مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية | المجلد 14، العدد 2، (السداسي الأول 2022م)، ص. 195 – 216

حضانة المرأة المتزوجة

دراسة فقهية مقاصدية مقارنة مع قوانين الأحوال الشخصية العربية

Married women nursery

An intentional jurisprudential study compared to the Arab personal status laws

د. علاء أحمد القضاة*[1]، د. وليد خالد محمود بكليزي[2]

[1] الجامعة الإسلامية بمنيسوتا-الولايات المتحدة الأمريكية،

alaqudah79@yahoo.com

[2] قاضي محكمة عمّان الابتدائية الشرعية/ دائرة قاضي القضاة/ عمّان – الأردن.

dr.walidbaklizi@hotmail.com

اريخ الاستلام: 2022/01/12 تاريخ القبول: 2022/05/16 تاريخ النشر: 2022/06/30

الملخص :

توضح الدراسة مفهوم الحضانة وأهميتها، كما تبين التكييف الفقهي لحضانة المرأة إذا تزوجت واتجاهات قوانين الأحوال الشخصية العربية من ذلك، والعلاقة بين حضانة المرأة المتزوجة والمقاصد الشرعية.

وتوصل الباحثان إلى جملة من النتائج منها : تخضع هذه المسألة للسلطة التقديرية للقاضي بمراعاة مصلحة المحضون، وهذا الرأي أخذت به بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية.

الكلمات المفتاحية: تشريع؛ مقاصد الشريعة؛ سقوط الحضانة؛ التكييف الفقهي؛ التكييف القانوني .

Abstract :

This study explains the concept and the importance of the child custody, as well it explains the jurisprudence adjustment regarding that, based on the Arab personal laws rules, and the harmony between the child custody for the married woman and and the legal purposes.

* المؤلف المرسل

The researchers figured out the following results: the child custody should be subjected to the judge's discretion taking into account the best interest for the child; and this opinion was taken by some of the Arab personal status laws .

Keywords: Legislation; Purposes of the law; legal right loss; the jurisprudence adjustments; the legal adjustments .

المقدمة :

جاءت الشريعة بأحكامها وقواعدها؛ لتحقق مصلحة المحضون؛لئلا يكون عرضة للأهواء والنزاعات التي تدور رحاها بين مستحقي الحضانة، فكانت مصلحة المحضون مقدمة على كلالمصالح حال التعارض والتنازع؛ لأن الحضانة مبناها على الشفقة والرفق بالمحضون[1] .

تأتي أهمية هذه الدراسة باعتبارها تبحث في أهم قضايا الحضانة وأكثرها وأشدها خصومة في أروقه المحاكم وقاعة المحاكمة، وهي: مسألة مدى استحقاق الأم للحضانة إذا تزوجت بعد مفارقتها لزوجها - والد أطفالها- بطلاق أو وفاة.

الدراسات السابقة:

في حدود ما أمكننا الاطلاع عليه من مصادر ومراجع فقهية وقانونيةلم نجد كتاباً أو بحثاً مستقلاً تناول هذا الموضوع بالتحديد والشمول والاستقلال، مع أن قوانين الأحوال الشخصية وشروحها تعرضت لكثير من جزئياتهذا الموضوع، إلا أنها تتميز بالاختصار كما هو معلوم، كما أن الفقهاء القدماء بحثوا هذا الموضوع بين مختصر ومتوسط، إلا أنها ليست مقارنة ومسائلها متفرقة بين العديد من المصادر.

منهج الدراسة:

اتبع الباحثان في إعداد هذه الدراسة المنهج الاستقرائي، بتتبع آراء الفقهاء وأدلتهم من مصادرها الأصلية، كما اتبعاالمنهج التحليلي المقارن؛ وذلك بمحاولة فهم أقوال الفقهاء، وأدلتهم، ودراستها بشكل علمي، ومحاولة الترجيح بينها ما أمكن، واستخلاص النتائج، ومقارنتها بما هو منصوص عليه في قوانين الأحوال الشخصية العربية.

---

[1] الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد (ت: 587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط2، دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م، 4/ 41.

خطة الدراسة:

المبحث الأول: ماهية الحضانة، ومشروعيتها.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة لغة وشرعاً وقانوناً.

المطلب الثاني: مشروعية الحضانة.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لحضانة الأم إذا تزوجت.

المطلبالأول: مدة حضانة الذكر والأنثى في الفقه.

المطلبالثاني: مذاهب الفقهاء وأدلتهم في حضانة الأم المتزوجة.

المطلب الثالث: العلاقة بين حضانة المرأة المتزوجة والمقاصد الشرعية.

المبحث الثالث:اتجاهات قوانين الأحوال الشخصية العربية من حضانة الأم المتزوجة

المطلبالأول: مدة حضانة الذكر والأنثى في قوانين الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: موقف قوانين الأحوال الشخصية من حضانة الأم المتزوجة.

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها.

المبحث الأول : ماهية الحضانة ومشروعيتها :

المطلب الأول: مفهوم الحضانة لغة وشرعاً وقانوناً :

الحضانة لغة: حفظ الشيء وصيانته[1].

الحضانة شرعاً: عرفت بأنها: حفظ الولد وتربيتهحتى يستقل بنفسه لمن له حق الحضانة[2]

الحضانة قانوناً: سنورد بعض تعريفات قوانين الأحوال الشخصية العربية في تعريف الحضانة حيث نص المشرع الجزائري في المادة(62) من قانون الأسرة الجزائري بأن الحضانة معناها: (رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك) وعرّفتها المادة(97)من المدونة المغربية بأنها: (حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه)، كما عرفتها المادة(54) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنّها: (حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته) أما المشرع الأردني فإنه لم يدرج في نصوصه القانونية سواء في قانون الأحوال الشخصية أوفي قانون أصول المحاكمات الشرعية تعريفاً خاصاً للحضانة، ولعل المسلك الذي انتهجه المشرع الأردني يعد مسلكاً صائباً ويمكن تعليل ذلك بأن الفقه هو من يقوم بالتعريف عموما وليس القانون، حيث نصت المادة (171/أ) - التي تشكل بمجملها مفهوما عاما للحضانة وأهدافها- من قانون الأحوال الشخصية الأردني المعدل رقم(15) لعام 2019: (يشترط في مستحق الحضانة أن يكون بالغا عاقلا سليما من الأمراض المعدية الخطيرة أمينا على المحضون قادرا على تربيته وصيانته دينا وخلقا وصحة وأن لا يضيع المحضون عنده لانشغاله عنه وأن لا يسكنه في بيت مبغضيه أو من يؤذونه وأن لا يكون مرتداً).

فالحضانة: سلطة شرعية لشخص مخصوص على شخص مخصوص في وقت مخصوص.

المطلب الثاني: مشروعية الحضانة:

أولاً: القرآن الكريم:

لا توجد آية صريحة تدل على مشروعية الحضانة وإن كانت واردة في بعض الآيات ضمناً أو باستخدام ألفاظ أخرى تدل على مشروعيتها، ومن الآيات التي تشير إلى ذلك–على سبيل الذكر لا الحصر-، قوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَقُل رَّبِّ ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرٗا ٢٤ ﴾[3].

---

[1] ابن فارس، أحمد بن فارس (ت: 395هـ)، **معجم مقاييس اللغة**، المح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ/ 1979م، 2/ 73-74.

[2] ابن عابدين، محمد أمين بن عمر(ت: 1252هـ)، **رد المحتارعلى الدرالمختار**، ط2، دار الفكر-بيروت 1412هـ - 1992م، 3/ 555،الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، 2/ 526، الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (ت: 505هـ)، **الوسيط في المذهب**، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، ط1، دار السلام – القاهرة، 1417، 238/6، المرداوي، علي بن سليمان(ت: 885هـ)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ط2، دار إحياء التراث العربي، 416/9.

[3] الإسراء: 24

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى ذكر تربية الولد الصغير وهذه التربية يراد بها حضانته وتعهده والقيام بمصالحه [1].

ثانياً: السنة النبوية :

هناك أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الحضانة، ومن ذلك ما روي عن عبد الله بن عمر أن امرأة قالت: يا رسول الله أن بطني له وعاء وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وأن إياه طلقني واردا أن ينزعه مني، فلقال لها رسول الله ﷺ : (أنت أحق به ما لم تنكحي) [2].

وجه الدلالة: يدل الحديث على أولوية الأم بحضانة ولدها ما لم تتزوج بغير أبيه وأن زواجها مسقط لحقها بالحضانة.

ثالثاً: الإجماع : اتفق جمهور أهل العلم في إيجاب حضانة الصغار [3].

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لحضانة الأم إذا تزوجت:

المطلب الأول: مدة حضانة الذكر والأنثى في الفقه:

1. **مذهب الحنفية:** تنتهي حضانة الذكر عند أمه باستغنائه عن أمه بأن يصبح يأكل ويشرب ويلبس ويستنجي وينام دون حاجته إليها[4]، وقيل بأنه مقدر ببلوغ المحضون سبع سنوات[5]، وعليه الفتوى[6]، أما الأنثى فإن حضانتها تمتد إلى حتى تبلغ [7]وعليه الفتوى[8]، وعن محمد حتى تبلغ حد الشهوة[9].

2. **مذهب المالكية:** تمتد مدة حضانة الذكر إلى سن البلوغ[10]، أما الأنثى فإن مدة حضانتها حتى تتزوج ويدخل بها[11].

---

[1] الداوود، أحمد محمد علي، **الأحوال الشخصية**، ط1، الأردن – دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، 11/3.

[2] الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله (ت: 405هـ)، **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية – بيروت، 1411 – 1990، 225/2، حديث رقم(2830)، وقال عنه: (هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه).

[3] ابن القطان، علي بن محمد (ت: 628هـ)، **الإقناع في مسائل الإجماع**، المحقق: حسن فوزي الصعيدي، ط1، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، 1424 هـ - 2004 م، 2/ 59.

[4] المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل (ت: 593هـ)، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، المحقق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي - بيروت، 284/2، الحدادي، أبو بكر بن علي بن محمد (ت: 800هـ)، **الجوهرة النيرة**، ط1، المطبعة الخيرية 1322هـ، 2/ 91.

[5] الحدادي، **الجوهرة النيرة**، 2/ 91.

[6] ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت: 970هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد 1138 هـ)، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، 4/ 184.

[7] المرغيناني، **الهداية** ، 2/ 284.

[8] الحدادي، **الجوهرة النيرة**، 2/ 91.

[9] الحدادي، **المرجع السابق**، 2/ 91.

[10] الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف (ت: 474هـ)، **المنتقى شرح الموطأ**، ط1، مط. السعادة - بجوار محافظة مصر، 1332 هـ 6/ 185.

[11] الباجي، **المنتقى**، 6/ 185.

2. **مذهب الشافعية:** تمتد حضانة الذكرمن الميلاد إلى التمييز عند أمه، والتمييز يمتدحتى السابعة أو الثامنة[1]، أما الأنثى فإن حضانتها تمتد حتى التمييز، وسن التمييز غالبا السابعة أو الثامنة وبعد هذه السن تخير البنت بين أبيها وأمها فأيهما اختارت كانت معه[2].

3. **مذهب الحنابلة:** تمتد مدة حضانة الذكر حتى سن السابعة، فيخير بين أبويه، فكان مع من اختار منهما[3]وكذا الأنثى إلا أنها إذا بلغت سن السابعة فلا تخير وإنما تنتقل حضانتها لأبيها[4].

4. **مذهب الظاهرية:** تمتد مدة حضانة الذكر والأنثى حتى سن البلوغ[5].

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء وأدلتهم في حضانة الأم المتزوجة:

لا خلاف بين الفقهاء بأن الأم أحقب المحضون إذا طلقها زوجها ما لم تتزوج[6]، واختلفوا في في سقوط حضانتها بسبب زواجها، كما هو آت:

المذهب الأول:

سقوط حضانة المرأة بزواجها من أجنبي عن المحضون، لكن إن تزوجت بذي رحم محرم أو نسب من المحضون فإن الحضانة لا تسقط، وهو مذهب الجمهور من الحنفية[7]، والمالكية[8]، والشافعية[9]، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد - رجحها بعض بعض فقهاء المذهب، وهو ما عليه العمل في المذهب، وهو قول ابن تيميه[10]، ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك[11].

الأدلة: استدل الجمهور على مذهبهم بأدلة، منها – على سبيل الذكر لا الحصر-:

---

[1] الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي (ت: 476هـ)، **المهذب في فقة الإمام الشافعي**، دار الكتب العلمية، 3/ 164.

[2] الشافعي، محمد بن إدريس، **الأم**، طبع دار الفكر – بيروت، 5/ 99.

[3] ابن قدامة، **المغني**، 8/ 239.

[4] ابن قدامه، **المرجع السابق**، 241/8.

[5] ابن حزم، أبو محمد، علي بن أحمد (ت: 456هـ)، **المحلى بالآثار**، دار الفكر – بيروت، 143/10.

[6] ابن القطان، **الإقناع** ، 2/ 59.

[7] ابن نجيم، **البحر الرائق** ، 4/ 179، ابن عابدين، **رد المحتار**، 555/3.

[8] الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ، 529/2.

[9] الشافعي، **الأم**، 83/5، النووي، أبو زكريا، يحيى بن شرف(ت: 676هـ)، **المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))**، دار الفكر ، 321/18.

[10] البهوتي، منصور بن يونس، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دار الكتب العلمية، 5/ 499.

[11] ابن قدامه، **المغني**، 243/8.

أولاً: الأدلة من السنة:

1. ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها رسول الله ﷺ(أنت أحق به ما لم تنكحي)[1].

وجه الدلالة: يدل الحديث على ثبوت حق الحضانة للأم إذا لم تتزوج[2].

ونوقش هذا: الحديث لا يحتج به؛ لأن فيه مجهول، وهو عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، كما إن قول الرسول ﷺ: (أنت أحق به ما لم تنحكي) لا يفهم منه منعها بالكلية من الحضانة إذا كانت متزوجة، بل غاية ما تدل عليه صيغة الحديث سلبها للأحقيَّة والأولوية المقتضية تقديمها على غيرها حال زواجها، إذ إنَّ صيغة(أحق) هي صيغة تفضيل، ولهذا إذا تعيَّنت الأم للحضانة بأن كان المحضون رضيعا ولا يقبل بغيرها، أو لم يكن غيرها لحضانته، أو كان يخشى عليه من المرض، أو التلف، فإن حقها لا يسقط بزواجها، بل يتعين عليها القيام بهذا الواجب رعاية لمقاصد الشرع بحفظ النفس [3].

أجيب عنه: إن حديث عمرو بن شعيب قد تلقاه العلماء بالقبول واحتجوا به وصححوه[4].

2. ما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار فقتل عنها يوم أحد وله منها ولد، فخطبها عم ولدها، ورجل إلى أبيها فأنكح الرجل، وترك عم ولدها، فأتت النبي ﷺ، فقالت: أنكحني أبي رجلا لا أريده، وترك عم ولدي، فيؤخذ مني ولدي، فدعا النبي ﷺ أباها، فقال: «أنكحت فلانا فلانة؟ » قال: نعم قال: «أنت الذي لا نكاح لك، اذهبي فانكحي عم ولدك)[5].

---

[1] تقدم تخريجه.

[2] الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد(ت: 450هـ)، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**، المحقق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1419 هـ -1999م، 11 /505،البهوتي، **كشاف القناع**، 449/5.

[3] ابن حزم، **المحلى**، 10/ 147.

[4] ابن القيم، **زاد المعاد**، 408/5

[5] عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام (ت: 211هـ)، **المصنف**، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط2، المجلس العلمي- الهند، المكتب الإسلامي – بيروت، 1403، كتاب النكاح، باب ما يكره عليه من النكاح فلا يجوز، 146/6، حديث رقم(10304). وهو حديث مرسل وفيه رجل مجهول،ينظر: ابن القطان، علي بن محمد (ت: 628هـ)، **بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام**، المحقق: د. الحسين آيت سعيد، ط1، دار طيبة – الرياض، 1418هـ-1997م، 3/ 82.

وجه الدلالة: عدم إنكار النبي عليه الصلاة والسلام أخذ الولد من المرأة لما تزوجت، وأنكحها عم الولد لتبقى لها الحضانة، فيه دلالة واضحة على سقوط الحضانة بالنكاح من أجنبي، وبقائها إذا تزوجت بذي نسب من الطفل[1].

ونوقش هذا: بأنه مرسل وفيه مجهول، وهو رجل صالح من أهل المدينة، ومثل هذا لا يُحتج به[2].

أجيب عنه: إن أبا سلمة من كبار التابعين، وقد حكى القصة عن الأنصارية، ولا ينكر لقاؤه لها، فلا يتحقق الإرسال، ولو تحقق فإن مرسله جيد، له شواهد مرفوعة وموقوفة، وليس الاعتماد عليه وحده، وأما المجهول فهو الرجل الصالح الذي شهد له أبو الزبير بالصلاح، والمجهول إذا عدله الراوي عنه الثقة ثبتت عدالته وإن كان واحدا على أصح القولين[3].

ثانياً: الإجماع: نقل ذلك ابن المنذر[4]، والقرطبي[5]، والصنعاني[6]، وغيرهم.

ثالثاً: المعقول:

الأم إذا تزوجت استحق الزوج الاستمتاع بها إلا وقت العبادة، ويؤدي إلى انشغالها عن المحضون بحقِّ الزَّوج فلا تقوم بحضانة الولد، بل إن لزوجها منعها من حضانته، وحينها فإن الأب يكون أكثر حرصاً على مصالح المحضون، وقد يلحق المحضون الجفاء والمذلة من زوج الأم لغيرته منه فتسقط حضانتها[7].

المذهب الثاني:

عدم سقوط حضانة الأم إذا تزوجت مطلقاً، شريطة أن تكون هي ومن تزوجها مأمونين، وهو مذهب الحسن البصري[8]، والظاهرية[9].

([1]) ابن القيم، **زاد المعاد**، 408/5 .

([2]) ابن حزم، **المحلى**، 10/ 146.

([3]) ابن القيم، **زاد المعاد**، 408/5 .

([4]) ابن المنذر، محمد بن إبراهيم (ت 319 هـ 931 م)، **الإشراف على مذاهب العلماء**، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري، الإمارات العربية المتحد، ط1، مكتبة مكة الثقافية، 2004م، 5/ 171.

([5]) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد (ت: 671هـ)، **الجامع لأحكام القرآن** ، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية – القاهرة، 1384هـ - 1964 م، 165/3.

([6]) الصنعاني، **سبل السلام**، 2/ 331.

([7]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، 42/4، النووي، **المجموع**، 18/ 325، البهوتي، **كشاف القناع**، 449/5.

([8]) النووي، **المجموع**، 18 /325 .

([9]) ابن حزم، **المحلى**، 145/10 -146.

الأدلة: استدل ابن حزم بأدلة من القرآن والسنة، ومنها:

أولاً: القرآن الكريم :

قوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾[1]

وجه الدلالة: ليس هناك فرق في النظر والحياطة بين الربيب زوج الأم والربيبة زوجة الأب، وغالباً ما يكون الربيب أكثر شفقة، وأقل ضرراً من الربيبة، وإنما يراعى في كل ذلك الدين، ثم صلاح الدنيا فحسب[2]، ثم لو كانت الحضانة تسقط بزواج الأم من أجنبي لما سُمّيت بنتها ربيبة لزوج أمها[3].

نوقش هذا: المقصود بالآية إذا لم يكن هناك أب أو كان موجود ولم ينازع في أمر الحضانة[4].

قوله سبحانه وتعالى: ﴿ ۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾[5].

وجه الدلالة: تدل الآية على بقاء المحضون في حجر أمه وحضانتها طوال فترة الرضاعة وأنها أحق به، فلا يجوز نقله عن الأم أو نقلها عنه فيما ورد فيه النص، ولم يأتِ نصٌ صحيح قط بأن الأم إذا تزوجت يسقط حقها في الحضانة[6].

ثانيا: السنة النبوية :

ما روي عن أنس بن مالك قال: لما قدم رسول الله ﷺ إلى المدينة، أخذ أبو طلحة بيدي، فانطلق بي إلى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله، إن أنسا 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؟)[7].

---

[1] النساء: 23

[2] ابن حزم، **المحلى**، 146/10.

[3] النووي، **المجموع**، 325/18 .

[4] النووي، **المجموع**، 325/18 .

[5] البقرة: 233.

[6] ابن حزم، **المحلى**، 143/10 .

[7] البخاري أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل، **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه = صحيح البخاري**، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، 1422هـ، كتاب الوصايا، باب استخدام اليتيم في السفر والحضر، 11/4، حديث رقم (2768)، مسلم، أبو الحسن، مسلم بن الحجاج (ت: 261هـ)، **المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ**، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، كتاب الفضائل، باب كان رسول الله ﷺ أحسن الناس خلقا، 1804/4، حديث رقم (2309).

وجه الدلالة: إقرار النبي عليه الصلاة والسلام بقاء أنس ﷺ في حضانة أمه، ولها زوج وهو أبو طلحة ﷺ دليل على عدم سقوط حضانة الأم بزواجها [1].

أجيب عنه: أن أنس ﷺ لما قدم المدينة كان له من العمر عشر سنين، فكان عند أمه، فلما تزوجت أبا طلحة لم يأت أحد من أقارب أنس ينازعها في ولدها ، ولا ريب أنه لا يحرم على المرأة المزوجة حضانة ابنها إذا اتفقت هي والزوج وأقارب الطفل على ذلك، ولا ريب أنه لا يجب، بل لا يجوز أن يفرق بين الأم وولدها إذا تزوجت من غير أن يخاصمها من له الحضانة، ويطلب انتزاع الولد، فالاحتجاج بهذه القصة من أبعد الاحتجاج [2]

واستدل الحسن البصري بما يلي:

أولاً: القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ [3].

وجه الدلالة: في الآية دليل على جواز وجود البنت عند أمها، وهي متزوجة غير أبيها، فالآية خرجت مخرج الغالب، فالعادة فيمن تزوج بامرأة، ولها بنت أنها تكون في حجره، وإن كانت محرَّمة عليه في كل حال حتى لو لم تكن في حجره [4].

ثانياً: فعل النبي صلى الله عليه وسم والسلف الصالح، من ذلك:

1. قضاء النبي ﷺ لزوجة جعفر بحضانتها لابنتي حمزة بن عبد المطلب ﷺ عندما نازعها في ذلك علي وجعفر وزيد رضي الله عنهم [5].
2. أن النبي ﷺ تزوج من أم سلمه ﷺ وكان في حجره أبناؤها من أبي سلمه [6].

---

[1] ابن حزم، **المحلى**، 146/10.

[2] ابن القيم، **زاد المعاد**، 409/5

[3] النساء: 23

[4] ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر (ت: 774هـ)، **تفسير القرآن العظيم** (ابن كثير)، المحقق: محمد حسين شمس الدين، ط1، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون – بيروت، 1419 هـ، 219/2.

[5] البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الصلح، باب: كيف يكتب هذا: ما صالح فلان بن فلان، وفلان بن فلان، وإن لم ينسبه إلى قبيلته أو نسبه 184/3، حديث رقم (2699).

[6] النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب(ت: 303هـ)،**السنن الكبرى**، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة – بيروت، 1421 هـ - 2001 م، كتاب النكاح، 180/5، حديث رقم (5375)، وقال ابن الأثير: (حديث صحيح)، ابن الأثير، المبارك بن محمد (ت: 606هـ)، **جامع الأصول في أحاديث الرسول**، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط - التتمة تحقيق بشير عيون، ط1، مكتبة الحلواني - مطبعة الملاح - مكتبة دار البيان، 410/11، حديث رقم (8947).

3. ما ثبت من زواج أبي طلحة من أم سليم ﷺ وكان خادم رسول الله، في حجره ابنها أنس بن مالك ﷺ وعندما ولد لأبي طلحة ابنه عبدالله من أم سليم أرسلته مع أنس لرسول الله ﷺ ليحنكه ويدعو له[1].

ونوقش هذا: بأنه خطأ من وجوه:

1. لما ورد في الحديث للمنازعة في حضانة ولدها: (أنت أحق به ما لم تنكحي).
2. النكاح يمنع من مقصود الكفالة لاشتغالها بحقوق الزوج.
3. الزوج منعها من التشاغل بغيره.
4. لأن على الولد وعصبته عار في المقام مع زوج أمه.
5. النبي ﷺ هو من أقر أم سلمة على كفالة بنتها، لأنه لم يكن من عصبتها نزاع ورسول الله - ﷺ - أفضل الخلق والمضموم إليه أفضلهم نشأ فخالف من علاه وإقراره بنت حمزة مع خالتها وزوجها جعفر، فقد قيل: إنه قضى بها لجعفر ترجيحا لخالتها، وقيل قضى بها للخالة ترجيحا لجعفر، لأنه ابن عمها، فعلى هذا لو كان زوج الأم عصبة للولد، فإن منعها من الكفالة سقط حقها، وإن أذن لها في الكفالة ومكنها من القيام بها ففيه وجهان:

الأول: تستحق الكفالة لزوال السبب المانع بالتمكين وانتفاء العار بامتزاج النسب.

والثاني: لا كفالة لها لعموم الخبر، ولما يجذبها الطبع إليه من التوفر على الزوج، ومراعاة أولادها منه إن كانوا[2].

أجيب عن أدلتهم: بأن المراد بآية الأحزاب: إذا لم يكن هناك أب، أو كان هناك أب ورضي بأن يكون مع أمه في حجر زوجها، وأما زينب وابنة حمزة؛ فلأنه لم يكن هناك من النساء من تستحق الحضانة خالية من الأزواج غير الخالة[3]وزوجها من أهل الحضانة[4] ثم إن العمة لم تطلب حضانتها، وإنما طلبته الخالة، ولا تعطى للعمة إلا بطلبها؛ بخلاف الخالة فإن جعفراً كان نائباً عنها في طلب الحضانة؛ ولذا قضى النبي ﷺ لها في غَيبتها[5]وأما قول ابن حزم بعدم ورود نص صريح يسقط حق الأم بالحضانة إذا تزوجت؛ فيجاب عنه بحديث عمرو بن العاص السابق، وهو صحيح صريح في ذلك.

---

[1] البخاري، **صحيح البخاري** ، كتاب الزكاة، باب وسم الإمام إبل الصدقة بيده، 130/2، حديث رقم(1502)، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب اللباس والزينة، باب جواز وسم الحيوان غير الآدمي في غير الوجه، وندبه في نعم الزكاة والجزية، 130/2، حديث رقم(1502).

[2] الماوردي، **الحاوي الكبير**، 505/11.

[3] النووي، **المجموع**، 325/18

[4] ابن قدامة، **الكافي**، 246/3

[5] ابن القيم، **زاد المعاد**، 332/3

المذهب الثالث:

عدم زواج الحاضنة بأجنبي شرط لصحة حضانتها إذا كان المحضون ذكراً لا أنثى حتى لو رضي الزوج، أما الأنثى فتبقى مع أمها إلى أن تتم سبع سنين، وهو رواية عن الإمام أحمد، والقول الأول هو الصحيح عند الحنابلة[1]، وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى عنه: أنها أحق بالبنت وإن تزوجت إلى أن تبلغ[2].

الأدلة: استدلوا بما ما روي عن علي ﷺ قال: لما خرجنا من مكة اتبعتنا ابنة حمزة فنادت: يا عم، يا عم، فأخذت بيدها فناولتها فاطمة، قلت: دونك ابنة عمك، فلما قدمنا المدينة اختصمنا فيها أنا وزيد وجعفر، فقلت: أنا أخذتها وهي ابنة عمي، وقال: زيد ابنة أخي، وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها عندي، فقال رسول الله ﷺ لجعفر: «أشبهت خلقي وخلقي»، وقال لزيد: «أنت أخونا ومولانا» وقال لي: «أنت مني وأنا منك ادفعوها إلى خالتها، فإن الخالة أم)[3].

وجه الدلالة: أن النبي عليه الصلاة والسلام جعل الحضانة للخالة مع علمه بأنها متزوجه[4].

المذهب الرابع:

الحاضنة إن كانت أما والمنازع لها الأب، سقطت حضانتها بالتزويج، وإن كانت خالة أو غيرها من نساء الحضانة، لم تسقط حضانتها بالتزويج، وكذلك إن كانت أما والمنازع لها غير الأب من أقارب الطفل لم تسقط حضانتها وهو مذهب الطبري [5].

استدل على قوله: بأن خالة ابنه حمزة ﷺ كانت متزوجة وقضى لها النبي عليه الصلاة والسلام بالحضانة، وذلك دليل أن قرابة المحضون من جهة الأم هن أولى حتى وإن كن ذوات أزواج، فيما إذا نازعهن قرابة الأب أو الأب ولم تكن الحضانة للأم فيما إذا تزوجت لحديث: (أنتي أحق بهم الم تنكحي)، وهذا فيما لو نازعها في ذلك الأب.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن قصة ابنه حمزة رويت بألفاظ أخرى («وأما الابنة فإني أقضي بها لجعفر»)، وأما اللفظ الآخر: («فقضى بها لخالتها وقال: هي أم») فليس فيه دلالة على تقديم قرابة الأم على الأب، إذ إقرار النبي ﷺ عليا وجعفرا على دعوى الحضانة يدل على أن لقرابة

---

[1] ابن مفلح، محمد بن مفلح (ت: 763هـ) **الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي**، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، 1424هـ- 2003 م، 9/ 340.

[2] ابن مفلح، **الفروع**، ج9، ص 340، البهوتي، **كشاف القناع**، 449/5.

[3] الحاكم، **المستدرك** ، كتاب معرفة الصحابة ﷺ 130/3، حديث رقم (4614)، وقال عنه: (هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه بهذه الألفاظ).

[4] ابن قدامه، **المغني**، 8/ 244

[5] ابن القيم، **زاد المعاد**، 433/5 .

الأب مدخلا فيها، وإنما قدم الخالة لكونها أنثى من أهل الحضانة، وعلى أن الخالة المتزوجة بابن العم أولى من ابن العم الذي ليس تحت الخالة وأن المعنى المسقط لحضانة الأم بتزوجها متحقق في سائر النساء ولا تكون الخالة أقوى من الأم[1].

المذهب الخامس:

تفويض الأمر إلى القاضي، فإذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون مع أمّه حكم بحضانتها له، وإن رأى أن مصلحته مع أبيه، أو عمّه، أو غيرهما، حكم بحضانته لأبيه، أو عمّه، أو أحد أقربائه، وهو مذهب ابن عابدين[2].

المستثنيات مما تقدم عند الفقهاء:

1. إذا كان زوجها رحماً محرماً من المحضون، فهي على حقها في الحضانة، وأما إن كان زوجها غير محرم من المحضون، سقطت حضانتها [3]، ويقاس الزوج المَحرم للمحضون بالرضاع على الزوج المَحرم للمحضون بالرحم عند المالكية[4] خلافاً للحنفية[5].

2. الدخول شرط في سقوط حضانة الأم إذ تزوجت ، وهو قول المالكية[6]، وقول للحنابلة[7] للحنابلة[7] خلافاً للحنفية[8] والشافعية[9]، والحنابلة في قول آخر [10]، حيث قالوا: بأن العقد كالدخول في سقوط الحضانة .

3. الولي العاصب مطلقاً كالرحم المحرم هنا، فلا تسقط بالزواج منه الحضانة، كابن العم؛ لأن للعاصب الحضانة والولاية عندهم بالجملة، فلم يعد أجنبياً عن المحضون وهو مذهب المالكية[11].

4. أورد فقهاء المالكية ست حالات لا تسقط فيها الحضانة رغم زواج الأم من الأجنبي، وهي:

أ. أن يكون الزوج محرماً للمحضون سواء أكانت له الحضانة كالعم، أم لم تكن له الحضانة كالخال.

([1]) ابنالقيم، **المرجع السابق**، 435/5.

[2] ابن عابدين، **رد المحتار**، 565/3 .

[3] ابن عابدين، **رد المحتار**،3، ص565،الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،ج2، ص530،الشربيني، محمد بن أحمد (ت: 977هـ)، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، دار الفكر – بيروت، 2/ 492.

[4] الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ، 529/2.

[5] ابن عابدين، **رد المحتار**، 565/3

[6] الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ، 529/2.

[7] البهوتي، **كشاف القناع**، 449/5.

[8] ابن عابدين، **رد المحتار**، 565/3.

[9] الشربيني، **الإقناع** ، 2/ 492.

[10] البهوتي، **كشاف القناع**، 449/5.

[11] الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ، 530/2

ب. علم من تنتقل إليه الحضانة بتزوجها، ودخول الزوج بها، وعلمه بأن ذلك مسقط لحضانتها، وسكوته لمدة عام.

ج. أن يكون الزوج ممن يستحق الحضانة، وإن لم يكن محرماً، كأن يكون الزوج ابن عم للمحضون.

د. أن لا يقبل الولد غير أمه أو حاضنته، سواء كان المحضون رضيعاً أو غيره، وقيل: إن كان رضيعاً فقط.

هـ. إذا قبل الولد غير أمه وكان رضيعاً، إلا أنها رفضت أن ترضعه، ورفضت المرضعة أن ترضعه في بيت من قبلها الطفل، فإن الحضانة لا تسقط عن الأم، فترضعه هي أو غيرها في بيتها.

و. إذا تعينت الأم بأن لم يكن للطفل حاضنة سواها، أو كان هناك حاضنة إلا أنه قام به مانع من عجز أو غيبة أو كان غير مأمون[1].

المطلب الثالث: العلاقة بين حضانة المرأة المتزوجة والمقاصد الشرعية :

إن حكمنا وفهمنا لحضانة المرأة المتزوجة ينبغي أن يتماشى مع روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها في ضوء الأحكام الشرعية التي لا تقبل التبديل والتغيير، وبين ما كان حكمه مرتبطاً بالأعراف، والمصالح التي نجدها حاضرة فيما أورده الفقهاء من أقوال مستندين فيها على شواهد من السنة أو الآثار عمادها وجوهرها على مراعاة المحضون وتحقيق مصلحته التي جزم الفقهاء بأنها مقدمة على كل المصالح حال التعارض والتنازع؛ لأن الحضانة مبناها على الشفقة والرفق بالمحضون[2]، وأن يعيش المحضون في بيئة ينال فيها حظاً من العطف والمحبة والاستقرار وليس أدل على ذلك ما ساقه الفقهاء القائلين بسقوط حضانة المتزوجة من استثناءات، ولعل وهذه الاستثناءات يراد منها مراعاة مصلحة المحضون، كما قُصد بها أن يبقى المحضون مع أمّه أطول مدة ممكنة، لأنه لا يوجد أحد يستطيع أن يُعوّض حنانها، بفضل غريزة الأمومة التي أودعها سبحانه في نفسها.

إن من واجب القاضي أو المفتي عند إصدار فتوى، أو إعطاء حكم قضائي في مسألتنا أن لا يجمد على ما هو مسطور في الكتب وأن يأخذ بعين الاعتبار الحكمة التي من أجلها شُرعت الحضانة مع ضرورة عدم إغفال مآلات الأفعال ونتائجها[3].

---

[1] المرجع السابق، 530/2.

[2] الكاساني، **بدائع الصنائع**، 4/ 41.

[3] الشاطبي، إبراهيم بن موسى (ت: 790هـ)، **الموافقات**، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، 1417هـ/ 1997م، 5/ 177

ومما يسعفنا في هذا المقام ما نجده في كثير من القواعد الفقهية التي تؤكد فهمنا السابق، كقاعدة: (الضرر يُزال)[1]، وقاعدة: (الضرر يُدفع بقدر الإمكان)[2] وقاعدة: (العادة محكمة)[3]، وقاعدة: (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)[4]، وقاعدة: (التصرف على الرعية منوط بالمصلحة)[5]، تعتبراً دليلاً متيناً وقوياً على أن مدار الحضانة هو مراعاة مصلحة المحضون، فزواج الأم من أجنبي (لا يُسقط حضانتها تلقائياً وبقوة القانون)[6] بل ينظر إلى مصلحته، وبخاصة في الأعوام الأولى من عمره.

المبحث الثالث: اتجاهات قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية من حضانة المرأة المتزوجة:

المطلب الأول: مدة حضانة الذكر والأنثى في قوانين الأحوال الشخصية العربية :

أولاً: قانون الأحوال الشخصية المصري:

نصت المادة(20): ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنتي عشرة سنة، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون اجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك.

ثانياً: قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة(65): تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

ثالثاً: مدونة الأسرة المغربية:

نصت المادة(166): تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء، بعد انتهاء العلاقة الزوجية، يحق للمحضون الذي أتم الخامسة عشرة سنة، أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمه.

---

[1] الزرقا، أحمد بن محمد [1285هـ - 1357هـ]، **شرح القواعد الفقهية**، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، ط2، دار القلم - دمشق / سوريا، ، 1409هـ - 1989م، ص179.

[2] المرجع السابق، ص207.

[3] المرجع السابق، ص219

[4] المرجع السابق، ص227

[5] المرجع السابق، ص309

[6] تشوار حميدو زكية، **مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2008 م، ص 593

رابعاً: قانون الأحوال الشخصية الإماراتي:

نصت المادة (156):

1. تنتهي صلاحية حضانة النساء ببلوغ الذكر إحدى عشر سنة والأنثى ثالث عشر سنة، ما لم ترى المحكمة مد هذه السن لمصلحة المحضون وذلك إلى أن يبلغ الذكر أو تتزوج الأنثى

2. تستمر حضانة النساء إذا كان المحضون معتوهاً أو مريضاً مرضاً مقعداً ما لم تقتض مصلحة المحضون خالف ذلك.

خامساً: قانون الأحوال الشخصية اللبناني للمسلمين:

نصت المادة (115):

1. تستمر حضانة النساء للصغير الى سبع سنين، وللصغيرة الى تسع سنين.
2. يجوز للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير، بعد سبع سنين، إلى البلوغ، وللصغيرة بعد تسع سنين، إلى الدخول إذا تبين أن مصلحة المحضون تقتضى ذلك.

سادساً: قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

نصت المادة (194): تنتهي حضانة النساء للغلام بالبلوغ، وللأنثى بزواجها، ودخول الزوج بها.

سابعاً: مدة الحضانة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (15) لعام 2019:

نصت المادة (173):

أ. تستمر حضانة الأم إلى إتمام المحضون خمس عشرة سنة من عمره، ولغير الأم إلى إتمام المحضون عشر سنوات.

ب. يعطى حق الاختيار للمحضون بعد بلوغ السن المحددة في الفقرة (أ) من هذه المادة في البقاء في يد الأم الحاضنة حتى بلوغ المحضون سن الرشد.

ج. تمتد حضانة النساء إذا كان المحضون مريضاً مرضاً لا يستغني بسببه عن رعاية النساء ما لم تقتض مصلحته خلاف ذلك.

المطلب الثاني: موقف قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية من حضانة المرأة المتزوجة :

أولاً: موقف قانون الأحوال الشخصية الإماراتي:

نصت المادة(144/1/أ)من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، رقم (28)لسنة 2005م على أنه: (يشترط في الحاضن زيادة على الشروط المذكورة في المادة السابقة:

1- إذا كانت امرأة:

أ- أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون دخل بها إلا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون...).

يتبين من المادة السابقة أن القانون الإماراتي اشترط لاستحقاق الحاضنة للمحضون ما يلي:

1. خلو الحاضنة(الأم) من زوج أجنبي عن المحضون.

2. الدخول؛ بمعنى أن مجرد العقد لا يُعد سبباً كافياً في إسقاط حضانة الأم المتزوجة من أجنبي بل لا بد من حدوث الدخول.

3. وجود مصلحة معتبرة للمحضون، فسقوط حق الحاضنة المتزوجة من الأجنبي مقيدة بالمصلحة التي ينظر فيها القاضي، ومصلحة الصغير مقدمة شرعاً على حق الحاضن ولو أدى ذلك إلى بقاء المحضون عند الأم التي سقط حقها شرعاً من الحضانة، وأن الرضيع (ذكراً أو أنثى) لا ينزع من أمه إن تزوجت برجل غريب عنه، لما في ذلك من الضرر الفادح سيما إن كان المحضون قريب العهد بالفطام حيث اعتلق بأمه ولم يصبر عنها؛ كما ذهبت المحكمة ذاتها بقرارٍ لها أن الصبي الذي بلغ ثلاث سنوات غير المميز فاقد الأهلية، وهو سن الرضاعة مزيداً عليه سنه، حيث لا يكون بهذا السن اعتلق بأمه وبلغ سن الفطام.

ثانياً: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي:

نصت المادة(2/57)من قانون الأسرة رقم 188 لسنة 1959 المعدل: (يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته، ولا تسقط حضانة الأم بزواجها وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم والأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون).

ثالثاً: موقف مدونة الأسرة في المغرب:

نصت المادة (175) من مدونة الأسرة، 2004م: (زواج الحاضنة الأم لا يسقط حضانتها في الأحوال الآتية:

1. إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها.
2. إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم.
3. إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون.
4. إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون.

كما نصت المادة(176) من القانون ذاته بأن سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء يسقط حضانته إلا لأسباب قاهرة.

كما ذهب المشرع المغربي كذلك إلى أن للمحكمة الاستعانة بمساعدة اجتماعية في إنجاز تقرير حول سكن الحاضن وما يوفره للمحضون من الحاجات الضرورية؛ كما منح المحكمة سلطة إعادة النظر في إسناد الحضانة إذا رأت مصلحة المحضون تتنافى مع ما تم الاتفاق عليه، بالاعتماد على الآليات التي تراها المحكمة مناسبة؛ كما أجاز الأخذ برأي المحضون الذي تجاوز الثانية عشر من العمر على سبيل الاستئناس، والذي تثبت حضانته أمه حتى لو تزوجت قبل بلوغ هذا السن.

رابعاً: موقف قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة(66) من قانون الأسرة الجزائري 2007: (يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون).

وقد استقر الاجتهاد القضائي لدى محاكم الأسرة في الجزائر على سماع أطراف النزاع في دعاوى الحضانة والاستماع إلى أفراد العائلة، وأن للمحكمة الانتقال والمعاينة والاستعانة بتقرير المرشدين الاجتماعيين.

خامساً: موقف قانون الأحوال الشخصية الكويتي واللبناني:

اشترطت المادة(191) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي لسنة 2007م: الدخول بالأم الحاضنة لإسقاط حضانتها، ولم تكتفِ بمجرد العقد، ونصت على شرط مرور سنة بعد علم من له الحق بالحضانة بالدخول بالأم الحاضنة، وسكوته بلا عذر لإسقاط حقه بالحضانة، وجاءت بالمضمون ذاته المادة (112) من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين اللبناني لسنة 1991م.

سادساً: موقف ميثاق الأسرة في الإسلام:

نصت المادة (1/106): (للطفل الحق في أن يكون له من يقوم بحضانته والقيام على تنشئته... والأم أحق بحضانة طفلها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية).

والمادة(5/106) على: (الوالدان صاحبا الحضانة أساساً، ولا يمكن فصل الطفل عنهما أو عن أحدهما إلا لضرورة راجحة، والضرورة تقدّر بقدرها).

والمادة(7/106) على: (ومصلحة الطفل يقدّرها أهل الخبرة والاختصاص القضائي والاجتماعي والطبي وفق الظروف المحيطة بكل طفل على حدة).

ونصت المادة (122): (في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها الهيئات التشريعية أو القضائية أو الإدارية، أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى، مع مراعاة حقوق والديه...)

سابعاً: موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني:

نصت المادة(171/ب) أن زواج الأم بأجنبي عن الصغير يسقط حضانتها، ويمكن التوصل إلى الأحكام الآتية من مجموع مواد الحضانة وفق الصياغة الحالية للمواد:

1. الأصل سقوط حضانة الأم بزواجها من أجنبي عن الصغير، وهذا يشمل جميع مستحقات الحضانة من النساء ولا يقتصر على الأم.

2. زواج الأم من محرم من الصغير لا يسقط حضانتها، كما لا يشترط أن يكون ذا رحم من الصغير إلا عند اختلاف الجنس سنداً للمادة (171/ج) من القانون، ولذلك لا تسقط حضانة الأم بزواجها من محرم للصغير بالرضاع المحرم وان كان ليس ذا رحم للمحضون إذا كان المحضون ذكرا، وتسقط حضانتها إذا كان المحضون أنثى.

3. عدم سقوط حضانة الأم بزواجها من أجنبي عن الصغير في حال عدم وجود حاضن أولى منها من أم الأم وأم الأب والأب، وكانت هي الأكثر أهلية لحضانته من باقي الأقارب عدم سقوط حضانة الأم بزواجها من أجنبي عن الصغير إذا وجد أم أم أو أم أب أو أب للمحضون وثبت عدم أهليتهم للحضانة، وكانت هي أكثر الأقارب أهلية لها.

4. إذا كان المحضون مريضا مرضا لا يستغني بسببه عن رعاية النساء ما لم تقتض مصلحته غير ذلك ولم توجد من النساء من هي أولى منها سندا للمادة(173/ج) من القانون.

الرأي المختار:

يميل الباحثان إلى ما ذهب إليه ابن عابدين بترك الأمر لنظر القاضي ويتعيَّن عليه التحقق ممن هو الأليق بالحفاظ على مصلحة المحضون، ولا ينبغي أن تترك هذه المصلحة للمساومات، والمشاحنات، وقصد التنكيل، والإساءة من أحد الأبوين للآخر؛ لأن المسألة خاضعة للنظرة الاجتهادية لدى الفقهاء؛ إذ لا يوجد نص قاطع فيها في نصوص الكتاب ولا السنة الصحيحة، وأن ما أورده الفقهاء من شواهد من السنة أو الآثار إنما هي وقائع خاصة يتعلق الحكم فيها بتلك الواقعة بعينها تحقيقاً لمصلحة الصغير كما ظهر ذلك جلياً في كل واقعة.

الخاتمة:

وتضمن أهم النتائج والتوصيات .

أولاً: النتائج:

1. القول بسقوط حضانة الأم عينا بنكاحها مصادم لمقصد الحضانة، بل الإبقاء على المحضون معها في هذه الحال – مهما أمكن– أرفق به وأرعى له، وأقرب إلى تحقيق مقصد الحضانة، إلا في حال رفض الزوج لحضانتها أو في حال عجزها، ونحوه فتنتقل لمن يليها من النساء.

2. ضرورة مراعاة فقه الواقع في الأحكام القضائية وعدم الوقوف على ظواهر النصوص، والبحث في الفقه المقاصدي لفقه القضاء.

3. مدار الحضانة تقوم على مراعاة مصلحة المحضون عليها.

4. ضرورة التوسع في الصلاحية التقديرية للقاضي في اختيار الأصلح للمحضون بما يحقق مصلحة المحضون.

5. مسألة سقوط حضانة المرأة إذا تزوجت من أجنبي مسألة اجتهادية خاضعة لاجتهادات الفقهاء؛ إذ ليس هناك دليل قطعي يستند عليه في إسقاط حضانة الأم إذا تزوجت بأجنبي وما ورد ذكره من حوادث هي وقائع أعيان روعيت في كل واقعة منها مصلحة المحضون.

6. اعتمدت كثير من قوانين الأحوال الشخصية على قول ابن عابدين من الحنفية في جعل مسألة حضانة المرأة إذا تزوجت من أجنبي متروكة للسلطة التقديرية للقاضي بما يحقق مصلحة المحضون.

ثانياً: التوصيات:

1. إعطاء محكمة الموضوع سلطة تقديرية في اختيار الأنسب للمحضون على صعيد التطبيق العملي من خلال الإحالة إلى أصحاب الاختصاص الاجتماعي والنفسي، وذلك في مكاتب الإصلاح والتوفيق الأسري، لإجراء دراسات منهجية جادة حقيقية في تحديد مصلحة المحضون.

2. تفعيل دور دائرة الحراسة القضائية وشؤون القاصرين من جهة، والنيابة العامة من جهة أخرى بما يخص تحديد الأنسب للمحضون؛ والتعامل مع الاعتداءات على القاصرين الذين في سن الحضانة الذين يعيشون في أسر أحادية الوالدين.

3. تعديل نص المادة المتعلقة بإسقاط حضانة الأم المتزوجة من أجنبي عن الصغير ضمن الضوابط والمحددات الآتية:

أ. إذا كان مستحق الحضانة من النساء غير الأم فإنه يشترط أن لا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم من المحضون.

ب. لا تسقط حضانة الأم المتزوجة:

(1) إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها.

(2) إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم.

(3) لا تسمع دعوى من له الحق في الحضانة بعد مضي مدة سنة شمسية على علمه بزواج الأم الحاضنة ودخولها إلا لأسباب قاهرة.

قائمة المصادر والمراجع :.

1. القرآن الكريم.

2. ابن الأثير، المبارك بن محمد (ت: 606هـ)، **جامع الأصول في أحاديث الرسول**، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط - التتمة تحقيق بشير عيون، ط1، مكتبة الحلواني - مطبعة الملاح - مكتبة دار البيان.

3. ابن القطان، علي بن محمد (ت: 628هـ)، **الإقناع في مسائل الإجماع**، المحقق: حسن فوزي الصعيدي، ط1، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، 1424 هـ - 2004 م.

4. ابن القطان، علي بن محمد (ت: 628هـ)، **بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام**، المحقق: د. الحسين آيت سعيد، ، ط1، دار طيبة – الرياض، 1418هـ-1997م.

5. ابن الملقن، أبو حفص عمر بن علي (ت: 804هـ)، **البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير**، المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، ط1، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض-السعودية، 1425هـ

6. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم (ت 319 هـ .931 م)، **الإشراف على مذاهب العلماء**، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري، الإمارات العربية المتحد، ط1، مكتبة مكة الثقافية، 2004م.

7. ابن حزم، أبو محمد، علي بن أحمد (ت: 456هـ)، **المحلى بالآثار**، دار الفكر – بيروت.

8. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر(ت: 1252هـ)، **رد المحتار على الدر المختار**، ط2، دار الفكر-بيروت 1412هـ - 1992م.

9. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله (ت: 463هـ)، **الكافي في فقه أهل المدينة**، المحقق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، ط2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1400هـ/1980م.

10. ابن فارس، أحمد بن فارس (ت: 395هـ)، **معجم مقاييس اللغة**، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ - 1979م.

11. ابن قدامة، أبو محمد ، عبد الله بن أحمد (ت: 620هـ)، **روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، ط2، مؤسسة الريّان للطباعة والنشر والتوزيع، 1423هـ-2002م.

12. ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر(ت: 774هـ)، **تفسير القرآن العظيم**(ابن كثير)، المحقق: محمد حسين شمس الدين، ط1، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون– بيروت، 1419.

13. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت: 970هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد 1138 هـ)، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين**، دار الكتاب الإسلامي.

14. الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف (ت: 474هـ)، **المنتقى شرح الموطأ**، ط1، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، 1332 هـ.

15. البخاري، أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل، **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه = صحيح البخاري**، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، 1422هـ.

16. البري، زكريا، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، دار النهضة العربية.

17. البهوتي، منصور بن يونس، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دار الكتب العلمية.

18. تشوار حميدو زكية، **مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2008 م.

19. الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله (ت: 405هـ)، **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية – بيروت، 1411 – 1990.

20. الحدادي، أبو بكر بن علي بن محمد (ت: 800هـ)، **الجوهرة النيرة**، ط1، المطبعة الخيرية 1322هـ.
21. الداوود، أحمد محمد علي، **الأحوال الشخصية**، ط1، الأردن – دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
22. الدسوقي، محمد بن أحمد، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار إحياء الكتب العربية.
23. الدسوقي، محمد بن أحمد (ت: 1230هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر.
24. الزرقا، أحمد بن محمد (1285هـ - 1357هـ)، **شرح القواعد الفقهية**، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، ط2، دار القلم - دمشق / سوريا، ، 1409هـ - 1989م.
25. الشاطبي، إبراهيم بن موسى (ت: 790هـ)، **الموافقات**، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، 1417هـ/ 1997م.
26. الشافعي، محمد بن إدريس، **الأم**، طبع دار الفكر – بيروت.
27. الشربيني، محمد بن أحمد (ت: 977هـ)، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، دار الفكر – بيروت.
28. الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي (ت: 476هـ)، **المهذب في فقة الإمام الشافعي**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1419 هـ -1999 م.
29. الصنعاني، محمد بن إسماعيل (ت: 1182هـ)، **سبل السلام**، دار الحديث.
30. عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام (ت: 211هـ)، **المصنف**، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط2، المجلس العلمي- الهند، المكتب الإسلامي – بيروت، 1403.
31. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (المتوفى: 505هـ)، **الوسيط في المذهب**، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، ط1، دار السلام – القاهرة، 1417.
32. القرافي، أحمد بن إدريس(ت: 684هـ)، **الفروق أنوار البروق في أنواء الفروق**، عالم الكتب.
33. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد (ت: 671هـ)، **الجامع لأحكام القرآن=تفسير القرطبي**، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية– القاهرة، 1384هـ- 1964 م.
34. الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد (ت: 587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط2، دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م.
35. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد(ت: 450هـ)، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1419 هـ - 1999 م.
36. المرداوي، علي بن سليمان(ت: 885هـ)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ط2، دار إحياء التراث العربي.
37. المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل (ت: 593هـ)، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، المحقق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي - بيروت – لبنان.
38. مسلم، أبو الحسن، مسلم بن الحجاج (ت: 261هـ)، **المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ**، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت.
39. النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب ، (ت: 303هـ)، **السنن الكبرى**، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة – بيروت، 1421 هـ - 2001 م.
40. النووي، أبو زكريا، يحيى بن شرف(ت: 676هـ)، **المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))**، دار الفكر.