أحكام الضمانة
في الفقه الإسلامي

اعـــداد

دكتورة/ فتحية محمود الحنفى

مدرس الفقه المذهبى ـ كلية البنات الاسلامية

القـــاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

((أحكام الحضانة في الفقه الاسلامى))

الحمد لله الذى بين لعباده منهج التربية القويم في قرآنه الكريم ، وأوضح لهم مبادىء الخير والهدى والاصلاح فى أحكام شرعه العظيم ·

والصلاة والسلام على خير المرسلين الذى بعثه الله هاديا ومرشداً للناس أجمعين ، وأنزل عليه تشريعا يحقق للبشرية أسمى آيات عزها ومجدها الي يوم الدين ، وعلى آله وأصحابه الذين ضربوا لنا الأمثال فى تربية الأبناء وحمايتهم ، وعلي من نهج نهجهم واقتفى أثرهم باحسان الى يوم الدين ·

أما بعد :

فان الشريعة الاسلامية قد اهتمت بحضانة الأطفال ، وأوجبت رعايتهم والمحافظة عليهم من الهلاك ، وإذا كانت الحضانة للأبوين سواء أكانا علي عقد الزواج ، أو تفرقا بطلاق وغيره وعند فقدهما تنتقل الحضانة الي من هو أقرب للطفل من جهة الأم ثم من يليهم من جهة الأب ، لأن المولود منذ ولادته الي أن يصل الي سن التمييز يحتاج الى الرعاية والرأفة والحنان والعطف ، فجعل الشارع الحكيم الولاية فى هذه الفترة للأم وأقاربها ، ويسميها الفقهاء بفترة الحضانة ، وهى تربية الصغير والقيام بخدمته فى هذه المدة من حياته ·

واذا لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل هذا الحق على عصبة الطفل من الذكور ·

أما الفترة الثانية ، وهى التى تبدأ بنهاية مدة الحضانة الى بلوغ الطفل ، فيحتاج الى الحفظ والصيانة ، والأب على ذلك أقدر ، ويستمر الطفل ناعما بهذه الولاية الى وقت البلوغ ، كما تستمر هذه الولاية اذا بلغ الطفل مجنونا أو معتوها ، أو بلغ عاقلا وكان غير مأمون على نفسه وماله لأن أباه يعير به ، فكان له حق استمرار ضمه اليه ليقوم أخلاقه، ويمنعه عن أسباب الفتنة ويحفظ له ماله ، والأنثى اذا كانت بكراً فلا ترتفع عنها الولاية بالبلوغ ، لأنها سهلة الانخداع والوقوع فى الرذيلة ، فاستمرار الولاية عليها يحول دون ذلك .

علما بأن رعاية الأطفال من الآباء والأمهات من الفطر التى فطر الله تعالى عليها سائر خلقه دون فرق بين انسان وحيوان ، بل من أعظم الفطر التى يحيا عليها الانسان حبه للذرية ورعايته وتعهده الدائم فى حياته لها ، وتزداد درجة هذه الرعاية كلما كان الأبناء ينعمون بحماية الآباء داخل الأسرة المستقرة ، فيجد الأب ويكد ليحفظ لأبنائه قسطا من رغد العيش ، كما تتحمل الأم كل المشاق والصعاب لتوفير كل ما يهم الأبناء من رعاية وعطف وحنان ، وقد تمتد نظرة الأب والأم الى ما يكون عليه الأبناء بعد وفاتهم ، فيشغلون أنفسهم بالأعمال الشاقة ، ويحرمون على أنفسهم الكثير من النعم التى أنعم الله عليهم بها لتكون لأبنائهم من بعدهم ، ومع هذا الانشغال فان ما يكون عليه الأبناء من سعة ورزق بعد رحيل الآباء غيب من علم الله ولكنها فطرته التى فطر الناس عليها ، قال تعالى : « المال والبنون زينة الحياة

الدنيا والباقيات الصالحات خير عند ربك ثوابا وخير أملا » (١) .

ولم تقف هذه الفطرة عند الافتخار بالأبناء ، بل امتدت الى تهافت الصالحين من الموحدين الى اللجوء الى رب العرش الكريم بالدعاء بأن يهب لهم الأبناء الصالحين من أزواجهم لتقربها أعينهم ، قال تعالى : « والذين يقولون ربنا هب لنا من أزواجنا وذرياتنا قرة أعين واجعلنا للمتقين اماما » (٢) .

كما بين لنا الرسول - ﷺ - فى كثير من الأحاديث الشريفة التى تبرز لنا مدى الاهتمام بالصغار والرحمة بهم ، منها :

عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « أتى النبى - ﷺ - رجل ومعه صبى ، فجعل يضمه اليه ، فقال النبى - ﷺ - أترحمه ؟ قال : نعم ، قال : فالله أرحم بك منك به ، وهو أرحم الراحمين » (٣) .

وكان عليه الصلاة والسلام اذا رأى أحدا من أصحابه لا يرحم أولاده يزجره بحزم ويوجهه الى مافيه صلاح البيت والأسرة والأولاد .

عن عائشة - رضى الله عنها - قالت : جاء أعرابى الى النبى - ﷺ - فقال : أتقبلون صبيانكم ، فما نقبلهم ؟ فقال النبى - ﷺ - « أو أملك لك أن نزع الله من قلبك

---

(١) آية ٤٦ من سورة الكهف .

(٢) آية ٧٤ من سورة الفرقان .

(٣) مختصر البخارى ج ٢ ص ٤٦٧ .

الرحمة ؟ » [٤] .

وعن أنس بن مالك قال : « جاءت امرأة الى عائشة - رضى الله عنها - فأعطتها عائشة ثلاث تمرات ، فأعطت كل صبى لها تمرة ، وأمسكت لنفسها تمرة ، فأكل الصبيان التمرتين ونظرا الى أمهما ، فعمدت الأم الى التمرة فشقتها أعطت كل صبى نصف تمرة ، فجاء النبى - ﷺ - ، فأخبرته عائشة ، فقال : وما يعجبك من ذلك ؟ لقد رحمها الله برحمتها صبيها [٥] .

ومع هذا تعترض الأسرة الكثيرمن الظروف والتصرفات التي يترتب عليها ضياع الاستقرار الأسرى ، فيتفرق الآباء، ويدخل بينهم النزاع على الأبناء . ولمن تكون رعايتهم وتعهدهم ، وهنا تبرز عظمة التشريع الاسلامى فى انهاء هذا النزاع ، وهذا ما يدور عليه البحث ان شاء الله تعالى متناولة فيه جانبا يسيراً منشريعتنا الغراء ، ومدى اهتمامها برعاية الأولاد ، قال تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » [٦] وقال تعالى : « وقل رب ارحمهما كما ربيانى صغيراً » [٧] .

وقد قسمت هذا الموضوع الى ستة مباحث وعنوانه : (أحكام الحضانة فى الفقه الاسلامى) .

المبحث الأول : حقيقة الحضانة وحكمها ودليلها وحكمتها .

---

(٤) مختصر البخارى ج ٢ ص ٤٦٧ كتاب الأدب .

(٥) رواه البخارى فى كتاب الأدب .

(٦) آية ٢٣٣ من سورة البقرة .

(٧) آية ٢٤ من سورة الإسراء .

المبحث الثـانى : صـفة المحضون ٠
المبحث الثـالث : ترتيب الحواضن ٠
المبحث الرابـع : شروط الحاضن ٠
المبحث الخامس : نفقـة المحضون ٠
المبحث السادس : انتهـاء الحضانة ٠

واعتمدت فى كتابتى على أمهات الكتب الفقهية عند كل مذهب ، مبينـة أوجه الاتفـاق والاختلاف فى كل مسـألة ، وترجيح ما قوى دليله ٠

والله نسـأل أن يكون نافعـا لكل من قرأه ، كما أسأله سـبحانه أن يجعـل عملى دائما خالصـا لوجهه الـكريم ، وما توفيقى الا بالله عليه توكلت واليه أنيب ٠

★ ★ ★

المبحث الأول
حقيقة الحضانة وحكمها ودليلها وحكمة مشروعيتها

أولا : حقيقة الحضانة :

فى اللغـة : حضن من باب نصر ودخل ، يقـال حضن الطائر بيضـه اذا ضمه الى نفسه تحت جنـاحه ، وحضنت المرأة ولدها حضانة : وحاضنة الصبى هى التى تقوم عليه فى تربيتـه ، واحتضن الشىء جعله فى حضـنه ، والحضن بالكسر ما دون الابط الى الكشح [1] .

فالحضانة اذن يعنى بهـا لغـة : احتضان الصـغار ورعايتم حتى تقوى بنيتهم .

فى الشرع : عرف الفقهاء الحضانة بعـدة تعريفـات منهـا :

١ ـ تعريف الشافعية : الحضانة هى : القيام بحفظ من لا يستقل بأمره وتربيته ووقايته عما يؤذيه [2] .

شرح التعريف :

(حفظ من لا يسـتقل بأمـره) أى المحافظـة على من لا يستطيع القيـام بأمور نفسـه لعـدم تمييزه كطفل وكبير مجنـون ، فان الصغير الذى لا يميز وهو دون سبع سنين ، وكذا المجنـون والمعتوه الحضانة لهم واجبـة لأن فى ترك حضانتهم ضياع وهلاك لهم .

(تربيته) أى تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه

---

(١) مختـار الصحاح مادة حضن ص ٦٤١ .

(٢) مغنى المحتـاج ج ٣ ص ٤٥٢ ، وقليـوبى وعميرة ج ٤ ص ٩١ .

وشرابه ونحو ذلك .

(ووقايته عما يؤذيه) أى حمايته وحفظه عن كل شىء يعرضه للهلاك والأذى .

٢ - تعريف الحنفية : الحضانة : ضم الأم الولد الى جنبها واعتزالها اياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه [٣] .

٣ - تعريف المالكية : قالوا : الحضانة هى : القيام بشأن الولد فى نومه ويقظته [٤] .

والقيام بمصالحه كغسل رأسه وثيابه ودهنه وتكحيله وربطه فى المهد ونحوه وتحريكه لينام [٥] .

اذا نظرنا لهذه التعريفات عند الفقهاء فلا نجد ثمة اختلاف بينهم ، بل نجد أنهم اتفقوا على أن المراد بالحضانة: هى القيام بمراعاة مصلحة المحضون فى كل أموره بما يتعهده بالحفظ والرعاية وعدم اهلاكه .

قال النووى : الحضانة نوع ولاية وسلطنة ، ولكنها بالاناث أليق بها ، لأنهن أشفق وأهدى الى التربية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال [٦] .

وقال صاحب زاد المعاد : الولاية على الطفل نوعان : نوع يقدم فيه الأب على الأم ومن فى جهتها ، وهى ولاية المال والنكاح ، ونوع تقدم فيه الأم على الأب ، وهى ولاية

---

(٣) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٤٠ .

(٤) بلغة السالك لأقرب المسالك جـ ٢ ص ٤٨٩ .

(٥) نيل المآرب بشرح دليل الطالب جـ ٢ ص ١٢٠ .

(٦) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٢ .

الحضانة والرضاع ، وقدم كل من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد ، وتوقف مصلحته على من يلى ذلك من أبويه ، وتحصل به كفايته [٧] .

ثانيا : حكم الحضانة :

حضانة الطفل وكفالته واجبة ، لأنه يهلك بتركه ، فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الانفاق عليه وانجاؤه من المهالك، كما يتعلق به حق لقرابته لأن فيها ولاية على الطفل واستحقاقا له ، فيتعلق بها الحق ككفالة اللقيط .

ولأن الانسان خلق ضعيفا مفتقرا الى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ، ويستغنى بذاته ، فهو من فروض الكفاية فلا يحل أن يترك الصغير دون كفالة ولا توفية حق حتى يهلك ويضيع، واذا قام به قائم سقط عن الناس ولا يتعين ذلك على أحد سوى الأب وحده ، ويتعين على الأم فى حولى رضاعه، اذا لم يكن له أب ولا مال تستأجر له منه مرضعة ، فان كان لا يقبل ثدى سواها تجبر على رضاعه ، وواجب الأب فى فترة حضانة المولود ورضاعته توفير أسباب الحياة الكريمة لهم كما يحيا ، قال تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » [٨] فعلى الآباء الوقوف على ما أوجبه الله عليهم بالمعروف ، الذى هو لب طاعته سبحانه وتعالى .

ثالثا : أدلة وجوب الحضانة :

يستدل على ثبوت الحضانة بالكتاب والسنة والاجماع:

---

(٧) زاد المعاد لابن قيم الجوزية جـ ٥ ص ٤٣٧ .

(٨) آية ٢٣٣ من سورة البقرة .

أولا : من الكتاب :

قال تعالى: « وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً »[٩].

وقال تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، لا تكلف نفس الا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوراث مثل ذلك » [١٠] .

في هاتين الآيتين ارشاد من الله سبحانه وتعالى للوالدات أن يرضعن أولادهن كمال الرضاعة وهي سنتان ، كما يدل النص القرآني على أن المرأة لا تجبر على الارضاع لأنه من تكاليف الزوجية [١١] .

وأرى أنه سبحانه وتعالى ترك لها خيار الرضاع لفطرتها التي جبلت عليها ، وما جبل عليه الانسان لا يملك الخروج منه ، كما يدل على عظمة التشريع الذي حفظ للمرأة حقوقها تجاه الرجل حتى فيما فطرت عليه .

فالأم أحق برضاعة ولدها وكفالته وتربيته الى أن يستغني عنها بنفسه ، كما تنص الآيات على تكليف الأب بتوفير النفقة اللازمة للأم ووليده ما دامت حضانتها قائمة عليه ولم تنشغل عنه .

ثانيا : من السنة المطهرة

وردت عدة أحاديث تدل على وجوب الحضانة ، منها :

١ ـ ما روى عن عبد الله بن عمرو ـ رضي الله عنهما ـ أن امرأة قالت : يا رسول الله ان ابني هذا كانت بطني له

---

(٩) آية ٢٤ من سورة الإسراء .

(١٠) آية ٢٣٣ من سورة البقرة .

(١١) تفسير ابن كثير ج ١ ص ٢٨٤ .

وعاء ، وثديى له سقاء وحجرى له حواء ، وأن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى ، فقال لها رسول الله ـ ﷺ ـ : أنت أحق به ما لم تنكحى »[١٢] .

دلالة الحديث :

يدل الحديث على أن الأم أحق بحضانة ولدها اذا افترقت عن أبيه ، فليس له انتزاعه منها ، وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها تقتضى استحقاقها وأولويتها بحضانة ولدها ، وأقرها ـ ﷺ ـ على ذلك وحكم لها ، كما دل الحديث على أن الأم اذا نكحت سقط حقها فى الحضانة[١٣] .

٢ ـ عن ابن عباس ـ رضى الله عنهما ـ قال : « طلق عمر بن الخطاب امرأته الأنصارية أم ابنه عاصم فلقيها تحمله بمحسر[١٤] ، وقد فطم ومشى فأخذ بيده لينتزعه منها ونازعها اياه حتى أوجع الغلام وبكى ، وقال : أنا أحق بابنى منك ، فاختصما الى أبى بكر فقضى لها به وقال : ريحها وفراشها وحجرها خير له منك حتى يشب ويختار لنفسه[١٥] .

٣ ـ عن أبى هريرة ـ رضى الله عنه ـ أن امرأة قالت : يا رسول الله ان زوجى يريد أن يذهب بابنى وقد نفعنى وسقانى من بئر أبى عنبة ، فجاء زوجها فقال النبى ـ ﷺ ـ : « يا غلام هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ

---

(١٢) سنن أبى داود جـ ٢ ص ٢٨٣ ، ونيل الأوطار للشوكانى جـ ٣ ص ٣٢٩ .

(١٣) سبل السلام جـ ٣ ص ٢٢٧ .

(١٤) محسر : سوق بين قباء والمدينة .

(١٥) رواه البيهقى ، زاد المعاد جـ ٥ ص ٤٣٧ .

بين امه فانطلقت به » (١٦) .

دل الحديث على أن الصبى بعد استغنائه بنفسه يخير بين الأم والأب وقيل يقرع بينهما .

وأرى ان الاقراع يكون عند تخير الصبى بينهما حتى لا يحرم من حنانهما معا .

٤ ـ عن البراء بن عازب ـ رضى الله عنه ـ أن النبى ـ ﷺ ـ قضى فى ابنة حمزة لخالتها وقال : « الخالة بمنزلة الأم » (١٧) .

وفى الحديث دليل على ثبوت الحضانة للخالة وانها كالأم .

ثالثا : الاجماع :

لا خلاف بين أحد من الأمة من عهد الرسول ـ ﷺ ـ الى يومنا هذا فى ايجاب الحضانة للأولاد الصغار وحمايتهم من الوقوع فى الهلاك .

قال المحاملى : الأم أولى بالحضانة ، الا فى صور : اذا امتنع كل من الأبوين من كفالته ، فانه يلزم به الأب ، واذا كان الأب حراً ، أو مسلما ، أو مأمونا ، وهى بخلاف ذلك ، أو يريد سفر نقلة ، أو تزوجت ، واذا كانت الأم مجنونة ، أو لا لبن لها أو امتنعت من ارضاعه ، أو بها علة مستقرة ، أو مرض يعوق رعايتها للصغير سقطت حضانتها (١٨) .

---

(١٦) سنن النسائي جـ ٦ ص ١٣٠ كتاب الطلاق .

(١٧) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٣ ص ٢٢٨ ، وسنن أبى داود جـ ٢ ص ٢٨٤ .

(١٨) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٨٣ .

حكمة تشريع الحضانة :

ان الأطفال الصغار خاصة الذين لا يميزون كثيراً ما يتعرضون لظروف تتعلق بالأسرة خاصة كموت الأم والشقاق بين الزوجين الذى يؤدى الى الفراق ، وكذا ظروف عامة كموت الآباء والأمهات فى الحروب وبكثرة فى زماننا الذى لا تفرق فيه الحروب وآلاتها الحديثة بين محارب وغير محارب ، بين ساحة معركة ومناطق آهلة بالسكان ، فيزداد عدد الصغار الذين هم فى أمس الحاجة الى من يحضنهم ، ويرعاهم ، فكانت الحكمة العظيمة من هذا الشرع الحكيم فى ابراز حاجة هؤلاء الى من يحتضنهم ويتعهدهم بالتربية ، مراعيا ضوابط الشفقة والعطف والحنان والمصلحة لهم وعليهم .

* * *

المبحث الثـانى

صـفة المحضـون

المحضون : هو من لا يستقل بمراعاة نفسه ولا يهتدى الى مصالحه لصغر أو جنون أو خبل أو قلة تمييز [1] .

ودراستى فى هـذا المبحث لبيـان حضانة الصغير غير المميز ، والمميز ذكراً كان أو أنثى ، وسـوف أبين صـفه كل منهما فى مسألة خاصة ان شاء الله تعالى .

المسـألة الأولى

صـفة المحضون غير المميز

يمر الولد غير المميز منذ نشأته جنينا فى بطن أمه وبعد مولده بطورين مختلفين فى الصفة والحكم .

الطور الأول : الجنين :

الانسان يمر بعدة أطوار منها : طور الانسان وهو جنين فى بطن أمه ، وهذا الطور له اعتباران :

الأول : انه جزء من أمه حسا وحكما ، لأن ثباته وتحركه بثبات الأم وتحركها كيدها ورجلها ، كما أنه يعتق بعتقها .

الثانى : انه انسان مستقل متأهل للخروج من بطن أمه ويصير انسـانا قائما بذاته الا أنه لا يستغنى بحاله ، فمن أجل هذا لم يجعـل له الشارع ذمة منفصلة صالحة لـكل من الوجوب له وعليه ، بل جعل له ذمة صالحة للوجوب له فقط

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٦ .

رحمة من الشرع الحكيم به ، فأوجب له الحق فى ثبوت نسبه من أبيه ، وفى الميراث من مورثه ، الى غير ذلك من الحقوق التى فيها نفع محض له (٢) .

الطور الثانى : الصبا :

وهو طور الصبا أو الصغير غير المميز وهذا الطور من الولادة الى ما قبل سن التمييز .

والانسان فى هذا السن يصير نفسا مستقلة من كل وجه ، وتثبت له أهلية وجوب كاملة ، والذى يترتب على ثبوت أهلية الوجوب الكاملة ، أن يكون الصبى بسبب ذمته أهلا لأن تجب له الحقوق وتلزمه الواجبات .

فتجب عليه الحقوق كلها كما تجب على البالغ ، لأن الذمة كاملة ، والسبب متحقق ، ولكن لما كان الوجوب غير مقصود لذاته ، والمقصود حكمه ، وهو الأداء عن اختيار ليتحقق الابتلاء ، والانسان فى هذا السن ليس أهلا للأداء لضعف بنيته وقصور عقله عن فهم الخطاب ، فاقتضت عناية الله سبحانه وتعالى وحكمته ألا يكون الصبى فى هذا الدور مكلفا بأداء شىء بنفسه ، وألا يؤاخذ على تصرفاته ، وألا يحمل مسئولية عن فعل غيره ، وأن تلحق كل التزاماته بالعدم .

ولكن اختص الواجب عليه بكل ما يمكن للولى أداؤه عنه ، أما ما لا يمكن أداؤه عنه فلا يكون واجبا عليه (٣) .

---

(٢) كشف الأسرار للبزدوى جـ ٤ ص ١٣٩ ، والتلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٥٢ .

(٣) كشف الأسرار جـ ٤ ص ٢٤٠ ، وشرح المنار لابن ملك ص ٩٣٧ .

والصبى فى هذا السن لضعف بنيته وقصور عقله فى حاجة الى حنان الأبوين وعطفهما واحاطته بكل ما يشمله من الدفء والرعاية وهـذا لا يتـأتى الا بوجوب الحضـانه له لحفظه من الهلاك حيث انه لا يستقل بأمر نفسه .

فان كان الأبوان على النـكاح فالصـغير معهما ، وان تفرقا بطلاق أو غيره فالمحضون ذكرا كان أو أنثى وجبت الحضانة ، لأن فى تركها ضياع وهلاك له .

وتثبت الحضانة للمحضون فى هذا السن للأم بالاتفاق الفقهـاء اذا توافرت فيها الشروط التى سـوف نذكرها فى مبحث الحاضن باذن الله تعالى .

ولأن الصغير والمجنون ولو كان كبيراً فى حاجة الى من يخدمه ويقوم بأمره ، والأم أو من يقوم مقامها أعرف بذلك ، ولا يترك المحضون بيـد من لا يصونه ويصلحه ، لأن وجود من لا يصونه ويصلحه كعدمه (٤) .

ومما يؤكد ثبـوت الحضانة للأم فى هذا السن ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص « أن امرأة قالت : يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وثديى له سقاء وحجرى له حواء ، وان أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى ، فقال رسول الله ـ ﷺ ـ : « أنت أحق به ما لم تنكحى » (٥) .

وهـذا يـدل على أن الأم أقرب اليـه وأشفـق عليـه ولا يشاركها فى القرب الا أبوه ، وان كانت شـفقته أقل من شفقتها ، ولهذا لا يتولى الحضانة بنفسه ، وانما يدفعه الى

---

(٤) نيـل المـآرب جـ ٢ ص ١٢٢ .

(٥) سنن أبى داود جـ ٢ ص ٢٨٣ ، نيـل الأوطار جـ ٣ ص ٣٢٩ .

امرأته ، وأمه أولى به من امرأة أبيه (٦) .

فقول المرأة « كان بطنى له وعاء ، وثديى له سقاء ، وحجرى له حواء ، الدلاء منها وتوسل الى اختصاصها بهذه الأشياء التى لم يشاركها فيها الأب ، وبهذا الاختصاص طلبت من الرسول - ﷺ - الاستفتاء والمخاصمة .

وفى هذا دليل على اعتبار المعانى والعلل وتأثيرها فى الأحكام ، واناطتها بها ، وان ذلك أمر مستقر فى الفطر السليمة التى فطر النساء عليها .

قال ابن القيم : « الولاية على الطفل نوعان : نوع يقدم فيه الأب على الأم ومن فى جهتها ، وهى ولاية المال والنكاح ، ونوع تقدم فيه الأم على الأب وهى ولاية الحضانة والرضاع » (٧) .

المسألة الثانية

المحضون المميز

المميز هو : من وصل الى درجة من العقل يستطيع فيها أن يميز بين معانى الألفاظ (٨) .

والتمييز هو : الذى يجعل الشخص مدركا لعبارته فاهما ما يقصد بها وينتج عنها (٩) .

---

(٦) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٦ ، والبدائع جـ ٤ ص ٤١ ، وبلغة السالك جـ ٢ ص ٤٩٢ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٠٠ .

(٧) زاد المعاد لابن القيم جـ ٥ ص ٤٣٧ .

(٨) نظرية العقد لأبى زهرة ص ٢٧١ ، ونظرية العقد للشيخ شركت العدوى ص ٥٢ .

(٩) المدخل فى الفقه الإسلامى لسلام مدكور ص ٤٤٨ .

وعرف الشافعية المميز بأنه : من وصل الى حالة بحيث يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجى وحده .

والمميز أعرف بحظه فيرجع اليه ، وسن التمييز غالبا سبع سنين أو ثمان تقريبا ، وقد يتقدم على السبع وقد يتأخر عن الثمان ، والحكم مداره عليه لا على السن [١٠] .

والتمييز لفظ يصدق على الذكر والأنثى .

والانسان فى هذه الفترة لا تثبت له أهلية أداء كاملة ، لأن أهلية الأداء الكاملة لا تتحقق الا بقدرتين ، قدرة فهم الخطاب وذلك بالعقل ، وقدرة العمل به وهى بالبدن .

وهو فى أول أحواله عديم القدرتين ، لكن فيه استعداد وصلاحية لأن يوجد فيه كل واحدة من القدرتين شيئا فشيئا بخلق الله تعالى الى أن تبلغ كل واحدة منهما درجات الكمال، فقبل بلوغ درجة الكمال كانت كل واحدة منهما قاصرة .

وهذه الفترة تثبت للانسان فيه أهلية وجوب كاملة وأهلية أداء قاصرة ، لوجود القدرة القاصرة التى تتحقق بالعقل القاصر .

وبنى الشرع على الأهلية القاصرة صحة الأداء ، وعلى الأهلية الكاملة وجوب الأداء وتوجيه الخطاب [١١] .

فتصرفات الصبى المميز تكون صحيحة ، الا أن منها ما هو موقوف على اجازة الولى وذلك لأن أهلية الأداء عنده قاصرة .

ولهذا القصور يكون الصبى المميز فى حاجة الى من

---

(١٠) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٦ .

(١١) المدخل فى الفقه الإسلامى لسلام مدكور ص ٤٤٨ .

يرعاه ويكفله ويؤدبه ويحسن تصرفاته ، ومثل هذا لا يتأتى الا من الأبوين لوفور شفقتهما وعطفهما وحبهما لفلذة أكبادهما .

وتقييد سن الصبى بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة ، ولأن الأم قدمت فى حال الصغر لحاجته الى حمله ومباشرة خدمته لأنها أعرف بذلك وأقوم به ، أما فى هذا السن فانه صار مستغن عن ذلك فتساوى والداه لقربهما منه [١٢] .

★ ★ ★

(١٢) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٠٢ .

((حضـانة الصبى المميز))

اختلف الفقهاء فيمن تكون له حضانة الصبى المميز اذا تفرق الأبوان بطلاق أو غيره الى قولين :

القول الأول :

وهو للشافعية والحنـابلة [١٣] .

ذهب أصحاب هذا القـول الى أنـه اذا افترق الأبوان بطلاق أو غيـره ولهما صبى مميز خيـر بينهما اذا صـلحا للحضانة ، ويكون مع من اختار منهما .

قال ابن الرفعـة : « ويعتبر فى تمييزه أن يكون عارفا بأسباب الاختيار والا أخر الى حصول ذلك وهو موكول الى اجتهاد القاضى » [١٤] .

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتى :

١ ـ ما روى عن أبى هـريرة ـ رضى الله عنـه ـ قال : جاءت امـرأة الى النبى ـ ﷺ ـ فقالت : يا رسـول الله ان زوجى يريد أن يذهب بابنى وقد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى ، فقال له النبى ـ ﷺ ـ : هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به » [١٥] .

دلالة الحديث :

دل الحديث على أن الغلام اذا بلغ حـدا يعرب فيه عن

---

(١٣) مغنى المحتـاج جـ ٣ ص ٤٥٧ ، وقليوب وعميرة جـ ٤ ص ٩١ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٠١ .

(١٤) مغنى المحتـاج جـ ٣ ص ٤٥٧ .

(١٥) سنن النسائى جـ ٦ ص ١٣٥ .

نفسه ويميز بين الاكرام وضده ، فانه يخير بين الأم والأب.

كما استدلوا بالآثار الواردة عن الصحابة رضوان الله عليهم ، فروى أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - خير غلاما بين أبيه وأمه (١٦) .

كما روى عن عمارة الجرمى ، قال : « خيرنى على رضى الله عنه بين أمى وعمى ، ثم قال لأخ لى أصغر منى : « وهذا أيضا لو بلغ مبلغ هذا لخيرته » .

قال : وكنت ابن سبع سنين ، أو ثمان سنين (١٧) .

كما روى أن أبا هريرة خير غلاما بين أبيه وأمه ، وقال: « ان رسول الله - ﷺ - خير غلاما بين أبيه وأمه » (١٨) .

فهذه الروايات وردت لنا عن صحابة رسول الله - ﷺ - ولم ينكرها أحد فكانت اجماعا (١٩) .

قال صاحب المغنى لابن قدامة : « ولأن التقديم فى الحضانة يلحق به الولد فيتقدم من هو أشفق لأن حظ الولد عنده أكثر ، واعتبرنا الشفقة بمظنتها اذا لم يكن اعتبارها بنفسها ، فاذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه فمال الى أحد الأبوين دل على أنه أرفق به وأشفق عليه فقدم بذلك » (٢٠) .

وأصحاب هذا القول القائل بالتخيير قد اختلفوا فيما

---

(١٦) زاد المعاد جـ ٥ ص ٤٦٦ .

(١٧) زاد المعاد لابن القيم جـ ٥ ص ٤٦٦ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٠١ .

(١٨) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٠١ ، سنن الدارمى جـ ٢ ص ٢٢٥

(١٩) زاد المعاد جـ ٥ ص ٤٦٦ .

(٢٠) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٠٢ .

اذا كان الصبى ذكراً أو أنثى ٠

فالشافعية قالوا : الأم أحق بالطفل ذكراً كان أو أنثى الى أن يبلغ سبع سنين فاذا بلغ الولد سبعا وهو يعقل عقل مثله ، خيره القاضى بين أبيه وأمه ، وكان مع من اختار(٢١) ٠

أما الحنابلة فقد فرقوا بين الذكر والأنثى ، فقالوا : يخير الذكر اذا بلغ حد سبع سنين ٠

أما اذا بلغت الأنثى المحضونة سبع سنين كانت عند أبيها وجوبا الى أن تتزوج لأنه أحفظ لها وأحق بولايتها من غيره فوجب أن تكون تحت نظره ليأمن عليها من دخول النساء لكونها معرضة للآفات لا يؤمن عليها الانخداع ، ولأنها اذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج ٠

ويمنعها الأب ومن يقوم مقامه من الانفراد ، لأنها لاتؤمن على نفسها ، ولا تمنع الأم من زيارتها ان لم يخف منها ، ولا تمنع البنت من زيارة أمها ان لم يخف الفساد (٢٢) ٠

القول الثانى :

وهو للحنفية والمالكية (٢٣) :

ذهب أصحاب هذا القول الى أن الصبى المميز اذا افترق أبواه بطلاق أو غيره لا يخير بحال ٠

واستدل أصحاب هذا القول بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، ان امرأة قالت : يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وثديى له سقاء ، وحجرى له حواء ،

---

(٢١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٧ ٠

(٢٢) نيل المآرب جـ ٢ ص ١٢٢ ٠

(٢٣) البدائع جـ ٤ ص ٤٢ ، ٤٣ ، والمدونة الكبرى جـ ٢ ص٢٦١ ٠

وان أباه طلقنى ، فأراد أن ينتزعه منى ، فقال لها رسول الله - ﷺ - : « أنت أحق به ما لم تنكحى » (٢٤) .

وجه الاستدلال :

قال أصحاب هذا القول : لو خير الطفل لم تكن هى أحق به الا اذا اختارها ، كما أن الأب لا يكون أحق به الا اذا اختاره ، فان خير : أنت أحق به ان اختارك ، وقدر ذلك فى جانب الأب ، والنبى - ﷺ - جعلها أحق به مطلقا عند المنازعة (٢٥) .

وعلى الرغم من أن الحنفية والمالكية قالوا : ان الصبى لا يخير بين أبويه الا أنهم اختلفوا فيما اذا كان الغلام ذكراً أو أنثى .

فنجد الحنفية قد فرقوا بين الذكر والأنثى فى فترة حضانتهم .

قال أبو حنيفة الأم والجدتان أحق بالغلام حتى يستغنى عنهن فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده .

وزاد محمد : ويتوضأ وحده ، ويستنجى وحده ، وحد الغلام سبع أو ثمان سنين أو نحو ذلك .

أما الجارية فالأم أحق بها حتى تحيض ، وعن محمد حتى تبلغ أو تشتهى ، والقياس عند الحنفية أن الحضانة تتوقف بالبلوغ فى الغلام والجارية جميعا ، لأن الحضانة ضرب ولاية ، ولأنها تثبتت للأم فلا تنتهى الا بالبلوغ كولاية الأب فى المال .

---

(٢٤) سنن ابى داود جـ ٢ ص ٢٨٣ ، نيل الأوطار جـ ٣ ص ٣٢٩ .

(٢٥) زاد المعاد جـ ٥ ص ٤٦٥ .

الا أن الحنفية تركوا القياس فى الغلام باجماع الصحابة - رضى الله عنهم - لما روى أن أبا بكر الصديق - رضى الله عنه - قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب عاصم أو تتزوج أمه وكان ذلك بمحضر من الصحابة - رضوان الله عليهم - جميعا ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ·

أما الجارية فحكمها قائم على أصل القياس ·

علة بقاء الجارية على أصل القياس وترك الغلام عند الحنفية :

قال الحنفية ان الغلام اذا استغنى يحتاج الى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال وتحصيل أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم والأب على ذلك أقوم وأقدر ·

أما بقاء الجارية على أصل القياس لأن فى بقائها مع أمها تجعلها تتخلق بأخلاق النساء وتعود بشمائلهن ، بل تمس الحاجة الى الترك فى يدها الى وقت البلوغ لحاجتها الى تعلم آداب النساء وخدمة البيت ، ولا يحصل ذلك الا وأن تكون عند الأم ، فاذا بلغت حد الحيض أو بلغت حد الشهوة عند الأم تقع الحاجة الى حمايتها وصيانتها وحفظها عمن يطمع فيها والرجال على ذلك أقدر ·

الحكم لو كان الصغير عند غير الأم :

اذا كان الصغير عند أحد من ذوات الرحم المحرم من الأخوات والخالات والعمات فالحكم فى الجارية كالحكم فى الغلام ، وهو أنها تترك فى أيديهن الى أن تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم الى الأب ، لأنها وان كانت تحتاج بعد الاستغناء الى تعلم آداب النساء لكن فى

تأديبهـا استخدامها ، وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الأمهات [٢٦] .

أما المالكية :

فقالوا : يترك الغلام فى حضانة الأم حتى يحتلم ثم يذهب حيث شاء ، فان احتاج الأب الى أن يؤدبه فله أن يؤدبه بالنهار ويبعثه الى الكتاب وينقلب الى أمه بالليل فى حضانتها ويؤدبه عند أمه ، ولا يفرق بينه وبينها الا أن تتزوج الأم ، فاذا تزوجت الأم وهو صغير يرضع أو فوق ذلك أخذه أبوه أو أولياؤه فان مات عنها زوجها أو طلقها لا يرد الى أمه ، فلا حق لها فيه ، هذا اذا كان المحضون ذكراً .

أما الجارية فالأم أولى بحضانتها اذا فارقها زوجها أو مات عنها حتى تبلغ النكاح وخاف عليها ، فاذا بلغت النكاح وخيف عليها النظر ، فان كانت أمها فى حرز ومنعه وتحصين كانت الأم أحق بها حتى تنكح ، فان بلغت ثلاثين سنة أو أربعين ما كانت بكراً فأمها أحق بها ما لم تنكح الأم ، أو يخاف عليها فى موضعها ، فان خيف عليها عند الأم ضم الجارية أبوها أو أولياؤها ، اذا كان فى الموضع التى تصير اليه كفالة وحرز [٢٧] .

قال مالك : رب رجل شرير سكير يترك ابنته ويذهب أو يدخل عليها الرجال ، بهذا لا تضم اليه بشىء [٢٨] .

---

(٢٦) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٤٢ ، ٤٣ .

(٢٧) المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٤٤ .

(٢٨) المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٤٤ .

الحكم لو كان الصغير عند غير الأم :

قال المالكية : يترك الغلام والجارية عند الجدة والخالة الى حد ما يتركان عند الأم ، ذلك اذا كانوا فى كفالة وحرز ولم يخف عليهما (٢٩) .

الترجيح :

بعد عرض آراء الفقهاء فى مسألة حضانة الصبى المميز نجد أنهم انقسموا على قولين :

الأول : للشافعية والحنابلة وهو القائل بالتخيير .

الثانى : للحنفية والمالكية قالوا : لم يخير ولكن الأم أحق به الى سن السبع ثم يسلم الى الأب هذا فى شأن الغلام، أما الجارية فقالوا : الأم أحق بها الى أن تتزوج .

وأرى أن الراجح من هذه الأقوال هو ما ذهب اليه الشافعية والحنابلة القائل بتخير الصبى المميز بين أبويه لما فيه من المصلحة والرعاية للمحضون ، لأنه ان اختار أمه يكون عندها ليلا وعند الأب فى النهار ليعلمه ويؤدبه ، وهذا دور الأب فى هذه الفترة فمن أهمل تعليم ولده ماينفعه وتركه سدى، فقد أساء اليه غاية الاساءة ، وأكثر الأولاد انما جاء فسادهم من قبل الآباء ، واهمالهم لهم وترك تعليمهم فرائض الدين وسننه ، فأضاعوهم صغاراً فلم ينتفعوا بأنفسهم كباراً ، فالصبى اذا خير صار منعما بين والديه فى الليل والنهار ، فعند الأم السكن والعطف والحنان والشفقة وهو فى حاجة اليهما ، وعند الأب التعليم والأدب والتربية وهو فى أمس الحاجة الى هذا .

---

(٢٩) المدونة الكبرى ج ٢ ص ٢٤٤ .

ومن قال يسلم الصبى المميز بعد سبع سنين الى الأب ليعمله فانه يحرم من عطف وشفقة وحنان الأم ، وقد يبتلى بما يضره من زوجة أبيه ومن سوء المعاملة فيتربى على الحقد والكراهية ، وهذا كله يتنافى مع مصلحة المحضون .

الأثر المترتب على الاختيار عند الشافعية والحنابلة :

نبين فى هذه المسألة أثر الاختيار على علاقة المحضون بأبويه ، وما يلزم الحاضن فى هذه العلاقة وذلك فيما يلى :

أولا : اختيار الأب :

اذا اختار الصبى المميز أحد أبويه كالأب مثلا لم يمنعه من زيارة الأم ، لأن المنع من ذلك اغراء بالعقوق وقطع الرحم ، وهذا فى حق الغلام .

أما الجارية فانها تمنع من زيارة أمها لتألف الصيانة وعدم البروز ، والأم أولى منها بالخروج لزيارتها وذلك لسنها وخبرتها فى الحياة ، والخنثى حكمها حكم الأنثى فى الاختيار .

وتكون الزيارة مرة على العادة أسبوعيا ، واذا دخلت فلا تطيل المقام (٣٠) .

وعبر الماوردى : بأنه يلزم الأب أن يمكنها من الدخول ولا يولها على ولدها (٣١) .

قال ابن الصلاح : ان بخل الأب بدخولها الى منزله أخرج اليها الجارية (٣٢) .

---

(٣٠) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٧ ، وقليوب وعميرة ج ٤ ص ٩١ ، ونيل المآرب ج ٢ ص ١٢٢ .

(٣١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٧ .

(٣٢) ابن الصلاح فى فتاوية ص ٢٦٨ .

ثانيـا : اختيار الصبى المميز للأم :

ان اختار الصبى المميز أمه وكان ذكراً يكون عندها ليلا فقط لأنه وقت السكن وانحيـاز الرجال الى المنـازل ، وعند الأب نهاراً ، يعلمه الأمور الدينية والدنيوية على ما يليق به، ويؤدبه أدب النفس والبراعـة والظـرف ، فمن أدب ولـده صغيراً سر به كبيراً ، وذلك للمقولة المشهورة : الأدب على الآباء والصلاح على الله (٣٢) .

وعلى الأب أن يدفعه الى من يعلمه الكتابة والحرفة على ما يليق بحال الولد .

قال الماوردى: « ليس للأب الشريف أن يعلم ابنه الصنعة اذا كان يزدى به ، وكذا لا ينبغى لمن له صنعة شريفة أن يعلم ابنه صـنعة رديئـة ، لأن عليه رعاية المصلحة وما فيـه حظ الولد ، ولا يكله فى ذلك الى أمه لعجز النسـاء عن القيـام بمثل ذلك .

فتأديب الولد وتعليمه واجب على الولى أبا كان أو جداً أو وصيا ، وأجرة ذلك فى مال الصبى ، فان لم يكن فعلى من تلزمه نفقته (٣٣) .

أما الجارية والخنثىفتكون عند الأم ليلا ونهاراً لاستواء الزمانين فى حقها طلبا لسترها ، ولا يطلب الأب احضارها بل يزورها لتآلف الستر والصيانة على العادة مرة فى يومين فأكثر لا فى كل يوم ، ويمنع الأب من زيارتها ليلا لمـا فيه من التهمة والريبة .

ولو كانت الأم بمسكن زوج لها لم يجز له دخول المسكن

---

(٣٣) مغنى المحتـاج جـ ٣ ص ٤٥٧ .

الا باذن من الزوج ، فان لم يأذن أخرجتها اليه ليراها ويتفقد حالها ويلاحظها بقيام تأديبها وتعليمها وتحمل مؤنتها (٣٤) .

ثالثا : اختيار الصبى المميز للأبوين معا :

اذا اختار الولد المميز أبويه معا أقرع بينهما قطعا للنزاع ، ويكون عند من خرجت قرعته منهما ، لأنه لا يمكن اجتماعهما على كفالته ، ولا مزية لأحدهما على الآخر فوجب التقديم بالقرعة .

واذا لم يختر واحداً منهما أقرع بينهما ، لأنه لا يمكن تركه وحده ما لم يبلغ حتى لا يضيع ، ولا مزية لأحدهما على الآخر فوجبت القرعة (٣٥) .

رابعا : مرض المحضون :

اذا مرض المحضون المميز ذكراً كان أو أنثى فالأم أولى بتمريضه ، لأنها أهدى اليه وأصبر عليه من الأب ونحوه ان رضى به فى بيته ، وان لم يرض قامت بتمريض المحضون فى بيتها ويعودهما ، ويجب الاحتراز عن الخلوة فى التمريض فى بيته وكذلك فى الزيارة .

واذا مات المحضون لم تمنع الأم من حضور غسله وتجهيزه الى الدفن ، وكذلك لو مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته (٣٦) .

---

(٣٤) المهذب جـ ٢ ص ٢١٩ ، وذيل التاريخ جـ ٢ ص ١٢٢ .

(٣٥) المهذب جـ ٢ ص ٢١٩ ، ونيل المآرب جـ ٢ ص ١٢٢ .

(٣٦) المهذب جـ ٢ ص ٢١٩ ، ونيل المآرب جـ ٢ ص ١٢٢ .

المبحث الثـالث

ترتيب الحواضن

الحواضن : هن القـائمات على تربية الصغير ، فمتى اجتمع اثنـان فصاعدا فان تراضـوا بواحـدة فذاك ، وان تدافعوا فعلى من عليه النفقة ٠

والناظر فى كتب الفقه يلمس عظمته فىترتيب الحواضن وتقـديم الأقرب فالأقرب دائما مراعاة لمصلحة المحضون ، لهـذا نرى أن المشرع الحكيم قـدم النسـاء على الرجال فى الحضانة ، لأنهن أشفق وأرفق وأهـدى الى تربية الصغار ، كما قدم النساء المحارم على النساء غير المحارم ، وسأبين الأحق بالحضانة للمولود تبعـا لدرجتهن وذلك فى مسـائل كما يلى :

المسألة الأولى : الحواضن من النساء ذات المحرم ٠

المسألة الثـانية : الحواضن من النساء غير المحرم ٠

المسألة الثـالثة : الحواضن من الرجال ٠

المسألة الرابعـة : اجتماع النسـاء والرجال والجميع من أهل الحضانة ٠

المسألة الخامسة : الحضانة بعد فقد الأمهات والآباء ٠

المسألة الأولى

الحواضن من الاناث ذات المحرم

اتفق الفقهاء [1] على أن أولى الاناث عند اجتماعهن وتنازعهن فى طلب الحضانة الأم ، وذلك لوفور شفقتها ، ومما يؤكد هذا ، ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص ـ رضى الله عنهما ـ أن امرأة قالت : يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وثديى له سقاء ، وحجرى له حواء ، وان أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى ، فقال رسول الله ـ ﷺ ـ « أنت أحق به ما لم تنكحى » [2] .

وتلى الأم فى الحضانة أمهات لها يدلين بانات وارثات ، لمشاركتهن الأم فى الارث والولادة ، ويقدم منهن أقربهن فأقربهن لوفور الشفقة ، ويقدمن على أمهات الأب وان قربن لتحقق ولادتهن ، ولأنهن أقوى فى الميراث من أمهات الأب لأنهن لا يسقطن بالأب وتسقط أمهات الأب بالأم .

حكم الحضانة عند فقد الأم وان علت :

اذا انعدم من يصلح للحضانة من أمهات الأم واجتمعت الأخت وأم الأب وتساوا فى الدرجة فللفقهاء فيه قولان :

القول الأول :

وهو رواية للشافعى وأحد قولى المالكية ورواية للامام أحمد [3] .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥١ ، البدائع جـ ٤ ص ٤١ ، وبلغة السالك جـ ١ ص ٤٩٠ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٠٨ .

(٢) سنن أبى داود جـ ٢ ص ٢٨٣ .

(٣) المهذب جـ ٢ ص ٢١٩ ، وقليوب وعميرة جـ ٤ ص ٩٠ ، وبلغة السالك جـ ١ ص ٤٩٠ ، والمغنى جـ ٩ ص ٣٠٨ .

ذهب أصحاب هذا القول الى أنه اذا انعدم من يصلح للحضانة من أمهات الأم تنتقل الحضانة الى الأخت والخالة، ويقدمان على أم الأب اذا اجتمعت معهن .

قال الشيخ أحمد الدردير : « جدة الأم أحق بالحضانة من غيرها وان علت فان لم توجد فأخت الأم فان لم توجد فخالتها ، أى خالة أمه أحق من غيرها (٤) .

والسبب فى تقديم الأخت والخالة على أم الأب ، هو أن الأخوات اجتمعن معها فى الصلب والبطن ، أو فى أحدهما ، وشاركتها فى النسب ، فهى عليه أشفق .

أما الخالات فلما روى البراء بن عازب - رضى الله عنه - أن النبى - ﷺ - « قضى فى ابنة حمزة لخالتها وقال : الخالة بمنزلة الأم » .

كما أن الخالة تدلى بالأم ، وأم الأب تدلى بالأب ، والأم تقدم على الأب فقدم من يدلى بها على من يدلى به .

فعلى هذا تكون الحضانة لأخت الأم الشقيقة ثم الأخت من الأم ، ثم الخالة ، ثم لأم الأب ، ثم للأخت من الأب ، ثم للعمة .

وعليه تكون الحضانة مرتبة كدرجات ، فان عدمت درجة انتقلت الى الثانية وان أبت الأم انتقلت الى الأب .

القول الثانى :

وهو رواية عن الشافعية ومذهب الحنفية وأحد قولى المالكية ورواية عن الحنابلة (٥) .

---

(٤) بلغة السالك جـ ١ ص ٤٩٠ .

(٥) قليوب وعميرة جـ ٤ ص ٩٠ ، والبدائع جـ ٤ ص ٤١ ، والمدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٥٩ ، والمغنى جـ ٩ ص ٢٠٨ .

قالوا : اذا عدمت أمهات الأم واجتمعت أم الأب مع الأخت والخالة انتقلت الحضانة الى أم الأب ، لأنها جدة وارثة فقدمت على الأخت والخالة كأم الأم ٠

فعلى هذا تكون الحضانة لأم الأب ثم لأمهاتها وان علون ، الأقرب فالأقرب ، ويقدمن على أم الجد كما يقدم الأب على الجد ، فان عدمت أمهات الأب انتقلت الحضانة الى أمهات الجد ثم الى أمهاتها وان علون ، ثم تنتقل الى أمهات أب الجد ٠

قال صاحب البدائع : « فأم الأب أولى من الأخت لأن لها ولاداً فكانت أدخل فى الولاية ، وكذا هى أشفق » (٦) ٠

اعتراض :

اعترض أصحاب القول الثانى على أصحاب القول الأول بأن الحديث الذى استندتم اليه يدل على أن للخالة حقا فى الجملة ، وليس للنزاع فيه ، وانما النزاع فى الترجيح عند الاجتماع ٠

كما اعترضوا على قولهم (ان الخالة تدلى بأم) بأنه لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة كتقديم أم الأم على الخالة ٠

فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهى أولى ممن هو من غير عمودى النسب بكل حال ، وان علت درجتها لفضيلة الولادة والوراثة ٠

الترجيح :

بالنظر الى أقوال الفقهاء فانى أرجح ما ذهب اليه

---

(٦) البدائع جـ ٤ ص ٤١ ٠

أصحاب القول الثانى القائل بأن أم الأب أولى بحضانة الصغير عند فقد الأم وأمهاتها وذلك لكونها وارثة ، كما أنها لها شفقة على أولاد أبنائها .

والله أعلم ...

حضانة الأخوات :

اذا عدم من يستحق الحضانة من الآباء والأمهات وان علوا انتقلت الحضانة الى الأخوات ، وقد من على سائر القرابات كالخالات والعمات وغيرهن، وهذا باتفاق الفقهاء، وذلك لأنهن شاركن فى النسب وقدمن فى الميراث ، كما أن العمات والخالات انما يدلين بأخوة الآباء والأمهات ولا ميراث لهن مع ذى فرض ولا عصبة ، فالمدلى الى نفس المكفول ويرثه ، أقرب وأشفق فكان أولى .

كما اتفق الفقهاء على أن أولى الأخوات فى التقديم من كان لأبوين ، وذلك لأن الأخت الشقيقة شفقتها أتم لاجتماعها مع المحضون فى الصلب والرحم فهى أشفق [٧] .

الا أن الفقهاء اختلفوا بعد ذلك فى تقديم الأخت من الأم على الأخت من الأب عند فقد الشقيقة الى فريقين :

الفريق الأول :

وهم [٨] الحنفية والمالكية ورواية عند الشافعية قالوا : أن الأخت لأم تقدم فى ولاية الحضانة على الأخت لأب .

---

(٧) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٢ ، والبدائع جـ ٤ ص ٤١ ، والمدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٥٩ ، والمغنى جـ ٩ ص ٣٠٩ .

(٨) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٢ ، والبدائع جـ ٤ ص ٤١ ، والمدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٥٩ .

ودليلهم أن الأخت لأم تدلى بقرابة الأم فكانت أولى من الأخت لأب كالجدات .

الفريق الثانى :

وهم الحنابلة (٩) ورواية عند الشافعية قالوا : ان الأخت لأب تقدم فى ولاية الحضانة على الأخت لأم .

ودليلهم : أن الأخت لأب أقوى فى الميراث فقدمت كالأخت من الأبوين، ولا تخفى قوتها فانها أقيمت مقام الأخت من الأبوين عند عدمها ، وتكون عصبة مع البنات وتقاسم الجد (١٠) .

وقد رد أصحاب الفريق الثانى على الفريق الأول القائل بأن الأخت من الأم تقدم على الأخت من الأب للادلاء بقرابة الأم ، بأن الادلاء لا يلزم ، لأن الأخت تدلى بنفسها لكونهما

---

(٩) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٠٩ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص٤٦٣ ذكر الشيبانى فى نيل المآرب جـ ٢ ص ١٢١ ، وكذلك صاحب الروض المربع بشرح زاد المستنقع ص ٤٦٤ ان رأى الحنابلة هو رأى الفريق الأول، اما فى كتاب المغنى لابن قدامة فلم يذكر عن الحنابلة سوى قولا واحدا وهو عكس ما ذكر فى نيل المآرب والروض المربع وعبارة كتاب نيل المآرب (ثم الأولى بالحضانة بعد أمهات آباء الأب الأخت لأبوين لقوة قرابتها ثم اخت لأم ثم أخت لأب) ص ١٢١ .

وعبارة الروض المربع (ثم اخت لأبوين لتقدمها فى الميراث ثم أخت لام كالجدات ثم أخت لأب) ص ٤٦٤ . وفى المغنى « وأولى الأخوات من كان لأبوين لقوة قرابتها ، ثم من كان لأب ، ثم من كان لأم ، نص عليه أحمد » جـ ٩ ص ٣٠٩ .

(١٠) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٠٩ .

خلقـا من ماء واحد ولهما تعصيب ٠

الترجيـح :

بعـد عرض آراء الفقهاء فى ولاية الحضـانة للأخوات نرجح ما ذهبت اليه الرواية الثانية للشافعية بتقديم الأخت من الأب على الأخت لأم ، وذلك لأن الأخت من الاب أقوى فى الميراث فقدمت كالأخت من الأبوين ، كما أن الأخت لأب تكون عصبة مع البنات وتقاسم الجد ، كما أنها أقيمت مقام الأخت من الأبوين عند عدمها ، أما ما ذكر فى المغنى عن الحنـابلة فأرى ضعفه أمام المصـادر الخاصة بالمذهب التى تتفق مع أصحاب القول الأول ٠

اجتماع الأخت لأب مع الخالة :

اختلف الفقهاء فيما اذا اجتمعت الأخت لأب مع الخالة أيهما تقدم وذلك الى فريقين :

الفريق الأول :

وهم المالكية[١١] ورواية عن الشافعية والحنفية ، قالوا: ان الخالة أولى من الأخت لأب فى استحقاقها للحضانة وهذا قول محمد وزفر٠ واستدلوا بما روى عن النبى ـ ﷺ ـ فى قضائه لابنة حمزة لخالتها ، وقال ـ ﷺ ـ: « الخالة والدة » فقد سمى ـ ﷺ ـ « الخالة والدة » فكانت أولى ٠

قال ابن سريج : « تقـدم الخالة على الأخت من الأب ، لأنها أدلت بالأم فقـدمت على المدليـة بالأب كأم الأم مع أم الأب ٠

---

(١١) بلغـة السالك ج ١ ص ٤٨٩ ، ومغنى المحتـاج ج ٢ ص ٤٥٢ ، والبـدائع ج ٤ ص ٤١ ٠

الفريق الثانى :

وهو [١٢] رواية عن الحنفية والشافعية ومذهب الحنابلة قالوا : ان الأخت لأب أولى من الخالة ، لأن الأخت لأب بنت الأب ، والخالة بنت الجد ، فكانت الأخت أقرب ٠

اجتماع أرحام من جهة الأم مع أرحام من جهة الأب :

اتفق الفقهاء [١٣] على أنه اذا اجتمع أرحام من جهة الأم مع أرحام من جهة الأب قدمت التى من جهة الأم على التى من جهة الأب كاجتماع الخالة مع العمة ، كما اتفقوا على تقديم الخالة الشقيقة على التى من الأم أو من الأب ، لأنها تدلى بقرابتين ٠

وتقدم الخالة على العمة وان تساويتا فى القرب لأن الخالات يدلين بقرابة الأم ، فكن أشفق وأولى واستدلوا على ذلك بما روى أن بنت حمزة لما رأت عليا - رضى الله عنه - تمسكت به وقالت ابن عمى فأخذها فاختصم فيها على وجعفر وزيد بن حارثة - رضى الله عنهم - فقال على - رضى الله عنه - بنت عمى ، وقال جعفر بنت عمى وخالتها عندى ، وقال زيد ابن حارثة - رضى الله عنه - بنت أخى ، آخيت بينى وبين حمزة يا رسول الله فقضى رسول الله - ﷺ - بها لخالتها وقال - ﷺ - « الخالة والدة » [١٤] ٠

---

(١٢) البدائع جـ ٤ ص ٤١ ، والروض المربع ص ٤٦٤ ٠

(١٣) البدائع جـ ٤ ص ٤١ ، وبلغة السالك جـ ١ ص ٤٩٠ ، ونيل المآرب جـ ٢ ص ١٢١ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٣ ٠

(١٤) البدائع جـ ٤ ص ٤٢ ، والمدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٥٩ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٣ ، ونيل المآرب جـ ٢ ص ١٢١ ٠

فقد سمى - ﷺ - الخالة والدة فكانت أولى فى تقديمها على العمة ٠

ومع اتفاق الفقهاء فى تقديم الخالة على العمة الا أنهم اختلفوا فى تقديم الخالة التى من جهة الأم على الخالة التى من جهة الأب عند فقد الخالة الشقيقة على قولين :

القول الأول :

وهو للحنفية والمالكية ورواية للشافعية ورواية للحنابلة قالوا : تقدم الخالة التى من جهة الأم على الخالة التى من جهة الأب عند فقد الخالة الشقيقة وذلك للادلاء بالأم ، ولأن الأم أمس رحما من الأب ٠

القول الثانى (١٥) :

وهو رواية للشافعية ورواية للحنابلة قالوا : تقدم الخالة التى من جهة الأب على الخالة التى من جهة الأم وذلك قياسا على تقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، كما أن الخالات أخوات الأم يجرين فى الاستحقاق والتقديم فيما بينهن مجرى الأخوات المفترقات ٠

واذا فقدت الخالات انتقلت ولاية الحضانة الى العمات ٠

وأولى العمات العمة الشقيقة لأنها تدلى بقرابتين ٠

أما العمة لأم والعمة لأب فاختلف الفقهاء فى تقديم أيهما ، كالخلاف السابق ذكره فى الأخوات والخالات ٠

قال صاحب المغنى « فأما عمات الأم فلا حضانة لهن ، لأنهن يدلين بأبى الأم وهو رجل من ذوى الأرحام، فلا حضانة له ولا لمن أدلى به ٠

---

(١٥) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٣ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٠٩ ٠

حكم ولاية الحضانة لأم أبى الأم
(جدة أم الولد من جهة أبيها)

عبر عنها بالجدة التى تدلى بذكر بين أنثيين وهل تثبت الحضانة لها ، اختلف الفقهاء فى ثبوت الحضانة وسقوطها لكل جدة لا ترث الى قولين :

القول الأول :

لجمهور الفقهاء ، الحنفية والمالكية ورواية للشافعية ، ورواية للحنابلة ٠

وفيه تسقط حضانة الجدة التى لا ترث ، وذلك لادلائها بمن لا حق له فى الحضانة (١٦) ٠

القول الثانى :

رواية للشافعية ، ورواية للحنابلة ، وفيها :

لا تسقط حضانة الجدة التى لا ترث وذلك لولادتها وشمول أحكام الأصول لها فى العتق ولزوم النفقة وغيرهما ، لكن تتأخر عن جميع المذكورات لضعفها (١٧) ٠

---

(١٦) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٣ ، والمهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٢١٧ ، والمغنى جـ ٩ ص ٣١٠ ٠

وأسقطها الحنفية والمالكية بعدم التعرض لذكرها ٠ البدائع جـ ٤ ص٤٢ والمدونة جـ ٢ ص ٢٥٩ ٠

(١٧) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٣ ، ونيل المآرب جـ ٢ ص ١٢١ ٠

المسألة الثانية

حق الحضانة لغير المحارم

اختلف الفقهاء فى ثبوت ولاية الحضانة للأنثى غير المحرم كبنات العمات والخالات وبنات الخال على قولين :

القول الأول (١٨) :

للحنفية ورواية للشافعية والمالكية قالوا : لا تثبت الحضانة للأنثى غير المحرم كبنات العم ، وبنات الخال ، وبنات العمة ، وبنات الخالة ، لأن مبنى الحضانة على الشفقة ، والرحم المحرم هى المختصة بالشفقة .

القول الثانى (١٩) :

وهو رواية للشافعية والحنابلة :

قالوا : تثبت الحضانة لكل أنثى غير محرم وذلك لشفقتهن وهدايتهن الى التربية بالأنوثة ، كما قاسها بعض الشافعية على الجدات الساقطات .

وقد أجاب الامام الرافعى على القول الثانى بأن الجدة الساقطة تدلى بغير وارث بخلاف هؤلاء .

وقد اعترض على هذا الجواب بأنه : ليس فى هؤلاء من يدلى بوارث غير بنت العم العصبة (٢٠) .

قال الأسنوى : ترجيح استحقاق بنت الخال للحضانة لا يستقيم مع ما تقدم ، ، لادلائها بذكر غير وارث ، وقد تقرر

---

(١٨) البدائع جـ ٤ ص ٤١ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٣ ، وبلغة السالك جـ ١ ص ٤٩٠ .

(١٩) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٣ ، ونيل المآرب جـ ٢ ص ١٢١ .

(٢٠) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٣

أن من كانت بهذه الصفة ، لا حضانة لها ، بخلاف بنت الخالة والعمة فانها تدلى بأنثى ، وبخلاف بنت العم فانها تدلى بذكر وارث (٢١) .

الرد على ما قاله الأسنوى :

وقد يجاب على ما قاله الأسنوى بعدم ثبوت الحضانة لبنت الخال ، بأن بنت الخال لما كان بينها وبين المحضون محرم قريب وهو الخال ثبت لها الحضانة ، بخلاف الجدة الساقطة لبعدها ، والقرابة لها شفقة ، فثبتت لها الحضانة لذلك (٢٢) .

الترجيح :

أرى رجحان القول الأول القائل بعدم ثبوت الحضانة لأنثى غير محرم لأنها على هذه الدرجة بالنسبة للمحضون صارت كسائر النساء الأجانب ، فان دفع الى واحدة منهن تغير حال الحضانة من حيث الواجب على الولى من النفقة ، لأن ما يدفع الى ذات محرم قليلا أم كثيراً تقنع به لما فيها من شفقة مشتركة بينها وبين أبويه وهذه هى الفطرة .

أما غير المحرم اذا حضنته ، فالحضن مختلف بالفطرة ، ونظرتها الى ما يدفعه الولى مختلف أيضا ، فتكون على المحضون كما تكون مكلفة بأى عمل . والله أعلم .

---

(٢١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٣

(٢٢) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٣ ، ٤٥٤ .

المسألة الثالثة

درجة الرجال فى الحضانة

ان اجتمع الرجال وهم من أهل الحضانة وليس معهم اناث فهم على ثلاثة أصناف :

الصنف الأول : حاضن محرم من الرجال ٠

الصنف الثانى : حاضن وارث غير محرم ٠

الصنف الثالث : حاضن ليس محرم ولا وارث (الأجانب) ٠

الصنف الأول : حاضن ذات محرم من الرجال :

تثبت الحضانة لكل ذىمحرم وارث ، كالأب لأن له ولادة وفضل شفقة ، ثم تنتقل الى آبائه الأقرب فالأقرب لمشاركتهم الأب فى الولادة والتعصيب ٠

فان عدم الأجداد ووجد الأخوة والأعمام اختلف الفقهاء فى استحقاقهم للحضانة على قولين :

القول الأول :

وهو للشافعى والحنفية والمالكية والحنابلة قالوا : عند عدم الأجداد تنتقل الحضانة الى من بعدهم من العصبات مثل الأخ الشقيق أو لأب ، ثم العم وذلك لقوة قرابتهم بالمحرمية والارث ، والولاية على ترتيب الارث عند الاجتماع ، فيقدم أب ثم جد وان علا ، ثم أخ شقيق ثم لأب وهكذا ٠

---

(٢٣) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٣ ، والبدائع جـ ٤ ص ٤٣ ، وبلغة السالك جـ ١ ص ٤٩٠ ، والمغني لابن قدامة ٩ ص ٢١٠ ٠

واستدلوا على ذلك بما روى عن البراء بن عازب رضى الله عنه « أنه اختصم فى بنت حمزة على وجعفر وزيد بن حارثة رضى الله عنهم ، فقال على : أنا أحق بها وهى بنت عمى وقال جعفر : ابنة عمى وخالتها عندى. وقال زيد : بنت أخى ، فقضى بها رسول الله - ﷺ - لخالتها وقال : الخالة بمنزلة الأم » (٢٤) .

وفى هذا الحديث دلالة على جواز حضانة أبناء العمومة لطلبهم فى الحديث ، الا أن الرسول - ﷺ - قدم الخالة لأولويتها من غير نكير، لطلب جعفر وعلى - رضى الله عنهما - الحضانة بالعمومة ، ولأن لهما تعصيبا بالقرابة فثبتت لهما الحضانة كالأب والجد .

فعلى هذا تنتقل الحضانة الى الأخ من الأب والأم ، ثم الى الأخ من الأب ثم الى ابن الأخ الشقيق ، ثم الى ابن الأخ من الأب ، ثم الى العم من الأب والأم ، ثم الى العم من الأب ، لأن الحضانة تثبت لهم بقوة قرابتهم بالارث فقدم من تقدم فى الارث .

وعلى هذا القول يكون ترتيبهم كما يلى :

الأب ، أبو الأب ، جد الأب ، الأخ الشقيق ، الأخ لأب ، العم الشقيق لأب ، العم لأب .

قال الحنابلة : « ان العصبات لهم قرابة يمتازون بها ، وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والأجداد ، ويقومون مقام الأب فى التخيير للصبى بينه وبين الأم أو غيرها ممن له الحضانة من النساء » (٢٥) .

---

(٢٤) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٢١٠ .

(٢٥) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٢١٠ .

القول الثـانى :

وهو لأصحاب الشـافعية ، ذهب هؤلاء الى أنه لا تثبت الحضانة لغير الآباء والأجداد من العصبات ، لأنها تقوم على درجة القرابة التى يتـولد عنها الشفقة والعواطف الموصلة الى كمال الرعاية ، أما هؤلاء ان أسندت اليهم الحضانة عند فقد الأجداد فهم فيها كالأجانب (٢٦) .

الترجيـح :

الراجح ما ذهب اليه أصحاب القول الأول لقوة ماذهبوا اليه من أدلة نقلية وعقلية ، وهذا عند فقد الدرجات السابقة عليهم من النساء حتى لا يترك الصغار من غير حاضن ، وقد حث الله سبحانه أولياء اليتامى على رعايتهم والمحافظة على أموالهم وعدم الطمع فيهم قال تعالى : « ولا تأكلوا أموالهم الى أموالكم انه كان حوبا كبيرا وان خفتم أن لا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ألا تعـدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا » (٢٧) ، آية ٢ ، ٣ من سورة النساء .

وهذا يدل على أحقية العصبة فى الحضانة اذا توافرت الشروط . والله أعلم ..

---

(٢٦) مغنى المحتـاج جـ ٣ ص ٤٥٣ ، والمهذب للشـيرازى جـ ٢ ص ٢١٨ .

(٢٧) البـدائع جـ ٤ ص ٤٣ ، والمـدونة الـكبرى جـ ٢ ص ٢٦١ ، ومغنى المحتـاج جـ ٣ ص ٤٥٤ ، والمغنى لابن قـدامة جـ ٩ ص ٣١٠ .

الصنف الثاني : حاضن وارث غير محرم (ابن العم) :

اختلف الفقهاء فى ثبوت الحضانة لابن العم عند فقد المتقدمين عليه فى الحضانة (الأب ، الجد ، الأخ الشقيق ، الأخ لأب ، العم) وذلك على قولين :

القول الأول :

وهو للحنفية والمالكية ورواية للشافعية والحنابلة ذهب هؤلاء الى القول بثبوت الحضانة لابن العم عند فقد المستحقين لها ، وذلك لوفور شفقته بالولاية ، الا أن أصحاب هذا القول قيدوا ثبوت الحضانة لابن العم فى الأنثى أما الذكر فيسلم اليه مطلقا .

قال صاحب البدائع : « وان كانت جارية فلا تسلم اليه لأنه ليس بمحرم منها ، لأنه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها ، وأما الغلام فانه عصبة وأحق به ممن هو أبعد منه فان لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم اختار لها القاضى أفضل المواضع لأن الولاية فى هذه الحالة اليه فيراعى الأصلح ، فان رآه أصلح ضمها اليه والا فيضعها عند امرأة مسلمة أمينة ، وكل ذكر من قبل النساء فلا حق له فى الولد مثل الأخ لأم والخال وأبو الأم لانعدام العصبة .

قال محمد : ان كان للجارية ابن عم وخال وكلاهما لا بأس به فى دينه جعلها القاضى عند الخال لأنه محرم وابن العم ليس بمحرم فكان المحرم أولى [٢٨] .

وقال الخطيب الشربينى : « لا تسلم اليه مشتهاة حذراً من الخلوة المحرمة ، بل تسلم الى ثقة يعينها ولو بأجرة من

---

(٢٨) البدائع جـ ٤ ص ٤٣ .

هأنهـا ، لأن الحق له فى ذلك ، وانما كان التعيين اليـه لأن الحضانة له ، فان كان مسافراً وبنته معه لا فى رحلة سلمت اليها لا له ، كما لو كان فى الحضر ولم تكن بنته فى بيتـه ، أما الذكر فيسلم اليه مطلقا المشتهى وغيره (٢٩) .

وقال صاحب المغنى لابن قـدامة : « اذا بلغت الجارية سبعا فلا تسلم لابن العم لأنه ليس بمحرم لها » (٣٠) .

القول الثـانى :

وهو رواية للشافعية (٣١) .

قالوا : لا تثبت الحضانة لابن العم عند فقـد المتقدمين عليه فى ولاية الحضانة وذلك لفقـد المحرمية ، وكذلك فيـه مراعاة حرمة اختـلاء ابن العم بابنـة عمه المشتهاة لأنـه كالأجنبى فيحرم اختـلائه بها ، وعليـه فلا تصلح حضانته عليهـا .

الترجيـح :

بالنظر الى القولين السابق ذكرهما ألمس أن حضانة ابن العم لا تثبت فى سن قبل التمييز الا بأمر الحاكم ، فاذا بلغت المحضونة سن السابعة وميزت نزعت من يده ، وتسـلم الى ثقـة لمصلحتها ، وهـذا يحـدث كثيراً وربما كان فى أولاد المسلمين أثناء حرب البوسنة والهرسك ، وهذا كله يدعوا الى تدخل الحاكم فى دفع الأيتام الى الحاضنين والأوصياء ، وقد

---

(٢٩) مغنى المحتـاج جـ ٣ ص ٤٥٤ .

(٣٠) المغنى لابن قـدامة جـ ٩ ص ٣١٠ .

(٣١) مغنى المحتـاج جـ ٣ ص ٤٥٤ .

راعت جمهورية مصر العربية هذا الأمر رعاية كاملة فنصت قوانينها على حقوق الصغار حتى ولو كانوا فى حضانة الأم، أما الصبى فأرى أن الحكم فى حضانته اذا انعدم الأرحام يكون للحاكم ، وبخاصة فى هذا العصر وأمثاله ٠

الصنف الثالث : حاضن ليس بمحرم ولا وارث (الأجانب) :

اختلف الفقهاء فى ثبوت الحضانة لغير المحرم والوارث وهم ابن الخال والأخ لأم وأبى الأم وابن الأخت وابن العمة الى قولين عند فقد العصبات :

القول الأول (٣٢) :

وهو للحنفيـــة والمـالكية ورواية للشـــافعية ورواية للحنـابلة :

قالوا : لا تثبت الحضانة لغير المحرم وغير الوارث ، لأنه لا حق لهم فى الحضانة وذلك لفقد الارث والمحرمية ، فاذا لم يكن للمحضون غير هؤلاء ينتقـل الأمر الى الحاكم ويلحق بهؤلاء المحرم بالرضاع فلا تثبت له الحضانة لفقد الارث ٠

القول الثانى (٣٣) :

وهو رواية للشافعية ، ورواية للحنابلة :

وفيـه تثبت الحضـانة لابن الخال والأخ لأم وأبى الأم وابن الأخت وابن الخال وابن العمة ، وذلك لأن لهم رحمـا وقرابة ٠

---

(٣٢) البدائع جـ ٤ ص ٤٣ ، والمدونة جـ ٢ ص ٢٦١ ، والمهذب جـ ٢ ص ٢١٨ ، والمغنى لابن قـدامة جـ ٩ ص ٢١٠ ٠

(٣٣) مغنى المحتـــاج جـ ٣ ص ٤٥٤ ، والمهـذب جـ ٢ ص ٢١٨ ، والمغنى لابن قـدامة جـ ٩ ص ٣١٠ ٠

الترجيـح :

أرجح ما ذهب اليه أصحاب القول الأول القـائل بعدم ثبـوت الحضانة لغير المحرم وذلك لفقـد شرط أسـاسى فى الحاضن ألا وهو كونه محرما ، لأن المحرمية تدل على قـوة القرابة الدافعة الى الرعاية والشفقة على الصغار المحارم، أما اذا فقد شرط المحرمية ولم يوجد قريبة ولا قريب المحضون سـوى قرابة غير المحـرم فلا يدفع اليه الا بشرط الوصـية والولاية ، وهو أن يكون عدلا ثقة متحد الدين ، ومن المحاكم. والله أعـلم ..

المسـألة الرابعـة

اجتماع الاناث والذكور والجميع من أهل الحضـانة

عند اجتمـاع الاناث والذكور على الحضانة نجـد أنهم يأتون على خمس حالات ، نظرا لمغايرة حكم كل حالة للحالة الأخرى ، وتبعا لدرجة قرابة الحاضنين وهى كما يلى :

الحالة الأولى : اجتماع الأب مع الأم :

ان اجتمع الأب مع الأم كانت الحضانة للأم، لأن ولادتها متحققـة ، وولادة الأب مظنونة ، ولأن لهـا فضـلا بالحمل والوضع ، ولها معرفة بالحضانة فقدمت على الأب (٣٤) .

---

(٣٤) البدائع جـ ٤ ص ٤٢ ، وبلغة السالك جـ ١ ص ٤٩٠ ، والمهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٢١٨ ، ومغنى المحتـاج جـ ٣ ص ٤٥٤ ، والمغنى جـ ٩ ص ٣١٠ .

وأرى أن تقـــديم الأم على الأب ليس لتحقـق الولادة وظنيتها ، وانما مرجعها :

أولا : الى ما شرعه الله بناء لفطرته فى خلقه ٠

ثانيا : لمصلحة المحضون وحاجته فى فترة حضانته الى رعاية خاصة لا يقوى عليها الا النساء ٠

ومما يدل على تقديم الأم على الأب ، ما روى عن عبدالله ابن عمرو ـ رضى الله عنهما ـ ان امرأة قالت : يا رسول الله « ان ابنى هذا كانت بطنى له وعاء وثديى له سقاء وحجرى له حواء ، وان أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى » ، فقال لها رسول الله ـ ﷺ ـ « أنت أحق به ما لم تنكحى » (٣٥) ٠

الحالة الثـانية : اجتماع الأب مع أم الأم :

ان اجتمع الأب مع أم الأم وان علت كانت الحضانة لأم الأم ، لأنهـا كالأم فى تحقـق الولادة والميـراث ومعـرفة الحضانة ٠

وأرى أن الأم لا تقـدم على الأب ، وانما تـكون للأب ، ولا يدفع اليـه الا باختيـاره وارادته ، على أن يكون هـو الحاضن وأم الأم معاونة له ، لأن فى الأب أيضا فطرة عظيمة وهى حب الأبنـاء ، وهذا الحب يدفعـه كما يدفع الأم الى الحرص على مصلحتهما فلا تأخذ أم الأم حكم الأم من الأب ، لأن فى دفعه للأم راحة واستقرار أكثر للأب واطمئنان على أبنـائه أكثر من غيرها ٠

الحالة الثـالثة : اجتماع الأب مع من يدلى به من النساء :

وان اجتمع الأب مع أم نفسه أو مع الأخت من الأب أو

---

(٣٥) سـنن أبو داود ج ٢ ص ٣٥١ ٠

مع العمة قدم الأب عليهن لأنهن يدلين به فقدم عليهن [٣٦] .

الحالة الرابعة : اجتماع الأب مع نساء يدلين من جهة المحضون :

اختلفوا فيما اذا اجتمع الأب مع الأخت من الأم أو الخالة على قولين :

القول الأول :

رواية للشافعية ، ورواية للحنابلة :

قالوا : ان الأب أحق ، لأن له ولادة وارث فقدم على الأخت لأم والخالة كالأم وهو ظاهر النص ، لتقديم الأقرب فالأقرب، فاذا انقرضت الأمهات والآباء انتقلت الى الأخوات والخالات [٣٧] .

القول الثاني :

للحنفية والمالكية ورواية للشافعية ورواية للحنابلة :

قالوا يقدم الأخت والخالة على الأب لأنهن من أهل الحضانة والتربية ويدليان بالأم فقدمتا على الأب كأمهات الأم [٣٨] .

الحالة الخامسة : اجتماع الجد لأب مع الأم والنساء من جهتها :

١ - ان اجتمع جد أب الأب مع الأم أو مع أم الأم وان

---

(٣٦) مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٤ ، والمهذب جـ ٢ ص ٢١٨ .

(٣٧) المهذب للشيرازي جـ ٢ ص ٢١٨ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص٤٥٤ وقليوب وعميرة جـ ٤ ص ٨٩ ، والمغني لابن قدامة جـ ٩ ص ٣١٠ .

(٣٨) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٤٣ ، بلغة السالك جـ ١ ص ٤٩٠ ، المهذب جـ ٢ ص ٢١٨ ، ونيل المآرب جـ ٢ ص١٢١ .

علت قدمت عليه كما تقدم على الأب .

وان اجتمعت الجدات مع أب الأب قدمت عليه لأنها تساويه فى الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه ، كما قدمت الأم على الأب (٣٩) .

٢ - وان اجتمع الجد مع الأخت من الأم أو مع الخالة ففيه قولان ، كما سبق ذكره فى اجتماع الأب معهما (٤٠) .

أما لو اجتمع الجد مع الأخت من الأب فعلى وجهين :

أحدهما : أن الجد أحق لأنه كالأب فى الولادة والتعصيب فكذلك فى التقدم على الأخت ، وهذا فى المشهور عند الشافعية والحنابلة (٤١) .

الثانى : أن الأخت أحق لأنها تساويه فى الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة وهذا ما ذهب اليه الحنفية والمالكية ، والرواية الثانية عند الشافعية والحنابلة (٤٢) .

الترجيح :

بعد عرض حالات اجتماع الذكور مع الاناث فى طلب الحضانة أرجح أن تكون للأم دون الأب ، وبعد الأم لكل من كان أقرب للمحضون فى الدرجة يقدم على من كان فى درجة

---

(٣٩) قليوب وعميرة جـ ٤ ص ٩٠ ، والبدائع جـ ٤ ص ٤١ ، والمدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٥٩ ، والمغنى جـ ٩ ص ٣٠٨ .

(٤٠) انظر الحالة الرابعة ص ٣٣ من البحث .

(٤١) المهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٢١٨ ، والمغنى جـ ٩ ص ٣٠٩ .

(٤٢) البدائع جـ ٤ ص ٤٣ ، وبلغة السالك جـ ١ ص ٤٩٠ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٤ ، ونيل المآرب جـ ٢ ص ١٢١ .

أبعد من درجته دون فرق بين ذكر وأنثى ، لأن مراعاة درجة القرابة تدعوا الى الحرص على مصلحة المحضون اذا توافرت فى الحاضن شروط الحضانة كما أن تقديم درجة القرابة دون فرق بين الذكور والاناث بعد الأم والأب يجنب الحاضنين الكثير من المشاحنات .

* * *

المبحث الرابع

الحاضن والشروط الخاصة به

الحاضن هو الذى يلى أمر الأولاد من حيث التربية والرعاية وحفظ المصالح الخاصة بهم ·

فان كان الأبوان على النكاح فالطفل معهما ، وان تفرقا بفسخ أو طلاق أو غيرهما كانت الحضانة لمن تتوافر فيه عدة شروط بعضها يشترك فيه الحاضنون رجالا كانوا أم نساء ، وشرط واحد يزاد فى النساء ، وسوف نبين هذه الشروط تفصيلا ان شاء الله تعالى متناولة كل شرط على حدة ·

الشروط العامة وهى :

١ ـ الاسلام ·

٢ ـ البلوغ والعقل ·

٣ ـ القدرة على الحضانة ·

٤ ـ الحرية ·

٥ ـ الأمانة والعدالة ·

٦ ـ استقرار الحاضن أو الحاضنة فى مكان الحضانة ·

أما الشروط الذى اختصت بها النساء هى :

١ ـ أن تكون الحاضنة خالية ·

وهذه الشروط محل اختلاف بين الفقهاء ، ولذا سوف نبين كل شرط على حدة ·

الشرط الأول : الاسلام :

اختلف الفقهاء فى شرط الاسلام على قولين :

القول الأول [١] :

وهو لفقهاء الشافعية والحنابلة : ذهب أصحاب هذا القول الى أنه يشترط فى الحاضن الذى يقوم على تربية الولد وحفظه ورعايته أن يكون مسلما ، فلا تثبت حضانة غير المسلم على المسلم لأنه ربما فتنه عن دينه ، ويخرجه عن الاسلام بتعليمه الكفر وتزيينه له وتربيته عليه ، وهذا أعظم الضرر .

كما أن الحضانة تثبت لحظ الولد ، فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه .

القول الثانى [٢] :

وهو للحنفية والمالكية وأحد فقهاء الشافعية قالوا : لا يشترط الاسلام فى الحاضن لكى تثبت ولايته على المحضون .

واستدلوا على ذلك بما روى عبد الحميد بن سلمة عن أبيه أنه قال : « أسلم أبى وأبت أمى أن تسلم وأنا غلام ، فاختصما الى النبى - ﷺ - فقال : يا غلام اذهب الى أيهما شئت ، ان شئت الى أبيك وان شئت الى أمك ، فتوجهت الى أمى فلما رأنى النبى - ﷺ - سمعته يقول : اللهم اهده ، فملت الى أبى فقعدت فى حجره » [٣] .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص٤٥٥ ، وقليوب وعميرة جـ ٤ ص٩٠ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٢٩٩ .

(٢) البدائع جـ ٤ ص ٤٢ ، وبلغة السالك جـ ٢ ص ٤٩٠ ، والمدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٤٥ ، والمهذب جـ ٢ ص ٢١٦ .

(٣) سنن أبى داود جـ ٢ ص ٢٧٣ .

قال صاحب البدائع : « وأهل الذمة فى هذه الحضانة بمنزلة أهل الاسلام لأن هذا الحق حتى لو كانت الحاضنة كتابية والولد مسلم كانت فى الحضانة كالمسلمة » (٤) .

الا أن بعض أصحاب هذا القول قد قيد ولاية غير المسلم على المسلم بعدم وقوع ضرر بالمحضون .

قال أبو بكر الرازى : « انهـا أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا فاذا عقلا سقط حقها لأنها تعودهما أخلاق الكفرة وفيه ضرر عليها » (٥) .

وقال صاحب شرح فتح القدير : « والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر » (٦) .

وقال صاحب المدونة « اذا طلقت الأم وكان الأب مسلما وهى نصرانية أو يهودية ومعها أولاد صغار فهو أحق بولدها وهى كالمسلمة فى ولدها الى أن يخاف عليها ان بلغت جارية، أن لا يكونوا فى حرز، وان أرادت أن تسقيهم خمراً أو تغذيهم بلحم الخنزير منعت من ذلك ولا ينزع الولد منها ، وان خافوا أن تفعل ضمت الى ناس من المسلمين لئلا تفعله ، وان كانت الأم مجوسية أسلم زوجها ومعها صغار وأبت أن تسلم ففرق بينهما فالأم أحق بالولد ، واليهودية والنصرانية والمجوسية فى هذا سواء مثل المسلمة (٧) .

الرد من أصحاب القول الأول على ما استدل به أصحاب

---

(٤) البـدائع جـ ٤ ص ٤٢ .

(٥) البـدائع جـ ٤ ص ٤٢ .

(٦) شرح فتح القـدير جـ ٤ ص ٣٧٢ .

(٧) المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ .

القول الثانى وذلك من عدة وجوه :

١ - ان هذا الحديث قد روى على غير هذا الوجه ، قال ابن المنذر : هذا الحديث لا يثبته أهل النقل وفى اسناده مقال ، وذلك لأنه من رواية عبد الحميد بن جعفر بن رافع وضعفه الثورى ويحيى بن معين .

٢ - الحديث ليس فيه تخيير للصبى ، والظاهر أنه لم يبلغ سن التخيير .

٣ - قال ابن المنذر : يحتمل أن النبى - ﷺ - علم أنها تختار أباها بدعوته فكان ذلك خاصا فى حقه ، فليس من أدلة التخيير .

٤ - هذا الحديث منسوخ أو محمول على أنه - ﷺ - عرف أنه يستجاب دعاؤه ، وأنه يختار الأب المسلم ، أما قصده بتخييره واستمالة قلب أمه بأنه لا دلالة فيه ، اذ لو كان لأمه حق لأقرها عليه ، ولما دعا .

وحينئذ فحضانته لأقاربه من المسلمين على الترتيب الذى سبق ذكره فى ترتيب الحواضن ، فان لم يوجد أحد منهم حضنه المسلمون ومؤنته فى ماله ، فان لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته ، فان لم يكن فهو من محاويج المسلمين فعلى بيت المال (٨) .

الترجيح :

نميل الى ما ذهب اليه أصحاب القول الأول القائل بعدم حضانة غير المسلم على المسلم ، لأن هذا لا يتفق مع مصلحة

---

(٨) مغنى المحتاج جـ ٣ ص٤٥٥ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٩ ص٢٩٩ ، وسبل السلام جـ ٢ ص ٢٢٩ .

المحضون ، كما أن الحاضن يكون حريصا على تربية الطفل على دينه ، وهذا يتنافى مع قول الحق تبارك وتعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » [٩] فبينت لنا هذه الآية الكريمة قطع الموالاة بين الكافرين والمسلمين وجعل المؤمنين بعضهم أولى ببعض ، والحضانة ولاية فلابد فيها من مراعاة مصلحة المولى عليه .

والله أعلم ..

الشرط الثاني : البلوغ والعقل :

يشترط فى الحاضن البلوغ والعقل ، فلا حضانة لمجنون [١٠] سواء كان الجنون مطبقا أو متقطعا الا أن يقع نادراً كيوم فى سنة ، لم تسقط الحضانة به ، فيكون كالمرض الذى يطرأ فيزول .

فالعقل مشترط فى الحضانة ، فلا حضانة لمجنون ولا معتوه [١١] ولا طفل، لأن هؤلاء يحتاجون الى من يحضنهم

---

(٩) سورة النساء الآية : ١٤١ .

(١٠) الجنون عرفه العلماء بعدة تعريفات منها : انه آفة تحل بالدماغ تبعث على الإقدام على ما يضاد مقتضى العقل من غير ضعف فى اعضائه أو انه مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها الصحيح ، وفسر المالكية الجنون بالصرع أو بالوسواس ، شرح المنار لابن مالك ص ٩٤٧ ، وتيسير التحرير ج ٢ ص٣٥٩ ، والأحوال الشخصية لأبى زهرة ص ٤٧٣ ، وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢٣١ .

(١١) العتة عرفه العلماء بانه : آفة توجب خللا فى العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه كلام المجانين، أو انه آفة ناشئة فى الذات توجب خللا فى العقل ، كشف الأسرار للبزدوى ج ٤ ص ٢٧٤ ، والتقرير والتحبير ج ٢ ص ١٧٦ .

ويكفلهم ، فكيف يكونون كافلين لغيرهم ، فالمعتوه لا يصلح للحضانة ، لأنه يحتاج الى من يتولى أمره ، وفاقد الشيء لا يعطيه (١٢) .

قال صاحب بلغة السالك : « فلا حضانة لمجنون ولو كان يفيق فى بعض الأحيان ولا لمن به طيش (١٣) .

الشرط الثالث : القدرة على الحضانة :

وهذا الشرط عند الشافعية ، أما المالكية (١٤) فسموه بالكفاءة ، فلا حضانة لمن لا قدرة له على صيانة المحضون ، أما الحنفية والحنابلة فلم يقولوا بهذا الشرط .

وفسر الشافعية والمالكية هذا الشرط بأن يكون الحاضن عنده القدرة على خدمة المحضون ورعايته فلا يكون مريضا مرضا لا يرجى برؤه ، كالسل ، والفالج (١٥) ان عاق تألمه عن نظر ورعاية المحضون بأن كان مؤلما يشغله عن كفالته وتدبر أمره ، أو عن حركة من يباشر الحضانة فتسقط فى حقه دون من يدبر الأمور بنظره ويباشرها غيره .

كما اشترط الشافعية والمالكية فى الحاضن : ألا يكون أبرص (١٦) ولا أجذم (١٧) ، فلا حضانة لمن به شيء من ذلك

---

(١٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٥ ، والبدائع ج ٤ ص ٤١ ، وبلغة السالك ج ١ ص ٤٩١ ، وزاد المعاد ج ٥ ص ٤٦٢ .

(١٣) الطيش فسره المالكية بأى خفة فى العقل .

(١٤) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٥ ، وبلغة السالك ج ١ ص ٤٩١ .

(١٥) الفالج هو من يبست عروقه فضعفت الأطراف عن الحركة - الشلل ، مختار الصحاح ص ٥١٠ .

(١٦) البرص : هو داء معروف وبابه طرب فهو ابرص ، مختار الصحاح ص ٤٨ .

(١٧) الجذام : داء وقد جذم الرجل بضم الجيم فهو مجذوم ، =

ولا أعمى كما أفتى به عبد الملك بن ابراهيم المقدسى من أقران ابن الصباغ .

وقيل : ان باشر غيره وهو مدبر أموره فلا منع كما فى الفالج .

كما اشترط الشافعية والمالكية فى الحاضن أن يكون رشيداً ، وفسر المالكية الرشد بأنه يطلق على حفظ المال المصاحب للبلوغ ، فالمبذر لماله لا يصلح لولاية الحضانة ، كما أن غير العاقل لا يصلح لها ، حيث كان الحاضن حافظا للمال عاقلا، فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون، أو ينفق عليه منه ما لا يطيق (١٨) .

وقال الشافعية : فلا حضانة لسفيه (١٩) لأنه ليس أهلا للحضانة ، وكذلك ألا يكون مغفلا (٢٠) .

قال الشيخ قليوبى : « ومجنون ومثله الأبرص والأجذم وتارك الصلاة وذو مرض دائم يشغله عن أحوال المحضون، والسفيه والصغير والمغفل سواء الذكر والأنثى فى جميع ذلك » (٢١) .

= والأجذم هو المقطوع اليد وبابه طرب ، وفى الحديث « من تعلم القرآن ثم نسيه لقى الله وهو أجذم » مختار الصحاح ص ٩٧ .

(١٨) بلغة السالك جـ ١ ص ٤٩١ .

(١٩) السفه : يطلق على الخفة والحركة والجهل والضعف ، لسان العرب جـ ١٧ ص ٣٩٠ .

(٢٠) الغفلة : من غفل عن الشيء من باب دخل ، واغفله تركه وسها عنه ، مختار الصحاح ص ٤٧٧ .

(٢١) قليوب وعميرة جـ ٤ ص ٩٠ .

وفسر الشافعية السفيه بأنه : المبذر لماله ، أى الذى يصرف المال فى غير مصارفه (٢٢) .

أما ذو الغفلة فقد ألحقه الشافعية والمالكية بالسفيه ، والواقع أنه يتشابه معه فى سوء التدبير واتلاف الأموال ، الا أن السفيه يفعل ذلك قصداً ، أما ذو الغفلة فانه لا يقصد الاتلاف لعدم خبرته وسلامة نيته (٢٣) .

ونرى أن كل علة يصاب بها الحاضن أو الحاضنة تؤدى الى اعاقة القيام بأمور الحضانة ، تحجب الحضانة عنه كما تسقطها ، والعلل التى تعوق كثيرة ، ويدخل فيها جميع الأمراض المزمنة والمعدية ، وهذا كله ما دامت الحضانة لمصلحة المحضون ورعايته .

الشرط الرابع : الحرية :

اختلف الفقهاء فى شرط الحرية فبعضهم قال يشترط فى الحاضن أن يكون حراً والبعض الآخر قال الحرية ليست بشرط ، فالحاضن قد يكون عبداً أو أمة .

وسوف نبرز هذا الخلاف عند الفقهاء فى قولين :

القول الأول (٢٤) :

وهو للحنفية والشافعية والحنابلة :

ذهب أصحاب هذا القول الى أن الحرية شرطا فى الحاضن ، فلا حضانة لعبد وأمه ولو مبعضا وان أذن له

---

(٢٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٥٧ .

(٢٣) بلغة السالك جـ ١ ص ٤٩١ ، والمهذب جـ ٢ ص ٢٢٠ .

(٢٤) البدائع جـ ٤ ص ٤٢ ، وشرح فتح القدير جـ ٤ ص ٣٧٢ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٤ ، والمغنى جـ ٩ ص ٢٩٩ .

سيده ، لأن الحضانة ولاية وهما ليسا من أهلها ، كما أن الأمة لا تملك منافعها التى تحصل الكفالة بها لكونها مملوكة لسيدها ، فلم تكن لها حضانة كما لو بيعت ونقلت .

ويدخل تحت هذا الشرط أم أم الولد والمدبرة والمكاتبة والمبعض فهؤلاء يأخذون حكم العبد والأمة فى عدم الحاق الحضانة لهم .

قال صاحب البدائع : « فلا حق للأمة وأم الولد فى حضانة الولد الحر لأن الحضانة ضرب من الولاية وهما ليستا من أهل الولاية فأما اذا أعتقتا فهما فى الحضانة كالحرة لأنهما استفادتا الولاية بالعتق (٢٥) .

وقال صاحب الروض المربع (٢٦) : « لا حضانة لمن فيه رق ولو قل لأنها ولاية وليس هو من أهلها » .

قال صاحب المغنى : « أما من بعضه حر فان لم يكن بينه وبين سيده مهايأة فلا حضانة له ، لأنه لا يقدر عليها لكون منافعه مشتركة بينه وبين سيده ، وان كان بينهما مهايأة فقياس قول أحمد أن له الحضانة فى أيامه ، لأنه قال : كل ما يتجزأ فعليه النصف من كل شىء (٢٧) .

وقال الشافعى : لا حضانة للذى بينه وبين سيده مهايأة لأنه كالقن كما ذكر .

واستثنى الشافعية من هذا الشرط ما لو أسلمت أم

---

(٢٥) البدائع جـ ٤ ص ٤٢ .

(٢٦) الروض المربع ص ٤٦٤ .

(٢٧) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٢٩٩ .

الولد الكافر من أب كافر فان ولدها يتبعهـا وحضانته لهـا ما لم تنكح ، وذلك لفراغها ، ولمنع السيد من قربانها مع وفور شفقتها وعلو مكانتها بالاسلام [٢٨] .

القول الثـانى [٢٩] :

وهو للمالكية :

قالوا : الحر ان كان له ولد من أمة ، فهى أحق به الا أن تبـاع فتظعن الى بلد غير بلد الأب فيكون الأب أحق بـه ، أو يريد الأب الانتقال لبلد سواه فيكون أحق به .

والعبـد فى ولده ليس بمنزلة الحر ، لا يفرق بين الولد وبين أمه ، كانت أمة أو حـرة ، لأن العبـد ليس لـه مسكن ولا قرار ، وربما يسافر به ويظعن ويباع .

ولا يفرق بين الأولاد والأمهات فى العبد لقول الرسول - ﷺ - « لا توله والدة عن ولدها » [٣٠] وقال صلى الله عليه وسلم : « من فرق بين الوالدة وولدها ، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيـامة » [٣١] .

فلا يجوز التفريق فى البيـع بين الأم وولدها الصغير ، فكذلك لا يفـرق بينهما فى الحضانة ، لأن عموم الأحاديث تمنع من التفريق مطلقا فى الحضانة والبيع .

فاذا أعتقت أم الولد ولهـا أولاد صغار فهى فى ولدها

---

(٢٨) مغنى المحتـاج جـ ٣ ص ٤٥٤ ، وقليـوب وعميرة جـ ٤ ص ٩٠ والمهـذب جـ ٢ ص ٢١٦ .

(٢٩) بلغـة السـالك جـ ١ ص ٤٩٠ ، والمـدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٤٥ - ٢٤٧ .

(٣٠) البيهقى .

(٣١) الدارمى جـ ٢ ص ٢٩٩ .

بمنزلة المرأة الحرة التى تطلق ولها أولاد صغار .

الترجيح :

من خلال أقوال الفقهاء القائلين باشتراط الحرية فى الحاضن نجد أن المالكية وان لم يشترطوا الحرية أنهم قيدوا الحاضن بشرط ألا يباع ، فاذا بيعت الأمة انتقل المحضون الى الأب مباشرة ، ولعلهم قالوا : بحضانة الأم له فى فترة حاجة المحضون الى أمة من رضاع وغيره ، وهذا ما أرجحه .

أما ما استدل به الفقهاء من أن منافعها مملوكة للسيد ، فهى مستغرقة فى خدمته فلا تفرغ لحضانة الولد ، فهذا لا يمنع حقها فى حضانة صغارها ، بل تقدم مصلحة الصغار التى لا تخلو من نفع للسيد على حقه الخاص .

والله أعلم .

الشرط الخامس : الأمانة والعدالة :

وهذا الشرط محل اختلاف بين الفقهاء ، فمنهم من قال به ومنهم من لم يشترطه ، وسوف نبرز باذن الله - تعالى - اختلاف الفقهاء فى هذا الشرط على قولين :

القول الأول :

وهو (٣٢) للمالكية وبعض الشافعية ورواية للحنابلة : ذهب هؤلاء الى اشتراط الأمانة فى الحاضن والمراد بالأمانة هنا الأمانة فى الدين ، فلا حضانة لسكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو المحرم .

---

(٣٢) بلغة السالك ج ١ ص ٤٩١ ، ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٤ والروض المربع ص ٤٦٤ .

وقال المالكية تشمل الأمانة أيضا أمن المكان، فلا حضانة لمن بيته مأوى الفساق أو بجوارهم بحيث يخاف على البنت المطيقة منهم الفساد ، أو يخشى منهم سرقة مال المحضون .

كما يشترط فى الحاضن أن يكون عادلا (٣٣) فلا حضانة لفاسق وفاسقة ، لأنه لا يلى ولا يؤتمن ، ولأن المحضون لا حظ له فى حضانة الفاسق ، لأنه ينشأ على طريقته كما أن الفاسق لا يوفى الحضانة حقها ، لأنه غير موثوق به فىأداء الواجب من الحضانة .

ويجدر بنا هنا أن نبين حقيقة الفسق الذى يترتب عليه عدم ثبوت الحضانة للمتصف به .

فالفسق فى اللغة هو من فسق ، وفسقت الرطبة أى خرجت عن قشرها ، وفسق عن أمر ربه أى خرج (٣٤) .

قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين » (٣٥) .

فأمر الله سبحانه وتعالى بالتبين عند كلام الفاسق ، ولا يجوز قبول حكم قبل أن يتبين كلامه .

والعدالة نقيضها الفسق .

ونجد أن العلماء من الحنفية والمالكية وجمهور الشافعية والحنابلة قد عرفوا الفسق بأنه الفاسد لأمر دينه ، وهو من

---

(٣٣) العادل : هو الذى لم يرتكب كبيرة ولم يصر على صغيرة ، والأمين : الصادق فى وعده وعهده الحافظ للحقوق ، والكبيرة ما فيها حد فى الدنيا أو وعيد فى الآخرة .

(٣٤) مختار الصحاح مادة فسق ص ٥٠٢ .

(٣٥) سورة الحجرات الآية : ٦ .

كان كذابا أو مانعا للزكاة أو مضيعا للصلاة .

وقد أجمع العلماء على أن الفاسق لا تقبل شهادته بحال ما دام على فسقه ، فترد شهادته أبداً ، ولم يعلم فى هذا خلاف عن العلماء لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا » فمرتكب المعاصى يكون فاسقا ليس بعدل لا عند الله ولا عند الناس ما لم يتب ولكنه لم يحجر عليه (٣٦) ، ومع ذلك اختلفوا فى سبب الفسق المؤدى الى منع الشهادة .

فالامام الشافعى وابن المنذر والحسن البصرى فقد عرفوا الفسق بأنه الذى يرتكب كبيرة أو صغيرة المضيع لماله ولهذا يجب الحجر عليه (٣٧) .

والحنفية قالوا الفسق المانع للولاية ما كان سببه الحد فى قذف (٣٨) .

بعد هذا نجد أن أصحاب القول الأول قد ذهبوا الى اشتراط الأمانة والعدالة فى الحاضن وبناءاً عليه فلا يجوز تولية الفاسق للحضانة .

القول الثانى :

وهو (٣٩) للحنفية وبعض الشافعية ورواية للحنابلة :

---

(٣٦) تبيين الحقائق جـ ٥ ص ١٩٨ ، والمنتقى شرح الموطأ جـ ٦ ص ١٥٤ ، ونهاية المحتاج جـ ٤ ص ٣٥٤ ، ونيل المآرب جـ ١ ص ٩٨ .

(٣٧) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٥٧ ، والمجموع شرح المهذب جـ ١٣ ص ٣٦٧ .

(٣٨) البدائع جـ ٤ ص ٤٢ ، وشرح فتح القدير جـ ٧ ص ٢٥٣ .

(٣٩) البدائع جـ ٤ ص ٤٢ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٤٥ ، وزاد المعاد جـ ٥ ص ٤٦١ .

ذهب هـؤلاء الى أنه لا يشترط فى الحاضن العـدالة ، فيجوز أن يكون الحاضن فاسقا ، لأنه لن يكون فسق أكبر من الكفر ، وقـد أثبتوا أن اتحاد الدين ليس بشرط لثبـوت هذا الحق ، حتى لو كانت الحاضنة كتابية والولد مسـلم ، فمن باب أولى ولاية المسلم العاصى للحضانة .

الترجيـح :

ما ذهب اليه أصحاب القول الثانى القائل بعدم اشتراط العدالة أرجح ، لأنه لو اشترط فى الحاضن العدالة لضـاع أطفال العالم ، ولعظمت المشقة على الأمة ، واشتد العنت ، ولم يزل من حين قام الاسـلام الى أن تقوم الساعة أطفـال الفساق بينهم لايتعرض لهم أحد فى الدنيا مع كونهم الأكثرين ، ومتى وقـع فى الاسلام انتزاع الطفل من أبويه أو أحـدهما بفسقه ؟ وهذا فى الحرج والعسر واستمرار العمل المتصل فى سـائر الأمصار والأعصار على خلافه بمنزلة اشـتراط العـدالة فى ولاية النكاح ، فانه دائم الوقوع فى الأمصار والأعصار ، والقرى والبوادى ، مع أن أكثر الأولياء الذين يلون ذلك فساق ، ولم يزل الفسق فى النـاس ، ولم يمنـع النبى - ﷺ - ولا أحـد من الصحابة فاسقا من تربية ابنـه وحضانته له ، ولا من تزويجه موليته ، والعادة شاهدة بأن الرجل ولو كان من الفساق ، فانه يحتاط لابنته ، ولا يضيعها ، ويحرص على الخير لها بجهده ، وان وجد خلاف ذلك فهـو قليل بالنسبة الى المعتاد ، والشارع يكتفى فى ذلك بالباعث الطبيعى ، ولو كان الفاسق مسلوب الحضانة وولاية النكاح ، لكان بيان هذه للأمة من أهم الأمور واعتنـاء الأمة بنقـله وتوارث العمل به مقـدما على كثير مما نقـلوه ، وتوارثوا

العمل به ، فكيف يجوز عليهم تضييعه واتصال العمل بخلافه، ولو كان الفسق ينافى الحضانة لكان من زنى أو شرب خمراً أو أتى كبيرة فرق بينه وبين أولاده الصغار والتمس لهم غيره ، ومن الثابت أن الغامدية أجل عليها حد الرجم لحضانة ولدها من الزنا .

الشرط السادس : استقرار الحاضن أو الحاضنة فى مكان الحضانة :

فلو سافر أحد الأبوين والآخر مقيم، فلا حضانة للمسافر، وسفر الحاضن اما أن يكون سفراً طارئاً لحاجة طويلا كان السفر أم قصيراً ، يعود منه بعد قضاء حاجته ، واما أن يكون سفراً لمحل يستقر فيه، ولهذا نجد الفقهاء قد فرقوا بين نوعى السفر فى الحكم المترتب عليه للمحضون ، ففرقوا بين حكم السفر الطارىء لأحدهما مع العودة ، وسفرهما معا الى مقاصد مختلفة ، وسفر أحدهما للنقلة والاقامة ، ولذا سوف نفرد باذن الله - تعالى - كل نوع من السفر على حدة فى مسألة :

المسألة الأولى

سفر الحاضن سفراً طارئا لحاجة

اتفق الفقهاء على أنه اذا سافر أحد الأبوين وكان حاضنا سفراً طارئا ثم يعود تنتقل الحضانة الى غير المسافر ، فلو سافر أحدهما لحاجة كتجارة وحج طويل ثم يعود والآخر مقيم ، فالمقيم أحق بالحضانة ، لأن السفر بالولد ولاسيما ان كان رضيعا فيه اضرار به وتضييع له ، وكذلك لو كان الولد

مميزاً ، لما فى السفر من الخطر والضرر كما أنه لاحظ للولد فى حمله ورده (٤٠) .

والحكم فى هذه المسألة ذات أهمية خاصة فى هذا الزمان ، وبخاصة فى افتراق الآباء الذين هم من أقطار مختلفة ، فتكثر المشاكل على حضانة الأولاد ، وعودتهم الى بلد الغريب من الأبوين .

المسألة الثانية

سفر الأبوين مع اختلاف الطريق والمقصد

لو سافر الأبوان معا لحاجة واختلفا طريقهما ومقصدهما ففيه قولان :

القول الأول :

للحنفية (٤١) والحنابلة ورواية للشافعية .

ذهب هؤلاء الى أنه يدام حق الأم فى حالة ما اذا سافر الأبوان معا لحاجة لأن الأم أحق بحضانته وذلك لوفور شفقتها .

القول الثانى :

وهو (٤٢) للمالكية ورواية للشافعية :

ذهب أصحاب هذا القول الى أنه لو سافر الأبوان معا واختلفا فى طريقهما ومقصدهما يكون المحضون مع الأب ليتمكن من تربيته وتأديبه وتعليمه .

---

(٤٠) فتح القدير جـ ٤ ص ٣٧٦ ، والمدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٤٥ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٩ ، والروض المربع ص ٤٦٥ .

(٤١) العناية على الهداية جـ ٤ ص ٣٧٦ ، والروض المربع ص ٤٦٥ ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٩ .

(٤٢) المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٤٥ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص٤٤٥ .

أما اذا كان السفر طويلا وهو الذى تقصر فيه الصلاة ، فيكون من سفره أقرب وأقصر أحق بالحضانة من المسافر سفراً بعيداً .

أما ان كان السفر مسافة لا تقصر فيه الصلاة فلا أثر له على حق الحضانة كالمقيمين ، ويخير المميز بينهما لأنهما يستويان فى انتفاء أحكام السفر من القصر والفطر والمسح، فصارا كالمقيمين فى محلين فى بلدة واحدة .

المسألة الثالثة

سفر الحاضن للنقلة والاقامة

وهو تغيير الحاضن بانتقاله من بلد الحضانة الى بلد آخر ، فاذا سافر الحاضن لبلد يستقر فيها فالى أيهما تكون الحضانة ، فى هذه المسألة نجد آراء الفقهاء اختلفت فيما فيه أمن وعدمه ، وفى النقل الى البلد وما دونه ولهذا سنوضح الآراء فى الانتقال بالمحضون فيما يلى :

أولا : أجمع الفقهاء على أن السفر للاقامة الى بلد غير آمن وطريقه مخيف ، أو أحدهما مخيف تكون الحضانة للمقيم ، ولا خيار للولد مع هذا السفر لأن فيه تغرير بالولد [٤٣] .

ثانيا : اذا سافر أحد الأبوين للاقامة ببلد آمن وطريقه آمن ففيه ثلاثة أقوال للفقهاء :

القول الأول :

وهو [٤٤] للمالكية والشافعية ورواية عن أحمد :

---

(٤٣) البدائع جـ ٤ ص ٤٤ ، وبلغة السالك جـ ١ ص ٤٩١ ، والمهذب جـ ٢ ص ٢٢٠ ، والروض المربع ص ٤٦٥ .

(٤٤) بلغة السالك جـ ١ ص ٤٩١ ، والمهذب جـ ٢ ص ٢٢٠ ، والروض المربع ص ٤٦٥ .

ذهب هؤلاء الى أنه اذا سافر أحد الأبوين للاقامة ببلد آمن وطريقه آمن ، تكون الحضانة للأب ليتمكن من تربيـة الولد وتعليمه .

القول الثـانى :

وهو [٤٥] عن الحنفية ورواية عن الحنابلة .

وفيه ان الحضانة حق للأم ، فاذا سافر أحد الأبوين الى محل آمن وطريقه آمن لا تنقطع حضانة الأم ، لأمن الطريق وعدم الخوف على الأبنـاء .

القول الثـالث :

وهو رواية عن الحنفية ، وقد توسطوا فيه بين القولين السابقين تبعا لمصلحة المحضون .

فان كان الأب هو المنتقل للاقامة فى بلد آخر فالأب أحق به . وان كانت الأم منتقـلة الى البـلد الذى كان فيه أصل النـكاح فهى أحق به ، ولا تنقطع حضانتها لقول الرسـول - ﷺ - فى رواية أبى يعلى « اذا تزوج الرجل ببـلد فهو من أهله » [٤٦] .

وان كان انتقـال الأم الى بلد غير النـكاح فالأب أحق بالحضانة ، واذا كان نقل أحدهما من مدينة الى قرية فالمقيم فى المدينة أحق ، وان تساوت البلدان فالأب أحق [٤٧] .

الترجيـح :

هذه الأقوال كلها قائمة على النظر والاحتياط للمحضون، والذى يكون عليه الترجيح هو مراعاة حال المنتقل وأسباب

---

(٤٥) البـدائع جـ ٤ ص ٤٤ ، وفتـح القـدير جـ ٤ ص ٤٧٦ ، وزاد المعـاد جـ ٥ ص ٤٦٣ .

(٤٦) الحديث رواه أبو يعلى شرح فتـح التـدير جـ ٤ ص ٣٧٦ .

(٤٧) فتـح التـدير جـ ٤ ص ٣٧٧ .

النقـل ، فأيهما كان أنفع له وأحفظ وأصون روعى ولا تأثير لاقامة ولا نقلة ما دام لا يترتب على الانتقال مضارة للآخر، أما ان كان سبب الانتقـال المـكائد والمضار انتزع الولد من المنقول لهذا الخلل ٠

والله أعـلم ٠٠

الشرط السابع : أن تكون الحاضنة خلية :

وهذا الشرط اختص به النساء دون الرجال ٠

فاذا تزوجت الأم غيـر أبى الطفـل ، قـد يكون الزوج أجنبيـا عن المحضون ، وقد يكون ممن ينـازع الأم فى حق الحضانة ، فهل تسقط حضانتها عن المحضون أم لا ، اختلف الفقهاء فى هاتين المسألتين ، وسوف نبين هذا الخلاف فى كل مسألة على حدة ان شاء الله تعالى ٠

أولا : المسـألة الأولى

زواج الأم بالأجنبى

اذا تزوجت الأم بالأجنبى فللفقهاء فيه ثلاثة آراء :

الرأى الأول :

وهو لجمهور(٤٨) الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنـابلة ٠

ذهب الفقهـاء الى أن زواج الأم غير أبى الطفـل يسقط حضانتها عن المحضون حتى وان رضى الناكح أن يدخل الولد داره ، وذلك لأن فيه اضاعة للطفل، واشتغالها بحقوق الزوج الأجنبى عن مصالح المحضون ، كما أن فيه تغـذية الطفـل وتربيته فى نعمة غير أقاربه وعليهم فى ذلك منة وغضاضة ٠

---

(٤٨) البدائع جـ ٤ ص ٤٣ ، وبلغـة السالك جـ ١ ص ٤٩١ ، ونيـل المـارب جـ ٢ ص ١٢١ ، ومغنى المحتـاج جـ ٣ ص ٤٥٥ ٠

نقل النووى عن الماوردى « ولأن على الوالد وعصبته عاراً فى مقام المحضون مع زوج أمه ، ولا أثر لرضى الزوج الأجنبى لأنه قد يرجع فيتضرر الولد » (٤٩) .

واستدل الفقهاء على سقوط حضانة الأم اذا تزوجت غير أبى الطفل بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص - رضى الله عنهما - أن امرأة قالت : يا رسول الله ان ابنى هذا كانت بطنى له وعاء ، وثديى له سقاء ، وحجرى له حواء ، وان أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى ، فقال لها رسول الله - ﷺ - « أنت أحق به ما لم تنكحى » (٥٠) .

دلالة الحديث :

دل هذا الحديث على أن الأم اذا تزوجت غير أبى الطفل سقط حقها فى الحضانة .

قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم سقوط الحضانة عن الأم اذا تزوجت ، ويكون هذا بحكم الحاكم عند التنازع والخصومة بين المتنازعين تنفيذاً لحكم رسول الله - ﷺ - ، وحكم به الحكام بعده .

والذى دل عليه هذا الحكم النبوى ، أن الأم أحق بالطفل ما لم يوجد منها النكاح ، فاذا نكحت زال ذلك الاستحقاق ، وانتقل الحق الى غيرها ، فأما اذا طلبه من له الحق وجب على خصمه أن يبذله له ، فان امتنع أجبره الحاكم عليه ، وان أسقط حقه أو لم يطالب به بقى على ما كان عليه أولا .

---

(٤٩) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٥ .

(٥٠) سبل السلام جـ ٣ ص ٢٢٩ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٥ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٠٧ .

كما استدل الفقهاء بفعل الصحابة رضوان الله عليهم ، فقد قضى أبو بكر - رضى الله عنه - على عمر بن الخطاب بعاصم لأمه أم عاصم ، وقال : « ريحها وشمها ولطفها خير له منك » .

كما وافق عمر على ذلك ولا مخالف لهما من الصحابة ، كما قضى به شريح والقضاة بعده الى اليوم فى سائر الأعصار والأمصار (٥١) .

واختلف جمهور الفقهاء فى قوله - ﷺ - « ما لم تنكحى» هل هو تعليل أو توقيت الى قولين :

القول الأول :

وهو (٥٢) للحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية قالوا : ان اللفظ هنا للتعليل، لأن الأم اذا تزوجت سقط حقها فى الحضانة ، فاذا طلقت عادت الحضانة لأن الحكم اذا ثبت بعلة زال بزوالها ، وعلة سقوط الحضانة التزويج ، فان طلقت زالت العلة ، فزال حكمها .

وأصحاب هذا القول اختلفوا فيما بينهم فى حالة ما اذا كان الطلاق رجعيا ، هل يعود حقها بمجرد الطلاق أم يتوقف عودها للحضانة على انقضاء العدة على قولين :

قال الشافعى وأحمد تعود الحضانة للأم بمجرد الطلاق من غير أبى الطفل (٥٣) .

---

(٥١) سبل السلام جـ ٢ ص ٢٢٩ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٥ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٠٧ .

(٥٢) البدائع جـ ٤ ص ٤٣ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٥ ، المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٥٩ ، وزاد المعاد جـ ٥ ص ٤٥٣ .

(٥٣) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٥ ، وزاد المعاد جـ ٥ ص ٤٥٣ .

وقال أبو حنيفة : لا يعود حق الحضانة للأم حتى تنقضى العدة [٥٤] .

القول الثانى :

وهو للامام مالك [٥٥] :

قال : فى قوله - ﷺ - « ما لم تنكحى » للتوقيت ، أى حق الأم من الحضانة مؤقت الى حين زواجها ، فاذا نكحت غير أبى الطفل انقضى وقت الحضانة ، فلا تعود بعد انقضاء وقتها ، كما لو انقضى وقتها ببلوغ الطفل واستغنائه عنها .

الرأى الثانى :

وهو رواية [٥٦] نقلها مهنا بن يحيى الشامى عن أحمد حيث فرق بين المحضون الذكر والأنثى حيث قال : اذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها ، قيل له فالجارية مثل الصبى ؟ قال : لا ، الجارية تكون معها الى سبع سنين ، فأزال الحضانة عن الغلام بتزويج أمه ، أما الجارية فلم يزل الحضانة عنها لتزويج أمها ، واستدل على ذلك بما روى أن عليا وجعفراً وزيداً بن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة ، فقال على : ابنة عمى وأنا أخذتها ، وقال زيد : بنت أخى لأن رسول الله - ﷺ - آخى بين زيد وحمزة ، وقال جعفر : بنت عمى وعندى خالتها ، فقال رسول الله - ﷺ - « الخالة أم » وسلمها الى جعفر ، فجعل لها - ﷺ - الحضانة وهى متزوجة .

---

(٥٤) البدائع جـ ٤ ص ٤٣ .

(٥٥) المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٥٩ .

(٥٦) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٠٧ .

الرأى الثالث :

وهو للحسن (٥٧) البصرى وابن حزم الظاهرى :

ذهب أصحاب هذا الرأى الى أن الحضانة لا تسقط عن الأم بتزويجها غير أبى الطفل ، واستدلوا على ذلك بما يأتى:

١ - أن أنس كان فى حضانة أمه ولها زوج وهو أبو طلحة .

٢ - أم سلمة لما تزوجت برسول الله - ﷺ - لم تسقط كفالتها لابنها ، بل استمرت على حضانتها .

٣ - قضاءه - ﷺ - بابنة حمزة لخالتها ، وهى متزوجة بجعفر .

اعتراض :

اعترض أصحاب الرأى الأول على ما استدل به أصحاب الرأى الثالث القائل بعدم سقوط الحضانة بالتزويج بما يأتى :

أولا : استدلالكم أن أنس كان فى حضانة أمه ولها زوج وهو أبو طلحة ، ان هذا الاحتجاج فى غاية السقوط ، والخبر فى غاية الصحة ، لأن أحداً من أقارب أنس لم ينازع أمه فيه الى النبى - ﷺ - وهو طفل صغير لم يأكل وحده ولم يشرب وحده ، ولم يميز ، وأمه متزوجة فحكم به لأمه ، وانما يتم الاستدلال بهذه المقدمات كلها ، والنبى - ﷺ - لما قدم المدينة كان لأنس من العمر عشر سنين ، فكان عند أمه ، فلما تزوجت أبا طلحة لم يأت أحد من أقارب أنس ينازعها فى ولدها ، ويقول : قد تزوجت فلا حضانة لك ، وأنا أطلب

---

(٥٧) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٣٢٥ .

انتزاعه منك ، ولا ريب أنه لا يحرم على المرأة المتزوجة حضانة ابنها اذا اتفقت هى والزوج وأقارب الطفل على ذلك ، وهذا يبين جواز حضانة الأم لولدها اذا تزوجت من غير أن يخاصمها من له الحضانة ، ويطلب انتزاع الولد .

ثانيا : ان احتجاجكم بأن أم سلمة لما تزوجت برسول الله - ﷺ - لم تسقط كفالتها لابنها ، بل استمرت على حضانتها ، فنقول : أن أحداً لم ينازع أم سلمة فى ولدها ، ورغب عن أن يكون فى حجر النبى - ﷺ - .

ثالثا : ان استدلالكم بأن رسول الله - ﷺ - قضى بابنة حمزة لخالتها وهى متزوجة بجعفر ، نقول ان للناس فى قصة ابنة حمزة ثلاثة مآخذ :

١ - ان النكاح لا يسقط الحضانة .

٢ - ان المحضونة اذا كانت بنتا فنكاح أمها لا يسقط حضانتها ، ويسقطها اذا كان ذكراً .

٣ - ان الزوج قد يكون من عصبة الطفل الذين يثبت لهم حق الحضانة ، فلا تسقط حضانة الأم .

فالاحتجاج بهذه القصة على أن النكاح لا يسقط الحضانة مطلقا لا يتم الا بعد ابطال هذين المأخذين (٥٨) .

الترجيح :

بعد عرض آراء الفقهاء فى حق حضانة الأم اذا تزوجت غير أبى الطفل وكان أجنبيا عن المحضون نرى أن ما ذهب اليه أصحاب الرأى الأول القائل بسقوط الحضانة بالنكاح أرجح وذلك لقوة ما استدلوا به ، ويؤكد هذا فعل وقضاء

---

(٥٨) زاد المعاد جـ ٥ ص ٤٥٨ .

الصحابة - رضوان الله عليهم - من غير نكير ، فاذا تزوجت الأم غير أبى الطفل وكان لها منازع فى الحضانة ورفع الأمر للقضاء سقط حقها فى الحضانة أما اذا لم يكن لها منازع. ولم يكن له من يرعاه فلم يسقط حقها فى الحضانة ، فالأم أحق بحضانة ولدها من الأجنبى الذى يدفع القاضى المحضون اليه ، كما أن تربية المحضون فى حجر أمه أصلح من تربيته فى بيت أجنبى محض لا قرابة بينهما توجب شفقته ورعايته.

والله أعلم ..

المسألة الثانية

زواج الأم بمن ينازعها حق الحضانة

اختلف الفقهاء فيما اذا تزوجت الأم غير أبى الطفل ، وكان هذا الزوج له حق فى حضانة الطفل هل تسقط حضانتها أم لا الى قولين :

القول الأول :

وهو (٥٩) للحنفية وبعض المالكية وبعض الشافعية والحنابلة :

ذهب أصحاب هذا القول الى أن الأم اذا تزوجت بمن له حق فى الحضانة فلا تسقط حضانتها الا أن أصحاب هذا القول قيدوا درجة قرابة هذا الزوج من المحضون .

فقال الحنفية : اذا كان الزوج ذو رحم محرم من المحضون فلا تسقط حضانة الأم ، وذلك لقيام الشفقة نظراً

---

(٥٩) فتح القدير جـ ٤ ص ٣٧٠ ، والمدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٦١ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٥ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٠٧ ، ٣٠٨

الى القرابة القريبة (٦٠) .

أما المالكية فقالوا : ان كان زوجها ذا رحم من المحضون فلا يخلو من وجهين :

الأول : أن يكون محرما له ، سواء أكان ممن لهم الحضانة كالعم والجد للأب أو ممن لا حضانة له كالخال والجد لأم ، وهؤلاء لا تأثير لهم فى اسقاط الحضانة من الأم .

الثانى : أن لا يكون محرما له ، فان كان غير محرم عليه فلا يخلو اما أن يكون ممن له الحضانة كابن العم ، أو ممن لا حضانة له كابن الخال .

فان كان ممن له الحضانة فهى أحق ما لم يكن للمحضون حاضنة أقرب اليه منها ، فارغة من زوج .

أما ان كان ممن لا حضانة له فانها تسقط حضانتها بكل حال كالأجنبى سواء (٦١) .

أما بعض الشافعية فقالوا : اذا كان للزوج حق فى الحضانة فلا تسقط حضانة الأم ، سواء أكان محرما أو غير محرم كالعم وابن العم وابن أخيه ، وذلك لأن من نكحته له الحق فى الحضانة ، وشفقته تحمله على رعايته فيتعاونان على كفالته ، كما لو كانت فى نكاح الأب (٦٢) .

لكن الحنابلة قالوا : اذا كانت المرأة متزوجة لرجل من

---

(٦٠) فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٠ .

(٦١) المدونة الكبرى ج ٢ ص ٢٦١ .

(٦٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٥ .

أهل الحضانة كالجدة تكون متزوجة للجد لم تسقط حضانتها، لأنه يشاركها فى الولادة والشفقة على الولد ، فأشبه الأم اذا كانت متزوجة للأب، وكذلك لو تنازع العمان فى الحضانة وأحدهما متزوج للأم أو الخالة فهى أحق بالحضانة (٦٣) .

وذهب الظاهرية الى عدم اسقاط الحضانة بالزواج سواء أكان الزوج محرم أم غير محرم (٦٤) .

من خلال استعراض أقوال كل مذهب على حدة نجد أنهم اتفقوا على أن الأم اذا تزوجت غير أبى الطفل وكان لهذا الزوج حق المحرمية والحضانة فلا تسقط حضانتها حيث يتعاونان على رعايته وتربيته ، أما اذا كان لا حق وهو غير محرم وتزوجته ، فالحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على اسقاطها ، والظاهرية لا تسقط الحضانة عن الأم بالزواج من محرم وغير محرم .

واستدل أصحاب المذاهب الأربعة بما يأتى :

ما روى عن البراء بن عازب ـ رضى الله عنه ـ قال : خرج ـ النبى ـ ﷺ ـ فتبعتهم ابنة حمزة ـ ياعم ، ياعم ، فتناولها على ، فأخذ بيدها ، وقال لفاطمة دونك ابنة عمك احمليها ، فاختصم فيها على وزيد وجعفر ، فقال جعفر : أنا أحق بها وهى ابنة عمى وخالتها تحتى ، وقال زيد : ابنة أخى فقضى بها النبى ـ ﷺ ـ لخالتها وقال : « الخالة بمنزلة الأم» وقال لعلى : ـ أنت منى وأنا منك » وقال لجعفر : « اشبهت خلقى وخلقى » وقال لزيد : « أنت أخونا ومولانا » (٦٥) .

---

(٦٣) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٢٠٨ .

(٦٤) المحلى جـ ١٠ ص ٣٢٥ .

(٦٥) صحيح البخارى جـ ٢ ص ٦٤٣ .

وفى رواية لأبى داود « فقال - ﷺ - : « الخالة أم » وسلمها الى جعفر » (٦٦) .

هذه الروايات تدل على أن درجة القرابة وهى بنوة العم يستحق بها الحضانة لأنهم عصبة ، ولهم ولاية بالقرابة فقدم على الأجانب ، كما يقدم عليهم فى الميراث ، وولاية الموت ، ورسول الله - ﷺ - لم ينكر على جعفر وعلى ادعاءهما حضانتها ، ولو لم يكن لهما ذلك لأنكر عليهما الدعوى ، وعدم انكارها منه - ﷺ يدل على أحقية أبناء العم فى طلبها ، وذلك اذا لم يتوفر الأقرب الأولى (٦٧) .

كما استدلوا بما روى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن ، قال : كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار ، فقتل عنها يوم أحد وله منها ولد ، فخطبها عم ولدها ورجل آخر الى أبيها ، فأنكح الآخر ، فجاءت الى النبى - ﷺ - ، فقالت: أنكحنى أبى رجلا لا أريده ، وترك عم ولدى ، فيؤخذ منى ولدى ، فدعا رسول الله - ﷺ - أباها ، فقال : أنكحت فلانا فلانة ؟ قال : نعم ، قال : « أنت الذى لا نكاح لك ، اذهبى فانكحى عم ولدك » (٦٨) .

دل هذا الحديث على أن المرأة اذا تزوجت رجلا أجنبيا غير أبى الطفل سقطت حضانتها ، وزواجها من عم الطفل دليل على بقاء الحضانة لها .

---

(٦٦) سنن أبى داود جـ ٢ ص ٢٨٤ .

(٦٧) زاد المعاد لابن القيم جـ ٥ ص ٤٨٢ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٥ .

(٦٨) زاد المعاد جـ ٥ ص ٤٨٢ .

اعتراض :

اعترض ابن حزم الظاهرى على هذين الحديثين بما يأتى :

١ ـ أن القضاء ان كان لجعفر فليس محرما لها ، وهو وعلى فى القرابة منها سواء ، وان كان للخالة وهى متزوجة، وكما ذكرتم أن الحاضنة اذا تزوجت غير أبى الطفل سقطت حضانتها، فخالتها مزوجة بجعفر وهو أجمل شاب فى قريش، وليس ذا رحم محرم من بنت حمزة ، كما قال ان حديث البخارى من رواية اسرائيل وهو ضعيف .

٢ ـ ان حديث أبى سلمة هذا مرسل (٦٩) .

الرد من أصحاب المذاهب الأربعة على اعتراض ابن حزم :

١ ـ وقد رد أصحاب هذا القول على اعتراض ابن حزم فى الرواية الأولى وهى « قضاءه ـ ﷺ ـ لابنة حمزة لخالتها وهى مزوجة بجعفر ، قالوا : ان هذا فيه اقدام من ابن حزم على تضعيف ما اتفقت الناس على صحته ، فان هذه القصة شهرتها فى الصحاح والسنن والمسانيد والسير ، والتواريخ تغنى عن اسنادها ، فكيف وقد اتفق عليها أصحاب الصحاح، ولم يحفظ عن أحد قبله الطعن فيها البتة .

ولا اشكال سواء كان القضاء لجعفر أو للخالة ، فان ابنة العم اذا لم يكن لها قرابة سوى ابن عمها ، جاز أن تجعل مع امرأته فى بيته ولاسيما اذا كانت هذه المرأة هى خالتها ، وابن العم مبرزاً فى الديانة والعفة والصيانة ، فانه فى هذا الحال أولى من الأجانب بلا ريب (٧٠) .

---

(٦٩) المحلى ج ١٠ ص ٣٢٦

(٧٠) زاد المعاد ج ٥ ص ٤٨٣ .

فان قيل : ان النبى - ﷺ - كان ابن عمها ، وكان محرما لها لأن حمزه كان أخاه من الرضاعة ، فهل أخذها هو ؟

قيل : رسول الله - ﷺ - كان فى شغل شاغل بأعباء الرسالة ، وتبليغ الوحى ، والدعوة الى الله ، وجهاد أعداء الله من فراغه للحضانة ، فلو أخذها لدفعها الى بعض نسائه ، فخالتها أمس رحما وأقرب .

فنكاح المرأة قريبا من الطفل لا يسقط حضانتها ، كما أن الحق فى المزوجة للزوج انما تسقط حضانتها ، لأنها تشتغل بالقيام بحقه وخدمته ، فاذا رضى الزوج بأن تحضن من لها الحق فى حضانته وأحب بقاء الطفل فى حجره لم يسقط حق المرأة فى الحضانة خاصة اذا لم يكن هناك من ينازعها فيه (٧١) .

٢ - أما حديث أبى سلمة فانه من كبار التابعين ، وقد حكى القصة عن الأنصارية ، ولا ينكر لقاؤه لها ، فلا يتحقق الارسال ، ولو تحقق فمرسل جيد له شواهد مرفوعة وموقوفة (٧٢) .

القول الثانى :

وهو (٧٣) لبعض الشافعية وأحد فقهاء المالكية :

ذهب أصحاب هذا القول الى أن الأم اذا تزوجت غير أبى الطفل ، وكان للزوج حق فى حضانة الولد ، سقطت حضانتها بنكاحها منه ، ولا حق له فى الحضانة بعد زواجه

---

(٧١) سبل السلام ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٧٢) زاد المعاد لابن القيم ج ٥ ص ٤٨٢ ، وسبل السلام ج ٣ ص ٢٣٠ .

(٧٣) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٥ ، والمدونة الكبرى ج ٢ ص ٢٦١

من أمه حتى لا يتأثر بما يجرى بينهما من منـازعات فتكون سببا فى ضرره ، أو تتأثر حياتهما الزوجية بمراعاة مصالح المحضون ، كما أن الأم تنشغل بالزوج عن ولدها ٠

وقال ابن وهب : ان الزوج يسقط حضانة الحاضنة وان كان ذا رحم من المحضـون وعليه تـكون الحضانة لمن كان أولى بمصـالحه منهما من الأقارب تبعـا لترتيبهم ، فان لم يتوفر فالأفضل أن يظل معهما ٠

الترجيـح :

نميل الى ما ذهب اليه أصحاب القول الأول القائل بأن الأم اذا تزوجت من ينازعها فى الحضانة فلا تسقط حضانتها خاصة اذا لم يكن للمحضون غيرهم ، فهى أحق به بدلا من أن يدفعه القاضى الى أجنبى فلا يقوم بما يعود على المحضون بالنفع والمصلحة ، كما أن أصحاب القول الثانى قالوا : اذا لم يتوفر الأفضل للمحضون فانه يظل معهما ٠

والله أعـلم ٠٠

★ ★ ★

المبحث الخامس

نفقة المحضون

والمقصود بها بيان ما يجب على الأب للمحضون من نفقة وسكنى وعلاج وغير ذلك .

والنفقة فى اللغة : الاخراج ، أى اخراج الأب جزءاً مقصوداً من ماله لرعاية مولوده بقدر ما يجده من السعة والمقدرة [١] .

ولذا قيل الانفاق هو الاخراج الذى لا يستعمل الا فى الخير [٢] .

أما فى الاصطلاح : النفقة هى: المال المصروف فى النفقة بسبب الملك أو القرابة بالمعروف [٣] .

والمراد بالمعروف : تقدير الحاكم لها عند التنازع تبعا لحال الأب ، أو الزوج عند اليسر والعسر ، قال تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما أتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا » [٤] .

وعرف الحنفية النفقة بأنها : الادرار على الشىء بما به بقاؤه [٥] .

---

(١) مختار الصحاح ص ٦٧٤ .

(٢) حاشية القليوبى جـ ٤ ص ٦٩ .

(٣) المهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٢٠٤ ، وحاشية القليوبى جـ ٤ ص ٦٩ .

(٤) سورة الطلاق الآية : ٧ .

(٥) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٣٧٨ .

حكم النفقة :

النفقة واجبة ، وتجب على الانسان بأسباب ثلاثة ، ملك النكاح ، ملك اليمين ، القرابة [٦]

وتجب عند الأحناف بأربعة : نفقة الزوجات ، الأقارب ، الرقيق ، نفقة البهائم والنبات ، ويجبر في أداء الثلاث الأول، ولا يجبر في الرابعة ، لأن وجوبها بينه وبين الله تعالى [٧] .

ونفقة الولد وان سفل من ذكر أو أنثى تلزم الوالد أو من يعولهم بقدر كفايتهم ، هذا اذا لم يكن للولد ولو رضيعا مال ، فان كان للولد مال فهي في ماله [٨] .

والدليل على وجوب النفقة على القريب الكتاب والسنة.

أولا : من الكتاب :

قال تعالى: « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك » [٩] .

المراد من الوالدات : المرضعات مطلقة وغير مطلقة ، منقضية عدتها وغير منقضية ، فلهم ايجاب نفقة الرضاع من الأب من باب احياء المنفق عليه ، والولد جزأ الوالد واحياء نفسه واجب ، فكذا احياء جزئه ، والاحياء للولد بالرضاع يوجب أجرة الرضاع وايجاب الأجرة لارضاع الأولاد يقتضي

---

(٦) حاشية القليوبي ج ٤ ص ٦٩ ، وبلغة السالك ج ١ ص ٤٨٠

(٧) البدائع ج ٤ ص ١٥ - ٤٠ .

(٨) قليوب وعميرة ج ٤ ص ٨٦ .

(٩) سورة البقرة الآية : ٢٣٣ .

ايجاب مؤنتهم (١٠) .

ثانيا : من السنة :

عن عائشة - رضى الله عنها - قالت : « دخلت هند بنت عتبة امرأة أبى سفيان على رسول الله - ﷺ - فقالت : يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطنى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى الا ما أخذت من ماله بغير علمه ، فهل على من ذلك من جناح ؟ فقال - ﷺ - « خذى من ماله مايكفيك ويكفى بنيك » (١١) .

يستفاد من هذا الحديث وجوب نفقة الزوجة والأولاد على الزوج ، وان للزوجة الأخذ من مال زوجها لكفايتها هى وأبنائها منه ان لم يقم بكفايتها .

عن طارق المحاربى قال : « قدمنا المدينة فاذا رسول الله - ﷺ - قائم على المنبر يخطب الناس ويقول : « يد المعطى العليا » وابدأ بمن تعول : أمك وأباك وأختك وأخاك ، ثم أدناك فأدناك (١٢) .

فى الحديث دليل على وجوب النفقة على القريب ، ومع أنه لم ينص صراحة على الولد الا أنه فى وجوب النفقة له من باب أولى ، كما علمنا من الأدلة الأخرى ،

---

(١٠) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٤٧ .

(١١) سبل السلام ج ٣ ص ٢١٩ ، فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ١٠ ص ٦٣٦ .

(١٢) سبل السلام ج ٣ ص ٢٢٠ ، ونيل الأوطار للشوكانى ج ٣ ص ٣٢٧ .

والأحفاد ملحقون بالأولاد لأن اطلاق ما تقدم يتناولهم [١٣] .

الواجب فى نفقة الولد :

ونفقة الولد تجب على الوالد بقدر كفايته بلا خلاف ، لأنها تجب للحاجة ، فتقدر بقدر الحاجة ، والواجب فى نفقة الولد ، السكنى والرضاع ان كان رضيعا ، والملبس والمأكل والمشرب ، وان كان للمنفق عليه محضونا كان أو غيره خادم يحتاج الى خدمته تفرض له أيضا ، لأن ذلك من جملة الكفاية ، ولأن وجوبها للكفاية ، والكفاية فى النفقة على الأولاد تتعلق بهذه الأوجه المذكورة [١٤] .

نفقة الرضاعة :

أجرة الرضاعة تكون على الوالد لقوله تعالى : « فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن » [١٥] .

ومع وجوبها على الوالد الا أن الحكم فى دفعها لأم الرضيع المرضعة يختلف عنه بالنسبة لغيرها من الحواضن المرضعات ، ولهذا سأبين حق الأم المرضعة فى الأجرة أولا ، ثم حق المرضعات غير الأم ثانيا .

أولا : حق الأم المرضعة فى أجرة الرضاعة :

الأم هى أحق برضاعة ولدها من غيرها ، ويجب عليها ارضاع الولد عقب الولادة أول اللبن ، فان امتنعت عنه أجبرت عليه من غير حاجة الى فرض أجرة ، لأن لبن أول الولادة كالجزء المكمل لانفصال الولد منها ، ولأنه لا يقوى

---

(١٣) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٤٧ .

(١٤) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٤٩ ، والمهذب ج ٢ ص ٢١٤ ، وفتح القدير ج ٤ ص ٣٧٨ ، وبلغة السالك ج ١ ص ٤٨٠ ، والروض المربع ص ٤٥٦ .

(١٥) سورة الطلاق الآية : ٦ .

ولا تشتد بنيته الا به ، حيث ان لبن الأم هو أثمن غذاء جسدى وعاطفى يحمى الطفل من الاضطرابات العضوية والنفسية فى المستقبل .

كما أن لبن الأم يفضل كغذاء للأطفال للأسباب الآتية :

١ - ان لبن الأم يحوى سكر الأكتوز وهو غير قابل للتخمر ، فلا تتكون غازات فى أمعاء الطفل تسبب له الألم ، كما درجة حلاوة اللاكتوز قليلة مما يمكن الرضيع من شرب كميات أكبر .

٢ - لبن الأم يساعد على نمو نوع من البكتريا فى أمعاء الطفل ، لها القدرة على تكوين فيتامين (ب) المركب .

٣ - لبن الأم ملين طبيعى (١٦) .

قال الرافعى : « انه لا يعيش بدون لبن أول الولادة غالبا ولهذا تجبر عليه ، لأنه يلزمها ، ومدته يسيرة ، وعليها أن تسقيه اللبأ حتى يروى ، فظاهره الاكتفاء بمرة واحدة (١٧) .

وأقول الحال الذى يكون عليه لبن الولادة مغايراً لحال اللبن المستمر عقبه ومدته ، ويطلق عليه لبن السرسوب ، ويكون مختلفا فى لونه ومذاقه عن ما يأتى عقب الثلاثة أيام الأول من الولادة ، وهذا من عجائب الله سبحانه فى خلقه ، والرضيع الذى لم يشبع منه تضعف مناعة جسمه .

---

(١٦) الكيمياء للمرحلة الأولى للثانوية العامة الباب العاشر ص ٣٤٠ .

(١٧) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٤٩ .

وما قاله الرافعي في أن الولد لايعيش غالبا اذا لم يشبع من لبن الولادة قول على صواب من خلال ماشهدته وعايشته في هذا الحال ٠

ومن هنا فان ارضاع المولود لبن الولادة يلزم الأم لا الأب ، فان امتنعت عن اشباعه ولو كان غير شرعي أجبرت عليه ، بل أقول انه من جملة كمال المولود عقب مدة الحمل ٠

قال الأذرعي : ينبغي الرجوع الى أهل الخبرة ، فان قالوا تكفيه رضعة واحدة بلا ضرر يلحقه كفت ، وان قالوا لا يكفيه الا عدد معين عمل بقولهم (١٨) ٠

واذا قامت الأم بارضاع ولدها وطلبت الأجرة من زوجها فما الحكم ؟ ٠

والحكم هنا يأتي على حالتين :

الحالة الأولى :

ما اذا كانت الأم في زوجية مع أبي الولد ٠

الحالة الثانية :

اذا كانت بائنة خالية ٠

الحالة الأولى

طلب الزوجة أجرة ارضاع وليدهما

اذا طلبت الأم من زوجها أجرة لارضاع وليدهما يأتي طلبها على صورتين :

١ ـ يكون طلبها لأجرة المثل ٠

٢ ـ يكون طلبها فوق أجرة المثل ٠

---

(١٨) مغني المحتاج ج ٣ ص ٤٤٩ ٠

ولهذا سنبين حكم طلبها للأجرة فى كل صورة من خلال مسألتين :

المسألة الأولى :

اذا طلبت الأم من زوجها أجرة مثلها لارضاع ولدهما فهل لها الحق فى طلبها ، اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

وهو (١٩) للشافعية والحنابلة :

ذهب أصحاب هذا القول الى أنه يجوز للأم أن تأخذ الأجرة، ولا يلزمها التبرع بارضاعه، كما لا يلزم بدل الطعام، فان اتفقا على أن الأم ترضعه وطلبت أجرة مثل له أجيبت لقوله تعالى : « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » (٢٠) وكانت فى طلب المثل أحق به ، فاستئجار الزوج لها لذلك جائز .

وقال صاحب نيل المآرب « تقدم الأم فى ارضاع ولدها على غيرها ولو بأجرة مع وجود متبرعة ، ولو امتنعت لم تجبر لأنها أشفق عليه وأقرب ولا يشاركها أحد الا الأب» (٢١).

القول الثانى :

وهو (٢٢) للحنفية والمالكية وأحد فقهاء الشافعية :

---

(١٩) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤١٥ ، والمهذب جـ ٢ ص ٢١٥ ، ونيل المآرب جـ ٢ ص ١٢٠ .

(٢٠) سورة الطلاق الآية : ٦ .

(٢١) نيل المآرب جـ ٢ ص ١٢٠ .

(٢٢) البدائع جـ ٤ ص ٤١ ، وبلغة السالك جـ ١ ص ٤٨٩ ، والمهذب جـ ٢ ص ٢١٥ .

ذهب أصحاب هذا القول الى أنه لا يجوز للأم طلب أجرة لارضاع ولدها وهى فى صلب النكاح وكذا الرجعيـة ، لأن الارضاع أمر مستحق عليها ، فان أخذت أجرة تكون رشوة ، لأنها قد استحقت نفقة النكاح ، وأجرة الرضاع تكون زيادة فوق نفقة النكاح ، فلا تستحق نفقتين ، كما أن ارضاع الولد ورعايته منفعـة تحصل للزوجين ، فلا يجوز لهـا أن تأخذ عوض عن منفعة لها .

الا أن المالكية يفرقون بين درجات النساء ، فعالية القدر التى هى من أشراف الناس الذين ليست من عادتهم ترضيع نسائهم لأولادهم ، لهـا الأجرة ان أرضعت ولدها من مال الولد ، فان لم يكن له مال فعلى الأب كالبـائن ، ولأنها غير ملزمة بالرضاع تبعا لحالهم .

أما الأم التى ليست فى هذه الدرجة ومن عادتهم ارضاع أولادهم ، فعليها ارضاع ولدها من غير أجر تأخـذه سواء أكانت فى صلب الزواج أم رجعية ، لأن الارضاع يلزمها[٢٣] .

المسألة الثـانية

طلب الأم أجرة فوق أجرة المثـل

الذين ذهبـوا الى أنه يجوز للأم طلب أجـرة لارضاع وليدهما فهل يجوز لها طلب أجرة فوق أجرة المثل ؟ اختلفوا فى ذلك الى ثلاثة أقوال :

القول الأول :

وهو [٢٤] رواية للشافعية والحنـابلة :

---

(٢٣) بلغـة السالك ج ١ ص ٤٨٩ .

قالوا : لو طلبت الأم التى فى عصمة الزوج أجرة فوق أجرة المثل لارضاع وليدهما أجابها الزوج ، وسواء وجد الأب متبرعة أو لم يجد ، ولذلك لوفور شفقة الأم .

قال صاحب المغنى : « وان أرضعت المرأة ولدها وهى فى حبال والده فاحتاجت الى زيادة نفقة لزمه لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » (٢٥) ولأنها تستحق عليه قدر كفايتها ، فاذا زادت حاجتها زادت كفايتها » (٢٦) .

القول الثانى :

وهو (٢٧) رواية ثانية للشافعية :

قالوا : ان طلبت الأم أجرة فوق أجرة المثل ولو بشىء يسير لا يلزمه اجابة الأم الا أجرة المثل لتضرره ، وله استرضاع أجنبية ، وان تبرعت أجنبية بارضاعه أو رضيت بأقل من أجرة المثل ولو بشىء يسير لا يلزمه اجابة الأم الى أجرة المثل ، لأن فى تكليفه الأجرة مع المتبرعة أو الزيادة على ما رضيت به اضرار بالزوج .

القول الثالث :

وهو (٢٨) رواية ثالثة للشافعية :

وفيها قالوا : ان غالت الأم فى أجرتها ولم يستمرأ الولد

---

(٢٤) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٠ ، والمهذب جـ ٢ ص ٢١٥ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣١٣ .

(٢٥) سورة البقرة الآية : ٢٣٣ .

(٢٦) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣١٤ .

(٢٧) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٠ ، والمهذب جـ ٢ ص ٢١٥ .

(٢٨) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٠ ، والمهذب جـ ٢ ص ٢١٥ .

لبن الأجنبية أجيبت الأم الى ارضاعه بالأجرة قطعا ، لأن في العدول عنها اضرار بالرضيع .

الترجيح :

بعد عرض آراء الفقهاء في طلب الأم أجرة ارضاع ولدها من الزوج أبو الطفل والزوجية قائمة بينهما نرجح ما ذهب اليه أصحاب القول الثاني القائل بأنه لا يجوز للأم أن تأخذ أجرة ارضاع ولدها من زوجها ، وذلك لأن حب الأولاد وحنان الأم الى ولدها وعاطفتها المفرطة تجاه ولدها تحول دون ذلك ، كما أن الاشتياق الدائم الى الانجاب يشترك فيه الزوجان ، وهذا من حكمة الله عز وجل في خلقه ، حيث جعل الرحمة في الآباء والأمهات ، ولهذا حرمت الأم نفسها من تمر عائشة وأطعمته لولديها ، لأن المنفعة لها ، فلا عوض لعمل تعود منفعته على صاحبه ، أما ما نصت عليه آية الرضاع فأرى أنه في حق البائنة .

والله أعلم ..

الحالة الثانية

طلب المطلقة طلاقا بائنا أجرة ارضاع ولدها

اذا تفرقا الزوجان وطلبت الأم الحاضنة لولدها أجرة ارضاعه فان هذا يأتي على ست صور وبيانها كما يلي :

١ ـ الأم المطلقة طلاقا بائنا من حقها ارضاع ولدها تبرعا ، فان تبرعت بارضاعه لم ينزع منها ، بل يجب تركه معها لارضاعه لوفور شفقتها .

٢ ـ ان طلبت الأم أجرة فوق أجرة المثل ولو بشيء يسير لا يلزمه اجابة الأم ، لأن في طلب الزيادة اضرار بالأب .

٣ - ان طلبت أجرة من أبيه على ارضاعه كان حكمها حكم الأجنبية ، فان توافقا على الأجرة المطلوبة وكانت مثل أجرة الأجنبية كانت أولى به ولم ينزع منها لقوله تعالى : « فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن » [٢٩] .

٤ - ان طلبت الأم أجرة المثل مع وجود مرضعة أجنبية متبرعة فحكم حضانتها على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

وهو [٣٠] رواية للشافعية ورواية للحنابلة :

وفيه ان تبرعت أجنبية بارضاعه أو رضيت بأقل من أجرة المثل ولو بشيء يسير لا يلزمه اجابة الأم ، لأن فى تكليفه الأجرة مع المتبرعة ، أو الزيادة فوق طلب الأجنبية به اضرار بالأب ، وقد قال تعالى : « وان أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم »[٣١] ، وقال تعالى: « وان تعاسرتم فسترضع له أخرى » [٣٢] ، ويكون للأب انتزاع الولد منها لأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها ، كما أنها أسقطت حقها بطلبها ما ليس لها .

القول الثانى :

وهو [٣٣] رواية للشافعية ورواية للحنابلة :

---

(٢٩) سورة الطلاق الآية : ٦ .

(٣٠) قليوب وعميرة جـ ٤ ص ٨٦ ، والمغنى جـ ٩ ص ٣١٤ .

(٣١) سورة البقرة الآية : ٢٣٣ .

(٣٢) سورة الطلاق الآية : ٦ .

(٣٣) قليوب وعميرة جـ ٤ ص ٨٦ ، والمغنى جـ ٩ ص ٣١٤ .

قالوا : ان طلبت الأم المفارقة أجرة لارضاع ولدها مع وجود متبرعة تجاب الأم لوفور شفقتها ، كما أن الرضاع حق للولد ولبن الأم أصلح ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: « فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن » كما أن فى ارضاع غيرها للولد تفويتا لحق الأم من الحضانة واضرارا بالولد.

القول الثالث :

وهو [٣٤] للحنفية والمالكية :

قالوا : ان طلبت الأم المطلقة طلاقا بائنا أجر ارضاع ولدها لم يلزم الأب بذله لها ولا يسقط حقها فى الحضانة ، وتأتى المرضعة ترضعه عندها ، لأنه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز الاخلال بأحدهما .

الترجيح :

بعد عرض الأقوال فى حكم طلب الأم المفارقة أجرة ارضاع ولدها وحكم حضانته ، يمكن الجمع بين القول الأول والثانى خروجا للنزاع ومراعاة لاشباع فطرة الأمومة ، فأقول : ان كانت الأم المفارقة المرضعة فى حالة عسر وكان الأب ميسور الحال كان عليه اجابة طلبها حتى مع وجود المتبرعة أو مع الزيادة على أجرة المثل ، وذلك كله لمصلحة الولد ، بشرط عدم المغالاة فوق العادة .

أما ان كانت الأم ميسورة الحال فليس واجبا عليه طلبها للأجرة مع وجود المتبرعة للاضرار به حتى ولو كان هو الآخر ميسور الحال .

أما ما ذهب اليه أصحاب القول الثالث فانه يفضى الى

---

(٣٤) البدائع جـ ٤ ص ٤١ ، وبلغة السالك جـ ١ ص ٤٨٩ .

تفويت حق الولد من لبن أمه، وتفويت الأم من ارضاعه لبنها، فلم يجز ذلك ، لما فيه من زيادات فى التكاليف ، وعدم القطع فى الحكم .

والله أعلم ..

٥ - زواج الأم البائن الحاضنة : ان تزوجت الأم الحاضنة غير أبيه وكانت متبرعة بالرضاعة لا ينزع الولد منها ، لأنها بتبرعها أولى من الأجنبية المتبرعة ، وان طلبت أجرة بعد زواجها فالحق لأبى الولد ، فان توافق معها فهذا حقه ، وان أراد منعها لنكاحها غيره فله منعها اذا توفرت مرضعة غيرها .

٦ - ان كانت الأم مستأجرة للارضاع قبل نكاحها بغير أبيه فليس لأبيه منعها عن ارضاعه ولها أجرة المثل .

والمراد بأجرة المثل أجرة مثل الأم ، وتجب الأجرة فى مال المحضون الرضيع ان كان له مال والا فعلى من عليه نفقته هذا عند الشافعية والمالكية والحنابلة (٣٥) .

أما الحنفية فلهم روايتان :

الرواية الأولى :

فى المبتوتة أثناء العدة لا تجب أجرة رضاع لأنها مستحقة للنفقة والسكنى .

الرواية الثانية :

تجوز الأجرة لأن النكاح قد زال بالابانة فصارت كالأجنبية ..

---

(٣٥) المهذب ج ٢ ص ٢١٥ ، وبلغة السالك ج ١ ص ٤٨٩ ، والمغنى ج ٩ ص ٣١٣ .

أما من خرجت من العدة فالحكم كالأجنبية لها أجرة المثل (٣٦) .

بعد بيان أجرة المرضعة ، وما يجب فيها من أحكام ، نرى أن أجرة الرضاعة كسائر النفقات تجب في مال المحضون ان كان له مال ، فان لم يكن له مال فعلى من يكفله ، وهذا اذا كانت الرضاعة من بائنة أو أجنبية ، أما ان كانت الرضاعة من الأم وهى فى نكاح الأب فلا أجرة للرضاعة ، لأن الأم بعشرتها مع الأب كانت نفقتها وكل ما يلزمها على الزوج ، فلا حاجة ولا ضرورة تستدعى زيادة النفقة على الزوج مقابل الرضاعة ، كما أن الزوجة ما دامت تعيش مع زوجها فالولد ثمرة هذه العشرة ومع دوامها يزداد نمو الثمرة بجهدهما معا ، فالأب ملزم بالنفقة وهى غير مقدرة لاعتمادها على درجة كسبه والرضا منهما به .

والله أعلم ..

★ ★ ★

(٣٦) البدائع جـ ٤ ص ٤١ .

المبحث السادس

انتهـاء الحضانة

فى هذا المبحث نتكلم عن انتهـاء الحضانة عن الأولاد الذكور والاناث ، وانتهـاء الحضانة تكون ببلوغهم ، ولكن البالغ قد يكون رشيداً ، وقد يكون غير رشيد كما أن الحكم المترتب على البـلوغ فى الذكر يختلف عن الأنثى ، ولبيـان هـذا سوف نوضح معنى الرشد الذى بـه تنتهى الحضانة فنقول والله الموفق .

الرشد فى اللغـة : ضد الغنى والطرب ، ولذلك يقـول علماء اللغة الرشاد ضد الغى وهو الضلال والخيبة ، وفيه لغة أخرى من باب طرب ، والطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن أو سرور [١] .

وفى الاصطلاح : عرف جمهور [٢] الفقهاء من الحنفيـة والمالكية وأصحاب الشافعية والحنـابلة بأنه : الصلاح فى المال ، أى القدرة على تنمية الأموال والتدبير فيها واستغلالها استغلالا حسنا .

وعرف الامام الشـافعى [٣] الرشد بأنه : عبـارة عن اصلاح المال والدين معا .

واختلاف الفقهاء فى معنى الرشد يرجع الى اختـلافهم فى تفسير الآية فى قوله تعـالى : « فان آنستم منهم رشـداً

---

(١) مختـار الصحاح باب الزاء فصل الشين ص ٢٤٣ .

(٢) تبيين الحقـائق جـ ٥ ص ١٩٨ ، والمنتقى شرح الموطـا جـ ١ ص ١٥٤ ، والمهذب جـ ١ ص ٣٣٨ .

(٣) المهذب للشيرازى جـ ١ ص ٣٣٨ .

فادفعوا اليهم أموالهم » (٤) .

فسر الامام الشافعى الرشد بأنه صلاح الدين والمال جميعا ، فالرشد عنده هو الحلم والعقل والوقار ، وهؤلاء لا يكونوا الا لمن كان مصلحا لماله ودينه .

فصلاح الدين : يكون بأن لا يفعل محرما يبطل العدالة سواء كان كبيرة أو صغيرة .

ويخرج عن لفظ المحرم كل ما يخل بالمروءة كالأكل فى السوق مثلا فلا يمنع الرشد لأن الاخلال بالمروءة ليس بحرام .

أما صلاح المال : فيكون بألا يقوم بتضييعه وتبذيره وانفاقه فيما حرمه الله تعالى ، أو بيعه بغبن فاحش أو رميه فى البحر ولو قليلا ، وغير ذلك مما يترتب عليه ضياع المال (٥) .

أما أكثر الشافعية وجمهور الفقهاء فقد فسروا الرشد بأنه اصلاح المال فقالوا « رشداً » أى كونه مصلحا فى ماله .

فالرشد هو : اصلاح المال ، فلو فسق فى أمر دينه مع صلاح تصرفه فى ماله بعد بلوغه يكون رشيداً ، ولم يحجر عليه ، ويعاقب بغيره ، وذلك لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة (٦) .

بعد بيان حقيقة الرشد نجد أن ما ذهب اليه جمهور

---

(٤) سورة النساء الآية : ٦ .

(٥) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٥٧ ، والمجموع شرح المهذب ج ١٣ ص ٢٦٧ .

(٦) تبيين الحقائق ج ٥ ص ١٩٨ ، والمنتقى شرح الموطأ ج ١ ص ١٥٤ ، ونهاية المحتاج ج ١ ص ٣٥٤ ، والروض المربع ص ٢٨٨ .

الفقهاء من بيان معنى الرشد بأنه اصلاح المال أرجح ، لأنه لا يتفق مع ما عليه المجتمعات المختلفة من عقائد حيث انتشار الفسق بين النـاس مع القدرة على تنمية المـال ، فليس من المعقـول أن يحجـر على عامة النـاس فى أموالهم مع أنهم يقومون بتنميتها على أكمل وجـه ، مع قيـام الحق فى كل مخالفة دينية .

أولا : انتهاء الحضانة بالنسبة للغلام :

١ ـ اذا بلغ الغلام رشـيداً ولى أمر نفسه ، لاستغنائه عمن يكفـله ، فاذا تفرق الأبوان فلا يجبر على الاقامة عند أحد أبويه ، وذلك لأن الحضانة ولاية تتوقت بالبلوغ ، فاذا بلغ انتهت الحضانة وصارت له الولاية على نفسه ، ومما يؤكد هـذا اجماع الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ على قضـاء أبى بكر الصديق ـ رضى الله عنه ـ فى حق عاصم بن عمر لأمه ما لم يشب أو تتزوج أمه .

وقال الحنـابلة : يستحب أن لا ينفـرد عنهما ولا يقطع بره عنهما (٧) .

وذكر الماوردى : اذا بلغ الغلام رشيداً الأولى أن يكون عند الأب للمجانسة (٨) .

الا أن أصحاب الشافعى قالوا : يمنع الغلام من مفارقة الأبوين ان كان أمردا أو خيف من انفراده وانقدحت تهمته ، والجد كالأب فى حقه ، وكذلك الأخ والعم ونحوهما (٩) .

قال صاحب البدائع : « أن ولاية الرجال على الصغار

---

(٧) المغنى لابن قـدامة جـ ٩ ص ٣٠٠ ، والروض المربع ص ٤٦٥ .

(٨) مغنى المحتـاج جـ ٣ ص ٤٦٠ .

(٩) المهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٢١٧ .

والصغائر تزول بالبلوغ كولاية المـال ، غير أن الغلام اذا كان غيـر مأمون عليه فللأب أن يضمه الى نفسه ولا يخلى سبيله كيلا يكتسب شيئا عليه وليس عليه نفقته الا أن يتطوع، أما اذا بلغ عاقلا واجتمع رأيه واستغنى عن الأب وهو مأمون عليه فلا حق للأب فى امساكه ، كما ليس له أن يمنعه من ماله فيخلى سبيله فيذهب حيث شاء [١٠] .

وبهذا يتضح لنا أن الغلام اذا بلغ رشيداً صار مستغنا وله حق الولاية ، ولكن اذا بلغ غير مأمون على نفسه أو خيف عليه من التهمة فالأفضل أن يكون مع الأب .

٢ - بلوغ الغلام غير رشـيداً : اذا تفرق الأبوان وبلغ الغلام عاقلا غير رشيد فعند الحنفية والمالكية يكون مع الأب ولا يخلى سبيله حرصا على مصلحته [١١] .

أما فقهاء الشافعية فقد فصلوا القول فيه :

فالمذهب : أنه يسكن حيث شاء .

ومنهم من أطلق القـول وقالوا : انـه كالصبى فيحجر عليه لحفظ ماله .

وقال ابن كج : ان كان لعدم اصلاح ماله فهو كالصبى، وان كان لدينه فقيل : تدام حضانته الى ارتفاع الحجر .

قال الرافعى والنووى : وهذا التفصيل حسن [١٢] .

ونجد أن الغـلام اذا بلغ مبذراً لماله ظلت الولاية عليه

---

(١٠) البدائع جـ ٤ ص ٤٣ .

(١١) البدائع جـ ٤ ص ٤٣ ، والمدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٤٤ .

(١٢) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٦٠ .

امتداداً للصبا وان كان متهاونا فى أمر الدين مع تبذير المال يظل عليه الحجر حتى يزول السبب وهذا مفاده أن الآباء عليهم دوراً كبيراً فى تربية الأبناء ليحصنوهم ضد الفتن وهذا ما ذهب اليه الفقهاء .

ثانيا : انتهاء الحضانة بالنسبة للأنثى :

اذا تفرق الأبوان بطلاق وغيره وبلغت الأنثى فهل تنتهى حضانتها أو لا ؟ .

ذهب الحنفية الى أن الجارية اذا حاضت أو بلغت عند الأم حد الشهوة تقع الحاجة الى حمايتها وصيانتها وحفظها ممن يطمع فيها والرجال على ذلك أقدر (١٣) .

أما المالكية فقالوا : اذا بلغت الجارية فعند أمها الا أنهم قيدوا اقامتها عند الأم ، فقالوا : ان كانت أمها فى حرز ومنعه وتحصين كانت أحق بها أبداً حتى تنكح ، وان بلغت ابنتها ثلاثين أو أربعين سنة وكانت بكراً فأمها أحق بها ما لم تنكح الأم ، أو يخاف عليها فى موضعها .

فان خيف على البنت فى موضع الأم ولم تكن الأم فى تحصين ولا منعة ضمت الجارية لأبيها أو أوليائها ، اذا كان فى الموضع التى تصير اليه كفالة وحرز (١٤) .

وذهب الشافعية الى أن الأنثى اذا بلغت رشيدة فالأولى أن تكون عند أحدهما حتى تتزوج ان كانا مفترقين ، لأنه أبعد عن التهمة ، ولها أن تسكن حيث شاءت ولو بأجرة هذا اذا لم تكن ريبة ، فان كانت فللأم اسكانها معها ، وكذلك للولى

---

(١٣) البدائع جـ ٤ ص ٤٣ .

(١٤) المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٤٤ .

من العصبة اسكانها معه اذا كان محرما لها ، والا ففى موضع لائق بها يسكنها ويلاحظها دفعا لعار النسب [١٥] .

وعند الحنابلة ان الجارية اذا بلغت سبع سنين تكون عند أبيها وجوبا ، حتى يستلمها زوجها ، لأنه أحفظ لها وأحق بولايتها من غيره ، ولم تمنع الأم من زيارتها ان لم يخف منها .

ولو كان الأب عاجزاً عن حفظها ، أو يهملها ، لانشغاله عنها ، أو قلة دينه والأم قائمة بحفظها قدمت [١٦] .

قال الشيخ تقى الدين : اذا قدر أن الأب تزوج بضرة وهو يتركها عند ضرة أمها لا تعمل مصلحتها بل تؤذيها أو تقصر فى مصلحتها ، وأمها تعمل مصلحتها ، ولا تؤذيها فالحضانة هنا للأم قطعا ، ولأبيها ولباقى عصبتها منعها من الانفراد [١٧] .

من خلال العرض لهذه المذاهب نجد أن الحضانة بالنسبة للأنثى لا تنتهى ببلوغها ، بخلاف الغلام حيث تنتهى الحضانة وترتفع عنه ببلوغه عاقلا رشيداً ، أما الأنثى فاذا بلغت رشيدة فلا تنتهى حضانتها بل تنتقل حضانتها الى الأب كما ذكره الحنفية والحنابلة ، ومنهم من جعلها مخيرة فى الاقامة عند أحد الأبوين كما ذكره الشافعية ومنهم من جعل اقامتها عند أمها بشرط أن تكون فى حرز وصيانة .

ونخرج من هذا بأن الأنثى اذا بلغت رشيدة فلا يحق لها

---

(١٥) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٩ .

(١٦) الروض المربع ص ٤٥٩ .

(١٧) الروض المربع ص ٤٦٠ .

الانفراد فى الاقامة بمفردها ولا تنتهى الولاية عليها الا اذا تزوجت ، ومن هنـا نرى حرص الاسلام على تنظيم العلاقة بين الآباء والأبناء ، فأجلب على الآباء حقوق الرعاية والتربية والحماية ، وحثهم على أن تظل مظلتهم قائمة على أبنائهم ، حتى يتحقق لهم مقدرتهم على حمـاية أموالهم ، والمضى على العقائد والأخلاق التى تربوا عليها ، واكتسبوها من الصالحين من آبائهم ، فاذا وصل الأبناء الى هذا الحد كان لهم الاستقلال التام فى كل أنشطتهم وحياتهم ، وبهذا ينقلب معيار الحقوق بين الآباء والأبنـاء ، فبعد أن كان الأب ملزما برعاية الابن وتعهده بالتربية الحسنة صار على الابن بر الآباء والاحسان اليهم وان كان الآباء فقراء والأبناء أغنياء كانت نفقتهم على الأبنـاء ، بل نقـول ان الزكاة لا تجوز لفقيـر وأحد أولاده ميسور الحال .

والله أعـلم ..

((مراجـــع البحث))

أولا : القرآن الكريم .

ثانيـا : التفســـير :

١ - تفسير القرآن العظيم لابن كثير، دار المعرفة بيروت - لبنـان .

ثالثـا : كتب الحديث :

١ - سبل السـلام شرح بلوغ المرام للصنعانى ، المـكتبة التجارية .

٢ - سنن أبى داود ، دار الفكر .

٣ - سنن النسـائى ، دار الفكر .

٤ - نيـل الأوطار للشوكانى بشرح منتقى الأخبـار ، دار الفكر العربى .

رابعـا : اللغـــة :

١ - لسان العرب لابن منظور ، طبعة دار المعارف بمصر .

٢ - مختار الصحاح لأبى بكر الرازى ، دار الحديث .

خامسا : أصول الفقـه :

١ - التقـرير والتحبير ، المطبعة الأميرية ببولاق .

٢ - التلويح على التوضيح ، مطبعة محمد صبيح وأولاده .

٣ - تيسـير التحـــرير ، مطبعة محمد صبيح وأولاده .

٤ - شرح المنـــار لابن ملك ، المطبعـة العثمانية بالهنـد سنة ١٣١٥ هـ .

٥ - كشف الأسرار للبزدوى ، طبعة دار الكتاب العربي .

سادسا : الفقه الحنفى :

١ ـ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ، المكتبة العلمية .

٢ ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، المطبعة الأميرية سنة ١٣١٥ هـ .

٣ ـ شرح فتح القدير على الهداية لابن الهمام، دار الفكر.

سابعا : الفقه المالكى :

١ ـ بلغة السالك لأقرب المسالك ، دار الفكر للطباعة والنشر .

٢ ـ حاشية الدسوقى ، طبعة دار احياء الكتب العربية ـ عيسى الحلبى .

٣ ـ المدونة الكبرى ، المطبعة الخيرية .

٤ ـ المنتقى شرح الموطأ ، الطبعة الأولى ـ مطبعة السعادة بمصر .

ثامنا : الفقه الشافعى :

١ ـ الأشباه والنظائر للسيوطى .

٢ ـ حاشيتى القليوبى وعميرة ، طبعة عيسى الحلبى .

٣ ـ فتاوى ابن الصلاح فى التفسير والحديث والأصول والفقه ، دار الوعى ـ حلب .

٤ ـ مغنى المحتاج ، دار الفكر .

٥ ـ المهذب الشيرازى ، طبعة عيسى الحلبى .

٦ ـ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، طبعة محمد الحلبى وشركاه .

تاسعا : الفقه الحنبلى :

١ - الروض المربع للبهوتى ، نشر وتوزيع دار التراث - القاهرة .

٢ - زاد المعاد لابن القيم ، مؤسسة الرسالة - المكتبة التجارية .

٣ - نيل المآرب بشرح دليل الطالب ، طبعة صبيح .

٤ - المغنى والشرح الكبير ، دار الفكر .

عاشراً : المذهب الظاهرى :

١ - المحلى لابن حزم الظاهرى ، مكتبة دار التراث .

الحادى عشر : كتب عامة وحديثة :

١ - الأحوال الشخصية لأبى زهرة ، الطبعة الثالثة .

٢ - الكيمياء للدكتور / محمد سمير عبد المعز ، طبعة وزارة التربية والتعليم .

٣ - نظرية العقد للدكتور / محمود شوكت .

٤ - المدخل فى الفقه الاسلامى للدكتور / محمد سلام مدكور .

رقم الإيداع بدار الكتب
٦١٩٤ / ١ / ٣ / ١٩٩٧