

الباب الثاني

حقوق الطفل منذ ولادته حتى سن التمييز

- الفصل الأول : حسن استقبال المولود وتسميته .
- الفصل الثاني : حق الطفل في النسب .
- الفصل الثالث : حق الطفل في الرضاعة .
- الفصل الرابع : حق الطفل في الحضانة .

الفصل الأول

استقبال المولود وتسميته



استقبال الطفل

أولاً: معطيات التقبل الحسن للمولود:

إذا كان من حق المولود على والديه أن يتقبلاه بقبول حسن . فإن ذلك لا يتأتى إلا إذا كان الأبوان مؤهلين اجتماعياً ونفسياً لاستقباله . أما الطفل الذي يأتي وهو غير مرغوب في مجيئه فإن ولادته أشبه بمن يستقبل ضيفاً ثقيلاً دون موعد سابق . فهل يمكن الحفاوة به أو الاحتفال بقدمه؟! ومن هنا تنبئ أهمية التأهيل الاجتماعي والنفسى للوالدين لاستقبال مولودهما الجديد والعناية به والسهر على رعايته .

والتهيئة الاجتماعية للوالدين تبدأ بالتخطيط المسبق قبل الإنجاب . وهذا التخطيط يشمل مجموعة من العناصر الأساسية يجب أن تدخل في الحساب مثل سن الأم والأب وصحتها ودخلهما وثقافتهما ومدى استعدادهما لرعاية أبنائهما الرعاية السليمة ورأى المتخصصين في هذا الصدد .

كذلك يجب على الوالدين أيضاً أن يستعدوا نفسياً لهذه الرعاية . وأن يكون لديهما الاستعداد النفسى للقيام بدور الأمومة والأبوة بما يحمله من تبعات وتضحيات . فمن العوامل المهمة التى تؤثر فى الوليد اتجاهات والديه نحوه . فإذا كانت هذه الاتجاهات مواتية فإن نتائجها تظهر فى شكل نمو سوى للوليد أما إذا كان الحال عكس ذلك جاء الوليد وهو غير مرغوب فيه فى أسرة مضطربة ولا يلبث أن يشعر بهذه الانفعالات وتلك المشاعر ويستجيب لها استجابات مرضية .

ثانياً: مظاهر التقبل الحسن للمولود:

١. عقبة المولود:

من حق الوليد أن يعق عنه طالما أن والده قادر على ذلك . فالإسلام يدعو إلى

العقيقة أو النسية. وهي ذبيحة تذبح عن المولود فى اليوم السابع من ولادته أو فى يوم آخر على خلاف بين الفقهاء ، يهدى منها ويتصدق ، لإعلان المولود وإظهار البهجة والتوسعة على الأهل والفقراء .

أحكام العقيقة فى حد ذاتها :

١. مفهوم العقيقة :

تعنى العقيقة فى الاصطلاح الشرعى ذبح الشاة عن المولود يوم السابع من ولادته..

٢. أساسها الشرعى :

كثيرة هى الأحاديث النبوية الشريفة التى تضع الأساس الشرعى لفكرة العقيقة . ومن ذلك ما روى عن سمرة بن جندب ، قال قال رسول الله ﷺ : " كل غلام مرتنه بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويماط عنه الأذى " .

كما روى الامام أحمد بن حنبل وأبو داود والبيهقى عن عائشة رضى الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ : " عن الغلام شاتان مكافئتان ، وعن الجارية شاة " .

٣. علة تشريعها :

فى بيان علة تشريع العقيقة يقول الإمام الدهلوى : " كان العرب يعقون عن اولادهم . وكانت العقيقة أمرا لازما عندهم وسنة مؤكدة . وكان فيها مصالح كثيرة راجعة إلى المصلحة المالية والمدنية والنفسية فأبقاها النبى ﷺ وعمل بها ورغب الناس فيها . فمن تلك المصالح التلطف بإشاعة نسب الولد إذ لا بد من إشاعته لثلا يقال فيه ما لا يحبه ولا يحسن أن يدور فى الشكك ، فينادى أنه ولد لى ولد فتعين التلطف بمثل ذلك ، ومنها اتباع واعية السخاوة ، وعصان داعية الشح . ومنها أن النصرارى كان إذا ولد لهم ولد صبغوه بماء أصفر يسمونه المعمودية وكانوا يقولون : يصير الولد به نصرانيا ، وفى مشاكلة هذا الاسم نزل قوله تعالى : ﴿ صِبْغَةَ اللَّهِ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ صِبْغَةً ﴾ [البقرة: ١٣٨] فاستحب أن يكون للحنيفيين فعل بازاء فعلهم ذلك يشعر بكون الولد حنيفيا تابعا لملة إبراهيم وإسماعيل عليهما السلام .

وأشهر الأفعال المختصة بهما المتوارثة فى ذريتهما ما وقع له عليه السلام من الإجماع وهكذا يتبين لنا أن علة تشريع العقيقة تكمن فيما يلى :

١ - إشاعة نسب الولد . ٢ - اتباع داعية السخاوة وعصيان داعية الشح .

٣ - فدية المولود كما فدى الله إسماعيل عليه السلام .

٤. ميقاتها الزمني :

يرى مالك والشافعي وأحمد أن الميقات الزمني لذبح العقيقة هو اليوم السابع .
والحجة على ذلك حديث سمرة بن جندب المتقدم " الغلام مرتهن بعقيقته تذبح عنه
يوم السابع ويسمى " .

فهذا الحديث يفيد أن وقت الاستحباب لذبح العقيقة هو اليوم السابع .

لكن هناك أقوالا تفيد أن التقيد باليوم السابع ليس من باب الإلزام إنما هو على
وجه الاستحباب . فقد قال الميموني قلت لأبي عبد الله متى يعق عنه ؟ قال : أما
عائشة فتقول سبعة أيام وأربعة عشر ولواحد وعشرين .

ويبقى أن نتساءل عن حكم تأجيل العقيقة هل يترتب عليه فواتها ؟ يرى الشافعية
أنها لا تفوت بل هي ممتدة إلى ما قبل البلوغ ، قال الرافعي فإن آخرها حتى بلغ فات
وقتها ، وهو مذهب أحمد بن حنبل .

٢. الشروط الواجب توافرها في الذبيحة محل العقيقة :

يشترط في الذبيحة ملح العقيقة أن تكون من الغنم لقول النبي ﷺ : " عن الغلام
شاتان وعن الجارية شاة " لكن هل تشرع العقيقة بغير الغنم كالإبل والبقر ؟

اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا السؤال : " قال ابن المنذر : واختلفوا في
العقيقة بغير الغنم ، فروينا عن انس بن مالك أنه كان يعق عن ولده الجزور ، وعن
أبي بكر أنه نحر عن ابنه عبد الرحمن جزورا فأطعم البصرة ، ثم ساق الحسن ، قال :
كان أنس بن مالك يعق عن ولده الجزور ، ثم ذكر من حديث يحيى ثنا هشيم عن
عبيد بن عبد الرحمن عن أبيه أن أبا بكر ولد له ابنه عبد الرحمن ، كان أول مولود
ولد في البصرة ، فنحر عنه جزورا فأطعم أهل البصرة وأنكر بعضهم ذلك ، وقال
أمر رسول الله ﷺ بشاتين عن الغلام ، وعن الجارية بشاة ، ولا يجوز أن يعق بغير
ذلك .

روينا عن يوسف بن ماهك ، أنه دخل مع ابن أبي مليكة على حفصة بنت عبد
الرحمن بن أبي بكر ، وولدت للمنذر بن الزبير غلاما ، فقلت : هلا عقيت جزورا ؟

فقال : معاذ الله . كانت عمى تقول : عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة . قال مالك : الشاة فى العقيقة أحب إلى من الابل والبقر ، والابل فى الهدى أحب إلى من الغنم والابل فى الهدى أحب إلى من البقر .

وسبب الخلاف معارضة الآثار للقياس . ففى الحديث قوله ﷺ " : عن الجارية شاة . وعن الغلام شاتان " . وأما القياس فلأن الأفضل فى النسك الأعظم قياسا على الهدايا .

ومع ذلك فالراجح - فى تقديرنا - هو أن تكون العقيقة من الغنم على أساس أن قول النبى ﷺ " كل غلام مرتين بعقيقته تذبح عنه سابعه ويماط عنه الأذى " وقوله ﷺ " : مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دما وأميطوا عنه الأذى " فإن الرسول الكريم لم يذكر دما دون دم فيعتبر من قبيل المجمل . أما قوله ﷺ " عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة " من قبيل المفسر ، والمفسر أولى من المجمل .

كما يجرى فى العقيقة ما يجرى فى الأضحية من حيث السن والسمات الجسمية فيشترط أن يكون عمرها سنة دخلت فى السنة الثانية . وإذا كان الضأن كبير الجسم سمينا فإنها تصح به إذا بلغ ستة أشهر . وأن تكون سليمة من العيوب الجسمية فقد اتفق العلماء على احتساب العرجاء البين عرجها ، والعوراء البين عورها ، والمريضة البين مرضها ، والعجفاء التى لا تنقى لحديث البراء بن عازب ، أن رسول الله ﷺ سئل ماذا ينتقى من الضحايا ، فأشار بيده وقال : أربع ، وكان البراء يشير بيده ، ويقول : يدى أقصر من يد رسول الله ﷺ " العرجاء البين عرجها ، والعوراء البين عورها ، المريضة البين مرضها ، والعجفاء التى لا تنقى " كما اتفقوا على أن ما كان من هذه العيوب الأربعة خفيفا فلا يؤثر ذلك فى الأجزاء .

ويستحب أن تذبح العقيقة على اسم المولود لما روى ابن المنذر عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال النبى ﷺ " : اذبحوا على اسمه فقولوا " بسم الله " اللهم لك وإليك ، هذه عقيقة فلان " . وإن نوى العقيقة ولم يذكر اسم المولود أجزأت ، فإن لم ينو أعاد العقيقة .

والتسمية فى العقيقة حكمها حكم التسمية فى الأضحية . وقد اتفق الفقهاء على مشروعيتها على الذبيحة . واتفقوا أيضا على أنه لو قال الذابح " بسم الله أجزاءه . إنما لو جاء بدلها بدعاء كقوله : " اللهم اغفر لى " فلا يكفى عن التسمية ، بخلاف ما لو قال " الحمد لله أو سبحان الله " فإنها تحل لأنه ذكر .

وطالما أن ذبيحة العقيقة في حكم ذبيحة الأضحية فيأكل منها أهلها وجيرانهم ويتصدق منها على الفقراء ويهدى منها للقابلة للحديث الذي رواه الحاكم عن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ أمر فاطمة رضي الله عنها فقال : " زنى شعر الحسين وتصدقى بوزنه فضة وأعطى القابلة رجل العقيقة . "

ولا يجوز أن يعطى الجزار شيئا من العقيقة على سبيل الأجرة لقوله عليه الصلاة والسلام لعلي رضي الله عنه : " تصدق بجلدها وحظامها ، ولا تعط أجر الجزار منها " متفق عليه ، ولكن لو كان على سبيل الهدية فيجوز .

كما لا يجوز بيع شيء من لحمها أو شحمها باتفاق الفقهاء . أما جلودها وأشعارها وأطرافها ورأسها ولبنها وغير ذلك مما ينتفع به فمحل خلاف بينهم . ففي حين يرى الشافعي ومالك وأحمد أنه لا يجوز بيع شيء من ذلك . نجد أن الأحناف يبيحون بيعها لكن بغير الدراهم والدنانير أي بما يقابله من العروض .

ومن الأمور التي يجب مراعاتها في عقيقة المولود ألا يكسر من عظم الذبيحة شيء ، سواء حين الذبح أو عند الأكل ، بل يقطع كل عظم من مفصله بلا كسر وذلك للحديث الذي رواه أبو داود عن جعفر بن محمد عن أبيه ، أن النبي ﷺ قال في العقيقة التي عقتها فاطمة رضي الله عنها عن الحسن والحسين : " أن ابعثوا إلى القابلة منها برجل وكلوا وأطعموا ولا تكسروا منه عظما " .

٢. التأذين في أذني المولود وتخنيكه وحلق رأسه :

١. التأذين في أذني المولود :

من مظاهر التقبل الحسن التي شرعها الإسلام للمولود التأذين في أذنه اليمنى وإقامة الصلاة في أذنه اليسرى ، وذلك حين الولادة مباشرة ، لما روى أبو داود والترمذي عن أبي رافع أنه قال : " رأيت رسول الله ﷺ أذن في أذن الحسن بن علي حين ولدته فاطمة " . وروى البيهقي وابن السنن عن الحسين بن علي عن النبي ﷺ قال : " من ولد له مولود فأذن في أذنه اليمنى ، وأقام في أذنه اليسرى لم تضره أم الصبيان . وروى كذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما : " أن النبي ﷺ أذن في أذن الحسن بن علي يوم ولد وأقام في أذنه اليسرى " .

وذلك كله حتى تكون عبارة " الله أكبر " أول ما تسمعها روح المولود وشهادة الإسلام أو ما لا يقرع سمعه والأمر بالصلاة أول ما يسكب في أذنيه .

٢. تحنيك المولود :

من السنة النبوية المشرفة تحنيك فم المولود بعد ولادته . بمعنى أن تمضغ تمرة ثم تتفل ببعضها في فم المولود ، أو أن تحنكه بالتمررة بعد أن تضعها في فمك ، وذلك بوضعها في فمه لكي يمتص منها وهي في يدك .

ومن الأحاديث التي استدلل بها الفقهاء على استحباب التحنيك ما جاء في الصحيحين من حديث أبي بردة عن أبي موسى رضى الله عنه قال : " ولد لى غلام فأتيته به النبي ﷺ فسماه إبراهيم ، وحنكه بتمررة ، ودعا له بالبركة ودفعه إلى " . كما ورد في الصحيحين أيضا حديث أنس بن مالك أن أم سليم ولدت غلاما ، قال : فقال لى أبو طلحة : احفظه حتى تأتى به النبي ﷺ ، فأناه به وأرسلت معه بتمرات فأخذها النبي ﷺ مضغها ، ثم أخذها من فيه فجعلها في فم الصبى وحنكه به وسماه عبد الله . وروى أبو أسامة عن هشام بن عروة عن أسماء أنها حملت بعبد الله ابن الزبير بمكة ، قال : قالت : فخرجت وأنا متم ، فأتيته المدينة ، فنزلت بقباء ، فولدته بقباء ، ثم أتيت رسول الله ﷺ فوضعه في حجره ، فدعا بتمررة فمضغها ، ثم تفل في فيه ، فكان أول شيء دخل جوفه ريق رسول الله ﷺ ، قالت : ثم حنكه بالتمررة ، ثم دعا له وبارك عليه ، وكان أول مولود ولد في الإسلام للمهاجرين في المدينة ، قالت : ففرحوا به فرحا شديداً وذلك أنهم قيل لهم إن اليهود قد سحرتكم فلا يولد لكم .

ومن الأفضل أن يقوم بعملية التحنيك من يتصف بالتقوى والصلاح تبركا به ، وتيمنا بصلاح المولود وتقواه .

٣. حلق رأس المولود :

من الأحكام التي استنهاها الإسلام للمولود استحباب حلق رأسه يوم سابعه والتصدق بوزن شعره فضة على الفقراء والمحتاجين وذلك لما رواه الإمام مالك في الموطأ عن جعفر بن محمد عن أبيه قال : وزنت فاطمة رضى الله عنها شعر حسن وحسين وزينب وأم كلثوم فتصدقت بزنة ذلك فضة . وذكر ابن إسحاق عن عبد الله ابن أبي بكر عن محمد بن على ابن الحسين رضى الله عنهم ، قال : عق رسول الله ﷺ عن الحسن شاة وقال : يا فاطمة احلقى رأسه ، وتصدقى بزنة شعره فضة ، فوزنته ، فكان وزنه درهما أو بعض درهم .

ويتعلق بالخلق مسألة القزح ، وهى حلق بعض رأس الصبى وترك بعضه . والقزح على أربعة أنواع :

أحدها : أن يخلق من رأسه مواضع من ههنا وههنا ، مأخوذ من تقزح السحاب وهو تقطعه .

الثانى : أن يخلق وسطه ويترك جوانبه .

الثالث : أن يخلق جوانبه ويترك وسطه .

الرابع : أن يخلق مقدمه ويترك مؤخره .

وقد جاء النهى عن القزح صريحا فى الحديث الذى أخرجه البخارى ومسلم عن عبدالله بن عمر رضى الله عنهما أنه قال : " نهى رسول الله ﷺ عن القزح " .

٤ - الرضا بالمولود ذكرا كان أو أنثى :

من مظاهر التقبل الحسن للمولود الرضا به سواء أكان ذكرا أم أنثى . فالمولود نعمة من الله ومن الحرى بالإنسان أن يشكره عليها وأن يرضى بما قسمه له . وأن يتذكر دائما قوله تعالى : ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاءً وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ (٤٩) أَوْ يَزُوجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاءً وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾ [الشورى : ٤٩-٥٠] .

ففى هذه الآية الكريمة قسم " سبحانه وتعالى حال الزوجين إلى أربعة أقسام اشتمل عليها الوجود . وأخبر أن ما قدره بينهما من الولد فقد وهبهما إياه ، وكفى بالعبد تعرضا لفته أن يتسخط ما وهبه ، وبدأ سبحانه بذكر الإناث ، فقيل جبرا لهن لأجل استقبال الوالدين لكانهما ، وقيل هو أحسن إنما قدمهن ، لأن سياق الكلام أنه فاعل ما يشاء ، لا ما يشاء الأبوان ، فإن الأبوين لا يريدان إلا الذكور غالبا ، وهو سبحانه قد أخبر أنه يخلق ما يشاء فبدأ بذكر الصنف الذى يشاء ولا يريد الأبوان " . ومع ذلك فقد درج الناس على أن يفرحوا بالبنتين ويحزنوا عندما يرزقون البنات . وقد أثبتت بعض الدراسات النفسية الحديثة التى أجريت على تفضيل الوالدين لأى الجنسين أن التفضيل التقليدى للذكر وخاصة الطفل الأول ما زالت له السيادة فى كثير من الثقافات .

وهذا الطبع البشرى المنحرف له مساوئه على الصحة النفسية للأطفال .
فالتفضيل القوي لطفل من جنس معين له تأثيراته الواضحة على الاتجاهات الوالديه ,
والتي تؤثر بدورها فى سلوك الوالدين نحو الطفل وفى علاقاتهما معه . فالأمهات
اللاتى يفضلن الأبناء الذكور يكن أكثر ميلا للقسوة على البنات . وبالمثل فإن الآباء
يعاملون الطفل بما يتفق مع درجة تقبلهم لجنس الوليد ومن هنا تنشأ الاضطرابات
النفسية ، والانحرافات السلوكية عند الأطفال .

المبحث الثانى



تسمية الطفل

أولا: مفهوم التسمية

يقصد بالتسمية اصطلاحا ، اختيار اسم للمولود يعرف به ويميزه عن غيره من
الناس . إذ يتميز الشخص الطبيعى عن غيره باسم معين عليه عند الولادة.

ثانيا: أحكام تسمية المولود فى الفقه الإسلامى :

عنى الإسلام بتسمية المولود ووضع له من الأحكام ما يشعر بأهميته وعلو شأنه .
وكما هو الحال فى الحقيقة فإن كتب الفقه قد زخرت بالحديث عن تسمية المولود
. لكن رغم كثرة هذه الكتابات إلا أنه فى حاجة إلى ترسيخ وصقل ومزيد من
التأصيل .

ومن هذا المنطلق نرى أن الأحكام التى وضعها الإسلام فى تسمية المولود يمكن
بلورتها فى ثلاثة أنواع : أولها أحكام تتعلق بالاسم فى حد ذاته وثانيها أحكام تتعلق
بوقت إطلاق الاسم على المولود وثالثها وأخيرها أحكام تتعلق بصاحب الحق فى
إطلاق هذا الاسم .

وفيما يلى نبين هذه الأحكام تباعا :

أ. أحكام تتعلق بالاسم فى حد ذاته :

ما يستحب من الاسماء بالنسبة للمولود :

من حق الولد على والده أن يختار له اسما حسنا يفخر به ويحافظ عليه طوال

سنين حياته . نداء طيب محبب إلى النفس ينبئ ، عما بداخل الإنسان من قيم أخلاقية ودينية سامية .

فقد روى البيهقي قال : قال رسول الله ﷺ " من حق الولد على الوالد أن يحسن أدبه ويحسن اسمه . " وروى ابن النجار عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ " إن من حق الولد على والده أن يعلمه الكتابة وأن يحسن اسمه وأن يزوجه إذا بلغ " . وروى أبو داود بإسناد حسن عن أبي الدرداء رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ : " إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسماءكم " . وروى مسلم فى صحيحه عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : " إن أحب أسمائكم إلى الله عز وجل عبد الله وعبد الرحمن " .

وروى أبو داود والنسائي عن أبي وهب الجشمي رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « تسموا بأسماء الأنبياء ، وأحب الأسماء إلى الله عبد الله وعبد الرحمن وأصدقها : حارث وهمام وأقبحها حرب ومرة » .

كما أثار عن النبي ﷺ أنه قال : " إذا أرسلتم إلى رسولا فأرسلوه حسن الاسم حسن الصورة " .

ما يكره وما لا يحرم من الأسماء بالنسبة للمولود :

رغم تشعب ما كتبه الفقهاء المسلمون عما يكره من الأسماء إلا أنه يمكن تأصيله فى طائفتين : الأولى طائفة الأسماء القبيحة وهى تلك التى تحمل فى ذاتها معنى أو صفة ذميمة أو غير كريمة . والثانية طائفة الأسماء غير الملائمة وهى وإن كانت من الأسماء الحسنة إلا أنها لا تلائم الإنسان فى أن يتسمى بها .

وفيما يلى نبين هاتين الطائفتين :

الطائفة الأولى : الأسماء القبيحة :

من أمثلة الأسماء القبيحة التى حث الإسلام على اجتنابها : الأسماء التى توحى بشق عصا الطاعة أو غلظة القلب أو دناءة النفس أو امتهانها .

يجب على الآباء أن يجنبوا أبناءهم الأسماء التى توحى بشق عصا الطاعة أو غلظة القلب أو دناءة النفس وامتهانها فقد روى الترمذى وابن ماجه عن ابن عمر

رضى الله عنهما : " أن ابنة لعمر كان يقال لها عاصية فسمها رسول الله ﷺ جميلة " كما روى أبو داود أن الرسول ﷺ غير اسم العاصى وعتلة وشيطان ، وغراب وحباب وسمى حربا سلما ، وسمى المضطجع المنبعث ، وبنى الزنية سماهم بنى الرشدة ، وسمى بنى مغوية بنى رشدة .

الأسماء التى لها اشتقاق من كلمات فيها تشاؤم :

كما يجب تجنب الأسماء التى بها اشتقاق من كلمات فيها تشاؤم . لما روى البخارى فى صحيحه عن سعيد بن المسيب عن أبيه عن جده . قال : أتيت إلى النبى ﷺ فقال : " ما اسمك ؟ قلت حزن . فقال : أنت سهل ، قال لا أغير اسما سمانيه أبى . قال ابن المسيب : فما زالت تلك الحزونة فينا بعد " .

الأسماء التى فيها تعبد لغير الله :

كذلك يجب تجنب الأسماء التى فيها تعبد لغير الله ، كعبد العزى ، عبد هبل وعبد عمرو ، وعبد الكعبة وما أشبه ذلك . كما لا تحل التسمية بعبد على أو بعبد الحسين أو بعبد الكعبة . وقد روى ابن أبى شيبه حديث يزيد ابن المقدم بن شريح عن أبيه عن جده هانى بن شريح قال : " ومر على النبى ﷺ قوم فسمعهم يسمون : عبد الحجر ، فقال له : ما اسمك ؟ فقال عبد الحجر ، فقال رسول الله ﷺ إنما أنت عبد الله " .

كما يمكن أن نضيف إلى قائمة الأسماء القبيحة : الأسماء الأجنبية الوافدة من الدول الغربية وكذلك الأسماء التى فيها معنى التدليل أو شدة الوجد والغرام ، فالتسمى بالأسماء الأجنبية يثير علامة استفهام كبيرة بالنسبة لمن يتسمى بها . فهى أشبه بالنبت المزروع فى غير أرضه يبدو شاذا وغريبا بالإضافة إلى أن هذه الأسماء تنزع الإنسان من جذوره العربية الأصيلة .

كما أن التسمى بالأسماء التى فيها معنى التدليل أو شدة الوجد والغرام علاوة على ما فيه من إثارة للمشاعر والغرائز فإنه يعطى انطباعا للناس بأن أصحاب هذه السماء أشبه ما يكونون بالنباتات الطفيلية التى لا خير فيها ولا فائدة منها . ولذا لا يعتمدون عليهم ولا يثقون بهم .

الطائفة الثانية : الأسماء غير الملائمة :

من أمثلة الأسماء غير الملائمة التى لا يصح أن يتسمى بها الإنسان نذكر ما يلى :

الأسماء المختصة بالله سبحانه وتعالى :

"من المحرم التسمية بملك الملوك وسلطان السلاطين وشاهنشاه . فقد ثبت فى الصحيحين من حديث أبى هريرة عن النبى ﷺ قال : إن أخرج اسم عند الله رجل يسمى ملك الملوك ، وفى رواية أخرجى بدل أخرج ، وفى رواية لمسلم : أعطي رجل عند الله يوم القيامة وأخبثه رجل كان يسمى : ملك الأملاك ، لا ملك إلا الله . ومعنى أخرج وأخرجى : أوضع ، قال بعض العلماء : وفى معنى ذلك كراهية التسمية بقاضى القضاة وحاكم الحكام ، فإن حاكم الحكام فى الحقيقة هو الله " .

كما قال أبو داود فى سننه أن هانثا لما وفد على رسول الله ﷺ إلى المدينة مع قومه كانوا يكنونه بابى الحكم . فدعاه رسول الله ﷺ وقال له : إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكن أبا الحكم . فقال أن قومى إذا اختلفوا فى شىء أتونى فحكمت بينهم فرضى كلا الفريقين . فقال رسول الله ﷺ ما أحسن هذا . فمالك من الولد؟ قال لى شريح ومسلم وعبد الله ، فقال فمن أكبرهم ، قال شريح . قال فأنت أبو شريح .

الأسماء التى فيها يمن أو تفاؤل :

كما لا يصح للوالد أن يسمى ابنه باسم من الأسماء التى فيها يمن أو تفاؤل حتى لا يحصل كدر عند مناداته وهو غائب بلفظ لا . كالتسمية بأفلق ونافع ورباح ويسار . فقد روى مسلم وأبو داود والترمذى عن سمرة بن جندب رضى الله عنه قال ، قال : رسول الله ﷺ أحب الكلام إلى الله أربع : سبحان الله والحمد لله . ولا إله إلا الله . والله أكبر ؟ لا تسمين غلامك يسارا ولا رباحا ولا نجيجا ولا أفلق فإنك تقول أئم هو فلا يكون ، فيقول لا ، إنما هن أربع لا تزيدن على " .

الأسماء التى فيها معنى التزكية عن النفس :

وأخيرا يجب على الأب أن يجنب ابنه الأسماء التى فيها معنى التزكية عن النفس . فقد روى الامام مسلم بسنده عن عمرو بن عطاء قال : سميت ابنتى برة ، فقالت لى زينب بنت أبى سلمة إن رسول الله ﷺ : "نهى عن هذا الاسم وسميت برة فقال رسول الله ﷺ لا تزكوا أنفسهم إن الله أعلم بأهل البر منكم فقالوا بم نسميها قال سموها زينب" .

تكنية المولود:

اتفقت كلمة الفقهاء المسلمين على جواز تكنية المولود ، ودليلهم على ذلك ما ورد فى الصحيحين من حديث أنس رضى الله عنه قال : " كان رسول الله ﷺ : أحسن الناس خلقا وكان لى أخ يقال له أبو عمير وكان النبى ﷺ يقول له أبا عمير ما فعل النغير؟ .

ويستخلص من هذا الحديث أن تكنية المولود أمر مستحب . أما التكنى بكنية الرسول ﷺ فقد اختلف الفقهاء فى جوازها على آراء .

الرأى الأول: كراهة التكنى بكنية رسول الله صلى الله عليه وسلم:

يرى القائلون بهذا الرأى وهم من الشافعية أن التكنى بكنية الرسول ﷺ مكروهة . وحيثهم فى ذلك حديث أبى هريرة الذى رواه البخارى ومسلم أن رسول الله ﷺ قال : " تسموا باسمى ولا تكنوا بكينى إنما أنا قاسم أقسم بينكم " .

الرأى الثانى: إباحة التكنى بكنية رسول الله صلى الله عليه وسلم :

يذهب المالكية إلى إباحة التكنى بكنية رسول الله ﷺ مستدلين فى ذلك بما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت - : " جاءت امرأة إلى النبى ﷺ فقالت يا رسول الله قد ولدت غلاما فسميته محمداً وكنيته أبا القاسم فذكر لى أنك تكره ذلك . فقال من الذى أحل اسمى وحرم كينى " .

الرأى الثالث: عدم جواز الجمع بين الكنية والاسم أما أفراد التسمية أو التكنية فيجوز:

يرى أصحاب هذا الرأى العام جواز الجمع بين الكنية والاسم فى وقت واحد . ويحتجون بما رواه أبو داود فى سننه عن جابر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : " من تسمى باسمى فلا يتكنى بكينى ، ومن تكنى بكينى فلا يتسمى باسمى . وقال ﷺ " لا تجمعوا بين اسمى وكنيتى " . كذلك يحتجون بما رواه ابن أبى خزيمة أن محمد بن طلحة لما ولد أتى طلحة النبى ﷺ فقال : " اسمه محمد ، اكنيه أبا القاسم ؟ فقال لا تجمعهما له ، هو أبو سليمان .

الرأى الرابع: النهى عن التكنية قاصر على حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم :

يرى من يقول بهذا الرأى أن النهى عن التكنية بكنية رسول الله ﷺ مخصوص بحياته عليه السلام أم بعد انتقاله إلى الرفيق الأعلى فلا بأس من التكنية بها . ويحتج أصحاب هذا القول بما رواه أبو داود فى سننه عن منذر عن محمد بن الحنفية قال قال على رضى الله عنه : " يا رسول الله إن ولد لى بعدك ولد ، اسميه باسمك واكنيه بكنتك ؟ قال : نعم .

وفى مقام الموازنة نرى صحة هذا الرأى الأخير . لأنه إذا كان هناك نهى عن التكنية بكنية رسول الله ﷺ إبان حياته وذلك لكراهته أن يدعى أحد باسمه وكنيته فيلتفت النبى ﷺ ، أما اليوم فلا بأس .

ب. أحكام تتعلق بوقت إطلاق الاسم على المولود :

بتدارس الأحاديث النبوية الشريفة المتعلقة بوقت إطلاق الاسم على المولود تبين أن هناك من الأحاديث ما يقضى بأن تكون التسمية فى اليوم السابع من مولده ، وهناك أحاديث أخرى تفيد أن تكون التسمية فى يوم الولادة ذاته .

وفيما يلى نستجلى هذين الاتجاهين :

الاتجاه الأول: التسمية فى اليوم الأول من الولادة:

هناك أحاديث نبوية شريفة تفيد أن تكون التسمية فى يوم الولادة . ومن ذلك ما رواه البخارى ومسلم عن سهل بن سعد الساعدى قال : أتى بالمنذر بن أبى أسيد إلى النبى ﷺ حيث ولد فوضعه على فخذة وأبو أسيد جالس فلهى النبى ﷺ بشىء بين يديه فأمر أبو أسيد بابنه فاحتمل من فخذة فاستفاق النبى ﷺ فقال : أين الصبى ؟ فقال أبو أسيد قلبناه يا رسول الله . فقال ما اسمه؟ قال فلان قال ولكن اسمه المنذر ."

وما رواه مسلم فى صحيحه من حديث سلمان بن الصغير عن ثابت عن أنس

رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : " ولد لى الليلة غلام فسميته باسم أبى إبراهيم " .

الاتجاه الثانى : التسمية فى اليوم السابع من الولادة :

روى أصحاب السنن عن سمرة بن جندب قال : قال رسول الله ﷺ : " كل غلام رهين بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويسمى فيه ويحلق رأسه " رواه الخمسة وصححه الترمذى .

فهذا الحديث يقضى بأن تكون التسمية فى اليوم السابع . وبهذا قال الشافعية فى المذهب حيث ورد فيه : " والسنة أن يكون ذلك فى اليوم السابع لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : " علق رسول الله ﷺ عن الحسن والحسين يوم السابع وسماهما " .

وبعد عرض هذين الاتجاهين يمكن أن نستخلص أن فى الأمر سعة فيجوز أن يسمى المولود فى اليوم السابع من ولادته كما يجوز أن يسمى يوم ولادته . كما يقول ابن قيم الجوزية فى تحفة المودود : " إن التسمية لما كانت حقيقتها تعريف الشيء المسمى ، لأنه إذا وجد وهو مجهول الاسم لم يكن له ما يقع تعريفه به ، فجاز تعريفه يوم وجوده ، وجاز تأخير التعريف إلى ثلاثة أيام وجاز إلى يوم العقيقة عنه ، ويجوز قبل ذلك وبعده ، والأمر فيه واسع " ..

ج . أحكام تتعلق بصاحب الحق فى إطلاق الاسم على المولود :

إذا تنازع الأبوان فى تسمية المولود فهى من حق الأب لا الأم . فالأحاديث العديدة التى مرت بنا على طوال هذا البحث تؤكد أن التسمية من حقه . ولعل من أصرحها ما رواه مسلم عن أنس رضى الله عنه أنه قال : قال رسول الله ﷺ " ولد لى الليلة غلام فسميته باسم أبى إبراهيم " .

كما أن القرآن الكريم قد بين صراحة أن الولد يدعى لأبيه لا لأمه . قال تعالى : ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾ [الأحزاب : ٥] .

والولد يتبع أباه فى النسب والتسمية تعريف النسب والمنسوب .

ثالثا: أحكام تسمية المولود فى القانون الوضعى :

يعتبر الاسم من أهم سمات الشخصية القانونية فى النظم الوضعية . فلا شك أن لكل شخص مصلحة فى أن يتميز عن غيره عن طريق التسمية باسم معين . لذلك كان من حق الطفل أن يكون له اسم .

وقد حرصت المادة ١ / ٧ من اتفاقية حقوق الطفل التى أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة فى الجلسة رقم ٦١ بتاريخ ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٩ على ذكر هذا الحق صراحة بقولها :

" ١ - يسجل الطفل بعد ولادته فورا ويكون له الحق منذ ولادته فى اسم".

كما كانت تنص على هذا الحق أيضا المادة ٢ / ٢٤ من اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦ . وكذلك المبدأ الثالث من إعلان الأمم المتحدة الخاص بحقوق الطفل لسنة ١٩٥٩ .

وفى النظام القانونى المصرى نصت المادة ٣٨ من القانون المدنى كما أشرنا على أن : " يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده . " كما نصت المادة ١٨ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ الخاص بالأحوال المدنية والمعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٥ و ١٥٨ لسنة ١٩٨٠ على وجوب ذكر اسم المولود ولقبه ضمن البيانات التى يجب ذكرها عند التبليغ عن واقعة الميلاد .

الفصل الثاني

حق الطفل فى النسب

أولاً: التعريف بنسب المولود:

يراد بالنسب Filiation لغه القرابة. فيقال بينهما نسب أى قرابة ، وفلان يناسب فلانا فهو نسيبه أى قريبه . ونسبت الرجل ذكرت نسبه ونسبته أيضا بالكسر . وانتسب إلى أبيه أى اعترف . وتنسب أى ادعى أنه نسيبك . والنسب واحد ، وجمعه أنساب .

ويعرف النسب اصطلاحا بأنه القرابة بالرحم ، وهى الأبوة والأمومة والبنوة والأخوة والعمومة والختولة. ونوع النسب الذى يعنينا فيما نحن بصدده هو البنوة أى نسبة الولد إلى أبيه وأمه . فمن أهم ما يترتب على عقد الزواج من آثار بالنسبة للأولاد هو تحديد نسبتهم أو انتمائهم لأب معين وأم معينة .

وحق الطفل فى النسب بالإضافة إلى أنه يصونه من الضعة والضياع فإن الشرع الحكيم يرتب عليه حقوقا أخرى لا توجد إلا بشوته : كالرضاعة والحضانة والنفقة والانتماء إلى الإسلام والميراث . علاوة على حقوقه المتعلقة بالولاية على نفسه وماله خلال السنين التى يكون فيها قاصرا إلى أن يبلغ سن الرشد .

لأجل ذلك كان لرابطة النسب قدسيته وجلالها ، فلم يتركه الشرع للعواطف والأهواء تهبها لمن تشاء وتحرم منها من أرادت بل اعتنى بها أعظم عناية وأحاطها بسياج يحفظها من الفساد والانحلال والاضطراب . فنظم قواعد انتماء الأولاد إلى الآباء وتوعد الآباء الذين ينكرون نسب أولادهم بالعذاب الشديد فقال ﷺ : "أبما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الخلائق .

كما توعد الولد الذى ينسب إلى غير أبيه ، فقال ﷺ : " من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام . وقال عليه السلام : " من ادعى إلى غير أبيه

أو تولى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين " . بل إنه ﷺ جعل ذلك كفرا حيث يقول : " ترغبوا عن ربائكم ، فمن رغب عن أبيه فهو كفر " .

كذلك توعد الزوجة التي تنسب إلى زوجها ولدا ليس منه فقال ﷺ : " أيما امرأة أدخلت على قوم منكم ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته " .
من هنا حظيت مشكلة النسب بعناية فقهاء الشريعة الإسلامية وكانت معينا خصبا لاجتهادهم ، فأرسوا الكثير من قواعدها وأسهموا بقدر كبير في بلورة الحلول المناسبة لها استنباطا من الكتاب والسنة .

ثانياً: أسباب ثبوت نسب المولود :

سبب ثبوت النسب بالنسبة للمرأة واحد لا يتغير في كل الحالات ، وهو الولادة ، سواء كانت هذه الولادة من زواج صحيح ، أو زواج فاسد ، أو من غير زواج أصلا كالسفاح .

أما بالنسبة للرجل فثبوت النسب في حقه يتم بأحد الأسباب التالية :

١ - الزواج الصحيح .

٢ - الزواج الفاسد .

٣ - الاتصال الجنسي بالمرأة بناء على شبهة .

٤ - الاتصال الجنسي بالمرأة بناء على ملك اليمين .

ثالثاً: طرق إثبات نسب المولود :

يثبت نسب المولود عند الفقهاء المسلمين بطرق ثلاث نعرض لبيانها على النحو

التالى:

١. الزواج:

علمنا فيما سبق أن كلمة الفقه قد اجتمعت على أن النسب بالزواج الصحيح ، إذا توافرت الشروط المعتبرة في ذلك . كما علمنا أيضا أن الزواج الفاسد مع كونه محرما إلا أنه يترتب عليه بعض الآثار الشرعية ، وبهمننا منها ثبوت نسب الولد إذا حدث حمل من هذا الدخول .. وذلك احتياطا لحياء الولد وعدم ضياعه .

أما الزواج الباطل وهو العقد الذى فقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط انعقاده ، وذلك مثل أن يعقد الرجل على أمه أو أخته ، أو يكون العاقد صبيا غير مميز ومجنونا ، أو يكون العقد على امرأة متزوجة بآخر ، أو يكون العقد على امرأة مسلمة والزوج غير مسلم . وهذا النوع من الزواج لا يترتب عليه أى أثر من الآثار الشرعية التى تترتب على عقد الزواج التام . ولو دخل الرجل بالمرأة عالما بالتحريم أقيم عليه الحد . ولا يثبت به نسب ، ولا تجب على المرأة فيه عدة بعد التفريق ولا تستحق شيئا من الآثار المالية.

ومما يتصل بهذا الموضوع ما يسمى بالزواج العرفى ، وهو الذى لا يتم على يد الموظف المختص ولا يثبت فى وثيقة رسمية . وعموما فإن هذا النوع من الزواج سواء كان محررا فى ورقة أو تم شفاهة ، فإنه لا يرتب حقا لأى من الزوجين قبل الآخر . فلا تجب نفقة الزوجة على زوجها ، ولا حق له فى طاعتها ، ولا يرث أحدهما الآخر . ولكن مع ذلك يثبت به نسب الأولاد الذين يولدون نتيجة له . " وإذا أنكر الزوج نسب الولد فللزوجة أن ترفع الأمر للقاضى ، وتطلب الحكم بثبوت نسب الولد من زوجها . ولها أن تثبت هذا الزواج بكافة طرق الإثبات المعلومة شرعا . ولا يتوقف الإثبات على وثيقة الزواج الرسمية ، وللمحكمة أن تقبل هذا متى استطاعت الزوجة إثبات الزواج بأى طريق غير الوثيقة الرسمية، وعلى المحكمة أن تحكم بثبوت النسب فقط . فهى تحكم بثبوت الزوجية ولا بحق آخر غير النسب " .

غير أنه فى حالة الاعتراف به أمام القضاء والحصول على حكم بإثبات العلاقة الزوجية فإنه ينتج جميع الآثار التى تترتب على الزواج الموثق.

٢. الإقرار:

١. التعريف بالإقرار:

الإقرار فى اللغة الاعتراف به ، يقال أقر به إذا اعترف به وقرره فاقر إذا حملة على الإقرار مأخوذ من المقر وهو المكان ، كأن المقر جعل الحق فى موضعه ومقره .

وفى الشرع إظهار مكلف مختار ما عليه لفظاً أو كتابةً أو إشارة. وعرفه صاحب مجمع الأنهر بأنه إعلام بالقول بحق لآخر على نفسه. وعرفه شهاب الدين القليوبي بأنه إخبار بحق لغيره عليه.

والأصل فى الإقرار الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ إِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ ﴾ إلى قوله تعالى : " قَالَ : ﴿ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا ﴾ [آل عمران : ٨١] . إلى غير ذلك من الآيات الكريمة .

أما السنة فإن النبي ﷺ رجم الذى أقر على نفسه بالزنى . فعن أبى هريرة رضى الله عنه قال أتى رسول الله ﷺ رجل من المسلمين وهو فى المسجد فناداه يا رسول الله إنى زنت فلما أقر على نفسه بذلك وكان محصناً أمر عليه الصلاة والسلام بجمه . كما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه رجم الغامدية عندما أقرت بالزنى .

وأما الإجماع ، فلأن الأمة قد أجمعت على صحة القرار . ولأنه إخبار بنفى التهمة ، والريبة عن المقر ، ولأن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضرها . ولهذا فهو حجة فى حق المقر . بيد أنه حجة مقصورة على نفس المقر لا تعداه إلى غيره . فإذا اعترف الشخص أنه زنى بامرأة فكذبه فعليه الحد دونها . وإلى هذا جرت سنة رسول الله ﷺ فقد روى أبو داود بإسناد عن سهل بن سعد الساعدي عن النبي ﷺ أن رجلاً أتاه فأقر عنده أنه زنى بامرأة فسمأها له ، فبعث رسول الله ﷺ فسألها عن ذلك فأكرت أن تكون زنت فجلده الحد وتركه .

والإقرار من طرق ثبوت النسب ، ويسمى أيضاً بالدعوة وهو حجة قاصرة لا يتعداه إلى غيره إلا إذا صدقه ذلك الغير ، أو قامت بينه على صحة الإقرار .

٢. أنواع الإقرار :

الإقرار بالنسب نوعان : الأول الإقرار بالنسب المباشر والثانى الإقرار بالنسب غير المباشر . ولكل منهما أحكامه الخاصة به نبينها فيما يأتى :

النوع الأول: الإقرار بالنسب المباشر.

يقصد بالنسب المباشر أصل النسب ، كالإقرار بالأبوة أو البنوة أو الأمومة . كأن يقول شخص هذا الولد ابني ، أو أن هذا الرجل أبى ، أو أن هذه المرأة أُمى .
ويكفى فى هذا النوع مجرد الإقرار لإثبات حق النسب . فلا يتوقف ثبوته على بيان سبب هذا النسب : من زواج صحيح أو فاسد أو اتصال بشبهة .
وذلك لأن الإنسان له ولاية على نفسه ، وإقراره بذلك لا يتعداه إلى غيره .
فالإقرار هنا ليس فيه تحميل النسب على المقر . ولذا يثبت النسب بناء على إقراره متى توافرت شروطه ، فلو أقر شخص بأنه ابنه ثبت نسبه منه وكان له جميع الحقوق الثابتة للأولاد على الآباء كحق الإرث والنفقة .

النوع الثانى: الإقرار بالنسب غير المباشر :

يقصد بالنسب غير المباشر الإقرار بغير الولد الصلبى والوالدين المباشرين .
كالإقرار بالأخوة أو العمومة وإقرار شخص بأن فلانا جده أو ابن ابنه .
والإقرار بالنسب فى هذا النوع محمول على غير المقر . بمعنى أن نسب المقر له لا يثبت بالنسبة للمقر إلا بعد أن يثبت من غيره . فالإقرار حجة مقصورة على المقر لولايته على نفسه . فلا يتعداه إلى غيره ، إلا إذا صدقه ذلك الغير أو أقام البينة على صحة إقراره فإذا لم توجد بينه ولم يصدقه من حمل عليه النسب ، فإن هذا النسب لا يثبت .

وعلى ذلك إذا أقر شخص بأن فلانا ابن ابنه ففيه تحميل للنسب على الغير وهو ابنه ، بنسبه أو لادأ إليه . فلا يكفى هذا الإقرار بذاته لإثبات نسب الحفيد إلا إذا قبله الأب أو قامت عليه بينة . وكذلك الإقرار بالأخوة أو العمومة : فلو أقر شخص بأن فلانا أخوه أو عمه فلا تثبت أخوته له أو عمومته إلا إذا ثبتت بداءة بنوة المقر له من أب المقر وبنوة المقر له من جد المقر .

٣. ثبوت النسب بالإقرار ومشكلتنا التبني ومجهولى النسب أو اللقطاء:

نقطة البداية فى هذا الصدد هى وضع السؤال الآتى والإجابة عنه : هل الإقرار بالبنوة يؤدى إلى شيوع التبني المحرم شرعا خاصة إذا كان الطفل المدعى بنوته لقيطا؟ للإجابة عن هذا السؤال نتناول بالبحث والتفصيل مسألتين : الأولى ثبوت النسب بالإقرار ومشكلة التبني ، والثانية ثبوت النسب بالإقرار ومشكلة مجهولى النسب أو اللقطاء .

المسألة الأولى: ثبوت النسب بالإقرار ومشكلة التبني:

التبني L' adoption نظام اجتماعى بمقتضاه يقوم شخص هو المتبنى (بكسر النون L' adoptant) بضم أو إلحاق شخص معروف النسب أو مجهول يسمى المتبنى (بفتح النون) adopte L'enfant legitime , L' enfant adoptif ، فيكون له كل الحقوق وعليه كل الالتزامات التى تقوم بين الأب والابن من حيث النسب والنفقة والولايات والحضانة والطاعة والميراث.

وتمدنا الدراسات الأنثروبولوجية ودراسات علم الاجتماع الدينى بأمثلة كثيرة عن وجود نظام التبني منذ أقدم العصور وحتى الآن ، فقد عرفته مصر الفرعونية وأخذ به الرومان.

كما عرف العرب فى الجاهلية وصدر الإسلام نظام التبني حتى أن النبى ﷺ كان قد تبني زيد بن حارثة فى الجاهلية إلى أن نزل الأمر الإلهى بتحريمه تحريماً قاطعاً فى قوله تعالى : ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴾ (٤) ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم فى الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله عفورا رحيمًا ﴿ [الأحزاب : ٤-٥] .

وبهذا يكون القرآن قد ألغى التبني وأمر بنسبة هؤلاء الأبناء إلى آباؤهم إن عرفوا فإن لم يعرف لواحد منهم أباً دعى أخاً فى الدين أو مولى.

كما ألغى الإسلام كل الآثار التي كانت تترتب على هذا النظام. ومن ذلك تحريم الزواج من حليمة الدعى أو المتبنى ، ولذا تزوج رسول الله ﷺ بزَيْنَب بنت جحش مطلقاً زيد بن حارثه رضى الله عنه .

قال تعالى : ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا﴾ [الأحزاب: ٣٧].

والعلة فى تحريم التبنى تتبدى فى الأضرار الناجمة عنه، والتي يمكن بلورتها فى أربعة وجوه أساسية :

أولها: أضرار تتعلق بمن يقوم بالتبنى؛

إن التبنى يتيح للمتبنى وهو شخص أجنبي عمن تبناه وأجنبي عن أسرته وزوجته أن يختلط بهم وأن يطلع على عورات النساء مع ما يترتب على ذلك من عواقب وخيمة وضياع للقيم والأخلاق وانهيار لأسرة من قام بالتبنى.

ثانيها: أضرار تتعلق بمن يقع عليه التبنى؛

من الأضرار المؤكدة التي تلحق بمن يقع عليه التبنى ضياع نسبه وخاصة عندما يكون معرفة الأب والأم. كما أن عطف وحنان من يقوم بالتبنى لن يكون فى درجة عطف وحنان الأب الحقيقى ، والأم الحقيقية. فهذان فى الدينا هم الرحيمان بأبنائهما بحكم الفطرة والطبيعة.

ومصدّقاً لذلك أثير فى المؤتمر العالمى لرابطة القانون الدولى المنعقد فى وارسو فى أغسطس ١٩٨٨ العديد من تجاوزات نظام التبنى على المستوى العالمى ظهر منها كيف أن هذا النظام قد اتخذ وسيلة لإحياء نظام الرق فى صورة حديثة خاصة بهدف توفير قطع غيار بشرية، أو استخدام الأطفال الفقراء فى الدعارة، أو لتزويد العائلات بمن يقوم بالخدمة فى البيوت، بعدما أصبحت هذه الطائفة نادرة فى العديد من دول العالم المتقدمة بالذات .

ثالثها: أضرار تتعلق بالأقارب أو الورثة:

لا تقف مضار التبنى عند حد الإضرار بطرفى العلاقة الرئيسيين :
الشخص المتبنى والشخص المتبنى، بل تتعداهما إلى الغير ، من الأقارب أو الورثة
ويأخذ ذلك مظهرين:

الأول: الحرمان من الميراث، فقد يلجأ الرجل إلى التبنى ويتخذ ابناً له حتى يرث
ماله ويحرم إخوته أو غيرهم من أصحاب الحق فى الميراث شرعاً. ولا شك أن هذا
الإجراء سوف يلحق بهم أبلغ الضرر . وقد نهى النبى ﷺ عن ذلك فقال : « لا
ضرر ولا ضرار».

الثانى: تحميل الأقارب بالنفقة ، رذ تجب نفقة الشخص المتبنى عند حاجته
وعجزه، على من يكون غنيصاً من أقاربه المزعومين من أخ أو عم أو خال أو غيرهم.
وفى هذا تحميل لهم بتبعات ومغارم لأجنى عنهم لا تربطهم به صلة قرابة أو وشيجة
رحم .

رابعها: أضرار تتعلق بحق الله أو حق المجتمع:

تمثل أضرار التبنى المتعلقة بحق الله أو حق المجتمع فى أنه يحل ما حرمه الله
ويحرم ما أحله . فهو من ناحية يحل ما حرمه الله من حيث إن التبنى يبيح للمتبنى
الاختلاط بالأجنبيات وكشف عوراتهن عليه وفى ذلك من الفساد ما فهمي، ومن
ناحية أخرى يحرم ما أحله الله إذ يصبح الشخص المتبنى محرماً لنساء أجنبيات عنه ،
ويحرم عليه بالتالى الزواج بإحداهن وهن حلال له فى الحقيقة والواقع . الأمر الذى
يعد افتئاتاً على قواعد التحريم أو المحرمات من النساء التى سنها الإسلام.

كما أن ادعاء الشخص بنوة من يعلم أنه من ماء غيره، يفضى فى النهاية إلى خلط
للأنساب تضيع معه معالم الأمر وتهدف بسببه وشاذج القربى التى تجمع بين الناس .
وقد يأخذ التبنى شكلاً قانونياً، كما فى الولايات المتحدة الأمريكية باعتباره
الوسيلة المتاحة لإنشاء علاقة الوالد والولد القانونية بين طفل محروم من عناية
ورعاية والديه الطبيعيين وبين شخص يريد أن يأخذ هذا الطفل فى منزله الخاص وفى

منزله الابن الطبيعي ، وترتيباً على ذلك تلغى علاقة أو رباط الدم بين الطفل ووالديه الطبيعيين، وتقام علاقة أبوية وأمومية أخرى بين الطفل وهذين الأبوين الجديدين الراغبين في اتخاذه ابناً لهما بقوة القانون .

بل لقد أخذت اتفاقية حقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٩ بنظام التبني .

فقد واجهت هذه الاتفاقية الحالات التي لا يتوافر فيها للطفل بيئة له أو كانت ضارة به، ففي هذه الحالات تلزم المادة العشرون من الاتفاقية الدول الأطراف بتوفير حماية ومساعدة خاصتين للطفل.. وهي تلزم في هذا السبيل بأن توفر للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من عائلته رعاية عائلية بديلة، وذكرت كأمثلة للرعاية العائلية البديلة عدة أمور يهمننا منها التبني .

كما نصت المادة الواحدة والعشرون من هذه الاتفاقية على أن تتخذ الدول التي تقرر أو تجيز نظام التبني تدابير في الحالات التي تقتضى ذلك لتيسير عملية تبني الطفل ولا تصرح بتبني الطفل إلا السلطات المختصة التي تحدد، وفقاً للقوانين والإجراءات المعمول بها وعلى أساس كل المعلومات ذات الصلة الموثوق بها، أن التبني جائز نظراً لحالة الطفل فيما يتعلق بالوالدين والأقارب والأوصياء القانونيين وأن الأشخاص المعنيين عند الاقتضاء، قد أعطوا عن علم موافقتهم علي التبني على أساس حصولهم على ما قد يلزم من المشورة .

ولعل ما أخذت به هذه الاتفاقية - والصادرة من أعلى منظمة دولية في العالم وهي الزم المتحدة - من إباحة التبني خليك بأن تتوقف عنده بالبحث والتمحيص.. نظراً للمواقف الذي يتخذه الإسلام والدول الإسلامية ومنها مصر من تحريم هذا النظام ، وذلك لمعرفة ما إذا كان التصديق على هذه المعاهدة يتعارض مع أحكام شريعتنا الغراء من عدمه .

وحتى نحيط بأبعاد الصورة كلها لنرجع قليلاً إلى الوراء وبالتحديد إلى الفترة من ٢١- ٢٣ نوفمبر ١٩٨٨ حيث انعقد بالإسكندرية المؤتمر القومي حول مشروع

اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل الذي نظمتها الجمعية المصرية للطب والقانون،
والرابطة المصرية للقانون الدولي للطب والقانون، والرابطة المصرية للقانون الدولي
بالتعاون مع المجلس القومي للطفولة والأمومة ومنظمة الأمم المتحدة للأطفال
«اليونسيف unicef» بالقاهرة.

وقد خلص هذا المؤتمر إلى عدة توصيات، ويهنا منها ما جاء بخصوص التبنى ،
إذ نصت التوصية الأولى على أن : « يعلن المؤتمر تأييده بوجه عام لمشروع اتفاقية الأمم
المتحدة لحقوق الطفل ويوصى السلطات المعنية بتأييد إقراره من الجمعية العامة للأمم
المتحدة عند عرضه عليها عام ١٩٨٩ ، على أن تراعي عند القراءة النهائية للمشروع
أو عند التصديق على المعاهدة ألا يتضمن المشروع النهائي أى مخالفة لأحكام
الشريعة الإسلامية ، ويلفت النظر فى هذا الصدد إلى أن يفهم الحكم الوارد... فى
المادتين العاشرة والحادية عشر بعدم التزام الدول الأطراف بالأحكام الخاصة بالتبنى
إلا فى الأحوال التى تقرر فيها نظمها الوطنية وعقائدها الدينية هذا النظام.

وقد وضع هذا التحفظ موضوع الاعبار من جانب الفريق العامل عند إعادته
الصياغة فى القراءة الثانية التى تمت فى جنيف فى الفترة من ٢٩ نوفمبر إلى ٩
ديسمبر سنة ١٩٨٨ . ومن ثم فقد أصبح مشروع الاتفاقية لا يتعارض فى أية مادة من
مواده، مع أحكام الشريعة الإسلامية .

ومن هذا المنطلق جاءت صياغة نص المادة ٢١ من المشروع فى قراءته الثانية -
وهى نفس صيغة النص الحالى من المعاهدة - على نحو يجعل نظام التبنى خاضعاً
للقوانين الوطنية للدول الأطراف فى الاتفاقية، ويبدو ذلك واضحاً من استهلال نص
المادة المذكورة. «تضمن الدول التى تقرر أو تجيز نظام التبنى ..» كما يتضح أيضاً من
عبارة أنه : « لا تصرح بتبنى الطفل إلا السلطات المختصة التى تحدد، وفقاً للقوانين
والإجراءات المعمول بها ذات الصلة الموثوق بها أن التبنى جائز..»

ويقفهم من هذا أن جواز أو عدم جواز التبنى رهين بالسماح به من جانب القوانين
الوطنية . كما أن مداه وإجراءاته منوط بالتشريعات والسلطات الوطنية. ولا شك أن

صياغة هذا النص قد جاءت على هذا النحو حتى لا يول الحكم الخاص بالتبني بين إقرار الدول الإسلامية لمشروع الاتفاقية . إذ إن مفهومه يعنى أن الدول الإسلامية ومنها مصر يمكن أن تصدق على المعاهدة وهى مطمئنة إلى أنها - واستناداً إلى نصوص الاتفاقية ذاتها - لن تلتزم بالنص الخاص بالتبني ما دامت تشريعاتها الوطنية لا ترقه . كل ذلك دون حاجة إلى اللجوء حتى إلى نظام التحفظ على الاتفاقية عند التوقيع أو التصديق عليها .

القاعدة فى إدعاء بنوة اللقيط بالإقرار :

لا تثبت رابطة النسب بين اللقيط والملتقط أو أى شخص آخر يدعى نبوته، إلا إذا أقر بنسبه على أساس توافر شروط الإقرار بالنسب المباشر على النفس والتي سبق بيانها .

التطبيقات المختلفة لهذه القاعدة :

هناك ثلاثة تطبيقات لهذه القاعدة هى :

التطبيق الأول: أن يدعى بنوة اللقيط من التقطه:

لما كان اللقيط هو من لا يعرف له أب ولا أم أى مجهول النسب فإنه يصح الإقرار بنسبه . وعلى ذلك إذا ادعاه من التقطه ثبت نسبه منه .

وأصبح ولدًا حقيقيًا له كل حقوق الأولاد وعليه ما عليهم من التزامات .

التطبيق الثانى: أن يدعى بنوة اللقيط شخص غير المتلقط:

إذا ادعى اللقيط غير الملتقط ثبت نسبه منه حماية للصغير ومصصلحة له ، وفى هذه الحالة له أن ينتزعه من المتلقط لأنه قد ثبت أن أبوه فيكون أحق بولده .

التطبيق الثالث: أن يدعى بنوة اللقيط أكثر من شخص :

إذا تنازع شخصان مسلم وكافر أو حر وعبد على نسب الطفل اللقيط ولم يكن لهما بينة فهما سواء وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة المسلم أولى من الذمى والحر أولى من العبد . لأن على اللقيط ضرراً فى إلحاقه بالعبد والكافر فكان إلحاقه بالحر

المسلم أولى . ويرى الخنابلة أن كل واحد لو انفرد صحت دعواه فإذا تنازعا تساوا
فى الدعوى .

وإن وصف أحدهما علامة بالولد فهو أحق به . لأن ذكر العلامة يدل على أنه كان
فى يده، ولا يقبل دعوى الآخر بعده إلا بيينة لأن البيينة أقوى . وإذا ادعاه الملتقط
وغيره رجع الملتقط ، إلا إذا أقام الآخر بيينة على دعواه .

إذا استويا من جميع الوجوه لم تسقط دعوى النسب وإما يثبت نسبه عند
الأحناف من كل منهما مراعاة لحق الولد وخوفاً عليه من الضياع، وإن كان من غير
الممكن الاشتراك فى النسب.. إذ لا يتصور أن يكون الولد من رجلين. كما لا يتصور
أن يولد من امرأتين. إلا أنه يمكن الاشتراك فيما يترتب على النسب من أحكام
الإرث والفقهاء وقد روى عن عمر بن الخطاب فى مثل هذا أنه قال إنه ابنهما يرثهما
ويرثانه .

ويذهب الشافعية والخنابلة والمالكية إلى القول بأن نسب الولد لا يثبت من كلا
المتنازعين. وإنما يرجع فى ذلك إلى القائف. ويستدلون على ذلك بما ورد عن عائشة
رضى الله عنها ، قالت : دخل رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً تبرق أسارير وجهه
فقال "ألم تر محرز المدجلى نظر أنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد (وقد غطيا
وجهيهما بقطيفتين) فقال هذه الأقدام بعضها من بعض " متفق عليه . فالحديث دليلاً
على اعتبار القافة وجعلها دليلاً على ثبوت النسب . كما يستدلون بما رواه مالك
رضى الله عنه عن سليمان بن يسار أن عمر رضى الله عنه كان يليب (أى يلصق) أو
يلحق أولاد الجاهلية عن ادعاهم فى الآلام .

ويرجع أستاذنا الدكتور عبد الحميد ميهوب هذا الرأى لوجهته من حيث تحديد
شخص الذى ينسب إليه هذا اللقيط .

ولكننى أرى ثبوت النسب عن طريق القائف لا يقوم على أسس علمية معترف
بها ، وبالتالي لا يمكن الاعتماد عليه وخاصة فى هذا العصر الذى نعيش فيه والذى
يسمى بعصر الأدلة العلمية ، لهذا لا نعثر فى النظم الإجرائية الوضعية على أية

نصوص تعتبر أن القائف من أهل الخبرة الذين يمكن أن يستعان بهم فى مثل هذه المسائل. ولكن الذى جاءت به هذه النظم فى ثبوت النسب هو تحليل الدم. ولا شك أن تحليل الدم موثوق به عن القيافة لأنه مبنى على قواعد علمية مسلم بها.

ونخلص مما تقدم أنه يجوز للشخص أن يقر ببنة طفل لقيط وعندئذ يحكم بثبوت نسبه من المقر إذا توافرت شروط الإقرار. ويثبت له تبعاً لثبوت النسب جميع حقوق البنة التى قررتها الشريعة والعادة والقانون. " وبالتالي تزول عنه صفة كونه لقيطاً ويتعين على الجهات المختصة بقيد المواليد وإثبات صفاتهم قبول التصحيح الذى يقدمه لها المقر وتغيير اسم المولود بناء على طلبه، كما يتعين على الملجأ المستشفى المقيّد به هذا الطفل بصفته لقيطاً أن ينهى مهمته بالنسبة لذلك الطفل. وجدير بالذكر أن قانون الأحوال المدنية يكتفى بالإقرار وحده باعتباره مثبتاً للنسب ولا يتطلب استصدار أية أحكام قضائية.

٣. أحكام ثبوت النسب بالبينة:

عرفنا فيما مضى البينة وأصلها الشرعى وتقسيماتها المختلفة، ونود الآن معرفة أحكام ثبوت النسب بهذه البينة، فإذا ادعى شخص بنوة آخر أو أبوته أو أمومه، أو ادعى أن فلانا أخوه أو عمه وأنكر المدعى عليه. فللمدعى أن يقيم البينة على دعواه. فإن أقامها ثبت له قرابة النسب التى ادعاها، وثبتت كل الآثار الشرعية التى تنبنى على هذه القرابة.

والبينة التى يثبت بها النسب هى شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين وذلك عند الأحناف. أما عند الشافعى فإنه لا يقبل شهادة النساء مع الرجال إلا فى الأموال وتوابعها وبه قال زمر من الحنفية والمالكية.

وإذا كان الأصل فى الشهادة أن تكون عن معاينة المشهود به وسماعه إلا أن الفقهاء المسلمين قد أجازوا - كما أشرنا سلفاً - الشهادة بالتسامع فى أمور معينة منه ثبوت النسب.

وتمتاز البينة عن الإقرار بأنها حجة متعددة لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعى

عليه، بل يثبت في حقه وحق غيره أما الإقرار فهو حجة مقصورة على المقر لا تتعداه إلى غيره .

كما أن ثبوت النسب بالبينة أقوى من ثبوته بالإقرار . فإذا أقر شخص ببنة طفل وثبت نسبه منه لتوافر شروط الإقرار . ثم جاء رجل آخر وادعى نسبه وأقام البينة على دعواه كان أولى وأحق بنسبه من الأول . " لأن النسب بالإقرار غير مؤكد وخاصة بعد إقامة البينة من الآخر وهي أقوى من الإقرار والتأكد من صحته بما صحبه من البينة .

رابعاً: التلقيح الصناعي ونظائره هل يثبت به النسب؟

أ. النسب ومشكلة التلقيح الصناعي:

التلقيح الصناعي هو وضع منى الرجل في رحم امرأة بوسيلة صناعية بهدف الحمل . ويلجأ الطب إلى هذه الوسيلة في حالة عدم وصول الحيوانات المنوية إلى البويضات نتيجة لضعف حركتها أو قلة عددها أو نتيجة لإفرازات سميكة في عنق الرحم . وتتم عملية التلقيح الصناعي بأن يقوم الطبيب المختص بعمل مزرعة للحيوانات المنوية للزوج لفصل السليم منها والقادر على الحركة ، ثم يقوم بحقنه عن طريق قسطرة رفيعة داخل قناة فالوب في جسم الزوجة حيث يتم التلقيح ، ثم تكمل البويضة الملقحة رحلتها إلى الرحم لتتغمس فيه وتبدأ مراحل تكوين الجنين .

والتلقيح الصناعي بهذا المفهوم عبر عنه الشافعية في كتبهم بمصطلح الاستدخال . وهو يعنى عندهم أن يقوم الرجل بإخراج المنى بالاستمناء أو المساحقة ثم تقوم المرأة باستدخال هذا المنى في فرجها . وقد ورد هذا المفهوم في كتب الحنفية .

ويمكن القول إنه لا خلاف بين الفقهاء المسلمين في ثبوت نسب الطفل إلى أبويه في حالتى الخروج المحترم للمنى والاستدخال المحترم له . ومعنى كون المنى محترماً حال خروجه أن يخرج الزوج بطريق مشروع ، كما إذا أخرجه لزوجته أو مملوكته . ومعنى كون الاستدخال محترماً أى مشروعاً . وتحقق هذه المشروعية إذا كانت هناك علاقة زوجية تربط صاحب المنى بالمرأة التى أرادت استدخال منيه في فرجها .

ويهمنا هذه الصورة التي يشترط فيها احترام المنى خروجاً ودخولاً. لأنها هي التي تعبر عن مضمون فكرة الزواج بمفهومه الشرعى .

وعلى ذلك يمكن القول إن التلقيح الصناعى جائز شرعا ، إذا كان بمنى الزوج ودعت إليه داعية . وبالتالي ينسب الطفل إلى أبويه ، لأنه تخلق من ماء الأب ومن بويضة الأم . أما إذا كان التلقيح بمنى رجل آخر فهو فى حكم الزنى .

ب. النسب ومشكلة طفل الأنابيب؛

تقوم فكرة طفل الأنابيب على أساس أخذ بويضة الزوجة وتلقيحها بالحيوان المنوى للزوج فى أنبوبة اختبار ثم إعادة زرعها فى رحم هذه الزوجة . ويلجأ الطب إلى هذه الطريقة فى حالة انسداد قناة فالوب فى الجهاز التناسلى للمرأة .

ولكى يتقرر إجراء مثل هذه العملية لابد من توافر عدة شروط بعضها يتعلق بالزوج والبعض الآخر يتعلق بالزوجة . فبالنسبة للزوج يجب أن يكون قادراً على إنتاج حيوان منوى سليم . أما بالنسبة للزوجة فيجب أن تكون قادرة على التبويض وأن يكون لها رحم طبيعى ليس به التصاقات أو تشوهات خلقية . كما يجب ألا تكون مصابة بأى مرض يؤثر على الجنين كارتفاع ضغط الدم أو الكلى .

ولا يختلف الحكم الشرعى لطفل الأنابيب عن حكم التلقيح الصناعى . فكلاهما حمل عن غير الاتصال الجنسى المعروف فإذا كان بمنى الزوج ودعت إليه الحاجة فهو جائز شرعا ومن ثم ينسب الطفل إلى أبويه . أما إذا كان التلقيح بمنى رجل آخر فهو فى حكم الزنى .

خامساً: النسب ومتى يمثل مشكلة بالنسبة لجنسية المولود؟

لمعرفة متى يمثل النسب مشكلة بالنسبة لجنسية المولود من الحرى بنا أن نتناول بالبحث والتمحيص ، الأمور التالية : الأول التعريف بالجنسية وطرق اكتسابها والثانى مدى حق الطفل المولود لأم مصرية وأب أجنبى فى التمتع بالجنسية المصرية ، والثالث والأخير تعقيب نبين فيه نظرة الشريعة الإسلامية إلى فكرة الجنسية وهل

المساواة بين الأب والأم فى شأن نقل الجنسية المصرية إلى أولادهما تتعارض مع أحكامها السمحاء ؟

١. التعريف بالجنسية وطرق اكتسابها:

أ - رغم تعدد التعريفات التى وضعها الفقهاء للجنسية إلا أن التعريف الراجح فى الفقه هو أنها علاقة قانونية بين الفرد والدولة يصير الفرد بمقتضاها عضواً فى شعب الدولة . وقد أخذ بهذا التعريف القضاء الدولى . كما قضى به القضاء الإدارى فى مصر ويترتب على قيام رابطة الجنسية نشوء حقوق والتزامات متبادلة بين الفرد والدولة من أهمها تكليف المواطن بأداء الخدمة العسكرية فى مقابل تمتعه بمجموعة من الحقوق السياسية لا يتمتع بها الأجنبى .

واكتساب الفرد لجنسية الدولة إما أن يتم لحظة الميلاد وتعرف الجنسية فى هذه الحالة بالجنسية الأصلية ، وإما أن تتم فى تاريخ لاحق على الميلاد ويطلق عليها فى هذا الفرض الجنسية المكتسبة أو الطارئة .

وتكتسب الجنسية الأصلية بأحد أمرين : أولهما حق الدم ويقصد به حق الفرد فى اكتساب جنسية الدولة التى ينتمى أبأوه إليها بمجرد ميلاده . ولذا سميت بجنسية النسب والنسب الذى يعول عليه هنا هو عادة النسب من الأب . غير أن المشرع قد يعول أحيانا على النسب من الأم وخاصة فى الحالات التى لا يتسنى فيها الأخذ بحق الدم عن طريق الأب ، كما لو لم يثبت نسب المولود إلى أبيه قانونا ، أو كان الأب مجهول الجنسية أو عديمها وذلك حماية للطفل من انعدام الجنسية .

وقد تنبته الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٩ إلى حالة الطفل عديم الجنسية . فنصت فى المادة السابعة على أن : " ١ - يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته فى اسم والحق فى اكتساب جنسية ، ويكون له قدر الإمكان الحق فى معرفة والديه وتلقى رعايتهما - ٢ - تكفل الدول الأطراف أعمال هذه الحقوق وفقاً لقانونها

الوطني والتزاماتها بموجب الصكوك الدولية المتصلة بهذا الميدان ، ولا سيما يعتبر الطفل عديم الجنسية في حال عدم القيام بذلك " .

ونص في المادة الثامنة على أن :

" ١ - تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته واسمه وصلاته العائلية ، على النحو الذي يقره القانون ، وذلك تدخل غير شرعي .

٢ - إذا حرم أى طفل بطريقة غير شرعية من بعض أو كل عنصر هويته ، تقدم الدول الأطراف المساعدة والحماية المناسبين من أجل الإسراع بإعادة إثبات هويته " .

ووفقا لهذه النصوص " فإن الطفل بتمتعه بحق قانوني تقرر له الاتفاقية في أن تكون له جنسية . فإن ذلك لن يربط مصيره في هذا الشأن بوضع والديه أو وضع أحدهما ، ويصبح على الدول المصدقة على هذه الاتفاقية التي يولد هذا الطفل على إقليمها أو تمنحه جنسيتها إذا تعذر منحه جنسية أحد والديه . وبذلك يصبح الميلاد على إقليم دولة مصدقة على المعاهدة مصدر حق الطفل في الحصول على جنسية تلك الدولة . وتصبح بذلك معيارا احتياطيا يلجأ إليه في حالة تعذر منح الطفل جنسية أحد أبويه . وهذا ما يؤدي إلى القضاء على ظاهرة انعدام الجنسية لدى الأطفال " .

أما الأمر الثاني الذي يكتسب به الجنسية الأصلية فهو ما يعرف بحق الإقليم . أى الصلة التي تربط الفرد بالإقليم الذي ولد فيه ، وذلك دون نظر إلى الأصل الذي ينحدر منه المولود ، أى سواء ولد لأبوين وطنيين أو أجنبيين . فهذه الصلة من شأنها أن تربي في الشخص الشعور بالولاء نحو هذه الدولة والتعلق بها .

هذا فيما يتعلق بالجنسية الأصلية ، أما الجنسية المكتسبة أو الطارئة فيتم اكتسابها بوسائل عديدة منها حق الإقليم المدعم الإقامة ، ومنها أيضا - وهو ما يهمنا في هذا الصدد - الزواج المختلط ، أى الذي ينعقد بين أفراد جنسيات مختلفة . وهذا النوع من الزواج له أثره المهم بالنسبة لجنسية الأولاد الناجمين عن هذه العلاقة الزوجية .

فمن الدول ما لا تعدد مطلقاً بجنسية الأم في تحديد جنسية الأولاد الناتجين عن الزواج المختلط بل تقتصر على منح جنسيتها الأصلية للأولاد على أساس النسب من الأب . ومن الدول ما يعتد أساساً بجنسية الأب في نقل الجنسية إلى الأولاد دون أن يستبعد بصفة مطلقة أثر النسب من الأم .

وإذا ما استعرضنا نصوص قانون الجنسية المصري رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ وجدنا بالنسبة لاكتساب الجنسية الأصلية أن المشرع يأخذ بحق الدم كقاعدة عامة وبحق الإقليم على وجه الاستثناء . وذلك على النحو التالي :-

١. الجنسية الأصلية المبينة على حق الدم:

أ. حق الدم من جهة الأب (حق الدم المطلق):

اعتد المشرع بصفة أساسية في ثبوت الجنسية المصرية بال ميلاد لأب يحمل هذه الجنسية . فقد نص في الفقرة الأولى من المادة الثانية على أنه : " يتمتع بجنسية جمهورية مصر العربية ... من ولد لأب متمتع بهذه الجنسية .

٢. حق الدم من جهة الأم (حق الدم المقيد):

لم يشأ المشرع المصري أن يجعل للنسب من الأم نفس الأثر الذي رتبته على النسب من الأب في نقل الجنسية إلى الابن . فنص في الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ على أنه يكون : " مصرياً من ولد في مصر من أم مصرية ومن أب مجهول الجنسية أو لا جنسية له " . كما تقضى الفقرة الثالثة من نفس المادة بأنه يكون " مصرياً ... من ولد في مصر من أم مصرية ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً " .

ويتبين من هذه النصوص أن المشرع يسمح للأم بنقل الجنسية المصرية إلى الابن في حالتين : الأولى من يولد على الإقليم المصري لأم ووطنه وأب مجهول الجنسية أو عديمها . والثانية تتعلق بالولد غير الشرعي الذي لم تثبت نسبته إلى أبيه .

٢. الجنسية الأصلية المبنية على حق الإقليم :

قلنا إن المشرع المصرى أخذ بحق الإقليم بوصفه وسيلة لاكتساب الجنسية الأصلية على سبيل الاستثناء . فنص فى الفقرة الرابعة من المادة الثانية على أن يكون مصريا من ولد فى مصر من أبوين مجهولين .

ففى هذه الفقرة يمنح القانون الجنسية المصرية لمن ولد فى مصر لأبوين مجهولين ويعتبر اللقيط فى مصر مولودا ما لم يثبت العكس . وقد هدف المشرع بذلك إلى حماية الطفل من حالة انعدام الجنسية .

هذا فيما يتعلق بطرق اكتساب الجنسية الأصلية فى قانوننا المصرى . أما بالنسبة للجنسية المكتسبة أو الطارئة ، فإن المشرع المصرى لم يقتصر على الأسس التقليدية لاكتسابها وهو الزواج والتجنس . بل استعار بعض الأسس المتبعة عادة فى مجال الجنسية الأصلية كالميلاد لأم ووطنية أو الميلاد بإقليم الدولة سواء فى شكله المبسط أو فى شكله المركب المعروف بالميلاد المضاعف . واتخذ منها أسسا للدخول فى الجنسية المصرية دخولا لاحقا على الميلاد .

ويهمنا من هذه الأسس الاستناد إلى حق الدم عن طريق الأم . إذ تقضى المادة الثالثة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية بأنه : "يعتبر مصريا من ولد فى الخارج من أم مصرية ومن أب مجهول أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية إذا اختار الجنسية المصرية خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد بإخطار يوجه إلى وزير الداخلية بعد جعل إقامته العادية فى مصر ولم يعترض وزير الداخلية على ذلك خلال سنة من وصول الإخطار إليه " .

وواضح من هذا النص أن الأم المصرية التى تلد طفلا فى الخارج من أب مجهول الجنسية أو عديمها أو لم يثبت نسبه إلى أبيه قانونا ، فإن هذا الطفل لا يمنح الجنسية المصرية وفقا للقانون السارى وقد ينشأ هذا الطفل عديم الجنسية إذا كان قانون الدولة التى ولد على أرضها لا يكسبه جنسيتها . فهل يترك هذا الطفل كالسفينة التى تجرى فى أعالي البحار دون علم ، ومن ثم دون حماية حتى يبلغ سن الرشد ويطلب الدخول فى الجنسية المصرية !؟

إن الأمر يستلزم إعادة النظر فى القانون لمواجهة هذه الحالة بما يكفل حصول الطفل على الجنسية المصرية إذا لم يكتسب جنسية الدولة التى ولد على أرضها أو أية جنسية أخرى . فمن الحرى بالمشرع أن يضع "المولود لأم وطنية وأب مجهول الجنسية فى مصاف الوطنيين الاصلاء ، حتى ولو كان ميلاده خارج إقليم الدولة . أسوة بما يجرى عليه العمل فى كثير من التشريعات المعاصرة وما كان ينص عليه تشريع الجنسية المصرى الصادر سنة ١٩٢٩ ، والقول بغير ذلك هو فى حقيقته إنكار لدور الأمومة ولما لها من وزن فعلى على تربية المولود وتنشئته نشأة وطنية " .

لعل من هذه المعطيات أستطيع أن أدلف إلى مناقشة مدى حق الطفل المولود لأم مصرية وأب أجنبى فى التمتع بالجنسية المصرية وهو ما نتناوله فى النقطة التالية :

ب.مدى حق الطفل المولود لأم مصرية وأب أجنبى فى التمتع بالجنسية المصرية :

تبدأ مشكلة الطفل المولود لأم مصرية وأب أجنبى عندما يحدث انفصال بين الأبوين ويستقر هذا الطفل البرىء مع أمه فى مصر ، ليعامل بوصفه أجنبيا فى وطنه ويتجلى ذلك عندما يبلغ مرحلة التعليم العالى وبطالِب بمبالغ كبيرة نظير التحاقه بالجامعة أسوة بغيره من الطلبة الوافدين من الأجانب . "وتبدو خطورة الأمر فيما تشير إليه الدلائل من أن هذا الوضع لم يعد مجرد حدث عارض وإنما قد أصبح يشكل ظاهرة اجتماعية بعد أن كثر عدد الأبناء المولودين لأم مصرية فى مثل الظروف السابق بيانها وهى ظروف يصعب إنكار مصريتهم من الوجهة الاجتماعية ، وإن ظلوا أجنب من الوجهة القانونية" .

وإذا كنا قد نادينا مع بعض الفقهاء بضرورة النظر فى حالة الأم المصرية التى تلد طفلا فى الخارج من أب مجهول الجنسية أو عديمها أو لم يثبت نسبه إلى أبيه قانونا بما لا يكفل حصول الطفل على الجنسية المصرية ، فإن نفس النداء يتكرر بالنسبة لهذا الفرض الذى نحن بصدده .

ولا يقال إن التشريع القائم يسمح بشروط معينة للمولودين لأم مصرية وأب أجنبى باكتساب الجنسية المصرية ، فهو قول يتناسى أن من شروط اكتسابهم الجنسية

المصرية أن يبلغوا سن الرشد وأن يبقوا أجناب في بلادهم في الفترة السابقة على بلوغهم هذه السن . كما أن اكتسابهم للجنسية المصرية عند بلوغ سن الرشد سوف يخضع في النهاية للسلطة التقديرية لوزير الداخلية . وقد كشف العمل مؤخراً عن تردد مصلحة الهجرة والجوازات والجنسية في منح الجنسية الوطنية الطارئة رغم توافر شرائطها لأسباب تتعلق بالسياسة السكانية بما يجعل حق أبناء الأم المصرية في هذا الصدد مجرد حق نظري لا تكاد تكون له أهمية عملية .

وحسناً فعل المشرع المصري - بعد جهد جيد - بإصداره تعديلاً لقانون الجنسية عام ٢٠٠٤ يساوى بمقتضاه بين الأم المتزوجة من زوج أجنبي والأم المتزوجة من مصري في اكتساب الجنسية المصرية لأولادها ، بحيث بات من حق أولاد الأم المصرية المتزوجة من أجنبي الحصول على الجنسية المصرية ، وجعل هذا الأمر وجوبياً وليس جوازياً ، وبهذا تحقق أمل - طال انتظاره - في أمر شديد الخطور والأهمية للطفل .

ج. نظرة الشريعة الإسلامية إلى فكرة الجنسية، وهل المساواة بين الأب والأم في شأن نقل الجنسية المصرية إلى أولادهما تتعارض مع أحكامها السمحاء؟

لمعرفة نظرة الشريعة الإسلامية إلى فكرة الجنسية نقول : الأصل أن هذه الشريعة الإسلامية شريعة عالمية لا مكانية ، جاءت للعالم كله لا لجزء منه ، ولكن لما كان الناس لا يؤمنون بها ولا يمكن فرضها عليهم فرضاً ، فقد قضت الظروف ألا تطبق الشريعة إلا على البلاد التي يدخلها سلطان المسلمين دون غيرها من البلاد . وبناء على هذا الاعتبار قسم الفقهاء المسلمون المعمورة إلى دارين : أولاهما دار الإسلام وتشمل البلاد التي تظهر فيها أحكام الإسلام ، أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام وسكان دار الإسلام نوعان : مسلمون وذميون وهم جميعاً معصومو الدم والمال .

وثانيتها دار الحرب وتشمل كل البلاد غير الإسلامية التي لا تدخل تحت سلطان المسلمين أو لا تظهر بها أحكام الإسلام ، سواء كانت هذه البلاد تحكمها دولة واحدة أو تحكمها دول متعددة ، يستوى أن يكون بين سكانها المقيمين بها إقامة دائمة مسلمون أو لا يكون مادام المسلمون عاجزين عن إظهار أحكام الإسلام . وسكان

دار الحرب على نوعين: فهم إما حربيون وهم الذين لا يدينون بالإسلام وإما مسلمون .

وقد بين الفقهاء المسلمون أحكام إقامة أهل إحدى الدارين فى الدار الأخرى . فنظموا قواعد معاملة غير المسلمين أى الذميين والمستأمنين الموجودين على إقليم الإسلام . كما نظموا قواعد إقامة المسلمين فى دار الحرب .

ويمكن القول - على ضوء الكتابات الفقهية فى هذا الصدد - أن رجال الشريعة الإسلامية وإن كانوا لم يتعرضوا لتعريف الجنسية على نحو ما ذهب إليه فقهاء القانون الوضعى إلا أنهم تحدثوا عن الأحوال والظروف التى تثبت فيها الرعية الإسلامية . والتى هى فى تعبير آخر بمثابة الجنسية الوطنية فى الوقت الحاضر . وهذه الرعية أو الجنسية تلحق بكل مواطن مسلم ، على أساس أن الإسلام - فى ذلك الوقت - كان بمثابة الدين والجنسية معا . كما كان يجوز للأجانب الإقامة على إقليم الدولة الإسلامية والتمتع بطائفة من الحقوق . أما الآن فإن جنسية الدولة نارت منفصلة عن الدين وتقوم - كما رأينا - على أساس حق الدم ، أو على أساس حق الإقليم ، أو على الأساسين مع ، كما تمزج على أساس التجنس أو تكتسب بالزواج . وما ذهبت إليه التشريعات الوضعية فى هذه المسألة لا ضرر منه على الناحية الدينية ، حيث إن أحكام الجنسية تدخل فى باب السياسة المتروكة لمن بيدهم مقاليد الأمر لتنظيمه بما يحقق مصالح العباد .

وعلى هذا الأساس فإن أعمال مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة فى خصوص المشكلة التى طرحناها للبحث لا يتعارض مع روح شريعتنا الغراء .

الفصل الثالث

الحق في الرضاعة

أولا: تعريف الرضاع:

الرضاع والرضاعة بفتح الراء وكسرها يطلق على امتصاص اللبن من ثدى المرأة أو ضرع البهيمة ، مطلقا ، أى سواء أكان من يمتص الثدي أم الضرع صغيرا أم كبيرا ومن هذا قول العرب لثيم راضع ، أى يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة أن يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن .

وقد أنكر الأصمعي الكسر في الرضاعة مع التاء وفعله في الفصيح من باب ضرب . فيقال رضع الصبي رضاعا ورضعا وذلك في لغة أهل نجد . أما أهل تهامة فاعتبروه من باب علم فيقال رضع الصبي أمه بالكسر .

وامرأة مرضع أى لها ولد ترضعه ، فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت مرضعة ، وهو أختى من الرضاعة بالفتح . قال الفراء: المرضعة الأم والمرضع التى معها صبي ترضعه . ولو قيل فى الأم بغيرها . لاختصاصه بالإناث كحائض وطامث جاز ، ولو قيل لغير الأم مرضعة جاز أيضا . قال الخليل : المرضعة الفاعلة للإرضاع والمرضع ذات الرضيع .

وفى التفرقة بين مرضع ومرضعة يقول الزمخشري ما نصه : فإن قلت لم قيل مرضعة دون مرضع قلت المرضعة التى هى فى حال الإرضاع ملقمة ثديها الصبي ، والمرضع التى شأنها أن تضع وان لم تباشر الإرضاع فى حال وصفها به ، فقيل مرضعة ليدل على أن ذلك الهول إذا فوجئت به هذه ، وقد ألقمت الرضيع ثديها نزعتة عن فيه لما يلحقها من الدهشة . ومنه قوله تعالى : ﴿يَوْمَ تَرَوْنَهَا تَذْهَلُ كُلُّ مُرْضِعَةٍ عَمَّا أَرْضَعَتْ﴾ [الحج : ٢] .

ونخلص مما سبق أن المفهوم اللغوى يعنى امتصاص اللبن من ثدى المرأة أو ضرع البهيمة .

ب. الرضاع شرعا:

لم يضع الفقهاء القدامى تعريفا مستقلا يحدد المقصود بالرضاع من حيث كونه

حقا للطفل . بل ساقوا العديد من التعريفات التي هي أقرب إلى تحديد مفهوم الرضاع المحرمة منه إلى الرضاع بوصفه حقاً للرضيع . بل انهم فى حديثهم عن الرضاع لم يحاولوا أن يقيموا عتبة فارقة بين المفهومين .

ومع ذلك يمكن أن نستخرج من خلال تعريفاتهم بعض المفهومات التي قد تنطبق على الرضاع . بوصفه حقاً للطفل ، وإن كان يعوزها شىء من الدقة . ومن ذلك قولهم الرضاع هو " مص الرضيع اللبن من ثدى آدمية فى وقت مخصوص " . أو " هو مص الآدمى الذى لم يجاوز عامين من ثدى آدمية " . أو " هو مص من دون الحولين لبناً عن حمل وشربه أو نحوه " .

ج. أهمية الرضاع:

١. من الناحية الطبية: للرضاعة الطبيعية أهميتها سواء بالنسبة للرضيع أو بالنسبة للأم:

١. بالنسبة للرضيع:

تعتبر الرضاعة الطبيعية من ثدى الأم أفضل الوسائل لتغذية الطفل . وذلك لأن لبن الأم يحتوى على أكثر العناصر الضرورية للنمو والتطور من خلال نسب متعادلة تفى بحاجات الطفل يوماً بيوم منذ ولادته وحتى سن الفطام . وهو أسهل الأطعمة التي يستعملها الطفل ويستفيد منها . لأن الطبيعة الإلهية أعدته ليلائمه من كل الوجوه .

وفى الأيام الثلاثة الأولى من الولادة يفرز ثدى الأم سائلاً اسمه اللبأ أو الكولوستروم collostrom فى لغة الطب وهو يحتوى على كميات مركزة من البروتينات المهضومة وعلى المواد المحتوية على مضادات الجراثيم والميكروبات وينقل بذلك مناعة أخرى تضاف إلى الوليد ضد الأمراض حتى تتعاون مع ما سبق أن أخذه من المشيمة أثناء الحمل من مواد مانعة ضد الأمراض . كما أن لبن الأم خال من الجراثيم فهو يخرج نظيفاً من الثدي ، ثم يأخذه الطفل بنفس الدرجة من النظافة دون أن يختلط بأى شىء يعكره أو يفسده .

ثم إنه من الناحية الصحية فإن الاضطرابات المعدية والمعوية قلما توجد مع استخدام الرضاعة الطبيعية من ثدى الأم . على عكس اللبن الصناعى الذى كثيراً ما يصاحبه

اضطراب معدى ومعوى . بل إن " تقارير هيئة الصحة العالمية لعام ١٩٨٠ أشارت إلى أن أكثر من عشرة ملايين طفل قد لقوا حتفهم نتيجة عدم إرضاعهم من أمهاتهم واهتمت هيئة الصحة العالمية الشركات العالمية التى تصنع الألبان المجففة بالمساهمة فى قتل الأطفال وخاصة فى البلاد النامية " . علاوة على أن السعرات الحرارية التى تحتويها كمية من لبن الأم تفوق كثيرا ما يحتوى عليه اللبن الصناعى من السعرات الحرارية الموجودة فى نفس الكمية ، لذلك فإن الطفل يحصل على كمية أكبر من الطعام ويزيد وزنه بسرعة .

٢. بالنسبة للأم:

تتجلى أهمية الرضاعة الطبيعية بالنسبة للأم فى عودة أعضائها التناسلية التى أصيبت بتبدلات من جراء الحمل والولادة إلى حالتها الطبيعية بأسرع وأكمل وجه . ذلك لأن امتصاص الثدي يؤدي إلى إفراز هرمون من الغدة النخامية يطلق عليه الاكستوسين الذى يعمل على تقلص عضلات الرحم وعودته لحجمه ووضعها الطبيعى .

كما تقلل الرضاعة الطبيعية " من احتمال الإصابة بسرطان الثدي ، فقد وجد أن المرضعات هن أقل النساء تعرضا للإصابة بهذا المرض الخبيث . وتقول الإحصائيات أن غير المتزوجات أكثر تعرضا من المتزوجات . والمرضعات هن أقل الجميع تعرضا لهذا المرض وكلما أكثرت المرأة من الرضاعة كان ذلك أدهى لحمايتها من سرطان الثدي" .

كذلك فإن من مزايا رضاعة الثدي أنها تعجل باستعادة الأم لقوامها وتخليصها من السمنة، والدهنيات التى تكون قد تراكمت فى أنسجة الجسم خلال مرحلة الحمل .

٢.٢ من الناحية النفسية:

إرضاع الطفل طبيعيا من ثدى الأم لا تتوقف أهميته على الناحية الطبية فقط بل إن فيه فوائد نفسية عديدة . إذ تشير معظم البحوث إلى أن الرضاعة الطبيعية خاصة فى العام الأول تفضل عن الرضاعة الصناعية . لأنها تضاعف من جوانب المتعة فى مواقف التغذية ولأنها تقوى الرابطة الانفعالية والاجتماعية بين الأم والطفل . فالأم تشعر بمتعة نفسية وسعادة من إدراكها أنها هى مصدر غذاء لوليدها بجانب أنها ترضى غريزة الأمومة لديها ، مما يقوى فى النهاية من ارتباطها بطفلها . كما أن بقاء المولود ملتصقا بمصدر أمه - أثناء الرضاعة - يشبع احتياجاته العاطفية والنفسية ويغمره بشعور جارف من الأمان والاطمئنان .

من هنا كان للرضاعة الطبيعية شقان أولهما التغذية وثانيهما الراحة الانفعالية .
أى أن إرضاع الوليد من ثدى أمه يحقق هدفين هما الرضاعة الغذائية والهدوء
الانفعالي لما يرتبط بهذه العملية من إحساس الرضيع بالدفاء والحنان .

وهكذا يؤكد علماء النفس أن الرضاعة الطبيعية ليست مجرد إشباع حاجة
فسيولوجية وإنما هي موقف نفسى شامل يضم الرضيع والأم وهو أول فرصة
للتفاعل الاجتماعى .

٣. من الناحية الاجتماعية:

"يولد الرضيع فى صورة كائن بيولوجى داخل إطار اجتماعى سابق عليه وهو
الأسرة ، تلك التى تتولى استدخال ثقافة المجتمع فى بناء شخصيته ، وهى عملية
تنشئة المادة الخام للطبيعة البشرية فى النمط الاجتماعى الثقافى ، وهى أيضا عملية
تحويل الكائن البيولوجى إلى كائن اجتماعى . وهى أيضا عملية التشكيل الاجتماعى
لخامة الشخصية . وهى عملية الاندماج فى الحياة الاجتماعية . وبعبارة أخرى ، هى
عملية دينامية .. عن طريق فرض القيم والمبادئ والمعايير الاجتماعية والعادات
والأعراف والتقاليد ليتمكن الطفل من القيام بما هو مطلوب منه - بواسطة المجتمع -
من أدوار اجتماعية .

وبهذا يتبين لنا أهمية الرضاعة الطبيعية فى عملية التنشئة الاجتماعية للطفل
وإكسابه القيم والمبادئ والمعايير الاجتماعية التى تمكنه فى مستقبل حياته من التفاعل
الاجتماعى السليم مع مختلف مواقف الحياة .

رابعا: الميقات الزمنى للرضاع بوصفه حقا للطفل:

الكلام فى مدة الرضاع له ناحيتان : الأولى ناحية كونه سببا من أسباب التحريم
والثانية ناحية كونه حقا للطفل واتصاله بهذه المثابة بالنفقة وأن مؤونته فى الأصل
على الأب .

وسوف نقتصر هنا على الناحية الثانية دون الأولى لوقوعها فى نطاق بحثنا . وفى
هذا الصدد نجد أن الفقهاء قد اختلفوا فى مدة الرضاع باعتباره حقا للطفل على
رأيين :

الرأى الأول : مدة الرضاع ستان :

ذهب جمهور الفقهاء مالك والشافعى وأحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن

من الأحناف وابن حزم الظاهري والشيعة الإمامية إلى أن مدة الرضاع الشرعية سنتان . وقد استدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] . فهذه الآية الكريمة تدل على أن أقصى مدة الرضاع سنتان . وبقوله تعالى : ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤] . فإن المراد بالفصال الفطام فتكون السنتان هما تمام مدة الرضاع . كما استدلوا بقوله تعالى : ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] ووجه الدلالة من هذه الآية إنها تدل على أن أقل مدة للحمل ستة اشهر ، فيبقى للرضاع حولان يكون الفطام بتمامها . كذلك يستدلون من السنة النبوية بقوله ﷺ " لا رضاع إلا ما كان في الحولين " .

الرأى الثانى: مدة الرضاع سنتان ونصف :

وبه قال أبو حنيفة إن مدة الرضاع سنتان ونصف وله فى ذلك اجتهاده الخاص به فى فهم قوله تعالى : ﴿حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] . إذ له فى الاستدلال من هذه الآية وجهان :

أولهما أن المراد بالحمل هنا ليس حمل الجنين فى بطن أمه ، وإنما حملة على اليدين من أجل الرضاع ، فكأن الله تعالى يقول : تحمل الأم ولدها بعد الولادة لترضعه مدة ثلاثين شهرا ، فتكون المدة المذكورة فى الآية الكريمة لشيء واحد وهو الرضاع ، أما الوجه الثانى فإن الله سبحانه وتعالى ذكر فى الآية الكريمة أمرين هما : "الحمل" ، و"الفصال" وأعقبهما بذكر بيان المدة فتكون هذه المدة لكل من الأمرين استقلالاً ، ويصبح المعنى على هذا التأويل . حملة ثلاثون شهرا وفصاله ثلاثون شهرا ، أى أن المدة لكل منهما "عامان ونصف" وبذلك يثبت أن مدة الرضاع عامان ونصف .

الترجيح:

وفى مقام الموازنة بين الرأيين السابقين ، فإننا نرى أنه رغم وجاهة الاستدلال الذى يستند إليه أبو حنيفة إلا أنه يحتاج إلى تأويل وتحميل للنصوص أكثر مما تحتمل . ولذا فالراجح - فى تقديرنا - هو قول الجمهور لصراحة أدلته وعدم احتياجها إلى تلف التأويل .

الفصل الرابع

الحق في الحضانة

أولاً : تعريف الحضانة :

أ. في اللغة :

تطلق كلمة الحضانة في اللغة على معان متعددة من أهمها :

١. الضم والجنب :

الحضانة - بفتح الحاء وكسرهما - مصدر للفعل حضن بفتحين يحضن حضناً بفتح الجاء وحضانة ، وهي ضم الشيء إلى الحضن أى جعله فى الحضن . قال الجوهري : حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه ، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها لأنها ضمته إلى جانبها .

ب. في الشرع :

اختلف الفقهاء في تعريفهم للحضانة شرعاً ومدار الخلاف بينهم ينحصر في وضع السؤال الآتي والإجابة عنه : هل يقتصر نطاق الحضانة على الصغير فقط أم يمتد ليشمل الكبير المجنون ومن في حكمه ؟

يرى الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية والشيعة الإمامية أن الحضانة تشمل الصغير والكبير المجنون ومن في حكمه . في حين يذهب المالكية وبعض الحنفية إلى أن مفهوم الحضانة لا يتحقق إلا بالنسبة للصغير .

وفيما يلي تفصيل هذين الاتجاهين تباعاً :

الاتجاه الأول :

عرف أنصار هذا الاتجاه الحضانة تعريفاً يجمع ما بين الصغير والكبير المجنون ومن في حكمه .

فذهب الشافعية إلى أن الحضانة تعنى : " القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه " ، أو هي " حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما

يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك".

وقال الحنابلة أن الحضانة هي: " حفظ صغير ومجنون ومعتوه ، وهو المختل العقل بما يضرهم ، وتربيتهم بعمل مصالحهم كغسل رأس الطفل ويديه وثيابه وتكحيله وربطه فى المهد وتحريكه لينام ونحوه " .

وبالنسبة لبعض الأحناف فقد نقل ابن عابدين ما ذكر فى الجوهرة " ومن بلغ معتوها كان عند الأم سواء كان ابنا أو بنتا وما ذكر فى الفتح والمعتوه لا يخير ويكون عند الأم " فوفقا لهذا الرأى يدخل المعتوه فى نطاق الحضانة.

أما الشيعة الإمامية فيعرفون الحضانة بأنها: " ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصلحته ، ومن حفظه ، وجعله فى سريره ، ورفع ، وكحله ، ودهنه ، وتنظيفه وغسل خرقة وثيابه ونحوه".

الاتجاه الثانى:

يرى أنصار هذا الاتجاه - كما أشرنا سلفا - أن مفهوم الحضانة لا يتحقق إلا بالنسبة للصغير . وعلى هذا الأساس يعرف المالكية الحضانة بأنها: " حفظ الولد فى بيته ومؤونه وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه " أو هى " حفظ الولد والقيام بمصالحه وشأنه فى نومه ويقظته " .

ويعرف بعض الحنفية الحضانة بأنها تربية الولد لمن له حق الحضانة.

وفى مقام الموازنة بين الاتجاهين نرى ترجيح الاتجاه الأخير الذى يقصر نطاق الحضانة على الصغير دون غيره على أساس أن مدار دراستنا هو حقوق الطفل لا حقوق الكبير وإن كان مجنوناً أو معتوها .

وبهذا المفهوم أخذ فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون فيعرف أستاذنا الدكتور عبد الحميد ميهوب الحضانة: بأنها " تربية الولد ورعاية شئونه فى الطور الأول الذى لا يستغنى فيه عن النساء " .

ثالثا: أهمية الحضانة:

الحضانة من أهم مظاهر رعاية الطفولة ، إذ إن الطفل فى بداية حياته فى حاجة ماسة لمن يحفظه ويتعهده ويقوم على تربيته بما يصلحه ويحميه مما يضره . لأنه فى

هذه المرحلة يكون ضعيفا عاجزا عن القيام بشئون نفسه . والوالدان بدافع الحنان الأمومي والشفقة الأبوية هما أجدر الناس بالقيام بهذه المهمة . وتأكيدا لهذا يذكر أحد علماء النفس . أن حدوث أية تغيرات فى البيئة المباشرة المحيطة بالطفل فى الشهور الأولى من السنوات الأولى من عمره ، من شأنها أن تعطل ارتقاء النفسى الاجتماعى بوجه عام ، ومن شأنها أيضا أن تعطل ارتقاء كثير من وظائفه وقدراته النفسية كالذكاء والوظيفة اللغوية ، وفى حالات الأطفال الذين لا تمكنهم ظروف حياتهم الاجتماعية من النشأة فى أسرة تحت رعاية الأب والأم ، كالأطفال اللقطاء أو الذين يتعرضون لسبب أو لآخر لانفصال الأبوين أو لليتيم أو لوفاة أحدهما وزواج الآخر الخ وانقطاع الأطفال عن بقية أفراد الأسرة الكبار وتضطر السلطات الحكومية إلى رعايتهم فى الملاجئ ، فإن الرعاية التى يلقونها فى هذه الملاجئ لا تتساوى مطلقا مع الرعاية التى يلقاها الطفل على يدي أمه وأبيه - إذا كانا متفاهمين ومتحابين " .

١. الناحية الصحية والعقلية:

إذ يقرر الأطباء وخبراء التغذية أن آثار الأمراض المعدية وأمراض سوء التغذية التى يصاب بها الطفل فى مرحلة الحضانه كثيرا ما تبقى معه إلى آخر عمره ، وأن من يهده المرض فى طفولته يبقى معرضا لأى انهيار صحى فى مستقبل الأيام . وأن كثيرا من المعوقات الجسمية والعقلية التى تظهر عند تلاميذ المدارس الأولية وما بعدها يمكن أن تتجنب حدوثها إذا نحن عملنا منذ البداية على وقاية الطفل منها بالعناية الرشيدة فى سنوات الحضانه .

كما تؤكد بعض الدراسات الاجتماعية أن ٥٠% من المكتسبات الذهنية المتوفرة للمراهق فى السابعة عشرة من عمره تحصل فى السنوات الأربع الأولى ، وأن ٣٠% منها تظهر فيما بين السابعة والثامنة عشرة . فمرحلة الحضانه تعد من أكثر فترات الطفولة مرونة وقابلية للتعليم وتطور المهارات .

٢. من الناحية النفسية:

تعتبر مرحلة الحضانه أساساً تركز عليه حياة الفرد النفسية من المهد إلى أن يصير كهلا . ذلك أن السنوات الأولى من عمر الطفل ذات أثر كبير فى تكوين الملامح الأساسية لشخصيته وما سيكون عليه فى المستقبل ، بل إن ٩٠% من شخصية

الإنسان تتحدد فى السنوات الخمس الأولى من عمره . وفى ذلك يقول روبرت أون: "إن معظم أمزجة الطفل وميوله تتكون بطريقة صحيحة أو خاطئة قبل أن يصل إلى عامه الثانى ، وأن كثيرا من الانطباعات الدائمة الأثر تحدث فى نهاية الاثنى عشر شهرا الأولى لوجود " ولذا يقرر " لبترون . أ. سوروكن " أن تنشئة الأطفال على أيدي آباء عطوفين تساعد الأطفال على أن يثبتوا على التعاون والشعور بالمسئولية . أما إذا حرم الطفل من العطف والمحبة والرحمة وعومل بالقسوة فى صغره يكون فى المستقبل إنسانا قاسيا مدمرا حقودا لا يعنيه من الدنيا إلا أن ينقب عن كل أسباب الشر ويركب كل وسائل المكر والخديعة . إن أغلب الجرائم يرتكبها من فقد الحنان فى طفولته ، فماتت فى قلبه كل عاطفة طيبة ، إنه لا يستطيع أن يتصور قلب الأم ، لأنه لم يحس به فى حياته، ولا يستشعر حقيقة مشاعر الأب لأنه لم يلمس هذه المشاعر حيث إن فاقد الشيء لا يعطيه .

لهذا كان الرسول رحيمًا بالأطفال فى معاملته لهم وعطوفا عليهم وكان يقبلهم ويحتضنهم . فقد روى أنه مرة قبل الحسن ، فقال له أحد أصحابه: إن لى عشرة من الولد ما قبلت منهم أحدا ، فقال الرسول ﷺ : "من لا يرحم لا يرحم" وهذه إشارة سبق بها الرسول ﷺ علماء النفس لأن من لا يرحم صغيره لا يرحمه عند كبره . لأنه لم يجد منه رحمة ليرحمه ، بل يعاديه . فنحن إذا حررنا الأطفال من العطف والرحمة فى صغرهم لا يرحموننا ولا يعطفون علينا عند كبرهم .

٣. من الناحية الاجتماعية :

"الصبى أمانة عند والديه وقلبه الطاهر جوهرة نفيسة ساذجة خالية من كل نقش وصورة ، وهو قابل لكل نقش ومائل لكل ما يمال به إليه" . بهذه الكلمات القليلة ينبه حجة الإسلام الغزالي ضمن ما ينبه إليه إلى أهمية البعد الاجتماعى لمرحلة الحضانة والذى تحدث عنه بعد ذلك علماء التربية والاجتماع . فهم يرون أن الطفل يولد وعقله عبارة عن صفحة بيضاء تتولى الأسرة ملأها بالقيم الاجتماعية والمبادئ والمعايير والعادات والأعراف والتقاليد وما إلى ذلك من محددات السلوك الأخرى فيتحول هذا الطفل من كائن بيولوجى إلى كائن اجتماعى . إن أسس الاستعداد لممارسة الحياة الاجتماعية والحياة المدرسية والحياة المهنية والحياة الزوجية والحياة الأسرية ، كل هذه الأسس ترسخ فى رحلة الحضانة .

هذه الأهمية الضخمة التي يبررها العلماء ، والمفكرون لمرحلة الحضانة تجعلنا نفكر فى أطفالنا بصورة أكثر جدية ، ونتساءل هل للطفل المصرى مرحلة حضانة يعيشها بالفعل ؟ هل لدى كل أم الإلمام الكافى بفنون ومهارات الأمومة، وماذا عن طفل المرأة العاملة ؟ ، بل ماذا عن الأمهات المستهترات التى تترك أطفالهن للخدمات وتقتضين معظم أوقاتهن خارج البيت فى غير ضرورة ؟

تلك التساؤلات التى تمثل هموم الطفولة ليست على مستوى مصر وحدها بل غالبية دول العالم العربى أيضا - تطرح على بساط البحث أمرين: أولهما يخص مشكلة جهل الأمهات بفنون ومهارات الأمومة، والثانى يتعلق بمشكلة حضانة الطفل الذى تتغيب أمه عن البيت فترة طويلة .
وقيما يلى نتناول هذين الأمرين تباعا :

الأمر الأول: مشكلة جهل الأمهات بفنون ومهارات الأمومة:

يخطيء من يظن أن التعامل مع الطفل هو بالأمر الهين وإنما من يتعامل مع الطفل على هذا الأساس يسهم دون أن يدرى فى تبسيط المسألة وبالتالي التقليل من خطورتها ، ومن ثم عدم إيلائها ما تستحقه من عناية وتكون النتيجة إخلالاً بالمسئولية من قبل الكبير نحو الصغير .

فى هذا الإطار وهو أمر مستوحى من الواقع ينبغى أن ننظر إلى مشكلة جهل الأمهات بفنون ومهارات الأمومة . فالمرأة اليوم بالرغم من تعلمها وتخرجها فى الجامعات لا تتعلم أخص الوظائف الخاصة وهى تربية الأولاد فالمناهج الدراسية المقررة سواء بالمرحلة الابتدائية أو المرحلة الإعدادية أو المرحلة الثانوية أو الجامعات ، لا تعد المرأة للوظيفة الطبيعية التى يجب أن تقوم بها . بل إنك لا تجد اختلافا يذكر بين ما تقوم به الفتاة بدراسته وبين ما يدرسه الفتى . ولكأن القائمين على شئون التربية والتعليم قد ألغوا ما بين الجنسين من فروق وحاجات ومطالب . ولكنهم يستهدفون تذويب الفروق واعتبار أن التربية قد نجحت طالما أنها استطاعت أن تعطى تعليما واحدا لأفراد الجنسين ، وأن ذلك يكفل المساواة الحقيقية بينهما ، ونسى القائمون على التربية والتعليم أن للأمومة وظائف حيوية وجوهرية يجب إعداد الفتاة لها . وأن إهمال تلك الوظائف والأعضاء عن الأعداد لها يضر بالأجيال القادمة جسديا ونفسيا واجتماعيا - بل إن ذلك سوف يضرب تلك الأجيال بالبؤس والشقاء .

وبالإضافة إلى مسؤولية القائمين على التربية والتعليم . نجد أن تطلعات الفتاة الحديثة في مجال الثقافة والحياة الاجتماعية هي تطلعات بعيدة عن الأمومة ومتطلباتها وحاجاتها كل البعد . بل إن هناك ما يشبه العداء والاحتقار لوظيفة الأمومة . إذ كثير من النساء المتعلمات اليوم يرون أنفسهن أسمى بكثير من أن ينزلن بأنفسهم إلى مستوى الحاضنة . وخاصة بعد اشتغال المرأة بالعمال التي يضطلع بها الرجل وإيكال مهام الأمومة تارة للعجائز من الجدات ، وتارة أخرى للخادמות الجاهلات - وتارة ثالثة لدور الحضانة ، التي تعجز - مهما تحاول - عن القيام بما تقوم به الأم من وظائف الأمومة بالنسبة لأطفالها جسميا ونفسيا وعقليا .

الأمر الثاني: مشكلة حضانة الطفل الذي تنغيب أمه عن البيت فترة طويلة:

لسنا بحاجة - بعد هذا الذي أسلفناه - إلى إثبات ضرورة العناية الخاصة بالطفل في مرحلة حضانته ، وأن الأم بحكم مكانتها في الأسرة هي أول من يؤثر في تكوين شخصيته، الأمر الذي يستوجب تفرغها لرعايته خلال هذه الفترة من حياته.

فلقد أثبتت البحوث والدراسات مساوئ خروج المرأة للعمل على حضانة الطفل . وفي ذلك يقول أحد العلماء المهتمين بهذه المشكلة : " إن في إنشغال النساء المتزوجات بالمصانع والمحلات عددا كبيرا من الساعات إهمالا مؤكدا لواجب الأم نحو الطفل " وهو ما يهدد الأجيال القادمة بفساد التربية وحرمان الأمة من المواطن الصالح " . إن الفارق الكبير بين المستوى الخلقى لهذا الجيل والمستوى الخلقى للجيل الماضي إنما مرجعه إلى أن الأم هجرت بيتها وأهملت طفلها وتركته إلى من لا يحسن تربيته . فالحق أن المرأة في البيت تصنع للطفل رجولته وخلقته العملى الناجح وتنشئته على ما تتطلبه الحياة الكريمة من فضائل . فمن يمنحه ذلك إذا تركته للخدم أو لسواهم ومضت إلى عملها في الخارج ؟ .

ثالثا: الطبيعة المزدوجة للحضانة:

باستقراء أمهات الكتب في المذاهب الفقهية المختلفة يمكن أن نتبين أن هناك أربعة اتجاهات رئيسية هي :-

الاتجاه الأول: الحضانة حق لله تعالى:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحضانة حق لله تعالى فإذا أسقطتها الحاضنة لا

تسقط وتجب عليها ، إلا إذا وجد عذر عن الوفاء بها ، مستدلين في ذلك إلى أن الحضانة شرعت حفظاً للنفوس وحفظها من حقوق الله تعالى ، وبهذا قال المالكية في إحدى الروايتين والاباضية في قول لهم .

الاتجاه الثاني: الحضانة حق للمحزون:

يذهب القائلون بهذا الاتجاه إلى أن الحضانة حق للمحزون فتجب الحاضنة على الحضانة ويترتب على ذلك أن الزوجة لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فإن الخلع جائز والشرط باطل . كما لا يجوز لأم الصغير أن تصالح أباه على إسقاط حقها في حضانتها في مقابل بدل تأخذه منه . وذلك لأنها في الفرضين تكون قد فوتت حقه وهي لا تملك ذلك .

وقد استدلوا بأن قوله تعالى : " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين " أمر والأمر يفيد الوجوب ، وإذا كان للوجوب فلا يصح إسقاطها للحضانة . ولأن المدار في الحضانة على نفع المحزون ونفعه لا يتحقق إلا عند أمه ، ما كان محتاجاً إليها لما لها من كمال الشفقة التي لا تتوفر لدى غيرها .

وبهذا القول ذهب المالكية في إحدى الروايتين وأبو ثور والهندواني وأبو الليث من مشايخ الحنفية ورأى للشافعية إذ أوجبت نفقة المحزون عليها ، والاباضية في رأى أخرى .

الاتجاه الثالث: الحضانة حق للحاضنة:

يرى القائلون بهذا الرأى أن الحضانة حق للحاضنة ، فلا تجبر على حضانة ولدها بشرط وجود من يكفل أمر الكفل غيرها . ففي هذه الحالة يجوز لها التنازل عنه . أما إذا لم يوجد من يكفله سواها فتجب على حضانة ولدها حتى لا يضيع الولد .

ويترتب على هذا القول عدة نتائج منها أنه لا يجوز لأب الصغير أن ينقله من البلدة التي تقيم فيها الحاضنة ، لأنه إن فعل ذلك فقد ضيع عليها حقها . كما لا يجوز للأب أيضاً أن ينتزع الصغير من يد حاضنته المستكملة لشروط الحضانة ليدفعه إلى من هو دونها في الدرجة ، لأن في ذلك تفويتاً لحق الحاضنة . كذلك لو كان للصغير مرضعة غير التي تحضنه فإنه يجب على هذه المرضع أن تقوم بإرضاعه في منزل الحاضنة حتى لا يفوت عليها حقها في حضانتها .

الاتجاه الرابع: الحضانة حق مشترك للحاضنة والمحضون:

للتوفيق بين من يقولون إن الحضانة حق للمحضون، ومن يقولون إنها حق للحاضنة، توسط أصحاب هذا الاتجاه القائل إن الحضانة حق مشترك للحاضنة والمحضون في نفس الوقت. فمن ناحية نجد أن للأم الحق في إسقاط حضانة صغيرها طالما لم تتعين له لوجود من يقوم بحضانته غيرها. وهذا دليل أن هذا حقها. ومن ناحية أخرى تجبر الأم على الحضانة إذا لم يقبل الطفل غيرها، أو كان أبوه غير قادر على أجرة الحضانة، أو لم يوجد من يحضنه مجاناً. فهي وإن كانت قد أسقطت حقها في الحضانة فإنها لا تقدر على إسقاط حق المحضون لأن حقه أقوى من حقها. وهذا دليل على أن الحضانة حق للمحضون، وطالما أن الأمر كذلك فالحضانة حق لهما معاً.

وهو رأي بعض المالكية وبعض الحنفية والشافعية في القول الآخر والرأي الصحيح عند الحنابلة والمختار عند الإباضية .

الترجيح:

بالنظر فيما سبق بيانه من آراء الفقهاء وأدلتهم يتضح اختيار الرأي القائل بأن الحضانة حق للحاضن والمحضون معاً، إذ إن هذا التكييف يتمشى مع مصلحة كل منهما. فمن مصلحة الطفل أن يكون عند أمه فهي الأقدر على أمور الحضانة من غيرها. ومن مصلحة الأم ألا ينزع منها وليدها، طالما كانت مستوفية للشروط وقابلة للحضانة. وإذا كان للحضانة إسقاط حقها فإن ذلك مشروط بأن يوجد من يحل محلها ويكون مستجماً للشرائط التي تؤهله للحضانة رعاية لمصلحة المحضون .

رابعاً: أحكام الحضانة:

أ. المستحقون للحضانة

١. أصحاب الحق في الحضانة:

يثبت حق الحضانة أولاً للنساء ثم للرجال، وأول النساء في حق الحضانة الأم. لأنها أقدر الناس على رعاية وليدها وأكثرها حناناً وشفقة عليه. يشهد لذلك قوله تعالى ﴿وَالرَّوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ

لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴿البقرة: ٢٣٣﴾.

فهذه الآية الكريمة وإن كانت قد وردت في شأن المطلقات اللاتي لهن أولاد من أزواجهن، إلا أنها تعد دليلاً على أن الحضانة للأم. قال الجصاص: وفي هذا دلالة علي أن الأم أحق بامساك الولد ما دام صغيراً، وإن استغني عن الرضاع بعدهما يكون ممن يحتاج إلي الحضانة، لأن حاجته إلي الأم بعد الرضاع كهي قبله، فإذا كانت في حال الرضاع أحق به وإن كانت المرضعة غيرها علمنا في كونه عند الأم حقاً لها وفيه حق للولد أيضاً. وهو أن الأم أرفق به وأحن عليه وذلك في الغلام عندنا إلي أن يأكل وحده ويشرب وحده ويتوضأ وحده وفي الجارية حتي تحيض .

كما ورد في هذا الشأن ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبدالله بن عمرو بن العاص: أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: «أنت أحق ما لم تنكحي».

فهذا الحديث الشريف يدل على أن الأم أولي بالولد من الأب، لما ذكرته من صفات اختلفت بها تقتضي استحقاتها وأوليتها بحضانة ولدها وقد أقرها النبي ﷺ علي ذلك وحكم لها بحضانته ما لم يحصل مانع من ذلك بالنكاح.

وهكذا يتضح أن الأم أحق بحضانة طفلها ولو بعد الفرقة بينها وبين أبي الطفل طالما لم تتزوج. فإذا لم تكن هناك أم تحضن الصغير بأن تكون قد ماتت أو كانت غير أهل للحضانة، فإن أصحاب الحق في الحضانة يمكن تصنيفهم في أربع طوائف هي:

١- النساء المحارم. ٢- المحارم من العصبات.

٣- المحارم من غير العصبات. ٤- من يثق فيه القاضي.

١. النساء المحارم:

١- الجدة من جهة الأم: والمقصود بها أم الأم وإن علت الأقرب فالأقرب. وهي تقدم علي أم الأب، لأنها وإن استوت معها في درجة القرابة، إلا أن ولاية الحضانة تستفاد من قبل الأم فتكون جهة قرابتها مقدمة علي قرابة الأب، وإلي هذا ذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد في رواية له والشافعي في مذهبه الجديد .

٢- الجدة من جهة الأب، أى أم الأب وإن علت فالأقرب (*) على أساس أن الجدة أم، ولهذا تحوز ميراث الأم - من السدس - وهذه الحضانة للأمهات، ولأن غلبة الشفقة تتبع الولاء ظاهرا فكانت مقدمة على الأخوات والخالات وإلى هذا ذهب أبو حنيفة والشافعي في مذهبه الجديد .

وخالف في ذلك الإمام مالك وقال إن الخالة الشقيقة أو الخالة لأم وإن علون هي التي تثبت حضانتها بعد أم الأم واستدل بما روى أن عليا وجعفر الطيار وزيد بن حارثة اختصموا في بنت حمزة فقال علي أنا أحق بها هي ابنة عمي، وقال زيد بنت أخي، وقال جعفر بنت عمي وخالتها تحتي، فقضى بها النبي ﷺ لخالتها، وقال: «الخالة بمنزلة الأم».

وهذا قول الشافعي في القديم والإمام أحمد بن حنبل في رواية له وزفر من الحنفية.

٣- الأخوات: الأخت الشقيقة وهي أخت الطفل من الأم والأب تقدم على الأخت لأم وهي أخت الطفل من أمه فقط والأخت لأم تقدم على الأخت لأب وهي أخت الطفل من أبيه فقط وجعل الأخوات بعد أم الأب قال به الحنفية والشافعية والحنابلة إلا أنهم قدموا الجد وأم الجد عليهن.

(*) وتطبيقا لذلك نورد حكم محكمة القاهرة للأحوال الشخصية الصادر سنة ١٩٨٢م بشأن إعطاء حق الحضانة لأم الزوج إذا كانت الأم أجنبية. وتتلخص وقائع القضية في أن شابا مصريا تعرف على فتاة نمساوية أثناء دراسته في النمسا وتزوجها وأنجب منها طفلة صغيرة وبعد انتهاء دراسته عاد إلى وطنه مصر ومعه زوجته النمساوية وابنته الصغيرة. إلا أن خلافا نشب بين الزوجين مما اضطر الزوج إلى طلاق زوجته، فسارعت إلى محكمة جنوب القاهرة للأحوال الشخصية ورفعت دعوى طالبت فيها بحضانة ابنتها حتى تتمكن من أن تأخذها معها وتساfer إلى وطنها النمسا. وقد أصدرت المحكمة المذكورة حكما بتسليم الطفلة المذكورة إلى أمها. وجاء في حكمها أن مبنى الحضانة الشفقة والرعاية ولا يؤثر أن تكون الحضانة كتابية، كما أن اختلاف الدين بينهما لا يؤثر في شفقتها. طعن الزوج في الحكم أمام محكمة استئناف القاهرة وتدخلت أمه في الدعوى طالبة حضانتها للطفلة. وبعرض الطعن على محكمة الاستئناف قررت إلغاء الحكم المستأنف وحكمت بحضانة الطفلة لجدتها من أبيها. وجاء في حيثيات حكمها: أن الفقهاء تعرضوا لحق الحضانة وقالوا أنه يتعلق به حقوق ثلاثة: حق المحضون وحق الحضانة وحق الأب ومن يقوم مقامه. فإذا أصبحت هذه الحقوق الثلاثة وأمكن التوفيق بينها ثبتت كلها، وإن تعارضت كان حق المحضون مقدما على غيره. ومن الثابت أن الأم لا تقيم في مصر بل تقيم في النمسا وهي بعيدة عن موطن الأب ومن ثم تفوق عليه حقه في رؤية الصغيرة والإشراف على تربيتها وهو أمر ليس في صالح الطفلة ويقتضي الأمر أن تكون في حضانة جدتها لأبيها حتى يتم تربيتها في وطن الأب وعلى ديانته .

٤- بنات الأخوات: تقدم بنت الأخت الشقيقة ثم الأم، أما بنت الأخت لأب فمرتبتها بعد الخالة لأنها أبعد درجة.

٥- الخالات: تقدم الخالة الشقيقة أى أخت الأم لأب وأم، ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب.

٦- بنت الأخت لأب على الصحيح وذلك لأن قرابة الخالة من ناحية الأم وهى التي يستفاد من قبلها الحضانة، أما بنت الأخت لأب فهى أبعد درجة من الخالة وليست قرابتها من ناحية الأم.

٧- بنات الإخوة: تقدم بنت الأخ الشقيق ثم الأم ثم الأب» والحكمة فى تقديم بنات الأخوات على بنات الإخوة أن قرابة بنات الأخوات للصغير جاءت عن طريق الأخت والأخت لها حق فى الحضانة، أما بنات الإخوة فقرابتهم للصغير أتت عن طريق الأخ، والأخ لاحق له فى الحضانة مع وجود النساء فكان من ينتسب إلى الصغير بمن له حق فى الحضانة أولى ممن ينتسب إليه بمن ليس له حق فى الحضانة».

٨- العمات: أى عمات المحضون وهن أخوات أبى الطفل، فتقدم العمة الشقيقة ثم العمة لأم ثم العمة لأب.

ويلاحظ أنه ليس لبنات الخالات أو بنات العمات حق الحضانة، وذلك لأنهن لسن بذوات رحم محرم من المحضون، ومن شروط استحقاق المرأة لحضانة الطفل أن تكون ذات رحم محرم منه.

٩- خالات الأم: تقدم الخالة الشقيقة ثم لأم ثم لأب، ويلاحظ أن خالة الأم تقدم على خالة الأب كما قدمت أم الأم على أم الأب.

١٠- خالات الأب: تقدم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب.

١١- عمات الأم: تقدم العمة الشقيقة ثم العمة لأم ثم العمة لأب. ويلاحظ أن عمة الزم تقدم على عمة الأب كما قدمت أم الأم على أم الأب.

١٢- عمات الأب: تقدم العمة الشقيقة، ثم العمة لأم، ثم العمة لأب.

٢. المحارم من العصبات:

إن لم يكن للمحضون من يقوم بحضانته من محارمه من النساء أو وجدت المرأة، لكن كانت غير أهل لها انتقل الحق في الحضانة إلى الرجل المحارم من العصبات على حسب الترتيب في الميراث، قال ابن عابدين: يقدم الأب ثم الجد الأخ الشقيق ثم الأب، ثم بنو الأخ الشقيق، ثم بنو الأخ لأب ثم العم لأب وأم ثم العم لأب، أما أولاده فيدفع إليهم الغلام لا الصغير لأنهم غير محارم. وعلى ذلك إذا كان الصغير غلاما انتقل حق الحضانة إلى ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب. أما إن كان الصغير أنثى لا يصح لواحد منهما أن ينتقل حق الحضانة إليه. لأن ابن العم ليس محرم لها، وسواء كان ابن العم مأمونا أو غير مأمون، سواء كانت الصغيرة مشتة أو غير مشتة.

فإن تساوى من لهم حق الحضانة من العصبات في درجة واحدة، بأن في وقت واحد عمات لأب وأم، أو أخوات شقيقات، أو أخوات لأب وهكذا، فإن مدار الاختيار يكون على درجة الورع، ثم الكبر في السن عند التساوى في الورع. وزاد ابن عابدين مقياسا آخر وهو الصلاحية وجعله أولها فقال: «فإن تساوا فأصلحهم ثم أورعهم ثم أكبرهم».

٣. المحارم من غير العصبات:

إذا لم يوجد أحد من العصبات أو وجد وكان غير أهل للحضانة انتقل هذا الحق إلى محارمه من الرجال من غير العصبة وهم على الترتيب: الجد أب الأم ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق، ثم الخال لأب ثم الخال لأم وذلك لأن هؤلاء لهم حق الولاية في تزويج الصغير فصحح أن تسند إليهم الحضانة باعتبارها نوعا من الولاية.

وبهذا قال الأحناف والشافعية في أجد القولين والحنابلة في الرأي الراجح.

٤. من يثق فيه القاضى:

إذا لم يوجد من يقوم بحضانة الطفل ممن ذكرنا، فللقاضى أن يضعه عند من يثق به رجلا كان أو امرأة.

٢. شروط استحقاق الحضانة :

الشروط العامة :

يمكن حصر الشروط التي يجب توافرها في كل من يحضن الصغير فيما يلي :

البلوغ :

لا تثبت الحضانة للصبى ولو كان مميزا لأن من لم يصل إلى درجة البلوغ لا يحسن القيام بشئون نفسه فكيف يوكل إليه القيام بشئون غيره . كما أن الحضانة نوع من الولاية على النفس ، والصغير ليس من أهل الولاية ... ولذلك اشترط الفقهاء أن يكون الحاضن بالغاً .

العقل :

اتفق الفقهاء على اشتراط العقل في الحاضن فلا حضانة لمجنون أو معتوه لعجز كل منهما عن القيام بشئون نفسه ، فمن باب أولى شئون غيره . كما أن الحضانة هذه ولاية وفاقد العقل ليس أهلاً لهذه الولاية لقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق » . بالإضافة إلى أن غير العاقل لا يدرك نتائج الأشياء ولا يقدر عواقب الأمور مما قد يسبب ضرراً بليغاً للطفل وهذا يناقى مقاصد الشارع الحكيم من الحضانة . ويستوى في الجنون أن يكون مطبقاً أو متقطعاً ، فكلاهما مانع من الحضانة .

القدرة على النهوض بأعباء الحضانة :

من شروط الحضانة أن يكون الحاضن قادراً على النهوض برعاية المحضون وحسن تربيته ورعاية حقوقه وصيانتها . فإن كان غير قادر عليها فلا يكون له الحق فيها لأن في ذلك تضييعاً للصغير .

ومن صور عدم القدرة على الحضانة كبر السن أو المرض أو العجز أو الشغل . فلو كانت المرأة مسنة ويمنعها كبر سنها من حفظ المحضون حفظاً يتحقق منه مقصود الحضانة فإنها لا تحضن .

كذلك لا تصح الحضانة للمريض بمرض يعجزه عن القيام بمصالح الصغير . أو لمن كان مريضاً مرضاً معدياً، وذلك لما يخشى منه على المحضون من العدوى . كما لا تثبت الحضانة للعاجز الذي فقد حاسة البصر، والسمع وأيضا الأخرس .

فلا شك أن هذه العاهات تعجز صاحبها عن النهوض بما يحقق الهدف من الحضانة .
كذلك لا تكون المرأة صالحة للحضانة إذا كان عملها يحول بينها وبين رعاية
الصغير أما إذا كانت في وقت العمل تنيب عنها من يرعى الصغير فإن حقها في
الحضانة لا يسقط . وهذا ما حكمت به محكمة أسبوت الشرعية في ١٥ / ١٠ / ١٩٤٧
وجاء في الحكم أنه إذا كانت ظروف العمل لدى الحاضنة التي تقوم بالتدريس
تسمح بإرضاعها لولدها في الأوقات الواجبة وكان لها مع ذلك خادم يقوم بخدمة
الرضيع اعتبرت الحاضنة بذلك قادرة على صيانة الرضيع وحفظه طبقا لما تشير إليه
النصوص الشرعية .

الأمانة على أخلاق المحضون :

اتفق الفقهاء على أنه يشترط فيمن يتولى الحضانة أن يكون أمينا ، لكنهم اختلفوا
في تفسير المقصود بالأمانة ، فالبعض فسرها بعدم الفسق والبعض الآخر فسرها
بوجوب تفرغ الحاضنة لرعاية المحضون وهو ما عبر عنه الأحناف بقولهم : " ألا
يضيع الولد عندها باشتغالها عنها بالخروج من منزلها كل الوقت وكذلك أكثر
الوقت لأن الغالب حكم الكل " .

ولما كانت دراسة هذا المعنى الأخير أقرب إلى شرط القدرة على النهوض بأعباء
الحضانة الذي سبق أن تناولناه فإننا نحيل إلى ما قد قلناه ونقتصر هنا على دراسة
المعنى الأول للأمانة وهو عدم الفسق .

تقتضى الأمانة أن يقوم الإنسان بالفرائض التي أوجبها الله عليه ، وأن يتجنب
المحرمات التي نهاه عنها . فمن لم يلتزم بذلك فإنه يكون فاسقا . لكن هل مجرد
الفسق مانع من استحقاق الحضانة ؟

اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا السؤال عن أربعة آراء :-

الرأى الأول :

إن الفسق مانع من الحضانة على وجه الإطلاق ، فلا بد من انتفائه ، لأن الفاسق
غير موثوق به في أداء الواجب من الحضانة ، ولا حظ للمحضون في حضانته لأنه
ينشأ على طريقته في الحياة فاسقا مثله . كما أن الحضانة ولاية ولا ولاية لفاسق .
وبهذا القول ذهب الشافعية والمالكية وبعض الحنابلة ومعهم أحمد بن حنبل .

الرأى الثانى :

على عكس الرأى الأول يذهب ابن القيم إلى أنه لا تأثير للمفسق على حق الحضانة ، فلا يشترط العدالة فى الحاضنة ، وان اشتراطها فى غاية البعد ، لأنه لو اشترط ذلك لضاع أطفال العالم ، ولعظمت المشقة على الأمة واشتد العنت ، ولأنه منذ مجىء الإسلام يحضن الفساق أبناءهم ولا يتعرض أحد لهم بانتزاع أطفالهم من بينهم ، كما أن النبى ﷺ لم يمنع فاسقا من تربية أبنائه وحضانتهم ، وهكذا فعل الصحابة من بعده . كذلك لو كان الفسق ينافى الحضانة كان من زنى شرب أو أتى كبيرة فرق بينه وبين أولاده الصغار والتمس لهم غيره .

الرأى الثالث :

ان الفسق مانع من الحضانة إذا كان فسقا يضيع به الولد . أما الفسق الذى لا يضيع الولد ، فإنه ليس مسقطا للحضانة ، وعلى ذلك إذا كان الحاضن فاسقا يشغله فسقه عن العناية بالصغير مما يترتب عليه الإضرار به سقط حقه فى الحضانة التى هى نفع الولد وتحقيق مصلحته ودفع الضرر عنه . وان كان الفسق لا يشغله عن رعاية حقوق الصغير فإنه يستحق الحضانة . وبهذا قال بعض الحنفية .

الرأى الرابع :

يرى بعض الأحناف ، ومعهم ابن حزم الظاهرى أن الفسق ليس بمانع من الحضانة حتى يبلغ الطفل سن الفهم والتعقل . ومقتضى ذلك أنه يجب التفريق بين مرحلتين من حياة الطفل : الأولى وهى مرحلة ما قبل فهمه للفسق وفيها يجوز للفاسقة أن تحضن ولدها طالما أن انحرافها لا يشغلها عن مراعاة الصغير والقيام بشئونه . أما المرحلة الثانية فهى التى تبدأ بإدراك الطفل لمعنى الفسق ويخشى عليه أن يعتاد سلوك هذه المرأة ، فهنا يسقط حقها فى الحضانة حتى ولو كان الطفل لم يبلغ سن السابعة مراعاة لمصلحة الصغير ومحافظة عليه من التربية السيئة .

الشروط الخاصة لاستحقاق الرجال للحضانة :

يشترط فيمن يتولى الحضانة من الرجال - زيادة على الشروط العامة - ما يأتى :-

أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كان أنثى :

إذا كانت حضانة الذكر لا تثير مشاكل إذ يستوى أن يكون الحاضن له محرماً أو غير محرّم . إلا أن حضانة الأنثى هي التي أثارت خلافاً بين الفقهاء إذا كان الحاضن غير محرّم ، وفي هذا الصدد ينبغي التفرقة بين مرحلتين من حياة الأنثى للمحضونة .

المرحلة الأولى: وهي مرحلة ما قبل الرغبة فيها ، بأن تكون غير مشتبهة أو غير مطيقة وقد حددها الحنابلة بما دون السابعة .

وفي هذه المرحلة يوجد رأيان :-

الرأى الأول:

يرى عدم اشتراط أن يكون الحاضن ذا رحم محرّم للأنثى ، طالما أنها غير مشتبهة وكان مأموناً عليها ، ولأن الخشية عليها من وقوع الفتنة أمر بعيد ، وبهذا قال بعض الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة .

الرأى الثانى:

يذهب إلى أنه يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرّم فى كل الحالات أى سواء كانت الأنثى فى المرحلة الأولى أو الثانية من عمرها . إذ لا حضانة لغير المحرم على الجارية حتى ولو لم تكن مشتبهة ، لأنه لو ثبت له حضانتها كانت عنده إلى أن تشتبهى فتقع الفتنة . فحسم من أصله سداً لباب الفتنة أو سداً للدرائع إلا أنه إذا لم يكن للبت عصابة غير ابن عمها ، فالقاضى يبقيها عنده إذا كان مأموناً عليها ، ولا يخشى عليها الفتنة من وجودها عنده ، ويكون صالحاً لحضانتها ، وهذا رأى بعض الأحناف والزيدية .

المرحلة الثانية: وهي مرحلة الرغبة فيها بأن تكون مشتبهة أو مطيقة أو بلغت السابعة فأكثر . ففي هذه المرحلة يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرّم للمحضونة وهو يكون كذلك بنسب أو مصاهرة أو رضاع .

أن يكون الحاضن على دين المحضون :

يشترط فى الحاضن أن يكون على دين المحضون ، فاختلاف الدين مانع من

الحضانة ، لأنها نوع من الولاية على النفس ولا ولاية مع اختلاف الدين . كما أن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ، ولا توارث مع الاختلاف في الدين قال رسول الله ﷺ : " لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم " .

وقد ورد في البدائع : " فلا حق للعصبة في الصبي إلا أن يكون على دينه ، كما ذكر محمد ، وقال هذا قول أبي حنيفة وقياسه ، لأن هذا الحق لا يثبت إلا للعصبة ، واختلاف الدين يمنع التعصيب ، وقد قالوا في الأخوة إذا كان أحدهما مسلما والآخر يهوديا ، والصبي يهودي ، إن اليهودي أولى بالطفل لأنه عصبتة لا المسلم " .
قال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ [الأنفال: ٧٣] . ذكر القرطبي في تفسير هذه الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى قطع الولاية بين الكفار والمؤمنين . فجعل المؤمنين بعضهم أولياء بعض ، والكفار بعضهم أولياء بعض يتناصرون بدينهم ويتفعلون باعتقادهم ، قال في الكافرة يكون لها الأخ المسلم لا يزوجها ، إذ لا ولاية بينهما ، ويزوجها أهل ملتها ، كما لا يزوج المسلمة إلا مسلم .

ب. مدة الحضانة :

اختلف الفقهاء في المدة التي يظل فيها الولد في يد حاضنته بحسب كونه ذكرا أو أنثى . كما أن لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وجهة الخاصة في تحديد السن التي ينتهي عندها حضانة الطفل ويستغنى فيها عن النساء . كذلك لا يزال أمر تحديد مصير الطفل بعد انتهاء مدة الحضانة وهل يخير في الانضمام إلى الأب أو البقاء مع الأم لمحل خلاف .

وتأسيسا على ذلك سنتناول بالبحث والتمحيص النقطتين التاليتين :-

- مدة الحضانة في الفقه الإسلامي .

- مدة الحضانة في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

١. مدة الحضانة في الفقه الإسلامي :

اختلف الفقهاء المسلمون في المدة التي يظل فيها الولد في يد حاضنته من النساء بحسب كونه ذكرا أو أنثى . بيد أنه يمكن بلورة هذه الآراء فيما يلي :-

رأى الأحناف :

يرى المتقدمون من الأحناف أن مدة الحضانة للطفل تكون من الولادة إلى أن

يستغنى عن خدمة النساء ، ويتمكن من القيام بمطالبه الأولية من تناول الطعام وارتداء الملابس والمحافظة على نظافته . فهم لم يقدرُوا مدة معينة تنتهى عندها الحضانة . بل ربطوها بالسبب الذى من أجله وجبت الحضانة . والسبب هو العجز عن القيام بحاجات نفسه الأولية فإذا زال هذا السبب زال الوجوب الذى انبنى عليه . أما الجارية فإن الأم والجدات أحق بها حتى تحيض .

ثم رأى المتأخرون من علماء هذا المذهب تقدير المدة التى يبقى فيها الولد فى حضانة النساء ، وفرقوا فى ذلك بين الذكر والأنثى على النحو التالى :

بالنسبة للذكر :

اختلف فقهاء المذهب الحنفى من المتأخرين فى تقدير المدة التى يبقى فيها الصغير فى حضانة النساء . فقد ردها الفقيه الحنفى الخصاص بسبع سنين اعتباراً للغالب لأن الصبى إذا بلغ هذه السن يستنجى وحده . ولقوله مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا» والأمر بالصلاة لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة .

فى حين يرى أبو بكر الرازى أن الطفل يبقى فى يد حاضنته من النساء حتى بلوغه سن التاسعة . وذلك لأن الصغير لا يستغنى عن النساء عادة قبل بلوغه هذه السن .

وهذا رأى ضعيف فى المذهب إذ إن الفتوى على قول الخصاص بسبع سنين . لأن المراد بالاستنجاء أن يتطهر بالماء من غير أن يعينه أحد ولأن الصغير إذا بلغ هذه السن أمكنه القيام بمصالح بدنه .

بالنسبة للأنثى :

إذا كان المحضون أنثى فانتهاه حضانتها عند بلوغها إما بالمحيض أو الإنزال وهو بلوغها حد الشهوة . وقد اختلف الفقهاء الحنفية فى قدر السن التى تبلغ البنت ، فقدرها أبو الليث بتسع سن . وفى تبيين الحقائق ذكر ذلك عن أبى يوسف أنه قال : إذا بلغت الجارية حد الشهوة فالأب أحق بها وهى لا تشتهى حتى تبلغ تسع سنين ، وهذا القول عليه الفتوى .

قال محمد إذا بلغت حد الشهوة فالأب أحق بها . وقدر السن التى تبلغ فيها حد

الشهوة بإحدى عشرة سنة من غير أن يفرق بين ما إذا كانت الحاضنة أما أو جدة أو غيرهما . وجاء فى حاشية الشلبى على الكنز أن ذلك منقول عن أبى يوسف أيضا .

وقد علل الحنفية التفرقة بين الغلام والجارية فى تحديد مدة الحضانة بقولهم إن القياس يقتضى توقف الحضانة على البلوغ فى الجارية والغلام معا ، لأنها ضرب ولاية ، ولأنها تثبت للأم فلا تنتهى إلا بالبلوغ كولاية الأب فى المال ، إلا أننا تركنا القياس فى الغلام بإجماع الصحابة رضى الله عنهم . فقد روى أبو بكر رضى الله عنه قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب عاصم أو تزوج أمه ، وكان ذلك بمحض من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم ، فكان إجماعا ، فبقى الحكم فى الجارية على أصل القياس .

٢ . مدة الحضانة فى قانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :

كان العمل يجرى فى المحاكم على انتهاء حق النساء فى حضانة الصغير إذا بلغ سن السابعة ويجوز للقاضى أن يأذن ببقائه فى يد الحاضنة إلى سن التاسعة إذا رأى مصلحته فى ذلك . وكذلك تنتهى حضانة الصغيرة إذا بلغت سن التاسعة ويجوز للقاضى أن يأذن ببقائها فى يد الحاضنة حتى سن الحادية عشرة إذا رأى فى ذلك مصلحتها إلى أن صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فنص فى المادة ٢٠ منه على ما يأتى : " ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة ، وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة . ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تزوج فى يد الحاضنة بدون أجر حضانة إذ تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك " .

وواضح أن القانون سالف الذكر قد أخذ برأى الإمام مالك ، والذى دعا إلى الأخذ بهذا رأى هو " ما استبان من دراسة المنازعات المتعلقة بالصغار من أن المصلحة الاجتماعية تحتم العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمن والاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا يزعجهم نزاعهم من الحاضنات .

٢ . مدة الحضانة فى قانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :

كان العمل يجرى فى المحاكم على انتهاء حق النساء فى حضانة الصغير إذا بلغ سن السابعة ويجوز للقاضى أن يأذن ببقائه فى يد الحاضنة إلى سن التاسعة إذا رأى مصلحته فى ذلك . وكذلك تنتهى حضانة الصغيرة إذا بلغت سن التاسعة ويجوز

للقاضى أن يأذن ببقائها فى يد الحاضنة حتى سن الحادية عشرة إذا رأى فى ذلك مصلحتها إلى أن صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فنص فى المادة ٢٠ منه على ما يأتى : " ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة ، وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة . ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تزوج فى يد الحاضنة بدون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك» .

وواضح أن القانون سالف الذكر قد أخذ برأى الإمام مالك ، والذي دعا إلى الأخذ بهذا الرأى هو " ما استبان من دراسة المنازعات المتعلقة بالصغار من أن المصلحة الاجتماعية تحتم العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمن والاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا يزعجهم نزاعهم من الحاضنات .

ج . مكان الحضانة

١ . تعريف مكان الحضانة :

يمكننا أن نستخلص مما جاء فى كتب الفقه أن المقصود بمكان الحضانة : هو البيت الذى يقيم فيه المحضون مع الحاضن فى بلد واحدة ، وهو يختلف تبعاً لقيام الزوجية بين الحاضنة ووالد المحضون وعدم قيامها ، كما يختلف وفقاً لما إذا كانت الحاضنة هى الأم أو امرأة أخرى .

٢ . مدى إمكانية تغيير مكان الحضانة :

يختلف مكان الحضانة - كما أشرنا - تبعاً لما إذا كانت الزوجية قائمة بين الحاضنة ووالد المحضون أم غير قائمة ، كما يختلف أيضاً وفقاً لما إذا كانت الحاضنة هى الأم أم غيرها . وذلك على النحو التالى :-

الحالة الأولى : أن تكون الحاضنة هى الأم : وفى هذه الحالة نفرق بين الفروض التالية :

الفرض الأول : أن تكون الحاضنة أما للصغير وزوجة لأبيه :

إذا كانت الزوجية قائمة بين أم المحضون وأبيه ، فلا خلاف فى أن مكان الحضانة هو بيت الزوجية التى تسكن فيه الأم مع الأب . وعلى هذا لا يجوز للأم الانتقال منه إلى غيره سواء كان معها الولد أو لا ، إلا إذا أذن الزوج لها فى الانتقال لأن الزوجة يجب عليها متابعة زوجها والإقامة حيث يقيم .

الفرض الثاني : أن تكون أم الصغير في العدة من طلاق رجعى أو بائن :

إذا كانت أم الصغير الحاضنة قد طلقت من زوجها والد المحضون طلاقاً رجعياً أو بائناً أو توفى عنها زوجها وما زالت في العدة فإن مكان الحضانة هو أيضاً منزل الزوجية الذى وقعت فيه الفرقة . لأن المعتدة يلزمها أن تقضى العدة فى هذا المنزل ، لأن بقاءها حق للزوج والشرع معا . فلا يحل لها الانتقال منه بولدها . ولو كان ذلك بإذن الزوج . كما لا يجوز للزوج أو الولي إخراجها منه . قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾ [الطلاق : ١] .

الفرض الثالث : أن تكون أم الصغير قد طلقت وانقضت عدتها :

إذا طلقت أم الصغير الحاضنة من والد المحضون وانقضت عدتها ، فإن مكان الحاضنة هو البلد الذى يقيم فيه والد المحضون أو من يقوم مقامه .

ويستثنى من ذلك الانتقال إلى بلد قريب من البلد الذى تقيم فيه . وعلى ذلك يجوز للحاضنة أن تنتقل بالمحضون إلى بلد آخر للإقامة به طالما كان قريبا ، وهو كذلك إذا استطاع الأب أو من يقوم مقامه أن يسافر إليه ويرى ولده قبل دخول الليل .

ولم يحدد الفقهاء الوسيلة التى يمكن للأب أن ينتقل بها حتى يعد المكان قريبا . إلا أن القضاء قد سار على أن العبارة فى وسيلة الانتقال فى كل عصر وما يناسبه . وأن السكك الحديدية تعتبر من وسائل الانتقال المعتادة فى عصرنا هذا . فلو أمكن للأب أن يسافر من مكان الحضانة إلى المكان الذى انتقلت إليه الأم بالصغير بواسطة السكك الحديدية ويعود فى نهاره قبل أن يدخل الليل اعتبر المكان الذى انتقلت إليه الأم قريبا .

ويتقيد جواز الانتقال إلى البلد القريب بالأى يكون فيه ضرر بمصلحة الصغير ، فلو أضر بمصلحته بأن كان مكان الحضانة مدينة وكان البلد القريب قرية لم يجز الانتقال " لأن فى أخلاق أهل الريف وطباعهم خشونة وجفاء فيخشى على الصغير أن يتطبع بأخلاقهم " وعموما فإن النشأة فى المدينة اصلح وأنفع للصغير من النشأة فى القرية ، حيث لا تيسر فى هذه الأخيرة وسائل الحياة الموجودة فى الأولى .

أما إذا كان الانتقال إلى مكان بعيد ، فإن ذلك لا يجوز إلا إذا تحقق شرطان :

الأول : أن يكون البلد الذى ترغب الانتقال إليه بولدها هو بلدها وموطنها الأصلي

الذى نشأت فيه ويوجد به أهلها . " والحكمة التى من أجلها جاز للأم أن تنتقل إلى بلدها بطفلها بعيدا عن والده هى أن من يتزوج امرأة فى بلدها يكون راضيا ضمنا بإقامتها بالولد فى هذا المكان . ولأن فى إقامة الأم فى بلدها بعد انتهاء الزوجية بينها وبين والد الطفل مصلحة لها، حيث تكون بين أهلها وذويها ومصلحة الطفل أيضا لوجوده مع أشفق الناس عليه وهم أقارب أمه فترجح هذه المصلحة على الضرر الذى يصيب الأب من بعد ولده عنه».

والثانى: أن يكون والد الطفل قد تزوجها فى هذا البلد ، وذلك لأن الرجل إذا تزوج فى بلدة معينة من أهلها صارت هذه البلدة محلا لإقامته ، لقول الرسول ﷺ: «من تأهل فى بلدة فهو من أهلها يصلى صلاة المقيم».

فإذا توافر هذان الشرطان جاز للأم الانتقال بطفلها إليه، وان تخلف شرط منهما لم يجز لها الانتقال.

الحالة الثانية: أن تكون الحاضنة غير الأم

إذا كانت الحاضنة غير الأم كالجدة أو الخالة مثلا ، فلا يجوز لها الانتقال بالطفل المحضون من البلد الذى يقيم فيه أبوه إلى بلد آخر بعيد تريد الانتقال إليه إلا برضاه حتى ولو كان وطنا لها.

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن الأم الحاضنة لا يجوز لها الانتقال بالولد إلى بلد بعيد إلا بشروط معينة . فإن التساؤل يثور عما إذا كان يجوز للأب انتزاع ولده من هذه الأم الحاضنة والانتقال به إلى بلدة أخرى ؟

يرى الفقهاء الأحناف أنه لا يجوز للأب أن ينتزع الولد من أمه التى تقوم بحضنته ويسافر به بدون إذنها إلا بعد انتهاء مدة الحضانة . لأن فى انتزاعه منها إبطالا لحقها ولحق الصغير كذلك وبهذا رأى قال ابن حزم الظاهرى أيضا.

٣. الأثر المترتب على تغيير مكان الحضانة :

لم تنص كتب الفقه على الأثر المترتب على تغيير مكان الحضانة صراحة، ومع ذلك يمكن عن طريق الاستنباط القول بأنه إذا كانت الحاضنة زوجة أو معتدة وانتقلت بالطفل من غير إذن الزوج أو موافقته كان للزوج أو المطلق أن يجبرها على العودة إلى المكان الأصيل للحضانة ، هذا إذا لم نجعل من الإقامة شرطا من شروط أهلية

الحضانة . أما إذا جعلناها شرطا من تلك الشروط فإن الأثر المترتب على تغيير مكان الحضانة هو سقوط حقها في الحضانة ونزع المحضون منها .

أما إذا كانت الحاضنة امرأة أخرى غير الأم وانتقلت إلى بلد آخر بدون رضاه سقط حقها في الحضانة ، وللاب أو من يقوم مقامه أن يأخذ الولد منها .

٤. مسكن الحضانة بعد صدور قانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :

تنص المادة ١٨ مكررا ثالثا مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ : «على 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 .

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيا لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة .

ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين قانونا .

وللنيابة العامة أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها .

وسند القانون فى تقرير هذه الأحكام ما ذهب إليه الفقهاء حين قالوا : " إن من لها إمساك الولد وليس لها مسكن فإن على الأب سكتها جميعا » .

د . أجره الحضانة :

لاستجلاء أحكام أجره الحضانة سنتناول النقاط التالية :-

- المقصود بأجره الحضانة . - مدى استحقاق الحاضنة أجره الحضانة .

- متى تجب عليه أجره الحضانة . - حكم أجره مسكن الحضانة .

١ . المقصود بأجره الحضانة :

يمكن أن نستخلص مما جاء فى كتب الفقه أن المقصود بأجره الحضانة مقابل العمل الذى تقوم به الحاضنة من رعاية وحفظ وصيانة للمحضون خلال فترة الحضانة . «فالْحَضَانَةُ عمل يستحق به الحاضن الأجره على القيام بها» . وهى بهذا المفهوم تختلف عن نفقة المحضون المتعلقة بأكله وشربه ولبسه وغير ذلك مما لا بد منه لحياته الشخصية .

مدى استحقاق الحاضنة أجره الحضانة :

إذا أردنا أن نبين آراء فى استحقاق الحاضنة أجره الحضانة ، فينبغى أن نفرق بين أم المحضون وغيرها وذلك على النحو التالى :-

مدى استحقاق أم المحضون أجره الحضانة :

إذا كانت الحاضنة أما للمحضون وقامت بحضانة ولدها ، فيما أن يكون ذلك أثناء قيام الزوجية بينها وبين والد المحضون أو يكون فى مدة العدة من طلاق رجعى أو بائن ، وإما أن يكون ذلك بعد صيرورتها أجنبية عن أبيه بطلاقها وانقضاء عدتها .

فإذا قامت الأم بحضانته أثناء قيام الزوجية بينها وبين أبى المحضون أو فى مدة العدة من طلاق رجعى منه فإنها لا تستحق أجرا على ذلك . لأن الزوج يقوم بالإنفاق عليها لاحتباسها من أجله . كما أن قيامها بحضانة الطفل يعد من جملة قيامها بحقوق الزوجية ، وحتى لا يكون لها نفقتان من شخص واحد فى وقت واحد . لأنها إذا كانت معتدة من طلاق رجعى فهى على أهبة العودة إلى الزوج إذا راجعها دون عقد جديد أو مهر جديد كذلك الحكم بالنسبة للمعتدة من طلاق بائن ، فالأصح فى مذهب الحنفية أن ليس لها نفقة ، لأنها تستحق نفقة العدة على الأب فلا يجب لها أجر على حضانة ولده وهذا ما يجرى عليه التطبيق القضائى فى مصر .

أما إذا انقضت عدة الطلاق وأصبحت الأم أجنبية عن والد المحضون فلها أجره الحضانة لأنها لا تستحق نفقة على الأب حيثذ وقد حبست نفسها للقيام بالحضانة . ومن حبس نفسه للقيام بعمل استحق الأجر فى مقابل هذا العمل . وهذا رأى الحنفية والشافعية والحنابلة وقول للمالكية والإباضية .

فى حين يذهب المالكية فى القول الآخر إلى أن الأم التى انتهت عنها لا تستحق أجره الحضانة ، وليس لها أن تنفق على نفسها من نفقة الولد لأجل حضانتها له ، على أساس أن الحضانة حق للمحضون ، وإذا كانت حقا على الحاضنة فهى مدينة بهذا الحق . والمدين لا يتقاضى أجرا على الوفاء بدينه .

ولا شك فى رجحان رأى الجمهور القائل باستحقاق أجره على الحضانة على أساس أن العدالة تقتضى أن من يودى عملا أو خدمة للغير يستحق الأجر الذى يقابل هذا العمل أو هذه الخدمة . وأن عدم الوفاء بهذا المقابل المادى خاصة إذا كان الشخص فى حاجة إليه قد يدفعه إلى الإحجام عن هذا العمل والتصل من تبعاته . وفى هذا ضرر بالغ بالمحضون . والحضانة قررت مصلحة الصغير لا لضرره .

مدى استحقاق الحاضنة غير الأم أجره الحضانة :

إذا كانت الحاضنة ليست أما ، فإنها تستحق الأجر على الحضانة من باب أولى .
فإذا كانت الأم عند صيرورتها أجنبية عن والد المحضون تستحق أجره الحضانة ،
وفقا لرأى الجمهور الذى رجحناه ، فإنها تكون مستحقة لغيرها .

٣ . من تجب عليه أجره الحضانة :

اختلف الفقهاء فيمن تجب عليه أجره الحضانة ، بيد أنه يمكن بلورة هذا الخلاف
فى ثلاثة اتجاهات رئيسية هى :-

الاتجاه الأول :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أجره الحضانة تجب فى مال المحضون ، فإن لم يكن له
مال فعلى من تلزمه نفقته ، وذلك لأن النفقة تجب على سبيل المواساة والموسر فى
غنى عن هذه المواساة . يمثل هذا الاتجاه المالكية والحنابلة والشافعية وهو قول عند
الأحناف كما يأخذ به أيضا الشيعة الإمامية والإباضية .

الاتجاه الثانى :

ويرى القائلون به أن أجره الحضانة تجب على الأب عند طلبها ، فإن لم يكن ، أو
كان ولم يمكنه التكسب فمن مال الطفل ، وهذا هو القول الثانى للأحناف . كما قال
به أيضا الشيعة الزيدية .

الاتجاه الثالث :

وبه قال الظاهرية وهو يذهبون إلى أن أجره الحضانة تجب على الأب أثناء فترة
الرضاع ، عملا بقوله تعالى : ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة :
٢٣٣] . وأما بعد فترة الرضاع ففى مال الصغير إذا كان له مال وإلا فعلى ورثته
الأقرب فالأقرب .

وفى مقام الموازنة بين الاتجاهات السابقة نرى تأييد الاتجاه القائل بأن أجره
الحضانة تجب فى مال المحضون إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال كانت على من
تلزمه نفقته . ذلك أن الحكم فى أجره الحضانة " كالحكم فى أجره الرضاع ، فإن كان
للصغير مال وجبت الأجرة فى ماله ، وإن لم يكن له مال وجبت الأجرة على أب
الصغير إن كان موسرا ، وإن كان معسرا قادرا على الكسب وجبت عليه أجره

الحضانة وكانت دينا عليه يطالب بها إذا أيسر . وإذا لم يكن الأب موجودا أو كان فقيرا غير قادر على الكسب وجبت الأجرة على من تجب عليه نفقه الصغير من الأتارب» .

٤ . حكم أجرة مسكن الحضانة:

إذا كانت الحضانة ليست لها مسكن تقديم فيه فهل لها أن تطلب أجرة مسكن ؟
اختلف الفقهاء فى الإجابة عن هذا السؤال على أربعة اتجاهات :

الاتجاه الأول:

وهو الراجع فى مذهب الأحناف أنه تجب فى الحضانة أجرة مسكن إذا لم يكن للحضانة مسكن . على أساس أن وجوب أجرة المسكن ليس مبنيا على وجوب الأجر على الحضانة ، بل على وجوب نفقة المحضون ، لأن المسكن من النفقة ، وعندما تكون الحضانة لا مسكن لها أصلا فكيف يلزمها أجرة مسكن لتحصن فيه المحضون .

الاتجاه الثانى:

ويمثله قلة من الأحناف ويذهب القائلون به إلى أنه لا تجب فيه الحضانة أجرة مسكن مطلقا سواء كان للحضانة مسكن أو لم يكن لها وذلك لأن وجوب الأجر على الحضانة لا يستلزم وجوب أجرة المسكن بخلاف النفقة .

الاتجاه الثالث:

وبه أخذ المالكية فى المشهور عندهم ومفاده وجوب أجرة المسكن سواء للحضانة مسكن أو لم يكن لها . لأن مسكن الحضانة من النفقة .

الاتجاه الرابع:

ويشترط وجوب أجرة مسكن للحضانة أن يكون الأب موسرا . وإلا فلا . وبهذا قال قلة من المالكية .

ولا شك فى رجحان القول بوجوب أجرة مسكن إذا لم يكن للحضانة مسكن " لأنها تلتزم بأجر تدفعه لصاحب المسكن حتى لا تسقط حضانتها بسكناها مع أجنبى عن الصغير أو قريب له قرابة غير محرمة " .

وأجرة المسكن تجب - عند الأحناف - على من تجب عليه نفقة الولد لأن المسكن من النفقة كما أشرنا . وبهذا أخذ المالكية فى أحد الأقوال .