍ للمحضون الأنثى، ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك، وفقاً للظروف، وتحقيقاً لمصلحة المحضون".

٨. **إعطاء القاضي السلطة التقديرية للتدخل في اختيار الحاضن الأكثر كفاءةً بعد الأم والأب، من بين الحاضنين المنصوص عليهم في (المادة١٣٩)، بما يُحقق مصلحة المحضون.**

أقترح أن يكون ترتيب الحاضنين الوارد في (المادة١٣٩) اختيارياً بالنسبة للقاضي بعد الأم والأب، لاختيار الحاضن الأكثر كفاءةً وتحقيقاً لمصلحة المحضون، وفقاً لكل حالةٍ على حدة. ويُمكن أن تأتي الصياغة كالآتي: "حق الحضانة للأم فللأب، فلأم الأم وإن علت، فلأم الأب وإن علت، فللأخت الشقيقة، فللأخت للأم، فللأخت لأب، فلبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فبنت الأخت لأب، فللخالات، فللعمات، بهذا الترتيب ثم للعصبات من الذكور باستثناء الأب على ترتيب الإرث، مع مراعاة القاضي مصلحة المحضون".

٩. **عدم ترك حق المطالبة بالحضانة مفتوحاً أمام مستحقها.**

أرى ضرورة إضافة مادةٍ قانونيةٍ إلى قانون الأحوال الشخصية السوري، لتعالج موضوع سقوط الحق بالحضانة عند عدم المطالبة بها مدةً زمنيةً معينةً، حرصاً على استقرار المحضون. ويُمكن أن تكون الصياغة كالآتي: "لمستحق الحضانة أن يتقدم

بطلبها خلال سنةٍ من تاريخ ظهور السبب المسقط لحضانة الحاضن السابق، إلّا إذا قدر القاضي خلاف ذلك تحقيقاً لمصلحة المحضون".

١٠. نقل الحضانة من الأبوين إلى حاضنٍ آخر إذا ثبت للقاضي عدم أهلية الأبوين لها.

أوصي المشرّع السوري بإضافة مادةٍ قانونيةٍ تعالج حالة عدم أهلية كلا الأبوين، أو عدم قبول الحضانة من مستحقٍ لها، تعطي القاضي سلطة التدخل لاختيار الأصلح لهذه الحضانة من الأقارب أو دور الرعاية. ويُمكن أن تأتي الصياغة كالآتي: "إذا لم يوجد الأبوان، أو وجدا ولم تتوافر فيهما شروط الحضانة، ولم يقبل الحضانة مستحقٌ لها، فيختار القاضي الأصلح للحضانة من الأقارب، أو دور الرعاية عند الحاجة".

١١. تعديل مواد نفقة المحضون، لتقديم الأم بالنفقة على أقارب المحضون عند قدرتها على الإنفاق، وإمكانية الحكم بالنفقة من تاريخ الامتناع عن الإنفاق تحقيقاً لمصلحة الصغير.

أقترح تعديل المواد المتعلقة بنفقة الصغير الواردة في قانون الأحوال الشخصية السوري، ويُمكن أن تأتي الصياغة كالآتي: "أ. تجب نفقة الولد على أمه الموسرة إذا فُقِدَ الأب ولا مال له، أو عجز عن الإنفاق، ولها الرجوع على الأب بما أنفقت إذا أيسر، وتجب النفقة عند إعسار الأم أو فقدانها على أقارب الصغير حسب ترتيب الإرث، وحصته الإرثية، وتتحمل الدولة نفقة من لا قريب موسر له ب. ويحكم القاضي بالنفقة من تاريخ امتناع المكلف بالنفقة عن أدائها".

١٢. إنشاء صندوق النفقة للمحضونين عند تعذر حصولهم على النفقة من الشخص المكلف بها.

أوصي المشرّع السوري بتفعيل التعديل الأخير بوجوب تحمّل الدولة نفقة من لا قريب موسر له، من خلال إحداث صندوق النفقة للمحضونين، ويُمكن الاستفادة من التجارب العربية في هذا الصدد.

١٣. إضافة مادةٍ قانونيةٍ تتناول سكن المحضون.

أرى ضرورة إضافة مادةٍ قانونيةٍ للقانون السوري تتناول سكن المحضون، تأخذ بالحسبان مصلحة الصغير، وفي الوقت نفسه لا تشكّل عبئاً على الأب المطلّق في حال عدم وجود حاجةٍ ماسةٍ لهذه النفقة، ويُمكن أن تأتي الصياغة كالآتي:

"إذا كانت الحاضنة الأم، ولم يكن للمحضون أو للحاضنة أو وليها مسكن، أو لم يكن للمحضون مال لاستئجار مسكنٍ، فيجب على ولي المحضون توفير سكنٍ مناسبٍ لممارسة الحضانة، أو دفع أجرة المسكن تقديراً من القاضي، ويقسم هذا الأجر بين ولي المحضون وبين المطلقة أو وليها كل بحسب نصيبه من أجرة المسكن.

وإذا كانت الحاضنة تقيم مع أهلها في مسكنٍ مستأجرٍ، يُكلف ولي المحضون بأداء أجرةٍ تقدرها المحكمة، مراعيةً في ذلك عدد المحضونين، إلّا إذا وافق أهلها على سكناها معهم بغير أجرة مسكنٍ، فلا يُقضى لها بالأجرة، أمّا إذا كانت الحاضنة غير الأم، ووجد من يتبرع بإمساك الصغير، فيسلّم إليه".

١٤. إعادة صياغة أحكام رؤية المحضون وزيارته.

أقترح إعادة صياغة مواد الإراءة الواردة في قانون الأحوال الشخصية السوري، وفقاً للآتي: أ. إذا كان المحضون في حضانة أحد الوالدين، فيكون للآخر الحق في زيارته واصطحابه، والاتصال به عبر وسائل الاتصال الحديثة المتوفرة، ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك تحقيقاً لمصلحة المحضون ب. إذا كان أحد أبوي المحضون متوفياً أو غائباً، فيكون لأقارب المحضون المحارم الحق في زيارته، وفقاً لما يقدره القاضي. ج. إذا كان المحضون لدى غير أبويه، فيعيّن القاضي مستحق الزيارة من أقاربه المحارم".

"إذا تعذر تنظيم الزيارة اتفاقاً، نظمها القاضي، بشرط أن تكون في مكانٍ لا يُضرّ بالمحضون، مُراعياً تدرج مدة الزيارة والاصطحاب حسب تقدم المحضون بالعمر".

"إذا امتنع الحاضن عن تمكين المحكوم له من الرؤية أو الاصطحاب أو الاتصال بالمحضون دون عذر، وتكرر تخلفه أو امتناعه بعد إنذار قاضي التنفيذ له، جاز لقاضي الموضوع، بناءً على طلب صاحب المصلحة إسقاط الحضانة، ونقلها إلى من يليه من أصحاب الحق بالحضانة، لمدةٍ محدودةٍ لا تزيد على ستة أشهر".

"إذا تكرر تخلف المحكوم له عن الموعد المحدد لتنفيذ الحكم باستلام المحضون، لرؤيته أو اصطحابه دون عذرٍ، جاز لقاضي التنفيذ، بناءً على طلب صاحب المصلحة، وقف تنفيذ قرار الإراءة لمدةٍ لا تزيد على ستة أشهر".

١٥. **تعديل سن انتهاء الحضانة، واتباع سياسةٍ تشريعيةٍ موحدةٍ بين قانون الأحوال الشخصية، وباقي قوانين الطوائف.**

أقترح تعديل مواد قوانين الأحوال الشخصية المتعلقة بسن انتهاء الحضانة، سواء التي وردت في قانون الأحوال الشخصية، أو في قوانين الطوائف، لأنّ رفع هذه السن سيؤثر سلباً على الدور التربوي للأب، ويُمكن رفع السن عند تقدير القاضي ذلك، تحقيقاً لمصلحة الطفل. ويُمكن أن تأتي الصياغة كالآتي: "تنتهي الحضانة بالنسبة للذكر والأنثى بإتمام المحضون العاشرة من العمر، إلّا إذا اقتضت مصلحة المحضون خلاف ذلك، فيمكن أن يقدر القاضي استمرار الحضانة، بشرط ألّا يزيد عمر المحضون على الخامسة عشرة من العمر".

١٦. تعديل سن تخيير المحضون، والإشارة إلى إخضاع هذا الرأي للسلطة التقديرية للقاضي.

أقترح تخفيض سن تخيير المحضون في قانون الأحوال الشخصية السوري، والتأكيد على أنّ هذا الرأي غير ملزم للقاضي، ويجب أن يُصدر قراره بما يُحقق مصلحة المحضون. ويُمكن إعادة صياغة (المادة١٤٦) من قانون الأحوال الشخصية لتصبح كالآتي: "٢. يُخير القاضي المحضون بين أبويه في سن العاشرة من عُمره، وللقاضي أن يقرر ما يراه مُحققاً لمصلحة الصغير".

تمت بعونه تعالى وفضله

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

١. اتفاقية أسوأ أشكال عمل الأطفال، رقم ١٨٢، لعام ١٩٩٩.

٢. اتفاقية حقوق الطفل، صدقت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٥/٤٤، لعام ١٩٨٩.

٣. البروتوكول الاختياري لحقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة لسنة ٢٠٠٠.

٤. قانون الإجراءات المدنية الروسي رقم (١٣٨)، لعام٢٠٠٢.

٥. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (٢٨)، لعام٢٠٠٥.

٦. قانون الأحوال الشخصية الروم الأرثوذكس رقم(١٠)، لعام ٢٠٠٤.

٧. قانون الأحوال الشخصيّة السريان الكاثوليك رقم(٢٣)، لعام ٢٠٠٤.

٨. قانون الأحوال الشخصية السوداني، رقم (٤٣)، لعام١٩٩١.

٩. قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩)، لعام ١٩٥٣، المعدل بالقانون رقم (١٨)، لعام٢٠٠٣، والمعدل أيضاً بالقانون رقم (٤)، لعام٢٠١٩. والمعدل بالقانون رقم (٢٠)، لعام٢٠١٩.

١٠. قانون الأحوال الشخصيّة العراقي رقم (١٨٨)، لعام ١٩٥٩.

١١. قانون الأحوال الشخصيّة المصري رقم(٢٥)، لعام ١٩٢٩، المعدّل بالقانون (١٠٠)، لعام ١٩٨٥، والقانون رقم(١)، لعام ٢٠٠٠.

١٢. قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية لعام ١٩٤٨.

١٣. قانون الأحوال الشخصيّة للطوائف الكاثوليكيّة رقم(٣١)، لعام ٢٠٠٦.

١٤. قانون الأسرة الروسي، رقم (٢٢٣)، لعام١٩٩٥.

١٥. القانون الجزائري للأحوال الشخصيّة رقم(٨٤-١١)، لعام ١٩٨٤، المعدّل والمتمم.

١٦. قانون الطفل المصري، رقم (١٢) عام ١٩٩٦، والمعدَّل بالقانون (١٢٦) عام ٢٠٠٨.

١٧. القانون المدني الاسباني، لعام٢٠١٥.

١٨. القانون المدني الفرنسي.

١٩. قانون الوصاية الروسي لعام٢٠٠٨.

٢٠. قانون حماية الطفل الجزائري، رقم (١٥-١٢)، لعام ٢٠١٥.

٢١. قانون صندوق النفقة الجزائري، رقم (١٥-٠١)، لعام ٢٠١٥.

٢٢. القرار الوزاري الإماراتي بخصوص تنظيم رؤية المحضون، رقم (١١٥٠)، لعام ٢٠١٠.

٢٣. القرار الوزاري المصري بخصوص تنظيم رؤية المحضون، رقم (١٠٨٧) لسنة ٢٠٠٠.

٢٤. القرآن الكريم.

٢٥. مجلّة الأحوال التونسية، لعام ١٩٥٦.

٢٦. مجلة حماية حقوق الطفل التونسي الصادر بالقانون عدد ٩٢ لسنة ١٩٩٥.

٢٧. مُدونّة الأسرة المغربيّة الصادرة بالقانون رقم(٠٣-٧٠)، لعام ٢٠٠٤.

ثانياً: المراجع

- **كتب تفسير القرآن**

١. أبو السعود محمّد بن محمّد العمادي، تفسير أبي السعود، دار المصحف، ج٥، بدون تاريخ.
٢. أبو القاسم محمّد بن أحمد بن جُزي الكلبي، التسهيل لعلوم التّنزيل، تحقيق: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ط١، ج٢، ١٩٩٥.
٣. أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصّاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج٢، ١٩٩٢.
٤. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبيّ، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبدالله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط١، ج١٤، ٢٠١٤.
٥. الزّجّاج أبو اسحاق إبراهيم بن السّري، معاني القرآن وإعرابه، تحقيق: عبد الجليل عبده شلبي، عالم الكتب، ط١، ج٣، ١٩٨٨.
٦. عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم المعروف بتفسير ابن كثير، دار الفكر، ج١، ج٣.
٧. محمّد الرازي فخر الدّين، تفسير الرّازي الشهير بالتفسير الكبير، دار الفكر، ط١، ج٦، ١٩٨١.
٨. محمد بن يوسف الشهير بأبي حيّان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود-علي محمّد معوّض، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ط١، ج٦، ١٩٩٣.

٩. محمد بن يوسف الشهير بأبي حيّان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، ط١، ج٦.

- **كُتب الحديث**

١. أبو الحجاج جمال الدّين يوسف بن عبد الرحمن المزّي، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: عمرو سيّد شوكت، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ج٤، ٢٠٠٤.

٢. أبو العُلا محمّد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، تُحفة الأحوذي بشرح جامع التّرمذي، تحقيق: خالد عبد الغني محفوظ، دار الكُتب العلمية، بيروت- لبنان، ج٥.

٣. أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السُّنن الكبرى، تحقيق: محمّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج٨- ج٧-ج١٠.

٤. أبو بكر عبد الله بن محمّد بن إبراهيم ابن أبي شيبة، المصنّف، تحقيق: حمد بن عبد الله الجمعة-محمّد بن إبراهيم اللّحيدان، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، ط١، ج٦، ٢٠٠٤.

٥. أبو داوود سليمان بن الأشعث الأزديَّ السجستانيِّ، سُنن أبي داوود، تحقيق: شعيب الأرناؤوط- محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، دمشق، ج٦- ج٣- ج١، ٢٠٠٩.

٦. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النَّسائي، كتاب السُّنن المعروف بالسُّنن الكبرى، تحقيق: مركز البحوث وتقنية المعلومات، دار التأصيل، بيروت، ط١، المجلد السابع، ٢٠١٢.

٧. أبو عبد الرحمن عبد الله بن أحمد بن محمّد بن حنبل الشيباني، كتاب السُّنَّة، تحقيق: محمد بن سعيد بن سالم القحطاني، دار عالم الكُتب، الرياض، المجلد١، ط٤، ١٩٩٦.

٨. أبو محمّد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنُن الترمذي (الجامع الصحيح)، تحقيق: خالد عبد الغني محفوظ، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ٢٠١٩.

٩. أحمد بن إسماعيل بن عُثمان بن محمّد الكوراني، الكوثر الجاري إلى رياض حديث البخاري، ضبطه: محمّد بن رياض الأحمد، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت.

١٠. أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار البيان، كتاب الشهادات، بدون تاريخ.

١١. خليل أحمد السّهارنفوري، بذل المجهود في حلّ أبي داوود، المجلد الخامس، دار الفكر للطباعة والنشر، ٢٠١٥.

١٢. شمس الدّين عبد الله بن قايماز الذّهبي، المهذّب في اختصار السُّنن الكُبرى للبيهقي، تحقيق: محمّد عُثمان، دار الكُتب العلمية، بيروت- لبنان، ج٦.

١٣. ظفر أحمد العُثماني التّهانوي، إعلاء السُّنن، تحقيق: محمّد العزازي، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ج١١، ٢٠١٨.

١٤. علاء الدّين علي بن بلبان الفارسي، صحيح ابن حبّان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، المجلد ١٤، ط٢، ١٩٩٣.

١٥. علي بن عمر الدّارقطني، سُنن الدّارقطني، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي محمّد معوّض، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ط١، ٢٠٠١.

١٦. مجد الدّين أبو السعادات المبارك بن محمّد ابن الأثير الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، تعليق: أبو عبد الرحمن صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلميّة، لبنان-بيروت، ج١.

١٧. محمّد بن إسماعيل الأمير الصّنعاني، سُبل السّلام الموصولة إلى بلوغ المرام، تحقيق: محمّد صبحي حسن حلّاق، ج٦، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعوديّة، ١٤٢١هـ.

١٨. محمد بن علي الشوكاني، السّيل الجرّار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، ط١، ج٢، ١٩٩١.

١٩. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح مُنتقي الأخبار، الطبعة الأخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ج٦، ١٩٧١.

- **كُتب اللغة العربيّة**

١. ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: مكتب تحقيق التراث، دار إحياء التراث، مؤسسة التاريخ، بيروت- لبنان، المجلد٣، ط٢، ١٩٩٣.

٢. أبو القاسم الحسين بن محمّد، المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ج١، مطبعة نزار مصطفى الباز.

٣. أحمد بن محمّد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، القاهرة، ط٢، ج٢.

٤. لويس معلوف، المنجد في اللغة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ط١٩.

٥. مجد الدّين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، ط٨، ٢٠٠٥.

- **كتب الفقه الإسلامي وأصوله**

أولاً: الفقه الحنفي

١. إبراهيم محمّد بن ابراهيم الحلبي الحنفي، حواشي على مُلتقى الأبحر في الفقه الحنفي، تحقيق: حامد عبد الله المحلاوي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج٢.

٢. ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج٧، ٢٠٠٣.

٣. أحمد بن محمد الطحطاوي، حاشية الطّحطاوي على الدُّر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ج٥، ٢٠١٧.

٤. زين الدين الشهير بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ج٤، ١٩٩٧.

٥. عبد الرحمن محمّد بن سليمان، مجمّع النهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ج٢.

٦. علاء الدين أبو بكر ابن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي محمّد معوّض، دار الكتب العلمية، بيروت، ج٥-ج٩- ج١٠، ١٩٧١.

٧. علاء الدّين عبد العزيز بن أحمد البُخاري، كشف الأسرار، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج٤، بدون تاريخ.
٨. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الآميرية، مصر، ج٣، ١٣١٣هـ.
٩. محمد أمين المعروف بابن عابدين، ردُّ المحتار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي محمّد معوّض، دار الكتب العلمية، بيروت، ج٩-ج٥، ١٩٧١.
١٠. محمّد بن علي بن عبد الرحمن الحصكفي، الدُّرُّ المختار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكُتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ٢٠٠٢.

ثانياً: الفقه المالكي

١. أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السّالك، تحقيق: محمّد عبد السّلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج٢، ١٩٩٤.
٢. أبو الحسن علي بن عبد السّلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، لبنان، ط١، ج١، ١٩٩٨.
٣. أبو النّجا سالم بن محمّد عزّ الدّين بن محمّد المصري السّنهوري، تيسير الملك الجليل لجمع الشّروح وحواشي خليل في الفقه المالكي، تحقيق: عبد المحسن العتّال، دار الكتب العلمية، ج٥، ٢٠١٩.

٤. أبو الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، تحقيق: محمد العرايشي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ج٥، ١٩٨٨.

٥. أبو الوليد محمّد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدّمات الممهدّات، تحقيق: محمّد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ج١، ١٩٨٨.

٦. أبو عبد الله محمد الخرشي، حاشية الخرشي، المطبعة الكبرى الآميرية، مصر، ط٢، ج٥، ١٣١٧هـ.

٧. أبو عُمر يُوسف بن عبد الله بن محمّد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مكتبة الرياض الحديثة، ط١، ١٩٧٨.

٨. أحمد بن أحمد المختار الجنكي الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج٣.

٩. الحطّاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، ج٦، ١٩٩٥.

١٠. السيد عثمان بن حسنين بري الجُعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ج٢.

١١. شمس الدّين محمد عرفة الدّسوقي، حاشية الدُّسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ج٢، بدون تاريخ.

١٢. صالح عبد السّميع الآبي الأزهري، جواهر الاكليل، تحقيق: محمّد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج١، بدون تاريخ.

١٣. عبد الباقي يوسف بن أحمد بن محمّد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني، تحقيق: عبد السّلام محمّد أمين، دار الكُتب العلمية، بيروت- لبنان، ج٤، ٢٠٠٢.
١٤. عبد اللطيف بو عبدلاوي، فقه ابن الماجشون، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، بدون تاريخ.

ثالثاً: الفقه الشافعي

١. أبو اسحاق الشيرازي، المهذّب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمّد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ط١، ج٤، ١٩٩٦.
٢. أبو البقاء محمّد بن موسى الدّميري، النّجم الوهّاج في شرح المنهاج في الفقه الشافعي، تحقيق: محمّد العزازي، دار الكتب العلمية، ج٣، بدون تاريخ.
٣. أبو الحسن علي بن محمّد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه، تحقيق: علي محمّد معوض-عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ج٦-ج١١، ١٩٩٤.
٤. أبو القاسم عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز، تحقيق: علي محمّد معوض-عادل أحمد عبد الموجود، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.
٥. الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف: زهير الشاويس، المكتب الإسلامي، ط٣، ج٩، ١٩٩١.
٦. زكريا بن محمّد الأنصاري، الغرر البهية، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ط١، ج٨، ١٩٩٧.

٧. تقي الدّين علي بن عبد الكافي السبكي، فتاوي السّبكي في فروع الفقه الشافعي، تحقيق: محمّد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، ج١، بدون تاريخ.
٨. الخطيب الشربيني، حاشية البجيرمي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج٤.
٩. زكريّا بن محمّد بن أحمد بن زكريّا الأنصاري، فتح الوهّاب بشرح منهج الطّلاب، دار الكتب العلمية، ط١، ج٢، لبنان، ١٩٩٨.
١٠. شمس الدّين محمّد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط١، ج٢، ١٩٩٧.
١١. شهاب الدّين أبو العبّاس أحمد بن حمدان الأذرعي، قوت المحتاج في شرح المنهاج، تحقيق: عيد محمّد عبد الحميد، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ج٧، ١٩٧١.
١٢. شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي، الفتاوى الكبرى الفقهية على مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: عبد اللطيف عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ج٤.

ثانياً: الفقه الحنبلي

١. ابن قدامة المقدسي، الشّرح الكبير، تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي، هجر للطباعة، ط١، ج٢٤، ١٩٩٦.
٢. ابن قيّم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: شعيب الأرناؤوط- عبد القادر الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ط٣، ج٥، ١٩٩٨.

٣. شمس الدّين أبو عبد الله محمّد بن قيّم الجوزيّة، تحفة المودود بأحكام المولود، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ١٩٧١.
٤. شمس الدّين محمّد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن بن عبدالله الجبرين، مكتبة العبيكان، ط١، ١٩٩٣، المجلد٦.
٥. عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، المجلد الخامس، ط١، ١٣٩٨هـ.
٦. علاء الدّين أبو الحسن علي بن سيلمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: رائد بن صبري، بيت الأفكار الدولية، بيروت، ج٢، ٢٠٠٤.
٧. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح مُنتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ج٥، ط١، ٢٠٠٠.
٨. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشّاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، ج٥، ١٩٨٣.

خامساً: الفقه الظاهري

١. أبو محمّد علي بن أحمّد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلّى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، ج١-١٠.

سادساً: كُتب الفقه العامة

١. أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دار السلام للطباعة، ط٤، ٢٠٠٤.

٢. أبو جعفر محمّد بن جرير الطبري، تاريخ الطبري، تحقيق: محمّد أبو الفضل ابراهيم، ط٢، دار المعارف بمصر، ج٢.
٣. أحمد الحجي الكردي، أحكام المرأة في الفقه الإسلامي، دار الإمام البخاري للطباعة، بدون تاريخ.
٤. حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧١.
٥. زين الدّين أبو الفضل عبد الرحيم بن الحسين العراقي، طرح التثريب في شرح التقريب، تحقيق: عبد القادر محمد علي، دار الكتب العلمية، ج٣، ٢٠١٢.
٦. العربي بختي، التربية العائلية في الإسلام، ديوان المطبوعات الجامعة، بدون تاريخ.
٧. فوزي خليل، دور أهل الحلّ والعقد في النموذج الإسلامي لنظام الحكم، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، مصر، ١٩٩٦.
٨. محمّد أبو زهرة، الأحوال الشخصيّة، دار الفكر العربي، ١٩٥٠، ط٢.
٩. محمّد بن سعد بن منبع الهاشمي البصري، الطبقات الكُبرى، تحقيق: محمّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط١، ج٨، ١٩٩٠.
١٠. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بدون تاريخ.
١١. محمّد قطب، التّطوّر والثبات في حياة البشرية، دار الشروق، ١٩٩١، ط٨.

١٢. محمود شمس الدّين أمير الخزاعي، ضوابط البلوغ عند الفقهاء، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.
١٣. مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي، دار اليسر للطباعة والنشر، مصر.
١٤. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط٢، ج٧، ١٩٨٥.
١٥. يحيى بن محمد بن هبيرة، الإجماع عند أئمة أهل السُنَّة الأربعة، مكتبة العبيكان، الرياض، ط١، ٢٠٠٣.

سابعاً: كتب أصول الفقه

١. محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، المطبعة الآميرية، مصر، ١٣٢٢هـ، ط١، ج١.
٢. عبد الوهاب خلاّف، علم أصول الفقه، دار القلم للطباعة والنشر، القاهرة، ط٨.

- **الكتب القانونيّة**

١. إبراهيم سليمان الرقب، العنف الأسري، دار يافا العلمية، الأردن، ٢٠١٠.
٢. أحمد الرجوب، أحكام الحضانة، دار العماد، سورية-حلب، ط١، ٢٠١٩.
٣. أحمد محمّد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، مكتبة الثقافة، عمّان، ج١، ١٩٩٩.

٤. أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، بدون دار نشر، بدون تاريخ.

٥. باقر الخليلي، تطبيقات في قانون الأحوال الشخصية، بغداد، مطبعة الإرشاد، ١٩٦٤.

٦. حسن البغا- مصطفى البغا، قانون الأحوال الشخصية١، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٨.

٧. رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٩٩.

٨. زينب وحيد دحام، العنف العائلي في القانون الجزائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٢.

٩. سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية –قراءة في الفقه والقضاء، تونس، مجمّع الأطرش، ٢٠١٥.

١٠. شاكر محمود النّجار، أحكام النسب في الشريعة والقانون مع قرارات محكمة التمييز، ط١، بغداد، ٢٠٠٤.

١١. صلاح زرق عبد الغفار يونس، جرائم الاستغلال الاقتصادي للأطفال- دراسة مقارنة، دار الفكر، مصر، ط١، ٢٠١٥.

١٢. طارق عفيف صادق أحمد، نظرية الحق، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ط١، ٢٠١٦.

١٣. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي –دراسة مقارنة، المطبعة الكبرى.

١٤. عبدالرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية (الطلاق وأثاره)، ج٢، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٧.

١٥. علاء الدين كرفة، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج٢، بغداد، ١٩٦٣.

١٦. محمّد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحضانة، دار محمود للطباعة، مصر، ط١، ٢٠١٥-٢٠١٦.

١٧. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود، مصر.

١٨. محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية، بدون تاريخ، مراكش.

١٩. محمود ربيع خاطر- محمد عبد الحميد الألمعي، قانون الأحوال الشخصية والمواريث وقوانين الأسرة، معلقاً عليه بأحدث أحكام محكمة النقض، دار محمود للنشر، مصر، ٢٠١٨.

٢٠. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط٣، ٢٠١٠.

٢١. معوّض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ج٢، ١٩٩٥.

٢٢. ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٧.

٢٣. المهدي قيّاس، القاضي المدني وحماية القاصر، مجمع الأطرش للطباعة، تونس، ط١، ٢٠١٥.

٢٤. موريس صادق، قضايا النفقة والحضانة والطاعة معلقاً عليها بأحدث أحكام القضاء، دار الكتاب الذهبي، القاهرة، ١٩٩٩.

٢٥. نرمين حسن السطالي، سيكولوجية العنف، دار السعيد للنشر، مصر، ط١، ٢٠١٨.

٢٦. وليد محمد الشبيبي، الفرق بين نفقة الزوجة ونفقة الأولاد والأبوين في قانون الأحوال العراقي وتطبيقها في المحاكم العراقية، بغداد، ٢٠١٣.

- **الرسائل العلميّة**

٦. إلهام تكفه، نفقة الأولاد –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون–، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، ٢٠١٦-٢٠١٧.

٧. بشرى سعدي أبو جيب، الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، كلية الشريعة، ٢٠٠٤.

٨. زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، أطروحة دكتوراه، الجزائر، ٢٠٠٤-٢٠٠٥.

٩. سارة عيساوي – نبيل مدور، النفقة في قانون الأسرة، جامعة عبد الرحمن ميرة، رسالة ماجستير، الجزائر، ٢٠١٣-٢٠١٤.

١٠. سعاد علي، جرائم الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية، رسالة ماجستير، جامعة العربي التبسي، الجزائر، ٢٠١٥-٢٠١٦.

١١. سناء عمّاري، التطبيقات القضائية للحضانة إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر، ٢٠١٥.

١٢. فضيلة شاكر، النظام القانوني للحضانة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، الجزائر، ٢٠١٦-٢٠١٧.

١٣. عبد الله نجار- عمر بودهوس، صندوق النفقة وفقاً للقانون رقم (١٥-٠١)، لعام ٢٠١٥، رسالة ماجستير، جامعة الجيلالي، الجزائر، ٢٠١٥.

١٤. مؤيد زيدان، أبعاد القانون-دراسة في علم الاجتماع القانوني مقارنة بين قانون الإيجار المصري والسوري والشريعة الإسلامية-، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠١٠.

١٥. نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرآة والطفل بعد الطلاق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المغرب، رسالة ماجستير، ٢٠٠٥-٢٠٠٦.

١٦. نسرين برقوق، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥.

١٧. نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠٠٨-٢٠٠٩.

١٨. نوال بن كرو، الحضانة بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية، جامعة عبد الرحمن ميرة، رسالة ماجستير، الجزائر، ٢٠١٣.

- **البحوث والمجلات القانونيّة**

١. إدريس الفاخوري، السفر بالمحضون: أية حماية، دراسة في ظل قوانين الأسرة لبلدان المغرب العربي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١١.

٢. الجريدة الرسمية المصرية، العدد (٢)، لعام٢٠٠٥.

٣. حسن فتوح، طرد المحضون في القانون المغربي، مجلة مغرب القانون، ٢٠١٧.

٤. حسين رجب مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي –دراسة مقارنة–، مجلة التقني، المجلد (٢٤)، العدد العاشر، ٢٠١١.

٥. حميد سلطان علي الخالدي، مشاهدة المحضون –دراسة مقارنة– مجلة جامعة بابل، العراق، العلوم الإنسانية، المجلد (١٥)، العدد(٢)، ٢٠٠٧.

٦. سجلات محكمة النقض السورية.

٧. سعاد يوبي، إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية.

٨. شذى مظفر حسين، حضانة الأم في الفقه الاسلامي والقانون العراقي والقانون المدني الفرنسي، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، المجلد الرابع، حزيران ٢٠١١.

٩. عماد الدين الرشيد، مشروع قانون حقوق الطفل في سورية دراسة تحليلية نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٥)، العدد الثاني، ٢٠٠٩.

١٠. فتيحة الطلحاوي، نفقة الابن والمكفول –أوجه التشابه والاختلاف–، مجلة الفقه والقانون، العدد (٩)، ٢٠١٣.

١١. المجلة القضائية الجزائرية، العدد (١)، (٢)، (٤)، ١٩٩٢.

١٢. المجلة القضائية الجزائرية، العدد (١)، (٢)، (العدد الخاص)، ٢٠٠١.

١٣. المجلة القضائية الجزائرية، العدد (١)، (٢)، ٢٠٠٤.

١٤. المجلة القضائية الجزائرية، العدد (٢)، ٢٠٠٩.

١٥. المجلة القضائية الجزائرية، العدد(٢)، ٢٠٠٣.

١٦. مجلة المحامون السورية، الأعداد (١-٢-٣-٤)، السنة٨٤، لعام٢٠١٩.

١٧. مجلة المحامون، الأعداد: ٩، ١٠، ١١، ١٢، السنة (٩٤)، ٢٠١٩.

١٨. مجلة المحامون السورية، الأعداد (٥-٦-٧-٨)، السنة (٨٣)، لعام٢٠١٨.

١٩. مجلة المحامون السورية، العدد (١١-١٢)، ١٩٩٧.

٢٠. مجلة المحامون السورية، العدد الثامن، لعام ١٩٦٣.

٢١. مجلة المحامون السورية، العدد(١١-١٢)، لعام١٩٩٦.

٢٢. محمد الحسن مصطفى البغا، وقت الحضانة ورؤية الأطفال، مجلة جامعة دمشق، المجلد الثامن عشر، العدد الأول، ٢٠٠٢.

٢٣. ناديا خير الدين عزيز، أثر السفر بالمحضون على حق الأم في الاحتفاظ بالحضانة، مجلة الرافدين، العراق، المجلد (١٨)، العدد (٦٢)، السنة (٢٠)، ٢٠١٤.

٢٤. نشوان زكي سلمان، الحضانة وشروط ممارستها، مجلة الرافدين، العراق، العدد (١٦)، المجلد (٥٩)، السنة (١٨)، لعام ٢٠١٣.

- **المراجع الأجنبيّة**

أولاً: باللغة الفرنسية

1. Les aptitudes éducatives des parents sont indéniables et d'égale valeur : CA Paris 11 mars 2004, Juris-Data, n°237195.
2. Gérard Neyrand, Dans L'enfant, la mère et la question du père, 2011.
3. Isabelle Corpart, Les lieux de vie des enfants, Recherches familiales 2005/1 (N°2, Éditeur : Union nationale des associations familiales.
4. Patrick Lingibé, La garde des enfants mineurs : que se passe-t-il en cas de désaccord?, mardi 19 mars 2019.
5. Juliette Daudé, L'obligation d'entretien de l'enfant majeur : jusqu'à quand les parents doivent-ils payer? 22 avril 2014.
6. Aurélie VERON sous, L'OBLIGATION D'ENTRETIEN, Mémoire de DEA de droit privé, Université de Lille 2, Année universitaire 2002-2003.
7. Colette LEVY, Droit de la famille :Interdiction de sortie du territoire de l'enfant mineur sans l'autorisation des deux parents, MDMH – Publié le 25 septembre 2015.
8. Résumé des informations juridiques de notre expert en santé» Document n ° 9: Engagement de maintenance au 15/06/2017.
9. Blandine MALLEVAEY, AUDITION ET DISCERNEMENT DE L'ENFANT DEVANT LE JUGEAUXAFFAIRESFAMILIALES55recommandations pour améliorer la participation de l'enfant aux décisions judiciaires le concernant au sein de sa famille, Centre de recherche sur les relations entre le risque et le

droit, Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lille; Octobre 2018.

10. rapport ainsi sont le fruit d'un travail mené par l'équipe du Service Droit des Jeunes de Namur, L'audition civile du mineur: La voix des jeunes, Novembre 2017.
11. Autorité parentale: principe et sanctions en cas de non-respect https://www.capital.fr/votre-argent/autorite-parentale-1351841
12. Décisions de la Cour de cassation française Publié sur le site: www.village-justice.com/articles/difficile-question-garde-des-enfants,28499.html

ثانياً: باللغة الروسية

1. Жаров Антон Алексеевич, адвокат, специалист по семейному и ювенальному (детскому) праву, руководитель Команды адвоката Жарова Лишение родительских прав https://zharov.info/teoriyainauka/adoption/lishenieroditelskix-prav-poryadok-dejstvij-dokumenty-zakony
2. Юлия Павловна, кандидат юридических наук, доцент, Соглашение о детях как способ определения судьбы детей при расторжении брака (Свит Ю. П.) «Законы России: опыт, анализ, практика», 2008, N 5.

ثالثاً: باللغة الإنكليزية

1. Claire Carter, Separated parents are 'damaging' children by sharing their care, expert claims, 20 October 2019.

- **المواقع الالكترونيّة**

١. موقع دار الإفتاء المصري، رقم الفتوى (٣٦١٢)، تاريخ٣/٥/٢٠١٦، منشور على الرابط:

https://www.daralifta.org/ar/ViewFatwa.aspx?ID=13013&LangID=1

٢. موقع فقه القضاء التونسي، منشور على الرابط:

www.ruedemalte.com,jurisarchm,result11473616811.1778.html

٣. موقع قناة الخبر السورية، منشور على الرابط:

https://alkhabar-sy.co.

٤. موقع فيتو برس الإخباري، منشور على الرابط:

https://vito-press.com/archives/6550

٥. موقع روسيا اليوم الإخباري، منشور على الرابط:

https://arabic.rt.com/funny/1044089

٦. موقع مراسلون الإخباري، منشور على الرابط:

https://muraselon.com/2020/01

٧. موقع دروس القانون المغربي، منشور على الرابط:

https://www.coursdroitarab.com/2017/12/nafa9a-modawanat-ossra-pdf-s3.html

٨. موقع فقه القضاء التونسي، منشور على الرابط:

http://www.ruedemalte.com/jurisarch/result51472206198.3612.html

٩. موقع المجلس العربي للطفولة والتنمية، منشور على الرابط:

https://www.arabccd.org

١٠. موقع صحيفة الوطن الالكترونية المصري، منشور على الرابط:

https://www.elwatannews.com/news/details/4286992

١١. موقع بوابة التشريع التونسي، منشور على الرابط:

http://www.legislation.tn/affich-code/Code-de-la-protection-de-l%27enfant__92

١٢. موقع اليونسيف، منشور على الرابط:

https://www.unicef.org/ar/

١٣. موقع مجلس الشعب السوري، منشور على الرابط:
http://parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=201&nid=11333&ref=tree

١٤. موقع الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة الجزائري، منشور على الرابط:
https://www.unicef.org/algeria/media/1066/file/La%20loi%201-12%20en%20arabe.pdf

١٥. موقع مركز الدراسات القانونية والقضائية التونسي، منشور على الرابط:

http://www.cejj-justice.tn/index.php?id=101

١٦. موقع التشريعات المغربية، منشور على الرابط:
https://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/

١٧. موقع بوابة التشريع في تونس، منشور على الرابط:
http://www.legislation.tn/affich-code/Code-du-statut-personnel__95

١٨. موقع الجريدة الرسمية الجزائرية، منشور على الرابط: وة أبو العلا، المدة التي حددها القانون لمشاهدة المحضون في القانون العراقي، مقال منشور على موقع المحاماة العراقي:

https://www.mohamah.net/law

١٩. سيدة محمود، أبرز التعديلات التي طرأت على قوانين الأحوال الشخصية المصرية المعنية بالمرأة خلال العقود الثلاثة الأخيرة ١٩٧٩-٢٠٠٩، منشور على الرابط:

http://www.iicwc.org/lagna/iicwc/iicwc.php?id=990

فهرس الآيات

التسلسل	السورة	الآية	رقمها	الصفحة
١	غافر	﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ.. ﴾	٦٧	١٢
٢	الحج	﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِنَ الْبَعْثِ....﴾	٥	١٢
٣	النور	﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ... ﴾	٣١	١٣
٤	آل عمران	﴿قَالَ رَبِّ أَنَّى يَكُونُ لِي غُلَامٌ.. ﴾	٤٠	١٣
٥	يوسف	﴿وَجَاءَتْ سَيَّارَةٌ فَأَرْسَلُوا وَارِدَهُمْ... ﴾	١٩	١٣
٦	مريم	﴿قَالَ إِنَّمَا أَنَا رَسُولُ رَبِّكِ...﴾	١٩	١٣
٧	مريم	﴿يَا يَحْيَى خُذِ الْكِتَابَ...﴾	١٢	١٤
٨	مريم	﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ..﴾	٢٩	١٤
٩	البقرة	﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ...﴾	٢٣٣	١٤-٤٥ -٥٢-٥٧ -١٥١ ١٩٣-٢٧٤
١٠	المزمل	﴿فَكَيْفَ تَتَّقُونَ إِنْ كَفَرْتُمْ..﴾	١٧	١٤
١١	النور	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ...﴾	٥٨-٥٩	١٤
١٣	طه	﴿إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى مَنْ يَكْفُلُهُ...﴾	٤٠	٤٧
١٥	النساء	﴿الَّذِينَ يَتَرَبَّصُونَ بِكُمْ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ فَتْحٌ مِنَ اللَّهِ... ﴾	١٤١	١١١
١٦	الأنفال	﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ...﴾	٧٢	١١٢
١٧	النساء	﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ.. ﴾	٢٣	١٥٢
١٨	الطلاق	﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا	٦	٢٦٤

		عَلَيْهِنَّ.. ﴾		
٢٠	الإسراء	﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ... ﴾	٣١	٢٦٤
٢١	الأنعام	﴿قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ... ﴾	١٥١	٢٦٤

فهرس الأحاديث

التسلسل	طرف الحديث	الصفحة
٢	مُروا الصَّبيَّ بالصَّلاةِ إذا بلغ سبعُ سنين.....	١٥-٣٧٧
٣	يا رسول الله، إنّ ابني هذا كان بطني له وعاءً، وثديي له سقاءً، وحجري له حواءً....	٤٧-١٤٨-١٩٣
٤	إنّ امرأةً جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت له: فداك أبي وأمّي، إنّ زوجي يُريدُ أن يذهب بابني...	٥١-٤٠٥-٤٠٨
٥	ما رواه عبد الحميد الأنصاري، عن أبيه عن جدِّهِ، أنّه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاء ابنٌ لهما صغيرٌ لم يبلُغْ...	٤٧-٤٠٠
٦	عن عليّ رضي الله عنه، قال: خرج زيدُ بن حارثة إلى مكة، فقدم بابنة حمزة، فقال جعفر: أنا آخُذُها، أنا أحقُّ بها، ابنةُ عمي....	٤٩
٧	قال النبي صلى الله عليه وسلم لرافعٍ: "اقعد ناحية"، وقال لامرأته: "اقعدي ناحية"، قال: واقعد الصبية بينهما....	١٠٩
٨	الإسلام يعلو ولا يُعلى....	١١٢
٩	لا تُوَلّهُ والدةٌ عن ولدها.....	١٠٢
١٠	من فرّق بين والدةٍ وولدها فرّق الله بينه وبين أحبّته....	١٩٤
١١	أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحي...	٤٦-٥٥-١٥٥-٢١٠-٢٠٦-٤٠٦
١٢	كانت امرأة من الأنصار تحت رجلٍ من الأنصار، فقتل عنها يوم أحدٍ وله منها ولد....	١٤٩
١٣	الخالة بمنزلة الأم.....	١٥٢-١٩٧-١٩٩
١٤	جاء رجلٌ إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله عندي دينار، قال: أنفقه على نفسك...	٢٦٥-٢٦٧
١٥	إنّ أبا سفيان رجلٌ شحيحٌ، فهل عليّ جناحٌ أن آخذ من ماله....	٢٦٥

فهرس الموضوعات

المقدمة **١**

الفصل التمهيدي مفهوم المصلحة في حضانة الطفل **٧**

المبحث الأول ٨

مفهوم الطفل ٨

المطلب الأول ٩

مفهوم الطفل في الفقه الإسلامي ٩

الفرع الأول ١٠

تعريف الطفل من الناحية اللغوية ١٠

الفرع الثاني ١٢

بعض استخدامات الطفل في القرآن الكريم والسنّة النبويّة الشريفة ١٢

الفرع لثالث ١٦

التعريف الاصطلاحي للطفل ١٦

المطلب الثاني ٢١

مفهوم الطفل في القوانين الوضعية ٢١

أولاً: تعريف الطفل في القانون الدولي ٢١

ثانياً: تعريف الطفل في القوانين المقارنة ٢٢

المبحث الثاني ٢٥

مفهوم المصلحة ٢٥

المطلب الأول ٢٦

المصلحة في الفقه الإسلامي ٢٦
أولاً: التعريف اللغوي للمصلحة ٢٦
ثانياً: التعريف الفقهي للمصلحة..... ٢٦
المطلب الثاني ٣١
المصلحة في قوانين الأحوال الشخصية المقارنة ٣١
المبحث الثالث مفهوم الحضانة ٣٧
المطلب الأول ٣٨
تعريف الحضانة وأدلة مشروعيّتها ٣٨
الفرع الأول ٣٩
تعريف الحضانة ٣٩
أولاً: التعريف اللغوي للحضانة ٣٩
ثانياً: التعريف الاصطلاحي للحضانة..... ٤١
ثالثاً: التعريف القانوني للحضانة ٤٣
الفرع الثاني ٤٦
الأدلة على مشروعيّة الحضانة ٤٦
أولاً: من القرآن الكريم..... ٤٦
ثانياً: من السنّة النبويّة الشريفة..... ٤٧
ثالثاً: الإجماع..... ٤٩
رابعاً: المعقول ٥٠
المطلب الثاني الطبيعة الفقهية والقانونية للحضانة ٥١
الفرع الأول ٥٢

الطبيعة الفقهية للحضانة ٥٢
أولاً: الحضانة من حق الأم ٥٢
ثانياً: الحضانة من حق الصغير ٥٦
الفرع الثاني ٦٠
الطبيعة القانونية للحضانة ٦٠
أولاً: الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون ٦٠
ثانياً: الحضانة من حق الأم ٦٦
ثالثاً: الحضانة واجبٌ اجتماعيٌ ٦٧
رابعاً: الحضانة من حق الصغير ٦٧
خاتمة الفصل التمهيدي ٦٩
الباب الأول ٧١
أحكام تولي الحضانة ٧١
الفصل الأول شروط تولي الحضانة ٧٣
المبحث الأول الشروط العامة للحاضنين ٧٤
المطلب الأول كمال الأهلية ٧٥
الفرع الأول ٧٦
كمال الأهلية في الفقه الإسلامي ٧٦
أولاً: العقل ٧٦
ثانياً: البلوغ ٧٨
ثالثاً: الرشد ٧٩
الفرع الثاني ٨٢

كمال الأهلية في القوانين المقارنة ٨٢
المطلب الثاني ٨٩
العدالة والصلاحية الخلقية ٨٩
الفرع الأول ٩٠
الموقف الفقهي ٩٠
أولاً: اشتراط العدالة في الحاضن ٩٠
ثانياً: عدم اشتراط العدالة في الحاضن ٩٢
الفرع الثاني ٩٤
الموقف القانوني ٩٤
المطلب الثالث ١٠٧
اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون ١٠٧
الفرع الأول ١٠٨
الموقف الفقهي ١٠٨
أولاً: مدى اشتراط الإسلام في المرأة الحاضنة ١٠٨
ثانياً: مدى اشتراط الإسلام في الحاضن الذكر ١١٣
الفرع الرابع ١١٥
الموقف القانوني ١١٥
أولاً: اشتراط اتحاد الدّين في الحاضن مطلقاً ١١٥
ثانياً: عدم اشتراط اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون[0] ١١٧
ثالثاً: اشتراط اتحاد الدين إذا كان الحاضن غير الأم ١١٩

المطلب الرابع ١٢٣
القدرة على القيام بمهام الحضانة ١٢٣
الفرع الأول ١٢٤
الموقف الفقهي ١٢٤
الفرع الثاني الموقف القانوني ١٢٧
المطلب الخامس ١٣٩
عدم عنف الحاضن ١٣٩
المبحث الثاني الشروط الخاصة للحاضنين ١٤٤
المطلب الأول الشروط الخاصة بالنساء ١٤٥
الفرع الأول مدى تأثير زواج المرأة الحاضنة على حضانتها ١٤٦
أولاً: الموقف الفقهي ١٤٦
ثانياً: الموقف القانوني ١٥٧
الفرع الثاني ١٧١
مدى تأثير عمل المرأة الحاضنة على حضانتها ١٧١
أولاً: الموقف الفقهي ١٧١
ثانياً: الموقف القانوني ١٧٥
المطلب الثاني الشروط الخاصّة بالرجال ١٨١
الفرع الأول الموقف الفقهي ١٨٢
أولاً: أن يكون الحاضن عصبةً محرماً للمحضون الأنثى ١٨٢
ثانياً: أن يكون لدى الحاضن الرجل من يصلح للقيام بأعباء الحضانة من النساء ١٨٤

الفرع الثاني الموقف القانوني ١٨٥

الفصل الثاني ترتيب مستحقي الحضانة ١٨٩

المبحث الأول الموقف الفقهي من ترتيب مستحقي الحضانة ١٩٠

المطلب الأول ١٩١

ترتيب الحاضنات ١٩١

الفرع الأول أولوية الأم في حضانة الطفل ١٩٢

أولاً: من القرآن الكريم..... ١٩٣

ثانياً: من السنّة النبويّة الشريفة..... ١٩٤

ثالثاً: عمل الصحابة والإجماع ١٩٥

الفرع الثاني ١٩٦

ترتيب الحاضنات بعد الأم ١٩٦

أولاً: ترتيب الحاضنات بعد الأم في المذهب الحنفي ١٩٦

ثانياً: ترتيب الحاضنات بعد الأم في المذهب المالكي ١٩٨

ثالثاً: ترتيب الحاضنات بعد الأم في المذهب الشافعي ١٩٩

رابعاً: ترتيب الحاضنات بعد الأم في المذهب الحنبلي ٢٠١

المطلب الثاني ٢٠٢

ترتيب الحاضنين ٢٠٢

الفرع الأول ٢٠٣

الحاضنون العصبات ٢٠٣

أولاً: رأي جمهور الفقهاء ٢٠٣

ثانياً: رأي السادة المالكية..... ٢٠٤

الفرع الثاني ٢٠٦
حضانة ذوي الأرحام ٢٠٦
أولاً: ثبوت الحضانة لذوي الأرحام..... ٢٠٦
ثانياً: عدم ثبوت الحضانة لذوي الأرحام..... ٢٠٧
المطلب الثالث ٢٠٨
التنازع بين مستحقي الحضانة ٢٠٨
الفرع الأول ٢٠٩
التنازع بين الحاضنين والحاضنات ٢٠٩
أولاً: أولوية النساء عند التنازع..... ٢٠٩
ثانياً: تقديم الأب بعد الأم وأمهاتها والجدة لأب ٢١٠
ثالثاً: تقديم الأب بعد الأم وأمهاتها..... ٢١٠
رابعاً: تقديم الأب بعد الأم..... ٢١٢
الفرع الثاني ٢١٢
تنازع الحاضنين من الدرجة نفسها ٢١٢
المبحث الثاني ٢١٤
الموقف القانوني من مستحقي الحضانة ٢١٤
المطلب الأول ٢١٥
ترتيب الحاضنين في التشريعات العربية ٢١٥
الفرع الأول ٢١٦
أولوية الأبوين في الحضانة ٢١٦

الفرع الثاني ٢٢٦
أولوية أقارب المحضون من النساء بعد الأم ٢٢٦
أولاً: مدى إلزامية ترتيب الحاضنين ٢٢٨
ثانياً: مدى الحاجة إلى حكمٍ قضائي لانتقال الحضانة من حاضنٍ إلى آخر ٢٣١
ثالثاً: مدى سقوط الحضانة عند عدم المطالبة بها ٢٣٣
رابعاً: مدى سلطة القاضي في حال عدم قبول الحضانة ٢٣٧
المطلب الثاني ٢٤٠
أحكام الحضانة المشتركة في التشريعات الغربية ٢٤٠
الفرع الأول ٢٤١
اتفاق الأبوين على الحضانة المشتركة ٢٤١
أولاً: نظام الإقامة المتبادلة ٢٤٢
ثانياً: نظام الإقامة المعتادة المثبتة في منزل أحد الوالدين ٢٤٤
ثالثاً: منزل الأطفال ٢٤٤
رابعاً: الحضانة المقسمة ٢٤٥
خامساً: حضانة غير الأبوين ٢٤٥
الفرع الثاني ٢٤٨
عدم الاتفاق على الحضانة المشتركة ٢٤٨
خاتمة الباب الأول ٢٥٦
الباب الثاني ٢٥٩
آثار الحضانة وانتهاؤها ٢٥٩
الفصل الأول ٢٦٠

آثار الحضانة ٢٦٠
المبحث الأول ٢٦١
الآثار المالية للحضانة ٢٦١
المطلب الأول ٢٦٢
نفقة المحضون ٢٦٢
الفرع الأول ٢٦٣
الموقف الفقهي ٢٦٣
أولاً: تقرير النفقة على الأب ٢٦٣
ثانياً: شروط وجوب النفقة ٢٦٦
ثالثاً: مقدار النفقة ٢٦٩
رابعاً: دفع نفقة المحضون للحاضنة ٢٧٠
خامساً: النفقة عند عدم الأب أو إعساره ٢٧١
الفرع الثاني ٢٧٦
الموقف القانوني ٢٧٦
أولاً: المكلف بالنفقة ٢٧٦
ثانياً: تقدير النفقة وانتهاؤها ٢٨٧
المطلب الثاني ٣٠٢
نفقة السكن والرضاع ٣٠٢
الفرع الأول ٣٠٣
نفقة السكن ٣٠٣
أولاً: الموقف الفقهي ٣٠٣

ثانياً: الموقف القانوني ٣٠٥

الفرع الثاني ٣١٧

نفقة الرضاع ٣١٧

أولاً: الموقف الفقهي..... ٣١٧

ثانياً: الموقف القانوني ٣١٨

المبحث الثاني ٣٢٠

الآثار غير المالية للحضانة..... ٣٢٠

المطلب الأول الانتقال بالمحضون..... ٣٢١

الفرع الأول الموقف الفقهي ٣٢٢

أولاً: المذهب الحنفي ٣٢٢

ثانياً: المذهب المالكي ٣٢٥

ثالثاً: المذهب الشافعي والحنبلي ٣٢٦

الفرع الثاني الموقف القانوني ٣٢٩

أولاً: انتقال الحاضنة الأم ٣٢٩

ثانيًا: انتقال الأب..... ٣٤٣

ثالثاً: انتقال باقي الحاضنات..... ٣٤٨

المطلب الثاني رؤية المحضون ٣٥٠

الفرع الأول الموقف الفقهي ٣٥١

أولاً: المذهب الحنفي ٣٥١

ثانياً: المذهب المالكي ٣٥١

ثالثاً: المذهب الشافعي ٣٥٢

رابعاً: المذهب الحنبلي ٣٥٣

الفرع الثاني الموقف القانوني ٣٥٥
أولاً: تقرير حق الزيارة ومكانها..... ٣٥٥
ثانياً: مدة الزيارة ٣٦٤
ثالثاً: جزاء عدم الالتزام بأحكام الزيارة..... ٣٦٧
الفصل الثاني انتهاء الحضانة ٣٧٥
المبحث الأول سن انتهاء الحضانة ٣٧٦
المطلب الأول الموقف الفقهي ٣٧٧
الفرع الأول سن انتهاء الحضانة لدى المحضون الذكر ٣٧٨
أولاً: المذهب الحنفي ٣٧٨
ثانياً: المذهب المالكي ٣٧٩
ثالثاً: المذهب الشافعي والحنبلي ٣٧٩
الفرع الثاني سن انتهاء الحضانة لدى المحضونة الأنثى ٣٨١
أولاً: المذهب الحنفي ٣٨١
ثانياً: المذهب المالكي ٣٨٢
ثالثاً: المذهب الشافعي ٣٨٣
رابعاً: المذهب الحنبلي ٣٨٣
المطلب الثاني الموقف القانوني ٣٨٤
الفرع الأول ٣٨٥
اختلاف سن انتهاء الحضانة بين الذكر والأنثى ٣٨٥
أولاً: إتمام سن الرشد سن مشتركة لانتهاء الحضانة ٣٨٩
ثانياً: تحديد سن مشتركة لانتهاء الحضانة، قبل إتمام سن الرشد..... ٣٩٠

المبحث الثاني تخيير المحضون ٣٩٦
المطلب الأول ٣٩٧
الموقف الفقهي ٣٩٧
الفرع الأول ٣٩٨
عدم تخيير المحضون ٣٩٨
أولاً: أصل المذهب ٣٩٨
ثانياً: أدلة عدم تخيير المحضون ٣٩٨
الفرع الثاني ٤٠٠
جواز تخيير المحضون ٤٠٠
أولاً: أصل المذهب ٤٠٠
ثانياً: أدلة جواز التخيير ٤٠١
ثالثاً: أحكام التخيير ٤٠٢
المطلب الثاني ٤٠٧
الموقف القانوني ٤٠٧
الفرع الأول ٤٠٨
موقف التشريعات الغربية ٤٠٨
الفرع الثاني ٤١٢
موقف التشريعات العربية ٤١٢
خاتمة الباب الثاني ٤١٩
خاتمة الرسالة ٤٢٠

أولاً: النتائج ٤٢١

ثانياً: المقترحات ٤٢٥

قائمة المصادر والمراجع ٤٣٣

فهرس الآيات ٤٥٨

فهرس الأحاديث ٤٦٠

فهرس الموضوعات ٤٦١