

كفاية الأختار في حل غاية الاختصار

فصل : في الحضانة وإذا فارق الرجل زوجته وله منها ولد فهي أحق بحضانته إلى سبع سنين ثم يخير بين أبويه فأيهما اختار سلم إليه .

الحضانة بفتح الحاء هي عبارة عن القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه وهي نوع ولاية إلا أنها بالاناث أليق لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال ومؤنة الحضانة على الأب لأنها من أسباب الكفاية كالنفقة فإذا فارق الرجل زوجته فالأم أحق بحضانة الولد منه ومن غيره من النساء بالشروط التي تأتي واحتج لتقديهما بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده [أن رسول الله ﷺ] جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله ﷺ إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال لها رسول الله ﷺ : أنت أحق به ما لم تنكحي [رواه أبو داود والحاكم وقال : صحيح الإسناد ثم إنما يحكم بالطفل للأم دون الأب إذا كان صغيرا لا يميز فإن ميز خير بين الأبوين فيكون عند من اختاره منهما وسواء في ذلك الابن والبنت واحتج للتخير بما روى أبو هريرة B ه أن رسول الله ﷺ [خير غلاما بين أبيه وأمه] رواه ابن ماجه والترمذي وقال الترمذي : حسن وفي الأطراف لابن عساكر زيادة أنه صحيح وفي رواية لأبي داود والحاكم [فأخذ بيد أمه فانطلقت به] قال الحاكم : صحيح الإسناد واختلف في سن التمييز فالذي جزم به هنا في أصل الروضة أنه في الغالب ابن سبع سنين أو ثمان سنين تقريبا واعلم أن المدار على التمييز سواء حصل قبل السبع أو بعدها ولا بد مع التمييز أن يكون عارفا بأسباب الاختيار وإلا آخر إلى حصول ذلك لأن التخير إنما فوض إليه لأنه أعرف بحظه لأنه قد يعرف من أبويه ما يدعو إلى اختياره وللناس عبارات في ضبط التمييز وأحسن ما ذكر أن يصير الطفل بحيث يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده و [أعلم واعلم أن حكم أم الأم مع الأب أو الجد حكم الأم وإذا تنازع الاناث في الحضانة قدمت الأم ثم أمهاتها تقدم القربى فالقربى ثم أم الأبد ثم أمهاتها ثم أم الجد ثم أمهاتها ولا حق للأم الأب ثم الأخت للأبوين ثم للأب ثم الأخت للأم ثم الخالة ثم العممة هذا هو الأطهر إذا تمحض الاناث فإن اجتمع مع النساء رجال قدمت الأم ثم أمهاتها ثم الأب ثم أمهاته ثم الجد ثم الأخوات ثم الخالة ثم العممة على النص وأما الأخوة وبنوهم والأعمام وبنوهم فإنهم كالأب والجد في الحضانة يقدم الأقرب منهم فالأقرب على ترتيب الميراث على النص واعلم أن بنات الأخوات يقدمن على بنات الأخوة كما تقدم الأخت على الأخ والأصح ثبوت الحضانة للأنثى التي ليست بمحرم كبنتي الخالة والعممة وبنتي الخال والعم فإن كان الولد ذكرا استمرت حضانته حتى يبلغ حدا

يشتهي مثله وتتقدم بنات الخالات على بنات الأخوال وبنات العمات على بنات الأعمام ويقدم بنات الخؤولة على بنات العمومة و[] أعلم قال : .

وشرائط الحضانة سبعة : العقل والحرية والدين والعفة والأمانة والخلو من زوج والإقامة فإن اختل شرط سقطت .

قد عملت أن الحضانة ولاية وسلطة وأن الأم أولى من الأب وغيره لوفور شفقتها فإذا رغبت في الحضانة فلا بد لاستحقاقها من شروط : الأول كونها عاقلة فلا حضانة لمجنونة سواء كان جنونها مطبقاً أو متقطعاً نعم إن كان يندر ولا تطول مدته كيوم في سنين فلا يبطل الحق به كمرض يطرأ ويزول ووجه سقوط حقها بالجنون أنه لا يتأتى منها مع الجنون حفظ الولد وصيانته بل هي في نفسها تحتاج إلى من يكفلها فكيف تكون كافلة لغيرها و[] أعلم الثاني الحرية فلا حضانة لرقيقة وإن أذن السيد ووجه المنع أن منفعتها للسيد وهي مشغولة عن الحضانة به ولأن الحضانة نوع ولاية ولا ولاية لرقيق ثم إن كان الولد حراً فالحضانة بعد الأم للأب وغيره وإن كان رقيقاً فحضانتها على السيد وهل له نزعها من الأب وتسليمه إلى غيره ؟ وجهان بناء على القولين في جواز التفريق وهل لها حق الحضانة في ولدها من السيد ؟ وجهان : الصحيح لا حضانة لنقصها ولو كان الولد نصفه حر ونصفه رقيق فنصف حضانتها لسيدته ونصفها لمن يلي حضانتها من أقاربه الأحرار و[] أعلم الثالث كونها مسلمة إن كان الطفل مسلماً بإسلام أبيه فلا حضانة لكافرة على مسلم لأنه لاحظ له في تربيتها لأنها تغشه وينشأ على ما كان يألفه منها ولأنه ولاية ولا ولاية لكافر على مسلم وقيل تحضنه الأم الذمية حتى يميز والصحيح الأول لما ذكرنا والطفل الكافر والمجنون يثبت لقريبه المسلم حضانتها وكفالتها على الصحيح لأن فيه مصلحة له و[] أعلم الرابع والخامس العفة والأمانة فلا حضانة لفاسقة لأنها ولاية ولا تأمن أن تخون في حفظه وينشأ على طريقته .

واعلم أنه لا يشترط تحقق العدالة الباطنة بل تكفي العدالة الظاهرية كشهود النكاح قاله الماوردي قال : فلو ادعى أحد الأبوين فسق الآخر ليكفل لم يقبل قوله وليس له إخلافه بل هو على ظاهر العدالة حتى يقيم مدعي الفسق عليه بينة كذا ذكره ابن الرفعة وفي فتاوى النووي لا بد من ثبوت أهلية الأم عند القاضي إذا نازعها الأب أو غيره من المستحقين و[] أعلم السادس كونها فارغة خلية عن النكاح لقوله E [أنت أحق به ما لم تنكحي] ولأنها مشغولة بالزوج فيتضرر الولد ولا أثر لرضا الزوج بذلك كما لا أثر لرضا السيد بحضانة الأمة ولو رضي الأب معه فهل يسقط حق الجدة ؟ الأصح في الكفاية لابن الرفعة أنه يسقط حق الجدة ويكون عند الأم وقال في التهذيب : لا يسقط حق الجدة فقد يرجعان فيتضرر الولد فلو تزوجت أم الطفل بعمه فهل تبطل حضانتها ؟ وجهان أحدهما لا تبطل لأن العمل صاحب حق في الحضانة وشفقته تحمله على رعاية الطفل فيتعاونان على كفالتها بخلاف الأجنبي وبهذا قطع الامامان القفال

وحجة الإسلام الغزالي واعلم أن الخلاف مطرد في حق كل من لها الحضانة ونكحت قريباً للطفل له حق في الحضانة بأن نكحت أمه ابن عم الطفل أو عم أبيه وكذا تبقى حضانتها إذا كان زوجها جد الطفل أي أب أبيه لأن له حقاً في الحضانة وصورة المسألة إذا كانت الحاضنة جدة أن يتزوج رجل بامرأة وابنه ببنتها من غيره ثم يجيء للابن ولد ثم تموت الأم والأب فتنقل الحضانة إلى أم الأم وهي زوجة الجد و[] أعلم السابغ الإقامة وإنما تكون الأم أحق بالطفل إذا كان الأبوان مقيمين في بلد واحد فأما إذا أراد أحدهما سفراً يختلف فيه بلدهما نظر إن كان سفر حاجة كحج وتجارة وغزو لم يسافر بالولد لما في السفر من الخطر والمشقة بل يكون مع المقيم إلى أن يعود المسافر سواء طال مدة السفر أم قصرت وقيل للأب السفر به إذا طال سفره وإن كان السفر سفر نقلة إن كان ينتقل إلى مسافة القصر فلأب انتزاعه من الأم ويستصحبه معه سواء كان المنتقل الأب أم الأم أو أحدهما إلى بلد والأخرى إلى بلد آخر احتياطاً للنسب فإن النسب يتحفظ بالآباء وفيه مصلحة للتأديب والتعليم وسهولة القيام بمؤنثة وسواء نكحها في بلدها أو في الغربية فلو رافقته الأم في الطريق دام حقها وكذا في المقصد ولو عاد من سفر النقلة عاد حقها ويشترط أمن الطريق وأمن البلد الذي ينتقل إليه فلو كان مخوفين لغارة ونحوها لم يكن له انتزاعه منها وإن كانت النقلة إلى دون مسافة القصر فهل يؤثر ذلك؟ وجهان: أحدهما لا ويكونان كالمقيمين في دارين من بلد وأصحهما أنه كمسافة القصر ولو قالت: إنما تريد سفر التجارة فقال: بل النقلة فهو المصدق بيمينه على الأصح وقال القفال: يصدق بلا يمين فعلى الصحيح لو نكل حلفت وأمسكت الولد واعلم أن سائر العصابات من المحارم كالجد والأخ والعم بمنزلة الأب في انتزاع الولد منها ونقله إذا أراد الانتقال احتياطاً للنسب وكذا غير المحارم كابن العم إن كان الولد ذكراً فإن كانت أنثى لم تسلم إليه قال المتولي: إلا إذا لم تبلغ حداً تشتبه وفي الشامل لابن الصباغ أنه لو كان له بنت ترافقه سلمت إلى ابنته واعلم أن المحرم الذي لا عسوبة له كالخال والعم للأم فليس له نقل الولد إذا انتقل لأنه لا حق له في النسب و[] أعلم وقوله الشيخ [فإن اختل شرط سقطت] وجه ذلك أن علة استحقاق الحضانة مركبة من هذه الصفات ولا شك أن الماهية المركبة من أجزاء تنفي بانتفاء جزء منها ألا ترى أن الصلاة المستجمعة للشروط تصح بوجود شروطها ولو انتفى شرط منها بطلت كذلك ههنا و[] أعلم .

فرع هل يشترط مع هذه الشروط في استحقاق الأم الحضانة أن ترضع الولد إن كان رضيعاً؟ وجهان: أحدهما لا بل لها الحضانة وإن لم يكن لها لبن أو امتنعت من الارضاع فعلى الأب على هذا أن يستأجر مرضعة ترضعه عند الأم وهذا ما صححه البيهقي والصحيح الذي قطع به الأكثرون يشترط ذلك لعسر استئجار مرضعة قال الاسنوي: ولم يذكروا من الشروط كونها بصيرة ومقتضاه ثبوت الحضانة للعمياء وهو كذلك و[] أعلم قال:

