بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة آل البيت

كلية الدراسات الفقهية والقانونية

قسم الفقه وأصوله

رسالة ماجستير بعنوان

الدفوع الموضوعية في دعويي الحضانة والضم وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني

Objective Justifications for The Cases of Maternal Custody and Care and Their Applications in Islamic Jurisprudence in Jordan

مقدمة من الطالب

بلال احمد إبراهيم اللطايفه

الرقم الجامعي

٠٣٢٠١٠٤٠١٠

إشــراف الدكتـور

فتح الله أكثم تفاحة

الفصل الدراسي الثاني

٢٠٠٨/٢٠٠٧م

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

الدفوع الموضوعية في دعويي الحضانة والضم وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني

Objective Justifications for The Cases of Maternal Custody and Care and Their Applications in Islamic Jurisprudence in Jordan

إعداد الطالب

بلال أحمد إبراهيم اللطايفة

الرقم الجامعي (٠٣٢٠١٠٤٠١٠)

المشرف الدكتور

فتح الله أكثم تفاحة

أعضاء لجنة المناقشة:	التوقيع
الدكتور فتح الله أكثم تفاحة	مشرفاً ورئيساً
الدكتور أنس مصطفى أبو عطا	عضواً
الدكتور محمد علي العمري	عضواً
الدكتور القاضي إيهاب أحمد أبو الهيجاء.....	عضواً

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله- كلية الدراسات الفقهية والقانونية-جامعة آل البيت – الأردن

نوقشت وأوصي بإجازتها، تعديلها، رفضها بتاريخ ٢٠٠٨/٥/١٩م.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

الإهـــــــداء

إلى قرة عيني رسول الله صلى الله عليه وسلم

وآل بيته الأطهار رضي الله عنهم

إلى صاحبي اليد الحانية

التي جففت عرق المسير.....

وخففت من عناء المشوار .....

إلى لحن قلبي.....

ودمي المتدفق.....

بين أوردتي وشراييني.....

إلى عيني التي أبصر بهما .....

إلى أمي الغالية.....

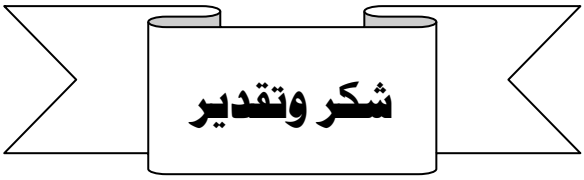
إلى أبي الحبيب.....

إلى إخواني الأعزاء.....

لهم جميعاً أهدي ثمرة جهدي

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com



الحمد لله على نعمه التي لا تُعد ولا تُحصى، والشكر له بأن منَّ عليّ بإتمام هذا العمل المتواضع.
وبعد فأنني أتوجه بالشكر إلى أستاذي ومشرفي الدكتور الفاضل فتح الله تفاحة، أطال الله في عمره على ما قدمه لي من نصح وإرشاد، وما تحمله من أعباء الإشراف على هذه الرسالة، فجزاه الله عني خير الجزاء، وجعله في ميزان حسناته.
كما أتقدم بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة، لتفضلهم بقبول مناقشتي، وتوجيهي بما فيه الخير والصواب.

الباحث

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قائمة المحتويات

الموضوع..... الصفحة

ملخص الرسالة ..... ك

المقدمة ١

أهمية البحث: ٤

مسوغات اختيار الموضوع..... ٤

الدراسات السابقة: ٥

إشكالية الموضوع، أو مشكلة البحث:..... ٧

المنهج المتبع في الدراسة:..... ٩

خطة البحث: ١٠

تحليل بعض المصادر والمراجع: ١٢

الفصل التمهيدي ١٧

مفهوم الدعوى والدفع ومشروعيته وركنه وأنواعه..... ١٧

المبحث الأول ١٨

تعريف الدعوى والفرق بين الحضانة والضم..... ١٨

المطلب الأول ١٨

الدعوى في اللغة..... ١٨

المطلب الثاني..... ٢٠

الدعوى في الاصطلاح الفقهي ٢٠

أولاً: مفهوم الدعوى عند الحنفية:..... ٢٠

ثانياً: مفهوم الدعوى عند المالكية: ٢١

ثالثاً: مفهوم الدعوى عند الشافعية..... ٢١

رابعاً: مفهوم الدعوى عند الحنابلة: ٢٢

خامساً: مفهوم الدعوى عند الجعفرية..... ٢٣

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

سادساً: مفهوم الدعوى عند الزيدية ٢٣
التعريف الراجح للدعوى ٢٣
المطلب الثالث..... ٢٥
تعريف الحضانة والضم وبيان الفرق بينهما..... ٢٥
أولاً: تعريف الحضانة ٢٥
الحضانة في الاصطلاح الفقهي: ٢٦
ثانياً: تعريف الضم ٢٨
المبحث الثاني..... ٣٠
مفهـوم الدفـع..... ٣٠
المطلب الأول ٣٠
الدفع في اللغة ٣٠
المطلب الثاني..... ٣٢
الدفع في الاصطلاح الفقهي..... ٣٢
المطلب الثالث..... ٣٥
الدفع في الاصطلاح القانوني ٣٥
عرف القانونيون الدفع بعدة تعريفات منها: ٣٥
التعريف الراجح:..... ٣٦
المبحث الثالث ٣٨
مشروعية الدفع وركنه وأنواعه ٣٨
المطلب الأول ٣٨
مشروعية الدفع..... ٣٨
المطلب الثاني..... ٤٤
ركن الدفع ٤٤

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث..... ٤٦
أنواع الدفع ٤٦
المبحث الرابع ٤٩
الدفع الموضوعي مفهومه وأقسامه ٤٩
المطلب الأول ٤٩
تعريف الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي..... ٤٩
المطلب الثاني..... ٥١
تعريف الدفع الموضوعي في القانون ٥١
المطلب الثالث..... ٥٣
علاقة الدفع الموضوعي بالدعوى ٥٣
المطلب الرابع..... ٥٥
أقسام الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون..... ٥٥
الفصل الأول ٥٨
الدفوع الموضوعية في دعوى الحضانة ٥٨
المبحث الأول ٥٦
تعريف عام بالحضانة ٥٦
المطلب الأول ٥٦
الحضانة في اللغة ٥٦
المطلب الأول: الحضانة في اللغة: ٥٦
المطلب الثاني..... ٥٨
الحضانة في الاصطلاح الفقهي ٥٨
تعددت تعريفات الفقهاء للحضانة إذ جاءت على النحو الأتي:..... ٥٨
أولاً: الحنفية:..... ٥٨

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: المالكية: ٥٨
ثالثاً: الشافعية: ٥٨
رابعاً: الحنابلة: ٥٩
سادساً: الزيدية: ٥٩
سابعاً: الجعفرية: ٥٩
المطلب الثالث ٦١
مشروعية الحضانة ٦١
المطلب الرابع..... ٦٥
شروط الحاضنة..... ٦٥
المطلب الخامس ٧١
أصحاب الحق في الحضانة ومدتها..... ٧١
أولاً: أصحاب الحضانة: ٧١
ثانياً: المالكية: ٧٢
ثالثاً: الشافعية: ٧٣
رابعاً: الحنابلة: ٧٣
خامساً: الظاهرية: ٧٣
المبحث الثاني..... ٧٨
الدفوع الموضوعية في دعوى الحضانة ٧٨
تمهيد..... ٧٨
المطلب الأول ٧٩
الدفع بعدم أهلية الحاضنة ٧٩
توضيح الدفع ٨٠
المطلب الثاني..... ٨٤

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدفع بضياع المحضون عند الحاضنة لانشغالها عنه ٨٤
المطلب الثالث..... ٨٧
الدفع بعدم القدرة على تربية المحضون وصيانته..... ٨٧
المطلب الرابع..... ٩٠
الدفع بإمساك الحاضنة للمحضون في بيت مبغضيه ٩٠
المطلب الخامس ٩٢
الدفع بزواج الحاضنة بغير رحم محرم للمحضون ٩٢
المطلب السادس ٩٥
الدفع بردة الحاضنة ٩٥
المطلب السابع ٩٧
الدفع باختلاف الدين بين الحاضنة والمحضون ٩٧
المطلب الثامن ١٠١
الدفع بسفر الحاضنة بالمحضون..... ١٠١
المبحث الأول ١٠٣
الفصل الثاني..... ١٠٣
الدفوع الموضوعية في دعوى الضم..... ١٠٣
المبحث الأول: تعريف عام بالضم..... ١٠٣
المطلب الأول: الضم في اللغة..... ١٠٣
المطلب الثاني:الضم في الاصطلاح الفقهي ١٠٣
المطلب الثالث: مشروعية الضم. ١٠٣
المطلب الرابع: شروط الولي طالب الضم..... ١٠٣
المطلب الخامس: أصحاب الحق في الضم ومدته. ١٠٣
المبحث الثاني:الدفوع الموضوعية في دعوى الضم: ١٠٣
المطلب الأول: الدفع بأن طالب الضم يضرب (أبنته،ابنه) ضرباً شديداً. ١٠٣

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: الدفع بأن سفرها بالمحضون كان بإذن وموافقة الولي.....١٠٣
المطلب الثالث:الدفع بأن الولي يقصد الكيد والإضرار بالمطلوب ضمها. ١٠٣
المطلب الرابع: الدفع بأن طالب الضم كالعم له أولاد بالغون يعيشون معه وهم غير محارم على المطلوب ضمها إذا كانت أنثى.....١٠٣
المطلب الخامس: الدفع بزواج المطلوب ضمها.....١٠٣
المطلب السادس:الدفع بأن المطلوب ضمها مريضة بمرض لا تستغني معه عن خدمة النساء..١٠٣
المطلب السابع: الدفع بأن الولي غير أهل للضم.....١٠٣
المطلب الثامن: الدفع بأن الأب متزوج من أجنبيه عن الصغيرة ولها أولاد بالغون من زوج غيره. ١٠٣
تعريف عام بالضم.....١٠٤
المطلب الأول ١٠٤
الضم في اللغة ١٠٤
المطلب الثاني.....١٠٥
الضم في الاصطلاح الفقهي.....١٠٥
المطلب الثالث.....١٠٩
مشروعية الضم.....١٠٩
المطلب الرابع.....١١٠
شروط الولي طالب الضم ١١٠
المطلب الخامس ١١١
أصحاب الحق في الضم ومدته ١١١
أولاً: أصحاب الحق في الضم: ١١١
المبحث الثاني.....١١٧
الدفوع الموضوعية في دعوى الضم ١١٧
المطلب الأول ١١٧

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدفع بأن طالب الضم يضرب (ابنته، ابنه ضرباً شديداً) ١١٧
المطلب الثاني..... ١١٩
الدفع بأن سفرها بالمحضون كان بإذن وموافقة الولي ١١٩
المطلب الثالث..... ١٢٢
الدفع بأن الولي يقصد الكيد والإضرار بالمطلوب ضمها ١٢٢
المطلب الرابع..... ١٢٤
الدفع بأن طالب الضم كالعم له أولاد بالغون يعيشون معه وهم غير محارم على المطلوب ضمها إذا كانت أنثى ١٢٤
المطلب الخامس ١٢٦
الدفع بزواج المطلوب ضمها ١٢٦
المطلب السادس ١٢٨
الدفع بأن المطلوب ضمها مريضة بمرض لا تستغني معه عن خدمة النساء..... ١٢٨
المطلب السابع ١٣٠
الدفع بأن الولي غير أهل للضم ١٣٠
المطلب الثامن ١٣٣
الدفع بأن الأب متزوج من أجنبيه عن الصغيرة ولها أولاد بالغون من زوج غيره ١٣٣
الخاتمة..... ١٣٥
اقتراحات وتوصيات..... ١٣٧
- وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين- ١٣٧
قائمة المصادر والمراجع..... ١٣٨
Abstract..... ١٤٧

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ملخص الرسالة

الدفوع الموضوعية في دعويي الحضانة والضم وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني

Objective Justifications for The Cases of Maternal Custody and Care and Their Applications in Islamic Jurisprudence in Jordan

إعداد الطالب

بلال أحمد إبراهيم اللطايفة

إشراف الدكتور

فتح الله أكثم تفاحة

إن موضوع الدفوع الموضوعية في الحضانة والضم من المواضيع المهمة في الحياة العملية، لذا فإنه من الضروري إبراز هذا الجانب من الناحيتين الفقهية والتطبيقية في المحاكم الشرعية الأردنية، فضمن الناحية الفقهية، قمت بتعريف الحضانة والضم ومشروعية كل منهما ،وشروط كل من الحاضنة والولي. وقمت ببيان أصحاب الحق في حضانة الصغار من الناحية التطبيقية العملية لدعويي الحضانة والضم في القضاء الشرعي الأردني. وقد بينت أبرز الدفوع الموضوعية التي تثار في هاتين الدعويين وكيفية السير بها وفصلها بالوجه الشرعي.

لذا فقد جاءت هذه الرسالة ترنو إلى تحقيق عدة أهداف، منها:

- تعريف المصطلحات الآتية: الدفع، الدعوى، الركن، الحضانة، الضم، الدفع الموضوعي.
- بيان الفرق بين الحضانة والضم، من الناحية التطبيقية العملية.
- مشروعية الدفع.
- أنواع الدفوع في الفقه الإسلامي والقانون.
- الدفع الموضوعي، مفهومه وأقسامه.
- بيان العلاقة بين الدفع الموضوعي والدعوى.
- بيان أصحاب الحق بحضانة الصغار.
- مدة هذه الحضانة.
- مشروعية الحضانة في الفقه الإسلامي.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

- شروط الحاضنة.
- الدفوع الموضوعية في دعوى الحضانة.
- مشروعية الضم.
- أصحاب الحق بضم الصغار.
- شروط الولي طالب الضم.
- الدفوع الموضوعية في دعوى الضم.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، خالق البنات والبنين وباعث المرسلين، هداية ورحمة للناس أجمعين، واصلي وأسلم على سيد الخلق وحبيب الحق محمد بن عبد الله المصطفى الأمين، إمام المرسلين المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه وذريته الطيبين الطاهرين وبعد: قال تعالى:" **"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلاَ تَمُوتُنَّ إِلاَّ وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ"**(١).

قال تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاء وَاتَّقُواْ اللّهَ الَّذِي تَسَاءلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً"(٢).

وقال تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلاً سَدِيداً{٧٠} يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَن يُطِعْ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزاً عَظِيماً"(٣)

إن الله شرع الزواج من لدن نبينا آدم عليه السلام، وحتى قيام الساعة، وهو سنة الأنبياء والمرسلين، حيث قال تعالى في محكم كتابه العزيز: **"وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلاً مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجاً وَذُرِّيَّةً وَمَا كَانَ لِرَسُولٍ أَن يَأْتِيَ بِآيَةٍ إِلاَّ بِإِذْنِ اللّهِ لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ"**(٤)

فالإسلام رغب بالزواج وحض عليه، ونبذ الرهبانية والعزوبية.

كما أن الزواج لا يكون إلا بين رجل وامرأة، فالإنسان بفطرته يحتاج إلى من يشاطره المودة والمحبة، ويبادله العطف والحنان، ويشاركه الهم والأحزان، فللزواج منافع عظيمة، وفوائد جليلة، فهو يلبي حاجات الإنسان الفطرية، وبه تتحقق رغبة الإنسان بالبقاء والخلود، وبه تتم المحافظة على الإنسان وصلاح المجتمعين من الضياع والفساد والانحلال الخلقي، وبه تتشكل الألفة والمودة والمحبة بين الزوجين

---

(١) سورة آل عمران، الآية ١٠٢.
(٢) سورة النساء، الآية ٢.
(٣) سورة الأحزاب، الآية ٧٠-٧١.
(٤) سورة الرعد، الآية ٣٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فيكون كل واحد منهما سكن للأخر ،فيحسن كل منهما لصاحبه، ويشاركه حلو الحياة ومرها في سرائها وضرائها.

فبالزواج تتكون الأسرة التي هي أساس المجتمع التي تمده بالسواعد القوية، والعقول المفكرة التي ترسي بدورها دعائم الحضارة الإنسانية، لذلك ركز الإسلام على الزوج بان يكون أساس اختياره لشريكة حياته مبيناً على أساس الدين، وحسن الخلق، حتى يتكون لدينا مجتمع إسلامي صالح، مبني على الفضيلة دون الرذيلة، حتى تتم المباهاة به بين الأمم والشعوب.

ويمكننا القول بأن للأسرة في الإسلام جانبين: أحدهما، ديني أخلاقي اجتماعي والآخر: قانوني، وما يعنينا في هذه الرسالة هو الجانب القانوني.

فمن المعلوم أن الأسرة من ثمرات الزواج، و هي تتكون من الرجل والمرأة والأولاد بنين وبنات، ومن المعلوم أيضاً بأن لكل من الزوجين حق واجب تجاه شريكه، كما أن لهما حقا على أولادهما، والأولاد لهم أيضاً حق على والديهما، فإذا كانت الحياة الزوجية قائمة بينهما على المودة والرحمة، فإنها تسير بشكل طبيعي، ولكن ذلك سرعان ما ينفطر إذا ما حصلت الفرقة والطلاق بين الزوجين، وخاصة فيما يتعلق بحق الأولاد تجاه والديهما، فكل واحد منهما والد وله الحق بحضانة وضم ابنه إليه.

فحضانة الأطفال، لا تكون مثار جدل إلا حين يقع الخلاف بين الوالدين ويتفرقا، فالعاقل من الأبوين من يبعد أولاده عن مواطن الخلاف مع الطرف الآخر، ولكن للأسف الشديد، نجد أن الأزواج بعد فرقتهما ،يشركون أولادهما بخلافاتهما، ويجعلونهم أساسه ومحوره، ويستخدمهم البعض كوسيلة ضغط وابتزاز للطرف الآخر.

ومن المعلوم أن في الحضانة ثلاثة حقوق، حق للزوج، وحق للزوجة، وحق للأولاد، و من المعلوم أن حق الصغير مقدم على غيره، لذلك ونظراً لأن مصلحة الصغير مقدمة على مصلحة أبويه، ولما كان الصغير - ذكراً أو أنثى- في مرحلة الطفولة بحاجة إلى من يقوم بخدمته ورعايته، ويقوم على شؤونه الخاصة في هذه المرحلة العمرية، من طعام وشراب وملبس وتعليم ونظافة، فلا ريب بأن النساء تقدم على الرجال في ذلك ؛لأنهن الأقدر على القيام بمهام هذه المرحلة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبناءً عليه فإن الشريعة الإسلامية قد خصت الأم برعاية صغيرها في هذه المرحلة ؛لأنها الأكثر شفقة وصبراً من غيرها، وقدمت على الرجال العصبات، وبعد أن يبلغ هذا الصغير، فانه يكون بحاجة إلى الحفظ والتأديب والتعويد على الشدة والصلابة، وهذا ما هو متحقق بالرجل، فجعل هذا الحق مناط به، فشرع له المطالبة بضم الصغير، ليقوم بحفظه وتأديبه، من اجل إثراء المجتمع الإسلامي بأفراد أشداء وأقوياء.

ونظراً لاحتمال وقوع التنازع بين الوالدين على حضانة أو ضم الصغار، ونظراً لاحتمال عدم تمكين الطرف الآخر بحضانة أو ضم صغيره المحتاج إليه، فقد شرعت دعوى الحضانة ودعوى الضم، وقد يلجأ كل طرف لدحض أحقية الطرف الآخر بحضانة وضم الصغير، فيلجأ إلى دفع دعواه بدفوع عديدة، وقد جاءت هذه الرسالة بموضوعيها (**الدفوع الموضوعية في دعويي الحضانة والضم وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني**) لتسلط الضوء، على أبرز الدفوع التي تثار في موضوع الحضانة والضم.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أهمية البحث:

حاول الباحث في هذه الدراسة إلقاء الضوء على جانب مهم من الدفوع الموضوعية في دعويي الحضانة والضم، وأراد الباحث أن تقدم للدارسين والمتخصصين في القضاء الشرعي وللمحامين ما يلي:

١- أبرز الدفوع الموضوعية في دعوى الحضانة.

٢- أبرز الدفوع الموضوعية في دعوى الضم.

٣- الآثار المترتبة على آثار هذه الدفوع.

٤- الفرق بين دعويي الضم والحضانة.

وبعد التعرض بالبحث للأمور السابقة، فإن هذه الدراسة تمكن الدارسين من فهم الدفع الموضوعي عند فقهاء الشريعة الإسلامية، وتأثيره في الدعوى، وإمكانية رد الدعوى بهذا الدفع، بالإضافة إلى الحاجة الماسة لها من قبل الباحثين والمحامين ،حتى يتعرفوا على أبرز الدفوع الموضوعية في دعويي الحضانة والضم.

وأخيراً، فان هذه الدراسة، تحقق عوناً للباحثين والدارسين من طلبة الشريعة الإسلامية، والعاملين في حقل القضاء الشرعي، والمحامين الشرعيين، وعامة الناس؛ لكونها تبحث في قضايا واقعية.

مسوغات اختيار الموضوع

١- الكتابة في موضوع له علاقة بواقع حياة الناس، وإفادة الدارسين لهذا المجال والمهتمين به.

٢- عدم وجود دراسة متخصصة تعالج موضوع الدراسة بشكل مباشر، وبالطريقة المتداولة في المحاكم الشرعية، وتقديم ما هو جديد من ناحية قضائية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدراسات السابقة:

- دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية، محمد راكان الدغمي، وهي رسالة قيمه ومتميزة، لا يستغني عنها أي باحث أو متخصص في مجال القضاء، وقد امتازت هذه الرسالة برصانتها وقوتها، وعلى الرغم من نفاسة هذه الدراسة ومعالجتها للموضوع الذي جاءت فيه بشكل أصيل ومميز، إلا أنها تختلف عن دراسة الباحث، حيث جاءت مركزه على دعوى التناقض من جهة، وعلى الدفع بشكل عام من جهة أخرى، في حين أن الباحث في خطته هذه يركز على الدفوع الموضوعية لدعوتي الحضانة والضم.
- الحضانة في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة لقوانين الأحوال الشخصية، هاني سليمان محمد الطعيمات، وهي رسالة قيمة متخصصة بموضوع الحضانة، لا يستغني عنها أي باحث أو متخصص في مجال القضاء ،وقد امتازت بقوتها ورصانتها ،وبالرغم من أهمية هذه الرسالة ،قد جاءت رسالة الباحث لتعالج موضوع الضم وما يتعلق به من الدفوع الموضوعية التي تثار في هذا الموضوع.
- الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات، مأمون محمد أبو سيف ،وهي رسالة علميه متخصصة في دعاوى النفقات، حيث قدم الباحث من خلال هذه الرسالة أهم الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات، وقد امتازت هذه الرسالة بقوتها وإجمالها للمواضيع المتعلقة بالدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات، وقد عالجها بشكل دقيق وواضح، ليستفيد منها الدارسون والمتخصصون، وعلى الرغم من أهميه هذه الدراسة المتميزة ،إلا أنها لا تغني عن رسالة الباحث، حيث جاءت رسالة الباحث في موضوع مختلف من حيث المحتوى والمضمون، فهذه الرسالة اختصت بدفوع النفقات، في حين أن رسالة الباحث خاصة بدفوع الحضانة والضم.
- نظرية الدفع الموضوعي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني، قاسم بني بكر. جاءت هذه الرسالة في بابين:

الباب الأول: احتوى على فصل تمهيدي، تحدث عن مفهوم الدفع الموضوعي، وأقسامه، ومشروعيته، وأحكامه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الباب الثاني: التطبيقات العلمية للدفع الموضوعي في القضاء الشرعي، من حيث كيفية الدفع، وأثارته بشكل عام، دون تفصيل لأي نوع بينما، جاءت رسالة الباحث مفصلة للدفع الموضوعي في دعويي الحضانة والضم بشكل خاص.

- الدفوع الموضوعية في دعاوى التفريق بين الزوجين، يوسف درادكة، وهي رسالة قيمه متخصصة في دعاوى التفريق بين الزوجين، وقد جاءت هذه الرسالة للباحث في ثلاثة فصول بعد الفصل التمهيدي، حيث احتوى الفصل الأول على التفريق بين الزوجين للإعسار بالمهر أو النفقة، واحتوى الفصلان الآخران على الدفوع الموضوعية الواردة في دعاوى التفريق بين الزوجين، وقد أفدت منها، إلا أنها تختلف عن دراسة الباحث، حيث إنها لم تحتوي على الموضوعات التي أرادها الباحث في خطته، بل لم يتعرض لها على الإطلاق، حيث أن الباحث يركز في دراسته هذه على الدفوع الموضوعية في دعويي الحضانة والضم.
- نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، محمد نعيم ياسين، وهي رسالة قيمه متميزة، لا يستغني عنها أي باحث أو متخصص في مجال القضاء بشكل عام. وقد جاءت هذه الرسالة القيمة في بابين، تناول في الباب الأول بعد الفصل التمهيدي سبب الدعوى، وركنها، وشروطها، وتناول في الباب الثاني أصول التقاضي وكيفية الجواب على الدعوى والحكم فيها، وقد كان التعرض للدفع بشكل عام في الفصل الثالث من الباب الثاني، حيث تعرض لتعريف الدفع، وأنواعه، وأحكامه، ووقته، وعلى الرغم من قيمة هذه الرسالة، وما حوته بين ثناياها من علم رصين وفائدة عظيمه، إلا أنها لم تركز على الجانب الذي بحثه الباحث في خطته هذه على إطلاقه، وقد جاءت رسالة عامه في هذا الموضوع، والباحث في هذه الرسالة يركز على جزئيه لها علاقة بالتطبيقات في المحاكم الشرعية الأردنية، وهي دراسة متخصصة في هذا المجال، وخاصة في موضوعي الحضانة والضم.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، معوض عبد التواب، حيث تناولت الدراسة الدفوع الموضوعية وفق نظر القضاء الشرعي المصري، ومن الناحية التطبيقية وبشكل مختصر ،بينما تخصص هذا البحث بدراسة الدفوع الموضوعية في موضوعي الحضانة والضم ضمن دراسة شاملة، يتم التركيز فيها على أحكام الدفع الموضوعي في القضاء الشرعي الأردني.
- الكتب القانونية هناك عدة كتب قانونيه منها:

١- نظرية الدفوع أمام القضاء الجنائي، عبد الله علي حسين.

٢- نظرية الدفوع في قانون المرافعات، أحمد أبو الوفا.

٣- الدفوع في قانون المرافعات، خالد شهاب.

- وهذه الكتب وغيرها من الكتب القانونية تختلف عن موضوع دراستي؛ لأنها تبحث في الدفوع من وجهة نظر القضاء النظامي (الوضعي) فقط بالإضافة إلى أنها لم تتعرض نهائياً إلى الدفوع الموضوعية في القضاء الشرعي.

إشكالية الموضوع، أو مشكلة البحث:

أوجب الله تعالى التحاكم في حالات النزاع، ليصل الإنسان إلى حقه، حيث يقصد من الدعاوى التي تثار في المحاكم الشرعية والنظامية في كثير من الأحيان الوصول إلى الحق، وقد يكون الغاية منها وللأسف في بعض الأحيان الباطل والكيد وليس أكثر، ومن الدعاوى التي تثار بالمحاكم الشرعية الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية، التي ترتبط بالأسرة داخل المجتمع، فقد تحصل بعض النزاعات بين الزوجين وتشتد إلى أن تصل إلى الطلاق بينهما، ومن الطبيعي أن يكون قد تولد بين هؤلاء الزوجين الأطفال خلال حياتهما الزوجية، والأصل في الحياة الزوجية أن تقوم على الحب والوفاق، وإذا أصبح من المستحيل استمرار الحياة الزوجية، فالأصل بالزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الحفاظ على مصلحة الأولاد بعد الطلاق، وان يتقيا الله بهؤلاء الأولاد، وأن لا يكون الولد هو وسيلة الانتقام للزوج أو للزوجة، فتبدأ الزوجة برفع الدعاوى على الزوج لتضيق الخناق عليه والضغط عليه من خلال

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأولاد، وتثار في هذه الدعاوى الدفوع الموضوعية والشكلية التي يكون لها الأثر الكبير في سير الدعوى ككل، خاصة أننا نعلم أن الدفع دعوى يحتاج إلى إثبات كما هو حال بالدعوى الأصلية، ولقد تعرض العلماء والباحثين في الفقه إلى الدفوع الموضوعية والشكلية في مؤلفاتهم، وأطّلع الباحث من خلال هذه الدراسات على أغلب هذه الدفوع التي تثار في هذه الدعاوى، فوجد أن الدفوع الشكلية التي تثار في جميع الدعاوى تكاد تكون واحدة، في حين أن الدفوع الموضوعية المثارة في الدعاوى المختلفة تختلف من دعوى لأخرى.

ولم يتسن للباحث الإطلاع على موضوع متخصص بالدفوع الموضوعية التي تثار بدعويي الحضانة والضم، فحاول الباحث من خلال هذه الدراسة التركيز على أهم هذه الدفوع، وما أهم الأحكام المتعلقة بها بهدف الإجابة على الأمور الآتية:

١- أهم الدفوع الموضوعية المثارة في دعوى الحضانة.

٢- الآثار المترتبة على إثارة الدفوع الموضوعية في دعوى الحضانة.

٣- الدفوع المثارة في دعوى الضم.

٤- الآثار المترتبة على إثارة الدفوع الموضوعية في دعوى الضم.

٥- الفرق بين دعوتي الحضانة والضم.

٦- بيان مستحقي الحضانة والضم.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنهج المتبع في الدراسة:

لقد اتبعت في هذه الدراسة المناهج العلمية الآتية:

أولاً: المنهج الاستقرائي:

١- استقراء النصوص الشرعية من قرآن، وسنة، مما يتعلق بالحضانة والضم.

٢- استقراء الأقوال والآراء الفقهية لدى كافة المذاهب الثمانية، والمتعلقة بالحضانة والضم.

٣- استقراء مواد قانون الأحوال الشخصية، ومواد قانون أصول المحاكمات الشرعية، وما استقر علية اجتهاد محاكم الاستئناف الشرعية.

ثانياً: المنهج التحليلي:

١- تحليل الأفكار والمعلومات المستمدة من كتب فقهاء الشريعة الإسلامية، ومن قانون الأحوال الشخصية الأردني، وذلك لاستخلاص النتائج وبناء الأحكام عليها.

٢- استنتاج بعض أحكام الدفع الموضوعي في المحكمة المقررة للدعوى الأصلية.

٣- الاستشهاد بالقرارات الاستئنافية حول الإحكام الصادرة من المحاكم الشرعية الابتدائية؛ لبيان ما عليه العمل في القضاء الشرعي الأردني بشأن أحكام الدفع الموضوعي.

٤- توضيح كل دفع من الدفوع الموضوعية، وذكر آثاره وفقا لما هو معمول به في المحاكم الشرعية الأردنية، مع الاستشهاد بالقرارات الإستئنافية الشرعية.

ثالثاً: المنهج التأصيلي:

١- الرجوع إلى المصادر الأصلية المعتمدة في بيان أحكام الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي.

٢- نسبة المذاهب الفقهية إلى قائليها ،وتخريج الأحاديث وردها إلى مصادرها.

٣- مراعاة قانون الأحوال الشخصية الأردني المعتمد في القضاء الشرعي الأردني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٤- إتباع أصول البحث العلمي، والتقيد بتعليمات الدراسات العليا في جامعة آل البيت الصادرة بشأن مواصفات كتابه الرسائل الجامعية.

خطة البحث:

وقد قسمت بحثي إلى مقدمة، وتمهيد، وفصلين، وخاتمة، وأدرجت تحت كل فصل مباحث، وتحت المباحث مطالب، فأما المقدمة: فقد تناولت فيها سبب اختيار الموضوع، وأهميته، والمنهج المتبع في الرسالة.

أما الفصل التمهيدي: فجاء فيه تعريف الدعوى، والدفع، ومشروعيته، وركنه، وأنواعه، ففي المبحث الأول بينت فيه مفهوم الدفع في الاصطلاح الفقهي والقانوني ،والمبحث الثاني جاء معرفاً للدعوى وأظهرت فيه تعريف الحضانة والضم والفرق بينهما من الناحية التطبيقية، والمبحث الثالث تناولت فيه مشروعية الدفع، وركنه، وأنواعه، وأما المبحث الرابع فبينت فيه الدفع الموضوعي، وأقسامه في الفقه الإسلامي.

أما الفصل الأول الذي جاء بعنوان الدفوع الموضوعية في دعوى الحضانة، فقد تناول المبحث الأول منه مفهوم الحضانة في اللغة والفقه، وأصحاب الحضانة ومدتها، وشروطها، ومشروعيتها، أما المبحث الثاني فقد عُني بالدفوع الموضوعية المثارة في دعوى الحضانة، مع بيان ما يتعلق بهذه الدفوع في قانون الأحوال الشخصية الأردني وتطبيقاته.

أما الفصل الثاني، فكان الحديث فيه عن الدفوع الموضوعية في دعوى الضم، حيث بينت في المبحث الأول منه تعريف الضم في اللغة والفقه، ومشروعيته ،وشروط الولي طالب الضم، وأصحاب الحق فيه، ثم عني المبحث الثاني منه بالدفوع الموضوعية في دعوى الضم، مع بيان ما يتعلق بهذه الدفوع في قانون الأحوال الشخصية الأردني وتطبيقاته.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما الخاتمة فقد ذكرت فيها النتائج التي توصلت إليها في البحث وبعد، فأنني أسال الله العلي العظيم أن أكون قد وفقت في كتابة هذا البحث وأن ينفع به أنه نعم المولى ونعم المجيب.

- والحمد لله رب العالمين -

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تحليل بعض المصادر والمراجع:

اعتمدت في دراستي هذه على مجموعة من المراجع والمصادر الأصلية في الفقه الإسلامي، والمعاجم الأصلية، والتي قد تميزت بدقتها وشمولها لأبواب الفقه ،فكانت جامعةٍ ومانعة، وزادت من إثراء تراثنا الحضاري المتميز الذي أثار الآفاق بوضوحه وعدله وتميزه، وكما اعتمد على مجموعة من كتب الفقه الحديثة ،والتي أضفى فيها مؤلفوها ما أُستجد من وقائع وأحداث احتيج فيها إلى بيان حكمها، ويمكن لنا أن نتعرض لبعضها بالتحليل وذلك كما يلي:

١- اسم الكتاب: **مختار الصحاح**.

- اسم المؤلف: محمد بن أبي بكر الرازي.
- تاريخ الوفاة: (٦٦٦هـ- ١٢٨٦م).

وصف الكتاب: من كتب اللغة، وهو كما قال عنه مؤلفه مختصر في علم اللغة، جمعه وأختاره من كتب الصحاح للإمام الجوهري، وهو كتاب مختصر، سهل الاستخدام ومرتب على الحروف الهجائية.

٢- اسم الكتاب: **لسان العرب.**

اسم المؤلف: جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم المعروف بابن منظور الأنصاري.

تاريخ الوفاة: (٧١١هـ- ١٣١١م).

وصف الكتاب: من كتب اللغة المتميزة، رتب المؤلف كتابه على الحرف الأخير، وفصوله على الحرف الأول، يستشهد بالآيات القرآنية والأحاديث النبوية ويبين الأقوال اللغوية فيها، ويستشهد أيضاً بأقوال العرب وأشعارهم، مع التوضيح لما فيها من غموض، البحث فيه صعب قليلاً، إلا أن الفائدة العلمية فيه ضخمة، وهو من أبرز الكتب في اللغة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣- اسم الكتاب: **الجامع الصحيح المعروف بصحيح البخاري**.

اسم المؤلف: محمد بن إسماعيل البخاري أبو عبد الله.

تاريخ الوفاة: (٢٥٦هـ- ٨٧٠م).

وصف الكتاب: يتناول هذا الكتاب الأحاديث النبوية الشريفة، ويقتصر فيه على الأحاديث الصحيحة ولا يورد غيرها، اعتبر من أصح الكتب بعد كتاب الله؛ لتثبته فكان يشترط اللقاء والمعاصرة، واختار ممن اشتهروا من الرواة بالعدالة والضبط، و هو أول كتاب ألف وصنف بالصحيح فقط، عدد كتبه (٩٧) كتاباً، و(٣٤٥٠) باباً وفيه (٢٦٠٧) حديثاً بدون تكرار.

٤- اسم الكتاب: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**.

اسم المؤلف: أبو بكر أحمد بن مسعود الكاساني.

تاريخ الوفاة: (٥٨٧هـ- ١١٧٦م).

وصف الكتاب: و هو كتاب مهم في المذهب الحنفي، فهو شرح لكتاب تحفة الفقهاء للسمرقندي، إلا أنه يلتزم ترتيب التحفة، بل رتبه ترتيباً فقهياً جديداً، إذ يذكر في مطلع كل باب الخطة التي يسير عليها، و يذكر الأفكار الرئيسية على شكل عناوين مستقلة، يقارن بين الفقه الحنفي وغيره، فيذكر الحكم الشرعي في المسألة ثم يذكر القول المخالف وأدلته، ومن ثم يبين أدلة الحنفية.

٥- اسم الكتاب: **المبسوط**

اسم المؤلف: أبو بكر بن أبي سهل السرخسي.

تاريخ الوفاة: (٤٨٣هـ - ١٠٩٠م).

وصف الكتاب: يعتبر كتاب المبسوط من أمهات الكتب في الفقه الحنفي، و هو مرتب على الأبواب الفقهية المعروفة، والتي جرى عرف الفقهاء أن جاز لنا التعبير على ترتيب مؤلفاتهم الفقهية على ذلك المنوال، يسترسل في الحديث عن الأحكام، ويعرض الآراء والأدلة ويناقشها مع المقارنة، ويحكم على الأحاديث، ويبين الضعف فيها إن كان هناك ضعف، ويذكر الروايات المختلفة في مذهبه ثم يرجح بين الروايات.

٦- اسم الكتاب: **المدونة الكبرى.**

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اسم المؤلف: الإمام مالك بن أنس.

تاريخ الوفاة: (١٧٩هـ- ٧٩٥م).

وصف الكتاب: يعد الكتاب من أمهات الكتب في الفقه المالكي، كيف لا و هو كتاب الإمام، وهو برواية سحنون بن عبد السلام التنخوي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام مالك، ويقوم منهج الكتاب على المناقشة، حيث يسأل سحنون ابن القاسم، فيجيب عن الإمام مالك، اشتملت المدونة على (٦٢٠) مسألة في فروع الفقه المختلفة.

٧- اسم الكتاب: **الأم**.

اسم المؤلف: الإمام محمد بن إدريس أبو عبدالله الشافعي.

تاريخ الوفاة: (٢٠٤هـ- ٨٢٠م).

وصف الكتاب: هو الكتاب الأول في فقه الشافعية تناول فيه أكثر المسائل الفقهية وهو يمثل مذهب الشافعي الجديد، وقد رتب كتابه على أبواب الفقه ويدلل على ما ذهب إليه ويرجح بين الأدلة حال التعارض ويبين قوة الحديث و ضعفه حيث يتناول رجال السند لبيان حال الحديث.

٨- اسم الكتاب: **المغني**

اسم المؤلف: موفق الدين ابن قدامة المقدسي.

تاريخ الوفاة: (٦٢٠هـ- ١٢٠٩م).

وصف الكتاب: من كتب الحنابلة، و هو شرح لمختصر أبي القاسم عمرو بن الحسين الخرقي، يذكر المسألة ثم يبسط فيها بحيث يذكر ما قاله علماء الصحابة والتابعين وعلماء الأمصار المشهورين، وينقل الإجماع في المسائل المجمع عليها، ويعد هذا الكتاب من أهم كتب الفقه المقارن.

٩- اسم الكتاب: **المحلَّى بالآثار.**

اسم المؤلف: محمد بن علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري.

تاريخ الوفاة: (٤٥٦هـ- ١٠٦٤م).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وصف الكتاب: يعتبر المحلى من الكتب التي جمعت بين الفقه والحديث، حيث اشتمل على فقه الظاهرية مقارناً بالمذاهب الفقهية الأخرى، قسم الكتاب على أبواب الفقه، حيث كان يذكر عنوان المسألة وفروعها ويذكر آراء الفقهاء وأدلتهم ويناقش أدلتهم ويرد عليهم، ورده يكون حازماً، كان يتطرق إلى علل الأحاديث والرجال، وكان يرويها بإسناده الخاص.

١٠- اسم الكتاب: **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتهى الأخبار**.

اسم المؤلف: الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني.

تاريخ الوفاة: (١٢٥٠هـ- ١٨٣٤م).

وصف الكتاب: هو من كتب شروح الحديث، وهو شرح لكتاب منتهى الأخيار لمجد الدين بن تيمية، قام الشوكاني فيه بتخريج الأحاديث وبيان طرقها واختلاف ألفاظها وشرح معانيها اللغوية، ثم بعد ذلك يذكر الأحكام الفقهية الواردة ومذاهب الفقهاء وأدلتهم، ما يمكن ملاحظته انه مختصر اختصاراً كثيراً.

١١- اسم الكتاب: **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار.**

اسم المؤلف: أحمد بن يحيى المرتضى.

تاريخ الوفاة: (٨٤٠هـ- ١٤٢٩م).

وصف الكتاب: جمع فيه مسائل الفقه الزيدي على الأبواب الفقهية، واستدل على المسائل بالقرآن الكريم والسنة النبوية، ويتطرق إلى مذاهب وآراء العلماء الآخرين في المذاهب الأخرى، إلا أن عبارته تمتاز أحياناً ببعض الصعوبة.

١٢- اسم الكتاب: **شرح النيل وشفاء العليل.**

اسم المؤلف: محمد بن يوسف ابن اطفيش.

تاريخ الوفاة: (١٣٣٢هـ- ١٩١٤م).

وصف الكتاب: يعتبر الكتاب من كتب الفقه الأباضي، وهو شرح لمتن الشيخ ضياء الدين عبد العزيز الأباضي، قام المؤلف بشرح المسائل الفقهية المبوبة بذكر الأحكام الفقهية وأدلتها من القرآن والسنة وآثار الصحابة، مع عرض أقوال المذهب

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأخرى، ويرجح بين الأقوال بناءاً على قوة الدليل، ويتعرض للمعاني اللغوية والإعرابية.

و من المراجع الحديثة التي استفاد الباحث منها، واعتمد عليها في كتابة هذه الرسالة المؤلفات التي جمعت قرارات محكمة الاستئناف الشرعية:

١- القرارات القضائية في الأحوال الشخصية لعبد الفتاح عايش عمرو، و هي حتى عام ١٩٩٠، و هي مرتبة على الأحرف الهجائية وجمعت كل القرارات في الأحوال الشخصية.

٢- القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد محمد علي الداود.

٣- القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى لأحمد محمد علي الداود.

و هذه المؤلفات جمعت قرارات محكمة الاستئناف ورتبتها حسب المواضيع، فترجع أحياناً إلى الأصل الذي أخذت منه القرار من كتب الفقه الحنفي، وقانون الأحوال الشخصية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل التمهيدي

مفهوم الدعوى والدفع ومشروعيته وركنه وأنواعه

المبحث الأول: تعريف الدعوى والفرق بين الحضانة والضم

المطلب الأول: الدعوى في اللغة

المطلب الثاني: الدعوى في الاصطلاح الفقهي.

المطلب الثالث: تعريف الحضانة والضم وبيان الفرق بينهما

المبحث الثاني: مفهوم الدفع

المطلب الأول: الدفع في اللغة

المطلب الثاني: الدفع في الاصطلاح الفقهي.

المطلب الثالث: الدفع في الاصطلاح القانوني.

المبحث الثالث: مشروعية الدفع وركنه وأنواعه

المطلب الأول: مشروعية الدفع.

المطلب الثاني: ركن الدفع.

المطلب الثالث: أنواع الدفع.

المبحث الرابع: الدفع الموضوعي مفهومه وأقسامه

المطلب الأول: تعريف الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: تعريف الدفع الموضوعي في القانون.

المطلب الثالث: علاقة الدفع الموضوعي بالدعوى.

المطلب الرابع: أقسام الفقه الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول

تعريف الدعوى والفرق بين الحضانة والضم

المطلب الأول

الدعوى في اللغة

قال ابن فارس[١] الدعوى: أسم مصدر أدّعى، حيث يقال: أدّعَى يدّعي إدَعاءً وهي أسم لما يدّعَى، الجمع دَعَاوي[٢].

دعا بالشيء: دعْواً، ودَعْوَةً، ودُعاءً.

ودَعْوَى: طلب إحضاره ويقال: دَعَتْ ثيابُه: أخلقت واحتاج أن يلبس غيرها.

ويقال: دعا الميّتَ: نَدبَه ويقال: دعا الله: رجا منه الخيرَ.

ودَعَّى في الضَّرع: أبقى فيه داعية اللبن.

وادّعَى في الحرب: اعْتَزَى؛ وهو أن يقول أنا فلان بن فلانٍ.

وانْدعَىَ: أجاب وتَدَاعَى القدمُ: دعا بعضهم بعضاً حتى يجتمعوا[٣].

- ويشتق من الجذر الثلاثي (د.ع.ى) معاني عدة أبرزها.
- الإخبار: حيث يقال: فلان يَدّعي بكرم فعاله أي يخبر بذلك عن نفسه[٤].
- **المطالب**: [٥] ومنه قوله تعالى:" **لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ**"[٦] أي ما يطلبون وما يتمنون.
- **الزعم**: فالقاضي يسمي من لا حجة له مدعياً قبل إقامة البينة وما بعدها.

---

[١] ابن فارس: هو أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، من أئمة اللغة والأدب، قرأ عليه بديع الزمان الهمذاني، والصاحب ابن عباد وغيرهما، أصله من قزوين، وأقام مدة في همذان ثم انتقل إلى الري، توفي فيها سنة ٣٩٥هـ، ومن تصانيفه: مقاييس اللغة، المجمل، الصاحبي، الفصيح، ذم الخطأ في الشعر. الزركلي، الأعلام، ج١، ص ١٩٣.

[٢] أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج٢، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ط١، دار الفكر، د.م، ١٩٧٩، ص ٢٧٩.

[٣] مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، د.ط، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، ج١، ص ٢٨٦.

[٤] الفيومي، المصباح المنير، ج١، ص ٢٠٨- ٢٠٩.

[٥] ابن منظور، لسان العرب، ج ١٤، ص ٢٦٠-٢٦١.

[٦] سورة يس، أية ٥٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- **الداعي**: أي المؤذن؛ لأنه يدعو الناس إلى ما يقرب من الله تعالى[١].

ومن خلال ما سبق نرى أن مفهوم الدعوى عند اللغويين لا يخرج عن معنى الطلب والتنمي[٢].

---

[١] ابن منظور، لسان العرب، ج ١٤، ص ٣٦١.
[٢] الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص ٢٠٨

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

الدعوى في الاصطلاح الفقهي

اختلفت عبارات الفقهاء عند تعريفهم للدعوى، وذلك تبعاً لقيود وألفاظ أرادوا منها أن يكون التعريف جامعاً ومانعاً، وذلك لما للدعوى من أهمية في مجال إثبات الحقوق وردها إلى أصحابها، ونعرض تعريفاتهم كما يلي:

تناول الفقهاء مفهوم الدعوى بالشرح والتعريف، لما لها من أهمية في مجال الحقوق، وقد أختلف الفقهاء عند تعريفهم لها:

أولاً: مفهوم الدعوى عند الحنفية:

عرف الحنفية الدعوى بأنها: "قول مقبول عند القاضي، يقصد به طلب حق من قبل غيره"[١].

فالقول يكون مقبول لدى القاضي الذي يختص بالنظر في الخصومات وإصدار الأحكام وألحق به بعضهم المحكم[٢]، والمطالبة والخصم ركنان من أركان الدعوى[٣].

وعرفها ابن نجيم[٤] من الحنفية أيضاً بأنها: "قول مقبول عند القاضي، ويقصد به الإنسان طلب حق قبل غيره، أو دفعه عن حق نفسه[٥]. و هو مطابق للتعريف السابق، إلا أنه زاد عليه أيضاً "أو دفعه من حق نفسه".

---

[١] محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٥١٠.

[٢] محمد راكان الدغمي، دعوى التناقض والدفع ص ٢٢.

[٣] محمد بن محمد ابن الغرس، الفواكه البدرية في البحث عن أطراف القضية الحكمية المحكمة، مطبوع مع المجاني الزهرية، مطبعة النيل، مصر، د. ت، ص ٨٥.

[٤] ابن نجيم: هو زين الدين ابن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم من أهل مصر فقيه أصولي حنفي، كان عالماً محققاً ومكثراً من التصنيف، من تصانيفه: البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، الأشباه والنظائر، توفي سنة ٩٧٠هـ. الزركلي، الأعلام، ج٣، ص ٦٤، وانظر شذرات الذهب، ج٨، ص ٣٥٨.

[٥] زين العابدين إبراهيم بن نجيم الشهير بابن نجيم المصري، رسائل أبن نجيم، ط١، (تحقيق الشيخ خليل الميس)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م، ص ٣٥٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: مفهوم الدعوى عند المالكية:

عرفت الدعوى عندهم بأنها: "طلب معين، أو ما في ذمة معين، أو أمر يترتب له عليه نفع معتبر شرعاً"[١].

ويقصد بطلب معين، كدعوى أن هذه الدار اشتراها منه، أو غصبها، أما قوله ما في ذمة معين كالديون والسلم، والمعين الذي يدعي انه بذمته كخالد إذا كان معيناً بالشخص، وإذا كان معيناً بالصفة كدعوى الدية على العاقلة.

وقوله أو ما يترتب عليه نفع معتبر شرعاً، للدلالة على وجوب المصلحة المعتبرة بنتيجة الدعوى كأن لا يوجد مصلحة معتبرة في الدعوى كدعوى عشر السمسمة، فإن القاضي لا يسمعها[٢].

ثالثاً: مفهوم الدعوى عند الشافعية

ورد للدعوى عن الشافعية تعريفات نذكر منها ما يلي:

الأول: إخبار عن وجوب حق له على غيره عند حاكم ومطالبته به[٣].

الثاني: إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم[٤].

ويقصد بالإخبار عن وجوب الحق، أي ثبوت الحق على غيره ويشمل الشهادة ،ولفظ الإخبار يدخل فيه الإخبار بالقول والكتابة والإشارة، وأراد بقوله عند حاكم" حتى لا يستقل صاحبها باستيفائها"[٥].

---

[١] القرافي، شهاب الدين أبي العباس ابن إدريس، الذخيرة في فروع المالكية (تحقيق أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن)، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١، ج٨، ص ٤٣١.

[٢] المصدر السابق، ج٨، ص ٤٣١، جعيط، محمد عبد العزيز، الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، ط٢، مطبعة الإرادة، تونس، ص ٢.

[٣] ابن أبي الدم، أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله ، أدب القضاء (تحقيق الدكتور محي هلال السرحان)، ط١، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٩٨، ج١، ص ١٥٢.

[٤] المليباري، زين الدين، فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ص ١٤٧.

[٥] محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج، د.ط، دار المعرفة بيروت، د.ت، ج١، ص ٦١٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعاً: مفهوم الدعوى عند الحنابلة:

عرفوها بقولهم أنها: "إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته"[١].

أراد بقوله "إضافة الإنسان إلى نفسه" أي طلب الشيء من الغير[٢] وأراد بقوله "في يد الغير أو في ذمته" شمول لهذا الحق سواء كان مادياً محسوساً في يد الغير أم له محتوى.

وبذلك فإن النظرة إلى الدعوى من قبل الفقهاء على أنها تحدث من التصرفات القولية الشرعية، و هي تصرف مباح، فلكل فرد حق التقاضي و له أن يدعي ما شاء على من يشاء[٣].

---

[١] المرداوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، (تحقيق محمد حامد)، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٨٥، ج١، ص ٣٦٩.

[٢] ابن المفلح، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ، ج١٠، ص ١٤٥.

[٣] محمد راكان الدغمي، دعوى التناقض والدفع، ص ٢٨-٢٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خامساً: مفهوم الدعوى عند الجعفرية

عرفوها بأنها: "مطالبة شخص شخصاً آخر عما يدعيه عليه، وقد يكون هذا الحق عيناً، أو ديناً، أو ضاراً، أو شفعة، أو زوجية، أو جناية وما إلى ذلك"[١].

وفي ذلك تشابه كبير بين التعريف هذا في مجمله وفي قسمه الأول- أي مطالبة شخص شخصاً آخر بحق يدعيه عليه - مع باقي تعريفات الدعوى عند المذاهب الأربعة، لكن المذهب الإمامي حدد نوع الحق بالعيني، أو الديني، أو الشفعة، أو جناية.

سادساً: مفهوم الدعوى عند الزيدية

عرفت عندهم بفتح الدال بأنها: "تعلق بالنسب والحق، والدعوى بكسرها، تختص بالنسب، والمدعى من معه أخفى الأمرين ولما كان معه الأخفى كان عليه الأقوى، وهي البينة[٢].

وبذلك حددت الزيدية الأمور التي تناولها الدعوى، مشيرة إلى أهمية البينة في الدعوى، وإن كان تعريفهم ليس بجامع ومانع.

التعريف الراجح للدعوى

بعد ذكر التعريفات السابقة يرى الباحث أن التعريف الراجح للدعوى هو: "قول مقبول، أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب حقاً له، أو لمن يمثله، أو حمايته" لما يلي[٣]:

- قول مقبول أو ما يقوم مقامه: لأنه يبين طبيعة الدعوى، فهي تصرف قولي والأصل فيه أن يكون بوسيلة القول، ولكنه يجوز أن يتم بواسطة الكتابة، أو الإشارة عند عدم القدرة على اللفظ أو الكتابة.

---

[١] محمود جواد، فقه الإمام جعفر الصادق، جزء٦، ط٥، دار الجواد، بيروت، ١٩٨٤، ص ٧٤.

[٢] أحمد بن يحيى بن المرتضى ت(٨٤) كتاب البحر الزخار، الجامع لمذاهب علماء الأمصار، تحقيق عبد الله بن عبد الكريم الجرافي، الجزء الخامس، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٧٥، ص ٣٨٥- ٣٨٦.

[٣] محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص ٨٣-٨٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- في مجلس القضاء: لأنه يميز بين الدعوى بمعناها الاصطلاحي والدعوى بمعناها اللغوي؛ فإنها في اللغة غير مقيدة بمكان معين، وفي الشرع لا توجد إلا إذا أنشئت في مجلس القضاء، ولذلك قيد التعريف بهذا القيد، ثم أن هذا القيد يخرج به كل تصرف قولي لا يشترط لصحته وجوده أن يكون في مجلس القضاء، كالعقود وغيرها.
- يقصد به إنسان طلب حقاً له: لأنه يميز أيضاً الدعوى عن غيرها من التصرفات التي يشترط لصحتها حدوثها في مجلس القضاء، كالشهادة والإقرار، ولا يقصد بهما طلب الإنسان الحق لنفسه.
- أو حمايته: لأنه يدخل فيها جميع أنواع الدعاوى المعتبرة عند جمهور فقهاء الشريعة بما فيها دعوى منع التعرض[١]؛ وذلك؛لأنها قول مقبول يقصد به حماية حق الإنسان، فتدخل في التعريف، حيث يصرح بأن الدعوى تشمل ما يقصد به طلب الحق، وما يقصد به حمايته، من الأقوال الحادثة في مجلس القضاء.

[١] دعوى منع التعرض صحيحة ومسموعة وهي كما إذا ادعى المدعي قائلاً: أن هذا المدعى عليه يعارضني في الأمر المعين بغير حق فاطلب منع تعرضه، فإذا لم يثبت المدعى عليه أن تعرضه بحق يمنعه الحاكم، حيدر، علي (١٩٣٢).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

تعريف الحضانة والضم وبيان الفرق بينهما

تعتبر الأسرة من الأركان الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الإسلامي، لذلك فقد صُب الاهتمام على أفرادها، ولما كانت الحياة الأسرية قد يعتريها الخلل والنزاع، مما يؤثر على أفرادها وخاصة الصغار منهم، فقد شرع الله تعالى الحضانة لمصلحة الصغار وحاجاتهم وعدم استطاعتهم الاستقلال بأنفسهم، سواء يوجد خلل أم لا. وتتجلى أهمية الفرق بين الحضانة والضم حتى نميز بينهما، وتكوين المعرفة الصحيحة عنهما، ولا يتضح الفرق بينهما إلا بعد تعريفهم، ومعرفة واقع كل مصطلح على حده، ولهذا سيقوم الباحث بعرض موجز بمعناهما بهذا الموضوع، وسنفصل معانيهم في مباحث لاحقة وذلك كما يلي:

أولاً: تعريف الحضانة

الحضانة في اللغة: بكسر الحاء وفتحها في اللغة، مصدر الفعل حَضَنَ فالصبي محضون إذا جعله في حضانة بكسر الحاء، والحضن صدر الإنسان، أو عضده، وما بهما أو دون الإبط إلى الكشح[١].

وحَضَن الطائرُ بَيْضهُ، وعلى بيضِه يَحْضَنُ حَضْناً وحِضانُّه وحِضاناً وحَضونا: جلس عليه للتَّفْريخِ[٢].

وحُضّانٌ: جمع حاضن لأن المُرَبِّي والكافل يَضُمُّ الطفّلَ إلى حِضْنِه وبه سميت الحاضنة وهي التي تُرَبِّي الطفل[٣].

---

[١] الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج٤، ص ٢١٧؛ الفيومي: المصباح المنير، ج١، ص ١٥٢.

[٢] ابن منظور، لسان العرب، ج١٣، ص ١٢٣.

[٣] المصدر السابق، ج١٣، ص ١٢٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والحِضْنُ: ما دون الإبْط إلى الكشح[١]، وقيل: هو الصدر والعَضدان وما بينهما، والجمع أحْضانٌ[٢].

وحضّنَ الصبيَّ يَحْضُنه حَضناً: ربَّاه، والحاضِنْ والحاضِنْة: الموُكَّلان بالصبيِّ يْحفَظانِه ويُربِّيانه[٣].

الحضانة في الاصطلاح الفقهي:

عرّفت الحضانة بعدة تعريفات عند فقهاء المذاهب نوردها كما يلي:

أولاً: مفهوم الحضانة عند الحنفية:

عرفها الحنفية بأنها تربية الولد لمن له حق الحضانة[٤].

وزاد ابن عابدين[٥] بأنها حفظه وإمساكه وغسل ثيابه[٦].

ثانياً: مفهوم الحضانة عند المالكية:

وعرفها المالكية بأنها: "حفظ الولد في مبيته، ومؤنة طعامه، ولباسه ،ومضجعه، وتنظيف جسمه"[٧].

---

[١] الزبيدي، تاج العروس، ج٩، ص ١٨٠ والكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع إلى الخلف وقيل ما بين الحجبة إلى الإبط وقبل هو السرة.

[٢] ابن منظور، لسان العرب، ج١٣، ص ١٢٢.

[٣] المصدر السابق، ج ١٣، ص ١٢٢.

[٤] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٤، ص ٤٠، مطبعة الجمالية، مصر، ١٣٢٨-١٩١٠م.

[٥] ابن عابدين: محمد بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين الدمشقي، إمام الحنفية في عصره، مولده ووفاته كانت بدمشق، من مصنفاته: رفع الأنظار عما أورده الحلبي على الدر المختار، الرحيق المختوم في الفرائض، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية سماه (الأسحار على شرح المنارة في الأصول)، الزركلي، الأعلام، ج٦، ص ٤٢.

[٦] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، ج١٠، ص ٢٥٢.

[٧] الدسوقي، شمس الدين محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ج٢، ص ٥٢٦. الرهوني، حاشية الرهوني على شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٨، ج٤، ص ٢٤٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثاً: مفهوم الحضانة عند الشافعية:

عرفت الحضانة عندهم بأنها: "هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عمّا يؤذيه، لعدم تمييزه كطفل، وكبير ومجنون، وتربيته أي تنميته بما يصلحه بتعهده في طعامه وشرابه ونحو ذلك"[١].

رابعاً: مفهوم الحضانة عند الحنابلة:

عرفو ها بأنها: "حفظ الصغير، والمجنون، والمعتوه، عمّا يضرهم و تربيتهم بعمل مصالحهم من غسل بدن، وغسل ثوب، وتكحيل، ودهن وربط بمهد وتحريكه لينام"[٢].

خامساً: مفهوم الحضانة عند الإمامية:

الحضانة عندهم هي ولاية وسلطة على تربية الطفل وما يتعلق بها من مصلحته حفظه، وجعله في سريره وكحله، وتنظيفه، وغسل خرقه وثيابه ونحو ذلك[٣].

سادساً: مفهوم الحضانة عند الزيدية:

عرفت عندهم بأنها: "حفظ من لا يستقل بأمره، وتربيته، ورعايته عما يهلكه أو يضره"[٤].

---

[١] عبد الله بن الشيخ الكوهجي، زاد المحتاج شرح المنهاج، ط٣، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ج٣، ص ٦٠٣. شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان،، ج٧، ص ٢١٤.

[٢] ابن قدامه موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، ط٢، (تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور محمد الحلو)، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٢، ج٨، ص ٢٩٧.

[٣] النجفي، محمد بن حسن باقر، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ط١، مؤسسة المرتضى العالمية، دار المؤرخ العربي، بيروت، ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م، ج١١، ص ١٨٣.

[٤] محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠، ج٣، ص ٢٢٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سابعاً: مفهوم الحضانة عند الأباضية:

عرفوها بأنها: "حفظ الولد في نفسه، ومؤنه طعامه، ولباسه، ومضجعه، وتنظيف جسده"[١].

ثانياً: تعريف الضم

الضم في اللغة: بمعنى الجمع، فيقال ضممته ضماً فانضم بمعنى جمعته فانجمع، ومنه الإضمامة بكسر الهمزة وهي: الحزمة[٢]، واضطمت عليه الضلوع أي اشتملت.

والضَّمُّ: قَبْضُ شيءٍ إلى شيءٍ، وقد ضَمَّهُ فَانضَمَ إليه وتَضامَّ وضامَّمهُ واضطَمَّ الشيءَ: جَمَعَهُ إلى نفسِه والضِمَّ والضِمامُ، بكسرِهما: الداهيةُ الشديدَةُ والإضْمامَةُ، بالكسر: الجماعَةُ.

والضَّمْضَمُ: الغَضْبانُ، والأسَدُ الغَضْمامُ: الذي يَحْتَوي على كُلِّ شَيءٍ.

والضَّمَّةُ: الحَلْبَةُ في الرِّهانِ، وَفَرَسٌ سَبَّاقُ.

والأضامِيم، أي: جماعاتِ الخَيْلِ. واخْظَمَّ عليه: اشْتَمَلَ[٣].

الضم في الاصطلاح الفقهي: وبما أن الفقهاء لم يفرقوا بين الحضانة والضم، فإننا يمكنا أن نلمس الفرق بينهما من خلال النصوص التشريعية في قانون الأحوال الشخصية في المادة (١٦٥) التي يفهم منها أن الضم يكون للولي المحرم، مما يفهم منه أن الحضانة تكون للأنثى، كما نصت عليه المواد (١٥٤- ١٦٤)، بل تناولوه بالبحث عند حديثهم عن الحضانة على أساس أن الحضانة حق للأم، فإذا استغنت عنه الأم انتقل الحق إلى الأب[٤].

---

(١) أطفيش محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، ط٢، مكتبة الإرشاد، جدة، ١٣١٢هـ-١٩٧٢م، ج٧، ص ٤٠٧.

(٢) أنظر الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص١٠، الفيروز إبادي، القاموس المحيط، ج٤، ص ١٤٤.

(٣) الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، (تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة)، ط٦، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٨.

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٤، ص ١٨٠، الهيثمي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن محمد، تحفة المحتاج بشرح المنهاج وهو شرح على كتاب منهاج الطالبين في فقه الإمام الشافعي،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الضم في الاصطلاح القانوني: عرف الضم بأنه تربية الطفل ورعايته، والقيام بجميع أموره في سن معينة، لمن له الحق في الحضانة، وأيضاً فأن الضم وإن كان حقاً مشروعاً إلا أنه مقيد بالمنفعة من الجانبين، فإذا أساء أحدهم استعماله منع منه[١].

ثالثاً: الفرق بين الحضانة والضم:

الحضانة والضم تؤديان إلى نفس المعنى، وتكون الحضانة أولاً للنساء؛ لأنهن اقدر على تربية الصغار، ثم ينصرف إلى الرجال؛ لأنهم أقوى على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار، لذلك فإن ضم الصبي لأبيه متى تجاوز أقصى سن الحضانة، و هو حق مشروع للأب الذي هو أقدر على تأديب الصغير عند بلو غه أقصى سن الحضانة، وأقدر على تعليمه، وعلى الإنفاق عليه و صيانته، وعليه فإن من له ولاية الضم ،يجبر على ضم الصغير حتى لا يضيع[٢] فالفقهاء لم يفرقوا بين الحضانة والضم، لكن من الناحية القانونية فهناك فرق بينهما، و هذا يتجلى من خلال أروقة المحاكم الشرعية حيث نجد أن المحاكم الشرعية قد فصلت بهذا الموضوع على النحو الآتي:

١- أن الحضانة تكون للنساء والضم يكون للرجال.

٢- الحضانة للصغير قبل البلوغ، والضم يكون بعد البلوغ، ولكن أحياناً يكون الضم قبل البلوغ، وذلك في حال إذا كانت الحاضنة غير الأم من النساء كالخالة أو الجدة، ويكون ضم الرجال للأنثى في سن الحادية عشرة والذكر في سن التاسعة؛ لأن هذا السن يحتمل البلوغ عندهما وكذلك يكون الضم قبل البلوغ إذا كانت الحاضنة غير أهل للحضانة.

(تحقيق عبدالله محمود محمد عمر)، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ج٣، ص ٥٢٢، البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦، ج٤، ص ٤٧٥.

[١] محمد خالد شهاب، الدفوع الشرعية، ص ٢١.

[٢] أحمد الجندي، مبادىء القضاء في الاحوال الشخصية، مكتبة صادر، بيروت، ٢٠٠٠، ص ١٤٩٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني

مفهـوم الدفــع

المطلب الأول

الدفع في اللغة

الدفع من المصدر دَفَعَ[١]، وجاء الجذر الثلاثي (دفع) في اللغة ليدل على معاني عديدة نذكر منها ما يلي:

١- دَفَعَ الشيء: أي رده ويقال دَفَعَ القول: رَدْهُ بالحُجْة[٢].

٢- الحماية: ويظهر ذلك في قوله تعالى: **"إِنَّ اللَّـهَ يُدَافِعُ عَنِ الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ اللَّـهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ خَوَّانٍ كَفُورٍ** [٣] وقوله تعالى: للكافرين **"لِلْكَافِرِينَ لَيْسَ لَهُ دَافِعٌ{٢} مِّنَ اللَّهِ ذِي الْمَعَارِجِ"**[٤] وذلك يعني الحماية[٥].

٣- الرحيل: دَفَعْتُ عن الموضع أي رَحَلْتُ عَنْه[٦].

٤- المضي في الأمر[٧] ويقال اندَفَعوا في الحديث أي استمروا به.

٥- الإزالة بالقوة دَفَعْتُه دَفْعاً، فَاندفَع ودَفْعتَ عنه[٨]. الأذى ودافعت عنه ومن ذلك قوله تعالى: **" لِلْكَافِرِينَ لَيْسَ لَهُ دَافِعٌ"**[٩].

---

[١] محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، ط١، مكتبة الثقافة الدينية القاهرة، ١٩٨٦، ص ٢٢٦.

[٢] إبراهيم أنيس وآخرون المعجم الوسيط، ط٢، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٨، ص٢٩٨، الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، جزء ١، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، د.ت ص٢١، الفيروزابادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط جزء٢، دار الجليل، بيروت، د.ت، ص١٠.

[٣] سورة الحج، أية ٣٨.

[٤] سورة المعارج، أية ٢، ٣.

[٥] محمد مرتضى الزبيدي تاج العروس من جوهر القاموس، تحقيق عبد العليم الطحاوي، التراث العربي، الكويت، ١٩٨٤، جزء ٢٠ ص ٥٥٣.

[٦] الفيومي، المصباح المنير، ص ٢١٠.

[٧] الفيروز إبادي: القاموس المحيط، جـ١، ص٢١-٢٢.

[٨] محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي الحصري، لسان العرب، جزء ٨، ط١، دار صادر بيروت، د.ت. ص ٨٩. الفيومي، المصباح المنير، جـ١، ص٢١٠.

[٩] سورة المعارج، أية ٢٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٦- دفع: أسرع، ومعه أندفع الفرس إذا أسرع في سيره.

٧- المحاجة عن الغير يقال دافعت عنه، أي حاججت عنه[١].

وبناءً على ما سبق ذكره من معاني الدفع في اللغة ،نخلص إلى أن معانيها المتشعبة متقاربة فيما بينها، وبمجملها تدل على الرد والإبعاد والمنع والحماية، و هذه المعاني تتصل بموضوعنا إذ أن الدفع في الدعوى يحمي ويبعد أن يقع الحق على من له حق الدفع.

[١] الفيرزو أبادي، القاموس المحيط، ج٣، ص ٢١-٢٢، الرازي مختار الصحاح، ص ٢٢٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

الدفع في الاصطلاح الفقهي

لم يعرف الفقهاء المسلمون القدامى الدفع كمصطلح من ناحية فقهية، وتحدثوا عنه كونه من أوجه جواب الخصم على الدعوى، ويقصد بها إسقاط الخصومة عن المطلوب وإثبات عدم صحة توجيهه والمطالبة إليه، أو إسقاط دعوى المدعي وإثبات عدم توجيه أي حق له على المطلوب. ويرجع الدكتور محمد نعيم السبب في عدم تعرض الفقهاء المسلمون القدامى للدفع، إلى وضوح معناه عندهم، فلم يكونوا بحاجة إلى تعريفه، كما أنهم اعتبروه دعوى جديدة من قبل المدعى عليه يراد منها رد دعوى المدعي عليه، وإنهاء النزاع والخصومة، أو تأجيلهما[١].

---

[١] ياسين محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٣، دار النفائس، عمان، ٢٠٠٥، ص ٥٨٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد عرّف الباحثون المحدثون الدفع بتعريفات متعددة أبرزها:

أ- عرفت مجلة الأحكام العدلية الدفع هو: "أن يأتي المدعى عليه بدعوى تدفع دعوى المدعي"[١].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه عد الدفع دعوى، واشترط أن تسبق هذا الدفع دعوى من قبل المدعي؛ لأن الهدف من الدفع هو دفع تلك الدعوى.

ب-محمد نعيم يقول: "لم يصرح الفقهاء بتعريف للدفع، معتمدين على أنه نوع من الدعاوى ،يقصد به أحد أمرين: إما إسقاط الخصومة عن المطلوب وإثبات عدم صحة توجيه المطالبة إليه، أو إسقاط دعوى المدعي وإثبات عدم توجّه أي حقله على المطلوب، وانطلاقاً من هذا المفهوم للدفع عرفة بعض المحدثين من الفقهاء بأنه: دعوى من قبل المدعى عليه، أو ممن ينتصب المدعى عليه خصماً عنه، يقصد بها دفع الخصومة عنه، أو إبطال دعوى المدعي[٢]. يلاحظ على هذا التعريف أنه قد اعتبر بأن الدفع دعوى، وأن هذا الدفع يكون من قبل المدعي عليه أو وكيله بهدف دفع الخصومة عن المدعى عليه، إلا أن بعض الدفوع تهدف إلى رد دعوى المدعي جزئياً وليس كما ذكر التعريف رد دعوى المدعي كلياً، ولا يكون الدفع من قبل المدعي عليه فقط؛ لأنه قد يكون من قبل المدعي عليه أيضاً.

ج-عرفه محمود السبكي: الإتيان بدعوى من جهة المدعى عليه، يريد بها رد دعوى المدعي[٣].

ويتشابه هذا التعريف مع تعريف المجلة، ألا أنه أستبدل كلمة (رد) بكلمة تدفع، ويؤخذ عليه ما أخذ على تعريف مجلة الأحكام.

د- عرفه علي حيدر: "الإتيان بدعوى قبل الحكم، أو بعده من قبل المدعى عليه ترد وتزيل دعوى المدعي"[١].

---

[١] المادة ١٦٣١، من مجلة الأحكام العدلية.

[٢] محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص ٥٨٦.

[٣] محمود حطاب السبكي، فصل القضية في المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية، ص ١٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يلاحظ على هذا التعريف أنه اعتبر الدفع دعوى، وبين أن الدفع إما أن يكون موضوعياً أو دفعاً بعدم الخصومة، حينما قال قبل الحكم أو بعده، ولكنه اقتصر هذا الدفع على المدعى عليه فقط، وأسقط الدفع الشكلي الذي يؤثر أحياناً في تأخير الفصل بالدعوى دون ردها.

ن- عرفه علي قراعة: هو دعوى من قبل المدعى عليه، أو ممن ينتصب المدعى عليه خصماً عنه، يقصد بها دفع الخصومة عنها، أو إبطال دعوى المدعي[٢].

يلاحظ على هذا التعريف أنه بيّن أن الدفع كما يكون من المدعى عليه فأنه كذلك يكون من قبل المناب عن المدعى عليه كالوكيل والقيم، إلا أنه لم يبين الوقت الذي يصح فيه إثارة الدفع.

هـ- عرفه مأمون أبو سيف بأنه: دعوى يثيرها المدعى عليه، أو المتضرر، أو المحكمة، بهدف رد دعوى المدعي أو تأخير الحكم فيها[٣].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه شمل على نوعين من الدفوع الموضوعية عندما قال برد دعوى المدعي، والشكلي بقوله أو تأخير الحكم ولم يشتمل على الدفع بعدم القبول، وهو ما يعرف بدفع الخصومة بالفقه الإسلامي.

و- عرفه شفيق العاني: هو دعوى من قبل المدعى عليه، أو وكيله يقصد به دفع الخصومة، أو إبطال دعوى المدعي[٤].

ي - عرفة محمد الأبياني: هو إتيان المدعى عليه بدعوى ،يريد بها إسقاط دعوى المدعي، وهو مقبول سواء كان بعد إقرار المدعى عليه أو إنكاره، وسواء كان قبل الحكم أو بعده[٥].

---

(١) علي حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، ج٤، مكتبة النهضة، د.ت، ص ٢١٢.

(٢) قراعة، علي، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، ط٢، مطبعة النهضة، مصر، ص ٥٤.

(٣) مأمون محمد أبو سيف، الدفوع الموضوعية في دعاوي النفقات، ط١، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩، ص ١٩.

(٤) العاني، محمد شفيق، أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي، ط٢، مطبعة الرشاد، بغداد، ص ٥٥.

(٥) الأبياني، محمد زيد، مباحث المرافعات الشرعية، ص ٢٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

الدفع في الاصطلاح القانوني

عرف القانونيون الدفع بعدة تعريفات منها:

١- عرفه أحمد أبو الوفاء بأنه: "اصطلاح يطلق بمعناه العام على جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها، ليجيب على دعوى خصمه بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه، سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى أصل الحق المدعى به، أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكراً إياها"[١].

٢- عرفه رزق الله أنطاكي: الدفوع بصورة عامة هي جميع الوسائل التي يستعملها المدعى عليه، والتي يقصد منها تفادي الحكم عليه بالدعوى[٢].

٣- عرفه أحمد صاوي: جواب الخصم على إدعاء خصمه، بقصد منع الحكم له بما يدعيه[٣].

٤- عرفه عبد الحكيم فودة: هي سبل الدفاع التي يجوز للخصم أن يلجأ إليها ،يرد على إدعاءات خصمه، قاصداً من ذلك تفادي الحكم عليه بما يطلبه خصمه[٤].

ويؤخذ على هذه التعريفات ما يلي:

أ- إن تعريفاتهم تعتبر أن مجرد إنكار الدعوى يعتبر قبيل الدعوى[٥] والحقيقة أن الفرق كبير والبون شاسع بين الإنكار والدفع، إذ أن عبء الإثبات يقع على المدعي في حالة إنكار الدعوى، أما في حالة الدفع فإن عبء الإثبات يقع على الدافع في حالة إنكاره من الخصم الآخر[٦].

---

(١) أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط٦، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠، ص ١١.

(٢) رزق الله أنطاكي: أصول المحاكمات في المواد المدنية التجارية، ط٣، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦١، ص ٢٠٧.

(٣) أحمد صاوي، الدفوع المدنية التجارية، مكتبة النيل للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٦٧.

(٤) عبد الحكيم فودة: الدفوع والدفاعات في المواد الحديثة والجنائية في ضوء الفقه وقضاء النقد، ط١، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٧.

(٥) محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص ٥٨٦-٥٨٧.

(٦) زياد صبحي، الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون، ١٩٩٤م، ص ٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب ـ تقتصر على الدفع الذي يكون أثناء سير الدعوى، ولا تشمل الدفع بعد الحكم. و هي غير جامعة؛ لأنها تعتبر إذكار الدعوى من جملة الدفوع و هذا غير صحيح؛ لأن الدافع يكلف بإثبات دفعه، بينما لا يكلف المنكر بإثبات إنكاره[١].

التعريف الراجح:

بعد ذكر التعريفات السابقة ومناقشتها، يرى الباحث أن التعريف الراجح للدفع هو: "وسيلة دفاع يمكن إثباتها، يثيرها الخصم أو المحكمة في الدعوى بهدف رد ها، أو تأخير الحكم فيها"[٢].

شرح التعريف

- **وسيلة دفاع**: تشمل جميع وسائل الدفاع، من الإنكار والدفع.
- **يمكن إثباتها**: قيد ليخرج به وسائل الدفاع التي لا يمكن إثباتها، فيخرج بهذا القيد الإنكار.
- **يثيرها الخصم:** إن كلمة الخصم عامة تشمل المدعي والمدعى عليه، وبهذا يشمل التعريف دفع الدعوى من المدعى عليه، ويشمل دفع الدفع من قبل المدعي.
- **أو المحكمة**: بيان أن المحكمة من الممكن أن تُثير الدفع من تلقاء نفسها، وذلك في الدفوع التي تتعلق بالنظام العام.
- **في الدعوى:** بيان لمحل الدفع و هو وجود الدعوى، و هذا يعني أن الدفع لا بد أن تسبقه دعوى.
- **بهدف ردها:** بيان للأثر المترتب على ثبوت الدفع، وهدف الخصم من إثارته، و هو رد دعوى خصمه و هذا عام يشمل رد الدعوى بعد الدخول بالموضوع، ويشمل ردها قبل الدخول بالموضوع، فهو يشمل الدفوع الموضوعية، وبعض أنواع الدفوع الشكلية.

---

[١] بني بكر، قاسم: (نظرية الدفع الموضوعي وتطبيقاته في القضاء الشرعي الأردني دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥، ص ٧٧؛ ياسين نظرية الدعوى، ص ٥٧٨.

[٢] زيادة صبحي، الدفوع الشكلية، ص ٥- ٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- **تأخير الحكم فيها**: ويشمل بعض أنواع الدفوع الشكلية التي يُهدف من إثارتها تأخير البت في الدعوى.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثالث

مشروعية الدفع وركنه وأنواعه

المطلب الأول

مشروعية الدفع

لقد ثبتت مشروعية الدفع الموضوعي بالكتاب والسنة والمعقول، سواء أكان الدفع من المدعى عليه أم من المدعى في جوابه، الذي يراد به رد دفع المدعى عليه[١] وأُعطي الحق للخصمين في الدفاع عن أنفسهما، ولهما أيضاً الحق في الوقت الكافي، الذي يراه القاضي من أجل بيان دفوعهما وتوضيحها، وللقاضي إمهالهما لهذه الغاية الفترة المناسبة، فان لم يوضحاها قضى برد دفعه[٢].

أولاً: الكتاب

حيث استنبطت مشروعية الدفع من الكتاب بما ورد في سورة سيدنا يوسف علية السلام، وبما حصل بينه وبين امرأة العزيز، حيث قال تعالى على لسان امرأة العزيز لزوجها:" **وَاسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُ مِن دُبُرٍ وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَى الْبَابِ قَالَتْ مَا جَزَاء مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوَءاً إِلاَّ أَن يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ** "[٣]؛ فرد سيدنا يوسف علية السلام على هذا الاتهام بقوله:" **قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَن نَّفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ**"[٤].

وجه الدلالة:

بينت الآية الأولى كيفية إتهام سيدنا يوسف عليه السلام بالزنا، كما ادعت عليه امرأة العزيز أنه حاول الزنى بها، وحتى تؤكد ذلك طلبت من زوجها حاكم مصر أن

---

[١] علي حيدر، درر الحكام، ج٤، ١٨٦- ١٩٢؛ شمس الدين محمد بن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الاقفية ومناهج الأحكام، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٠١هـ، ص١٦١-١٦٦

[٢] علي حيدر، درر الحكام، ج٤، ص ١٨٦.

[٣] سورة يوسف، آية (٢٥).

[٤] سورة يوسف، آية (٢٦).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يسجنه، أو يعذبه عذاباً أليماً جزاءً له، ثم جاءت الآية الثانية لتحمل جواب سيدنا يوسف عليه السلام على تلك الدعوى، وهو الدفع لها على لسان سيدنا يوسف عليه السلام بقوله: "هي راودتني عن نفسي، أي أنها هي التي طلبت مني ذلك، ولم أرد بها سوءً"[١].

وهذا الجواب يعد دفعاً موضوعياً، لكونه أنصب على موضوع الدعوى[٢].

فهذه الآيات تدل دلالة صريحة وواضحة على مشروعية الدفع الموضوعي، وإن كانت هذه الآيات شرع من قبلنا فهي كذلك شرع لنا ؛لأنه لم يرد دليل على نسخها[٣].

بالإضافة إلى الآيات الكريمة التي تأمر بإقامة العدل والحكم بما أنزل الله تعالى ومنها:

١ ـ "**إِنَّ اللّهَ يَأمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاء ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاء وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ**"[٤].

٢ ـ "**إِنَّ اللّهَ يَأمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ إِنَّ اللّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً**"[٥].

٣ـ "**إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللّهُ وَلاَ تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيماً** "[٦].

وجه الدلالة:

تدل هذه الآيات الكريمة على مشروعية الدفع، مما أوجبته من إقامة العدل والحكم بما أنزل الله تعالى، ومن مقتضيات تحقيق العدل في الحكم بين المتداعيين، أن يسمع القاضي أقوال المدعى عليه ورده على دعوى المدعي، ولا يكتفي بسماع أقوال

---

(١) محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آيات القرآن، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ، ج١٢، ص ١٩٣.
(٢) قاسم بني بكر، نظرية الدفع الموضوعي، ص ٩١.
(٣) محاضرات ألقاها الدكتور صبحي زياد على طلبة الدراسات العليا في الجامعة الأردنية، قسم القضاء الشرعي.
(٤) سورة النحل آية ٩٠.
(٥) سورة النساء آية ٥٨.
(٦) سورة النساء أية ١٠٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدعي وحده؛ لأنه لا يكون صادقاً في دعواه دائماً، وعليه يجب على الحاكم أن يمنح الفرصة للمدعى عليه أن يدافع عن نفسه، و هذا هو مقتضى العدل الوارد في الآيات الكريمة.

ثانياً: السنة النبوية

وردت في السنة المطهرة أحاديث دلت على مشروعية الدفع منها:

١- قال عليه الصلاة والسلام: "لَو يُعْطىَ النْاسُ بِدّعَواهُمْ لأدْعَىَ أُناسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وأمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَ اليَمِينَ عَلْىَ المُدّعَىَ عَلَيهِ"[١].

ووجه الدلالة: "أن هذا الحديث يدل على مشروعية الدعوى، وأن هذه الدعوى لا يحكم بموجبها إلا إذا ثبتت بالبينة، سواء كانت هذه البينة شهادة شهود، أو نكول عن حلف اليمين، أو غير ذلك من وسائل الإثبات المعتبرة، ولما كان الدفع الموضوعي دعوى يكلف مدعيه إثباته، فإن عجز عن ذلك فله الحق بتحليف المدعي عليه اليمين، وعليه فيكون الحديث دالاً على مشروعية الدفع هذا من جانب، ومن جانب آخر فالحديث يدل على أنه لابد من سؤال المدعي عليه عن الدعوى، وجواب المدعي عليه يكون دفعاً موضوعياً[٢].

٢- قال عليه الصلاة والسلام: "الَبيَّنةُ عَلْىَ مَنْ إدّعَىَ واليَمِينُ عَلْىَ مَنْ أنْكَر"[٣].

وجه الدلالة:

إن الحديث دل على مشروعية الدفع الموضوعي من وجهين:

---

[١] أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب تفسير القرآن، باب إن الذين يشترون بعهد الله....، ج٥، ص ٦٧، ومسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، ج٣، ص ١٣٣٦. متفق عليه

[٢] قاسم بني بكر، نظرية الدفع الموضوعي، ص ٩٦.

[٣] أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه، وأخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الوصايا، باب خبر الواحد يوجب العمل، الحديث صحيح، صححه الصنعاني في سبل السلام، وصححه الشوكاني في الدراري المضيئة انظر: الترمذي: أبو عسى محمد بن عيسى، سنن الترمذي، (تحقيق أحمد محمد شاكر)، دار إحياء التراث العربية، بيروت ج٣، ص ٦٢٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأول: إن الدفع دعوى، والدافع مُدعٍ، والرسول صلى الله عليه وسلم كلف المدعي بالبينة فدل على مشروعية الدفع.

الثاني: إن البينة اسم للحجة، ولا تكون حجة عليه ما لم يظهر عجزه عن الدفع والطعن[١].

٣- قال عليه الصلاة والسلام: "إنما أنا بَشَرٌ وإنكم تَخْتَصِمُونَ إليَّ، وَلَعَلّ بَعْضَكُمْ أن يَكُونَ ألحنَّ بُحجّته مِنْ بَعْض، فَأقبُله عَلْىَ نَحْو مَا أسّمَعُه مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشْيء مِنْ حَقِ أخيِه فَلاَ يأخُذْ مِنْهُ شَيْئاً، فإنمّا اَقْطَعُ لَهُ قِطْعَة مِنَ النَّار"[٢].

---

[١] السرخسي، محمد بن أحمد المبسوط، ط٢، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ج١٧، ص ٣٩.

[٢] أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب من أقام البينة بعد اليمين، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢، ج٣، ص ١٦٢، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد، ج٣، ص ١٣٣٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وجه الدلالة:

إن الرسول صلى الله علية وسلم كان يقضي بين الخصوم بعد أن يسمع أقوالهما وحججهما، ومن ثم يحكم بما يظهر له من تلك الحجة، سواء كانت من قبل المدعي أو المدعى عليه، والحجة من المدعى عليه لا تكون إلا جواباً على الدعوى ودفعاً لها.

ثالثاً: المعقول

ثبت عقلاً أنه لابد للمدعى عليه أن يكون له الحق في الرد والدفاع عن نفسه، فيما هو متهمٌ فيه أو مطلوبٌ منه وخلاف ذلك ظلم، فالعقول السليمة تقتضي أن يكون للمدعى عليه الحق في الدفاع عن نفسه، وتقديم تلك الدفوع حسب موضوع الدعوى.

أما من حيث حق الدفع في القانون، فقد أكد فقهاء القانون على حق المدعي والمتضرر في الدعوى الدفاع عن نفسه، ومن ذلك استعماله الدفوع ضد دعوى المدعي، سواء أوجهت هذه الدفوع إلى إجراءات الخصومة كالدفوع الشكلية، أو وجهت إلى حق المدعي به كالدفوع الموضوعية، أو وجهت إلى حق الخصم في استعمال دعواه كالدفع بعد القبول[١].

وفي هذا الجانب قال بعض من الفقهاء المحدثين: "أن الدفع يعتبر وسيلة دفاع نموذجيه تحقق الحماية القضائية للمدعى عليه، وهو بذلك يحقق التوازن بين المدعي والمدعي عليه[٢].

---

[١] أبو الوفا: نظرية الدفوع، ص ١١.

[٢] سعيد خالد الزعبي، حق الدفاع إمام القضاء المدني، أوان للخدمات الإعلامية، (د.م). (د.ت). ص ٤٤١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أكد قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني مشروعية الدفع بكافة أنواعه، وبين أحكامه وشروطه[١]، وهذا ما أيدته محكمة الاستئناف الشرعية بقرارها الذي جاء فيه أن دفع الدعوى مقبول ولو كانت غير صحيحة[٢].

---

[١] أنظر قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، رقم ١٩٨٨/٢٤م

[٢] أحمد محمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية، ومناهج الدعوى، ج ١، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، (د.م.)، ٢٠٠٤، ج١، قرار ٥٧٤٨، ص ٤٦١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

ركن الدفع

الركن لغة هو: الجانب الأقوى في الشيء[١].

أما في الاصطلاح الفقهي ففيه خلاف، فعند الحنفية: هو ما توقف الشيء على وجوده وكان جزءاً داخلاً في ماهيته[٢].

وعند غير الحنفية هو ما لا يتوقف الشيء على وجوده سواء كان جزءاً منه أو متعلقاً به[٣] ونتيجة لاختلاف الفقهاء في معنى الركن، ترتب على ذلك اختلافهم في تحديد ركن أي شيء يقرونه، وعندما كان غير الحنفية لا يشترطون في الركن أن يكون داخلاً في ماهية الشيء، فلا بد أن تكون العناصر المكونة لركن أي شيء عندهم أكثر من العناصر المكونة لذات ركن ذلك الشيء عند الحنفية.

وبناء على ما تم بحثه بخصوص مفهوم الدفع الموضوعي، فإن ركن الدفع الموضوعي على رأي الحنفية يكون: الإخبار الدال على إبطال الدعوى كلياً، أو جزيئاً، أو نقض الحكم الصادر أو تعديله.

وعليه يكون الركن هنا مكون من عنصرين:

١- المدعى به في الدفع الموضوعي، والذي إذا ثبت يبطل الدعوى كلياً، أو جزئياً ،أو نقض الحكم الصادر، أو تعديله.

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج١٣، ص ٢٢٥

(٢) المناوي، محمد عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف (تحقيق محمد رضوان الداية)، ط١، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٣، ج١، ص ٣٧٣.

(٣) ابن المفلح، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، ج٧، ص ٥١٧، مدكور، محمد سلام، المدخل إلى الفقه الإسلامي، ط٤، القاهرة: مطبعة دار الاتحاد العربي، ص ٥١٣، وانظر الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٦، ص ٣٧٨، الكويت، الموسوعة الفقهية، ج٢٣، ص ١٠٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢- الصيغة الكلامية أو الكتابية التي تدل على المدعى به في الدفع الموضوعي[١] وبناء على رأي غير الحنفية، يكون ركن الدفع الموضوعي هو: إخبار الدافع الدال على إبطال دعوى المدعي، كلياً أو جزيئاً، أو نقض الحكم الصادر، أو تعديله.

وعليه يكون الركن هنا مكون من خمسة عناصر هي:

١- المدعى به.

٢- الصيغة الدالة على المدعى به.

٣- المدعى.

٤- المدعى عليه.

٥- الشيء المتوجه إليه الدفع (الدعوى، الحكم الصادر).

ونلاحظ بدون هذه العناصر لا يتصور وجود للدفع الموضوعي، كما نلاحظ أن ماهية الدفع الموضوعي تتركب من العنصر الأول والثاني، وبالتالي فإن كل واحد من هذين العنصرين يعد جزءً داخلاً في ماهية الدفع الموضوعي، في حين أن العنصر الثالث والرابع والخامس من هذه العناصر لا يدخلان في ماهيته، وإنما يتعلقان بها[٢].

---

[١] أنظر قاسم بني بكر، نظرية الدفع الموضوعي، ص ١٠٢.

[٢] المرجع السابق، ص ١٠٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

أنواع الدفع

أ- الدفع في الفقه الإسلامي

ينقسم الدفع في الفقه الإسلامي إلى قسمين:

١- الدفع بعدم الخصومة: وفيه لا يتعرض المدعى عليه إلى موضوع الحكم لكي يبطله، وإنما يتعرض إلى صحة خصومه المدعى له؛ لانتفاء صفة الخصم فيه، ويقصد هنا دفع الدعوى عنه بشكل تام[١].

٢- الدفع الذي يقصد به إبطال نفس دعوى المدعي، والغرض الذي يرمي إليه بدعواه، حيث يتعرض فيه لصدق المدعي وكذبة، ويترتب على ثبوته بطلان كلام المدعي، ومنعه من الغرض الذي يرمي إليه[٢].

ولم يتعرض الفقهاء للنوع الثالث من الدفوع وهو الدفع الشكلي الذي اهتم به القانون وجعل له تأثيراً على سير الدعوى، ويعود عدم اهتمام الفقهاء المسلمين به إلى عدم تعرضه إلى موضوع الدعوى وعدم تأثيره في إثبات أو إسقاط الحق، ولكنه يتعرض لشكل الدعوى، وقد يعود إلى سهولة نظام القضاء القديم وعدم تركيزه على الشكليات[٣]. ومن جهة أخرى فان هذا الدفع لا يبطل الدعوى بالكلية، وإنما يؤخر إصدار الحكم بها لحين معالجة الأمر الشكلي، كالدفع بعدم الصلاحية والوظيفية.

ب- الدفع في القانون الوضعي

يقسم الدفع في القانون الوضعي إلى ثلاثة أقسام بيانها على النحو الآتي:

١- **الدفوع الشكلية:** وهي الدفوع الموجهة إلى الخصومة القضائية، أو بعض إجراءاتها دون التعرض لذات الحق المدعى به أو المنازع فيه، وتهدف إلى

---

(١) انظر محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص ٥٨٨.

(٢) زياد صبحي ذياب، الدفوع الشكلية في الفقه الاسلامي والقانون، المكتبة الوطنية، د.م. د.ت. ص ٨.

(٣) خالد يوسف الزعبي، الدعوى، أصول إجراءات المحاكمة والتقاضي أمام المحاكم النظامية من الناحية العلمية والقانونية حسب قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، د.ت. عمان، ١٩٩٥، ص ١١٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تفادي الحكم بصفة مؤقتة، و هي و سائل الدفاع التي يذكر بها الخصم سلطة خصمه في استعمال الدعوى، مثل انتفاء صفة الخصم[١].

٢- **الدفوع الموضوعية:** وهي الدفوع التي تتعلق بموضوع الدعوى وتنازع بها الخصم في الحق المدعى به[٢] وعليه فإن الدفع الموضوعي يتوجه نحو جوهر الدعوى والطعن في صلبها، ولذلك فإن قبول هذا الدفع وثبوته يعمل على رد دعوى المدعي بشكل كلي، أو الجزء الخاص بالمدفوع من الدعوى[٣].

وفي القانون نظم قانون أصول المحاكمات المدنية الدفوع الموضوعية والشكلية في المادة (١٠٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية حيث بينت المادة أنه يجب على الخصوم أن يبتوا جميع طلباتهم ودفوعهم دفعة واحدة.

وقد فرقت المادة بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية حيث ألزمت الخصوم ببيان جميع الدفوع الموضوعية دفعه واحدة، واستثنت من ذلك الدفوع الشكلية وهي:

١- عدم الاختصاص المكاني.

٢- بطلان أوراق تبليغ الدعوى.

٣- كون القضية مقضيه.

٤- مرور الزمن.

يحكم في هذه الدفوع ما لم تقرر المحكمة ضمها إلى الموضوع، وعندئذ يفصل فيها بحكم واحد.

---

(١) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص ١٩٧.

(٢) يوسف درادكة، الدفوع الموضوعية، ص ٢٣.

(٣) المادة (١٠٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية، الدفوع الموضوعية والشكلية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣ـ الدفع بعدم القبول.

وهي الدفوع التي لا توجه إلى إجراءات الخصومة ولا إلى ذات الحق المدعى به، ولكن تهدف إلى إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى بسبب انعدام الصفة في أحد المتخاصمين وانعدام أهلية المدعي والمدعى عليه، أو لسبق الفصل في الدعوى (القضية المقضية)[١].

ومن خلال دراستنا لأنواع الدفوع في القوانين الوضعية وفي الفقه الإسلامي فإننا نلاحظ الآتي:

١ ـ إن الدفع بعد الخصومة في الفقه الإسلامي يدخل في الدفع بعدم القبول في القانون، إذ أن الدفع بعدم القبول يشمل الدفع بعدم الخصومة، ودفوع أخرى غير ها، فالدفع بعدم الخصومة يعتبر فرداً من أفراد الدفع بعدم القبول.

٢ـ إن النوع الثاني من الدفوع في الفقه الإسلامي لا يختلف في شيء عن الدفوع الموضوعية في القانون[٢].

---

[١] أبو الوفا: نظرية الدفوع، ص ١٩؛ محمد نعيم ياسين نظرية الدعوى، ص ٥٩٧.

[٢] زياد صبحي، الدفوع الشكلية، ص ٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الرابع

الدفع الموضوعي مفهومه وأقسامه

المطلب الأول

تعريف الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي

لم يعرف الفقهاء القدامى الدفع الموضوعي، ويرجع السبب في ذلك إلى اعتبارهم الدفع الموضوعي دعوى من الدعاوى التي يرد بها على دعوى المدعي بهدف عدم الحكم له بما يدعي[١]. وأرجعه بعضهم إلى وضوح معناه فلم يجدوا حاجة إلى تعريفه[٢]، ويرى الباحث أن السبب يعود لاعتبارهم الدفع الموضوعي دعوى يرد بها على دعوى المدعى بهدف عدم الحكم له. فتعريفه كمصطلح عندهم قد يمكن إرجاعه إلى معنى الدعوى، وما يدل على ذلك قول بعضهم أن ركن الدعوى هو: قول الرجل لي على فلان، أو قيل فلان كذا، أو قضيت حق فلان، أو أبرأني عن حقه ونحو ذلك[٣].

وقولهم: (قضيت حق فلان أو أبرأني) هو عين الدفع الموضوعي ؛لأن صدور هذا القول عن المدعي يدل على أنه مطالب من قبل شخص أو بحقٍ ما و هو يدافع عن نفسه ويدعي الإبراء من هذا الحق، أو قضائه بقصد إبطال دعوى المطالبة. وبما أن الفقهاء قد اعتبروا هذا النوع من الدفوع متضمناً في ركن الدعوى ،لذا فلم يعرفوا هذا النوع من الدفوع مكتفين بتعريفهم للدعوى، ومعتبرين هذا الدفع نوعاً من أنواع

---

[١] قاسم: بني بكر نظرية الدفع الموضوعي، ص ٥٥. ويفكر بعض الفقهاء أن ركن الدعوى القول: قضيت ضد فلان أو إبرائي عن حقه، ونحو ذلك وهذا يعني الدفع الموضوعي لأن صدور هذا القول عن المدعي يدل على أنه مطالب من قبل شخص آخر بحق ما هو يدافع عن نفسه ويدعي الإبراء فيه معتبراً إياه ركن من أركان الدعوى، أنظر ابن نجم البحر الرائق، ج٧، ص ٣٥٧ ابن أبي الدم: أدب القضاء، ج١، ص ١٥٣.

[٢] يوسف، درادكه، الدفوع الموضوعية، ص ٣٠

[٣] الكاساني، بدائع الصنائع الجزء السادس، ص ٣٥٢، ابن أبي الدم، أدب القضاء، ج١، ص ١٥٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدعوى.[١] واعتبار الدفع الموضوعي دعوى يتفق مع ما ذهب إليه الفقهاء، إذ أطلق بعضهم مصطلح "دعوى الدفع"[٢] على الدفع الذي يوجه لصلب الدعوى لإبطالها.

وقام الباحثون المحدثون ممن بحث في هذا الموضوع بوضع تعريفات مستقلة للدفع الموضوعي يستند في أحكامه على الفقه الإسلامي، حيث عرفه قاسم بني بكر أنه: "دعوى مقبولة من قبل المدعى عليه، ممن له صفة معتبرة، تثار قبل الحكم بهدف إبطال دعوى المدعي كلياً، أو جزئياً، أو بعد الحكم بهدف فسخه، أو تعديله"[٣].

وقد عرفه يوسف درادكه بأنه: "الإجابة على الدعوى بدعوى معتبرة، لمن له صفة معتبرة، تثار قبل الحكم، أو بعده لغاية معتبرة"[٤]، ولما كان الباحث قد عرف الدفع على أنه دعوى في الأصل، فإن تعريف الباحث قاسم بني بكر يكون أقرب إلى الباحث من تعريف الدرادكه في بيان الدفع الموضوعي أنه دعوى يشترط فيه ما يشترط فيها، ولبيان وسيلة إثبات تثبته، لكونه يعمل على تغير مراكز الخصوم في الدعوى الأصلية، بحيث يصبح المدعي مدعى عليه، والعكس صحيح أيضاً[٥].

---

[١] قاسم بني بكر، نظرية الدفع الموضوعي، ص ٥٥.

[٢] نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، (تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن)، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م، ج٤، ص ٦٤.

[٣] قاسم، بني بكر نظرية الدفع الموضوعي، ص ١٠٦

[٤] يوسف درادكه، الدفوع الموضوعية، ص ٣٠

[٥] أن اعتبار الدفع الموضوعي دعوى يتفق مع ما ذهب إليه الفقهاء، إذا أطلق بعضهم مصطلح (دعوى الدفع) على الدفع الذي يوجه إلى موضوع الدعوى لإبطالها.
أنظر: نظام وجماعة من علماء العقد، العقدية المعروفة، بالفتاوي العالمكبرية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٦٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

تعريف الدفع الموضوعي في القانون

عرف القانونيون الدفع الموضوعي بتعريفات متعددة وإن كانت بمجملها متشابهة وذلك كما يلي:

١- عرفه أحمد أبو الوفا، ما يوجه إلى ذات الحق المدعى به، كأن ينكر وجوده أو يزعم سقوطه أو انقضاءه[١].

٢- عرفه عبد الباسط جميعي: "كل ما يرد به المدعى عليه على دعوى خصمه متناولاً موضوعها"[٢].

٣- عرفه عبد الحكيم فودة: "الإجراء الذي يقوم به المدعى عليه، لتأكيد واقعه مانعة أو منهية، يتناول بها موضوع الخصومة هادفاً إلى رفض الدعوى"[٣].

٤- عرفه محمد إبراهيم: "يوجه إلى الحق موضوع الدعوى، يعرض الحكم برفض الدعوى كلياً، أو جزئياً"[٤].

أما بقية تعريفات فقهاء القانون للدفع الموضوعي فهي لا تخرج بمضمونها عن هذه التعريفات، ويفهم من هذه التعريفات ما يلي:

١- أن الدفع الموضوعي ينصب على موضوع الدعوى.

٢- أن الهدف من هذا الدفع هو إبطال دعوى المدعي كلياً، أو جزئياً.

٣- أن الدفع الموضوعي يغير مراكز الخصوم في الدعوى، بحيث يصبح المدعى عليه في الدعوى الأصلية مدعياً بالدفع.

---

[١] أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٨، وقانون الإثبات رقم ٢٥، لسنة ١٩٦٨، ط١، دار المعارف القاهرة، ١٩٧٥،ص ٢٧٧.

[٢] عبد الباسط جميعي، مبادىء المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، د.م. ١٩٨٠، ص ٤٦٥.

[٣] فوده، الدفوع والدفاعات، ص ٥٩.

[٤] محمد إبراهيم، الوجيز في المرافعات مركزاً على قضاء النقض، دار الفكر العربي، د.م، ١٩٨١، ص ٧٤٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٤- يتعين على الدافع إثبات دفعه حال إنكاره من قبل خصمه ،وبهذا يتضح لنا أن مفهوم الدفع الموضوعي وأحكامه العامة عند رجال القانون مستمدة مما هو مقرر عند فقهاء الشريعة الإسلامية[١].

[١] قاسم بني بكر، نظرية الدفع الموضوعي، ص ٦٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

علاقة الدفع الموضوعي بالدعوى

مما سبق يعتبر الدفع الموضوعي دعوى ينطبق عليه أحكام الدعوى عموماً، ولكنهما ليسا شيئاً واحداً، مع وجود علاقة بين الاثنين، و هذه المسألة تتضح من خلال العلاقة بينهما التي تتمثل بما يلي:

أولاً: تتمثل هذه العلاقة باعتبار الدفع الموضوعي هو دعوى، ولكن ليست كل دعوى هي دفع موضوعي، إلا في بعض الأحيان إذ يشبه بعض فقهاء القانون الدعوى بالمعركة، معتبرين الطلبات هي وسائل الهجوم، والدفوع الموضوعية فيها هي وسائل الدفاع[١] ولبيان ذلك فقد مثل فقهاء الشريعة الإسلامية على ركن الدعوى بقول الرجل: "لي على فلان، أو قيل فلان كذا، أو قضيت حق فلان، أو أبرأني عن حقه"[٢] فقول الرجل: قضيت، أو أبرأني فلان هو دفع موضوعي يدل على وجود دعوى مطالبة مقامة عليه من هذا الرجل، وبالتالي فهو يدفعه عن نفسه هذا الحق بالقضاء، أو الإبراء منه.

ثانياً: يتأخر الدفع الموضوعي عن الدعوى ويتفرع منها، فكل دفع موضوعي يسبق بدعوى[٣].

ثالثاً: الدفع الموضوعي أحد صور الإجابة على الدعوى، فالمدعى عليه عندما يسأل عن الحق المدعى به بالدعوى وقد يكون جوابه بالإقرار، أو الإنكار، أو الدفع سواء كان هذا الدفع شكلياً، أم بعدم الخصومة، أم دفعاً موضوعياً للدعوى.

رابعاً: من الممكن أن يكون في الدعوى الواحدة أكثر من دفع موضوعي، وإذا ثبت أيُّ دفع من هذه الدفوع فإنه يحكم برد دعوى المدعي، ومثال ذلك: إذا أقام الزوج دعوى طاعة على زوجته، فللزوجة المدعى عليها أن تدفع دعوى المدعي

---

[١] إبراهيم، الوجيز في المرافعات، ص ٧١٧.

[٢] الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص ٣٥٢.

[٣] محمد محجوب أبو النور، نظرية الدفوع للدعوى القضائية في فقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار السودانية للكتب، الخرطوم، ١٩٩٩، ص ٣٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بأكثر من دفع موضوعي، منها أنه لم يوصل لها كامل مهرها المعجل، أو أنه لم يهيئ لها مسكناً شرعياً، أو أنه طلقها وأصبح هذا الطلاق بائناً وغيرها من الدفوع الموضوعية.

خامساً: الدعوى تكون من قبل المدعي فقط، أما الدفوع الموضوعية فتصح إثارتها من قبل طرفي الدعوى وهما المدعي والمدعى عليه.

سادساً: تهدف الدعوى الحصول على الحق المدعي به، أما الدفع الموضوعي فهو على خلاف ذلك، فهو يهدف إلى عدم تمكين المدعي من الحصول على الحق المدعى به.

وقد أشار فقهاء القانون إلى هذا الأمر، حيث ميزوا بين الدفع الموضوعي ودعوى المدعي عليه التي أسموها بالدعوى الفرعية، أو الطلب العارض المقدم عليه، وذكروا أن الدفوع الموضوعية تختلف عن دعاوى المدعى عليه، حيث أن الدفوع الموضوعية هي مجرد وسائل دفاع يثيرها المدعى عليه لتفادي الحكم للمدعي بما يطلبه، أما الدعوى الفرعية فهي وسيلة هجومية يقابل بها المدعى عليه دعوى خصمه، ومثال ذلك أنه يرفع شخص على آخر دعوى يطالبه فيها بمبلغ من النقود فيدفعها بأنه دائن للمدعي بما يزيد عن المبلغ المدعى به[١].

---

[١] انظر أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ١٨، جميعي، مبادئ المرافعات، ص ٤٦٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع

أقسام الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون

أولاً: في الفقه الإسلامي

ينقسم الدفع الموضوعي إلى عدة أقسام، وذلك من حيث صحته، ودرجته، وروده، على موضوع الدعوى، وتعلقه بحق الله تعالى، وروده على أنواع الدعوى من حيث صحتها، وبطلانها، ولأهمية هذا القسم الأخير وكثرة تكراره حيث أن أغلب العمل قائم عليه، ففيما يلي تفصيله:

ينقسم الدفع الموضوعي من حيث صحته إلى ثلاثة أقسام هي:

١- الدفع الموضوعي الصحيح: وهو الدفع الذي تتوفر فيه كافة أركانه، وشروطه، مما يترتب عليه أحكامه، وآثاره كافة، ويكلف الخصم الإجابة عليه.[١] فالدفع الصحيح ومنه الموضوعي، يترتب عليه ما يترتب على الدعوى الصحيحة، ولا يكون للقاضي إلا سماعه والتنبه له وسؤال الخصم، وليس له الحق في رده أو قبوله [٢].

٢- الدفع الموضوعي الفاسد: وهو ما كان صحيحاً في أصله غير مشروع بوصفه الخارجي، كأن يكتنفه غموض وجهالة يمكن إزالتها، أو ينقصه بعض الشروط[٣] الممكن استكمالها وإزالة سبب فساده دون أن يلقنه ذلك، وقال القرافي[٤] إذا استطاع الدافع أن يرفع الفساد صح هذا الدفع[٥].

---

(١) قاسم، نظرية الدفع الموضوعي، ص ٧٣.

(٢) أنظر احمد ابراهيم، طرق القضاء في الشريعة الاسلامية، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ١٣٢٧، ص ٢٠.

(٣) قاسم، نظرية الدفع الموضوعي، ص ٧٤.

(٤) القرافي: هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، القرافي، من علماء المالكية ينتسب إلى قبلية صنهاجة من برابرة المغرب، وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة توفي ١٢٥٨هـ له مصنفاته عديدة وجليلة منها: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، الدخيرة في الفقه المالكي، شرح تنقيح الفصول، اليواقيت في أحكام المواقيت، الخصائص في القواعد العربية. الزركلي، الأعلام، ج١، ص ٩٠.

(٥) القرافي، الذخيرة، ج٨، ص ٥٩، ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص ١٦٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣- الدفع الموضوعي الباطل: يكون غير صحيح أصلاً ولا يمكن إصلاحه، لذا لا يكون ملزماً على فرض ثبوته، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الدفع الموضوعي الصحيح، ويشبه في ذلك حكم الدعوى الباطلة، وجاء في كتاب الأصول القضائية: "وليس كل دفع مقبولاً، بل المقبول هو الدفع الصحيح[١].

وأقسام الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي من حيث صحتها، هي نفسها المعمول بها في القضاء الشرعي الأردني؛ فقد جاء في قرارات محكمة الاستئناف الشرعية: "بأن الدفع دعوى يشترط فيه ما يشترط في الدعوى"[٢].

وجاء أيضاً: "بأن من شروط قبول الدعوى أن تكون صحيحة، وتتوافر فيها العناصر والأسباب التي تجعلها مقبولة، وحينئذٍ يسأل الخصم عنها؛ لأن الخصم لا يسأل إلا عن دعوى واحدة"[٣].

ثانياً: في القانون

تتشابه أقسام الدفع الموضوعي في القانون، مع تلك الأقسام في الفقه الإسلامي مع بعض الاختلاف في المسميات، حيث تسمى الدفوع الصحيحة بالدفوع القانونية، والدفوع غير الصحيحة بالدفوع غير القانونية[٤]، وتقسم على النحو التالي:

أ- دفوع موضوعية صحيحة.

ب- دفوع موضوعية غير صحيحة وتشمل:

١- الدفوع الموضوعية الباطلة، ولا يترتب عليها أثر.

٢- الدفوع الفاسدة يترتب عليها أثر إذا زال سبب فسادها.

ومما تقدم نرى أن الدفوع الموضوعية في القضاء الشرعي تقسم إلى قسمين:

١- دفوع موضوعية صحيحة يسأل الخصم عنها.

---

[١] قراعة، علي، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، ط٢، مطبعة النهضة، مصر، ص ٥٨.

[٢] أحمد محمد داود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى، قرار ٢٢٩٧٣، ص ٤٦١.

[٣] المرجع السابق، قرار رقم ٣٨٤٣٠، ص ٣٨٥-٣٨٦.

[٤] أنظر أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ١٩، خالد شهاب، الدفوع ص ١٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢- دفوع موضوعية غير صحيحة، وهي تشمل الدفوع الباطلة التي لا يترتب عليها أثر فما بني على الباطل فهو باطل، والدفوع الفاسدة التي يترتب عليها أثر إذا زال سبب فسادها، ومثال ذلك ما جاء بقرار محكمة الاستئناف الشرعية ما نصه: "إن دفع الإيصال بالنسبة للذهب ناقص، إذ لم يذكر فيه مكان الإيصال، وبالنسبة لأثاث البيت فإن دفع الإيصال بخصوصه غامض، إذ لم يذكر في الدفع وزن الصوف في الفرشات والمخدات واللحف، وغير ذلك مما تتعين به الأعيان المدعى بإيصالها، لذلك لابد من البيان والتوضيح للدفع المذكور"[١].

[١] أحمد محمد الدواد، القرارات الاستئنافية، الأحوال الشخصية، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، قرار ٣٨٩٦١، ص ١٠١١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الأول
الدفوع الموضوعية في دعوى الحضانة

المبحث الأول: تعريف عام بالحضانة:

المطلب الأول: الحضانة في اللغة.

المطلب الثاني: الحضانة في الاصطلاح الفقهي.

المطلب الثالث: مشروعية الحضانة.

المطلب الرابع: شروط الحاضنة.

المطلب الخامس: أصحاب الحق في الحضانة ومدتها.

المبحث الثاني: الدفوع الموضوعية المثارة في دعوى الحضانة:

المطلب الأول:الدفع بعدم أهلية الحاضنة.

المطلب الثاني: الدفع بضياع المحضون عند الحاضنة لانشغالها عنه.

المطلب الثالث:الدفع بعدم القدرة على تربية المحضون وصيانته.

المطلب الرابع: الدفع بإمساك الحاضنة للمحضون في بيت مبغضيه.

المطلب الخامس: الدفع بزواج الحاضنة بغير رحم محرم للمحضون.

المطلب السادس: الدفع بردة الحاضنة.

المطلب السابع:الدفع باختلاف الدين بين الحاضنة والمحضون.

المطلب الثامن: الدفع بسفر الحاضنة بالمحضون.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول

تعريف عام بالحضانة

المطلب الأول

الحضانة في اللغة

المطلب الأول: الحضانة في اللغة:

الحَضانة: بفتح الحاء وكسرها- والفتح أشهر، مشتقة من الحُضنّنُ، والحضن ما دون الإبط إلى الكَشح، أو الصدر والعضدان وما بينهما، وجانب الشيء وناحيته[١].

ويقال حضن الطائر البيض، أي ضمه تحت جناحه، ولذا يقال حاضنه، ورجل حاضن لأنه وصف مشترك[٢]. ويقال حضنت الأم طفلها إذ ضمته إلى صدرها[٣].

وبناءً على ما سبق نرى أن المعاني اللغوية للحضانة كلها تنصب حول الرعاية والاهتمام والتربية سواء أكان بالضم إلى الصدر حقيقةً أو بالعناية والرعاية.

وحَضَن الطائرُ بَيْضهُ، وعلى بيضِه يَحْضَنُ حَضْناً وحِضانُّه وحِضاناً وحَضونا: جلس عليه للتَّفْريخِ[٤].

وحُضّانٌ: جمع حاضن لأن المُرَبِّي والكافل يَضُمُّ الطفّلَ إلى حِضْنِه، وبه سميت الحاضنة وهي التي تُرَبِّي الطفل[٥].

---

(١) الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج٤، ص٢١٧.
(٢) الفيومي، المصباح المنير، ج١، ص١٥٢.
(٣) المصدر السابق، ص١٥٢.
(٤) ابن منظور، لسان العرب، ج١٣، ص ١٢٣.
(٥) المصدر السابق، ج١٣، ص ١٢٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والحِضْنُ: ما دون الإبْط إلى الكشح[١]، وقيل: هو الصدر والعَضدان وما بينهما، والجمع أحْضانٌ[٢].

وحضّنَ الصبيَّ يَحْضُنه حَضناً: ربَّاه، والحاضِنْ والحاضِنْة: الموُكَّلان بالصبيِّ يْحفَظانِه ويُربِّيانه[٣].

[١] الزبيدي، تاج العروس، ج٩، ص ١٨٠ والكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع إلى الخلف وقيل ما بين الحجبة إلى الإبط وقبل هو السرة.
[٢] ابن منظور، لسان العرب، ج١٣، ص ١٢٢.
[٣] المصدر السابق، ج ١٣، ص ١٢٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

الحضانة في الاصطلاح الفقهي

تعددت تعريفات الفقهاء للحضانة إذ جاءت على النحو الأتي:

أولاً: الحنفية:

عرفها الحنفية بأنها: "تربية الولد لمن له حق الحضانة"[١].

ثانياً: المالكية:

عرفها المالكية بأنها: "حفظ الولد في مبيته، ومؤونه طعامه، ولباسه ومضجعه، وتنظيف جسده"[٢].

ثالثاً: الشافعية:

عرفها الشافعية بأنها: "حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه، و هي نوع من الولاية"[٣].

---

[١] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج١٠، ص٤٢٩، الحصكفي، الدرر المختار، ص ٢٥٤.

[٢] الإحسائي، تبين المسالك، ج٣، ص٢٥١؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص٥٢٦.

[٣] الأنصاري، أبي يحيى زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ومعه حاشية أبي العباس بن أحمد الرملي الكبير، ضبطه وخرجه وعلق عليه محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١، ج٧، ص٥٠٢؛ الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٣، ص٥٢٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعاً: الحنابلة:

عرفها الحنابلة بأنها: "حفظ الصغير عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه من غسل بدنه، وثيابه، ودهنه وتكحيله"[١].

خامساً: الظاهرية:

لم يعرف الإمام ابن حزم الظاهري[٢] الحضانة وإنما اكتفى باعتبارها صحبة[٣].

سادساً: الزيدية:

عرفها الزيدية بأنها: "حفظ المولود وتربيته، وهي على منفق الطفل، ودليلها من الكتاب والسنة والإجماع ظاهر"[٤].

سابعاً: الجعفرية:

عرفها الجعفرية بأنها: "القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمره برعاية شئونه من تدبير طعامه، وملبسه، ونومه، وتنظيفه، ووقايته عما يهلكه أو يضره"[٥].

---

[١] ابن جامع، عثمان بن عبد الله، الفوائد المنتخبات في شرح أقصر المختصرات، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٣، ج٤، ص ٦٨١.

[٢] ابن حزم: هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد عالم بالأندلس في عصره، أصله من الفرس، كانت لابن حزم الوزارة وتدير المملكة فانصرف عنها، كان فقيهاً حافظاً كثير التأليف مزقت كتبه بسبب معاداة كثير من الفقهاء له، من تصانيفه: المحلى، الإحكام في أصول الأحكام، طوق الحمامة. الزركلي، الأعلام، ج٥، ص ٥٩.

[٣] ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، المحلى تحقيق أحمد محمد شاكر: منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ج١٠، ص٣٢٣.

[٤] المهدي لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى (ت٨٤٠هـ)، كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار وبهامشه كتاب جواهر الأخيار والأثار المستخرجة من لجة البحر الزخار للعلامة المحقق محمد بن يحيى بهران الصعدي (ت٩٥٧هـ)، مرفق معه تعليقات مصححه عبدالله بن عبد الكريم الجرافي، ج ٤، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٧٥، ص٣٨٤.

[٥] الروضة البهية، ج٥، ص ٤٥٦- ٤٥٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثامناً: الأباضية:

عرفها الأباضية بأنها: "حفظ الولد في نفسه، ومؤنة طعامه، ولباسه، ومضجعه، وتنظيف جسده"[١].

التعريف المختار للحضانة:

بعد ذكر التعريفات السابقة يرى الباحث أن تعريف الحضانة هي: "تربية الصغير والقيام على مصالحه وتدبير شؤونه.

وقد عرفت الحضانة من قبل المعاصرين بأنها: "نوع من أنواع الولاية على النفس"[٢]. والحضانة هي تربية الصغير، والعمل على مصلحته، وإبعاده عن غيره وهي صورة من صور الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية[٣]. ولم يرد في قانون الأحوال الشخصية الأردني تعريفاً محدداً للحضانة. ويبدو أن ذلك عائداً إلى عمل قانون الأحوال الشخصية الأردني بالقول الراجح من مذهب أبي حنيفة، أي أنه اعتمد على تعريف الحنفية للحضانة.

---

[١] أطفيش، شرح النيل، ج٧، ص ٤٠٧.
[٢] خالد شهاب: الدفوع الشرعية، ص٢١.
[٣] محمد كمال الدين إمام: مسائل الأحوال الشخصية، ص٤٨٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

مشروعية الحضانة

شرع الإسلام الحضانة ليكفل فيها الحفظ والرعاية للصغير، ويضمن له التربية الصحيحة، وقد ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، ويمكن لنا أن نفصل ذلك كما يلي:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أ. أما في الكتاب:

بقوله تعالى: ﴿**إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى مَنْ يَكْفُلُهُ فَرَجَعْنَاكَ إِلَى أُمِّكَ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلا تَحْزَنَ**﴾[١]. فقد جاء في تفسير الآية أن سيدنا موسى عليه السلام لما عرض عليه فرعون المرضعات فلم يقبل الرضاعة من إحداهن، فجاءت أخته عارضة إرشادهم على من يرضعه، حيث أخذته إلى أمه والذي قبل ثديها واستأجرها لإرضاعه[٢].

وقال تعالى: ﴿**وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيراً**﴾[٣].

وجه الدلالة:

إن الآيتين الكريمتين تشيران إلى الرعاية والحضانة من قبل الآباء والأمهات للأبناء في مرحلة الطفولة، وهذا يدل على أهمية الحضانة للأطفال خصوصاً من قبل الأمهات.

ب- السنة النبوية الشريفة:

حيث استدلوا على ذلك بما يلي:

ما رواه عمر بن نقيب عن أبيه عن جده، أن امرأة جاءت إلى -الذبي صلى الله عليه وسلم- فقالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له و عاء، وحجري له حواء، وثدي له سقاء، وإن أباه طلقني، فأراد أن ينتز عه مني، فقال الرسول -صلى الله عليه وسلم- :"أنّتِ أَحَقُ بهِ ما لم تَنكِحِي"[٤].

---

[١] سورة طه، آية ٤٠.

[٢] انظر: مختصر تفسير ابن كثير، اختصار وتحقيق محمد علي الصابوني، المجلد الثاني، ص ٤٧٥.

[٣] سورة الإسراء، آية ٢٤.

[٤] رواه أحمد ورجاله ثقات، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص، ج٢، ص ٢٤٦، ورقمه ٦٧١٦، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، باب الحضانة، ج٤، ص، ٣٢٣، المستدرك على الصحيحين، ورقمه ٢٥٨٠٣، كتاب الطلاق وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وجه الدلالة:

يتضح لنا من خلال الحديث النبوي الشريف، أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- قد أعطى حق الحضانة للأم، لأنها تمنح الصغير من خلال الحضانة العطف والحنان والرعاية، و هذا تأكيد على أهمية الحضانة و حق الطفل فيها، ما لم تتزوج برجل أجنبي لأنها ستكون مشغولة بزوجها عن رعاية الصغير.

ج- الإجماع:

انعقد إجماع علماء المسلمين على مشروعية الحضانة[١].

د - المعقول:

الحضانة من الحاجات الضرورية لمصلحة الطفل، لأن الطفل إذا ترك ضاع، وقد ذكر ابن فرحون أن الحضانة حق للحاضن، وقيل للمحضون، و هي حق مشترك للحاضن والمحضون ولله تعالى[٢].

و هذا يدل على أهمية الحضانة بالنسبة للولد، حيث شرعت حتى لا يضيع ويهلك، وقد ذكر ابن قدامه حول ذلك: "إذا افترق الزوجان وبينهما طفل مجنون وجبت حضانته؛ لأنه إذا ترك هلك، فيجب إحياؤه"[٣].

وهذا ما أيدته محكمة الاستئناف الشرعية بقراراتها، ومنها ما يلي: "ذكر الفقهاء أن المعمول عليه في حضانة الأولياء من الرجال هو توجيه من لهم حق ضمهم إليهم، وتعليمهم، وتزويدهم بأخلاق الرجال بعد أن يكونوا قد استغنوا عن خدمة النساء، والمعمول عليه في حضانة النساء هو خدمة الصغار الذين هم في حاجة إليها في سن الحضانة، والصغير المتجاوز سن الحضانة إذا كان مريضاً ومحتاجاً للخدمة، هو بمنزلة الصغير الذي هو دون سن الحضانة لحاجة كل منهما إلى خدمة الحاضنة؛ لأن الأصل في الحضانة هو رعاية الصغير والمحافظة عليه، وهذا يتفق مع القاعدة الفقهية التي تنص على أن الحضانة تدور مع مصلحة الصغير وجوداً وعدماً"[٤].

---

[١] الطعيمات، هاني سليمان محمد، الحضانة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة لقوانين الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ١٩٨٦، ص ٦٢.

[٢] ابن فرحون، تبصره الحكام، ص١٣٦.

[٣] الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٠٠٥.

[٤] عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، قرار رقم ١٨١٨٧، ص١٣٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- وجاء في قرار آخر ما نصه: "إذا ذكر الزوج المدعى عليه أنه لا يسلم أولاده إلا إذا قدمت كفيلاً من أهلها بالتعهد بالمحافظة عليهم من القتل، والدهس، فعلى المحكمة أن تستوضح منه عن ذلك وعما يقصده بهذا القول، وعلى ضوء ما يتحقق لها تجري الإيجاب رعاية لمصلحة الصغار، ولما هو مقرر شرعاً؛ لأن الحضانة تدور مع مصلحة المحضون وجوداً وعدماً، وعملاً بالمادة "(٤٢)[١] من الأصول"[٢].

[١] نص المادة ٤٢ من قانون أصول المحاكمات الشرعية "إذا أغفل المدعي شيئاً يجب ذكره لصحة الدعوى سأله القاضي عنه ولا يعد ذلك تلقيناً إلا إذا زاده علما".
[٢] عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، قرار رقم ١٩١٨٥، ص ١٣٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع

شروط الحاضنة

يشترط في الحاضنة عدة شروط حتى تستحق الحضانة، وقد فصلت المذاهب الفقهية هذه الشروط كالتالي:

أولاً: الحنفية: اشترطوا في الحاضنة ما يلي[١]:

١ـ أن تكون عاقلة، بالغة، أمينة لا يضيع الولد عندها.

٢ـ أن لا تكون مرتده، فإن ارتدت سقط حقها في الحضانة.

٣ـ أن لا تكون فاسقة غير مأمونة عليه، فإن ثبت فجورها بفسق، أو بسرقة، أو رقص، سقط حقها.

٤ـ أن لا تتزوج غير أبيه، فإن تزوجت سقط حقها، إلا أن يكون زوجها رحماً للصغير.

٥ـ أن لا يكون الأب معسراً.

٦ـ أن لا تكون أمة أو أم ولد، فإنه لا حضانة لها.

ثانياً: المالكية: اشترطوا في الحاضنة ما يلي[٢]:

١ـ العقل.

٢ـ القدرة على القيام بشأن المحضون.

٣ـ أن يكون للحاضنة مكان تحفظ فيه الصغيرة التي بلغت حد الشهوة من الفساد.

٤ـ الأمانة في الدين، فلا حضانة لفاسق يشرب الخمر ومشتهر بالزنا.

٥ـ أن لا تكون الحاضنة مصابة بمرض معد يخشى على الطفل منه.

٦ـ أن يكون الحاضن رشيد، فلا حضانة لسفيه مبذر يتلف مال المحضون.

٧ـ الخلو من زوج دخل بها.

---

[١] حاشية ابن عابدين، ج١٠، ص ٤٥٣-٤٥٧، ابن نجيم البحر الرائق، ج٤، ص ١٨٠-١٨٣.

[٢] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص ٥٢٨-٥٣٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثاً: الشافعية: اشترطوا في الحاضنة ما يلي[١]:

١- العقل، فلا حضانة للمجنون.

٢- الحرية، فلا حضانة للرقيق.

٣- الإسلام، فلا حضانة للمرتدة.

٤- العفة، فلا حضانة لفاسق.

٥- الأمانة.

٦- الإقامة في بلد المحضون إذا كان مميزاً.

٧- أن لا تكون أم الصغير متزوجة بغير محرم.

---

[١] انظر الأنصاري أسنى المطالب، ج٧، ص ٥٠٣-٥٠٥، البجيرمي، حاشية البجيرمي علي الخطيب، ص ٤٨٤-٤٨٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعاً: الحنابلة: اشترطوا في الحاضنة ما يلي[١]:

١- أن تكون عاقلة، بالغة.

٢- أن تكون أمينه، لا يضيع الولد عندها.

٣- أن تكون حرة.

٤- أن لا تكون عاجزة كالعمى.

٥- أن لا تكون برصاء، أو جذماء (مرض معد).

٦- أن لا تكون متزوجة بأجنبي من الطفل.

خامساً الظاهرية: اشترطوا في الحاضنة ما يلي[٢]:

١- أن تكون مأمونة.

٢- لم يشترطوا زواج الأم أو عدم زواجها، فهي أحق.

٣- الأم أحق بالحضانة سواء كانت حرة أم أمة.

٤- إذا لم تكن الأم مأمونة في دينها ودنيا ها، نظر للصغير أو الصغيرة بالأحوط في دينهما ثم دنياهما.

٥- لا حضانة لكافرة ولا فاسقة.

سادساً: الزيدية: اشترطوا في الحاضنة ما يلي[٣]:

١- أن تكون الأم حرة.

٢- أن لا تكون متزوجة من أجنبي.

٣- العقل.

٤- الإسلام.

---

(١) ابن جامع، الفوائد المنتخبات، ج٤، ص٦٨٣-٦٨٥.

(٢) ابن حزم: المحلى، ج١٠، ص٣٢٣.

(٣) الشوكاني، كتاب السيل الجرار، ج٢، ص٤٣٦-٤٤١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سابعاً: الجعفرية: اشترطوا في الحاضنة ما يلي[١]:

١- أن تكون بالغة.

٢- أن تكون عاقلة.

٣- أن تكون قادرة على القيام بما تتطلبه الحضانة من أعمال.

٤- أن تكون أمينة على أخلاق الصغير.

٥- أن لا تكون الحاضنة متزوجة مطلقاً ولو بمحرم للصغير، ولم يفرقوا في ذلك بين زواج الأم وغير الأم.

٦- ألا تكون مرتدة عن الإسلام، حتى أنهم لا يجعلون لغير المسلمة حضانة لولدها المسلم تبعاً لأبيه.

ثامناً: الأباضية: اشترطوا في الحاضنة ما يلي[٢]:

١- صحة الجسم.

٢- الصيانة.

٣- الحرز.

٤- العقل.

٥- البلوغ.

٦- الديانة- بأن يكون الحاضن مسلماً.

بعد عرض شروط الحاضنة عند المذاهب الفقهية، ندرك مدى اهتمام الشرع والعناية الكبيرة التي أحاطها في هذا الجانب، ويجب أن نذكر بعض الشروط المشتركة والتي اتفقت عليها المذاهب الفقهية وهي: العقل، والأمانة، وعدم الفسق، وعدم الارتداد في الدين، وعدم الزواج بغير ذي رحم محرم. وذلك أيضاً ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية، حيث اشترط قانون الأحوال الشخصية الأردني: "أن تكون الحاضنة عاقلة،

---

[١] محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر، ج٥، ص٣١٤.

[٢] أطفيش، شرح النيل، ج٧، ص ٤٠٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالغة، أمينة، لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه، قادرة على تربيته وصيانته، وأن لا تكون مرتدة، ولا متزوجة بغير محرم للصغير، وأن لا تمسكه في بيت مبغضيه"[١].

ومن خلال نص القانون السابق نرى أن شروط الحاضنة في قانون الأحوال الشخصية الأردني تتمثل بما يلي:

١. **البلوغ والعقل:** لأن غير العاقل والبالغ لا يستطيع القيام بشؤون غيره، ناهيك عن شؤون نفسها، وهذا ما جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية بأن: "ثبوت عدم أهلية، وأمانة الحاضنة يحول بينهما وبين ضم الصغير ولو كان رضيعاً"[٢].

٢. **الأمانة:** ذلك أن وجود المحضون لدى الحاضن من قبيل الأمانة، فلا حضانة لفاسق، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الشرعية في قرار ها: "الأصل الشرعي أن حال المؤمن يحمل على الصلاح حتى يتبين ما ينافيه، والمرء بريء حتى يقوم الدليل على إدانته، وقد نص الفقهاء على أن الصغير لا يسلم إلا إذا كان أميناً عليه في نفسه، وفي ماله، محافظاً عليه"[٣].

٣. **القدرة والكفاءة:** فلا حضانة لمن لا قدرة له، كالكبير المسن، أو المريض وصاحب العاهة الدائمة. ذكرت محكمة الاستئناف الشرعية أنه: "يثبت الدفع بأن جدة الصغير لأم المطلوب ضمه لوالده مريضة، وطاعنه في السن بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته"[٤].

٤. **أن لا تكون مرتدة:** أي خارجه عن دين الإسلام؛ لأن جزائها الحبس حتى تسلم، ومن كانت حالتها هكذا فلا تقدر على خدمة الولد[٥]. هذا ما أيدته محكمة الاستئناف الشرعية بقرار ها: "إذا ثبت أن الأم الحاضنة وضعت المحضون في مدرسة تبشيرية، وثبت ما يصيب المحضون من ضرر عظيم، وتعليمه مبادئ تتنافى مع تعاليم الإسلام وعقائده؛ مما يدل على سوء تصرف الحاضنة في تربية

---

[١] انظر المادة (١٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.
[٢] عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية، قرار ٢٣٥٦٩، ص ١٣٥.
[٣] المرجع السابق، قرار ١٢٣٥٩، ص ١٣١.
[٤] المرجع السابق، قرار رقم ١٧٦٩٤.
[٥] الأبياني، محمد زيد، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية معزز باجتهادات المحاكم الشرعية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦، ج٢، ص ٥٤٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ابنها المسلم وتعريض دينه للخطر، وبما أن درء المفاسد أولى من جلب المصالح فيكون الحكم بإسقاط حضانتها صحيحاً"[١].

٥. **عدم انشغالها عن المحضون:** بحيث لا تفصل الحاضنة مصلحتها عن مصلحة المحضون، فلا تخرج وتتركه في البيت وحيداً، فقد جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية بأن: "مجرد كون الحاضنة تقوم بحرفه أو عمل لا يسقط أهليتها في الحضانة؛ لأن الذي يسقط حق الحضانة هو تعرض الصغير للضياع والفساد والإهمال"[٢]. وبذلك فإن قانون الأحوال الأردني قد أخذ بالشروط التي جاءت بالمذهب الحنفي.

٦. **تزوج الحضانة بغير ذي محرم من الصغير**: فقد جاء قرار محكمة الاستئناف الشرعية: "أن حضانة الأم تسقط بمجرد إجراء عقد على غير قريب محرم للمحضون، ولا يشترط الدخول بها"[٣].

٧. **إمساك المحضون في بيت مبغضيه**: إن هذا من الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة، وهذا ما أيدته محكمة الاستئناف الشرعية بقرارها: "القول بأن أولاد المدعية يبغضون الصغير دون الإدعاء بأنهم يسكنون معها لا قيمة له شرعاً، ولا يعتبر دفعاً صحيحاً، كما أن مجرد الإدعاء أن المقصود من الدعوى الكيد للمدعى عليه لا يعتبر طعناً في الدعوى"[٤]؛ لأن ذلك يعرضه للخطر، وربما كان الضرر الذي يلحق بالصغير في بيت واحد مع قريبه الذي يكرهه ويبغضه أفسد من الضرر الذي يصيبه من إقامته مع الأجنبي عنه، لا سيما إذا كان النزاع في المسائل المالية كالميراث.

---

[١] عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، قرار رقم ١١٤١١، ص ١٢٨.
[٢] المرجع السابق، قرار ١٢٢٥٦، ص ١٢٤.
[٣] المرجع السابق، قرار ١٦٨٢٠، ص ١٢٩.
[٤] المرجع السابق، قرار رقم ١٣٠١٩، ص ١٣٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الخامس

أصحاب الحق في الحضانة ومدتها

أولاً: أصحاب الحضانة:

عندما يكون الصغير تحت رعاية والديه، فإنهما أحق الناس في الحضانة، ولا ينازعون في ذلك؛ إذ يتعاون الوالدان في تربية أولادهما، وهذا الأمر في الحالة الطبيعية، عندما تكون الأسرة متماسكة والوالدان غير منفصلين.

ولكن بعد انفصال الوالدين، فإن الأمر مختلف، فقد تناولت المذاهب الفقهية الأمر، واتفقت جميعها على أن الأم أولى بحضانة الصغير ورعايته، حتى ولو كانت كتابية أو مجوسية، إلا أن تكون مرتدة فحتى تسلم[١]. وقد دلت على ذلك أحاديث صحيحة كثيرة، كقوله ﷺ لامرأة أراد مطلقها انتزاع ولدها منها: **"أَنْتِ أَحَقُ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي"**[٢]. وبيان ما قاله الفقهاء على النحو الآتي:

أولاً: الحنفية:

قال الحنفية إن الحضانة بعد الأم تكون إلى أم الأم، وأم أمها على أن تكون صالحة للحضانة، فإذا ماتت أم الأم، أو تزوجت بغير محرم على الصغير، انتقل حق الحضانة إلى أم الأب وإن علت، أما إذا كانت متزوجة بمحرم له، كما إذا كانت

---

* الأنصاري: هو زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أبو يحيى، فقيه شافعي مُحدّثْ مفسر وقاضيا، من أهل مصر، لقب بشيخ الإسلام، كان فقيراً معدماً، ثم طلب العلم فنبغ ولي قضاة مصر، من مصنفاته: أسمى المطالب، شرح روضة الطالب، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية. الزركلي، الأعلام، ج٣، ص ٨٠.

(١) الأنصاري، أسنى المطالب، ج٧، ص ٥٠٣؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص٥٢٦؛ محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين، حاشية ابن عابدين- رد المحتار على الدر المختار، تحقيق حسام الدين محمد بن صالح فرفور، دار الثقافة والتراث، دمشق، ٢٠٠٠، ج١٠، ص٤٢٩-٤٣٠؛ عثمان بن عبدالله بن جامع الحنبلي، الفوائد المنتخبات في شرح أخصر المختصرات، ج٤، تحقيق عبدالله بن محمد بن ناصر بن البشر، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٣، ص٦٨٢.

(٢) رواه أحمد ورجاله ثقات مسند عبد الله بن عمرو بن العاص، ج٢، ص ٢٤٦، ورقمه ٦٧١٦، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، باب الحضانة، ج٤، ص ٢٢٣، المستدرك على الصحيحين، رقمه ٢٨٣٠، كتاب الطلاق وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

متزوجة بعمه، فإن حضانتها لا تسقط لشفقتها عليه. فإن ماتت أو تزوجت انتقل الحق للأخت الشقيقة، فإن ماتت أو تزوجت انتقل إلى الأخت الأم، ثم بعدها إلى أخت لأب[١].

واختلف الحنفية فيما وراء الترتيب السابق، مثل اجتماع خالة وأخت لأب، فقيل الأخت لأب أولى، وقيل الخالة أولى، لأنها أكثر شفقة على الطفل بعد أمه. أما بنت الأخت لأب مع الخالة، فالخالة أولى. وتقدم الخالة لأب وأم، و هي شقيقة الأم، ثم من بعدها الخالة لأم، ثم بعدها الخالة لأب، وبنات الإخوة أولى من العمات، وتقدم العمة الشقيقة، ثم العمة لأم، ثم العمة لأب، ثم تأتي خالة الأم الشقيقة، ثم إلى خالتها لأم، ثم لأب، ثم إلى عمة لأم، وبنات العم، وبنات الخال، وبنات العمة، وبنات الخالة لا حق لهن في الحضانة[٢].

ثانياً: المالكية:

أحق الناس بالحضانة عند المالكية الأم، ثم أمها، أي جدته لأمه وإن علت، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم عمة لأم، ثم أم الأب، ثم أم أمه، وأم أبيه، والأقرب منهن تقدم على الأبعد، والتي من جهة الأم تقدم على التي من جهة أبيه. وتنتقل الحضانة بعد الجدة من جهة الأب إلى الأب، ثم إلى الأخت، ثم إلى عمة الصغير أخت أبيه، ثم إلى عمة أبيه أخت جده، ثم إلى خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق، ثم الأم، ثم الأب، ثم إلى بنت الأخت، وإذا أجتمع هؤلاء يقدم منهن الأصلح للحضانة، وبعضهم رجح تقديم بنات الأخ على بنات الأخت[٣].

---

(١) انظر: زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٤، ط٢، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، د.ت، ص١٨٢، حاشية ابن عابدين، ج١٠، ص٤٤٩-٤٥٠.

(٢) ابن نجيم البحر الرائق، ج٤، ص ١٨٢-١٨٣، حاشية ابن عابدين، ج١٠، ص٤٥١.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص٥٢٧؛ شمس الدين ابن عبدالله محمد بن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقفيه ومناهج الأحكام، المطبعة العامرة، مصر، ١٣٠١هـ، ص١٣٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثاً: الشافعية:

قال الشافعية تكون الحضانة بعد الأم لأم الأم وإن علت. ثم الأم لأب، وأم الأم لأب، ثم الأخت الشقيقة، ثم لأب، ثم لأم، ثم الخالة، ثم بنات الأخت، ثم بنات الأخ، ثم العمة، ثم بنات الخالة، ثم بنات العمة، ثم بنات العم، ثم بنات الخال، وتقدم الشقيقات على غير الشقيقات، وتقدم من كانت لأب على من كانت لأم[١].

رابعاً: الحنابلة:

قال الحنابلة تكون الحضانة بعد الأم إلى أمها، ثم أم أمها، ثم أم الأب، وأم أمه وإن علت، ثم أمهات الجد، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم الخالة لأبوين، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم العمة لأبوين، ثم العمة لأم، ثم العمة لأب، ثم خالات أمه وتقدم الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالات أبيه، ثم عمات أبيه، ثم بنات أخوته، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أمه، وبنات أعمام أبيه كذلك[٢].

خامساً: الظاهرية:

قالوا الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة، ثم الجدة، ثم الأخت والعمة والخالة، وذو الرحم أولى من غيرهم فإن استووا في صلاح الحال فالأم والجدة وتأتي بعدها الأخت ثم الأقرب فالأقرب[٣].

---

[١] البجيرمي سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي حاشية البجيرمي، ج٤، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦، ص ٤٧٥-٤٧٦؛ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج٣، ضبطه وصححه عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١، ص ٥٢٢، يحيى بن أبي خير بن سالم بن موسى بن عمران العمراني، البيان في فقه الإمام الشافعي، ج١١، تحقيق أحمد حجازي السقا، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٢٤٤-٢٤٥.

[٢] ابن جامع، الفوائد المنتخبات، ج٤، ص٦٨٢.

[٣] ابن حزم: المحلى، ج١٠/ ص ٣٢٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سادساً: الزيدية:

قالوا الحضانة للأم الحرة، ثم أمهاتها وإن علون، ثم الخالات، ثم أمهات الأب وإن علون، ثم أمهات أب الأم، ثم الأخوات، ثم بنات الخالات، ثم بنات الأخوات، ثم بنات الأخوة، ثم العمات ثم بناتهن، ثم بنات العم، ثم عمات الأب، ثم بناتهن، ثم بنات أعمام الأب، ويقدم ذو النسبين من الأصناف السابقة على ذوي النسب؛ فالخالة لأب وأم أولى من الخالة لأحدهما، ثم ذو الأم، فإن عدمن فالأقرب الأقرب من العصبة المحارم ثم ذوي الرحم المحارم[١].

سابعاً: الجعفرية:

رغم أن الجعفرية لا يفصلون بين حضانة النساء وحضانة الرجال، لكنهم اعتبروها أولاً للأم ويأتي بعدها الأب، ثم تنتقل الحضانة إلى الأقارب على ترتيب اختلفوا في بعض صوره، فالحضانة للأم، فإن لم تكن تستحق الحضانة تنتقل إلى الأب، فإن لم يكن يستحقها، تنتقل إلى الجدة لأب أو لأم وإن علت، وهي أولى من العمة والخالة، كما أنها أولى من بنات العمومة والخئولة، وكذا الجدة الدنيا والعمة والخالة أولى من العليا منهن، ثم الأخوات، ثم الخالات والعمات، ثم خالات الأم وخالات الأب وعماتها وعماته[٢].

ثامناً: الأباضية:

قالوا الحضانة للأم، ثم الجدة من قبل الأم، لأن الأم أولى ويستحب أن تكون الحاضنة من ذوات الرحم والمحارم. فالأم أولى، ثم أمها، وهكذا وإن بعدت ثم الخالة وقيل ثم أم الأب، ثم الأخت، ثم العمة، ثم ابنة الأخ، ثم ابنة الأخت[٣].

---

[١] محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠هـ): كتاب السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، جزء٢، تحقيق محمد إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٥م، ص٤٣٦.

[٢] العاملي، الروضة البهية، ج٥، ص٤٥٧-٤٦٣؛ محمد بن الحسن الحر العاملي (١١٠٤هـ) وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، الجزء الثاني، المجلد السابع، تحقيق محمد الرازي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، ص١٩٠.

[٣] أطفيش: شرح النيل، ج٧، ص ٤٠٨-٤٠٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية برأي المذهب الحنفي حيث جاء فيه: "الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الأم من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الإمام أبي حنيفة[١]. وكانت جهة الأم مقدمة على جهة الأب لأن أساس الحضانة الشفقة والرأفة[٢].

ويرى الباحث أن حق الحضانة يكون بعد الأم إلى أم الأم وأم أمها وذلك حسب الترتيب الذي ذهب إليه المذهب الحنفي.

ثانياً: مدة الحضانة

ويقصد بمدة الحضانة: الفترة الزمنية التي يبقي المحضون لدى الحاضنة من وقت ولادته حياً، وحتى استغنائه عنها، وقدرته على تلبية احتياجاته بنفسه، أي بلوغه سن التمييز، فإن كان ذكراً قدر بسبع سنين أو تسع سنين.

اختلف الفقهاء في مدة الحضانة وتقدير وقتها ومذاهبهم في ذلك هي:

أولاً: الحنفية: مدة الحضانة للغلام، قدرها بعضهم بسبع سنين وبعضهم بتسع سنين، أما الفتاة، فيوجد رأيان: أحدهما حتى تحيض والثاني حتى تبلغ حد الشهوة، وقدر بتسع سنين[٣].

ثانيا: المالكية: مدة حضانة الذكر والأنثى تمتد حتى بلوغهم[٤].

ثالثا: الشافعية: ليس للحضانة مدة معلومة، ومتى ميز الصبي أو الفتاة بين أبيهم وأمهم، يختار أحدهما، وكذلك يخير بين أم وجدة أو غيره[٥].

---

(١) المادة ١٥٤، من قانون الأحوال الشخصية الأردني.
(٢) عبد الفتاح عمر: القرارات القضائية، قرار رقم ١١٧٧٩، ص١٢٨.
(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج١٠، ص
(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص ٥٢٩؛ مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى مع مقدمات ابن رشد، ج٢، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٨م، ص٢٤٤.
(٥) العمراني، البيان في فقه الإمام الشافعي، ج١١، ص ٢٥١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعاً: الحنابلة: ذكر ابن قدامة[١] مدة الحضانة سبع سنين للذكر والأنثى، ولكن إذا بلغ الصبي سبع سنين واتفق أبواه أن يكون عند أحدهما فإنه يصح، وإن تناز عا خُيّرَ الصبي، فكان مع من اختار منهما[٢].

خامساً: الجعفرية: يكون للأم حق الحضانة و هي أولى من الأب، مدة عامين للذكر وهي مدة الرضاعة، وللأنثى سبع سنين وقيل تسع، وقيل هي أحق بها ما لم تتزوج والأول أظهر، ثم تنتقل الحضانة إلى الأب[٣].

سادساً: الزيدية: الذكر متى استغنى بنفسه فالأب أولى، وحد الاستغناء أن يأكل ويشرب ويلبس بنفسه، وحدد ببلوغ السبع، أما الأنثى فالأم أولى حتى تتزوج وتدخل[٤].

سابعاً: الأباضية: يجبر الذكر بالبقاء عند الأم في صغره حتى يستطيع لبس ثيابه وغسل يديه، وقيل حتى يتم خمس سنين، والأنثى حتى تنكح ولو بلغت[٥].

ثامناً: الظاهرية: يذكر ابن حزم أن الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض، أو الاحتلام، أو الإنبات مع التمييز وصحة الجسم[٦].

---

(١) ابن قدامة: هو عبد الله أحمد بن محمد بن قدامة، من أهل نابلس من فلسطين، استقر بدمشق، ثم رحل إلى بغداد طلباً للعلم من تصانيفه: المغني، الكافي، المقنع، العمدة، وفي الأصول روضة الناظر. ابن رجب الحنبلي، طبقات الحنابلة، ص ١٣٣، الزركلي، الأعلام، ج٤، ١٩١.

(٢) موفق الدين عبدالله بن قدامة، المقدسي، المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، ج٣، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٩٨٠، ص٣٢٩.

(٣) الروضة البهية، ج٥، ص٤٦٣؛ العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ج٧، ص١٩٢.

(٤) المرتضى، البحر الزخار، ج٤، ص٢٨؛ الشوكاني: السيل الجرار، ج٢، ص٤٤٢.

(٥) أطفيش: شرح النيل، ج٧، ص ٤١٤.

(٦) ابن حزم: المحلى، ج١٠، ص٣٢٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يتضح مما سبق أن المذاهب قد اختلفت في تحديد مدة الحضانة للذكر، لكنها تتفق في أن تكون هذه المدة في مصلحة الذكر وهي بلوغه سن الإدراك. واختلفت كذلك بتحديد مدة الحضانة للأنثى وجعلتها أكثر من مدة حضانة الذكر.

رأي القانون:

حدد قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (١٦٢): "مدة حضانة الأم التي حبست نفسها على تربية وحضانة أولادها إلى بلوغهم[١]. لكنه أشار إلى: أن حضانة غير الأم من النساء للصغير تنتهي إذا أتم التاسعة، والصغيرة إذا أتمت الحادية عشر[٢]. وقد بنى قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (١٦٢) وفق المذهب الحنفي.

ويتضح من نص المادة (١٦٢) أن مدة الحضانة تمتد حتى بلوغ الأولاد إذا كانت الحاضنة هي الأم.

---

[١] مادة ١٦٢، من قانون الأحوال الشخصية الأردني.
[٢] مادة ١٦١، من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني

الدفوع الموضوعية في دعوى الحضانة

تمهيد

من المتفق عليه أن الحضانة نوع من أنواع الولاية على النفس، وقد وضعت الشريعة الإسلامية القواعد التي تكفل تربية الأطفال وحفظهم، وحددت دور الأبوين اتجاه الطفل حتى يتحقق له النمو ويصبح قادراً على رعاية نفسه. وبناء عليه فإن هناك دفوعاً بنيت على هذه القواعد إذا ما هددت هذه القواعد بالزوال، ويمكن عرض أبرز الدفوع الموضوعية التي توجه إلى دعوى الحضانة كما يلي:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول

الدفع بعدم أهلية الحاضنة

أكد قانون الأحوال الشخصية الأردني: "على وجوب كون الحاضنة بالغة، عاقلة"[١]. فمن الشروط التي إذا تحققت كانت الحاضنة أهلاً للحضانة هي: العقل والبلوغ، فالمجنونة تكون بحاجة إلى من يرعاها، خاصة أن الحضانة ولاية، ولهذا لا يجوز أن تكون الحاضنة مجنونة، أو معتوهة، ولا فرق في الجنون سواء أكان متصلاً مستمراً أم متقطعاً؛ لأن تصرفات المجنونة ولو كانت يوماً في الشهر قد تصيب المحضون بضرر قد يقضي على حياته، كما أن الحاضنة يجب أن تكون بالغة؛ لأن الحضانة رعاية للصغير وتربيته، فيجب على الأقل أن تكون الحاضنة في سن تؤهلها لذلك[٢].

---

[١] المادة ١٥٥، قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[٢] إبراهيم عبد الرحيم إبراهيم، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص٣٣٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

توضيح الدفع

تقسم الأهلية إلى قسمين:

١ـ أهلية وجوب: و تقسم إلى قسمين:

أ ـ أهلية وجوب ناقصة: إذا كان الشخص أهلاً لثبوت بعض الحقوق، دون أن تثبت عليه حقوق، كما هو في حالة الحمل في بطن أمة.

ب ـ أهلية وجوب كاملة: إذا كان الشخص أهلاً، بأن تترتب عليه التزامات مالية أو له، فهو ذو أهلية وجوب كاملة، ومثالة الإنسان بعد ولادته حياً [١].

٢ـ أهلية أداء: وتقسم إلى قسمين: [٢]

أ ـ أهلية أداء قاصرة: حيث تبتنى على القدرة القاصرة من العقل القاصر والبدن الناقص، كالصبي العاقل.

ب- أهلية أداء كاملة: و هي تبتنى على القدرة الكاملة من العقل الكامل والبدن الكامل، ويترتب على هذه الأهلية وجود الأداء، وتوجه الخطاب لمن اتصف بها.

٣ـ أما عوارض الأهلية فتقسم أيضاً إلى قسمين: [٣]

١- عوارض سماوية: و هي النازلة من قبل الشارع وليس للشخص اختيار في وجودها كالجنون والصغر والعته والمرض والموت.

٢ ـ عوارض مكتسبة: وهي العوارض التي تكون باختيار الإنسان كالسُكرِ والهزل والجهل والسفه والفسق.

وبالتالي فإذا كان الدفع بعدم الأهلية لعلة كالجنون، أو بسبب الفسق والفجور، يكلف الدافع أو وكيله بتوضيح دفعه فإذا كان الدفع لعلة كالجنون فإنه بالتالي لا يثبت إلا بالخبرة الفنية وهي شهادة الطبيب المسلم المؤيد بشهادته، وإذا كان الدفع بعدم الأهلية

---

[١] الشيخلي، شامل رشيد ياسين، عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، رسالة بغداد، ط١، ١٣٩٤هـ-١٩٧٤م، مطبعة العاني، ص ١٣٢-١٣٣.

[٢] الجبوري، حسين خلف، عوارض الأهلية عند الأصوليين، ط١، جامعة أم القرى، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، ص ١١٥-١١٦.

[٣] الشيخلي، عوارض الأهلية، ص ١٣٢-١٣٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بسبب أمور أخلاقية، توضح هذه الأمور وتثبت من خلال البينة الشخصية المستمعة المقنعة.

وبالتالي بعد توضيح الدفع بحيث يكون الدفع واضحاً، لأن الدفع دعوى ولا يجوز أن يسأل الخصم إلا عن دعوى واضحة، وبالتالي يسأل الخصم عنه.

آثار الدفع

إذا كان الدفع بعدم أهلية الحاضنة بسبب أمور أخلاقية يكلف الدافع أو وكيله بتوضيحها، وبعد ذلك يسأل الخصم عنها، فإذا صادقت على هذا الدفع يثبت الدفع وترد الدعوى الأصلية، وإذا أنكرته يكلف الدافع أو وكيله بإثبات دفعه بالبينة المعتبرة شرعاً وقانوناً، فإذا أثبته يحكم برد الدعوى الأصلية، وإذا عجز عن إثبات دفعه تفهمه المحكمة بأن له الحق بتحليف المدعى عليها اليمين الشرعية على نفي الدفع، فإذا أبدى عدم رغبته بتحليفها اليمين الشرعية يحكم برد دفعه ويحكم للحاضنة بحضانة الصغير، وإذا طلب تحليف المدعى عليها اليمين الشرعية تحلف، فإذا حلفت المدعى عليها اليمين الشرعية على نفي الدفع يرد الدفع ويحكم للحاضنة بحضانة الصغير، وإذا نكلت المدعى عليها عن حلف اليمين الشرعية يثبت الدفع بنكولها عن حلف اليمين وبالتالي ترد الدعوى الأصلية.

ويصح للمدعى عليها أن تدفع دفع المدعي – بالمرض- أنها صحيحة العقل والجسم وليس بها مرض أصلاً[١]. وهذا الدفع مقبول ومؤثر في موضوع الدعوى، ويطلب من المحكمة إحالة الأمر إلى الطبيب المختص ليثبت ذلك من عدمه[٢].

أما إذا كان الدفع بعدم الأهلية بسبب المرض كالجنون، فبعد توضيحه تقوم المحكمة بتحويل طالبة الحضانة إلى الطبيب المختص المؤيد بشهادته عملاً بالمادة (٩٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية التي نصت على ما يلي: "يثبت الجنون والعته والأمراض التي توجب فسخ النكاح في دعوى الحجر، وفسخ النكاح بتقرير

---

(١) أحمد محمد الداود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، قرار رقم ٩٤٥٢، ص ٤٩٨.

(٢) انظر القرار الاستئنافي رقم (٢٠٠٧/٢٨١- ٢٩٣٧) الصادر عن محكمة استئناف إربد الشرعية والذي لم ينشر.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة، وإذا لم يكن مآل التقرير مع شهادته باعثاً على الطمأنينة يحال الأمر إلى طبيب آخر أو أكثر".

وعليه فإذا ثبت من خلال تقرير الطبيب و شهادته أن طالبة الحضانة مصابة بالجنون، فإن ذلك يكون سبباً لرد دعواها، وإذا ثبت خلاف ذلك يرد الدفع ويحكم لها بالحضانة، فثبوت عدم أهلية الحاضنة يحول بينها و بين حضانة الصغير و لو كان رضيعاً، إلا في حالة خاصة وبشروط من أجل حفظ حياته وإنقاذه من الهلاك[١].

وإذا شفيت من مرضها حسب تقرير الطبيب المسلم المؤيد بشهادته، فإن ذلك لا يمنعها من حقها في الحضانة، فإذا زال السبب عادة حقها بالحضانة[٢].

ومن الدفوع التي يمكن للحاضنة إثارتها أيضاً رداً على دفع المدعي في حال توجيه دعوى عدم الأهلية عليها، أن تقوم بالطعن بعدم أهلية صاحب الدعوى، حيث جاء في قرار محكمة الاستئناف: "إذا ادعت الجدة لأب في دعواها عدم أهلية الجدة لأم لأسباب ذكرتها، وطعنت أيضاً الجدة لأم بعدم أهلية الجدة لأب لأسباب ذكرتها، فعلى المحكمة تكليف الجدة لأب الإثبات، فإذا أثبتت عدم أهلية الجدة لأم للحضانة، كلفت الجدة لأم إثبات طعنها في الجدة لأب وعدم أهليتها للحضانة أيضاً حسبما ذكرت، وذلك حفظاً لحق الصغير"[٣].

وفي هذه الحالة تكلف المدعية بتوضيح دفع الدفع[٤]، فإذا رد دفع الدفع تعود المحكمة للنظر في الدفع الأصلي، وتسير به حسب الأصول.

و في حال الحكم بالدعوى أو رد ها يحق لأي طرف من الأطراف استئناف القرار الصادر بالدعوى؛ لأن جميع الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية قابلة للاستئناف، فيقوم المستأنف بتقديم لائحة استئنافية يوضح فيها أسباب الاستئناف في حال الاستئناف، وبالتالي تقوم المحكمة الابتدائية بدورها بتبليغ الطرف الثاني صورة

---

[١] عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، قرار ٢٣٥٦٩، ص ١٣٥-١٣٦.

[٢] المادة ١٥٨ من قانون الأحوال الشخصية.

[٣] أحمد داود، القرارات الاستئنافية، قرار ٣٣٥٥٦، ص٥٣٨. وانظر قرار رقم (٨٥٧/٢٠٠٤-٨٥٧) الصادر عن محكمة الاستئناف، اربد، ولم ينشر.

[٤] ويصار إلى توضيح هذا الدفع والسير به حسب الأصول التي ذكرتها آنفاً.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عن لائحة الاستئناف وأسبابه، وبعد تبليغه للطرف الثاني وانقضاء المدة القانونية، تقوم المحكمة الابتدائية برفع الدعوى إلى محكمة الاستئناف الشرعية التي تقدم بدورها بالنظر في أسباب الاستئناف، وبالتالي إما أن تقوم محكمة الاستئناف بتأييد القرار الصادر عن المحكمة الابتدائية، أو تعديله، أو فسخه وإعادة القضية إلى المحكمة الابتدائية للنظر فيها من جديد[١].

[١] هذا الإجراء يتكرر في كل دفع من الدفوع لأن جميع الأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية الابتدائية تكون قابلة للاستئناف إذا كانت وجاهية وتكون قابلة للاعتراض والاستئناف إذا كانت غيابية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

الدفع بضياع المحضون عند الحاضنة لانشغالها عنه

من الشروط التي أكد عليها قانون الأحوال الشخصية الأردني حول الحاضنة أن:"لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه"[١]. فيجب على الحاضنة أن تراعي مصلحة الصغير والقيام بشؤونه وأن لا تتركه وتنشغل عنه بعملها وبكثرة خروجها من البيت فإذا كانت تخرج من البيت لوقت طويل وتترك المحضون فإن ذلك يكون سبباً لسقوط حضانتها.

توضيح الدفع

بعد أن ترفع المدعية دعوى تطلب فيها حضانة الصغير، يحق للمدعى عليه أن يدفع دعواها بضياع المحضون عند الحاضنة لانشغالها عنه بالعمل، والخروج من البيت باستمرار، سواء كان هذا العمل مشروعاً أم لا وحتى لو كان العمل عبادة، فعلى سبيل المثال إذا كانت الحاضنة تعمل ممرضة مما يجعلها تتأخر حتى ساعات المساء، أو تناوب ليالٍ كاملة في المستشفى ولأيام عديدة خلال الشهر الواحد، فهذا يكون سبباً لانشغالها عن المحضون، وبالتالي يؤدي إلى ضياعه.

ويجوز للمدعى عليه إبداء الدفع الموضوعي في أية حالة تكون عليها الدعوى، وليس هناك ترتيباً خاصاً فيما بينهما، ولا يعتبر تنازلاً عن الدفع الموضوعي تقديم دفع آخر عليه، وغني عن البيان أن الحكم في الدفع الموضوعي يترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به[٢].

وتستطيع طالبة الحضانة أن تدفع دفع المدعي عليه بما يلي:

١- بوجود متبرعة بالحضانة ترعى الصغير لحين عودة الحاضنة الأصلية، مثل أمها، أو شقيقتها، فكون الحاضنة موظفة لا يسقط حضانتها[٣].

---

[١] المادة ١٥٥ من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[٢] خالد شهاب، الدفوع الشرعية الموضوعية، ص ٢٦-٢٧.

[٣] عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، قرار ١٥٥٣٠، ص ١٣٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢- وجود حضانة بنفس مكان العمل، أو تأمينه بدار حضانة[١].

٣- الدفع بأنها تخرج بعض الوقت وليس لوقت طويل تقوم خلاله بالعمل، مثل (معلمة)، وبذلك تبين طبيعة العمل بأنه شرعي، وفي مدة خروجها يوجد من يصون الصغير ويحافظ عليه[٢].

وهذه من الدفوع الموضوعية المنتجة لإثارتها؛ لأنها إذا تمكنت المدعي عليها من إثبات دفعها، يرد دفع المدعي عليه- ضياع المحضون عند الحاضنة لانشغالها عنه- ويحكم لها بالحضانة.

وتسير المحكمة بدفع الدفع ابتداءً، وبعد أن تفصل فيه بالوجه الشرعي تعود للنظر بالدفع الأصلي المثار بالدعوى.

آثار الدفع

عند إثارة هذه الدفوع من طرفي الدعوى، تسير بها المحكمة حسب الأصول، فتكلف طالبة الحضانة أو وكيلها توضيح دفعها، وبعد ذلك تقوم بسؤال الخصم عنه، فإذا صادق عليه يحكم بثبوت دفع الدفع وبالتالي يرد الدفع ويحكم لها بالحضانة، وإذا أنكر المدعى عليه دفع الدفع تكلف طالبة الحضانة بإثباته، فإذا أثبتته بالبينة المعتبرة شرعاً وقانوناً، حكم بثبوت دفع الدفع وبرد الدفع، وبالتالي يحكم لها بالحضانة، وأما إذا عجزت عن إثبات دفع الدفع تفهمها المحكمة بأن لها الحق بتحليف المدعى عليه اليمين الشرعية على نفي دفع الدفع، فإذا أبدت عدم رغبتها بتحليفه يحكم برد دفع الدفع ويصار للسير بالدفع الأصلي، وإذا طلبت تحليفه فإنه يحلف، فإذا حلف اليمين الشرعية حكم برد دفع الدفع ويصار للسير بالدفع الأصلي، وإذا نكل عن الحلف يثبت دفع الدفع بنكوله عن حلف اليمين الشرعية، وبالتالي يرد الدفع ويحكم لها بالحضانة.

وبعد عجز المدعية عن إثبات دفع الدفع والفصل فيه تكلف المحكمة الدافع أو وكيله بإثبات الدفع وتسير به حسب الأصول كما ذكرنا سابقاً.

---

[١] المرجع السابق، قرار ٢٣٧٤٦، ص ١٣٧.

[٢] أحمد محمد الدواد، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، قرار ٢٣٧٤٦، ص ٥٤٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويترتب على إثبات الدافع لدفعه رد دعوى المدعي بضياع المحضون لانشغالها عنه؛ لأن الشريعة الإسلامية لا تمنع المرأة من العمل والاحتراف طلباً للرزق، وكون الحاضنة موظفه لا يسقط أهليتها للحضانة، لأن المعول عليه في سقوط الحضانة هو ضياع الولد وإهماله، وليس الاحتراف والعمل. وتثبت الحضانة للأم إلا أن تكون مرتدة، أو فاجرة، أو غير مأمونة[١].

[١] المرجع السابق، قرار ١٥٥٣٠ ص٥٠٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

الدفع بعدم القدرة على تربية المحضون وصيانته

القدرة على تربية المحضون وصيانته من الشروط التي أكد عليها قانون الأحوال الشخصية الأردني بالنسبة لموضوع الحضانة حيث جاء فيه: "أن تكون "قادرة على تربية الولد وصيانته"[١]. وهذه القدرة هي الكفاءة التي يشترط وجودها في الحاضنة. وهذا يعني القدرة على القيام بأعباء الحضانة من حفظ الصغير وصيانته.

توضيح الدفع

يشترط في الحاضنة أن تكون لديها القدرة على القيام بأمور الحضانة، فإذا كانت الحاضنة عاجزةً عن الحضانة، وذلك لتقدمها بالسن، أو علةٍ بدنية كالعمى والخرس، فإن حقها في الحضانة يسقط في حال ثبوت هذا الدفع، وقد يكون عدم القدرة بسبب المرض، وهذا يشتمل على الأمراض بشكل عام والأمراض المعدية كالجذام والبرص[٢] بشكل خاص، ودفع الدعوى بعدم قدرة الحاضنة واستطاعتها لحفظ الصغير يحتاج إلى توضيح، ولا يكفي مجرد الإدعاء به[٣].

فالمريض الضعيف القوة، لا حضانة له، وكذا الأعمى، والأصم، والأخرس ،والمقعد؛لأنه لا يقوم بمصلحة نفسه، فكيف يقوم بمصلحة غيره، اللهم إلا أن يكون عنده من يحضن [٤].

ويبين الدافع طبيعة هذا المرض، وما هو الضرر المترتب على الصغير من هذا المرض في حال تم الحكم للحاضنة بحضانة الصغير، وهذا الدفع- المرض- يثبت من

---

[١] المادة ١٥٥ من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[٢] إبراهيم عبد الرحيم إبراهيم شرح قانون الأحوال الشخصية، ص٣٣٧.

[٣] عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، قرار ١٧٣٠٧، ص ١٣٦، وانظر أيضاً القرار لاستئنافي رقم "٢٠٠٤/٩٥٦-٥٩٦"، الصادرة عن محكمة استئناف إربد الشرعية والذي لم ينشر.

[٤] التوسلي، علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ط٢، ١٩٥٨م، مكتبة ومطبعة مصطفى البادي، ج١، ص ٤٠٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خلال الخبرة الفنية وهي شهادة الطبيب المختص المؤيد بشهادته، حيث تقوم المحكمة بتحويل الحاضنة إلى الطبيب المختص ليقوم بفحصها وكتابة تقرير بحالتها، والحضور إلى المحكمة للإدلاء بشهادته وفق تقريره، فإذا أثبت الطبيب من خلال تقريره وجود هذا المرض المعدي، أو المرض الذي لا تستطيع الحاضنة مع وجوده القيام برعاية الصغير والمحافظة على شؤونه، تقوم المحكمة برد دعوى المدعية طالبة الحضانة.

أما الدفع بأن الحاضنة طاعنة بالسن فيجب على الدافع أن يبين هذا الدفع، فيذكر بأن الحاضنة تبلغ من العمر ثمانين عاماً تقريباً وأنها تعاني من تقوس في ظهرها، ولا تستطيع مع هذه الحالة من القيام بشؤون الصغير ورعايته.

آثار الدفع

بعد توضيح الدفع من قبل الدافع أو وكيله بأن الحاضنة طاعنة بالسن، وغير قادرة على تربية المحضون وصيانته، يصار لسؤال الخصم عنه، فإذا صادقت عليه ثبت الدفع، ويترتب على ثبوت الدفع وهو عدم المقدرة رد دعوى المدعي بطلب حضانة الصغير، وإذا أنكرته يكلف الدافع أو وكيله بإثبات دفعه، فإذا أثبته بالبينة المعتبرة شرعاً وقانوناً، يحكم بثبوت الدفع وبالتالي ترد الدعوى الأصلية، وإذا عجز الدافع أو وكيله عن إثبات الدفع، تفهمه المحكمة بأن له الحق بتحليف المدعى عليه اليمين الشرعية على نفي الدفع، فإذا أبدى عدم رغبته بتحليفها اليمين الشرعية على نفي الدفع، يحكم برد دفعه ويحكم لها بحضانة الصغير، وإذا طلب تحليفها اليمين الشرعية فإنها تُحلف، فإذا حلفتها يحكم برد الدفع ويحكم لها بحضانة الصغير، وإذا نكلت عن حلفها يحكم بثبوت الدفع بناء على نكولها، وبالتالي ترد الدعوى الأصلية.

أما بالنسبة للدفع بمرض الحاضنة فإن هذا الدفع لا يثبت إلا من خلال الخبرة الفنية؛ حيث تقوم المحكمة بتحويلها إلى الطبيب المختص الذي يقوم بمعاينتها وفحصها وكتابة تقرير بحالتها الصحية، ومن ثم عليه الحضور إلى المحكمة للإدلاء بشهادته وفق تقريره، فإذا بين الطبيب من خلال تقريره وشهادته قدرة الحاضنة على حضانة الصغير ورعايته، فيحكم لها بحضانة الصغير، وإذا بين الطبيب بأن هذه الحاضنة لا

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تستطيع القيام بشؤون الصغير، وصيانته مع هذا المرض، وفي هذه الحالة يحكم برد الدعوى الأصلية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع

الدفع بإمساك الحاضنة للمحضون في بيت مبغضيه

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على: "أنه يشترط في الحاضنة أن لا تمسك الولد في بيت مبغضيه"[١]. ويقصد بذلك أن لا تقيم الحاضنة بالمحضون في بيت من يبغضونه ويكرهونه لما في ذلك من تعريضه للخطر، حتى لو كان من يبغضه قريباً للصغير، لأن الضرر الذي قد يلحق بالصغير في بيت من يكرهه ويبغضه أشد من الضرر الذي يصيبه من إقامته مع الأجنبي عنه، خاصة إذا كان ثمة نزاع في مسائل مالية كالميراث، حيث يتمنى القريب موته حتى يحصل على الميراث[٢].

توضيح الدفع

عند الدفع بإمساك الحاضن للمحضون في بيت مبغضيه، يكلف الدافع أو وكيله بتوضيح دفعه، ببيان من هو المبغض لهذا الصغير، وما هو وجه البغض، هل هو بالضرب، أم بالإساءة إلى الصغير، وإذا كان الإدعاء بأن أولاد المدعية يبغضون الصغير فلا بد من الإدعاء أيضاً أنهم يسكنون معها في نفس البيت[٣].

آثار الدفع

بعد توضيح الدفع من قبل الدافع أو وكيله وبيان سبب البغض والعداوة، بحيث يكون الدفع واضحاً فيسأل الخصم عنه، فإما أن تصادق المدعى عليها على الدفع، وبالتالي يثبت الدفع وترد دعوى المدعية، وإما أن تنكر هذا الدفع، فيكلف الدافع أو وكيله بإثبات دفعه –إمساكه في بيت مبغضه-، فإذا أثبت دفعه بالبينة المعتبرة شرعاً وقانوناً، يحكم بثبوت الدفع وترد الدعوى الأصلية، ويحكم له بضم الصغير، وإذا عجز عن الإثبات تفهمه المحكمة أن له الحق بتحليف المدعى عليها اليمين الشرعية على نفي

---

[١] المادة، ١٥٥ من قانون الأحوال الشخصية.
[٢] إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ص٣٣٨.
[٣] عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، قرار ١٣٠١٩، ص ١٣٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدفع، فإذا أبدى عدم رغبته بتحليفها اليمين الشرعية على نفي دفعه يحكم برد الدفع، وبالتالي يحكم لها بحضانة الصغير، وإذا طلب تحليفها اليمين الشرعية على نفي الدفع فإنها تحلف، فإذا حلفت اليمين الشرعية يرد الدفع، وبالتالي يحكم لها بحضانة الصغير، وإذا نكلت عن الحلف، يثبت الدفع بنكولها عن حلف اليمين الشرعية وبالتالي ترد الدعوى الأصلية.

وتستطيع الحاضنة أن تدفع دفع المدعى عليه –إمساك الصغير في بيت مبغضه- أن الأشخاص الذين يدعي أنهم يبغضون الصغير لا يسكنون معه[١].

وعليه فتكلف المحكمة المدعى عليها إثبات دفع الدفع، وتسير بدفع الدفع أولاً وتفصل فيه بالوجه الشرعي حسب الأصول، فإذا ثبت دفع الدفع يحكم برد الدفع الأصلي، وبالتالي يحكم لها بالدعوى الأصلية، وإذا لم يثبت دفع الدفع، تكلف المحكمة الدافع أو وكيله إثبات دفعه حسب الأصول كما بينا سابقاً.

---

[١] المرجع السابق، قرار رقم ١٣٠١٩، ص ١٣٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الخامس

الدفع بزواج الحاضنة بغير رحم محرم للمحضون

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على: "اعتبار زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون مسقط لحضانتها"[١]. و حق الحضانة للأم في المرتبة الأولى، ولكن زواج الأم بغير محرم من الولد المحضون يسقط حضانتها. ويعود السبب في ذلك لانشغالها عن المحضون بحق الزوج، و سقوط حق الحضانة بسبب زواج الحاضنة يكون بمجرد العقد عليها[٢]. وهذا ما أيدته محكمة الاستئناف الشرعية بقرارها الذي جاء فيه: "وبما أن حق حضانة الأم يسقط بمجرد إجراء العقد في مثل هذه الحالة، لذلك فالحكم على المستأنفة بتسليم أولادها لوالدهم المستأنف عليه صحيحاً موافقاً للوجه الشرعي"[٣].

توضيح الدفع

يكلف الدافع أو وكيله بتوضيح دفعه فيبين، بأن هذا الزوج الذي تزوجته الحاضنة هو زوج أجنبي عن الصغير لا يوجد بينهما محرمية، و يذكر اسم الزوج الأجنبي، وتاريخ زواجه من الحاضنة، ويقوم بإبراز عقد الزواج، وأن الحاضنة منشغلة بهذا الزوج ولا ترعى الصغير ولا تحافظ على شؤونه.

آثار الدفع

يكلف الدافع أو وكيله بتوضيح دفعه، وبعد ذلك يسأل الخصم عن هذا الدفع، وبعد سؤال الخصم، إما أن تصادق على هذا الدفع وبالتالي يحكم بثبوت الدفع وترد الدعوى الأصلية، وإما أن تنكر طالبة الحضانة هذا الدفع، فيكلف الدافع أو وكيله بإثبات الدفع بالوجه الشرعي، فإذا أثبت دفعه بالبينة المعتبرة شرعاً وقانوناً ترد الدعوى

---

(١) المادة ١٥٦ من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(٢) أحمد سالم ملحم، الشرح الفقهي لقانون الأحوال الشخصية الأردني ن مكتبة الرسالة الحديثة، عمان ١٩٩٨ ص٢٣٧.

(٣) أحمد محمد الداود: القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، قرار ١٦٨٢٠ ص٥١٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأصلية، وإذا عجز عن إثباته تفهمه المحكمة أن له الحق بتحليف المدعى عليها طالبة الحضانة اليمين الشرعية على نفي الدفع، فإذا أبدى عدم رغبته بتحليفها يحكم برد الدفع ويحكم لها بحضانة الصغير، وإذا طلب تحليفها اليمين الشرعية على نفي الدفع فإنها تحلف، فإذا حلفت اليمين الشرعية يرد الدفع ويحكم لها بالحضانة، وإذا نكلت عن حلف اليمين الشرعية يحكم بثبوت الدفع بنكولها عن حلف اليمين وبالتالي ترد الدعوى الأصلية.

ويحق لطالبة الحضانة أن تدفع دفع المدعي بأنها قد طلقت من هذا الزوج الأجنبي، وذلك بموجب وثيقة الطلاق البائن رقم ( )، تاريخ ( )، الصادر عن محكمة ( )، وبعد توضيح دفع الدفع يسأل الخصم عنه ويفصل فيه بالوجه الشرعي، فإذا ثبت دفع الدفع يرد الدفع الأصلي، ويحكم لها بحضانة الصغير، وإذا رد دفع الدفع يصار للسير بالدفع الأصلي حسب الأصول كما بينا سابقاً.

فالحضانة إذا زال سبب سقوطها عاد الحق بها، وهذا ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية: "يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه"[١].

وعليه فإذا استطاع الدافع إثبات دفعه- كون طالبة الضم متزوجة من أجنبي- ردت دعوى المدعية، وفي حال كان والد الصغير متوفى، وتقدمت العمة مثلاً لطلب حضانة الصغير من أمه لسقوط حضانة الأم بتزوجها من أجنبي، وكانت هذه العمة أيضاً متزوجة من رجل أجنبي، فعندها يحكم القاضي ببقاء الصغير في حضانة أمه إلى أن تتقدم لحضانته صاحبة حق في الحضانة غير المتزوجة بالأجنبي من النساء، باعتبارها الأرفق به[٢].

ومن دفع الدفع التي يمكن للمدعية صاحبة الدعوى إثارتها رداً على دفع المدعى عليه جعل الغير صاحب الحق في الحضانة يعترض؛ لأن حق الحضانة يدور

---

[١] المادة ١٥٨ من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[٢] انظر عبد الفتاح عمرو: القرارات القضائية، قرار ٢٩٦٩٢، ص ١٣٩-١٤٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مع مصلحته، ونفع المحضون وجوداً وعدماً. مثل إدخال الجدة لأم شخصاً ثالثاً بالدعوى[١].

[١] أحمد محمد الداود: القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، قرار ١٦٥١٤، ص٥٠٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب السادس

الدفع بردة الحاضنة

اشترط قانون الأحوال الشخصية الأردني في الحاضنة أن لا تكون مرتدة. فإن كانت الأم مسلمة وارتددت عن الإسلام سقط حقها في الحضانة، ومن كان هذا وضعها لا تستطيع القيام بأعمال الحضانة. لكن الإسلام لم يشترط إسلام الحاضنة سواء أكانت أماً للصغير أو غير أم، فالكتابية تستحق الحضانة، لأن أساس الحضانة الشفقة على الصغير، وهي متوفرة عند كل حاضنة[١].

توضيح الدفع

تكون الردة بالمكفرات القولية مثل: سب الذات الإلهية قصداً، أو مكفرات عملية مثل: أن تتعرض للقرآن الكريم بالتمزيق، أو رميه في سلة المهملات قاصدة ذلك، وكذلك تكون الردة إذا كان الإنسان معتنقاً لأي أفكار أو معتقدات تخالف العقيدة الإسلامية، فيقوم الدافع أو وكيله بتوضيح هذا الدفع، وبيان ما قامت به طالبة الحضانة من أمرٍ أخرجها من الدين الإسلامي، فيذكر هذا بشكل مفصل سواء كان بالقول أو بالفعل.

آثار الدفع

عند الدفع بردة الحاضنة، تقوم المحكمة الشرعية الابتدائية باستحداث دعوى ردة منفصلة مباشرة، والنظر فيها حسب الأصول، ويكون المدعى عليه في دعوى الحضانة مدعياً في دعوى الردة على طالبة الحضانة المدعى عليها، ويستطيع أي شخص أن يقوم برفع هذه الدعوى باسم الحق العام الشرعي لتعلق حق الله تعالى بهذه الدعوى، وتفصل فيها المحكمة الشرعية حسب الأصول، فإذا كان الحكم النهائي الصادر عن المحكمة الشرعية الابتدائية والمصدق استئنافاً في دعوى الردة بثبوت ردة

---

[١] انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج١٠، ص٤٣١؛ أحمد سالم ملحم: الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية، ص٢٣٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدعى عليها، فيكون ذلك سبباً في سقوط حقها بالحضانة، وإذا لم يحكم بردة المدعى عليها – الحاضنة - لا تسقط حضانتها، وإنما يسقط دفع المدعي بردة الحاضنة. وتحكم لها المحكمة بالدعوى الأصلية بحضانة الصغير، وتستطيع طالبة الحضانة أن تدفع دفع المدعى عليه بردتها أنها قد عادت ودخلت إلى الإسلام، وأشهرت إسلامها بموجب حجة الإسلام رقم ( )، وتاريخ الصادرة عن المحكمة الشرعية ( )، أو بمجرد إقرارها أمام المحكمة أنها مسلمة.

وبالتالي إذا استطاعت أن تثبت دفع الدفع يعود حقها بالحضانة؛ حيث نصت المادة (١٥٨) من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي: "يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطها"[١].

[١] المادة (١٥٨) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب السابع

الدفع باختلاف الدين بين الحاضنة والمحضون

لم يشتمل قانون الأحوال الشخصية الأردني على نص واضح حول عدم اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون كمانع من الحضانة، ولكن احتوى القانون على مادة تشير إلى الرجوع إلى مذهب أبي حنيفة فيما لم يذكر في هذا القانون[١].

وقد أشار فقهاء المذهب الحنفي إلى أن تربية الولد تثبت للأم النسبية، ولو كانت كتابية أو مجوسية، وتكون مدة الحضانة لها لغاية سن التمييز، وهو سبع سنين لصحة إسلامه[٢]. إذ لا يشترط في الحاضنة من النساء اتحاد الدين بينها وبين المحضون، فالأم أحق بحضانة ولدها المسلم وإن كانت كتابية، إلا إذا تبين أن في حضانتها له خطراً على دينه، أو بلغ السن التي يعقل فيها الأديان، وهي بعد سن التمييز، عندها تسقط حضانتها له إذا ثبت أن هناك خطراً على الصغير في دينه.

وفي حال عدم اتحاد الدين بين طرفي الدعوى كأن يكون الزوج مسلماً وتكون الزوجة نصرانية، فلا بد من موافقة الزوجة على نظر الدعوى من قبل المحكمة الشرعية ابتداءاً، والفصل فيها وإذا أبدت عدم رغبتها بالتحاكم لدى المحاكم الشرعية فلا تجبر على ذلك، ولكن إقامتها لدعوى الحضانة لدى المحكمة الشرعية للمطالبة بولدها الصغير إقرار ضمني منها بالموافقة على ذلك.

وفي حال رفع الزوج المسلم دعوى على مطلقته النصرانية فلهذه الزوجة أن تقبل بالتحاكم لدى المحاكم الشرعية وإذا رفضت ذلك فتكون للمحاكم النظامية صلاحية النظر في القضية والبت فيها[٣].

توضيح الدفع

---

[١] انظر: نص المادة ١٨٣، من قانون الأحوال الشخصية الأردني.
[٢] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج١٠، ص ٤٣٠-٤٣١.
[٣] المادة ٧ من قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تعددت صور عدم اتحاد الدين، فقد يكون الزوجين غير مسلمين، فتسلم الزوجة، ويأبى الزوج الدخول في الإسلام، وبالتالي فإنه يفرق بينهما ويسقط حقها بحضانة الصغير، لاختلاف الدين بينهما، فإذا تعدد أصحاب الحق بالحضانة وكانوا في درجة واحدة فللقاضي اختيار الأصلح"[١].

وقد يكون الزوج مسلماً وامرأته كتابية ويخشى على الصغير أن يألف غير دين الإسلام، ففي هذه الحالة يكون هذا الدفع معتبراً ويفرق بين أمرين:

أ- إذا كان الصغير دون سن التمييز، فعندها يكون هذا الدفع غير مسموح وتكون الحضانة للأم؛ لأنها الأشفق على الصغير من غيرها، وهذا ما أيدته محكمة الاستئناف الشرعية بقرارها الذي جاء فيه: "لا يقبل هذا الدفع إذا كانت الصغيرة دون السابعة من عمرها"[٢].

ب-إذا كان الصغير فوق سن التمييز؛ فإن هذا الدفع يكون مرعياً ومعتبراً، فيقوم الدافع بتوضيح هذا الدفع بأن الصغير مميزاً، ويبلغ من العمر أكثر من سبع سنوات، وأن الحاضنة تقوم بأخذ الصغير معها إلى الكنيسة، وتقوم بتعليمه العقائد النصرانية، وتكرهه بالدين الإسلامي، وبالتالي فإن ذلك يعرض دينه للخطر، ويخشى على الصغير أن يألف دين الحاضنة ويبتعد عن الدين الإسلامي الحنيف.

آثار الدفع

وبعد توضيح الدفع من قبل الدافع أو وكيله – أن هناك خطراً على الصغير في دينه- يسأل الخصم عنه، فإذا صادقت عليه المدعى عليها، يحكم بثبوت الدفع وترد الدعوى الأصلية، وإذا أنكرته يكلف الدافع أو وكيله بإثبات الدفع، فإذا أثبت دفعه بالبينة المعتبرة شرعاً وقانوناً ترد الدعوى الأصلية، وإذا عجز عن إثباته تفهمه المحكمة، أن له الحق بتحليف طالبة الحضانة اليمين الشرعية على نفي دفعه، فإذا أبدى عدم رغبته بتحليفها يحكم برد دفعه، وبالتالي يحكم لها بحضانة الصغير، وإذا طلب تحليفها فإنها تحلف، فإذا حلفت اليمين الشرعية على نفي دفع المدعي عليه يرد الدفع ويحكم لها

---

[١] المادة ١٥٧ من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[٢] عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، قرار ٥٨٣٥، ص ١٢٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بحضانة الصغير، وإذا نكلت عن حلف اليمين يحكم بثبوت الدفع بناءً على نكولها وترد الدعوى الأصلية.

ويحق لطالبة الحضانة أن تدفع هذا الدفع، بأن سن المحضون دون السابعة من عمره، وهي السن التي لا يعقل فيها الأديان[١]، وأنه دون سن التمييز بحيث أنه لا يخشى عليه أن يألف دينها، وتسير المحكمة بدفع الدفع حسب الأصول من حيث توضيحه وسؤال الخصم عنه، فإذا صادق عليه حكم برد الدفع، وإذا أنكره تكلف طالبة الحضانة إثبات دفع الدفع، فإذا أثبتته بالبينة المعتبرة شرعاً وقانوناً يحكم برد الدفع، وإذا عجزت عن إثباته تفهمها المحكمة بأن لها الحق بتحليف المدعي عليه اليمين الشرعية على نفي الدفع، فإذا أبدت رغبتها بعدم تحليفه اليمين الشرعية يرد دفع الدفع، ويصار للنظر بالدفع الأصلي حسب الأصول، وإذا طلبت تحليفه اليمين الشرعية يحلف، فإذا حلفها يرد دفع الدفع، ويصار بالنظر بالدفع الأصلي، وإذا نكل عن حلف اليمين يحكم بثبوت دفع الدفع وبالتالي يحكم لها بحضانة الصغير.

وفي حال أثبت المدعي دعواه، تسقط حضانة الحاضنة، وهذا ما أيدته محكمة الاستئناف الشرعية بقرارها: "بإسقاط حضانة امرأة كتابية؛ لأنها اعترفت بأنها وضعت ولدها الذي هو بحضانتها وتحت رعايتها في مدرسة تبشيرية، والمدعي أثبت بالبينة الشرعية ما يصيب الولد المذكور من ضرر عظيم لا يقوم إزاءه نفع مادي مع وجوده في هذه المدرسة التبشرية، التي تلقن مبادئ تتنافى مع تعاليم الإسلام وعقائده، مما يدل على سوء تصرف المستأنفة في تربية ابنها المسلم، وتعريضها دينه للخطر، وبما أن درء المفاسد أولى من جلب المصالح[٢]، لذلك كان الحكم بإسقاط حضانتها عن ولده[٣].

وتستطيع طالبة الحضانة أن تدفع دفع المدعى عليه -عدم اتحاد الدين- أيضاً بأنها قد أسلمت، وبمجرد أن تدفع الحاضنة دفع المدعي عليه بهذا الدفع فإنه يحكم برد دفعه،

---

[١] المرجع السابق، قرار رقم (٨١٩٩)، ص ١٢٦.

[٢] ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، تحقيق محمد مطيع الحافظ، ط١، دار الفكر بدمشق، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م، ص ٩٩.

[٣] أحمد محمد الداود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، قرار ١١٤١١، ص٥٠٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالتالي يحكم لها بحضانة الصغير كونها مسلمة ينطبق عليها ما ينطبق على الحاضنة المسلمة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثامن

الدفع بسفر الحاضنة بالمحضون

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يلي:

- "لا يسمح للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج المملكة إلا بموافقة الولي، وبعد التحقق من تأمين مصلحته"[١].
- "لا يؤثر سفر الولي أو الحاضنة بالصغير إلى بلد داخل المملكة على حقه في إمساك الصغير، ما لم يكن لهذا السفر تأثير على رجحان مصلحة الصغير معه، فإن ثبت تأثير السفر على مصلحة الصغير يمنع سفر الصغير ويسلم للطرف الآخر"[٢].

نرى من خلال ما سبق أن الحاضنة غير مسموح لها أن تسافر بالمحضون خارج المملكة إلا بشرطين:

- موافقة ولي المحضون على السفر؛ لأن الأصل الإقامة من الحاضنة في المكان الذي يقيم فيه الزوج، ولا يجوز الانتقال منه إلا بإذنه لما في ذلك من ضرر بالأب لبعد ابنه عنه، وضرر بالابن لفقد رعاية أبيه ورقابته له.
- أن يكون الانتقال والسفر فيه مصلحة حقيقية للولد، فإن كان السفر يضر بمصلحته فلا يسمح لها بالسفر. وفي حالة إصرارها على السفر تفقد حقها في الحضانة[٣].

ولا يترك السفر داخل المملكة أثراً على حق الحضانة، ما لم يترتب عليه ضرر لمصلحة الطفل فتمنع من ذلك[٤].

توضيح الدفع

---

[١] المادة ١٦٦، من قانون الأحوال الشخصية الأردني.
[٢] المادة ١٦٤، من قانون الأحوال الشخصية الأردني.
[٣] أحمد محمد الداود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، قرار ٣٧٦٦٣، ص ٥٤٧؛ أحمد سالم ملحم، الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني.
[٤] شريف الصباخ، الأحوال الشخصية للمسلمين في ضوء الفقه والقضاء وطبقاً لأحكام المحكمة الدستورية، ط١، د.ت، د.م، ٢٠٠، ص٢٤٣-٢٤٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بعد أن تطلب المدعية حضانة ولدها الصغير، ويقوم المدعى عليه أو وكيله بدفع هذه الدعوى بأن الحاضنة تنوي السفر بالمحضون خارج البلاد، تكلفه المحكمة بتوضيح هذا الدفع، فيبين أنها تعمل أو تدرس أو تريد أن تقيم في بلد أجنبي خارج المملكة، وتريد أن تضم الصغير إليها ليسافر معها، وفي سفره هذا ضرر على الصغير، وضرر أيضاً على الأب بسبب بعد ابنه عنه.

آثار الدفع

بعد أن يوضح الدافع أو وكيله الدفع يسأل الخصم عنه فإذا صادقت على ذلك يحكم بثبوت الدفع وترد الدعوى الأصلية، وإذا أنكرت هذا الدفع يكلف الدافع أو وكيله بإثبات دفعه، فإذا أثبته بالبينة المعتبرة شرعاً وقانوناً حكم برد الدعوى الأصلية، وإذا عجز عن إثباته، تفهمه المحكمة بأن له الحق بتحليف طالبة الحضانة اليمين الشرعية على نفي دفعه، فإذا أبدى عدم رغبته بتحليفها يحكم برد دفعه، وبالتالي يحكم لها بحضانة الصغير، وإذا طلب تحليفها اليمين الشرعية على نفي الدفع فإنها تحلف، فإذا حلفتها يحكم برد دفعه ويحكم لها بحضانة الصغير، وإذا نكلت عن حلف اليمين الشرعية يحكم بثبوت الدفع بناءً على نكولها، وترد الدعوى الأصلية. ويحق للحاضنة أن تدفع هذا الدفع بأن السفر كان بموافقة الولي، وعليه يصار إلى السير بدفع الدفع حسب الأصول فإذا أثبتته يحكم برد الدفع الأصلي، وإذا عجزت عن إثباته يصار إلى إثبات الدفع الأصلي حسب الأصول.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني

الدفوع الموضوعية في دعوى الضم

المبحث الأول: تعريف عام بالضم.

المطلب الأول: الضم في اللغة.

المطلب الثاني:الضم في الاصطلاح الفقهي

المطلب الثالث: مشروعية الضم.

المطلب الرابع: شروط الولي طالب الضم.

المطلب الخامس: أصحاب الحق في الضم ومدته.

المبحث الثاني:الدفوع الموضوعية في دعوى الضم:

المطلب الأول: الدفع بأن طالب الضم يضرب (أبنته،ابنه) ضرباً شديداً.

المطلب الثاني: الدفع بأن سفرها بالمحضون كان بإذن وموافقة الولي.

المطلب الثالث:الدفع بأن الولي يقصد الكيد والإضرار بالمطلوب ضمها.

المطلب الرابع: الدفع بأن طالب الضم كالعم له أولاد بالغون يعيشون معه وهم غير محارم على المطلوب ضمها إذا كانت أنثى.

المطلب الخامس: الدفع بزواج المطلوب ضمها.

المطلب السادس:الدفع بأن المطلوب ضمها مريضة بمرض لا تستغني معه عن خدمة النساء.

المطلب السابع: الدفع بأن الولي غير أهل للضم.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول

تعريف عام بالضم

المطلب الأول

الضم في اللغة

الضم في اللغة: بمعنى الجمع، فيقال: ضممته ضماً فانضم بمعنى جمعته فانجمع، ومنه الإضمامة بكسر الهمزة وهي: الحزمة[١]، واضطمت عليه الضلوع أي اشتملت.

الضم لغةً مأخوذ من الفعل ضم ويقال: ضم الشيء إلى الشيء فانضم إليه[٢].

والضَّمُّ: قَبْضُ شيءٍ إلى شيءٍ، وقد ضَمَّهُ فَانضَمَ إليه وتَضامَّ وضامَّمهُ، واضطَمَّ الشيءَ: جَمَعَهُ إلى نفسِه، والضِمَّ والضِمامُ بكسرِهما: الداهيةُ الشديدَةُ، والإضْمامَةُ بالكسر: الجماعَةُ.

والضَّمْضَمُ: الغَضْبانُ، والأسَدُ الغَضْمامُ: الذي يَحْتَوي على كُلِّ شَيءٍ.

والضَّمَّةُ: الحَلْبَةُ في الرِّهانِ، وَفَرَسٌ سَبَّاقُ.

والأضاميم: أي جماعاتِ الخَيْلِ. واخْظَمَّ عليه: اشْتَمَلَ[٣].

ووردت في معاجم اللغة بأكثر من معنى وذلك كما يلي:

١ـ **الاشتمال:** انضمت عليه الضلوع أي اشتملت[٤].

٢ـ **الجمع:** يقال ضممته ضماً فأنضم بمعنى جمعته فانجمع[٥].

وبناءً على ما سبق من بيان لمعاني الضم في اللغة يتبين لنا أنها تشترك في معنى الجمع، والاشتمال، ولا تخرج عن هذا المعنى.

---

(١) أنظر الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص١٠، الفيروز إبادي، القاموس المحيط، ج٤، ص ١٤٤.

(٢) الرازي، مختار الصحاح، ص ٤٠٨

(٣) الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، (تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة)، ط٦، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٨.

(٤) المصدر نفسه، ص٤٠٨

(٥) الفيروز أباد، القاموس المحيط ج ٤ ص ١٤٤ .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

الضم في الاصطلاح الفقهي

لم يذكر الفقهاء تعريفاً خاصاً للضم منفرداً كغيره من مفردات الفقه، وإن كانوا يشيرون إليه عند تعريفهم للحضانة على اعتباره مرحلة تكاد تكون مشتركة ومتصلة فيها، والجامع المشترك بينهما هو رعاية الصغير والحفاظ عليه، وفيما يلي عرضاً لذلك وهو ليس من باب التكرار لتعريف الحضانة، ولكن لتأكيد ما ذهبت إليه المذاهب الفقهية:

أولاً: الحنيفة:

عرف الحنيفة الحضانة بأنها: "تربية الولد لمن له حق الحضانة"[١] وسواء كان الحق للأم أم الأب، واتفقوا على أن الأب يجبر على نفقة الطفل، وعلى إمساكه وحفظه وصيانته، إذا استغنى عن النساء[٢]. وذلك يعني الضم للطفل، وإن لم يعرف بشكل مباشر.

ثانياً: المالكية:

عرف المالكية الحضانة بأنها: "حفظ الولد في مبيته وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسده"[٣]. وهو تعريف عام قصد منه الحضانة والضم. ولذلك عندما ذكروا أن الضم للمحضون يكون عند البلوغ في الذكر، وسقوط حضانة الأم وانتقالها للأب، وذكروا أن للأب تعهده أي النظر في شأنه وقوله وأدبه وأرادوا بالأدب التأديب[٤].

ثالثاً: الشافعية:

---

(١) أبن عابدين، حاشية أبن عابدين، ج١٠، ص ٤٢٩.
(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٤ ص ١٨٠، وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج١٠، ص ٤٢٩.
(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص٥٢٦.
(٤) المصدر السابق، ص٥٢٦-٥٢٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عرف الشافعية الحضانة بأنها: "حفظ من لا يستقل، وتربيته بما يصلحه ويقيه عما يضره"[١]. وقد اعتبر الشافعية الإناث أليق بها؛ لأنهن عليها أصبر[٢] وبذلك لم يتعرضوا لتعريف الضم مباشرة، لكنهم شملوه من خلال الحديث عن الحضانة، حيث ذكروا أن الحضانة تكون لكل ذكر محرم وارث[٣]، وهذا يدخل ضمن الحديث عن الضم.

رابعاً: الحنابلة:

لم يتناول الحنابلة الضم أيضا بشكل مستقل، بل تحدثوا عنه ضمن الحضانة، وذكروا أن الحضانة بما فيها الضم هي "لحفظ الصغير عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه من غسل البدن والثياب ونحو ذلك"[٤]، ولذلك ذكر الحنابلة أن الحضانة لغة: هي من الحضن وهو الحضن لضم المربي، وكافل الطفل إلى حضنه[٥]، وبذلك قصدوا بحديثهم عن الحضانة أيضاً الضم.

خامساً: الظاهرية:

لم يفرد الإمام ابن حزم الظاهري الحديث عن الضم كباقي المذاهب، وإنما أدرجه من خلال باب الحضانة، واعتبر أن الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض أو الإنبات[٦].

ووضع المذهب الظاهري شروط لذلك، يقوم بعدها الأب أومن يستحق الضم بطلب ضم المحضون إليه[٧].

سادساً: الزيدية:

---

[١] الهتيمي، تحفة المحتاج ج٣، ص٥٢٢.
[٢] البجيرمي، حاشية البجيرمي، جز٤، ص ٤٧٥.
[٣] الهتيمي، تحفة المحتاج،ج٣ ، ص٥٢٣.
[٤] ابن جامع، الفوائد المنتخبات، ج٤، ص ٧٨١.
[٥] المصدر السابق، ٦٨١.
[٦] ابن حزم المحلى، الجزء ١٠، ص ٣٢٣.
[٧] المصدر السابق، ص ٣٢٣- ٣٢٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أعتبر المذهب الزيدي أن الأم أولى بولدها حتى يستغني بنفسه[١]، وذلك يدخل ضمن تعريف الحضانة، فلم يتكلموا عن الضم بشكل مستقل، لكن اعتبروا الأب يأتي بعد الأم والخالة، وهم بذلك قصدوا الضم.

سابعاً الجعفرية:

تناول الجعفرية موضوع الضم ضمن حديثهم عن الحضانة، وذلك بعد أن عرفوه وقالوا: "لو امتنعت الأم عن الحضانة صار الأب أولى بالمحضون، وفي حال امتناعهما معاً فالظاهر إجبار الأب"[٢].

لأن الفقهاء متفقون على أن الحضانة تكون للنساء ما عدا الجعفرية فإنهم يعتبرونها للأب إذا امتنعت الأم.

ثامناً: الأباضية:

والمذهب الأباضي كباقي المذاهب لم يتحدث عن الضم بشكل مستقل، ولم يفردوا له تعريف مستقل، ولكنهم تحدثوا عنه من خلال حديثهم عن الحضانة.

فقد عرف الأباضية الحضانة بأنها: "حفظ الولد بنفسه، والأم أولى بالحضانة، ولكن للأب طلب الضم في ظروف معينة؛ لأنه أقدر على تربية وتعليم المحضون"[٣].

التعريف المختار للضم:

بعد ذكر التعريفات السابقة، يرى الباحث أن تعريف الضم هو:: "تربية الولد بعد بلوغه، ورعايته وصيانته عمّا يضره.

وقد عرف الضم اصطلاحاً عند المحدثين ممن بحث مثل هذه المواضيع بأنه:"هو مشروع مقيد بالمنفعة من الجانبين، فإذا أساء أحدهما استعماله منع منه؛ لأن

---

[١] الشوكاني، السيل الجرار، ج٢، ص ٤٣٦.
[٢] العاملي، الروضة البهية، ص ٩١.
[٣] أطفيش، شرح النيل، ج٧، ص ٤٠٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مكارم الأخلاق تأبى أن تجعل الإنسان من حقه المقرر له سبباً للإضرار بغيره؛ لأن الحقوق شرعت لإصلاح المجتمع وتهذيبه وتقويمه وحماية الصغير"[١].

[١] خالد شهاب الدفاع الشرعية الموضوعية، مكتبة علاء للطباعة والنشرّ، القاهرة، د.ت. ص ٢١

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

مشروعية الضم

أن الحضانة كما قرر فقهاء الإسلام للنساء أولاً؛ لأنهن أكثر قدرة على تربية الصغار، ثم بعد ذلك تنصرف إلى الرجال؛ لأنهم أكثر قدرة على حماية وصيانة وإقامة مصالح الصغار، لذلك فأن ضم المحضون لأبيه متى يتجاوز سن الحضانة، هو حق مشروع للأب والصغير[١].

وقد قيد ذلك بالمنفعة من الجانبين، ولذلك قيل أن حق الصغير ضمه لأبيه عند بلوغه أقصى سن الحضانة، ومن حق الأب ضم ابنه إليه لقدرته على تأديبه وتعليمه، كما أن نفقته وصيانته عليه، وقد قرر من الناحية الشرعية "أن من له ولاية ضم الصغير يجبر على ضمه حتى لا يضيع الصغير وهو في بداية حياته"[٢].

وبعد حضانة النساء لا يضم الصغير إلا إلى عصبته، وقصد من وراء ذلك رعايته، لا ملازمته حيث يكون، وعليه لم يشترط ذلك، وأن يقوم العاصب بعمل المربية للصغير، بل يقوم بتعهده ورعايته وحفظه، ما دام ليس في ذلك ضياع للصغير[٣].

بناء على ما سبق عند حديثنا عن مشروعية الحضانة، وإيراد الأدلة على ثبوت مشروعيتها من الكتاب والسنة والإجماع، وحيث أن الحضانة والضم مشتركان في معنى واحد، والقصد منهما هو حفظ الصغير ورعايته، فإن الأدلة الشرعية الدالة على مشروعية الحضانة هي نفسها الأدلة الشرعية الدالة على مشروعية الضم، وبما أننا أوردناها من قبل فنكتفي بالإشارة إليها[٤].

---

[١] احمد الجندي،مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، ص ١٤٩٩.
[٢] المرجع السابق، ص ١٥٠٠.
[٣] خالد شهاب، الدفوع الشرعية، ص ٢١، أحمد الجندي مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، ١٥٠١.
[٤] انظر ص (٥٩-٦٢) من الرسالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع

شروط الولي طالب الضم

وضع الفقهاء شروطاً لحضانة الرجال بعد ضمهم للأطفال، وهي شروط حضانة النساء، وكلها مقيدة بمنفعة الصغير، وعدم ضياعه عند من هو في يده[١] ولما كنت قد ذكرت هذه الشروط عند بحث شروط الحضانة[٢]، فإنني أجمل هذه الشروط لغرض التذكير بها:

١- أن يكون الرجل من العصبات على ترتيب الإرث؛ لأن أصل استحقاقه الحضانة يقوم على قوة القرابة؛ لأنها تضمن الشفقة بالغير وحسن رعايته.

٢- أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كانت أنثى مشتهاة، ولا يضع القاضي الإناث عند الذكور، ولا الذكور عند الإناث، إلا إذا وجد القاضي المسلم مصلحة في ذلك.

٣- الموافقة في الدين في حضانة الرجال؛ لأن الأصل فيها الوارث، واختلاف الدين مانع من الميراث مسقط الحق في الحضانة.

٤- أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء[٣].

أهلية طالب الضم، فإذا انعدمت الأهلية سقط حقه بالضم.

---

[١] إبراهيم عبد الرحيم إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية، الزواج والفرقة وحقوق الأقارب، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان،١٩٩٩، ص ٣٤٢ -٣٤٣.

[٢] انظر: ص (٦٢-٦٧).

[٣] محمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٤٩٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الخامس

أصحاب الحق في الضم ومدته

أولاً: أصحاب الحق في الضم:

حددت المذاهب الفقهية من لهم الحق في ضم وحضانة الصغار من عصبته من الرجال كالتالي:

أولاً: الحنفية:

يتقدم عصبة الصغير من الرجال الأب، ثم أبو الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم العم الشقيق ،ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب، بشرط أن يكون المحضون ذكراً. أما الأنثى فلا تدفع إلى أبناء الأعمام؛ لأنهم ليسوا محارم بالنسبة لها، وإذا لم يكن للصغيرة إلا أبناء العم، ينظر القاضي بذلك فإن شاء دفعها إليهم، وإلا دفعها عند امرأة أمينة[١].

وإذا كان للصغيرة عدة أخوة، فأنها تدفع للأصلح منهم، وإن تساووا في الصلاحية فإنها تدفع للأسن. وكذلك الأمر إذا كانت لها عدة أعمام، فإذا لم يكن لها عصبة، فان حضانتها تكون للأخ لأم، ثم من بعده لابنه، ثم للعم لأم، ثم للخال لأب وأم، ثم للخال لأب، ثم للخال لأم، وإذا كان لها جد لأم كان أولى من الخال ومن الأخ للأم[٢].

ثانياً: المالكية:

تنتقل حضانة الطفل إلى الأب، ثم إلى الوصي ذكراً، ثم إلى الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ الشقيق، ويقدم عليه الجد من جهة الأم إن كان موجوداً، ثم العم الشقيق، ثم ابنه ويقدم الأقرب على الأبعد أو عصبته نسباً[٣].

ثالثاً: الشافعية:

---

[١] الحصفكي، الدر المختار، جـ١ ص ٢٥٦ – ٢٥٧، ابن نجيم البحر الرائق جـ٤، ص ١٨٣.

[٢] ابن نجيم البحر الرائق، ج٤، ص ١٨٣ – ١٨٤.

[٣] الاحسائي تبيين المساللك، ٢٥٣؛ مالك بن أنس، المدونه الكبرى، ص٢٤٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يقدم الأب، ثم الجد، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ الشقيق أو الأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم كذلك، لكن لا تسلم له لأنها مشتهاة ولأنه غير محرم، وتسلم إلى ثقة يعينها هو[١].

رابعاً: الحنابلة:

يتقدم العصبات لضم الصغير الأب، ثم الجد، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم العم لأب، ولا حضانة للبنت لغير محرم كابن العم، وابن عم الأب، وكذلك لا حضانة عليها لمحرم برضاع[٢].

خامساً: الظاهرية:

إذا لم يتوفر في الأم شروط الحضانة، وهي الأولى ضم المحضون للجدة لأم، أو إلى الأب، أو الأخ، أو الأخت، أو العمة، أو الخالة، أو العم أو الخال، وذو الرحم أولى من غيرهم بكل حال، فإن استووا في صلاح الحال يأتي بعد الأم والجدة، الأب والجد ثم الأخ والأخت ثم الأقرب فالأقرب[٣].

سادساً: الزيدية:

يتقدم الأب الحر بعد الأم لضم المحضون، ثم تأتي أم الأب بعد الخالة، وتتساوى في ذلك مع أم الأم، ثم الأخوات لأنهن أقرب ممن بعدهن، ثم بنات الأخوات للقرب، ثم بنات الأخ لقربة، ثم العمات ثم بناتهن، ثم بنات العم، ثم عمات الأب، ثم بناتهن، ثم بنات أعمام الأب[٤].

سابعاً: الجعفرية:

---

(١) العمراني، البيان، ج١١، ص ٢٤٤- ٢٤٥، الأنصاري أسنى المطالب، ج٧، ص ٥٠٩، أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي، الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج ٣، ضبط وتصحيح زكريا عميرات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩٥، ص ١٦٧.

(٢) ابن جامع، الفوائد المنتخبات، ج ٤، ص ٢٨٣.

(٣) ابن حزم، المحلى، ج١٠، ص٣٢٣.

(٤) المرتضى، البحر الزخار، جزء٤، ٢٨٧- ٢٨٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأب هو الأولى بالضم، فإذا مات الأب أو فقد أهليته للحضانة عادت إلى الأم وهي أولى بها من الجد[١] وبعد الأب يأتي الجد أبي الأب؛ لأنه يقوم مقام الأب فيكون له ذلك وكذلك هو أولى بالمال فيكون أولى بالحضانة. فإن لم يكن الجد موجوداً، أو وجد وكان فاقد الأهلية انتقل الحق للأقارب مرتبين ترتيب الإرث، حيث تأتي الجدة لأب، ثم العمة، ثم بنات العمومة، ثم الذكور مرتبين حسب الرتبة، فتقدم الأخوات، ثم أولاد الأخوة والأخوات، ثم العمات والأعمام، ثم لأولاد الأعمام، ثم خالات الأب، وعماته[٢].

ثامناً: الأباضية:

يأتي بعد الأم لضم المحضون، أم الأب، ثم الأب، ثم الأخت، ثم العمة، ثم ابنة الأخ، ثم ابنة الأخت، ثم الأخ، ثم الوصي، ثم العصبة، وإذا تعدد أهل درجة، بُدِئ بالأكبر سنا ويقدم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم الأخ لأم، فإذا استووا من كل وجه أُعتبر مزيد الشفقة[٣].

ولا يوجد نص صريح في قانون الأحوال الشخصية الأردني يشير إلى أصحاب الحق في الضم بصراحة، ولا ولاية للجد مع وجود الأب[٤] لكن المادة (١٨٣) تشير إلى ما يلي: "ما لا ذكر في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة"[٥]. لذلك أصحاب الحق في ضم المحضون هم من أشار إليهم المذهب الحنفي[٦].

ثانياً: مدة الضم:

اختلف الفقهاء في تحديد سن معينة ومحددة تنتهي بها ولاية الضم على الصغير لمن له حق الضم، وفصل الفقهاء قولهم بها، ويمكن لنا أن نعرض ذلك كما يلي:

أولاً: الحنفية:

---

(١) العاملي، الروضة البهية، ج ٥، ص ٤٦٣.
(٢) المصدر السابق، ج ٥، ص ٤٥٧، ٥٦١.
(٣) أطفيش، شرح النيل، ج٧، ص ٤٠٩.
(٤) أحمد محمد الداود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، قرار ٦٩٨٦، ص ٤٩٩.
(٥) انظر مادة ١٨٣ قانون الأحوال الشخصية الأردني.
(٦) الحصفكي، الدر المختار، ص ٢٥٦-٢٥٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عندما يبلغ الولد ويصبح عاقلا رشيداً، كان له أن ينفرد أو يبقي في حضانة أبيه، إلا أن يكون فاسد الأخلاق فلأبيه ضمه وتأديبه وإذا لم يكن له أب، فلأحد أقاربه أن يضمه إليه ويؤدبه، ولا نفقة للبالغ إلا أن يتبرع والده بها؛ إلا أن يكون طالب علم.

أما الأنثى فان كانت بكراً ضمها الأب إلى نفسه ومثل الأب الجد، فإن لم يكن لها أب ولا جد وكان لها أخ ضمها إليه بشرط أن لا يكون فاسداً. فإن كان لها عم غير فاسد ضمها إليه، فإن كان لها عصبة ذي رحم محرم ضمها إليه، وإن لم يكن وضعها القاضي عند امرأة ثقة، إلا إذا كانت مسنة عجوز فإنها تكون حرة فتسكن حيث أحبت، أما إذا كانت ثيباً فليس له ضمها[١].

ثانياً: المالكية:

حدد المالكية مدة الضم بالنسبة للذكر حتى يبلغ، أما الأنثى حتى تتزوج ويدخل بها الزوج بالفعل[٢].

ثالثاً: الشافعية:

حدد الشافعية مدة الضم بالنسبة للذكر لحين البلوغ، وللأنثى حتى تتزوج[٣].

رابعاً: الحنابلة:

حدد الحنابلة مدة الضم للطفل حتى يبلغ، أما البنت فمتى بلغت سبع سنين تضم إلى أبيها حتى البلوغ، ثم إلى الزفاف، لأن الغرض هنا الحفظ، والأب أحفظ لعرضه[٤].

خامساً: الظاهرية:

يكون للأم الحق بحضانة الصبية حتى تحيض، والغلام حتى يأكل وحده ويشرب ويلبس ثيابه وحده[٥]، ثم تنتقل حضانتهم إلى الأب ويبقيان عنده، فإذا بلغ الابن أو الابنة

---

(١) ابن نجيم، الرائق، ج٤، ص ١٨٣ – ١٨٤، حاشية ابن عابدين، ج١٠، ص ٤٦٠ – ٤٦١.
(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص ٥٥٩ – ٥٣٠.
(٣) الفيروز آبادي الشيرازي المهذب في فقه الإمام الشافعي، ص ٣ ص ١٦٧ – ١٦٨، الأنصاري اسنى المطالب، ج٧، ص ٥٠٨.
(٤) ابن جامع، الفوائد المنتخبات، ج٤، ص ٦٨٣.
(٥) ابن حزم، المحلى، ج ٤، ص ٣٢٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عامين فهما أملك لأنفسهما، ويسكنان أينما أحبا. فإن لم يؤمنا على معصية من شرب أو تبرج أو اختلاط، فللأب أو غيره من العصبة، أو الحاكم أو الجيران أن يمنعهما من ذلك ويسكنوهما حيثما يشرفون على أمورهما[١].

سادساً: الزيدية:

تكون الحضانة للأم حتى يبلغ الصغير سن الاستقلال بنفسه، فإذا بلغ ذلك ووقع النزاع بين الأم والأب يخير الصبي، فان اختار الأم، فإن النظر في حال الصبي وماله تكون مع الأب، لأنه أعرف بمصالح المعاش ومنفعة الصبي[٢] وإن استغنى الصبي بنفسه فالأب أولى به، والأم أولى بالأنثى، ويستمر الصبي عند الأب حتى يبلغ سن الرشد[٣].

سابعاً: الجعفرية:

تكون الحضانة للأم مدة عامين بالنسبة للذكر، وهي: مدة الرضاعة، وبالنسبة للفتاه سبع وقيل تسع، ثم تنتقل الحضانة إلى الأب، حتى بلوغ الصبي والفتاة[٤].

ثامناً: الأباضية:

تنتقل حضانة الصبي إلى الأب عندما يحتلم، ويبقى في حضانة أبيه حتى يبلغ سن الرشد أما حضانة الصبية فتستمر إلى دخول زوجها بها[٥].

وقد ذكر قانون الأحوال الشخصية الأردني: "إن للولي المحرم أن يضم إليه الأنثى البكر إذا كانت دون الأربعين من العمر، والثيب إذا كانت غير مأمونة على نفسها"[٦]. وبذلك فان مدة الضم تستمر بالنسبة للفتاة حتى زواجها، أو حتى سن الأربعين.

أما الغلام فعند بلوغه يمكنه الإنفراد كحق شرعي له، وهذا ما أيدته محكمة الاستئناف الشرعية بقرارها: "إذا قال البالغ الذي أصبح خصماً في الدعوى، لا أريد

---

(١) المصدر السابق، ص ٣٣١.
(٢) الشوكاني، السيل الجرار، ج٢، ص٢٤٢- ٢٤٣ .
(٣) المصدر السابق، ص ٢٤٢.
(٤) العاملي الروضة البهية، ج٥ ص ٤٦٣.
(٥) أطفيش، شرح النيل، ج٧، ص ٤٠٨.
(٦) المادة ١٦٥ من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الانضمام إلى والدي، فأنه يكون قد أختار الإنفراد عنه وعدم الانضمام إليه، وهو حقه الشرعي لبلوغه"[١].

[١] عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، قرار رقم ٢٥٦٣٧، ص ١٤٦، انظر القرار رقم ٨٨٦١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني

الدفوع الموضوعية في دعوى الضم

المطلب الأول

الدفع بأن طالب الضم يضرب (ابنته، ابنه ضرباً شديداً)

إن الحضانة في أصل مشروعيتها ولاية للتربية، غايتها الاهتمام بالصغير، وضمان رعايته، والقيام على شؤونه في الفترة الأولى من حياته، والأصل فيها مصلحة الصغير، عن طريق حفظه وتوجيهه وصيانته[١].

وتقوم الحضانة على الشفقة، التي هي أبرز الأسس التي يجب أن تراعى في التعامل مع المحضون، ولما كان الرحم المحرم هي المختصة بالشفقة، وكانت الأم الأكثر إشفاقا على صغيرها من جميع المحارم، فإنها تقدم على غيرها وإذا اجتمعت فيها شرائط أهلية الحضانة[٢]، لكن عند بلوغ المحضون للسن التي يضم إلى وليه فإنه يشترط في الولي أيضا توفر الشفقة لديه ليقوم بحضانة المحضون ذكراً أم أنثى، فعدم توفر الشفقة لطالب الضم يجعله يخسر دعواه.

توضيح الدفع

لابد للدافع أو وكيله أن يوضح دفعه وبيان فيما إذا كان هذا الضرب مبرحاً أو لا، فإذا كان الضرب غير مبرح وكان القصد منه التأديب، فإنه لا يعتبر مانعاً للضم؛ لأن من حق العصبة أن يؤدب الصغير، حيث إن الفقهاء قالوا بأن للمعلم الحق بضرب التلميذ حتى لو هلك دون تعدٍ فلا يقاد به، وبالتالي فإنه من باب أولى أن يكون للعاصب الحق بتأديب الصغير ما لم يتعدى عليه بالضرب المبرح، فإذا كان طالب الضم يضرب الصغير ضرباً مبرحاً، فعلى الدافع أو وكيله أن يذكر ذلك، ويبين كيفية هذا الضرب

---

(١) شريف الطباخ، الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، ص١٤٤ .

(٢) محمد فهد شقفه، إحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود– دراسة فقهية قانونية مقارنة ج٢ مؤسسة النوري، دمشق ١٩٩٧، ص ٥٥٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبرح، وأنه قد أدى مثلاً إلى كسر يد أو ورجل الصغير وبعد ذلك يسأل طالب الضم عن هذا الدفع.

آثار الدفع

بعد أن يطلب الولي ضم الصغير إليه، ويقوم المدعى عليه بدفع الدعوى بأن طالب الضم يقوم بضرب الصغير ضرباً مبرحاً، يكلف الدافع أو وكيله توضيح دفعه ابتداءً، وبعد توضيح الدفع، يسأل المدعى عليه طالب الضم، حيث أنه أصبح مدعاً عليه بعد أن كان مدعياً بالدعوى الأصلية، وهي طلب الضم عن الدفع الذي أثاره المطلوب ضمه، أو الحاضنة، أو وكيلهما، فإذا صادق على الدفع يحكم بثبوت الدفع وترد الدعوى الأصلية، وإذا أنكر هذا الدفع تكلف المحكمة المدعية بإثبات دفع الضرب، فإذا أثبتته بالبينة المعتبرة شرعاً وقانوناً، يحكم برد الدعوى الأصلية وإذا عجزت عن إثباته، تفهمها المحكمة أن لها الحق بتحليف المدعى عليه طالب الضم اليمين الشرعية على نفي الدفع، فإذا أبدت عدم رغبتها بتحليفه اليمين الشرعية يرد الدفع، ويحكم للولي بالضم، وإذا طلبت تحليفه اليمين الشرعية على نفي الدفع يحلف، فإذا حلفها يرد الدفع ويحكم للولي بالضم، وإذا نكل عن حلفها يثبت الدفع بنكوله وترد الدعوى الأصلية.

وعليه فإذا استطاع الدافع إثبات دفعه بقيام طالب الضم بضرب المحضون ضرباً شديداً يؤدي إلى رد دعواه، وهذا ما أيدته محكمة الاستئناف الشرعية بقرارها حيث جاء فيه: "... والشفقة لابد من توافرها فيمن يطلب ضم الصغير، وإذا ثبت أن طالب ضم الصغير يضرب ابنه ضرباً شديداً، فإن ذلك يتنافى مع هذه الشفقة وترد دعوى الضم[١].

---

[١] عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، قرار ٩٩٧٩، ص١٤٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

الدفع بأن سفرها بالمحضون كان بإذن وموافقة الولي

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يلي: "لا يسمح للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج المملكة إلا بموافقة الولي، وبعد التحقق من تأمين مصلحة الصغير"[١]. وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني بما جاء في المذهب الحنفي والذي نص على: "لم تمنع المطلقة الانتقال، كالانتقال من محله إلى محله (بينهما تقارب)، بحيث يمكنه أن يبصر ولده ثم يرجع في نهاره، إلا أن يكون الانتقال من القرية إلى مكان بعيد على عكسه لا يضر الولد"[٢].

يكون الولد حتى سن التاسعة في حضانة أمه، وقد حدد الفقهاء شروط سفر الأم بولدها في أثناء مدة الحضانة، بعد الحصول على موافقة وليه؛ لأن سفرها به دون الحصول على الموافقة المذكورة يسقط حقها في حضانته، وهذا ما أيدته محكمة الاستئناف الشرعية بقرارها حيث جاء فيه: "سفر الحاضنة بالصغار خارج المملكة بدون إذن الولي مسقط حضانتها"[٣]. وقد جاء في حاشية ابن عابدين قوله: "ليس للمطلقة بائنا بعد عدتها الخروج بالولد من بلدة إلى أخرى بينهما تفاوت[٤].

توضيح الدفع

بعد أن يرفع الولي دعوى أمام القاضي يطلب فيها ضم المحضون إليه بسبب سفر الحاضنة، وأن يبين أن السفر بالمحضون خارج البلاد كان بدون إذنه وموافقته، وهذا يتعارض مع نص المادة (١٦٦) من قانون الأحوال الشخصية: "لا يسمح للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج المملكة إلا بموافقة الولي، وبعد التحقق من تأمين مصلحة الصغير". حيث منعت الحاضنة من السفر خارج البلاد بالمحضون إلا

---

[١] المادة (١٦٦) قانون الأحوال الشخصية الأردني.
[٢] ابن عابدين، حاشية أبن عابدين، ج١٠، ص ٤٧١-٤٧٣.
[٣] أحمد محمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، قرار ٣٧٦٦٣، ص٥٤٧، عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، قرار ٢١٣٠٢، ص ١٣٤.
[٤] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج١٠، ص ٤٧١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بموافقة الولي، أو أن يكون السفر إلى بلد داخل المملكة، وفي هذا السفر تأثير على مصلحة الصغير فعندها تُمنع الحاضنة من السفر ويسلم المحضون للطرف الآخر.

وهذا ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية الأردني: "لا يؤثر سفر الولي أو الحاضنة بالصغير إلى بلد داخل المملكة على حقه في إمساك الصغير، ما لم يكن لهذا السفر تأثير على رجحان مصلحة الصغير معه، فإن ثبت تأثير السفر على مصلحة الصغير يمنع سفر الصغير ويسلم للطرف الآخر"[١]. فتقوم المدعى عليها أو وكيلها بدفع دعوى المدعي طالب الضم أن سفرها كان بإذن وموافقة الولي، وأنه هو الذي قام بتجهيز أمور السفر وشراء التذاكر للحاضنة والمحضون، ولو أنه لم يكن موافقاً على هذا السفر لأبدى اعتراضه مسبقاً.

وهذا ما أيدته محكمة الاستئناف الشرعية بقرارها الذي جاء فيه: "ولدى التدقيق تبين أن المستأنف عليها طلبت الحكم على المستأنفة بتسليمها الصغار لحضانتهم؛ لأنها سافرت بهم إلى بريطانيا، فسقط حقها في حضانتهم، وحيث ثبت سفرها بالصغار حكمت للمستأنف عليها بحضانتهم، وبما أن المادة (١٦٦) من قانون الأحوال الشخصية نصت على أنه "لا يسمح للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج المملكة إلا بموافقة الولي، وبعد التحقق من تأمين مصلحته" وبما أن الولي لم يعترض على سفر المستأنفة بالصغار فتكون دعوى المستأنف عليها غير مسموعة"[٢].

آثار الدفع

بعد أن تكلف الحاضنة أو وكيلها بتوضيح دفعها، وتذكر أن سفرها بالمحضون إلى بلد خارج المملكة كان بموافقة الولي وعدم اعتراضه على ذلك، وعليه فإن هذا السفر لما كان بموافقة الولي فهو لم يخالف المادة (١٦٦) من قانون الأحوال الشخصية، وبعد أن توضح دفعها يُسأل الخصم عنه فإذا صادق عليه يحكم بثبوت الدفع وبالتالي ترد الدعوى الأصلية، وإذا أنكر طالب الضم هذا الدفع تكلف الحاضنة بإثباته،

---

[١] المادة ١٦٤ من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[٢] أحمد محمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، قرار ٣٨٧٠٣، ص ٥٤٩-٥٥٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإذا أثبتته بالبينة المعتبرة شرعاً وقانوناً يحكم برد الدعوى الأصلية، وإذا عجزت عن إثبات دفعها تفهمها المحكمة بأن لها الحق بتحليف طالب الضم اليمين الشرعية على نفي دفعها، فإذا أبدت عدم رغبتها بتحليفه يحكم برد الدفع، وبالتالي يحكم للولي بالضم، وإذا طلبت تحليفه اليمين الشرعية فإنه يحلف، فإذا حلفها يحكم برد الدفع وبالتالي يحكم له بالدعوى الأصلية، وإذا نكل عن حلف اليمين الشرعية يثبت الدفع بناءً على نكوله، وبالتالي ترد الدعوى الأصلية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

الدفع بأن الولي يقصد الكيد والإضرار بالمطلوب ضمها

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (١٦٥) على ما يلي: "للولي المحرم أن يضم إليه الأنثى البكر، إذا كانت دون الأربعين من العمر، والثيب إذا كانت غير مأمونة على نفسها، ولم يقصد بالضم الكيد والإضرار بها"[١]، ويعتبر هذا الدفع من الدفوع المسموعة التي تؤدي إلى سقوط ورد الدعوى، في حال ثبوتها، لما له من أثر على المحضون، فبعد رفع المدعي دعوى يطالب فيها ضم الأنثى البكر أو الثيب غير المأمونة على نفسها[٢]، فإنه يمكن للمدعى عليه بعد رفع المدعي دعوى يطلب فيها الضم للأنثى، أن يوجه دفعاً موضوعياً إلى دعوى المدعي بهدف إسقاط حق المدعي.

ومن الدفوع الموضوعية التي يمكن إثارتها لدعوى الضم الدفع بأن الولي يقصد الكيد والإضرار في المطلوب ضمها، وهناك عدة صور للكيد والإضرار منها:

أ- وجود مبغض للصغيرة في بيت طالب الضم مما يلحق الضرر بها بسبب هذه العداوة، وثبوت هذا الدفع يؤثر في دعوى المدعي بالضم لأن الكيد والإضرار يسقط حق المدعي بدفع دعواه[٣].

ب - أنه يريد أن يضمها في مسكن غير صحي، مثل أن يكون آيل للسقوط[٤].

توضيح الدفع

بعد أن يدفع المدعى عليه أو وكيله دعوى المدعي بهذا الدفع، تكلف المحكمة الدافع أو وكيله بتوضيح دفعه، وذلك بأن تقوم المحكمة بالاستيضاح عن العداوة وأسبابها وصورها، فإذا وضحها بشكل يجعل المدعي مبغضاً للصغيرة الأنثى ردت

---

(١) المادة (١٦٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(٢) أحمد محمد داود: القرارات الاستئنافية، قرار ١٨٣٥٥ ، ٥١٣.

(٣) عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، قرار ١١٩٢٠، ص ١٤٦، وانظر القرار رقم ٣٣٠٥/٢٠٠٧/٦٤٩ الصادرة عن محكمة استئناف إربد الشرعية والذي لم ينشر.

(٤) المرجع السابق، قرار رقم ٥٧٥٣، ص ١٢٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدعوى[١]، فيذكر الدافع أسباب الكيد والأضرار التي يدعيها، هل هي رغبة في قطع نفقتها، أم أنه يريد ضمها في مسكن غير صحي، أو أنه يريد ضمها مع مبغضيها، وأن يبين الأضرار التي يمكن وقوعها على المحضونة في حال تم الحكم بضم الصغيرة إلى المدعي.

آثار الدفع

بعد توضيح الدفع من قبل الدافع أو وكيله يسأل الخصم عنه، فإذا صادق على هذا الدفع فإنه يثبت الدفع بمصادقته عليه، وترد الدعوى الأصلية، وإذا أنكره يكلف الدافع بإثبات دفعه، فإذا أثبته بالبينة المعتبرة شرعاً وقانوناً حكم بثبوت الدفع وترد الدعوى الأصلية، وإذا عجز عن إثبات الدفع تفهمه المحكمة بأن له الحق بتحليف طالب الضم اليمين الشرعية على نفي الدفع، فإذا أبدى الدافع عدم رغبته بتحليف طالب الضم اليمين الشرعية على نفي الدفع، يرد الدفع ويحكم للولي بالضم، وإذا طلب تحليف طالب الضم اليمين الشرعية على نفي الدفع فإنه يحلف، فإذا حلف اليمين الشرعية يرد الدفع ويحكم له بالضم وإذا نكل عن حلفها يثبت الدفع بنكوله عن حلف اليمين، وبالتالي ترد الدعوى الأصلية.

---

[١] عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، قرار رقم (١١٩٢٠)، ص ١٤٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع

الدفع بأن طالب الضم كالعم له أولاد بالغون يعيشون معه وهم غير محارم على المطلوب ضمها إذا كانت أنثى

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على: "للولي المحرم أن يضم إليه الأنثى البكر، أذا كانت دون الأربعين والثيب إذا كانت غير مأمونة على نفسها ولم يقصد بالضم الكيد والإضرار بها"[١]، وفي المذهب الحنفي يتقدم هؤلاء الأب، ثم الجد، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق كما تقدم ذكره[٢].

توضيح الدفع

يحق للولي ضم الأنثى ما دامت دون الأربعين إذا كانت بكراً والثيب إذا كانت غير مأمونة على نفسها، لكن لا يدفع بالأنثى إلى أولاد العم لأنهم غير محارم لها[٣]. ويمكن أن يطلب العم أو العمة الضم للأنثى، حيث تقام الدعوى على الحاضنة في حال كانت الأنثى غير بالغة، وإذا كانت بالغة يجوز إقامة الدعوى على الأنثى نفسها، فتدفع الحاضنة أو الأنثى دعوى المدعي بأن طالب الضم كالعم عنده أولاد بالغون يعيشون معه، وبالتالي فهم غير محارم على المطلوب ضمها، ولما كان القصد من ضم الأنثى صيانتها وحمايتها، فإن دعوى الضم في مثل هذه الحالة وفي حال ثبوت الدفع ترد؛ لأن هذا يخالف مقتضى القصد من الضم وهو حماية الأنثى وصيانتها.

آثار الدفع

يكلف الدافع أو وكيله بتوضيح دفعه، وبعد ذلك يسأل طالب الضم عن هذا الدفع فإذا صادق عليه يحكم بثبوت الدفع وبالتالي ترد الدعوى الأصلية، وإذا أنكره تكلف المحكمة الحاضنة أو المطلوب ضمها إثبات دفعها، فإذا أثبتته بالبينة المعتبرة شرعاً وقانوناً يحكم بثبوت الدفع وبالتالي ترد الدعوى الأصلية، وإذا عجزت عن إثبات دفعها،

---

[١] المادة (١٦٥) من قانون الأحوال الشخصية.
[٢] انظر ص (١٠٢) من البحث.
[٣] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج١٠، ص ٤٥٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تفهمها المحكمة بأن لها الحق بتحليف طالب الضم اليمين الشرعية على نفي الدفع، فإذا أبدت عدم رغبتها بتحليفه يرد الدفع ويحكم لطالب الضم بالدعوى الأصلية، وإذا طلبت تحليفه اليمين الشرعية، توجه اليمين الشرعية إليه من قبل المحكمة على نفي الدفع، فإذا حلفها حكم برد الدفع، وبالتالي يحكم له بالضم، وإذا نكل عن حلفها يحكم بثبوت الدفع بناءً على نكوله عن حلف اليمين الشرعية وبالتالي ترد الدعوى الأصلية.

وبالتالي فإذا استطاع الدافع (الحاضنة أو المطلوب ضمها أو وكيلهما) إثبات دفعه بوجود أولاد بالغين يعيشون مع طالب الضم وهم غير محارم على المطلوب ضمها، فأنه يؤدي ذلك إلى رد دعوى طالب الضم، ويستطيع طالب الضم أن يدفع دفع الحاضنة أو المطلوب ضمها، أو وكيلهما بوجود أولاده البالغين عنده، والذين هم غير محارم عليها؛ بأن أبناءه محارم على المطلوب ضمها

لأنهم إخوتها بالرضاعة، وعندها تكلفه المحكمة بإثبات دفع الدفع وتسير به حسب الأصول كما ذكرنا سابقاً، وبعد الانتهاء من دفع الدفع تعود المحكمة للسير بالدفع الأصلي حسب الأصول.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الخامس

الدفع بزواج المطلوب ضمها

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على: "للولي المحرم أن يضم إليه الأنثى البكر دون الأربعين من العمر والثيب إذا كانت غير مأمونة على نفسها ولم يقصد بالضم الكيد والإضرار بها"[١]، نرى مما سبق أن من شروط ضم الولي المحرم للأنثى هي أن تكون بكراً غير متزوجة؛ لأن القصد من وراء الضم في هذه المرحلة صيانة الأنثى وحمايتها، ولما كان ذلك متوفر عن طريق الزواج فإن زواج البنت المطلوب ضمها يكون سبباً لرد الدعوى.

توضيح الدفع

بعد أن تدفع المدعى عليها الحاضنة، أو المطلوب ضمها، أو وكيلهما دعوى طالب الضم بأن المطلوب ضمها متزوجة من شخص معين، وتقوم بذكر اسمه بالكامل، وإن هذا الزواج تم بموجب وثيقة عقد الزواج رقم ( )، تاريخ ( )، الصادرة عن محكمة ( )، وتبرز صورة عن هذه الوثيقة، فإن هذا الدفع في حال ثبوته يكون سبباً لرد الدعوى، وهذا ما أيدته محكمة الاستئناف الشرعية بقرارها الذي جاء فيه: "البكر من بلغت مبالغ النساء وكانت صغيرة السن، فللأب ولكل عاصب أمين من محارمها الحق في ضمها إليه وإن كان لا يخشى عليها الفساد، وإن هذا الحق ثابت للولي ما دامت لم تتزوج، فإن تزوجت بطل حق الأب والأولياء في طلب ضمها إليهم؛ لأنه بمجرد العقد عليها يجب أن تكون في طاعة زوجها أو عصمته ولو لم يدخل بها الزوج، ولو بقي الحق للأولياء في طلب ضمها إليهم مع زواجها لأدى ذلك إلى إبطال حق الزوج في طاعتها له، وإلى انعدام استقرار أثر الزوجية"[٢].

---

[١] المادة (١٦٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[٢] أحمد محمد الداود، أحمد محمد الداود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، قرار ١٧٧١٦، ص ٥١٥-٥١٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

آثار الدفع

يكلف الدافع أو وكيله بتوضيح دفعه، وبعد توضيح هذا الدفع كما سبق يسأل الخصم عنه، فإذا صادق عليه حكم بثبوت الدفع وترد الدعوى الأصيلة، وإذا أنكره تكلف المحكمة الدافع بإثبات دفعه، فإذا أثبته بالبينة المعتبرة شرعاً وقانوناً يحكم بثبوت الدفع وبالتالي ترد الدعوى الأصلية، وإذا عجزت عن إثبات دفعها، تفهمها المحكمة بأن لها الحق بتحليف المدعي طالب الضم اليمين الشرعية على نفي الدفع، فإذا أبدت عدم رغبتها بتحليفه، يرد الدفع ويحكم للولي بالضم، وإذ طلبت تحليفه اليمين الشرعية على نفي الدفع توجه إليه اليمين الشرعية، فإذا حلفها يرد الدفع ويحكم له بالضم، وإذا نكل عن حلفها يحكم بثبوت الدفع لنكوله عن حلف اليمين الشرعية، وبالتالي ترد الدعوى الأصيلة.

ويصح إثارة هذا الدفع قبل الحكم وبعده، فإن أثير قبل الحكم وثبت بالوجه الشرعي فإن ذلك يكون سبباً في رد دعوى المدعي طالب الضم، وإن أثير هذا الدفع بعد الحكم فإن إثارته تؤثر على الحكم الصادر بفسخه[١] عن طريق استئناف الحكم الصادر بالدعوى الأصيلة.

ويستطيع طالب الضم أن يدفع دفع الحاضنة أو المطلوب ضمها بأنها قد طلقت من زوجها بموجب وثيقة الطلاق البائن رقم ( )، تاريخ ( )، الصادرة عن محكمة ( )، وبعد أن يوضح هذا الدفع تسير المحكمة به حسب الأصول، فإذا انتهت منه وفصلت فيه بالوجه الشرعي تعود للسير بالدفع الأصلي حسب الأصول.

---

[١] عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، قرار رقم (١٩٩١٩)، ص ١٤٧-١٤٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب السادس

الدفع بأن المطلوب ضمها مريضة بمرض لا تستغني معه عن خدمة النساء

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني: "تمتد حضانة الأم التي حبست نفسها على تربية وحضانة أولادها إلى بلوغهم"[١]. "وتنتهي حضانة غير الأم من النساء للصغير إذا أتم التاسعة وللصغيرة إذا أتمت الحادية عشر[٢].

حددت نصوص المواد السابقة مدة الحضانة للطفل أو الطفلة، سواء كانت الحاضنة الأم أو غير الأم، ويحق بعد هذه المدة للولي المطالبة بضم المحضونة إليه لمشروعيته؛ لأنه أقدر على توفير الحماية والتأديب للمحضون خلال هذه المرحلة العمرية، وبعد إقامة الدعوى من قبل الولي بضم المحضونة إليه، يحق للمدعى عليه أو وكيله دفع دعوى المدعي طالب الضم، بأن المطلوب ضمها مريضة بمرض لا تستغني معه عن خدمة النساء[٣]، وعند الدفع بذلك فعلى المحكمة تكليف الدافع أو وكيله توضيح دفعه.

توضيح الدفع

بعد أن تدفع الحاضنة أو المطلوب ضمها أو وكيلهما دعوى طالب الضم، بأن المطلوب ضمها مريضة بمرض لا تستطيع مع وجود هذا المرض الاستغناء عن خدمة النساء، مثل أن تكون مقعدة ولا تستطيع قضاء الحاجة بنفسها، إلا بمسايرة غيرها من النساء، كونه لا يجوز للولي الإطلاع على عورة المطلوب ضمها، أو كانت المطلوب ضمها مصابة بمرض عضوي وبحاجة إلى خدمة النساء، وفي مثل هذه الحالة فإن الدفع لا يثبت إلا بواسطة طبيب موثوق[٤]، وهو الطبيب المختص المؤيد بشهادته.

آثار الدفع

---

[١] المادة ١٦٢ من قانون الأحوال الشخصية الأردني.
[٢] المادة ١٦١ من قانون الأحوال الشخصية الأردني.
[٣] أحمد محمد داود القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، قرار ١٠٢٦٥، ص ٥٠٠.
[٤] المرجع السابق، قرار ١٠٢٦٥، ص ٥٠٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بعد أن يكلف الدافع أو وكيله بتوضيح دفعه -بوجود المرض الذي لا تستغني بوجوده المطلوب ضمها عن خدمة النساء- تقوم المحكمة بتحويل المحضونة إلى الطبيب المختص الذي يقوم بفحصها ومعاينتها وكتابة تقرير بحالتها، ويحضر للمحكمة للإدلاء بشهادته وفق تقريره، فإذا قرر الطبيب بعد معاينة المحضونة أنها تعاني من المرض وفق ما قرر الدافع، وأنها لا تستطيع الاستغناء مع هذا المرض عن خدمة النساء، فيثبت الدفع بشهادة الطبيب المختص، وتقرر المحكمة بناء على شهادة الطبيب وتقريره رد دعوى المدعي طالب الضم، وإذا قرر الطبيب بعد فحص ومعاينة المحضونة خلاف ذلك، وقرر أنها تستطيع الاستغناء عن خدمة النساء، فعندها يرد الدفع ويحكم للولي بالضم.

ويستطيع الولي أن يدفع دفع المدعي عليها أو وكيلها بأنه يوجد عنده خادمة أنثى تستطيع أن تقوم بخدمة المطلوب ضمها ورعايتها، سواء كانت هذه الخادمة متبرعة، أو مأجورة، أو أنه يوجد عنده أنثى من محارمه مثل أخته ومستعدة لخدمة ورعاية المطلوب ضمها.

وعليه يمكننا القول أن المدعى عليها إذا استطاعت إثبات دفعها بوجود مرض لا يسمح معه بالضم، فإن ذلك يسقط حق الولي بالضم وهذا ما نص عليه قرار محكمة الاستئناف الشرعية: "بأن الصغير المتجاوز سن الحضانة، إذا كان مريضاً ومحتاجاً للخدمة هو بمنزلة الصغير الذي هو دون سن الحضانة""[١].

---

[١] أحمد محمد داود القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، قرار ١٨١٨٧، ص ٥١٢-٥١٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب السابع

الدفع بأن الولي غير أهل للضم

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني، على عدة شروط يجب توافرها في الحاضنة فجاء ما نصه: "يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة أمينة لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه، قادرة على تربيته وصيانته، وأن لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير، وأن لا تمسكه في بيت مبغضيه"[١].

وعندما يكون الحاضن بالغ يستطيع القيام بشؤونه كالكبار، وبالتالي يستطيع القيام بشؤون المحضون، على عكس غير العاقل الذي لا يمكنه القيام بشؤون الصغير لعدم معرفته بما ينفعه، وبالتالي يخشى على حياة الطفل، كما أن الأمانة تؤثر على أخلاق الصغير وماله[٢].

فبعد رفع الدعوى من قبل الولي بطلب ضم المحضونة إليه، يحق للمدعى عليها أو وكيلها أن تدفع دعوى المدعي، بأن الولي غير أهل للضم، وبعد قبول المحكمة لهذا الدفع تكلف المحكمة الدافع أو وكيله بتوضيح دفعه[٣].

وقد فصلنا موضوع عدم الأهلية للحاضنة في مطلب سابق وهو ينطبق على الولي أيضاً[٤].

توضيح الدفع

يقوم الدافع أو وكيله بتوضيح دفعه بعد أن تكلفه المحكمة بذلك، فيذكر الدافع من خلال دفعه بأن الولي طالب الضم مصاب بمرض، مثل: الجنون، أو أنه غير أمين على الصغيرة من نفسه، وماله، والاعتداء عليها[٥].

ويبين الدافع سبب عدم الأهلية هل هو لمرض كالجنون، أو العته وغيره أو بسبب عدم الأمانة كونه يسرق، أو يغش، أو عنده فسق، أو فجور؛ لأن الصغير لا يسلم

---

[١] المادة (١٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.
[٢] محمد الشلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص٧٦٣- ٧٦٤.
[٣] أحمد محمد داود: القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، قرار ١١٩٤٤، ص ٥٠١.
[٤] انظر ص (٧٥-٧٩).
[٥] المرجع السابق، قرار رقم ٤٣٩٥٣، ص ٥٦٠-٥٦١، عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، قرار ٢٠٦٠٩، ص ١٤٨- ١٤٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إلى عاصبه إلا إذا كان أميناً عليه[١]، وفي حالة الدفع بالمرض فإنه لا يثبت إلا بواسطة بينة مقبولة، وهي الخبرة الفنية ألا وهي شهادة الطبيب المختص المؤيد بشهادته وليس البينة الشخصية[٢]، وذلك عملاً بالمادة (٩٠)، من قانون أصول المحاكمات الشرعية[٣]، حيث تقوم المحكمة بتحويل طالب الضم الذي طعن بعدم أهليته من قبل المدعى عليها أو وكيلها إلى الطبيب المختص، الذي يقوم بفحصه ومعاينته وكتابة تقرير خطي عن حالته، وعلى الطبيب الحضور إلى المحكمة للإدلاء بشهادته وفق تقريره، وإذا لم تقتنع المحكمة بتقرير الطبيب وشهادته فإنها تقوم بتحويل المريض إلى طبيب آخر أو إلى لجنة طبية. أما بالنسبة لموضوع عدم الأمانة فيبين الدافع أو وكيله هذا الدفع، ويثبت هذا الدفع بالبينة الشخصية المستمعة المقنعة وتسير به المحكمة وتفصل فيه حسب الأصول.

آثار الدفع

بعد توضيح الدفع بمرض طالب الضم، وتحويله إلى الطبيب المختص، وورود تقرير خطي من قبل الطبيب بحالته، يحضر الطبيب إلى المحكمة للإدلاء بشهادته وفق تقريره، فإذا جاءت شهادته مطابقة لتقريره، وقرر بشهادته أن طالب الضم مصاب بالمرض وجاءت شهادته مطابقة لتقريره، تقرر المحكمة اعتمادها والأخذ بها، وبالتالي فإن الدفع يثبت بهذه الشهادة وترد الدعوى الأصلية، وإذا أثبت الطبيب أهلية طالب الضم وأنه ليس فيه مرض وأنه أهل للحضانة، يحكم برد الدفع وبالتالي يحكم للولي بالضم.

وأما إذا كان الدفع بعدم أهلية الولي بسبب الفسق والفجور وأمور أخلاقية، فإنه بعد توضيحه يسأل الولي عنه، فإذا صادق عليه يحكم بثبوت الدفع وبالتالي ترد الدعوى

---

[١] المرجع السابق، قرار ١٢٣٥٩، ص ١٣١.

[٢] المرجع السابق، قرار ٤٣٩٥٣، ص ٥٦٠-٥٦١، وانظر القرار الاستئنافي رقم (٢٩٨٠/٢٠٠٧/٢٥٢) الصادر عن محكمة استئناف إربد الشرعية والذي لم ينشر.

[٣] المادة ٩٠ من قانون المحاكمات الشرعية: "يثبت الجنون والعته والأمراض التي توجب فسخ النكاح في دعوى الحجر وفسخ النكاح بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة فإذا لم يكن مآل التقرير مع شهادة الطبيب باعثاً للطمأنينة يحال الأمر إلى طبيب آخر أو أكثر.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأصلية، وإذا أنكره يكلف الدافع أو وكيله بإثبات دفعه، فإذا أثبته بالبينة الشخصية المستمعة المقنعة يحكم بثبوت الدفع وبالتالي ترد الدعوى الأصلية، وأما إذا عجز الدافع أو وكيله عن إثبات دفعه تفهمه المحكمة بأن له الحق بتحليف الولي اليمين الشرعية على نفي الدفع، فإذا أبدى عدم رغبته بتحليفه يحكم برد الدفع، وبالتالي يحكم للولي بالضم. وإذا طلب تحليف طالب الضم اليمين الشرعية على نفي الدفع توجه إليه اليمين، فإذا حلفها يحكم برد الدفع وبالتالي يحكم لطالب الضم (الولي) بالضم، وإذا نكل الولي عن حلفها فإن الدفع يثبت بنكوله عن حلف اليمين الشرعية على نفي الدفع، وبالتالي يحكم برد الدعوى الأصلية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثامن

الدفع بأن الأب متزوج من أجنبيه عن الصغيرة ولها أولاد بالغون من زوج غيره

لم يشر قانون الأحوال الشخصية الأردني في نصوصه إلى هذا الموضوع، وقد ذكر القانون أن ما لا ذكر فيه يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة[١]. وقد نص المذهب الحنفي أن الأب يأتي على رأس العصبات[٢]، التي تقوم بضم البنت، ثم يليه الجد، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق.[٣].

وعندما يكون الأب متزوج بزوجة أجنبية عن المحضونة، ويوجد لهذه الزوجة الأجنبية أولاد بالغون من زوج آخر غير والد المطلوب ضمها، يمكن اعتبار هذا الكلام دفعاً موضوعياً ترد به الدعوى التي يقيمها الولي لضم المحضونة من قبل المدعى عليها في حال ثبوته[٤]، وبعد قبول الدفع من قبل المحكمة يكلف الدافع أو وكيله توضيح الدفع.

توضيح الدفع

يكلف الدافع أو وكيله بتوضيح دفعه، فيذكر أن الولي طالب الضم متزوج من امرأة أجنبية عن المطلوب ضمها، ويوضح طبيعة الأذى الذي تلحقه الزوجة الأجنبية بالمحضون[٥]، كالضرب المبرح، والسب، والشتم بكلمات بذيئة، وأن هذه الزوجة الأجنبية لديها أولاد بالغون من زوج آخر غير طالب الضم، وحيث إن في ضم المطلوب ضمها إلى الولي مع وجود هؤلاء البالغين ما يشكل خطراً عليها، وحيث أن

---

(١) المادة ١٨٣ من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(٢) العاصب النسبي: هو كل قريب ينسب إلى الشخص بواسطة الأنثى وحدها سواء انتسب إليها مباشرة بدون واسطة بين الابن والأب أو بواسطة الذكر كالابن لأب وابن الابن أو بواسطة الذكر والأنثى معاً كالأخ الشقيق. انظر أحمد الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، ص ١٤٩٩.

(٣) عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه عن المذاهب الأربعة، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦، ص ٥٩٥.

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج١٠، ص ٤٥٢.

(٥) أحمد محمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، قرار (٩١٧٧)، ص ٤٩٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحضانة والضم يدوران مع مصلحة الصغيرة دائماً وأبداً، فلا مصلحة متحققة من ضم المطلوب ضمها في مثل هذه الحالة، ويمكن اعتبار هذا الكلام في حال ثبوته دفعاً ترد به الدعوى التي يقيمها الولي لضم المحضونة من قبل المدعى عليها[١].

آثار الدفع

بعد توضيح الدفع من قبل الدافع أو وكيله يسأل الخصم عنه، فإذا صادق عليه يحكم بثبوته وترد الدعوى الأصلية، وإذا أنكره يكلف الدافع أو وكيله بإثبات دفعه، فإذا أثبته بالبينة المعتبرة شرعاً وقانوناً يحكم بثبوت الدفع وبالتالي ترد الدعوى الأصلية، وإذا عجز عن الإثبات تفهمه المحكمة بأن له الحق بتحليف طالب الضم اليمين الشرعية على نفي الدفع، فإذا أبدى الدافع أو وكيله عدم رغبته بتحليفه يرد الدفع ويحكم للولي بالضم، وإذا طلب تحليفه اليمين الشرعية فإنه يحلف طالب الضم اليمين الشرعية على نفي الدفع، فإذا حلفها يرد الدفع ويحكم للولي بالضم.

وإذا نكل عن حلفها حكم بثبوت هذا الدفع بنكوله وبالتالي ترد الدعوى الأصلية، ويستطيع طالب الضم (الأب) أن يدفع دفع المطلوب ضمها بوجود الأولاد البالغين عنده من زوج آخر، وأنهم ليسوا محارم على المطلوب ضمها، بأنه يريد أن يمسك المطلوب ضمها في بيت مستقل لا يوجد فيه أولاد بالغون غير محارم عليها، وبعد توضيح هذا الدفع تسير المحكمة بهذا الدفع وتفصله بالوجه الشرعي، فإذا ثبت دفع الدفع يحكم برد الدفع الأصلي، وبالتالي يحكم للولي بالضم، وإذا لم يستطع الولي إثبات دفع الدفع يحكم برد دفع الدفع وتعود المحكمة بالسير بالدفع الأصلي حسب الأصول كما بينا سابقاً.

مما سبق، يتبين من خلال دراسة وبحث الدفوع الثمانية، أهميتها في حماية الطفل المحضون، وتأمين الحياة المستقرة له، بما يضمن نشأته نشأة صالحة، تؤكد على أهميته كفرد في هذا المجتمع، والذي يتفق مع ما ذهبت إليه المذاهب الفقهية جميعها، كما رأينا سابقاً.

---

[١] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج١٠، ص ٤٥٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمة

بعد أن وضحت الدفوع الموضوعية في دعويي الحضانة والضم، وتطبيقاتها المتنوعة، فقد خلصت الدراسة إلى جملة من النتائج يمكن إجمالها بما يلي:

أولاً: إن الدفع الموضوعي يعتبر أحد وسائل دفاع المدعى عليه، أو المحكوم عليه عن نفسه، ويعتبر أقوى أنواع الدفوع، من حيث الأثر المترتب.

ثانياً: إن مصطلح الدفع الموضوعي، هو ما عرفه الفقهاء المعاصرون، حيث لم يعرفه الفقهاء المسلمون القدماء بهذه التسمية، ويقصد به الدفع الذي يراد منه إبطال الدعوى، وهو ينصب على موضوع الدعوى، وبذلك يختلف عن الدفع الشكلي.

ثالثاً: إن الفقهاء المسلمين القدماء تناولوا، دعويي الحضانة والضم تحت موضوع الحضانة.

رابعاً: أنه يبرز من خلال التطبيق الشرعي لدعويي الحضانة والضم، دفوع موضوعية للحضانة والضم، تختلف عن بعضها البعض في الأسباب والنتائج.

خامساً: أن القرارات الاستئنافية الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية، لها دور مهم في تفسير نصوص القانون، حيث تعتبر قراراتها قطعية لا يجوز الطعن فيها.

سادساً: المبدأ العام المتبع في المحاكم الشرعية الأردنية في إجراءات الفصل في الدفوع الموضوعية، هو أن يكلف الدافع بتوضيح دفعه، فإذا وضّحه، يسأل المدعى عليه عن الدفع، فإذا أقر به حكم بموجب الدفع، وإذا أنكره يكلف الدافع أو وكيله بإثبات دفعه، فإذا أثبته حكم بموجبه، وإذا عجز عن إثباته تفهمه المحكمة بأن له الحق بتحليف المدعى عليه اليمين الشرعية على نفي الدفع، فإذا حلفها رد الدفع وتعود المحكمة لسير بالدعوى الأصلية حسب الأصول، وإذا نكل عن حلفها حكم بالدفع بناء على نكوله.

سابعاً: يكلف صاحب البينة الراجحة بالإثبات في القضاء الشرعي الأردني، فإذا ثبت حكم بموجبه، وإن عجز عن ذلك كلف صاحب البينة المرجحة بالإثبات.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثامناً: إن الدفوع الموضوعية المتضمنة إقراراً بدعويي الحضانة والضم تشكل، خطراً على مدعيها، لأنه في حال عجزه عن إثباتها، تعد دعوى خصمه ثابتة بموجبها.

تاسعاً: إن الحضانة والضم شيء واحد، ولكن بالواقع العملي فإن المحاكم الشرعية الأردنية قد فرقت بعض الشيء بين الحضانة والضم، حيث اعتبرت الحضانة للأنثى والضم للرجل، كما اعتبرت أن الحضانة للمحضون تكون قبل البلوغ، والضم للمحضون يكون بعد البلوغ.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اقتراحات وتوصيات

يوصي الباحث بالاقتراحات والتوصيات التالية:

أولاً: تشجيع الدارسين، والباحثين لدراسة القضاء الشرعي والمسائل المتعلقة به، في ضوء المتغيرات الجديدة، لاسيما القوانين المعمول بها في القضاء الشرعي الأردني.

ثانياً: تعديل بعض مواد قانون الأحوال الشخصية، وخاصة المتعلقة بهذه الدراسة، ومنها تعديل المادة (١٦١) منه بحيث تمتد حضانة غير الأم إلى بلوغ الصغير مثل الأم تماماً؛ لأن الحاضنة وإن كانت غير الأم، فهي حلت مكان الأم لتوفر الشفقة فيها تجاه الصغير وهي من أقاربه ومحارمه وحسب الترتيب المستمد من الفقه الإسلامي.

ثالثاً: تعديل الفقرة " ب "من المادة (١٦٥) من قانون الأحوال الشخصية، على نحو يجبر الأنثى بالانضمام لوليها بعد بلوغها، وعدم السماح لها بالتمرد على الانضمام إليه، خاصة أنها تكون في سن بأمس الحاجة فيه للحفظ والرعاية، لا أن تكون دعوى الضم صورية، تهدف إلى قطع نفقة المحضونة كما جرت العادة.

- وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين-

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قائمة المصادر والمراجع

ـ أبـو الوفـاء، أحمـد، **نظريـة الـدفوع فـي قـانون المرافعـات**، ط٦، منشـأة المعـارف، الإسكندرية، ١٩٨٠م.

ـ إبراهيم، أحمد، **طرق القضـاء فـي الشـريعة الإسـلامية**، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ١٣٢٧هـ.

ـ إبراهيم، محمد، **الوجيز في المرافعات مركزاً على قضاء النقض**، دار الفكر العربي، (د.م). ١٩١٨.

ـ ابن أبي الدم، أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله،(ت ٦٤٢ هـ)، **أدب القضـاء**، ط١ ، (تحقيق محيي هلال السرحان)، مطبعة الرشاد، بغداد، ١٩٩٨.

ـ ابن الغرس، محمد بن محمد،(ت ٨٩٤ هـ)، **الفواكة البدريـة فـي البحث عن أطراف القضية الحكمية**، مطبوع مع المجاني الزهرية، مطبعة النيل، مصر، د.ت.

ـ ابن المفلح، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد،(ت ٨٤٥ هـ)، **المبدع فـي شرح المقنـع**، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ.

ـ ابن جامع، عثمان بن عبدالله، **الفوائـد المنتخبـات فـي شرح أخصر المختصرات**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٣.

ـ ابن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد،(ت ٤٥٦ هـ)، **المحلـى**، تحقيق أحمد محمد شاكر، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.

ـ ابن حنبل،الإمام احمد بن حنبل،(ت ٢٤١هـ)، مسند الإمام احمد بن حنبل،ط ١ ،دار الكتب العلمية،بيروت،١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م.

ـ ابن زكريا، أحمد بن فارس،(ت ٣٩٥ هـ)،**معجم مقاييس اللغة**، جزء، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ط١، دار الفكر، د.م، ١٩٧٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر،(ت ١٢٥٢ هـ)، **حاشية ابن عابدين رد المختار على الدر المختار**، تحقيق حسام الدين بن محمد بن صالح بن فرفور، ط١، دار الثقافة والتراث، دمشق، ٢٠٠٠.
- ابن فرحون المالكي، شمس الدين محمد،(ت ٧٩٩ هـ)، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٠١هـ.
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن احمد،(ت ٦٣٠ هـ)، **المقنع في فقه أمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني** رضي الله عنه، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٩٨٠م.
- ابن منظور، محمد بن مكرم،(ت ٧١١هـ)، **لسان العرب**، ط١، دار صادر بيروت.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد،(ت ٩٧٠ هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ط٢، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
- ـــــــــ. **رسائل ابن نجيم**، ط٢، (تحقيق الشيخ خليل الميس) دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م.
- أبو النور، محمد محجوب، **نظرية الدفوع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي**، دراسة مقارنة، الدار السودانية للكتب، الخرطوم، ١٩٩١م.
- أبو الوفاء، أحمد، **المرافعات المدنية والتجارية** بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٨م، وقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م، ط١، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٥م.
- أبو سيف، مأمون محمد يوسف، **الدفوع الموضوعة في دعاوى النفقات**، ط١، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٤م.
- إطفيش، محمد بن يوسف،(ت ١٣٣٢ هـ)، **شرح كتاب النيل وشفاء العليل**، ط٢، مكتبة الإرشاد، جدة، ١٣١٢هـ- ١٩٧٢م.
- أفندي ،محمد علاء الدين،(ت ١٣٠٦هـ)، **حاشية قرة عيون الأخيار رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ط٢، دار الفكر، بيروت.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ـ أل مبارك، عبد العزيز محمد، **تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك**، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٥.

ـ الابياني، محمد زيد،**شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦م.

ـ الأنصاري، أبي يحيى زكريا،(ت ٩٢٦ هـ)، **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، ومعه حاشية أبي العباس بن أحمد الرملي الكبير، ضبطه وخرجه وعلق عليه محمد محمد تامر، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠١م.

ـ البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر،(ت ٩٧٧هـ)، **حاشية البجيرمي على الخطيب**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٩٦م.

ـ البخاري، محمد بن إسماعيل،(ت ٢٥٦هـ)، **صحيح البخاري**، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢.

ـ البهوتي: منصور بن يونس،(ت ١٠٥٣هـ)، **شرح منتهى الإرادات**، ط٢، عالم الكتب، بيروت، ١٩٩٦.

ـ البيهقي، أبو بكر احمد بن الحسين بن علي،(ت ٤٥٨ هـ)، **سنن البيهقي الكبرى**، (تحقيق عبد القادر عطا)، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، ١٩٩٤م.

ـ الترمذي، محمد بن عيسى،(ت ٢٧٩هـ)، **سنن الترمذي**، تحقيق احمد محمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت. د.ت.

ـ التسولي ،علي بن عبدالسلام ،**البهجه في شرح التحفه**،ط٢ ،مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وشركاه ،١٩٥٨م.

ـ الجندي، أحمد، **مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية**، مكتبة صادر، بيروت، ٢٠٠٠.

ـ الحصكفي، محمد بن علي بن عبد الرحمن، **(ت ١٠٨٨هـ)،الدر المختار في شرح تنوير الأبصار وجامع البحار**، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر،(ت ٣٨٥ هـ)، **سنن الدارقطني** (تحقيق السيد عبدالله هاشم يماني) دار المعرفة، بيروت، ١٩٦٦م.
- الدسوقي، محمد احمد بن عرفه،(ت ١٢٣٠هـ)، **حاشية الدسوقي على شرح الكبير**، مطبعة عيسى البابلي الحلبي وشركاه، القاهرة.
- الدمياطي، أبو بكر بن السيد محمد شطار، **إعانة الطالبين لشرح قرة العين بمهمات الدين**، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- الرازي، محمد بن أبي بكر،(ت ٦٦٠ هـ)، **مختار الصحاح**، تحقيق محمود خاطر، ط١، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ١٩٨٦.
- الرهوني، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٨م.
- الزبيدي، محمد مرتضى،(ت ٨١٦ هـ)، **تاج العروس من جوهر القاموس**، تحقيق عبد العليم الطحاوي، التراث العربي، الكويت، ١٩٨٤.
- الزرقاء، مصطفى، **المدخل الفقهي العام**، ط٦، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٥٩م.
- الزعبي، خالد يوسف، الدعوى، **أصول إجراءات المحاكمة والتقاضي أمام المحاكم النظامية من الناحية العلمية والقانونية** حسب قانون أحوال المحاكمات الأردني، عمان، ١٩٩٥م.
- السبكي، محمود حطاب، **فصل القضية في المرافعات** وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية.
- السرخسي، محمد بن أحمد،(ت ٤٩٠هـ)، **المبسوط**، ط٢، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
- الشلبي، محمد مصطفى، **أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة**، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣م.
- الشوكاني، محمد بن علي، (ت ١٢٥٥ هـ)، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار**،(تحقيق محمود إبراهيم زايد)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ـ الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند **والفتاوى الهندية** المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الأمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، (تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.

ـ الشيخلي،شامل رشيد ياسين ،**عوارض الاهلية بين الشريعة والقانون**،رسالة ماجستير،جامعة بغداد،ط ١ ،مطبعة العاني ،١٣٩٤هـ ـ ١٩٧٤م.

ـ الشيرازي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي،**(ت ٤٧٦هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي**، ضبط وتصحيح زكريا عميرات، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥م.

ـ الصنعاني، محمد بن إسماعيل،**(ت ٨٥٢هـ)، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، ط٤، (تحقيق محمد عبد العزيز)، دار إحياء التراث العربي ،بيروت.

ـ الضميري، مفلح، **غاية المرام في شرح شراع الإسلام**، (تحقيق جعفر الكوثر ابن العاملي)، دار العبادي، بيروت، ١٩٩٩.

ـ الطباخ، شريف، **الأحوال الشخصية لمسلمين في ضوء الفقه والقضاء** وطبقا لأحكام المحكمة الدستورية والقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م، ط١، ٢٠٠٢م.

ـ الطعيمات،هاني سليمان محمد،**الحضانة في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة لقوانين الأحوال الشخصية**،رسالة ماجستير ،كلية الدراسات العليا،الجامعة الأردنية،١٩٨٦م.

ـ العاملي، محمد بن جمال الدين المكي،(ت ٧٨٦هـ)، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية**، دار التعارف للنشر والتوزيع،بيروت

ـ العاني، محمد شفيق، **أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي**، ط٢، مطبعة الإرشاد، بغداد.

ـ العمراني، يحيى بن أبي خير بن سالم بن اسعد، **(ت ٥٥٨هـ)،البيان في فقه الإمام الشافعي**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢م.

ـ الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب،(ت ٨١٧هـ)، **القاموس المحيط**، (تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة)، ط٦، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٥م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب،(ت٨١٧هـ)، **القاموس المحيط**، دار الجيل، بيروت.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، (ت ٧٧٠ هـ)،**المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.
- القرافي، شهاب الدين أبي العباس بن إدريس،(ت ٦٨٤ هـ)، **الذخيرة في فروع المالكية**، (تحقيق أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن) ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- المرداوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان،(ت ٨٨٥ هـ)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام احمد بن حنبل**، (تحقيق محمد حامد، ط١، دار إحياء التراث العربي بيروت، ١٩٨٥م.
- المرتضى، احمد بن يحيى،(ت ٨٤٠ هـ)، **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، تحقيق عبد الله بن عبد الكريم الجرامي، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٧٥.
- المليباري، زين الدين ،(ت ٩٧٢هـ)،**فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين**، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاد، مصر.
- المناوي، محمد عبدالرؤوف،(ت ١٠٣١هـ)، **التوقيف على مهمات التعاريف**، (تحقيق محمد رضوان الداية)، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٤١٠هـ.
- الهيتمي، شهاب الدين أبو العباس احمد بن محمد،(ت ٩٧٤هـ)، **تحفة المحتاج بشرح المنهاج** وهو شرح على كتاب منهاج الطالبين في فقه الإمام الشافعي، (تحقيق عبدالله محمود محمد عمر) ط١، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠٠١م.
- الهيثمي،نور الدين علي بن أبي بكر،(ت٨٠٧هـ)،**مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، ط٣ ،دار الكتاب العربي،بيروت،١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.
- أنس، مالك، (ت ١٧٩ هـ)،**المدونة الكبرى**، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم ومعها مقدمات ابن رشد، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ- ١٩٧٨م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- أذطاكي، رزق الله، **أصول المحاكمات في المواد المدنية التجارية**، ط٣، مطبعة جامعة، دمشق، ١٩٦١.
- أنيس، إبراهيم، آخرون، **المعجم الوسيط**، ط٢، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٨.
- بني بكر، قاسم، **نظرية الدفع الموضوعي وتطبيقاته في القضاء الشرعي الأردني** (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥م.
- جعيط، محمد عبدالعزيز، **الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية**، ط٢، مطبعة الإدارة، تونس.
- جميعي، عبد الباسط، **مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديدة**، دار الفكر العربي، ١٩٨٠.
- جواد، محمود، **فقه الإمام جعفر الصادق**، ط٥، دار الجواد، بيروت، ١٩٨٤.
- حيدر، علي،(١٩٢٣) درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، الكتاب الرابع، مكتبة النهضة.
- الدغمي، محمد راكان، **دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية**، ط١، دار عمار، عمان، ١٩٩١.
- داود، أحمد، محمد علي، **القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية، ومناهج الدعوى**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤م.
- ـــــــ .**القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، ١٩٩٩م.
- درادكة، يوسف عليمان، **الدفوع الموضوعية في دعاوى التفريق بين الزوجين**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير قسم القضاء الشرعي، كلية الدراسات الفقهية، ١٩٩٦.
- ذياب، زياد صبحي، **الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون**، المكتبة الوطنية،
- زين الدين العاملي،(ت ١١٠٤ هـ)، **وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة**، (تحقيق محمد الرازي)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- شقفه، محمد فهد، **أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى**، مؤسسة النوري، دمشق، ١٩٩٧م.
- شمس الدين الرملي، (ت ١٠٠٤هـ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- شهاب الدين، أبو العباس أحمد بن محمد أبن حجر،(ت ٦٧٦ هـ)، **تحفة المحتاج لشرح المنهاج**، وهو شرح على كتاب منهاج الطالبين في نقمة الإمام الشافعي، ضبطه وصححه عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١.
- صادق، أحمد، **الدفوع المدنية التجارية**، مكتبة الذيل للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٢.
- عبد الرحمن الجزيري،(ت ١٣٦٠هـ)، **كتاب الفقه عن المذاهب الأربعة**، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦م.
- عبد الله الكوهجي، **زاد المحتاج شرح المنهاج**، ط٣، دار إحياء التراث الإسلامي.
- عمرو، عبد الفتاح عايش، **القرارات القضائية في الأحوال الشخصية حتى عام ١٩٩٠م**، دار يمان للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٠م.
- فودة، عبد الحكيم، **الدفوع والدفاعات في المواد الحديثة والجنائية في صور الفقه وقضاء النقد**، ط١، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- **قانون الأحوال الشخصية الأردني** رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م وتعديلاته، ٢٠٠١م.
- قراعة، علي، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، ط٢، مطبعة النهضة، مصر.
- مجمع اللغة العربي، **المعجم الوسيط**، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر والتوزيع.
- محمد الزهري الغمراوي، **السراج الوهاج على متن المنهاج**، ط١، دار المعرفة، بيروت.
- محمد كمال الدين إمام وجابر عبدالهادي سالم الشافعي، **الأولاد في الفقه والقانون والقضاء**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ـ مدكور، محمد سلام، **المدخل للفقه الإسلامي**، ط٤، القاهرة،مطبعة دار الاتحاد العربي.

ـ مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج، **(ت ٢٦١هـ)،صحيح مسلم**، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

ـ ملحم، احمد سالم، **الشرح الفقهي لقانون الأحوال الشخصية الأردني**، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ١٩٩٨م.

ـ ياسين، محمد نعيم، **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات الحديثة** والتجارية، ط٣، دار النفائس، عمان، ٢٠٠٥.

النجفي، محمد بن حسن باقر، (ت ١٢٦٦هـ)،**جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام**، ط١، مؤسسة المرتضى العالمية، دار المؤرخ العربي، بيروت، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

Abstract

The current study investigates objective defenses presented in custody cases and their applications in the Jordanian Shria jurisdiction. In addition, the study clarified the some of issues related with these defenses. The study was divided into an introduction, a conclusion and three chapters, including a preface.

The preface entitled" concept of defenses, its Sharia basis, its elements and types. The preface included three subjects investigating concept of defense in language and Fiqeh, then clarified Sharia basis of this concept, its elements and types.

The first chapter entitled" subjective defenses in custody cases" investigated concept of custody in language and Fiqeh, who had the right to have custody, time period of custody, its conditions and Sharia basis of this concept. On the other hand, the chapter investigated some of the objective defenses presented in custody cases, and then clarifying some of the related issues mentioned in Jordanian law for civil status.

The second chapter focused on objective defenses in annexation cases, clarifying definition of annexation in Fiqeh and language, its Sharia basis, and the conditions that must be provided in person demanding the right to have custody. The chapter then turned to investigating objective defenses in annexation cases and clarifying the related issues found in Jordanian law of civil status.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

The conclusion contained some of the results obtained in the study and presented some recommendations. Finally, the conclusion ended with a list of resources and references.

www.manaraa.com