أثر مصلحة المحضون في أحكام الحضانة
في الفقه الإسلامي ونظام الأحوال الشخصية بالمملكة العربية السعودية
دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة

د/ إيمان بنت مُحَمَّد بن عبدالله القثامي

الأستاذ المشارك بكلية الشريعة وأصول الدين بجامعة نجران

الملخص

يأتي عنوان هذا البحث ضمن الموضوعات المندرجة تحت قوانين الأحوال الشخصية، أحد أهم أفرع القانون الخاص. وفي هذا البحث بيان لبعض أحكام الحضانة من خلال النظر في كلام الفقهاء، ثم مقارنة ما توصلت له من كلام الفقهاء بنظام الأحوال الشخصية السعودي الصادر بتاريخ 6 / 8 / 1443هـ. مع العناية بإيراد الاتجاهات الفقهية التراثية من ناحية، والواقعية العملية من ناحية أخرى حول التعاطي مع هذه المسألة، مع العناية بالشواهد الواقعية والتطبيقات القضائية من محاكم المملكة العربية السعودية ثم الخلوص إلى الراجح والصحيح في هذه المسألة بأدلته.

الكلمات المفتاحية: أثر، مصلحة، المحضون، الحضانة، الفقه الإسلامي، الأحوال الشخصية.

Abstract

The title of this research comes within the topics under personal status laws, one of the most important branches of private law. In this research, an explanation of some of the provisions of custody by examining the words of the jurists, and then comparing what I found from the words of the jurists with the Saudi personal status system issued on 6/8/1443 AH. Taking care to mention the traditional jurisprudential trends on the one hand, and practical realism on the other hand about dealing with this issue, taking care of realistic evidence and judicial applications from the courts of the Kingdom of Saudi Arabia, and then concluding with the most correct and correct in this Issue.with Its evidence.

Keywords: Impact, interest, child in custody, custody, Islamic jurisprudence, personal status.

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن مُحَمَّدا عبده ورسوله ﷺ ومن تبعه إلى يوم الدين، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا ١﴾، النساء: 1، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ ١٠٢﴾، آل عمران: 102، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا ٧٠ يُصۡلِحۡ لَكُمۡ أَعۡمَٰلَكُمۡ وَيَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدۡ فَازَ فَوۡزًا عَظِيمًا ٧١﴾، الأحزاب: 70 - 71، أما بعد:

فقد بعث الله رسوله ق بالحق حاكمًا به بين الناس، فقال تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ لِتَحۡكُمَ بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُۚ﴾، النساء: 105.

فأنزل الله سبحانه وتعالى كتابه، منه آيات محكمات واضحات الدلالة، ليس فيها شبهة ولا إشكال، وهنّ أصل كتابه، وآيات أخرى متشابهات، قد أجملت دلالتها، والتبست على الأذهان معانيها، فنفر لها الراسخون في العلم من علماء المسلمين؛ يفسرونها، ويكشفون ما خفي من دلالاتها، ويستنبطون منها الأحكام.

فاختلفت آراؤهم وتنوعت مذاهبهم، فكانت ثروة فقهية ضخمة؛ تعصب فيها أتباع كل مذهب لمذهبه، فاختلف الناس بينهم، وتباينت مشاربهم.

وظهرت الحاجة إلى الخروج من الخلاف، فكان قوله تعالى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾، النساء: 59، فرقانًا.

فراح أولو العلم يعرضون هذه المذاهب على الكتاب والسنة، يزنون بهما أقوال علماء المذاهب وفتاوى الصحابة والتابعين، ليرجحوا ما يقتضيه الدليل.

ومن ثم، يدوّنون الراجح الذي يحكم به في القضايا المختلفة، ويجمع أولو الأمر

المسلمين عليها، ويتقيد القضاة بها، فتتوحد الأحكام في الدولة، وإلا فلو ترك للقضاة الاجتهاد والبحث والاستقصاء في كل مسألة رفعت إليهم؛ لأحدث ذلك البلبلة والاضطراب والفوضى مع الاختلاف في الأحكام للقضية الواحدة، ولوقع القضاة في حرج لا يعلمه إلا الله، خاصة مع كثرة الناس، وتعدد القضايا، وتطور الحياة، وكثرة المستجدات الحاصلة فيها.

ومن هنا كانت الحاجة لجمع هذه الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها وترتيبها وصياغتها بعبارات آمرة موجزة واضحة تتحقق بها المصالح العامة التي تعود على الضروريات الخمس بالعناية والرعاية والحفظ.

وكنت دائماً ما أجد رغبة تراودني وتتردد في ذهني أن أرتاد ساحة هذا الموضوع، ولست –بلا أدنى ريب– ممن يتطاولون إلى مدارج أولئك السابقين من علمائنا الأفذاذ، وليس لأحد مهما أجهد نفسه أن يبلغ شأوهم، فهم –أثابهم الله– لم يدعوا زيادة لمستزيد يأتي من بعدهم، ولكني أردت أن أضع أنموذجًا لقانون يتناول الأحكام الفقهية والقواعد التشريعية، ويصوغها في بنود تسمى (مواداً) ذات أرقام متسلسلة، ثم يصدرها في صورة قانون، وقد وجدت ضالتي في قانون الأحوال الشخصية.

وكان باب الحضانة هي عمدة بحثي، وعليها مداره، فعمدت إلى عقد مقارنة بين الفقه الإسلامي، ونظام الأحوال الشخصية السعودي في مسألة: **"أثر مصلحة المحضون في أحكام الحضانة"**.

ثم أعقبت هذا التنظير والتقعيد العلمي، بتطبيقات قضائية على نظام الأحوال الشخصية السعودي في هذه المسألة.

أهمية البحث

1. عناية كثير من الدول الإسلامية والعربية بتقنين وتدوين نصوص أحكام الأحوال الشخصية، مستمدة إياها من أحكام الفقه الإسلامي بحسب المذهب السائد في تلك الدول.
2. أهمية نظام الأحوال الشخصية السعودي خاصةً لاستمداد أنظمته من الشريعة الإسلامية، فقد جاء في المادة الأولى من نظام الإجراءات الجزائية: (تطبق المحاكم

على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدر من ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة)[1]، وجاء في المادة السابعة والثمانين بعد المائة أن: (كل إجراء مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية أو الأنظمة المستمدة منها يكون باطلا)[2].

3. أهمية موضوع الحضانة في حياة الناس الواقعية.

مشكلة البحث

بمطالعة نظام الأحوال الشخصية بالمملكة السعودية، نلاحظ تكرار مصطلح (مصلحة المحضون) مرات عدة، وعلى الرغم من كون هذا التكرار دلالة على أهميته، إلا أنه يظل مصطلحًا مبهمًا يحتاج للكشف عن مضمونه أولًا، ثم بيان تأثيره في أحكام الحضانة، فمشكلة البحث تكمن في دلالة المفهوم وتبعاته.

أسئلة البحث

إن المشكلة التي نحن بصدد طرحها يمكن التعبير عنها بتساؤل عام ينبثق منه أسئلة أكثر تحديدًا على النحو التالي:

أما التساؤل العام فهو: ما هو مفهوم (مصلحة المحضون)، وما هي آثارها؟

يتفرع عن ذلك عدة تساؤلات يحاول البحث الإجابة عنها:

1. ما أثر مصلحة المحضون في قبول زواج المرأة الحاضنة برجل أجنبي عن المحضون؟
2. ما أثر مصلحة المحضون في تقرير الأحق بحضانته؟ وفي إسقاط حق الحضانة؟
3. ما أثر مصلحة المحضون في تعيين مستحق الزيارة من أقاربه؟ وأحقيته في اختياره للحاضن له؟

أهداف البحث

(1) نظام الإجراءات الجزائية، الباب الأول: أحكام عامة 1

(2) نظام الإجراءات الجزائية، الباب السادس: إجراءات المحاكمة، الفصل التاسع، أوجه البطلان 46

يهدف هذا البحث إلى تحقيق الأهداف التالية:

1. بيان المراد بمصطلح (مصلحة المحضون).
2. بيان آثار هذا المصطلح في الأحكام الفقهية الإسلامية الخاصة بالحضانة.
3. جمع جملة من الأحكام الفقهية المتعلقة بالحضانة.
4. إيراد التطبيقات القضائية الخاصة بهذه الأحكام الفقهية.

منهج البحث:

سلكت في إعداد هذا البحث: المنهج الوصفي التحليلي المقارن.

إجراءات البحث وأدواته:

1. سلوك المنهج الوصفي في عرض مفهوم مصطلح (مصلحة المحضون).
2. استخدام المنهج التحليلي من خلال جمع المادة العلمية للبحث من مصادره المعتمدة، ومحاولة تتبعها واستقصائها ما أمكن، مع تحليلها، وتناول الآراء الفقهية والمقارنة بينها وصولًا للرأي الراجح وتطبيقه في الترجيح.
3. ثم أتبعت ذلك بمنهج نقدي مقارن.

حدود البحث:

البحث مختص ببيان أثر مصلحة المحضون في أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي ونظام الأحوال الشخصية بالمملكة العربية وذلك بتحرير الحكم الفقهي ثم دراسة الجانب النظامي.

الدراسات السابقة

لم أقف –على قدر علمي وبحثي– على دراسة أفردت هذا الموضوع بهذا التحديد، وإنما هي متفرقات في الدراسات والأطروحات العلمية التي تعرضت لأحكام الحضانة. ومما وقفت عليه وليس مشابهًا لبحثي أو له تعلق به أبحاث في قوانين بدولٍ أخرى، مثل:

1- مصلحة المحضون بين النص القانوني والاجتهاد القضائي، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4 العدد3، سنة2022م، ص 125-146. والباحث اهتم بالقانون الجزائري في دراسته، وليس له تعلق بالفقه، أو بنظام الأحوال الشخصية بالمملكة العربية السعودية.

2- مصلحة المحضون في قانون الأسرة القطري، نورة الجماعي، مجلة جامعة قطر، 6-2019م. والبحث كما هو بين من عنوانه خاص بالقانون القطري.

3- مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية مقارنة، بوبكر خلف/ 2016م. مجلة العلوم الإنسانية، جامعة مُحَمَّد خيضر بسكرة، العدد44، والبحث كذلك خاص بالقانون الجزائري.

4- أثر مصلحة المحضون في أحكام الحضانة، مُحَمَّد بن سعيد بن مفلح آل حامد، بحث تكميلي بالمعهد العالي للقضاء، إعداد: مُحَمَّد آل حامد، للعام الجامعي 1443هـ، والباحث لم يتطرق في بحثه لنظام الأحوال الشخصية بالمملكة العربية السعودية، وإنما اقتصر في دراسته على الجانب الفقهي.

خطة البحث

قسمت البحث إلى مقدمة، ومبحث تمهيدي، وستة مباحث، وخاتمة، وفهارس.

المقدمة: وتشمل أهمية البحث، ومشكلته، وأسئلته، وأهداف البحث، ومنهجه وخطواته، والدراسات السابقة، وخطة البحث. ومصطلحات البحث.

المبحث الأول: أثر المصلحة في الشروط الواجب توافرها في الحاضن.

المبحث الثاني: أثر مصلحة المحضون في قبول زواج المرأة الحاضنة برجل أجنبي عن المحضون؟

المبحث الثالث: أثر مصلحة المحضون في تقرير الأحق بحضانته؟

المبحث الرابع: أثر مصلحة المحضون في إسقاط حق الحضانة؟

المبحث الخامس: أثر مصلحة المحضون في تعيين مستحق الزيارة من أقاربه؟

المبحث السادس: أثر مصلحة المحضون في أحقية اختياره للحاضن له؟

الخاتمة: وتشمل أهم النتائج والتوصيات

فهرس المصادر والمراجع.

مصطلحات البحث

أولًا: التعريف بكلمة الأثر:

أصل هذه الكلمة الذي هو الهمزة والثاء والراء يطلق على ثلاثة معانٍ:

1- تقديم الشيء. 2- ذكر الشيء. 3- رسم الشيء الباقي.

وأما الأثر (بفتحتين) فيرد بمعنى الخبر. وبمعنى بقية الشيء، ومنه قولهم أثر الدار، أي: بقيتها. ويقال: خرجت في أثره، أي: بعده. ويرد بمعنى السمة في باطن خف البعير يقتفى بها أثره.

ويرد بمعنى الأجل، ومنه قوله ﷺ: «من سره أن يبسط عليه رزقه، وينسأ في أثره، فليصل رحمه»[1].

ويقال: أثّرت فيه تأثيرًا، أي: جعلت فيه أثرًا وعلامة، وتأثّر، أي: قبل وانفعل[2].

وفي الاصطلاح: بمعنى ما يترتب على الشيء وهو المسمى بالحكم عند الفقهاء[1].

(1) رواه مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها، 4: 1982.

(2) ينظر: الرازي، أحمد بن فارس، "معجم مقاييس اللغة"، تحقيق: عبد السلام مُحَمَّد هارون، (دار الفكر، 1399هـ) مادة "أثر" 1:53؛ ابن منظور، مُحَمَّد بن مكرم، "لسان العرب"، (بيروت، دار صادر، 1374هـ) 1:69؛ الفيومي، أحمد بن مُحَمَّد، "المصباح المنير في غريب الشرح الكبير"، (ط1، بيروت، المكتبة العصرية، 1417هـ) 15؛ الفيروز آبادي، مُحَمَّد بن يعقوب، "القاموس المحيط"، (بيروت، دار الجيل) 341.

ثانيًا: التعريف بكلمة المصلحة:

المصلحة في اللغة: مفعلة كالمنفعة وزناً ومعناً، مأخوذة من الصلاح ضد الفساد، يقال: أصلح فلان إذا أتى بالخير والصواب، ونظر في مصالح الناس أي ما لهم فيه نفع وخير.

والاستصلاح نقيض الاستفساد، وأصلح الشيء بعد فساده: أقامه، ويقال: أصلح الدابة: أي أحسن إليها فصلحت[2].

المصلحة في الشرع: عرفت بتعاريف عديدة، وكلها تفيد أن المصلحة في عرف الفقهاء والأصوليين تطلق بإطلاقين: أحدهما مجازي، وهو السبب الموصل إلى النفع، والآخر: حقيقي، وهو المسبب الذي يترتب على الفعل من خير ومنفعة، ويعبر عنه باللذة أو النفع، أو الخير أو الحسنة[3].

ثالثًا: التعريف بكلمة الحضانة:

تعريف الحضانة لغة:

الحضانة: مصدر حضن، يقال: حضن الصبيّ يحضنه حضناً وحضانةً: جعله في حضنه. والحضن: ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل: هو الصدر والعضدان وما بينهما، ويطلق الحضن على جانب الشيء وناحيته. وجمعه أحضان، كحمل وأحمال.

ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك، كما تحتضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقّيها.

وحضن الصبيّ يحضنه حضناً: ربّاه، ورجل حاضن، وامرأة حاضنة، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه. والحضانة بالفتح: فعلها.

=

(**1**) موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: 1 98 .

(2) ينظر: ابن منظور، "لسان العرب"، 2: 516؛ الفيومي، "المصباح المنير"، 345

(3) ينظر: شلبي، محمد مصطفى، "تعليل الأحكام"، (مطبعة الأزهر، 1942م) 279.

وحضن الطائر بيضه إذا ضمّه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها[1].

تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي:

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الحضانة، وإن كان مرجعها إلى معنى واحد، فقد عرّفها الحنفية بقولهم: "تربية الولد لمن له حق الحضانة"[2].

وعرّفها المالكية بقولهم: حفظ الولد والقيام بمصالحه[3].

وعرّفها الشافعية بقولهم: تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره[4].

وعرّفها الحنابلة بقولهم: حفظ صغير ومجنون ومعتوه عمّا يضرهم، وتربيتهم بعمل مصالحهم[5].

وهذه التعاريف يمكن أن تجمع في تعريف واحد فيقال هي: "حفظ من لا يستقل

(1) ينظر: الفارابي، إسماعيل بن حماد، "الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية"، تحقيق: أحمد عبد الغفور، (ط4، بيروت، دار العلم للملايين، 1407هـ) 5: 2101، 2102؛ الرازي، مُحَمَّد بن أبي بكر، "مختار الصحاح"، تحقيق: يوسف الشيخ مُحَمَّد، (ط5، بيروت، المكتبة العصرية، 1420هـ) 142؛ الفيومي، "المصباح المنير" 54

(2) ينظر: ابن عابدين، "حاشية رد المختار على الدر المختار"، (بيروت، دار الفكر، 1421هـ) 5: 252.

(3) ينظر: الدسوقي، مُحَمَّد بن عرفة، "حاشية الدسوقي على مختصر المعاني لسعد الدين التفتازاني"، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، (بيروت، المكتبة العصرية) 3: 508؛ الخرشي، مُحَمَّد بن عبد الله، "شرح مختصر خليل للخرشي"، (دار الفكر للطباعة) 4: 207

(4) ينظر: النووي، يحيى بن شرف، "روضة الطالبين وعمدة المفتين"، تحقيق: زهير الشاويش، (ط1، بيروت، المكتب الإسلامي) 6: 504؛ الشربيني، مُحَمَّد بن أحمد، "الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع"، (بيروت، دار المعرفة) 2: 385؛ الشربيني، مُحَمَّد بن أحمد، "مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج"، (بيروت، دار الفكر) 3: 452؛ الرملي، أحمد بن حمزة، "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج"، (بيروت، دار إحياء التراث العربي) 7: 214

(5) ابن النجار، مُحَمَّد بن أحمد الفتوحي، "منتهى الإرادات"، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، (ط1، مؤسسة الرسالة، 1419هـ) 4: 471؛ الكرمي، مرعي بن يوسف، "غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى"، (ط1، الكويت، مؤسسة غراس، 1428هـ) 3: 393؛ البهوتي، منصور بن يونس، "كشاف القناع عن متن الإقناع"، (دار الكتب العلمية) 2: 576

بأمره وتربيته بما يصلحه، ووقايته عمّا يضره"[1].

(1) ينظر: الصنعاني، محمّد بن إسماعيل، "سبل السلام"، (دار الحديث) 3: 465

المبحث الأول

أثر مصلحة المحضون في الشروط الواجب توافرها في الحاضن

أولًا: أثر مصلحة المحضون في شروط الحاضن في الفقه الإسلامي:

الغرض من الحضانة حفظ المحضون وصيانته ورعايته، وهذا الغرض لا يتأتى إلا إذا كان الحاضن أهلاً لذلك، ولهذا اشترط الفقهاء في الحاضن عدّة شروط، لا تثبت الحضانة فيه إلا بتوافرها، وهي:

1. أثر مصلحة المحضون في اشتراط الإسلام في الحاضن.

وقد اختلفت المذاهب الأربعة في اشتراط الإسلام على قولين:

القول الأول: لا يشترط إسلام الحاضن لحضانة الولد المسلم، وهو مذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، وقول عند الشافعية[3].

واستدل أصحاب هذا القول:

بما روى عَبْدِ الْحَمِيدِ بْنِ جَعْفَرٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ رَافِعِ بْنِ سِنَانٍ، «أَنَّهُ أَسْلَمَ، وَأَبَتِ امْرَأَتُهُ أَنْ تُسْلِمَ، فَأَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ: ابْنَتِي وَهِيَ فَطِيمٌ أَوْ شِبْهُهُ، وَقَالَ رَافِعٌ: ابْنَتِي فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: اُقْعُدْ نَاحِيَةً، وَقَالَ لَهَا: اُقْعُدِي نَاحِيَةً، وَقَالَ: اُدْعُوَاهَا فَمَالَتْ الصَّبِيَّةُ إِلَى أُمِّهَا،

(1) ينظر: المرغيناني، علي بن أبي بكر، "الهداية في شرح بداية المبتدي"، تحقيق: طلال يوسف، (بيروت، دار إحياء التراث العربي) 2: 371؛ العيني، محمود بن أحمد، "البناية شرح الهداية"، (ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1420هـ) 5: 481؛ ابن نجيم، "البحر الرائق" 4: 289

(2) ينظر: الأصبحي، مالك بن أنس، "المدونة"، (ط1، دار الكتب العلمية، 1415هـ) 2: 260؛ الحطاب، مُحَمَّد بن مُحَمَّد، "مواهب الجليل في شرح مختصر خليل"، (ط3، دار الفكر، 1412هـ) 5: 598

(3) ينظر: الماوردي، علي بن مُحَمَّد، "الحاوي الكبير"، تحقيق: علي مُحَمَّد معوض – عادل أحمد عبد الموجود، (ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1419هـ) 11: 503.

فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: اللَّهُمَّ اهْدِهَا فَمَالَتْ إِلَى أَبِيهَا، فَأَخَذَهَا»[1].

وجه الدلالة:

في الحديث دليل على ثبوت حق الحضانة للأم الكافرة وإن كان الولد مسلما، إذ لو لم يكن لها حق لم يقعده النبي ﷺ بينهما[2].

ونوقش:

بأن الحديث لا يثبت[3]، وإن صح الحديث احتمل إن النبي ﷺ قد علم بأن الصبي يختار أباه وقصد بالتخير استمالة قلب الأم، فيكون ذلك خاصًا لذلك الولد دون غيره[4].

القول الثاني: إن إسلام الحاضن شرط لحضانة الولد المسلم، وهو مذهب الشافعية[5]، ومذهب الحنابلة[6]، وبعض المالكية[7]، إذ لم يشترطه المالكية في المشهور.

واستدلوا على ذلك:

(1) أخرجه النسائي في سننه 6: 185، من كتاب الطلاق، باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد؛ وابن ماجه، 3: 788، في كتاب الأحكام، باب تخيير الصبي بين أبويه؛ وسعيد بن منصور في سننه، 2: 140، في كتاب الطلاق، باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به؛ وعبد الرزاق في مصنفه، 7: 160، في كتاب الطلاق باب: المسلم له ولد من نصرانيه.

(2) الصنعاني، سبل السلام 2: 333.

(3) قال ابن حجر في تلخيص الحبير: 4: 33 "وفي سنده اختلاف كثير وألفاظ مختلفة".

(4) ينظر: العمراني، يحيى بن أبي الخير، "البيان في مذهب الإمام الشافعي"، تحقيق: قاسم مُحَمَّد النوري، (ط1، جده، دار المنهاج، 1421هـ) 11: 276.

(5) الماوردي، "الحاوي الكبير"، 11: 1143؛ النووي، يحيى بن شرف "المجموع شرح المهذب"، (دار الفكر) 18: 334.

(6) المقدسي، عبد الرحمن بن مُحَمَّد بن قدامة، "الشرح الكبير"، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي – عبد الفتاح مُحَمَّد الحلو، (ط1، مصر، هجر للطباعة، 1415هـ) 10: 104؛ البهوتي، "كشاف القناع" 5: 498.

(7) ينظر: المواق، مُحَمَّد بن يوسف، "التاج والإكليل لمختصر خليل"، (ط1، دار الكتب العلمية، 1416هـ) 6: 334؛ الدسوقي، "حاشية الدسوقي"، 2: 529؛ الأزهري، صالح بن عبد السميع، "جواهر الإكليل شرح مختصر خليل"، (دار إحياء الكتب العربية) 1: 409؛ الخرشي، مُحَمَّد بن عبد الله، "حاشية الخرشي على مختصر الخليل"، تحقيق: زكريا عميرات، (ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1417هـ) 14: 161.

1. إن الحضانة ولاية، فلا تثبت لكافر على مسلم، قياسًا على عدم ثبوت ولاية النكاح والمال للكافر على المسلم[1].
2. إن الحضانة لا تثبت لفاسق، فعدم ثبوتها للكافر من باب أولى.

الترجيح:

إن مذهب من اشترط الإسلام هو المذهب الراجح، وذلك لأن في ذلك موافقة لمصلحة المحضون، حتى لا يفتن عن دينه، ويخرج المحضون عن الإسلام بتعليمه الكفر[2].

2. أثر مصلحة المحضون في اشتراط العقل في الحاضن:

وهذا الشرط باتفاق[3] الحنفية[4] المالكية[5]، والشافعية[6]، والحنابلة[7].

واستدل المشترطون على ذلك:

(1) ينظر: الرافعي، عبد الكريم بن مُحَمَّد، "العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير"، تحقيق: علي مُحَمَّد عوض – عادل عبد الموجود، (ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1417هـ) 10: 86؛ المقدسي، عبد الله بن أحمد بن مُحَمَّد بن قدامة "المغني"، (مكتبة القاهرة) 11: 412.

(2) ينظر: الشيرازي، "المهذب"، 4: 641؛ ابن قدامة، "المغني"، 11: 412؛ إبراهيم بن مُحَمَّد ابن مفلح، "المبدع في شرح المقنع"، (ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1418هـ) 7: 185.

(3) ينظر: ابن شاس، عبد الله بن نجم، "عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة"، تحقيق: حميد بن مُحَمَّد لحمر، (ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1423هـ) 2: 319؛ النووي، "روضة الطالبين" 6: 505؛ الحجاوي، موسى بن أحمد، "الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل"، تحقيق: عبد اللطيف مُحَمَّد السبكي، (بيروت، دار العرفة) 4: 79؛ الكاساني، أبو بكر بن مسعود، "بدائع الصنائع"، تحقيق: مُحَمَّد عدنان بن ياسين درويش، (ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1417هـ) 4: 41، 42؛ ابن رشد، مُحَمَّد بن أحمد، "بداية المجتهد"، تحقيق: عبد الحليم مُحَمَّد عبد الحليم، (ط2، مصر، دار الكتب الإسلامية، 1403هـ) 2: 56؛ الشيرازي، "المهذب" 2: 169.

(**4**) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار **5**: **254**.

(5) ينظر: "مختصر الجليل" 5: 597؛ "حاشية الخرشي" 5: 241.

(6) ينظر: الشيرازي، "المهذب" 4: 6؛ الغزالي، مُحَمَّد بن مُحَمَّد، "الوسيط في المذهب"، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، مُحَمَّد مُحَمَّد تامر، (ط1، القاهرة، دار السلام، 1417هـ) 6: 238؛ الماوردي، "الحاوي الكبير" 11: 502؛ النووي، "روضة الطالبين" 6: 505.

(7) ابن قدامة، "المغني" 11: 412؛ البهوتي، "كشاف القناع" 13: 193.

1. بأن المجنون لا يقدر على الحضانة[1].
2. المجنون محتاج إلى من يحضنه فكيف يحضن غيره[2].
3. إن الحضانة ولاية والمجنون ليس أهلا للولاية.

المناقشة:

إن منع المجنون من الحضانة هو من مصلحة المحضون، من منع الإضرار به سواء بإهماله وتضييعه، أو تعدي هذا المجنون عليه.

3. أثر مصلحة المحضون في اشتراط العدالة في الحاضن:

اختلفت المذاهب الأربعة في اشتراط العدالة في الحاضن على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن العدالة شرط، ولا حضانة لفاسق، وهذا مذهب المالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5].

واستدلوا بما يلي:

1. لا يؤمن أن ينشأ الولد على طريقته[6].
2. لا يوثق به في أداء الواجب من الحضانة، لأنه لا يوفي الحضانة حقها[1].

(1) ابن قدامة، "المغني" 11: 412

(2) ينظر: ابن قدامة، "المغني" 11: 412؛ ابن القيم، أبو عبد الله بن أبي بكر الدمشقي، "زاد المعاد في هدي خير العباد"، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط وشعيب الأرناؤوط، (ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1399هـ) 5: 412؛ الماوردي، "الحاوي الكبير" 11: 502

(3) ينظر: "مختصر الجليل" 5: 597؛ ابن نجم، "عقد الجواهر الثمينة" 2: 319

(4) ينظر: الشيرازي، "المهذب" 4: 640؛ الغزالي، "الوسيط" 10: 86؛ النووي، "روضة الطالبين" 6: 506

(5) ينظر: الحراني، عبد السلام بن عبد الله، "المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل"، (ط2، الرياض، مكتبة المعارف، 1404هـ) 2: 320؛ التنوخي، المِنَجَّى بن عثمان، "الممتع في شرح المقنع"، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، (ط3، مكة المكرمة، مكتبة الأسدي، 1424هـ) 5: 386

(6) ينظر: الشيرازي، "المهذب" 4: 640؛ الماوردي، "الحاوي الكبير" 11: 503؛ ابن العطار، علي بن إبراهيم، "العدة "العدة في شرح العمدة"، (ط1، بيروت، دار البشائر للطباعة، 1427هـ) 435

القول الثاني: تشترط العدالة إذا كان الفسق مؤديا لضياع الولد، أما إذا كان الفسق غير مؤدي لذلك فلا تشترط العدالة، إلا أن يكون المحضون يعقل الأديان، فعندها لا حضانة للفاسق مطلقا، وهذا مذهب الحنفية(2).

واستدلوا بقياس الفاسقة على الذمية الكافرة المستحقة للحضانة على مذهبهم، بجامع عدم العدالة في كل منهما(3).

القول الثالث: لا تشترط العدالة مطلقا، وهذا قول الإمام ابن القيم(4).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. إن الشرع لم يفرق بين الفاسق وغيره في الحضانة.
2. إن الفاسق يشفق على ولده ويحتاط له(5).

مناقشة الأقوال:

والأقرب إن الفسق الذي يترتب عليه ضياع الولد هو المانع من الحضانة وبهذا تسلم فيه مصلحة المحضون، وأما القول باشتراط العدالة مطلقًا فهذا يؤدي لضياع الولد والحرج والمشقة.

فالأقرب التوسط بينهما كما هو حال المذهب الحنفي، وإناطة الأمر بمصلحة المحضون.

4.أثر مصلحة المحضون في اشتراط خلو الحاضن من مرض معدٍ أو منفّر كالجذام والبرص:

=

(1) ينظر: الشيرازي، "المهذب" 4: 640؛ الرافعي، "العزيز شرح الوجيز" 10: 89؛ المقدسي، "الشرح الكبير على متن المقنع" 24: 469

(2) ينظر: ابن نجيم، "البحر الرائق" 4: 282؛ ابن عابدين، "الدر المختار" 5: 253

(3) ينظر: ابن نجيم، "البحر الرائق" 4: 283

(4) ينظر: ابن القيم، "زاد المعاد" 5: 411

(5) ينظر: المرجع السابق، 5: 411، 412

وقد اشترط هذا الشرط المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3].

واستدلوا بما يلي:

1. إنه يخشى على الولد من مخالطة هذا المريض، فينتقل المرض إليه[4].
2. إن الجذمى ممنوعون من مخالطة الأصحاء، فمنعهم من حضانتهم أولى[5].

المناقشة: اشتراط السلامة من الأمراض المعدية هو من مصلحة المحضون، منعا لتضرره بانتقال المرض إليه.

ثانيًا: أثر مصلحة المحضون في شروط الحاضن في نظام الأحوال الشخصية السعودي:

جاء في الباب الرابع من نظام الأحوال الشخصية، والمتعلق بـ (آثار الفرقة بين الزوجين) وفي الفصل الثاني منه، والخاص بالحضانة.

وتحت المادة (الخامسة والعشرون بعد المائة) ما نصه:

يشترط أن تتوافر في الحاضن الشروط الآتية:

1. كمال الأهلية.
2. القدرة على تربية المحضون وحفظه ورعايته.
3. السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة.

فنصّ القانون على اشتراط قدرة الحاضن على رعاية مصلحة المحضون، وما يستلزم ذلك من القدرة على تربيته وحفظه. وكذلك وافق نظام الأحوال الشخصية بالمملكة العربية

(1) ينظر: بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز، "الشامل في فقه الإمام مالك"، (ط1، مركز نجيبويه، 1429هـ) 1: 508.

(2) ينظر: الشربيني، "مغني المحتاج" 3: 597

(3) ينظر: البهوتي، "كشاف القناع" 13: 193، 194

(4) ينظر: البهوتي، "كشاف القناع" 13: 194

(5) ينظر: المرجع السابق.

السعودية الفقه الإسلامي، في النص على اشتراط سلامة الحاضن من الأمراض المعدية. وذلك إذ إن المقصد من الحضانة هو رعاية الطفل والاهتمام به وتربيته التربية السليمة جسدياً وأخلاقياً، والمرض المعدي يضر بالطفل، ولذا تنتقل حضانة الطفل من الحاضن المريض سواءً كان الأم أو الأب أو غيرهما إلى غير المريض ممن يليه في الرتبة، وقد مثل الفقهاء بالأمراض المعدية مثل: الجذام والبرص والجرب والحكة وأمراض الحساسية المعدية[1].

(1) ينظر: "حاشية ابن عابدين" 2: 634؛ عليش، مُحَمَّد بن أحمد، "منح الجليل شرح مختصر خليل"، (بيروت، دار الفكر، 1409هـ) 9: 304؛ الدمياطي، أبو بكر ابن السيد مُحَمَّد شطا، "إعانة الطالبين حاشية على حل ألفاظ فتح المعن"، (بيروت، دار الفكر) 4: 101؛ البهوتي، "كشاف القناع" 5: 499

المبحث الثاني: أثر مصلحة المحضون في قبول زواج المرأة الحاضنة برجل أجنبي عن المحضون؟

أولًا: أثر ذلك في الفقه الإسلامي:

إن حضانة الطّفل تكون للأبوين إذا كان النّكاح قائمًا بينهما، فإن افترقا فالحضانة لأمّ الطّفل باتّفاق[1]. والدليل على كون الأم هي الأحق بالحضانة ما اكتملت الشرائط:

ما رَوَاه عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ، «أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً، وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنِّي فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ق: أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»[2]. واختلفوا في إسقاط حق المرأة في الحضانة إذا تزوجت ودخل بها زوجها على أربعة أقوال:

القول الأول: إن الخلو عن النكاح شرط في حق الحاضنة الأنثى، ويسقط حقها به إذا كانت الحاضنة متزوجة من أجنبي من المحضون. وهذا مذهب الحنفية[3]، والمالكية[4]، والشافعية[5]، والحنابلة[6].

واستدلوا بالتالي:

1. حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده إن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله،

(1) ينظر: الكاساني، "بدائع الصنائع" 4: 42؛ ابن رشد، "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" 3: 79؛ الشربيني، "الإقناع" 2: 385؛ ابن قدامة، "المغني" 8: 238.

(2) أخرجه أبو داود، 2276؛ والحاكم، 2: 207؛ والبيهقي، 8: 4، 5، عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به. قال الحاكم: صحيح الإسناد". قلت: بل حسن، عمرو بن شعيب وأبوه صدوقان، والباقون ثقات.

(3) ينظر: المرغيناني، "الهداية" 3: 368؛ السرخسي، "المبسوط" 6: 169؛ الكاساني، "بدائع الصنائع" 5: 210

(4) ينظر: "مختصر الخليل" 5: 598؛ "حاشية الحرشي" 5: 245؛ الأزهري، "جواهر الإكليل" 1: 409.

(5) ينظر: الشافعي، مُحَمَّد بن إدريس، "الأم"، (بيروت، دار المعرفة، 1410هـ) 6: 240؛ الشيرازي، "المهذب" 4: 641؛ الغزالي، "الوسيط" 6: 239

(6) ابن قدامة، "المغني" 11: 420؛ التنوخي، "الممتع في شرح المقنع" 5: 286

إنّ ابني هذا كان بطني له وعاءً، وحجري له حواءً، وثديي له سقاءً، وزعم أبوه أنه ينزعه مني؟ قال: «أنت أحقّ به ما لم تنكحي»[1].

2. كما إنهم أسقطوا حق الحضانة عنها لانشغالها بحق الزوج[2].

3. كما إن زوج الحاضنة إذا كان أجنبيًا كان قليل الشفقة على المحضون، والالتفات إليه، فيلحق بذلك ضرر بالمحضون[3].

القول الثاني: زواج المرأة الحاضنة بأجنبي عن المحضون لا يسقط حقها في الحضانة، وهذا مذهب الظاهرية[4]، وحكي عن الحسن البصري[5].

واستدلوا بالتالي:

1. بأنه لم يأت نص صحيح بأن الأم إذا تزوجت يسقط حقها في الحضانة، وأما حديث: «أنت أحق به ما لم تنكحي»، إنما هو من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فهذه صحيفة لا يحتج بها[6].

2. يقول الله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ﴾ النساء: 23، فالآية أقرت الحضانة للأنثى وهي متزوجة.

(1) أخرجه الإمام أحمد في المسند برقم: 6707؛ وأبو داود في الطلاق، باب من أحق بالولد، برقم: 2278؛ والبيهقي، 8: 504؛ والحاكم، 2: 207، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، والظاهر أنه حسن للخلاف في الاحتجاج برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(2) ينظر: السرخسي، "المبسوط" 6: 169؛ الشيرازي، "المهذب" 4: 641؛ الماوردي، "الحاوي" 11: 205؛ ابن قدامة، "المغني" 11: 420، ابن مفلح، "المبدع" 7: 185

(3) ينظر: العيني، "البناية شرح الهداية" 1: 641

(4) ينظر: ابن حزم، علي بن أحمد، "المحلى بالآثار"، (بيروت، دار الفكر) 10: 143

(**5**) المصنف لابن أبي شيبة (197/4).

(6) ينظر: ابن حزم، "المحلى بالآثار" 10: 143 -147

ونوقش بأن المراد بالآية ما لم يكن هناك من يستحق الحضانة[1].

3. يقول الله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾، البقرة: 233، فلا يجوز نقلها عن موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص[2].

4. ما أخرجه مسلم في صحيحه من حديث أنس بن مالك ا قال: لما قدم رسول الله ق المدينة، أخذ أبو طلحة بيدي فانطلق بي إلى رسول الله ق، فقال: «يا رسول الله إن أنسًا غلام كيس فليخدمك، قال: «فخدمته في السفر والحضر، والله ما قال لي لشيء صنعته: لم صنعت هذا هكذا؟ ولا لشيء لم أصنعه: لم لم تصنع هذا هكذا؟»[3]. فأبو طلحة الذي أخذ بيد أنس بن مالك ا هو زوج أمه[4]، وأنس في حضانتها.

ونوقش بأنه لم ينازع أم أنس أحد من أقارب أنس فيه لما تزوجت[5].

القول الثالث: إن الطفل إن كان بنتا لم تسقط الحضانة بنكاح أمها، وإن كان ذكرا سقطت، وهو رواية عن أحمد[6].

واستدلا بحديث ابنة حمزة، فإن النبي ق قضى بها للخالة، مع كونها كانت متزوجة، ونوقش بأنها كانت زوجة لقريب[7].

(1) ينظر: العمراني، "البيان" 10: 277

(2) ينظر: ابن حزم، "المحلى" 10: 323

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الفضائل، باب كان رسول الله ﷺ أحسن الناس خلقًا برقم: 2309، 4: 1804.

(4) هو: أبو طلحة زيد بن سهل بن الأسود بن حرام بن عمرو من بني مالك بن النجار، زوج أم أنس بن مالك، شهد العقبة وبدرا وما بعدها من المشاهد، اختلف في وفاته فقيل: توفي سنة 34هـ، وقيل سنة 51 هـ. ينظر: ابن عبدالبر، "الاستيعاب" 4: 1697؛ ابن حجر، "الإصابة" 2: 502

(5) ينظر: ابن القيم، "زاد المعاد" 5: 409

(6) ينظر: ابن تيمية، "المحرر" 2: 320؛ ابن مفلح، "المبدع" 7: 185؛ الزركشي، "شرح الزركشي" 6: 37

(7) ينظر: "شرح الزركشي" 6: 37

القول الرابع: إَن الحضانة تسقط بالنكاح مطلقا، وهذا وجه عند الشافعية[1]، وقول عند الحنابلة[2].

واستدلوا بعموم قول النبي ق «أنت أحق به ما لم تنكحي»[3]، فإنه جعل الحضانة لها حتى تنكح، فإذا نكحت سقط حقها من الحضانة، ولم يستثن نكاح القريب وغيره، فدل على إنه عام في كل نكاح.

ويمكن أن يناقش بأنه خصص بحديث ابنة حمزة، إذ إن النبي ق قد قضى بها لخالتها وهي متزوجة، لأن زوجها قريب من المحضونة.

الترجيح: القول الأول هو القول الراجح لصريح دلالة حديث الرسول ق «أنت أحق به ما لم تنكحي».

إلا إن العلماء قد استثنوا حالات لا يسقط فيها حق الحاضنة بتزوجها من أجنبي من المحضون، وهي حالات يحكمها مصلحة المحضون، وتحقيقها.

فقد استثنى المالكية حالات لا يسقط فيها حق الحاضنة بتزوجها من أجنبي من المحضون وهي:

- ألا يقبل المحضون غير مستحقة الحضانة أمّناً أو غيرها، فلا تسقط بدخول الزوج بها في هذه الحالة.
- ألا يقبل المحضون الرضاعة من المرضعة التي جاء بها الحاضن بسبب تزوّج الأم، فلا يقبل الرضاعة إلا من أمه، فتبقى الحضانة عندها حتى لو تزوجت من أجنبي.
- ألا يكون للولد حاضن غير الحاضنة التي دخل الزوج بها، أو يكون له حاضن غيرها ولكنه غير مأمون، أو عاجز عن القيام بمصالح المحضون.

(1) ينظر: الغزالي، "الوسيط" 6: 239؛ الرافعي، "العزيز شرح الوجيز" 10: 90؛ النووي، روضة الطالبين" 6: 506
(2) ينظر: ابن تيمية، "المحرر" 2: 320؛ ابن مفلح، "المبدع" 7: 185؛ الزركشي، "شرح الزركشي" 6: 37
(3) سبق تخريجه.

- ألا تكون الحاضنة التي تزوجت بأجنبي وصية على المحضون، وذلك في رواية عند المالكية، وفي رواية أخرى عندهم لا يشترط ذلك[1].

وهكذا يراعي الفقه الإسلامي مصلحة المحضون في إبقاء الحضانة للأم ولو مع تزوجها بأجنبي، طالما أن ذلك يعود بالنفع والفائدة على المحضون.

ثانيًا: أثر ذلك في نظام الأحوال الشخصية السعودي:

وكما الأمر في الفقه الإسلامي، فكذلك في قانون الأحوال الشخصية بالمملكة العربية السعودية، حيث جاء في الباب الرابع من نظام الأحوال الشخصية، والمتعلق بـ (آثار الفرقة بين الزوجين) وفي الفصل الثاني منه، والخاص بالحضانة.

وبعد ذكر المادة (الخامسة والعشرون بعد المائة)، والتي تنص على أنه:

يشترط أن تتوافر في الحاضن الشروط الآتية:

1. كمال الأهلية.
2. القدرة على تربية المحضون وحفظه ورعايته.
3. السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة.

جاءت المادة (السادسة والعشرون بعد المائة)، والتي تنبني على المادة السابقة.

والتي تنص على: دون إخلال بما تضمنته المادة (الخامسة والعشرون بعد المائة) من هذا النظام، يتعين التقيد بالشروط الآتية:

إذا كان الحاضن امرأة، فيجب أن تكون غير متزوجة برجل أجنبي عن المحضون، ما لم تنقض مصلحة المحضون خلاف ذلك.

وهذه المادة متفقة تمامًا مع الفقه الإسلامي في مراعاة مصلحة المحضون، أو زواج الأم برجل أجنبي مسقط لحضانتها.

([1]) الفواكه الدواني 2: 67، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 2: 530.

وهذا عين ما ذهب له الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، إذ قالوا بعدم سقوط الحضانة عن الحاضنة المتزوجة من قريب؛ لأن هذا الزوج من أهل الحضانة وشفقته تحمله على رعاية المحضون، فيتعاونان على حضانته بخلاف الأجنبي[5]، ولأن كل واحد منهما له الحضانة منفردًا، فمع اجتماعهما من باب أولى[6].

استثناء بعض الحالات، والتي تظل فيها الأم هي الحاضنة على الرغم من زواجها بأجنبي عن المحضون.

وهذا عين ما ذكرناه عن الفقه المالكي، وما استثناه من أمور ترجع كلها لمصلحة المحضون.

فكذلك استثنى قانون الأحوال الشخصية بالمملكة العربية السعودية بعض الحالات، والتي يتحقق فيها ما ذكره القانون (ما لم تنقض مصلحة المحضون خلاف ذلك).

(1) ينظر: ابن نجيم، "البحر الرائق" 4: 285؛ الكاساني، "بدائع الصنائع" 5: 210

(2) ينظر: "مختصر الخليل" 5: 598، 599؛ "حاشية الخرشي" 5: 245، 248

(3) ينظر: الغزالي، "الوسيط" 6: 239؛ النووي، "روضة الطالبين" 6: 506

(4) ينظر: ابن قدامة، "المغني" 11: 421؛ المقدسي، "الشرح الكبير على متن المقنع" 24: 473؛ "شرح الزركشي" 6: 38؛ ابن العطار، "العدة" 435

(5) ينظر: النووي، "روضة الطالبين" 6: 506؛ ابن قدامة، "المغني" 11: 421

(6) ينظر: ابن العطار، "العدة" 435

المبحث الثالث: أثر مصلحة المحضون في تقرير الأحق بحضانته؟

إن الحضانة تكون للوالدين ما دام النكاح بينهما قائماً، فإذا افترقا فالأم أحق بالحضانة باتفاق[1]. ثم تكون الحضانة بعد الأم على درجات:

الدرجة الأولى: أمّ الأم وإن علت ثم أمّ الأب، لأن الجدتين وإن استويتا في القرب، لكن إحداهما من قبل الأم فهي أولى[2].

الدرجة الثانية: الأخت الشقيقة، لأنها أشفق، إذ هي تدلي بقرابتين: بالأم والأب جميعاً، وهي أولى الأخوات، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، والأخت من الأب والأخت من الأم أحق من الخالة والعمة، فإذا عدم من يستحق الحضانة من الآباء والأمهات وإن علوا انتقلت إلى الأخوات، وقدّمن على سائر القرابات، كالخالات والعمات وغيرهن؛ لأنهن شاركن في النسب وقدّمن في الميراث، ولأن العمات والخالات إنما يدلن بأخوة، ولا ميراث لهن مع ذي فرض ولا عصبة[3]. وهذا مذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[4].

وهذا هو الأصلح للمحضون، والأرفق به، وعليه فالأحق بالحضانة في الفقه الإسلامي مناط بمصلحة المحضون[5].

(1) نقل الإجماع عليه ابن المنذر في الإجماع، 43؛ ابن قدامة، "المغني" 11: 413؛ السرخسي، "المبسوط" 5: 207؛ الحجاوي، "الإقناع" 4: 77

(2) ينظر: ابن نجيم، "البحر الرائق" 4: 180؛ الكاساني، "بدائع الصنائع" 4: 41

(3) ينظر: الكاساني، "بدائع الصنائع" 4: 41؛ المواق، "التاج والإكليل"، 6: 320؛ ابن قدامة، "المغني" 9: 307

(4) ينظر: المرغيناني، "الهداية" 3: 266، 267؛ القدوري، أحمد بن مُحَمَّد، "مختصر القدوري في الفقه الحنفي"، تحقيق: كامل مُحَمَّد عويضة، (ط1، دار الكتب العلمية، 1418هـ) 173؛ "مختصر خليل" 5: 593؛ المواق، "التاج والإكليل" 5: 595، 596

(5) ينظر: المرغيناني، "الهداية" 2: 283؛ المواق، "التاج والإكليل" 5: 596؛ الشافعي، "الأم" 6: 239، 240.

أولًا: أثر مصلحة المحضون في تقرير الأحق بحضانته في الفقه الإسلامي:

المسألة الأولى: الترتيب بين المستحقين للحضانة:

إن الترتيب بين المستحقين من ناحية الاستحقاق: الأول: الأم ونساؤها. الثاني: نساء الأب. الثالث: الوصي. الرابع: العصبة[1].

قال ابن قدامة: "أولى الكل بها الأم، ثم أمهاتها وإن علون، يقدّمن منهن الأقرب فالأقرب؛ لأنهن نساء ولادتهن متحققة، فهي في معنى الأم"[2].

المسألة الثانية: أيهما يقدَّم الأب أم أمهاته:

ثم اختلفوا في تقديم الأب على أمهاته حال انعدام الأم وأمهاتها على قولين:

القول الأول: إن أمهات الأب مقدمات على الأب، وهذا مذهب الحنفية والمالكية[3].

واستدلوا بأن الحضانة ولاية تستفاد من قبل الأمهات[4].

القول الثاني: إن الأب مقدم على أمهاته، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة[5].

واستدلوا: بأن أمهات الأب يدلين به، فقدِّم عليهنَّ بذلك[6].

الترجيح:

الأقرب: إن أمهات الأب يقدَّمن على الأب الأقرب فالأقرب، لأنهنَّ في معنى الأم من الحنو والإشفاق، ولأن النساء أخص بآلة التربية من الرجال، ولأنهنَّ يباشرن الحضانة بأنفسهنَّ بخلاف الأب، والله أعلم.

(1) ينظر: المواق، "التاج والإكليل" 6: 322

(2) ينظر: ابن قدامة، "المغني" 9: 309

(3) ينظر: المرغيناني، "الهداية" 3: 367، 369؛ القدوري، "مختصر القدوري" 173؛ الخليل، "مختصر الخليل" 5: 593

(4) ينظر: المرغيناني، "الهداية" 3: 367

(5) ينظر: الشيرازي، "المهذب" 4: 646 ، المغني 8 :249.

(6) ينظر: الشيرازي، "المهذب" 4: 646؛ المقدسي، "الشرح الكبير على متن المقنع" 24: 458

المسألة الثالثة: أثر مصلحة المحضون في ترجيح الإناث على الذكور:

إذا استوى اثنان من أهل الحضانة في الدرجة والقرب وكان أحدهما أنثى والآخر ذكر، فأيهما يقدم؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الأنثى تقدم على الذكر، وهذا مذهب الحنفية والمالكية وأحد الوجهين عند الشافعية، ومذهب الحنابلة[1].

واستدلوا على ذلك:

1. بأن الأنثى أكثر صبرًا على المحضون، وأشفق به وأرفق.
2. أن الأنثى تلي الحضانة بنفسها، والرجل لا يليها بنفسه.

القول الثاني: أن الذكر مقدم على الأنثى، وهذا هو الوجه الثاني عند الشافعية.

واستدلوا: بأن الذكر أحق بتأديبه وتعليمه، فكان أحق بحضانته[2].

المناقشة: يلاحظ إن الأنثى قدِّمت على الرجل في الحضانة، لأن ذلك من مصلحة المحضون، كون الأنثى أكثر شفقة ورفقا وصبرا ومعرفة بالحضانة والتربية من الرجل، وكونها تباشر ذلك بنفسها بخلاف الرجل.

فبناء على ما سبق، ولكون تقديم الأنثى في الحضانة على الذكر لا يمنع من تأديب المحضون وتعليمه، يترجح القول بتقديم الأنثى على الذكر في الحضانة.

ثانيًا: أثر مصلحة المحضون في تقرير الأحق بحضانته في نظام الأحوال الشخصية السعودي:

إن ما ذهبت إليه أحكام الفقه الإسلامي، بترتيب المستحق للحضانة تبعا لما فيه من

(1) ينظر: المرغيناني، "الهداية" 3: 367؛ ابن نجم، "عقد الجواهر الثمينة" 2: 222؛ العمراني، "البيان" 11: 285؛ البهوتي، "كشاف القناع" 13: 191

(2) ينظر: العمراني، "البيان" 11: 285؛ الشيرازي، "المهذب" 4: 468

مصلحة المحضون، هو عين ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية بالمملكة العربية السعودية، إذ تنص المادة (السابعة والعشرون بعد المائة)

والتي جاءت في الباب الرابع من نظام الأحوال الشخصية، والمتعلق بـ (آثار الفرقة بين الزوجين) وفي الفصل الثاني منه، والخاص بالحضانة.

تنص على الآتي:

1. الحضانة من واجبات الوالدين معًا، ما دامت الزوجية قائمة بينهما، فإن افترقا، فتكون الحضانة للأم، ثم الأحق بها على الترتيب الآتي: الأب، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم تقرر المحكمة ما ترى فيه مصلحة المحضون، وذلك دون إخلال بما تضمنته المادة (السادسة والعشرون بعد المائة) من هذا النظام.

2. للمحكمة أن تقرر خلاف الترتيب الوارد في الفقرة (1) من هذه المادة، بناء على مصلحة المحضون.

وهكذا نرى أن كلا البندين من المادة (السادسة والعشرون بعد المائة) لتنص على أن مصلحة المحضون هي الأساس الذي يبنى عليه ترتيب المستحق للحضانة.

هذا وقد بان من فتاوى شيوخ المملكة حفظهم الله: إن مدار الحكم في المحكمة الشرعية إنما هو متوافق مع مصلحة المحضون، يدور معها أينما كانت.

فقد سئل الشيخ ابن عثيمين (ت: 1421) رحمه الله: إذا تفرق الزوج والزوجة وبينهما أولاد من بنين وبنات فمع من يكونون؟

فأجاب: "يكونون مع من يقضي القاضي به؛ بمعنى: أنهم إذا لم يتفق الزوجان على أن يكون الأولاد عند أحدهما فإن المرجع هو الحاكم الشرعي، وهو ينظر المصلحة، ولهذا يجب أن نعلم أن الحضانة المقصود منها إصلاح المحضون، ولا يجوز أن يقر المحضون بيد من لا يصونه ويصلحه، حتى لو كان له حق الحضانة من حيث الترتيب إذا علمنا أن هذا مهمل لا يبالي، أو علمنا أنه صاحب منكرات، فهنا لا يكون الأولاد عنده ولا حضانة له، المهم أن

المرجع في هذا إلى القاضي، وهو عليه أن يتقي الله ويراعي مصلحة المحضون"[1].

(1) لقاء الباب المفتوح. "لقاءات كان يعقدها الشيخ بمنزله كل خميس. بدأت في أواخر شوال 1412هـ وانتهت في الخميس 14 صفر 1421هـ".

المبحث الرابع: أثر مصلحة المحضون في إسقاط حق الحضانة؟

أولًا: أثر مصلحة المحضون في إسقاط الحضانة في الفقه الإسلامي:

إنّ المرأة الحاضنة، إذا تزوجت فإنه يسقط حقها في حضانة طفلها، وينتقل حق الحضانة إلى من يليها من أصحاب حق الحضانة، وعلى هذا إجماع الفقهاء، قال ابن المنذر: "أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم، قضى به شريح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي"[1].

ولحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﷺ أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إنّ ابني هذا كان بطني له وعاءً، وحجري له حواءً، وثديي له سقاءً، وزعم أبوه أنه ينزعه مني؟ قال: «أنت أحقّ به ما لم تنكحي»[2].

وذلك لمصلحة المحضون؛ إذ إنها إذا تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة فكان الأب أحفظ له؛ ولأن منافعها تكون مملوكة لغيرها فأشبهت المملوكة[3].

ومن بين الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة لتفويت مصلحة المحضون، هو إذا ما انتقلت الأم إلى بلد غير بلد سكنى الأب إذ إن مكان إقامة المحضون يلزم أن يكون في البلد الذي يقيم فيه والده؛ لأن الوالد له حق المراقبة والإشراف على تربية المولود ومتابعته، ولذا يلزم إقامة الأم في بلد الأب، وعلى هذا فقهاء المذاهب الأربعة[4].

(1) ينظر: الإشراف، 5: 157، ابن قدامة، "المغني" 9: 307؛ المواق، "التاج والإكليل" 6: 319؛ عليش، "منح الجليل" 9: 293؛ الشافعي، "الأم" 5: 99؛ النووي: "المجموع" 18: 311

(2) سبق تخريجه.

(3) ينظر: ابن قدامة، "المغني" 9: 307

(4) ينظر: الكاساني، "بدائع الصنائع" 4: 44؛ الدسوقي، "حاشية الدسوقي" 2: 527؛ الشربيني، "مغني المحتاج" 3: 458؛ البهوتي، "كشاف القناع" 5: 500؛ ابن قدامة، "المغني" 7: 618

ثانيًا: أثر مصلحة المحضون في إسقاط الحضانة في نظام الأحوال الشخصية السعودي:

لقد وافق نظام الأحوال الشخصية بالمملكة العربية السعودية الفقه الإسلامي في اعتبار مصلحة المحضون، وجعلها سببًا في إسقاط حق حضانة الأم، إن هي سافرت إلى بلد غير البلد التي يقيم فيها الأب.

فقد جاء في الباب الرابع من نظام الأحوال الشخصية، والمتعلق بـ (آثار الفرقة بين الزوجين) وفي الفصل الثاني منه، والخاص بالحضانة.

وتحت المادة (الثامنة والعشرون بعد المائة)، والتي نصت على أنه يسقط حق الحضانة في حالات عدة، منها:

(إذا انتقل الحاضن إلى مكان بقصد الإقامة تفوت به مصلحة المحضون).

المبحث الخامس: أثر مصلحة المحضون في تعيين مستحق الزيارة من أقاربه؟

أولًا: أثر مصلحة المحضون في تعيين مستحق الزيارة من أقاربه في الفقه الإسلامي:

ويظهر هذا في مسألتين:

أما المسألة الأولى:

فإنه إذا كانت البنت عند أمها فإنه لا يجوز منع الأب من زيارة ابنته، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة[1]. وذلك لمصلحة البنت إذ إن هذا من شأنه كما جاء في الحاوي الكبير: لِتَأْلَفَهُ وَيَأْلَفَهَا[2]. كما أن منع الأب من زيارة ابنته حملا لها على قطيعة الرحم[3].

وأما المسألة الثانية:

إذا ما خيرت البنت بين أمها وأبيها، فاختارت أباها، فإنه لا يجوز لأبيها منعها من زيارة أمها لها، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة[4]. إذ إن منع الأم من زيارة ابنتها فيها ضرر بمصلحة البنت، فهو يؤدي لترسيخ صفة قطيعة الرحم فيها.

ثانيًا: أثر مصلحة المحضون في تعيين مستحق الزيارة من أقاربه في نظام الأحوال الشخصية السعودي:

لقد وافق نظام الأحوال الشخصية بالمملكة العربية السعودية الفقه الإسلامي في الاستناد إلى مصلحة المحضون، في تعيين من يزوره من أقاربه.

فقد جاء في الباب الرابع من نظام الأحوال الشخصية، والمتعلق بـ (آثار الفرقة بين الزوجين) وفي الفصل الثاني منه، والخاص بالحضانة.

(1) ينظر: النووي، "روضة الطالبين" 3: 600؛ الشربيني، "مغني المحتاج" 3: 600؛ البهوتي، "كشاف القناع" 13: 201

(2) ينظر: الماوردي، "الحاوي الكبير" 11: 508

(3) ينظر: البهوتي، "كشاف القناع" 13: 201

(4) ينظر: الماوردي، "الحاوي الكبير" 11: 507؛ البهوتي، "كشاف القناع" 13: 200

وتحت المادة (الرابعة والثلاثون بعد المائة)

والتي نصت على: مع مراعاة ما تقضي به المادة (التاسعة والعشرون بعد المائة) من هذا النظام: إذا كان المحضون في حضانة أحد الوالدين فللآخر زيارته واستزارته واستصحابه بحسب ما يتفقان عليه، وفي حال الاختلاف تقرر المحكمة ما تراه.

وإذا كان أحد والدي المحضون متوفى أو غائبًا، فللمحكمة أن تعين مستحق الزيارة من أقاربه وفق مصلحة المحضون. وإذا كان المحضون لدى غير والديه، فللمحكمة أن تعين مستحق الزيارة من أقاربه وفق مصلحة المحضون.

المبحث السادس: أثر مصلحة المحضون في أحقية اختياره للحاضن له؟

أولًا: أثر مصلحة المحضون في أحقية اختياره للحاضن له في الفقه الإسلامي:

اختلف العلماء في اختيار الطفل للحاضن له على قولين:

القول الأول: قال بالتخيير الشافعية والحنابلة[1].

واستدلوا بالآتي:

1. إن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب يا بني ، وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للغلام: «هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت»، فأخذ بيد أمه فانطلقت به[2]، فتخيير رسول الله ﷺ دليل على مشروعية التخيير.

ونوقش بأنه يحمل على إن التخيير في حق البالغ، لأنها قالت: سقاني من بئر أبي عنبة، وبئر أبي عنبة بالمدينة لا يمكن للصغير الاستقاء منه، فدل على أن المراد منه التخيير في حق البالغ[3].

2. إجماع الصحابة، فقد روي إن عمر ﷺ خيَّر غلاما بين أبويه[4]، وروي عن علي ﷺ أنه خيَّر غلاما بين أمه وعمه[5]، وروي عن أبي هريرة أنه خير غلاما بين

(1) ينظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب 3: 450، ابن قدامة، "المغني" 8: 239

(2) أخرجه الحاكم في المستدرك، 4: 108: برقم 7039. وقال: " هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه".

(3) ينظر: الكاساني، "بدائع الصنائع" 5: 217؛ المرغيناني، "الهداية" 3: 372؛ العيني، "البناية شرح الهداية" 5: 483؛ ابن نجيم، "البحر الرائق" 5: 289

(4) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة 8: 6؛ وابن أبي شيبة في كتاب الطلاق، باب: ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير؛ وسعيد بن منصور في كتاب الطلاق، باب: الغلام بين الأبوين أيهما أحق به 2: 141، وصححه الألباني في إرواء الغليل، 7: 251.

(5) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب النفقات، باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة 8: 6؛ وابن أبي شيبة في كتاب الطلاق، باب: ما قالوا في الأولياء والأعمام أيهم أحق بالولد 4: 180؛ وضعفه الألباني في إرواء الغليل بسبب جهالة عمارة بن ربيعة الجرمي، 7: 252.

أبويه[1]، وهذه قصص مظنة الشهرة، ولم تنكر، فكانت إجماعًا[2].

3. أَنَّ التَّقْدِيمَ فِي الْحَضَانَةِ لِحَقِّ الْوَلَدِ، فَيُقَدَّمُ مَنْ هُوَ أَشْفَقُ؛ لِأَنَّ حَظَّ الْوَلَدِ عِنْدَهُ أَكْثَرُ، وَاعْتَبَرْنَا الشَّفَقَةَ بِمَظِنَّتِهَا إِذَا لَمْ يُمْكِنْ اعْتِبَارُهَا بِنَفْسِهَا، فَإِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ حَدًّا يُعْرِبُ عَنْ نَفْسِهِ، وَيُمَيِّزُ بَيْنَ الْإِكْرَامِ وَضِدِّهِ، فَمَالَ إِلَى أَحَدِ الْأَبَوَيْنِ، دَلَّ عَلَى أَنَّهُ أَرْفَقُ بِهِ، وَأَشْفَقُ عَلَيْهِ، فَقُدِّمَ بِذَلِكَ [3].

القول الثاني: إلا إن المالكية[4]، والحنفية[5]، رفضوا تخيير الغلام بين أبويه نظرا لمصلحة المحضون إذ إن الطفل لا يستطيع أن يستقل بمعرفة مصلحته[6].

واستدلوا بما يلي:

1. صحَّ إن الصحابة لم يخيروا، فقد جاء عن أبي بكر ﷺ أنه دفع الغلام لأمه لما اختصم فيه عمر وأمه، وقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا توله والدة على ولدها»[7]، أي: أي: لا يفرق بينهما، وكل أنثى فارقت ولدها فهي والهة[8].

ولكن يناقش بعدم التسليم بذلك، إذ إنه قد ورد التخيير عن عمر وعلي وأبي هريرة، ثم إن هذا الحديث لا يصح، وعلى فرض صحته، فإن المحضون هنا لم يبلغ سن التخيير.

فقد ورد في بعض ألفاظه إن أبا بكر قال لعمر: يا عمر، مسحها وحجرها وريحها

(1) أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد 2: 283؛ والحاكم في المستدرك في كتاب الأحكام، 4: 108، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه؛ وصححه الألباني في إرواء الغليل 7: 250.

(2) ينظر: ابن قدامة، "المغني:" 11: 416

(3) ينظر: المرجع السابق.

(4) ينظر: مالك، "المدونة" 2: 258؛ الخليل، "مختصر الخليل" 5: 593؛ المواق، "التاج والإكليل" 5: 593

(5) ينظر: المرغيناني، "الهداية" 3: 371؛ الكاساني، "بدائع الصنائع" 5: 216

(6) ينظر: ابن قدامة، "المغني:" 11: 416

(7) سبق تخريجه.

(8) ينظر: المرغيناني، "الهداية" 3: 372

خير له منك حتى يشب الصبي فيختار[1].

2. إن النبي ﷺ قال: «أنت أحق به ما لم تنكحي»، ولم يخير.

الترجيح: يرجح الباحث عدم تخيير الطفل، إذ إن مصلحة المحضون تقتضي ألا يتم تخييره لأنه سيغلب جانب الهوى والشهوة واللعب على جانب المصلحة والأنفع له.

قال الكاساني: "لِأَنَّ تَخْيِيرَ الصَّبِيِّ لَيْسَ بِحِكْمَةٍ؛ لِأَنَّهُ لِغَلَبَةِ هَوَاهُ يَمِيلُ إلَى اللَّذَّةِ الْحَاضِرَةِ مِنْ الْفَرَاغِ وَالْكَسَلِ وَاللَّعِبِ مِنْ الْكُتَّابِ وَتَعَلُّمِ آدَابِ النَّفْسِ وَمَعَالِمِ الدِّينِ فَيَخْتَارُ شَرَّ الْأَبَوَيْنِ وَهُوَ الَّذِي يُهْمِلُهُ وَلَا يُؤَدِّبُهُ"[2].

ويلاحظ إن من منع تخيير المحضن نظر إلى أن التخيير فيه إضرار بالغلام، وإخلال بمصلحته من جهة أنه لا يعرف مصلحته، لأنه قد يختار من يمكنه من اللعب وتحقيق شهواته، ولا يهتم بتأديبه وتعليمه، وهذا يؤدي إلى إفساده.

ثانيًا: أثر مصلحة المحضون في أحقية اختياره للحاضن له في نظام الأحوال الشخصية السعودي:

جاء في نظام الأحوال الشخصية بالمملكة العربية السعودية:

في الباب الرابع من نظام الأحوال الشخصية، والمتعلق بـ (آثار الفرقة بين الزوجين) وفي الفصل الثاني منه، والخاص بالحضانة. وتحت المادة (الخامسة والثلاثون بعد المائة) والتي نصت على:

أنه إذا أتم المحضون (الخامسة عشرة) من عمره، فله الاختيار في الإقامة لدى أحد والدية ما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك.

وعلى الرغم من أن من يطالع قانون الأحوال الشخصية في المملكة العربية السعودية

(1) أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب الطلاق من مصنفه، باب: ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ولها ولد، 4: 180؛ وضعفه الألباني في إرواء الغليل، 7: 244

(2) ينظر: الكاساني، "بدائع الصنائع" 4: 44

في هذه الجزئية، ليحسب إن القانون موافق للمذهب الشافعي والحنبلي في إثبات أحقية الاختيار للمحضون. إلا إنه في الحقيقة فقد خرج القانون السعودي في هذه الجزئية من الخلاف الواقع بين المذاهب. إذ إن الخلاف الواقع بين المذاهب إنما هو في إثبات أحقية الاختيار من عدمه للطفل الذي هو عنده سبع سنين. أما قانون نظام الاحوال الشخصية فقد أثبت أحقية الاختيار لمن بلغ من العمر خمس عشرة سنة، وهذا خروج من الخلاف، إذ إنه لا خلاف في إن المحضون إذا بلغ سن البلوغ فهو مالك لأمره[1].وهذا أقرب للمذهب المالكي والمذهب الحنفي ، واللذان نفيا أحقية الاختيار للطفل. فمن نفى عنه حق الاختيار نظر لمصلحته لأن الطفل في هذه السن لا يعرف مصلحته. وهو عين ما ذهب له نظام الأحوال الشخصية.

إذ اثبت قانون الأحوال الشخصية السعودي للمحضون حق الاختيار إذا بلغ المحضون خمسة عشر عاما.

وهو في هذه السن بالفعل يستطيع أن يقف على مصلحته وما ينفعه.

بل زيادة في الاحتياط لم يطلق للمحضون حق الموافقة، وإنما استثنى من ذلك أن يكون اختيار المحضون خلافا للمصلحة.

فجاء في القانون: (ما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك).

(1) ينظر: ابن قدامة، "المغني:" 11: 416

الخاتمة

الصبي لبنة ضعيفة تحتاج إلى الرعاية والاهتمام إذ هو صغير عاجز عن تدبير شؤونه سواء ما تعلق بماله أو بنفسه إذ يحتاج إلى من يقف إلى جانبه حتى يشتد عوده إلى سن معينة.

وفيما يأتي أبرز النتائج التي توصلت لها في البحث، وهي على النحو الآتي:

1. إن مقتضى الحضانة حفظ المحضون وإمساكه عمّا يؤذيه، وتربيته لينمو، وذلك بعمل ما يصلحه.
2. الأصل في أحكام الحضانة هو رعاية الأصلح للمحضون.
3. الحضانة فرض عين في حق أحد الوالدين، أو أقربائهم، فإن لم يوجد من تجب عليه الحضانة أو وجد ولكنه امتنع لأي سبب، فإن الحضانة تصبح فرض عين على المسلمين، كما تكون فرضاً كفائياً إذا تعدد الحاضن.
4. تعريفات الحضانة في المذاهب الفقهية الأربعة وفي نظام الأحوال الشخصية تدور حول الحفظ والتربية والبعد عما يضر، وهو المقصود الأعظم من الحضانة.
5. اتفقت المذاهب الفقهية الأربعة ونظام الأحوال الشخصية السعودي على أن الحضانة تكون للنّساء والرّجال من المستحقّين لها، إلاّ أنّ النّساء يقدّمن على الرّجال، لأنّهنّ أشفق وأرفق، وبها أليق وأهدى إلى تربية الصّغار، ثمّ تصرف إلى الرّجال لأنّهم على الحماية والصّيانة وإقامة مصالح الصّغار أقدر.
6. اتفقت المذاهب الفقهية الأربعة ونظام الأحوال الشخصية السعودي على جملة من الشروط الواجب توافرها في الحاضن بما يتحقق به مصلحة المحضون، ومنها الإسلام والعقل والعدالة... إلخ.

التوصيات:

1- دراسة النوازل الفقهية المتجددة المتعلقة بالمحضون.

2- القيام بالدراسات التي تبين عناية الشرع بالمحضون ورعايته.

فهرس المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم (ط، المدينة المنورة: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف).
2. ابن أبي شيبة، عبد الله بن مُحَمَّد بن إبراهيم بن عثمان"**الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار**" تحقيق: كمال يوسف الحوت. (ط1، الرياض: مكتبة الرشد، 1409هـ).
3. ابن العطار، علي بن إبراهيم بن داود، علاء الدين"**العدة في شرح العمدة في أحاديث الأحكام**" (ط1، بيروت: دار البشائر للطباعة، 1427هـ).
4. ابن القيم، أبو عبد الله بن أبي بكر الدمشقي"**زاد المعاد في هدي خير العباد**" تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط وشعيب الأرناؤوط. (ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1399هـ).
5. ابن المنذر، مُحَمَّد بن إبراهيم"**الإجماع**" تحقيق ودراسة: د. فؤاد عبد المنعم أحمد. (ط1، دار المسلم، 1425هـ).
6. ابن المنذر، مُحَمَّد بن إبراهيم" **الإشراف على مذاهب العلماء**" تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد. (ط1، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة – الإمارات العربية المتحدة، 1425هـ – 2004م).
7. ابن النجار، مُحَمَّد بن أحمد الفتوحي"**منتهى الإرادات**" تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي. (ط1، مؤسسة الرسالة، 1419هـ).
8. ابن تيمية، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم"**مجموع الفتاوى**"، **تحقيق: عبد الرحمن بن مُحَمَّد. (مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ).**
9. **ابن تيمية، عبد السلام بن عبد الله بن مُحَمَّد الحراني، أبو البركات"المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**" (ط2، الرياض: مكتبة المعارف، 1404هـ).
10. ابن حجر، أحمد بن علي بن مُحَمَّد"**الإصابة في تمييز الصحابة**" تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلى مُحَمَّد معوض. (ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ).
11. ابن حجر، أحمد بن علي بن مُحَمَّد"**التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**" (ط1، دار الكتب العلمية، 1419هـ).
12. ابن حجر، أحمد بن علي"**فتح الباري شرح صحيح البخاري**" رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: مُحَمَّد فؤاد

عبد الباقي. (بيروت: دار المعرفة، 1379هـ).

13. ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد الظاهري"**المحلى بالآثار**" (بيروت: دار الفكر).

14. ابن حنبل، أحمد بن مُحَمَّد"**مسند الإمام أحمد بن حنبل**" تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وآخرون. (ط1، مؤسسة الرسالة، 1411هـ).

15. ابن رشد، أبو الوليد مُحَمَّد بن أحمد بن مُحَمَّد"**بداية المجتهد ونهاية المقتصد**" تحقيق: عبد الحليم مُحَمَّد عبد الحليم. (ط2، مصر: دار الكتب الإسلامية، 1403هـ).

16. ابن عابدين، مُحَمَّد علاء الدين أفندى"**حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة**" (بيروت: دار الفكر، 1421هـ).

17. ابن عبدالبر: يوسف بن عبد الله بن مُحَمَّد"**الاستيعاب في معرفة الأصحاب**" تحقيق: علي مُحَمَّد البجاوي. (ط1، بيروت: دار الجيل، 1412هـ).

18. ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء الرازي"**معجم مقاييس اللغة**" تحقيق: عبد السلام مُحَمَّد هارون. (دار الفكر، 1399هـ).

19. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن مُحَمَّد بن قدامة المقدسي، "المغني"، (مكتبة القاهرة).

20. ابن قيم الجوزية، مُحَمَّد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد"**إعلام الموقعين عن رب العالمين"، تحقيق: مُحَمَّد عبد السلام إبراهيم. (ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ).**

21. **ابن ماجة، مُحَمَّد بن يزيد القزويني"سنن ابن ماجة**" تحقيق: مُحَمَّد فؤاد عبد الباقي. (دار إحياء الكتب العربية).

22. ابن مفلح، إبراهيم بن مُحَمَّد بن عبدالله"**المبدع في شرح المقنع**" (ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ).

23. ابن منظور، جمال الدين مُحَمَّد بن مكرم"**لسان العرب**" (بيروت: دار صادر، 1374هـ).

24. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم"**البحر الرائق شرح كنز الدقائق**" (مصر، المطبعة العلمية، 1311هـ).

25. أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق"**سنن أبي داود**" تحقيق: مُحَمَّد محيي الدين عبد الحميد. (بيروت: المكتبة العصرية).

26. الأزهري، صالح بن عبد السميع الآبي"**جواهر الإكليل شرح مختصر خليل**" (دار إحياء الكتب العربية).

27. الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك بن عامر"**المدونة**"، (**ط1، دار الكتب العلمية، 1415هـ**).

28. **الألباني، مُحَمَّد ناصر الدين**"**إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**" إشراف: زهير الشاويش. (ط2، بيروت: المكتب الإسلامي، 1405هـ).

29. الإمام مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن"**المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ**" تحقيق: مُحَمَّد فؤاد عبد الباقي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي).

30. البابرتي، مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن محمود"**العناية شرح الهداية**" (دار الفكر).

31. البخاري، مُحَمَّد بن إسماعيل"**التاريخ الكبير**" طبع تحت مراقبة: مُحَمَّد عبد المعيد خان، (حيدر آباد: دائرة المعارف العثمانية).

32. البخاري، مُحَمَّد بن إسماعيل"**الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه = صحيح البخاري**" تحقيق: مُحَمَّد زهير بن ناصر الناصر، (ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ).

33. البهوتى، منصور بن يونس"**كشاف القناع عن متن الإقناع**"، (**دار الكتب العلمية**).

34. **البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي**"**السنن الكبرى**" تحقيق: مُحَمَّد عبد القادر عطا. (ط3، بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ).

35. الترمذي، مُحَمَّد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى"**سنن الترمذي**" تحقيق وتعليق: أحمد مُحَمَّد شاكر، وآخرون. (ط2، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1395هـ).

36. التنوخي، المِنَجَّى بن عثمان بن أسعد ابن المنجى"**الممتع في شرح المقنع**" تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش. (ط3، مكة المكرمة: مكتبة الأسدي، 1424هـ).

37. جلال الدين السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر"**الأشباه والنظائر**" (ط1، دار الكتب العلمية، 1411هـ).

38. الجوجزاني، سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني" **سنن سعيد بن منصور**" تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي. (ط1، الهند: الدار السلفية، 1403هـ).

39. الحاكم، مُحَمَّد بن عبد الله بن مُحَمَّد بن حمدويه"**المستدرك على الصحيحين**" تحقيق: مصطفى عبد

القادر عطا. (ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ).

40. الحجاوي، موسى بن أحمد بن موسى"**الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**" تحقيق: عبد اللطيف مُحَمَّد السبكي. (بيروت: دار العرفة).

41. الخرشي، مُحَمَّد بن عبد الله المالكي، "شرح مختصر خليل للخرشي'' (دار الفكر).

42. الخرشي، مُحَمَّد بن عبد الله بن علي"**حاشية الخرشي على مختصر الخليل**" تحقيق: زكريا عميرات. (ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1417هـ).

43. داماد أفندي، عبد الرحمن بن مُحَمَّد المدعو بشيخي زاده"**مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**" (دار إحياء التراث العربي).

44. الدسوقي، مُحَمَّد بن عرفة"**حاشية الدسوقي على مختصر المعاني لسعد الدين التفتازاني**" تحقيق: عبد الحميد هنداوي. (بيروت: المكتبة العصرية).

45. الدمياطي، أبو بكر ابن السيد مُحَمَّد شطا"**إعانة الطالبين حاشية على حل ألفاظ فتح المعن لشرح قرة العين بمهمات الدين**"، (**بيروت، دار الفكر**).

46. **الرازي، مُحَمَّد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي"مختار الصحاح**" تحقيق: يوسف الشيخ مُحَمَّد. (ط5، بيروت: المكتبة العصرية، 1420هـ).

47. الرافعي، عبد الكريم بن مُحَمَّد، أبو القاسم"**العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير**" تحقيق: علي مُحَمَّد عوض – عادل عبد الموجود. (ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1417هـ).

48. الرعيني، مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن عبد الرحمن الحطاب"**مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**" (ط3، دار الفكر، 1412هـ).

49. الرملي، أحمد بن حمزة"**نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**" (بيروت: دار إحياء التراث العربي).

50. السرخسي، مُحَمَّد بن أحمد بن أبي سهل"**المبسوط**"، (**بيروت: دار المعرفة، 1414هـ**).

51. **السعدي، عبد الله بن نجم بن شاس الجذامي"عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة**" تحقيق: حميد بن مُحَمَّد لحمر. (ط1، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1423هـ).

52. الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن مُحَمَّد"**الاعتصام**" تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، (ط1، السعودية: دار ابن عفان، 1412هـ).

53. الشافعي، مُحَمَّد بن إدريس بن العباس"**الأم**" (بيروت: دار المعرفة، 1410هـ).

54. الشربيني، مُحَمَّد الخطيب"**مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**"، (**بيروت: دار الفكر**).

55. **الشربيني، مُحَمَّد بن أحمد الخطيب"الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع"، (بيروت، دار المعرفة).**

56. **الشلبي، مُحَمَّد مصطفى"تعليل الأحكام"** (مطبعة الأزهر، 1942م).

57. الشيرازي، إبراهيم بن علي"**المهذب في فقه الإمام الشافعي**" (دار الكتب العلمية).

58. الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام"**مصنف عبدالرزاق**" تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي. (ط2، الهند: المجلس العلمي، 1403هـ).

59. الصنعاني، مُحَمَّد بن إسماعيل"**سبل السلام**" (دار الحديث).

60. عبدالعزيز، بهرام بن عبد الله"**الشامل في فقه الإمام مالك**" (ط1، مركز نجيبويه للمخطوطات، 1429هـ).

61. العز ابن عبدالسلام، أبو مُحَمَّد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام"**قواعد الأحكام في مصالح الأنام**" راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد. (بيروت: دار الكتب العلمية، 1414هـ).

62. العلائي، صلاح الدين خليل كيكلدي"**المجموع المذهب في قواعد المذهب**" تحقيق: مجيد علي العبيدي، أحمد خضير عباس. (الأردن دار عمار، 1425هـ).

63. عليش، مُحَمَّد بن أحمد بن مُحَمَّد"**منح الجليل شرح مختصر خليل**" (بيروت، دار الفكر، 1409هـ).

64. العمراني، يحيى بن أبي الخير"**البيان في مذهب الإمام الشافعي**" تحقيق: قاسم مُحَمَّد النوري. (ط1، جده، دار المنهاج، 1421هـ).

65. العيني، محمود بن أحمد بدر الدين"**البناية شرح الهداية**" (ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ).

66. الغزالي، أبو حامد مُحَمَّد بن مُحَمَّد"**المستصفى في أصول الفقه**" تحقيق: مُحَمَّد عبد السلام عبد الشافي. (ط1، دار الكتب العلمية، 1413هـ).

67. الغزالي، أبو حامد مُحَمَّد بن مُحَمَّد"**الوسيط في المذهب**" تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، مُحَمَّد مُحَمَّد تامر. (ط1، القاهرة: دار السلام، 1417هـ).

68. الفارابي، إسماعيل بن حماد"**الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**" تحقيق: أحمد عبد الغفور. (ط4، بيروت: دار العلم للملايين، 1407هـ).

69. الفاروقي، مُحَمَّد بن علي "موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم" تحقيق: د. علي دحروج، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم (ط1، مكتبة لبنان ناشرون – بيروت، 1996).

70. الفيروز آبادي، مُحَمَّد بن يعقوب"**القاموس المحيط**" (بيروت: دار الجيل).

71. الفيومي، أحمد بن مُحَمَّد بن علي المقري"**المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**" (ط1، بيروت: المكتبة العصرية، 1417هـ).

72. القدوري، أحمد بن مُحَمَّد بن أحمد، أبو الحسين"**مختصر القدوري في الفقه الحنفي**" تحقيق: كامل مُحَمَّد عويضة. (ط1، دار الكتب العلمية، 1418هـ).

73. الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد"**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**" تحقيق: مُحَمَّد عدنان بن ياسين درويش، (ط1، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1417هـ).

74. الكرمي، مرعي بن يوسف"**غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى**" (ط1، الكويت: مؤسسة غراس، 1428هـ).

75. الماوردي، علي بن مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن حبيب"**الحاوي الكبير**" تحقيق: علي مُحَمَّد معوض – عادل أحمد عبد الموجود، (ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ).

76. المرغيناني، علي بن أبي بكر"**الهداية في شرح بداية المبتدي**"، **تحقيق: طلال يوسف. (بيروت، دار إحياء التراث العربي).**

77. **المقدسي، عبد الرحمن بن مُحَمَّد بن قدامة"الشرح الكبير**" تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي – عبد الفتاح مُحَمَّد الحلو. (ط1، مصر: هجر للطباعة، 1415هـ).

78. المواق، مُحَمَّد بن يوسف بن أبي القاسم، أبو عبد الله"**التاج والإكليل لمختصر خليل**"، **(ط1، دار الكتب العلمية، 1416هـ).**

79. **النسائي، أحمد بن شعيب بن علي الخراساني"سنن النسائي**" تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة. (ط2، حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، 1406هـ).

80. نظام الإجراءات الجزائية السعودي.

81. النووي، محيي الدين يحيى بن شرف"**المجموع شرح المهذب**"، **(دار الفكر).**

82. **النووي، محيي الدين يحيى بن شرف"روضة الطالبين وعمدة المفتين**" تحقيق: زهير الشاويش. (ط1، بيروت: المكتب الإسلامي).