بحث محكم

الحق في الحضانة وأثره في اشتراط إسقاط الحضانة في عقد الخلع

إعداد

د. خالد بن عبدالرحمن المهنا

الأستاذ المساعد في كلية الشريعة - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

ملخص البحث:

يركز البحث على مسألة مهمة من المسائل التي تُعرض عند الشقاق بين الزوجين، ويكون محل نظرها المحاكم الشرعية. صورة هذه المسألة: أن المرأة أثناء طلبها فراق الزوج بالخلع، يشترط الزوج لإتمام الأمر أن يكون له الانفراد بحضانة الأولاد مقابل التنازل عن فراق الزوجة، ويكون هذا التنازل شرطاً ضمن العوض المالي للزوج، ويلجأ له الزوج متى ما غلب على ظنه أن الأم أولى بالحضانة وأحق بها، وأنَّ الجانب القضائي في جانب الأم، وعليه فيجعل إسقاط حق حضانتها للأولاد من باب المعاوضة على إتمام الخلع.

هذا البحث يجيب عن مدى صحة واعتبار هذا الشرط.

من خلال البحث والدراسة تبيَّن لي أن هذا الاشتراط غير صحيح وغير معتبر شرعاً فيما لو تم الخلع، وعليه؛ فيحق للأم العودة والمطالبة بحضانة أولادها وإرجاعهم إليها ما دام أنها الأحق بالحضانة. وتضمن البحث التوصية بنشر الوعي بين الآباء بأن الحضانة أمر وتكليف شرعي لا يسوغ أن يتم الخلاف حوله لأسباب خارجة عن مصلحة الأولاد.

المقدمة:

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن الزواج من أوثق العقود، وقد سمّاه الله تعالى ميثاقاً غليظاً، كما قال تعالى: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا ﴾النساء: ٢١، وقد يصل الأمر بين الزوجين إلى أن يكون التسريح بإحسان خيراً من البقاء مع الشقاق، يقول الله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾البقرة: ٢٢٩، فالفداء من المرأة يكون بالمخالعة من زوجها السابق في أحكام معروفة في كتاب الخلع.

ويعظم أمر الفراق بين الزوجين إذا كان لهما أولاد، وخصوصاً إذا كانوا بحاجة إلى رعاية وتربية؛ فإن الأمر يكون وقعه وأثره أشد، فربما كان لوجودهم أثر كبير في بقاء الزوجية.

ومن الملاحظ في الفترة الأخيرة - للأسف- كثرة الطلاق والفراق بين الأزواج لأسباب واهية، ومن آثار هذا الفراق: الاختلاف في من يتولى حضانة الأولاد. وقد رتَّب الشرع الحكيم على هذا الأمر أحكاماً وقواعد يستطيع الفقيه من خلالها استنباط الأحكام الشرعية العملية التي تعود على الأطراف بالمصلحة، مراعياً جوانب مهمة لكل الأطراف.

وهذا البحث ينظر من زاوية محددة؛ هي أنَّ الفراق وعلى وجه الخصوص بعقد الخلع، قد يشترط فيه الزوج على زوجه لإتمام الخلع أن يكون الأولاد عنده وتحت حضانته ورعايته، وتسهم رغبة المرأة في الخلع والفكاك من هذا الزوج؛ فإنها توافق

مجبرة على هذا الأمر في أوله، ثم ما تلبث أن ترغب في أولادها فترفع دعوى على زوجها السابق رغبة في إعادة حضانة أولادها إليها. فهل يحق لها ذلك؟ أي أن تعود بالمطالبة بما أسقطته سابقاً؟ ومنه يتبيّن: هل يحق للأب اشتراط هذا الشرط بإسقاط حق الأم في الحضانة؛ كعوض على الخلع ابتداءً؟

هذا البحث يجيب عن التساؤل المهم في هذا البحث: هل يصح اشتراط إسقاط حق الأم في عقد الخلع كعوض عن الموافقة على المخالعة؟

وقد قسمت البحث إلى مبحثين:

المبحث الأول: الحق في الحضانة وإسقاط الحق في الحضانة في عقد الخلع .

ويحتوي على أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الحضانة.

المطلب الثاني: الحق في الحضانة.

المطلب الثالث: انتقال الحضانة إذا أسقطته الأم إلى من بعدها.

المطلب الرابع : اشتراط إسقاط الحق في الحضانة في عقد الخلع .

المبحث الثاني: تطبيقات قضائية

ويحتوي على ثلاثة تطبيقات:

التطبيق الأول: حكم قضائي يتضمن الحق في حضانة الأم التي لم تتزوج.

التطبيق الثاني: حكم قضائي يتضمن المعاوضة على إسقاط النفقة بترك المطالبة بالحضانة.

التطبيق الثالث: حكم قضائي يتضمن طلب إعادة الحضانة إلى الأم بعد تنازلها عنه في عقد الخلع .

المبحث الأول:
الحق في الحضانة وإسقاط الحق في الحضانة في عقد الخلع

المطلب الأول:
تعريف الحضانة:

في اللغة:

« الحِضْنُ: ما دون الإبط إلى الكشح. وحِضْنا الشيء: جانباه. ونواحي كل شيء أحضانُه... وحَضَن الطائر بيضه يَحْضِنُهُ؛ إذا ضمَّه إلى نفسه تحت جناحِه. وكذلك المرأة إذا حَضَنَتْ ولدها. وحاضِنَةُ الصبيّ: التي تقوم على تربيته[1]».

وفي القاموس المحيط: «الحِضْن: بالكسر: ما دون الإبط إلى الكَشْح، أو الصدر والعَضُدان وما بينهما، وجانب الشيء وناحِيَتُهُ... وحَضَن الصبيَّ حَضْناً وحِضانةً، بالكسر: جَعَله في حِضْنه، أو ربَّاه؛ كاحتضنه..[2] ».

وفي المعجم الوسيط: «وحَضَنَه - حَضْناً، وحضَانةً: جعله في حِضْنِه... وحَضَن الرجلُ الصبيَّ:: رعاه وربَّاه؛ فهو حاضنٌ...) الحضانةُ): الوَلاَية على الطفل؛ لتربيته وتدبير شئونه»[3].

وفي مقاييس اللغة: «(حَضَنَ) الْحَاءُ وَالضَّادُ وَالنُّونُ أَصْلٌ وَاحِدٌ يُقَاسُ، وَهُوَ حفظُ الشَّيْءِ وَصِيَانَتُهُ. فَالْحِضنُ مَا دون الْإِبِطِ إِلَى الْكَشْحِ; يُقال احْتَضَنْتُ الشَّيْءَ جَعلْتُهُ في حِضْنِي... ومن الباب حَضَنَتِ المرأةُ ولَدَهَا، وكذلك حَضَنَتِ الْحَمَامَةُ بَيْضَهَا. وَالْمُحتَضَنُ: [الْحِضْنُ]»[4].

---

(١) الصحاح، للجوهري (٥/٢١٠١-٢١٠٢).
(٢) القاموس المحيط (١٥٣٦-١٥٣٧).
(٣) المعجم الوسيط (١٨٢).
(٤) مقاييس اللغة (٢٦٩).

في الاصطلاح:

لم يختلف الفقهاء في المراد بالحضانة وفق مفهومه العام، لذا قارب الفقهاء المعنى اللغوي بالوصف العام للحضانة؛ بتعريفه أنه: حفظ الولد والعناية به وضمه للحاضن دون غيره.

ومن الفقهاء من عرّفه بما يشمل الحضانة؛ من العناية بتنظيفه وتدهينه وتقليبه أثناء النوم... وغيره من مقتضيات ولوازم القيام بالحضانة.

وأُورِد هنا جملة من التعريفات الموضحة لما سبق ذكره:

من التعريفات بمفهوم الحضانة العام:

ماذكره صاحب مجمع الأنهر: «وشرعاً تربية الأم، أو غيرها الصغيرَ أو الصغيرة[٥]».

وللمالكية جاء في حاشية العدوي: «وهي في الشرع الكفالة، والتربية، والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه[٦]».

تعريف زكريا الأنصاري الشافعي في أسنى المطالب: «(وهي حفظ من لا يستقل) بأموره (وتربيته) بما يصلحه، وهي نوع ولاية وسلطنة[٧]».

وفي كشاف القناع للبهوتي الحنبلي: «(وهي (أي الحضانة) حفظ صغير ومجنون ومعتوه وهو المختل العقل بما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم[٨]..».

أما التعريف بما تتضمنه الحضانة، فمن ذلك:

---

(٥) (مجمع الأنهر) ١/٤٨٠-٤٨١).

(٦) (حاشية العدوي) ٢/١٢٩-١٣١)، وقد بين بعض الشافعية أن الحضانة للصغير تنتهي بالتمييز، وأما بعده إلى البلوغ فتسمى كفالة. ينظر: حاشية البجيرمي على الخطيب (٤/١٠٤-١٠٥)، كما أن الحضانة لا تلزم للبالغ، ينظر: البيان للعمراني (١١/٢٧٤).

(٧) أسنى المطالب (٣/٤٤٧)، ومثله في حاشيتي قليوبي وعميرة) ٤/٨٩-٩٠) وحاشية الجمل (٤/٥١٥-٥١٧).

(٨) كشاف القناع (٥/٤٩٥-٤٩٦)، ومثله في مطالب أولي النهى (٥/٦٦٥-٦٦٦)، الروض المربع (١/٤٣٩).

يقول الكاساني الحنفي: «فحضانة الأم ولدها هي ضمها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه[٩]».

وفي شرح حدود ابن عرفة المالكي: «هي محصول قول الباجي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه[١٠]».

وعند الشافعية ورد في مغني المحتاج أن الحضانة: «والحضانة حفظ صبي وتعهده بغسل رأسه وبدنه وثيابه ودهنه وكحله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوها[١١]».

وعند الحنابلة ورد كثيراً بعد تعريف الحضانة بالمفهوم العام بذكر ما تتضمنه تفصيلاً؛ فمثلاً ورد في كشاف القناع للبهوتي: «(وهي (أي الحضانة) حفظ صغير ومجنون ومعتوه وهو المختل العقل بما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم كغسل رأس الطفل و(غسل) يديه و(غسل) ثيابه وكـ(دهنه وتكحيله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوه) أي ما ذكر مما يتعلّق بمصالحه[١٢]».

وبذلك يتبيّن من خلال التعريفات السابقة أن المفهوم العام للحضانة متفقٌ عليه، وأما بعض التفصيلات؛ مثل:

- هل يُقال: حضانة المجنون أم كفالة المجنون أو الولاية على المجنون؟ فهي وإن اختلفت لفظاً فإن المراد بها العناية والتكفّل به ومراعاة مصالحه.

- وكبيانهم: هل يُقال على الصغير بعد التمييز وقبل البلوغ؛ محضون أم مكفول؟ فمثلُ ما سبق في المجنون. وبهذا المعنى والتمثيل نستطيع الخروج بالمعنى العام من

(٩) بدائع الصنائع (٤/٤٠-٤١).
(١٠) شرح حدود ابن عرفه (١/٢٣٠)، ومثله في مواهب الجليل (٤/٢١٤).
(١١) مغني المحتاج (٣/٤٦٢-٤٦٥).
(١٢) كشاف القناع (٥/٤٩٥-٤٩٦)، ومثله في مطالب أولي النهى (٥/٦٦٥-٦٦٦)، الروض المربع (١/٤٣٩).

الحضانة أنها: «تربية الطفل، وصيانته في بدنه وأخلاقه، وكل ما يصلحه».

وهذا المعنى يعود إلى العرف في بعض تفصيلاته، مما قد بيَّنه الفقهاء فراعوا أهمية العرف، كما جاء في مغني المحتاج عند تعداد ما يجب على الحاضن فقال: «(وكحله) وإضجاعه (وربطه في المهد) وهو سرير الرضيع (وتحريكه) على العادة (لينام ونحوها) مما يحتاج إليه الرضيع؛ لاقتضاء اسم الحضانة عرفاً لذلك؛ ولحاجة الرضيع إليها..[١٣]».

المطلب الثاني:

الحق في الحضانة:

هذه المسألة تعتبر أحد أصول مسألة إسقاط الأم حقها في الحضانة.

والمراد بها هنا: مَن صاحب الحق في الحضانة؟ وما ثمرة ذلك؟

وقد اختلف الفقهاء - رحمهم الله- في الحق في الحضانة؛ هل هي حق للحاضن أم للمحضون أم لهما على أربعة آراء:

الرأي الأول: أن الحضانة حق للحاضن.

وقال به الحنفية، وهو المفتى به عندهم[١٤]. وهو رأي للمالكية، قيل إنه المشهور في مذهب مالك[١٥]، وقول في مذهب الإمام أحمد[١٦].

وثمرة اختيار هذا الرأي:

---

(١٣) مغني المحتاج (٣/٤٦٢-٤٦٥).

(١٤) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/٢٠٨).

(١٥) ينظر: شرح ميارة (١/٢٦٨-٢٧٠)، التاج والإكليل (٥/٥٩٣-٥٩٨)، مواهب الجليل (٤/٢١٥-٢١٦)، شرح مختصر خليل (٤/٢١٣)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٢/٧٦٣-٧٦٤).

(١٦) ينظر: الفروع (٥/٦١٧-٦١٨)، الإنصاف (٩/٤٢٦-٤٢٧)، المبدع (٧/١٨٥-١٨٦)، زاد المعاد (٥/٤٥١).

١- أنه إذا أسقط من له الحق في الحضانة سقطت الحضانة عنه.

٢- هل لمن أسقطها حق المطالبة بها مرة أخرى؟ فلو طالبت الأم بالحضانة بعد إسقاطها فهل تعود إليها؟ غالب الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة على أنه يعود إليها[١٧].

٣- كما تتفرّع على المسألة مسألة الخيار، وهل يورث؟

٤- وزاد بعض العلماء أنه يجوز للحاضن أخْذ أجرة على الحضانة، وإلا وجبت عليه مجاناً[١٨].

دليل هذا الرأي:

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ۚ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ البقرة: ٢٣٣.

وجه الدلالة: أن الرضاع حق للأم؛ لأنها أحنَّ وأرقَّ من غيرها بولدها. وهذا الحنان موجود ومتوفر حتى بعد الرضاع، وعليه فإنه لا يسقط[١٩].

---

(١٧) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/٢٠٨)، تكملة المجموع (٢٠/٢٢٣)، المغني (١١/٤٢٧). ومن تعليلاتهم في ذلك: أن الحق للأم يثبت شيئاً فشيئاً فيسقط الكائن لا المستقبل.

(١٨) ينظر: شرح ميارة (١/٢٦٨-٢٧٠)، الفروع (٥/٦١٧-٦١٨)، الإنصاف (٩/٤٢٦)، المبدع (٧/١٨٥-١٨٦)، والشافعية مع أن رأيهم يميل إلى حق المحضون إلاَّ أنهم يرون عودتها إلى المستحق أيضاً، كما لو طلقت الأم المزوجة بأجنبي فلها حق المطالبة بالصغير. ينظر: تكملة المجموع (٢٠/٢٢٣).

(١٩) ينظر: تفسير القرطبي (٣/١٦٤-١٦٦)، وعامة أدلة هذا الرأي متوجه إلى أن هذا السقوط لو زال مانعه عاد إلى صاحبه.

الدليل الثاني:

قوله صلى الله عليه وسلم: «أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحي» رواه أبو داود[٢٠]

وجه الدلالة: في قوله «أحق» دلالة على أن لها حقاً في الحضانة. فالأصل أن الأم أحق بالحضانة؛ ما لم يكن بها مانع كالزوجية، أو بالولد وصفٌ يقتضي التخيير. والحضانة حق للمحضون؛ وهو هنا في هذه القضية التي ورد فيها الحديث للمرأة، فإن تَرَكَتْها انتقلت إلى غيرها[٢١].

أما سقوط حضانة الأم التي تزوجت فبسبب مراعاة حق الزوج[٢٢].

الرأي الثاني: أن الحق في الحضانة للمحضون.

وهو قول عند الحنفية، اختاره بعضهم[٢٣]، ورأيٌ عند المالكية[٢٤]، واختيار الشافعية[٢٥]، وقولٌ عند الإمام أحمد[٢٦].

وثمرة هذا الرأي:

---

(٢٠) رواه أبو داود في كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، برقم:٢٢٧٦، والإمام أحمد في مسنده برقم: ٦٧٠٧، وحسن إسناده الألباني كما في إرواء الغليل (٢٤٤/٧)، والشيخ شعيب الأرناؤوط في تحقيقه على زاد المعاد (٤٣٢/٥)

(٢١) ينظر: زاد المعاد (٤٣٥/٥، ٤٤١، ٤٥٢). في ص ٤٤١ أشار إلى أن دليل كون المرأة إذا تركت حقها انتقلت الحضانة إلى غيرها: ما جاء في الحديث عن تنازع حضانة ابنة حمزة بين علي وجعفر وزيد، في القصة المشهورة في الصحيحين. وبيان ذلك: أن عمة ابنة حمزة) كانت صفية (، وكانت أحق بالحضانة من خالاتها في رأي ابن القيم – رحمه الله– ولأنها لم تطلبها فقد انتقلت الحضانة إلى من طلبها.

(٢٢) ينظر: زاد المعاد (٥/ ٤٥٢، ٤٨٤).

(٢٣) ينظر: حاشية ابن عابدين (٢٠٨/٥).

(٢٤) ينظر: شرح ميارة (٢٦٨/١-٢٧٠)، التاج والإكليل (٥٩٣/٥-٥٩٨)، مواهب الجليل (٢١٥/٤-٢١٦).

(٢٥) ينظر: البيان للعمراني (٢٧٤/١١)، تكملة المجموع (٢٢٢/٢٠).

(٢٦) ينظر: الفروع (٦١٧/٥-٦١٨)، الإنصاف (٤٢٦/٩-٤٢٧)، المبدع (١٨٥/٧-١٨٦). وهو ما يفهم من اختيارات ابن قدامة رحمه الله حيث يقول في المغني (٤١٨/١١): «ولنا، أن الغرض بالحضانة الحظ، والحظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها؛ لأنها تحتاج إلى حفظ، والأب أولى بذلك..». ثم قال ايضاً في المغني (٤١٩/١١) في الغلام: «لأن القصد حظ الغلام، وحظه فيما ذكرناه». وعلى ذلك؛ فإن المعول في المسألة النظر في الأصلح له.

١- أن الحق لا يسقط عن من وجبت عليه الحضانة حتى لو أسقطه[٢٧].

٢- وبنى بعضهم على هذا الرأي: تقديم الجدة للأب على من مثلها كالجدة للأم[٢٨].

٣- وبناء عليه؛ فإنه متى سقط حق الحضانة عن الحاضن فإنه لا يعود إليه[٢٩].

دليل هذا الرأي:

الدليل الأول:

قوله صلى الله عليه وسلم: «أنتِ أحق به ما لم تنكحي» رواه أبو داود[٣٠]

وجه الدلالة: أن الأم إذا تزوجت فقد انشغلت بحقوق الزوج؛ مما قد يعيقها عن تربية الولد. وعليه؛ فلما أسقط حقها بزواجها، دلَّ على أن الذي يُراعى هو حق المحضون بأن يكون عند من هو أفضل له ومنشغل به عمَّا سواه[٣١].

الدليل الثاني:

أن الأم تُجبر على الحضانة لو لم يوجد غيرها من ذوي رَحِمٍ مَحْرَمٍ حتى لا يضيع الولد[٣٢].

الرأي الثالث: أن الحق في الحضانة للحاضن والمحضون معاً.

وهو قول لبعض الحنفية[٣٣] ورأيٌ للمالكية، رجحه بعضهم[٣٤].

(٢٧) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/٢٠٨)، شرح ميارة (١/٢٦٨-٢٧٠)، الفروع (٥/٦١٧-٦١٨)، الإنصاف (٩/٤٢٦)، المبدع (٧/١٨٥-١٨٦).

(٢٨) ينظر: التاج والإكليل (٥/٥٩٣-٥٩٨)، مواهب الجليل (٤/٢١٥-٢١٦)، وفي هذه المسألة كلام طويل، وممن أطال فيه النَّفس: ابن القيم في زاد المعاد (٥/٤٣٩).

(٢٩) ينظر: حاشية الدسوقي (٢/٥٣٢).

(٣٠) سبق تخريجه

(٣١) هذا الاستدلال مستنبط من مفهوم كلام العلماء، وينظر: شرح مختصر خليل (٤/٢١٣).

(٣٢) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/٢٠٨).

(٣٣) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/٢٠٨).

(٣٤) ينظر: شرح ميارة (١/٢٦٨-٢٧٠)، التاج والإكليل (٥/٥٩٣-٥٩٨)، وممن رجحه: الباجي وابن محرز.

ومال إليه من الحنفية ابن عابدين؛ جمعاً بين الرأيين في مذهبهم[٣٥].

وعلى هذا الرأي؛ فإنه لا يسقط الحق على من وجبت عليه إذا أسقطها.

دليل هذا الرأي:

أن الفروع الواردة في باب الحضانة لا تطّرد إلا مع هذا الرأي؛ فمثلاً: المشهور عند المالكية أن الحاضن لا تجب له أجرة بمجرد الحضانة؛ فلو لم تكن حقاً له لفرضت عليه الأجرة[٣٦].

كما استدل مَن رأى من الحنفية هذا الرأي: بأن الأم تُجبر على الحضانة لو لم يوجد غيرها من ذوي رَحِم مَحرم حتى لا يضيع الولد. ولو وجد غيرها وامتنعت الأم ورضي غيرها - كالجدة- بالحضانة انتقلت الحضانة إليها؛ لأن الحضانة حق الأم وقد أسقطته. وعليه؛ فقد تم مراعاة حقها لمَّا طلبته. ولمَّا امتنعت لم تجبر مع وجود غيرها ممن فيه كفاية[٣٧].

الرأي الرابع: أن الحق في الحضانة لله تعالى وهو رأيٌ للمالكية، ورجَّحه بعضهم[٣٨].

وعلى هذا الرأي؛ فإنه لا يسقط الحق عن من وجبت عليه؛ كالأم إذا أسقطتها.

ولم أرَ لهذا الرأي دليلاً مع أنه مذكور لدى المالكية. ويبدو لي أنه قولٌ مشابه في ثمرته للقول الثالث. فالله أعلم.

الترجيح:

بعد التأمل في مسائل كتاب الحضانة ومسائلها، ثم النظر في حال المحضون

(٣٥) ينظر: حاشية ابن عابدين (٢٠٨/٥).
(٣٦) ينظر: شرح ميارة (٢٦٨/١-٢٧٠)، حاشية العدوي (١٢٩/٢).
(٣٧) ينظر: حاشية ابن عابدين (٢٠٨/٥).
(٣٨) ينظر: شرح ميارة (٢٦٨/١-٢٧٠).

والحاضن، يظهر لي أن الحضانة حق للمحضون وللحاضن، وتقدير صلاحه - خاصة للمحضون-أمر ممكن عن طريق القاضي بما لديه من أدوات اجتهادية. والقول بهذا الأمر - كما قال بعض العلماء- هو الذي يجمع الفروع في باب الحضانة، ومن ثمَّ ينظر إلى حال المحضون من حيث الأصلح له تربيةً وتنشئةً، وحال الحاضن - خاصة فيما لو كان أحد الأبوين - من الرغبة في ضم الولد والأنس به، والسرور الذي فطر الله خلقه عليه من رؤية الأولاد حوله؛ وهي حاجة بشرية مستقرة يقول الله تعالى: ﴿ٱلْمَالُ وَٱلْبَنُونَ زِينَةُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۖ وَٱلْبَٰقِيَٰتُ ٱلصَّٰلِحَٰتُ خَيْرٌ عِندَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا﴾الكهف: ٤٦. ويضاف لذلك ما قد يراه أحد الابوين أن من صالح المحضون أن يكون لديه؛ لرغبته في تنشئته بطريقةٍ يرتضيها ويراها الأصلح، ونحو ذلك من الدواعي.

ثم إن ما استدل به من قال بأنه حق للحاضن بقوله صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق له ما لم تنكحي..». هو ما استدل به الطرف الآخر ممن قال بأنه حق للمحضون؛ مما يدل على أن الاستدلال بهذا الحديث غير صريح في الأمر. والذي يبدو لي أن الحديث كان في سياق استحقاق حاضن على آخر، وليس من قبيل هذه المسألة صراحة.

المطلب الثالث:

انتقال الحضانة إذا أسقطته الأم إلى من بعدها.

إذا تركت الأم حقها في الحضانة مع استحقاقها أو سقط لمانع كالزوجية أو غيره، فتنتقل إلى غيرها. لكن: هل تنتقل إلى الأب أم إلى الجدة «أم الأم»؟

في المسألة رأيان، هما:

الرأي الأول: تنتقل إلى الأب.

وهو وجهٌ عند الشافعية[٣٩]، ووجهٌ عند الحنابلة[٤٠].

دليل هذا الرأي:

الدليل الأول:

أن الأم إذا أسقطت حقها في الحضانة سقط فرعها - وهو أمها-؛ فإن أمهاتها فرعٌ عليها في الاستحقاق[٤١].

أُجيب عن هذا الدليل:

أن كون الجدات فرعاً عن الأم لا يُسقط حقوقهن بسقوط حق الأم، كما لو سقط حق الأم في الحضانة؛ لزواجها أو لمانع آخر[٤٢].

الدليل الثاني:

أنه لا حَقَّ للجدة مع بقاء الأم فلم تنتقل إليها، وذلك كالولي إذا عَضَل[٤٣] عن النكاح فإن الولاية لا تنتقل إلى من دونه من الأولياء[٤٤].

---

(٣٩) ينظر: تكملة المجموع (٢٣١/٢٠).

(٤٠) ينظر: المغني (٤٢٧/١١)، الكافي لابن قدامة (٢٤٦/٣).

(٤١) ينظر: المغني (٤٢٧/١١)، الكافي لابن قدامة (٢٤٦/٣).

(٤٢) ينظر: المغني (٤٢٧/١١)، الكافي لابن قدامة (٢٤٦/٣).

(٤٣) العضل في الاصطلاح، كما عرفه البهوتي في كشاف القناع (٥٤/٥): «(والعضل منعها (أن تتزوج) بكفء إذا طلبت ذلك ورغب كل منهما في صاحبه (بما صح مهرا) ولو (كان) بدون مهر مثلها) يقال: داء عضال إذا أعيا الطبيب دواؤه، وامتنع عليه».

(٤٤) ينظر: تكملة المجموع (٢٣١/٢٠).

أجيب عن هذا الدليل:

أن قياس الحضانة على الولاية قياس مع الفارق؛ فالحاكم بنفسه يقوم مقام العاضل في ولاية النكاح، بخلاف الحضانة فإن الحاكم لا يقوم بنفسه، بل يحكم بها لغيره[٤٥].

الرأي الثاني: تنتقل إلى أمهاتها -أي جدة المحضون- أم الأم وأمهاتها:

وهو قولُ الحنفية[٤٦]، وقول المالكية[٤٧]، والرأي المعتمد عند الشافعية[٤٨]، وهو وجهٌ آخر عند الحنابلة، صححه ابن قدامة[٤٩].

أدلة هذا الرأي:

الدليل الأول:

أنه إذا سقط حق الأم أصبحت كالميتة. وسقوط القريب لمعنى اختُصَّ به دون مَنْ بعده؛ فتنتقل لمن بعدها وهو الجدة[٥٠].

الدليل الثاني:

أن الأب أَبعدُ، وقد وُجِد من هو أقرب - وهو الجدة أم الأم -، فلا تنتقل من الأقرب إلى الأبعد، كما لا تنتقل الحضانة إلى الأخت[٥١].

---

(٤٥) ينظر: تكملة المجموع (٢٣١/٢٠).

(٤٦) ينظر: حاشية ابن عابدين (٢٠٨/٥).

(٤٧) ينظر: حاشية الدسوقي (٥٣٢/٢)، مواهب الجليل (٢١٨/٤)، وزاد أنها الرواية المشهورة في منح الجليل (٤٢٢/٤)، شرح مختصر خليل للخرشي (٢١٧/٤-٢١٨)،، وفيها: أن بعض المالكية قيَّده بشرط انفراد الجدة بالسكن.

(٤٨) ينظر: الغرر البهية (٤٠٩/٤)، مغني المحتاج (١٩٧/٥)، تكملة المجموع (٢٣٠/٢٠).

(٤٩) ينظر: المغني (٤٢٧/١١)، الكافي لابن قدامة (٢٤٦/٣)..

(٥٠) ينظر: حاشية ابن عابدين (٢٠٨/٥)، المبدع (٢٣٣/٨).

(٥١) ينظر: المغني (٤٢٧/١١)، الكافي لابن قدامة (٢٤٦/٣).

الترجيح:

الذي يتبيّن للباحث رُجحان القول الثاني. فإنه الأقوى دليلاً وتعليلاً، كما أنه تمت الإجابة عن أدلة القول الأول.

المطلب الرابع:

إسقاط الحق في الحضانة في عقد الخلع[٥٢].

لو أن الأم المستحقة للحضانة أرادت مخالعة زوجها، فوافق على أن يكون له حق حضانة الأولاد عوضاً عن الخلع، وجعل هذا الأمر شرطاً لإتمام عقد الخلع؛ فهل يصح ذلك ويكون الشرط نافذاً؟

والمسألة هنا ليست في جواز الإسقاط فإن الأم لا تُلزم بالحضانة ما دامت لم تتعين عليها؛ إنما المسألة في طلبها عودة الحضانة بعد إسقاطها لحقها في الحضانة كعوض في عقد الخلع، وهذا يكون بعد نفاذ الخلع.

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه يصح الخلع ويبطل الشرط.

(٥٢) كتاب الخلع يأتي بعد كتاب الطلاق، ويعرفه الحنفية بأنه: «أخذ المال بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع» كما في تبيين الحقائق ٢٦٧/٢، وعرفه بعضهم بأنه: «عقد بين الزوجين المال فيه من المرأة تبذله فيخلعها أو يطلقها» ينظر الجوهرة النيرة ٥٩/٢. وعرّفه المالكية بأنه: «الطلاق بعوض» ينظر: التاج والإكليل ٢٦٨/٥ وعرّفه الشافعية بأنه: «فرقة بعوض مقصود يحصل للزوج أو لسيده» ينظر: الغرر البهية ٢٢٦/٤ وعند الحنابلة: «فراق الزوج امرأته بعوض، على المذهب. وبغيره على اختيار الخرقي، بألفاظ مخصوصة»، كما في الإنصاف ٣٨٢/٨ والمبدع ٢٦٧/٦.

وهو قول جمهور العلماء من الحنفية[٥٣]، والشافعية[٥٤]، والحنابلة[٥٥]، ورواية عند المالكية[٥٦].

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية:

الدليل الأول:

أن حق الحضانة حق متجددٌ، يتجدد كلما طلبه صاحبه كالنفقة[٥٧].

الدليل الثاني:

أن الحضانة حق للولد فلا تملك الأم إبطاله[٥٨].

فالحضانة ليست حقاً مالياً يُعتاض عنه، كما أنه حق مشترك بين الحاضن والمحضون.

القول الثاني: أنه يصح الخُلع ويلزم الشرط.

وهو قول المالكية[٥٩]

وقيَّده الإمام مالك – رحمه الله– بألا يكون في ذلك مضرَّة للصبي[٦٠].

ورواية عند الحنابلة: أنها إذا أسقطت حقها في الحضانة فليس لها العود إليه، سواء بعوض أم بغير عوض[٦١].

استدل أصحاب هذا القول:

(٥٣) ينظر: المبسوط (١٦٩/٦)، البحر الرائق (١٨٠/٤)، حاشية ابن عابدين (٢٠٨/٥).
(٥٤) ينظر: نهاية المحتاج (٣٩٩/٦-٤٠١).
(٥٥) ينظر: الإنصاف (٤٢١/٩)، كشاف القناع (٤٩٨/٥).
(٥٦) ينظر: الشرح الصغير (٧٦٣/٢).
(٥٧) ينظر: كشاف القناع (٤٩٨/٥).
(٥٨) ينظر: حاشية ابن عابدين (٢٠٨/٥)، موسوعة جمال (٣٠٢/٨).
(٥٩) ينظر: حاشية الدسوقي(٥٣٢/٢)، مواهب الجليل ٠(٢٣/٤-٢٤)، شرح مختصر خليل للخرشي (١٣/٤-١٤).
(٦٠) ينظر: المدونة (٢٤٧/٢).
(٦١) ينظر: الإنصاف (٤٢١/٩).

الدليل الأول:

أن الحق لها، وقد أسقطته، فالحضانة حق للحاضن متى ما أسقطته لم يتعيّن عليها إذا وجد غيرها[٦٢].

والإسقاط نوع من المقابلة بالعوض وإن لم يكن مالاً[٦٣].

ويمكن الجواب عن ذلك:

أولاً: أن الصحيح أن الحق في الحضانة للحاضن والمحضون معاً. وعلى ذلك فلا يصح أن يكون مما يصح فيه بذل المال؛ لأنه حق غير خالص للحاضن.

ثانياً: أن الحق في الحضانة لا يُعتاض عنه بالمال، فليس حقاً مالياً يعتاض عنه بالمال، كما يراعى فيه مصلحة المحضون أيضاً، وهذا الأمر ظاهر في المذاهب الفقهية كلها بالنص - كما في المذاهب الثلاثة - أو بالتطبيق؛ كما عند المالكية. فمثلاً: ورد تطبيق ذلك في مذهب مالك؛ وهو المذهب الذي نصَّ على صحة الشرط بتقييد ذلك بما ليس فيه مضرة للصبي؛ كما جاء في المدونة سابقاً[٦٤]، وقد نصوا في هذه المسألة أنها تفريع على مسألة الحق في الحضانة؛ حيث جاء في فتح العلي المالك: «وعلى القول بأنها حق للولد لا يلزمها تركها وترجع فيها تركتها له بعوض، أو على غير عوض، ويرجع الزوج في العوض إن كانت تركتها على عوض»[٦٥].

الدليل الثاني:

قياساً على حق الشُّفعة؛ فكما يجوز بيع حق الشفعة يجوز بيع حق الحضانة، بجامع

---

(٦٢) ينظر: حاشية الدسوقي (٥٣٢/٢).
(٦٣) ينظر: موسوعة جمال (٣٠٤/٨).
(٦٤) ينظر: المدونة (٢٤٧/٢).
(٦٥) فتح العلي المالك (٢٧٩/١).

أن كليهما حق له[٦٦].

الجواب عن هذا الدليل:

أولاً: يمكن الجواب عنه بما أجيب عن الدليل الأول؛ فالحق في الحضانة - على الراجح- حقٌ للحاضن والمحضون، ويراعى فيه مصلحة المحضون عند وجود مانع لدى الحاضن.

ثانياً: أن بيع الشُّفعة مختلَف فيه. فالجمهور على عدم جوازه من الحنفية، والمالكية والشافعية والمشهور من مذهب الحنابلة[٦٧]، خلافاً للمالكية[٦٨].

ثالثاً: ولو سُلِّم بصحته؛ فالحق في الشفعة يخالف الحق في الحضانة، فإن الشفعة حق مالي ويؤول إلى المال ومقصده المال؛ أما الخُلع فإنه وإن كان فيه حق مالي إلا أنه لا يؤول إلى المال، بل إلى الفراق بين الزوجين، كما أنه حق متعلّق بحضانة إنسان آخر هو الطفل الذي هما والداه، وهو حق غير مالي.

الترجيح:

الذي يترجح لدى الباحث هو القول الأول؛ لقوة أدلته، والإجابة عن أدلة القول الثاني. والله تعالى أعلم.

---

(٦٦) ينظر: فتح العلي المالك (١/٢٧٨-٢٧٩).

(٦٧) ينظر: المبسوط (١٤/١١٨)، حاشية ابن عابدين (٦/٢٤١)، في المبسوط (١٤/١١٨) يقول: (وحقُّ الشفعة لا يحتمل التمليك)، مغني المحتاج (٢/٣٠٩)، القواعد لابن رجب (٢١٢)، وانتصر له ابن حزم كما في المحلى (٨/٢٤).

(٦٨) التاج والإكليل (٧/٣٧٨)، الفروق (٢/١٦٤)، شرح مختصر خليل للخرشي (٦/١٦٦) وفيه قال: (إن الشفيع إذا أخذ مالاً من شخص أجنبي أي غير البائع والمشتري ليأخذ له بالشفعة بمثل الثمن الذي وقع به البيع ويربح المال الذي أخذه فإن ذلك لا يجوز لأنه من باب أكل أموال الناس بالباطل)، ونسبت الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٦/١٦٨) القول بالجواز إلى المذهب المالكي.

المبحث الثاني:
تطبيقات قضائية

الغرض من هذا المبحث ذكر بعض التطبيقات القضائية، وكيفية نظر القاضي إلى المسألة محل الدراسة في هذا البحث. ثم بيان بعض النقول الفقهية التي تسند رأي القاضي مما يؤيِّد نظره في « التسبيب القضائي »[٦٩].

وليس القصد من المسائل دراستها ودراسة الخلاف فيها.

ويحتوي على ثلاثة تطبيقات:

التطبيق الأول:

حكم قضائي يتضمن الحق في حضانة الأم التي لم تتزوج

رقم الصك أو القرار: ٣٤٢٢٨١١٦ تاريخه: ٣-٦-١٤٣٤هـ. رقم الدعوى: ٣٤٦٤٤٩٩

رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف ٣٤٢٣٧٠١١ تاريخه: ١١ / ٠٦ / ١٤٣٤هـ

أولاً: نص الحكم[٧٠]:

الحمد لله وحده وبعد فلدي أنا ..... القاضي في المحكمة العامة بالرياض

---

(٦٩) التسبيب القضائي كما عرفه الشيخ عبدالله بن خنين في بحثه القيم: «تسبيب الأحكام القضائية: الأقسام، الضوابط، والطرائق» أنه: «ذِكْر القاضي ما بَنَى عليه حُكمَه القضائيَّ من الأحكام الكليَّة، وأدلَّتها الشرعيَّة، وذِكْر الوقائع القضائيَّة، وصفة ثُبوتها بطُرق الحُكم المُعتدِّ بها». وهو منشور في موقع الألوكة: http://www.alukah.net/sharia/0/36378/ixzz2ykYGtGzA#

(٧٠) نقل الصك سيكون كما ورد دون تغيير أو تصحيح حتى لو كان خطأ لغوياً ظاهراً؛ كما هو العرف وكما يتم في مجموعة الأحكام القضائية.

وبناءً على المعاملة المحالة لنا من فضيلة رئيس المحكمة العامة بالرياض/ المساعد برقم ٣٤٦٤٤٩٩ وتاريخ ٠٩ / ٠٢ / ١٤٣٤هـ المقيدة بالمحكمة برقم ٣٤٣٢٣٢٧٠ وتاريخ ٠٩ / ٠٢ / ١٤٣٤هـ ففي يو م السبت الموافق٠٣ / ٠٦ / ١٤٣٤هـ افتتحت الجلسة الساعة التاسع وعشر دقائق وكان الوقت المحدد لها هو الساعة الثامنة والنصف وفيها حضرت ..... سعودية الجنسية بموجب السجل المدني رقم ..... والمعرّف بها من قبل أخيها ..... سعودي الجنسية بموجب السجل المدني رقم .....، وادّعت على الحاضر معها ..... سعودي الجنسية بموجب السجل المدني رقم ..... قائلة في دعواها إن المدعى عليه كان زوجي تم فسخ نكاحي منه في تاريخ ٢٨ / ٦ / ١٤٣٣هـ وقد أنجبت له على فراش الزوجية أربعة من الأولاد ..... وعمره سبع سنوات والثاني ..... وعمره ست سنوات والثالث ..... وعمرها خمس سنوات والرابع ..... وعمره سنة وأربعة أشهر وولدي ..... و..... في رعايتي وتحت حضانتي منذ سنتين تقريباً وأنا لم أتزوج بعد فسخ نكاحي منه وإنني أطلب في دعواي هذه الحكم لي بحضانة ولدي المذكورين ..... و..... هذه دعواي وبسؤال المدعى عليه قال كل ما ذكرته المدعية في دعواها صحيح وأنا لا أوافق على حضانتها لهما وأطلب حضانتهما لي هذا ما لدي، وبعرض ذلك على المدعية قالت إنني أطالب بحضانتهما لي لصغر سنهما هذا ما لدي، وبناءً على ما سبق من الدعوى والإجابة، ولقوله صلى الله عليه وسلم: (أنت أحق به ما لم تنكحي)، ولحصول التنازع بينهما بالحضانة ومطالبة المدعى عليه بها، لذلك كله فقد حكمت بحضانة الولدين المذكورين ..... و..... للمدعية، وبعرض الحكم على المدعى عليه، قرر عدم القناعة وطلب رفع المعاملة إلى

محكمة الاستئناف، فأجبته إلى طلبه وأفهمته بأن سوف يسلم صورة من نسخة الحكم هذا اليوم وأن له مهلة ثلاثين يوماً من تاريخ استلامه صورة الحكم لتقديم اعتراضه، فإذا انتهت المهلة ولم يتقدّم باعتراضه سقط حقه في الاعتراض وأصبح الحكم نافذاً، وبه ختمت الجلسة في تمام الساعة التاسعة والنصف، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. حرّر في ٠٣ / ٠٦ / ١٤٣٤هـ

الحمد لله وحده وبعد، ففي يوم الثلاثاء الموافق٢٠ / ٠٦ / ١٤٣٤هـ افتتحت الجلسة الساعة ٣٠: ١٢ وقد عادت المعاملة إلينا من محكمة الاستئناف بالخطاب رقم ٣٤١٣٦٠٠٩٤ في ١٤ / ٦ / ١٤٣٤هـ وبرفقها القرار الصادر من الدائرة الثانية المختصة بنظر قضايا الأحوال الشخصية والإنهاءات رقم ٣٤٢٣٧٠١١ في ١١ / ٦ / ١٤٣٤هـ المتضمن: وبدراسة الصك وصورة ضبطه واللائحة الاعتراضية وأوراق المعاملة تقرّر الدائرة المصادقة على الحكم. وعليه فجرى التهميش بموجبه، وبه ختمت الجلسة الساعة ٤٠: ١٢. وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. حرّر في ٢٠ / ٠٦ / ١٤٣٤هـ

الحمد لله وحده وبعد فقد اطلعنا نحن قضاة الدائرة الثانية المختصة بنظر قضايا الأحوال الشخصية والإنهاءات بمحكمة الاستئناف بالرياض على المعاملة الواردة من فضيلة رئيس المحكمة العامة بالرياض المساعد برقم ٣٤٣٢٣٢٧٠ وتاريخ ٥ / ٦ / ١٤٣٤هـ المرفق بها الصك الصادر من فضيلة القاضي بالمحكمة الشيخ / ..... المسجل برقم ٣٤٢٢٨١١٦ وتاريخ ٣ / ٦ / ١٤٣٤هـ الخاص بدعوى / ..... ضد / ..... في قضية حضانة، وقد تضمن الصك حكم فضيلته بما هو مدوّن ومفصّل فيه.

وبدراسة الصك وصورة ضبطه واللائحة الاعتراضية وأوراق المعاملة تقرّر الدائرة المصادقة على الحكم، والله الموفّق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

ثانياً: التعليق على الحكم:

تضمن الصك مسائل، وأهمها في موضع البحث الآتي:

المسألة الأولى: حضانة الأم التي لم تتزوّج:

وقد سبب لها القاضي تسبيباً يوافق منطوق الحكم، وحضانة الأم التي لم تتزوج ثابتة لها؛ لما رَوى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، 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 النبي صلى الله عليه وسلم: (أنت أحق به ما لم تنكحي) رواه أحمد وأبو داود(٧١).

المسألة الثانية: حضانة الأبناء دون السابعة وفوقها.

سبَّب القاضي لمن هو دون السابعة فالأحق بالحضانة هو الأم؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده 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 النبي صلى الله عليه وسلم: (أنت أحق به ما لم تنكحي) رواه أحمد وأبو داود.

وبعد السابعة كذلك فالأحق بها الأم وهذا الرأي يوافق ما اختاره بعض العلماء كابن القيم، حيث يقول في زاد المعاد (٥ / ٤٧٣): «ثم هاهنا حصل الاجتهاد في تعيين

(٧١) سبق تخريجه.

أحد الأبوين لمقامها عنده وأيهما أصلح لها. فمالك وأبو حنيفة وأحمد في إحدى الروايتين عنه عينوا الأم، وهو الصحيح دليلاً وأحمد - رحمه الله- في المشهور عنه، واختيار عامة أصحابه عينوا الأب. قال من رجح الأم: «قد جرى - في العادة- بأن الأب يتصرف في المعاش ولقاء الناس. والأم في خدرها مقصورة في بيتها، فالبنت عندها أصون وأحفظ بلا شك، عينها عليها دائماً. بخلاف الأب فإنه في غالب الأوقات غائب عن البنت، أو في مظنة ذلك يجعلها عند أمها أصون لها وأحفظ. وكل مفسدة يعرض وجودها عند الأم فإنها موجودة أو أكثر منها عند الأب، فإنه إذا تركها في البيت وحدها لم يأمن عليها، وإن ترك عندها امرأته أو غيرها، فالأم أشفق عليها وأصون لها من الأجنبية. أيضاً هي محتاجة إلى تعلم ما يصلح للنساء من الغزل والقيام بمصالح البيت. وهذا تقوم به النساء لا الرجال، فهي أحوج إلى أمها لتعلمها ما صلح للمرأة. وفي دفعها إلى أبيها تعطيل لهذه المصالح، وإسلامها إلى أجنبية تعلمها ذلك وترددها بين الأم والأب تمرين لها على البروز والخروج، فمصلحة البنت والأم أن تكون عند أمها، وهذا القول الذي لا نختار سواه).

وجاء في الحاوي الكبير (١٥ / ١١١-١١٢): «مسألة: قال المزني: قال الشافعي - رحمه الله-: «فإن اختار أباه لم يكن له منعه من أن يأتي أمه، وتأتيه في الأيام. وإن كانت جارية لم تُمنع أمها من أن تأتيها».

وفي الإنصاف (٩/ ٤٣٠-٤٣٢): «قوله (وإذا بلغت الجارية سبعاً: كانت عند أبيها)... وعنه: الأم أحق حتى تحيض. ذكرها ابن أبي موسى. قال ابن القيم - رحمه الله- في الهدي: هي أشهر عن الإمام أحمد - رحمه الله- وأصح دليلاً. وقيل: تخير.

ذكره في الهدي رواية، وقال: نص عليها»..

وعلى ذلك فحكم القاضي كان موافقاً لرأي جمهور العلماء بتسبيب يناسب المسألة.

التطبيق الثاني:

حكم قضائي يتضمن المعاوضة على إسقاط النفقة بترك المطالبة بالحضانة.

المحكمة: العامة بمحافظة قلوة القاضي: .....

رقم الصك أو القرار: ٣٤٣٠٢٠٢٥ تاريخه: ٢٢ / ٨ / ١٤٣٤هـ

رقم القضية: ٣٤٢٧٠٥٦

أولاً: نص الحكم:

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وبعد فلدي أنا ..... القاضي في المحكمة العامة بمحافظة قلوة وبناءً على المعاملة المحالة لنا من فضيلة رئيس المحكمة العامة بمحافظة قلوة برقم ٣٤٢٧٠٥٦ وتاريخ ١٧ / ٠١ / ١٤٣٤هـ المقيّدة بالمحكمة برقم ٣٤١٣١٥١٠ وتاريخ ١٧ / ٠١ / ١٤٣٤هـ ففي يوم الأحد الموافق ٣٠ / ٠٧ / ١٤٣٤هـ افتتحت الجلسة وفيها حضر ..... سعودي الجنسية بموجب السجل المدني رقم ..... وحضر لحضوره ..... سعودي بموجب السجل المدني رقم ..... بصفته وكيل عن المدعى عليها ..... وذلك بموجب الوكالة الصادرة من كتابة عدل قلوة برقم ..... وتاريخ ٢٦ / ٣ / ١٤٣٣هـ وحيث إن وكالة المدعى عليه الحاضر لا تخوله المرافعة والمدافعة والإقرار والإنكار وقبول الأحكام والاعتراض عليها لذا فقد طلبت من المدعى عليه وكالة تغيير وكالته أو

إحضار موكلته في الجلسة القادمة وعليه رفعت الجلسة وفي جلسة أخرى حضر المدعي ولم تحضر المدعى عليها ولا وكيل عنها رغم تبلغ وكيلها بالموعد كما لم يحرّر المدعي دعواه وطلب مهلة لتحرير الدعوى ولإعادة إبلاغ المدعى عليها رفعت الجلسة وفي جلسة أخرى حضر المدعي ..... المدون هويته سابقاً وحضر لحضوره .... سعودي بالسجل المدني رقم ..... بصفته وكيلاً عن المدعى عليها .... سعودية بالسجل المدني رقم ..... بموجب الوكالة رقم ٣٤١٠٣٦٢٧١ وتاريخ ١ / ٨ / ١٤٣٤هـ المخولة له حق المرافعة والمدافعة والصلح والتنازل وقبول الأحكام ونفيها والاعتراض على الأحكام وطلب الاستئناف قائلاً المدعي في دعواه أنني تزوّجت المدعى عليها ..... وأنجبت منها طفلتين هما ..... المولودة في ٢٠ / ٦ / ١٤٢٦هـ ..... المولودة في ٣ / ٢ / ١٤٣٢هـ ومن ثم طلقتها في ٢٣ / ١٢ / ١٤٣٢هـ وحيث إن ابنتي ..... بلغت سبع سنين وزيادة أطلب الحكم لي بحضانتها وإلزام المدعى عليها بتسليمها لي هذه دعواي وبعرض ما جاء في دعوى المدعي على المدعى عليه وكالة أجاب قائلاً صحيح ما ذكره من الزواج وإنجاب الطفلتين والطلاق في التاريخ المذكور وأما فيما يخص حضانة ابنته ..... فإن موكلتي غير متنازلة عن حضانتها لابنتها ..... كون المدعي ..... المذكور متزوج وعلى ذمته أربع نساء فكيف يقوم برعايتها والمحافظة عليها فهذا أمر يستحيل أما موكلتي فمستعدة لرعايتها وحفظ شؤونها كونها غير متزوجة، وبسؤال المدعي هل صحيح أنه متزوّج وعلى ذمته أربع نساء وهل صحيح أن مطلقته غير متزوجه قال صحيح أني متزوج بأربع وهذا لا يمنعني من حضانة ابنتي كما أنه صحيح أن طليقتي

المدعى عليها غير متزوّجة فجرى عرض الصلح بين الطرفين فقال المدعي أنا مستعد بالتنازل عن حضانة ابنتي مقابل تنازل والدتها عن النفقة ورعايتها وحفظها وبعرض ذلك على المدعى عليه وكالة قال إن موكلتي ترفض ذلك وهي لا ترغب في التنازل عن حضانة ابنتها، فبناءً على ما سبق وحيث اتضح لنا من مجريات القضية أن هدف المدعي هو إسقاط النفقة عن ابنته وعدم تحمّله لها، وبناءً على ما ذكره شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى ٣٤ / ١٣١ «وأحمد وأصحابه إنما يقدِّمون الأب إذا لم يكن عليها في ذلك ضرر فلو قدر أنه عاجز عن حفظها وصيانتها أو مهمل لحفظها وصيانتها فإنه يقدّم الأم في هذه الحالة، فكل ما قدّمناه من الأبوين إنما نقدّمه إذا حصل به مصلحتها أو اندفعت به مفسدتها، فأما مع وجود فساد أمرها مع أحدهما فالآخر أولى بها بلا ريب» وقال – رحمه الله– في مجموع الفتاوى ٣٤ / ١٣٢ «وإذا قدّر أن الأب تزوَّج ضرة وهي تترك عند ضرة أمها لا تعمل مصلحتها، بل تؤذيها أو تقصّر في مصلحتها وأمها تعمل مصلحتها ولا تؤذيها فالحضانة هنا للأم « والحالة لدينا أن المدعي متزوّج بأربع ، وأمها مستعدة لرعايتها الرعاية السليمة الصحيحة وغير متزوجة، عليه فقد حكمت بحضانة ..... لأمها .....، وبعرض ذلك على الطرفين قرَّر المدعي عدم القناعة وطلب نسخة من الحكم للاعتراض عليه وأفهم بالحضور يو م غد الاثنين الموافق ٢٢ / ٨ / ١٤٣٤هـ لاستلام نسخة من الحكم والاعتراض عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخه وتقديم لائحته الاعتراضية إن رغب وإلا سقط حقه في استئناف الحكم وقرَّر المدعى عليه وكالة قناعته بالحكم، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. حرّر في ٢١ / ٠٨ / ١٤٣٤هـ

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد فقد جرى منا نحن قضاة الدائرة الثالثة للأحوال الشخصية والأوقاف والوصايا والقصار وبيوت المال بمحكمة الاستئناف في منطقة مكة المكرمة الاطلاع على المعاملة الواردة من فضيلة رئيس المحكمة العامة بمحافظة قلوة برقم ٣٤١٣١٥١٠ وتاريخ ٢٠ / ١٠ / ١٤٣٤هـ المرفق بها الصك الصادر من فضيلة الشيخ ..... القاضي بالمحكمة العامة بمحافظة قلوة برقم ٣٤٣٠٢٠٢٥ وتاريخ ٢٢ / ٨ / ١٤٣٤هـ، المتضمن دعوى ..... ضد المرأة ..... في حضانة، وبدراسة الصك وصورة ضبطه ولائحته الاعتراضية، تقرَّرت الموافقة على الحكم، والله الموفِّق. وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم،،،،،،

ثانياً: التعليق على الحكم:

تضمن الصك مسائل، وأهمها في موضع البحث الآتي:

المسألة الأولى: انشغال الأب عن حفظ ولده المحضون.

جاء في الروض المربع (١ / ٤٤٠-٤٤١): «(ولا يُقر (محضون) بيد من لا يصونه ويصلحه)؛ لفوات المقصود من الحضانة... ولو كان الأب عاجزا عن حفظها أو يهمله لاشتغاله عنه أو قلة دينه والأم قائمة بحفظها قُدِّمت، قاله الشيخ تقي الدين. وقال: إذا قُدِّر أن الأب تزوّج بضرة وهو يتركها عند ضرة أمها لا تعمل مصلحتها [بل تؤذيها] أو تقصّر في مصلحتها، وأمها تعمل مصلحتها ولا تؤذيها، فالحضانة هنا للأم قطعاً».

وفي هذه المسألة يتبين أن الحق في الحضانة للولد نصيب فيها – كما سبق ترجيح

أن الحضانة حق للمحضون وللحاضن.

المسألة الثانية: حضانة الأم غير المتزوجة بأجنبي.

وهذه المسألة فيها نصٌ صريحٌ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به ما لم تنكحي».

وسبق بيان ذلك، وأن في هذا بياناً أن الحق في الحضانة للمحضون والحاضن معاً.

ذكر في أسنى المطالب (٣ / ٤٤٨-٤٤٩) شروط صحة الحضانة، ومنها: «خامسها: (أن تخلو من زوج أجنبي) فلو تزوّجت به سقطت حضانتها، وإن لم يخلِّ بها أو رضي بدخول الولد داره لخبر «أنت أحق به ما لم تنكحي»؛ ولأنها مشغولة عنه بحق الزوج»

المسألة الثالثة: الصلح على إسقاط النفقة عوضاً عن إسقاط الحق في الحضانة:

هذه إحدى ثمار مسألة الحق في الحضانة، فهل المال يقابل الحق في الحضانة سواء في عوض الخلع - كما سبق دراسته-، أو ترك النفقة.

فإن النفقة حق للولد؛ ولا يكون قابلاً للمعاوضة في حق آخر خارج عن هذا الأمر الواجب شرعاً مع شخص آخر؛ كما لو اشترط الحضانة في عقد الخلع ؛ فلو رضيت به ثم بعد الخلع تقدّمت بطلب الحضانة جاز سماع الدعوى؛ لرجوعها في تنازلها عن هذا الحق، فمن باب أولى ترك النفقة لعدم تعلّقه بشيء للمرأة كما في الخلع ؛ فإن للمرأة فيه عُلقة بأن تتخلص من الزوج.

جاء ذكر في مطالب أولي النهى (٥ / ٦٦٨): «ولو اتفق أبو المحضون وأمه على أن يكون الولد في حضانتها وهي مزوّجة، ورضي زوجها جاز، ولم يكن لازماً؛ لأن

الحق لا يعدوهم. وأيهم أراد الرجوع فله ذلك».

وأما كون الحضانة أسقطت بعوض مالي جرى في عقد الخلع ؛ فإن الحضانة ليست حقاً مالياً يتم الاعتياض عنه؛ بل هو حق للمحضون يراعى فيه الأصلح له. حتى لو أسقطته فلها حق العود إليه. جاء في الإنصاف للمرداوي: «قال ابن نصر الله في حواشي الفروع: كلامهم يدلّ على سقوط حقّ الأمّ من الحضانة بإسقاطها، وأنّ ذلك ليس محلّ خلافٍ، وإنّما محلّ النّظر لو أرادت العود فيها، هل لها ذلك؟ يحتمل قولين. أظهرهما: لها ذلك. لأنّ الحقّ لها. ولم يتّصل تبرّعها به بالقبض. فلها العَوْد كما لو أسقطت حقّها من القسم. انتهى» الإنصاف (٩ / ٤٢١)، وجاء في كشاف القناع (٥ / ٤٩٨): «(ومن أسقط حقّه منها) أي الحضانة سقط لإعراضه عنه. وله العود في حقّه (متى شاء) لأنّه يتجدّد بتجدّد الزّمان، كالنّفقة انتهى». وقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية مسألة تدل على هذا الأمر في الفتاوى الفقهية (٤ / ٢١٦): «فقد سُئل – رحمه الله–: في رجلٍ طلّق زوجته طلاقًا بائنًا وله منها بنتٌ سنّها خمس سنين، وزوّجها والدها بشخص، وأراد ذلك الشّخص أن ينزعها من والدتها وينفق عليها ويربّيها عنده في بيته مثلًا أو عند من يختار فهل له ذلك؟ وتسقط حضانة الأمّ بذلك أم لا؟ (فأجاب) – رحمه اللّه تعالى – بقوله: لا تسقط حضانة الأمّ بذلك؛ لأنّ الزّوج إنّما يكون أَوْلى بالحضانة من جميع الأقارب؛ حيث كان له بالزّوجة استمتاعٌ بأن تُطِيق الوطء، وإلا لم تسلّم له. واللّه سبحانه وتعالى أعلم».

وسيأتي بيان آخر لهذه المسألة أيضاً في التطبيق التالي:

التطبيق الثالث:

حكم قضائي يتضمن طلب إعادة الحضانة للأم بعد تنازلها عنه في عقد الخلع.

المحكمة العامة بمحافظة جدة القاضي: ...

رقم الصك أو القرار:٣٤٢٥٣٩١٦ تاريخه:٢٧-٦-١٤٣٤هـ رقم القضية:٣٢١٤٨٣٩١

صدق الحكم من محكمة الاستئناف بمكة المكرمة برقم ٣٤٣٠٧٥٥٩ في ٢٨ / ٨ / ١٤٣٤هـ

أولاً: نص الحكم:

الحمد لله وحده وبعد فلدي أنا ..... القاضي في المحكمة العامة بمحافظة جدة بناءً على الاستدعاء المحال لنا من فضيلة رئيس المحكمة العامة بمحافظة جدة / المساعد برقم ٣٢١٤٨٣٩١ وتاريخ ٣٠ / ٠٤ / ١٤٣٢هـ المقيد بالمحكمة برقم ٣٢٤٦٦٧٢٣ وتاريخ ٣٠ / ٠٤ / ١٤٣٢هـ افتتحت الجلسة وفيها حضرت المدعية.....، سورية الجنسية بموجب رخصة الإقامة رقم ..... وحضر لحضورها المدعى عليه .....، سعودي الجنسية بموجب السجل المدني رقم .....

(وبسؤال المدعية عن دعواها أجابت قائلة لقد كان المدعى عليه زوجاً لي وأنجبت منه على فراش الزوجية... وعمرها الآن أربعة أعوام وعشرة أشهر ..... وعمرها الآن عامان وشهر واحد ..... وعمرها الآن سبعة أشهر وهم الآن تحت حضانتي أطلب الحكم لي بثبوت حضانتي لهؤلاء البنات هذه دعواي وبعرض ذلك على المدعى عليه أبرز من يده مذكرة جاء فيها: أتقدّم إلى فضيلتكم بالجواب عن دعوى المدعية .....، سورية الجنسية وطلبها حضانة بناتي الثلاث وجواباً على ذلك أفيدكم بما يلي:-

أولاً:- سبق الفصل في هذا الموضوع ضمن دعوة الخلع المتقدّمة بها المدعية، حيث حضرت هي والدها إلى فضيلتكم وطلبوا تسليم الطفلتين (..... و.....) لي عن طريق إدارة الحقوق المدنية وبعد استلام الطفلتين حضرنا لدى هيئة الخبراء وتم الاتفاق على الخلع وتنازلها عن الذي في بطنها ذكر كان أو أنثى أسوة بالبنتين التي تركتهما لي وعلى أن يعاد لي مبلغ خمسة عشر ألف ريال فقط لا غير وقد جرى التنازل عن بعضه في مجلس الحكم لديكم وقد ذكر كل ذلك في قرار هيئة الخبراء المرسل إلى فضيلتكم برقم ٨١٨٩٥/ ٣١ في ٢١ / ١ / ١٤٣٢هـ والمضبوط جزء منه في الصك رقم ١٠٣٤٦٧ / ٣٢ ، وحيث إن هذا التنازل الذي صدر منها ومن والدها قد أنبنى عليه عقد معاوضة وهو عقد الخلع فيعتبر جزء منه ويكون لازماً كلزوم الخلع . ثانياً: أن ظاهر سلوك المرأة ووالديها هو عدم الرغبة في رعاية البنات وأن ما يطالبون به الآن إنما هو لتحصيل مآرب مادية تحت مسمى نفقة البنات ولا يخفى على فضيلتكم حضور المدعية ووالدها مصطحبين الأطفال إلى المحكمة قبل ثمانية أشهر وإصرارهم على استدعائي لاستلامهن فوراً إلا أنني طلبت أن يكون استلامهم عن طريق الحقوق المدنية - إدارة تنفيذ الأحكام الشرعية بشمال جدة - التي قامت بتسليمي بناتي رسمياً، علماً بأن الخطاب الصادر منكم بهذا الشأن موجود بالمعاملة. ثالثاً:- أن المنزل الذي تسكن فيه المدعية حالياً لا يصلح مطلقاً لحضانة بناتي الثلاث، حيث إنه عبارة عن شقة مكونة من صالة وغرفتين وغرفة للضيوف ودورتي مياه ويسكن فيه والد المدعية وزوجته وبنت عمرها ٢٢ سنة وابن عمره ٢٤ سنة إضافة إلى المدعية وحالياً بناتي الثلاث ويشاركهم في البيت طوال النهار أبناء أخت المدعية، حيث إنها تدرس وتترك أبناءها في بيت

والدها، فكيف يسوغ أن تضار بناتي بمثل هذا السكن الذي لا يناسبهن بأي حالٍ من الأحوال، علماً بأنهن يسكن سابقاً في فيلا ولهن غرفة مستقلة بأثاثها رابعاً:- أن المدعية غير حريصة على مصلحة البنات، حيث إنه منذ أن صدر خطاب فضيلتكم بتسليمها البنات بشكل مستعجل لحين انتهاء القضية وابنتي الكبرى لم تذهب إلى المدرسة رغم إني سجلتها في مدارس.... وهي من أشهر المدارس في جدة ومن رضيت بحرمان البنت من حقها في التعليم فإنها لا تؤتمن على رعايتها في جميع الأحوال.

خامساً:- إنني لم أمانع ولو لحظة واحدة طوال الفترة السابقة والتي مدتها سبعة أشهر من زيارة البنات لوالدتهن من مساء الأربعاء إلى مساء يوم الجمعة حسب توجيه فضيلتكم، ولا أمانع أيضاً من أن تأتي المدعية في وسط الأسبوع في بيت والدتي إن رغبت بذلك لتطمئن عليهن، وهذا كله التزاماً بشرع الله - عزَّ وجلَّ- وتحقيقاً لمصلحة البنات وإحساناً لوالدتهن وقد قال الله تعالى ﴿وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ البقرة: ٢٣٧. سادساً:- أن بيتي وحضانتي أصلح للبنات، حيث إنني مع والدتي وعمرها فوق الخمسين سنة واثنتين من شقيقاتي أعمارهن فوق الثلاثين عاماً، وقد قمت باستقدام واحدة من العاملات المتخصصات لتحقيق أكبر قدر ممكن من الرعاية ويقوم الجميع بالاهتمام بهن والحرص على راحتهن، ونحن نعيش في مسكن واسع وحياة كريمة وللبنات غرفة مستقلة وليس في البيت أطفال يمكن أن يتسببوا في شيء مكروه على البنات وخصوصاً أن المدعية لم تذكر أنه حصل على البنات أي نقص أو تقصير خلال السبعة الأشهر التي كانت فيها البنات في حضانتي، ويزرن أُمُهُن في نهاية كل أسبوع. وبناءً على ما تقدَّم أطلب رد دعوى المدعية وإلزامها بما تم الاتفاق عليه سابقاً في عقد الخلع

من أن يكنّ البنات في حضانتي ولها حق الزيارة وفق ما قرَّر فضيلتكم. انتهى كما أبرز المدعى عليه سجل الأسرة يظهر منه أن ..... ولدت بتاريخ ٠٢ / ٠١ / ١٤٢٨هـ وأن ..... ولدت بتاريخ ٠٩ / ٠٩ / ١٤٣٠هـ وقرَّر المدعى عليه قائلاً إن ابنتي ..... عمرها الآن ثمانية أشهر وبعرض ما جاء في المذكرة الجوابية التي قدَّمها المدعى عليه على المدعية أجابت قائلة: ليس لدي رغبة بأن يكون المدعى عليه حاضناً لبناتي وهن تحت رعايتي وبسؤال المدعى عليه عن الصك الذي ذكره في مذكرته الجوابية فأجاب قائلاً: لم أحضره معي في هذه الجلسة وأنا لا أملك إلا صورة منه ومستعد بإحضارها في الجلسة القادمة فجرى رفع الجلسة لذلك وتأجيلها إلى يوم الأحد الموافق ٢٧ / ٠٣ / ١٤٣٣هـ ثم بتاريخ ٢٧ / ٠٣ / ١٤٣٣هـ افتتحت الجلسة وفيها حضرت المدعية وحضر لحضورها المدعى عليه، وقد تقرَّر بعث كامل أوراق المعاملة لقسم الخبراء في هذه المحكمة لتقدير الأصلح والأنسب في حضانة الأطفال المذكورين والاجتهاد في ذلك وحتى ورود الجواب فقد تقرَّر رفع الجلسة وبالله التوفيق ثم بتاريخ ١١ / ٠٢ / ١٤٣٤هـ افتتحت الجلسة وفيها حضرت المدعية ..... وحضر لحضورها المدعى عليه... وقد وردت المعاملة من لجنة الإصلاح في هذه المحكم بموجب الخطاب رقم ٣٢٤٦٦٦٤٣ وتاريخ ١٠ / ١١ / ١٤٣٣هـ والمتضمن حضانة البنات فالأصلح لهم والدهم للبنتين ..... وعمرها ست سنوات و..... وعمرها ثلاث سنوات وشهران فتكون حضانتهم لوالدهم، حيث سبق أن تركتهم لدى والدهم واستعدت بترك حضانتهم له وأيضاً عن الذي كانت حاملاً به أمام لجنة الصلح وتم سؤال أحد الأعضاء عن ذلك فذكر صحته وأن والدهم لديه والدة امرأة عاقلة وأخوات غير متزوجات ولاختلاف المعيشة

والطبائع فالأصلح في الحضانة لوالدهم وأبيهم، وأما البنت الصغيرة...فتبقى لدى والدتها حتى نهاية العامين ويحصل في هذه الفترة تأليف بينها وبين أبيها للزيارة حتى نهاية العامين ثم يأخذها والدها مع أختيها هذا ما نراه، والله الموفّق.

وقد كتبت ملاحظة من اللجنة جاء فيها (أقرّت المرأة بأن البنتين لديهم مرض الصرع وقد أثبت الرجل أنهما ظهر فيهما المرض بعد ذهابهم لدى والدتهم) ا.هـ وقد قرّرت المدعية قائلة إن ابنتي ..... عمرها الآن ستة أعوام وأربعة أشهر ..... وعمرها الآن ثلاثة أعوام وسبعة أشهر و..... وعمرها الآن عامان وشهر واحد وجميع بناتي دون سن السابعة وأنا الأحق بحضانتهم شرعاً، علماً بأنني لم أتزوج حتى الآن لحرصي على التفرّغ لرعاية بناتي وتربيتهن. وبعرض ذلك على المدعى عليه أجاب قائلاً: إن المكان الذي تسكن فيه المدعية والمكون من شقة عائدة إلى والدها يسكن فيه تسعة أشخاص والدها ووالدتها وأخوها واثنان من أخواتها ومع كل واحدة منهما أطفال ويزورهم ضيوف من سوريا والمنزل ضيّق جداً حتى اضطر والد المدعية إلى عمل حائط للبلكونة لكي تصبح غرفة صغيرة، فأصبحت كذلك وبناتي الآن ينمن بها وهي غرفة صغيرة ضيقة لا تصالح للعيش، علماً بأن المنزل فيه غرفتان وصالة ودورة مياه واحدة وأنا لدي فيلا ملك ولم أتزوج حتى الآن ولعل ذلك يكون قريباً. وبعرض ذلك على المدعية أجابت قائلة لا صحة لما ذكره المدعى عليه، فشقة والدي مكونة من خمس غرف وصالة ومطبخ ودورتي مياه ولا يوجد بها سوى والدي وأمي وأختيّ وهما غير متزوجتين ويأتينا ضيوف لكن زيارات خفيفة. وبسؤال المدعية وهل تعملين فأجابت قائلة إنني لا أعمل وأنا متفرّغة لبناتي. وبسؤال المدعى عليه عن عمله أجاب قائلاً: إنني كنت موظفاً في

الخطوط السعودية وتقاعدت تقاعداً مبكراً بشيك ذهبي وأعمل الآن في مجال العقار. وبسؤال المدعى عليه وهل يسكن معه أحد في الفيلا أجاب قائلاً: إنه الآن لا يسكن معي أحد وأنا أذهب إلى والدتي كثيراً وأنا في طور البحث عن زوجة صالحة، وقد قرَّر المدعى عليه قائلاً إن ابنتي ..... و..... قد أصيبتا بمرض الصرع نتيجة إهمال من المدعية مع وجود تأمين صحي كامل لهم هكذا قرّر وبعرض ذلك على المدعية أجابت قائلة إن جميع بناتي عند بداية المشي تظهر عليهن آثار مرض الصرع وهذا وراثي من والدهم، حيث إن له ملفاً في مستشفى الصحة النفسية لدي رقمه ويتناول علاج يتعلّق بالصرع. وبعرض ذلك على المدعى عليه أجاب قائلاً لا صحة لما ذكرته المدعية مطلقاً وقد قرّرت المدعية قائلة إن المدعى عليه كما قرّر هو يعيش في منزله وحده ولا يستطيع أن يرعى شؤون بنات صغار ولا يرعى منزله سوى الخادمات. وبعرض ذلك على المدعى عليه أجاب قائلاً نعم ما ذكرته المدعية صحيح ولكن لدي أختان كبار إحداهما معلمة والأخرى تعمل في البنك ووالدتي متقاعدة من التعليم وجميع أخواتي لا أطفال لديهم وقد جرى عرض الصلح على المتداعيين مراراً ولكنهما لم يصلا إلى شيء من ذلك، عليه فقد تقرَّر الكتابة إلى لجنة الخبراء في هذه المحكمة للوقوف على المنزل العائد لوالد المدعية والتي تقيم فيه ووصف حاله وهل هو مناسب لإقامة البنات والإفادة عن ذلك بإفادة وافية وحتى ورود الجواب فقد تقرّر رفع الجلسة. وبالله التوفيق.

ثم بتاريخ ٢٧ / ٠٦ / ١٤٣٤هـ افتتحت الجلسة وفيها حضرت المدعية ..... وحضر لحضورها المدعى عليه أصالة ..... وقد وردتنا المعاملة من قسم الخبراء في هذه المحكمة بموجب الخطاب ذي الرقم ٣٢٤٦٦٦٤٣ وتاريخ ٠٥ / ٠٦ / ١٤٣٤هـ والمتضمن

(أنه في يوم الأحد الموافق ٠٤ / ٠٦ / ١٤٣٤هـ تم الوقوف مع والد المدعية على سكنه الكائن بحي ..... ٢ شارع ..... جنوباً بحضور جميع الأطراف ووجد أنه عبارة عن شقة رقم (١) مكونة من ٥ غرف بمنافعها مفروشة بالأثاث جاهزة للسكن وهي شقة شرعية مناسبة له وللبنات وأمهن هذا ما تبيّن لنا وبالله التوفيق) انتهى ومذيل بتوقيع لعضوي هيئة النظر في هذه المحكمة ..... و..... وبعرض ذلك على المدعية قرَّرت موافقتها على ذلك وبعرض ذلك على المدعى عليه أجاب قائلاً لقد منعني والد المدعية من الدخول إلى المنزل وأنا معترض عليه.

عليه وبناءً على ما تقدَّم من الدعوى والإجابة، وحيث إن المدعية تطلب الحكم بحضانة بناتها ممن هم دون سن السابعة وجميعهم كذلك وحيث إن المدعى عليه قد اعترض ولم يظهر سبب وجيه لاعتراضه، وحيث قد جرت مخاطبة الإصلاح بين الطرفين ولكونهما لم يصلا إلى شيء من ذلك وحيث إن ما رأته لجنة الإصلاح فيه ضرر على الأطفال من جهة التفريق بينهم فضلاً عن عدم ذكر سبب وجيه لجعل الحضانة عند والدهم، وحيث إن الأصل في الشريعة مراعاة مصلحة المحضون فحيثما تحقق فقد وجد شرع الله، وحيث إن الفقهاء قد نصوا على أن الأطفال لمن هم دون سن السابعة يكونون عند والدتهم لكونها الأرعى لمصالحهم في العرف والعادة، وحيث إن البنات تتحقق مصلحتهن على وجه الأخص عند والدتهن لعلمها بأحوالهن وشؤونهن وما يطرأ عليهن من تغيّرات عند البلوغ أو نحو ذلك، وحيث إن ما دفع به المدعى عليه من عدم مناسبة منزل المدعية لبناته مردود بقرار هيئة النظر، وحيث إن ما دفع به المدعى عليه على قرار هيئة النظر لا يعد سائغاً ولا مقبولاً للطعن به لجميع ما تقدَّم فقد حكمت

بحضانة المدعية ..... لبناتها ..... و..... و..... وللمدعى عليه ..... الحق في زيارتهن بالتقدم بدعوى خاصة في ذلك وبعرض الحكم على الطرفين قرَّرت المدعية القناعة بالحكم وقرّر المدعى عليه عدم القناعة به، وجرت تسليمه نسخة من صك الحكم للاعتراض عليه وجرى إفهامه أن له ثلاثين يوماً اعتباراً من تاريخ هذا اليوم لتقديم لائحته الاعتراضية وأنه في حال تأخره عن تقديم لائحته خلال المدة النظامية فإن الحكم يكتسب القطعية ويسقط حقه في الاعتراض ففهم ذلك، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. حرَّر في ٢٧ / ٠٦ / ١٤٣٤هـ.

الحمد لله وحده وبعد فقد افتتحت الجلسة وقد وردتنا المعاملة من محكمة الاستئناف بمكة المكرمة برقم ٤٦٦٦٤٣ / ٣٢ وتاريخ ٠٦ / ٠٩ / ١٤٣٤هـ والمقيدة بهذه المحكمة برقم ٤٦٦٦٤٣ / ٣٢ وتاريخ ٠٩ / ٠٩ / ١٤٣٤هـ والمصدقة من الدائرة الثانية للأحوال الشخصية والوصايا والقصار وبيوت المال بمحكمة الاستئناف بمكة المكرمة بالقرار الصادر من أصحاب الفضيلة قضاة محكمة الاستئناف رقم ٣٤٣٠٧٥٥٩ وتاريخ ٢٨ / ٠٨ / ١٤٣٤هـ المتضمن ما نصه: وبدراسة الحكم وصورة ضبطه واللائحة الاعتراضية تقرَّر بالأكثرية الموافقة على الحكم. وبالله التوفيق.ا.هـ، قاضي استئناف ختم وتوقيع وله وجهة نظر ..... وقاضي استئناف ختم وتوقيع د. ..... ورئيس الدائرة ختم وتوقيع .....، عليه فقد أمرت بإلحاق ذلك بالضبط وسجله، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم حرّر في ١٥ / ٠٩ / ١٤٣٤هـ.

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وبعد: فقد جرى منا نحن قضاة الدائرة الثانية للأحوال الشخصية والأوقاف والوصايا والقصار وبيوت المال بمحكمة

الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة الاطلاع على الصك الصادر من فضيلة الشيخ / ..... القاضي بالمحكمة العامة بجدة برقم ٣٤٢٥٣٩١٦ وتاريخ ٢٧ / ٦ / ١٤٣٤هـ المتعلق بدعوى / ..... ضد / .....، وبدراسة الصك وصورة ضبطه واللائحة الاعتراضية تقرَّر بالأكثرية الموافقة على الحكم. والله الموفّق وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم،،،،،،،

ثانياً: التعليق على الحكم:

تضمن الصك مسائل، وأهمها في موضع البحث:

المسألة الأولى: مسألة المعاوضة على الحضانة في عقد الخلع. أو اشتراط التنازل عن الحضانة للأم في عقد الخلع.

سبق دراسة المسألة، وأنه لا يصح اشتراط ذلك، ولو حصل الخلع فالخلع صحيح والشرط باطل.

وإذا اشترط الحضانة في عقد الخلع ورضيت به ثم بعد الخلع تقدّمت بطلب الحضانة؛ جاز سماع الدعوى؛ لرجوعها في تنازلها عن هذا الحق. قال في مطالب أولي النهى (٥ / ٦٦٨): «ولو اتفق أبو المحضون وأمه على أن يكون الولد في حضانتها وهي مُزَوَّجة، ورضي زوجها؛ جاز، ولم يكن لازماً؛ لأن الحق لا يعدوهم. وأيهم أراد الرجوع فله ذلك». وجاء في كشاف القناع (٥ / ٤٩٨): «(ومن أسقط حقّه منها) أي الحضانة سقط لإعراضه عنه. وله العود في حقّه (متى شاء) لأنّه يتجدّد بتجدّد الزّمان، كالنّفقة انتهى»

وسبق ذكر النصوص في المسألة الثالثة من التطبيق الثاني (الإنصاف ٩ / ٤٢١، الفتاوى الفقهية لابن تيمية ٤ / ٢١٦)

وهذا الأمر متقرّر عند كثير من المذاهب. فعند الحنفيّة، جاء المبسوط (٦ / ١٦٩)»... وإذا اختلعت المرأةُ من زوجها على أن تترُك ولدها عند الزّوج، فالخُلعُ جائزٌ، والشّرطُ باطلٌ»، وكذا في بدائع الصنائع (٤ / ٤٢)، والبحر الرائق (٤ / ١٨٠).

وعند الشافعية جاء في الجُمل على شرح المنهج (٤ / ٥٢١): «لو أسقطت الحاضنةُ حقّها انتقلت لمن يليها، فإذا رجعت عاد حقُّها».

فدلت هذه النصوص وغيرها على أن الحضانة حق لمن ثبتت له، ولو أسقطها جاز له أن يعود لها ما دام صالحاً تتوفر فيه شروط الحضانة.

والقاضي لم يلتفت إلى هذا الشرط. مما يدل على إهماله لشرعيته وفق مذهب الجمهور.

المسألة الثانية: اشتراط صلاح السكن للحاضن.

هذا الرأي يقُوِّي مسألة الحق في الحضانة وأنه للحاضن والمحضون. ومن النصوص التي تشمل هذه المسألة: ما جاء في المنتقى (٦ / ١٨٩): «وإذا لم تكن في حرزٍ، أو كانت غير مأمونةٍ، أو تضعف عنه، أو سفيهةً، أو سقيمةً، أو ضعيفةً، أو مسنّةً؛ فلا حضانة لها حرّةً كانت أو غيرها. قاله مالكٌ في الموّازيّة، ووجه ذلك: أنّ الحضانة إنّما هي للرّفق بالصّغير، فإذا عجزت عن القيام به عُدِم الرّفق، وكان في مقامه عندها تضييعٌ له. والله أعلم وأحكم».

المسألة الثالثة: حضانة الصغير دون العامين ودون سن السابعة.

هذه المسألة أيضاً لها علاقة بمسألة الحق في الحضانة، وأن الأم هي الأصل؛ لأنه الأصلح، بل قيل حتى لو تزوجت، ورضي الزوج بذلك.

جاء في مطالب أولي النهى (٥ / ٦٦٨): «(ولو رضي زوج) بحضانة ولدها من غيره؛ لم تستحق الحضانة بذلك (لكن ترضعه) أمه المزوجة بأجنبي (كما مر) ويحضنه غيرها... ولأنَّ تزوجها بالأجنبي لم يسقط حقها من إرضاع ولدها، وإنما سقطت بذلك حضانتها، وانتقلت لمن بعدها، فلما تعذَّر الجمع بينهما عاد استحقاقها لحضانة ولدها؛ لكمال شفقتها عليه. وهو مُتجهٌ».

كما بيّن الفقهاء أن الطفل إذا كان دون السابعة فإن الأصل أن حضانته لأمه؛ لأنها الأرعى لمصالحه عادةً،؛ حتى لو اشترط الأب أن الحضانة له في دعوى الخلع ووافقت الأم، إذا توفرت مقومات الحياة من السكن المناسب للطفل لدى الأم. وجاء في التاج والإكليل(٥ / ٥٩٣-٥٩٨): «وفي المدوّنة: إن كانت الأمّ في حوزٍ وتحصينٍ فهي أحقّ بالحضانة حتّى تنكح».

وجاء في مطالب أولي النهى (٥ / ٦٦٩-٦٧٠): «(وإن بلغ صبي (محضونٌ) سبع سنين عاقلا (أي تمت له السبع) خُيِّر بين أبويه اللذين من أهل الحضانة (بأن يكونا عاقلين رشيدين؛ لحديث أبي هريرة: أن النبي صلى الله عليه وسلم « خَيَّر غلامًا بين أبيه وأمه. « رواه سعيد والشافعي. ولأبي هريرة أيضاً: «جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عيينة ونفعني. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به « رواه الشافعي وأحمد والترمذي وصححه، ورجاله ثقات، وعن عمر أنه خيَّر غلاًما بين أبيه وأمه. رواه سعيد... (فإن اختار أباه كان عنده ليلاً ونهاراً) ليحفظه ويعلّمه ويؤدبه. (ولا يمنع من زيارة أمه)؛ لأن فيه إغراء

له بالعقوق وقطيعة الرحم، فيزورها على العادة كيوم في الأسبوع (ولا (تمنع) هي تمريضه (لصيرورته بالمرض كالصغير في الحاجة إلى من يخدمه ويقوم بأمره، والنساء أعرف بذلك) وإن اختارها (أي: الأم) كان عندها ليلاً)؛ لأنه وقت السكن وانحياز الرجال إلى المساكن، وكان) عنده (أي: الأب (نهاراً)؛ لأنه وقت التصرف في الحوائج وعمل الصنائع (ليؤدبه ويعلّمه) لئلا يضيع».

المسألة الرابعة: حق الأم التي لم تتزوج في الحضانة.

سبق ذكر هذه المسألة في المسألة الثانية من التطبيق الثاني.

المسألة الخامسة: النفقة على الأولاد المحضونين. وأخذ الأجرة على الحضانة

قال تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ الطلاق: ٧، وثبت من قوله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبه: «خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك»(٧٢).

ثم إن أخذ الأجرة على الحضانة قائم على ما قرّره الفقهاء من أنه كالرضاع، يقول المرداوي: «قوله (وأحقّ النّاس بحضانة الطّفل والمعتوه أمّه) بلا نزاعٍ. ولو كان بأجرة المثل كالرّضاع» الإنصاف (٩/ ٤١٦-٤٢١).

المسألة السادسة: انشغال الأم الحاضن بعمل أو دراسة وتركها لأولادها لساعات يومياً أو التفريط ببعض حقوق الأطفال كالتعليم.

فيه تحقيق لمسألة الحق في الحضانة، ومراعاة مصلحة المحضون. ومن النصوص الفقهية التي راعت هذا الأمر وتصلح للتسبيب بها ما ذكر في المنتقى (٦/ ١٨٩): «وإذا لم تكن في حرزٍ، أو كانت غير مأمونةٍ، أو تضعف عنه، أو سفيهةً، أو سقيمةً، أو

(٧٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، برقم: ٥٠٤٩.

ضعيفةً، أو مسنّةً فلا حضانة لها حرّةً كانت أو غيرها قاله مالكٌ في الموّازيّة، ووجه ذلك أنّ الحضانة إنّما هي للرّفق بالصّغير فإذا عجزت عن القيام به، عدم الرّفق وكان في مقامه عندها تضييعٌ له والله أعلم وأحكم».

وجاء في الفتاوى الهندية (١ / ٥٤٢)»: ولا حضانة لمن تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة كذا في البحر الرائق».

بل ذكر بعض الفقهاء أن الانشغال مؤثّر حتى لو كان التفريط لانشغالها بطاعة فقد جاء في حاشية ابن عابدين (٣ / ٥٥٥-٥٥٩): «قال ح: وعلى هذا لو كانت صالحة كثيرة الصلاة قد استولى عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه انتزع منها ولم أره. اهـ»

المسألة السابعة: ضابط زيارة أحد الوالدين لأولاده المحضونين.

وجه العلاقة بمسألتنا بيان أن من الحقوق الشرعية والتي فطر الإنسان أيضاً عليها الرغبة في رؤية الأولاد، وإذا ما كانت حضانتهم عند أحد الأبوين وأراد الآخر رؤيته فمن الواجب تمكينه من ذلك، وفي هذا حق له وحق للمحضون الذي ينتسب لهذا الوالد.

وتكون الزيارة وفق ما يتم العمل به عرفاً وعادة، ووفقاً لما هو أرفق بالمحضون، فإن كانت الزيارة بعد السابعة وقد كان قد خير فقد جاء في مطالب أولي النهى (٥ / ٦٧٠): «(فإن اختار أباه كان عنده ليلاً ونهاراً (ليحفظه ويعلمه ويؤدبه. (ولا يمنع من زيارة أمه)؛ لأن فيه إغراء له بالعقوق وقطيعة الرحم، فيزورها على العادة كيوم في الأسبوع) ولا (تمنع) هي تمريضه (لصيرورته بالمرض كالصغير في الحاجة إلى من يخدمه ويقوم بأمره، والنساء أعرف بذلك) وإن اختارها (أي: الأم) كان عندها

ليلاً)؛ لأنه وقت السكن وانحياز الرجال إلى المساكن، وكان (عنده (أي: الأب) نهاراً)؛ لأنه وقت التصرّف في الحوائج وعمل الصنائع (ليؤدبه ويعلّمه) لئلا يضيع».

المسألة الثامنة: مراعاة الأصلح للمحضون.

وهذا الأمر لا شك في مراعاته عموماً ومن النصوص الفقهية التي بيّنت هذا الأمر بنصه ما جاء المغني (٨/ ٢٤١): «أن الغرض بالحضانة الحظ، والحظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها؛ لأنها تحتاج إلى حفظ، والأب أولى بذلك..».. إلخ كلامه.

وجاء في حاشية الدسوقي (٢/ ٥٢٨-٥٢٩): «(... وشرط الحاضن) ذكراً أو أنثى (العقل) فلا حضانة لمجنون... (والكفاية) أي القدرة على القيام بشأن المحضون».

المسألة التاسعة: وجه التفريق بين البنين والبنات في حضانة الأم:

فيه أيضاً رؤية حول الأثر في مسألة الأحق بالحضانة ومراعاة مصلحة المحضون، جاء المغني (٨/ ٢٤١): «أن الغرض بالحضانة الحظ، والحظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها؛ لأنها تحتاج إلى حفظ، والأب أولى بذلك، فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها، ولأنها إذا بلغت السبع، قاربت الصلاحية للتزويج، وقد تزوج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة، وهي ابنة سبع، وإنما تخطب الجارية من أبيها؛ لأنه وليها، والمالك لتزويجها، وهو أعلم بالكفاءة، وأقدر على البحث، فينبغي أن يقدم على غيره، ولا يصار إلى تخييرها؛ لأن الشرع لم يرد به فيها، ولا يصح قياسها على الغلام؛ لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج، كحاجتها إليه، ولا على سن البلوغ؛ لأن قولها حينئذ معتبر في إذنها، وتوكيلها، وإقرارها، واختيارها، بخلاف مسألتنا، ولا يصح قياس ما بعد السبع على ما قبلها؛ لما ذكرنا في دليلنا».

الخاتمـة:

أحمد الله تعالى على ما يسر في كتابة هذا البحث، والذي حاولت فيه أن أجمع ما جاء في أطرافه في كتب أهل العلم حول مسائله بخصوصها، فإن مسائل الحضانة تتميز بترابطها وبناء بعضها على بعض، مما يضطر الباحث لو رغب الكمال ألا ينتهي به البحث إلا بتأليف كتاب عن جميع مائل كتاب الحضانة، ولكن القصد هنا التزام موضوع البحث مباشرة وفق هدفه وتساؤله المحدد.

وقد ظهر لي من خلال البحث النتائج التالية:

١- أن الحضانة بمفهومها العام تُعنى بـ«تربية الطفل وصيانته في بدنه وأخلاقه وكل ما يصلحه».

٢- أن الحق في الحضانة للحاضن والمحضون معاً، وعلى هذا الترجيح تجتمع الأدلة وتتفق الفروع الفقهية.

٣- أن الحضانة إذا سقطت من مستحقها (الأم)، أو أُسقِطت لمانع فإنها تنتقل إلى أمهاتها أي جدة المحضون: أم الأم وأمهاتها.

٤- إذا اشترط الأب على الأم لإتمام عقد الخلع إسقاطَ حقها في الحضانة فيصح الخُلع ويبطل الشرط.

٥- أن الحضانة أمر وتكليف شرعي يُسأل الإنسان عنه في الدنيا والآخرة؛ فالإنسان راع في بيته ومسؤول عن رعيته كما أخبر بذلك النبي صلى الله عليه وسلم.

٦- أوصي نفسي وإخواني بالحرص على تربية الأولاد والعناية بهم ومراعاة مصالحهم، ومعرفة أن هذا الأمر سيحاسب عليه الإنسان يوم القيامة.

أسأل الله أن يصلح أحوال المسلمين، وأن يوفّقنا جميعاً للعلم النافع والعمل الصالح، والله تعالى أعلم وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.