Dirasat: *Shari'a and Law Sciences*, Volume 47, No. 2, 2020

Deanship of Scientific Research

Mother's Termination of her Right in Custody, and Consensual Divorce up to it, and Dropping it in Islamic Jurisprudence and Personal Status Law

Emad Zyadat, Hayel Dawood, Ali Abuyehia

Department of Islamic Jurisprudence and its Foundation, School of Shari'a, The University of Jordan, Jordan.

Received: 25/9/2019
Revised: 6/1/2020
Accepted: 27/1/2020
Published: 1/6/2020

Citation: Zyadat, E. ., Dawood, H. ., & Abuyehia, A. . (2020). Mother's Termination of her Right in Custody, and Consensual Divorce up to it, and Dropping it in Islamic Jurisprudence and Personal Status Law. *Dirasat: Shari'a and Law Sciences*, *47*(2), 103-119. Retrieved from https://dsr.ju.edu.jo/djournals/index.php/Law/article/view/3002

© 2020 DSR Publishers/ The University of Jordan.

This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY-NC) license https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

Abstract

This research is centered on three main issues related to the right of custody. They include the provisions of the mother forfeiting her right to custody of her children, making this an alternative to consensual divorce; and the mother's return to the custody of her children after forfeiting her right to their custody. These topics were studied in Islamic jurisprudence and the Jordanian Personal Status Law, and it was found that the ruling in the issues examined is based on the issue of determining the owner of the right to custody. The study used the comparative method to compare the statements of the Fiqh schools in the Fiqh issues under consideration and compare them with the Jordanian Personal Status Law. Additionally, the analytical method was used by analyzing the evidence through discussion in order to reach the correct statement in each issue. The research reached a number of results, the most important of which is proving the mother's right to forfeit her right to custody of her children, the correctness of making this a substitute for divorce, and the inadmissibility of the mother returning to the custody of her children after dropping her right to custody unless the abolition was generated by an acceptable excuse. The study recommends that the issue of the mother's return to the custody of her children after dropping her right should be explicitly detailed.

Keywords: Custody, abolition, exclusion.

إسقاط الأُمّ حقها في الحضانة ومخالعتها عليه ورجوعها فيه في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني

عماد الزيادات، هايل داود، علي أبو يحيى

قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، الأردن.

ملخّص

يدور هذا البحث حول ثلاثة مسائل رئيسة مرتبطة ببعضها، ومتعلقة بحق الحضانة، هي: حكم إسقاط الأُمّ حَقَّها في حضانة أولادها، وجعل ذلك بدلًا في الخلع الرضائي، ورجوع الأُمّ إلى حضانة أولادها بعد إسقاطها حَقَّها في حضانتهم، وقد تمت دراستها في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، وتبيّن أن الحكم في المسائل المبحوثة مبني على مسألة تحديد صاحب الحق بالحضانة. استخدمت الدراسة المنهج المقارن للمقارنة بين أقوال المذاهب الفقهية في المسائل الفقهية محل البحث، ثم المقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني والمنهج التحليلي بتحليل الأدلة من خلال مناقشتها بهدف الوصول إلى القول الراجح في كل مسألة. وقد توصل البحث إلى جملة من النتائج، أهمها إثبات الحق للأُمّ بإسقاط حقها في حضانة أولادها، وصحة جعل ذلك بدلا في الخلع، وعدم جواز رجوع الأُمّ إلى حضانة أولادها بعد إسقاط حقها في الحضانة إلا إذا كان الإسقاط متولدًا عن عذر مقبول، وألا يطول بها الأمد بالمطالبة بهم بعد زوال العذر. توصي الدراسة بضرورة أن يفصل مسألة رجوع الأُمّ إلى حضانة أولادها بعد إسقاطها حقها بنص صريح.

الكلمات الدالّة: حضانة، إسقاط، مخالعة.

المقدّمة

الحمد لله رب العلمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد، واله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد.

إن التعديلات التي تجري على قانون الأحوال الشخصية الأردني بين الحين والآخر، تستدعي دراسة متعمقة لكثير من مسائلة؛ لبيان الآراء الفقهية فيها، والخروج بالقول الراجح الأكثر ملائمة لواقع الحال، ومقاصد الشرع ووضعها أمام واضعي القانون، لعلهم يستنيرون بها في تعديلات القانون.

وإسهاما في ذلك جاء هذا البحث الموسوم بـ (إسقاط الأُمّ حقها في الحضانة، ومخالعتها عليه، ورجوعها فيه في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني) ليتناول جانبًا من مسألة مهمة تشكل حيزا واضحا في القضايا المطروقة من قبل القضاة في المحاكم الشرعية وهي تنازع الوالدين حضانة الأولاد عند الفرقة.

وقد أثبت الشرع أحقية الأُمّ بالحضانة بنص صحيح صريح، حيث قال صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"(سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، ج2، ص283. حديث 2276. المستدرك للحاكم، كتاب الطلاق، ج2، ص225، حديث رقم 2830، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. وصححه في البدر المنير، ج8، ص317)، إلا أن مسألة إسقاط الأُمّ حقها بالحضانة، ومخالعتها عليه، ورجوعها فيه من المسائل الاجتهادية التي أخذ فيها القانون برأي الحنفية؛ فأجاز للأُمّ إسقاط حقها بالحضانة، ورجوعها إلى هذا الحق بعد إسقاطه، وإبطاله كشرط في المخالعة، فكان هذا البحث لبيان آراء المذاهب الفقهية الأخرى، ومقارنتها بما أخذ به القانون، لعل فيها ما يكون أقرب للعدالة وتحقيق مقاصد الشرع.

ولا بد من الإشارة إلى أن مسائل هذا البحث مبنية على مسألة (تحديد صاحب الحق بالحضانة) التي اختلف فيها الفقهاء على قولين رئيسين؛ فمن قال للمحضون، رأى عدم جواز إسقاط الأُمّ لحقها بالحضانة، وجواز رجوعها إليه متى شاءت، وعدم جعله بدلًا في الخلع. ومن قال للأُمّ، رأى جواز إسقاطها لحقها بالحضانة، وعدم رجوعها فيه، وجواز المبادلة عليه في الخلع، إلا أن البحث أصل لهذا المسائل الثلاثة على أن الحق مشترك بين الأُمّ والمحضون، وأن حق الأُمّ مختلف عن حق المحضون؛ فحق الأُمّ بضم ولدها إليها وعدم التفريق بينهما، أما حق المحضون فهو توفير حق الرعاية له، وهذا الحق للمحضون لا يتعلق بالأُمّ وإنما يقع على عاتق كل من له حق في الحضانة كالأُمّ وأمها والأب وأمه...، وإن كانت الأُمّ مقدمة، إلا أنه عند تعارض حق المحضون مع حق الأُمّ بالحضانة أو إسقاطها لحق الحضانة يقدم حق المحضون.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في سؤال رئيس هو: من صاحب الحق في الحضانة؟ ويتفرع عن هذا السؤال عدد من الأسئلة الفرعية التالية:

1. هل للأُمّ إسقاط حقها بالحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني؟
2. هل تصح المخالعة على إسقاط الأُمّ لحقها بالحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني؟
3. هل للأُمّ الرجوع إلى حضانة ولدها بعد إسقاطها لحقها فيها في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني؟
4. لمن يؤول الحق بالحضانة في حال إسقاط الأُمّ حقها بالحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني؟

أهداف الدراسة:

1. بيان حكم إسقاط الأُمّ حقها بالحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني؟
2. بيان حكم المخالعة على إسقاط الأُمّ لحقها بالحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني؟
3. بيان حكم رجوع الأُمّ إلى حضانة ولدها بعد إسقاطها لحقها فيها في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني؟
4. بيان لمن يؤول الحق بالحضانة في حال إسقاط الأُمّ حقها بالحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني؟

أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية الدراسة في جانبين:

الجانب النظري: وهو دراسة مسألة مرتبطة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، فجاءت هذه الدراسة مؤصلة للمواد المرتبطة بها، وشارحة لها، ومقيمة إياها.

الجانب العملي: وهو دراسة مسألة مرتبطة بواقع المجتمع، يستفيد منها القضاة في المحاكم الشرعية، والمحامون الشرعيون، ومكاتب الإصلاح الأسري، والمفتون، والزوجان في الأسرة، وطلبة العلم الشرعي.

منهجية البحث:

تقوم هذه الدراسة على منهجين:

الأول: المنهج المقارن للمقارنة بين أقوال المذاهب الفقهية في المسائل الفقهية محل البحث، ثم المقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني.

الثاني: المنهج التحليلي بتحليل الأدلة من خلال مناقشتها بهدف الوصول إلى القول الراجح في كل مسألة.

الدراسات السابقة:

1: " مسقطات الحضانة دراسة فقهية مقارنة" للباحث إبراهيم بن حسن سليمان البلوشي، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية 2002/2001. تطرق الباحث إلى مسألة إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة ص263 . 265، وأتبعها بمسألة عودة الحاضنة إلى حقها بالحضانة بعد إسقاطها، أما المسألة الأولى فقد عرضت بشكل مقتضب مختصر، وبناءها على مسألة: هل الحضانة واجب عيني أم كفائي، وأحال فيها إلى مسألة صاحب الحق في الحضانة، أما المسألة الثانية فقد عرض فيها أقوال الفقهاء مع بعض أدلتهم دون مناقشة لها مرجحًا القول بعدم رجوع الحاضنة إلى الحاضنة إذا اسقطته بعد استحقاقها له.

2 "أحكام الحضانة في الشريعة الإسلامية" للباحث حازم أحمد ذياب، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الشريعة، قسم الفقه والتشريع، 1415هـ/ 2015. عرض الباحث لإحدى مسائل البحث، وهي رجوع الأُمّ إلى حضانة ولدها بعد تنازلها عن حقها في الحضانة ص101 . 103 وبشكل موجز خلص إلى ترجيح قول الجمهور بجواز عودة الأُمّ إلى حقها بالحضانة.

3: "أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي" للباحث أحمد الصويعي شليبك، كتاب من منشورات دار النفائس، 1999، ط1، تكلم الباحث عن حق الحضانة تحت عنوان الحقوق التي لا تقبل الإسقاط، ص292 . 295، وأجمل أقوال الفقهاء في مسألة صاحب الحق بالحضانة، ورتب على كل قول حكم الإسقاط، مرجحًا القول بصحة إسقاط الأُمّ لحقها بالحضانة إذا لم يتعين عليها.

يلاحظ من خلال عرض الدراسات السابقة أنها عامة في موضوع الحضانة وغير مختصة ببيان حكم إسقاط الأُمّ لحقها بالحضانة، ولم تعالج جميع ما جاء به هذا البحث، إضافة إلى أن هذا البحث ربط موضوع الدراسة بقانون الأحوال الشخصية الأردني.

خطة البحث:

المبحث الأول: مفهوم إسقاط حق الحضانة.

أولًا: مفهوم الإسقاط.

ثانيًا: مفهوم الحضانة.

ثالثًا: بيان مفهوم (إسقاط حق الحضانة).

المبحث الثاني: إسقاط الأُمّ لحقها في الحضانة.

أولًا: أقوال الفقهاء في إسقاط الحاضن لحقها في الحضانة.

ثانيًا: الأدلة ومناقشتها.

ثالثًا: بيان صاحب الحق في الحضانة.

أ: أقوال الفقهاء في صاحب الحق بالحضانة.

ب: الأدلة ومناقشتها.

رابعًا: القول الراجح في المسألتين.

المبحث الثالث: مخالعة الأُمّ على إسقاط حقها بالحضانة

أولًا: أقوال الفقهاء في مخالعة الأُمّ على إسقاط حقها بالحضانة

ثانيًا: الأدلة ومناقشتها:

ثالثًا: القول الراجح.

المبحث الرابع: رجوع الأُمّ إلى حضانة أولادها بعد إسقاطها لها.

أولًا: أقوال الفقهاء في رجوع الأُمّ إلى حضانة أولادها بعد إسقاطها لها.

ثانيًا: الأدلة ومناقشتها.

ثالثًا: القول الراجح.

المبحث الخامس: صاحب الحق بالحضانة بعد إسقاط الأُمّ له.

أولًا: أقوال الفقهاء في صاحب الحق بالحضانة بعد إسقاط الأُمّ له.

ثانيًا: الأدلة ومناقشتها.

ثالثًا: القول الراجح.

الخاتمة

التوصيات

المبحث الأول: مفهوم إسقاط حق الحضانة

قبل بيان المقصود بإسقاط حق الحضانة لا بد من الوقوف على مفهومي الإسقاط، والحضانة، ثم بيان المقصود بـ (إسقاط حق الحضانة). وذلك على النحو التالي:

أولًا: مفهوم الإسقاط

الإسقاط لغة: مصدر أسقط (البَندنيجي، التقفية في اللغة، ص525)، وأسقط في قوله أو فعله أخطأ وزل، ويقال: تكلم فما أسقط في كلمة ما أخطأ، وأسقطت الحامل الجنين ألقته سقطا، فهي مسقط، وأسقط الشيء أوقعه وأنزله (إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، ص435.). وأسقط حقّه: تنازل عنه (عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج2، ص1077.).

الإسقاط اصطلاحًا: لم يعرف الفقهاء القدامى الإسقاط كمصطلح فقهي، إلا أن استعمالاتهم للفظة الإسقاط تأتي بمعان مختلفة بحسب إضافتها، فمن ذلك: إسقاط العقوبة عفو (السرخسي، المبسوط، ج9، ص186، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص639)، وإسقاط الدين إبراء (ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص397، القرافي، الذخيرة، ج1، ص159، الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص522، ج10، ص379، ابن قدامة، الكافي، ج3، ص69. البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص304)، وإسقاط الجنين إجهاض (البُجَيْرَمِيّ، حاشية البجيرمي على الخطيب، ج4، ص154، الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج6، ص101)، وغير ذلك من المعاني التي تفهم من سياق استعمال لفظة الإسقاط. أما المعاصرون فلهم بعض التعريفات للإسقاط، منها:

1: تعريف الموسوعة الفقهية الكويتية: " إزالة الملك، أو الحق، لا إلى مالك ولا إلى مستحق، وتسقط بذلك المطالبة به؛ لأن الساقط ينتهي ويتلاشى ولا ينتقل"(وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج4، ص226، مادة (إسقاط)).

2: تعريف شليبك: " إزالة الملك أو الحق، لا إلى مالك، أو مستحق، تقربًا إلى الله تعالى، بصيغة مخصوصة"(شليبك، أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، ص18).

3: تعريف الحلاق: " إزالة الملك، أو الحق، لا إلى مالك، أو مستحق، وتسقط بذلك المطالبة به"(الحلاق، حقوق الله تعالى بين الإسقاط وعدمه في الفقه الإسلامي، ص30.).

يلاحظ من التعريفات السابقة بأنها حددت ماهية الإسقاط بأنها إزالة، والإزالة قد ترد على الملك، أو الحق؛ فإزالة الملك، كالطلاق، والإبراء، وإزالة الحق، كالعفو عن القصاص، وإسقاط حق الشفعة (شليبك، أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، ص18)، وإسقاط الحق بالحضانة. ويمكن القول بأن لفظ الإزالة وإن كان يصدق على الملك، إلا أنه لا يناسب الحقوق؛ لأن الحقوق تترك، ويتم التنازل عنها. ولا نقول: أن الشخص قد أزال حقه.

وقولهم: "لا إلى مالك أو مستحق"، قيد أخرج به عقود التمليكات من بيع وهبة ووصية وغيرها؛ لأنها وإن تضمنت إزالة الملك إلا أنه انتقل إلى مالك (شليبك، أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، ص18).

وقولهم: "وتسقط بذلك المطالبة به" قيد لا حاجة له؛ لأنه لبيان الأثر المترتب على الإسقاط، وليس من بيان الماهية. وقول شليبك:" تقربًا إلى الله"، غير دقيق؛ لأن الإسقاطات وإن كان منها ما هو تقربًا لله كالعفو والإبراء، إلا أنها ليس كلها كذلك، فالطلاق وإسقاط حق الشفعة لا يقصد منه التقرب إلى الله.

مما سبق يمكن تعريف الإسقاط: "بإزالة الملك أو التنازل عن الحق لا إلى مالك ولا مستحق".

ثانيًا: مفهوم الحضانة

الحضانة لغة: من حضن: الحاء والضاد والنون أصل واحد، وهو حفظ الشيء وصيانته (ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج2، ص73)، يقال احتضنت الشيء جعلته في حضني (ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج2، ص73). والحَضانةُ: مصدر الحاضِنة والحاضِن، وهما اللذان يُربّيان الصَبيّ (الفراهيدي، العين، ج3، ص105).

الحضانة اصطلاحًا: لم يعرف قانون الأحوال الشخصية الأردني الحضانة، أما في الاصطلاح الفقهي فقد عُرفت الحضانة بتعريفات متعددة اختلفت في ألفاظها، إلا أنها تؤدي المعنى ذاته، منها:

1: تعريف ابن عرفة: "حفظ الولد في مبيته، ومؤنة طعامه، ولباسه، ومضجعه، وتنظيف جسمه" (الرصاع، شرح حدود ابن عرفه، ص230).

2: تعريف المناوي: "معاقدة على حفظ من لا يستقل بحفظ نفسه، من نحو طفل، وعلى تربيته، وتعهده" (المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ص141).

3: "تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه" (أبو حبيب، القاموس الفقهي، ص93).

فمن جملة التعريفات السابقة يتبين أن الحضانة هي القيام على من لا يستقل بأموره، كالطفل، والمجنون، والمعتوه، وغيرهم، إلا أن بعض التعريفات اقتصرت الحضانة على الطفل من باب الغالب؛ فالأطفال هم الشريحة الأوسع في المجتمع التي تحتاج إلى الحضانة، وهم الذين يحصل

التخاصم بين الزوجين في حضانتهم عند الفرقة، وينبغي ألا تدخل الأُمور المالية للمحضون في تعريف الحضانة؛ كما في تعريف ابن عرفة في قوله: "مؤنة طعامه"؛ لأن النفقات لا تدخل في الحضانة؛ فقد تكون الحضانة للأُمّ، والنفقة على الأب، وبالتالي فإن التعريف الأنسب للحضانة هو: "القيام على الطفل بما يصلحه في غير النفقات" (انظر: الزيادات، أثر السفر في إسقاط حق الحضانة، مجلة دراسات الشريعة والقانون، مجلد46، العدد 4، 2019، ص183).

ثالثًا: بيان مفهوم (إسقاط حق الحضانة).

بما أن الحضانة من الحقوق ولا تدخلها التمليكات، فإنه إسقاطها يكون من قبيل التنازل عن الحق، وليس إزالة الملك، وبالتالي يمكن تعريف إسقاط حق الحضانة بأنه: " التنازل عن حق القيام على الطفل بما يصلحه في غير النفقات لا إلى مستحق". والقول: "لا إلى مستحق" أي لم تحدد أحدًا من أصحاب الحق بالحضانة ليؤول الحق إليه، فإن فعلت ذلك لم يكن هذا إسقاطًا.

المبحث الثاني: إسقاط الحاضن لحقها بالحضانة

أثبت الشرع وقانون الأحوال الشخصية أحقية الأُمّ بحضانة ولدها الصغير، وتقديمها على غيرها، لكن أحيانا قد تسقط الأُمّ حقها في الحضانة، فهل يصح منها هذا الإسقاط؟

أولًا: أقوال الفقهاء في إسقاط الحاضن لحقها بالحضانة

اختلف الفقهاء في مدى صحة إسقاط الأُمّ لحقها بالحضانة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص559، 560، ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص180، ابن نجيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، ج2، ص499) إلى صحة إسقاط الأُمّ لحقها في الحضانة إذا وجد حاضن سواها تنتقل إليه الحضانة، أما إذا لم يوجد سوى الأُمّ وتعينت فلا يصح إسقاطها (ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرائق، ج4، ص180).

القول الثاني: ذهب المالكية في القول المعتمد (الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص218، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص533، التوزري، توضيح الأحكام، ج2، ص176)، والشافعية (الهيتمي، تحفة المحتاج، ج8، ص359، الرملي، نهاية المحتاج، ج7، ص231)، والحنابلة في القول المعتمد (البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص498، المرداوي، الإنصاف، ج9، ص421، 426)، إلى صحة إسقاط الحاضنة لحقها في الحضانة.

القول الثالث: ذهب المالكية في قول (عليش، منح الجليل، ج4، ص431، الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج4، ص484.)، والحنابلة في قول (ابن مفلح، المبدع، ج7، ص186، المرداوي، الانصاف، ج9، ص426) إلى عدم جواز إسقاط الأُمّ لحق الحضانة، ولا يصح ذلك منها، وعده الزركشي الشافعي من الحقوق التي لا تقبل الإسقاط ولا النقل ولا الإرث (الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج2، ص54).

وسبب الخلاف يرجع إجمالًا إلى اختلاف الفقهاء في تحديد صاحب الحق في الحضانة، فمن رأى أن الحق للحاضنة صحح الإسقاط، ومن رأى أن الحق للمحضون لم يصحح الإسقاط (عليش، منح الجليل، ج4، ص431، المرداوي، الإنصاف، ج9، ص426).

ثانيًا: الأدلة ومناقشتها

استند القائلون بصحة إسقاط الأُمّ لحقها في الحضانة: بأن الحضانة حق الأُمّ، ويحق للشخص إسقاط حقه (ابن جزي، القوانين الفقهية، ص149، البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص498)، واستدل القائلون بعدم الجواز: بكون الحق للمحضون، وبالتالي لا يجوز للأُمّ إسقاط حق غيرها (عليش، منح الجليل، ج4، ص431، الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ج4، ص484)، فقد جاء في تصحيح الفروع: " هل الحضانة حق للحاضن أو عليه؟ فيه قولان في مذهب أحمد، وينبني عليهما هل لمن له الحضانة أن يسقطها، وينزل عنها؟ على قولين"(المرداوي، تصحيح الفروع، ج9، ص 342).

أما الحنفية فتفصيلهم في المسألة يستند إلى أن حق الحضانة مشترك بين الحاضن والمحضون، ويقدم حق المحضون على حق الحاضنة؛ فإذا أسقطت الأُمّ حقها ووجد غيرها من الحواضن، جاز الإسقاط لوجود من يحفظ حق الحضانة للمحضون، أما إذا لم يوجد غيرها يملك حضانته، فليس لها إسقاط حق الحضانة، حفاظًا على حق المحضون، وتقديمًا له عليها (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص560).

وبما أن المسألة مع أدلتها مبنية على تحديد صاحب الحق بالحضانة، فلا بد من بحث مسألة صاحب الحق بالحضانة وبيان أدلتها ومناقشتها للوقوف على القول الراجح في مسألة إسقاط الأُمّ لحقها في الحضانة.

ثالثًا: بيان صاحب الحق بالحضانة

أ: أقوال الفقهاء في صاحب الحق بالحضانة

اختلف الفقهاء في تحديد صاحب الحق في الحضانة على أربعة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية فيما عليه الفتوى عندهم (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص559، 600، ابن نجيم، النهر الفائق، ج2،

ص499)، والمالكية في المشهور (العدوي، حاشية العدوي على شرح الخرشي، ج4، ص213، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص149، الدردير، الشرح الكبير، ج2، ص532)، والحنابلة في قول (ابن مفلح، المبدع، ج7، ص186، المرداوي، تصحيح الفروع، ج9، ص342. المرداوي، الإنصاف، ج9، ص421، 426) إلى إثبات الحق في الحضانة للحاضنة.

القول الثاني: ذهب الحنفية قول (ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص180، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص559، 560)، والمالكية في قول (الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص215، عليش، منح الجليل، ج4، ص431. المواق، التاج والإكليل، ج5، ص597)، والشافعية (المزني، مختصر المزني، ج8، ص340، الروياني، بحر المذهب، ج11، ص510. وانظر ص516. المطيعي، تكملة المجموع، ج18، ص320)، الحنابلة في قول (ابن مفلح، المبدع، ج7، ص186، المرداوي، تصحيح الفروع، ج9، ص342) (لم تذكر مصادر الحنابلة التي نقلت الخلاف في المسألة القول الراجح عندهم) إلى إثبات حق الحضانة للمحضون.

القول الثالث: ذهب الحنفية قول ثالث (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص560، ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص180)، والمالكية في قول ثالث (الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص215، المواق، التاج والإكليل، ج5، ص597) إلى إثبات حق الحضانة لكل من الحاضنة والمحضون معا.

القول الرابع: ذهب المالكية في قول رابع إلى إثبات حق الحضانة لله تعالى (التوزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، ج2، ص176).

ب: الأدلة ومناقشتها

أدلة القول الأول: استدل القائلون بأن الحضانة حق للحاضنة بأدلة منها:

1: حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبدالله بن عمرو، أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"(سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، ج2، ص283. حديث 2276. المستدرك للحاكم، كتاب الطلاق، ج2، ص225، حديث رقم 2830، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. وصححه في البدر المنير، ج8، ص317).

وجه الدلالة: الحديث صريح في وجوب حقّ الحضانة للأُمّ، ما لم تتزوّج (الوَلَّوِي، ذخيرة العقبى في شرح المجتبى، شرح سنن أبي داود، ج29، ص211).

ويمكن الإجابة عن هذا بأن إثبات الأحقية هنا جاء بصيغة التفضيل (أنت أحق) مما يدل على اشتراك الأُمّ والأب بهذا الحق إلا أن الأُمّ فضلت على الأب وقدمت عليه؛ لما ذكر من أسباب في الحديث الشريف، ولا يدل ذلك على اختصاصها بهذا الحق. فقد جاء في فتح العلام ما نصه: " وفيه . أي الحديث . ثبوت الحضانة، وأنها تثبت للأُمّ والأب، وأنهما لو اجتمعا قدمت الأُمّ عليه"(أبو يحيى زكريا الأنصاري، فتح العلام بشرح الإعلام بأحاديث الأحكام، ص581).

2: قوله - صلى الله عليه وسلم-: " لا توله والدة عن ولدها"(البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب الأُمّ تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد وينتقل إلى جدته، 8، ص8. حديث رقم 15767. وضعفه ابن حجر في التلخيص الحبير، ج3، ص41. ابن الملقن في البدر المنير، ج6، ص518، 519).

وجه الدلالة: إن إثبات حق الحضانة لغير الأُمّ فيه تفريق بينها وبين ولدها مما يؤدي إلى ولَّهِا عليه، وهو منهي عنه بنص الحديث.

ويجاب عن ذلك: بأن الحديث ضعيف (ضعفه ابن حجر في التلخيص الحبير، ج3، ص41. ابن الملقن في البدر المنير، ج6، ص518، 519) لا يستقيم الاستدلال به.

3: إن حضانة الحاضنة تسقط بالإسقاط سواء أكان بعوض أم لا (التوزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، ج2، ص176)، مما يدل على أنه حق للحاضنة، وإلا لما ملكت الحق بإسقاطه (التُّسُولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص645).

ويمكن الإجابة عن هذا الاستدلال من وجهين:

أ: إن المقدمة التي بني عليها الدليل غير مسلم بها، فمن أثبت الحق في الحضانة للمحضون لا يسلم بحق الحاضنة في إسقاط حقها بالحضانة، وبالتالي لا يقوم الاستدلال حجة عليهم (انظر مسألة إسقاط الحاضنة لحقها في الحضانة في المباحث الآتية).

ب: إن مسألة إسقاط الحاضنة لحقها بالحضانة فرع عن المسألة محل البحث، وفيها خلاف متفرع كذلك عن الخلاف في المسألة محل البحث، وبالتالي لا يثبت الحكم فيها ما لم يثبت الحكم في مسألة البحث، وعليه لا يصح الاستدلال بها على مسألة البحث.

دليل القول الثاني:

استدل القائلون بأن الحق للمحضون بما يلي:

1: قوله تعالى: "لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا" [البقرة: الآية 233].

وجه الدلالة: النهي في الآية الكريمة أصله لا تضارر بكسر الراء الاولى فتكون الوالدة هي الفاعل (أبو الفداء، روح البيان، ج1، ص364) والفعل في الآية مبني للمعلوم، فيكون المعنى نهي الأُمّ عن الإضرار بولدها، فدل ذلك على أن الحق للمحضون على حاضنته (التلمساني، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، ص443)، وقد نهيت الوالدة. الحاضنة. عن المساس بهذا الحق.

وقد اعترض هذا الاستدلال بأن هذا التفسير مبني على كون " تضار" أي " تضارر، بالكسر، لكن يحتمل أن تكون بالفتح، وبالتالي تكون مبنية للمجهول، والضرر واقع من الوالدة ومن غيرها (التلمساني، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، ص443).

ورد الاعتراض بأنه على التفسير الأول للآية يكون فاعل الضرر معين، وهذا بخلاف التفسير الثاني لها فالفاعل على احتمال التفسير الثاني يكون مبهما، ومن شرط المنهي شرعا أن يكون معينا لا مبهما (التلمساني، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، ص443).

2: بأن الحضانة شرعت نظرا للمحضون (أبو بكر بن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، ص955)، فيكون الحق فيها له.

ويمكن الإجابة عن هذا الاستدلال: بأن الحضانة وإن ثبتت لتحقيق مصلحة المحضون ورعاية مما يثبت الحق له فيها، إلا أن ذلك لا يمنع ثبوت الحق فيها للحاضنة من وجه آخر؛ لتحقيق مصلحتها بعدم التفريق بينها وبين المحضون.

دليل القول الثالث:

لم أجد من صرح بدليل لهذا القول إلا أنه يمكن الاستدلال له بما ذهب إليه ابن عابدين من التوفيق بين أقوال الحنفية حيث بين بأنها متوافقة وليس بينها تعارض، وأنها تؤول إلى قول واحد وهو أن لكل من الحاضنة والمحضون حقا في الحضانة، فالقول بأنها حق الحاضنة محمول على ما إذا لم تتعين الحضانة عليها، بأن كان هناك حاضن سواها، وإنما اقتصر على كونه حقا لها؛ لأن المحضون في هذه الحالة لا يضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها، والقول بأنها حق للمحضون محمول على ما إذا تعينت على الحاضنة، بأن لم يوجد سواها، فغلب حق للمحضون، واقتصر عليه؛ لعدم من يحضنه غيرها، فيكون الخلاف لفظيا بذلك(ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص560. ابن نجيم، النهر الفائق، ج2، ص499).

ويجاب عن ذلك: بأن الحاضن إذا أسقط الحضانة بعوض الخلع، أو بغير عوض أصلا فإنها تسقط، ولو كانت حقا للمحضون، أو حقا لله، أو لهما ما سقطت بإسقاطه (التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص645).

ويجاب عن هذه المناقشة: بأن إسقاط حق الحضانة الذي بنيت عليه المناقشة محل خلاف بين الفقهاء مبناه الاختلاف في تحديد صاحب الحق بالحضانة الذي هو موضوع البحث في هذه المسألة وبالتالي لا يستقيم بناء المناقشة عليه.

دليل القول الرابع:

إن الله سبحانه وتعالى ولي كل إنسان وخاصة الصغير سواء كان له ولي أو لم يكن له، وذلك بأن ييسر أمره ويختار له الخير ويبين حاله (أبو بكر بن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، ص955).

ويناقش هذا الدليل بما نوقش به دليل القول الثالث، بأن الحضانة لو ثبتت حقا لله لما صح إسقاطها من قبل الحاضن (التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص645)، ويجاب عن هذه المناقشة بما أجيب عنها في دليل القول الثالث.

رابعًا: القول الراجح في المسألتين

من خلال عرض الأقوال وبيان أدلتها ومناقشتها يتبين أن القول بإثبات حق الحضانة للحاضن والمحضون معًا هو الراجح، مع تقديم حق المحضون على حق الحاضنة؛ وذلك لما يلي:

1: إن الحضانة شرعت لمقصد حفظ المحضون وتعهده بما يصلحه، فيتولد حق له في الحضانة لتحقيق هذا المقصد.

2: إن للحاضنة مصلحة في عدم التفريق بينها وبين المحضون، ولحماية هذه المصلحة يثبت لها حق في الحضانة، خاصة عند وجود من يزاحمها هذا الحق.

3: من النقطة الأولى والثانية يتبين أن الحقوق في الحضانة قد ثبتت من أوجه مختلفة، وقد تولد عن كل حق مصلحة مختلفة عن الأخرى، فيمكن الجمع بينهما بإثبات الحق لهما، فيكون الجمع أولى.

4: أما في حال التعارض بين الحقين، فيقدم حق المحضون على الحاضنة؛ لأن المحضون أضعف، ومن كان أضعف حالًا، كان أولى بمراعاة حقه (انظر: بني كنانة، التعسف في استعمال حق الحضانة، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، مجلد 43، ملحق 2، 2016، ص850).

أما في قانون الأحوال الشخصية الأردني فلا يوجد نص صريح يبين صاحب الحق في الحضانة، إلا أنه يفهم من جملة المواد القانونية التي نظمت مسألة الحضانة أن الحق فيها يثبت للحاضنة والمحضون معًا ومن جملة ذلك ما يلي:

1: المادة 170 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على: " الأُمّ النسبية أحق بحضانة ولدها، وتربيته حال قيام الزوجية، وبعد الفرقة، ثم بعد الأُمّ ينتقل الحق لأمها، ثم لأم الأب، ثم للأب، ثم للمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية". فنص المادة وإن كان نصًا في بيان ترتيب الأولية بالحضانة إلا أن ظاهره يثبت الحق في الحضانة للحاضنة.

2: المادة 186 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على: " تلزم الأُمّ بالحضانة إذا تعينت لها، وإذا لم تتعين ورفضت حضانة أولادها يلزم القاضي الأصلح ممن له حق الحضانة بها". يدل نص المادة بإشارته على ثبوت حق الحضانة للمحضون؛ لأن الأُمّ لا تلزم بالحضانة إذا تعينت لو لم يثبت للمحضون حق في الحضانة.

وبناء على القول الراجح في مسألة تحديد صاحب الحق بالحضانة، **فالذي يترجح في مسألة إسقاط الأُمّ لحقها في الحضانة** قول الحنفية بأن الأُمّ لها حق إسقاط حقها بالحضانة إذا لم تتعين الحضانة في حقها؛ لأن في ذلك مراعاة الحقين قدر المستطاع، مع تقديم حق المحضون على حق الأُمّ؛ لأنه الطرف الأضعف، ورعاية حقه أولى.

وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 186 التي تنص على أنه: "تلزم الأُمّ بالحضانة إذا تعينت لها، وإذا لم تتعين ورفضت حضانة أولادها يلزم القاضي الأصلح ممن له حق الحضانة بها". فيدل مفهوم المخالفة لنص المادة على أن الأُمّ إذا لم تتعين فلا تلزم بالحضانة إلا إذا كانت الأصلح لحضانة المحضون، وإذا كانت لا تلزم بالحضانة حال عدم تعينها، فلها حق إسقاط حقها بالحضانة، فيدور الحكم على تعينها وعدمه.

وتطبيقًا لنص المادة (186) السابقة جاء **الحكم رقم 671 لسنة 2018، محكمة استئناف عمان الشرعية** حيث جاء فيه: "قدمت المستأنفة (.....) المذكورة استئنافها بواسطة وكيلتها المحامية (.....) بتاريخ 2017/12/27م- بموجب وصول المقبوضات رقم (.....) تاريخ 2017/12/27م، على حكم المحكمة الابتدائية الصادر وجاهيا بتاريخ 2017/11/28م، والمتضمن رد دعواها المتضمنة طلبها الزام المدعى عليه باستلام أولاده الصغار موضوع الدعوى لعدم الخصومة عملا بمفهوم المخالفة من نص المادة (186) من قانون الأحوال الشخصية وطلبت فسخ الحكم للأسباب الواردة في استئنافها والتي تلخصت: 1- أخطأت المحكمة برد الدعوى بالاستناد الى المادة (186) من قانون الأحوال الشخصية دون مراعاة ظروفها الصعبة والطارئة التي تحول دون حضانتها للصغيرين المذكورين حيث إنها غير متفرغة لرعايتهما وادارة شؤونهما بسبب عملها. 2- أخطأت المحكمة بعدم الأخذ بعين الاعتبار اقرارها بأنها لا تستطيع حضانة المحضون في هذه الظروف فكان يتوجب على المحكمة إلزام الأب المستأنف عليه باستلام المحضون لا أن تقوم برد الدعوى، وقد تبلغ المستأنف عليه (.....) المذكور وأعرض عن الرد.

ولدى التدقيق وبعد المداولة تبين:

أولا: من حيث الشكل: إن الاستئناف وقع ضمن المدة القانونية فتقرر قبوله شكلا.

ثانيا: من حيث الموضوع: 1- إن المدعية تطلب في لائحة دعواها وتوضيحها إلزام المدعى علية باستلام أولاده الصغار والحاصلين له منها والموجودين بحضانتها ورعايتها للأسباب المذكورة وبذلك تكون رافضة وغير موافقة على حضانتها ورعايتها للصغيرين المذكورين. 2- جاء في المادة (186) من قانون الأحوال الشخصية بإلزام الأُمّ بالحضانة إذا تعينت لها وإذا لم تتعين ورفضت حضانة أولادها يلزم القاضي الأصلح ممن له حق الحضانة، وبذلك تلزم الأُمّ بحضانة أولادها في حال تعيينها لها. 3- إن امتناع الحاضنة المستأنفة المدعية المذكورة عن الحضانة (حضانة أولادها) فلا تجبر عليها، الا إذا تعينت لها والتعيين يكون في حالتين: أ- إذا لم يوجد حاضنة غيرها. ب- أو وجدت وامتنعت فحينئذ تجبر، إذا لم يكن لها زوج أجنبي.

وبالتالي فإن المحكمة الابتدائية لم تتأكد من أن المدعية تعينت على حضانة أولادها الصغار المذكورين ومن جهة أخرى لم تبين المحكمة طبيعة عمل المستأنفة الذي يحول دون حضانتها لأولادها، فعلى المحكمة أن تتحقق من ذلك ثم سؤال الخصم عن الدعوى وحيث لم تفعل فكان حكم المحكمة برد دعوى المستأنفة وعلى الوجه المشار الية في الحكم غير صحيح وفي غير محله وغير صحيح فتقرر فسخه واعادة الدعوى لمصدرها لإجراء الايجاب الشرعي واعلام طرفي الدعوى حسب الأصول".

بناء على ما سبق فإن محكمة استئناف عمان الشرعية أجازت للأُمّ الامتناع عن حضانة أولادها ما لم تتعين استنادًا لنص المادة (186) وقد حصرت تعيين الأُمّ للحضانة في حالتين:

الأولى: إذا لم يوجد غيرها.

الثانية: إذا وجدت حاضنة غيرها وامتنعت.

ففي هاتين الحالتين تلزم الأُمّ بالحضانة مراعاة لحق المحضون، ويؤخذ على ذلك أن الحالة الثانية غير دقيقة؛ لأن في حالة وجود غيرها ممن يستحق الحضانة وامتنع عنها، فإن الأُمّر لا يتعين في الأُمّ، وإنما يلزم القاضي الأصلح ممن له حق الحضانة بها، سواء أكانت الأُمّ أم غيرها، وهذا ما يفهم من نص المادة (186)، وبالتالي، فإن الأُمّ تتعين للحضانة في حال لم يوجد غيرها ممن يستحقون الحضانة، أو وجد غيرها ولم يكن أهلًا لحضانة المحضون.

المبحث الثالث: مخالعة الأُمّ على إسقاط حقها بالحضانة

مما يتصل بمسألة إسقاط الأُمّ لحقها في الحضانة أن تجعل إسقاطها لحقها مقابل الخلع، وقد اختلف الفقهاء في حكم الخلع على إسقاط الحضانة على قولين (لم يبحث الحنابلة هذه المسألة):

أولًا: أقوال الفقهاء في مخالعة الأُمّ على إسقاط حقها بالحضانة

القول الأول: ذهب الحنفية في المعتمد (السرخسي، المبسوط 6، ص169، ابن الهمام، فتح القدير، ج4، ص368، الشلبي، حاشية الشلبي، ج3، ص47)، والمالكية في قول (ابن الحاجب، جامع الأُمّهات، ص290، خليل، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، ج4، ص300)، والشافعية (الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص400، الشرواني، حاشية الشرواني، ج7، ص469، الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ج7، ص400) إلى أن الأُمّ إذا اختلعت على إسقاط حضانتها صح الخلع وبطل الشرط، ولم تسقط حضانتها.

القول الثاني: المالكية في المشهور (ابن الحاجب، جامع الأُمّهات، ص290، الخرشي، شرح الخرشي على خليل، ج4، ص13، العدوي، حاشية العدوي على شرح الخرشي، ج4، ص217) إلى جواز مخالعتها على إسقاط حقها في الحضانة، وتسقط حضانتها بذلك.

ويشترط المالكية لصحة سقوط حق الحضانة في المخالعة شرطين (العدوي، حاشية العدوي على شرح الخرشي، ج4، ص13، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص349، خليل، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، ج4، ص300، 301):

الأول: ألا يخشى على المحضون ضرر بتركه أمه؛ كأن يتعلق قلبه بها.

الثاني: أن يكون الأب أهلًا لحضانة المحضون، وأن يكون مكانه آمنًا.

وفي هذين الشرطين رعاية لحق المحضون، وتقديمه على حقوق الآخرين؛ لأن الحضانة شرعت ابتداء لرعايته، وتحقيق مصلحته، فإذا تعارضت مصلحته مع مصلحة غيره قدمت مصلحته، رعاية للطرف الضعيف.

ثانيًا: الأدلة ومناقشتها:

أدلة القول الأول:

1: إن الحضانة حق الولد؛ فمن حقه أن يبقى مع أمه ما دام محتاجًا لحضانتها؛ لأنه أنفع له، فليس لها أن تبطله بالشرط (ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص368، السرخسي، المبسوط، ج6، ص169، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص457، خليل، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب 4، ص300)؛ فليس لأحد أن يسقط حقّ غيره لمنفعة نفسه (المازري، شرح التلقين، ج2، ص971).

ويمكن الإجابة عن هذا الاستدلال: إن حق الولد بالحضانة يتم بأن توفر له الرعاية اللازمة، سواء قام بذلك الأُمّ أم الأب، فبقي حق الأُمّ بعدم التفرقة بينها وبين ولدها وقد تنازلت عنها فصح ذلك، مادام لا يضر بالولد.

2: إن حق الحضانة لا يسقط بالإسقاط (الهيتمي، تحفة المحتاج، ج7، ص469، الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص400)، كما لو طلقها على أن لا سكنى لها (الشرواني، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج7، ص469. الشبراملسي، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، ج6، ص400).

ويجاب عن ذلك بإن سكنى المطلقة في بيت العدة حق لله تعالى، فلا يسقط بإسقاطها له (أبو المعالي، المحيط البرهاني، ج3، ص342، ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص217).

دليل القول الثاني:

- بناء على أن الحق في الحضانة للأُمّ فإذا أسقطت حقها سقط (المازري، شرح التلقين، ج2، ص971، خليل، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، ج4، ص301. التوزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، ج2، ص176).

ويمكن الإجابة عن هذا: بعدم التسليم بأن الحضانة حق الأُمّ بل هي حق المحضون (انظر الخلاف في المسألة في المبحث السابق).

ثالثًا: القول الراجح

بعد بيان أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها يتبين أن قول المالكية بصحة المخالعة على إسقاط الأُمّ لحقها في الحضانة هو الراجح؛ وذلك لما يلي:

1. تبين سابقًا أن الراجح في حق الحضانة أنه مشترك بين المحضون والأُمّ؛ وحق المحضون يتمثل بتوفير الراعية التامة له، وحق الأُمّ بعدم التفرقة بينها وبين ولدها، فإذا استطاع الأب توفير الرعاية لولده فقد تحقق حق الولد، وبقي حق الأُمّ بعدم التفريق بينها وبين ولده، وقد تنازلت عنه بما لا يمس حق الولد فصح ذلك منها.
2. إن الشرع أثبت أحقية الأُمّ بالحضانة وقدمها على غيرها ما دامت متمسكة به، فإذا تنازلت عنه ببدل أو دون بدل، فلا يوجد دليل على إجبارها عليه، بدليل أنها لو تزوجت انتقلت الحضانة إلى غيرها، ولا تمنع من الزواج لأجل حماية الولد.

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد نصت المادة 111 على أنه: "إذا اشترط الرجل في الخلع إمساك الولد عنده مدة الحضانة صح الخلع، وبطل الشرط، ولحاضنته عندئذ المطالبة بنفقته فقط". فمن خلال نص المادة السابقة يتبين ما يلي:

1. إن الخلع على إسقاط الأُمّ لحقها في الحضانة يقع صحيحًا، ويكون الشرط باطلًا، وبالتالي يكون القانون قد وافق رأي جمهور الفقهاء في المسألة.
2. للأُمّ المطالبة بنفقة الصغير؛ لأن نفقة الصغير تجب على والده.

وكان الأولى بالقانون أن يأخذ برأي المالكية في هذه المسألة؛ لما ذكر في مستندات الترجيح، أو أن يبطل الخلع مع إبطاله للشرط؛ لأن الأب ما رضي بالفرقة إلا أن تسلم له حضانة الصغير، وبما أنه لم يسلم له ما أراد، فلا يؤخذ منه ما لا يريد.

وجاء في الحكم رقم 304 لسنة 2011، محكمة استئناف عمان الشرعية ما نصه:

"رفعت المحكمة الابتدائية بموجب المادة 138 من قانون اصول المحاكمات الشرعية حكمها الوجاهي بثبوت المخالعة الرضائية بين المدعية (.....) المذكورة وزوجها الداخل بها بصحيح العقد الشرعي المدعى عليه (.....) المذكور بطلقة بائنة خلعا رضائيا وأن عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ الحكم الواقع في 2011/1/6 وذلك لحصول المخالعة الرضائية بينهما أمام المحكمة في جلسة الحكم حيث خاطبت المدعية (.....) المذكور المدعى عليه (.....) المذكور قائلة: (يا زوجي الداخل بي بصحيح العقد الشرعي ابرأت ذمتك من المهرين المعجل والمؤجل ونفقة العدة وسائر حقوقي الزوجية بالغة ما بلغت ومتنازله عن حضانة ابني منك (.....) و(.....) مقابل أن تطلقني طلاقا بائنا بعد الدخول أملك به نفسي) فخاطبها الزوج (.....) المذكور بقوله لها: (يا زوجتي ومدخولتي بصحيح العقد الشرعي (.....) مقابل هذا الابراء وتنازلك عن حضانة أبني منك (.....) و(.....) فأنت طالق من عصمتي وعقد نكاحي على ذلك) بناء على الاسباب والمواد المذكورة فيه لتدقيقه استئنافا.

ولدى التدقيق وبعد المداولة تبين:

أن حكم المحكمة الابتدائية بتثبيت طلقة بائنة من المدعى عليه (.....) المذكور على زوجته ومدخولته الشرعية المدعية (.....) المذكورة خلعا رضائيا وفق الصيغة التي تمت بينهما المشار اليها أعلاه وأن عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ الحكم 2011/1/6 بناء على الاسباب والمواد المذكورة فيه صحيح وموافق للوجه الشرعي وللأصول القانونية".

ومع نص طرفي المخالعة (الزوجان) على اشتراط تنازل الأُمّ عن حضانة ابنها في صيغة المخالعة إلا محكمة الاستئناف لم تبطل هذا الشرط مع القول بصحة المخالعة؛ لما ورد في المادة 111 على أنه: " إذا اشترط الرجل في الخلع إمساك الولد عنده مدة الحضانة صح الخلع، وبطل الشرط، ولحاضنته عندئذ المطالبة بنفقته فقط".

المبحث الرابع: رجوع الأُمّ إلى حضانة أولادها بعد إسقاطها لها

أولًا: أقوال الفقهاء في رجوع الأُمّ إلى حضانة أولادها بعد إسقاطها لها

اختلف الفقهاء في حق الأُمّ في الرجوع عن إسقاطها لحقها في الحضانة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص559)، والمالكية في قول (الدردير، الشرح الكبير، ج2، ص532، الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص219)، والشافعية (الهيتمي، تحفة المحتاج، ج8، ص359، الرملي، نهاية المحتاج، ج7، ص231)، والحنابلة في الأظهر عندهم (البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، ص250. البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص498. المرداوي، الإنصاف، ج9، ص421) إلى أن الأُمّ إذا أسقطت حقها في الحضانة ثم رجعت وطالبت به فلها ذلك.

القول الثاني: ذهب المالكية في المشهور (ابن رشد، البيان والتحصيل، ج5، ص327، العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، ج2، ص131) والحنابلة في قول (المرداوي، الإنصاف، ج9، ص421، المرداوي، تصحيح الفروع، ج9، ص343) إلى أن الأُمّ التي تسقط حقها في الحضانة ليس لها المطالبة به بعد ذلك.

ويشترط المالكية في المشهور عندهم لامتناع رجوع الأُمّ في الحضانة بعد إسقاطها الشروط التالية:

الأول: أن لا يكون إسقاطها لعذر؛ فإذا كان إسقاطها لحق الحضانة لعذر لا تقدر معه على القيام بالحضانة كمرض أو عدم لبن فهنا يعود حقها، فيجوز لها أن تأخذه بعد زوال العذر كأن صحت أو عاد إليها اللبن (المواق، التاج والإكليل، ج5، ص598، الحطاب، مواهب الجليل 4، ص219).

الثاني: أن لا تطول المدة بالمطالبة بعد زوال العذر؛ فلو تركته بعد زوال العذر حتى طال الأُمّر كسنة وشبهها فليس لها الرجوع (ابن رشد، البيان والتحصيل، ج5، ص327. الحطاب، مواهب الجليل 4، ص219).

الثالث: أن لا يكون الولد قد ألف حاضنته الحالية وشق أخذه منها (عليش، منح الجليل، ج4، ص431، الخرشي، شرح مختصر الخرشي، ج4، ص218).

ومما يتفرع على ذلك عند المالكية مسألة: إذا مات الأب هل لها أن تأخذه ممن تصير إليه الحضانة بعده؟ فقيل: ليس لها أن تأخذه؛ لأن تركها للمحضون عند أبيه إسقاط منها لحقها في حضانته. وقيل: إن لها أن تأخذه بعد موته؛ لأن تركها له عند أبيه، إنما يحمل منها على إسقاط حضانتها للأب خاصة دون غيره (ابن رشد، البيان والتحصيل، ج5، ص327، الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص219).

ثانيًا: الأدلة ومناقشتها

أدلة القول الأول:

استدل الجمهور القائلون بعودة حق الحضانة بعد إسقاطه بأدلة منها:

1: لقيام السبب مع زوال المانع منها (البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، ص250، البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص668).

ويمكن الإجابة على هذا الاستدلال: إن سبب حقها في الحضانة قائم والمانع منتف ابتداء، إلا أنها أسقطته، والقاعدة: " الساقط لا يعود"(انظر القاعدة: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص272).

2: إن أقوى الحقين في الحضانة إنما هو للصغير، فهي وإن كانت قادرة على إسقاط حقها فيها لكنها لا تقدر على إسقاط حقه أبدا (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص559).

ويمكن الإجابة عن هذا الاستدلال: بأن إسقاط الأُمّ لحقها لا يؤثر على حق الصغير؛ لأن حقه بتوفير الرعاية له، وهذا يتحقق بحضانة أمه له، أو غيرها من الحواضن، فإن أسقطت هي حقها، حُفظ حقه في الحضانة بحضانة غيرها له. كما لو تزوجت، فإن حق الصغير يُحفظ بانتقاله إلى غيرها.

3: قياس إسقاط الأُمّ حقها في الحضانة على إسقاط المرأة حقها في القسم لضرتها (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص559، المرداوي، الإنصاف، ج9، ص421)؛ حيث إن حقها يثبت شيئا فشيئا؛ فهي بإسقاطها حقها أسقطت الحق الكائن أو الماضي لا الحق المستقبل؛ فالحق العائد غير الحق الساقط فلا يقال إن الساقط لا يعود (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص559).

ويمكن الإجابة عن ذلك من وجوه:

1. إن قياس الرجوع في حق الحضانة على الرجوع في القسم قياس مع الفارق؛ لما يلي:

أ. لأنه قد يلحق الزوجة ضرر بإسقاط قسمها، ولا سبيل لرفع هذا الضرر إلا بالرجوع إلى حقها فيه، بخلاف إسقاط حقها بالحضانة، فالضرر الناجم عنه يمكن جبره بإثبات حق الاستزارة لها.

ب. كما أن إجبار المرأة على الاستمرار بإسقاط حقها بالقسم مخالف لمقتضى عقد الزواج، بخلاف حقها بالحضانة فإن التمسك بإسقاطها له ليس فيه مخالفة.

2. أما القول إن حقها يثبت في الحضانة شيئا فشيئا؛ فهي بإسقاطها حقها أسقطت الحق الكائن أو الماضي لا الحق المستقبل: فيجاب عنه بإن المقصود من إسقاط الحضانة إسقاطها في الزمن المستقبل، إذ لا فائدة مرتجاة من إسقاط الحق بالحضانة في الزمن الماضي، أو الكائن هذه اللحظة.

4: الحق في الحضانة يتجدد بتجدد الزمان كالنفقة فجاز لها الرجوع فيه (البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص498).

ويمكن الإجابة على هذا الاستدلال: بإن المالكية لا يسلمون بحق الزوجة بالمطالبة بحق النفقة بعد إسقاطها له (عليش، منح الجليل، ج4، ص324، النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص42).

أدلة القول الثاني:

استدل المالكية لقولهم بعدم رجوع حق الحضانة بعد إسقاطه بأدلة أهمها:

1: إن الحضانة حق الأُمّ، ويجوز لها إسقاطه (عليش، منح الجليل، ج4، ص431، الباجي، المنتقى، ج6، ص187).

ويجاب عن هذا: إن الأُمّ إذا أسقطت حقها بقي حق الولد بأن يكون عند أمه ما كان محتاجا إليها (ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص368).

2: إن الصبي قد اعتاد غيرها، وأنس به، وصلح حاله معه، ففي إبعاده عنه مشقة بالمحضون (الباجي، المنتقى، ج6، ص187، الخرشي، شرح الخرشي على خليل، ج4، ص218، عليش، منح الجليل، ج4، ص431).

ويمكن الإجابة عن هذا الاستدلال: بأن حق الأُمّ بالحضانة يسقط بزواجها، ويعود لها بانتهاء الزواج (ملا خسرو، درر الحكام، ج1، ص411، ابن رشد، البيان والتحصيل، ج5، ص221)، ولا يقال: بأن حاله صلح مع غيرها، وأنس به.

3: إن الأُمّ ربما ترد الصغير بعد أيام، فيخشى ألا يقبل غيرها بعد ذلك (ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ج2، ص626).

ويجاب عن ذلك: بأن إسقاط الأُمّ لحضانتها مشروط بأن لا تتعين هي لحضانته (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص600)، فإذا ردته بعد مدة، فلم يقبل غيرها، أجبرت على حضانته؛ لتعينها لحضانته.

ثالثًا: القول الراجح

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها يتبين أن القول الثاني هو الراجح؛ وذلك لما يلي:

1. إن الشرع أثبت أحقية الأُمّ بالحضانة، بقوله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"(سبق تخريجه)، لكنه لم يثبت لها حق الرجوع عن إسقاطه في حال أن أسقطته باختيارها دون عذر، فيكون الحكم محل اجتهاد.

2. إن ما ذهب إليه المالكية من عدم أحقية الأُمّ بالرجوع إلا إذا كان الإسقاط بعذر، وألا تتركه مدة طويلة بعد زوال العذر فيه تحقيق للعدالة

بين الزوجين بحضانة الولد.

3. إن ما ذهب إليه المالكية فيه تحقيق لمصلحة المحضون، باستقرار حضانته بقدر الأُمكان، مع مراعاة الأصلح له في الحضانة.

4. إن ما ذهب إليه المالكية فيه منع الأُمّ من التعسف في استعمال حقها بالحضانة؛ فقد تستخدم الأُمّ هذا الحق إذا أطلق للإضرار بالأب، فتدفع الأولاد إليه متى شاءت، وتأخذهم متى شاءت، فمثلًا إذا أراد الأب السفر بدافع العمل، فقد تدفع الأُمّ الأولاد إليه، فإذا فاتته فرصة العمل، طالبته بردهم إليها.

أما **قانون الأحوال الشخصية الأردني** فلا يوجد نص يعالج حق الأُمّ بالرجوع إلى حضانة أولادها إذا أسقطت حقها في ذلك(تنص المادة 174 من القانون على أنه: " يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه"، وهذا النص خارج موضوع البحث؛ فهو يعالج حق الأُمّ بالرجوع إلى حقها في حضانة أولادها في حال وجد سبب وزال السبب، أما مسألة البحث فهي رجوعها في حال الإسقاط بلا سبب)، وبالتالي يرجع إلى الراجح من المذهب الحنفي، حيث تنص المادة 325 على أن: " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة فاذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الاسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون". وقد ذهب الحنفية (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص559) إلى جواز رجوع الأُمّ إلى حضانة أولادها بعد إسقاطها للحضانة.

وهذا ينسجم مع الحكم رقم 826 لسنة 2018، محكمة استئناف عمان الشرعية؛ حيث جاء فيه: " قدم المستأنف (.....) المذكور استئنافه بواسطة وكيله (.....) حكم المحكمة الابتدائية للمستأنف عليها (.....) المذكورة بضم ابنها الصغير (.....) الحاصل لها من طليقها المستأنف (.....) المذكور على فراش الزوجية الصحيح وقت قيامها لثبوت أهليتها لتقوم برعايته والإشراف عليه وصيانته دينا وخلقا وصحة الإشراف على شؤونه في التوجيه والتأديب الدراسي وأمرت المدعى عليه (المستأنف) (.....) المذكور بتسليم الصغير (.....) المذكور لوالدته المدعية (المستأنف عليها) (.....) المذكورة وعدم معارضتها في ذلك اعتبارا من تاريخ الحكم الواقع في 2018/1/23م وطلب فسخ الحكم للأسباب الواردة في استئنافه"

وقد تلخصت المحكمة أسباب الاستئناف بجملة من الأسباب، ومنها:

1: عدم مطالبة المدعية في الصغير عمر المذكور مدة تزيد على خمس سنوات.

2: رفض المدعية صراحة حضانة الصغير في الفترة السابقة.

وقد أجابت المحكمة عن هذين السببين بعد التصديق على الحكم بقولها: "أما أسباب الاستئناف فيجاب عليها أن ما أثاره في لائحته الاستئنافية لا يشكل دفوعا لدى الحضانة حيث إن الحضانة حق للصغير ولا يعتبر امتناع الحاضنة عن طلب الحضانة أو رفضها في مرحلة معينة إسقاطا لهذا الحق فتقرر رد أسباب الاستئناف لعدم ورودها".

المبحث الخامس: صاحب الحق بالحضانة بعد إسقاط الأُمّ له

وصورة المسألة أن الأُمّ إذا أسقطت حقها بالحضانة، هل ينتقل الحق إلى من يليها من الحواضن، أم إلى الأب؟

أولًا: أقوال الفقهاء في صاحب الحق بالحضانة بعد إسقاط الأُمّ له

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية (ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص180، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص560) والمالكية في المعتمد (الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، 533، الحطاب، مواهب الجليل، ج4، 23)، والشافعية في الصحيح (الهيتمي، تحفة المحتاج، ج8، ص359، النووي، روضة الطالبين، ج9، ص101)، والحنابلة في المذهب (البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص496، ابن مفلح، المبدع، ج8، ص184، المرداوي، الإنصاف، ج9، ص421) إلى أن حق الحضانة ينتقل إلى من يليها من الحواضن

القول الثاني: ذهب الشافعية في قول (النووي، روضة الطالبين، ج9، ص101، الجويني، نهاية المطلب، ج15، 568)، والحنابلة في قول (ابن مفلح، المبدع، ج8، ص184، المرداوي، الإنصاف، ج9، ص421) إلى أن حق الحضانة في حال امتناع الأُمّ عن الحضانة ينتقل إلى الأب.

القول الثالث: ذهب الشافعية في قول إلى أن الأُمّ إذا امتنعت عن الحضانة انتقلت إلى الحضانة إلى السلطان (النووي، روضة الطالبين، ج9، ص101، الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص197).

ثانيًا: الأدلة ومناقشتها

أدلة القول الأول:

1. بأن الأُمّ لما أسقطت حقها بقي حق الولد فصارت الأُمّ بمنزلة الميتة أو المتزوجة فتكون الجدة أولى (ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص180، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص560).

ويجاب عن ذلك: إن أهلية الأُمّ باقية مع امتناعها عن الحضانة، وإنما تركت حقها فلم ينتقل إلى من يليها، بخلاف ما إذا ماتت (الدَّمِيري، النجم

الوهاج، ج8، ص304)، أو جنت؛ لأنها بالجنون والموت يسقط حقها من الحضانة، وبالغيبة والامتناع لم يسقط إلا أنها تركت حقها (البغوي، التهذيب، ج6، ص394).

2. قياس امتناع الأُمّ عن الحضانة على غيبتها؛ وذلك أن حق الحضانة إذا غابت ينتقل إلى الذي يليها، ولا ينتقل إلى السلطان، فليكن امتناع الأُمّ بمنزلة غيبتها (الجويني، نهاية المطلب، ج15، ص567).

ويجاب عن ذلك: بأن حضانتها تتعذر مع الغيبة دون الامتناع، فلما كانت حضانتها ممكنة في صورة الامتناع أمكن القول بالنيابة عنها بخلاف الغيبة (الإسنوي، المهمات في شرح الروضة والرافعي، ج8، ص125).

أدلة القول الثاني:

1. لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق، فإذا أسقطت حقها سقط فرعها (ابن مفلح، المبدع، ج8، ص184، ابن قدامة، الشرح الكبير، ج24، ص466).

ويمكن الإجابة عن هذا الاستدلال من وجهين:

1) بأن حق الأُمّ سقط لمعنى اختص بها، فاختص السقوط بها (ابن مفلح، المبدع، ج8، ص184).

2) لا يجب سقوط حق الجدة بسقوط حق الأُمّ، كما لو سقط حقها لكونها من غير أهل الحضانة، أو لتزوجها (ابن قدامة، المغني، ج8، ص 248).

2. وذلك أن الجدة إنما تتولى الحضانة إذا بطل حق الأُمّ، وهي وإن كانت ممتنعة، فحقها قائم متى تشاء (الجويني، نهاية المطلب، ج15، ص568).

ويمكن الإجابة عن هذا الاستدلال: عدم التسليم بأن حق الأُمّ بالامتناع قائم ترجع إليه متى تشاء، فالمالكية لا يرون حقها بالرجوع إلا إذا امتنعت لعذر ولم تطل المدة بعد انتهاء العذر (ابن رشد، البيان والتحصيل، ج5، ص327، العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، ج2، ص131).

دليل القول الثالث:

استدل الفريق الثالث: بالقياس على ولاية التزويج؛ فإذا مات الولي الأقرب أو جن انتقلت ولاية التزويج إلى الذي يليه، أما إن غاب أو عضل لا يزوجها الذي يليه، وإنما تنتقل الولاية إلى السلطان (البغوي، التهذيب، ج6، 394، النووي، روضة الطالبين، ج9، ص101، الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص197)، فجعل امتناع الأُمّ عن الحضانة بمنزلة عضل الولي.

ويجاب عن هذا الاستدلال من وجهين:

3) إن الامتناع عن الحضانة يخالف التزويج؛ لأن الغائب يمكنه التزويج إلا أنه تعذر الوصول إليه؛ فناب عنه السلطان، والغائب لا يمكنه الحضانة، فكانت الغيبة كالموت والجنون (البغوي، التهذيب، ج6، 394)، فتنتقل الحضانة إلى الأقرب من أصحاب الحضانة.

4) بأن الحضانة للحفظ، والقريب الأبعد أشفق من السلطان وأكثر فراغًا منه (النووي، روضة الطالبين، ج9، ص101، الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص197).

وما ذكر من خلاف سابق بين الفقهاء فهو في حال إن امتنعت الأُمّ عن حقها في الحضانة أو أسقطته دون مقابل، أما في حال الخلع على إسقاط حق الحضانة، فإن جمهور الفقهاء على أن شرط إسقاط الحضانة باطل (انظر خلاف الفقهاء في المسألة المبحث الثالث)، وبالتالي لا تسقط حضانة الأُمّ بل يبقى ولدها معها ولا ينتقل إلى غيرها. أما المالكية والحنابلة في قولهم الثاني الذين صححوا شرط إسقاط الحضانة في الخلع فقد ذهبوا في المشهور عندهم إلى أن الحق ينتقل إلى الأب (الدردير، الشرح الكبير، ج2، ص 349، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج4، ص13، الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص522)؛ لأن الأب المسقط له قام مقام الأُمّ المسقطة فكما أنه لا قيام لمن بعدها مع وجودها فلا كلام له مع من قام مقامها (الخرشي، شرح مختصر خليل، ج4، ص13)، ولكن الذي عليه الفتوى وما جرى العمل به انتقال حق الحضانة لمن يلي الأُمّ (الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص522، عليش، منح الجليل، ج4، ص7).

ثالثًا: القول الراجح

بعد عرض الأقوال ومناقشتها يتبين أن انتقال الحضانة إلى الأب هو الراجح؛ وذلك لما يلي:

1. إن حق الحضانة حال قيام الزوجة لكل من الأب والأُمّ، فإذا افترقا كانت الأُمّ أحق به لقوله صلى الله عليه وسلم: ""أنت أحق به ما لم تنكحي" (سبق تخريجه)، فإذا تعذرت حضانته منها، فالأصل أن ينتقل الحق إلى الأب الذي كان يشاركها رعايته، ولكن غُلب جانب الأُمّ بانتقال حق الحضانة إلى أمها، فإذا أسقطت حقها أو امتنعت عنه، سقط كذلك حق أمها؛ لأنه فرع عن حقها.

2. ويتأكد انتقال حق الحضانة إلى الأب بأن يكون إسقاط الأُمّ حضانة ولدها لصالح أبيه وقبول الأب ذلك، فيكون كل من الأُمّ والأب قد اتفقا

على أن إسقاط حق الجدة، وهما أعلم بمصلحة ولدهما، فتراعى رغبتهما.

فإذا ترجح انتقال حق الحضانة إلى الأب إذا أسقطته أمه أو امتنعت عنه دون مقابل من الأب، فيكون انتقاله إلى الأب في الخلع من باب أولى؛ لأن الأب ما رضي بالطلاق إلا لتسلم له حضانة الولد، فإذا لم تسلم له الحضانة، فلا يكون راغبًا بالخلع، والخلع إنما يكون عن تراض من الطرفين.

أما في **قانون الأحوال الشخصية الأردني** فقد نصت المادة 186 على أنه: "تلزم الأُمّ بالحضانة إذا تعينت لها وإذا لم تتعين ورفضت حضانة أولادها يلزم القاضي الأصلح ممن له حق الحضانة بها".

يلاحظ من خلال نص المادة 186 ما يلي:

1. أن القانون جعل سلطة تقديرية للقاضي في إلزام الأصلح ممن له حق الحضانة بحضانة المحضون في حال امتناع الأُمّ عن الحضانة.
2. إن هذا الإلزام من القاضي قد يشمل الأُمّ؛ حيث لا يوجد في النص ما يدل على استثناء الأُمّ إذا كانت هي الأصلح لحضانة المحضون.
3. لم يراع نص المادة 186 ما جاء في المادة 170 لترتيب أصحاب الحق بالحضانة (تنص المادة 170:" الأُمّ النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ثم بعد الأُمّ ينتقل الحق لأمها ثم لأم الأب ثم للأب ثم للمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية")، وكان الأولى به يراعيه، فإذا امتنع الجميع، ألزم القاضي من يراه أصلح لحضانة المحضون.

وقد جاء في **الحكم رقم 1735 لسنة 2019، محكمة استئناف عمان الشرعية** إشارة إلى أن الحضانة تنتقل بعد الأُمّ إلى الأُمّ لأم ثم الأُمّ لأب حسب ترتيب أصحاب الحضانة في قانون الأحوال الشخصية. حيث استئناف المدعي عليه (الجد لأب) حكم المحكمة الابتدائية القاضي بإلزامه بحضانة الصغار؛ لرفض المدعية حضانة الصغار، وعدم وجود من يصلح للحضانة.

فجاء في حكم محكمة الاستئناف ما نصه:

"الإلزام بالحضانة: ويكون الإلزام للأُمّ حال كونها أهلا لحضانة الصغار، بالجمع بين المادتين 177 و186 من قانون الأحوال الشخصية، فهي متعينة بذاتها لحضانة صغارها، فلا يلزم القاضي غيرها بالحضانة مع كونها أهلا لحضانتهم، وينطبق عليها نص المادة 186 (إذا تعينت لها) ولا يتصور (أن يتعين غيرها) مع كونها أهلا لحضانة صغارها، والا كيف يلزم غيرها بالحضانة مع وجودها وأهليتها مع امتناعها؟ فلا يتصور إلزام غيرها "وهو الأبعد"، مع وجودها هي "وهي الأقرب"، ويكون المعنى المتقرر لباقي نص المادة 186 (بأنها إذا لم تتعين للحضانة -كما لو وجد غيرها ممن له حق الحضانة - ورفضت الأُمّ حضانة الصغار لعدم قدرتها على ذلك، ألزم القاضي الأصلح ممن له حق الحضانة بها) والمدعية في دعوانا -على فرض أنها ليست أهلا للحضانة- فانه يليها في الالزام (أم الأُمّ)، ثم (أم الأب) ولم تبحث المحكمة في مدى صلاحية أحدهما للحضانة، بعد ادخالهما شخصا ثالثا مدعى عليه في الدعوى، هذا على فرض كون الأُمّ لا تصلح للحضانة".

فأوجبت محكمة الاستئناف الانتقال إلى الأُمّ لأم ثم الأُمّ لأب قبل الانتقال إلى غيرهما في حال امتناع الأُمّ.

ويؤخذ على ما جاء في حكم محكمة الاستئناف تفسيرها للتعيين بالنسبة للأُمّ حيث فسرته كونها أهلًا لحضانة الصغار، فما دامت أهلًا للحضانة فإنها متعينة وتلزم بها، وهذا التفسير غير دقيق، حيث إن تعيين الأُمّ يقصد به أن لا يوجد غيرها، أو يوجد غيرها لكنه ليس أهلًا لحضانة الصغار، ففي هذه الحالة تلزم بالحضانة، فإذا وجد غيرها وكان أهلًا للحضانة، فلها الامتناع، ويلزم القاضي من كان أصلح لحضانة الصغار.

الخاتمة:

وفيها أهم نتائج البحث:

1. ثبوت حق الحضانة لكل من المحضون والأُمّ، إلا أن حق الأُمّ بالحضانة مغاير لحق الصغير؛ فحق المحضون توفير الرعاية له بما يصلحه، وحفظ هذا الحق غير متعين بالأُمّ، وحق الأُمّ بعدم التفريق بينها وبين ولدها، وبالتالي فإن إسقاط الأُمّ لحقها في الحضانة لا ينافي حق المحضون، فيصح منها ذلك.
2. إذا عارض حق المحضون بالرعاية حق الأُمّ بالإسقاط، يقدم حق الصغير، وتجبر الأُمّ على الحضانة.
3. تصح مخالعة الأُمّ على إسقاط حقها بالحضانة ما لم يلحق ذلك ضرر بالمحضون.
4. إذا أسقطت الأُمّ حقها بالحضانة، أو خالعت عليه لا يحق لها الرجوع فيه، إلا إذا كان إسقاطها له لعذر، ولم يطل الأُمَد بعد زوال العذر.
5. ينتقل حق الحضانة إلى الأب في حال أسقطت الأُمّ حقها فيها، أو خالعت الأب عليها.

التوصيات:

1. أن يكون النص صريحا في قانون الأحوال الشخصية الأردني على حق الأُمّ إسقاط حقها في الحضانة إذا لم تتعين.
2. كان الأولى بالقانون أن يجيز المخالعة على إسقاط حق الحضانة في حال قدرة الأب على القيام بها؛ لأن القانون لا يلزم الأُمّ بالحضانة إلا في حال تعينها.

3. كان الأولى بالقانون أن يمنع الأُمّ من الرجوع إلى حق الحضانة، إلا إذا تركت حقها لعذر، ولم يطل الأُمَد على تركها الحق بعد زوال العذر؛ لأن ذلك أقرب إلى العدالة.

4. كان الأولى بالقانون أن يفصل مسألة رجوع الأُمّ إلى حضانة أولادها بعد إسقاطها حقها بنص صريح.

5. كان الأولى بالقانون أن ينقل حق الحضانة إلى الأب في حال قدرته على ذلك إذا امتنعت الأُمّ مع عدم تعينها، أو على أقل تقدير يراعي الترتيب الذي نص عليه في المادة 186.

المراجع

الإسنوي، ج. ع. (2009). *المهمات*. بيروت: مركز التراث الثقافي المغربي.

الإشبيلي، م. ع. (1992). *القبس*. دار الغرب الإسلامي.

الباجي، س. خ. (1332هـ). المنتقى. القاهرة: دار الكتاب الإسلامي.

البجيرمي، س. ش. (1995). *تحفة الحبيب*. دار الفكر.

البغوي، ح. م. (1997). *التهذيب*. دار الكتب العلمية.

البندنيجي، ي. أ. (1976). *التقفيه في اللغة*. بغداد: وزارة الأوقاف.

البهوتي، م. ح. (1993). *دقائق أولي النهى*. عالم الكتب.

البيهقي، أ. خ. (2003). السنن الكبرى. (ط3). بيروت: دار الكتب العلمية.

التسولي، ع. ت. (1998). *البهجة*. بيروت: دار الكتب العلمية.

التلمساني، م. أ. (1998). *مفتاح الوصول*. بيروت: مؤسسة الريان.

التوزري، ع. ز. (1339هـ). *توضيح الأحكام*. المطبعة التونسية.

الجندي، خ. م. (2008). *التوضيح*. مركز نجيبويه.

الجويني، ع. م. (2007). *ركن الدين*. دار المنهاج.

ابن الحاجب، ع. ي. (2000). *جامع الأُمّهات*. (ط2). اليمامة.

الحاكم، ع. ن. (1990). *المستدرك*. بيروت: دار الكتب العلمية.

أبو حبيب، س. (1988). *القاموس الفقهي*. سورية: دار الفكر.

ابن حجر، أ. ع. (1989). *التلخيص الحبير*. دار الكتب العلمية.

الحطاب، ش. م. (1992). *مواهب الجليل*. (ط3). دار الفكر.

الحلاق، ز. ح. (2010). *حقوق الله تعالى بين الإسقاط وعدمه في الفقه الإسلامي*. رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة أسلمية، غزة.

الخزرجي، ش. ش. (2000). *فتح العلام*. بيروت: دار الكتب العلمية.

الدميري، م. ش. (2004). *النجم الوهاج*. جدة: دار المنهاج.

الرحيباني، م. ش. (1994). *مطالب أولي النهى*. (ط2). المكتب الإسلامي.

ابن رشد، م. ق. (1988). *البيان والتحصيل*. بيروت: دار الغرب الإسلامي.

الرصاع، م. م. (1350هـ). *الهداية الكافية*. المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ.

الرملي، ش. ش. (1984). *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج*. بيروت: دار الفكر.

الروياني، ع. إ. (2009). *بحر المذهب*. دار الكتب العلمية.

الزركشي، ش. ح. (1993). *شرح الزركشي*. دار العبيكان.

الزركشي، ب. ب. (1985). *المنثور في القواعد الفقهية*. (ط2). وزارة الأوقاف الكويتية.

الزيادات، ع. ع. (2019). أثر السفر في إسقاط حق الحضانة: أحكامه، شروطه، ضوابطه، في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010. *مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون*. 46(4).

السرخسي، م. أ. (1993). *المبسوط*. بيروت: دار المعرفة.

الشبراملسي، ن. أ. (1984). *حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج*. بيروت: دار الفكر.

الشربيني، ش. ش. (1994). *مغني المحتاج*. دار الكتب العلمية.

الشرواني، ع. (1983). *حاشية الشرواني على تحفة المحتاج*. مصر: المكتبة التجارية الكبرى.

الشلبي، ش. ي. (1313هـ). حاشية الشلبي. بولاق: المطبعة الكبرى الأُمّيرية.

شليبك، أ. ص. (1999). *أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي*. دار النفائس.
ابن عابدين، م. ح. (1992). *رد المحتار*. بيروت: دار الفكر.
ابن عبد البر، ي. ق. (1980). *الكافي*. (ط2). الرياض: مكتبة الرياض الحديثة.
العدوي، ع. ص. (1994). *حاشية العدوي*. بيروت: دار الفكر.
عليش، م. م. (1989). *منح الجليل*. بيروت: دار الفكر.
عمر، أ. ع. (2008). *معجم اللغة العربية المعاصرة*. عالم الكتب، ط1، 1429هـ/ 2008م.
ابن فارس، أ. ز. (1979). *معجم مقاييس اللغة*. دار الفكر.
ابن قدامة، م. ح. (1994). *الكافي في فقه الإمام أحمد*. دار الكتب العلمية.
ابن قدامة، ش. أ. (1995). *الشرح الكبير*. القاهرة: دار هجر.
القرافي، ش. م. (1994). *الذخيرة*. بيروت: دار الغرب الإسلامي.
بني كنانة، أ. م. (2016). التعسف في استعمال حق الحضانة. *مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون*، 43(2).
المازري، م. م. (2008). *شرح التلقين*. دار الغرب الإسلامي.
الماوردي، ع. ب. (1999). *الحاوي الكبير*. بيروت: دار الكتب العلمية.
المرداوي، ع. س. (2003). *تصحيح الفروع*. مؤسسة الرسالة.
المزني، إ. إ. (1990). *مختصر المزني*. بيروت: دار المعرفة.
أبو المعالي، ب. ح. (2004). *المحيط البرهاني*. بيروت: دار الكتب العلمية.
ابن مفلح، إ. إ. (1997). *المبدع في شرح المقنع*. بيروت: دار الكتب العلمية.
ابن الملقن، س. م. (2004). *البدر المنير*. الرياض: دار الهجرة للنشر والتوزيع.
المناوي، ز. ح. (1990). *التوقيف على مهمات التعاريف*. القاهرة: عالم الكتب..
المواق، م. غ. (1994). *التاج والإكليل لمختصر خليل*. دار الكتب العلمية.
ابن نجيم، ز. م. (1999). *الأشباه والنظائر*. بيروت: دار الكتب العلمية.
ابن نجيم، س. إ. (2002). النهر الفائق. بيروت: دار الكتب العلمية.
النفراوي، أ. غ. (1995). *الفواكه الدواني*. دار الفكر.
النووي، م. ش. (1991). *روضة الطالبين وعمدة المفتين*. (ط3). بيروت: المكتب الإسلامي.
الهيتمي، أ. ح. (1983). *تحفة المحتاج*. مصر: المكتبة التجارية الكبرى.

References

Abu Al-Maali, B. H. (2004). *Almuheet alburhaani*. Beirut: Scientific Books House.

Abu Habib, S. (1988). *Fiqh dictionary*. Syria: Dar Al-Fikr.

Al Zyadat, E. A. (2019). Impact of travelling on the dropping of the right of custody: its rulings, conditions, and controls. *Dirasat: Shari'a and Law Sciences*, 46(4). Retrieved from: https://archives.ju.edu.jo/index.php/law/article/view/103911.

Al-Adawi, A. S. (1994). *Aladawi hashiyah*. Beirut: Dar Al-Fikr.

Al-Baghawi, H. M. (1997). *Altahdheeb*. Scientific Book House.

Al-Bahouti, M. H. (1993). *Daqaaeq uli alnuha*. The world of books.

Al-Bajirmi, S. S. (1995). *Tuhfat alhabib*. Daar Alfikir.

Al-Bandaniji, J. A. (1976). *Altafqeeh fi allughah*. Baghdad: Ministry of Awqaf.

Al-Bayhaqi, A. K. (2003). *Alsunnan alkubra*. (i 3). Beirut: Scientific Books House.

Al-Damiri, M. S. (2004). *Alnajam alwahhaj*. Jeddah: Dar Al-Minhaj.

Al-Eshbili, M. P. (1992). *Al-Qabas*. Islamic West House.

Al-Hakim, A. N. (1990). *Almustadrak*. Beirut: Scientific Books House.

Al-Hallaq, Z. H. (2010). *The rights of God Almighty between projection and its absence in Islamic jurisprudence*. Unpublished Master's Thesis, Islamic University, Gaza.

Al-Hattab, S. M. (1992). *Mawaheb aljaleel*. (i 3). House of thought.

Al-Hitami, A. H. (1983). *Tuhfat almuhtaaj*. Egypt: The Great Trade Library.

Alish, M. M. (1989). *Minah aljaleel*. Beirut: Dar Al-Fikr.

Al-Jundi, K. M. (2008). *Altawdeeh*. Najebaweh Center.
Al-Juwayni, A. M. (2007). *Rukun aldeen.* Minhaj House.
Al-Manawi, Z. H. (1990). *Altawqeef 'ala muhimaat alta'areef*. Cairo: The world of books.
Al-Mardawi, A. S. (2003). *Tasheeh alfuruu'*. Message Foundation.
Al-Mawardi, A. B. (1999). *Alhawi alkabeer*. Beirut: Scientific Books House.
Al-Mawwaq, M. G. (1994). *Altaaj wa alikleel limukhtasar khaleel*. Scientific Book House.
Al-Mazri, M. M. (2008 *Sharih altalqeen*. Western Islamic House.
Al-Muzni, E. A. (1990). *Mukhtasar almuzni*. Beirut: House of Knowledge.
Al-Nafrawi, A. G. (1995). *Alfawakeh aldawani*. House of thought.
Al-Nawawi, M. S. (1991). *Rawdat altalibeen wa 'umdat almufteen*. (3rd ed.). Beirut: The Islamic Bureau.
Al-Qarafi, S. M. (1994). *Althakheerah*. Beirut: Islamic West House.
Al-Rahibani, M. S. (1994). *Matalib uli alnuha*. (I 2). Islamic office.
Al-Rassa', M. M. (1350 AH). *Alhidayah alkafiyah*. Scientific Library, 1, 1350 AH.
Al-Ruyani, A. A. (2009). *Bahir almadhab*. Scientific Book House.
Al-Sharwany, A. (1983). *Sherwani's footnotes on tuhfat almuhtaaj*. Egypt: The Great Trade Library.
Al-Shbramelsi, N. A. (1984). *Al-Shabramlsi's footnotes on Nihayat almuhtaaj*. Beirut: Dar Al-Fikr.
Al-Tawzari, A. G. (1339 AH). *Tawdheeh alahkaam*. Tunisian Press.
Al-Tilmisani, M. A. (1998). *Muftaah alwusuul*. Beirut: Al Rayan Foundation.
Al-Zarkashi, B. B. (1985). *Almnthor in the rules of jurisprudence*. (2nd Ed.). Kuwaiti Ministry of Awqaf.
Al-Zarkashi, S. H. (1993). *Al-Zarkashi's explanation*. Obeikan House.
Asnoi, C. P. (2009). *Almuhimaat*. Beirut: Moroccan Cultural Heritage Centre.
Baji, S. K. (1332 AH). *Almuntaqa*. Cairo: Islamic Book House.
Bani Kenaneh, A. M. (2016). The abuse of the right of custody. *Dirasat: Shari'a and Law Sciences*, 43(2).
El-Sherbiny, S. S. (1994). *Mughni almuhtaaj*. Scientific Book House.
Ibn Abd al-Bar, Y. S. (1980). *Alkafi*. (I 2). Riyadh: Modern Riyadh Library.
Ibn Abdeen, M. H. (1992). *Radd almuhtaar*. Beirut: Dar Al-Fikr.
Ibn al-Hajib, P. J. (2000). *Jami' alumahaat*. (I 2). dove;
Ibn al-Mulqen, S. M. (2004). *Albadir almunir*. Riyadh: Dar Al-Hijrah for Publishing and Distribution.
Ibn Faris, A. G. (1979). *A dictionary of language standards.* House of thought.
Ibn Hajar, A. P. (1989). *Altalkhees alhabeer*. Scientific Book House.
Ibn Mufleh, I. A. (1997). *Almubdi' fi sharih almuqni'*. Beirut: Scientific Books House.
Ibn Njeim, S. A. (2002). *Alnaher alfa'eq*. Beirut: Scientific Books House.
Ibn Njeim, Z. M. (1999). *Alashbaah wa alnatha'er*. Beirut: Scientific Books House.
Ibn Qudamah, M. H. (1994). *Alkafi for the jurisprudence of Imam Ahmed.* Scientific Book House.
Ibn Qudamah, S. A. (1995). *Alsharih alkabeer*. Cairo: Dar Hajar.
Ibn Rushd, M. S. (1988). *Albayan wa altahseel*. Beirut: Islamic West House.
Khazraji, S. S. (2000). *Fatih al'allam*. Beirut: Scientific Books House.
Omar, A. P. (2008). *Contemporary Arabic Dictionary*. The World of Books, 1, 1429 AH / 2008AD.
Ramli, S. S. (1984). *Nihayah almuhtaaj ila sharih alminhaaj*. Beirut: Dar Al-Fikr.
Sarakhsi, M. A. (1993). *Almabsuut*. Beirut: House of Knowledge.
Schlebeck, A. S. (1999). *Provisions of isqaat in Islamic jurisprudence*. The House of Preciousness.
Shalaby, S. J. (1313 AH). *Chalabi's footnotes*. Bulaq: The Great Amiri Press.s
Tsouli, P. T. (1998). *Albahjah*. Beirut: Scientific Books House.