حضانة الصغار
بين الشرع والقانون

إعـداد
د / إيمان محمد المهدي الأطروني
المدرس بقسم الفقه
بكلية الدراسات الإسلامية
والعربية للبنات بالزقازيق

مقدمة:

إن الزواج من أسمى العقود التي حث عليها الشرع ورغب فيها ، وإن من أسمى أهداف الزواج إنجاب الأبناء وتربيتهم على النهج الإسلامي لتكوين أسرة قوية متماسكة تكون لبنة في المجتمع المسلم .

وقد عرف الإسلام للأسرة قدرها وحاطها بجملة كبيرة من التشريعات لتؤدي وظيفتها على الوجه الأكمل ، فالأسرة هي الخلية الأولى في جسم المجتمع وعناصرها هم الزوجان والأولاد ، وليس المجتمع في نظر الإسلام أفراد متناثرين لا تربطهم روابط ، بل هو جملة من المجموعات تؤلف بين كل منهم رابطة النسب ، ثم تجمع بينها كلها رابطة الروح بالأخوة الدينية ثم الرابطة الإنسانية العامة .

وفي نطاق الأسرة ينشأ الجيل ويربى تحت رعاية الأبوين لأنه لا يستطيع تحصيل العيش مباشرة [1].

على العكس من ذلك فإن التفكك الأسري والطلاق تنتج عنه آثار عميقة في نفسية الصغار تتحول إلى ترسبات نفسية يمكن أن تنتج اضطرا بات في الشخصية كرد فعل ضد الطلاق و ما يرافقه في العادة من صراع، ومن الممكن ان تؤدى الى الانحراف و التشرد و خاصة عند غياب دور الوالدين الإيجابي للتخفيف من تأثير الطلاق في السنوات المبكرة من حياة الأبناء [2].

سبب اختيار الموضوع:

يرجع سبب اختياري للموضوع للأسباب التالية:

أولا – إن الصغار هم اللبنة الأولى لبناء المجتمع فإذا صلحوا صلح المجتمع وكان قويا ، وإذا فسدوا فسد المجتمع وكان واهيا ، وصلاح الأبناء يعتمد أساسا

١ - تربية الأولاد في الإسلام للشيخ عطية صقر جـ ٤ صـ ٩ طبعة مكتبة وهبة القاهرة .
٢ - من مقال بعنوان التفكك الأسري وأثره على تنشئة الأطفال من موقع :
http://www.oujdacity.net/national-article-92615-ar

على الفترة الأولى من حياة الطفل وما يغرس فيه من قيم ومبادئ وأخلاق وهذا يعتمد على أسلوب رعايته في هذه الفترة ، فكان من الأهمية القصوى النظر في من يحضن الطفل في صغره .

ثانيا - أشارت الدراسات التي تمت على أطفال الطلاق إلى وجود خلل في نموهم النفسي، وتعرضهم للانحرافات السلوكية، والأمراض النفسية الجسمية ، والاضطرابات النفسية - أكثر من الأطفال الآخرين، ففي دراسة على ٤٨ طفلا في الروضة ، انفصل والداهم بالطلاق ، و٤٨ طفلا يعيشون مع والديهم - تبين أن معدلات سوء التوافق النفسي والاجتماعي عند أطفال المجموعة الأولى، أعلى منها عند أطفال المجموعة الثانية ؛ حيث كان كثير من أطفال الطلاق عدوانيين ؛ لا يستقرون في الصف الدراسي ، ويعانون مص الأصابع، وصعوبات في النطق، وضعف الحصيلة اللغوية.

كما وجد في دراسات أخرى أن الأطفال الذين يعيشون مع أحد الوالدين، ينتشر بينهم ضعف التحصيل الدراسي، وارتفاع معدلات القلق والاكتئاب ، والتدخين والإدمان، والجنوح والخروج على النظام في المدرسة، وسوء التوافق مع الأسرة والجيران؛ حيث إن انفصال الوالدين بالطلاق يعوق النمو الذهني والتحصيل الدراسي عند الأطفال، كذلك فإن الاستعداد للقلق عند أطفال الأُسر المتصدعة، أعلى منه عند أطفال الأُسر المستقرة؛ مما يعني استعدادهم العالي للاضطراب النفسي [١].

فلذلك كان من الأهمية أن نضع الحلول التي تضمن للطفل أن ينشأ مستقرا ولا يتأثر سلبيا حتى وإن استحالت الحياة بين والديه ، فالله عز وجل حين شرع الطلاق حلا في بعض الحالات وهو اللطيف الخبير بعباده وضح لنا رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم ونظم موقع الطفل من الأبوين في هذه المرحلة الحرجة من حياته حتى ينشأ طفلا سويا غير منعزل مطلقا عن أحد أبويه مع وجوده على ظهر الحياة .

---

١ - من مقال بعنوان الطلاق كعامل مثير للضغط عند الأطفال والمراهقين د سامية عطية نبيوة ٢٠١٢/١٢/١٣ م - ١٤٣٤/١/٢٩ .موقع شبكة الألوكة .
http://www.alukah.net/social/0/47797/#ixzz48NWky6aW

ثالثا – معظم القوانين تجعل الأطفال في حضانة أمهاتهم لفترة طويلة من الوقت ، بل تكاد تكون حتى ينشأ أبناؤهم ويستغنون عن الأب والأم ، وقد بين علماء النفس أن لهذا أثر سيء حيث يفقد هؤلاء الأطفال أسلوب التعقل في تربيتهم، بل يكون أسلوب تربيتهم هو الأسلوب الذي تغلب عليه العاطفة أو القلب كما تمثله المرأة، وأسلوب العاطفة يغفل كثيرا من الأمور؛ كالتوجيه الرشيد، والإعداد الواعي، والمواجهة الصريحة، خاصة في مرحلة المراهقة بالنسبة للذكور؛ مما يدفع الأطفال في هذه المرحلة وما دونها إلى البحث عن بديل، وقد يكون هذا البديل هو الارتماء في أحضان الرذيلة، واتِباع السلوك الإجرامي؛ مما يجب مواجهته والعمل على الوقاية منه في مثل هذه الحالات [1].

فكان من الأهمية النظر في تلك القوانين التي تسلم الأطفال إلى أمهاتهم وتغفل الأب ودوره الكبير في تنشئة الطفل .

رابعا - اختلاف القوانين المنظمة لحضانة الأطفال بين الدول الاسلامية وبعضها بل في القطر الواحد كثيرا ما نرى تغير القوانين من وقت لآخر ومن حكومة لأخرى ،فكان من الانسب أن نجتهد في البحث عن رأى فقهي نحاول فيه أن نبتعد عن هوى النفس ونلتمس فيه الصواب و يتلاءم مع المستجدات في عالمنا المعاصر .

منهج البحث:

وقد قسمت الدراسة في هذا الموضوع إلى فصلين

الفصل الأول: مفهوم الحضانة وأجرتها ومستحقيها .

ويشتمل على ثلاثة مباحث ومطالب .

المبحث الأول: مفهوم الحضانة ، وهل هي حق للحاضن أم المحضون .

المطلب الأول: تعريف الحضانة .

المطلب الثاني: الحضانة حق للحاضن أم المحضون .

---

١ - المصدر السابق .

المطلب الثالث: الأثر المترتب على الخلاف في كون الحضانة حق للحاضن أم المحضون .

المبحث الثاني: أجرة الحضانة .

المبحث الثالث: مستحقوا الحضانة .

المطلب الأول: شروط الحضانة .

المطلب الثاني: من تثبت له الحضانة من الرجال والنساء .

الفصل الثاني: سقوط الحضانة وانتهائها .

ويشتمل على ثلاثة مباحث ومطالب .

المبحث الأول: إسقاط الحق في الحضانة وعودته مرة أخرى .

المطلب الأول: إسقاط الأم حقها في الحضانة .

المطلب الثاني: انتهاء وقت الحضانة .

المطلب الثالث: تخيير المحضون .

المبحث الثاني: السفر بالمحضون .

المبحث الثالث: زواج الحاضنة .

المطلب الأول: سقوط الحضانة بالزواج .

المطلب الثاني: شروط سقوط الحضانة بالزواج .

الخاتمة والتوصيات .

الفصل الأول

مفهوم الحضانة وأجرتها ومستحقيها

المبحث الأول

مفهوم الحضانة ، وهل هي حق للحاضن أم المحضون

المطلب الأول

تعريف الحضانة

الحضانة لغة:

مصدر الحاضن والحاضنة ، وحضن الصبي يحضنه: رباه

والحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه .

وحضان: جمع حاضن لأن المربي والكافل يضم الطفل إلى حضنه وبه سميت الحاضنة وهي التي تربي الطفل ، والحضانة بالفتح: فعلها .[1]

الحضانة شرعا:

عرفها الأحناف بأنها: تربية الولد لمن له حق الحضانة [2].

عرفها المالكية بأنها: صيانة العاجز والقيام بمصالحه [3].

عرفها الشافعية بأنها:حفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير ومجنون [4].

عرفها الحنابلة بأنها: حفظ الطفل غالبا ، وقد لا يكون طفلا، ويكون كالطفل، وهو المجنون والمختل العقل عما يضره ، والقيام بمصالحه [5].

---

١ - لسان العرب لابن منظور الأنصاري الأفريقي ج ١٣ ص ١٢٣ مادة : حضن الطبعة الثالثة ، دار صادر بيروت .

٢ - رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين جـ ٣ صـ ٥٥٥ طبعة ثانية دار الفكر بيروت ١٤١٢ هـ ١٩٩٢ م .

٣ - شرح الزرقاني على مختصر خليل لعبد الباقي الزرقاني المصري جـ ٤ صـ ٤٦٩ طبعة أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٤٢٢ هـ ٢٠٠٢ م .

٤- فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب لمحمد بن قاسم أبو عبد الله شمس الدين الغزي ج ١ ص ٢٦٣ طبعة أولى ١٤٢٥ ه ــ ٢٠٠٥ م دار ابن حزم للطباعة والنشر .

٥ - نيل المآرب بشرح دليل الطالب لعبد القادر بن عمر الشيباني ج ٢ ص ٣٠٧ طبعة أولى ١٤٠٣ ه ــ ١٩٨٣ م مكتبة الفلاح الكويت .

نلاحظ من التعريفات السابقة أن البعض اقتصر في تعريف الحضانة على اختصاصها بالولد كما في تعريف الأحناف ، والبعض أدخل مع الولد الكبير إذا كان فاقدا للعقل أو بعضه كما في تعريف الشافعية والحنابلة ، والبعض الآخر جعلها عامة في كل عاجز ولم يحدد سبب العجز وهذا يظهر في تعريف المالكية .

ونلاحظ أن التعريف اللغوي متفق مع الأحناف الذين قصروا الحضانة في تعريفهم على الولد .

يلاحظ أيضا من التعريفات السابقة أن الحضانة تتضمن مع التربية القيام بمصالح المحضون ، وليست المصلحة كما يعتقد البعض في تلبية كل المتطلبات التي يطلبها المحضون والتي لا يطلبها بل إن هذا قد يكون إفسادا له من حيث لا ندري فإن المنع نفسه تربية .

حكم الحضانة

ذكر بعض الفقهاء أن الحضانة فرض كفاية [1].

و ذكر بعضهم أنها واجبة لأنه يهلك بتركها ، فوجب حفظه عن الهلاك كما يجب الحفاظ عليه . [2]

والذي أراه أنها من فروض الكفايات ، إلا إذا تعينت بأن لم يوجد من الحاضنين إلا شخص واحد ، فإنها تجب عليه وجوبا عينيا .

والله أعلم

١ - الشامل في فقه الإمام مالك لتاج الدين الدمياطي المالكي جـ ١ صـ ٥٠٦طبعة أولى ١٤٢٩ هـ ، ٢٠٠٨ م مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث .
٢ - كشاف القناع جـ ٥ صـ ٥٨٣ – المغني لابن قدامة جـ ٨ صـ ٢٣٧ .

المطلب الثاني

الحضانة حق للحاضن أم المحضون

اختلف الفقهاء في هذه المسألة فمنهم من رآها حق للمحضون ومنهم من رآها حق للحاضن على نحو ما سأوضحه فيما يلي:

الرأي الأول: ذهب الحنفية والشافعية ورواية لمالك أن الحضانة حق للصغير وذلك:

- لاحتياجه إلى من يمسكه فتارة يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه في حضانته وتارة إلى من يقوم بماله حتى لا يلحقه الضرر ، وجعل كل واحد منهما إلى من هو أقوم وأبصر ، فالولاية في المال جعلت إلى الأب والجد لأنهم أبصر وأقوم في التجارة من النساء ، وحق الحضانة جعل إلى النساء لأنهن أبصر وأقوم على حفظ الصبيان من الرجال لزيادة شفقتهن وملازمتهن للبيوت[1] .
- ولأن الغرض حفظ الصبي ومراعاته ومصلحته دون مراعاة أمر الأم، ألا تري أنه يؤخذ منها إذا تزوجت وإن لحقها الضرر بأخذه وكذلك إذا غاب الأب غيبة استقرار[2].

الرأي الثاني: المشهور عند المالكية وقول للأحناف أنها حق للأم والدليل على ذلك:

- قوله صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي" [3]

١- البحر الرائق لابن نجيم الحنفي ج ٤ ص٢٨٠ طبعة أولى ١٤١٨ ه ــ ١٩٩٧ م دار الكتب العلمية & كفاية النبيه في شرح التنبيه لابن الرفعة جـ ١٥ صـ ٢٨٧ طبعة أولى ٢٠٠٩ دار الكتب العلمية تحقيق مجدي محمد سرور & منح الجليل شرح مختصر خليل لعليش جـ ٤ صـ ٤٣١ ،طبعة دار الفكر بيروت ١٤٠٩هـ ١٩٨٩ م & الشامل في فقه الإمام مالك للدميري جـ ١صـ ٥١٠ طبعة أولى ١٤٢٩ هـ ، ٢٠٠٨ م مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث .

٢ - المعونة على مذهب عالم المدينة للبغدادي المالكي جـ ١صـ ٩٤٠ ط المكتبة التجارية مكة المكرمة .

٣- رواه أحمد ورجاله ثقات : مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي تحقيق حسام الدين القدسي ، طـ مكتبة القدسي القاهرة ١٤١٤ هـ ١٩٩٤ م & مسند أحمد للإمام احمد بن حنبل جـ ٦صـ ٢٥٥حديث رقم ٦٧٠٧ تحقيق أحمد شاكر طـ أولى دار الحديث القاهرة ١٤١٦ هـ ١٩٩٥ م & سنن أبي داود للسجستاني جـ ٢ صـ ٢٨٣ حديث رقم ٢٢٧٦ تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد طـ المكتبة العصرية صيدا بيروت .

- لأنها يلحقها ضرر بالتفرقة بينها وبين ولدها مع كونها أحن عليه وأرفق به[1].

وذكر الحنابلة مثل ذلك فقالوا: إن الحضانة حق للحاضن لا حق عليه، وعلى هذا فإذا أراد أن يتخلى عنها لمن دونه جاز له ذلك[2].

الرأي الراجح:

أرى أن الراجح من ذلك هو الرأي القائل بأن الحضانة حق للمحضون وذلك لأن المقصود من الحضانة حفظ الصبي ومراعاة مصلحته بصرف النظر هو مع أي من الحاضنين ، ويدل على ذلك أيضا أن الحاضن إذا لم يكن أهلا للحضانة لا تصير الحضانة إليه بل ننظر إلى الأصلح للقيام بذلك ، ولأنه إذا امتنع الحاضنون جميعا من حضانة الصبي هل يترك الصبي بلا حاضن ؟ بالطبع لا لا فالشرع أمر بحفظه ورعايته . والله أعلم

١ - المعونة على مذهب عالم المدينة جـ ١ صـ ٩٤٠ & النهر الفائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي جـ ٢ صـ ٤٩٩ طبعة أولى دار الكتب العلمية ١٤٢٢ هـ ٢٠٠٢ م .
٢- الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن العثيمين جـ ١٣صـ٥٣٦ طبعة أولى دار ابن الجوزي .

المطلب الثالث

الأثر المترتب على الخلاف في كون الحضانة حق للحاضن أم المحضون

يترتب على ذلك خلاف في إجبار الأم على الحضانة من عدمه:

فمن قال إنها حق للحاضن قال: لا تجبر الأم على الحضانة إذا امتنعت عنها .

أما من قال إنها حق للمحضون فتجبر الأم عنده على الحضانة حتى إذا اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لأنه حق الولد [1].

يترتب على هذا الخلاف أيضا خلاف في أجرة الحضانة:

فمن رآها من حق المحضون أوجب للحاضن أجرة في حضانته، وكذلك في سكناه معه .

ومن رآها من حق الحاضن، لم يوجب له ذلك لأنه لا يستقيم أن يكون من حقه أن يكفله ويؤويه إلى نفسه ، ويجب له بذلك عليه حق [2].

كذلك ترتب على ذلك خلاف عند المالكية وهو إذا أسقطت المرأة حقها في الحضانة كأن تزوجت مثلا ، ثم زال هذا العارض بعد ذلك هل تعود إليها الحضانة أم لا ؟

فمن رأى أنها حق للحاضنة قال: إذا أسقطته لا تعود.

ومن رأى أنها حق للولد قال: تعود إليها إذا زال المانع [3].

---

١ - النهر الفائق جـ ٢ صـ ٤٩٩ .
٢ - البيان والتحصيل للقرطبي جـ ٤ صـ ٢٨٦ الطبعة الثانية دار الغرب الاسلامي بيروت ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ م ، تحقيق د محمد حجي وآخرون .
٣ - مناهج التحصيل و نتائج لطائف التأويل لأبي الحسن الرجراجي جـ ٤ صـ ١٤٥ طبعة أولى دار ابن حزم ١٤٢٨ هـ ٢٠٠٧ م .

المبحث الثاني

أجرة الحضانة

ذهب الأحناف إلى أن الحاضنة تستحق أجرة الحضانة إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة لأبيه وتلك الأجرة غير أجرة إرضاعه [١].

وهذا ما نص عليه الشافعية فعندهم أن أجرة الحضانة والأعيان اللازمة لها في مال المحضون، فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته؛ لأنها من أسباب الكفاية كالنفقة[٢].

وهذا هو الظاهر من مذهب الحنابلة أيضا حيث ذكروا أن الأم تقدم على غيرها ولو بأجرة مثلها مع وجود متبرعة كرضاع [٣].

أما المالكية: فمن رأي منهم الحضانة حقا للمحضون أوجب للحاضن الأجرة على المحضون، ومن رآها حقا للحاضن لم ير له أجرة.

وعلى القول باستحقاق الحاضنة على الحضانة أجرة، فإن أشغلها ما يتعلق بالولد في جميع أزمانها وجبت لها النفقة كالزوجة، وإن لم تستغرق أزمانها وجب لها من الأجرة بحسب ما يقرره أهل العرف لها [٤].

رأي القانون:

أجرة الحضانة تجب – بداءة – في مال الصغير إن كان له مال فإن لم يكن له مال وجبت على من تجب عليه نفقته وذلك عملاً بنص المادة ١٨ مكرر ثانياً من المرسوم

---

١ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده جـ ٢ صـ ١٧٠ دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤١٩ هـ - ١٩٨٩م .

٢ - مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٧٦ & حاشيتا قليوبي وعميرة لأحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة جـ ٤
صـ ٨٩ ط دار الفكر – بيروت ، ١٤١٥ هـ ١٩٩٥ م .

٣- نيل المآرب بشرح دليل الطالب جـ ٢ صـ ٣٠٧

٤- التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب جـ ٥ صـ ١٨٢ ، ١٨٣

بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ التي تنص على أنه (إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه)[١]

وقد نصت المادة ٣٨٨ من كتاب الأحكام الشرعية لقدري باشا على أن أجرة الحضانة غير أجرة الرضاعة والنفقة وكلها تلزم أبا الصغير إن لم يكن له مال فإن كان له مال فلا يلزم أباه منه شيء إلا أن يتبرع .

وذلك لأنه لما كانت الحاضنة تصرف زمنا في شؤون المحضون جاز لها أخذ أجرة على ذلك ، ومتى استحقت الحاضنة الأجرة ، فهي لها وإن أجبرت على الصحيح؛ لأن الإجبار على القيام بعمل لا ينافي استحقاق الأجرة له ، فإن الإلزام لأجل دفع الضرر الذي كان يحصل لو لم تضمه إليها، وفي هذا من أولوية استحقاقها للأجرة ما لا يخفى، لأنها قامت بأمر جليل لولاه للحق الصبي عناء عظيم ربما أدى إلى هلاك نفسه[٢].

على إن إبقاء المحضون في يد الحاضنة في فترة الحضانة الجوازية إنما شرع لمصلحة الصغير لا الحاضنة ، ولذلك نص الشارع على عدم استحقاقها أجر حضانة في هذه الفترة .

فقد نصت المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه يجوز للقاضي ابقاء الصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك [٣].

وبهذا يتفق رأي القانون مع رأي جمهور الفقهاء .

---

١ - شرح قانون محكمة الأسرة وقانون إنشاء صندوق نظام تأمين الأسرة لحسن عبد الحليم عناية المحامى بالنقض ، صـ ٣١ ، الطبعة الخامسة ٢٠٠٩ م ، دار مصر للإصدارات القانونية .

٢ - شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا ، لمحمد زيد الأبياني ، جـ ٣ صـ ٥٩ تحقيق دكتور صلاح محمد أبو الحاج ، طبعة أولى مركز العلماء العالمي للدراسات وتقنية المعلومات

٣ - كتيب قانون الأحوال الشخصية الجديد المعدل بالقانون ١ لسنة ٢٠٠ بشأن اجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية واللائحة التنفيذية صـ ٢٣ طبعة البدراوي للنشر والتوزيع ٢٠٠٢ .

المبحث الثالث

مستحقوا الحضانة

المطلب الأول

شروط الحضانة

الأصل في الحضانة أنها تثبت للنساء لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار ، ثم تصرف إلى الرجال لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر ولكل واحد منهما شروط فلابد من بيان شرط الحضانتين ووقتهما[1] .

أولا شروط حضانة النساء:

أولا: أن تكون المرأة ذات رحم محرم من الصغار ، فلا حضانة لبنات العم وبنات الخال وبنات العمة ، وبنات الخالة ، لأن مبنى الحضانة على الشفقة ، والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة .

ثانيا: أن لا تكون ذات زوج أجنبي من الصغير ، فإن كانت فلا حق لها في الحضانة ، دل على ذلك ما روي عن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء ويزعم أبوه أن ينزعه مني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به منه ما لم تنكحي " [2]

ثالثا: عدم ردتها: فلو ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة ، لأن المرتدة تحبس فيتضرر به الصبي ، ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع .

١- بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٦٠ .
٢- سبق تخريجه صـ ١١ .

رابعا: أن تكون حرة فلا حق للأمة وأم الولد في حضانة الولد الحر ، لأن الحضانة ضرب من الولاية ، وهما ليستا من أهل الولاية ، فأما إذا أعتقتا فهما في الحضانة كالحرة لأنهما استفادتا الولاية بالعتق . [1]

خامسا: ذكر الشافعية من شروطها: أن تكون الحاضنة مرضعا للطفل على الصحيح ، فإن لم يكن لها لبن أو امتنعت من الإرضاع فلا حضانة لها .

والثاني: لا يشترط وعلى الأب استئجار مرضعة ترضعه عند الحاضنة .

وأجاب الأول بأن في تكليف استئجار مرضعة تترك منزلها وتنتقل إلى مسكن الحاضنة عسرا عليه ، فلا يكلف ذلك [2].

ثانيا شروط حضانة الرجال:

أولا: العصوبة، فلا تثبت إلا للعصبة من الرجال ويتقدم الأقرب

فالأقرب .

- أما إذا كان الصغير جارية فأن تكون عصبتها ممن يؤتمن عليها فإن كان لا يؤتمن لفسقه ولخيانته لم يكن له فيها حق لأن في كفالته لها ضرر عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر .

ثانيا: اتحاد الدين ، فلا حق للعصبية في الصبي إلا أن يكون على دينه ، لأن هذا الحق لا يثبت إلا للعصبة ، واختلاف الدين يمنع التعصيب [3].

---

١ - بدائع الصنائع ج ٤ ص ٦٠ ، ٦١ ، ٦٢ & الكافي لابن عبد البر ج ١ ص٢٩٦ ط دار الكتب العلمية بيروت & مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها لأبي الحسن الرجراجي جـ ٤ صـ ١٤١ طبعة أولى ١٤٢٨هـ ٢٠٠٧ مـ دار ابن حزم & مغني المحتاج ج ٣ ص ٥٧٩ ٥٨٠ & نيل المآرب ج ٢ ص ٣٠٩ .

٢ - مغني المحتاج ج ٣ ص ٥٨٠ ، ٥٨١ .

٣- بدائع الصنائع ج ٤ ص ٦٣ ، ٦٤ & مناهج التحصيل جـ ٤ صـ ١٤١ .

ثالثا شروط يشترك فيها الرجال والنساء في الحضانة:

أولا: العقل فلا حضانة لمجنون ، وإن كان جنونه منقطعا ، لأنها ولاية وليس هو من أهلها ، ولأنه لا يتأتى منه الحفظ ولا التعهد بل هو في نفسه يحتاج إلى من يحضنه ، إلا إذا كان يسيرا كيوم في السنة لم تسقط الحضانة به كمرض يطرأ ويزول .

ثانيا: الأمانة فلا حضانة لفاسق لأن الفاسق لا يلي ولا يؤتمن ، ولأن المحضون لا حظ له في حضانته لأنه ينشأ على طريقته ، وتكفي العدالة الظاهرة كشهود النكاح [١].

ثالثا: أن لا يكون به مرض دائم كالسل والفالج ، إن عاق تألمه عن نظر المحضون بأن كان بحيث يشغله ألمه عن كفالته وتدبر أمره أو عن حركة من يباشر الحضانة ، فتسقط في حقه دون من يدبر الأمور بنظره ويباشرها غيره .

رابعا: أن لا يكون أبرص ولا أجذم .

خامسا: أن لا يكون أعمى ، وقد يقال: إن باشر غيره وهو مدبر أموره فلا مانع كما في الفالج .

سادسا: أن يكون رشيدا ، فلا حضانة لسفيه لأنه ليس أهلا للحضانة [٢].

سابعا: أن لا يكون مغفلا .

ثامنا: أن لا يكون صغيرا ، لأنها ولاية وليس هو من أهلها .

فإن فقد مقتضى الحضانة ثم وجد كأن كملت ناقصة ، بأن أسلمت كافرة ، أو تابت فاسقة ، أو أفاقت مجنونة ، أو أعتقت رقيقة ، أو طلقت منكوحة حضنت لزوال المانع .[٣]

١- مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٧٩ & بلغة السالك جـ ٢ صـ ٤٩٦ .
٢ - المصدر السابق صـ ٤٩٦ .
٣ - مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٨١ .

المطلب الثاني

من تثبت له الحضانة من الرجال والنساء

الحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت ، والأصل فيها النساء لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار ، ثم تصرف إلى الرجال لأنهن على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر . [١]

ومستحقوا الحضانة ثلاثة أقسام ، لأنهم إما إناث فقط وإما ذكور فقط ، وإما الفريقان . [٢]

أولا: أما من له الحضانة من الإناث عند اجتماعهن وتنازعهن في طلبها ، فأولاهن الأم لوفور شفقتها ولأنه لا أقرب منها ، وقد جاء في الخبر:

أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثديي له سقاء ، وإن أباه طلقني وزعم أنه ينزعه مني فقال: " أنت أحق به ما لم تنكحي " [٣]

ثم بعد الأم أمهاتها اللاتي يدلين بإناث أقربهن فأقربهن ، وذلك: لوفور الشفقة، ولمشاركتهن الأم في الإرث والولادة ، فولادتهن محققة [٤].

ثم أم الأب ثم أمهاتها المدليات بإناث، ثم أم أبي الأب ، ثم أمهاتها .

وإنما قدمت أمهات الأم وإن علون:

- لأن الولادة فيهن محققة ، وفي أمهات الأب مظنونة .

---

١ - بدائع الصنائع جـ ٤ صـ ٦٠ .
٢- مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٧٦ .
٣- سبق تخريجه صـ ١١ .
٤ - بدائع الصنائع جـ ٤ صـ ٦٠ & بلغة السالك جـ٢ صـ ٤٢٤ & مغني المحتاج جـ٣ صـ ٥٧٦ & كشاف القناع جـ ٥ صـ ٥٨٤ .

- ولأنهن أقوى ميراثا من أمهاته فإنهن لا يسقطن بالأب بخلاف أمهاته.

ثم أم أبي جد ، وهكذا القربى فالقربى [١].

وعند المالكية: تقدم الخالات ، فإن لم يوجد من جهة الأم أحد انتقلت إلى جهة الأب أمه وأخته[٢] .

ثم الأخوات

فأم الأب أولى من الأخوات لأن لها ولادة فكانت أدخل في الولاية وكذا هي أشفق [٣].

وفي القديم عند الشافعية: تقدم الأخوات والخالات على أمهات الأب والجد ، أما الأخوات فلأنهن اجتمعن معه في الصلب والبطن أو في أحدهما وشاركته في النسب فهن عليه أشفق .

وأما الخالات فلقوله صلى الله عليه وسلم: " الخالة بمنزلة الأم " [٤]

ولكن يمكن الرد على ذلك: بأن النظر هنا إلى الشفقة وهي في الجدات أغلب[٥].

- **وأولى الأخوات**: الأخت لأب وأم ، لأن شفقتها أتم لاجتماعها مع المحضون في الصلب والرحم فهي أشفق .

ثم الأخت لأم تقدم على الأخت لأب وذلك: لأن الأم مقدمة على الأب فقدم من يدلي بالأم على من يدلي به [٦].

والأصح عند الشافعية: تقديم الأخت لأب على الأخت لأم ، وذلك لاشتراكها معه في النسب ولقوة إرثها فإنها قد تصير عصبة [٧].

---

١ - مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٧٦ & كشاف القناع جـ ٥ صـ ٥٨٤ .

٢ - التلقين جـ ١ صـ ٣٥١ طبعة المكتبة التجارية ١٤١٥ هـ .
٣ - بدائع الصنائع جـ ٤ صـ ٦٠ .
٤ - صحيح البخاري لاسماعيل البخاري جـ ٣ صـ ١٨٤ رقم : ٢٦٩٩ طبعة أولى ١٤٢٢ دار طوق النجاة.
٥ - مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٧٦ ، ٥٧٧
٦- بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٦٠ & مغني المحتاج جـ٣ صـ ٥٧٧ & كشاف القناع جـ ٥ صـ ٥٨٤
٧- مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٧٧ .

الخالة

اختلف الفقهاء في ترتيب الحضانة بالنسبة للخالة:

فعند الأحناف اختلفت الرواية:

ففي رواية أن الخالة أولى من الأخت لأب وتقدم عليها .

وورد في كتاب الطلاق رواية أخرى: أن الأخت لأب أولى وتقدم على الخالة ،واتفق الشافعية والحنابلة مع تلك الرواية حيث ذكروا أن الأخت من أي جهة تقدم على الخالة [١].

- وجه الرواية الأولى: ما روي أن بنت حمزة لما رأت عليا رضي الله عنه تمسكت به وقالت: ابن عمي ، وقال جعفر: بنت عمي وخالتها عندي ، وقال زيد بن حارثة رضي الله عنه: بنت أخي آخيت بيني وبين حمزة يا رسول الله ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها ،وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " الخالة والدة "[٢] فكانت أولى .

- ووجه الرواية الثانية: أن الأخت لأب بنت الأب ، والخالة بنت الجد فكانت الأخت أقرب فكانت أولى [٣].

أما عند المالكية :

فالخالة تقدم على الجدة لأب كما سبق أنه لا ينتقل إلى جهة الأب إلا إذا لم يوجد أحد من جهة الأم [٤].

فالخالة تقدم على الأخوات لا خلاف في ذلك أما الخلاف فهو في تقديم الأب عليها أو تقديمها عليه ؟

- ففي قول أن الأب مقدم على الخالة وعلى أمه، وهو قول مالك في "كتاب محمد".

---

١ - بدائع الصنائع جـ ٤ صـ ٦١ & مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٧٧ & كشاف القناع جـ ٥ صـ ٥٨٤.

٢ - أخرجه أحمد في المسند بسند حسن من حديث علي : التحبير لإيضاح معاني التيسير لمحمد بن اسماعيل جـ ١ صـ ٣٩٦ طـ أولى مكتبة الرشد الرياض ١٤٣٣ هـ ٢٠١٢ م & مسند الإمام أحمد جـ ١ صـ ٤٩٩ رقم : ٧٧٠ .

٣ - بدائع الصنائع ج ٤ ص ٦١ .

٤ - التلقين جـ ١ صـ ٣٥١ & الكافي لابن عبد البر جـ ١ صـ ٢٩٦ .

وفي قول: أن الخالة مقدمة عليه، ويقدم هو على أمه، وهو قول ابن القاسم في كتاب المدنيين [1].

القسم الثاني: من له الحضانة من الذكور

أما الأحناف: فالحضانة عندهم لا تثبت إلا للعصبة يتقدم الأقرب فالأقرب ، الأب ثم الجد ثم أبوه وإن علا ، ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب ثم العم لأب وأم ثم العم لأب ثم ابن العم لأب وأم ثم ابن العم لأب ثم عم الأب لأب وأم ثم عم الأب لأب ، ثم عم الجد لأب وأم ثم عم الجد لأب .

وكل ذكر من قبل النساء لا حق له في الولد ، مثل الأخ لأم والخال وأبو الأم لانعدام العصوبة .

ومع ذلك قال محمد[2]: إن كان للجارية ابن عم وخال وكلاهما لا بأس به في دينه ، جعلها القاضي عند الخال لأنه محرم وابن العم ليس بمحرم فكان المحرم أولى[3].

وإذا لم يكن عصبة فلذوي الأرحام: لأخ لأم ثم ابنه ثم عم لأم ثم خال لأبوين ثم لأم[4] .

١- مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل جـ ٤ صـ ١٤٢ ، ١٤٣ .

٢ - محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني أصله من قرية بدمشق يقال لها "حرستا" ومولده بواسط ، صحب أبا حنيفة وعنه أخذ الفقه ثم عن أبي يوسف وروى عن مالك، ومسعر، والثوري، وعمرو بن دينار وروى عنه: أبو عبيد، ويحيى بن معين، وأبو سليمان الجوزجاني، ومعلى بن منصور ، وله كتب عديدة ، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة فيمن نشره.
قال محمد بن الحسن: أقمت على مالك ثلاث سنين، وسمعت منه سبعمائة حديث ونيفا ، كان مقدما في علم العربية، والنحو، والحساب ، ولي قضاء الرقة للرشيد، ثم قضاء الري، وبها مات، سنة تسع وثمانين ومائة وهو ابن ثمان وخمسين سنة، في اليوم الذي مات فيه الكسائي فقال الرشيد: دفن الفقه والعربية بالرى . تاج التراجم لأبي الفدا السودوني الجمالي الحنفي تحقيق محمد خير رمضان ط أولى ١٤١٣ هـ ١٩٩٢ م دار القلم دمشق .

٣ - بدائع الصنائع جـ٤ صـ ٦٣، ٦٤ .

٤ - الدر المختار جـ ١ صـ ٢٥٥ .

أما المالكية:

فقد ذهب المالكية إلى أن الرجال يستحقون الحضانة بمجرد الولاية سواء كانوا من ذوي رحمه المحرم كالجد والعم والأخ وابن الأخ ، أو من ذوي رحمه الذين ليس بمحرم كابن العم، أو لم يكونوا من ذوي رحمه كالمولي المعتق، والوصي من قبل الأب، ومن قبل السلطان [1].

فبالنسبة للذكر أولاهم بالحضانة من هو أقرب إلى الأطفال وأشد بهم تمكنا في كل الأحوال، وذلك في الأب ثم الأخ ثم الجد للأب، ثم ابن الأخ على الخلاف في تقديم الجد على ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم ثم المولى الأعلى، ثم المولى الأسفل، وهذا مع عدم الوصي.

أما إن وجد وصي قدم على سائر من ذكر من العصبة والموالي، وإنما قدم الوصي على الجد وعلى سائر القرابات؛ لأنه مقدم يقام باجتهاد الأب، ومن اجتهد فيه الأب لولده أولى .

إلا أن يعلم أن ذلك كان من الأب لشات بينه وبين جد الولد فيقدم الجد على الوصي؛ لأن عليهما في تربية غيرهما للولد معرة، مع العلم بأن رغبة الأب عنهما لم يكن لحسن نظر[2].

أما الأنثى فحق الأولياء في حضانتها على ثلاثة أقسام:

ثابت، وساقط، ومختلف فيه.

فيثبت فيمن بينهن وبينه محرم كالأخ وابنه والجد .

ويسقط في كل من ليس بمحرم إذا كان غير مأمون أو مأمونا، ولا أهل له .

---

١ - البيان والتحصيل جـ ٥ صـ ٤١٥ .
٢ - مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل جـ ٤ صـ ١٤٣ ، ١٤٤ .

واختلف إذا كان مأمونا وله أهل [1].

أما الشافعية: فالذكور إذا اجتمعوا عندهم أربعة أصناف

١ – محرم وارث

٢ – وارث غير محرم

٣ – محرم غير وارث

٤ – ليس بوارث ولا محرم

- محرم وارث كالأب والجد وإن علا ، والأخ لأبوين أو لأب والعم كذلك لقوة قرابتهم بالمحرمية والإرث والولاية ، يقدمون على ترتيب الإرث ، بل أولى أن يقال: على ترتيب ولاية النكاح لأن الجد هنا مقدم على الأخ .
- وارث غير محرم كابن العم ، تثبت له الحضانة على الصحيح لوفور شفقته والثاني: لا تثبت لفقد المحرمية .
- أما الصنف الثالث والرابع – محرم غير وارث كأبي أم وخال – وليس بوارث ولا محرم كابن خال وابن عمة – فلا حضانة لهم في الأصح لفقد الإرث والمحرمية في الثاني ولضعف القرابة في الأول .
والثاني: له الحضانة لشفقته بالقرابة [2]

وقد ذكر الحنابلة أيضا: أن من يقدم من الرجال عندهم العصبات على ترتيب الميراث ، لأن لهم ولاية وتعصيب بالقرابة فأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والأجداد إلا ابن العم فإن الجارية لا تسلم إليه إذا بلغت سبعا لأنه ليس بمحرم لها .

- أما ذوي الأرحام: فلا حضانة لهم مع وجود أحد من أهل الحضانة سواهم لأنه ليس بامرأة يتولى الحضانة ولا له قوة قرابة كالعصبات .

---

١ - المصدر السابق ص ١٦٨ .
٢ - مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٧٨ .

فإن لم يكن هناك غيرهم احتمل وجهين:
أحدهما: هم أولى ، لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم ، كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم .
والثاني: لا حق لهم في الحضانة وينتقل الأمر إلى الحاكم ، والأول أولى [١].

القسم الثالث: اجتماع الفريقين الرجال والنساء .

أما عند الأحناف: فالترتيب عندهم كما سبق تقدم النساء أولا بترتيبهم السابق ، ثم العصبات بترتيبهم ، فإذا لم يكن للصغير عصبة يدفع إلى الأخ لأم ثم إلى والده ثم إلى العم لأم ثم إلى الخال لأب وأم ثم لأب ثم لأم لأن لهؤلاء ولاية عند أبي حنيفة في النكاح [٢].

اما المالكية: فمذهب المدونة عندهم أن الأب يأتي في ترتيب الحضانة بعد الجدات من جهته ، ثم يليه الأخت للمحضون[٣] .

وفي رواية أن الأب أولى بابنه من الجدة أم الأب واختار هذا ابن عبد

البر إذا لم تكن له زوجة أجنبية [٤].

أما الشافعية: فقد ذكروا أنه عند اجتماع الفريقين تقدم الأم ثم أمهاتها ثم يقدم بعدهن الأب على أمهاته لأنهن أصلهن .

وقيل تقدم عليه الخالة والأخت من الأم لإدلائها بالأم فيسقط بهما ، بخلاف الأخت للأب لإدلائها به [٥].

١ - المغني لابن قدامة جـ ٨ صـ ٢٤٦ .
٢- البحر الرائق جـ ٤ صـ ٢٨٧ .
٣ - بلغة السالك جـ ١ صـ٤٩٤ & منح الجليل جـ ٤ صـ ٤٢٢.
٤ - الكافي لابن عبد البر جـ١ صـ ٣٩٦ط دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٧ هـ .
٥ - مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٧٨ .

أيضا ذهب الحنابلة إلى أن الأب يأتي بعد أمهات الأم ، ويقدم على أمهاته ، ثم جد أبو الأب ثم أمهاته ثم جد الأب ثم أمهاته ثم جد الجد ثم أمهاته ثم أخت لأبوين ثم لأم ثم لأب [1].

رأي القانون:

أوردت المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المستبدلة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ترتيب الحاضنات من النساء طبقا لما ورد بالمذهب الحنفي **أنه:**

يثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب ومعتبرا فيه الاقتراب من الجهتين على الترتيب التالي:

الأم فأم الأم وان علت ، فأم الأب وإن علت فالأخوات الشقيقات ، فالأخوات لأب ، فبنت الأخت الشقيقة ، فبنت الأخت لأم ، فالخالات بالترتيب المتقدم في الأخوات ، فبنت الأخت لأب، فبنت الأخ بالترتيب المذكور ، فالعمات بالترتيب المذكور ، فخالات الأم بالترتيب المذكور ، فخالات الأب بالترتيب المذكور ، فعمات الأم بالترتيب المذكور ، فعمات الأب بالترتيب المذكور .

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء أو لم يكن منهن 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 الإخوة .

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتي:

الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العم ثم الخال ثم الشقيق فالخال لأب فالخال لأم [2].

---

١ - كشاف القناع جـ ٥ صـ٥٨٤ .

٢ - من كتيب قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن اجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية واللائحة التنفيذية صـ ٢٤ ــ ٢٥ .

الفصل الثاني

سقوط الحضانة وانتهائها

المبحث الأول

إسقاط الحق في الحضانة وعودته مرة أخرى

المطلب الأول

إسقاط الأم حقها في الحضانة

لا تجبر من لها الحضانة عليها إلا إذا تعينت لها ، بأن لم يأخذ ثدي غيرها أو لم يكن للأب ولا للصغير مال .

وذلك: لأن من ترك حقه لم يجبر على استيفائه هذا عند الأحناف والشافعية والحنابلة والمشهور عند المالكية [1].

من يستحق الحضانة إذا أسقطت الأم حقها فيها ؟

إذا أسقطت الأم حقها صارت كميتة، أو متزوجة فتنتقل الحضانة إلى من يلي الأم في الاستحقاق وإلى هذا ذهب الأحناف والمالكية والحنابلة [2] .

وفي المغني : إن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها، ففيه وجهان:

أحدهما: تنتقل إلى الأب ، لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق، فإذا أسقطت حقها، سقط فروعها .

---

١ - الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٣ صـ ٣٥٩ & منح الجليل جـ ٤ صـ ٤٣١ & النجم الوهاج في شرح المنهاج جـ ٨ صـ ٢٩٢& كشاف القناع جـ ٥ صـ ٥٨٦ مقابل المشهور عند المالكية أن الحضانة حق للمحضون فبناء على ذلك لا يجوز للحاضنة الإقدام على إسقاطها إلا لعذر.

٢ - الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٣ صـ ٣٥٩ & كشاف القناع جـ ٥صـ ٥٨٦ .

والثاني: تنتقل إلى أمها وهو أصح؛ لأن الأب أبعد، فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه [1].

الشافعية:

أما الشافعية فقد ذكروا أن الأم إن غابت أو امتنعت من الحضانة ففي انتقال الحضانة إلي غيرها قولان:

الأول: أن الحضانة تنتقل فللجدة مثلا أم الأم على الصحيح كما لو ماتت أو جنت.

وضابط ذلك أن القريب إذا امتنع كانت الحضانة لمن يليه.

والثاني: تكون الولاية للسلطان كما لو غاب الولي في النكاح أو عضل.

وأجاب الأول بأن القريب أشفق وأكثر فراغا من السلطان[2].

وجاء في بحر المذهب: أن هذا يحتمل وجهين:

أحدهما: تكون لأمها كما لو تزوجت، وهذا اختيار أبي حامد[3] وجماعة.

والثاني: تكون للأب، لأن حضانتها لم تبطل بالترك، وصارت كالفاصل في النكاح ولا تنتقل ولايته إلى من دونه، وهو اختيار ابن الحداد[4] ومشايخ

---

١ - المغني لابن قدامة جـ ٨ صـ ٢٤٧ .

٢ - مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٨١ .

٣ - أحمد بن أبي طاهر محمد بن أحمد، الإمام أبو حامد الإسفراييني الشافعي. ولد سنة أربع وأربعين وثلاثمائة وقدم بغداد سنة أربع وستين توفى سنة ٤٠٦ هـ .
قدم بغداد وهو صبي فتفقه على أبي الحسن ابن المرزبان، وأبي القاسم الداركي حتى صار أحد أئمة وقته، وعظم جاهه عند الملوك. وحدث عن عبد الله بن عدي، وأبي بكر الإسماعيلي، وأبي الحسن الدارقطني، وجماعة.
قال أبو إسحاق في " الطبقات ": انتهت إليه رياسة الدين والدنيا ببغداد، وعلق عنه تعاليق في شرح المزني، وطبق الأرض بالأصحاب، وجمع مجلسه ثلاثمائة متفقه انظر تاريخ الاسلام ووفيات المشاهير والأعلام للذهبي جـ ٩ صـ ١٠١طبعة اولى دار الغرب الاسلامي ٢٠٠٣ مـ تحقيق د . بشار معروف .

٤ - محمد بن أحمد أبو بكر بن الحداد ، ولد يوم موت المزنى، وباشر قضاء مصر بأمر أميرها إلى أن أسند إلى غيره وجالس أبا إسحاق المروزى ومحمد بن جرير، وأخذ العربية عن ابن ولاد، ولم يحدث عن غير النسائي، له كتاب - أدب القضاء - في أربعين حزء، و- ا لباهر في الفقه -في =

خراسان [1].

ولكن هل يجوز لها الرجوع في ذلك الحق ؟

ذهب الأحناف والشافعية والحنابلة إلى أن الإسقاط لا يدوم فلها الرجوع لأن حقها يثبت شيئا فشيئا فيسقط الكائن لا المستقبل ، فهو كإسقاطها القسم لضرتها.

- فمن أسقط حقه من الحضانة سقط لإعراضه عنه وله العود في حقه متى شاء لأنه يتجدد بتجدد الزمان كالنفقة .
- ولأن أقوى الحقين في الحضانة للصغير، ولئن أسقطت الزوجة حقها فلا تقدر على إسقاط حقه أبدا[2].
- وبما أن ذلك حق للولد، لا عليه، فهو يقف على شهوته؛ فاتبع فيه إرادته كما يتبع إرادته بشراء الطعام، ولأنه قد يبدو له الأمر على خلاف ما ظنه، وقد يقصد مراقبة الجانبين[3].

أما المالكية:

فقد ذكروا أن الحضانة لا تعود بعد الإسقاط لها من الحاضنة لغيرها لغير عذر بعد استحقاقها لها بناء على أنها حق لها وهو المشهور .

وقيل: تعود بناء على أنها حق للمحضون وعلى هذا فلا يجوز إقدامها على إسقاطها. إلا أن يكون سقوطها لعذر كمرض لا تقدر معه على القيام بالحضانة أو عدم لبن أو حج فرض أو سفر زوج بها غير طائعة فتعود لها الحضانة بزواله ، وكذا إذا رجع به

=نحو مائة حزء، و- جامع الفقه والمولدات - ، وفيه يقول الشاعر: الشافعى تفقها. . . والأصمعى تفننا. . . والتابعي تزهدا ، مات سنة أربع وقيل خمس وأربعين وثلثمائة عن تسع وتسعين سنة وشهور انظر العقد المذهب في طبقات حملة المذهب لابن الملقن ط أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٧ هـ ١٩٩٧ م .

١ - بحر المذهب للروياني جـ ١١ صـ ٥١٦ .

٢ - الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٣ صـ ٣٥٩ & كفاية النبيه في شرح التنبيه جـ ١٥ صـ ٢٨٧ & كشاف القناع جـ ٥ صـ ٥٨٦ .

٣- كفاية النبيه في شرح التنبيه جـ ١٥ صـ ٢٨٧

وليه من سفره سفر نقلة إلا أن تتركه سنة بعد زوال ما مر بلا عذر أو يألف الولد من هو عندها ويشق نقله منها فلا تأخذه .[1]

رأي القانون:

نص القانون على أنه لا يجوز للمرأة إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم مقابلا للخلع مادة: ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠[2].

فإذا تنازلت الحاضنة عن حضانة الصغير فإنه يجوز لها الرجوع عن تنازلها وأخذ الصغير - حتى ولو صدر بتنازلها حكم - لأن أقوى الحقين في الحضانة للصغير ، ولئن أسقطت حقها فلا تقدر على إسقاط حق الصغير أبدا ، وبهذا يتفق القانون مع قول جمهور الفقهاء في ذلك الأمر .

١ - منح الجليل جـ٤ صـ ٤٣١ .
٢ - قانون الأحوال الشخصية الجديد المعدل بالقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن اجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وللائحة التنفيذية مادة : ٢٠ صـ ٦٠ طبعة البدراوي للنشر والتوزيع ٢٠٠٢ م .

المطلب الثاني

انتهاء وقت الحضانة

- ظاهر الرواية عند الأحناف أن وقت الحضانة التي من قبل النساء بالنسبة للأم والجدات أنهما أحق بالغلام حتى يستغني عنهن فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده .

وذكر عن محمد: ويتوضأ وحده يريد به الاستنجاء ، أي ويستنجي وحده ولم يقدر في ذلك تقدير .

وذكر الخصاف[1] سبع أو ثمان سنين .

- أما الجارية فهما أحق بها حتى تحيض هذا ظاهر الرواية ، وعن محمد أنها حتى تبلغ وتشتهى .

وإنما اختلف حكم الغلام عن الجارية ، لأن القياس أن تتوقف الحضانة بالبلوغ في الغلام والجارية جميعا - لأنها ضرب ولاية ولأنها تثبت للأم فلا تنتهي إلا بالبلوغ كولاية الأب في المال – إلا أننا تركنا القياس في الغلام بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، لما روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم

---

١ - أحمد بن عمرو، أبو بكر الخصاف ، الشيباني ، حدث عن أبي عاصم النبيل وأبي داود الطيالسي ومسدد وجماعة.
وكان فاضلا فارضا حاسبا عارفا بالفقه، مقدما عند الخليفة المهتدي بالله. فلما قتل المهتدي نهب فذهب بعض كتبه.
وصنف كتاب "الحيل" وكتاب "الوصايا" وكتاب "الشروط" كبير وصغير وكتاب "الرضاع" وكتاب "المحاضر والسجلات" وكتاب "أدب القاضي" وكتاب "النفقات على الأقارب" وكتاب "إقرار الورثة بعضهم لبعض" وكتاب "أحكام الوقف" وكتاب "النفقات" وكتاب "العصير وأحكامه" وكتاب "ذرع الكعبة والمسجد الحرام والقبر المقدس" وكتاب "الخراج" وكتاب "المناسك" مات ببغداد سنة إحدى وستين ومائتين. انظر تاج التراجم للسودوني جـ ١ صـ ٩٨

يشب عاصم أو تتزوج أمه ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد من الصحابة [1].

فتركنا القياس بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فبقي الحكم في الجارية على أصل القياس .

ولأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال وتحصيل أنواع الفضائل ،واكتساب أسباب العلوم ، والأب على ذلك أقدر وأقوم .

ولأنه لو ترك في يدها لتخلق بأخلاق النساء ، وتعود بشمائلهن وفيه ضرر ، وهذا المعنى لا يوجد في الجارية فتترك في يد الأم ، بل تمس الحاجة إلى الترك في يدها إلى وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك إلا وأن تكون عند الأم .

أما إذا حاضت أو بلغت عند الأم حد الشهوة تقع الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها عمن يطمع فيها لكونها لحما على وضم فلا بد ممن يذب عنها ، والرجال على ذلك أقدر [2].

- وأما غير هؤلاء من ذوات الرحم المحرم من الأخوات والخالات والعمات: إذا كان الصغير عندهن فالحكم في الجارية كالحكم في الغلام وهو: أنها تترك في أيديهن إلى أن تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم إلى الأب .

وإنما كان كذلك لأنها وإن كانت تحتاج بعد الاستغناء إلى تعلم آداب النساء لكن في تأديبها استخدامها ، وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الأمهات من الأخوات والخالات والعمات ، فتسلمها إلى الأب احترازا من الوقوع في المعصية [3].

أما الحضانة التي للرجال: فوقتها بعد الاستغناء في الغلام إلى وقت البلوغ ، وبعد الحيض في الجارية إذا كانت عند الأم أو الجدتين ، وإن كان عند غيرهن فما بعد

---

١ - لم أجده بهذا اللفظ بل بلفظ : انت عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار فولدت له عاصم بن عمر، ثم إنه فارقها، فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة. فأدركته جدة الغلام. فنازعته إياه. حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر: ابني. وقالت المرأة: ابني. فقال أبو بكر: خل بينها وبينه. قال: فما راجعه عمر الكلام. موطأ الإمام مالك جـ ٢ صـ ٢٦٧ ، ٢٦٨ طبعة دار احياء التراث العربي بيروت ١٤٠٦ هـ ١٩٨٥ م تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

٢- بدائع الصنائع جـ ٤ صـ ٦٢ ، ٦٣ .

٣ - المصدر السابق صـ ٦٣ .

الاستغناء فيهما جميعا إلى وقت البلوغ لما ذكرنا من المعنى ، وإنما توقت هذا الحق إلى وقت بلوغ الصغير والصغيرة ، لأن ولاية الرجال على الصغار و الصغائر تزول بالبلوغ كولاية المال ، غير أن الغلام إذا كان غير مأمون عليه فللأب أن يضمه إلى نفسه ولا يخلي سبيله كيلا يكتسب شيئا عليه ، وليس عليه نفقته إلا أن يتطوع .

فأما إذا بلغ عاقلا ، واجتمع رأيه واستغنى عن الأب وهو مأمون عليه فلا حق للأب في إمساكه ، كما ليس له أن يمنعه من ماله ، فيخلي سبيله فيذهب حيث شاء .

والجارية إن كانت ثيبا وهي غير مأمونة على نفسها لا يخلى سبيلها ويضمها إلى نفسه ، وإن كانت مأمونة على نفسها فلا حق له فيها ويخلي سبيلها وتترك حيث أحبت .

وإن كانت بكرا فلا يخلى سبيلها وإن كانت مأمونة على نفسها لأنها مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها الخداع [1].

أما المالكية فالمشهور عندهم في وقت الحضانة أنها إلى البلوغ في الذكر من غير شرط .

ومقابل المشهور: ما قاله ابن شعبان[2]: أن أمد الحضانة في الذكر حتى يبلغ عاقلا غير زمن .

وحضانة الأنثى إلى دخول الزوج بها ، وليس مثل الدخول الدعاء له وهي مطيقة[3].

---

١ - البدائع ج ٤ صـ ٦٣ .

٢ - هو : محمد بن القاسم بن شعبان بن محمد بن ربيعة، الفقيه أبو إسحاق المصري المالكي [المتوفى: ٣٥٥ هـ]
صاحب التصانيف ، كان رأس المالكية بمصر وأحفظهم للمذهب، مع التفنن من التاريخ والأدب مع الدين والورع، ومع فنونه لم يكن له بصر بالنحو. وكان واسع الرواية. له كتاب " الزاهي الشعباني في الفقه " وهو مشهور، وكتاب " أحكام القرآن " وكتاب " مناقب مالك " وكتاب " المنسك " روى عنه: محمد بن أحمد بن الخلاص التجاني، وخلف بن القاسم بن سهلون، وعبد الرحمن بن يحيى العطار، وطائفة ، توفي لأربع عشرة بقيت من جمادى الأولى. انظر تاريخ الاسلام جـ ٨ صـ ٨٨ – ٨٩ .

٣- بلغة السالك جـ٢ صـ ٤٩٤

وقيل: في الغلام حتى يثغر[1] .

والتفريق عندهم بين الذكر والأنثى مرجعه:

- أن بلوغها لم يؤثر في سقوط إجبار الأب إياها عن النكاح، فلم يؤثر في سقوط الحضانة كحال الصغير .

- ولأن البنت محتاجة من الحفظ والمراعاة إلى أكثر مما يحتاج إليه الولد، وحاجتها إلى ذلك بعد البلوغ أكثر وأشد[2].

أما الشافعية

فالحضانة بترتيبها السابق عندهم إلى سن التمييز ، أي في غير مميز وهو من لا يستقل كطفل ومجنون بالغ .

أما المميز: سواء كان ذكرا أم أنثى إذا افترق أبواه وصلحا للحضانة ولو فضل أحدهما الآخر دينا أو مالا أو محبة ، كان عند من اختار منهما وذلك:

لأنه صلى الله عليه وسلم " خير غلاما بين أبيه وأمه "[3]

ولأن القصد بالكفالة الحفظ للولد ، والمميز أعرف بحظه فيرجع إليه .

قال ابن الرفعة[4]: ويعتبر في تمييزه أن يكون عارفا بأسباب الاختيار ، وإلا أخر إلى حصول ذلك ، وهو موكول لاجتهاد القاضي .

١- الكافي لابن عبد البر جـ ١ صـ٢٩٦

٢ - الاشراف على نكت مسائل الخلاف للبغدادي المالكي جـ ٢ صـ ٨١١ طبعة اولى ١٤٢٠هـ ، ١٩٩٩ م دار ابن حزم تحقيق الحبيب بن طاهر

٣ - سنن الترمذي جـ ٣ صـ ٦٣٠ رقم : ١٣٥٧ وقال : حسن صحيح .

٤ - هو : أحمد بن على بن مرتفع بن حازم بن إبراهيم بن العباس الأنصارى النجاري المصرى الشهير بالفقيه ابن الرفعة، أحد أئمة الشافعية في عصره وحامل لوائهم، تفقه على السديد والظهير والشريف العباس، ولقب بالفقيه فكان، وهو إلى الأن لا يكاد يعرف عند طلاب مصر إلا به، شرح التنبيه بشرح نفيس وشرح الوسيط أيضا، وسمع الحديث من أبى الحسن على بن نصر الله بن الصواف وغيره، وحدث بشيء من تصنيفه في أمر الكنائس وتخريبها، وولى حسبة مصر ودرس بالمعزية، وكان مولده سنة خمس وأربعين وستمائة، ومات بها في رحب سنة عشر وسبعمائة، وله تصنيف لطف في المكاييل والموازين . العقد المذهب في طبقات حملة المذهب جـ ١ صـ ١٧٤ .

فإن كان في أحدهما جنون أو كفر أو رق أو فسق أو نكحت الأم أجنبيا ، فالحق للآخر فقط ولا تخيير لوجود المانع به ، فإن عاد صلاح الآخر انشأ التخيير [١].

وإن اختارهما: أقرع بينهما قطعا للنزاع ويكون عند من خرجت قرعته منهما.

فإن لم يختر واحدا منهما فالأم أولى لأن الحضانة لها ولم يختر غيرها .

وقيل يقرع بينهما لأن الحضانة لكل منهما [٢].

أما الحنابلة: فقد ذهبوا مذهب الشافعية في الغلام إذا بلغ سبعا من حيث التخيير .

أما بالنسبة للجارية عندهم فلا يصار إلى تخييرها لأن الشرع لم يرد به فيها ، بل تكون عند أبيها إلى البلوغ وجوبا وبعده أيضا إلى الزفاف ، لأن الغرض من الحضانة الحفظ ، والأب أحفظ لها ، وإنما تخطب منه فوجب أن تكون تحت نظره ليؤمن عليها من دخول النساء لكونها معرضة للآفات لا يؤمن عليها الانخداع ، ولأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج ، ويمنعها الأب من الانفراد ومن يقوم مقامه لأنها لا تؤمن على نفسها [٣].

رأي القانون:

كان نص المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه:

ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنتي عشرة سنة .

ويجوز للقاضي بعد هذا السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك [٤].

---

١ - مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٨٢ .
٢ - المصدر السابق صـ ٥٨٤ .
٣ - كشاف القناع جـ ٥ صـ ٥٩٠ ، ٥٩١ .
٤ - قانون الأحوال الشخصية الجديد المعدل بالقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن اجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وللائحة التنفيذية مادة : ٢٠ صـ ٢٣ .

ثم تم تعديل نص المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والخاصة بسن الحضانة للصغير وذلك بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٥ وهو الآتي نصه:

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتي وقد أصدرناه .

المادة الأولى

يستبدل نص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ النص الآتي .

مادة ٢٠ (فقرة أولى) ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشر ويخير القاضي الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذا السن في البقاء في يد الحاضنة وذلك حتى يبلغ سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة .

المادة الثانية

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره ويبصم هذا القانون بخاتم الدولة وينفذ كقانون من قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية فى ٢٦ محرم لسنة ١٤٢٦ الموافق ٧ مارس ٢٠٠٥.

مقارنة بين رأي القانون والشرع:

إذا نظرنا إلى رأي القانون ومع أي الآراء الشرعية يتفق نجد أنه يكاد يوافق المشهور من رأي المالكية في الذكر من حيث بقاء حضانته إلى سن البلوغ .

أما بالنسبة للأنثى فقد عدل عن رأي المالكية في الظاهر دون المعنى ، فنص القانون يكاد يتقارب مع رأي الأحناف القائلين ببقاء الجارية في حضانة أمها حتى تحيض وسن الخامسة عشر حاليا هو غالبا سن البلوغ .

وكما سبق أن ذكرت أن هذا الرأي للأحناف بالنسبة للجارية إذا كانت الحاضنة الأم أو أمها فقط .

أما غيرهن من الحاضنات كالخالة والعمة والأخت فتترك عندها الجارية حتى تأكل وحدها وتلبس وحدها .

غير أن القانون يذهب إلى تخيير الجارية بعد سن الخامسة عشر ، أما عند الأحناف فلا تخيير بل تسلم الجارية إلى أبيها لأنه أقدر على حفظها .

ومن الطبيعي إذا عاشت الفتاة مع أمها لسن الخامسة عشر وتعودت على طباعها فليس من السهل عليها أن تترك بيتها وتذهب لبيت لم تعتد العيش فيه ، فمن البديهي أنها ستختار أمها وتعيش معها حتى تتزوج ، وهذا هو رأي المالكية ، فكأن القانون اختار رأي الأحناف ظاهرا فقط ورأي المالكية حقيقة وواقعا .

الراجح:

أرى والله أعلم أن الراجح في ذلك هو رأي الأحناف القائلين ببقاء الغلام في حضانة النساء حتى يستغني وكذلك الجارية إذا كانت مع غير الأم والجدة ، وبقائها إلى البلوغ إذا كانت مع الأم والجدة ، وذلك لما فيه من مصلحة للصغير ومراعاة لحق الأب ودوره في تربية أبنائه .

والله أعلم .

المطلب الثالث

تخيير المحضون

من خلال ما سبق نستطيع أن نقول: إن للفقهاء في التخيير ثلاثة آراء:

الرأي الأول: للأحناف والمالكية وهو القول بعدم ثبوت التخيير .

الرأي الثاني: للشافعية وهو ثبوت التخيير للغلام والجارية قبل البلوغ .

الرأي الثالث: للحنابلة وهو ثبوت التخيير للغلام دون الجارية .

الأدلة:

أولا: أدلة من قال بعدم التخيير

١ – ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال للأم: "أنت أحق به ما لم تنكحي "[١] ولم يخير .

٢ – لأن تخيير الصبي ليس بحكمة لأنه لغلبة هواه يميل إلى اللذة الحاضرة من الفراغ والكسل والهرب من الكتاب وتعلم آداب النفس ومعالم الدين ، فيختار شر الأبوين وهو الذي يهمله ولا يؤدبه [٢].

٣ – ولأنه صغير غير رشيد ولا عارف بمصلحته فلا يعتمد اختياره كسائر تصرفاته[٣].

أما بالنسبة لمن منع تخيير الجارية: فلأن الشرع لم يرد بالتخيير فيها .

ولأن الأب أحفظ لها ، والغرض من الحضانة الحفظ .

ولأنها إنما تخطب منه فوجب أن تكون تحت نظره ليؤمن عليها [٤].

---

١ - سبق تخريجه صـ ١١ .
٢ - بدائع الصنائع جـ ٤ صـ ٦٤ .
٣- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي جـ ٣ صـ ٤٩طبعة اولى ١٣١٣ هـ المطبعة الكبرى الأميرية القاهرة .
٤ - كشاف القناع جـ ٥ صـ ٥٩١

ثانيا: أدلة من قال بالتخيير

١ – حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: زوجي يريد أن ينتزع ابني مني وأنه قد نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة فقال صلى الله عليه وسلم: " استهما عليه " فقال الرجل من يشاقني في ابني فقال النبي صلى الله عليه وسلم للغلام: " اختر أيهما شئت " فاختار أمه فأعطاها إياه [١].

٢ – لأن القصد بالكفالة الحفظ للولد والمميز أعرف بحظه فيرجع إليه [٢].

المناقشة:

رد الأحناف على حديث أبي هريرة المثبت للتخيير بأن المراد منه:

١ - التخيير في حق البالغ لأنها قالت: نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة ، ومعنى قولها نفعني: أي كسب عليَّ ، والبالغ هو الذي يقدر على الكسب .

وقد قيل: إن بئر أبي عتبة بالمدينة لا يمكن للصغير الاستقاء منه ، فدل على أن المراد منه التخيير في حق البالغ ، والدليل عليه: ما روي عن عمارة بن ربيعة الجرمي[٣] أنه قال: غزا أبي البحرين فقتل ، فجاء عمي ليذهب بي فخاصمته أمي إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، فخيرني علي رضي الله عنه ثلاثا فاخترت أمي ، فأبى عمي أن يرضى فوكزه علي رضي الله عنه بيده وضربه بدرته وقال: لو بلغ هذا الصبي أيضا خير [٤].

---

١ - بلفظ " من يحاقني " وصححه الألباني السنن الصغرى للبيهقي جـ ٣ صـ ١٩٣ رقم ٢٩٠٢ طبعة اولى ١٤١٠ هـ ١٩٨٩ م جامعة الدراسات الاسلامية كراتشي & سنن أبي داود جـ ٣ صـ ٥٨٩ رقم ٢٢٧٧ تحقيق شعيب الأرنؤوط طبعة اولى ١٤٣٠ هـ ٢٠٠٩ م دار الرسالة العالمية .

٢ - مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٨٢ .

٣ - عمارة بن ربيعة الجرمي، من الرابعة، سكت عنه البخاري وابن أبي حاتم، وذكره ابن حبان في " الثقات "انظر المجم الصغير لرواة الامام ابن جرير الطبري أكرم بن محمد زيادة الفالوجي الأثري طبعة الدار الأثرية الأردن .

٤ - مصنف ابن أبي شيبة جـ ٤ صـ ١٨٠ رقم : ١٩١٢٧ طبعة أولى١٤٠٩ هـ مكتبة الرشد الرياض تحقيق كمال الحوت .

فهذا يدل على أن التخيير لا يكون إلا بعد البلوغ [1].

٢ – لا حجة لهم أيضا في الحديث لأنه لم يذكر فيه الفراق ، فالظاهر أنها كانت في صحبته وذلك لقولها [إن زوجي يريد] ولولا أنها في صحبته لما قالت ذلك .

٣ – ليس فيه دليل على أنه يخير في السبع لأنه ليس في الحديث ذكر عمره .

٤ – أو أنه وفق ببركة دعائه صلى الله عليه وسلم لاختيار الأنظر فلا يقاس عليه غيره .

٥ – ولأنه صلى الله عليه وسلم أمرهما أولا بالاستهام عليه وهو متروك إجماعا فكذا التخيير ، وكيف لا يعتبرون إيمانه وهو اختياره لربه وهو نفع له ثم يعتبرون اختياره لأحد الأبوين وهو ضرر عليه وهذا خُلف [2].

الراجح:

أرى أن الراجح في ذلك ليس منع التخيير مطلقا ولا إباحته في سن صغيرة لا يعقل فيها الصغير سوى اختياره لمن يتهاون معه ولا يشدد عليه ، ومن يفيض عليه بكل ما يشتهيه فقط وهو لا يدرك أن مصلحته قد تكون في المنع أحيانا ، فالتخيير من وجهة نظري يكون بعد البلوغ إذ حينها يدرك المحضون أسباب اختياره ويكون متحملا تبعاتها إن أساء الاختيار ، خاصة أنه لا يوجد نص صريح يبين في أي سن كان تخيير النبي صلى الله عليه وسلم .

والله أعلم .

١ - بدائع الصنائع جـ ٤ صـ ٦٤ .
٢ - تبيين الحقائق جـ ٣ صـ ٤١ .

رأي القانون:

إذا نظرنا إلى رأي القانون بعد التعديل نجده ينظر في أمر التخيير بما يلي:

لم يعد هذا الأمر متروكا لهيئة المحكمة كما فى القانون القديم فأصبح على القاضي أن يخير الصغير بين بقائه مع الحاضنة بعد بلوغه سن ١٥ سنة وذلك بدون أجر أو أن يكون مع أبيه ، أما بالنسبة للصغيرة فهي تخير بين بقائها مع الحاضنة إلى أن تزف دون أجر أيضا[١].

وهذا الرأي لا يتفق مع أي من الأقوال التي نص الفقهاء عليها .

أما بالنسبة للأنثى فواضح فلم يذهب إلى تخييرها إلا الشافعية وهذا بعد سن التمييز لا سن البلوغ .

وأما بالنسبة للذكر فلم يقل بالتخيير إلا الشافعية والحنابلة وهذا أيضا بعد سن التمييز لا البلوغ .

وقد يظهر لنا من الأدلة والمناقشات السابقة أن الأحناف قد يرون تخيير الغلام فقط بعد البلوغ حيث ظهر هذا من ردهم على أدلة من أثبت التخيير ، ولكن الأحناف حين أثبتوا التخيير بعد البلوغ لم يكن هذا إلا بناء على رأيهم ووجهتهم في انتقال حضانة الذكر إلى أبيه بعد الاستغناء أي بعد اعتماده على نفسه في الأكل والشرب واللبس وهكذا ، فالصبي هنا يكون قد رافق والده فترة طويلة وتخلق بأخلاق الرجال وأصبح أهلا للتخيير فيخير بعد ذلك ، أما في القانون فالصبي مع أمه حتى يبلغ ثم يخير أيضا بعد البلوغ هذا لم يقل به أحد من الفقهاء بل فيه إجحافا لحق الطفل أولا ولحق الأب أيضا ، والقانون يجب أن يراعي حقوق جميع الأفراد حتى لا يتهم ، ولذا فيجب إعادة النظر في هذه المادة من القانون .

---

١ - منتدى المحاميين العرب – الأحكام الخاصة بحضانة الصغير إسقاط الحضانة النصوص القانونية -
http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?action=Display&ID=116635&Type=3

المبحث الثاني

السفر بالمحضون

للمطلقة الخروج بالولد من قرية إلى مصر قريبة لا عكسه ، ومن بلدة إلى أخرى هي وطنها قد نكحها فيها ، ولو دار حرب لو زوجها حربيا مثلها [1].

هذا خلاصة مذهب الأحناف في السفر بالمحضون وتفصيله كالآتي:

لو أراد الزوج أن يخرج من البلد وأراد أن يأخذ ولده الصغير ممن له الحضانة من النساء ، فليس له ذلك حتى يستغني عنها لأنها أحق بالحضانة منه فلا يملك انتزاعه من يدها لما فيه من إبطال حقها فضلا عن الإخراج من البلد .

أما الأم إذا كانت مقضية العدة وأرادت أن تخرج بولدها من البلد الذي هي فيه إلى بلد آخر فهذا على أقسام: -

١ – إن أرادت أن تخرج إلى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك ، لأن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه ، والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك البلد فكان راضيا بالتفريق .

٢ – إن وقع النكاح بغير بلدها فليس لها أن تنتقل بولدها إلى بلدها ، لأنه إذا لم يقع النكاح في بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام في بلدها فلم يكن راضيا بحضانة الولد فيه فلم راضيا بضرر التفريق .

٣ – لو أرادت أن تنقل الولد إلى بلد ليس ببلدها ولكن وقع النكاح فيه ، ليس لها ذلك لأن ذلك البلد الذي وقع فيه النكاح ليس ببلدها ولا بلد الزوج ، بل هو دار غربة لها كالبلد الذي فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضيا بحضانة الولد فيه ، فلم يكن راضيا بضرر التفريق .

---

١ - الدر المختار جـ ٣ صـ ٥٧٠ .

إذا فلا بد من شرطين:

- أن يكون البلد الذي تريد أن تنقل إليه الولد بلدها .
- وقوع النكاح فيها فما لم يوجد لا يثبت لها ولاية النقل .

وروي عن أبي يوسف أن لها ذلك واعتبر مكان العقد فقط [١] .

أما عند المالكية فالحكم مختلف:

فمن شروط ثبوت الحضانة عندهم للحاضن:

- أن لا يسافر ولي حر عن محضون حر سفر نقلة ستة برد فأكثر ، وظاهر المدونة أنه يكفي مسافة بريدين ، فإن أراد الولي السفر المذكور له أخذ المحضون من حاضنته ويقال لها ، اتبعي محضونك إن شئت ولكن لا بد من شرطين:
  - كون السفر لموضع مأمون .
  - أمن في الطريق على نفسه وماله والمحضون .

  لأن في ذلك حفظا لنفسه ، ومعرفة الناس له ، وإحراز مال أبيه إن مات .
  واحترز بالولي الحر عما كان الولي عبدا وأراد السفر فليس له أخذه معه بل يبقى عند حاضنته لأن العبد لا قرار له ولا مسكن .
  واحترز بالمحضون الحر عن العبد إذا سافر وليه فلا يأخذه معه ، لأن العبد تحت نظر سيده أي مالك أمه حضر وسفر .

أما إذا كان المحضون رضيعا:

فالمشهور عند المالكية أيضا سقوط حقها من الحضانة ويأخذه الولي معه .

وقيل لا يأخذ الرضيع وإنما يأخذ الولد إذا أثغر .

وقيل يأخذه بعد انقطاع الرضاع .

١- بدائع الصنائع جـ ٤ صـ ٦٥ .

أما إذا سافرت الحاضنة مع الولي أو المحضون: فلا تسقط حضانتها وليس لوليه منعها منه ، وكذلك إذا كان ثم ولي حاضر يساوي وليه في الدرجة كعم ثان فلا تسقط حضانتها بإرادة سفره .

وكذلك إذا سافرت هي تسقط حضانتها .

هذا إذا كان سفر نقلة .

أما إذا كان السفر للتجارة أو زيارة أو نزهة ، فلا يأخذه الولي ، ولا تسقط الحضانة لمن لها الحضانة ، بل إن كانت مسافرة أخذته ، وإن كان الولي مسافرا لا يأخذه منها[1].

قال اللقاني [2]: محل هذا إذا كان السفر قريبا كبريد لا إن بعد فلا تأخذه إن أرادت السفر ، وإن كانت حضانتها باقية [3].

واختلف في حد القرب على أربعة أقوال:

١ - أن البريد ونحوه قريب .

٢ – أن حد القرب بريد لا زيادة عليه .

٣ – أن مسيرة اليوم قريب وأن للأم أن تخرج إليه بولدها .

٤ – أنه إذا كان موضعا لا ينقطع خبرهم فهو قريب من غير حد أميال [4].

١- بلغة السالك جـ ٢ صـ ٤٩٨ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٤ صـ ٤٢٩، ٤٣٠ .

٢ - قاضي القضاة برهان الدين إبراهيم بن محمد اللقاني : الإمام الفقيه العالم المحدث العمدة المتفنن القدوة، سمع الحديث من الزركشي وتفقه بالزين طاهر لازمه وانتفع به والزين عبادة وأحمد البجائي وأبي القاسم النويري. مولده في صفر سنة ٨١٧ هـ وتوفي سنة ٨٩٦ هـ ١٤٩٠م انظر شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد مخلوف ط اولى ١٤٢٤ هـ ٢٠٠٣ م ، دار الكتب العلمية لبنان .

٣- بلغة السالك جـ ٢ صـ ٤٩٨ .

٤ - مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل جـ ٤ صـ ١٥١ .

وذهب الشافعية والحنابلة إلى ماذهب إليه المالكية من أنه إذا أراد أحد الأبوين سفر نقلة فالأب أولى بالمحضون سواء انتقل الأب أو الأم أو كل واحد إلى بلد وذلك: حفظا للنسب فإنه يحفظه الآباء ، ورعاية لمصلحة التأديب والتعليم وسهولة الإنفاق [١].

واشترطوا أيضا ما شرطه المالكية من: أمن الطريق وأمن البلد المقصود.

واشترط الحنابلة وهو قول أيضا عند الشافعية لاستحقاق الأب للمحضون حتى ولو كان سفر نقلة أن تكون النقلة إلى بلد مسافة قصر أو أكثر ، فإن كان دون مسافة القصر فالأم أحق به لأنها أتم شفقة [٢].

لكن الأصح عند الشافعية أنه لا فرق بين ما كان مسافة قصر أو دونه طالما سفر نقلة[٣].

وإذا كان الولد عند أحد الأبوين فلا يمنع الآخر من النظر إليه وعن

تعهده .

فإذا كان الولد عندها فلها إخراجه إلى مكان يمكنه أن يبصر ولده كل يوم ولا يجبران على ذلك [٤].

وللأب تفقده عند أمه وتأديبه وبعثه للمكتب ، ولا يبيت إلا عند أمه [٥].

وذهب الشافعية إلى أن الغلام إذا اختار الأب لم يمنعه زيارة أمه ولا يكلفها الخروج لزيارته لئلا يكون ساعيا في العقوق وقطع الرحم ، وهو أولى منها بالخروج لأنه ليس بعورة .

أما إذا اختارته أنثى فيمنعها من زيارة أمها لتألف الصيانة وعدم البروز ، والأم أولى بالخروج منها لزيارتها لسنها وخبرتها [٦].

---

١ - مغني المحتاج جـ ٣ ص ٥٨٤ ، ٥٨٥ & كشاف القناع جـ ٥ صـ ٥٨٨ .
٢ - مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٨٤ ، ٥٨٥ & نيل المآرب بشرح دليل الطالب جـ ٢ صـ ٣٠٩ .
٣ - مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٨٥ .
٤ - الدر المختار ج ٣ ص ٥٧١ .
٥ - الشامل في فقه الإمام مالك جـ ١ صـ ٥٠٦ .
٦ - مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٨٣ .

أما إذا اختار الغلام الأم فعنده ليلا وعند الأب نهارا يعلمه الأمور الدينية والدنيوية على ما يليق به ويؤدبه ويسلمه لمكتب أو حرفة ، وإلى هذا ذهب الحنابلة أيضا [١].

أما إذا كان المحضون أنثى واختار الأم فعندها ليلا ونهارا لاستواء الزمانين في حقها طلبا لسترها ، ولا يطلب الأب إحضارها بل يزورها لتألف الستر والصيانة [٢].

رأي القانون:

نصت المادة ٣٩٣ من كتاب الأحوال الشخصية لقدري باشا على أنه ليس للأم المطلقة أن تسافر بالولد الحاضنة له من بلد أبيه قبل انقضاء العدة مطلقا .

ولا يجوز لها بعد انقضائها أن تسافر به من غير إذن أبيه من مصر إلى مصر بينهما تفاوت، ولا من قرية إلى مصر كذلك، ولا من قرية إلى قرية بعيدة إلا إذا كان ما تنتقل إليه وطنا لـها، وقد عقد عليـها فيه ، فإن كان كذلك فلها الانتقال بالولد من غير رضا أبيه ولو كان بعيدا عن محل إقامته ، فإن كان وطنها ولم يعقد عليها فيه أو عقد عليها فيه ولم يكن وطنها ، فليس لها أن تسافر إليه بالولد بغير إذن أبيه إلا إذا كان قريبا من محل إقامته بحيث يمكنه مطالعة والده والرجوع إلى منزله قبل الليل، وأما الانتقال بالولد من مصر إلى قرية فلا تمكن منه الأم بغير إذن الزوج، ولو كانت القرية قريبة ما لم تكن وطنها وقد عقد عليها ثمة.

ونصت المادة ٣٩٤ على أن غير الأم من الحاضنات لا تقدر بأي حال على نقل الولد من محل حضانته إلا بإذن أبيه[٣].

---

١ - كشاف القناع جـ ٥ صـ ٥٩٠ .
٢ - مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٨٣ ، ٥٨٤ .
٣ - شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا ، لمحمد زيد الأبياني ، جـ ٣ صـ ٦٦ تحقيق دكتور صلاح محمد أبو الحاج ، طبعة أولى مركز العلماء العالمي للدراسات وتقنية المعلومات .

غير أنه من الواضح أن القانون الخاص بمنع الطفل من السفر إلا بموافقة الأب قانون غير معمول به في معظم المحاكم المصرية؛ حيث تستطيع المطلقة أو الزوجة أن تصطحب الصغير خارج القطر وللأبد دون العودة للأب [1].

ويظهر هذا من اختلاف المحاكم في هذا الأمر حيث ذهبت بعض المحاكم، الى أن انتقال الحاضنة بالمحضون إلى مكان لا يجوز لها الانتقال إليه، لا يسقط حقها في الحضانة ، بناء على أن الفقهاء لم يذكروا من بين شروط أهلية الحضانة إمساك الصغير في مكان الحضانة وعدم النقلة ، في حين ذهب بعضها الآخر، إلى أن انتقال الحاضنة بالصغير يسقط حقها في الحضانة. لأن النص على منع الحاضنة من الانتقال بالصغير، يلزم منه سقوط حق الحاضنة في الحضانة ، إذا انتقلت بالصغير من دون إذن [2].

وهذا ما ذكره مؤلف المحاماة الشرعية حيث قال: غير أن المحاكم على اختلاف درجاتها لا تسير على ذلك - اللهم إلا محكمة واحدة أو اثنتين فيما أعلم ، فقد رأيت حكمًا لمحكمة دمياط الشرعية نشر في العدد الثالث من مجلة المحاماة الشرعية في سنتها الأولى حامت فيه حول هذا الموضوع فقد جاء في حيثيات حكمها: (ومن حيث إنه بالرجوع إلى أركان الحضانة وشروطها لم يوجد من بينها عدم انتقال الحاضنة بالصغير من بلد أبيه فإذا تكون الحضانة قائمة مع وجود هذه المخالفة)

---

١ - من مقال بعنوان : قانون الرؤية والولاية التعليمية للدكتور عادل عامر ٣٠/ ٣ / ٢٠١١
http://www.masress.com/almorakeb/5161

٢ - القرار رقم ٦٣– تاريخ: ١٩٣٧/٤/٥. حيث جاء فيه: (انتقال الحاضنة بالصغير من مكان الحضانة لا يسقط حقها فيها، وانما يجب أمرها بالانتقال به إلى مكان الحضانة). المحاماة الشرعية– القاهرة– س٨– ع٧-١٠– ١٩٣٧- ص٢٨٥ ، انظر أيضا القرار: رقم ٢٧ – تاريخ: ١٩٤٢/٦/١٥. حيث جاء فيه: (حيث إن الفقه يقضي بمنع الحاضنة من الانتقال من بلد الأب إلى بلد آخر بينهما تفاوت ، لا جائز أن يكون أثر مخالفة هذا الحكم الوقوع في الإثم فحسب ، لأن أحكام الحضانة أحكام عملية يراد ترتب آثارها عليها في الدنيا لمصلحة الصغير. ولا جائز أن يكون إجبار الحاضنة بالقوة على الإقامة ببلد الأب لأنها إن لم تكن زوجة ولا معتدة لأبي الصغير فلا سلطان له عليها. وإذا لم يجز إجبارها على الحضانة في هذه الحالة، فعدم إجبارها على مكان خاص للحضانة أولى. فبقي أن يكون الأثر المترتب على الانتقال ، هو سقوط حق الحاضنة في الحضانة، وهذا هو المتعين). المحاماة الشرعية– القاهرة– س١٧– ع٣-٤ - ١٩٤٦– ص١٢٥.
نقلا من : التزامات الاولياء وحقوقهم في الولاية على النفس ، لساهرة حسين كاظم آل ربيعة صـ١٢٠-١٢٣

وقد جاء في أخرى: (ومن حيث إن الحضانة روعي فيها مصلحة الصغير قبل كل شيء ولا تفوت هذه المصلحة بمجرد الانتقال ولذا لم يجعل الفقهاء من موجبات سقوط الحضانة الانتقال بالصغير).

فإذا عصت الحاضنة وانتقلت فيعاد إرجاعها، كما أن الزوجة إذا عصت بالنشوز فعصيانها لا يؤثر في حق الحضانة بل تؤمر بطاعة زوجها مع بقاء الحضانة لها.

وربما يقول قائل: وما ذا يصنع والد الصغير إذا انتقلت به الحاضنة إلى بلد لا حق لها في النقلة إليه والجواب عن ذلك سهل ميسور فلوالد الصغير أن يتقدم إلى المحاكم مطالبا بإرجاع ولده إلى مكان الحضانة وبعد أن يثبت دعواه بالأوجه المعتبرة في الإثبات فعلى المحكمة أن تحكم بإرجاع الولد إلي بلد الحضانة ويكون الحكم من حيث تنفيذه داخلاً تحت عموم نص المادة (٣٤١) من القانون رقم (٣١) سنة ١٩١٠، وينفذ عليها قهرا وهكذا يعاد التنفيذ عليها كلما خرجت بالولد إلى بلد لا حق لها في الحضانة فيه ، فإن رجعت الحاضنة مع الولد إلى بلد الحضانة سلم لها المحضون لتحضنه فيه ، وإن لم تعد يكون للأب حق استلامه حتى لا يترك ضائعا، فإن لم تعد إلى استلامه منه في البلد فللأب حينئذ أن يطلب إسقاط أجرة الحضانة عنه، لأن الحاضنة أصبحت بعد ذلك غير ممسكة للصغير ولا قائمة بالواجب عليها [١].

١ - مجلة المحاماة الشرعية المؤلف محمد عدنوس القاضي بالمحاكم الشرعية السنة الثانية - ١٣٤٩ - ١٣٥٠هـ، ١٩٣٠ - ١٩٣١م .

المبحث الثالث

زواج الحاضنة

المطلب الأول

سقوط الحضانة بالزواج

أجمع الفقهاء على أن الحاضنة يسقط حقها في الحضانة بنكاح أجنبي .

دل على ذلك خبر:

- " أنت أحق به ما لم تنكحي " [1]
- و ماروي عن سعيد بن المسيب أنه قال: طلق عمر رضي الله عنه أم ابنه عاصم رضي الله عنه ، فقضى أبو بكر رضي الله عنه بعاصم بن عمر رضي الله عنه لأمه ما لم يشب أو تتزوج وقال: إن ريحها وفراشها خير له حتى يشب أو تتزوج ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم [2].
- ولأنها تشتغل بأمر زوجها .
- ولأن على الولد وعصبته عارا في مقامه مع زوج أمه .
- ولأن الصغير يلحقه الجفاء والمذلة من قبل الزوج لأنه يبغضه لغيرته ويقتر عليه النفقة فيتضرر به [3].

---

١ - سبق تخريجه صـ ١١ .
٢ - سبق تخريجه صـ ٣٦.
٣ - بدائع الصنائع جـ ٤ صـ ٦١ ، ٦٢ & بلغة السالك جـ ٢ صـ ٤٩٧ & مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٨٠ & كشاف القناع جـ ٥ صـ ٥٧٧ .

وقد ذهب الأحناف والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يشترط الدخول لسقوط الحضانة ، بل يكفي العقد ، وذلك لأنها بالعقد ملك منافعها واستحق زوجها منعها من الحضانة فسقطت حضانتها [1].

أما المالكية فلا تسقط الحضانة عندهم إلا بالدخول فإذا لم تدخل لم تسقط حضانتها[2].

١ - الدر المختار جـ ٣ صـ ٥٦٥ & مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٨٠ & كشاف القناع جـ ٥ صـ ٥٨٧.
٥٨٧.
٢ - بلغة السالك جـ ٢ صـ ٤٩٦ .

المطلب الثاني

شروط سقوط الحضانة بالزواج

يشترط لسقوط حضانة المرأة بزواجها شروط:

١ – أن يكون الزوج أجنبيا عن المحضون ، فإن كان الزوج ليس أجنبيا كأن تزوجت بذي رحم محرم من الصبي فلا يسقط حقها في الحضانة ، كالجدة إذا تزوجت بجد الصبي ، والأم إذا تزوجت بعم الصبي ، وذلك:

- لقضائه صلى الله عليه وسلم ببنت حمزة لخالتها لما قال له جعفر: إنها بنت عمي وخالتها تحتي .
- ولأن من نكحت له حق في الحضانة ، وشفقته تحمله على رعايته فيتعاونان على كفالته كما لو كانت في نكاح الأب .
- ولأنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة .
- ومقابل الأصح عند الشافعية يبطل حقها أيضا لاشتغالها بالزوج ، ولا حق له في الحضانة الآن فأشبه الأجنبي .

ومحل الخلاف عند الشافعية إذا رضي الزوج بالحضانة ، وإلا فتسقط جزما لأن له الامتناع منها [١].

وقد زاد المالكية على هذا الشرط شرطان:

١ – أن لا يقبل المحضون غيرها ، فلو تزوجت الحاضنة برجل أجنبي من المحضون ولم يقبل الولد غيرها فإنها تبقى على حضانتها سواء كان المحضون رضيعا أو غيره ، وقصره بعضهم على الرضيع .

---

١ - بدائع الصنائع جـ ٤ صـ ٦٢ & بلغة السالك جـ ٢ صـ ٤٩٧ & مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٨٠ & كشاف القناع جـ ٥ صـ ٥٨٥ .

أو قبل غيرها ولم ترضعه المرضعة عند البدل للمرضعة التي تزوجت ، بأن قالت أنا لا أرضعه عندك بل في بيتي أو في بيت أمه التي تزوجت بأجنبي فلا تسقط حضانة الأم إذا للضرورة في كل .

٢ – أن لا يكون للولد حاضن غير المتزوجة ، أو كان الحضن الذي يليها غير مأمون ، أو كان عاجزا ، أو كان الأب عبد فلا تسقط حضانة الأم المتزوجة [١].

١- بلغة السالك جـ ٢ صـ ٤٩٧ ، ٤٩٨ .

هل تعود الحضانة إليها إذا فارقت زوجها

إذا فارقت الأم زوجها بأن مات عنها أو طلقها ، عاد إليها الحق في الحضانة لوجود السبب وذلك: لأن المانع قد زال فيزول المنع ، ويعود إليها حقها وتكون أولى ممن هي أبعد منها حتى وإن لم تنقض عدتها عند الشافعية والحنابلة [١].

رأي القانون:

نصت المادة ٣٨٣من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا على أنه: إذا تزوجت الحاضنة أما كانت أو غيرها بزوج غير محرم للصغير سقط حقها في الحضانة سواء دخل بها الزوج أم لا، ومتى سقط حقها انتقل إلى من يليها في الاستحقاق من الحاضنات، فإن لم توجد مستحقة أهل للحضانة، فلولي الصغيرة أخذه، ومتى زال المانع يعود حق الحضانة التي سقط حقها بتزوجها بغير محرم للصغير[٢].

- يلاحظ أن زواج الحاضنة من أجنبي ليس أمرا وجوبيا لسقوط الحضانة بل إن تقدير ذلك متروك للقاضي حق تقديره ، ولعل هذا يعتمد فيه على ما ورد في مجلة المحاماة الشرعية نقلا عن ابن عابدين في حاشيته: " فينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة ليراعي الأصلح للولد، فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقا عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها، أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك ، وقد يكون له زوجة تؤذيه أضعاف ما يؤذيه زوج أمه الأجنبي وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم، فإذا علم المفتي، أو القاضي شيئا من ذلك لا يحل له نزعه من أمه لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد "[٣] .

١- بدائع الصنائع جـ ٤ صـ ٦٢ & بلغة السالك جـ ٢ صـ ٤٩٧ & مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٥٨١ & كشاف القناع جـ ٥ صـ ٥٨٧.

٢ - شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا ، لمحمد زيد البياني جـ ٣ صـ ٥٣ .

٣ - رد المحتار على الدر المختار جـ ٣ صـ ٥٦٥ .

وهذا الكلام يحتاج إلى نظر إذ يعتبر الأمر هنا قد ترك تقديره للحاكم و كيف يعقل أن يكون الأب موجودا ويربى الصغير مع زوج أمه ، اللهم إلا إذا كان الأب ليس أهلا للحضانة بأن كان فاسقا ن أو كان يمارس مع صغيره طرقا غير سليمة في التربية فتكون الأم أولى به هنا .

وإذا كانت هذه وجهة القانون فكان من المماثل أو المساوي بأن يحكم بأن ثبوت الحضانة للأم ليس وجوبيا أيضا ، إذ قد يكون الأب أكثر شفقة من الأم ، وأدرى بمصلحة الصغير من الأم في كثير من الأحيان، وتسلك معه الأم أساليبا فاسدة في التربية .

والله أعلم .

الخاتمة والتوصيات

اهتم الإسلام بالأسرة اهتماما عظيما ، فهي نواة المجتمع وقوامه ، وبصلاحها يصلح المجتمع ، ومن أولى الاهتمامات رعاية الأطفال وحضانتهم وتنشئتهم على السلوك القويم لكي يصبحوا أفرادا أسوياء فاعلين في مجتمعهم فيتقدم بهم المجتمع ويرقى .

وقد أفاض الفقهاء على مر السنين في أمر حضانة الصغار ورعايتهم ، غير أننا وحتى وقتنا هذا لم نجد قوانين ثابتة ومتعارف عليها تنظم هذا الأمر بصورة واضحة ، بل نكاد نرى تغيرا كثيرا في هذه القوانين من وقت لآخر مما يؤدي إلى تعنت وتناحر بين الآباء وضياع للأطفال في كثير من الأسر .

ومن خلال بحثي في هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وصحابته والتابعين وآراء الفقهاء المختلفة ، وما نصت عليه القوانين الحالية والسابقة وإسقاط ذلك على المجتمع أوصي بما يلي:

أولا: تعديل القانون المعمول به والخاص بسن الحضانة لتكون حضانة النساء للصبي حتى سبع سنوات وللجارية حتى سن البلوغ ثم تؤول الحضانة للأب بعد ذلك ، وذلك لما في النساء من شفقة ودراية بأمور الصغار في مراحل أعمارهن الأولى ، ولما في الرجال من فطنة القدرة على الحماية والحفظ ورعاية المصالح وتقويم السلوك بعد ذلك .

وهذا يتفق مع رأي الأحناف ، ومع القانون السابق والذي تم تعديله إلى القانون الحالي .

ثانيا: في حالة زوال الحضانة عن الأم وأمها لسبب ما كالوفاة أو الزواج أو التنازل عن الحضانة فأرى أنه من الأنسب أن تؤول الحضانة إلى الأب كما نص على ذلك الشافعية لأن الأب أكثر شفقة ورحمة بصغاره ، ووجود الصغير مع أخت الزوجة أو غيرها من أقارب الأم يحول بين رعاية الأب لصغيره ، لما في الدخول على غير

المحارم من حرج عظيم ، وخاصة في وقتنا الحالي مع اتساع المدن وتباعد المسافات بين الناس .

ثالثا: تفعيل ما يسمى بالاستضافة للصغير ، وليكن يومان كل أسبوع للطرف غير الحاضن وذلك كي يتسنى لكلا الطرفين المشاركة في مسؤولية الصغير ورعايته ، مما يساعد على اقترابه النفسي من كلا الأبوين ، ويعود عليه بالنفع ويجنبه الكثير من المشاكل النفسية ويشبع رغبته إلى حد ما في الاستمتاع بالقرب من أبويه .

ثالثا: عند سفر الحاضنة يجب أن يكون ذلك بموافقة الأب وإلا تسقط عنها الحضانة في حالة إصرارها على السفر رغما عنه ، وإن عادت فتؤول إليها الحضانة مرة أخرى وذلك مراعة لحق الصغير في التنشئة بين أبويه ولحق الأب في رؤية أطفاله .

رابعا: التخيير لا يتم قبل سن الخامسة عشر وذلك حيث يكون الطفل قد صار معتمدا على نفسه مدركا لقراراته واعيا بالأنسب له وخاصة أنه قد أمضى فترة مع أمه ثم فترة أخرى مع أبيه مما أدى لوضوح الرؤية لديه وتحمله تبعات قراره .

خامسا: ضرورة تفعيل دور علماء الدين والفقهاء في المجتمع من خلال وسائل الإعلام والمنابر لتوعية الناس بأمور دينهم ونشر ثقافة التسامح والتواد بينهم ، مما يجنب المجتمع من النزاعات القضائية والفجور في الخصومة بين الأطراف مما ينعكس على سلوك الأطفال وتنشئتهم .

وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب .

المراجـــع

أولا:

القرآن الكريم .

ثانيا:

كتب الحديث:

١ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لأبي الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي تحقيق حسام الدين القدسي ، طبعة مكتبة القدسي القاهرة ١٤١٤ هـ ١٩٩٤ م.

٢ - مصنف ابن أبي شيبة لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي ،طبعة أولى١٤٠٩ هـ مكتبة الرشد الرياض تحقيق كمال الحوت .

٣ - سنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد طبعة المكتبة العصرية صيدا بيروت ، وسنن أبي داود تحقيق شعيب الأرنؤوط ، طبعة اولى ١٤٣٠ هـ ٢٠٠٩ م دار الرسالة العالمية .

٤ - مسند أحمد للإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني تحقيق أحمد شاكر ، طبعة أولى دار الحديث القاهرة ١٤١٦ هـ ١٩٩٥م .

٥ – السنن الصغرى للبيهقي لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، طبعة أولى ١٤١٠ هـ ١٩٨٩ م جامعة الدراسات الاسلامية كراتشي .

٧ - موطأ الإمام مالك للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني طبعة دار احياء التراث العربي بيروت ١٤٠٦ هـ ١٩٨٥ م تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

٨ - التحبير لإيضاح معاني التيسير لمحمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير طبعة أولى مكتبة الرشد الرياض ١٤٣٣ هـ ٢٠١٢ م .

ثالثا:

كتب اللغة:

لسان العرب لمحمد بن مكرم بن على ، أبو الفضل ، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي ، طبعة الثالثة ، دار صادر بيروت.

رابعا: كتب الفقه

كتب الفقه الحنفي:

١ - رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ، طبعة ثانية دار الفكر بيروت ١٤١٢ هـ ١٩٩٢ م .

٢ - البحر الرائق لابن نجيم الحنفي طبعة أولى ١٤١٨ ه ــ ١٩٩٧ م دار الكتب العلمية .

٣ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤١٩ هـ - ١٩٨٩م .

٤ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي ، طبعة أولى ١٣١٣ هـ المطبعة الكبرى الأميرية القاهرة .

٥ ــ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، طبعة أولى دار الفكر بيروت لبنان سنة ١٤١٧ هـ ، ١٩٩٦ م .

٦ - النهر الفائق شرح كنز الدقائق للإمام سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي طبعة أولى دار الكتب العلمية ١٤٢٢ هـ ٢٠٠٢ م .

كتب الفقه المالكي:

١- مناهج التحصيل و نتائج لطائف التأويل لأبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي طبعة أولى دار ابن حزم ١٤٢٨ هـ ٢٠٠٧ م .

٢- البيان والتحصيل لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، الطبعة الثانية دار الغرب الاسلامي بيروت ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ م ، تحقيق د محمد حجي وآخرون .

٣ - الكافي لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت

٤- المعونة على مذهب عالم المدينة لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي ، طبعة المكتبة التجارية مكة المكرمة .

٥ - الاشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي ، طبعة اولى ١٤٢٠هـ ، ١٩٩٩ م دار ابن حزم تحقيق الحبيب بن طاهر .

٦ – بلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ أحمد الصاوي ، طبعة أولى بيروت لبنان سنة ١٤١٥هـ ، ١٩٩٥ م .

٧ - الشامل في فقه الإمام مالك لبهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدميرِي الدِمياطي المالكي ، طبعة أولى ١٤٢٩ هـ ، ٢٠٠٨ م مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث .

٨ - التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب لخليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري، طبعة أولى مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م .

٩- شرح الزرقاني على مختصر خليل لعبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري ، طبعة أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٤٢٢ هـ ٢٠٠٢ م .

١٠ - التلقين لعبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي أبو محمد ، طبعة المكتبة التجارية ١٤١٥ هـ .

١١- منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي ، طبعة دار الفكر بيروت ١٤٠٩هـ ١٩٨٩ م .

كتب الفقه الشافعي:

١ - كفاية النبيه في شرح التنبيه لأحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة ، طبعة أولى ٢٠٠٩ دار الكتب العلمية تحقيق مجدي محمد سرور .

٢ - حاشيتا قليوبي وعميرة لأحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة ، طبعة دار الفكر بيروت ،سنة ١٤١٥ هـ ١٩٩٥ م .

٣ - بحر المذهب للروياني أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل ، طبعة أولى دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٩ م .

٤ – مغني المحتاج لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي طبعة دار الفكر بيروت لبنان سنة ١٤١٥ هـ ١٩٩٥ م .

٥ - النجم الوهاج في شرح المنهاج لكمال الدين ، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري أبو البقاء الشافعي، طبعة أولى، ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤مدار المنهاج جدة .

٦ - فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب لمحمد بن قاسم بن محمد بن محمد ، أبو عبد الله ، شمس الدين الغزي ، ويعرف بابن قاسم وبابن الغرابيلي ، طبعة أولى ١٤٢٥ ه – ٢٠٠٥ م دار ابن حزم للطباعة والنشر

كتب الفقه الحنبلي:

١ – المغني لابن قدامة لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي ، طبعة مكتبة القاهرة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

٢ - نيل المآرب بشرح دليل الطالب لعبد القادر بن عمر بن عبد القادر ابن عمر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي الشيباني ، طبعة أولى ١٤٠٣ هـ – ١٩٨٣ م مكتبة الفلاح الكويت .

٣ - الشرح الممتع على زاد المستقنع لمحمد بن صالح بن محمد العثيمين طبعة أولى دار ابن الجوزي ١٤٢٢ - ١٤٢٨ هـ .

٤- كشاف القناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي طبعة أولى دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، سنة ١٤١٨ هـ ، ١٩٩٧ م .

خامسا

الفقه العام

١ - تربية الأولاد في الإسلام للشيخ عطية صقر طبعة مكتبة وهبة القاهرة .

سادسا

كتب القانون

١ - شرح قانون محكمة الأسرة وقانون إنشاء صندوق نظام تأمين الأسرة لحسن عبد الحليم عناية

المحامى بالنقض ، الطبعة الخامسة ٢٠٠٩ م ، دار مصر للإصدارات القانونية .

٢ - التزامات الأولياء وحقوقهم في الولاية على النفس ، لساهرة حسين كاظم آل ربيعة .

٣- شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا ، لمحمد زيد الأبياني ، تحقيق دكتور صلاح محمد أبو الحاج ، طبعة أولى ، مركز العلماء العالمي للدراسات وتقنية المعلومات .

٤ - كتيب قانون الأحوال الشخصية الجديد المعدل بالقانون ١ لسنة ٢٠٠ بشأن اجراءات التفاضي في مسائل الأحوال الشخصية واللائحة التنفيذية طبعة البدراوي للنشر والتوزيع ٢٠٠٢ .

سابعا

كتب التراجم:

١ - العقد المذهب في طبقات حملة المذهب لابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري ط أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٧ هـ ١٩٩٧ م .

٢ - تاج التراجم لأبي الفداء زين الدين أبو العدل قاسم بن قطلوبغا السودوني (نسبة إلى معتق أبيه سودون الشيخوني) الجمالي الحنفي ، تحقيق محمد خير رمضان ط أولى ١٤١٣ هـ ١٩٩٢ م دار القلم دمشق .

٣ - المجم الصغير لرواة الامام ابن جرير الطبري لأكرم بن محمد زيادة الفالوجي الأثري طبعة الدار الأثرية الأردن .

٤ - تاريخ الاسلام ووفيات المشاهير والأعلام لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايماز الذهبي طبعة أولى دار الغرب الإسلامي ٢٠٠٣ مـ تحقيق د . بشار معروف .

٥ - شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف طبعة أولى ١٤٢٤ هـ ٢٠٠٣ م ، دار الكتب العلمية لبنان .

ثامنا

المجلات

١ - مجلة المحاماة الشرعية المؤلف محمد عدنوس القاضي بالمحاكم الشرعية السنة الثانية - ١٣٤٩ - ١٣٥٠هـ، ١٩٣٠ - ١٩٣١م .

تاسعا

مواقع الانترنت:

http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?action=Display&ID=116635&Type=3

http://www.masress.com/almorakeb/5161

http://www.oujdacity.net/national-article-92615-ar

http://www.alukah.net/social/0/47797/#ixzz48NWky6aW

فهـرس الموضــوعات

الموضـــــــوع	الصفحة
المقدمة	٢١٧
الفصل الأول: مفهوم الحضانة وأجرتها ومستحقيها .	٢٢١
المبحـث الأول: مفهـوم الحضــانة ، وهـل هــي حـق للحاضــن أم المحضون .	٢٢٢
المطلب الأول: تعريف الحضانة .	٢٢٢
المطلب الثاني: الحضانة حق للحاضن أم المحضون .	٢٢٤
المطلب الثالث: الأثر المترتب على الخلاف في كون الحضانة حق للحاضن أم المحضون .	٢٢٦
المبحث الثاني: أجرة الحضانة .	٢٢٧
المبحث الثالث: مستحقوا الحضانة .	٢٢٩
المطلب الأول: شروط الحضانة .	٢٢٩
المطلب الثاني: من تثبت له الحضانة من الرجال والنساء .	٢٣٢
الفصل الثاني: سقوط الحضانة وانتهائها .	٢٤٠
المبحث الأول: إسقاط الحق في الحضانة وعودته مرة أخرى .	٢٤١
المطلب الأول: إسقاط الأم حقها في الحضانة .	٢٤١
المطلب الثاني: انتهاء وقت الحضانة .	٢٤٥
المطلب الثالث: تخيير المحضون .	٢٥٢
المبحث الثاني: السفر بالمحضون .	٢٥٦
المبحث الثالث: زواج الحاضنة .	٢٦٣
المطلب الأول: سقوط الحضانة بالزواج .	٢٦٣
المطلب الثاني: شروط سقوط الحضانة بالزواج .	٢٦٥
الخاتمة والتوصيات .	٢٦٩
المصادر والمراجع	٢٧١
فهرس الموضوعات	٢٧٨