٢٠

حضانة الصغير بعد التفريق
مقارنة بالقوانين الوضعية دراسة شرعية نقدية

د. عذراء حمودي هوير
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
الجامعة العراقية – كلية التربية للبنات
قسم الشريعة

ملخص

اهتمت الشريعة الاسلامية بالإسرة المسلمة ورسمت لها الطريق القويم الذي يكفل دوام المحبة والألفة بين افرادها فقال عز مَنْ قائل: ﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾سورة الروم الآية (٢١).

الا ان هذهِ العلاقة الزوجية قد يكتنفها بعض المشكلات التي تكدر صفو الحياة وتؤدي الى الانفصال وذهاب الأسرة الى المجهول والمتضرر الأكبر في ذلك هم الأطفال الصغار لذلك وضعت الشريعة الاسلامية على عاتقها رعاية الصغار من خلال ايجاد بيئة معينة تكفل فيها الحياة الكريمة للصغير وتحصيل مصالحهُ عبر جملة من التشريعات القضائية والقانونية من خِلال المحاكم المختصة بالاسرة والطفل.

Abstract :

Islamic Sharia takes care of the Muslim family and leads it to the right path which guarantees the perpetuation of love and intimacy among it's members. God said (And among His Signs is this, that He created for you wives from among yourselves, that you may find repose in them, and He has put between you affection and mercy.) Surat Al-Rum verse (21). However, this marital relationship may faces some problems that lead to separation in which family going into the unknown, and children are the most affected. Therefore, Islamic law has set the rules to take care of children by creating a specific environment in which the decent life is guaranteed for them. Also, set up a collection of interests through a number of legal legislation through the family and child courts.

مقدمة

الحمدلله رب العالمين والصلاه والسلام على اشرف الانبياء والمرسلين محمد بن عبد الله وعلى اله وصحبه اجمعين وبعد:

فأن من اهم حقوق الاطفال على ولديهم هي حفظهم ورعايتهم والقيام على شؤنهم بالصيانة والحفظ والتربية والتعليم وذالك لعجزهم واحتياجهم وهذه الحقوق تَكفل للصغير طالما كانت الحياة الزوجية قائمه بين الوالدين فدورهم هو رعاية الصغير والاخذ بايديهم لتحقيق اهدافهم في مجالات الحياة الا ان هذه العلاقة الزوجية قد يبطرأ عليها ما يستوجب الانفصال بين الزوجين وانقطاع الرابطة الزوجية بينهما بطلاقٍ او فسخٍ او غيرهما فقد اوجبت الشريعة الاسلامية والانظمة القانونية المعاصرة مراعاة مصلحه الصغير بوسائل عدة ومن اهم هذة الوسائل حضانة الصغير بعد التفريق فمستحق الحضانة وجب علية من خلال قوانين الشريعة الاسلامية والدساتير الوضعية القيام بكل ما يكفل للصغير من تحقيق الامن النفسي والمعنوي ودلالة ذالك حرص الشريعه الاسلامية على اقامه علاقه متوازنة بين الطفل ووالديه المنفصلين لان الطفل يحتاج لكليهما وان تمت الفرقه بينهما فأولت الشريعة الاسلامية اهمية كبيرة تتعلق بالصغار ووضعهم الاجتماعي فكفلت لهم العديد من الحقوق والزمت الوالدين الكثير من الوجبات اتجاه صغارهم برغم من ان الواقع الذي تعيشه هذة الاسر بعد انفصال الزوجين يشهد تحجيم دور الطرف غير الحاضن للطفل واستغلال الطرف الحاضن لهذا الحق وذالك رغبة بالانتقام والتعسف في استخدام حق الحضانه فبذالك يكون الاطفال الصغار هم ضحية خلافات وتجاذبات غير سوية[1]

وهذة التجاذبات تؤدي إلى ان يكون الطفل في وضع نفسي غير مستقر عاطفياً فيتولد لدية الكره والحقد اتجاه الطرف غير الحاضن له ولهذا ولكثرة وجود مثل هكذا حالات سلبية اخترت ان يكون عنوان بحثي (حضانة الصغير بعد التفريق مقارنة بالقوانين الوضعية دراسة شرعية نقدية) فقسمت البحث بناء على ذالك إلى مقدمة ومبحثين، المبحث الاول ذكرت فيه كل ما يتعلق بالحضانة من احكام وعلى النحو الاتي:

المطلب الاول:

اولاً: عرفت الحظانة لغة.

ثانياً: تعريف الحظانة اصطلاحاً وقانوناً.

ثالثاً: دليل مشروعيتها في الكتاب والسنة وحكمها.

اما المطلب الثاني: فكان في كل ما يتعلق بالحضانة من احكام شرعية وذكرت فيها:

اولاً: شروط الحضانة.

ثانياً: وقت الحضانة وما يترتب على انتهائه.

الما المبحث الثاني: فكان في التكييف القانوني لحضانة الطفل بعد التفريق تكلمت فيه ابتداء عن حقوق الطفل في الشريعة والقوانين الدولية العربية وفي المطلب الاول تكلمت عن موقف المشرع العراقي من حضانة الظفل بعد التفريق وشرحت فيه قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنه ١٩٨٩ المعدل مادة ٥٧ والتي اثير حولها الجدل كون هذه المادة تحتوي على العديد من الفقرات التي هي فحوى الخطاب من هذه البحث وبعد ذالك ناقشت قوانين الاحوال الشخصية المختصه بحضانة الطفل بعد التفريق في عدة بلدان عربية ومن خلال مناقشتي لبعض حيثيات هذه القوانين وضعت خاتمه للبحث ذكرت فيها كل ما توصلت اليه من نتائج من خلال الحديث عن موضوع البحث.

واما اهم الصعوبات التي واجهتني في كتابة هذه البحث هي ان قوانين الأحوال الشخصية في العراق والدول العربية قد طرأ عليها الكثير من التعديلات على بعض المواد فيها فكان لزاماً علي ان استخرج ما موجود بهذه القوانين من ثغرات وعل حسب ما طرأ فيها من تعديلات والله اسأل ان يجعل عملي هذا في ميزان الحسنات عنده فان احسنت فمن الله وان اخطأت فمن نفسي والشيطان واخر دعوانا ان الحمدلله رب العالمين وصل الله وسلم على نبينا محمد وعلى اله وصحبه اجمعين.

المبحث الأول: معنى الحضانة وأحكامها الشرعية.

المطلب الأول: تعريف الحضانة لغة وإصطلاحاً.

أولاً: تعريف الحضانة لغةً: مصدر الفعل حضن بفتح الهاء والاشتقاق حضنَ، ومنه حضن الطائر بيضهُ إذا ضمهُ الى نفسه تحت جناحيه[٢].

والحضانة: هي فعل الحاضنة وهي التي تقومُ على الصبي في تربيته، وحضنتهُ من حاجته أي حبستهُ[٣].

ثانياً: تعريف الحضانة إصطلاحاً:

١- **عرفها الحنفية بأنها:** ضم الأم ولدها إياه الى جنبها واعتزامها اياه من ابيه ليكون عندها فتقوم بحفظهِ وإمساكه وغسل ثيابه او هي تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع اموره في سن معينة ممن لهُ الحق في الحضانة[٤].

٢- **وعرفها المالكية بأنها:** صيانة العاجز والقيام بمصالحه[٥].

٣- **وعرفها الشافعية بأنها:** حفظ من لا يستقل ولا يميز بأموره كبير ومجنون بتربيته بما يصلحه ووقايته عما يضره[٦].

٤- **وعرفها الحنابلة بأنها:** حفظ صغير ومجنون ومعتوه مما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم[٧].

٥- **وعرفها الامامية بأنها:** ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصلحته من حفظه وجعله في سريره ورفعه ويحصله وتنظيفه وغسل خرقه وثيابه ونحوه[٨]

والملاحظ على التعريفات السابقة انها تدور حول رعاية المحصون وتربيته، والمحصون هو من لا يستقل بأموره فيما يصلحه ولا يتوقى ما يضره حقيقةً او تقريراً.[٩]

والواضح ايضاً من تعريفات الفقهاء اصحاب المذاهب أن مصلحة المحصون هي أهم حلقة في البناء الرصين للأسرة المسلمة ويتجلى ذلك خاصة

بعد انتهاء الرابطة الزوجية بين الأم والأب وتفكك الكيان الاسري وهذا بدوره يترك آثار سيئة على الطفل الصغير ويشمل نموه الجسدي والنفسي على حدٍ سواء.

تعريف الحضـانة قانوناً: لم يرد في قانون الأحوال الشـخصـية العراقي رقم ١٨٨ لسـنة ١٩٥٩م، في المادة (٥٧) تعريفاً خاصـاً بالحضـانة وترك الأمر للقضـاء بمعالجة ذلك من خِلال الآراء الفقهية الأكثر ملائمة.

اما بقية قوانين الدول العربية منذ تعرضت لتعريف الحضانة من ذلك مثلاً ان قانون الأحوال الشخصية الامارتي رقم (٢٨ لسنة ٢٠٠٥ من المادة (١٤٢) منهُ على ان الحضـــانة هي: حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس.

فيما عرفها قانون الأحوال الشخصية المغربي رقم ٢٣٥٤ لسنة ١٩٥٧ في مادته (٩٧) عرفها أي الحضـــانة بأنها: حفظ الولد مما يضـــره قدر المســتطاع والقيام بتربيته وتعليمه.

اما قانون الأحوال الشـخصـية السـوداني (١٨) فقد تناولت المادة: (١٠٩) منه تعريف الحضانة بأنها حفظ الولد وتربيته وتعليمه ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي ومصلحة الصغير.

والملاحظ على هذه التعريفات ان مصـــلحة المحصـــون هي تأتي بالدرجة الأولى من الأهمية في مباحث الكلام عن الحضـــانة وقد أيد ذلك ما جاء في تعريف المجلس الأوربي للافتاء والبحوث في دورته ١٥ بقرار (٥) بأن الحضـانة هي: حفظ الولد في بيته ذهابه ومجيئه والقيام بمصـالحه أي في طعامه ولباسـه وتنظيفه(١٠).

ثالثاً:- دليل مشروعيتها في الكتاب والسنة وحكمها.

جاء في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿ وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحۡمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرٗا ٢٤ ﴾.

ووجه الدلالة في الآية الكريمة انه يجب رعاية الأباء من قِبل الابناء وهذهِ الرعاية في مقابل رعاية الأباء للأبناء في صغرهم، والمقصود بهذهِ الرعاية في فترة الحضانة حيث كان الصغير ضعيفاً لا يقوى على قضاء حاجاته ولما طلب الباري عز وجل المجازاة قياساً بالكبر عند المثل بالنسبة للوالدين(١١).

ومن السنة انه جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد طلقها زوجها فأرادت ان تأخذ ولدها قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((استهما فيه)) فقال الرجل: من يحول بيني وبين ابني فقال صلى الله عليه وسلم للأبن" "اختر أيهما شئت" قال: فأختار أمه فذهبت به(١٢).

وكذلك حديث أخر، روي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو: (أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني لهُ وعاء وثدي لهُ سِقاء، وحجري لهُ حِواء، وإن اباه طلقني واراد ان ينتزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: (انتِ احق به ما لم تنكحِي)(١٣).

ووجه الدلالة في هذا الحديث ان الأم أحق بحضانة صغيرها ما لم تتزوج، وقد تناول الائمة اصحاب المذاهب هذهِ المسألة بشيء من التفصيل سأذكرها لاحقاً بأذن الله، ولعظيم منزلة الأم فإنها مقدمة على الجميع في استحقاق الحضانة قال الامام العز بن عبد السلام، إن الأم الجاهلة بأحكام الحضانة تقدم على العمة العالمة باحكامها لأن طبعها يحثها على معرفة مصالح الطفل وعلى القيام بها وحث الطبع اقوى من حث الشرع(١٤).

اما حكم الحضـــانة هي واجبة شـــرعاً لأن المحصـــون يهلك بتركها فوجبَ حفظه من الهلاك وحكمها الوجوب العيني أي اذا لم يوجد الا الحاضـــن او وجد ولكن لم يقبل الصبي، غيره والوجوب الكفائي عند تعدد الحواضن(١٥).

وتتطلب الحضـانة الحكمة والانتباه واليقظة والخلق الحسـن والصـبر، ومن ذلك ايضـاً يُكره للإنسـان يدعو على ولد اثناء تربيته، وأيضـاً لا يجوز ان يدعو على نفسه او خادمه وماله لقوله صلى الله عليه وسلم: "ولا تدعوا على انفسكم ولا تدعوا على اولادكم ولا تدعو على خدمكم ولا تدعو على اموالكم لا توافقوا من الله ساعة يسأل فيها عطاء فيستجيب"(١٦).

ولأن الحضـــانة هي نوع من انواع الولاية، فالطفل يثبت لهُ منذ ولادته ثلاث ولايات: ولاية التربية وولاية على النفس وولاية على المال، فالأصـل فيها الوجوب كما تقدم الحديث عن ذلك(١٧).

المبحث الأول:

المطلب الثاني: ما يتعلق بالحضانة من احكام شرعية وفيه:

أولاً: شروط الحضانة.

يشترك الرجال والنساء في عدة شروط لاستحقاق الحضانة وهذهِ الشروط هي، العقل، البلوغ، الحرية، الرشـد، صـحة الجسـم وعدم وجود الامراض المانعة من رعاية الصغير، الامانة على الاخلاق.

فبعض هذهِ الشـــروط متفق عليه كالحرية والعقل والبلوغ والقدرة والامانة. وعدم كون الانثى متزوجة بأجنبي عن الصـــغير ويكون الحاضـــن ذات رحم من الصغير وبعض هذهِ الشروط مختلف فيها كالرشد والاسلام(١٨).

اما شروط الحاضنين من الرجال فهي:

أ- ان يكون الحاضن مجرماً للمحضون إذا كان المحصون انثى مشتهاهُ وقد حدد الحنابلة سنها سبع سنوات حذراً من الخلوة بها لانعدام المحرمية بينهما[١٩]. ولهذا لا يمكن ان يكون ابن عم الصغير، حاضناً لها لأنه ليس من محارمها[٢٠].

ب- ان يكون عند الحاضن من يقوم برعاية الطفل وحضانته من النساء كزوجة او أمه او مستأجرة لذلك او متبرعة[٢١]. فإن لم يكن عنده من يحضن الصغير من النساء فلا حق لهُ في الحضانة، لأن الرجل لا يستطيع ان يتولى الحضانة بنفسه ولوحدهِ، وبهذا تنتقل الحضانة الى من بعده.

فيما يخص شروط حضانة النساء فكانت كالآتي:

١- ان تكون الحاضنة ذات رحم محرم من المحضون كالام والأخت وان تكون الحاضنة محرمة عليه[٢٢].

٢- ان لا تكون الحاضنة في ذمة زوج اجنبي عن المحضون، لأن الحاضنة ستكون مشغولة بحق الزوج، ودليل ذلك ما روي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمر: (ان امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان إن ابني هذا كان بطني لهُ وعاء وثدي لهُ سِقاء، وحجري لهُ حِواء، وإن اباه طلقني واراد ان ينتزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: (انتِ احق به ما لم تنكحِي)، لكن إذا كان هذا الزوج من محارم المحضون وذي رحم محرم من المحضون كمثل العم فاذا تزوجت الأم بعم الصغير فلا يوجد خلاف بين الفقهاء في عدم سقوط حق الحاضنة هنا، لأن الزوج وهو هنا العم يقوم مقام ابيه، ولأن كلاَ منهما الأم الحاضنة والعم لهما الحضانة منفرد[٢٣]، فاذا اجتمعا على رعاية الصغير وحضانة يكون أولى.

لكن الآية المالكية استثنوا حالات يسقط معها حق الحضانة بتزوج الحاضنة من اجنبي من المحضون وهي:

أ- الا يقبل المحضون غير مستحقة الحضانة اماً غيرها.

ب- ان سكت من لهُ الحق في الحضانة عند علمه بدخول زوجها به أي الحاضنة بعد علمه بذلك بلا عذر سنة فهنا لا تسقط حضانتها.

جـ- ان لا يوجد للطفل الحاضن غير الحاضنة التي دخل الزوج بها او قد يكون عنده حاضن آخر لكنه غير مأمون او غير قادر عن القيام بواجبات المحضون.

د- ان لا تكون هذهِ الحاضنة صية على الطفل المحضون[٢٤].

هـ- ان تكون الحاضنة مرضعة للمحضون ان كان رضيعاً[٢٥].

وسأناقش مسألة حضانة الصغير بعد زواج الأم في الشريعة والقانون.

المبحث الأول:

المطلب الثاني:

ثانياً:- وقت الحضانة وما يترتب على انتهائها وضم الصغير الى ابيه.

اتفق الفقهاء واصحاب المذاهب على ان فترة الحضانة تبدأ منذ ولادة الطفل وتستمر حتى سن التمييز، ولكنهم اختلفوا في بقاءها بعد سن التمييز. وعلى النحو الآتي:

١- مذهب الحنفية ان الحضانة على الذكر تستمر حتى يستغني عن رعاية النساء لهُ وصورة ذلك ان يأكل ويشرب وحده وقدر العلماء ذلك بسبع سنين ولأن الغالب في هذا السن الاستغناء عن الحضانة[٢٦].

٢- **مذهب المالكية:**- ان حضانة الذكر تستمر حتى بلوغه وتنتهي حضانته بالبلوغ، اما بالنسبة للأنثى فهي أي الأنثى تسمر حضانتها تى زواجها ودخول الزوج عليها[٢٧].

٣- **مذهب الشافعية:** ان الحضانة تستمر على المحضون حتى بلوغ سن التمييز وهذا الأمر يشمل الذكر والانثى على حدٍ سواءٍ وبعد ذلك يخير بين امه وابيه[٢٨].

٤- **مذهب الحنابلة:** فأنهم يقولون ببقاء الغلام عند حاضنتهِ حتى بلوغهِ سن السابعة، فإن تم الاتفاق بين الأم والأب على حضانته عند أحدٍ منهما جاز ذلك لأن الحق في حضانة الصغير يعود اليهما[٢٩].

ما تقدم من اراء العلماء اصحاب المذاهب هو جزء من المعالجات الشرعية لحضانة الطفل بعد التفريق، لكن القوانين الوضعية تختلف فيها الاحكام الى حدٍ ما مع ما جاءت به احكام الشريعة الغراء، وعلى سبيل المثال، فان القانون المصري رقم (٥٢) لسنة (١٩٢٩) ينص على ان حضانة الصغير تنتهي عند بلوغه سن السابعة وبالنسبة للأنثى تنتهي حضانتها عند سن التاسعة، وهذا ما كان مقرراً في القانون السوري ثم عدل الحكم سنة ١٩٧٥، فقد نصت المادة (١٤٦) على انه تنتهي مدة الحضانة باكمال الغلام التاسعة من عمره والبنت ١١ سنة[٣٠].

المبحث الثاني

(التكييف القانوني لحضانة الطفل بعد التفريق بين الوالدين)

وفيه تمهيد ومطلبين:

أقرت الشريعة الاسلامية حضانة الطفل بعد التفريق كون هذهِ الحضانة تعتبر من أهم الآثار المترتبة عن انحلال عقد النكاح بين الزوجين وكفلتها ايضاً قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية وغيرها، وهذهِ القوانين خاصة بالطفل ووضعه عند الشخص الذي يكون قادراً على الاهتمام به والعناية بشؤونه وكذلك تعتبر الحضانة حقاً للطفل في الرعاية والتربية حتى يصبح الطفل قادراً على القيام بشؤونه بنفسه ويتحمل مسؤولية ذلك. وبناءاً على ما تقدم فإن المُراد من حضانة الطفل ان يراعى فيها مصلحة المحضون، ومصلحة المحضون هي تكمن في تحصيل حقوقه من الحاضن ويمكن ان نلحظ هذهِ الحقوق بـ:

١- حق المحضون في النسب.

٢- حق المحضون في الرعاية الصحية والنفسية.

٣- حق المحضون في الرضاع.

٤- حق المحضون في التأديب والتعليم.

٥- حق المحضون في السفر.

٦- حق المحضون في رؤية والديه وأقاربه.

٧- حق المحضون في النفقة.

وهنالك حقوق أخرى يجب على الحاضن ان يمنحها للطفل المحضون مثل حق الطفل في تعلم آداب الطعام، حق الطفل في الحنان في تقبيل ومداعبة وحق الطفل في اللهو واللعب وحقه في العلاج[٣١].

المطلب الأول: موقف المشرع العراقي من حضانة الطفل بعد التفريق.

اوضح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٩م المعدل المادة (٥٧) فقرة (١) (ان الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك).

مناقشة القانون:

الملاحظ على ماهية ما جاء بهذا القانون ما يأتي:

أولاً: ان الأم تكون حاضنة للصغير في حال استمرار الزوجية وبينهما وبين والد الصغير وفي حال الانفصال عنه بإحدى طرق التفريق سواء كان بالطلاق او الخلع او ما شابه ذلك في جاء بهذا القانون لا يتلائم مع ما جاءت به الشريعة الاسلامية الغراء من احكام وبيان ذلك، ان الأم أحق بحضانة الصغير في حال قيام الزوجية إما اذا حصل الانفصال والتفريق بين الأم والأب فهنا المرأة أي الأم تكون حاضنة للطفل ما لم تتزوج وذلك لما جاء به التشريع الاسلامي من احكام ودليل ذلك ان امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله: (إن ابني هذا كان بطني لهُ

وعاء وحجري لهُ حواء، وثدي لهُ سـقاء وزعم أبوه انه ينزعه مني فقال: أنتِ احق به ما لم تنكحي[٣٢][٣٣].

ففي الحديث الشريف دلالة واضحة على ان الأم أحق بحضانة صغيرها ما لم تتزوج، وكما بيَّنت سابقاً ان هذا يعتبر من شروط الحاضنة، وباتفاق الفقهاء اصحاب المذاهب الاسلامية عدا الظاهرية فان الأم المطلقة التي انقضت عدتها في الطلاق تسقط حضانتها لطفلها الصغير، إذا تزوجت برجل اجنبي عن الصغير وشرطهم أي الفقهاء انه يكون الزوج اجنبياً غير محرم للمحضون، اما اذا تزوجت هذهِ الأم من رحم المحضون مثل ان يكون عم للصغير[٣٤] فلا تسقط عنها الحضانة، وبيان ذلك إن الأم اذا تزوجت كان واجباً عليها ان تؤدي حقوق الزوج في الاستمتاع ولن تتمكن من رعاية المحضون رعاية كاملة، وهذا يؤدي الى الاجحاف بحق المحضون ولكن اذا تزوجت بذي رحم محرم من الطفل فلا تسقط حضانها على الصغير لشفقتهِ عليه أي زوج الأم، ولأنه لا يلحقهُ جفاء منه[٣٥].

وقد ذكر الامام الماوردي: ان الولد وعصبته يلحقهم العار في مقامه مع زوج أمه، ولا أثر لرضا الزوج الاجنبي لأن هذا الزوج قد يرجع فيتضرر الولد[٣٦].

وقد أكدت المادة (٥٧) فقرة (٨) (ب) قانون الاحوال الشخصية العراقي إذا مات ابو الصغير فيبقى الصغير لدى امه وإن تزوجت باجنبي عنه من العراقيين بشرط:

أ- ان تكون الام محتفظة ببقية شروط الحضانة.

ب- ان تقنع المحكمة بعدم تضرر المحضون من بقائه مع امه.

جـ- ان يتعهد زوج الأم الجديد في حال عقد الزواج بحسن رعاية الصغير وعدم الاضرار به.

د- اذا أخل الزوج بالتعهد المنصوص عليه في (٣) من البند (ب) فهذا يعني سبباً من اسباب التفريق من قِبل الزوجة.

وقد حكمت محكمة التمييز بانه اذا تزوجت ام الصغير عن ابن عمها او ابن خالها فهنا تسقط حضانتها عن الصغير وذلك لأنها تزوجت برجل اجنبي عن الصغير[٣٧] وفيما يتعلق بمدة الحضانة، فإن قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م، قد بيَّن ان فترة الحضانة ومدتها هي اتمام العاشرة من العمر، ويجوز للمحكمة ان تمدد المدة الى حين اكمال الخامسة عشر اذا تبين للمحكمة ان مصلحة المحضون تقتضي ذلك.

وقد نجد تأكد ذلك جلياً من قرارات محاكم الأحوال الشخصية العراقية، فتمدد حضانة الطفل الصغير، اذا اثبت بتقرير اللجنة الطبية ان الصغير بحالة نفسية غير مستقرة وانه سوف يتغير جسدياً ونفسياً اذا أسقطت الحضانة عن والدته[٣٨].

فمذهب الامام مالك قد بيّن تلك الحالات التي لا يسقط فيها حق الحاضنة اذا تزوجت من رجلٍ أجنبي من المحضون وهذهِ الحالات هي:

١- **الحالة الأولى:**

عند علم من لهُ الحق في الحضانة بحقيقة دخول الزوج بها وسقوط حقها في الحضانة ويسكت عن ذلك بدون عذر سنة فهنا لا تسقط حضانتها على الصغير[٣٩].

٢- **الحالة الثانية:** وهذهِ الحالة كما إذا لم يتقبل المحضون غير الحاضنة وسواء كانت هذهِ الحاضنة اما او غيرها، فلا تسقط حضانتها على الصغير ولأن الأصل في الحضانة مصلحة المحضون فلا تسقط بناءاً على ذلك.

٣- **الحالة الثالثة:** اذا لم يكن للولد الصغير حاضن غير هذهِ الحاضنة، او كان لهُ حاضن غيرها لكنه لا يؤمن على الصغير او قد يكون هذا الحاضن عاجزاً عن القيام بمهام ومصالح الصغير.

٤- **الحالة الرابعة:** ان لا تقبل المرضعة ان ترضع الصغير عند غير امه الذي انتقلت اليه الحضانة بسبب زواج الأم[٤٠].

ومهما يكن من الأمر فإن زمن الحضانة في الشريعة الاسلامية او حدة الحضانة تختلف ما جاءت به القوانين الوضعية فالفقهاء اصحاب المذاهب قد اختلفوا في مدة حضانة الصغير على النحو الآتي:

١- مذهب الحنفية.

انها أي الحضانة للذكر ٧ سنوات وللأنثى ٩ سنوات وهذا يشمل حد البلوغ الشرعي للأنثى[٤١].

٢- **مذهب المالكية:** ان مدة حضانة الصغير لحين البلوغ بالنسبة للذكر، بينما قالوا بحضانة البنت بحيث ان تتزوج ويتم الدخول بها ويتحقق ذلك ذلك بالخلوة الصحيحة[٤٢].

٣- **مذهب الشافعية:** فقالوا بحضانة الصبي والبنت حتى بلوغ سن التمييز وهو سن العاشرة[٤٣].

٤- **مذهب الحنابلة:** قالوا بحضانة الصبي الذكر والبنت ببلوغه سن السبع سنوات على حدٍ سواء[٤٤].

٥- **مذهب الشيعة الإمامية:** فلهم في هذهِ المسألة رأيان الأول وهو المتقدم ان الأم احق لحضانة الصغير الذكر مدة الرضاع وهي سنتان وبالنسبة للبنت ٧ سنوات بعد ذلك تنتقل الحضانة للذكر والأنثى هي سبعة سنوات[٤٥].

من خِلال استقراء اراء الفقهاء نرى ان مصلحة المحضون والمتمثلة في توفير الرعاية والأمان هي مدار كلام الفقهاء ومحط اهتمامهم، لأن المحضون هو الطرف الضعيف الذي يصيبه الأذى من انتهاء الرابطة الزوجية بين الأم والأب سواء كانت هذهِ الفرقة بالطلاق او الوفاة او حتى فقدان احدهما.

المبحث الثاني:

المطلب الثاني: قوانين وانظمة بعض الدول العربية الخاصـــة بحضـــانة الطفل بعد التفريق.

ركزت أغلب الانظمة والقوانين الخاصـة بحضـانة الطفل على مسـألة جوهرية الا وهي مصـلحة المحضـون لأنها جزء من مصـلحة الانسـان بشـكل عام وبالتالي تعتبر محور احكام الشريعة الاسلامية وأساسها.

ومن ذلك مثلاً ما جاء في نص قانون الأحوال الشخصية الاماراتي الذي يشير الى مصـلحة المحضـون في المادة ١٤٦ منه وكذلك ايضـاً المادة ١٧/ ف٢٠ على مصلحة المحضون الصغير وجعلت هذا المبدأ خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي كما فعلت باقي التشـريعات العربية، ومصـلحة الصـغير في القانون الاماراتي تقتضـي ان يكون الصـــغير عند احد الأبوين فقط دون غيرهما وهذا نص المادة (١٥٤) من القانون رقن (٢٨) لسنة ٢٠٠٥م[٤٦].

والملاحظ على هذا القانون وجود الأب في نصه، حيث أن وجود الأب يقتضي ان تكون الحضانة لهُ من حال ان الأم اسقطت حضانتها للصغير او في حال سقوط الحضانة لسببٍ آخر فا~لأب يأتي بعد الأم في احقية المحضون.

اما ما جاء من موقف المشـرع المصـري بشـأن حضـانة الطفل بعد التفريق فقد نصـــت المادة (٧٠) من القانون رقم (١) لعام ٢٠٠٠م والمختصـــة بشـــأن اجراءات المحاكم الشـــرعية التي تخص حضـــانة الطفل على أنه: ((يجوز للنيابة العامة متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانته مؤقتاً حتى يصدر الحكم لها بذلك، وان تصدر بعد ذلك إجراء التحقيق المناسب قراراً مسبباً بتسليم الصغير الى من تتحقق مصلحته معها"[٤٧].

فالملاحظ على نص القانون المصـــري وجود معنى المصـــلحة في ثناياه من خلال اختيار الطرف الذي تتحقق فيه مصـــلحة الصـــغير والمتمثلة في العيش بأمان واطمئنان ووجود جو مناسب لتنشئة الصغير العقلية والجسمية.

اما قانون الأحوال الشخصية الجزائري يعط تعريفاً محدداً لمصلحة المحضون وانما نص عليها في كثير من فقرات ومواد القانون لأن هذهِ الفقرات تعتني بحقوق القاصـرين من الصـغار، وفي المادة (٦٤) من قانون الأحوال الشـخصـية الجزائري ذكر ترتيب الحواضن من النساء واشترط مراعاة مصلحة المحضون في ذلك[٤٨].

ايضاً ما جاء في القانون الجزائري يقتضي بأن تكون مصلحة المحضون هي المعيار الجوهري الذي يسـتند اليه في تحديد من هو أجدر بحضـانة الصـغير بعد التفريق، لكن الملاحظ على هذا القانون انه يكتنفه بعض العمومة وعدم التحديد، بالرغم من ان المحاكم الجزائرية عندما تنظر في دعاوى الحضـــانة تعتمد في كل شيء يتعلق بالصغير او قد يكون طرفاً فيه مصالحه العليا، والشاهدُ في ذلك عندما منح القاضـي كامل الصـلاحيات لابد ان ما هو افضـل وأصـلح للصـغير المحضـون وكذلك لأن الحضانة هي في الاساس مسألة قضائية، فالأصل في احكامها ان تكون اجتهادية قابلة للتغيير إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك[٤٩].

الخاتمة

وفي الختام أحمد الله ان يســـر لي كتابة هذا البحث، فبعد عرض موضـــوع (حضانة الصغير بعد التفريق مقارنة بالقوانين الوضعية دراسة شرعية نقدية) يمكنني ان الخص أهم النتائج التي توصلتُ اليها:

١- الحضانة تعني حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه.

٢- حكم الحضانة هو الوجوب الكفائي وهذا في حال إذا قام بها من يصلح لذلك.

٣- شـروط الحضـانة على ثلاثة أنواع اولها مشـتركة بين الرجال والنسـاء، وثانيهما شروط تخص النساء، وثالثها شروط تخص الرجال.

٤- الأصـــل الذي أصـــلَ عليه الفقهاء اقوالهم وترجيحاتهم وكذلك قوانين الأحوال الشخصية في باب الحضانة هو: مراعاة مصلحة المحضون، وإن حكم الحضانة يدور مع مصلحة المحضون وجوداً وعدماً.

٥- مصـطلح مصـلحة المحضـون يتطور بتطور الحياة الاجتماعية والاقتصـادية والثقافية فهو مفهوم نسبي وشخصي ويختلف من طفل لآخر.

٦- اتفاق الفقهاء على ان الأم احق بحضانة الصغير لكونها الأقرب وكذلك من حيث قدرتها على التحمل والصبر وفي الحضانة إشباع لغريزة الأمومة.

٧- قوانين الأحوال الشـخصـية في الدول العربية تتفق مع ما جاءت به الشـريعة الاسلامية من احكام تخص الحضانة وأهمها مصلحة المحضون ورعاية شؤونه وهذا ما وجدناه في قانون الأحوال الشخصية العراقي الخامس بحضانة الطفل بعد التفريق.

٨- التأكيد على دور الأب في بناء شخصية وبناء جسور من التواصل المعنوي لأن فيها تحقيق للمصلحة المرجوة من ذلك.

المصادر

- القرآن الكريم.

١- لســـان العرب، محمد بن مكرم بن علي ابو الفضـــل جمال الدين بن منظور، ت٧١١، ط٣، دار صادر، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ.

٢- طلبة الطلبة في الاصـطلاحات الفقهية، الامام النسـفي، المطبعة العاشـرة، مكتبة المثنى، بغداد، د. ت.

٣- روضـــة الطالبين وعمدة المفتين، ابو زكريا يحيى بن شـــرف النووي الدمشـــقي، المكتب الاسلامي، دمشق، ١٩٨٨.

٤- شـرح منح الجليل على مختصـر العلامة خليل، الشـيخ محمد عليش، دار الفكر للطباعة والنشر، د. ت.

٥- كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، دار الفكر ، بيروت، لبنان، د. ت.

٦- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، جمال الدين العاملي، وزين الدين الجبعي العاملي، دار العالم الاسلامي، بيروت، لبنان.

٧- إسكان المحصون في الفقه الإسلامي والتقنيات العربية "المشكلة وتطورات في الحل"، أحمد محمد بخيت، ط١، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، ٢٠٠١م.

٨- موقع المجلس الاوربي للإفتاء والبحوث على شبكة المعلومات الدولية والانترنت .http:e- Cfr. Org.

٩- احكام الأحوال الشخصية، د. عبد الوهاب خلاف، ط٢، دار القلم، الكويت، ١٩٨٩.

١٠- مصنف ابن ابي شيبة، عبد الله بن محمد بن ابراهيم بن عثمان خواستي العبسي، ت ٢٢٥هـ، ت: كمال يوسف الحوت، ط١، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٠٩.

١١- سنن ابي داود، ابي داوود سليمان بن الاشعث السجستاني، ت ٢٧٥هـ، دار إحياء التراث العربي.

١٢- الفوائد في اختصار المقاصد للعز بن عبد السلام، ط١، دار الفكر المعاصر، ١٤١٦هـ

١٣- الفواكه الدواني على رسالة ابي زيد القيرواني، شهاب الدين النفراوي المالكي، ت ١١٢٦هـ، د. ط، دار الفكر، ١٤١٥، ١٩٩٥م./

١٤- المغني موقف الدين عبد الله بن محمد بن قدامة، ت ٦٢هـ، د. ط، مكتبة القاهرة، ١٢٨٨هـ - ١٩٦٨م.

١٥- الفقه الإسلامي وادلته، أ. د. وهبة الزحيلي، ط٣٢، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، ٢٠١٠م.

١٦- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ت ٢٦١هـ، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، موافق للمطبوع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ت.

١٧- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني الحنفي، ت٥٨٧هـ، ط٢، دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

١٨- الشرح الصغير للدردير على مختصر، المسمى اغرب المسالك الى مذهب الامام مالك المطبوع على حاشية الصاوي. وهي بلغة السالك لأقرب المسالك، تأليف: العالم الشيخ أحمد الصاوي المالكي، ت١٢٤١هـ، د. ط، دار المعارف، د. ت.

١٩- مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني الشافعي، ت٩٧٧هـ، ط١، دار الكتب العلمية، ١٤١٥- ١٩٩٤م

٢٠- الإقناع في فقه الامام أحمد، ابو النجا موسى ابن احمد بن موسى المقدسي، ت٩٦٨هـ، ت: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، د. ت.

٢١- شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، ت١١٠١هـ، د. ط، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، د. ت.

٢٢- االمقدمات الممهدات، ابن رشد القرطبي، ط١، دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م،

٢٣- حاشية رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر عبد العزيز الحنفي، ت١٢٥٢هـ، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٢٤- ، اسنى المطالب شرح روض الطالب، ابي يحيى زكريا الانصاري، ت٩٢٦هـ، دار الكتاب الاسلامي.

٢٥- حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، ابو الحسن علي بن احمد بن مكرم العدوي، ت١١٨٩هـ، ت: يوسف الشيخ محمد البقاعي، د. ط، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٢٦- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد ابن احمد عرفة الدسوقي المالكي، ت١٢٣٠هـ، د. ط، دار الفكر، د. ت.

٢٧- حقوق الإنسان في ضوء الكتاب والسُنة، يسرى السيد محمد، ط١، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤٢٧، ٢٠٠٦م.

٢٨- قرار محكمة التمييز، ٢٥٩١/ ش/ ٨ في ١/ ٤/ ١٩٨٠، مجموعة الاحكام العدلية العدد٢، ١٩٨٠م.

٢٩- قرار محكمة التمييز ٦٥/ هيئة عامة موسعة، ٢/ ٧٤ في ٢١/ ١٢/ ١٩٧٤، النشرة القضائية، العدد٤، ١٩٧٤م.

٣٠- الكافي في فقه اهل المدينة، ابي عمرو بن عبد البر النمري القرطبي، ت٤٦٣هـ، ت: د. محمد بن محمد أحيد ولد فاديك الموريتاني، الناشر: المحقق، ١٣٩٩هـ.

٣١- الحاوي الكبير، علي بن محمد الماوردي، ت٤٥٠هـ دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ، ١٩٩٩م.

٣٢- شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرامن جعفر بن الحسن الهذلي، مؤسسة مطبوعات اسماعيليان.

٣٣- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم: ٢٨/ ٢٠٠٥م.

٣٤- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٨٦م وتعديلاته.

٣٥- قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، القوتي بن ملحة، ط١، الجزائر، ٢٠٠٥م.

٣٦- قانون الاسرة مع تعديلات الأمر رقم ٥/ ٢، العربي بلحاج، ط٣، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٧م.

٣٧- وفيات الاعيان وابناء البناء والزمان، ابو العباس شمس الدين احمد بن محمد بن ابي بكر بن خلكان، ت: احسان عباس، دار الثقافة، لبنان، (٢/ ٤٤٤

وطبقات الفقهاء الشـــافعية، تقي الدين ابو عمرو عثمان بن عبد الرحمن بن الصـــلاح، ت: محيي الدين علي نجيب، ط١، دار البشـائر الإسـلامية، بيروت، ١٩٩٢م.

٣٨- وطبقات الفقهاء الشـــافعية، تقي الدين ابو عمرو عثمان بن عبد الرحمن بن الصـــلاح، ت: محيي الدين علي نجيب، ط١، دار البشـائر الإسـلامية، بيروت، ١٩٩٢م.

٣٩- احياء علوم الدين، ابي حامد محمد بن محمد الغزالي، الطبعة١، مكتبة الايمان بل منصورة، ١٤١٧هـ ، ١٩٩٦م.

---

[١] الصبي امانه عند والدية وقلبه الطاهر جوهرة نفيسة وساذجة خالية عن كل نقش وصورة وهو قابل بكل ما نقش علية ومائل إلى كل ما يمال به علية فان عود الخير وعلمه نشأ علية وسعد في الدنيا والاخرة وشاركه ثوابه ابواه وكان معلم له ومؤدب، وان عود الشر واهمله اهمال البهائم شقي وهلك وكان الوزر في عنق القيم علية والولي له (الامام الغزالي) احياء علوم الدين، ابي حامد محمد بن محمد الغزالي، ط/١، مكتبة الايمان المنصورة، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م، ٦٢/٣ .

[٢] لســان العرب، محمد بن مكرم بن علي ابو الفضــل جمال الدين بن منظور، ت٧١١، ط٣، دار صادر، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ، ١٢/ ١٢٣.

[٣] طلبة الطلبة في الاصــطلاحات الفقهية، الامام النســفي، المطبعة العاشــرة، مكتبة المثنى، بغداد، ١/ ٥٠.

[٤] حاشية رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٦٦، ٥/ ٢٥٢.٢.

(٥) روضة الطالبين، ابو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، المكتب الاسلامي، دمشق، ١٩٨٨، ٩/ ٩٨.

(٦) شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، الشيخ محمد عليش، دار الفكر للطباعة والنشر، د. ت، ٤/ ٤٢٠.

(٧) كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، دار الفكر ، بيروت، لبنان، د. ت، ٥/ ٤٩٥.

(٨) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، جمال الدين العاملي، وزين الدين الجبعي العاملي، دار العالم الاسلامي، بيروت، لبنان، ٣٤١، ٣٤٢.,

(٩) إسكان المحصون في الفقه الإسلامي والتقنيات العربية "المشكلة وتطورات في الحل"، أحمد محمد بخيت، ط١، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، ٢٠٠١م، ص٥٦.

(١٠) موقع المجلس الاوربي للإفتاء والبحوث على شبكة المعلومات الدولية.

(١١) ينظر: احكام الأحوال الشخصية، د. عبد الوهاب خلاف، ط٢، دار القلم، الكويت، ١٩٨٩، ص١١٩.

(١٢) مصنف ابن ابي شيبة، عبد الله بن محمد بن ابراهيم بن عثمان خواستي العبسي، ت ٢٢٥هـ، ت: كمال يوسف الحوت، ط١، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٠٩، والحديث ورد في باب (ما قالوا في الرجل يطلق)، ٤/ ١٨٠، رقم الحديث ١٩١٢١.

(١٣) سنن ابي داود، ابي داوود سليمان بن الاشعث السجستاني، ت ٢٧٥هـ، دار إحياء التراث العربي، والحديث ورد في كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، ٦/ ٣٧١، رقم الحديث ٢٢٧٧، وسكت عنه فهو حسن.

(١٤) الفوائد في اختصار المقاصد للعز بن عبد السلام، ط١، دار الفكر المعاصر، ١٤١٦هـ، ١/ ٨١.

(١٥) الفواكه الدواني على رسالة ابي زيد القيرواني، شهاب الدين النفراوي المالكي، ت ١١٢٦هـ، د. ط، دار الفكر، ١٤١٥، ١٩٩٢٢، م٢/ ٦٥، المغني موقف الدين عبد الله بن محمد بن قدامة، ت ٦٢هـ، د. ط، مكتبة القاهرة، ١٢٨٨هـ - ١٩٦٨م، ٨/ ٢٢٧.

(١٦) ينظر: الفقه الإسلامي وادلته، أ. د. وهبة الزحيلي، ط٣٢، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، ٢٠١٠م، ٧/ ٦٧٩.

(١٧) صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ت ٢٦١هـ، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، موافق للمطبوع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ت، والحديث ورد في باب (حديث جابر الطويل وقصة ابي اليسر)، ٤/ ٢٢٠٤، رقم الحديث (٣٠٠٩).

(١٨) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني الحنفي، ت٥٨٧هـ، ط٢، دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ٤/ ٤٢، الشرح الصغير للدردير على مختصر، المسمى اغرب المسالك الى مذهب الامام مالك المطبوع على حاشية الصاوي. وهي بلغة السالك لأقرب المسالك، تأليف: العالم الشيخ أحمد الصاوي المالكي، ت١٢٤١هـ، د. ط، دار المعارف، د. ت، ٢/ ٧٥٨، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني الشافعي، ت٩٧٧هـ، ط١، دار الكتب العلمية، ١٤١٥- ١٩٩٤م، ٥/ ١٩٥ - ١٩٦، المغني ٨/ ٢٢٧.

(١٩) مغني المحتاج، ٥/ ١٩٣.

(٢٠) الإقناع في فقه الامام أحمد، ابو النجا موسى ابن احمد بن موسى المقدسي، ت٩٦٨هـ، ت: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، د. ت، ٤/ ١٥٨.

(٢١) شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، ت١١٠١هـ، د. ط، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، د. ت، ٤/ ٢١٢.

(٢٢) االمقدمات الممهدات، ابن رشد القرطبي، ط١، دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، ١/ ٥٦٤.

(٢٣) ينظر: حاشية ابن عابدين، ٢/ ٦٣٩، اسنى المطالب شرح روض الطالب، ابي يحيى زكريا الانصاري، ت٩٢٦هـ، دار الكتاب الاسلامي، ٣/ ٤٤٨، كشاف القناع، ٥/ ٤٩٩، المغني، ٧/ ٦١٩.

(٢٤) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، ابو الحسن علي بن احمد بن مكرم العدوي، ت١١٨٩هـ، ت: يوسف الشيخ محمد البقاعي، د. ط، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ٢/ ١٢١.

(٢٥) اسنى المطالب، ٣/ ٤٤٩.

(٢٦) رد حاشية المحتار، ٢/ ٦٤١، بدائع الصنائع، ٤/ ٤٢ - ٤٣.

(٢٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد ابن احمد عرفة الدسوقي المالكي، ت١٢٣٠هـ، د. ط، دار الفكر، د. ت، ٢/ ٥٢٦.

(٢٨) مغني المحتاج، ٣/ ٣٥٦ - ٤٥٧ - ٤٥٨.

(٢٩) المغني، ٧/ ٦١٤ - ٦١٦.

(٣٠) ينظر: الفقه الإسلامي وادلته، أ. د.وهبة الزحيلي، ٧/ ٧٠٣ - ٧٠٤.

(٣١) حقوق الإنسان في ضوء الكتاب والسُنة، يسرى السيد محمد، ط١، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤٢٧، ٢٠٠٦م، ص٢٢٧ - ص٢٢٧، ٢٣٥.

(٣٢) سبق تخريجه.

(٣٣) الماوردي، هو ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الشافعي المعروف بالماوردي وذلك نسبة الى بيع الماورد، ولد الامام في البصرة وترعرع فيها، وبعد ذلك انتقل الى بغداد، وتلقى العلم عن ثلة من مشاهير العلماء في عصره، كان إماماً جلياً في الفقه والاصول. وما ورد عن مؤلفاته من اخبار انه لم يخرج شيئاً منها في حياته، تولى القضاء في بلدان عدة، ثم نُصب اقضى القضاة في ايام القائم بأمر الشافعي العباسي، وقيل انه فيه ميلاً لمذهب المعتزلة توفي سنة ٤٥٠هـ، من مؤلفاته الحاوي في الفقه، النكت والعيون في التفسير، والاحكام السلطانية، وادب الدنيا والدين وغيرها.

(وفيات الاعيان وابناء البناء والزمان، ابو العباس شمس الدين احمد بن محمد بن ابي بكر بن خلكان، ت: احسان عباس، دار الثقافة، لبنان، (٢/ ٤٤٤ وطبقات الفقهاء الشافعية، تقي الدين ابو عمرو عثمان بن عبد الرحمن بن الصلاح، ت: محيي الدين علي نجيب، ط١، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ١٩٩٢م، ٣/ ٣٠٣.

(٣٤) لا حضانة لمن تزوجت بأجنبي من المحضون، وحضانتها للصغير تسقط بمجرد العقد عليها عند الحنفية والشافعية والحنابلة، لكن عند المالكية تسقط حضانتها على الصغير بالدخول عليها.

(٣٥) الماوردي:

(٣٦) مغني المحتاج، ٥/ ١٩٦.

(٣٧) قرار محكمة التمييز، ٢٥٩١/ ش/ ٨ في ١/ ٤/ ١٩٨٠، مجموعة الاحكام العدلية العدد٢، ١٩٨٠م، ص٥٦.

(٣٨) قرار محكمة التمييز ٦٥/ هيئة عامة موسعة، ٢/ ٧٤ في ٢١/ ١٢/ ١٩٧٤، النشرة القضائية، العدد٤، ١٩٧٤م.

(٣٩) منح الجليل، شرح مختصر خليل، ٢/ ٤٥٦، ٢/ ٤٥٦.

(٤٠) جواهر الاكليل، ١/ ٤٠٩.

(٤١) رد المحتار على الدر المختار، ٣/ ٥٦٦.

(٤٢) الكافي في فقه المدينة اهل المدينة، ابي عمرو بن عبد البر النمري القرطبي، ت٤٦٣هـ، ت: د. محمد بن محمد أحيد ولد فاديك الموريتاني، الناشر: المحقق، ١٣٩٩هـ، ٢/ ٦٢٥.

(٤٣) الحاوي الكبير، ابي الحسن علي بن محمد حبيب الماوردي، ت٤٥٠هـ، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٩م.

(٤٤) كشاف القناع، ٥/ ١٠٥، المغني، ٨/ ٢٤٠.

(٤٥) شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، جعفر بن الحسن الهذلي، مؤسسة مطبوعات اسماعيليان، ٢/ ٢٩٠.

(٤٦) فان لم يوجد احد الأبوين ينتقل الحق في الحضـــانة الى اقارب الطفل من الرجال غير العصـــيات على الترتيب الآتي: الجد لأم، ثم الاخ لأم ثم ابن الأخ لام، ثم العم لأم، ثم الاخوال ويقدم الخال الشقيق على الخال لأب وبعدهم الخال لأم.

– قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم: ٢٨/ ٢٠٠٥م.

(٤٧) وتمت الاشـارة الى (المصـلحة) في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصـري رقم (١٣) لسنة ١٩٨٦م وتعديلاته.

(٤٨) قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، القوتي بن ملحة، ط١، الجزائر، ٢٠٠٥م، ص١٣٣.

(٤٩) ينظر: قانون الاسـرة مع تعديلات الأمر رقم ٥/ ٢، العربي بلحاج، ط٣، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٧م، ص٣٣٥.