السيل الجرار ج 2/ص 436

باب الحضانة

الام الحرة اولى بولدها حتى يستغنى بنفسه اكلا وشربا ولباسا ونوما ثم امهاتها وإن علون ثم الاب الحر ثم الخالات ثم امهات الاب وإن علون ثم امهات أب الام ثم الاخوات ثم بنات الخالات ثم بنات الاخوات ثم بنات الاخوة ثم العمات ثم بناتهن ثم بنات العم ثم عمات الاب ثم بناتهن ثم بنات اعمام الاب ويقدم ذو السببين ثم ذو الام وينتقل من كل الى من يليه بالفسق والجنون ونحوه والنشوز والنكاح الا بذي رحم له م وتعود بزوالها ومضى عدة الرجعى فإن عدمن فالاقرب الاقرب من العصبة المحارم ثم من ذوي الرحم المحارم ثم بالذكر عصبته غير محرم ثم من ذوي رحم كذلك قوله باب الحضانة الام الحرة اولى بولدها اقول قال الله عز وجل والوالدات يرضعن اولادهن فجعل الرضاع اليهن واثبت الحق لهن لا ينزع ذلك عنهن نازع الا

مع التعاسر كما في قوله عز وجل فإن تعاسرتم فسترضع له اخرى

ص 437

ويؤيد ثبوت الحق لهن وتقديمهن على غيرهن قوله صلى الله عليه وسلم أنت احق به ما لم تنكحي وهو حديث حسن لا مطعن في إسناده ويؤيده حديث لا توله والدة بولدها وستأتي الاحاديث الدالة على المنع من التفريق ولا يزال الحق ثابتا للأم حتى يبلغ الصبي إلى سن الاستقلال فإذا بلغ ذلك ووقع النزاع بين الام والاب كان العمل على حديث تخيير الصبي الذي اخرجه احمد وابو داود والترمذي وحسنه وابن ماجه وابن حبان من حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للغلام هذا ابوك وهذه امك فاتبع ايهما شئت فتبع امه فالجمع بين الحديثين ظاهر مكشوف ولا ينافي ذلك كون الاب اعرف بمصالح المعاش وادرى بما فيه المنفعة للصبي في حاله وماله فإن النظر منه في ذلك ممكن مع كون الصبي عند امه وفي حضانتها ولا وجه لرد الاحاديث بمجرد هذا الخيال ثم لا فرق بين

الحرة والامة لعموم الادلة ولاستوائهما في الحنو على الصبي ورعاية ما يصلحه ودفع ما يضره فإن لم يقع الاختيار من الصبي او تردد في الاختيار وجب الرجوع

ص 438

الى الاقراع بينهما لثبوت ذلك في حديث ابي هريرة عند ابي شيبة بلفظ استهما فيه وصححه ابن القطان قوله ثم امهاتها وإن علون اقول ليس على هذا دليل الا مجرد القياس على الامهات وغيره من طرق النص الذي لا يجوز معه التعلق بالاقيسة وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخالة ام قال ذلك عند وقوع التخاصم في الحضانة فإذا عدمت الام او بطل حقها فالخلالة اقدم من الجدات وهي مع الاب كالام معه يثت بينهما التخيير للصبي والاستهام عليه ولم يأت من خالف هذا بشيء يعول عليه او يصلح للرجوع اليه واما قوله ثم امهات الاب إلى آخر المعدودات فلا دليل على شيء من ذلك بل مجرد رأي بحت وجهه النظر الى من هو مظنة للحنو على الصبي والحاصل ان الحق في الحضانة للأم ثم للخالة فإن عدما فالأب اولى

بولده يضعه حيث يشاء من قرائبه او غيرهن وإذا وقع النزاع بينه وبين الام او الخالة كان الحكم ما تقدم في الاحاديث كما بينا وإذا كان الاب لا يحسن حضانة ولده او ليس ممن يقوم برعاية مصالحه كان للحاكم ان يعين من يحضنه من قرائبه او غيرهن وهكذا إذا كان الاب غير موجود وما ذكره من تقديم ذوي النسبين على ذوي النسب ومن تقديم ذوي الام على غيرهم فوجهه ما قدمنا من تقديم من هو مظنة للحنو والحياطة قوله وينتقل من كل الى من يليه بالفسق

ص 439

اقول ليس على هذا دليل فإن العدالة معتبرة فيما اعتبره الشرع لا في كل امر من الامور واعتبارها في هذا الموضع حرج عظيم وتعسير شديد فان غالب النساء التساهل في كثير من الامور الدينية ولو كانت العدالة معتبرة فيهن ومسوغة لنزع اولادهن من ايديهن لم يبق صبي بيدامه الا في اندر الاحوال وأقلها فيكون في ذلك اعظم جناية على الصبيان بنزعهم عمن يرعى مصالحهم ويدفع مفاسدهم

وجناية ايضا على الام بتولها بولدها والتفريق بينها وبينه ومخالفة لما عليه اهل الاسلام سابقهم ولاحقهم واما انتقال الولاية بالجنون فظاهر لأنها لا تقدر على تدبير نفسها فضلا عن ان تقدر على تدبير غيرها وايضا يخشى على الصبي ان تدعه يموت جوعا وعطشا او تهلكه عند ثوران جنونها واستحكام تخليطها واما النشوز فلا وجه لجعلها من أ

باب

الانتقال ولا مقتضى لذلك بل حقها ثابت بالنص فلا يسقطه الا مسقط شرعي بدليل مرضي واما الانتقال بالنكاح فلقوله صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تنكحي وقوله الا بذي رحم له يدل عليه قصة التنازع في ابنة حمزة فإن النبي صلى الله عليه وسلم حكم بها للخالة كما تقدم وهي كانت تحت جعفر بن ابي طالب ولم يجعل نكاحها بذي رحم للصبي وهو جعفر عم الصبية مبطلا لحقها واما القول

بأنه يعودالحق للمرضعة بزوال سبب الانتقال فصحيح لأن المانع قد زال فلم يبق وجه لجعله مانعا بعد زواله

ص 440

وأما قوله فإن عدمن فالأقرب الاقرب فليس ذلك وجه بل ينبغي الرجوع إلى حاكم الشرع فيضعه عند من رأى فيه صلاحا من هؤلاء فإن كان غيرهم اصلح منهم وضعه عنده إذ لا حق لهؤلاء في الحضانة ولا ورد بذلك دليل يرجع اليه

فصل

وللأم الامتناع إن قبل غيرها وطلب الاجرة لغير ايام اللبإ ما لم تبرع وللأب نقله إلى مثلها تربية بدون ما طلبت وإلا فلا والبينة عليه وليس للزوج المنع من الحضانة حيث لا اولى منها وعلى الحاضنة القيام بما يصلحه لا الاعيان والرضاع يدخل تبعا لا العكس وتضمن من مات لتفريطها عالمة غالبا وإلا فعلى العاقلة ولها نقله إلى مقرها غالبا والقول لها فيما عليه قوله وللأم الامتناع إن قبل غيرها اقول الحق لها كما تقدم ولها تركه متى شاءت وعليها حق للطفل فلا يجوز لها

ان تتركه في حال يتضرر بتركه فيها ومن جملتها عدم قبول الصبي لغيرها وأما الاجرة فقد صوغها لها القرآن الكريم قال الله عز وجل فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن

ص 441

واما استثناء ايام اللبإ فلا وجه له لأن الله سبحانه اطلق استحقاق الاجرة ولم يقيده بما يخرج هذ الايام وتعليلهم ذلك بأن الصبي لا يعيش بدونها باطل فكم من صبي تموت امه في النفاس ولم يرضع منها ويعيش بلبن غيرها من النساء بل ولبن غيرهن وكم من امرأة تضع ولا لبن لها ولا يرى فيها اللبن الا بعد أيام فيرضع الصبي في هذه ايام اللبإ من لبن غيرها وهذا معلوم يعرفه كل احد قوله وللأب نقله إلى مثلها تربية بدون طلب اقول الله سبحانه قد أمر الازواج بان بعطوهن اجورهن فقال فإن ارضعن لكم فآتوهن اجورهن واوجب ذلك على الزوج بالامر القرأني وأكد ذلك بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولفظ على ظاهر في الوجوب فان كانت الام راضية بالاجرة المتعارفة المتوسطة في عرف الناس

فليس له نقل الرضيع إلى غيرها وإن تبرع الغير بإرضاعه بدون اجرة فضلا عن ان يرضى بدون ما رضيت الام وقد اخبرنا صلى الله عليه وسلم بأن الامهات احق باولادهن واوجب لهن الاجرة فنزعهم عنهن مخالف للقرآن والسنة وظلم بين فإن طلبت فوق الاجرة المتعارفة وكان الزوج يتعاسر ذلك فلا بأس بأن ينقله منها لقول الله عز وجل وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى وبهذا تجتمع الادلة وتجرى على نمط واحدة ويوافق بعضها بعضا ومما يومئ إلى هذا الجمع الذي ذكرناه قوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فإن تقييد ذلك بالمعروف مشعر بأنه الذي على الزوج لها فليس عليه ان يزيد عليه ولا عليها ان ترضع بدونه ويوميء إلى ذلك ايضا لفظ التعاسر المذكور في الاية وأما قوله وليس للزوج المنع من الحضانة الخ فمبني على انه لم يوجد غيرها فإن وجد من يرضعه لم يتعين الوجوب عليها وجاز للزوج منعها من ذلك لوجوب طاعتها له في غير معصية الله

وأما قوله وعلى الحاضنة القيام بما يصلحه فمعلوم لا يحتاج الى النص عليه لأن ذلك هو معنى الحضانة وأما الاعيان التي يحتاج اليها الرضيع فذلك على ابيه وقد اوجب الله عليه اجرتها فضلا عما يحتاج اليه ولده واما قوله والرضاع يدخل تبعا فمن هذيان المفرعين وأما كونها من مات لتفريطها عالمة فمعلوم لأن ذلك جناية توجب الضمان ومع عدم العلم هي قاتلة خطأ والكلام فيها كالكلام على قاتل الخطا وسيأتي إن شاء الله قوله ولها نقله إلى مقرها أقول هذا اقتضاه إثبات اخصيتها به بالنص النبوي فلها ان تنقله إلى مقرها ولا سيما إذا كان عليها ضرر في بقائها في غير مقرها وقد كانت الحواضن الاجنبيات في أيام النبوة وأيام الصحابة ينقلن الاطفال المدفوعين اليهن للرضاع إلى مساكنهن وقرى قومهن ومن جملة من وقع له هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن حليمة السعدية لما استرضعت له نقلته إلى دار قومها واذا جاز هذا للأجنبيات مع عدم ثبوت الحق لهن فكيف لا يجز للأمهات ومن يلتحق بهن مع ثبوت الحق لهن واما قوله والقول لها فيما عليه

فخروج عن مقصود الباب والحكم فيه ان على المدعى البينة وعلى المنكر اليمين لأن كون الاب هو القائم بمصالحه يقوى كون ما عليه له وكونه في يد الام يقوى كون ما عليه لها وسيأتي بسط الكلام في هذا في الدعاوي إن شاء الله

فصل

ومتى استغنى بنفسه فالأب اولى بالذكر والأم بالانثى وبهما حيث لا اب فإن تزوجت فمن يليها فإن تزوجن خير بين الام والعصبة وينقل إلى من اختار ثانيا قوله فصل ومتى استغنى بنفسه فالاب اولى بالذكر والام اولى بالانثى

ص 443

اقول هذا رجوع إلى مجرد الرأي وعمل بالاستحسان مع قطع النظر عن الادلة والواجب على المتشرع العمل بالدليل وترك القال والقيل وقد قدمنا حديث التخيير وان النبي صلى الله عليه وسلم قال لصبي هذا أبوك وهذه امك فاتبع ايهما شئت وقدمنا ايضا حديث الاستهام ويعضد

ذلك ما اخرجه احمد والنسائي عن عبدالحميد بن جعفر الانصاري ان جده اسلم وأبت امرأته ان تسلم فجاء بابن صغير له لم يبلغ وفي رواية انها صبية فاجلس النبي صلى الله عليه وسلم الاب ها هنا والام ها هنا وخيره وقال اللهم اهد قلبه فمال إلى امه فقال النبي صلى الله عليه وسلم اهده فمال إلى ابيه فأخذه فهذا التخيير وقع بين ابوين احدهما مسلم والاخر كافر وفي الحديث الاول وقع بين ابوين مسلمين ومعلوم ان مصير الصبي او الصبية الى يد الكافر فيه عند اهل الرأي مفسدة اعظم من المفسدة المجوزة إذا صار الذكر الى الام المسلمة او الانثى الى الاب المسلم لأن اعظم ما يخشى على الصبي الصائر إلى الكفار او الكافرة ان يرغباه في دينهما ويحبباه اليه ولهذا ورد في الصحيح ولكن ابواه يهودانه وينصرانه فإذا كان النبي صلى الله عليه وسلم لم يراع في حكمه الذي هو الشرع الواجب قبوله على كل مسلم مثل هذه المصلحة والمفسدة فكيف ساغ لأهل الرأي المتلاعبين بالأدلة ان يؤثروا ما هو دونها بمراحل على الدليل الواضح الظاهر

فانظر إلى شؤم الرأي وما يجلبه على اهله واما قوله فإن تزوجت فمن يليها فذلك معلوم فإن انتقالها إلى من له حق في الحضانة وهي الخالة ثم الاب كما قدمنا اولى من انتقاله إلى من لا حق له وقد عرفناك ان الحاكم يعين باجتهاده مع الاختلاف او مع عدم من له الحق من يرى فيه صلاحا

ص 444

واما قوله فإن تزوجن خير بين الام والصعبية فلا وجه له بل حق الام قد بطل بالنكاح ولا حق للعصبة في الحضانة فيرجع في تعيين من يرضعه إلى الحاكم فهو اولى برعاية المصالح واما قوله وينقل إلى من اختار ثانيا فوجه ذلك انه قليل التمييز ولكن قد جعل الشارع الاختيار موجبا لثبوت الحق لمن اختاره فكونه يبطل باختيار آخر يخالفه محتاج إلى دليل