

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

د. محمد علي سعود الهدية*

تاريخ قبول البحث: ٢٠٢٠/٤/٢٩ م

تاريخ وصول البحث: ٢٠٢٠/١/٢٦ م

ملخص

يهدف البحث إلى بيان حكم تعسف الولي في أداء الحقوق الواجبة عليه تجاه الحاضن والمحضون. 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 انحرافاً يجب تصحيحه. وقد تناول الباحث معنى التعسف في اللغة والاصطلاح، وأن هذا المصطلح استقر معناه عند المعاصرين، واعتبرته المحاكم اليوم داخلياً في المسؤولية التقصيرية، وأن للتعسف معايير منها: قلة المصلحة أو انتفائها مقارنة بالضرر الذي يقع على المحضون، مثل: أن يرفع الولي دعوى لطلب إعفائه من كلفة مسكن 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 court⁴

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 وسلاماً دائمين متلازمين ما تعاقب الليل والنهار، أما بعد: فإن شريعتنا الإسلامية وضعت للمكلفين حقوقاً، ومكنتهم من استعمالها، كما وضعت عليهم واجبات ألزمتهم بها؛ تحقيقاً للتوازن بين أفراد المجتمع، فيجوز للإنسان استعمال حقه بالوجه الذي يريد، ما لم يؤد هذا الاستعمال إلى معصية أو مضرة بالغير، بخلاف المذاهب الفردية الغربية التي مكنت صاحب الحق من استعمال حقه كيفما شاء، ولو أداه 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^(١).

والشريعة الإسلامية وسط في مسألة التعسف باستعمال الحق، فقد مكنت الفرد من استعمال حقه، لكن بشرط عدم الإضرار بالغير، فلم تلغ اعتبار الإضرار أبداً، ولم تلغ حق الأفراد مطلقاً، وهذه الوسطية هي الرحم التي خرجت منها نظرية (التعسف في استعمال الحق)، فمثلاً العقود الجائزة^(٢) في الفقه الإسلامي لكل شخص أن يفسخها، بشرط ألا يقصد الإضرار بالطرف الآخر، فإن قصد الإضرار كان عليه الضمان.

أهمية البحث.

وقصد الإضرار لا بد له من معايير تجب مراعاتها، فلا يعمم الحكم على الجميع؛ من 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.

وأحياناً يقصد ولي المحضون التعسف مع الحاضن، خصوصاً إذا كانت مطلقته، فيمنع الحاضن من أداء بعض الأمور للمحضون؛ كالسفر المؤقت، واستخراج الأوراق الثبوتية، وأحياناً قد يكون باعث الولي هو حرصه على مصلحة المحضون، فيحصل الاختلاف في وجهات النظر حول مصلحة المحضون، ومن الحكمة أن الشارع الحكيم بين 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)^(٣).

وبناء عليه، تكمن أهمية البحث فيما يأتي:

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

مشكلة البحث.

يمكن القول إن البحث جاء ليعالج المشكلة ذات البعدين الآتيين:

- ١- ما المعايير التي يتبين من خلالها تعسف الولي في ولايته على المحضون؟
- ٢- ما الأحكام المترتبة على تعسف الولي مع الحاضن؟

أهداف البحث.

- ١- بيان المعايير التي تميز تعسف الولي مع الحاضن، والحالات التي يجوز للولي فيها استعمال حقه من دون اعتباره متعسفًا.
- ٢- إبراز جانب الموازنة التي وضعها الفقهاء بين صلاحيات الولي والحاضن، وذلك تحقيقاً لمصلحة المحضون.
- ٣- بيان أن الولي لم تنقطع ولايته عن أولاده ولو كانوا في حضانه غيره.

الدراسات السابقة.

توجد في الموضوع دراسات سابقة عدة، من أهمها:

- (١) شليبيك، أحمد الصويغي، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون بجامعة الشارقة، العدد ٣٨، أبريل ٢٠٠٩م.
تناول شليبيك في دراسته مفهوم التعسف في الشريعة والقانون، وأبرز أن الفقه الإسلامي سبق القوانين المعاصرة في تقرير أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق، واتجه شليبيك في بحثه إلى معايير التعسف، وبيّن أن القوانين منها ما يضع معياراً عاماً للتعسف، ومنها ما يترك التفاصيل للوقائع العملية، وركز على معيار انتفاء المصلحة المشروعة، أي أن يُستعمل الحق لتحقيق مصلحة غير المصلحة التي شرع 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 يُنخذ قرينة على قصد الإضرار.
- (٢) 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 ٢٠١٠م، 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 قيوداً لممارسة هذا الحق؛ حتى لا يقع تعسف من أحد أطراف الدعوى، وبيّن 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، وبيّن الصعب في أطروحته الآثار المترتبة على التعسف في هذه المراحل؛ كبتاطؤ 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 تفتقر المعايير عن الأحوال الشخصية. كما بينت آثار التعسف في الإجراءات المتبعة في المملكة العربية السعودية، وهي تختلف عن الإجراءات المتبعة في دولة الكويت.

٣) مرجبا، إسماعيل غازي، التعسف في استعمال حق الحضانة: حقيقته، صورته، علاجه في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة طيبة للآداب والعلوم الإنسانية، جامعة طيبة، المجلد ٥، عدد ٩، لسنة ٢٠١٦م.

تناول الباحث مرجبا 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 مرجبا التعسف من قبل الحاضن تجاه ولي المحضون من ناحية السفر به، والتعسف في التربية إلى حد يصل إلى تعذيب المحضون نكابة في وليه. والباحث استفاد من دراسة مرجبا 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 مرجبا 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.

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

منهج الباحث.

- المنهج الوصفي: القائم على جمع المعلومات المتعلقة بالموضوع محل البحث من مصادرها، وترتيبها ترتيباً يتناسب مع البحث ومواضيعه.
- المنهج المقارن: حيث يقارن الباحث بين أقوال العلماء، ويختار منها القول الراجح، مُتَّبِعاً في ذلك قواعد الترجيح المعتمدة عند العلماء، ويقارن ذلك مع ما صدر من أحكام قضائية، وما أخذ به القانون بدولة الكويت وبعض الدول العربية.
- المنهج التحليلي: القائم على مناقشة الأدلة والتعليقات، والجواب عليها، والترجيح بينها، مُعْتَمِداً في ذلك على قواعد الترجيح المعتمدة عند العلماء.

خطة البحث.

المبحث الأول: مصطلحات الدراسة.

- **المطلب الأول:** الحق لغة واصطلاحاً.
- **المطلب الثاني:** التعسف لغة واصطلاحاً.
- **المطلب الثالث:** الولاية والحضانة لغة واصطلاحاً والتفريق بينها.
- **المبحث الثاني:** معايير التعسف في استعمال الحق.
- **المطلب الأول:** المعيار لغة واصطلاحاً.
- **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:

مصطلحات الدراسة.

المطلب الأول: الحق في اللغة والاصطلاح.

أولاً: الحق لغة:

يعرف الحق بأنه: إحكام الشيء، والحق: نقيض الباطل، ويطلق على الوجوب والثبوت، كما قال تعالى: ﴿وَلَكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ الْعَذَابِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾ [الزمر: ٧١]، أي: ثبتت ووجبت^(٤).

ثانياً: الحق اصطلاحاً:

يعرف الحق بأنه: (اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً)^(٥).
قوله: اختصاص: يعني علاقة تشمل الحقوق المالية؛ كاستحقاق الدين في الزمة بأي سبب كان، وما ليس مالياً؛ 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 عيناً كان له سلطة ملكه، وإن كان حقاً معنوياً؛ كان له حق استيفائه^(٦).
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 تطبيق امرأته.
لكن لا يثبت لأحد الإضرار بدينه، فيطالبه أمام الناس بقصد امتهانه وانتقاص قدره أمام الناس، وفي ذلك يقول ابن عابدين عن ملازمة المدين^(٧): (ويظهر منه أنه ليس له الملازمة في وقت لا يتوهم وقوع المال في يده فيه، كما لو كان مريضاً)^(٨).

فتبيّن أن الملازمة حق للدائن لغرض الاستيفاء حتى لا يُخفي 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 واصطلاحاً.

أولاً: التعسف لغة:

يقول ابن فارس: (العين والسين والفاء كلمات تتقارب ليست تدل على خير، إنما هي كالحيرة وقلة البصيرة)^(٩)، ومنه: ركوب الأمر من غير تدبر، وعند أهل اللغة يطلق العسيف على الأجير أيضاً، وقال بعضهم: تطلق على الأجير المملوك المستعان به، وعسف فلان فلاناً: أي ظلمه^(١٠).

وهذا الأصل اللغوي لمعنى عسف، ولكن لما كثر استعماله نقل إلى معنى جور السلطان وظلمه؛ ومنه: أعسف غلامه: إذا أخذه بعمل شديد^(١١).

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

ثانياً: التعسف اصطلاحاً:

لم ينكلم الفقهاء السابقون عن تعريف معنى التعسف لكونه مصطلحاً جديداً، لكن تحرر تعريفه واستقر عند المتأخرين، غير أن فكرة التعسف كانت موجودة عند الفقهاء المتقدمين، ويذكر الباحث بعض نصوصهم في فهمهم لهذا المصطلح: يقول الإمام ابن عبد البر في إجازة الدابة: (وإن كانت آفة من الدابة أو صاحبها، مثل العثار والزلق وانقطاع الحبال أو نحو ذلك، فلا كراء لربّ الظَّهر ولا ضمان عليه فيما عطب، إلا أن يكون غرّ من دابته، أو ضيغ، أو تعسف، فيضمن ويكون له الكراء)^(١٢)، فيوجب الضمان إن تعسف في استعمال الدابة المستأجرة، وهذا دليل على أن التعسف له جزاء، وإن كان في إطار الحق.

ويقول الإمام الزركشي الحنبلي عن قدم الهجر على الوعظ: (فإن نشزن - أي: الزوجة - فاهجروهن في المضاجع، فإن أصررن فاضربوهن؛ كآية المحاربة، وفيه تعسف)^(١٣)، فيقرر الزركشي أن الله شرع أموراً لتأديب الزوجة، وهي حق للزوج، وهي واردة على جهة الترتيب، فإن تجاوز من الأخف إلى الأعلى كان تعسفاً من الزوج، فينبغي مراعاة الترتيب الوارد في قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فِعْزُهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فَإِنَّ الْمُضَاجِعَ وَاضِرِيوَهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيرًا﴾ [النساء: ٣٤].

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، فمثلاً لا يجوز له الضرب والتأديب حاصل بالهجر^(١٤).

ثالثاً: تعريف العلماء المعاصرين للتعسف:

عرفه أحمد أبو سنة بأنه: التعسف استعمال الحق على وجه غير مشروع^(١٥).

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^(١٦)، فكان التعسف تحريمه أشبه ما يكون بالمحرم لغيره.

وعرفه الأستاذ الدريني بأنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل^(١٧).
فقوله: (مناقضة): يشمل القصد وغير القصد، وقوله: (تصرف): يشمل القول أو الفعل، فالأستاذ الدريني لا يشترط توفر قصد الضرر للتعسف، فلو بنى شخص جداراً طويلاً، فحجب الشمس عن داره من غير قصد مضرّة كان متعسفاً^(١٨).

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

- أنه استعمال الحق ضمن الأطر التي حددها القانون استعمالاً من شأنه إلحاق الضرر بالغير^(١٩).
 - أو استعمال الحق في غير الغرض الذي من أجله منح، أو بقصد إلحاق الضرر بالغير^(٢٠).
- وانفق 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.

المطاب الثالث: مفهوم الولاية والحضانة لغة واصطلاحاً مع التصديق بينهما.

الفرع الأول: مفهوم الولاية لغة واصطلاحاً.

- **الولاية لغة:**
الواو واللام والياء أصل صحيح يدل على القرب، ومن ذلك: الولي - بسكون اللام - بمعنى القرب، وكلٌّ من وليّ أمرٍ فلان فهو وليه^(٢١)؛ لأن الولي الذي يرعى شؤون من تحته لا بد أن يكون قريباً منه حتى يحقق مقصد الولاية، وتطلق الولاية على ما يُشعر بالتدبير والقدرة على الفعل، فإذا لم يكن الشخص قادراً على تدبير ما يتولاه؛ لم يصح إطلاق الولاية عليه^(٢٢).

- الولاية في اصطلاح الفقهاء:

لم يضع غالب الفقهاء مفهوماً خاصاً للولاية، لكن تناولوا مصطلح الولي أو الولاية في أبواب مختلفة، فذكروه في باب النكاح. والولي في النكاح من له على المرأة أوبة أو تعصيب أو قوة يحصل بها التصرف في المولى عليه ببيع ونحوه^(٢٣). كما تطلق الولاية ويراد بها السلطة والإمارة^(٢٤)، ومن إطلاقات التولية قولك: تولى فلان القضاء، والأصل في التولية تقلد العمل^(٢٥). **والمفهوم العام للولاية عند الفقهاء:** تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أم أبي^(٢٦)، أو هي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات، وترتيب الآثار الشرعية عليها^(٢٧)، فهي سلطة يجعلها الشارع في يد الولي بحيث ينفذ قوله وتصرفه على مولىه جبراً.

الفرع الثاني: مفهوم الحضانة لغة واصطلاحاً.

- الحضانة لغة:

الحاء والضاد والنون أصل واحد يراد به حفظ الشيء وصيانتها، ومنه: حضنت الأم ولدها، أي: حفظته برعايتها^(٢٨)، 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^(٢٩).

- 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:

- ١- الحنفية قالوا: هي (تربية الولد)^(٣٠)، وهذا تعريف مختصر شامل لأمر كثيرة من شؤون المحضون.
- ٢- المالكية قالوا: هي (حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه)^(٣١)، وهذا يدل على ظهور معنى الرعاية؛ لأن الحضانة أكثر دلالتها على الرعاية، والحاضن يقوم بهذه الأمور، وما سوى ذلك يقوم به الولي من ماله؛ مثل التعليم^(٣٢).
- ٣- الشافعية قالوا: هي (حفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه؛ لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون، وتربيته)^(٣٣)، فهي حفظ للمحضون ورعاية. والتربية هنا بمعنى تنمية المحضون بما يصلحه من مال وشراب^(٣٤).
- ٤- الحنابلة قالوا: هي (تحمل المؤونة والتربية)^(٣٥). والتربية تكون بعمل مصالح المحضون، ومثلوا لذلك بغسل رأس الصبي، ودهنه، وتحريكه لينام^(٣٦).

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 مثل 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^(٣٧)، إلا أن الأقرب في الحضانة ثبوتها فقط في حق الصغير؛ لأنها مشتقة من الحضان، ولا يتصور حضان الكبير العاجز، كما أن حصرها في جانب الصغير يتماشى مع حكمة مشروعية الحضانة، وهي القيام بحق الصغير في مأكله ومشربه^(٣٨)، وهو ما سيسير عليه الباحث في بحثه، بإذن الله.

- الفرق بين الولاية والحضانة:

ذهبت الموسوعة الفقهية الكويتية^(٣٩)، والمذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية بدولة الكويت^(٤٠)، وبعض الباحثين^(٤١) إلى أن الحضانة نوع من أنواع الولاية على النفس التي يُقدّم 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، ويظهر عدم صحة التسوية بينهما من خلال مفهوم كل من الولاية والحضانة، 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^(٤٢)، 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 ضرراً أكبر من هذه المصلحة.

المبحث الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق.

المطلب الأول: المعيار لغة واصطلاحاً.

أولاً: المعيار لغة:

المعيار من عَيْر، ومنه: عير القدم، وهو العظم الناتئ فيها، ومنه العير: أي سيد القوم^(٤٣). 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 للفظ (المعيار)، ولكن استعمالهم لهذا المصطلح يدل على أنهم يريدون به وحدة القياس؛ كقولهم: (القنطار معيار)^(٤٤)، و(الرطل معيار)^(٤٥).

ثانياً: المعيار اصطلاحاً:

لم يتكلم العلماء الأقدمون والمعاصرون على تعريف اصطلاحى للمعيار، ولكن يظهر من استعمالهم له أنهم يريدون به القياس، وما تقاس به الأشياء، ومن هذا قول شمس الأئمة السرخسي: (الوقت معيار الصوم)^(٤٦)، ويقول العيني: (والكيل معيار شرعي في الكيل)^(٤٧)، ويقول ابن قدامة أيضاً: (فنهى النبي ﷺ عن بيع الطعام إلا مثلاً بمثل يتقيد بما فيه معيار شرعي، وهو الكيل والوزن)^(٤٨).

فظهر من عرض المعنى اللغوي والاصطلاحى، أن المعيار هو عبارة عن وحدة قياس، تقاس به الأمور ليُدخل 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؛ كالحاق الضرر بغيره، ولو لم يقصد الإضرار، وفيما يأتي عرض لمعايير التعسف.

المطلب الثاني: المعيار الشخصي^(٤٩).

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^(٥٠).

أولاً: 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^(٥١). وهذا المعيار هو أبرز حالات التعسف، فيكون الشخص قد استعمل الحق الممنوح له لا لتحقيق مصلحة، وإنما لقصد الإضرار بالغير، وهذا المعيار هو الأكثر شيوعاً وشمولاً لحالات التعسف^(٥٢). واستعمال الحق بقصد الإضرار بالغير محرّم 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 فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۖ

وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا ﴿٢٣١﴾: 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)^(٥٣)، 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»^(٥٤).

يقول الإمام ابن رجب: (ألا يكون في ذلك غرضٌ سوى الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه)^(٥٥)، فلا يشك ابن رجب في حكم هذا النوع من التصرفات.

وتمحض قصد الإضرار أمر خفي في النية، ويستحيل لأي قاضي معرفة ما تضرره النفوس، فيستعان 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^(٥٦).

– وشرط هذا المعيار أمران اثنان^(٥٧):

– 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^(٥٨)، 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^(٥٩).

وتطبيق هذا في أمور الحضانة أنه يجب انتقاء قصد المضارة من الحاضن والولي، فإن أراد بتصرفه الضرر منع منه واعتبر متعسفا^(٦٠).

ثانياً: استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة.

والمقصود من هذا المعيار: أن يستعمل المكلف حقه للتوصل لمصلحة غير مشروعة لم يشرع الحق أصلاً 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 مشروعاً^(٦١).

فلو استعمل المكلف حقه على وجه لا يضر بغيره، بل قد يحقق له نفعاً، وكان هذا النفع محرم، أصبح استعماله تعسفاً، كما في نكاح التحليل؛ فإن الإنسان له حق الزواج بمن شاء من غير المحرمات، والمحلل يستفيد من هذا الأمر^(٦٢)، لكن هذا مُحَرَّم؛ لأن المصلحة غير مشروعة^(٦٣).

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 نيةً بحتة، والمصلحة غير المشروعة في البداية أمرٌ نفسي أيضاً تظهر بعد وضوح المصلحة التي حصل عليها بعد استعمال الحق.

المبحث الثالث:

المعيار المادي (قلة المصلحة أو انتاؤها).

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^(٦٤)، 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 ضابطاً شخصياً (قصدي) أم ضابطاً مادياً، فهو في حقيقته ماديٌّ ابتداءً، قصديٌّ انتهاءً، كما يرى بعض الباحثين^(٦٥)، وإن انتفاء المصلحة قرينة قوية على قصد الإضرار؛ لأن النية خفية يُستعان على معرفتها بالقرائن، ومنها: انتفاء المصلحة لصاحب الحق^(٦٦).

والذي يظهر أن استعمال الحق مع ترتب ضرر غير مقصود على الغير أمر متصور، فليس كل ضرر بالغير يتخذ دليلاً على قصد الإضرار، بل ربما يكون الضرر نتيجة لاستعمال الحق فقط من غير قصد الضرر بالمتضرر، فهو معيار مستقل من معايير التعسف^(٦٧).

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^(٦٨).

أدلة هذا المعيار من الكتاب والسنة:

١ - من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

وجه الدلالة: أن الله ﷻ خاطب الأولياء بعدم العضل^(٦٩)؛ 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^(٧٠). وقد يعتبر هذا الأمر تعسفاً بصورة سلبية، وصورته امتناع الولي من التزويج لمصلحة تافهة لا تقارن بمصلحة المرأة في الزواج ممن رضيت به.

وتظهر صورة تعسف الولي لمصلحة منتقية شرعاً من إرجاع موليته لزوجها بعد انقضاء العدة، ويظهر ذلك من سبب نزول الآية أن البداح بن عاصم طلق زوجته جُميلاً، حتى إذا انقضت عدتها أراد مراجعتها، فقال له أخوها - وهو معقل بن يسار: (إنك طلقها طلاقاً له الرجعة، ثم تركتها حتى انقضت عدتها، فلما خطبت إليّ أتيتني تخطبها مع الخطاب، والله لا أنكحها أبداً)، فنزلت هذه الآية، قال معقل: (فكفرت عن يميني وأرجعتها إليه)^(٧١).

وكان من طبيعة الأولياء في الجاهلية أن طلاق ابنتهم يعتبر استخفافاً بهم، وعدم احترام لهم، فيحملهم هذا على الانتقام منه بعدم إرجاع ابنتهم له^(٧٢)، خصوصاً وأن البداح في هذه القصة تركها حتى انقضت عدتها، ثم لما علم أن الناس تخطبها

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

٢- 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: «فهبه له ولك كذا وكذا» أمرًا رغبه فيه فأبى، فقال: «أنت مضارٌّ»، فقال رسول الله ﷺ للأنصاري: «أذهب فاقلع نخله»^(٧٣).

وجه الدلالة: أن لكل منهما حقاً، 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^(٧٤)، فل هذا على قلة الضرر على سمرة، فقدم 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 تعسفاً 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 بأمره التي تحتاج إلى تقدير، وليس مجرد الإتيان، كما في مسائل نفقة الحضانة، وهذه المصالح متمثلة في أمر تطييبه 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^(٧٥) والقانون^(٧٦) 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 انتقاماً من الحاضن، خصوصاً إن كانت مطلقة، فلا يقوم الولي بقضاء مصالح المحضون من استخراج جواز السفر، أو تسجيله في المدرسة، أو تطييبه عند الحاجة إليه، فتقوم الحاضنة برفع دعوى تطالب فيها بنقل الولاية إليها. ومن التطبيقات القضائية في هذا الأمر أن حاضنة ادعت تعسف الولي في قضاء مصالح ابنها منه، وطلبت نقل 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^(٧٧)، 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

الحاضنة للولاية على النفس لوجود والد الطفل مثلاً وإن كون الأم الحاضنة غير صالحة 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 الوصاية من الولي، هذا رأي الجمهور من الحنفية^(٧٨)، والمالكية^(٧٩)، والشافعية^(٨٠)، والحنابلة^(٨١)، واستدلوا بما يأتي:

- ١- أن التصرف في المال يستدعي قوة الرأي، وقوة رأي الأب في التصرفات أكثر من الأم غالباً^(٨٢).
 - ٢- أن الأب أوفر شفقة في مال ولده^(٨٣)، فكما ثبتت له ولاية النكاح لشفقتة عليه، ثبتت له ولاية المال^(٨٤)، وهي أقل خطراً من ولاية النكاح.
 - ٣- أن المال محل الخيانة، وغير الأب أو وصيه غير مأمون عليه^(٨٥).
- يناقش الدليل الثاني والثالث بأن الأم شفقتهما أوفر وأظهر من الأب، وبصعب تصور الخيانة من قبل الأم، فهي مأمونة الجانب أيضاً^(٨٦).

– **القول الثاني:** إن المرأة لها ولاية على مال ولدها الصغير، وهي بعد الأب والجد في الترتيب، وتقدم على وصيهما، وذهب إلى هذا القول الشافعية في قول عندهم^(٨٧)، واستدلوا بما يأتي:

- ١- كمال شفقة الأم على ولدها^(٨٨)، والأم تزيد شفقتها على الأب، فإن كانت علة الجمهور جعل الولاية للأب للشفقة، فهي في الأم أظهر.
- يناقش هذا الدليل: أن الأم أظهر شفقة من الأب في غالب الأحوال، لكن المال يحتاج إلى رأي وإدارة، كما قال أصحاب القول الأول. والأم لشفقتها الزائدة قد تُضيّع مال الولد ظناً منها أنها تحسن إليه بدلالها له.
- ٢- أن المرأة لها ولاية على مالها الخاص، فثبتت لها ولاية على مال غيرها، وولاية المال أقل خطراً من ولاية النكاح، فلا تقاس عليها فيمنع المرأة منها^(٨٩).

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

– **القول المختار:**

القول المختار - لدى الباحث - هو القول الأول، الذي لا يجعل للمرأة ولاية على مال الصغير إلا بوصية من الأب والجد؛ لأن الأصل في المرأة قلة درابته في إدارة المال، وقلة إدارته في شؤون الحياة العصرية مقارنة بالرجل، ولأن الأب لو رأى صلاح أم الطفل لأوصى إليها في المال وغيره، وهذا ما نصت عليه بعض قوانين الأحوال الشخصية منها القانون الكويتي في المادة (٢٠٩)، والقانون الإماراتي مادة ١٨١ و١٨٦، والقانون الأردني مادة ٢٢٣؛ حيث جعلت الولاية للأب، ثم الجد، ثم للعاصب، حسب ترتيب الإرث، ولم يُجز للمحكمة نقل الولاية للأم إلا عند تعذر وجود أمين مستحق لها.

والذي يظهر للباحث أن طلب الحاضنة - إن كانت أمًا - نقل الولاية إليها لتعسف الأب، أو طلب إبقاء الأوراق الرسمية للمحضون في حوزتها، ونقل صلاحية الولي إليها؛ يخالف نص المادة (٢٠٩) من قانون الأحوال الكويتي، وأن إجابة

هذا الطلب من المحكمة بنقل الولاية لها مباشرة دون اعتبار للترتيب المذكور؛ يخالف القانون أيضاً، إلا في حال قدرت المحكمة عدم صلاحية الجد أو العصابة للولاية، فهنا يثبت للمحكمة بما لها من صلاحية أن تقدّر أميناً على المحضون، وهو الحاضن غالباً.

فالولي إن ثبت تعسفه في حق الولاية، ولم يتم بقضاء مصالح المحضون؛ جاز طلب نقل الولاية منه، لكن لا تنقل للأب مباشرة، بل ينظر في صلاحية الجد أولاً، فإن لم يكن صالحاً؛ جاز نقلها للحاضن؛ لتعسف الوولي تعسفاً يضرّ بمصلحة المحضون.

ولو طبقنا معايير التعسف على هذه الحالة لجاز للقاضي نزع الولاية من الأب إلى من بعده، لظهور تمحض قصد إضراره بالأب الحاضنة، واتخذ المحضون سبيلاً لذلك، وقريباً من ذلك ما نص عليه قانون الأحوال الإماراتي مادة ١٨٣ حيث أجازت سلب الولاية عن الوولي إن أصبح خطراً على مصالح المحضون، ومن الخطر تعطيل مصالحه وتضييعها.

كما أجاز القانون الإماراتي إبقاء جواز السفر عند الأم الحاضنة إن ظهر تعنت من الوولي في تسليمه لها كما في المادة ١٥٧، وكانت المادة دقيقة في الصياغة فتكون صلاحية الاستخراج للأب باعتباره ولياً، لكن لتعسفه نُقل الحفظ فقط إلى الحاضن، ولم يعزل الوولي عن ولايته، ومعيار التعسف تمحض قصد إضرار الوولي بالحاضن، لأنه لا فائدة متحققة للولي من بقاء الجواز معه.

ويشير الباحث إلى أن الأصل عند الفقهاء مراعاة مصلحة المحضون^(٩٠)، فإذا أضر الوولي أو الحاضن بأحد مصالحه كان مخطئاً في حقه، فيسوغ فقها عزل الوولي عن ولايته وعدم نفاذ قوله^(٩١)، أو جعل ما يختص بمصالحه في حوزة أم الحاضنة إن كان ذلك محققاً لمصالحه.

المطلب الثاني: تعسف الوولي مع الحاضن في نفقة المحضون.

النفقة من الأمور الواجبة على الوولي تجاه المحضون، ولكن الفقهاء اختلفوا في المحضون إن كان عنده مال؛ هل يُنفق عليه من ماله، أم من مال الوولي؟ وقد ذهب أكثر الفقهاء^(٩٢) إلى أنه يُنفق عليه الوولي من ماله إن لم يكن للمحضون مال، أما إن كان له مال أو قدرة على الكسب، فينفق الوولي عليه من ماله وكسبه. وهو ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الكويتي^(٩٣)، وكون المحضون موسراً لا يُتصور غالباً حال حياة الأبوين، وإنما يتصور حال وفاة أمه أو أبيه وأخذ ميراثه من تركة أمه، واستدل الفقهاء على وجوب نفقة الأب لابنه بأدلة؛ منها:

١- قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وجه الدلالة: أن أجره الرضاعة واجبة على الأب لمرضعة الابن، والنفقة بعد الفطام بمنزلة هذه الأجرة، فتأخذ حكمها^(٩٤).

٢- أن الابن جزء وفرع من الأب، فكما أن نفقة الإنسان تجب عليه لنفسه، فتكون واجبة عليه لفرعه^(٩٥).

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

الأمور الداخلة في نفقة المحضون:

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 سرف، أي: كفايته من المطعم والمشرب^(٩٦)، والفقهاء في حال المحضون اتفقوا على نفقة المأكل والمشرب والملبس والمسكن^(٩٧)، وحصل الخلاف في الخادم. والباحث سيذكر ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وتعسف الولي في أدائها أو في الدعوى حولها.

١) التعسف في أجره الرضاعة:

الرضاعة هي حق للرضيع، ويختلف الحكم في جواز طلب أجره على الرضاع بين حال قيام الزوجية مع والد الطفل، وحال حصول الفرقة بينهما، وفيما يأتي عرض للصورتين، وبيان رأي الفقهاء حولهما.

– طلب أجره على الرضاع حال قيام الزوجية:

اختلف الفقهاء في حالة ما إذا كانت الزوجية قائمة بين الأم ووالد الطفل؛ هل يحق لها طلب الأجره على الرضاع أم لا؟ واختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الأم حال قيام الزوجية مجبرة على رضاع الولد مجاناً، ولا يحق لها طلب الأجره. هذا قول الحنفية^(٩٨)، والمالكية^(٩٩)، وبعض الشافعية^(١٠٠)، وأخذ بهذا الرأي قانون الأحوال الشخصية الكويتي مادة (١٨٨)، واستدلوا بما يأتي:

- ١- قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ﴾ (البقرة: ٢٣٣).
- ٢- ولأن الأب مجبر بالإنفاق على الأم حال قيام الزوجية، فلا تستحق معه شيئاً آخر، وأن من حقه تغذية ولده بهذا الإنفاق^(١٠١).

٣- أن عُرف الناس في العُرف، على مر الأزمنة والأمكنة، أن الأم ترضع ولدها، وهذا من حق الابن على أمه^(١٠٢).

القول الثاني: يجوز للأم طلب الأجره على رضاع ولدها لو كانت الزوجية قائمة مع والد الطفل. وهذا مذهب الشافعية^(١٠٣) والحنابلة^(١٠٤)، واستدلوا بما يأتي:

- ١- قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ ۖ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٣٣).

٢- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦).

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

يناقش هذا الدليل: أن هذه الآية في بيان حقوق المرأة على زوجها بعد حصول الطلاق من توفير السكن اللائق بها، وذكر من ضمنها آية الرضاعة^(١٠٥).

القول المختار:

القول المختار لدى الباحث هو القول الأول الذي يمنع المرأة من طلب الأجره حال قيام الزوجية لاستحقاقها نفقة الزوجية، فإن أجزنا لها أخذ أجرتين أدى ذلك إلى ما يسمى في القانون بـ(الإثراء بلا سبب)^(١٠٦)، وهي مستغنية بنفقة الزوجية عن أجره الرضاع^(١٠٧)، وأن الآيات التي وردت في أدلة القول الثاني هي في استحقاق المرأة للأجره حال البيونة والطلاق، وهو أمر لا يخالف عليه أصحاب القول الأول.

- طلب أجره على الرضاع حال الفرقة بين الزوجين:

اتفق الفقهاء على جواز طلب الأم أجره على رضاع ولدها حال الطلاق، وأن الأب يلزم بتأمينها من إرضاع الطفل، وهي مقدمة على غيرها لوفور شفقتها عليه، بشرط أن تطلب المرأة أجر أمثالها، ولا تزيد على غيرها^(١٠٨)؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۗ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ۗ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَسِترْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾ [٦: الطلاق].

ومن هنا قد يحصل التعسف من ولي المحضون؛ بأن يدفع الولد لغير الأم لتقوم بالرضاعة مع رضاع الأم بأجرة المثل، وقد يدفعه لمرضعة تأخذ دون أجر المثل مضارةً بأمه؛ حتى يحصل التفريق بين الأم وولدها^(١٠٩).

وهذه المسألة ذهب الفقهاء فيها إلى عدم جواز فعل الولي، ويجب تمكين الأم من إرضاعه^(١١٠)، لكن الأم أيضاً قد تقصد مضارة والد الرضيع بطلب أجره أعلى من مثيلاتها، فلا تُمكن من ذلك، ويجوز للولي دفع الرضيع لغيرها؛ لقوله تعالى - كما في الآية السابقة: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَسِترْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾، قال السرخسي: (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 ولا رَضِيَ بدفع مثل ذلك إلى الأم)^(١١١).

بعد بيان هذه الأحكام، قد يحصل التعسف من الولي في استعمال حقه في اختيار مرضعة ولده بأجرة يقدر عليها، فيمنع الولي من دفع الولد لغير أمه للرضاع إن رضيت بأجرة المثل؛ لوضوح قصد الإضرار بالأم وإبعادها عن ولدها، ولو حصل منه ذلك، كان للأب الحق في رفع دعوى أمام القضاء لثبوت تعسف الولي؛ لدفعه الصغير لمرضعة مع وجودها، ويصدر الحكم بقبول طلبها وردّ المحضون إليها، مع تقدير أجره المثل للرضاعة، وعلى هذا نص قانون الأحوال الأردني في المادة ١٦٩ بأن الأم مقدمة على غيرها إن رضيت بأجرة المثل، بل إن طلبت أكثر من أجره مثلها دفع الولد إليها وثبتت لها أجره المثل فقط كما أوضحت المادة.

٢) تعسف الولي في دفع أجره السكن:

يعد السكن من الأمور الضرورية التي لا تقوم الحياة دونها، ومن حق المحضون توفير المسكن المناسب من قبل وليه، أو من مال المحضون إن كان عنده مال، وقد نص الفقهاء على ضرورة توفير السكن للمحضون^(١١٢)، فإن كان للحاضنة بيت تسكن فيه، أو توفر جهة عملها لها بدلاً للسكن^(١١٣)؛ وجب أن يقيم المحضون معها، ولا يفرض على وليه أجره لسكن جديد، وأما إذا لم يكن للحاضنة سكن خاص، وجب على وليه نفقة لتوفير سكن يليق بالمحضون.

وغالب الأمر حصول التعسف من قبل والدة الطفل - إن حضنته - تجاه مطلقها، فتبالغ في طلب أجره السكن، وتوفير حاجياته، ولكن هذه الحالة خارجة عن نطاق هذا البحث، فقد يحصل التعسف من قبل الولي بعدم إجابة الحاضنة لأجرة السكن، مع العلم بحاجتها له، ما يحوج الحاضنة إلى القضاء لطلب هذه النفقات، وقد تحصل على حكم مبدئي بهذه الطلبات، فيتعسف بطلب الاستئناف على الحكم.

ومعلوم أن حق التقاضي حق مكفول كفلته دساتير العالم، فيحق لكل شخص رفع دعوى للمطالبة بحقه، أو لدفع الظلم عن نفسه، فيحق للزوج أن يرفع دعوى، وأن يطلب استئناف الحكم إذا رآه مجحفاً بحقه، فحق التقاضي 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 بالحاضنة الطفل، وألا يكون الحق الذي يُحصّله من الدعوى تافهاً مقارنةً بالضرر الذي

يقع على المحضون والحاضنة^(١١٤).

وقد عملت بعض المحاكم في بعض الدول العربية بأن التعسف في استعمال الحق داخل في المسؤولية التقصيرية، التي توجب على المتعسف تعويض المتضرر^(١١٥)، وأن التعسف من باب الخطأ الذي يوجب التعويض^(١١٦).

– معالجة قانون الأحوال الشخصية الكويتي للتعسف في النفقة بأنواعها:

التعسف في استعمال الحق وإن بلغ منزلاً رفيعاً في التأصيل النظري، لكن يبقى إثباته في جهة المتعسف صعباً للمتضرر، كما أن الموازنة بين المنافع والمفاسد من السلطة التقديرية للمحكمة، كما تنص على ذلك كثير من الأحكام القضائية^(١١٧).

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

- ١- أنه لا يجوز النظر في طلب تعديل قدر النفقة - ومنها السكن -، زيادة أو نقصاً، إلا بعد مضي سنة من تاريخ الحكم^(١١٨). وسببت ذلك لجنة صياغة القانون بأنه قطع لسبيل الدعاوى الكيدية وإرباك القضاء^(١١٩)، فلا يجوز للولي أن يطالب بتخفيض نفقة المحضون بأنواعها إلا بعد مضي سنة حكم، وإن طرأ على حاله أو حال المحضون بعض التغيرات.
- ٢- أنه يجوز للقاضي تقدير نفعة وقتية في دعاوى النفقة تجدد شهرياً، وذلك رفقاً بمستحق النفقة، ودفعاً للحد من ضرر أمد التقاضي^(١٢٠).

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 والبت فيها في زمننا. وجاء أيضاً نص قانون المرافعات المدنية والتجارية في الكويت، في المادة (١٢٢)، 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 يحد من تعسف الولي مع حاضنة الصغير في رفع الدعاوى التي تتعلق بموضوع الحضانة. ويظهر للباحث أن هذه الإجراءات كفيلاً 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 أجره سكن إن كان لديه سكن حقيقة، أو لديه بدل سكن من جهة عمله، وإن رفع دعوى بهذا الطلب كان تعسفاً 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 بالحاضن.
- يوصي الباحثين بدراسة تعسف الحاضن مع الولي خصوصاً في مسألة حق الولي في رؤية المحضون.

الهوامش.

- (١) ينظر: شليبيك، أحمد الصويغي، **التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير**، مجلة الشريعة والقانون بجامعة الشارقة، العدد ٣٨، أبريل ٢٠٠٩م، ص ١٦.
- (٢) هي العقود غير اللازمة بطبيعتها، وعدم اللزوم صفة ثابتة لها، فكل من العاقدين أن يستبد بفسخه. ينظر: الزرقا، مصطفى، **المدخل الفقهي العام**، دمشق، دار القلم، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م، (ط١)، ج ١، ص ٥٢٥.
- (٣) السرخسي، محمد بن أحمد، **المبسوط**، بيروت، دار المعرفة، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، ج ٥، ص ٢٠٧.
- (٤) ابن فارس، الحسين أحمد (ت ٣٩٥هـ/١٠٠٥م)، **مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام هارون، بيروت، دار الفكر، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، مادة حق، ج ٢، ص ١٥. وابن منظور، محمد بن مكرم (ت ٧١١هـ/١٣١١م)، **لسان العرب**، بيروت، دار صادر، مادة: حق، ج ١٠، ص ٤٩.
- (٥) الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل إلى نظرية الالتزام**، دمشق، دار القلم، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، (ط١)، ص ١٩.
- (٦) **المرجع السابق**.
- (٧) ملازمة المدين يراد بها عند الفقهاء تعلق الدائن بمدينه، أي يتابع أحواله ويراقبه، فيعلم ما يدخل عليه من مال، من لائمه الغريم أي: تعلق به. راجع: الفيومي، أحمد بن محمد (ت ٧٧٠هـ/١٣٦٩م)، **المصباح المنير**، بيروت، المكتبة العلمية، ج ٢، ص ٥٥٢.
- (٨) ابن عابدين، محمد أمين (ت ١٢٥٢هـ/١٣٨٦م)، **رد المحتار على الدر المختار**، بيروت، دار الفكر، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، (ط٢)، ج ٥، ص ٣٨٧.
- (٩) ابن فارس، **مقاييس اللغة**، مادة: عسف، ج ٤، ص ٣١١.
- (١٠) ابن منظور، **لسان العرب**، مادة: عسف، ج ٩، ص ٢٤٥.
- (١١) ابن سيده، أبو الحسن علي (ت ٤٥٨هـ/١٠٦٦م)، **المخصص**، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م، (ط١)، ج ٣، ص ٤٠٥.
- (١٢) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف (ت ٤٦٣هـ/١٠٧١م)، **الكافي في فقه أهل المدينة**، تحقيق: محمد ولد ماديك، الريا، مكتبة الرياض الحديثة، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م، (ط٢)، ج ٢، ص ٧٥١.
- (١٣) الزركشي، محمد بن عبد الله (ت ٧٧٢هـ/١٣٧٠م)، **شرح مختصر الخرقى**، الرياض، دار العبيكان، (ط١)، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م، (ط١)، ج ٥، ص ٣٥١.

(١٤) ينظر: الفخر الرازي، محمد بن عمر (ت ٦٠٦هـ/١٢٠٩م)، التفسير الكبير، بيروت، إحياء التراث العربي، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، (ط٢)، ج ١٠، ص ٧٢.

(١٥) أبو سنة، أحمد فهمي، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص ٣، منشور على الإنترنت:

<http://www.alukah.net/Sharia/0/2551>

(١٦) المرجع السابق.

(١٧) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، (ط٤)، ص ٨٧.

(١٨) المرجع السابق، ص ٨٩.

(١٩) الصعب، عبد العزيز، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة نايف للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، ٢٠١٠م، ص ٨٣.

(٢٠) شليبيك، أحمد، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٣٨، أبريل ٢٠٠٩، جامعة العين، ص ٢٠.

(٢١) ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة: ولي، (١٤١/٦).

(٢٢) ابن منظور، لسان العرب، مادة: ولي، (٤٠٧/١٥).

(٢٣) الرصاع، أبو عبدالله محمد بن قاسم الأنصاري (ت ٨٩٤هـ/١٤٨٩م)، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، ١٣٥٠هـ/١٩٣١م، (ط١)، ص ١٥٨.

(٢٤) الفيومي، المصباح المنير، (٢١/١).

(٢٥) البعلي، محمد بن أبي الفتح (ت ٧٠٩هـ/١٣٠٩م)، المطلع على ألفاظ المقنع، تحقيق: محمود الأرنؤوط، جدة، مكتبة السوادي، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م، (ط١)، ص ٢٨٤.

(٢٦) وهذا المفهوم صاغه المتأخرون من فقهاء الحنفية، ويأخذ به بعض الباحثون المعاصرون، راجع: الجرجاني، الشريف علي ابن محمد (ت ٨١٦هـ/١٤١٣م)، التعريفات، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، (ط١)، ص ٢٥٤. والقونوي، قاسم (٩٧٨هـ/١٥٧٠م)، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق: يحيى مراد، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م، ص ٥٢. ونزيه حماد، نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، دمشق، دار القلم، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، (ط١)، ص ٨.

(٢٧) الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، ج ٤، ص ٢٩٨٤.

(٢٨) ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة: حضن، ج ٢، ص ٧٣.

(٢٩) ابن منظور، لسان العرب، مادة: حضن، ج ١٣، ص ١٢٢.

(٣٠) الجرجاني، التعريفات، ص ٢٣٠.

(٣١) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج ٢، ص ٣٢٤.

(٣٢) المرجع السابق.

(٣٣) الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب (ت ٩٧٧هـ/١٥٦٩م)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، (ط١)، ج ٥، ص ١٩١.

(٣٤) المرجع السابق.

- (٣٥) البعلي، المطلع، ص ٤٣٢.
- (٣٦) البهوتي، منصور بن يونس (ت ١٠٥١هـ / ١٦٤١م)، كشاف القناع، بيروت، دار الكتب العلمية، ج ٥، ص ٤٩٦.
- (٣٧) راجع: صبري، عروة عكرمة، مشاهدة المحضون من أحد الوالدين، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد ٤، أكتوبر ٢٠٠٤م، ص ٢٨١.
- (٣٨) ينظر: عوض، عادل، حق المحضون على الحاضن وحق النفقة، ندوة أثر متغيرات في أحكام الحضانة، مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي-مكة، ١٤٣٦هـ/٢٠١٥م، ص ٩.
- (٣٩) راجع: الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م، (ط ١)، ج ١٧، ص ٣٠٠.
- (٤٠) قانون الأحوال الشخصية ومذكرته الإيضاحية، الكويت، وزارة العدل، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م، (ط ١)، ص ٢٠٥.
- (٤١) أنور، حافظ محمد، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، الرياض، دار بلنسية، (ط ١)، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، (ط ١)، ص ٦٠٦.
- (٤٢) راجع: قانون الأحوال الشخصية ومذكرته الإيضاحية، ص ١٩٥.
- (٤٣) ابن فارس، مقاييس اللغة، ج ٤، ص ١٩١.
- (٤٤) ينظر: الجوهري، إسماعيل بن حماد (ت ٣٩٣هـ/١٠٠٣م)، الصحاح تاج اللغة، تحقيق: أحمد عطار، بيروت، دار العلم للملايين، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م، (ط ٤)، ج ٢، ص ٧٩٦، مادة: قطر. وابن منظور، لسان العرب، ج ٥، ص ١١٨، مادة: قطر.
- (٤٥) الفيومي، المصباح المنير، ج ١، ص ٢٣٠.
- (٤٦) السرخسي، المبسوط، ج ٤، ص ١١٥.
- (٤٧) العيني، بدر الدين (ت ٨٥٥هـ/١٤٥١م)، البناية شرح الهداية، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط ١)، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م، (ط ١)، ج ٨، ص ٢٨٤.
- (٤٨) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين (ت ٦٢٠هـ/١٢٢٣م)، المغني شرح مختصر الخرقي، مكتبة القاهرة: ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م، ج ٤، ص ٦.
- (٤٩) نصت المادة ٣٠ من القانون المدني الكويتي على أن: يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه، أو عن وظيفته الاجتماعية.
- (٥٠) الدريني، نظرية التعسف، ص ٢٢٦.
- (٥١) المرجع السابق، ص ٢٤٣.
- (٥٢) شليبيك، التعسف في استعمال الحق، ص ٢٥.
- (٥٣) الجصاص، أبو بكر (ت ٣٧٠هـ)، أحكام القرآن، تحقيق: محمد القمحاوي، بيروت، دار إحياء التراث العربي ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، ج ٢، ص ٩٩.
- (٥٤) مالك بن أنس (ت ١٧٩هـ)، الموطأ: كتاب الأفضية: باب القضاء في المرفق (ح ٣١)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (ط ١)، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م. وأحمد بن حنبل (ت ٢٤١هـ)، المسند، تحقيق: أحمد شاكر، وصححه الألباني، دار الحديث، القاهرة، (ط ١)، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م، ٢٦٧/٣ (ح ٢٨٦٦). ومحمد ناصر الدين (١٤٢٠هـ)، سلسلة الأحاديث الصحيحة، دار المعارف، الرياض، (ط ١)، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م، ٤٩٨/١، ح ٢٥٠.
- (٥٥) ابن رجب، زين الدين (ت ٧٩٥هـ/١٣٩٣م)، جامع العلوم والحكم، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م، (ط ٧)، ج ٢، ص ٢١٢.
- (٥٦) الدريني، نظرية التعسف، ص ٢٣٠.

- (٥٧) القانون المدني الكويتي مادة: ٣٠.
- (٥٨) شليبيك، **التعسف بقصد الإضرار**، ص ٣٠.
- (٥٩) **المرجع السابق**، ص ٣١.
- (٦٠) أشرف بني كنانة، **التعسف في استعمال حق الحضانة وأثره، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة**، جامعة أم القرى، ١٤٣٦هـ/٢٠١٥م، ص ٣٤.
- (٦١) الدريني، **نظرية التعسف**، ص ٢٣٥. وشليبيك، **التعسف**، ص ٤١.
- (٦٢) ينظر تفصيل هذا المثال: الدريني، **نظرية التعسف**، ص ٢٤٣.
- (٦٣) شليبيك، ص ٣٤.
- (٦٤) الدريني، **نظرية التعسف**، ص ٢٢٦.
- (٦٥) مغايرة، نبيل، ومقدادي، منصور، **المعايير الذاتية للتعسف في استعمال الحق في ضوء القرآن والسنة النبوية**، مجلة معالم القرآن والسنة، الجامعة الإسلامية - ماليزيا، العدد ٨، ٢٠١٢م، ص ٥٦.
- (٦٦) الدريني، **نظرية التعسف**، ص ٢٤٦.
- (٦٧) **المرجع السابق**، ص ٢٦٦.
- (٦٨) الدريني، **التعسف في استعمال الحق**، ص ٢٤٦. والحفاوي، منصور محمد، **الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي**، مطبعة الأمانة، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، (ط ١)، ص ٢٠٠.
- (٦٩) **العضل** يراد به معنيان عند الشارع: الأول: وهو المراد عند الإطلاق: منع المرأة من كفاء رضيته، والثاني: التضيق، وهو التضيق على المرأة لتطلب الطلاق، والأول يراد به ولي النكاح كما في الآية: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢]، والثاني: يراد به الزوج كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ﴾ [النساء: ١٩]. راجع: ابن قدامة، **المغني**، (٣١/٧). والجصاص، **أحكام القرآن**، (١٠٠/٢). وقلعجي وقنبيي، **معجم لغة الفقهاء**، ص ٣١٥.
- (٧٠) مغايرة ومقدادي، **المعايير الذاتية للتعسف**، ص ٦٠.
- (٧١) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦هـ)، **صحيح البخاري**، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي، حديث رقم ٥١٣٠.
- (٧٢) ابن عاشور، الطاهر محمد (ت ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م)، **تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد**، المشهور بـ(التحرير والتنوير)، تونس، دار التونسية ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، ج ٢، ص ٤٢٦.
- (٧٣) أبو داود، سليمان بن الأشعث (ت ٢٧٥هـ)، **السنن**، كتاب الأفضية، باب من القضاء، حديث رقم ٣٦٣٦.
- (٧٤) راجع: العظيم آبادي، شرف الحق (ت ١٣٢٩هـ/١٩١١م)، **عون المعبود**، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، (ط ٢)، ج ١٠، ص ٤٧.
- (٧٥) السرخسي، **المبسوط**، ج ٥، ص ٢٠٧.
- (٧٦) راجع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المواد: ٢٠٩ و ٢١٠.
- (٧٧) ينظر: حكم الطعن بالتميز - مدني: ١٥٥٥ لسنة ٢٠١٣م، مركز تصنيف الأحكام القضائية بجامعة الكويت، رقم التصنيف: ١٢٢٤٤٦٨، والطعن بالتميز - مدني: ٣٤٦ و ٣٦٣ لسنة ٢٠١١م، مركز تصنيف الأحكام القضائية رقم: ١٠١٦٢٠.
- (٧٨) ابن عابدين، **رد المحتار**، ج ٦، ص ١٧٤.
- (٧٩) الصاوي، **بلغة السالك**، ج ٢، ص ٣٩٦.

- (٨٠) الشريبي، مغني المحتاج، ج ٣، ص ١٥١.
- (٨١) البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٤٦. والحنبلة خالفوا الجمهور في جزئية كون الجد غير صالح للولاية عندهم.
- (٨٢) السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ٢٠٧.
- (٨٣) الشريبي، مغني المحتاج، ج ٣، ص ١٥١.
- (٨٤) البهوتي، كشاف القناع، ج ٤، ص ٤٤٦.
- (٨٥) البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٤٧.
- (٨٦) أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، ص ٦٦١.
- (٨٧) الشريبي، مغني المحتاج، ج ٣، ص ١٥١.
- (٨٨) المرجع السابق.
- (٨٩) أنور، ولاية المرأة في الفقه، ص ٦٦٢.
- (٩٠) أشرف بني كنانة، التعسف في الحضنة ص ٣٤.
- (٩١) راجع: قانون الأحوال الأردني مادة ١٨٤، والقانون الإماراتي مادة ١٤٦.
- (٩٢) السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ٢٢٢. والصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (ت ١٢٤١هـ/١٨٢٦هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، ج ٢، ص ٧٥٣. والشريبي، مغني المحتاج، ج ٥، ص ١٨٦. والبهوتي، كشاف القناع، ج ٥، ص ٤٨١.
- (٩٣) قانون الأحوال الشخصية الكويتي، مواد: ٢٠١ و ٢٠٢.
- (٩٤) السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ٢٢٢.
- (٩٥) السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ٢٢٢. والبهوتي، كشاف القناع، ج ٥، ص ٤٨١.
- (٩٦) ينظر: الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص ٢٢٧. والبهوتي، كشاف القناع، ج ٥، ص ٤٥٩، وذكرت المادة ٧٩ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، أن النفقة تشمل الطعام والكسوة والمسكن وما يتبع ذلك من خدمة وتطبيب حسب العرف.
- (٩٧) حصل الاتفاق في المذاهب الأربعة حولها إن كان الولد معسراً وغير قادر على النفقة، فينق عليه وليه حتى يستغني. راجع: السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ٢٠٨. والصاوي، بلغة السالك، ج ٢، ص ٧٦٤. والشريبي، مغني المحتاج، ج ٥، ص ١٨٦. والبهوتي، كشاف القناع، ج ٥، ص ٤٨١. وقانون الأحوال الشخصية الكويتي ومذكرته الإيضاحية، ص ١٩٥.
- (٩٨) السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ٢٠٨.
- (٩٩) الصاوي، بلغة السالك، ج ٢، ص ٧٥٤.
- (١٠٠) الشريبي، مغني المحتاج، ج ٥، ص ١٨٨.
- (١٠١) ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج ٢٨، ص ٣٢٩.
- (١٠٢) عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي (ت ١٢٩٩هـ/١٨٨٨م)، منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، ج ٤، ص ٤١٩.
- (١٠٣) الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد (ت ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج إلى ألفاظ المنهاج، بيروت، دار الفكر، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، ج ٧، ص ٢٢٢.
- (١٠٤) البهوتي، كشاف القناع، ج ٥، ص ٤٨٧.
- (١٠٥) راجع: ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي (ت ٧٧٤هـ/١٣٤٣م)، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي محمد سلامة، الرياض، دار طيبة، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، (ط ٢)، ج ٨، ص ١٥٣. وابن عاشور، التنوير والتحرير، ج ٢٨، ص ٣٢٥.

- (١٠٦) 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 مالكة الأول، ومن أركان القاعدة إثراء المدين واقتدار الدائن. راجع: السنهوري، عبد الرزاق (ت ١٣٩١هـ/١٩٧١م)، الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج ١، ص ١١١٧ وما بعدها.
- وهذه الأمور يمكن تطبيقها على حالة أخذ الزوجة أجره على الرضاعة؛ فقانون الأحوال الشخصية ينص على منع ذلك، وتلزم الأم بإرضاع ولدها، ولو أجزى لها طلب ذلك والامتناع عن الرضاع عند رفض الأب تقديم الأجرة؛ لأدى ذلك إلى افتقار الأب؛ لأنه مكلف بالاتفاق على زوجته، وسيكلف بنفقة أخرى، وأدى أيضاً 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).
- (١٠٧) قانون الأحوال الكويتي ومذكرته الإيضاحية، ص ١٩٣.
- (١٠٨) السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ٢٠٨. والساوي، بلغة السالك، ج ٢، ص ٧٥٤. والشرييني، مغني المحتاج، ج ٥، ص ١٨٨. والبهوتي، كشاف القناع ج ٤، ص ٤٨٧. وبهذا الرأي أخذ القانون، مادة ١٨٧.
- (١٠٩) عليش، منح الجليل، ج ٤، ص ٤٢٠.
- (١١٠) راجع: المصادر في هامش ١٠٨.
- (١١١) السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ٢٠٩.
- (١١٢) ابن عابدين، رد المحتار، ج ٣، ص ٥٦١. وعليش، منح الجليل، ج ٤، ص ٤٣٢. والشرييني، مغني المحتاج، ج ٥، ص ١٥١. والبهوتي، كشاف القناع ج ٥، ص ٤٦٠. وقانون الأحوال الشخصية الكويتي، مادة ١٩٨.
- (١١٣) حكم الطعن بالتمييز رقم ٤٨٩ لسنة ٢٠٠٨م، أحوال/١، مركز تصنيف الأحكام القضائية رقم التصنيف: ٩٦٨٢٦.
- (١١٤) راجع المادة ٣٠ من القانون المدني الكويتي.
- (١١٥) مثل محكمة النقض المصرية في الطعن ١٠٦٥ سنة ٨٣ القضائية.
- (١١٦) الصعب، التعسف في مجال الإجراءات المدنية، ص ٨٤.
- (١١٧) 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: ٢١/٢٠٠٤م، مركز تصنيف الأحكام القضائية بجامعة الكويت، رقم التصنيف: ١٠١٥٥٥٧.
- (١١٨) راجع: مادة ٧٧ من قانون الأحوال الكويتي، ومادة ٦٤ من القانون الإماراتي، ومادة ٢٠٢ من القانون الأردني.
- (١١٩) قانون الأحوال الشخصية الكويتي ومذكرته التفسيرية، ص ١٣٧.
- (١٢٠) المادة ٧٩ من القانون الكويتي، والمادة ٦٨ من القانون الإماراتي، ص ١٣٨، 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، ص ١٧٤.