جامعة المنصورة
كلية الحقوق
قسم القانون المدني

تعريف حيازة وتمكين الحاضنة فقهاً وقانوناً

بحث مستل من أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

إعداد الباحثة

سوزان محمود إبراهيم أحمد السيد

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور / محسن عبد الحميد إبراهيم البيه

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة المنصورة

١٤٤٠هـ / ٢٠١٩ م

الباب التمهيدي

تعريف حيازة وتمكين الحاضنة فقهاً وقانوناً

تمهيد وتقسيم :

احتلت الحضانة مكانة بارزة في المحيط الاجتماعي والوسط القانوني لارتباط مصير مسكن الزوجية بها ، حيث أنه أمام أزمة الإسكان الطاحنة ثارت المشكلة حول توفير مسكن الحضانة ومدي أحقية الحاضنة في مسكن الزوجية بعد انقضاء الزواج .

لم تكن هناك صعوبة في ظل القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠م حيث كان يحكم بإلزام من تجب عليه نفقة الصغير بدفع مبلغ من المال للأم (أو الحاضنة) مقابل الرضاعة والحضانة متضمناً ذلك أجرة السكن ، وغالباً ما كانت تعود الزوجة إلي منزل أسرتها أو تستأجر مسكناً خاصاً بها وبأولادها . الا أن الأمر زاد تعقيدا أمام تفاقم أزمة الإسكان وحدتها ، بحيث لم يعد مسكن الأسرة يتحمل إبنتهم المطلقة وأولادها، وأصبح من العسير علي الزوجة توفير مسكن خاص بها لتطلب ذلك مبالغ طائلة ٠ وقد تعددت المنازعات والأقضية التي تمثل صراعاً بين الزوجين بعد الطلاق علي الاستقلال بمسكن الزوجية وقد اختلفت قرارات النيابة العامة والأحكام في هذا الصدد . **فبعضها** ،كان يمكن الزوج ويطرد الزوجة بالأطفال ليواجهوا وحدهم تدبير مأوي لهم في وقت عز فيه الحصول علي مسكن ، **والبعض الآخر**، أبقي الطرفين المتنازعين في المسكن مع ما في ذلك من خطورة اجتماعية ومخالفة لأحكام الشرع في حالات الطلاق البائن ، **والبعض الثالث** ،مكن الزوجة والأولاد من المسكن[١] وقد فضل المشرع إعطاء أولوية الاستمرار في مسكن الزوجية للزوجة وأولادها لأن الزوج يستطيع بمفرده تدبر أمره بطريقته الخاصة فهو أقدر علي ذلك[٢].

ولذلك فأن الدراسة في هذا الباب تنقسم إلي الفصلين الآتيين:

الفصل الأول: تعريف الحضانة فقهًا وقانونًا.

الفصل الثاني: تعريف حيازة وتمكين الحاضنة فقهًا وقانونًا.

---

(١) تقرير اللجنة المشتركة من اللجنة التشريعية ومكتب لجنة الشئون الاجتماعية والأوقاف والشئون الدينية بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٧ م ، أنظر في ذلك /النشرة التشريعية ، العدد السادس، يونيو ١٩٧٩ م،ص ٢٩٠٥

(٢) محمد حسين منصور ، مسكن الزوجية بين قانون إيجار الأماكن وقانون الأحوال الشخصية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، بدون سنة نشر ، ص ٣١ وما بعدها .

الفصل الأول

تعريف الحضانة فقهاً وقانوناً

ولقد قسم العلماء الأحكام الشرعية إلي ثابتة ومتغيرة باعتبار المصالح المترتبة علي تشريع الأحكام فما علم الله من سر تشريعه أن مصالح التشريع ثابتة ودائمة ولا تتأثر بالزمان أو المكان أو العرف فهو من الثابت الذي لا يتغير ، فليس لأحد أن القصاص المشروع لحفظ الأنفس واجب في وقت دون وقت لأن مصلحة حفظ النفس ضرورية في كل وقت وعند جميع الناس وكذلك ما يتصل بحفظ الدين والمال والنسل والنسب والعرض.

أما الأحكام التي علم الله من سر تشريعها أن مصلحة التشريع فيها مما يختلف في وقت دون وقت أو تختلف في مكان أو في حال دون حال فإنها أحكام متغيرة بتغير المصالح ، فقد تكون المصلحة في وقت ثم في وقت آخر تتبدل فيه المصلحة فيختلف الحكم لذلك[1].

والتعريف بالحضانة وبيان منزلتها من المصالح المقيدة شرعاً .

وهذا ما أريد بيانه في هذا الفصل .

ومن هنا تبدو لي، ملامح هذا الفصل متمثلة في المبحثين الآتيين:-

المبحث الأول: تعريف الحضانة فقهًا.

المبحث الثاني: تعريف الحضانة قانونًا.

(١) محمد أنيس عبادة ، الفقه الإسلامي ،مراحل ومبادئ ومشروعات ، الطبعة الأولي، ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م ،بدون دار نشر ، ص ٢٢

المبحث الاول

تعريف الحضانة[1] فقهاً

أولاً- تعريف الحضانة في الاصطلاح الفقهي :

- أختلف الفقهاء في تعريف الحضانة كما يلي:

(أ) عرفها الحنفية: بعدة تعريفات كما يلي:

قيل: " أنها تربية الأم أو غيرها ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة قبل الفرقة أو بعدها"[2] ؛ **وقيل هي :** " ضم الأم ولدها إلي جنبها وإعتزالها إياه من ابيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه "[3].

وكما قيل هي: " تهيئة تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة ".

---

(١) **الحصانة لغة :**
- الحضانة مصدر للفعل الثلاثي " حضن " وهو من باب ضرب يقال حضن يحضُن بضم الضاد في المضارع وكسرها ؛ والحضانة بفتح الحاء وهو الأشهر وكسرها جائز ؛ وهي مشتقة من الحُضن وهو العضدان وما بينهما من الصدر وقيل هو ما دون الإبط إلي الكشح٠ أنظر /الكشح هو ما بين الخاصرة إلي الضلع الخلفي والخصر وسط الإنسان ، مختار الصحاح للرازي ، المطبعة الاميرية طبعة ١٩٠٤م ٠
- والاحتضانُ هو احتمالُك للشئ وجعله حضنك ؛وحُضان ، جمع حاضن لأن المربي والكافل يضم الطفل إلي حضنه. ويقال حضن الطائر بيضه اذا ضمه إلي نفسه تحت جناحه بمعني رجن عليه للتفريخ، وحضن الطائر افراخه اذا غطاهما بجناحيه ٠ والحضن الجنب وللمرء حضنان وحضنا الليل جانباه وحضن الجبل ما يطبق به ٠والمحضنة المعمولة للحماية كالقطعة الروجاء من الطين ٠ انظر /لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور المصري ، طبعة دار المعارف ، القاهرة – مصر ، بدون تاريخ نشر ، مادة حضن ، جـ٢ ص ٩١١ ، المعجم الوجيز، ص ١٥٨، معجم الصحاح في اللغة والعلوم ،ص ٢١٢.
- وأما حَضَنُ فجبل بنْجده ، وهو أول نجد ٠ والعرب تقول : أنجد من رأي حضنا ويقال امرأة حضون بينة الحضان ٠ أنظر / معجم مقاييس اللغة ، جـ٢ ، ص ٦٩٠ ٠
- وكذلك المرأة اذا حضنت ولدها حضانة اذا ضمته اليها وكذلك تسمي المرأة حاضنة ويسمي الرجل حاضن ، ومنه يعلم أن حاضنة الصبي هي القائمة علي تربيته والتي تسهر علي رعايته . أنظر /انظر القاموس المحيط لأبي الطاهر مجد الدين بن محمد بن يعقوب الشيرازي الفيروزابادي ، طبعة الحلبي ، فصل الحاء ، باب النون ، جـ٤١ ،ص ٢١٧ ٠
فالحضانة هي الرعاية والولاية علي الطفل لتربيته وتدبير شئونه ، يقال حضن الرجل ، الصبي أي رباه ورعاه فهو حاضن واحتضن الشئ حضنه ٠ واحتضن هذا الأمر ، أي تولي رعايته والدفاع عنه أنظر / المعجم الوسيط ، جـ١ ، وضع مجمع اللغة العربية ، دار الشروق الدولية ، القاهرة – مصر ، ط٤ ، سنة ٢٠٠٤ م ، ص ١٨٢؛المعجم الوجيز ، ص ١٥٨ ؛ والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير للعلامة احمد بن محمد بن علي المغربي الفيومي ، طبعة المكتبة العلمية ، جـ١، ص ٦٦ ٠
- ودور الحضانة - مدارس ينشأ فيها صغار الأطفال ٠ أنظر / المعجم الوسيط ،جـ ١ ،ص ١٨١ ٠
- والمربي يحضن ولده أي يتخذه في حضنه وإلي جنبه لأن الصغير لما كان عاجزا عن النظر في مصالح نفسه جعل الله ذلك إلي من هو أقدر وأهل ففوض الولاية في المال والعقود إلي الرجال ، لأنهم بذلك أقوم وأقدر علي التربية من النساء وأقوي ٠انظر /الاختيار لتعليل المختار للعلامة عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي ، تحقيق / محمد محيي الدين عبد الحميد ، جـ٤، ص ١٩ ٠

(٢) حاشية الطحاوي علي الدر المختار، والدر المختار لخاتمة المحققين ،محمد أمين الشهير بإبن عابدين المتوفي سنة ٢٥٢ هـ ، طبعة الحلبي ،جـ٣ ، ص ٥٥٥ ٠ة البقرة ،من الآية (٢٣٧) .

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، للعلامة علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الملقب بملك العلماء ، المتوفي عام ٥٨٧هـ ، طبعة دار الحديث ، جـ ٤، ص ٤٠ ٠

(ب) – وعرفها المالكية :

بأنها :" حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه "[١]؛ **وقيل :** " هي صيانة العاجز والقيام بمصالحه" [٢].

أي تدبير مؤونة طعامه ولباسه وتنظيف جسمه. وهذا التعريف يشمل الطفل الصغير والمعتوه بالقيام بمصالحة وخدمته ورعايته وغيرهم.

(جـ) وعرفها الشافعية:

بأنها : "حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه ودفع ما يضره"[٣].

وقيل: "هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته أي تنمية المحضون ،بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك "[٤] (١)؛ **وكما قيل هي:** " تربية من لا يستقل " أي بفعل ما يصلحه وبقيه عما يضره ٠

(د)– وعرفها الحنابلة :

بأنها: "حفظ صغير ونحوه ، كمجنون ومعتوه عما يضره وتربيته بعمل مصالحه"[٥].

ومصالحه كغسل ثيابه ورأسه وبدنه ودهنه وتكحيله وربطه بالمهد وتحريكه ، لينام ونحو ذلك مما يتعلق بمصالحه وذلك لأنه يهلك بتركه ، فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك ٠ **وقيل:** ((هي حفظ من لا يستقل بنفسه وتربيته حتي يستقل بنفسه)) [٦]،

---

(١) شرح الزرقاني علي مختصر خليل، للإمام العارف العمداني الجامع بين علمي الاصول والمعاني سيدي عبد الباقي الزرقاني ، طبعة دار الفكر ، بيروت ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م ، جـ٢ ، ص ٢٦٣؛ بلغة السالك لاقرب المسالك للعالم للعلامة الشيخ احمد الصاوي ، طبعة عيسي البابي الحلبي ، جـ١ ص ٥٢٧

(٢) الشرح الصغير لسيدي أحمد الدردير علي مختصر " أقرب المسالك ألي مذهب مالك " ،طبعة دار الشعب ، عام ١٣٩٨ هـ ، جـ١، ص ٤٥١ ؛ حاشية الدسوقي لشمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي علي الشرح الكبير ، طبعة الحلبي ، جـ ٢، ص ٥٢٦ ؛ مواهب الجليل علي مختصر خليل للحطاب ، طبعة مكتبة النجا - ليبيا سنة ١٩٧٨ م ،جـ٤، ص ٢١٤

(٣) نهاية المحتاج الي شرح المنهاج ، لشمس الدين محمد بن إبي العباس أحمد ابن حمزة الشهير بالشافعي الصغير ، المتوفي عام ١٠٠٤ هـ ، طبعة الحلبي ،جـ٧ ، ص ٢١٤

(٤) مغني المحتاج الي معرفة معاني الفاظ المنهاج، للشيخ محمد بن أحمد الشربيني الخطيب المتوفي سنة ٩٧٧ هـ ، طبعة مصطفي البابي الحلبي سنة ١٣٧٧ هـ ، جـ٣ ،ص ٤٥٢ ؛قليوبي وعميرة للامامين الشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة علي شرح العلامة جلال الدين المحلي علي منهاج الطالبين للشيخ محيي الدين النووي ، طبعة عيسي البابي الحلبي وشركاه ، جـ ٤، ص ٨٨ ؛ حاشية الشيخ ابراهيم الباجوري علي شرح ابن القاسم الغزي ،مطبعة شركة دار الكتب ،عام ١٣٣١ م ، جـ ٢ ، ص ٢٠٠ ؛ اسني المطالب شرح روض الطالب للإمام ابي يحيي زكريا الانصاري ، المتوفي سنة ٩٢٦ هـ ، نشر المكتبة الاسلامية ، جـ٣ ص ٤٤٧ ؛ اعانة الطالبين للعلامة الفاضل الصالح السيد ابي بكر المشهور بالسيد البكري بن العارف بالله السيد محمد شطا الدمياطي ، جـ٢ ص ٣٢٨ ٠

(٥) حاشية الروض المربع شرح زاد المستنفع ، للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، مكتبة الرياض الحديثة ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ،جـ ٢ ص ٣٢٨ ؛ كشاف القناع عن متن الاقناع للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، طباعة دار الفكر ،جـ٥ ص ٤٩٦ ؛ المقنع للمقدسي ،جـ ٣ ص ٣٢٧ ٠ الكبير ، طبعة الحلبي ، جـ ٢، ص ٥٢٦ ؛ مواهب الجليل علي مختصر خليل للحطاب ، طبعة مكتبة النجا - ليبيا سنة ١٩٧٨ م ،جـ٤، ص ٢١٤

(٦) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ،علي مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، تأليف الامام علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان المرادي ، طبعة دار احياء التراث العربي – بيروت ،جـ ٩، ص ٤١٩ ٠

أي تعهد من لا يستطيع تعهد نفسه والقيام بشئونها وحده.

(هـ) وعند الزيدية :

"هي حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه عند من هو أولي بذلك"[١].

(و) وعند الإباضية :

"هي حفظ الولد في نفسه ومؤنة طعامه ولبسه ومضجعه وتنظيف جسمه"[٢].

وبناءً علي ما تقدم، إلا أننا نري، أن أفضل تعريفات الفقهاء للحضانة تعريف الإمام الصنعاني لها بأنها: " حفظ من لا يستقل بأمره ، وتربيته ووقايته عما يهلكه أو يضره"[٣].

وعرفها البعض من الفقه المعاصر[٤]، بأنها تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة ".

وبالنظر ألي هذه التعريفات، نجد أنها مختلفة في اللفظ ، متقاربة في المعني ، وكلها ترتكز علي بيان وتوضيح حقيقة الحضانة وهي تربية الطفل ايا كان ذكراً أو انثي من الأبوين ٠

ويبادر السؤال :

هل أتفق فقهاء المسلمين القدامي في ترتيب أصحاب الحق في حضانة الصغير ؟

وللإجابة علي هذا السؤال ، يمكننا بعرض آراء فقهاء المسلمين القدامي في هذه المسألة.

ثبت بالإجماع أن الأم إقدم الحواضن[٥]، والزوجين إذا إفترقا ولهما ولد ، طفل أو معتوه ، فأمه أولي الناس بكفالته إذا كملت الشروط فيها ، ذكراً كان أو أنثي ، وهذا قول يحيي الأنصاري، والزهري ،والثوري ، ومالك، والشافعي ،وأبو ثور، وإسحاق وأصحاب الرأي ،ولا نعلم أحداً خالفهم[٦].

والحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت والأصل فيها النساء ؛ لأنهن أشفق وأرفق وأهدي إلي تربية الصغار ثن تصرف إلي الرجال ؛ لأنهم علي الحماية والصيانة وإقامة مصالح

---

(١) التاج المذهب لاحكام المذهب في فقه الأئمة الاطهار، للقاضي العلامة أحمد قاسم العنبسي اليماني الصنعاني ، الطبعة الاولي - مطبعة دار احياء الكتب العربية ، سنة ١٣٦٦ هـ ، جـ ٣ ص ٣٦٧ ٠

(٢) شرح كتاب النيل وشفاء العليل تأليف الامام محمد بن يوسف أطفيش ، طبعة مكتبة الارشاد، طبعة الباروني وشركاه ، جـ ٧، ص ٤٠٧؛ البحر الزخار جـ ٣، ص ٢٨٤ ٠

(٣) سبل السلام، شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، الصنعاني ، تحقيق / حازم علي بهجت القاضي ، مكتبة نزار مصطفي الباز،الرياض -المملكة العربية السعودية، سنة١٩٩٥،ج٣، ص ١٥٦١ .

(٤) محمد يوسف موسي، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي ، طبعة ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م ، فقرة ٥٣٠؛ عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٨ م ، ص ٤٨١

(٥) الشوكاني ، نيل الأوطار ،ج٦ ، مكتبة دار التراث ، القاهرة – مصر ، عام ١٢٥٥هـ ، ص ٣٢٨ .

(٦) ابن قدامة ، المغني ،ج١١ ، تحقيق / عبد الله التركي ، عبد الفتاح الحلو ، دار عالم الكتب ، الرياض -المملكة العربية السعودية ،ط٣ ، سنة ١٩٩٧ م ، ص ٤١٣ .

الصغار أقدر[١]، ولا يقر الطفل ذكراً كان أو أنثي بيد من لا يصونه ولا يصلحه ؛ لأن وجود من لا يصون ولا يصلحه كعدمه ، فتنتقل عنه إلي من يليه[٢].

وقد اختلف الفقهاء من ثم في ترتيب الحاضنين الذين يلون الأم في استحقاق الحضانة ، علي النحو الآتي:

(أ) **الحنفية** : الحضانة للأم ثم أم الأم ثم أم الأب ثم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب قم بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأم ثم بنت الأخت لأب ثم الخالة عند الإمام (الخالة مقدمة علي الأخت لأب عند محمد وزفر) وتقدم الخالة لأم ثم الخالة لأب ثم بنت الأخ الشقيق ثم بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب ثم العمة الشقيقة ثم العمة لأم ثم العمة لأب ثم خالة الأم الشقيقة لأم الأم ثم الخالة أخت أم الأم لأمها ثم اختها لأبيها ثم خالة الأب الشقيقة ثم خالة الأب لأم ثم خالة الأب لأب ثم عمة الأم الشقيقة ثم أخت أب الأب لأمه ثم أخته لأبيه فإن عدمن فالحضانة تنتقل من ثم للرجال العصبة علي حسب ترتيب الميراث، الأب فالجد لأب إن علا ثم الأخ الشقيق فالأخ لأب ثم إبن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب وإن سفل ثم العم الشقيق ثم العم لأب ثم أبن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ، مع ملاحظة أنه لو كانت المحضونة أنثي فلا تدفع لغير محارمها ،فإن لم يوجد من العصبة فلذوي الإرحام من الذكور المحارم ،مع الأخذ في الإعتبار أنه عند التساوي في درجة الاستحقاق فالأولي الأصلح ديناً والأورع ، وعند التساوي الأكبر سناً[٣].

(ب) **المالكية** : الأم ثم أم الأم وإن علت ثم خالة الأم ثم عمة الأم ثم أم الأب ثم الأب ثم الأخت ثم العمة ثم عمة الأب ثم خالة الأب ثم بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأم ثم بنت الأخت لأب ، فإن لم يوجد فتثبت الحضانة للذكر والأنثي ثم لأخ المحضون ثم للجد لأب ثم الأقرب فالأقرب ثم ابن أخ المحضون ثم عم المحضون ثم إن عم المحضون ، فإن لم يوجد فللمعتق عصبته سواء أعتق المحضون أو أعتقه والد المحضون ، وعند التساوي يقدم الأكثر صيانة وشفقة ، وعند التساوي يقدم الأكبر سناً[٤].

(ج) **الشافعية** : الأم ثم الجدة لأن وإن علت الأقرب منهن بشرط أن يدلين للمحضون بأنثي راثة منه ثم أم الأب الأقرب فالأقرب منهن بشرط أن يدلين للمحضون بأنثي وراثة منه ثم أم أب الجد الأقرب فالأقرب منهن بشرط أن يدلين للمحضون بأنثي وراثة منه ثم الأخت الشقيقة ، ثم الأخت لأب ثم الأخت لأم، (ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب في قول آخر) ثم الخالة ثم بنت الأخت ثم بنت الأخ ثم

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، تحقيق / علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان ، ط٢ ، سنة ٢٠٠٣ م ، ص ٢٠٥ .

(٢) البهوتي ،كشاف القناع ،ج ٨ ، تحقيق / إبراهيم أحمد عبد الحميد ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الرياض - المملكة العربية السعودية ،ط خاصة ، سنة ٢٠٠٣ م ، ص ٢٨٥٥ .

(٣) السرخسي ، المبسوط ،ج٥، دار المعرفة بيروت – لبنان – ١٩٨٩،ص ٢١٠-٢١٢\؛ ابن نجيم ، البحر الرائق،ج٤، دار الكتب العربية الكبري، القاهرة، مصر،عام ١٣٣٣هـ ، ص ١٨٢- ١٨٤ ؛ ابن الهمام ،فتح القدير ،ج٣ ، المطبعة الكبري الأميرية ببولاق المحمية ، ط١ ، عام ١٣١٥ هـ ، ص ٣١٥ -٣١٦ .

(٤) الدردير ، الشرح الكبير ،ج٢ ، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة – مصر ، بدون تاريخ نشر ، ص ٥٢٧ -٥٢٨ ؛ الشرح الصغير ،ج٢ ، دار المعارف ،القاهرة –مصر ، سنة ١٩٩١ م ، ص ٧٥٦- ٧٥٨ .

العمة ، فإن عدمن فتثبت الحضانة لكل ذكر محرم وارث علي ترتيب استحقاق الإرث ، وإذا اجتمع الرجال والنساء قدمت النساء ، ويقدم الأقرب فالأقرب ، وعند التساوي في القرابة تقدم الأنثي[١].

(د) الحنابلة : الأم ثم أمهات الأم الأقرب فالأقرب ثم الأب ثم أمهات الأب الأقرب فالأقرب ثم الجد فأمهات الجد الأقرب فالأقرب وهكذا ، ثم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ثم الخالة الشقيقة للأم ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب ثم العمة شقيقة الأب ثم العمة لأب ثم العمة لأم ثم خالة الأم الشقيقة ثم لأم ثم لأب ثم خالة الأب الشقيقة ثم لأم ثم لأب ثم عمة أبيه الشقيقة ثم لأم ثم لأب ، ثم للعصبة الأقرب فالأقرب ، وإذا اجتمع شخصان أو اكثر من أهل الحضانة في درجة قدم المستحق بالقرعة[٢].

(هـ) الظاهرية : الأم ثم الجدة والمناط أن تكون الحاضنة مأمونة في دينها وفي دياناها فحيثما كانت الحياطة في الدين والدنيا وجبت الحضانة عند الأب او الأخ او الأخت او العمة او الخالة او العم او الخال ، وذوي الرحم المحرم أولي من غيرهم بكل حال والدين مغلب علي الدنيا ، فإن إستووا في صلاح الحال فالأم والجدة ثم الأب والجد ثم الأخ والأخت ثم الأقرب فالأقرب[٣].

وقد أجمع الفقهاء، علي أن الأم هي أحق الحاضنات وأولاهم بحضانة ولدها ذكرًا أو أنثي ، مادمت قد تحققت فيها شروط الحضانة ، وهو قول يحيي الأنصاري ، والزهري ، والثوري ، ومالك، والشافعي ، وأصحاب الرأي ،ولا يعلم أحد خالفهم[٤].

ومن ثم ، إلا أننا نري، أنه وبالرجوع الي أحكام الفقه الإسلامي، **نجد أن** الآراء الفقهية إختلفت إختلافاً بيناً في ترتيب الحاضنات بعد الأم بحسب ما تقتضيه مصلحة المحضون .

وقد يثور تساولاً مهم .....

هل تجبر الأم علي حضانة صغيرها ؟ وللإجابة علي هذا التساؤل ، يمكننا عرض الآتي :

(١) أفضلية الأم علي غيرها في الحضانة :

أجمع الفقهاء ، علي أن الأم هي أحق الحاضنات وأولاهم بحضانة ولدها ذكراً كان أو أنثي، ما دامت قد تحققت فيها شروط الحضانة، وهو قول يحيي الأنصاري ، والزهري، ومالك ، والشافعي، وأبي ثور، وإسحاق، وأصحاب الرأي، ولا يعلم أحدٌ خالفهم[٥] .

---

(١) الرملي ، نهاية المحتاج ،ج ٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ٣ ، سنة ٢٠٠٣ ، ص ٢٢٦-٢٢٨ .

(٢) ابن قدامة ، المغني ،ج١١، تحقيق / عبد الله التركي ، عبد الفتاح الحلو ،دار عالم الكتب ،الرياض -المملكة العربية السعودية ، ط٣ ، سنة ١٩٩٧ ، ص ٤٢٥ -٤٢٦ .

(٣) ابن حزم ،المحلي ،ج١٠ ، تحقيق / أحمد محمد شاكر ، إدارة الطباعة المنيرية ، القاهرة -مصر ،ط١ ، عام ١٣٤٧ هـ ، ص ٣٢٣ .

(٤) ابن المنذر ،الاجماع ، مكتبة الفرقان ، عجمان – الإمارات العربية المتحدة ،ط٢ ، سنة ١٩٩٩ م ، ص ١١١ ؛ ابن قدامة ،المغني ،ج١١ ،ص ٤١٣ .

(٥) ابن المنذر ، الإجماع ، ص ١١١ ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج١١ ، ص ٤١٣ .

– وإستندوا علي ذلك من القرآن الكريم والسنة النبوية والآثر :

(أ) من القرآن الكريم : قوله تعالي:[وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ] [(١)]. **ويستفاد من ذلك،** أن الحضانة للأم والنفقة للأب؛ لأن الحضانة مع الرضاع[(٢)].

(ب) من السنة النبوية : عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلي، رسول الله، صلي الله عليه وسلم ، فقال: **يا رسول الله،** من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال: أمك. " قال : ثم من ؟ قال : أمك. قال: ثم من ؟ قال:أمك. قال : ثم من؟ قال: " ثم أبوك ؟[(٣)] . **يستفاد من ذلك،** أن هذا نص جليَ علي إيجاب الحضانة؛ لأنها صحبة "[(٤)].

(ج) من الأثر: ما روي عن القاسم بن محمد، أن عمر خاصم إمراته أم عاصم بنت عاصم في ابنه منها إلي أبي بكر رضي الله عنه، فقال له أبو بكر: إدفعه إليها فما راجعه الكلام "[(٥)]. **ويستفاد من ذلك،** أنه فيه دليل علي أن عمر كان مذهبه خلاف أبي بكر ، ولكنه سلم للقضاء ممن له الحكم والإمضاء ثم كان بعد في خلافته يقضي به ويفتي ولم يخالف أبا بكر في شئ منه مادام الصبي صغيراً لا يميل ولا مخالف لهما من الصحابة"[(٦)] .

(ب) مدي جواز إجبار الأم علي الحضانة: لقد اختلف الفقهاء في شأن إجبار الأم علي حضانة صغيرها ، علي قولين : فالقول الأول : هو قول الحنفية ،والمشهور عند المالكية ،والشافعية، والحنابلة ، أن الحضانة حق للحاضن ،فلا يجبر الحاضن علي الحضانة[(٧)].

والقول الثاني : هو قول عند الحنفية، وقول عند المالكية، ورواية عند الحنابلة ،أ ن الحضانة حق للصغير المحضون فيجب علي الحاضن عليها[(٨)]؛ **وقيل** " بأن الحضانة حق للحاضنة فلا تجبر عليها"[(٩)].

---

(١) سورة البقرة ، من الآية ٢٣٣ .
(٢) ابن العربي ، أحكام القرآن ، ج١ ،دار عالم الكتب ، الرياض -المملكة العربية السعودية ،ط٢ ، سنة٢٠٠٣م ، ص ٢٧٥ .
(٣) صحيح البخاري ، ص ١٥٠٠ ، كتاب الأدب ، باب البر والصلة ، رقم ٥٩٧١ .
(٤) إبن حزم ، المحلي ، ج ١٠ ، ص ٣٢٣ .
(٥) سعيد بن منصور ، السنن ، مج ٢/٣ ، ص ١٣٩ ، كتاب الطلاق ، باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، رقم ٢٢٧٠ .
(٦) ابن القيم ، زاد المعاد في هديّ خير العباد ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ،المعروف ب " إبن القيم " ، تحقيق / شعيب الأرناؤوط ، عبد القادر الأرناؤوط ،مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت- لبنان ،ط٣ ، سنة ١٩٩٨ م ، ج٥ ، ص ٣٩٠ .
(٧) إبن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٣ ،ص ٣١٤ ؛ حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ،ج٢ ، ص ٥٣٢ ؛ الرملي ،نهاية المحتاج ،ج٧ ، ص ٢٣١ ؛ برهان الدين بن مفلح ،المبدع ،ج٧ ، تحقيق / محمد حسن الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ط١ ، سنة ١٩٩٧ ، ص ١٨٦ .
(٨) إ بن عابدين ،رد المحتار علي الدر المختار ، تحقيق / عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض ،دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ،الرياض - المملكة العربية السعودية ، ط خاصة ، سنة ٢٠٠٣ م ، ج٥ ص ٢٥٨ ؛حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ،ج٢ ،ص ٥٣٢ ؛ برهان الدين بن مفلح ،المبدع ،ج٧، ص ١٨٦ .
(٩) الشلبي علي الكنز ، ج٣ ، المطبعة الكبري الأميرية ببولاق مصر المحمية ،ط١ ، سنة ١٣١٣ هـ ، ص ٤٧ ؛حاشية ابن عابدين ، ج٢ ، ص ٨٧٥

واستدلوا به تأييداً لهذا الرأي[١]: أن الحاضنة لا تجبر علي الحضانة لإحتمال عجزها ،لأن شفقتها كاملة علي المحضون ،وهي لا تصبر عنها في الأغلب إلا عن عجز ،فلا معني لا يجابها، لأنها محمولة عليها بدون الجبر.- **وإستدلوا علي ذلك ، قوله سبحانه وتعالي :** [وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ[٢]]؛ **ولقوله سبحانه وتعالي :** [وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى] [٣].

وعلي ذلك: إنهما إذا إختلفا فقد تعاسرا، فتكون الآية الأولي للندب لا للوجوب، ومقتضي هذا أن الوالدة لا تجبر"[٤].**وذهب آخرون،** بأن الحضانة حق للولد ، فتجبر الحاضنة علي الحضانة ،وقد أختار هذا الرأي: أو الليث والهندواني وجواهر زادة من مشايخ الحنفية ،وأيضا قول: إبن أبي ليلي والحسن بن صالح .

وإستدلوا علي ذلك، " أن الزوجة لو إختعلت علي أن تترك ولدها عند الزوج ،فإن الخلع جائز، والشرط باطل، لأن حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجاً: [٥].

وبناءً علي ما تقدم، وخلاصة الرأي عند الحنفية، في هذه المسألة أن **البعض** ، قال بأن الفتوي علي عدم الجبر، **والبعض الآخر،** بأن الأولي الإفتاء بالجبر، وقال آخرون، بأن الحضانة حق للحاضنة وحق للمحضون، وهناك إتفاق **من ناحية أولي:** علي أن الأم تجبر علي الحضانة، إذا تعين عليها ذلك، بأن لم يوجد غيرها، **ومن ناحية أخري:** أو لم يقبل الحضانة غيرها، أو لم يكن للأب ولا الصغير مال[٦].

ألا أننا نري ،أ نه لا يوجد أحن وأشفق من الأم علي صغيرها ،فحضانة الصغير حق للصغير المحضون ،فتجبر الأم علي حضانة صغيرها مادامت توافرت فيها شروط الحضانة ،ألا أننا نميل إلي الرآي الأخير ونؤيده .

---

(١) شرح الكنز للزيلعي ، ج٣ ، ص ٤٧ .
(٢) سورة البقرة ،من الآية (٢٣٣) .
(٣) سورة الطلاق ، من الآية (٦) .
(٤) الشلبي علي الكنز ،ج٣ ، ص ٤٧ .
(٥) الشلبي ،ج٣ ، ص ٤٧ ؛حاشية ابن عابدين ،ج٢ ، ص ٨٧٥ .
(٦) ومن الآثار التي تترتب علي إعتبار الحضانة حقاً للحاضنة والمحضون معاً :
(أ) أن الزوجة لو إختلعت علي أن تترك ولدها عند الزوج جاز الخلع وبطل الشرط ،لأن حق الولد يتعارض مع هذا الشرط ، وتصحيح الشرط هنا فيه ضياع لحق الولد ،وإعتبار أن الحضانة حق خالص للحاضنة
(ب) وأن الحاضنة إذا لم ترض بالحضانة ، مع أنها تعينت عليها ، فإنها تجبر عليها قضاء ،حتي لا يضيع حق الولد ؛يراجع في ذلك / الزيلعي والشلبي ، ج٣ ، ص ٤٧ ؛ التنوير والدر وابن عابدين ،ج٢ ، ص ٨٧٥ ،٨٧٦ ؛تنقيح الفتاوي الحامدية ،ج١ ، المعروفة بالفتاوي الهندية ، في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، المطبعة الكبري الأميرية ،ببولاق مصر المحمية ، سنة ١٣١٠ هـ ، ص ٥٨ .

المبحث الثاني

تعريف الحضانة قانوناً

كان لواضعي قانون الأحوال الشخصية تعريفا خاصًا بالحضانة وكذلك للقضاء نظرة في هذا الموضوع.

فلزم الأمر هنا عرض هذه التعريفات ، مفهوم الحضانة في ضوء التشريع المصري ، ومفهومها في ضوء بعض التشريعات الاخري .وأخيرًا التعريف المختار لها ،سوف نعرض بإيجاز من هم أصحاب الحق في حضانة الصغير في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي .

وقد رأينا تقسيم هذا المبحث الي مطالبين وهما علي النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف الحضانة في التشريع والقضاء.

المطلب الثاني: من لهم الحق في الحضانة قانونا.

المطلب الأول

تعريف الحضانة قانوناً

أولاً- تعريف الحضانة في قانون الاحوال الشخصية:

(أ) مفهوم الحضانة في ضوء التشريع المصري :

عرفتها المادة (١٥٨) من مشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية ،في قولها : " إن الحضانة هي ضم الطفل والقيام علي شئونه وتربيته وقضاء حاجياته الحيوية في المدة المبينة في القانون".

ومن خلال نص الفقرتان الأولي والرابعة من المادة(١٨ مكررًا) ثالثاً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م المضاف بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م ، وأيضًا الفقرة الأولي من المادة (٢٠)من المرسوم بقانون المذكور المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م ، وهذه النصوص خاصة بمسكن الزوجية حيث تشغله الحاضنة دون الزوج المطلق.

وقد عرفت هذه النصوص الحضانة : بأنها التي تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التي يعجز فيها الصغار عن عدم القيام بمصالح البدن وحدهم[١] .

كما عرفها البعض بأنها " القيام بتربيته الصغير ورعاية شئونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيمه إلي سن معين ممن له الحق في تربيته وحفظه شرعاً"[٢].

---

(١) قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م المضاف بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م من قانون الاحوال الشخصية

(٢) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، مطبعة دار التأليف ، القاهرة ، ط ١ ، ١٩٥٩ – ١٩٦٠، ص ٦١٣

(ب) مفهوم الحضانة في ضوء بعض التشريعات الآخري[١]:

عرف قانون الأسرة الجزائري، الحضانة في المادة(٦٢) بقولها " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته علي دين أبيه والسهر علي حمايته وحفظه صحة وخلقًا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك " .

وعرفتها مجلة الأحوال الشخصية التونسية، في المادة(٥٤) بقولها " الحضانة هي حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته".

وعرف القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية الليبي ،الحضانة في المادة ٦٢ بأنها " حفظ الولد، وتربيته ورعاية شئونه وتوجيهه من حين ولادته إلي أن يبلغ الذكر ويتم الدخول بالأنثي وذلك بما لا يتعارض مع حق الولي ".

أما مدونة الأسرة المغربية، فعرفتها في المادة ١٦٣ /١ بأنها " حفظ الولد مما قد يضره المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه ".

أما قانون الاحوال الشخصية الأردني، وفقاً للمادة(١٥٦)منه نص علي أن " حضانة الأم تسقط إذا تزوجت بغير قريب محرم من المحضون"[٢]، فإذا كان التشريع المصري حدد سناً للحضانة فإن " التشريع الأردني لم يحدد السن الذي به تبلغ البنت أو الولد "[٣].

وعرفها قانون الأسرة البحريني ،تعريف الحضانة في المادة(١٢٧)منه بأنها " حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية علي النفس "[٤].

أما التشريع العراقي: " أعتبر أن زواج الحاضنة الأم – المطلقة لا يسقط حضانتها –إلا أن القانون لم يقدر حقها – رغم ذلك في الاستمرار في الحضانة – وإنما أظهر الأب معها مستحقاً في الحضانة ، وجعل المحكمة أن تقرر في ضوء مصلحة الصغير – هل الأم أحق بحضانته أم الأب ؛ لأن نص القانون في ضوء مصلحة المحضون "[٥].

وبناءً علي ما تقدم، يتضح أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته علي دين أبيه والسهر علي حمايته وحفظه وتوجيهه من حين ولادته الي سن معين مما قد يضره .ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً لذلك.

---

(١) أحمد شامي ، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري " دراسة فقهية ونقدية مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الاسكندرية ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٨ – ٢٠٠٩ ، ص ٢٠٦ .

(٢)أ حمد نصر الجندي ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، طبعة ٢٠١١ ، دار الكتب القانونية ، ص ١٩٠ .

(٣) أ حمد نصر الجندي ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المرجع السابق ، ص ١٩٢ .

(٤) أحمد نصر الجندي ،شرح قانون الاسرة البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩ ، القسم الأول ،طبعة ٢٠١١ ،دار الكتب القانونية ، ص ٢٣٣ .

(٥) أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في إقليم كردستان " القانون ٧٧ لسنة ١٩٨٣ " ، طبعة ٢٠١١ ، دار الكتب القانونية ،ص ١٥١ .

فالحضانة عمل وفيها حقوق ثلاثة : حق الصغير ، حق الحاضنة ، حق الأب ، فإذا إجتمعت وأمكن التوفيق بينهم وجب المصير إليها ، وإن تعارضت فحق الصغير مقدم علي حقها ، لأن مدار الحضانة علي نفع الولد.

وتطبيقاً لذلك، قد جاء حكم في هذا الصدد بأن[1]: " في الحضانة حقوقاً ثلاثة : حق الصغير وحق الحاضنة وحق الأب ،وهذه الحقوق إذا إجتمعت وأمكن التوفيق بينها وجب المصير إليها، فإن تعارضت فحق الصغير مقدم علي حقيهما جميعاً، لأن مدار الحضانة علي نفع الولد، ومثل الأب كل عاصب ،ومثل الأم كل حاضنة ".

ثانيًا- تعريف القضاء للحضانة :

لقد أولي المشرع اهتماما كبيرا بالصغير ، وهو الأمر الذي جعله ينظم حياة الصغير بطائفة من الأحكام ، متوخياً فيها مصلحة الصغير بالمحافظة عليه وحسن رعايته ، بما يكفل له تربيته وتنشئته النشأة الصالحة.

وذلك مبتدأ بالحضانة، وهي من أهم مظاهر رعاية الطفولة ، إذ أن الطفل في بداية حياته في حاجة ماسة لمن يحفظه، ويعهده ويقوم علي تربيته بما يصلحه، ويحجبه عما يضره ، لأنه في هذه المرحلة يكون ضعيفاً عاجزًا عن القيام بشئون نفسه ، والوالدان بدافع الحنان الأبوي والشفقة الأبوية ، هما أجدر الناس للقيام بهذه المهمة[2]. وجاءت بعض الأحكام في ذلك.

وقد جاء في حكم لمحكمة بني سويف الكلية بقولها، بأن الحضانة هي :" تربية الطفل ورعايته والاشراف عليه في مدة معينة حسبما جري عليه العرف"؛ وليس معناها ملازمة الصغير بحيث لا تفارقه الحاضنة ولأن المعروف أن الاطفال في هذا السن كثيرًا ما يلهون ويلعبون وفي الأرض يمرحون[3].

وتطبيقاً علي ذلك، وقد عرفت المحكمة الدستورية العليا الحضانة بأنها:

" في أصل شرعتها هي ولاية للتربية ، غايتها الاهتمام بالصغير، وضمان رعايته والقيام علي شئونه، في الفترة الأولي من حياته. والأصل فيها مصلحة الصغير، وهي تتحقق بأن تضمه الحاضنة التي لها الحق في تربيته شرعًا إلي جناحها، باعتبارها أحفظ عليه وأحرص علي توجيهه وصيانته، ولأن انتزاعه منها – وهي أشفق عليه وأوثق اتصالاً به وأكثر معرفة بمايلزمه وأوفر صبراً عليه – إبان الفترة الدقيقة التي لا يشتغل فيها بأموره ، والتي لا يجوز خلالها أن يعهد به إلي غير مؤتمن يأكل من

---

(١) محكمة العطارين الجزئية الشرعية ،في ١٩٤٨/٤/٢٠ ،١١ جمادي الثانية عام ١٣٦٧هـ ،المحاماة الشرعية ،السنة ٢٠ ،العددان ٧ ، ٨ ، ص ٣٣٧ ، رقم ٧٥ ،وقد استؤنف وحكم بتأييده في ١٩٤٨/٦/١٤ ؛وحكم محكمة أجا الشرعية في ٧شوال عام ١٣٥٥هـ ، ١٩٣٦/١٢/٢١ م ،المحاماة الشرعية ،السنة ١٠ ، العدد ٤ ، ص ٣٦٨ ،رقم ٩١ .

(٢) نيبلة اسماعيل رسلان ، حقوق الطفل في القانون المصري ، مطبعة جامعة طنطا ، ٢٠٠١ م، ص ٨٩ .

(٣) ٥١/٨٩ أستئناف كلي بني سويف ، في ١٩٥١/١٢/٥ م ، المحكمة الشرعية ، ٦٤٠/٢٢ ، مشار البه / رشدي شحاته ابو زيد ، شروط ثبوت حق الحضانة ، الطبعة الاولي ، ١٤١٩هـ- ١٩٩٩م – الناشر دار الفكر العربي ، ص ٤٢

نفقته ويطعمه نزراً ، أو ينظر إليه شزراً ، ثم تضيف بعد ذلك كله إلي أنه بعد أن يبلغ الصغير سن الحلم،

فيصل في ذلك ألي مرحلة وهي أشد المراحل حساسية ألا وهي مرحلة المراهقة فوجب انتقاله إلي من هو أحق به وأكثر فهماً لطبيعة هذه الفترة الحرجة وحتي يستطيع أن يتخلق بخلق الرجال وشيمهم ومروءتهم لذا فلقد أناط المشرع أن ينتقل الصغير إلي من هو أولي به رعاية وأكثر به دراية وأكفي به تأديباً وتهذيباً ألا وهو أبيه راعيه ومربيه[١]؛ الحضانة عمل وفيها حقوق ثلاثة : حق الصغير ، حق الحاضنة ، حق الأب ، فإذا اجتمعت وأمكن التوفيق بينهم وجب المصير إليها ، وإن تعارضت فحق الصغير مقُدم علي حقها ،لأن مدار الحضانة علي نفع الولد "[٢].

وقد جاء حكم آخر لها بأنها "فالحضانة تعني ضم الصغير الي من يعني بتربيته[٣]؛ والإشراف عليه في مدة معينة أو هي ولاية تربية الطفل في المدة التي لا يستغني فيها عن تربية النساء[٤].

وفي ضوء ما تقدم ،فإن لفظ الحضانة، إنما يطلق علي ثبوت يد الحاضنة من النساء طالما كان الصغير في هذه السن ، فإن بلغ أقصي سن الحضانة كان للعاصب ضمه حيث ينحسر لفظ الحضانة علي يد العاصب علي الصغير في الحالة الاخيرة ، ويد الكبير علي الصغير فيما يتعلق بتربيته والسهر عليه يمكن أن يكون لها صفتان أما يد حضانة أو يد حفظ ، والحضانة تختلف عن الحفظ من الفروق ، فالحضانة تكون خلال السن التي تحددها قانون الموضوع أما الحفظ فيكون فيما بعد سن الحضانة الذي حدده القانون أو سقوط حق الحضانة لأس سبب من الأسباب ، وحق الحضانة محدد في نساء أوردهن الشرع في قانون بترتيب عينه ، أما الحفظ فأمره يخضع لتقدير قاضي الموضوع مستهدفا مصلحة الصغير.

ويبادر بالسؤال.....

ما هو التعريف المختار للحضانة فقهًا وقانونًا ؟

وللإجابة علي هذا التساؤل ، يمكننا عرض الآتي :

- التعريف المختار للحضانة :

قيل بيان التعريف الراجح للحضانة أشير إلي الأمور الأتية :

---

(١) المحكمة الدستورية العليا ، الطعن رقم ٨١ لسنة ١٨ قضائية ، تاريخ الجلسة ١٩٩٨/٤/٤ م ، مكتب فني ٨ ، رقم الجزء ٢ ، رقم الصفحة ١٢٧٣ ؛ المحكمة الدستورية العليا ، الطعن رقم ٧٤ لسنة ١٧ قضائية ، تاريخ الجلسة ١٩٩٧/٣/١ ، مكتب فني ٨ ، رقم الجزء ١ ، رقم الصفحة ٤٣٧ .

(٢) انور العمروسي ،موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع ، المجلد الأول ، طبعة ٢٠٠٥ م ،دار الفكر الجامعي بالاسكندرية ، ص ٤١٤ .

(٣) راجع حكم محكمة بني سويف الشرعية ،في الاستئناف رقم ٨٩ لسنة ١٩٥١ ،جلسة ١٩٥١/١٢/٥ م ،منشور بمجلة المحاماة الشرعية ، العدد ٢٢ ،ص ٦٤٠ ؛ بدران ابو العينين ،الزواج والطلاق في الاسلام ،ط ١٩٥٧ ، دار التاليف - القاهرة ، كلية الحقوق ،جامعة القاهرة ، ص ٣٣٩ .

(٤) محمد الدجوي ،الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين ،بدون دار وسنة نشر ، ص ٣٦٥ .

أولاً- التفرقة بين الحضانة والكفالة[١]:

أختلف الفقهاء في التفرقة بين الحضانة والكفالة، فذهب بعض الفقهاء إلي أنهما مترادفان في المعني.

قال تعالي :حكاية عن سيدنا موسي عليه السلام: [إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى مَنْ يَكْفُلُهُ**]** [٢]، أي يحضنه فيربيه[٣].

وقال تعالي: [وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ**]** [٤]، فمعني يكفلونه لكم، يحضنونه لكم.

قيل الحضانة ، تطلق علي الطفل الذي يكون في حضانة أمة زوجة كانت أو مطلقة والكفالة تطلق علي الطفل الذي يكون في حضانة امرأة أخري غير أمه أو رجل آخر.

وقال الإمام الموارديِ الشافعي: إن رعاية الطفل الصغير إلي سن التمييز تسمي حضانة أما رعايته بعد البلوغ فتسمي كفالة"[٥].

ثانياً- التفرقة بين الحضانة والوصاية[٦]:

الوصاية هي " نظام لرعاية أموال القاصر فهو شبيه بنظام الولاية فكلاهما مما يحمي أموال القاصر ". **ولكن الولاية** أساسها القرابة والشفعة فهي لا تكون إلا للأب ثم الجد الصحيح اذا لم يكن

---

(١) الكفالة في اللغة ، الضمان ، يقال : كفيل يكفل كفولا وكفلا والاسم الكفالة ، ويقال تكفلت بالمال أي التزمت به ، وتحملت به ، وكفلت به كفالة وكفلت عنه المال ، وكفلته ، وقيل هي الضم ، قال ابن بطال : الكفالة بالولد أن يعوله ويقوم بأمره ومنه قوله تعالي : [وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا] سورة آل عمران : الآية : ٣٧ " لسان العرب مادة حضن والكافل ، العائل والكافل والكفيل ، الضامن ٠

وفي اصطلاح الفقهاء هي ضم ذمة إلي ذمة في المطالبة بدين أو عين أو نفس ، الذمة المضمومة هي ذمة الكفيل وهو الضامن الملتزم بتأدية ما علي الأصيل من الحق ، والذمة المضموم إليها هي ذمة الأصيل وهو المطالب في الأصل ، ويسمي المكفول عنه والمكفول ، أما صاحب الحق فهو المكفول له وهو الطالب والحق هو المكفول به ، يراجع الهداية ، شرح بداية المبتدئ لشيخ الاسلام برهان الدين الرشداني المرغياني المتوفي سنة ٥٩٣ هـ ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،الجزء ٣، ٤ ، ص ٩٦ ؛ احكام المعاملات الشرعية للأستاذ الكبير / علي الخفيف ، طبعة دار الفكر العربي ،الطبعة الثالثة ، ص ٤٤٢ ، مغني المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٤٥٢ ٠

(٢) سورة طه ، الآية ٤٠ ٠

(٣) فالمراد بالكفيل هنا من يعول الصغير ويقوم بامواره وعلي ذلك فلفظ الكفيل هنا مشترك بين ضم الذمة وبين الحضانة ، المغني ، جـ ٧ ص ٦١٢ وما بعدها ؛ويراجع ، تفسير النسفي للإمام أبي البركات عبد الله بن احمد بن محمود النسفي ، طبعة عيسي الحلبي ، جـ ٣ ص ٥٣ ؛ تفسير القرطبي ،لأبي عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي ، طبعة الهئية المصرية العامة للكتاب ١٩٨٧ م ،جـ ١١ ، ص ١٩٧ ٠

(٤) سورة القصص ، الآية (١٢) ٠

(٥) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ، طبعة دار الفكر العربي ، جـ ٢ ،ص ٤٥٢ ، حاشية البيجرمي علي شرح منهج الطلاب ، جـ ٤، ص ١٢١ ، نيل الاوطار للشوكاني ،جـ ٧ ،ص ١٣٧ ٠

(٦) الوصاية ، لغة ، الأمر ، قال تعالي : [وَوَصَّى بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ] سورة البقرة من الآية : ١٣٢ " أي الأمر ، شرعا ، الأمر بالتصرف بعد الموت ، كوصية الإنسان إلي من يغسله ،او يصلي عليه إماما ، او يزوج بناته ونحو ذلك ، المغني ، جـ ٨ ص ١٨٩ ، شرح منتهي الارادات المسمي "دقائق أولي النهي " لشرح المنتهي ،للشيخ العلامة فقيه الحنابلة في وقته منصور ابن يونس بن ادريس البهوتي ، المتوفي سنة ١٠٥١ هـ ، طبعة دار الفكر ، جـ ٢، ص ٥٣٨ ٠

الأب قد اختار وصيا فاذا توفي الأب والجد الصحيح إستحال تطبيق نظام الولاية إذ أن الولاية لا تكون إلا لهذين الشخصين فقط .

واستلزم الأمر الأخذ بنظام الوصاية أي تعيين شخص تتوافر فيه شروط معينة تكون له ولاية علي مال القاصر والغرض من نظام الوصاية هو صيانة ثروة القاصر واستثمارها في الوجوه التي تعود عليه بالمنفعة عن طريق جعل الوصي مديراً لأموال الصغير بما يكفل حسن أتفاقها وحفظها لمصلحة الصغير(١).

وتعيين الوصي لابد وإن يصدر به قرار من محكمة الولاية علي المال فالوصي لا يستمد صفته إلا بقرار من المحكمة أما سلطاته وواجباته فيحددها القانون مباشرة ولا دخل للقاضي في تحديد مداها ، وتنتهي الوصاية طبقًا للمادة ٤٧ في احوال حددتها هذه المادة ٠

- أما الحضانة ...

فهي حق مقرر لرعاية الطفل وحسن تنشئته والقيام بخاصة نفسه في سني حياته الأولي التي لا غني له فيها عن غيره(٢).

ومن ذلك يتضح لنا، أن الحضانة هي رعاية الصغير وحفظه بما يكفل حسن تربيته.أما الوصاية فهي رعاية مال الصغير بما يكفل حسن انفاقه.

ثالثًا- هل الحضانة أمانة :

أجابت محكمة استئناف مصر في حكم لها(٣)، علي ذلك، بأن وجود الصغير في يد حاضنته أمانة ولكنها من نوع أخر غير التي يعبر عنها فقها بالوديعة، وهي تسليط المالك غيره علي حفظه ماله ، وهي التي يعتبر الامتناع عن ردها لمالكها غصبا.

فقد جاء في هذا الحكم علي: " أن كان حقًا أن الصغير في يد حاضنته أمانة إلا أنها أمانة من نوع آخر غير الأمانة التي يعبر عنها فقها بالوديعة وهي تسليط المالك غيره علي حفظ ماله وهي التي تعتبر الامتناع عن ردها لمالكها غصبا ، فليس الصغير مالكا لأبيه ولا هو الذي أودعه حاضنته بل الشرع هو الذي سلطها علي حضانة الصغير لمصلحته لا لمصلحة أبيه ولا لمصلحة أي شخص آخر بل بل الشرع هو الذي سلطها علي حضانة الصغير لمصلحته لا لمصلحة أبيه ولا لمصلحة أي شخص

---

(١) الولاية علي المال ، عمرو عيسي الفقي ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ،طبعة ١٩٨٨ م ، ص ٧٥

(٢)محمد الشحات الجندي ، نظرات في نظام الاسرة الإسلامية " الزواج " ،مكتبة جامعة طنطا ، سنة ١٩٨٨ ،كلية الحقوق ،جامعة طنطا ، ص ٤٥٨ ٠

(٣) أحمد نصر الجندي ، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية ،١٣٩٨هـ -١٩٧٨ م دار الفكر العربي ، ص ٤٠٠ وما بعدها ، المبدأ رقم (٧١) ، الدعوي ١٠٢٢ لسنة ١٩٤٠ أستئناف كلي مصر ٤١/٢/٢٣، المحكمة الشرعية ١٩٧٢/٤/١٢

آخر بل للصالح العام الذي يحتم برعاية الصغار والقيام بتربيتهم إلي أن يتمكنوا من الأستقلال برعاية شئونهم)).

فجعلت الشريعة حضانة الصغير للنساء ألي سن معينة ثم للرجال بعد ذلك فاذا كانت الحاضنة قد تجاوزت الحق في إمساكه فلا يقال أنها اغتصبت بل يقال أنها أتت عملا ينافي مصلحتها ولا جزاء لهذا إلا التضرر علي الوجه الوارد بقانون العقوبات ولم يرتب الشارع علي امتناعها إلزامها بنفقة بل تبقي نفقته واجبة علي ابيه أو من تلزمه نفقته شرعا وعليه أن يسلمها للحاضنة مادام في يدها ٠

ولكن معظم هذه التعريفات أغفلت ذكر اطراف الحضانة وبعضها ولم يذكر الغرض من الحضانة أو سببها أو مدتها[١] .

(أ) فتعريفات الأحناف الثلاثة :

فالأول : لم يذكر المحضون له ، ولا الحكم التكليفي للحضانة ،ولا مدتها ٠

والثاني : قصر الحضانة علي الأم دون باقي من لهم الحق في الحضانة وقصر المحضون له علي أبيه دون غيره من باقي الأولياء الشرعين ٠

– كما أنه أغفل عن ذكر مدة الحضانة وحكمها وسببها ٠

والثالث : أغفل ذكر المحضون له وحكم الحضانة ٠

كما أن التعريفات الثلاثة قصروا المحضون علي الصغير أو الصغيرة مع انها تثبت لغير الصغير مثل المجنون والمعتوه والمريض العاجز ، كما انها لا تمنع من دخول الكفالة في التعريف

(ب) أما تعريف المالكية : الأول والثاني ، فقد أغفلا ذكر المحضون له والحاضنة ومدة الحضانة وحكمها وسببها ٠

(ج) أما الشافعية والحنابلة: فقد أغفلوا في تعريفاتهم كذلك ،ذكر الحاضنة والمحضون له، وسبب الحضانة وحكمها ومدتها ٠

(د) وأما الزيدية والاباضية: فقد خلت تعريفاتهم كذلك ،من بعض أطراف الحضانة مثل المحضون له والحاضنة كما أنهم لم يذكروا حكم الحضانة ومدتها وسببها ٠

(هـ) أما التعريف القانوني: فقد أغفل ذكر المحضون له وقصر الحضانة علي النساء مع أنها قد تكون للرجال في بعض الأحوال ٠

وكذلك التعريف القضائي .... لم يذكر الحاضنة والمحضون له في التعريف الأول والمحضون له وسبب الحضانة ولا مدتها ولا حكمها في التعريف الثاني ٠

---

(١) رشدي شحاته أبو زيد ، شروط ثبوت حق الحضانة ، المرجع السابق ، ص ٤٩ ٠

وخلو التعريف من ذكر أحد أطراف الحضانة أو سببها أو حكمها أو مدتها لاشك يجعله غير جامع لكل أفراد المعرف ٠

ومن خلال عرض هذه الأمور ينبغي أن يتضمن تعريف الحضانة الحقائق والعناصر الآتية حتي يقال أنه تعريف جامع مانع ٠

(أ) **سبب الحضانة :** وهو العجز عن وقوف الشخص وحده في الحياة وإحتياجه إلي من يحميه ويقوم علي شئونه لأنه لا يستطيع القيام بها وحده ولا يستطيع حماية نفسه من إضطرابات المجتمع وخاصة أنه في حاجة أيضاً إلي التأديب والتهذيب والتعود علي العادات الاسلامية الصحيحة ٠

(ب) مصدر الحضانة : وهو الشرع باعتبار كونها ولاية فليس الصغير ملكا لأبيه ولا هو الذي أودعه حاضنته بل الشرع هو الذي سلطها علي حضانة الصغير لمصلحته لا لمصلحة أبيه ولا لمصلحة أي شخص آخر بل للصالح العام ٠

(جـ) الهدف من الحضانة : هو رعاية المحضون في مأكله ومشربه وملبسه وتربيته وحفظه مما يؤذيه وفي الجملة القيام بما يلزمه في مؤنة المعيشة وكفالته بشتي وسائل التربية بما يصلحه تمامًا ٠

(د) مدة الحضانة : الحضانة هي تربية الطفل وحمايته في مدة معينة حسبما جري عليه العرف وقانون الأحوال الشخصية ٠

(هـ)أطراف أو أركان الحضانة :وهي الحاضنة أو ((الحاضن)) والمحضون له وهو الأب أو من يقوم مقامه والمحضون وهو الولد الصغير او الصغيرة ٠

(و) – حكم الحضانة :حكم الحضانة الراجح، أنها واجبة لحفظ الصغير والمعتوه والمجنون لأنهم يهلكون ويضيعون فلذلك وجبت أنجاء من الهلكة[1].

وبناء علي ضرورة إشتمال تعريف الحضانة علي الحقائق المذكورة يمكن تعريف الحضانة بأنها: ((حفظ من لا يستقل بأمور نفسه وبتربيته والقيام بمصالحه ممن له الحق في الحضانة وجوبا في الفترة الأولي من حياته حتي يسلم إلي أبيه أو من يقوم مقامه)).

(أ) فلفظ "حفظ " يبين الهدف من الحضانة وواجبات الحضانة ٠٠٠

(ب) ولفظ " من لا يستقل بأمور نفسه " يبين المقصود بالحضانة وهو العجز ،فيشمل الصغير والصغيرة والمجنون والمعتوه والمريض الذي لا يقدر علي تدبير أمور نفسه .

(ج) ولفظ "القيام بمصالحه" بيان لواجبات المحضون له .

(هـ) ولفظ " وجوبًا " بيان لحكم الحضانة التكليفي وهو الوجوب .

---

(١) الروض المربع ، جـ ٢ ص ٣٢٨ ؛ الانصاف ،جـ ٩، تحقيق / عبد الله التركي ، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان ، القاهرة - مصر ، ط ١ ، سنة ١٩٩٦ ، ص ٤٢٢، ٤٢٥ ٠

(و) ولفظ " في الفترة الأولي في حياته " بيان لمدة الحضانة .

(ز) ولفظ "حتي يسلم الي أبيه أو يقوم مقامه "بيان للطرف الثالث في الحضانة وهو " المحضون له " .

وقد يبادر في آذهان البعض ...

لماذا عرضنا أصحاب الحاضنات وترتيبهم في الفقه الإسلامي ؟

وما هو " المقصود بلفظ" الحاضنات" إذن في القانون الوضعي ؟

ولماذا قمنا بذكر " ترتيب الحاضنات "ولما تم ذكرها في موضوع بحثنا " النزاع علي مسكن الحضانة ؟

وهل يتفق ترتيب "الحاضنات" فقهاً وقانوناً وإيضاً يتفق مع التشريعات العربية الإسلامية الأخري؟

ولكي نجيب علي ما تم طرحه من تساؤلات، يمكننا عرضه بإيجاز في المطلب التالي..

المطلب الثاني

أصحاب الحق في الحضانة قانوناً

نصت الفقرة الأولي من المادة(١٨ مكرراً) ثالثاً من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م بأن : " علي الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته **ولحاضنتهم** المسكن المستقل المناسب . فإذا لم يفعل خلال مدة العدة إستمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر، دون المطلق، مدة الحضانة.....".

- وقد يثار مسألة قانونية مهمة :

- من هي الحاضنة التي يلزم المطلق بتهيئة مسكن لها هي والمحضونين ؟

- **وللأجابة علي هذا التساؤل،** يمكننا عرض بإيجاز ، ترتيب الحواضن في قانون الأسرة المصري، ثم للمشرع الجزائري ، والمشرع المغربي ، وسوف نتناول من خلال هذا المطلب ، من هي الحاضنة في ضوء قانون مسكن الحضانة ،**وذلك علي النحو الآتي :**

أولاً- ترتيب الحواضن في القانون المصري[1]:

نصت المادة(٢٠) من قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ علي أن " ويثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلي بالأب ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين علي الترتيب التالي : الأم ، فأم الأم وإن علت ، فأم الأب وإن علت ، فالأخوات الشقيقات ، فالأخوات لأم فالأخوات لأب ، فبنت

(١) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٩٩/٧/٣ في القضية رقم ١٦٤ لسنة ١٩ قضائية "دستورية " التي رفعت بطلب الحكم بعدم دستورية ترتيب الحاضنات والحاضنين المنصوص عليها بالمادة (٢٠) برفضها ونشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد ١٨ في ١٩٩٩/٧/١٥م، ونشر الحكم بأسبابه كاملة ، الحكم مشار اليه في / محمد عزمي البكري ، الاحوال الشخصية (٣)، موسوعة الفقه والقضاء ،دار محمود للنشر والتوزيع ، ص ٦٥-٧١ .

الأخت الشقيقة فبنت الأخت لأم ، فالخالات بالترتيب المذكور ، فعمات الأم بالترتيب المذكور ، فعمات الأب بالترتيب المذكور ، فإذا لم توجد من هؤلاء النساء انتقل الحق في الحضانة الي العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح علي الأخوة.

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلي محارم الصغير من الرجال غير العصبات علي الترتيب التالي : الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العم ثم الخال الشقيق فالخال لأب فالخال لأب فالخال لأم " .

كما نص القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ في مادته (٢٠)علي أن " ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنة ، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتي سن الخامسة عشرة والصغيرة حتي تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين ان مصلحتها تقتضي ذلك " .

مما يتجلي لنا، أن القانون المصري أعطي الأولوية لحضانة الصغير للنساء حتي بلوغه سن العاشرة ، والانثي سن اثنتي عشرة سنة ، ثم بعد هذه السن الأولوية تكون للرجال وإذا رأي القاضي أن مصلحة المحضون تقتضي إبقاءه عند أمه أو من يليها في ترتيب الحواضن لكن دون استحقاق الحاضنة أجر الحضانة.

فالحاضنة التي يلزم المطلق بتهيئة مسكن لها هي والمحضونين، يجب أن نميز بين حالتين إلا وهما:

فالحالة الاولي: مسكن الحاضنة في ظل صدور القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩م .

وردت في المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ م علي أن " للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر مالم يهيئ المطلق مسكنا آخر مناسباً ، فإذا إنتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يستقل دون مطلقته بذات المسكن إذا كان من حقه إبتداء الإحتفاظ به قانوناً ".

ويري البعض[1] أن وفقاً للقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ كان يجب أن تكون الحاضنة أمًا للصغار، ومعني ذلك ، رغم سوء النص ، أن المشكلات المتعلقة بمسكن الحضانة كانت ذات حدود محدودة أو نطاق ضيق ، فالمنازعات كانت لا تثور إلا مع حاضنة مطلقة .

والحالة الثانية : مسكن الحاضنة بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م .

النص الحالي فيقضي بأن " علي الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته **ولحاضنتهم** المسكن المستقل المناسب . فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر ، دون المطلق ،مدة الحضانة .... الخ " .

---

(١) محمد شتا ابو سعد ، منازعات الحيازة ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٨م ، الناشر منشاة المعارف بالاسكندرية ، ص ٣٠١ .

وبناءً علي ما تقدم، وبمقارنة الحالتين التي بين النصين، **قد يتضح لنا** ، أن الحاضنة هي كل ذات حق في الحضانة وليست المطلقة فحسب، ولذا موقف الفقه المصري وآرائهم حول عبارة " **ولحاضنتهم** " في النص الحالي ....

ويذهب البعض(١)، أن النص القديم المقضي بعدم دستوريته يقرر حق المطلقة الحاضنة أن تستقل مع صغيرها بمسكن الزوجية، ولكن النص الحديث ١٩٨٥/١٠٠م جعل علي الزوج المطلق أن يهيئ المسكن للصغار ولحاضنتهم سواء كانت الحاضنة الأم أم غيرها ، وترتيباً علي هذا إنتقلت الحضانة إلي غير الأم بسبب ما فإن الحاضنة التالية الحق في أن تشغل المسكن المعد للصغار، وللعلة التشريعية في هذا التعديل يتفق مع النص لرعاية الصغار.

ويذهب البعض الآخر(٢)، أن النص جعل التزام علي عاتق الزوج المطلق تهيئته المسكن للصغار ولحاضنتهم سواء كانت الحاضنة هي الأم او غيرها علي الترتيب الوارد في مادة الحضانة فلم يعد النص قاصرا علي الأم الحاضنة دون غيرها من الحاضنات بعد أن كان هذا الحق قاصرا في القانون المقضي بعدم دستوريته علي الام الحاضنة دون غيرها.

ويري البعض(٣)، أن القانون الجديد ١٩٨٥/١٠٠ م لم يجعل النزاع علي المسكن مقصوراً فقط بين المطلق والمطلقة بل بينه وبين أقارب الصغير الذين يصلحون للحضانة ،وليس علي الأم وحدها مما جعل بعض الفقهاء يوجهون سهام النقد للقانون الجديد .

وبناءً علي ما تقدم، فهل يتصور عند ضم الصغار لحضانة أم الأم وحيث أنها تقيم مع جد الصغير لأمه في مسكن مستقل فمن غير المتصور أن تترك الجدة لأم مسكنها الخاص مع زوجها لتحضن الصغار في مسكن آخر فإذا ثبت أن لديها مسكن تقيم فيه يسقط عبء تهيئة مسكن للحاضنة أو الصغار عن المطلق وإن كان يحق لها إقامة دعوي للمطالبة بأجر المسكن .

ويبادر السؤال ..... ما هو موقف التشريعات العربية الإسلامية في هذه المسألة ؟

وللإجابة علي هذا التساؤل، يمكننا عرض موقف كلاً من المشرع المغربي ، والمشرع الجزائري حول تلك المسألة، ونعرضهم بإيجار علي النحو الآتي :

(أ) : ترتيب الحواضن في القانون المغربي :

نصت المادة (١٧١) من مدونة الأسرة في القانون المغربي بقولها " تقرر بناء علي مالديها من قرائن لصالح تخول الحضانة للأم ، ثم للأب ، ثم لأم الأم ، فإن تعذر ذلك ، فللمحكمة أن رعاية

---

(١) معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الخامسة،١٩٩٠م، دار الوفاء للنشر والتوزيع ، ص ٥٦٦.

(٢) معوض عبد التواب ، موسوعة الاحوال الشخصية الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٦ ،ص ٨٠٦ ؛ مصطفي مجدي هرجة ، الحلول العملية في مشاكل الحيازة ومسكن الزوجية ، ١٩٩٦ ،ط دار المطبوعات الجامعية ، ص ٨٠ .

(٣) عز الدين الدناصوري ،وحامد عكاز ، الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية في ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة الرابعة ، بدون سنة نشر ، ص ٥٨٧.

المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية ، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة " .

وبناءً علي ما تقدم، مما يتضح لنا، أن القانون المغربي أعطي أولوية لمستحقي الحضانة للوالدين أي الأم ثم يليها الأب ثم بعد ذلك الأم الأم ، فإذا أنعدم وجود هؤلاء ،فللمحكمة أن تعين من هو أصلح لهذه المهمة ، وهو نفس الشئ الذي أخذه به المشرع الجزائري في تعديله الأخير[١].

(ب) : ترتيب الحواضن في القانون الجزائري :

(١) ترتيب الحواضن في قانون الأسرة قبل التعديل :

لقد أعطي قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ الحق في حضانة الولد لأمه بموجب المادة ٦٤ بقولها " الأم أولي بحضانة ولدها ٠٠٠٠" إدراكا من المشرع بأن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا عند أمه ، ومن ثم إذا انصرفت لها فلا تؤخذ منها إلا بموجب مسقط شرعي ، أو ثبوت عدم قدرتها علي تربيته والاعتناء به ، فالأم أشفق الناس علي طفلها ، وأرفقهم به ، وأكثرهم صبرا علي تحمل مشاق العناية به . وإذا كانت الأم هي أحق الناس بحضانة طفلها أو صغيرها ثابت ومحل إجماع ، فإن المختلف فيه بين الفقهاء وبين نص المادة ٦٤ من القانون رقم ٨٤-١١ ، ونص المادة ٦٤ من القانون المعدل بالأمر رقم ٠٥ -٠٢ هو فيمن يلي الأم في الحضانة هل هو الأب كما ذكر المشرع الجزائري بعد تعديل المادة ٦٤ ؟ أم هو قرابة الأم من النساء؟ .

وبالرجوع الي نص المادة ٦٤ من القانون ٨٤-١١ **نجد ترتيب الحواضن ما يلي** " الأم أولي بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، وعلي القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " .

وقد قضت المحكمة العليا في هذه المسألة، في عدة مناسبات من ذلك القرار الصادر في ٤/٢/ ١٩٨٣م والذي جاء فيه " متي كان من المقرر شرعا ان حضانة الأبناء تسند إلي أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي ،كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السبب ،فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقًا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي ٠٠٠ "[٢].

ولعل ذلك راجع الي كون " قرابة الأم في الغالب أكثر شفقة وعطفا علي المحضون من قرابة الأب ولأن النساء ظأصبر وأقوم علي حفظ الصغار من الرجال لملازمتهن للبيوت أيضا "[٣].

---

(١) مشار اليه لدى : أحمد شامي ، التعديلات الجديدة لقانون الاسرة الجزائري ، رسالة ماجستير، (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، قسم الشريعة الاسلامية، جامعة الاسكندرية ، ٢٠٠٨ – ٢٠٠٩، ص ٢١٣ .

(٢) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ ١٩٨٣/٤/٢ ، ملف رقم ٣٢٥٩٤ ، المجلة القضائية ١٩٨٩ عدد رقم (١) ، ص ٧٧ .

(٣) معوض عبد التواب ، الأحوال الشخصية، منشأة المعارف ، ط٦ ، الجزء الثاني ، الاسكندرية ، ١٩٩٥ م ، ص ١١٠٨ .

(٢) ترتيب الحواضن في قانون الاسرة المعدل :

خالف المشرع الجزائري في تعديله لقانون الترتيب الذي كان قد وضعه لأصحاب الحق في الحضانة بعد الأم ، وذلك بمقتضي المادة ٦٤ من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم ٠٥ - ٠٢ بقولها " الأم أولي بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ثم العمة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلي القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "[١].

وبناءً علي ما تقدم، فهذا يلاحظ أن الأحكام الواردة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م في شأن إحتفاظ الحاضنة بمسكن الزوجية ، سوف يثير تطبيقها الكثير من الأنزعة إذا كانت الحاضنة غير أم الصغير، ففي هذه الحالة ، يمكن أن تكون زوجة ولها أسرتها، أو تكون غير متزوجة ومن غير المحرمات علي المطلق ، فهل تصطحب زوجها وأولادها معها إلي مسكن الزوجية معها إلي مسكن الزوجية حيث تحضن الصغير . أم ماذا ؟ لذلك نري أن المشرع المصري لم يوفق في تنظيم هذه الأحكام ولم يقلبها علي كل الوجوه فخرجت بهذا الشذوذ[٢].

إلا أننا نري ، أنه يجب علي المشرع المصري أن يراعي مصلحة المحضون في ذلك وأن يعيد ترتيب الحاضنات من أن لا يوجد أحن وأشفق علي الصغير من أمه وأبيه ،فنحن نري الي ما ذهب اليه المشرع الجزائري والمغربي أفضل بكثير ما ذهب اليه المشرع المصري ،فقد فضل كلا من المشرعين السابقين الأب عن باقي الحاضنات بعد الأم هو الأرجح عندنا أيضًا،وأن المشرع المصري يعيد النظر مرة أخري حول ذكر عبارة "ولحاضنتهم" الواردة في المادة سالفة الذكر ، وحذفها وجعل المطلقة الحاضنة فقط هي التي لها الحق في الإحتفاظ بمسكن الزوجية أو الحضانة .

---

(١) يقترح إعادة النظر في النظر في ترتيب الحق في ممارسة الحضانة عن طريق تقديم الأب علي الجدة والخالة في إسناد الحضانة علي إعتبار أن الأب أولي منهم وأكثر حرصا علي رعاية أبنائه ، احمد شامي ، رسالة ماجستير ، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، ص ٢١١ هامش رقم ١ .

(٢) فتحي حسن مصطفي، خلاء العين المؤجرة، للتأجير من الباطن والتنازل عن الإيجار والهدم الكلي أو الجزئي، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، دار الكتب القانونية، بدون سنة نشر، ٢٤ .

الفصل الثاني

تعريف حيازة وتمكين المطلقة

الحاضنة فقهاً وقانوناً

تعني الحيازة "la possession" بأنها سلطة فعلية (مادية) لشخص علي شئ من الأشياء يستعملها بصفته مالكاً أو صاحب حق عيني عليه سواء أستندت هذه السلطة إلي حق من الحقوق أو لم تستند.

والأصل أن الحيازة هي مظهر الحق دائمًا، وهذا المظهر قد يطابق الحقيقة في أغلب الأحيان، فمعظم الحائزين أصحاب حقوق علي الشئ المحاز ولكن هذا المظهر قد لا يطابق الحقيقة في بعض الأحيان ، وحتي في هذه الحالة نجد أن للحيازة آثارها الخاصة وأهميتها القانونية .

تنقسم الدراسة في هذا الفصل إلي المبحثين الآتيين، وهما علي النحو الأتي:

المبحث الأول: تعريف حيازة وتمكين المطلقة الحاضنة فقها.

المبحث الثاني: تعريف حيازة وتمكين المطلقة الحاضنة قانونًا؟

المبحث الاول

تعريف حيازة[1] وتمكين المطلقة الحاضنة فقهاً

الحيازة من الأفكار القانونية التي أثارت، ولم تزل، العديد من المشكلات والخلافات النظرية والعملية، سواء فيما يتعلق بطبيعتها القانونية، أو أركانها، وأوصافها، أو آثارها القانونية[2].

وقد رأينا تقسيم هذا المبحث الي المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : تعريف الحيازة علي وجه العموم فقهًا .

المطلب الثاني : تعريف مسكن الحضانة فقهًا؟

---

(١) وهي مأخوذة من حاز الشئ حيازة أي ملكه وضمه إليه ،يقال حاز العقار وحاز المال أي حازه إليه ،وحوز الأمر أي أحكمه ، واحتازه أي ضمه وامتلكه واحتازه لنفسه ،ويقال لها الحوز وهو ما يحتازه الإنسان لنفسه ويبين حدوده ، ويقيم عليه الحواجز فلا يكون لأحد حق فيه ،-أ نظر/ لسان العرب المحيط لأبي الفضل ،جمال الدين بن محمد بن منظور ،دار لسان العرب بيروت ،الجزء الاول ،ط ١٩٥٦ ، ص ٧٥٤؛مجمع اللغة العربية ،ج١ ،طبعة الثالثة ، ص ٢١٣ ، أساس البلاغة للزمخشري ، ص ٩٩ .

- فالحيازة تعني حيازة الرجل ما في حوزته من مال أو عقار ،وحاز الزراع ما في حوزته من أرض زراعية انظر /-المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية ، طبعة ١٤١٣ هجرية ،١٩٩٢ ميلادية ،ص ١٧٧ -١٧٨ .

- ويقال لها ،أيضا الحوز أي الجمع ، وبابه قال وكتب ، وكل من ضم شيئاً إلي نفسه فقد حازه واحتازه ، والحيز علي وزن الهين ،وهو ما انضم إلي الدار من مرافقها .-أ نظر/ مختار الصحاح ،لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ،مادة حوز ،مؤسسة علوم القرآن ، ١٩٨٤ م ،ص ١٦٢ ؛القاموس المحيط للفيروز، أبادي مؤسسة الرسالة دار الريان للتراث ،ج١ ، ط٢ ، ١٩٨٧ م ،ص ٦٥٤؛ معجم مقاييس اللغة العربية ،ج٢ ،ص ١١٨ .

- ويتضح لنا،من هذه النصوص أن الحيازة تطلق في اللغة علي عدة معان أهمها :-

(أ) الضم والجمع : فمن حاز مالا فقد جمعه وضمه إلي بقية أمواله ،ومن حاز داراً فقد ضمها إلي نفسه ، وضم المال أو الدار إلي الحائز يستلزم بالضرورة وضع اليد عليه ،حقيقة كأن يكون الشئ تحت يده يتصرف فيه بالفعل ،او حكماً كأن يكون الشئ ملكاً له ولكنه في يد غيره لسبب من الأسباب ، ومن الحيازة بمعني الضم قوله تعالي : [أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَى فِئَةٍ] ،-سورة الأنفال، من الآية رقم(١٦).

(ب) الملك : يقال حاز الشئ إذا ملكه ، ومن الأرض ما يحتازه الإنسان لنفسه ويبين حدوده ويقيم عليه الحواجز ،فلا يكون لأحد حق فيها .

(ج) القبض والاستبداد : يقال حاز الشئ يحوزه إذا قبضه واستبد به .

(٢) محسن عبد الحميد البيه ، الملكية في القانون المصري ، أحكامها وأسباب كسبها ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ٢٠٠١-٢٠٠٢ م ، ص ٥٠٩؛محسن البيه ، في مشكلات الحيازة ضم الحيازة ،طبقاً للقوانين المصري والفرنسي ، ١٩٩٣ م ،مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، ص ٢ .

المطلب الأول

تعريف الحيازة علي وجه العموم فقهاً

عالج جمهور الفقهاء من الأحناف[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، والظاهرية[٥]، والأباضية[٦]، والمذهب الشيعي[٧]، وضع اليد أو الحيازة في باب الدعاوي والبينات وباب الشهادات وباب القضاء والقعود والمشهور[٨].

ويستخدم غالبية الفقه، لفظة وضع اليد علي مال للغير مطلقاً، ويتفق القانون المدني والفقه الاسلامي في معني وضع اليد، وهو الاستيلاء علي مال الغير مطلقا سواء كان الاستيلاء بنية التملك أم لا، سواء كان بحق أم لا، وسواء كان بإذن من المالك أو الشارع أو القانون أم لا، بحيث يرتب عليه الشارع أو القانون أثرًا معنيًا من حيث الضمان وعدمه[٩] ولم يذكر لفظ الحيازة إلا عند بعض المالكية[١٠]، والأباضية[١١]، وبعض الشافعية[١٢]،والحنابلة[١٣]، وهذا وقد انفرد الفقه المالكي بدراسة الحيازة دراسة موسعة وذلك من حيث التعرف بها وشروطها وآثارها وأنواعها ، ويليه في ذلك الفقه الآباضي ٠

ونتعرض لبعض تعريفات الفقهاء للحيازة أو اليد.

---

(١) البدائع للكساني ،نشر دار الكتب العلمية، بيروت ،ط٢ ،١٩٨٦، جـ٦، ص ٢٢١، ٢٦٠ ؛ المبسوط للسرخسي ،مطبعة دار السعادة بمصر، ط ١ ،١٣٢٤ هـ ،جـ ١٦ ،ص ١٤٩ ،١٥٥ ؛ فتح القدير ،للكمال بن الهمام ، المكتبة التجارية الكبري القاهرة ١٣٥٦ هـ جـ ٦ ص ٢٠ ؛ حاشية بن عابدين ، م الحلبي ،القاهرة ط٢، ١٣٨٩ هـ ، جـ٥ ،ص ٤٦٢ ، ٤٧٠ ٠

(٢)شرح الحطاب، دار الفكر بيروت، ط٢ ،١٩٧٨ م، جـ٦ ،ص ٢٠٥ ؛المدونة الكبير للإمام مالك بن أنس الناشر دار الفكر بيروت، جـ١٣، ص ٢٢ ،جـ٤ ص ١٢؛ حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية ،جـ٤، ص ١٩٥ ؛ تبصرة الحكام، علي هامش فتح العلي المالك ، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، ١٩٨٦م ، جـ ٢، ص ١٠٣ ؛ حاشية الصاوي علي الشرح الصغير ،مطبعة النهضة العربية، ط١ ١٣٩٢ هـ، جـ٢ ، ص ٣٢٨ ٠

(٣) المهذب للشيرازي ،م الحلبي عيسي البابي بمصر، جـ٢ ،ص ٣١٣ ؛ الأم، للشافعي ، دار المعرفة بيروت جـ٦ ص ٢٢٦ ،٢٢٧ ؛ الأشباه والنظائر للسيوطي ، الناشر دار الكتب العربية، بيروت ١٩٨٣ م ، ص ٥٤١ ؛ نهاية المحتاج، للرملي ،جـ٢ ، ص ٣٦٢ ٠

(٤)الطرق الحكمية ،لابن القيم الجوزية، م الآداب ١٣١٧ هـ ، ص ٨٨ ،١٤٤ ؛ الدرر السنية في الأجوبة النجدية لابن قاسم النجدي، دار المعرفة، بيروت ،جـ ٦، ص ٥١٢ ٠

(٥) المحلي، لابن حزم الظاهري ،لمطبعة المنيرية بمصر ،١٣٠٢ هـ ،جـ١٠ ، ص ٥٦٤ ، جـ ٩ ،ص ٤٣٦

(٦) شرح النيل وشفاء العليل، دار الفتح، جدة ، ١٩٧٢، م جـ ،١٣ ص، ٥٠٢، ط ٢ ٠

(٧) البحر الزخار، الجامع لعلماء الأمصار،لأحمد بن المرتضي ،مؤسسة الرسالة ١٩٧٥ ؛ شرائع الإسلام في الفقه الجعفري، للمحقق الحلي ،الناشر مطبعة الآداب ،١٩٦٩ م ، ص ٢٠٤ ٠

(٨) الحيازة والمشهور والقعود بمعني واحد ٠ وقيل ان الحيازة تكون فيما عرف أصله أي أصل مدخله أو سبب ملكيته والقعود فيما لم يعرف سبب ملكيته ، محمد عبد الجواد ،الحيازة والتقدم في الفقه الإسلامي ،منشأة المعارف ،الإسكندرية ،١٩٧٧م ، ص ٣١٢ ٠

(٩) الهادي عرفه في ، رسالته المسئولية الناشئة عن وضع اليد، دكتوراه ،كلية الشريعة والقانون ،١٩٨٤ م ، ص ٢٧.

(١٠) حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير، جـ ٤ ،ص ١٩٥ ؛ شرح الحطاب ، جـ٦ ، الناشر دار الفكر بيروت ، ١٩٧٨م ،ص ٢٠٥ ٠

(١١) شرح النيل وشفاء العليل، جـ ١٣ ،الناشر دار الفتح ،جدة ، ١٩٧٢ م ،ص ١٦٢ ، ٥٠٢ ٠

(١٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي ، دار الكتب العلمية ،١٩٨٣ م ، الطبعة الأولي ، ص ٥٤١ ٠

(١٣) الطرق الحكمية ،لابن القيم الجوزية ، الناشر مطبعة الآداب ، ١٣١٧ هـ ، ص ٨٨ ، ١٤٤ ٠

فقد عرفها العلامة الدردير بقوله " هي وضع اليد علي الشئ والإستيلاء عليه والتصرف فيه بواحد من أمور سكني أو إسكان أو غرس أو زرع أو بيع أو هدم أو بناء أو قطع شجر"[١]. ويلاحظ أن هذا التعريف ذكر أنواعا من التصرفات التي تدل علي أن وضع اليد هذا ليس مطلقا ولكنه قد يكون بنية التملك أو بإدعائه بدليل هذه التصرفات[٢].

وعرفها الشيخ علي الصعيدي بأنها: " وضع اليد والتصرف في الشئ المحاز كتصرف المالك في ملكه بالبناء والغرس والهدم وغيرها من وجوه التصرف "[٣].

وعرفها الصاوي بأنها : " وضع اليد علي الشئ والإستيلاء عليه" [٤].

وأجمل ابن القيم الجوزية تعريفها وشروطها وآثارها : بأن ضرب لها مثلا حيث قال " أن يكون رجل حائزا لدار متصرفا فيها السنين الطويلة بالبناء والهدم والإجارة والعمارة وينسبها إلي نفسه ويضمها إلي ملكه وإنسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها طوال هذه المدة وهو مع ذلك لا يعارضه ولا يذكر أن له حقا فيها ولا مانع يمنعه من المطالبة ، ثم جاء بعد طوال هذه المدة يدعيها لنفسه فدعواه غير مسموعة "[٥].

وعرفها الحطاب بم تكون: فقال: تكون بثلاثة أشياء أضعفها السكني والإزراع ويليها الهدم والبناء والغرس والاستغلال ويليها البيع والصدقة والهبة مما لا يفعله الرجل إلا في ماله"[٦].

وعرف الحطاب اليد بأنها: "عبارة عن القرب والإتصال وأعظمها ثياب الإنسان عليه، ويليه البساط الذي يجلس عليه والدابة التي هو راكبها، والدابة التي هو قائدها والدار التي هو ساكنها ، فهي دون الدابة لعدم الاستيلاء عليها "[٧].

ويقول محمد بن أطفيش الأباضي: " تصح الحيازة ويمكن أن ترسم (تعرف) بادعاء أصل بالتصرف فيه مدة بلا معارضة له فيه وكذا الشهرة. وهي خاصة بالعقار دون المنقول عند الأباضية "[٨]

---

(١) حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير، جـ٤ ،ص ١٩٥ ؛ الشرح الصغير للدردير، جـ ،٢ ص ٣٥٠ .
(٢) انظر في هذا المعني يحي المطري في رسالته ،دور الحيازة في المنقول، القاهرة ،١٩٥٥م ، ص ٢٦ ،ف ٢٣؛ محمد عبد الجواد، الحيازة والتقدم، المرجع السابق ص ٦٥ ف ٣٤؛ عدلي الأمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في ضوء المستحدث من محكمة النقض، الناشر دار رالفكر الجامعي بالإسكندرية، ص ٤٠ ،٤١ .
(٣) حاشية الصعيدي العدوي ،دار صادر بيروت ، ١٣١٨ هـ ، ج٢ ،ص ٢٦٢ .
(٤) حاشية الصاوي علي الشرح الصغير ، ج٢ ، ص ٣٢٨ ،
(٥) الطرق الحكمية لابن القيم الجوزية ،ص ٨٩ .
(٦) شرح منح الجليل علي مختصر خليل ،ج٤ ،ص ٣٣٩ .
(٧) شرح الحطاب، ج ٦، ص ٢٠٥
(٨) تناول الفقه الأباضي حيازة المنقول في باب القعود (الحيازة) وهو عندهم أعم وأشمل من مصطلح الحيازة .فيقصد به الحيازة إذا كان محلها عقارا ويقصد به حيازة المنقول المملوك للغير كما يقصد به إحياء الأرض . انظر شرح النيل وشفاء العليل ،ج١٣ ص ١٦٢

وعلي هذا،فالفقه الأباضي والحنبلي، هما أقرب المذاهب إلي فقه الإمام مالك في تعريف الحيازة، أما باقي المذاهب فقد عبرت عن الحيازة باليد واعتبرتها ضمن إطلاقات اليد إذ تدخل في معناها[١].

ومن خلال هذه التعريفات يتضح، أن الحيازة في الفقه الاسلامي تعني وضع اليد علي الشئ والاستيلاء عليه والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه، وسواء صدرت هذه التصرفات من الحائز نفسه او ممن يمثله كوكيله أو نائبه ٠

عرفها بعض الفقه المصري بانها، " وضع اليد علي مال مملوك للغير وتقادم العهد عليه"[٢].

وعرفها البعض الآخر، بأنها " وضع اليد علي العقار والظهور عليه بمظهر المالك ".

أو أنها "سيطرة فعلية من شخص علي عقار. وتكون في العقار والمنقول علي السواء"[٣]

وقيل هي " أن يسيطر الشخص بنفسه أو بواسطة وكيله أو نائبه سيطرة فعلية علي شئ يجوز التعامل فيه، أو أن يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق علي أن تكون سيطرته ليست علي سبيل الرخصة أو التسامح، بل بصفته مالكاً أو صاحب الحق العيني "[٤].

المطلب الثاني

تعريف حيازة وتمكين لمسكن الحضانة فقهاً

أولاً- مسكن الحضانة لغة :

مسكن الحضانة لغة: عبارة تتكون من كلمتين **أولهما :** مسكن وهو السكن ، يقال لك فيها سكن وسكني بمعني واحد ، وسكني المرأة المسكن الذي يُسكنها الزوج إياه ، يقال لك داري هذه سكني ، اذا أعاره مسكنا يسكنه، [٥] **وثانيهما:** الحضانة يقال حضنت المرأة ولدها حضانة ، وحضانة الصبي التي تقوم عليه في تربيته ، واحتضن الشئ : جعله في حضنه، [٦] وفي العرف وفي لسان أهل الشرع المسكن معطوف علي النفقة[٧].

---

(١) ووضع اليد يقصد به وضع اليد علي مال الغير بصفة دائمة أو مؤقتة ، علي سبيل الأمانة أو جهة التعدي بإذن المالك أو بغير إذن منه وسواء كان بنية التملك أم لا ، أما الحيازة فهي أخص من وضع اليد ، إذ تعني وضع اليد علي مال الغير بقصد تملكه ، انظر الهادي عرفه في رسالته ،ص ٧ .

(٢) محمد سلام مدكور ، المدخل للفقه الإسلامي ،دار النهضة العربية ١٩٦٣ ،ط٢ ص ٤٨٧ ؛ وفي هذا المعني : بدران أبو العنين ،تاريخ الفقه الإسلامي ،دار النهضة العربية ، بدون سنة نشر ، ص ٢٣٠ ؛ محمد يحي المطري ،في رسالته ،دور الحيازة في المنقول ،ص ٢٨ .

(٣) جمعه محمود الزريقي ،نظام الشهر العقاري في الشريعة الاسلامية (دراسة مقارنة مع نظام السجل العيني ،بدون سنة نشر ،ص ١٧٩ ، ١٨٠ ؛ محمد عبد الجواد محمد ،ملكية الأراضي في لبيبا ،الهيئة العامة المصرية للكتاب ،١٩٧٨ ص ٣١٧ .

(٤) محمود التوني ،حماية الحيازة ،ملكية الانجلو المصرية ،سنة ١٩٥٨ م ،ص ٣ .

(٥) إبن منظور ، لسان العرب ، مج ٣ ،عبد الله محمد بن محمد بن المكرم بن أبي الحسن بن أحمد الأنصاري ،المعروف " إبن منظور " ، دار المعارف -مصر ،بدون تاريخ نشر ،صـ ٢٠٥٣ ٠

(٦) الرازي ، مختار الصحاح ،دار الفكر العربي ، القاهرة – مصر ، بدون تاريخ نشر ، ص ١٤٢ ٠.

(٧) إبن عابدين : رد المحتار علي الدر المحتار ، ج ٥، ص ٢٧٨ ٠

ثانياً- في الإصطلاح الفقهي:

(أ) عرفه الحنفية بأنه: "الشئ الذي ينفقه الرجل علي عياله هي الطعام والكسوة والسكني ومن موجباتها القرابة "[١]؛ ومكان الحضانة هو مكان الزوجين إذا كانت الزوجية قائمة بينهما"[٢].

(ب) عرفه المالكية بأنه : " ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف"[٣] " وسكني الطفل علي أبيه"[٤].

(ج) عرفه الشافعية : بأنه " الإنفاق وهو الإخراج ولا يستعمل إلا في الخير ، وتجب لكل من القريبين علي الآخر لشمول البغيضة[٥]، وسكني الصغير تتبع نفقته[٦].

(د) عرفه الحنابلة: بأنه "كفاية من يمونه خبزًا وإداماً وكسوة ومسكناً وتوابعها[٧].

ثانيًا- مشروعية مسكن الحضانة :

لما كانت نفقة الصغير واجبة علي أبيه ، لم يخالف في ذلك أحد من الفقهاء ، ولما كان من ضمن هذه النفقة مسكن حضانة الصغير ، فإسكان الصغير مشروع ودليل مشروعيته : القرآن الكريم والسنة المطهرة والإجماع ٠

(أ) من القرآن الكريم : قوله تعالي :[وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**]** [٨]، **ويستفاد من ذلك** ، أنه تجب علي الأب النفقة والكسوة والسكني لولده الصغير الفقير ٠[٩]

(ب) من السنة المطهرة : عن عائشة رضي الله عنها ،أن هند بنت عتبة قالت : يا رسول الله ،إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[١٠].

- **ويستفاد من ذلك،** سُئل أبو حفص عمن لها إمساك الولد وليس لها مسكن مع الولد؟ فقال : علي الأب سكناهما جميعاً"[١١]

---

(١) إبن نجيم : البحر الرائق ، ج ٤، ص ١٨٨ ٠
(٢) الفتاوي الهندية ، ج ١ ،المطبعة الكبري الأميرية، ببولاق - مصر ، عام ١٣١٠ هـ ، ص ٥٤٣ ؛ الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ،ص ٢١٧ ٠
(٣) الصاوي، بلغة السالك ،لأقرب المسالك علي الشرح الصغير للدردير ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ،ط١ ، سنة ١٩٩٥ ، ج ٢، ص ٤٧٦ ٠
(٤) حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ، ج ٢ ، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة - مصر ، بدون تاريخ نشر ،ص ٥٣٣ .
(٥) الخطيب للشربيني . مغني المحتاج ،ج ٣ ص ٥٥٨ ٠
(٦) المأوردي ، الحاوي الكبير ، ج ١١، تحقيق / علي معوض ، عادل عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، سنة ١٩٩٤ م ، ص ٥١١ ٠
(٧) البهوتي ، كشاف القناع ، تحقيق / إبراهيم عبد الحميد ،دار عالم الكتب للطباعة والتوزيع ، الرياض –المملكة العربية السعودية ، ط خاصة ، سنة ٢٠٠٣ م ، ج ٨، ص ٢٨١٣ ٠
(٨) سورة البقرة من الآية(٢٣٣)٠
(٩) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٤ ص ٢١٨ ٠
(١٠) صحيح البخاري ، ص ١٣٦٧ ، كتاب النفقات ، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ، رقم ٥٣٦٤ .
(١١) الحصكفي ، الدر المختار ، تحقيق /عبد المنعم خليل إبراهيم ،دار الكتب العلمية ،بيروت- لبنان ، ط١ ، سنة ٢٠٠٢م ، ص ٢٥٥ ٠

(ج) من الإجماع : أجمع أهل العلم أن علي المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم ".

ويثور التساؤل .....

– ما موقف الفقه الإسلامي حول أحقية النفقة والسكني للمطلقة ؟

وللإجابة علي هذا التساؤل، يمكننا عرض الآتي :

– حق المطلقة في النفقة والسكني :

أجمع الفقهاء علي أن المطلقة إما ان تكون مطلقة طلاقًا رجعيًا، أو مطلقة طلاقًا بائناً ، سواء كان بائنًا ببنونة صغري، أو بائناً ببنونة كبري، وسوف نعرض بإيجاز مدي أحقية المطلقة رجعياً أو بائناً في فترة عدتها في النفقة والسكني .

(أ) حق المطلقة رجعيًا في النفقة والسكني :

تستحق المطلقة طلاقًا رجعياً علي زوجها النفقة والسكني ،وذلك بإجماع أهل العلم(١)، طالما لم تتنه عدتها ، سواء كانت حاملاً أو حائلاً ،لأن الزوجية بينهما لأزالت قائمة ،ويمكنه مراجعتها في أي وقت شاء قبل انقضاء عدتها ،**لقوله تعالي: [**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ**]** (٢).

(ب) حق المطلقة بائنًا في فترة العدة النفقة والسكني :

إختلف الفقهاء في استحقاق المطلقة بائنًا في فترة عدتها النفقة والسكني علي زوجها ،ولهم في ذلك ثلاثة آراء ،**وسوف نعرضها مع أدلتها علي النحو التالي :**

فالرأي الأول : قائلاً، أن لها النفقة والسكني، طالما لا تزال في عدتها ،سواء كانت حاملاً أو حائلاً . وقد ذهب الي ذلك عمر بن الخطاب ، وعبد الله بن مسعود ،وعمر ابن عبد العزيز ، والثوري ، وحماد ،وشريح ، والنخعي ، وابن ابي ليلي ، وابو جنيفة وأصحابه(٣)، **واستندوا علي ذلك ، لقوله تعالي : [**لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ**]** (٤).

---

(١) أحكام القرآن، لإبن العربي ، القسم الرابع ،ص ١٨٢٧ ؛ نيل الأوطار للشوكاني ،ج٦ ، ص ٣٤٢ ؛ بداية المجتهد لابن رشد ،ج٢ ،ص ٩٥ ؛ ومختصر المزني علي هامش كتاب الأم ،ج٥ ،ص ٧٨ ؛ والمجموع شرح المهذب ،ج١٧ ،ص ١٥٦ ؛ والمغني لابن قدامة ،ج١١ ،ص ٤٠٤ ؛ والمحلي لابن حزم ،ج١١ ،ص ٧٦٧ ؛ وشرح النيل ج ٧ ،ص ٣٩٦ ؛والبحر الزخار ،ج ٤ ،ص ٢٧٥ ؛ وفقه الإمام جعفر الصادق ،ج٥ ،ص ٣٢٠ .

(٢) سورة الطلاق ،من الآية (٦) .

(٣) عمدة القارئ شرح صحيح البخاري ، ج ٢٠ ، دار ابن كثير ، دمشق – سوريا ،ط١ ، سنة ٢٠٠٢ م ، ص ٣٠٧ ؛ ونيل الاوطار للشوكاني ، ج٦ ص ٣٤٠ ؛ والمبسوط ،ج٥ ،ص ٣٠١ ؛ والبدائع للكاساني ،ج٤ ،ص ١٦ ؛ وشرح فتح القدير ،ج٤ ،

(٤) سورة الطلاق ،من الآية (١)

ويقول القرطبي في بيان معني هذا النص : "أي ليس للزوج أن يخرجها من مسكن النكاح ،مادامت في العدة ،ولا يجوز لها الخروج أيضاً لحق الزوج ، إلا لضرورة ظاهرة ،فإن خرجت أثمت ، ولا تنقطع العدة ،والرجعية المبتوتة في هذا سواء "(١).

والرأي الثاني :قائلاً، أنها– أي المطلقة بائناً – تستحق في فترة عدتها علي زوجها السكني، سواء كانت حاملاً أو حائلاً ، وتستحق النفقة إذا كانت حاملاً . وممن قال بذلك : ابن مسعود ، وابن عمر ، وعائشة ، وفقهاء المدينة السبعة(٢)، ومالك ، والثوري ، والشافعي(٣).

وقد إستند أصحاب هذا الرأي علي ما ذهبوا إليه بما يأتي :

قوله تعالي : [أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**]** (٤).

والرأي الثالث : قائلاً ،أن لها – أي المطلقة بائناً – علي زوجها النفقة والسكني إن كانت حاملاً ،وإن كانت حائلاً فلا نفقة لها ولا سكني . وقد ذهب الي ذلك : علي بن ابي طالب ،وعبد الله بن عباس، وجابر ، وعطاء ، واسحاق ، وأبو ثور ، وداود الظاهري ، وهو – أيضاً –ظاهر مذهب الإمام أحمد(٥) .

وقد أستند أصحاب هذا الرأي علي استحقاق المطلقة بائنا للنفقة والسكني ،اذا كانت حاملاً، بقوله تعالي : [أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**]** (٦).

وما قال به أصحاب هذا الرأي من إستحقاق المطلقة بائناً للنفقة والسكني، إذ كانت حاملاً ، هو محل اتفاق بين أهل العلم، وقد حكي ابن قدامه إجماعهم علي ذلك(٧).

وبناء علي ما تقدم ، قد يتضح لنا، لا خلاف بين الفقهاء في استحقاق المطلقة رجعياً والمطلقة الحبلي للنفقة، وقد إختلفوا علي استحقاق ما سواهما للنفقة والسكني، وإن ما ذهب إليه الرأي من إستحقاق المعتدات طالما كن في العدة ومرجعه أنه طالما كان الإحتباس قائماً لأمتلاك الرجعة أو لُبرء الرحم فالأولي هو استحقاق النفقة والسكني، **إستناداً لقوله تعالي : [**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ**]** (٨).

---

(١) تفسير القرطبي ، ج ١٨ ،ص ١٥٤ .
(٢) وهم : سعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير ، والقاسم بن محمد بن ابي بكر ،وخارجة بن زيد ، وابو بكر بن عبد الرحمن ،وسليمان بن يسار ، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود .
(٣) أحكام القرآن، لابن العربي ، القسم الرابع ، ص ١٨٢٧ ؛ عمدة القارئ شرح صحيح البخاري ،ج٢٠ ،ص ٣٠٨ ؛ وبداية المجتهد ،ج٢ ،ص ٩٥ ؛ والشرح الكبير علي هامش حاشية الدسوقي ،ج٢ ،ص ٤٨٣ ، ٥١٤ ، ٥١٥ ؛والمهذب مع شرحه المجموع ،ج١٧ ، ص ١٥٧ ، ١٥٨ ؛ والمغني ،ج١١ ،ص ٣٠٠ ، ٤٠٢ ، ٤٠٣ .
(٤) سورة الطلاق ،من الآية (٦).
(٥) عمدة القاري ، ج٢٠ ص ٣٠٧ ؛ بداية المجتهد ، ج ٢ ،ص ٩٥ ؛ والمغني ، ج١١ ، ص ٣٠٠ ، ٤٠٢ ، ٤٠٣ .
(٦) سورة الطلاق ،من الآية (٦).
(٧) المغني ، لأبن قدامه ، ج ١١ ، ص ٤٠٢ ..
(٨) سورة الطلاق ، من الآية (٦) ..

المبحث الثاني

تعريف حيازة وتمكين الحاضنة قانوناً

تعد حماية الحيازة التي تشمل الحقوق العينية العقارية هي أهم مشاكل القانون ، وتتردد بين فقه القانون المدني والمرافعات ، وتناولها الاول في القسم الخاص بحق الملكية ، وتناولها الثاني في باب الدعاوي ، وقد حمي القانون المدني الحيازة في ذاتها وبصرف النظر عن الحق الذي قد تستند إليه حماية مؤقتة الي ان يفصل في أصل الحق ، ويقول القضاء كلمته الحاسمة استقرارا للأوضاع الظاهرة والمراكز الفعلية للخصوم ، ولكن سوف نخص من الحيازة ما يسمي " **بحيازة مسكن الحضانة** " وهو محل البحث ولكن قبل التحدث عنها نعرض أولاً : تعريف الحيازة العقارية علي وجه العموم ، وثانياً : نعرض تعريف حيازة مسكن الحاضنة وسوف نعرضهما علي النحو الآتي:

وسوف نخصص للدراسة في هذا المبحث المطلبين الآتيين :-

المطلب الأول: تعريف الحيازة العقارية بوجه عام.

المطلب الثاني: تعريف حيازة المطلقة الحاضنة قانونًا.

المطلب الاول

تعريف الحيازة العقارية بوجه عام

أولاً- التعريف التشريعي والفقهي للحيازة :

كلمة "حيازة " في القانون الروماني كانت تسمي Possessio وهذه الكلمة كانت تتكون من مقطعين الأول Sedere وتعني الارتكاز، والمقطع الثاني؛ Pot وهذه مشتقة بدورها من كلمة Potestas وتعني السطة أساس الملكية[1]. فالحيازة تعني في القانون الروماني السلطة التي يمارسها شخص علي شئ كأساس لحق الملكي.

وفي العصور القديمة كانت الحيازة مختلطة بالملكية فكانت الحيازة تعني الملكية. وثبوت الملكيةأو زوالها كان يتوقف علي ثبوت أو زوال الحيازة ، فكان هناك تلازم حتمي بين الملكية والحيازة ومازل هذا الخلط سائداً في اللغة الدارجة بين عامة الناس، فنجد بين عموم الناس القول بأن الحائز للعقار هو المالك له. وقد ساعد علي الخلط بين الحيازة والملكية، أن الحيازة تعطي الحائز سيطرة فعلية علي الشئ تتشابه إلي حد بعيد ما تمنحه الملكية لصاحب الشئ[2]، ولكن بالرغم من تشابه سيطرة الحائز للشئ مع سيطرة

---

(١) عبد المنعم البدراوي، القانون الروماني،ج١، مطبعة جامعة فؤاد الأول، سنة ١٩٤٩م، بند ٣٤٧، ص ٢٦٤ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس في الأموال ،مطابع دار الكتاب العربي ، بند ٢٨٦ ،ص ٣٩٦ -٣٩٧ ؛ مصطفي احمد عبد الجواد ،الحيازة بسوء نية كسبب لكسب الملكية ، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء نظام السجل العيني ، الطبعة الأولي ، ١٩٩٤ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ،ص ١ .

المالك، إلا أن الحيازة تختلف عن الملكية اختلافاً جوهرياً، وقد نشأ هذا الاختلاف والتباين بين الحيازة والملكية منذ القانون الروماني[١]، وبذلك أصبح للحيازة نظرية مستقلة عن الملكية.

وإذا كانت الحيازة في غالب الأحوال تتطابق مع الملكية، إلا أن الأمر لا يسير علي هذا المنوال في جميع الحالات، فقد توجد الملكية لدي شخص، ولكن الحيازة لنفس العقار تكون لشخص آخر يمارس عليه السيطرة الفعلية، ومن ثم يكون هناك اختلاف بين المالك والحائز لعقار واحد.

والحيازة تختلف عن الملكية من عدة وجوه، فالملكية تعني الحق، وهي سلطة قانونية للشخص علي الشئ، وتقوم بصرف النظرُ عمن تكون له السيطرة الفعلية علي الشئ، أما الحيازة فهي واقعة مادية علي الشئ، وينظر اليها علي هذا الأساس بصرف النظر عما إذا كان الحائز يستند إلي حق أم مجرد غاصب، فالبرغم من أن الحيازة وسيلة استعمال الحق إلا أنها ليست دوماً متطابقة معه[٢].

وتتحقق الحيازة العقارية بمجرد وضع اليد علي العقار مع قصد الحيازة ، وهذه الحيازة تعتبر مصدراً لكسب الحقوق العينية إذا استمرت المدة المحددة بواسطة القانون[٣]، وتزول الحيازة بزوال أحد إركانها المادي أو المعنوي، أو بزوال الركنين معا[٤]، أما الملكية فهي لا تزال عن المالك إلا بإرادته باستثناء حالة التقادم المكسب[٥]، إذا ما حاز الغير العقار المدة القانونية اللازمة لكسب الحق.

وتختلف الحيازة عن الملكية من ناحية الحماية، فقد حمي المشرع الحيازة لذاتها بصرف النظر عما إذا كان الحائز يستند إلي حق أم مجرد غاصب حيث أجاز القانون للحائز أن يرفع دعاوي الحيازة الثلاث استناداً إلي صفته كحائز للعقار[٦]، ولم يلق علي كاهله عبء إثبات حقه في العقار المحاز، أما الملكية فهي محمية بدعاوي عينية يرفعها صاحب الحق مستنداً إلي حقه في الملكية وقد ألقي المشرع علي كاهله عبء إثبات ملكيته[٧]، إذا ما رفع احدي الدعوي العينية المقررة لحماية حق الملكية.

---

(١)عبد المنعم البداروي ، القانون الروماني ، المرجع السابق ، بند ٣٤٧ ، ص ٢٦٥ .

(٢) عبد المنعم فرج الصده ، حق الملكية ، الطبعة الثانية ،١٩٦٤ م ،شركة ومكتبة ومطبعة مصطفي البابلي الحلبي بمصر، بند ٣٤٣، ص ٥١٢ ؛ محمد علي عرفة ،شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، الجزءالثاني ، ١٩٥٥،،بند ٧٥ ،ص ١٢٥

Carbonnier (Jean),droit civil ,III , les biens , N .41 ,P. 138 , Aubry et Rau ,II , N ,177 , P.115 .

(٣) المادة ٩٦٨ من القانون المدني المصري والمواد ٧١٢ ، ٢٢٦٢ ، ٢٢٦٥ من القانون المدني الفرنسي

(٤)عبد المنعم البداروي ، الحقوق العينية الأصلية ، الطبعة الأولي ، ١٩٥٤ ،مطابع دار الكتاب العربي بمصر ،بند ٥٠٠ ،ص ٥١٩ .

(٥) مصطفي احمد عبد الجواد ، الحيازة بسوء نية ، مرجع سابق، ص ٢.

Larroumet ,droit civil , I I , N. 57 , P. 48 .

(٦) محمد لبيب شنب ، شرح الحقوق العينية الأصلية ، الطبعة الأولي ، ١٩٨٨، دار النهضة العربية بالقاهرة ، بند ١٢٦ ،ص ١٢؛ مصطفي احمد عبد الجواد ، الحيازة بسوء نية، مرجع سابق ، ص ٢ .

(٧) محمد لبيب شنب ،الحقوق العينية الاصلية ،بند ٢٧ ص ٢٦ ، بند ٢٩ ،ص ٢٨ ؛ عبد المنعم البداروي ، الحقوق العينية الاصلية ،مرجع سابق ، بند ٢٠٥ ،ص ٢٤٤ .

(أ) التعريف التشريعي للحيازة العقارية :

بصدد التعريف التشريعي للحيازة يوجد تباين في موقف التشريع المقارن، فالبعض أورد تعريفاً للحيازة بنص صريح، والبعض الآخرآثر الصمت مكتفياً بايراد آثارها تاركا مهمة تعريفها للفقه، ونستعرض موقف بعض التشريعات التي عرفت الحيازة بنصوص صريحة ، ومنها:

(١)القانون الفرنسي :

يعرف القانون الفرنسي الحيازة في المادة(٢٢٢٨) من القانون المدني بقوله إن " الحيازة وضع اليد أو الانتفاع بشئ أو بحق نحرره أو نمارسه بأنفسنا أو بواسطة الغير الذي يحرزه أو يمارسه باسمنا" وقد تعرض هذا التعريف لبعض الانتقادات من جانب بعض الفقهاء ، بقولهم إن هذا التعريف غير واضح وغير كاف **حيث أقتصر علي القول:** "بأن الحيازة هي وضع اليد أو الانتفاع بشئ... " حيث ان كلمة وضع اليد la detention لا تعني الحيازة ، بل تشير إلي حالة مشابهة للحيازة ولكنها منفصلة ومتميزة عنها، وهي ما تسمي بالحيازة العرضية فعندما وصف الحيازة بالاحراز أو وضع اليد كان وصفاً غير منضبط، حيث خلط بين الحيازة والاحراز، بالرغم من أن النوعين مختلفان في الفهم القانوني الفرنسي للحيازة، فالمحرز أو واضع اليد لا يكون حائزاً بل هو مجرد حائز عرضي ولا يكتسب الحق الذي يمارسه بالتقادم والحيازة بمفهومها الدقيق تكون أكثر من الانتفاع بشئ أو الحق[١].

كما أن هذا التعريف لم يشر إلي عنصر جوهري من عناصر الحيازة وهو الركن المعنوي ، فهو إذاً تعريف غير كامل، فقد أشار إلي الركن المادي بقوله: " الانتفاع بحق أو بشئ " ولم يقطع في مسألة الركن المعنوي من أنه الركن الجوهري المميز للحيازة[٢].

وإذا كان تعريف المشرع الفرنسي للحيازة قد تعرض للنقد[٣]، إلا أن بعض أهل الفقه يدافع عن هذا التعريف بقولهم ، أن التعريف وإن لم يشر إلي الركن المعنوي للحيازة إلا إن هذا الركن مستلزم ضمنا بواسطة المادة (٢٢٢٨)، وبالإضافة إلي ذلك فإن المشرع استوجب الركن المعنوي للحيازة في المادة (٢٢٢٩) حيث تطلب أن تكون الحيازة بصفة صاحب حق أو مالك ، ولم يجعل غياب القصد في الحيازة مجرد عيب بل عند غياب القصد تنتفي كل فكرة للحيازة القانونية، فالتفسير الصحيح

---

(١) Alain pied l ievre , droit de biens, paris,1977. N .84, p.97: planiol , I ,N. 2263 , P.699 , Larroumet , droit civil , N.78 ,P.59 Planiol(Marcel),Ripert (Georges) et picard (Maurice) ,Traite pratique de droit civil Francais T.3, ed.2,1952, Paris, n.143.P.159 :Colin (Ambroise) et captiant (Henri), Cours elementaire de droit civil francais , Tom Premier , dixieme edition par Leon julliot de la Morandiere , 1942 Paris, n . 1082 , P. 915 .

(٢) Troplong ,Droit civil explique suivant de la prscription , Tom premier , Quatrieme edition , 1857 , paris , N. 218 , et s : Larroumet , droit civil , N. 78 ,P. 59

(٣) Baudry et Tissier , Traite theorique et Pratique de droit civil , De la

لهذه المادة وبالرجوع إلي المواد الأخري(٢٢٣١)، (٢٢٣٥)، (٢٢٣٦) من القانون المدني يفهم أن المادة لم تغفل هذا الركن الأساسي ولكن يفهم بطريقة التفسير ٠

(٢) القانون المدني الألماني والقانون المدني السويسري :

يعرف القانون المدني الألماني الحيازة في المادة ٨٥٤ بقوله "سلطة واقعية علي الشئ". والقانون المدني السويسري في المادة ٩١٩ بقوله " سيطرة فعلية علي الشئ ".

والملاحظ علي هذين التعريفين، أنهما لم يشيرا إلي الركن المعنوي للحيازة ، بل اقتصرا علي ذكر الركن المادي بقولهما إنه " سلطة واقعية " أو " سيطرة فعلية " ٠

ولم يكن إغفال الركن المعنوي في كلا التشريعين عن سهو، ولكن هذه التعريفات تعكس سيطرة النظرية المادية للحيازة عليها ، حيث إن الحيازة في مفهوم هذين التشريعين تتجسد في العمل المادي المكون للركن المادي للحيازة، وأن الركن المعنوي لا يتمثل في قصد ممارسة الحق بصفة صاحب حق ولكن يتمثل في إرادة الحيازة بصفة عامة سواء أكان الشخص يحوز لحساب نفسه او لحساب الغير[١]، فكل حائز سواء بصفة صاحبة حق ، أو لحساب الغير يتوافر لديه الركن المعنوي، وبالتالي لم تر هذه التشريعات داعياً لذكر الركن المعنوي بصدد تعريف الحيازة ٠

(٣) القانون المدني المصري:

القانون المدني المصري، من القوانين التي آثرت عدم إيراد تعريف للحيازة بنص صريح، ملقياً هذه المهمة علي عاتق الفقه، فقد تكلم القانون المدني السابق عن الحيازة في المادة ١٠٢/٧٦ بقوله: " تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها ظاهراً بنفسه أو بوكيلعنه بغير منازع مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنيا علي سبب صحيح، فإذا لم يوجد ذلك السبب لم تحصل له الملكية إلا إذا وضع يده مدة خمس عشر سنة "، فهو قد بدأ بإيراد آثار وضع اليد التي تتمثل في كسب الملكية الحقوق العينية ثم أردف بعد ذلك صفات وضع اليد ، ولم يورد إشارة إلي ما هو المقصود بوضع اليد.

وبذلك خلا هذا التقنين من وضع تعريف للحيازة.

أما القانون المدني المصري الحالي فقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً يحمل رقم (١٣٩٨) **يعرف الحيازة بقوله** أن "الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية علي شئ يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق"، ثم عددت الإيضاحية لهذا النص شروط الحيازة ذاكرة أن للحيازة بعد توافر شروطها عنصرين. عنصر مادي هو السيطرة المادية ،وعنص معنوي هو نية

---

(١) Prescription , ed . 3 , 1905 , Paris , N, 197 -199 , p , 155-157
Baudry et Tissier N ., 199 Quinquies , P. 161 .

استعمال حق من الحقوق، ثم أخذ هذا النص ينتقل من مرحلة إلي أخري حتي وصل إلي لجنة مجلس الشيوخ وهنا نهاية المطاف ٠

حيث اعترض رئيس اللجنة علي هذا التعريف بحجة أنه تعريف ناقص وينقصه ركن نية التملك إذ تناول الحيازة المادية فقط، وترك الحيازة بنية التملك، وبعد مناقشات عديدة رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصيغة الفقهية(١).

وهكذا نجد أن تعريف الحيازة ،الذي كان وارداً بالمشروع التمهيدي انتهي به المطاف إلي الحذف بمعرفة لجنة مجلس الشيوخ، وبذلك يكون القانون المدني المصري خلا من تعريف للحيازة، وحسنا فعل، حيث إن التعريفات التشريعية تتسم بالثبات مما يجعلها عرضة للنقد(٢)، وإن مهمة المشرع ليست وضع التعريفات في نصوص صريحة بل هذه المهمة من صميم عمل الفقه وبذلك نأي عن انتقاد الفقه له، لأن كل تعريف في القانون المدني"محفوف بالمخاطر"(٣).

ويشير المعني الاصطلاحي للحيازة أنها حالة واقعية أو فعلية ، تبدو تسلط أو سيطرة شخص، بنفسه، أو بواسطة غيره، علي شئ، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، وذلك بأن يباشر عليه لحساب نفسه، الأعمال التي يباشرها عادة صاحب هذا الحق(٤).

وعرفتها محكمة النقض المصرية بأنها : " وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية علي شئ يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق ٠فهي ليست بحق عيني أو حق شخصي بل هي ليست حقاً أصلاً ؛ ولكنها سبب لكسب الحق فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الارتفاق وإذا توافرت شروطها القانونية فإنه يكتسب بالتقادم "(٥).

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ،ج ٦، ص ٤٤٩ .
(٢) مصطفي احمد عبد الجواد ،الحيازة بسوء نية، مرجع سابق ، ص ٥٤ .
(٣)عبد القادر مرزوق ، مجموعة المصطلحات القانونية " فرنسي – عربي " الناشر دار الفكر العربي ،ص ٣٠٥ .
(٤) محسن عبد الحميد البيه ، الملكية ، مرجع سابق ، بند ٤٣٩ ، ص ٥٠٩ ؛ منصور مصطفي منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري ، ١٩٦٥ ، مكتبة عبد الله وهبه ، بند ١٥٧ ، ص ٣٦٦ ؛ وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني ينص في المادة ١٣٩٨ منه علي أن " الحيازة وضع مادي يسيطر الشخص به سيطرة فعلية علي شئ يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق " .
وعندما عرض هذا النص علي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض عليه لأن التعريف ناقص إذ ينقصه ركن نية التملك إذ تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك ٠ وقد أثار هذا الأعتراض مناقشة طويلة رؤي بعدها حذف النص لأن ذلك أنسب من الوجهة التشريعية . وقررت اللجنة حذف النص اكتفاء بالتعريف المقرر للحيازة في الفقه .مجموعة الأعمال التحضيرية ،ج٦ ، ص ٤٤٨-٤٤٩ . وقد وضعت بعض القوانين العربية تعريفاً للحيازة ، مثال ذلك : القانون العراقي م ١١٤٥ ،والقانون التونسي م ٣٨ ؛ والقانون السوداني م ١/٧٦١ ، والقانون الصومالي م ١/٧٥٧، والقانون الأردني م ١/١١٧١ ، والقانون الكويتي م ٩٠٥ ٠يراجع في ذلك / محسن البيه ، الملكية ، مرجع سابق ، ص ٥٠٩/٥١٠ هامش رقم ١ .
(٥) نقض مدني ، ١٩٩٥/١/٢٥ . م٠م ٠ف ،س ٤٦ ،ق ٢٠٠ ،ص ١٠٣٧ ٠مشار اليه في / محسن البيه ، الملكية ،مرجع سابق ، ص ٥١٠ .

(ب): التعريف الفقهي للحيازة العقارية:

سعي الفقه جاهداً لوضع تعريف للحيازة بإيضاح الأركان الأساسية، وفي الفقه الفرنسي نجد بلانيول Planiol يقول بأن: " الحيازة حالة واقعية تكون بإحراز شئ بواسطة شخص بطريقة مانعة والقيام عليه بأعمال مادية من استعمال وانتفاع كما لو كان مالكه"(١).

ونجد بودري، وتسييه ينظران إليها من ناحية إحرازالشئ أو الإنتفاع بحق ، ويعرفها بقولهما: " إن الحيازة هي إحراز شئ أو الانتفاع بحق نحرزه أو نمارسه بأنفسنا أو بواسطة آخر يحرزه أو يمارسه باسمنا " فهي بالنسبة لهما تكون بإحراز الشئ أو الانتفاع بالحق بواسطة الحائز نفسه أو بواسطة الغير الذي يحرز الشئ او يمارس الحق لحساب الحائز(٢).

ويقول لا رومت ، " Larroumet : بأن " الحيازة وضع قانوني بموجبها يتصرف الشخص كمالك لحق عيني ويقصد أن يكون مالك هذا الحق وتنتج آثاراً قانونية هامة بشأن إثبات هذا الحق وبإمكانية اكتسابه بمرور الزمن(٣).

ويعرفها كاربونيه Carbonnier بأنها: " سلطة مادية أو سيطرة فعلية تمارس علي شئ وهذه السلطة المادية قد تتطابق أو لا تتطابق مع الحق أو الملكية "(٤).

وقد تصدي الفقه المصري بدوره لتعريف الحيازة : بأن " الحيازة وضع مادي ينجم عن أن شخصاً يسيطر سيطرة فعلية علي حق سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن "(٥).

وعرفها البعض: "بأنها عبارة عن سلطة فعلية لشخص علي شئ من الأشياء يستعمله بصفته مالكا له او صاحب حق عيني عليه، سواء إستندت هذه السلطة إلي حق من هذه الحقوق أو لم تستند(٦).

---

(١) Planiol, (Marcel) , Ripert (Georges) et Picard (Maurice), Traite Pratique de droit civil Francais , Tom 3 , 1952 Paris, I , N. 2263,P.699 .

(٢) B audry et Tissier ,N. 194 -195 ,P. 1953 – 1954

(٣) Larroumet , droit civil , N. 78 ,P. 60.

(٤) Carbonnier ,(droit civil), Tom I I I , Les bien , ed , 1973 , N. 41 , P. 139 .

(٥) السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، أسباب كسب الملكية ،١٩٦٨ م ، دار النهضة العربية ، ج٩ ، بند ٢٥١ ، ص ٧٨٤ .

(٦) انظر في ذلك/ البدراوي، حق الملكية ،مكتبة الجلاء الجديدة ،المنصورة ، ١٩٩٧ م ، ص ٤١٩ ، ف ٣٢٣ ، الحقوق العينية ،ص ٤٨٩ ، ف ٤٧٨ ؛ منصور مصطفي منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري، ١٩٦٥، م ، ص ٣٦٦ ف ١٥٧ ؛ علي سليمان ، شرح القانون المدني الليبي ،١٩٦٩ ص ٢٤٢ ف ٤٦ ؛ يحي المطري في رسالته ص ٤٤ ف ٢٢ ؛ عبد المنعم الصدة ، الملكية في القانون المدني المصري م الحلبي بمصر ١٩٦٤، ص ،٥١٢ ف ٣٤٣ ،الملكية في قوانين البلاد العربية ج٤ ١٩٦٤ دار النشر للجامعات المصرية ص ٦ ف ٣٠١ ؛ حسن كيره ،الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها ومصادرها ، ١٩٧٥ م ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ص ٤٣٣ ف ٢٥٠ ؛ شاكر حيضر القانون المدني العراقي م المعارف بغداد، ١٩٥٩ م ،ج٢ ،ص ١٢٩٧ ،ف ١٠٠٥ ؛ محمد عبد اللطيف التقادم المكسب والمسقط م دار النشر الجامعات المصرية ١٩٦٦ م ، ص ٢١٣ ، ف ٢٥٩ .

وعرفها البعض بأنها :" سلطة واقعية يمارسها الحائز علي شئ بحيث تتفق في مظهرها الخارجي وفي قصد الحائز مع مزاولة حق الملكية أو أي حق عيني آخر ، وإن لم تستند هذه السلطة إلي حق يعترف به القانون[١].

وقيل هي : سيطرة الشخص بنفسه أو بواسطة وكيله أو نائبه سيطرة فعلية علي شئ يجوز التعامل فيه ، أو أن يستعمل بالفعل حقا من الحقوق ، علي أن تكون سيطرته ليست علي سبيل الرخصة أو التسامح بل بصفته مالكاً "[٢] .

وقيل هي: حالة فعلية لمن يتعمد حيازة الشئ حيازة من يستأثر بمنافعه والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه[٣].

وقيل هي : السيطرة أو التمتع بشئ او بحق ، أو هي : حالة واقعية تعبر عن وجود شئ تحت تصرف شخص يمارس عليه ذات الاعمال المادية للاستعمال والاستغلال والتصرف التي يمارسها المالك"[٤] .

ويري البعض[٥]، أن الحيازة تعتبر ، في أغلب الأحوال ، مظهر الحق ؛ ولكن هذا المظهر قد لا يطابق الحقيقة في بعض الأحوال ،وحتي في هذه الأحوال الأخيرة ، فإن الحيازة في ذاتها قد ترتب آثاراً قانونية خاصة .

إلا أننا نري ان الحيازة : " هي سلطة فعلية لشخص علي شئ من الأشياء تبدو في ظهوره بمظهر مالك هذا الشئ ، أو صاحب حق عيني عليه ، ويسيطر عليها سيطرة مادية علي هذا الحق سواء كان حقاً عينياً (ملكية – انتفاع – ارتفاق) أو حقاً شخصياً .

ثانياً– الحيازة في بعض القوانين العربية:

(١) القانون المدني العراقي[٦]:

عرَف القانون المدني العراقي الحيازة في المادة (١١٤٥) بقوله " الحيازة وضع مادي يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية علي شئ يحوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق".

---

(١)غني حسون طه ، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الكويتي "حق الملكية " ج١ ، مطبعة جامعة الكويت ١٩٧٧ ،ص ٢٠٤ ،ف ٢٣٥

(٢) محمود التوني ،حماية الحيازة ،مكتبة الانجلو المصرية ،١٩٥٨ م ،ص ٣ .

(٣) منصور مصطفي منصور ،حق الملكية في القانون المدني ، المرجع السابق ، ص ٣٦٦ ؛ محمود جمال الدين ذكي ، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص ٥٠٦ .

(٤)حمدي عبد الرحمن ، الحقوق والمراكز القانونية ،الناشر دار الفكر العربي ،القاهرة ١٩٧٥ ،ص ٩٨ .

(٥) محسن عبد الحميد البيه ، الملكية ، مرجع سابق ، ص ٥١١ .

(٦) وهو القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ونفذ في عام ١٩٣٥ م .

ويقابل هذا النص المادة ١٣٩٨ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الذي لم يحظ بالموافقة عليه فأستبعد لأنه ينقصه الركن المعنوي (نية التملك)، ولم يبرز النص العراقي من عنصري الحيازة ، سوي العنصر المادي فحسب مما يعد عيبًا في التشريع[١].

وعيب علي هذا التعريف أنه عرف الحيازة بقوله: "إنها وضع مادي" بالرغم من أن الحيازة لا تشير إلي الوضع المادي البحت بل الوضع المادي باستعمال الحقوق العينية، أما الوضع المادي المجرد فلا يعني الحيازة فلا يزيد عن كونه مجرد حبس للشئ[٢]، لا ممارسة الحيازة عليه ٠

كما أن التعريف وإن أبان الركن المادي إلا أنه أغفل الركن المعنوي، فالحيازة لا يقتصر مفهومها علي مجرد السيطرة علي الشئ بواسطة الشخص نفسه أو بواسطة الغير، بل لابد أن يكون الهدف من هذه السيطرة كسب حق عيني علي العقار المحاز لا مجرد استعمال هذا الحق فقط ٠

(٢) القانون المدني الكويتي الحالي:

كان نص المشرع الكويتي أسد من المشرع العراقي في تعريف الحيازة إذ عرفها بأنها: " سيطرة الشخص بنفسه أو بواسطة غيره علي شئ مادي ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر بأن يباشر عليه الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق"[٣].

(٣) القانون المدني الأردني الحالي:

كان نص المشرع الأردني الحيازة في الفقرة الأولي من المادة ١١٧١مدني أردني بأنها: "سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره علي شئ أو حق يجوز التعامل فيه"[٤].

(٤)- القانون المدني اليمني :

أما المشرع اليمني فقد عرف الحيازة في المادة (١١١٠) مدني علي أن الثبوت (الحيازة) هو استيلاء الشخص علي الشئ ووضع يده عليه منقولا كان أو عقارا، وهما نوعان:-

فالأول: حيازة ملك ثبوت يتصرف بها الحائز في الشئ الذي يحوزه بأي نوع من أنواع التصرفات ظاهرا عليه بمظهر المالك وإن لم يبين سبب ملكيته له فتكون يده مهما استمرت حيازة ملك ثبوت علي الشئ.

---

(١) وقد حذا حذو المشرع العراقي في تعريف الحيازة المشرع الصومالي والسوداني والأدرني ،وقد وقعت هذه التشريعات في العيب الذي وقع فيه المشرع العراقي ، أنظر في هذا / السنهوري ، الوسيط ،المرجع السابق ، ص ١٠٧٢ ،ف ٢٥١ ؛ بيان يوسف حمود ، دور الحياة في الرهن الحيازي ،رسالة دكتوراه القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص ١١٦ ؛ محمد مهدي السامراني ،ملكية الأراضي الزراعية بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي ،رسالة دكتوراه ،القاهرة ، ١٩٧٥ م ، ص

(٢) حامد مصطفي ، الملكية العقارية في العراق ، مع مقارنة بالقانون المدني العربي المصري والسوري ، الجزء الأول ، الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٦٤ م ، معهد الدراسات العربية العالية ، بند ٣٢٨ ، ص ٣٠٧ .

(٣) أنظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ص ٦٩٣ ؛ بيان يوسف ، في رسالته ، دور الحيازة في الرهن الحيازي ،دراسة مقارنة ، دكتوراه ، القاهرة ،١٩٨٦م ،ص ١١٩ ؛ يحي المطري في رسالته، دور الحيازة في المقول ،مرجع سابق ، ص ٢٩ ف ٢٤

(٤) انظر / بيان يوسف حمود ، دور الحيازة في الرهن الحيازي ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ .

والثاني: حيازة انتفاع، بإجارة أو نحوها، يكون الشئ فيها مملوكا بغير حائزه الذي لا يكون له إلا بمجرد الانتفاع بالشئ ، انتفاعاً موقتاً طبقا لسبب إنشائه[١].

أما الحيازة القانونية (الثبوت) فقيامها يتطلب توافر عنصري الحيازة معا فلا يكفي قيام أحدهما دون الآخر، اذ يجب ان يباشر الشخص الأعمال المادية المعتادة من قبل مالك الشئ او صاحب الحق عليه، وذلك يعتبر عنصر الحيازة المادي، الذي يجب ان يقترن به عنصر آخر مقتضاه ان يضيع هذا الشخص يده علي الشئ لحساب نفسه ، ظاهرًا علي الشئ بمظهر المالك او صاحب الحق، فاذا اقترن عنصر القصد مع عنصر السيطرة المادية مع الأشخاص فقد اجتمع عنصرا الحيازة القانونية علي الشئ، فتتحقق السيطرة الفعلية علي الشئ ، وممارسة الأعمال المادية التي يباشرها عادة صاحب الحق أو المالك (العنصر المادي). وكان يقوم بذلك لحساب نفسه (العنصر المعنوي) فإنه يعتبر حائز الانتفاع عنصري الحيازة ويوصف بالحائز القانوني[٢].

ويري بعض الباحثين[٣]، إن الحيازة :" هي سيطرة الشخص بنفسه أو بواسطة غيره علي شئ مادي ظاهرًا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني أو شخصي ، ويباشر عليه الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق .

كما توضح هذه التعريفات، أن الحيازة ليست متلازمة مع الحق في جميع الأحوال، فالحائز يمارس أعمال السيطرة الفعلية المكونة للركن المادي مستنداً إلي حق أو غير مستند إلي حق[٤] فهذه الأعمال ينظر إليها إستقلالاً وبصرف النظر عن وجود أو عدم وجود حق للحائز .

ولكن يؤخذ علي هذه التعريفات أن بعضها فيما يلي:

(١) لا يبرز الركن المعنوي للحيازة بالرغم من أنه ركن جوهري لقيام الحيازة القانونية، إذ لا حيازة بدون عنصر القصد، فهم يكتفون بقولهم: " إنها سلطة فعلية أو وضع اليد علي الشئ مع الاستئثار به واستعماله واستغلاله، مع أن الاستئثار والتصرف والاستغلال والاستعمال للشئ لا يؤدي إلي قيام الركن المعنوي للحيازة، إذ يجب أن يكون فحواه النية في إكتساب حق عيني علي الشئ

---

(١) الجريدة الرسمية ، الجمهورية اليمنية ، تصدرها وزارة الشئون القانونية العدد السادس (الجزء الثاني) الصادر بتاريخ ٢٧ رمضان ١٤١٢هـ ،٣١ مارس ١٩٩٢ م قرار جمهوري بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢ وباصدار القانون المدني ص ١٧٨، ١٧٩ ، ويلاحظ ان المشرع اليمني قد اعتبر الثبوت بمعني الحيازة. والثبوت في اللغة هو : الثابت اسم فاعل من يثبت٠ وعند العلماء الموجود والذي لا يزول بتشكيك المشكك. ويثبت الشئ في المكان ٠دام واستقر فهو ثابت ٠٠٠ فالأصل في القانون المدني اليمني ان الحيازة هي الثبوت لأن المشرع قد بدأ بكلمة الثبوت وبين قوسين (الحيازة) وعرف ذلك في المادة (١١١٠) مدني يمني ، أنظر /المذكرة ايضاً المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني ،الكتاب الرابع ، ص ٥٠٧ ؛ علي محمد احمد البناغي ، رسالة دكتوراه ، الحيازة في القانونين اليمني والمصري أثارها وحمايتها دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، ١٤١٦هـ ، ١٩٩٥ ، ص؛ يحي المطري ، في رسالته ، ف ١٧ ، ٢٥ .

(٢) جميل الشرقاوي ، الحقوق العينية ، المرجع السابق ص ٢٤٤ .

(٣) حمدي عبد العزيز خفاجي ، الحيازة وحمايتها في القانون المدني المصري والفقه الاسلامي " دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ،جامعة المنصورة ، بدون سنة ،قسم القانون المدني ، ص ٣٠

(٤) السنهوري ، الوسيط ، ج٩ ، بند ٢٥١ ، ص ٧٨٤٤ ؛ عبد المنعم البدراوي ، الحقوق العينية الأصلية ، بند ٤٧٨ ، ص ٤٨٩ .

المحاز، وبالرغم من أن منهم من يقول بأن الحيازة هي وضع اليد لشخص بصفته مالكاً أو صاحب حق عيني أو معتبراً نفسه أو ظاهراً كصاحب حق، فهذا الاعتبار من جانب الحائز لا يؤدي بدوره إلي قيام الركن المعنوي للحيازة مالم يوجد قصد اكتساب حق عيني.

(٢) **والبعض الآخر**، لا يعني بيان نطاق الحيازة في حيث الحقوق ، حيث يستخدمون كلمة " حق "بجون وصف، بقولهم " إستئثار صاحب الحق"، وهو" معتبراً نفسه صاحب حق"، مع أن الحيازة ليست مصدراً لكافة الحقوق بل يقتصر نطاقها علي الحقوق العينية.

(٣) وبعض هذه التعريفات لا يحدد بدقة محل الحيازة ويرون أنها ترد علي شئ ، مع أن الحيازة لا ترد علي كل الأشياء، بل يجب أن يكون محلها شيئاً مادياً معيناً بالذات[١]، ولا يكفي أن يكون محل الحيازة مادياً معيناً بالذات بل يجب أن يكون جائز التعامل فيه لأن الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل لا يصح أن تكون محلاً للحيازة (م ١/٨١، ٢م مصري)

ويذهب البعض[٢]، بأن الحيازة لها دوراً مهماً وفقاً للنظام القانوني المصري، بصرف النظر عن الطبيعة القانونية لها، ويتمثل في الآتي :

(١) تقوم الحيازة قرينة علي الحق إلي أن يثبت العكس، طبقاً للمادة(٩٦٤) مدني التي تنص علي أن " من كان حائزاً للحق أعتبر صاحبه حتي يقوم الدليل علي العكس " .

(٢) أن الحيازة أساس لبعض طرق اكتساب الحق العيني، فإذا كان محلها مال لا مالك له، فتؤدي إلي الملك في الحال، وهذا ما اصطلح علي تسميته بالإستيلاء، ويقتصر في القانون المصري علي المنقول .

(٣) **كذلك**، فإن حيازة الشئ، بحسن نية ، يمكن أن تؤدي إلي إكتساب الحائز ثمار الشئ ، أي أنه إذا طالب صاحب الشئ الحائز برده، وأقره القضاء في هذا الاسترداد لا يلزم الحائز حسن النية برد الثمار التي قبضها وهو حسن النية .

(٤) **وفوق ما تقدم**، فإن الحيازة في ذاتها، وبصرف النظر عن الحق الذي يسندها – جديرة بحماية القانون، حيث إن هذا الأخير يحمي الحيازة في العقار بدعاوي خاصة هي دعاوي الحيازة، التي تتميز عن دعاوي الحق[٣]، حيث أن الحائز لا يستند في استعمال دعوي الحيازة، إلا إلي أنه صاحب حيازة استوفت الشروط التي بمقتضاها يحميها القانون .

---

(١) حسن كيره ، الحقوق العينية الأصلية ،المؤجز في أحكام القانون المدني ، أحكامها ومصادرها ،١٩٧٥ ،منشأة المعارف بالإسكندرية ، بند ٢٥٢ ، ص ٤٣٧ ؛ عبد المنعم فرج الصده ، حق الملكية ، مرجع سابق ، بند ٣٤٣ ، ص ٥٢٤ .

(٢) محسن عبد الحميد البيه ، الملكية في القانون المصري ، مرجع سابق ، بند ٤٤٠ ، ص ٥١٢ وما بعدها .

(٣) في هذا المعني: نقض مدني ،١٩٩٦/٣/١٠، م . م . ف ، س ٤٧، ق ٨٥ ، ص٤٣٩؛ نقض مدني ، ١٩٩٦/١٢/١٦ ، م . م. ف ، س ٤٧، ق ٢٨٧ ، ص ١٥٧٦؛ نقض مدني ، ١٩٩٨/٢/١٤ ، م .م. ف ، س ٤٠ ، ص ٤٧٠ ، مشار اليهم / محسن عبد الحميد البيه ، الملكية ، مرجع سابق ، ص ٥١٣ ، هامش رقم ١

وعلي ذلك، تبقي حيازة وتمكين المطلقة الحاضنة لمسكن الزوجية أو الحضانة موضوع البحث؛ له محل نظرعند فقهاء القانون الوضعي والشريعة الإسلامية بصدوره بقرار جمهوري **أولاً،** ثم بصدوره في المادة (١٨ مكرراً ثالثا) مضافة إلي قانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م ، الذي أثار الجدل والنقاش عند فقهاء القانون الوضعي .

المطلب الثاني

تعريف حيازة المطلقة الحاضنة قانونا

نصت المادة (١٨) مكرراً ثالثاً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م انه: "علي الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة ، استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر، دون المطلق مدة الحضانة. واذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر، كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به، إذا هيأ لهم المسكن المناسب ، بعد انقضاء مدة العدة..... "[١].

أولاً – المقصود بمسكن الزوجية أو الحضانة:

(أ) التشريع المصري : " ما يعنيه المشرع في الفقرة الثالثة من هذه المادة يشمل مسكن الحضانة باعتبار أن معظم المنازعات التي تثور حول المسكن بين الزوجين إنما تكون بعد الطلاق، وهو ما عناه المشرع[٢]، كما يلاحظ بأن " المشرع استعمل عبارة استمروا في شغل مسكن الزوجية ، وهو تعبير غير دقيق لأنه بانفصام الزوجية بالطلاق لم يعد المسكن الذي يقطنه الزوجان مسكناً للزوجية ، والمقصود بهذا المسكن هو المكان الذي كانت تشغله الزوجة والزوج وأولادهما حال الزوجية "[٣].

وعرفه محكمة النقض المصرية بأنه: " ..... وإذا كان المقصود بمسكن الزوجية في هذا الخصوص هو المكان الذي كان مشغولاً فعلاً بسكني الزوجية، فإذا ثار خلاف بين الحاضنة ووالد الصغير حول مسكن الحضانة، إنصرفت كلمة المسكن إلي المكان المشغول فعلاً بسكني الصغير وحاضنته"[٤].

(ب) التشريع العراقي : "**المشرع العراقي،** في قانون الأحوال الشخصية رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ لاحظ أن كثيراً من الزوجات يبقين بلا مأوي بعد طلاقهن أو تفريقهن ، وأن العدالة تقضي بأن تمنح الزوجة التي يصدر حكم بطلاقها حق البقاء في الشقة التي تسكنها مع زوجها ووجد أن مدة الثلاث سنوات

---

(١) الجريدة الرسمية ،العدد (٢٧) "تابع " في ١٩٨٥/٧/٤م

(٢) عكاز والدناصوري ،التعليق علي قانون المرافعات ،الجزء الاول ، الطبعة الثامنة ، ١٩٩٤ م ،ص ٦٤٤ .

(٣) محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء في الاحوال الشخصية ، طبعة ١٩٩٠-١٩٩١ م ،دار محمود للنشر والتوزيع ،ص ٦٧٢ .

(٤) الطعن رقم ٢٠٢٣ لسنة ٥٦ ق ، مكتب فني ، رقم ٣٨ ، تاريخ الجلسة ، ١٩٨٧/١٠/٢٨ م ، صفحة رقم ٩٢٩

كافية لتهيئة سكن يأويها إلا أن هذا مشروط وفقا للمادة الأولي من هذا القانون ، وفي نفس الوقت نصت المادة الثالثة من هذا القانون حرمانها من حق السكني في بيت الزوجية إذا كان سبب الطلاق أو التفريق خيانتها أو رضائها بذلك ، أو أن حدث نتيجة المخالعة أو تملكها علي وجه الإستقلال شقة سكنية"[١].

ثانيًا- مفهوم تهيئة المسكن المستقل المناسب اذا اختار تهيئته :

(١) تهيئة المسكن :

هي بعد الحصول عليه ،إ عداده ليكون صالحًا كمسكن للحضانة ، بجعله مستوفيًا أغراض المعيشة فيه ، وذلك بمده بأسباب الإفادة منه كالماء ، والإضاءة ، والأثاث المناسب لمقتضي الحال وعدد المحضونين[٢].

ولكن واجه هذا التعريف الي النقد :

(أ) أن تهيئة المسكن يمكن أن يكون أضيق نطاقاً مما تقدم سلفًا ، فقد يكون مجرد إيجاد المحل الذي تأمن فيه الحاضنة علي نفسها ومحضونيها ومالها ، تستطيع فيه رعاية المحضونين فقط ،دون النظر يمكن للمسكن أن يكون بيت مستقل بمرافقه ،أ و يشترك مع غيره فيه[٣].

(ب)أن مسكن الحضانة طبقا لنص المادة ٣/١٨ من قانون الأحوال الشخصية لا يقصد به في هذه الحالة ، المسكن الشرعي المستوفي للشرائط الشرعية ، من أن يكون لائقاً ، خالي من سكن الغير ، مشتملاً لجميع المرافق ، وأن يكون بين جيران صالحين[٤].

(٢) مفهوم المسكن المستقل المناسب :

ويقصد به، طبقاً لنص المادة سالفة الذكر ، خلوه في الأصل ممن عدا الحاضنة والمحضونين، وأن يكون المسكن خاليًا من سكن اهل المطلقين، رعاية للحاضنة والمحضونين ، وعناية بهم ،حتي يكونوا في مأمن علي أنفسهم ، ومالهم ويأتي صفة الإستقلال بمسكن الحضانة ،أ ي أن يكون خاليًا من الغير ، لا يشترك فيه غير الحاضنة والصغار .

---

(١) حمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في إقليم كردستان العراق ، طبعة ٢٠١١ م ، دار الكتب القانونية ، ص ٧٨ وما بعدها

(٢) محمد شتا أبو سعد ، منازعات الحيازة ، الطبعة الثانية (موسعة) ١٩٨٨ م ، الناشر ،منشأة المعارف بالاسكندرية ، ص ٢٩٥ .

(٣) محمد شتا ابو سعد ، منازعات الحيازة ،المرجع السابق ، ص ٢٩٥ .

(٤) محمد المنجي ، الحيازة ، الطبعة الرابعة ، ٢٠٠٥ م ،منشأة المعارف بالاسكندرية ، ص ٢٨٧ .

ولكن واجه هذا التعريف بعض فقهاء القانون الي النقد :

وذلك علي النحو الآتي :

(أ) أن استقلال مسكن الحضانة ،يجعله أجدر بالخصوصية من مسكن الطاعة الشرعي ، لان مسكن الطاعة لا يمنع من سكني أبنة الزوج من زوجة أخري معها ، مادام يستطيع أن يفضي الي زوجته حجرة مستقلة ،وهذا يتنافي مع الشرع[١].

(ب) قصد التشريع ، أن يكون مسكن الحضانة مستقلاً[٢]، والفرض أن المطلق إختار الخيار الأول وهو تهئية مسكن مستقل لها وللمحضونين دون غيرها .

ثالثاً- المقصود بالزوج المطلق :

فالزوج المطلق، هو كل زوج أبرم عقد زواج صحيح ، ثم رفع قيد الزواج أو حل عقدة الزوجية بالارادة المنفردة، سواء بادارته مباشرة، او بواسطة وكيل عنه. ويوصف الزوج بالزوج المطلق ايضا إذا صدر الطلاق من القاضي أي في حالة التطليق، أو اذا كان الطلاق خلعًا.

والزوج المطلق، هو كل زوج انتهي زواجه بالطلاق. أما الزوج الذي انتهي زواجه بغير الطلاق ، فإن القانون لا يلزمه بتهيئة مسكن الحضانة[٣].

ولقد انتقد بعض فقهاء القانون هذا التعريف من حيث :

ويذهب البعض[٤]،أنه يقصد من هذه الفقرة ب " **الزوج المطلق** "هنا المطلق فحسب ، الأمر الذي يعني عدم الحاجة إلي كلمة " الزوج " التي تعتبر زائدة وبالتالي عيبا في الصياغة.

ويذهب البعض الآخر، أن كلمة " **زوج** " هنا تستبعد حالة ما إذا تولي الطلاق وكيل عن المطلق. إذ الوكيل بالطلاق لا يسمي مطلقاً، بل يظل وكيلاً .ثم أن النص يضيف عبارة" أن يهيئ لصغاره "، مما يعني أن تهيئة مسكن الحضانة هو التزام المطلق نفسه، **لا** الوكيل بالطلاق.

---

(١) محمد شتا أبو سعد ، منازعات الحيازة ، ١٩٨٨م ، مرجع سابق ، ص ٢٩٦ .٢٨٧ .

(٢) ولذا فنحن نقيد البحث الوارد في مضبطة مجلس الشعب في الجلسة ٩٨ في ١٩٨٥/٧/١ ص ١١ ،بأنه ينصرف في الخيار الثاني المتعلق بالجزاء ، أي الي الحالة ما لم يهيئ الزوج للحاضنة مسكنا مستقلا مناسبًا ، فيترك للحاضنة مسكن الزوجية المؤجر ... الخ .فقد ذكر رئيس المجلس انه "قد يكون من المفيد ان أوضح بعض المسائل ...مسكن الزوجية، أولاً :لم نذكر شقة او منزلا ، وإنما ذكرنا مسكنا ، فقد يكون مسكن الزوجية في وسط معين من شقة كبيت العائلة او الريف ،فالجميع يسكنون منزلا واحدا . والزوج وزوجته وأولاده يسكنون حجرة او حجرتين علي سبيل المثال : فمسكن الزوجية اذن ليس المنزل بكامله ، وانما يقطنه الزوجة والأبناء .ثانيا : وفي نقاشنا مع السادة اصحاب الفضيلة اساتذة الشريعة ورد السؤال التالي (منهم) –ما القول . في رجل متزوج زوجتين في منزل واحد او شقة واحدة ... فكانت اجابتي في هذه الحالة ان المنزل او الشقة ليس مسكنا لزوجة واحدة ،بل لاكثر من زوجة ،وعلي ذلك اذا طلق فتستقل المطلقة واولادها بما كانت تستخدم من المسكن المشترك . اذن فمسكن الزوجية ليس منزلا بالضرورة أو شقة بالضرورة ، وانما هو الجزء من المنزل تو هو المنزل المستقل تبعا للظروف التي تختص بها الزوجة واولادهما حال الزواج .وهذا هو المقصود في القانون بمسكن الزوجية " . انظر في ذلك /محمد شتا ابو سعد ،منازعات الحيازة ، مرجع سابق ، ص ٢٩٨ هامش رقم ٤

(٣) محمد شتا ابو السعد ،منازعات الحيازة ، ١٩٨٨م ، مرجع سابق ، ص ٢٩١ .

(٤) محمد المنجي ، الحيازة ، ٢٠٠٥ م ، مرجع سابق ،ص ٢٨٥ .

قائمة المراجع

- محمد حسين منصور ، مسكن الزوجية بين قانون إيجار الأماكن وقانون الأحوال الشخصية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، بدون سنة نشر
- محمد أنيس عبادة ، الفقه الإسلامي ،مراحل ومبادئ ومشروعات ، الطبعة الأولي، ١٣٨٨ هـ – ١٩٦٨ م ،بدون دار نشر
- حاشية الطحاوي علي الدر المختار، والدر المختار لخاتمة المحققين ،محمد أمين الشهير بإبن عابدين المتوفي سنة ٢٥٢ هـ ، طبعة الحلبي ،جـ٣ .
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، للعلامة علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الملقب بملك العلماء ، المتوفي عام ٥٨٧هـ ، طبعة دار الحديث ، جـ ٤.
- شرح الزرقاني علي مختصر خليل، للإمام العارف العمداني الجامع بين علمي الاصول والمعاني سيدي عبد الباقي الزرقاني ، طبعة دار الفكر ، بيروت ١٣٩٨ هـ – ١٩٧٨ م ،
- نهاية المحتاج الي شرح المنهاج ، لشمس الدين محمد بن إبي العباس أحمد ابن حمزة الشهير بالشافعي الصغير ، المتوفي عام ١٠٠٤ هـ ، طبعة الحلبي ،جـ٧.
- مغني المحتاج الي معرفة معاني الفاظ المنهاج، للشيخ محمد بن أحمد الشربيني الخطيب المتوفي سنة ٩٧٧ هـ ، طبعة مصطفي البابي الحلبي سنة ١٣٧٧ هـ ، جـ٣ .
- مواهب الجليل علي مختصر خليل للحطاب ، طبعة مكتبة النجا – ليبيا سنة ١٩٧٨ م ،جـ٤.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ،علي مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، تأليف الامام علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان المرادي ، طبعة دار احياء التراث العربي – بيروت ،جـ ٩.
- التاج المذهب لاحكام المذهب في فقه الأئمة الاطهار، للقاضي العلامة أحمد قاسم العنبسي اليماني الصنعاني ، الطبعة الاولي – مطبعة دار احياء الكتب العربية ، سنة ١٣٦٦ هـ ، جـ ٣ .
- شرح كتاب النيل وشفاء العليل تأليف الامام محمد بن يوسف أطفيش ، طبعة مكتبة الارشاد، طبعة الباروني وشركاه ، جـ ٧، ص ٤٠٧؛ البحر الزخار جـ ٣.
- سبل السلام، شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، الصنعاني ، تحقيق / حازم علي بهجت القاضي ، مكتبة نزار مصطفي الباز،الرياض –المملكة العربية السعودية، سنة١٩٩٥،ج٣.

- محمد يوسف موسي، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي ، طبعة ١٣٧٨هـ – ١٩٥٨م ، فقرة ٥٣٠؛ عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٨.
- الشوكاني ، نيل الأوطار ،ج٦ ، مكتبة دار التراث ، القاهرة – مصر ، عام ١٢٥٥هـ
- ابن قدامة ، المغني ،ج١١ ، تحقيق / عبد الله التركي ، عبد الفتاح الحلو ، دار عالم الكتب ، الرياض –المملكة العربية السعودية ،ط٣ ، سنة ١٩٩٧م.
- الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، تحقيق / علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان ، ط٢ ، سنة ٢٠٠٣.
- البهوتي ،كشاف القناع ،ج ٨ ، تحقيق / إبراهيم أحمد عبد الحميد ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الرياض – المملكة العربية السعودية ،ط خاصة ، سنة ٢٠٠٣ م .
- السرخسي ، المبسوط ،ج٥، دار المعرفة بيروت – لبنان – ١٩٨٩.
- ابن نجيم ، البحر الرائق،ج٤، دار الكتب العربية الكبري، القاهرة، مصر،عام ١٣٣٣هـ.
- ابن الهمام ،فتح القدير ،ج٣ ، المطبعة الكبري الأميرية ببولاق المحمية ، ط١ ، عام ١٣١٥ هـ .
- الرملي ، نهاية المحتاج ،ج ٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ٣ ، سنة ٢٠٠٣ .
- ابن قدامة ، المغني ،ج١١، تحقيق / عبد الله التركي ، عبد الفتاح الحلو ،دار عالم الكتب ،الرياض –المملكة العربية السعودية ، ط٣ ، سنة ١٩٩٧
- ابن حزم ،المحلي ،ج١٠ ، تحقيق / أحمد محمد شاكر ، إدارة الطباعة المنيرية ، القاهرة – مصر ،ط١ ، عام ١٣٤٧.
- ابن المنذر ،الاجماع ، مكتبة الفرقان ، عجمان – الإمارات العربية المتحدة ،ط٢ ، سنة ١٩٩٩ م .
- ابن العربي ، أحكام القرآن ، ج١ ،دار عالم الكتب ، الرياض –المملكة العربية السعودية ،ط٢ ، سنة٢٠٠٣م .
- ابن القيم ، زاد المعاد في هديّ خير العباد ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ،المعروف ب " إبن القيم " ، تحقيق / شعيب الأرناؤوط ، عبد القادر الأرناؤوط ،مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت– لبنان ،ط٣ ، سنة ١٩٩٨ .

- ابن عابدين ،رد المحتار علي الدر المختار، تحقيق/عادل أحمد عبد الموجود ،علي محمد معوض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض- المملكة العربية السعودية ، ط خاصة، سنة ٢٠٠٣ م .
- الشلبي علي الكنز،ج٣، المطبعة الكبري الأميرية ببولاق مصر المحمية ،ط١ ، سنة ١٣١٣ هـ ، ص ٤٧ ؛حاشية ابن عابدين ، ج٢.
- زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، مطبعة دار التأليف ، القاهرة ، ط ١ ، ١٩٥٩ – ١٩٦٠.
- أحمد شامي ، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري " دراسة فقهية ونقدية مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الاسكندرية ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٨ – ٢٠٠٩.
- أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، طبعة ٢٠١١ ، دار الكتب القانونية .
- نبيلة اسماعيل رسلان ، حقوق الطفل في القانون المصري ، مطبعة جامعة طنطا ، ٢٠٠١ م.
- أنور العمروسي ،موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع ، المجلد الأول ، طبعة ٢٠٠٥ م ،دار الفكر الجامعي بالاسكندرية .
- السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، أسباب كسب الملكية ،١٩٦٨ م ، دار النهضة العربية ، ج٩ ، بند ٢٥١ ، ص ٧٨٤ .
- الولاية علي المال ، عمرو عيسي الفقي ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ،طبعة ١٩٨٨ م.
- محمد الشحات الجندي ، نظرات في نظام الاسرة الإسلامية " الزواج " ،مكتبة جامعة طنطا ، سنة ١٩٨٨ ،كلية الحقوق ،جامعة طنطا .
- أحمد نصر الجندي ، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية ،١٣٩٨هـ -١٩٧٨ م دار الفكر العربي .
- محمد شتا ابو سعد ، منازعات الحيازة ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٨م ، الناشر منشاة المعارف بالاسكندرية .
- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الخامسة،١٩٩٠م، دار الوفاء للنشر والتوزيع .
- عز الدين الدناصوري ،وحامد عكاز ، الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية في ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة الرابعة ، بدون سنة نشر .

- فتحي حسن مصطفي، خلاء العين المؤجرة، للتأجير من الباطن والتنازل عن الإيجار والهدم الكلي أو الجزئي، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، دار الكتب القانونية، بدون سنة نشر.
- محسن عبد الحميد البيه ، الملكية في القانون المصري ، أحكامها وأسباب كسبها ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ٢٠٠١-٢٠٠٢ م ، ص ٥٠٩؛م
- محسن عبد الحميد البيه ، في مشكلات الحيازة ضم الحيازة ،طبقاً للقوانين المصري والفرنسي ، ١٩٩٣ م ،مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة .
- جمعه محمود الزريقي ،نظام الشهر العقاري في الشريعة الاسلامية (دراسة مقارنة مع نظام السجل العيني ،بدون سنة نشر.
- محمد عبد الجواد محمد ،ملكية الأراضي في لبيبا ،الهيئة العامة المصرية للكتاب ،١٩٧٨
- محمود التوني ،حماية الحيازة ،ملكية الانجلو المصرية ،سنة ١٩٥٨.
- الرازي ، مختار الصحاح ،دار الفكر العربي ، القاهرة – مصر ، بدون تاريخ نشر.
- الفتاوي الهندية ، ج ١ ،المطبعة الكبري الأميرية، ببولاق – مصر ، عام ١٣١٠ هـ .
- الصاوي، بلغة السالك ،لأقرب المسالك علي الشرح الصغير للدردير ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ،ط١ ، سنة ١٩٩٥ ، ج ٢.
- عبد المنعم البدراوي، القانون الروماني،ج١، مطبعة جامعة فؤاد الأول، سنة ١٩٤٩م، بند ٣٤٧.
- مصطفي احمد عبد الجواد ،الحيازة بسوء نية كسبب لكسب الملكية ، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء نظام السجل العيني ، الطبعة الأولي ، ١٩٩٤ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
- عبد المنعم فرج الصده ، حق الملكية ، الطبعة الثانية ،١٩٦٤ م ،شركة ومكتبة ومطبعة مصطفي البابلي الحلبي بمصر، بند ٣٤٣.
- محمد علي عرفة ،شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، الجزء الثاني ، ١٩٥٥.

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
الباب التمهيدي: تعريف حيازة وتمكين الحاضنة فقهًا وقانونًا.....	١
الفصل الأول: تعريف الحضانة فقهًا وقانونًا	٢
المبحث الأول: تعريف الحضانة فقهًا.....	٣
المبحث الثاني: تعريف الحضانة قانونًا.....	١٠
المطلب الأول: تعريف الحضانة قانونًا.....	١٠
المطلب الثاني: أصحاب الحق في الحضانة قانونًا.....	١٨
الفصل الثاني: تعريف حيازة وتمكين المطلقة الحاضنة فقهًا وقانونًا.....	٢٣
المبحث الأول: تعريف حيازة وتمكين المطلقة الحاضنة فقهًا.....	٢٤
المطلب الأول: تعريف الحيازة على وجه العموم فقهًا.....	٢٥
المطلب الثاني: تعريف حيازة وتمكين لمسكن الحضانة فقهًا.....	٢٧
المبحث الثاني: تعريف حيازة وتمكين الحاضنة قانونًا.....	٣١
المطلب الأول: تعريف الحيازة العقارية بوجه عام.....	٣١
المطلب الثاني: تعريف حيازة المطلقة الحاضنة قانونًا.....	٤١
قائمة المراجع.....	٤٤
الفهرس	٤٨