جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

حضانة الصغير

فى الفقه الإسلامى

دراسة مقارنة

تأليف الدكتور
عبد الغنى عبد الفتاح غنيم
استاذ الفقه المقارن المساعد
كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة البحث

إن الحمد لله ، نحمده ونستعين به ، ونستغفره ونستهديه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له ، وأشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله ، بلغ الرسالة ، وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، وكشف الله به الغمة ... قال تعالى { يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون }([1]) . وقال تعالى { يا أيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساءً واتقوا الله الذى تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيباً }([2]) . وبعد

فإن أصدق الحديث كتاب الله ، وخير الهدى هدى سيدنا محمد "صلى الله عليه وسلم "، وشر الأمور محدثاتها ، وكل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة ، وكل ضلالة فى النار .

وقد اهتم الإسلام بالإنسان ، واعتنى به فى كافة مراحله ، حتى قبل أن يوجد ، فطلب من الأب ، أن يختار لابنه أماً صالحة .

فمن المراحل التى اهتم بها الإسلام ، من حياة الإنسان ، مرحلة الحضانة وهى مرحلة يمر بها كل مولود ، إذ أن الطفل يثبت عليه منذ

([1]) الآية رقم (٢) من سورة آل عمران .
([2]) الآية رقم (١) من سورة النساء .

ولادته ثلاث ولايات : الأولى : ولاية الحضانة ٠ الثانية : الولاية على النفس ٠ الثالثة : الولاية على المال إذا كان له مال ٠

ونظراً لما قد ينشأ عن الخلاف والشقاق بين الزوجين ، وقد يستحكم بينهما هذا الخلاف ، ويؤدى الى الطلاق ، فيستأثر كل من الزوجين برغباته وأهوائه ، تاركين الطفل لما تحمله له الأيام ، فيضيع ويهلك ، ويكون الضحية لهذا الخلاف ٠

لذا اهتمت الشريعة الإسلامية ، بهذه المرحلة من حياة الطفل غاية الاهتمام ، ومن هنا آثرت الكتابة فى هذا الموضوع ٠

ولما كانت الحضانة نوعاً من أنواع الولايات على النفس ، فقد راعى الإسلام مصلحة الولد ، فقدم النساء فى ولاية الحضانة والرضاع ، لأنهن أعرف وأقدر عليها ، وأصبر وأفرغ لها ٠ كما قدم الرجال فى ولاية النكاح والمال ، لأنهم أقوم وأحوط لهم ، فى سن يكون الأولاد فيه ، أحوج إلى أبيهم ، أكثر من أمهم ٠

هذا وتتلخص خطة الكتابة فى هذا الموضوع فيما يلى : -

المبحث الأول : ماهية الحضانة ٠ ويشتمل على خمسة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الحضانة ٠

المطلب الثانى : المراد بالصغير ٠

المطلب الثالث : أدلة مشروعية الحضانة ٠

المطلب الرابع : الوصف الشرعى للحضانة ٠

المطلب الخامس : الفرق بين الحضانة وغيرها مما يتشابه معها ٠

المبحث الثانى : استحقاق الحضانة ٠ ويشتمل على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : صاحب الحق فى الحضانة ٠

المطلب الثانى : المستحقون للحضانة ٠ويشتمل على أربعة فروع:

الفرع الأول : المستحقون للحضانة من النساء ٠

الفرع الثانى : المستحقون للحضانة من الرجال ٠

الفرع الثالث : المستحقون للحضانة عند اجتماع الرجال والنساء ٠

الفرع الرابع : أهم نقاط الاختلاف بين الفقهاء فى المستحقين للحضانة

المطلب الثالث : شروط استحقاق الحضانة وسقوطها وعودتها :

الفرع الأول : شروط استحقاق الحضانة ٠

الفرع الثانى : سقوط الحضانة وعودتها ٠

المبحث الثالث : أحكام الحضانة ٠ ويشتمل على أربعة مطالب :

المطلب الأول : أجرة الحضانة ٠

المطلب الثانى : مكان الحضانة ٠

المطلب الثالث : رؤية المحضون ٠

المطلب الرابع : انتهاء الحضانة ٠ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : مدة الحضانة ٠

الفرع الثانى : تخيير المحضون فى المقام ٠

خاتمة البحث ٠

المراجع التى اعتمدت عليها فى إعداد هذا البحث ٠

فهرس الموضوعات ٠

هذا وبالله تعالى التوفيق ٠

أحكام الحضانة

المبحث الأول : ماهية الحضانة

المطلب الأول : تعريف الحضانة

الحضانة مأخوذة من الحضن بكسر الحاء ، فهى مصدر من حضن ، بفتح الحاء يحضن حضانة. والحضن هو الجنب لضم الحاضنة المحضون إليها . وحضن الطائر بيضه : إذا ضمه إلي نفسه تحت جناحه وحضنت المرأة ولدها حضانة وحاضنة الصبى هى التي تقوم على تربيته . واحتضن الشئ جعله في حضنه وحضن الصبى يحضنه حضناً : رباه ، فهى تعنى الحفظ والرعاية والتربية[1]

وفى الشرع :

أولاً : عند الأحناف : هى تربية الولد لمن له حق الحضانة ([2]) .

ثانياً : عند المالكية : هى حفظ الولد والقيام بمصالحه ([3]) .

ثالثاً : عند الشافعية : هى حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه([4]) .

([1]) لسان العرب لابن منظور مادة حضن ج ص ٦٦١دار الجيل ، بيروت ، طبعة ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨ م ، المصباح المنير ج١ ص ١٩٣ ، دار القلم ، بيروت مختار الصحاح ص ١٥٩ مطبعة مصطفى الحلبى ١٣٦٩ هـ / ١٩٥٠ م .

([2]) حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٦٣٣ دار إحياء التراث العربى ، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧ م .

([3]) الشرح الكبير بحاشية الدسوقى ج٢ ص ٥٢٦ دار الفكر ، بيروت ، لبنان

([4]) شرح جلال الدين المحلى بحاشية قليوبى ج٤ ص٨٨ ، ط عيسى الحلبى.

رابعاً : عند الحنابلة : هى حفظ صغير ومعتوه – وهو المختل العقل – ومجنون عما يضرهم ، وتربيتهم بعمل مصالحهم([1]) .

خامساً : عند الزيدية : هى حفظ من لا يستقل بأموره ، وتربيته بما يصلحه عند من هو أولى بذلك ([2]) .

سادساً : عند الإباضية : هى حفظ الولد فى نفسه ومؤنة طعامه ولبسه ومضجعه وتنظيف جسمه ([3]) .

سابعاً : عند الإمامية : هى ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصلحته ، من حفظه وجعله فى سريره وكحله ودهنه وتنظيفه وغسل خرقه وثيابه ونحوه ([4]) .

نلاحظ من هذه التعريفات ، أنها تجمع على أن الحضانة ، هى القيام بأمر العاجز ، بتدبير شئونه ورعاية مصالحه ، وإنجائه من المهالك. كما نلاحظ منها أنها اشتملت على شخصين : الحاضن والمحضون ، وقد صرحت بما يجب على الحاضن من عمل ، وهذا هو المقصود من الحضانة .

([1]) شرح منتهى الإرادات ج٣ ص٢٤٨ ، عالم الكتب ، الطبعة الثانية ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦ .

([2]) التاج المذهب ج٣ص٣٦٧ ، دار إحياء الكتب العربية ، الطبعة الأولى ١٣٦٦ هـ .

([3]) شرح النيل ج٧ص٤٠٧ ، طبعة الإرشاد .

([4]) الروضة البهية ج٢ص١٤٠ .

المطلب الثاني

المراد بالصغير

المراد به في اللغة : مأخوذ من الصِغَر، ضد الكبر، تقول صغر صغراً : قل حجمه أو سنه فهو صغير . والجمع : صغار والأصغر اسم تفضيل . والصغار: بالفتح الذل والضيم ، ومنه قوله تعالى ـ في شأن أهل الكتاب حالة إعطاء الجزية ـ {حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون }([1]) .

والمراد المعنى الأول : وهو ضد الكبر .

والمراد به اصطلاحاً هو: وصف يلحق بالإنسان منذ ولادته إلى بلوغه الحلم ([2]) .

ويفترق الصغير عن الصبى ، في أن الصبى هو من لم يفطم بعد أى منذ ولادته إلى أن يفطم . والصبى : الغلام . وعلى هذا فالصبى أخص من الغلام([3]) .

ويفترق الصغير عن المراهق ، في أن المراهق هو من قارب الاحتلام ، والرهق هو جهل في الإنسان ، وخفة في عقله ، تقول : فيه رهق : أى حدة وخفة([4]) .

([1]) من الآية رقم ٢٩ سورة التوبة .
([2]) كشف الأسرار ج٤ص١٣٥٨ .
([3]) لسان العرب ج٣ص٤٠٨،٤٠٧ ، المعجم الوسيط ج٢ص٥٠٧ .
([4]) لسان العرب ج٢ص١٢٤٢ ، المعجم الوسيط ج١ص٣٧٨ ، مختار الصحاح ص٢٨١ .

وعلى هذا فالصغير أعم ،لأنه يشمل من قارب الحلم وغيره ممن هو أقل منه . كما أن الصغير يختلف عن المميز، إذ المميز هو من صار عنده وعى وإدراك يفهم به الخطاب إجمالاً ([1]) .إذاً الصغير أعم من المميز ، لأنه يشمل المميز وغير المميز . ويمر الإنسان إلى أن يصل لسن البلوغ بمرحلتين : ـ

<u>الأولى</u> : وهى مرحلة عدم التمييز : وتبدأ منذ ولادته إلى أن يصير له وعى ، يدرك به الفرق بين ما ينفعه وما يضره .

<u>الثانية</u> : وهى مرحلة التمييز: وتبدأ هذه بانتهاء الأولى ، وهذه المرحلة ليس لها سن معينة تعرف بها ، وإنما تعرف بنضج الصغير وتفتحه ، فقد يكون كذلك في سن مبكرة وقد يتأخر . وتنتهى هذه المرحلة ببلوغ الصغير .

كما أن للصغير أهلية وجوب وأهلية أداء ، فأهلية الوجوب تعنى : صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه ، ومناطها الإنسانية ، فيستوى فيها الصغير والكبير .

وأهلية الأداء تعنى : صلاحية الإنسان لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعاً ، ومناطها التمييز([2]) .

والجدير بالذكر : فإن المراد من موضوع البحث ، هو حضانة الصغير فقط ، والصغر وصف يلحق الإنسان ، منذ ولادته حتى

([1]) كشف الأسرار ج٤ص١٣٥٨ .
([2]) كشف الأسرار ج ص٢٧٣، ٢٧٤، الملكية ونظرية العقد لأبى زهرة ص٢٢٩ ، نظرية العقد ص٥٦ .

بلوغه سن الحلم ، فلا يدخل معنا حضانة الكبير والمعتوه والمجنون وغيرهم .

ومن هنا يترجح لدينا تعريف الأحناف للحضانة ، وهو تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره فى سن معينة ممن له الحق فى الحضانة (١) كما ذكر ذلك فى تعريف المالكية والإباضية.

بخلاف تعريف الشافعية ، والحنابلة ، والزيدية والإمامية ، فيدخل فيه الكبير المعتوه والمجنون ، لأنهم لم يصرحوا بسن معينة فى التعريف .

كما يستفاد من تعريفهم أن الحضانة ولاية على الطفل مصدرها الشرع . ويستفاد أيضاً منها حكمة تشريع الحضانة ، المتمثلة فى حفظ النفس البشرية ، التى هى من المقاصد الأساسية للشريعة الإسلامية والتى اهتمت بها غاية الاهتمام .

---

(١) ابن عابدين ج٢ص٥٦٠ .

المطلب الثالث

أدلة مشروعية الحضانة

فقد ثبتت مشروعية الحضانة بالقرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع على النحو التالى : -

أولاً : من القرآن الكريم :

أ ـ قال تعالى : { لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده } (١) .

وجه الدلالة من الآية : فإن الآية تدل دلالة واضحة ، على أن الأم أحق بإمساك الولد ما دام صغيراً، وإن استغنى عن الإرضاع ، بعد ما يكون ممن يحتاج إلى الحضانة ، لأن حاجته إلى الأم بعد الرضاع كما هى قبله (٢) .

وقد طالب الله تعالى ، فى صدر هذه الآية ، الأمهات بإرضاع أولادهن ، والحضانة من لوازم الإرضاع ، وجعل الأم أحق بإرضاع أولادها ، لتوافر الشفقة لديها أكثر من الأجنبيات ، وأوجب على الوالد نفقة الزوجة وكسوتها حال الحضانة ، لأنها تابعة للرضاعة (٣) ، فقال تعالى : {والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها } (٤).

---

(١) سورة البقرة من الآية رقم ٢٣٣ .
(٢) الجامع لأحكام القرآن للجصاص ج١ ص٤٧٩ ، طبعة دار المصحف .
(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج٣ ص١٦ ط دار الكتب العلمية ، بيروت
(٤) سورة البقرة صدر الآية رقم ٢٣٣ .

ب ـ قال تعالى : { وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن }([1]).

وجه الدلالة من هذه الآية : فإن الآية تدل على مشروعية الحضانة ، لأن الربيبة ـ هى بنت الزوجة من غير الزوج الجديد ـ تتبع أمها وتكون تحت رعايتها ، وإن لم تكن فى بيت زوج أمها الجديد ([2]).

ج ـ قال تعالى : {ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً }([3]) .

وجه الدلالة من الآية : أن الآية توجب الحضانة للطفل مطلقاً ، حتى لو كان لقيطاً أو ضالاً ، لأن فى الحضانة إحياء للنفس البشرية ، كما صرحت بذلك الآية الكريمة ([4]).

ثانياً : من السنة النبوية :

ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن امرأة جاءت إلى رسول الله " صلى الله عليه وسلم " فقالت يا رسول الله : إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء ([5]) وثدى له سقاء([6]) وحجرى له حواء([7]) ، وإن أباه طلقنى ، فأراد أن ينتزعه منى ، فقال لها رسول الله " صلى الله عليه وسلم" :{ أنت أحق به ما لم تتزوجى } وفى رواية : ما لم

([1]) سورة النساء من الآية رقم ٢٣ .
([2]) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج٣ ص١٦٨٢ .
([3]) سورة المائدة من الآية رقم ٣٢ .
([4]) المدونة الكبرى ج٢ ص٢٥٨ .
([5]) الوعاء مفرد الأوعية ، وأوعى الزاد والمتاع أى جعله فى الوعاء . مختار الصحاح ص٤١٩ .دار إحياء التراث العربى . بيروت .
([6]) السقاء يكون للبن والماء . مختار الصحاح ص١٨٧ .
([7]) الحواء اسم المكان الذى يحوى الشئ .وهو جماعة بيوت من الناس مجتمعة . أى كان بطنى يجمعه . مختار الصحاح ص١٠٧ .

تنكحى([1]). وعن أبى هريرة " رضى الله عنه " أن النبى "صلى الله عليه وسلم" خير غلاماً بين أبيه وأمه ([2]).وفى حديث آخر أن النبى "صلى الله عليه وسلم" قال للغلام : هذا أبوك وهذه أمك ، فخذ بيد أيهما شئت .فأخذ بيد أمه ، فانطلقت به ([3]).

ثالثاً : الإجماع : فقد أجمعت الأمة على مشروعية الحضانة وكفالة الأطفال الصغار ، وذلك لأنها سبيل إلى حفظ النفس البشرية من الضياع.وقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد ، أن الأم أحق به ما لم تنكح . وقال أبو عمر لا أعلم خلافاً بين السلف ومن العلماء ، فى المرأة المطلقة ، إذا لم تتزوج ، أنها أحق بولدها من أبيه ، ما دام طفلاً صغيراً لا يميز شيئاً ، إذا كان عندها فى حرز وكفاية ، ولم يثبت فيها فسق ولا تبرج ([4]).

([1]) الدراية فى تخريج أحاديث الهداية ج٢ص٨١رقم٦٠٢،الدار قطنى ج٣ ص٣٠٥رقم٢٢٠،نصب الراية ج٣ص٢٦٥،المستدرك ج٢ص٢٢٥باب حضانة الولد ومن أحق به رقم ٢٨٣٠ .
([2]) سنن النسائى ج٦ ص١٨٥، ١٨٦ ، الترمذى رقم ١٣٦٨ ،ابن ماجه رقم ٢٣٥١ ، المصنف لعبد الرزاق رقم ١٢٦١١ .
([3]) السنن الكبرى كتاب النفقات ، باب الأبوين إذا افترقا وهما فى قرابة واحدة فالأم أحق بولدها . أبو داود ج٢ ص٧٠٨ .
([4]) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج٣ ص١٦٤ ، الإجماع لابن المنذر ص١٧ .

المطلب الرابع

الوصف الشرعي للحضانة

فقد سبق ذكر إجماع الفقهاء على وجوب كفالة الأطفال الصغار وذلك لأنه خلق ضعيف ، يحتاج لكافل يرعاه ، في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ، ومضجعه وتنظيف جسده ٠

وهذا الوجوب يدور بين الوجوب العيني والوجوب الكفائى([1]) فتكون الحضانة واجبة وجوباً عينياً ، في حالة ما إذا تعين الحاضن ، حتى ولو كان أجنبياً من المحضون ، أو وجد ولم يقبل الصبي غيره ٠ وتكون واجبة وجوباً كفائياً إذا تعدد الحاضن([2]) ٠

وإذا كانت الحضانة واجبة على هذا النحو ، فإن كل واجب لابد وأن يقابله حق ، وصاحب هذا الحق هو الصغير ، فحقه أن يتوفر له من يرعاه ، ويتعهده في نومه ويقظته ، سواء كانت الحضانة واجباً عينياً أو كفائياً في حق الحاضن ، وذلك لأن كل ما يهم الصغير، وجود من يكفله ٠

وتكون الحضانة حقاً في حق الحاضن ، حالة ما إذا تعدد فللحاضن أن يتنازل عنه ، لوجود غيره يقوم مقامه بأمور الحضانة ،

([1]) الوجوب العينى هو : ما وجب على الجميع ، ولم يسقط إلا بفعل كل واحد ممن وجب عليه ، مثل الصلاة والزكاة في قوله تعالى (أقيموا الصلاة وأتوا الزكاة) ٠ والوجوب الكفائى هو : ما وجب على الجميع ، وسقط بفعل البعض كتجهيز الميت والصلاة عليه ودفنه ، وسمى بالكفائى لاكتفاء الجميع بالبعض في سقوط الفرض ٠ انظر : شرح مختصر الروضة ج٢ ص٤٠٥، ٤٠٦ / مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٠ ، ١٩٩٠م ٠

([2]) الفواكه الدوانى ج٢ص١٠٢ ٠

وهذا ما يعنى الوجوب الكفائى ، إذ الوجوب الكفائى ، يسقط بقيام البعض ٠

ويترتب على كون الحضانة حقاً للصغير أن الحاضن يجبر على قبولها ، إذا تعين بحيث لم يوجد غيره ، أو وجد الحاضن ولم يأخذ الصغير ثدى غيره ، أو لم يكن للأب ولا للصغير مال ، أو وجد وامتنع من قبول الحضانة ، لئلا يضيع حق الصغير ، وأصبح هذا الأمر واجباً وجوباً عينياً في جانب الحاضن ٠

وهذا يستلزم أن الأم لو اختلعت من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج ، فالخلع جائز والشرط باطل ، لما فيه من إسقاط حق ولدها ، لأن حقه أن يكون عندها ، ما كان محتاجاً إليها ٠

وفي غير هذه الحالات المتقدمة – التي تكون الحضانة واجبة فيها وجوباً عينياً وحقاً للصغير – تكون الحضانة واجبة وجوباً كفائياً في حق الحاضن، ويستتبع ذلك أنه ليس لأحد إجبار الحاضن على قبول الحضانة إذا امتنع منها ، لوجود حاضن آخر يقبلها ، وفي نفس الوقت لا يضيع حق الصغير في رعايته وحفظه ٠ كما أنه ليس لأحد أن ينزع هذا الحق منه ، ما دام صاحبه متمسكاً به ، فهو أحق به وأولى ما لم يقصر في ذلك ، أو يوجد في حقه ما نع من موانع الحضانة على ما سيأتى ([1]) ٠

([1]) رد المحتار على الدر المختار ج٢ ص٦٣٦ / دار إحياء التراث العرب / الطبعة الثانية ١٤٠٧ / ١٩٨٧م ،تبيين الحقائق ج٣ ص٤٧ /دار المعرفة ، مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٦ /طبعة ١٣٧٤ /١٩٥٥م ٠

هذا وقد أقر القضاء المصري في أحكامه ، أن الحضانة حق لكل من الحاضنة والمحضون والأب أو من يقوم مقامه ، وأن حق المحضون أقوى هذه الحقوق ، وهذه الحقوق إذا اجتمعت ، وأمكن التوفيق بينها وجب المصير إليها ، وإن تعارضت فحق الصغير مقدم على الحقوق الأخرى ([1]) .

([1]) انظر : حكم المحكمة العليا في الطعن الشرعي رقم ١ـ١٦ ق في ٢١ محرم ١٣٩٠ هـ، ٢٩ مارس ١٩٧٠م .

المطلب الخامس

الفرق بين الحضانة وبين غيرها مما يتشابه معها

تتشابه الحضانة مع كل من الولاية والوصاية والكفالة على النحو التالي :-

أولاً : الولاية : لغة : النصرة والسلطان ([1]) .

شرعاً : القدرة على التصرف. أو تنفيذ القول على الغير([2]) .

لكن يلاحظ : أنه قد يكون مصدر هذه الولاية الشرع ، وقد يكون التفويض ، وقد تكون الولاية في المال ، كما في الحجر على السفيه والمبذر، وقد تكون في النكاح كولاية الإجبار ، وقد تكون في الحضانة ، وقد تكون هذه الولاية للرجال دون النساء ، وقد تكون للرجال والنساء .

والحضانة نوع ولاية وسلطنة ، وتقدم فيها النساء على الرجال ([3]) . إذا الولاية أعم من الحضانة ، والحضانة أخص، فبينهما علاقة عموم وخصوص .

ثانياً : الوصاية : لغة : الأمر . تقول أوصى له بشيء وأوصى إليه : أى جعله وصيه([4]) .

([1]) مختار الصحاح ص٤٢٣ .
([2]) التعريفات للجرجاني ص٦٩ :
([3]) بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٥٤ ، مغني المحتاج ج٣ ص٤٥٢ ، تبيين الحقائق ج٣ص٤٦ ، المغني والشرح الكبير ج٩ ص٢٩٧ .
([4]) مختار الصحاح ص٤١٧ .

وشرعاً : جعل الشخص التصرف بعد موته لآخر ، فيما كان له التصرف فيه ، من قضاء ديونه واقتضائها ، ورد الودائع واستردادها وتفريق وصيته ، والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم ، والنظر فى أموالهم بحفظها والتصرف فيها بما لهم الحظ فيه ([1]) . فهذه الوصاية تثبت بالتفويض للغير . وفي هذا تفترق الوصاية عن الحضانة ، فإن الحضانة ثابتة بالشرع ، ومع ذلك فقد يكون الوصى حاضناً([2]).

ثالثاً : الكفالة :

لغة : الضم والضمان . تقول : كفل عنه بالمال لغريمه وأكفله المال : ضمنه إياه ، والكفيل : الضامن . والكافل : هو الذي يكفل إنساناً ويعوله . ومنه قوله تعالى : "وكفلها زكريا "([3]). والكفيل والكافل والضمين والضامن بمعنى واحد([4]) .

شرعاً : ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً ([5]) .وقد يستعملون الفقهاء لفظ الكفالة في باب الحضانة، وبناء عليه فلفظ الكفالة مشترك بين الحضانة التي هى إعالة الصغير والقيام بأمره ، والكفالة التى هى ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل .

([1]) التعريفات للجرجانى ص١١١ .
([2]) المغنى لابن قدامه ج٨ص٥٥٠تحقيق د/ عبد الله التركى ، د/ عبد الفتاح الحلو ، دار عالم الكتب ، الطبعة الرابعة والخامسة ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م الفواكه الدوانى ج٢ ص١٠٣ .
([3]) من الآية رقم ٣٧ سورة آل عمران .
([4]) مختار الصحاح ص٦٠٠، المصباح المنير ص٧٣٦، ٧٣٧ .
([5]) التعريفات للجرجانى ص٨٠ .

ومن هذا ما جاء بالمغنى ونصه " كفالة الطفل وحضانته واجبة لأنه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك "([1]) .

وجاء بقليوبى ما نصه : " وتنتهى بالبلوغ وبعد التميز تسمى كفالة أيضاً([2]) . وجاء مثله بحاشية الشروانى وابن القاسم ومغنى المحتاج([3]) .

([1]) المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٢٩٧ .
([2]) قليوبى ج٤ص٨٨ .
([3]) حاشية الشروانى وابن القاسم على تحفة المحتاج ج٨ص٣٥٣ ، مغنى المحتاج ج٣ص٤٥٢ .

المبحث الثاني

استحقاق الحضانة

المطلب الأول : صاحب الحق فى الحضانة

اختلف الفقهاء فى صاحب الحق فى الحضانة ،هل هو الطفل أو الحاضن أوهما معاً أو هو حق لله تعالى ، وذلك على النحو التالى : -

الرأى الأول : أنها حق لله تعالى ٠ وهو رأى عند الإباضية (١) ٠

الدليل على ذلك : أن الحضانة شرعت لحفظ النفس البشرية ، ولاشك أن حفظها من الضروريات الخمسة ، وتعد مقصداً أساسياً من مقاصد الشريعة الإسلامية ، ومن هنا كانت الحضانة حقا لله تعالى ٠ويترتب على ذلك إجبار الحاضنة عليها ، ما لم يكن هناك عذر، فلا تسقط بإسقاطها ولها أجرة الخدمة ٠

الرأى الثانى : أنها حق لهما ٠ وهو رأى ابن عابدين من الأحناف وبعض فقهاء المالكية وهو المختار عند الإباضية (٢) ٠

الدليل على ذلك : قوله تعالى : { وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى}(٣)٠

وجه الدلالة : فيستفاد من الآية : أن الأم إن امتنعت عن إرضاع ولدها عند النزاع ، أرضعته أخرى ، مما يدل على أن هذا حقها ٠ومن ناحية أخرى أنها تجبر على إرضاعه إذا تعينت لذلك ، بأن لم يكن

---

(١) شرح النيل ج٢ ص٢٠٦ .
(٢) ابن عابدين ج٣ ص٦٥٢ ، شرح النيل ج٢ ص٢٠٦ .
(٣) سورة الطلاق من الآية ٦ .

هناك غيرها ، أو كان هناك غيرها لكن لا ترضعه مجاناً وليس للطفل مال ، أو لم يقبل الطفل غيرها ، فإنها تجبر على إرضاعه ، مما يدل على أن الحضانة حق للمحضون ، وكانت حينئذ فى حقها واجباً عينياً فدل ذلك على أن الحضانة حق لهما (١)٠

الرأى الثالث : أنها حق للحاضن٠وهو رأى جمهور الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية ورأى للإباضية (٢)٠

الدليل على ذلك : قوله تعالى : {وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى}، إذ لو كانت حقاً للمحضون ، لما أسند الله تعالى الإرضاع لأخرى ولأجبرها على ذلك ، سواء فى ذلك حالة التعاسر أم لا ٠وأيضاً قوله" صلى الله عليه وسلم" : أنت أحق به ما لم تنكحى٠حيث صرح رسول الله "صلى الله عليه وسلم" بأن الحضانة حق للأم ما لم تنكح ٠

الرأى الرابع : أنها حق للمحضون ٠وهو رأى بعض فقهاء الأحناف والظاهرية وهو رأى المالكية والشافعية إذا وجبت نفقة المحضون على الحاضن (٣) ٠ودليله : قوله تعالى : {والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين }(٤) ٠

---

(١) مواهب الجليل ج٤ ص ٢١٥ .
(٢) رد المحتار ج٢ص٦٩٠، مواهب الجليل ج٤ص ٢١٥،نهاية المحتاج ج٧ ص٣٢٩،الروض المربع ج٢ص٣٢٩،كشاف القناع ج٣ص ٣٢٦،التاج المذهب ج٢ص٢٧١ ، الروضة البهية ج٢ ص١٤١ ، شرح النيل ج٧ ص٢٠٦
(٣) رد المحتار ج٢ ص٦٩٠ ، المحلى ج٧ ص١٢٤ ، ٣٢٣ ، مواهب الجليل ج٤ ص٢١٥ ، حاشية البرماوى ص٣٧٧ .
(٤) سورة البقرة أول الآية ٢٣٣ .

وجه الدلالة من الآية : أن الله تعالى قد أسند الإرضاع للأمهات ، مما يدل على أن الحضانة حق للمحضون ، لأنها من لوازم الإرضاع، وخاصة إذا وجبت نفقة المحضون على الحاضن ، فإنها تجبر عليها ، وتكون الحضانة حقاً من حقوق المحضون ، لا تسقط بإسقاطه ، أما عند التعاسر حيث لم يكن للولد مال ، أو لم تكن نفقة المحضون على الحاضن ، فإنها تكون حقاً للأم ، فلها إسقاطه ، بدليل قوله تعالى بعد ذلك : { وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى } .

والخلاصة مما تقدم : أن الرأى الثانى القائل بأن الحضانة حق لهما هو الراجح : فتكون حقاً للمحضون ، إذا تعينت الحاضنة . وتتعين إذا لم يقبل الصغير ثدى غيرها ، أو لم يكن له مال ولم توجد من ترضعه مجاناً، أو لم يكن هناك غيرها .

وتكون حقاً للحاضنة فى حالة عدم تعينها ، وهى خلاف ما سبق من حالات : كأن يقبل الصغير ثدياً آخر ، أو كان له مال ، أو كان هناك غيرها ، فتكون الحضانة فى حالة كونها حقاً للمحضون واجباً عينياً، وفى حالة كونها حقاً للحاضنة واجباً كفائياً ، وهذا لا يمنع كونها حقاً لله تعالى .

المطلب الثانى: المستحقون للحضانة

الفرع الأول : المستحقون للحضانة من النساء

اتفق الفقهاء على تقديم الإناث على الرجال ، في حق الحضانة لأنهن أشفق وأرفق بالصغير أو الصغيرة ، وأهدى إلى تربيتهم وأصبر على القيام بها من الرجال ، وأشد ملازمة لهم .وخاصة الأم فلا تعدلها غيرها من الحاضنات ، في الشفقة والرفق ورعاية مصلحة الصغير أو الصغيرة ، فهى أشدهن شفقة ورفقاً بالمولود ، ومن أجل ذلك كانت هى الأحق بالحضانة ، فيما لو وقعت الفرقة بين الزوجين ، وإلا فالحضانة لهما معا ([1]) .والدليل على ذلك :-

أ ـ ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة جاءت إلى رسول الله "صلى الله عليه وسلم"، فقالت له : يا رسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وثدى له سقاء وحجرى له حواء وإن أباه طلقنى وأراد أن ينتزعه منى، فقال صلى الله عليه وسلم : " أنت أحق به ما لم تنكحى "([2]) .

وجه الدلالة : أن النبى" صلى الله عله وسلم " قدم أم الصغير في أحقيتها للحضانة على الأب ،إذا وقعت الفرقة بين الزوجين ، وذلك

([1]) تبيين الحقائق ج٣ ص٤٦ ، شرح فتح القدير ج٤ ص٣٦٧ ، بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٥٤ ،حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ج٢ ص٥٢٦ جواهر الإكليل ج١ ص٤٠٨ ، الجمل على شرح المنهج ج٤ ص٥١٦ ، مغنى المحتاج ج ص٤٥٢ ، المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٢٩٩ ، المبدع في شرح المقنع ج٨ ص٢٣٠ .

([2]) سبق تخريجه ص ١١ .

لأن الأم أشفق عليه لزيادة اتصاله بها ، من حيث يقص منها بالمقص وأقدر على الحضانة بلزومها البيت ، فكان التفويض إليها زيادة رحمة لمن هو مظنتها ([1]) .

ب ـ قوله صلى الله عليه وسلم : " من فرق بين والدة وولدها ، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة "([2]) .

ج ـ ما رواه ابن أبى شيبة عن عمر بن الخطاب ، أنه طلق زوجة أم عاصم ، ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم ، فأراد أن يأخذه منها ، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا إلى أبى بكر، فقال له أبو بكر: مسحها وحجرها وريقها خير له منك ، حتى يشب الصبى فيختار لنفسه ([3]) . وفي رواية : فقال أبو بكر : ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر . فقد قال أبو بكر هذا ، والصحابة حاضرون متوافرون ، ولم ينكر أحد فكان إجماعاً ([4]) .

ولا عبرة بخلاف الإمامية ، فى هذا الصدد مع الجمهور، إذ قالوا إن حضانة الصغير لأمه تنتهى بفصاله ، وتنتقل إلى أبيه لحين البلوغ ([5]) . وذلك لمخالفته قوله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تنكحى . فالخطاب للأم إلى نكاحها ، وليس إلى انفصاله،

([1]) العناية على الهداية بهامش فتح القدير ج٤ ص٣٦٧ .
([2]) رواه أحمد عن أبى أيوب الأنصارى ج٥ ص٤١٢ رقم ٢٣٥٤٦ ، الترمذى ج٤ ص١٣٤ رقم ١٥٦٦ وقال : هذا حديث حسن غريب .
([3]) الدراية في تخريج أحاديث الهداية ج٢ ص٨١ رقم ٦٠٢ ، نصب الراية ج٣ ص٢٦٥ باب حضانة الولد ، شرح فتح القدير ج٤ ص٣٦٧ .
([4]) تبيين الحقائق مع كنز الدقائق ج٣ ص٤٧ ،بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٥٦
([5]) الروضة البهية ج٢ ص١٤٠ ، المختصر النافع ص١٩٤ .

وأيضاً لمخالفته الآثار المروية عن الصحابة" رضى الله عنهم " وإجماع الفقهاء السابق الإشارة إليه . إضافة إلى أن الأب مشغول بشئون الحياة غير متفرغ للصغير ، وليس لديه خبرة بأمور التربية والتعهد للصغير حتى يشب ، بل النساء فى هذا أدرى وأخبر وأشفق وألطف على الصغير من الأب ، فكن بذلك أحق .

وإذا سقطت حضانة الأم ، فإن لكل مذهب طريقته الخاصة التي انفرد بها عن غيره ، في ترتيب المستحقين للحضانة ،وذلك على النحو التالي :-

أولا : رأى الأحناف : فبعد الأم ، أم الأم ، وذلك لما رواه ابن أبى شيبة ، أن عمر بن الخطاب طلق جميلة بنت عاصم ، فتزوجت فأخذ عمر ابنه عاصماً ، فأدركته أم جميلة فأخذته ، فترافعا إلى أبى بكر الصديق "رضى الله عنه " متشبثان، فقال لعمر: خل بينها وبين ابنها فأخذته([1]) ولأن هذه الولاية مستفادة من قبل الأم ، فكانت أولى .

ثم أم الأب وإن علت . ما عدا زفر فقال : الأخت لأب وأم ، أو الخالة أحق من أم الأب . ثم الأخت الشقيقة ، ثم الأخت لأم ، ثم الأخت لأب . وعند زفر: يشتركان الأخت الشقيقة والأخت لأم لاستوائهما في الإدلاء بالأم . وفي رواية تقدم الخالة على الأخت لأب .

([1]) رواه ابن أبى شيبة ج ٤ ص١٨٠، الدراية في تخريج أحاديث الرواية ج٢ ص٨١ رقم ٦٠٢ ، نصب الراية ج٣ ص ٢٦٥ ،٢٦٦ باب حضانة الولد .

وقدمت الأخت الشقيقة على التي لأم ، لأنها أشفق ، وقدمت التي لأم على التي لأب ، لأن المدلى بالأم مقدم على المدلى بالأب ،عند اتحاد مرتبتيهما قرباً .

ثم أولاد الأخوات لأب وأم ، أو لأم ، أما أولاد الأخوات لأب : فالصحيح : أن الخالة أولى منهن ، وفي رواية أنهن أولى من الخالة . وبنات الأخت أولى من بنات الأخ ، لأن الأخت لها حق في الحضانة دون الأخ ، فكان المدلى بها أولى.

ثم الخالات الشقيقة ، ثم الخالة لأم ،ثم لأب ،لأن قرابة الأم أرجح في باب الحضانة . والمراد بالخالة هنا : أخت أم الصغير وليست المطلقة ،لأن خالة الأم مؤخرة عن عمته وكذا خالة الأب .

ثم بنات الأخ الشقيق ، ثم لأم ،ثم لأب . وقدمت الخالة على بنات الأخ ، لأن الخالة تدلى بالأم ، وبنات الأخ تدلى بالأخ ، وقرابة الأم أرجح .

ثم العمات الشقيقات ، ثم لأم ، ثم لأب . ثم خالة الأم الشقيقة ، ثم لأم ، ثم لأب ، ثم خالة الأب الشقيقة ، ثم لأم ، ثم لأب ، ثم عمات الأمهات والآباء ، وليس لبنات الخالات والعمات والأعمام ، حق في الحضانة ، لأنهن غير محرم ([1]) .

ثانيا: رأى المالكية: فتثبت الحضانة عندهم بعد الأم ، لأم الأم ، ثم جدة الأم ، سواء كانت من قبل أمها ، أو أبيها ، وجهة الإناث مقدمة

([1]) بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٥٤ وما بعدها ، تبيين الحقائق ج٣ ص٤٧ ، البحر الرائق ج٤ ص١٦٧ وما بعدها .

على جهة الذكور ، ثم الخالة الشقيقة أى خالة الولد أخت أمه شقيقتها أو لأمها ، أو لأبيها ، وتقدم الشقيقة على التي للأم ، والتي للأم على التي للأب ،ثم خالة الأم وهى أخت جد ة الطفل لأمه ،ثم عمة الأم ، ثم جدة الأب أى الجدة من جهة الأب ، سواء أم الأب أو أم أمه أو أم أبيه ، والقربى تقدم على البعدى والتي من جهة أم الأب ، تقدم على التي من جهة أم أبيه .وهنا طريقتان :

الطريقة الأولى : طريقة الشيخ إبراهيم اللقانى في تقديم جهة الإنا ث على جهة الذكور كما تقدم ، فإذا وجدت جدة من جهة الأم بعيدة للمحضون ، بأن كان بينها وبينه مائة جدة ، فإنها تقدم على أم أبى الأم .

الطريقة الثانية : وهى لعج ، أنها إذا تساويا ، قدمت التي من جهة أم الأم . وأولى إذا كانت التي من جهة أم الأم أقرب ، وإن كانت التي من جهة أم أبى الأم أقرب قدمت .

ثم الأب ، ثم الأخت الشقيقة ، ثم الأخت لأم ، ثم الأخت لأب ، ثم عمة المحضون ، ثم عمة أبيه ،ثم خالة أبيه .

ثم حدث اختلاف في : هل بنت الأخ أو بنت الأخت أو الأكفأ منهن أحق بالحضانة ؟ .

فقيل : بنت الأخ الشقيق ، ثم بنت الأخ لأم ، ثم بنت الأخ لأب أحق بالحضانة . وقيل : بنت الأخت الشقيقة ، ثم لأم ، ثم لأب أحق بالحضانة .

وقيل : إنهن بمنزلتهن سواء ، ثم ينظر الإمام في أكفئهن في الكفاية وحفظ المحضون ، من القيام بأمره وطعامه وشرابه ، ومضجعه وتنظيف ثيابه ، وتقدم عند التساوى في المرتبة - كأختين شقيقتين - الأزيد في حفظ المحضون والشفقة([1]) .

ثالثاً : رأى الشافعية :

إن الأحق بالحضانة الأم ، لوجود جهات التقديم الثلاثة ، وهى الولادة والوراثة والقرب فيها ، ثم أمهات الأم المدليات بإناث الوارثات ، لمشاركتهن الأم في الإدلاء والولادة ، يقدم منهن الأقرب فالأقرب .

ثم بعدهن في المذهب الجديد أم أب ، لمشاركتها أم الأم في المعنى وهو وفور الشفقة في كل منهما ، ثم أمهاتها ، المدليات بإناث الوارثات ، ثم أم أبى جد ، ثم أمهاتها المدليات بإناث الوارثات،لأن لهن ولادة ووراثة كالأم وأمهاتها ، وتقدم في كل من الأمهات القربى فالقربى .

وإنما قدمت أمهات الأم ، وإن علون على أمهات الأب ، وذلك لأن الولادة في أمهات الأم محققة ، وفي أمهات الأب مظنونة ، بالإضافة إلى أن أمهات الأم ، أقوى ميراثاً من أمهات الآباء ، فأمهات الأم لا يسقطن بالأب ، بخلاف أمهات الأب ، فإنهن يسقطن

([1]) جواهر الإكليل ج١ ص٤٠٨ ، ٤٠٩ ،مواهب الجليل ح٥ ص٥٩٥ ،٥٩٦ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ج٢ ص٥٢٧ ،٥٢٨ ،الخرشى ج٤ ص٢٠٩،٢٠٨ .

بالأب ، وأمهات الأب يسقطن بالأم في الميراث ، كسقوط أمهات الأم بها ، على خلاف القاعدة : أن كل من أدلى بقرابة يسقط بوجود هذه القرابة ، فكانت جهة قرابة الأم أقوى فقدمت . وفي القديم : يقدم الأخوات والخالات على أمهات الأب والجد .

ثم الأخت الشقيقة ، ثم - على الأصح - الأخت لأب ، ثم الأخت لأم ، ومقابل الأصح : تقديم الأخت لأم على التي لأب .

ثم الخالة الشقيقة ثم - على الأصح - الخالة لأب ، ثم الخالة لأم ومقابل الأصح : تقديم الخالة لأم على التي لأب .

ثم بنت الأخت الشقيقة ، ثم بنت الأخت لأب ، ثم بنت الأخت لأم ثم بنت الأخ الشقيق كما سبق . ثم العمة الشقيقة ، ثم - على الأصح - العمة لأب ثم العمة لأم . ومقابل الأصح : تقديم العمة لأم على العمة لأب .

وقدمت بنت الأخت وبنت الأخ على العمة ، قياساً على تقديم ابن الأخ في الميراث على العم ، ولأن جهة الأخوة مقدمة على جهة العمومة .

والأصح ثبوت الحضانة لكل أنثى غير محرم ، لم تدل بذكر غير وارث ، كبنت الخالة وبنت العمة وبنت العم ، لشفقة هؤلاء بالقرابة وهدايتهن إلى التربية بالأنوثة . ومقابل الأصح : تسقط الحضانة

لهؤلاء ، لأن الحضانة تحتاج إلى معرفة بواطن الأمر ، ويقع فيها الاختلاط التام ، فالاحتياط تخصيصها بالمحارم ([1]) .

رابعاً : رأى الحنابلة :

تثبت الحضانة أولاً للأم ، ثم أمهاتها القربى فالقربى ، لأنهن نساء لهن ولادة متحققة مثل الأم ، ثم الأب في الصحيح ،لأنه أقرب من غيره ولكمال شفقته فترجح بها . ثم أمهات الأب القربى فالقربى لإدلائهن بعصبة قريبة .

ثم الجد لأب لأنه في معنى الأب الأقرب فالأقرب. وقدمن أمها ت الأب على الجد، مع أن الجد يساويهن في أنه يدلى بالأقرب ، قياساً على تقديم الأم على الأب مع التساوى في الأبوية .

ثم أمهات الجد القربى فالقربى ، لإدلائهن بعصبة . ثم الأخت الشقيقة ، ثم الأخت لأب ، ثم الأخت لأم . وقدمن أمهات الجد على الأخوات ، مع أن الأخوات يدلين بالأب ، وهو أحق من الجد ، لأن أمهات الجد اجتمع فيهن الإدلاء بالجد ، وكون الطفل بعضاً منهن ، وذلك مفقود في الأخوات .

ثم الخالة الشقيقة ، ثم الخالة لأب ، ثم الخالة لأم ، ثم العمة الشقيقة ثم العمة لأب ، ثم العمة لأم . ثم خالة الأم الشقيقة ، ثم التي لأم ، ثم خالة الأب كذلك ، ثم عمة الأب الشقيقة ، ثم لأب ، ثم لأم ، ولا

([1]) حاشية الجمل على المنهج ج٤ ص٥١٦ وما بعدها ، مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٢ وما بعدها ،حاشية قليوبى وعميرة ج٤ ص٨٨ وما بعدها ، الشروانى وابن القاسم على التحفة ج٨ ص٣٥٣ وما بعدها .

حضانة لعمات الأم مع وجود عمات الأب ، لأنهن يدلين بأبى الأم وهو من ذوى الأرحام ، وعمات الأب يدلين بالأب وهو عصبة .

ثم بنت الأخ الشقيق ، ثم لأب ، ثم لأم ،ثم بنت الأخت كذلك ، ثم بنت العم الشقيق ، ثم لأب ، ثم لأم ، ثم بنت العمة كذلك ، ثم بنت عم أب شقيق ، ثم لأب ، ثم لأم ،ثم بنت عمة أب كذلك .

وفي رواية بتقديم جهة الأم أولى ، في كل ما تقدم على جهة الأب وبتقديم الأخت من الأم والخالة على الأب ([1]).

خامساً : عند الظاهرية :

فقد جاء بالمحلى ما نصه " الأم أحق بحضانة ولدها الصغير والابنة الصغيرة ، حتى يبلغا المحيض أو الاحتلام أو الإنبات ، مع التميز وصحة الجسم ، فإن لم تكن مأمونة فى دينها ودنياها ، نظر للصغير وللصغيرة بالأحوط فى دينهما ودنياهما ، فحيثما كانت الحياطة لها فى كلا الوجهين ، وجبت هنالك عند الأب أو الأخ أو الأخت أو العمة أو الخالة أو العم أو الخال ، وذو الرحم أولى من غيرهم بكل حال ، والدين مغلب على الدنيا ، فإن استووا فى صلاح الحال ، فالأم والجدة ، ثم الأب والجدُ ، ثم الأخ والأخت ، ثم الأقرب فالأقرب ([2]) .

([1]) شرح منتهى الإرادات ج٣ ص٢٤٩ وما بعدها ، المبدع ج٨ ص٢٣١ وما بعدها ، المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٣٠٦ وما بعدها .
([2]) المحلى ج٧ ص٣٢٣ .

سادساً : عند الزيدية :

حيث جاء فى التاج المذهب ما نصه " أن الأم الحرة أولى بولدها حتى يستغنى بنفسه أكلاً وشرباً ولباساً ونوماً ، ثم أمهاتها من قبل الأم على الترتيب وإن علون ، ثم الأب الحر، ثم الخالات ، ثم أمهات الأب من الطرفين وإن علون ، ثم أمهات أبى الأم ، ثم الأخوات ، ثم بنات الخالات ، ثم بنات الأخوة ، ثم العمات ، ثم بناتهن ، ثم بنات العم ثم عمات الأب ، ثم بناتهن ، ثم بنات أعمام الأب وعن أخر الدرج فى باب الحضانة من النساء ، ويقدم ذكر السببين من هذه الأصناف المتقدمة ، ثم ذو الرحم ([1]) .

سابعاً : عند الإمامية :

إن الأم أحق بالولد مدة الرضاع ، فإن فصل عن الرضاع فالأم أحق بالأنثى إلى سبع سنين . وقيل إلى تسع . وقيل ما لم تتزوج وقيل إلى سبع فيهما ، والأب أحق بالذكر بعد فصاله إلى البلوغ وأحق بالأنثى بعد السبع ، هذا كله إذا كان الأبوان موجودين. فإن مات أحدهما ، كان الآخر أحق بالولد مطلقاً ، من جميع الأقارب إلى أن يبلغ ، وكذلك الأم أحق من وصى الأب بالابن وكذا بالبنت بعد السبع ، كما هى أحق من الأقارب وإن تزوجت ، فإن فقد الأبوان فالحضانة لأبى الأب ، وإن فقد أبو الأب أو لم نرجحه فللأقارب ، الأقرب منهم إلى الولد، فالأقرب على المشهور ، لأية

([1]) التاج المذهب ج٢ ص٢٦٧ .

أولى الأرحام ، فالجدة لأم أولى من العمة والخالة ، كما أنهما أولى من بنات العمومة والخئولة ،وكذا الجدة الدنيا والعمة والخالة ، أولى من العليا منهن ، وكذا ذكور كل مرتبة ([1]) .

ثامناً : الإباضية :

إن الأم أحق بحضانة طفلها، ويستحب أن تكون الحاضنة من ذوات الرحم والمحارم ، وأما الذكر فحضانته بمجرد الولاية ، كابن العم وابن الأخ والمعتق والوصى ومن يقدمه السلطان.

وفى الإناث :الأم أولى ، ثم أمهاتها وهكذا وإن بعدت ، ثم الخالة قيل ثم أم الأب، ثم الأب ، ثم الأخت ، ثم العمة ، ثم ابنة الأخ ، ثم ابنة الأخت، ثم الأخ ، ثم الوصى ، ثم العصبة .

وفى الأب بعد الأم وما فوقها من الأمهات خلاف : قيل يقدم. وقيل يؤخر .وقيل يقدم على من بعد الجدة للأب. وقيل الأب أولى من الأم عند إثغار الذكور للتربية والتعليم ، وبقية النساء أولى من بقية الذكور وبنت الأخ أولى ، وقيل الأخت، وقيل سواء ([2]).

([1]) انظر الروضة البهية ج٢ ص ١٤٠ المختصر النافع ص ١٩٤
([2]) شرح النيل ج٧ ص ٤٠٨ .

الفرع الثاني

المستحقون للحضانة من الرجال

فإذا لم يكن للصغير امرأة من المستحقات للحضانة ، فإنها تثبت للرجال ، وذلك على النحو التالي :-

أولاً : عند الأحناف :-

فإذا اختصم فيه الرجال وتنازعوا ، فإن أولاهم به أقربهم تعصيباً، لأنها ولاية ، والولاية للأقرب . فيقدم الأب ثم الجد أب الأب وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ، وكذا كل من سفل من أولادهم.

ثم العم شقيق الأب ، ثم لأب . وأما أولاد الأعمام ، فإنه يدفع إليهم الغلام ، فيبدأ أولاً بابن العم الشقيق ، ثم لأب ، وأما الجارية فلا تدفع إليهم ، إذا كانت تشتهي وكان ابن عمها غير مأمون ، وإذا كانت لا تشتهي كبنت سنة مثلاً فإنها تدفع إليه ، أو كانت تشتهي وكان ابن عمها مأموناً ، فتدفع إليه أيضاً ، للأمن من الفتنة .

فإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم ، رجع الأمر إلى القاضي ، إن رآه أصلح تضم إليه ، وإلا وضعت على يد أمينة .

وإن لم يكن للمحضون عصبة ، انتقلت الحضانة إلى ذوى الأرحام .

والمراد بهم هنا : كل قريب ليس بعصبة وذى رحم محرم من المحضون ، وليس المراد بهم ما هو في باب الفرائض ،إذ المراد بهم في كتاب المواريث : هم كل قريب ليس بذى سهم ولا عصبة

وذلك لأن بعض أقارب الفروض ، داخل في ذوى الأرحام هنا كالأخ لأم . وبناء على ذلك أنه لا حق للرجال من قبل الأم ، ما كان من قبل الأب من هو موجود .

فإن لم يكن للمحضون عصبة ، أو ما كان من قبل الأب من هو موجود ، فإنه يدفع المحضون إلى الأخ لأم ، ثم إلى ولده ، ثم إلى العم لأم ، ثم إلى الخال الشقيق ، ثم لأب ، ثم لأم ، لأن لهؤلاء ولاية في النكاح .

وإذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة كالأخوة والأعمام ، فالأولى ممن كان في درجة واحدة ، الأصلح منهم ، فإن تساووا فالأورع ، لأن ضمه إليه أنفع ، ولأنه يتخلق بأخلاقه ، فإن تساووا فالأسن ، لأن حقه أسبق ثبوتاً ، فعند التعارض يتم الترجيح به([1]).

ثانياً: عند المالكية :

المستحقون للحضانة من الرجال بعد النساء ، الوصى سواء كان ذكراً أو أنثى ، غير أنه إذا كان المحضون أنثى تطيق الوطء ، فإنه يشترط في الوصى ، أن يكون محرماً لها بنسب أو صهر أو رضاع ، وإلا فليس للوصى حق في الحضانة . ثم أخ المحضون الشقيق ، ثم الأخ لأم ، ثم الأخ لأب ، ثم الجد من جهة الأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأب .

([1]) تبيين الحقائق ج٣ ص٤٨ ،البحر الرائق مع منحة الخالق ج٤ ص١٦٩ حاشية ابن عابدين ج٢ ص٦٣٨ .

ثم العم الشقيق ، ثم للذي لأم ، ثم للذي لأب ، ثم ابن العم الشقيق ثم لابن العم لأم ، ثم للذي لأب .

وقال ابن رشد أن الجد من جهة الأم ، ليس له حق في الحضانة واختار اللخمي : أن له حضانة ، لأن له حناناً وشفقة ، وقد غلظت الدية عليه ، ومن أجل ذلك قدم الأخ لأم على الذى لأب . وعلى القول بأن له الحضانة ، فإن مرتبته تلى مرتبة الجد لأب .

ثم المولى الأعلى وهو المعتق بكسر التاء ، ثم المولى الأسفل وهو المعتق بفتح التاء .والمولى الأعلى هو: من أعتق المحضون . والأسفل هو : من أعتقه والد المحضون .

فإن اتحدت الدرجة كعمين أو معتقين ،قدم من له صيانة وشفقة على من ليس كذلك ، وإذا انفرد كل واحد بوصف ، قدم صاحب الشفقة على ذى الصيانة ، فإذا استويا في جميع الأوصاف أقرع بينهما ([1]) .

ثالثاً : عند الشافعية : فالمستحقون للحضانة من الرجال - عند اجتماعهم - بعد النساء ، الأب ثم الجد : أب الأب وإن علا . ثم الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم العم لأب ثم ابن العم الشقيق ، ثم ابن العم لأب ، وذلك لعصوبتهم وقوة قرابتهم بالإرث . فتثبت الحضانة لكل ذى رحم وارث بالاتفاق .وإذا كان ذكراً وارثاً غير محرم كابن العم ،

([1]) الفواكه الدوانى ج٢ص١٠٣ ، جواهر الإكليل ج١ص٤٠٩ ، مواهب الجليل ج٥ص٥٩٧ ، الخرشى ج٤ص٢٠٩ ، ٢١٠ .

فعلى الصحيح في المذهب أن له الحضانة ، لوفور شفقته بالولاية ، لكن لا تسلم إليه مشتهاة ، لأنه يحرم عليه النظر إليها والخلوة بها ، بل تسلم إلى ثقة يعينها ، ولو بأجرة من ماله ، لأن الحق له ، ولذا كان التعيين له .

وهنا يفارق ثبوت الحضانة له ، على بنت عمه المشتهاة ، عدم ثبوتها لبنت العم على ابن عمها الصغير المشتهى ، في أن الرجل لا يستغنى عن الاستنابة بخلاف المرأة ، وأن الحضانة تسقط عن بنت العم إذا تزوجت ، بخلاف ابن العم ، فلا تسقط حضانته إذا تزوج ، وأيضاً اختصاص ابن العم بالعصوبة والولاية والإرث . ومقابل الصحيح ليس له حق في الحضانة لفقد المحرمية .

فإن فقد في الذكر الإرث فقط ، دون المحرمية كأبى أم وخال أو فقد فيه الإرث والمحرمية معاً كابن خال وابن عمة ، فعلى الأصح : لا حضانة لهم ، لفقد الإرث في الأولى ولضعف قرابته ، ولأنه لا يلى ولا يعقل في الدية ، ولفقد الإرث والمحرمية في الثانية .ومقابل الأصح : ثبوت الحضانة لهم لوجود الشفقة بالقرابة .ولا حق في الحضانة للمحرم بالرضاع ولا في الكفالة ولا للمولى وعصبته على المذهب ، لفقد الإرث في الأول ، وفقد القرابة في الباقى ، وإن وجد فيه الإرث ([1]) .

([1]) قليوبى وعميرة ج٤ص٨٩ ، التهذيب ج٦ص٣٩٨ ، مغنى المحتاج ج٣ص٤٥٣ ، ٤٥٤ ، الشروانى وابن القاسم على تحفة المحتاج ج٨ص٣٥٥ الجمل على المنهج ج٤ص٥١٨ .

رابعاً : عند الحنابلة :

أولاهم الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ، ثم الأخ من الأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ،ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ثم العم لأب ، ثم ابن العم الشقيق ، ثم ابن العم لأب ، ثم عم الأب الشقيق ، ثم عم الأب لأب ، ثم ابن عم الأب الشقيق ، ثم ابن عم الأب من الأب . لكن يشترط في العاصب الحاضن ، أن يكون محرماً ولو برضاع أو مصاهرة ، إذا كان حاضناً لأنثى .

أما إذا كان غير محرم كابن عم والمحضون أنثى ،فلا تسلم إليه إذا بلغت سبع سنين أو كانت تشتهى ، وإنما تسلم إلى ثقة يختارها هو أو إلى محرمه ، لأنه أولى من أجنبى وحاكم ، فلو كان بينهما رضاع جاز له حضانتها .

فإن لم يوجد أحد ممن تقدم ، انتقلت الحضانة إلى ذوى الأرحام ، كالخال والأخ من الأم في أحد الوجهين ،لأنهم أولى ولهم حق في القرابة والرحم ، يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم .والوجه الثاني : لاحق لهم في الحضانة ، وينتقل الأمر إلى الحاكم .لكن الوجه الأول أولى ، فيقدم أبو الأم ثم أمهاته ، ثم الأخ من الأم ثم الخال ، ثم الحاكم فيسلمه لمن يحضنه من المسلمين ([1]) .

([1]) المغنى والشرح الكبير ج٩ص٣٠٩ ، المبدع فى شرح المقنع ج٨ص٢٣٣، شرح منتهى الإرادات ج٣ص٢٤٩ ،٢٥٠ .

الفرع الثالث

المستحقون للحضانة عند اجتماع الرجال والنساء

فإذا اجتمع ذكور وإناث ، وتنازعوا في الحضانة ، فحينئذ تقدم الأم ثم أمهاتها الوارثات ، ثم الأب ثم أمهاته الوارثات ، ثم الجد أبو الأب ثم أمهاته ، ثم أبو الجد ، ثم أمهاته .

وقيل : إن الأخت الشقيقة أو من الأم والخالة أولى من الأب ، لإدلائهما بالأم بخلاف التي لأب ، فإنها تسقط به لإدلائها به . كما هو في المذهب القديم عند الشافعية.

وفي الجديد : الأب أولى من الأخت الشقيقة أو من الأم ، لأن من المتفق عليه ، أن الأب مقدم على الكل بعد أمهات الأم إذ أن أم الأب أولى من الأخت والخالة ، وأم الأب تسقط بالأب ، فمن باب أولى سقوط الأخت والخالة به .

فإن لم يوجد أحد من الأمهات والآباء فهل النساء أحق بالحضانة أم العصبات ؟ .

في هذه المسألة ثلاثة أوجه :-

الأول : النساء أحق بها من العصبات . فتقدم الأخت والخالة والعمة على الأخ وابن الأخ والعم وابن العم ،لأنهن أهدى وأبصر وأصبر على التربية .

الثاني : العصابات أحق ، لاختصاصهم بالنسب وتأديب الولد.

الثالث : كل من كان أقرب من الفريقين فهو أولى ، فإن استوى اثنان من كل جهة كأخوين وأختين وخالتين ، أقرع بينهما ، فيقدم من خرجت له القرعة على غيره ، قطعاً لمادة النزاع .

فإن عدم أهل الحضانة من العصبات والنساء ،وللصغير أقارب من رجال ذوى الأرحام ، ومن يد لى بهم . فهل هم أحق بالحضانة أم السلطان ؟ . فيه وجهان : -

الأول : أنهم أحق من السلطان ، لأن لهم رحماً كالعصبات .

الثاني : أن السلطان أحق من رجال ذوى الأرحام كما في الميراث . وهذا عند الشافعية ([1]) .

وعند الحنابلة إذا اجتمع ذكور إناث ، فإن الأولى الأم ، ثم أمهاتها القربى فالقربى ، ثم أب ، ثم أمهاته القربى فالقربى ، ثم جد لأب الأقرب فالأقرب ، ثم أمهات الجد القربى فالقربى .

وفي رواية عن الإمام أحمد ، أن أم الأب وأمهاتها مقدمات على أم الأم .ثم الأخت الشقيقة ، ثم الأخت لأم ، ثم الأخت لأب ، ثم الخالة الشقيقة ، ثم الخالة لأم ، ثم الخالة لأب . وفي رواية أخرى عنه : أن الأخت الشقيقة والأخت لأم والخالة أحق من الأب .

ثم العمة الشقيقة ، ثم التي لأم ، ثم التي لأب ، ثم خالة الأم الشقيقة ثم التي لأم ، ثم التي لأب ، ثم خالة الأب كذلك ، ثم عمة الأب كذلك ،

([1]) حلية العلماء ج٧ص٤٤٠ ٤٤١ ، التهذيب ج٦ص٣٩٨ ،٣٩٩ ،مغنى المحتاج ج٣ص٤٥٤ .

ولا حضانة لعمات الأم مع عمات الأب ، لأنهن يدلين بأبى الأم وهو من ذوى الأرحام ، وعمات الأب يدلين بالأب وهو عصبة .

ثم بنت الأخ الشقيق ، ثم بنت الأخ لأم ، ثم بنت الأخ لأب ، ثم بنت الأخت لأبوين ، ثم لأم ، ثم لأب ، ثم بنت عم لأبوين ، ثم لأم ، ثم لأب ، ثم بنت عمة لأبوين ، ثم لأم ، ثم لأب .

ثم لباقى العصبة الأقرب فالأقرب ، فيقدم الأخ الشقيق ، ثم لأب ثم بنوهم كذالك ، ثم الأعمام ، ثم بنوهم كذلك ، ثم أعمام الأب ، ثم بنوهم كذلك ، ثم أعمام جد ، ثم بنوهم كذلك .

وإذا اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة في درجة واحدة قدم المستحق منهم بالقرعة ([1]) .

أما عند الأحناف والمالكية فقد ذكروا الترتيب للمستحقين الحضانة على وفق ما سبق ، فذكروا الإناث أولاً ، وإن لم يوجد أحد من الإناث ، انتقلت الحضانة للرجال ، وقد سبق ذكر ذلك .

ما عليه القانون فى استحقاق الحضانة : -

تنص المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدلة بالمادة الثالثة رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ / ٥ ،٦ ،٧على أنه : -

" ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء ، مقدماً فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى :

([1]) المغنى والشرح الكبير ج٩ص٣٠٩ ، ٣١٠ .

الأم ، فأم الأم وإن علت ، فأم الأب وإن علت ، فالأخوات الشقيقات ، فالأخوات لأم ، فالأخوات لأب ، فبنت الأخت الشقيقة ، فبنت الأخت لأم ، فالخالات بالترتيب المتقدم فى الأخوات ، فبنت الأخت لأب ، فبنت الأخ بالترتيب المذكور ، فخالات الأم بالترتيب المذكور ، فخالات الأب بالترتيب المذكور ، فعمات الأم بالترتيب المذكور فعمات الأب بالترتيب المذكور .

فإن لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء ، أو لم يكن منهن أهل للحضانة ، أو انقضت مدة حضانة النساء، انتقل الحق فى الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الإرث ، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة .

فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق فى الحضانة ، إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات ، على الترتيب الآتى :

الجد لأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، فالخال لأب ، فالخال لأم" .

الفرع الرابع

أهم المسائل التى اختلف فيها الفقهاء

من النقاط التي اختلف فيها رأى الفقهاء ما يأتى :-

المسألة الأولى : حالة اجتماع أم الأب مع الخالة .

اختلف الفقهاء في المقدم منهما على رأيين : -

الرأي الأول : تقديم أم الأب على الخالة . وهو رأى الأحناف ما عدا زفر ورواية عند الحنابلة والجديد عند الشافعية .

دليل هذا الرأي:

أن الجدات أقوى قرابة ، فكانت أدخل في الولاية وأشفق والحضانة للأشفق ، بالإضافة إلى أنهن يعتقن على الولد ([1]) .

الرأي الثاني : تقديم الخالة على أم الأب . وهو رأى زفر والقديم عند الشافعية، والمالكية ورواية عند الحنابلة ([2]) .

دليل هذا الرأي :-

أ- قوله " صلى الله عليه وسلم " : (الخالة بمنزلة الأم) ([3]) .

([1]) بدائع الصنائع ج٥ص٢٢٥٥، تبيين الحقائق ج٣ص٤٧ ، المغنى والشرح الكبير ج٩ص٣٠٧ ، شرح منتهى الإرادات ج٣ص٢٤٩ ، المبدع ج٨ص٢٣١، ٢٣٢ ، مغنى المحتاج ج٣ص٤٥٢ .

([2]) التهذيب ج٦ص٣٠٧ ، مغنى المحتاج ج٣ص٤٥٢ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ج٢ص٥٢٧ ، مواهب الجليل ج٥ص٥٩٥ ، الخرشى ج٤ص٢٠٩ .

([3]) صحيح البخارى ج ٢ ص ٩٦٠حديث رقم ٢٥٥٢ ،ج٤ ص ١٥٥١رقم ٤٠٠٢، أبو داود ج٢ ص٢٨٤ رقم ٢٢٧٨ ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ج٢ ص٨١ رقم ٦٠٣ ،سنن الترمذى ج٤ ص٣١٣ رقم ١٩٠٤ .

وجه الدلالة : أنه "صلى الله عليه وسلم" جعل الخالة بمنزلة الأم ، فتكون أقرب من الجدة فتقدم عليها .

ب- أن الخالات يدلين بالأم ، وهى مقدمة على الأب ، فكذا كل من يدلى بالأم ، يكون هو الأقرب ([1]) .

ويرد على أدلة الرأي الثاني بما يأتى :-

أولاً : قوله "صلى الله عليه وسلم " : (الخالة بمنزلة الأم) ليس معناه أن الخالة أقرب من الجد ة ، وإنما يدل على أن للخالة حقاً في الجملة ، وليس هذا محل النزاع ، وإنما النزاع في الترجيح عند الاجتماع ([2]). وإلا لو كانت الخالة أقرب من أم الأب ، لأخذت في الميراث نصيب أم الصغير ، وليس الحال هكذا ، إذ الجدة صاحبة فرض عند عدم وجود من يحجبها ، بخلاف الخالة ، فكانت الجدة أحق من الخالة .

ثانياً : إن النظر هنا للشفقة ، وهى في الجدات أغلب ، وقدمت أمهات الأم ، على أمهات الأب ،لأن الولادة فيهن محققة ، وفي أمهات الأب مظنونة ، بالإضافة إلى أن أمهات الأم أقوى ميراثاً من أمهات الأب إذ أن أمهات الأم لا يسقطن بالأب ، بخلاف أمهات الأب فإنهن يسقطن بالأب ([3]) .

الرأي الراجح : هو تقديم أم الأب على الخالة، وذلك لقوة أدلته .

([1]) حاشية الدسوقى ج٢ ص٥٢٧ ، مواهب الجليل ج٥ ص٥٩٥ ، التهذيب ج٦ ص٣٩٨ .

([2]) المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٥٢٧ .

([3]) مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٢ .

المسألة الثانية : تقديم الأخت لأم على الأخت لأب .

من المتفق عليه بين الفقهاء أن القرابة الأقوى تقدم على الأقل ، فالشقيقة تقدم على التي لأم والتي لأب .

لكن اختلف الفقهاء في أى الأختين تقدم هل التي لأم ، أم التي لأب وكان اختلافهم على رأيين :-

الرأي الأول : تقديم الأخت لأم على التي لأب . وهو رأى الحنفية والمالكية ومقابل الأصح عند الشافعية ورواية للحنابلة ([1]).

دليل هذا الرأي :

إن الأخت لأم أقرب من التي لأب ، وذلك لأنها تدلى بالأم فتقدم على من تدلى بالأب ، كما تقدم الأم على الأب ([2]) .

الرأي الثاني : تقديم الأخت لأب على التي لأم .وهو الأصح عند الشافعية ورواية للحنابلة .

دليل هذا الرأي :

إن الأخت من الأب أقوى ميراثاً من الأخت لأم ، فترث بالفرض تارة وبالعصوبة تارة مع البنات ، وتقاسم الجد ، وتقوم مقام الأخت الشقيقة عند عدمها ([3]) .

([1]) شرح فتح القدير ج ص١٨٦ ،جواهر الإكليل ج١ ص٤٠٩ ، مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٣ ، شرح منتهى الإرادات ج٣ ص٢٤٩ .

([2]) مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٣ ، مواهب الجليل ج٥ ص٥٩٦ .

([3]) الشروانى وابن القاسم على تحفة المحتاج ج٨ ص٣٥٤ ، المغنى والشرح الكبير ج ٩ ص٣٠٨ ، المهذب ج٢ ص١٧١ .

ويرد على ما استدل به أصحاب الرأي الأول : بأن الإدلاء لا يستلزم منه تقديم التي لأم ، لأن الأخت تدلى بنفسها ، كما أن الأخت لأب والمحضون خلقا من ماء واحد،ولهما تعصيب فكانت أولى ([1])٠

الرأى الراجح : هو ما قال به أصحاب الرأى الأول ، لقوة أدلته ٠

المسألة الثالثة : تقديم الأخت على أمهات الأب والجد ٠

اختلف الفقهاء في أيهما أحق بالحضانة عند اجتماعهما هل تقدم الأخت ، أم أمهات الأب والجد ؟ ٠ وكان اختلافهم هذا على رأيين :

الرأي الأول : تقديم الجدة على الأخت ٠ وهو رأى الحنفية والمالكية والجديد للشافعية والحنابلة([2]) ٠دليل هذا الرأي :- إن أم الأب أولى من الأخت ، لأنها من الأمهات وهذه الولاية بالأمومة ، ولهذا تأخذ ميراث الأمهات وهو السدس ولأنها أوفر شفقة للولد ، وأنهن يعتقن على الولد ، فمن أجل أن لهن ولادة ووراثة وشفقة أوفر للمحضون وعتقهن على الولد ، كن أولى بالحضانة من الأخوات([3]) ٠

الرأي الثاني : تقديم الأخت على الجدة لأب ٠ وهو المذهب القديم عند الشافعية ٠

([1]) المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٣٠٨ ٠

([2]) شرح فتح القدير ج٤ ص١٨٥، ١٨٦، بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٥٤ ، جواهر الإكليل ج١ ص٤٠٨ ، التهذيب ج٦ ص٣٩٨:٣٩٧ ، مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٢ المبدع ج٨ ص٢٣١ ، المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٣٠٩ ٠

([3]) بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٥٤ ، شرح فتح القدير ج٤ص١٨٥ ،١٨٦، مغنى المحتاج ج٣ص٤٥٢ ، قليوبى وعميرة ج٤ص٨٨ ٠

دليل هذا الرأى : أن الأخوات اجتمعن مع المحضون ، في الصلب والبطن أو في أحدهما ومشاركته في النسب ، فهن يدلين بالأم والأم مقدمة على الأب ، فكذا من يدلى بها ، يقدم على من يدلى بالأب([1])٠

ويرد على هذا الدليل :- بأن الأخوات ، وإن شاركن المحضون في الإدلاء ، إلا أن الجدة لأب ترجحت عليهن بقوة القرابة والإرث ، فكانت كالأم وأمهاتها ، بدليل أنها تحرز ميراث الأم من السدس ، وأوفر شفقة باعتبار الولد ([2]) ٠

الرأى الراجح : هو الرأى الأول لقوة أدلته ٠

([1]) مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٢ ، قليوبى وعميرة ج٤ ص٨٨

([2]) مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٢ ، شرح فتح القدير ج٤ ص١٨٦ ٠

المسألة الرابعة : تقديم الأخت لأب على الخالة ٠

فإذا كانت الأخت شقيقة أو لأم فهى أحق بالحضانة من الخالة ، لمشاركة الأخت الشقيقة للمحضون في النسب وقوة القرابة ، ولإدلاء الأخت لأم بالأم كالجدات ٠

أما إذا كانت أختاً لأب ، فقد اختلف الفقهاء في أيهما أحق بالحضانة هل الأخت لأب أم الخالة ؟ ٠ وكان اختلافهم على رأيين :

الرأي الأول : تقديم الأخت لأب على الخالة وهو إحدى الروايتين عن الإمام أبى حنيفة والحنابلة والقديم عند الشافعية ([1]) ٠

دليل هذا الرأي :- أن الأخت لأب بنت الأب ، والخالة بنت الجد ، فكانت الأخت أقرب من الخالة فكانت أولى ، والأخت لأب المحضون خلقا من ماء واحد ، ولهما تعصيب فكانت أولى ([2]) ٠

الرأي الثاني : تقديم الخالة على الأخت لأب ، وهو الرواية الثانية لأبى حنيفة ، والحنابلة ، والمالكية ، والجديد عند الشافعية ([3]) ٠

دليل هذا الرأي :-

أ- قوله تعالى : {ورفع أبويه على العرش }([4])٠

([1]) بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٥٤ ، شرح فتح القدير ج٤ ص١٨٥ ، ١٨٦المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٣٠٨ ، حلية العلماء ج٧ ص٤٣٦ ، التهذيب ج٦ ص٣٩٨ ٠

([2]) بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٥٥ ، المغني والشرح الكبير ج٩ ص٣٠٨ ٠

([3]) انظر : المراجع بالهامشين السابقين بالإضافة إلى الفواكه الدوانى ج٢ ص١٠٢ ، مواهب الجليل ج٥ ص٥٩٥ ، الخرشى ج٤ ص٢٠٩ ٠

([4]) من الآيه رقم ١٠٠ سورة يوسف ٠

وجه الدلالة :- فقد قيل في تفسير هذه الآية : أنها كانت خالته ، وقد أطلق يوسف عليه السلام على أمه لفظة خالته ، ومن هنا تنزل الخالة منزلة الأم ، فتكون الخالة أحق بالحضانة من الأخت لأب ٠

ب- قوله صلى الله عليه وسلم (الخالة بمنزلة الأم)([1]) ٠

لكن يرد على هذه الأدلة بما سبق ذكره ، من أن الآية والحديث يدلان على أن للخالة حقاً في الجملة ، وليس النزاع في هذا ، وإنما النزاع في الترجيح عند الاجتماع ٠ إضافة إلى ما سبق ذكره ، من أن الأخت لأب والمحضون ، خلقا من ماء واحد ولهما تعصيب ، فكانت بذلك أولى من الخالة ([2]) ٠

الرأى الراجح : هو الرأى الأول لقوة أدلته ٠

([1]) سبق تخريجه ص٤١، وانظر بدائع الصنائع ج ٥ ص٢٢٥٥ ، شرح فتح القدير ج٤ ص١٨٦ ٠

([2]) المغني والشرح الكبير ج٩ ص٣٠٧ :٣٠٨ ٠

المسألة الخامسة : تقديم الأب على الأخت لأم والخالة ٠

اختلف الفقهاء في هذه الحالة ،هل الأب أحق في التقديم أم الأخت والخالة ، وذلك على النحو التالي :-

الرأي الأول : تقديم الأب على الأخت لأم والخالة ٠ وهو المذهب عند الشافعية ورواية للحنابلة وعند المالكية تقديم الأب على الأخت (١)٠

دليله : أن الأب له ولادة وإرث ، فيقدم على الأخت والخالة قياساً على الأم ٠

الرأي الثاني : تقديم الأخت لأم والخالة على الأب ، وهو القديم عند الشافعية ، المبنى على تقديم الأخت والخالة على أم الأب ، كما أنه رأى الأحناف ورواية للحنابلة ، وعند المالكية تقديم الخالة على الأب (٢)٠

دليله : أن الأخت لأم والخالة يدليان بالأم ، فيقدما على الأب قياساً على أمهات الأم ، كما أن الإناث أليق للحضانة من الرجال ، أبصر وأصبر على أمور التربية والرعاية ٠

ويرد على الرأي الثاني :بأنه وفقاً للرأى الراجح في تقديم أم الأب على الأخت والخالة ، كما سبق في المسألة الثانية والثالثة من

---

(١) التهذيب ج٦ ص٣٩٩ ، حلية العلماء ج٧ ص٤٣٨ ، المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٣٠٩ ، المبدع ج٨ ص٢٣١ ٠ جواهر الإكليل ج١ ص٤٠٨ مواهب الجليل ج٥ ص٥٩٥ ٠

(٢) التهذيب نفس الموضع السابق ، البحر الرائق ج٤ ص١٦٨ ، تبيين الحقائق ج٣ ص٤٧ ، المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٣٠٩ ٠

قبل ، وإذا كانت أم الأب تسقط بالأب ، فمن باب أولى سقوط الأخت والخالة به (١) ٠

الرأى الراجح : هو الرأى الأول لقوة أدلته ٠

المسألة السادسة : تقديم أم الأم على أم الأب ٠

يرى كل من الأحناف ، والمالكية ،والشافعية ، ورواية للأمام احمد والظاهرية ، والزيدية ، والإباضية : أن أم الأم تقدم في الحضانة على أم الأب ، وذلك لأن الجدتين وإن كانتا ، في درجة واحدة من القرابة إلا أن أم الأم أولى ، لأنها من قبل الأم ، وهذه الولاية مستفادة من جهة الأم ، فكل من يدلى بقرابة الأم كان أولى ، ولمشاركة أم الأم للأم في الإرث والولادة ٠والولادة في أم الأم محققة بخلاف أم الأب ، فالولادة فيها مظنونة ٠وهن في الميراث أقوى من أمهات الأب ، لأن أم الأم لا تسقط بالأب ، وأم الأب تسقط به ٠

والرواية الثانية للأمام أحمد : أن أم الأب أولى من أم الأم ودليل هذه الرواية : أن أم الأب تدلى بعصبة ، مع مساواتها لأم الأم في الولادة ، فيجب تقديمها ، قياساً على تقديم الأخت لأب على الأخت لأم٠

لكن يرد على هذه الرواية الثانية ، أن أم الأب وإن تساوت مع أم الأم في الولادة وأدليت بعصبة ، إلا أن الأم ، الولادة فيها محققة

---

(١) التهذيب ج٦ ص٣٩٩ ٠

وأقوى من الأخرى في الميراث كما سبق ، وهذه الولاية مستفادة من جهة الأم فكانت أولى ، قياساً على تقديم الأم على الأب ([1]) .

ويؤيد هذا : ما روى عن عمر بن الخطاب ، أنه طلق امرأته جميلة بنت عاصم ، فتزوجت فأخذ عمر ابنه عاصماً ، فأدركته أم جميلة فأخذته ، فترافعا إلى أبى بكر الصديق "رضي الله عنه" وهما متشبثان ، فقال لعمر : خل بينها وبين ابنها ، فأخذته ([2]) .

الرأى الراجح : هو تقديم أم الأم على أم الأب لقوة أدلته ، وهو ما قال به الأحناف والمالكية والشافعية ورواية للإمام أحمد .

([1]) بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٥٤ ، تبيين الحقائق ج٣ ص٤٧ ، مواهب الجليل ج ص٤٠٨ ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقى ج٢ ص٥٢٧ مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٢ ، قليوبى وعميرة ح٤ ص٨٨ ، المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٣٠٧ المبدع ج٨ ص٢٣١ .

([2]) سبق تخريجه ص٢٣ .

المسألة السابعة : - تقديم الخالة لأم على الخالة لأب .

يرى كل من الأحناف والمالكية ومقابل الأصح عند الشافعية والصحيح عند الحنابلة : تقديم الخالة لأم على الخالة لأب .

ودليل ذلك : أن الحضانة ولاية ، وهذه الولاية مستفادة من قبل الأم ، فكل من يدلى بقرابة الأم كان أولى ، لأنها تكون أشفق ، كما قدمت الأم على الأب .

والأصح عند الشافعية وقول الخرقي من الحنابلة ، تقديم الخالة لأب على الخالة لأم .

ودليل ذلك : قوة جهة الأبوة قياساً على الأخت لأب ، فإنها تقدم على التي لأم . ولأن الأخت لأب تدلى بعصبة .

ويرد على الأصح عند الشافعية والخرقى : بأن تقديم الأخت لأب على الأخت لأم ، كان لقوة إرثها ، وهنا لا إرث ([1]) .

الرأى الراجح : تقديم الخالة لأم على الخالة لأب لقوة الدليل .

([1]) بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٥٤ ، البحر الرائق ج٤ ص١٦٨ ، حاشية الدسوقى ج٢ ص٥٢٧ ، ها مش مواهب الجليل ج٥ ص٥٩٦ ، مغني المحتاج ج٣ ص٤٥٣ ، قليوبى وعميرة ج٤ ص٨٩ ، المبدع٨ ص٢٣٢ ، المغني والشرح الكبير ج٩ ص٣٠٨ .

المسألة الثامنة: تقديم الخالات على العمات ٠

يرى كل من الأحناف والمالكية والشافعية والصحيح عند الحنابلة : تقديم الخالات على العمات ٠

الدليل على ذلك :- ما روى أن علياً وجعفر وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة ٠فقال على : ابنتي عمي وأنا أخذتها ٠ وقال زيد : بنت أخي ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم آخى بين زيد وحمزة ٠٠ وقال جعفر : بنت عمي وعند خالتها ٠ فقال رسول الله" صلى الله عليه وسلم" : (الخالة أم) وسلمها إلى جعفر ٠

وجه الدلالة : أن الشارع قدم خالة ابنة حمزة على عمتها صفية لأن صفية لم تطلب ، وجعفر طلب نائباً عن خالتها ، فقضى الشارع بها للخالة في غيبة العمة ٠ ولأن الخالة تدلى من جهة الأم ، فتقدم على العمة ، فإنها تدلى من جهة الأب ، وجهة الأم مقدمة على جهة الأب في الحضانة ٠

ويرى الخرقى تقديم العمات على الخالات ،لأن العمات يدلين بعصبة، ولأن الخالة تدلى من قبل الأم ، فتقدم على العمة ، فإنها تدلي من جهة فيقدمن على الخالات ، كتقديم الأخت لأب على الأخت لأم والخالات أخوات الأم ، فيجرين في الاستحقاق والتقديم فيما بينهن ، مجرى الأخوات المتفرقات ٠

لكن يرد على قول الخرقى : بالفرق بين العمات والخالات وبين الأخت لأب والأخت لأم ، وذلك لأنه قدمت الأخت لأب على التي لأم

لقوة إرثها ، فإنها ترث تارة بالفرض وتارة بالعصوبة ، بخلاف العمات فليس لهن إرث ٠ فكانت الخالة أحق بالحضانة من العمة ، وخاصة وقد تأيد ذلك بالدليل من السنة النبوية ، وقد سبق ذكره ([1])٠

الرأى الراجح : هوتقديم الخالات على العمات لقوة الدليل ٠

([1]) البحر الرائق ج٤ ص١٦٨ ، تبيين الحقائق ج٣ ص٤٧ ، جواهر الإكليل ج١ ص٤٠٨ الشرح الكبير بحاشية السوقى ج٢ ص٥٢٧ ، مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٣ ، قليوبى وعميرة ج٤ ص٨٨ ، المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٣٠٨ ، المبدع ج٨ ص ٢٣٢ ٠

المسألة التاسعة : - تقديم الخالة على بنت الأخت والأخ ٠

يرى جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) في حالة اجتماع الخالة مع بنات الأخوات والأخوة ، أن الأحق بالحضانة الخالة ، لإدلائها بالأم ، ولأنها أشفق ٠

وفي قول للحنابلة بتقديم بنات الأخوة والأخوات على الخالات ، وكذا عند الأحناف تقديم بنات الأخت الشقيقة أو لأم على الخالة ، أما بنات الأخت لأب ففيها روايتان ، والصحيح عند الأحناف : أن الخالة أولى من بنات الأخت سواء الشقيقة أو لأم أو أب ، لأن قرابة الأم أرجح في الحضانة ٠

ووجه رواية تقديم بنت الأخت لأب على الخالة ، أن الأخت ولد الأب ، والخالة ولد الجد ، فكانت بنت الأخت أقرب فتكون أولى ٠

ووجه رواية تقديم الخالة على بنت الأخت لأب ، أن الخالة تتقدم على أمها ، لأن الخالة والدة ، كما جاء في قصة على" رضي الله عنه" وحمزة وزيد بن حارثة ، فلأن تتقدم على ابنتها وهى أبعد من أمها من باب أولى (١) ٠

والراجح : ما قال به الجمهور كما أنه الصحيح عند الأحناف ، لما تأيد من قصة الأمام على" رضي الله عنه" وحمزة وزيد بن حارثة ، كما أن الخالة أشفق ، والحضانة للأشفق ٠

---

(١) جواهر الإكليل ج١ ص٤٠٨:٤٠٩ ، حاشية الدسوقى ج٢ ص٥٢٧ ، التهذيب ج٦ ص٣٩٨ ، الشروانى وابن قاسم على تحفة المحتاج ج٨ ص٣٥٤ المبدع ج٨ ص٢٣٣: ٢٣٤ ، شرح منتهى الإرادات ج٣ ص٢٤٩ ٠ بدائع الصنائع ج٥ ص٢٤٥٥ ، تبيين الحقائق ج٣ ص٤٧ ٠

المسألة العاشرة : - تقديم العمة على بنات الأخوة والأخوات ٠

اختلف الفقهاء في هذه الحالة ، فيرى الأحناف والشافعية وقول للحنابلة أن بنات الأخوة والأخوات أولى من العمة ، وذلك لأن بنت الأخ أقرب ، لأنها ولد الأب ، والعمة ولد الجد ، فكانت بنت الأخ أولى لقربها ٠وأيضاً جهة الأخوة مقدمة على جهة العمومة ، ومن أجل هذا قدم ابن الأخ في الميراث على العم ٠

بينما يرى المالكية والحنابلة فى قول ، تقديم العمة على بنات الأخوة ، والراجح ما قال به الأولون لما ذكروا من أدلة (١) ٠

المسألة الحادية عشرة : - تقديم الأخت الشقيقة أو لأب على الجد ٠

وجهان في تقديم الأخت الشقيقة أو لأب على الجد :-

الأول : أن الجد أحق بالحضانة ، لأنه ينزل منزلة الأب عندما غيابه فهو كالأب في الولادة والتعصيب ٠

الثاني : أن الأخت أولى لمعرفتها بأمور التربية والحضانة (٢)٠

---

(١) بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٥٥ ، تبيين الحقائق ج٣ ص٤٧ ، الشروانى وابن قاسم ج٨ ص٣٥٤ ، قليوبى ج٤ ص٨٨ ، الفواكة الدوانى ج٢ ص١٠٢ ، الخرشى ج٤ ص٢٠٩ ، المبدع ج٨ ص٢٣٢ ، شرح منتهى الإرادات ج٣ ص٢٤٩ ٠

(٢) حلية العلماء ج٧ص٤٤٠ ، المغنى والشرح الكبير ج٩ص٣١٠ ٠

المطلب الثالث

شروط استحقاق الحضانة وسقوطها وعودتها

سبق وأن ذكرنا المستحقين للحضانة من النساء والرجال ، ولا يستحق الحضانة إلا من توفرت فيه شروط معينة ، وإذا فقد شرط منها سقطت عنه الحضانة ، وقد تعود إليه إذا زال عنه المانع ، وهذه الأحكام نتناولها من خلال فرعين • وذلك على النحو التالي :-

الفرع الأول

شروط استحقاق الحضانة

نظراً لأن المستحق قد يكون من النساء وقد يكون من الرجال ، فإن ثم شروطاً يجب توفرها في النوعين ، وشروطاً خاصة في النساء وأخرى خاصة بالرجال ، وإليك هذه الشروط :-

أولاً : الشروط العامة التي يجب توفرها في النساء والرجال :

<u>الشرط الأول</u> : الإسلام :

اتفق الفقهاء على ثبوت الحضانة للكافر على الكافر ، وللمسلم على المسلم ، وعدم ثبوتها لفاسق على المسلم ، وأما ثبوتها لكافر على مسلم ، فقد اختلف الفقهاء في شرط إسلام الحاضن (ذكراً كان أو أنثى) وكان اختلافهم على النحو التالى :-

الرأي الأول : أنه يشترط إسلام الحاضن • وهو رأى الشافعية والحنابلة وابن وهب من المالكية والزيدية والإمامية •

واستدلوا على ذلك بما يأتى : -

أ - قال تعالى :" ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً "([1])•

وجه الدلالة : أن الله تعالى نفي كون الولاية للكافرين على المؤمنين، والحضانة نوع ولاية فلا تثبت للكافر على المحضون المسلم •

ب - القياس : قياس الحضانة على الولاية في النكاح وفي المال ، بجامع الولاية في كل ، وإذا لم تثبت الولاية في النكاح والمال للكافر على المسلم ، فمن باب أولى عدم ثبوتها هنا •

وذلك لأن الحضانة تثبت لحفظ الولد ونجاته من المهالك ،فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه •

وإذا كانت الحضانة لا تثبت للفاسق على المسلم ، كان من الأولى عدم ثبوتها للكافر ، إذ قد يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام ، وهذا من أعظم الضرر([2]) •

ويعترض على ذلك :- بأنه يوجد فارق بين الفاسق والكافر ، والقياس مع وجود الفارق لا يصح أن يكون دليلاً ، وذلك لأن الكافر الأصلى يقر على دينه ، أما الفاسق لا يقر على فسقه فافترقا ([3]) •

([1]) من الآية رقم (١٤١) سورة النساء •

([2]) مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٥ ، الشروانى وابن قاسم على تحفة المحتاج ج٨ ص٣٥٨ ، المغنى والشرح الكبير ج٨ ص٢٩٨ ، المبدع ج٨ ص٢٣٤ ، التاج المذهب ج٢ ص٢٦٧ ، الروضة البهية ص١٤٠ •

([3]) جواهر الإكليل ج١ ص٤٠٩ •

ويرد على ذلك :- بأنه لا فرق بين الكافر والفاسق في خشية افتنان المحضون والتخلق بأخلاق غير حميدة ، بل هذه الخشية متوقعة من الكافر بصفة مؤكدة أكثر من توقعها من الفاسق ، فالقياس هنا قياس أولوى ٠

الرأي الثاني : أن الإسلام ليس بشرط في الحاضن ٠وهو رأى الأحناف والمالكية والظاهرية والإباضية([1]) ٠

واستدلوا لرأيهم بما يأتى :-

أ ـ ما روى عن عبد الحميد بن سلمه عن أبيه ، أنه قال : أسلم أبى وأبت أمى أن تسلم وأنا غلام ، فاختصما إلى النبى "صلى الله عليه وسلم" فقال : يا غلام اذهب إلى أيهما شئت فتوجهت إلى أمى ، فلما رأى النبى" صلى لله عليه وسلم" سمعته يقول : اللهم أهده ، فملت إلى أبى فقعدت في حجره([2]) ٠

وجه الدلالة : إن النبى "صلى الله عليه وسلم " ، قد خير الغلام بين أبيه المسلم وأمه الكافرة ، وهذا يعنى أن الإسلام ليس شرطاً في الحضانة ، وإلا ما خيره صلى الله عليه وسلم ولما دعاه ٠

ويعترض على هذا : بأن الحديث منسوخ ، أو أن النبى" صلى الله

([1]) حاشية الدسوقى ج٢ ص٥٢٩ ، مواهب الجليل ج٥ ص٥٩٨ ، تبيين الحقائق ج٣ ص ٤٩ ،البحر الرائق ج٤ ص١٧١ ، المحلى ج٧ ص٣٢٣، شرح النيل ج٧ ص٤١٥ ٠

([2]) النسائى فى الطلاق ج٦ص١٨٥ رقم ٣٤٩٥ ، ابن ماجه ج٢ص٧٨٨ رقم ٢٣٥٢ ، مسند أحمد ج٥ص٤٤٦ ، السنن الكبرى للنسائى ج٣ص٣٨١ رقم ٥٦٨٩ ٠

عليه وسلم " قد عرف أن الله تعالى يستجيب دعائه ، وأن الغلام يختار أباه المسلم ، والتخيير ليس فيه دلالة على ما ذكرتم ، وإنما قصد بالتخيير استمالة قلب أمه ، إذ لو كان لأمه حق ، لأقرها عليه ولما دعاه ٠

إضافة إلى أن الحديث قد روى على غير هذا الوجه ، وغير ثابت لدى أهل النقل وفي إسناده مقال ([1]) ٠

ب ـ قوله صلى الله عليه وسلم { من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة }([2]) ٠ وقوله صلى الله عليه وسلم {لا توله والدة عن ولدها }([3]) ٠

وجه الدلالة واضح من الحديثين .

ويعترض على وجه الدلالة من الحديثين : بأن الحديثين محمولان على التفريق بدون وجه شرعى ، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم :{ أنت أحق به ما لم تنكحى } فالنكاح كان سبباً شرعياً في التفريق بين الوالدة وولدها ، وعليه فهما مخصوصان بغير هذا وبغير سائر المسقطات ([4]) ٠

ج ـ إن الحضانة مبنية على الشفقة ، وهى أشفق عليه ، وهذا الأمر لا يختلف بالإسلام والكفر ، وأهل الذمة بمنزلة أهل الإسلام في ذلك ،

([1]) مغنى المحتاج ج ٣ ص٤٥٥ ، المغنى والشرح الكبير ج ٩ ص ٢٩٨ ٠

([2]) سبق تخريجه ص٢٢ ٠

([3]) الدراية في تخريج أحاديث الهداية ج٢ ص٨١ رقم ٦٠٢ ، نصب الراية ج٣ ص٢٦٥ باب حضانة الولد ٠

([4]) الخرشى ج٤ ص ٢١٥ ٠

فتكون الحاضنة الذمية ولو مجوسية أحق بالمحضون ، إلى أن يعقل أو يخاف عليه من أن يألف الكفر ، فينزع منها وإن لم يعقل دينا ، لاحتمال الضرر ويضم إلى أناس من المسلمين .

وعند المالكية لا ينزع منها وإنما تضم إلى جيران مسلمين ليكونوا رقباء عليها ،ما لم تنته مدة الحضانة ([1]) .

ويرد على ذلك : بأن الحضانة وإن كانت مبنية على الشفقة ، إلا أن هذا لا يتنافي ، مع كل ما فيه مصلحة للمحضون ، وخاصة حفظ الدين على نفسه ، والكافرة غير مأمونة في ذلك .

وقال الأحناف إن المرتدة ليس لها حق في الحضانة ، وبردتها تسقط حضانتها ، إلا إذا تابت وأسلمت فإنه يعود إليها حقها لزوال المانع ، وهو عدم تفرغها للحضانة ، لأنها تكون محبوسة وقتئذ .

غير أن أصحاب هذا الرأى اختلفوا فيما بينهم ، فى مدة بقاء الطفل المسلم فى حضانة غير المسلم ، على النحو التالى : -

فذهب الحنفية والظاهرية إلى أن الطفل المسلم يبقى فى حضانة غير المسلم إلى أن يعقل الأديان ، لاحتمال حدوث الضرر ، من أن يألف الكفر من عقائد وعادات غير المسلمين .وقدر بعضهم هذا السن ببلوغ الصغير سبع سنين ، لصحة إسلامه حينئذ ([2]).

([1]) البحر الرائق ج٤ ص ١٧١ ، بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٥٦ ، جواهر الإكليل ج١ ص٤٠٩ .

([2]) شرح فتح القدير ج٣ص٣١٧،ابن عابدين ج١ص٦٩٣،المحلى ج١٠ ص٣٢٣ .

وذهب المالكية والإباضية : إلى بقائه مدة الحضانة شرعاً ، مادام لها الحق ، فتكون كغيرها من الحواضن ، المتفقة فى الدين مع المحضون ، فتكون حضانة الذكر للبلوغ ، وحضانة الأنثى للدخول بها ، ويمنع من تغذيته الخمر والخنزير، فإن خشى عليه من ذلك ، فإنها تضم إلى أحد المسلمين من الجيران، ليكونوا عليها رقباء ([1]).

الرأى الثالث :وهو لبعض الأحناف والظاهرية،أن يشترط الإسلام فى الحاضن إذا كان ذكراً، ولا يشترط فى الحاضنة حتى يبلغ مبلغ الفهم دليلهم : ا- قوله تعالى : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة }([2]) .

وجه الدلالة :أن الله تعالى أثبت حق الإرضاع لهن ، حولين كاملين سواء فى ذلك المسلمة أو الكافرة ، والإرضاع من لوازم الحضانة .

ويرد عليه : بأن الإرضاع وإن كان من لوازم الحضانة ، إلا أنه ليس كل الحضانة ، إذ الحضانة أعم من ذلك([3]) .

ب - أن وجود الصغير عند الأم الكافرة ، حتى يبلغ سن الفهم لا يخاف عليه من الضرر ، إلى أن يبلغ مبلغ الفهم .

ويرد عليه : بما رد به على أدلة أصحاب الرأى الثانى .

([1]) حاشية الدسوقى ج٢ ص٤٨٩ ، شرح النيل ج٧ ص٤١٥ .

([2]) سورة البقرة أول الآية ٢٣٣ .

([3]) بدائع الصنائع ج٤ ص٤٢ ، تبيين الحقائق ج٣ ص٤٩ ، المحلى ج١٠ ص٣٢٣ .

بخلاف ما إذا كان الحاضن ذكراً ، فإنه يشترط فيه الإسلام ، لأن الحضانة نوع من الولاية ، ولا ولاية للكافر على المسلم ، مصداقاً لقوله تعالى : { ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً }(١) .

والراجح : ما قال به أصحاب الرأي الأول ، لقوة دليله ولضعف أدلة الرأي الثاني ، بورود الاعتراضات عليها دون جواب لها ، وأفضل وأحوط للولد .

الشرط الثاني: البلوغ: فيشترط في الحاضن أن يكون بالغاً، فلا تثبت الحضانة للصغير غير المميز، وكذا المميز غير الرشيد ، إذ أنها تقتضى من الحاضن ، القيام بحفظ المحضون في مبيته وذهابه ومجيئه ، وتعهده في طعامه ولباسه وتنظيف جسمه أيضاً ، وهما في ذلك عاجزان عن كل ذلك ، إذ أن فاقد الشئ لا يعطيه .

أما الصغير المميز الرشيد ، وهو من يستطيع أن يميز بين النافع والضار، وعادة يتوافر ذلك فيمن بلغ سن السابعة من عمره ، إلى أن يبلغ سن الاحتلام . والرشد يعنى عدم إضاعته للمال والحفاظ عليه وقد اختلف الفقهاء فى استحقاق هذا الصغير للحضانة على ما يأتى :-

فذهب الشافعية والحنابلة : إلى عدم استحقاقه للحضانة لقصور عقله . أما عند المالكية وبعض المتأخرين من الأحناف ، فالبلوغ ليس شرطاً فى استحقاق الحضانة ، ما دام الحاضن عاقلاً رشيداً(٢) .

---

(١) سورة النساء من الآية ١٤١ . وانظر : المراجع السابقة .

(٢) نهاية المحتاج ج٧ ص٢٣١ المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٢٧١ ، كشاف القناع ج٥ ص٤٩٨ ، مواهب الجليل ج٤ ص٢١٦،ابن عابدين ج٣ ص٥٥٦.

والراجح : ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول ، إذ أن الصغير وإن كان مميزاً ورشيداً ، إلا أنه لا يلى أمر نفسه ، فمن باب أولى أن لا يلى أمر غيره .

ويكون البلوغ بالنسبة للذكر بالاحتلام أو الإنزال ، ويكون للأنثى بالحيض أو الحبل ، فإن لم يظهر شيئ من ذلك ، كان البلوغ بالسن .

والحد الأدنى للبلوغ للذكر بلوغه اثنتا عشرة سنة ، وللأنثى بلوغها تسع سنين ، طبقاً لرأى الصاحبين المفتى به فى المذهب الحنفى .وقيل ببلوغهما خمس عشرة سنة .

الشرط الثالث : العقل .

يشترط أيضاً في الحاضن أن يكون عاقلاً ، فلا حضانة لمجنون أو معتوه(١) ، حتى وإن كان الجنون متقطعاً ، لأنها ولاية ، وهو ليس من أهلها ، ومقتضى الحضانة الحفظ والرعاية والتعهد ، والمجنون ومن شابهه لا يتأتى منه الحفظ ، بل هو محتاج إلى من يتعهد ه ، إلا إذا كان جنونه يسيراً كيوم في سنة (٢) .غير أن المالكية فرقوا بين نوعين من الجنون : فإذا كان جنون الحاضن متقطعاً، بحيث يخاف على الولد حين نزول الجنون ، فهو مانع من استحقاقه الحضانة ، وأن

---

(١) العته : مصدر الفعل عته بفتح العين وكسر التاء أى : نقص عقله من غير مس جنون . الصحاح للجوهرى ج٦ ص٢٢١٩ .الاصطلاح : آفة تصيب العقل ، فتجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم ، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء ، وبعض كلامه كلام المجانين . كشف الأسرار ج٤ ص٢٧٤ حاشية ابن عابدين ج٦ ص١٤٤ .

(٢) ابن عابدين ج٣ص٥٥٥، المغنى والشرح الكبير ج٧ص٦١٧ ، مغنى المحتاج ج٢ص٤٥٤ ، نهاية المحتاج ج٧ص٢٣١ .

كان مما لا يخاف على الولد من الحاضن حين نزوله ، فإن الحضانة تبقى له رغم جنونه المتقطع ([1]) .

والراجح : أن الجنون مانع من استحقاق الحضانة ، سواء كان متقطعاً أم غير متقطع ، إذ أن وقت نزول الجنون غير معلوم ، حتى يمكن تمييز ما يخاف منه على الولد أولا .

الشرط الرابع : القدرة والكفاية .

فيشترط قدرة الحاضن وكفايته للقيام بأمور الطفل وما يحتاجه ، فلا يستحق الحضانة من كان عاجزاً عن ذلك ، كالمسن (كبنت ستين سنة) فلا تستطيع القيام بخدمة الطفل إلا بمشقة ، ومثل المسن الأعمى والأخرس والأصم وكذا القاسى وغليظ القلب والأخلاق ، فكل ما ينتفي معه القيام بخدمة الصغير ، ويضيع الطفل بذلك يسقط حقه في الحضانة ([2]) .

الشرط الخامس : الأمانة .

والمقصود بالأمانة : الأمانة في الدين ، ويكفي فيها العدالة الظاهرة كشهود النكاح ، فإذا حصل نزاع في الأمانة ، فادعى على الحاضن أنه غير مأمون ، ويخشى على المحضون منه الفساد كقول المدعى : إن الحاضن شريب ، يذهب ويشرب ويترك ابنته يدخل

([1]) التاج والإكليل ج٤ص٢١٦ ، حاشية الدسوقى ج٢ص٥٢٨ .

([2]) حاشية ابن عابدين ج٢ ص٦٣٣، البحر الرائق ج٤ ص١٦٩ ، جواهر الإكليل ج١ ص٤٠٩ ، مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٤، ٤٥٦ ، المغنى والشرح الكبير ج ٩ ص ٢٩٧ ، نهاية المحتاج ج٧ ص ٢١٦ ، الشرح الصغير ج١ ص٤٥٤ .

عليها الرجال ، فقال الحاضن : أنا مأمون ومن أهل الخبرة والصيانة والدين، فعليه أن يثبتها ، لأنه صار مدعياً للأمانة ، ومن شأن المدعى أن يثبت دعـــواه ، وذلك بناء على أن الأصل في الناس الجرحة وعدم الأمانة . وإذا قلنا إن الأصل الأمانة فلا يكلف بينة بها ،حتى يثبت عليه أنه غير مأمون . ومن الأمانة أن لا ينشغل عن الصغير ، فيضيع المحضون ، كخروجه من المنزل كل وقت تاركاً المحضون لشأنه ، فتسقط حضانته لضياع حق الولد ([1]).

هذا وقد اختلف الفقهاء ، فى استحقاق الفاسق الحضانة ، على أربعة أقوال ، وذلك على النحو التالى : ـ

القول الأول : إن الفسق مانع من استحقاق الحضانة ، خاصة إذا اشتهر بين الناس . وهو رأى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ماعدا ابن القيم والزيدية والإمامية والإباضية .

دليل هذا القول : إن الفاسق غير موثوق به ، فى تأدية ما يجب عليه ، من أمور الحضانة ، ولا حظ للمحضون فى حضانته ، لأنه ينشأ على طريقته ، كما أن الحضانة ولاية ، ولا ولاية للفاسق ، والفاسق غير أمين على نفسه ، فكيف يكون أميناً على غيره ([2]).

([1]) حاشية ابن عابدين ج٢ ص٦٣٣، الخرشى ج٤ ص٢١١، مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٥ ، كشاف القناع ج٥ ص٤٩٨ ، المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٢٩٧ .

([2]) حاشية الدسوقى ج٢ ص٤٨٩ ، المدونة الكبرى ج٥ ص٣٩ ، المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٢٩٧ ، نهاية المحتاج ج٦ ص٢٧٣ ، الأم ج٥ ص٨٣ ، التاج المذهب ج٢ ص٢٦٩ ، النهاية للطوسى ج٢ ص٥١٤ .

القول الثانى : التفريق بين الفسق المؤثر فى ضياع المحضون كالاشتهار بالشرب والزنا ، وغير المؤثر كالفسق المستور فيمنع الأول من الحضانة ، ولا يمنع الثانى . وهذا القول لبعض الأحناف .

دليل هذا القول : إن الهدف من الحضانة مصلحة الطفل ، فإذا ترتب على الفسق ضياع المحضون ، فإنه يمنع الفاسق من الحضانة وإلا فلا ([1]) .

القول الثالث : التفريق بين مرحلتين من حياة الطفل : بين ما إذا لم يبلغ سن الفهم ، ويعقل الدين وهوسن السابعة ، وبين بلوغه هذه السن أو خيف عليه من أن يألف أفعال الحاضن . فالفسق فى المرحلة الأولى غير مانع من الحضانة بخلاف الثانية . وهذا القول للأحناف والظاهرية ([2]) .دليله : إن الحضانة مدارها مصلحة الطفل فحيثما وجدت كانت الحضانة وإلا فلا .

القول الرابع : إن الفسق لا تأثير له على استحقاق الحضانة ، وهو لابن القيم . دليله : إن النبى "صلى الله عليه وسلم" لم يمنع فاسقاً من تربية أبنائه وحضانتهم ، وكذا الصحابة من بعده ، ولو كان الفسق مانعاً ، لو وجب التفريق بين الحاضن الفاسق وبين أولاده الصغار ، وهذا ما لم يتعرض له أحد ([3]) .

([1]) ابن عابدين ج٣ ص٥٥٧ ، المبسوط ج٥ ص٣١٠ .
([2]) ابن عابدين ج٣ ص٥٥٦ ، شرح فتح القدير ج٣ ص٣١٤ ، المحلى ج١٠ ص٣٢٣ .
([3]) زاد المعاد ج٤ ص١٣٢ ، ١٦٤ ، كشاف القناع ج٣ ص٣٢٨ .

الرأى الراجح : أن الفسق مانع من الحضانة ، إلا إذا كان الفسق ليس له أثر على المحضون ، أولم يوجد غير هذا الحاضن ، وهو أمر متروك للقاضى . وهذا ما سارت عليه محاكم الأحوال الشخصية في مصر([1]) .

<u>الشرط السادس</u> : أن يكون المكان آمناً .

يشترط في المكان الذي يسكنه الحاضن والمحضون ، أن يكون آمناً ، بالنسبة للمحضون الذى بلغ سناً معيناً ، يخشى عليه من الفساد ، فلا حضانة لمن كان مسكنه غير آمن ، يتسلقه المجرمون والمفسدون في الأرض ، لتعرض حياة المحضون للمخاطر والهلاك وكذا ماله ، فلا بد من الأمن على النفس والمال ([2]) .

<u>الشرط السابع</u> : سلامة الحاضن ومعافاته من الأمراض .

يشترط في الحاضن أن يكون سليماً ومعافاً من الأمراض المعدية والمنفرة . وهذا شرط لمباشرة الحضانة عند المالكية لا شرط استحقاق . فمن كان مجذوماً أو به مرض دائم كالسل والفالج ، أو كان أبرصاً، سقطت حضانته ، حتى لا تكون الحضانة سبباً في انتقال العدوى إلى المحضون ، لأن مقتضى الحضانة العناية بالمحضون والمحافظة على سلامته ([3]) .

([1]) أحكام الأسرة فى الإسلام دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفرى والقانون د / محمد مصطفى شلبى ص ٧٦٤ الدار الجامعية بيروت .
([2]) الخرشى ج٤ ص٢١١ ، جواهر الإكليل ج١ ص٤٠٩ .
([3]) الخرشى ج٤ ص٢١٢ ،الفواكه ج٢ ص١٠٣ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص٤٥٦ ، كشاف القناع ج٥ ص ٤٩٩ .

الشرط الثامن : الرشد . والرشد هو حفظ المال وصونه بحسن التصرف فيه ، فيشترط في الحاضن أن يكون رشيداً .

وتكلم عن هذا الشرط المالكية والشافعية ، ولكن المراد به عند الشافعية هو الرشد الكامل ، أى الرشد المصاحب للبلوغ . أما عند المالكية فالمراد به هو نوع رشد ، أى حفظ المال ولو لم يصاحبه بلوغ ، لأن الرشد أمر كلى تحته فردان : فرد صاحبه بلوغ وهو الرشد الكامل ، وآخر لم يصاحبه بلوغ ، فإذا ثبت للصبى حفظ المال ثبت له الحق في الحضانة كما سبق(١) .

أما إذا بلغ غير رشيد وهو ما يسمي بالسفيه ، إلا أنه عاقل فهل يكون أهلاً للحضانة ؟ . فهذا مما اختلف فيه الفقهاء على قولين :-

فعند بعض الأباضية وبعض فقهاء المالكية : أن السفه ليس له تأثير على استحقاق الحضانة ، لأن السفيه إنسان عاقل مكلف والسفه لا يمنع من أحكام الشرع (٢) .

وعند جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والإباضية والظاهرية) لا حق للسفيه فى الحضانة ، إذ أن السفه يعنى إضاعة المال ، وفى هذا ضرر لا حق بالمحضون ، والسفيه ممنوع من أخذ ماله ، لقوله تعالى : { ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً ، وابتلوا

(١) حاشية الدسوقى ج٢ ص٥٢٩ ،جواهر الإكليل ج١ ص٤٠٩ ، الفواكه الدوانى ج٢ ص١٠٣ ، مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٦ ، الجمل على المنهج ج٤ ص٥٢٠ .

(٢) مواهب الجليل ح٤ ص٢١٦ ، شرح النيل ج٧ ص٤١٠ .

اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم } (١) .

فدفع المال إليهم مرهون بإيناس الرشد منهم ، والسفيه غير رشيد فلا يؤتمن على مال الصغير ، ويتنافى ذلك مع مقتضى الحضانة ، من توفر شرط الأمانة فى الحاضن ، وهذا هو الراجح لقوة دليله .

الشرط التاسع : أن لا يسافر الحاضن سفر نقلة .

فيشترط في الحاضن لكى تثبت له الحضانة ، أن لا يسافر سفر نقلة أي : ستة برد ، والبريد أربعة فراسخ ، والفرسخ ثلاثة أميال (والميل يقرب من ألف وثمانمائة وثمانية وأربعين متراً ، أي مائة وثلاثة وثلاثين كيلو متراً تقريباً) فإن سافر هذه المسافة سقطت حضانته بشروط تأتى فيما بعد ، أثناء الكلام عن مسقطات الحضانة ، بخلاف سفر التجارة أو التنزه ، فلا تسقط الحضانة به (٢) .

الشرط العاشر : الحرية . فلا حضانة لرقيق ولا أمة ولا أم ولد ولا مبعض ،لأنها ولاية ، وهؤلاء ليسوا من أهلها ، فهم مشغولون بحق سيدهم ، ولو مع إذن السيد ، لأنه ربما يرجع عن الإذن ، فيشوش أمر المحضون .وهذا رأى جمهور الفقهاء من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية (٣) .

(١) سورة النساء الآية ٥،٦ .

(٢) الخرشى ج٤ ص٢١٥ ، مواهب الجليل ج٥ ص ٥٩٩ .

(٣) بدائع الصنائع ج٥ ص ٢٢٥٧ ،ابن عابدين ج٢ ص٨٧١ وما بعدها ، مغنى المحتاج ج٣ ص ٤٥٤ ،حاشية الدسوقى ج٢ ص٤٨٧، الخرشى ج٤ =

وقال بعض المالكية والشافعية : إن الحضانة تثبت للرقيق في بعض الصور، حالة ما إذا كان هناك حر من أمة ، أن الأم أحق به إلا أن تباع فتنتقل ، ويكون الأب أحق به ، لأن الأم مركب فيها العطف والشفقة على الولد ، فأشبهت الحرة في الأهلية للحضانة ([1]).

وقال ابن القيم وابن حزم الظاهري : إن الحضانة تثبت للرقيق ولا يمنعها الرق ، خاصة إذا كان الولد رقيقاً .

دليله : - قوله تعالى :{لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده }([2]) . وقوله تعالى :{ وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله } ([3]). وقوله صلي الله عليه وسلم { لا تولد والدة عن ولدها } ([4]). وأيضاً قوله صلى الله عليه وسلم { من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة } ([5]) . والراجح ما ذهب إليه الجمهور .

= ص ٢٠٨ ، المغني والشرح الكبير ج ٩ ص ٢٩٧،الروضة البهية ج٢ ص١٤٠ ، البحر الزخار ج٤ ص٢٨٥ .

([1]) شرح الخرشي ج٤ ص٢٠٨ ، مغني المحتاج ج٣ ص٤٥٤ .

([2]) سورة البقرة من الآية ٢٣٣ .

([3]) سورة الأنفال من الآية ٧٥ .

([4]) سبق تخريجه ص٦٩.

([5]) سبق تخريجه ص٢٢ .

ثانياً : الشروط الواجب توفرها في النساء

الشرط الأول : أن تكون ذات رحم محرم من المحضون الذكر . وذلك مثل أمه وأخته وجدته ، إلا إذا كان المحضون أنثى فلا يشترط ذلك ، وعليه فلا حضانة لبنات العم والخالة ، وكذا بنات الأعمام والأخوال من باب أولى ، لأنهن غير محرم .

وهذا عند الأحناف والمالكية، وعند الشافعية : لا تثبت الحضانة لبنت العم على الذكر المشتهى ، وليس ما تقدم شرطاً عند الحنابلة ([1]) .

الشرط الثاني : أن تكون الحاضنة منفردة بالسكنى عمن سقطت حضانتها .

فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها الساقطة الحضانة ، كما لو تزوجت الأم ، فأخذت الجدة الصغير ، وأقامت في بيت بنتها التي سقطت حضانتها بزواجها ، فللأب أخذه ، إلا إذا لم يكن لها مسكن ، وطلبت من الأب مسكناً ، لأن السكن عليه ولا تسقط حضانتها ، وهذا عند الأحناف والمشهور عن الإمام مالك ([2]) .

الشرط الثالث : أن تكون غير متزوجة أو متزوجة بمحرم من المحضون . فإن تزوجت سقط حقها في الحضانة ، ما لم تكن

([1]) حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٦٣٣ ،بدائع الصنائع ج٥ ص ٢٢٥٦ ، مواهب الجليل ج٥ ص ٤٩٦ ، منح الجليل ج٢ ص٤٥٦ ، مغني المحتاج ج٣ ص٤٥٤ ، شرح منتهى الإرادات ج٣ ص٢٤٩ .

([2]) حاشية ابن عابدين ج٢ ص٦٣٩ ، حاشية الدسوقي ج٢ ص٥٢٧ .

متزوجة بمحرم من المحضون ، أو بمن له حق في الحضانة ، كعمه أو ابن عمه وابن أخيه وأخيه من الرضاع ، فلا تسقط حضانتها .

والدليل على سقوط الحضانة بالزواج ، قوله صلى الله عليه وسلم { أنت أحق به ما لم تنكحى } ([1]) .

ومن الآثار : ما روى عن سعيد بن المسيب قال : طلق عمر "رضى الله عنه " أم ابنه عاصم ، فلقيها ومعها الصبى فنازعها ، وارتفعا إلى أبى بكر الصديق "رضى الله عنه " ، فقضى أبو بكر بعاصم بن عمر " رضى الله عنهما " لأمه ، وقال : إن ريحها وفراشها خير له ، حتى يشب أو يتزوج ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة " رضى الله عنهم " ولم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً ([2]) ، وهذا دليل على أحقيتها للحضانة ما لم تتزوج .

والدليل على عدم سقوطها ، إذا تزوجت بمن له حق الحضانة ، قضاء الرسول " صلى الله عليه وسلم " ببنت حمزة لخالتها ، عندما تنازع علىّ وجعفر وزيد بن حارثة ، في حضانة ابنة حمزة ، فقال علىّ : ابنة عمى وأنا أخذتها . وقال زيد : بنت أخى ، لأن رسول الله " صلى الله عليه وسلم " آخى بينى وبين حمزة . وقال جعفر : بنت عمى وعندى خالتها . فقال رسول الله" صلى الله عليه وسلم" : { الخالة أم } ([3]) .

([1]) سبق تخريجه ص١١ .
([2]) سبق تخريجه ص٢٢ .
([3]) سبق تخريجه ص٤١ .

ولا تسقط حضانتها بزواجها ، ممن له حق في الحضانة ، وذلك لأن شفقته تحمله على رعاية الصغير، فيتعاونان على كفالته .وهذا عند الأحناف والمالكية والشافعية في الأصح والحنابلة .ومقابل الأصح : سقوط حضانتها بالزواج ، لانشغالها بأمر الزوج ، ولا حق له في الحضانة بعد الزواج ، فأشبه الأجنبى ([1]) .

أما زواجها بالأجنبى ، فإنه يسقط حضانتها ، لأن الصغير يلحقه الجفاء والمذلة من زوج الأم ، لبغضه إياه ، فيطعمه قليلاً ويقتر عليه في النفقة ، فيتضرر الصغير بذلك .

وقال عثمان بن عفان"رضى الله عنه" والظاهرية وابن جرير والحسن البصرى : إن زواجها لا يسقط حقها فى الحضانة مطلقاً ، سواء تزوجت بمن له حق فى الحضانة أو لا ، وسواء كان المحضون ذكراً أو أنثى .

دليلهم :-

إن الآيات الدالة على ، حق الحضانة للأم ، جاءت عامة فلم تفرق بين الأم المتزوجة وغير المتزوجة ،فقال تعالى :{والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة}([2]) . وقال تعالى : {وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله}([3]) وقال

([1]) بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٥٦ ، البحر الرائق ج٤ص ١٦٨ ، مواهب الجليل ج ٥ ص٥٩٨ ، الفواكه ج٢ ص١٠٣ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص٤٥٥ ، المغنى والشرح الكبير ج٩ ص ٣٠٧ ، الإنصاف ج٩ ص ٤٢٥ .
([2]) سورة البقرة أول الآية ٢٣٣.
([3]) سورة الأحزاب من الآية ٦ .

تعالى : {وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن }([1]) .

فقد بين الله تعالى أن الربيبة ، تكون فى حجر الزوج وتحت رعايته ، مع أنه قد تزوج أمها ، ولم تسقط حضانتها بزواجها ، وتكون البنت مع أمها ، سواء كان الزوج قريباً منها أو بعيداً عنها .

ومن السنة النبوية :-

أ - ما روى عن أنس بن مالك" رضى الله عنه" أنه قال : قدم رسول الله "صلى الله عليه وسلم" المدينة ، ليس له خادم ، فأخذ أبو طلحة بيدى ، فانطلق بى إلى رسول الله " صلى الله عليه وسلم" ، فقال يا رسول الله : أن أنساً غلام كيس فليخدمك.قال : فخدمته فى السفر والحضر .

ب - وأيضاً قد تزوج رسول الله " صلى الله عليه وسلم " أم سلمه ومعها ابنتها زينب ، وقد أقرها رسول الله "صلى الله عليه وسلم " على ذلك .فدل على عدم سقوط حق الحضانة بزواج الأم مطلقاً ([2]).

لكن يرد على ذلك : بأن الآية - قوله تعالى -{والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين } مخصصة بقوله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تنكحى . ولفظ الربيبة فى حق الزوج ، لم يكن مقصوداً

([1]) سورة النساء من الآية ٢٣ .
([2]) المحلى ج١٠ ص٣٢٣ .

فى الآية ، بل خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له ، إذ أن الربيبة تحرم على زوج أمها ، سواء كانت فى حجره أو لا .

ويرد على استدلالهم من السنة : بأنه من يأبى أن يخدم رسول الله " صلى الله عليه وسلم " ، وخاصة حيث لا يوجد منازع فى حق الحضانة ، وربما يحمل على أنه لا يوجد حاضنة أخرى ([1]).

فإن قيل إن الحديث : أنت أحق به ما لم تنكحى .ضعيف غير مقبول . فمردود عليه بما قاله الشوكانى بقوله : فقد قبله الأئمة وعملوا به.وأخرجه البيهقى وصححه . وقال جمهور الفقهاء : إن حكمه يشبه الإجماع ([2]) .

ويرى بعض الحنابلة : التفرقة بين المحضون الذكر والأنثى ، فتسقط الحضانة بزواج الأم ، إذا كان المحضون ذكراً ، بخلاف الأنثى، فلا يسقط حقها حتى يبلغ سبع سنين ([3]).

الدليل على ذلك :

ما روى أن علياً وجعفر وزيد بن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة ، فقال على : ابنة عمى ، وأنا أخذتها .وقال زيد : بنت أخى ، لأن رسول الله " صلى الله عليه وسلم" آخى بينى وبين حمزة وقال جعفر : بنت عمى وعندى خالتها . فقال رسول الله " صلى الله عليه وسلم" {الخالة أم } وسلمها إلى جعفر . فقد جعل رسول الله " صلى

([1]) المجموع ج١٨ ص٣٢٥ ، سبل السلام ج٣ ص٤٦٦ .
([2]) نيل الأوطار ج٨ ص١٥٦ ، سبل السلام ج٣ ص٤٦٦.
([3]) المغنى والشرح الكبير ج٧ ص٣٠٦ .

الله عليه وسلم" الحضانة للخالة وهى مزوجة ، وإذا لم يسقط حق الخالة فى الحضانة بزواجها ، فالأم أولى والمحضون كانت أنثى ([1]) .

ويرد على ذلك : أنه صلى الله عليه وسلم قضى فى ابنة حمزة بأحقية خالتها فى الحضانة مع أنها متزوجة ، وذلك لأن زوجها من أهل الحضانة ، بالإضافة إلى أن امرأته من أهل الحضانة ، فكان مستحقاً لها من باب أولى ، كما لا يوجد دليل ، على التفرقة بين الذكر والأنثى ([2]) .

والراجح : ما قال به الجمهور ، من أن زواج الحاضنة مسقط لحقها فى الحضانة ، ما لم تكن متزوجة بذى رحم محرم ، أو بمن له حق فى الحضانة ، لقوة دليله وضعف أدلة الرأيين الآخرين .

وتسقط حضانتها بمجرد العقد ، وإن لم يدخل بها الأجنبى ، وهذا عند الأحناف والشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية والإباضية خلافاً للمالكية فقالوا : بسقوط حضانتها بالدخول بها ، وهو احتمال في المغنى ([3]) .

واستدل الجمهور : بقوله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تنكحى . حيث جاء مطلقاً دون تقييد بالدخول ، والمطلق على إطلاقه

([1]) سبق تخريجه ص٤١ .
([2]) سبل السلام ج٣ ص٤٦٦ .
([3]) نفس المراجع السابقة ونفس الموضع . التاج المذهب ج٢ ص٢٧٠، المختصر النافع ص١٩٤ ، شرح النيل ج٧ ص٤١٠ .

ما لم يرد مقيد، ولم يرد . وقد ذهب القاضى من الحنابلة إلى أن لفظ النكاح حقيقة فى العقد والوطء جميعاً([1]) .

واستدل المالكية : بقوله تعالى : { فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره }([2]) . فالنكاح هنا حقيقة فى الوطء ،لأنه معلوم أن الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً ، لا تحل لزوجها السابق إلا بوطء الزوج الثانى ، دون أن يكون هناك اتفاق سابق بين الزوجين أو وكيلهما على ذلك ، ومن هنا لا يسقط حقها فى الحضانة إلا بالدخول وبه يحصل الانشغال عن المحضون ، فيسقط حينئذ حقها فى الحضانة بالدخول ، بخلاف ما قبله.

ويرجع الخلاف بين الجمهور والمالكية إلى : هل النكاح حقيقة فى الوطء، مجاز فى العقد ، أم حقيقة فى العقد ، مجاز فى الوطء ، وهذا خلاف مشهور بين الفقهاء ، وليس المجال هنا مجال ذكره .

إلا أنه قد جاء فى القرآن الكريم ، لفظ النكاح ويراد منه العقد كما فى قوله تعالى : { ولا تنكحوا ما نكح أباؤكم من النساء إلا ما قد سلف } ([3]) أى ولا تعقدوا . وجاء ويراد منه الوطء ، كما فى قوله تعالى : { حتى تنكح زوجاً غيره} . إذاً لفظ النكاح لفظ مشترك بين الوطء والعقد ، لا ينصرف إلى أحدهما إلا بقرينة، ولما كانت العلة فى سقوط الحضانة بالزواج ، هى انشغال الحاضنة بأمور

([1]) المغنى ج٧ ص٣٣٣.
([2]) سورة البقرة أول الآية ٢٣٠ .
([3]) سورة النساء من الآية ٢٢ .

الزوج عما يهم المحضون ، وبالعقد يحصل هذا الانشغال - وإن كان انشغالها بالدخول أكثر - فإن الحضانة حينئذ تسقط بالعقد ، لوجود العلة ، لذا كان رأى الجمهور هو الرأى الراجح وأولى بالقبول .

هذا وقد استثنى المالكية حالات لا يسقط حق الحضانة بالزواج من الأجنبى عن المحضون وهى :-

ا - إذا سكت من له حق الحضانة - بعد الأم - بعد علمه بزواج الحاضنة بلا عذر ، فلا تسقط حضانتها .

ب - إذا لم يقبل المحضون غير أمه أو من لها حق الحضانة ، فلا يسقط حقها فيها بالدخول .

ج - إذا لم يكن للمحضون حاضن غير الحاضنة ، التي دخل بها الزوج ، أو له حاضن آخر ولكنه غير مأمون على المحضون ، أو عاجزاً عن القيام بمصالح المحضون .

د - إذا لم تقبل المرضعة أن ترضعه ،عند بدل أمه الذي انتقلت له الحضانة ، بدخول الزوج بأم المحضون .

هـ - إذا كان الأب عبداً وهى حرة ، لأن وجود الصغير عند أمه أصلح له ، من كونه عند أبيه ، إذ العبد مشغول بخدمة سيده ، ولا يملك نفسه فكيف يحضن .

و- إذا كانت وصية على الأطفال ، في إحدى الروايتين عن الإمام مالك (١) .

---

(١) الخرشى ج٤ ص٢١٤ ، مواهب الجليل ج٥ ص٥٩٨ ، ٥٩٩ .

الشرط الرابع : أن تكون الحاضنة مرضعة للمحضون .

ويشترط هذا إذا كان المحضون رضيعاً ، على الصحيح في المذهب الشافعى ، فإن لم يكن لها لبن ، أو لها لبن وامتنعت عن إرضاعه ، فلا حضانة لها ، ومقابل الأصح : أنه لا يشترط أن ترضعه ، بل لها الحق في الحضانة وإن لم ترضعه ، وعلى الأب استئجار مرضعة ترضعه عند الحاضنة .

ويرد على ذلك : بأن تكليف الأب استئجار مرضعة ، تترك منزلها وتنتقل إلى مسكن الحاضنة عسر ، فلا يكلف ذلك .

أما إذا استغنى المحضون عن الرضاعة وفطم ، فلا خلاف في استحقاقها الحضانة ما لم تتزوج ، على خلاف بين الفقهاء كما سبق، أو يقم بها مانع من موانع استحقاق الحضانة (١) .

---

(١) مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٦ ، الشروانى وابن القاسم على تحفة المحتاج ج ٨ ص ٣٨٥ ، ٣٥٩ ، قليوبى وعميرة ج٤ ص ٩٠ .

ثالثاً : الشروط الواجب توفرها في الرجال

لكى يستحق الرجل حضانة الصغير ، لابد وأن يتوفر في حقه ما يأتى :-

الشرط الأول : أن يكون محرماً للمحضون .

لا يثار الكلام عن هذا الشرط ، إذا كان المحضون ذكراً ، أما إذا كان أنثى ، فإنه يشترط في الحاضن ، أن يكون محرماً للأنثى المحضونة ، كالأب والجد والأخ وابن الأخ والعم .

أما بالنسبة للحاضن غير المحرم كابن العم ، فقال الأحناف : إن الجارية لا تدفع له ،إ ذا كانت تشتهى ، وكان ابن عمها غير مأمون . وتدفع له إذا كانت صغيرة لا تشتهى ، كبنت سنة مثلاً ، أو كان ابن عمها مأموناً ، لا فرق في ذلك بين كونها تشتهى أولا تشتهى ، للأمن من الفتنة .

فإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن عمها ، يرجع الأمر إلى القاضى ، لينظر إلى ابن عمها ، فإن رآه أصلح ضمها إليه ، وإلا وضعت على يد أمينة .

وقال بهذا الشافعية - في الصحيح - والحنابلة ، غير أنهم قالوا بعدم تسليم المشتهاة لغير المحرم ، حتى ولو كان مأموناً ، وإنما توضع عند ثقة أمينة يختارها هو ، ولو بأجرة لأن الحق له .

ومقابل الصحيح عند الشافعية : سقوط حقه في الحضانة لفقد المحرمية . وزاد الشافعية شرطاً آخر: وهو أن يكون وارثاً ، أى

محرماً وارثاً ، فإن فقد فيه الإرث دون المحرمية كأبى أم وخال ، أو فقد فيه الإرث والمحرمية كابن الخال وابن العمة ، فعلى الأصح لا حضانة لهم ، لفقد الإرث وضعف القرابة ، ولأنه لا يلى ولا يعقل في الدية في الأولى ، ولفقد الإرث والمحرمية في الثانية ، ومقابل الأصح : ثبوت الحق في الحضانة لهم لوجود الشفقة بالقرابة .

ولا حق في الحضانة للمحرم بالرضاع ولا في الكفالة ولا للمولى وعصبته على المذهب ، لفقد الإرث والقرابة .

وقال الحنابلة بثبوت الحضانة للمحرم ولو بالرضاع أو المصاهرة، وبهذا قال المالكية ([1]) .

الشرط الثاني : قال به المالكية ، وهو أن يكون عنده من يصلح للحضانة ، من الإناث لتوليه أمر المحضون ، كزوجة أو أمة لخدمة أو مستأجرة لذلك ، أو أجنبية متبرعة ، وذلك لأن الرجل ليس لديه صبر وتحمل على أحوال الأطفال .فإن لم يكن عنده من يصلح لذلك فلا حق له في الحضانة ([2]) .

([1]) تبيين الحقائق ج٣ ص٤٨ ، ا لبحر الرائق مع منحة الخالق ج٤ ص١٦٩ شرح فتح القدير ج٤ ص١٨٧ ،الفواكه الدوانى ج٢ ص١٠٣ ، جواهر الإكليل ج١ ص٤٠٩ ،الخرشى ج٤ ص٢٠٩ ، ٢١٠ ،قليوبى وعميرة ج٤ ص٨٩ ،التهذيب ج٦ ص٣٩٨ ،مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٣ ، ٤٥٤ ، الجمل على المنهج ج٤ ص٥١٨ ، المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٣٠٩ ، المبدع ج٨ ص٢٣٣ ، شرح منتهى الإرادات ج٣ ص٢٤٩ .

([2]) حاشية الدسوقى ج٢ ص٥٢٩ ، جواهر الإكليل ج١ ص٤٠٩ .

الفرع الثاني

سقوط الحضانة وعودتها

كما يتطلب في المستحق للحضانة ، شروطاً معينة يجب أن تتوفر فيه ، حتى يكون أهلاً لها ، كذلك فإن الحضانة تسقط عنه ، إذا فقد في حقه شرط من هذه الشروط ، أو وجد أمر من الأمور التالية ، ويصبح غير أهل للحضانة ، وتنتقل إلى من بعده ، وقد تعود على خلاف بين الفقهاء كما سيأتى إن شاء الله تعالى ، ويشتمل هذا الفرع على مسألتين : الأولى : سقوط الحضانة. الثانية : عودة الحضانة .

المسألة الأولى : سقوط الحضانة .

تسقط الحضانة عمن استحقها ، إذا وجد فيه أمر من الأمور الآتية وهى :-

الأمر الأول : إسقاط المستحق حقه في الحضانة .

فإذا أسقط المستحق للحضانة حقه فيها ، أو تنازل عنها ، أو امتنعت الحاضنة عنها ، فلا تجبر عليها ، لأنها صاحبة الحق ، فلها أن تتنازل عنها ، ما لم تتعين عليها ، وتتعين فى حالة : ما إذا لم يقبل المحضون غير أمه ، أو لم توجد غيرها ، أو لم يكن لأبيه أو للمحضون مال ، ولم توجد هناك متبرعة بالحضانة ، حفاظاً على حياة الصغير ، وأصبحت الحضانة فى حقها واجباً عينياً تجبر عليه .

وذلك لأن الحضانة كما أنها حق للحاضن ، فإنها حق للصغير أيضاً ، بل حق الصغير فيها أقوى الحقين ، فلئن أسقطت الأم حقها ، فلا تقدر على إسقاط حق الصغير أبداً .

وعليه لو اختلعت على أن تترك ولدها ،عند الزوج صح الخلع وبطل الشرط ، وذلك لأنه ليس لها أن تبطل حق ولدها بالشرط (١).

الأمر الثاني : الردة .

إذا ثبتت الحضانة للمسلم أو للمسلمة ، ثم ارتد - والعياذ بالله - فإن حضانته تسقط بردته ، ويبطل حقه فيها ، وذلك لحبسه حتى يستتاب ، فيتضرر المحضون بذلك (٢) .وقد سبق بيان رأى الفقهاء فى اشتراط الإسلام فى الحاضن ، وذكر الرأى الراجح فيه (٣) .

الأمر الثالث : الزواج .

والمراد زواج الحاضنة بأجنبى عن المحضون ، فتسقط حضانتها بهذا الزواج ، لانشغالها بالزوج ، كما للزوج أن يمنعها من الحضانة فيتضرر بذلك المحضون .

بخلاف ما لو تزوجت بمحرم من الطفل ، أو بمن له حق في الحضانة ، فلا تسقط حضانتها ، لأن شفقته تحمله على رعاية الصغير ، فيتعاونان على كفالته .

---

(١) حاشية ابن عابدين ج٢ ص٦٣٦ ،تبيين الحقائق ج٣ ص٤٧ ، جواهر الإكليل ج١ ص٤٠٨ ،الفواكه ج٢ ص١٠٢ ، مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٦ ، المبدع ج٨ ص٢٣٣ .

(٢) بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٥٦ .

(٣) انظر ص٥٦ .

وتسقط حضانتها بمجرد العقد ، ولو لم يدخل بها الأجنبى عند الجمهور (الأحناف والشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية والإباضية) خلافاً للمالكية فقالوا : بسقوط الحضانة بالدخول ، وهو احتمال عند الحنابلة ذكره صاحب المغنى ٠وقد سبق بيان ذلك ٠

وحُكى عن عثمان "رضى الله عنه" والحسن البصرى والظاهرية[1]:عدم سقوط الحضانة بالتزويج ، ونقل هذا عن الإمام أحمد في الجارية ، فقال بسقوط حضانة الأم عن الغلام بزواجها ، وعدم سقوطها في الجارية إذا تزوجت أمها ٠

دليل الجمهور : قوله صلى الله عليه وسلم : " أنت أحق به ما لم تنكحي "[2] ٠

وجه الدلالة : أنه صلى الله عليه وسلم ، قد أثبت لها الحق في الحضانة ما لم تتزوج ، ونفاه عنها بزواجها ٠

وذلك لأن الحاضنة بعد زواجها ، تنشغل بحقوق الزوج عن حقوق الصغير فيضيع ، كما أن منافعها أصبحت مملوكة لزوجها ، لذا كان الأحظ للصغير سقوط الحضانة عنها ،وانتقالها إلى من يليها

دليل الرأي الأخر :

ما روي أن علياً وجعفر وزيد بن حارثة ، تنازعوا في حضانة ابنة حمزة ٠ فقال علي : ابنة عمي وأنا أخذتها ٠وقال زيد : بنت أخي

([1]) زاد المعاد ج ٥ ص ٤٥٤ ، المحلى ج ١٠ ص ٣٢٣ ٠
([2]) سبق تخريجه ص١١ ٠

- لأن رسول الله" صلى الله عليه وسلم " آخى بين زيد وحمزة - وقال جعفر : بنت عمي وعندي خالتها ٠ فقال رسول الله "صلى الله عليه وسلم " : " الخالة أم " وسلمها إلى جعفر([1]) ٠

وجه الدلالة : أن الرسول "صلى الله عليه وسلم " ، جعل الحضانة للخالة وهى متزوجة ، فدل ذلك على عدم سقوط الحضانة بالزواج ٠

لكن يرد على وجه الدلالة من الحديث : بأن رسول الله "صلى الله عليه وسلم " ، قضى بالحضانة للخالة ، لأن زوجها من أهل الحضانة ، وتساوى في ذلك مع الإمام على" رضى الله عنه "، لكن ترجح جعفر ، لأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى ([2]) وقد سبق الكلام والترجيح عن هذا من قبل٠

<u>الأمر الرابع</u> : إذا لحق المحضون ضرر من جراء حضانته ، كما لو جن الحاضن أو أصيب بسفه أو عته ، أو مرض كالجذام والبرص أو ظهر فسقه ، أو أصبح مكان الحضانة غير آمن على حياة المحضون ، أو عدم وجود من يصلح للحضانة مع الحاضن ، إذا كان الحاضن ذكراً ، كما قال بذلك المالكية ٠

فإن هذه الحالات وما ماثلها تسقط بها الحضانة ، وتنتقل إلى من بعده ٠

([1]) سبق تخريجه ص٤١ ٠
([2]) المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٣٠٦ : ٣٠٧ ٠

الأمر الخامس: السفر

فرق الأحناف في مسألة السفر، الذي تسقط به الحضانة ، بين ما إذا كان المسافر هو الأب أو الولى ،وبين الأم أو غيرها ، كذا فرقوا بين ما إذا كان السفر إلى بلدة قريبة ، أو إلى بلدة بعيدة.

فإذا كان المسافر هو الأب أو الولى ، فليس له أن يخرج الولد من بلد أمه ، حيث كان لها حق في الحضانة إلا برضاها وإذنها ، ولو خرج به دون إذنها فطالبته برده ، وجب عليه رده ، بخلاف ما لو خرج به مع إذنها ، فطالبته برده ، فليس عليه أن يرده ، ويقال لها حينئذ : اذهبى إليه وخذيه ، ولا يسقط حقها في الحضانة ، بسفره سواء كان المكان قريباً أو بعيداً .

ولو أخذ المطلق ولده من مطلقته لتزوجها ، جاز له أن يسافر به إلى إن يعود حق أمه في الحضانة ، إذا لم يكن للولد من ينتقل الحق إليه بعدها .كما له أن يسافر بولده إلى مكان ، يمكن لأمه أن تبصره كل يوم .

وإذا سقطت حضانة الأم وأخذه الأب ، لا يجبر على إن يرسله لأمه ، بل هى إذا أرادت أن تراه لا تمنع من ذلك .

أما إذا كانت الأم هى التي تريد أن تسافر فينظر : فإن كانت الزوجية قائمة أو مطلقة وما زالت في العدة ، كان من حق الزوج أن يمنعها من السفر إلى أى بلد آخر .

وإن كانت مطلقة طلاقاً بائناً فيفرق بين أمرين :

الأول: إذا كان البلد الذي تريد السفر إليه قريباً ، بحيث يمكن للأب أن يبصر ولده ، لم تمنع من السفر، ولا يسقط به حقها في الحضانة ، قياساً على عدم سقوط الحضانة بالانتقال ، من محلة إلى محلة في بلد واحد .

كذا يسقط حقها في الحضانة ، بانتقالها أو بسفرها إلى بلد أقل شأناً من البلد الذي كانت تقيم به ، كما لو كان الانتقال من مدينة إلى قرية وذلك لتضرر الولد ، بتخلقه بأخلاق أهل القرى ، المجبولة على الجفاء ، إلا إذا كانت هذه القرية ، وطنها وقد تم التزويج بها .وإذا كان الانتقال من قرية إلى قرية ، أو من مصر إلى مصر ، أو من قرية إلى مصر ، فلا تمنع من السفر ، ولا يسقط حقها في الحضانة ، لعدم تضرر الولد .

الثاني: إذا كان البلد الذي تريد السفر إليه بعيداً .

فمثل هذا السفر تسقط معه الحضانة ، وتنتقل إلى من بعدها ، إلا إذا توفر في البلد البعيد الشروط الآتية :-

الشرط الأول : إذا كان هذا البلد البعيد وطنها .

الشرط الثاني : أن يكون هذا البلد قد عقد عليها فيه .

الشرط الثالث : ألا يكون هذا البلد دار حرب ، وذلك إذا كان الزوج مسلماً .

وذلك لأن المانع من سفرها حينئذ ، هو ضرر التفريق بين الأب وولده ، وقد رضى بذلك ، لوجود دليل الرضا ، وهو التزوج بها في بلدها ، لأن من تزوج امرأة في بلدها ، فالظاهر أنه يقيم فيه ، والولد من ثمرات النكاح ، فكان راضياً بحضانة الولد في ذلك البلد ، فكان راضياً بالتفريق .

وبناء عليه : ليس لها أن تسافر إلى مصر لم يتزوجها فيه ، وإذا أراد ت أن تسافر إلى مدينة ليست وطنها ، لكن تم التزويج فيها فقد اختلفت الرواية : فقيل : ليس لها ذلك ، وحجة هذه الرواية : أن التزوج في دار الغربا ، ليس التزاماً للمكث فيه عرفاً . وهو الأصح. وقيل : لها ذلك . وحجتها : أن العقد متى وجد في مكان ، فإنه يوجب أحكامه فيه ، كما يوجب البيع التسليم في مكانه .

وأيضاً لو كان البلد البعيد هذا دار حرب ، والزوج مسلم ، فإنها تمنع من السفر ، ويسقط حقها في الحضانة ، حتى ولو كان وطنها وتزوجها فيه ، لأن في ذلك إضراراً بالصغير، وهو تخلقه بأخلاق الكفار ، بخلاف ما لو كانا حربيين فلها السفر ، لأن الصبى تبع لهما وهما من أهل دار الحرب .

أما إذا كان المريد للسفر غير أمه كجدته ، فلا يجوز لها السفر بالصغير ، إلا بإذن الأب أو من له حق الحضانة من الرجال ، لأن

العقد على الزوجة في وطنها ، دليل الرضا بإقامتها بالصغير فيه ، وهنا لا عقد بين الأب والجدة ([1]).

بينما يرى جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) التفرقة في السفر، بين سفر التجارة والنزهة أو سفر الحاجة ، وبين سفر النقلة وإن كان بينهم اختلاف في بعض التفصيلات يظهر مما يأتى .

فإن كان السفر سفر حاجة كالحج والتجارة والنزهة ، كان المقيم منهما أولى بالحضانة ، سواء كان المسافر الأب أو الأم فالمقيم منهما أولى بالصغير ، حتى يعود المسافر ، لما في السفر من الخطر والضرر، سواء في ذلك طال السفر أو قصر، ما لم يكن في بقاء الصغير، مع أمه مفسدة أو تفويت مصلحة ، كما لو كان أبوه يعلمه القرآن الكريم أو حرفة ، وهما في بلد لا يقوم غير الأب بهذا العمل مقامه ، فيكون الأب أولى .

ولو أراد كل منهما السفر لحاجة ، كانت الأم أولى بالحضانة ، سواء اتحد مقصدهما وطريقهما ، أو اختلف المقصد والطريق ، وسواء طال السفر أو قصر . وهذا عند الشافعية والحنابلة ([2]) .

أما المالكية فقالوا : بأحقية الأم بالصغير ، سواء كانت هى المسافرة أو كانت هى المقيمة ، وسواء طال السفر أو قصر .وقال

([1]) انظر فيما سبق : بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٦١ : ٢٢٦٣ ، حاشية ابن عابدين ج٢ ص٦٤٢ ،٦٤٣ ، شرح فتح القدير ج٤ ص١٩٠ ،١٩٢ ، البحر الرائق ج٤ ص ١٧٢ ،١٧٣ ، تبيين الحقائق ج٣ ص٥٠ .

([2]) مغنى المحتاج ج٣ ص ٤٥٨ ، قليوبى وعميرة ج٤ ص٩٢ ، المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٣٠٤ ، كشاف القناع ج٥ ص٥٠٠ .

البعض منهم ، إن الأم لا تأخذ الصغير ، إذا كان السفر بعيداً إلا بإذن أبيه ([1]) .

أما إذا كان السفر سفر نقلة وهو ما كان سفر سكنى واستيطان وانقطاع ، فمثل هذا السفر تسقط معه حضانة الأم ، سواء كانت هى المسافرة أو كان الأب هو المسافر ، وتنتقل الحضانة إلى الأحق بها بعد الأم . لكن بشروط ثلاثة هى :-

الشرط الأول : أن يكون الطريق آمناً .

الشرط الثاني : أن يكون البلد المقصود آمناً أيضاً .

الشرط الثالث : أن يكون البلد المقصود بعيداً عن بلد الأم . وعليه فإذا كان الطريق غير آمن ، أو البلد المقصود الانتقال إليه مخوفاً ، أو كان غير بعيد من بلد الأم ، فالمقيم أحق بالحضانة ، لأن في السفر بالصغير خطراً عليه ، حتى وإن اختار الصغير المسافر منهما .

وإن توفرت الشروط السابقة ، فالأب أحق بالصغير ، حفظاً للنسب ، ولأن الأب في العادة هو الذي يقوم بتأديب ابنه وتخريجه ، فإن لم يكن في بلد الأب ضاع الصغير ، ولأن في الحضانة يقوم غير الأم مقامها ، بخلاف حفظ النسب والتأديب ، فلا يقوم غير الأب مقامه ، ما لم يقصد المسافر بانتقاله مضارة الآخر ، وإلا فالأم أحق . وقال بعض المالكية : إنه لا يأخذه إلا إذا كان فطيماً ، أو كان رضيعاً وقبل غير أمه لإرضاعه . وإن انتقلا معاً فالأم باقية على حضانتها .

([1]) حاشية الدسوقى ج٢ ص٥٣١ ، الخرشى ج٤ ص ٢١٥ ، ٢١٦ .

واختلف الجمهور فيما بينهم ، في المراد بالبعد بين البلدين الذي تسقط معه الحضانة : -

فيرى المالكية حد البعد هو مسافة ستة برد ، وبرد جمع بريد ، والبريد أربعة فراسخ ، والفرسخ ثلاثة أميال ، والميل منتهى مد البصر ، أى حوالى ١٣٣ كيلو متراً ، وهو المعتمد في المذهب . وظاهر ما في المدونة بريدين . وقيل القريب : حيث يبلغ الأب والأولياء خبرهم . وقال ابن رشد : وليس في القريب شيء يرجع إليه في الكتاب والسنة ، وإنما هو الاجتهاد ، لقوله تعالى :{ لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده } ([1]) . (وإذا اجتمع ضرران نُفي الأصغر للأكبر) ([2]) .

والأصح عند الشافعية إنه لا فرق بين السفر الطويل والسفر القصير . ومقابل الأصح : أن البعيد ما تقصر فيه الصلاة ، وهو الصحيح عند الحنابلة ، لأن ما دون مسافة القصر في حكم القريب ، بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه ، بخلاف ما زاد عن ذلك ، والمنصوص عن الإمام أحمد أن البعيد ما لم يمكن للأب العود في يومه ([3]) .

([1]) من الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة .

([2]) نسب صاحب التاج والإكليل هذا القول لابن رشد ، هذا ولم أعثر عليه له وذكر القاعدة التى بين القوسين على أنها حديث ، وبالرجوع إلى كتب الحديث وجد الأمر على خلاف ذلك . انظر: التاج والإكليل ج٦ ص٣٢٨ .

([3]) مواهب الجليل ج٥ ص٥٩٩ ، حاشية الدسوقى ج٢ ص٥٣١ : ٥٣٢ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص٤٥٨ ، ٤٥٩ ، قليوبى وعميرة ج٤ ص٩٢ ، المهذب =

وبناء على ما قاله ابن رشد : إن الصغير قد يكون في سن ،لا يستغنى عن والدته وحنانها ، فتكون هى الأولى به ، لقوله تعالى :{ لا تضار والدة بولدها } ، وقد يكون في سن يحتاج إلى والده ، فيكون هو الأولى به ، والحضانة لمصلحة الصغير فتراعى ، نظراً لأن اليوم قد تغيرت وسيلة المواصلات ، عما كانت عليه من قبل ، وأصبحت الطرق غالباً آمنة ليلاً ونهاراً ، فمصلحة الصغير أولى بالاعتبار .

= ج٢ ص١٧٣ ، المغنى والشرح الكبير ج٩ ص ٣٠٤ ،٣٠٥ ، المبدع ج٨ ص ٢٣٦ ، شرح منتهى الإرادات ج٣ ص٢٥٠ ، ٢٥١ .

المسألة الثانية

عودة الحضانة بعد سقوطها

إن الفرق بين موانع الحضانة ومسقطاتها ، يتمثل في أن المانع هو ما كان موجوداً منذ البداية ، فيمنع من استحقاق الحضانة في الأصل ، وذلك مثل : ما إذا كان الحاضن صغيراً قبل استحقاقه الحضانة ، أو كان رقيقاً أو مجنوناً أو معتوهاً ، أو مريضاً بمرض معدٍ أو يعجزه عن القيام بشئون الحضانة ، فمثل هذه الأمور لا تثبت معها الحضانة .

أما المسقط للحضانة هو ما تسقط به الحضانة بعد ثبوتها ، كارتداد الحاضن - والعياذ بالله - أو جنونه بعد أن كان عاقلاً ، أو تزوج الحاضنة ، أو سفرها بعد أن كانت مقيمة ، بشروط السفر المسقط للحضانة كما تقدم .

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا وجد المانع من استحقاق الحضانة ، ثم زال ، كأن كان المانع الصغر أو الجنون أو الردة أو العته أو الكفر ثم عقل المجنون أو بلغ الصغير أو تاب المرتد أو رشد أو أسلم ، فقد اتفقوا على عودة الحضانة إليه ، طالما أنه هو الأولى بها ، لزوال المانع مع قيام سببها (١) . لكن إذا سقطت الحضانة بسب زواج الحاضنة ، ثم طلقها زوجها أو مات عنها ، فهل تعود إليها أم لا ؟ .

(١) البحر الرائق ج٤ ص١٦٩ ، تبيين الحقائق ج٣،ص٤٧ ، حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٦٤٠ ، جواهر الإكليل ج١ ص٤١٠ ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقى ج٢ ص٥٣٣ ، الجمل على المنهج ج٤ ص ٥٢١ ، الشروانى وابن =

فقد اختلف الفقهاء في عودة الحضانة بعد الطلاق أو وفاة الزوج وكان اختلافهم هذا على رأيين : -

الرأي الأول : رأى جمهور الفقهاء (الأحناف والشافعية والحنابلة والمشهور عند الإمامية) هو عودة الحضانة إليها ، وذلك لزوال المانع مع قيام سببها .

ولكن هل تعود الحضانة إليها ، سواء كانت مطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا ؟.

هذا وإن اتفق الجمهور على عودة الحضانة بالطلاق ، إلا أنهم اختلفوا في عودتها في الطلاق الرجعى والبائن .

فقال الحنابلة وكذا في المذهب عند الشافعية بعودة الحضانة إليها فورًا بعد الطلاق ، سواء في ذلك الطلاق الرجعى أو البائن ، لأنها مطلقة ، فيعود إليها حقها في الحضانة قياسا على البائن .

ويرى الأحناف والمزنى من الشافعية ورواية عن الإمام أحمد ، عودة الحضانة إليها في الطلاق البائن ، أما الطلاق الرجعى فلا ، إلا بعد انقضاء العدة منه .وذلك لأن الزوجية ما زالت قائمة ، بدليل أنه يلحقها طلاقه وظهاره ، فخالف البائن .

ويرد على ما استدل به الأحناف ، بأنه وإن كانت ما زالت زوجة إلا أنه عزلها عن فراشه ، ولم يبق لها عليه قسم ، ولا لها به شغل ، فأشبهت البائن في عدتها .

= القاسم ج٨ ص ٣٥٩ ، المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٣١٠ ٣١١ ، شرح منتهى الإرادات ج٣ ص ٢٥٠ .

والسبب في سقوط حقها في الحضانة بالزواج ، انشغالها عن الحضانة بحقوق الزوج ، وبعد طلاقها لم تعد مشغولة بذلك ، فعادت إليها الحضانة ، وبالطلاق الرجعى يحرم الاستمتاع ، كما يحرم بالطلاق البائن ([1]). وهذا هو الراجح لقوة دليله .

الرأي الثاني : رأى المالكية ، قالوا بالتفريق بين سقوط الحضانة لعذر، وبين سقوطها لغير عذر .

فإن كان لعذر، كأن يكون الحاضن بحال لا يستطيع القيام بخدمة المحضون ، ثم يزول هذا العذر ، أو سقطت للسفر - سفر نقلة ، أو سفر الحج - وعاد المسافر ، فإن الحضانة تعود لمن هو أولى منه .

وإن كان سقوطها لغير عذر كتزوجها ، فإن الحضانة لا تعود إليها بعد الطلاق أو وفاة الزوج ، على المشهور في المذهب .

والدليل على ذلك : قوله صلى الله عليه وسلم : { أنت أحق به ما لم تنكحى } .

وجه الدلالة : أن رسول الله " صلى الله عليه وسلم " جعل لها الحق في الحضانة إلى أن تنكح ، وقد نكحت ، فسقط حقها في الحضانة .

لكن يرد على وجه الدلالة : بأنه صلى الله عليه وسلم ، ما أثبت لغيرها الحق في الحضانة بزواجها ، إلا لأنها قد انشغلت عن

([1]) حاشية ابن عابدين ج٢ ص٦٤٢ ، بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٥٦ ، حلية العلماء ج٧ ص٤٣٥ ، تحفة المحتاج على الشروانى وابن القاسم ج٨ ص٣٥٩ المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٣١١ ، المبدع ج٨ ص٢٣٥ ، شرح منتهى الإرادات ج٣ ص٢٥٠ ، الروضة البهية ج٢ ص١٤١ .

الحضانة بحقوق الزوج ، فيتضرر بذلك ، أما وأن قد زال النكاح ، الذى كان سبباً في سقوط الحضانة عنها ، فوجب عود الحضانة إليها لزوال المانع .

كما أن المالكية استثنوا حالات تعود الحضانة فيها بعد الطلاق أو وفاة الزوج ، رغم أن سقوطها كان بغير عذر وهى :-

الحالة الأولى : إذا أراد من انتقلت إليه الحضانة ، رد المحضون إلى الأم ، فإنها تعود إليها ، لأنه نقل لما هو أفضل .

الحالة الثانية : إذا مات مَن بعدها أو تزوجت والأم خالية ، فإنها تعود إليها .

الحالة الثالثة : إذا تزوجت ولم يدخل بها ، ثم حكم بفسخ العقد ، بسبب مجمع على فساده أو مختلفاً فيه ، أو دخل بها ثم فسخ العقد لسبب مجمع على فساده أو مختلفاً فيه ، ولم يدرأ الوطء الحد ، فإنها تعود إليها الحضانة .

ومعنى ذلك : أنه إذا فسخ عقد نكاحها قبل أن يدخل بها ، عادت إليها الحضانة ، سواء في ذلك كان النكاح مختلفاً في فساده أو مجمعاً على فساده ، وسواء كان يدرأ الحد أم لا يدرأه .

وإذا فسخ عقد نكاحها بعد الدخول بها ، عادت إليها الحضانة إذا كان الوطء لم يدرأ الحد ، وكان مجمعاً على فساده ، كنكاح المحرم لها ، ونكاحه الخامسة مع علمه بالحكم .

وإذا فسخ عقد نكاحها بعد الدخول بها ، وكان الوطء يدرأ الحد كنكاح المحرم ونكاح الخامسة جاهلاً بالحكم ، فإن الحضانة لا تعود إليها ، سواء في ذلك كان النكاح مجمعاً على فساده أو مختلفاً فيه ، وذلك لأن فسخ نكاحها هنا ، كطلاقها من النكاح الصحيح ، وهو الأرجح في المذهب .

وقيل : إذا تزوجت وسقطت حضانتها ، ثم فسخ نكاحها لفساد ، فإن حضانتها تعود ، لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً ، سواء كان الفسخ قبل الدخول أم بعده ، وسواء كان مجمعاً على فساده أم مختلفاً فيه ، وسواء كان الوطء يدرأ الحد أم لا (١) .

الرأي الراجح : هو ما قال به الجمهور من عودة الحضانة بالطلاق أو الوفاة ، لزوال المانع ، وأصبحت الأم متفرغة لحق الصغير ، فلا يشغلها عن ذلك شاغل ، إلا إذا سقطت بمسقط آخر من مسقطات الحضانة .

لكن إذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة ، أو امتنعت عنها ، ثم طالبت بها ثانياً ، فهل لها الحق في ذلك أو لا ؟ . فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :-

الرأي الأول : وهو رأى الأحناف والشافعية وأحد الاحتمالين عند الحنابلة ، أن لها الحق في المطالبة بالحضانة مرة ثانية ، ولا يسقط بإسقاطها ، وذلك لأن حقها يثبت شيئاً فشيئاً ، فيسقط الكائن لا

(١) الخرشى ج٤ ص٢١٨:٢١٦ ، حاشية الدسوقى ج٢ ص٥٣٢ ، مواهب الجليل ج٥ ص٦٠٠، جواهر الإكليل ج١ ص٤١٠ .

المستقبل ، قياساً على إسقاطها القسم لضرتها ، فينصرف إلى الكائن لا إلى المستقبل ([1]) .

الرأي الثاني : وهو رأى المالكية والاحتمال الآخر عند الحنابلة ، التفرقة بين ما إذا كان هذا الإسقاط قبل الوجوب أو بعد الوجوب . فإذا كان هذا الإسقاط قبل وجوب الحق ، فالراجح الذي عليه الفتوى في المذهب عدم اللزوم ، أى لا يسقط حقها في الحضانة ، لورود الإسقاط على غير محل . وهو المعتمد في المذهب .

وصورة ذلك : أن يسقط من له الحضانة بعد الأم ،حضانته قبل وجوبها كالجدة والخالة مثلاً ، بأن حضرت الجدة أو الخالة ، وأشهدت على نفسها بإسقاط ما يرجع إليها من الحضانة . أما إذا أسقطت حقها بعد الوجوب ، فالمشهور في المذهب ، أنه ليس لها ذلك ، لأن الساقط لا يعود ([2]) .لكن يرد على أن الساقط لا يعود ، بأن العائد غير الساقط ، وأقوى الحقين في الحضانة حق الصغير ، فإن أسقطت حقها ، فلا تقدر على إسقاط حقه ([3]) .

الرأي الراجح : هو الأول لقوة دليله ورده على دليل الرأي الثاني.

([1]) حاشية ابن عابدين ج٢ ص٦٣٦ ، البحر الرائق ج٤ ص ١٦٦ ، الشروانى وابن القاسم ج٨ ص٣٥٩ ، المبدع ج٨ ص٢٣٥ ٢٣٦ .
([2]) الخرشى ج٤ ص٢١٧ ، مواهب الجليل ج٥ ص ٦٠٠ وما بعدها .
([3]) حاشية ابن عابدين ج٢ ص٦٣٦ .

المبحث الثالث

أحكام الحضانة

وفيه عدة مطالب

المطلب الأول : أجرة الحضانة

اختلف الفقهاء في وجوب الأجرة للحاضنة مقابل حضانتها للصغير ، وكان اختلافهم على رأيين :-

الرأي الأول : وهو رأى جمهور الفقهاء (الأحناف والشافعية والحنابلة) وجوب الأجرة للحاضنة ،على خلاف فيما بينهم في التفصيلات .

فقال الأحناف بالتفرقة بين ما إذا كانت الحاضنة أماً أو غيرها ، وبين ما إذا كانت في عصمة أبى الصغير أو مطلقة ، وبين ما إذا وجدت متبرعة أو لا .

فإذا كانت الحاضنة أماً للصغير في عصمة أبيه ، أو كانت معتدة رجعية منه ، ولم توجد متبرعة ، فليس لها أجرة على الحضانة ، وذلك لأن الحضانة واجبة عليها ديانة ، كما أن النفقة ثابتة لها بدونها .

ويعنى هذا أنها تستحق أجرة الحضانة ، ما لم تكن منكوحة لأبيه أو معتدة منه في طلاق رجعى ، وعليه فإذا كانت الحاضنة غير أم الصغير ، فإنها تستحق أجرة الحضانة من باب أولى .

أما لو كانت أماً للصغير وليست في عصمة أبيه ، أو كانت معتدة من أبيه في طلاق رجعي وانقضت عدتها ، أو في عدة طلاق بائن ، فإنها تستحق الأجرة في إحدى الروايتين .

وإذا وجد متبرع بالحضانة ، فإما أن يكون أجنبياً عن الصغير أو لا ، وإما أن يكون الأب معسراً أو لا ، وإما أن يكون للصغير مال أو لا .

فإن كان المتبرع أجنبياً ، أى غير محرم للصغير ، فتستحق أجرة للحضانة ، وهى أجرة المثل ، ولو من مال الصغير .

وإن كان المتبرع غير أجنبى ، بأن كان محرماً للصغير فينظر :- فإن كان الأب معسرًا - وسواء في هذه الحالة للصغير مال أو لا أو كان الأب موسراً وللصغير مال - فيقال للأم : إما أن تمسكيه مجاناً أو تدفعيه للمتبرعة ، صوناً لمال الصغير .

وإذا كان الأب موسراً وليس للصغير مال ، فالأم مقدمة على المتبرعة ، ولو طلبت أجرة ويكون لها أجرة المثل .وهذا عند الأحناف ([1]) .

أما عند الشافعية والحنابلة : فتجب للحاضنة أجرة نظير الحضانة ، وتكون أجرة المثل ، سواء كانت الحاضنة أماً أو غيرها ، لكن بشرط أن لا يكون هناك متبرعة بالحضانة ، أو كانت هناك من ترضى بأجرة أقل من أجرة المثل .

([1]) حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٦٣٦ :٦٣٨ ، البحر الرائق ج٤ ص١٦٦، ١٦٧ .

فإن امتنعت ولم ترض إلا بأجرة ، وهناك متبرعة بالحضانة ، أو لم ترض إلا بأجرة المثل وهناك متبرعة ، أو لم ترض إلا بأجرة المثل ، وهناك من ترضى بأقل من أجرة المثل ، فإنه تسقط حضانتها وقيل : لا تسقط ، وتكون أحق بالحضانة إذا طلبت أجرة المثل ، وهناك متبرعة بدون أجرة ، أو رضيت بأقل من أجرة المثل .

غير أن الحنابلة قالوا باستحقاق الأم أجرة على الحضانة ، وهى أجرة المثل ، حتى وإن وجدت متبرعة بالحضانة ، وأجرة الحضانة تكون في مال الصغير إن كان له مال ، وإلا فعلى من تلزمه نفقته ([1]) .

الرأي الثاني : وهو رأى المالكية : أنه لا تجب لها أجرة على الحضانة ، إلا إذا كانت الحاضنة أم المحضون ، وهى فقيرة والصغير غنى ، فتجب لها أجرة الحضانة ، لأنها تستحق النفقة في مال الصغير ، من حيث فقرها ولو لم تحضنه ([2]) .

الرأي الراجح :

فإنه ينظر : فإن كانت الحاضنة أماً للصغير وفي عصمة أبيه ، فليس لها أجرة للحضانة ، لأن النفقة ثابتة لها .وإن لم تكن في عصمة أبيه ، بأن كانت معتدة من طلاق بائن وهى حامل ، فليس لها أجرة على حضانتها ، لثبوت النفقة لها .وإن كانت حائلاً ، فلها أجرة الحضانة على القول بسقوط النفقة ، وذلك لأن من حبس نفسه ، للقيام

([1]) الجمل على المنهاج ج٤ ص٥٢٠ ، الشروانى وابن القاسم على تحفة المحتاج ج٨ ص٣٥٩ ، كشاف القناع ج٥ ص٤٩٦ .

([2]) مواهب الجليل ج٥ ص٦٠٥ ، الفواكه ج٢ ص١٠٤ .

بعمل للغير، استحق الأجر مقابل هذا العمل ، وعلى القول بعدم سقوط نفقتها ، فليس لها أجرة على الحضانة .

ويتبع الكلام عن أجرة الحضانة ، الكلام عن أجرة مسكن الحضانة ، فقد نقل ابن عابدين في حاشيته قولين : الأول : وجوب أجرة مسكن الحضانة على الأب أو على من تلزمه نفقته .

والثاني : لا تجب في الحضانة أجرة المسكن ، لأن وجوب الأجر للحضانة ، لا يستلزم منه وجوب أجرة مسكن الحضانة .

ثم وفق ابن عابدين بين القولين بقوله : فقد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلاً ، بل تسكن عند غيرها ، فكيف يلزمها أجرة مسكن ، لتحضن فيه الولد ، بل الوجه لزومه على من تلزمه نفقته ، فإن المسكن من النفقة ..... والحاصل أن الأوجه لزومه لما قلنا ، لكن هذا إنما يظهر ، لو لم يكن لها مسكن ، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ، ويسكن تبعاً لها فلا ، لعدم احتياجه إليه فينبغي أن يكون ذلك ، توفيقاً بين القولين ([1]) . والمشهور عند المالكية وهو مذهب المدونة الذي به الفتوى : أن السكنى على الأب والحاضنة معاً ولا اجتهاد فيه . وقيل: السكنى على قدر الجماجم : أي توزع على الرؤوس ، فقد يكون المحضون متعدداً . وقيل :على الأب إذا كان موسراً . وقيل : على الموسر من الأب والحاضنة. وقيل : سكنى الطفل على أبيه ، وعلى الحاضنة ما يخصها بالاجتهاد

([1]) حاشية ابن عابدين ج٢ ص٦٣٧ .

من الحاكم فيهما ، أي بأن يجعل نصف أجرة المسكن مثلاً ، على أبى المحضون ونصفها على الحاضنة .أو ثلثها على أبى المحضون وثلثاها مثلاً على الحاضن أو العكس ([1]) .

وقال الشافعية والحنابلة : إن السكنى من النفقة ، وبناء عليه أنها تجب على من تلزمه نفقة الحاضنة ([2]) .

الرأي الراجح : هو ما قال به ابن عابدين توفيقاً ، بين القولين في المذهب ، وهو في النهاية قول واحد ، ألا وهو وجوب أجرة مسكن الحضانة عند الحاجة إليه .وهو ما جاء في المادة رقم ٢١١ من الأحوال الشخصية :-

١ - لا تستحق الحاضنة أجرة مسكن حضانة ، إذا كانت تسكن في ملكها أو بدون أجر .

٢ - وتستحق أجرة مسكن حضانة ، إذا أمسكت المحضون في مسكن بأجر ، ويقدر القاضى ما يخص المحضون أو المحضونين من هذا الأجر .

([1]) مواهب الجليل ج٥ ص٦٠٤ ، حاشية الدسوقى ج٢ ص٥٣٣ : ٥٣٤ .
([2]) مغنى المحتاج ج٣ ص٤٤٦ ، كشاف القناع ج٥ ص٤٦٠ .

المطلب الثاني

مكان الحضانة

سبق وأن ذكرنا آراء الفقهاء في السفر المسقط للحضانة ولما كانت نظرة الفقهاء مختلفة في هذا الأمر ، نتج عن ذلك اختلافهم في مكان الحضانة ، لكنهم اتفقوا فيما لو كانت الزوجية قائمة ، أو كانت الزوجة في مدة العدة ، فمكان الحضانة حينئذ ، هو مكان الزوجين وذلك لما للزوج على زوجته من حق ، فله منعها من الخروج من مسكن الزوجية ، سواء كان معها ولد أو لم يكن ، لقوله تعالى : { لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا إن يأتين بفاحشة مبينة }([1]) .

كما أنه ليس للزوج أن يأخذ الصغير من أمه ، وينتقل به إلى مكان آخر ، لا تقيم به الحاضنة ، طالما أنه لا يستغنى عنها إلا بإذنها .

هذا وقد اختلفوا في مكان الحضانة ، إذا انقضت العدة : فقال الأحناف : مكان الحضانة هو مكان إقامة أبى الصغير ، والبلد الذي تختاره الحاضنة ، بحيث يكون قريباً يمكن لأبيه أن يراه ويبصره ، ولا يكون أقل شأناً من البلد الذى يقيم به أبوه . وأيضاً البلد الذي تختاره الحاضنة ، حتى وإن كان بعيداً ، يغيب فيه الصغير عن رؤية

([1]) من الآية رقم ١ سورة الطلاق .

أبيه ، طالما أن هذا البلد هو وطن أم الصغير، وقد وقع فيه عقد النكاح عليها ([1]) .

وقال المالكية فيما لو أراد الأب أو الأم السفر : إن الأم أحق به لو كان السفر لحاجة ، فيكون مكان الحضانة هو مكان إقامة الأم ([2]) .

وقال الشافعية والحنابلة في هذا : إن مكان الحضانة هو مكان المقيم منهما ، سواء كان المقيم الأب أو الأم ([3]) .

أما إذا كان السفر سفر نقلة ، كان مكان الحضانة هو بلد إقامة الأب ، فلو كان الأب هو المسافر، اشترط أن يكون الطريق والبلد المنقول إليه الأب آمناً ، وإلا كان بلد المقيم منهما هو مكان الحضانة لأن في السفر والحالة غير آمنة خطراً على الصغير ، والحضانة تراعى فيها مصلحة الصغير، ومكان الحضانة هنا هو مكان الأب ، لأن الأب في العادة ، هو الذي يقوم بتأديب ابنه وتخريجه وفيه حفظاً للنسب ، فإن لم يكن في بلد الأب ضاع الصغير ([4]) .

ما عليه القانون فى مسكن الزوجية : تنص المادة (١٨) مكرراً ثالثاً المضافة بالمادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى

([1]) بدائع الصنائع ص٢٢٦١ : ٢٢٦٣ ، ج٥ حاشية ابن عابدين ج ٢ص ٦٤٢ : ٦٤٣ .

([2]) حاشية الدسوقى ج٢ ص٥٣١ ، الخرشى ج٤ ص٢١٥ : ٢١٦ .

([3]) مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٨ ، قليوبى وعميرة ج٤ ص ٩٢ ، المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٣٠٤ .

([4]) المراجع السابقة نفس الموضع .

المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه يجب : (على الزوج المطلق أن يهيىء لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب ٠ فإذا لم يفعل خلال مدة العدة ، استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة ٠ وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر، كان من حق الزوج المطلق ، أن يستقل به هيأ لهم المسكن المستقل المناسب ، بعد انقضاء مدة العدة ٠ ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية ، وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها ٠

فإذا انتهت مدة الحضانة ، فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده ، إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً ٠

وللنيابة العامة أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات ، بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها)٠

المطلب الثالث

رؤية المحضون

اتفق الفقهاء على أنه ليس لأحد الزوجين ، أن يمنع الآخر من رؤية المحضون ، وذلك لما في المنع من الإغراء بالعقوق وقطيعة الرحم ، ولكنهم اختلفوا في كيفية هذه الرؤية : ـ

فقال الأحناف : إن كان المحضون عند أحدهما ، فليس له أن يمنع الآخر من رؤيته ، وله أن يخرج الصغير ، إلى مكان يمكنه أن يبصر ولده كل يوم ، وليس له أن يمنع الآخر، من النظر إليه وعن تعهده ٠

والحد الأقصى كل أسبوع ، قياساً على حق المرأة ، في زيارة أبويها وإذا سقطت حضانة الأم ، وأخذه الأب ، فلا يجبر على إرسال الصغير لأمه ، بل هى إذا أرادت أن تراه ، فليس للأب أن يمنعها من ذلك ([1]) ٠

وقال المالكية : إن من حق الأم ، رؤية ابنها أو ولدها ، كل يوم مرة إذا كانوا صغاراً، ومرة كل أسبوع ، إذا كانوا كباراً ، وليس من حق الأب أن يمنعها من ذلك ، ولها أن تراهم في بيتها كل يوم ، وليس لزوجها إذا كانت متزوجة ، أن يمنعها من دخول الأولاد بيتها ، وإن منعها كان لها أن تقاضيه ٠ وليس من حقها ، منع أولادها من الذهاب إلى أبيهم نهاراً ، ليعلمهم ويتعهدهم ([2]) ٠

([1]) حاشية ابن عابدين ج٢ ص٦٤٣ ٠

([2]) حاشية الدسوقى ج٢ ص٥١٢ ، ٥٢٧ ، الشرح الصغير ج٢ ص ٧٣٧ ، هامش مواهب الجليل ج ٤ ص ٢١٥ ٠

وقال الشافعية والحنابلة : إذا كان المحضون مميزاً واختار أحدهما ، فليس له أن يمنعه من زيارة الآخر ، فإن كان المحضون ذكراً ، أمره بزيارة أمه ، ولا يكلفها الخروج لزيارة المحضون عنده ، لئلا يكون ساعياً في قطع الرحم ، لأن المحضون الذكر أولى بالخروج من أمه وليس بعورة .

لكن إذا أرادت الأم زيارة المحضون عند أبيه ، فليس للأب منعها من زيارته ، لكن لا تطيل المكث ، مع الاحتراز من الخلوة المحرمة.

وإذا كان المحضون أنثى واختارت الأب ، فإنه يمنعها من زيارة أمها ، لتألف الصيانة وعدم البروز ، والأم أولى منها بالخروج لزيارتها ، وذلك لسنها وخبرتها .

والزيارة عند الشافعية مرة في يومين فأكثر ، إلا إذا كان المنزل قريباً ، فلا بأس بالزيارة كل يوم . وعند الحنابلة كيوم في الأسبوع .

وإذا مرض المحضون ، كانت الأم أحق بالتمريض ، لأنها أهدى إليه وأصبر عليه من الأب ، سواء كان المحضون عند الأم أو عند الأب ، إذا رضى الأب بالتمريض في بيته ، وإن لم يرض كان في بيت الأم ، لأنها أحق بالسهر والصيانة والحاجة داعية إلى ذلك ، وللأب عيادة الصغير عند أمه ، مع الاحتراز من الخلوة المحرمة .

وإن مرضت الأم ، لزم الأب أن يمكن الأنثى من تمريضها ، إن أحسنت التمريض ، بخلاف الذكر فلا يلزمه ذلك ، وإن أحسن التمريض .

وإن مات المحضون ، فليس للأب أن يمنع الأم من حضور وتجهيز في بيته ، وله منعها زيارة قبره في ملكه ، ولو تنازعا في محل دفنه أجيب الأب ([1]) .

ما عليه القانون فى حق رؤية المحضون :

تنص المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالمادة الثالثة من القانون رقم ١٠٠ سنة ١٩٨٥ /٢،٣،٤ ، على ما يلى :

(ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة ، وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين .

وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً ، نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً . ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً ولكن إذا امتنع من بيده الصغير، عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضى . فإن تكرر منه ذلك ، جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقررها).

([1]) مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٧ ، ٤٥٨ ،قليوبى وعميرة ج٤ ص٩١ ، المبدع ج٨ ص٢٣٨ : ٢٣٩ ، شرح منتهى الإرادات ج٣ ص٢٥١ ، ٢٥٢ .

المطلب الرابع

انتهاء الحضانة

نتحدث في هذا المطلب عن جزئيتين : الأولى ، انتهاء مدة الحضانة ٠ والثانية : تخيير المحضون في المقام ٠ونعقد لكل جزئية فرعاً مستقلاً :-

الفرع الأول : مدة الحضانة

فقد اختلف الفقهاء ، في انتهاء مدة الحضانة ، بالنسبة للذكر والأنثى ، وذلك على النحو التالي : -

أولاً : المحضون الذكر :

فقال الأحناف والشافعية والحنابلة : تبدأ الحضانة منذ الولادة وتنتهى في الوقت الذي يستغنى فيه الصغير عن خدمة النساء ، بحيث يأكل وحده ويشرب كذلك ، ويلبس ويتوضأ ويستنجى وحده ، وهو سن التمييز ، الذي قدره العلماء بسبع سنين ٠وقيل ثمان تقريباً ، وقد يتقدم التمييز على هذه السن وقد يتأخر ، فالحكم على التمييز لا على السن (١) ٠ وعند المالكية : أنها تنتهى بالبلوغ ، وليس المراد بالبلوغ هنا البلوغ بالإنبات ، بل بالسن أو الاحتلام أو بغيرهما من العلامات الدالة على البلوغ من غير شرط ، خلافاً لابن شعبان فقال : تنتهى ببلوغ الذكر عاقلاً غير زمن (٢) ٠

---

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٢٥٧ ، قليوبى وعميرة ج ٤ ص ٩١ ، المبدع ج٨ ص٢٣٧ ٠

(٢) الفواكه الدوانى ج٢ ص١٠١ ، مواهب الجليل ج٥ ص٥٩٣ ٠

ثانياً : المحضون الأنثى :

فقال الأحناف : تنتهى الحضانة للأنثى بالحيض في ظاهر الرواية وحكى بانتهائها بالبلوغ أو بأن تشتهى ، وقد قدره البعض بتسع سنين وقدره البعض بإحدى عشرة سنة ، وبه قد بلغت حد الشهوة ٠

وقالوا في توجيه التفرقة بين الذكر والأنثى هنا : إن القياس استمرار الحضانة إلى سن البلوغ ، في الذكر والأنثى على حد سواء لأن الحضانة نوع من أنواع الولاية ، لكن ترك القياس في الذكر بإجماع الصحابة " رضى الله عنهم " لما روى عن أبى بكر الصديق أنه قضى بعاصم بن عمر لأمه ، ما لم يشب عاصم ، أو أن تتزوج أمه ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ، فترك القياس في الغلام ، لأجل إجماع الصحابة ، وبقى الحكم على أصل القياس ٠

فالغلام إذا استغنى احتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال والأب على ذلك أقدر ، بخلاف الأنثى فتترك في يد أمها ، لتتعلم آداب النساء وخدمة البيت، حتى إذا بلغت حد الشهوة ، كان الأب أقدر على صيانتها وحمايتها وحفظها ٠

أما لو كانت الحضانة لغير الأم والجدتين من ذوات الأرحام المحرمة ، من الأخوات والخالات ، كان الحكم في الأنثى كالحكم في الذكر ، فتنتهى الحضانة بالاستغناء عن خدمة الآخرين ، لأن في

تركها عند من يحضنها نوع استخدام ، ولا يملك الاستخدام إلا الأم والجدة شرعاً ، فيحصل المقصود وهو التعليم ([1]) .

وقال المالكية : تنتهى الحضانة للأنثى بزواجها والدخول بها فلا تسقط الحضانة بالعقد ولا بالطلاق ، فلو طلقها قبل الدخول استمرت حضانتها ([2]) .

وقال الشافعية والحنابلة : تنتهى الحضانة للأنثى ببلوغها سن السابعة ، لأن الغرض من الحضانة الحضن ، وهو لها بعد السبع فتحتاج إلى الحفظ ([3]) .

وقد أخذ القانون أولاً فى انتهاء مدة الحضانة بمذهب المالكية :

فقد نصت المادة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالمادة ٢٠ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن : ـ (ينتهى حق حضانة النساء ، ببلوغ الصغير سن العاشرة ، وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة . ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة ، والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة ، إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك) .

ثم صدر القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٥م بشأن سن الحضانة فى المادة ٢٠ منه فقرة أولى : (ينتهى حق حضانة النساء ، ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة ، ويخير الصغير أو

([1]) بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٥٧ ، ٢٢٥٨ ، تبيين الحقائق ج٣ ص٤٨ ، ٤٩
([2]) حاشية الدسوقى ج٢ ص٥٢٦ ، الفواكه الدوانى ج٢ ص١٠١ .
([3]) الشروانى وابن القاسم ج٨ ص٣٦٠ ، مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٦ ، المبدع ج٢ ص٢٣٩ ، شرح منتهى الإرادات ج٣ ص٢٥٢ .

الصغيرة ، بعد بلوغ هذا السن فى البقاء فى يد الحاضنة ، وذلك حتى يبلغ سن الرشد ، وحتى تتزوج الصغيرة) .

ولكنى أرى أن الوضع السابق كان أفضل من الحالى ، وذلك بسبب ما قد يلحق الأب من ضرر ، وخاصة ما لو كانت الحاضنة غير الأم ، فيتضرر من حرمانه لولده مع استمرار النفقة ، مما يعد هذا مخالفاً لقول الله تعالى : { لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده }([1]) . وقد راعى القانون السابق مصلحة الصغير أو الصغيرة حيث أعطى للقاضى سلطة تقديرية ، فى مد سن الحضانة ، إذا اقتضى الأمر مدها كأن تتطلب مصلحة الطفل هذا المد ، وقد تكون مصلحته فى إقامته مع الأب ، حتى يبلغ سن الرشد أو تتزوج الصغيرة ، وهذا ما يمنعه القانون الجديد .

([1]) من الآية رقم٢٣٣ سورة البقرة .

الفرع الثاني

تخيير المحضون في المقام

وتخيير المحضون معناه : إعطاؤه الحق في أن يختار الإقامة مع أمه أو مع أبيه ، وذلك بعد انتهاء مدة الحضانة ، لأن الحضانة تكون في وقت للنساء ، وتكون في وقت للرجال والأصل فيها أنها للنساء ، لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار ، ثم بعد أن يبلغوا سناً معيناً- وقد سبق الكلام عنه - يكونوا في حاجة إلى الآباء ، لأنهم في هذه السن محتاجون إلى أبائهم ، لحمايتهم وصيانتهم وإقامة مصالحهم والرجال أقدر من النساء في هذا المجال .

وقد اختلف الفقهاء في : هل يخير المحضون إذا انتهت حضانته أو لا ؟ وكان اختلافهم هذا على رأيين : -

الرأي الأول : وهو رأى الأحناف والمالكية أنه لا خيار للمحضون قبل البلوغ ، وإنما التخيير بعد البلوغ ، فإذا بلغ المحضون سبع سنين كان الأب أحق به ولا خيار له.

والدليل على ذلك : -

أ - أن المحضون سواء كان ذكراً أو أنثى ، إذا بلغ هذه السن وهى سن السابعة ، كان للأب أحوج ، لأن به حمايته وحفظه وما زال صغيراً غير رشيد ، وليس عارفاً بمصلحته ، فلا يعتبر اختياره قياساً على سائر تصرفاته ، وذلك لقصور عقله ، فيختار من عنده الراحة

والتخلية بينه وبين اللعب ، إضافة إلى أن الصحابة لم ينقل أنهم خيروا .

ب - قوله صلى الله عليه وسلم { أنت أحق به ما لم تنكحى } .

وجه الدلالة : أنه قد جعل رسول الله " صلى الله عليه وسلم" الحق للأم ، دون تخيير ما لم تتزوج .

ج - ما روى عن عمارة بن ربيعة المخزومى ،أنه قال :غزا أبى نحو البحرين فقتل ، فجاء عمى ليذهب بى ، فخاصمته أمى إلى على بن أبى طالب" رضى الله عنه" ومعى أخ صغير لى ، فخيرنى علىُ "رضى الله عنه" ثلاثاً ، فاخترت أبى ، فأبى عمى أن يرضى ، فوكزه على "رضى الله عنه" بيده وضربه بدرته ، وقال لو بلغ هذا الصبى أيضاً خير ، فهذا يدل على أن التخيير، لا يكون إلا بعد البلوغ (١) .

الرأي الثاني : وهو رأى الشافعية والحنابلة أن التخيير قبل البلوغ ، غير أن الحنابلة قالوا بتخيير الغلام دون الأنثى ، وتضم الأنثى دون تخيير إلى أبيها (٢) .

---

(١) بدائع الصنائع ج٥ ص٢٢٦٠ ، ٢٢٦١ ، شرح فتح القدير ج٤ ص١٨٩ حاشية ابن عابدين ج٢ ص٦٤١ ، الخرشى ج٤ ص٢٠٧ ، مواهب الجليل ج٥ ص٥٩٣ .

(٢) الجمل على المنهج ج٤ ص٥٢١ ، التهذيب ج٦ ص١٩٩ ، حلية العلماء ج ٧ ص ٤٤٢ ، المغنى والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٠٠ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص٢٥١ ، المبدع ج ٨ ص٢٣٧ .

الدليل على ذلك : أ ـ ما روى عن أبى هريرة "رضى الله عنه "قال : جاءت امرأة إلى النبى "صلى الله عليه وسلم " فقالت يا رسول الله: إن زوجى يريد أن يذهب بابنى ، وقد سقانى من بئر أبى عتبة وقد نفعنى . فقال له النبى" صلى الله عليه وسلم " : هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به ([1]) .

ب ـ إجماع الصحابة : فقد روى عن عمر "رضى الله عنه " أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه .كما روى عن عمارة المخزومى ، أنه قال خيرنى علىّ "رضى الله عنه " بين عمى وأمى ، وكنت ابن سبع أو ثمان .وروى نحو ذلك عن أبى هريرة .

وهذه قصص فى مظنة الشهرة ، ولم تنكر فكانت إجماعاً بالإضافة إلى أنه إذا مال إلى أحد أبويه ، دل على أنه أرفق به وأشفق عليه . وترجحت الأم فى حال الصغر ، لاحتياج الصغير إلى حمله وخدمته ، فإذا استغنى عن ذلك ، تساوى والده مع والدته ، فيرجح أحدهما باختياره ([2]) .

مناقشة الأدلة : نوقشت أدلة أصحاب الرأي الأول بما يأتى : -

فبالنسبة للقول بأن الصغير ، إذا انتهت مدة الحضانة ، كان للأب أحوج لحمايته وحفظه ، فهذا القول وإن كان صحيحاً ، إلا أنه لا يمنع من اختيار الصغير، ولا يكون هذا حجراً على اختياره ، وذلك لأنه إن

([1]) السنن الكبرى للنسائى ج٣ ص٣٨٢ رقم ٥٦٩٠ .سنن النسائى ج٦ ص١٨٥ رقم ٣٤٩٦ ، سنن البيهقى ج٨ ص٣ .

([2]) المغنى والشرح الكبيرج ٩ ص ٣٠١ ، ٣٠٢ ، المبدع ج٨ ص ٢٣٧ ، شرح منتهى الإرادات ج٣ ص٢٥١ .

اختار أمه ليس معناه ، أنه يكون بمعزل عن الأب ، بل للأب حق الرؤية والإشراف على تربيته وتعهده ، وليس من حق الأم ، أن تمنع الأب من رؤيته وزيارته على ما سبق .

وبالنسبة لقوله" صلى الله عليه وسلم "{ أنت أحق به ما لم تنكحى } فليس معناه سلب حق الصغير من الاختيار ، إذ أنه في هذه السن تكون الأم أحق به ، ولا يثبت للصغير حق الاختيار آنذاك وإنما يثبت له بعد سن السابعة ، وإن جاء الحديث بصيغة العموم دون تحديد سن معين ، إلا أنه محمول على ما قبل سن السابعة ، والمخصص له الأحاديث المثبتة للصغير حق التخيير ، فيما بعد سن السابعة ، ومنها أدلة أصحاب الرأي الثاني .

وبالنسبة لما روى عن عمارة والمستفاد منه ، أن الصغير يخير بعد البلوغ ، فمردود عليه : بأنه قد جاء في قول عمارة " وكنت ابن سبع أو ثمان " وهذا واضح أن التخيير كان قبل البلوغ لا بعده ([1]) .

ونوقشت أدلة الرأي الثاني بما يأتى :-

إن ما روى عن أبى هريرة محمول على ما يأتى : -

<u>الأول</u> : أنه صلى الله عليه وسلم ، قد دعا الله تعالى أن يوفق الصغير لاختيار الأنظر .ودليل ذلك : ما رواه أبو داود عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان ، أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم

([1]) المغنى والشرح الكبير ج٩ ص ٣٠٠ .

فأتيا بابن لهما صغير لم يبلغ ، فأجلس النبى " صلى الله عليه وسلم " الأب هنا والأم هنا ، ثم خيره ، وقال : اللهم أهده . فذهب إلى أبيه ([1]) . كما روى بألفاظ أخرى ، وفيها دعاء النبى " صلى الله عليه وسلم " بالهداية إلى الأنظر والأصلح .

الثاني : أنه محمول على ما إذا كان بالغاً ، لأن هذه البئر بقرب المدينة ، ولا يمكن للصغير الاستقاء منها .

الثالث : أن الحديث لم يذكر فيه الفراق، بل الواضح منه ، أنها كانت في صحبته ، بقولها : إن زوجى .

الرابع : أنه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به .

الخامس : أن الحديث لم يذكر فيه عمر الصغير ، فلا يستفاد منه تخيير الصغير في السبع ([2]) .

لكن يعترض على هذه الأوجه بما يأتى : ـ

فبالنسبة للأول : فإن دعاءه صلى الله عليه وسلم ،لا ينفي التخيير ، بل إن التخيير واضح من الحديث المستدل به ، على دعائه صلى الله عليه وسلم .

وبالنسبة للثانى : من القول بأنه محمول على ما إذا كان بالغاً ، فإنه مردود عليه : بأنه كان آنذاك صغير، ولم يبلغ بعد ، ويؤيد هذا: ما روى عن عبد الحميد بن جعفر ، والذي جاء فيه بلفظ " بابن لهما صغيرلم يبلغ " .

([1]) سبق تخريجه ص٥٨ .

([2]) شرح فتح القدير ج٤ ص ١٨٩ ، تبيين الحقائق ج٣ ص ٤٩ .

وبالنسبة للثالث : بأنه ما الفرق بين التخيير في قيام الزوجية ، وبينه في حالة فراق الزوجين ، بل إن الحاجة تدعو، إلى التخيير في حالة الفراق عن حالة الزوجية .وقولها إن زوجى ، لا يعنى قيام الزوجية بل يحتمل حالة الفراق ، وصرحت بالزوجية على اعتبار ما كان ، لأن التخيير لا يكون إلا عند التنازع .

وبالنسبة للرابع : أنه حكاية حال ، فمردود عليه : بأنه قد روى هذا الحديث بأكثر من لفظ ، فكيف لا يمكن الاحتجاج به.

وبالنسبة للخامس : من أن الحديث لم يذكر فيه العمر للصغير ، فمردود عليه : بأن الحديث روى بأكثر من لفظ ، صرح فيه بأنه كان قبل البلوغ منها : ـ الرواية التي معنا والمروية عن عبد الحميد بن جعفر السابق .

ومنها ما روى بلفظ " أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فأتت النبى " صلى الله عليه وسلم " ، فقالت : ابنتى وهى فطيم ، وقال رافع : ابنتى . فأقعد النبى "صلى الله عليه وسلم " الأم ناحية ، والأب ناحية وأقعد الصبية ناحية . وقال لهما : ادعواها، فمالت الصبية إلى أمها فقال النبى "صلى الله عليه وسلم " اللهم أهدها ، فمالت إلى أبيها فأخذها ([1]) . فالحديثان واضحان في أن التخيير كان قبل البلوغ .

أما دليل الحنابلة على تخيير الغلام دون الأنثى : إن الشرع لم يرد بالتخيير في الأنثى ، ولا يصح قياسها على الغلام ، لأنه لا يحتاج إلى

([1]) رواه ابن حبان ج١٦ ص١٠٧ ، المستدرك ج٢ ص٢٢٥ رقم ٢٨٢٨ ، سنن البيهقى ج٨ ص ٣ ، سنن أبى داود ج٢ ص ٢٧٣ رقم ٢٢٤٤ .

الحفظ والتزويج كحاجتها إليه ، كما لا يصح قياسها على سن البلوغ ، لأن قولها حينئذ معتبر في إذنها ، وتوكيلها وإقرارها واختيارها ([1]) .

لكن يرد على هذا : بأن الشرع قد ورد بتخيير الأنثى ، كما ورد بتخيير الغلام .

ودليل ذلك : ما روى عن رافع بن سنان بلفظ " فأتت النبى "صلى الله عليه وسلم " فقالت : ابنتي وهى فطيم ، وقال رافع : ابنتى ....فالحديث واضح في تخيير الأنثى ، فهو دليل في محل النزاع ، فيثبت التخيير في الذكر والأنثى على حد سواء .

هذا وقد اشترط الحنابلة للتخيير شرطين : ـ

أحدهما : أن يكون من يجرى بينهم التخيير جميعاً من أهل الحضانة فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة كان كالمعدوم ويعين الآخر .

الثاني : أن لا يكون المحضون معتوهاً ، وإلا لا يصح تخييره .

وهذا ما قال به الشافعية بأن يكون عالماً بأسباب الاحتيار ([2]) .

الرأي الراجح : هو ما قال به أصحاب الرأي الثاني وعلى الأخص الشافعية ، بثبوت التخيير للمحضون ، سواء كان ذكراً أو أنثى ، لقوة أدلتهم ، ورده على المناقشات التي وردت على أدلته ، وتفنيده لأدلة الرأي الأول .

وبناء على ما تقدم : فإذا اختار أحدهما سلم إليه ، وإذا اختار الآخر بعد ذلك سلم إليه ، لأنه قد يظهر له الأمر على خلاف ما ظنه ، كما

([1]) المغنى والشرح الكبير ج٩ ص ٣٠٣ .

([2]) المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٣٠٢ ، مغنى المحتاج ج٣ ص ٤٥٦ .

لو اشتهى طعاماً في وقت ، واشتهى غيره في وقت آخر ، أو يقصد مراعاة الجانبين ، إلا إذا كثر بحيث يظن أن سببه قلة تمييزه ، فيكون عند الأم كما كان قبل التمييز .

وإذا كان المحضون ذكراً واختار الأب ، كان عند أمه ليلاً وعند أبيه نهاراً ، ليعلمه الأمور الدينية والدنيوية ، فيعلمه ويؤدبه ، ولا يجوز له أن يعلمه حرفة أو صنعة رديئة لا تليق به وبولده .

وإذا كان أنثى واختارت الأم أو الأب ، فعند الشافعية والحنابلة ، لا خيار للأنثى بل الأب أحق بها ، وتكون عند من اختارت ليلاً ونهاراً وذلك لاستواء الزمانين في حقها ، حتى تألف الستر والصيانة.

وإذا خير فلم يختر أحداً ، أقرع بينهما ، قطعاً لمادة النزاع ، فيقدم من خرجت له القرعة ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، ولا يمكن اجتماعهما .

وإن اختارهما معاً ، فالأم أحق وأولى ، استصحاباً لما كان .

وهذا عند الشافعية .أما عند الحنابلة يقرع بينهما أيضاً وهو قول للشافعية ([1]) .

([1]) مغنى المحتاج ج٣ ص٤٥٧ : ٤٥٨ ، قليوبى وعميرة ج٤ ص٩١: ٩٢ المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٣٠١ : ٣٠٢ ، شرح منتهى الإرادات ج٣ ص٢٥١ : ٢٥٢ .

خاتمة البحث

فكما جرت سنة الله تعالى فى الكون ، من أن لكل ذى بداية لابد له من نهاية ، وكما أنه لابد لكل بحث من مقدمة ، يكشف فيها الباحث خطوات عمله ، فلابد وأن يذكر ، ما انتهى إليه فى هذا البحث من نتائج ، وقد توصلت من خلال هذا البحث إلى النتائج التالية : ـ

١ـ فنظراً إلى أن المراد من هذا البحث ، هو دراسة أحكام حضانة الصغير ، فإن الراجح فى تعريف الحضانة هو ، تعريف عند الأحناف ألا وهو: تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره فى سن معينة ممن له حق الحضانة . حتى لا يدخل فيه الكبير المعتوه والمجنون والمريض وما شابه ذلك .

٢ـ ثبوت الحضانة بالأدلة الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع .

٣ـ أن الحضانة تكون حقاً للمحضون إذا تعين الحاضن . ويتعين إذا لم يوجد غيره ، أو لم يقبل المحضون ثدى غيره ، أو امتنعت الحاضنة منها ، ولم يكن لأبيه ولا للمحضون مال ، ولم توجد متبرعة بالحضانة ، ففى مثل هذه الحالات ، تكون الحضانة حقاً للمحضون ، تجبر عليه الحاضنة وليس من حقها إسقاطها ، وخلاف هذه الحالات تكون الحضانة حقاً للحاضن ، له أن يتنازل عنها ، إذ لا يترتب على ذلك ضياع للمحضون ، وفى هذا جمع للحقين معاً ، ولا يمنع ذلك من أن تكون الحضانة حقاً لله تعالى .

٤ـ أن ما سار عليه القانون ، فى تقديم المستحق للحضانة بعد الأم ، أنه قدم المحارم من النساء ، مقدماً من يدلى بالأم على من يدلى بالأب معتبراً الأقرب من الجهتين . فإن لم يوجد من النساء انتقل الحق إلى العصبات من الرجال ، حسب ترتيب الاستحقاق فى الميراث ، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة ، فإن لم يوجد من هؤلاء انتقل الحق إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات ، وهو فى هذا لم يخرج عما قاله الفقهاء .

٥ـ أنه فى حالة اجتماع أم الأم مع أم الأب ، تقدم أم الأم لقوة الأدلة.

٦ـ وفى حالة اجتماع أم الأب مع الخالة ، تقدم أم الأب على الخالة ، لقوة الأدلة .

٧ـ وفى حالة اجتماع الأخت لأم مع الأخت لأب ، تقدم الأخت لأم على الأخت لأب ، لقوة الأدلة .

٨ـ وفى حالة اجتماع الأخت لأب مع الخالة ، تقدم الأخت لأب على الخالة ، لقوة الأدلة .

٩ـ وفى حالة اجتماع الأب مع الأخت لأم أو الخالة ، يقدم الأب على الأخت لأم والخالة ، لقوة الأدلة .

١٠ـ وفى حالة اجتماع الخالة لأم مع الخالة لأب ، تقدم الخالة لأم على الخالة لأب ، لقوة الأدلة .

١١ـ وفى حالة اجتماع الخالات مع العمات ، تقدم الخالات على العمات لقوة الأدلة .

١٢ـ وفى حالة اجتماع الخالة مع بنت الأخت والأخ ، تقدم الخالة على بنت الأخت والأخ ، لقوة الأدلة .

١٣ـ وفى حالة اجتماع العمة مع بنات الأخوة والأخوات ، تقدم العمة على بنات الأخوة والأخوات ، لقوة الأدلة .

١٤ـ أنه يشترط الإسلام فى الحاضن ، لقوة الدليل ، ولأنه أفضل وأحوط للولد .

١٥ـ عدم استحقاق الصغير المميز الرشيد للحضانة ، لأنه لا يلى أمر نفسه ، فمن باب أولى لا يلى أمر غيره .

١٦ـ أن الجنون مانع من استحقاق الحضانة ، حتى وإن كان متقطعاً .

١٧ـ أن الفسق مانع أيضاً من استحقاق الحضانة ، إلا إذا كان الفسق ليس له أثر على المحضون ، أو لم يوجد غيره .

١٨ـ أنه لا حق للسفيه فى الحضانة ، لقوة الأدلة .

١٩ـ أنه لا حضانة للرقيق ، لأنها ولاية وهو ليس من أهلها .

٢٠ـ أن الزواج مسقط من مسقطات الحضانة ، لقوة الدليل ، إلا إذا تزوجت الحاضنة بمحرم من المحضون ، أو ممن له حق فى الحضانة، كما أن الراجح سقوط الحضانة بمجرد العقد لا بالدخول ، لقوة الدليل .

٢١ـ عودة الحضانة بعد الطلاق أو وفاة الزوج ، لزوال المانع ولقوة الدليل .

٢٢ـ أن الحاضنة إذا أسقطت حقها فى الحضانة أو امتنعت منها ، ثم طالبت بها مرة أخرى ، فإنه يعود حقها فى الحضانة ، ولا يسقط هذا الحق بامتناعها أو إسقاطها مطلقاً .

٢٣ـ وفى أجرة الحضانة فإنه ينظر : فإذا كانت الحاضنة أما للصغير وهى فى عصمة أبيه ، أو كانت معتدة من طلاق رجعى ولم تنته العدة أو من طلاق بائن وهى حامل ، فليس لها أجرة لأن النفقة ثابتة لها ، أما لو كانت غير حامل فلها الأجرة ، بناء على القول بسقوط النفقة ، وذلك لحبسها على الحضانة ، لأنه من حبس نفسه لغيره بإذنه استحق أجرة .

٢٤ـ أما مكان الحضانة فينظر : فإذا كانت الزوجية قائمة أو كانت الزوجة فى مدة العدة ، فمكان الحضانة هو مكان الزوجين ، وإذا انتهت الزوجية بانقضاء العدة فمكانها هو مكان الأم ، إلا إذا سافرت سَفر نقلة واستيطان ، فتسقط حضانتها ، وتنتقل إلى المستحق للحضانة من بعدها ، ويكون مكانه هو مكانها ، لكن بشرط أن يكون الصغير ، بحيث يراه أبوه إن لم يكن هو الحاضن ، بعد سقوط حضانة أم الصغير .

والله تعالى أسأل ، أن أكون قد وفقت فى كتابة هذا البحث ، وفيما خلصت إليه من نتائج ، وأن ينفع به ، إنه نعم المولى ونعم النصير ، وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب .

مصادر البحث

أهم المراجع التى اعتمدت عليها فى إخراج هذا البحث

أولاً: القرآن الكريم ٠

١ـ الجامع لأحكام القرآن للإمام أبى بكر أحمد الرازى الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ ، طبعة دار المصحف ٠

٢ـ الجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى ، المتوفى سنة ٦٧١ هـ ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت٠

ثانياً : السنة النبوية الشريفة ٠

١ـ الدراية فى تخريج أحاديث الهداية / أحمد بن على بن حجر العسقلانى أبو الفضل ، دار المعرفة ، بيروت ، بدون ، تحقيق ا/ السيد عبد الله هاشم اليمانى المدنى ٠

٢ـ سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام / محمد بن إسماعيل الأمير اليمنى الصنعانى ، دار الحديث ٠

٣ ـ سنن ابن ماجه /محمد بن يزيد أبو عبد الله القزوينى ، دار الفكر ، بيروت ، بدون بيانات عن الطبع ،تحقيق ا/ محمد فؤاد عبد الباقى ٠

٤ـ سنن أبى داود / سليمان بن الأشعث أبو داود السجستانى الأزدى ، دار الفكر ، بدون ، تحقيق أ/محمد محيى عبد الحميد ٠

٥ـ سنن الترمذى /محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذى السلمى ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت ، بدون ، تحقيق ا/أحمد محمد شاكر ٠

٦ـ سنن الدارقطنى / على بن عمر أبو الحسن الدار قطنى البغدادى ، دار المعرفة ، بيروت ، بدون ، تحقيق ا/ السيد عبد الله هاشم اليمانى المدنى ٠

٧ ـ السنن الكبرى للبيهقى / أحمد بن الحسين بن على بن موسى أبو بكر البيهقى ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، بدون ، تحقيق ا/ محمد عبد القادر عطا ٠

٨ـ السنن الكبرى للنسائى/ أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، تحقيق د/ عبد الغفار سليمان البندارى ، سيد كسروى حسن ٠

٩ـ سنن النسائى / أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائى ، مكتب المطبوعات الإسلامية ، حلب ، الطبعة الثانية ، تحقيق ا/ عبد الفتاح أبو غدة ٠

١٠ـ صحيح البخارى / محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخارى الجعفى ، دار ابن كثير ، اليمامة ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، تحقيق د/مصطفى ديب البغا ٠

١١ـ المستدرك على الصحيحين / محمد بن عبد الله أبى عبد الله الحاكم النيسابورى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، تحقيق ا/ مصطفى عبد القادر عطا ٠

١٢ـ المسند للإمام أحمد بن حنبل أبي عبد الله الشيبانى ، مؤسسة قرطبة ، مصر ٠

١٣ ـ المصنف لابن أبى شيبة / أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبى شيبة الكوفى ، مكتبة الرشد ، الرياض ، الطبعة الأولى ، تحقيق ا/ كمال يوسف الحوت ٠

١٤ ـ نصب الراية لأحاديث الهداية / عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفى الزيلعى، دار الحديث ، مصر ، بدون ، تحقيق ا/ محمد يوسف البنورى ٠

١٥ ـ نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار / محمد بن على بن محمد الشوكانى ، مكتبة الدعوة الإسلامية ٠

ثالثا: اللغة العربية ٠

١ـ التعريفات للجرجانى ، طبعة الحلبى ١٩٧٨م ٠

٢ـ لسان العرب لابن منظور ، دار الجيل ، بيروت ، طبعة ١٤٠٨هـ

٣ـ مختار الصحاح / محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت ، لبنان ٠ الطبعة الأولى ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م

٤ـ المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير / أحمد بن محمد بن على الفيومى ، دار القلم ، بيروت ، لبنان ٠

رابعاً: أصول الفقه

١ ـ شرح مختصر الروضة ، للشيخ نجم الدين أبى الربيع سليمان بن عبد القوى بن عبد الكريم بن سعيد الطوفى، مؤسسة الرسالة ،

بيروت الطبعة الأولى ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م ٠ تحقيق د/ عبد الله بن عبد المحسن التركى ٠

٢ـ كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام ، للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى ، دار الكتب العربية ، بيروت ، لبنان ، طبعة ١٣٩٤هـ/ ١٩٧٤م ٠

خامساً: الفقه الإسلامى ٠

ا ـ الفقه الحنفى ٠

١ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، للإمام العلامة زين العابدين بن محمد المعروف بابن نجيم الحنفى ، وبهامشه الحواشى المسماة بمنحة الخالق على البحر الرائق ، للعلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين ٠

٢ـ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، للعلامة الفقيه علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ، المتوفى ٥٨٧هـ ، طبعة الإمام ، ١٣ ش قرقور المنشية بالقلعة بمصر ٠

٣ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، تأليف العلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى ، دار المعرفة ، بيروت، لبنان ، الطبعة الثانية ، بدون سنة طبع ٠

٤ـ رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت ، لبنان ٠

٥ـ شرح فتح القدير، للشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ٠

ب ـ الفقه المالكى ٠

١ـ جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ، للعالم العلامة والبحر الفهامة الشيخ صالح عبد السميع الآبى الأزهرى ، دار الفكر ، بيروت لبنان ٠

٢ـ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، للعالم العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقى ،على الشرح الكبير لأبى البركات سيدى الشيخ أحمد الدردير، وبهامشه الشرح المذكور، للعلامة المحقق سيدى الشيخ محمد عليش شيخ السادة المالكية ، مطبعة عيسى الحلبى وشركاه ٠

٣ـ الخرشى شرح المحقق الجهبذ الفاضل المدقق سيدى ، أبى عبد الله مجمد الخرشى ، على الختصر الجليل أبى الغيا سيدى خليل ،وبهامشه حاشية العدوى ، الطبعة الثانية ، المطبعة الكبرى الأميرية ، ببولاق ، مصر المحمية سنة ١٣١٧هـ ٠

٤ـ الفواكه الدوانى شرح الشيخ ،أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوى المالكى الأزهرى المتوفى ١١٢٠هـ ،على رسالة أبى محمد عبد الله بن أبى زيد عبد الرحمن القيروانى المالكى ، الطبعة الثالثة ١٣٧٤ هـ / ١٩٥٥م، مطبعة مصطفى الحلبى وأولاده بمصر ٠

٥ـ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربى المعروف بالحطاب المتوفى سنة

٩٥٤هـ ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ١٤١هـ/ ١٩٩٥م ٠

٦ـ المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس ، دار الفكر، بيروت ، لبنان٠

ج ـ الفقه الشافعى ٠

١ـ التهذيب فى فقه الإمام الشافعى ، تأليف الإمام أبى محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوى ، المتوفى سنة ٥١٦ ه ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان تحقيق الشيخ /عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ على محمد معوض ٠

٢ـ حاشية العالم الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصارى ، دار إحياء التراث العربى ٠

٣ـ حلية العلماء فى معرفة مذاهب الفقهاء تأليف سيف الدين أبى بكر محمد بن أحمد الشاشى القفال ، تحقيق ا/ أحمد إبراهيم دراكه، مكتبة الرسالة الحديثة ٠

٤ـ حواشى الشيخ عبد الحميد الشروانى والشيخ أحمد بن القاسم العبادى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج تأليف الإمام العلامة شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمى ٠

٥ـ قليوبى وعميرة للشيخ شهاب الدين القليوبى والشيخ عميرة ،على شرح العلامة جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للشيخ محيى الدين النووى ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ،عيسى الحلبى وشركاه ٠

٦ـ مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الخطيب الشربينى على متن المنهاج للنووى ، طبع بإشراف شركة سابى ، بيروت ، لبنان ، ١٣٧٤هـ/ ١٩٥٥م .

د ـ الفقه الحنبلى .

١ـ الشرح الكبير على متن المقنع تأليف الشيخ الإمام شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامه المقدسى المتوفى ٦٨٢هـ / دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٢ـ شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهى ، بشرح المنتهى للشيخ ،منصور بن يونس بن إدريس البهوتى المتوفى ١٠٥١هـ ، عالم الكتب ، الطبعة الثانية ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م .

٣ـ المبدع فى شرح المقنع لأبى إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المتوفى ٨٨٤هـ ، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م .

٤ـ المغنى والشرح الكبير ـ المغنى : للشيخ العلامة موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامه المتوفى ٦٣٠هـ على مختصر الإمام أبى القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى المتوفى ٣٣٤هـ .

هـ ـ الظاهرية .

١ـ المحلى بالآثار لأبى محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهرى .

و ـ الفقه الزيدي .

١ـ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للعلامة ابن المرتضى ، دار الحكمة ١٩٤٧م.

٢ـ التاج المذهب لأحكام المذهب ، للقاضى أحمد بن قاسم اليمانى الصنعانى ، دار إحياء الكتب العربية ،بيروت ،الطبعة الأولى ١٣٦٦هـ.

ز ـ الفقه الإمامى .

١ـ المختصر النافع لأبى القاسم نجم الدين جعفر بن حسن الحلى المتوفى ٦٧٦هـ.

ح ـ الفقه الإباضى .

١ـ شرح كتاب النيل وشفاء العليل تأليف العلامة محمد بن يوسف أطفيش ، أما كتاب النيل وشفاء العليل للشيخ ضياء الدين عبد العزيز الثمينى ، طبعة الإرشاد ، جدة .

ط ـ مراجع أخرى :ـ

١ـ الإجماع لابن المنذر .(ملتقى أهل الحديث).

٢ـ الملكية ونظرية العقد لأبى زهرة .

٣ـ نظرية العقد د/ شوكت العدوى .

فهرس الموضوعات

مقدمة البحث ٤١٧

المبحث الأول : ماهية الحضانة ٤٢٠

المطلب الأول : تعريف الحضانة ٤٢٠

المطلب الثاني : المراد بالصغير ٤٢٢

المطلب الثالث : أدلة مشروعية الحضانة ٤٢٥

المطلب الرابع : الوصف الشرعي للحضانة ٤٢٨

المطلب الخامس : الفرق بين الحضانة وبين غيرها ٤٣١

المبحث الثاني : استحقاق الحضانة ٤٣٤

المطلب الأول : صاحب الحق فى الحضانة ٤٣٤

المطلب الثانى : المستحقون للحضانة ٤٣٧

الفرع الأول : المستحقون للحضانة من النساء ٤٣٧

الفرع الثاني : المستحقون للحضانة من الرجال ٤٤٨

الفرع الثالث : المستحقون لها عند اجتماع الرجال والنساء ٤٥٣

الفرع الرابع : أهم المسائل التى اختلف فيها الفقهاء في المستحقين للحضانة ٤٥٧

المسألة الأولى : حالة اجتماع أم الأب مع الخالة ٤٥٧

المسألة الثانية : تقديم الأخت لأم على الأخت لأب ٤٥٩

المسألة الثالثة : تقديم الأخت على أمهات الأب والجد ٤٦٠

المسألة الرابعة : تقديم الأخت لأب على الخالة ٤٦٢

المسألة الخامسة : تقديم الأب على الأخت لأم والخالة ٤٦٤

المسألة السادسة: تقديم أم الأم على أم الأب ٤٦٥

المسألة السابعة : تقديم الخالة لأم على الخالة لأب ٤٦٧

المسألة الثامنة : تقديم الخالات على العمات ٤٦٨

المسألة التاسعة : تقديم الخالة على بنت الأخت والأخ ٤٧٠

المسألة العاشرة : تقديم العمة على بنات الأخوة والأخوات ٤٧١

المسألة الحادية عشرة: تقديم الأخت الشقيقة أو لأب على الجد ٤٧١

المطلب الثالث : شروط استحقاق الحضانة وسقوطها وعودتها ٤٧٢

الفرع الأول : شروط استحقاق الحضانة ٤٧٢

أولا : الشروط العامة التي يجب توفرها في النساء والرجال ٤٧٢

ثانيا : الشروط الواجب توفرها في النساء ٤٨٧

ثالثا : الشروط الواجب توفرها في الرجال ٤٩٦

الفرع الثاني : سقوط الحضانة وعودتها ٤٩٨

المسألة الأولى : سقوط الحضانة ٤٩٨

المسألة الثانية :عودة الحضانة بعد سقوطها ٥٠٩

المبحث الثالث: أحكام الحضانة ٥١٥

المطلب الأول : أجرة الحضانة ٥١٥

المطلب الثانى : مكان الحضانة ٥٢٠

المطلب الثالث : رؤية المحضون ٥٢٣

المطلب الرابع : انتهاء الحضانة ٥٢٦

الفرع الأول : مدة الحضانة ٥٢٦
الفرع الثاني : تخيير المحضون في المقام ٥٣٠
خاتمة البحث ٥٣٨
مصادر البحث ٥٤٢
فهرس الموضوعات ٥٥٠

جامعة الأزهر