مجـــلـة الحـــق للعلوم الشرعية والقانونية
Al-haq Journal for Sharia and Legal Sciences
تصدر عن كلية القانون – جامعة بني وليد – ليبيا
Website: https://www.al-haqjournal.ly/index.php/alhaq/index
المجلد الثاني عشر ــ العدد الأول 2025 ــ الصفحات (616-626)
معامل التأثير العربي 1.67 لسنة 2024 2.113 (ISI) لسنة 2025 ISSN 3005 - 3919

تعليق على المادة (39) من القانون رقم (10) لسنة 1984م المعدل بالقانون رقم 22 لسنة 1991م بشأن اسقاط حق الأم في الحضانة في حالة الطلاق للضرر وسوء العشرة

د. فوزي سالم أوليطي *
قسم الشريعة الإسلامية، كلية القانون، جامعة المرقب، الخمس، ليبيا
fsoletey@elmergib.edu.ly

"A Commentary on Article (39) of the Libyan Marriage and Divorce Law No. (10) of 1984, as Amended by Law No. 22 of 1991, Regarding the Forfeiture of the Mother's Right to Custody in Cases of Divorce Due to Harm and Marital Discord."

Dr. Fawzi Salem AlOlayti *
Department of Islamic Sharia, Faculty of Law, University of Al-Marqab, Al-Khums, Libya

تاريخ الاستلام: 2025-05-20 تاريخ القبول: 2025-06-13 تاريخ النشر: 2025-06-18

الملخص:
نظراً لأهمية ودور الحضانة في المحافظة على المحضون، فقد أولتها الشرائع والقوانين عناية كبيرة، وأحكام خاصة؛ لتكفل للمحضون حقه في الرعاية السليمة، ومن ذلك القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن أحكام الزواج والطلاق الليبي والذي نظم أحكامها في الفصل السادس المواد (62 إلى 70)، وقد وافق المشرع الليبي في ذلك ما اتفق عليه جمهور الفقهاء من أن أحكام الحضانة تراعى فيها مصلحة المحضون في المقام الأول في جل أحكامه، إلا أن التعديلات التي أدخلها المشرع على هذا القانون والمنصوص عليها في القانون رقم (22) لسنة 1991م قد حادت عن هذا المبدأ حين قررت اسقاط حضانة الأم للصغير كجزء من الحقوق التي ينالها الإسقاط في حالة الطلاق للضرر وسوء العشرة، دون التعرض لما قد يترتب على ذلك من الإضرار بمصلحة الطفل المحضون، وفي هذا البحث قمت باستقراء أحكام الحضانة في الشريعة الإسلامية، وما جاء فيها من أحكام، ومقارنتها بما جاء في هذا التعديل، تم تحليل هذه النصوص للوصول إلى مفهوم يضمن حماية حق الطفل في الحضانة، وقد قسمت هذا البحث إلى مطلبين، الأول جعلته توطئة حول حق الحضانة، والثاني تناولت فيه اسقاط حضانة الأم في حالة الطلاق للضرر وسوء العشرة التي نصها عليها القانون رقم (22) لسنة 1991م بتعديل القانون رقم (10) لسنة 1984م المادة (39)، وخلص هذا البحث إلى جملة من النتائج أبرزها: أن حق الحضانة ذو طبيعة مشتركة، فيجتمع فيه حق الصغير، وحق الحاضنة، وحق الأب، أو الولي، وحق للمجتمع، وهذه الحقوق إذا اجتمعت وأمكن التوفيق بينها وجب المصير إليها، وإن تعارضت مع حق الصغير قدم حقه على حق غيره، وأن القانون لم يكن واضحاً في تقرير من صاحب الحق في الحضانة، كما أنه لم يكن موفقاً في جعل حق الحضانة من ضمن الحقوق التي تفقدها الزوجة إذا وقع الطلاق نتيجة لمضارتها زوجها، كما خلص البحث إلى بتوصية للمشرع الليبي بأن يتبني نصاً واضحاً يقدم فيه مصلحة

المحضون على مصلحة غيره، وإلغاء كافة النصوص المعارضة لذلك، وأبرزها ما ورد في الفقرة (أ) من المادة (39) المعدلة بالقانون (22) لسنة 1991م بشأن اسقاط حق الزوجة في الحضانة إذا كان الطلاق بسبب مضارة الزوجة لزوجها مادياً أو معنوياً.

الكلمات الدالة: حضانة ، اسقاط ، قانون الزواج والطلاق الليبي ، الأم، الحضانة.

Abstract:

Given the significance and role of custody in safeguarding the child, religious laws and legal systems have devoted considerable attention and established specific provisions to ensure the child's right to proper care. This includes Law No. (10) of 1984 concerning the provisions of marriage and divorce in Libya, which regulates custody in Chapter Six, Articles (62 to 70). The Libyan legislator aligned with the consensus of Islamic jurists that custody rulings should primarily serve the best interests of the child. However, amendments introduced by Law No. (22) of 1991 deviated from this principle by stipulating the forfeiture of the mother's custody as a consequence of divorce due to harm or misconduct without considering the potential harm to the child This study examines the provisions of custody in Islamic law, compares them with these amendments, and analyses the relevant texts to develop a framework that ensures the child's custody rights. The research is divided into two parts: **Introduction:** Discusses the right of custody. **Analysis:** Examines the forfeiture of the mother's custody in cases of divorce due to harm, as stipulated by Article (39) of Law No. (22) of 1991 amending Law No. (10) of 1984.The research reached several conclusions, most notably: Custody is a shared right involving the child, the custodian, the father or guardian, and society. When these rights can be reconciled, they should be upheld; however, if they conflict, the child's right should take precedence. The law lacks clarity in determining the rightful custodian and was unsuccessful in including custody as one of the rights lost by the wife in cases of divorce due to harm. The study recommends that the Libyan legislator adopt a clear provision that prioritizes the child's best interest over any other considerations and abolishes conflicting provisions, particularly paragraph (A) of Article (39) as amended by Law No. (22) of 1991, which stipulates the forfeiture of custody if the divorce is due to harm caused by the wife to the husband, whether financial or moral.

Keywords: Custody, nullification, Libyan marriage and divorce law, mother, custody.

المقدمة:

اهتم التشريع الإسلامي بشكل كبير بالأسرة، وحرص أشد الحرص على استمرارية الحياة الزوجية وديمومتها، وفي نفس الوقت وضع حلولاً ناجعة في حالة عدم نجاحها، والحاجة للانفصال، حيث شرَّع الطلاق ليكون الحل في ظل عدم رغبة الزوجين في الاستمرار معاً، ووضع لذلك أحكاماً تشمل جميع أطراف الأسرة، وتبين حقوقهم ووجباتهم.

ولعل من أهم وأبرز الإشكاليات التي تترتب على الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج، وما قد يترتب على ذلك من نزاع بين الأبوين، قد يضر بمصالح هؤلاء الأطفال، ويفقدهم الحق في حضانة الأصلح لهم في ذلك.

ومن هنا كان اتجاهنا للتعليق على ما قرره القانون رقم (22) لسنة 1991م بشأن تعديل المادة (39) من القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن اسقاط حق الأم في الحضانة في حالة الطلاق للضرر وسوء العشرة، وما قد يترتب علي ذلك من ضرر بالحضون.

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث في أنه يلقي الضوء على مسألة مهمة وهي رعاية حق الطفل في الحضانة، وضرورة الابتعاد بذلك عن تبعات النزاع الحاصل بين الزوجين، بحيث تراعى في ذلك مصلحة الطفل دون سواها.

إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية هذا البحث حول مدى توافق النص المعدل للمادة (39) من القانون رقم (10) لسنة 1984م بالقانون رقم (22) لسنة 1991م، الذي يقضي بإسقاط حق الأم في الحضانة في حالة الطلاق للضرر وسوء العشرة إذا كان الضرر من جهتها، مع مبدأ مراعاة مصلحة المحضون في التشريع الليبي؟

ويتفرع عن ذلك عدد من الأسئلة الفرعية كالآتي:

1. ما الأساس الفقهي والقانوني لحق الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي؟
2. ما مدى انسجام التعديل المذكور مع مبدأ حماية مصلحة المحضون؟
3. هل توجد بدائل تشريعية أو اجتهادات قضائية يمكن أن تحقق التوازن بين حقوق الأطراف ومصلحة الطفل؟

تساؤلات البحث:

- لمن يثبت الحق في الحضانة.
- كيف يمكن التوفيق بين مصلحة المحضون وحق الحاضن والولي عند حالة الاختلاف.
- ما هو موقف المشرع الليبي من اسقاط الحضانة لأسباب لا تتعلق بمصلحة المحضون.
- كيف يمكن التوفيق بين تقديم مصلحة المحضون وما نص عليه تعديل المادة (39) من القانون الليبي بشأن اسقاط حق الأم في الحضانة في حالة الطلاق للضرر وسوء العشرة.

أهداف البحث:

يهدف الباحث من وراء خوض غمار هذا الموضوع إلى الآتي:

- بيان أن أحكام الحضانة وضعت لتعطي حلولاً عملية لمعالجة الآثار المترتبة على الطلاق بغية الحد من المنازعات بين الحاضنين لغير مصلحة المحضون.
- بيان أن الحضانة هي من أهم حقوق المحضون؛ لذلك يتعين النظر في مصلحته، وتقديمها على كل الاعتبارات.
- الوقوف على موقف المشرع الليبي من صاحب حق الحضانة.
- بيان موقف القضاء مما أورده المشرع الليبي في تعديل المادة (39) من اسقاط حق الأم في الحضانة في حالة الطلاق للضرر وسوء العشرة.

الدراسات السابقة حول الموضوع:

موضوع الحضانة تناوله الفقهاء بالدراسة والبحث في مختلف المذاهب الفقهية، فلا يكاد يخلو كتاب فقهي تناول أحكام الزواج والطلاق من بيان أحكام الحضانة، كما تناولته العديد من الدراسات والبحوث الحديثة في الشريعة والقانون، إلا أن الجديد الذي انفرد به هذا البحث هو تركيزه على ما قرره تعديل المادة (39) من القانون رقم (10) لسنة 1984م من اسقاط حق الأم في الحضانة في حالة الطلاق للضرر وسوء العشرة بالدراسة والتحليل.

منهج البحث:

اتبعت في كتابة البحث عدة مناهج منها المنهج الاستقرائي وذلك من خلال تتبع آراء الفقهاء، وما جاء فيها من أحكام الحضانة، والمنهج المقارن في المقارنة بين أحكام الحضانة فقهاً، وقانوناً، كما استخدمت المنهج التحليلي في تحليل نصوص القانون، وتقييمها، وبيان أوجه القوة والقصور فيها.

خطة البحث:

ومن هنا فقد رأيت تناول هذا الموضوع حسب الخطة الآتية:

المطلب الأول: توطئة حول حق الحضانة.

المطلب الثاني: اسقاط حضانة الأم في حالة الطلاق للضرر وسوء العشرة.

المطلب الأول

توطئة حول حق الحضانة

تعد الحضانة من أهم الحقوق التي يتمتع بها الطفل حيث تكفل له التربية الصحية والخلقية السليمة، وهي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية بالطفولة، وفي هذا المطلب نعرض بعجالة لأهم أحكامها كالآتي:

أولاً: تعريف الحضانة وبيان حكمها.

الحضانة في اللغة: مصدر لكلمة الحاضن، أو الحاضنة، وحَضَن الصبي يحضنه حضناً: ربَّاه، والحاضِنُ والحاضِنةُ: الموكلان بالصبي، يحفظانه، ويربيَّانه[1]، وبه سميت الحاضنة، وهي التي تُربِّي الطفل[2]، وجاء في التعريفات للجرجاني:« الحضانة: هي تربية الولد»[3].

أما الحضانة في الاصطلاح فقد عرفها النووي بأنها:" القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه"[4]، وعرفها الماوردي بأنها:" الحفظ والمراعاة وتدبير الولد والنظر في مصالحه"[5].

وعرفها القانون الليبي في المادة (62) بأنها:" حفظ الولد وتربيته ورعاية شئونه وتوجيهه من حين ولادته إلى أن يبلغ الذكر، ويتم الدخول بالأنثى، وذلك بما لا يتعارض مع حق الولي".

فالحضانة إذن هي تربية الولد والقيام برعاية مصالحه، وهي حق من حقوق الطفل التي أوجبها الشارع له حفظاً لنفسة، ورعاية لحقوقه، وقد أجمع أهل العلم والفقه على وجوبها شرعاً، وهذا الوجوب قد يكون عينياً إذا لم يوجد إلا الحاضن، أو وجد غيره ولكن الطفل لم يقبله، وقد يكون وجوبًا كفائيًا إذا تعدد الحاضنين، قال ابن قدامة:" كفالة الطفل وحضانته واجبة، لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك"[6]، وقال المواق:" الحضانة حفظ الولد في مبيته، ومؤنة طعامه، ولباسه، ومضجعه، وتنظيف جسده، ونقل المتيطي الإجماع على وجوب كفالة الأطفال الصغار؛ لأنهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه، فهو فرض كفاية إن قام به قائم سقط عن الباقي، ولا يتعين إلا على الأب، ويتعين على الأم في حولي رضاعه، إن لم يكن له أب، ولا مال، أو كان لا يقبل ثدي سواها"[7].

والملاحظ في هذا الحق هو مصلحة الطفل الصغير، من حيث الأقدر على القيام برعاية مصالحه، والقيام بشؤونه في مراحل عمره، من الولادة، إلى حين البلوغ، والقدرة على الاستقلال بحياته.

ثانياً: الهدف من الحضانة.

تهدف الحضانة إلى تحقيق عدد من الأهداف[8]، منها:

أ- القيام بشئون الطفل من مأكل وملبس وتنظيف وغير ذلك.

ب- حماية الطفل من الضياع والاعتداء.

ت- توفير الرعاية والتربية اللازمة للطفل.

ث- إعداد الطفل للحياة في المجتمع.

ثالثاً: أحكام الحضانة في القانون الليبي.

نظم المشرع الليبي أحكام الحضانة في الفصل السادس المواد (62 إلى 70) من القانون رقم 10 لسنة 1984م المعدل بالقانون رقم 22 لسنة 1991م وملخصها كالآتي[1]:

---

(1) الزبيدي، تاج العروس، ج34 ص442.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ج13 ص123.

(3) الجرجاني، التعريفات، ص88.

(4) النووي، روضة الطالبين، ج9 ص98.

(5) الماوردي، الحاوي الكبير، ج11 ص507.

(6) ابن قدامة، المغني، ج11 ص412.

(7) المواق، التاج والإكليل، ج5 ص594.

(8) مريم الكندري، أحكام الحضانة، ص253.

1- أن المقصود بالحضانة هو حفظ الولد، وتربيته، ورعاية شئونه، وتوجيهه.
2- أن الحضانة تراعي فيها مصلحة الطفل، فتكون في حال قيام الحياة الزوجية حقاً مشتركاً بين الأبوين، فإن افترقا فهي للأم، ثم لأمها، ثم للأب، ثم لأمه ... إلخ.
3- أن الحضانة تناط عادة بالأم، إلا إذا رأت المحكمة أن مصلحة الطفل تقتضي إسنادها إلى شخص آخر.
4- الالتزام بترتيب الحاضنين أمر وجوبي، فإذا تنازل مستحق الحضانة، أو قام به مانع، انتقل الحق إلى من يليه.
5- يشترط في الحاضن أن يكون بالغاً، رشيداً، عاقلاً، قادراً على رعاية الطفل وتربيته، أميناً على المحضون، وأخلاقه.
6- يسقط حق الحاضن في الحضانة إذا اختل به أحد الشروط المنصوص عليها في القانون.
7- الحضانة حكم مؤقت، وتنتهي باستغناء من قررت لمصلحته.

رابعاً: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.

لقد سبق القول بأن الملاحظ في حضانة الطفل مصلحة الصغير، وما دامت الزوجية قائمة بين الزوجين فإن حضانة الطفل تكون حقاً مشتركاً للأبوين، فينشأ الولد في رعاية أبيه وأحضان أمه[2].

أما إذا وقعت الفرقة بين الزوجين فإن مصلحة الطفل تقتضي أن يكون في حضانة الأقدر منهما على رعايته، والقيام بشؤونه، وتوفير ما يحتاجه في صغره من حنان وشفقة، وهذه لا تتوافر عادة إلا عند النساء[3].

فالحضانة شرعاً للأم بإجماع العلماء إذا طلبتها وتوفرت فيها شروط الحضانة، فهي أولى الناس بها ما دامت شروط الحضانة متحققة فيها[4]، والدليل على ذلك ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان له بطني وعاء، وحِجري له حواء، وثديي له سِقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال:" أنت أحق به ما لم تنكحي"[5]، كما أنه لم يرد عنه، وعن خلفائه وصحابته الكرام أنهم أجبروا أم على ترك حضانة أبناءها لأي سبب كان، قال الإمام مالك:" إن كانت الأم في حوز وتحصين فهي أحق بالحضانة حتى تنكح"[6]، وقال ابن قدامة:" إن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد، طفل، أو معتوه، فأمه أولى الناس بكفالته، إذا كملت الشرائط فيها، ذكراً كان، أو أنثى، وهذا قول يحيى الأنصاري، والزهري، والثوري، ومالك، والشافعي، وأبي ثور، وإسحق، وأصحاب الرأي، ولا نعلم أحداً خالفهم"[7].

ومن هنا فالأم أحق بحضانة الطفل، سواء كانت الزوجية قائمة، أم كانت الأم مطلقة، فإن لم توجد، أو وجدت، ولكن لم تتوافر فيها الأهلية الكاملة للحضانة عندئذٍ ينتقل هذا الحق لغيرها من محارمه من النساء، ثم أقرباء الطفل من العصبات على تفصيل في ذلك بين المذاهب[8]، أعرضنا عن ذكره في هذا المقام لعدم تعلقه بموضوع البحث.

خامساً: صاحب الحق في الحضانة.

لقد سبق القول بأن الأم أحق بحضانة الطفل إن وجدت وتوافرت فيها شروط أهلية الحضانة، سواء كانت الزوجية قائمة أم كانت الأم مطلقة بإجماع العلماء.

إلا أن الفقهاء اختلفوا في تقرير من هو صاحب الحق في الحضانة؟ فذهب بعضهم إلى أن الحضانة حق للحاضن، وذهب غيرهم إلى أنها حق للمحضون، وذهب آخرون إلى أنها حق مشترك بين الحاضن،

---

(1) سعيد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج2 ص275.
(2) الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج2، ص269، وقانون الزواج والطلاق، محمد عبيد الهوني، ص137.
(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4 ص41، والرافعي، الشرح الكبير، ج10، ص92، وابن قدامة، المغني، ج11، ص413. وينظر: سعد أبو العيد علي بن عطيوة، أحكام الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي، ص160.
(4) الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج2، ص269.
(5) أخرجه أحمد في المسند، حديث رقم (6707)، وأبو داوود في السنن، حديث رقم (2276).
(6) المواق، التاج والإكليل، ج5، ص594.
(7) ابن قدامة، المغني، ج11، ص413.
(8) الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2 ص218

والمحضون، والولي، قال ابن عابدين:" اختلف في الحضانة هل هي حق الحاضنة، أو حق الولد؟ فقيل بالأول، فلا تجبر إذا امتنعت، ورجحه غير واحد، وعليه الفتوى، وقيل بالثاني، فتجبر، واختاره الفقهاء الثلاثة، أبو الليث، والهندواني، وخواهرزاده"[1]، وقال ابن شاس:" اختلف في حق الحضانة، هل هو للولد، أو للوالدة، فيه روايتان"[2]، وقال ابن عرفة:" في كون الحضانة حقاً للحاضن، أو المحضون، أو لهما، ثلاثة: الأولان روايتان، والثالث اختيار الباجي وابن محرز"[3].

وذهب بعض العلماء المعاصرين منهم وهبة الزحيلي إلى أنها حق مشترك بين الحاضن، والمحضون، والولي، فقال:" والظاهر لدى العلماء المحققين أن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معا، حق الحاضنة، وحق المحضون، وحق الأب، أو من يقوم مقامه؛ فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليه، وإن تعارضت قدم حق المحضون على غيره"[4].

وللشيخ ابن عثيمين تفصيل حسن في هذا الباب حيث يقول في شرحه لقول صاحب زاد المستقنع:" وإن امتنع من له الحضانة ..." ما نصه :" إذا قلنا: إن الحضانة حق للحاضن، كما يفيده قوله: من له الحضانة ولم يقل: من عليه، فإذا امتنع فإنها تنتقل إلى من بعده، فإن لم يُرِدُها من بعده انتقلت إلى من بعده، وهكذا إلى أن تصل إلى الحاكم، ولكن ابن القيم - رحمه الله - أبى هذه الصورة، وقال: إنها حق للحاضن، وحق عليه، فإن نازعه منازع فيها فهي له، وإن لم ينازعه منازع فهي عليه، فنقول للأول: أنت الذي تلزم بالحضانة إذا لم ينازعك أحد؛ لأننا لو قلنا: إذا امتنعت انتقلت لمن بعدك، وإذا امتنع فلمن بعده، وإذا امتنع فلمن بعده إلى أن تصل إلى الحاكم ضاعت حقوقه، وصار تحت الرعاية العامة، والواجب أن يكون تحت الرعاية الخاصة"[5].

ومن هنا يترجح لديَّ أن الحضانة ذات طبيعة مشتركة، فالقول بأنها حق للحاضن وحده يعارضه حق المحضون في حضانة الأقدر على رعايته، والقيام بشؤونه، وتوفير ما يحتاجه في صغره من حنان وشفقة، والقول بأنها حق للمحضون يرده حق الحاضن الثابت في المطالبة به، وحقه في التنازل عنه في بعض الحالات، كما أن للولي حق في ذلك من خلال رؤية الصغير ورعاية مصالحه، والمجتمع أيضاً له الحق في رعاية الصغار والإشراف على تنشئتهم من خلال مؤسساته المختلفة، حيث إن المجتمع بأسره سيدفع ضريبة عدم حصول الطفل على الرعاية السليمة والتنشئة الصالحة.

فالحضانة إذن حق مشترك بين الحاضن، والمحضون، والولي، والمجتمع، فيكون هذا الحق ابتداء للأبوين، فإذا حصل الفراق بينهما انتقل إلى الأصلح منهما، وهو في العادة الأم، ولا ينتقل عنها إلا إذا حصل تقصير منها يضر بالمحضون، فتنتقل لمن يليها في ذلك، وهنا يكون تدخل ولي الأمر لتحديد من يمكنه القيام بهذا الحق فتسند الحضانة إليه.

المطلب الثاني

اسقاط حضانة الأم في حالة الطلاق للضرر وسوء العشرة

لقد سبق القول بإجماع أهل العلم والفقه على تقديم حق الأم في حضانة أولادها على غيرها من الحاضنين إذا طلبتها وتوفرت فيها شروط الحضانة، كما أن مصلحة المحضون مقدمة على مصالح غيره في ذلك، وفي هذا المطلب تعليق على أورده المشرع في تعديل المادة (39) من القانون رقم (10) لسنة 1984م المعدل بالقانون رقم (22) لسنة 1991م، من إسقاط حق الأم في الحضانة في حالة الطلاق للضرر وسوء العشرة.

أولاً: موقف المشرع الليبي من تقرير صاحب الحق في الحضانة.

المشرع الليبي لم يكن واضحاً في بيان من صاحب الحق في الحضانة، هل هو الطفل المحضون أم الحاضنة، إلا أنه يمكن استقراء هذا الموقف من خلال العديد من النصوص التي أوردها القانون في باب الحضانة، أو في

(1) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج3 ص559.
(2) ابن شاش، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج2 ص609.
(3) المواق، التاج والإكليل، ج5 ص597.
(4) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10 ص7297.
(5) ابن عثيمين، الشرح الممتع، ج13 ص536.

غيره، ومن ذلك ما نص عليه في المادة (62) الفقرتين (ب، ج) حيت نص في الفقرة (ب) على:" في حالة قيام الحياة الزوجية تكون حضانة الأولاد حقاً مشتركاً بين الأبوين، فإن افترقا فهي للأم، ثم لأمها، ثم للأب، ثم لأمه، ثم لمحارم الطفل من النساء، بتقديم من تدلى بجهتين على من تدلى بجهة واحدة، ثم لمحارم الطفل من الرجال.
ونصت الفقرة (ج) على أنه:" للمحكمة ألا تتقيد بالترتيب الوارد في الفقرة السابقة لمصلحة المحضون فيما عدا أم المحضون، وأمها، وأبيه، وأمه".
ونص في المادة (63) على أنه:

أ- " إذا تركت الأم بيت الزوجية لخلاف مع زوجها استحقت حضانة أولادها، ما لم تر المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون".

ب- وإذا كان المحضون صغيراً لا يستغنى بنفسه عن وجود أمه ألزمت الأم بحضانته.

ج- أما إذا تنازل مستحق الحضانة، أو قام به مانع، انتقل الحق إلى من يليه، فإن انعدم اختارت المحكمة لحضانة الطفل من تثق به، بشرط أن يكون عند اختلاف الجنس من محارم الطفل، ذكراً كان، أو أنثى، وذلك مع مراعاة أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة.

وفي المادة (65) أشترط القانون في الحاضن ذكراً كان، أم أنثى، أن يكون بالغاً، عاقلاً، أميناً، قادراً على تربية المحضون، وصيانته، ورعايته، خالياً من الأمراض المعدية، ويختص الحاضن الذكر بأن يكون محرماً للمحضونة الأنثى، وعنده من يحضن من النساء.
ويتلخص من نصوص المواد سالفة الذكر الآتي:

1- إن ترتيب الحاضنين قد روعي فيه مصلحة المحضون، حيث حدد القانون للحضانة مجموعة من قرابات الطفل الذين يترجح حرصهم ومراعاتهم لمصلحته، وفي مقدمتهم الأم، ثم الأقرب من جهتها وهي أمها، ثم انتقل للأب، ثم لأمه، وهذا الترتيب وإن كان على خلاف رأي الجمهور[1] إلا أنه له ما يبرره في الوقت الحاضر، فإذا عدم القريب جاء دور الحاكم.
2- إن المادة (63) الفقرة (أ) أعطت للأم الحق في الحضانة ما لم تر المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون، وهذا يعني أن مصلحة المحضون مقدمة على مصلحة الحاضن.
3- إنه في حالة تنازل مستحق الحضانة أو قيام مانع به ينتقل هذا الحق إلى من يليه في ذلك، وهذا التنازل مقيد بالنسبة للأم بنص الفقرة (ب) من المادة (63)، والتي تلزم الأم بالحضانة حتى إذا أرادات التنازل عنها في حالة كون الطفل لا يستغنى عن حضانتها، وهو ما يؤكد تقديم حق المحضون في الحضانة على غيره[2].

ومع ذلك، يظهر تناقض في توجه المشرّع في المادة (48) الفقرة (ج) المتعلقة بعوض الخلع، حيث نصت على أنه: "يجوز أن يكون العوض حق الحضانة، أو النفقة، أو مؤخر الصداق، أو غير ذلك." وهذا النص يتيح للأم التنازل عن حق الحضانة مقابل الخلع، مما قد يُفهم منه أن الحضانة تُعتبر حقًا للأم يمكنها التصرف فيه، خلافًا لما يؤكد عليه المشرع في المادة (63) الفقرة (ج)، التي تقيّد انتقال حق الحضانة بوجود مانع أو تنازل، مع اشتراط أن يكون الحاضن البديل من محارم الطفل في حالة اختلاف الجنس، ووفق معايير محددة.
يتضح من ذلك أن النصوص التشريعية تحتاج إلى توحيد الرؤية لتجنب أي تعارض قد يؤدي إلى الإضرار بمصلحة المحضون، التي ينبغي أن تكون المبدأ الأسمى في تنظيم أحكام الحضانة.

ثانيًا: موقف المحكمة العليا من ذلك:

للمحكمة العليا دوراً مهماً في تفسير القانون، باعتبار أنها أعلى سلطة قضائية في الدولة، وذلك من خلال قيامها بتفسير النصوص القانونية الواردة في التشريعات، وتحديد معناها، وتطبيقها في القضايا المعروضة عليها.

(1) رأي جمهور الفقهاء تقديم جهة الأمومة على جهة الأبوة. ولمزيد التفصيل ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10 ص300.
(2) سعد أبو العيد علي بن عطيوة، أحكام الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي، ص162.

وفي هذا الصدد نجد أن قضاء هذه المحكمة قد استقر في تفسير نصوص القانون رقم (10) لسنة 1984م على أن المقصود من الحضانة هو رعاية المحضون، والحفاظ على مصالحه، حيث قضت في ذلك بقولها:" من المقرر أن الحضانة في حالة قيام الحياة الزوجية تكون مشتركة بين الأبوين، وإن افترق الزوجان بالطلاق فالحضانة للأم، ثم لأمها؛ لأن الغرض من الحضانة هو حفظ الصغير، وتربيته، ورعايته، والقيام بشئونه، والأصل فيها أن تكون للنساء؛ لأن المرأة عادة أشفق على الصغير، وأقدر على خدمته، وأكثر صبراً على احتماله، وأحق الناس بها الأم إذا لم يقم بها مانع"[1].

كما أوضحت المحكمة أن حق الحضانة هو حق مشترك بين المحضون، والحاضنة، والولي، حيث قالت:" الحضانة ليست حقاً خالصاً للأب والأم؛ بل هناك حق المحضونين أنفسهم يجب مراعاته شرعاً عند تقدير مصريهم، بحيث يراعي ما هو في صالحهم"[2].

كما قضت أيضاً بقولها:" إن المستفاد من نص المادة 39 من القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارهما والمعدلة بالقانون رقم 22 لسنة 1991ف ... أنه إذا كان التطليق لاستحالة دوام العشرة كما هو في دعوى الحال فإن الحقوق التي تسقط هي حقوق طالب التفريق، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن محكمة الموضوع إذا انتهت إلى تطليق الزوجة لاستحالة دوام العشرة بينها وبين زوجها، بعد أن عجزت عن إثبات الضرر المدعى به، وأسقطت حقوقها، فإن سقوط تلك الحقوق الشخصية لا يشمل الحضانة، ذلك أن الحضانة ليست حقا خالصا للحاضنة، بل يتعلق بها حق للمحضونين، وحق للولي، وحق للحاضنة"[3].

كما أخذت المحكمة العليا بمبدأ تقديم حق المحضون في الحضانة على حق غيره عند التعارض فقضت وفق هذا التوجه بقولها:" فقهاء الشريعة الإسلامية ذهبوا إلى أن الحضانة يترتب عليها حقوق ثلاثة: حق الصغير، وحق الحاضنة، وحق الأب أو من يقوم مقامه، وهذه الحقوق إن اجتمعت وأمكن التوفيق بينها وجب المصير إليها، وإن تعارضت فحق الصغير مقدم على الحقوق الأخرى، لأن مدار الحضانة على نفع الصغير وحفظه"[4].

من هنا يتبين أن المحكمة العليا قد جعلت هذا الحق حقاً مشتركاً، تراعي فيه مصلحة الحاضن، والمحضون، والولي، وبالتالي يجب أن يراعى هذا الأساس عند اسناد الحضانة إلى مستحقيها.

إلا أن المحكمة قد وقف عاجزة أمام صراحة الفقرة (أ) من المادة (39) فيما يتعلق بإسقاط الحضانة للأم إذا كان الطلاق للضرر إذ يتقرر فيها اسقاط الحضانة، وهو ما سنبينه في الفقرة الآتية.

ثالثاً: اسقاط الحضانة وفقاً لما تنص عليه المادة (39) وما يثيره من إشكاليات.

لقد سبق القول بأن القانون الليبي لم يقرر صراحة من هو صاحب الحق في الحضانة إلا أنه باستقراء بعض النصوص يتبين أن المشرع قد قدم مصلحة المحضون على مصالح غيره في أحكام الحضانة، إلا أن هذا الفهم قد يشكل عليه بعض النصوص الأخرى في ذات القانون، منها ما سبق إيراده بشأن المادة (48) والتي أجازت أن يكون تنازل الأم عن الحضانة مقابلاً للخلع، وكذلك ما أورده المشرع في تعديل المادة (39) المنصوص عليه في القانون رقم (22) لسنة 1991م موضوع هذا التعليق، والتي قد يفهم منها تقديم حق الحاضن على حق المحضون، حيث تنص الفقرة (أ) على أنه:" إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين تولت المحكمة الفصل في النزاع، وفي هذه الحالة تعقد المحكمة جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر عليها ذلك، وثبت الضرر حكمت بالتطليق، فإذا كان المتسبب في الضرر مادياً، أو معنوياً، هي الزوجة حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق، والحضانة، والنفقة، والسكن، مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر...".

---

(1) المحكمة العليا، طعن شرعي 2002/5/18، الطعن رقم 47/33 ق (غير منشور).
(2) المحكمة العليا، طعن شرعي 1996/4/18، الطعن رقم 42/11 ق (غير منشور).
(3) المحكمة العليا، طعن شرعي 2002/5/18، الطعن رقم 47/33 ق (غير منشور)..
(4) المحكمة العليا، طعن شرعي 1996/4/18 الطعن رقم 42/9 ق (غير منشور).

وهذا النص تضمن أشكال في فهم توجه المشرع فيمن يقّدم حقه في الحضانة، حيث أن النص تضمن اسقاط حضانة الأم مطلقاً، دون قيد، أو شرط، سواء وجد من يحضن الطفل، أو لم يوجد، وسواء طالب بذلك الأب، أو لم يطالب، دون مراعاة لحق الطفل في حضانة أمه، متى تبث للمحكمة أن الزوجة هي من اضرت بزوجها، وهذا يعني أن الحق في الحضانة للأم بدليل اسقاط هذا الحق كعقوبة لها نتيجة اضرارها بزوجها، الأمر الذي أدى إلى تطليقها، وهو ما جرى به العمل في المحاكم الليبية التي دأبت على اسقاط حق الأم في الحضانة متى انتهت المحكمة إلى أن الطلاق وقع لكونها هي المتسبب في الضرر[1].

إلا أننا نرى أن مصلحة المحضون هي المقياس الجوهري، والمعيار الوحيد الذي يجب أن يعتمد في اسناد الحضانة، واسقاطها، وهو ما يقتضي البحث عمن تتوفر فيه شروط الحضانة، فإذا توفرت هذه الشروط فلا تسقط الحضانة إلا باختلالها، وبالتالي فإننا نرى ضرورة إعادة النظر في هذا النص؛ وذلك للأسباب الآتية:

1- إن أحكام الحضانة تقوم أساسًا على تحقيق مصلحة المحضون، التي تُعد الركيزة الأولى والأهم في هذا المجال. وحتى مع القول بأن الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والمحضون، فإن حق المحضون يتصدر ويعلو على حق الحاضنة. وعليه، فإنه لا يُعد من العدل أو الإنصاف حرمان الطفل من حضانة أمه، وربما التسبب في إلحاق الضرر به بسبب عوامل خارجة عن إرادته، مما يخالف جوهر العدالة ورعاية الحقوق[2].

2- أن الطفل مخلوق لا حول له ولا قوة، وبالتالي يجب تقديم مصلحته على مصلحة غيره، ولا يجوز بحال من الأحول أن يكون وسيلة لعقاب أمه فيما إذا اضرت بأبيه، وهذا حكم أخلاقي لا يختلف عليه عاقلان.

3- إن المشرع جعل حق الطفل في الحضانة حقاً أصلياً، كونه مقصود الحضانة، في حين أن حق الحاضن في ذلك جعله فرعياً، كونه مرتبط بالأصل، وبالتالي أجاز للحاضن التنازل عنه، وأجاز اسقاطه إذا فقد الحاضن شرط من شروط الحضانة، في حين أن حق الطفل في الحضانة لا يسقط بأي حال.

4- إن الحق في الحضانة ليس حقاً مالياً يجوز لمن أراد اسقاطه التنازل عنه متى شاء، بل هو واجب شرعي يلزم به الأقدر عليه، والواجبات الشرعية لا تسقط بالتنازل عنها، كما لا يجوز اسقاطها إلا لمسوغ شرعي.

5- إن اسقاط حق الحضانة عن الأم في حالة الطلاق للضرر وسوء العشرة قد يترتب عليه ضياع حق المحضون في حضانة الأفضل، حيث أن المادة (39) اسقطت حضانة الأم في هذه الحالة (الطلاق للضر وسوء العشرة) سواء طلب ذلك الزوج، أو لم يطلبه، وسواء وجد من يحضن الطفل، أو لم يوجد، وهذا ما قد يؤدى إلى اسناد الحضانة إلى الأباعد من القرابات، أو إلى دور الحضانة، نتيجة عدم وجود حاضن غير الأم، أو وجوده مع عدم تحقق الشروط فيه.

6- أن القانون حدد الشروط التي يجب توفرها في الحاضن في المادة (65)، وقد راعى في ذلك كل ما فيه مصلحة المحضون؛ كالبلوغ، والعقل، والأمانة، والقدرة على تربية المحضون، وصيانته، كما نص في المادة (66) على مسقطات الحضانة، وحصرها في اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة، ولم يجعل من ضمن ذلك ما نصت عليه المادة (39) سالفة الذكر، وهذا يتفق مع المبدأ العام الذي سار عليه المشرع من ارتباط الحضانة بمصلحة المحضون وحده، أو تقديم حقه في ذلك على حق غيره.

---

(1) من أمثلة ذلك ما قضت به محكمة باب بن غشير الجزئية، الدائرة الثالثة أبو سليم،25-4-2018، الدعوى رقم 494-2015، (غير منشور) وكذلك محكمة أبو عطني الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 4-10-2017، الدعوى رقم 236-2017 (غير منشور) نقلاً عن: الهادي علي زبيدة، أثر تعديل القانون رقم14 لسنة 2015 على وحدة الأحكام في قانون الزواج والطلاق الليبي، ص21،20،19.

(2) ينظر: سعيد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج2 ص164.

ومن هنا نهيب بالمشرع الليبي التدخل لإلغاء هذا التعديل المنصوص عليه في القانون رقم (22) لسنة 1991م فيما يتعلق بتعديل المادة (39) من القانون رقم (10) لسنة 1984م، والذي جعل فيه حق الطفل في حضانة أمه من ضمن الحقوق التي ينالها الإسقاط في حالة الطلاق للشقاق والضرر من جانب الزوجة، دون مراعاة لمصلحة الطفل، والتي يجب أن تكون بمنأى عن أية نزاعات تقع بين الأبوين، وأن يكون الأساس في اسناد الحضانة هو مراعاة مصلحة الطفل دون غيره.

الخاتمة

أولاً- النتائج:

فيما يلي أبرز النتائج التي توصلت لها في البحث، وهي على النحو التالي:

- أن المقصود من الحضانة هو حفظ المحضون، وتربيته، والبعد به عما يضره.
- حق الحضانة ذو طبيعة مشتركة، فيجتمع فيه حق الصغير، وحق الحاضنة، وحق الأب، أو الولي، وحق للمجتمع، وهذه الحقوق إذا اجتمعت، وأمكن التوفيق بينها، وجب المصير إليها، وإن تعارضت مع حق الصغير قدم حقه على حق غيره.
- القانون الليبي لم يكن واضحاً في تقرير من هو صاحب الحق في الحضانة بل أظهر تناقضًا في ذلك يظهر من خلال استقراء جملة من نصوص القانون رقم 10 لسنة 1984م.
- المشرع الليبي جعل حق الحضانة من ضمن الحقوق التي تفقدها الزوجة إذا وقع الطلاق نتيجة لمضارتها زوجها وهو ما استقر عليه العمل القضائي بالبلاد.

ثانيًا- التوصيات:

1- أوصي المشرع الليبي باعتماد نصاً قانونيا واضحاً يتضمن تقديم مصلحة المحضون في قضايا الحضانة على جميع الاعتبارات الأخرى.
2- إلغاء جزء من الفقرة (أ) من المادة (39) المعدلة بالقانون (22) لسنة 1991م الخاص بإسقاط حق الزوجة في الحضانة إذا كان الطلاق بسبب إضرارها بالزوج مادياً أو معنوياً.
3- توحيد الرؤية في نصوص القانون لتجنب أي تعارض قد يؤدي إلى الإضرار بمصلحة المحضون، التي ينبغي أن تكون المبدأ الأسمى في تنظيم أحكام الحضانة.

قائمة بأهم المراجع

- أثر تعديل القانون رقم14 لسنة 2015 على وحدة الأحكام في قانون الزواج والطلاق الليبي، الهادي علي زبيدة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002م.
- أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، سعيد محمد الجليدي، مطابع عصر الجماهير، الطبعة الثانية 1998م.
- أحكام الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي، سعد أبو العيد علي بن عطيوة، مجلة رواق الحكمة، كلية الآداب جامعة الزاوية، العدد الثالث.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الطبعة: الأولى، 1327، ه، مطبعة شركة المطبوعات العلمية بمصر، ومطبعة الجمالية بمصر.
- تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تحقيق: جماعة من المختصين، إصدارات وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت.
- التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1403، 1983م.
- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين، الشهير بابن عابدين، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، الطبعة: الثانية 1386ه، 1966م.

- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1419ه، 1999م.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثالثة، 1412ه، 1991م.
- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.
- الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي، الطبعة: الأولى، 1422ه، 1428م.
- العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني، تحقيق: علي محمد عوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1417ه 1997م.
- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي، تحقيق: حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1423ه، 2003م.
- قانون الزواج والطلاق، محمد مصطفي الهوني، الطبعة الثانية، 2007م.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، وعادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة.
- المغني، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثالثة، 1417ه، 1997م.