ولاية الجنين والطفل ومن في حكمه وحضونهما الشرعية وولايه الانفاق الخاصة - في الفقه الإسلامي -

إعـــداد
أ. د/ نصر فريد محمد واصل(٠).

المبحث الأول - ولاية الجنين -

تعريف الجنين

الجنين هو الحمل في بطن أمه وهو مأخوذ من أصله اللغوى وهو الاستتار لأن الجنين مستتر في بطن الأم ومن هنا جاء لفظ الجن لاستتاره عن الناس ولهذا قيل في الليل إذا أظلم «جن» أي جن الليل أي استتر ظلامه والجنين إن خرج حياً سمى ولداً أي مولوداً وإن خرج ميتا سمى سقطا.

أما الجنين عند الفقهاء:

فهو ما خفى من حمل المرأة في بطنها إذا لم تشعر به يتحرك فيها فإن شعرت به سمى حملا أو محمولا على الغير أو محمولا به أو منه ولا مانع عندهم من حمل أحد المعنيين على الآخر شرعاً لترتب الأحكام الشرعية على تحقق حمل المرأة من زوجها من حقوق وواجبات والتزامات بالنسبة لطرفى العلاقة الزوجية وغيرهما، وذلك لأن للجنين بالنسبة للغير أهلية وجوب

---

٠) أستاذ ورئيس قسم الفقه بكلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر

وان كانت قاصرة عند بعض الفقهاء ولذلك تثبت له الحقوق الشرعية كالميراث والوقف والوصية، ويحرم الاعتداء عليه بلا ضرورة شرعية عند تحقق وجوده وحياته ولعدم تحقق حياته قبل تمام ولادته حيا فقد كانت له حياه مقدرة صالحة لتمام الاتفصال والاستقلال في المستقبل ولهذا حرم الاعتداء عليه من الغير ولو كان من أحد الأبوين بدون سبب مشروع يعد رخصة في التعدى على حقوقه المقدره له أصلا من الشارع الإسلامي ولهذا ثبت له حق النسب وحرم نفيه. وشرعت له العدة لمنع اختلاط الإنساب ولعدم ضياع نسبه ومنعت الزوجة من التزوج بالغير في فترة العدة لهذا السبب ووجبت رعايته والإنفاق على أمه في مدة حملها وعدتها زوجة أو مطلقه وقد راعى الشارع الحكيم المحافظة على حقوق الحمل وإن نشأ من طريق غير مشروع لأن حقوق الحمل تتعلق به وتخصه اصلا لأن حقوقه تتصل بحق الله - سبحانه وتعالى - وهو المحافظة على أصل الإنسان وذاته ونوعه بما يحقق الخلافة المشروعة - لله تعالى - وعبادته في هذه الحياة وحمل التكاليف الشرعية من الله بواسطه الأنبياء والرسل عليهم - الصلاة والسلام - ويشهد بذلك حديث الغامديه التى حملت من الزنا واعترفت به واستحقت الحكم بالرجم فقد ترك النبى -ﷺ- الحد عليها لحين ولادتها وإرضاعها له حتى الفطام وقد ثبت من الأحاديث الصحيحة وأن ولأية إرضاعها لابنها من الزنا استمرت حتى أكل الأبن الخبز ففى حديث الغامدية عن النبى -ﷺ- أن الغامدية لما اعترفت بالزنا واستحقت الرجم قال لها النبى -ﷺ- أذهبى حتى تلدى فلما ولدته أتت به في خرقة فقالت: هذا قد ولدته قال: اذهبى فأرضعيه حتى تفطميه، فلما فطمته أتته بالصبى في يده كسرة خبز فقالت يارسول

الله قد فطمته وقد أكل الطعام فدفع الصبى إلى رجل من المسلمين ونفذ فيها الحد(١).

ولهذا أجمع الفقهاء على وجوب تأخير الحد عن الحامل حتى تضع مولودها ويستغنى بغيرها عنها أو مرور حولين على ولادتها وكذلك تأخير القصاص عليها لهذا السبب كل حد يوجب الفورية والإضرار بالجنين كحد القذف أو القطع فيجب تأخيره بلا خلاف لنفس العلة والسبب(٢).

وقد قضى رسول الله -ﷺ-: «أن الحامل إذا قتلت عمداً لا تقتل حتى تضع ما في بطنها وحتى يكفل ولدها» ذكره ابن ماجه في سننه كما حكاه ابن القيم(٣).

ضابط الولاية على الجنين:

والضابط العام الذى يجب مراعاته عند القيام بهذه الولاية هو: مراعاة كل ما فيه صالح الجنين وحفظه ورعايته حتى تمام ميلاده حيا والامتناع عن كل ما يؤدى إلى ضرره جزئيا أو كليا سواء كانت الولاية خاصة أو عامة وذلك يشمل ولاية الأم والأب كما يشمل ولاية الغير بمفهومها العام(٤) ومنها ولاية الحكم والحسبه.

---

١) صحيح مسلم باب الحدود، مسلم بشرح النووى ٢٠٣/١١، زاد المعاد ٢٠٦/٣ ومغنى المحتاج ١٥٤/٤، الولاية على النفس ص٥٦.

٢) مغنى المحتاج ٤٣/٤.

٣) زاد المعاد ٢٠٤/٣.

٤) نيل الأوطار ١١٢/٧ والولاية على النفس ص٥٧.

الولاية الخاصة على الجنين:

المراد بالولاية الخاصة هى ولاية الأبوين على الجنين بالحفظ والرعاية والحنان حتى يخرج إلى الحياة إنساناً كاملاً مهيأ لتحمل التكاليف الشرعية على أكمل وجه كما أمر بها الله وشرعها.

ولذلك وجب عليهما شرعاً بمقتضى هذه الولاية كل عمل إيجابى يؤدى إلى تحقيق ذلك والامتناع عن كل عمل يؤدى إلى الإخلال بهذه الولاية أو بالحقوق المترتبه عليها والأضرار بالجنين من اي طريق كان ولكن نظراً لأن الجنين يمر بعدة مراحل متمايزة بعضها عن بعض حتى تمام الولاده فقد تكلم الفقهاء عن أثر الاعتداء على كل مرحلة منها وحكمها الشرعى وذلك تحت مسمى إسقاط الجنين أو الحمل والأحكام المترتبه عليها شرعاً، وسوف تفصل أقوال الفقهاء في ذلك على النحو التالى:

المرحلة الأولى:

وهى التى لم يصل فيها عمر الجنين إلى أربعين يوماً وفي هذه المرحلة يتم تكوين الجنين ويتشكل شكلاً غير كامل يظهر فيها نهاية الرأس وبعض نتوءات لعينين(١).

وللفقهاء في إسقاط الجنين أو التعدى عليه في هذه المرحلة بدون عذر شرعى قولان:

أحدهما لجمهور فقهاء المالكية والحنابلة والظاهرية

١) الولاية على النفس ص ٥٩.

والإمامية والإباضية والراجح عند الحنفية وجمهور الشافعية

وهو أن إسقاط الجنين أو التعدى عليه حرام ولا يجوز ذلك لأنه كائن حى وهو أصل الإنسان المستخلف في الأرض وإباحة منعه بالإسقاط بدون عذر شرعى يؤدى إلى التأثير في قطع النسل وهو محرم بالإجماع ويشهد لذلك قوله تعالى﴿وإذا الموءودة سئلت بأي ذنب قتلت﴾(١)، وبالقياس على تحريم أكل بيض طائر الحرم محرم فقد روى عن النبى -ﷺ- أنه أتى ببيض النعام فقال «إنا قوم حرم أطعموه أهل الحل» رواه أحمد(٢).

وبيض النعام أصل النعام وقد حرم صيد النعام بالإجماع وكذا غيره لقوله تعالى ﴿يا أيها الذين أمنوا لا تقتلوا ولا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم.....﴾(٣).

٢- القول الثانى:

لبعض الحنفية والشافعية والزيدية وهو أن إسقاط الجنين في هذه المرحلة جائز برضاء الأب والأم ولم نجد لهم دليلاً يستندون عليه في ذلك ولعلهم نظروا إلى أن إنسانيته لم تكتمل بعد نظراً لعدم تمام تكوينه العضوى ولأن الروح التى بها تظهر حياة الإنسان لم توجد في هذه المرحلة فهو في نظرهم كالمادة أو

١) سورة التكوير الآيتان ٨،٩.
٢) نيل الأوطار ٢٣/٥ والولاية على النفس ص٦٠.
٣) سورة المائدة الآية ٩٥.

أحد أعضاء المراة التى يمكن الاستغناء عنه(١).

الترجيح

والذى نراه راجحاً هو مذهب الجمهور لقوة أدلتهم وظهورها في الدلالة ولأن الجنين هو أصل الإنسان ويشمله قوله تعالى: ﴿....ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق...﴾(٢).

وإذا حرم بالنص الاعتداء على النفس حرم الاعتداء على أصلها بطريق العموم ومفهوم الموافقه لأن تحقق وجود الإنسان في هذه الحياة التى ورد النص من أجل حمايته والمحافظه عليه لا يتحقق إلا بوجود هذا الجنين ورعايته حتى يخرج إلى الحياة إنساناً سوياً.

ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين، ثم جعلناه نطفة في قرار مكين ثم خلقنا النطفة علقه فخلقنا العلقه مضغة فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما، ثم أنشأناه خلقاً آخر فتبارك الله أحسن الخالقين﴾(٣).

وروى مسلم بسنده عن عبد الله بن مسعود أن رسول الله -ﷺ- قال: "إن أحدكم يجمع خلقة في بطن أمه أربعين يوما ثم يكون في ذلك علقه مثل ذلك ثم يكون في ذلك مضغة مثل ذلك ثم يرسل الله الملك فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات: يكتب رزقه

١) راجع الولاية على النفس ص ٥٩ وما بعدها.
٢) سورة الأنعام الآية ١٥١.
٣) سورة المؤمنون الآيات من ١٢ - ١٤، والحج آية ٥.

وأجله وعمله وشقى أو سعيد، ذكره صاحب الولاية على النفس(١).

المرحلة الثانية للجنين:

وتبدأ من بلوغه أربعين يوماً إلى ما قبل تمام مائه وعشرين يوما والجنين في هذه المرحلة يتم تكوين قلبه ولكن لا ينفخ فيه الروح وإسقاطه في هذه المرحلة أو التعدى عليه يحرم من باب أولى بلا خلاف بين جمهور الفقهاء بل يكاد يكون الإجماع قائما على التحريم ولا عبرة بخلاف بعض الزيديه في ذلك أي بالجواز عند الإتفاق على الإسقاط من الأم أو الأب قياسا على المرحلة الأولى لأن الروح لم تنفخ فيه بعد فلا يسمى إنساناً وذلك لأن الأدلة التى سبق ذكرها في المرحلة الأولى للجمهور تشهد لهذه المرحلة من باب أولى وترد على المخالفين لهم في إباحة الإسقاط في هذه المرحلة عند موافقه الأبوين معاً(٢).

المرحلة الثالثة للجنين:

وهى تبدأ من بلوغ الجنين تمام ١٢٠ مائة وعشرين يوماً وإلى ما قبل ولادته حيا وفي هذه المرحلة ينفخ فيه الروح لإخبار النبى -ﷺ- بذلك كما عند مسلم وفي هذهالمرحلة طبياً تتكامل كل أعضاء الجنين ويشعر بالأم وتشعر به الأم وبحركته وفيها تنفخ فيه الروح ويصبح الحمل كامل الإنسانية جسماً وروحاً وإن كان يطلق عليها قبل الولادة حملاً لأن تمام ولادته حياً واستمرارها لما بعد

١) انظر الولاية على النفس ص ٥٨ للدكتور/ حسن الشاذلى.
٢) انظر تفسير القرطبى ١٠٧/١٢، ١٠٨ والتاج المذهب ٧٨/٢، ٢٩٨/٤، الولاية على النفس، ٦٢ وما بعدها.

الولادة في علم الله - سبحانه وتعالى - فكان الحكم الطبى والشرعى بناء على الواقع والحال التى عليها الجنين أو الحمل وهو في رحم أمه قبل الولادة المنفصله وفي هذه المرحلة الاجماع قائم بمقتضى النصوص الشرعية على أنه لا يجوز الاعتداء على الجنين في هذه المرحلة ولا إسقاطه بأي حال إلا بعذر شرعى يجيز ذلك يحدده الشرع بناء على شهادة أهل الخبرة من الأطباء العدول في هذا المقام ويحكم ذلك كله النصوص العامة والخاصة والقواعد الشرعية المتعلقة بذلك وفيها: إذا تعارض ضرران فيجب ارتكاب أخفهما ضرراً إذا كان لابد منه وهذا يحدث في الضرورات الشرعية التى تجوز بشروطها الشرعية والضرورات تقدر بقدرها ولا يقاس عليها بالإجماع(١).

العذر المبيح لإسقاط الحمل:

والعذر المبيح لإسقاط الحمل شرعاً من أمثلته الخوف على حياة الأم من بقاء حملها في بطنها إن قدر أهل الخبرة الطبية العدول أن استمرار الحمل خطر مؤكد من الناحية الطبية على حياة الأم وأنه لا بديل لاستمرار حياتها إلا بإسقاطه فيجوز شرعاً التضحيه بالحمل لإحياء الأم وذلك من باب إهدار الفرع في سبيل بقاء الأصل والمحافظة على استمراره من باب التضحيه بالجزء في سبيل إبقاء الكل وهذه قاعدة شرعية عامة راعاها الشارع في كل أحكامه ومنها عدم قتل الوالد بولده ولده قصاصاً لحديث لايقاد

---

١) الولاية على النفس ص ٦٣ وما بعدها وقاعدة المعاملات الشرعية للباحث من الفقه الإسلامي في المعاملات تأليف لجنة من أساتذة كلية الشريعة جامعة الأزهر.

والد مولده».

ومنها قطع الجزء المريض من الإنسان الذى في بقائه خطر على حياته لإحياء النفس وبقية الكل وهذا لا خلاف فيه.

ومن هذه الاعذار عند الحنفية أن يجف لبن الحامل المرضع ولا يجد الرضيع بديلا عن لبن الأم حقيقة أو حكما وليس لأم الرضيع أو وليه الشرعى قدرة للحصول على البديل من الناحية المادية حيث يجوز عند الأحناف التضحية بالحمل لإبقاء الأخ الرضيع الحى لأن الحمل غير مؤكد الحياه بعد الولاده والرضيع مؤكد الحياة فيقدم اليقين على الإحتمال أو الظن لأنه إذا تعارض الشك واليقين عمل باليقين بلا خلاف عند الفقهاء وهذه صورة نادرة وأصبحت من الناحية الواقعية في العصر الحاضر لا يعمل بها نظراً لتوافر البديل من الألبان الطبيعية وغيرها والأغذية الصناعية التى تحل محل رضاعة الأم من الناحية المادية لجميع الوجوه ولأن الفقر في حد ذاته لا يعتبر وسيلة أو سبباً لإسقاط الحمل لقوله تعالى ﴿ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطئا كبيرا﴾(١).

والولد يشمل الحمل الذى له روح لأنه كائن حى يحس ويتحرك ويشعر بالأم وتشعر به الأم فلا خلاف من الناحية الشرعية والطبية ولأن نفقة الإنسان عند العجز عنها من الولى أو القريب تجب على الدولة في بيت مال المسلمين من سهم الفقراء

---

١) سورة الإسراء الآيه ٣١ وفي سورة الأنعام الآيه ١٥١ ما يؤكد ذلك وهو قوله تعالى ﴿ولا تقتلوا أولادكم من أملاق نحن نرزقكم وأياهم ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون﴾.

والمحتاجين وعلى الأجنبى البعيد على سبيل الوجوب الكفائى إن عجز بيت المال عن الإنفاق على الأفراد وعلى هذا لا يعتبر الخوف من الفقر ولا الخوف من كثرة النسل ولا الخوف من العار أن كان الحمل انثى أو كان من طريق غير شرعى سبباً شرعياً لإسقاط الحمل بلا خلاف بين الفقهاء لأن الاعتداء على الجنين بغير عذر شرعى يعد جناية يعاقب من يرتكبها شرعاً للنص القاطع في ذلك بقوله تعالى: ﴿وإذا الموءوده(١) سئلت بأي ذنب قتلت﴾(٢) ولأن جمهور الفقهاء أوجبوا في إسقاط الحمل ديه وهى الغرة(٣) التى اوجبها له الشارع وهى نصف عشر الدية الكامله وذلك لما روى المغيرة بن شعبه أن أمراة ضربتها ضرتها بعمود فسطاط فقتلها وهى حبلى فاتى بها إلى النبى -ﷺ- فقضى فيها على عصبة القاتلة بالدية وفي الجنين غرة(٤).

موقف التشريعات الوضعيه من قضية أجهاض الجنين أو إسقاط الحمل:

هذا وقد اتجهت التشريعات الوضعية إلى الأخذ بوجهة نظر الشريعة الإسلامية في ذلك حيث اعتبرت كل تشريعات العالم تقريباً أن الاعتداء على الجنين الحى جريمة يعاقب عليها القانون ولو كان المعتدى عليه أبا أو اماً أو من ذوى الخبرة كالأطباء ومن في

١) وهى النفس الصغيره البريئه المقتوله بغير ذنب جنته أو إرتكبته.
٢) سورة التكوير الآيتان ٨،٩.
٣) وهى عبد أوأمه قيمته خمس من الابل = وتساوى نصف عشر الديه.
٤) رواه مسلم واحمد، وانظر الولاية على النفس ٦٧، ومسلم بشرح النووى ١٧٥/١١ ومابعدها

حكمهم وسمحت هذه القوانين الوضعيه في حالات استثنائيه بإباحته في الحالات الضرورية التى تتطلبها واغلبها يرجع إلى حماية الأم من الموت إن كان نزول الجنين غير مكتمل سبباً في حياتها وقد نص القانون الجنائى المصرى في مادته ٢٦٠ ع على أن كل من اسقط امراة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الايذاء يعاقب بالاشغال الشاقه الموقته كما نص في الماده ٢٦١ ع على أن كل من اسقط عمداً امراة حبلى بإعطائها ادوية أو باستعمال وسائل مؤديه إلى ذلك أو بدلاتها عليها سواء كان برضائها أم لا يعاقب بالحبس.

كما نصت المادة رقم ٢٦٣ع على أنه: "إذا كان المسقط طبياً أو جراحاً أو صيدليا أو قابله يحكم عليه بالأشغال الشاقة المؤقتة وبذلك أخذ قانون الخبراء الكويتى من حيث الحكم العام في المواد ١٧٤، ١٧٦،(١).

١) الولاية على النفس المرجع السابق ص٦٧

المبحث الثانى
الولاية الشرعيه على الطفل ومن في حكمه

تمهيد:

الولاية الشرعيه على الطفل ومن في حكمه لا تتحقق إلا مع الولاية المتعديه وهى الولاية غير الذاتيه وذلك لأن الطفل في مرحلته الأولى وبخاصه التى تتصل بالحضانة والإرضاع تكون في سن لا يميز فيه الطفل تمييز العقلاء بالإجماع ويعتمد في مصالحه وحاجاته الشخصية والضرورية على غيره بلا تفرقة بين الذكر والأنثى من الأبناء ولا يتصور أن يعتمد الطفل في هذه المرحلة على نفسه إعتماداً كلياً يعتد به شرعاً في كل أمور حياته ولهذا كان غير مكلف في نظر الشارع في حق نفسه وكان غيره شرعاً هو الذى يقوم مقام نفسه في كل ما يتعلق به بالولاية الشرعية وهى مع الطفل للأب والأم ومع غيرالطفل ممن هو في حكمه كالمجنون لهم أو لغيرهم من الأولياء أو القوام وولاية الأم الشرعيه للطفل في هذه المرحلة تسمى ولاية حضانة وولاية الأب تسمى ولاية حفظ ورعاية وهى مع النفس فقط تسمى ولاية على النفس ومع المال فقط تسمى ولاية ماليه ومعهما معاً تسمى ولايه على النفس والمال معاً ولا يتصور وجودهما معاً بالنسبة للطفل الا لمن له مال خاص به بطريق من طرق التملك الشرعيه سواء حصل له من طريق الأبوين أو من طريق غيرهما ويمكن تحققه مع الأم فيما أخذته من الأب لحق الإنفاق على الطفل وحفظه ورعايته في الطعام والشراب والكساء والمسكن وقبضته قبضاً شرعياً حيث تحقق لها الولاية على النفس

والمال معاً فيما قبضته لهذاالفرض وإن كان الغالب في هذه المرحلة أن للأم ولاية الإرضاع والحضانة أي الولاية على النفس وللأب ولايه المال أي الإنفاق والحفظ والرعايه وتسمى ولايه الإرضاع والحضانة ولاية النساء وولاية الإنفاق والحفظ والرعاية ولاية الرجال وولاية النساء مقدمة في لترتيب في هذه المرحلة على ولاية الرجال نظراً للواقع المادى المحسوس لأن الطفل في هذه المرحلة بالنسبه للأم أو من يحل محلها كالعضو منها لا يستغنى عنها بأي حال في كل أموره غالباً وسوف نبين حق النساء في هذه الولاية ونطاقها وحدودها وشروطها ضمن الكلام عن الحضانة.

المطلب الأول
الحضانة

الحضانة في اللغة والاصطلاح:

الحضانة في اللغه هى الضم مطلقاً أي ضم النفس إلى النفس أو الشيء إلى الشيء والتصاقه أو السيطرة عليه مادياً أو معنوياً وهو مأخوذ من الفعل حضن أي شم وهو أي الفعل حضن بفتح الحاء يدل على الاحتضان والحفظ والرعايه يقال حضنت المرأة طفلها إذا ضمته إليها والصقته بصدرها وحضن الطائر بيضه إذا ضمه تحت جناحه وهذا المعنى العام للحضانه يتحقق مع الإنسان والحيوان والحضن بكسر الحاء مادون الإبط إلى الكشح بفتح الكاف وسكون الشين والكشح هو ما بين الخاصرة إلى الضلع من الخلف وهذا يشمل كل ما وضع في هذا المكان بقصد الحضانة

أو بغيرها وهو مأخوذ من وضع الشيء تحت الإبط(١).

الحضانة عند الفقهاء:

والحضانة عند الفقهاء هي: سلطة شرعيه تخول من له الحق فيها حفظ وتربية من لا يستقل بأمور نفسه في ذاته وطعامه وشرابه وكسائه وسكنه ودفع ما يضره في كل ما سبق بشروط مخصوصه والفقهاء في ذلك تعريفات مختلفة في الصياغة وان إتفقت جميعاً من حيث المضمون والهدف الذى صيغت من أجله.

فقد عرفها الحنفية بأنها "تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينه ممن له الحق في الحضانة".

وعرفها المالكية: بأنها حفظ الولد في تربيته ومؤنته وطعامه ولبأسه وتنظيف جسمه.

وعرفها الشافعيه: بأنها "تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ودفع ما يضره".

وعرفها الحنابله: بأنها "حفظ صغير ونحوه عما يضره وتربيته بعمل ما يصلحه".

ويلاحظ أن تعريف الحنفية والمالكية إقتصر على تعريف الحضانة بمعناها الخاص وهو حضانة الطفل والولد وأما الشافعية والحنابلة فقد كان تعريفهم للحضانة أعم حيث شمل الطفل ومن في حكمه كالمجنون الذى لا يقدر على القيام بمصالح نفسه ولهذا فنحن نرجح تعريف أحد هذين المذهبين لعمومه وشموله ويتفق الزيدية والأمامية مع الشافعية والحنابلة ويتفق الأباضية مع الحنفية

---

١) لسان العرب ومختار الصحاح مادة (حضن) والإقناع للشافعية ١٤٨/٢.

والمالكية (١). وقد عرفناها في أول الكلام بما يشمل كل تعريفات الفقهاء بمعناها العام أو الخاص.

المطلب الثانى
تكييف الحق الشرعى في الحضانة عند الفقهاء

لا خلاف بين الفقهاء على أن الحضانة حق شرعى مقرر لمن له الحق فيه على من يجب عليه رعايته وحفظه والعناية به كالطفل ومن في حكمه وأنه لا يجوز الإخلال بحق الحضانة ولا بما يتعلق بها في جانب المحضون بأي حال لأنه عاجز عن رعاية نفسه وتركه من جميع من لهم حق الولاية عليه اهلاك له وذلك منهي عنه شرعاً بالنصوص القاطعة والخاصة ومنها قوله تعالى:﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكه﴾ (٢)، وقوله ﴿ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق﴾(٣)، وقوله ﴿ولا تقتلوا أنفسكم أن الله كان بكم رحيما﴾(٤).

ولكن الخلاف بين الفقهاء في تكييف هذا الحق فيها هل هو حق لله أو حق للعبد أو هو حق مشترك بين الله والعبد على أربعة أقوال:

---

١) ابن عابدين ٥٦/٢، والشرح الصغير ٤٥١/١ ونهاية المحتاج ٢١١٤/٧ والإقناع للشافعيه ١٤٨/٢ والروض المربع ٣٢٨/٢ وشرح منتهى الارادات ٢٦٣/٣ والتاج المذهب ٢٦٧/٣، وشرح النيل ٤٠٧/٧ والروضه البهيه في فقه الامامية /١٤٠.

٢) سورة البقرة الآية ١٩٥.

٣) سورة الإسراء الآية ٣٣.

٤) سورة البقرة الآية ٢٩.

القول الأول:

إنها حق لله تعالى لأنها شرعت لحفظ النفوس وحفظها من حقوق الله تعالى وهذا رأى للإباضيه (١).

وعلى ذلك إذا أسقطها الحاضن عن نفسه فلا تسقط إلا بعذر شرعى لأنها ولاية شرعيه مقدره بحكم الشارع على جهة الإلزام لا يجوز التحلل منها إلا بإذن الشارع كسلطة الحكم والقضاء إذا تعينت حتى لا تضيع الحقوق بين الناس وتحفظ النفوس والأموال.

القول الثانى:

إن الحضانة حق للمحضون وهو لبعض فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية(٢) وهو قول إبن أبى ليلى وأبى ثور والحسن ابن صالح وذلك لقوله تعالى ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾(٣).

ووجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى ألزم الولدات برضاعة أولادهن مدة الرضاعة الكامله وهى حولان اذا طلبها ولى الرضيع لمصلحته لأنها حقه ولا غنى له عنها لأن بها نماء ذاته ونفسه وتركها مضر به وقد يهلك الولى حل محل الرضيع في طلب حقه لانه يعجز عن طلبها بنفسه فكان لوليه سلطة الإلزام بها شرعاً ممن وجبت عليه وهى الأم.

١) شرح النيل ٢٠٦/٧.
٢) معنى المختاج ص ٤٤٩ وما بعدها.
٣) سورة البقرة الآية ٢٣٣.

وهذا القول يتفق مع الأول من حيث أثر الحكم المتعلق بالحضانة وهو أنه لا يجوز إسقاطها عن الحاضن وإن كانت حقاً للمحضون لأن الآية تدل على ذلك بطريق الإلزام إنها قد أقرت بذلك والأمر يقتضى الوجوب وإن جاء الوجوب فيها بطريق الإخبار وهذا ألزم في الوجوب وعليه لا يصح إسقاط الحضانة في الحاضنه بإرادته حيث يجبره عليها صاحب الحق فيها شرعاً(١)، لأن الحق فيها يعود إلى الله تعالى لأن الصغير لا يقدر على طلبه بنفسه وتركه يؤدى إلى هلاكه فيعود الحق لله.

القول الثالث:

ان الحضانة حق لحاضن وعليه فهو يسقط بإسقاطه له فإذا أسقطه لا يجبر عليه إلا بسبب شرعى خاص اي لضرورة حيث لا يوجد حاضن آخر يقوم مقامه في أمور الحضانة على وجهها الشرعى الصحيح وعلى لك لا تجبر الأم على حضانة ابنها اذا تركت حقها فيها إلا إذا كانت نفقة المحضون عليها حيث ترتبط ولاية المال بالنفس ولا تسقط بالإسقاط وهذا مذهب جمهور الحنفيه ورأى للمالكية والشافعية وهو مذهب الحنابلة والزيدية، والإمامية والثورى(٢).

واسندل أصحاب هذا القول بقوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم مآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضعله

١) الولاية على النفس ص ٨٢.
٢) المرجع السابق مغنى المحتاج ٤٤٩/٣ وما بعدها.

أخرى﴾(١).

ووجه الدلاله من الآية أنها بينت أنه عند التعاسر أي الاختلاف في أمر الرضاعه «فسترضع له أخرى» أي أمراة أخرى غير المرضعة الأولى لأن ذلك هو الذى يرفع الخلاف والنزاع في أمر الحضانة والإرضاع وبذلك تكون آيه ﴿والوالدات يرضعن أولادهن...﴾ الأمر فيها للندب وليس للوجوب أو أنها محموله على حالة الإتفاق وعدم التعاسر لأن الاتفاق فيها يلزم طبقا لقاعدة الإلزام الشرعيه في العقود لأن العقد شريعة المتعاقدين ويجب الوفاء به لقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود..﴾(٢)، ولأننا إذا قلنا بإجبار الخاضنه على الحضانة فعسى أن تعجز عن القيام بها ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها(٣).

القول الرابع:

وهو أن الحضانة حق للحاضنة والمحضون معاً أي أن الحق فيها مقرر شرعاً لهما معاً وهذا رأى لبعض المالكية والمختار عند الإباضية كما في الولاية على النفس(٤).

وقد استند هؤلاء إلى آية الطلاق التى أجازت للأم عند التعاسر ترك الحضانة فثبت ان لها حق فيها كما نظروا إلى إنه لا يجوز تركها من الحاضن إذا لم يوجد غيره بحيث يميز عليها بسبب شرعى كعدم المرضع الآخر أو عجز المنفق عن ثمن الرضاعه و

١) سورة الطلاق الآية ٦.
٢) سورة المائدة الآية ١.
٣) الولاية على النفس بتصرف ص ٨٢.
٤) المرجع السابق ص٨٣.

الحضانة وهذا يثبت أن الحق للمحضون فثبت أن الحق لهما معاً في الجملة(١).

الترجيح بين الأقوال السابقة:

والذى نميل إليه في الترجيح والله أعلم هو أن الحضانة حق للحاضن والمحضون معاً فهى حق للأم الحاضنه لا يمكن لأحد أن ينتزعه منها إلا برضاها وبإسقاطها له لنص آية الطلاق والتى بينت أنه عند تعاسر الزوج وإمتناعه عن أجره إرضاع وليده وإعطائها للأم فإن للأم إذا لم ترض بالتبرع بالرضاع أن تمتنع عن إرضاعه ويجبر الأب على استئجار مرضعه أخرى لإرضاع ولده بشرط ألا يترتب على ذلك ضرر بالرضيع من أي جهة كان فإن ترتب على ذلك أي ضرر بالطفل أجبرت الأم على الإرضاع بالدين أو بالتبرع وذلك لقوله تعالى: ﴿فإن ارضعن لكم فأتوهن أجورهن وأئمروا بينكم بمعروف﴾ وأما إنها حق للمحضون فلقوله تعالى ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾ لأن الآية أمرت الوالدات بإرضاع أولادهن أمر إلزام وهذا يستفاد من الإخبار بالإرضاع الوارد وفي قوله تعالى ﴿يرضعن﴾ لأن الأمر إذا جاء بصيغه الإخبار دل على الوجوب والإلزام باستمرار مدة الأمر أي المده المامور فيها بالشيء والأمر فيما يتعلق بالإرضاع فيكون الأمر ملزما مدة الرضاعة وهذا يجمع بين الأراء وإنما قلنا بأنها حق للمحضون أيضاً لأنه إذا ترتب على تركها من الحاضن الأصلى ضرر بالمحضون سقط حق الحاضن بحكم الشرع وبقى الحق

١) المرجع السابق.

للمحضون فقط واجبرت الأم الحاضنة على حضانة ولدها حتى لا يضيع الولد لأن حق الولد هو حق الله الخالص الذى فيه أحياء للنفس التى استخلفها الله - سبحانه وتعالى - لعبادتة وعمارة هذه الأرض وكون الحضانة حقاً لله يحقق في نفس الوقت أنها حق للعبد لأن إحياء الولد مصلحه له تتعلق بنفسه وذاته ولكن ذلك لا يتحقق على وجه الكمال والتمام إلا يجعله حقاً لله وللعبد مصلحة أكيدة فيه فكان هذا الحق لابد من المحافظة عليه وهذا لا يتحقق إلا بإطاعه الله فيه حسبما أمر وهذا الاتجاه في الترجيح يحقق مصلحة الحاضن والمحضون معا كما يتحقق معه مصلحه الأب والأم والولد معا وتحقيق هذه المصالح الثلاث عند التنازع فيها أمر يتعلق بالقاضى وفي جميع الأحوال يجب أن تحقق مصلحة المحضون وتغلب على مصلحة الحاضن سواء كان ذلك الحاضن هو الأم أو الأب أو غيرهما ممن تتوفر فيه شروط الحضانة والله أعلم.

المطلب الثالث
المستحقون للحضانة وترتيبهم عند الفقهاء

تمهيد:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الحضانة عند عدم النزاع من أصحاب الحق فيها ممن تتوفر فيه شروط الحضانة سواء قلنا إن الحضانة حق لله أو حق للعبد أو حق مشترك لأنها على الأقوال الثلاثة ولاية شرعية تصح ممن تتوفر فيه هذه الولاية فإذا توفرت شروط الولاية في الحاضن كان فعله مجزئا شرعاً يمكن ترتيب أثره الشرعى بالنسبه للحاضن والمحضون معاً سواء كانت الحضانة بأجر أو بطريق التبرع مع مراعاة توافر شروط استحقاق الحضانة الشرعيه عند المطالبه باجرتها من الحاضن، كما أنه لا خلاف بينهم في أنه عند النزاع عليها بين الأم والاب فإن حق الأم فيها مقدم على حق الأب سواء كانت زوجه له أو معتدته أو أجنبية خلية عن الأزواج وذلك لقوله -ﷺ-: «للمراه التى نازعها زوجها في حضانه ابنها بعد فراقها منه انت أحق به ما لم تنكحى»(١)، «ولما روى أن أبا بكر الصديق حكم على عمر بن الخطاب - رضى الله عنهما بعاصم لأمه أم عاصم» وقال: ريحها وشمها ولطفها خير له منك»(٢)،

---

١) رواه أحمد ابو داود والدارقطنى والبيهقى والحاكم وغيرهم وانظر سند أحمد ١٨٢/٢ وسند ابى داود ٢٢٧٦ والدارقطنى ٣٠٤/٣ والبيقهى ٤/٨ والحاكم ٢٠٧/٢ وشرح الزركشى ٣١/٦.

٢) رواه سعيد في سننه بسنده برقم ٢٢٧٢ وعبد الرازق في االمصنف ١٢٦ وابن ابى شبيه ٢٣٦/٥.

ولأنها أقرب إليه وهى مع أبيه تتميز عن الأب بأنها تلى بنفسها والأب لا يلى بنفسه عاده بل بغيره وهذا في الطفل الذى لا يستغنى عن النساء ومن في حكمه.ا

فالمجنون والمعتوه ولإستوائهم في المعنى فاستووا في الحكم(١). وشروط الحضانة التى لا خلاف عليها بالنسبه للحاضن هى:

الحرية والبلوغ والعقل والعدالة الظاهرة(٢)، وإنما الخلاف بين الفقهاء في غير ذلك من الشروط كشرط الإسلام بمن يقوم عند تنازع الأم والأب فيها من الرجال والنساء أو من النساء وحدهم أو من الرجال وكذلك الخلاف بينهم في درجات مستحقىالحضانة وترتيبهم فيها وسوف نبدأ بذكر مراتبهم في المذاهب الأربعه وعند الظاهريه وذلك على النحو التالى:

مستحقوا الحضانة وترتيبهم في المذاهب الفقهية:

أولاً: في المذهب الحنفى:

في المذهب الحنفى تصح الحضانة مع النساء والرجال ولكن عند التنازع ولتعارض واجتماع الرجال والنساء فإنه لا حضانه للرجال مع وجود النساء المستحقين لها وإن كان الأب والجد لأنها عندهم لا تنتقل إلى االرجال الا إذا عدم النساء المستحقات لها.

ويجب أن يراعى فيها الترتيب الآتى عند النزاع.

---

١) شرح الزركشى ٣١/٦.

٢) المرجع السابق ٣٢/٦ ومغنى المحتاج ٤٥٥/٤ وشرح منتهى الارادات ٤٦٤/٣ وما بعدها.

وأولى النساء على الإطلاق الأم ثم أمها ثم أم الأب ثم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم ثم بنت الأخت لأب، ثم بنات الأخ كذلك الشقيق ثم لأم ثم لأب ثم العمات(١).

وروى عن أبى حنيفه أن الخالة مقدمة على الأخت لأن الخالة بمنزلة الأم لقوله - عليه الصلاة والسلام - «الخالة والده» والخالات مساويات للعمات في القرب وإنما تقدم الخالات لأن قرابتهن من جهة الأم وتقدم من كانت لأب وأم لأنها تدلى بجهتين فتكون أولى ثم من كانت أقرب من الأم ثم من الأب ترجيحاً لقرابة الأم ويشترط فيمن تستحق الحضانة من النساء أن تكون ذا رحم محرم إذا كان المحضون ذكراً(٢)، ثم تنتقل الحضانة للرجال اذا عدمت النساء المستحقات للحضانه واولاهم بها أقربهم تعصيباً بشرط أن يكون محرماً لو كانت المحضونه انثى وأن يكون عدلاً(٣).

واذا اجتمع مستحقون للحضانه في درجة واحدة وتنازعوا قدم أورعهم ثم أكبرهم.

ولا يشترط في الحاضن الإسلام لأن االذمية أحق بوليدها المسلم من أبيه مالم يخف عليه الكفر بشرط أن تكون الحاضنه حره وعلى هذا يشترط الحنفيه في الحاضن الشروط الآتيه:

أولاً: الحريه لأن الحضانة ولاية والعبد ليس من أهلها.

---

١) الأختيار ١٧/٤ وما بعدها.؟

٢) المرجع السابق ١٨/٤.

٣) المرجع السابق ١٩/٤.

ثانياً: البلوغ لأن الحضانة تكليف والتزام والصبى ليس من أهلها لدفع التكليف عنه ولأنه غير ملتزم في حق نفسه فكيف يكون ملتزماً في حق غيره والقاعده الشرعيه تقول: إن فاقد الشيء لا يعطيه.

ثالثاً: العقل لأن العقل هو مناط الإلتزام بالأحكام الشرعية والتكليف ولأن من لا يعقل من أهل الحضانة فكيف يتصور أن يكون حاضنا فيها.

رابعا: العدالة الظاهرة وشروطها عندهم عدم الفسق أي عدم إرتكاب ما يوجب الحكم عليه بالفسق ليشمل ذلك عندهم الغرم المأمون على المحضون أن كان في بلاد المسلمين وتحت ولايه أقربائه العصبة(١).

خامساً: أن يكون المحضون في سن الحضانة وهى التى لا يستغنى فيها المحضون عن خدمه الغير بالسنبه للمحضون الذكر وبالنسبه للجاريه حتى البلوغ بالحيض أن كانت الحاضنة الأم أو الجدة وعن غيرهما حتى تستغنى عن خدمة النساء(٢).

ثانياً في المذهب المالكى:

وفي المذهب المالكى تقدم الأم ثم أم الأم وإن علت ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب ثم خاله الأم ثم أم الأب ثم أمها وإن علت ثم الأب ثم الأخت ثم العمة ثم بنت الأخ ثم بنت الأخت ثم الأخ الشقيق ثم لأم ثم لأب ثم الجد لأم ثم ابن الأخ ثم العم ثم المولىالمعتق ويقدم في كل ما ذكر الشقيق ثم الذى لأم ثم

١) الأختيار ٤/٢٠.
٢) الاختيار ٤/١٩.

الذى لأب وعند التساوى يقدم الأكثر ديانة وشفقه.

فإن تساويا قدم الأكبر سناً فإن تساوياً أقرع بينهم(١).

ثالثاً: في المذهب الشافعى:

الحضانة عندهم حفظ من لا يستقل وتربيته والإناث أليق بها والحضانة مع الصغير حتى التمييز وبعد سن التمييز تسمى كفالة ورعاية إتفاق وعند الشافعية في الحضانة إذا اجتمع ذكور وإناث تتوفر فيهم شروط الحضانة وتشاحا عليها قدمت الأم ثم أمهاتها وان علت ثم الأب على الصحيح ثم الجد أبو الأب وإن علا ثم الأخت ثم الخالة ثم بنت الأخت ثم بنت الأخ ثم العمه ويقدم الأصل على الحاشيه فما ينسب إلى الأباء والأمهات يقدم على الحواشى فإن فقد الأصل أي الذى يتصل بالأب أو الأم فالأصح أنه يقدم منهم الأقرب إلى المحضون حسب ترتيب الميراث ذكراً كان أو انثى وإن استووا الأنثى فإن استووا أقرع بينهم ومقابل الأصح وهو صحيح أيضاً في المذهب أن نساء القرابة وإن بعدن أولى من الذكور وإن كان الذكور من العصبات لأنهن أصلح للحضانة من الرجال(٢).

وعلى الأصح في المذهب يقدم الشقيق في كل ما سبق على الذى لأب ويقدم الذى لأب على الذى لأم فقط أي يقدم جهة الأب على جهه الأم ومقابل الأصح وهو صحيح في المذهب أيضاً يقدم بعد الشقيق جهه الأم على جهة الأب أي يقدم الأخ لأم على الأخ

١) مختصر خليل ١٦٧ والشرح الكبير عليه مع حاشيته للدسوقى ٢/٢٦ وما بعدها.
٢) راجع فيما سبق مغنى المحتاج ٣/٤٥٤ وما بعدها.

لأب(١)، وعلى الأصح أيضاً لا حضانة لجده لا ترث وذلك مثل أم أبى الأم وتسمى الجدة الفاسدة في الميراث وهى التى لا ترث وعلى الأصح ايضاً تثبت الحضانة لكل أنثى غير محرم كبنت الخالة وبنت العمة وبنت العم بشرط أن يكون المحضون غير مشتهى.

وعلى مقابل الأصح وهو الصحيح لا تثبت الحضانة للأنثى على الذكر إلا إذا كانت محرماً بالنسبه له وعليه فلا تثبت لبنت العم ولا لبنت العمة ولا لبنت الخالة وان كان المحضون صغيراً لا يشتهى لأنهن غير محرم بالنسبه له(٢).

الشافعيه في الاناث فقط الترتيب على النحو التالى:

١- الأم.
٢- أم الأم ثم أبناؤها إذا لم يكن للمحضون بنت حيث تقدم بنت المحضون. عند فقد أبويه على الجد (مغنى المحتاج ٤٥٣/٣) وهذا يتصور في حضانه المجنون والمعتوه فقط لأخ صغير.
٣- الجده لأم ثم أمهاتها المدليات ثم ام أبى الجد كذلك اذا لم يكن للمحضون بعدم تقدم بنت المحضون عند فقد أبويه على الجدات.
٤- الأخت بجميع درجاتها.
٥- الخالة.
٦- بنت الأخت.
٧- بنت الأخ.

١) المرجع السابق ٤٥٢/٣.
٢) المرجع السابق ٤٥٢/٣.

٨- العمة، ويقدم الشقيق على الذى لأب ويقدم من لأب على من لأم ثم بقية الذكور العصبة حسب ترتيبهم في الميراث وتثبت للمحرم ولغير المحرم ولكن لا تسلم لغير محرم مشتهى كأبنة عم بل تسلم إلى ثقه بينها الحاضنه (مغنى المحتاج ٤٥٣/٤).

أما إذا إجتمع إناث فقط فيكون الترتيب في الحضانة كالآتى: الأم ثم أم الأم وإن علت ثم أم الأب وان علت ثم الأخوات ثم الخالات ثم بنت الأخت ثم بنت الأخ ثم العمه(١)، واذا اجتمع ذكور فقط فتثبت لهم الحضانة في كل ذكر محرم وارث على ترتيب الإرث بلا خلاف وهكذا تثبت لغير محرم كابن العم على الصحيح ولكن لا تسلم إليه محضونه مشتهاه بل إلى امراه ثقه يختارها هو بعيتها تتوفر فيها شروط الحضانة(٢)، ويراعى ترتيب الارث في الحضانة فيقدم الأقرب على الابعد فالأب يقدم على الجد والأخ يقدم على العم وعلى ابن الأخ وهكذا فإن فقد في الحاضن شرط الإرث والعصوبه والمحرميه معاً كابن الخال وابن العمه فلا حضانه لهم في الأصح لفقد الإرث والمحرميه مع ابن الخال وابن العمة وكذا عند فقد الإرث فقط كما في أب الأم أي الجد لأم والخال وهو أخو للأم لأنهم لا يرثون ولا يعقلون في الجناية ولا ولايه لهم في النكاح(٣)، وعلى مقابل الأصح وهو صحيح في المذهب لهم

١) المرجع السابق نفس الجزء والصفحه.
٢) مغنى المحتاج ٤٥٣/٣.
٣) مغنى المحتاج ٤٥٣/٣.

الحضانة لشفقه الحاضن فيها بالقرابة(١). ولا حق للمحرم بالرضاع في الحضانة ولا في الكفالة ولا للمولى وعصبته على المذهب لفقد الإرث في الأول وفقد القرابة في الثانى وإن وجد فيه حق الإرث(٢).

شروط الحضانة عند الشافعيه:

١ـ الحرية.
٢ـ العقل والبلوغ.
٣ـ الأمانة لأن الفاسق لا يلى ولا يؤتمن وتكفى العدالة الظاهرة لتحقق الأمانة كشهود النكاح.
٤ـ الإسلام إذا كان المحضون مسلما لأنه لا ولاية لكافر على مسلم ولأنه ربما فتنه الكافر في دينه،ذ ولا حجه لمن تمسك بحديث أبى داود وغيره أن النبى خير غلاماً بين ابيه المسلم وأمه المشركة فمال إلى الأم فقال النبى -ﷺ- اللهم اهده فعدل الى ابيه(٣)، لأنه حديث منسوخ أو محمول على أنه -ﷺ- علم أن الله أستجاب إلى دعائه وانه يختار الأب المسلم بعد استمالته إلى الأم قلب الأم ويحضه أقارب المسلمون فإن لم يكن احد نفقة المسلمون ومؤمنة في ماله فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته فإن لم يوجد حضنه ففي بيت مال المسلمين.
٥ـ الخلو من زوج أجنبى عن الطفل وإن لم يدخل بها لحديث

١) المرجع السابق.
٢) المرجع السابق.
٣) سبل السلام ٢٢٨/٣ ومابعدها، ونصب الراية ٢٧٠/٣ ومابعدها، ونيل الأوطار ٢٥٠/٦.

«إنت أحق به مالم تنكحى»(١)، ولأن مقامه مع زوج أمه يلصق عاراً بأقربائه.
٦ـ أن تكون الحاضنة مرضعة للطفل اذا كان المحضون رضيعا أي أن يكون لهل لبن بالفعل على الصحيح فإن لم يكن لها لبن أو امتنعت عن الإرضاع الفعلى من لبنها للطفل فلا حضانه لها على الصحيح وقد صح البلقيينى انها أن امتنعت ولها لبن فلا حضانه لها على الأصح مما يعنى ان الخلاف قوى في ذلك وبذلك يكون مقابل الأصح صحيح وان كانت غير ذات لبن فلا تسقط حضانتها جزءاً لأن الخلاف فيمن لها لبن وامتنعت عن الإرضاع.
٧ـ الا يكون بالحاضن مرض معد للرضيع ومنه الجزام والبرص.
٨ـ الا يكون أعمى اذا لم يكن له من يقوم بالحضانة عنه.
٩ـ أن يكون رشيداً في المال حيث لا حضانه لسفيه.
١٠ـ الا يكون مغفلا(٢).

رابعا: ترتيب المستحقين للحضانه فى المذهب الحنبلى:

قال في الروض المربع تجب الحضانة لحفظ صغير ومعتوه ومجنون لأنهم يهلكون بتركها ويضيعون والأحق فيها أم ثم أمهاتها القربى ثم أب ثم أمهاته القربى فالقربى ثم جد ثم أمهاته ثم أخت شقيقه ثم أخت لأم ثم اخت لأب ثم خالة شقيقه ثم خالة لأم أي أخت الأم من جهة الأم فقط ثم خالة لأب أي أخت الأم من جهة الأب فقط ثم عمة شقيقة ثم عمة لأم ثم عمة لأب ثم خالات أمه ثم خالات أبيه ثم عمات امه ثم عمات ابيه ثم بنت الأخ الشقيق ثم بنت

١) انظر التحرير ص٣١.
٢) مغنى المحتاج ٤٥٤/٣ وما بعدها ٤٥٦.

الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب ثم بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأم ثم بنت الأخت لأب ثم بنات اعمامه ثم بنات عماتهبالترتيب السابق ثم بنات اعمامه ابيه بالترتيب السابق ثم لباقى العصبه الأقرب فالأقرب حسب ترتيب الميراث ثم لذوى أرحامه من الذكور والإناث غير ما تقدم وأولادهم أي ام أبى الجد لأم ثم امهاته فالأخ لأم فخال ثم تنتقل الحضانة بعد ذلك للحاكم اذا لم يوجد احد منهم أو فقدت فيهم شروط الحضانة، وجاء بنفس الترتيب في شرح منتهى الإرادات(١).

ولكنه اشترط في الحاضن العصبة الذكر كونه محرما ولو يضاع ونحوه كمصاهرة لأنثى محضونة بلغت سبعا من السنين لأنها محل شهوة وقال: لا تسلم لغير المحرم كابن العم عند تعذر المحرم بل يسلمها غير المحرم إلى امراه ثقة يختارها أو يسلمها إلى إحدى محارمه الثقات لأنها أولى من الأجنبية ومن الحاكم(٢).

وكذلك إذا كانت الأم متزوجة ولا يوجد أحد ممن يستحق الحضانة بعدها حيث تسلمه الى امراه تختارها أو يختارها أحد محارمها(٣).

شروط الحضانة عند الحنابلة:

وتشترط في الحاضنة: الحرية والعدالة الظاهرة والإسلام بالنسبه للمسلم والخلو من الزوج ولو رضى زوجها لحديث «أنت

١) ٢٦٣/٣ وشرح الزركشى ١٣١/٦ وما بعدها.
٢) المرجع السابق ٢٦٤.
٣) المرجع السابق .

أحق به مالم تنكحى»(١).

خامساً: ترتيب مستحقى الحضانة عند الظاهرية:

قال ابن حزم: الأم أحق بالحضانة حتى البلوغ ثم الأب أو الأخت أو العمه أو الخاله أو العم أو الخال وذوو الرحم أولى من غيرهم بكل حال والدين مغلب على الدنيا وعند الاستواء في كل ذلك يقدم الأم والجده ثم الأب والجد ثم الأخ والأخت ثم الأقرب فالأقرب(٢).

ترتيب مستحقى الحضانة عند الزيدية كما في البحر الزخار على الراجح(٣).

إذا إجتمع الرجال النساء فلا حضانه للرجال مع وجود أي درجه من النساء وترتيب النساء كالتالى:

أولاً: الأم ثم أمهاتها وإن علون ثم الأب ثم الخالة ثم أم الأب ثم أمهاتها ثم أمهات الأب لأم الجد الفاسد ثم الأخوات ثم بنات الخالات ثم بنات الأخوات ثم بنات الأخ ثم العمات ثم بناتهن ثم بنات العم ثم عمات الأب ثم بناتهن ثم بنات أعمام الأب وقرابة النساء من جهة الأب معتبرة اذا لم يوجد من في درجتهن من جهة

١) رواه أحمد وابو داود وغيرهما عن عمر سعيب عن ابيه عن جده، مسند احمد ١٨٢/٢ وسنن ابى داود ٢٢٧٦ وشرح الزركشى ٣١/٦ وشرح منتهى الارادات ٤٦٤/٣.
٢) المحلى ٣٢٣/٧.
٣) ٢٨٧/٤ وما بعدها.

قرابه الأم ويقدم زوالنسبين ثم ذوو الأم اي يقدم من كان لأبوين ثم لأم ثم لأب حيث تقدم قرابه الأبوين ثم قرابه الأم ثم قرابه الأب فالأخت الشقيقه تقدم على الأخت لأم والأخت لأم تقدم على الأخت لأب هكذا في كل القرابات على الراجح في المذهب ومتى بطلت قرابه النساء أو انعدمت كل درجاتها فالأقرب ثم الأقرب من العصبه المحارم(١).

وبذلك يتفق مذهب الزيدية مع مذهب الحنفية من حيث الجملة في ترتيب مستحقى الحضانة.

النتيجة بعد بيان ترتيب الحضانة في المذاهب على النحو السابق:

قد ظهرلنا من العرض السابق النتائج التالية في ترتيب الحضانة.

أولاً: إنه يوجد خلاف كبير من حيث التفصيل بين الفقهاء بعد الأب والأم الجدة من حيث التقديم والترتيب لعدم وجود نصوص قاطعه في الترتيب ولإقتصار ما ورد من نصوص في الأم والأب والخالة فقط وإن لم تنص على ترتيب بينهم إلا ما يفهم من تقديم الأم على الأب في حديث تنازع الأم والأب على حضانة الأبن

١) المرجع السابق ٤/٢٨٨.

الصغير غير المميز وهو قوله -ﷺ- «أنت احق به ما لم تنكحى»(١).

ثانياً: من نظر إلى ان الحضانة أصلاً يقوم بها النساء وهن أقدر عليها فقد قدمهن على الرجال من الجهتين بحيث لا تنتقل إلا إذا عدم النساء وهو مذهب أبو حنيفه ومن وافقه ومن نظر إلى أن الحضانة يراعى فيها ما سبق مع الشفقه والعطف فقد قدم جهة القرابة القربى على البعدى وقدم جهة الأم على جهة الأب لأن الأم أكثر شفقة من الأب وأدخل فيها نساء العصبة ونساء ذوى الرحم كما هو مذهب الجمهور وإن قدم البعض قرابة ذوى الرحم على قرابة العصبة كما في تقديم الخالة على الأب والجد الأخت والعمة عند المالكية ومن نظر إلى إن الحضانة يتعلق بها الحفظ والرعايه والعطف والحنان والشفقة فقد ادخل فيها جانب الرجال مع النساء لوجود القرابة معهم ولأن هذه المعانى معهم في جانب الحفظ والرعاية بل هم عليها أقدر في بعض الأحيان كما في قرابة العصبة وبهذا تدخل قرابة الرجال من ذوى الأرحام الحضانة ويقدم منهم الأقرب فالأقرب حسب ترتيبهم في الميراث حيث تقدم درجة القرابة مطلقاً وهو مذهب جمهور الفقهاء.

ثالثاً: الذى استخلصته من نصوص الفقهاء في ترتيب مستحقى الحضانة في المذاهب المختلفة هو ما يلى:

١) رواه أحمد سنده عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده مرفوعاً مسند احمد ١٨٢/٢ ورواه ابو داود والدارقطنى والحاكم والبيهقى وانظر الزركشى ٣١/٦.

١- أن الأم مجمع على تقديمها على جميع المستحقين للحضانة في كل الأحوال عند توفر شروط الحضانة معها لحديث النبى -ﷺ- «أنت أحق به مالم تنكحى».

٢- بعد الأم اتفق الفقهاء الجمهور(١). على أن أم الأم تحل بعد الأم في الترتيب وهو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية والزيدية والظاهرية بلا خلاف وكذا الحنابلة في قول.

وقد اقتصر الحنفية والحنابلة في إحدى الروايتين والظاهريه في الترتيب في النص بعد الأم على أم الأم فقط أي الدرجة الأولى بينما نص المالكية والشافعيه والزيدية على أن أم الأم مهما علت درجتها تحل محل الأم عند فقد الأم

٣- اختلف الفقهاء فيمن يلى أم الأم (الجده لأم) على ثلاثة أقوال:

الأول لجمهور الفقهاء:

الحنفية والشافعية والحنابلة في قول وهو المختار في المذهب والظاهرية أن الجدة لأب تلى الجدة لأم مباشره وتقدم على الأب لأن لفظ الجدة يشملهما معاً ولأنهما يشتركان معاً في إرث السدس الذى ترثه الأم عند فقد الأم.

١) هذا القيد نظراً لأن الحنفيه لهم مذهب مستقل في أن الرجال لا ملحظ لهم في الحضانة الا بعد فقد جميع درجات النساء أو فقد شروط اعطائه فيهن من جميع الجهات.

القول الثانى:

للمالكية وهو أن الخالة تلى الجدة لأم وهى تتقدم على الجدة لأب وتقدم الخالة بجميع جهاتها على أم الأب وذلك إستدلالاً بما روى في الصحيحين عن البراء بن عازب إن عليا وجعفر الطيار وزيد بن حارثه اختصموا في بنت حمزه فقال على أنا أحق بها وهى ابنه عمى وقال زيد بنت أخى وقال جعفر بنت عمى وخالتها تحتى فقضى بها النبى -ﷺ- لخالتها وقال «الخالة بمنزلة الأم»(١).

القول الثالث

إن الأب يلى الجدة لأم مباشرة ويقدم الأب على امه لأنها تدلى به ولأن الأب في منزلة الأم ويلى بعدها ولكن قدمت أم الأم عليه لأنها بمنزله الأم ويشهد لذلك ظاهر حديث «أنت أحق به مالم تنكحى» لأن مفهوم الحديث ان الأب أحق بعد الأم فلا يتقدم عليه أحد الا برضاه أو لعدم توفر شروط الحضانة فيه سواء حضن بنفسه أو بواسطة غيره من النساء وهذا هو مذهب الحنابلة في ظاهر المذهب والشافعية على الصحيح عندهم والزيدية.

٤- اتفق جمهور الفقهاء أن الجده لأب تلى الجدة لأم وأن الجدة لأم تقدم عليها عند وجودهما معاً وتنازعهما على الحضانة

١) صحيح البخارى ٢٩٩، ٤٢٥١ والترمذى ٣٠/٦ والبيهقى ٥/٨ ونيل الأوطار ٣٦٨/٦ ورواه أبو داود وقال فيه الخالة أم كما قال صاحب الولاية على النفس ص ٩٧ ورواه احمد عن على ٤١٢/٥ عن ابن لهيعه والترمذى ٥٠٤/٤ والحاكم ٥٥/٢ و ٢٢٧/٢ وانظر حاشية شرح الزركشى للشيخ عبد الله الجرين ٣٥/٦.

ولكنهم اختلفوا فيمن يلى الجدة لأب على اقوال ثلاثة:

الأول: للحنفية وهو أن الأخت تلى الجدة لأب.

الثانى: للحنابلة في ظاهر المذهب أن الجد لأب يلى الجدة لأب وهذا على القول بتقديم الأب على الجدة لأب وبعد الجد لأب تلى الأخت.

الثالث: وهو مذهب الشافعية والظاهرية أن الأب وإن علا هو الذى يلى الجدة لأب لأن الترتيب عندهم هو الأم ثم أم الأم ثم أم الأب ثم الأب ثم الجد وإن علا ثم الأخ والأخت بجميع درجاتة الثلاث ويقدم الشقيق ثم الذى لأم ثم الذى لأب عند التساوى ثم باقى القرابة ثم الأخ والأخت وعند التساوى في الدرجة الواحده يتقدم النساء.

٥ـ اختلف جمهور الفقهاء فيمن يستحق الحضانة بعد الأخت على أقوال:

الأول: أن الخالة تلى الأخت في الترتيب وهو للحنفية والشافعية والحنابلة.

الثانى: للشافعية في قولهم الآخر وهو أن الذى يلى الخالة بنت الأخت وبنت الأخ ثم العمة.

٧ـ بعد العمة: اختلف الفقهاء على أقوال ثلاثة فيمن يليها في الترتيب.

الأول: للحنفية أن بنت الأخت تلى العمة وتقدم على بنت الأخ.

الثانى: للمالكية والشافعية أن بنت الأخ وبنت الأخت في درجة واحده ويقرع بينهما عند التنازع.

الثالث: للحنابلة وهو أن بنت الأخ بعد العمة في الترتيب

وهى مقدمة على بنت الأخت.

٨ـ وبعد بنت الأخ وبنت الأخت اختلف الفقهاء فيمن يليهما في ترتيب الحضانة على أقوال أربعه.

الأول: يلى بنت الأخ وبنت الأخت بنت العم وهو للحنفية.

الثانى: يلى بنت الأخ أو الأخت العمه ثم بنت العم أو العمة أو الخال أو الخالة وهو للشافعية على الأصح.

الثالث: يلى بنت الأخ بنت الأخت ثم بنت العم ثم بيت العمه ثم باقى العصبه ثم بنت الخاله ثم بنت الخال ثم الخال وهو الحنابله.

الرابع: يلى بنت الأخ أو الأخت الوصى ثم الأخ ثم الجد ثم باقى القرابه حسب الترتيب وهو للمالكيه.

الترجيح فيما سبق من خلاف:

والذى نراه راجحاً من حيث ترتيب مستحقى الحضانة الشرعية هو الترتيب التالى:

اولاً: الأم ثم أمهاتها وان علت ثم أم الأب وان علت ثم الأب وان علا ثم الأخت ثم الخالة ثم العمة ثم بنت الأخ ثم بنت الأخت ثم الأخ ثم العم ثم الخال ثم ابنهما ثم بقية القرابه حسب ترتيبهم في الميراث ثم وصى الأب أو الأم ثم قرابة العصبة النسبية ثم الحاكم ويقدم من قرابته للأم والأب على قرابة أحدهما فقط ويقدم قرابة الأم على قرابة الأب مراعاة لتقديم جانب الأم فيها على الأب ولأنها فراعه فيها جانب الشفقة والعطف والحنان وهى في جهه الأم أكثر واولى من جهه الأب وبذلك تقدم الأخت لأم على الأخت لأب ويقدم النساء على الرجال عند تساويهما في درجة

الحضانة ويقدم ذوو المحارم على غيرهم في جميع الأحوال وفي غير المحارم من العصبة أو من قرابة ذوى الأرحام يراعى أن يكون المحضون غير مشتهى ذكراً كان أوانثى فإن كان مشتهى وليس هناك ذو رحم محرم فإنه يكون عند ثقه الرجال مع الرجال والنساء مع النساء فإن لم يوجد فيوضع حسب ما يراه الحاكم في مصلحته اي يعين له من يتولاه من الرجال الثقه أو النساء الثقات والله أعلم.

سبب هذا الترجيح ودليله:

هذا وسبب تقديم الأم في الترتيب النص والإجماع على تقدمها على جميع المستحقين للحضانة في الترتيب وأما أم الأم فلأنها في منزلة الأم لأن أم الأم أم وهذا الأسم يطلق عليها وإن علت واللغة تشهد لذلك ونصوص الشرع أيضاً بالقياس على أب الأب لقوله تعالى «ملة أبيكم إبراهيم» وإبراهيم جد لنا وقد سماه القرآن أبا فكان اطلاق الأب وان علا على الجد اطلاقاً شرعياً صحيحاً والجد أصل للأب والجدة أصل للأم فكان الحكم الشرعى ينطبق عليها ايضاً بالقياس على الأب لنفس العلة والسبب، واما كون ام الأب تلى أم الأم فلأن كلا منها تسمى جده ويشتركان في الميراث عند فقد الأم عند تساويهما في الدرجة ولكن قدمت الجدة لأم هنا عليها لأنها في منزلة الأم والأم قدمت على الأب والجدة لأب في محل الأب فتقدم عليها الأم وأمهاتها. أما تقدم أم الأب على الأب فلأنها تحضن عن طريقه بواسطة نفسها والأب يحضن بواسطة غيره من النساء بها أو بغيرها فيقدم من كان يحضن نفسه على من يحضن بواسطة غيره لأن الحضانة اصلاً تناط بالنساء والولاية تناط بالرجال واما تقديم الأب على بقيه المستحقين بعد الأم والجدة من

الجهتين فكونة اصلاً للمحضون وهو في درجة الأم وله اشتراك في احقية الحضانة معها بنص الحديث ولكنها زادت عليه درجة فيعود الحق في الأفضلية إليه بعد إتمام أو زوال هذه الدرجة بالأسباب الشرعية عملاً بأصل الحضانة في جانب الأم والأب معاً، وأما كون الأخت تلى الأب وتقدم على الخالة فلأن الأخت تزيد على الخالة في درجة الرحم والقرابة أي مقدمة عليها في جهة القرابة لأنها في درجة العضوية والخالة في درجة ذوى الرحم فقط وتزيد الأخت عليها أنها ذو رحم محرم درجتها أقرب من الخالة لأن الأخت تتصل بالمحضون بطريق المباشرة أي يجمعها بالمحضون أصل واحد سواء كان ذلك من الجهتين كالشقيقة أو من جهة واحدة كالأم أو الأب بخلاف الخالة لأنها تتصل بالمحضون بطريق غير مباشر وهو الأم بواسطة الجد واما حديث «الخالة ام» أو بمنزلة الأم فالمراد منه في العطف والشفقة وإثبات حق الحضانة لها في الجملة لا بتقديمها على من هو أقرب منها درجة لأن الحديث لم يتعرض لدرجتها من حيث ترتيبها في الحضانة بين المستحقين لها وإنما أثبت أن لها حقاً في الحضانة لأنها في منزلة الأم في الشفقة والحنان وأما كون العمة تلى الخالة فلأن جانب الأمومة مراعى في التقديم إذا استوت الدرجة على جانب الأبوة ولوجود النص الخاص بها وهو حديث «الخالة أم» واما كون بنت الأخ تلى العمة وقبل بنت الأخت فلأن العمة في درجة الأب فهى أعلى منها في الدرجة والقرب وبنت الأخ تزيد على بنت الأخت في درجة العضوية وتتساوى معها في درجة المحرمية واما تقديم الأخ على من يليه فلأن الأخ في منزلة الأخت ولكن قدم عليه جانب النساء في درجته أو اقل منها مراعاة لجانب النساء في الحضانة واما تقديم الجد لأم على العم فلتقديم

الجد مع الأب عليه ولتقديم الأم على الأب والجد لأم تدلى به الأم فكان جداً للمحضون فيكون له نصيب في الحضانة وجانب الشفقة فيه والعطف واقوى من العم فقدم عليه.

وأما كون العم يليه ويقدم على االخال فلأن العم يزيد على الخال في درجة العضوية والإرث وإن اشتركا في درجة صلة الرحم لأن العم أخ الأب والخال أخ الأم واما كون باقى المستحقين في الحضانة يراعى فيهم درجة القرابة من المحضون فإن ذلك يسهل قاعدة ترتيب المستحقين لها مع مراعاة ان من كان ذارهم محرم يتقدم على غير المحرم مطلقا وأن درجة القرابة من الجهتين تقدم على درجة القرابة من جهة واحدة وإذا استوت الدرجة تقدم قرابة الأم على قرابة الأب وإذا استوت الدرجة والقرابة قدم النساء على الرجال هذا وقد تكلم أبن القيم عن بعض ضوابط الفقهاء في ترتب من لهم الحضانة ويحسن بنا في هذا المقام ان نذكر ما قاله والضابط الذى وضعه لذلك لأهميته في هذا المقام ولإمكان الاستفادة منه في مجال التطبيق العملى افتاء وقضاء أوفقها عند التوضيح بالنسبه للخلاف الكبير في هذا الجانب عند الفقهاء ومن الضوابط التى ذكرها ابن القيم للفقهاء في ترتيب الحاضنة أن الاعتبار في الحضانة بالولادة المحققة وحتى الأمومه ثم الولادة الظاهرة وهى الأبوة الميراث ثم الادلاء فتقدم الخالة على العمه لادلائها بالأم. وبعد ذكره لهذه لطريقة حمل عليها وندد بفسادها ومما قاله فيها وإنه من لوازم تقديم الأمومه تقديم من في جهتها على الأب ومن في جهته ومن ذلك تقديم الأخت لأم وبنت الخاله على الأب وامه

وهذا ليس بسائغ فضلا عن مخالفته لأصول الشرع(١).

ضابط ابن القيم:

وخلاصة ضابط ابن القيم في ترتيب الحضانة والذى ارتضاه نقلا عن ابن تيميه ودافع عنه: أن الحضانة ولاية تعتمد على الشفقة والتربية والملاطفه فاحق الناس بها أقومهم بهذه الصفات وهم اقاربة يقدم منهم اقربهم إليه واقومهم بصفات الحضانة فإذا اجتمع أكثر من واحد واستوت درجتهم قدمت الأنثى على الذكر فتقدم الأم على الأب والجدة على الجد والخالة على الخال فإن كان ذكرين او انثيين قدم اخدهما بالقرعة عند النزاع، وان اختلفت درجتهما من الولد فإن كانوا من جهة واحدة قدم الأقرب إليه فتقدم الأخت على ابنتها والجد ابو الأم على الأخ للأم وهذا احد الوجهين في مذهب الإمام أحمد بن حنيل رحمه الله.

وقيل لا حضانة للأخ لأم مطلقاً لأنه ليس عاصبا ولا من نساء الحضانة ومثل الخال ولا زاع في مذهب أحد إن ابا الأم وامهاته أولى من الخال.

وان كانوا من جهتين القرابة الأم وقرابة الأب كالعمه والخالة والأخت للأب والأخت للأم - وام الأب - وام الأم - قدم من في جهة الأب في كل ذلك على أحدى الروايتين وجهة الأم على الرواية الأخرى وكل هذا اذا استوت الدرجه أو كانت درجه جهه الأب اقرب للطفل من جهه درجه الأم لكن رإن قربت درجة

---

١) زاد المعاد ٢٤٢/٤ وما بعدها والأحوال الشخصيه فقها وقضاء لعبد العزيز عامر ص ٢٣٠ والولايه على النفس للدكتور حسن الشاذلى ص ٨٦ وما بعدها - ص ١٤٣.

جهة الأم عن درجة جهة للأب قدم الأقرب إلى الطفل لقوه
وحنوه. ومن قدم قرابة الأب انما قدمها مع مساواء قرابة الأب
أما إن بعدت قرابة الأب قدمت قرابة الأم وقال ابن القيم: ان
الضابط يمكن به حصر جميع مسائل هذا الباب وجدها على ال
الشرعى فاي مساله وردت في الباب امكن اخذها من هذا ال
مع كونه مقتضى الدليل ومع سلامته من التناقض(١).

١) زاد المعاد ٣٤٨/٤ وما بعدها ٢٥١ وما بعدها، والأحوال الشخصيه العزيز عامر ص ٢٣٠ وما بعدها.

المطلب الرابع

شروط الحضانة عند الفقهاء

اولاً الشروط العامة المتفق عليها:

وهى خمسة شروط البلوغ والعقل والقدرة على الحضانة والأمانة وسلامة الحاضن من الأمراض الضارة أو المعدية للغير.

اما اشتراط البلوغ: والعقل فلأنهما محل التكليف بنص الحديث ورفع القلم عنهما ولأن الحضانة ولاية وهم ليسوا اهلا لها لانعدامها بالنسبة لهم فعلى غيرهم من باب أولى لأن فاقد الشيء لا يعطيه لغيره لعدم القدرة عليه. وعلى ذلك فلا حضانة لصغير ولا مجنون ومعتوه. بالإجماع.

اما اشتراط القدرة على الحضانة فلأنها ولاية حفظ ورعاية للمحضون وغير القادر يضيعها فيضيع المحضون وشرط تحقق الولاية هو تحقق الحفظ فيها وعلى ذلك فلا حضانة لاعمى وأصم واخرس ومريض مقعد وعاجز لكبر سنه؛ لعجزهم في حق أنفسهم.

أما اشتراط الأمانة فلأن الحضانة ولاية حفظ ورعاية والحاضن الفاسق يضر نفسه وهو غير أمين على نفسه بفسقه فلا يصح أن يكون أمينا على غيره من باب أولى ولأن فاقد الشيء لا يعطيه وحتى لا ينشأ المحضون على طريقته ومن الفقهاء من لم يفرق بين فسق وفسق حتى إن بعضهم جعل تارك الصلاة ولو كان متقطعا فاسقا وعلى كل فإن تقدير الفسق سلطة تقديرية للقاضى على ضوء ما يراه محققا لمصلحة المحضون ومدى ما يناله من ضرر يقع به في الحال أو المستقبل ويشترط كون الحاضن أمينا في دينه وماله وأما اشتراط سلامة الحاضن من الأمراض الضارة والمعدية فلأن وجودها يتحقق معه ضرر المحضون والحضانة قائمة على الحفظ والرعاية

ومنع الضرر وعليه فلا حضانة لمن به جذام أو برص وما في حكمها من كل مرض معد لأنه مضر بالطفل أو المحضون وقد يؤدى به إلى الهلاك ومدار الحضانة على الحفظ والرعاية لا على الهلاك بإجماع الفقهاء(١).

ثانياً: الشروط المختلف فيها في ولاية الحضانة:

اختلف الفقهاء في بعض شروط الحضانة وهى اتحاد الدين وخلوها من أجنبى عن الطفل فبعضهم اشترط هذه الشروط في الحاضن لثبوت ولاية الحضانة له مطلقا وبعضهم لم يشترطها من جميع الوجوه وذلك على النحو التالى:

فبينما اتفق الفقهاء على أن وصف الرده مانع من ولاية الحضانة للرجل والمرأة اتفقوا ايضا على أن اختلاف الدين بغير الرده يوثر مع المحضون العاقل المميز لأن حضانة غير المسلم معه تؤثر فيه وقد تجعله يألف الكفر وهذا ضرر ليس بعده ضرر بالنسبة للمحضون ولهذا لا حضانة مع اختلاف الدين من عاقل يعقل الأديان وغيرها يتحقق مع الصغير ببلوغه سن التمييز باتفاق الفقهاء ماعدا الظاهرية حيث إنهم جعلوا الحد هو بلوغ المحضون حد الفهم دون التقيد بسن معينة.

وعند جمهور الفقهاء متى خيف على المحضون أن يألف الكفر نزع من حضانة غير المسلم وضم إلى حاضن مسلم له الحق

---

١) رد المحتار على الدر المختار ٨٧١/٢ وما بعدها وفتح القدير ٢١٤/٣ وحاشيه الدسوقى مع الشرح الكبير ٥٢٨/٢ وما بعدها والمهذب ١٦٩/٢ ونهاية المحتاج ٢٧٣/٦ وما بعدها والمغنى ٢٩٧/٩ وما بعدها والمحلى ٣٢٣/١٠ وما بعدها والولايه على النفس لأحمد فراج ص ٧٠ وما بعدها مؤسسة الثقافة الجامعية والاشباه والنظائر ص ٣٠٤ لبن تجيم.

في الحضانة.

وذهب المالكية إن المحضون متى خيف عليه من حاضنه أن يألف معه الكفر ضم هو وحاضنه إلى حاضن من المسلمين ليكون رقيباً عليه(١).

أما إذا كان المحضون صغيراً لا يعقل وكان الحاضن رجلاً فإنه يشترط في الحاضن إن يكون متفقاً مع المحضون في الدين لأن الحضانة في هذه الحالة ولاية على النفس والولاية على النفس سبيلها العصوبية والتوارث واختلاف الدين قاطع للولاية بين المسلم وغيره. ودين الكفر كله ملة واحدة لقوله -ﷺ-: «الناس كلهم حيز ونحن حيز»(٢).

فإن كان الحاضن امرأة وكان المحضون صغيراً لا يميز ولا يعقل فقد اختلف الفقهاء في اشتراط اتحاد الدين لتحقق ولاية الحضانة وذلك على قولين:

الأول: أنه لا يشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون وهو مذهب الحنفية والمالكية والظاهرية(٣).

والثاني: أنه يشترط لثبوت الحضانة للحاضن اتحاد الدين بين المحضون والحاضن وإلى ذلك ذهب الحنابلة والشافعية والزيدية والإمامية والأباطية(٤).

---

١) المختار ٢/ ٨٨٠ والمحلى ١٠/ ٣٢٣ والشرح الكبير مع الدسوقى ٣/ ٥٢٩ والولاية على النفس لفراج ص ٧٥.

٢) بدائع الصنائع ٣/ ٤٣ والميراث المقارن للشيخ محمد عبد الرحيم الكشكى ص ٥٣ والولاية على النفس المرجع السابق ص ٧٦.

٣) البحر الرائق ٣/ ١٨٥ ومابعدها والشرح الكبير ٢/ ٥٢٩ والمحلى ١٠/ ٣٢٣ والولاية على النفس ص ٧٦.

٤) كشاف القناع ٥/ ٤٠٧ والمغنى ٩/ ٢٩٧ ومابعدها والمهذب ٢/ ١٦٩ والتاج المذهب ٢/ ٢٦٧ - ٢٩٦ والروضة البهية ٢/ ١٤٠ ومابعدها وشرح النيل ٣/ ٢٦٨ ومابعدها والولاية على النفس المرجع السابق.

أدلة المذهب الأول: أنه لا يشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون الصغير الذي لا يميز.

١- ما أخرجه أحمد وأبو داود بسنده عن رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي -ﷺ- فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبهه وقال رافع ابنتي، فقال رسول الله -ﷺ- اقعد ناحية وقال لها اقعدى ناحية فأقعد الصبية بينهما ثم قال: أدعواها، فمالت إلى أمها فقال النبي -ﷺ- اللهم أهدها، فمالت إلى أبيها فأخذها»(١) وقالوا الحديث ظاهر الدلالة في عدم اشتراط اتحاد الدين في الحاضن.

٢- **المعقول:** وهو أن الحضانة مناطها الشفقة وهى متوافرة بالفطرة ولا تختلف باختلاف الدين ومن لا عقل له لا يميز بين دين ودين فلا خوف عليه من الضرر والوقوع في الفتنة لأنه لا يدركها ولا يميزها»(٢).

وقد اعترض على الاستدلال بالدليل الأول وهو الحديث بأنه ضعيف ولا يصح الاستدلال به كما قال الثورى ويحيى بن معين وابن المنذر حيث قال: ان هذا الحديث لا يثبته أهل النقل لأن في إسناده مقالاً لأنه من رواية عبد الحميد بن جعفر بن رافع وهو ضعيف وعلى فرض صحته فهو منسوخ لقوله تعالى: ﴿والمؤمنون والمومنات بعضهم أولياء بعض...﴾(٣)، وقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ ويقول بالنسخ الصنعانى في

١) سبل السلام ٣/ ٢٢٨ ومابعدها، ونصب الراية ٣/ ٢٠٧ ومابعدها نيل الأوطار ٦/ ٢٨٠ ومابعدها.
٢) المرجع السابق.
٣) سورة التوبة الآية ٧١.

سبل السلام(١).

وأما أن يكون ذلك خاصا بالنبى -ﷺ- لاحتمال ان النبى -ﷺ- علم أنها تختار أباها بدعوته الهداية لها وهذا يفيد أن كونها مع الكافر خلاف هدى الله كما قاله ابن المنذور وحكاه ابن قدامة(٢).

وإذا بطل الاستدلال بالنص ضعف الاستدلال بالفعل لتعارضه مع النص صراحة(٣). لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾.

ادلة المذهب الثانى:

هو اشتراط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون ولو كان صغيراً لا يميز:

١- ان الحضانة ولاية ولا ولاية لكافر على المسلم ولا تصح ولا تثبت لقوله تعالى ﴿ولن يجعل الله للكافر على المؤمنين سبيلا﴾ ولقوله تعالى ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾.

٢- قياس ولاية الحضانة على ولاية النكاح وولاية المال التى يشترط فيها اتحاد الدين بلا خلاف بين الولى والمولى عليه فإذا اشترط ذلك في النكاح وفي المال فمع النفس أولى لأن حفظ النفوس وصيانتها مقدمة على حفظ المال وغيره.

٣- العقل: وهو انه إذا لم تثبت الحضانة للفاسق لعدم أمانته على المحضون لضرره فلا تثبت للكافر من باب اولى لأن ضرر الكافر

١) سبل السلام ٣/٢٢٨ وما بعدها.
٢) المغنى ٩/٣٩٨.
٣) المرجع السابق وزاد المعاد ٤/١٣٣ وسبل السلام ٣/٢٢٨ دورد المحتار ٢/٨٨٠ والولايه على النفس ص ٧٧ وما بعدها.

على المحضون اكثر ضرراً من الفاسق لأنه ليس بعد الكفر ذنب لأن الحاضنة تنشئ المحضون الصغير على دينها وتربيه عليه وتخرجه من الإسلام رويداً رويداً فإذا نشا هكذا حتى كبر فإما ان يكون على دين الكفار أو يكون في حكمهم ويصعب رده إلى دين الحق والتمسك بأحكام الشريعة فيهجرها عملا وقولا ويشهد لذلك حديث النبى -ﷺ-: «كل مولود يولد على الفطره فابواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه».

الترجيح بين القولين

والذى يظهر لنا رجحانه هو القول الثاني القائل باشتراط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون وذلك لقوة أدلته وخلوها من المعارض لها ووجاهة الأدلة العقلية التى استند إليها أصحاب هذا القول في توجيه النصوص الشرعية المستدلين بها لاشتراط اتحاد الدين بين الحاضن المحضون وإنه لا ولايه لكافر على مسلم لأن الإسلام يعلى ولا يعلو عليه في كل الأحوال وفي كل زمان ومكان.

الشرط الثاني من الشروط المختلف فيها:

عدم تزوج الحاضة بأجنبي عن المحضون.

وقد اختلف الفقهاء في ضرورة تحقق هذا الشرط لاستحقاق الحاضنة على قولين:

الأول: أن ذلك لا يشترط لأن زواج الحاضنة بالأجنبي عن المحضون لا يسقط الحق في الحضانة. وإلى هذا ذهب الظاهرية.

القول الثانى: اشتراط الشرط المذكور وهو مذهب الجمهور بل عامة الفقهاء عدا الظاهرية.

أدلة الظاهرية:

استدلوا بالنص والعقل.

أما النص من الأحاديث الأتية:

١- حديث البخارى عن أنس قال: قدم رسول الله -ﷺ- المدينة وليس له خادم فأخذ أبو طلحة بيدى فأنطلق بي إلى رسول الله -ﷺ- فقال يا رسول الله: إن أنساً غلام كيس فليخدمك. فخدمته في السفر والحضر(١).

ووجه الدلالة(٢): إن أنساً كان في حضانة أمه ولها زوج أجنبي عن أنس هو أبو طلحة وقد علم هذا الرسول الله -ﷺ- وأقره.

٢- ما روى أن أم سلمة - رضى الله عنها - تزوجت النبي -ﷺ- وبقى ولدها في حضانتها(٣).

وأما العقل: فقالوا: إنه لا فرق في النظر والحيطة للمحضون بين زوج الأم وزوجة الأب فكما يجوز لزوجة أبى المحضون أن تحضن ولده إذا كانت الحضانة له فكذلك يكون لزوج الأم أن يحضن ولدها والأغلب في زوج الأم أنه أشفق على المحضون وأقل ضرراً عليه من زوجة الأب(٤).

أدلة الجمهور: على اشتراط خلو الحاضنة من زوج أجنبي عن الطفل لاستحقاقها الحضانة.

أستدلوا بالسنة والإجماع والمعقول.

---

١) رواه ابن حزم عن طريق البخارى ٣٢٥/٣ وأخرجه الصفانى في سبل الإسلام ٢٢٧/٢.

٢) المحلى ٣٢٥/١.

٣) المرجع السابق.

٤) المحلى ٣٢٥/١٠ والولاية على النفس ص ٨٣.

أما السنة: «فبما رواه أحمد وأبو داود والبيهقى والحاكم عن عمرو بن العاص أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء، وحجرى له حواء وثديى له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه منى فقال: أنت أحق به مالم تنكحى»(١).

والحديث نص صريح في اشتراط خلو المرأة من أجنبي عن المحضون لاستحقاقها حضانة المحضون وألا ينزاعها فيه غيرها(٢).

وأما الإجماع: فقد أثبته ابن المنذر وقال: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الأم إذا تزوجت سقطت حضانتها وبه قضى شريح(٣).

ومستند الاجماع حديث النبى -ﷺ- السابق وما رواه عبد الرزاق بسنده عن سفيان الثورى عن عاصم بن عكرمة قال: خاصمت امرأة عمر إلى أبي بكر وكان عمر قد طلقها ونازعها في انها فيه فقال أبو بكر: هي أعطف وألطف وأرحم وأحن وأراف وهي أحق بولدها مالم تتزوج وقد وافق عمر أبا بكر في قضائه ولم ينازعه فيه وكان يحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فكان اجماعاً(٤).

وأما المعقول: فلأن الحضانة تبنت نظرا للصغير وقد فات هذا النظر بزواج الحاضنة من أجنبى عنه لإنشغالها بالأجنبى عنه ولأن شأن الأجنبى عادة ان ينقضة ويتمنى ضرره وابعاده عنه لانه يرى المحضون غريمه في حب زوجته وهى أمه وفي ذلك من الضرر بالصغير مالا يخفى على كل صاحب عقل ونظر بخلاف في زواجها من ذى رحم محرم للطفل لما له من الشفقة والعطف عليه بسبب

١) نيل الأوطار ٦/٢٧٩ والولاية على النفس ص ٨٤.
٢) المراجع السابق.
٣) المغنى ٩/٣٠٦.
٤) نصب الراية ٣/٢٦٦، والمغنى ٩/٣٠٦.

صله الرحم المأمور بوصلها شرعاً وصله القرابة الشرعية الداعية للعطف وللشفقة بطبيعتها(١).

الترجيح بين الأقوال

والذى نراه راجحا هو مذهب جمهور الفقهاء لقوه دليله يبيح حيث النص والإجماع والعقل وذلك لأن بقاء الولد أو المحضون في يد الحاضنة مع زواجها بأجنبى عنه له أثاره الضارة على الطفل وعلى نفسيته ومستقبله وحياته العملية لأنه فضلا عما للحاضنه لزوجها عليها من القوامة التى تجعلها في خدمته وطاعته بمقتضى الحق الشرعى الممنوح للزوج ولرعاية أمره وأمر بيته مما يجعلها عاجزه عن القيام بواجب الحضانة ورعاية المحضون على الوجه الشرعى المطلوب فإن الولد المحضون سوف يجد نفسه في بيت غريب عنه غير حريص على تربيته ورعاية أمره كما هو حال أبيه أو من هو ذو رحم محرم له بل سوف تكون بسببه مشاكل كثيرة ومستمرة يراها بين أمه وزوجها وهذا مشاهد وواقع في الغالب وهذا يلحق بالمحضون الجفاء والذلة وتربى فيه الخشوع والاستكانة ويخرج إلى الحياة بعد ذلك يحس أنه شخص منبوذ منذ نعومة اظفاره غينفك عن رابطه المجتمع ويرغبه في الانزواء عن المجتمع لاحساسه بالظلم فيه ومن ثم فلا ينظر منه أن يؤدى إلى المجتمع عملا صالحاً بل ربما يقوم باعمال تضر به كرد فعل للضرر الذى أصابه والظروف الاجتماعية التى عاش فيها مع اجنبى عنه لا يعطف عليه ولا يرحمه وأما ما اعترض به الظاهرية على

١) المغنى ٩/٣٠٦ وكشاف القناع ٥/٤٠٨ والبحر الرائق ٣/١٨٣ ونهاية المحتاج ٦/٢٧٣ وما بعدها وشرح الحراش /٣٥٦ وحاشية الدسوقى ٢/٥٣٠ ومابعدها.

الحديث الذى استدل به الجمهور «أنت أحق به ما لم تنكحى» من انه ضعيف وأنه لا يصح الاستدلال به لأنه من رواية عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وهو متروك فإنه مردود بما أجاب عنه الصنعانى وغيره بان حديث عمرو بن شعيب قبل الأئمة وأخرجه البخارى واحمد وابن المدينى والحميدى وإسحاق ابن راهويه وامثالهم ومن ثم فلا يلتفت إلى الفدح فيه(١).

وولا يتعدى الأحاديث التى استدل بها ابن حزم على معارضة حديث الجمهور لأنه لا تعارض بينهما ولأنه حديث لا يفيد في رد مذهب الجمهور لأن حديث أنس الذى عول عليه ابن حزم لمذهبه إنما يدل على مجرد البقاء عند عدم المنازعة من أصحاب الحق في الحضانه ولأنهم إذا رأوا ان مصلحته مع شخص معين فلهم الحق في تركه معه قريباً أو بعيداً لأن هذا النزاع فيه عند منع الضرر عنه وأنما الخلاف عند التنازع عليه في الحضانه وحصول الضرر له وبهذا لا يدل الحديث لابن حزم لاحتمال عدم المنازع ولاحتمال أنه لم يبق له قريب غير أمه ولم يذكر في الخبر أنه حصل نزاع في ذلك واما حديث ام سلمه فيقال فيه ما يقال في حديث أنس وبأن النبى -ﷺ- لا يعد زوجاً بل هو رسول ونبى فهو رؤوف رحيم على كل المؤمنين بالنص وبذلك يرجح مذهب الجمهور بالنص والعقل والله أعلم(٢).

---

١) سبيل الإسلام ٢٢٧/٣.
٢) نيل الأوطار ٢٧٩/٦ سبل السلام ٢٢٧/٣ والولايه على البيت ولايه التربيه والحفظ ص ٨٣ وما بعدها.

المبحث الثالث
ولايه الانفاق الخاصه ونطاقها الشرعى

اولاً: نفقة الأقارب:

النفقات جمع نفقة وهى في اللغه مشتقه من الانفاق والانفاق هو في اللغه الاخراج ولا يستعمل الا في الخبر(١)، ومنه قوله تعالى: ﴿وما تنفقوا من خير يوف إليكم وانتم لا تظلمون﴾(٢)، وقوله تعالى: ﴿وانفقوا في سبيل الله ولا تلقوا بايدكم إلى التهلكه﴾(٣)، وقوله تعالى: ﴿مثل الذين ينفقون اموالهم في سبيل الله كمثل حبة أنبتت سبع سنابل في كل سنبله مائه حبه والله يضاعف لمن يشاء والله سميع عليم﴾(٤)، ولهذا نرجم لها الخطيب الشربينى بكتاب النفقات تبعا للنووى دون الغرامات مع أن فيها يغرم الإنسان ماله لغيره وقد جمعت في الترجمه لإختلاف أنواعها وهى إما عامة وهى الخاصة ببيت المال العام وإما خاصة وهى المتعلقه بالأفراد.

أقسام النفقه الخاصه:

النفقة الخاصة تنقسم إلى قسمين رئيسين الأول: نفقة الإنسان على نفسه والثانى نفقة الإنسان على غيره.

والنفقة على النفس واجبة ولذا وجبت نفقة الإنسان على

---

١) مختار الصحاح ماده النفقه من الانفاق ومغنى المحتاج ١٢٥/٣.
٢) سورة البقرة الآية ٢٧٢.
٣) سورة البقرة الآية ١٩٥.
٤) سورة البقرة الآية ٢٦١.

نفسه وهى مقدمة على نفس الغير ونفقته لقوله ﷺ: «أبدأ بنفسك ثم بمن تعول»(١)، وسبب وجوب النفقه على النفس هو الحفظ والصيانه من الهلاك وهو مأمور به لقوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكه﴾ ولقوله تعالى ﴿ولا تقتلوا أنفسكم﴾ مع حديث ابدأ بنفسك ثم بمن تعول.

وأما القسم الثانى من النفقات الخاصه فهو النفقه على الغير وتجب هذه النفقه بأسباب ثلاثه هى: النكاح والقرابة والملك (٢)، ولا خلاف بين الفقهاء في وجوب نفقة الغير بالسبب الأول والسبب الثالث وكذا الثانى من حيث الإجمال لا التفصيل لأن للمذاهب خلافاً من حيث التفصيل في وجوب نفقه الغير بسبب القرابه وذلك على النحو التالى:

١ـ فهى عند مالك والشافعى تجب بالأسباب الثلاثه السابقه (٣)، ولكنهما بالنسبه لنفقه الأقارب اقتصروا في وجوبها على عمودى النسب وإن ضبق الإمام مالك في ذلك كثيراً حيث قصرها في الأصول على الأم والأب فقط وفى الفروع على الأبن والبنت فقط دون ابن الأبن وبنت الأبن وهى تجب للولد الصغير حتى يبلغ فقط وتجب للبنت حتى تتزوج(٤). فنفقه القريب عنده منحصره في الدرجه الأولى من الأصول فقط والفروع فقط حيث لا ملحظ عنده لمطلق القرابة ولا للإرث ولا للرحم فسبب وجوب

١) مغنى المحتاج ٤٢٥/٣ ومسلم ٢٨٢/٧ والنسائى ٦٩/٥ واحمد ٣٠٥/٣ والزركشى ١١/٦.
٢) المرجع السابق.
٣) المرجع السابق والمهذب ١٥٩/٢، ١٦٥، ١٦٧.
٤) الأحوال الشخصيه لعبد العزيز عامر ص٣١، وحاشيته الدسوقى ٥٠٨/٢ قوما بعدها ومختصر خليل ص ١٦٦ ومابعدها.

النفقه بالقرابة عند مالك للقريب هو الجزئيه والصله المباشرة من غير واسطه(١) أما الشافعى رحمه الله فقد جعل سبب نفقة القريب هو عمودى النسب العلوى والسفلى مطلقاً أي الأب وان علا وكذا الأم وإن علت والأبن وان نزل(٢) وليس لبقية القرابة من العصبة أو الرحم حظ في النفقه لهذا السبب.

٢ـ أما أبو حنيفه وأصحابه: فإن نفقة القريب عندهم تجب بسبب القرابة مطلقاً أي القرابة النسبيه وقرابة الرحم حسب القاعده الخاصه باستحقاق الميراث لأن القدم بالغنم(٣)، حسب القاعدة الشرعيه.

٣ـ وأما الامام احمد بن حنبل فهو يتفق مع مذهب الإمام الشافعى من حيث الأصول والفروع ولكنه يختلف عنه في أنه أوجبها على القرابة التى ترث وتتصل بعمودى النسب وذلك في احدى الروايتين عنه وهى المشهوره في المذهب(٤).

ويستوى في ذلك الذكر والانثى لأن النفقه على ذلك سبب وجوبها القرابة مع الإرث وهو بذلك يتفق مع مذهب الامام أبى حنيفه في الجمله وان اختلف معه من حيث التفصيل حيث قصرها الامام احمد على عمودى النسب وما يتصل به اما الامام أبو حنيفه فلم يقتصر على ذلك حيث ادخل فيها قرابه ذوى الارحام مطلقا بشرط الارث.

١) الأحوال الشخصيه لعبد العزيز عامر ص٣١، وحاشيته الدسوقى ٥٠٨/٢ قوما بعدها ومختصر خليل ص ١٦٦ ومابعدها.
٢) مغنى المحتاج ٤٢٥/٣.
٣) الإختيار ٣/٤ وما بعدها، ١٢ ومابعدها.
٤) شرح الزركشى ٣/٦ ومابعدها ١٣٢ ومابعدها.

٤- وأما الرواية الثانية عن الامام أحمد فإنه لا يجب النفقة الا على العصبات فقط من عمودى النسب وعلى ذلك فهى لا تجب على العمة والخالة ونحوها إذ النفقه معونة ما ختصت بالعصبات كالعقل في الدية.

اما ذوو الأرحام من غير النسب فإن النفقة لا تجب لهم رواية واحدة على المنصوص في المذهب والمجزوم به عند كثيرين من الأصحاب حتى قال القاضى: روايه واحدة اذ قرابتهم ضعيفه وإنما يأخذون المال عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين(١). وقد خرج ابو الخطاب وجوبها على توريثهم وهو فوى في المذهب (٢)، ولكن هل المراد توريثهم في الحملة أي استحقاقهم للميراث لولا الحاجب لهم اي الوارث بالفعل وهو الذى تتوفر فيه شروط الميراث ولا يحجبه حاجب؟ أم لا؟ فيه روايتان في المذهب والمختار منهما عند القاضى وابي الخطاب وأبى محمد وغيرهم اشتراط الإرث في الحال اي كون المتفق يرث المتفق عليه في الحال لو مات مستحق النفقه(٣).

واشترط الحد في لوجوب النفقه على الوارث الا يكون للمتفق عليه اب أي أصل وهو يشمل الوالد والوالدة لقوله تعالى: ﴿فإن ارضعن لكم فأتوهن أجورهن﴾(٤)، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾(٥)، وقوله -ﷺ- لهند: «خذى

١) شرح الزركشى ١٣/٦ ومابعدها.
٢) المرجع السابق ١٤/٦.
٣) المرجع السابق ١٤/٦.
٤) سورة الطلاق الآية ٦.
٥) سورة البقرة الآية ٢٣٣.

ما يكفيك وولدك بالمعروف»(١).

وهذا يختلف عن مذهب الحنفية في وجوبها على ذوى الأرحام ولكن ذوى الرحم المحرم مقدم في الدرجة عند الحكم بوجوب النفقه عليه على القريب غير ذى رحم محرم وان كان من عصبة كما في الخال وابن العم الموسرين لفقر ابن اخت الأول وابن عم الثانى حيث تجب على الخال لأنه قريب وارث في الجمله ذو رحم محرم بخلاف ابن العم لأنه قريب فقط وليس ذو رحم محرم وان كان يرثه ابن عمه دون الخال الذى يحجبه وبذلك خالف الحنفيه قاعدتهم الأصلية في عله وجوبها للقريب غير الأصل والفرع وهى قاعدة «الغرم بالغنم»(٢).

مستند الفقهاء في وجوب نفقه الغير:

وقد استند الفقهاء لوجوب النفقه على الغير بأسبابها الثلاثه السابقه وهى الزوجية والملك والقرابة بأدلة من الكتاب والسنه والإجماع ففى وجوبها للزوجه على زوجها الاجماع وسند الاجماع قوله تعالى: ﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم وما ملكت ايمانهم﴾(٣)، وقوله -ﷺ- فيما رواه مسلم وغيره بسنده عن جابر - رضى الله عنه - «اتقوا الله في النساء فإنهن عوان ان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم

١) رواه البخارى ومسلم عن عائشه، البخارى في البيوع والنفقات وسلم في الاقضيه ٧/١٢ وانظر في تخريجه شرح الزركشى ٦/٦ حاشيه رقم ١.
٢) بدائع الصنعائع ٣٠/٤ ومابعدها وشرح الزركشى ١٤/٦ ومابعدها.
٣) سورة الأحزاب الآيه ٥٠.

رزقهن وكسوتهن بالمعروف(١)وقوله -ﷺ- لهند زوجة أبى سفيان فيما رواه البخارى ومسلم «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف»(٢)، وقوله -ﷺ- فيما رواه أحمد والدارقطنى من حديث أبى هريره سنده «خير الصدقه ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول فقيل من أعول يارسول الله؟ قال: أمراتك ممن تعول تقول: إطعمنى والا فارقنى...الحديث»(٣)، واما مستند وجوبها للمملوك على الإنسان مطلقاً فهو قوله تعالى: ﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم وما ملكت ايمانهم﴾(٤) والإجماع على وجوبها للمملوك للإنسان مطلقاً إنسان كان أو غيره أي رقيقاً أو حيواناً(٥)، واما مستند وجوبها للقريب في الجملة فهو قوله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله﴾ (٦)، وقوله تعالى: ﴿واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا وبذى القربى...﴾(٧)، وقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾(٨)، وقوله تعالى: ﴿فإن ارضعن لكم فأتوهن أجورهن﴾(٩) وقوله -ﷺ- في حديث هند

١) سورة الطلاق الآية ٧.
٢) انظر مسلم كتاب الحج وشرح الزركشى على الجوف ٣/٦ وسند احمد ٥٢٧/٢.
٣) انظر البخارى ومسلم ٧/١٢ وشرح الزركشى ٣/٦ والدارقطنى ٢٩٥/٣.
٤) سورة الأحزاب الآية ٥٠.
٥) شرح الزركشى ٣/٦ والمهذب ١٦٥/٢ وحاشيه الدسوقى مع الشرح الكبير ٥٢٢/٢ والمغنى ٦٢٩/٧.
٦) سورة الطلاق الآية ٧.
٧) سورة النساء الآية ٣٦.
٨) سورة البقرة الآية ٢٣٣.
٩) سورة الطلاق الآية ٦.

«خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» وقوله -ﷺ- لرجل فيما رواه جابر عنه وأخرجه مسلم وغيره «إبدا بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلأهلك وان فضل عن اهلك شيء فلذى قرابتك فإن فضل عن ذى قرابتك شيء فهكذا وهكذا»(١).

وقوله -ﷺ- فيما رواه النسائى بسنده(٢)، «يد المعطى العليا وإبدأ بمن تعول أمك وأباك أاختك وأخاك ثم أدناك ادناك» وقوله -ﷺ- فيما رواه أبو داود وسنده من كليب بن منفعه عن جده إنه اتى النبى -ﷺ- فقال يا رسول الله من ابدا قال: أمك وأباك وأختك وأخاك ومولاك الذى يلى ذاك حق واجب ورحم موصله»(٣).

والإجماع قائم على وجوبها للقريب في الجملة للأدلة السابقة(٤).

التكييف الفقهى لنفقه القريب عند الفقهاء وسبب الخلاف في درجاتها:

اذا كان الفقهاء يجمعون في الجمله على وجوب النفقة للقريب بسبب الأدلة الشرعية الصحيحية والنصوص السابقة من الكتاب والسنه فإنهم قد إختلفوا في تفسير درجه القرابة التى يجب لها هذه النفقة حسب تكييفهم لهذه النصوص من حيث عمومها

١) انظر مسلم ٨٢/٧ والنسائى ٦٩/٥ واحمد ٣٠٥/٣ وشرح الزركشى ١١/٦.
٢) سنن النسائى ٦١/٥ وشرح الزركشى ١٢،١١/٦.
٣) سنن ابن داود ٥١٤ وشرح الزركشى ١٠/٦.
٤) راجع المغنى ٥٨٢/٧ ومابعدها وشرح الكبير مع الدسوقى ٥٢٢/٢ ومابعدها والمهذب ١٦٥/٢ والسراج على المنهاج ص٤٧١ ومغنى المحتاج ٤٤٦/٣ والاختيار ١٢/٥ ومابعدها.

وخصوصها ومدى العمل بها من حيث درجة الأحاديث والاثار الواردة في ذلك والإلزام بها.

١ـ والتكييف الفقهى لهذه النصوص عند الامام مالك ـ رحمه الله ـ انها تدل على وجوب نفقه الزوجة على زوجها ونفقة المملوك على مالكه ونفقة الأب على أبنه والابن على أبيه ولا تتعدى الاب إلى الجد ولا الابن إلى أبن الابن لأن النصوص لا تدل على ذلك في ظاهرها فيجب أن توقف عند ذلك ولا يؤخذ من النصوص من حيث ظاهرها وجوب النفقه على غير المنصوص عليهم فيها ولا يصح ان يقاس غيرهم عليهم وذلك لعدم توافر العلة في الفرع الذى يقاس على الأصل بنفس حالتها وقوتها في الأصل وهى قوه القرابة وإيجابها بهذا القياس غير ملزم شرعاً وذلك لفساد الدليل الذى اعتمد عليه الحكم الشرعى وهو القياس الفاسد الذى لم تتوفر له كل اركانه وشروطه وقال مالك ان الجد لا يسمى ابا لأن الجد ليس بأب على جهه الحقيقه والواقع وان سمى ابا في اللغه لأن العبره بالحقيقة الشرعية لا بالحقيقة اللغوية في الأحكام الشرعية والفقهية وكذلك الأمر بالنسبه لابن الأبن لأن ابن الأبن لا يسمى ابنا في لسان الشرع وإنما سمى ابن الابن ابنا في اللغة واذا كانت النصوص الشرعيه بظاهرها لا توجب النفقة لقرابة عمودى النسب غير الأصل الأول والفرع الأول فكيف تكون هذه النصوص موجبه بظاهرها لنفقه غيرهم من الحواشى القريبة أو البعيده وقرابة ذوى الأرحام من غير عمودى النسب وما يتصل

بهما(١).

٢ـ اما الامام ابو حنيفه والامام الشافعى والامام أحمد رحمهم الله فقد اوجبوا نفقه الزوجة والمملوك ونفقه القريب لعمودى النسب مهما علت درجتهما او نزلت اعتماداً على ظاهر النصوص وعلى أن الجد في اللغه والشرع يسمى أبا على جهه الحقيقه وكذلك ابن الابن يسمى ابنا في لسان الشرع ويشهد لذلك من لسان الشرع قوله تعالى: ﴿ملة أبيكم إبراهيم هو سماكم المسلمين من قبل وفي هذا﴾(٢)، وقوله تعالى: ﴿ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولدا﴾(٣).

وقوله تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾(٤).

فقد سمى الله سبحانه وتعالى في الآيه الأولى إبراهيم أباً للمسلمين مع انه جد لهم فدل على ان الجد أب في اللغه والشرع معا ويؤيد ذلك الآيه الثانيه التى بينت إنه يثبت للجد من الحقوق ما يثبت للأب عند عدم الأب فما كان يأخذه الأب في حياته يأخذه الجد بدلاً عنه عند مماته فنصيب الأب مع الولد في الميراث هو السدس فقط وهذا السدس هو نصيب الجد مع الولد عند عدم وجود الأب في الميراث.

ونفس هذه الأيه دلت على ان ابن الابن يسمى ابنا في

---

١) راجع الأحوال الشخصيه لعبد العزيز عامر فقها وقضاء في نفقه الأقارب ص ٤٣٣.

٢) سورة الحج الآية ٧٨.

٣) سورة النساء الآية ١١.

٤) سورة النساء الآية ١١.

الشرع على جهه الحقيقه لأن لفظ الولد في الايه بالإجماع يشمل الابن وابن الابن وان نزل ولم يقل أحد من الفقهاء بأن الولد في الايه مفسر بالابن فقط فدل على أن الولد في الايه وهو الابن مفسر بأنه الابن وإن لابن وان ترك ولا يسمى ابن الابن إبناً إلا مع عدم وجود الابن وعند عدمه يحل محله ابن الابن ويكون ابنا شرعياً اي له حقوق الابن الشرعيه وفضلاً عن ذلك فإن بين الأصول والفروع قرابة فوجب العتق بالإجماع وكذلك رد الشهادة فاشبهت القرابة البعيده منها القريبة منها فأشبه الوالد والولد البعيدين القربيين منهما فثبت ان حكمهما من حيث وجوب النفقة لهما او عليهما بشروطها كنفقه الأصول والفروع الأولى(١)، ولما كان الأصول اباء والفورع ابناء مهما بعدو فإنهم يدخلون في عموم النصوص السابق ذكرها وتكون النفقه واجبه بين الأصول والفروع على عمودى النسب سواء علوا او نزلوا في درجاتهم وعند هذا الحد وقف الشافعى في وجوب النفقة على القريب حيث لم يوجبها بسبب قرابة الرحم المحرمية حيث لا تجب لأحد غير هؤلاء من الحواشى وذوى الأرحام من الأقرباء وان كانو يرثون في الجملة لأن الإرث عندهم ليس سبباً في وجوب نفقه القريب(٢).

وإنما السبب فيها هو القرابة المتصله بعمودى النسب من حيث الفرع أو الأصل أي الجزئية أو الكليه(٣)، وقد اقتصر الأمام الشافعى على ذلك في تفسير حد القرابة الموجبة للنفقة بهذا السبب حيث اقتصر على قرابة عمودى النسب اما الامام ابو حنيفه

١) السراج على المنهاج ص ٤٧١ ومابعدها والمهذب ١٦٥/٢ ومابعدها.
٢) المهذب ١٦٦/٢.
٣) المرجع السابق.

والامام احمد فإنهم قد وسعوا دائرة القرابة في وجوب نفقة القريب حيث شملت عندهم الأصول والفروع والحواشى وذوى الأرحام حيث بنيت على قاعدة الميراث اجمالاً وان وجد خلاف بينهم من حيث االتفضيل لأن سبب القرابة عندهم تبنى على قاعدة الغرم بالغنم.

فأبو حنيفه واصحابه رحمهم الله قالوا: ان النفقة للقريب تجب فضلاً عن نفقة الأصول والفروع بسبب قرابة الرحم المحرمية لا بسبب الولاده وحدها ولا بسبب قرابة العصبة وحدها حسب قواعد الميراث وإنما بسبب قرابة الرحم المحرمية التى تضم كل ذلك.

وقد استند الحنفية في إيجاب النفقة لذى الرحم المحرم على ان هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالنصوص الشرعية القاطعه ومن ذلك قوله تعالى: ﴿واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالولدين إحساناً وبذى القربى....﴾(١)، وقوله تعالى: ﴿وقضى ربك الا تعبدوا الا اياه وبالوالدين إحساناً﴾(٢)، وقوله -ﷺ- فيما رواه النسائى عن طارق المحاربى قال: «قدمت المدينه فإذا رسول الله -ﷺ- قائم على المنبر يخطب بين الناس وهو يقول: يد المعطى العليا وابدأ بمن تعول: أمك واباك واختك واخاك ثم ادناك ادناك»(٣)، وقال الحنفية: ان قرابة الرحم من اولى القرابات صله فهى تحرم النكاح ويثبت بها العتق عند الملك

١) سورة النساء الآيه ٣٦.
٢) سورة الإسراء الآيه ٢٣.
٣) نقله عبد العزيز عامر في كتابه الأحوال الشخصيه فقه الأقارب ص ٤٣٧ وفي سنن النسائى ٦١/٥ وقد رواه غيره كما تخريجه لشرح الزركشى ١٢/٦.

وتمنع وجوب القطع في السرقه بخلاف القرابة غير المحرمية فهى غير واجبه الوصل ولا يحرم قطعها ولهذا لا يثبت بها العتق عند الملك ولا يحرم بها النكاح ولا تمنع وجوب القطع للسرقه ولما كان هذا الرحم المحرم يحرم قطعه ويجب وصله فلا يكون فيها نكاح ولا ملك ولا قطع ومتى كانت الرحم المحرميه كذلك فإنه يجب وصلها بالانفاق اذا توافرت بها شروط الوجوب وعلى ذلك فشرط وجوب النفقه للقريب غير الأصل والفرع هو تحقق شرط المحرمية بينهما ومراعاة درجة الترتيب حسب قواعد الميراث(١)، فشرط المحرمية عندهم مقدم على شرط الميراث وعلى هذا إذا وجد قريبان كل منهما يستحق النفقة أحدهما يرث والثانى لا يرث ولكن كان الذى يرث غير ذى محرم والذى لا يرث محرم فإنه تجب النفقة على القريب ذى الرحم المحرم وان كان لا يرث كما في ابن العم والخال حيث تجب على الخال وحده النفقة ولا تجب على ابن العم مع ان ابن العم هو الذى يرث وحده دون الخال اذا لم يكن لمستحق النفقه غيرهما وذلك لعدم تحقق شرط المحرمية مع ابن العم لأنه يصح النكاح بينهما لو كان احدهما انثى وقالوا في قوله تعالى: «وعلى الوارث مثل ذلك» المراد وعلى الوارث من النفقة والكسوة مثل ما يرث وليس المراد منها ترك المضاره كما قال المخالف بناء على تفسير ابن عباس - رضى الله عنه - بذلك وهو ترجمان القرآن وعلى ذلك يكون تفسير الآيه عندهم انه لا يضار الوارث باليتيم كما لا تضار الوالد والمولود له بولدها بل المواد منها وعلى الوارث من النفقة والكسوة مثل ما على المولود له وقد

١) انظر بدائع الصنائع ٣٠/٤ ومابعدها وفتح القدير ٣٥٠/٣ والزيلعى على الكنز ٦٤/٣.

روى ذلك التفسير عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت - رضى الله عنهم - وجماعة من التابعين وعلى ذلك يكون العطف في قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك معطوف على قوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ ويؤيد ذلك التفسير قواعد اللغه العربية من ظاهر النص لأن العطف على ذلك التفسير يكون عطف اسم على اسم وهو الشائع لا عطف اسم على فعل كما في التأويل الأول وقالوا: ان جماعة من المفسرين جعلوا العطف في الآيه على كل من النفقة والكسوة وترك المضرة لأن الكلام كله معطوف بعضه على بعض بخذف الواو وانه حرف جمع وقالوا كذلك ان تأويل ابن عباس لا يفيد المخالفين فلا ينفى وجوب النفقه بل يوجبها لأن المضاره المنهى عنها مطلقه في النفقه وغيرها فيجب على الوارث مثل ما وجب على الأب بأن يسترضع الوالده بأجره مثلها ولا يخرج الولد من يدها اضراراً بها ومتى ثبت هذا فالايه تقتضى ظاهرها وجوب النفقه والكسوه على كل وارث أو على مطلق الوارث الا من خص بدليل(١).

واما الامام احمد - رحمه الله -: فعنده القرابة الموجبة للانفاق هى التى يكون فيها القريب الموسر وارثاً بطالب النفقة على فرض أنه مات وترك مالاً وذلك لقوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ أي من النفقه والكسوه بوجبخا على الوارث لمورثه كما بوجبها على الوالد لولده ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضى أن يكون الوارث احق بمال الموروث من سائر الناس، وانه لذلك يجب ان يختص بوجوب النفقه عليه دونهم إذ الغرم بالغنم وعلى

١) المرجع السابقه، والأحوال الشخصيه لعامر ص ٤٣٥.

ذلك لا يجب نفقه عند امتناع الإرث كما في اختلاف الدين والحجب اذا كان الحاجب موسراً فإن كان معسرا اعتبر كان لم يكن ووجبت على من يليه وان لم يرث حالاً لأن شرط وجوب النفقة للقريب حيث تجب مع اليسار بخلاف نفقه الزوجه والمملوك.

ويشترط أحمد في وجوب النفقه في قرابة وذى الأرحام الإرث بينهما مع اليسار ان كانت القرابة في عمودى النسب قولاً واحدا وقيل تجب في عمودى النسب ورثوا أم لم يرثوا(١).

اما في غير عمودى النسب فقولان في المذهب:

أحدهما: لا تلزمهم وان ورثوا وذلك لضعف القرابة.

والثانى: تجب عليهم النفقة لأنهم وارثون فعلا عند عدم العصبة وذوى الفروض في الميراث(٢).

الترجيح بين وجهات النظر للمذاهب السابقه في إيجاب النفقة بسبب القرابة:

والذى نراه راجحاً في إيجاب نفقه القريب بسبب القرابة هو ما ذهب إليه الفقهاء كما في مذهب الإمام احمد بن حنبل لأنه أوسع المذاهب الفقهيه واعدلها من حيث القواعد التى وضعها للحكم بها في الإيجاب وان مذهب الإمام احمد أوسع من مذهب الإمام ابى حنيفة في غير ذوى الأرحام وان كان مذهب ابى حنيفه

١) وذلك كأب الأم وابن البنت وانظر المغنى ٥٨٦/٧ ومابعدها.

٢) الروض المربح شرح زاد المستقع على هامش نيل المارب بشرح دليل الطالب ١٧٤/٢ ومابعدها والمغنى ٥٨٢/٧ ومابعدها ٥٦٣ ومابعدها ص ٤٤٨ وشرح منتهى الارادات ٢٥٤/٣ وشرح الزركشى ٩/٦ ومابعدها ١٣ ومابعدها.

اوسع من مذهب احمد في ذوى الأرحام.

وقد قال ابن القيم في سبب ترجيح مذهب احمد: انه هو الصحيح في الدليل وهو الذى يتفق وقواعد الشرع وصله الرحم التى امر الله بها ان توصل ولأن النفقة تجب شرعاً بشيئين: بالميراث بكتاب الله وبالرحم بسنه رسول الله، وقد حبس عمر - رضى الله عنه - عصبه صبى لم ينفقوا عليه وكانوا بنى عمه وقال زيد بن ثابت اذا كان عم وام فعلى العم بقدر ميراثه وعلى الأم بقدر ميراثها ولم يخالفهما احد من الصحابه وان هذا قول جمهور السلف.

ويدل عليه قوله تعالى ﴿وبالوالدين إحساناً﴾ وان النبى -ﷺ- اوجب العطية للأقارب وكذا النفقة كما في حديث طارق المحاربى عند النسائى عن النبى -ﷺ-: يد المعطى العليا وابدأ بمن تعول: امك واباك واختك واخاك ثم ادناك ادناك».

ومذهب الإمام احمد هو أعدل المذاهب بالنسبه لغير نفقة الأصول لأنه جعل مناطها الميراث وهذا المعيار ادنى إلى القبول واقرب إلى العداله وما ذهب اليه الحنفيه من وجوب النفقه في ذى الرحم المحرم بصرف النظر عن الميراث ليس له سند قوى وقولهم: ان المراد من الوارث هو القريب الذى له رحم محرم لا مطلق الوارث، اعتماداً على ما عرف من قراءه عبد الله بن مسعود في ان «وعلى الوارث مثل ذلك» بأنه قرأها» وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك».

وذلك لعدم تواثرها بين الصحابة لاحتمال أنه قرأها على التفسير لا على القرآن المنزل وايضا بأنها تخالف ما عليه مصحف عثمان ونحن مقيدون بتفسير ماجاء في المصحف المقروء لا بما جاء

في قول بن مسعود وانفرد به ثم ان مذهب ابى حنيفه في بعض جزئياته قد يؤدى الى نتائج عكسيه وغريبه تخالف ما بنى عليه مذهبه من القواعد في إيجاب النفقه كما في الفقير مستحق النفقه الذى له ابن عم وخال موسر حيث اوجبوا النفقه على الخال دون ابن العم مع ان الخال لا يرث مع ابن العم حسب قواعد الميراث وذلك لأن الخال وارث في الجملة وذو رحم محرم بخلاف ابن العم فليس هو ذو رحم محرم ولذلك وجبت على الخال وحده وان كان لا يرث لإجتماع شرط النفقه مغه دون ابن العم وهذا لا ينفق بحال مع قاعدة «الغرم الغنم»، التى يجب العمل بها عندهم في مذهبهم ولا يتفق مع قواعد العدالة في الشريعة الإسلامية ولهذا قلنا بترجيح مذهب الامام احمد بن حنبل والله أعلم(١).

---

١) راجع زاد المعاد ٣١٩/٤ ومابعدها وعبد العزيز عامر ٤٣٥ ومابعدها المرجع السابق.