رابطة العالم الإسلامي
المجمع الفقهي الإسلامي

ندوة
أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة

مستحقو الحضانة وموجبات نقلها ودور المصلحة في ذلك

أ.د. أفنان بنت محمد عبد المجيد التلمساني
أستاذة الفقه في قسم الشريعة بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية
- جامعة أم القرى -

ملخص البحث

هذا بحث بعنوان مستحقي الحضانة وموجبات نقلها ودور المصلحة في ذلك، وقد تعرضتُ في فصله الأول لتعريف الحضانة لغة واصطلاحاً، وحكمها ودليل مشروعيتها من المنقول والمعقول، وخلاف الفقهاء في كونها حقاً للحاضن أو المحضون، ورجحت أنها حق للحاضن تراعى فيه مصلحة المحضون؛ لأنه شرع لمصلحته في المقام الأول، كما تعرضت لخلاف الفقهاء في انتهاء سن الحضانة، وقد رجحت أن سن الحضانة ينتهي بسبع سنين للذكر والأنثى ولكن تبقى الأم هي الأصل في الحضانة بعد السابعة إلا إذا وقع التراع فهنا يخيّر القاضي المحضون في اختيار أحدهما إلا إنْ رأى أن بقاء المحضون عند أمه أصلح له. أما الفصل الثاني فيحوي ترتيب مستحقي الحضانة، وقد أجمع الفقهاء أن الأم هي المستحق الأول للحضانة إذا توافرت فيها الشروط، أما من يليها في هذا الاستحقاق، فقد اختلف فيه الفقهاء، وضابطهم في ذلك كله تقدير المصلحة للمحضون؛لذلك نجدهم يقدمون جنس النساء على جنس الرجال ولا يسندونها للرجال إلا حال وجود نساء معهم لتتولى المرأة مباشرة حضانة الطفل لأن النساء أليَق بالحضانة وأقدر. كما تعرضت للشروط التي يتعين توفرها في الحاضن؛ لأن اختلالها أو اختلال بعضها مسقط لحقه في الحضانة، ودور المصلحة في هذه الشروط سواء كانت هذه الشروط خاصة بالرجل أو بالمرأة أو مشتركة بينهما وقد رجحت في الخلاف في بعض الشروط ما تقتضيه مصلحة الطفل في دينه ودنياه. كما تعرضت في الفصل الأخير لحكم التنازل عن حق الحضانة بعوض أو بغير عوض وخلاف الفقهاء في المسألة بناء على خلافهم في كون الحضانة حقاً للحاضن أم للمحضون، ورجحت أن للحاضن التنازل عن حقه في الحضانة كما يصح له التنازل عن سائر حقوقه، ويستثنى من ذلك ما لو تعين للحضانة لانعدام من يقوم بها غيره، فهنا ليس له التنازل عنها، لأنه والحالة هذه سيكون مضيعاً لحق غيره. هذا وقد ختمت البحث بخاتمة دوّنت فيها أهم ما توصلت له من نتائج.

المقدمة

تعد الحضانة من الجوانب المهمة في حياة الطفل ذلك أنها من معاني التكريم التي خص بها الشارع الآدمي وهي من مقتضيات الفطر السليمة فلا يمكن أن يتصور قيام لحياة الطفل دون العناية به في مراحله الأولى من حياته، بل إن أسمى لون من ألوان التربية هو تربية الطفل في أحضان والديه؛ لينال من رعايتهما وحسن قيامهما عليه ما يبني جسمه وينمي عقله ويزكي نفسه ويهيئه للحياة.

وقد سخر الله الآباء والأمهات لتربية الأولاد، ولولا أن الله سبحانه وتعالى جعل الطفل محباً إلى والديه في حركاته وسكناته، وفي كلامه، وانفعالاته، وفي كل تصرفاته، لما ربّت أم ابناً.

والأصل في حضانة الطفل أن يتولاها الوالدان فإن قصّر أحدهما أو غاب سد الآخر مكانه، وإن قسا أو أغلظ أحدهما رحم ورفق الآخر.

إلا أن الله كما قدر الوفاق بين الزوجين قدر وقوع الخلاف والفراق بينهما، فإذا حدث أن افترق الوالدان وبينهما طفل فقد يتنازع الوالدان في حضانته فمن الأحق منهما بهذه المهمة، ومن الأقدر عليها، ومن الأكثر منهما حفظاً لمصالح المحضون.

ونظراً لأهمية هذا الجانب وعظم تأثيره على واقع الطفل ومستقبله فقد تحدث الفقهاء في باب الحضانة عن ترتيب مستحقي الحضانة من والديه وأقاربه والحالات التي ينقل فيها حق الحضانة من مستحق الحضانة لغيره، ودور المصلحة في ذلك.

وهذا ما أعرض له في هذا البحث وقد اقتضت خطة البحث تقسيمه إلى تمهيد وثلاثة مباحث.

■ **التمهيد**

- التعريف بالحضانة.
- أولاً: تعريف الحضانة لغةً واصطلاحاً.
- ثانياً: مشروعية الحضانة.
- ثالثاً: الحضانة حق للمحضون أم الحاضن.
- رابعاً: سنّ الحضانة.

■ **المبحث الأول**: ترتيب مستحقي الحضانة ونقلها عمن ثبتت له ودور المصلحة في ذلك.

■ **المبحث الثاني:** موجبات نقل الحضانة عمن ثبتت له ودور المصلحة في ذلك .
■ **المبحث الثالث:** التنازل عن حق الحضانة بعوض وبغير عوض.
■ **الخاتمة**
■ **أهم النتائج**
■ **المصادر والمراجع**

التمهيد

تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً

أولاً : تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً

الحضانة لغة: الحضن ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان. وحضن الصبي يحضنه حضناً رباه، والحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويُربيانه[١].

يقال احتضن هذا الأمر: تولى رعايته والدفاع عنه، والحضانة: الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شئونه[٢].

الحضانة اصطلاحاً:

ذكر الحنفية أن الحضانة هي تربية الولد لمن له حق الحضانة[٣].

وعرفها المالكية: بأنها حفظ الولد والقيام بمصالحه[٤].

وقال الشافعية الحضانة: حفظ من لا يستقل وتربيته[٥].

وعرف الحنابلة الحضانة: بأنها حفظ صغير ومعتوه عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم[٦].

ونلحظ أن جميع التعريفات تعتبر الحضانة قيام الحاضن بمصالح المحضون ودرء المخاطر والمفاسد عنه، لعجزه عن القيام بذلك بنفسه.

ثانياً : مشروعية الحضانة والأصل فيها

الحضانة واجبة شرعاً، جاء في المغني: «كفالة الطفل وحضانته واجبة، لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك»[٧].

والأصل في مشروعيتها:

١- ما رواه البراء بن عازب - رضي الله عنه -: (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)[٨].

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، مادة حضن، ج١٣، ص١٢٣، ١٢٢.
(٢) إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، مادة حضن، ج١، ص١٨٢.
(٣) ابن عابدين، رد المختار «حاشية ابن عابدين»، ج٥، ص٢٥٢.
(٤) الدردير، الشرح الكبير، ج٢، ص٥٢٦.
(٥) النووي، المنهاج، ج٣، ص٤٥٢.
(٦) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٣، ص٢٤٨.
(٧) ابن قدامة، ج٩، ص٢٩٨.
(٨) رواه البخاري :كتاب الصلح، باب كيف كتب هذا ما صال حفلا نبن فلان برقم: (٢٦٩٩).

٢- وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما: أن امرأة قالت: يا رسول الله أن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال: (أنت أحق به ما لم تنكحي)[١].

كما دل العقل على تعيّن حضانة الصغير الذي لا يستقل بنفسه؛ لأنه يهلك بتركها وحفظه عن الهلاك واجب كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك[٢].

ثالثاً : الحضانة باعتبارها حقاً للحاضن أم للمحضون

معنى الحق: الحق في اللغة ضد الباطل والجمع حقوق[٣]، وحق الأمر حقاً وحقه وحقوقاً: صح وثبت وصدق، وفي التنزيل العزيز: ﴿**لِيُنْذِرَ مَنْ كَانَ حَيًّا وَيَحِقَّ الْقَوْلُ عَلَى الْكَافِرِينَ**﴾ (يس: ٧٠). ويقال: يحق عليك أن تفعل كذا، يجب[٤] وحق الشيء: وجب، وأحقه غيره: أوجبه، واستحقه: أي استوجبه[٥].

وقيل: **الحق في اللغة**، الثابت الذي لا يسوغ إنكاره[٦].

وفي الاصطلاح: عرفه الفقهاء بتعريفات لا تخرج عن معانيها اللغوية التي تنبئ عن كون الشيء موجوداً أو ثابتاً، وله عندهم معنيان:

الأول: ما كان من الحكم مطابقاً للواقع، فنقول: هذا الدين حق وهذا كلام حق، وعكسه الباطل.

الثاني: ما كان بمعنى الواجب الثابت فنقول هذا حق الله وهذا حق العباد[٧].

ومن يتأمل كلام الفقهاء يلحظ تباين ألفاظهم في المذهب الواحد في اعتبار الحضانة حقاً للحاضن أم حقاً للولد، ولعل سبب ذلك أن الحضانة يشوبها حق الاثنين معاً.

---

(١) رواه أبو داود: كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد برقم: (٢٢٧٨). قال الحافظ في التلخيص : (٤ / ١١) رواه أحمد والنسائي وأبو داود وابن ماجة والحاكم والدارقطني من حديث رافع بن سنان وفي سنده اختلاف كثير وألفاظ مختلفة ورجح ابن القطان رواية عبد الحميد بن جعفر وقالا بن المنذر لا يثبته أهل النقل وفي إسناده مقال. وحسن إسناده الألباني في صحيح أبي داود.
وينظر موقع الدر السنية: http://www.dorar.net/hadith

(٢) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج٩، ص٢٩٨.

(٣) الرازي، مختار الصحاح، ص ١٤٦.

(٤) مصطفى إبراهيم، المعجم الوسيط، ص ١٨٧.

(٥) الرازي، مختار الصحاح، ص ١٤٧.

(٦) الجرجاني، التعريفات، ص ٨٩.

(٧) نوال العيد، حقوق المرأة في ضوء السنة النبوية، ص ٥١.

فمن جهة هي حق للولد لأنه يهلك بدونها، وهي حق للحاضن إذا استحقها فلا تنزع منه إلا إذا اختل فيه شرط من شروط الحضانة، أو تنازل عن حقه ووجد البديل المناسب عنه.

وقد أشار ابن القيم لخلاف الفقهاء في هذه المسألة فقال «وقوله ﷺ: (**أنت أحق به ما لم تنكحي**)[1] فيه دليل على أن الحضانة حق للأم، وقد اختلف الفقهاء، هل هي للحاضن أم عليه؟ على قولين في مذهب أحمد ومالك، وينبني عليهما: هل لمن له الحضانة أن يسقطها فيترل عنها؟ على قولين. وأنه لا يجب عليه خدمة الولد أيام حضانته إلا بالأجرة، إن قلنا: الحق له. وإن قلنا: الحق عليه، وجب خدمته مجاناً. وإن كان الحاضن فقيراً، فله الأجرة على القولين.

وإذا وهبت الحضانة للأب وقلنا: الحق لها، لزمت الهبة و لم ترجع فيها، وإن قلنا: الحق عليها، فلها العود إلى طلبها[2].

وذكر بعض الحنفية أن الحضانة حق للحاضنة فلا تجبر إذا امتنعت وعليه الفتوى، وقيل هي حق للمحضون فتجبر، وقد علق ابن عابدين على ذلك فقال: «قلت: ويؤخذ من هذا التوفيق بين القولين، وذلك أن لكل من الحاضنة والمحضون حقا في الحضانة... «فقول من قال إنها حق الحاضنة فلا تجبر، محمول على إذا لم تتعين لها واقتصر على أنها حقها، لأن المحضون حينئذٍ لا يضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها، ومن قال: إنها حق المحضون فتجبر، فمحمول على ما إذا تعينت واقتصر على أنها حقه لعدم من يحضنه غيرها»[3].

أما المالكية فالمشهور عندهم أن الحضانة حق للحاضن فلو أسقط حقه فلا يعود له، وقيل تعود بناءً على أنها حق للمحضون، إلا إن كان الإسقاط لعذر لا يقدر معه على القيام بحال المحضون، فإذا زال العذر عادت الحضانة بزواله[4].

أما الشافعية فإنهم لا يجبرون من له حق الحضانة عليها لكونهم يرونها حقاً له إلا إذا تعين لها بأن وجبت النفقة عليه[5].

وهذا مذهب الحنابلة أن الحضانة حق للحاضن فله أن يسقطها، وله أن يرجع عن ذلك الإسقاط إن لم يكن به مانع من موانع الحضانة[6].

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) زاد المعاد، ج٥، ص٤٥١، ٤٥٢.
(٣) ينظر حاشية رد المحتار لابن عابدين، ج٥، ص٢٥٨، ٢٥٩.
(٤) ينظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٢، ص٥٣٢، ٥٣٣ .
(٥) ينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٤٥٦. النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٥٠٨.
(٦) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج٩،ص٣١١.

والراجح أن الحضانة حق للحاضن بدليل قوله ﷺ: «**أنت أحق به ما لم تنكحي**». فجعل الحق لها، ويسقط حقها بالنكاح، ولكنه ليس حقا محضاً للحاضن، بل فيه شائبة حق المحضون بدليل أننا نشرط شروطاً في الحاضن نراعي فيها مصلحة المحضون ولو لم تكن الحضانة فيها شائبة حق المحضون لما شرطنا هذه الشروط.

فالحضانة حق للحاضن يراعى فيه مصلحة المحضون[1].

رابعاً : سن الحضانة

اختلف الفقهاء في تقدير السن الذي تنتهي به الحضانة ثم اختلفوا بعد هذا السن في استمرار حق الحاضن في الحضانة إن كان الحاضن غير الأب.

وفيما يلي نعرض أقوالهم بإيجاز:-

قول الحنفية:-

إذا كان المحضون ذكراً: فيرى الحنفية أن الحضانة على الذكر تستمر إلى أن يستغني عن خدمة النساء، فيأكل وحده، ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده. وقد قدّر ذلك بسبع سنين اعتباراً للغالب وعليه الفتوى، وقدر بتسع سنين.

إذا كانت المحضونة أنثى: فيرى الحنفية أن تبقى الجارية عند الأم والجدة حتى تحيض أي تبلغ، وعند محمد في رواية أنها تظل عند حاضنتها حتى تبلغ حد الشهوة أما إذا كانت عند غير الأم والجدة فحتى تشتهى، وقدر ذلك بتسع سنوات، وبعدها تسلم إلى أبيها أو عصبتها من المحارم[2].

قول المالكية:-

ذكر المالكية أن حضانة الذكر تمتد للبلوغ بدون شرط على المشهور، ومقابل المشهور البلوغ بشرط السلامة من الجنون والزمانة.

وحضانة الأنثى تمتد حتى يدخل بها الزوج[3].

قول الشافعية:-

قالوا إن مدة الحضانة للذكر والأنثى بلوغ سن التمييز وهو سبع سنين أو ثمان تقريباً، وقد يتقدم عن السبع أو يتأخر عن الثمان والحكم مداره عليه لا على السن، ثم يخير بين والديه[4].

---

(١) حمد الخضيري، الإجراءات القضائية في المشكلات الزوجية، ص٣٤.

(٢) ينظر: العيني، البناية، ج٥، ص٤٧٧-٤٨٣.ابن عابدين، حاشية ابن عابدين،ج٥، ص٢٦٧-٢٧٠.

(٣) ينظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه، ج٢،ص٥٢٦. الحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص٢١٤.

(٤) ينظر: الشربيني، مغني المحتاج،ج٣،ص٤٥٦. النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٥٠٨، ٥٠٩ .

قول الحنابلة:-

قال الحنابلة إذا بلغ الصبي سبع سنين خُيّر بين أمه وأبيه فكان مع من اختار منهما، فإن كان الأب معدوماً أو من غير أهل الحضانة، يُخيّر بين أمه وعصبته.

أما الجارية فإذا بلغت سبع سنين فالأب أحق بها[1].

فمحصلة أقوال الفقهاء في هذه المسألة أن الفقهاء اتفقوا على أن الحضانة تبدأ منذ ولادة الطفل إلى سن التمييز واختلفوا في بقائها بعد سن التمييز إلى عدة أقوال:

القول الأول: أن مدة الحضانة سبع سنين للغلام وتسع للجارية وهو قول الحنفية.

القول الثاني: أن حضانة الذكر من ولادته للبلوغ، والأنثى حتى تتزوج، وهو قول المالكية.

القول الثالث: أن مدة الحضانة للذكر والأنثى سبع أو ثمان سنين، وهو قول الشافعية.

القول الرابع: أن مدة الحضانة للصبي والجارية سبع سنين، وهو قول الحنابلة[2].

الأدلـــــة:

دليل القول الأول:

استدلوا بقوله ﷺ: **(مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين وفرقوا بينهم في المضاجع)**[3].

ووجه الاختلاف بين الولد والبنت في مدة الحضانة أن الولد إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم، و الأب أقدر على ذلك، بخلاف البنت فتترك في يد الأم لحاجتها إلى تعلم آداب النساء و التخلق بأخلاقهن، ولا يحصل ذلك إلا بوجودها عند أمها، وبعدها تنتقل إلى الأب لحاجتها لحمايته كما وأنها تحتاج للتزويج والأب فيه هو الأصل، وفي التحصين والحفظ الأب أقوى، لقدرته على مالا تقدر عليه الأم. ولا يُخيّر الولد أو البنت بعد بلوغه حد انتهاء الحضانة، بل يتم تسليم من بلغ منهما إلى عصبته، لأن الطفل لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب، فلا يتحقق النظر على الصبي في الاختيار[4].

---

(١) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج٩، ص٢٣٠، ٣٠١، ٣٠٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٣، ص٢٥١، ٢٥٢.

(٢) ينظر: عماد أحمد، اختيارات ابن القيم في فقه الأسرة دراسة فقهية مقارنة، ص٢٥٤.

(٣) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، رقم الحديث٤٩٥. وحسن إسناده النووي في المجموع، ج ٣، ص١٠. كما صحح إسناده الألباني في صحيح سنن أبي داود. الدرر السنية: http://www.dorar.net/hadith

(٤) ينظر: العيني، البناية،ج٥، ص٤٧٧-٤٨٣. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٢٦٧-٢٧٠.

دليل القول الثاني:

وقد علل المالكية أن حضانة الغلام تنتهي ببلوغه لأن الأب ينفق عليه حتى يصل إلى مرحلة البلوغ بشرط السلامة من الجنون والزمانة، وقالوا حضانة الأنثى كالنفقة، تستمر إلى الزواج[١].

دليل القول الثالث:

استدلوا بحديث أبي هريرة – رضي الله عنه –: أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يارسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني فقال رسول الله ﷺ: (**هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به**)[٢].

واستدلوا أيضاً بأن النبي ﷺ: (**خير غلاماً بين أبيه وأمه**)[٣].

دليل القول الرابع:

استدلوا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ: (**خير غلاماً بين أبيه وأمه**)[٤]. ولأبي هريرة أيضاً: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني فقال رسول الله ﷺ (**هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به**)[٥].

وقالوا: إن بلغ صبي محضون سبع سنين، خير بين أبويه[٦]. وقيدناه بالسبع؛ لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة؛ 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[٧].

والراجح في هذه المسألة والله أعلم أن حضانة الولد سواء كان ذكراً أو أنثى تستمر حقاً لأمه مالم يحصل تنازع فيه بين الوالدين، فإن حصل شيء من ذلك فالأولى تخيير

---

(١) وينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢، ص٥٢٦.
ينظر: عماد أحمد، اختيارات ابن القيم في فقه الأسرة دراسة فقهية مقارنة، ص٢٥٤.

(٢) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، رقم الحديث٢٢٧٧. وقد صححه الألباني في الإرواء، ج٧، ص ٢٥١، رقم الحديث ٢١٩٣.

(٣) الترمذي، الجامع الصحيح، أبواب الأحكام، رقم الحديث ١٣٥٧ وقال حسن صحيح. وصححه الألباني في الإرواء، ج٧، ص٢٤٩ ،٢٥٠، رقم الحديث ٢١٩٢.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٣، ص٢٥١.

(٧) ابن قدامة، المغني، ج٩،ص٣٠٢. وينظر: عماد أحمد، اختيارات ابن القيم في فقه الأسرة دراسة فقهية مقارنة، ص ٢٥٥.

الولد، إلا إن رأى القاضي أن تخيير الولد قد يضر به في دينه ودنياه فإن القاضي يجعله عند من هو أحظى له وأكثر صلاحاً وغالباً يكون ذلك عند أمه، لأن مصلحة الولد هي المعوّل عليه في مسألة الحضانة وقد ورد في كتاب الإجراءات القضائية في المشكلات الزوجية: «الأصل عند الاختلاف في الحضانة: العمل بالمذهب، إلا إذا ظهر للقاضي مصلحة للمحضون في ترجيح أحد المتنازعين على الآخر فيعمل بها»[1]، لذا فقد رجح الشيخ ابن عثيمين – رحمه الله – في هذه المسألة بقاء الولد– لا سيما البنت– في جوار أمه حيثقال: «والراجح عندي أنها تبقى عند أمها حتى يتسلمها زوجها؛ لأن الأم أشفق بكثير من غيرها حتى من الأب، لأنه سيخرج ويقوم بمصالحه وكسبه، وتبقى هذه البنت في البيت، ولا نجد أحداً أشد شفقة وأشد حناناً من الأم، حتى جدتها أم أبيها ليست كأمها، إلاّ إذا خشينا عليها الضرر في بقائها عند أمها، كما لو كانت أمها تهملها، أو كان البلد مخوفاً يُخشى أن يسطو أحدٌ عليها وعلى أمها، ففي هذه الحال يتعين أن تكون عند الأب، ولابد مع هذا أن يكون أبوها قائماً بما يجب»[2]. لذا نجد في المحاكم السعودية عند توجه القاضي للحكم بالحضانة فينبغي ألا ينصوا على نهاية مدة الحضانة، ولا يحدد لها وقتاً، فيصيغ الحكم بقوله: (فقد حكمت بحضانة فلان...لفلان....)؛ لئلا يحجر على غيره من القضاة عند تجدد أمر، أو ثبوت مسقط من مسقطات الحضانة؛ وحتى لا يكون ذلك مثاراً للنزاع بين الزوجين عند نهاية المدة المحددة، فمن مقاصد القضاء أن يكون منهياً للنزاع والخصومات لا مثيراً لها[3].

(١) حمد الخضيري، الإجراءات القضائية في المشكلات الزوجية،ص٣٥.
(٢) الشرح الممتع، ج١٣، ص٥٤٨.
(٣) حمد الخضيري، الإجراءات القضائية في المشكلات الزوجية، ص٣٥.

المبحث الأول
ترتيب مستحقي الحضانة ونقلها عمن ثبتت له ودور المصلحة[1] في ذلك

اتفق الفقهاء من حيث الجملة أن النساء أحق بالحضانة من الرجال لا سيما إن كان الطفل في مراحله الأولى من ولادته حتى بلوغه السابعة من عمره، وعلى الرغم من أن النساء أحق من الرجال بالحضانة إلا أنهن يتفاوتن في هذه الأحقية فتقدم أكثرهن شفقة وصلاحاً للطفل على غيرها.

وقد اتفق الفقهاء في حال افتراق الزوجين وبينهما صغير أنّ أحق الناس بحضانته هي أمه إذا توافرت فيها شروط الحضانة وانتفت عنها موانعها، وسواء كان المحضون ذكراً أم أنثى.

والحضانة بالنسبة للصغير أو الصغيرة واجبة، لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك، والحضانة حق طبيعي للصغير،لاحتياجه لمن يرعاه ويحفظه، ويقوم على شؤونه ويقوم على تربيته، ولأمه الحق في احتضانه.

وقد ذكر الفقهاء أن الولاية على الطفل نوعان:

نوع يقدم فيه الأب على الأم، وهي ولاية المال والنكاح.

ونوع تقدم فيه الأم على الأب، وهي ولاية الحضانة والرضاع. وقد جاء في التبيين: «ولأن الصغار لما عجزوا عن مصالحهم جعل الشرع ولايتهم إلى غيرهم فجعل ولاية التصرف في النفس والمال إلى الأمهات لأنهن أشفق وأرفق وأقدر وأصبر على تحمل المشاق بسبب الولد على طول الأعصار وأفرغ للقيام بخدمته فكان في تفويض الحضانة إليهن وغيرها من المصالح إلى الآباء زيادة منفعة على الصغير فكان حسناً وأنظر للصغير فيكون مشروعاً».[2]

---

[1] المصلحة في اللغة هي المنفعة حقيقة، وتطلق مجازًا على الفعل الذي فيه صلاح بمعنى النفع فيقال: إن التجارة مصلحة، وطلب العلم مصلحة فهما سببان للمنافع المادية والمعنوية. والمصلحة بهذا المعنى ضد المفسدة، كما أن النفع نقيض الضرر. أما المنفعة فهي اللذة تحصيلاً أو إبقاء. والمراد بالتحصيل جلب اللذة، وبالإبقاء المحافظة عليها. (القاموس المحيط ج ١ ص ٢٧٧).

المصلحة في الشرع: عرف الغزالي المصلحة بقوله: «أما المصلحة فهي عبارة في الأصلع بجلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني بهذا لك فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاحا لخلق في تحسين مقاصده ملكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليه مدينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم فكلما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكلما يفوت هذه الأصول مفسدة ودفعه مصلحة، وإذا أطلقنا المعنى المخيل أو المناسب في باب القياس أردنا به هذا الجنس» (المستصفى ج ١ ص ٢٨٦). ينظر بحث فقه المصلحة وتطبيقاته المعاصرة موقع الفقه الإسلامي http://www.islamfeqh.com/Nawazel/NawazelItem.aspx?NawazelItemID=1826

(٢) الزيلعي، ج٣،ص٤٦.

ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص (أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال رسول الله ﷺ: **(أنت أحق به ما لم تنكحي)**[1].

وقد دل الحديث على أنه إذا افترق الأبوان وبينهما ولد، فالأم أحق به من الأب ما لم يقع بالأم ما يمنع تقديمها، أو بالولد وصف يقتضي تخييره وهذا ما لا يعرف فيه نزاع.

وقد قضى به خليفة رسول الله ﷺ أبو بكر على عمر بن الخطاب و لم ينكر عليه منكر فلما ولي عمر قضى بمثله فروى مالك في الموطأ: عن يحيى بن سعيد أنه قال: سمعت القاسم بن محمد يقول: كانت عند عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – امرأة من الأنصار فولدت له عاصم بن عمر ثم إن عمر فارقها فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصماً يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنازعته إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق – رضي الله عنه – فقال عمر: ابني وقالت المرأة: ابني فقال أبو بكر الصديق – رضي الله عنه –: خل بينها وبينه فما راجعه عمر الكلام[2].

قال ابن عبد البر: هذا خبر مشهور من وجوه منقطعة ومتصلة، تلقاه أهل العلم بالقبول والعمل وزوجة عمر أم ابنه عاصم: هي جميلة بنت عاصم بن ثابت بن أبي الأقلح الأنصاري.

قال: وفيه دليل على أن عمر كان مذهبه في ذلك خلاف أبي بكر ولكنه سلم للقضاء ممن له الحكم والإمضاء ثم كان بعد في خلافته يقضي به ويفتي و لم يخالف أبا بكر في شيء منه ما دام الصبي صغيراً لا يميز ولا مخالف لهما من الصحابة.

وذكر عبد الرزاق عن ابن جريج أنه أخبره عن عطاء الخراساني عن ابن عباس قال: طلق عمر بن الخطاب امرأته الأنصارية أم ابنه عاصم فلقيها تحمله بمحسر وقد فطم ومشى فأخذ بيده لينتزعه منها ونازعها إياه حتى أوجع الغلام وبكى، وقال: أنا أحق بابني منك، فاختصما إلى أبي بكر، فقضى لها به، وقال: ريحها وفراشها وحجرها خير له منك حتى يشب ويختار لنفسه[3]. ومحسر: سوق بين قباء والمدينة.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) مالك، الموطأ، ص٥٨٨، كتاب الوصية، باب ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد.

(٣) ذكر الزيلعي أن عبد الرزاق رواه في مصنفه. ج ٣، ص٢٦٦ . وذكر الألباني في الإرواء أن رجاله ثقات غير عطاء الخرساني فإنه ضعيف ومدلس و لم يسمع منا بن عباس، ج٧، ص٢٤٥، رقم الحديث ٢١٨٨.

وذكر عن الثوري عن عاصم عن عكرمة قال: خاصمت امرأة عمر عمر إلى أبي بكر – ﷺ – وكان طلقها، فقال أبو بكر – ﷺ –: الأم أعطف وألطف وأرحم وأحنى وأرأف هي أحق بولدها ما لم تتزوج[1].

وذكر عن معمر قال: سمعت الزهري يقول: إن أبا بكر قضى على عمر في ابنه مع أمه وقال: أمه أحق به ما لم تتزوج.

فإن قيل: فقد اختلفت الرواية: هل كانت المنازعة وقعت بينه وبين الأم أولا ثم بينه وبين الجدة أو وقعت مرة واحدة بينه وبين إحداهما.

قيل: الأمر في ذلك قريب لأنها إن كانت من الأم فواضح وإن كانت من الجدة فقضاء الصديق – ﷺ – لها يدل على أن الأم أولى[2].

وسبب تقديم الإسلام للأم على الأب في رعاية الصغير ومتابعة العناية به أنها أعرف بالأحوال العاطفية والنفسية التي يحتاجها الطفل وأقدر على توفيرها، ولها من الصبر في هذه الناحية ما ليس للرجل، وعندها من الوقت ما ليس عنده، لهذا قدمت على الرجل رعاية لمصلحة الطفل[3].

ولأنها أقرب إليه وأشفق عليه ولا يشاركها في القرب إلا أبوه، وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه وإنما يدفعه إلى امرأته، وأمه أولى به من امرأة أبيه[4].

مستحقو الحضانة بعد الأم:–

الأصل في حضانة الصغار– ذكوراً أو إناثاً – أنها للنساء، فإن لم توجد النساء فالحضانة للرجال.

والحكمة من ذلك أن النساء أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار وأصبر على القيام بأمورهم.وهذا القدر محل اتفاق بين الفقهاء في الجملة، ولكنهم اختلفوا فيمن يستحق الحضانة من النساء بعد الأم، وترتيبهم على النحو التالي:

الأحق بالحضانة عند الحنفية:

يمكن إجمال مذهب الحنفية في مستحقي الحضانة بعد الأم في النقاط التالية:

١– أن النساء أحق بالحضانة من الرجال من حيث الأصل؛ لأنهن أوفر شفقة.

---

(١) الألباني، السلسلة الصحيحة، ج١، ص٧٠٩. وقال: «مرسل وقد روي من وجوه أخرى مرسلا ومن وجه آخر موصولا بإسناد ضعيف منقطع». نقلا عن موقع الدرر السنية: http://www.dorar.net/hadith

(٢) ينظر: ابن القيم، زاد المعاد،ج٥،ص٤٣٦،٤٣٧.

(٣) موسوعة النابلسي الاسلامية http://www.nabulsi.com/blue/ar/print.php

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٩، ص٣٠٠.

٢- أن النساء من جهة الأم مقدمات على النساء من جهة الأب ، فتقدم أم الأم على أم الأب وإن علت أو بعدت ؛ لأن ولاية الحضانة تستفاد من قبل الأمهات لما مر من وفور شفقتهن ، ومن كانت تدلي بأم فهي أولى ممن تدلي بأب ، ويستوي في ذلك المسلمة والكافرة؛ لأن الحضانة باعتبار الشفقة.

٣- إن لم يكن هناك أمهات من جهة الأم أو من جهة الأب تقدم الأخوات على العمات والخالات ؛ لأنهن بنات لأبوين ، وتقدم الأخت لأبوين على الأخت من أحدهما ، وتقدم الأخت لأم على الأخت لأب ، ثم الخالات ، ثم العمات ويترلن مترلة الأخوات.

٤- إن عدمت النساء تقدم العصبات من الرجال ؛ لأن الولاية للأقرب ، غير أن الصغيرة لا تدفع لغير محرم ، ثم الرجال المحارم من غير العصبات. (١)

الأحق بالحضانة عند المالكية:

المالكية يوافقون الحنفية في تقديم الإناث على الذكور في مستحقي الحضانة بعد الأم إلا أنهم يختلفون معهم في تقديم بعض الإناث على بعض، وترتيبهم لمستحقي الحضانة كالتالي:

١- جدته من جهة الأم وإن علت والجدات من جهة الأم مقدمات على الجدات من جهة الأب إلا إن كانت الجدة من جهة الأب أقرب للصغير من جهة الأم.

٢- يليهم الخالات وتقدم الشقيقة ثم لأم ثم لأب، ثم خالات الأم وتقدم الشقيقة ثم لأم ثم لأب، ثم عمة الأم وتقدم أيضا الشقيقة ثم لأم ثم لأب.

ومما سبق يتبين أن المالكية يقدمون كل أنثى من جهة الأم على الإناث من جهة الأب ، وهم يخالفون الحنفية الذين يقدمون جنس الأمهات وأمهاتهن على من سواهن ، بينما يقدم المالكية قرابة الأم من أمهاتها وأخواتها على غيرهن .

٣- تليهم جدة المحضون من جهة أبيه، وتشمل أم الأب، وأم أم الأب وإن علت.

٤- ثم الأب .

٥- تلي الأب أخت المحضون.

٦- ثم عمّته، فعمّة أبيه، فخالته، فبنت أخيه، فبنت أخته.

٧- ثم تنتقل للوصي من جهة أبيه أو من جهة القاضي.

٨- إن لم يكن له وصي انتقلت الحضانة للعصبة(٢).

---

(١) ينظر: العيني، البناية، ج٥، ص٤٧٣-٤٧٧. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٢٦٢-٢٦٥.

(٢) الصاوي، بلغة السالك، ج١، ص٤٩٠. الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج٣، ص١٦٢-١٦٤.

الأحق بالحضانة عند الشافعية:

يرى الشافعية أن ترتيب الحق في الحضانة إنما يكون على حسب الحال، ذلك أن الحضانة إما أن يجتمع فيها النساء دون الرجال وهن من أهل الحضانة، أو أن يجتمع الرجال فيها وهم من أهل الحضانة وليس معهم نساء، أو يجتمع فيها الرجال والنساء والجميع من أهل الحضانة.

الحالة الأولى : اجتماع النساء فيها دون الرجال

١- أولى النساء بعد الأم في الحضانة تنتقل إلى من يرث من أمهاتها لمشاركتهن الأم في الولادة والإرث ويقدم الأقرب فالأقرب ويقدمن على أمهات الأب وإن قربن لتحقق ولادتهن ولأنهن أقوى في الميراث من أمهات الأب لأنهن لا يسقطن بالأب وتسقط أمهات الأب بالأم، فإذا عدم من يصلح للحضانة من أمهات الأم ففيه قولان: قال في القديم: تنقل إلى الأخت والخالة ويقدمان على أم الأب فعلى هذا تكون الحضانة للأخت من الأب والأم ثم الأخت من الأم ثم الخالة ثم لأم الأب ثم للأخت من الأب ثم للعمّة، فعلى القول القديم تقدم قرابات الأم على قرابات الأب . وهذا قريب من قول المالكية.

وقال في الجديد: إذا عدمت أمهات الأم انتقلت الحضانة إلى أم الأب وهو الصحيح لأنها جدة وارثة فقدمت على الأخت والخالة كأم الأم فعلى هذا تكون الحضانة لأم الأب ثم لأمهاتها وإن علون الأقرب فالأقرب ويقدمن على أم الجد، كما يقدم الأب على الجد فإن عدمت أمهات الأب انتقلت إلى أمهات الجد ثم إلى أمهاتها وإن علون ثم تنتقل إلى أمهات أب الجد . وهذا قريب مما قاله الحنفية .

٢- إذا عدم أمهات الأبوين انتقلت إلى الأخوات ويقدمن على الخالات والعمّات لأنهن راكضن الولد في الرحم وشاركن في النسب وتقدم الأخت من الأب والأم ثم الأخت للأب ثم الأخت للأم.

٣- إن عدمت الأخوات انتقلت إلى الخالات ويقدمن على العمّات؛ لأن الخالة تساوي العمّة في الدرجة وعدم الإرث وتدلي بالأم، والعمّة تدلي بالأب، والأم تقدم على الأب فقدم من يدلي بها، وتقدم الخالة من الأب والأم على الخالة من الأب، ثم الخالة من الأب ثم الخالة من الأم، ثم تنتقل إلى العمّات؛ لأنهن يدلين بالأب، وتقدم العمّة من الأب والأم ثم العمّة من الأب ثم العمّة من الأم[1].

فنلحظ أن الشافعية يقدمون قربات الأم على قربات الأب على الأصح وإن اختلف الرواية عندهم في الترتيب .

(١) ينظر: الشيرازي، المهذب، ج٣، ١٦٥-١٦٧. النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٥١٣-٥١٩.

الحالة الثانية : اجتماع الرجال وهم من أهل الحضانة وليس معهم نساء

١- قدم الأب؛ لأن له ولادة وفضل شفقة ثم تنتقل إلى آبائه الأقرب فالأقرب؛ لمشاركتهم الأب في الولادة والتعصيب، فإن عدم الأجداد انتقلت إلى من بعدهم من العصبات.

٢- ثم تنتقل إلى الأخ من الأب والأم ثم إلى الأخ من الأب ثم إلى ابن الأخ من الأب والأم ثم إلى ابن الأخ من الأب ثم إلى العم من الأب والأم.

٣- ثم إلى العم من الأب ثم إلى ابن العم من الأب والأم ثم إلى ابن العم من الأب؛ لأن الحضانة تثبت لهم بقوة قرابتهم بالإرث فقدم من تقدم في الإرث[1].

الحالة الثالثة: اجتماع الرجال والنساء والجميع من أهل الحضانة

١- إن اجتمع الأب مع الأم كانت الحضانة للأم؛ لأن ولادتها متحققة وولادة الأب مظنونة، ولأن لها فضلاً بالحمل والوضع ولها معرفة بالحضانة فقدمت على الأب.

٢- إن اجتمع مع أم الأم وإن علت كانت الحضانة لأم الأم لأنها كالأم في تحقق الولادة والميراث، ومعرفة الحضانة.

٣- إن اجتمع مع الأب أم نفسه أو مع الأخت من الأب أو مع العمّة قدم عليهن؛ لأنهن يدلين به فقدم عليهن.

٤- إن اجتمع الأب مع الأخت من الأم أو الخالة ففيه وجهان: أحدهما: أن الأب أحق وهو ظاهر النص؛ لأن الأب له ولادة وإرث فقدم على الأخت والخالة كالأم.والثاني: وهو قول أبي سعيد الأصطخري أنه يقدم الأخت والخالة على الأب؛ لأنهما من أهل الحضانة والتربية ويدليان بالأم فقدمتا على الأب كأمهات الأم إن اجتمع الأب وأم الأب والأخت من الأم أو الخالة بنينا على القولين في الأخت من الأم والخالة إذا اجتمعا مع أم الأب فإن قلنا بقوله القديم إن الأخت والخالة يقدمان على أم الأب قدمت الأخت والخالة على الأب وأم الأب وإن قلنا بقوله الجديد إن أم الأب تقدم على الأخت والخالة بنينا على الوجهين في الأب إذا اجتمع مع الأخت من الأم أو الخالة فإن قلنا بظاهر النص إن الأب يقدم عليهما كانت الحضانة للأب؛ لأنه يسقط الأخت والخالة وأم نفسه فانفرد بالحضانة. وإن قلنا بالوجه الآخر إن الحضانة للأخت والخالة ففي هذه المسألة وجهان: أحدهما: أن الحضانة للأخت والخالة لأن أم الأب تسقط بالأب والأب يسقط بالأخت والخالة.والثاني: أن الحضانة للأب.

(١) ينظر: الشيرازي، المهذب، ج٣، ١٦٥-١٦٧. النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٥١٣-٥١٩.

٥- إن اجتمع الجد أب الأب مع الأم أو مع أم الأم وإن علت قدمت عليه كما تقدم على الأب، وإن اجتمع مع أم الأب قدمت عليه؛ لأنها تساويه في الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه كما قدمت الأم على الأب، وإن اجتمع مع الخالة أو مع الأخت من الأم ففيه وجهان كما لو اجتمعتا مع الأب، وإن اجتمع مع الأخت من الأب ففيه وجهان: أحدهما: أن الجد أحق لأنه كالأب في الولادة والتعصيب فكذلك في التقدم على الأخت.والثاني: أن الأخت أحق لأنها تساويه في الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة[1].

الأحق بالحضانة عند الحنابلة:

أحق الناس بالحضانة بعد الأم على الصحيح من المذهب عند الحنابلة:

١- أمهاتها

٢- ثم الأب

٣- ثم أمهاته، فهم يوافقون الحنفية والشافعية في الجديد في تقديم الأم والأب وأمهاتهم على سائر القربات .

٤- ثم الجد، ثم أمهاته.

٥- ثم الأخت للأبوين، ثم للأب، ثم للأم، ثم الأخت للأم.

٦- ثم الخالة، ثم العمّة، في الصحيح عنه.

٧- ثم تكون للعصبة الأقرب فالأقرب، غير الأب والجد وإن علا على ما تقدم.

ولا حضانة إلا لرجل عصبة إلا إذا كانت المحضونة أنثى وهو من غير محارمها،أو امرأة وارثة أو مدلية بوارث كالخالة وبنات الأخوات، أو مدلية بعصبة كبنات الإخوة والأعمام والعمّة، وهذا الصحيح من المذهب[2].

وهناك رواية ثانية عند الإمام أحمد وهي ظاهر كلام الخرقي أن قرابة الأب تقدم على قرابة الأم إذا سقطت حضانة الأم، فتقدم أم الأب على أم الأم، وبناء على هذا الأصل تقدم كل من تدلي للمحضون بأب على من تدلى به لأم[3].

سبب خلاف الفقهاء في ترتيب مستحقي الحضانة بعد الأم:-

وقد أشار ابن القيم إلى سبب الخلاف بين المذاهب بل المذهب الواحد في ترتيب مستحقي الحضانة فقال: «إذا عرف هذا فهل قدمت الأم لكون جهتها مقدمة على جهة الأبوة في الحضانة فقدمت لأجل الأمومة أو قدمت على الأب لكون النساء أقوم بمقاصد

(١) ينظر: الشيرازي، المهذب، ج٣، ١٦٥-١٦٧. النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٥١٣-٥١٩.
(٢) ينظر: المرداوي، الإنصاف، ج٩، ص٤١٦-٤٢١. ابن مفلح، المبدع، ج٧، ص١٨٢-١٨٤.
(٣) ينظر: المرداوي، الإنصاف، ج٩، ص٤١٦-٤٢٠.

الحضانة والتربية من الذكور فيكون تقديمها لأجل الأنوثة؟ ففي هذا للناس قولان: وهما في مذهب أحمد يظهر أثرهما في تقديم نساء العصبة على أقارب الأم أو بالعكس كأم الأم وأم الأب والأخت من الأب والأخت من الأم والخالة والعمّة وخالة الأم وخالة الأب ومن يدلي من الخالات والعمّات بأم ومن يدلي منهن بأب، ففيه روايتان عن الإمام أحمد؛إحداهما: تقديم أقارب الأم على أقارب الأب، والثانية: وهي أصح دليلاً، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية: تقديم أقارب الأب وهذا هو الذي ذكره الخرقي في مختصره فقال: والأخت من الأب أحق من الأخت من الأم وأحق من الخالة، وخالة الأب أحق من خالة الأم، وعلى هذا فأم الأب مقدمة على أم الأم كما نص عليه أحمد في إحدى الروايتين عنه[1] [2]..

وقد رجح ابن القيم تقديم أقارب الأب على أقارب الأم؛ لأن أصول الشرع وقواعده شاهدة بتقديم أقارب الأب في الميراث وولاية النكاح وولاية الموت وغير ذلك، ولم يعهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام، فمن قدمها في الحضانة فقد خرج عن موجب الدليل.

فالصواب في المأخذ هو أن الأم إنما قدمت لأن النساء أرفق بالطفل وأخبر بتربيته وأصبر على ذلك، وعلى هذا فالجدة أم الأب أولى من أم الأم، والأخت للأب أولى من الأخت للأم، والعمّة أولى من الخالة كما نص عليه أحمد في إحدى الروايتين، وعلى هذا فتقدم أم الأب على أب الأب كما تقدم الأم على الأب.

كما أشار ابن القيم أن الجريان على هذا الأصل يجعل أصل ترتيب استحقاق الحضانة مطرداً منضبطاً لا تتناقض فروعه، بل إن اتفقت القرابة والدرجة واحدة قدمت الأنثى على الذكر، فتقدم الأخت على الأخ، والعمّة على العم، والخالة على الخال، والجدة على الجد، وأصله تقديم الأم على الأب.

وإن اختلفت القرابة قدمت قرابة الأب على قرابة الأم، فتقدم الأخت للأب على الأخت للأم، والعمّة على الخالة، وعمة الأب على خالته وهلم جرا.

وهذا هو الاعتبار الصحيح والقياس المطرد وهذا هو الذي قضى به سيد قضاة الإسلام شُريح كما روى وكيع في مصنفه: عن الحسن بن عقبة عن سعيد بن الحارث قال: اختصم عمٌّ وخالٌ إلى شريح في طفل فقضى به للعم فقال الخال: أنا أنفق عليه من مالي فدفعه إليه شريح.

---

(١) وينظر: ابن قدامة، المغني، ج٩، ص٣٠٨.

(٢) زاد المعاد ، ج٥، ص٤٣٨.

وقد رد على الاعتراض الذي قد يرد على أصله في تقديم قرابة الأب على قرابة الأم بقوله: «فإن قيل: الخالة تدلي بالأم، والعمّة تدلي بالأب، فكما قدمت الأم على الأب قدم من يدلي بها، ويزيده بياناً كون الخالة أماً كما قال النبي ﷺ[1]، فالعمّة بمنزلة الأب.

قيل: قد بينا أنه لم تقدم الأم على الأب لقوة الأمومة وتقديم هذه الجهة بل لكونها أنثى، فإذا وجد عمّة وخالة فالمعنى الذي قدمت له الأم موجود فيهما وامتازت العمّة بأنها تدلي بأقوى القرابتين وهي قرابة الأب، والنبي ﷺ قضى بابنة حمزة لخالتها وقال: الخالة أم[2]، حيث لم يكن لها مزاحم من أقارب الأب تساويها في درجتها... وهذا يدل على تقديم من في جهة الأم على من في جهة الأب .

قيل: إنما يدل هذا إذا كانت صفية قد نازعت معهم وطلبت الحضانة فلم يقض لها بها بعد طلبها وقدم عليها الخالة، هذا إذا كانت لم تمنع منها لعجزها عنها فإنها توفيت سنة عشرين عن ثلاث وسبعين سنة فيكون لها وقت هذه الحكومة بضعاً وخمسين سنة، فيحتمل أنها تركتها لعجزها عنها و لم تطلبها مع قدرتها، والحضانة حق للمرأة فإذا تركتها انتقلت إلى غيرها.

وبالجملة: فإنما يدل الحديث على تقديم الخالة على العمّة إذا ثبت أن صفية خاصمت في ابنة أخيها وطلبت كفالتها فقدم رسول الله ﷺ الخالة وهذا لا سبيل إليه»[3].

ثم أشار إلى الضابط الذي وضعه شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله – في ترتيب مستحقي الحضانة فقال ناقلاً عنه: «أقرب ما يضبطه باب الحضانة أن يقال: لما كانت الحضانة ولاية تعتمد الشفقة والتربية والملاطفة كان أحق الناس بها أقومهم بهذه الصفات وهم أقاربه يقدم منهم أقربهم إليه وأقومهم بصفات الحضانة، فإن اجتمع منهم اثنان فصاعداً، فإن استوت درجتهم قدم الأنثى على الذكر، فتقدم الأم على الأب، والجدة على الجد، والخالة على الخال، والعمّة على العم، والأخت على الأخ، فإن كانا ذكرين أو أنثيين قدم أحدهما بالقرعة يعني مع استواء درجتها، وإن اختلفت درجتهما من الطفل فإن كانوا من جهة واحدة قدم الأقرب إليه، فتقدم الأخت على ابنتها، والخالة على خالة الأبوين، وخالة الأبوين على خالة الجد والجدة، والجد أبو الأم على الأخ للأم هذا هو الصحيح؛ لأن جهة الأبوة والأمومة في الحضانة أقوى من جهة الأخوة فيها... هذا كله إذا استوت درجتهم أو كانت جهة الأب أقرب إلى الطفل، وأما إذا كانت جهة الأم

(١) ينظر: الألباني، صحيح الجامع، رقم الحديث ١٣٤٧. نقلا عن موقع الدرر السنية: http://www.dorar.net/hadith
(٢) سبق تخريجه.
(٣) زاد المعاد، ج٥، ص٤٣٨-٤٤٢.

أقرب وقرابة الأب أبعد كأم الأم وأم أب الأب وكخالة الطفل وعمّة أبيه فقد تقابل الترجيحان ولكن يقدم الأقرب إلى الطفل لقوة شفقته وحنوه على شفقة الأبعد، ومن قدم قرابة الأب فإنما يقدمها مع مساواة قرابة الأم لها، فأما إذا كانت أبعد منها قدمت قرابة الأم القريبة وإلا لزم من تقديم القرابة البعيدة لوازم باطلة لا يقول بها أحد. فبهذا الضابط يمكن حصر جميع مسائل هذا الباب وجريها على القياس الشرعي واطرادها وموافقتها لأصول الشرع، فأي مسألة وردت عليك أمكن أخذها من هذا الضابط مع كونه مقتضى الدليل ومع سلامته من التناقض ومناقضة قياس الأصول، وبالله التوفيق»[1].

والمتأمل لهذا الترتيب في أهل استحقاق الحضانة يلحظ حرص الشريعة على تقديم من هو أصلح للمحضون، لذا قدمت الأم على كل من سواها لأنه لن يجد عند غيرها ما يجده عندها من حنان ومحبة، فقد فطرها الله على معاني ومشاعر لن تتوفر لغيرها فتقديراً لعاطفتها الفيّاضة التي ترى في الولد أنه جزء منها قدمت على كل من سواها، ويستثنى من ذلك ما لو اختل فيها شرط الحضانة فقدمت مصلحة المحضون على مشاعرها وعاطفتها الفيّاضة تجاهه، وعلى الرغم من سقوط حقها إلا أن الفقهاء يسندون الحضانة إلى أخص قراباتها كأمها أوأم أمها أو غيرهن حسب ما عرضنا لأقوالهم؛ لأنها تكتسب من محبة الأم وعاطفتها، أما من قدم قرابة الأب إذا استوت درجة قرابة الأب مع قرابة الأم فإنه نظر أن العاطفة والمحبة أصبحت مشتركة، وأصول الشرع تقدم قرابة الأب على قرابة الأم في الميراث وولاية النكاح وولاية الموت وغير ذلك و لم يعهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام فمن قدمها في الحضانة فقد خرج عن موجب الدليل، ومن رجح قرابة الأم رأى أنها في الغالب أكثر شفقة على الولد لأنها تدلي إليه من جهة الأم فتكتسب من شفقة الأم وحنانها، وأياً كان المستحق فإن المعول عليه في ذلك كله مصلحة المحضون والأحظى له، لذا فالذي أراه راجحاً في هذه المسألة هو المصلحة،بأن ينظر القاضي لما هو أصلح للمحضون سواء في تقديم قرابة الأم أو قرابة الأب إذا استوت درجة القرابة.

لذا نرى أن الشيخ ابن عثيمين – رحمه الله – في شرحه على زاد المستقنع يعلق على خلاف الفقهاء في مسألة ترتيب مستحقي الحضانة بعد الأم فيقول «وهذا الترتيب الذي ذكره المؤلف ليس مبنياً على أصل من الدليل، ولا من التعليل، وفيه شيء من التناقض، والنفس لا تطمئن إليه، ولهذا اختلف العلماء في الترتيب في الحضانة على أقوال متعددة،

(١) ابن القيم، زاد المعاد، ج٥، ص٤٥٠، ٤٥١.

ولكنها كلها ليس لها أصل يعتمد عليه»[1]، وعليه فالتعويل على تقدير الأصلح في حق المحضون بعد تقديم من توفرت فيه شروط الحضانة وكونه أنثى واستواء قرابته للمحضون، فإن استويا في كل ذلك أقرع بينهما[2]، والله أعلم.

(١) ج١٣، ص٥٣٥.
(٢) وينظر: المرجع السابق، ج١٣، ص٥٣٦.

المبحث الثاني

موجبات نقل الحضانة عمن ثبتت له ودور المصلحة في ذلك

لا شك أن ترتيب مستحقي الحضانة الذي أشرنا إليه عند الفقهاء إنما هو لمن تحقق فيه شروط الحاضن والتي سنفرد الحديث عنها في هذا المبحث، وقد لاحظنا أن الفقهاء عند ترتيبهم لمستحقي الحضانة راعوا مصلحة المحضون في ذلك من حيث قوة شفقة الحاضن على المحضون ودرجة قرابته، إلا أن هذا الترتيب لا يمكن أن يعول عليه بمفرده حيث إن الحاضن ينبغي أن تراعى فيه شروط معينة تؤهله لاستحقاق الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون، فيكون المستحق بالشروط التي سيرد ذكرها أولى بالحضانة من غيره، فإن تخلفت هذه الشروط أو بعضها عن الحاضن سقط استحقاقه للحضانة وانتقل حق الحضانة لمن هو بعده، مراعاة لمصلحة المحضون وحظه.

وقد اشترط الفقهاء شروطاً فيمن تثبت له الحضانة متى ما اختل شرط منها سقط حق الحاضن في الحضانة، وقد وقع الخلاف في بعض هذه الشروط، وفيما يلي نعرض هذه الشروط:

- **الشرط الأول**: البلوغ، فقد نص فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] والحنابلة[٣]، أنه لا حضانة لصغير، واستثنى المالكية ما لو كان الصبي رشيداً في المال ويكون ذلك الصغيرمع حاضنه حاضنين لذلك المحضون فالصبي الأول مع حاضنه يشتركان في حضانة الصبي الثاني[٤].

ولا شك أن اشتراط البلوغ في الحاضن لا بد منه؛ لأن غير البالغ يحتاج لمن يرعى شأنه فكيف يتحمل شأن غيره ومسؤوليته.

- **الشرط الثاني**: العقل وقد اتفق الفقهاء أنه لا حضانة لمعتوه، ولا لمجنون؛لأنه لا يصلح للحضانة[٥].
- **الشرط الثالث**:الإسلام، فلا حضانة لكافر على المسلم وهذا قول الشافعية[٦] والحنابلة[٧]، وقال الحنفية؛ الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل دينا[٨]، وبهذا قال

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٢٥٣.
(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص٥٢٩.
(٣) البهوتي، كشاف القناع، ج٥، ص٤٩٨.
(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص٥٢٩.
(٥) المراجع السابقة. الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٤٥٤،٤٥٥.
(٦) الشيرازي، المهذب، ج٣، ص١٦٤.
(٧) ابن قدامة، المغني، ج٩، ص٢٩٨.
(٨) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٤٩.

المالكية إن كانت في حرز وتمنع أن تغذيهم بخمر أو خنزير، فإن خيف أن تفعل بهم ضمت إلى ناس من المسلمين ولا يترع منها[1].

واستدلّوا بما رواه رافع بن سنان أَنَّهُ أسلمَ وأبت امرأتُه أن تسلمَ فأتتِ النَّبيَّ ﷺ فقالت: ابنتي وَهيَ فطيمٌ أو شبَههُ، وقالَ رافعٌ: ابنتي قالَ لَه النَّبيُّ صلَّى اللَّهُ عليهِ وسلَّمَ: **اقعد ناحيةً، وقالَ لَها: اقعدي ناحيةً، قالَ: وأقعدَ الصَّبيَّةَ بينَهما ثمَّ قالَ: ادعواها، فمالتِ الصَّبيَّةُ إلى أمِّها، فقالَ النَّبيُّ ﷺ: اللَّهمَّ اهدِها فمالتِ الصَّبيَّةُ إلى أبيها فأخذَها**[2].

ولأن الحضانة تنبني على الشفقة، وهي أشفق عليه فيكون الدفع إليها أنظر له ما لم يعقل الأديان فإذا عقل يترع منها لاحتمال الضرر[3].

واستدل الشافعية والحنابلة أنها ولاية فلا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح والمال، 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، والحضانة إنما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه.

وأجابوا على الاستدلال بالحديث أنه يحتمل أن النبي ﷺ علِم أنها تختار أباها بدعوته فكان ذلك خاصاً في حقه[4].

قلت: وفي زماننا أرى أن الأصلح للطفل أن لا تتولى أمه الكافرة حضانته لكي لا تفتنه في دينه، وضياع دينه أعظم من ضياع جسده وروحه، لا سيما مع استقواء الكفر وأهله في أزماننا وتغلبهم في كثير من البلدان على أهل الإسلام، لذا أرجّح قول الشافعية والحنابلة في هذه المسألة، حفاظاً على دين المحضون وخلقه.

- **الشرط الرابع**:الكفاءة أو القدرة على التربية، فلو كانت الحاضنة كبيرة أو مريضة مرضاً دائماً يضعفها، أو بها مرض معد كجذام أو برص، أو كانت مريضة بعمى، أو كثيرة الخروج بحيث يضيع الولد عندها فإن شرط الحضانة يختل فيها، إلا إذا

---

(١) المواق، التاج والاكليل، ج٤، ص٢١٦، ٢١٧.

(٢) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الأبوين لمن يكون الولد، رقم الحديث ٢٢٤٤. وقال ابن قدامة عنه: روي على غير هذا الوجه ولا يثبته أهل النقل وفي إسناده مقال. الا أن الألباني صححه في صحيح أبي داود. الدرر السنية: http://www.dorar.net/hadith.

(٣) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٤٩.

(٤) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج٩، ص٢٩٩.

وجد معها من يخدمها ويستطيع أن يتولى شؤون المحضون معها فلا تسقط عنها الحضانة[1].

لذا ينبغي تقييد سقوط الحضانة بسبب انشغال الأم بعدم وجود حاضن ثاني معها يتولى مراعاة المحضون والعناية به، ذلك أن الأم وإن انشغلت كما هو حال أكثر الأمهات العاملات اليوم إلا أنها يمكن أن تشرف على حاضنة ولدها وتتابعها فلا يضيع الولد بسبب ذلك.

وقد أشار العلامة بن بيه إلى مسألة سقوط الحضانة عن المرأة العاملة التي قد يشغلها العمل عن رعاية ولدها قياسا على سقوط حقها بالزواج وقال إن المسألة تحتاج الى دراسة وتأمل وممّا قاله: «ولهذا فإن الحضانة التي هي من خصائص النساء قد تتأثر كثيراً بهذا الوضع مما يدعو إلى اجتهاد في مسألة المرأة العاملة إذا كانت منفصلة عن والد الطفل حتى ولو كانت غير متزوجة إذ أن المتزوجة بغير والد الطفل تسقط حضانتها لانشغالها بحقوق الزوج وكذلك العاملة ينبغي دراسة وضعها»[2].

والذي يترجح عندي أن عمل المرأة لا يبرر إسقاط حقها في الحضانة لأسباب منها:

- أن سقوط حقها في الحضانة بسبب الزواج لا يمكن أن يقاس عليه سقوط حقها بسبب العمل، لأن الأول إنما سقط لحق الزوج الذي قد تصيبه الغيرة برؤية ولد لها من غيره فينعكس ذلك على تعامله معها ومع ولدها بل قد يؤثر ذلك على علاقتها بولدها فتشعر أنه صار بمثابة العبء عليها وقد يجعلها ذلك تسيء معاملة زوجها أو ولدها مما يؤثر على نفسيته ويتنافى مع مقصد الحضانة في استصلاح شأن الطفل وصونه ورعايته.
- أن المرأة وإن كانت عاملة فإن عملها في الغالب لا يستغرق جميع وقتها وبإمكانها أن تعهد بصغيرها في وقت عملها من تستأمنه في حفظ صغيرها وقت انشغالها بعملها، لذلك نجد الفقهاء يشترطون في الحاضن القدرة على القيام بشأن المحضون فلا حضانة لمن كان عاجزاً عن ذلك لكبر سن أو مرض يعوق عن ذلك أو عاهة كالعمى والخرس والصمم أو كانت الحاضنة تخرج كثيراً لعمل أو غيره وتترك الولد ضائعاً فكل هؤلاء لا

(١) ينظر:.المواق، التاج والاكليل، ج٤، ص٢١٦. الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٤٥٦. البهوتي، كشاف القناع، ج٥، ص٤٩٩.

(٢) موقع الشيخ بن بيه http://www.binbayyah.net/portal/research/146

حضانة لهم إلا إذا كان لديهم من يعنى بالمحضون ويقوم على شؤونه فحينئذ لا تسقط حضانتهم[1].

- كما أن المرأة على عهد النبي ﷺ كانت تعمل وقد يكون عملها في مهن شاقة كجذ الزرع وحصده ومع ذلك لم يستفصل النبي ﷺ من المرأة مع احتمالية كونها صاحبة عمل، بل علق سقوط حقها في الحضانة بالنكاح وحده، فدل ذلك على أن انشغال المرأة بالعمل لا يبرر إسقاط حقها في الحضانة، بل وتبيّن من خلال الحديث أن إسقاط حق المرأة في الحضانة ليس بسبب انشغالها بحق زوجها وانما بأسباب أخرى انضمت لذلك.

● **الشرط الخامس**:العدالة وعدم الفسق، وهذا اختلف الفقهاء في اعتباره، فذهب المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4] على اعتباره في الحاضن. وذهب الحنفية إلى عدم اعتباره إلا إن كان فجوراً وفسقاً يضيع الولد ككون الأم زانية أو مغنية أو نائحة[5].

وقد رَجّح ابن القيم عدم اشتراط العدالة في الحاضن وأن الحضانة تثبت حتى للفاسق حيث قال: «مع أن الصواب أنه لا تشترط العدالة في الحاضن قطعاً وإن شرطها أصحاب أحمد والشافعي وغيرهم واشتراطها في غاية البعد. ولو اشترط في الحاضن العدالة لضاع أطفال العالم ولعظمت المشقة على الأمة واشتد العنت ولم يزل من حين قام الإسلام إلى أن تقوم الساعة أطفال الفسّاق بينهم لا يتعرض لهم أحد في الدنيا مع كونهم الأكثرين.

ومتى وقع في الإسلام انتزاع الطفل من أبويه أو أحدهما بفسقه؟ وهذا في الحرج والعسر- واستمرار العمل المتصل في سائر الأمصار والأعصار على خلافه - بمنزلة اشتراط العدالة في ولاية النكاح فإنه دائم الوقوع في الأمصار والأعصار والقرى والبوادي، مع أن أكثر الأولياء الذين يلون ذلك فسّاق، ولم يزل الفسق في الناس ولم يمنع النبي ﷺ ولا أحد من الصحابة فاسقاً من تربية ابنه وحضانته له ولا من تزويجه موليته، والعادة شاهدة بأن الرجل ولو كان من الفسّاق فإنه يحتاط لابنته ولا يضيعها ويحرص على الخير لها بجهده، وإن قدر خلاف ذلك فهو قليل بالنسبة إلى المعتاد والشارع يكتفي في ذلك بالباعث الطبيعي، ولو كان الفاسق مسلوب الحضانة وولاية النكاح لكان بيان هذا للأمة

(١) وينظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٢، ص ٥٢٨. الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٤٥٦ البهوتي، كشاف القناع، ج٥، ص ٤٩٩

(٢) الدردير، الشرح الصغير، ج١، ص٤٩١.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٥٠٦.

(٤) ابن مفلح، المبدع، ج٧، ص١٨٥.

(٥) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٢٥٣، ٢٥٤.

من أهم الأمور واعتناء الأمة بنقله وتوارث العمل به مقدماً على كثير مما نقلوه وتوارثوا العمل به، فكيف يجوز عليهم تضييعه واتصال العمل بخلافه.

ولو كان الفسق ينافي الحضانة لكان من زنى أو شرب خمراً أو أتى كبيرة فرق بينه وبين أولاده الصغار والتمس لهم غيره، والله أعلم»[1].

كما اشترط الفقهاء شروطاً خاصة بالإناث وأخرى خاصة بالرجال،فممّا اشترطوه في الإناث:

- **الشرط السادس بالنسبة لهن**:خلو المرأة من الزوج، وقد ذكر ابن القيم أن الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة حيث قال: «واختلف الناس في سقوط الحضانة بالنكاح على أربعة أقوال:

أحدها: سقوطها به مطلقاً سواء كان المحضون ذكراً أم أنثى، وهذا مذهب الشافعي[2] ومالك[3] وأبي حنيفة[4] وأحمد في المشهور عنه[5]. قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم[6].

والقول الثاني: أنها لا تسقط بالتزويج بحال، ولا فرق في الحضانة بين الأيم وذوات البعل، وحكي هذا المذهب عن الحسن البصري وهو قول أبي محمد ابن حزم[7].

القول الثالث: أن الطفل إن كان بنتاً لم تسقط الحضانة بنكاح أمها، وإن كان ذكراً سقطت، وهذه إحدى الروايتين عن أحمد – رحمه الله –: أنه إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها. قيل له والجارية مثل الصبي؟ قال لا الجارية تكون مع أمها إلى سبع سنين. وروي عنه أن الجارية تظل في حضانة أمها إلى أن تبلغ[8].

---

(١) زاد المعاد، ج٥، ص٤٦١.

(٢) النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٥٠٦.

(٣) الدردير، الشرح الكبير، ج٢، ص٥٢٩. وذكر الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير أن الزوج لو دخل بالأم نزع الولد منها ما لم يخف على الولد بتزعه منها الضرر، وإلا بقي عندها، ولا تسقط حضانتها كما يفيده قول المصنف الآتي أو لم يقبل الولد غير أمه وسواء كان الولد رضيعا أولا كما اختاره عج وارتضاه شيخنا واختار الشيخ أحمد الزرقاني التفرقة بين الرضيع وغيره فإذا كان في نزعه ضرر له لا تسقط حضانته إن كان رضيعا، وإلا سقطت.

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٢٦٦.

(٥) البهوتي، كشاف القناع، ج٥، ص ٤٩٩.

(٦) ينظر: الاجماع، ص١١١.

(٧) المحلى، ج١٠، ص١٤٣.

(٨) ينظر: المرداوي، الإنصاف، ج٩، ص٤٢٤.

والقول الرابع: أنها إذا تزوجت بنسيب من الطفل لم تسقط حضانتها، ثم اختلف أصحاب هذا القول على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن المشترط أن يكون الزوج نسيباً للطفل فقط وهذا ظاهر قول أصحاب أحمد[١].

الثاني: أنه يشترط أن يكون مع ذلك ذا رحم محرم وهو قول أصحاب أبي حنيفة[٢].

الثالث: أنه يشترط أن يكون بين الزوج وبين الطفل إيلاد بأن يكون جداً للطفل، وهذا قول مالك[٣]،وبعض أصحاب أحمد[٤]، فهذا تحرير المذاهب في هذه المسألة»[٥].

ومن أسقط الحضانة بنكاح الأم استدل بحديث: «**أنت أحق به ما لم تنكحي**»[٦].

فقد دل الحديث على أنه إذا افترق الأبوان وبينهما ولد فالأم أحق به من الأب ما لم يقع بالأم ما يمنع تقديمها أو بالولد وصف يقتضي تخييره وهذا ما لا يعرف فيه نزاع.

وقد قضى به خليفة رسول الله ﷺ أبو بكر على عمر بن الخطاب و لم ينكر عليه منكر فلما ولي عمر قضى به.

وذكر عن الثوري عن عاصم عن عكرمة قال: خاصمت امرأة عمر عمر إلى أبي بكر – رضي الله عنه – وكان طلقها فقال أبو بكر – رضي الله عنه –: الأم أعطف وألطف وأرحم وأحنى وأرأف هي أحق بولدها ما لم تتزوج[٧].

وذكر عن معمر قال: سمعت الزهري يقول: إن أبا بكر قضى على عمر في ابنه مع أمه وقال: أمه أحق به ما لم تتزوج[٨].

واعترض على الاستدلال بهذا الحديث بأن هذا صحيفة لا يحتج بها لأنها مرسلة[٩].

وقد استدلّوا بالمعقول على سقوط حضانة الأم بالزواج، ذلك أن المقتضي لحقها من الحضانة هو قرابتها الخاصة وإنما عارضها مانع النكاح لما يوجبه من إضاعة الطفل

---

(١) المرجع السابق.
(٢) العيني،البناية،ج٥،ص٤٧٦.
(٣) لم أقف على هذا القول عند المالكية.
(٤) لم أقف على هذا القول عند الحنابلة.
(٥) ينظر: ابن القيم، زاد المعاد،ج٥، ص٤٥٥.
(٦) سبق تخريجه.
(٧) سبق تخريجه.
(٨) ابن القيم، زاد المعاد،ج٥، ص٤٣٧والأثران أخرجهما عبد الرزاق في المصنف، ١٢٥٩٨،١٢٦٠٠، نقلا عن محققي زاد المعاد..
(٩) ابن حزم، المحلى، ج١٠، ص ١٤٧.

واشتغالها بحقوق الزوج الأجنبي منه عن مصالحه ولما فيه من تغذيته وتربيته في نعمة غير أقاربه وعليهم في ذلك منة وغضاضة[1].

وفي ذلك من المنة على الطفل المحضون، إذا عاش تحت حضن هذا الزوج الجديد، وكل إنسان لا يرضى أن يكون ابنه تحت رجل أجنبي.

وقال آخرون: بل العلة في ذلك الحفاظ على حق الزوج الجديد، وبناءً على هذا التعليل الأخير،فلو أن الزوج الجديد وافق على أن يبقى الطفل محضوناً مع أمه لم يسقط حقها، ولكن ما ذكره فقهاؤنا رحمهم الله وهو أقرب التعليلات: أن العلة كون هذا الزوج الجديد أجنبياً من المحضون، وإذا كان أجنبياً ربما لا يرحمه ولا يبالي به ضاع أم استقام[2].

والمقصد العام في الحضانة هو صيانة الطفل والمقصد الخاص هو تكليف المرأة بالحضانة لما جبلت عليه من الشفقة والرأفة.

فالحضانة كما يقول القرافي تفتقر إلى وفور الصبر على الأطفال في كثرة البكاء والتضجر وغيرهما من الهيئات العارضة لهم وإلى مزيد الشفقة والرقة الباعثة على الرفق بهم ولذا فرضت على النساء غالباً لأن علو همة الرجال تمنعهم الانسلاك في أطوار الصبيان في المعاملات وملامسة الأقذار وتحمل الدناءة»[3].

وهي ستنشغل بالزوج الجديد، وتريد أن تكون حياة جديدة فقد لا تعير لهذا الولد اهتماماً كافياً، وقد يستثقله الزوج، ويرى أن هذا الولد ينغص عليه، ويريد أن يبدأ حياة جديدة مع هذه المرأة وتنسى التاريخ الماضي، لكن هذا الولد يذكرها صباح مساء، ولن تبدأ معه حياة جديدة من كل وجه ما دام يوجد طرف ثالث في البيت، ولهذا قد تقصر مع الولد[4].

أما من قال بعدم سقوط الحضانة بسبب الزواج فقد استدل لذلك:

١- قول الله عز وجل: ﴿**وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللهِ**﴾ (الأحزاب: ٦). فأما الأم فإنه في يدها؛ لأنه في بطنها ثم في حجرها مدة الرضاع بنص قول الله عز وجل: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ**﴾(البقرة: ٢٣٣). فلا يجوز نقله أو نقلها عن موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص، و لم يأت نص صحيح

---

(١) ابن القيم، زاد المعاد، ج٥، ص٤٥٣.

(٢) ابن عثيمين، الشرح الممتع، ج١٣، ص٥٤١.

(٣) موقع الشيخ بن بيه، بحوث في الحضانة، http://www.binbayyah.net/portal/research/146. وقد قال معلقا على كلام القرافي: قلت: ولعل غلظة الرجل هي السبب وليس علو همته، والمرأة وهي تقوم بواجب الحضانة لا تمارس دناءة وإنما تؤدي واجباً وتنشر رحمة. فرحم الله القرافي فلعله لا يقصد بذلك تشهيراً بالمرأة ولا حطاً من مكانتها.

(٤) موقع الشيخ خالد السبت http://www.khaledalsabt.com/cnt/slasel/1499

قط بأن الأم إن تزوجت يسقط حقها في الحضانة، ولا بأن الأب إن رحل عن ذلك البلد سقط حق الأم في الحضانة[1].

٢- عن أبي هريرة قال: (قال رجل: يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال: **أمك**، قال: ثم من؟ قال: **أمك**، قال: ثم من؟ قال: **أمك**، قال: ثم من؟ قال: **أبوك**)[2].

٣- عن أبي هريرة قال: (قال رجل: يا رسول الله من أحق الناس بحسن الصحبة؟ قال: **أمك ثم أمك ثم أمك ثم أباك ثم أدناك أدنا**)[3].

فهذا نص جلي على إيجاب الحضانة؛ لأنها صحبة و لم يخص عليه الصلاة والسلام زواجها من غير زواجها[4].

قلت: وليس في هذه الأحاديث ما يدل على أن الحضانة لا تسقط بالنكاح ذلك أنها أحاديث عامة تدعوا بالوصية بالأم وبرها، ولا تلازم بينها وبين الحضانة، وهي لا تقوى على معارضة الأحاديث الخاصة الواردة في سقوط الحضانة بنكاح الأم.

والخاص يقدم على العام في الاستدلال فيعمل بالخاص في خصوصه ويعمل بالعام في عمومه.

٤- عن أنس بن مالك قال: (قدم رسول الله ﷺ المدينة ليس له خادم فأخذ أبو طلحة بيدي فانطلق بي إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: يا رسول الله إن أنسا غلام كيس فليخدمك؟ قال: فخدمته في السفر والحضر)[5]. وذكر الخبر - فهذا أنس في حضانة أمه، ولها زوج وهو أبو طلحة بعلم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم[6].

وقد أجاب ابن القيم على هذا الاحتجاج بأنه في غاية السقوط والخبر في غاية الصحة فإن أحداً من أقارب أنس لم ينازع أمه فيه إلى النبي ﷺ وهو طفل صغير لم يثغر و لم يأكل وحده و لم يشرب وحده و لم يميز وأمه مزوجة فحكم به لأمه، وإنما يتم الاستدلال بهذه المقدمات كلها، والنبي ﷺ لما قدم المدينة كان لأنس من العمر عشر سنين

---

(١) ابن حزم، المحلى، ج١٠، ص١٤٣.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب من أحق الناس بحسن الصحبة، رقم الحديث ٥٩٧١. مسلم، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والأدب، باب بر الوالدين، وأيهما أحق به، رقم الحديث٦٥٠٠.

(٣) مسلم، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والأدب، باب بر الوالدين، وأيهما أحق به رقم الحديث ٦٥٠١.

(٤) ابن حزم، المحلى، ج١٠،ص ١٤٤.

(٥) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب استخدام اليتيم في السفر والحضر...، رقم لحديث ٢٧٦٨. مسلم، صحيح مسلم، كتاب الفضائل، باب حسن خلقه ﷺ، رقم الحديث ٦٠١٣.

(٦) ابن حزم، المحلى، ج١٠، ص ١٤٦.

فكان عند أمه فلما تزوجت أبا طلحة لم يأت أحد من أقارب أنس ينازعها في ولدها ويقول: قد تزوجت فلا حضانة لك وأنا أطلب انتزاعه منك ولا ريب أنه لا يحرم على المرأة المزوجة حضانة ابنها إذا اتفقت هي والزوج وأقارب الطفل على ذلك ولا ريب أنه لا يجب بل لا يجوز أن يفرق بين الأم وولدها إذا تزوجت من غير أن يخاصمها من له الحضانة ويطلب انتزاع الولد فالاحتجاج بهذه القصة من أبعد الاحتجاج وأبرده[1].

أما من قال: لا تسقط حضانة الأم إن تزوجت بنسيب للطفل فقد احتج بما رواه أبو سلمة بن عبد الرحمن رواه عنه رجل صالح من المدينة، قال: كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار فقتل عنها يوم أحد وله منها ولد فخطبها عم ولدها ورجل آخر إلى أبيها فأنكح الآخر فجاءت إلى النبي ﷺ فقالت: أنكحني أبي رجلاًلا أريده وترك عم ولدي فيؤخذ مني ولدي فدعا رسول الله ﷺ أباها فقال: [أنكحت فلاناً فلانة؟ قال: نعم قال: أنت الذي لا نكاح لك اذهبي فانكحي عم ولدك][2].

فلم 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[3].

وقد نوقش هذا الدليل بأنه مرسل وفيه مجهول، ومثل هذا لا يحتج به[4]. وأجيب عن هذا الاعتراض بأن أبا سلمة من كبار التابعين وقد حكى القصة عن الأنصارية ولا ينكر لقاؤه لها فلا يتحقق الإرسال ولو تحقق فمرسل جيد له شواهد مرفوعة وموقوفة وليس الاعتماد عليه وحده، وعني بالمجهول الرجل الصالح الذي شهد له أبو الزبير بالصلاح، ولا ريب أن هذه الشهادة لا تعرف به، ولكن المجهول إذا عدله الراوي عنه الثقة ثبتت عدالته وإن كان واحداً على أصح القولين فإن التعديل من باب الإخبار والحكم لا من باب الشهادة ولاسيما التعديل في الرواية فإنه يكتفى فيه بالواحد ولا يزيد على أصل نصاب الرواية، هذا مع أن أحد القولين: إن مجرد رواية العدل عن غيره تعديل له وإن لم يصرح بالتعديل كما هو إحدى الروايتين عن أحمد، وأما إذا روى عنه وصرح بتعديله فقد خرج عن الجهالة التي ترد لأجلها روايته، لاسيما إذا لم يكن معروفا بالرواية عن الضعفاء والمتهمين، وأبو الزبير وإن كان فيه تدليس فليس معروفاً بالتدليس عن المتهمين والضعفاء

(١) ابن القيم، زاد المعاد، ج٥، ص٤٥٧، ٤٥٨.
(٢) المرجع السابق. ابن حزم، المحلى ج ١٠، ص ١٤٦.
(٣) ابن القيم، زاد المعاد، ج٥، ص٤٥٦.
(٤) ابن حزم، المحلى، ج١٠، ص١٤٦.

بل تدليسه من جنس تدليس السلف لم يكونوا يدلسون عن متهم ولا مجروح وإنما كثر هذا النوع من التدليس في المتأخرين[1].

ولعل أولى الأقوال بالترجيح هو القول القاضي بسقوط الحضانة بنكاح الأم إلا إن تزوجت بنسيب للطفل؛ لأن هذا أصلح له؛ لأن بقاءه في حضن أمه المزوجة من قريب والده أولى من انتقال حضانته لغيرها، لأنه لا تملك امرأة أخرى أن تعطيه الحنان والرعاية التي تنفرد بها الأم في الغالب وقرابة زوجها للمحضون تدفعه إلى حسن معاملته أو عدم استثقاله في الغالب، بل قد يكون ما دفعه للزواج من أمه حرصه على ولدها وولد قريبه منها ورغبته القوية في عدم التفريق بينه وبين أمه كما حيل بينه وبين أبيه، والله أعلم.

- **الشرط السابع**: وهو شرط يخص الرجل سواء كان أباً أو غيره أن يكون عنده من الإناث من يصلح للحضانة من زوجة أو سرية أو أمة أو خادمة، أو مستأجرة لذلك أو متبرعة؛ لأن الذكر لا صبر له على أحوال الأطفال كالنساء، فإن لم يكن له ذلك سقطت عنه، وقد نص على هذا الشرط المالكية[2].

ولا شك ان اشتراط هذا الشرط وجيه ذلك أن الرجال لا قدرة لهم على تحمل تكاليف الصغار والصبر على ذلك، وقد أشرنا لكلام القرافي في ذلك.

- **الشرط الثامن**: وهو شرط خاص بالرجل أيضا، وهو أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إن كان أنثى بلغت سبعاً؛ لأنها محل شهوة ولو كان الحاضن مأموناً ذا أهل تحرزاً عن الفتنة[3].

كما ذكر جمهور الفقهاء أن من مسقطات الحضانة السفر،وقد اختلف الفقهاء في السفر والانتقال بالمحضون على قولين:

القول الأول: أنه إذا أراد أحد الأبوين السفر بالولد ثم العودة به – كالسفر للتجارة و الزيارة– والآخر مقيم، فالمقيم أحق بحضانته؛ لأن في السفر إضراراً بالولد.

وإن كان السفر للإقامة والطريق آمن والبلد الذي يريد الانتقال إليه آمن، فالأب أحق به سواء كان هو المسافر أو المقيم؛ لأن الأب هو من يتولى رعايته وتأديبه وحفظ نسبه، فإن لم يكن الولد في بلد الأب ضاع ، وهذا قول الجمهور من المالكية[4] والشافعية[5] والحنابلة إلا أن الحنابلة قيدوا ذلك بعدم مضارة الأم وانتزاع الولد منها[6].

---

(١) ابن القيم، زاد المعاد، ج٥، ص٤٥٧، ٤٥٦.

(٢) الدردير، الشرح الكبير، ج٢، ص٥٢٩.

(٣) ينظر: المرغيناني، الهداية، ج٤، ص٣٧٠. الدردير، الشرح الكبير، ج٢، ص٥٢٩. الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٤٥٣، ٤٥٤. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٣، ص٢٤٩.

(٤) ينظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، ج٢، ص٥٣١، ٥٣٢. ابن مفلح، المبدع، ج١٨٦، ١٨٧.

(٥) ينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٤٥٨، ٤٥٩.

(٦) ينظر: ابن مفلح،المبدع،ج١٨٦، ١٨٧.

القول الثاني: وهو قول الحنفية[1]،أنه إذا أراد الأب الانتقال بالمحضون فالأم أحق، وإن أرادت الأم الانتقال به وكان بعد انتهاء عدتها منه، فإن كان الانتقال إلى البلد الذي كان فيه أصل النكاح فهي أحق به، وإن كان إلى بلد آخر فالأب أحق به، مادام البلد بعيداً، أما إذا كان البلد قريباً بحيث يمكن للأب رؤية الولد ويمكنه الرجوع قبل الليل، فإنه لا تسقط حضانتها متى كانت البلد الذي انتقلت إليها ليست أقل حالاً من البلد التي كانت تقيم فيه، حتى لا تتأثر أخلاق الصبي[2].

لقد حرص الفقهاء في كلا القولين على مصلحة الصغير، لذا فإن القاضي يقرر ما هو مناسب حسب مصلحة الصغير.

يقول ابن القيم: (وهذه أقوال كلها كما ترى لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه، فالصواب النظر والاحتياط للطفل في الأصلح له والأنفع من الإقامة أو النقلة، فأيهما كان أنفع لهوأصون وأحفظ روعي، ولا تأثير لإقامة ولا نقلة،وهذا كله ما لم يرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخر، وانتزاع الولد منه، فإن أراد ذلك لم يجب إليه)[3].

ولابد من الإشارة أنه إذا سقطت الحضانة لاختلال شرط من الشروط السابقة فإنها تعود للحاضن لعود الشرط، فلو سقط حق الأم بسبب زواجها فإن حقها في الحضانة يعود لو مات عنها الزوج أو فارقها بطلاق وعادت خالية من الأزواج نص على ذلك الجمهور[4]؛ لأن سبب الحضانة قائم وإنما امتنعت لمانع، فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم[5].

(١) ينظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٢٧٢، ٢٧٣.
(٢) فاطمة الحمادي، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ص٤١.
(٣) زاد المعاد،ج٥، ص٤٦٣.
(٤) العيني، البناية، ج٥، ص٤٧٦. الشيرازي، المهذب، ج٣، ص١٦٤، ١٦٥. ابن مفلح، المبدع، ج٧، ص ١٨٦. وهذه رواية عند المالكية مقابل المشهور، أما المشهور عند المالكية أن الحضانة لا تعود للحاضن بعد سقوط حقه فيها لاختلال إحدى شروطها إلا ان كان سبب سقوطها لعذر كمرض. ينظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه، ج٢، ص٥٣٢، ٥٣٣.
(٥) ابن مفلح، المبدع، ج٧، ص١٨٦.

المبحث الثالث

التنازل عن حق الحضانة بعوض وبغير عوض

لو تنازلت الأم أو من له حق الحضانة عن حقه في الحضانة بمقابل أو بغير مقابل فقد نص الفقهاء على حكم هذه المسألة.

فقد سئل ابن رشد المالكي عن رجل طلق امرأته وله منها ولد تحضنه فواطأت زوجها – أبا الصبي– على أن أسقطت الحضانة بعوض أخذته هل ينفذ هذا العقد بينهما أم لا؟

فأجاب بما يلي: تصفحت سؤالك هذا، ووقفت عليه، والذي رأيت فيما سألت عنه على منهاج قول مالك الذي نعتقد صحته أن ذلك جائز، لأن الحضانة حق للأم إن شاءت أخذته وإن شاءت تركته، واختلف هل ذلك حق لها تنفرد به دون الابن أم لا؟ فقيل: إنها تنفرد به دونه. وقيل: إنها لا تنفرد به دونه وإن له فيها حقاً معها، لأنه إنما وجبت لها من أجل أنها أرفق به من أبيه وأرأف عليه منه، وهذا معنى ما يعبر به من الاختلاف في الحضانة: هل هي حق للأم أو للولد؟ فعلى القولين بأنها حق لها تنفرد به دون الابن يلزمها تركها له على عوض أو على غير عوض ولا يكون لها أن ترجع فيها. وعلى القول بأن ذلك حق للولد لا يلزمها تركها ويكون لها أن ترجع فيها إن تركتها أيضاً على عوض أو على غير عوض، وترجع في العوض إن كانت تركتها على عوض. ولا وجه لقول من منع ذلك واحتج بما ذكر؛ لأن ما اتفقنا عليه إنما هو صلح صالحها بما أعطاها على أن أسلمت إليه ابنه وتركت له حقاً في حضانتها إياه. وقد قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»[1]، وليس في ترك الحضانة له بما بذل لها ذلك تحليل حرام أو تحريم حلال فوجب أن يجوز ذلك. وإنما جاز عند مالك وأصحابه رحمهم الله إذا خافت المرأة نشوز زوجها عليها وخشيت مفارقته إياها أن تترك له حقها الذي أوجب الله لها عليه في أن لا يؤثر عليها من سواها من أزواجه على مال يعطيها إياه، بدليل قول الله عز وجل: ﴿**وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**﴾ (النساء: ١٢٨).

(١) الترمذي، الجامع الصحيح، رقم الحديث ١٣٥٢. وقد صححه الألباني في صحيح الترمذي. الدرر السنية http://www.dorar.net/hadith

جاز أن تترك له حقها في حضانة ولدها منه على مال يعطيها إياه إذ لا فرق في المعنى بين الموضعين»[١].

وما قرره ابن رشد المالكي ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية حيث قال: «وقياس المذهب عندي جواز أخذ العوض عن سائر حقوقها من القسم وغيره»[٢].

وقال الشيخ ابن عثيمين: «والحضانة حق للحاضن لا حق عليه، وعلى هذا فإذا أراد أن يتخلى عنها لمن دونه جاز له ذلك»[٣].

ولكن ينبغي تقييد هذا الجواز في التنازل عن حق الحضانة بعوض أو بدون عوض مراعاة مصلحة الصغير، فإن هذا مقيد بما إذا لم يكن في هذا التنازل ضرر على المحضون، فإن كان فيه ضرر عليه لم يجز لها التنازل عنها، فقد ذكر الفقهاء أن مصلحة المحضون هي المعول عليها في الحضانة[٤]، وقد أشار لذلك ابن عابدين من الحنفية[٥]، ورجحه ابن القيم[٦]، جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: «يشترط فيمن تثبت له الحضانة أن يكون قادراً على صون الصغير في خلقه وصحته، ولذلك لا تثبت الحضانة للعاجز لكبر سن أو مرض يعوق عن ذلك، أو عاهة كالعمى والخرس والصمم، أو كانت الحاضنة تخرج كثيرا لعمل أو غيره وتترك الولد ضائعاً»[٧].

وقد اختلف الفقهاء هل الحضانة حق للحاضن أو المحضون، وقد أشرنا سابقا لخلافهم في المسألة، وينبني على هذا الخلاف إمكانية التنازل عن الحضانة لمن استحقها بعوض أو بغير عوض ونجمل ذلك بالآتي:

للفقهاء في هذه المسألة قولان:

القول الأول: أن الحضانة حق للحاضنة؛ تسقط بإسقاطها، ولا تجبر إذا امتنعت. وهذا مذهب الحنفية[٨] ورواية عن مالك وهي المشهورة[٩] ومذهب الشافعية[١٠] والحنابلة[١١]

---

(١) فتاوى ابن رشد، ج٣،الرقم١٥٤٦،١٥٤٧. نقلا عن فتوى حسام الدين عفانة http://ar.islamway.net/scholar/1882

(٢) نقلا عن فتوى حسام عفانة في الموقع السابق.

(٣) الشرح الممتع، ج١٣، ص٥٣٦. وينظر فتوى على سؤ الحكم اشتراط تنازل الأم عن حق الحضانة في حال حدوث الطلاق في موقع الاسلام سؤال وجواب http://www.6october.info/vb/t135977.html

(٤) اسلام ويب رقم الفتوى ٢٣١٨٧٤. http://fatwa.islamweb.net/fatwav

(٥) ينظر حاشية ابن عابدين، ج٥، ص ٢٥٩. وينظر موقع مجلة البحوث الإسلامية .http://www.alifta.net/Fatawa/FatawaSubjects.aspx?languagenameajjEntryName=&RamadanEntryID

(٦) ينظر: زاد المعاد، ج٥، ص ٤٥٢. وينظر الموقع السابق.

(٧) فتاوى إسلام ويب رقم الفتوى ٢٣١٨٧٤. http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page

(٨) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٢٥٨، ٢٥٩ .

(٩) الحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص٢١٨، ٢١٩. الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه، ج٢، ص٥٣٢، ٥٣٣.

(١٠) مجلة البحوث الإسلامية http://www.alifta.net/Fatawa/FatawaSubjects.aspx?languagename

(١١) مجلة البحوث الإسلامية http://www.alifta.net/Fatawa/FatawaSubjects.aspx?languagename

واستدلّوا: بأن الحضانة حق للحاضنة، لا تجبر عليها إلا إذا لم يوجد من يحضنه مثل الرضاعة: ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾ (الطلاق: ٦). فإذا كانت لا تجبر بإرضاعه مع وجود مع يرضعه؛ فالحضانة من باب أولى[١].

القول الثاني: أن الحضانة حق للمحضون وهو الطفل، فتجبر الأم عليها إذا امتنعت. وهو قول لبعض الحنفية[٢] ورواية عن مالك[٣] وقول عند الحنابلة[٤].

واستدلّوا:بأن الحضانة حق للمحضون لأنه تُقَدَّم مصلحته على مصلحة الحاضن؛ فلا يقر بيده من لا يصونه ولا يصلحه[٥].

وقد أشرنا للراجح في المسألة والمعول عليه فيها وهو اعتبار مصلحة المحضون، وأن المستحق له لو أسقطها فله العود فيها بدليل أن الفقهاء قالوا برجوع استحقاق الأم لها إن طلقت من زوجها الذي سقطت حضانتها بسبب نكاحه، فالصلح في الحضانة غير ملزم، فلو أثبت الحاكم الصلح بين الطرفين ثم رجعا عنه بعد مدة قصيرة أو طويلة، فيقبل رجوعهما، وينظر في الدعوى، ولا تسقط الحضانة بالإسقاط؛ لأن الحضانة حق يتجدد بتجدد الزمان كالنفقة[٦]، والله أعلم.

---

(١) مجلة البحوث الاسلامية http://www.alifta.net/Fatawa/FatawaSubjects.aspx?languagename.

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٢٥٨، ٢٥٩.

(٣) الحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص٢١٨، ٢١٩. الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه، ج٢، ص٥٣٢، ٥٣٣.

(٤) المرداوي، الإنصاف، ج٩، ص٤٢١.

(٥) مجلة البحوث الإسلامية http://www.alifta.net/Fatawa/FatawaSubjects.aspx?languagename

(٦) حمد الخضيري، الإجراءات القضائية في المشكلات الزوجية، ص٣٥.البهوتي، كشاف القناع، ج٥، ص٤٩٨. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٢٥٨.

الخاتمة

النتائج:

وبعد أن من الله علينا بإتمام هذا الموضوع تبين لنا من خلال دراسته النتائج التالية:

١- أن الحضانة حق أعطاه الله للصغير لأنه يهلك إذا لم يتول والداه مسؤولية حضانته، فهي حق للصغير على والديه بأثمان شرعاً بتضييعه.

٢- أن الأصل في الحضانة أن يتولاها الأب والأم كل في مجاله، ولكن قد يقع الفراق بين الوالدين والتراع في أحقية أحدهما لحضانة الطفل، فيقدم في هذه الحالة من هو أصلح للحضانة وأقوم على شؤون الطفل ألا وهي الأم.

٣- أن الفقهاء اختلفوا في الحضانة أهي حق للحاضن أو للمحضون، والحق أن الحضانة حق للحاضن وفيها شائبة حق المحضون، لأنها شرعت لمصلحته بالدرجة الأولى.

٤- الراجح أن سن الحضانة يكون إلى سبع سنين، ولكن هذا لايعني أن الطفل سواء كان ذكرا أم أنثى يترع من أمه وإنما الأصل بقاء الحضانة لها، إلا إن وجد ما ينافي مصلحة المحضون في استمرارها عند الأم.

٥- أن الأم تقدم على جميع من سواها في استحقاق الحضانة وذلك لما جبلت عليه من محبة وشفقة على ولدها لا تتوفر عند غيرها.

٦- أن الخلاف وقع بين الفقهاء فيمن يلي الأم في استحقاق الحضانة وإن كانوا متفقين على تقديم الإناث، وتقديم الأكثر قرابة للصغير.

٧- أن الراجح أن نقدم الإناث على الذكور، وتقديم الأكثر قرابة، ثم النظر في الترجيح بين - لمن توافرت فيه شروط - من هو أصلح للمحضون، فإن استويا في جميع ما تقدم أُقرع بينهما.

٨- أن ترتيب مستحقي الحضانة لا ينفك عن توفر شروط الحضانة في الحاضن، فإن اختلّت هذه الشروط أو بعضها انتقلت الحضانة لمن هو بعده في الترتيب.

٩- أن المتأمل لشروط الحضانة يلحظ حرص الشريعة على تحقيق مصلحة الحاضن بأن لا تسند الحضانة إلا لمن يكون أهلاً لها.

١٠- أن شروط الحضانة منها ما يتعلق بالإناث ومنها ما يتعلق بالرجال، ومنها ما هو مشترك بينهما.

١١- أن الحضانة حق للحاضن، وإن كانت كذلك فله أن يتنازل عنها بعوض أو بغير عوض كسائر حقوقه، مع مراعاة أن لا يتعين الحاضن لها لانعدام من يقوم بها غيره،

ففي هذه الحالة ليس له التنازل عنها لأنه يكون مضيعا لحق غيره بالتنـــازل وهـــذا لا يجوز، ولذا قلنا إن حق الحضانة تشوبه شائبتان ؛ حق الحاضن وحق المحضون.

ثبت المراجع والمصادر

١- أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي.
إعداد: فاطمة عبد الصمد الحمادي. جامعة المدينة العالمية كلية العلوم الإسلامية قسم الفقه وأصوله، أشراف: د.حساني نور. عام ١٤٣٣هـ-٢٠١٢. نسخة الكترونية.

٢- الإجراءات القضائية في المشكلات الزوجية د. حمد بن عبد العزيز الخضيري ، من مطبوعات مركز باحثات لدراسات المرأة، عام ١٤٣٢هـ.

٣- الإجماع لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري. حققه: الدكتور أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف. الطبعة الثانية. الرياض - المملكة العربية السعودية: دار عالم الكتب، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م.

٤- اختيارات ابن القيم في فقه الأسرة دراسة فقهية مقارنة عماد عمر خلف الله أحمد. جامعة أم درمان الإسلامية كلية الدراسات العليا، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، إشراف: إدريس جمعة ضرار.

٥- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل محمد ناصر الدين الألباني. إشراف: زهير الشاويش. الطبعة الثانية. بيروت - دمشق: المكتب الإسلامي، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

٦- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي ، المتوفى سنة ٨٨٥هـ. صححه وحققه: محمد حامد الفقي. الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي [التاريخ: بدون].

٧- بلغة السالك لأقرب المسالك الشيخ أحمد الصاوي، «مطبوع مع الشرح الصغير للدردير ». [الطبعة: بدون]، [مكان النشر: بدون]. دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٨- البناية في شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد العيني، المتوفى سنة ٨٥٥هـ. الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١١هـ/١٩٩٠م.

٩- التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، الشهير بالمواق، المتوفى سنة ٨٩٧هـ. مطبوع بهامش مواهب الجليل. الطبعة الثالثة. [مكان النشر: بدون]، دار الفكر، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

١٠- تبيين الحقائق شرح كتز الدقائق فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المتوفى سنة ٧٤٣هـ. الطبعة الأولى. مصر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق بمصر، ١٣١٥هـ. أعيد طبعه بالأوفست. الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار المعرفة، [التاريخ: بدون].

١١- التعريفات لعلي بن محمد الجرجاني، الطبعة الثالثة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية.

١٢- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لأبي الفضل، شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة ٨٥٢هـ. عني بتصحيحه وتنسيقه والتعليق عليه: عبد الله هاشم اليماني المدني. [الطبعة: بدون]، بيروت — لبنان: دار المعرفة، ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م.

١٣- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد للإمام أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي. تحقيق: محمد بو خبزة، سعيد أحمد أعراب. [الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون]، ١٤٠٦هـ/١٩٨٩م.
١٤- الجامع الصحيح، المعروف بسنن الترمذي أبو عيسى، محمد بن عيسى الترمذي، المتوفى سنة ٢٩٧هـ. الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، الرياض، المملكة العربية السعودية، دار السلام.
١٥- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير شمس الدين، محمد بن عرفة الدسوقي، المتوفى سنة ١٢٣٠هـ. [الطبعة: بدون]، [مكان النشر: بدون]، دار الفكر، [التاريخ: بدون].
١٦- حقوق المرأة في ضوء السنة النبوية نوال العيد ، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.
١٧- رد المحتار على الدر المختار، الشهير بحاشية ابن عابدين لمحمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين، المتوفى سنة ١٢٥٢هـ. دراسة وتحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض. قدم له وقرظه: محمد بكر إسماعيل. الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.
١٨- روضة الطالبين وعمدة المفتين لأبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المتوفى سنة ٦٧٦هـ. تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض. الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.
١٩- زاد المعاد عن هدي خير العباد لابن قيم الجوزية شمس الدين محمد بن أبي بكر الدمشقي، حققه شعيب الأرنؤوط، وعبد القادر الأرنؤوط، الطبعة الثالثة عشرة،١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، مؤسسة الرسالة، بيروت.
٢٠- سنن أبي داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، المتوفى سنة ٢٧٥هـ. الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ -١٩٩٩م، الرياض: المملكة العربية السعودية، دار السلام للنشر والتوزيع.
٢١- الشرح الصغير «مطبوع بهامش بلغة السالك» أبو البركات، أحمد بن محمد بن أحمد الدردير. تقدمت بيانات النشر في بلغة السالك.
٢٢- الشرح الكبير على مختصر خليل «مطبوع بهامش حاشية الدسوقي» لأبو البركات، أحمد بن محمد بن أحمد الدردير. تقدمت بيانات النشر في حاشية الدسوقي.
٢٣- شرح منتهى الإرادات. المسمى: دقائق أولي النهى لشرح المنتهى لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المتوفى سنة ١٠٥١هـ. الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: عالم الكتب، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.
٢٤- الشرح الممتع على زاد المستقنع لمحمد بن صالح العثيمين. الطبعة الأولى. جدة، الرياض: المملكة العربية السعودية، دار ابن الجوزي، ١٤٢٨هـ. نسخة المكتبة الوقفية:- http://www.waqfeya.com/book.php?bid=2831
٢٥- صحيح البخاري لمحمد بن إسماعيل البخاري، المتوفى سنة ٢٥٦هـ. الطبعة الثانية، الرياض - المملكة العربية السعودية: دار السلام، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.

٢٦- صحيح مسلم لأبو الحسين، مسلم بن الحجاج القشيري، المتوفى سنة ٢٦١هـ. الطبعة الأولى. الرياض: دار السلام للنشر والتوزيع، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.
٢٧- فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السيواسي ثم السكندري، المعروف بابن الهمام الحنفي، المتوفى سنة ٨٦١هـ. الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار الفكر، [التاريخ: بدون].
٢٨- فقه المصلحة وتطبيقاته المعاصرة موقع الفقه الإسلامي
.http://www.islamfeqh.com/Nawazel/NawazelItem.aspx?NawazelItemID=1826
٢٩- كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المتوفى سنة ١٠٥١هـ. نسخة المكتبة الشاملة:-
-http://shamela.ws/browse.php/book-21642#page
٣٠- لسان العرب لأبو الفضل، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، المتوفى سنة ٧١١هـ. الطبعة الثالثة. بيروت - لبنان: دار صادر، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
٣١- المبدع شرح المقنع لأبو إسحاق بُرهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، المتوفى سنة ٨٨٤هـ. تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي. الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
٣٢- المجموع شرح المهذب لأبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المتوفى سنة ٦٧٦هـ. مطبوع مع فتح العزيز شرح الوجيز، وتلخيص الحبير. [الطبعة: بدون]، [مكان النشر: بدون]، دار الفكر، [التاريخ: بدون].
٣٣- المحلى بالآثار لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي.
نسخة المكتبة الشاملة:- http://shamela.ws/browse.php/book-767#page-4398
٣٤- مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي. [الطبعة: بدون]، بيروت - لبنان: دار الكتاب العربي، [التاريخ: بدون].
٣٥- مدونة الفقه المالكي وأدلته تأليف: الصادق عبد الرحمن الغرياني. الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: مؤسسة الريان، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م.
٣٦- المعجم الوسيط قام بإخراجه: إبراهيم مصطفى، أحمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، محمد علي النجار. الطبعة الثانية. استانبول - تركيا: المكتبة الإسلامية، ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م.
٣٧- المغني لموفق الدين أبو محمد، عبد الله بن أحمد بن قدامة، المتوفى سنة ٦٢٠هـ. طبعة جديدة منقحة مرقمة المسائل والفصول طبقاً للمعجم الصادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت. مطبوع مع الشرح الكبير. الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الفكر، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.
٣٨- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، المتوفى سنة ٩٧٧هـ. مع تعليقات للشيخ جوبلي بن إبراهيم الشافعي. [الطبعة: بدون]، [مكان النشر: بدون]، دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٣٩- المنهاج «منهاج الطالبين »، «مطبوع مع مغني المحتاج» لأبو زكريا محيي الدين يحيى بن شـــرف النووي. تقدمت بيانات النشر في مغني المحتاج.
٤٠- المهذب في فقه الإمام الشافعي لأبو إسحاق، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، المتوفى سنة ٤٧٦هـــ. ضبطه وصححه ووضع حواشيه: الشيخ زكريا عميرات. الطبعـــة الأولى، بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٦هـــ/١٩٩٥م.
٤١- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل «مطبوع مع التاج والإكليل» لأبو عبد الله، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب. بيانات النشـــر تقدمت مع التاج والإكليل.
٤٢- الموطأ للإمام مالك بن أنس. صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه. محمد فؤاد عبد الباقي. الطبعة الثانية. القاهرة: دار الحديث، ١٤١٣هـــ/١٩٩٣م.
٤٣- نصب الراية لأحاديث الهداية لجمال الدين، أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعـــي. [الطبعـــة: بدون]. القاهرة: دار الحديث، [التاريخ: بدون].
٤٤- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني. المتوفى سنة ١٢٥٥هـــ. [الطبعة: بدون]، بيروت: دار الفكر، ١٤١٠هـــ/١٩٨٩م.
٤٥- الهداية لبرهان الدين، علي بن أبي بكر المرغيناني، المتوفى سنة ٥٩٣هـــ، مطبوع مع فتح القدير. [الطبعة: بدون]، بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٣هـــ/ ١٩٩٢م.

المواقع الالكترونية:

٤٦- الدرر السنية: http://www.dorar.net/hadith.
٤٧- موسوعة النابلسي الإسلامية
http://www.nabulsi.com/blue/ar/print.php.
٤٨- موقع الشيخ بن بيه http://www.binbayyah.net/portal/research/146.
٤٩- موقع الشيخ خالد السبت
http://www.khaledalsabt.com/cnt/slasel/1499.
٥٠- موقع طريق الإسلام http://ar.islamway.net/scholar/1882.
٥١- موقع الإسلام سؤال وجواب
http://www.6october.info/vb/t135977.html.
٥٢- موقع إسلام ويب http://www.islamweb.net
٥٣- موقع مجلة البحوث الإسلامية
http://www.alifta.net/Fatawa/FatawaSubjects.as.