بحثٌ في الحضانة

استحقاقُها، وترتيبُ مستحقيها، ومتى تكون للأمِّ ومتى تكون للأبِ،

ومسقطاتُها عن الأمِّ، ومعيارُ مصلحةِ المحضونِ، وعلاقتُها بالطلاقِ

دراسةٌ فقهيةٌ نظاميةٌ على ضوءِ نظامِ الأحوالِ الشخصيةِ السعوديِّ وأصولِه الفقهيةِ الحنبليةِ

اعداد المحامي/ سعيد بن عبدالله بن سعيد الحارثي

مع العزوِ المباشرِ إلى أصولِه الفقهيةِ الحنبليةِ بالجزءِ والصفحةِ، وإلى الأنظمةِ السعوديةِ الرسميةِ

law.saaed@gmail.com

+966 55 968 7803
+966 50 554 0780

فهرسُ المحتوياتِ

المقدمةُ ٣
المبحثُ الأولُ: ماهيةُ الحضانةِ وحكمُها ٣
أولًا: تعريفُها لغةً وشرعًا ٣
ثانيًا: حكمُها التكليفيُّ ٤
المبحثُ الثاني: طبيعةُ الحقِّ في الحضانةِ ومعيارُ مصلحةِ المحضونِ ٤
المبحثُ الثالثُ: استحقاقُ الأمِّ وترتيبُ مستحقي الحضانةِ ٤
أولًا: أحقيةُ الأمِّ والأدلةُ عليها ٤
ثانيًا: ترتيبُ المستحقين في المذاهبِ الفقهيةِ ٥
ثالثًا: ترتيبُ الحاضنين في النظامِ السعوديِّ ٦
المبحثُ الرابعُ: متى تكونُ الحضانةُ للأبِ؟ ٦
المبحثُ الخامسُ: شروطُ الحاضنِ ٧
أولًا: الشروطُ العامةُ ٧
ثانيًا: الشروطُ الخاصةُ بالنساءِ والرجالِ ٨
المبحثُ السادسُ: مسقطاتُ الحضانةِ عن الأمِّ ٨
الزواجُ بأجنبيٍّ: ضوابطُه واستثناءاتُه ٨
المبحثُ السابعُ: اشتراطُ الحضانةِ بالطلاقِ وعلاقتُها بالفُرقةِ ٩
المبحثُ الثامنُ: انتهاءُ الحضانةِ وما يتصلُ بها ١٠
أولًا: عَوْدُ الحضانةِ بزوالِ المانعِ ١٠
ثانيًا: سنُّ انتهاءِ الحضانةِ والتخييرُ ١٠
ثالثًا: السفرُ بالمحضونِ، والزيارةُ، والرؤيةُ ١٠
الخاتمةُ ١١
ثَبَتُ المصادرِ ١٢

law.saaed@gmail.com
+966 55 968 7803
+966 50 554 0780

المقدمةُ

الحمدُ للهِ الذي شرعَ الأحكامَ لحفظِ الضروريات، ورعى بحكمتِه مصالحَ العبادِ في المعاشِ والمعادِ، له الحمدُ كلُّه أوَّلًا وآخِرًا، وله الشكرُ على نعمِه التي لا تُحصى عددًا، وأُثني عليه الخيرَ كلَّه بما هو أهلُه، والصلاةُ والسلامُ على خيرِ خلقِه نبيِّنا محمدٍ وعلى آلِه وصحبِه أجمعين؛ أما بعدُ:

تُعَدُّ الحضانةُ من أدقِّ مسائلِ الأحوالِ الشخصيةِ وأكثرِها اتصالًا بمصيرِ الصغيرِ ومستقبلِه، إذ يلتقي فيها حقُّ الحاضنِ بحقِّ المحضونِ، ويتجاذبُها الأبوانِ بعد الفرقةِ، فيكونُ القضاءُ هو الفيصلَ بينهما. وقد ظلَّتْ أحكامُها زمنًا طويلًا موكولةً إلى اجتهادِ القاضي وفقَ الراجحِ المذهبيِّ، حتى صدرَ نظامُ الأحوالِ الشخصيةِ بالمرسومِ الملكيِّ رقم (م/٧٣) وتاريخِ ١٤٤٣/٨/٦هـ، فقنَّنَ جملةً من أحكامِها في موادَّ محكمةٍ، ولم يقطعِ الصلةَ بأصولِها الفقهيةِ، بل بناها عليها واختارَ منها ما رآهُ أحفظَ لمصلحةِ المحضونِ.

ويقومُ هذا البحثُ على ربطِ النصِّ النظاميِّ بأصلِه الفقهيِّ، مع العزوِ المباشرِ إلى أمَّهاتِ المصادرِ الحنبليةِ المعتمدةِ – كالمغني لابنِ قدامةَ وكشّافِ القناعِ للبهوتيِّ – وإلى الأنظمةِ السعوديةِ الرسميةِ، بحيثُ يكونُ مع كلِّ نقلٍ عزوُه إلى أصلِه بجزئِه وصفحتِه. وقد جُعِلَتِ الإحالاتُ في الحواشي السفليةِ ليسهُلَ على القارئِ مراجعةُ الأصلِ بنفسِه. وحيثُ تتعدَّدُ طبعاتُ الأصلِ نُصَّ على الطبعةِ المعتمَدةِ في العزوِ؛ فالمغني بترقيمِ طبعةِ الدكتورِ التركيِّ، وكشّافُ القناعِ بترقيمِ طبعةِ عالمِ الكتبِ مع ذكرِ ما يقابلُها في طبعةِ وزارةِ العدلِ.

المبحثُ الأولُ: ماهيةُ الحضانةِ وحكمُها

أولًا: تعريفُها لغةً وشرعًا

الحضانةُ في اللغةِ مصدرُ «حَضَنَ»، ومنه حَضَنَ الطائرُ بيضَه إذا ضمَّه إلى نفسِه تحتَ جناحَيه، وحَضَنَتِ المرأةُ صبيَّها إذا جعلتْه في حِضنِها ورَبَّتْه. وأما في الاصطلاحِ فهي عند الحنابلةِ: حفظُ صغيرٍ ومجنونٍ ومعتوهٍ عمَّا يضرُّهم، وتربيتُهم بعملِ مصالحِهم[1]؛ فهي تجمعُ بين معنى الحفظِ من الهلاكِ والضررِ، ومعنى القيامِ على شؤونِ المحضونِ بما يُنمّيه ويُصلِحُه.

وقد جاءَ التعريفُ النظاميُّ مواكبًا لهذا الأصلِ، إذ عرَّفتِ المادةُ (١٢٤) من نظامِ الأحوالِ الشخصيةِ الحضانةَ بأنها حفظُ مَن لا يستقلُّ بنفسِه عمَّا يضرُّه، وتربيتُه والقيامُ على مصالحِه بما في ذلك التعليمُ والعلاجُ[2]، فأضافَ النظامُ ذِكرَ التعليمِ والعلاجِ تنصيصًا على دخولِهما في مقتضى الحضانةِ، وهو معنًى مرادٌ في كلامِ الفقهاءِ ضِمنًا.

[1] كشّاف القناع للبهوتي ١٣/١٨٧ (ط وزارة العدل) = ٥/٤٩٤ (ط عالم الكتب)، والمغني لابن قدامة ١١/٤١٢ (ت التركي) — تعريف الحضانة لغةً واصطلاحًا.

[2] نظام الأحوال الشخصية السعودي المادة (١٢٤).

law.saaed@gmail.com
+966 55 968 7803
+966 50 554 0780

ثانيًا: حكمُها التكليفيُّ

الحضانةُ واجبةٌ شرعًا؛ لأن المحضونَ قد يهلِكُ أو يتضرَّرُ بتركِ حفظِه، فيجبُ حفظُه عن الهلاكِ كما يجبُ الإنفاقُ عليه. وحكمُها الوجوبُ العينيُّ إذا لم يوجدْ إلا حاضنٌ واحدٌ، أو وُجِدَ غيرُه ولكن لم يقبلِ الصبيُّ سواه، والوجوبُ الكفائيُّ عند تعدُّدِ مَن يصلحُ للحضانةِ[1]؛ فالأصلُ أن لا يُترَكَ المحضونُ ضائعًا بحالٍ.

المبحثُ الثاني: طبيعةُ الحقِّ في الحضانةِ ومعيارُ مصلحةِ المحضونِ

الحقُّ في الحضانةِ حقٌّ مشتركٌ بين الحاضنِ والمحضونِ؛ فهو حقُّ الحاضنِ من جهةِ أنه لو امتنعَ عنها لم يُجبَرْ عليها ما دامَ ثَمَّ غيرُه، ولو أسقطَ حقَّه سقطَ. وهو حقُّ المحضونِ من جهةِ أنه إذا لم يقبلْ غيرَ أمِّه، أو لم توجدْ سواها، تعيَّنتْ عليها الحضانةُ وأُجبِرتْ عليها[2].

وثمرةُ هذا تظهرُ في تغليبِ أحدِ الجانبَين عند التعارضِ. والذي استقرَّ عليه العملُ القضائيُّ في المملكةِ – وهو مقتضى النظامِ – تغليبُ جانبِ المحضونِ، فجُعِلتْ مصلحتُه هي المعيارَ الحاكمَ الذي تُقاسُ إليه سائرُ الأحكامِ. فمتى تعارضَ ظاهرُ الترتيبِ الفقهيِّ أو النظاميِّ مع مصلحةِ المحضونِ، قُدِّمتِ المصلحةُ، وللمحكمةِ سلطةٌ تقديريةٌ واسعةٌ في ذلك ينطِقُ بها أكثرُ من نصٍّ في النظامِ ولائحتِه.

ويترتَّبُ على ذلك أن النصوصَ النظاميةَ في ترتيبِ الحاضنين وفي شروطِهم ومسقطاتِهم ليست قوالبَ جامدةً تُطبَّقُ تطبيقًا آليًّا، بل هي ضوابطُ يُستأنَسُ بها ما لم تقتضِ مصلحةُ المحضونِ خلافَها، وهي عبارةٌ تكرَّرتْ في موادِّ الحضانةِ تكرارًا يكشِفُ عن مقصِدِ المنظِّمِ في جعلِها روحَ البابِ كلِّه.

المبحثُ الثالثُ: استحقاقُ الأمِّ وترتيبُ مستحقي الحضانةِ

أولًا: أحقيةُ الأمِّ والأدلةُ عليها

حضانةُ الطفلِ تكونُ للأبوَين معًا ما دامَ النكاحُ قائمًا، فإذا افترقا فالأمُّ أحقُّ بحضانةِ ولدِها؛ لِما رواهُ عبدُ اللهِ بنُ عمرٍو أن امرأةً قالت: يا رسولَ اللهِ، إن ابني هذا كان بطني له وعاءً، وثديي له سِقاءً، وحِجري له حِواءً، وإن أباه طلَّقني وأرادَ أن ينزِعَه مني، فقال صلى الله عليه وسلم: «أنتِ أحقُّ به ما لم تَنكِحي»[3]، فأثبتَ لها الأحقيةَ وعلَّقَ بقاءَها على عدمِ نكاحِها أجنبيًّا.

---

[1] المغني ١١/٤١٢؛ وكشّاف القناع ١٣/١٨٧ (٥/٤٩٤) — وجوب الحضانة وأنها فرض كفاية.

[2] المغني ١١/٤١٢ (قوله: «ويتعلق بها حقٌّ لقرابته») — حقيقة الحقّ بين الحاضن والمحضون.

[3] حديث «أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحي»: أخرجه أبو داود (٢٢٧٦) وأحمد، من حديث عبد الله بن عمرٍو، وأورده ابن قدامة في المغني ١١/٤١٣–٤١٤.

law.saaed@gmail.com
+966 55 968 7803
+966 50 554 0780

ويعضُدُه قضاءُ أبي بكرٍ الصديقِ رضي الله عنه حين نازعَ عمرُ بنُ الخطابِ رضي الله عنه جدةَ ابنِه عاصمٍ في الغلامِ، فقضى به أبو بكرٍ لها وقال: «*ريحُها وحِجرُها وفِراشُها خيرٌ له منك حتى يَشِبَّ ويختارَ لنفسِه*»[1]، فما راجعهُ عمرُ الكلامَ، ولم يُنقَلْ عن الصحابةِ خلافُه[2]؛ فدلَّ على تقديمِ النساءِ – والأمُّ أولاهنَّ – لِما جُبِلْنَ عليه من الشفقةِ والرفقِ، وأنهنَّ بتربيةِ الصغارِ أليقُ وأهدى.

ولذلك قدَّمَ الفقهاءُ النساءَ على الرجالِ في الحضانةِ؛ لأنهنَّ أشفقُ وأرفقُ وأصبرُ على ملازمةِ الصغيرِ، ثم تُصرَفُ بعد ذلك إلى الرجالِ لأنهم على الحمايةِ والصيانةِ وإقامةِ مصالحِ الصغارِ أقدرُ[3].

ثانيًا: ترتيبُ المستحقين في المذاهبِ الفقهيةِ

اتفقَ الفقهاءُ على تقديمِ الأمِّ، ثم اختلفوا في ترتيبِ مَن بعدَها، والأصلُ المتقرَّرُ أن الحضانةَ لا تنتقلُ من المستحقِّ إلى مَن بعدَه إلا إذا أسقطَ حقَّه أو سقطتْ عنه لمانعٍ. وفيما يلي إجمالُ ترتيبِ المذاهبِ الأربعةِ على وجهِ الاختصارِ:

المذهبُ	ترتيبُ المستحقين بعد الأمِّ (إجمالًا)
الحنفيةُ	أمُّ الأمِّ وإن علتْ، ثم أمُّ الأبِ، ثم الأخواتُ، ثم الخالاتُ، ثم بناتُ الأخواتِ وبناتُ الإخوةِ، ثم العماتُ، ثم العصباتُ من الرجالِ بترتيبِ الإرثِ (الأبُ ثم الجدُّ ثم الإخوةُ...).
المالكيةُ	أمُّ الأمِّ، ثم الخالةُ، ثم خالةُ الأمِّ، ثم الجدةُ للأبِ، ثم الأبُ، ثم الأختُ، ثم العمةُ، ويُقدَّمُ عند التساوي الأكثرُ صيانةً وشفقةً ثم الأكبرُ سنًّا.
الشافعيةُ	أمهاتُ الأمِّ المدليَاتُ بإناثٍ، ثم أمُّ الأبِ، ثم الأختُ، ثم الخالةُ، ثم بنتُ الأختِ، ثم بنتُ الأخِ، ثم العمةُ، ثم يُصارُ إلى المحارمِ من الرجالِ على ترتيبِ الإرثِ.
الحنابلةُ	أمهاتُ الأمِّ، ثم الأبُ، ثم أمهاتُه، ثم الجدُّ وأمهاتُه، ثم الأختُ، ثم الخالةُ، ثم العمةُ، ثم بقيةُ العصبةِ الأقربُ فالأقربُ. وهذا ما حرَّرَه صاحبُ كشافِ القناعِ.

[1] أثر قضاء أبي بكر الصديق رضي الله عنه: رواه سعيد بن منصور في سننه، وأورده ابن قدامة في المغني ١١/٤١٤ بلفظ: «ريحها وشمها ولطفها خير له منك»؛ ووقع بلفظ «ريحها وحِجرها وفراشها خير له منك حتى يشبَّ ويختار لنفسه» عند عبد الرزاق وابن عبد البر في الاستذكار.

[2] المغني ١١/٤١٣-٤١٤ (نقل ابن المنذر الاتفاق: «لا نعلم أحدًا خالفهم»)، وفيه تعليل تقديم الأم لقربها وشفقتها.

[3] تقديم النساء على الرجال: المغني ١١/٤٢٥-٤٢٦؛ وكشّاف القناع ١٣/١٨٨ (٥/٤٩٥).

law.saaed@gmail.com
+966 55 968 7803
+966 50 554 0780

ومحلُّ التنبيهِ أن الحنابلةَ – وهو المعتمَدُ في كثيرٍ من العملِ القضائيِّ السابقِ – قدَّموا أمهاتِ الأمِّ ثم الأبَ، على المشهورِ، وذكرَ ابنُ قدامةَ روايةً أخرى عن أحمدَ بتقديمِ أمِّ الأبِ، وعلى تلك الروايةِ يكونُ الأبُ بعد الأمِّ مباشرةً[1]؛ وهذه الروايةُ هي الأقربُ إلى ما اختارَه النظامُ السعوديُّ كما سيأتي.

ثالثًا: ترتيبُ الحاضنين في النظامِ السعوديِّ

نصَّتِ المادةُ (١٢٧) من نظامِ الأحوالِ الشخصيةِ على أن الحضانةَ في الأصلِ للأمِّ، ولو كانت هي مَن طلبَ الفُرقةَ، ما لم تقرِّرِ المحكمةُ خلافَ ذلك بناءً على مصلحةِ المحضونِ[2]؛ وهذا تنصيصٌ مهمٌّ يقطعُ ما كان يُثارُ من أن طلبَ المرأةِ للطلاقِ يُسقِطُ حضانتَها، فجعلَ المنظِّمُ الأصلَ بقاءَ الحضانةِ لها.

وقد رتَّبَ العملُ النظاميُّ مستحقي الحضانةِ – عند عدمِ الاتفاقِ – على نحوٍ يُقدِّمُ الأمَّ، ثم الأبَ، ثم الجدةَ لأمٍّ، ثم الجدةَ لأبٍ، ثم تنظرُ المحكمةُ فيمن يليهم وفقَ مصلحةِ المحضونِ ودرجةِ القرابةِ. وبهذا قدَّمَ النظامُ الأبَ على الجداتِ خلافًا للمشهورِ عند الحنابلةِ، أخذًا بالروايةِ الأخرى عن أحمدَ، ومراعاةً لأن الأبَ هو المسؤولُ عن النفقةِ والولايةِ والصيانةِ، وهو أقربُ الناسِ إلى تحقيقِ مصلحةِ الولدِ بعد أمِّه. على أن هذا الترتيبَ ليس قاطعًا، إذ للمحكمةِ تعديلُه متى رأتْ أن مصلحةَ المحضونِ تقتضي إسنادَ الحضانةِ إلى غيرِ صاحبِ المرتبةِ.

المبحثُ الرابعُ: متى تكونُ الحضانةُ للأبِ؟

إذا تقرَّرَ أن الأصلَ ثبوتُ الحضانةِ للأمِّ، فإن الحضانةَ تنتقلُ إلى الأبِ في مواضعَ، أجمعُها أمرانِ: سقوطُ حضانةِ الأمِّ لمانعٍ، أو بلوغُ المحضونِ سنًّا يكونُ الأبُ فيه أحفظَ له وأقدرَ على مصالحِه.

فمن المواضعِ التي تكونُ فيها الحضانةُ للأبِ: أن تسقطَ حضانةُ الأمِّ بزواجِها من أجنبيٍّ عن المحضونِ على التفصيلِ الآتي، أو بفواتِ شرطٍ من شروطِ الحضانةِ فيها كأن تُصابَ بمانعٍ من جنونٍ أو مرضٍ مُضِرٍّ، أو بانتقالِها إلى مكانٍ تفوتُ به مصلحةُ المحضونِ، أو بإسقاطِها حقَّها، أو بعجزِها عن القيامِ بشأنِ المحضونِ؛ ففي هذه الأحوالِ يكونُ الأبُ هو الأولى لكونِه صاحبَ المرتبةِ التاليةِ، ما لم يكنْ ثَمَّ مانعٌ فيه أو تقتضِ المصلحةُ غيرَه.

[1] المغني ١١/٤٢٦ (رواية تقديم أم الأب: «وعن أحمد أن أمَّ الأب وأمهاتها مقدَّمات على أم الأم، فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى»).

[2] نظام الأحوال الشخصية، المادة (١٢٧) — أحقية الأم ولو كانت هي طالبة الفرقة، ما لم تقرر المحكمة خلافه لمصلحة المحضون.

law.saaed@gmail.com
+966 55 968 7803
+966 50 554 0780

ومنها ما يتعلَّقُ بالأنثى المحضونةِ خاصةً؛ فقد ذهبَ الحنابلةُ إلى أن الأنثى إذا بلغت سبعَ سنين كانت عند الأبِ وجوبًا إلى البلوغِ، ثم إلى الزفافِ؛ لأن الغرضَ الحفظُ، والأبُ أحفظُ لها وأصونُ في هذه المرحلةِ، ولأنها قاربتِ الصلاحيةَ للتزويجِ وإنما تُخطَبُ من أبيها[1].

ومنها انتقالُ الحضانةِ إلى الأبِ عند بلوغِ الذكرِ سنَّ التمييزِ والاختيارِ؛ فقد ثبتَ أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم خيَّرَ غلامًا بين أبيه وأمِّه فقال: «*هذا أبوك وهذه أمُّك فخُذْ بيدِ أيِّهما شئتَ*»، وقضى بالتخييرِ عمرُ وعليٌّ رضي الله عنهما[2]، فإذا اختارَ الغلامُ المميِّزُ أباه صارَ إليه. وهذا أصلُ ما أخذَ به النظامُ في تخييرِ المحضونِ عند بلوغِه سنًّا معينةً كما سيأتي.

المبحثُ الخامسُ: شروطُ الحاضنِ

الحضانةُ ولايةٌ غرضُها صيانةُ المحضونِ ورعايتُه، ولا يتحقَّقُ ذلك إلا إذا كان الحاضنُ أهلًا لها؛ ولذلك اشترطَ الفقهاءُ شروطًا، منها ما هو عامٌّ في الرجالِ والنساءِ، ومنها ما يخصُّ النساءَ أو الرجالَ[3].

أولًا: الشروطُ العامةُ

أبرزُ الشروطِ العامةِ: الإسلامُ إذا كان المحضونُ مسلمًا، إذ لا ولايةَ لكافرٍ على مسلمٍ، وخشيةَ الفتنةِ في دينِه. والعقلُ، فلا حضانةَ لطفلٍ ولا مجنونٍ ولا معتوهٍ لعجزِهم عن إدارةِ أمورِهم. والأمانةُ في الدينِ، فلا حضانةَ لفاسقٍ فسقًا يضيعُ به المحضونُ؛ لأنه غيرُ موثوقٍ به، ولا حظَّ للولدِ في حضانتِه لأنه ينشأُ على طريقتِه. والقدرةُ على القيامِ بشأنِ المحضونِ، فلا حضانةَ لعاجزٍ عنها. وكذلك لا حضانةَ للرقيقِ لاشتغالِه بحقِّ سيدِه[4].

وقد جمعَ النظامُ هذه المعانيَ في المادةِ (١٢٥)، فاشترطَ في الحاضنِ كمالَ الأهليةِ – بأن يكون بالغًا عاقلًا راشدًا – والقدرةَ على تربيةِ المحضونِ وحفظِه ورعايتِه، والسلامةَ من الأمراضِ المعديةِ الخطيرةِ[5]؛ فجاءتْ موافقةً لأصولِها الفقهيةِ مع صياغةٍ نظاميةٍ موجزةٍ.

---

[1] المغني ١١/٤١٨ (مسألة: «وإذا بلغت الجارية سبع سنين فالأب أحق بها»).

[2] حديث «هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت»: أخرجه أبو داود (٢٢٧٧) والترمذي (١٣٥٧) وابن ماجه؛ وبسطه ابن قدامة في المغني ١١/٤١٥-٤١٧ (تخيير الغلام إذا بلغ سبعًا).

[3] المغني ١١/٤١٢-٤١٣؛ وكشّاف القناع ١٣/١٨٩ (٥/٤٩٦) — أصل اشتراط الأهلية في الحاضن.

[4] المغني ١١/٤١٢-٤١٣ (لا تثبت الحضانة لطفل ولا معتوه ولا فاسق ولا رقيق، ولا لكافر على مسلم).

[5] نظام الأحوال الشخصية، المادة (١٢٥) — شروط الحاضن العامة.

law.saaed@gmail.com
+966 55 968 7803
+966 50 554 0780

ثانيًا: الشروطُ الخاصةُ بالنساءِ والرجالِ

يُشترطُ في الحاضنةِ المرأةِ ألا تكونَ متزوجةً بأجنبيٍّ عن المحضونِ؛ لانشغالِها بحقِّ الزوجِ، ولقولِه صلى الله عليه وسلم: «أنتِ أحقُّ به ما لم تنكِحي». فإن تزوَّجتْ بقريبٍ له حقٌّ في حضانتِه كالجدةِ تتزوَّجُ بالجدِّ، لم تسقطْ حضانتُها؛ لأن شفقةَ القريبِ تحمِلُه على رعايتِه[1].

ويُشترطُ في الحاضنِ الرجلِ أن يكون ذا رحمٍ محرمٍ للمحضونةِ إذا كانت أنثى مشتهاةً، فلا تُسلَّمُ إلى ابنِ العمِّ لأنه ليس محرمًا ويجوزُ له نكاحُها[2].

وقد ضبطَ النظامُ هذه الشروطَ في المادةِ (١٢٦): فإن كان الحاضنُ امرأةً اشترطَ ألا تكون متزوجةً برجلٍ أجنبيٍّ عن المحضونِ ما لم تقتضِ مصلحتُه خلافَ ذلك، وإن كان رجلًا اشترطَ أن يكون ذا رحمٍ محرمٍ للمحضونةِ إن كانت أنثى، وأن يُقيمَ عنده من النساءِ مَن يصلُحُ للحضانةِ[3]؛ والعبارةُ الأخيرةُ «ما لم تقتضِ مصلحتُه خلافَ ذلك» تفتحُ للقاضي بابَ النظرِ في إبقاءِ الحضانةِ للأمِّ ولو تزوَّجتْ متى كان ذلك أصلحَ للمحضونِ.

المبحثُ السادسُ: مسقطاتُ الحضانةِ عن الأمِّ

تسقطُ الحضانةُ بوجودِ مانعٍ منها، أو بزوالِ شرطٍ من شروطِ استحقاقِها. فمِن جملةِ ما تسقطُ به عند الفقهاءِ: زواجُ الحاضنةِ بأجنبيٍّ عن المحضونِ، وإصابةُ الحاضنِ بآفةٍ كالجنونِ والعَتَهِ، أو مرضٍ يضرُّ بالمحضونِ، أو سفرُ الوليِّ أو الحاضنِ سفرَ نُقلةٍ، أو إسقاطُ المستحقِّ حقَّه[4].

وقد حصرَ النظامُ في المادةِ (١٢٨) أبرزَ المسقطاتِ في: تخلُّفِ شرطٍ من الشروطِ المنصوصِ عليها في المادتَين (١٢٥) و(١٢٦)، وانتقالِ الحاضنِ إلى مكانٍ تفوتُ به مصلحةُ المحضونِ، وسكوتِ مستحقِّ الحضانةِ عن المطالبةِ بها أكثرَ من سنةٍ دون عذرٍ، ما لم تقتضِ مصلحةُ المحضونِ خلافَ ذلك[5]؛ فجعلَ مدارَها كذلك على المصلحةِ.

الزواجُ بأجنبيٍّ: ضوابطُه واستثناءاتُه

هذا المسقِطُ هو أكثرُ المسقطاتِ ورودًا في العملِ، ومحلُّه أن تتزوَّجَ الأمُّ بأجنبيٍّ عن المحضونِ، أي بمن ليس بينه وبين المحضونِ قرابةٌ تمنعُ من نكاحِه. وقد قيَّدَه النظامُ ولائحتُه بقيودٍ ترفُقُ بالأمِّ والمحضونِ معًا: فلا تسقطُ حضانةُ الأمِّ بزواجِها إذا لم يُتِمَّ المحضونُ عامَين، لشدةِ حاجتِه إليها في هذه السنِّ[6]؛

---

[1] المغني ١١/٤٢٠–٤٢٢ (مسألة: «إن الأم إذا تزوجت سقطت حضانتها»)؛ وكشّاف القناع ٥/٤٩٩.

[2] المغني ١١/٤٢٥ (لا تُسلَّم الجارية المشتهاة إلى ابن العم لأنه ليس بمحرم لها)؛ وكشّاف القناع ٥/٤٩٧.

[3] نظام الأحوال الشخصية، المادة (١٢٦) — الشروط الخاصة بالحاضن.

[4] المغني ١١/٤٢٠–٤٢٢؛ وكشّاف القناع ٥/٤٩٩ — أسباب سقوط الحضانة.

[5] نظام الأحوال الشخصية، المادة (١٢٨) — مسقطات الحق في الحضانة.

[6] اللائحة التنفيذية لنظام الأحوال الشخصية، المادة (٣٣) — عدم سقوط حضانة الأم بزواجها إذا لم يُتمَّ المحضونُ عامين.

law.saaed@gmail.com
+966 55 968 7803
+966 50 554 0780

كما لا تسقطُ إذا كان الزوجُ الجديدُ قريبًا للمحضونِ غيرَ أجنبيٍّ عنه، وقد بيّنتِ اللائحةُ أن «الأجنبيَّ» هو غيرُ القريبِ، وعدَّد النظامُ جملةً من الأقاربِ كإخوةِ والدِ المحضونِ وأعمامِه[1]؛ ثم هي بعد ذلك كلِّه خاضعةٌ لتقديرِ المحكمةِ في إبقائها إن كان الأصلحَ للمحضونِ.

وهذه القيودُ امتدادٌ لأصلٍ فقهيٍّ معتبَرٍ؛ فإن الفقهاءَ نصُّوا على أن الحضانةَ لا تسقطُ بالتزوُّجِ بمن له حقٌّ في الحضانةِ، والعبرةُ في الجميعِ بحفظِ المحضونِ لا بمجردِ وقوعِ النكاحِ[2].

المبحثُ السابعُ: اشتراطُ الحضانةِ بالطلاقِ وعلاقتُها بالفُرقةِ

قد يُظَنُّ أن الحضانةَ لا تثبُتُ إلا بعد الطلاقِ، وأنها فرعٌ عنه لا تُتصوَّرُ بدونِه، وهذا تصورٌ يحتاجُ إلى تحريرٍ. فالحضانةُ في حقيقتِها قائمةٌ منذ ولادةِ الصغيرِ، والنكاحُ إذا كان قائمًا بين الأبوَين فالحضانةُ لهما معًا، ولا يثورُ النزاعُ فيها غالبًا إلا عند الفُرقةِ؛ ولذلك يقالُ: إن الفُرقةَ سببُ ظهورِ النزاعِ في الحضانةِ لا سببُ ثبوتِها.

فإذا وقعتِ الفُرقةُ بطلاقٍ أو فسخٍ، فالأمُّ أحقُّ بالحضانةِ كما تقدَّمَ، ولا يلزمُ من ذلك أن تكون مطلَّقةً بائنًا؛ بل تثبُتُ لها الحضانةُ وهي في عِدَّتِها، ويكونُ مكانُ الحضانةِ مسكنَ الزوجيةِ ما دامتْ في العِدَّةِ من طلاقٍ رجعيٍّ أو بائنٍ؛ لقولِه تعالى: ﴿لا تُخرِجوهنَّ من بيوتِهنَّ ولا يَخرُجنَ﴾ [الطلاق:١][3]؛ فدلَّ على أن الحضانةَ معنًى مستمرٌّ يصاحبُ الزوجيةَ والعِدَّةَ، لا أمرٌ يبتدئُ بانقطاعِ العصمةِ.

ومما يؤكِّدُ استقلالَ الحضانةِ عن مجردِ وقوعِ الطلاقِ: أن النظامَ نصَّ في المادةِ (١٢٧) على بقاءِ الحضانةِ للأمِّ ولو كانت هي طالبةَ الفُرقةِ[4]؛ فلم يجعلِ المنظِّمُ كونَ الطلاقِ بطلبِها قادحًا في حقِّها. فالعلاقةُ بين الحضانةِ والطلاقِ علاقةُ ظرفٍ ومحلٍّ لإعمالِ أحكامِها، لا علاقةُ شرطٍ ومشروطٍ في أصلِ ثبوتِها.

---

[1] اللائحة التنفيذية، المادة (٣٤) في معنى «الأجنبي» (غير القريب)، ونظام الأحوال الشخصية المادة (٢٢٤) في بيان الأقارب.

[2] عدم سقوط الحضانة بالتزوُّج بمن له حق فيها أصلٌ عند الحنابلة في المغني ٤٢١/١١؛ ويوافقه ما بسطه المالكية في الجملة من الاستثناءات.

[3] المغني ٤١٩/١١-٤٢٠ — مكان الحضانة وحكم السفر بالمحضون؛ والآية من سورة الطلاق:١.

[4] نظام الأحوال الشخصية، المادة (١٢٧).

law.saaed@gmail.com
+966 55 968 7803
+966 50 554 0780

المبحثُ الثامنُ: انتهاءُ الحضانةِ وما يتصلُ بها

ترخيص: 45536

أولًا: عَوْدُ الحضانةِ بزوالِ المانعِ

إذا امتنعتِ الحضانةُ لمانعٍ ثم زالَ المانعُ –كأن يَعقِلَ المجنونُ، أو يتوبَ الفاسقُ، أو يُشفى المريضُ – عادَ حقُّ الحضانةِ؛ عملًا بالقاعدةِ المعروفةِ: «إذا زالَ المانعُ عادَ الممنوعُ». ونصَّ الحنابلةُ على أن الأمَّ إذا أُخِذَ منها الولدُ لتزوُّجِها ثم طُلِّقتْ رجعتْ على حقِّها من كفالتِه[1]؛ وهو ما عبَّرَ عنه النظامُ بجعلِ الحضانةِ حقًّا قابلًا للاستردادِ في المادةِ (١٣٠) متى زالَ سببُ سقوطِها[2].

ثانيًا: سنُّ انتهاءِ الحضانةِ والتخييرُ

اختلفَ الفقهاءُ في أمدِ حضانةِ النساءِ على الصغيرِ؛ فعند الحنابلةِ والشافعيةِ يُخيَّرُ الغلامُ المميِّزُ بين أبوَيه عند بلوغِه سبعًا، فيكونُ مع مَن اختارَ منهما[3].

وقد اختارَ النظامُ السعوديُّ في المادةِ (١٣٥) ضابطًا منضبطًا: فجعلَ مَن دون الخامسةَ عشرةَ تحت ترتيبِ الحاضنين وفقَ المصلحةِ، فإذا أتمَّ المحضونُ الخامسةَ عشرةَ كان له الخيارُ في الإقامةِ لدى أحدِ والدَيه ما لم تقتضِ مصلحتُه خلافَ ذلك، وتنتهي الحضانةُ بإتمامِه الثامنةَ عشرةَ[4]؛ فبلغَ بذلك سنَّ الرشدِ القانونيِّ فيختارُ محلَّ إقامتِه بنفسِه.

ثالثًا: السفرُ بالمحضونِ، والزيارةُ، والرؤيةُ

نظَّمَ النظامُ السفرَ بالمحضونِ خارجَ المملكةِ في المادةِ (١٢٩)، فقيَّدَ سفرَ الحاضنِ من الوالدَين بالمحضونِ مدةً تزيدُ على القدرِ المحددِ نظامًا بموافقةِ الطرفِ الآخرِ أو الوليِّ، وشدَّدَ في سفرِ الحاضنِ من غيرِ الوالدَين[5]؛ صيانةً لحقِّ الطرفِ الآخرِ في التواصلِ مع المحضونِ.

---

[1] المغني ٤٢٧/١١ (مسألة ١٤٠٥: «إذا أُخِذ الولد من الأم إذا تزوجت ثم طُلِّقت رجعت على حقها من كفالته»)؛ وكشّاف القناع ٤٩٩/٥.

[2] نظام الأحوال الشخصية، المادة (١٣٠) — استرداد الحضانة بعد سقوطها بزوال سببه.

[3] المغني ٤١٥/١١–٤١٦ (تخيير الغلام عند بلوغه سبعًا)؛ وكشّاف القناع ٥٠١/٥–٥٠٢.

[4] نظام الأحوال الشخصية ولائحته، المادة (١٣٥) — خيار المحضون عند إتمام الخامسة عشرة، وانتهاء الحضانة بإتمام الثامنة عشرة.

[5] نظام الأحوال الشخصية، المادة (١٢٩) — ضوابط السفر بالمحضون خارج المملكة.

law.saaed@gmail.com

+966 55 968 7803
+966 50 554 0780

للمحامي سعيد بن عبدالله الحارثي
ترخيص: 45536

كما نظَّم زيارةَ المحضونِ في المادةِ (١٣٤)، فجعلَ لمن ليس المحضونُ في حضانتِه من الوالدَين حقَّ زيارتِه واستزارتِه واصطحابِه بحسبِ ما يتفقانِ عليه، فإن اختلفا قرَّرتِ المحكمةُ ما تراهُ محقِّقًا لمصلحةِ المحضونِ[1]؛ وهو موافقٌ لِما قرَّرَه الفقهاءُ من أن لكلٍّ من الأبوَين بعد الفُرقةِ حقَّ رؤيةِ المحضونِ وزيارتِه، وأن المنعَ من ذلك إغراءٌ بالعقوقِ وقطيعةٌ للرحمِ[2].

الخاتمةُ

ينتهي البحثُ إلى أن الحضانةَ في النظامِ السعوديِّ بُنِيتْ على أصولِها الفقهيةِ ولم تنفصلْ عنها، غيرَ أن المنظِّمَ ضبطَها بموادَّ محكمةٍ، واختارَ من أقوالِ الفقهاءِ ما رآهُ أحفظَ لمصلحةِ المحضونِ. فالأصلُ ثبوتُ الحضانةِ للأمِّ ولو طلبتِ الفُرقةَ، ثم للأبِ، ثم للجداتِ، ثم لمن يليهم وفقَ تقديرِ المحكمةِ. وتثبُتُ للأبِ خاصةً عند سقوطِها عن الأمِّ بمانعٍ، أو عند بلوغِ المحضونِ سنًّا يكونُ الأبُ فيه أحفظَ له.

والمعيارُ الحاكمُ في البابِ كلِّه هو مصلحةُ المحضونِ؛ فهي الميزانُ الذي تُقاسُ إليه شروطُ الحاضنِ ومسقطاتُ حضانتِه وترتيبُ مستحقيها وسنُّ انتهائها، حتى صارتْ عبارةُ «ما لم تقتضِ مصلحةُ المحضونِ خلافَ ذلك» روحَ نصوصِ الحضانةِ في النظامِ ولائحتِه. وأما علاقةُ الحضانةِ بالطلاقِ فعلاقةُ ظرفٍ تظهرُ فيه أحكامُها لا شرطٍ في ثبوتِها، فالحضانةُ قائمةٌ مع الزوجيةِ، ولا يقدَحُ في حقِّ الأمِّ كونُها هي طالبةَ الفُرقةِ.

[1] نظام الأحوال الشخصية، المادة (١٣٤) — تنظيم زيارة المحضون.

[2] المغني ١١/٤١٨–٤١٩ — رؤية المحضون والزيارة بين الأبوين؛ وكشّاف القناع ٥/٥٠١.

law.saaed@gmail.com
+966 55 968 7803
+966 50 554 0780

ثَبَتُ المصادرِ

رُتِّبتْ مصادرُ البحثِ على نوعَيها: المصادرُ الفقهيةُ الحنبليةُ المعتمدةُ تُراجَعُ على أصولِها المطبوعةِ بالجزءِ والصفحةِ مع بيانِ الطبعةِ، والمصادرُ النظاميةُ السعوديةُ تُراجَعُ على نصِّها النافذِ في مصادرِها الرسميةِ:

المصدرُ والموضعُ	نوعُه
المغني لابن قدامة، ت التركي، ١١/٤١٢ – تعريف الحضانة ووجوبها	فقهيٌّ
المغني ١١/٤١٢–٤١٤ – حقُّ الحضانة وأحقيةُ الأم والأدلةُ عليها	فقهيٌّ
المغني ١١/٤١٥–٤١٧ – تخييرُ الغلام وانتهاءُ حضانة الذكر	فقهيٌّ
المغني ١١/٤١٨ – حضانةُ الأنثى للأب بعد السبع	فقهيٌّ
المغني ١١/٤١٨–٤١٩ – رؤيةُ المحضون والزيارةُ	فقهيٌّ
المغني ١١/٤١٩–٤٢٠ – مكانُ الحضانة وحكمُ السفر	فقهيٌّ
المغني ١١/٤٢٠–٤٢٢ – سقوطُ الحضانة بالتزوُّج بأجنبيٍّ	فقهيٌّ
المغني ١١/٤٢٥–٤٢٧ – ترتيبُ المستحقين الأولى فالأولى	فقهيٌّ
المغني ١١/٤٢٧ – عَوْدُ الحضانة للأم بعد الطلاق	فقهيٌّ
كشّاف القناع للبهوتي، ط عالم الكتب ٥/٤٩٤–٥٠٢ = ط وزارة العدل ١٣/١٨٧ وما بعدها	فقهيٌّ
سنن أبي داود (٢٢٧٦) ومسند أحمد – حديث «أنت أحق به ما لم تنكحي»	حديثيٌّ
سنن أبي داود (٢٢٧٧) وجامع الترمذي (١٣٥٧) وابن ماجه – حديث تخيير الغلام	حديثيٌّ
سنن سعيد بن منصور، والمغني ١١/٤١٤ – أثر قضاء أبي بكر الصديق	حديثيٌّ

law.saaed@gmail.com
+966 55 968 7803
+966 50 554 0780

المصدرُ والموضعُ	نوعُه
نظام الأحوال الشخصية (م/٧٣، ١٤٤٣/٨/٦هـ) – المواد ١٢٤، ١٢٥، ١٢٦، ١٢٧، ١٢٨، ١٢٩، ١٣٠، ١٣٤، ١٣٥	نظاميٌّ
اللائحة التنفيذية لنظام الأحوال الشخصية – المادتان ٣٣ و٣٤	نظاميٌّ
نظام الأحوال الشخصية – المادة ٢٢٤ (بيان الأقارب)	نظاميٌّ

تنبيهٌ منهجيٌّ: أرقامُ صفحاتِ المغني بترقيمِ طبعةِ التركيّ، وكشّافُ القناعِ بترقيمِ طبعةِ عالمِ الكتبِ ويقابلُها في طبعةِ وزارةِ العدلِ الجزءُ الثالثَ عشرَ. والأنظمةُ قابلةٌ للتعديلِ، فيُتحقَّقُ من النصِّ النافذِ في مصادرِه الرسميةِ قبلَ الاعتمادِ في مقامٍ يُحتجُّ به.

law.saaed@gmail.com
+966 55 968 7803
+966 50 554 0780