الحضانة بين الفقه ومشروع التعديل

عبد اللطيف بومزوغ
طالب باحث في سلك الماستر، ماستر الأسرة والرعاية الاجتماعية
كلية المتعددات التخصصات السمارة، جامعة ابن زهر، أكادير
المغرب

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى ءاله وصحبه وسلم تسليما كثيرا.

- تعتبر الحضانة أثرا من آثار الزواج، وهي من حق الزوجين معا أثناء قيام العلاقة الزوجية، ومن حق أحد الأبوين أو غيرهما حسب الأحوال وذلك عند انفصام العلاقة الزوجية نتيجة الطلاق أو التطليق، فقد أشار جلالة الملك في خطابه السامي الذي ألقاه أمام ممثلي الأمة بمناسبة افتتاح الدورة البرلمانية التي انعقدت بتاريخ، العاشر أكتوبر سنة 2003، إلى ذلك حيث قال:" **لقد توخينا في توجيهاتنا السامية لهذه اللجنة، وفي ابداء نظرنا في مشروع مدونة الأسرة اعتماد الإصلاحات الجوهرية التالية**" – مسترسلا مجموعة من الضوابط والإصلاحات التي تهم مدونة الأسرة وخصوصا موضوع الحضانة انطلاقا من النقطة الثامنة –، حيث قال:" **الحفاظ على حقوق الطفل بإدراج مقتضيات الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب، وضمان مصلحة الطفل في الحضانة من خلال تخويلها للأم ثم للأب ثم لأم الأم فإن تعذر ذلك فإن للقاضي أن يقرر إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، كما تم جعل توفير سكن لائق للمحضون واجبا أقصاه شهر واحد.**[1]

ومن هنا تتجلى مدى أهمية الحضانة في صون حقوق الطفل والاعتناء به وحفظ مصالحه، ولاسيما بعد انفصام العلاقة الزوجية.

وفي خضم مقالنا هذا سنتطرق إلى رأي الفقه الإسلامي وخصوصا أحكام الفقه المالكي الذي يعتبر المصدر الأساسي المكون لفصول مدونة الأسرة، مبينا خلاف الأحكام الواردة في مشروع التعديل الذي أصدرته الهيئة المكلفة بتعديل المدونة. وذلك اتباعا للمحاور التالية:

- ✓ **المبحث الأول: مفهوم الحضانة.**
- ✓ **المبحث الثاني: السند الشرعي.**
- ✓ **المبحث الثالث: أحكام الفقه المالكي بخصوص الحضانة.**
- ✓ **المبحث الرابع: مقترحات تعديل نصوص الحضانة.**
- ✓ **الخاتمة.**

✓ **المبحث الأول: مفهوم الحضانة.**

الحضانة: بفتح الحاء، وكسرها، والفتح أشهرها، معناها في اللغة: مصدر حضنت الصغير حضانة تحملت مؤنته، وتربيته، مأخوذة من الحضن – بكسر الحاء – وهو الجنب، لأن الحاضنة تضم الطفل إلى جنبها.[2]

والحاضن هو الذي يضم الشيء إلى نفسه ويكنفه، يقال، حضن الطائر صغاره، إذا ضمهم تحت جناحه، وحضنت الأم وليدها، إذا ضمته إلى صدرها أو جنبها، واحتضن الرجل الطفل، إذا جعله في حضنه، ومنه حديث الشريف:« أنه – يعني النبي صلى الله عليه وسلم – **خرج محتضنا أحد ابني ابنته** ».[3]، أي حاملا له في حضنه.[4]

ويقصد بالحضانة في اصطلاح الفقهاء: تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع شؤونه في سن معينة، ممن له الحق في ذلك من أقاربه المحارم.[5]

وعرفها المالكية: "بأنها حفظ وعناية العاجز عن القيام بأموره نفسه ورايته في ملبسه وطعامه ومضجعه وتعليمه".[6]

وعرفتها مدونة الأسرة من خلال المادة 163:" الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه".[7]

وجاء على لسان الدكتور مصطفى بن حمزة بخصوص تعريف مدونة الأسرة للحضانة على أنه لا يحدد الغايات الحقيقية التي يجب أن تتوخاها الحضانة الجيدة، وبه اقترح تعريفا للحضانة وقال بأنها:" الحضانة رعاية الولد ماديا وأدبيا وتوفير شروط الاستواء النفسي والانتماء الاجتماعي له، ومساعدته على ترقية قدراته الجسدية وبلورة مواهبه الفكرية والروحية، وحفظ مصالحه وتنميتها.[8]

✓ **المبحث الثاني: السند الشرعي للحضانة.**

يتجلى السند الشرعي للحضانة في آيات عدة نستأنس منها على سبيل الذكر لا الحصر في قوله تعالى:« ***وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا*** »**[الإسراء: الآية 24]**، فكلمة ربياني من ربى يربي وهي تثير إلى الحضانة، وفي هذه الآية تذكير للولد بما قدمه والداه من رعاية وتربية في مرحلة الطفولة. وقوله تعالى في آية أخرى: « ***وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف*** » **[البقرة: الآية 233]**.

وفي السنة النبوية فيما **رواه ابن عمر من أن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله هذا ابني كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تتزوجي.**[9]

✓ **المبحث الثالث: أحكام الفقه المالكي في الحضانة.**

إن أحق الناس بحضانة الطفل هم أبواه، لأنهما أصدق الناس حبا له، وأرفقهم به وأحنهم عليه، وهي من واجبات الأبوين ما دامت العلاقة الزوجية قائمة.

بخصوص مستحقو الحاضنة ففيه تفصيل المذاهب، وما يهمنا هنا قول المالكية، بحيث قالوا:" يستحق الحضانة أقارب الصغير من إناث وذكور على الترتيب الآتي ذكره، فأحق الناس به أمه، ثم أمها، يعني جدته لأمه وإن علت. ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم عمة الأم، ثم أم الأب، ثم أم أمه، وأم أبيه، والقربى منهن تقدم على البعدى. والتي من جهة أمه تقدم على التالي من جهة أبيه، ثم بعد الجدة من جهة الأب تنتقل الحضانة الأب، ثم إلى الأخت، ثم إلى عمة الصغير أخت أبيه، ثم إلى عمة أبيه – أخت جده – ثم إلى خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق، ثم لأم، ثم لأب، ثم إلى بنت الأخت كذلك وإذا اجتمع هؤلاء يقدم منهن الأصلح للحضانة، وبعضهم رجح تقديم

بنات الأخ على بنات الأخت، ثم بعد هؤلاء تنتقل الحضانة إلى الوصي سواء كان ذكرا أو أنثى ثم الأخ الصغير، ثم ابن الأخ، ويقدم عليه الجد من جهة الأم، ثم العم ثم ابنه، ويقدم الأقرب على الأبعد ثم المعتق أو عصبته نسبا.[10] انتهى.

من خلال هذا القول يتبين أن الأم هي الأحق والأولى بحضانة ولدها من غيرها متى كانت أهلا لها أي الحضانة.

فقد روي أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه طلق زوجته أم عاصم وأراد أن يأخذ ولده منها، فأبت عليه ذلك تخاصما إلى أبي بكر رضي الله عنه وهو خليفة فقال أبو بكر:" **خل بينه وبينها، ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك**".[11]

وفي حديث ابن عمر الذي استشهدت به سلفا ضمن مبحث السند الشرعي للحضانة والمستفاد منه هو أن للأم الحق في حضانة ولدها ما لم يتحقق مانع زواجها.

ولكي تتحقق هذه الحضانة فلا بد من شروط يجب أن تتوفر لدى الحاضن سواء كان ذكرا أو أنثى:

1: العقل، فلا حضانة لمجنون، ولو يفيق في بعض الأحيان.

2: القدرة على القيام بشأن المحضون، فلا حضانة للعاجز، كامرأة بلغت سن الشيخوخة، أو رجل هرم، ومثلهما الأعمى، والأصم، والأخرس، والمريض، والمقعد.

3: أن يكون للحاضن مكان يمكن حفظ البنت فيه التي بلغت حد الشهوة من الفساد، فإذا كان في جهة غير مأمونة، فإن الحضانة تسقط.

4: الأمانة في الدين، فلا حضانة لفاسق يشرب الخمر، ومشتهر بالزنا.

5: أن لا يكون الحاضن مصابا بمرض معد يخشى على الطفل منه، كالجذام أو البرص.

6: أن يكون الحاضن رشيدا فلا حضانة لسفيه مبذر، لئلا يتلف مال المحضون، إن كان له مال.

7: الخلو عن زوج دخل بها، إلا إذا تزوجت بمحرم، أو علم من له حق الحضانة بعدها بتزوجها وسكت مدة عام بلا عذر. فإن حضانته تسقط بذلك.[12]

وهذه شروط سبعة التي اشترطها جمهور المالكية على الحاضن ذكرا كان أو أنثى.

ومن خلال هذه الفقرة التالية سنتحدث عن مسألتين من مسائل ضابط الحضانة، الأولى والتي تتمثل في مدتها أي مدة الحضانة، ومنه فإن حضانة الغلام تبتدئ من حين ولادته إلى أن يبلغ، ومدة حضانة الأنثى حتى تتزوج ويدخل بها الزوج بالفعل. أما بخصوص المسألة الثانية فتتجلى في سفر الحاضن بالمحضون، فجمهور المالكية قالوا:" ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى بلدة أخرى ليس فيها أب المحضون أو وليه إلا بشروط:

الأول: أن تكون المسافة أقل من ستة برد، فإن كانت أقل فإنه يصبح لها أن تستوطن فيها، ولا يسقط حقها في الحضانة، والبريد: أربعة فراسخ، والفرسخ ثلاثة أميال: فالمجموع 72 ميلا، فللحاضنة أن تنتقل به إلى بلد دون ذلك، وليس نزعه منها...[13].

الثاني: أن يكون السفر للإقامة والاستيطان، كما ذكرنا، أما إذا كانت للتجارة أو لقضاء حاجة، فإن لها أن تسافر به ولا يسقط حقها في الحضانة، بل تأخذه معها، وللولي أن يحلفها بأنها ما أرادت بالسفر الانتقال والاستيطان، وإنما أرادت سفر تجارة مثلا، وإنما يصح أن

تسافر به مسافة قليلة بشرط أن تكون الطريقة مأمونة، وأن يكون المكان الذي تريد السفر إليه مأمونا، أما الولي، فإنه إذا أراد السفر من بلدة إلى بلدة أخرى ليقيم بها وينتقل إليها مستوطنا إياها، فإن له أن يأخذ المحضون من حضانته، ولو كان طفلا، متى قبل ثدي مرضعه غير حاضنته، ويسقط حق الحاضنة في الحضانة إلا إذا رضيت أن تسافر معه، فإن حضانتها لا تسقط بانتقاله، وإنما يكون له الحق أخذ المحضون معه، ويسقط حقها في الحضانة بشرطين:

أحدهما: أن يكون الولي قاصدا السفر إلى بلد تبعد عن بلدة الحاضنة مسافة ستة برد فأكثر، أما إذا كانت دون ذلك فليس له أخذه منها، لأنه يمكنه أن يشرف على الصغير في هذه الحالة.

ثانيهما: أن يكون قاصدا والاستيطان. أما إذا كان قاصدا التجارة ونحوها، فإنه لا يأخذه منها ولا يسقط حقها في الحضانة، ولها أن تحلفه على أنه أراد سفر الانتقال لا سفر الحاجة.[14] انتهى

وبهذا سأنتقل إلى المبحث الأخير والذي يتضمن مقترحات تعديل نصوص مدونة الأسرة، خصوصا مسألة الحضانة، ومقارنتها بما جاء في المذهب المالكي الذي تم ذكره المباحث السابقة.

✓ المبحث الرابع: مقترحات تعديل نصوص الحضانة.

إن تعديل نصوص الحضانة من بين المقترحات التي أشرفت عليها الهيئة المكلفة بمراجعة مدونة الأسرة، وتقديم مضامينها الرئيسية للرأي العام المغربي إذ يعكس المقاربة التشاركية في تنزيل الإصلاح التشريعي الهام الذي تترقبه أغلب الأسر المغربية، وخاصة أن هذا الإصلاح شهد انخراط كل مكونات المجتمع المدني، والفعاليات الحقوقية والقضائية والفقهية والعلمية...، بهدف اصلاح بعض الاخلالات التي أظهرها التطبيق القضائي للمدونة، وعلى هذا الأساس أقدمت الهيئة المكلفة بمراجعة المدونة على اقتراح تعديلات نصوص قانونية حول الحضانة والتي تتمثل في:

- **عدم سقوط حضانة الأم المطلقة رغم زواجها مجددا**، وهذا المقترح يخالف ما ذهب إليه جمهور المالكية في هذا الباب، وكذا مخالفة حديث ابن عمر، ومقتضيات المدونة الحالة على أن زواج الحاضنة يسقط حضانتها بشروط، وهذا ما تم تبيانه في المباحث السابقة لمقالنا هذا، وأكثر من ذلك أن هذا المقترح لم يراع البتة لا طبيعة الأعراف والتقاليد الخاصة ببلدنا هذا، ولا طبيعة الرجل وغيرته الذي لن يقبل عيش أبناءه رفقة رجل غريب، وما بالك إن كن بنات، وهذا المقترح يطرح علامة استفهام.

- المقترح الثاني والمتعلق بحضانة الأطفال: **اعتبارها حق مشتركا أثناء الزواج، مع ضوابط للزيارة والسفر بعد الطلاق.** إن مسألة السفر التي جاء بها هذا المقترح اعتبرها محطة نقاش، خالفت بالكلية ما دأب إليها جمهور المالكية، أن سفر الحاضن أو وليه يسقط فور سفره وانتقاله من بلد إلى بلد آخر، ولا يسقط عند سفر الحاجة أو التجارة ونحوها، ومن هنا يتضح للمرة الثانية أن هاذين المقترحين المتعلقين بالحضانة يخالفان جملة وتفصيلا ما جاء في المذهب المالكي.

الخاتمة

وفي الأخير يمكن القول إن على الهيئة المكلفة بمراجعة مدونة الأسرة، أن تهتم المصلحة الفضلى للأسرة، والحفاظ على استقرار أفرادها، وأن تراعي تقاليد وأعراف البلد مستحضرة الفقه المالكي أولا، والقانوني ثانيا وفق مبادئ العدالة والاجتهاد الذي يراعي قيم الإسلام في العدل والمساواة، الذي يخدم مصالح الرجل والمرأة على حد سواء، وعدم تغليب جهة أو فئة على أخرى.

الهوامش:

[1] مقتبس من خطاب جلالة الملك في افتتاح الدورة الأولى من السنة الثانية من الولاية التشريعية السابعة، الرباط في 10 أكتوبر 2003.

[2] الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزيري، الطبعة الثانية 1434هـ / 2013م، دار الفجر للتراث، القاهرة، مباحث الحضانة المجلد الرابع، الصفحة: 533.

[3] رواه أحمد في مسنده 409/6، والترمذي في سننه، كتاب البر والصلة، باب: ما جاء في حب الولد 317/4 برقم 1910.

[4] لسان العرب، لابن منظور، مادة: (حضن).

[5] أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، عبد الله عمر، دار المعارف، الطبعة الخامسة سنة 1965، الصفحة 553.

[6] حاشية الدسوقي على شرح الكبير للدردير، الدسوقي، محمد عرفة الدسوقي المالكي، الجزء الثاني، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة، من دون سنة النشر، الصفحة 451.

[7] مدونة الأسرة المغربية، المادة 163، قسم – الحضانة – الببب للأول: أحكام عامة.

[8] فقه الأسرة – مرافعات مقدمة إلى لجنة مراجعة مدونة الأحوال الشخصية، الدكتور مصطفى بن حمزة، مؤسسة الاندلس، الطبعة الأولى، 2024م، الصفحة: 504.

[9] أخرجه أحمد وأبو داوود والبيهقي.

[10] الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق الصفحة (534 – 535).

[11] ضوابط الأسرة وحقوقها على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الاسلامي والعمل القضائي، الاستاذ عبد العزيز هدوي قاضي من الدرجة الاستثنائية سابقا، الطبعة الأولى 2017م، الصفحة 191.

[12] الفقه على المذاهب الأربعة عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، الصفحة (537 – 538)، وبتصرف.

[13] الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، الصفحة (540 – 541).

[14] الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، الصفحة (540 – 541).