اختلاف جنسية أحد الوالدين وأثره في الحضانة

دراسة فقهية مقارنة

دكتور/ مازن بن سعد بن عبدالرحمن الجريّد

عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم على النبي الأمين وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين ثم أما بعد.

فقد أكمل الله بنبيه الدين، وجعله خاتم الأنبياء والمرسلين، فما من نازلة إلا وحكم الله فيها نازل، فلذا تمايز الخلق بالعلم، واجتهد العلماء في معرفة حكم كل نازلة، كل على طريقته ومذهبه وكلهم باحث عن الحق، وعملهم دائر بين الخطأ والصواب، فمن أصاب فله أجران، ومن أخطأ فله أجر.

ومن النعم أن سخر الله لنا من يعيننا على العلم والبحث فيه، فهذه مسألة تعتبر من النوازل التي ليس للسلف فيها قول ولا تفصيل وقعت في ذهني أثناء الدراسة، فأحببت كتابة بحث علمي فيها، وقد قمت بما أستطيع، فمني الجهد، وعلى الله التكلان، ومما صَعُب علي، عدم وجود بحوث سابقة في هذه المسألة.

وأسأل الله لي وللجميع التوفيق والسداد والقبول.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

١-حاجة الساحة الفقهية والقضائية إلى دراسة هذه المسألة.

٢-كثرة وانتشار الزواج من الجنسيات الأخرى في وقتنا الحالي.

٣-تكرر هذه المسألة أمام القضاء في المملكة العربية السعودية مما يستدعي بحثها.

الدراسات السابقة في الموضوع:

بعد البحث والاطلاع في فهارس المكتبات فإني لم أجد من بحث هذا البحث بعنوانه المذكور، ووجدت بحوثاً عامة في موضوع الحضانة إلا أنها لم تتطرق إلى المسألة المراد بحثها.

قسمت البحث إلى مقدمة وتمهيد ومبحثين وخاتمة.

المقدمة، وتشتمل على أهمية الموضوع وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، ومنهج البحث وتقسيماته

التمهيد: التعريف بمفردات العنوان، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف الجنسية لغة واصطلاحاً.

المبحث الأول: مشروعية الحضانة وحكمها ومدتها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مشروعية الحضانة.

المطلب الثاني: حكم الحضانة ومدتها.

المبحث الثاني: اختلاف جنسية أحد الوالدين وأثره في الحضانة في الفقه والنظام، وفيه ثلاثة مطالب:

صورة المسألة:

المطلب الأول: اختلاف جنسية أحد الوالدين وأثره في الحضانة في الفقه والنظام.

المطلب الثاني: المعمول به في محاكم المملكة العربية السعودية قبل صدور نظام الأحوال الشخصية.

المطلب الثالث: تطبيقات قضائية

الخاتمة

فهرس المصادر والمراجع

التمهيد: التعريف بمفردات العنوان، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً.

تعريف الحضانة:

لغة: الحضانة مأخوذة من الحضن وهو الجنب، لأن المربي يضم الطفل إلى حضنه.

قال ابن فارس: "الحاء والضاد والنون أصلٌ واحد يقاس، وهو حِفْظ الشيء وصِيانته. فالحِضْن ما دون الإبط إلى الكَشْحِ؛ يقال احتضَنْت الشيءَ جعلتُه في حِضْني".[1]

وقيل الحضن: هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان؛ ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقيها.. والحضن: الجنب، وهما حضنان.[2]

حضن الطائر بيضه "حَضْنًا" و"حِضَانًا" بالكسر أيضاً ضمه تحت جناحه فالحمامة "حَاضِنٌ"؛ ورجل "حَاضِنٌ" وامرأة "حَاضِنَةٌ" لأنه وصف مشترك، و"الحَضَانَةُ" بالفتح والكسر اسم منه، والحضن ما دون الإبط إلى الكشح، و"احْتَضَنْتُ" الشيء جعلته في "حِضْنِي" والجمع "أَحْضَانٌ" مثل حمل وأحمال.

ويمكن حصر الحضانة في ثلاثة معان لغوية:

١- الضم: فيقال: حضن الطائر بيضه، أي ضمه إليه تحت جناحه.

٢- المنع: فيقال: حضنت الرجل عن الأمر أي نحيته عنه ومنعته.

٣- التربية: فيقال: حضنت المرأة الصبي، أي كفلته وربته وحفظته.

فالحضانة هي القيام بحفظ الصغير ذكراً كان أو أنثى، أو المعتوه الذي لا يميز، ولا يستقل بأمره، ووقايته مما يؤذيه ويضره، مع القيام بتربيته جسمانياً ونفسياً وعقلياً، حتى يقوى على النهوض ليستقل بأمره. [3]

اصطلاحاً:

اختلفت تعريفات المذاهب الفقهية في اللفظ إلا إنها اتفقت في المعنى، وأذكرها فيما يلي:

الحنفية: تربية الولد ممن له حق الحضانة.[4]

المالكية: حفظ الولد والقيام بمصالحه.[5]

---

[1] مقاييس اللغة لابن فارس ٧٣/٢.

[2] انظر: لسان العرب لابن منظور ١٢٢/١٣.

[3] انظر: المصباح المنير للفيومي ص٧٦، ومختار الصحاح ص١٦٧.

[4] حاشية ابن عابدين ٥٥٥/٣.

[5] الشرح الكبير للدردير ٥٢٦/٢.

الشافعية: القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه.[١]

الحنابلة: حفظ صغير ونحوه عما يضره وتربيته بعمل مصالحه.[٢]

وقد سميت الحضانة بهذا الاسم لأن الأم تضم طفلها إلى حضنها، وتعريفات المذاهب للحضانة كلها تدور على الحفظ، والصيانة، والتربية، والقيام بشؤونه. فمقتضى الحضانة حفظ المحضون، ومنعه عما يؤذيه، وتربيته حتى يكبر ليستقل بأمره، والقيام بكل ما هو من صالحه من المأكل والمشرب، وكذلك النظافة ظاهراً وباطنا، والقيام بجميع حاجاته ومتطلباته.

وقد عرف النظام السعودي الحضانة بأنها: "هي حفظ من لا يستقل بنفسه عما يضره، وتربيته والقيام على مصالحه بما في ذلك التعليم والعلاج".[٣]

فنجد أن تعريف المنظم السعودي متسق مع التعريفات الفقهية التي ذكرها الفقهاء، وأن الحضانة تكون بالحفظ والتربية والصيانة والقيام بمصالح المحضون.

المطلب الثاني: تعريف الجنسية لغة واصطلاحاً.

تعريف الجنسية:

لغة: الجيم والنون والسين أصلٌ واحد وهو الضَّربُ من الشَّيء. قال الخليل: كل ضربٍ جِنْس، وهو من النَّاس والطَّير والأشياء جملة. والجمع أَجْنَاس.[٤]

وجاء في المعجم الوسيط: الصفة التي تلحق بالشخص من جهة انتسابه لشعب أو أمة.[٥]

وفي لسان العرب: "الجنس: الضرب من كل شيء، وهو من الناس ومن الطير ومن حدود النحو والعروض والأشياء.. والجنس أعم من النوع، ومنه المجانسة والتجنيس. ويقال: هذا يجانس هذا أي يشاكله".[٦]

فكل طائفة متجانسة من البشر تسمى جنس، فالعرب جنس، والعجم جنس، والمسلمون جنس، والمشركون جنس، والتجار جنس، والفقراء جنس، والعلماء جنس، وهكذا، وهذا المعنى ظاهر في تعريفات أهل اللغة التي ورد ذكرها سابقاً.

---

[١] روضة الطالبين وعمدة المفتين ٩٨/٩.

[٢] الروض المربع للبهوتي ٤٠٩.

[٣] المادة (١٢٤) من نظام الأحوال الشخصية بالمملكة العربية السعودية، والصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٣) وتاريخ ٦/٨/١٤٤٣هـ.

[٤] مقاييس اللغة لابن فارس ٤٨٦/١.

[٥] المعجم الوسيط ١٤٠/١.

[٦] (٤٢/٦).

اصطلاحاً:

عرفت الجنسية بعدة تعاريف أذكر بعضها:

- الجنسية: هي الصفة التي تلحق بالشخص من جهة انتسابه لشعب أو أمة. [١]
- هي صفة ذات طبيعة سياسية وقانونية تلحق الفرد وتربطه بدولة معينة وبمقتضاها يتم التوزيع القانوني للأفراد في المجتمع الدولي.[٢]
- هي علاقة تشتمل على ثلاثة جوانب، جانب الفرد وجانب الدولة وجانب العلاقة التي تربط بينهما.[٣]
- وعرفتها محكمة العدل الدولية بأنها: رابطة قانونية قائمة أساساً على رابطة اجتماعية وتضامن فعَّال في المعيشة والمصالح والمشاعر مع التلازم بين الحقوق والواجبات. [٤]
- هي علاقة بين الفرد والدولة تشمل مختلف جوانب الحياة السياسية والقانونية والاجتماعية والاقتصادية وغيرها ويترتب عليها واجبات على الفرد القيام بها مقابل تمتعه بالحماية والحقوق المختلفة داخل الدولة وخارجها.[٥]

ولعل هذا التعريف هو الأقرب لأنه ذكر الفرد والدولة والعلاقة بينها فيكون جامعاً للجوانب كلها.

فمن خلال التعريفات السابقة يتضح لنا أن الجنسية هي وثيقة تمنح حاملها انتماء لهذه الدولة وهذا الانتماء يكسبه عدداً من المزايا، ويحمله عدداً من الحقوق.

والجنسية في الوقت المعاصر، هي الأداة الوحيدة التي من خلالها يتم توزيع البشر جغرافياً وقانونياً على الدول. ولذا فقد جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن لكل فرد حق التمتع بجنسية ما.[٦]

والجنسية بهذا اللفظ ليست موجودة في التراث الفقهي، إلا أن الفقهاء قد تحدثوا عنها من حيث المعنى فالجنسية مرتبطة بالدولة والشعب، فالدولة تحدث عنها الفقهاء في باب أحكام دار الإسلام ودار الكفر، وأما الشعب فقد تحدث عنه الفقهاء في باب أحكام المسلمين وغيرهم. [٧]

---

[١] المعجم الوسيط (١٤٠/١).

[٢] الوسيط في أحكام الجنسية لعكاشة عبدالعال ص ٢٨.

[٣] القانون الدولي الخاص لأحمد سلامة ص٢٩.

[٤] التنظيمات الدولية ص١٤٦.

[٥] أحكام الجنسية والمواطنة من منظور إسلامي لرنا صبحي عثمان ص٤٣.

[٦] المادة (١٥).

[٧] انظر: حاشية ابن عابدين ١٧٦/٤، ومنح الجليل شرح مختصر خليل ٢٢٧/٣، ونهاية المطلب في دراية المذهب للجويني ٥٣١/٨، المغني لابن قدامه ٨٠/١٣.

المبحث الأول: مشروعية الحضانة وحكمها ومدتها.

المطلب الأول: مشروعية الحضانة.

جاء في القرآن والسنة ما يدل على مشروعية الحضانة، وأنها من الحقوق المقررة بالشرع، فمن ذلك:

١- قال تعالى: **{وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ}.**[١]

قال ابن العربي: "دليل على وجوب نفقة الولد على الوالد لعجزه وضعفه؛ فجعل الله تعالى ذلك على يدي أبيه لقرابته منه وشفقته عليه؛ وسمى الله تعالى الأم لأن الغذاء يصل إليه بوساطتها في الرضاعة، وهذا باب من أصول الفقه، وهو أن ما لا يتم الواجب إلا به واجب مثله".[٢]

٢- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: (أنت أحق به ما لم تنكحي).[٣]

٣- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: (هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت) فأخذ بيد أمه فانطلقت به. [٤]

والحكمة من مشروعية الحضانة، إنما هي لبيان مسؤولية الوالدين فيما يتعلق برعاية الصغار وتربيتهم، فربما تفارق الزوجان أو اختلفا أو تعاسرا فإذا ترك الأمر لما ينتهي إليه الشقاق، كان في ذلك ظلم كبير على الصغار، وضياع لمصلحتهم.

لذلك فقد حرصت الشريعة على بيان المستحق للحضانة، ووضعت الضوابط التي تحدد الأولوية عند التزاحم أو النزاع، بحيث لا يقع الضرر على المحضون عند وجود الشقاق أو النزاع.

---

[١] سورة البقرة الآية ٢٣٣.

[٢] انظر: أحكام القرآن لابن العربي ٢٧٤/١.

[٣] رواه أبو داود في كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد رقم (٢٢٧٨) ٢٥١/٢، والحاكم في المستدرك وصححه ووافقه الذهبي ٢٢٥/٢، وحسنه الألباني أيضاً في إرواء الغليل ٢٤٤/٧.

[٤] رواه أبو داود في كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد رقم (٢٢٧٩) ٢٥١/٢، والنسائي في كتاب الطلاق، باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد رقم (٣٤٩٦) ٧٨/٢٩، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي ١٠٨/٤، وصححه الألباني أيضاً في الإرواء رقم (٢١٩٣) ٢٥١/٧.

وكذلك حرص نظام الأحوال الشخصية في المملكة العربية السعودية على بيان الحضانة وأحكامها، وترتيب الأولوية في الحضانة حتى لا تضيع مصلحة المحضون.

المطلب الثاني: حكم الحضانة ومدتها.

الحضانة واجبة على الحاضن، لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك وإنجاؤه من المهالك.[١]

قال ابن رشد: "فلا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار؛ لأن الإنسان خلق ضعيفاً مفتقراً إلى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته، فهو من فروض الكفاية لا يحل أن يترك الصغير دون كفالة ولا تربية حتى يهلك ويضيع". [٢]

وقد أوجب النظام السعودي الحضانة كذلك متفقاً مع النظرة الفقهية حيث جاء في المادة (١٢٧) من نظام الأحوال الشخصية "١- الحضانة من واجبات الوالدين معاً ما دامت الزوجية قائمة بينهما، فإن افترقا فتكون الحضانة للأم، ثم الأحق بها على الترتيب الآتي: الأب، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم تقرر المحكمة ما ترى فيه مصلحة المحضون، وذلك دون إخلال بما تضمنته المادة (السادسة والعشرون بعد المائة) من هذا النظام".[٣]

مدة الحضانة:

وقد نقل الإجماع غير واحد من أهل العلم، على أن الحضانة للأم أولاً مع عدم المانع.

قال **ابن المنذر**: "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل، أن الأم أحق به ما لم تنكح. وممن حفظنا ذلك عنه يحيى الأنصاري، والزهري، ومالك، والثوري، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي".[٤]

وقال **ابن عبد البر**: "لا أعلم خلافًا بين السلف من العلماء والخلف، في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج أنها أحق بولدها من أبيه ما دام طفلًا صغيرًا لا يميز شيئًا، إذا كان عندها في حرز وكفاية، ولم يثبت منها فسق ولم تتزوج".[٥]

إلا أن الفقهاء رحمهم الله قد اختلفوا في وقت انقضاء حضانتها.

---

[١] المغني لابن قدامة ٤١٢/٩.

[٢] المقدمات والممهدات لابن رشد ٥٦٤/١.

[٣] نظام الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٣) وتاريخ ٦/٨/١٤٤٣هـ.

[٤] الإشراف على مذاهب العلماء (١٧١/٥).

[٥] الاستذكار (٦٩/٢٣).

- **الحنفية:**

الذكر يبقى مع الحاضنة حتى يستغني عن النساء وحددت بسبع سنين ثم يدفع لأبيه.
الأنثى تبقى عند الحاضنة حتى تبلغ فإن كانت بكراً بقيت عند أبيها، وإن كانت ثيباً فلها أن تسكن وحدها إذا أمنت الفتنة.[١]

- **المالكية:**

الذكر تستمر حضانته حتى البلوغ ولا يخير.
والأنثى تستمر حضانتها لأمها حتى يدخل زوجها عليها وإن بلغت ثلاثين سنة.[٢]

- **الشافعية:**

لم يفرقوا بين الذكر والأنثى فمتى بلغ أحدهما سن التمييز وهو غالباً سبع سنين خير بينهما، وإن لم يختر فالقرعة.[٣]

- **الحنابلة:**

الذكر إذا بلغ سبع سنين خير بين أبويه.
والأنثى إذا بلغت سبع سنين دفعت إلى أبيها. [٤]

أما النظام السعودي فقد حدد مدة الحضانة بإتمام المحضون سن الثمانية عشر سنة، وأما الاختيار بين والديه فقد أتاح له النظام ذلك بعد إتمام الخامسة عشرة من عمره.
جاء في نظام الأحوال الشخصية: "١–إذا أتم المحضون (الخامسة عشرة) من عمره، فله الاختيار في الإقامة لدى أحد والديه، ما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك. ٢– تنتهي الحضانة إذا أتم المحضون (ثمانية عشر) عاماً. ٣–إذا كان المحضون مجنوناً أو معتوهاً أو مريضاً مرضاً مقعداً، فتستمر الحضانة وفق الترتيب المنصوص عليه في المادة (السابعة والعشرين بعد المائة) من هذا النظام".[٥]
ويمكن حصر المذاهب الفقهية السابقة في قولين:
القول الأول: عدم التخيير للمحضون، وهو قول الحنفية[٦] والمالكية[٧].

---

[١] بدائع الصنائع للكاساني ٤٣/٤.
[٢] الشرح الكبير للدردير ٥٢٦/٢.
[٣] روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي ١٠٣/٩.
[٤] المغني لابن قدامة ٤١٥/١١.
[٥] المادة ١٣٥ من نظام الأحوال الشخصية السعودي.
[٦] انظر بدائع الصنائع للكاساني ٤٣/٤، وحاشية ابن عابدين ٥٦٦/٣.
[٧] انظر الشرح الكبير للدردير ٥٢٦/٢، والتاج والإكليل لمختصر خليل ٥٩٣/٥.

أدلتهم:

الدليل الأول:

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

وجه الدلالة:

أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الحضانة للأم مالم تتزوج، ولم يقيدها بشرط غير هذا الشرط، فدل ذلك على المنع من التخيير، إذ لو كان جائزاً ما كانت الأم أحق به.

المناقشة:

قد ورد في أحاديث أخرى تخيير النبي صلى الله عليه وسلم للمحضون، ويحتمل أن هذا الطفل الوارد في الحديث دون سن سبع سنين فلا يخير بين والديه وإنما يكون مع أمه وهذا بإجماع أهل العلم.

الدليل الثاني:

أن تخيير الصبي ليس بحكمة؛ لأنه لغلبة هواه يميل إلى اللذة الحاضرة من الفراغ والكسل والهرب من الكتاب وتعلم آداب النفس ومعالم الدين فيختار شر الأبوين وهو الذي يهمله ولا يؤدبه.[2]

الدليل الثالث:

ولأنه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع. [3]

المناقشة:

أن هذا قياس مع الفارق، فدون سبع سنوات ليس مؤهلاً للاختيار، بخلاف من تجاوزها فإنه أصبح مميزاً ويمكنه الاختيار.

القول الثاني: تخيير المحضون، وهو قول الشافعية[4] والحنابلة [5].

---

[1] رواه أبو داود في كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد رقم (٢٢٧٨) ٢٥١/٢، والحاكم في المستدرك وصححه ووافقه الذهبي ٢٢٥/٢، وحسنه الألباني أيضاً في إرواء الغليل ٢٤٤/٧.

[2] انظر بدائع الصنائع للكاساني ٤٤/٤.

[3] انظر بدائع الصنائع للكاساني ٤٣/٤، والشرح الكبير للدردير ٥٢٦/٢.

[4] روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي ١٠٣/٩، ونهاية المطلب للجويني ٥٤٥/١٥.

[5] المغني لابن قدامة ٤١٥/١١، وكشاف القناع ٥٠١/٥.

أدلتهم:

الدليل الأول:

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: (هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت) فأخذ بيد أمه فانطلقت به. [1]

وجه الدلالة:

أن النبي صلى الله عليه وسلم خير الولد بين أمه وأبيه، وأقره أيضاً على ذلك، فدل ذلك على وجوب التخيير، والنبي صلى الله عليه وسلم لا يفعل إلا حقاً.

الدليل الثاني:

أن التخيير إجماع الصحابة فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه وكذلك علي رضي الله عنه وأبي هريرة وهذه مشتهرة عنهم ولم تنكر فكانت إجماعاً. [2]

الدليل الثالث:

الحضانة إنما شرعت لمصلحة المحضون، والصبي إذا بلغ سن التمييز كان قادراً على معرفة ما هو أنفع له، فيؤخذ اختياره بالاعتبار.

الترجيح:

الراجح والله أعلم هو القول الثاني لقوة دليلة ولما ورد على أدلة القول الأول من مناقشة.

وإنما يخير الغلام بشرطين:

١- أن يكونا جميعاً من أهل الحضانة، فإن لم يكن أحدهما كذلك فهو كالمعدوم.

٢- ألا يكون الغلام معتوها، فإن كان كذلك فيبقى عند أمه لأنه بمنزلة الطفل.

وقيدوه بسبع سنين، لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة. [3]

---

[1] رواه أبو داود كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد رقم (٢٢٧٩) ٢٥١/٢، والنسائي في كتاب الطلاق، باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد رقم (٣٤٩٦) ٧٨/٢٩، صححه الحاكم ووافقه الذهبي، قال الحاكم في المستدرك: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه" ١٠٨/٤، وصححه الألباني في إرواء الغليل ٢٥٠/٧.

[2] المغني لابن قدامة ٤١٥/١١.

[3] انظر المغني لابن قدامة ٤١٧/١١.

ومما يجدر الإشارة إليه أن الفقهاء قد اتفقوا على عدد من الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن[1]، وما سواها مختلف فيه، أذكرها سرداً لعدم الإطالة وتجنباً للاستطراد وهي:

١- العقل.

٢- البلوغ.

٣- القدرة على الحضانة والسلامة من العيوب المضرة بالمحضون.

وأما المنظم السعودي فقد اشترط الشروط الآتية[2]:

١- كمال الأهلية.

٢- القدرة على تربية المحضون وحفظه ورعايته.

٣- السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة.

ويلاحظ هنا أن المنظم السعودي كذلك قد اتفق مع النظر الفقهي في الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن.

وقد حدد النظام السعودي وقت انقضاء الحضانة بتمام المحضون لسن الثامنة عشر، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة (١٣٥) "تنتهي الحضانة إذا أتم المحضون (ثمانية عشر) عاماً".

---

[1] انظر حاشية ابن عابدين ٥٥٥/٣، والشرح الكبير لدردير ٥٢٩/٢، وروضة الطالبين للنووي ٩٨/٩، والمغني لابن قدامة ٤١٢/١١.

[2] انظر المادة (١٢٥) من نظام الأحوال الشخصية في المملكة العربية السعودية.

المبحث الثاني: اختلاف جنسية أحد الوالدين وأثره في الحضانة في الفقه والنظام، وفيه ثلاثة مطالب:

صورة المسألة :

١-أن يتزوج رجل سعودي بامرأة غير سعودية وبينهما أولاد ثم يحدث خلاف بينهما في مسألة الحضانة.

٢-أن يتزوج رجل غير سعودي بامرأة سعودية وبينهما أولاد ثم يحدث بينهما خلاف في مسألة الحضانة.

٣-أن يتزوج رجل غير سعودي بامرأة غير سعودية مع اختلاف جنسيتهما وبينهما أولاد ثم يحدث بينهما خلاف في مسألة الحضانة.

قبل الحديث في المسألة لابد من بيان الحكم الفقهي والنظامي للسفر وأثره على الحضانة، إذا لها تعلق كبير بالمسألة المراد بحثها

مسألة: السفر وأثره على الحضانة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن الأب إذا أراد السفر وكان الطريق مأموناً والبلد الذي ينتقل إليه آمن فهو أحق بالحضانة، وهذا قول الجمهور من المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣].

دليل القول الأول:

بقاء الطفل مع أمه يحقق مصلحة الحضانة فقط، إلا أن انتقاله مع أبيه فيه حفظ لنسبه وتمكين لأبيه من متابعته وتربيته وتعليمه وتأديبه فحفظ هذه المصالح أولى من مصلحة الحضانة فقط.[٤]

القول الثاني:

أن الأب إذا كان هو المنتقل لم يسقط حق الأم في الحضانة، وأما إذا انتقلت الأم فلها الحضانة بشرط أن تنتقل إلى بلدها الذي وقع فيه عقد النكاح، وهذا قول الأحناف[٥].

---

[١] الشرح الكبير للدردير ٥٣١/٢.

[٢] روضة الطالبين للنووي ١٠٦/٩.

[٣] المغني لابن قدامة ٤١٩/١١.

[٤] انظر المغني لابن قدامة ٤١٩/١١.

[٥] بدائع الصنائع للكاساني ٤٤/٤.

دليل القول الثاني:

لأن نكاحه لها في بلدها دليل على رضاه، أما الأب فليس له أن يسافر بولده ما دامت الحضانة ثابتة لأمه إلا بإذنها. [١]

الجواب عن الدليل:

يمكن أن يناقش هذا الدليل بأن نكاح الرجل للمرأة في بلد معين ليس فيه دلالة على الرضا بالسفر بالصغير في وقت الحضانة.

القول الثالث:

أن الاعتبار بحال المحضون ومصلحته ولا تؤثر الإقامة أو النقلة للحاضن في ذلك، فهي حق للمحضون، وهذا هو قول شيخ الإسلام وتلميذه ابن القيم[٢].

دليل القول الثالث:

وهذه أقوال كلها كما ترى لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه، فالصواب النظر والاحتياط للطفل في الأصلح له والأنفع من الإقامة أو النقلة، فأيهما كان أنفع له وأصون وأحفظ روعي، ولا تأثير لإقامة ولا نقلة، هذا كله ما لم يرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخر، وانتزاع الولد منه، فإن أراد ذلك لم يُجب إليه.[٣]

الراجح:

الراجح والله أعلم هو القول الثالث، أن الاعتبار بحال المحضون ومصلحته ولا تؤثر الإقامة أو النقلة للحاضن في ذلك، فهي حق للمحضون لأن وسائل السفر في الوقت الحالي قد تغيرت ولم تعد الأسفار مما يخشى على المحضون فيها كما في الوقت السابق.

قال ابن القيم: وهذه أقوال كلها كما ترى لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه، فالصواب النظر والاحتياط للطفل في الأصلح له والأنفع من الإقامة أو النقلة، فأيهما كان أنفع له وأصون وأحفظ روعي، ولا تأثير لإقامة ولا نقلة، هذا كله ما لم يرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخر، وانتزاع الولد منه، فإن أراد ذلك لم يُجب إليه.[٤]

أما نظام الأحوال الشخصية فقد نص على أحكام السفر خارج المملكة فقط وأما السفر الداخلي لم يتطرق له والذي يظهر أنه متاح للحاضن ولا يسقط حقه في الحضانة إلا إذا أراد المضارة بذلك.

---

[١] بدائع الصنائع للكاساني ٤٤/٤.

[٢] مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ١٣٢/٣٤، وزاد المعاد في هدي خير العباد ٤٦٣/٥.

[٣] زاد المعاد في هدي خير العباد ٤٦٣/٥.

[٤] زاد المعاد في هدي خير العباد ٤٦٣/٥.

والذي يظهر هو أن النظام يميل إلى القول الثالث، وأن المقدم هو مصلحة المحضون أولاً فالسفر بالمحضون لا يسقط حضانة أحد الوالدين إلا إذا تجاوز مدة (٩٠) يوماً فيحتاج إلى موافقة الوالد الآخر.

جاء في المادة (١٢٧) من نظام الأحوال الشخصية: "مع مراعاة ما تقضي به الأحكام النظامية ذات العلاقة، يخضع السفر بالمحضون إلى خارج المملكة للأحكام الآتية:

١- لا يجوز للحاضن إذا كان أحد الوالدين السفر بالمحضون إلى خارج المملكة مدة تزيد على (تسعين) يوماً في السنة إلا بموافقة الوالد الآخر، والولي على النفس في حال وفاة الوالد.

٢- لا يجوز للحاضن من غير الوالدين السفر بالمحضون إلى خارج المملكة مدة تزيد على (ثلاثين) يوماً في السنة إلا بموافقة الوالدين أو أحدهما في حال وفاة الآخر، والولي على النفس في حال وفاتهما."

يلاحظ بعد العرض الموجز لمسألة السفر وأثره في الحضانة، أن الجنسية إنما هي وثيقة تنال لكسب الحقوق، **وأنه لا أثر لها بذاتها في موضوع الحضانة**، وإنما الأثر فيما يترتب على اختلاف الجنسية من عدم القدرة على الإقامة الدائمة في بعض البلدان، والذي يوجب على أحدهما السفر خارج البلاد، وقد يؤدي ذلك إلى سقوط الحضانة عنه لانتفاء مصلحة المحضون.

ففي أنظمة المملكة العربية السعودية يمكن للمرأة المتزوجة برجل سعودي ولها منه أولاد أن تحصل على الجنسية السعودية التي تتيح لها الإقامة الدائمة في المملكة العربية السعودية، وعدم سقوط حق الحضانة عنها، فقد وردت عدد من المواد في نظام الجنسية العربية السعودية[١] التي تبين متى يستحق الأجنبي الجنسية السعودية منها:

المادة (١٦) "يجوز لوزير الداخلية منح الجنسية العربية السعودية للمرأة الأجنبية المتزوجة من سعودي أو أرملة السعودي الأجنبية، إذا قدمت طلبا بذلك وتنازلت عن جنسيتها الأصلية، ويجوز لوزير الداخلية أن يقرر فقدانها الجنسية العربية السعودية إذا انقطعت علاقتها الزوجية بالسعودي لأي سبب واستردت جنسيتها الأصلية، أو جنسية أجنبية أخرى، ولوزير الداخلية تفويض الصلاحية المقررة له في هذه المادة إلى من يراه من المسؤولين في الوزارة. وتحدد اللائحة التنفيذية الضوابط اللازمة لذلك.

[١] نظام الجنسية العربية السعودية، والصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٤ وتاريخ ٢٥/٠١/١٣٧٤هـ

المادة (١٧) لا تفقد المرأة العربية السعودية جنسيتها إذا تزوجت بأجنبي إلا إذا قررت وأعلنت التحاقها بجنسية زوجها، ودخلت بهذه الجنسية بحكم القانون الخاص بها.

المادة (١٨) يحق للمرأة العربية السعودية المتزوجة بأجنبي أن تسترد جنسيتها العربية السعودية عند انتهاء الزوجية بعد عودته للإقامة في المملكة".

المطلب الثالث: المعمول به في محاكم المملكة العربية السعودية قبل صدور نظام الأحوال الشخصية:

المحاكم السعودية ليس لها رأي واحد في هذه المسألة سابقاً لعدم وجود النظام واختلاف أراء الفقهاء في ذلك، وبسؤال عدد من القضاة في المحكمة العامة[١] بالرياض أفادوا بأنهم يأخذون برأي شيخ الإسلام وتلميذه في أن الحضانة حق للمحضون، ولذا فهم يراعون عدداً من الجوانب وهي:

١- المقيم في هذه البلاد -سواء سعودي أو أجنبي- هو الأولى بالحضانة، لأن بقاء الطفل في هذه البلاد أنفع له وأحفظ له من الخروج إلى غيرها.

٢- مراعاة حال البلد من حيث الاستقرار وعدمه، فمن كان بلده مستقراً فهو الأولى بالحضانة.

٣- مراعاة ديانة البلدين من حيث الإسلام والكفر، فمن كانت بلاده إسلامية كان أحق بالحضانة.

المطلب الرابع: تطبيقات قضائية[٢]

التطبيق الأول:

صدر حكم من المحكمة الكبرى بالرياض في القضية رقم ٤٠٨٥ في ١٤٠٨/٥/٢هـ والمرفوعة من المرأة فاطمة ضد زوجها مفرح.

مقدمة الحكم:

الحمد لله وحده وبعد.. لدي أنا.. القاضي بالمحكمة الكبرى بالرياض في يوم الأحد الموافق ١٤٠٨/٥/٧هـ فتحت الجلسة الأولى وفيها حضرت فاطمة.. مصرية الجنسية وحضر لحضورها مفرح..

---

[١] وكان ذلك قبل صدور نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ بتاريخ ١٩ / ٩ / ١٤٢٨هـ، والذي تم النص في مادته التاسعة على المحاكم المتخصصة والتي من ضمنها محكمة الأحوال الشخصية، ثم صدر بعد ذلك نظام الأحوال الشخصية بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٣) وتاريخ ١٤٤٣/٨/٦هـ.

[٢] وقد حرصت في تنويع الأحكام القضائية فمناه ما هو قديم قبل صدور النظام ومنها ما هو حديث، والغرض من ذلك هو بيان عدم وجود الفراغ التشريعي في القضاء السعودي، حيث كان القضاة في السابق يستندون في أحكامهم على السوابق القضائية والمبادئ القضائية والاجتهاد الفقهي، حتى صدر نظام الأحوال الشخصية في عام ١٤٤٣هـ وأصبح لازم التطبيق.

الدعوى:

كان هذا الحاضر معي زوجي وقد طلقني طلقتين ولا زلت في العدة ولي منه ولدان، يحيى وعمره أربع سنوات، وعبد الرحمن وعمره ثلاث سنوات فأطلب أن يسلم لي الوالدين لأقوم بحضانتهما وهذه دعواي.

جواب المدعى عليه:

وبسؤال المدعى عليه أجاب قائلاً: ما ذكرته المدعية من أنني كنت زوجاً لها وطلقتها طلقتين وهي في العدة الأن فصحيح، وكذلك سن الولدين ولكنني سوف أرسلها إلى بلادها مصر بعد انتهاء العدة ولا يمكن أن أسلم أولادي لها هذه إجابتي.

الحكم والأسباب:

فبناء على الدعوى والإجابة وما جاء في المادة تسعين من مواد تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية من أنه لا يجوز للحاكم أن يحكم على زوجة من رعايا الملك بالانقياد لزوجها بالسفر معه إلى البلاد الأجنبية ولا بالحضانة لمن يريد السفر بأولاده القصار فقد حكمت بأن يكون الولدان مع والدتهم المدعية ما دامت في هذه البلاد فإن أرادت السفر خارج المملكة العربية السعودية أو سُفرت فيسلم الولدان لوالدهما المدعى عليه وهذا الحكم خاص بزمن الحضانة.[1]

التعليق:

فنلاحظ في حكم القاضي عدم تأثير اختلاف الجنسية في موضوع الحضانة، وإنما العبرة بالإقامة في البلد من عدمها، لأنه بذلك تتحقق مصلحة المحضون.

التطبيق الثاني:

فلدي أنا ... القاضي بمحكمة الأحوال الشخصية بالرياض افتتحت الجلسة عن بعد عبر الاتصال المرئي. وفيها حضرت المدعية ... (سورية الجنسية) المدون اسمها أعلاه بعد التحقق من هويتها النظامية. وحضر المدعى عليه .... (أردني الجنسية) المدون اسمه أعلاه بعد التحقق من هويته النظامية. وبسؤال المدعية عن دعواها أجابت بقولها: إن المدعى عليه عقد النكاح عليّ بتاريخ ١٤٣٨/٠٩/٢٣ه. وأنجبت له حسناء بتاريخ ١٤٤٢/٠٧/٨ه وتقيم عند الأم. وعقد الزوجية زال بتاريخ ١٤٤٢/١٢/٢٥ه. وللأسباب التالية: عدم النفقة على الزوجة وعلى الابنة حسناء وأنه غير أهل للعشرة الزوجية. لذا اطلب الحكم بحضانتي لابنتي حسناء. في مدينة الرياض (السعودية). هذه دعواي.

[1] صدق هذا الحكم من محكمة التمييز بالرياض بالقرار رقم ١٦٤/ش/أ.

وبعرض الدّعوى على المدعى عليه أجاب بقوله: ما ورد في الدعوى من النكاح تاريخه والدخول الإنجاب والانفصال صحيح. وأما نص الدعوى غير صحيح والكلام يرد عليها هي التي غير اهل للعشرة ولم اقصر بالنفقة عليهم اول فترة من ولادة ابنتي ولا خلال فترة الزواج كلها وكنت أقدم أكثر ما لدي لإسعادها والاهتمام بأهلها حتى خانت العشرة واتهمتني هما وأهلها وشكوا فيي وادعوا علي بأني سبب في مشاكل حصلت لوالدها وهذا سببي للطلاق مع أني تحملت الكثير من الإهانات لكي لا اخسر ابنتي وعلى أمل أن يعرفوا الحقيقة ويصححوا خطأهم ولكن وصلت لمرحلة لم أستطع التحمل وكل ما كنت أحاول مواجهتهم كانوا ينكروا شكهم لكن تعاملهم وأسلوبهم معي كان واضح ولكن في النهاية وعندما وصلت أنهم ادعوا علي قررت الانفصال على أمل أنهم يواجهوا ولأني أعيش في ظروف صعبة ولم استطع تجديد إقامتي وإقامة ابنتي لهذا السبب أنا مضطر لإعطائها الحضانة لكي يتمكنوا من السفر وأملي بعدالة القضاء أن تكون الحضانة مشروطة بأن استطيع أخذها عندما أريد ولا اتطلع لمنع ابنتي من أمها لأجل ابنتي ولكن لحفظ أقل حق لي بعد كل ما حدث. هكذا أجاب عندها جرى الاطلاع على مرفقات القضية وجرى الاطلاع على جواز السفر الخاص بالمحضونة كما جرى الاطلاع على صك الطلاق ووجدته جميعا مطابق لما ورد في الدعوى عليه قررت قفل باب المرافعة للنطق بالحكم.

الأسباب:

فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة. وبما أن الراجح من أقوال أهل العلم أن الحضانة حق للحاضن ويراعى فيها مصلحة المحضون وبناء على المادة السابعة والعشرون بعد المائة في الفقرة الأولى منها من نظام الأحوال الشخصية. وبناء على أن سن المحضون دون العامين فالأحق بحضانته هي الأم بناء على الفقرة الأولى من المادة الحانية والثلاثون بعد المائة من ذات النظام. وبناء على عدم ممانعة المدعى عليه على حضانة المدعية لابنتة حسناء.

الحكم:

لذلك كله فقد حكمت للمدعية ... بحضانة ابنتها حسناء ... في مدينة الرياض وبه حكمت. وأفهمت الحاضنة بأن لها حق مراجعة الأحوال المدنية والجوازات وإدارات التعليم والمدارس وإنها ما يخص المحضون من إجراءات لدى جميع الدوائر والجهات الحكومية والأهلية وللحاضن استلام المبالغ التي تصرف للمحضون من إعانات ومكافآت

شهرية أو موسمية من الجهات الحكومية والأهلية. وجرى تلاوة الحكم على طرفي الدعوى وللمدعى عليه مدة الاعتراض ثلاثون يوما تبدأ من تاريخ إيداع نسخة من الحكم في النظام تبدأ من غداً الموافق ١٤٤٤/٠١/٢٦هـ. أما المدعية فليس لها حق الاعتراض استناداً للمادة ١٧٧ من نظام المرافعات الشرعية ولوائحه التنفيذية. والله الموفق وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبة وسلم.

التعليق:

يلاحظ في هذا الحكم اختلاف جنسية الوالدين وعدم تأثير الاختلاف على الحضانة فقد تم الحكم للأم بالحضانة في مدينة الرياض لأنها الأحق بذلك بإجماع الفقهاء، وبنص المادة (١٢٧) من نظام الأحوال الشخصية. وقد تم النص في الحكم على الحضانة في مدينة الرياض، فإذا أرادت الأم السفر أو الخروج خارج البلاد فإنها تحتاج إلى حكم آخر.

التطبيق الثالث:

فلدي أنا ... القاضي بمحكمة الأحوال الشخصية بالرياض افتتحت جلسة الترافع الالكتروني عن بعد عبر الاتصال المرئي. وفيها حضرت المدعية أصالة ... (سورية الجنسية) وحضر لحضورها المرعى عليه بالوكالة ... (سعودي الجنسية) بموجب الوكالة الصادرة من كتابة العدل ...، وبسؤال المدعية عن دعواها أجابت بقولها إن المدعى عليه عقد النكاح علي بتاريخ ١٤٢٤/١/٢٠هـ وأنجبت له مياس بتاريخ ١٤٣٠/٥/٢٤هـ وتقيم عند الأب، وياسمين بتاريخ ١٤٣٣/٢/١٠ه وتقيم عند الأب، وسوسن بتاريخ ١٤٣٦/٥/٢٧هـ وتقيم عند الأب، وعقد الزوجية زال بتاريخ ١٤٤٢/٦/١٨هـ، وللأسباب التالية لم يدعني أرى أطفالي لذا أطلب الحكم بحضانة أبنائي ... المذكورين أعلاه لي في مدينة الرياض، هذه دعواي، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أجاب بقوله ما ورد في الدعوى من النكاح والإنجاب فصحيح وما عداه فغير صحيح، والصحيح بأن موكلي قد جهز شقة في بيته وتستطيع المدعية بأن تأتي بزيارتهم فيها، وموكلي يعارض على حضانتها، هكذا أجاب، عندها جرى الاطلاع على سجل الأسرة وصك فسخ النكاح ووجدته مطابقاً لما ورد في الدعوى، وبعرض جوابه على المدعية أجابت بقولها إنني أعارض على زيارتهم في بيته هكذا أجابت، وبمحاولة الصلح بينهما طلب المدعى عليه مهلة لبذل مساعي الصلح لإنهاء هذه القضية مع موكله، عليه أجبته لطلبه، ورفعت الجلسة لذلك، وفي جلسة أخرى فلدي أنا ... القاضي بمحكمة الأحوال الشخصية بالرياض افتتحت جلسة الترافع الالكتروني عن بعد عبر الاتصال

المرئي، وفيه حضرت المدعية أصالة، وحضر لحضورها المدعى عليه بالوكالة ... وبسؤال المدعى عليه بالوكالة عن بذل مساعي الصلح لإنهاء هذه القضية مع موكله، أجب بقوله إنني اطلب مهلة إضافية لمحاولة إقناع موكلي مع كون المدعية قد تنازلت عن البنات بموجب صك الفسخ، هكذا أجاب، عندها جرى الرجوع من الدائرة لصك الفسخ رقم ... ووجد بأن نصه كالتالي: "ثم أضاف المدعي بقوله إنني لا أريد من المدعية أي مال ولا أرغب بالمخالعة ولا مانع لدي من فسخ نكاحها بشرط ألا تأخذ البنات مني، هكذا أضاف وبعرضه على المدعية قررت بقولها: إنني أرغب بفسخ النكاح هكذا قررت"، وبمحاولة الصلح بينهما مرة أخرى طلب المدعى عليه وكالة مهلة لبذل مساعي الصلح مع موكله لإنهاء هذه القضية مع موكله، وبعرضه على المدعية قررت عدم معارضتها على الصلح، عليه أجبته لطلبه مرة أخرى ورفعت الجلسة لذلك. وفي جلسة أخرى لدي أنا القاضي ... عقدت الجلسة عبر الاتصال المرئي وفيها حضرت المدعية أصالة.. وحضر لحضورها المدعى عليه وكالة.. وبعرض الصلح بين الطرفين تعذر بينهم، ثم جرى من المدعية العدول عن الحضانة إلى الزيارة بشرط أن يأتي البنات لها في بيتها في إجازة نهاية الأسبوع، فوافق المدعى عليه بالوكالة على ذلك بشرط أن يكون في منزل موكله بعد إخراجه منه وقت الزيارة ثم بعدها رفضت المدعية الزيارة في بيته وأصرت على طلبها للحضانة، وعليه ولجميع ما تقدم فقد قررت رفع هذه الجلسة لإحضار البنات ... في الجلسة القادمة للسماع منهن والتي سوف تعقد حضورياً لدى المحكمة بعد إفهام المدعى عليه بالوكالة بإحضار موكله لهن، وفي جلسة أخرى افتتحت الجلسة عبر الاتصال المرئي وفيها حضرت المدعية ولم يحضر المدعى عليه ولا من ينوب عنه رغم تبلغه بموعد هذه الجلسة بنجاح بموجب مهمة التبليغ رقم ...وقد سبق في الجلسة الماضية إفهام وكيل المدعى عليه بانعقاد هذه الجلسة حضورياً وأن عليه إحضار البنات ... في الجلسة القادمة للسماع منهن، وبما أن المدعى عليه لم يتجاوب مع الدائرة، لذا وبناء على المادة (٥٧/٤) فقد قررت الدائرة إحضار المدعى عليه جبراً وفي جلسة أخرى وفيها حضرت المدعية أصالة وحضر لحضورها وكيل المدعى عليه وكالة .. وبسؤال وكيل المدعى عليه عن سبب عدم حضور المدعى عليه أصالة والأبناء في الجلسة السابقة أجاب قائلاً: المدعى عليه كبير بالسن حيث إنه يبلغ من العمر ٩٠ سنة ولا يستطيع الحضور للمحكمة هكذا أجاب.

الأسباب:

فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة وحيث قد جرى مني تأمل ما ذكره الطرفان فوجدت أن ما ذكره المدعى عليه بالوكالة لم يذكر المسوغات لعدم القبول بالحضانة للمدعية، وبما أن الراجح من أقوال أهل العلم أن الحضانة حق للحاضن ويراعى فيها مصلحة المحضون وبما أن الواجب في البنات فوق السبع التخيير على الراجح من أقوال أهل العلم، وقد تعذر ذلك بسبب من المدعى عليه، ولعل المدعى عليه إنما امتنع من إحضار البنات خوفاً من اختيارهن لوالدتهن المدعية علاوة على أن الأب لا يتولى الحضانة بنفسه نظراً لكبر سنه وعدم قدرته للحضور للمحكمة مما يدل على أنه عاجز عن الحضانة، وبقائهن لدى والدتهن –حتى مع استواء البيئتين– اصلح لهن وأرفق بهن إذ أن هناك أموراً لا يطلع عليها سوى النساء، كما أن بقائهن عند الأم هو القول الجمهور ومذهب أبي حنيفة وقال به مالك، وقال ابن القيم: "في الأشهر عن أحمد وأصح دليلاً" [ذكره في حاشية ابن قاسم ١٦٢/٧]، وهو اختيار شيخنا ابن عثيمين [الممتع ٥٨٤/١٣] قال الزركشي في شرحه ٣٥/٦ ولما قرره الحنابلة في رواية عندهم أن الأم أحق بها حتى تبلغ، ولفظها من رواية مهنا: الأم أحق بالجارية حتى تستغني، قيل له: وما غنى الجارية؟ قال: حتى تتزوج. لذلك كله.

منطوق الحكم:

فقد حكمت للمدعية ... بحضانة بناتها ... بنات ... وأفهمت الحاضنة بأن لها حق مراجعة الأحوال المدنية والجوازات وإدارات التعليم والمدارس وإنهاء ما يخص المحضون من إجراءات لدى جميع الدوائر والجهات الحكومية والأهلية، وللحاضن استلام المبالغ التي تصرف للمحضون من إعانات ومكافآت شهرية أو موسمية من الجهات الحكومية والأهلية ولها السفر بالمحضون وفقا لأحكام نظام وثائق السفر ولائحته التنفيذي المعدلة بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٤) وتاريخ ١٤٤٠/١١/٢٧هـ، وبه حكمت وقررت بأن بلد الحضانة هو الرياض وسيتم إيداع نسخة من الحكم اليوم إن شاء الل، وللمدعى عليه حق الاعتراض حسب المدة المقررة نظاماً وهي ٣٠ يوماً تبدأ من يوم الغد، وإذا لم يقدم الاعتراض خلال المدة المقررة فإن الحق في تقديم الاعتراض يسقط ويكتسب الحكم القطعية. والله الموفق وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في ١٤٤٣/٤/١٨هـ.

التعليق:

نلاحظ في هذه القضية أن الحكم بالحضانة للأم، استند إلى أحقية الأم أولاً للحضانة، ولعجز الأب عن قيامه بها، وذلك دون النظر إلى اختلاف الجنسية بين الأب والأم، وتم تحديد مدينة الرياض للحضانة، ففي حال أرادت الأم الخروج خارج البلد فإنها تحتاج إلى حكم آخر.

الخاتمة:

فأحمد الله على تيسيره لإتمام هذا البحث، وفيما يلي أذكر أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال بحث هذا الموضوع:

١-الحضانة هي القيام بحفظ الصغير ذكراً كان أو أنثى، أو المعتوه الذي لا يميز، ولا يستقل بأمره، ووقايته مما يؤذيه ويضره، مع القيام بتربيته جسمانياً ونفسياً وعقلياً، حتى يقوى على النهوض ليستقل بأمره.

٢-اتفقت تعريفات المذاهب الفقهية للحضانة من حيث المعنى واختلفت من حيث اللفظ، وقد وافق النظام التعريف الفقهي في أن الحضانة تكون بالحفظ والتربية والصيانة والقيام بمصالح المحضون.

٣-الجنسية هي وثيقة تمنح حاملها انتماء لهذه الدولة وهذا الانتماء يكسبه عدداً من المزايا، ويحمله عدداً من الحقوق.

٤-الحضانة واجبة على الحاضن، لأن المحضون يهلك بتركها، وقد نقل الإجماع غير واحد من أهل العلم على أن الحضانة للأم أولاً مع عدم وجود المانع، وقد حدد النظام مدة الحضانة بإتمام المحضون ١٨ سنة، وله الاختيار بين والديه بعد إتمام ١٥ سنة من عمره.

٥-الراجح والله أعلم أن الاعتبار بحال المحضون ومصلحته ولا تؤثر الإقامة أو السفر للحاضن في ذلك، فهي حق للمحضون، وبذلك أخذ النظام، وقد فرق النظام بين الحاضن الوالد وغيره، فاشترط عدم زيادة مدة السفر للوالد عن ٩٠يوماً إلا بموافقة الوالد الآخر.

٦-الجنسية إنما هي وثيقة تنال لكسب الحقوق وليست مؤثرة بذاتها في استحقاق الحضانة، وإنما الأثر فيما يترتب على اختلاف الجنسية من عدم القدرة على الإقامة الدائمة في بعض البلدان، والذي يوجب على أحدهما السفر خارج البلاد، وقد يؤدي ذلك إلى سقوط الحضانة عنه لانتفاء مصلحة المحضون.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

المصادر والمراجع

١- أحكام الجنسية والمواطنة من منظور إسلامي المؤلف: رنا صبحي سعيد عثمان، رسالة ماجستير كلية الدرسات العليا جامعة النجاح الوطنية بفلسطين.

٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المؤلف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ.

٣- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المؤلف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، الناشر: دار الفكر.

٤- حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة (حاشية ابن عابدين)، المؤلف: ابن عابد محمد علاء الدين أفندى، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر، سنة النشر: ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، مكان النشر: بيروت.

٥- الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع، المؤلف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المحقق: سعيد محمد اللحام، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر ببيروت.

٦- روضة الطالبين وعمدة المفتين، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، الناشر: المكتب الإسلامي، سنة النشر: ١٤٠٥، مكان النشر: بيروت.

٧- زاد المعاد في هدي خير، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، الناشر: مؤسسة الرسالة، مكتبة المنار الإسلامية، الطبعة: السابعة والعشرون.

٨- سنن أبي داود، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت.

٩- سنن الترمذي(الجامع الصحيح)، المؤلف: أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، المحقق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي – بيروت، سنة النشر: ١٩٩٨ م.

١٠- سنن النسائي (المجتبى)، المؤلف: أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ – ١٩٨٦.

١١- صحيح ابن حبان، المؤلف: محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤ – ١٩٩٣، تحقيق: شعيب الأرنؤوط.

١٢- القانون الدولي الخاص لأحمد عبدالكريم سلامة، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة.

١٣- المستدرك على الصحيحين، المؤلف: محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا.

١٤- مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية الحراني، جمع: عبدالرحمن بن قاسم.

١٥- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار النشر: دار الدعوة.
١٦- معجم مقاييس اللغة لابن فارس، المؤلف: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، الطبعة: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
١٧- المغني، المؤلف: عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د/ عبدالله التركي ود/ عبدالفتاح الحلو، الناشر: دار عالم الكتب، الطبعة الخامسة ١٤٢٩هـ.
١٨- المقدمات والممهدات، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
١٩- الوسيط في أحكام الجنسية دراسة مقارنة، المؤلف: عكاشة عبدالعال، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان.
٢٠- الإشراف على مذاهب العلماء، المؤلف: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، دار النشر: مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٢١- رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، دار النشر: دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
٢٢- التاج والإكليل لمختصر خليل، المؤلف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، دار النشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.
٢٣- التنظيمات الدولية، المؤلف: بول روتييه، دار النشر: دار المعرفة.
٢٤- المستدرك على الصحيحين، المؤلف: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١ - ١٩٩٠.
٢٥- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المؤلف : محمد ناصر الدين الألباني، دار النار: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م.
٢٦- كشاف القناع عن متن الإقناع، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، دار النشر: دار الكتب العلمية.

٢٧-منح الجليل شرح مختصر خليل، المؤلف: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، دار النشر: دار الفكر - بيروت، تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.
٢٨-نهاية المطلب في دراية المذهب، المؤلف: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، تحقيق: أ. د/ عبد العظيم محمود الدّيب، دار النشر: دار المنهاج، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.