تعسف الولي مع الحاضن
- دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الكويـتي-

د. محمد علي سعود الهدية*

تاريخ وصول البحث: 2020/1/26م **تاريخ قبول البحث: 2020/4/29م**

ملخص

يهدف البحث إلى بيان حكم تعسـف الولي في أداء الحقوق الواجبة عليه تجاه الحاضـن والمحضـون. حيث إن بعض الأولياء قد ينحرفون في استعمال الحق بشكل لا يحقق الغاية منه، والتي جعلها الفقه والقانون في يد الأب رعاية لمصلحة المحضون، فإن أدت إلى الإضرار بالصبي؛ كان ذلك انحرافًا يجب تصحيحه.

وقد تناول الباحث معنى التعسف في اللغة والاصطلاح، وأن هذا المصطلح استقر معناه عند المعاصرين، واعتبرته المحاكم اليوم داخلًا في المسؤولية التقصيرية، وأن للتعسف معايير منها: قلة المصلحة أو انتفائها مقارنة بالضـرر الذي يقع على المحضـون، مثل: أن يرفع الولي دعوى لطلب إعفائه من كلفة مسـكن المحضون؛ لكلفتها عليه.

ومن صور تعسف الولي بتعطيل مصالح المحضون: من استخراج أوراق رسمية له، أو عدم إلحاقه بسلك التعليم، فإن ثبت التعسف أمام المحكمة؛ نقلت الولاية منه إلى من بعده، فإن لم يوجد الأصلح؛ جاز للمحكمة نقلها للحاضن.

كما تناول الباحث تعسف الولي في الاعتراض على أحكام النفقات مع علمه بحاجة الحاضن والمحضون إليها، وعالج القانون هذا الأمر بجواز تقدير المحكمة نفقة مؤقتة أثناء النظر في الدعوى.

The guardian abuses with the fosterer - Jurisprudence study compared to the Kuwaiti Personal Status Law -

Abstract

This research aims to indicate the ruling on the abuse of the guardian in the performance of the rights he is due to the incubator and the concubine. Some saints may be deviant in using the right in a way that does not achieve its purpose, which jurisprudence and law have made in the father's hands the care of the beholder, if it harms the boy, it is an aberration that must be corrected.

One of the forms of abuse of the guardian is the injury of the interests of the concubine: from the extraction of official papers to him, or not to the education, if the arbitrariness is established in court؛

The researcher also addressed the abuse of the guardian in objecting to the provisions of expenses knowing the need of the incubator and those who are in charge of it, and the law dealt with this order with the possibility of the court's discretion in a temporary expense during the consideration of the case.

* مدرس، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت – الكويت.

المقدمة.

الحمد لله الواحد القهار، مكور النهار على الليل، ومكور الليل على النهار، وأصلي وأسلم على خير المصطفين الأخيار؛ محمد ﷺ، وعلى آله وصحبه الأخيار، صلاةً وسلامًا دائمَين متلازمَين ما تعاقب الليل والنهار، أما بعد:

فإن شريعتنا الإسلامية وضعت للمكلفين حقوقًا، ومكنتهم من استعمالها، كما وضعت عليهم واجبات ألزمتهم بها؛ تحقيقًا للتوازن بين أفراد المجتمع، فيجوز للإنسان استعمال حقه بالوجه الذي يريد، ما لم يؤدِّ هذا الاستعمال إلى معصية أو مضرة بالغير، بخلاف المذاهب الفردية الغربية التي مكنت صاحب الحق من استعمال حقه كيفما شاء، ولو أدَّاه ذلك إلى معصية أو مضرة بالغير، ما دام لم يتجاوز حدود حقه، وذلك مراعاة لمصالح الأفراد.

وقد أخذت كل القوانين العربية بنظرية التعسف في استعمال الحق الموجودة في الفقه الإسلامي، ولم يكن لها مقابل في القوانين الغربية إلا في الزمن المعاصر[1].

والشريعة الإسلامية وسط في مسألة التعسف باستعمال الحق، فقد مكنت الفرد من استعمال حقه، لكن بشرط عدم الإضرار بالغير، فلم تلغِ اعتبار الإضرار أبدًا، ولم تلغ حق الأفراد مطلقًا، وهذه الوسطية هي الرحم التي خرجت منها نظرية (التعسف في استعمال الحق)، فمثلًا العقود الجائزة[2] في الفقه الإسلامي لكل شخص أن يفسخها، بشرط ألا يقصد الإضرار بالطرف الآخر، فإن قصد الإضرار كان عليه الضمان.

أهمية البحث.

وقصد الإضرار لابد له من معايير تجب مراعاتها، فلا يعمم الحكم على الجميع؛ مَن قصد الإضرار ومن لم يقصده. وقد أخذت غالب قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية بمبدأ التعسف، على اختلاف بينها في التوسع والتضييق، ومنها قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

وأحيانًا يقصد ولي المحضون التعسف مع الحاضن، خصوصًا إذا كانت مطلقته، فيمنع الحاضن من أداء بعض الأمور للمحضون؛ كالسفر المؤقت، واستخراج الأوراق الثبوتية، وأحيانًا قد يكون باعث الولي هو حرصه على مصلحة المحضون، فيحصل الاختلاف في وجهات النظر حول مصلحة المحضون، ومن الحكمة أن الشارع الحكيم بيَّن الولي والحاضن: فجعل الولاية في أمور التعليم والمال للولي وهو كان الأب أولى الناس فيها، وجعل الرعاية للحاضن وكانت الأم مقدمة على غيرها فيها، **يقول الإمام السرخسي:** (اعلم بأن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم؛ جعل الشرع ولاية ذلك إلى من هو مشفق عليهم فجعل حق التصرف إلى الآباء لقوة رأيهم مع الشفقة والتصرف يستدعي قوة الرأي وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت)[3].

وبناء عليه، تكمن أهمية البحث فيما يأتي:

1- تعلقه بالحضانة، وأن الخلاف بين الولي والمحضون وارد، وادعاء تعسف الولي أمر لا يصعب على الحاضن.
2- حاجة الولي لمعرفة حدود استعمال حقه في الولاية على أولاده؛ حتى لا يتعسف فيها، وكذلك حاجة الحاضن ووكيله في الخصومة لمعرفة الحالة التي يُعتبر الوليُّم تعسفًا فيها.
3- حاجة القضاة والمحكمين والمحامين إلى معرفة أحكام تعسف الولي مع الحاضن.

مشكلة البحث.

يمكن القول إن البحث جاء ليعالج المشكلة ذات البعدين الآتيين:

1- ما المعايير التي يتبين من خلالها تعسف الولي في ولايته على المحضون؟

2- ما الأحكام المترتبة على تعسف الولي مع الحاضن؟

أهداف البحث.

1- بيان المعايير التي تُميز تعسف الولي مع الحاضن، والحالات التي يجوز للولي فيها استعمال حقه من دون اعتباره متعسفًا.

2- إبراز جانب الموازنة التي وضعها الفقهاء بين صلاحيات الولي والحاضن، وذلك تحقيقًا لمصلحة المحضون.

3- بيان أن الولي لم تنقطع ولايته عن أولاده ولو كانوا في حضانة غيره.

الدراسات السابقة.

توجد في الموضوع دراسات سابقة عدة، من أهمها:

1) شليبك، أحمد الصويعي، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون بجامعة الشارقة، العدد 38، أبريل 2009م.

تناول شليبك في دراسته مفهوم التعسف في الشريعة والقانون، وأبرز أن الفقه الإسلامي سبق القوانين المعاصرة في تقرير أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق، واتجه شليبك في بحثه إلى معايير التعسف، وبيَّن أن القوانين منها ما يضع معيارًا عامًّا للتعسف، ومنها ما يترك التفصيل للوقائع العملية، وركز على معيار انتفاء المصلحة المشروعة، أي أن يُستعمل الحق لتحقيق مصلحة غير المصلحة التي شُرِعَ لتحقيقها وتحصيلها، كما ركز على معيار قصد الإضرار بالغير، وذكر تطبيقات عليه، وختم بحثه بمقارنة بين الشريعة والقانون في تطبيق المعيارين السابقين.

واستفاد الباحث من هذه الدراسة في مفهوم التعسف في الفقه والقانون، والمعايير التي تبين قصد الإضرار، وبيان أن انتفاء المصلحة من الحق يُتخذ قرينة على قصد الإضرار.

2) الصعب، عبد العزيز بن عبد الله، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، أطروحة دكتوراه في العلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، سنة 2010م، بإشراف: محمد السيد عرفة.

تناول الصعب في أطروحته مفهوم التعسف في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، وركز على مسألة التعسف في استعمال حق التقاضي، وأن القانون في المملكة العربية السعودية وضع قيودًا لممارسة هذا الحق؛ حتى لا يقع تعسف من أحد أطراف الدعوى، وبيَّن نماذج لتعسف أحد أطراف الدعوى في المراحل الأولى للنظر في القضية: كالتعسف في طريقة التبليغ والشكوى، والتعسف في طريقة الاعتراض على الحكم بعد صدوره، والتعسف في مرحلة التنفيذ؛ كالمطالبة بالتنفيذ الجبري، أو التنفيذ المستعجل، وبيَّن الصعب في أطروحته الآثار المترتبة على التعسف في هذه المراحل؛ كتباطؤ العدالة، وترك الحق من صاحبه.

والباحث استفاد من هذه الأطروحة في تأصيل معايير التعسف في مراحل القضية؛ من رفعها إلى صدور الحكم فيها، إلا أن أطروحة الصعب جاءت في الأمور المدنية، وربما تفترق المعايير عن الأحوال الشخصية. كما بينت آثار التعسف في الإجراءات المتبعة في المملكة العربية السعودية، وهي تختلف عن الإجراءات المتبعة في دولة الكويت.

3) مرحبا، إسماعيل غازي، التعسف في استعمال حق الحضانة: حقيقته، صوره، علاجه في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة طيبة للآداب والعلوم الإنسانية، جامعة طيبة، المجلد 5، عدد 9، لسنة 2016م.

تناول الباحث مرحبا في بحثه مفهوم العسف في استعمال الحق، وأن هذه النظرية موجود في الفقه الإسلامي وتشمل حق الحضانة، كما تناول مفهوم التعسف والحضانة، لكنه لم يبين معايير التعسف في هذا الحق، وتناول التعسف في الحضانة من ناحية: النفقة، والتربية، السفر بالمحضون، وزيارة المحضون، وغالب ما ركز عليه الباحث مرحبا التعسف من قبل الحاضن تجاه ولي المحضون من ناحية السفر به، والتعسف في التربية إلى حد يصل إلى تعذيب المحضون نكاية في وليه.

والباحث استفاد من دراسة مرحبا في النصوص الفقهية التي أوردها في الكلام عن التعسف في هذه المسائل، **إلا أن موضوع الباحث في بحثه هذا متجه إلى تعسف الولي مع الحاضن**، أما دراسة الدكتور مرحبا تناولت تعسف الحاضن مع الولي، إلا في بعض الأمور مثل: سفر الولي بالمحضون سفر إقامة وهذه نص عليه قانون الأحوال الشخصية في الكويت على منعها، وقضية تعسف الولي في دفع النفقة بتكليف الحاضن أن يأتي لمحل إقامة الولي لتسلمها وهذه عولجت في زمننا في الدفع عن طريق الحسابات البنكية (إلكتروني)، فالباحث تناول مسألة يكثر حصولها في زمننا وهي التعسف من الولي في والتأخير في قضاء مصالح المحضون من تسجيل في مدرسة، أو استخراج وثيقة سفر، وغير من المعاملات الرسمية.

ما تميزت به الدراسة.

1- تناول تعسف الولي مع الحاضن في قضاء مصالح المحضون وحاجاته.
2- بيان حكم عزل الولي عند ثبوت التعسف عليه.

منهج الباحث.

- **المنهج الوصفيُّ:** القائم على جمع المعلومات المُتعلِّقة بالموضوع محل البحث من مصادرها، وترتيبها ترتيبًا يتناسب مع البحث ومواضيعه.
- **المنهج المقارنُ:** حيث يقارن الباحث بين أقوال العلماء، ويختار منها القول الراجح، مُتَّبِعًا في ذلك قواعدَ الترجيح المعتمدة عند العلماء، ويقارن ذلك مع ما صدر من أحكام قضائية، وما أخذ به القانون بدولة الكويت وبعض الدول العربية.
- **المنهج التحليليُّ:** القائم على مناقشة الأدلَّة والتعليلات، والجواب عليها، والترجيح بينها، مُعتمِدًا في ذلك على قواعد الترجيح المعتمَدة عند العلماء.

خطة البحث.

المبحث الأول: مصطلحات الدراسة.

- **المطلب الأول:** الحق لغة واصطلاحًا.
- **المطلب الثاني:** التعسف لغة واصطلاحًا.
- **المطلب الثالث:** الولاية والحضانة لغة واصطلاحًا والتفريق بينها.

المبحث الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق.

- **المطلب الأول:** المعيار لغة واصطلاحًا.
- **المطلب الثاني:** المعيار الشخصي.
- **المطلب الثالث:** المعيار الموضوعي.

المبحث الثالث: أحكام تعسف الولي مع الحاضن.

- **المطلب الأول:** تعسف الولي مع الحاضن في قضاء مصالح المحضون.
- **المطلب الثاني:** تعسف الولي مع الحاضن في دفع النفقة.

المبحث الأول:
مصطلحـات الدراسـة.

المطلب الأول: الحق في اللغة والاصطلاح.

أولًا: الحق لغة:

يعرف الحق بأنه: إحكام الشيء، والحق: نقيض الباطل، ويطلق على الوجوب والثبوت، كما قال تعالى: ﴿**وَلَٰكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ الْعَذَابِ عَلَى الْكَافِرِينَ**﴾[71: الزمر]، أي: ثبتت ووجبت[4].

ثانيًا: الحق اصطلاحًا:

يعرف الحق بأنه: (اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفًا)[5].

قوله: اختصاص: يعني علاقة تشمل الحقوق المالية؛ كاستحقاق الدين في الذمة بأي سبب كان، وما ليس ماليًا؛ كحق الولاية في الزواج أو في الدماء.

ولا بد لهذا الحق والاختصاص أن يقر الشرع به، كما جاء ذلك في التعريف: (يقرر به الشرع).

وبهذا الاختصاص والإقرار من عند الشارع يكون لصاحب الحق سلطة على حقه، فإن كان حقه عينًا كان له سلطة ملكه، وإن كان حقًا معنويًا؛ كان له حق استيفائه[6].

فالحق أمر قرره الشارع للإنسان، ومكنه من استعماله؛ فله الحق في المطالبة بدينه، وله الحق في بناء أرضه على التصميم الذي يريد، وله الحق في تطليق امرأته.

لكن لا يثبت لأحد الإضرار بمدينه، فيطالبه أمام الناس بقصد امتهانه وانتقاص قدره أمام الناس، **وفي ذلك يقول ابن عابدين** عن ملازمة المدين[7]: (ويظهر منه أنه ليس له الملازمة في وقت لا يتوهم وقوع المال في يده فيه، كما لو كان مريضًا) [8].

فتبيَّن أن الملازمة حق للدائن لغرض الاستيفاء حتى لا يُخْفِي المدين عنه ما يقع تحت يده من مال، وليس له أن يستعمل حق الملازمة على جهة لا ينتفع فيها بتحصيل دينه.

المطلب الثاني: التعسف لغة واصطلاحًا.

أولاً: التعسف لغة:

يقول ابن فارس: (العين والسين والفاء كلمات تتقارب ليست تدل على خير، إنما هي كالحيرة وقلة البصيرة)[9]، ومنه: ركوب الأمر من غير تدبر، وعند أهل اللغة يطلق العسيف على الأجير أيضًا، وقال بعضهم: تطلق على الأجير المملوك المستعان به، وعسف فلان فلانًا: أي ظلمه[10].

وهذا الأصل اللغوي لمعنى عسف، ولكن لما كثر استعماله نقل إلى معنى جور السلطان وظلمه؛ ومنه: أعسف غلامه: إذا أخذه بعمل شديد[11].

وأقرب الاستعمالات اللغوية هو: الظلم؛ لأن من تعسف بحقه أضرّ بغيره وظلمه، وإيقاع الضرر على الغير من أكبر الظلم.

ثانياً: التعسف اصطلاحًا:

لم يتكلم الفقهاء السابقون عن تعريف معنى التعسف لكونه مصطلحًا جديدًا، لكن تحرر تعريفه واستقر عند المتأخرين، غير أن فكرة التعسف كانت موجودةً عند الفقهاء المتقدمين، ويذكر الباحث بعض نصوصهم في فهمهم لهذا المصطلح: يقول الإمام ابن عبد البر في إجارة الدابة: (وإن كانت آفة من الدابة أو صاحبها، مثل العثار والزلق وانقطاع الحبال أو نحو ذلك، فلا كراء لربِّ الظَّهْر ولا ضمان عليه فيما عطب، إلا أن يكون غرّ من دابته، أو ضيع، أو **تعسف،** فيضمن ويكون له الكراء)[12]، فيوجب الضمان إن تعسف في استعمال الدابة المستأجرة، وهذا دليل على أن التعسف له جزاء، وإن كان في إطار الحق.

ويقول الإمام الزركشي الحنبلي عمن قدم الهجر على الوعظ: (فإن نشزن – أي: الزوجة– فاهجروهن في المضاجع، فإن أصررن فاضربوهن؛ كآية المحاربة، وفيه **تعسف**)[13]، فيقرر الزركشي أن الله شرع أمورًا لتأديب الزوجة، وهي حق للزوج، وهي واردة على جهة الترتيب، فإن تجاوز من الأخف إلى الأعلى كان تعسفًا من الزوج، فينبغي مراعاة الترتيب الوارد في قوله تعالى: **﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾**[34: النساء].

ويقول بعض المفسرين إن هذا التلميح الوارد بالآية بترتيب أدوات التأديب يجري مجرى التصريح بأنه: لا يجوز للزوج أن ينتقل للمرتبة الأخرى ما دام أن الزوجة تتعظ بما دونها، فمثلًا لا يجوز له الضرب والتأديب حاصل بالهجر[14].

ثالثاً: تعريف العلماء المعاصرين للتعسف:

عرفه أحمد أبو سنة بأنه: التعسف استعمال الحق على وجه غير مشروع[15].

فهو يقر بأن التعسف يكون في الأمر المشروع؛ ليفرق التعسف عن الفعل الضار أو الفعل المحرم، لكن كيفية الاستعمال هي التي أضفت عليه وصف عدم المشروعية[16]، فكان التعسف تحريمه أشبه ما يكون بالمحرم لغيره.

وعرفه الأستاذ الدريني بأنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعًا بحسب الأصل[17].

فقوله: (مناقضة): يشمل القصد وغير القصد، وقوله: (تصرف): يشمل القول أو الفعل، فالأستاذ الدريني لا يشترط توفر قصد الضرر للتعسف، فلو بنى شخص جدارًا طويلًا، فحجب الشمس عن داره من غير قصد مضرة كان متعسفًا[18].

والتعريفان السابقان قريبان من تعريفات أهل القانون للتعسف، ومن هذه التعريفات:

- أنه استعمال الحق ضمن الأُطر التي حدَّدها القانون استعمالًا من شأنه إلحاق الضرر بالغير[19].
- أو استعمال الحق في غير الغرض الذي من أجله منح، أو بقصد إلحاق الضرر بالغير[20].

واتفق التعريفان على أن مفهوم التعسف يدخل فيه استعمال الحق بقصد الإضرار، وانفرد التعريف الثاني بأن من صور التعسف استعمال الحق في غير الغرض الذي منحه القانون للأفراد.

المطلب الثالث: مفهوم الولاية والحضانة لغة واصطلاحًا مع التفريق بينهما.

الفرع الأول: مفهوم الولاية لغة واصطلاحًا.

- **الولاية لغة:**

الواو واللام والياء أصل صحيح يدل على القرب، ومن ذلك: الوَلْي –بسكون اللام– بمعنى القرب، وكلُّ مَن ولِيَ أمرَ فلان فهو وليه[21]؛ لأن الولي الذي يرعى شؤون من تحته لابد أن يكون قريبًا منه حتى يحقق مقصد الولاية، وتطلق الولاية على ما يُشعر بالتدبير والقدرة على الفعل، فإذا لم يكن الشخص قادرًا على تدبير ما يتولاه؛ لم يصح إطلاق الولاية عليه[22].

- **الولاية في اصطلاح الفقهاء:**

لم يضع غالب الفقهاء مفهومًا خاصًّا للولاية، لكن تناولوا مصطلح الولي أو الولاية في أبواب مختلفة، فذكروه في باب النكاح. والولي في النكاح من له على المرأة أبوة أو تعصيب أو قوة يحصل بها التصرف في المولَّى عليه ببيع ونحوه[23]. كما تطلق الولاية ويراد بها السلطة والإمارة[24]، ومن إطلاقات التولية قولك: تولى فلان القضاء، والأصل في التولية تقلد العمل[25]. **والمفهوم العام للولاية عند الفقهاء:** تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أم أبى[26]، أو هي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات، وترتيب الآثار الشرعية عليها[27]، فهي سلطة يجعلها الشارع في يد الولي بحيث ينفذ قوله وتصرفه على موليه جبرًا.

الفرع الثاني: مفهوم الحضانة لغة واصطلاحًا.

- **الحضانة لغة:**

الحاء والضاد والنون أصل واحد يراد به حفظ الشيء وصيانته، ومنه: حضنت الأم ولدها، أي: حفظته برعايتها[28]، والحضن من البدن: الصدر والعضدان وما بينهما، والاحتضان: جعل الشيء في الحضن، كما تحضن الأم ولدها، ثم أطلق على الرعاية والاهتمام، والحضانة: مصدر لمن يقوم بالحضانة من حاضن أو حاضنة[29].

- **الحضانة في اصطلاح الفقهاء:**

عرف الفقهاء الحضانة بمعانٍ تدور حول الرعاية، ويظهر أن سبب اختلاف عباراتهم في تعبير الحضانة ما يراه كل مذهب أنه من رعاية الصبي، **وفيما يأتي عرض لبعض التعريفات:**

1- الحنفية قالوا: هي (تربية الولد)[30]، وهذا تعريف مختصر شامل لأمور كثيرة من شؤون المحضون.

2- المالكية قالوا: هي (حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه)[31]، وهذا يدل على ظهور معنى الرعاية؛ لأن الحضانة أكثر دلالتها على الرعاية، والحاضن يقوم بهذه الأمور، وما سوى ذلك يقوم به الوليُّ من ماله؛ مثل التعليم[32].

3- الشافعية قالوا: هي (حفظُ مَن لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه؛ لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون، وتربيته)[33]، فهي حفظ للمحضون ورعاية. والتربية هنا بمعنى تنمية المحضون بما يصلحه من مال وشراب[34].

4- الحنابلة قالوا: هي (تحمل المؤونة والتربية)[35]. والتربية تكون بعمل مصالح المحضون، ومثلوا لذلك بغسل رأس الصبي، ودهنه، وتحريكه لينام[36].

وبعد هذا العرض لمفهوم الحضانة عند الفقهاء، يتضح ظهور معنى الرعاية عندهم، وأن التربية عند الفقهاء في المذاهب الأربعة تدل على معنى الرعاية، وكل مذهب منها مثّل لها بما يراه أولى من غيره من أمور الرعاية والاهتمام.

لكن الفقهاء يعتبرون الحضانة في حق الصغير دون الكبير، ما عدا الشافعية؛ حيث يعتبرونها في الكبير العاجز عن رعاية نفسه كما يعتبرونها في الصغير[37]، إلا أن الأقرب في الحضانة ثبوتها فقط في حق الصغير؛ لأنها مشتقة من الحضن، ولا يتصور حضن الكبير العاجز، كما أن حصرها في جانب الصغير يتماشى مع حكمة مشروعية الحضانة، وهي القيام بحق الصغير في مأكله ومشربه[38]، وهو ما سيسير عليه الباحث في بحثه، بإذن الله.

- **الفرق بين الولاية والحضانة:**

ذهبت الموسوعة الفقهية الكويتية[39]، والمذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية بدولة الكويت[40]، وبعض الباحثين[41] إلى أن الحضانة نوع من أنواع الولاية على النفس التي يُقدَّم فيها النساء على الرجال.

ويظهر للباحث عدم صحة التسوية بين المفهومين، فالحضانة لا تعتبر من قبيل الولايات، ولا تأخذ أحكامها، وقد يطلق الفقهاء عليها لفظ الولاية من باب التجوز، و**يظهر عدم صحة التسوية بينهما من خلال مفهوم كل من الولاية والحاضنة**، فالولاية عبارة عن سلطة يثبت لصاحبها حق التصرف باسم المولى عليه، سواء في نفسه أو ماله، أما الحضانة فهي عبارة عن رعاية واهتمام في الأكل والشرب والملبس[42]، فالولي هو الذي له الحق في التصرف باسم المحضون من تعليمه واستخراج الأوراق الرسمية له في عصرنا، وأما الحاضن فلا يحق له ذلك دون حكم قضائي، وهذا مورد من موارد تعسف الولي مع الحاضن، كما سيأتي في المبحث الثالث بإذن الله.

- **مفهوم تعسف الولي مع الحاضن:**

هو استعمال ولي المحضون لحقوقه الشرعية والقانونية بشكل يضر المحضون أو من يقوم على رعايته، أو يستعمله لتحصيل مصلحة تافهة تضر بالمحضون أو الحاضن ضررا أكبر من هذه المصلحة.

المبحث الثاني:
معايير التعسف في استعمال الحق.

المطلب الأول: المعيار لغة واصطلاحًا.

أولاً: المعيار لغة:

المعيار من عَيَر، ومنه: عير القدم، وهو العظم الناتئ فيها، ومنه العير: أي سيد القوم[43].

وهذا المعنى أقرب لفكرة المعايير؛ لأن المعيار يبين ويجلّي دخول المسألة أو الواقعة في النظرية أو القاعدة.

وهذه أصول معاني مادة (عير)، وعلماء اللغة لم ينصوا صراحة على تعريف واحد للفظة (المعيار)، ولكن استعمالهم لهذا المصطلح يدل على أنهم يريدون به وحدة القياس؛ كقولهم: (القنطار معيار)[44]، و(الرطل معيار)[45].

ثانياً: المعيار اصطلاحًا:

لم يتكلم العلماء الأقدمون والمعاصرون على تعريف اصطلاحي للمعيار، ولكن يظهر من استعمالهم له أنهم يريدون به القياس، وما تقاس به الأشياء، ومن هذا قول شمس الأئمة السرخسي: (الوقت **معيار** الصوم)[46]، ويقول العيني: (والكيل **معيار** شرعي في المكيل)[47]، ويقول ابن قدامة أيضًا: (فنهْيُ النبيّ ﷺ عن بيع الطعام إلا مثلًا بمثل يتقيد بما فيه **معيار** شرعي، وهو الكيل والوزن)[48].

فظهر من عرض المعنى اللغوي والاصطلاحي، أن المعيار هو عبارة عن وحدة قياس، تقاس به الأمور ليدخل في قاعدتها؛ كالكيل معيار شرعي لبعض الأصناف الربوية، والوقت معيار لفرائض الإسلام من صلاة وصيام وزكاة وحج.

ومعايير التعسف هي الأمور التي يتبين من خلالها تعسف الإنسان في استعمال حقه؛ كإلحاق الضرر بغيره، ولو لم يقصد الإضرار، وفيما يأتي عرض لمعايير التعسف.

المطلب الثاني: المعيار الشخصي[49].

يقصد بالمعيار الشخصي ما يستدعي النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق إلى التصرف بحقه، وينقسم إلى أمرين: تمحض قصد الإضرار بالغير، وأن يكون الباعث على استعمال الحق تحقيق مصلحة غير مشروعة[50].

أولًا: تمحض قصد الإضرار:

وهذا المعيار هو أقدم معايير التعسف؛ لوجوده في التشريعات القديمة، وهو مجافٍ لمكارم الأخلاق، إلا أنه من العسر الكشف عنه، فيستعان عليه بالأمور الظاهرة المادية والقرائن[51].

وهذا المعيار هو أبرز حالات التعسف، فيكون الشخص قد استعمل الحق الممنوح له لا لتحقيق مصلحة، وإنما لقصد الإضرار بالغير، وهذا المعيار هو الأكثر شيوعًا وشمولًا لحالات التعسف[52].

واستعمال الحق بقصد الإضرار بالغير محرمٌ عند جميع الفقهاء، وقد ورد النهي عن ذلك في مواضع من كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ.

- **فمن الكتاب الكريم:** قوله تعالى: ﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ** ۚ

وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾[231: البقرة].

يقول الإمام الجصاص: (دل على وقوع الرجعة وإن قصد بها مضارتها، لولا ذلك ما كان ظالمًا لنفسه؛ إذ لم يثبت حكمها، وصارت رجعته لغوًا لا حكمًا)[53]، فدل هذا على أن الإضرار بالغير ولو كان عن طريق حق للمكلف لا يجوز، ويكون في حكم الملغى.

- **ومن السنة:** قول النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[54].

يقول الإمام ابن رجب: (ألَّا يكونَ في ذلك غرضٌ سوى الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه)[55]، فلا يشك ابن رجب في حكم هذا النوع من التصرفات.

وتمحض قصد الإضرار أمر خفي في النية، ويستحيل لأي قاضٍ معرفة ما تضمره النفوس، فيُستعان على ذلك بالقرائن الدالة، **وأقوى هذه الدلالات:** عدم المصلحة العائدة على صاحب الحق عند استعماله لحقه؛ كالرجعة يعقبها الطلاق، فواضح أن الزوج لا يريد زوجته، ولكن أراد تطويل العدة، فعُرف قصد الإضرار من هذا الأمر[56].

وشرط هذا المعيار أمران اثنان[57]:

- أن يقصد صاحب الحق الإضرار بغيره.
- أن يتمحض قصد الإضرار بحيث لا يصحبه قصد آخر.

فإن قصد صاحب الحق الإضرار بغيره، وفي الوقت نفسه يريد منفعة لنفسه؛ ففي هذه الحالة يحكمه أمر آخر، وهو: الموازنة بين منفعة صاحب الحق والضرر اللاحق بغيره، ويحكم للغالب[58]، كما سيأتي في المعيار الموضوعي.

ويرى بعضهم أن صاحب الحق لو لم يقم دليل على قصده الإضرار، ولكن استعماله للحق قد خلا من المصلحة؛ دخل في معيار قصد الضرر بالغير؛ لأنه قرينة واضحة[59].

وتطبيق هذا في أمور الحضانة أنه يجب انتفاء قصد المضارة من الحاضن والولي، فإن أراد بتصرفه الضرر منع منه واعتبر متعسفا[60].

ثانيًا: استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة.

والمقصود من هذا المعيار: أن يستعمل المكلف حقه للتوصل لمصلحة غير مشروعة لم يشرع الحق أصلًا لتحقيقها، كما في تعريف التعسف من أنه مناقضة لقصد الشارع، ومقتضى هذا المعيار أنه لا يكفي أن ينشد صاحب الحق من استعماله للحق تحقيق نفع له، بل يجب أن يكون هذا النفع مشروعًا[61].

فلو استعمل المكلف حقه على وجه لا يضرُّ بغيره، بل قد يحقق له نفعًا، وكان هذا النفع محرم، أصبح استعماله تعسفًا، كما في نكاح التحليل؛ فإن الإنسان له حق الزواج بمن شاء من غير المحرمات، والمحلَّل له يستفيد من هذا الأمر[62]، لكنَّ هذا مُحرَّم؛ لأن المصلحة غير مشروعة[63].

وهذان الأمران هما: قصد الإضرار، وطلب المصلحة غير المشروعة؛ أمور شخصية تجول في نية صاحب الحق، تُعرف وتُكشف من خلال ظروف استعماله لهذا الحق ومآل هذا الاستعمال، فقصد الضرر نيّةٌ بحتة، والمصلحة غير المشروعة في البداية أمرُ نفسي أيضًا تظهر بعد وضوح المصلحة التي حصل عليها بعد استعمال الحق.

المبحث الثالث:

المعيار المادي (قلة المصلحة أو انتفاؤها).

وهذا المعيار يعتمد ضابط الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من مصلحة، وما يترتب على فعله من مفسدة، فيحكم بين تعارض الحقوق الفردية أو تعارض الحق الفردي مع الحق الجماعي[64]، فيكون لصاحب الحق مصلحة من استعمال حقه، لكنها منعدمة أو قليلة مقارنة بالضرر الواقع على الغير. وهذا المعيار أظهر وأضبط للقاضي والمشرع، وإن كان شموله للوقائع أقل من الشق الأول من المعيار السابق، وهو قصد الإضرار.

ويفترق هذا المعيار عن المعيار الشخصي في أن المكلف هنا يرجو مصلحة من استعمال حقه، لكن يترتب على غيره ضرر غير مقصود لصاحب الحق، بخلاف المعيار الأول؛ ففيه يتمحض قصده للإضرار كما سبق.

وقد وقع فيه الخلاف بين اعتباره ضابطًا شخصيًّا (قصدي) أم ضابطًا ماديًّا، فهو في حقيقته ماديٌّ ابتداءً، قصديٌّ انتهاءً، كما يرى بعض الباحثين[65]، وإن انتفاء المصلحة قرينة قوية على قصد الإضرار؛ لأن النية خفية يُستعان على معرفتها بالقرائن، ومنها: انتفاء المصلحة لصاحب الحق[66].

والذي يظهر أن استعمال الحق مع ترتب ضرر غير مقصود على الغير أمر متصور، فليس كل ضرر بالغير يتخذ دليلًا على قصد الإضرار، بل ربما يكون الضرر نتيجة لاستعمال الحق فقط من غير قصد الضرر بالمتضرر، فهو معيار مستقل من معايير التعسف[67].

وهذا المعيار يتميز به الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي؛ ففي الثاني للفرد سلطان مطلق على حقه، ولو أدى ذلك لضرر الغير ما دام صاحب الحق لم يقصد الإضرار، ولكن الإضرار وقع لمجرد الاستعمال، فلا مانع إذن، لكن الفقهاء المسلمين وازنوا بين مصلحة صاحب الحق وضرر الغير[68].

<u>أدلة هذا المعيار من الكتاب والسنة:</u>

1- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ**﴾[232: البقرة].

وجه الدلالة: أن الله ﷻ خاطب الأولياء بعدم العضل[69]؛ من إنكاح موليته لزوجها عند التراضي، فلا يجوز استعمال حقه بالاعتراض على زوجةٍ لمصلحة خاصة بالولي، كإبقاء المرأة لخدمة أو الانتفاع من راتبها؛ ولذلك نهى الله الأولياء منه[70]. وقد يعتبر هذا الأمر تعسفًا بصورة سلبية، وصورته امتناع الولي من التزويج لمصلحة تافهة لا تقارن بمصلحة المرأة في الزواج ممن رضيت به.

وتظهر صورة تعسف الولي لمصلحة منتفية شرعًا من إرجاع موليته لزوجها بعد انقضاء العدة، ويظهر ذلك من **سبب نزول الآية** أن البداح بن عاصم طلق زوجته جُميلا، حتى إذا انقضت عدتها أراد مراجعتها، فقال له أخوها – وهو معقل بن يسار: (إنك طلقتها طلاقًا له الرجعة، ثم تركتها حتى انقضت عدتها، فلما خطبت إليَّ أتيتني تخطبها مع الخطاب، والله لا أنكحتكها أبدًا)، فنزلت هذه الآية، قال معقل: (فكفرت عن يميني وأرجعتها إليه)[71].

وكان من طبيعة الأولياء في الجاهلية أن طلاق ابنتهم يعتبر استخفافًا بهم، وعدم احترام لهم، فيحملهم هذا على الانتقام منه بعدم إرجاع ابنتهم له[72]، خصوصًا وأن البداح في هذه القصة تركها حتى انقضت عدتها، ثم لما علم أن الناس تخطبها

ذهب يخطبها، فكأنه فعل هذا غيرةً منه وليس رغبة في ابنة معقل، ولكن لما رغب كل منهما بالآخر؛ كانت المصلحة التزويج –خصوصًا مع وجود أولاد– فمصلحة إعادة الزوجية مقدمة على مصلحة حفظ الأب لماء وجهه أمام الناس.

2- **من السنة:** ما جاء عن سمرة بن جندب أنه كانت له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار، قال: ومع الرجل أهله، قال: فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي ﷺ، فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: «فهَبْهُ له ولك كذا وكذا» أمرًا رغَّبه فيه فأبى، فقال: «أنت مضارٌّ»، فقال رسول الله ﷺ للأنصاري: «اذهب فاقلع نخله»[73].

وجه الدلالة: أن لكل منهما حقًّا، ولكن الضرر على صاحب الأرض أعظم من الضرر الواقع على سمرة، فلما تعسف في حقه وطلبه، قضى النبي ﷺ بقلع نخله، ودليل قلة الضرر على سمرة ما ذكره شراح الحديث من أنها نخلة صغيرة لا يتضرر بنقلها[74]، فدل هذا على قلة الضرر على سمرة، فقُدم عليه حق صاحب الأرض.

المبحث الرابع:
أحكام تعسف الولي مع الحاضن.

بعد بيان معنى التعسف والمعايير التي يهتدي القاضي بها في الحكم على التعسف، يتناول الباحث الكلام عن تعسف ولي المحضون مع حاضنه؛ لبيان حكم بعض تصرفات الولي واعتبارها تعسفًا من عدمه، وأهم المصالح التي يتصور فيها التعسف من قبل الولي: تعسفه في قضاء مصالح المحضون، والمماطلة والتقصير فيها، والتعسف في دفع النفقة أو المخاصمة في قدرها.

المطلب الأول: تعسف الولي مع الحاضن في قضاء مصالح المحضون.

مصالح المحضون تكون بأموره التي تحتاج إلى تقدير، وليس مجرد الإنفاق، كما في مسائل نفقة الحضانة، وهذه المصالح متمثلة في أمر تطبيبه وعلاجه وتربيته، وإلحاقه في نوع معين من سلك التعليم، أو تعليمه حرفة معينة، ولا يتعارض ذلك مع أحكام الحضانة؛ لأن مقصود الحضانة هو الرعاية، وليس الإعداد والتربية، وهذه الأمور التي تحتاج إلى تقدير جعلها الفقه[75] والقانون[76] في يد ولي المحضون؛ لما له من شفقة وحسن تقدير أكثر من الحاضن.

فالقول في مصالح المحضون من حق الولي، وليس للحاضن معه فيه قول، لكن الذي يحصل أن الولي قد يسيء استعمال هذا الحق انتقامًا من الحاضن، خصوصًا إن كانت مطلقته، فلا يقوم الولي بقضاء مصالح المحضون من استخراج جواز السفر، أو تسجيله في المدرسة، أو تطبيبه عند الحاجة إليه، فتقوم الحاضنة برفع دعوى تطالب فيها بنقل الولاية إليها.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الأمر أن حاضنةً ادعت تعسف الولي في قضاء مصالح ابنها منه، وطلبت نقلَ الولاية إليها للقيام بمصالح المحضون في جهات الدولة الرسمية، وصدر حكم التمييز برفض الطلب، وكان سبب الرفض عدم ثبوت تعسف الولي أمام المحكمة، وليس بسبب عدم صلاحية المرأة للولاية على النفس، بدليل قبول الطعن من الناحية الشكلية[77]، فالمحكمة قبلت مبدأ قبول الحاضنة بالولاية على نفس المحضون، لكنها رفضت طلبها لعدم ثبوت التعسف أمام المحكمة.

وكان الأولى بالمحكمة –حسب رأي الباحث– أن تدعّم رفضها بأسباب أخرى غير نفي التعسف، ومن ذلك عدم صلاحية

الحاضـــنة للولاية على النفس لوجود والد الطفل مثلا وإن كون الأم الحاضـــنة غير صـــالحة للولاية في حياة الأب والجد مسألة اختلف فيها الفقهاء، **وفيما يأتي عرض الخلاف:**

– **القول الأول:** الولي على الصغير هو الأب أو الجد، أما المرأة –ولو كانت أم الصغير– ليس لها ولاية إلا بوصية من أحدهما، فيكون مستند ولايتها الوصـاية من الولي، هذا رأي الجمهور من الحنفية[78]، والمالكية[79]، والشـافعية[80]، والحنابلة[81]، **واستدلوا بما يأتي:**

1- أن التصرف في المال يستدعي قوة الرأي، وقوة رأي الأب في التصرفات أكثر من الأم غالبًا[82].

2- أن الأب أوفر شـفقة في مال ولده[83]، فكما ثبتت له ولاية النكاح لشـفقته عليه، ثبتت له ولاية المال[84]، وهي أقل خطرًا من ولاية النكاح.

3- أن المال محل الخيانة، وغير الأب أو وصيه غير مأمون عليه[85].

يناقش الدليل الثاني والثالث بأن الأمَّ شفقتها أوفر وأظهرُ من الأب، ويصعب تصور الخيانة من قبل الأم، فهي مأمونة الجانب أيضًا[86].

– **القول الثاني:** إن المرأة لها ولاية على مال ولدها الصـــغير، وهي بعد الأب والجد في الترتيب، وتُقدّم على وصـــيهما، وذهب إلى هذا القول الشافعية في قول عندهم[87]، واستدلوا بما يأتي:

1- كمال شفقة الأم على ولدها[88]، والأم تزيد شفقتها على الأب، فإن كانت علة الجمهور جعْل الولاية للأب للشفقة، فهي في الأم أظهر.

يناقش هذا الدليل: أن الأم أظهر شـفقة من الأب في غالب الأحوال، لكن المال يحتاج إلى رأي وإدارة، كما قال أصـحاب القول الأول. والأم لشفقتها الزائدة قد تُضيّع مال الولد ظنًّا منها أنها تحسن إليه بدلالها له.

2- أن المرأة لها ولاية على مالها الخاص، فتثبت لها ولاية على مال غيرها، وولاية المال أقل خطرًا من ولاية النكاح، فلا تقاس عليها فيمنع المرأة منها[89].

يناقش هذا الدليل: أن أصحاب الرأي يقرون بوجود فرق بين ولاية النكاح وولاية المال، بدليل إجازتهم الوصية في ولاية المال دون النكاح، ولكن يظهر للباحث أن المنع لعلة أخرى جامعة بين ولاية المال والنكاح، وهي قلة خبرة المرأة ودرايتها.

– **القول المختار:**

القول المختار –لدى الباحث– هو القول الأول، الذي لا يجعل للمرأة ولاية على مال الصـــغير إلا بوصـــية من الأب والجد؛ لأن الأصـل في المرأة قلة درايتها في إدارة المال، وقلة إدارتها في شؤون الحياة العصـرية مقارنة بالرجل، ولأن الأب لو رأى صـلاح أم الطفل لأوصـى إليها في المال وغيره، وهذا ما نصـت عليه بعض قوانين الأحوال الشـخصـية منها القانون الكويتي في المادة (209)، والقانون الإماراتي مادة 181و186، والقانون الأردني مادة 223؛ حيث جعلت الولاية للأب، ثم الجد، ثم للعاصب، حسب ترتيب الإرث، ولم يُجز للمحكمة نقل الولاية للأم إلا عند تعذر وجود أمين مستحقٍّ لها.

والذي يظهر للباحث أن طلب الحاضنة –إن كانت أمًّا– نقل الولاية إليها لتعسف الأب، أو طلب إبقاء الأوراق الرسمية للمحضـــون في حوزتها، ونقل صـــلاحية الولي إليها؛ يخالف نص المادة (209) من قانون الأحوال الكويتي، وأن إجابة هذا

الطلب من المحكمة بنقل الولاية لها مباشـــرة دون اعتبار للترتيب المذكور؛ يخالف القانون أيضًـــا، إلا في حال قدّرت المحكمة عدم صلاحية الجد أو العصبة للولاية، فهنا يثبت للمحكمة بما لها من صلاحية أن تقدِّر أمينًا على المحضون، وهو الحاضن غالبًا.

فالولي إن ثبت تعسفه في حق الولاية، ولم يقم بقضاء مصالح المحضون؛ جاز طلب نقل الولاية منه، لكن لا تنقل للأم مباشرة، بل ينظر في صلاحية الجد أولًا، فإن لم يكن صالحًا؛ جاز نقلها للحاضن؛ لتعسف الولي تعسفًا يُضرّ بمصلحة المحضون.

ولو طبقنا معايير التعسـف على هذه الحالة لجاز للقاضـي نزع الولاية من الأب إلى من بعده، لظهور تمحض قصـد إضراره بالأم الحاضنة، واتخذ المحضون سبيلا لذلك، وقريبا من ذلك ما نص عليه **قانون الأحوال الإماراتي** مادة 183 حيث أجازت سلب الولاية عن الولي إن أصبح خطرا على مصالح المحضون، ومن الخطر تعطيل مصالحه وتضييعها.

كما أجاز القانون الإماراتي إبقاء جواز السفر عند الأم الحاضنة إن ظهر تعنت من الولي في تسليمه لها كما في المادة 157، وكانت المادة دقيقةً في الصـياغة فتكون صـلاحية الاسـتخراج للأب باعتباره وليًّا، لكن لتعسـفه نُقِل الحفظ فقط إلى الحاضـن، ولم يعزل الولي عن ولايته، ومعيار التعسف تمحض قصد إضـرار الولي بالحاضـن، لأنه لا فائدة متحققة للولي من بقاء الجواز معه.

ويشير الباحث إلى أن الأصل عند الفقهاء مراعاة مصلحة المحضون[90]، فإذا أضر الولي أو الحاضن بأحد مصالحه كان مخطئًا في حقه، فيسـوغ فقها عزل الولي عن ولايته وعدم نفاذ قوله[91]، أو جعل ما يختص بمصـالحه في حوزة أم الحاضنة إن كان ذلك محققا لمصالحه.

المطلب الثاني: تعسف الولي مع الحاضن في نفقة المحضون.

النفقة من الأمور الواجبة على الولي تجاه المحضـون، ولكن الفقهاء اختلفوا في المحضـون إن كان عنده مال؛ هل يُنفَق عليه من ماله، أم من مال الولي؟ وقد ذهب أكثر الفقهاء[92] إلى أنه يُنفق عليه الولي من ماله إن لم يكن للمحضـون مال، أما إن كان له مال أو قدرة على الكسب، فينفق الولي عليه من ماله وكسبه. وهو ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الكويتي[93]، وكون المحضـون موسـرًا لا يُتصـور غالبًا حال حياة الأبوين، وإنما يتصـور حال وفاة أمه أو أبيه وأخذ ميراثه من تَرِكتهما، **واستدل الفقهاء على وجوب نفقة الأب لابنه بأدلة؛ منها:**

1- قوله تعالى: **﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾**[233: البقرة].

وجه الدلالة: أن أجرة الرضاعة واجبة على الأب لمرضعة الابن، والنفقة بعد الفطام بمنزلة هذه الأجرة، فتأخذ حكمها[94].

2- أن الابن جزء وفرع من الأب، فكما أن نفقة الإنسان تجب عليه لنفسه، فتكون واجبة عليه لفرعه[95].

والنفقة واجبة على الولي وليست حقًّا له، وهي من هذا المنظور ليست محلًّا للتعسف؛ لأن التعسف يكون في استعمال الحق، فيكون تعسف الولي في النفقة في مخاصمة الحاضن في قدر النفقة وطريق أدائها.

- **<u>الأمور الداخلة في نفقة المحضون:</u>**

الأمور الداخلة في نفقة الحضانة هي: مسكن الحضانة، وأجرة الحضانة، ونفقة المأكل والمشرب والملبس للمحضون؛

حيث تطلق النفقة عند الفقهاء على ما به قوام معتاد الآدمي دون سـرف، أي: كفايته من المطعم والمشـرب[96]، والفقهاء في حال المحضون اتفقوا على نفقة المأكل والمشرب والملبس والمسكن[97]، وحصل الخلاف في الخادم.

والباحث سيذكر ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وتعسف الولي في أدائها أو في الدعوى حولها.

1) التعسف في أجرة الرضاعة:

الرضـــاعة هي حق للرضـــيع، ويختلف الحكم في جواز طلب أجرة على الرضـــاع بين حال قيام الزوجية مع والد الطفل، وحال حصول الفرقة بينهما، وفيما يأتي عرض للصورتين، وبيان رأي الفقهاء حولهما.

– **طلب أجرة على الرضاع حال قيام الزوجية:**

اختلف الفقهاء في حالـة مـا إذا كـانـت الزوجيـة قـائمـة بين الأم ووالـد الطفل؛ هل يحق لهـا طلـب الأجرة على الرضاع أم لا؟ واختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الأم حال قيام الزوجية مجبرة على رضـاع الولد مجانًا، ولا يحق لها طلب الأجرة. هذا قول الحنفية[98]، والمالكية[99]، وبعض الشافعية[100]، وأخذ بهذا الرأي قانون الأحوال الشخصية الكويتي مادة (188)، واستدلوا بما يأتي:

1- قوله تعالى: **{وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ}(233: البقرة).**

2- ولأن الأب مجبر بالإنفاق على الأم حال قيام الزوجية، فلا تسـتحق معه شـيئًا آخر، وأن من حقه تغذية ولده بهذا الإنفاق[101].

3- أن عُرف الناس في العُرف، على مر الأزمنة والأمكنة، أن الأم ترضع ولدها، وهذا من حق الابن على أمه[102].

القول الثاني: يجوز للأم طلب الأجرة على رضـــاع ولدها لو كانت الزوجية قائمة مع والد الطفل. وهذا مذهب الشـــافعية[103] والحنابلة[104]، واستدلوا بما يأتي:

1- قوله تعالى: **﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِـــعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَـــاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾**[233: البقرة].

2- قوله تعالى: **﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾**[6: الطلاق].

وجه الدلالة: عموم هذه الآية أن الله أمر الوالد أن يعطي أم الولد الأجرة إن هي أرضـــعته ورغبت في الأجر، ســـواء أكانت زوجة أو مطلقة.

يناقش هذا الدليل: أن هذه الآية في بيان حقوق المرأة على زوجها بعد حصـول الطلاق من توفير السـكن اللائق بها، وذكر من ضمنها آية الرضاعة[105].

القول المختار:

القول المختار لدى الباحث هو القول الأول الذي يمنع المرأة من طلب الأجرة حال قيام الزوجية لاســـتحقاقها نفقة الزوجية، فإن أجزنا لها أخذ أجرتين أدى ذلك إلى ما يسمى في القانون **بـــ(الإثراء بلا سبب)**[106]، وهي مستغنية بنفقة الزوجية عن أجرة الرضـاع[107]، وأن الآيات التي وردت في أدلة القول الثاني هي في استحقاق المرأة للأجرة حال البينونة والطلاق، وهو أمر لا يخالف عليه أصحاب القول الأول.

- **طلب أجرة على الرضاع حال الفرقة بين الزوجين:**

اتفق الفقهاء على جواز طلب الأم أجرة على رضـــاع ولدها حال الطلاق، وأن الأب يلزم بتمكينها من إرضـــاع الطفل، وهي مقدمة على غيرها لوفور شـفقتها عليه، بشـرط أن تطلب المرأة أجر أمثالها، ولا تزيد على غيرها[108]؛ لقوله تعالى: **﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۖ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ ۖ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾**[6: الطلاق].

ومن هنا قد يحصل التعسف من ولي المحضون؛ بأن يدفع الولد لغير الأم لتقوم بالرضـاعة مع رضـاء الأم بأجرة المثل، وقد يدفعه لمرضعة تأخذ دون أجر المثل مضارَّة بأمه؛ حتى يحصل التفريق بين الأم وولدها[109].

وهذه المسـألة ذهب الفقهاء فيها إلى عدم جواز فعل الولي، ويجب تمكين الأم من إرضـاعه[110]، لكن الأم أيضًـا قد تقصـد مضـارة والد الرضـيع بطلب أجرة أعلى من مثيلاتها، فلا تُمكّن من ذلك، ويجوز للولي دفع الرضـيع لغيرها؛ لقوله تعالى – كما في الآية السابقة: **﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾، قال السرخسـي: (**وإن أخذته الأم بمثل ذلك، فهي أحق به؛ لأنها أشفق على الولد من الظئر، ولبنها أوفق له، **والأب في هذا الموضوع قاصد إلى الإضرار** والتعنت؛ حين رَضِيَ بدفع مقدار إلى الظئر ولَا رَضِيَ بدفع مثل ذلك إلى الأم**)**[111].

بعد بيان هذه الأحكام، قد يحصل التعسف من الولي في استعمال حقه في اختيار مرضعة ولده بأجرة يقدر عليها، فيُمنع الولي من دفع الولد لغير أمه للرضـاع إن رضيت بأجرة المثل؛ لوضوح قصد الإضرار بالأم وإبعادها عن ولدها، ولو حصـل منه ذلك، كان للأم الحق في رفع دعوى أمام القضـاء لتُثبت تعسـف الولي؛ لدفعه الصـغير لمرضـعةٍ مع وجودها، **ويصدر الحكم بقبول طلبها وردّ المحضون إليها، مع تقدير أجرة المثل للرضاعة،** وعلى هذا نص **قانون الأحوال الأردني في المادة 169** بأن الأم مقدمة على غيرها إن رضـــيت بأجرة المثل، بل إن طلبت أكثر من أجرة مثلها دفع الولد إليها وثبتت لها أجرة المثل فقط كما أوضحت المادة.

2) تعسف الولي في دفع أجرة السكن:

يعد السكن من الأمور الضـرورية التي لا تقوم الحياة دونها، ومن حق المحضـون توفير المسـكن المناسـب من قبل وليّه، أو من مال المحضـون إن كان عنده مال، وقد نص الفقهاء على ضـرورة توفير السـكن للمحضـون[112]، فإن كان للحاضـنة بيت تسـكن فيه، أو توفّر جهة عملها لها بدلًا للسكن[113]؛ وجب أن يقيم المحضـون معها، ولا يفرض على وليه أجرة لسكن جديد، وأما إذا لم يكن للحاضنة سكن خاص، وجب على وليه نفقة لتوفير سكن يليق بالمحضون.

وغالب الأمر حصـول التعسف من قبل والدة الطفل – إن حضـنته– تجاه مطلقها، فتبالغ في طلب أجرة السكن، وتوفير حاجياته، **ولكن هذه الحالة خارجة عن نطاق هذا البحث،** فقد يحصـــل التعســـف من قبل الولي بعدم إجابة الحاضـــنة لأجرة الســـكن، مع العلم بحاجتها له، ما يحوج الحاضـــنة إلى القضـــاء لطلب هذه النفقات، **وقد تحصـــل على حكم مبدئي بهذه الطلبات، فيتعسف بطلب الاستئناف على الحكم.**

ومعلوم أن حق التقاضـي حق مكفول كفلته دساتير العالم، فيحق لكل شـخص رفع دعوى للمطالبة بحقه، أو لدفع الظلم عن نفسه، فيحق للزوج أن يرفع دعوى، وأن يطلب استئناف الحكم إذا رآه مجحفًا بحقه، فحق التقاضـي من الحقوق التي تدخل تحت نظرية التعسف في استعمال الحق؛ حيث يجوز للزوج استعمال هذا الحق بشرط عدم الإضرار بغيره، وأن يكون حسن النية في استعماله لا يقصد الإضرار بحاضنة الطفل، وألا يكون الحق الذي يُحصّله من الدعوى تافهًا مقارنةً بالضرر الذي

يقع على المحضون والحاضنة[114].

وقد عملت بعض المحاكم في بعض الدول العربية بأن التعسف في استعمال الحق داخل في المسئولية التقصيرية، التي توجب على المتعسف تعويض المتضرر[115]، وأن التعسف من باب الخطأ الذي يوجب التعويض[116].

- **معالجة قانون الأحوال الشخصية الكويتي للتعسف في النفقة بأنواعها:**

التعسف في استعمال الحق وإن بلغ منزلًا رفيعًا في التأصيل النظري، لكن يبقى إثباته في جهة المتعسف صعبًا للمتضرر، كما أن الموازنة بين المنافع والمفاسد من السلطة التقديرية للمحكمة، كما تنص على ذلك كثير من الأحكام القضائية[117].

وضع قانون الأحوال الشخصية بعض المعالجات لتعسف الولي في أمور النفقة:

1- أنه لا يجوز النظر في طلب تعديل قدر النفقة –ومنها السكن–، زيادة أو نقصًا، إلا بعد مضي سنة من تاريخ الحكم[118].

وسببت ذلك لجنة صياغة القانون بأنه قطعٌ لسبيل الدعاوى الكيدية وإرباك القضاء[119]، فلا يجوز للولي أن يطالب بتخفيض نفقة المحضون بأنواعها إلا بعد مُضيّ سنةِ حكمٍ، وإن طرأ على حاله أو حال المحضون بعض التغيرات.

2- أنه يجوز للقاضي تقدير نفعة وقتية في دعاوى النفقة تجدد شهريًّا، وذلك رفقًا بمستحق النفقة، ودفعًا للحد من ضرر أمد التقاضي[120].

وهذا تطبيق واضح لمعايير التعسف السابق ذكرها في المبحث السابق؛ حيث وازن القانون بين مصلحة الحاضن في قبض النفقة المؤقتة والضرر الواضح على الولي في تقديرها، ورجحت مصلحة الحاضن، وقررت له نفقة مؤقتة؛ لاحتمال تضرره من تأخرها، إن ظهر أنها حق له أثناء النظر في الدعوى مع طول إجراءات الدعاوى والبتِّ فيها في زمننا.

وجاء أيضًا نص قانون المرافعات المدنية والتجارية في الكويت، في المادة (122)، أنه يحق للمتضرر من الدعاوى الكيدية طلب تعويض من المدعي، وتقدير الدعوى الكيدية والتعسف في استعمال الحق من اختصاص محكمة الموضوع – كما سبق – وهذا من شأنه أن يحدَّ من تعسف الولي مع حاضنة الصغير في رفع الدعاوى التي تتعلق بموضوع الحضانة.

ويظهر للباحث أن هذه الإجراءات كفيلة بمنع تعسف الولي في استعمال حقه في رفع دعاوى بقصد الإضرار بالمحضون أو الحاضن، وأن المكاسب التي يطالب بها لن يحكم له بها، بل ربما يحكم عليه بتعويض الحاضن؛ لتضرره من هذه الدعاوى الكيدية.

الخاتمة.

وفيها أهم النتائج:

- مفهوم تعسف الولي مع الحاضن: هو استعمال ولي المحضون لحقوقه الشرعية والقانونية بشكل يضر المحضون أو من يقوم على رعايته.
- **معايير تعسف الولي مع الحاضن:** الأول: تمحض قصد الإضرار بالحاضن، والثاني: أن يكون تصرفه لتحصيل مصلحة تافهة لا تقارن بالضرر الواقع على الحاضن والمحضون.
- يجوز للمحكمة نزع الولاية من ولي المحضون عند ثبوت التعسف وجعلها فيمن بعده في الترتيب، ولا ينبغي نقلها مباشرة للحاضن إن كانت أما إلا إن رأت المحكمة أفضليتها.

- لا يجوز للحاضن طلب أجرة سكن إن كان لديه سكن حقيقة، أو لديه بدل سكن من جهة عمله، وإن رفع دعوى بهذا الطلب كان تعسفا منه.
- من معالجات التعسف في القانون: تقدير النفقة المؤقتة، ومنع الاعتراض على النفقة إلا بعد سنة من صدور الحكم.

التوصيات:

- يوصي الباحث الأولياء بعدم التعسف في أداء حقوق من تحت ولايته، ولا يستعمل الأبناء وسيلة للإضرار الحاضن.
- يوصي الباحث الباحثين بدراسة تعسف الحاضن مع الولي خصوصا في مسألة حق الولي في رؤية المحضون.

الهوامش.

(1) ينظر: شليبك، أحمد الصويعي، **التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير**، مجلة الشريعة والقانون بجامعة الشارقة، العدد 38، أبريل 2009م، ص16.

(2) هي العقود غير اللازمة بطبيعتها، وعدم اللزوم صفة ثابتة لها، فلكل من العاقدين أن يستبد بفسخه. ينظر: الزرقا، مصطفى، **المدخل الفقهي العام**، دمشق، دار القلم، 1418هـ/1998م، (ط1)، ج1، ص525.

(3) السرخسي، محمد بن أحمد، **المبسوط**، بيروت، دار المعرفة، 1414هـ/1993م، ج5، ص207.

(4) ابن فارس، الحسين أحمد (ت 395هـ/1005م)، **مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام هارون، بيروت، دار الفكر، 1399هـ/1979م، مادة حق، ج2، ص15. وابن منظور، محمد بن مكرم (ت 711هـ/1311م)، **لسان العرب**، بيروت، دار صادر، مادة: حق، ج10، ص49.

(5) الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل إلى نظرية الالتزام**، دمشق، دار القلم، 1420هـ/1999م، (ط1)، ص19.

(6) **المرجع السابق**.

(7) ملازمة المدين يراد بها عند الفقهاء تعلق الدائن بمدينه، أي يتابع أحواله ويراقبه، فيعلم ما يدخل عليه من مال، مِن لازَمَ الغريم أي: تعلق به. راجع: الفيومي، أحمد بن محمد (ت 770هـ/1369م)، **المصباح المنير**، بيروت، المكتبة العلمية، ج2، ص552.

(8) ابن عابدين، محمد أمين (ت 1252هـ/1386م)، **رد المحتار على الدر المختار**، بيروت، دار الفكر، 1412هـ /1992م، (ط2)، ج5، ص387.

(9) ابن فارس، **مقاييس اللغة**، مادة: عسف، ج4، ص311.

(10) ابن منظور، **لسان العرب**، مادة: عسف، ج9، ص245.

(11) ابن سيده، أبو الحسن علي (ت 458هـ/1066م)، **المخصص**، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1417هـ/ 1996م، (ط1)، ج3، ص405.

(12) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف (ت 463هـ/1071م)، **الكافي في فقه أهل المدينة**، تحقيق: محمد ولد ماديك، الريا، مكتبة الرياض الحديثة، 1400هـ /1980م، (ط2)، ج2، ص751.

(13) الزركشي، محمد بن عبد الله (ت 772هـ/1370م)، **شرح مختصر الخرقي**، الرياض، دار العبيكان، (ط1)، 1413هـ/1993م، (ط1)، ج5، ص351.

(14) ينظر: الفخر الرازي، محمد بن عمر (ت 606هـ/1209م)، **التفسير الكبير**، بيروت، إحياء التراث العربي، 1420هـ/1999م، (ط2)، ج10، ص72.

(15) أبو سنة، أحمد فهمي، **نظرية التعسف في استعمال الحق**، ص3، منشور على الإنترنت:
http://www.alukah.net/Sharia/0/2551

(16) **المرجع السابق**.

(17) الدريني، فتحي، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1408هـ/1988م، (ط4)، ص87.

(18) **المرجع السابق**، ص89.

(19) الصعب، عبد العزيز، **التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية**، أطروحة دكتوراه، جامعة نايف للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، 2010م، ص83.

(20) شليبك، أحمد، **التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار**، مجلة الشريعة والقانون، العدد 38، أبريل 2009، جامعة العين، ص20.

(21) ابن فارس، **مقاييس اللغة**، مادة: ولي، (141/6).

(22) ابن منظور، **لسان العرب**، مادة: ولي، (407/15).

(23) الرصاع، أبو عبدالله محمد بن قاسم الأنصاري (ت 894هـ/1489م)، **شرح حدود ابن عرفة**، المكتبة العلمية، 1350هـ/1931م، (ط1)، ص158.

(24) الفيومي، **المصباح المنير**، (21/1).

(25) البعلي، محمد بن أبي الفتح (ت 709هـ/1309م)، **المطلع على ألفاظ المقنع**، تحقيق: محمود الأرناؤوط، جدة، مكتبة السوادي، 1423هـ /2003م، (ط1)، ص284.

(26) وهذا المفهوم صاغه المتأخرون من فقهاء الحنفية، ويأخذ به بعض الباحثون المعاصرون، راجع: الجرجاني، الشريف علي ابن محمد (ت 816هـ/1413م)، **التعريفات**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ /1983م، (ط1)، ص254. والقونوي، قاسم (978هـ/1570م)، **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء**، تحقيق: يحيى مراد، بيروت، دار الكتب العلمية، 1424هـ/2004م، ص52. ونزيه حماد، **نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية**، دمشق، دار القلم، 1414هـ/1994م، (ط1)، ص8.

(27) الزحيلي، وهبة، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دمشق، دار الفكر، ج4، ص2984.

(28) ابن فارس، **مقاييس اللغة**، مادة: حضن، ج2، ص73.

(29) ابن منظور، **لسان العرب**، مادة: حضن، ج13، ص122.

(30) الجرجاني، **التعريفات**، ص230.

(31) الرصاع، **شرح حدود ابن عرفة**، ج2، ص324.

(32) **المرجع السابق**.

(33) الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب (ت 977هـ/1569م)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1415هـ/1994م، (ط1)، ج5، ص191.

(34) **المرجع السابق**.

(35) البعلي، **المطلع**، ص432.

(36) البهوتي، منصور بن يونس (ت 1051هـ/ 1641م)، **كشاف القناع**، بيروت، دار الكتب العلمية، ج5، ص496.

(37) راجع: صبري، عروة عكرمة، **مشاهدة المحضون من أحد الوالدين، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات**، العدد4، أكتوبر 2004م، ص281.

(38) ينظر: عوض، عادل، **حق المحضون على الحاضن وحق النفقة**، ندوة أثر متغيرات في أحكام الحضانة، مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي–مكة، 1436هـ/2015م، ص9.

(39) راجع: **الموسوعة الفقهية**، وزارة الأوقاف الكويتية، 1427هـ/2006م، (ط1)، ج17، ص300.

(40) **قانون الأحوال الشخصية ومذكرته الإيضاحية**، الكويت، وزارة العدل، 1432هـ/2011م، (ط1)، ص205.

(41) أنور، حافظ محمد، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، الرياض، دار بلنسية، (ط1)، 1420هـ/1999م، (ط1)، ص606.

(42) راجع: قانون الأحوال الشخصية ومذكرته الإيضاحية، ص195.

(43) ابن فارس، **مقاييس اللغة**، ج4، ص191.

(44) ينظر: الجوهري، إسماعيل بن حماد (ت 393هـ/1003م)، **الصحاح تاج اللغة**، تحقيق: أحمد عطار، بيروت، دار العلم للملايين، 1407هـ/1987م، (ط4)، ج2، ص796، مادة: قطر. وابن منظور، **لسان العرب**، ج5، ص118، مادة: قطر.

(45) الفيومي، **المصباح المنير**، ج1، ص230.

(46) السرخسي، **المبسوط**، ج4، ص115.

(47) العيني، بدر الدين (ت 855هـ/1451م)، **البناية شرح الهداية**، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط1)، 1420هـ/2000م، (ط1)، ج8، ص284.

(48) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين (ت 620هـ/1223م)، **المغني شرح مختصر الخرقي**، مكتبة القاهرة: 1388هـ/1968م، ج4، ص6.

(49) نصت المادة 30 من القانون المدني الكويتي على أن: يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه، أو عن وظيفته الاجتماعية.

(50) الدريني، **نظرية التعسف**، ص226.

(51) **المرجع السابق**، ص243.

(52) شليبك، **التعسف في استعمال الحق**، ص25.

(53) الجصاص، أبو بكر (ت 370هـ)، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد القمحاوي، بيروت، دار إحياء التراث العربي 1405هـ/ 1985م، ج2، ص99.

(54) مالك بن أنس (ت 179هـ)، **الموطأ**: كتاب الأقضية: باب القضاء في المرفق (ح31)، ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (ط1)، 1406هـ/1986م. وأحمد بن حنبل (ت 241هـ)، **المسند**، تحقيق: أحمد شاكر، وصححه الألباني، دار الحديث، القاهرة، (ط1)، 1416هـ/1995م، 267/3 (ح2866). ومحمد ناصر الدين (1420هـ)، **سلسلة الأحاديث الصحيحة**، دار المعارف، الرياض، (ط1)، 1415هـ/1995م، 498/1، ح250.

(55) ابن رجب، زين الدين (ت 795هـ/1393م)، **جامع العلوم والحكم**، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1422هـ/ 2001م، (ط7)، ج2، ص212.

(56) الدريني، **نظرية التعسف**، ص230.

(57) القانون المدني الكويتي مادة: 30.

(58) شليبك، **التعسف بقصد الإضرار**، ص30.

(59) **المرجع السابق**، ص31.

(60) أشرف بني كنانة، التعسف في استعمال حق الحضانة وأثره، **ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة**، جامعة أم القرى، 1436هـ/2015م، ص34.

(61) الدريني، **نظرية التعسف**، ص235. وشليبك، **التعسف**، ص41.

(62) ينظر تفصيل هذا المثال: الدريني، **نظرية التعسف**، ص243.

(63) شليبك، ص34.

(64) الدريني، **نظرية التعسف**، ص226.

(65) مغايرة، نبيل، ومقدادي، منصور، **المعايير الذاتية للتعسف في استعمال الحق في ضوء القرآن والسنة النبوية**، مجلة معالم القرآن والسنة، الجامعة الإسلامية –ماليزيا، العدد8، 2012م، ص56.

(66) الدريني، **نظرية التعسف**، ص246.

(67) **المرجع السابق**، ص266.

(68) الدريني، **التعسف في استعمال الحق**، ص246. والحفناوي، منصور محمد، **الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي**، مطبعة الأمانة، 1406هـ/1986م، (ط1)، ص200.

(69) **العضل يراد به معنيان عند الشارع:** الأول: وهو المراد عند الإطلاق: منع المرأة من كفء رضيته، والثاني: التضييق، وهو التضييق على المرأة لتطلب الطلاق، والأول يراد به ولي النكاح كما في الآية: ﴿**فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ**﴾[البقرة: 232]، والثاني: يراد به الزوج كما في قوله تعالى: ﴿**وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ**﴾[النساء: 19]. راجع: ابن قدامة، **المغني**، (31/7). والجصاص، **أحكام القرآن**، (100/2). وقلعجي وقنيبي، **معجم لغة الفقهاء**، ص315.

(70) مغايرة ومقدادي، **المعايير الذاتية للتعسف**، ص60.

(71) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (ت 256هـ)، **صحيح البخاري**، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 5130.

(72) ابن عاشور، الطاهر محمد (ت 1393هـ/1973م)، **تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد، المشهور بـ(التحرير والتنوير)**، تونس، الدار التونسية1404هـ/1984م، ج2، ص426.

(73) أبو داود، سليمان بن الأشعث (ت 275هـ)، **السنن**، كتاب الأقضية، باب من القضاء، حديث رقم 3636.

(74) راجع: العظيم آبادي، شرف الحق (ت 1329هـ/1911م)، **عون المعبود**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1415هـ/1994م، (ط2)، ج10، ص47.

(75) السرخسي، **المبسوط**، ج5، ص207.

(76) راجع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المواد: 209 و210.

(77) ينظر: حكم الطعن بالتمييز – مدني: 1555 لسنة 2013م، مركز تصنيف الأحكام القضائية بجامعة الكويت، رقم التصنيف: 1224468، والطعن بالتمييز– مدني: 346 و363 لسنة 2011م، مركز تصنيف الأحكام القضائية رقم: 101620.

(78) ابن عابدين، **رد المحتار**، ج6، ص174.

(79) الصاوي، **بلغة السالك**، ج2، ص396.

(80) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج3، ص151.

(81) البهوتي، **كشاف القناع**، ج3، ص446. والحنابلة خالفوا الجمهور في جزئية كون الجد غير صالح للولاية عندهم.

(82) السرخسي، **المبسوط**، ج5، ص207.

(83) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج3، ص151.

(84) البهوتي، **كشاف القناع**، ج4، ص446.

(85) البهوتي، **كشاف القناع**، ج3، ص447.

(86) أنور، **ولاية المرأة في الفقه الإسلامي**، ص661.

(87) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج3، ص151.

(88) **المرجع السابق**.

(89) أنور، **ولاية المرأة في الفقه**، ص662.

(90) أشرف بني كنانة، **التعسف في الحضانة** ص34.

(91) راجع: قانون الأحوال الأردني مادة 184، والقانون الإماراتي مادة 146.

(92) السرخسي، **المبسوط**، ج5، ص222. والصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (ت 1241هـ/1826م)، **بلغة السالك لأقرب المسالك**، دار المعارف، ج2، ص753. والشربيني، **مغني المحتاج**، ج5، ص186. والبهوتي، **كشاف القناع**، ج5، ص481.

(93) قانون الأحوال الشخصية الكويتي، مواد: 201و202.

(94) السرخسي، **المبسوط**، ج5، ص222.

(95) السرخسي، **المبسوط**، ج5، ص222. والبهوتي، **كشاف القناع**، ج5، ص481.

(96) ينظر: الرصاع، **شرح حدود ابن عرفة**، ص227. والبهوتي، **كشاف القناع**، ج5، ص459، وذكرت المادة 79 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، أن النفقة تشمل الطعام والكسوة والمسكن وما يتبع ذلك من خدمة وتطبيب حسب العرف.

(97) حصل الاتفاق في المذاهب الأربعة حولها إن كان الولد معسرًا وغير قادر على النفقة، فينفق عليه وليه حتى يستغني. راجع: السرخسي، **المبسوط**، ج5، ص208. والصاوي، **بلغة السالك**، ج2، ص764. والشربيني، **مغني المحتاج**، ج5، ص186. والبهوتي، **كشاف القناع** ج5، ص481. و**قانون الأحوال الشخصية الكويتي ومذكرته الإيضاحية**، ص195.

(98) السرخسي، **المبسوط**، ج5، ص208.

(99) الصاوي، **بلغة السالك**، ج2، ص754.

(100) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج5، ص188.

(101) ابن عاشور، **التحرير والتنوير**، ج28، ص329.

(102) عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي (ت 1299هـ/1888م)، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، بيروت، دار الفكر، 1409هـ/ 1989م، ج4، ص419.

(103) الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد (ت 1004هـ)، **نهاية المحتاج إلى ألفاظ المنهاج**، بيروت، دار الفكر، 1404هـ/1984م، ج7، ص222.

(104) البهوتي، **كشاف القناع**، ج5، ص487.

(105) راجع: ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي (ت 774هـ/1343م)، **تفسير القرآن العظيم**، تحقيق: سامي محمد سلامة، الرياض، دار طيبة، 1420هـ/ 1999م، (ط2)، ج8، ص153. وابن عاشور، **التنوير والتحرير**، ج28، ص325.

(106) قاعدة (الإثراء بلا سبب): هي قاعدة قانونية مستقلة تقوم على أن المال لا يجوز أن ينتقل من ملكية شخص إلى شخص آخر إلا بالاتفاق بينها، أو يقضي القانون بهذا الانتقال، فإن لم يكن اتفاق ولم ينص القانون على ذلك؛ وجب إرجاع المال إلى مالكه الأول، ومن أركان القاعدة إثراء المدين وافتقار الدائن. راجع: السنهوري، عبد الرزاق (ت 1391هـ/1971م)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج1، ص1117 وما بعدها.

وهذه الأمور يمكن تطبيقها على حالة أخذ الزوجة أجرة على الرضاعة؛ فقانون الأحوال الشخصية ينص على منع ذلك، وتُلزم الأم بإرضاع ولدها، ولو أجيز لها طلب ذلك والامتناع عن الرضاع عند رفض الأب تقديم الأجرة؛ لأدى ذلك إلى افتقار الأب؛ لأنه مكلف بالإنفاق على زوجته، وسيكلف بنفقة أخرى، وأدى أيضًا إلى إثراء الزوجة، وهذا الأمر عند من يجيزه يعتبر عقد إجارة، وهو داخل في أحكام القانون المدني في زمننا؛ لذلك كان من الممكن –في نظر الباحث– دخول هذه الحالة في أحكام قاعدة (الإثراء بلا سبب).

(107) **قانون الأحوال الكويتي ومذكرته الإيضاحية**، ص193.

(108) السرخسي، **المبسوط**، ج5، ص208. والصاوي، **بلغة السالك**، ج2، ص754. والشربيني، **مغني المحتاج**، ج5، ص188. والبهوتي، **كشاف القناع** ج4، ص487. وبهذا الرأي أخذ القانون، مادة 187.

(109) عليش، **منح الجليل**، ج4، ص420.

(110) راجع: المصادر في هامش 108.

(111) السرخسي، **المبسوط**، ج5، ص209.

(112) ابن عابدين، **رد المحتار**، ج3، ص561. وعليش، **منح الجليل**، ج4، ص432. والشربيني، **مغني المحتاج**، ج5، ص151. والبهوتي، **كشاف القناع** ج5، ص460. و**قانون الأحوال الشخصية الكويتي**، مادة 198.

(113) حكم الطعن بالتمييز رقم 489 لسنة 2008م، أحوال/1، مركز تصنيف الأحكام القضائية رقم التصنيف: 96826.

(114) راجع المادة 30 من القانون المدني الكويتي.

(115) مثل محكمة النقض المصرية في الطعن 1065 سنة 83 القضائية.

(116) الصعب، **التعسف في مجال الإجراءات المدنية**، ص84.

(117) صدر حكم تمييز من محكمة التمييز في الكويت؛ حيث نص الحكم على أن تقدير التعسف في استعمال حق التقاضي والانحراف به من اختصاص محكمة الموضوع، ينظر: حكم محكمة التمييز – دائرة الأحوال الشخصية، طعن: 2004/21م، مركز تصنيف الأحكام القضائية بجامعة الكويت، رقم التصنيف: 1015557.

(118) راجع: مادة 77 من قانون الأحوال الكويتي، ومادة 64 من القانون الإماراتي، ومادة 202 من القانون الأردني.

(119) **قانون الأحوال الشخصية الكويتي ومذكرته التفسيرية**، ص137.

(120) المادة 79 من القانون الكويتي، والمادة 68 من القانون الإماراتي، ص138، وكذلك الحال في المملكة العربية السعودية؛ حيث ينص نظام تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية على وجوب التنفيذ المؤقت (المعجل) في قضايا النفقات والسكن والحضانة. راجع: الصعب، **التعسف في الإجراءات المدنية**، ص174.