قضاء
الجمعية العلمية القضائية السعودية
الدراسات القضائية (١٠٩)

الحضانة في نظام الأحوال الشخصية

دراسة فقهية مقارنة

تأليف
أنس محمد شائع الصالحي السبيعي

مركز قضاء للبحوث والدراسات

تُسهم الجمعية العلمية القضائية السعودية في إثراء ونشر البحوث والدراسات القضائية، ولا يلزم أن تكون كافة الآراء الواردة في هذه الجهود المشكورة من الباحثين معبرة عن رأي الجمعية.

الطبعة الأولى

١٤٤٧هـ - ٢٠٢٦م

جميع الحقوق محفوظة

للنشر والتوزيع وطلبات النسخ:

قضاء

الجمعية العلمية القضائية السعودية

مركز قضاء للبحوث والدراسات

qadha.org.sa/ar/books

@qdha

m@qadha.org.sa

/qadha_ksa

966538999887

/qadha.ksa

الجمعية العلمية القضائية السعودية
الدراسات القضائية (١٠٩)

الحضانة في نظام الأحوال الشخصية

دراسة فقهية مقارنة

تأليف

أنس محمد شائع الصالحي السبيعي

مركز قضاء للبحوث والدراسات

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الجمعية

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه. وبعد،

فتهدف الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) دومًا إلى المشاركة الفاعلة في الجهود المبذولة لتطوير القضاء وما يتصل به من الجوانب العلمية والعملية، وتقديم البحوث والدراسات التي تجلِّي تميُّز القضاء الإسلامي وأصوله وقواعده وتطبيقاته، وإبراز جوانب العدالة فيه، والإجابة عما يُثار حوله من شبهات، وتسعى إلى التنسيق بين المتخصصين -من القضاة والمحامين والباحثين في الشؤون العلمية القضائية-، ومد الجسور بينهم وبين الجهات العلمية والإعلامية ونحوها.

وتشرف الجمعية العلمية القضائية السعودية بنشر هذا الكتاب الموسوم بـ «**الحضانة في نظام الأحوال الشخصية - دراسة فقهية مقارنة**».

ويمتاز الكتاب بتناوله موضوعًا من أدق موضوعات الأحوال الشخصية وأشدها اتصالًا بحياة الناس واستقرار الأسرة، حيث يعالج أحكام الحضانة في ضوء نظام الأحوال الشخصية السعودي، مع ربطها بأصولها الفقهية ومناقشتها من خلال الدراسة المقارنة بين مذاهب الفقهاء، بما يكشف عن أبعادها الشرعية والتنظيمية، ويسهم في بيان مراد المنظِّم وتطبيقاته القضائية.

ومن أبرز ما تميز به المؤلف عنايته باستقصاء مسائل الحضانة التي نصّ

عليها النظام، وعدم الاقتصار على جانبٍ دون آخر، مع إبراز اختيارات الفقهاء وأدلتهم، وتحليل مآخذهم، وبيان ما أخذ به النظام منها، في عرضٍ يجمع بين التأصيل الفقهي والنظر النظامي، ويخدم الواقع القضائي في هذا الباب الذي تكثر فيه النوازل وتتباين فيه التطبيقات.

كما اتسم منهجه بالدقة في تصوير المسائل، والالتزام بالمنهج المقارن المعتمد، مع توثيق الأقوال من مصادرها الأصيلة، واستقصاء الأدلة ومناقشتها، والترجيح بينها وفق أصول معتبرة، مع عناية واضحة بالجانب التطبيقي وربطه بنصوص النظام، بما يحقق غاية البحث في الجمع بين التأصيل والتنزيل، ويعزز الإفادة العلمية والعملية للمتخصصين في المجال القضائي.

والجمعية إذ تنشر هذا العمل المميز؛ فإنها تشكر من قام بإعداده، وترحب بالتواصل مع جميع الجهات والمتخصصين الراغبين بتقديم الدراسات والمشاريع القضائية والنظامية، وتَشرُف بتقديم كافة سبل التعاون.

مَرْكَز قَضَاء لِلْبُحُوثِ وَالدِّرَاسَاتِ

m@qadha.org.sa

المقدمة

الحمد الله الذي علّم بالقلم علّم الإنسان ما لم يعلم، ثم الصلاة والسلام على معلّم الناس الهدى وعلى آله ومن بعده اهتدى، أما بعد:

فلمّا كان الفصل بين الناس في خصوماتهم وإعطاء كل ذي حق حقه من أهم المهمّات وأجل الغايات وأرفع العلوم؛ تسابقت الدول والحكومات إلى تطوير هذا المرفق والاهتمام به أيّما اهتمام حتى صار مقياسًا لتطور الأمم وحضارتها، ودليلًا لمدى قوة الأمن والأمان فيها.

ولمّا كان الإسلام مبنيًا على العدل وآمرًا به وداعيًا إليه كما قال تعالى في محكم التنزيل: ﴿۞إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرٗا ٥٨﴾ [النِّساء:٥٨]، وقال جَلَّ وَعَلَا: ﴿۞إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَيَنۡهَىٰ عَنِ ٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِ وَٱلۡبَغۡيِۚ يَعِظُكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَذَكَّرُونَ ٩٠﴾ [النَّحل:٩٠]، وقال سبحانه: ﴿فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَا بِٱلۡعَدۡلِ وَأَقۡسِطُوٓاْۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ ٩﴾ [الحُجُرَات:٩]، ولمّا كان الإسلام متشوفًا للتطور والنهوض بالأمة لمصافّ الأمم والحضارات الأولى.

ولمّا كانت هذه الدولة -أعزها الله بالإسلام وأدامها- آخذة بما سبق كله فكانت ولا زالت تسعى في تطوير مرفق القضاء، ومن تلك التطورات تقنين وتقعيد الأحكام الشرعية لتسريع عملية التقاضي وضبط أحكام القضاة

وغيرها من الثمار، ومن تلك الأنظمة نظام (الأحوال الشخصية) والذي يدور حوله هذا البحث.

فسيكون عملي في هذا البحث دراسة المسائل الفقهية التي دلت عليها مواد النظام إما صراحة أو اقتضاءً وما بنى عليها العلماء من مسائل.

أولًا: أهمية الموضوع:

تتمثل أهمية الموضوع فيما يلي:

١ـ أن أهميته تابعة لأهمية علم الفقه بشكل عام، وفقه القضاء بشكل خاص.

٢ـ كثرة النوازل والقضايا والوقائع الخاصة بالأحوال الشخصية والأسرة.

٣ـ تفاوت أحكام القضاة خاصة في باب الأحوال الشخصية.

ثانيًا: أسباب اختيار الموضوع:

يمكن أن نجمل أسباب اختيار الموضوع فيما يأتي:

١ـ بيان ما أخذ به المنظّم من آراء العلماء وأسباب الترجيح.

٢ـ بيان مآخذ العلماء في اختياراتهم.

٣ـ تنمية الملكة الفقهية عند الباحث في تتبع آراء الفقهاء وترجيحاتهم وتعليلاتهم.

٤ـ خدمة المرفق القضائي والقضاء في شرح وتبيين مراد المنظّم.

ثالثًا: الدراسات السابقة:

لا أعلم -في حدود بحثي واطلاعي- وجود دراسة علمية درست أحكام الحضانة من نظام الأحوال الشخصية السعودي غير بحث (**تنازع الأبوين في الحضانة وفقًا لنظام الأحوال الشخصية السعودي دراسة مقارنة**) للدكتور: عبد الرحمن بن محمد بن عبدالله المعيوف[(١)]، الأستاذ المساعد بقسم السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء، ويتكلم البحث عن مسألة من المسائل التي تكلّم عنها النظام ألا وهي (التنازع الإيجابي والسلبي) مقدمًا للبحث بالتعريف للحضانة، وذكر شروطها، مقارنًا في كل ذلك مع قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، والفقه الإسلامي.

ولكن البحث لم يستوعب كل مسائل الحضانة التي تطّرق لها النظام السعودي مثل: موانع الحضانة، وثبوت حق الحضانة بعد زوال المانع، وأحكام السفر بالمحضون، وحكم تخيير المحضون، والسن الذي إذا بلغه المحضون تنتهي حضانته، ولم يتكلم عن حضانة المعتوه والمجنون وأحكام الزيارة.

وأما غير هذا البحث فتناول الحضانة دراسة فقهية مقارنة فيما بين المذاهب ولم يتطرق للنظام.

---

(١) بحث منشور في مجلة (البحوث الفقهية والقانونية) الصادرة عن كلية الشريعة والقانون بدمنهور - جامعة الأزهر. المجلد ٣٤، العدد ٣٩ - الرقم المسلسل للعدد ٣٩، إصدار أكتوبر ٢٠٢٢.

رابعًا: منهج البحث:

منهج البحث العام:

اتبعت في هذا البحث المنهج المعتمد في قسم الفقه المقارن، وهو على النحو الآتي:

١ـ تصوير المسألة تصويرًا دقيقًا قبل بيان حكمها.

٢ـ إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فيذكر حكمها بدليله مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.

٣ـ إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فيتبع ما يلي:

أ ـ تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

ب ـ ذكر الأقوال في المسألة ومن قال بها، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية، مع تجنب ذكر الأقوال الشاذة.

ج ـ الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وإذا لم يتم الوقوف على المسألة في مذهب ما فيسلك فيها مسلك التخريج.

د ـ توثيق الأقوال من مصادرها الأصيلة.

ه ـ استقصاء أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها إن أمكن، ويكون ذلك بعد ذكر الدليل مباشرة.

و ـ الترجيح مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت، وذكر سبب الخلاف.

٤ ـ الاعتماد على أمهات كتب المصادر الأصيلة إن وجد فيها ما يغني عن غيرها وذلك في التحرير، والتوثيق والتخريج والجمع.

٥ ـ التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.

٦ ـ العناية بدراسة ما جدّ من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث.

٧ ـ كتابة الآيات وفق الرسم العثماني مضبوطة بالشكل، وترقيمها، وبيان سورها.

٨ ـ تخريج الأحاديث والآثار من مصادرها المعتمدة - مع ذكر الكتاب والباب ثم الجزء والصفحة ورقم الحديث أو الأثر إن كان موجودًا في المصدر - فإن كان الحديث أو الأثر في الصحيحين أو أحدهما اكتفى بالعزو إليهما. وإن لم يكن الحديث في أحدهما فيخرجه من مصادره التي يتم الوقوف عليه فيها، ثم يذكر ما وقف عليه من كلام أهل العلم عليه تصحيحًا أو تضعيفًا.

٩ ـ التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.

١٠ ـ توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة، وتكون الإحالة بالمادة والجزء والصفحة.

١١ ـ العناية بقواعد اللغة العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم، ومنها:

علامات التنصيص للآيات الكريمة، وللأحاديث الشريفة، وللآثار، ونصوص العلماء، وتمييز العلامات؛ فيكون لكل منها علامته الخاصة.

١٢ـ ترجمة الأعلام غير المشهورين بإيجاز، وذلك في أول موطن يرد فيه ذكر العلم، وتتضمن الترجمة (اسم العلم، ونسبه، وتاريخ وفاته، والمذهب الفقهي، وأهم مؤلفاته، ومصادر ترجمته الأصيلة).

١٣ـ الخاتمة وفيها أهم النتائج والتوصيات.

١٤ـ إتباع الرسالة، بالفهارس الآتية:

أ ـ فهرس المصادر والمراجع.

ب ـ فهرس الموضوعات.

خطة البحث:

أدرس المسائل التي دلّ عليها النظام - كما ذكرت - دراسة فقهية بتصويرها تصويرًا دقيقًا وذكر أقوال العلماء فيها عازيًا كل قولٍ إلى صاحبه، معللًا ومدللًا ومناقشًا للأدلة، ومرجحًا في كل مسألة، آخذًا بالمنهج العلمي المعتمد في قسم الفقه المقارن في كل ذلك.

ثم أُبيّن ما أخذ به النظام من أقوال العلماء بذكر نص المادة - إما في النص أو في الحاشية - والشاهد منها ووجه الدلالة، وإذا لم أجد رأي المنظّم في المسألة في فصل الحضانة من النظام فإني أذكره من خارج الفصل ما دام مرتبطًا بأحكام الحضانة واضعًا رقم المادة بلون أحمر للإشارة إلى أن المادة المذكورة من خارج فصل الحضانة، وأذكر ما دل على استنباطي من مبادئ

وقرارات صادرة من المحكمة العليا حسبما وجدت.

وانتظمتْ خطة البحث في مقدمة، وتمهيد، وثلاثة عشر مبحثًا وخاتمة، وفهارس.

المقدمة: في الاستهلال، وبيان أهمية الموضوع وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، ومنهج الباحث، وخطة البحث.

التمهيد، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: نبذة عن الحضانة في الإسلام.

المطلب الثاني: نبذة عن نظام الأحوال الشخصية.

المبحث الأول: مصطلحات البحث، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الحضانة، وفيه ثلاثة فروع:

- الفرع الأول: الحضانة في اللغة.
- الفرع الثاني: الحضانة في الفقه.
- الفرع الثالث: الحضانة في النظام

المطلب الثاني: تعريف الحاضن والمحضون، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: الحاضن.
- الفرع الثاني: المحضون.

المبحث الثاني: حكم الحضانة ودليل مشروعيتها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم الحضانة.

المطلب الثاني: الأدلة على مشروعيتها.

المبحث الثالث: الحقوق المتعلقة بالحضانة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الحق، وفيه ثلاثة فروع.

- الفرع الأول: الحق في اللغة.
- الفرع الثاني: الحق في الاصطلاح الفقهي.
- الفرع الثالث: الحق عند أهل القانون.

المطلب الثاني: الحقوق المتعلقة بالحضانة، وفيه فرعان.

- الفرع الأول: عند الفقهاء.
- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المبحث الرابع: الأولوية في الحضانة وترتيبها، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الحضانة أثناء ديمومة الزواج، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عند الفقهاء.
- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المطلب الثاني: الحضانة حال الفرقة وطالب بها أكثر من شخص، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عند الفقهاء.

- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المطلب الثالث: الحضانة حال الفرقة ولم يطالب بها أحد مستحقيها، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عندالفقهاء.

- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المبحث الخامس: شروط الحضانة، وفيه تمهيد وثلاثة مطالب:

التمهيد: شروط الحضانة في كلام الفقهاء.

المطلب الأول: شروط الحضانة العامة، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: شروط الحضانة العامة عند الفقهاء.

- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المطلب الثاني: شروط الحضانة الخاصة بالنساء، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: شروط الحضانة الخاصة بالنساء عند الفقهاء.

- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المطلب الثالث: شروط الحضانة الخاصة بالرجال، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: شروط الحضانة الخاصة بالرجال عند الفقهاء.

- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المبحث السادس: زواج الحاضنة وأثره في الحضانة، وفيه تمهيد وستة مطالب:

التمهيد: في ذكر أهمية المسألة وسبب إفرادها بمبحث مستقل.

المطلب الأول: الحاضنة التي تتأثر الحضانة بزواجها، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عند الفقهاء.
- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المطلب الثاني: سقوط الحضانة إذا تزوجت الحاضنة، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عند الفقهاء.
- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المطلب الثالث: متى تسقط الحضانة، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عندالفقهاء.
- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المطلب الرابع: الحكم فيما لو رضي الزوج، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عندالفقهاء.
- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المطلب الخامس: الحكم فيما لو كان الزوج قريبًا للمحضون، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عندالفقهاء.

- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المطلب السادس: عودة حق الحضانة بعد طلاق الحاضنة، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عندالفقهاء.

- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المبحث السابع: موانع الحضانة وثبوت حق الحضانة بعد زواله، وفيه تمهيد ومطلبان:

التمهيد: في تعريف المانع وأنواع الموانع في باب الحضانة.

المطلب الأول: موانع الحضانة، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عند الفقهاء.

- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام..

المطلب الثاني: ثبوت حق الحضانة بعد زوال المانع، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عند الفقهاء.

- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المبحث الثامن: السفر بالمحضون وفيه تمهيد وثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بلد الحضانة، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عند الفقهاء.

- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المطلب الثاني: حكم السفر بالمحضون سفر نقلة وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عند الفقهاء.

- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المطلب الثالث: حكم السفر بالمحضون سفرًا مؤقتًا وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عند الفقهاء.

- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المبحث التاسع: تخيير المحضون، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تخيير المحضون عند الفقهاء، وفيه فرعان:

- الفـرع الأول: خلاف الفقهاء في تخيير المحضون.

- الفرع الثاني: شرط التخيير عند الفقهاء.

المطلب الثاني: ما أخذ به النظام.

المبحث العاشر: زمن الحضانة وزمن انتهائها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: زمن الحضانة، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عند الفقهاء.

- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المطلب الثاني: زمن انتهاء الحضانة، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عند الفقهاء.

- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المبحث الحادي عشر: حضانة المعتوه والمجنون، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العته والجنون وفيه فرعان:

- الفرع الأول: تعريف العته.

- الفرع الثاني: تعريف الجنون.

المطلب الثاني: حضانة المعتوه والمجنون، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عند الفقهاء.

- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المطلب الثالث: الأولوية في حضانة المعتوه والمجنون، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: عند الفقهاء.

- الفرع الثاني: ما أخذ به النظام.

المبحث الثاني عشر: زيارة المحضون، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الزيارة.

المطلب الثاني: أحكام الزيارة عند الفقهاء.

المطلب الثالث: ما أخذ به النظام.

المبحث الثالث عشر: وسائل تنفيذ الحضانة والزيارة وعقوبة الامتناع عن تنفيذها، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: مصطلحات المبحث، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: تعريف الوسائل.
- الفرع الثاني: تعريف التنفيذ.

المطلب الثاني: الوسائل الاجتماعية والعرفية.

المطلب الثالث: الوسائل القضائية.

المطلب الرابع: شروط التنفيذ القضائي.

المطلب الخامس: أماكن تنفيذ الزيارة.

المطلب السادس: عقوبة الامتناع عن تنفيذ حكم الحضانة والزيارة.

الخاتمة: وفيها النتائج والتوصيات.

تمهيد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: نبذة عن الحضانة في الإسلام.

المطلب الثاني: نبذة عن نظام الأحوال الشخصية.

المطلب الأول:

نبذة عن الحضانة في الإسلام

مما لا يخفى أن الشريعة الإسلامية جاءت متكاملة متعاضدة، بنيت من أجل مصالح المجتمع والجماعة وهذا يدرك من تشريعاتها، فأمرت الحاكم بإدارة مصلحة المحكوم، وأمرت المحكوم بإطاعة الحاكم، وأمرت الزوجة بإطاعة زوجها، وأمرت الزوج بالقيام على شؤون زوجه وأسرته، وأخذت من مال الغني وأعطت الفقير، وأمرت القوي أن يقوم بالضعيف حتى يقوى، وأمرت أن يؤخذ بيد الظالم حتى يرجع ويتوب وهلم جرا، قال تعالى: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ۗ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُم ۚ مِّنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿١١٠﴾﴾ [آل عمران: ١١٠]، وقال ﷺ: «**انصر أخاك ظالمًا أو مظلومًا**»(١).

ومن تلك المسائل التي أولت لها الشريعة اهتمامها و شرّعت لها أحكامًا خاصة، والتي -أي تلك الأحكام- تدل عليها أصول الشريعة وقواعدها ولو لم تنص عليها نصوص خاصة، ألا وهي أحكام حضانة الصغار والعاجزين وإدارة شؤونهم، ففيها نوع من ولاية القوي الأعلم والأخبر، على الضعيف في إدارة شؤونه فمقتضى الحضانة: حفظ المحضون، وإمساكه عما يؤذيه، وتربيته حتى يكبر، وعمل جميع ما هو في صالحه: من تعهد طعامه، وشرابه،

(١) أخرجه البخاري في كتاب: المظالم، باب: أعن أخاك ظالمًا أو مظلومًا (٣/ ١٢٨/ ٢٤٤٣).

وغسله، ونظافته ظاهرا وباطنا، وتعهد نومه، ويقظته، والقيام بجميع حاجاته، ومتطلباته، قال السرخسي[١] في بداية كلامه في باب الحضانة: (اعلم بأن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم؛ جعل الشرع ولاية ذلك إلى من هو مشفق عليهم فجعل حق التصرف إلى الآباء لقوة رأيهم مع الشفقة والتصرف يستدعي قوة الرأي وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت)[٢].

فموجب الحضانة على المحضون هو عجزه عن القيام بشؤونه بمفرده.

وبالنظر إلى تعريفات العلماء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ للحضانة والتي سأذكرها في المبحث الأول إن شاء الله نجد أن العجز المراد في باب الحضانة يرجع إلى سببين ألا وهما:

١ـ العجز لصغر السن.

٢ـ العجز للعته والجنون.

وغالب كلام العلماء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ يدور حول النوع الأول وهو العجز لصغر؛ لأنه هو الأصل ولكثرة الاحتياج لأحكامه، وكلامهم في النوع الأول يمرّ على ثلاثة أطوار:

---

(١) هو: محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي الحنفي، الإمام الكبير شمس الأئمة صاحب المبسوط وغيره، لزم الإمام شمس الأئمة أبا محمد عبد العزيز الحلواني، تفقه عليه أبو بكر محمد بن إبراهيم الحصيري وأبو عمر وعثمان بن علي ابن محمد البيكندي وأبو حفص عمر بن حبيب (توفي ٤٩٠)،(الجواهر المضية في طبقات الحنفية/ ٢٢٨-٢٩).

(٢) المبسوط (٥/ ٢٠٧)

١ـ طور الإلزام: وهو أن يلزم الحاكم المحضون البقاء عند حاضن معيّن ولا ينظر إلى اختياره.

٢ـ طـور التخيير: وهو الزمـن الذي يخيّر فيه القاضـي المحضون ببقائه عند من شاء من الحاضنين.

٣ـ طـور الإباحة: وهـو الزمن الذي تنتهـي فيه الحضانـة والولاية على المحضون ويكون حرًا في البقاء عند من شاء أو الانفراد بنفسه.

وأمـا الصنف الثاني فإنه لا يخيّر ولا تنتهي حضانتـه إلا إذا أفاق؛ لأنه لا تمييز له ولا عقل، وسـأُفرد لكل سـبب وكل طور من الأطـوار الثلاثة مبحثًا مستقلًا إن شاء الله.

المطلب الثاني:

نبذة عن نظام الأحوال الشخصية السعودي

نظام الأحوال الشخصية هو أول نظام يصدر في المملكة العربية السعودية فيما يتعلق بأحكام الأسرة وهو ثاني الأنظمة التي أعلن عنها سمو ولي العهد حَفِظَهُ ٱللَّهُ حيث أعلن سموه في السادس والعشرين من شهر جمادى الآخر من عام (١٤٤٢هـ) الموافق: الثامن من فبراير من عام (٢٠٢١م) عن أولى مراحل تطوير المنظومة التشريعية في المملكة والتي تتضمن حزمة من الأنظمة وهي:

١ـ نظام الإثبات، وهو أولها صدورًا.

٢ـ نظام العقوبات، ويتوقع صدوره في العام الحالي إن شاء الله.

٣ـ نظام المعاملات المدنية، وقد صدر ولله الحمد.

٤ـ نظام (الأحوال االشخصية)والذي يدور بطبيعة الحال حول الأحكام المتعلقة بالأسرة، وما يسبقها من إجراءات ومن يترتب على هذا الزواج من آثار ونتائج، وما يدور حول الأسرة من أحكام كالوصية والوقف والإرث، فصدر هذا النظام بقرار مجلس الوزراء ذي الرقم (٤٢٩) المؤرخ بـ ٥/ ٨/ ١٤٤٣هـ الذي نص فيه على موافقة المجلس على نظام الأحوال الشخصية، وبناء على هذا صدر بذلك مرسومٌ ملكي ذي الرقم (م/ ٧٣)

بتاريخ ٦/ ٨/ ١٤٤٣هـ.

ويمكن تعريف هذا النظام: بأنه مجموعة القواعد النظامية التي تنظم حياة الأسرة وما ينتج عنها، وما يتعلق بها من مسائل كالوصية والوقف والإرث.

وقد صدر النظام بـ (٢٥٢) مادة نظامية مقسمة على ثمانية أبواب:

١ـ **الباب الأول**: وخصصه المنظّم لأحكام الزواج، وفيه أربعة فصول:

فصلٌ في الخطبة، **وفصلٌ** للأحكام العامة للزواج، **وفصلٌ** لأركان عقد الزواج وشروطه، **وفصلٌ** لحقوق الزوجين.

٢ـ **الباب الثاني**: وخصصه المنظّم لآثار عقد الزواج، وفيه فصلان: **فصلٌ** للنفقة، **وفصلٌ** للنسب.

٣ـ **الباب الثالث**: وجعله للفرقة بين الزوجين، وفيه أربعة فصول:

فصلٌ في أحكام عامة، **وفصلٌ** في الطلاق، **وفصلٌ** في الخلع، **وفصلٌ** في فسخ عقد الزواج.

٤ـ **الباب الرابع**: وتكلم فيه عن آثار الفرقة بين الزوجين وفيه فصلان: **فصلٌ** في العدة، **وفصلٌ** في الحضانة وهذا الفصل الذي يدور حوله البحث.

٥ـ **الباب الخامس**: وتكلم فيه عن الوصاية والولاية، وفيه خمسة فصول:

فصلٌ في أحكام عامة، **وفصلٌ** في الوصي، **وفصلٌ** في الولي المعيّن من المحكمة، **وفصلٌ** في تصرفات الوصي والولي، **وفصلٌ** في الغائب والمفقود.

٦ـ **الباب السادس**: وهو خاص بأحكام الوصية، وفيها ثلاثة فصول:

فصلٌ للأحكام العامة، **وفصلٌ** في أركان الوصية وشروطها، **وفصلٌ** في مبطلات الوصية.

٧ـ الباب السابع: في التركة والإرث، وفيه ستة فصول:

فصلٌ في الأحكام العامة للتركة والإرث، **وفصلٌ** في ميراث أصحاب الفروض، **وفصلٌ** في الحجب والتعصيب والعول والرد، **وفصلٌ** في ميراث ذوي الأرحام، **وفصلٌ** في ميراث المفقود والحمل ومنفي النسب، **وفصلٌ** في التخارج في التركة.

٨ـ الباب الثامن: وخصصه المنظّم للأحكام الختامية.

وكما أشرت سابقًا فإن البحث يدور حول فصل الحضانة وهو الفصل الثاني من الباب الرابع والذي خصصه المنظّم لآثار الفرقة بين الزوجين، ويتكون فصل الحضانة من اثنتي عشر مادة.

ويبدأ سريان النظام بعد تسعين يومًا من تاريخ الإعلان عنه، وتم الإعلان عنه في الخامس عشر من شهر شعبان من عام ١٤٤٣هـ، وبدأ سريانه في الثامن عشر من شهر ذي القعدة من عام ١٤٤٣هـ.

المبحث الأول:

مصطلحات البحث

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الحضانة

المطلب الثاني: تعريف الحاضن والمحضون

المطلب الأول:

تعريف الحضانة

الفرع الأول: الحضانة في اللغة:

الحاء والضاد والنون أصل واحد يقاس، وهو حفظ الشيء وصيانته[١].

والحضانة بفتح الحاء وكسرها مصدر للفعل (حضن)، والحضن ما دون الإبط إلى الكشح[٢]، والحضانة تأتي على معنيين: أحدهما جعل الشيء في ناحية يقال: حضن الرجل الشيء أي اعتزله فجعله في ناحية منه، والثاني: الضم إلى الجنب[٣].

الفرع الثاني: الحضانة في الفقه:

تعريف الحنفية للحضانة:

عرفوها بأنها: تربية الولد لمن له حق الحضانة[٤].

تعريف المالكية للحضانة:

عرفوها بأنها: حفظ الولد في مبيته ومؤنته وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه[٥].

---

(١) مقاييس اللغة ص (٧٣).
(٢) المصباح المنير (١/ ١٤٠)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٥/ ٢١٠١).
(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٤٠)، مختار الصحاح (٧٥).
(٤) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٥٥).
(٥) مواهب الجليل (٤/ ٢١٤)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٥).

وعرّفها صاحب منح الجليل بـقوله: (و[الحضانة] شرعًا صيانة العاجز والقيام بمصالحه)[١].

تعريف الشافعية للحضانة:

حفظ من لا يستقل أمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته، أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك[٢].

تعريف الحنابلة للحضانة:

قال في الكشاف -وهو تعريف الحجاوي[٣] في الإقناع[٤] وابن النجّار[٥] في المنتهى[٦]-: حفظ صغير ومجنون، ومعتوه -وهو المختل العقل- عما يضرهم، وتربيتهم بعمل مصالحهم، كغسل رأس الطفل، وغسل بدنه، وغسل ثيابه، وكدهنه وتكحيله وربطه في المهد، وتحريكه لينام ونحوه أي: نحو ما ذكر مما يتعلق بمصالحه[٧].

---

(١) منح الجليل (٤/ ٤٢٠)

(٢) مغني المحتاج (٥/ ١٩١).

(٣) هو: الشيخ الإمام العلامة شرف الدين موسى الحجاوي، الصالحي، الحنبلي مفتي الحنابلة، كان بيده تدريس الحنابلة بمدرسة الشيخ أبي عمر، وتدريس في الجامع الأموي، من أهم مؤلفاته الإقناع، وزاد المستقنع، وشرح منظومة الآداب الشرعية للمرداوي، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في ربيع الأول سنة (٩٦٨هـ)، (الكواكب السائرة/ ٣/ ١٩٢).

(٤) الإقناع (٤/ ١٥٧)

(٥) هو: محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي، تقي الدين أبو البقاء، الشهير بابن النجار: فقيه حنبلي مصري، له كتاب منتهى الإرادات، ومعونة أولي النهى في شرح المنتهى، وشرح الكوكب المنير، ولد (٨٩٨هـ)، وتوفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٩٧٢هـ)، (الأعلام للزركلي/ ٦/ ٦).

(٦) المنتهى (٤/ ٤٧١).

(٧) كشاف القناع (١٣/ ١٨٧).

مناقشة التعاريف:

تعريفات الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ للحضانة متقاربة فهي لا تخرج عن المعنى اللغوي للحضانة فالحاضن يضمّ المحضون إلى جنبه لحفظه وصيانته، ولعل سبب تفاوت تعاريفهم للحضانة يرجع إلى سببين وهما:

١ـ أن اختلافهم واقعٌ في ذكر مسؤوليات الحاضن في التعريف من باب التمثيل كقولهم (القيام به وإطعامه وعلاجه وتعليمه..) فكل ما ذكروه لا يخرج عن قولهم (القيام به)، فيكون الخلاف هنا من قبيل خلاف التنوع لا اختلاف التضادّ، حيث أنهم يمثلون للمعنى من باب التمثيل لا الحصر لمسؤوليات الحاضن.

٢ـ والسبب الثاني في التفاوت هو خلافهم فيما يدخل في معنى المحضون، فالحضانة قد تشمل الطفل فقط كما هو المشهور عند المالكية، وأما الجمهور فإنهم يُدخلون في الحضانة المعتوه والمجنون وهذا هو الراجح فيما يدخل في معنى المحضون كما سيأتي في المبحث الحادي عشر إن شاء الله تعالى.

وأما تعريف الحنفية فقد قصر الحضانة على بالقيام بأمر الصغير وأخرج منها المعتوه والمجنون مع أنهم يوجبونها عليهما ومع هذا لم يدخلوهما في التعريف، ويمكن أن نحمل هذا على أنهم عرّفوا الحضانة بناءً على الأصل؛ فالحضانة في أصلها مشروعة للطفل وأما المعتوه والمجنون فحضانتهما طارئة قد تزول، ومما قد يُلحظ على تعريفهم كذلك أنه حصر الحضانة إذا

قـام بها (من له حق الحضانة) مع أن الحضانة قد يقوم بها من ليس له حقٌ بها كما لو كان الصغير لا أهل له واختار الإمام من يقوم بأمره من المسـلمين فإن هذا يدخل في معنى الحضانة.

وأما تعريف المالكية فإنه يُلحظ عليه كما يُلحظ على تعريف الحنفية في قصـر الحضانة على الصغير فقط، غير أن تعريـف المالكية جارٍ على أصلهم فإن الحضانة عندهم تختص بالصغير دون المعتوه والمجنون.

وأما تعريف صاحب منح الجليل من المالكية فإنه قد يدخل في الحضانة مـن ليس من أهلها فنصّ أنها (صيانة العاجز) فكل من كان عاجزًا فإنه يدخل فـي هـذا المعنى؛ فيدخل فيها من كان عجزه لكبر سـن أو كان عجزه بسـبب الحجر عليه.

وأما تعريف الشـافعية والحنابلة فقد شـمل الصغير والمعتوه والمجنون كما نص على هذا الحنابلة في تعريفهم، كما أنهم لا يسـتقلون بأمور أنفسهم كما هو تعريف الشافعية.

الترجيح:

لعل أدق تعريف هو تعريف الشافعية والحنابلة لما ذكرت في المناقشة.

الفرع الثالث تعريف النظام.

عـرّف المنظّـم الحضانـة فـي المـادة (الرابعة والعشـرون بعـد المائة) بقولـــه: (الحضانة هي حفظ من لا يستقل بنفسه عما يضره، وتربيته والقيام علـى مصالحه بما فـي ذلك التعليم والعـلاج)، فنجد أن المنظّـم دأب دأْب

الفقهاء الذين تكلموا عن الحضانة بالمعنى العام فأدخلوا فيه الصغير والمعتوه والمجنون وذلك مما سبق، وتعريف المنظّم نصّ عليه النووي[١] في روضة الطالبين وصاحب مغني المحتاج[٢] من الشافعية، وهو معنى تعريف الحنابلة فالصغير والمجنون والمعتوه ممن لا يستقلون بأنفسهم.

(١) هو: يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن حزام ابن محمد بن جمعة النووي الشافعي الشيخ الإمام العلامة محيي الدين أبو زكريا، من تصانيفه الروضة والمنهاج وشرح المهذب سماه المجموع، والمنهاج في شرح مسلم وكتاب الأذكار وكتاب رياض الصالحين وكتاب الإيضاح في المناسك والإيجاز في المناسك وله أربع مناسك أخر والخلاصة في الحديث لخص فيه الأحاديث المذكورة في شرح المهذب وكتاب الإرشاد في علم الحديث وكتاب التقريب والتيسير في مختصر الإرشاد وكتاب التبيان في آداب حملة القرآن، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ (٦٧٧هـ) بنوى، (طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة / ٢/ ١٥٣-١٥٦)،(طبقات الشافعية للسبكي(٨/ ٣٩٥/ ١٢٨٨).

(٢) روضة الطالبين(٩/ ٩٨).

المطلب الثاني:

تعريف الحاضن والمحضون

الفرع الأول: تعريف المحضون:

نص النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ على ضابط المحضون فقال: (أما المحضون، فهو من لا يستقل بمراعاة نفسه، ولا يهتدي إلى مصالحه لصغر أو جنون، أو خبل وقلة تمييز)[١]، وقال في القوانين الفقهية[٢]: (المحضون هو من لا يستقل كالصغير والمجنون والمعتوه وإن كانا كبيرين).

ويمكن كذلك ضبط المحضون من حاصل كلام الفقهاء في تعريفهم للحضانة بأنه: (العاجز) وبعضهم عرفه بـ(الولد أو الصغير)، وبعضهم عرّفه بأنه (الذي لا يستقل بنفسه)، وبعضهم عرفه (من لا يميّز)،وأما النظام فعرفه بقوله: (من لا يستقل بنفسه)[٣] وتعريفه بمن لا يستقل بنفسه أوسع وأعم من التعريف بـ(العاجز) أو(الصغير) لأن الطفل لا يعتبر عاجزًا عجزًا تامًا غير أنه لا يستقل بنفسه، وكذلك المعتوه والمجنون يدخلان بهذا التعريف، بخلاف ما لو عرفناه بـ (الولد) أو (العاجز)، وكذلك التعريف بـ (الولد) و (الابن) يحصر الحضانة بالوالدين فقط بينما الحضانة قد يقوم بها غير الوالدين.

---

(١) روضة الطالبين (٩/ ١٠٢).

(٢) القوانين الفقهية (١٤٩).

(٣) المادة الرابعة والعشرون بعد المائة.

الفرع الثاني: تعريف الحاضن:

الحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويرعيانه[١]، فهما الذين يقومان على شؤون المحضون.

(١) الفقه الميسر (١/ ٣٣٤).

المبحث الثاني:

مشروعية الحضانة وحكمها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم الحضانة.

المطلب الثاني: الأدلة على مشروعيتها.

المطلب الأول:

حكم الحضانة

الحضانـة من الحقوق التي كفلها الشـارع للطفل وغيـره، وهي من تمام وكمال الشريعة حيث أولت الاهتمام للإنسان من حين نشأته وسعت لتنشئته نشـأة صالحة حسـنة، فالأصل في الحضانـة أنها من فـروض الكفايات التي يسـقط وجوبها عـن الآخرين متى قام بها أحدهم[1]، وقـد تكون فرض كفاية على جنس أو طائفة من الناس دون الآخرين كما لو كانت واجبة على الرجال دون النسـاء في زمن دون زمن، وقد تتعين على أشخاص في زمن دون زمن، وسنتناول بعض هذه المسائل في مظانها من البحث إن شاء الله تعالى.

(١) الكافي(٣/ ٢٤٤)، البهجة شـرح التحفـة(١/ ٦٤٥)، توضيح الأحـكام (٢/ ١٧٤)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٦).

المطلب الثاني:

الأدلة على مشروعيتها

دل على مشروعية الحضانة الإجماع والقرآن والسنة وآثار الصحابة وهي مقتضى العقل.

فممن نقل الإجماع على مشروعيتها:

١ـ ابن رشد[(١)] في المقدمات حيث قال فيها: (فلا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار..)[(٢)].

٢ـ ونقله كذلك المتيطي[(٣)].

---

(١) هو: قاضي الجماعة أبو الوليد محمد بن أحمد بن أبي الوليد بن رشد: الشهير بالحفيد الغرناطي الفقيه، له تآليف تنوف عن الستين منها: بداية المجتهد أجاد فيه وأفاد، وكتابه الكليات في الطب جليل ترجم وطبع في بلاد أوروبا واختصر المستصفى في الأصول، والمقدمات الممهدات، مولده سنة ٥٢٠ هـ وتوفي سنة (٥٩٥هـ).
[شجرة النور الزكية / ١/ ١٢١-٢١٣].

(٢) المقدات الممهدات (١/ ٥٦٤).

(٣) نقله في حاشية مواهب الجليل المسمّاة (التاج والإكليل لمختصر خليل) (٤/ ٢١٤)، والمتيطي هذا هو: القاضي أبو الحسن علي بن عبد الله بن إبراهيم الأنصاري: يعرف بالمتيطي السبتي الفاسي المالكي، ألف كتابا كبيرا في الوثائق سماه النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام اعتمده المفتون والحكام واختصره أعلام منهم ابن هارون، توفي مستهل شعبان سنة (٥٧٠هـ).
[شجرة النور الزكية في الطبقات المالكية / ١/ ٢٣٥].

٣ـ وقال الموفق ابن قدامة[١] في المغني: (وجملته أن الزوجين إذا افترقا، ولهما ولد طفل أو معتوه، فأمه أولى الناس بكفالته إذا كملت الشرائط فيها، ذكرا كان أو أنثى. وهذا قول يحيى الأنصاري[٢]، والزهري[٣]، والثوري[٤]، ومالك، والشافعي، وأبي ثور[٥]، .....

(١) الحافظ الزاهد أَبُو مُحَمَّد: عبدالله بن أحمد الجمّاعيلي الصالحي الحنبلي ويلقب تقي الدين حافظ الوقت ومحدثه، ولد بجمّاعيل - من أرض نابلس من الأَرْض المقدسة - سنة إحدى وأربعين وخمسمائة، من أهم مؤلفاته: العمدة في الفقه، والكافي، والمقنع، والمغني، وروضة الناظر، ولمعة الاعتقاد، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٦٢٠هـ).
[ذيل طبقات الحنابلة / ٣/ ٢]، [الأعلام للزركلي / ٧/ ٣٣٣].

(٢) هو: يحيى بن قيس بن سعيد بن عمرو بن سهل بن ثعلبة بن الحارث بن زيد بن ثعلبة ابن غنم بن مالك بن النجار، ويكنى أبا سعيد، أحد الفقهاء السبعة، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (١٤٣هـ). [الطبقات الكبرى/ ٣٧٧].

(٣) هو: محمد بن مسلم بن عبد الله بن شِهَاب الزهري، من بني زهرة بن كلاب، من قريش، أبو بكر: أول من دون الحديث، وأحد أكابر الحفاظ والفقهاء. تابعي، من أهل المدينة توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (١٢٤هـ).
[الأعلام للزركلي / ٣/ ٥١]، [معجم الشعراء/ ٤١٣].

(٤) هو: سيفان بن سعيد بن مسروق بن حبيب بن رافع بن عبد الله بن موهبة بن أبي بن عبد الله بن منقذ بن نصر بن الحارث بن ثعلبة بن ملكان بن ثور بن عبد مناة بن أد بن طابخة بن إلياس بن مضر بن نزار، شيخ الإسلام أبو عبد الله الثوري، الكوفي، الفقيه، من الكتب (الجامع الكبير) و (الجامع الصغير) كلاهما في الحديث، وكتاب في الفرائض، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (١٦١هـ).
[تاريخ الإسلام / ٤/ ٣٨٢]، [الأعلام للزركلي / ٣/ ١٠٤].

(٥) هو: إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، أبو ثور: الفقيه صاحب الإمام الشافعيّ، قال ابن عَبْد البَر: له مصنفات كثيرة منها كتاب ذكر فيه اختلاف مالك والشافعيّ وذكر مذهبه في ذلك وهو أكثر ميلا إلى الشافعيّ في هذا الكتاب وفي كتبه كلها، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٢٤٠هـ)، [الأعلام للزركلي/ ١/ ٣٧].

..... وإسحاق[١]، وأصحاب الرأي، ولا نعلم أحدا خالفهم)[٢].

٤ـ الخطابي[٣] في كتابه معالم السنن حيث قال: (ولم يختلفوا أن الأم أحق بالولد الطفل من الأب ما لم تتزوج)[٤].

٥ـ وابن المنذر[٥] في الإشراف بقوله: (أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل، أن الأم أحق به ما لم تنكح..)[٦].

---

(١) هو: إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظليّ التميمي المروزي، أبو يعقوب ابن راهويه: عالم خراسان في عصره. من سكان مرو (قاعدة خراسان) وهو أحد كبار الحفاظ. طاف البلاد لجمع الحديث وأخذ عنه الإمام أحمد ابن حنبل والبخاري ومسلم والترمذي والنسائي وغيرهم. وقيل في سبب تلقيبه (ابن راهويه) أن أباه ولد في طريق مكة فقال أهل مرو: راهويه! أي ولد في الطريق، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٢٣٨هـ) بنيسابور.
[الأعلام للزركلي / ١/ ٢٩٢].

(٢) المغني (١١/ ٤١٣).

(٣) هو: حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب الخطابي البستي الأديب المحدث، ويقال أحمد بن محمد أبو سليمان، صنف كتاب غريب الحديث وكتاب معالم السنن وشرح أسماء الله وغير ذلك، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٣٨٨هـ).
[التقييد لمعرفة رواة السنن والمسانيد/ ٢٥٤-٢٥٥]

(٤) معالم السنن (٣/ ٢٨٢).

(٥) هو: هو الإمام أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، له مصنفات مهمة نافعة فى الإجماع والخلاف، وبيان مذاهب العلماء، منها الأوسط، والإشراف، والإجماع، اختلف في سنة وفاته فقيل سنة (٣٠٩هـ) وقيل (٣١٠هـ)، وقيل (٣١٦هـ) وهذا ما اعتمده الذهبي، وقيل (٣١٨هـ).
[تهذيب الأسماء واللغات / ٢/ ١٩٧/ ١٩٨]، [وفيات الأعيان / ٤/ ٢٠٧]، [تاريخ الإسلام / ٧/ ٣٤٤]

(٦) الإشراف (٥/ ١٧١).

٦ـ المرداوي[١] في الإنصاف حيث قال: (وأحق الناس بحضانة الطفل والمعتوه أمه، بلا نزاع)[٢].

٧ـ ابن هبيرة[٣] في الإفصاح: (واتفقوا على أن الحضانة للأم ما لم تتزوج)[٤].

٨ـ ابن الهمام[٥]: (فالأم أحق بالولد بالإجماع)[٦].

ومن القرآن:

١ـ قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ۚ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا

---

(١) هو: علي بن سليمان بن أحمد المرداوي ثم الدمشقيّ: فقيه حنبلي، من العلماء. ولد في مردا (قرب نابلس) وانتقل في كبره إلى دمشق فتوفي فيها. من كتبه « الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٨٨٥هـ). [الأعلام للزركلي/ ٤/ ٢٩٢].

(٢) الإنصاف (٩/ ٤١٦).

(٣) هو: أبو المظفر الوزير عون الدين يحيى بن هبيرة بن محمد بن هبيرة بن سعد الشيباني، كان على مذهب الإمام أحمد، من أهم مؤلفاته: اختلاف الأئمة والإفصاح، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٥٧٠هـ) هكذا ذكره في وفيات الأعيان، وذكر الزركلي أن وفاته كانت سنة (٥٦٠هـ). [وفيات الأعيان/ ٦/ ٢٣٠/ ٢٤٤]، [الأعلام للزركلي / ٨/ ١٧٥].

(٤) الإفصاح (٢/ ١٥٢).

(٥) هو: محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود، السيواسي ثم الإسكندري، كمال الدين، المعروف بابن الهمام: إمام، من علماء الحنفية، من أهم مؤلفاته: فتح القدير، والتحرير وزاد الفقير، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٨٦١هـ).
[الأعلام للزركلي / ٦/ ٢٥٥].

(٦) فتح القدير (٤/ ٣٦٧).

وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٢٣٣﴾﴾ [البَقَرَة:٢٣٣].

قال الجصاص[(١)] وغيره في تفسير الآية: (يعني والله أعلم أنها إذا رضيت بأن ترضع بمثل ما ترضع به غيرها، لم يكن للأب أن يضارها فيدفعه إلى غيرها)، وقال: (وفي هذا دلالة على أن الأم أحق بإمساك الولد ما دام صغيرا)[(٢)].

٢ـ قوله تعالى: ﴿۞ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا ۚ إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ ٱلْكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴿٢٣﴾ وَٱخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِى صَغِيرًا ﴿٢٤﴾﴾ [الإسرَاء:٢٣ - ٢٤].

ووجه الدلالة: أن الآية دلت بمجموعها على معنى الحضانة بمعناها العام حيث حثّت على رعاية الوالدين لكونهما بحاجة إلى الرعاية، وكذلك مشروعية تربية الوالدين للأبناء في قوله سبحانه ﴿وَٱخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِى صَغِيرًا ﴿٢٤﴾﴾ [الإسرَاء:٢٤].

٣ـ قوله تعالى: ﴿وَقَالَتْ لِأُخْتِهِۦ قُصِّيهِ ۖ فَبَصُرَتْ بِهِۦ عَن جُنُبٍ وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ ﴿١١﴾ وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ ٱلْمَرَاضِعَ مِن قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰٓ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُۥ

(١) هو: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحنفي المعروف بالجصاص، من أهم مؤلفاته: أحكام القرآن وشرح مختصر الطحاوي والفصول في الأصول، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٣٧٠هـ). [الجواهر المضية / ١/ ٨٥/ ١٥٧].

(٢) أحكام القرآن للجصاص(١/ ٤٩٠).

لَكُمْ وَهُمْ لَهُۥ نَٰصِحُونَ ﴿١٢﴾ فَرَدَدْنَٰهُ إِلَىٰٓ أُمِّهِۦ كَىْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ وَلِتَعْلَمَ أَنَّ وَعْدَ ٱللَّهِ حَقٌّ وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَهُمْ لَا يَعْلَمُونَ ﴿١٣﴾﴾ [القَصَص:١١ - ١٣].

ومما دل على مشروعيتها من السنة:

١ـ ما رواه عمرو بن شعيب(١)، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو(٢)، أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني. فقال لها رسول الله ﷺ: «**أنت أحق به ما لم تنكحي**»(٣).

٢ـ وفي الصحيحين من حديث البراء بن عازب(٤)، أن ابنة حمزة(٥) ....

---

(١) عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل السهمي، أبو إبراهيم على الصحيح، من التابعين وأحد علماء زمانه توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ بالطائف سنة (١١٨هـ). [ميزان الاعتدال/ ٣/ ٢٦٣].

(٢) عبد الله بن عمرو ابن العاص بن وائل بن هاشم بن سعيد بالتصغير ابن سعد ابن سهم السهمي أبو محمد وقيل أبو عبد الرحمن أحد السابقين المكثرين من الصحابة وأحد العبادلة الفقهاء مات في ذي الحجة ليالي الحرة على الأصح بالطائف على الراجح عام (٦٥هـ). [تقريب التهذيب/ ٣١٥] [الأعلام للزركلي/ ٤/ ١١١].

(٣) أخرجه أبوداود (٢/ ٤٩٠/ ٢٢٧٦)، وأحمد (١١/ ٣١٠/ ٦٧٠٧) وحسنه الألباني في الإرواء (٧/ ٢٤٤/ ٢١٨٧)، وضعفه ابن حزم في المحلى للخلاف المشهور في رواية عمرو بن شعيب، وقال الباجي: (وهذا الحديث ليس إسناده مما يحتج به ولا في هذا الباب شيء يعتمد عليه).

(٤) البراء بن عازب بن الحارث الخزرجي، أبو عمارة: قائد صحابي من أصحاب الفتوح أسلم صغيرا وغزا مع رسول الله ﷺ خمس عشرة غزوة توفي سنة (٧١هـ). [الأعلام للزركلي / ٢/ ٤٦].

(٥) حمزة بن عبد المطلب بن هاشم. أبو عمارة، من قريش: عم النبي ﷺ وأحد صناديد قريش وسادتهم في الجاهلية والإسلام استشهد رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ في وقعة أحد عام (٣هـ). =

..... اختصم فيها علي وجعفر[١] وزيد[٢]. فقال علي: أنا أحق بها وهي ابنة عمي، وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي، وقال زيد: ابنة أخي، فقضى بها رسول الله ﷺ لخالتها، وقال: «**الخالة بمنزلة الأم**»[٣].

٣ـ حديث أبي هريرة[٤] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله ﷺ (خيّر غلاما بين أبيه وأمه)[٥].

٤ـ وعن عبد الحميد بن سلمة الأنصاري[٦]، عن أبيه، عن جده (أن جده

= [الأعلام / ٢/ ٢٧٨].

(١) هو: جعفر بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم: صحابي هاشمي، من شجعانهم. يقال له (جعفر الطيار) وهو أخو أمير المؤمنين علي بن أبي طالب. وكان أسن من علي بعشر سنين، استشهد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في غزوة مؤتة عام (٨هـ). [الأعلام للزركلي / ٢/ ١٢٥].

(٢) هو: زيد بن حارثة بن شراحيل (أو شرحبيل) الكلبي: صحابي. اختطف في الجاهلية صغيرا، واشترته خديجة بنت خويلد فوهبته إلى النبي ﷺ حين تزوجها، فتبناه النبيّ – قبل الإسلام – وأعتقه وزوجه بنت عمته، استشهد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في غزوة مؤتة عام (٨هـ). [الأعلام للزركلي/ ٣/ ٥٧].

(٣) أخرجه البخاري واللفظ له (٣/ ١٨٤/ ٢٦٩٩)، وأما مسلم فلم أقف على روايته من حديث البراء بل من حديث علي بن أبي طالب بلفظ (الخالة أم) بنحو القصة المذكورة (٢/ ٤٩١/ ٢٢٧٨).

(٤) أبو هريرة الدوسي الصحابي الجليل حافظ الصحابة اختلف في اسمه واسم أبيه والراجح أنه عبد الرحمن ابن صخر، واختلف في سنة وفاته فقيل سنة (٥٧هـ) وقيل (٥٨هـ) وقيل سنة (٥٩هـ). [تقريب التهذيب / ٦٨٠].

(٥) أخرجه الترمذي (٣/ ٣١/ ١٣٥٧) وقال حسن صحيح، وابن ماجة (٤/ ٣٢/ ٢٣٥١) وصححه الألباني في الإرواء (٧/ ٢٥٠/ ٢١٩٢)

(٦) قال في تقريب التهذيب: عبد الحميد ابن سلمة الأنصاري يقال هو ابن يزيد ابن سلمة مجهول، وقال في تهذيب التهذيب: قال الدارقطني: عبدالحميد بن سلمة وأبوه وجده لا يعرفان. [تهذيب التهذيب / ٦/ ١١٥/ ٢٣٣]، [تقريب التهذيب/ ٣٣٣/ ٢٧٥٣].

أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاء بابن له صغير لم يبلغ، قال: فأجلس النبي ﷺ الأب هاهنا والأم هاهنا، ثم خيره وقال: اللهم اهده، فذهب إلى أبيه)[١].

عن أبي هريرة، قال: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ، فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبة[٢]، وقد نفعني. فقال له النبي ﷺ: «**استهما عليه**» فقال زوجها: من يحاقني في ولدي؟ فقال النبي ﷺ «**هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت**» فأخذ بيد أمه فانطلقت به[٣]، وفي رواية أن النبي ﷺ قال: «**يا غلام**..الحديث».

عن عبد الله بن عمر[٤]، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أن رسول الله ﷺ، قال: «**ألا كلكم**

---

(١) أخرجه النسائي (٦/ ١٨٥/ ٣٤٩٥) واللفظ له، وابن ماجة (٤/ ٣٣/ ٢٣٥٢)، وأحمد (٣٩/ ١٦٦/ ٢٣٧٥٥)، و سعيد بن منصور في سننه (٢/ ١٤٠)، وعبدالرزاق (٧/ ١٦٠/ ١٢٦١٦)، وفي رواية أخرجها أبو داود في باب الطلاق باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد (٢/ ٤٧١/ ٢٢٤٤)، وأحمد (٣٩/ ١٦٨/ ٢٣٧٥٧)، والحاكم في كتاب الطلاق (٢/ ٢٢٥/ ٢٨٢٨) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، من رواية عبدالحميد بن جعفر عن أبيه عن جده، وفيها أن المحضون كان بنتًا، قال عنه الشوكاني في «نيل الأوطار» (في إسناده اختلاف كثير وألفاظه مختلفة ورجح ابن القطان رواية عبد الحميد بن جعفر وقال ابن المنذر: لا يثبته أهل النقل وفي إسناده مقال ولكنه قد صححه الحاكم).

(٢) بئر أبي عِنبَة: بلفظ واحدة العنب: بئر بينها وبين مدينة رسول الله، ﷺ، مقدار ميل. [معجم البلدان / ١/ ٣٠١].

(٣) أخرجه أبوداود (٢/ ٤٩٠/ ٢٢٧٧)، والنسائي (٦/ ١٨٥/ ٣٤٩٦)، والدارمي (٣/ ١٤٧٣/ ٢٣٣٩)، وأحمد (١٢/ ٣٠٧/ ٧٣٥٢)، وصححه الألباني في الإرواء (٧/ ٢٥٠-٢٥١/ ٢١٩٣).

(٤) عبد الله بن عمر بن الخطاب ولد بعد المبعث بيسير واستصغر يوم أحد وهو ابن أربع عشرة [سنة] وهو أحد المكثرين من الصحابة والعبادلة وكان من أشد الناس اتباعا للأثر مات سنة ثلاث وسبعين في آخرها أو أول التي تليها. [الأعلام للزركلي / ٣١٥].

راع وكلكم مسؤول عن رعيته، فالإمام الذي على الناس راع وهو مسؤول عن رعيته، والرجل راع على أهل بيته، وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية على أهل بيت زوجها، وولده وهي مسؤولة عنهم، وعبد الرجل راع على مال سيده وهو مسؤول عنه، ألا فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته»[(١)].

قال ابن حجر[(٢)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الفتح: (ورعاية الرجل أهله سياسته لأمرهم وإيصالهم حقوقهم ورعاية المرأة تدبير أمر البيت والأولاد والخدم والنصيحة للزوج في كل ذلك)، وقال كذلك في نفس الصفحة: (واستدل به على أن المكلف يؤاخذ بالتقصير في أمر من هو في حكمه وترجم له في النكاح باب قوا أنفسكم وأهليكم نارا)[(٣)].

عن عبدالله بن عمرو رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: قال: رسول الله ﷺ **«مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين، وفرقوا بينهم في المضاجع»**[(٤)].

---

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب: الأحكام، باب: قول الله تعالى: (أطيعوا الله وأطيعوا الرسول) (٩/ ٦٢/ ٧١٣٨)، ومسلم في كتاب: الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل (٦/ ٧/ ١٨٢٩).

(٢) أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني الشافعي، أبو الفضل، شهاب الدين، ابن حَجَر: من أئمة العلم والتاريخ. أصله من عسقلان (بفلسطين) ومولده ووفاته بالقاهرة، له مؤلفات كثير من أهمها فتح الباري في شرح صحيح البخاري، وكتاب تغليق التعليق، وكتاب لسان الميزان، وكتاب تقريب التهذيب وتهذيب التهذيب وغيرها، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٨٥٢هـ). [الأعلام للزركلي / ١/ ١٧٨].

(٣) فتح الباري (١٣/ ١١٣).

(٤) أخرجه أبوداود واللفظ له (١/ ٢٣٩/ ٤٩٥)، وأحمد (١١/ ٣٦٩/ ٦٧٥٦)، وصححه الألباني في الإرواء (١/ ٢٦٦/ ٢٤٧)

ووجه الدلالة ما قاله الشيخ ابن عثيمين في الشرح الممتع[١]: (وإنما تجب لأن النبي ﷺ أمرنا بأمر أبنائنا بالصلاة لسبع سنين، وضربهم عليها لعشر، وما ذلك إلا لتقويمهم، وإصلاحهم، وتعويدهم على طاعة الله، وإذا كنا مأمورين بذلك فإنا مأمورون بما لا يتم إلا به).

٥ـ قوله ﷺ في حديث أبي أيوب[٢] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (من فرق بين الوالدة وولدها، فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة)[٣].

ووجه الدلالة: أن هذا كان في حق السبي والكفّار فكذلك المسلمة أولى.

أن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حين خاصم إلى أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في ابنه، فقضى به أبو بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لأمه، ثم قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لا تولّه والدة عن ولدها**»[٤].

ومما يدل على مشروعيتها من آثار الصحابة:

١ـ قضاء أبي بكر على عمر بعاصم بن عمر لأمه وقال: (ريحها وشمها

---

(١) الشرح الممتع (١٣/ ٥٣٢).

(٢) هو: خالد بن زيد بن كليب بن ثعلبة، أبو أيوب الأنصاري، من بني النجار: صحابي، شهد العقبة وبدرا وأحدا والخندق وسائر المشاهد. وكان شجاعا صابرا تقيا محبا للغزو والجهاد، توفي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عندما غزا مع يزيد بن أبي سفيان القسطنطينية سنة (٥٢هـ). [الأعلام للزركلي / ٢/ ٢٩٥].

(٣) أخرجه الترمذي (٢/ ٥٥٩/ ١٢٨٣)واللفظ له، والدارمي(٣/ ١٦١١/ ٢٥٢٢)، وأحمد (٣٨/ ٤٨٥/ ٢٣٤٩٩)، والحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط مسلم (٢/ ٦٣/ ٢٣٣٤).

(٤) السنن الكبرى للبيهقي (٨/ ٨/ ١٥٧٦٧)، وضعفه الشوكاني في نيل الأوطار بالإرسال(٥/ ١٩٢)، وابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٥١٨).

ولطفها خير له منك)[١]، وفي رواية عند عبدالرزاق[٢]، ومالك في الموطأ، أن التي نازعها عمر هي جدة عاصم لأمه[٣].

٢ـ عن عبد الرحمن بن عمر[٤] قال: «شهدت عمر خيَّر صبيا بين أبيه وأمه»[٥].

٣ـ وجاء عن عمارة الجرمي[٦] أن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ خيره بين أمه وعمه[٧].

---

(١) أخرجه سعيد في سننه (٢/ ١٣٩- ١٤٠)، وابن القيم في زاد المعاد(٥/ ٣٩٠)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٠/ ٤٦٠/ ٢٠٢٥٢)، وعبدالرزاق في مصنفه (٧/ ١١٤/ ١٣٤)، وضعفه الألباني في الإرواء، وقال: (وقد قال ابن عبد البر كما فى «زاد المعاد»: (هذا حديث مشهور من وجوه منقطعة ومتصلة، تلقاه أهل العلم بالقبول والعمل) (٧/ ٢٤٤/ ٢١٨٨).

(٢) هو: عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري، مولاهم، أبو بكر الصنعاني: من حفاظ الحديث الثقات، من أهل صنعاء، من مصنفاته: تفسير القرآن والجامع الكبير والمصنف، توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة (٢١١هـ)، [الأعلام للزركلي/ ٣/ ٣٥٣].

(٣) الموطأ (٢/ ٧٦٧)، مصنف عبدالرزاق (٧/ ١١٥/ ١٣٤٨٦)، سنن سعيد بن منصور (٢/ ١٣٩). وضعفها الألباني في الإرواء (٧/ ٢٤٥).

(٤) عبد الرحمن ابن غنم بفتح المعجمة وسكون النون الأشعري مختلف في صحبته وذكره العجلي في كبار ثقات التابعين مات سنة ثمان وسبعين[تقريب التهذيب/ ٣٤٨/ ٣٩٧٣].

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٤/ ١٧٩/ ١٩١١٥)، وسعيد بن منصور (٢/ ١٤١)، وصححه الألباني في الإرواء (٧/ ٢٥١/ ٢١٩٣).

(٦) ذكره ابن حبان في «الثقات»، ولم أقف له على ترجمة، وقال في «الإرواء»: مجهول، وذكره ابن حبان كعادته في الثقات. اهـ، [الثقات / ٥/ ٢٤١/ ٤٦٦٥]، [الإرواء / ٧/ ٢٥٢].

(٧) سنن سعيد بن منصور (٢/ ١٤٢)، وابن أبي شيبة (٤/ ١٨٠/ ١٩١٢٧)، وضعفه الألباني في الإرواء (٧/ ٢٥٢/ ٢١٩٥)

وهي مقتضى العقل:

حيث أن ترك المحضون بغير حضانة يعرّضه للهلاك فتجب له كما تجب النفقة والرضاع[١].

(١) المغني (٢٣٧).

المبحث الثالث:

الحقوق المتعلقة بالحضانة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الحق.

المطلب الثاني: الحقوق المتعلقة بالحضانة.

المطلب الأول:

تعريف الحق

الفرع الأول: الحق في لغة:

الحق: اسم من أسمائه تعالى، والشيء الحق، أي الثابت حقيقة، ويستعمل في الصدق والصواب أيضا، يقال: قول حق وصواب، وهو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره[(١)]، وتطلق كلمة الحق على النصيب المحدد لمثل قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ فِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقّٞ مَّعۡلُومٞ ۝٢٤﴾ [المعارج:٢٤]، كما تطلق على العدل في مقابلة الظلم مثل قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَقۡضِي بِٱلۡحَقِّۖ﴾ [غافر:٢٠][(٢)].

الفرع الثاني: الحق في الاصطلاح الفقهي:

عرّف الفقهاء المتأخرون الحق بعدة تعاريف كلها تدور حول المعنى اللغوي وهو الثبوت والوجوب.

فعرفه بعضهم بأنه: (الحكم الثابت شرعًا)، ولكنه تعريف غير جامع ولا شامل لكل ما يطلق عليه لفظ الحق عند الفقهاء، فقد يطلق الحق على المال المملوك وهو ليس حكمًا.

وعرفه بعض الأساتذة المعاصرين، بأنه: (مصلحة مستحقة شرعًا)، لكنه تعريف بالغاية المقصودة من الحق، لا بذاتيته وحقيقته، فإن الحق: هو علاقة

---

(١) التعريفات للجرجاني (٨٩)، التوقيف على مهمات التعاريف (١٤٣).

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٢٨٣٨).

اختصاصية بين صاحب الحق والمصلحة التي يستفيدها منه.

وعرّفه الدكتور مصطفى الزرقا بأنه: (اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفًا)[١]، ويتميز هذا التعريف بأنه أبان ذاتية الحق بأنه علاقة اختصاصية بشخص معين، كحق البائع في الثمن يختص به، فإن لم يكن هناك اختصاص بأحد؛ وإنما كان هناك إباحة عامة كالاصطياد والاحتطاب والتمتع بالمرافق العامة، فلا يسمى ذلك حقا، وإنما هو رخصة عامة للناس[٢].

الفرع الثالث: الحق عند أهل القانون:

للحق عند القانونيين تعاريف كثيرة والذي اخترته من التعاريف هو ما عرّفه العالم البلجيكي جان دابان في كتابه (الحق الشخصي) وسبب اختياري له هو ما قاله الدكتور محمد الألفي في كتابه (الحق في الفقه الإسلامي)[٣] من أن جان دابان اختار تعريفه للحق بعد دراسة نظريات علماء القانون في الحق ثم اختار هذا التعريف حيث قال: (استئثار بقيمة معينة يمنحه القانون للشخص ويحميه)[٤].

وما عرفه السنهوري رَحِمَهُ ٱللَّهُ فعرفه بأنه (مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون)[٥].

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي (١٩).
(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٢٨٣٩).
(٣) الحق في الفقه الإسلامي (٢٥)
(٤) كتاب الدكتور محمد الألفي (المرجع السابق) (ص٢٥)
(٥) مصادر الحق في الفقه الإسلامي(١/ ٧)

واختار الدكتور محمد الألفي تعريفًا للحق جامعًا فيه بين الفقه الإسلامي وإطلاقات علمائه، وبين نظريات الفلاسـفة القانونيين فقال: (هو اختصاص شخص بما له قيمة مادية أو معنوية يقرر به الشرع سلطة أو تكليفًا)[١].

(١) الحق في الفقه الإسلامي(٣١).

المطلب الثاني:
الحقوق المتعلقة بالحضانة

الفرع الأول: عند الفقهاء:

اختلف العلماء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ في أحقية الحضانة هل هي حق لله تعالى فيراعى في أحكام الحضانة أن ينشّأ الطفل تنشأة صالحة، أم أنها حق للحاضن له إسقاطه، أم أنها حق للمحضون لا يحق لأحد إسقاطه، واختلفوا في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أنها حق للحاضن، وهذا أشهر الأقوال عند الحنفية[١]، وظاهر كلام الشافعية[٢]، وأحد قولي أحمد[٣] والمشهور عند مالك[٤].

القول الثاني: أنها حق للمحضون، وهذا قول الجصاص وغيره من الحنفية[٥]، وهو قولٌ لبعض المالكية[٦]، .....

(١) البحر الرائق(٤/ ١٨٠)، النهر الفائق (٢/ ٤٩٩)، حاشية ابن عابدين(٣/ ٥٥٩-٥٦٠).
(٢) التنبيه للشيرازي(٢١١).
(٣) زاد المعاد (٦/ ٢٩)، الفروع (٥/ ٤٦٧).
(٤) المقدمات الممهدات(١/ ٥٧٠)، مواهب الجليل(٤/ ٢١٤- ٢١٥)، منح الجليل (٤/ ٤٢٠)، توضيح الأحكام (٢/ ١٧٦)، البهجة شرح التحفة (١/ ٦٤٥-٦٤٦).
(٥) شرح مختصر الطحاوي(٥/ ٣٢٢)، البحر الرائق (٤/ ١٨٠)، النهر الفائق (٢/ ٤٩٩)، حاشية ابن عابدين(٣/ ٥٥٩-٥٦٠).
(٦) المعونة (٢/ ٩٤٠)، المقدمات (١/ ٥٧٠)، مواهب الجليل (٤/ ٢١٥)،توضيح الأحكام (٢/ ١٧٦)، البهجة شرح التحفة(١/ ٦٤٥-٦٤٦).

.....وقول عند الحنابلة[١].

القول الثالث: أن لكلٍ من الحاضن والمحضون حقًا فيها، وهذا قولٌ عند الحنفية[٢]، وقولٌ لبعض المالكية[٣] اختاره الباجي[٤] في المنتقى[٥] واختاره ابن القيم[٦] في زاد المعاد[٧].

القول الرابع: أنها حق لله تعالى، فلا تسقط الحضانة بإسقاط الحاضن أو إرادة المحضون إذا كان ذلك يؤدي إلى معصية الله تعالى، أو لا يحقق المصلحة المرجوّة من الحضانة، ذهب لهذا بعض المالكية[٨]، وهذا مفهوم

---

(١) الفروع (٥/ ٤٦٧)، المبدع (٧/ ١٨٦).

(٢) البحر الرائق (٤/ ١٨٠)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٥٩-٥٦٠)،

(٣) المنتقى (٦/ ١٨٥)، مواهب الجليل (٤/ ٢١٥)، توضيح الأحكام (٢/ ١٧٦)، البهجة شرح التحفة (١/ ٦٤٥-٦٤٦).

(٤) هو: القاضي أبو الوليد الباجي سليمان بن خلف التميمي، صنف كتبا كثيرة نافعة منها: التسديد إلى معرفة التوحيد وسنن المنهاج وفي نسخة السراج، وترتيب الحاج، وأحكام الفصول في أحكام الأصول، والتعديل والتجريح لما خرج عنه البخاري في الصحيح، وشرح الموطأ وهو نسختان: إحداهما الاستيفاء كتاب مفيد كثير العلم ثم انتقى منها فوائد سماها المنتقى، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٤٧٤هـ)، [شجرة النور الزكية / ١/ ١٧٨/ ٣٧٨].

(٥) المنتقى (٦/ ١٨٥).

(٦) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين، أحد تلاميذ شيخ الإسسلام ابن تيمية، وسجن معه في سجن القلعة، من مصنفاته: (إعلام الموقعين) و(الطرق الحكمية في السياسة الشرعية) و(زاد المعاد) وغيرها الكثير من الكتب، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٧٥١)هـ. [الأعلام للزركلي / ٦/ ٥٦].

(٧) زاد المعاد (٦/ ٣٠).

(٨) البهجة شرح التحفة(١/ ٦٤٥-٦٤٦)، توضيح الأحكام (٢/ ١٧٦).

كلام شيخ الإسلام ابن تيمية[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ في أكثر من موضع وفي أكثر من فتوى ومنهـا ما نُقل عنه في مجموع الفتاوى[٢] فقـال: (فكل من قدمناه من الأبوين إنما نقدمه إذا حصل به مصلحتها أو اندفعت به مفسدتها. فأما مع وجود فساد أمرهـا مع أحدهما فالآخر أولى بها بلا ريب حتى الصغير إذا اختار أحد أبويه وقدمنـاه إنما نقدمه بشـرط حصـول مصلحته وزوال مفسـدته. فلو قدرنا أن الأب ديوث لا يصونه والأم تصونه: لم نلتفت إلى اختيار الصبي فإنه ضعيف العقـل قد يختـار أحدهما لكونـه يوافق هواه الفاسـد ويكـون الصبي قصده الفجور ومعاشـرة الفجار وترك ما ينفعه من العلم والدين والأدب والصناعة فيختـار مـن أبويه من يحصل له معه ما يهواه والآخـر قد يرده ويصلحه ومتى كان الأمـر كذلك فلا ريب أنه لا يمكن من يفسـد معه حالـه والنبي ﷺ قال: مروهم بالصلاة لسـبع واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع[٣]، فمتى كان أحد الأبوين يأمره بذلك والآخر لا يأمره كان عند الذي يأمره بذلك دون الآخر؛ لأن ذلك الآمر له هو المطيع لله ورسوله في تربيته والآخر عاص لله ورسـوله؛ فلا نقدم من يعصي الله فيه على من يطيع الله فيه؛ بل يجب إذا كان أحد الأبوين يفعل معه ما أمر الله به ورسـوله ويترك ما حرم الله ورسوله

---

(١) أحمـد بن عبـد الحليم بن عبد السـلام ابن عبد اللـه بن أبي القاسـم الخضر النميري الحراني الدمشـقي الحنبلي، أبو العباس، تقي الدين ابن تيمية: الإمام، شيخ الإسلام، لـه مؤلفـات كثيرة منهـا: (منهاج السـنة) و(الجمـع بين النقـل والعقل) و(السياسـة الشرعية)، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٧٢٨)هـ. [الأعلام للزركلي/ ١/ ١٤٤].

(٢) مجموع الفتاوى (٣٤/ ١٣١-١٣٢).

(٣) أخرجه أبو داود واللفظ له (١/ ٢٣٩/ ٤٩٥)، وأحمد (١١/ ٣٦٩/ ٦٧٥٦)، وصححه الألباني في الإرواء(١/ ٢٦٦/ ٢٤٧).

والآخر لا يفعل معه الواجب أو يفعل معه الحرام: قدم من يفعل الواجب ولو اختار الصبي غيره؛ بل ذلك العاصي لا ولاية له عليه بحال..).

وقال ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وسمعت شيخنا رَحِمَهُ ٱللَّهُ يقول: تنازع أبوان صبيا عند بعض الحكام، فخيره بينهما، فاختار أباه، فقالت له أمه: سله، لأي شيء يختار أباه؟ فسأله، فقال: أمي تبعثني كل يوم للكتاب، والفقيه يضربني، وأبي يتركني للعب مع الصبيان، فقضى به للأم، قال: أنت أحق به.

قال شيخنا: وإذا ترك أحد الأبوين تعليم الصبي، وأمره الذي أوجبه الله عليه، فهو عاص، ولا ولاية له عليه، بل كل من لم يقم بالواجب في ولايته فلا ولاية له، بل إما أن ترفع يده عن الولاية، ويقام من يفعل الواجب، وإما أن يضم إليه من يقوم معه بالواجب، إذ المقصود طاعة الله ورسوله بحسب الإمكان)[1].

وقال في موضع آخر: (قال: ومما ينبغي أن يعلم أن الشارع ليس عنه نص عام في تقديم الأبوين مطلقا، ولا تخيير الولد بين الأبوين مطلقا، والعلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما مطلقا، بل لا يقدم ذو العدوان والتفريط على البر العادل المحسن. والله أعلم)[2].

أدلة القول الأول:

١ـ قوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة:٢٣٣] فإذا رضيت الأم أن ترضع ابنها فلا يجوز لأحد أن يأخذه منها.

(١) اختيارات شيخ الإسلام الفقهية (٢/ ٨٣٤).
(٢) المرجع السابق (٢/ ٨٣٥).

٢ـ قولـه تعالـى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [الطَّلَاق:٦] فـإذا كانـت المـرأة لا تجبر على إرضـاع ابنها فكذلك الحضانة لا تجبـر عليها فيحق لها إسقاطها.

٣ـ قوله ﷺ: «**أنت أحق به مـا لم تنكحي**»[(١)]، فقوله ﷺ: «**أنت أحق**» دل على أن الحق لها[(٢)].

٤ـ أن الأم يلحقها الضرر بالتفرقة بينها وبين ابنها مع ما جُبل عليه النساء من الشفقة من ذلك والتوجع له[(٣)].

أدلة القول الثاني:

١ـ حديـث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسـول اللـه ﷺ «**خير غلامًـا بين أبيه وأمه**»[(٤)]، ووجه الدلالة: أنه لو كان الحق للحاضن لما خُيّر المحضون بينهما بل يُجبر على من كان الحق له.

٢ـ قولـه ﷺ: «**أنت أحق به ما لم تنكحي**»[(٥)]، والشـاهد قوله ﷺ: «**ما لم تنكحي**» فإذا نكحت فإن الابن يؤخذ منها ولو لحقها ضرر[(٦)].

٣ـ قياسًا على هبة الأب من مال الصغير أو بيع ماله بأقل من القيمة بما لا يتغابـن النـاس فيه، فكمـا أن الأب لا يملك الإضرار بمـال الولد فكذلك لا يملك حق الحضانة إذا كانت تضرّ به[(٧)].

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) انظر: زاد المعاد (٦/ ٢٩).
(٣) انظر: المنتقى (٦/ ١٨٥).
(٤) سبق تخريجه.
(٥) سبق تخريجه.
(٦) انظر: المنتقى (٦/ ١٨٥).
(٧) انظر: شرح مختصر الطحاوي(٥/ ٣٢٢).

أدلة القول الثالث:

استدلوا بما أخذ به أصحاب القول الأول والقول الثاني فإن الأم إذا أسقطت حقها فإنها لا تملك إسقاط حق الطفل[١].

أدلة القول الرابع:

أن الحضانة نوع من أنواع الولاية الشرعية إذا لم يقم به على ما أمره الله فإنه يسقط حقه فيها، ويولّى عليها من وافق الشرع ولو أُجبر عليها الحاضن أو خالف ذلك هوى المحضون[٢].

المناقشة:

أدلة القول الأول وهي قوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة:٢٣٣]، وقوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق:٦]، فكلا الآيتين تتكلمان عن الرضاع في حولي الرضاعة لا عن الحضانة، وكما أن الآية لو دلت على أحقية الأم فإنها لم تلغِ حق المحضون والذي دلّت عليه أدلة أخرى.

وأما قوله ﷺ: «**أنت أحق به ما لم تنكحي**»[٣]، فاستدل به كلا الفريقان فاستدل أصحاب القول الأول بقوله: «**أنت أحق به**» على أحقية الحاضن، واستدل أصحاب القول الثاني بقوله: «**ما لم تنكحي**» على أحقية المحضون، وكلا الاستدلالين صحيحان ولكن لابد من الجمع بين الاستدلالين وعدم

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٥٩)، زاد المعاد (٦/ ٣٠).
(٢) انظر اختيارات شيخ الإسلام الفقهية(٢/ ٨٣٤).
(٣) سبق تخريجه.

إغفـال أحدهما فقوله: «**أحق بـه**» دلّ على حق الحاضن، فـ(**أحق**) على وزن أفعـل وهـي (أفعل التفضيـل) والتي تدل علـى أن كلا الشـيئين المتفاضلين يشـتركان في الأمر غير أن أحدهما مقدم على الآخـر، فأثبت النبي ﷺ الحق للأب والأم غير أن الأم مقدمةٌ عليه.

وقولـه: «**مـا لم تنكحي**» دل على أن حق المحضـون إذا تعارض مع حق الحاضن فإن حق المحضون يقدّم عليه.

وأمـا حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي ﷺ خيّر غلامًا بين أبيه وأمه فإنه أثبت حق المحضون ولكنه لم يلغ حق الحاضن، بل دل على أحقيتهما وذلك أن النبي ﷺ لم يقرع بينهما إلا لـمّا تساويا في الاستحقاق، وهو ما دلت عليه أدلة أخرى كذلك، ولو كان الحق متمحّضًا للمحضون لترك الخيار للمحضون مطلقًا ولم يخيّر بين والديه فقط.

وأما تعليل القول الرابع فإن هذا من المسلّم فالحضانة ولاية من الولايات الشـرعية التـي لابد مـن صرفها لمـن يقوم بها علـى ما أمر به اللـه جل علا، والكلام هنا إذا كان كلا الوالدين يقومان بها على الوجه الشرعي.

الترجيح:

الذي يظهر -والله أعلم- أن الراجح في هذه المسـألة هو التفصيل؛ وهو أن لـكل من الحاضن والمحضون حقًا فـي الحضانة بعد حق الله تعالى، غير أن حـق اللـه تعالـى ومن بعده حـق المحضون ثابتـان لا يـزولان، وأما حق الحاضـن ففيه تفصيل، فـإذا كان الحاضن هو أحد والـدي المحضون فلهما

حق في الحضانة لابد من مراعاته، وأما إن كان الحاضن غير والديّ المحضون فإنه لا حق له في الحضانة لما ذكرنا في المناقشة، ولأن النبي ﷺ قال للأم: «**أنت أحق به**» وأحق على وزن أفعل وهي (أفعل التفضيل) كما ذكرنا في المناقشة، فكلا الأبوين لهما حق فيها، وهذا ما دل عليه حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فتخيير النبي ﷺ للأبوين دل على تساويهما في الاستحقاق ولم يدخل غيرهما في التخيير فدل ذلك على أن الحق لا يعدوهما، كما أن سوى الأبوين لم يثبت في استحقاقهم للحضانة حديث كما قال ابن رشد رَحِمَهُ اللَّهُ: وأما نقل الحضانة من الأم إلى غير الأب فليس في ذلك شيء يعتمد عليه[1].

فالتأخير والتقديم بينهم بالنظر إلى الأصلح والأشفق بالمحضون لا بالنظر إلى استحقاقهم، ويدل على هذا حديث ابنة حمزة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ المتقدم، فالنبي ﷺ لم يدفعه لأيٍ منهم فدل هذا على عدم استحقاقهم لها ودفعها إلى خالتها وقال (الخالة أم) أي أن شفقة خالتها توازي شفقة أمها فكان دفعه للخالة بالنظر إلى حق المحضون ومصلحته لا أحقية الخالة بها، ويدل على هذا أيضًا أن الشارع الحكيم لم ينص على ترتيب الحاضنين وإنما مردّ ذلك للعرف وبناء على مصلحة المحضون فهي من الأحكام التي تتغير من زمان إلى زمان ومن محضون إلى محضون، فلو كان الحق لهم لما تغير الحكم، والله تعالى أعلم.

---

(١) بداية المجتهد (٣/ ١٧٩).

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف في بناء أحكام الحضانة فإذا قلنا أن الحضانة شرعت لحق الحاضن قدّمنا مصلحة الحاضن على المحضون في أحكامها، كما أنه يملك حق إسقاط حقه فيها ولا يجبر عليها، وإذا قلنا إن الحضانة حق للمحضون قدّمنا مصلحة المحضون على الحاضن، كما إن الحاضن يجبر عليها ولا يملك إسقاطها ولا يأخذ الأجرة عليها لكونها واجبة عليه[١].

الفرع الثاني: ما أخذ به نظام الأحوال الشخصية:

عند التأمل في النظام نجد أن المنظّم قد أخذ بمسلك الجمع بين أقوال الفقهاء فالحضانة في النظام تتنازعها الحقوق الثلاثة جميعها، حق الله، وحق الحاضن، وحق المحضون، وفي حال تعارض حق الحاضن وحق المحضون قدّم حق المحضون؛ لأنه الأضعف منهما، ولأن الحاضن يملك إسقاط حقه لكنه لا يملك إسقاط حق المحضون.

فنرى المنظم راعى حق المحضون تارة، واعتبر حق الحاضن تارة، ولم يغفل عن حق الله جَلَّوَعَلَا في تنظيمه فلم يترك الأمر للحاضن والمحضون بل راعى تقدير المحكمة في جميع الأحوال، غير أنه أوجبها على الحاضن إذا كان أحد الوالدين[٢]، وأما بقية مستحقي الحضانة من أقاربه فلم يوجبها عليهم مطلقًا.

---

(١) انظر: زاد المعاد (٦/ ٣٠).

(٢) وسيأتي مزيد تفصيل إن شاء الله.

وذلك -أي مسلك الجمع- يلاحظ بجمع المواد الواردة في الباب بعضها إلى بعض.

فمن المواد التي دلّت على مراعاة الشارع حق الله تعالى:

١ـ ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (الخامسة والعشرون بعد المائة) من النظام حيث قال فيها: «إذا أتم المحضون (الخامسة عشر) من عمره فله الاختيار في الإقامة لدى أحد والديه، ما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك».

٢ـ والمادة (الثانية والثلاثون بعد المائة) من النظام حيث قال فيها: «إذا لم يوجد الوالدان، ولم يقبل الحضانة مستحق لها، تختار المحكمة من تراه صالحًا من أقارب المحضون، أو غيرهم، أو إحدى الجهات المؤهلة لهذا الغرض».

فالمنظّم في المواد الماضية أوجب الحضانة للطفل حتى عند فقد الأبوين، ومع هذا ترك للمحكمة حرية إلزام المحضون عند حاضنٍ معيّن إذا كانت مصلحته تتحقق عنده ولو كان الإلزام مخالفًا لهوى المحضون، وهذا ما دلّت عليه المبادئ الصادرة من المحكمة العليا حيث جاء فيها (المحضون لا يُقرّ بيد من لا يصونه ويصلحه؛ لأن غير العدل لا يوثق به في أداء الواجب من الحضانة)[1].

٣ـ ومما يدل على هذا الأمر كذلك الشروط التي وضعها المنظّم

(١) مجلة المبادئ والقرارات (١/ ١٩٨)ك ع (٣٣/ ٣/ ٣) (١/ ٥/ ١٤٣٣).

للحاضن في المادة (الخامسة والعشرون بعد المائة)[١] و المادة (السادسة والعشرون بعد المائة)[٢] والتي سنتناولها إن شاء الله في المبحث الخامس.

٤ـ كما أن المادة (الثانية والثلاثون بعد المائة)[٣] دلت أن الحاضن إذا كان غير الأب والأم فإنه لا يلزم بها.

ومن المواد التي دلّت على أحقية الحاضن في الحضانة:

١ـ ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (السابعة والعشرون بعد المائة) فقال فيها: الحضانة من واجبات الوالدين معًا ما دامت الزوجية قائمة بينهما، فإن افترقا فتكون الحضانة للأم، ثم الأحق بها على الترتيب.

والشاهد منها قوله: (فتكون للأم ثم الأحق).

٢ـ ودلالة المادة (المادة الثالثة والثلاثون بعد المائة): إذا تركت الأم بيت الزوجية لخلاف أو غيره، فلا يسقط حقها في الحضانة لأجل ذلك، ما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك.

---

(١) ونصها: «مع مراعاة ما تقضي به المادة (العاشرة) من هذا النظام، يشترط أن تتوافر في الحاضن الشروط الآتية: كمال الأهلية. والقدرة على تربية المحضون وحفظه ورعايته. والسلامة من الأمراض المعدية الخطيرة».

(٢) ونصها: «دون الإخلال بما تضمنته المادة (الخامسة والعشرون بعد المائة) من هذا النظام، يتعين التقيد بالشروط الآتية: إذا كان الحاضن امرأة فيجب أن تكون غير متزوجة برجل أجنبي عن المحضون، ما لم تقتضي مصلحة المحضون خلاف ذلك. إذا كان الحاضن رجلًا، فيجب أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إن كان أنثى، وأن يقيم عند الحاضن من يصلح للحضانة من النساء».

(٣) ونصها: «إذا لم يوجد الوالدان، ولم يقبل الحضانة مستحق لها، تختار المحكمة من تراه صالحًا من أقارب المحضون، أو غيرهم، أو إحدى الجهات المؤهلة لهذا الغرض».

٣ـ ومما يدل كذلك ما جاء في المادة (الثلاثون بعد المائة): يجوز لمن سقط حقه في الحضانة أن يتقدم إلى المحكمة بطلبها مجددًا إذا زال سبب سقوطها عنه، فلو لم يكن للحاضن حق فيها لم يسمح له النظام أن يعاود طلبها بعد سقوطها.

ومن المواد التي دلت على أحقية المحضون:

١ـ ما جاء في المادة (الخامسة والعشرون بعد المائة) و المادة (السادسة والعشرون بعد المائة) من اشتراط المنظّم شروطًا لابد من توافرها في الحاضن لضمان تمام مصلحة المحضون.

٢ـ وكذلك ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (السابعة والعشرون بعد المائة) فقال فيها: الحضانة من واجبات الوالدين معًا ما دامت الزوجية قائمة بينهما، فإن افترقا فتكون الحضانة للأم، ثم الأحق بها على الترتيب، والشاهد منها قوله: (الحضانة من واجبات الزوجين).

٣ـ وكذلك نرى المنظّم ألزم الوالدين بالحضانة ولو لم يطلباها كما جاء في المادة (المادة الحادية والثلاثون بعد المائة: إذا كان سن المحضون لا يتجاوز العامين ولم يطلب الحضانة أحد مستحقيها، فتلزم بها الأم إن وجدت وإلا أُلزم بها الأب. ٢- إذا تجاوز المحضون سن العامين ولم يطلب الحضانة أحد مستحقيها، فيلزم بها الأب إن وجد وإلا فتُلزم بها الأم.

٤ـ ويدل على هذا نص المنظّم في أكثر من مادة على مراعاة مصلحة المحضون ولو كان خلاف ما قرر المنظّم في النظام كما في المادة (السادسة

والعشـرون بعد المائة)، والمادة (السابعة والعشـرون بعد المائة)[١]، والمادة (الثامنة والعشرون بعد المائة)[٢]، والمادة (الثالثة والثلاثون بعد المائة)، كما جاء في المبادئ والقرارات (المتعيّن اتباع مصلحة المحضون)[٣].

(١) ونصهـا: «١- الحضانة من واجبات الوالدين معًا مـا دامت الزوجية قائمة بينهما، فإن افترقا فتكون الحضانة للأم، ثم الأحق بها على الترتيب الآتي: الأب، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثـم تقـرر المحكمـة ما ترى فيـه مصلحة المحضـون، وذلـك دون إخلال بما تضمنته المادة (السادسة والعشرون بعد المائة) من النظام.

٢- للمحكمـة أن تقرر خلاف الترتيب الوارد في الفقرة (١) من هذه المادة، بناء على مصلحة المحضون».

(٢) ونصهـا: «مـع مراعاة مـا تقضي بـه الأحـكام النظاميـة ذات العلاقة، يخضع السـفر بالمحضون إلى خارج المملكة للأحكام الآتية:

لا يجـوز للحاضن إذا كان أحد الوالدين السـفر بالمحضون إلـى خارج المملكة مدة تزيد على (تسـعين) يومًا في السـنة إلا بموافقة الوالد الآخـر، والولي على النفس في حال وفاة الوالد.

لا يجـوز للحاضن من غير الوالدين السـفر بالمحضون إلى خـارج المملكة مدة تزيد علـى (ثلاثين) يومًا في السـنة إلا بموافقـة الوالدين أو أحدهما في حـال وفاة الآخر، والولي على النفس في حال وفاتهما».

(٣) مجلة المبادئ والقرارت (١/ ١٩٧) ك ع (٣٣/ ٣/ ٣) (١/ ٥/ ١٤٣٣).

المبحث الرابع:

الأولوية في الحضانة وترتيبها.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الحضانة أثناء ديمومة الزواج.

المطلب الثاني: الحضانة في حال الفرقة وتنازع فيها أكثر من شخص.

المطلب الثالث: الحضانة حال الفرقة ولم يطالب بها أحد مستحقيها.

المطلب الأول:

الحضانة أثناء ديمومة الزواج

الفرع الأول: عند الفقهاء:

مما لا شك فيه أن الصغير في أثناء ديمومة الزواج يكون بين الأب والأم حيث إنها من الواجبات التي يكمّل فيها الوالدان أحدهما الآخر كما قال النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في روضة الطالبين: (فالطفل معهما يقومان بكفايته، الأب بالإنفاق، والأم بالحضانة والتربية، وإن تفرقا بفسخ أو طلاق، فالحضانة للأم إن رغبت فيها..)[١]، فهذا مما يقومان به ديانة فهي أعمال مستحقة عليهم كما قال السرخسي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فإن لم يكن وقع بينهما فرقة فلا أجر لها على الرضاع، وإن أبت أن ترضع لم تكره على ذلك؛ لأن المستحق عليها بالنكاح تسليم النفس إلى الزوج للاستمتاع وما سوى ذلك من الأعمال تؤمر به تدينًا ولا تجبر عليه في الحكم نحو كنس البيت وغسل الثياب والطبخ والخبز فكذلك إرضاع الولد)[٢].

وكلام العلماء هنا من باب الديانة؛ فالأم والأب يُلزمان بالقيام بأمر المحضون في أثناء ديمومة الزواج ديانةً، وأما قضاءً فلم أقف على من نص في هذه المسألة من كلام العلماء، ولكن باستقراء أقوالهم في باب الرضاع

(١) روضة الطالبين (٩/ ٩٨).
(٢) المبسوط (٥/ ٢٠٩).

وفي باب الحضانة كذلك فيمكن القول: بأن الأب ملزم بحضانة الصغير لكون النفقة واجبة عليه، ولأن الحضانة تتعين عليه بعد الفرقة إذا لم يقبله أحد إجماعًا فقبل الفرقة أولى[١]، ولأنه راعٍ في بيته ومسؤولٌ عن رعيته، وأما الزوجة فمن قال من العلماء بأن الحضانة حق للحاضن فإنه لا يجبر عليها؛ وكما أن الزوجة غير ملزمة بها بعد الفراق فكذلك قبله، وكما أنها غير ملزمة بخدمة زوجها قضاءً فكذلك ولده، وأما من قال من العلماء بأن الحضانة حقٌ للمحضون فإنه يُجبر عليها؛ وكما أنها لازمة عليها بعد الفرقة فقبلها أولى، وسنتكلم عن مسألة الإجبار على الحضانة بعد الفرقة في المطلب الثالث إن شاء الله.

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

ألزم نظام الأحوال الشخصية الوالدين معًا بالحضانة أثناء ديمومة الزواج حيث قال في المادة (السابعة والعشرون بعد المائة): (١- الحضانة من واجبات الوالدين معًا ما دامت الزوجية قائمة بينهما، فإن افترقا فتكون الحضانة للأم، ثم الأحق بها على الترتيب..) فبناء على هذا فإن الوالدين يجبران على الحضانة ديانةً وقضاءً.

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٦٤٥- ٦٤٦).

المطلب الثاني:

الأولوية حال الفرقة بين الزوجين وطالب بها أكثر من شخص

الفرع الأول: عند الفقهاء:

صورة المسألة:

نتكلم في هذا المبحث عن خلاف العلماء في ترتيب الأولوية فيمن تكون له الحضانة فيما لو طالب بها أكثر من شخص، وأما ثبوت حق الحضانة وسقوطه فسنتكلم عنه في المباحث القادمة إن شاء الله.

تحرير محل النزاع:

أجمع العلماء أن الطفل دون سن التمييز إذا كانت أمه غير متزوجة فالحضانة لها ولا يجوز أخذه منها لقوله ﷺ: «**أنت أحق به ما لم تنكحي**»[(١)]، نقل الإجماع على هذا ابن قدامة[(٢)]، والخطابي[(٣)]، وابن المنذر[(٤)] وغيرهم.

واختلفوا لمن تكون الحضانة لو سقطت حضانة الأم أو أسقطتها هي بنفسها سواء بعد بلوغه سن التمييز أم قبله.

أولًا: عند الحنفية[(٥)]:

١ـ الأم.

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) المغني (١١/ ٤١٣).
(٣) معالم السنن (٣/ ٢٨٢).
(٤) الإشراف (٥/ ١٧١).
(٥) المبسوط (٥/ ٢١٠)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٣).

٢ـ أم الأم.

٣ـ ثم أم الأب وإن علت، (والقول الثاني لزفر[١]: تقدم الأخت لأبوين ثم لأم ثم الخالة على الجدة)[٢].

٤ـ ثم الأخت.

٥ـ ثم بنت الأخت لأبوين، ثم لأم، (ثم لأب على خلاف عندهم)[٣].

٦ـ ثم الخالات.

٧ـ ثم بنت الأخت لأب.

٨ـ ثم بنات الأخ.

٩ـ ثم العمات.

١٠ـ ثم خالة الأم، ثم خالة الأب.

١١ـ ثم عمات الأمهات والآباء.

١٢ـ ثم العصبات من الرجال بترتيب الإرث، وإذا اجتمعوا قدم الأورع ثم الأسن.

١٣ـ ذوي الأرحام الذكور إذا كانوا من المحارم. فإن تساووا فأصلحهم، ثم أورعهم ثم أكبرهم.

---

(١) هو: زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري، صاحب الإمام أبا حنيفة وكان يحبه، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في سنة (١٥٨هـ)، [الجواهر المضية / ١/ ٢٤٣/ ٦٢٢].

(٢) المبسوط (٥/ ٢١٠).

(٣) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٣).

يقدم الشقيق من هؤلاء على من كان لأم، ويقدّم من كان لأم على من كان لأب.

ثانيًا: عند المالكية[(١)]:

١ـ الأم.

٢ـ ثم أم الأم وإن علت، تقدّم القربى على البعدى.

٣ـ ثم الخالة، (وفي رواية يقدّم الأب عليها)[(٢)].

٤ـ ثم خالة الأم.

٥ـ ثم عمة الأم.

٦ـ ثم الجدة لأب، وإن علت، تقدم القربى على البعدى، (وفي رواية يقدّم الأب عليها)[(٣)].

٧ـ ثم الأخوات.

٨ـ ثم العمة.

٩ـ ثم عمة الأب.

١٠ـ ثم خالة الأب.

١١ـ ثم بنات الإخوة.

---

(١) المقدمات الممهدات (١/ ٥٦٨)، منح الجليل (٤/ ٤٢٢-٤٢٣)، حاشية الدسوقي(٢/ ٥٢٧-٥٢٨).

(٢) المقدمات الممهدات (١/ ٥٦٦)(٣) المرجع السابق.

١٢ـ ثم بنات الأخوات، (وقيل يقدمن على بنات الإخوة، وقيل لا حضانة لهن[١]، وقيل بنات الإخوة والأخوات في درجة واحدة يقدم منهن الأكفأ)[٢].

١٣ـ ثم الأب، (وفي رواية أن الأب يأتي بعد أمه -أي جدة المحضون لأبيه- فلا يتقدم عليه من جهته إلا أمه وأمهاتها)[٣].

١٤ـ ثم الوصي.

١٥ـ ثم العصبات الأقرب فالأقرب.

يقدم الشقيق من هؤلاء على من كان لأم، ويقدّم من كان لأم على من كان لأب.

ثالثًا: عند الشافعية[٤]:

في الجديد:

١ـ الأم.

٢ـ ثم أمهات الأم اللاتي يدلين بإناث وارثات تقدم القربى فالقربى.

٣ـ ثم الأب.

٤ـ أم الأب، ثم أمهاتها المدليات بإناث وارثات.

---

(١) المقدمات الممهدات (١/ ٥٦٨).
(٢) منح الجليل (٤/ ٤٢٣).
(٣) المنتقى (٦/ ١٨٨)، منح الجليل (٤/ ٤٢٢).
(٤) مغني المحتاج (٥/ ١٩١-١٩٤)، حاشية الجمل (٤/ ٥١٩).

٥ـ ثم أم أبي الأب، ثم أمهاتها المدليات بإناث وارثات.

٦ـ ثم أم أبي الجد ثم أمهاتها المدليات بإناث وارثات.

٧ـ ثم الأخت، ثم الأخ.

٨ـ ثم الخالة.

٩ـ ثم بنت الأخت، ثم ابن الأخت

١٠ـ ثم بنت الأخ، ثم ابن الأخ.

١١ـ ثم العمة، ثم العم.

يقدّم من هؤلاء من كان لأبوين على من كان لأب، ويقدّم من كان لأب على من كان لأم، وعلل الجويني[١] تقديم التي لأب على التي لأم بأنه لم يتضح تفاوت بين التي لأب وبين التي لأم في الشفقة، ولا حاصل لقول من يقول: إذا كانت الأم أشفق، فالأخت من الأم أشفق؛ فإن هذه المعاني لا تدرك بالألقاب ونظم العبارات، فلما لم يتجه للشافعي تفاوت بينهما في الشفقة، ورأى الأخت من الأب أقوى في قرابتها، مزج اعتبار قوة القرابة بالأصل المستند إلى الشفقة، وقدم الأخت من الأب[٢].

---

(١) هو: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد بن عبد الله بن حيوية الجويني الشافعي أبو المعالي إمام الحرمين، من تصانيفه: «نهاية المطلب» في الفقه الشافعي، واختصره بنفسه، و«الشامل» في أصول الدين، و«البرهان» و«الورقات» في أصول الفقه، و«الإرشاد» في أصول الدين، و«التلخيص مختصر التقريب» و«الإرشاد» في أصول فقه أيضًا. توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في ربيع الآخر سنة (٤٧٨ هـ)، (طبقات الشافعية للسبكي/ ٥/ ١٦٥).

(٢) انظر: نهاية المطلب (١٥/ ٥٥٨).

وفي القديم: يقدم الأخوات والخالات على الأب، أما الأخوات فلأنهن اجتمعن معه في الصلب والبطن، وأما الخالات لقول النبي ﷺ: «**الخالة بمنزلة الأم**»[١].

رابعًا: عند الحنابلة[٢]:

١ـ الأم.

٢ـ أمهاتها القربى فالقربى، (وفي رواية عن الإمام أحمد الأب ثم أمهاته لأن أمهات الأم فرع عليها في الاستحقاق فتنتقل للأب)[٣].

٣ـ ثم الأب.

٤ـ ثم أمهات الأب القربى فالقربى.

٥ـ ثم الجد.

٦ـ ثم أمهات الجد القربى فالقربى،

٧ـ ثم الأخت لأبوين، ثم لأم، ثم لأب.

٨ـ ثم الخالة لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، (وفي رواية عن الإمام أن الأخت والخالة أحق من الأب)[٤].

---

(١) مغني المحتاج (٥/ ١٩٤)، نهاية المحتاج (٧/ ٢٢٦)،

(٢) المغني (١١/ ٤٢٦)، الإقناع (٤/ ١٥٧)، المنتهى (٤/ ٤٧١-٤٧٢)، غاية المنتهى (٢/ ٣٩٦)، كشاف القناع (١٣/ ١٨٩).

(٣) المغني (١١/ ٤٢٦)، الكافي (٣/ ٢٤٤)، المبدع (٧/ ١٨٤).

(٤) المغني (١١/ ٤٢٦)، الكافي (٣/ ٢٤٤)، الفروع (٥/ ٤٦٥).

٩ـ ثم العمة لأبوين، ثم لأم، ثم لأب.

١٠ـ ثم خالة أمه كذلك.

١١ـ ثم خالة أبيه.

١٢ـ ثم عمة أبيه.

١٣ـ ثم بنات إخوته.

١٤ـ وبنات أخواته.

١٥ـ ثم بنات أعمامه.

١٦ـ وبنات عماته.

١٧ـ ثم بنات أعمام أبيه

١٨ـ وبنات عمات أبيه.

تقدم من كل ذلك من كانت لأبوين ثم من كانت لأم، ثم من كانت لأب، وفي رواية تقدّم من كانت من جهة الأب على من كانت من جهة الأم ذكرها في الفروع[١] وقدمها في المقنع و المبدع[٢] لأن الولاية للأب وكذا قرابته.

١٩ـ ثم تكون الحضانة لباقي العصبة الأقرب فالأقرب. فإن كان المحضون أنثى فالحضانة عليها للعصبة من محارمها ولو برضاع ونحوه كمصاهرة، وهذا متى بلغت الأنثى المحضونة سبعا، فلا حضانة عليها بعد

(١) الفروع (٥/ ٤٦٦).
(٢) المبدع (٧/ ١٨٢).

السبع إن لم يكن محرما لها برضاع أو مصاهرة على خلاف سيأتي إن شاء الله[١].

ثم تكون لذوي الأرحام، وفي رواية تنتقل للحاكم قدمها في المحرر[٢] واختار الأولى صاحب الغاية وصاحب الهداية[٣] وصححها في شرح المنتهى وشرح المحرر[٤] وذلك أن القريب بأي حال أولى بالشفقة على الصغير من غيره وأولى بحفظه من الأجنبي لما بينهما من الرحم والقرابة، ولقوله ﷺ: «**الخال أب والخالة أم**»[٥] ومعلوم أنه لم يرد حقيقة الأبوة والأمومة، وإنما أراد أنهما بمنزلتهما من الشفقة[٦].

المناقشة:

لا يخلو أي قولٍ من الأقوال السابقة من قياس أو تعليل لما أخذ به صاحبه، ولا يمكن ترجيح تعليل على آخر لتساويها في المأخذ والقوة، كما أنه لا نص فيها سوى تقديم الجدة لأم على الأب لأثر عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ السابق وهو ضعيف كما سبق بيانه، وقوله ﷺ: «**الخالة بمنزلة الأم**» وهو لا يدل على أولوية الخالة بالحضانة دون غيرها فلم يثبت أن أحدًا نازعها الحضانة من

---

(١) الفروع (٥/ ٤٦٦).
(٢) المحرر (٢/ ٣١٩).
(٣) غاية المنتهى (٢/ ٣٩٦)، هداية الراغب (٢/ ٧٤٠).
(٤) شرح المحرر (٤/ ٣٩٣)، معونة أولي النهى (١٠/ ٢١).
(٥) ذكره في شرح المحرر (٤/ ٣٩٣)، ولم أقف على من أخرجه بهذا اللفظ، ولكن جاء في الصحيحين بلفظ (الخالة أم)، وسبق تخريجه.
(٦) شرح المحرر (٤/ ٣٩٣).

النساء فيكون قضاء النبي ﷺ مختص بحالتها، وأما بقية الأقوال فدأبها دأب ما ذكرنا، قال شيخ الإسلام رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ومما ينبغي أن يعلم أن الشارع ليس عنه نص عام في تقديم الأبوين مطلقا، ولا تخيير الولد بين الأبوين مطلقا، والعلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما مطلقا، بل لا يقدم ذو العدوان والتفريط على البر العادل المحسن. والله أعلم)[1]، وقال ابن رشد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وأما نقل الحضانة من الأم إلى غير الأب فليس في ذلك شيء يعتمد عليه)[2].

الترجيح:

لعل الأرجح -والله أعلم- هو مراعاة مصلحة كل محضون على حدة فمثل هذه المصالح تختلف من شخص لآخر ومن زمان لآخر فيقّدم الأصلح فالأصلح للمحضون وفقًا لشروط الحضانة، ما لم يكن أحد الوالدين موجودًا فيكون الحق له لقوله ﷺ: «**أنت أحق به ما لم تنكحي**» وتخييره غلامًا بين أبيه وأمه فدل هذا على أن الحق لا يعدوهما إذا وُجدا.

وللقرافي قاعدة جميلة في هذا الباب حيث قال: (اعلم أنه يجب أن يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها على من هو دونه، فيقدم في ولاية الحروب من هو أعرف بمكائد الحروب وسياسة الجيوش والصولة على الأعداء والهيبة عليهم، ويقدم في القضاء من هو أعرف بالأحكام الشرعية وأشد تفطنا لحجاج الخصوم وخدعهم) حتى قال: (حتى يكون المقدم في باب ربما أخر في باب آخر كالنساء مقدمات في باب الحضانة على الرجال؛

(١) اختيارات شيخ الإسلام الفقهية(٢/ ٨٣٥).
(٢) بداية المجتهد (٣/ ١٧٩).

لأنهن أصبر على أخلاق الصبيان وأشد شفقة ورأفة وأقل أنفة عن قاذورات الأطفال، والرجال على العكس من ذلك في هذه الأحوال فقدمن لذلك وأخر الرجال عنهن وأخرن في الإمامة والحروب وغيرهما من المناصب؛ لأن الرجال أقوم بمصالح تلك الولايات منهن)[١].

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

أما نظام الأحوال الشخصية فقد وافق إجماع العلماء فيما يتعلّق بأحقية الأم، وأما فيما بعد الأم فنص على أن الحضانة تكون من حق[٢]:

١ـ الأب.

٢ـ ثم أم الأم.

٣ـ ثم أم الأب.

٤ـ ثم تختار المحكمة من تراه مناسبًا للمحضون، ولها مخالفة هذا الترتيب بما يناسب مصلحة المحضون، ونلحظ أن المنظّم وافق الرواية الأخرى التي في المذهب الحنبلي فيما يتعلق بتقديم الأب على أم الأم

(١) الفروق (٢/ ١٥٧-١٥٨).

(٢) في المادة (السابعة والعشرون بعد المائة) ونصها:
«١- الحضانة من واجبات الوالدين معًا ما دامت الزوجية قائمة بينهما، فإن افترقا فتكون الحضانة للأم، ثم الأحق بها على الترتيب الآتي: الأب، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم تقرر المحكمة ما ترى فيه مصلحة المحضون، وذلك دون إخلال بما تضمنته المادة (السادسة والعشرون بعد المائة) من النظام.
٢- للمحكمة أن تقرر خلاف الترتيب الوارد في الفقرة (١) من هذه المادة، بناء على مصلحة المحضون».

وأم الأب.

وسبب تقديم الفقهاء أم الأم وأم الأب على الأب لكونهن في حكم الأمهات، ولأن الأنثى أليق بالحضانة من الرجل وأصبر عليها، ولأن الأب لا يتولى الحضانة بنفسه بل يدفعه -أي المحضون- إلى من يقوم به من الإناث، وقد عالج المنظّم هذا الأمر فاشترط على الرجل أن يقيم عند المحضون من يصلح للحضانة من النساء وسيأتي الكلام على هذا في المبحث التالي إن شاء الله.

المطلب الثالث:

الحال إذا لم يطالب بها أحد مستحقي الحضانة

الفرع الأول: عند الفقهاء:

هذه المسألة من المسائل التي تتفرع عن مسألة أحقية الحضانة والتي ذكرتها في المبحث الثالث وسنذكرها هنا لمزيد تفصيل وبيان لقول أهل العلم، وقد اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال:

تحرير محل النزاع:

١ـ أجمع العلماء على أن المحضون إذا قام بحضانته قائم فإنه لا يجبر على حضانته أيٌّ من والديه، نقل الإجماع على هذا ابن رشد في المقدمات[(١)].

٢ـ أجمع العلماء على أن الأب يُجبر على حضانة ولده إذا لم يقم بها أحد، نقل الإجماع على هذا ابن رشد في المقدمات حيث قال: (فلا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار؛ لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته، فهو من فروض الكفاية لا يحل أن يترك الصغير دون كفالة ولا تربية حتى يهلك ويضيع. وإذا قام به قائم سقط عن الناس. ولا يتعين ذلك على أحد سوى الأب وحده، ويتعين على الأم في حولي رضاعه إذا لم يكن له أب ولا مال تستأجر له منه أو كان لا يقبل ثدي سواها فتجبر على رضاعه، وإنما اختلف الناس في

(١) المقدمات الممهدات (١/ ٥٦٤).

الأولى من الأولياء إذا اختلفوا في كفالته)[١]، وقال في البحر الرائق[٢]: (واتفقوا على أن الأب يجبر على نفقته مطلقا ويجب عليه إمساكه وحفظه وصيانته إذا استغنى عن النساء)، وقال في البناية شرح الهداية[٣]: (ويجبر الأب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الأم لأن نفقته وصيانته عليه بالإجماع)، وقال في فتح القدير[٤]: (ويجبر الأب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الأم لأن نفقته وصيانته عليه بالإجماع).

٣ـ وأجمعوا على أن الأم تجبر عليها إذا لم يكن له ذي رحم أو لا يقبل ثدي غيرها، نقل الإجماع على هذا ابن رشد كما ذكرت[٥]، وابن الهمام في فتح القدير فقال: (وإن لم يوجد غيرها أو لم يقبل الولد ثدي غيرها أجبرت بلا خلاف)[٦]، وابن عابدين[٧]في الحاشية فقال: (ولو لم يوجد غيرها أجبرت بلا خلاف)[٨]، وقال في منحة الخالق: (فإن لم يوجد غيرها أجبرت بلا خلاف)[٩].

---

(١) المقدمات الممهدات (١/ ٥٦٤).
(٢) البحر الرائق (٤/ ١٨٠).
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٦٤٦)،
(٤) فتح القدير (٤/ ٣٦٨).
(٥) انظر الصفحة السابقة.
(٦) فتح القدير (٤/ ٣٦٨).
(٧) هو: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي: فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، من أهم مؤلفاته: (رد المحتار على الدر المختار) المشهور بحاشية ابن عابدين، و(العقود الدرية في تنقيح الفتاوي الحامدية)، و(الرحيق المختوم)، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (١٢٥٢)هـ. [الأعلام للزركلي/ ٦/ ٤٢].
(٨) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٠).
(٩) حاشية منحة الخالق على البحر الرائق(٤/ ١٨٠).

٤ـ واختلفوا في إجبار الأم على الحضانة فيما إذا وُجد غيرها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الأم تجبر مطلقًا وهي رواية عند الحنفية[١] واختيار ابن أبي ليلى[٢] وأبي ثور[٣].

القول الثاني: أنها لا تجبر مطلقًا، وهذا المشهور عند الحنفية[٤] ورواية عند المالكية[٥]، وقول الشافعية[٦]، والحنابلة[٧].

القول الثالث: أنها تجبر إذا تعيّنت عليها الرضاعة فقط وهذا قول المالكية[٨]، وتتعين الرضاعة على الأم في حال لم يوجد مرضعة غيرها، أو وُجدت ولكن لم يقبل ثدي غيرها.

---

(١) البحر الرائق (٤/ ١٨٠)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٠).

(٢) هو: محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار (وقيل: داود) ابن بلال الأنصاري الكوفي: قاض، فقيه، من أصحاب الرأي، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (١٤٨هـ)،[الأعلام للزركلي/ ٦/ ١٨٩].

(٣) المحيط (٣/ ١٧٧)، البناية (٥/ ٦٤٥)، فتح القدير (٤/ ٣٦٨)، البحر الرائق (٤/ ١٨٠).

(٤) المحيط (٣/ ١٧٧)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٧)، البناية (٥/ ٦٤٥)، فتح القدير (٤/ ٣٦٨)، البحر الرائق (٤/ ١٨٠)، حاشية ابن عابدين (٣٥٥٩).

(٥) البناية (٥/ ٦٤٦)، فتح القدير (٤/ ٣٦٨)،

(٦) التهذيب للبغوي (٦/ ٣٩٦). النجم الوهاج (٨/ ٣٠٤)، مغني المحتاج (٥/ ١٩٧)، نهاية المحتاج (٧/ ٢٣١).

(٧) الإقناع (٤/ ١٥٧)، كشاف القناع (١٣/ ١٨٩).

(٨) المقدمات (١/ ٥٦٤).

أدلة القول الأول:

وعللوا ذلك بـ: أن الأم كما أن لها حق في الحضانة تستطيع إسقاطه إلا أن للمحضون حقًا في الحضانة كذلك؛ فإذا استطاعت أن تسقط حقها فلا تستطيع أن تسقط حقه ما دام محتاجًا لها[١].

أدلة القول الثاني:

١ـ أن الحضانة حق للأم ولها أن تسقط حقها متى أرادت[٢].

٢ـ أن شفقة الأم تحملها غالبًا على حضانة ابنها، ولا تصبر عنها إلا لعجز عنها[٣].

أدلة القول الثالث:

عللوا قولهم بأن الطفل يهلك في هذه الحال فيجب على الأم حضانته[٤].

المناقشة:

أما القول الأول فقد ذكره ابن عابدين وغيره عن بعض الحنفية وحمله على حال إذا لم يوجد للصبي ذو رحم محرم، أما إذا لم يكن للولد ذو رحم يحضنه فهنا تجبر إجماعًا كما نقلت، وأما إذا كان للولد ذو رحمٍ يحضنه مثل جدته ورضيت أن تقوم بحضانته فلا تجبر أمه على حضانته، فيكون هذا

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٠).
(٢) انظر: البحر الرائق (٤/ ١٨٠).
(٣) انظر: فتح القدير (٤/ ٣٦٨)، البناية (٥/ ٦٤٥).
(٤) انظر: المقدمات (١/ ٥٦٤).

القول ليس داخلًا في دائرة الخلاف الذي ذكرنا، قال في البحر الرائق ووافقه ابن عابدين في حاشيته[١]: (فالحاصل أن الترجيح قد اختلف في هذه المسألة والأولى الإفتاء بقول الفقهاء الثلاثة لكن قيده في الظهيرية بأن لا يكون للصغير ذو رحم محرم فحينئذ تجبر الأم كي لا يضيع الولد أما إذا كان له جدة مثلا وامتنعت الأم من إمساكه ورضيت الجدة بإمساكه فإنه يدفع إلى الجدة؛ لأن الحضانة كانت حقا لها، فإذا أسقطت حقها صح الإسقاط منها وعزا هذا التفصيل إلى الفقهاء الثلاثة وعلله في المحيط بأن الأم لما أسقطت حقها بقي حق الولد فصارت الأم بمنزلة الميتة أو المتزوجة فتكون الجدة أولى وظاهر كلامهم أن الأم إذا امتنعت وعرض على من دونها من الحاضنات فامتنعت أجبرت الأم لا من دونها).

وأما القول الثالث وهو أن الحضانة واجبةٌ على الأم إذا تعيّن عليها الرضاع فإن هذا مما أجمع عليه العلماء كما نقلنا، وكلامنا في المسألة فيما لو وُجد غيرها ولكنها امتنعت عن الحضانة.

الترجيح:

بما أن هذه المسألة مندرجة عن مسألة (الأحقية في الحضانة) وبما أننا رجحنا في أن الحق مشترك بين الحاضن والمحضون وحق الله تعالى، وبما أن كلامنا في هذه المسألة في حال وُجد أحد مستحقي الحضانة، فالذي يظهر أن الأم لا تجبر على حضانة ابنها مطلقًا، وذلك لما يلي:

(١) البحر الرائق (٤/ ١٨٠)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٠).

١ـ أن القول الأول والقول الثالث خارج نطاق البحث، فكلا القولين يتكلمان عن الحضانة فيما لو تعينت على الأم، وكلامنا فيما لو لم تتعين، فلا يكون في المسألة إلا قول واحد وهو عدم الإجبار فيكون اتفاقًا بينهم.

٢ـ أن حق المحضون يكمن في توفير من يحضنه ويعينه في دنياه كما يربيه على الدين؛ فإذا وجد هذا فقد تم حقه وبقي حق الأم تسقطه متى شاءت.

٣ـ أن الحضانة من فروض الكفايات ولا تتعين إلا في حالات وهذه الحالة خارج حالات التعيين.

٤ـ وأخذًا بما علل به أصحاب القول الثاني.

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

أما في النظام فإنه ألزم الأبوين بحضانة المحضون أثناء ديمومة الزواج كما ذكرنا في المطلب الأول، وأما بعد الفرقة فإذا لم يطلب الحضانة أحد مستحقيها فإن المنظّم يوجب الحضانة على أحد والديه بشروط وذلك في نص المادة (الحادية والثلاثون بعد المائة) حيث قال فيها:

(١- إذا كان سن المحضون لا يتجاوز العامين ولم يطلب الحضانة أحد مستحقيها، فتلزم بها الأم إن وجدت وإلا أُلزم بها الأب.

٢- إذا تجاوز المحضون سن العامين ولم يطلب الحضانة أحد مستحقيها، فيلزم بها الأب إن وجد وإلا فتُلزم بها الأم).

ففي هذه المادة اشترط المنظّم لوجوب الحضانة على الأم ثلاثة شروط وهي:

١ـ أن يكون سن المحضون تحت السنتين.

٢ـ أن لا يطالب بالحضانة أحد مستحقيها.

٣ـ إذا كان عمره فوق السنتين فيشترط عدم وجود الأب.

واشترط المنظّم لوجوب الحضانة على الأب ثلاثة شروط وهي:

١ـ أن يكون سن المحضون فوق السنتين.

٢ـ أن لا يطالب بالحضانة أحد مستحقيها.

٣ـ إذا كان عمره تحت السنتين فيشترط عدم وجود الأم.

وأما غير الوالدين فلا يُلزمهما النظام بالحضانة بدلالة المادة (المادة الثانية والثلاثون بعد المائة) ونصها: (إذا لم يوجد الوالدان، ولم يقبل الحضانة مستحق لها، تختار المحكمة من تراه صالحًا من أقارب المحضون، أو غيرهم، أو إحدى الجهات المؤهلة لهذا الغرض).

فنجد أن المنظّم وافق الفقهاء في مسائل وخالفهم في أخرى، فهو قد وافق إجماع العلماء في أن الوالدين لا يجبران على الحضانة إذا قام بها غيرهما، ووافقهم في أن الوالدين يجبران على حضانة ابنهما إذا لم يقم بحضانته أحد مستحقيها، وكان الوالد الآخر غير موجود.

ووافق إجماعهم في إجبار الأب على حضانة ابنه مع وجود الأم، إذا لم يقم بحضانته أحد مستحقيها، ولكنه قيّد ذلك إذا كان عمر المحضون فوق السنتين، وهذا ما لم يشترطه العلماء.

وأمـا تحت السـنتين، فإن الأم هـي التي تُجبر على الحضانـة في النظام، وهـذا خلاف ما أخذ به العلماء إلا أن لا يقبل المحضون ثدي غيرها فإن الأم تُجبر إجماعًا.

المبحث الخامس:

شروط الحضانة.

وفيه تمهيد وثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شروط الحضانة العامة.

المطلب الثاني: شروط الحضانة الخاصة بالنساء.

المطلب الثالث: شروط الحضانة الخاصة بالرجال.

تمهيد

قال الجويني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فإن الكلام فيمن يكون أولى بالحضانة مشروط بأن تتصور الحضانة منه)[١].

وشروط الحضانة تنقسم في كلام أهل العلم إلى ثلاثة أنواع:

١ـ شروط خاصة إذا كان الحاضن ذكرًا.

٢ـ وشروط خاصة بالحاضن إذا كان أنثى.

٣ـ وشروط عامة لابد أن تتوفر بالحاضن سواء كان ذكرًا أو أنثى.

وقبل الشروع في الحضانة لابد من ذكر تعريف الشرط، فعرفه الطوفي[٢] بأنه: ما توقف عليه تأثير المؤثر على غير جهة السببية[٣].

وقال في تيسير الوصول: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته[٤].

---

(١) نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٧).

(٢) هو: سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد، الطوفي الصرصري ثم البغدادي، الفقيه الأصولي، المتفنن، نجم الدين أبو الربيع، ومن مصنفاته: بغية السائل إلى أمهات المسائل، وقصيدة في العقيدة وشرحها، ومختصر الروضة وشرحه، توفي (٧١٦هـ). [ذيل طبقات الحنابلة / ٤/ ٤٠٤].

(٣) شرح مختصر الروضة(٢/ ٦٢٥).

(٤) تيسير الوصول إلى قواعد الأصول (٥٨).

المطلب الأول:

شروط الحضانة العامة

الفرع الأول: شروط الحضانة عند الفقهاء:

١ ـ الحرية: اتفاقًا بين المذاهب[(١)] فلا حضانة لرقيق لأنه لا يملك منافعه التي يكفل بها، واستثنى المالكية صورًا من ذلك، وهي إذا كان الأب حرًا والأم أمة فالحضانة لها، أو كانت أم ولد أو ولد أمة من سيدهما وعتقا من سيدهما فالحضانة لهما[(٢)].

٢ ـ الإسلام: هذا إذا كان الطفل مسلمًا وقد عبّر عنه بعضهم بـ(عدم اختلاف الدين) فلابد من كون الحاضن -سواء كان ذكرًا أو أُنثى- مسلمًا وهذا المذهب عند الشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)]، وقول ابن وهب من المالكية[(٥)].

---

(١) فتح القدير (٤/ ٣٧٢)، الحاوي الكبير (١١/ ٤٠٤)، نهاية المحتاج (٧/ ٢٢٩)، التنبيه (٢١١)، نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٣)، حلية العلماء (٧/ ٤٣٤)، المغني (١١/ ٤١٢)، المنتهى (٤/ ٤٧٣)، الإقناع (٤/ ١٥٨).

(٢) الفواكه الدواني (٢/ ٦٦).

(٣) الحاوي الكبير (١١/ ٤٠٥)، التنبيه (٢١٢)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٥/ ٥٤٣)، حلية العلماء (٧/ ٤٣٤)، روضة الطالبين (٩/ ٩٨)، مغني المحتاج (٥/ ١٩٥)، نهاية المحتاج (٧/ ٢٢٩-٢٣١).

(٤) المغني (١١/ ٤١٢)، المنتهى (٤/ ٤٧٣)، الإقناع (٤/ ١٥٨)، الفروع (٥٤٦٧)، كشاف القناع (١٣/ ١٩٣).

(٥) منح الجليل (٤/ ٤٢٦).

هو: أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي: مولاهم الإمام الجامع بين الفقه =

القول الثاني: أن الإسلام غير مشروط أبدًا، سواء كان الحاضن ذكرًا أم أنثى وهو مشهور المالكية[١]، والإصطخري[٢] من الشافعية[٣]، وعندهم -أي المالكية- إن خيف على الصغير أن تطعمه لحم خنزير ونحوه فإنه يضم إليها من يراقبها من المسلمين على المشهور عندهم، وفي رواية ذكرها في الكافي أن الحضانة تسقط[٤].

القول الثالث: أنه شرط على الحاضن الذكر مطلقًا دون الحاضنة إذا كانت الأم -وأطلقه بعضهم في كل أنثى- فلا يشترط عليها ذلك، وهذا قولُ الأحناف[٥]، ورواية عند الشافعية[٦]، بأربعة شروط:

١- أن تكون ذمية.

= والحديث أثبت الناس في الإمام مالك، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (١٩٧هـ)، [شجرةالنور الزكية/ ١/ ٨٩/ ٧٠).

(١) المنتقى (٦/ ١٨٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٦)، حاشية الدسوقي(٢/ ٥٢٩)، منح الجليل(٤/ ٤٢٦).

(٢) هو: الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى بن الفضل بن بشار بن عبد الحميد ابن عبد الله بن هانئ بن قبيصة بن عمرو بن عامر الإمام الجليل أبو سعيد الإصطخري، أحد أئمة الشافعية، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٣٢٨هـ)،[طبقات الشافعية للسبكي/ ٣/ ٢٣٠].

(٣) الحاوي الكبير (١١/ ٥٠٣)، التنبيه للشيرازي(٢١٣)، نهاية المطلب(١٥/ ٥٤٥)، روضة الطالبين (٩/ ٩٨).

(٤) الكافي في فقه أهل المدينة(٢/ ٦٢٧).

(٥) شرح مختصر الطحاوي (٥/ ٣٢٦)، المبسوط (٥/ ٢١٠)، بدائع الصنائع(٤/ ٤٣)، البناية شرح الهداية(٥/ ٦٥١)، البحر الرائق (٤/ ١٨٥)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٤-٥٦٥).

(٦) روضة الطالبين (٩/ ٩٨).

٢- أن لا يعقل -أي المحضون- الأديان.

٣- أن لا يألف الكفر.

٤- أن تكون كافرة أصلية وأما المرتدة فلا حضانة لها لأنها تُحبس وتضرب فإن تابت فلها الحضانة.

أدلة القول الأول[(١)]:

١- قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ﴾ [المَائدة:٢].

٢- قوله تعالى: ﴿۞ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلۡقِسۡطِ﴾ [النِّسَاء:١٣٥].

٣- وقوله تعالى: ﴿وَذَرُواْ ظَٰهِرَ ٱلۡإِثۡمِ وَبَاطِنَهُۥٓۚ﴾ [الأنعَام:١٢٠].

قال ابن حزم في تقرير هذا المعنى: (فمن ترك الصغير والصغيرة حيث يدربان على سماع الكفر، ويتمرنان على جحد نبوة رسول الله ﷺ وعلى ترك الصلاة، والأكل في رمضان، وشرب الخمر والأنس إليها حتى يسهل عليهما شرائع الكفر، أو على صحبة من لا خير فيه، والانهماك على البلاء: فقد عاون على الإثم والعدوان، ولم يعاون على البر والتقوى، ولم يقم بالقسط، ولا ترك ظاهر الإثم وباطنه - وهذا حرام ومعصية.

ومن أزالهما عن المكان الذي فيه ما ذكرنا إلى حيث يدربان على الصلاة والصوم، وتعلم القرآن، وشرائع الإسلام، والمعرفة بنبوة رسول الله

(١) انظر: المحلى (١٠/ ١٤٤)، المغني(١١/ ٤١٢).

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ والتنفير عن الخمر والفواحش: فقد عاون على البر والتقوى، ولم يعاون على الإثم والعدوان، وترك ظاهر الإثم وباطنه، وأدى الفرض في ذلك)[١].

١- أنها ولاية، فلا تثبت لكافر على مسلم، كولاية النكاح والمال[٢].

٢- ولأنها إذا لم تثبت للفاسق، فالكافر أولى، فإن ضرره أكثر، فإنه يفتنه عن دينه، ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر، وتزيينه له، وتربيته عليه، وهذا أعظم الضرر[٣].

٣- أن الحضانة إنما تثبت لحظ الولد، فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه[٤].

أدلة القول الثاني:

١- عن عبد الحميد بن سلمة الأنصاري، عن أبيه، عن جده (أن جده أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاء بابن له صغير لم يبلغ، قال: فأجلس النبي ﷺ الأب هاهنا والأم هاهنا، ثم خيره وقال: «**اللهم اهده**» فذهب إلى أبيه)[٥]، ووجه الدلالة: أنه لو لم يكن للكافر حق لبت بها النبي ﷺ للأب[٦].

---

(١) المحلى (١٠/ ١٤٤).
(٢) انظر: المغني (١١/ ٤١٣).
(٣) المرجع السابق.
(٤) المرجع السابق.
(٥) سبق تخريجه.
(٦) انظر: نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٥).

٢- قوله ﷺ في حديث أبي أيوب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «**من فرق بين الوالدة وولدها، فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة**»[١].

٣- قوله ﷺ: «**لا توله والدة على ولدها**»[٢].

٤- أن الكافر الأصلي يقر على دينه والفاسق لا يقر على فسقه[٣].

٥- لأن مدار الحضانة الشفقة على المحضون والكفر لا يمنع من الشفقة.

أدلة القول الثالث:

عللوا ذلك لحق الصغير في الأم واستدلوا بما استدل به أصحاب القول الثاني في ذلك، فإذا بلغ سنًا يعقل فيه الأديان نُزع منها دفعًا للضرر وهو أُلف الكفر، و تخصيص ذلك بالحاضنة الأنثى دون الذكر بالحكم، أن الحضانة عندهم لا تكون للرجال إلا إذا بلغ الطفل سبع سنين، وإذا بلغ الطفل سبعًا صار يعقل الأديان وخيف عليه من أُلفة الكفر[٤].

المناقشة:

ما استدل به أصحاب القول الأول من آيات آمرةٍ على البر والتقوى وأن جعل المحضون في حضانة أمٍ غير مسلمة مخالف للآيات فغير مسلّم؛ لأن بقاءه عندها قبل أن يعقل للأديان والحلال والحرام،كما أن بقاءه عندها غير

(١) سبق تخريجه.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (٨/ ٨/ ١٥٧٦٧)، وضعفه الشوكاني في نيل الأوطار بالإرسال(٥/ ١٩٢)، وابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٥١٨).

(٣) منح الجليل (٤/ ٤٢٦).

(٤) انظر: البناية (٥/ ٦٥١)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٥).

مطلق بل مشروط بأن لا تطعمه المحرمات من خمر وخنزير ونحوها.

وأما ما استدلوا به من أن الحضانة نوع من الولاية ولا ولاية لكافر على مسلم، فالجواب أنها ليست ولاية مطلقة بل مقيدة لمصلحة المحضون في فترة لا يمكن أن يقوم بالمحضون إلا سوى الإناث وإلا تضرر، كما أن هذه الولاية قد أذن بها الشارع حينما أذن بالزواج من الكتابية.

وأما ما استدلوا به من أنها لا تثبت للفاسق المسلم فالكافر أولى فغير مسلّم؛ لأن يقرّ على دينه وأما الفاسق فلا يقرّ على فسقه.

وأما ما استدل به أصحاب القول الثاني من حديث عبدالحميد بن سلمة فإن الحديث لا يثبته أهل النقل كما ذكر ذلك ابن المنذر وغيره، ولو سلمنا بصحته فإنه لابد من الجمع بين الأدلة الدالة على وجوب تربية الابن تربية الصالحة، والدالة على الأمر والنهي عن المنكر وبين هذا الحديث والأحاديث الأخرى التي استدل بها أصحاب هذا القول.

كما أن العلماء قد أجابوا عن هذا الحديث بأنه خاص بالنبي ﷺ لكونه يعلم أن الابن سيختار أباه بدعائه[1].

الترجيح:

الذي يظهر والله أعلم أن قول الحنفية في هذا المسألة، وهو أن الإسلام ليس شرطًا على الحاضن الأنثى ما لم يعقل الطفل، هو أقوى الأقوال؛ لما ذكرنا في المناقشة ولما يأتي:

---

(١) انظر: المغني (١١/ ٤١٣).

١- أنه جمع بين القولين الأول والثاني.

٢- أنه راعى كون مدار الحضانة على الشفقة فلم يسقطها، وراعى أهمية حفظ دين الصغير باشتراطه الشروط السابقة.

٣- الجمع بين الأحاديث المانعة من التفريق بين والدة وولدها، وبين حديث: «**ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه، أو ينصرانه، أو يمجسانه**»[(١)].

٤- أن الشارع أذن بحضانة الأم الكافرة -أثناء ديمومة الزواج- بإذنه بزواج المسلم من الكتابية فكذلك قبلها لأن القاعدة الشرعية تقول: إن الاستدامة أقوى من الابتداء، أما شرطنا أن لا يعقل الكفر لأنه أثناء ديمومة الزواج يكون تحت ناظر الأب بخلاف بعد الفرقة.

وأما كوننا اشترطنا الإسلام في الذكر دون الأنثى فلأنه لا يتصور أن يكون الأب كافرًا والصغير مسلمًا، لأننا لا نستطيع أن نحكم بإسلام الطفل وهو دون الخمس سنوات، فنحن اشترطنا ألا يعقل الصغير الكفر أي يكون بعمر الخمس سنوات أو دونها، فإذا كان بهذا العمر فلا نحكم بإسلامه، وأما إذا كان فوق هذا العمر وعقل الأديان فلا حضانة لكافر عليه سواء كان ذكرًا أم أنثى، والله أعلم.

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري في كتاب «الجنائز» باب: «إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه» (٢/ ٩٥/ ١٣٥٩)، ومسلم في كتاب «القدر» في باب: «معنى كل مولود يولد على الفطرة»(٨/ ٥٢/ ٢٦٥٨).

مسألة: هل يجوز أن تكون حضانة الكافر عند الحاضن المسلم؟

نص الشافعية[١]، والحنابلة[٢] على حضانة المسلم للكافر؛ لما فيها من المصلحة للمحضون وإرشادًا للخير، وخالف في هذه المسألة الأحناف فلابد عندهم من اتحاد الدين، فلو كان المحضون يهوديًا وتنازع في حضانته عمٌ مسلم وعمٌ يهودي فهو لليهودي[٣]، وأما حضانة الكافر للكافر فهذا مما لا شك فيه فلم يسبق في الإسلام أن نُزعت حضانة كافر من كافر ويدل على هذا حديث أبي أيوب في السبايا في قوله ﷺ: (**من فرق بين الوالدة وولدها، فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة**)[٤].

٣ـ البلوغ: بلوغ الحاضن شرط لاستحقاقه الحضانة فلا حضانة لصغير ولو كان مميزًا؛ وهذا قول جمهور العلماء من الحنفية[٥]، والشافعية[٦]، والحنابلة[٧].

القول الثاني: أن البلوغ ليس شرطًا وإنما يكفي كون الحاضن راشدًا في المال ولو كان صغيرًا وهذا قول المالكية[٨].

---

(١) مغني المحتاج (٥/ ١٩٦).
(٢) حاشية اللبدي على نيل المآرب(٢/ ٣٦٦).
(٣) انظر: بدائع الصنائع(٤/ ٤٣).
(٤) سبق تخريجه.
(٥) البحر الرائق(٤/ ١٧٩)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٥٥).
(٦) مغني المحتاج (٥/ ١٩٧)، شرح المنهج مع حاشية الجمل (٤/ ٥٢٠).
(٧) المغني (١١/ ٤١٢)، الواضح في شرح الخرقي (٢/ ٩٢٢)، الإقناع (٤/ ١٥٨).
(٨) الفواكه الدواني (٢/ ٦٧)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٢٩)، حاشية الصاوي (٢/ ٧٥٩).

أدلة القول الأول: عللوا ذلك بأن الصغير عاجزٌ عن القيام بشؤون نفسه فكيف يقوم بشؤون غيره[١]!

أدلة القول الثاني: عللوا ذلك بأن الصغير قد يكون عنده الحفظ[٢].

المناقشة:

علل أصحاب القول الثاني قولهم بأن الصغير قد يكون عنده حفظ، فلو سلمنا بهذا فإن هذا من قبيل النادر وإلا فالأصل أن غير البالغ لا يحفظ، وأما النادر فلا عبرة به.

الترجيح:

الذي يظهر -والله أعلم- أن البلوغ شرط من شروط الحضانة وذلك لعدة أسباب منها:

١- أن مصلحة المحضون لا تكمل مع حاضن طفل، فهو -أي الحاضن- يحتاج إلى من يقوم بشؤونه فكيف يقوم بشؤون غيره!

٢- أن فيه إضرارًا بالحاضن الطفل لأن فيه تكليفًا فوق طاقته.

٣- حتى ولو قلنا إن الحق في الحضانة للحاضن، فإن الحاضن إذا كان طفلًا فلا يمكن أن يكون له الحق للحضانة؛ لأن سبب كون الحق في الحضانة للحاضن لما لها من حق الأمومة والولادة إذا كانت أمه أو إحدى جداته رحمة بها كما يستفاد ذلك من الحديث، أو أبًا لما له من حق الأبوة، وأما

(١) انظر: المغني (١١/ ٤١٢).
(٢) انظر: الفواكه الدواني (٢/ ٦٧).

الحاضن إذا كان طفلًا فلا حق له في الحضانة ولو قلنا إن الحق للحاضن لأنه -أي الحاضن الصغير- لا يمكن أن يكون أبًا للمحضون ولا أمًا ولا جدته أو جده، فهو يخلو أن يكون من الحواشي وهؤلاء لا حق لهم.

٤- أن المحضون إذا كان في حال كونه صار مميزا فقد ساوى الحاضن المميز فلا مزية لأحدهما على الآخر.

٥- ولأننا قلنا إن الحضانة من فروض الكفايات والمميز غير مكلف فلا يجبر عليها، كما أن كثيرًا من معاملاته لا تصح بدون إذن وليه هو.

٤ـ العقل: يشترط لثبوت الحضانة للحاضن أن يكون عاقلًا، فأخرجنا بهذا القيد المجنون والسفيه والمعتوه ومن بعقله خفة ولو كانت بسيطة، أو كانت منقطعة أي تأتيه يومًا وتغيب اتفاقًا بين المذاهب الأربعة[(١)]، ونص الشافعية إلى أنه إذا كان الجنون يأتيه بعد فترة طويلة كيوم في السنة أو في سنين فإن ذلك لا يعتبر مسقطًا لحقه في الحضانة[(٢)].

مسألة: هل يأخذ الإغماء حكم الجنون؟

نص على هذه المسألة الشافعية فالإغماء عندهم يأخذ حكم الجنون فإن كان الإغماء يسيرًا فلا تسقط الحضانة عندهم بل يستنيب عنده الإمام أحدًا

(١) البحر الرائق(٤/ ١٧٩)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٥٥)، المنتقى (٦/ ١٨٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٧)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٢٨)، حاشية الصاوي (٢/ ٧٥٨)، الحاوي الكبير (١١/ ٤٠٤)، نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٣)، روضة الطالبين (٩/ ٩٩)، مغني المحتاج (٥/ ١٩٥)، نهاية المحتاج (٧/ ٢٣١)، الكافي (٣/ ٢٤٥)، الإقناع (٤/ ١٥٨).

(٢) روضة الطالبين (٩/ ٩٩).

فترة إغماءه[١].

٥ـ **الأمانة في الدين:** اتفقت المذاهب الأربعة من الحنفية[٢]، والمالكية[٣]،والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، أنه لا حضانة لفاسق.

القول الثاني: خالف ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ في هذه المسألة، وقال: لا تشترط العدالة في الحضانة قطعًا، ولو اشترطت العدالة في الحاضن لضاع أطفال العالم[٦].

أدلة القول الأول: عللوا ذلك بأن الفاسق غير موثوق بأن يؤدي واجب الحضانة، كما أنه يربي المحضون على الفسق[٧].

أدلة القول الثاني[٨]:

١- أنه لم يثبت أن النبي ﷺ أو صحابته الكرام -رضوان الله عليهم- منعوا فاسقًا من حضانة ابنه، ولو كانت العدالة مشروطة لكان بيانها من أهم الأمور.

---

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج (٤/ ٥٢٠).
(٢) البحر الرائق (٤/ ١٧٩)، النهر الفائق (٢/ ٥٠٠)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٥٦-٥٦٤).
(٣) الكافي (٢/ ٦٢٥)، المنتقى (٦/ ١٨٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٧)، منح الجليل (٤/ ٤٢٥).
(٤) الحاوي الكبير (١١/ ٤٠٥)، التنبيه (٢١١)، نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٣)، مغني المحتاج (٥/ ١٩٥)، نهاية المحتاج (٧/ ٢٣١)، شرح المنهج مع حاشية الجمل (٤/ ٥٢٠).
(٥) المنتهى (٤/ ٤٧٣)، الإقناع (٤/ ١٥٨)، الفروع(٥/ ٤٦٧)، المبدع (٧/ ١٨٥).
(٦) انظر: زاد المعاد (٤/ ٤١١-٤١٢).
(٧) انظر: المغني (١١/ ٤١٢).
(٨) انظر: زاد المعاد (٤/ ٤١٢).

٢- أن اشتراط العدالة فيه مشقة على الأمة لكثرة الفسق بين الناس.

٣- أن العادة شاهدة على احتياط الفاسق على ابنه وشفقته عليه، وإن قدّر خلاف ذلك فهو قليل بالنسبة للمعتاد، والشارع يكتفي في ذلك بالباعث الطبيعي.

المناقشة:

ما علل به أصحاب القول الثاني مذهبهم من أن الشارع لم يفرّق لذلك فصحيح، ولكن نصوص الشريعة دلت على أن الابن يتأثر بدين والديه فقال ﷺ «**ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه أو يمجسانه**»(١) فتركه عند الفاسق فيه تعريض لدينه للخطر، كما أنه مناف للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وأما تعليلهم من أن الفاسق يشفق على ابنه فغير مسلّم، فبعض الفسق يعرّض صاحبه للهلاك وليس ابنه فقط.

الترجيح:

الذي يظهر أن الفسق الذي تسقط الحضانة بسببه هو ما ارتبط به عدة معان منها:

١- إذا كان يؤدي إلى تقصيره في حق المحضون لانشغاله بفسقه كشرب الخمر.

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الجنائز، باب: إذا أسلم الصبي فمات، هل يصلي عليه؟(٢/ ٩٥/ ١٣٥٩)، ومسلم في كتاب: القدر، باب: معنى كل مولود يولد على الفطرة (٨/ ٥٢/ ٢٦٥٨).

٢- إن كان يؤدي إلى الكفر كترك الصلاة.

٣- إن كان يؤدي إلى فساد خُلق المحضون، كشرب خمر وزنى، أو أن يُدخل الفساق إلى بيت المحضون.

٤- إن كان يؤدي إلى سمعة سيئة للمحضون كالزنى والفجور.

وأما الفسق الذي لا تتعلق به هذه المعان -كشرب الدخان وحلق اللحية ونحوها- مما عمّت بها البلوى فلا تُسقط الحضانة بها لأننا لو اشترطنا ذلك لما تولى الحضانة أحد.

وسبب ترجيحنا لهذا القول أمور منها:

١- أن الفاسق قليل الديانة فلا يضمن أن يقوم بحقوق المحضون فلا مصلحة للمحضون بتولي الفاسق حضانته.

٢- أن المحضون يألف الفسق والفجور ويعتاد عليه.

٣- أن بعض الفسّاق قد يملك الشفقة للمحضون، ولكن الحضانة لا تدور على الشفقة فقط، بل لابد من مراعاة مصلحة المحضون وحفظ دينه وتربيته تربيةً صالحة، وحضانة الفاسق قد يلحق المحضون السمعة السيئة بسببها.

وأما كوننا رجحنا قول الحنفية في مسألة شرط الإسلام قبل أن يعقل المحضون للكفر ولم نقل هذا في حق الفاسقة لأن الكافر الأصلي يسلّم لكفره دون الفاسق، وأن الكافر يفعل كفره ديانة لما يؤمن به، وأما الفاسق فلا ديانة فيه تمنعه من الخطأ فيُحتمل أن الفاسق لا يقوم بواجبات الحضانة

لفسقه، وأما الكافرة فلا يُحتمل منها ذلك لكفرها، فلا حضانة لفاسق ولو كان كافرًا فقد قررنا -بناءً على قول الحنفية- أنه لو أطعمته لحم خنزير أو سقته خمرًا فإن حضانتها تسقط.

٦ـ **القدرة على القيام بشؤون الحضانة:** نص عليه الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، الحنابلة[٤]، لعدم المقصود من الحضانة إذا كان عاجزًا، ولافتقاره إلى من يقوم به.

٧ـ **السلامة من الأمراض المعدية:** نص عليه المالكية[٥]، والشافعية[٦]، الحنابلة[٧]، لأنه يُخشى على المحضون من مخالطتها ولبنها.

٨ـ **الرشد في المال:** لأن للحاضن قبض نفقته، نص عليه المالكية[٨]، والشافعية[٩]، وبنحو هذا قال الحنفية، قال في البدائع[١٠]: (ومنها: إذا كان

---

(١) البحر الرائق(٤/ ١٧٩)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٥٥-٥٥٦).
(٢) المنتقى (٦/ ١٨٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٧)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٢٩)، حاشية الصاوي (٢/ ٧٥٨)، منح الجليل (٤/ ٤٢٥).
(٣) مغني المحتاج (٥/ ١٩٧).
(٤) كشاف القناع (١٣/ ١٩٣).
(٥) المنتقى (٦/ ١٨٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٧)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٢٩)، حاشية الصاوي (٢/ ٧٥٨)، منح الجليل (٤/ ٤٢٦).
(٦) مغني المحتاج (٥/ ١٩٧)، نهاية المحتاج (٧/ ٢٣١).
(٧) كشاف القناع (١٣/ ١٩٣).
(٨) المنتقى (٦/ ١٨٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٧)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٢٩)، حاشية الصاوي (٢/ ٧٥٨)، منح الجليل (٤/ ٤٢٦).
(٩) مغني المحتاج (٥/ ١٩٧).
(١٠) بدائع الصنائع (٤/ ٤٣).

الصغير جارية أن تكون عصبتها ممن يؤتمن عليها فإن كان لا يؤتمن لفسقه ولخيانته؛ لم يكن له فيها حق؛ لأن في كفالته لها ضررا عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر حتى لو كانت الإخوة والأعمام غير مأمونين على نفسها ومالها؛ لا تسلم إليهم وينظر القاضي امرأة من المسلمين ثقة عدلة أمينة فيسلمها إليها إلى أن تبلغ فتترك حيث شاءت وإن كانت بكرا).

٩ـ **أمن المكان:** نص عليه المالكية[١]، وذلك في البنت لأنه يخشى عليه الفساد، وكذا الصبي إذا كان يخشى عليه الفساد.

١٠ـ **عدم القسوة:** نص عليه المالكية[٢].

الخلاصة:

أن الكلام في الشروط من حيث التفصيل قد يطول وذلك أنها من الأمور المتجددة، ومن الأمور التي تتغير بتغير الأزمان والسلطان، واختلاف العلماء فيها ليس من اختلاف التضادّ؛ بل هو من اختلاف التنوع، ونسبة قولٍ إلى أحد من العلماء بكونه لم يشترط ذلك الأمر أو لم يراع ذلك الجانب لمجرد أنه سكت عنه قد يكون فيه نوعٌ من الجناية على العلماء، وذلك أن العلماء متفقون على الجوانب التي لابد أن تراعى في الحاضن، وإن اختلفوا -ولو في الظاهر- في تطبيقها، ولذا فإنه ينبني من كلام الفقهاء في الشروط التي ذكروها ثلاثة أصول:

---

(١) المنتقى (٦/ ١٨٦)، مواهب الجليل (٤/ ٢١٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٧)،حاشية الدسوقي (٢/ ٥٢٩)، حاشية الصاوي (٢/ ٧٥٩)، منح الجليل (٤/ ٤٢٥).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢١٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٧).

١ـ أن يراعى حق الله في المحضون في تنشأته نشأة صالحة.

٢ـ أن يكون الحاضن قادرًا على رعاية المحضون، سواءً قدرة جسدية أو عقلية أو غيرها من الجوانب الحياتية.

٣ـ أن لا تـؤدي رعاية الحاضن إلى الإضرار بالمحضون، سـواءً الضرر المادي أو الصحي أو النفسي أو الجسدي.

٤ـ فكل ما يعارض هذه الأصول الثلاثة فإنه يكون مانعًا من حق الحضانة والله أعلم.

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

نص المنظّم على الشروط العامة للحضانة في المادة (الخامسة والعشرون بعد المائة)[١] وهي ثلاثة شروط:

١ـ كمال الأهلية: وقـد عرفها نظام المعاملات المدنية في المادة (الثانية عشـرة)[٢] بأنه: كل شخص بلغ سـن الرشـد متمتعًا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، وسن الرشـد هو تمام عمر الشخص (ثمانية عشر) سنة هجرية، فيكون هذا الشرط قد تضمّن قيدين وهما العقل والبلوغ.

---

(١) ونصها: (مع مراعاة ما تقضي به المادة (العاشرة) من هذا النظام، يشترط أن تتوافر في الحاضن الشروط الآتية:
١- كمال الأهلية.
٢- القدرة على تربية المحضون وحفظه ورعايته.
٣- السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة). اهـ

(٢) ونصها: (١- كامل الأهلية: بلغ سن الرشد متمتعًا بقواه العقلية ولم يحجر عليه.
٢- سن الرشد هي تمام (ثمانية عشر) سنة هجرية).

٢ـ القدرة على تربية المحضون وحفظه ورعايته.

٣ـ السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة.

فتكون الشروط العامة للحاضن التي دلّ عليها المنظّم:

١ـ العقل، وقد وافق إجماع العلماء.

٢ـ البلوغ، وهذا قول الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة.

٣ـ القدرة على الحضانة، اتفاقًا بين المذاهب.

٤ـ السلامة من الأمراض المعدية، نص عليه المالكية والشافعية والحنابلة.

الخلاصة:

الكلام هنا كما في كلامنا في الخلاصة عند شروط الفقهاء، فكل ما يخالف مصلحة المحضون وإن لم ينصّ عليه المنظّم فإنه يعتبر مسقطًا للحضانة ودل على هذا المعنى مجموع كلام المنظّم في مراعاة مصلحة المحضون، كما دل عليه قول المنظّم في باب الولاية في المادة (الحادية والأربعون بعد المائة) حيث قال: (يشترط فيمن يعيّن وصيًا أو وليًا ألا تكون في ولايته مظنة الضرر بمصلحة القاصر..) والحضانة نوعٌ من الولاية، وإذا اشترط هذا في الولي ففي الحاضن أولى لأن الحاضن ألصق بالمحضون من الولي، والله أعلم.

المطلب الثاني:
شروط الحضانة الخاصة بالنساء

الفرع الأول: عند الفقهاء:

أن تكون الحاضنة ذات رحم، وتحرم عليه على التأبيد، هذا إذا كان المحضون ذكرًا، نص عليه الحنفية[١] والمالكية[٢]، ورواية عند الشافعية[٣].

القول الثاني: وهو رواية عند الشافعية[٤]، والمذهب عند الحنابلة[٥]، أنه لهن الحضانة مطلقًا، فلا يشترطون المحرمية.

أدلة القول الأول:

عللوا ذلك بأن الحضانة تحوج إلى معرفة بواطن الأمور، فالأولى تخصيصها بالمحارم[٦].

أدلة القول الثاني:

عللوا ذلك بأن لها الحضانة للقرابة والشفقة المتوقعة منها على المحضون[٧].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٤٢-٤٣)،
(٢) المقدمات الممهدات (١/ ٥٦٤)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٦).
(٣) نهاية المطلب (١٥/ ٥٥٩)، النجم الوهاج (٨/ ٢٩٥).
(٤) نهاية المطلب (١٥/ ٥٥٩)، روضة الطالبين (٩/ ١١٠)، النجم الوهاج (٨/ ٢٩٥).
(٥) الإقناع (٤/ ١٥٧)، المنتهى (٤/ ٤٧٢).
(٦) انظر: نهاية المطلب (١٥/ ٥٥٩)، النجم الوهاج (٨/ ٢٩٥).
(٧) انظر: نهاية المطلب (١٥/ ٥٥٩)، النجم الوهاج (٨/ ٢٩٥).

المناقشة:

ما علـل به أصحاب القـول الثاني مذهبهـم - من أن لقريبـة المحضون الحضانـة ولو لم تكن محرمًا له لوجود الشـفقة منها فصحيح، غير أن وجود الشفقة لا يكفي لاسـتحقاقها الحضانة فقد تصدر الشفقة من الأجنبية كذلك فهذه فطرة النسـاء، فلابد من المحرمية لاطلاع الحاضنة على بواطن الأمور، كما أن تنقّل المحضون من حاضن لحاضن فيه تأثير سلبي عليه.

الترجيح:

الـذي يظهـر واللـه أعلم أن القـول الأول هـو الراجح فلابـد من وجود المحرميـة بين الحاضنة والمحضون، إلا ألا يكون للمحضون قريبٌ إلا هي، فتكون الحضانة لها لأنها أولى من الأجنبية المحضة، والله أعلم.

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

لم يذكر النظام شرطًا للحاضنة سوى أن تكون غير متزوجة وسنتكلم عن ذلك في المبحث القادم إن شاء الله تعالى.

المطلب الثالث:

شروط الحضانة الخاصة بالرجال

الفرع الأول: عند الفقهاء:

١ ـ أن يكـون الحاضن محرمًـا للمحضـون إذا كان المحضـون أنثى أما المحضون الذكر فلا يدخل في هذه المسألة.

وهـذا قول الحنفيـة[١]، والمالكيـة[٢]، والحنابلة[٣]، فإن لـم يكن محرمًا للمحضونة فلا حضانة له ولو كان مأمونًا.

القول الثاني: وهو أن لـذي العصبة الحضانة مطلقًا ولو كان ليس محرمًا للمحضونة كابن العم، وهذا قول أصبغ[٤] .....

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٤٣)، حاشية ابن عابدين(٣/ ٥٦٣-٥٦٦).

(٢) حاشية الصاوي (٢/ ٧٥٩)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٢٩)، منح الجليل(٤/ ٤٢٧).

(٣) الإقناع (٤/ ١٥٨).

(٤) هـو: أبـو عبد اللـه أصبغ بن الفرج بن سـعيد بـن نافع المصـري: الإمام الثقـة الفقيه المحـدث العمدة النظار. روى عـن: الدراوردي ويحيى بن سـلام وعبد الرحمن بن زيد، وسمع ابن القاسم وأشهب وابن وهب وتفقه معهم، وكان كاتبًا لابن وهب، روى عنـه: الذهبـي والبخاري وأبو حاتـم الرازي وابن وضاح ومحمد بن أسـد الخشـني وسعيد بن حسان، وتفقه به: ابن المواز وابن حبيب وأحمد بن زيد القرطبي وابن مزين وغيرهم، له تآليف حسان منها كتاب: الأصول وتفسير حديث الموطأ، وكتاب: آداب الصيام، وكتاب: سـماعه من ابن القاسـم، وكتاب: المزارعة، وكتاب: آداب القضاء، وكتاب: الرد على أهل الأهواء، وغير ذلك. ومات رَحِمَهُ ٱللَّهُ بمصر سنة ٢٢٥ هـ. [شجرة النور الزكية / ١/ ٩٩].

.....وابن رشد من المالكية[١].

القول الثالث: للشافعية[٢] وهو رواية عند الحنفية[٣]، والحنابلة[٤]، فنصّوا أن الحضانة لا تسقط إذا كانت البنت لا تشتهى، فإذا بلغت حد الاشتهاء:

فذهب الحنفيـة إلى أن له الحضانة مادام مأمونًا وإلا فلا، وأما الشـافعية والحنابلـة فقالوا: ينظر إذا كان عنده امرأة تكون عندها كابنته سـلمت لها، أو يضعها عند امرأة أجنبية ويقوم هو بمصالحها من وراء ستار، و يشترط في كلا الحالين شـرطان في المـرأة التي تكون عندها المحضونـة: الأول: أن تكون بالغة وقيل مميزة، الثاني: أن تكون ثقة.

القـول الرابع: وهـي رواية عند الحنابلـة أنها إذا كانت دون السـبع فإنها تسلّم له، وإذا كانت فوق السبع فإنها لا تسلّم له ولو لم تشتهِ[٥].

أدلة القول الأول:

١- أن الحضانة حق لذي المحرم، فمن كان غير محرم فلا حق له[٦].

٢- أن الولايـة في اختيار الحاضن تكون للقاضي فله وضعها عند أجنبية

---

(١) المقدمـات الممهـدات (١/ ٥٦٤)، حاشـية الدسـوقي (٢/ ٥٢٩)، منـح الجليل(٤/ ٤٢٧).

(٢) روضـة الطالبيـن (٩/ ١١١)، النجم الوهاج (٨/ ٢٩٧)، مغنـي المحتاج(٥/ ٢٠٢)، حاشية الجمل (٤/ ٤١٨-٤١٩).

(٣) حاشية ابن عابدين(٣/ ٥٦٤).

(٤) الفروع (٥/ ٤٦٦)، منتهى الإرادات (٤/ ٤٧٢)، كشاف القناع (١٣/ ١٩١).

(٥) الفروع (٥/ ٤٦٦)، منتهى الإرادات (٤/ ٤٧٢)، كشاف القناع (١٣/ ١٩١).

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين(٣/ ٥٦٤).

إذا كان ذلك أصلح لها، فلو كان الحق له لم يكن للقاضي الاختيار[١].

٣- أنه إذا بلغت المحضونة حد الاشتهاء وقعت الفتنة، والخلوة المحرمة فحُسم ذلك من أصله[٢].

٤- أن له نكاحها مادام ليس محرما لها فلا يؤمن عليها[٣].

أدلة القول الثاني: لم أقف لهذا القول على دليل.

أدلة القول الثالث: عللوا ذلك بأنها إذا كانت لا تشتهى -أو كان أمينًا عند الحنفية- فله الحضانة لأنه لا يخشى عليهم الفتنة ولا محذور من ذلك، وأما إذا كانت تشتهى فلا حضانة له حذرًا من الخلوة المحرمة[٤].

أدلة القول الرابع: عللوا ذلك بـ:

١- أنه لا حكم لعورتها[٥].

٢- أنها ليست محلًا للشهوة[٦].

المناقشة:

ما استدل به أصحاب القول الثالث والرابع من وجود الشهوة والفتنة من عدمها ليس مناطًا للحكم؛ حيث أن مناطه المحرمية كما ذكر العلماء، فالحضانة فرضُ كفائي يقدّم فيها المحرم لكمال شفقته وتمام المصلحة

---

(١) المرجع السابق.
(٢) المرجع السابق.
(٣) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٣).
(٤) انظر: حاشية ابن عابدين(٣/ ٥٦٤)، النجم الوهاج (٨/ ٢٩٧).
(٥) كشاف القناع(١٣/ ١٩١). (٦) المرجع السابق.

لإمكانه الاطلاع على بواطن الأمور، ولقربه من المحضون، فإذا فُقدت المحرمية وهي مناط الحكم وفُقدت المصلحة المذكورة تساوى فيها الناس؛ فيقدّم الأصلح فالأصلح للمحضون.

ولا شك أن كون الشخص قريبًا للمحضون يعتبر مزية له عن غيره لكنها لا ترقى إلى أن تكون موجبة للحضانة؛ بل مزية تؤخذ بعين الاعتبار كما يُعتبر غيرها من المزايا كالصلاح والأمانة وغيرها التي قد توجد عند الأجنبي دون القريب.

الترجيح:

الراجح والله أعلم أن القول الأول هو أقوى الأقوال وذلك لما ذكرت في المناقشة؛ ولأن المحضونة لا تخلو من حالين: إما أن يكون لها قريبٌ محرمٌ لها فتكون الحضانة من حقه، و إما أن لا يكون عندها قريب محرمٌ لها فحكمه يكون كحكم الأجنبي ويكون اختيار الحاضن للحاكم ويقدّم القريب على غيره إذا تساووا في الصلاح، والله أعلم.

٢ـ أن يقيم عنده من يصلح لحضانته من النساء.

نص على هذا المالكية فقط[(١)]، لأن الرجل لا يباشر الحضانة بنفسه.

أما بقية ما ذكره العلماء من شروط فالذي يظهر أنها أقرب إلى كونها موانع من كونها شروطًا وسنذكرها في مبحث الموانع إن شاء الله تعالى.

---

(١) حاشية الصاوي (٢/ ٧٥٩)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٢٩)، شرح مختصر خليل (٤/ ٢١٢)، منح الجليل (٤/ ٤٢٧).

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

نص المنظّم على الشروط الخاصة بالرجل في المادة (المادة السادسة والعشرون بعد المائة):

(دون الإخلال بما تضمنته المادة (الخامسة والعشرون بعد المائة) من هذا النظام، يتعين التقيد بالشروط الآتية:

١ـ إذا كان الحاضن امرأة فيجب أن تكون غير متزوجة برجل أجنبي عن المحضون، ما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك.

٢ـ إذا كان الحاضن رجلًا، فيجب أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إن كان أنثى، وأن يقيم عند الحاضن من يصلح للحضانة من النساء).

فبدلالة الفقرة الثانية من المادة فإن شروط الحاضن عند المنظّم شرطان، الأول: أن يكون الحاضن ذا رحم محرم وهذا قول الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة بخلاف الشافعية، والثاني: أن يقيم عند الحاضن من يصلح من الحضانة من النساء وهذا قول المالكية.

المبحث السادس:

زواج الحاضنة وأثره في الحضانة.

وفيه تمهيد وستة مطالب:

المطلب الأول: الحاضنة التي تتأثر الحضانة بزواجها.

المطلب الثاني: سقوط الحضانة إذا تزوجت الحاضنة.

المطلب الثالث: متى تسقط الحضانة.

المطلب الرابع: الحكم فيما لو رضي الزوج.

المطلب الخامس: الحكم فيما لو كان الزوج قريبًا للمحضون.

المطلب السادس: عودة حق الحضانة بعد طلاق الحاضنة.

تمهيد

سبق كلام العلماء من أن أقدر الناس على الحضانة هن النساء، وأولاهن هي الأم، ولكن هذا ليس على الإطلاق؛ بل اشترط بعض العلماء أن تكون الحاضنة غير متزوجة من رجلٍ غير أب المحضون.

ويتكلم العلماء عن هذه المسألة أثناء كلامهم عن شروط الحضانة الخاصة بالنساء، والسبب في إفرادها بمبحث مستقل ما للمسألة من أهمية في البحث، ولتأثيرها في أحكام الحضانة، ولكون المسائل المتفرعة عنها كثيرة والخلاف فيها واسع، فأقول مستعينًا بالله:

المطلب الأول:

الحاضنة التي تتأثر الحضانة بزواجها

الفرع الأول: عند الفقهاء:

المرأة التي تسقط حضانتها بسبب زواجها هي كل امرأة مستحقة للحضانة مما سبق بيانه في المباحث السابقة، وذلك أنها كما سقطت حضانة الأم بسبب زواجها مع كمال شفقتها فغيرها أولى، ولأن العلة من سقوط الحضانة مطردة في الأم وغيرها والحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا[1].

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

وافق النظام اتفاق المذاهب، فكل حاضنة مهما كانت قرابتها للمحضون فإن حضانتها تسقط بزواجها وهذا ما دلت عليه الفقرة الأولى من المادة (التاسعة والعشرون بعد المائة) حيث قال فيها: إذا كان الحاضن امرأة فيجب أن تكون غير متزوجة برجل أجنبي عن المحضون. اهـ فقول المنظّم (امرأة) نكرة في سياق شرط فتعم كل امرأة.

(١) البناية (٥/ ٦٤٧)، المحيط البرهاني(٣/ ١٧٨)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٧)، حلية العلماء (٧/ ٤٣٥)، كشاف القناع (١٣/ ١٩٤).

المطلب الثاني:

سقوط الحضانة إذا تزوجت الحاضنة

الفرع الأول: عند الفقهاء:

تحرير محل النزاع:

١ـ أجمع العلماء أن الحاضنة إذا تزوجت، ولم ينازعها أحد من أهل الحضانة في حضانتها فإن حضانتها لا تسقط، نقل الإجماع على هذا الشيخ عبدالرحمن بن قاسم[(١)] في حاشيته على الروض المربع فقال: (مع طلب من تنتقل إليه الحضانة، وإلا فيجوز لها بالاتفاق)[(٢)].

٢ـ وأما إذا طالب بالحضانة أحدٌ من أهل الحضانة فاتفقت المذاهب الأربعة[(٣)]، .....

(١) هو: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، من آل عاصم التي هي من بطون آل روق من قحطان، درس على عدة علماء منهم: عبدالله بن عبداللطيف، ومحمد بن محمود، وسعد بن عتيق، وسليمان بن سحمان، وله عدة مؤلفات منها: (أصول الأحكام) و(إحكام الأحكام) و(السيف المسلول على عابد الرسول) وله عدة حواشي، كحاشيته على الزاد والرحبية والآجرومية والروض المربع. [علماء نجد خلال ثمانية قرون / ٣/ ٢٠٢].

(٢) حاشية الروض المربع (٧/ ١٥٦).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٤١)، المحيط البرهاني(٣/ ١٧٨)، البناية (٥/ ٦٤٧)، البحر الرائق(٤/ ١٨٢)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٥٥)، المدونة (٢/ ٢٥٨)، المقدمات (١/ ٥٦٩)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٧)، نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٩)، مغني المحتاج (٥/ ١٩١)، المغني (١١/ ٤١٣)، الإنصاف (٩/ ٤١٦)، كشاف القناع (١٣/ ١٨٧).

..... والنخعي[١]، و يحيى الأنصاري، والزهري، والثوري، وإسحاق وأبو ثور، وهو قول أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[٢]، على أن زواج الحاضنة مسقطٌ لحقها في الحضانة من حيث الجملة، بل ونقل الإجماع على هذا ابن المنذر فقال: (أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل، أن الأم أحق به ما لم تنكح)[٣].

وقال الخطابي: (ولم يختلفوا أن الأم أحق بالولد الطفل من الأب ما لم تتزوج فإذا تزوجت فلا حق لها في حضانة، فإن كانت لها أم فأمها تقوم مقامها ثم الجدات من قبل الأم أحق به ما بقيت منهن واحدة)[٤]، غير أن المالكية استثنوا صورة وهي إذا علم أب المحضون بزواجها ثم سكت مدة تطول عرفًا[٦] فإن حضانتها لا تسقط[٧].

القول الثاني: وهو قول ابن حزم الذي خالف في المسألة[٨]، وروي عن عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، والحسن البصري[٩] في أن الزواج لا يسقط حق الحضانة[١٠].

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ١٧٩/ ١٩١١٩).
(٢) الإشراف (٥/ ١٧١).
(٣) الإشراف (٥/ ١٧١).
(٤) معالم السنن (٣/ ٢٨٢).
(٦) قيدها بعضهم بسنة كما في الفواكه الدواني، وأطلقها ابن رشد في المقدمات.
(٧) المقدمات الممهدات (١/ ٥٦٩)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٧).
(٨) المحلى (١٠/ ١٤٣).
(٩) هو: الحسن بن يسار البصري، أبو سعيد: تابعي، كان إمام أهل البصرة، توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة (١١٠هـ).
(١٠) حلية العلماء (٧/ ٤٣٥)، مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ١٧٩/ ١٩١١٨)، نيل الأوطار (٦/ ٣٩٠)، الحاوي الكبير (١١/ ٤٠٥).

القـول الثالث: وهي رواية عن الإمام أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ أن المحضون إذا كان ذكرًا فإن الحضانة تسـقط، وإذا كانت أنثى فإن الحضانة لا تسـقط حتى تبلغ البنت[١]، وصحح الموفق رَحِمَهُ ٱللَّهُ الرواية الأولى[٢].

أدلة القول الأول:

حديـث عمـرو بن شـعيب، عن أبيـه، عن جده عبـد الله بـن عمرو، أن امـرأة قالت: يا رسـول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سـقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني. فقال لها رسـول الله ﷺ: «**أنت أحق به ما لم تنكحي**»[٣].

ووجه الدلالة: أن الحكم بعد الغاية مخالف لما قبلها[٤].

ونوقش هذا الدليل: بأن هذه الصحيفة لا يحتج بها[٥]. اهـ، فهي من رواية عمرو بن شعيب وهي مروية بالوجادة.

عن أبي سـلمة بـن عبد الرحمن[٦] قـال: كانت امرأة مـن الأنصار تحت رجـل من الأنصار فقتل عنها يوم أحد وله منها ولد فخطبها عم ولدها ورجل آخـر إلى أبيها فأنكح الآخر، فجاءت إلى النبي ﷺ فقالت: أنكحني أبي رجلا

---

(١) المغني (١١/ ٤٢١)، زاد المعاد (٥/ ٤٠٦).
(٢) المغني (١١/ ٤٢١).
(٣) سبق تخريجه.
(٤) المبسوط (٥/ ٢١٠).
(٥) المحلى (١٠/ ١٤٧).
(٦) هو: أبوسـلمة بن عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف الزهري المدني قيل اسـمه عبد الله وقيل إسماعيل وقيل اسمه كنيته. [تهذيب التهذيب/ ١٢/ ١١٥/ ٥٣٦].

لا أريده وترك عم ولدي فيأخذ مني ولدي فدعا رسول الله ﷺ أباها فقال له: «**أَنْتَ الَّذِي لَا نِكَاحَ لَكَ، اذْهَبِي فَانْكِحِي عَمَّ وَلَدِكَ**»[١].

ووجه الدلالة: أنه ﷺ لم ينكر أخذ الولد منها لما تزوجت، بل أنكحها عم الولد لتبقى لها الحضانة، ففيه دليل على سقوط الحضانة بالنكاح، وبقائها إذا تزوجت بنسيب من الطفل[٢].

ونوقش هذا الدليل بـ: أنه مرسل وفيه رجل مجهول[٣].

١ـ ولأثر أبي بكر وعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فقد جاء في بعض الروايات أن أبا بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال له: «هو لها حتى يشب أو تتزوج».

٢ـ ولاتفاق الصحابة في حادثة عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فلم يثبت عنهم مخالف[٤].

٣ـ ولأن الصغير يلحقه الجفاء والمذلة من قبل زوج الحاضنة؛ لأنه يبغضه لغيرته وينظر إليه نظر المغشي عليه من الموت ويقتر عليه النفقة فيتضرر به[٥].

٤ـ أن الحاضنة تنشغل بخدمة زوجها فلا تقوم بواجبات الحضانة[٦].

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٦/ ١٤٧/ ١٠٣٠٤)، وضعفه الشوكاني في نيل الأوطار للإرسال والجهالة [نيل الأوطار / ٦/ ٣٩٠]، وحسنه ابن القيم كما سيأتي في المناقشة، وسنده: رواه عبد الرزاق: حدثنا ابن جريج، حدثنا أبو الزبير، عن رجل صالح من أهل المدينة، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن.

(٢) زاد المعاد (٥/ ٤٠٧).

(٣) انظر: المحلى (١٠/ ١٤٦)، نيل الأوطار (٦/ ٣٩٠).

(٤) انظر: زاد المعاد (٥/ ٤٠٧).

(٥) انظر: المبسوط (٥/ ٢١٠)، بدائع الصنائع (٤/ ٤٢).

(٦) انظر: المغني (١١/ ٤٢١).

أدلة القول الثاني:

١ـ قول الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ إِنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ﴾ [الأنفال:٧٥]، فأما الأم فإنه في يدها؛ لأنه في بطنها ثم في حجرها مدة الرضاع بنص قول الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة:٢٣٣]، فلا يجوز نقله أو نقلها عن موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص، ولم يأت نص صحيح قط بأن الأم إن تزوجت يسقط حقها في الحضانة، ولا بأن الأب إن رحل عن ذلك البلد سقط حق الأم في الحضانة[(١)].

٢ـ عن أنس بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[(٢)] قال «قدم رسول الله ﷺ المدينة ليس له خادم فأخذ أبو طلحة بيدي فانطلق بي إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إن أنسا غلام كيس فليخدمك؟ قال: فخدمته في السفر والحضر»[(٣)] وذكر الخبر – فهذا أنس في حضانة أمه، ولها زوج وهو أبو طلحة[(٤)] بعلم رسول الله ﷺ ولا فرق في النظر والحياطة بين الربيب زوج الأم والربيبة زوجة

---

(١) المحلى (١٠/ ١٤٣).

(٢) هو: أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم بن زيد بن حرام بن جندب بن عامر بن غنم بن عدي بن النجار واسمه: تيم الله بن ثعلبة بن عمرو بن الخزرج بن حارثة الأنصاري الخزرجي النجاري، خدم النبي ﷺ عشر سنين، توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة (٩٣)هـ. [أسد الغابة / ١/ ٢٩٤/ ٢٥٨].

(٣) صحيح البخاري (٤/ ١١/ ٢٧٦٨)، ومسلم (٧/ ٧٣/ ٢٣٠٩).

(٤) هو: زيد بن سهل بن الأسود بن حرام ابن عمر بن زيد مناة بن عدي بن عمرو بن مالك بن النجار، أبو طلحة الأنصاري الخزرجي النجاري عقبي، بدري، نقيب، وأمه عبادة بنت مالك بن عدي بن زيد مناة بن عدي، يجتمعان في زيد مناة، وهو مشهور بكنيته، وهو زوج أم سليم بنت ملحان أم أنس بن مالك. [أسد الغابة / ٢/ ٣٦١/ ١٨٤٣].

الأب، بل في الأغلب الربيب أشفق[١].

٣ـ ما روي في الصحيحين من حديث البراء بن عازب، (أن ابنة حمزة اختصم فيها علي وجعفر وزيد. فقال علي: أنا أحق بها وهي ابنة عمي، وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي، وقال زيد: ابنة أخي، فقضى بها رسول الله ﷺ لخالتها، وقال: الخالة بمنزلة الأم)[٢].

٤ـ أن أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا لم تسقط حضانتها لابنها بعد زواجها من النبي ﷺ[٣].

أدلة القول الثالث:

أما أصحاب هذا القول فجمعوا بين حديث عمرو بن شعيب وحديث ابنة حمزة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بأن المحضون إذا كان بنتًا فلا تسقط حضانة الحاضنة بزواجها بدليل أن ابنة حمزة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كانت حضانتها لخالتها وكانت متزوجة، وإذا كان ذكرًا فإن الحضانة تسقط لحديث عمرو[٤].

المناقشة:

أما الآيات التي استدل بها أصحاب القول الثاني فإن دلالتها عامة، والحديث الوارد مخصص لها، وأما استدلالهم بحديث أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فيناقش من ثلاثة أوجه:

---

(١) المحلى (١٠/ ١٤٦).
(٢) سبق تخريجه.
(٣) انظر: زاد المعاد (٥/ ٤٠٩).
(٤) انظر: زاد المعاد (٥/ ٤٠٩).

أ ـ أنه لم يثبت أن أحدًا نازعها عليه، ولا ريب أنه إذا اتفق أولياء المحضون والزوج على بقاء حضانتها لابنها أنه لا يفرق بينهما وإلا لدخل في النهي الوارد في التفريق بين الوالدة وولدها[١].

ب ـ أن أنسًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عندما قدم النبي ﷺ المدينة كان عمره عشر سنين أي أنه بعمر التخيير، فله الاختيار بين أبيه وأمه[٢].

ج ـ أن خبر أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كان في بداية قدوم النبي ﷺ للمدينة، ولا شك أن حديث عمرو متأخر عنه فيكون ناسخًا.

أمّا استدلالهم بحديث البراء رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فيناقش بأن جعفرًا من العصبات التي تكون له الحضانة ومتى تزوجت المرأة برجل من أهل الحضانة فإن حضانتها لا تسقط بزواجها[٣]، كما أن منازعة جعفر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لعلي وزيد دليلٌ على رضاه بالحضانة، ورضى الزوج يمنع سقوط الحضانة بزواجها كما سنذكر.

وأما استدلالهم بخبر أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فإنه لا يمكن أن يرغب أحدٌ عن أن يكون الولد في كفالة رسول ﷺ، كما أنه ﷺ أذن لها بأن تحضن ابنها كما رواه الإمام أحمد في مسنده أن أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: (خطبني رسول الله إلى نفسي، فلما فرغ من مقالته، قلت: يا رسول الله، ما بي أن لا تكون بك الرغبة في، ولكني امرأة في غيرة شديدة فأخاف أن ترى مني شيئا يعذبني الله

(١) انظر: نيل الأوطار(٦/ ٣٩٠)، وزاد المعاد (٥/ ٤٠٨).
(٢) زاد المعاد (٥/ ٤٠٨).
(٣) انظر: المغني (١١/ ٤٢١).

بـه، وأنـا امرأة قد دخلت في السـن، وأنا ذات عيال، فقـال: أما ما ذكرت من الغيرة فسوف يذهبها الله عز وجل منك، وأما ما ذكرت من السن فقد أصابني مثل الذي أصابك، وأما ما ذكرت من العيال فإنما عيالك عيالي..)[١]، فالشاهد قوله ﷺ: (عيالك عيالي) وإذنُ الزوج للمرأة بالحضانة لا يسقطها كما سنذكر إن شاء الله.

وأمـا ما اسـتدل به أصحاب القـول الثالث؛ فالجواب عليـه بأن: حديث عمرو حديث عام يعم الذكر والأنثى، ولا مخصص له، وأما حديث ابنة حمزة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فإنـه لا يعتبر مخصصًـا لأن حضانة خالتها لم تسـقط لرضى زوجها وهو جعفر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كما ذكرنا سابقًا، كما أن جعفرًا من أهل الحضانة وكل من تزوجـت برجل من أهل الحضانة كالجدة إذا تزوجت من الجد فإن حضانتها لا تسقط.

وأما ما ناقشـوا به الدليل الأول للقول الأول فالجواب عليه: بأن العلماء قد صححوا رواية عمرو بن شـعيب وعملوا بها كالبخاري وأحمد وإسـحاق ابن راهويه وعلي بن المديني[٢] وغيرهم[٣].

وأما مناقشتهم للدليل الثاني بأنه مرسل فالجواب عليه من وجهين:

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢٦/ ٢٦٢/ ١٦٣٤٤)، وهو مرسل.

(٢) هو: علي بن عبد الله بن جعفر السعدي بالولاء الديني، البصري، أبو الحسن: محدث مـؤرخ، كان حافظ عصـره، له مؤلفات كثيرة منها: (الأسـماء والكنـى) و(الطبقات) و(علـل الحديث ومعرفة الرجال)، توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سـنة (٢٣٤)هـ. [الأعلام للزركلي / ٤/ ٣٠٣].

(٣) انظر: زاد المعاد (٥/ ٤٠٧).

١ـ أن أبا سلمة من كبار التابعين فلا شك أنه لقي المرأة فلا إرسال.

٢ـ ولو صح الإرسال فهو مرسلٌ جيّد له شواهد مرفوعة وموقوفة وليس الاعتماد عليه وحده[١].

وأما علة الجهالة: فهي بسبب الرجل الصالح الذي روى عنه ابن الزبير، والجواب من وجهين:

١ـ أن أبا الزبير عدّل الراوي وإذا عدّل الثقة الراوي المجهول ثبتت عدالته ولو كان واحدًا على أصح القولين.

٢ـ أن أبا الزبير وإن كان فيه تدليس فليس معروفا بالتدليس عن المتهمين والضعفاء، بل تدليسه من جنس تدليس السلف، لم يكونوا يدلسون عن متهم ولا مجروح، وإنما كثر هذا النوع من التدليس في المتأخرين[٢].

الترجيح:

الذي يظهر -والله أعلم- أن زواج الحاضنة يسقط حقها في الحضانة من حيث الجملة، وأما الصور التي استثناها الفقهاء فستتكلم عنها في مواضعها إن شاء الله، وسبب الترجيح ما ذكرت في المناقشة ولأن المسألة ثبت فيها الإجماع كما ذكرت، وصحّ فيها حديث عمرو بن شعيب فقد تلقى العلماء أحاديثه بالقبول، وكما أننا لابد أن نراعي حق الحاضنة فلابد من مراعاة حق المحضون وحق زوجها وحق أولياء المحضون.

---

(١) انظر زاد المعاد (٥/ ٤٠٨).

(٢) انظر زاد المعاد (٥/ ٤٠٨).

وأما أدلة القول الثاني فهي صور لا تدخل في خلاف العلماء أصالةً، فهي من الصور التي استثناها العلماء من الحكم الأصلي كما بيّنا ذلك في موضعه.

وأما القول الثالث فـإن العلة التي منعت من جعل الصبي تحت زوج أمه موجودة في الجارية ولا فرق، ولأن النص عام ولا مخصص.

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

أما النظام فأخذ بإجماع العلماء في كون الحضانة تسقط بزواج الحاضنة من حيث الجملة، وهذا نص الفقرة الأولى من المادة (السادسة والعشرون بعد المائة) سالفة الذكر.

المطلب الثالث:

متى تسقط الحضانة في الزواج

الفرع الأول: عند الفقهاء:

إذا ثبت أن الحضانة تسقط إذا تزوجت الحاضنة فيبقى السؤال متى تسقط؟ بمجرد العقد؟ أم بدخول الزوج بالحاضنة؟

القول الأول: ذهب جمهور العلماء من الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣] إلى أن الحضانة تسقط بمجرد العقد.

القول الثاني: وهو قول المالكية[٤] وهي رواية عند الحنابلة[٥]، إلى أن الحضانة تسقط بالدخول.

أدلة القول الأول:

١ـ قوله ﷺ: «**أنت أحق به ما لم تنكحي**»، وقد وجد النكاح قبل الدخول[٦].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٥).
(٢) النجم الوهاج (٨/ ٣٠١)، مغني المحتاج (٥/ ١٩٦)، حاشية الجمل (٤/ ٥٢٠).
(٣) المغني (١١/ ٤٢١)، معونة أولي النهى (١٠/ ٢١٧)، كشاف القناع (١٣/ ١٩٤).
(٤) المقدمات الممهدات(١/ ٥٦٩)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٧)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٣٠).
(٥) زاد المعاد (٥/ ٤٠٦)، المغني (١١/ ٤٢١).
(٦) انظر: المغني (١١/ ٤٢١).

٢ـ لأنه بالعقد يملك الزوج منافع الاستمتاع بها[١].

٣ـ ويملك نفعها من حضانة الولد[٢].

٤ـ ولأنها تشتغل عن الحضانة بحق الزوج[٣].

أدلة القول الثاني:

عللوا قولهم بأن بالدخول يتحقق اشتغالها عن الحضانة[٤].

المناقشة:

اتفق العلماء أن الحضانة تسقط بالدخول، واختلفوا بما قبل الدخول، وما ذكره العلماء من تعليل سواء في القول الأول أو الثاني فصحيحةٌ كلها، فمن عُقد عليها صدق عليها كونها متزوجة، فتدخل في نص الحديث، وهذا ما أخذ به الجمهور وهو قويّ ووجيه، ومن نظر إلى الغاية من المنع - وهي انشغال الحاضنة بالزوج - وجد أنها تتحقق بالدخول لا بالعقد، ولكن لابد من ذكر الحقوق التي راعاها العلماء ودل عليها النص في إسقاط الحضانة عن المرأة وهي: حق الحاضنة، وحق الزوج، وحق المحضون، وحق أولياء المحضون، وذلك أن الحضانة إنما شرعت لمصلحة المحضون، ولأن النبي ﷺ قال: «**أنت أحق به ما لم تنكحي**» وقوله أحق على وزن أفعل وهي صيغة تفضيل تدل على أن الفاضل والمفضول يتشاركان نفس الأمر فللأب ما للأم

(١) انظر: كشاف القناع (١٣/ ١٩٤).
(٢) المرجع السابق.
(٣) المرجع السابق.
(٤) انظر: المغني (١١/ ٤٢١).

مـن الأحقية في الحضانة، ولكن الأم قدمت علـى الأب ما لم تتزوج لكمال شفقتها، ولما للزوج من حقوق على زوجته مقدمة على الحضانة.

فأما حق الحاضنة فأسقطته هي بزواجها، وأما مصلحة المحضون فتحقق فـي بقائه عند أمه أو مـن اعتاد البقاء عنده أطول فترة وهـذا يتحقق ببقائه إلى حين الدخول، وأما مصلحة الزوج، فقد تبدأ من حين العقد بأن تشتغل بنفسها وبجهازها، وقد لا تشتغل بذلك فلا تكون قد منعت الزوج حقه، وأما مصلحة أوليـاء المحضـون فإنهـا تبدأ مـن حين العقد، ولكـن بشـرط أن ينازعوا في الحضانة، فالصحابية التي جاءت النبي ﷺ كان زوجها ينازعها الحضانة.

الترجيح:

فبنـاءً على ما ذكرت يمكن القول بأن الحضانة تسـقط من حين العقد إذا كانت المرأة مشـتغلةً بزوجها أو جهـازه أو بحقه، أو نازع في حضانتها أولياء المحضون، وذلـك أن النص يحتمل هذا المعنى -أي كونه من العقد- ولأن الغاية من المنع موجودة أيضًا وهي الاشتغال أو المنازعة.

وما سـوى هذيـن الحالين فـإن الحضانة تسـقط بالدخول فقـط مراعاة لمصلحة المحضون ولأن الغاية من المنع لم تتحقق إلا بالدخول وجمعًا بين أقوال أهل العلم، والله أعلم.

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

هذه المسـألة من المسائل التي سـكت عنها المنظّم فلم يحدد هل تسقط الحضانة بالعقد أم بالدخول؛ بل نص على الزواج فقط والزواج يحتمل العقد ويحتمل الدخول.

المطلب الرابع:

الحكم فيما لو رضي الزوج

الفرع الأول: عند الفقهاء:

صورة المسألة:

استثنى العلماء بعض الصور من الحكم الأصلي وهو (سقوط الحضانة)، فمجموع الصور المستثناة ثلاث صور على خلاف بينهم فيها، فالصورة الأولى: هي فيما لو سكت والد المحضون مع علمه بزواج أم المحضون، وهذه المسألة محل اتفاق بين العلماء كما ذكرنا، والصورة الثانية: هي فيما لو حُكم لإحدى قريبات المحضون بحضانته ومن ثم أرادت هذه المرأة الزواج برجل وأذن هذا الزوج للمرأة بحضانة الولد فهل تسقط حضانة الحاضنة بزواجها مع رضى زوجها؟

اختلف علماء الشافعية والحنابلة في هذه المسألة على ثلاثة أقوال، وأما المالكية والحنفية فلم أقف لهم على قولٍ في هذه المسألة.

القول الأول: أن الحضانة تسقط مطلقًا ولو رضي الزوج وهذا قول الشافعية[(١)]، والحنابلة[(٢)].

(١) نهاية المطلب(١٥/ ٥٤٣)، النجم الوهاج(٨/ ٣٠٢).
(٢) الفروع وتصحيحه (٩/ ٣٤١)، المنتهى (٤/ ٤٧٣).

القـول الثاني: أنه إذا رضي الزوج ورضي أولياء المحضون فإن الحضانة لا تسقط، وهذه رواية عند الحنابلة[١]، ورواية عند الشافعية[٢].

القـول الثالث: أنه إذا رضي الزوج فإن الحضانة لا تسـقط وهذا قول ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٣]، ورواية عند الشافعية[٤]بشـرط أن يكـون الزوج من عصبات المحضون.

أدلة القول الأول: عللوا ذلك بأن المحضون قد يتأثر إذا رجع الزوج[٥].

أدلـة القول الثاني: علتهم بـأن الحق لا يعدوهم، فالأوليـاء يلحقهم عار بمقام المحضون عند زوج أمه[٦].

أدلة القول الثالث: عللوا ذلك بأن الزوج أسـقط حقه[٧]، وإذا كان الزوج من عصبات المحضون زال العار بامتزاج النسب[٨].

المناقشة:

ما اسـتدل به أصحاب القول الأول بأن الطفل قد يتأثر برجوع الزوج عن رضـاه فغير مسـلّم، وعلى فرض التسـليم فـإن تأثره موجودٌ كذلـك في منع

(١) الإقناع (٤/ ١٥٩).
(٢) مغني المحتاج(٥/ ١٩٦).حاشية الجمل (٤/ ٥٢٠).
(٣) زاد المعاد (٥/ ٤٣٢).
(٤) الحاوي الكبير (١١/ ٥٠٥).
(٥) انظر: النجم الوهاج (٨/ ٣٠١)، مغني المحتاج (٥/ ١٩٦).
(٦) انظر: كشاف القناع (١٣/ ١٩٤)، مغني المحتاج(٥/ ١٩٦).
(٧) انظر: زاد المعاد (٥/ ٤٣٢).
(٨) انظر: الحاوي الكبير (١١/ ٥٠٥).

المحضون من البقاء عند أمه، فالطفل قد يتأثر بنقله من حضانة أمه إلى غيرها، غير أن رجوع الزوج عن رضاه مظنون، ومنعنا إياها من الحضانة مع رضا الزوج متيّقن، ودفع الضرر المتيقّن أولى من دفع الضرر المظنون.

وما استدل به أصحاب القول الثالث فصحيح، غير أنه إذا أسقط الزوج حقه فقد بقي حق أولياء المحضون.

الترجيح:

بناء على الكلام في الفرع الثالث، وبناء على الكلام في المناقشة، فالأظهر هو القول الثاني؛ لأنه راعى حق المحضون، وحق أوليائه، وحق الزوج.

فسقوط الحضانة بالنكاح ليست حقا لله، وإنما هي حق للزوج وللطفل وأقاربه، فإذا رضي من له الحق جاز، ولأن الزوج يكفي منه أدنى شفقة لا كمالها، والشفقة أمر قلبي تدل عليه الجوارح؛ وإذنه بالحضانة دليلٌ عليها، ولأنه ولو وُجدت الغلظة منه فإن المحضون أحسن حالًا فيما لو كان عند زوجة أبيه، وكم من زوج أمٍ كان أشفق من زوجة الأب، فالإناث هن من يباشرن الحضانة لا الرجال، فأن تباشره أمه أحسن من أن تباشره زوجة أبيه، والله أعلم.

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

لم ينصّ المنظّم على هذا المسألة في باب الحضانة؛ بل أطلق الحكم في سقوط حضانة الحاضنة بزواجها برجل أجنبي بنص المادة (السادسة والعشرون بعد المائة)، غير أن المنظّم نص في فصل النفقة في الفقرة الثانية

من المادة (السابعة والخمسون) بأن (للزوجة أن تسكن معها في بيت الزوجية أولادها من غير الزوج إذا لم يكن لهم حاضن غيرها أو أنهم يتضررون من مفارقتها، أو رضي الزوج بذلك صراحة أو ضمنًا، ويحق للزوج العدول متى لحقه ضرر من ذلك)، والجمع بين المادتين أن زواجها مسقط لحضانتها إلا إذا رضي الزوج وأولياء المحضون، فالمادة (السابعة والخمسون) لم تدل إلا على جواز بقاء حضانة الحاضنة مع زواجها إذا رضي الزوج، فيبقى حق أولياء المحضون ثابتٌ بدلالة المادة (السادسة والعشرون بعد المائة)، فإذا أسقطوه سقط، فيكون المنظّم وافق القول الثاني.

المطلب الخامس:

الحكم فيما لو كان الزوج الجديد قريبًا للمحضون

الفرع الأول: عند الفقهاء:

صورة المسألة:

هذه هي الصورة الثالثة من الصور التي استثناها الفقهاء، وصورة المسألة تتمثل فيما لو افترق زوجان بينهما طفل وحُكم بحضانة الطفل لأمه ثم تزوجت الأم برجل قريب للمحضون فهل تسقط حضانتها أم لا؟

تحرير محل النزاع:

١ـ اتفقت المذاهب الأربعة[(١)] على أن الحاضنة إذا تزوجت بجد المحضون فإن حضانتها لا تسقط.

٢ـ واختلفوا فيما لو تزوجت غيره من الأقارب على أربعة أقوال:

القول الأول: أنه إذا كان الزوج نسيبًا للمحضون فإن الحضانة لا تسقط، وهذا قول الحنابلة[(٢)].

القول الثاني: أن الحضانة تسقط مطلقًا ولو كان قريبًا للمحضون ما لم

(١) شرح مختصر الطحاوي (٥/ ٣٢٨)، بدائع الصنائع (٤/ ٤٢)، المعونة (٢/ ٩٤٢)، المقدمات الممهدات (١/ ٥٦٩)، النجم الوهاج (٨/ ٣٠١)، مغني المحتاج (٥/ ١٩٦)، كشاف القناع (١٣/ ١٩٤).

(٢) المغني (١١/ ٤٢١)، زاد المعاد (٥/ ٤٠٧)، كشاف القناع (١٣/ ١٩٤).

يكـن جد المحضون، وهذه رواية عند الشـافعية[١]، والحنابلة[٢]، وابن وهب وغيـره مـن المالكيـة[٣]، وذهب إليـه الجصاص[٤] مـن الحنفية في شـرحه لمختصر الطحـاوي، وبيّن أن ما ذهب إليه أبو جعفـر الطحاوي[٥] -صاحب المتن- هو قياسٌ على مذهب الأصحاب لا منصوص كلامهم

القول الثالث: أنـه إذا كان الزوج ذا رحم محرم للمحضون فإن الحضانة لا تسـقط ولو لم يكن من مسـتحقي الحضانة كالخال، وهذا قول الحنفية[٦]، والمالكية[٧].

القول الرابع: أن الحضانة لا تسقط إذا كان الزوج ذا رحم للمحضون ولو لم يكن محرما له، ما دام من أهل الحضانة وهذا مذهب الشافعية[٨].

---

(١) الحاوي الكبير (١١/ ٥٠٥)، النجم الوهاج (٨/ ٣٠٢)، مغني المحتاج (٥/ ١٩٦).
(٢) المبدع (٧/ ١٨٥)، زاد المعاد (٥/ ٤٠٧).
(٣) المعونة (٢/ ٩٤٢)، المقدمات الممهدات (١/ ٥٦٩).
(٤) شرح مختصر الطحاوي (٥/ ٣٢٨).
(٥) هو: أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة بن عبد الملك بن سلمة بن سليم بن سليمان ابـن حباب الأزدي الحجري، أبو جعفر الطحـاوي، وصنف الكتب فمن ذلك أحكام القرآن في نيف وعشرين جزأ ومعاني الآثار وهو أول تصانيفه وبيان مشكل الآثار وهو آخر تصانيفه واختصرها ابن رشـد المالكي والمختصر في الفقه وولع الناس بشـرحه وعليه عدة شـروح وشـرح الجامع الكبير وشـرح الجامع الصغير، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سـنة (٣١٠هـ)، [الجواهر المضية / ١/ ١٠٢].
(٦) بدائع الصنائـع (٤/ ٤٢)، المحيط البرهاني (٣/ ١٧٨)، النهر الفائق (٢/ ٥٠٢)، فتح القدير (٤/ ٣٧٠).
(٧) المقدمـات (١/ ٥٦٩)، مواهب الجليـل (٤/ ٢١٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٧)، منح الجليل (٤/ ٤٢٨).
(٨) الحاوي الكبير (١١/ ٥٠٥)، نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٩)، مغني المحتاج (٥/ ١٩٦)،

أدلة القول الأول: عللوا ذلك بأن الزوج القريب يشاركها في القرابة والشفقة عليه فأشبه الأم لو كانت مزوجة بالأب[١].

أدلة القول الثاني:

١ـ لعموم قوله ﷺ: «**أنت أحق به ما لم تنكحي**»[٢].

٢ـ أن الزوجة تكون مشتغلة بزوجها كما لو كانت مزوّجة بأجنبي[٣]، وأما الجد فإنه بمنزلة الأب، ولأنه لا يضجر به ولا يؤدي كونه معها إلى تقصير في حق الطفل[٤].

أدلة القول الثالث: عللوا ذلك بأن المحضون لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة[٥].

أدلة القول الرابع:

١ـ أنه ﷺ قضى بابنة حمزة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا لخالتها وهي مزوّجة بابن عمها[٦].

٢ـ أنهما -أي الحاضنة وزوجها- يشتركان في القرابة والشفقة على المحضون[٧].

النجم الوهاج (٨/ ٣٠٢)، حاشية الجمل (٤/ ٥٢١).

(١) انظر: المغني (١١/ ٤٢١)، كشاف القناع (١٣/ ١٩٤).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (١١/ ٥٠٥).

(٣) انظر: النجم الوهاج (٨/ ٣٠٢).

(٤) انظر: المعونة (٢/ ٩٤٢)، فتح القدير (٤/ ٣٧٠).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٢).

(٦) انظر: مغني المحتاج (٥/ ١٩٦)، النجم الوهاج (٨/ ٣٠٢).

(٧) المرجعين السابقين.

٣ـ أن الكلام في المسألة في حال رضى الزوج، فإذا كان راضيًا فقد زال السبب المانع برضاه، كما أن الزواج يزيدها إعانة في حضانتها لوجود الشفقة منهما، كما أنها تكون أشبه بالخلية[١].

المناقشة:

استدل أصحاب القول الأول والثالث والرابع لقولهم بوجود القرابة، وأن القرابة باعثة على الشفقة، واختلفوا في القرابة الباعثة على الشفقة، فبعضهم أطلقها وبعضهم قيدها، وتقييدها في قرابة دون قرابة تحكّم لا دليل عليه، كما أن حكم سقوط حضانة الحاضنة بزواجها لا يتعلّق بوجود الشفقة من غيرها فقط.

وأما حديث ابنة حمزة فظاهر من أن جعفرًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كان راضيًا بحضانة زوجته لها لأنه هو من طالب بحضانتها.

الترجيح:

الذي يظهر -والله أعلم- أن القول الثاني -وهو سقوط الحضانة مطلقًا- أقوى الأقوال؛ وذلك أن النص عام ولا مخصص، ولأننا قررنا أن العلة من إسقاط الحضانة بالزواج مرتبطة بأربعة حقوق منها حق الزوج، فكون الزوج قريبًا من المحضون لا يعني هذا أننا نجبره على قبول قيام زوجته -الحاضنة- بحضانة ولد غيره؛ وهذا لا يقوله أحد من العلماء، قال في مغني المحتاج: (محل الخلاف إذا رضي الزوج الذي نكحها بحضانتها وإلا فتسقط جزما؛

(١) انظر: الحاوي الكبير (١١/ ٥٠٥)، نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٩).

لأن لـه الامتناع منهـا)[1]، إلا أن يرضى الزوج فتكون الحضانـة متعلقةً على قبـول الزوج ورضـاه لا كونه قريبًا للمحضـون، وهـذا - أي رضى الزوج- يتشـارك فيـه الـزوج القريـب والأجنبي، فالشـفقة أمـر قلبي قد تـدل عليها الجوارح، ووجود الرضا دليل على وجود الشفقة.

ومن العلل كذلك من إسقاط حضانة المتزوجة، حق المحضون وأوليائه، فكـون الـزوج قريبًا لا يلغي أحقيـة أوليائه الأقرب منه فـي الحضانة، وجعل المحضون عند الزوج على مضضٍ أو بدون رضاه لمجرد قرابته فيه تعدٍ على حق المحضون لما فيه من الإضرار به.

وهـذا كله مـا لم تتعيـن الحضانـة علـى الحاضنة، فـإذا تعيّنـت فإنهما -الحاضنة وزوجها- يجبران عليها ولو كان زوجها أجنبيًا.

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

وأما في النظام فإن الحضانة لا تسـقط إذا كان الزوج قريبًا فنصّت الفقرة الأولى من المادة (السادسـة والعشـرون بعد المائـة): إذا كان الحاضن امرأة فيجـب أن تكـون غير متزوجـة برجل أجنبي عـن المحضون، مـا لم تقتض مصلحـة المحضون خـلاف ذلك. اهـ، فبمفهـوم المخالفة أنهـا لو تزوجت برجل غير أجنبي فإن حضانتها لا تسقط.

وقولـه (أجنبي) نكرة في سـياق إثبات فتدل على الإطلاق، فتشـمل كل رجل أجنبي.

---

(١) مغني المحتاج (٥/ ١٩٦).

المطلب السادس:

عودة حق الحاضنة بعد طلاقها

الفرع الأول: عند الفقهاء:

صورة المسألة: بعد طلاق المرأة التي سقطت حضانتها فإن حقها في الحضانة يعود؛ لزوال المانع من الحضانة وهو زواجها[(١)]، ولكن العلماء اختلفوا في الطلاق الذي يعود به حقها في الحضانة على قولين:

القول الأول: أنه لابد للمرأة أن تبين من زوجها لتعود حضانتها، فلا حضانة للرجعية حتى تنتهي العدة وهذا قول الحنفية[(٢)]، والمزني[(٣)] من الشافعية[(٤)].

القول الثاني: أن حضانتها تعود من حين الطلاق ولو كان طلاقًا رجعيًا ولو لم تنتهِ عدتها وهذا قول الحنابلة[(٥)]، والشافعية بشرط أن يأذن الزوج

---

(١) على خلاف بين العلماء في رجوع الحضانة بعد زوال المانع سنذكره في المبحث التالي إن شاء الله.

(٢) المحيط البرهاني (٣/ ١٧٨)، البحر الرائق (٤/ ١٨٣)، النهر الفائق (٢/ ٥٠٢)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٦).

(٣) هو: إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق الإمام الجليل أبو إبراهيم المزني، صاحب الإمام الشافعي، صاحب المختصر، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٢٦٤هـ)، [طبقات الشافعية للسبكي/ ٢/ ٩٣]،[طبقات الشافعيين / ١/ ١٢٢].

(٤) نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٣)، حلية العلماء (٧/ ٤٣٥).

(٥) الإقناع (٤/ ١٥٩)، المنتهى (٤/ ٤٧٣).

دخول المحضون بيته إذا كانت معتدة في بيته[١]، وأما المالكية فسيأتي كلامهم في مبحث موانع الحضانة.

أدلة القول الأول: علل أصحاب القول الأول مذهبهم بأن سلطان الزوج مطرد عليها: يرتجعها متى شاء، وهي في حكم الزوجات[٢].

أدلة القول الثاني: عللوا ذلك بأن الرجعية تنعزل عن زوجها، وتتربص للاعتداد، فينقطع شغل زوجها عنها، فتكون في الغرض المطلوب وهو التفرغ للمحضون كالبائنة[٣].

المناقشة:

ما ذكره أصحاب القول الثاني من أن الرجعية تنعزل عن زوجها في زمن العدة لكونها تبين من زوجها؛ فهذا جارٍ على أصولهم، ولكنه غير مسلّم عندنا، فالرجعية عندنا في حكم الزوجات؛ بل ويستحب لها أن تبقى في بيت الزوجية و تتزين لاستمرار الحياة الزوجية، وعلى فرض التسليم بأن الرجعية تبين من زوجها، إلا أنها تعود إلى حبال زوجها بعد الرجعة إجماعًا، فتنقطع حضانتها بذلك، وفي ذلك إضرار بالمحضون بالتنقل به بين الحاضنين.

الترجيح:

الذي يظهر -والله أعلم- أن الراجح هو القول الأول لما ذكرت في المناقشة.

---

(١) مغني المحتاج (٥/ ١٩٧)، نهاية المحتاج (٧/ ٢٣١)، حاشية الجمل (٤/ ٥٢١).
(٢) انظر: نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٣).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (١١/ ٥١٠)، نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٣).

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

نـصّ المنظّم على أن كل حاضنٍ سـقطت حضانته بمانـع فإن حقه يعود بـزوال هـذا المانع وهذا ما سـنتناوله في المبحث التالي إن شـاء الله، ولكن المنظّـم لم ينصّ على الطلاق الـذي تعود به الحضانة هل لابد أن تبين المرأة من زوجها أم يكفي أن يطلقها ولو كان طلاقًا رجعيًا؟

والـذي يحمل عليـه كلام المنظّم هـو أن الحضانة لا تعـود إلا بالطلاق البائن، وذلك أنه اشترط عدم زواج الحاضنة والبائن لا تعتبر متزوجة ولا في حكمهـا، وأما المطلقة الرجعية فهي في حكم الزوجة وهذا ما أخذ به المنظّم فـي الفصل الثاني من الباب الثالث مـن النظام حيث نصّت الفقرة الأولى من المادة (الخامسـة والثمانون) على: الطلاق نوعان هما: طلاق رجعي لا ينهي عقد الزواج إلا بانقضاء العدة...اهـ.

فعلى هذا فـإن المطلقة الرجعية في حكم الزوجـة بنص النظام فلا تعود حضانتها إلا بانقضاء عدتها.

المبحث السابع:

موانع الحضانة وثبوت حق الحضانة بعد زواله

وفيه تمهيد ومطلبان:

المطلب الأول: موانع الحضانة.

المطلب الثاني: ثبوت الحق بعد زوال المانع.

تمهيد

أبحث في هذا المبحث الأمور التي إذا وجدت في الحاضن فإن حقه في الحضانة يسقط، وأثر زوال هذا الأمر في رجوع الحضانة من عدمها، وأسباب سقوط الحضانة لا تخلو من أمرين، إما انعدام شرط من الشروط التي ذكرناها فلا نعيدها هنا، وإما طروء أمر يمنع من حق الحضانة وهذا ما سنذكره في هذا المبحث إن شاء الله، ولكن قبل الدخول في المسائل لابد من تعريف المانع.

فالمانع لغة: الحائل بين الشيئين[١].

أما في الاصطلاح، فهو على نوعين، مانع حكم، ومانع سبب، وبيانهما كالآتي:

مانع الحكم: فهو كل وصف وجودي ظاهر منضبط مستلزم لحكمة مقتضاها بقاء نقيض حكم السبب مع بقاء حكمة السبب[٢]،ويمكن تعريفه بأنه: ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته[٣]، وهذا ينطبق على مانع الحكم ومانع السبب.

وأما مانع السبب: فهو كل وصف يخل وجوده بحكمة السبب يقينا[٤].

---

(١) تيسير الوصول إلى قواعد الأصول(٦٠).
(٢) الإحكام في أصول الأحكام(١/ ١٣٠).
(٣) تيسير الوصول إلى قواعد الأصول(٦٠).
(٤) الإحكام في أصول الأحكام(١/ ١٣٠).

المطلب الأول:

موانع الحضانة

الفرع الأول: عند الفقهاء:

١ـ **التصريح بإسقاطه بحقه:** وهذا متفقٌ عليه بين المذاهب، إلا أن تتعين عليه[(١)]، إلا من يقول بجبر الأم على الحضانة فإن إسقاطها لا يقبل.

٢ـ **السفر:** وقد أفردنا لهذا المانع مبحث مستقلًا لكثرة التفصيل فيه وسيأتي إن شاء الله.

٣ـ **أن لا تقوم الحاضنة بواجبات الحضانة:** إما لتقصيرها، أو لكثرة خروجها من المنزل، أو لانشغالها عنه، فكونه - أي الحاضن - مستطيعًا على الحضانة لا يكفي لاستحقاقه لها، فإن لم يقم بها ولو كان مستطيعًا فلا حضانة له، وهذا المانع إما أن ينص عليه العلماء كما فعل الحنفية، أو يفهم من شروطهم؛ إذ لا معنى من اشتراط القدرة على الحضانة إذا لم يكن المراد منها الاستعانة بها على القيام بواجبات المحضون، ويفهم كذلك من منعهم الحضانة بحق المتزوجة لانشغالها بحق الزوج فهي قادرة على الحضانة ولكنها منشغلة بغيرها، وكذا الكلام في الرق.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٥٩)، مواهب الجليل (٤/ ٢١٨)، حاشية البجيرمي (٤/ ١٢٤)، حاشية الجمل (٤/ ٥٢١)، كشاف القناع (١٣/ ١٩٢)، توضيح الأحكام (٢/ ١٧٥).

وكثرة خروجها من بيتها ينافي قدرتها على الحضانة، ولا يشترط أن يكون خروجها من بيتها خروج معصية كالفاسقة؛ بل مجرد انشغالها عن المحضون ولو في المباحات فهذا مسقط للحضانة كما نص عليه الحنفية، قال في فتح القدير[١]: (إذا لم تكن أهلاً للحضانة بأن كانت فاسقة أو تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة أو كانت أمة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة[٢] ولدت ذلك الولد قبل الكتابة أو متزوجة بغير محرم)، وقال ابن عابدين[٣]: (المراد كثرة الخروج، لأن المدار على ترك الولد ضائعًا والولد في حكم الأمانة عندها، ومضيع الأمانة لا يستأمن، ولا يلزم أن يكون خروجها لمعصية حتى يستغني عنه بما قبله فإنه قد يكون لغيرها؛ كما لو كانت قابلة[٤]، أو غاسلة، أو بلانة[٥]، أو نحو ذلك).

٤ـ أن تمتنع الحاضنة عن إرضاع المحضون إذا كان رضيعًا، وكانت ذات لبن، نص على هذا الشافعية[٦] وهو الصحيح عندهم، لعسر استئجار مرضعة تخلي بيتها، وتنتقل إلى مسكن الأم، وعلى هذا لا تمنع الأم من زيارته، والرواية الأخرى عند الشافعية أن الحضانة لها وعلى الأب استئجار مرضعة وهذا هو الأقرب لأن الرضاعة وإن كانت من واجبات الحضانة إلا أنها من

(١) فتح القدير (٣/ ٣٦٧).
(٢) المكاتب: هو العبد الذي يعتق على مال مؤجل من العبد.
(٣) حاشية ابن عابدين(٣/ ٥٥٧).
(٤) القابلة: التي تتولى ولادة المرأة من النساء.
(٥) البلانة: من تخدم بالحمام، المعجم الوسيط(١/ ٧٠).
(٦) روضة الطالبين (٩/ ١٠١)، مغني المحتاج (٥/ ١٩٧)، نهاية المحتاج (٧/ ٢٣٠).

الأمور التي أفرد لها الشارع حكمًا مستقلًا لقوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [الطَّلَاق:٦] والآية محمولة على حال الفرقة على الصحيح من أقوال أهل العلم، ولإمكان انفكاكه -أي الرضاع- عن الحضانة، فيمكن أن تحضنه امرأة وترضعه أخرى.

٥ـ **أن يسكت عن المطالبة بالحضانة:** نص عليه المالكية، وقيده بعضهم بأن يسكت عامًا، وأطلقه البعض الآخر[١].

٦ـ **الردة إذا كان الحاضن امرأة:** وهذا عند الحنفية لأن المرتدة عندهم تحبس وتجلد حتى تتوب ولا تقتل[٢].

٧ـ **أن ترفض أن تحضنه إلا بأجر وكان أبوه معسرًا:** نص عليه الحنفية[٣].

٨ـ **أن تسكن عند من سقطت حضانته أو المبغض للمحضون:** نص عليه الحنفية[٤] والمشهور من مذهب المالكية[٥].

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

نص النظام على مسقطات الحضانة في المادة (المادة الثامنة والعشرون بعد المائة):

---

(١) الفواكه الدواني (٢/ ٦٧)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٢٩-٥٣٠)، حاشية الصاوي (٢/ ٧٦٠)، توضيح الأحكام (٢/ ٧٥).

(٢) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٥).

(٣) البحر الرائق (٤/ ١٨٢)

(٤) البحر الرائق (٤/ ١٨٣).

(٥) الفواكه الدواني (٢/ ٦٦)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٢٧)، المنتقى (٦/ ١٨٧)، منح الجليل(٤/ ٤٢٢).

(مع مراعاة ما تقضي به الأنظمة ذات العلاقة، يسقط الحق في الحضانة في الحالات الآتية:

إذا تخلف أحد الشروط المذكورة في المادتين (الخامسة والعشرون بعد المائة) و (السادسة والعشرون بعد المائة) من هذا النظام.

إذا انتقل الحاضن إلى مكان بقصد الإقامة تفوت به مصلحة المحضون.

إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة تزيد على (سنة) من غير عذر؛ ما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك)، فيكون النظام -في ظاهر الأمر- سكت عن خمسة موانع من الموانع التي ذكرها العلماء، ونصّ على مانعين وهما:

١ـ الانتقال بالمحضون بقصد الإقامة في مكان تفوت به مصلحة المحضون، نص عليه الحنفية، وهو مفهوم كلام الفقهاء، وسنتكلم عليه في المبحث التالي.

٢ـ أن يسكت عن المطالبة لمدة عام، نص عليه المالكية فقط.

وأما الفقرة الأولى وهي تخلّف الشروط فذكرناها في التمهيد، وهي لا شك مما اتفق عليه الفقهاء.

وأما الموانع التي نص عليها الفقهاء، وسكت عنها المنظّم -في ظاهر الأمر- فهي خمسة موانع:

١ـ أن لا تقوم بواجبات الحضانة.

٢ـ أن تمتنع الحاضنة عن إرضاع المحضون.

٣ـ الردة في الحاضنة.

٤ـ أن ترفض أن تحضنه إلا بأجر و كان أبوه معسرًا.

٥ـ أن يصرّح بإسقاط حقه.

هذا من حيث النظر، أما من حيث التحقيق فإن المانع الثالث خاص بالحنفية، وأما الجمهور فإنه مانع من باب أولى لأنهم يشترطون الإسلام في الحاضن، ولأن المرتدة تقتل عندهم وهو ما أخذ به النظام في المملكة العربية السعودية، كما دلت على هذا السوابق القضائية والمبادئ والقرارات القضائية ومنها: (المحكوم عليه حدًا لردته، لابد من التصريح والإيضاح ماذا يُفعل بجثته)[1].

وأما المانع الرابع فإن مبني على مسألة عدم إجبار الأم على الحضانة، فإن الأم إذا رفضت فإنها لا تجبر وتذهب لما بعدها عند الجمهور.

وأما المانع الثاني فالأظهر أنه ليس بمانع على ما ذكرنا في الدراسة الفقهية، فيكون النظام أخذ بمنصوص الرواية الثانية عند الشافعية بكون امتناعها عن الرضاع ليس بمسقط لحضانة الأم.

وأما المانع الأول وهو ألا تقوم الحاضنة بواجبات الحضانة، فالمنظّم لم ينص عليه، كما أن بعض الفقهاء لم ينصّوا عليه ولكن دلّ عليه اشتراطهم

(١) المبادئ والقرارات: (ص ٣٦٥)، (م ق د): (١٤٣٨/ ٦)،(١٥/ ١٠/ ١٤٢٨).

قدرة الحاضن على الحضانة، فكذلك الكلام في النظام، حيث قال في المادة آنفة الذكر: (إذا تخلف أحد الشروط المذكورة في المادتين (الخامسة والعشرون بعد المائة) و (السادسة والعشرون بعد المائة) من هذا النظام)، ومن الشروط التي نص عليها في المادة (الخامسة والعشرون بعد المائة) القدرة على تربية المحضون وحفظه ورعايته، فيكون عدم قيام الحاضن بواجبات الحضانة منافٍ لشرط القدرة.

وأما المانع الخامس (وهو أن يصّرح بإسقاط حقه) فهو يدخل في كلام المنظّم: (إذا سكت عن المطالبة بالحضانة مدة سنة)، فإذا كان حقه يسقط بسكوته عنه لكون ذلك يدل على رضاه، فإن تصريحه بإسقاطه يسقطه من باب أولى، فيسقط حقه بالحضانة بتصريحه بذلك، أو سكوته عنها لمدة عام إذا كان -أي الحاضن- في الحالات التي لا يجبر عليها و الواردة في المادة (الحادية والثلاثون) ونصها:

(١- إذا كان سن المحضون لا يتجاوز العامين ولم يطلب الحضانة أحد مستحقيها، فتلزم بها الأم إن وجدت وإلا أُلزم بها الأب.

٢- إذا تجاوز المحضون سن العامين ولم يطلب الحضانة أحد مستحقيها، فيلزم بها الأب إن وجد وإلا فُتلزم بها الأم).

وأما ما ذكره المنظّم من السفر بالمحضون وأنه مسقطٌ من مسقطات الحضانة فإنه موافق لكلام الفقهاء والذي سنذكره في المبحث الثامن إن شاء الله.

فمحصول الـكلام: أن المنظّم وافق العلماء في الموانع إما نصًا أو ضمنًا أو أولوية، وسكت عن مانعين وهما:

١ـ أن ترفـض حضانتـه إلا بأجـر وكان أبوه معسـرًا وهو قـول الحنفية، ووافق النظام قول الجمهور.

٢ـ أن تمتنع عن إرضاعه، ووافق الرواية الثانية عند الشافعية.

المطلب الثاني:

ثبوت حق الحضانة بعد زوال المانع

الفرع الأول: عند الفقهاء:

صورة المسألة: الكلام في هذه المطلب يأتي بعد ذكرنا الموانع التي تزول الحضانة بوجودها، وذلك إذا ما زال هذا المانع الذي سقت الحضانة بوجوده فهل يعود الحق لصاحبه في الحضانة أم لا ؟ اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور العلماء من الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣] ورواية عند المالكية[٤]، إلى أن الحق يعود بعد زوال المانع سواء كان المانع ضروريًا أم اختياريًا، أو أنه أسقط حقه ثم عاد يطالب به.

القول الثاني: وهو المشهور من مذهب المالكية نص عليه الإمام مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ إلى أنه ينظر إلى المانع إذا كان ضروريًا كحج أو مرض أو نحوه فإن الحق يعود، وأما إن كان المانع اختياريًا كزواج الحاضنة ونحوه، أو أسقط

(١) الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١٥)، فتح القدير (٤/ ٣٧٠)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٦).
(٢) نهاية المحتاج (٧/ ٢٣١).
(٣) كشاف القناع (١٣/ ١٩٢).
(٤) حاشية الدسوقي (٢/ ٥٣٢).

حقه هو بالحضانة فإن حقه لا يعود[١].

أدلة القول الأول: عللوا ذلك بأن سبب وجوبها قائم، وإنما امتنعت لمانع، فإذا زال المانع، عاد الحق بالسبب السابق الملازم[٢].

أدلة القول الثاني: عللوا ذلك بأن الحضانة حق لصاحبها هو أسقطها[٣].

المناقشة:

ما علل به أصحاب القول الثاني مذهبهم فغير مسلّم، فالمانع لا يعتبر إسقاطًا للحق؛ بل منعًا يزول بزوال سببه.

وعلى فرض التسليم فإن الحضانة ليست حقًا متمحّضًا للحاضن؛ بل هو حقٌ مشترك بين الحاضن والمحضون، فإذا أسقط الحاضن حقه بقي حق المحضون.

الترجيح:

الذي أميل إليه -والله تعالى أعلم- أن الأولى هو التفصيل في هذه المسألة، وهو أن الحاضن الذي أسقط حقه من الحضانة إذا كان من غير والديّ المحضون فإن حقه لا يعود ما دام أن الحضانة قد قام بها شخص آخر مستحقٌ لها، لأن كثرة تنقل المحضون بين الحاضنين فيه إضرار به، فإذا

(١) المنتقى (٦/ ١٨٧)، مواهب الجليل (٤/ ٢١٨)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٣٢)، منح الجليل (٤/ ٤٣٠-٤٣١).
(٢) كشاف القناع (١٣/ ١٩٥).
(٣) انظر: مواهب الجليل (٤/ ٢١٩).

طالب الحاضن بحقه الذي أسقطه فإنه بقي حق المحضون الذي لابد من مراعاته، إلا إن كان الذي زال المانع عنه هو أحد الوالدين، لأن الشارع الحكيم قد أثبت الحق لهما وأما غيرهما فلا حق لهم فيها؛ بل الحق للمحضون، وترتيب الأولوية في استحقاق الحضانة - فيما سوى الوالدين -هو ترتيب مفاضلة فيما يصلح للمحضون، وليس ترتيب استحقاق؛ ولهذا رجّحنا أن الأولوية- بعد الوالدين- يُرجع فيها إلى حال كل محضون على حدة معتبرين تغيّر الأزمان والأعراف، فلو كان الترتيب ترتيب استحقاق لكان القول فيها واحدًا ولم يتغيّر بتغير الحال والأزمان والأعراف.

فإذا كان الذي زال المانع عنه غير الوالدين فإن حقه لا يعود لأنه لا مزية له على غيره ما دام كلا الحاضنين -الحاضن الأصيل والذي زال عنه المانع- من أهل الحضانة، وتنقّل المحضون بينهم فيه إضرار به والشريعة جاءت بدفع الأضرار المعنوية كما جاءت بدفع الأضرار المادية فقال تعالى: ﴿عَبَسَ وَتَوَلَّىٰٓ ۝١﴾ [عبس:١]، وقال ﷺ: «**إذا كنتم ثلاثة فلا يتناجى رجلان دون الآخر حتى تختلطوا بالناس؛ أجل أن يحزنه**»[(١)] وتنقّل المحضون فيه ضرر معنويٌ عليه، والله أعلم.

---

(١) أخرجه البخاري -واللفظ له- في كتاب الاستئذان باب إذا كانوا ثلاثة بالمسارة والمناجاة (٨/ ٦٥/ ٦٢٩٠)، ومسلم في كتاب السلام باب تحريم مناجاة الاثنين دون الثالث بغير رضاه(٧/ ١٢/ ٢١٨٤).

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

نصت المادة (الثلاثون بعد المائة):

(يجوز لمن سقط حقه في الحضانة أن يتقدم إلى المحكمة بطلبها مجددًا إذا زال سبب سقوطها عنه)، فيكون المنظّم وافق قول الجمهور في رجوع الحق في الحضانة مطلقًا.

المبحث الثامن:

السفر بالمحضون

وفيه تمهيد وثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بلد الحضانة.

المطلب الثاني: حكم السفر بالمحضون سفر نقلة.

المطلب الثالث: حكم السفر بالمحضون سفرًا مؤقتًا.

تمهيد

يتكلم العلماء عن هذه المسألة في مسائل موانع الحضانة، فيتكلمون عن كون السفر مانعًا من موانع الحضانة أم لا، وعن السفر الذي تسقط به الحضانة وما شروطه، وحال المحضون في السفر، والصور المستثناة من الحكم الأصلي.

وهذا ما تكلم عنه المنظّم غير أنه زاد بعض القيود في نوع من أنواع السفر وهو سفر غير النقلة كما سيأتي بيانه إن شاء الله.

وقبل الشروع في خلاف العلماء وأقوالهم في هذا المسألة لابد من تبيين أنواع السفر التي تكلم عنها العلماء، ونقل كلامهم في كل نوعٍ على حدة، فالسفر الذي يتكلم عنه العلماء ويتكلم عنه المنظّم نوعان: الأول: سفر النقلة، وهو السفر الذي يقوم به الحاضن بنية الانتقال والعيش في بلد آخر غير الذي كان يقطنه مع المحضون.

الثاني: هو السفر المؤقت، وهو السفر الذي يقوم به الحاضن بصورة مؤقتة لأي سبب كان، أي يسافر مع نيته الرجوع لموطنه الأصلي الذي كان يقطنه، كسفر التجارة والحج وكسفر السياحة في واقعنا الحالي، فنقول مستعينين بالله:

المطلب الأول:

بلد الحضانة

الفرع الأول: عند الفقهاء:

صورة المسألة:

قبل الشروع في دراسة أحكام السفر بالمحضون لابد من تحديد البلد الذي إذا خرج منه الحاضن بالمحضون أصبح مسافرًا به، وهذه المسألة وإن كانت من المسائل البديهية أو من المسائل التي لا ثمرة - في الظاهر- من ذكرها أو دراسة الفرق بين ما أخذ به الفقهاء وبين ما أخذ به النظام فيها، إلا أنها هي الأساس في فهم وتحرير كلام العلماء وكلام المنظّم كما سنبينه إن شاء الله، والكلام في مكان إقامة المحضون يكون في حالتين:

الحالة الأولى: أثناء ديمومة الزواج: نص الفقهاء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ أن بلد الحضانة هو بلد إقامة الأب، لأن الحضانة أثناء ديمومة الزواج من واجبات الزوجين ديانة كما ذكرنا آنفًا، ولأن الزوجة ملزمة باتباع زوجها بإقامته، بل حتى ولو كانت الزوجة مطلقة رجعية لأنها في حكم الزوجة[١].

وقال في الكشاف[٢]: (ومتى أراد أحد الأبوين النقلة إلى بلد مسافة قصر فأكثر، آمن هو أي: البلد والطريق؛ ليسكنه، فالأب أحق بالحضانة سواء كان

(١) بدائع الصنائع(٤/ ٤٤)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٣١).
(٢) كشاف القناع (١٣/ ١٩٦).

المقيم هو الأب أو المنتقل؛ لأن الأب في العادة هو الذي يقوم بتأديب الصغير وحفظ نسبه، فإذا لم يكن الولد في بلد الأب ضاع) اهـ، فإذا كان الأب أحق به بعد الفرقة والحضانة لها فما قبل الفرقة من باب أولى.

الحالة الثانية: بعد الفرقة: وكذلك بعد الفرقة فإن بلد الحضانة هو مكان إقامة الأب أو الولي؛ لأن الأب والولي لابد لهم من رؤية المحضون وتربيته وإرشاده في النهار ولأنه هو الذي يحفظ نسبه.

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

الحالة الأولى: أثناء ديمومة الزواج: وافق المنظّم كلام العلماء في أن بلد الحضانة أثناء ديمومة الزواج تكون مكان إقامة الأب، وهذا مفهوم ما ذكره المنظّم في باب النفقة في المادة (السادسة والخمسون): (تسكن الزوجة مع زوجها في مسكن الزوجية المناسب، إلا إذا اشترطت في عقد الزواج خلاف ذلك)، وبناء على ما ذكره في فصل الحضانة في الفقرة الأولى من المادة (السابعة والعشرين بعد المائة): (الحضانة من واجبات الزوجين معًا ما دامت الزوجية قائمة)، فإذا كانت الزوجة تسكن مع زوجها والحضانة واجبة عليهما معًا فإن مكان إقامته تكون عند أبيه ضرورةً.

الحالة الثاني: بعد الفرقة: الذي يظهر من مفهوم كلام المنظّم أن بلد الحضانة هي بلد الحاضن ما لم يقم الحاضن في بلد تفوت به مصلحة المحضون وهذا مفهوم الفقرة الثانية من المادة (الثامنة والعشرين بعد المائة) من النظام والتي تتكلم عن مسقطات الحضانة حيث نصت على (إذا انتقل

الحاضـن إلى مكان بقصـد الإقامة تفوت به مصلحة المحضـون)، فبمفهوم المخالفـة أنه إذا انتقـل إلى مكان لا تفوت به مصلحة المحضون فلا تسـقط حضانتـه، ومن باب أولى أنـه لو كان يقطن في مـكان لا يخالف فيه مصلحة المحضـون فإنـه يكـون مكانًـا لإقامة المحضـون، ومـردّ تحديـد مصلحة المحضـون وفواتها إلـى قاضي الموضوع حيث نصت الفقـرة (أ) من المادة (٧٦/ ١) من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ على « يحدد قاضي الموضوع بلد الحضانة..».

الثمـرة: إذا ثبت أن بلد الحضانة عند الفقهاء هو مكان إقامة الأب، وعند المنظّـم تابعٌ لحق الحضانة، فإذا كانت الحضانة للأم وأراد الأب السـفر فإن المحضـون يكـون تابعًـا لـلأب ولا يدخـل فـي خلافهـم في حكم السـفر بالمحضـون أصالةً، وأما عند النظام فإن الحـق للأم في الصورة المذكورة ما دامت الحضانة لها، ولو سـافرت هي -أي الأم- والحضانة لها فعند المنظّم الحـق لهـا لأن مكان الإقامة تابعٌ لحق الحضانة، وأمـا عند الفقهاء فهي -أي الحضانة- تسقط بسفر الأم على خلاف سنذكره إن شاء الله.

ولو كانت الأم بعد الفرقة في بلد والأب في بلد ثم طالبت الأم بالحضانة فإن الأم تأخذ حكم السـفر بالمحضون الذي تكلم عنه العلماء مع أنها مقيمة في ذلك البلد قبل المطالبة، وأما في النظام فإن الأم لا تعتبر مسافرة.

المطلب الثاني:

حكم السفر بالمحضون سفر نقلة

الفرع الأول: عند الفقهاء:

تحرير محل النزاع:

١ـ اتفقوا أنه إذا كانت الحضانة للأم، وسافر الأب سفر نقلة وأرادت الأم أن تنتقل معه فإن حضانتها باقية[(١)].

٢ـ واتفقوا أنه إذا سافرت الأم سفرة نقلة مسافة يسيرة فإن حضانتها لا تسقط[(٢)]، وفي رواية عند الأحناف بشرط ألا تكون الحاضنة قد انتقلت من مصر إلى قرية؛ فلا حضانة لها إذن ولو كانت قريبة[(٣)].

٣ـ واتفقوا على أن الأم إذا سافرت بالمحضون سفرة نقلة وكانت المسافة بعيدة فإن حضانتها تسقط مطلقًا[(٤)] .....

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٤٤)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٣١)، روضة الطالبين (٩/ ١٠٦)، نهاية المحتاج (٧/ ٢٣٤)، المغني (١١/ ٤٢٠)،كشاف القناع (١٣/ ١٩٧).

(٢) المحيط البرهاني (٣/ ١٧٩)، بدائع الصنائع (٤٤/ ٤٥)، البحر الرائق (٤/ ١٨٧)، فتح القدير (٤/ ٣٧٥)، روضة الطالبين (٩/ ١٠٦)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٣١)، كشاف القناع (١٣/ ١٩٧)، نهاية المحتاج (٧/ ٢٣٤)، المغني (١١/ ٤١٩).

(٣) بدائع الصنائع (٤٤/ ٤٥).

(٤) المحيط البرهاني (٣/ ١٧٩)، النهاية (٩/ ١٢٨)، فتح القدير(٤/ ٣٧٥)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٧٠)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٣١)، نهاية المحتاج(٧/ ٢٣٤)، المغني(١١/ ٤٢٠)،كشاف القناع (١٣/ ١٩٦).

.....وروي هذا النخعي[١] والشعبي[٢] رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ، وأما الحنفية ووافقهم الشعبي[٣] فقد استثنوا صورة وهي أن البلد الذي انتقلت إليه المرأة هو وطنها[٤] الذي وقع عقد قرانها فيه، واشترطوا لذلك شروطًا:

أ ـ أنه وطنها وتم عقد قرانها فيه، وقيل: يكفي أن يتم عقد قرانها فيه.

ب ـ ألا تكون الدار التي ستنتقل إليها دار حرب إذا كان الأب مسلمًا أو ذميًا.

ج ـ ألا يكون المكان الذي تريد أن تنتقل إليه الأم أقل من مكان إقامته الأصلي كانتقالها من المصر إلى القرية فإن حضانتها تسقط ولو كان القرية هي بلدتها ووقع العقد فيها لكي لا يتخلّق الصبي بأخلاق أهل السواد، وفي رواية عندهم لا تسقط ولو كانت قرية ما دام بلدها ووقع عقد القران فيه[٥].

قال في حاشية ابن عابدين[٦]: (والحاصل أن عبارة المتن والشرح في غاية الخفاء مع التطويل فالأظهر والأخصر أن يقال: وللمطلقة الخروج بالولد من قرية إلى مصر قريبة لا عكسه، ومن بلدة إلى أخرى هي وطنها وقد

(١) مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ١٧٩/ ١٩١١٩).
(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ١٨٠/ ١٩/ ١٢٦).
(٣) هو: عامر بن شراحيل بن عبدٍ الشعبي، وهو من حمير وعداده من همدان، من كبار التابعين، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (١٠٣هـ)، [الطبقات الكبرى / ٦/ ٢٥٩/ ٢٣١٦].
(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٤٥)، النهاية (٩/ ١٢٨)، فتح القدير (٤/ ٣٧٥)، البحر الرائق(٤/ ١٨٧-١٨٨)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٧٠).
(٥) بدائع الصنائع (٤/ ٤٤)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٧٠).
(٦) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٧٠).

نكحها فيها، ولو دار حرب لو زوجها حربيا مثلها فهذه عبارة موجزة نافعة جامعة مانعة).

وعللوا لهذه الصورة: بأنه رضي بها، لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها؛ لأن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك فكان راضيا بالتفريق، ولقوله ﷺ: «**من تأهل ببلدة فهو منهم**»(١)، وفي رواية: «**إذا تزوج الرجل ببلد صار من أهله**»(٢)، وهذا خاص بالأم فقط دون باقي الحاضنات لأنه لا عقد بينهما(٣).

٤ـ واتفقوا أنه لو سافر الأب سفر نقلة وكانت الحضانة له فإنه حضانته لا تسقط مطلقا(٤).

٥ـ واتفق الجمهور من المالكية(٥)، والشافعية(٦)، .....

(١) أخرجه أحمد في المسند (١/ ٤٩٦/ ٤٤٣)، وابن أبي شيبة كما في نصب الراية للزيلعي وضعفه الزيلعي (٣/ ٢٧١)، وذكره ابن حجر عن عبد الله بن الحارث بن أبي ذباب، عن أبيه أن عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال سمعت رسول ﷺ يقول: (من تأهل ببلدة فإنه يصلي صلاة مقيم) وقال عنه ابن حجر: لا يصح لأنه منقطع وفي رواته من لا يحتج به. (فتح الباري ٢/ ٥٧٠)، وذكره صاحب عمدة القاري بكلتا الروايتين وقال عنه: هذا منقطع. (شرح البخاري ٧/ ١٢٠).

(٢) أخرجه الهيثمي في المقصد العلي في باب: قصر الصلاة في السفر (١/ ١٥٩/ ٣٥٤)، وضعفه ابن الهمام في فتح القدير (٤/ ٣٧٦)، والزيلعي في نصب الراية (٣/ ٢٧١).

(٣) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٩).

(٤) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٧٠-٥٧١)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٣١)، روضة الطالبين (٩/ ١٠٦)، نهاية المحتاج (٧/ ٢٣٤)، المغني (١١/ ٤١٩).

(٥) حاشية الدسوقي (٢/ ٥٣١).

(٦) نهاية المطلب (٧/ ٢٣٤)، روضة الطالبين (٩/ ١٠٦-١٠٧).

.....والحنابلة[١]، وسكت عن هذا الحنفية، إلى أنه إذا كان البلد المنتقل إليه مخوفًا، أو كان الطريق مخوفًا فإنه لا يُخرج بالمحضون، فإن كان المنتقل هو الحاضن؛ فإن حضانته تسقط.

٦ـ واتفقوا أن الولي ينزّل منزلة الأب[٢]، وفي رواية للأحناف: أن الحكم مختص بالأب فقط[٣].

٧ـ واختلفوا فيما لو سافر الأب مسافة طويلة وكانت الحضانة للأم، فاختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور العلماء من المالكية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلة[٦]، إلى أن الحضانة تكون للأب في كل الأحوال، سواء كان الأب هو المنتقل أم لا، لما سبق بيانه في المطلب الأول من أن مكان إقامة المحضون هو مكان إقامة أبيه، واشترط الحنابلة ألا يكون انتقال الأب بنية المضارّة للأم، وفي رواية للمالكية: أن الحق للأب بشرط ألا يكون المحضون رضيعًا، فإذا كان رضيعًا فيترك عند أمه[٧].

---

(١) المغني (١١/ ٤١٩)، معونة أولي النهى (١٠/ ٢١٧).
(٢) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٩)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٣١)، نهاية المحتاج (٧/ ٢٣٥)، المغني (١١/ ٤٢٠)
(٣) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٩).
(٤) حاشية الدسوقي (٢/ ٥٣١)، المعونة(٢/ ٩٤١).
(٥) روضة الطالبين (٩/ ١٠٦)، نهاية المحتاج (٧/ ٢٣٤)
(٦) المغني (١١/ ٤١٩)، كشاف القناع (١٣/ ١٩٦).
(٧) حاشية الدسوقي (٢/ ٥٣١).

القـول الثاني: وهو قول الحنفية[١]، فحضانة الأم لا تسـقط لسـفر الأب عندهم ما دام حق الحضانة للأم.

أدلة القول الأول:

١ـ أن النسب له وهو أولى بصيانته وحفظه[٢].

٢ـ ليتسنى له تربيته وتعليمه[٣].

٣ـ أن النفقة عليه فلابد من تواجده عنده ليباشر النفقة عليه[٤].

أدلة القول الثاني:

١ـ أن فيه إضرارًا بالأم[٥].

١ـ أن الشرع جاء بحق الأم بالحضانة، ولم يأتِ نص من القرآن أو السنة يخصص سفر الأب بسقوط هذا الحق[٦].

١ـ أن فيه ضررًا بالمحضون[٧].

المناقشة:

ما ذكره أصحاب القول الأول من أدلة يُجاب عليها بأن هذه المصالح قد تتحقـق بـه وبغيـره، كما أنهـا لا يمكـن أن تكون وسـيلة لإسـقاط حق الأم الثابت بالنص.

---

(١) البحر الرائق(٤/ ١٨٧-١٨٨)، حاشية ابن عابدين(٣/ ٥٧٠-٥٧١).
(٢) انظر: المغني (١١/ ٤٢٠)، كشاف القناع (١٣/ ١٩٦).
(٣) انظر: نهاية المحتاج (٧/ ٢٣٤).
(٤) المرجع السابق.
(٥) انظر: المحلى (١٠/ ١٤٦).
(٦) المرجع السابق.
(٧) المرجع السابق.

الترجيح:

الـذي يظهر -والله أعلم- أن القـول الثاني هو الراجح لأن الأدلة الناهية علـى تحريم التفريق بين الوالدة وولدهـا، والأدلة التي تنص على أحقية الأم بالحضانة عامّة ولا دليل مخصص لهذا العموم من القرآن أو السـنة، وخاصة أن التعليلات التي بنى العلماء عليها القول الأول كانت مبنية في زمانهم، وأما في زماننا فتقاربت المسـافات وكثرت الوسائل الحديثة التي يمكن الاستعانة بها في مباشرة التربية وحفظ النسب.

ويمكن أن نصيغ المسائل على النحو الآتي:

إذا كانت الحضانة للأب: فإن حضانته لا تسـقط مطلقًا اتفاقًا، وإن كانت الحضانة للأم:

١ـ فـإن كانـت هي المسـافرة فـإن حضانتها تسـقط اتفاقًـا إلا إذا كانت المسافة قريبة فالحضانة لها اتفاقًا.

٢ـ وإذا كان المسـافر هو الولي فعند الجمهور حضانة الأم تسقط، وعند الحنفية والظاهرية لا.

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

إذا ثبت أن مكان إقامة المحضون عند المنظّم تابعٌ لحق الحضانة فإنه كل سـفر نقلة يقوم به الحاضن فإنه لا يعتبر مسـقطًا للحضانة إلا في حالٍ واحدة ذكرها المنظم في المادة (الثامنة والعشـرون بعد المائة) حيث قال: (إذا انتقل الحاضن إلـى مكان بقصد الإقامة تفوت به مصلحة المحضون)، فكل سـفر

إقامةٍ يقوم به الحاضن تفوت به مصلحة المحضون فإنه يسقط حق الحاضن بالحضانة، نص على هذا الشرط الحنفية من أنه إذا سافرت الحاضنة بالمحضون من المدينة إلى القرى فإنها تمنع لكي لا تفوت مصلحة المحضون، قال في حاشية ابن عابدين: (وفي انتقالها من المصر إلى القرية لا تمكن من ذلك ولو كانت القرية قريبة لتضرر الولد بتخلقه بأخلاق أهل السواد: أي أهل القرى المجبولة على الجفاء)[١]، وقال في بدائع الصنائع[٢]: (لأن أخلاق أهل السواد لا تكون مثل أخلاق أهل المصر بل تكون أجفى فيتخلق الصبي بأخلاقهم فيتضرر به).

وعلى هذا المفهوم يحمل كلام الجمهور في منعهم من السفر بالمحضون مطلقًا إذا كان البلد مخوفًا، أو كان الطريق مخوفًا لأن فيها تعريضًا لمصلحة المحضون للخطر.

وأما المسألة السادسة من أن الولي ينزّل منزلة الأب فقد وافق النظام قول الفقهاء كما في المادة (التاسعة والعشرون بعد المائة)[٣].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٩-٥٧٠).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٤٥).

(٣) ونصها: (مع مراعاة ما تقضي به الأحكام النظامية ذات العلاقة، يخضع السفر بالمحضون إلى خارج المملكة للأحكام الآتية:
لا يجوز للحاضن إذا كان أحد الوالدين السفر بالمحضون إلى خارج المملكة مدة تزيد على (تسعين) يومًا في السنة إلا بموافقة الوالد الآخر، والولي على النفس في حال وفاة الوالد.
لا يجوز للحاضن من غير الوالدين السفر بالمحضون إلى خارج المملكة مدة تزيد على (ثلاثين) يومًا في السنة إلا بموافقة الوالدين أو أحدهما في حال وفاة الآخر، والولي على النفس في حال وفاتهما).

المطلب الثالث:

حكم السفر بالمحضون سفرًا مؤقتًا

الفرع الأول: عند الفقهاء:

نص جمهور العلماء من المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، إلى أنه إذا همّ أحد الوالدين السفر بالمحضون سفر حاجة لفترة ثم يعود كحج ونحوه فإن المحضون يكون عند المقيم منهما لكون سفر المحضون لا طائل منه ولا فائدة مرجوة للمحضون، ولما فيه من تعريض المحضون للخطر والمشقة، ولكن إذا كان الذي ينوي أن يسافر هو الحاضن فإن حضانته لا تسقط بل يبقى المحضون عند الطرف الآخر حتى يرجع مستحقها ويأخذها، ولم أقف على من نص على هذه الصورة من الأحناف.

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

نصت المادة (الثامنة والعشرون بعد المائة) على أن السفر المسقط للحضانة هو الذي يكون بنية الإقامة وتفوت به مصلحة المحضون، فكل سفر لا ينطبق عليه هذين القيدين فهو لا يعتبر مسقطًا للحضانة، ومن هذه الأنواع السفر المؤقت.

---

(١) المعونة (٢/ ٩٤١)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٣١).

(٢) روضة الطالبين (٩/ ١٠٦).

(٣) معونة أولي النهى (١٠/ ٢١٧)، كشاف القناع (١٣/ ١٩٧).

فإذا ثبت هذا، فإن المنظّم استثنى صورة من صور السفر المؤقت وهي السفر الذي يكون خارج المملكة فجعل له قيودًا سنذكرها وإلا كان السفر مسقطًا للحضانة، فنصت المادة (المادة التاسعة والعشرون بعد المائة):

(مع مراعاة ما تقضي به الأحكام النظامية ذات العلاقة، يخضع السفر بالمحضون إلى خارج المملكة للأحكام الآتية:

١ـ لا يجوز للحاضن إذا كان أحد الوالدين السفر بالمحضون إلى خارج المملكة مدة تزيد على (تسعين) يومًا في السنة إلا بموافقة الوالد الآخر، والولي على النفس في حال وفاة الوالد.

٢ـ لا يجوز للحاضن من غير الوالدين السفر بالمحضون إلى خارج المملكة مدة تزيد على (ثلاثين) يومًا في السنة إلا بموافقة الوالدين أو أحدهما في حال وفاة الآخر، والولي على النفس في حال وفاتهما)، فبناءً على هذه المادة فإن المنظّم أجاز السفر بالمحضون سفرًا مؤقتًا بقيود إذا كان السفر خارج المملكة، فإن خالف الحاضن القيود فإن حضانته تسقط، وسكت عن السفر المؤقت داخل المملكة فيبقى على أصله وهو الجواز وهذا الذي جرت عليه السوابق القضائية.

كما أن المادة دلت على أن السفر بالمحضون سفرًا مؤقتًا مختص بالحاضن دون غيره ولو كان أحد والديه.

جدول يوضح المادة السابقة:

المدة / نوع الحاضن	(٩٠) يومًا فأقل:	أكثر من (٩٠) يومًا:	(٣٠) يومًا فأقل:	أكثر من (٣٠) يومًا:
أحد الوالدين:	لا يحتاج إلى موافقة أحد	يحتاج إلى موافقة الأب أو الولي	لا يحتاج إلى موافقة أحد إلا إن تجاوز مدة (٩٠) يومًا فيدخل في الحالة الأولى	
غير الوالدين:	ليس له السفر بالمحضون إلا بموافقة الوالدين إن كانا حيين أو من كان منهما حيًا في حال وفاة أحدهما، إلا إن كانت المدة أقل من (٣٠) يومًا فتدخل في الحالة الثانية		لا يحتاج إلى موافقة أحد	يحتاج إلى موافقة الوالدين إن كانا حيين، أو من كان منهما حيًا في حال وفاة أحدهما

المبحث التاسع:

الخلاف في تخيير المحضون

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عند الفقهاء

المطلب الثاني: ما أخذ به النظام

المطلب الأول:

عند الفقهاء

الفرع الأول: خلاف الفقهاء:

صورة المسألة:

يكون المحضون منذ الفُرقة بين والديه عند أحدهما بناءً على الأصلح له، ولا يُنظر في ذلك إلى رأيه، فإذا ما بلغ المحضون سن التمييز ذهب بعض العلماء إلى أن المحضون يخيّر بين والديه، وخالفهم البعض على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه إذا بلغ المحضون -سواء كان ذكرًا أم أنثى- سبع سنين فإنه يخيّر بين والديه، وهذا قول الشافعية[١]، وإسحاق بن راهويه[٢]، ورواية عند الحنابلة[٣]، وثبت أن شريحًا رَحِمَهُ ٱللَّهُ خيّر غلامًا وجارية[٤].

القول الثاني: أن المحضون إذا كانت أنثى فإنها لا تخيّر أبدًا؛ بل تبقى عند والدها إلى الزفاف، وأما إذا كان ذكرًا فإنه يخيّر إذا بلغ سبع سنين، إلا أن يتفق والداه أن يبقى المحضون عند أحدهما فلا بأس، وهذا قول الحنابلة[٥].

القول الثالث: أن المحضون لا يخيّر مطلقًا حتى يبلغ وهذا بحق الذكر

---

(١) روضة الطالبين (٩/ ١٠٣).
(٢) زاد المعاد (٥/ ٤١٧).
(٣) زاد المعاد (٥/ ٤١٧).
(٤) مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ١٨١/ ١٩١٢٨).
(٥) انظر المغني (١١/ ٤١٦)، الإقناع (٤/ ١٦٠)، المنتهى (٤/ ٤٧٤-٤٧٥)، كشاف القناع (١٣/ ١٩٧).

والأنثى، وهذا قول الأحناف[١]، والمالكية[٢]، ورواية عند الحنابلة[٣].

أدلة القول الأول:

١ـ حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله ﷺ خيّر غلاما بين أبيه وأمه[٤].

٢ـ عن عبد الحميد بن سلمة الأنصاري، عن أبيه، عن جده (أن جده أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاء بابن له صغير لم يبلغ، قال: فأجلس النبي ﷺ الأب هاهنا والأم هاهنا، ثم خيره وقال: «**اللهم اهده**» فذهب إلى أبيه)[٥].

٣ـ عن أبي ميمونة قال بينما أنا جالس مع أبي هريرة جاءته امرأة فارسية معها ابن لها، فادعياه، وقد طلقها زوجها، فقالت: يا أبا هريرة -ورطنت له بالفارسية- زوجي يريد أن يذهب بابني. فقال أبو هريرة: استهما عليه. ورطن لها بذلك، فجاء زوجها فقال: من يحاقني في ولدي؟ فقال أبو هريرة: اللهم إني لا أقول هذا، إلا أني سمعت امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ وأنا قاعد عنده، فقال: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني. فقال له النبي ﷺ: «**استهما عليه**» فقال زوجها: من يحاقني في ولدي؟ فقال النبي ﷺ: «**هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت**» فأخذ بيد أمه فانطلقت به[٦].

---

(١) تبيين الحقائق (٣/ ٤٩)، البناية (٥/ ٦٥٢)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٧).
(٢) المنتقى (٦/ ١٨٥- ١٨٦)، حاشية الدسوقي (٢/ ٢٢٦).
(٣) زاد المعاد (٥/ ٤١٧).
(٤) سبق تخريجه.
(٥) سبق تخريجه.
(٦) أخرجه أبو داود (٢/ ٤٩٠/ ٢٢٧٧)، والدارمي (٣/ ١٤٧٣/ ٢٣٣٩)، وأحمد (١٢/ ٣٠٧/ ٧٣٥٢)، وصححه الألباني في الإرواء (٧/ ٢٥٠-٢٥١/ ٢١٩٣).

وفي رواية أن النبي ﷺ قال «**يا غلام**.. الحديث»[١].

ناقش أصحاب القول الثالث هذه الأحاديث[٢]:

أ ـ أن الغلام وُفّق لاختيار الأفضل ببركة دعاء النبي ﷺ وهذا خاص به عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ.

ب ـ أنه لو كان للتخيير اعتبار لم يدع له النبي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

ج ـ أن الحديث يحمل على الغلام إذا بلغ.

د ـ أنه لا يمكن أن يخير النبي ﷺ غلامًا وهو يعلم أنه سوف يختار الأشر له.

٤ ـ لأنه إجماع الصحابة -رضوان الله عليهم- فثبت أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ خيّر غلامًا بين أبيه وأمه[٣]، وروي عن عمارة الجرمي أن عليًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ خيره بين عمه وأمه وهو ابن سبع أو ثمان سنين[٤] وهذه القصص مشتهرة ولم تنكر فكانت إجماعًا[٥].

٥ ـ وثبت ذلك عن التابعين كشريح[٦] .....

---

(١) أخرجه النسائي (٦/ ١٨٥/ ٣٤٩٦).

(٢) انظر: البناية (٥/ ٦٥٣- ٦٥٣).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٤/ ١٧٩/ ١٩١١٥) وصححه الألباني في الإرواء (٧/ ٢٥١/ ٢١٩٤).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٤/ ١٨٠/ ١٩١٢٧)، وضعفه الألباني في الإرواء (٧/ ٢٥١- ٢٥٢/ ٢١٩٥).

(٥) انظر: المغني (١١/ ٤١٦).

(٦) هو: أبو أمية شريح ابن الحارث بن قيس، ولاه عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قضاء الكوفة، توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة (٨٠هـ) وقيل (٧٩هـ)،[الطبقات الكبرى / ٦/ ١٨٢/ ٢٠٢٥].

..... ومسروق[١] رَحِمَهُمَاٱللَّهُ فروي أن شريحًا خيّر غلاما وجارية يتيمين، فاختارت الجارية مواليها، واختار الغلام عمته، فيما يحسب، فأجازه[٢].

٦ـ أن التقديم في الحضانة لحق الولد، فيقدم من هو أشفق؛ لأن حظ الولد عنده أكثر، واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذا لم يمكن اعتبارها بنفسها، فإذا بلغ الغلام حدًا يعرب عن نفسه، ويميز بين الإكرام وضده، فمال إلى أحد الأبوين، دل على أنه أرفق به، وأشفق عليه، فقدم بذلك[٣].

٧ـ وسبب تحديدها بسبع سنين أنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة[٤].

٨ـ ولأن الأم قدمت في حال الصغر، لحاجته إلى حمله، ومباشرة خدمته، لأنها أعرف بذلك وأقوم به، فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه؛ لقربهما منه، فرجح باختياره[٥].

أدلة القول الثاني:

١ـ أن الغرض بالحضانة الحظ، والحظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها؛ لأنها تحتاج إلى حفظ والأب أحفظ لها[٦].

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ١٧٩/ ١٩١٢٠).
(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ١٨١/ ١٩١٢٨).
(٣) انظر: المغني (١١/ ٤٠٦).
(٤) المرجع السابق.
(٥) انظر: المغني (١١/ ٤٠٦).
(٦) انظر: كشاف القناع (١٣/ ٢٠٠).

٢ـ أنها إذا بلغت السبع، قاربت الصلاحية للتزويج، وإنما تخطب الجارية من أبيها؛ لأنه وليها، والمالك لتزويجها، وهو أعلم بالكفاءة، وأقدر على البحث، فينبغي أن يقدم على غيره، ولا يصار إلى تخييرها[١].

٣ـ لأن الشرع لم يرد به فيها؛ بل ورد في الغلام، ولا يصح قياسها على الغلام؛ لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج، كحاجتها إليه، ولا على سن البلوغ؛ لأن قولها حينئذ معتبر في إذنها، وتوكيلها، وإقرارها، واختيارها، بخلاف مسألتنا، ولا يصح قياس ما بعد السبع على ما قبلها؛ لما ذكرنا من أن الجارية بعد البلوغ قد قاربت سن الزواج[٢].

٤ـ أن المحضونة إذا خُيّرت؛ فإنها إذا اختارت أباها فإنها تذهب إليه، وإذا أرادت الرجوع إلى أمها فإنها تذهب إليها، وهذا -أي كثرة دخولها وخروجها- مخالفٌ لما شُرع للمرأة من لزوم البيت وعدم البروز[٣].

٥ـ أن تنقلها يفضي إلى ألا يبقى الأب موكلا بحفظها، ولا الأم، لتنقلها بينهما، وقد عرف بالعادة أن ما يتناوب الناس على حفظه ويتواكلون فيه فهو آيل إلى ضياع[٤].

٦ـ جرت العادة أن المحضون إذا اختار والدًا دون الآخر، فإن ذلك يُضعف رغبة الآخر في حفظه والإحسان إليه فيما لو اختاره مرّة أخرى[٥].

---

(١) انظر: كشاف القناع (١٣/ ٢٠٠).
(٢) انظر: المغني (١١/ ٤١٨).
(٣) انظر: زاد المعاد (٥/ ٤٢١).
(٤) انظر: زاد المعاد (٥/ ٤٢١).
(٥) انظر: زاد المعاد (٥/ ٤٢١).

أدلة القول الثالث:

١ـ أن الصحابة -رضوان الله عليهم- صح عنهم أنهم لم يخيّروا، فأبو بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حكم بعاصم بن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لأمه ولم يخيره وذلك بحضور ومشهد من الصحابة ولم يثبت أن أحدًا أنكر هذا على أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ولأنه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال له: «هو لها إلى أن يشبّ أو تتزوج» فلم يجعل له خيارًا ثالثًا[(١)].

٢ـ أن الغلام قاصر العقل[(٢)].

٣ـ أن الغلام بطبعه يختار من يتركه للعب واللهو لا من يربيه[(٣)].

٤ـ قوله ﷺ: «**أنت أحق به**» ولو خير الطفل لم تكن هي أحق به، إلا إذا اختارها، كما أن الأب لا يكون أحق به إلا إذا اختاره، فإن قدر: أنت أحق به إن اختارك، قدر ذلك في جانب الأب، والنبي ﷺ جعلها أحق به مطلقا عند المنازعة[(٤)].

المناقشة:

ما ذكره أصحاب القول الأول من الآثار الدالة على التخيير، وكذلك إجماع الصحابة وعمل السلف، فإنه محمولٌ على حال التنازع بين والدي المحضون في الحضانة، وأما أصحاب القول الأول فإنهم يوجبون التخيير ولو لم يكن ثَمّ نزاع وهذا لا دلالة عليه في الآثار.

(١) انظر: البناية (٥/ ٦٥٧).
(٢) انظر: البناية (٥/ ٦٥٣).
(٣) انظر: المغني (١١/ ٤١٥).
(٤) انظر: زاد المعاد (٥/ ٤٢٥).

وما ذكره أصحاب القول الثاني من حصر التخيير في المحضون الذكر دون الأنثى فلا دليل عليه، وصفة الذكورة الدالة في الحديث لم يعتبرها الشارع، كما أنه قد جاء في بعض ألفاظ الحديث أن المحضون الذي خيّره النبي ﷺ كان جاريةً وليس غلامًا.

وما ذكروه من أن تخيير الجارية قد يسبب جفاء بينها وبين والدها الآخر، فيُجاب عليه بأن هذه العلة يشترك فيها الذكر والأنثى، وقد أذنتم بذلك للذكر، فكذلك الأنثى.

وما ذكره من أن الأنثى مأمورة بلزوم البيت، والتخيير خلاف ذلك، فالجواب أن خروجها قد أذن به الشارع فلا بأس به ما دامت الأنثى مستترة، كما أن خروجها لا يكون بشكل يومي؛ وإلا لكان تخييرها من قبيل العبث الذي لا تُجاب إليه.

وما ذكره أصحاب القول الثالث من أن الذي صح عن الصحابة عدم التخيير فغير صحيح، فقد ثبت عن عمر وأبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنهما خيرا.

وما ذكروه من قصور عقل الغلام، فهذا صحيح، غير أن قصوره ليس تامًا؛ فهو يستطيع أن يميّز بين ما يضره وما ينفعه ولهذا سمّي مميزًا، كما أن الشارع قد خاطبه بالصلاة في هذا العمر.

وما ذكروه من أن الغلام يختار من يتركه للعب، فيُجاب عليه بأن تخيير الغلام ليس مطلقًا؛ بل لابد للحاكم أن يسأله عن سبب اختياره لذلك الوالد؛ فإذا كان للعب فإنه لا يُجاب إلى ذلك.

وأما ما استدلوا به من حديث (أنت أحق بـه ما لم تنكحي) فيجاب عليه أنكم تحملون أحاديث التخيير على إذا ما بلغ الصبي، وفي هذا الحديث حكم النبي ﷺ لها بالحضانة ما لم تنكح، ولم يفرق بين أن تنكح قبل بلوغ الصبي السن الذي يكون عنده أو بعده، وحينئذ فالجواب يكون مشتركا بيننا وبينكم، ونحن فيه على سواء، فما أجبتم به أجاب به منازعوكم سواء، فإن أضمرتم أضمروا، وإن قيدتم قيدوا، وإن خصصتم خصصوا[1].

وأما مناقشة أصحاب القول الثالث فيجاب عليها: أن ما ذكروه من أن الغلام وفّق لاختيار الأفضل ببركة دعاء النبي ﷺ، أو النبي ﷺ كان يعلم أنه سيختار الأفضل فهذا مسلّم، ولكن فعله ﷺ دل على مشروعية التخيير وإلا لأمر به النبي ﷺ لأبيه، وهذا الذي فهمه الصحابة رضوان الله عليهم كما جاء ذلك عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في قضائه، واستدل رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بفعل النبي ﷺ.

الترجيح:

بناء على ما ذكرناه في المناقشة فالذي يظهر -والله أعلم- أن الأرجح هو الجمع بين أقوال أهل العلم، فالذي يظهر أن التخيير ليس لازمًا فلا يخيّر المحضون -سواء كان ذكرًا أو أنثى- إلا إذا تنازع في حضانته والداه وقد بلغ سن التمييز فيصار إلى التخيير قطعًا للنزاع، وأما إذا بلغ سن التمييز ولم يتنازع والداه في حضانته، أو لم يطلب هو -أي المحضون- أن يكون عند والده الآخر؛ فإنه لا يخيّر، لأن الأحاديث والآثار الواردة إنما وردت في حال تنازع الوالدين.

(١) انظر: زاد المعاد (٥/ ٤٢٦).

فالجمع بين أحاديث التخيير وبين قوله ﷺ: «**أنت أحق به ما لم تنكحي**»، أن المراد تحقيق مصلحة المحضون بما يدل عليها، فجعلنا حضانته لأمه قبل بلوغه سن التمييز لأنه بحاجة إلى من يقوم به، والمرأة أقدر عليه في هذا السن، فدلت العادة أن مصلحته أن يكون عند أمه في هذا السن، وإذا بلغ سن التمييز وتنازع فيه والداه، فيصار إلى التخيير مادام التخيير يدل على مصلحته، فإذا كان يختار أحد والديه لأنه يضيّعه فلا يُجاب إلى هذا اتفاقًا، بل يُجعل عند الآخر لأن مصلحته عنده، والله أعلم.

الفرع الثاني: شروط التخيير عند الفقهاء[1]:

ذكر العلماء عقب ذكرهم الحكم في التخيير بعض الشروط التي لابد من توافرها في الحاضن والمحضون لضمان تمام مصلحة المحضون والتي تدور عليها أحكام الحضانة، وهي:

١ـ أن يكون كلا الحاضنين من أهل الحضانة، فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة، كان كالمعدوم.

٢ـ ألا يكون الغلام معتوهًا أو مجنونًا، فإن كان كذلك كان عند الأم، ولم يخير؛ لأن المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيرًا، ولذلك كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه.

٣ـ السلامة من فساد، فأما إن علم أنه يختار أحدهما ليمكنه من فساد، ويكره الآخر للأدب؛ لم يعمل بمقتضى شهوته، قال في النجم الوهاج:

(١) المغني (١١/ ٤١٧)، النجم الوهاج (٨/ ٣٠٥)، روضة الطالبين (٩/ ١٠٣).

(واعتبر في الكفاية مع هذا: أن يكون عارفًا بأسباب الاختيار ضابطًا لها، وذلك موكول إلى نظر الحاكم).

٤ـ وزاد الشافعية شرطًا، وهو أن يكون كلا الوالدين في وطن واحد[١].

(١) روضة الطالبين (٩/ ١٠٣).

المطلب الثاني:

ما أخذ به النظام

نصت الفقرة الأولى من المادة (الخامسة والثلاثون بعد المائة) على: (إذا أتم المحضون (الخامسة عشر) من عمره فله الاختيار في الإقامة لدى أحد والديه، ما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك) فإذا بلغ المحضون خمسة عشر سنة فالغالب أنه يكون بالغًا، فيكون المنظّم وافق قول الحنفية والمالكية في عدم التخيير قبل البلوغ من حيث الجملة.

المبحث العاشر:

زمن الحضانة وزمن انتهائها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: زمن الحضانة

المطلب الثاني: زمن انتهاء الحضانة

المطلب الأول:

زمن الحضانة

صورة المسألة:

كلامي في هذا المطلب عن أحكام الحضانة مجملة عند كل مذهب من حين بداية موجبها، ومرورًا بمرحلة التخيير وغيرها وحتى انتهاء الحضانة.

وسيكون الكلام مجملًا دون التعرّض لخلاف الفقهاء في المسائل، حيث سبق التحدث عنها في مواضعها، أو سيأتي الكلام عنها.

الفرع الأول: عند الفقهاء:

مذهب الحنفية[(١)]:

الحضانة عند الحنفية تكون في زمنٍ للإناث فقط، وفي زمنٍ للرجال فقط، فتبدأ حضانة الإناث من وجود موجبها وهي الفرقة بين الزوجين، وأولى الإناث هي الأم، وتنتهي من حين استغناء المحضون - إذا كان ذكرًا - عن الحاضن بأن يأكل وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وقدروها بسبع وقيل تسع سنين، والجارية تنتهي حضانة الإناث عليها إذا بلغت، وفي رواية: إذا استغنت كالذكر.

(١) المبسوط (٥/ ٢٠٧)، المحيط البرهاني (٣/ ١٧٨)، البناية (٥/ ٦٥٤)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٦-٥٦٨).

ومن ثم ينتقل المحضون إلى حضانة الرجال -وأولى الرجال الأب- إلزامًا بلا خيار للمحضون، حتى ولو كان -أي المحضون- معتوهًا أو مجنونًا، أو أصابه ذلك فيما بعد.

فإذا بلغ الصبي عاقلًا غير معتوه انتهت حضانته، وصار له الخيار في البقاء عند والديه أو لا، ما لم يكن فاسقًا أو يخشى عليه فإنه يضم إلى الأب.

وأما الجارية فإن حضانتها لا تنقطع إلى أن تتزوج فتنقطع ولايته عليها مطلقًا، وعلى هذا:

١ـ إذا تطلقت المرأة فلا تعود ولاية الأب عليها، إلا إن كانت غير مأمونة.

٢ـ إذا كانت بكرًا فإن ولاية الأب عليها مستمرة ولو كانت مأمونة إلا أن تكون طاعنة في السن ولها رأي.

مذهب المالكية[(١)]:

وافق المالكية الحنفية في عدم التخيير، واختلفوا معهم في أن الحضانة لا تنتقل عندهم بل تبقى على ما كانت قبل التمييز سواء كان المحضون ذكرًا أو أنثى فإذا بلغ الصبي ولو معتوهًا أو مجنونًا، ودخل الزوج بالأنثى لا بالعقد عليها انتهت حضانتهما، وإذا طلقت عادت حضانتها لأبيها.

وفي رواية لابن وهب: أن حضانة الذكر تنتهي بالإثغار[(٢)].

(١) المعونة (٢/ ٩٤١)، المنتقى (٦/ ١٨٥)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٢٦)، حاشية الصاوي (٢/ ٧٥٥).

(٢) المنتقى (٦/ ١٨٥)، والمراد بأثغر: هي نبات أسنان الصبي بعد سقوطها، [النهاية في

مذهب الشافعية[١]:

ذهب الشافعية إلى أن الحضانة للأم إلى بلوغ المحضون سن التمييز، فإذا بلغ سن التمييز وكان عاقلًا غير معتوه؛ فإنه يخيّر بين أبيه وأمه، وإن كان معتوهًا أو امتنع من الاختيار بين أبيه وأمه كانت الحضانة لأمه، وإن اختارهما أقرع بينهما.

فإذا بلغ المحضون الذكر، فإن حضانته تنتهي إذا بلغ رشيدًا غير معتوه أو مجنون، فإن كان معتوهًا استمرت حضانة أمه عليه.

وأما إن بلغ غير رشيد ففيه عدة أوجه عندهم: الأول: لا يجبر مطلقًا، الثاني: يجبر مطلقًا، الثالث: يجبر إن كان سفهًا في المال دون عدم صلاح دينه، الرابع: وقيل يجبر إلى ارتفاع الحجر عنه.

أما الأنثى إن كانت ثيبًا فلا تجبر على السكنى مع الحاضن اتفاقًا إلا أن تكون هناك تهمة أو ريبة، وأما إن كانت بكرًا ففيه ثلاثة أوجه عندهم: الأول أنها تجبر وليس لها الاستقلال، والثاني: أنها لا تجبر ويكره لها مفارقتهما، الثالث: أنها لا تجبر إن كانت عاقلة ظاهرة الرشد.

مذهب الحنابلة[٢]:

أما مذهب الحنابلة فإنهم يخيّرون الغلام إذا بلغ سبع سنين إذا تنازع

غريب الحديث (١/ ٢١٣)].

(١) نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٨)، روضة الطالبين (٩/ ١٠٢).

(٢) معونة أولى النهى (١٠/ ٢٢٠)، غاية المنتهى(٢/ ٣٩٨)، كشاف القناع (١٣/ ١٩٥-٢٠٠).

الوالـدان فيه إن كان غير معتـوه، فإذا بلغ انتهت حضانته مـا لم يكن أمردًا أو يخشى عليه فتكون حضانته لأبيه، وإن كان معتوها فتكون حضانته لأمه، وأما الأنثى فإنها إذا بلغت سـبع سنين صارت حضانتها إلى أبيها وجوبًا ولا تخيّر، وفـي رواية: تخيّر كالصبي. أما إذا بلغت الجارية، فـإن كانت ثيبًا فلا حضانة عليها، وأما البكر ففيها روايتين في المذهب[١].

الأولـى: أن لأوليائهـا إجبارهـا علـى السـكنى معهـم إلـى أن تتـزوج وهذا المذهب.

الثانية: أن حكمها حكم الغلام ما دامت مأمونة.

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

تبـدأ الحضانة عند المنظّم من وجود موجبهـا، وأولى الناس به أمه، ولا يخيّر المحضون حتى يبلغ سـن (خمسـة عشر) سـنة فإنه يخيّر بدلالة الفقرة الأولى من المادة (الخامسـة والثلاثون)[٢]، فإذا بلغ المحضون -سـواء كان ذكرًا أو أنثى - وكان عاقلًا غير رشـيد فإن حضانته تنتهي بدلالة الفقرة الثانية من نفـس المادة، وإن كان مجنونًا أو معتوهًا فإن حضانته تسـتمر وفق الفقرة الثالثة من نفس المادة كذلك.

---

(١) الفروع وتصحيحه(٩/ ٣٤٦).

(٢) ونصها: (إذا أتم المحضون (الخامسـة عشـر) من عمره فلـه الاختيار في الإقامة لدى أحد والديه، ما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك.
تنتهي الحضانة إذا أتم المحضون (ثمانية عشر) عامًا.
إذا كان المحضـون مجنونًـا أو معتوهًا أو مريضًا مرضًا مقعدًا، فتسـتمر الحضانة وفق الترتيب المنصوص عليه في المادة (السابعة والعشرين بعد المائة) من هذا النظام).

المطلب الثاني:

زمن انتهاء الحضانة

الفرع الأول: عند الفقهاء:

تحرير محل النزاع:

١ـ اتفقوا أن الصبي إذا بلغ فإنه يستقل بذاته[١].

٢ـ اتفق الجمهور من الحنفية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، على أنه إذا كان المحضون ذكرًا أو أنثى يخشى عليه من فساق، أو ريبة، أو كان أمردًا، أو كان قليل عقل فإنه لا يستقل بنفسه، وخالف المالكية في الذكر فقط، فحضانة الذكر عندهم تنتهي بالبلوغ مهما كان حاله، وسيأتي كلامهم في المبحث الحادي عشر[٥].

٣ـ واختلفوا في الأنثى سواء كانت بكرًا أم ثيبًا:

فذهب الجمهور من الحنفية[٦]، والشافعية[٧]، والحنابلة[٨]، إلى أن الثيب

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٨)، مواهب الجليل (٤/ ٢١٤)، نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٧)، مغني المحتاج (٥/ ٢٠٢)، الإقناع (٤/ ١٥٩)، المنتهى (٤/ ٤٧٤).

(٢) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٨).

(٣) روضة الطالبين (٩/ ١٠٢)، مغني المحتاج (٥/ ٢٠٢).

(٤) الإقناع (٤/ ١٥٩).

(٥) الفواكه الدواني (٢/ ٦٥)، مواهب الجليل (٤/ ٢١٤)، منح الجليل (٤/ ٤٢٠).

(٦) بدائع الصنائع (٤/ ٤٣)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٨).

(٧) نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٨)، روضة الطالبين (٩/ ١٠٢)، مغني المحتاج (٥/ ٢٠٢).

(٨) الفروع (٩/ ٣٤٦).

لها الاستقلال بنفسها؛ بل ونقل الجويني رَحِمَهُ ٱللَّهُ الإجماع على هذا فقال: (ولا خلاف أن الثيب إذا كانت مأمونة، فلا اعتراض للأب ولا لغيره من العصبات عليها)[١].

القول الثاني: خالف في هذا المالكية[٢] فذهبوا إلى أن المرأة إذا طلقت من زوجها فإنها ترجع إلى بيت أبيها ولا تستقل بنفسها.

أدلة القول الأول:

أ ـ قوله ﷺ: «**ليس للولي مع الثيب أمر**»[٣]، وقوله: «**الثيب أحق بنفسها من وليها**»[٤]، يعني في التفرّد في السكنى[٥].

ب ـ لأنها قد اختبرت الرجال وعرفت كيدهم ومكرهم فليس للأب أن يضمها إلى نفسه بعد البلوغ؛ لأن ولايته قد زالت بالبلوغ وإنما بقي حق الضم في البكر لأنها عُرضة للفتنة والانخداع، وذلك غير موجود في الثيّب[٦].

أدلة القول الثاني: لم أقف لهذا القول على دليل.

---

(١) نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٨).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢١٤).

(٣) أخرجه النسائي في كتاب: النكاح، باب استئذان البكر في نفسها، من حديث ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، (٦/ ٨٥/ ٣٢٦٣)، أخرجه أبوداود في كتاب: النكاح، باب: في الثيب، (٢/ ٤٠٠/ ٢١٠٠)، وأحمد في مسند ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ (٥/ ٢٠٦/ ٣٠٨٧)، وصححه الألباني في صحيح وضعيف سنن أبي داود (١/ ٢/ ٢١٠٠).

(٤) أخرجه مسلم في كتاب: النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت (٤/ ١٤١/ ١٤٢١).

(٥) انظر: المبسوط (٥/ ٢١٢).

(٦) انظر: المبسوط (٥/ ٢١٢).

المناقشة:

لم أقف للقول الثاني على دليل، والأصل أن حضانة أهلها عليها انتهت إلا إن خيف عليها فتكون في جنب أحد عصباتها، وهو ما يشترك فيه الغلام والجارية.

الترجيح:

بناء على ما ذكرنا في المناقشة فالراجح هو القول الأول والله أعلم.

٤ـ واختلفوا في الأنثى إذا كانت بكرًا: فالجمهور أنها لا تستقل بذاتها بل تجبر على السكنى مع أحد والديها إلى زفافها قياسًا على ولاية الزفاف:

القول الأول: ذهب الحنفية[١] إلى أن البكر تستمر حضانتها إلى أن تتزوج إلا إذا كانت طاعنة في السن ولها رأي فلا حضانة عليها.

القول الثاني: ذهب المالكية[٢] والحنابلة[٣]، ورواية عند الشافعية[٤]،إلى أن حضانة البكر تستمر ولو كبُرت في السن ما لم تتزوج.

القول الثالث: أن لها الانفراد لوحدها إلا لريبة، وهذا المذهب عند الشافعية[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٤٣)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٨).
(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢١٤)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٥).
(٣) الإقناع (٤/ ١٥٩)، المنتهى (٤/ ٤٧٥).
(٤) نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٧)، روضة الطالبين (٩/ ١٠٢).
(٥) روضة الطالبين (٩/ ١٠٢)، مغني المحتاج (٥/ ٢٠٢).

أدلة القول الأول:

١ـ لأن الضم كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال ذلك حين دخلت في السن واجتمع لها رأيها وعقلها[١].

٢ـ لأن الزوج يرغب في الزوجة التي تكون في حضانة والديها، فتكون مصلحتها في بقائها في حضانتهما[٢].

أدلة القول الثاني:

١ـ أن البكر مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها الخداع[٣].

٢ـ لأن للأب إجبارها على الزواج فله أن يجبرها على أن تسكن أين شاء[٤].

أدلة القول الثالث:

١ـ لأنه لا فرق بين الذكر والأنثى[٥].

٢ـ ولأنها قد تتزوج وهي بنت سبع وقد تتزوج وهي بنت تسعين[٦].

٣ـ ولأن الأيم قد تكون أصلح من الثيّب، فالحس يدل أن الزواج لا يزيد العقل أو الدين[٧].

---

(١) انظر: المبسوط (٥/ ٢١٣).
(٢) انظر: المعونة (٢/ ٩٤١).
(٣) انظر: المبسوط (٥/ ٢١٢)، بدائع الصنائع (٤/ ٤٣).
(٤) انظر: نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٧).
(٥) انظر: المحلى (١٠/ ١٥٧).
(٦) المرجع السابق.
(٧) المرجع السابق.

المناقشة:

مـا ذكره أصحاب القول الأول والثانـي من أن البكر عُرضة للخداع، فإن كان سـببه الصغر فهذا مشترك بين الذكر والأنثى، وإن كان سببه البكورة فهذا غير مسلّم، فكم من بكرٍ أوعى من ثيّب.

وما ذكروه من فرط الشبق، فهذا موجود في الثيّب أكثر من البكر.

وما ذكره أن الزوج يرغب في البنت التي تسكن في حضانة والديها، فهذا سبب دليل تفضيل واستحباب، لا دليل وجوب.

ومـا ذكروه مـن أن للأب إجبارها على النكاح فكذلك السـكن فهذا غير مسـلّم كذلك، فالراجح من أقـوال أهل العلم أن البنـت البالغة لا تجبر على النـكاح، كما أن الإجبار على النكاح شـيء والإجبار على السـكنى أمر آخر، فالأول ورد فيه نص، وأما الآخر فلا.

الترجيح:

فالـذي يظهـر والله أعلـم أن الراجح هو القـول الثالث، وهـو أن الذكر والأنثى في هذا سـواء فلا يجبران على السكنى مع الحاضن أو غيره؛ بل لهم الاسـتقلال بأنفسـهم وإن بقوا فهو خير وأفضل بلا شـك، وهذا كله إذا أُمن عليهمـا الفتنة؛ أما إذا وجُـد الضرر والريبة فلا اسـتقلال لأحدهما كما أنه لا حضانة لمن لا تؤمن منه الفتنة ولو كانت حقًا له، والله أعلم.

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

نصت الفقرة الثانية من المادة (الخامسة والثلاثون بعد المائة) على (تنتهي الحضانة إذا أتم المحضون (ثمانية عشر) عامًا) فلم يفرّق المنظّم بين الذكر والأنثى، أو البكر والثيّب، فيكون المنظّم قد وافق لجمهور في مسألة الثيّب، و رأي الشافعية في مسألة البكر.

المبحث الحادي عشر:

حضانة المعتوه والمجنون

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العته والجنون.

المطلب الثاني: الخلاف في المعتوه والمجنون.

المطلب الثالث: الأولوية في حضانة المعتوه والمجنون.

المطلب الأول:

تعريف العته والجنون

الفرع الأول: تعريف المعتوه:

المعتـوه في اللغة: هو المدهوش من غير مس جنون، فالعته: الدهش[١]، وهو الناقص العقل[٢].

وأما في الاصطلاح: فعرفه الجرجاني[٣] بقوله: المعتوه: هو من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير[٤].

الفرع الثاني: تعريف المجنون:

عرفه الجرجاني بقوله: المجنون: هو من لم يستقم كلامه وأفعاله[٥].

وعرفه في درر الحكام بأنه: زوال العقل واختلاله ويمنع الأفعال والأقوال أن تجري على نهج مستقيم[٦]، وهو أتم في المعنى.

---

(١) لسان العرب (١٣/ ٥١٢).

(٢) لسان العرب (١٣/ ٥١٢)، الصحاح (٦/ ٢٢٣٩).

(٣) هـو: علي بن محمـد بن علي، المعـروف بالشـريف الجرجاني: فيلسـوف. من كبار العلمـاء بالعربية، لـه مصنفات منها: (رسـالة في فن أصـول الحديث)و(التعريفات) و(شرح كتاب الجغميني)، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٨١٦)هـ. [الأعلام للزركلي / ٥/ ٧].

(٤) التعريفات (٢٢١).

(٥) التعريفات (٢٠٤).

(٦) درر الحكام في شرح مجلة الحكام(٢/ ٦٥٥)، شرح المادة (٩٤٤).

المطلب الثاني:
الخلاف في حضانة المعتوه والمجنون

الفرع الأول: خلاف العلماء:

ذهب جمهور العلماء من الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، ورواية عند المالكية[٤]، إلى أن المحضون إذا بلغ وكان معتوهًا أو مجنونًا فإن حضانته تستمر إلى أن يفيق، ولا يخيّر إذا ميّز لأنه لا رأي له.

القول الثاني: وهو المشهور من مذهب المالكية[٥] إلى أن الصبي إذا بلغ فإن حضانته تنتهي ولو كان معتوهًا أو مجنونًا وتكون نفقته على أبيه.

أدلة القول الأول: عللوا ذلك بأن المعتوه والمجنون بحاجة إلى من يخدمه[٦].

أدلة القول الثاني: لم أقف لهذا القول على دليل.

الترجيح:

لم أقف للقول الثاني على دليل، ولا شك أن الراجح هو قول الجمهور

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٨).
(٢) نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٧)، روضة الطالبين (٩/ ١٠٢-١١٠)، النجم الوهاج (٨/ ٢٩٢).
(٣) الإقناع (٤/ ١٦٠)، المنتهى (٤/ ٤٧٥).
(٤) الفواكه الدواني (٢/ ٦٥)، حاشية الصاوي (٢/ ٧٥٥)، منح الجليل (٤/ ٤٢١).
(٥) مواهب الجليل (٤/ ٢١٤)، الفواكه الدواني (٢/ ٦٥)، حاشية الصاوي (٢/ ٧٥٥)، منح الجليل (٤/ ٤٢٠-٤٢١).
(٦) انظر: كشاف القناع (١٣/ ٢٠٢).

لما في ترك المجنون والمعتوه من تعريضٍ لهما للمهالك، وعدم تعيين شخص يقوم بمصالحهما يجعل مسؤولية القيام عليهما ضائعة، والله أعلم.

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

أما النظام فقد وافق جمهور العلماء في أن حضانة المعتوه والمجنون لا تسقط إلى أن يفيقا، نص على هذا في الفقرة الثالثة من المادة (الخامسة والثلاثون بعد المائة) حيث قال: (إذا كان المحضون مجنونًا أو معتوهًا أو مريضًا مرضًا مقعدًا، فتستمر الحضانة وفق الترتيب المنصوص عليه في المادة (السابعة والعشرين بعد المائة) من هذا النظام).

المطلب الثالث:

الأولوية في حضانة المعتوه والمجنون

الفرع الأول: عند الفقهاء:

ذهب جمهور العلماء من الحنفية[١] -في رواية عندهم-، والشافعية[٢] والحنابلة[٣]،ومن قال بأن على المعتوه حضانة من المالكية[٤]، إلى أن المحضون إذا كان معتوهًا أو مجنونًا فإن حضانته تكون عند أمه سواءً قبل البلوغ أم بعده، ولا خيار له، بل ونقل الإجماع على هذا ابن قدامة في المغني فقال: (وجملته أن الزوجين إذا افترقا، ولهما ولد طفل أو معتوه، فأمه أولى الناس بكفالته إذا كملت الشرائط فيها، ذكرا كان أو أنثى. وهذا قول يحيى الأنصاري، والزهري، والثوري، ومالك، والشافعي، وأبي ثور، وإسحاق، وأصحاب الرأي، ولا نعلم أحدا خالفهم)، وابن مفلح[٥] في المبدع فقال: (أحق الناس بحضانة الطفل والمعتوه -وهو المختل العقل-؛ أمه، أي: إذا

---

(١) البناية (٥/ ٦٥٠)، فتح القدير (٤/ ٣٧٣).

(٢) نهاية المطلب(١٥/ ٥٤٧).

(٣) المغني (١١/ ٤١٧)، معونة أولي النهى (١٠/ ٢٢١)، كشاف القناع (١٣/ ٢٠٢).

(٤) الفواكه الدواني (٢/ ٦٥).

(٥) إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح الحنبلي، برهان الدين، من كتبه (المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد) و (المبدع بشرح المقنع) و (مرقاة الوصول إلى علم الأصول)، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ (٨٨٤هـ)، [الأعلام للزركلي ١/ ٦٥].

كانت حرة عاقلة عدلا في الظاهر، لا نعلم فيه خلافا)[١].

القول الثاني: ذهب بعض الحنفية إلى أن المعتوه إذا بلغ السن الذي ينتقل فيه إلى أبيه فإن الحضانة تكون لأبيه بدلًا من أمه[٢].

أدلة القول الأول: عللوا ذلك بأن المعتوه والمجنون بحاجة إلى من يخدمه[٣].

أدلة القول الثاني: لم أقف لهذا القول على دليل.

المناقشة:

لم أقف على دليلٍ أو تعليل لأصحاب القول الثاني، ولقوة تعليل أصحاب القول الأول فالمعتوه والمجنون يماثلان الصغير بخفة العقل، والنساء أشفق عليهم من الرجال.

الترجيح:

الذي يظهر والله تعالى أعلم أن القول الأول هو الراجح، لما ذكرنا في المناقشة، ولأننا جعلنا الحضانة للرجال لحاجة المحضون إلى التعلم ومخالطة الرجال إذا كان ذكرًا، أما المعتوه والمجنون فلا يستطيعان التعلم فلا حاجة إلى حضانة الرجال لهم، وإذا كان المعتوه أنثى فإن أمها أولى بها لمباشرة عورتها في تغسيلها ونحو ذلك، وهذا يمنع منه الرجال؛ بل يكون للنساء وأولى النساء أمها.

---

(١) المبدع (٧/ ١٨١).
(٢) البحر الرائق (٤/ ١٨٦)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٨).
(٣) انظر: كشاف القناع (١٣/ ٢٠٢).

استثنى الشافعية بعض الصور من القول الأول:

١ـ إذا كان المحضـون كبيرًا لا تقوى عليه الأم فتكون حضانته للأب[١]، وعلى هذا يُحمل كلام الحنابلة، قال في معونة أولي النهى: (لا يقر من يحضن أي: مـن تجب حضانتـه لصغر أو عته، بيد من لا يصونه ويصلحه، لأن وجود مـن لا يصونه ويصلحه كعدمه فينتقل عنه إلى من يليه. والله سـبحانه وتعالى أعلم)[٢]، ولأن من شـروط الحاضن أن يكون قادرًا على القيام بالحضانة فإذا كان المعتوه كبيرًا ولا تقوى عليه الأم فإن الحضانة تكون لأبيه.

٢ـ إذا كان المعتوه أو المجنون له زوج، ولأحدهما اسـتمتاع بالآخر فإن حضانته تكون للعاقل منهما[٣].

٣ـ إذا لم يكن للمعتوه أو المجنون والدان وله بنت فلها حضانته[٤].

الفرع الثاني: ما أخذ به النظام:

نـصّ النظـام علـى أن الترتيب في الأولوية بالنسـبة للمعتـوه والمجنون خاضعة للمادة (السابعة والعشرون بعد المائة) والتي نصت على أن الحضانة في الأصل تكون للأم، وهذا ما أخذ به الجمهور من الشافعية والحنابلة.

---

(١) نهاية المطلب، (١٥/ ٥٤٧).
(٢) معونة أولي النهى (١٠/ ٢٢١).
(٣) روضة الطالبين (٩/ ١١٠).
(٤) روضة الطالبين (٩/ ١١٠).

المبحث الثاني عشر:

زيارة المحضون

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الزيارة.

المطلب الثاني: كلام الفقهاء في الزيارة.

المطلب الثالث: ما أخذ به النظام.

المطلب الأول:

تعريف الزيارة

الزيارة لغة: القصد، وفي العرف: قصد المزور إكراما له واستئناسا به. اهـ[١]

وأما الزيارة في اصطلاح الفقهاء فلم أقف على نص لهم، فهي من الأمور التي تتبادر إلى الأذهان، والزيارة في الاصطلاح الفقهي وفي غيره لا تخرج عن معناها اللغوي وهو القصد، وإنما يختلف قصد الزائر، فمن زار القبور يكون قصده الاتعاظ، ومن زار مكة يكون قصده التعبد وهكذا.

فبناء على هذا يمكن تعريف الزيارة في باب الحضانة بأنها: قصد المحضون ممن ثبت له حق الزيارة شرعًا لرؤيته والاطمئنان عليه والاستئناس به[٢].

(١) المصباح المنير (١/ ٢٦٠).

(٢) ذكر هذا التعريف الشيخ عبدالله آل خنين في بحث (تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة) وقد أضفت عليه بعض القيود ليتم المعنى.

المطلب الثاني:
كلام الفقهاء في الزيارة

مـن الأمور التي فطر الله الخلق عليها هي حب الولد والميل إليه والرأفة به، قال تعالى: ﴿ٱلۡمَالُ وَٱلۡبَنُونَ زِينَةُ ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَاۖ﴾ [الكهف:٤٦]، وقال سبحانه: ﴿زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَٰتِ مِنَ ٱلنِّسَآءِ وَٱلۡبَنِينَ﴾ [آل عمران:١٤]، ولهذا جاءت الشريعة متماشية مع فطرت الإنسان، فلا يحق لأحد أن يمنع أحدًا من الأبوين من رؤية ولده ولو كانت الحضانة للطرف الآخر أو كانت لغيرهما، وهذا ما دلت عليه نصوص الفقهاء كما دل عليه لسان حال تصانيفهم حيث إنهم يذكرون أحكام الزيارة عقب كلامهم عن الحضانة مما يشير إلى أن حق الحضانة لا يسقط حق الزيارة ولا يصادر حق الوالد في رؤية ولده، وهذا القدر متفق عليه بين الفقهاء؛ من أن للوالد غير الحاضن رؤية ابنه وزيارته واصطحابه وعيادته إذا مرض وتطبيبه كذلك.

ولكن العلماء اختلفوا في بعض الجزئيات والتي ترجع إلى اختلاف الأعراف والأزمان كاختلافهم بعدد مرات الزيارة التي يسمح بها لمن سقط حقه من الحضانة من الوالدين، فنصّ الحنفية[١] على أن على الأب أن يخرج الولد لأمه كل يوم لتراه، وأما الشافعية[٢] .....

(١) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٧١).

(٢) الحاوي الكبير (١١/ ٥٠٧-٥٠٨)، النجم الوهاج (٨/ ٣٠٧)، روضة الطالبين (٩/ ١٠٤).

..... و الحنابلة[١] فنصّوا على أن الصبي إذا اختار أمه في الحضانة فإنه يكون عندها في الليل وعند أبيه في النهار ليرسله إلى الكتّاب ويعلمه ويربيه، وأما إن كان عند أبيه فإنه يكون عنده ليلًا ونهارًا، ولا يمنعه من زيارة أمه ولا يمنع أمه من زيارته إذا أُمن عليهما -أي من الوالدين- الخلوة.

واتفقوا أن مردّ عدد مرّات الزيارة هو العرف، واختلفوا في تطبيق ذلك فنصّ الشافعية[٢] أنه يزورها كل يومين أو ثلاثة، إلا أن يكون منزلها قريبًا فلا بأس أن يزورها كل يوم، وأما الحنابلة[٣] فنصّوا أنه يزورها يومًا في كل أسبوع.

وأما إن كانت جارية فإنها تكون عند حاضنها -سواء كان الأم أم الأب- ليلًا ونهارًا ولا يمنع الوالد غير المحضون من زيارة ابنته، لا أن تزوره البنت لكي لا يكثر خروجها من البيت لما فيه من الضرر عليها.

وأما المالكية[٤] فإنهم قالوا بنحو ما قال به الشافعية والحنابلة، غير أنهم لم ينصوا على أن الصبي يكون عند أبيه بالنهار بل نصّوا أن للأب وغيره من الأولياء تعاهده وبعثه إلى الكتّاب ونحو ذلك.

كما أن الزيارة لا تختص بالوالدين فقط بل حتى لذوي الرحم حق الزيارة قال في المنتقى[٥]: (وإذا كانت الصبية عند جدتها؛ لم يمنع رسول عمتها من

---

(١) معونة أولي النهى (١٠/ ٢٢١)، غاية المنتهى (٢/ ٣٩٨)، كشاف القناع (١٣/ ٢٠٠-٢٠١).

(٢) الحاوي الكبير (١١/ ٥٠٧).

(٣) كشاف القناع (١٣/ ٢٠١).

(٤) المنتقى (٦/ ١٨٦)، حاشية الدسوقي(٢/ ٥٢٧)، منح الجليل (٤/ ٤٢١).

(٥) المرجع السابق.

زيارتها وعيادتها، ولا يمنع عمتها أن تأتيها، قال مالك في العتبية: ووجه ذلك أن للعمة حقا في مطالعة حالها ومعرفة مجاري أمورها وصحتها وسقمها وما تباشر من عملها للرحم التي بينهما فلها من ذلك ما لا يدخل به مضرة من كثرة ملازمتها).

الخلاصة:

يتضح لنا من كلام الفقهاء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ أن الشريعة أثبتت حق الزيارة، ولكن أحكامها مما سكت عنها الشرع فيكون مرد تقديرها العرف، ولذا تتفاوت أحكام الفقهاء فيها بناء على تفاوت الأعراف والأزمان والله أعلم.

المطلب الثالث:

ما أخذ به النظام

نص النظام في المادة (الرابعة والثلاثون بعد المائة)[١] على أن للوالد غير الحاضن الحق في الزيارة والاستزارة واصطحاب المحضون بحسب ما يتفقان عليه ما لم يكن الاصطحاب سفرًا خارج المملكة فيخضع للمادة (التاسعة والعشرون بعد المائة)[٢] ودون ذلك فللوالدين الاتفاق بينهما، فإذا تعذّر الاتفاق فإن المحكمة تنظّم هذا الحق.

---

(١) ونصها: (مع مراعاة ما تقضي المادة (التاسعة والعشرون بعد المائة) من هذا النظام:
١ - إذا كان المحضون في حضانة أحد الوالدين، فللآخر زيارته واستزارته واستصحابه بحسب ما يتفقان عليه، وفي حال الاختلاف تقرر المحكمة ما تراه.
٢ - إذا كان أحد والدي المحضون متوفى أو غائبًا، فللمحكمة أن تعين مستحق الزيارة من أقاربه وفق مصلحة المحضون.
٣- إذا كان المحضون لدى غير والديه فللمحكمة أن تعين مستحق الزيارة من أقاربه وفق مصلحة المحضون)

(٢) ونصها: (مع مراعاة ما تقضي به الأحكام النظامية ذات العلاقة، يخضع السفر بالمحضون إلى خارج المملكة للأحكام الآتية:
لا يجوز للحاضن إذا كان أحد الوالدين السفر بالمحضون إلى خارج المملكة مدة تزيد على (تسعين) يومًا في السنة إلا بموافقة الوالد الآخر، والولي على النفس في حال وفاة الوالد.
لا يجوز للحاضن من غير الوالدين السفر بالمحضون إلى خارج المملكة مدة تزيد على (ثلاثين) يومًا في السنة إلا بموافقة الوالدين أو أحدهما في حال وفاة الآخر، والولي على النفس في حال وفاتهما).

كما أن النظام أثبت حق الزيارة لغير والدي المحضون من أقاربه في حالين:

١- إذا كان أحد والديه متوفى، فتحدد المحكمة مستحق الزيارة من أقارب هذا المتوفى.

٢- إذا كانت الحضانة عند غير الوالدين، فتحدد المحكمة مستحق الزيارة من الأقارب بشكل مطلق.

كما أنه يفهم من المادة أنه إذا كان كلا الوالدين موجودان فإن الزيارة تكون لذاك الوالد فقط دون أقاربه، وإذا كانا غير موجودين فإن عدد مستحقي الزيارة مطلق غير مقيد فيمكن أن يكون أكثر من شخص، وكذلك يفهم من المادة أنه ليس لأحد من الأقارب حق الزيارة إلا ما تعينه المحكمة فقط، وأما الوالدان فلا يصار للمحكمة إلا في حال الاختلاف.

المبحث الثالث عشر:

وسائل تنفيذ الحضانة والزيارة وعقوبة الامتناع

وفيه تمهيد ستة مطالب:

المطلب الأول: التعاريف المتعلقة بالمبحث.

المطلب الثاني: الوسائل الاجتماعية والعرفية.

المطلب الثالث: الوسائل القضائية.

المطلب الرابع: شروط التنفيذ القضائي.

المطلب الخامس: أماكن تنفيذ الزيارة.

المطلب السادس: عقوبة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة والحضانة.

تمهيد

بعد دراسة أحكام الحضانة عند الفقهاء وبيان ما أخذ به النظام من تلك الأحكام والآراء، لابد من تطبيق تلك الأحكام على أرض الواقع، والتي هي ثمرة هذه الدراسة، فنذكر هنا الطرق والوسائل التي يتم اتخاذها من أجل تنفيذ هذه الأحكام، وبالنظر إلى الواقع نجد أن الطرق لا تخرج عن نوعين وهما: الوسائل الاجتماعية والعرفية والوسائل القضائية.

المطلب الأول:

التعاريف المتعلقة بالمبحث

الفرع الأول: تعريف الوسائل:

قال في المصباح المنير: وَسَلْتُ إلَى اللَّهِ بِالْعَمَلِ أَسِلُ مِنْ بَابِ وَعَدَ رَغِبْتُ وَتَقَرَّبْتُ وَمِنْهُ اشْتِقَاقُ الْوَسِيلَةِ وَهِيَ مَا يُتَقَرَّبُ بِهِ إلَى الشَّيْءِ وَالْجَمْعُ الْوَسَائِلُ وَالْوَسِيلُ قِيلَ جَمْعُ وَسِيلَةٍ وَقِيلَ لُغَةٌ فِيهَا وَتَوَسَّلَ إلَى رَبِّهِ بِوَسِيلَةٍ تَقَرَّبَ إلَيْهِ بِعَمَلٍ[(١)].

الفرع الثاني: تعريف التنفيذ:

التنفيذ في اللغة: مصدر من الفعل نَفَذَ يقال: نَفَذَ السَّهْمُ نُفُوذًا مِنْ بَابِ قَعَدَ وَنَفَاذًا خَرَقَ الرَّمِيَّةَ وَخَرَجَ مِنْهَا وَيَتَعَدَّى بِالْهَمْزَةِ وَالتَّضْعِيفِ وَنَفَذَ الْأَمْرُ وَالْقَوْلُ نُفُوذًا وَنَفَاذًا مَضَى وَأَمْرُهُ نَافِذٌ أَيْ مُطَاعٌ[(٢)].

واصطلاحًا: يطلق العلماء التنفيذ على ثلاث معان[(٣)]:

١ ـ عقد الحكم[(٤)].

---

(١) المصباح المنير (٢/ ٦٦٠).
(٢) المصباح المنير (٢/ ٦١٦).
(٣) انظر بحث (تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة) للشيخ عبدالله آل خنين.
(٤) المرجع السابق.

٢ـ تأييد قاضٍ آخر لحكم قاض سابق[١].

٣ـ الإلزام الحسي بتسليم الحق لربه بالقوة[٢].

(١) تبصرة الحكام (١/ ١٣٢).

(٢) تبصرة الحكام (١/ ١٣٢)، وذكرها الماوردي في الفصل الذي فرق فيه بين وزارة التنفيذ ووزارة التفويض [الأحكام السلطانية/ ١/ ٥٦].

المطلب الثاني:

الوسائل الاجتماعية والعرفية[1]

المقصود بالوسائل العرفية، هي كل الوسائل الغير قضائية التي تتخذ في تطبيق هذه الأحكام، وهي وسائل لا يمكن حصرها وتتجدد بتجدد الزمان بحسب ما تعارف عليه الناس وما خوله عرف الناس ولايةً عرفية واختصاصًا في تنفيذ الأحكام، فنجد في سنين مضت أن الناس كانوا يتحاكمون إلى إمام المسجد، أو شيخ القبيلة ونحو ذلك، والمقصود بالوسائل الاجتماعية، هي الوسائل التي بناها المجتمع وقد يندرج بعضها تحت ستار القانون، فمن تلك الوسائل:

١ـ التشاور الأسري، وذلك بالقيام بالصلح وتنفيذ الحضانة بالتشاور داخل نطاق الأسرة.

٢ـ المراكز والجمعيات الأسرية المختصة بشؤون الأسرة الخاضعة للتنمية الاجتماعية.

٣ـ مراكز المصالحة، سواء كانت مراكز غير ربحية، أم مراكز حكومية كمركز المصالحة التابع لوزارة العدل.

٤ـ المحامون والموثقون المصرحون.

---

(١) انظر بحث (حق القريب الحاضن في المحضون ووسائل تنفيذها) لـ (أ.د. عبدالله بن إدريس أبوبكر ميغا).

المطلب الثالث:

الوسائل القضائية

وأعني بها الوسائل التي تعين القاضي المختص على تطبيق أحكام الحضانة وهي تمرّ بثلاث مراحل:

الأولى: المرحلة التشريعية: وهي مجموع القواعد التي سنها الحاكم لتقعيد أحكام الحضانة وتتمثل في المملكة بنظام (الأحوال الشخصية) والذي تناولناه في هذا البحث.

الثانية: مرحلة عقد الحكم وتعيينه: وأعني به القاضي الذي انعقد له الاختصاص النوعي في نظر المنازعات الناشئة عن الحضانة والذي يختص بتطبيق المواد الناشئة في المرحلة الأولى من ناحية موضوعية فقط وهو قاضي محكمة الأحوال الشخصية، أو قاضي المحكمة العامة التي لا يقع في نطاقها محكمة مختصة للأحوال الشخصية، نص على هذا نظام المرافعات الشرعية في المادة (الثالثة والثلاثون) حيث قال فيها:

(تختص محاكم الأحوال الشخصية بالنظر في الآتي:

أ- جميع مسائل الأحوال الشخصية، ومنها:

١- إثبات الزوج، والطلاق، والخلع، وفسخ النكاح، والرجعة، والحضانة، والنفقة، والزيارة). اهـ

وقال في المادة (الثانية والثلاثون) من نفس النظام:

(تختص المحكمة العامة في المحافظة أو المركز اللذين ليس فيهما محكمة متخصصة بنظر جميع الدعاوى والقضايا والإثباتات الإنهائية وما في حكمها الداخلة في اختصاص تلك المحكمة المتخصصة وذلك ما لم يقرر المجلس الأعلى للقضاء خلاف ذلك). اهـ

الثالثة: المرحلة التنفيذية: وأعني بها الجهة القضائية المخولة بتطبيق أحكام محكمة الموضوع، وهي محكمة التنفيذ، أو دائرة التنفيذ في المحكمة العامة في المناطق التي لا يوجد بها محكمة للتنفيذ، وهذا ما دلت عليه المادة (الثانية) من نظام التنفيذ فقال فيها:

(عدا الأحكام والقرارات الصادرة في القضايا الإدارية والجنائية، يختص قاضي التنفيذ بسلطة التنفيذ الجبري والإشراف عليه، ويعاونه على ذلك من يكفي من مأموري التنفيذ، وتتبع أمامه الأحكام الواردة في نظام المرافعات الشرعية ما لم ينص هذا النظام على خلاف ذلك). اهـ

وكذلك ما دلت عليه المادة (الرابعة والسبعون) حيث قال فيها:

(تنفذ -جبرًا- الأحكام الصادرة بحضانة الصغير، وحفظه، والزيارة، والتفريق بين الزوجين، حتى ولو أدى ذلك إلى الاستعانة بالقوة المختصة (الشرطة)، وإلى دخول المنازل ويعاد تنفيذ الحكم كل ما اقتضى الأمر ذلك). اهـ

ويمرّ تنفيذ حكم الحضانة في محكمة التنفيذ على مرحلتين جوازية[1]:

(١) أي يجوز للقاضي اتخاذها أو تنفيذ الحكم بالقوة الجبرية مباشرة.

الأولى: يتم تنفيذ الحكم بدون استعمال القوة الجبرية؛ بالنصح والإرشاد، وإفهام المنفّذ ضده بعقوبة الامتناع عن تنفيذ حكم الحضانة، وهذا ما دلت عليه الفقرة الأولى من المادة (الرابعة والسبعون) من نظام التنفيذ ولائحته حيث نصت (للدائرة -عند الاقتضاء- في تنفيذ قضايا الحضانة، والزيارة، التدرج في التنفيذ بالنصح والتوجيه، ثم ترتيب مراحل تسليم المحضون بما لايضرّ بالمنفذ له، والمنفذ ضده، والمحضون، مع إفهام الممتنع بمقتضى المادة الثانية والتسعين من النظام).

فإن لم يتجاوب المنفّذ ضده وامتنع فلقاضي تنفيذ إحدى الإجراءات التالية أو كلها[1]:

١ـ المنع من السفر.

٢ـ الأمر بالحبس.

٣ـ منع الجهات الحكومية من التعامل معه.

٤ـ منع المنشآت المالية من التعامل معه.

الثانية: التنفيذ بالقوة الجبرية، وذلك باستخدام الشرطة أو غيرها من الجهات الحكومية بناء على ما نصت عليه المادة (الرابعة والسبعون) المذكورة آنفًا.

(١) انظر المادة (٢/ ٧٤) من نظام التنفيذ.

المطلب الرابع:

شروط التنفيذ القضائي[1]

١ـ ثبوت الحق للمنفذ له.

٢ـ مطالبة المحكوم له بالتنفيذ، لأن الحق له فله العدول عنه كما له المطالبة له.

٣ـ امتناع المنفذ عليه عن التنفيذ طوعًا، فإذا تم التنفيذ بأيسر الصور فلا يصار إلى القوة.

(١) انظر بحث: (تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة) لفضيلة الشيخ: عبدالله بن محمد آل خنين.

المطلب الخامس:

أماكن تنفيذ الزيارة

نص نظام التنفيذ في المادة (السادسة والسبعون) في الفقرة الثانية من اللائحة على أماكن تنفيذ الزيارة وهي:

١ـ مقرّ المزور.

٢ـ سكن طالب التنفيذ إذا كان بلده بلد المزور.

٣ـ الجهات الاجتماعية الحكومية.

٤ـ المؤسسات والجمعيات الخيرية المرخص لها.

٥ـ ما تراه الدائرة من الأماكن العامة، وغيرها مما تتوفر فيها البيئة المناسبة.

وأما عدد أيام الزيارة ووقتها والبلد الذي تتم فيه فهذه سلطة تقديرية لقاضي الموضوع، وهذا ما نصّت عليه المادة (أ/ ١/ ٧٦) من نظام التنفيذ ولائحته[١].

(١) ونصها: يحدد قاضي الموضوع بلد الحضانة، أو الزيارة، وعدد الأيام، وتعيينها، والأوقات.

المطلب السادس:

عقوبة الامتناع عن تنفيذ حكم الحضانة والزيارة

١ ـ السجن لمدة (٢٤) ساعة[١]:

وذلك إذا تعدى أو هـدد المنفذ ضده للمحضون أو المزور، وإيقاع هذه العقوبة من صلاحيات قاضي التنفيذ.

٢ ـ السجن مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر[٢]:

وذلك على كل من يمتنع عن تنفيذ حكم الحضانة أو الولاية أو الزيارة أو قـام بمقاومة التنفيـذ، وإيقاع هـذه العقوبة يكـون من اختصـاص المحكمة الجزائية[٣].

---

(١) المـادة (٢/ ٧٤): (في حال تعـدّي أو تهديد المنفذ ضده للمحضـون، أو المزور، أو طالـب التنفيـذ عند التنفيذ؛ فللدائرة أن تأمر بحبس المنفـذ ضده مدة لا تزيد عن أربع وعشرين ساعة، ولها إحالته للنيابة العامة).

(٢) المادة (الثانية والتسـعون) من نظام التنفيذ: (يعاقب بالسـجن مـدة لا تزيد على ثلاثة أشـهر كل مـن امتنع من الوالديـن -أوغيرهما- عن تنفيذ حكم صـادر بالحضانة، أو الولاية، أو الزيارة، أو قام بمقاومة التنفيذ أو تعطيله).

(٣) المـادة (السـابعة والثمانون) من نظـام التنفيذ: (تختص المحاكـم الجزائية بالنظر في إيقـاع العقوبات الـواردة في هذا النظام، وترفع هيئة التحقيـق والادعاء العام الدعوى بناءً على إحالة يصدرها قاضي التنفيذ أو بلاغ من المتضرر).

الخاتمة

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات، بعد البحث نذكر هنا أهم نتائجه:

١ـ أن اختلاف الفقهاء في تعريف الحضانة إنما هو من قبيل اختلاف التنوع لا التضادّ، وتعريف النظام: بأنها حفظ من لا يستقل بنفسه عمّا يضره.

٢ـ وأنها من فروض الكفايات، وتتعين على الأم في حولي الرضاعة إذا لم يقبل غيرها، وتتعين على الأب إذا لم يقم بها أحد إجماعا.

٣ـ أنه دل على مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع وآثار الصحابة ومقتضى العقل.

٤ـ وأن الفقهاء قد اختلفوا في أحقية الحضانة، وأما النظام فأخذ بمسلك الجمع بين الحقوق.

٥ـ وأن الحضانة في أثناء ديمومة الزواج عليهما جميعًا ديانةً وهذا ما أخذ به النظام، وأما قضاءً فالراجح أن الأم لا تلزم وأن الأب يلزم إجماعًا.

٦ـ وأن الحضانة بعد الفرقة من حق الأم إذا طالبت بها إجماعًا، واختلفوا فيما بعدها.

٧ـ وأما بعد الفرقة إذا لم يطالب بها أحد فيلزم بها الأب إجماعًا، وتتعين على الأم إذا لم يكن للمحضون أحد إجماعًا.

٨ـ أن شروط الحضانة العامة عند المنظّم البلوغ والعقل والقدرة عليها

والسلامة من الأمراض المعدية.

٩ـ أن شرط الحاضنة عند المنظّم أن تكون غير متزوجة بأجنبي.

١٠ـ أن شرط الحاضن ألا يكون أجنبيًا عن المحضون إذا كانت أنثى، وأن يقيم عنده من يصلح للحضانة من النساء.

١١ـ وأن حضانة الأم تسقط إجماعًا إذا تزوجت بأجنبي وهذا ما أخذ به النظام، وإذا رضي الزوج وأولياء المحضون فإن الحضانة لا تسقط على أصح الأقوال.

١٢ـ أن الحضانة تسقط من حين دخول الزوج بالحاضنة، إلا إذا نازع أولياء المحضون، أو كانت مشتغلة بجهاز الزوج.

١٣ـ أن الراجح من الموانع عند الفقهاء التصريح بالإسقاط، أو السكوت عن المطالبة، وألا تقوم الحاضنة بواجبات الحضانة، وردة الحاضن، وهذا ما أخذ به النظام.

١٤ـ اختلف العلماء في رجوع الحضانة بعد زوال المانع، والراجح أن الحق لا يعود إذا كان المانع اختياريًا.

١٥ـ أن مكان إقامة المحضون عند الفقهاء هو مكان إقامة الأب، وفي النظام تابع لحق الزيارة.

١٦ـ أن الراجح أن سفر الأب سفر نقلة لا يسقط حضانته، ولا يعتبر مسقطًا لحضانة الأم، وتسقط إذا سافرت هي.

١٧ـ إذا سافر أحد الوالدين سفرًا مؤقتًا فإن الحضانة تكون للمقيم منهما.

١٨ـ وفي النظام لا يسقط حق الحضانة إلا إذا كان في السفر ضررٌ على المحضون.

١٩ـ وفي السفر المؤقت لا يسقط إلا إذا خالف المدد النظامية.

٢٠ـ الصحيح من أقوال أهل العلم أن تخيير الصبي مشروع إذا تنازع فيه والداه، وأما النظام فلم يثبت التخيير إلا بسن (١٥) سنة.

٢١ـ اتفقت المذاهب الأربعة على أن حضانة الصبي تنتهي بالبلوغ، وأن حضانة الجارية تنتهي بالبلوغ على الصحيح من أقوال أهل العلم وهذا ما أخذ به النظام.

٢٢ـ وأن الصحيح أن المعتوه والمجنون حضانتهما ثابتة للأم، وهذا ما أخذ به نظام الأحوال.

٢٣ـ أن العلماء متفقون على مشروعية الزيارة، واختلفوا في بعض القضايا التي مردها للعرف.

٢٤ـ أن وسائل تنفيذ الحضانة والزيارة إما عرفية واجتماعية، أو وسائل قضائية.

٢٥ـ أن عقوبة تعطيل تنفيذ أحكام الزيارة والحضانة سجن ثلاثة أشهر وتختص بها المحكمة الجزائية، أو (٢٤) ساعة وهي من اختصاص قاضي التنفيذ.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

فهرس الموضوعات

قائمة المراجع

كتب المعاجم:

١. **لسان العرب**، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ)، دار صادر، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ.

٢. **مختار الصحاح**، المؤلف: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ابن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م، عدد الأجزاء: ١.

٣. **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، الطبعة الرابعة ١٤٠٧.

٤. **معجم مقاييس اللغة**، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

٥. **التعريفات**، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦هـ)، حققه مجموعة من العلماء، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ.

٦. **التوقيف على مهمات التعاريف**، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: ١٠٣١هـ)، دار عالم الكتب، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ.

فهرس الموضوعات

٧. **المدخل إلى نظرية الالتزام العام في الفقه الإسلامي**، لمصطفى الزرقا، دار القلم، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ.

٨. **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا**، الدكتور سعدي أبو حبيب، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.

٩. **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، المكتبة العلمية.

المذهب الحنفي:

١٠. **رد المحتار على الدر المختار المؤلف: ابن عابدين**، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ) الناشر: دار الفكر-بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

١١. **الاختيار لتعليل المختار**، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: ٦٨٣هـ)، مطبعة الحلبي القاهرة، ١٣٥٦هـ.

١٢. **البناية شرح الهداية**، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد ابن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العيني (المتوفى: ٨٥٥هـ)، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ).

١٣. **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (المتوفى: ٦١٦هـ)، تحقيق: عبدالكريم الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٨هـ.

١٤. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، المؤلف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

فهرس الموضوعات

١٥. **المبسوط**، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، دار المعرفة بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤هـ.

١٦. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، مع حاشية منحة الخالق، لابن عابدين، الناشر: دار الكتاب الإسلامي،الطبعة الثانية.

١٧. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، مع حاشية الشلبي، شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس، المطبعة الأميرية،المطبعة الأولى،١٣١٤هـ.

١٨. **فتح القدير**، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)، الناشر: دارالفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

١٩. **الهداية في شرح بداية المبتدي**، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ)، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي.

٢٠. **النهاية في شرح الهداية**، حسين بن علي السغناقي الحنفي (ت ٧١٤)، تحقيق: مركز الدراسات الإسلامية بكلية الشريعة بجامعة أم القرى، ١٤٣٥-١٤٣٨هـ.

٢١. **شرح مختصر الطحاوي**، أبو بكر الرازي للجصاص(٣٠٥-٣٧٠)، تحقيق: رسائل دكتوراه في جامعة أم القرى.

المذهب المالكي:

٢٢. **المدونة**، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٢٣. **المعونة على مذهب عالم المدينة**، القاضي عبد الوهاب البغدادي (ت ٤٢٢ هـ)، تحقيق ودراسة: حميش عبد الحق، الناشر: المكتبة التجارية.

٢٤. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، عدد الأجزاء: ٦.

٢٥. **الكافي في فقه أهل المدينة**، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الثانية ١٤٠٠هـ.

٢٦. **الفواكه الدواني**، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (المتوفى: ١١٢٦هـ)، دار الفكر، ١٤١٥هـ.

٢٧. **البهجة شرح التحفة**، علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (المتوفى: ١٢٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية،الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

٢٨. **توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام**، عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، المطبعة التونسية، الطبعة الأولى، ١٣٣٩هـ.

٢٩. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، المؤلف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ٤.

٣٠. **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)**، لمؤلفه: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ)، الناشر: دار المعارف، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ٤.

٣١. **التاج والإكليل لمختصر خليل**، المؤلف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ٨.

٣٢. **التاج والإكليل لمختصر خليل**، المؤلف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، مكتبة النجاح - ليبيا، بدون رقم طبعة وبدون تاريخ.

٣٣. **مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها**، أبو الحسن علي بن سعيد الرجراجي (ت بعد ٦٣٣هـ)، اعتنى به: أبو الفضل الدّميَاطي - أحمد بن عليّ، دار ابن حزم، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ.

٣٤. **منح الجليل**، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، دار الفكر، بدون طبعة،١٤٠٩هـ.

٣٥. **المقدمات الممهدات**، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.

٣٦. **القوانين الفقهية**، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى: ٧٤١هـ).

٣٧. **أنوار البروق في أنواء الفروق**، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، دار عالم الكتب، بدون طبعة بدون تاريخ.

٣٨. **المنتقى شرح الموطأ**، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: ٤٧٤هـ)، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى ١٤٣٢هـ.

٣٩. **حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني**، أبو الحسن علي ابن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (نسبة إلى بني عدي، بالقرب من

منفلوط) (المتوفى: ١١٨٩هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، ١٤١٤هـ.

٤٠. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد ابن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)، الناشر: دار الحديث - القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م، عدد الأجزاء: ٤.

المذهب الشافعي:

٤١. **الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي**، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.

٤٢. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة الأخيرة ١٤٠٤هـ.

٤٣. **شرح المنهج لزكريا الأنصاري مع حاشية الجمل المسمّاة (فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب)**، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (المتوفى: ١٢٠٤هـ)، دار الفكر.

٤٤. **شرح المنهج لزكريا الأنصاري مع حاشية الجمل المسمّاة (التجريد لنفع العبيد)**، سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي (المتوفى: ١٢٢١هـ)، مطبعة الحلبي، ١٣٦٩هـ.

٤٥. **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)،الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة:الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٤٦. **نهاية المطلب في دراية المذهب**، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف ابن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين

(المتوفى: ٤٧٨هـ)، تحقيق: عبدالعظيم الدّيب، دار المنهاج، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ.

٤٧. **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، محيي السنة، أبو محمد الحسين ابن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (٥١٦ت)، تحقيق: عادل محمد عبدالموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ).

٤٨. **النجم الوهاج في شرح المنهاج**، كمال الدين محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري أبو البقاء الشافعي، (ت ٨٠٨)، تحقيق: لجنة علمية، الناشر: دار المنهاج، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.

٤٩. **المهذّب في فقه الإمام الشافعي**، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت٤٧٦)، الناشر: دار الكتب العلمية.

٥٠. **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية**، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، المطبعة الميمنية.

٥١. **التنبيه في الفقه الشافعي**، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، الناشر: عالم الكتب.

٥٢. **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)،تحقيق: زهير شاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ.

٥٣. **منهاج الطالبين وعمدة المفتين**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.

المذهب الحنبلي:

٥٤. **المغني لابن قدامة،** المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، عدد الأجزاء: ١٠، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

٥٥. **زاد المعاد في هدي خير العباد،** المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون , ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ٥.

٥٦. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف،** المؤلف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.

٥٧. **الإفصاح عن معاني الصحاح،** المؤلف:يحيى بن هبيرة بن محمد بن هبيرة (٥٦٠)، الناشر: دار الوطن، الطبعة: الأولى.

٥٨. **الإقناع في فقه الإمام أحمد،** موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا (المتوفى: ٩٦٨هـ)، تحقيق: عبداللطيف بن محمد السبكي، دار المعرفة.

٥٩. **منتهى الإرادات مع حاشية ابن قائد،**تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار،تحقيق: عبدالله التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٦٠. **الكافي في فقه الإمام أحمد،** أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.

فهرس الموضوعات

٦١. **المبدع**، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.

٦٢. **الفروع وتصحيحه للمرداوي**، لمحمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ)، دار الكتب العلمية، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.

٦٣. **معونة أولي النهى شرح المنتهى**، محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي الحنبلي، الشهير بـ: ابن النجار (٩٧٢)، تحقيق: عبدالملك عبدالله دهيش، مكتبة الأسدي، الطبعة الخامسة، ١٤٢٩هـ.

٦٤. **غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى**، مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي (ت ١٠٣٣ هـ)، تحقيق: ياسر المزروعي و رائد يوسف الرومي، دار غراس، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ.

٦٥. **الواضح في شرح الخرقي**، نور الدين أبو طالب عبدالرحمن بن عمر البطري الضرير، تحقيق: عبدالملك بن دهيش، مكتبة الأسدي، الطبعة الأولى ١٤٤١هـ.

٦٦. **حاشية اللبدي على نيل المآرب**، عبد الغني بن ياسين بن محمود بن ياسين بن طه بن أحمد اللَّبَدي النابلسي الحنبلي (ت ١٣١٩هـ)، تحقيق: محمد سليمان الأشقر، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.

٦٧. **كشاف القناع عن متن الإقناع**، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، الناشر: وزارة العدل، عدد الأجزاء:٦

٦٨. **هداية الراغب شرح عمدة الطالب**، لعثمان بن أحمد النجدي الحنبلي المشهور بابن قائد(ت ١١٠٠)، دار محمد، تحقيق: حسنين محمد مخلوف، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.

٦٩. **الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام لدى تلاميذه**، جمع وإعداد: سامي بن محمد بن جاد الله، دار عطاءات العلم، الطبعة الثالثة ١٤٤٠هـ.

٧٠. **مجموع الفتاوى**، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ)، تحقيق: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، نشر مجمع الملك فهد لطباعة القرآن، ١٤١٦هـ.

المذهب الظاهري:

٧١. **المحلى بالآثار**، المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ١٢.

كتب الفقه العام:

٧٢. **الإشراف على مذاهب العلماء**، المؤلف: أبو بكر محمد بن إبراهيم ابن المنذر النيسابوري(ت٣١٩)، الناشر مكتبة مكة الثقافية، الطبعة الأولى.

٧٣. **الموسوعة الفقهية الكويتية**، صادر عن: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، عدد الأجزاء: ٤٥ جزءا، الطبعة: (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ).

٧٤. **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**،إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: ٧٩٩هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ.

٧٥. **الأحكام السلطانية**، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، دار الحديث القاهرة.

٧٦. **فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ**، محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ (ت ١٣٨٩هـ)،

تحقيق: محمد بن عبدالرحمن بن قاسم، مطبعة الحكومة، الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ.

٧٧. **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، محمد بن صالح بن محمد العثيمين (المتوفى: ١٤٢١هـ)، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٧٨. **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة،١٣٧٩ .

٧٩. **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، علي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م

٨٠. **شجر النور الزكية في طبقات المالكية**، محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف (ت ١٣٦٠هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.

كتب الحديث والتخريج وشروح الحديث:

٨١. **صحيح البخاري**، محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.

٨٢. **صحيح مسلم**، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث.

٨٣. **سنن النسائي**،أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: ٣٠٣هـ)، تحقيق: عبدالفتاح أبوغدة. مكتب المطبوعات الإسلامية، الطبعة الثانية١٤٠٦هـ.

٨٤. **سنن أبي داود**، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني (المتوفى: ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبدالحميد،المكتبة العصرية.

٨٥. **سنن الترمذي**، محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي،١٩٩٨م.

٨٦. **سنن ابن ماجة**، ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، (المتوفى: ٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي،دار إحياء الكتب العربية.

٨٧. **مسند الإمام أحمد**، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف الشيخ عبدالله التركي، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ، مؤسسة الرسالة.

٨٨. **السنن الكبرى**، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة،١٤٢٤هـ.

٨٩. **المصنف**، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: ٢١١هـ)، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر المجلس العلمي بالهند،الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.

٩٠. **المصنف**، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: ٢٣٥هـ)، تحقيق: كمال يوسف الحوت، الناشر: مكتبة الرشد، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.

٩١. **المصنف**، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: ٢٣٥هـ)، تحقيق: سعد بن ناصر الشثري، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٣٦هـ.

٩٢. **سنن سعيد بن منصور**، أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني (المتوفى: ٢٢٧هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية الهند، الطبعة الأولى ١٤٠٣.

٩٣. **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، المكتب الإسلامي بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ.

٩٤. **نيل الأوطار**، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث بمصر، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ.

٩٥. **نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي**، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: ٧٦٢هـ)، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجاني، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، تحقيق محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.

٩٦. **المقصد العلي في زوائد أبي يعلى الموصلي**، أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (المتوفى: ٨٠٧هـ)، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بدون طبعة.

٩٧. **معالم السنن**، وهو شرح سنن أبي داود، المؤلف: أبو سليمان حمد ابن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (المتوفى: ٣٨٨هـ)، الناشر: المطبعة العلمية - حلب، الطبعة: الأولى ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢ م.

٩٨. **شرح المحرر**، لصفي الدين عبدالمؤمن بن عبدالحق القطيعي البغدادي الحنبلي (ت ٧٣٩)، تحقيق: ناصر بن سعود السلامة، دار أطلس الخضراء، الطبعة الأولى ١٤٤١هـ.

٩٩. **المحرر**، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد الدين (المتوفى: ٦٥٢هـ)، تحقيق: عبدالله التركي، دار الكتب العلمية،الطبعة الأولى ١٤٣٢هـ.

كتب التفسير:

١٠٠. **أحكام القرآن،** المؤلف: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: ٣٧٠هـ)، المحقق: عبد السلام محمد علي شاهين، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ٣.

كتب التراجم:

١٠١. **تهذيب التهذيب،** أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، مطبعة دائرة المعارف النظامية الهند، الطبعة الأولى ١٣٢٦هـ.

١٠٢. **تقريب التهذيب،** أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، تحقيق: محمد عوامة، دار الرشيد بسوريا، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ.

١٠٣. **الطبقات الكبرى،** أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري، البغدادي المعروف بابن سعد (المتوفى: ٢٣٠هـ)،تحقيق: محمد عبدالقادر عطا،دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ.

١٠٤. **الثقات،** محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبدَ، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (المتوفى: ٣٥٤هـ)، الناشر: دار المعارف العثمانية، الطبعة: الأولى، ١٣٩٣ هـ.

١٠٥. **معجم الشعراء،** للإمام أبي عبيد الله محمد بن عمران المرزباني (المتوفى: ٣٨٤ هـ)، بتصحيح وتعليق: الأستاذ الدكتور ف. كرنكو، مكتبة القدسي، الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ.

١٠٦. **طبقات الشافعيين،** أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، تحقيق: د أحمد عمر هاشم، د محمد زينهم محمد عزب، مكتبة الثقافة الدينية، ١٤١٣هـ.

١٠٧. **طبقات الشافعية**، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: ٧٧١هـ)، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ.

١٠٨. **طبقات الشافعية**، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الشهبي الدمشقي، تقي الدين ابن قاضي شهبة (المتوفى: ٨٥١هـ)، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، دار عالم الكتب، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ.

١٠٩. **طبقات الفقهاء الشافعية**، عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح (المتوفى: ٦٤٣هـ)، تحقيق: محيي الدين علي نجيب،دار البشائر الإسلامية بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٢م.

١١٠. **طبقات الحنابلة**، أبو الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد (المتوفى: ٥٢٦هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة.

١١١. **ذيل طبقات الحنابلة**، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب ابن الحسن، السَلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ)، تحقيق: عبدالرحمن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ.

١١٢. **تهذيب الأسماء واللغات**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، عنيت بنشره وتصحيحه والتعليق عليه ومقابلة أصوله: شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية.

١١٣. **التقييد لمعرفة رواة السنن والمسانيد**، محمد بن عبد الغني بن أبي بكر بن شجاع، أبو بكر، معين الدين، ابن نقطة الحنبلي البغدادي (المتوفى: ٦٢٩هـ)، تحقيق: كمال يوسف الحوت، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.

١١٤. **الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة**، نجم الدين محمد بن محمد الغزي (المتوفى: ١٠٦١هـ)، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.

١١٥. **الأعلام**، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (المتوفى: ١٣٩٦هـ)، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشرة ٢٠٠٢م.

١١٦. **علماء نجد خلال ثمانية قرون**، عبدالله بن عبدالرحمن بن صالح البسام، مكتبة دار العاصمة، الطبعة الثانية ١٤١٩هـ.

الكتب والبحوث القانونية:

١١٧. **تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة**، الشيخ: عبدالله بن محمد آل خنين، كلية الشريعة بجامعة أم القرى بالتعاون مع مجمع الفقه الإسلامي في ندوة أثر متغيرات الشرع في أحكام الحضانة لعام ١٤٣٦هـ.

١١٨. **الحق في الفقه الإسلامي**، أ.د. أحمد جبر الألفي، إصدار الجمعية السعودية الفقهية (٤٧).

١١٩. **حق القريب الحاضن في المحضون ووسائل تنفيذها**، أ.د. عبدالله بن إدريس أبوبكر ميغا. كلية الشريعة بجامعة أم القرى بالتعاون مع مجمع الفقه الإسلام في ندوة أثر متغيرات الشرع في أحكام الحضانة لعام ١٤٣٦هـ.

١٢٠. **مجلة المبادئ والقرارات**، مركز البحوث بوزارة العدل، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ.

فهرس الموضوعات

مقدمة الجمعية ٥

المقدمة ٧

أولًا: أهمية الموضوع ٨

ثانيًا: أسباب اختيار الموضوع ٨

ثالثًا: الدراسات السابقة ٩

رابعًا: منهج البحث ١٠

خطة البحث ١٢

تمهيد ٢١

المطلب الأول: نبذة عن الحضانة في الإسلام ٢٢

المطلب الثاني: نبذة عن نظام الأحوال الشخصية السعودي ٢٥

المبحث الأول: مصطلحات البحث ٢٩

المطلب الأول: تعريف الحضانة ٣٠

المطلب الثاني: تعريف الحاضن والمحضون ٣٥

المبحث الثاني: مشروعية الحضانة وحكمها ٣٧

المطلب الأول: حكم الحضانة ٣٨

المطلب الثاني: الأدلة على مشروعيتها ٣٩

المبحث الثالث: الحقوق المتعلقة بالحضانة ٥١

المطلب الأول: تعريف الحق ٥٢

المطلب الثاني: الحقوق المتعلقة بالحضانة ٥٥

الفرع الأول: عند الفقهاء ٥٥

الفرع الثاني: ما أخذ به نظام الأحوال الشخصية ٦٣

المبحث الرابع: الأولوية في الحضانة وترتيبها ٦٩
المطلب الأول: الحضانة أثناء ديمومة الزواج ٧٠
الفرع الأول: عند الفقهاء ٧٠
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ٧١
المطلب الثاني: الأولوية حال الفرقة بين الزوجين وطالب بها أكثر من شخص ٧٢
الفرع الأول: عند الفقهاء ٧٢
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ٨١
المطلب الثالث: الحال إذا لم يطالب بها أحد مستحقي الحضانة ٨٣
الفرع الأول: عند الفقهاء ٨٣
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ٨٨
المبحث الخامس: شروط الحضانة ٩١
تمهيد ٩٢
المطلب الأول: شروط الحضانة العامة ٩٣
الفرع الأول: شروط الحضانة عند الفقهاء ٩٣
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ١٠٨
المطلب الثاني: شروط الحضانة الخاصة بالنساء ١١٠
الفرع الأول: عند الفقهاء ١١٠
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ١١١
المطلب الثالث: شروط الحضانة الخاصة بالرجال ١١٢
الفرع الأول: عند الفقهاء ١١٢
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ١١٦
المبحث السادس: زواج الحاضنة وأثره في الحضانة ١١٧
تمهيد ١١٨
المطلب الأول: الحاضنة التي تتأثر الحضانة بزواجها ١١٩

الفرع الأول: عند الفقهاء ١١٩
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ١١٩
المطلب الثاني: سقوط الحضانة إذا تزوجت الحاضنة ١٢٠
الفرع الأول:عند الفقهاء ١٢٠
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ١٢٩
المطلب الثالث: متى تسقط الحضانة في الزواج ١٣٠
الفرع الأول: عند الفقهاء ١٣٠
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ١٣٢
المطلب الرابع: الحكم فيما لو رضي الزوج ١٣٣
الفرع الأول: عند الفقهاء ١٣٣
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ١٣٥
المطلب الخامس: الحكم فيما لو كان الزوج الجديد قريبًا للمحضون... ١٣٧
الفرع الأول: عند الفقهاء ١٣٧
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ١٤١
المطلب السادس: عودة حق الحاضنة بعد طلاقها ١٤٢
الفرع الأول: عند الفقهاء ١٤٢
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ١٤٤
المبحث السابع: موانع الحضانة وثبوت حق الحضانة بعد زواله ١٤٥
تمهيد ١٤٦
المطلب الأول: موانع الحضانة ١٤٧
الفرع الأول: عند الفقهاء ١٤٧
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ١٤٩
المطلب الثاني: ثبوت حق الحضانة بعد زوال المانع ١٥٤
الفرع الأول: عند الفقهاء ١٥٤
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ١٥٧

المبحث الثامن: السفر بالمحضون ١٥٩
تمهيد ١٦٠
المطلب الأول: بلد الحضانة ١٦١
الفرع الأول: عند الفقهاء ١٦١
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ١٦٢
المطلب الثاني: حكم السفر بالمحضون سفر نقله ١٦٤
الفرع الأول: عند الفقهاء ١٦٤
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ١٦٩
المطلب الثالث: حكم السفر بالمحضون سفرًا مؤقتًا ١٧١
الفرع الأول: عند الفقهاء ١٧١
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ١٧١
المبحث التاسع: الخلاف في تخيير المحضون ١٧٥
المطلب الأول: عند الفقهاء ١٧٦
الفرع الأول: خلاف الفقهاء ١٧٦
الفرع الثاني: شروط التخيير عند الفقهاء ١٨٤
المطلب الثاني: ما أخذ به النظام ١٨٦
المبحث العاشر: زمن الحضانة وزمن انتهائها ١٨٧
المطلب الأول: زمن الحضانة ١٨٨
الفرع الأول: عند الفقهاء ١٨٨
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ١٩١
المطلب الثاني: زمن انتهاء الحضانة ١٩٢
الفرع الأول: عند الفقهاء ١٩٢
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ١٩٧
المبحث الحادي عشر: حضانة المعتوه والمجنون ١٩٩
المطلب الأول: تعريف العته والجنون ٢٠٠

الفرع الأول: تعريف المعتوه ٢٠٠
الفرع الثاني: تعريف المجنون ٢٠٠
المطلب الثاني: الخلاف في حضانة المعتوه والمجنون ٢٠١
الفرع الأول: خلاف العلماء ٢٠١
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ٢٠٢
المطلب الثالث: الأولوية في حضانة المعتوه والمجنون ٢٠٣
الفرع الأول: عند الفقهاء ٢٠٣
الفرع الثاني: ما أخذ به النظام ٢٠٥
المبحث الثاني عشر: زيارة المحضون ٢٠٧
المطلب الأول: تعريف الزيارة ٢٠٨
المطلب الثاني: كلام الفقهاء في الزيارة ٢٠٩
المطلب الثالث: ما أخذ به النظام ٢١٢
المبحث الثالث عشر: وسائل تنفيذ الحضانة والزيارة وعقوبة الامتناع ٢١٥
تمهيد ٢١٦
المطلب الأول: التعاريف المتعلقة بالمبحث ٢١٧
المطلب الثاني: الوسائل الاجتماعية والعرفية ٢١٩
المطلب الثالث: الوسائل القضائية ٢٢٠
المطلب الرابع: شروط التنفيذ القضائي ٢٢٣
المطلب الخامس: أماكن تنفيذ الزيارة ٢٢٤
المطلب السادس: عقوبة الامتناع عن تنفيذ حكم الحضانة والزيارة ٢٢٥
الخاتمة ٢٢٦
قائمة المراجع ٢٢٩
كتب المعاجم ٢٢٩

المذهب الحنفي ٢٣٠
المذهب المالكي ٢٣١
المذهب الشافعي ٢٣٤
المذهب الحنبلي ٢٣٦
المذهب الظاهري ٢٣٨
كتب الفقه العام ٢٣٨
كتب الحديث والتخريج وشروح الحديث ٢٣٩
كتب التفسير ٢٤٢
كتب التراجم ٢٤٢
الكتب والبحوث القانونية ٢٤٤
فهرس الموضوعات ٢٤٥